الجزء الاول

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٦٨١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿ تنبيه ﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

(محل بيعه) بمكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

﴿ الطبعة الاولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٥ هجرية

(بالقسم الادبي)

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ الحمد لله الذي هدانا في البدايه لمعرفة الهدايه ورعانا بعين العنايه في النهايه عن الجهل والغوايه وجعلنا ممن آمن بما أنزل واتبع الرسل ووفق للدرايه وخصنا باهلية الشهادة على الامم بفضل منه وكمال الرعايه أحمده على افاضة حكمه وأشكره على سوابغ نعمه وأصلي على من اصطفاه الله للرسالة فكان خازنا على وحيه حاميا أمينا وحباه بمعرفة أم الكتاب معدن الانوار والاسرار فكان اماما حاويا مبينا محمد المبعوث الى الاسود والاحمر بالكتاب العربي المعجز المنور وعلى آله وأصحابه القائمين بنصرة الدين القويم الازهر والصفوة المجتهدين من أمته الوارثين لعلمه العزيز الانور ﴿ يقول العبد الفقير الى رحمة ربه الحفي محمد بن محمود بن أحمد الحنفي غفر الله له ولوالديه وعاملهم بلطفه الخفي (أما بعد) فان كتاب الهدايه لمتنه للهدايه لاحتوائه على أصول الدرايه وانطوائه على متون الروايه خلصت معادن ألفاظه من خبث الاسهاب وخلت نقود معانيه عن زيف الايجاز وبهرج الاطناب فبرز بروز الابريز مركبا من معنى وجيز تمشت في المفاصل عذوبته وفي الافكار رقته وفي العقول حدته ومع ذلك فربما خفيت جواهره في معادنها واستترت لطائفه في مكامنها فلذلك تصدى الشيخ الامام والقرم الهمام جامع الاصل والفرع مقرر مباني أحكام الشرع حسام الملة والدين السغناقي سقى الله ثراه وجعل الجنة مثواه لابراز ذلك والتنقير عما هنالك فشرحه شرحا وافيا وبين ما أشكل منه بيانا شافيا وسماه النهاية لوقوعه في نهاية التحقيق. واشتماله على ما هو الغاية في التدقيق لكن وقع فيه بعض اطناب لا بحيث أن يهجر لاجله الكتاب ولكن يعسر استحضاره وقت القاء الدرس على الطلاب وكانوا يقترحون عند المذاكرة أن أختصره على ما يحتاج اليه حل ألفاظ الهداية وبيان مبانيه ويحصل به تطبيق الادلة على تقرير أحكامه ومعانيه وكنت أمتنع عن ذلك غاية الامتناع وأسوفهم من الاعوام مثنى وثلاث ورباع وكان امتناعي يزيدهم غراما وتسويفي يفيدهم هياما فلم نزل على هذا المنهاج حتى أصبحوا ظاهرين بالحجاج فاستخرت الله تعالى وأقدمت على هذا الخطب الخطير وتضرعت بضراعة الطلب الى العالم الخبير في استنزال كلاءته عن الزلل في التحرير والتقرير وجمعت منه ومن (٢) غيره من الشروح ما ظننت أنه مما يحتاج اليه ومايكون الاعتماد وقت الاستدلال عليه وأشرت الى ما يتم به مقدمات الدليل وترتيبه ولم آل جهدا في تنقيحه وتهذيبه وأوردت مباحث لم أظفر عليها في كتاب ولم تصل الي عن أحد لا برسالة ولا خطاب بل كان خاطري أباعذره ومقتضب حلاوه ومره (وسميته العنايه) لحصوله بعون الله والعنايه وسألت الله أن ينفع به كما نفع باصله انه أكرم مسؤل وأعز مأمول * ثم اني أروي كتاب الهداية عن شيخي العلامة امام الهدى معدن التقى فريد عصره ووحيد دهره قدوة العلماء عمدة الفضلاء قوام الحق والملة والدين الكاكي قدس الله روحه ونور ضريحه وهو يرويه عن شيخيه العلامتين والصلاة الامامين الهمامين المجتهدين مولانا علاء الدين عبد العزيز صاحب الكشف ومولانا حسام الدين حسين السغناقي صاحب النهاية برد الله مضجعهما ونور بفضله وكرمه مهجعهما وهما يرويانه عن الشيخ الكبير السالك الناسك البارع الورع التقي النقي أستاذ العلماء مولانا حافظ الدين الكبير وعن قطب المجتهدين وقدوة المحققين وأسوة المتقين مولانا فخر الدين المايمرغي رحمهما الله رحمة واسعة وهما يرويانه عن أستاذ أئمة الدنيا مظهر كلمة الله العليا شمس الائمة محمد بن عبد الستار بن محمد الكردري تغمده الله برحمته ورضوانه وهو يرويه عن شيخه شيوخ الاسلام حجة الله على الانام مرشد علماء الدهر ما تكررت الليالي والايام المخصوص بالعنايه صاحب الهداية غفر الله لهم ولوالديهم ولنا ولوالدينا وأبنائنا الجنة برحمته وختم لنا بخير في عافية أجمعين انه أرحم الراحمين قال المصنف رحمه الله (الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه) اللام في الحمد للجنس ويجوز أن يكون لاستغراق الجنس وجعله للاستغراق عند أهل السنة والعهد عند المعتزلة بناء على أن العباد خالقون لافعالهم فيستحقون من الحمد ما يقابلها فلا يكون الاستغراق صحيحا ليس بواضح لان

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ الحمد لمن لا غاية لعنايته الازليه ولا نهاية لهدايته العليه والشكر لمن أرسل النبي الصفي الامين فأظهر الشرع البهي المبين وأكمل الدين الحنيفي المتين محمدا المبعوث بالمعجز الجلي عليه صلاة الله الملك العلي صلاة يتكثر عددها ويتوفر مددها ما صاح في الغمام رعد ولاح في الظلام سعد وعلى آله وأحبابه وذريته وأصحابه الذين هم كالنجوم في الدجا فمن اقتدى بهم فقد سعد ونجا ﴿ وبعد ﴾ فان العبد الفقير الى عناية الله الملك المستعان المدعو بعبد الرحمن يقول أيها الاخوان هذا نبذ من فوائد الاستاذ النافع والسعد البارع والسيد المتواضع أعني المغفور السعيد والمبرور الشهيد سعد بن عيسى بن أمير خان أفاض الله عليهم ينابيع الرحمة والغفران وهو الامام الموثوق به في روايته والهمام المعول عليه في درايته له فضل شائع في عرفان كل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ الحمد لله رب العالمين على ما ألهم وعلم من العلم ما لم نعلم

من أهل السنة من جعله للعهد أعني الذهني وصاحب الكشاف جعله للجنس والحمد هو الوصف بالجميل على جهة التفضيل فقولنا هو الوصف كالجنس وقولنا بالجميل أخرج ما ليس كذلك وقولنا على جهة التفضيل أخرج ما يكون على جهة الاستهزاء والتهكم والكلام

الصناعة وقدم راسخ في ميدان البلاغة والبراعة وقد انعقد الاجماع على تبحره وتعمقه واتفق الآراء على تمهره وتفوقه يقدمه بالطوع من هو عاقل ويقدمه بالطبع من هو فاضل وكيف لا فان ذلك الاستاذ من حداثة سنه الى زمان شيبه بل الى قضاء نحبه صرف عمره الشريف الى مدارسة العلم النافع وممارسة كتبه وكتبه فدانت له رقاب المعضلات ولانت له صعاب المشكلات حتى شاهدنا مرارا أنه عرض له المرض المؤدي الى الضعف والحرض لم يترك شيأ من درسه واشتغاله ولم يلتفت الى مرضه وضعف حاله بل اعتاد ذلك التحرير أن يدفع بالتحرير مرضه ويرفع بملاحظة غوامض التفسير عرضه ولا يخفى على أحد أن هذه المرتبة نهاية مراتب السعي والاهتمام بل هي ملكة مخصوصة بذلك الاستاذ الهمام فوضح دليل تفرده وعلو شانه واتضح برهان تفوقه وسمو مكانه

وقد صار سعدا بارعا متفردا * ولم ألق في الدنيا له من مضارع

تواضع بالاخلاص للناس نافعا * فعز وأمسى سيدا بالتواضع

الا أن ذلك الاستاذ لم يرتب ما زبره من التصرفات الشريفه والاعتراضات اللطيفه في تطبيق الدلائل وتوفيق المسائل ولم يبوب ما استنبطه من القواعد المفيدة المتعلقة بالعلوم العربيه وما التقطه من الفوائد العديدة اللازمة في الفنون الادبيه بل اكتفى بالكتب على هوامش كتبه المتفرقة بخطه الجميل وتحريره الجزيل لكن سلك في تحرير أكثر المباحث مسلك صنعة الايجاز فأعجز الناظرين وفي بعضها مشى على طريقة الاطناب فأورث التعجب للماهرين وفي كلتا الصنعتين فائق لا يمس عذاره وسابق لا يحس غباره ثم ابتلى المرحوم بخدمة الفتوى فصرف عنان عزمه الاعلى الى جمع ما حرره على هوامش كتبه وشرع في جمع ما كتبه على تفسير الامام العلامه والنحرير (٣) الفهامه أعني القاضي البيضاوي فيسر الله تعالى اتمامه في حياته بالخير سالما من المانع السماوي فصار تأليفا شريفا دقيقا وتصنيفا لطيفا أنيقا بحيث تواتر حديث مسلسل لطافته وعموم نفعه فاشتهر وانتشر حتى حل عند الفضلاء محل سويداء البصرة وسواد البصر وبعد ذلك لم يساعد عمره الشريف الا قليلا فانتقل الى جوار الملك الغفار على مقتضى ان الكرام قليلة الاعمار ودفن في الحرم الشريف لابي أيوب الانصاري رضي الله عنه وعليه رحمة الباري وبعد ذلك لم يمكث خلفه النجيب وانتقل أيضا الى جوار الملك المجيب في دار السلطنة العلية قسطنطينية المحمية ولم يبق للاستاذ المغفور خلف آخر من الذكور فذهب أكثر نفائس كتبه أيدي سبا بحيث أمسى كل أحد متأسفا ومتعجبا ومن أعجب اتفاق الدهر أن الفقير في ذلك العصر وجد مقيدا بقضاء دار النصر أعني بلدة أدرنه حيث عن البليه والفتنه ولذلك لم أقدر على تملك ورق من الاوراق البالية فضلا عن تملك كتاب من كتبه المصححة الغالية ثم يسر الله لنا الوصول الى دار السلطنة المذكورة بالركاب الاعلى فتفحصت عن كتب المرحوم في مظانها مرة بعد أخرى فوجدت من كتبه كتاب العناية للهداية في يد بعض الورثة فأخذت ذلك الكتاب بطريق الابتياع حذرا عن تملك الغبي المناع من الانتفاع ثم وجدت من كتبه كتاب الهداية في سلك ملك بعض الاعيان فسألت منه ذلك الكتاب بطريق العارية فأرسله الي بلا امتنان فلما يسر الله الفوز بهذين الكتابين اللذين صرف الاستاذ أكثر عمره الى تحشيتهما بحيث صار كل منهما نتيجة عمره وثمرة سنه وقرة عينه وجلاء حزنه قوي عزمي على عطف أعنة الكلام وصفا حزمي لصرف أسنة الاقلام الى جمع مآثره ونشر مآزبره أداء لحقه الذي تضاعف علي وترادف الي من ألطاف أعطافه وأصناف ألطافه فانه عرفني في محافل الصدور بالتفوق والاستحقاق وشرفني في منازل الوزراء بالشهادة على لياقتي بالمراتب العلية على الاطلاق حتى لم يبق من المنصب الجليل بعون رب التوفيق الا وصلت اليه بلا مقارنة الطلب ولم يبق من الشرف الجزيل في تكميل الطريق الا حصل لي من غير معاينة التعب وما هذا الا بيان من حسن تربيته ودعائه ومحاسن اطرائه في مدحه وثنائه

وما كنت أقضي بعض واجب حقه * ولا كنت أحصي من محاسنه عشرا

فلما تأكد علي بمقتضى هذه الحقوق المذكورة ووجوب اشاعة غرر فوائد فضله المكنون المهجور واذاعة درر فرائد نبله المستور في هوامش الاوراق وخلال السطور شرعت في جمع ما كتبه على هوامش الهداية وشرح أكمل الدين وأسرعت الى تكميله وتتميمه بالتدوين لئلا يتطرق على أصل النسخة أيدي السراق بتبديل الاجزاء أو بقطع الاوراق فيسر الله الملك القدير اتمام تحريره في الزمان اليسير فصار كتابا فائقا ممتازا من سائر الحواشي بجزالة كلامه وتجرد تراكيبه عن التعقيد والغواشي حاويا على ثلاثة آلاف

وأظهر شعائر الشرع وأحكامه

والصلاة والسلام على خير خلقه محمد

فى اسم الجلالة من كونه منقولا أو مرتجلا مشتقا أو غيره علما أو غيره ليس مما يهمنا الآن ومعنى قوله الحمد لله ما يعرفه كل أحد من المعنى الذى يطلق عليه هذا اللفظ أو جميع أفراد ذلك ثابت لله تعالى بالاختصاص وهو كما ترى يفيد كون الله تعالى محمودا صدر الحمد من حامد أولا والمعالم جمع معلم وأراد به أصول الشرع لكونها مدارك العلم الشرعى والاعلام علماؤه والشعائر جمع شعيرة قيل والمراد بها ما يؤدى من العبادات على سبيل الاشتهار كالاذان والجمعة وصلاة العيد والاضحية والشرع بمعنى المشروع أو بمعنى الشارع ويكون من قبيل اقامة المظهر مقام المضمر أو بمعنى الشريعة يقال شرع محمد صلى الله عليه وسلم كما يقال شريعة محمد وأحكام الشرع هى الحل والحرمة والصحة والفساد وغيرها وجعل الشعائر على الاسباب والعلل والشروط والعلامات أنسب للاحكام ويكون اشارة الى براعة الاستهلال فان كتابه هذا مشتمل على الاحكام مبينة بذلك قال (وبعث رسلا وأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين) قيل الرسول هو النبى الذى معه كتاب كموسى وعيسى عليهما الصلاة والسلام والنبى هو الذى ينبئ عن الله تعالى وان لم يكن معه كتاب كيوشع عليه السلام وهو الظاهر وقوله هادين أى مبينين طرق الحق والصواب واعترض على المصنف رحمه الله بانه (٤) ترك ذكر محمد صلى الله عليه وسلم مع كونه الاصل المحتاج الى ذكره وأجيب بان المراد بالرسل والانبياء محمد عليه السلام لكن جمعه تعظيما له واجلالا لقدره وهو محتمل وقوله داعين كقوله هادين فى كونه صفة مادحة وقوله يسلكون يجوز أن يكون صفة لعلماء وأن يكون حالا لاتصافه أو لابداعين والنكرة الموصوفة جاز أن يقع عنها الحال متأخرا وأن يكون استئنافا كأن قائلا قال كيف دعوتهم الى سنن سننهم فقال يسلكون فيما لم يؤثر عنهم أى لم يوجد عنهم مأثورا أى مرويا مسلك الاجتهاد وفيه بيان أنهم لا يخرجون عن المأثور منهم اذا وجدوه وأنهم متبعوهم على الدوام لانهم ان وجدوا ما أثروا عنهم عملوا به واتبعوهم فيه وان لم يجدوا اتبعوهم فى طريقهم اذ المرجع اليهم وهو الاجتهاد وهو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل الظن بحكم شرعى وقد قررنا شروطه وحكمه فى التقرير وقوله مسترشدين حال من ضمير يسلكون وأراد بأوائل المستنبطين أبا حنيفة وأصحابه رحمهم الله بدليل قوله حتى وضعوا مسائل من كل جلى ودقيق فانهم الذين تولوا تمهيد قواعد المسائل الفقهية الشرعية وتبيينها والمراد بالجلى المسائل القياسية لظهور ادراكها غالبا وبالدقيق المسائل الاستحسانية لخفاء ادراكها قيل ما وضعه أصحابنا من المسائل الفقهية هو ألف ألف ومائة ألف وسبعون ألفا ونيف مسئلة وقوله غير أن الحوادث منصوب على الاستثناء من قوله حتى وضعوا وهو جواب عما يقال اذا كان أوائل المستنبطين وضعوا مسائل من كل جلى ودقيق فأى حاجة تدعو الى الاستنباط والتصنيف ووجهه أنهم وان وضعوا ذلك الا أن الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل أى الواقعات يضيق عنها نطاق الموضوع والنطاق هو المنطقة استعير هنا للاجوبة المنقولة عن السلف فى الفتاوى والاقتناص الاصطياد والشوارد جمع شاردة وهى الآبدة والقبس شعلة من نار يقال اقتبست منه نارا واقتبست منه علما أى استفدته والموارد جمع المورد استعار الشوارد للاحكام المستخرجة من الاصول بالاستنباط بجامع عسر الوصول

وبعث رسلا وأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين الى سبل الحق هادين وأخلفهم علماء الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين منه فى ذلك وهو ولى الارشاد وخص أوائل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل جلى ودقيق غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد

النبى الاكرم المبعوث الى سائر الامم بالشرع الاقوم والمنهج الاحكم صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم (وبعد) فهذا تعليق على كتاب الهداية للامام العلامة برهان الدين أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الرشدانى المرغينانى شيخ الاسلام أسكنه الله برحمته دار السلام شرعت فى كتابته فى شهور سنة تسع وعشرين وثمانمائة عند الشروع فى اقرائه لبعض الاخوان أرجو من

كرم

من النقض والابرام سوى التصرفات المتعلقة برفع الابهام ودفع الاوهام الناشئة من مخالفة الكلام ومدافعة المرام ثم اعلم أنه اذا ذكر قال المصنف بالاحرف المراد منه صاحب الهداية واذا ذكر قوله بالاحر فالمراد منه الشارح أكمل الدين واذا ذكر أقول فالمراد منه الاستاذ المرحوم سعد الملة والدين وأما سائر الشراح والمؤلفين رحمة الله عليهم أجمعين يذكران شاء الله تعالى بقيد يزيل الاشتباه ويفيد الانتباه ثم ان العبد الفقير الاواه الآنس بمولاه الآيس عمن سواه يقول هذا أوان شروعى فيه متوكلا على الله ومستعينا بعناية الملك الاله (قوله والشرع بمعنى المشروع أو بمعنى الشارع ويكون من قبيل اقامة المظهر موضع المضمر) أقول هذه الاقامة على تقدير أن يكون بمعنى الشارع (قوله وأجيب بأن المراد بالرسل والانبياء محمد عليه السلام لكن جمعه تعظيما له واجلالا لقدره وهو محتمل اه كلامه) أقول بعيد غاية البعد بعد التأكيد باجمعين (قوله وقوله مسترشدين حال من ضمير يسلكون) أقول ان كان يسلكون حالا يكون مسترشدين من الاحوال المتداخلة (قال المصنف نطاق الموضوع) أقول من قبيل لجين الماء

الى المقصود واستعار الموارد للاصول باعتبار أنها محل الوصول يعني كما أن اصطياد الصيود النافرة من مواردها ومناهلها فكذا اصطياد الحوادث الفقهية من الاصول أي الكتاب والسنة والاجماع بالاعتبار وبين أن الاعتبار ليس صنعة كل أحد بل من صنعة الرجال الكاملين في الرجولية وقوله وبالوقوف على المآخذ خبر ثان لقوله والاعتبار بالامثال وقوله بعض عليها حال من الضمير في الخبر ومعناه وقياس الاحكام على نظائرها انما هو من صنعة الكمل من الرجال وهو بالوقوف على المآخذ حال كونها يعض عليها بالنواجذ يعني اذا كان الوقوف باحكام واتقان ثم قوله غير أن الحوادث الخ اعتذار عن الشروع في التصنيف وقوله والاعتبار بالامثال ان كان ذكره هضما لنفسه عن مرتبة التصنيف كان معناه والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف المحكم المتقن على المآخذ ولست منهم ولا حصل لي ذلك ولكن كان قد جرى على الوعد في مبدا بداية المبتدي أن أشرحها شرحا أرسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه حال كون الوعد يسوغ بعض المساغ لئلا أكون ممن اذا وعد أخلف وانما قال بعض المساغ لان الوعد بالتبرع غير موجب وانما هو مجوز حينا والى هذا المعنى أعني كونه هضما لنفسه ذهب صاحب النهاية وتاج الشريعة رحمهما الله وان كان ذكره لبيان صلاحيته لذلك كان معناه وأنا منهم هم رجال ونحن رجال وحصل الوقوف لنا على المآخذ بالاتقان كما حصل لهم فجاز لنا الاعتبار والحال أنه قد جرى على الوعد وهو مما يسوغ بعض المساغ يعني منفردا عن صلاحية الواعد للاتيان بالموعود فكيف مع الصلاحية والى هذا ذهب بعض الشارحين لكن لا على هذا الوجه الذي ذكرته من العبارة وقوله وحين أكاد أنكي عنه اتكاء الفراغ قيل عدي الاتكاء (٥) بعن وان كانت تعديته بعلى لتضمين معنى الفراغ ورد بأن معناه حينئذ يكون وحين أكاد أفرغ عنه فراغ الفراغ وهو تركيب فاسد والصحيح أن عنه صلة الفراغ قدم عليه رعاية للسجع وقوله تبينت أي علمت والنبذ الشئ القليل وقوله فصرفت العنان والعناية يعني عنان الخاطر وعناية القلب وقيل المراد بالعنان الظاهر وبالعناية الباطن وقوله أجمع يجوز أن يكون حالا من ضمير صرفت ويجوز أن يكون صفة شرح وعيون الرواية هي التي اختارها العلماء رحمهم الله فان عين الشئ خياره ومتون الدراية المعاني المؤثرة والنكات المتينة وقوله في كل باب يعني من الرواية والدراية وقوله عن هذا النوع اشارة الى الذي وقع في كفاية المنتهي وخاف أن يهجر لاجله الكتاب والاسهاب هو الاطناب وهو التكلم بأزيد من متعارف الاوساط وقوله مع ما أنه دفع لما يتوهم أنه لما وقع موجزا خلا عن الاصول والفصول فكان أولى بالهجر من الاول فقال ليس هو كذلك بل هو مع كونه خاليا عن الاطناب مشتمل على أصول ينسحب عليها فصول وهو كما قال

والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى على الوعد في مبدا بداية المبتدي أن أشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا أرسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين أكاد أنكي عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الاطناب وخشيت أن يهجر لاجله الكتاب فصرفت العنان والعناية الى شرح آخر موسوم بالهداية أجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب مع ما أنه يشتمل على أصول ينسحب عليها فصول وأسأل الله تعالى أن يوفقني

كرم الله سبحانه أن يهدي فيه صوب الصواب وأن يجمع فيه أشتات ما تفرق من لب اللباب ليكون عدة لطالبي الرواية ومرجعا لصارفي العناية في طلب الهداية وإياه سبحانه أسأل أن يجعله خالصا لوجهه الكريم وموجبا لرضاه الموصل الى جنات النعيم هذا واني كنت قرأت تمام الكتاب سنة ثمان عشرة أو تسع عشرة على وجه الاتقان والتحقيق على سيدي الشيخ الامام بقية المجتهدين وخلف الحفاظ المتقنين سراج الدين عمر بن علي الكناني الشهير بقارئ الهداية تغمده الله برحمته وأسكنه بحبوحة جنته وهو قرأه على مشايخ عظام من جملتهم الشيخ الامام شيخ الاسلام علاء الدين السيرامي وهو عن شيخه السيد الامام جلال الدين شارح الكتاب وهو عن شيخه قدوة الانام بقية

(قوله وقوله وحين أكاد أنكي عنه اتكاء الفراغ قيل عدي الاتكاء بعن وان كانت تعديته بعلى لتضمين معنى الفراغ ورد بان معناه حينئذ يكون وحين أكاد أفرغ عنه فراغ الفراغ وهو تركيب فاسد والصحيح أن عنه صلة الفراغ قدم رعاية للسجع) أقول معمول المصدر لا يتقدم عليه على ما نص عليه في كتب النحو ثم أقول قد كتب في هامش كتابي ما هو صورته ويمكن أن يقال على تقدير تضمين معنى الفراغ ليس معنى التركيب ما ذكره هذا الراد بل معناه أكاد أنكي فارغا عنه اتكاء الفراغ ألا يرى الى قول صاحب الكشاف عند قوله تعالى ولتكبروا الله على ما هداكم وانما عدي فعل التكبير بحرف الاستعلاء لكونه متضمنا معنى الحمد كانه قيل ولتكبروا الله حامدين على ما هداكم حيث أبقى الفعل المتضمن على حاله وأبرز المضمن حالا وجعل الجار متعلقا به فكذا يقدر ما نحن فيه ولا يلزم فساد التركيب اه فأقول أو معناه أكاد أفرغ عنه متكئا اتكاء الفراغ على أن يكون المضمن فيه حالا وهو أكثر وأقيس صرح به السيد في حواشي شرح المفتاح (قال المصنف ينسحب) أقول أي ينجر

جزاه الله عن الطلبة خيرا يطلع على ذلك من خدم كتابه حق خدمته فمما ظهر من ذلك قوله في فساد البيع بالشرط كل شرط يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسد البيع فان في كل قيد منه احترازا عما يضاده وجمعا لما يوافقه وقوله لاتمامها واختتامها الضمير للهداية وفي بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما والضمير للشرحين وقوله حتى ان من سمت متصل بتارك للزوائد أو بصرفت وسمت بمعنى علت والمزيد مصدر كالزيادة ومن أعجله الوقت بمعنى عجله أي استحثه واسناده الى الوقت مجاز عقلي كصيام النهار والشعر لابي فراس وقبله

على ربع العامرية وقفة * ليملي علي الشوق والدمع كاتب

ومن عادتي حب الديار لأهلها * والناس فيما يعشقون مذاهب

والفن خير كله أي هذا الفن وهو علم الفقه كله خير فان شئت فارغب في الاقصر والاخصر حفظا وتحصيلا وان شئت في الاطول والاكبر كشفا وتأصيلا وقيل معناه جنس العلم حسن فارغب في أي نوع شئت وهو كلام صحيح لكن لا تقريب له هنا والمراد بالمجموع الثاني هو الهداية وكأنه بعد صرف (٦) العنان والعناية لم يشرع فيه حتى سأله اخوانه الاملاء عليهم فافتتح مستعينا بالله في تحرير أي تقويم ما يقاوله وتلخيصه وفي لفظ المفاعلة مزيد مزاولة ومقاساة ليس في القول وحاولت الشئ أردته ويقال فلان جدير بكذا أي خليق به روى أن صاحب الهداية بقي في تصنيف الكتاب ثلاث عشرة سنة وكان صائما في تلك المدة لا يفطر أصلا وكان يجتهد أن لا يطلع على صومه أحد فاذا أتى خادم بطعام يقول خله ورح فاذا راح كان يطعمه أحد الطلبة أو غيرهم فكان ببركة زهده وورعه كتابه مباركا مقبولا بين العلماء

لاتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن أعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر * والناس فيما يعشقون مذاهب * والفن خير كله ثم سألني بعض اخواني أن أملي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا بالله تعالى في تحرير ما أقاوله متضرعا اليه في التيسير لما أحاوله انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير وحسبنا الله ونعم الوكيل

المجتهدين علاء الدين عبد العزيز البخاري صاحب الكشف والتحقيق وهو عن الشيخ الكبير أستاذ العلماء حافظ الدين النسفي وهو عن شيخه الامام شمس الدين محمد بن علي بن عبد الستار بن محمد الكردري وهو عن شيخه شيخ مشايخ الاسلام حجة الله تعالى على الانام المخصوص بالعناية صاحب الهداية فهذا طريق العبد الضعيف في هذا الكتاب وقرأته قبله من أوله الى فصل الوكالة بالنكاح أو نحوه على قاضي القضاة جمال الدين الحميدي بالاسكندرية وبها قرأت بعضه أيضا على الشيخ زين الدين المعروف بالاسكندري الحنفي بقية المجتهدين والمحققين تغمدهم الله برحمته وألحقهم أكبر من قدري بما لا ينتسب بنسبة علمت أنه من فتح جود القادر على كل شئ فسميته ولله المنة (فتح القدير للعاجز الفقير) ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم

كتاب

(قوله وقوله حتى ان من سمت متصل بتارك للزوائد أو بصرفت) أقول ويجوز أن يكون غاية للتوفيق أو لسؤاله على تقدير تثنية الضمير (قوله ومن أعجله الوقت بمعنى عجله) أقول أي حمله على العجلة (قوله واسناده الى الوقت مجاز عقلي كصيام النهار) أقول الاولى كانبت الربيع البقل (قوله والشعر لابي فراس وقبله

على ربع العامرية وقفة * ليملي علي الشوق والدمع كاتب)

أقول أي يجب علي فان كان هذا اخبارا عن الوجوب كان من عادتي عطفا عليه أو اعتراضا أو حالا عن المجرور في علي وان كان انشاء وايجابا على نفسه فالظاهر أنه اعتراض أو حال (قوله

ومن عادتي حب الديار لأهلها * والناس فيما يعشقون مذاهب)

أقول والناس يحتمل العطف على من عادتي والاعتراض والحالية وما في قوله فيما يعشقون مصدرية أو موصولة (قال المصنف والفن) أقول أي الفقه أو العلم الذي هو فن من فنون الكمالات (قال المصنف خير كله) أقول مطنبه أو موجزه (قال المصنف فافتتحته) أقول أي المجموع الثاني أو املاءه (قال المصنف ما أقاوله) أقول أي أقوله (قال المصنف لما أحاوله) أقول المحاولة طلب الشئ بحيلة

الكتاب والكتابة في اللغة جمع الحروف والكتاب قد يعرف بأنه طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت أنواعا أو لم تشمل فقوله طائفة كالجنس وقوله من المسائل الفقهية احترازعن غيرها وقوله اعتبرت مستقلة أي مع قطع النظر عن تبعيتها للغير أو تبعية غيرها اليها ليدخل فيه هذا الكتاب فانه تابع للصلاة ويدخل كتاب الصلاة فانه مستتبع للطهارة وقد اعتبرا مستقلين أما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح وأما كتاب الصلاة فلكونه المقصود الاصلي فظهر من هذا أن اعتبار الاستقلال قد يكون لانقطاعه عن غيره ذاتا ككتاب اللقطة عن كتاب الآبق وكتاب المفقود وانقطاعهما عن الصلاة والزكاة وقد يكون لمعنى يورث ذلك كانقطاع الصرف عن البيوع والرضاع عن النكاح والطهارة عن الصلاة كما ذكرنا وقوله شملت أنواعا أو لم تشمل لدفع قول من يقول الكتاب اسم لجنس يدخل تحته أنواع من الحكم وكل نوع يسمى بالباب والباب اسم لنوع يشتمل على أشخاص تسمى فصولا فان الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون فان من الكتب ما لا يذكر فيه باب ولا فصل ككتاب اللقطة واللقيط والآبق وغيرها على ما يأتي فلو لم يذكر ذلك لربما توهم ذلك فذكره دفعا لذلك والطهارة في اللغة ظاهرة وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل لمزيل الحدث أو الخبث عما تتعلق به الصلاة والمراد أعم من أن يكون طبعا أو شرعا وكلمة أو ليست بمانعة الجمع فلا يفسد بها الحد وقوله عما تتعلق به الصلاة ليتناول المكان فان طهارته شرط على ما يأتي وركنها استعمال المزيل وشرط وجوبها الحدث أو الخبث وسببها وجوب الصلاة لا وجودها الان (٧) وجودها مشروط بها فكان متأخرا عنها والمتأخر لا يكون سببا للمتقدم وحكمها اباحة الصلاة أو مايضاهيها لمن قامت به وانما جمع الطهارات نظرا الى أنواعها ولا يشكل بالصلاة والزكاة لان الاتيان بالجمع في مثله أحد الجائزين فلا يرد تركه نقضا ووجه تخصيص الطهارة بذلك أن أنواعها أحق بالتنبيه عليها لتفاوتها من حيث الحقيقة والحكم والخفة والغلظ بخلاف أنواع الصلاة والزكاة ولا يشكل بصلاة الجنازة لانها دعاء وانما ابتدأ بكتاب الطهارة لانها مفتاح الصلاة التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الايمان على كل عبادة قال رحمه الله (قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) تبرك المصنف رحمه الله

﴿ كتاب الطهارات ﴾

قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم الآية (ففرض الطهارة غسل

﴿ كتاب الطهارات ﴾

جمعها على ارادة الانواع باعتبار متعلقها من الحدث والخبث وآلتها من الماء والتراب وسبب وجوبها قيل الحدث والخبث ورد بانهما ينقضانها فكيف يوجبانها وقد يقال لا منافاة بين نقضهما شرعا الصفة الحاصلة عن تطهير سابق وايجاب تطهير آخر مستأنف والاولى أن يقال السببية انما تثبت بدليل الجعل لا بمجرد التجويز وهو مفقود واختار وا أنه ارادة ما لا يحل الا بها ولا يخفى أن مجرد الارادة لا يظهر وجه ايجابها شيأ لانها لا تستلزم لحوق الشروع المستلزم عدم الطهارة في الصلاة لو لم تتقدم فحقيقة سببها وجوب ما لا يحل الا بها لما عرف أن ايجاب الشئ يتضمن ايجاب شرطه لا لفظ الغة وكون الارادة مضمرة

(قوله والكتاب قد يعرف) أقول يعني الكتاب الذي يذكر في الكتب الفقهية حتى لا ينتقض بما في غيرها (قوله بأنه طائفة من المسائل الفقهية) أقول أي الالفاظ المخصوصة الدالة على طائفة الخ وانما ابتدأ بكتاب الطهارة لانها مفتاح الصلاة التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الايمان على كل عبادة وقدم الطهارة على الصلاة لان الطهارة شرط لازم مقدم على الصلاة لا تجوز الصلاة الا بالطهارة (قوله والباب اسم لنوع يشتمل على أشخاص) أقول الظاهر أصناف (قوله والطهارة في اللغة ظاهرة وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل لمزيل الحدث أو الخبث) أقول فيه بحث (قوله أو شرعا) أقول كالتراب (قوله وسببها وجوب الصلاة لا وجودها) أقول أي سبب وجوبها ثم أقول فيه بحث (قوله لتفاوتها من حيث الحقيقة الخ) أقول فيه بحث (قوله بخلاف أنواع الصلاة) قال عصام الدين فان حقيقة الصلاة متحدة وهي الاركان المخصوصة واختلافها الى الفرض والواجب والنفل وغيرها بالعوارض وانما يكتفى بالايماء عند الضرورة اقامة لبعض الركوع والسجود مقام الكل وصلاة الجنازة مجاز لانها بعض الصلاة المطلقة (قوله بخلاف أنواع الصلاة والزكاة) أقول فان حقيقة الزكاة اتيان جزء من المال (قوله ولا يشكل بصلاة الجنازة لانها دعاء) أقول واطلاق الصلاة عليها مجاز وذكرها في الصلاة كذكر سجدة التلاوة فيه (قوله وانما ابتدأ بكتاب الطهارة لانها مفتاح الصلاة الخ) أقول وتخصيص الطهارة من بين سائر الشرائط

بتقديم الآية الدالة على فرضية الوضوء على حكمها وان كانت القاعدة في الدعاوى تقديم المدعى ومعنى قوله اذا قمتم اذا أردتم القيام من باب ذكر المسبب وارادة السبب الخاص فان الفعل الاختياري لا يوجد بدون الارادة وذلك مجاز شائع كما عرف في موضعه وليس في هذا الموضع التفات كما توهمه بعض الشارحين وظاهر الآية يقتضي وجوب الوضوء على كل قائم الى الصلاة وهو مذهب أهل الظاهر محدثا كان أو غيره والجمهور على خلافه قالوا معناه (٨) اذا قمتم الى الصلاة وأنتم محدثون لئلا يلزم تفويت المقصود الاصلي بالاشتغال بمقدماته

الاعضاء الثلاثة ومسح الرأس) بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد الوجه من

في قوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا يفيد تعليق وجوب الطهارة بالارادة المستلحقة الشروع وليس ذلك الا لان الشروع مشروط بها فآل الامر الى أن وجوبها بسبب فعل مشروطها الا أن وجوبها بوجوبه ظاهر وأما بنفله فليس فيه الا الارادة اذ لا وجوب الا بعد الشروع عند بعض الائمة ولا نعلم قائلا بوجوب الطهارة بمجرد ارادة النافلة حتى يأثم بتركها وان لم يصلها وجعلها سببا بشرط الشروع يوجب تأخر وجوب الوضوء وفيه الحذور فان ايجابه شرطا يجاب تقديمه عليه ويمكن كون ارادة النافلة سبب وجوب أحد الامرين اما الوضوء واما ترك النافلة على معنى عدم الخلو فيجوز اجتماعهما فهي حينئذ سبب وجوب واجب مخير فيصدق أنها سبب وجوبه في الجملة وهذا كله على تقدير كونها سبب وجوب الاداء أما اذا جعلت سبب أصل الوجوب فالاشكال أخف وأركانها في الحدث الاصغر أربعة مذكورة في الكتاب وفي الاكبر غسل ظاهر البدن والفم والانف وفي الخبث ازالة العين بالمائع الطاهر واستعماله ثلاثا فيما لا يرى (قوله بهذا النص) لنفي أن وجوب غسل الرجل بالحديث فقط ووجهه أن قراءة نصب الرجل عطف على المغسول وقرئ به جرها كذلك والجر للمجاورة وعليه أن يقال بل هو عطف على المجرور وقراءة النصب عطف على محل الرؤس وهو محل يظهر في الفصيح وهذا أولى لتخريج القراءتين به على المطرد بخلاف تخريج الجر على الجوار وقول ابن الحاجب ان العرب اذا اجتمع فعلان متقاربان في المعنى ولكل متعلق جوزت حذف أحدهما وعطف متعلق المحذوف على متعلق المذكور كأنه متعلقه كقولهم متقلدا سيفا ورمحا وتقلدت بالسيف والرمح وعلفتها تبنا وماء باردا والحمل على الجوار ليس بجيد اذ لم يأت في القرآن ولا كلام فصيح انتهى انما يتم اذا كان اعراب المتعلقين من نوع واحد كما في علفتها وسقيتها وهنا الاعراب مختلف لانه على ما قال يكون الارجل منصوبا لانه معمول اغسلوا المحذوف فحين ترك الى الجر لم يكن الا لمجاورة اعراب الرؤس فما هرب منه وقع فيه فان قلت حاصل هذا تجويز أن يراد بالنص هذا الوجه من الاستعمال وتجويز لا يوجب وقوعه بل حتى توجبه قرينة كتعيين بعض مفاهيم المشترك وذلك منتف هنا قلت الجواب بل ثابت وهو اطباق رواة وضوئه صلى الله عليه وسلم على حكاية الغسل ليس غير فكانت السنة قرينة منفصلة توجب ارادة استعمال الموافق لها بالنص هذا وقد ورد الحمل على الجوار في بعض الاحاديث فان صحت وقلنا بجواز الاستدلال بالحديث في العربية لم يصح قوله ولا كلام فصيح وفي المسئلة ثلاثة مذاهب الاطلاق والمنع والتفصيل بين كون الراوي عربيا فنعم أو عجميا فلا وحمل النصب على حالة ظهور الرجل والجر على المسح حالة استتارها بالخف حملا للقراءتين على الحالتين قال في شرح المجمع فيه نظر لان الماسح على الخف ليس ماسحا على الرجل حقيقة ولا حكما لان الخف اعتبر مانعا سراية الحدث الى القدم فهي طاهرة وما حل بالخف أزيل بالمسح فهو على الخف حقيقة وحكما (قوله والغسل الاسالة) يفيد أن

بالتقديم لكثرة مباحثها وزيادة تأكدها حيث لا تسقط أصلا والنية وان كانت كذلك الا أن الطهارة أقدم منها وجودا وأخص بالصلاة لاستواء نسبة النية الى جميع العبادات (قوله ومعنى قوله تعالى اذا قمتم اذا أردتم القيام) أقول أو اذا أردتم الصلاة (قوله والجمهور على خلافه قالوا معناه اذا قمتم الى الصلاة وأنتم محدثون لئلا يلزم تفويت المقصود الاصلي بالاشتغال بمقدماته الخ) أقول فيه أن الجمهور قالوا القيام مجاز اما عن ارادته أو ارادة الصلاة وحينئذ اذا لم تقيد الآية بقوله وأنتم محدثون لا يلزم المحذور الذي ذكره فان ارادة القيام لا يتجدد كالقيام اذ يجوز أن يريده قبله بمدة فلا يفيد الوجه الاول وجوب تقييدها على تفسير الجمهور كما لا يخفى نعم هو دليل على أن القيام ليس على حقيقته بل أريد به الارادة وجوابه أنه مما شاع مع أهل الظاهر في أنه ليس مجازا عن الارادة فتأمل

الدالة

الاول بأن الجلوس فى الوضوء ليس بواجب فلا يتم ماذكرتم وعلى الثانى بأن الآية بعبارتها تدل على وجوب الوضوء على كل قائم وآية التيمم تدل بدلالتها على وجوبه على المحدثين والعبارة قاضية على الدلالة كما عرف والجواب عن الاول سلمنا أن الجلوس فى الوضوء غير واجب لكن خلاف ماذكرنا يفضى الى وجوب القيام للوضوء دائما لان أداء الصلاة لا يتحقق اذ ذاك الا اذا توضأ قائما وذلك باطل بالاجماع ومايفضى الى الباطل باطل واذا ثبت هذا ظهر أن ظاهر الآية غير مراد فلا تقتضى عبارته الوضوء على كل قائم فتسلم الدلالة عن المعارض ويسقط السؤال الثانى واعترض بأن الاستدلال بالدلالة فاسد ههنا لانها تدل على اشتراط وجوب التيمم بوجود الحدث والتيمم بدل ويجوز أن يخالف البدل الاصل فى الشرط فانه خالفه فى اشتراط النية وهى شرط لا محالة والجواب أن كلامنا فى مخالفة البدل الاصل فى شرط السبب فان ارادة القيام الى الصلاة بشرط الحدث سبب لوجوب التيمم والبدل لا يخالف الاصل فى سببه وماذكرتم ليس بشرط السبب فان ارادة القيام الى الصلاة بشرط نية التيمم ليست بسبب له وانما النية شرط صحة التيمم لا شرط سببه قال (ففرض الطهارة) الفاء للتعقيب دخلت على الحكم بعد ذكر الدليل والفرض بمعنى المفروض والمراد بالطهارة الوضوء والاضافة للبيان وانما فسر الغسل والمسح مع ظهور معناهما اشارة الى دفع ماذهب اليه الشافعى من تكرار مسح الرأس على ماسيجىء والى أن البلل بالماء فى المغسولات لا يسقط الفرض كما روى عن أبى يوسف رحمه الله وقصاص الشعر (٩) منتهاه وغايته فى الرأس وفى القاف ثلاث

قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتى الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها

لغات والضم أعلاها وقوله (وهو مشتق منها) اعترض عليه بأن الثلاثى لا يكون مشتقا من المنشعبة وليس بشئ لان ذلك فى الاشتقاق الصغير وأما فى الاشتقاق الكبير وهو أن يكون بين كلمتين تناسب فى اللفظ والمعنى فهو جائز والمرفقان والكعبان يدخلان فى الغسل عندنا وقال زفر لا يدخلان لان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل فى الصوم وهذا الذى ذكره المصنف لزفر يخالف ماذكر له فى نسخ الاصول فان المذكور له فيها تعارض

الدلك ليس من حقيقته خلافا لمالك فلا يتوقف تحققه عليه ومرجعهم فيه قول العرب غسلت المطر الارض وليس فى ذلك الا الاسالة وهو ممنوع بان وقعها من علو خصوصا مع الشدة والتكرار أى ذلك وهم لا يقولونه الا اذا نظفت الارض وهو انما يكون بدلك وبانه غير مناسب للمعنى المعقول من شرعية الغسل وهو تحسين هيئة الاعضاء الظاهرة للقيام بين يدى الرب سبحانه وتعالى تخفيفا والا فالقياس الكل والناس بين حضرى وقروى خشن الاطراف لا يزيل ما استحكم فى خشونتها الا الدلك فالاسالة لا تحصل مقصود شرعيتها ثم حد الاسالة التى هى الغسل أن يتقاطر الماء ولو قطرة عندهما وعند أبى يوسف يجزئ اذا سال على العضو وان لم يقطر (قوله من قصاص الشعر) خرج مخرج العادة وانما طوله من مبدإ سطح الجبهة الى أسفل اللحيين حتى لو كان أصلع لا يجب من قصاصه ويجزئ المسح على الصلعة فى الاصح والقصاص مثلث القاف (قوله والى شحمتى الاذن) يعطى ظاهره وجوب ادخال البياض المعترض بين العذار والاذن بعد نباته وهو قولهما خلافا لابى يوسف لان المسقط هو النابت ولم يقم به ويعطى أيضا وجوب الاسالة على شعر اللحية لانه أوجب غسل الوجه وحده بذلك واختلفت فيه الروايات عند أبى حنيفة فعنه يجب مسح ربعها وعنه مسح مايلاقى البشرة وعنه لا يتعلق به شئ وهو رواية عن أبى يوسف وعن أبى يوسف استيعابها وأشار محمد رحمه الله فى الاصل الى أنه يجب غسل كله قيل وهو الاصح وفى الفتاوى الظهيرية وعليه الفتوى لانه قام مقام البشرة فتحول الفرض اليه كالحاجب وقال فى البدائع عن ابن شجاع انهم رجعوا عما سوى هذا كل هذا فى الكثة أما الخفيفة التى ترى بشرتها فيجب ايصال

(٢ — فتح القدير اول)

الاشباه وهو أن من الغايات مايدخل كقوله قرأت القرآن من أوله الى آخره ومنها مالا يدخل كما فى قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقوله ثم أتموا الصيام الى الليل وهذه الغاية أعنى المرافق تشبه كلا منهما فلا تدخل بالشك وتأويل كلام المصنف أن هذه الغاية أعنى المرافق لا تدخل بتعارض الاشباه كما تدخل فى قوله الى الليل ولنا أن هذه الغاية لاسقاط ماوراءها يعنى أن الغاية على نوعين نوع يكون لما الحكم اليها ونوع يكون لاسقاط ماوراءها والفاصل بينهما حال صدر الكلام

(قوله وانما النية شرط صحة التيمم) أقول يجوز مخالفة البدل الاصل فيه ألا يرى أن امتناع الاصل شرط صحة البدل ولا يتصور اشتراطه لصحة الاصل (قوله ففرض الطهارة) قال عصام الدين الفاء للتفريع والسببية فرض الشئ مالا بد لذلك الشئ منه فى وجوده وجاز ثبوته بدليل ظنى والشئ الفرض ماثبت لزومه بدليل قطعى ويكفر جاحده وقد يطلق على مايلزم عملا وان جاز أن يخالف اجتهادا كالوتر عند أبى حنيفة رحمه الله واضافة الفرض الى الطهارة بمعنى اللام أى مالا بد لها منه ويوقف وجودها عليه وقيل الاضافة بيانية أى الطهارة المفروضة مجموع هذا الغسل والمسح فيفيد أنهما ركنان لها (قوله والمراد بالطهارة الوضوء والاضافة للبيان) أقول ويجوز أن تكون بمعنى اللام (قال المصنف لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها) أقول القول باشتقاق الثلاثى من المزيد اذا كان المزيد أشهر فى المعنى الذى يشتركان فيه شائع كما جعل صاحب الكشاف الرعد مشتقا من الارتعاد لانه أشهر فى معنى الاضطراب

فان كان متناولا لما وراءها كانت للثانى والا فللاول وما نحن فيه من الثانى لان ذكر اليد يتناول الاباط بدليل أن الصحابة رضى الله عنهم وهم أهل اللسان فهموا ذلك من آية التيمم (١٠) فتبقى المرفق داخلة بخلاف ذكر الصوم فانه يتناول الامساك ساعة فكانت لمد الحكم

(والمرفقان والكعبان يدخلان فى الغسل) عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل فى باب الصوم ولنا أن هذه الغاية لاسقاط ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفى باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتئ هو الصحيح ومنه الكاعب قال (والمفروض فى مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس) لما روى المغيرة بن شعبة

الماء الى ما تحتها ولو أمر الماء على شعر الذقن ثم حلقه لا يجب غسل الذقن وفى البقالى لو قص الشارب لا يجب تخليله وان طال يجب تخليله وايصال الماء الى الشفتين وكان وجهه أن قطعه مسنون فلا يعتبر قيامه فى سقوط غسل ما تحته بخلاف اللحية فان اعفاءها هو المسنون بخلاف ما لو نبتت جلدة لا يجب قشرها وايصال الماء الى ما تحتها بل لو أسال عليها أجزأ لانه مخير فى قشرها اذ لم ينقل فيه سنة والاصل العدم فلم يعتبر قيامها مانعا من الغسل والمصنف فى التجنيس عد ايصال الماء الى منابت شعر الحاجبين والشارب من الآداب من غير تفصيل وأما الشفة فقيل تبع للفم وقال أبو جعفر ما انكتم عند انضمامه تبع له وما ظهر فللوجه وفى الجامع الاصغر ان كان وافر الاظفار وفيها درن أو طين أو عجين أو المرأة تضع الحناء جاز فى القروى والمدنى قال الدبوسى هذا صحيح وعليه الفتوى وقال الاسكاف يجب ايصال الماء الى ما تحته الا الدرن لتولده منه وقال الصفار فيه يجب الايصال الى ما تحته ان طال الظفر وهذا حسن لان الغسل وان كان مقصورا على الظواهر لكن اذا طال الظفر يصير بمنزلة عروض الحائل كقطرة شمعة ونحوه لانه عارض وفى النوازل يجب فى المصرى لا القروى لان دسومة أظفار المصرى مانعة وصول الماء بخلاف القروى ولو لزق بأصل ظفره طين يابس ونحوه أو بقى قدر رأس الابرة من موضع الغسل لم يجز ولا يجب نزع الخاتم وتحريكه اذا كان واسعا والمختار فى الضيق الوجوب ولو قطعت يده أو رجله فلم يبق من المرفق والكعب شئ يسقط الغسل ولو بقى وجب ولو طال أظفاره حتى خرجت عن رؤس الاصابع وجب غسلها قولا واحدا ولو خلق له يدان على المنكب فالنامية هى الاصلية يجب غسلها والاخرى زائدة فما حاذى منها محل الفرض وجب غسله وما لا فلا (قوله هو يقول الغاية لا تدخل) أى هذه الغاية المذكورة هنا لا تدخل تحت المغيا فاللام للعهد الذكرى غايته أنه لم يبين وجهه وقوله كالليل فى الصوم تنظير لا قياس لعدم الجامع فاندفع ما قيل المقرر فى الاصول لزفر الاستدلال بتعارض الاشباه وهو أن من الغايات ما يدخل ومنها ما لا فاحتملت هذه كلا منهما فلا تدخل بالشك وأيضا ما بعد المرفق والكعب فى دخوله فى مسمى اليد والرجل اشتباه فبتقدير دخوله تدخل وبعدمه لا للاصل المقرر وهو أن ما بعد الغاية ان دخل فى المسمى لولا ذكرها دخل والا فلا تدخل بالشك وما أورد على هذا الاصل من أنه لو حلف لا يكلم فلانا الى غد لا يدخل مع أنه يدخل لو تركت الغاية غير قادح فيه لان الكلام هنا فى مقتضى اللغة والايمان تبنى على العرف وجاز أن يخالف العرف اللغة وكونه صلى الله عليه وسلم أدار الماء على مرافقه لا يستلزم الافتراض لجواز كونه على وجه السنة كالزيادة فى مسح الرأس الى أن استوعبه ولا مخلص الا بنقل دخولها فى المسمى لغة وهو أوجه القولين بشهادة غلبة الاستعمال به وكونه اذا كان كذلك فتكون الغاية داخلة لغة وأيضا على تقدير ما قال يثبت الاجمال فى دخولها فيلتحق به قوله عليه السلام ويل للاعراقيب من النار بيانا للنوعد على تركه فيكون اقتصاره صلى الله عليه وسلم على المرافق وقع بيانا للمراد من اليد فيتعين دخول ما أدخله وقوله اغسل يدك للاكل من اطلاق اسم الكل على البعض اعتمادا على القرينة (قوله هو الصحيح) احتراز عما روى هشام عن محمد رحمه الله أنه الذى فى وسط الرجل عند معقد الشراك فان

اليها فيبقى الليل خارجا (والكعب هو العظم الناتئ) النتء والنتوء الارتفاع وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه هشام عن محمد أنه قال هو المفصل الذى فى وسط القدم عند معقد الشراك قال لان الكعب اسم للمفصل ومنه كعوب الرمح والذى فى وسط القدم مفصل وهو المتيقن به وهذا صحيح فى المحرم اذا لم يجد نعلين فانه يقطع خفيه أسفل من الكعبين فأما فى الطهارة فلا شك أنه العظم الناتئ المتصل بعظم الساق ومنه الكاعب وهى الجارية التى يبدو ثديها للنهود (قوله والمفروض فى مسح الرأس) أى المقدر على جهة الفرضية (مقدار الناصية وهو ربع الرأس) وهو كما ترى يشير الى أنه يجوز من أى جانب كان واستدل على ذلك بقوله لما روى المغيرة ابن شعبة أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه ولم يقتصر على ايراد الحديث بقوله ومسح على ناصيته مع حصول المقصود به لان نقل الحديث بما يتلوه من الحكاية يوجب صحته ووكادته قيل هو حديث واحد وقيل حديثان جمع القدورى بينهما فان الحديث الذى ذكر فيه السباطة لم يذكر فيه المسح على الناصية والذى ذكر فيه المسح عليها لم يذكر فيه السباطة

مراد

(قوله وما نحن فيه من الثانى لان ذكر اليد يتناول الاباط الخ) أقول منقوض بقرأت الهداية الى البيوع

والسباطة الكناسة من باب ذكر الحال وارادة المحل وقوله (والكتاب مجمل فالتحق ببيانه) جواب عما يقال حديث المغيرة خبر واحد لا يزاد به على الكتاب ووجهه أنه ليس من باب الزيادة على الكتاب بل الكتاب مجمل فالتحق الخبر ببيانه ويجوز أن يقع خبر الواحد بيانا لمجمل الكتاب وفيه بحث وهو أنا لا نسلم أن الكتاب مجمل لان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل والعمل بهذا النص ممكن بحمله على الاقل لتيقنه سلمنا أنه مجمل والخبر بيان له ولكن الدليل أخص من المدلول فان المدلول مقدار الناصية وهو ربع الرأس والدليل يدل على تعين الناصية ومثله لا يفيد المطلوب سلمناه ولكن لا نسلم أن مقدار الناصية فرض لان الفرض ما ثبت بدليل قطعي وخبر الواحد لا يفيد القطع سلمناه ولكن لازمه وهو تكفير الجاحد منتف فينتفي الملزوم والجواب أنا لا نسلم (١١) أن العمل به قبل البيان ممكن قوله بحمله

أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق ببيانه وهو حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره بعض أصحابنا بثلاث أصابع من أصابع اليد لانها أكثر ما هو الاصل في آلة المسح

مراد محمد بذلك الكعب الذي يقطع المحرم أسفله من الخف اذا لم يجد نعلين (قوله والكتاب مجمل) أي في حق الكمية لكن الشافعي رحمه الله يمنعه ويقول هذا مطلق لا مجمل فانه لم يقصد الى كمية مخصوصة أجمل فيها بل الى الاطلاق ليسقط بأدنى ما يطلق عليه مسح الرأس على أن الذي في حديث المغيرة مسح على ناصيته لا يقتضي استيعاب الناصية لجواز كون ذكرها لدفع توهم أنه مسح على الفود أو القذال فلا يدل على مطلوبكم ولو نظرنا اليه على ما رواه مسلم عن المغيرة أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ فمسح بناصيته كان محل النزاع في الباء كالآية أنها للتبعيض أولا ولو قلنا انها للالصاق لزم التبعيض بصريح تقريركم في قوله تعالى وامسحوا برؤسكم لدخولها على المحل كما سنذكر فالاولى أن يستدل برواية أبي داود عن أنس رضي الله عنه رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وعليه عمامة قطرية فأدخل يديه من تحت العمامة فمسح مقدم رأسه وسكت عليه أبو داود فهو حجة وظاهره استيعاب تمام المقدم وتمام مقدم الرأس هو الربع المسمى بالناصية وقطرية بكسر القاف وسكون الطاء المهملة ثياب حمر لها أعلام منسوبة الى قطر موضع بين عمان وسيف البحر عن الازهري وقال غيره ضرب من البرود فيه حمرة ولها أعلام فيها بعض الخشونة ومثله ما رواه البيهقي عن عطاء أنه صلى الله عليه وسلم توضأ فحسر العمامة ومسح مقدم رأسه أو قال ناصيته فانه حجة وان كان مرسلا عندنا كيف وقد اعتضد بالمتصل بقي شيء وهو أن ثبوت الفعل كذلك لا يستلزم نفي جواز الاقل فلا بد فيه من ضم الملازمة القائلة لو جاز الاقل لفعله مرة تعليما للجواز ونسلم وقد تمنع بأن الجواز اذا كان مستفادا من غير الفعل لم يحتج اليه فيه وهنا كذلك نظرا الى الآية فان الباء فيها للتبعيض وذلك لا يفيد نفي جواز الاقل فيرجع البحث الى دلالة الآية ونقول فيه ان الباء للالصاق وهو المعنى المجمع عليه لها بخلاف التبعيض فان المحققين من أئمة العربية ينفون كونه معنى مستقلا للباء بخلاف ما اذا جاء في ضمن الالصاق كما فيما نحن فيه فان الصاق الآلة بالرأس الذي هو المطلوب لا يستوعب الرأس فاذا ألصق فلم يستوعب خرج عن العهدة بذلك البعض لا لانه هو المفاد بالباء وتمام تحقيقه فيما كتبناه على البديع في الاصول وحينئذ يتعين الربع لان اليد انما تستوعب قدره غالبا فلزم وأما رواية جواز قدر الثلاث الاصابع وان صححها بعض المشايخ نظرا الى أن الواجب الصاق اليد والاصابع أصلها ولهذا يلزم كمال دية اليد بقطعها والثلاث أكثرها وللاكثر حكم الكل

على الاقل قلنا لا أقل من شعرة والمسح عليها لا يمكن الا بزيادة عليها وما لا يمكن الفرض الا به فهو فرض والزيادة غير معلومة فتحقق الاجمال في المقدار والبيان انما يكون لما فيه الاجمال فكان الناصية بيانا للمقدار لا للمحل المسمى ناصية اذ لا اجمال في المحل فكان من باب ذكر الخاص وارادة العام وهو مجاز شائع فكانا متساويين في العموم والاصل أن خبر الواحد اذا لحق بيانا للمجمل كان الحكم بعده مضافا الى المجمل دون البيان والمجمل من الكتاب والكتاب دليل قطعي ولا نسلم انتفاء اللازم لان الجاحد من لا يكون مؤولا وموجب الاقل أو الاستيعاب مؤول يعتمد شبهة قوية وقوة الشبهة تمنع التكفير من الجانبين ألا ترى أن أهل البدع لم يكفروا بما منعوا مما دل عليه الدليل القطعي في نظر

أهل السنة لتأويلهم واذا ثبت ما ذكرنا كان حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراطه الاستيعاب (قوله وفي بعض الروايات قدره بعض أصحابنا بثلاث أصابع لانها أكثر ما هو الاصل في آلة المسح) وهي الاصابع قيل هي ظاهر الرواية لكونها المذكورة في الاصل فكان ينبغي أن يقول على ظاهر الرواية وعلى هذه الرواية لو وضع الاصابع ولم يمدها جاز بخلاف الاولى قال

(قوله والسباطة الكناسة من باب ذكر الحال وارادة المحل) أقول اذ المراد ملقى كناستهم (قوله والجواب أنا لا نسلم أن العمل به قبل البيان ممكن) أقول ظاهر ما ذكر مقابلة المنع بالمنع والظاهر أن في كلامه مسامحة فتأمل (قوله فكان من باب ذكر الخاص وارادة العام وهو مجاز شائع وكانا متساويين في العموم) أقول فيه بحث (قوله وعلى هذه الرواية لو وضع الاصابع ولم يمدها جاز بخلاف الاولى) أقول وفي الكفاية فانه لا يجوز حتى يمدها فتصيب البلة ربع رأسه اه

وهو المذكور في الاصل فيحمل على أنه قول محمد رحمه الله لما ذكر الكرخي والطحاوي عن أصحابنا أنه مقدار الناصية ورواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ويفيد أنها غير المنصور رواية قول المصنف وفي بعض الروايات قدره ودرايته أن المقدمة الاخيرة في حيز المنع لان هذا من قبيل المقدر الشرعي بواسطة تعدي الفعل الى تمام اليد فان به يتقدر قدرها من الرأس وفيه يعتبر عين قدره وقولنا عين قدره لانه لو أصاب المطر قدر الفرض سقط ولا تشترط اصابته باليد لان الآلة لم تقصد الا للايصال الى المحل فحيث وصل استغنى عن استعمالها ولو مسح ببلل في يده لم يأخذه من عضو آخر جاز لان أخذه ولو باصبع واحدة مدها قدر الفرض جاز عند زفر وعندنا لا يجوز وعللوه بأن البلة صارت مستعملة وهو مشكل بأن الماء لا يصير مستعملا قبل الانفصال وما قيل الاصل ثبوت الاستعمال بنفس الملاقاة لكنه سقط في المغسول للحرج اللازم بالزام اصابة كل جزء بأسالة غير المسال على الجزء الآخر ولا حرج في المسح لانه يحصل بمجرد الاصابة فبقي فيه على الاصل دفع بأنه مناقض لما علل به لابي يوسف رحمه الله في مسئلة ادخال الرأس الاناء فان الماء طهور عنده فقالوا المسح حصل بالاصابة والماء انما يأخذ حكم الاستعمال بعد الانفصال والمصاب به لم يزايل العضو حتى عدل بعض المتأخرين الى التعليل بلزوم انفصال بلة الاصبع بواسطة المد فيصير مستعملا لذلك بخلاف المصاب في ادخال الرأس الاناء وهذا كله يستلزم أن مد اصبعين لا يجوز وقد صرح بوابه وكذا يستلزم عدم جواز مد الثلاث على القول بأنه لا يجزئ أقل من الربع وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لانه ان أخذ الاستعمال بالملاقاة أو انتقلت البلة لزم ذلك لكني لم أر في مد الثلاث الا الجواز واختيار شمس الائمة أن المنع في مد الاصبع والاثنتين غير معلل باستعمال البلة بدليل أنه لو مسح باصبعين في التيمم لا يجوز مع عدم شئ يصير مستعملا خصوصا اذا تيمم على الحجر الصلد بل الوجه عنده أنا مأمورون بالمسح باليد والاصبعان منها لا تسمى يدا بخلاف الثلاث لانها أكثر ما هو الاصل فيها وهو حسن لكنه يقتضي تعيين الاصابة باليد وهو منتف بمسئلة المطر وقد يدفع بأن المراد تعيينها أو ما يقوم مقامها من الآلات عند قصد الاسقاط بالفعل اختيارا غير أن لازمه كون تلك الآلة التي هي غير اليد مثلا قدر ثلاث أصابع من اليد حتى لو كان عودا مثلا لا يبلغ ذلك القدر قلنا بعدم جواز مده وقد يقال عدم الجواز بالاصبع بناء على أن البلة تتلاشى وتفرغ قبل بلوغ قدر الفرض بخلاف الاصبعين فان الماء ينحمل فيه بين الاصبعين المضمومتين فضل زيادة تحتمل الامتداد الى قدر الفرض وهذا مشاهد أو مظنون فوجب اثبات الحكم باعتباره فعلى اعتبار صحة الاكتفاء بقدر ثلاث أصابع يجوز مد الاصبعين لان ما بينهما من الماء يمتد قدر اصبع ثالث وعلى اعتبار توقف الاجزاء على الربع لا يجوز لان ما بينهما مما لا يغلب على الظن ايعابه الربع الا أن هذا يعكر عليه عدم جواز التيمم باصبعين وأما الجواز بجوانب الاصبع فانه بناء على رواية الاكتفاء بثلاث أصابع ولو أدخل رأسه اناء ماء ناويا المسح فعند أبي يوسف يجوز عن الفرض والماء طهور وعند محمد لا يجوز والماء مستعمل وقول أبي يوسف أحسن لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال الا بعد الانفصال والذي لاقى الرأس من أجزائه لصق به فطهره وغيره لم يلاقه فلم يستعمل وفيه نظر ثم محل المسح ما فوق الأذنين فلو مسح على شعره أجزأه بخلاف ما لو كانت ذؤابته مشدودتين على رأسه فمسح على أعلاهما فانه لا يجوز والمسنون في كيفية المسح أن يضع كفيه وأصابعه على مقدم رأسه آخذا الى قفاه على وجه يستوعب ثم يمسح أذنيه على ما يذكره وأما مجافاة السباحتين مطلقا لمسح بهما الاذنين والكفين في الادبار ليرجع بهما على الفودين فلا أصل له في السنة لان الاستعمال لا يثبت قبل الانفصال والاذنان من الرأس حتى جاز اتحاد بلتهما ولان أحدا ممن حكى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يؤثر عنه ذلك فلو كان ذلك من الكيفيات المسنونة وهم شارعون في حكايتها لترتكب وهي غير متبادرة لنصوا عليها وفي فتاوى أهل سمرقند اذا دهن رجليه ثم توضأ وأمر الماء على رجليه ولم يقبل الماء الدسومة جاز الوضوء لانه وجد غسل الرجلين

واعلم

(وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء) لما فرغ من فرائض الوضوء بين سننه والسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وحكمها أن يثاب على الفعل ويستحق الملامة بالترك لا غير وسنن الطهارة أي الوضوء والاضافة للبيان وانما جمع دون الفرض لان الفرض في الاصل مصدر فروعي ذلك واستغنى عن الجمع بخلاف السنة وذكر الاناء وقع على عادتهم فانهم كانوا يتوضؤن من الانوار وطريق غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء أن يأخذ الاناء بشماله ان كان صغيرا ويصب على يمينه فيغسلها ثلاثا وان كان كبيرا لا يمكنه رفعه يأخذ عنه الماء بانا آخر صغيرا ان كان معه فيصبه بشماله على يمينه والا يدخل أصابع يده اليسرى مضمومة دون الكف ويصب على يمينه فيغسلها ثلاثا ثم يدخل اليمين وقوله اذا استيقظ المنوضئ نقل عن شمس الائمة الكردري أنه شرط حتى اذا لم يستيقظ لا يسن غسلهما وقيل هو شرط اتفاقي خص المصنف غسلهما بالمستيقظ تبركا بلفظ الحديث والسنة تشمل المستيقظ وغيره وعليه الاكثرون ووجه التمسك بالحديث أن الوضوء واجب وقد لا يتوصل اليه الا بالغمس والغمس حرام حتى يغسل اليد ثلاثا فيكون الغمس والغسل واجبين لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لكن تركنا الوجوب الى السنة في الغسل لانه صلى الله عليه وسلم علل بتوهم النجاسة وتوهمها لا يوجب التنجس الموجب للغسل فكان دليلا على التورع والاحتياط وقوله ولان اليد آلة التطهير مبناه أيضا على أن ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لكنه ترك لان طهارة العضو حقيقة وحكما تدل على عدم الوجوب والرسغ منتهى الكف عند المفصل وقوله (وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء) قال الطحاوي هو أن يقول باسم الله العظيم والحمد لله على دين الاسلام هو المنقول عن السلف وقيل انه مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء لمن لم يسم الله ووجه ذلك أن لا النفي الجنس فيحقيقته يقتضي أن لا يكون وضوء الا بتسمية واليه ذهب أصحاب الظواهر وأحمد وجعلوا التسمية من شروط الوضوء لكنا قلنا المراد به نفي الفضيلة لئلا يلزم نسخ آية الوضوء به فان قيل حينئذ كان كقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وهو أفاد الوجوب أجيب بأن خبر الفاتحة مشهور دونه والحكم يثبت بقدر دليله وليس بشئ لانه لو كان كذلك لجاز به الزيادة على الكتاب وليس كذلك وبأن النبي صلى الله عليه وسلم واظب على الفاتحة

قال (وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المنوضئ من نومه) لقوله عليه السلام اذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري أين باتت يده ولان اليد آلة التطهير فتسن البداءة بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف قال (وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء) لقوله عليه الصلاة والسلام لا وضوء لمن لم يسم الله والمراد به نفي

واعلم أن حديث المغيرة المذكور في الكتاب تمام متنين رواهما المغيرة أحدهما ما قدمناه من رواية مسلم عنه أنه عليه السلام توضأ ومسح بناصيته وعلى الخفين والآخر رواه ابن ماجه عنه أنه عليه السلام أتى سباطة قوم فبال قائما فجمع القدوري بين مرويي المغيرة ووهم الشيخ علاء الدين اذ جعله مركبا من حديث المغيرة أنه صلى الله عليه وسلم مسح بناصيته وخفيه ومن حديث حذيفة في السباطة والبول قائما وهو يقتضي تخطئة القدوري في نسبة حديث السباطة الى المغيرة وليس كذلك بل قد رواه أيضا المغيرة كما أخرجه ابن ماجه (قوله وسنن الطهارة) اضافة الشئ الى ما هو أعم منه من وجه لصدق السنة مع الطهارة في طهارة مسنونة وسنة بلا طهارة في سنة مثل صلاة وطهارة بلا سنة في طهارة واجبة فعلت على غير وجه السنة واللام فيه للعهد يعني الطهارة المذكورة وهي الوضوء فاندفع لزوم كون السنن المذكورة سننا لغير الوضوء من أنواع الطهارة والسنة ما واظب عليه صلى الله عليه وسلم مع تركه أحيانا (قوله غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ الخ) الحديث المذكور في الصحيحين بغير نون التوكيد وأما بها ففي مسند البزار من حديث هشام بن حسان ولفظه فلا يغمسن يده في طهوره حتى يفرغ عليها ثلاثا ثم غسلهما هذا يقع عن الفرض فهو فرض تقديمه سنة ولذا قال محمد رحمه الله في الاصل بعد غسل الوجه ثم يغسل ذراعيه وأما تعليقه بالاستيقاظ فمنهم من أطلق فيه ومنهم من قيده بما اذا نام مستنجيا بالاحجار أو متنجس البدن أما لو نام متيقنا طهارتهما مستنجيا بالماء فلا يسن له وقيل بأنه سنة مطلقا للمستيقظ وغيره في ابتداء الوضوء وهو الاولى لان من حكى وضوأه عليه الصلاة والسلام قدمه وانما يحكى ما كان دأبه وعادته لا خصوص وضوئه الذي هو عن نوم بل الظاهر أن اطلاعهم على وضوئه عن غير النوم نعم مع الاستيقاظ وتوهم النجاسة السنة آكد أما الوجوب فانما يناط بتحقق النجاسة (قوله وتسمية الله تعالى)

(قوله وسنن الطهارة أي الوضوء والاضافة للبيان) أقول بل بمعنى اللام (قوله وانما جمع دون الفرض الخ) آثر الجمع هنا والافراد في الفرض لان الفروض وان كثرت في حكم الواحد حيث لا يعتد ببعضها عند فوت البعض الآخر بخلاف السنة اذ كل واحد منها يعد فضيلة وان لم توجد الاخرى (قوله خص المصنف غسلهما) أقول أي غسل المستيقظ يديه (قوله والغمس حرام) أقول بمقتضى ظاهر النهي (قوله فكان دليلا على التورع والاحتياط) أقول فلا يلزم السنية بل يكفي الاستحباب (قوله أجيب بأن خبر الفاتحة مشهور دونه والحكم يثبت بقدر دليله) أقول الوجوب يثبت بخبر الواحد على ما تقرر في موضعه فلا يلزم الشهرة (قوله وبأن النبي صلى الله عليه وسلم) أقول هذا جواب

الفضيلة والاصح أنها مستحبة وان سماها فى الكتاب سنة

لفظها المنقول عن السلف وقيل عن النبى صلى الله عليه وسلم باسم الله العظيم والحمد لله على دين الاسلام وقيل الافضل بسم الله الرحمن الرحيم بعد التعوذ وفى المجتبى يجمع بينهما وفى المحيط لو قال لا اله الا الله أو الحمد لله أو أشهد أن لا اله الا الله يصير مقيما للسنة وهو بناء على أن لفظ بسم أعم مما ذكرنا ولفظ أبى داود لا صلاة لمن لا وضوء له ولا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه وضعف بالانقطاع وهو عندنا كالارسال بعد عدالة الرواة وثقتهم لا يضر ورواه ابن ماجه من حديث كثير بن زيد عن ربيح بن عبد الرحمن بن أبى سعيد عن أبيه عن أبى سعيد أنه صلى الله عليه وسلم قال لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه وأعل بأن ربيحا ليس بمعروف ونوزع فى ذلك عن أبى زرعة ربيح شيخ وقال ابن عمار ثقة وقال البزار روى عنه فليح بن سليمان وعبد العزيز الدراوردى وكثير بن زيد وغيرهم قال الاثرم سألت أحمد بن حنبل عن التسمية فى الوضوء فقال أحسن ما فيها حديث كثير بن زيد ولا أعلم فيها حديثا ثابتا وأرجو أن يجزئه الوضوء لانه ليس فيه حديث أحكم به اه (قوله والاصح أنها مستحبة الخ) يجوز كون مستنده فيه ضعف الاحاديث ويجوز كونه بحديث المهاجر بن قنفذ قال أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وهو يتوضأ فسلمت عليه فلم يرد على فلما فرغ قال انه لم يمنعنى أن أرد عليك الا أنى كنت على غير وضوء رواه أبو داود وابن ماجه وابن حبان فى صحيحه ورواه أبو داود من حديث محمد بن ثابت العبدى حدثنا نافع قال انطلقت مع عبد الله بن عمر فى حاجة الى ابن عباس فلما قضى حاجته كان من حديثه قال مر النبى صلى الله عليه وسلم فى سكة من سكك المدينة وقد خرج من غائط أو بول اذ سلم عليه رجل فلم يرد عليه السلام ثم انه ضرب بيده الحائط فمسح وجهه مسحا ثم ضرب ضربة فمسح ذراعيه الى المرفقين ثم كفه وقال انه لم يمنعنى أن أرد عليك الا أنى لم أكن على طهارة وما فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم أقبل من نحو بئر جمل فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى أقبل على الجدار فمسح وجهه ويديه ثم رد النبى صلى الله عليه وسلم عليه السلام وروى البزار هذه القصة من حديث أبى بكر رجل من آل عمر بن الخطاب وزاد وقال انما رددت عليك خشية أن تقول سلمت عليه فلم يرد على فاذا رأيتنى هكذا فلا تسلم على فانى لا أرد عليك وأبو بكر هذا هو ابن عمر بن عبد الرحمن بن عمر بن الخطاب قاله عبد الحق ولا بأس به ووقع مصرحا باسمه ونسبه هذا فى مسند السراج وروى ابن ماجه عن جابر أن رجلا مر على النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبول فسلم عليه فقال اذا رأيتنى على هذه الحالة الخ ولينظر فى التوفيق بين هذه وكيف كان فهى متظافرة على عدم ذكره صلى الله عليه وسلم اسم الله تعالى على غير طهارة ومقتضاه انتفاؤه فى أول الوضوء الكائن عن حدث وما أعل به غير قادح للتأمل فهى معارضة لخبر التسمية بعد القول بحسنه بناء على أن كثرة طرق الضعيف ترقيه الى ذلك وهو أوجه القولين على ما سنبينه فى غير موضع ان شاء الله تعالى بل بعضها بخصوصه حسن لمن تأمل كلام أهل الشأن عليها فيخرجه عن السنة كما أخرجه عن الايجاب الذى هو ظاهره وكذا عدم نقلها فى حكاية على وعثمان يدل على ما قلنا والجواب أن الضعف منتف لما قلنا والمعارضة غير متحققة لان كراهة ذكر لا يكون من متممات الوضوء لا يستلزم كراهة ما جعل شرعا من ذكر الله تعالى تكميلا له بعد ثبوت جعله كذلك بالحديث الحسن فذلك الذكر ضرورى للوضوء الكامل شرعا فلا تعارض للاختلاف وعدم نقلها فى حكايتهما اما لانهما انما حكيا الافعال التى هى الوضوء والتسمية ليست من نفسه بل ذكر يفتتح هو بها وصدق هذا التركيب يفيد خروجها عن مسماه واما لعدم نقل الرواة عنهما وان قالاها اذ قد ينقل الراوى بعض الحديث اشتغالا بالمهم بناء على اشتهار الافتتاح بالتسمية بين السلف فى كل أمر ذى بال كما روى أبو داود والنسائى وابن ماجه كل أمر ذى بال لم يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع وفى رواية أجذم وفى رواية لا يبدأ فيه ببسم الله الرحمن الرحيم رواها ابن حبان من طريقين وحسنه ابن الصلاح وان كان فيه قرة وبالجملة عدم النقل لا ينفى الوجود فكيف بعد

فى الصلاة من غير ترك دون التسمية لانه روى أن مهاجر ابن قنفذ سلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرد عليه حتى فرغ من وضوئه فقال عليه السلام انه لم يمنعنى أن أرد عليك الا أنى كرهت أن أذكر الله الا على طهارة ورعاتمسك به مالك رحمه الله وأنكر التسمية فى أول الوضوء فقال أتريد أن تذبح اشارة الى أن التسمية فى الذبح دون الوضوء وذلك كما ترى يدل على أنه صلى الله عليه وسلم توضأ قبل أن يذكر الله وكونها سنة مختار الطحاوى والقدورى والاصح أن التسمية مستحبة وان سماها فى الكتاب يعنى القدورى سنة لما ذكرنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليها روى أن عثمان وعليا رضى الله عنهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل عنهما التسمية وما روى أنه صلى الله عليه وسلم سمى فهو من باب قوله عليه السلام كل أمر ذى بال لم يبدأ فيه ببسم الله فهو أبتر

ثان ومعطوف على قوله بان خبر الفاتحة الخ فى قوله وأجيب بأن خبر الفاتحة الخ

ويسمى قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح قال (والسواك) لانه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده

الثبوت بوجه آخر ألا ترى أنهم لم ينقلوا من حكايتهما التخليل ولا شبهة فى اعتقادى أنه من فعله صلى الله عليه وسلم وكذا لم ينقلوا السواك وهو عند أصحابنا من سنن الوضوء وبعض من حكى لم يحك غسل اليدين أولا ولم يقدح ذلك فى ثبوتها اذ ثبت بطرق بقى أن يقال فاذا سلم خبر التسمية عن المعارض مع حجيته فما موجب العدول به الى نفى الكمال وترك ظاهره من الوجوب فان قلنا انه حديث اذا تطهر أحدكم فذكر اسم الله تعالى عليه فانه يطهر جسده كله فان لم يذكر اسم الله تعالى على طهوره لم يطهر الا ما مر عليه الماء فهو حديث ضعيف انما يروى عن الاعمش يحيى بن هاشم وهو متروك وان قلنا انه حديث المسىء صلاته فان فى بعض طرقه أنه صلى الله عليه وسلم قال له اذا قمت الى الصلاة فتوضأ كما أمرك الله وفى لفظ انها لا تتم صلاة أحدكم حتى يسبغ الوضوء كما أمره الله تعالى فيغسل وجهه ويديه الى المرفقين ويمسح رأسه ورجليه الى الكعبين ثم يكبر الله تعالى ويحمده الحديث حسنه الترمذى ولم يذكر فيه تسمية فى مقام التعليم فقد أعله ابن القطان بان يحيى بن على بن خلاد لا يعرف له حال وهو من رواته فأدى النظر الى وجوب التسمية فى الوضوء غير أن صحته لا تتوقف عليها لان الركن انما يثبت بالقاطع وبهذا يندفع ما قيل المراد به نفى الفضيلة والا يلزم نسخ آية الوضوء به يعنى الزيادة عليها فانه انما يلزم بتقدير الافتراض لا الوجوب وما قيل انه لا مدخل للوجوب فى الوضوء لانه شرط تابع فلو قلنا بالوجوب فيه لساوى التبع الاصل غير لازم اذ اشتراكهما بثبوت الواجب فيهما لا يقتضيه لثبوت عدم المساواة بوجه آخر نحو انه لا يلزم بالنذر بخلاف الصلاة مع أنه لا مانع من الحكم بأن واجبه أحط رتبة من واجب الصلاة كفرضه بالنسبة الى فرضها فان قيل يرد عليه ما قالوا من أن الادلة السمعية على أربعة أقسام الرابع منها ما هو ظنى الثبوت والدلالة وأعطوا حكمه افادة السنية والاستحباب وجعلوا منه خبر التسمية وصرح بعضهم بأن وجوب الفاتحة ليس من قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب بل بالمواظبة من غير ترك لذلك فالجواب ان أرادوا بظنى الدلالة مشتركها سلمنا الاصل المذكور ومنعنا كون الخبرين من ذلك بل نفى الكمال فيهما احتمال يقابله الظهور فان النفى متسلط على الوضوء والصلاة فيهما فان قلنا النفى لا يتسلط على نفس الجنس بل ينصرف الى حكمه وجب اعتباره فى الحكم الذى هو الصحة فانه المجاز الاقرب الى الحقيقة وان قلنا يتسلط هنا لانها حقائق شرعية فينتفى شرعا لعدم الاعتبار شرعا وان وجدت حسا فأظهر فى المراد فنفى الكمال على كلا الوجهين احتمال هو خلاف الظاهر لا يصار اليه الا بدليل وان أرادوا به ما فيه احتمال ولو مرجوحا منعنا صحة الاصل المذكور وأسندناه بأن الظن واجب الاتباع فى الادلة الشرعية الاجتهادية وهو متعلق بالاحتمال الراجح فيجب اعتباره متعلقه وعلى هذا مشى المصنف رحمه الله فى خبر الفاتحة حيث قال بعد ذكره من طرف الشافعى رحمه الله ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز لكنه يوجب العمل فعملنا بوجوبها وهذا هو الصواب والله سبحانه وتعالى أعلم بحقيقة الحال ❁ فرع ❁ نسى التسمية فذكرها فى خلال الوضوء فسمى لا يحصل السنة بخلاف نحوه فى الاكل كذا فى الغاية معللا بأن الوضوء عمل واحد بخلاف الاكل وهو انما يستلزم فى الاكل تحصيل السنة فى الباقى لا استدراك ما فات (قوله هو الصحيح) احتراز عما قيل قبله فقط وما قيل بعده فقط لان ما قبله حال الانكشاف والاصح قبله أيضا لا حال الانكشاف ولا فى محل النجاسة ومن الثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يقول عند دخول الخلاء اللهم انى أعوذ بك من الخبث والخبائث والمراد الاستعاذة من ذكران الشياطين واناثهم (قوله والسواك) أى الاستياك عند المضمضة (لانه عليه الصلاة والسلام كان يواظب عليه) المطلوب مواظبته عند الوضوء ولم أعلم حديثا صريحا فيه فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم كان اذا قام من الليل يشوص فاه بالسواك وفى لفظ اذا قام ليتهجد

(ويسمى قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح) دون ما قيل يسمى قبل الاستنجاء لما أنه من سنن الوضوء فيسمى قبله ليقع جميع أفعال الوضوء فرضها وسنتها بالتسمية وما قيل يسمى بعد الاستنجاء لان قبله حال كشف العورة وذكر الله حال كشف العورة غير مستحب وانما كان ذلك هو الصحيح لان قوله صلى الله عليه وسلم كل أمر ذى بال لم يبدأ فيه بذكر الله يستدعى التسمية فى ابتداء الوضوء والاستنجاء لما كان ملحقا به من حيث هو طهارة استحب أن يبدأ بها وقوله (والسواك) أى استعماله حذف المضاف لأمن الالباس والسواك اسم لخشبة معينة للاستياك وينبغى أن يكون من الاشجار المرة لانه يطيب النكهة ويشد الاسنان ويقوى المعدة ويكون فى غلظ الخنصر وطول الشبر ويستاك عرضا لا طولا عند المضمضة (لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يواظب عليه وعند فقده) كان

يعالج بالاصبع لانه عليه السلام فعل كذلك والاصح أنه مستحب قال (والمضمضة والاستنشاق) لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته أن يتمضمض ثلاثا يأخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق

وفي مسلم كان صلى الله عليه وسلم اذا دخل بيته بدأ بالسواك وفي أبي داود كان صلى الله عليه وسلم لا يستيقظ من ليل أو نهار الا تسوك قبل أن يتوضأ وفي الطبراني ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يخرج من بيته لشيء من الصلوات حتى يستاك ومما يدل على محافظته على السواك استياكه بسواك عبد الرحمن ابن أبي بكر عند وفاته في الصحيحين وفيهما قال صلى الله عليه وسلم لولا أن أشق على أمتي لامرتهم بالسواك مع كل صلاة أو عند كل صلاة وعند النسائي في رواية عند كل وضوء ورواها ابن خزيمة في صحيحه وصححها الحاكم وذكرها البخاري تعليقا ولا دلالة في شيء على كونه في الوضوء الا هذه وغاية ما يفيد الندب وهو لا يستلزم سوى الاستحباب اذ يكفيه اذا ندب لشيء أن يتعبد به أحيانا ولا سنة دون المواظبة وهي ليست بلازمة من ذلك واستدلاله في الغاية بما رواه الامام أحمد عنه صلى الله عليه وسلم صلاة بسواك أفضل من سبعين صلاة بغير سواك يفيد أن المراد بكل ما ذكرنا مما ظاهره الندب عند نفس الصلاة كونه عند الوضوء فالحق أنه من مستحبات الوضوء ويوافقه ما في الهداية الغزنوية حيث قال ويستحب في خمسة مواضع اصفرار السن وتغير الرائحة والقيام من النوم والقيام الى الصلاة وعند الوضوء والاستقراء يفيد غيرها وفيما ذكرنا أول ما يدخل البيت ويستحب فيه ثلاث بثلاث مياه وأن يكون السواك لينا في غلظ الاصبع وطول شبر من الاشجار المرة ويستاك عرضا لا طولا (قوله يعالج بالاصبع) قال في المحيط قال علي رضي الله عنه التشويص بالمسبحة والابهام سواك وروى البيهقي وغيره من حديث أنس برفعه يجزي من السواك الاصابع وتكلم فيه وعن عائشة رضي الله عنها قلت يا رسول الله الرجل يذهب فوه يستاك قال نعم قلت كيف يصنع قال يدخل اصبعه في فيه رواه الطبراني (قوله والمضمضة والاستنشاق) والسنة فيهما المبالغة لغير الصائم وهو في المضمضة الى الغرغرة وفي الاستنشاق الى ما اشتد من الانف ولو شرب الماء عبا أجزأ عن المضمضة وهو يفيد أن مجه ليس من حقيقتها وقيل لا يجزئه ومصالا يجزئه (قوله لانه عليه الصلاة والسلام فعلهما على المواظبة) جمع من حكى وضوءه عليه الصلاة والسلام فعلا وقولا اثنان وعشرون نفرا ولا بأس بافادة حصرهم تكميلا واسعافا الاول عبد الله بن زيد فعلا وفيه مضمض واستنشق واستنثر ثلاثا بثلاث غرفات وفيه مسح رأسه فأقبل بهما وأدبر مرة واحدة رواه الستة عنه والمراد عبد الله بن زيد بن عاصم وهو ابن عينية في جعله اياه ابن زيد بن عبد ربه راوي الأذان وفي قوله مسح مرتين الا أن يكون رواه بمعنى أقبل وأدبر الثاني عثمان فعلا في الصحيحين ولم يذكر في المضمضة والاستنشاق عدد غرفات ولا في المسح اقبالا ولا غيره الثالث ابن عباس فعلا في البخاري وفيه أخذ غرفة من ماء فتمضمض بها واستنشق وفيه ثم أخذ غرفة من ماء فغسل بها يده اليمنى ثم أخذ غرفة من ماء فغسل بها يده اليسرى ثم مسح برأسه الرابع المغيرة رواه البخاري في كتاب اللباس الخامس علي بن أبي طالب فعلا رواه أصحاب السنن الاربعة وفيه مسح برأسه مرة واحدة وفي رواية أبي داود في المضمضة والاستنشاق قال بماء واحد السادس المقدام بن معديكرب قولا دون تنصيص على عدد في شيء رواه أبو داود السابع أبو مالك الاشعري فعلا كالذي قبله رواه عبد الرازق والطبراني وأحمد وابن أبي شيبة واسحق بن راهويه الثامن أبو بكرة قولا كالذي قبله رواه البزار التاسع أبو هريرة قولا كالذي قبله رواه أحمد وأبو يعلى وزاد أنه صلى الله عليه وسلم نضح تحت ثوبه ثم قال هذا اسباغ الوضوء العاشر وائل بن حجر رواه الترمذي عنه قولا وفيه ثم مسح على رأسه ثلاثا وظاهر أذنيه ثلاثا وظاهر رقبته وأظنه قال وظاهر لحيته ثلاثا ثم غسل قدمه اليمنى وفصل بين أصابعه أو قال خلل بين أصابعه ورفع الماء حتى جاوز الكعب ثم رفعه الى الساق ثم فعل باليسرى مثل ذلك ثم أخذ حفنة من ماء

فملأ

(قوله ولنا أن الفم والانف عضوان منفردان) أقول سيجيء أنهما من الوجه فلا يكونان عضوين منفردين

كذلك هو المحكي من وضوئه صلى الله عليه وسلم

فلأبهايده ثم وضعها على رأسه حتى انحدر الماء من جوانبه وقال هذا اتمام الوضوء ولم أره ينشف بثوب قال في الامام يرويه محمد بن حجر بن عبد الجبار قال البخاري فيه نظر الحادي عشر جبير بن نفير رواه ابن حبان دون تنصيص على عدد في الرأس وغرفات المضمضة والاستنشاق الثاني عشر أبو أمامة فرواه أحمد في مسنده الثالث عشر أنس أخرج الدارقطني عن الحسن البصري أنه توضأ ثم قال حدثني أنس بن مالك أن هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم دون ذلك التنصيص الرابع عشر أبو أيوب الانصاري رواه الطبراني واسحق بن راهويه قال كان صلى الله عليه وسلم اذا توضأ تمضمض واستنشق وأدخل أصابعه من تحت لحيته فخللها الخامس عشر كعب بن عمرو اليماني رواه أبو داود عنه قال دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم وهو يتوضأ والماء يسيل من وجهه ولحيته على صدره فرأيته يفصل بين المضمضة والاستنشاق اه ورواه الطبراني وفصل معنى التفصيل وسنذكره عن قريب ان شاء الله تعالى السادس عشر عبد الله بن أبي أوفى قولا رواه أبو يعلى دون ذلك التنصيص السابع عشر البراء بن عازب فعلا رواه الامام أحمد كذلك الثامن عشر أبو كاهل قيس بن عائذ قولا وفيه فغسل يعني النبي صلى الله عليه وسلم يده ثلاثا وتمضمض واستنشق ثلاثا ثلاثا وغسل ذراعيه ثلاثا ومسح برأسه ولم يوقت وغسل رجليه ولم يوقت ولعل قوله ذلك هو الوجه للقائلين بعدم سنية التثليث في غسل الرجل وقد ضعف بالهيثم بن جماز وحديث الربيع بعده صريح في تثليث الرجلين التاسعة عشر الربيع بنت معوذ فرواه أبو داود عنها قولا قالت فيه فغسل كفيه ثلاثا ووضأ وجهه ثلاثا ومضمض واستنشق مرة ووضأ يده ثلاثا ومسح برأسه مرتين يبدأ بمؤخر رأسه ثم بمقدمه وفيه وضأ رجليه ثلاثا ثلاثا العشرون عائشة رضي الله عنها فعلا رواه النسائي في سننه الكبرى وفيه مسحت رأسها مسحة واحدة الى مؤخره ثم مرت بيديها بأذنيها وليس في شيء منها ذكر التسمية الاحديث ضعيف أخرجه الدارقطني عن حارثة بن أبي الرجال عن عمرة عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا مس طهورا سمى الله تعالى الحادي والعشرون عبد الله بن أنيس فعلا رواه الطبراني وفيه مسح برأسه مقبلا ومدبرا ومس أذنيه الثاني والعشرون عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وسنذكرها قريبا وقد أشرنا فيها الى الاطراف المذكورة في كيفية المسح وغرفات المضمضة والاستنشاق لانهما موضعا خلاف فتتيسر الاحالة عند الكلام عليهما وكلها نص على المضمضة والاستنشاق فلا شك في ثبوت المواظبة عليهما (قوله هو المحكي) تقدم من حكاية عبد الله بن زيد تمضمض واستنشق واستنثر ثلاثا بثلاث غرفات ومعلوم أن الاستنثار ليس أخذ ماء ليكون له غرفة والمراد بثلاث غرفات مثل المراد بقوله ثلاثا فكما أن المراد كل من المضمضة والاستنشاق ثلاثا فكذا كل من المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات وقد جاء مصرحا في حديث الطبراني حدثنا الحسين بن اسحق التستري حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا أبو سلمة الكندي حدثنا الليث بن أبي سليم حدثني طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده كعب بن عمرو اليامي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ فمضمض ثلاثا واستنشق ثلاثا بأخذ لكل واحدة ماء جديدا وغسل وجهه ثلاثا فلما مسح رأسه قال هكذا أو ومأ بيديه من مقدم رأسه حتى بلغ بهما الى أسفل عنقه من قبل قفاه وقد منا رواية أبي داود له مختصرا وسكت عليه هو والمنذري بعده ومانقل عن ابن معين انه سئل أله كعب صحبة فقال المحدثون يقولون انه رآه صلى الله عليه وسلم وأهل بيت طلحة يقولون ليست له صحبة غير قادح فاذا اعترف أهل الشأن بأن له صحبة تم الوجه ويدل عليه ما رواه ابن سعد في الطبقات أخبرنا يزيد بن هرون عن عثمان بن مقسم البرى عن ليث عن طلحة بن مصرف اليامي عن جده قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح هكذا ووصف فمسح مقدم رأسه جر يديه الى قفاه ومافي

وقوله (ومسح الأذنين وهو سنة بماء الرأس) أي لا بماء جديد خلافا للشافعي فانه يقول هو سنة بماء جديد قال في النهاية انتصاب خلافا جاز أن يكون على المفعول المطلق باضمار فعله أي قولنا هذا يخالف خلافا للشافعي أو هذا المذكور في معنى يخالف فكان مصدرا مؤكدا لمضمون الجملة كقوله لفلان علي ألف درهم اعترافا استدل الشافعي بما روى أبو أمامة الباهلي أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ لأذنيه ماء جديدا ولنا ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح برأسه وأذنيه بماء واحد وقال الأذنان من الرأس ووجه التمسك أن المراد بقوله الأذنان من الرأس اما أن يكون لبيان الحقيقة وهو عليه السلام غير مبعوث لذلك على أنه مشاهد لا يحتاج الى بيان أو بيان

أنهما ممسوحان كالرأس لا بماء الرأس ولا سبيل اليه لان الاشتراك بين الشيئين في أمر لا يوجب كون أحدهما من الآخر كالرجل من الوجه لاشتراكهما في الغسل والخف من الرأس لاشتراكهما في المسح واما لبيان أنهما ممسوحان بماء الرأس وذلك يناسب الذكر عند مسح الأذنين بماء واحد فانه اذا كان من أبعاض الرأس حقيقة وحكما جاز أن يمسح بماء واحد فكذا اذا حكم الشرع بذلك فان قيل فعلى هذا ينبغي أن يجزئ مسحهما عن مسح الرأس أجيب بأن كون الأذن من الرأس ثبت بخبر الواحد فلا يقع عما ثبت بالكتاب كما أن التوجه الى الحطيم لا يجزئ لان كونه من البيت ثبت بخبر الواحد والتوجه الى البيت ثابت بالكتاب فلا يجزئ عنه ما ثبت بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به وقوله (وتخليل اللحية لان النبي صلى الله عليه وسلم أمره جبريل عليه السلام بذلك) قال عليه السلام نزل علي جبريل عليه السلام فعلمني وأمرني ان أخلل لحيتي اذا توضأت ووجه التمسك أن الامر للوجوب الا أنا تركناه لئلا يعارض الكتاب وفيه نظر لانه انما يلزم ذلك أن لو أفاد الفرضية ولم يقل به أحد وأما اذا أفاد الوجوب فلا مانع عنه كخبر الفاتحة

(ومسح الأذنين) وهو سنة بماء الرأس عندنا خلافا للشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام الأذنان من الرأس والمراد بيان الحكم دون الخلقة قال (وتخليل اللحية) لان النبي عليه السلام أمره جبريل عليه

حديث على بماء واحد لا يعارض الصحيح من حديث ابن زيد وكعب وما في حديث ابن عباس فأخذ غرفة من ماء الى آخر ما تقدم يجب صرفه الى أن المراد تجديد الماء بقرينة قوله بعد ذلك ثم أخذ غرفة من ماء فغسل بها يده اليمنى ثم أخذ غرفة من ماء فغسل بها يده اليسرى ومعلوم أن لكل من اليدين ثلاث غرفات لا غرفة واحدة فكان المراد أخذ ماء لليمنى ثم ماء لليسرى اذ ليس يحكى الفرائض فقد حكى السنن من المضمضة وغيرها ولو كان لكان المراد أن ذلك أدنى ما يمكن اقامة المضمضة به كما أن ذلك أدنى ما يقام فرض اليد به لان المحكي انما هو وضوءه الذي كان عليه ليتبعه المحكي لهم وما روى بكف واحد فلنفي كونه بكفين معا أو على التعاقب كما ذهب اليه بعضهم من أن المضمضة باليمنى والاستنشاق باليسرى (قوله ومسح الاذنين) عن الحلواني وشيخ الاسلام يدخل الخنصر في أذنيه ويحركهما كذا فعل صلى الله عليه وسلم انتهى والذي في ابن ماجه باسناد صحيح عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم مسح أذنيه فأدخلهما السبابتين وخالف ابهاميه الى ظاهر أذنيه فمسح ظاهرهما وباطنهما وقول من قال يعزل السبابتين في مسح الرأس من مشايخنا يدل على أن السنة عنده ادخالهما وهو الاولى (قوله خلافا للشافعي) قيل يتعلق بالمجموع من سنة بماء الرأس ولا خلاف في المعنى لان تعليقه بماء الرأس ليس الا من حيث اتصاله بسنة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الاذنان من الرأس) يعني فلا حاجة الى أخذ ماء منفرد لهما كما لا يؤخذ في السنة ما آن لعضو واحد في غير التكرار قال البيهقي أشهر اسناد لهذا الحديث هذا يعني رواية أبي داود والترمذي وابن ماجه من حديث حماد بن زيد عن سنان بن ربيعة عن شهر بن حوشب عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فغسل وجهه ثلاثا ويديه ثلاثا ومسح برأسه وقال الاذنان من الرأس ثم قال البيهقي وكان حماد يشك في رفعه في رواية قتيبة عنه فيقول لا أدري أمن قول النبي صلى الله عليه وسلم أو من قول أبي أمامة وكان سليمان بن حرب يرويه عن حماد ويقول هو من قول أبي أمامة انتهى وقد ضعف شهر أيضا وأجيب بأنه اختلف فيه على حماد فأبو الربيع رفعه عنه ومن سمعت على ما علمت واختلف على مسدد عن حماد في ذلك أيضا واذا رفع ثقة حديثا ووقفه آخر أو فعل ذلك شخص واحد قدم الرفع لانه زيادة والصحيح في شهر التوثيق وثقه أبو زرعة وأحمد ويحيى والعجلي ويعقوب بن شيبة وسنان بن ربيعة وقد توهم في البيهقي التحامل بسبب اقتصاره على حديث أبي أمامة والاشتغال بالتكلم فيه وفي الباب حديث عبد الله بن زيد أخرجه ابن ماجه عن سويد بن سعيد حدثنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة عن شعبة عن حبيب بن زيد عن عباد بن

(قال المصنف ومسح الاذنين) أقول ظاهر هما وباطنهما (قوله أو هذا المذكور في معنى يخالف الخ) أقول هذا غير ظاهر الا أن يلاحظ كون الكتاب من الخلافيات (قوله أو بيان أنهما ممسوحان كالرأس لا بماء الرأس الخ) أقول وأيضا اذا كان المراد بيان الحكم يكون تخصيصه بالمسح فقط تخصيصا بلا مخصص

والحق أن الوجوب يثبت بالمواظبة من غير ترك ولم يثبت ذلك فانه روى عن أبي حنيفة أنه قال ما روى أن النبي صلى الله عليه

السلام بذلك وقيل هو سنة عند أبي يوسف رحمه الله جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السنة اكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل الفرض

تميم عن عبد الله بن زيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الاذنان من الرأس وحديث ابن عباس أخرجه الدارقطني عن أبي كامل الجحدري حدثنا غندر محمد بن جعفر عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم قال الاذنان من الرأس وهما ثابتان للاتصال وثقة الرجال وقول الدارقطني في الثاني اسناده وهم انما هو مرسل صحيحا أخرجه عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال ابن القطان بعد حكمه بصحته ثم نقل كلام الدارقطني ليس بقدح فيه وما يمنع أن يكون فيه حديثان مسند ومرسل ولنا أحاديث أخر من فعله صلى الله عليه وسلم منها ما أخرجه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم عن ابن عباس ألا أخبركم بوضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره وفيه ثم غرف غرفة فمسح بها رأسه وأذنيه وبوب عليه النسائي باب مسح الاذنين مع الرأس وأما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم أخذ لاذنيه ماء جديدا فيجب حمله على أنه لفضاء البلة قبل الاستيعاب توفيقا بينه وبين ما ذكرنا واذا انعدمت البلة لم يكن بد من الاخذ كما لو انعدمت في بعض عضو واحد ولو رجحنا كان ما رويناه أكثر وأشهر فقد روى من حديث أبي أمامة وابن عباس وعبد الله بن زيد كما ذكرنا وأبي موسى الاشعري وأبي هريرة وأنس وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم بطرق كثيرة والله سبحانه أعلم (قوله جائز عند أبي حنيفة) في غير نسخة من كتب الرواية سنة عند أبي يوسف رحمه الله مستحب عندهما وأمثل حديث فيه ما رواه الترمذي وابن ماجه من حديث عامر بن شقيق الاسدي عن أبي وائل عن عثمان أنه صلى الله عليه وسلم كان يخلل لحيته وقال الترمذي توضأ وخلل لحيته وقال حسن صحيح وصححه ابن حبان والحاكم وقال احتجا بجميع رواته الا عامر بن شقيق ولا اعلم فيه طعنا بوجه من الوجوه وله شاهد صحيح من حديث عمار بن ياسر وأنس وعائشة رضي الله عنهم ثم أخرج أحاديثهم أنه صلى الله عليه وسلم توضأ وخلل لحيته وزاد في حديث أنس بهذا أمرني ربي وتعقب بان عامرا ضعفه ابن معين وقال أبو حاتم ليس بالقوي وحاصل الاول طعن مبهم وهو غير مقبول على ما عليه العمل لم يقبله الترمذي والثاني لا يخرجه الى الضعف ولو سلم فغاية الامر اختلاف فيه لا ينزل به عن الحسن قال الترمذي في علله الكبير قال محمد بن اسمعيل يعني البخاري أصح شيء عندي حديث عثمان وهو حديث حسن انتهى وكيف وله شواهد كثيرة جدا من حديث عمار وأنس كما رواهما الحاكم والترمذي وابن ماجه رأيته عليه السلام يخلل لحيته وان ضعف بالانقطاع وحديث أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا توضأ خلل لحيته رواه البزار وابن ماجه وحديث أبي أيوب نحوه رواه ابن ماجه وهو ضعيف وحديث ابن عباس دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يتوضأ وقال فيه فخلل لحيته وفيه فقلت يا رسول الله هكذا الطهور قال هكذا أمرني ربي رواه الطبراني في الاوسط وروى أيضا حديث أبي أمامة وحديث عبد الله بن أبي أوفى وحديث أبي الدرداء وحديث أم سلمة كان اذا توضأ خلل لحيته وضعف بخالد بن الياس العدوي وروى البزار عن ابي بكرة أنه صلى الله عليه وسلم توضأ وخلل وروى ابن عدي عن جابر أنه وضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم غير مرة ولا مرتين ولا ثلاث فرأيته يخلل لحيته باصابعه كانها أسنان المشط وفيه أضرم بن غياث النيسابوري متروك وما في الهداية مما أخرجه ابن أبي شيبة عن أنس عنه صلى الله عليه وسلم قال أتاني جبريل فقال يا محمد خلل لحيتك وهو معلول بالهيثم بن جماز ويقرب منه ما في أبي داود عن أنس كان صلى الله عليه وسلم اذا توضأ أخذ كفا من ماء تحت حنكه فخلل به لحيته وقال بهذا أمرني ربي وسكت عنه وكذا المنذري بعده وأعله ابن القطان بان الوليد بن زروان مجهول قال الشيخ في الامام وهو على طريقته من طلب زيادة التعديل مع رواية جماعة عن الراوي وقد روى عن الوليد هذا جماعة من أهل العلم فهذه

وسلم أخذ كفا من ماء فخلل به لحيته وقال بهذا أمرني ربي لم يثبت الامر وواحدة وعن هذا نقل عنه أنه قال مسح اللحية جائز ليس بسنة ومعنى قوله جائز أن صاحبه لا ينسب الى البدعة وهو المنقول عن محمد رحمه الله كما ذكر في الكتاب وقوله (لان السنة) يعني في الوضوء (اكمال الفرض في محله والداخل) أي داخل اللحية (ليس بمحل الفرض) لعدم وجوب ايصال الماء اليه بالانفاق واعترض بأن المضمضة والاستنشاق سنتان وداخل الفم والانف ليس محل الفرض في الوضوء وأجيب بأن الفم والأنف من الوجه من وجه اذ لهما حكم الخارج من وجه والوجه محل الفرض

(قوله والحق أن الوجوب يثبت بالمواظبة من غير ترك ولم يثبت ذلك فانه روى عن أبي حنيفة أنه قال ما روى أنه صلى الله عليه وسلم أخذ كفا من ماء فخلل به لحيته وقال صلى الله عليه وسلم بهذا أمرني ربي لم يثبت الامر وواحدة) أقول قوله ما روى مبتدأ وقوله لم يثبت خبره ثم أقول فيه أنه لم لا يكفي هذا القدر في افادة الوجوب وعدم الثبوت ليس بثبوت العدم ولا مستلزما له

(قوله واعترض بان المضمضة الى قوله وأجيب بان الفم والانف من الوجه) أقول وكذا الكلام في مسح الاذن

قال (وتخليل الاصابع) لقوله عليه السلام خللوا أصابعكم كي لا تتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض في محله قال (وتكرار الغسل الى الثلاث) لان النبي عليه السلام توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله تعالى الصلاة الا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة

طرق متكثرة عن أكثر من عشرة من الصحابة رضي الله عنهم لو كان كل منها ضعيفا ثبتت حجية المجموع على ما تقدم فكيف وبعضها لا ينزل عن الحسن فوجب اعتبارها الا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول لم يثبت منها المواظبة بل مجرد الفعل الا في شذوذ من الطرق فكان مستحبا لا سنة لكن ما في أبي داود من قوله بهذا أمرني ربي لم يثبت ضعفه وهو مغن عن نقل صريح المواظبة لان أمره تعالى حامل عليها فيترجح قول أبي يوسف كما رجحه في المبسوط ويتضاءل المعنى المذكور من أن السنة في الوضوء ما كان اكمالا للفرض في محله وداخل اللحية ليس به بعد سلامته في نفسه مما نقض به من أن المضمضة والاستنشاق سنة وليسا في محله اذ ليسا في الوجه بالمنع وادعاء أن محليهما منه حكما اذ لهما حكم الخارج من وجه حتى لا يفسد الصوم بادخالهما شيأ (قوله وتخليل الاصابع) صفته في الرجلين أن يخلل بخنصر يده اليسرى خنصر رجله اليمنى ويختم بخنصر رجله اليسرى في القنية كذا ورد والله أعلم ومثله فيما يظهر أمر اتفاقي لا سنة مقصودة (قوله كي لا تتخللها نار جهنم) مؤدى التركيب أن التخليل يراد لعدم التخلل وهو لا يستلزم أن عدم التخليل مستلزم تخلل النار الا لو كانت علة مساوية وهو منتف والا كان التخليل واجبا بعد اعتقادهم حجية الحديث لكن المعدود في السنن التخليل بعد العلم بوصول الماء الى ما بينها وهو ليس واجبا حينئذ فليس هو مقرونا بالوعيد بتقدير الترك فلا حاجة الى ضمه في السؤال القائل خللوا يفيد الوجوب فكيف وهو مقرون بالوعيد ثم تكلف الجواب بانه مصروف عنه بحديث الاعرابي وأحاديث حكاية وضوئه صلى الله عليه وسلم اذ ليس فيها التخليل والوعيد مصروف الى ما اذا لم يصل الماء بين الاصابع هذا ومتن الاحاديث على ما في الدارقطني خللوا أصابعكم لا يخللها الله بالنار يوم القيامة وهو ضعيف بيحيى بن ميمون التمار نعم المصرح فيه بالوعيد ما في الطبراني من لم يخلل أصابعه بالماء خللها الله بالنار يوم القيامة وأمثل أحاديث التخليل ما في سنن الاربعة من حديث لقيط بن صبرة قال قال صلى الله عليه وسلم اذا توضأت فأسبغ الوضوء وخلل بين الاصابع قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هو وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال صلى الله عليه وسلم اذا توضأت فخلل أصابع يديك ورجليك وقال حسن غريب وعندي أنها كلها للوجوب والمراد الامر بايصال الماء الى ما بينها افادة أنه لا يجوز ترك ما خفي مما هو بينها كما هو في داخل اللحية والتخليل بعد هذا مستحب لعدم ثبوت المواظبة مع كونه اكمالا في المحل (قوله وتكرار الغسل الى الثلاث) قيد به لافادة أنه لا يسن التكرار في المسح ثم قيل الاول فريضة والثاني سنة والثالث اكمال وقيل الثاني والثالث سنة وقيل الثاني سنة والثالث نفل والظاهر أنه معنى الاول وقيل على عكسه وعن أبي بكر الاسكاف الثلاث تقع فرضا كطالة القيام والركوع ونحوه وعندي أنه ان كان معنى الثاني أن الثاني مضاف الى الثالث سنة أي المجموع فهو الحق فلا يوصف الثاني بالسنية في حد ذاته فلو اقتصر عليه لا يقال فعل السنة لان بعض الشيء ليس بالشيء ولا الثالث اذا لم يلاحظ مع ما قبله (قوله والوعيد لعدم رؤيته سنة) أي هذا العدد وهذا أحد ما قيل فلو رآه وزاد لقصد الوضوء على الوضوء أو لطمأنينة القلب عند الشك أو نقص لحاجته لا بأس به وقيل أريد به مجرد العدد وقيل الزيادة على أعضاء الوضوء والنقص منها وتعدى يرجع الى زاد وظلم يرجع الى نقص وأصل الظلم النقص قال الله تعالى ولم تظلم منه شيأ أي لم تنقص هذا والحديث بمجموع هذا اللفظ غير معروف بل صدره روى عن عدة من الصحابة برفعونه رواه الدارقطني عن ابن عمر برفعه وضعف بالمسيب بن واضح وابن ماجه عن أبي بن كعب برفعه وضعف

(قوله وقوله خللوا لم يفد الوجوب وان كان مقرونا بالوعيد لان حديث الاعرابي والاخبار التي حكي فيها وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير ذكر التخليل فيها يصرفه عن افادة الوجوب والوعيد مصروف عما اذا لم يصل الماء بين الاصابع وقوله (لان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة) أي غسل كل عضو مرة والمراد بالقبول الجواز ورتب على الزيادة والنقصان وعيدا وليس على ظاهره فلا بد من تأويل وهو من زاد على أعضاء الوضوء أو نقص عنها أو زاد على الحد المحدود أو نقص عنه أو زاد على الثلاث معتقدا أن كمال السنة لا يحصل بالثلاث فهو ثلاثة أوجه وقوله فقد تعدى يرجع الى الزيادة لانه مجاوزة عن الحد وقوله وظلم يرجع الى النقصان قال الله تعالى ولم تظلم منه شيأ أي لم تنقص وقوله (والوعيد لعدم رؤيته سنة) اشارة الى اختياره يعني أنه اذا زاد لطمأنينة القلب عند الشك أو بنية وضوء آخر فلا بأس به فان الوضوء على الوضوء نور على نور وقد أمر بترك ما يريبه الى ما لا يريبه قال

(قوله اشارة الى اختياره التأويل الثالث) أقول وانما اختاره لظهور أن الاشارة راجع الى المرة والزيادة والنقصان باعتبار العدد

(ويستحب للمتوضئ أن ينوى الطهارة) قيل المستحب ما يثاب على فعله ولا يلام على تركه وقوله فالنية فى الوضوء سنة عندنا ينافى ذلك لان السنة ما يثاب على فعله ويلام على تركه والظاهر أن الاول اختيار القدورى والثانى اختيار المصنف وتفسير النية فى الوضوء هو أن ينوى ازالة الحدث أو اباحة الصلاة وهى فرض عند الشافعى قال لانها عبادة اذ العبادة فعل يأتى به المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والوضوء بهذه المثابة وكل ما هو عبادة لا يصح بدون النية لقوله تعالى وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين والاخلاص لا يحصل الا بالنية وقد جعله حالا للعابدين والاحوال شروط فتكون كل عبادة مشروطة بالنية وقاسه على التيمم فى كونهما طهارتين للصلاة ولنا القول بموجب العلة يعنى سلمنا أن الوضوء لا يقع عبادة الا بالنية لكن ليس كلامنا فى ذلك وانما هو فى أن استعمال الماء المطهر فى أعضاء الوضوء هل يوجب الطهارة بدون النية حتى يكون مفتاحا للصلاة أولا ولا مدخل لكونه عبادة فى ذلك ويفيد ذلك بدونها لان أعضاء الوضوء محكوم بنجاستها فى حق الصلاة ضرورة الامر بتطهيرها والماء طهور بطبعه فاذا لاقى النجس طهره قصد المستعمل ذلك أولا كالثوب النجس وكما فى حق الارواء بخلاف التيمم فان التراب لم يعقل مطهرا طبعا فلم يبق فيه الا معنى التعبد ولا تعبد بدون النية فان قيل فى الوضوء مسح والمسح لم يعقل مطهرا طبعا فيحتاج الى النية أجيب بأن مسح الرأس ملحق بالغسل لقيامه مقامه وانتقاله اليه بضرب من الحرج وقوله أو هو ينبئ عن القصد فلا يتحقق بدونه قيل يعنى أن التيمم ينبئ عن القصد والنية هى القصد فلا يتحقق التيمم بدون القصد أى النية

قال (ويستحب للمتوضئ أن ينوى الطهارة) فالنية فى الوضوء سنة عندنا وعند الشافعى فرض لانه عبادة فلا تصح بدون النية كالتيمم ولنا أنه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلاة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا فى حال ارادة الصلاة أو هو ينبئ عن القصد

وضعف بزيد بن أبى الحوارى وغيره ورواه الدارقطنى فى كتاب غرائب مالك من حديث زيد بن ثابت وضعف بعلى بن الحسن الشامى وأما عجزه فانما هو فى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتاه صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف الطهور فدعا بماء فى اناء فغسل كفيه ثلاثا ثم غسل وجهه ثلاثا ثم غسل ذراعيه ثلاثا ثم مسح برأسه أدخل اصبعيه السباحتين فى أذنيه ومسح بابهاميه على ظاهر أذنيه وبالسباحتين باطن أذنيه ثم غسل رجليه ثلاثا ثلاثا ثم قال هكذا الوضوء فمن زاد على هذا أو نقص فقد أساء وظلم وفى لفظ لابن ماجه تعدى وظلم وللنسائى أساء وتعدى وظلم قال فى الامام الحديث صحيح عند من يصحح حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده لصحة الاسناد الى عمرو اه وقد اختلف المحدثون فيه والمحققون على صحته فجمع المصنف رحمه الله بين الالفاظ المروية عنه عليه السلام ونسبها اليه ولا عتب عليه فى ذلك لانه لم ينسبه الى صحابى واحد معين (قوله ويستحب الخ) لا سند للقدورى فى الرواية ولا فى الدراية فى جعل النية والاستيعاب والترتيب مستحبا غير سنة أما الرواية فنصوص المشايخ متظافرة على السنية ولذا خالفه المصنف فى الثلاثة وحكم بسنيتها بقوله فالنية فى الوضوء سنة ونحوه فى الاخرين وأما الدراية فسنذكره قريبا ان شاء الله تعالى وقيل أراد يستحب فعل هذه السنة للخروج عن الخلاف فان الخروج عنه مستحب لكن قوله وبالميامن عطفا على تفسير ترتيب الوضوء قد يعكره فان الحاصل حينئذ يستحب الترتيب وهو أن يبدأ بما بدأ الله به وبالميامن والتيامن مستحب عندهم بالمعنى المشهور وقد أوقعه فى تفسير الترتيب فيكون الترتيب بذلك الوصف وأما الوجه فى أن الوضوء لا يقع بلا نية الا بالفعل مع الغفلة والذهول اذ الفعل الاختيارى لا بد فى تحققه من القصد اليه وهو اذا قصد الوضوء أو رفع الحدث أو استباحة ما لا يحل الا به كان منويا حتى ان صورة الخلاف انما تتحقق بيننا وبين الشافعى فى نحو من دخل الماء مدفوعا أو مختارا لقصد التبرد أو مجردا لقصد ازالة الوسخ ووقوع مثل هذه الحالات له صلى الله عليه وسلم قد لا يتحقق ولو تحقق فى بعضها لا ينفى السنية لانها لو لم تقترن بالترك أصلا كان واجبا وسنذكر الوجه العام للثلاثة (قوله لانه عبادة فلا تصح بدون النية) لقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات متفق عليه أى صحتها واعتبارها شرعا بالنيات والمراد العبادات لان كثيرا من المباحات تعتبر شرعا بالنية كالطلاق والنكاح (قوله ولنا) قول بالموجب أى سلمنا أن كل عبادة بنية والوضوء لا يقع عبادة بدونها ولو بذلك قضينا عهدة الحديث وليس الكلام فى هذا بل فى انه اذا لم ينو حتى لم تقع عبادة سببا للثواب فهل يقع الشرط المعتبر للصلاة حتى تصح به أولا ليس فى الحديث دلالة على نفيه ولا اثباته فقلنا نعم لان الشرط مقصود التحصيل لغيره لا لذاته فكيف حصل المقصود وصار كستر العورة وباقى شروط الصلاة لا يفتقر اعتبارها الى أن تنوى فمن ادعى أن الشرط وضوء هو عبادة فعليه البيان (قوله بخلاف التيمم) لان التراب لم يعتبر شرعا مطهرا الا للصلاة لا فى نفسه فكان التطهير به تعبدا محضا وفيه يحتاج الى النية أو هو أى التيمم ينبئ لغة عن القصد فلا يتحقق دونه بخلاف الوضوء فقد قياسه على التيمم وفى كل من الوجهين نظر نذكره فى التيمم ان شاء الله تعالى والصواب افساده بما هو

وفيه نظر لانه ينبئ عن القصد لغة والقصد الذى هو النية انما هو قصد خاص وهو قصد إباحة الصلاة والاعم لا دلالة له على الاخص ولان الاول مدلول اللفظ والثانى فعل القلب ولا دلالة لاحدهما على الآخر (قوله ويستوعب رأسه بالمسح) أى يستحب أن يستوعب رأسه بالمسح على ما اختاره القدورى وقوله وهو سنة يعنى على اختياره وصفة الاستيعاب أن يبل يديه ويضع بطون ثلاث أصابع من كل كف على مقدم الرأس ويعزل السبابتين والابهامين ويجافى الكفين ويجرهما الى مؤخر الرأس ثم يمسح الفودين بالكفين ويجرهما الى مقدم الرأس ويمسح ظاهر الاذنين بباطن الابهامين وباطن الاذنين بباطن السبابتين ويمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملا هكذا روت عائشة مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقال الشافعى رحمه الله السنة التثليث بماء مختلفة) لانه ركن فى الوضوء فكان التثليث فيه سنة كغسل (٢٢) الوجه واليدين والرجلين (ولنا أن أنسا رضى الله عنه توضأ ثلاثا ثلاثا ومسح رأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم) وقد روى عن عثمان وعلى ومعاذ وابن عباس والبراء وأبى أمامة الباهلى مثل ذلك قال الترمذى والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم وقد روى عن عثمان وعلى أنهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فغسلا ثلاثا ثلاثا ومسحا ثلاثا قلنا المشهور عنهما ما رويناه أولا (قال المصنف والذى يروى فيه من التثليث) يريد به ذلك يعنى على تقدير ثبوته (محمول عليه) أى على التثليث (بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن أبى حنيفة) ذكر الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة أنه اذا مسح ثلاثا بماء واحد كان مسنونا فان قيل قد صار البلل مستعملا بالمرة الاولى فكيف يسن امراره ثانيا وثالثا أجيب بانه يأخذ حكم الاستعمال لاقامة فرض آخر لا لاقامة السنة لانها تبع للفرض ألا يرى أن الاستيعاب يسن بماء واحد (قوله ولان المفروض هو المسح) دليل آخر وتقريره المفروض هو المسح والمسح يصير بالتكرار غسلا فالمفروض هو الغسل وهو خلاف الكتاب والسنة والاجماع فلا يكون التكرار مسنونا لان السنة فى الوضوء اكمال الفرض فى محله لا نقله من كونه مسحا الى كونه غسلا

(ويستوعب رأسه بالمسح) وهو سنة وقال الشافعى السنة التثليث بماء مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا أن أنسا رضى الله عنه توضأ ثلاثا ثلاثا ومسح برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى روى من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن أبى حنيفة ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا ولا يكون مسنونا

متفق عليه من أن شرط القياس أن لا تكون شرعية حكم الاصل متأخرة عن حكم الفرع والا لثبت حكم الفرع بلا دليل وشرعية التيمم متأخرة عن الوضوء فلا يقاس الوضوء على التيمم فى حكمه لكن هذا اذا قصد القياس أما اذا قصد الاستدلال بمعنى لما شرع التيمم بشرط النية ظهر وجوبها فى الوضوء فهو بمعنى لا فارق فليس جواب الابه كما فى الكتاب (قوله ولنا ان أنسا الخ) غريب وعزاه بعضهم الى معجم الطبرانى عن راشد أبى محمد الحمانى قال رأيت أنسا بالزاوية فقلت أخبرنى عن وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه بلغنى أنك كنت توضئه وساق الحديث الى أن قال ثم مسح برأسه مرة واحدة غير أنه أمرهما على أذنيه فمسح عليهما قال الزيلعى وهذا لم أجده فى معجم الطبرانى ويضعفه ما رواه ابن أبى شيبة حدثنا اسحق الازرق عن أيوب بن العلاء عن قتادة عن أنس انه كان يمسح على الرأس ثلاثا بأخذ لكل مسحة ماء جديدا وقد روى أبو داود عن ابن عباس أنه رآه صلى الله عليه وسلم يتوضأ ثلاثا ثلاثا ومسح برأسه وأذنيه مسحة واحدة وفيه عبادة بن منصور فيه مقال وتقدمت رواية أصحاب السنن الاربعة عن على أنه مسح مرة واحدة وفيه ضعف وروى الدارقطنى عن عثمان فى حكايته مسح برأسه مرة واحدة وقول الزيلعى فى المعزو الى معجم الطبرانى لم أجده فيه سهو عنه أو كان ساقطا فى نسختيه والا فقد وجد فى الاوسط من مسند ابراهيم البغوى (قوله والذى يروى) بالتمريض يشعر بضعفه وقد روى عن عثمان من حديث عامر بن شقيق وفيه ذلك المقال المتقدم قال أبو داود ورواه وكيع عن اسرائيل فقال توضأ ثلاثا ثلاثا فقط قال وأحاديث عثمان الصحاح كلها تدل على أن المسح مرة واحدة فانهم ذكروا الوضوء ثلاثا ثلاثا وقالوا ومسح برأسه لم يذكروا عددا انتهى وروى أبو داود والطبرانى عن على فى حكايته المسح ثلاثا قال البيهقى وقد روى من أوجه غريبة عن عثمان رضى الله عنه تكرار المسح الا أنه مع خلاف الحفاظ ليس بحجة عند أهل العلم (قوله وهو مشروع) روى الحسن عن أبى حنيفة

(قوله وفيه نظر لانه ينبئ عن القصد الخ) قال يعقوب باشا يمكن أن يقال ان المراد قصد الصعيد لاجل الصلاة بقرينة قوله فلم تجدوا ماء ففيه الانباء عن المشروط (قوله ولان الاول مدلول اللفظ والثانى فعل القلب ولا دلالة لاحدهما على الآخر) أقول فيه بحث (قوله الفودين) فى القاموس الفود معظم شعر الرأس مما يلى الاذن وناصية الرأس (قوله لم يصر مستعملا) أقول حقيقة وان لم يصر مستعملا حكما فى عضو واحد فلا يخالف ما سيأتى بعد أسطر (قال المصنف ولان المفروض هو المسح) أقول عطف ما تقدم من حيث المعنى كانه قال التثليث

وقوله (فصار كمسح الخف) تقريره مسح الرأس مسح في الوضوء وكل ما هو مسح في الوضوء لا يسن تثليثه كمسح الخف وقوله بخلاف الغسل متصل بقوله وبالتكرار يصير غسلا ومعناه أن المسح يفسده التكرار بخلاف الغسل فانه لا يفسده فكان قياس الشافعي الممسوح على المغسول فاسدا قال (ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره) ويرتب معطوف على قوله ويستوعب والكلام في كونه مستحبا أو سنة كما تقدم قوله فيبدأ بيان الترتيب وقال الشافعي الترتيب في الوضوء فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية ووجه الاستدلال أن الفاء للتعقيب والتعقيب يدل على الترتيب فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام الى (٢٣) الصلاة واذا ثبت الترتيب فيه ثبت في

فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار قال (ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن) فالترتيب في الوضوء سنة عندنا وقال الشافعي فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب ولنا أن المذكور فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع أهل اللغة فتقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء والبداءة بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام ان الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل

في المجرد اذا مسح ثلاثا بماء واحد كان مسنونا وما سوى ذلك من تقرير الكتاب غني عن البيان (قوله والفاء للتعقيب) فيفيد وجوب تعقيب القيام الى الصلاة بغسل الوجه فيلزم الترتيب بين الوجه وغيره فيلزم في الكل لعدم القائل بالفصل قلنا لا نسلم افادتها تعقيب القيام به بل جملة الاعضاء وتحقيقه أن المعقب طلب الغسل وله متعلقات وصل الى أولها ذكرا بنفسه والباقي بواسطة الحرف المشرك فاشتركت كلها فيه من غير افادة طلب تقديم تعليقه ببعضها على بعض في الوجود فصار مؤدى التركيب طلب اعقاب غسل جملة الاعضاء وهذا عين ما في الكتاب وهو عين نظير قولك ادخل السوق فاشتر لنا خبزا ولحما حيث كان المفاد اعقاب الدخول بشراء ما ذكر كيف وقع ودعوى المصنف اجماع أهل اللغة على أن الواو لمطلق الجمع تبع للفارسي وهو بناء على عدم اعتبار قول القائلين بأنها للترتيب أو للقران (قوله والبداءة بالميامن فضيلة) أي مستحب ثم استدل عليه بقوله صلى الله عليه وسلم ان الله يحب التيامن في كل شيء وهو معنى ما روى الستة عن عائشة كان النبي صلى الله عليه وسلم يحب التيامن في كل شيء حتى في طهوره وتنعله وترجله وشأنه كله وهو بناء على عدم استلزام المحبوبية المواظبة لان جميع المستحبات محبوبة له صلى الله عليه وسلم ومعلوم أنه لم يواظب على كلها واو لم تكن مستحبة بل مسنونة لكن أخرج أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم اذا توضأتم فابدؤا بميامنكم وأخرجه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما قال في الامام وهو جدير بأن يصح وغير واحد ممن حكى وضوأه صلى الله عليه وسلم صرحوا بتقديم اليمنى على اليسرى من اليدين والرجلين وذلك يفيد المواظبة لانهم انما يحكون وضوأه الذي هو دأبه وعادته فيكون سنة وبمثله ثبتت سنية الاستيعاب لانهم كذلك حكوا المسح وفي القنية عن بعضهم اذا داوم على ترك استيعاب الرأس بغير عذر يأثم كأنه والله أعلم لظهور رغبته عن السنة فالحق أن الكل سنة ومسح الرقبة مستحب بظهر اليدين لعدم استعمال بلتهما والحلقوم بدعة وقيل مسح الرقبة أيضا بدعة وفيما قدمنا من رواية الياسمي أنه صلى الله عليه وسلم مسح الرقبة مع مسح الرأس وفي حديث وائل المقدم وظاهر رقبته وقيل ان مسح الاذنين أدب ومن السنن الترتيب بين المضمضة والاستنشاق والبداءة من مقدم الرأس ومن رؤس الاصابع في اليدين والرجلين ووجهه على ما عن بعض المشايخ أنه تعالى جعل المرافق والكعبين غاية الغسل فتكون منتهى الفعل

غيره لانه معطوف على المرتب والمعطوف على المرتب مرتب أو لعدم القائل بالفصل ولنا أن المذكور في الآية حرف الواو يعني بعد الفاء والواو لمطلق الجمع باجماع أهل اللغة والفاء دخلت على هذه الجملة التي لا ترتيب فيها فتقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء من غير ترتيب وتحقيقه سلمنا أن الفاء للتعقيب تفيد تعقيب ما بعدها لما قبلها وما بعدها غسل جملة غير مرتبة فيفيد تعقيبها القيام الى الصلاة ونحن نقول به وليس الكلام فيه وانما الكلام في ترتيب الاعضاء والداخل فيها الواو وهي لا تفيد الترتيب فان قيل كيف ادعى المصنف اجماع أهل اللغة ومنهم من يقول انه يفيد الترتيب ومنهم من يقول يفيد القران أجيب بأن أبا علي الفارسي ذكر أن النحاة أجمعوا أن الواو للجمع المطلق ذكره سيبويه في سبعة عشر موضعا في كتابه فاعتمد

المصنف على ذلك وبان خلاف القليل لا يمنع الاجماع اللغوي وقوله (والبداءة بالميامن فضيلة) أي مستحبة والميامن جمع ميمنة خلاف الميسرة وذكر في المغرب أن البداية بالياء عامية والصواب بداءة وقوله صلى الله عليه وسلم ان الله يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل التنعل لبس النعلين والترجل تسريح شعر الرأس

ليس بسنة لما ذكرنا ولان المفروض الخ (قال المصنف ويرتب الوضوء فيبدأ) أقول الفاء للتعقيب الرتبي كما في قوله تعالى ونادى نوح ربه فقال (قال المصنف وبالميامن) أقول أي في الايدي والارجل

ويعرف الفصل بانه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت أحكامها بالنسبة الى ماقبلها غير مترجمة بالكتاب والباب لما فرغ من بيان الوضوء فرضه وسنته ومستحبه بدأ بما ينافيه من العوارض اذ العارض انما يكون متأخرا عن المعروض والنواقض جمع ناقضة والنقض متى أضيف الى الاجسام يراد به ابطال تأليفها ومتى أضيف الى المعانى يراد به اخراجه عما هو المطلوب به والمطلوب هنا من الوضوء استباحة الصلاة والمعانى الناقضة أى العلل المؤثرة فى اخراج الوضوء عما هو المطلوب به (كل مايخرج من السبيلين) أى خروج كل مايخرج من السبيلين يعنى القبل والدبر والذكر وانما قدرنا المضاف تصحيحا للحمل فان حمل الذات على المعنى غير صحيح وانما عبر عن العلل بالمعانى اقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم فى قوله لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث واحترازا عن عبارة الفلاسفة فان المتقدمين استنكفوا عن ذلك الى أن نشأ الطحاوى فاستعملها فتبعه من بعده فان قيل الكلية منتقضة بالريح الخارج من الذكر والقبل فان الوضوء لاينتقض به فى أصح الروايتين أجيب بأنه مخصوص من العموم لان الريح لاتنبعث من الذكر وانما هو اختلاج والقبل محل الوطء ليس فيه نجاسة تنجس الريح بالمرور عليها وهو فى نفسه طاهر عند المصنف على ماسيجىء ووجه الاستدلال بقوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط هو المكان المطمئن من الارض منه

﴿ فصل فى نواقض الوضوء ﴾

(المعانى الناقضة للوضوء كل مايخرج من السبيلين) لقوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما الحدث قال مايخرج من السبيلين

﴿ الآداب ترك الاسراف والتقتير وكلام الناس والاستعانة وعن الوبرى لابأس بصب الخادم كان عليه الصلاة والسلام يصب الماء عليه والتمسح بخرقة يمسح بها موضع الاستنجاء ومنها استقباله بنفسه والمبادرة الى ستر العورة بعد الاستنجاء ونزع خاتم عليه اسمه تعالى أو اسم نبيه صلى الله عليه وسلم حال الاستنجاء وكون آنيته من خزف وأن يغسل عروة الابريق ثلاثا ووضعه على يساره وان كان اناء يغترف منه فعن يمينه ووضع يده حالة الغسل على عروته لارأسه والتأهب بالوضوء قبل الوقت وذكر الشهادتين عند كل عضو واستقبال القبلة فى الوضوء واستحضار النية فى جميع أفعاله وتعاهد الموقين وماتحت الخاتم والذكر المحفوظ عند كل عضو وأن لايلطم وجهه بالماء وامرار اليد على الاعضاء المغسولة والتأنى والدلك خصوصا فى الشتاء وتجاوز حد الوجه واليدين والرجلين ليستيقن غسلهما وتطويل الغرة وقول سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله اللهم اجعلنى من التوابين الخ وأن يشرب فضل وضوئه قائما مستقبلا قيل وان شاء قاعدا وصلاة ركعتين عقيبه وملء آنيته استعدادا وحفظ ثيابه من المتقاطر والامتخاط بالشمال عند الاستنشاق ويكره باليمين وكذا القاء البزاق فى الماء والزيادة على ثلاث فى غسل الاعضاء وبالماء المشمس ﴿ تتمة ﴾ شك فى بعض وضوئه قبل الفراغ فعل ماشك فيه ان كان أول شكه والا فلا عليه وان شك بعده فلا مطلقا

﴿ فصل فى نواقض الوضوء ﴾

النقض فى الاجسام ابطال تركيبها وفى المعانى اخراجها عن افادة ماهو المطلوب منها (قوله كل مايخرج) قيل يعنى خروج مايخرج ليصح الاخبار عن المعانى لكن الظاهر أن الناقض هو النجس الخارج لاخروجه المخرج للنجس عن كونه مؤثرا للنقض مع أن الضد هو المؤثر فى رفع ضده وصفة النجاسة الرافعة للطهارة انما هى قائمة بالخارج وغاية الخروج أن يكون علة تحققها صفة شرعية أعنى صفة النجاسة فانها شرعية وذلك لايضر اذ بعد تحققها عن علتها هى المؤثرة للنقض ثم ظاهر الحديث الذى رويه ما الحدث قال مايخرج من السبيلين ولم يوجد مايوجب صرفه عن ظاهره الا اصلاح عبارة بعض المصنفين وهذا لايجوز على أنه غير لازم اذ المعنى قد لايقابل الجوهر فانه يقال على المراد باللفظ جوهرا كان أو عرضا وانما يقابله العرض فالناقض الخارج النجس والخروج شرط عمل العلة وعلة لها نفسها لانه علة تحقق الوصف الذى هو النجاسة والا لم يحصل لاحد طهارة فاضافة النقض الى الخروج اضافة الى علة العلة (قوله لقوله تعالى) وجه التمسك به فى عموم مايخرج دودة كانت أو حصاة أو ريحا الا ما استثنى

(قوله اذ العارض انما يكون متأخرا عن المعروض) أقول والاظهر أن يقال اذ رافع الشئ يكون بعده (قوله يعرف الفصل بانه طائفة من المسائل الفقهية) أقول المشهور فى أمثاله أنها الالفاظ الدالة على المسائل المخصوصة (قوله أجيب بانه مخصوص من العموم لان الريح لاتنبعث من الذكر وانما هو اختلاج) أقول فكيف يكون مخصوصا من العموم (قوله ووجه الاستدلال الى قوله) ان الله رتب وجوب

ينتهي اليه الانسان عند ارادة قضاء الحاجة تستر أن الله تعالى رتب وجوب التيمم على المجيء من الغائط حال عدم الماء وهو لازم لخروج النجس فكان كناية عن الحدث لكونه ذكر اللازم وأراد الملزوم والترتيب يدل على العلية واذا ثبت ذلك في التيمم ثبت في الوضوء لما ذكرنا أن البدل لا يخالف الاصل في السبب لا يقال قد تقدم أن الحدث شرط للوضوء فكيف يكون علة لنقضه لانه علة لنقض ما كان وشرط لوجوب ما سيكون ولا تنافي بينهما وقوله (وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره) (٢٥) نفي لقول مالك فانه يقول لا وضوء لما

وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره (والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم

منه وهو الريح الخارج من القبل والدودة منه وأما الريح من الذكر فهو اختلاج لا ريح فلا ينقض كالريح الخارجة من جراحة في البطن أن الغائط المطمئن من الارض يقصد للحاجة والاجماع على أنه ليس نفس المجيء منه ناقضا بل هو كناية عما يلزمه من الخارج واذا لزم فيه كونه في لازمه فحمله على أعم اللوازم وهو الخارج النجس أولى خصوصا مع مناسبة النجس مطلقا لهذا الحكم كذا في شرح الجمع وقد يقال انما يصح على ارادة أعم اللوازم للمجيء والخارج النجس مطلقا ليس منه للعلم بأن الغائط لا يقصد قط لمجرد الريح فضلا عن جرح ابرة ونحوه فالاولى كونه فيما يحله ويستدل على الريح بالاجماع وغيره بالخبر وهو ما ذكر روى معناه الدارقطني عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام قال الوضوء مما خرج وليس مما دخل وضعف بشعبة مولى ابن عباس وقال في الكامل بل بالفضل بن المختار قال سعيد بن منصور انما يحفظ هذا من قول ابن عباس وقال البيهقي روى عن علي من قوله وبهذا وقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة توضئي لوقت كل صلاة عينا حينئذ أصل قياس الخارج النجس من السبيلين على غير وجه الاعتياد وفرعه الخارج النجس من غيرهما فيحتج على مالك في نفي ناقضية غير المعتاد والخارج على غير وجه الاعتياد به على هذا المعنى ثم الخروج من السبيلين يتحقق بالظهور فلو حشي الذكر فالانتقاض بمحاذاة بلة الحشوة رأس الذكر لا بنزوله الى القصبة والى القلفة فيه خلاف والصحيح النقض فيه قال المصنف في التجنيس لان هذا بمنزلة المرأة اذا خرج من فرجها بول ولم يظهر واستشكل بأنهم قالوا لا يجب على الجنب ايصال الماء اليه لانه خلقة كقصبة الذكر اه لكن في الفتاوى الظهيرية انما علله بالحرج لا بالخلقة وهو المعتمد فلا يرد الاشكال ولو احتشت في الفرج الداخل فالنقض بمحاذاة حرفه خلافا لابي يوسف في قوله اذا علمت أنها لو لم تحشه لخرج نقض ولو أدخلت اصبعها فيه نقض لانها لا تخلو عن بلة وكذا العود في الدبر كالمحقنة وغيرها تعتبر فيه البلة اذا كان طرف منه خارجا ولو غيبه نقض اذا أخرج بلا تفصيل في الفتاوى والتجنيس وكذا القطنة اذا غيبها في الاحليل ثم خرجت ولو ابتلت بالبول ولم تجاوز رأسه غير أنه لو لاها خرج لم ينقض والمجبوب اذا ظهر بوله بموضع الجب ان كان يقدر على امساكه متى شاء نقض والا فلا كالجرح ولو كان به حصاة فبط ذلك الموضع وأخرجها فاستمال البول اليه فكالجرح وان كان بذكره بط أي شق له رأسان أحدهما يخرج منه ماء يسيل في مجرى الذكر والآخر في غيره ففي الاول ينقض بالظهور وفي الثاني بالسيلان واذا تبين الخنثى أنه امرأة فذكره كالجرح أو رجل ففرجه كالجرح وينتقض في الآخر بالظهور ولو أقطر في احليله دهنا فسال منه لا ينقض خلافا لابي يوسف بخلاف ما اذا احتقن بالدهن ثم سال حيث يعيد الوضوء لاختلاطه بالنجاسة بخلاف الاحليل للعائل عند أبي حنيفة ولو احتشت في فرجها الخارج فما لم تبتل أو تصل البلة الى حرف الداخل لا ينقض أو في الداخل فسد الصوم ولا ينقض (قوله فتجاوزا)

يخرج نادرا كالحصاة والدودة ودم الاستحاضة مستدلا بأن الله تعالى كنى بالغائط على الوجه المتقدم عن قضاء الحاجة المعتادة فلا يكون غيرها ناقضا قلنا تقييد بلا دليل في مقابلة ما يدل على خلافه وهو عموم كلمة ما قال (والدم والقيح اذا خرجا من البدن) خروج النجس من بدن الانسان الحي ينقض الطهارة كيفما كان عندنا وهو مذهب العشرة المبشرة وابن مسعود وزيد بن ثابت وأبي موسى الاشعري وأبي الدرداء وصدور التابعين رضي الله عنهم وقيد بالخروج لان نفس النجاسة غير ناقضة ما لم توصف بالخروج والا لما حصلت الطهارة لشخص قط والمراد بالبدن بدن الحي كما ذكرنا فانها ان خرجت من بدن الميت بعد غسله لا توجب اعادة غسله بل توجب غسل ذلك الموضع على ما سيأتي وشرط التجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير احترازا عما

(٤ — فتح القدير اول) يبدو ولم يخرج ولم يتجاوز فانه لا يسمى خارجا فكان تفسيرا للخروج وردا للماظن زفر أن البادي خارج حتى أورد ما لم يسل نقضا على قولنا الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء وقوله يلحقه حكم التطهير

التيمم) أقول قوله وجه الاستدلال مبتدأ وخبره قوله ان الله رتب وجوب التيمم (قوله وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره نفي لقول مالك الخ) أقول والريح الخارجة من القبل ليس ريحا حقيقة بل هي اختلاج ولو سلم فالعام بعد التخصيص يبقى حجة في الباقي لعمومه

التطهير والقيء مل ء الفم) وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روى أنه عليه السلام قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة أمر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع

عطف تفسيري فان الخروج في غير السبيلين هو تجاوز النجاسة الى موضع التطهير فالمعنى اذا خرجا بأن تجاوزا الا أن يحمل الخروج على الظهور فليس به والمعنى اذا ظهرا فتجاوزا فلو خرج من جرح في العين دم فسال الى الجانب الآخر منها لا ينتقض لانه لا يلحقه حكم هو وجوب التطهير أو ندبه بخلاف ما لو نزل من الرأس الى ما لان من الأنف لانه يجب غسله في الجنابة ومن النجاسة فينقض ولو ربط الجرح فنفذت البلة الى طاق لا الى الخارج نقض ويجب أن يكون معناه اذا كان بحيث لو لا الربط سال لان القميص لو تردد على الجرح فابتل لا ينجس ما لم يكن كذلك لانه ليس بحدث ولو بزق فخرج فيه دم قدر الريق نقض لان كان الريق غالبا ولو أخذه من رأس الجرح قبل أن يسيل مرة فمرة ان كان بحال لو تركه سال نقض والا لا وفي المحيط حد السيلان أن يعلو وينحدر عن أبي يوسف وعن محمد اذا انتفخ على رأس الجرح وصار أكبر من رأسه نقض والصحيح لا ينقض وفي الدراية جعل قول محمد أصح ومختار السرخسي الاول وهو أولى وفي مبسوط شيخ الاسلام تورم رأس الجرح فظهر به قيح ونحوه لا ينقض ما لم يجاوز الورم لانه لا يجب غسل موضع الورم فلم يتجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير ثم الجرح والنفطة وماء الثدي والسرة والأذن اذا كان لعلة سواء على الاصح وعلى هذا قالوا من رمدت عينه وسال الماء منها وجب عليه الوضوء فان استمر فلوقت كل صلاة وفي التجنيس الغرب في العين اذا سال منه ماء نقض لانه كالجرح وليس بدمع ولو خرج من سرته ماء أصفر وسال نقض لانه دم قد نضج فاصفر وصار رقيقا والغرب بالتحريك ورم في المآقي وفي المحيط مص القراد فامتلأ ان كان صغيرا لا ينقض كالوامص الذباب وان كان كبيرا نقض كمص العلقة (قوله وقال الشافعي الخ) حاصل الاقوال المذكورة في الكتاب لا ينقض مطلقا وينقض عند زفر مطلقا سال أو لا امتلأ الفم من القيء أو لا وعندنا ينقض بالشرط المذكور وكل روى لمذهبه ما يؤيده ولنتكلم عليها أما حديث أنه صلى الله عليه وسلم قاء فلم يتوضأ فلم يعرف وأما حديث الوضوء من كل دم سائل فرواه الدارقطني من طريق ضعيفة ورواه ابن عدي في الكامل من أخرى وقال لا نعرفه الا من حديث أحمد بن فروخ وهو ممن لا يحتج بحديثه ولكنه يكتب فان الناس مع ضعفه قد احتملوا حديثه اه لكن قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل قد كتبنا عنه ومحله عندنا الصدق وقد تظافر معه حديث البخاري عن عائشة جاءت فاطمة بنت أبي حبيش اليه صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة قال لا انما ذلك عرق وليست بالحيضة فاذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة واذا أدبرت فاغسلي عنك الدم قال هشام بن عروة قال أبي ثم توضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت واعترض بأنه من كلام عروة ودفع بأنه خلاف الظاهر وأيضا لو كان لقال تتوضأ لكل صلاة فلما قال توضئي على مشاكلة الاول المنقول لزم كونه من قائل الاول وهذا لان لفظ اغسلي خطاب النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة وليس عروة مخاطبا لها ليكون قوله ثم توضئي خطابا منه لها فلزم كونه من المخاطب بالاول وهو النبي صلى الله عليه وسلم وقد رواه الترمذي كذلك ولم يحمله على ذلك ولفظه وتوضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت وصححه وما رواه الدارقطني من أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وصلى ولم يتوضأ ولم يزد على غسل محاجمه فضعيف وأما حديث من قاء أو رعف الى آخره فرواه ابن ماجه عن اسمعيل بن عياش عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عائشة قال صلى الله عليه وسلم من أصابه قيء أو رعاف أو قلس أو مذي فلينصرف فليتوضأ ثم ليبن على صلاته وهو في ذلك لا يتكلم ولفظ ثم ليبن على صلاته ما لم يتكلم رواه الدارقطني وقال الحفاظ من أصحاب ابن جريج يروونه عن ابن جريج عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا انتهى وقد تكلم في ابن عياش وجملة الحاصل

أي يلحقه حكم هو التطهير والمراد أن يجب تطهيره في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الرأس الى قصبة الأنف انتقض الوضوء بخلاف البول اذا نزل الى قصبة الذكر ولم يظهر لان النجاسة هناك لم تصل الى موضع يلحقه حكم التطهير وفي الانف وصلت الى ذلك اذ الاستنشاق في الجنابة فرض (وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة أمر تعبدي) أي أمر تعبدنا به أي كلفنا الله به من غير معنى يعقل اذ العقل انما يقتضي وجوب غسل موضع أصابته النجاسة (فيقتصر على مورد الشرع

وهو المخرج المعتاد ولناقوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل

فيه أنه يحتج به من حديث الشاميين لا الحجازيين وأخرجه البيهقي من جهة الدارقطني عن ابن جريج عن أبيه عنه صلى الله عليه وسلم مرسلا وقال هذا هو الصحيح ثم نقل عن الشافعي أنه بتقدير الصحة يحمل على غسل الدم لا وضوء الصلاة ودفع بأنه غير صحيح والا لبطلت الصلاة فلم يجز البناء وابن عياش قد وثقه ابن معين وزاد في الاسناد عن عائشة والزيادة من الثقة مقبولة والمرسل عندنا وعند جمهور العلماء حجة وستأتي زيادة فيه من الآثار في باب الحدث في الصلاة فان المصنف أعاده فيه والافصح في رعف الفتح والقلس الخارج مع الغثيان والقيء مع سكون النفس يكون وقد أخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن حسين المعلم بسنده الى معدان بن أبي طلحة عن أبي الدرداء أنه صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ قال فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فذكرت ذلك له فقال صدق أنا صببت له وضوءه قال الترمذي وهو أصح شيء في هذا الباب وأعله الخصم بالاضطراب فان معمرا رواه عن يحيى بن أبي كثير عن يعيش عن خالد بن معدان عن أبي الدرداء ولم يذكر فيه الاوزاعي وأجيب أن اضطراب بعض الرواة لا يؤثر في ضبط غيره قال ابن الجوزي قال الاثرم قلت لاحمد قد اضطربوا في هذا الحديث فقال قد جوده حسين المعلم وقد قال الحاكم هو على شرطهما وروى مثل هذا عن ابن عمر وفي مصنف عبد الرزاق أخبرنا الثوري عن أبي اسحق عن الحرث عن علي رضي الله عنه قال اذا وجد أحدكم رزا أو رعافا أو قيئا فلينصرف وليتوضأ فان تكلم استقبل والا اعتد بما مضى والحارث ضعف ومثله عن سليمان بن عمر واذا ثبت هذا عنه صلى الله عليه وسلم وجب تقديمه على المضي في الصلاة لذلك الصحابي الذي جرح في الصلاة بلا مرية وقول من قال لم يصح في نقض الوضوء وعدمه بالدم والقيء والضحك حديث ان سلم لم يقدح لان الحجية لا تتوقف على الصحة بل الحسن كاف على أنه رأي هذا القائل فاما مجتهد علم بالاختلاف في صحة الحديث وغلب على رأيه صحته فهو صحيح بالنسبة اليه اذ مجرد الخلاف في ذلك لا يمنع من الترجيح وثبوت الصحة وأما حديث القلس حدث فرواه الدارقطني وهو ضعيف وفي الاطلاق الكائن في حديث ابن عياش غنية عنه وأما حديث ليس في القطرة الى آخره فرواه الدارقطني من طريقين في أحدهما محمد بن الفضل ابن عطية وفي الآخر حجاج بن نصير وقد ضعفا ولفظة القطرة والقطرتين كناية عن القلة ولفظ سائلا كناية عن الكثرة فان لفظة القطرة في العرف يراد به القلة وضده ماء سائل والا فحقيقة القطرة اذا وجدت نقض اتفاقا فلا بد من صرفه عن ظاهره بطريق صناعي كما ذكرنا وأما قول علي أو وسعة تملأ الفم فلم يعرف وروى البيهقي في الخلافيات عنه صلى الله عليه وسلم يعاد الوضوء من سبع من اقطار البول والدم السائل والقيء ومن دسعة تملأ الفم ونوم المضطجع وقهقهة الرجل في الصلاة وخروج الدم وفيه سهل بن عفان والجارود بن يزيد وهما ضعيفان فحصل لنا من ذلك كله حجية حديث فاطمة بنت أبي حبيش وحديث ابن عياش وحديث أبي الدرداء فلا يعارضها غيرها مما رواه الشافعي ولو أرخينا العنان وجعلناها تتعارض فان جمعنا وهو أولى عند الامكان كان محمل ما رواه الشافعي على القليل في القيء ومالم يسل وما رواه زفر على الكثير توفيقا بين الادلة وان أسقطناها صرنا الى القياس وهو ما ذكره بقوله ان خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة شرعا وهذا القدر في الاصل معقول أي عقل في الاصل وهو الخارج من السبيلين أن زوال الطهارة عنده وهو الحكم انما هو بسبب أنه نجس خارج من البدن اذ لم يظهر لكونه من خصوص السبيلين تأثير وقد وجد في الخارج من غيرهما فيتعدى الحكم اليه فالاصل الخارج من السبيلين وحكمه زوال طهارة يوجبها الوضوء وعلته خروج النجاسة من البدن وخصوص

(وهو المخرج المعتاد) والباء في تعبدي يجوز أن تكون للنسبة ويجوز أن تكون للمبالغة كما جرى في أحمر ويجوز أن يكون معناه أمر تعبدي لان القياس يقتضي وجوب غسل كل الاعضاء كما في المني بل بطريق الاولى لان الغائط أنجس من المني لاختلاف في نجاسته دون الغائط فالاقتصار على الاعضاء الاربعة أمر تعبدي (ولناقوله صلى الله عليه وسلم الوضوء من كل دم سائل) أخرجه الدارقطني ووجه الاستدلال أن مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل شاة ولا خلاف في فرضيته وقوله عليه السلام انما الماء من الماء ولا خلاف في وجوب

(قوله ووجه الاستدلال أن مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل شاة) أقول الوجوب فيه يستفاد من كلمة في فانها قد تكون للسببية مع أن قوله في خمس من الابل لا يشبه الوضوء من كل دم فان من في الاول للتبيين وفي الثاني للنشئية ولو كان لفظ الحديث من خمس لكان شبيها به كل الشبه

الغسل بسبب خروج المنى فكان معناه توضؤا من كل دم سال من البدن وانما عبر عنه بلفظ الخبر لكونه اكد فى الدلالة على الوجوب كأنه أمر فامتثل أمره فأخبر عن ذلك وهو آية كونه واجبا فان الامر اذا كان ممن لا يكذب فى كلامه يعبر عن مطلوبه بلفظ الخبر تأكيدا للطلب لان فى تركه تكذيبا له وهو ممن لا يكذب على ما عرف فى موضعه فان قيل سلمناه لكن يجوز أن يكون المراد به الوضوء اللغوى قلنا اذا لم مجاز شرعى ولا ترك الحقيقة الشرعية فى كلام الشارع بلا دليل (وقوله عليه السلام من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته مالم يتكلم) رواه ابن أبى مليكة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم ذكره الرازى فى شرح الطحاوى يقال رعف اذا سال رعافه قال المطرزى وفتح العين هو الفصيح ووجه التمسك به من أوجه أحدها الامر بالانصراف وهو ابطال العمل المنهى عنه المفضى الى التناقض المستحيل على الشرع فان قيل جاز أن يكون الامر بالانصراف لازالة نجاسة أصابت ثوبه أو بدنه من الرعاف أجيب بأن الامر بالبناء يأباه فان البناء اذ ذاك غير جائز بالاتفاق والثانى الامر بالوضوء والامر للوجوب وارادة الوضوء اللغوى مدفوعة بما تقدم فى الحديث الاول لا يقال وقع فى الشرع ذلك اذ غسل فمه بعد القىء فقيل له ألا تتوضأ وضوءك للصلاة فقال عليه السلام هكذا الوضوء من القىء لان ذلك بقرينة قائمة فانه عليه السلام قال ذلك بطريق المشاكلة لقول السائل ألا تتوضأ وضوءك للصلاة والثالث أنه أمر بالبناء وأدناه الاباحة ولا اباحة للبناء بعد العمل الكثير الا بعد انتقاض الطهارة بالاتفاق لا يقال البناء المعطوف على الانصراف غير واجب بالاتفاق فكذا ما عطف (٣٨) عليه لان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم ألا يرى الى قوله تعالى كلوا من رزق ربكم واشكروا له فان الامر الاول للاباحة والثانى للوجوب واذا جاز ذلك فعكسه أولى لانه اتباع الضعيف للقوى (قوله ولان خروج النجاسة) اثبات صفة النجاسة لما يخرج من غير السبيلين بطريق القياس والمصنف رحمه الله ظهر عن حذق عظيم مع وجازة اللفظ وبيانه على وجه واضح يحتاج الى ذكر الاصل والفرع وشروط القياس فلا علينا أن نذكر ذلك اجمالا فنقول القياس ابانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته فى الآخر فالمذكور الاول هو الاصل والثانى هو الفرع وشروطه أن لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه بنص آخر كشهادة خزيمة وأن لا يكون معدولا به عن القياس كبقاء الصوم مع الاكل ناسيا وأن يتعدى الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه وأما معرفة تفاصيل ذلك وما يحتر زعنه بكل قيد من القيود فموضعه أصول الفقه اذا عرف هذا فنقول فأما الاصل فيما نحن فيه فهو الخارج من السبيلين أعنى الغائط وهو يشتمل على معنى معقول وهو أن لخروج النجاسة أثرا فى زوال الطهارة عن المخرج لاتصافه بضد الطهارة وهو التلوث بالنجاسة وعن سائر البدن باعتبار أن الاتصاف بالحدث لا يقبل التجزى وعلى معنى غير معقول وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة وأما الفرع فيه فهو الخارج من غير السبيلين وذلك لان علماءنا اعتبروا فاستنبطوا أن الخارج من السبيلين كان حدثا لكونه نجسا خارجا من بدن الانسان من قوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط الآية وهو نص معلول بذلك الوصف لظهور أثره فى جنس الحكم المعلل به وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس ووجدوا مثل ذلك فى الخارج من غير السبيلين فعدوا الحكم الاول اليه وتعدى الحكم الثانى وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة أيضا ضرورة تعدى الاول لانه لو لم يتعد اليه تغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس فان قيل التغير واقع لان مجرد الخروج مؤثر فى الاصل واعتبرتم فى الفرع السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير أجاب المصنف بقوله غير أن الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم الخ فان قيل قد ذكرتم أن من شروط القياس أن لا يكون الاصل

وقوله عليه السلام من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته مالم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر فى زوال الطهارة وهذا القدر فى الاصل معقول والاقتصار على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدى الاول غير أن الخروج انما يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم فى القىء لان بزوال القشرة تظهر النجاسة فى محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج وملء

المحل ملغى والفرع الخارج النجس من غيرهما وفيه المناط فيتعدى اليه زوال الطهارة التى يوجبها الوضوء فثبت أن موجب هذا القياس ثبوت زوال طهارة الوضوء واذا صار زائل طهارته فعند ارادة الصلاة يتوجه عليه خطاب الوضوء وهو تطهير الاعضاء الاربعة فلا حاجة الى اثبات تعديه الاقتصار ضمنا أصلا كما ذكره فى الكتاب والاشتغال بتقريره كما فى الشروح واذا صار خروج النجاسة من غير السبيلين كخروجها من السبيلين يرد أن يقال فلم اشترطتم للنقض فى غيرهما السيلان مع أنه ليس بشرط فيهما فأجاب بقوله غير أن الخروج الى آخره أى النقض بالخروج وحقيقته من الباطن الى الظاهر وذلك بالظهور

(قوله والثانى الامر بالوضوء الخ) أقول معطوف على قوله أحدها الامر بالانصراف الخ

مخصوصا بحكمه بنص آخر ولا نسلم وجوده في محل النزاع لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قاء فلم يتوضأ فانه يدل على أن قوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط مخصوص بحكمه وهو نقض الطهارة فالجواب أن ذلك محمول على القليل كما ذكره في الكتاب ويجاب عما لو قيل ومن شرطه أن لا يكون الفرع منصوصا عليه وقد رويتم فيه حديثين بان ذلك الشرط ليس بمتفق عليه فجاز أن يكون اختيار المصنف خلافه ولقائل أن يقول قد ذكرتم أن الاصل يشتمل على معنى معقول ومعنى غير معقول وعديتم غير المعقول تبعا للمعقول لئلا يلزم التغير المفسد لتعدية المعقول فهلا تركتم تعدية غير المعقول وجعلتم المعقول تبعا له في ذلك والجواب من وجهين أحدهما أن الاول معقول لما ذكرنا ومشروع لاعتباره في الشرع حدثا والثاني مشروع فقط فجعله تابعا للاول أولى من عكسه لامحالة والثاني أن الشرع لما اعتبر الاول حدثا استلزم الطهارة عند تكرره وفي غسل جميع البدن كلما وجد حرج بين فاقتصر على الاعضاء الاربعة الظاهرة تيسيرا علينا فكان الثاني من ضرورات الاول فكان تابعا له وعرف ملء الفم بما ذكر في الكتاب وهو رواية الحسن بن زياد وقيل ان منع من الكلام فهو ملؤه والا فلا وفرق بين الملء وغيره لان الفم تجاذب فيه دليلان أحدهما يقتضي كونه ظاهرا والآخر يقتضي كونه باطنا حقيقة وحكما أما الحقيقة فلانه اذا فتح فاه يظهر واذا ضمه يبطن وأما الحكم فلان الصائم اذا أخذ الماء بفيه ثم مجه لم يفسد صومه كما اذا سال الماء على ظاهر جلده فكان ظاهرا واذا ابتلع ريقه لا يفسد صومه أيضا كما اذا انتقل من زاوية من بطنه الى أخرى فكان باطنا فوفرنا على الدليلين حكمهما فقلنا اذا كثر ينقض لانه يخرج غالبا بحيث لا يقدر الانسان على ضبطه الا بكلفة فاعتبر خارجا واذا قل لا ينقض فيصير تبعا للريق واليه أشار بقوله لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا فان قيل عرف المصنف ملء الفم ثم استدل عليه والتعريفات لا يستدل عليها فالجواب ان قوله لانه يخرج ظاهر ليس دليلا لقوله وملء الفم أن يكون بحال الخ بل هو دليل لقوله وبملء الفم في

الفم أن يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان عنده اعتبارا بالخرج المعتاد ولاطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا أن يكون سائلا

في السبيلين يتحقق لا بالظهور في غيرهما وبيانه في الكتاب ظاهر واشتراط ملء الفم بان لا يمكنه ضبطه الا بتكلف لانه حينئذ يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا ملاحظة لبطون الفم فان له بطونا معتبرا شرعا حتى لو ابتلع الصائم ريقه لا يفسد صومه كما لو انتقلت النجاسة من محل الى آخر في الجوف وظهورا حتى لا يفسد

القيء قال (وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء) قال زفر رحمه الله لما كان الخارج من غير السبيلين حدثا بما دل عليه من الدليل وجب أن يستوي فيه القليل والكثير كالخارج من السبيلين وهو قياس ظاهر ولقوله صلى الله عليه وسلم القلس حدث رواه سوار بن مصعب عن زيد بن علي عن بعض آبائه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ووجه الاستدلال ماذكر عن الخليل أنه قال القلس ما خرج من الفم ملء الفم أو دونه وانما قدم الاستدلال بالقياس على الاستدلال بالحديث لان الخصم مقر بصحة القياس لانزاع له فيها فكان أقطع في الالزام ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا أن يكون سائلا أي ليس في القطرة والقطرتين بالقوة من الدم وضوء لكن اذا سال الدم ففيه الوضوء وحاصل معناه لا وضوء في الدم القليل لكن في الكثير وضوء وهو السائل والاستثناء منقطع لان الحقيقة ليست بمرادة لحصولها بعد السيلان والمجاز وهو القليل لا يتناول السائل فلا يكون متصلا فان قيل لانسلم أن الحقيقة ليست بمرادة لجواز أن يكون المراد منه قطر الدم من رأس الجرح من غير أن يسيل الى موضع يلحقه حكم التطهير فالجواب أن هذا المنع لا يضرنا لان الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعا وهو ظاهر

(قوله ويجاب الى قوله بان ذلك الشرط ليس بمتفق عليه الخ) أقول ويجوز أن يكون ذلك على التنزل حيث أنكر الخصم النص في الفرع (قوله فاقتصر على الاعضاء الأربعة الظاهرة تيسيرا علينا) أقول فيكون الاقتصار على الاربعة معقول المعنى وقد نفاه المصنف (قوله فقلنا اذا كثر ينقض لانه يخرج غالبا بحيث لا يقدر الانسان على ضبطه الا بكلفة فاعتبر خارجا واذا قل لا ينقض فيصير تبعا للريق) أقول قيل فيه بحث لانه انما يتم اذا لم يخرج القليل من الفم اذ لو خرج يتحقق انتقاله الى الظاهر من كل وجه وان لم يكن للفم جهة ظهور أصلا فضلا عن كونها مرجوحة فلا يثبت به المذهب وهو اطلاق نفي الانتقاض بالقليل اللهم الا أن يقال المراد نفي اطلاق الانتقاض ردا على زفر اه ولك أن تقول انما خرج بعد ما أخذ حكم البزاق بجعل الفم باطنا فلا يلزم الانتقاض (قوله فالجواب أن هذا المنع لا يضرنا لان الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعا وهو ظاهر) أقول بل يخرج كما لا يخفى

(قوله وقول علي رضي الله عنه حين عد الاحداث جلة أو دسعة) أي دفعة من القيء استدلال بالاثر والظاهر أنه قاله سماعا من النبي صلى الله عليه وسلم فصار قوله كقوله عليه السلام وقوله (واذا تعارضت الاخبار) يعني أن الاصل في الدليلين المتعارضين أن يعمل بهما ان أمكن والا فيرجح أحدهما ان أمكن وان لم يمكن بتاتا ران فيصار الى القياس فان تعارض القياسان يعمل المجتهد بأيهما شاء وفي مسئلتنا هذه تعارض ماروا الشافعي من قوله قاء عليه السلام فلم يتوضأ وماروا مزفر من قوله عليه السلام القلس حدث والعمل بهما ممكن بحمل ماروا الشافعي على القليل وماروا مزفر على الكثير وذلك لان القيء عمل ء الفم من كثرة الاكل ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان عن ذلك بمعزل (قوله والفرق بين المسلكين) أي المخرج المعتاد وغيره جواب لزفر عن اعتبار غير المعتاد بالمعتاد وقد بيناه عند قوله غير أن الخروج الخ فلا نعيده (ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملأ الفم فعند أبي يوسف يعتبر اتحاد المجلس) لان له أثرا في جمع المتفرقات ولهذا تتحد الاقوال المتفرقة في النكاح والبيع وسائر العقود باتحاد المجلس وكذا التلاوات المتعددة لآية السجدة تتحد باتحاد المجلس (وعند محمد رحمه الله يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان) لان الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب من الصحة والفساد فيتحد باتحاده ألا ترى أنه اذا جرح جراحات ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وان تخلل البرء اختلف وتفسير الاتحاد في الغثيان أن يقيء شيأ بعد شيء قبل سكون النفس عن الغثيان الاول فان سكنت ثم قاء فهو حدث جديد (ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا روى ذلك عن أبي يوسف) وهو مروي عن ابن عمر ذكره في جامع الكردري وهو الصحيح وهو اختيار بعض مشايخنا واختاره المصنف واحترز بقوله وهو الصحيح عن قول محمد فانه نجس عنده واختاره بعض المشايخ احتياطا وفائدته تظهر فيما اذا أخذه بقطنة فألقاه في الماء لا ينجس الماء عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقول أبي يوسف أرفق خصوصا في حق أصحاب القروح ووجه الصحة ماذكره (٣٠) في الكتاب بقوله انه ليس بنجس حكما حيث لم تنتقض به الطهارة ومعناه أن

وقول علي رضي الله عنه حين عد الاحداث جلة أو دسعة تملأ الفم واذا تعارضت الاخبار يحمل ماروا الشافعي رحمه الله على القليل وماروا مزفر رحمه الله على الكثير والفرق بين المسلكين قد بيناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملأ الفم فعند أبي يوسف رحمه الله يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد رحمه الله يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا روى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث لم تنتقض به الطهارة

الخارج النجس من بدن الانسان الحي يستلزم كونه حدثا فاذا لم يكن حدثا فقد انتفى اللازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وفي كلامه نظر من وجهين أحدهما أن الضمير في قوله لانه راجع الى ما لا يكون حدثا ومعنى قوله لم تنتقض به الطهارة ليس بحدث فكان معنى كلامه لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما لانه ليس بحدث وهو مصادرة على المطلوب مرتين والثاني أنه لا يستدل بعدم نقض الطهارة على عدم النجاسة لان عدم النقض يجوز أن يكون لكونه غير خارج لا لكونه غير نجس فان علة النقض ذات وصفين وصف الخروج ووصف النجاسة فيجوز أن يكون انتفاؤه لكونه غير خارج دون انتفاء الوصف الآخر والجواب عن الاول أن تقرير كلامه هكذا ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما وقوله حكما اشارة الى أن النجس هو ما يحكم الشرع بنجاسته والشرع لم يحكم بنجاسته لان حكمه بالنجاسة يستلزم كونه حدثا وليس بحدث لما دل عليه من الدليل فلا يكون نجسا وعن الثاني بأن غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونه في محله فان من صلى وهو حامل سخلة أو بيضة حال محهاد ما جازت صلاته فكان انتفاء الخروج وجماعة

(قوله ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا) أقول عند محمد بعض ما ليس بحدث نجس كالقيء القليل والدم والقيح ونحوهما اذا لم يتجاوز موضع وجوب التطهير فافهم وقوله ما لا يكون حدثا أي لقلته ولفظ النجس بكسر الجيم هو ما لا يكون طاهرا (قوله وفائدته تظهر الى قوله لا ينجس الماء عند أبي يوسف خلافا لمحمد) أقول فانه ينجس الماء وان قل وان تلطخ به الثوب ينجس أيضا ان جاوز قدر الدرهم (قوله وهو مصادرة على المطلوب مرتين) أقول أولاهما قوله لانه ليس بنجس فانه عين المدعى وثانيتهما قوله حيث لم تنتقض به الطهارة (قوله والثاني أنه لا يستدل بعدم نقض الطهارة على عدم النجاسة لان عدم النقض يجوز أن يكون لكونه غير خارج الخ) أقول فان قيل المستدل فرض خروجه في تقرير الدليل فكيف يتوجه هذا السؤال قلنا حاصل الدليل أن ما ليس بحدث ان كان خارجا كالقيء القليل فليس بنجس لانتفاء اللازم وان كان غير خارج فهو لا يعطى له حكم النجاسة والا لم تجز صلاة الانسان أصلا فتدبر (قوله وعن الثاني بأن غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونه في محله فان من صلى وهو حامل سخلة أو بيضة حال محهاد ما جازت صلاته) أقول لو كان المراد ما ذكرناه لترتب

مستثنا من الانتفاء النجاسة ونوقض بدم الاستحاضة والجرح السائل فانه ليس بحدث وهو نجس وأجيب بأنا لا نسلم أنه ليس بحدث بل هو حدث لكن لا يظهر أثره حتى يخرج الوقت (قوله وهذا) أى الذى ذكرنا من انتقاض الطهارة بملء الفم (اذا قاء مرة أو طعاما أو ماء فان قاء بلغما) يعنى صرفا لا يشوبه طعام فاما أن ينزل من الرأس أو يرتقى من الجوف والاول غير ناقض بالاتفاق لان الرأس ليس بموضع النجاسة وكذا الثانى عندهما خلافا لابى يوسف له أنه نجس بمجاورة ما فى المعدة من النجاسة وقد خرج الى موضع يلحقه حكم التطهير فيكون ناقضا كالطعام والصفراء ولهما أن البلغم لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل فى التى ء غير ناقض فان قيل ينقض ببلغم يقع فى النجاسة ثم يرفع فانه يحكم بنجاسته أجيب بأنه لا رواية فى هذه المسئلة ولئن سلم فالفرق بينهما أن البلغم ما دام فى الباطن تزداد نخامته فتزداد لزوجته فاذا انفصل عن الباطن تقل نخامته فتقل لزوجته واذا قلت (٣١) لزوجته ازدادت رقته فجاز أن يقبل

(وهذا اذا قاء مرة أو طعاما أو ماء فان قاء بلغما فغير ناقض) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ناقض اذا كان ملء الفم والخلاف فى المرتقى من الجوف أما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لان الرأس ليس بموضع النجاسة لابى يوسف رحمه الله انه نجس بالمجاورة ولهما أنه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل فى التى ء غير ناقض (ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة) وان كان ما ئعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا ببسائر أنواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه ينتقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة فى الجوف

وجماعة اعتبروا قول أبى يوسف رفقا باصحاب القروح حتى لو أصاب ثوب أحدهم أكثر من قدر الدرهم لا تمنع الصلاة فيه مع أن الوجه يساعده لانه ثبت أن الخارج بوصف النجاسة حدث وان هذا الوصف قبل الخروج لا يثبت شرعا والالم يحصل لانسان طهارة فلزم أن ما ليس حدثا لم يعتبر خارجا شرعا وما لم يعتبر خارجا لم يعتبر نجسا فلو أخذ من الدم البادى فى محله بقطنة وألقى فى الماء لم يتنجس (قوله وما يتصل به قليل والقليل فى التى ء غير ناقض) وعلى هذا يظهر ما فى المجتبى عن الحسن لو تناول طعاما أو ماء ثم قاء من ساعته لا ينتقض لانه طاهر حيث لم يستحل وانما اتصل به قليل التى ء فلا يكون حدثا فلا يكون نجسا وكذا الصبى اذا ارتضع وقاء من ساعته قيل هو المختار وما فى القنية لو قاء دودا كثيرا أو حية ملأت فاه لا ينقض ولو قاء بلغما وطعاما ان كانت الغلبة للطعام وكان بحال لو انفرد يبلغ ملء الفم تنتقض طهارته وان كان بحال لو انفرد البلغم ملأه فعلى الخلاف وان كانا سواء لا ينقض كذا فى الخلاصة وفى صلاة المحسن قال العبرة للغالب ولو استويا يعتبر كل على حدة وعجز هذا أولى من عجز ما فى الخلاصة هذا وكان الطحاوى يميل الى قول أبى يوسف بناء على أنه نجس لانه أحد الاركان كالدم والصفراء ويكره أن يأخذه بطرف كمه وألحق بالتى ء ما فى فم النائم اذا صعد من الجوف بان كان أصفر أو منتنا عن أبى نصر وعن أبى الليث هو كالبلغمى وقيل نجس عند أبى يوسف خلافا لمحمد وهذا معنى قول أبى الليث ولو نزل من الرأس فطاهر اتفاقا * فرع عن أبى حنيفة قاء طعاما أو ماء فأصاب انسانا شبرا فى شبر لا يمنع قال المحسن مالم يفحش اه وهذا يقتضى أن نجاسة التى ء مخففة ولا يعرى عن اشكال اذ لا خلاف ولا تعارض فيه ويمكن حمله على ما اذا قاء من ساعته بناء على أنه اذا فحش غلب على الظن كون المتصل به

النجاسة ولم يذكر ما اذا اختلط البلغم بالطعام قالوا يعتبر فيه الغلبة فان كان الطعام غالبا نقض كالدم والا فلا (قوله ولو قاء دما) فاما أن يكون متجمدا وهو العلق أو ما ئعا فان كان الاول يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة وهى تخرج من المعدة والخارج منها حدث اذا كان ملء الفم وان كان الثانى فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر أنواعه قيل وهى خمسة الطعام والماء والمرة والسوداء والصفراء وعندهما ان سال بقوة نفسه نقض وان قل لان المعدة ليست محلا للدم فيكون من قرحة فى الجوف ظاهرا فيعتبر بالخارج من القرحة الظاهرة والمعتبر هنالك السيلان فكذلك ههنا ذكر فى مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ان قول أبى يوسف فى هذه المسئلة مضطرب منهم من جعله مع محمد ومنهم من جعله مع أبى حنيفة واختاره المصنف

الفائدة التى قدمها للخلاف فان من كسر البيض ولطخ بذلك الدم ثوبه أو أخذه وألقاه فى الماء يتنجس الماء فافهم وقوله محها بالحاء المهملة (قال المصنف ولو قاء دما وهو علق) أقول أراد بالدم المصورة بصورة الدم سواء كان دما حقيقة أو لم يكن حيث جعل العلق أى الغليظ المنجمد قسما منه قال عصام الدين أما العلق النازل من الرأس فلا ينقض الوضوء ذكره فى المحيط اه (قال المصنف لانه سوداء محترقة) أقول هذا الاستدلال انما يحتاج اليه على قولهما والا فمحمد رحمه الله يشترط ملء الفم وان كان دما حقيقة (قال المصنف فيكون من قرحة فى الجوف) أقول يتناول انفجار العرق

(قوله ولو نزل الى ما لان) أى الذى لان من الانف يعنى المارن فان قيل حكم هذه المسئلة قد علم من قوله فى أول الفصل والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير فكان ذكره تكرارا أجيب بأن ذكره ههنا ليس لبيان حكمه لكونه معلوما من ذلك اذا وصل الدم الى قصبة الأنف وانما ذكره ههنا بيانا للاتفاق أصحابنا لان عند زفر لا ينقض بوصوله الى قصبة الانف وانما ينقض اذا وصل الى ما لان واليه أشار بقوله بالاتفاق وقوله لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير يعنى بالاتفاق لعدم الظهور قبل ذلك عند زفر (قوله والنوم مضطجعا) لما فرغ من بيان نقض الوضوء بما يخرج من البدن حقيقة ذكر نقضه بما يوجب ذلك حكما وقوله والنوم مضطجعا) وهو أن يضع النائم جنبه على الارض ينقض الوضوء لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يخلو عن خروج ريح عادة والثابت عادة كالمتيقن به ألا ترى أن من دخل المستراح ثم شك فى وضوئه فانه يحكم بنقض وضوئه لان العادة جرت

(ولو نزل) من الرأس (الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج (والنوم مضطجعا أو متكئا أو مستندا الى شئ لو أزيل عنه لسقط) لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شئ عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير أن السند يمنعه من السقوط بخلاف النوم حالة القيام والقعود والركوع والسجود فى الصلاة وغيرها هو الصحيح

عند الدخول فى الخلاء بالتبرز بخلاف ما اذا شك بدون الدخول وكذلك النوم متكئا على أحد وركيه والاتكاء افتعال من وكأ معتل الفاء مهموز اللام مقدر لا مستعمل فأبدل التاء فى اتكاء من الواو اذ الاصل اوتكأ فان التاء تبدل من الواو فى افتعل وغيره (ولان الاتكاء يزيل مسكة اليقظة) أى التماسك الذى يكون لليقظان وكذلك الاستناد الى شئ كجدار أو حائط بحيث اذا أزيل سقط وهو ليس من أصل رواية المبسوط وانما هو مما اختاره الطحاوى لان الاسترخاء يبلغ غايته بهذا النوع من الاستناد غير أن السند يمنعه من السقوط والمروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا ينقض وضوءه على كل حال لان مقعده مستقر على الارض فيأمن خروج شئ منه (قوله بخلاف النوم حالة القيام والقعود والركوع والسجود فى الصلاة) يعنى اذا كان على هيئة سجود الصلاة من ان يتجافى البطن عن الفخذين وعدم افتراش الذراعين أما اذا كان بخلافه فينقض وقوله وغيرها هو الصحيح احتراز عما ذكر ابن شجاع أنه لا يكون حدثا فى هذه الاحوال اذا كان فى الصلاة أما اذا كان خارج الصلاة فهو حدث والذى صححه هو ظاهر الرواية

(قوله لان عند زفر لا ينقض بوصوله الى قصبة الانف) أقول وعندهم ينقض (قوله وقوله لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير يعنى بالاتفاق لعدم الظهور قبل ذلك عند زفر) أقول فيه بحث (قال المصنف أو متكئا) أقول المراد به الميلان الى جانب بحيث يتجافى مقعده (قال المصنف والقعود) أقول أى المستوى (قوله يعنى اذا كان على هيئة سجود الصلاة الخ) قال عصام الدين نوم الساجد غير ناقض وان لم يكن على الهيئة المسنونة خلافا للعلى بن عيسى القمى

(لان بعض الاستمساك باق اذلو زال لسقط فلا يتم الاسترخاء) واذا لم يتم لم يكن النوم في هذه الاحوال سببا لخروج شئ عادة فلا يقام مقامه لان السبب انما يقام مقام المسبب اذا كان غالب الوجود بذلك السبب أما اذا لم يغلب فلا لانه حينئذ يقع الشك في وجود

لان بعض الاستمساك باق اذلو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما أو قاعدا أو راكعا أو ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله

ابن شجاع انه انما لا يكون حدثا في هذه الاحوال في الصلاة وفي ظاهر الرواية لا فرق ولو نام قاعدا فسقط عن أبي حنيفة ان انتبه قبل أن يصل جنبه الارض أو عند الاصابة بلا فصل لم ينتقض وعن أبي يوسف ينتقض وعن محمد ان انتبه قبل أن يزايل مقعده الارض لم ينتقض وان زال قبله نقض والفتوى على رواية أبي حنيفة وقال الحلواني ظاهر مذهب أبي حنيفة كما روى عن محمد قيل هو المعتمد وسواء سقط أو لم يسقط وان نام جالسا يتمايل ربما يزول مقعده وربما لا قال الحلواني ظاهر المذهب أنه ليس بحدث اه ويشهد له ما في أبي داود كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينتظرون العشاء حتى تخفق رؤسهم ثم يصلون ولا يتوضؤن وأما ما في سنن البزار باسناد صحيح كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينتظرون الصلاة فيضعون جنوبهم فمنهم من ينام ثم يقوم الى الصلاة فيجب حمله على النعاس وقد قال الحلواني لا ذكر للنعاس مضطجعا والظاهر أنه ليس بحدث لانه نوم قليل وقال الدقاق ان كان لا يفهم عامة ما قيل حوله كان حدثا وان كان يسمع ويفهم أو حرفين فلا وأما ما في الصحيحين عن ابن عباس نمت عند خالتي ميمونة فقام النبي صلى الله عليه وسلم من الليل الى أن قال فتأملت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث عشرة ركعة ثم اضطجع فنام حتى نفخ فأتاه بلال فأذنه بالصلاة فقام فصلى ولم يتوضأ فهو من خصوصياته صلى الله عليه وسلم في القنية نومه صلى الله عليه وسلم ليس بحدث وهو من خصائصه (قوله والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الخ) أقرب الالفاظ الى اللفظ المذكور ما روى البيهقي عنه صلى الله عليه وسلم لا يجب الوضوء على من نام جالسا أو قائما أو ساجدا حتى يضع جنبه فانه اذا اضطجع استرخت مفاصله وقال تفرد به يزيد بن عبد الرحمن الدالاني وروى أبو داود والترمذي من حديث أبي خالد يزيد الدالاني هذا عن قتادة عن أبي العالية عن ابن عباس انه رأى النبي صلى الله عليه وسلم نام وهو ساجد حتى غط أو نفخ ثم قام يصلي فقلت يا رسول الله انك قد نمت قال ان الوضوء لا يجب الا على من نام مضطجعا فانه اذا اضطجع استرخت مفاصله وقال أبو داود قوله انما الوضوء على من نام مضطجعا منكر لم يروه الا يزيد الدالاني وروى أوله جماعة عن ابن عباس ولم يذكروا شيأ من هذا اه وقال ابن حبان في الدالاني كثير الخطأ لا يجوز الاحتجاج به اذا وافق الثقات فكيف اذا انفرد عنهم وقال غيره صدوق لكنه يهم في الشئ وقال ابن عدي فيه لين الحديث ومع لينه يكتب حديثه وقد تابعه على روايته مهدي بن هلال ثم أسند عن مهدي حدثنا يعقوب بن عطاء عن أبي رباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على من نام قائما أو قاعدا وضوء حتى يضطجع جنبه الى الارض وأخرج أيضا عن بحر بن كثير السقاء عن ميمون الخياط عن ابن عباس عن حذيفة بن اليمان قال كنت جالسا في مسجد المدينة أخفق فاحتضني رجل من خلفي فالتفت فاذا أنا بالنبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله وجب علي وضوء قال لا حتى تضع جنبك على الارض قال البيهقي تفرد به بحر بن كثير السقاء وهو ضعيف وأنت اذا تأملت فيما أوردنا لم ينزل عندك الحديث عن درجة الحسن ولو لم يكن فالحديث الذي عيناه سابقا من أن عين النوم ليس حدثا فاعتبرت مظنته الخ

الحدث والوضوء كان ثابتا بيقين فلا يزال بالشك (والاصل فيه) أي في كون النوم غير ناقض للوضوء في هذه الاحوال (قوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام قائما أو قاعدا أو راكعا أو ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله) رواه الترمذي مسندا الى ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل هذا الحديث غير صحيح لان مداره على أبي العالية وهو ضعيف عند النقلة روى عن ابن سيرين أنه قال حدث عمن شئت الا عن أبي العالية فانه لا يبالي عمن أخذ أي لا يبالي أن يروي عن كل أحد أجيب بأن أبا العالية ثقة نقل عنه الثقات كالحسن وابراهيم النخعي والشعبي رحمهم الله وكونه لا يبالي عمن أخذ يؤثر في مراسيله دون مسانيده وقد أسند هذا

قال المصنف (اذ لو زال لسقط) أقول لكنه لم يسقط فلم يزل الاستمساك (قوله والاصل فيه أي في كون النوم غير ناقض للوضوء في هذه الاحوال) أقول وفيه بحث والاولى أن يقال أي في النوم مطلقا

(٥ — فتح القدير اول) ألا يرى الى التعرض بنقض نوم المضطجع صريحا ونوم المتكئ والمستند في ضمن التعليل (قال المصنف والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام قائما أو راكعا الخ) أقول ونوم القاعد ثبت فيه الحكم بطريق الدلالة ومن التعليل أيضا (قال المصنف انما الوضوء على من نام مضطجعا) أقول الحصر اضافي في مقابلة القائم ومن ذكر معه بدلالة التعليل

الحديث الى ابن عباس ووجه التمسك بهذا الحديث من أوجه الاول نفي الوضوء عمن نام قائما أو راكعا أو ساجدا والثاني اثباته على من نام مضطجعا مؤكدا بانما فان قيل انما للحصر ولا حصر ههنا لان الوضوء لم ينحصر على من نام مضطجعا بل هو واجب على المستند والمتكئ كما مر وأجيب بأنا لا نسلم أنه للحصر بل هو لتأكيد الاثبات ولئن سلمنا فصيغته أفادت الحصر في المضطجع والمتكئ والمستند يلحق به بطريق الدلالة والثالث التعليل وهو قوله فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله فانه يدل على عدم وجوب الوضوء على من نام قائما أو راكعا أو ساجدا لعدم الاسترخاء وعلى وجوبه على المضطجع ومن هو بمعناه لوجوده فيه قيل ومعنى قوله استرخت مفاصله بلغ الاسترخاء غايته لان أصل الاسترخاء يوجد فيمن نام قائما فحينئذ يتناقض أول الحديث وآخره وربما يشير الى هذا قوله من قبل لان بعض الاستمساك باق وقوله فلا يتم الاسترخاء قال (والغلبة على العقل بالاغماء والجنون) والجنون مرفوع عطفا على قوله والغلبة والخرط ألان العقل في الاغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب ولهذا جاز الاغماء على الانبياء دون الجنون والاغماء ضرب مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجا وسببه امتلاء بطون الدماغ من بلغم غليظ بارد وقوله (لانه) أي لان كل واحد من الاغماء والجنون (فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء) لان النائم يتنبه (٣٤) بالتنبيه دونهما (والاغماء حدث في الاحوال كلها) يعني حال القيام والقعود والركوع والسجود لوجود الاسترخاء وهو القياس في النوم لزوال المقعدة عن الارض ووجود أصل الاسترخاء لكن تركنا هذا القياس في النوم بقوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما الحديث والاغماء فوقه كما مر فلا يقاس عليه ولا يلحق به دلالة اذ لا يلزم من أن لا يكون أدنى الغفلة ناقضا أن لا يكون أعلاها ناقضا والسكر اذا حصل بما يزيل في المشية كالاغماء قيل لم يعلل المصنف للجنون ومن المشايخ من علله بغلبة الاسترخاء ورد بأن المجنون قد يكون أقوى من الصحيح والاولى أن يقال انه ناقض باعتبار عدم مبالاته وتميز الحدث عن غيره قوله (والقهقهة في كل ومسندا صلاة ذات ركوع وسجود) احتراز عن صلاة الجنازة وكلامه واضح (ولنا قوله عليه السلام ألا من ضحك منكم قهقهة) الحديث رواه أبو حنيفة عن منصور بن زاذان عن الحسن عن معبد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي وأصحابه خلفه فجاء اعرابي وفي بصره سوء أي ضعف فوقع في ركية فضحك بعض أصحابه فلما فرغ من صلاته قال ألا من ضحك منكم الحديث ورواه أسامة بن زيد عن أبيه ورواه أبو العالية مرسلا ومسندا الى أبي موسى الاشعري (وبمثله) أي بمثل هذا الحديث الذي عمل به الصحابة والتابعون وكان راويه معروفا بالفقه والتقدم في الاجتهاد كأبي موسى رضي الله عنه (يترك القياس) قيل التعلق به لا يصح لانه لم يكن في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ركية فكان موضوعا وأجيب بأنه ليس في خبر الجهني أنه كان يصلي في المسجد فيجوز أن يكون في الموضع الذي كان يصلي فيه ركية وراوي المسجد كأبي موسى وأسامة ثقة وهو مثبت فهو أولى وقيل لا يصح من وجه آخر وهو أنه لا يتوهم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه

(والغلبة على العقل بالاغماء والجنون) لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا أنا عرفناه بالاثر والاغماء فوقه فلا يقاس عليه (والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود) والقياس أنها لا تنقض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلاة ولنا قوله عليه السلام ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا وبمثله يترك القياس

يستقل بالمطلوب هذا وسجدة التلاوة في هذا كالصلبية وكذا سجدة الشكر عند محمد خلافا لابي حنيفة كذا قيل وقياس ما قدمناه من عدم الفرق بين كونه في الصلاة أو خارجها يقتضي عدم الخلاف في عدم الانتقاض بالنوم فيها نعم ينتقض على مقابل الصحيح وخلاف المشايخ المنقول في الانتقاض به في سجود السهو ينبغي أن يحكم على الخلاف بالخطأ لان سجود السهو يقع في الصلاة فلا ينقض ولو صلى المريض مضطجعا فنام اختلف المشايخ فيه وصحح النقض (قوله والجنون) بالرفع لانه ليس عطفا على الاغماء لانه ليس غلبة على العقل بل زواله وفي مبسوط شيخ الاسلام لم ينقض لغلبة الاسترخاء لان المجنون أقوى من الصحيح بل لعدم تميزه الحدث من غيره وفي الخلاصة السكر حدث اذا لم يعرف به الرجل من المرأة وفي المجتبى اذا دخل في مشيته تمايل وهو الاصح (قوله وهو القياس في النوم) قد يمنع بأن القياس لا يقتضي أن غير الخارج ناقض وثبوت النقض بالنوم ليس الا اقامة للسبب مقام المسبب لخفائه ومقتضى القياس فيه ليس الا اقامة المفضي الذي يتحقق معه الخروج غالبا وذلك ما يتم به الاسترخاء وهو لا يتم بكل نوم فليس القياس في كل نوم النقض (قوله ألا من ضحك الخ) حديث القهقهة روى مرسلا

وسلم الضحك فى الصلاة قهقهة والذين كانوا خلفه أصحابه وأجيب بأنه كان يصلى خلفه الصحابة وغيرهم من المنافقين والاعراب الجهال وهذا من باب حسن الظن بهم رضى الله عنهم والا فليس الضحك كبيرة وهم ليسوا من الصغائر بمعصومين ولا من الكبائر بتقدير كونه كبيرة (قوله والاثر ورد فى صلاة مطلقة)

والاثر ورد فى صلاة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة مايكون مسموعاله وجيرانه والضحك مايكون مسموعاله دون جيرانه وهو على ماقيل يفسد الصلاة دون الوضوء (والدابة تخرج من الدبر ناقضة فان خرجت من رأس الجرح أو سقط اللحم لاتنقض) والمراد بالدابة الدودة وهذا

ومسندا واعترف أهل الحديث بصحته مرسلا ومدار المرسل على أبى العالية وان رواه غيره كالحسن البصرى وابراهيم النخعى وغيرهما قاله عبد الرحمن بن مهدى وأخرج عن حماد بن زيد عن حفص بن سليمان قال أنا حدثت به الحسن عن أبى العالية وعن شريك عن أبى هاشم قال أنا حدثت به ابراهيم عن أبى العالية وانه قرأ فى كتاب ابن أخى الزهرى عن الزهرى عن سليمان بن أرقم عن الحسن اه يعنى والحسن يرويه عن أبى العالية وقد رواه أبو حنيفة عن منصور بن زاذان الواسطى عن الحسن عن معبد بن أبى معبد الخزاعى عنه صلى الله عليه وسلم قال بينما هو فى الصلاة اذ أقبل أعمى يريد الصلاة فوقع فى زبية فاستضحك القوم فقهقهوا فلما انصرف صلى الله عليه وسلم قال من كان منكم قهقه فليعد الوضوء والصلاة قيل ومعبد هذا لاصحبة له فهو مرسل أيضا وفيه نظر فان معبدا الذى لاصحبة له هو معبد البصرى الجهنى الذى كان الحسن يقول فيه اياكم ومعبدا فانه ضال مضل ومعبد هذا هو الخزاعى كما هو مصرح به فى مسند أبى حنيفة ولاشك فى صحبته ذكره ابن منده وأبو نعيم فى الصحابة ورد وبالله أيضا حديث جابر أنه قال لما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضى الله عنه مر ابنجباء أم معبد فبعث النبى صلى الله عليه وسلم معبدا وكان صغيرا فقال له ادع هذه الشاة الحديث ولو سلم فاذا صح المرسل وهو حجة عندنا لم يكن بد من القول بنقض الوضوء به وأبو العالية اسمه رفيع من ثقات التابعين وأما روايته مسندا فعن عدة من الصحابة أبى موسى الاشعرى وأبى هريرة وابن عمر وأنس وجابر وعمران بن الحصين وأغربها طريق عن أنس رواها أبو القاسم حمزة بن يوسف فى تاريخ جرجان قال حدثنا الامام أبو بكر أحمد بن ابراهيم الاسمعيلى حدثنى أبو عمرو محمد بن عمرو بن شهاب بن طارق الاصبهانى حدثنا أيوب حدثنا جعفر حدثنا أحمد بن فورك حدثنا عبيد الله بن أحمد الاشعرى حدثنا عمار بن يزيد البصرى حدثنا موسى بن هلال حدثنا أنس بن مالك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قهقه فى الصلاة قهقهة شديدة فعليه الوضوء والصلاة وأسلمها حديث ابن عمر رواه ابن عدى فى الكامل من حديث عطية بن بقية حدثنا أبى حدثنا عمرو بن قيس السكونى عن عطاء عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحك فى الصلاة قهقهة فليعد الوضوء والصلاة وما طعن به من أن بقية مدلس فكأنه سمعه من بعض الضعفاء فحذف اسمه دفع بأن بقية صرح فيه بالتحديث والمدلس اذا صرح بالتحديث وكان صدوقا زالت تهمة التدليس وبقية من هذا القبيل (قوله والاثر ورد فى صلاة مطلقة) أما الوارد على واقعة الحال فظاهر وأما نحو حديث بقية هذا فلانصراف الصلاة مطلقا الى ذات الركوع والسجود وهو بخلاف القياس فيقتصر النقض عليها والمراد ما أصلها الركوع والسجود فانه لو قهقه فيما يصليه بالايماء لعذر أو راكبا بوحى بالنفل أو الفرض لعذر انتقض وكذا أيضا لاتنقض قهقهة النائم فى الصلاة ولا تبطل الصلاة وقيل تنقض وتبطل وعن شداد تنقض ولا تبطل الصلاة وقيل عكسه والاول أصح لانها انما جعلت حدثا بشرط كونها جناية ولا جناية من النائم بخلاف السهو لانه جناية فيؤاخذ به ولا يغلب وجود القهقهة ساهيا لان حالة الصلاة مذكرة فلا يعذر وأما قهقهة الصبى فقيل تبطلها وقيل لاتنقض وفى قهقهة البانى فى الطريق بعد الوضوء روايتان

(قوله والاثر ورد فى صلاة مطلقة) أى كاملة فيقتصر عليها فلا يتعدى الى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وصلاة الصبى وصلاة البانى بعد الوضوء على احدى الروايتين وصلاة النائم فان الوضوء لا يفسد فى جميع ذلك وفرق بين القهقهة والضحك وهو واضح ولم يذكر التبسم فى الصلاة لانه ليس بمفسد للصلاة ولا للوضوء فليس له ههنا مدخل قال جابر بن عبد الله رضى الله عنه ما رآنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تبسم ولو فى الصلاة قال (والدابة تخرج من الدبر تنقض الوضوء) الدابة أى الدودة التى تنشأ فى البطن اذا خرجت من الدبر نقضت الوضوء والتى تنشأ فى الجرح اذا خرجت منه أو لحم سقط منه لم ينقض لان نفس الدودة ليست بنجسة ولهذا لو غسلت جازت الصلاة معها فلم يبق من النجس الا ما عليها وذلك قليل وهو حدث فى السبيلين دون غيرهما فأشبه الخارج من الجرح الجشاء فى عدم النقض والخارج من الدبر الفساء فى نقض الوضوء قيل انما فسر الدابة بالدودة لان الدابة ما يدب على الارض فربما يتوهم أن المراد بها ما يدخل الجرح كالذباب فيخرج منه فانه لا ينقض ففسره ببيان ذلك وقيل

نائما كان أو يقظان (قوله فربما يتوهم الى قوله ففسره ببيان ذلك) أقول يعنى دفعا لتوهم اختصاص الدابة به

قد تقدم فى كلام المصنف أن ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا هو الصحيح وقال ههنا لان النجس ما عليها وذلك تناقض وأجيب بأن ما تقدم كان على قول أبى يوسف ويجوز أن يكون هذا على قول محمد أو أطلق النجس بطريق الفرض يعنى لو كان ثمة نجس فهو ما عليها وهذا ليس بصحيح لان تقدير الشرطية ان كان على هذا الوجه لكن ثمة نجس فيكون ما عليها لم يستقم فى الجرح لان ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا وهو ليس بحدث فى الجرح فلا يكون نجسا وان كان على هذا الوجه لكن لم يكن نجس ما عليها فلا يكون نجسا لم يستقم فى الدبر لانه نجس وحدث والاول صواب (٣٦) ويجوز أن يقال أطلق النجس على ما يخرج من الجرح بطريق المشاكلة فانه لما كان بالنسبة الى الدبر نجسا ذكر فى الجرح بلفظ النجس قوله (بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة) متصل بالفساء يعنى انه ناقض بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة (وذكر الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة) وهى التى صار سبيلاها واحدا (يستحب لها الوضوء) لاحتمال أن يكون فساء واختلف فى أن عين الريح نجس أو متنجس بمرورها على النجاسة وثمرته تظهر فيما لو خرج منه الريح وعليه سراويل مبتلة فمن قال بنجاسة عينها قال بتنجس السراويل ومن قال بطهارة عينها لم يقل به كما لو مرت الريح بنجاسة ثم مرت بثوب مبتل فانه لا يتنجس بها قيل اذا كان الخروج من الدبر محتملا ينبغى أن يكون الوضوء واجبا وأجيب بأن كونها متوضئة ثابت بيقين واليقين لا يزول بالمحتمل كالشك فى الحدث وقال أبو حفص الكبير يجب عليها الوضوء وهو رواية هشام عن محمد وقيل اذا كانت منتنة يجب والا فلا يمسح وقوله (فشرت نفطة) فى نونها الحركات الثلاث وهو بثر يخرج باليد ملآن ماء من قولهم انتفط فلان أى امتلأ غضبا فاذا قشرت فاما أن يسيل الماء عن رأس الجرح أولا وسماه جرحا لان قشرها جرح لها فان كان الاول نقض وان كان الثانى لم ينقض وانما أعاد هذه المسئلة

لان النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث فى السبيلين دون غيرهما فأشبه الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة وذكر الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر (فان قشرت نفطة

ولو نسى وتنقض بعد القعود قدر التشهد خلافا لزفر ولو قهقه الامام فى هذه الحالة ثم قهقه القوم بطل وضوءهم دونهم لخروجهم بقهقهته بخلاف سلامه فلو قهقهوا بعد سلامه بطل وضوءهم وجعل الاصح فى الخلاصة أنه لا تبطل والخلاف مبنى على أنه بعد سلام الامام هل هو فى الصلاة الى أن يسلم بنفسه أولا محدث غسل بعض أعضاء الوضوء ففنى الماء فتيمم وشرع فى الصلاة فقهقه ثم وجد الماء عند أبى يوسف يغسل باقى الاعضاء ويصلى وعندهما يغسل جميعها بناء على أن القهقهة هل تبطل ما غسل من أعضاء الوضوء عنده لا وعندهما نعم ولو اغتسل جنب وصلى فقهقه هل تبطل ويعيد الوضوء اختلف فيه فقيل لا يعيد لانه ثابت فى ضمن الغسل فاذا لم يبطل المتضمن لا يبطل المتضمن والصحيح أنه يعيد الوضوء لان اعادته واجبة عقوبة كذا فى المحيط ولو قهقه بعد كلام الامام متعمدا فسدت كسلامه على الاصح على خلاف ما فى الخلاصة بخلافه بعد حدثه عمدا (قوله لان النجس ما عليها) المعنى لان ما بحيث يكون نجسا هو ما عليها فلا يحتاج الى اعتباره على قول محمد (قوله حتى لو كانت مفضاة الخ) المفضاة التى اختلط سبيلاها وقيل مسلك البول والحيض وفى التعليل وهو قوله لاحتمال خروجه من الدبر اشارة الى الاول والوضوء مستحب فى حقها لذلك الاحتمال وظهور أثره أيضا فيما لو طلقت ثلاثا وتزوجت بآخر لا تحل للاول ما لم تحبل لاحتمال أن الوطء كان فى دبرها وفى حرمة جماعها على الزوج قال فى فتاوى قاضيخان الا أن يعلم أنه يمكنه اتيانها فى قبلها من غير تعد وعن محمد وجوب الوضوء وبه أخذ أبو حفص للاحتياط ومنع أنها متوضئة بيقين وكون الريح من الدبر مشكوك فيه فلا يزول اليقين بالشك وقد يدفع بأن الغالب فى الريح كونها من الدبر بل لا نسبة لكونها من القبل به فيفيد غلبة ظن تقرب من اليقين وهو خصوصا فى موضع الاحتياط له حكم اليقين فيترجح الوجوب * فرع شك فى الوضوء أو الحدث وتيقن سبق أحدهما بنى على السابق الا ان تأيد اللاحق فعن محمد علم المتوضئ دخوله الخلاء للحاجة وشك فى قضائها قبل خروجه عليه الوضوء أو علم جلوسه للوضوء بإناء وشك فى اقامته قبل قيامه لا وضوء وهذا يؤيد ما ذكرناه من الوجه فى وجوب وضوء المفضاة ولو شك فى السائل من ذكره أماء هو أم بول ان قرب عهده بالماء أو تكرر مضى والا أعاده بخلاف ما لو غلب على ظنه أنه أحدهما ولو تيقن ترك عضو وشك فيه ففى النوازل يغسل رجله اليسرى ولا يخفى أن المراد اذا كان الشك بعد الفراغ وقياسه انه لو كان فى أثناء الوضوء يغسل الاخير مثلا علم أنه لم يغسل رجليه عينا وعلم أنه ترك فرضا مما قبلهما وشك فى انه ماهو

(قوله وهذا ليس بصحيح الى قوله والاول صواب) أقول لا يلزم لكل فرض أن يكون قياسا استثنائيا حتى يتوجه ما ذكره وحاصل المعنى أن المفروض كونه نجسا ما عليها والفرض يجامع الواقع وغيره فيتناول ما فى الجرح والدبر (قال المصنف فان قشرت نفطة) أقول أى أزيل قشرها

فسال منها ماء أو صديد أو غيره ان سال عن رأس الجرح نقض وان لم يسل لا ينقض) وقال زفر رحمه الله ينقض في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه أما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج والله أعلم

يمسح رأسه ولا يظن أن هذا خلاف ما قدمناه في التتمة لانه لا تيقن بترك شئ هنالك أصلا (قوله وهذه الجملة نجسة) يعني الماء والقيح والصديد (قوله لانه مخرج وليس بخارج) لا تأثير يظهر للاخراج وعدمه في هذا الحكم بل النقض لكونه خارجا نجسا وذلك يتحقق مع الاخراج كما يتحقق مع عدمه فصار كالفصد وقشر النفطة فلذا اختار السرخسي في جامعه النقض وفي الكافي والاصح أن المخرج ناقض انتهى وكيف وجميع الادلة الموردة من السنة والقياس تفيد تعليق النقض بالخارج النجس وهو ثابت في المخرج ﴿فروع﴾ يجب الوضوء من المباشرة الفاحشة وهي أن ينجرد امعامتحاذيين متماسي الفرجين وعن محمد لا الا أن يتيقن خروج شئ فلنا يندر عدم مذي في هذه الحالة والغالب كالمتحقق في مقام وجوب الاحتياط وفي القنية وكذا المباشرة بين الرجل والغلام وكذا بين الرجلين يوجب الوضوء عليهما ولا يجب من مجرد مسها ولو بشهوة ولو فرجها ولا من مس الذكر خلافا للشافعي في الاولى مطلقا وفي الثانية اذا مس ببطن الاصابع ولمالك في الثانية مطلقا وفي الاولى اذا مس بشهوة لنا في الاولى عدم دليل النقض بشهوة وبغير شهوة فيبقى الانتقاض على العدم وقوله تعالى أو لامستم النساء مراد به الجماع وهو مذهب جماعة من الصحابة وكونه مرادا به اليد قول جماعة آخرين ورجحنا قول الطائفة الاولى بالمعنى وذلك انه سبحانه أفاض في بيان حكم الحدثين الاصغر والاكبر عند القدرة على الماء بقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة الى قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا فبين أنه الغسل ثم شرع في بيان الحال عند عدم القدرة عليه بقوله تعالى وان كنتم مرضى أو على سفر الى فتيمموا صعيدا الى آخره ولفظ لامستم مستعمل في الجماع فيجب حمله عليه ليكون بيانا لحكم الحدثين عند عدم الماء كما بين حكمهما عند وجوده فيتم الغرض بخلاف ما ذهبوا اليه من كونه باليد ويدل عليه من السنة ما في مسلم من مس عائشة قدميه صلى الله عليه وسلم حين طلبته صلى الله عليه وسلم لما فقدته ليلا وهما منصوبتان في السجود ولم يقطع صلاته لذلك وعنها أنه صلى الله عليه وسلم كان يقبل بعض نسائه فلا يتوضأ رواه البزار في مسنده باسناد حسن ولنا في الثانية ما روى أصحاب السنن الا ابن ماجه عن ملازم بن عمرو عن عبد الله بن بدر عن قيس بن طلق بن علي عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الرجل يمس ذكره في الصلاة فقال هل هو الا بضعة منك ورواه ابن حبان في صحيحه قال الترمذي هذا الحديث أحسن شئ روي في هذا الباب وفي الباب عن أبي أمامة وقد روى هذا الحديث أيوب بن عتبة ومحمد بن جابر عن قيس بن طلق عن أبيه وأيوب ومحمد تكلم فيهما بعض أهل الحديث وحديث ملازم بن عمرو أصح وأحسن وبه رواه الطحاوي وقال هذا حديث مستقيم الاسناد غير مضطرب في اسناده ومتنه انتهى فهذا حديث صحيح معارض لحديث بسرة بنت صفوان أنه صلى الله عليه وسلم قال من مس ذكره فليتوضأ وكلا الحديثين مع ذلك لم يسلم من الطعن مرة في بسرة بالجهالة ومرة بان عروة لم يسمع من بسرة بل من مروان بن الحكم أو الشرطي على ما عرف في موضعه ومرة بالتكلم في ملازم وغير ذلك والحق أنهما لا ينزلان عن درجة الحسن لكن يترجح حديث طلق بان حديث الرجال أقوى لانهم أحفظ للعلم وأضبط ولهذا جعلت شهادة امرأتين بشهادة رجل وقد أسند الطحاوي الى ابن المديني انه قال حديث ملازم بن عمرو أحسن من حديث بسرة وعن عمرو بن علي الفلاس انه قال حديث طلق عندنا أثبت من حديث بسرة بنت

وان كانت تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج أو ليعلم أن حكم الماء حكم غيره لان الماء لم يذكره من قبل فربما كان يتوهم أن الماء ليس كغيره وهذه الجملة أعني قوله ماء أو صديد أو غيرهما وقوله هذا أي الذي ذكر أنه اذا سال نقض انما هو اذا قشرها فخرج بنفسه أما اذا عصرها فخرج بعصره ولو لم يعصرها لم يخرج لم ينقض لانه مخرج وليس بخارج وهو مختار بعض المشايخ اختاره المصنف وقال غيرهم ينقض قال بعض الشارحين وهذا هو المختار عندي لان الخروج لازم الاخراج ولا بد من وجود اللازم عند وجود الملزوم وفيه نظر لان الاخراج ليس بمنصوص عليه وان كان يستلزمه فكان ثبوته غير قصدي ولا معتبر به

(قال المصنف فسال منها ماء) أقول أي ظهر فلا يكون قوله ان سال لغوا ولا ان لم يسل تناقضا (قوله قال بعض الشارحين وهذا هو المختار عندي) أقول يعني الاتقاني

﴿ فصل فى الغسل ﴾

(وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن) وعند الشافعى رحمه الله هما سنتان فيه لقوله عليه السلام عشر من الفطرة أى من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين فى

صفوان ومارجح به حديث بسرة من أنه ناسخ لان طلقا قدم على النبى صلى الله عليه وسلم فى أول سنى الهجرة وهو يبنى المسجد وكان صلى الله عليه وسلم يقول قربوا اليمانى من الطين فانه من أحسنكم له مسا ومتن حديث بسرة رواه أبو هريرة وهو متأخر الاسلام فغير لازم لان ورود طلق اذ ذاك ثم رجوعه لاينفى عوده بعد ذلك وهم قد رووا عنه حديثا ضعيفا من مس ذكره فليتوضأ وقال سمع منه صلى الله عليه وسلم الناسخ والمنسوخ وحديث أبى هريرة مضعف أيضا لان فى سنده يزيد بن عبد الملك وما يدل على انقطاع حديث بسرة باطنا أن أمر النواقض مما يحتاج الخاص والعام اليه وقد ثبت عن على وعمار ابن ياسر وعبد الله بن مسعود وابن عباس وحذيفة بن اليمان وعمران بن حصين وأبى الدرداء وسعد بن أبى وقاص أنهم لايرون النقض منه وان روى عن غيرهم كعمر وابنه وأبى أيوب الانصارى وزيد بن خالد وأبى هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص وجابر وعائشة على أن فى الرواية عن عمر نظر الما سنذكره عنه فى كتاب الصلاة وان سلكنا طريق الجمع جعل مس الذكر كناية عما يخرج منه وهو من أسرار البلاغة يسكتون عن ذكر الشئ ويرمزون عليه بذكر ما هو من روادفه فلما كان مس الذكر غالبا يرادف خروج الحدث منه ويلازمه عبر به عنه كما عبر تعالى بالمجئ من الغائط عما يقصد الغائط لاجله ويحل فيه فيتطابق طريقا الكتاب والسنة فى التعبير فيصار الى هذا لدفع التعارض

﴿ فصل فى الغسل ﴾

(قوله المضمضة الخ) ولو شرب الماء عبا أجزأ عنها لا مصا وعن أبى يوسف لا الا أن يمجه ولو كان سمسما مجوفا أو بين أسنانه طعام أو درن رطب يجزئه لان الماء لطيف يصل الى كل موضع غالبا كذا فى التجنيس ثم قال ذكر الصدر الشهيد حسام الدين فى موضع آخر اذا كان فى أسنانه كوات يبقى فيها الطعام لايجزئه مالم يخرجه ويجرى الماء عليها وفى فتاوى الفضلى والفقيه أبى الليث خلاف هذا فالاحتياط أن يفعل انتهى والدرن اليابس فى الانف كالخبز الممضوغ والعجين يمنع ولا يضر ما انتضح من غسله فى انائه بخلاف ما لو قطر كله فى الاناء ويجوز نقل البلة فى الغسل من عضو الى عضو اذا كان يتقاطر بخلاف الوضوء ويجوز للجنب أن يذكر الله تعالى ويأكل ويشرب اذا تمضمض ويعاود أهله قبل أن يغتسل قال فى المبتغى الا اذا احتلم فانه لا يأتى أهله مالم يغتسل (قوله وغسل سائر البدن) فيجب تحريك الفرط والخاتم الضيقين ولو لم يكن قرط فدخل الماء الثقب عند مروره أجزأ كالسرة والا أدخله ويدخله القلفة استحبابا وفى النوازل لايجزئه تركه والاصح الاول للحرج لالكونه خلقة وتغسل فرجها الخارج لانه كالفم ولايجب ادخالها الاصبع فى قبلها وبه يفتى ودرن الاظفار على الخلاف السابق فى الوضوء ولايجب الدلك الا فى رواية عن أبى يوسف وكان وجهه خصوص صيغة اطهروا فان فعل للمبالغة وهو أصله وذلك بالدلك (قوله عشر من الفطرة) روى مسلم عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر من الفطرة قص الشارب واعفاء اللحية والسواك واستنشاق الماء وقص الاظفار وغسل البراجم ونتف الابط وحلق العانة وانتقاص الماء قال مصعب بن شيبة ونسيت العاشرة الا أن تكون المضمضة وانتقاص الماء الاستنجاء ورواه أبو داود من رواية عمار وذكر الختان بدل اعفاء

﴿ فصل فى الغسل ﴾

معنى الفصل فى اللغة ظاهر وقد تقدم تعريفه بانه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت أحكامها بالنسبة الى ماقبلها غير مترجمة بالكتاب والباب فان وصل بما بعده نون والا فلا وانما ذكر فصل الغسل بعد الوضوء لان الحاجة الى الوضوء أكثر ولان محل الوضوء جزء البدن ومحل الغسل كله والجزء قبل الكل أو اقتداء بكتاب الله فانه وقع على هذا الترتيب والفرض بمعنى المفروض والواو فى قوله (وفرض الغسل) اما للاستئناف واما واو المختص للعطف على قوله ففرض الوضوء والغسل اسم من الاغتسال وهو غسل تمام الجسد قوله (وغسل سائر البدن) أى الباقى وقوله عليه السلام عشر من الفطرة أى السنة قيل خمس منها فى الرأس وخمس فى الجسد فالتى فى الرأس الفرق والسواك والمضمضة والاستنشاق وقص الشارب والتى فى الجسد الختان وحلق العانة ونتف الابط وتقليم الاظفار والاستنجاء بالماء

﴿ فصل الغسل ﴾

(قوله فان وصل بما بعده نون) أقول يجوز أن يضاف الى مابعده (قوله والا فلا) أقول فيه انه يجوز تنوينه على أن يكون خبر مبتدا محذوف

اللحية

(ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا) والجنب يستوى فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لانه اسم جرى مجرى المصدر الذى هو الاجناب وقوله فاطهروا أى اغسلوا أبدانكم على وجه المبالغة وهو أمر بتطهير جميع البدن الا أن ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن الارادة كداخل العينين لما فى غسلهما من الضرر والاذى ولهذا سقط غسلهما عن حقيقة النجاسة بأن كحل عينيه بكحل نجس والمضمضة والاستنشاق لا تعذر فيهما ولهذا افترض غسلهما عن النجاسة الحقيقية فيفترض أيضا فى الجنابة قوله (بخلاف الوضوء) جواب عن قياس الشافعى رحمه الله الغسل بالوضوء (لان الواجب فيه غسل الوجه لا جميع البدن والمواجهة فيهما) أى فى محلى المضمضة والاستنشاق معدومة وقوله والمراد بما روى جواب عن حديث الشافعى بحمله على الوضوء بدليل ما روى ابن عباس وجابر أنهما فرضان فى الجنابة سنتان فى الوضوء قال (وسنته أن يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل (٣٩) نجاسة ان كانت على بدنه) قال فى النهاية وهو منقول عن الامام حميد الدين الضرير وانه أصح وفى بعض النسخ النجاسة وليس بصحيح لان لام التعريف اما أن تكون للعهد أو للجنس لا وجه للاول لان كلمة الشك تأباه فان العهد يقتضى التقرر اما ذكرا واما ذهنا ولا وجه للثانى لان كون النجاسات كلها فى بدنه محال وأقلها وهو الجزء الذى لا يتجزأ غير مراد أيضا لانه علل ذلك فى الكتاب بقوله كى لا تزداد باصابة الماء وهذا القليل الذى ذكرناه لا يزداد باصابة الماء ثم قال الا أن الرواية بالالف واللام قد ثبتت فى بعض النسخ فوجهه أن يحمل على تحسين النظم وقال بعض الشارحين انما يتعين التنكير اذا انحصر اللام فى التعريفين وليس كذلك لجواز أن تكون اللام لتعريف الماهية وليس بشئ لان الماهية من حيث هى لا توجد فى الخارج فاما أن توجد فى الاقل أو غيره وذلك فاسد لما مر قوله (ثم يتوضأ وضوءه للصلاة الا رجليه) احتراز عما روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أن الجنب يتوضأ ولا يمسح رأسه لانه لا فائدة فيه لوجود اسالة الماء من بعده وذلك يعدم معنى المسح بخلاف سائر الاعضاء لان التسييل هو الموجود فلم يكن التسييل من بعد معدما له وقيل انما قال ذلك دفعا لما يتوهم أن المراد بالوضوء غسل اليدين الى الرسغين فانه قد يسمى وضوأ

الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو أمر بتطهير جميع البدن الا أن ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن النص بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روى حالة الحدث بدليل قوله عليه الصلاة والسلام انهما فرضان فى الجنابة سنتان فى الوضوء قال (وسنته أن يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة الا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه) هكذا حكت ميمونة رضى الله عنها اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما فى مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر

اللحية وذكر الانتضاح بدل انتفاض الماء (قوله ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو أمر بتطهير جميع البدن) لانه أضاف التطهير الى مسمى الواو وهو جملة بدن كل مكلف فيدخل كل ما يمكن ايصال الماء اليه الا ما فيه حرج وهو المراد بقوله يتعذر وذلك كداخل العينين والقلفة بالنسبة الى المعرج ولا حرج فى داخل الفم والانف فشملهما نص الكتاب من غير معارض كما شملهما قوله صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وأنقوا البشرة رواه أبو داود والترمذى من غير معارض اذ كونهما من الفطرة لا ينفى الوجوب لانها الدين وهو أعم منه فلا يعارضه قال صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة والمراد على الواجبات على ما هو أعلى الاقوال وعلى هذا الاحاجة الى حمل المروى على حالة الحدث بدليل قوله صلى الله عليه وسلم انهما فرضان فى الجنابة سنتان فى الوضوء كأنه يعنى ما عن أبى هريرة أنه صلى الله عليه وسلم جعل المضمضة والاستنشاق للجنب ثلاثا فريضة لكن انعقد الاجماع على خروج اثنتين منهما وهو ضعيف (قوله وسنته الخ) ظاهره وهل يمسح رأسه فى هذا الوضوء نعم فى الصحيح وفى رواية الحسن لا ولم يذكر كيفية الصب واختلف فيه فقال الحلوانى يفيض على منكبه الايمن ثلاثا ثم الايسر ثلاثا ثم على سائر جسده وقيل يبدأ بالايمن ثم بالرأس ثم بالايسر وقيل يبدأ بالرأس وهو ظاهر لفظ الكتاب وظاهر حديث ميمونة الذى سيذكر ولو انغمس الجنب فى ماء جار ان مكث فيه قدر الوضوء والغسل فقد أكمل السنة والا فلا (قوله هكذا حكت ميمونة) روى الجماعة عنها قالت وضعت للنبى صلى

(قوله لا وجه للاول لان كلمة الشك تأباه فان العهد يقتضى التقرر اما ذكرا أو علما ولا وجه للثانى لان كون النجاسة كلها فى بدنه محال وأقلها وهو الجزء الذى لا يتجزأ غير مراد أيضا الخ) أقول الشك فى الوجود العينى وهو لا ينافى التقرر فى الذكر والعلم بل ينبغى أن يعلل امتناع العهد بانه لا معهود ههنا ويجوز أن يقال كون الكلام فى الغسل يكفى فى تعيين النجاسة وأيضا يجوز أن يقال يحمل النجاسة بقرينة وقوعه مفعول يزيل على ما يقصد بالازالة عرفا ومقدارا لجزء ليس كذلك ألا يرى أنه اذا قال القائل لعبده اشتر اللحم يتقيد اللحم بما يتعارف

وقوله (ويبدأ بازالة النجاسة) تكرار وأعاده لبيان التعليل والظاهر أنه أراد بها النجاسة المعهودة في ذلك الحال وهو المني الرطب فان ميمونة رضي الله عنها قالت توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم وضوءه للصلاة غير رجليه وغسل فرجه وما أصابه من الاذى قوله (وليس على المرأة) ههنا أمران نقض الضفائر وبلها أما نقضها فليس بواجب اذا بلغ الماء أصول الشعر بالاتفاق لانه عليه السلام قال لام سلمة حين قالت يارسول الله اني امرأة أشد ضفر رأسي أفأنقضها اذا اغتسلت فقال لها أما يكفيك اذا بلغ الماء أصول شعرك لا يقال خبر واحد فلا تجوز به الزيادة على قوله تعالى فاطهروا لان الشعر ليس ببدن من كل وجه والامر بالتطهر له أولان مواضع الضرورة مستثناة كداخل العينين وأما بلها فكذلك في الصحيح لما فيه من الحرج وقوله هو الصحيح احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها تبل ذوائبها ثلاثا مع كل بلة عصرة ليبلغ الماء شعب قرونها بخلاف اللحية فانه لاحرج في ايصال الماء الى أثنائها وفي تخصيص المرأة اشارة الى أن حكم الرجل بخلافها قال في المبسوط الرجل اذا ضفر شعره كما يفعله العلويون والاتراك هل يجب ايصال الماء الى أثناء الشعر ظاهر الحديث يدل على أنه لا يجب وذكر الصدر الشهيد أنه يجب

وانما يبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كي لا تزداد باصابة الماء (وليس على المرأة أن تنقض ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء أصول الشعر) لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها أما يكفيك اذا بلغ الماء أصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى أثنائها

الله عليه وسلم ماء يغتسل به فأفرغ على يديه فغسلهما مرتين أو ثلاثا ثم أفرغ بيمينه على شماله فغسل مذاكيره ثم دلك يده بالارض ثم تمضمض واستنشق ثم غسل وجهه ويديه ثم غسل رأسه ثلاثا ثم أفرغ على جسده ثم تنحى عن مقامه فغسل قدميه (قوله وليس على المرأة أن تنقض ضفائرها) هذا فرع قيام الضفيرة فلو كانت ضفائرها منقوضة فعن الفقيه أبي جعفر يجب ايصال الماء اليه وفي وجوب نقض ضفائر الرجل اختلاف الرواية والمشايخ والاحتياط الوجوب وثمن ماء غسل المرأة ووضوئها على الرجل وان كانت غنية (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لام سلمة) في مسلم وغيره عنها قلت يارسول الله اني امرأة أشد ضفر رأسي أفأنقضه في غسل الجنابة فقال لا انما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين ومقتضى هذا عدم وجوب ايصال الماء الى الاصول وكذا ما فيه من أنه بلغ عائشة أن عبد الله بن عمرو بن العاص كان يأمر النساء اذا اغتسلن أن ينقضن رؤسهن فقالت يا عجبا لابن عمرو يأمر النساء اذا اغتسلن أن ينقضن رؤسهن أفلا يأمرهن أن يحلقن رؤسهن لقد كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد وما أزيد أن أفرغ على رأسي ثلاث افراغات وكذا ما في أبي داود أنهم استفتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال أما الرجل فلينشر رأسه فليغسله حتى يبلغ أصول الشعر وأما المرأة فلا عليها أن لا تنقضه لتغرف على رأسها ثلاث غرفات بكفيها وان كان فيه محمد بن اسمعيل بن عياش عن أبيه قال في الامام وورد ما يدل على أن المرأة تنقض رأسها في الحيض وذكر ما في البخاري من حديث عائشة في الحج أهللت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فكنت ممن تمتع ولم يسق الهدى فزعمت أنها حاضت ولم تطهر حتى دخلت ليلة عرفة فقالت يارسول الله هذه ليلة عرفة وانما كنت تمتعت بعمرة فقال لها صلى الله عليه وسلم انقضي رأسك وامتشطي وأمسكي عن عمرتك الحديث وروى الدارقطني في الافراد من حديث مسلم بن صبيح حدثنا حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسلت المرأة من حيضها نقضت شعرها انقضا وغسلته بخطمي وأشنان فاذا اغتسلت من الجنابة صبت على رأسها الماء وعصرته اه ولا أعلم هذا التفصيل في المذهب (٢) وأجاب متأخر عما في مسلم من حديث أم سلمة السابق فان فيه في رواية أفأنقضه للحيضة والجنابة قال لا الحديث وهو أولى بالتقديم من حديث الدارقطني وأما حديث عائشة فان ذلك الغسل كان للتنظيف لاجل الوقوف لا للتطهير من حدث الحيض لانها كانت حائضا هذا وأورد أن حديث أم سلمة معارض للكتاب وأجيب تارة بالمنع فان مؤدى الكتاب غسل البدن والشعر ليس منه بل متصل به نظرا الى أصوله فعملنا بمقتضى الاتصال في حق الرجال وبمقتضى الانفصال في النساء دفعا للحرج اذ لا يمكنهن حلقه وتارة بانه خص من الآية مواضع الضرورة كداخل العينين فيخص بالحديث بعده (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم يجب بلها ثلاثا مع كل بلة عصرة وفي صلاة البقالي الصحيح أنه يجب غسل الذوائب وان جاوزت القدمين وفي مبسوط بكر في وجوب ايصال الماء الى شعب

شراؤه في الاسواق حتى لو اشترى العبد مقدار الجزء لا يعد ممتثلا على انه لو صح ما ذكره لم يصح تنكير النجاسة أيضا حيث يتناول النكرة فردا ما أي فرد كان عفاصها (قال المصنف وليس عليها بل ذوائبها) أقول الذؤابة تتناول الشعور الظاهرة وما في خلالها فبلها ايصال الماء اليهما جميعا لا امرار الماء على الظواهر فقط (٢) قول الفتح وأجاب متأخر) هو القونوي صاحب درر البحار كذا بهامش اه مصححه

قال (والمعانى الموجبة للغسل) أى العلل الموجبة واختار لفظ المعانى لما تقدم فى الوضوء قال فى النهاية هذه معان موجبة للجنابة لا للغسل فانها تنقضه فكيف توجبه وذكر فى مبسوط شيخ الاسلام سبب وجوب الاغتسال ارادة ما لا يحل فعله بسبب الجنابة عند عامة المشايخ وردبأن الغسل يجب اذا وجد أحد المعانى المذكورة سواء وجدت الارادة أم لم توجد وفيه نظر وعند بعضهم السبب الجنابة وأورد عليه الحيض والنفاس ولو زيد أو ما فى معناها لاندفع وعلى هذا تكون المعانى الموجبة علة العلة وقوله (انزال المنى على وجه الدفق والشهوة) قيل هذا اللفظ باطلاقه يستقيم على قول أبى يوسف لاشتراطه الدفق والشهوة حال الخروج ولا يستقيم على قولهما لانهما ما اشترطا الدفق عند الخروج حتى قالا يجب الغسل اذا زايل المنى عن مكانه بشهوة وان خرج بغير دفق وردبانه مستقيم على قولهم فان خروج المنى على هذا الوجه موجب للغسل بالاتفاق واما أن يجب الغسل اذا زايل المنى عن (٤١) مكانه عن شهوة وان خرج من غير دفق فليس

قال (والمعانى الموجبة للغسل انزال المنى على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة) وعند الشافعى رحمه الله خروج المنى كيفما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء أى الغسل من المنى ولنا أن الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة فى اللغة خروج المنى على وجه الشهوة يقال أجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على خروج المنى عن شهوة

عقاصها اختلاف المشايخ اه والاصح نفيه للحصر المذكور فى الحديث (قوله والمعانى الموجبة للغسل) قيل هى تنقضه فكيف توجبه وفى مبسوط شيخ الاسلام سبب وجوب الغسل ارادة ما لا يحل فعله بالجنابة عند عامة المشايخ وقيل هى موجبة للغسل بواسطة الجنابة كقولنا شراء القريب اعتاق والاولى أن يقال سببه وجوب ما لا يحل مع الجنابة على ما قررنا فى المعانى الموجبة للوضوء وحاصل ما يوجب الجنابة خروج المنى عن شهوة والايلاج فى الآدمى الحى لا الميت والبهيمة ما لم ينزل لكن فى الفتاوى الظهيرية بال فخرج منه منى ان كان ذكره منكسر الاغسل عليه وان كان منتشرا فعليه الغسل وهذا بعد ما عرف من اشتراط وجود الشهوة فى الانزال فيه نظر بخلاف ما روى عن محمد فى مستيقظ وجد ماء ولم يتذكر احتلاما ان كان ذكره منتشرا قبل النوم لا يجب والا فيجب لانه بناه على أنه منى عن شهوة لكن ذهب عن خاطره ومحمل الاول أنه وجد الشهوة يدل عليه تعليله فى التجنيس بقوله لان فى الوجه الاول يعنى حالة الانتشار وجد الخروج والانفصال على وجه الدفق والشهوة واعلم أن مطلق الايلاج فى الآدمى يتناول ايلاج الذكر فى القبل والدبر وايلاج الاصبع وفى ادخال الاصبع الدبر خلاف فى ايجاب الغسل فليعلم ذلك (قوله ولنا أن الامر بالتطهير يتناول الجنب) والجنابة فى اللغة انما تقال مع الشهوة فلا يتناول من خرج منه بلا شهوة فلا يوجب فيه حكما بنفى ولا اثبات والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم انما الماء من الماء من رواية مسلم محمول على الخروج عن شهوة لان اللام للعهد الذهنى أى الماء المعهود والذى به العهد لهم هو الخارج عن شهوة كيف وربما يأتى على أكثر الناس جميع عمره ولا يرى هذا الماء مجردا عنها على أن كون المنى عن غير شهوة ممنوع فان عائشة أخذت فى تفسيرها اياه الشهوة على ما قال ابن المنذر حدثنا محمد بن يحيى حدثنا أبو حنيفة حدثنا عكرمة عن عبد ربه بن موسى عن أمه أنها سألت عائشة عن المذى فقالت ان كل فحل يمذى وانه المذى والودى

فى كلام المصنف ما ينافيه ولا يحصره على الاول وهذا جيد لكن كلام المصنف يوهم ترك بعض موجباته عندهما فى موضع بيانها وبما بين قوله ثم المعتبر عند أبى حنيفة ومحمد الخ بعض بيان وقال الشافعى خروج المنى كيفما كان يعنى سواء كان بشهوة أو بحمل ثقيل أو سقطة من مكان مرتفع أو غير ذلك يوجب الغسل لقوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء أى الغسل من المنى ولنا أن الامر بالتطهير يتناول الجنب لقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب فى اللغة من خرج منه المنى على وجه الشهوة يقال أجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة فالامر بالتطهير يتناول

من خرج منه المنى على وجه الشهوة وغيره ليس فى معناه فلا يقاس عليه ولا يلحق به وقوله من المرأة قيل انما ذكره ليخرج قضاء شهوة البطن فان قاضيها لا يسمى جنبا وقيل ذكره اتفاقا فالوجوب على المحتلم وقيل الجنابة فى اللغة موضوعة لذلك والمحتلم وجب عليه الغسل لحديث أم سلمة فى بعض ألفاظها أنها لما سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى فى منامها مثل ما يرى الرجل فقال عليه السلام أتجد لذلك لذة قالت نعم قال عليه السلام فلتغتسل والحديث يعنى قوله الماء من الماء محمول على خروج المنى عن شهوة توفيقا بين الادلة ولان قوله من الماء يتناول المذى والودى وليس ثمة غسل بالاجماع فيراد به الخصوص ويحمل على

(قال المصنف والمعانى الموجبة) أقول الجمهور على أن هذه المعانى شروط لا أسباب لمنافاته الطهارة فجعلها موجبات تسامح (قوله وردبأن الغسل الى قوله وأورد عليه الحيض) أقول أراد الاتقانى (قال المصنف والجنابة فى اللغة خروج المنى) أقول فى تفسير الجنابة به تسامح والمراد الحالة الحاصلة به

ثم المعتبر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند أبي يوسف رحمه الله ظهوره أيضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما أنه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب

والمني فأما المذي فالرجل يلاعب امرأته فيظهر على ذكره الشئ فيغسل ذكره وأنثييه ويتوضأ ولا يغتسل وأما الودي فانه يكون بعد البول يغسل ذكره وأنثييه ويتوضأ ولا يغتسل وأما المني فانه الماء الاعظم الذي منه الشهوة وفيه الغسل وروى عبد الرزاق في مصنفه عن قتادة وعكرمة نحوه فلا يتصور مني الا من خروجه بشهوة والا يفسد الضابط الذي وضعته لتمييز المياه لتعطى أحكامها (قوله ثم المعتبر الخ) لا يجب الغسل اذا انفصل عن مقره من الصلب بشهوة الا اذا خرج على رأس الذكر بالاتفاق وانما الخلاف في أنه هل تشترط مقارنة الشهوة للخروج فعند أبي يوسف نعم وعندهما لا فافهم مقصود الكتاب فانه مزلقة وقد أخطأ بعض الطلبة لعدم علمه بذلك من خارج ولو تأمل قوله في دليل أبي يوسف اذ الغسل يتعلق بهما لزال الريب عنه ومن فروع تعلقه بهما لو احتلم فوجد اللذة ولم ينزل حتى توضأ وصلى ثم أنزل اغتسل ولا يعيد الصلاة وكذا لو احتلم في الصلاة فلم ينزل حتى أتمها فأنزل لا يعيدها ويغتسل وقولهما أحوط لان الجنابة قضاء الشهوة بالانزال فاذا وجدت مع الانفصال صدق اسمها وكان مقتضى هذا ثبوت حكمها وان لم يخرج لكن لا خلاف في عدم ثبوت الحكم الا بالخروج فيثبت بذلك الانفصال من وجه وهو أقوى مما بقي والاحتياط واجب وهو العمل بالاقوى من الوجهين فوجب وتظهر ثمرة الخلاف في صورة استمنى بكفه أو جامع امرأته في غير الفرج أو احتلم فلما انفصل أخذ أحليله حتى سكنت فأرسل فخرج بلا شهوة يجب عندهما لا عنده ومنها اغتسل بعد الجماع قبل النوم أو البول أو المشي ثم خرج منه المني بلا شهوة يعيد عندهما لا عنده وبعد أحدهما لا يعيد بالاتفاق وكذا لا يعيد الصلاة التي صلاها بعد الغسل الاول قبل خروج ما تأخر من المني اتفاقا قيل ومنها مستيقظ وجد بثوبه أو فخذه بللا ولم يتذكر احتلاما وشك في أنه مذي أو مني يجب عندهما لاحتمال انفصاله عن شهوة ثم نسي ورق هو بالهواء خلافا له وفيه نظر فان هذا الاحتمال ثابت في الخروج كذلك كما هو ثابت في الانفصال كذلك فالحق أنها ليست بناء عليه بل هو يقول لا يثبت وجوب الغسل بالشك في وجود الموجب وهما احتاطا لقيام ذلك الاحتمال وقياسا على ما لو تذكر الاحتلام ورأى ماء رقيقا حيث يجب اتفاقا حملا للرقة على ما ذكرنا وقوله أقيس وأخذ به خلف بن أيوب وأبو الليث ولو تيقن أنه مذي لا يجب اتفاقا لكن التيقن متعذر مع النوم وقولهما أحوط قال في التجنيس لان النوم مظنة الاحتلام فيحال به عليه ثم يحتمل انه كان منيا فرق بواسطة الهواء وفي التجنيس أغشي عليه فأفاق فوجد مذيا أو كان سكران فأفاق فوجد مذيا لا غسل عليه ذكره أبو علي الدقاق ولا يشبه النائم اذا استيقظ فوجد على فراشه مذيا حيث كان عليه الغسل ان تذكر الاحتلام بالاجماع وان لم يتذكر فعند أبي حنيفة ومحمد يجب والفرق أن المني والمذي لا بد له من سبب وقد ظهر في النوم تذكرا أولا لان النوم مظنة الاحتلام فيحال عليه ثم يحتمل انه مني رق بالهواء أو للغذاء فاعتبرناه منيا احتياطا ولا كذلك السكران والمغشي عليه لانه لم يظهر فيهما هذا السبب ولو تذكر الاحتلام والشهوة ولم ير بللا لا يجب اتفاقا ولو وجد الزوجان بينهما ماء دون تذكر ولا تميز بأن لم يظهر غلظه ورقته ولا بياضه وصفرته يجب عليهما الغسل صححه في الظهيرية ولم يذكروا القيد فقالوا يجب عليهما وقيل اذا كان غليظا أبيض فعليه أو رقيقا أصفر فعليها فيقيدونه بصورة تقل الخلاف والذي يظهر تقييد الوجوب عليهما بما ذكرنا فلا خلاف اذا ولو احتلمت ووجدت لذة الانزال لكن لم يخرج ماؤها الى فرجها الظاهر لا غسل عليها في ظاهر

(قال المصنف وعند أبي يوسف ظهوره) أقول يعني ظهوره مع الانفصال بشهوة (قال المصنف فالاحتياط في الايجاب) أقول أي القول بالوجوب

وقوله (والتقاء الختانين) الختان موضع القطع من الذكر والانثى ومن عادتهم ختان الانثى وقوله من غير انزال ليس بشرط لوجوب الغسل فانه لو أنزل وجب بالاجماع وانما ذكره نفيا لقول الانصار رضى الله عنهم فانهم قالوا لا يجب الغسل بالاكسال واستدلوا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء ولنا قوله عليه السلام اذا التقى الختانان وتوارت الحشفة وجب الغسل أنزل أو لم ينزل وهذا مفسر في هذا المعنى لا يقبل التأويل ولا منافاة بين الحديثين فنعمل بكل واحد منهما ونقول الجنابة (٤٣) تثبت بانفصال المنى عن شهوة بقوله

(والتقاء الختانين من غير انزال) لقوله عليه السلام اذا التقى الختانان وتوارت الحشفة وجب الغسل أنزل أو لم ينزل ولانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة ومادون الفرج لان السببية ناقصة

الرواية قال الحلواني وبه يؤخذ وقيل يجب بخلاف الرجل وجه الظاهر حديث أم سليم قالت يارسول الله ان الله لا يستحيي من الحق هل على المرأة من غسل اذا هي احتلمت قال نعم اذا رأت الماء وجه الثاني ما روى عنها أنها سألته صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل فقال صلى الله عليه وسلم اذا رأت ذلك فلتغتسل والاول أصرح في تعلق الوجوب بالخروج ويحتمل كون المراد بما يرى الرجل الاحتلام والماء فيوافق الاول فيجب حمله عليه لانه الغالب اذ الغالب رؤية الماء مع الاحتلام والحق أن الاتفاق على تعلق وجوب الغسل بوجود المنى في احتلامها والقائل بوجوبه في هذه الخلافية انما يوجبه بناء على وجوده وان لم تره بدل على ذلك تعليله في التجنيس احتلمت ولم يخرج منها الماء ان وجدت شهوة الانزال كان عليها الغسل والا لا لان ماءها لا يكون دافقا كماء الرجل وانما ينزل من صدرها فهذا التعليل يفهمك أن المراد بعدم الخروج في قوله ولم يخرج منها لم تره خرج فعلى هذا الاوجه وجوب الغسل في الخلافية والاحتلام يصدق برؤيتها صورة الجماع في نومها وهو يصدق بصورتي وجود لذة الانزال وعدمه فلذا لما أطلقت أم سليم السؤال عن احتلام المرأة قيد صلى الله عليه وسلم جوابها باحدى الصورتين فقال اذا رأت الماء ومعلوم أن المراد بالرؤية العلم مطلقا فانها لو تيقنت الانزال بان استيقظت في فور الاحتلام فأحست بيدها البلل ثم نامت فما استيقظت حتى جف فلم تر بعينها شيأ لا يسع القول بان لا غسل عليها مع أنه لا رؤية بصر بل رؤية علم ورأى يستعمل حقيقة في معنى علم باتفاق اللغة قال * رأيت الله أكبر كل شئ * ولو جومعت فيما دون الفرج فسبق الماء الى فرجها أو جومعت البكر لا غسل عليها الا اذا ظهر الحبل لانها لا تحبل الا اذا أنزلت ولو جومعت فاغتسلت ثم خرج منها مني الرجل لا غسل عليها امرأة قالت معي جنى يأتيني في النوم مرارا وأجد ما أجد اذا جامعني زوجي لا غسل عليها ولا يخفى أنه مقيد بما اذا لم تر الماء فان رأته صريحا وجب كأنه احتلام (قوله والتقاء الختانين) الختانان موضع القطع من الذكر والفرج وهو سنة للرجل مكرمة لها اذ جماع المختونة ألذ وفي نظم الفقه سنة فيهما غير أنه لو تركه يجبر عليه الا من خشية الهلاك ولو تركته هي لا والتعبير بغيبوبة الحشفة أولى لتناوله الايلاج في الدبر ولان الثابت في الفرج محاذاتهما لا التقاؤهما (قوله لقوله عليه السلام) معنى الحديث ثابت في الصحيح والسنن كثيرا وبهذا اللفظ في مسند عبد الله بن وهب وفي مصنف ابن أبي شيبة اذا التقى الختانان وتوارت الحشفة فقد وجب الغسل ولا يعارضه حديث انما الماء من الماء فقد روى أبو داود والترمذي وصححه أن الفتيا التي كانوا يفتون انما الماء من الماء كانت رخصة رخصها رسول الله صلى الله عليه وسلم في بدء الاسلام ثم أمر بالاغتسال فصرح بالنسخ ثم ظاهر المذكور

الماء من الماء المذكر نا من تأويله وبالايلاج في الآدمي بقوله اذا التقى الختانان الحديث وقد قررنا هذا الحديث في التقرير بتأييد الله وفي قوله وتوارت الحشفة اشارة الى أن مجرد التلاقي لا يوجبه ولكن يوجب الوضوء عندهما خلافا لمحمد والحشفة ما فوق الختان من رأس الذكر وقوله (ولانه سبب الانزال) بيانه أن الشئ الذي يترتب عليه حكم اذا كان خفيا وله سبب ظاهر يقام ذلك السبب الظاهر مقام ذلك الامر الخفي ويترتب عليه الحكم وههنا التقاء الختانين سبب الانزال ونفس الانزال الذي ترتب عليه الغسل يتغيب عن بصر المنزل وقد يخفى الانزال لقلة المني فيقام الالتقاء مقام الانزال كما في السفر مع المشقة التي يترتب عليها القصر في السفر والالتقاء مجاز للايلاج لانه سببه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية حتى ان بعض الفسقة يرجحون قضاء الشهوة في الدبر على قضاء الشهوة في القبل لما

يدعون فيه من اللين والحرارة والضيق وعن هذا ذهب بعضهم الى أن محاذاة الامرد في الصلاة تفسد صلاة غيره كالمرأة ويجب على المفعول به احتياطا أما عند أبي يوسف ومحمد فلانهما يوجبان الحد الذي فيه للاحتياط في تركه فلان يوجبا الغسل الذي الاحتياط في وجوبه أولى وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه يحتاط في الحد فيتركه ويحتاط في الغسل فيوجبه والاحتياط في كل باب بما يناسبه وقوله (بخلاف البهيمة ومادون الفرج) متصل بقوله فيقام مقامه أي يقام سبب الانزال مقامه في السبيلين في الآدمي بخلاف البهيمة فانه لا يجب فيها الغسل بمجرد الايلاج من غير انزال وبخلاف مادون الفرج وهو التفخيذ والتبطين فانه لا يجب فيه الغسل أيضا لنقصان السببية اذا لم ينزل

قال (والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن) اختلف الشارحون فى تفسير كلامه فمنهم من حمله على ظاهره وقال نفس الحيض يوجب الغسل لانه فى معنى الجنابة من حيث المنع عن الصلاة والقراءة ودخول المسجد ومنهم من حمله على أن معناه انقطاع الحيض يوجب الغسل لانه لا يجب الا عند انقطاعه وقال لانه يلازمه ومنهم من حمله على أن معناه أن الخروج عن الحيض يوجب الغسل لان الحيض مادام باقيا لا يجب الغسل والخروج عن الحيض مستلزم له فوجد الاتصال فصحت الاستعارة وعزى هذا الى الامام حميد الدين وفى الكل نظر أما فى الاول فلان الحيض اسم لدم مخصوص وقد تقدم أن الجوهر لا يصح أن يكون سببا للمعنى وأما فى الثانى فلان الانقطاع طهر والطهر لا يوجب الاطهار ولا ملازمة بينهما للوجود (٤٤) الحيض قبل الانقطاع ووجود الانقطاع بعده فكان أحدهما منفكا عن الآخر فلا ملازمة بينهما على أن قوله لا يجب الا عند انقطاعه يفسد الشرطية لا العلية وكذا الخروج عن الحيض عبارة عن انقطاعه فيرد عليه مثل ما ورد على ذلك ويجوز أن يقال معناه خروج الحيض وهو الدم المخصوص يوجب الغسل لما تقدم أن خروج النجس من بدن الانسان يوجب تطهير جميع البدن واكتفى بالاعضاء الاربعة فيما كثر وقوعه دفعا للحرج ووقوع الحيض ليس بكثير فبقى على الاصل كخروج المنى فكان مجازا بالحذف من باب واسئل القرية اذ لا يلتبس أن نفس الدم لا يوجب شيأ ووجه التمسك بقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد على وجوب الاغتسال أما بالنسبة الى القربان فلانه تعالى غيا حرمة القربان الذى كان حلا لا الى الاغتسال فينبغى أن تنتهى الحرمة به ويكون مأمورا به والا لكانت حرمة مؤبدة وفى ذلك نقض لما شرعه الانقطاع بقوله تعالى فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله وبقوله تعالى فأتوا حرثكم أنى شئتم وأما بالنسبة الى الصلاة فلان الاغتسال لما صار شرطا لحل القربان بهذه الآية مع أن الطهارة ليست بشرط لحل القربان عما سوى الحيض والنفاس فى صورة من الصور فلان يشترط الاغتسال لحل الصلاة والحال أنها شرط لها عن جميع النجاسات الحقيقية والحكمية دائما أولى وأما النفاس فانما وجب الاغتسال فيه بالاجماع قوله (وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم) بيان للغسل المسنون

قال (والحيض) لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد (و) كذا (النفاس) للاجماع قال (وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام)

فى الكتاب الوجوب بالايلاج فى الصغيرة التى لم تبلغ حد الشهوة والميتة الآدمية وأصحابنا منعوه الا أن ينزل لان وصف الجنابة متوقف على خروج المنى ظاهرا أو حكما عند كمال سببه مع خفاء خروجه لقلته وتكسله فى المجرى لضعف الدفق لعدم بلوغ الشهوة منتهاها كما يجده المجامع فى أثناء الجماع من اللذة بمقاربة المزايلة فيجب حينئذ اقامة السبب مقامه وهذا علة كون الايلاج فيه الغسل فيتعدى الحكم الى الايلاج فى الدبر وعلى الملاط به اذ ربما ينزلق فينزل ويخفى لما قلنا وأخرجوا ما ذكرنا لكنه يستلزم تخصيص النص بالمعنى ابتداء وحكى فى الوجوب على من غابت الحشفة فى فرجه خلافا فى المبتغى (قوله والحيض) أى انقطاعه وكذا فى النفاس قيل فيه نظر اذ انقطاعه طهارة وانا طة الغسل بالحدث أعنى النجس الخارج أنسب فالكلام على ظاهره فالحيض نفسه سبب غير أنه لا يفيد حال قيامه كحال جريان البول فاذا انقطع أفاد وحاصله أن الحيض موجب بشرط انقطاعه والاولى منهما وزان ما قدمنا فى المعانى الموجبة للغسل وبهما تمت الاغتسالات المفروضة وشرع فى المسنونة وهى الاربعة المذكورة بقى غسل مستحب وهو غسل الكافر اذا أسلم غير جنب فان أسلم جنبا اختلف فيه فقيل لا يجب لانهم غير مخاطبين بالفروع ولم يوجد بعد الاسلام جنابة والاصح وجوبه لبقاء صفة الجنابة السابقة بعد الاسلام فلا يمكنه أداء المشروط بزوالها الا به فيفترض ولو حاضت الكافرة فطهرت ثم أسلمت قال شمس الائمة لا غسل عليها بخلاف الجنب والفرق أن صفة الجنابة باقية بعد الاسلام فكانه أجنب بعده والانقطاع فى الحيض هو السبب ولم يتحقق بعده فلذا لو أسلمت حائضا ثم طهرت وجب عليها الغسل ولو بلغ الصبى بالاحتلام أو هى بالحيض قيل يجب عليها الا عليه فهذه أربعة فصول قال قاضيخان والاحوط وجوب الغسل فى الفصول كلها اه ولا نعلم خلافا فى وجوب الوضوء للصلاة اذا أسلم محدثا وقد يقال لا معنى للفرق بين هاتين فانه ان اعتبر حال البلوغ أو ان انعقاد أهلية التكليف فهو كحال انعقاد العلة لا يجب عليهما وان اعتبر أو ان توجه الخطاب حتى اتحد زمانهما وجب عليهما والحيض اما حدث أو يوجب حدثا فى رتبة حدث الجنابة لما سنحققه فى بابه فوجب أن يتحد حكمه بالذى أسلم جنبا وجوابه أن السبب فى الحيض الانقطاع وثبوته بعد البلوغ لتحقق البلوغ بابتداء الحيض كى لا يثبت

(قوله فمنهم من حمله الخ) أقول المراد من الاول الاتقانى ومن الثانى حافظ الدين النسفى ومن الثالث حميد الدين الضرير (قوله والا كانت حرمة مؤبدة) أقول وفيه أن الحرمة تنتهى بمضى وقت صلاة عليها وان لم تغتسل فلا يلزم من عدم اغتسالها ضرورة الحرمة مؤبدة

نص على السنية وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد الغسل يوم الجمعة حسنا فى الاصل وقال مالك رحمه الله هو واجب لقوله عليه السلام من أتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو أفضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب أو على النسخ ثم هذا الغسل للصلاة عند أبى يوسف رحمه الله

الانقطاع الا وهى بالغة بخلاف الجنابة (قوله وقيل هذه الاربعة مستحبة) وهو النظر فان غسل الجمعة لامر دائر شرعيته وكان واجبا على ما يفيده دليل مالك وهو من رواية عمر بن الخطاب فى الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام قال اذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل وفى الصحيحين من حديث الخدرى أنه صلى الله عليه وسلم قال غسل الجمعة واجب على كل محتلم فان عول فى الجواب على النسخ مع ما دفع به من أن الناسخ وان صححه الترمذى لا يقوى قوة حديث الوجوب وليس فيه تاريخ أيضا فعند التعارض يقدم الموجب فاذا نسخ الوجوب لا يبقى حكم آخر بخصوصه الا بدليل والدليل المذكور يفيد الاستحباب وكذا ان عول على انه من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته كما يفيده ما أخرج أبو داود عن عكرمة أن ناسا من أهل العراق جاؤا فقالوا يا ابن عباس أترى الغسل يوم الجمعة واجبا فقال لا ولكنه طهور وخير لمن اغتسل ومن لم يغتسل فليس عليه بواجب وسأخبركم كيف بدء الغسل كان الناس مجهودين يلبسون الصوف ويعملون على ظهورهم وكان مسجدهم ضيقا مقارب السقف انما هو عريش فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فى يوم حار وعرق الناس فى ذلك الصوف حتى ثارت منهم رياح حتى آذى بعضهم بعضا فلما وجد صلى الله عليه وسلم تلك الرياح قال يا أيها الناس اذا كان هذا اليوم فاغتسلوا وليمس أحدكم أمثل ما يجده من دهنه وطيبه قال ابن عباس ثم جاء الله بالخير ولبسوا غير الصوف وكفوا العمل ووسع مسجدهم وذهب بعض الذى كان يؤذى بعضهم بعضا من العرق وان عول على أن المراد بالامر الندب وبالوجوب الثبوت شرعا على وجه الندب بالقرينة المنفصلة أعنى قوله صلى الله عليه وسلم ومن اغتسل فهو أفضل فدليل الندب يثبت الاستحباب اذ لا سنة دون المواظبة منه صلى الله عليه وسلم وليس ذلك لازم الندب ثم يقاس عليه باقى الاغتسال وانما يتعدى الى الفرع حكم الاصل وهو الاستحباب وأما ما روى ابن ماجه كان صلى الله عليه وسلم يغتسل يوم العيدين وعن الفاكه بن سعد الصحابى أنه صلى الله عليه وسلم كان يغتسل يوم عرفة ويوم النحر ويوم الفطر فضعيفان قاله النووى وغيره وأما ما روى الترمذى وحسنه عن خارجة ابن زيد بن ثابت عن أبيه أنه صلى الله عليه وسلم تجرد لاهلاله واغتسل فواقعة حال لا تستلزم المواظبة فاللازم الاستحباب الا أن يقال اهلاله اسم جنس مضاف فيعم لفظا كل اهلال صدر منه فيثبت سنية هذا الغسل هذا ومن الاغسال المندوبة الاغتسال لدخول مكة والوقوف بمزدلفة ودخول مدينة النبى صلى الله عليه وسلم ومن غسل الميت وللحجامة لشبهة الخلاف وليلة القدر اذا رآها وللمجنون اذا أفاق والصبى اذا بلغ بالسن نص عليه فى الغاية وكذا يستحب للكافر اذا أسلم قال فى التجنيس بذلك أمر صلى الله عليه وسلم من جاءه يريد الاسلام وظاهره وكذا واقعة ابن أثال تفيد أن الغسل قبل الاسلام للاسلام ويكفى غسل واحد لسنتى العيد والجمعة اذا اجتمعا كالفرضى جنابة وحيض وبعد الاتفاق على الاكتفاء بغسل واحد نقل الخلاف بين أبى يوسف ومحمد أنه منهما أو أنه يقع من السابق منهما وجه الاول أن كلا من الجنابة والحيض يوجب الغسل فاذا اجتمعا لم يكن أحدهما بأولى من الآخر فيوجبانه فيكون منهما وجه الثانى أن وجوبه للنجاسة الحكمية الكائنة بالحدث واذا جاءت بالسبب الاول لا يؤثر السبب الثانى اياها وهذا لانها واحدة تثبت بأسباب لا متعددة بتعدد الاسباب فاذا ثبتت بأحدها استحال أن تثبت بالثانى حال قيامها وتظهر ثمرة الخلاف فى امرأة حلفت لا تغتسل من زوجها من جنابة فحاضت ثم جامعها ثم اغتسلت تحنث على الاول لا الثانى (قوله الصلاة الخ) تظهر

(نص) يعنى القدورى (على السنية) يعنى فى هذه الاربعة وقد قيل هذه الاربعة مستحبة يدل على ذلك تسمية محمد الغسل يوم الجمعة فى الاصل حسنا وهو أقواهم حيث ذهب الى وجوبه مالك لقوله عليه السلام من أتى منكم الجمعة فليغتسل رواه ابن عمر ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو أفضل رواه سمرة بن جندب وقوله فبها ونعمت أى بالسنة أخذ ونعمت الخصلة هذه أى الاخذ بالسنة (وبهذا) أى بهذا الحديث (يحمل ما رواه) مالك (على الاستحباب) توفيقا بينهما (أو على النسخ) بدليل ما روى عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهم أنهما قالا كان الناس عمال أنفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب السمك فكان ينأذى بعضهم برائحة بعض فأمروا بالاغتسال ثم انتسخ حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بأنفسهم

وقوله (هو الصحيح) احترازعن قول الحسن فانه يقول غسل يوم الجمعة لليوم اظهار الفضيلته قال عليه السلام سيد الايام يوم الجمعة ومعنى قوله (لزيادة فضيلتها) لانها تؤدى بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها وسيادة اليوم باعتبار وقوع هذه الصلاة فيه وفائدة الخلاف تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعة ثم أحدث فتوضأ وصلى الجمعة فانه ليس بمقيم للسنة عند أبي يوسف خلافا للحسن ووقع في بعض الروايات ذكر محمد في موضع الحسن بن زياد (والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذى بالرائحة وأما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى (٤٦) وليس في المذى والودى غسل وفيهما الوضوء لقوله صلى الله عليه وسلم كل فحل يمذى وفيه الوضوء) رواه أبو داود باسناد صحيح فان قيل اذا كان الواجب الوضوء كان الواجب أن يذكرهما في فصل الوضوء أجيب بأنهما يشابهان المنى فذكرهما في فصل الغسل والاوجه ان يقال انما ذكرهما هنا لان أحمد رحمه الله يقول بوجوب الغسل في رواية فذكرهما هنا نفيا لما يقوله فان قيل اذا كان حكمه الوضوء كان ذكره مستغنى عنه بالكلية لانه قد علم من قوله كل ما خرج من السبيلين أجيب بان ذكره للتأكيد وقيل ذكره تصريحا بالنفي لقول مالك فانه لا يقول بوجوب الوضوء بهما فان قيل نقض الوضوء بالودى غير متصور على التفسير المذكور في الكتاب لانه انما يخرج على أثر البول وقد وجب الوضوء بالبول قبله فلا يجب بالودى بعده أجيب باجوبة منها أنه اذا بال فتوضأ ثم أودى فانه يجب عليه الوضوء ومنها أن من به سلس البول اذا توضأ للبول ثم أودى حالة بقاء الوقت تنتقض وفيه طهارته ومنها أن الوضوء يجب في الودى لو تصور الانتقاض به وفيه ضعف والتفسير ما ثور عن عائشة وانما مرادها منى الرجل خاصة لان منى المرأة ليس خاثرا ولا أبيض وانما هو رقيق أصفر كما جاء في الحديث وليس ينكسر منه الذكر والتعريف الجامع لمنى الرجل والمرأة أن يقال ماء دافق يخرج من بين صلب الرجل وترائب المرأة

هو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذى بالرائحة وأما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى قال (وليس في المذى والودى غسل وفيهما الوضوء) لقوله عليه السلام كل فحل يمذى وفيه الوضوء والودى الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمنى خاثر أبيض ينكسر منه الذكر والمذى رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل أهله والتفسير ما ثور عن عائشة رضي الله تعالى عنها

ثمرته فيمن لا جمعة عليه هل يسن له الغسل أولا وفيمن اغتسل ثم أحدث وتوضأ وصلى به الجمعة لا يكون له فضل غسل الجمعة عند أبي يوسف وفيمن اغتسل قبل الغروب وفي الكافي لو اغتسل قبل الصبح وصلى به الجمعة نال فضل الغسل عند أبي يوسف وعند الحسن لا واستشكله شارح الكنز لانه لا يشترط وجود الاغتسال فيما سن الاغتسال لاجله بل أن يكون فيه متطهرا بطهارة الغسل فلا يحسن نفي الحسن (قوله وفيهما الوضوء) أورد لا يتصور الوضوء من الودى لانه يتعقب البول فيكون الوضوء من الناقض السابق أجيب بان المراد لو فرض خروجه ابتداء كان فيه الوضوء وبأنه يتصور فيما لو توضأ على أثر بوله بلا مهلة ثم مشى فتحلل ودى وخرج حتى لو كان به سلس البول فوجد ذلك منه في الوقت كان عليه الوضوء وبأن وجوب الوضوء بالبول لا ينافي وجوبه بالودى بل يجب بهما حتى لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فبال ثم رعف ثم توضأ حنث ذكره محمد فعلم أن كلا منهما موجب الا أنه اكتفى بوضوء واحد وأنت اذا حققت أن الناقض يثبت الحدث ثم تجب ازالته عند وجوب المشروط وأن الحدث مانعية اعتبرت قائمة بالاعضاء شرعا الى غاية استعمال المزيل أو وصف اعتبارى شرعا ينمع الى الغاية المذكورة وكل منهما أمر واحد لا تعدد الا في أسبابه فالثابت بكل سبب هو الثابت بالآخر اذ لا دليل يوجب خلاف ذلك لم يتأخر عن الحكم بكون الوضوء في مثله عن الحدث السابق على السبب الثاني وانه لم يوجب شيأ لاستحالة تحصيل الحاصل نعم لو وقعت الاسباب دفعة كأن رعف وبال وفسا معا أضيف ثبوته الى كلها فلا ينفي ذلك كون كل علة مستقلة لان معنى الاستقلال كون الوصف بحيث لو انفرد أثر وهذه الحيثية ثابتة لكل في حال الاجتماع كذا قرر في فصول الآمدي وهو معقول يجب قبوله وهذا قول الجرجاني من مشايخنا وان كان قول محمد ان الوضوء منهما يقتضي أن الثاني أثر الحدث أيضا كالاول وعن أبي حنيفة نحوه والحق أن لا تنافي بين كون الحدث بالسبب الاول فقط وبين الحنث لانه لا يلزم بناؤه على تعدد الحدث بل على العرف والعرف أن يقال لمن توضأ بعد بول ورعاف توضأ منهما وعن الحلواني تفصيل بين كون الثاني من جنس الاول فيكون الوضوء عن الاول أو من غيره فنهما (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم كل فحل يمذى

(قوله والتعريف الجامع لمنى الرجل والمرأة أن يقال ماء دافق يخرج من بين صلب الرجل وترائب المرأة) أقول وفيه انه لا يصدق على واحد منهما

معنى الباب فى اللغة النوع وقد يعرف بأنه طائفة من المسائل الفقهية اشتمل عليها كتاب ولقبت بباب كذا ولما فرغ من بيان الطهارتين ذكر ما تحصل به الطهارة وهو الماء المطلق (الطهارة من الاحداث) غليظا كان الحدث أو خفيفا (جائزة بماء السماء والاودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا ولقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شئ) الحديث ووجه التمسك أن الله تعالى ذكر الماء فى الآية مطلقا والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه لا يقال الآية تدل على ان الماء المنزل من السماء طهور وليس غير المطر منزلا من السماء لان الله تعالى قال ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع فى الارض وقال أنزل من السماء ماء فسالت أودية بقدرها وسيأتى الكلام على الحديث وذكر الاحداث ليس للتخصيص لان الطهارة من الخبث أيضا تحصل بهذه المياه لكن لما كان التبويب لما يحصل به الوضوء ذكر ذلك قوله (ولا يجوز بما اعتصر) بالقصر على أنها موصولة هكذا المسموع وقوله (لانه ليس بماء مطلق) لانه عند اطلاق الماء لا ينطلق عليه وتحقيق ذلك انا لو فرضنا فى بيت انسان ماء بئر أو بحر أو عين أو ماء اعتصر من شجر أو ثمر فقيل له هات ماء لا يسبق الى ذهن المخاطب الا الاول ولا نعنى بالمطلق والمقيد الا هذا (والحكم) وهو الطهارة (عند فقده) أى فقد الماء المطلق (منقول الى التيمم) قال تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا

﴿ باب الماء الذى يجوز به الوضوء ومالا يجوز ﴾

(الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والآبار والبحار) لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شئ الا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه وقوله عليه السلام فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه قال (ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر) لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم

(وفيه الوضوء) أخرجه أبو داود وأحمد من حديث عبد الله بن سعد الانصارى وأخرج اسحق والطحاوى من حديث على نحوه وأصله عن على فى الصحيحين شهير وأما قوله والتفسير مأثور عن عائشة فقد تقدم ذكر ناله * فرع الجنب أولى بالماء المباح اذا وجده هو وحائض أو ومعه ميت ويمم الميت والحائض وكذا من المحدث

﴿ باب الماء الذى يجوز به الوضوء ﴾

(قوله لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا) يستدل به على عموم الدعوى ان كانت كل المياه أصلها من السماء وإنما سلكت ينابيع فى الارض كما قال تعالى ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع فى الارض وعلى بعضها ان لم يكن كذلك واعلم ان الدعوى هى انه يجوز التوضى بهذه المياه وليس فى النص المذكور ولا الاحاديث ما يوجب ذلك بل انما أفادت وصف الماء بالطهورية والاصحاب مصرحون بأن ليس معنى الطهور لغة ما يطهر غيره بل انما هو المبالغ فى طهارته أى طهارته قوية ولا يستلزم ذلك كونه يطهر غيره وسيأتى تمامه مع مالك رضى الله عنه وكون الاجماع على ان الموصوف بلفظ طهور فى لسان الشرع ما يطهر غيره دليل آخر كان يمكن أن يستدل به وأما النص المذكور باستقلاله لا يوجبه فكان الوجه أن يستدل بقوله تعالى وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به وحديث الماء طهور حاصل كلامهم فيه أنه مع الاستثناء ضعيف برشدين بن سعد وبدونه من رواية أبى داود والترمذى من حديث الخدرى قيل يا رسول الله أنتوضأ من بئر بضاعة وهى بئر تلقى فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن فقال صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شئ وحسنه الترمذى وابن القطان وان ضعفه بسبب الخلاف فى تسمية بعض أهل السند وقد قال وله اسناد صحيح فذكره وكذا قال

﴿ باب الماء ﴾

أقول فيقدر المضاف فى قوله باب الماء أى مسائل الماء (قال المصنف لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا) أقول فى الاستدلال بالآية نوع خفاء اذ المفهوم منها أن ماء طهورا أنزل من السماء والمدعى أن كل ماء أنزل من السماء طهور والفرق بين المعنيين بين (قوله لا يقال الآية تدل على أن الماء المنزل من السماء طهور الخ) أقول ولك أن تقول يكفى ذلك لغرض المصنف فان الاستدلال على بعض المدعى ثم الكل طريقة يسلكها المصنف كثيرا (قوله لكن لما كان التبويب لما يحصل به الوضوء ذكر ذلك) أقول وانما كان التبويب له لانه ذكر نواقضه قبله وما يوجب الغسل فلما ذكر الحدث ناسب أن يذكر ما يزيله (قال المصنف ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه) أقول بيان لوجه التمسك بالحديث أى مطلق اسم الماء المذكور فى الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم خلق الماء طهورا

وقوله (والوظيفة الخ) جواب عما يقال الماء المعتصر من الشجر أو الثمر وان لم يكن ماء مطلقا لكنه في معناه في الازالة فيلحق بالمطلق ووجهه أن الوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه ومعناه أن شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا به عن القياس وليس فيما نحن فيه كذلك فلا يصح القياس بخلاف ازالة النجاسة الحقيقية فانها معقولة المعنى لوجودها حسا فجاز فيها الالحاق على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولقائل ان يقول هب أنه لا يمكن التعدية بطريق القياس فليلحق بطريق الدلالة فان كونه معقولا ليس بشرط فيها والجواب أن سائر المائعات ليس في معنى الماء من كل وجه لان الماء مبذول عادة لا يبالى بحبسه وسائر المائعات ليس كذلك فان قلت فكيف ألحقته (٤٨) به في النجاسة الحقيقية قلت قياسا لا دلالة لانه معقول المعنى فان قلت من شرط الدلالة أن يكون الملحق في معنى الاصل في الوصف الذي هو مناط الحكم من كل وجه لا غير والوصف فيما نحن فيه هو ازالة النجاسة والماء والمائع سيان في ذلك وكون الماء مبذولا لا مدخل له في ذلك قلت انهما سيان في ازالة النجاسة الحقيقية أو مطلقا والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع وقوله (وفي الكتاب) يعني مختصر القدوري وقوله (فأخرجه عن طبع الماء) كالتفسير لقوله غلب عليه غيره وقوله كالاشربة الخ ان أراد بها الاشربة المتخذة من الشجر كشراب الرمان والحماض وبالخل الخل الخالص كانا من تطير المعتصر من الشجر والثمر وكان ماء الباقلا والمرق نظير الماء الذي غلب عليه غيره فكان فيه صنعة اللف والنشر وان أراد بالاشربة الحلو المخلوط بالماء كالدبس والشهد المخلوط به ومن الخل الخل المخلوط بالماء كانت الاربعة كلها نظير الماء الذي غلب عليه غيره والباقلا اذا شددت اللام فهو مقصور واذا خففت فممدود وماء الزردج هو ما يخرج من العصفر المنقوع وقوله (ما تغير بالطبخ) قيل المراد بالتغير التخونة فانه يصير مرقا

والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه وأما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به لانه ماء يخرج من غير علاج ذكره في جوامع أبي يوسف رحمه الله وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار قال (ولا) يجوز (بماء غلب عليه غيره فأخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الباقلا والمرق وماء الورد وماء الزردج) لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلا وغيره ما تغير بالطبخ فان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به

الامام أحمد هو حديث صحيح فحينئذ يستدل بالقدر الصحيح على طهورية الماء وبالاجماع على تنجسه بتغير وصفه بالنجاسة وأما انه لا يتنجس الا اذا تغير كما قال مالك اذ لا يمكن الاستدلال عليه بذلك القدر والاجماع على تنجسه بالتغير يفيد أن ظاهره غير مراد نعم له طريق نذكرها عند الكلام مع الامام مالك ان شاء الله تعالى وحديث هو الطهور ماؤه عن أبي هريرة رواه أصحاب السنن الاربعة ان رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فان توضأنا به عطشنا أفنتوضأ من البحر فقال صلى الله عليه وسلم هو الطهور ماؤه الحل ميتته صححه الترمذي وقال سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال حديث صحيح هذا وأما ما أعل به من جهالة سعيد بن سلمة والمغيرة بن أبي بردة والاختلاف في سعيد بن سلمة هل هو هذا أو عبد الله بن سعيد فدفوعان باظهار معرفتهما واقامة مالك في الموطا السند عن صفوان بن سليم وتابعه الليث بن سعد عن يزيد بن أبي حبيب عن الجلاح بن كثير وابن وهب عن عمرو بن الحرث عن الجلاح عن سعيد بن سلمة أخرجهما البيهقي فلا يضر الخلاف بعد هذا وأما الاعلال بالارسال لان يحيى بن سعيد رواه عن المغيرة بن أبي بردة أن ناسا من بني مدلج أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أحفظ من صفوان بن سليم وأثبت من سعيد بن سلمة اللذين رواياه عن ابن أبي بردة عن أبي هريرة فمبني على أن ارسال الاحفظ مقدم على الوصل من الثقة دونه وهو غير المذهب المختار عند المحققين على ما عرف في موضعه وكذا الاعلال باضطراب هشيم مدفوع بأنه انما يلزم لو اتفق عليه فيه فأما وقد رواه أبو عبيد عن هشيم على الصواب فلا وأما قوله السنة وردت بغسل الميت بالماء الذي أغلي فيه السدر فالله أعلم به والذي في الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم في الذي وقصته ناقته اغسلوه بماء وسدر الحديث ليس فيه غلي (قوله والوظيفة في هذه) جواب سؤال هو سلمنا أن المعتصر من الشجر ليس بمطلق لكن لم لم يلحق بالمطلق في ازالة الحكمية كما ألحقه أبو حنيفة به في ازالة الحقيقية فأجاب بامتناع الالحاق لفوات شرطه فان حكم الاصل أعني ازالة الحكمية غير معقول اذ لا نجاسة على الاعضاء محسوسة يزيلها الماء ليلحق به المائع في ذلك بل الكائن اعتبار شرعي

(قوله قلت قياسا لا دلالة لانه معقول المعنى) أقول فانه معلول بازالة العين عن المحل اه (قال المصنف وفي الكتاب اشارة اليه) أقول أي الى جواز التوضي بما يقطر من الكرم

قوله (فغير أحد أوصافه) التي هي الطعم واللون والريح اشارة الى أنه اذا غير الوصفين لايجوز التوضي به قال في النهاية لكن المنقول عن الاساتذة أنه يجوز حتى ان أوراق الاشجار وقت الخريف تقع في الحياض فيتغير ماؤها من حيث اللون والطعم والرائحة ثم انهم يتوضؤن منها من غير نكير وكذا أشار في شرح الطحاوي اليه ولكن شرطه أن يكون باقيا على رقته أما اذا غلب عليه غيره وصار به ثخينا فلا يجوز فان قيل قد تقدم من قول النبي صلى الله عليه وسلم الا ماغير لونه أو طعمه أو ريحه وذلك يقتضي عدم جواز التوضي عند تغير أحد الاوصاف أجيب بأن معنى قوله عليه السلام لاينجسه شئ أي لاينجسه شئ نجس وكلامنا في المختلط الطاهر وقوله (أجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق) أي في عدم جواز التوضي بهما (والمروي عن أبي يوسف أنه بمنزلة ماء الزعفران) وسنذكر حكمه وقوله (وهو الصحيح) لانه خالطه طاهر فغير أحد أوصافه كماء الزعفران واعلم أن ماذكر في المختصر ان كان على اطلاقه كما يفهم من ظاهر لفظه كان بين رواية المختصر والمروي عن أبي يوسف خلاف وان كان المراد به ما اذا كان الماء مغلوبا بأجزاء الزردج فلا خلاف بينهما والامام الناطفي والسرخسي اختارا المروي عن أبي يوسف وقوله (وقال الشافعي) ظاهر وقوله (واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر) يعني أنها للتعريف لا للتقييد والفرق بينهما أن المضاف اذا لم يكن خارجا من المضاف اليه بالعلاج فالاضافة للتعريف وماء البئر وماء العين من هذا القبيل وان كان خارجا منه فهي للتقييد كماء الورد وغيره مما تقدم فبقي الاعتبار للخلط ويعتبر فيه الغلبة بالاجزاء فان كانت أجزاء الماء غالبة ويعلم ذلك ببقائه على رقته جاز الوضوء به وان كانت أجزاء المخلوط غالبة بأن صار ثخينا زال عنه رقته الاصلية لم يجز

قال (وتجوز الطهارة بماء خالطه شئ طاهر فغير أحد أوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن أو الزعفران أو الصابون أو الاشنان) قال الشيخ الامام أجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله لايجوز التوضي بماء الزعفران وأشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد ألا ترى أنه يقال ماء الزعفران بخلاف أجزاء الارض لان الماء لايخلو عنها عادة ولنا أن اسم الماء باق على الاطلاق ألا ترى أنه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين

محض له حكم النجاسة اذ منعت الصلاة معه وقد عين لازالته شرعا آلة فلا يمكن الحاق غيرها بها في ذلك بخلاف اناطة ذلك الاعتبار نفسه بخروج النجاسة لما عقل اعتبار خروجها مؤثرا في ذلك دار معه سواء كانت من السبيلين أو غيرهما فلا ينافي كلامه هذا قوله فيما تقدم ان خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وان الاقتصار على الاربعة غير معقول (قوله وقال الشافعي) اعلم ان الاتفاق على أن الماء المطلق تزال به الاحداث أعني مايطلق عليه ماء والمقيد لايزيل لان الحكم منقول الى التيمم عند فقد المطلق في النص والخلاف في الماء الذي خالطه الزعفران ونحوه مبني على انه تقيد بذلك أولا فقال الشافعي وغيره تقيد لانه يقال ماء الزعفران ونحن لاننكر انه يقال ذلك ولكن لايمتنع مع ذلك مادام المخالط مغلوبا أن يقول القائل فيه هذا ماء من غير زيادة وقد رأيناه يقال في ماء المد والنيل حال غلبة لون الطين عليه وتقع الاوراق في الحياض زمن الخريف فيمر الرفيقان ويقول أحدهما للآخر هنا ماء تعال نشرب نتوضأ فيطلقه مع تغير أوصافه بانتقاعها فظهر لنا من اللسان أن المخالط المغلوب لايسلب الاطلاق فوجب ترتيب حكم المطلق على الماء الذي هو كذلك وقد اغتسل صلى الله عليه وسلم يوم الفتح من قصعة فيها أثر العجين رواه النسائي والماء بذلك يتغير ولم يعتبر للمغلوبية (قوله والاضافة اليه كالاضافة الى البئر والعين) معناه ان الاضافة الى الزعفران ونحوه لاتمنع الاطلاق كما لاتمنعه الاضافة الى البئر والعين فالتشبيه ليس الا في عدم امتناع الاطلاق وحيث قبل المطلق كان مطهرا ولزمه حكمه من ازالة الحكمية شرعا اذ زواله بارتفاعه وهو بأن يحدث له اسم على حدة ولزوم التقييد يندرج فيه وانما يكون ذلك اذا كان الماء مغلوبا اذ في اطلاقه على المجموع حينئذ اعتبار الغالب عدما وهو عكس الثابت لغة وعرفا وشرعا بقي تحقيق الغلبة بماذا يكون فصرح المصنف بانها بالاجزاء ونقل بعضهم فيه خلافا بين الصاحبين وهو أن محمدا يعتبره باللون وأبا يوسف بالاجزاء وفي المحيط عكسه والاول أثبت فان صاحب الاجناس نقل قول محمد نصا بمعناه قال محمد في الماء الذي يطبخ فيه الريحان والاشنان اذا لم يتغير لونه حتى يحمر بالاشنان أو يسود بالريحان وكان الغالب عليه الماء فلا بأس بالوضوء به فجعل مدار عدم لون الماء وأبو يوسف اعتبر غلبة الاجزاء ولا بأس بالوضوء بماء السيل مختلطا بالطين ان كانت رقة الماء غالبة فان كان الطين غالبا فلا وصرح في التجنيس بأن من التفريع على اعتبار الغلبة بالاجزاء قول

(قال المصنف كماء المد هو السيل) أقول قال المصنف ألا ترى انه لم يتجدد له اسم على حدة) أقول قال عصام الدين منقوض بماء الباقلاء حيث لم يتجدد له اسم ولم يبق ماء مطلقا والجواب ان المراد هو الاستلزام الاكثري فان الغالب في المقيد تجدد الاسم كالخبز

وقوله (هو الصحيح) نفى لقول محمد فانه يعتبر الغلبة بتغير اللون والطعم وبيان ذلك ما قيل الطاهر المخلوط بالماء اما أن يكون لونه كلون الماء أولا فان كان الثانى كاللبن والزعفران والعصفر فالعبرة للون فان غلب لون الماء جاز الوضوء به وان لم يغلب لم يجز فان كان الاول كماء البطيخ والاشجار فالعبرة للطعم على ما ذكرنا وان لم يكن له طعم فالعبرة لكثرة الاجزاء وانما كان الاول صحيحا لان الغلبة بالاجزاء غلبة حقيقية اذ وجود الشئ المركب بأجزائه فكان اعتبارها أولى وقوله (بعد ما خلط به غيره) انما قيد به لان الماء اذا طبخ وحده وتغير جاز الوضوء به وقوله (الا اذا طبخ فيه) استثناء من قوله لا يجوز التوضى به وانما جاز بذلك لان السنة وردت به فى غسل الموتى بالماء الذى أغلى بالسدر الا اذا صار غليظا بحيث لا يمكن تسييله على العضو لزوال اسم الماء عنه قال (وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به) أراد بالماء ما لا يكون جاريا ولا فى حكمه وهو الغدير العظيم لذكره هذا بعد هذا وقد وقع فى بعض نسخ الهداية قليلا كانت النجاسة أو كثيرا وفى بعضها قليلا كان أو كثيرا وهو لفظ المختصر وتوجيه الاولى أن يقال شبه فعيلا بمعنى فاعل بفعيل بمعنى مفعول فى حذف علامة التأنيث كما فى قوله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين وفى قوله قليلا احتراز عن قول مالك فانه لا يتنجس الماء عنده اذا لم يرلها أثر وقوله كثيرا مستدرك لان قليل النجاسة اذا كان مانعا فالكثير أولى وتوجيه الثانية الماء الراكد قليلا كان أو كثيرا اذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز الوضوء به والقليل (٥٠) ما يكفى الوضوء والغسل كذا قيل وقوله قليلا احترازعن قول مالك وقوله كثيرا احترازعن قول الشافعى فان مالكا يجوز الوضوء بالقليل وان وقعت فيه نجاسة ما لم يتغير أحد أوصافه ويستدل بما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شئ الا ما غير لونه أو طعمه الحديث والشافعى يجوزه اذا كان الماء قلتين لقوله عليه السلام اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا واضطربت أقوالهم فى مقدار القلتين فقيل القلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا وقيل ثلثمائة من تقريبا لا تحديدا وقيل القلة جرة تحمل من اليمن تسع قربتين وشيأ ولنا حديث المستيقظ من منامه ما خالط وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده فى الاناء حتى يغسلها ثلاثا ووجه التمسك به انه لما ورد النهى عن الغمس لاجل احتمال النجاسة فحقيقة النجاسة أولى ان يكون نجسا وقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة رواه أبو هريرة وهو حجة على الفريقين اما على مالك فانه نهى عن الاغتسال فيه وانه لا يغير أحد أوصاف الماء بيقين واما على الشافعى فلانه نهى عن البول فى الماء الدائم ومطلق النهى يقتضى التحريم لا سيما على مذهبه ولو لم يكن نجسا كان كسكب الماء فيه وهو ليس بمحرم ولم يفصل بين دائم ودائم فكان القلتان وغيرهما سواء لا يقال يجوز أن يكون النهى للتنزيه لان تأكيده وتقييده بالدائم ينافيه فان الماء الجارى يشاركه فى ذلك المعنى فان البول كما انه ليس بأدب فى الماء الدائم فكذلك فى الجارى فلا يكون

ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما فى أجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح فان بغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضى به لانه لم يبق فى معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة فى النظافة كالاشنان ونحوه لان الميت قد يغسل بالماء الذى أغلى بالسدر بذلك وردت السنة الا أن يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه (وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة أو كثيرا)

الجرجانى اذا طرح الزاج أو العفص فى الماء جاز الوضوء به ان كان لا ينقش اذا كتب به فان نقش لا يجوز والماء هو المغلوب وفى الينابيع لو نقع الحمص والباقلاء وتغير لونه وطعمه وريحه يجوز التوضى به فان طبخ فان كان اذا برد ثخن لا يجوز الوضوء به أو لم يثخن ورقة الماء باقية جاز وعبارة القدورى تعطى أن تغير وصفين يمنع لا وصف واقتحم شارح الكنز رحمه الله التوفيق بين كلام الاصحاب باعطاء ضابط فى ذلك وهو ان التقييد المخرج عن الاطلاق بأمرين الاول كمال الامتزاج وهو بالطبخ مع طاهر لا يقصد به المبالغة فى التنظيف أو بتشرب النبات على وجه لا يخرج منه الا بعلاج فخرج الماء الذى يقطر من الكرم بنفسه الثانى غلبة المخالط فان كان جامدا فبانتفاء رقة الماء وجريانه على الاعضاء وان كان مائعا موافقا للماء فى أوصافه الثلاثة كالماء المستعمل على الرواية المختارة من طهارته فبالاجزاء وان كان يخالفه فيها فبتغيير أكثرها أو فى بعضها فبغلبة ما به الخلاف كاللبن يخالف فى الطعم واللون فان غلب لونه وطعمه منع والا جاز وكذا ماء البطيخ يخالفه فى الطعم فتعتبر الغلبة فيه بالطعم والوجه أن يخرج من الاقسام

والمرقة والصبغ ونحو ذلك بخلاف المطلق وهذا القدر كاف فى غرضنا اذ الاولى فى الفرد الذى يشتبه حاله أن يلحق بالاكثر الاغلب اه وأقول لك أن تمنع الاكثرية ألا ترى الى ماء الورد وماء الهند باوماء الخلاف وأشباهها (قوله ووجه التمسك به الى قوله لحقيقة النجاسة أولى أن يكون نجسا) أقول فيه بحث (قوله لان تأكيده وتقييده بالدائم الخ) أقول يعنى تأكيده بالنون ثم ان هذا القول جواب لقوله لا يقال يجوز الخ

وقال مالك رحمه الله يجوز مالم يتغير أحد أوصافه لما روينا وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان الماء قلتين لقوله عليه السلام اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه الصلاة والسلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك رحمه الله ورد في بئر بضاعة وماؤها كان جاريا في البساتين

ماخالط جامدا فسلب رقته وجريانه لان هذا ليس بماء مقيد والكلام فيه بل ليس بماء أصلا كما يشير اليه قول المصنف فيما يأتي قريبا في المختلط بالاشنان الا أن يغلب فيصير كالسويق لزوال اسم الماء عنه (قوله وقال مالك الى قوله لما روينا) يعني الماء طهور الخ وتقدم عدم صحة الاستدلال به على الحصر المذكور ولنذكر تلك الطريقة الموعودة قال الشيخ تقي الدين من غريب ما يستدل به عليه حديث أبي ثعلبة أخرجاه عنه قال قلت يارسول الله انا بارض أهل كتاب أفنأكل في آنيتهم قال ان وجدتم غيرها فلا تأكلوا فيها وان لم تجدوا فاغسلوها وكلوا فيها وفي رواية أبي داود انا نجاور قوما أهل كتاب وهم يطبخون في قدورهم الخنزير ويشربون في آنيتهم الخمر فذكره وحديث عمران بن حصين في وضوء النبي صلى الله عليه وسلم من مزادة المشركة فان الاول يدل على نجاسة الاناء والثاني على طهارة الماء فجمعهما بأن النجاسة مالم تؤثر في الماء لم تغيره لكن جمهور العلماء على ان النهي في الحديث السابق للكراهة والامر بالغسل للندب لا للنجاسة مالم تتحقق لما ثبت من أكله صلى الله عليه وسلم في بيت اليهودية التي سمته صلى الله عليه وسلم وروى أحمد في مسنده انه صلى الله عليه وسلم أضافه اليهودي بخبز واهالة سخنة فانه ما يقتضيان مع عدم تنجس المأكول عدم تنجس الاناء اذ لا يقال في الطعام انه لا يتنجس مالم يتغير على أن الحديث روي مع الاستثناء من طريقين من غير طريق رشدين للبيهقي أحدهما عن عطية بن بقية بن الوليد عن أبيه عن ثور بن يزيد عن راشد بن سعد عن أبي أمامة رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم ان الماء طاهر الا أن يتغير ريحه أو طعمه أو لونه بنجاسة تحدث فيه الثاني عن حفص بن عمر حدثنا ثور به الماء لا ينجس الا ما غير طعمه أو ريحه قال البيهقي والحديث غير قوي (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الاربعة عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يسئل عن الماء يكون في الفلاة وما ينوبه من السباع والدواب فقال اذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث وأخرجه ابن خزيمة

يمكن يتهاتران وههنا أمكن العمل بان يحمل هذا الحديث على بئر بضاعة وحديث المستيقظ وقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم الحديث على غيرها فعملنا كذلك دفعا للتناقض فان قيل استدل المصنف أول الباب بهذا الحديث على طهورية المياه المذكورة هناك وحمله ههنا على بئر بضاعة فان كانت اللام في قوله الماء للجنس صح الاستدلال وبطل الحمل وان كانت للعهد صح الحمل وبطل الاستدلال أجاب العلامة علاء الدين عبد العزيز بما معناه انه للجنس والاستدلال صحيح والحمل ليس بباطل لان الحديث مشتمل على قضيتين احداهما الماء طهور والثانية لا ينجسه شئ والاستدلال بالاولى لانها تفيد المقصود من غير افتقار الى الثانية والحمل للثانية ورد بان الضمير في لا ينجسه شئ راجع الى ما دخل عليه اللام فكان المراد به الجنس فكيف يصح حمله على معين وأجاب بان اللفظ اذا احتمل معنيين وأريد به أحدهما ثم أريد بضميره الآخر جاز ويسمى ذلك استخداما كما في قول الشاعر

اذا نزل السماء بارض قوم * رعيناه وان كانوا غضابا

وهو كلام حسن من باب قوله عليه الصلاة السلام هو الطهور ماؤه والحل ميتته في كونه جوابا زائدا على مقدار الحاجة فان الحاجة كانت في دفع النجاسة عن بئر بضاعة وكان ذلك يحصل بقوله لا ينجسه شئ الا أنه زاد قوله الماء طهور وقد يكون تقدير الكلام هذه الحقيقة من شأنها التطهير وماء بئر بضاعة لا ينجسه شئ الا ما غير الى آخره لكونه جاريا ولا يلزم أن يكون الماء البالغ قلتين طاهرا اذا وقعت فيه نجاسة لوجود الدليل على نجاسته وهو حديث المستيقظ وقوله لا يبولن أحدكم الحديث

ومارواه الشافعي رحمه الله ضعفه أبوداود

والحاكم في صحيحيهما قال المصنف ضعفه أبوداود قيل لعله في غير سننه ووجهه ان الاضطراب الذي وقع في سنده حيث اختلف على أبي أسامة فمرة يقول عن الوليد بن كثير عن محمد بن عباد بن جعفر ومرة عنه عن محمد بن جعفر بن الزبير وان دفع بأن الوليد رواه عن كل من المحمدين فحدث مرة عن أحدهما ومرة عن الآخر وكذا دفع تغليط أبي أسامة في آخر السند اذ جعله من حديث عبد الله بن عبد الله ابن عمر وإنما هو عبيد الله بن عبد الله بأنهما ابنا عبد الله بن عمر رويا عنه بقي فيه اضطراب كثير في متنه ففي رواية الوليد عن محمد بن جعفر بن الزبير لم ينجسه شيء ورواية محمد بن اسحق بسنده سئل عن الماء يكون بالفلاة وترده السباع والكلاب فذكر الاول قال البيهقي وهو غريب وقال اسمعيل بن عياش عن محمد بن اسحق الكلاب والدواب ورواه يزيد بن هرون عن حماد بن سلمة فقال الحسن بن الصباح عنه عن حماد عن عاصم هو ابن المنذر قال دخلت مع عبيد الله بن عبد الله بن عمر بستانا فيه مقرى ماء فيه جلد بعير ميت فتوضأ منه فقلت له أتتوضأ منه وفيه جلد بعير ميت فحدثني عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا بلغ الماء قلتين أو ثلاثا لم ينجسه شيء ورواه أبو مسعود الرازي عن يزيد فلم يقل أو ثلاثا وروى الدارقطني وابن عدي والعقيلي في كتابه من القاسم بن عبيد الله العمري عن محمد بن المنكدر عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بلغ الماء أربعين قلة فانه لا يحمل الخبث وضعفه الدارقطني بالقاسم وذكر ان الثوري ومعمر بن راشد وروح بن القاسم رووه عن ابن المنكدر عن عبد الله بن عمر موقوفا ثم روى باسناد صحيح من جهة روح بن القاسم عن ابن المنكدر عن ابن عمر قال اذا بلغ الماء أربعين قلة لم ينجس وأخرج رواية سفيان من جهة وكيع وأبي نعيم عنه اذا بلغ أربعين قلة لم ينجسه شيء وأخرج رواية معمر من جهة عبد الرزاق عن غير واحد عنه وأخرج عن أبي هريرة من جهة بشر بن السري عن ابن لهيعة قال اذا كان الماء قدر أربعين قلة لم يحمل خبثا قال الدارقطني كذا قال وخالفه غير واحد رووه عن أبي هريرة فقالوا أربعين غربا ومنهم من قال أربعين دلوا وهذا الاضطراب يوجب الضعف وان وثقت الرجال مع ما فيه من الاضطراب في معناه أيضا وهو الذي ذكره المصنف بقوله أو هو يضعف الى آخره يعني لم يحمل خبثا انه يضعف عن النجاسة فينجس كما يقال هو لا يحمل الكل أي لا يطيقه لكن المعنى حينئذ انه أجاب السؤال عن طهارة الماء الذي تنوبه السباع ونجاسته بأنه اذا بلغ قلتين في القلة ينجس وهو يستلزم أحد أمرين اما عدم تمام الجواب ان لم يعتبر مفهوم شرطه فانه حينئذ لا يفيد حكمه اذا زاد على القلتين والسؤال عن ذلك الماء كيف كان وإما اعتبار المفهوم ليتم الجواب والمعنى حينئذ اذا كان قلتين ينجس لا ان زاد فان وجب اعتباره هنا لقيام الدليل عليه وهو كي لا يلزم اخلاء السؤال عن الجواب المطابق كان الثابت به خلاف المذهب اذ لم نقل بأنه اذا زاد على قلتين شيأ ما لا ينجس ما لم يتغير فالمعول عليه في كلام المصنف الاضطراب في معنى القلة فانه مشترك يقال على الجرة والقربة ورأس الجبل وقول الشافعي في مسنده أخبرني مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج باسناد لا يحضرني انه عليه الصلاة والسلام قال اذا كان الماء قلتين لم يحمل خبثا وقال في الحديث بقلال هجر قال ابن جريج رأيت قلال هجر فالقلة تسع قربتين أو قربتين وشيأ قال الشافعي فالاحتياط أن يجعل قربتين ونصفا فاذا كان خمس قرب كبار كقرب الحجاز لم ينجس الا أن يتغير منقطع للجهالة ثم سبر الحديث لاستخراج ذلك السند أفاد وجود رفع هذه الكلمة في سنده ذكره ابن عدي من حديث مغيرة ابن سقلاب عن محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم اذا كان الماء قلتين من قلال هجر لم ينجسه شيء ويذكر انهما مافرقان قال ابن عدي قوله في متنه من قلال هجر غير محفوظ لا يذكر الا في هذا الحديث من رواية مغيرة بن سقلاب يكنى أبا بشر منكر الحديث ثم أسند من كلام غيره فيه

وقوله ومارواه الشافعي يريد به حديث القلتين ضعفه أبوداود معناه لا يصح التعلق بهذا الحديث لان في اسناده ضعفا ضعفه أبو داود سليمن بن الاشعث السجستاني قال حديث القلتين مما لا يثبت وهكذا قال ابن المديني استاذ محمد ابن اسمعيل البخاري وقال الشافعي في كتابه بلغني باسناد لا يحضرني من ذكره ومثل هذا دون المرسل

(وقال الشافعي في كتابه بلغني باسناد لا يحضرني من ذكره ومثل هذا دون المرسل) أقول قوله ومثل هذا دون المرسل مردود بأن في عدم حضور الاسناد نسيان الراوي وهو مسبوق بالعلم فجاز أن يسبق العلم بذاته وصفته ثم يذهب عن الخاطر تعيين ذاته ويبقى العلم بصفته وهي انه من الثقات بخلاف الارسال اذ لا علم فيه بالراوي أصلا

وهو يضعف عن احتمال النجاسة (والماء الجارى اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء منه

ماهو أقطع من هذا وقد رواه الدارقطنى بسند فيه ابن جريج ولم يذكر فيه هذه الكلمة وفيه قال محمد قلت ليحيى بن عقيل أى قلال قال قلال هجر قال محمد فرأيت قلال هجر فاظن كل قلة تسع فرقين فهذا لو كان رفعا للكلمة كان مرسلا فكيف وليس به وفيه ان مجموع القلتين أربعة وستون رطلا وفى الاول انهما اثنان وثلاثون رطلا وهو لا يقول به وروى ابن عدى من حديث المغيرة بن سقلاب عن محمد بن إسحق عن نافع عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم اذا كان الماء قلتين لم ينجسه شئ والقلة أربعة آصع هذا تلخيص ماذكره الشيخ تقى الدين فى الامام وبه ترجح ضعف الحديث عنده ولذا لم يذكره فى الالمام مع شدة حاجته اليه وممن ضعفه الحافظ ابن عبد البر والقاضى اسمعيل بن اسحق وأبو بكر ابن العربى المالكيون وفى البدائع عن ابن المدينى لا يثبت حديث القلتين فوجب العدول عنه واذا ثبت هذا فما استدل به المصنف للمذهب من قوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة كما هو رواية أبى داود أو ثم يغتسل منه أو فيه كما هو روايتا الصحيحين لا يمس محل النزاع وهذا لان حقيقة الخلاف انما هو فى تقدير الكثير الذى يتوقف تنجسه على تغيره للاجماع على أن الكثير لا ينجس الا به فقال مالك ما لم يتغير للحديث السابق فحينئذ يختلف بحسب اختلاف النجاسة فى الكم وقال الشافعى قلتان للحديث المذكور آنفا وقال أبو حنيفة فى ظاهر الرواية يعتبر فيه أكبر رأى المبتلى ان غلب على ظنه انه بحيث تصل النجاسة الى الجانب الآخر لا يجوز الوضوء والا جاز وعنه اعتباره بالتحريك على ماهو مذكور فى الكتاب بالاغتسال أو بالوضوء أو بالبدر وايات والاول أصح عند جماعة منهم الكرخى وصاحب الغاية والينابيع وغيرهم وهو الاليق بأصل أبى حنيفة أعنى عدم التحكم بتقدير فيما لم يرد فيه تقدير شرعى والتفويض فيه الى رأى المبتلى بناء على عدم صحة ثبوت تقديره شرعا والتقدير بعشر فى عشر وثمان فى ثمان واثنى عشر فى اثنى عشر وترجيح الاول أخذا من حريم البئر غير منقول عن الائمة الثلاثة قال شمس الائمة المذهب الظاهر التحرى والتفويض الى رأى المبتلى من غير تحكم بالتقدير فان غلب على الظن وصولها تنجس وان غلب عدم وصولها لم ينجس وهذا هو الاصح اه ومانقل عن محمد حين سئل عنه ان كان مثل مسجدى هذا فكثير فقيس حين قام فكان اثنى عشر فى مثلها فى رواية وثمانيا فى ثمان فى أخرى لا يستلزم تقديره به الا فى نظره وهو لا يلزم غيره وهذا لانه لو وجب كونه ما استكثره المبتلى فاستكثار واحد لا يلزم غيره بل يختلف باختلاف مايقع فى قلب كل وليس هذا من قبيل الامور التى يجب فيها على العامى تقليد المجتهد ثم رأيت التصريح بأن محمدا رجع عن هذا قال الحاكم قال أبو عصمة كان محمد بن الحسن يوقت فى ذلك عشرة فى عشرة ثم رجع الى قول أبى حنيفة وقال لا أوقت فيه شيأ فاذا عرفت هذا فقوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ثم يغتسل فيه انما يفيد تنجس الماء فى الجملة لا كل ماء فليست اللام فيه للاستغراق للاجماع على ان الكثير لا ينجس الا بتغيره بالنجاسة فيقول الخصم اذا سوجبه نقول المراد ان بعض الماء ينجس وأنا أقول انه اذا تغير أو لم يبلغ قلتين ينجس وبذلك تحصل المطابقة لقولنا الماء ينجس فى الجملة فالتحقيق فى سوق الخلافية أن يقال يفوض الى رأى المبتلى غير مقدر بشئ لعدم المدرك الشرعى قول الخصم بل فيه المدرك وهو حديث القلتين فلنا فيه ماتقدم وقول مالك بل فيه وهو حديث الماء طهور حيث أناط الكثرة بعدم التغير قلنا ورد فى بئر بضاعة على ماتقدم وماؤها كان جاريا فى البساتين كما رواه الطحاوى عن ابن أبى عمران عن أبى عبد الله محمد بن شجاع الثلجى بالمثلثة عن الواقدى قال كانت بئر بضاعة طريقا للماء الى البساتين وهذا تقوم به الحجة عندنا اذا وثقنا الواقدى اما عند المخالف فلا لتضعيفه اياه مع انه أرسل هذا خصوصا مع ادعائهم أن المشهور من حال بئر بضاعة فى الحجاز غير هذا

وفى متنه اضطراب فانه قال فى بعض الروايات اذا بلغ الماء قلتين أو ثلاثا وفى بعضها أربعين قلة هكذا رواه جابر وأخذ به ابراهيم النخعى والقلة فى نفسها مجهولة لانها تذكر ويراد بها قامة الرجل وتذكر ويراد بها رأس الجبل وتذكر ويراد بها الجرة والتعيين بقلال هجر لا يثبت بقول جرير لان جريرا ممن لا يقلد فيبقى محتملا وكذلك قوله لا يحتمل خبثا يحتمل ما قاله الشافعى أى لا يقبل النجاسة ويدفعها ويحتمل اذا قل الماء حتى انتهى الى القلتين فانه يضعف عن احتمال الخبث فينجس واذا كان كذلك لم يكن التمسك به صحيحا (قوله والماء الجارى اذا وقعت فيه نجاسة) اختلف الناس فى تعريف الماء الجارى فمنهم

(قوله ويحتمل اذا قل الماء حتى انتهى الى القلتين فانه يضعف عن احتمال الخبث فينجس) أقول فلا يكون فى التقييد ببلوغ القلتين فائدة اذ فى الاكثر من ذلك القدر الحكم كذلك وكلام الشارع مصون عن مثله كما سبق

غسل يده وسال الماء منها الى النهر فاذا أخذه ثانيا لا يكون فيه شئ من الماء الاول وقيل ما يذهب بتبنة وقيل هو ما اذا كان بحيث لو وضع رجل يده في الماء عرضا لم ينقطع جريانه قيل والاصح ما يعده الناس جاريا وحكمه ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله اذا لم ير لها أثر أي لم يبصر لها أثر اشارة الى أن النجاسة اذا كانت مرئية لا يتوضأ من جانب الوقوع قال في المحيط اذا وقعت النجاسة في الماء الجاري فان كانت غير مرئية كالبول لا ينجس ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه وان كانت مرئية كالجيفة والعذرة فان كان النهر كبيرا لا يتوضأ من أسفل الجانب الذي فيه الجيفة ويتوضأ من الجانب الآخر وان كان صغيرا فان لاقاها أكثر الماء فهو نجس وان كان أقله فهو طاهر وان كان النصف جاز الوضوء به في الحكم والاحوط أن لا يتوضأ

(قوله وقوله اذا لم ير لها أثر أي لم يبصر لها أثر) أقول فيه بحث فان قوله والاثر هو الطعم أو الرائحة أو اللون يمنع حمل قوله اذا لم ير لها أثر على ما ذكره الشارح بل معناه اذا لم يعلم لها أثر بالطريق الموضوع لعلمه كالذوق والشم والابصار فتحفظ

اذا لم ير لها أثر لانها لا تستقر مع جريان الماء) والاثر هو الرائحة أو الطعم أو اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة

ثم لو تنزلوا عن هذه الامور المختلفة كان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والجواب بأن هذا من باب الحمل لدفع التعارض لا ينتهض اذ لا تعارض لان حاصل النهي عن البول في الماء الدائم تنجس الماء الدائم في الجملة وحاصل الماء طهور لا ينجسه شئ عدم تنجس الماء الا بالتغير بحسب ما هو المراد المجمع عليه ولا تعارض بين مفهومي هاتين القضيتين فان قيل هنا معارض آخر يوجب الحمل المذكور وهو حديث المستيقظ من منامه وقد خرجناه . قلنا ليس فيه تصريح بتنجس الماء بتقدير كون اليد نجسة بل ذلك تعليل منا للنهي المذكور وهو غير لازم أعني تعليله بتنجس الماء عينا بتقدير نجاستها لجواز كونه لاعم من النجاسة والكراهة فنقول نهى لتنجس الماء بتقدير كونها متنجسة بما يغير أو الكراهة بتقدير كونها بما لا يغير وأين هو من ذلك الصريح الصحيح لكن يمكن اثبات المعارض بقوله صلى الله عليه وسلم طهور إناء أحدكم اذا ولغ الكلب فيه الحديث فانه يقتضي نجاسة الماء ولا تغير بالولوغ فتعين ذلك الحمل والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله اذا لم ير لها أثر) وهو الطعم وأخواه فلو بال انسان فيه فتوضأ آخر من أسفله جاز ما لم يظهر في الجرية أثره وعن محمد لو كسرت خابية خمر في الفرات ورجل يتوضأ أسفل منه فما لم يجد في الماء طعم الخمر أو لونه أو ريحه جاز هذا فاوا ستقرت المرئية فيه بأن كانت جيفة مثلا ان أخذت الجرية أو نصفها لا يجوز من أسفلها وان لم ير أثر وان كان أكثر الجرية في مكان طاهر جاز وهذا يحتاج الى مخصص لحديث الماء طهور بعد حمله على الجاري فمقتضاه أن يجوز التوضي من أسفله وان أخذت الجيفة أكثر الماء ولم يتغير ويوافقه ما عن أبي يوسف في ساقية صغيرة فيها كلب ميت سد عرضها فيجري الماء فوقه وتحته أنه لا بأس به نقله في البناية عنه والعذرات في السطح كالميتة في الماء ان كان يجري عليها نصفه أو كانت على رأس الميزاب فهو نجس وان كانت متفرقة وأكثره يجري على الطاهر فهو طاهر وكذا ماء المطر إذا جرى على عذرات واستنقع في موضع فالجواب كذلك وأما التوضي في عين والماء يخرج منها فان كان في موضع خروجه جاز وان كان في غيره فكذلك ان كان قدره أربعا في أربع فأقل فان كان خمسا في خمس اختلف فيه واختار السغدي جوازه والخلاف مبني على انه هل يخرج المستعمل قبل تكرير الاستعمال اذا كان بهذه المساحة أولا وهذه مبنية على نجاسة المستعمل (قوله والجاري الخ) وقيل فيه ما يعده الناس جاريا قيل هو الاصح وألحقوا بالجاري حوض الحمام اذا كان الماء ينزل من أعلاه حتى لو أدخلت القصعة النجسة واليد النجسة فيه لا ينجس وهل يشترط مع ذلك تدارك اغتراف الناس منه فيه خلاف ذكره في المنية ثم لا بد من كون جريانه لمدد له كما في العين والنهر هو المختار وما قيل لو استنجى بقمقمة فلما صب منها لاقى المصبوب البول قبل يده فهو طاهر لانه ماء جار قال المصنف في التجنيس فيه نظر لانه يقتضي أنه اذا استنجى لا يصير نجسا وليس بشئ قال ونظيره ما أورده المشايخ في الكتب أن المسافر اذا كان معه ميزاب واسع وادا وة ماء يحتاج اليه ولا يتيقن وجود الماء لكنه على طمعه قيل ينبغي أن يأمر أحدا من رفقائه حتى يصب الماء في طرف الميزاب وهو يتوضأ وعند الطرف الآخر اناء طاهر يجتمع فيه الماء فانه يكون الماء طاهرا وطهورا لانه جار قال بعضهم هذا ليس بشئ لان الجاري انما لا يصير مستعملا اذا كان له مدد كالعين والنهر وما أشبهه ومما أشبهه حوضان صغيران يخرج الماء من أحدهما ويدخل في الآخر فتوضأ في خلال ذلك جاز لانه جار وكذا اذا قطع الجاري من فوق وقد بقي جري الماء كان جائزا أن يتوضأ بما يجري في النهر وذكر في فتاوى قاضيخان في المسئلة الاولى وقال والماء الذي اجتمع في الحفيرة الثانية فاسد وهذا مطلقا انما هو بناء على كون المستعمل نجسا وكذا كثير من أشباه هذا فاما على المختار من رواية أنه طاهر غير طهور فلا

(قوله والغدير العظيم) الغدير فعيل بمعنى مفعول من غدر أى ترك وهو الذى ترك ماء السيل وقيل بمعنى مفاعل أى مغادر وقيل بمعنى فاعل لانه يغدر بأهله لانقطاعه عند شدة الحاجة اليه واعلم أن أصحابنا اتفقوا على أن الماء اذا خلص بعضه أى وصل الى بعض كان قليلا واذا لم يخلص كان كثيرا لا ينجس بوقوع النجاسة فيه الا أن يتغير لونه أو طعمه أو ريحه كالماء الجارى ثم اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب المتقدمون الى أنه يعرف بالتحريك فاذا حرك طرف منه ولم يتحرك الجانب الآخر فهو مما لا يخلص بعضه الى بعض والمراد بالتحرك هو التحرك بالارتفاع والانخفاض ساعة تحريكه لا بعد المكث ولا معتبر بالحباب فان الماء وان كثر يعلوه ويتحرك ثم اختلف هؤلاء فى سبب التحريك فروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو أن يغتسل انسان فى جانب منه اغتسالا وسطا ولم يتحرك الجانب الآخر وبه أخذ أبو يوسف وروى أبو يوسف أيضا عن أبى حنيفة أنه يعتبر التحريك باليد لا غير وروى عن محمد أنه يعتبر التحريك بالتوضى ووجه القول الاول ماذكره فى

قال (والغدير العظيم الذى لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الطرف الآخر اذا وقعت نجاسة فى أحد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر لان الطاهر ان النجاسة لا تصل اليه) اذ أثر التحريك فى السراية فوق أثر النجاسة ثم عن أبى حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول أبى يوسف رحمه الله وعنه التحريك باليد وعن محمد رحمه الله بالتوضى ووجه الاول ان الحاجة الى الاغتسال فى الحياض أشد منها الى التوضى وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا فى عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى

فلتحفظ ليفرع عليها ولا يفتى بمثل هذه الفروع وقولهم فى الحفيرة الثانية ان المجتمع فيها نجس بعد الحاق محل الوضوء بالجارى فيه نظر بل الوجه أنه طاهر يتوضأ به كما يتوضأ الاسفل من جرية المتوضى الاعلى ومثله يجب فيما قطع أعلاه ويتوضأ انسان بالجارى فى النهر قبل استقراره (قوله والغدير العظيم) تقدم فى الخلافية ما يغنى فى الكلام هنا وذراع الكرباس ست قبضات ليس فوق كل قبضة اصبع قائمة وجعله الولوالجى سبعا وذراع المساحة سبع فوق كل قبضة اصبع قائمة وهل المعتبر ذراع المساحة أو الكرباس أو فى كل زمان ومكان ذرعانهم أقوال كل منها صححه من ذهب اليه والكل فى المربع فان كان الحوض مدورا فقدر باربعة وأربعين وثمانية وأربعين والمختار ستة وأربعون وفى الحساب يكتفى باقل منها بكسر للنسبة لكن يفتى بستة وأربعين كى لا يتعسر رعاية الكسر والكل تحكمات غير لازمة انما الصحيح ما قدمناه من عدم التحكم بتقدير معين وفى الفتاوى غدير كبير لا يكون فيه الماء فى الصيف وتروث فيه الدواب والناس ثم يمتلئ فى الشتاء ويرفع منه الجمدان كان الماء الذى يدخله يدخل على مكان نجس فالماء والجمد نجس وان كثر بعد ذلك وان كان دخل فى مكان طاهر واستقر فيه حتى صار عشرا فى عشر ثم انتهى الى النجاسة فالماء والجمد طاهران اه وهذا بناء على ما ذكر وامن أن الماء النجس اذا دخل على ماء الحوض الكبير لا ينجسه وان كان الماء النجس غالبا على الحوض لان كل ما يتصل بالحوض الكبير يصير منه فيحكم بطهارته وعلى هذا فماء بركة الفيل بالقاهرة طاهر اذا كان ممره

الحياض أشد من الحاجة الى التوضى لان الوضوء يكون فى البيوت عادة ووجه الثانى أن التحريك يكون بالاغتسال وبالتوضى وبغسل اليد الا أن التحريك بغسل اليد يكون أخف فكان الاعتبار به أولى توسعة على الناس ووجه الثالث أن مبنى الماء فى حكم النجاسة على الخفة فان القياس أن ينجس وان كثر الماء الا أنه أسقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا فاعتبر التحريك الوسط وهو التحريك بالوضوء وذهب المتأخرون الى أنه يعرف بشئ آخر غير التحريك فمنهم من اعتبر بالكدرة فقال اذا اغتسل فيه وتكدر الماء فان وصلت الكدرة الى الجانب الآخر فهو مما يخلص والا فلا وروى عن أبى حفص الكبير انه اعتبر بالصبغ فقال يلقى زعفران فى جانب منه فان أثر الزعفران فى الجانب الآخر كان مما يخلص والا فلا وروى عن أبى سليمن الجوزجانى انه اعتبر بالمساحة ان كان عشرا فى عشر فهو مما لا يخلص وعن محمد فى النوادر انه سئل عن هذه المسئلة فقال ان كان مثل مسجدى هذا فهو مما لا يخلص بعضه الى بعض فلما قام مسح مسجده فكان ثمانيا فى ثمان وفى رواية وعشرا فى عشر فى رواية وبقول أبى سليمن الجوزجانى أخذ عامة المشايخ ثم ألفاظ الكتب قد اختلفت فى تعيين الذراع فجعل الصحيح فى فتاوى قاضيخان ذراع المساحة وهى سبع مشتات فوق كل مشتة إصبع قائمة والمصنف اختار للفتوى ذراع الكرباس وهى سبع مشتات ليس فوق كل مشتة إصبع قائمة توسعة للامور على الناس

(قوله فاعتبر التحريك الوسط وهو التحريك بالوضوء) أقول فيه بحث (قال المصنف اذ أثر التحريك فى السراية فوق أثر النجاسة) أقول فيكون عدم وصول النجاسة الى الجانب الآخر قطعيا لا ظاهرا وجوابه ان ذلك بناء على اشتراط الفور فى التحريك فتأمل

والمعتبر فى العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله فى الكتاب جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا ينجس الا بظهور أثر النجاسة فيه كالماء الجارى

والمعتبر فى العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف وقوله هو الصحيح احترازا عن قول بعضهم ان المعتبر فيه أن يكون ذراعا وقال آخرون ان يكون قدر شبر وقوله فى الكتاب يعنى مختصر القدورى وقوله اشارة الى أنه ينجس موضع الوقوع لم يفرق بين كونها مرئية وغير مرئية وهو المحكى عن مشايخ العراق ومشايخ بخارى وبلخ فرقوا بينهما فقالوا فى غير المرئية يتوضأ من الجانب الذى وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئية وعن أبى يوسف انه لا ينجس الا اذا ظهر أثرها فيه أى فى موضع الوقوع كالماء الجارى وعلى هذا اذا غسل وجهه فى حوض كبير فسقط غسالة وجهه فى الماء فرفع الماء من موضع الوقوع قبل التحريك لا يجوز عند العراقيين وجوزه مشايخ بخارى وبلخ توسعة على الناس لعموم البلوى فيه

طاهرا أو أكثر مره على ما عرف فى ماء السطح وقد ذكرناه آنفا لانها لا تجف كلها بل لا يزال بها غدير عظيم فلو أن الداخل اجتمع قبل ان يصل الى ذلك الماء الكثير بها فى مكان نجس حتى صار عشرا فى عشر ثم اتصل بذلك الماء الكثير كان الكل طاهرا هذا اذا كان الغدير الباقى محكوما بطهارته ولو سقطت نجاسة فى ماء دون عشر ثم انبسط فصار عشرا فهو نجس وكذا اذا دخله ماء شيأ فشيأ حتى صار عشرا ولو سقطت فى عشر ثم صار أقل فهو طاهر واذا تنجس حوض صغير فدخله ماء حتى امتلأ ولم يخرج منه شئ فهو نجس أو خرج من جانب آخر ذكرناه ولو وجد حوض كبير فنقب فيه انسان نقبا فتوضأ فيه فان كان الماء متصلا بباطن النقب لا يجوز والا جاز وكذا الحوض الكبير اذا كان له مشارع فتوضأ فى مشرعة أو اغتسل والماء متصل بالواح المشرعة ولا يضطرب لا يجوز وان كان أسفل منها جاز لانه فى الاول كالحوض الصغير فيغترف ويتوضأ منه لانه فيه وفى الثانى حوض كبير مسقف واعلم أن أكثر التفاريع المذكورة فى الكتب مبنية على اعتبار العشر فى العشر فاما على المختار من اعتبار غلبة الظن فيوضع مكان لفظ عشر فى كل مسئلة لفظ كثير أو كبير ثم تجرى التفاريع (قوله والمعتبر فى العمق أن يكون بحال لا ينحسر الى آخره) وقيل ذراع وقيل شبر زيادة على عرض الدرهم الكبير المثقال قيل والصحيح أنه اذا أخذ وجه الارض يكفى ولا تقدير فيه فى ظاهر الرواية واتصال القصب بالقصب لا يمنع اتصال الماء ولا يخرجه عن كونه غديرا عظيما فيجوز لهذا التوضى فى الاجة ونحوها ﴿فروع﴾ لو تنجس الحوض الصغير ثم دخل فيه ماء آخر وخرج حال دخوله طهر وان قل وقيل لا حتى يخرج قدر ما فيه وقيل حتى يخرج ثلاثة أمثاله وسائر المائعات كالماء فى القلة والكثرة يعنى كل مقدار لو كان ماء تنجس فاذا كان غيره تنجس ولو كان للماء طول دون عرض قال فى الاختيار وغيره الاصح أنه ان كان بحال لو ضم بعضه الى بعض يصير عشرا فى عشر فهو كثير وهذا تفريع على التقدير بعشر ولو فرعنا على الاصح ينبغى أن يعتبر أكبر الرأى لو ضم ومثله لو كان عمق بلا سعة ولو بسط بلغ عشرا فى عشر اختلف فيه ومنهم من صحح جعله كثيرا والاوجه خلافه لان مدار الكثرة عند أبى حنيفة على تحكيم الرأى فى عدم خلوص النجاسة الى الجانب الآخر وعند تقارب الجوانب لا شك فى غلبة الخلوص اليه والاستعمال يقع من السطح لا من العمق وبهذا يظهر ضعف ما اختاره فى الاختيار لانه اذا لم يكن له عرض فاقرب الامور الحكم بوصول النجاسة الى الجانب الآخر من عرضه وبه خالف حكم الكثير اذ ليس حكم الكثير تنجس الجانب الآخر بسقوطها فى مقابله بدون تغير وأنت اذا حققت الاصل الذى بيناه قبلت ما وافقه وتركت ما خالفه (قوله اشارة الى أنه يتنجس مكان الوقوع) وعلى هذا صاحب المبسوط والبدائع وجعله شارح الكنز الاصح ومشايخ بخارى وبلخ قالوا فى غير المرئية يتوضأ من جانب الوقوع وفى المرئية لا وعن أبى يوسف أنه كالجارى لا يتنجس الا بالتغير وهو الذى ينبغى تصحيحه فينبغى عدم الفرق بين المرئية وغيرها لان الدليل انما يقتضى عند الكثرة عدم التنجس الا بالتغير من غير فصل وهو أيضا الحكم المجمع عليه على ما قدمنا من نقل شيخ الاسلام وبوافقه ما فى المبتغى قوم يتوضؤن صفا على شط النهر جاز فكذا فى الحوض لان ماء الحوض فى حكم ماء جار اه وانما أراد الحوض الكبير بالضرورة ﴿فروع﴾ يتوضأ من الحوض الذى يخاف فيه قذر ولا يتيقن ولا يجب أن يسأل اذ الحاجة اليه عند عدم الدليل والاصل دليل يطلق الاستعمال وقال عمر حين سأل عمرو بن العاص صاحب الحوض أترده السباع يا صاحب الحوض لا تخبر ناذكره فى الموطا وكذا اذا وجده متغير اللون والريح مالم يعلم أنه من نجاسة لان التغير قد يكون بطاهر وقد ينتن الماء للمكث وكذا البئر التى يدلى فيها الدلاء والجرار الدنسة يحملها الصغار والعبيد لا يعلمون الاحكام ويمسها

قال (وموت مالیس له نفس سائلة) اذا مات مالیس له دم سائل کالبق والذباب والزنابیر والعقرب ونحوها فی الماء لاینجسه وانما جمع الزنابیر دون غیرها لانها أنواع شتی وقال الشافعی یفسده لانه حرام بقوله تعالی حرمت علیکم المیتة والتحریم لابطریق الکرامة آیة النجاسة وقوله لابطریق الکرامة احتراز عن الآدمی فان قیل دود الخل وسوس الثمار اذا ماتت فیها مع أنها میتة لاینجس الخل والثمار أجاب بقوله لان فیه ضرورة ولنا ماروی أبو بکر الرازی باسناده الی سعید بن المسیب عن سلمان أنه صلی الله علیه وسلم قال فیه أی فی مثل هذه الحادثة فانه علیه السلام سئل عن إناء فیه طعام أو شراب یموت فیه مالیس له دم سائل فقال هو الحلال أکله وشربه والوضوء منه ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتی حل المذکی لانعدام الدم فیه ولادم فی هذه الاشیاء اذ الفرض کذلک فلا ینجس ههنا فان قیل لانسلم ان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح فان ذبیحة المجوسی والوثنی وتارک التسمیة عمدا لیس فیها دم مسفوح وهی نجسة وذبیحة المسلم اذا لم یسل منها دم بعارض بأن أکلت ورق العناب حلال مع (٥٧) ان الدم لم یسل فالجواب ان القیاس فی ذبیحة المجوسی والوثنی الطهارة کذبیحة المسلم الا أن صاحب الشرع أخرجه عن أهلیة الذبح بقوله صلی الله علیه وسلم سنوا بهم سنة أهل الکتاب غیر ناکحی نسائهم ولا آکلی ذبائحهم فجعل الشرع ذبحه کلا ذبح وکما جعل ذلک کذلک جعل ذبیحة المسلم اذا لم یسل منها الدم کذبیحته اذا سال اقامة لاهلیة الذابح واستعمال آلة الذبح مقام الاسالة لاتیانه بما هو المأمور به الداخل تحت قدرته ولا معتبر بالعوارض لانها لاتدخل تحت القواعد الاصلیة وانما قید بقوله عند الموت لانه اذا کان حیا لاینجس ولهذا قلنا المصلی إذا استصحب فارة أو عصفورة حیة لم تفسد

قال (وموت مالیس له نفس سائلة فی الماء لاینجسه کالبق والذباب والزنابیر والعقرب ونحوها) وقال الشافعی رحمه الله یفسده لان التحریم لابطریق الکرامة آیة النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فیه ضرورة ولنا قوله علیه السلام فیه هذا هو الحلال أکله وشربه والوضوء منه ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتی حل المذکی لانعدام الدم فیه ولادم فیها والحرمة لیست من ضرورتها النجاسة کالطین قال (وموت مایعیش فی الماء فیه لایفسده کالسمک والضفدع والسرطان)

الرستاقیون بالایدی الدنسة مالم یعلم یقینا النجاسة ولو ظن الماء نجسا فتوضأ ثم ظهر له أنه طاهر جاز وفی فوائد الرستغفنی التوضی بماء الحوض أفضل من النهر لان المعتزلة لایجیزونه من الحیاض فیرغبهم بالوضوء منها اه وهذا انما یفید الافضلیة لهذا العارض ففی مکان لایتحقق النهر أفضل قالوا ولا بأس بالتوضی من حب یوضع کوزه فی نواحی الدار ویشرب منه مالم یعلم به قذر ویکره للرجل أن یستخلص لنفسه اناء یتوضأ منه ولا یتوضأ منه غیره (قوله ولنا قوله صلی الله علیه وسلم هذا هو الحلال أکله وشربه الی آخره) عن سلمان رضی الله عنه عنه صلی الله علیه وسلم قال یاسلمان کل طعام وشراب وقعت فیه دابة لیس لها دم فماتت فیه فهو حلال أکله وشربه ووضوءه رواه الدارقطنی وقال لم یرفعه الا بقیة عن سعید بن أبی سعید الزبیدی وهو ضعیف اه وأعله ابن عدی بجهالة سعید ودفعا بان بقیة هذا هو ابن الولید روی عنه الائمة مثل الحمادین وابن المبارک ویزید بن هرون وابن عیینة ووکیع والاوزاعی واسحق بن راهویه وشعبة وناهیک بشعبة واحتیاطه قال یحیی کان شعبة مبجلا لبقیة حین قدم بغداد وقد روی له الجماعة الا البخاری وأما سعید بن أبی سعید هذا فذکره الخطیب وقال واسم أبیه عبد الجبار وکان ثقة فانتفت الجهالة والحدیث مع هذا لاینزل عن الحسن (قوله حتی حل المذکی لانعدام الدم فیه) یعنی أن سبب شرعیة الذکاة فی الاصل سببا للحل زوال الدم بها ثم ان الشارع أقام نفس الفعل من الاهل مقام زواله حتی لو امتنع الخروج بمانع کان أکلت ورق العناب حل اعتبارا له خارجا (قوله وموت مایعیش فی الماء الخ) هذه داخلة فی المسئلة قبلها لان مایعیش فی الماء لادم فیه ثم لافرق بین

(٨ — فتح القدیر اول) صلاته ولو کانت نجسة لفسدت ولو ماتت حتف أنفها واستصحبها فسدت وهذا لان الدم الذی فی الحی فی معدنه وبالموت ینصب عن مجاریه فیتنجس اللحم بتشربه ایاه ولهذا لو قطعت العروق بعده لم یسل منها دم (قوله والحرمة لیست من ضرورتها النجاسة) جواب عن استدلال الشافعی فان الطین حرام لالکرامته ولیس بنجس قال (وموت مایعیش فی الماء فیه لایفسده) مایعیش فی الماء یعنی مایکون مولده ومثواه فیه اذا مات فی الماء لایفسده کالسمک والضفدع والسرطان قیل انما قال فی المسئلة الاولی

(قال المصنف ولان المنجس هو اختلاط الدم) أقول لا الموت (قال المصنف هو اختلاط الدم بأجزائه) أقول المراد بالاجزاء غیر معادن الدم (قال المصنف حتی حل المذکی) أقول لو قال حتی طهر لکان أشمل (قال المصنف والحرمة) أقول اللام للعهد أی الحرمة لالکرامة (قال المصنف کالطین) أقول أی کحرمة الطین (قوله وکما جعل ذلک کذلک جعل ذبیحة المسلم اذا لم یسل منها الدم الخ) أقول وأیضا ذلک العارض اذا کان مانعا عن سیلان الدم فالظاهر انه یمنع عن اختلاط الاجزاء به أیضا اذ الاختلاط بانتقال الدم من معدنه فلم یوجد المنجس

لا ينجسه وفى هذه لا يفسده لان الموت فى المسئلة الاولى فى غير معدنه فيتوهم التنجيس فيناسب نفيه وفى الثانية فى معدنه فلا يتوهم تنجيسه بواسطة الضرورة لكن احتمل تغير صفة الماء فنفاه بقوله لا يفسده (وقال الشافعى يفسده الا السمك الماهر) يعنى من قوله لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة قيل فى هذا التعليل اشكال وهو أن الضفدع والسرطان يجوز أكلهما عند الشافعى على ما روى عنه فى كتاب الذبائح على ما سيأتى والجواب أن المذكور فى كتاب الذبائح عن الشافعى انه أطلق ذلك كله فيجوز أن تكون هذه رواية أخرى عنه فيكون الالزام عليها (ولانه مات فى معدنه) وهو ظاهر وكل ما مات فى معدنه كان نجسا فى معدنه وكل ما كان نجسا فى معدنه لا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محهادما أى تغيرت صفرتها دما حتى لو صلى وفى كمه تلك البيضة تجوز الصلاة معها لان النجاسة فى معدنها بخلاف ما اذا صلى وفى كمه قارورة فيها دم لا تجوز صلاته لان النجاسة ليست فى معدنها قيل هذا التعليل يقتضى أن لا يعطى للوحوش والطيور حكم النجاسة اذا ماتت فى البر لانه معدنها والذى يظهر من كلامهم أنهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطا فانهم يمثلون بالدم فى العروق والمح فى البيضة وأشباههما وليس (٥٨) البر كذلك وقوله (ولانه لا دم فيها) أى فى هذه الحيوانات (اذ الدموى لا يسكن الماء

والدم هو المنجس (كما تقدم (و) اذا مات (فى غير الماء) كالخل والعصير والمرى ونحوها (قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن) وهو قول نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وهو رواية عن أبى يوسف (وقيل لا يفسده) وهو قول محمد بن مقاتل وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة وهشام عن محمد (لعدم الدم وهو الاصح) لاطراده قيل فى كل واحد من التعليلين نظر أما فى الاول فلان التعليل بالعدم على وجود الشئ لا يجوز وأما فى الثانى فلان انتفاء العلة لا يستلزم انتفاء المعلول لجواز أن يثبت بعلة أخرى والجواب عن الاول انه ليس بتعليل بل هو بيان انتفاء المانع فانا قد ذكرنا أن النجاسة لا تعطى حكم النجاسة فى معدنها فكان المعدن مانعا عن ترتب الحكم عليها وعن الثانى أن العلة الشخصية يستلزم انتفاؤها انتفاء الحكم وههنا كذلك لان كونه دما مسفوحا هو المنجس لا غير (والضفدع البرى والبحرى فيه سواء) وانما يعرف البرى من البحرى بأن البحرى ما يكون بين أصابعه سترة وقيل البرى مفسد لوجود العلة وهو الدم وانتفاء المانع وهو المعدن وقوله (ومايعيش فى الماء) بيان أن المراد بما يعيش فى الماء ما كان توالده ومثواه فيه كما ذكرناه فى أول البحث (ومائى المعاش دون مائى المولد) كالبط والاوز ونحوهما (مفسد) قوله (والماء المستعمل لا يجوز استعماله فى طهارة الاحداث) قدم الكلام فى حكم الماء المستعمل لانه هو المقصود وقيد بقوله فى طهارة الاحداث اشارة الى انه يجوز استعماله فى طهارة الانجاس فيما روى محمد عن أبى حنيفة وهو الموافق لمذهبه فان ازالة النجاسة العينية بسائر المائعات تجوز عنده

و قال الشافعى رحمه الله يفسده الا السمك الماهر ولنا أنه مات فى معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محهادما ولانه لا دم فيها اذ الدموى لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفى غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البحرى والبرى فيه سواء وقيل البرى مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش فى الماء ما يكون توالده ومثواه فى الماء ومائى المعاش دون مائى المولد مفسد قال (والماء المستعمل لا يجوز استعماله فى طهارة الاحداث)

أن يموت فى الماء أو خارجه ثم ينقل اليه فى الصحيح وغير الماء من المائعات كالماء لان المنجس هو الدم ولا دم للمائى ولذا الوشمس دم السمك يبيض ولو كان دما لاسود نعم روى عن محمد رحمه الله اذا تفتت الضفدع فى الماء كرهت شربه لا للنجاسة بل لحرمة لحمه وقد صارت أجزاؤه فيه وهذا تصريح بان كراهة شربه تحريمية وبه صرح فى التجنيس فقال يحرم شربه (قوله ولانه لا دم فيها) هذا التعليل هو الاصح بخلاف ما قبله فانه يستلزم أنه لو مات سبع فى البر لا ينجس لانه مات فى معدنه كذا قيل وكون البرية معدنا للسبع محل تأمل فى معنى معدن الشئ والذى يفهم منه ما يتولد منه الشئ وعلى التعليل الاول فرع ما لو وقعت البيضة من الدجاجة فى الماء رطبة أو يبست ثم وقعت وكذا السخلة اذا سقطت من أمها رطبة أو يبست لا ينجس الماء لانها كانت فى معدنها وقولنا النجاسة فى محلها لا يعطى لها حكم النجاسة حتى لو صلى حامل فأرة حية جازت لا ميتة لانصباب الدم عن مجراه بالموت ولذا لو قطع عرق لا يخرج منه الدم ليس المراد به مثل هذا (قوله الضفدع البحرى) هو ما يكون بين أصابعه سترة بخلاف البرى (قوله لوجود الدم) ان ثبت هذا فينبغى أن لا يتردد فى أنه مفسد وفى التجنيس لو كان للضفدع دم سائل يفسد أيضا ومثله لو مات حية برية لا دم فيها فى اناء لا ينجس وان كان فيها دم ينجس (قوله والماء المستعمل) تتعلق به مباحث فى حكمه وصفته وسبب ثبوتها له ووقت ذلك قدم الاول لانه أهم

(قوله لكن احتمل تغير صفة الماء) أقول بأن يخرجه من الطهورية (قوله قيل فى هذا التعليل اشكال) اقول القائل هو الاتقانى (قوله قيل فى كل واحد من التعليلين نظر) أقول القائل هو الاتقانى أيضا

خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد أخرى كالقطوع وقال زفر وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ان كان المستعمل متوضئا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر

وأما الثاني فقد أثبت فيه مشايخ ما وراء النهر الخلاف بين أصحابنا واختلاف الرواية فالحسن عن أبي حنيفة مغلظ النجاسة وأبو يوسف عنه مخففها ومحمد عنه طاهر غير طهور وكل أخذ بما رواه وقال مشايخ العراق انه طاهر عند أصحابنا واختار المحققون من مشايخ ما وراء النهر طهارته وعليه الفتوى وهذا لان المعلوم من جهة الشارع أن الآلة التي تسقط الفرض وتقام بها القربة تتدنس وأما الحكم بنجاسة العين شرعا فلا وذلك لان أصله مال الزكاة تدنس باسقاط الفرض حتى جعل من الاوساخ في لفظه صلى الله عليه وسلم فحرم على من شرف بقرابته الناصرة له ولم تصل مع هذا الى النجاسة حتى لو صلى حامل دراهم الزكاة صحت فكذا يجب في الماء أن يتغير على وجه لا يصل الى التنجيس وهو يسلب الطهورية الا أن يقوم فيه دليل يخصه غير هذا القياس فان قيل قد وجدناه فان الخطايا تخرج مع الماء وهي قاذورات ينتج من الشكل الثالث بعض القاذورات يخرج من الماء وبذلك ينجس أما الصغرى فلقوله صلى الله عليه وسلم اذا توضأ المؤمن خرجت خطاياه من جميع بدنه حتى تخرج من تحت أظفاره وأما الكبرى فلقوله صلى الله عليه وسلم من ابتلي منكم بشيء من هذه القاذورات فليستتر بستر الله فالجواب منع أن اطلاق القاذورات على الخطايا حقيقي أو مالغة فظاهر وأما شرعا فلجواز صلاة من ابتلي بها عقيب وضوئه اذا لم تكن من النواقض دون غسل بدنه وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة فغاية ما يفيد نهي الاغتسال كراهة التحريم ويجوز كونها لكيلا تسلب الطهورية فيستعمله من لا علم له بذلك في رفع الحدث ويصلي ولا فرق بين هذا وبين كونه ينجس فيستعمله من لا علم له بحاله في لزوم المحذور وهو الصلاة مع المنافي فيصلح كون كل منهما مثيرا للنهي المذكور وجه رواية النجاسة قياس أصله الماء المستعمل في النجاسة الحقيقية والفرع المستعمل في الحكمية بجامع الاستعمال في النجاسة بناء على الغاء وصف الحقيقي في ثبوت النجاسة وذلك لان معنى الحقيقية ليس الا كون النجاسة موصوفا بها جسم محسوس مستقل بنفسه عن المكلف لا أن وصف النجاسة حقيقة لا تقوم الا بجسم كذلك وفي غيره مجاز بل معناه الحقيقي واحد في ذلك الجسم وفي الحدث وهذا لانه ليس المتحقق لنا من معناها سوى أنها اعتبار شرعي منع الشارع من قربان الصلاة والسجود حال قيامه لمن قام به الى غاية استعمال الماء فيه فاذا استعمله قطع ذلك الاعتبار كل ذلك ابتلاء للطاعة فاما أن هناك وصفا حقيقيا عقليا أو محسوسا فلا ومن ادعاه لا يقدر في اثباته على غير الدعوى فلا يقبل ويدل على أنه اعتبار اختلافه باختلاف الشرائع ألا ترى أن الخمر محكوم بنجاسته في شريعتنا وبطهارته في غيرها فعلم أنها ليست سوى اعتبار شرعي ألزم معه كذا الى غاية كذا ابتلاء وفي هذا لا تفاوت بين الدم والحدث فانه أيضا ليس الا نفس ذلك الاعتبار فظهر أن المؤثر نفس وصف النجاسة وهو مشترك في الاصل والفرع فثبت مثل حكم الاصل وهو نجاسة الماء المستعمل فيه في الفرع وهو المستعمل في الحدث فيكون نجسا الا أن هذا انما ينتهض على من يسلم كون حكم الاصل ذلك كمالك وأكثر العلماء وأما من يشترط في نجاسته خروجه من الثوب متغيرا بلون النجاسة كالشافعي فلا فعنده الماء الذي يستعمل في الحقيقية التي لا لون لها يغاير لون الماء كالبول طاهر يجوز شربه وغسل الثوب به دون ازالة الحدث لانه عنده مستعمل وهو لا يقصر وصف الاستعمال على رافع الحدث فانما ينتهض عليه بعد الكلام معه في نفس هذا التفصيل وهو سهل غير أنا لسنا الا بصدد توجيه رواية نجاسة المستعمل عن أبي حنيفة على

(قوله خلافا لمالك والشافعي) للشافعي في الماء المستعمل ثلاثة أقوال أظهرها كقول محمد وفي قول طاهر وطهور وهو قول مالك وفي آخر ان كان المستعمل محدثا فهو طاهر غير طهور وان كان متوضئا فهو طاهر وطهور وهو قول زفر (هما) أي مالك والشافعي (يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد أخرى كالقطوع) ولا يكون كذلك الا اذا لم يتنجس بالاستعمال والجواب انه المحكي عن ثعلب ورد عليه بأن هذا ان كان لزيادة بيان لنهايته في الطهارة كان سديدا ويعضده قوله تعالى وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به والا فليس فعول من التفعيل في شيء واذا كان بيانا لنهايته فيها لا يستدل به على تطهير الغير فضلا عن التكرار فيه

(قوله والجواب انه المحكي عن ثعلب ورد عليه بأن هذا الخ) أقول الرد لصاحب الكشاف والعبارة عبارته (قوله والا فليس فعول من التفعيل في شيء) أقول انتهى عبارة الكشاف في هذا المقام (قوله واذا كان بيانا لنهايته فيها لا يستدل به الخ) أقول فيه بحث وكيف وقد استدل به المصنف في أول الباب عليه

وقول زفر لان الاعضاء طاهرة حقيقة فيها بالنظر الى الاول طاهر وبالنظر الى الثانى نجس والحكم عليه بأحدهما ابطال للآخر واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقول محمد وهو انه طاهر غير طهور رواية عن أبى حنيفة وهو المختار للفتوى لعموم البلوى وقوله (لان ملاقاة الطاهر) وهو الماء (للطاهر) وهو العضو المغسول لانه طاهر حقيقة لا يوجب النجس كما لو غسل به ثوب طاهر (الا انه أقيمت به قربة) ولاقامتها تأثير فى تغيير ما أقيمت به (فتغيرت به) أى بالاستعمال (صفة الماء كمال الصدقة) الذى أقيمت به قربة وقد تغيرت صفته فلم يبق طيبا وقد صح أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بادروا الى وضوئه فمسحوا به وجوههم فلو كان نجسا لمنعهم كما منع أباطيبة الحجام عن شرب دمه

غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجس الا أنه أقيمت به قربة فتغيرت به صفته كمال الصدقة

أصولنا فان قيل لو تم ما ذكرت كان للبلوى تأثير فى سقوط حكمه فالجواب الضرورة لا يعدو حكمها محلها والبلوى فيه انما هى فى الثياب فيسقط اعتبار نجاسة ثوب المتوضئ وتبقى حرمة شربه والطبخ منه وغسل الثوب منه ونجاسة من يصيبه وأما الثالث فقد أشار اليه بقوله والماء المستعمل هو ما أزيل به حدث الخ وحاصله أنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف كل من رفع الحدث والتقرب وعند محمد التقرب كان معه رفع أولا وعند زفر الرفع كان معه تقرب أولا والتقرب هو أن ينوى الوضوء حتى تصير عبادة لا يقال ما ذكر لا ينتهض على زفر اذ يقول مجرد القربة لا يدنس بل الاسقاط فان المال لم يتدنس بمجرد التقرب به ولذا جاز للهاشمى صدقة التطوع بل مقتضاه أن لا يصير مستعملا الا بالاسقاط مع التقرب فان التصرف أعنى مال الزكاة لا يتفرد فيه الاسقاط عنه اذ لا تجوز الزكاة الا بنية وليس هو قول واحد من الثلاثة لانا نقول غاية الامر ثبوت الحكم فى الاصل مع المجموع وهو لا يستلزم أن المؤثر المجموع بل ذلك دائر مع عقلية المناسب للحكم فان عقل استقلال كل حكم به أو المجموع حكم به والذى نعقله أن كلا من التقرب الماحى للسيئات والاسقاط مؤثر فى التغير ألا ترى أنه انفرد وصف التقرب فى صدقة التطوع وأثر التغير حتى حرم على النبى صلى الله عليه وسلم ثم رأينا الاثر عند سقوط وصف الاسقاط ومعه غيره ذلك وهو أشد فحرم على قرابته الناصرة له فعرفنا أن كلا أثر تغيرا شرعيا وبهذا يبعد قول محمد انه التقرب فقط الا أن يمنع كون هذا مذهبه كما قال شمس الائمة قال لانه ليس بمروى عنه والصحيح عنده أن ازالة الحدث بالماء مفسد له ومثله عن الجرجانى وما استدلوا به عليه من مسئلة المنفس لطلب الدلو حيث قال محمد الرجل طاهر والماء طاهر جوابه أن الازالة عنده مفسدة الا عند الضرورة والحاجة كقولنا جميعا لو أدخل المحدث أو الجنب أو الحائض التى طهرت اليد فى الماء للاغتراف لا يصير مستعملا للحاجة وقد ورد حديث عائشة رضى الله عنها فى اغتسالهما معه صلى الله عليه وسلم من اناء واحد وكلاهما جنب على أن الضرورة كافية فى ذلك بخلاف ما لو أدخل المحدث رجله أو رأسه حيث يفسد الماء لعدم الضرورة وكذا ما فى كتاب الحسن عن أبى حنيفة ان غمس جنب أو غير متوضئ يديه الى المرفقين أو احدى رجليه فى اجانة لم يجز الوضوء منه لانه سقط فرضه عنه وذلك لان الضرورة لم تتحقق فى الادخال الى المرفقين حتى لو تحققت بان وقع الكوز فى الحب فادخل يده الى المرفق لاخراجه لا يصير مستعملا نص عليه فى الخلاصة قال بخلاف ما لو أدخل يده للتبرد أنه يصير مستعملا لعدم الضرورة فهذا يوجب حمل المروى عن أبى حنيفة على نحوه ثم ادخال مجرد الكف انما لا يصير مستعملا اذا لم يرد الغسل فيه بل أراد رفع الماء فان أراد الغسل ان كان اصبعا أو أكثر دون الكف لا يضر (١) مع الكف بخلافه ذكره فى الخلاصة ولا يخلو من حاجته الى تأمل وجهه واعلم أن ما ذكر فى الخلاصة من كونه يصير مستعملا بالادخال للتبرد محمله ما اذا كان محدثا أما ان كان متطهرا فلا اذ لا بد عند عدم ارتفاع الحدث من نية القربة لثبوت الاستعمال وكذا اطلاق ثبوت الاستعمال بغسل اليدين قبل الطعام وبعده وهو أقرب فى هذا وكذا ما ذكر من أن بعد الانقاء فى الاستنجاء يصير الماء مستعملا لانجسا فاما لو لم يقصد فى هذا وما قبله سوى الزيادة والغسل تبردا لا تقربا واستنانا يجب أن لا يصير مستعملا وقد صرح بذلك قال فى المبتغى وغيره بتبرده يصير مستعملا ان كان محدثا والا فلا وبغسل ثوب طاهر أو دابة توكل لا يصير مستعملا وكذا بغسل بدنه أو رأسه للطين أو الدرن اذا لم يكن

قال المصنف (لان الاعضاء طاهرة حقيقة) أقول دليل للثانى ويعلم منه دليل الاول (قوله فتغيرت به أى بالاستعمال صفة الماء) أقول الاظهر أى بالاقامة وذكر الضمير لكون الاقامة فى تأويل ان مع الفعل

(١) قوله مع الكف بخلافه كذا بالاصول ولعله بخلافه مع الكف اه مصححه

ووجه الاستدلال لابي حنيفة وأبي يوسف بقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الحديث أنه صلى الله عليه وسلم كما نهى عن النجاسة الحقيقية وهو البول فكذلك نهى عن النجاسة الحكمية وهو الاغتسال فيه فدل على أن الاغتسال فيه كالبول فيه وقوله (ولانه ماء) أي ولان الماء المستعمل ما أزيل به أحد المأمورين من جواز الصلاة وهو النجس الحكمي فيتنجس قياسا على ما أزيل به المانع الآخر منه وهو النجس الحقيقي ولقائل أن يقول المتوضئ قبل استعمال الماء موصوف بكونه محدثا فاذا استعمله فلا يخلو اما أن تتحول هذه الصفة منه الى الماء أولا ولا سبيل الى الاول لان الاعراض لا تنتقل من محل الى محل باتفاق العقلاء فتعين الثاني وحينئذ لا وجه للحكم بنجاسة الماء والجواب أن كلامنا ليس في المتوضئ وصفته وانما هو في ان أعضاء الوضوء متصفة بالنجاسة حكما وقد زالت شرعا بالوضوء الذي أقيمت به قربة وقد أقمنا الدليل آنفا على أن لا قامتها تأثيرا في تغير ما أقيمت به فصار الماء به خبيثا شرعا كمال الصدقة ولا نعني بصيرورة الماء نجسا الا اتصافه بالخبث شرعا والانتقال على الاعراض الحقيقية لا يجوز وأما (٦١) الامور الاعتبارية الحكمية فيجوز أن

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله هو نجس لقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الحديث ولانه ماء أزيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء أزيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه نجس نجاسة غليظة اعتبارا بالماء المستعمل في النجاسة الحقيقية وفي رواية أبي يوسف عنه رحمه الله وهو قوله انه نجس نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف قال (والماء المستعمل هو ما أزيل به حدث أو استعمل في البدن على وجه القربة) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقيل هو قول أبي حنيفة أيضا وقال محمد رحمه الله لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه

محدثا للطهور قصدا لازالة ذلك ووضوء الصبي كالبالغ وبتعليم الوضوء اذا لم يرد سوى مجرد التعليم لا يستعمل وبوضوء الحائض يصير مستعملا لان وضوءها مستحب على ما سنذكره ان شاء الله تعالى في باب الحيض ولا يخفى انتهاض الوجه على مالك في قوله ان الطهور يطهر مرة بعد أخرى وقوله هو كالقطوع لا يجد به شيأ وكشفه أنه ليس من مفهوم الطهور أن يطهر مرة واحدة فضلا عن التكرر فان مفهومه ليس الا المبالغة في الطاهر كذا كل ما كان على صيغة فعول فانه لا يفيد سوى المبالغة في ذلك الوصف والمبالغة فيه لا تستلزم تطهير غيره بل رفع مانع الغير ليس الا أمرا شرعيا ولا استفادته من قوله تعالى ماء ليطهركم به لما أفاده الماء أخذا من صيغة فعول وتكرر القطع لما يطلق عليه قطوع ليس الا لخصوص المادة التي وقعت فيها المبالغة وذلك لان القطع تأثير في الغير بالابانة وهذا يستفاد من صيغة فاعل فان صحة اطلاق قاطع مادام قائما كان ثبوت القطع قائما ويلزمه تكرر القطع فقد ثبت التكرر بدون صيغة فعول فالمبالغة المستفادة منه حينئذ ليس الا باعتبار كثرته وجودته والحاصل أن فعولا للمبالغة في ذلك الوصف فان كان ذلك الوصف متعديا كان المبالغة فيه باعتبار تعلقه بالغير وان كان قاصرا في نفسه كان باعتباره في نفسه لا أنه يصير متعديا وصفة طاهر قاصرة فالمبالغة فيه باعتبار جودته في نفسه أما افادة المبالغة تعلقه بالغير فلا لغة ولا عرفا وانظر الى قول جرير * عذاب الثنايا ريقهن طهور * في صفة أهل الجنة وليس هو برافع (قوله وقيل هو قول أبي حنيفة) قال شيخ الاسلام يجب أن يكون قول أبي

تعتبر قائمة بمحل بعد قطع الاعتبار عن قيامها بمحل آخر ألا ترى ان الملك للبائع أمر اعتباري حكمي وبعد أن قال بعت وقبل المشتري انتقل الملك من البائع اليه وبعد ما ثبتت نجاسته اختلفت الروايات في غلظها وخفتها فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه نجس نجاسة غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية فتقدر بالدرهم وروى أبو يوسف عنه وهو قوله (انه نجس نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف) فان اختلاف العلماء يورث التخفيف كما سيجيء ان شاء الله تعالى وقوله (والماء المستعمل) بيان لحقيقته وكان حقه التقديم ولكن قدم الحكم لما ذكرنا انفا

ولانه يتضمن بيان السبب فصار من الوسائل فلم يجب تقديمه ثم سبب كون الماء مستعملا عند أبي حنيفة وأبي يوسف هو ازالة الحدث أو قصد القربة وعند محمد هو قصد القربة فقط وعند زفر والشافعي ازالة الحدث لا غير فلو توضأ محدث بنية القربة صار الماء مستعملا بالاجماع ولو توضأ رجل متوضئ بنية التبرد لا يصير الماء مستعملا بالاجماع ولو توضأ المحدث للتبرد صار مستعملا عندهما وعند زفر خلافا لمحمد لعدم قصد القربة وكذا عند الشافعي لعدم ازالة الحدث عنده بلا نية ولو توضأ المتوضئ بقصد القربة صار مستعملا عند الثلاثة خلافا لزفر والشافعي استدل لمحمد بقوله (لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه) أي الى الماء المستعمل كما قررناه وانتقالها بازالتها عن محلها

(قوله ووجه الاستدلال لابي حنيفة وأبي يوسف بقوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الحديث) أقول مآله الى الاستدلال بالقران في النظم على القران في الحكم والاظهر أن يستدل بتأكيد لا يغتسلن على كون النهي للتحريم (قال المصنف ولانه ماء أزيلت به النجاسة) أقول الدليل أخص من المدعى حيث لا يدل على نجاسة ما أقيمت به القربة دون رفع الحدث ولكن لا غرو بعد عموم الدليل الاول

وازالتها بالقرب كما فى مال الصدقة وأبو يوسف يقول اسقاط الفرض مؤثر أيضا لان التغير عندهما انما يكون بزوال نجاسة حكمية عن المحل وانتقالها الى الماء وقد انتقلت الى الماء فى الحالين جميعا كما تقدم من اعتبارها بالنجاسة الحقيقية فيثبت فساد الماء بالامرين جميعا وقوله (ومتى يصير مستعملا) بيان لوقت أخذه حكم الاستعمال وقد اتفق علماؤنا رحمهم الله على أن الماء مادام متردد افى العضو ليس له حكم الاستعمال فاذا زايل العضو ولم يستقر فى مكان أو إناء اختلفوا فيه فقال سفيان الثورى وابراهيم النخعى وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار الطحاوى انه لا يصير مستعملا وذهب أصحابنا الى انه كما زايل العضو صار مستعملا حتى لو أصاب ثوبه نجس وقالوا ان من نسى مسح رأسه فأخذ من لحيته ماء ومسح به رأسه لا يجوز واختاره المصنف وقال (الصحيح انه كما زايل العضو) والكاف هذه تسمى كاف المفاجأة كما تقول كما خرجت من البيت رأيت زيدا أى فاجأت رؤية زيد ومعناه يصير الماء مفاجئا وقت زواله عن العضو وقت الاستعمال من غير توقف الى وقت الاستقرار فى مكان وهو اسناد الفعل الى الزمان فيكون مجازا عقليا وقوله (لان سقوط حكم الاستعمال) ظاهر وأورد بأن فيه حرجا فكان ضرورة وقيل فى جوابه حكم الاستعمال سقط فى المنديل والثياب للحرج وهو مناقض لاصل المذهب ولعل المخلص أن يقال بثبوت حكم الاستعمال عند المزايلة عن العضو فى الجميع ولا حرج فيه اذا المختار من الاقوال للفتوى أنه طاهر غير طهور قال (والجنب اذا انغمس فى البئر) جنب ليس على بدنه نجاسة انغمس لطلب الدلو لم يطهر ولم ينجس الماء عند أبى يوسف وطهر الاستعمال الرجل ولم ينجس الماء عند محمد ولم يطهر ونجس الماء عند أبى حنيفة وقيد بقوله (لطلب الدلو) لانه لو انغمس فى البئر للاغتسال للصلاة

وانما تزال بالقرب وأبو يوسف رحمه الله يقول اسقاط الفرض مؤثر أيضا فيثبت الفساد بالامرين ومتى يصير الماء مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب اذا انغمس فى البئر لطلب الدلو فعند أبى يوسف رحمه الله الرجل

حنيفة لمسائل نقلت وذكرنا نقلناه آنفا من كتاب الحسن وذكرنا انه مقيد بما اذا لم يرد رفع شئ وفى موضع آخر تصريح بأن الاناء قيد حتى لو أدخل رجله فى البئر أو يده لا يفسده ولو أدخل الجنب فى البئر غير اليد والرجل من الجسد أفسده لان الحاجة فيهما وقولنا من الجسد يفيد الاستعمال بادخال بعض عضو وهو يوافق المروى عن أبى يوسف فى الطاهر اذا أدخل رأسه فى الاناء وابتل بعض رأسه أنه يصير مستعملا أما الرواية المعروفة عن أبى يوسف انه لا يصير مستعملا ببعض العضو قال فى الخلاصة هذا بناء على أن الماء بماذا يصير مستعملا قال أبو حنيفة وأبو يوسف اذا أزيل به حدث أو تقرب به وقال محمد اذا قصد به التقرب لا غير ثم استمر فى التفريع ومعنى هذا أن الحدث لا يرتفع عن بعض عضو حتى لو كان فيه لمعة فهو بحدثه ورفعه هو المفيد للاستعمال أو القربة ثم هذا كله يشكل على قول المشايخ ان الحدث لا يتجزأ رفعا كما لا يتجزأ ثبوتا والمخلص بتحقيق الحق فى ذلك وهو أن تتبع الروايات فى الملاقاة يفيد أن صيرورة الماء مستعملا بأحد أمور ثلاثة رفع الحدث تقربا أو غير تقرب والتقرب سواء كان معه رفع حدث أولا وسقوط الفرض عن العضو وعليه تجرى فروع ادخال اليد والرجل الماء القليل لا لحاجة ولا تلازم بين سقوط الفرض وارتفاع الحدث فسقوط الفرض عن اليد مثلا يقتضى أن لا تجب اعادة غسلها مع بقية الاعضاء ويكون ارتفاع الحدث موقوفا على غسل الباقى وسقوط الفرض هو الاصل فى الاستعمال لما عرف أن أصله مال الزكاة والثابت فيه ليس الاسقوط الفرض حيث جعل به دنسا شرعا على ما ذكرناه هذا والمفيد لاعتبار الاسقاط مؤثرا فيه صريح التعليل المنقول من لفظ أبى حنيفة فى كتاب الحسن وهو ما قدمناه من قوله لانه سقط فرضه عنه وأما الرابع فأشار اليه بقوله ومتى يصير مستعملا الصحيح أنه كما زايل العضو احترز به عن قول كثير من المشايخ وهو قول سفيان الثورى رحمه الله أنه لا يصير مستعملا حتى يستقر فى مكان مستدلين بجواز أخذ البلة من مكان من العضو الى آخر وعدم جوازه من عضو الى عضو آخر الا فى الجنابة لان البدن فيها كالعضو الواحد ويمسح رأسه ببلل فى يده لا ببلل من عضو آخر والمحققون على ما ذكر فى الكتاب لان سقوط الاستعمال حال تردده على العضو للضرورة ولا ضرورة بعد الانفصال وغاية ما ذكروا أن المأخوذ من مكان آخر مستعمل ولا كلام فى هذا فانه اتفاق بل فيما بعد الانفصال قبل الاستقرار وما ذكروه لا يمسه ولا يتعرض له (قوله والجنب) هذه المسئلة التى خرج أبو بكر الرازى اختلاف أبى يوسف ومحمد فى علة استعمال الماء منها فقال عند أبى يوسف يثبت

(قال المصنف وانما تزال بالقرب) أقول لقوله تعالى ان الحسنات يذهبن السيآت وللحديث الدال على خروج خطايا أعضاء الوضوء عند غسل الاعضاء مع الماء أو مع آخر قطر الماء (قال المصنف وأبو يوسف يقول اسقاط الفرض مؤثر أيضا) أقول لانه تطهير مقتض لازالة نجاسة منتقلة الى الماء (قوله وهو اسناد الفعل الى الزمان فيكون مجازا عقليا) أقول فيه بحث (قوله وهو مناقض لاصل المذهب) أقول فيه بحث فان مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع (قال المصنف والجنب اذا انغمس فى البئر لطلب الدلو) أقول فيه اشارة الى قلة الماء

فسد الماء عند الكل لابي يوسف في بقاء الرجل نجسا أن الصب عنده شرط لان القياس لا يقتضي التطهير بالغسل لتنجس الماء بأول الملاقاة وانما حصل ضرورة خروج المكلف عن الامر بالتطهير والماء الجاري أقرب الى ذلك لعدم استقراره والصب بمنزلته فيشترط تحصيلا للمأمور به بحسب الامكان وهذا الشرط لم يوجد فيما نحن فيه وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط وفي بقاء الماء طاهرا ان سبب استعماله أحد الامرين اسقاط الفرض ونية القربة كما تقدم لا سبب له غيرهما وقد انتفيا جميعا فينتفي الحكم · فان قيل انتفاء اسقاط الفرض ممنوع فانه يسقط عنده وان لم ينو فقد سقط فيصير الماء مستعملا لكونه أحد الامرين أجيب بأنه ترك أصله في هذه المسئلة ضرورة الحاجة الى طلب الدلو فلو سقط الفرض تنجس الماء وفسد البئر وفيه ضرر لا يخفى ولمحمد في طهارة الرجل عدم اشتراط الصب فانه اذا لم يكن شرطا لا يستلزم انتفاؤه انتفاء الحكم وفي طهارة الماء عدم نية التقرب فان السبب عنده ليس الا اقامة القربة بالنية ولم توجد وكان هذا السبب متعينا كالسبب في ولد الغصب فينتفي الحكم بانتفائه ولابي حنيفة في نجاسة الماء اسقاط الفرض عن البعض بأول الملاقاة فان الماء يصير به مستعملا وان لم توجد النية لانها ليست بشرط (٦٣) لسقوط الفرض وفي بقاء الرجل نجسا لبقاء الحدث في بقية الاعضاء (وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل) لان النية لما لم تشترط لسقوط الفرض عنده سقط الفرض بالانغماس وصار الماء مستعملا والرجل متلبس به فيتنجس بنجاسته (وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو أوفق الروايات عنه) لكونه أكثر مناسبة لاصله فعلى أول أقواله لا تجوز الصلاة ولا قراءة القرآن وعلى الثاني تجوز له القراءة دون الصلاة وفيه نظر وعلى الثالث يجوز كلاهما وانما قدم قول أبي يوسف ولم يوسطه كما هو حقه لزيادة احتياجه الى البيان بسبب تركه أصله كما بينا قال (وكل اهاب دبغ فقد طهر) يتعلق بدباغ الاهاب ثلاث مسائل

بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد رحمه الله كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية القربة وعند أبي حنيفة رحمه الله كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض بأول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه أن الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو أوفق الروايات عنه قال (وكل اهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلاة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي)

الاستعمال برفع الحدث وبالاستعمال تقربا وعند محمد ما لم ينو القربة لا يصير مستعملا وجهه في قول محمد ظاهر قال وصار كما اذا أدخل يده الاغتراف زال حكم الحدث عن العضد ولم يصر الماء مستعملا وأما أبو يوسف فيحكم بنجاسة المستعمل وهو بكل من الامرين فاذا انغمس وحكمنا بطهارته استلزم ذلك الحكم بكون الماء مستعملا ولو حكمنا باستعماله لكان نجسا بأول الملاقاة فلا تحصل له الطهارة فكان الحكم بطهارته مستلزما للحكم بنجاسته فقلنا الرجل بحاله والماء بحاله وعن أبي حنيفة انهما نجسان واختلفوا في نجاسة الرجل عنده فقيل لنجاسة الجنابة فلا يقرأ وقيل لنجاسة المستعمل فيقرأ وعنه ان الرجل طاهر وهذه الرواية هي الصحيحة لعدم أخذ الماء الاستعمال قبل الانفصال والكل ظاهر من الكتاب وأنت علمت أن أخذ اشتراط محمد القربة من هذه المسئلة غير لازم وكذا قول أبي يوسف لجواز أن يكون كون الرجل بحاله لاشتراطه الصب فانه شرط عنده في التطهير في غير الماء الجاري والملحق به في العضو لا الثوب لما ذكرنا أن الاستعمال لا يثبت الا بعد الانفصال فلا يكون الماء حال الانغماس والحكم بطهارة الرجل مستعملا نجسا ولا بأول الملاقاة (قوله وكل اهاب دبغ فقد طهر) يتناول كل جلد يحتمل الدباغة لا ما لا يحتمله فلا يطهر جلد الحية والفأرة به كاللحم وعند محمد لو أصلح مصارين شاة ميتة

(قال المصنف والماء لعدم نية القربة) أقول الماء المستعمل طاهر عند محمد فلا وجه لهذا الكلام لما فيه من ايهام تنجسه الا أن يكون مبناه على تسليمه تنجس الاستعمال بطريق التنزل (قوله فسد الماء عند الكل) أقول لا نسلم ذلك عند أبي يوسف فانه يشترط الصب (قوله فان قيل انتفاء اسقاط الفرض ممنوع الى قوله أجيب بأنه ترك أصله) أقول لا توجيه لهذا المنع بعد ما بين كون اسقاط الفرض مشروطا عنده بالصب فافهم وكتب في هامش هذا البحث نقلا عن خط المصنف ما هو صورته هذا السؤال بناء على أن الاصل عند أبي يوسف أن يسقط الفرض باستعمال الماء في البدن من غير نية ولا اشتراط صب كما في الوضوء والجواب بناء على أنه ترك هذا الاصل المذكور في مسئلة الاغتسال وشرط الصب ضرورة الحاجة الى طلب الدلو اه فيه بحث فانه بين قبيله ان اشتراط الصب لكون الصب بمنزلة الماء فسواء تحقق تلك الضرورة أو لم يتحقق شرط الصب على حاله (قوله وعلى الثاني يجوز له القراءة دون الصلاة وفيه نظر) أقول وكتب في هامش هذا المقام نقلا عن خط المصنف ما هو صورته وجه النظر أن الماء ان لم يدخل الفم لا يجوز له القراءة وكذا ان دخل لانه تنجس بملاقاة الرجل اه كيف يتنجس به وقد شرط الانفصال في الاستعمال

طهارته وهي تتعلق بكتاب الصيد والصلاة فيه وهي متعلقة بكتاب الصلاة والوضوء منه بأن يجعل قربة وبه يتعلق بهذا الباب وانما قال والصلاة فيه بأن يجعل ثوبا ولم يقل عليه بأن يجعل مصلى وان كان الحكم فيهما واحدا لان البيان في الثوب بيان في المصلى لزيادة الاشتمال ولانه منصوص عليه بقوله تعالى وثيابك فطهر وطهارة المكان ملحقة به بالدلالة وانما ذكر الحكمين الآخرين وان كان يفهم ذلك من الاول احترازا عن قول مالك فانه يقول يطهر ظاهره دون باطنه فيصلى عليه لا فيه وانما قدم الخنزير على الآدمي لان الموضع موضع اهانة لكونه في بيان النجاسة وتأخير الآدمي في ذلك أولى واستدل على الطهارة دون الآخرين لان ثبوتها يستلزم ثبوتهما بقوله صلى الله عليه وسلم ايما إهاب دبغ فقد طهر (وهو بعمومه) لكونه نكرة اتصفت بصفة عامة (حجة على مالك في جلد الميتة) فانه يقول لا يطهر لكنه ينتفع به في الجامد من الاشياء دون المائع فيعمل جرابا للحبوب دون السمن والخل وغيرهما فان قيل جلد الخنزير والآدمي خارج عن عمومه فيجوز ان يخص منه جلد الميتة بالقياس عليه أو بقوله صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب أجيب بأنه قياس فيه ابطال النص وهو قوله عليه السلام ايما إهاب دبغ الحديث وتحقيقه أن الجلد الطاهر ليس مما نحن فيه بالاتفاق وجلد الآدمي والخنزير خارجان على ما سنذكره ولو خرج جلد الميتة أيضا لزم ابطال النص بالقياس وذلك باطل والنهي عن الانتفاع بالاهاب وهو اسم لجلد غير مدبوغ كذا قال الخليل والاصمعي وليس ذلك داخلا في عموم قوله أيما إهاب دبغ ليجوز تخصيصه فلا تعارض بينهما لاختلاف المحل قوله (وحجة على الشافعي) عطف على قوله حجة على مالك فان الشافعي يقول بعدم طهارة جلد الكلب بالدباغ وتخصيص الكلب موافق لما ذكر في الاسرار وذكر في المبسوط أن كل ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده بالدباغ عند الشافعي قياسا على جلد الخنزير والآدمي وعلى هذا لا فائدة في تخصيصه وقوله (وليس الكلب بنجس العين) جواب عن قياس الشافعي الكلب على الخنزير وان لم يذكر في الكتاب واختلفت الروايات في كون الكلب نجس العين فمنهم من ذهب الى ذلك قال شمس الائمة في مبسوطه والصحيح من المذهب عندنا أن عين الكلب نجس اليه يشير محمد في الكتاب في قوله وليس الميت بأنجس من الكلب والخنزير قيل والاصح انه ليس بنجس العين لانه ينتفع به حراسة واصطيادا وليس نجس العين كذلك ولا يشكل بالسرقين فانه نجس لا محالة وينتفع به ايقادا وغيره لانا انتفاع بالاهلاك وهو جائز كالدفن من الخمر للاراقة وهو مختار المصنف والموضع

لقوله عليه السلام أيما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك رحمه الله في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي رحمه الله في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين ألا يرى أنه ينتفع به حراسة واصطيادا

أو دبغ المثانة وأصلها طهرت وقال أبو يوسف هي كاللحم ثم استثنى جلد الخنزير والآدمي فيدخل جلد الفيل خلافا لمحمد في قوله ان الفيل نجس العين وعندهما هو كسائر السباع واستدل بحديث ابن عباس رضي الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم أيما اهاب دبغ فقد طهر رواه الترمذي وصححه ورواه مسلم بلفظ آخر وهو كما تراه عام فاخراج الخنزير منه لمعارضة الكتاب اياه فيه وهو قوله تعالى أو لحم خنزير فانه رجس بناء على عود الضمير الى المضاف اليه لانه صالح لعوده وعند صلاحية كل من المتضايفين لذلك يجوز كل من الامرين وقد جوز عود ضمير ميثاقه في قوله تعالى ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه الى كل من العهد ولفظ الجلالة وتعين عوده الى المضاف اليه في قوله تعالى واشكروا نعمة الله عليكم ان كنتم اياه تعبدون ضرورة صحة الكلام والى المضاف في قولك رأيت ابن زيد فكلمته لانه المحدث عنه بالرؤية ترتب على الحديث الاول عنه الحديث الثاني فتعين هو مرادا به والا اختل النظم واذا جاز كل منهما لغة

(قوله طهارته وهي تتعلق بكتاب الصيد) أقول فيه بحث (قوله ولانه منصوص عليه) أقول أي تطهير الثوب (قوله وانما ذكر الحكمين الاخيرين وان كان يفهم ذلك من الاول احترازا عن قول مالك فانه يقول يطهر ظاهره دون باطنه فيصلى عليه لا فيه) أقول فهذا وجه آخر لقوله والصلاة فيه دون عليه اذ لا يحصل به الرد على مالك كما لا يخفى ثم اعلم أن مالكا انما ذهب الى طهارة ظاهره دون باطنه دفعا للتعارض بين الحديثين (قال المصنف وهو بعمومه حجة على مالك) أقول واطلاق طهر لطهوره في الطهارة ظاهرا وباطنا (قال المصنف لانه اسم لغير المدبوغ) أقول وبعد الدباغ يسمى شنا وأديما (قوله لان الموضع موضع اهانة لكونه في بيان النجاسة وتأخير الآدمي في ذلك أولى) أقول فيه أن الآدمي ليس بنجس (قوله وهو بعمومه الى قوله حجة على مالك رحمه الله) أقول كتب في هامش الكتاب نقلا عن خط المصنف ما هو صورته تحقيقه أن الجلد الطاهر ليس مما نحن فيه بالاتفاق وجلد الآدمي والخنزير خارجان على ما سنذكره فلو خرج جلد الميتة أيضا لزم ابطال النص بالقياس وذلك باطل اه قال عصام الدين جلد المذكى وان لم يكن مأكولا طاهر عندنا وكذا عند مالك صرح به في شرح السنة فلا يتناوله الحديث اه (قوله وهو مختار المصنف) أقول يعني قوله فانه نجس لا محالة وينتفع به ايقادا أو غيره

وقوله (بخلاف الخنزير) متصل بقوله الا جلد الخنزير (لانه نجس العين إذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس عائد اليه لقربه) فان قيل المقصود بالذكر في الكلام هو المضاف فيجب أن يرجع اليه الضمير أجيب بأن المضاف اليه قد يكون مقصودا مثل أن يقول مثلا رأيت ابن زيد فانه يجوز أن يقال وحرضته على الاشتغال فيكون الضمير راجعا الى المضاف لانه المقصود ويجوز أن يقال فأخبرته بأن ابنك هذا فاضل فيكون راجعا الى المضاف اليه كقوله تعالى والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه فان الضمير يجوز أن يرجع الى كل من المضاف والمضاف اليه ورجوعه الى المضاف اليه فيما نحن فيه أولى لكونه أشمل للاجزاء وأحوط في العمل لان الضمير ان رجع الى اللحم لم يحرم غيره وان رجع الى المضاف اليه حرم فغير اللحم دائر بين أن يحرم وان لا يحرم فيحرم احتياطا (٦٥) وذلك برجوع الضمير الى المضاف اليه وقوله (وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي) متعلق بقوله والآدمي ومعنى كلامه بخلاف جلد الخنزير فانه لا يطهر بالدبغ لنجاسة عينه وجلد الآدمي (لكرامته) لئلا يتجاسر الناس على من كرمه الله بابتذال أجزائه (فخرجا عما روينا) يعني من قوله صلى الله عليه وسلم أيما إهاب دبغ الحديث فان قلت ما وجه خروجهما عن المروي هل هو تخصيص فيحتاج الى مخصص مقارن على ما هو المذهب أم نسخ فيحتاج الى ناسخ متأخر قلت عدم طهارتهما ثابت بالكتاب فان كان متأخرا عن الحديث فهو ناسخ لا محالة وان كان متقدما عليه منع التناول لتقرره في الشرع وخبر الواحد لا يعارضه فضلا أن ينسخه وان كان مقارنا صار مخصصا والخروج عن حكم الحديث

بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا أو تتريبا

والموضع موضع احتياط وجب اعادته على ما فيه الاحتياط وهو بما قلنا وأما جلد الآدمي فليس فيه الا كرامته وهو ما ذكره بقوله وحرمة الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته ولا يخفى أن هذا مقام آخر غير طهارته بالدباغ وعدمها فلذا صرح في العناية بانه اذا دبغ جلد الآدمي طهر لكن لا يجوز الانتفاع به كسائر أجزائه وبقي جلد الكلب داخلا في العموم اذ نجاسة سؤره لا تستلزم نجاسة عينه بل نجاسة لحمه المتولد منه اللعاب فيطهر بالدباغ على أن فيه روايتين في رواية لا يطهر بناء على نجاسة عينه قال شيخ الاسلام وهو ظاهر المذهب * وفي فتاوى قاضيخان فروع عليه منها وقع الكلب في بئر تنجس أصاب فمه الماء أو لم يصب ولو بال فانتفض فأصاب ثوبا أكثر من الدرهم أفسده واختلف المشايخ في التصحيح والذي يقتضيه هذا العموم طهارة عينه ولم يعارضه ما يوجب نجاستها فوجب أحقية تصحيح عدم نجاستها فيطهر بالدباغ ويصلى عليه ويتخذ دلوا للماء فان قيل يجب أن يخرج منه اهاب الميتة أيضا بطريق النسخ بما رواه أصحاب السنن الاربعة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عبد الله بن عكيم عنه صلى الله عليه وسلم انه كتب الى جهينة قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب حسنه الترمذي وعند أحمد قبل موته بشهر أو بشهرين قلنا الاضطراب في متنه وسنده يمنع تقديمه على حديث ابن عباس فان الناسخ أي معارض فلا بد من مشاكلته في القوة ولذا قال به أحمد وقال هو آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه للاضطراب فيه أما في السند فروى عن عبد الرحمن عن ابن عكيم كما قدمنا وروى أبو داود من جهة خالد الحذاء عن الحكم بن عتيبة بالتاء من فوق عن عبد الرحمن أنه انطلق هو وناس الى عبد الله بن عكيم قال فدخلوا ووقفت على الباب فخرجوا الي فأخبروني أن عبد الله بن عكيم أخبرهم انه صلى الله عليه وسلم كتب الى جهينة الحديث ففي هذا انه سمع من الداخلين وهم مجهولون وأما في المتن ففي رواية بشهر وفي أخرى بأربعين يوما وفي أخرى بثلاثة أيام مع الاختلاف في صحبة ابن عكيم ثم كيف كان لا يوازي حديث ابن عباس الصحيح في جهة من جهات الترجيح ثم لو كان لم يكن قطعيا في معارضته لان الاهاب اسم لغير المدبوغ وبعده يسمى شنا وأديما وما رواه الطبراني في الوسط من لفظ هذا الحديث هكذا كنت رخصت لكم في جلود الميتة فلا تنتفعوا من الميتة بجلد ولا عصب في سنده فضالة بن مفضل مضعف والحق أن حديث ابن عكيم ظاهر في النسخ ولولا الاضطراب فان من المعلوم

والموضع موضع احتياط وجب اعادته على ما فيه الاحتياط وهو بما قلنا وأما جلد الآدمي فليس فيه الا كرامته وهو ما ذكره بقوله وحرمة الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته ولا يخفى أن هذا مقام آخر غير طهارته بالدباغ وعدمها فلذا صرح في العناية بانه اذا دبغ جلد الآدمي طهر لكن لا يجوز الانتفاع به كسائر أجزائه وبقي جلد الكلب داخلا في العموم اذ نجاسة سؤره لا تستلزم نجاسة عينه بل نجاسة لحمه المتولد منه اللعاب فيطهر بالدباغ على أن فيه روايتين في رواية لا يطهر بناء على نجاسة عينه قال شيخ الاسلام وهو ظاهر المذهب * وفي فتاوى قاضيخان فروع عليه منها وقع الكلب في بئر تنجس أصاب فمه الماء أو لم يصب ولو بال فانتفض فأصاب ثوبا أكثر من الدرهم أفسده واختلف المشايخ في التصحيح والذي يقتضيه هذا العموم طهارة عينه ولم يعارضه ما يوجب نجاستها فوجب أحقية تصحيح عدم نجاستها فيطهر بالدباغ ويصلى عليه ويتخذ دلوا للماء فان قيل يجب أن يخرج منه اهاب الميتة أيضا بطريق النسخ بما رواه أصحاب السنن الاربعة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عبد الله بن عكيم عنه صلى الله عليه وسلم انه كتب الى جهينة قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب حسنه الترمذي وعند أحمد قبل موته بشهر أو بشهرين قلنا الاضطراب في متنه وسنده يمنع تقديمه على حديث ابن عباس فان الناسخ أي معارض فلا بد من مشاكلته في القوة ولذا قال به أحمد وقال هو آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه للاضطراب فيه أما في السند فروى عن عبد الرحمن عن ابن عكيم كما قدمنا وروى أبو داود من جهة خالد الحذاء عن الحكم بن عتيبة بالتاء من فوق عن عبد الرحمن أنه انطلق هو وناس الى عبد الله بن عكيم قال فدخلوا ووقفت على الباب فخرجوا الي فأخبروني أن عبد الله بن عكيم أخبرهم انه صلى الله عليه وسلم كتب الى جهينة الحديث ففي هذا انه سمع من الداخلين وهم مجهولون وأما في المتن ففي رواية بشهر وفي أخرى بأربعين يوما وفي أخرى بثلاثة أيام مع الاختلاف في صحبة ابن عكيم ثم كيف كان لا يوازي حديث ابن عباس الصحيح في جهة من جهات الترجيح ثم لو كان لم يكن قطعيا في معارضته لان الاهاب اسم لغير المدبوغ وبعده يسمى شنا وأديما وما رواه الطبراني في الوسط من لفظ هذا الحديث هكذا كنت رخصت لكم في جلود الميتة فلا تنتفعوا من الميتة بجلد ولا عصب في سنده فضالة بن مفضل مضعف والحق أن حديث ابن عكيم ظاهر في النسخ ولولا الاضطراب فان من المعلوم

(٩ - فتح القدير اول) ثابت في الجميع فعبر بقوله فخرجا وقوله (ثم ما يمنع النتن والفساد) بيان لما يدبغ به ذكره استطرادا بعد ذكر الدباغة قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل شئ يمنع الجلد من الفساد (فهو دباغ) فيتناول التشميس والتتريب

(قوله وقوله بخلاف الخنزير متصل بقوله الا جلد الخنزير) أقول بل متصل بقوله وليس الكلب بنجس العين الا أن يراد الاتصال المعنوي فانه بيان لوجه الاستثناء (قوله كقوله تعالى والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه فان الضمير يجوز أن يرجع الى كل من المضاف والمضاف اليه) أقول هذا ليس نظير ما تقدم اذ لا معنى هنا لجواز كلا الامرين بخلاف الاولين فقوله كقوله غير مناسب (قوله فيحرم احتياطا وذلك برجوع الضمير الى المضاف اليه) أقول قوله وذلك اشارة الى الاحتياط (قوله قلت عدم طهارتهما) أقول أي بالدباغ (قال المصنف ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ) أقول المضاف مقدر أي فعل ما يمنع

(لان المقصود) وهو منع الفساد بازالة الرطوبات النجسة (يحصل بذلك فلا معنى لاشتراط غيره) من قرظ أو عفص أو شث أو نحوها كما شرطه الشافعي (ثم ما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة) يعني الذكاة الحاصلة من الاهل بالتسمية فان ذكاة المجوسي ليست مطهرة وذكر الضمير في (لانه) لان الذكاة بمعنى الذبح وانما (تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة) لانه يمنع من اتصالها به والدباغ مزيل بعد الاتصال ولما كان الدباغ بعد الاتصال مزيلا ومطهرا كان الذكاة المانعة من الاتصال أولى أن تكون مطهرة وقوله (وكذلك يطهر لحمه) أي لحم ما ذبح حتى إذا صلى ومعه من لحم الثعلب المذبوح أو نحوه أكثر من قدر الدرهم جازت صلاته وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قال في الاسرار وغيره انه نجس لان الحرمة فيما يصلح للاكل لاكرامته دليل النجاسة ولزمهم طهارة الجلد مع اتصال اللحم به وأجابوا بأن بين اللحم والجلد جلدة رقيقة تمنع مماسة اللحم الجلد الغليظ فلا ينجس (٦٦) والذي اختاره المصنف وصححه هو المنقول عن الكرخي وصححه صاحب التحفة وذلك لان الجلد يطهر باتفاق أصحابنا واللحم متصل به فكيف يكون نجسا وملاقاة النجس الطاهر منجسة فكيف بالاتصال الذي لا يزول الا بالسكين وما قيل من الجلدة الرقيقة متوهم وعلى تقدير تحققه فاما أن تكون طاهرة أو نجسة ولا يحس عند السلخ بين الجلد واللحم أمر ثالث لاستحالة فهي اما متصلة باللحم أو الجلد فان كانت متصلة باللحم فليس يتصور أن تكون طاهرة واللحم نجس فتكون نجسة والجلد الغليظ متصل به أيضا فلا يكون طاهرا لكن الفرض انه طاهر وان كانت متصلة بالجلد فليس يتصور أن تكون نجسة والجلد طاهر فتكون طاهرة واللحم متصل به أيضا فكيف يكون نجسا وذلك واضح لا يخفى على المتأمل فهذا هو الذي حمل المصنف على تصحيح رواية طهارة اللحم والجواب عن قولهم ان الحرمة فيما يصلح للاكل لاكرامة دليل النجاسة انه مسلم ولكن علة النجاسة هو اختلاط الدم المسفوح بأجزائه عند الموت كما تقدم وهي علة متعينة فاذا انتفت ههنا بالذبح فتنتفي النجاسة كما قلنا في ولد المغصوب وقوله (وشعر الميتة وعظمها) وعصبها (طاهر) ذكره باعتبار انه اذا وقع في الماء هل يجوز به الوضوء أو لا عندنا يجوز به الوضوء لكونها طاهرة وقال الشافعي نجس (لانه) أي كل واحد منهما (من أجزاء الميت) والميت نجس بجميع أجزائه قلنا لا نسلم أن كل جزء من أجزاء الميت نجس بل النجس منه ما كان فيه حياة زالت بالموت وهذه

لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره ثم ما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لانها تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح وان لم يكن مأكولا قال (وشعر الميتة وعظمها طاهر) وقال الشافعي رحمه الله نجس لانه من أجزاء الميتة ولنا انه لا حياة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما الموت

أن أحدا لا ينتفع بجلد الميتة قبل الدباغة لانه حينئذ مستقذر فلا يتعلق النهي به ظاهرا (قوله لان المقصود يحصل به) فخرج ما جف ولم يستحل فلا يطهر والالقاء في الريح كالتشميس وفيه حديث أخرجه الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم استمتعوا بجلود الميتة اذا هي دبغت ترابا كان أو رمادا أو ملحا أو ما كان بعد أن يزيد صلاحه وفيه معروف بن حسان مجهول والمعنى المذكور في الكتاب كاف (قوله يطهر بالذكاة) انما يطهر الجلد بالذكاة اذا كانت في المحل من الاهل فذكاة المجوسي لا يطهر بها الجلد بل بالدبغ لانها اماتة (قوله هو الصحيح) احتراز عما قال كثير من المشايخ انه يطهر جلده لا لحمه وهو الاصح واختاره الشارحون كصاحب الغاية وصاحب النهاية وغيرهما لان سؤره نجس ونجاسة السؤر لنجاسة عين اللحم وكان مقتضى هذا أن لا يطهر الجلد بالذكاة لانه وعاء اللحم النجس لكن قالوا بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع المماسة بينهما فلا تتنجس برطوبته لكن على هذا قد يقال فلا يظهر عمل الذكاة في ازالة الرطوبات عن الجلد لتوقف طهارته عليه وفي الخلاصة بعد ما ذكر أن المختار عدم طهارة لحوم السباع بالذكاة قال ولو كان بازيا مذبوحا أو الفأرة أو الحية تجوز الصلاة مع لحمها وكذا كل ما يكون سؤره نجسا انتهى وهو مشكل فان عدم طهارة لحوم السباع بالذكاة ليس لذات نجاسة السؤر بل لنجاسة اللحم غير أنه استوضح نجاسته بنجاسة السؤر وعدم نجاسة سؤر ما ذكر ليس لطهارة لحمها بل لعدم اختلاط اللعاب بالماء في سباع الطير لانه يشرب بمنقاره وهو عظم جاف فلا يصل الى الماء منه شئ لينجسه بخلاف سباع البهائم وسقوط نجاسة سؤر الهرة والفأرة والحية للضرورة اللازمة من المخالطة على ما يأتي في موضعه وشئ من هذا لا يقتضي طهارة اللحم لعدم تحقق المسقط للنجاسة فيه نفسه (قوله وشعر الميتة) كل ما لا تحله الحياة من أجزاء الهوية محكوم بطهارته بعد موت ما هي

(قوله فان كانت متصلة باللحم فليس يتصور أن تكون طاهرة) أقول لم لا يجوز أن تكون جلدة عصبانية لا تقبل التنجس كالعصب (قوله والجواب عن قولهم ان الحرمة فيما يصلح للاكل لاكرامته دليل النجاسة أنه مسلم الى آخر قوله فتنتفي النجاسة كما قلنا في ولد المغصوب) أقول فيه بحث فانه سلم أن الحرمة لاكرامة دليل النجاسة فيما يصلح للاكل وقد وجد الدليل فكيف ينتفي المدلول

ذا الموت زوال الحياة (وشعر الانسان وعظمه طاهر) وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا أن عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته والله أعلم

﴿ فصل فى البئر ﴾

جزؤه كالشعر والريش والمنقار والعظم والعصب والحافر والظلف واللبن والبيض الضعيف القشر والانفحة لاخلاف بين أصحابنا فى ذلك وانما الخلاف بينهم فى الانفحة واللبن هل هما نجسان فقال انهم لمجاورتهما الغشاء النجس فان كانت الانفحة جامدة تطهر بالغسل والا تعذر طهرهما (٢) وقال أبو حنيفة ليسا بنجسين وعلى قياسهما قالوا فى السخلة اذا سقطت من أمها وهى رطبة فيبست ثم وقعت فى الماء لا ينجس لانها كانت فى معدنها فهاتان خلافيتان مذهبية وخارجة لنا فيها أن المعهود فيها حالة الحياة الطهارة وانما يؤثر الموت النجاسة فيما تحله ولا تحلها الحياة فلا يحلها الموت واذا لم يحلها وجب الحكم ببقاء الوصف الشرعى المعهود لعدم المزيل وفى السنة أيضا ما يدل عليه وهو قوله صلى الله عليه وسلم فى شاة مولاة ميمونة حين مر بها ميتة انما حرم أكلها فى الصحيحين وفى لفظ انما حرم عليكم لحمها ورخص لكم فى مسكها وأخرج الدارقطنى عن عبيد الله بن عبد الله بن عباس انما حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم من الميتة لحمها فأما الجلد والشعر والصوف فلا بأس به وأعله بتضعيف عبد الجبار بن مسلم وهو ممنوع فقد ذكره ابن حبان فى الثقات فلا ينزل الحديث عن الحسن ثم أخرجه من حديث أبى بكر الهذلى عن عبيد الله بن عبد الله بن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أكل شئ من الميتة حلال الا ما أكل منها فأما الجلد والقرون والشعر والصوف والسن والعظم فكله حلال لانه لا يذكى وأعله بأن أبا بكر هذا متروك وأخرج أيضا عن أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم عنه صلى الله عليه وسلم لا بأس بمسك الميتة اذا دبغ ولا بأس بصوفها ولا شعرها وقرونها اذا غسل بالماء وضعفه بأن يوسف بن أبى السفر بالسين المهملة المفتوحة وسكون الفاء متروك وأخرج البيهقى عن بقية عن عمرو بن خالد عن قتادة عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يمتشط بمشط من عاج قال وروايه بقية عن شيوخه المجهولين ضعيفة وقال الخطابى قال الاصمعى العاج الذبل وهو ظهر السلحفاة وأما العاج الذى تعرفه العامة عظم أنياب الفيل فهو ميتة لا يجوز استعماله انتهى وفيه أمران أحدهما انه أوهم أن الواسطى مجهول وليس كذلك والآخر ايهامه بقوله الذى تعرفه العامة أنه ليس من اللغة وليس كذلك قال فى المحكم العاج أنياب الفيلة ولا يسمى غير الناب عاجا وقال الجوهرى العاج عظم الفيل الواحدة عاجة فبهذا يكون ان صح ما عن الاصمعى تأويلا للمراد لما اعتقد نجاسة عظم الفيل فهذه عدة أحاديث لو كانت ضعيفة حسن المتن فكيف ومنها ما لا ينزل عن الحسن وله الشاهد الاول من الصحيحين ثم فى هذا الحديث ما يبطل قول محمد من نجاسة عين الفيل ووجه قولهما فى المذهبية التنجس بالمجاورة وله أنه لا أثر للتنجس شرعا ما دامت فى الباطن النجاسة فضلا عن غيرها والحكم الثابت شرعا حالة الحياة لا يزول بالموت الا اذا ثبت شرعا أن الموت يزيله لكن الثابت للموت ليس الا عمله فى تنجس ما يحله فيستلزم تنجس غشائهما وبقاؤهما على طهارتهما بحكم عدم اعطاء حكم النجاسة ما دام فى الباطن ولا يزول هذا البقاء الا بزيل ولم يوجد ﴿ فرع ﴾ الاصح فى قميص الحية الطهارة وكذا فى ناجفة المسك مطلقا وقيل اذا كانت بحيث لو ابتلت لا تفسد

(فصل فى البئر)

الاشياء لا حياة فيها حتى لا يتألم بقطعها الحيوان فان قطع قرن البقرة لا يؤلمها وجز صوف الغنم كذلك فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحياة وهذا يشير الى أن بين الحياة والموت تقابل العدم والملكة وقال بعض المتكلمين هما صفتان وجوديتان لقوله تعالى خلق الموت والحياة والمخلوق لا يكون عدما وأجيب بأن المراد بالخلق التقدير والعدم مقدر لا يقال ما ذكرتم من الدليل استدلال فى مقابلة النص لان الله تعالى قال من يحيى العظام وهى رميم ولا خفاء فى دلالته على أن فى العظم حياة لان المراد به من يحيى صاحب العظام (وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعى رحمه الله نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه) مع امكان الانتفاع به فكان نجسا (ولنا أن حرمة الانتفاع به والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته) وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق شعره وقسمه بين أصحابه وذلك دليل طهارته

(قال المصنف اذ الموت زوال الحياة) أقول فان قلت ما تقول فى قوله تعالى من يحيى العظام قلت المراد من يحيى صاحب العظام كما قال الشارح أو نقول المراد باحيائها ردها الى حالتها الاولى

(٢) قوله والا تعذر ظهرهما كذا بالاصول بتثنية الضمير ولعل المراد الانفحة واللبن فتأمل اه مصححه

﴿ فصل فى البئر ﴾

لما ذكر حكم الماء القليل بأنه ينجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله ورد عليه ماء البئر نقضا فى أنه لا ينزح كله فى بعض الصور فذكر ماء البئر فى فصل على حدة بيانا لوجه المخالفة قوله (واذا وقعت فى البئر نجاسة نزحت) قيل نزحت البئر أى ماؤها بحذف المضاف لعدم الالباس لما أن نزح عين البئر غير ممكن وبنزح النجاسة لا يتم جواب المسئلة فتعين ما قلناه والتأنيث باعتبار الاسناد الظاهرى ولان قوله (وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها) دليل على ما قلنا فكان هذا من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال كقولهم جرى النهر كذا فى النهاية وفيه نظر لانه حينئذ لم يكن لاخراج النجاسة ذكر ولا تطهر البئر الا باخراجها وعن هذا ذهب بعض الشارحين الى أن ضمير نزحت للنجاسة وجواب اذا هو المجموع من قوله نزحت الى قوله طهارة لها ويكون تقديره نزحت النجاسة وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها وأقول التركيب الجزل على هذا التقدير أن يقال نزحت النجاسة والماء وكان نزح ما فيها الخ ولو جعلنا نزحت فى الحقيقة مسندا الى ماء حتى يعود (٦٨) المعنى نزحت ما فى البئر ليتناول النجاسة والماء جميعا وكان من باب جرى النهر اندفع ذلك كله وقوله وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها اشارة الى أنه يطهر بمجرد النزح من غير توقف على غسل الاحجار ونقل الاوحال والمراد بالسلف الصحابة ومن بعدهم (ومسائل الآثار مبنية على اتباع الآثار دون القياس) لان القياس أحد الامرين اما ان تطم البئر كلها طما لتنجس الاوحال والجدران واما أن لا تنجس أبدا اذ الماء ينبع من أسفله فكان كالماء الجارى قال محمد رحمه الله تفق رأيى ورأى أبى يوسف أن ماء البئر فى حكم الماء الجارى الا أنا تركنا القياس واتبعنا الآثار

(واذا وقعت فى البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها) باجماع السلف ومسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار دون القياس (فان وقعت فيها بعرة أو بعرتان من بعر الابل أو الغنم لم تفسد الماء) استحسانا والقياس أن تفسده لوقوع النجاسة فى الماء القليل وجه الاستحسان أن آبار الفلوات ليست لها رؤس حاجزة والمواشى تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا

(قوله نزحت) اسناد مجازى أى نزح ماؤها والاولى أن يسند الى النجاسة بناء على أن المراد بها نحو القطرة من البول والخمر والدم لكن نزح تلك القطرة لا يتحقق الا بنزح جميع الماء فكان حكم المسئلة ذلك وبهذا يكون المصنف مستوفيا حكم الواقع من كونه نجاسة أو حيوانا موجبا نزح البعض أو الكل (قوله دون القياس) فان القياس اما أن لا تطهر أصلا كما قال بشر لعدم الامكان لاختلاط النجاسة بالاوحال والجدران والماء ينبع شيأ فشيأ واما أن لا ينجس اسقاطا لحكم النجاسة حيث تعذر الاحتراز أو التطهير كما نقل عن محمد أنه قال اجتمع رأيى ورأى أبى يوسف أن ماء البئر فى حكم الجارى لانه ينبع من أسفله ويؤخذ من أعلاه فلا ينجس كحوض الحمام قلنا وما علينا أن تنزح منها دلاء أخذا بالآثار ومن الطريق أن يكون الانسان فى يد النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم كالاعمى فى يد القائد (قوله وجه الاستحسان) هذا يقتضى الفرق بين آبار الفلوات والامصار فلذا اختلف فيها فبعض المشايخ على أنها تنجس بالبعر وأخواته لانها لا تخلو عن حاجز وبعضهم لا ينجسها اعتبارا لوجه آخر من الاستحسان وهو أن البعر صلب وما عليه من الرطوبة رطوبة الامعاء فلا ينتشر من سقوطه فى الماء نجاسة وعلى هذا ينبغى أن ينجس بالمنكسر قال شيخ الاسلام الصحيح أن الكل والبعض سواء للضرورة

قوله (فان وقعت) اشارة الى ما يجب نزحه من الماء بحسب ما يقع فيها من النجاسة وقوله (وجه الاستحسان) والباقى هو أحد وجهى الاستحسان وهو الضرورة على ما ذكره

﴿ فصل فى البئر ﴾

(قوله فكان هذا من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال) أقول اذا كان الكلام على حذف المضاف لم يكن من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال (قوله وعن هذا ذهب بعض الشارحين) أقول يعنى الاتقانى (قوله ولو جعلنا نزحت فى الحقيقة مسندا الى ما) أقول لفظة ما ليست بمذكورة الا أنه مفهوم من المقام (قوله حتى يعود المعنى نزحت ما فى البئر) أقول وفيه أن الحال فيها لا ينحصر فى الماء والنجاسة فتخصيصهما بالارادة بلا قرينة ظاهرة بعيد وأيضا يأبى الحمل على هذا المعنى فى عبارة الكتاب قوله وكان نزح ما فيها طهارة لها اذ ينبغى حينئذ أن يقال من الماء والنجاسة (قوله فان وقعت اشارة الى ما يجب نزحه من الماء بحسب ما يقع فيها من النجاسة) أقول فيه أنه لا يجب فى البعرة والبعرتين نزح شئ من الماء فكيف يكون هذا القول اشارة الى ما ذكر

ولا فرق على هذا الوجه بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر وروث الفرس والحمار وخثى البقر والجاموس وبعر الابل والغنم لشمولها الضرورة المذكورة في الكتاب لكن يفرق بين آبار الامصار والفلوات فان آبار الامصار لها رؤس حاجزة والوجه الآخر أن البعرة شيء صلب وعلى ظاهرها رطوبة الامعاء لا يتداخل الماء في أجزائها وعلى هذا لا يفرق بين آبار الامصار والفلوات ويفرق بين الصحيح والمنكسر فان المنكسر تتداخله أجزاء النجاسة فتفسده وكذا البعر والروث والخثى لان الروث والخثى لا صلابة لهما فيتداخل الماء في أجزائهما فينجس الماء واذا عرفت هذا فاعلم أن اختلاف أقوال المشايخ في جعل الكل غير مفسد وجعل بعضه مفسدا دون بعض مرجعه الى وجهي الاستحسان وقوله (ولا ضرورة في الكثير) هو أيضا على الوجه الاول وأما على الوجه الثاني فيقتضي عدم التفرقة بين القليل والكثير لان الصلابة والامساك في الجميع موجود وقوله (وهو ما يستكثره الناظر) اشارة الى ما هو المختار عنده في حد الكثرة فان منهم من قال الكثير هو أن يغطي وجه ربع الماء وقيل وجه أكثره وقيل أن لا يخلو لو من بعرة وقال الامام التمرتاشي ذكر البعرتين اشارة الى أن الثلاث كثيرة وانما قال (وعليه الاعتماد) لان أبا حنيفة رحمه الله لا يقدر شيأ بالرأي في مثل هذه المسائل التي تحتاج الى التقدير فكان هذا موافقا لمذهبه فلهذا قال وعليه الاعتماد وقوله (ترمي البعرة ويشرب (٦٩) اللبن) معناه لا ينجس اذا رميت قبل

للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر اليه في المروي عن أبي حنيفة رحمه الله وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثى والبعر لان الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين قالوا ترمي البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين (فان وقع فيها خرء الحمام أو العصفور لا يفسده) خلافا للشافعي رحمه الله له انه استحال الى نتن وفساد فأشبه خرء الدجاج ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن رائحة

والبلوى (قوله وعليه الاعتماد) احترازا مما قيل الكثير ثلاث وقيل أن يأخذ ربع وجه الماء وقيل أكثره وقيل كله وقيل أن لا يخلو لو عن بعرة (قوله ولا فرق الخ) ذكر السرخسي أن الروث والمفتت من البعر مفسد في ظاهر الرواية الا أن عن أبي يوسف أن القليل عفو وهو الاوجه فقوله لا فرق الخ في كل منها خلاف وانما كان الاوجه لان الضرورة تشمل الكل (قوله وفي الشاة تبعر في المحلب قالوا ترمي البعرة) أي من ساعته فلو أخر أو أخذ اللبن لونها لا يجوز لان الضرورة تتحقق في نفس الوقوع لانها تبعر عند الحلب عادة لا فيما وراءه وذلك بمرأى منه وبعر يبعر من حد منع والروث للفرس والحمار من راث يقال من حد نصر والخثى بكسر الخاء واحد الاخثاء للبقر من باب ضرب (قوله ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة) فانه المتساهل في تركه مكشوفا وقال صلى الله عليه وسلم في فأرة ماتت في السمن ان كان جامدا فألقوها وما حولها وان كان مائعا فلا تقربوه (قوله اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد) والعلم بما يكون منها مع ورود الامر بتطهيرها أما الاول فيراد الاجماع العملي فانها

أن يتغير لونه قال شيخ الاسلام في مبسوطه لا ينجس اذا رميت من ساعتها ولم يبق لها لون لمكان الضرورة لان من عادتها أنها تبعر عند الحلب والضرورة أثر في اسقاط حكم النجاسة وقوله (وعن أبي حنيفة انه) أي الاناء بمنزلة البئر في عدم تنجس الاناء بالبعرة والبعرتين قال (فان وقع فيها خرء الحمام أو العصفور) خرء الحمام أو العصفور طاهر عندنا وقال الشافعي انه نجس وهو القياس لانه غذاء استحال الى نتن وفساد فان ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين نوع يحيله الى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس بالاتفاق ونوع يحيله الى صلاح كالبيض واللبن والعسل وهذا من النوع الاول فأشبه خرء الدجاج وهو نجس بالاتفاق واستحسن علماؤنا طهارته بدلالة الاجماع فان الصدر الاول ومن بعدهم أجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد حتى المسجد الحرام مع ورود الامر بتطهيرها بقوله تعالى أن طهرا بيتي الآية وقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسته وأصله حديث أبي أمامة الباهلي أن النبي صلى الله عليه وسلم شكر الحمامة وقال انها أوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله تعالى بأن جعل المساجد مأواها وقوله (واستحالته لا الى نتن) جواب الشافعي ووجهه أن موجب التنجس النتن والفساد والنتن هنا غير موجود وانتفاء الجزء يستلزم انتفاء الكل فان قال الفساد وحده مما يوجبه قلنا منقوض بالمني فانه قد فسد وهو طاهر

(قال المصنف ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثى والبعر) أقول البعر يحترز به عن جميع الخف والتطف واحدتها بهاء خثى البقر والفيل يخثى خثيا رمى بذي بطنه والاسم الخثى بالكسر (قال المصنف له انه استحال) أقول أي تغير عن حاله (قال المصنف الى نتن وفساد) أقول صلة للانتقال المضمن في استحال ولا بد من اعتباره اذ الاستحالة الى الصلاح كاللبن والبيضة لا يوجب التنجس ثم أقول لا يخفى أن المستحيل المنتقل الى الفساد هو الغذاء قبل أن يصير خرأ ففي الكلام توسع

وسائر الاطعمة تفسد بطول المكث ولا تنجس على أنه ان تنجس فيما نحن فيه سقط للضرورة وقوله (فأشبه الحمأة) يعني في النتن دون الفساد وقوله (فان بالت فيها) أي في البئر (شاة) أصل هذه المسئلة أن بول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد وان وقع في الماء القليل لا ينجسه ويجوز الوضوء به الا أن يغلب على الماء فيخرج عن طهوريته نجس عندهما ان وقع منه قطرة في الماء أفسده والكثير الفاحش منه يمنع جواز الصلاة لمحمد حديث العرنيين وقصته ماروى أن قوما من عرينة تصغير عرنة واد بحذاء عرفات سميت بها قبيلة ينسب اليها العرنيون بحذف ياء فعيلة كقولهم الجهنيون أتوا المدينة فاجتووها أي لم يوافقهم فاصفرت ألوانهم وانتفخت بطونهم فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يخرجوا الى ابل الصدقة ويشربوا من أبوالها وألبانها فخرجوا وشربوا فصحوا ثم ارتدوا وقتلوا الرعاة واستاقوا الابل فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في أثرهم قوما فأخذوا فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في شدة الحر حتى ماتوا ووجه الاستدلال انه عليه السلام أمرهم بشرب أبوال الابل ولو كان نجسا لما أمر بذلك لكونه حراما وقد قال عليه السلام ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ولهما (٧٠) قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم أمر باستنزاه البول من غير فصل والامر للوجوب ومما يؤيده ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيع جنازة سعد بن معاذ وكان يمشي على رؤس أصابعه من زحام الملائكة التي حضرت الصلاة عليه فلما وضع في القبر ضغطته الارض ضغطة كادت تختلف أضلاعه فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سببه فقال انه كان لا يستنزه من البول ولم يرد به بول نفسه فان من لا يستنزهه لا تجوز صلاته وانما أراد بول الابل عند معالجتها وقوله (ولانه يستحيل الى النتن) دليل معقول وقد تقدم بيانه وما رواه محمد من حديث أنس فقد ذكر قتادة عن أنس أنه رخص لهم في شرب ألبان الابل ولم يذكر الابوال وأنس وانما ذكره في حديث جيد عن أنس فقد دار بين أن يكون حجة وأن لا يكون فسقط الاستدلال به وقيل انه منسوخ وقد ذكرنا الحديثين في التقرير شرح أصول فخر الاسلام فليطلب ثمة قال المصنف (وتأويل ماروى أنه عليه السلام عرف شفاءهم فيه وحيا) ولا يوجد مثله في زماننا فلا يحل شربه لانه لا يتيقن الشفاء فيه (فلا يعرض عن الحرمة) وأبو يوسف نظر الى القصة فقال يحل للتداوي لا لغيره ومحمد لما طهره لم يبق فرق بينه وبين اللبن فيحل شربه للتداوي وغيره قال (وان ماتت فيها فأرة أو عصفورة) حاصل هذه المسائل أن الحيوان الواقع في البئر لا يخلو من أوجه سبعة اما أن يكون فأرة أو نحوها أو دجاجة أو نحوها أو شاة ونحوها وكل منها اما أن يخرج حيا أو ميتا والميت اما أن يكون منتفخا أو لا فما أخرج حيا لا ينجس في الفصول كلها الا الخنزير لكونه نجس العين والكلب عند من يقول بنجاسة عينه والصحيح عند المصنف أنه ليس بنجس العين كما تقدم وما أخرج ميتا ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الميت فيها فأرة أو عصفورة أو صعوة قال المطرزي الصعو صغار العصافير الواحدة صعوة والسوادنية طويرة طويلة الذنب تأكل العنب والجراد وسام أبرص الكبير من الوزغ ولم ينتفخ

فاشبه الحمأة (فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من أن يكون طهورا) وأصله أن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر العرنيين بشرب أبوال الابل وألبانها ولهما قوله عليه السلام استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه من غير فصل ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتأويل ماروى أنه عليه السلام عرف شفاءهم فيه وحيا ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل شربه للتداوي ولا لغيره لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحل للتداوي للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده قال (وان ماتت فيها فأرة أو عصفورة أو صعوة أو سودانية أو سام أبرص

في المسجد الحرام مقيمة من غير نكير من أحد من العلماء مع العلم بما يكون منها وأما الثاني فقالت عائشة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ببناء المساجد في الدور وأن تنظف وتطيب رواه ابن حبان في صحيحه وأحمد وأبو داود وغيرهم وعن سمرة أنه كتب الى بنيه أما بعد فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأمرنا أن نصنع المساجد في دورنا ونصلح صنعتها ونطهرها رواه أبو داود وسكت عليه ثم المنذري بعده (قوله الا اذا غلب الماء فيخرج من أن يكون طهورا) هذا يقوي ما ذكرناه في حديث لا يبولن أحدكم في الماء الدائم في بحث الماء المستعمل حيث أفاد أن سلب الطهورية يحقق نزح الماء (قوله له أنه عليه الصلاة والسلام أمر العرنيين) عن أنس قال قدم ناس من عكل أو عرينة فاجتووا المدينة فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يخرجوا الى الابل ويشربوا من أبوالها وألبانها وفي رواية متفق عليها أنهم ثمانية وللحديث طول غير هذا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه) أخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة وقال على شرطهما ولا أعرف له علة وقد روى من حديث ابن عباس وأبي هريرة

(قوله لا يخلو من أوجه سبعة) أقول الظاهر أن يقال تسعة

(نزح منها مابين عشرين دلوا الى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها) قيل الصاع كبير ومادونه صغير يعني ينقص عن العشرين في الكبير ويزاد عليه في الصغير وقوله (يعني بعد اخراج الفأرة) يعني أن النزح انما يكون معتبرا اذا كان بعد اخراج الفأرة لان سبب نجاسة البئر حصول الفأرة الميتة فيها فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة لحديث أنس أنه قال في الفأرة ماتت في البئر وأخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة حكمها حكم الفأرة وكذا حكم الفأرتين حكم الواحدة الى الاربع وفي الخمس أربعون الى التسع وفي العشرين نزح ماء البئر كله فيما روى عن أبي يوسف وقوله (والعشرون بطريق الايجاب والثلاثون بطريق الاستحباب) انما ذكر ذلك لان الرواية اختلفت فيه اختلافا كثيرا فورد في بعض الروايات ينزح منها دلاء وفي رواية عشرون وفي رواية ثلاثون وفي رواية أربعون فان بعضهم أوجب عشرين وبعضهم أقل من عشرين وبعضهم أكثر (٧١) من عشرين فأخذ علماؤنا بالعشرين لانه الوسط بين القليل والكثير وكان واجبا لتعينه ومازاد استحبابا وفيه نظر لان هذا المعنى موجود في ثلاثين فلم يتعين عشرون للوجوب والاولى ماقيل ان السنة جاءت في رواية أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الفأرة اذا وقعت في البئر فماتت فيها أنه ينزح منها عشرون دلوا أو ثلاثون هكذا رواه أبو علي الحافظ السمرقندي باسناده وأولا حد الشيئين فكان الاقل ثابتا بيقين وهو معنى الوجوب والاكثر يؤتى به لئلا يترك اللفظ المروي وان كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب وفي الوجه الثاني وهو مايكون الميت فيها حمامة أونحوها كالدجاجة والسنور ينزح منها مابين أربعين الى ستين وكلامه ظاهر وقوله (وهو الاظهر) قيل لان الجامع الصغير آخر المصنفات فيكون القول المذكور فيه هو المرجوع اليه وفي الوجه الثالث وهو مايكون الميت فيها شاة أو آدميا أو كلبا ينزح جميع مافيها وكلامه ظاهر وقوله (ثم المعتبر) تفسير للدلو فانه ذكرها مبهمة فاحتاج الى تفسيرها (وقيل دلو يسع فيها صاع) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة

نزح منها مابين عشرين دلوا الى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها) يعني بعد اخراج الفأرة لحديث أنس رضي الله عنه انه قال في الفأرة اذا ماتت في البئر وأخرجت من ساعتها نزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفأرة في الجثة فأخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلاثون بطريق الاستحباب قال (فان ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها مابين أربعين دلوا الى ستين وفي الجامع الصغير أربعون أو خمسون) وهو الاظهر لما روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البئر نزح منها أربعون دلوا وهذا البيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيها صاع

وأنس وأجودها طريقا حديث أبي هريرة ورواه البزار عن عبادة بن الصامت بلفظ آخر (قوله فان ماتت) يتعلق بهذا الفصل بيان الآثار والفروع وعبارة الكتاب ظاهرة في ذلك فلنشتغل بسرد الآثار وفروع الباب أما الاول فاذكر عن أنس والخدري ذكر مشايخنا غير أن قصور نظرنا أخفاه عنا وقال الشيخ علاء الدين ان الطحاوي رواهما فيمكن كونه في غير شرح الآثار وانما أخرج في شرح الآثار بسنده عن علي قال في بئر وقعت فيها فأرة فماتت ينزح ماؤها وبسنده اليه أيضا اذا سقطت الفأرة أو الدابة في البئر فانزحها حتى يغلبك الماء وبسنده الى ابراهيم النخعي في البئر يقع فيها الجرذ أو السنور فتموت قال يدلو أربعين دلوا وبسنده عنه في فأرة وقعت في بئر قال ينزح منها قدر أربعين دلوا وبسنده عن الشعبي في الطير والسنور ونحوهما يقع في البئر قال ينزح منها أربعون دلوا واسناده صحيح قاله في الامام وبسنده عنه قال يدلى منها سبعون دلوا وبسنده عن عبد الله بن سبرة عن الشعبي قال سألناه عن الدجاجة تقع في البئر فتموت فيها قال ينزح منها سبعون دلوا وبسنده عن حماد بن أبي سليمان قال في دجاجة وقعت في البئر ينزح منها قدر أربعين أو خمسين ثم يتوضأ منها وأما فتوى ابن عباس فرواها الدارقطني عن ابن سيرين أن زنجيا وقع في زمزم يعني مات فأمر به ابن عباس فأخرج وأمر بها أن تنزح قال فغلبتهم عين جاءت من الركن قال فأمر بها فدست بالقباطي والمطارف حتى نزحوها فلما نزحوها انفجرت عليهم وهو مرسل فان ابن سيرين لم ير ابن عباس ورواها ابن أبي شيبة عن هشيم عن منصور عن عطاء وهو سند صحيح ورواها الطحاوي عن صالح بن عبد الرحمن حدثنا سعيد بن منصور

(قوله يعني ينقص عن العشرين في الكبير ويزاد عليه في الصغير) أقول فيلزم أن لا ينزح عشرون أصلا اذ لا يخلو من أن يكون الدلو مقدار الصاع أو دونه ففي الاول ومافوقه ينقص عن العشرين وفيما دونه يزاد عليه فأين العشرون فليتأمل (قال المصنف لحديث أنس رضي الله عنه) أقول دليل على بعض المدعى (قوله فأخذ علماؤنا بالعشرين لانه الوسط بين القليل والكثير وكان واجبا لتعينه) أقول يعني بعد الاخذ وفيه نظر (قوله وفيه نظر لان هذا المعنى موجود في ثلاثين فلم يتعين عشرون للوجوب) أقول وفيه أن العشرين أول الاوساط وأمر الماء مبناه على المسامحة والتخفيف دون التضييق

ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود قال (وان ماتت فيها شاة أو كلب أو آدمي نزح جميع ما فيها من الماء) لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما أفتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم (فان انتفخ الحيوان فيها أو تفسخ

قوله (ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود) وهو نزح المقدار الذي قدره الشرع قال في الاصل اذا وقع في البئر فارة فأخذوا بدلو عظيم يسع عشرين دلوا فاستقوا به مرة واحدة أجزأهم وهو أحب الي لان القطر الذي يعود منه الى البئر أقل وعن الحسن أنه لا يطهر بمرة واحدة لانه بتواتر الدلاء يصير الماء في معنى الجاري وقلنا الماقدر الشرع الدلاء بقدر خاص عرفنا ان المعتبر القدر المنزوح وان معنى الجريان ساقط وذلك يحصل بالدلو العظيم هذا كله اذا لم ينتفخ الحيوان ولم يتفسخ فان انتفخ أو تفسخ فيها نزح جميع ما فيها صغر الحيوان أو كبر لانتشار البلة في أجزاء الماء) وذلك لان عند الانتفاخ والتفسخ ينفصل منه بلة نجسة فكان كالقطرة من الدم أو الخمر ينتشر في الماء ولهذا قال محمد في ذنب الفأرة وقعت في البئر ينزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن نجاسة مائعة بخلاف الفأرة الصحيحة الجسد

حدثنا هشيم حدثنا منصور عن عطاء أن حبشيا وقع في زمزم فمات فأمر عبد الله بن الزبير فنزح ماؤها فجعل الماء لا ينقطع فنظر فاذا عين تجري من قبل الحجر الاسود فقال ابن الزبير حسبكم وهذا أيضا صحيح باعتراف الشيخين به في الامام وما نقل عن ابن عيينة أنا بمكة منذ سبعين سنة لم أر صغيرا ولا كبيرا يعرف حديث الزنجي الذي قالوا انه وقع في زمزم وقول الشافعي لا يعرف هذا عن ابن عباس وكيف يروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم الماء لا ينجسه شئ ويتركه وان كان قد فعل فلنجاسة ظهرت على وجه الماء أو للتنظيف فدفع بان عدم علمهما لا يصلح دليلا في دين الله تعالى ورواية ابن عباس ذلك كعلمك أنت به فكما قلت يتنجس ما دون القلتين لدليل آخر وقع عندك لا يستبعد مثله عن ابن عباس والظاهر من السوق واللفظ القائل مات فأمر بنزحها أنه للموت لا لنجاسة أخرى على أن عندك لا تنزح أيضا للنجاسة ثم انهما بينهما وبين ذلك الحديث قريب من مائة وخمسين سنة فكان اخبار من أدرك الواقعة وأثبتها أولى من عدم علم غيره وقول النووي كيف يصل هذا الخبر الى أهل الكوفة ويجهله أهل مكة استبعاد بعد وضوح الطريق ومعارض بقول الشافعي لاحد أنتم أعلم بالاخبار الصحيحة منا فاذا كان خبر صحيح فاعلموني حتى أذهب اليه كوفيا كان أو بصريا أو شاميا فهلا قال كيف يصل هذا الى أولئك ويجهله أهل الحرمين وهذا لان الصحابة انتشرت في البلاد خصوصا العراق قال البجلي في تاريخه نزل الكوفة ألف وخمسمائة من الصحابة ونزل قرقيسا ستمائة وأما الثاني فظاهر من الكتاب واذا لم يوجد في البئر القدر الواجب نزح ما فيها فاذا جاء الماء بعده لا ينزح منه شئ آخر وعن أبي يوسف أن الاربع كفارة واحدة والخمس كالدجاجة الى تسع والعشر كالشاة وعن محمد الفأرتان اذا كانتا كهيئة الدجاجة ينزح أربعون وفي الهرتين ينزح مأؤها كله والهرة مع الفأرة كالهرة كذا في التجنيس ولو كانت الفأرة مجروحة نزح الكل للدم ولا يفيد النزح قبل الاخراج ولو صب منها دلو في بئر طاهرة نزح المصبوب وقدر ما بقي بعد ذلك الدلو من الثانية في رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قدر الباقي فقط والاصح الاول فعلى هذا الوصب الدلو الاخير في أخرى طاهرة ينزح منها دلو فقط على القولين ولو صب ماء بئر نجسة في بئر أخرى وهي نجسة أيضا ينظر بين المصبوب وبين الواجب فيهما فايهما كان أكثر أغنى عن الاقل فان استويا فنزح أحدهما يكفي مثاله بئران ماتت في كل منهما فأرة فنزح من احداهما عشرة مثلا وصب في الاخرى ينزح عشرون ولو صب دلو واحد فكذلك ولو ماتت فأرة في بئر ثالثة فصب فيها من احدى البئرين عشرون ومن الاخرى عشرة ينزح ثلاثون ولو صب فيها من كل عشرون نزح أربعون وينبغي أن ينزح المصبوب ثم الواجب فيها على رواية أبي حفص هذا كله في الفتاوى وفي التجنيس ما يخالف هذا عن أبي يوسف أنه قال في بئرين مات في كل منهما سنور فنزح من احداهما دلو وصب في الاخرى ينزح مأؤها كله لانه أخذ حكم النجاسة وكذا لو أصاب ثوبا يجب غسله فصار كما اذا وقعت فيه نجاسة أخرى اه وهذا انما يظهر وجهه في المسئلة السابقة وهي ما اذا كان المصبوب فيها طاهرة أما اذا كانت نجسة فلا لان أثر نجاسة هذا الدلو انما يظهر فيما اذا ورد على طاهر وقد ورد هنا على نجس فلا يظهر أثر نجاسته فتبقى الموروده على ما كانت فتطهر باخراج القدر الواجب وجه دفعه عن السابقة ما في المبسوط من أنا نتيقن انه ليس في هذا البئر الا نجاسة فأرة ونجاسة الفأرة يطهرها عشرون دلوا ولو نزح بعض الواجب ثم ذهب وجاء في اليوم الثاني ينزح ما بقي ليس غير على المختار

وقوله (وان كانت البئر معينا) يجوز أن تكون الميم زائدة من عنت أي بلغت العيون ويجوز أن تكون أصلية من معنت الارض أي رويت وماء معين أي جار وأن يكون فعيلا فكان ينبغي أن يقال معينة لان البئر مؤنثة وانما ذكرها حملا على اللفظ أو توهم أنه فعيل بمعنى مفعول وقوله (لايمكن نزحها) صفة وقوله (أخرجوا) جواب المسئلة وقوله (مقدار ما كان فيها من الماء) اشارة الى أن الاعتبار للماء الذي كان زمن وقوع النجاسة وقوله (فينزح لكل قدر منها عشر دلاء) حتى اذا كان طول الماء عشر قبضات فانتقص لعشر دلاء قبضة واحدة يعلم أن كل الماء مائة دلو فينزح تسعون دلوا أخرى وقوله (بنى جوابه على ماشاهده في بلده) لان بلده بغداد وغالب مياه آبار بغداد لاتزيد على ثلثمائة دلو وقوله (ولم يقدر الغلبة بشئ) لانها متفاوتة والنزح الى أن يظهر العجز أمر صحيح في الشرع لان الطاعة بحسب الطاقة وقوله (كما هو دأبه) أي عادته فان عادته أن يفوض مثل هذا الى رأي المبتلى به كما تقدم من قوله هو مما يستكثره الناظر وكما في حبس الغريم وحد التقادم وقوله (وهذا أشبه بالفقه) أي بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة لان الاخذ بقول الغير هو المرجع فيما لم يشتهر من الشرع فيه تقدير قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لاتعلمون كما في جزاء الصيد حيث قال يحكم به ذوا عدل منكم والشهادة حيث قال وأشهدوا ذوي عدل منكم وشرط البصارة لهما في أمر الماء لان الاحكام انما تستفاد ممن له علم بها اليد خلا تحت أهل الذكر وهذا القول أي الاخذ بقول رجلين مروي عن أبي نصر محمد بن سلام

نزح جميع ما فيها صغرا لحيوان أو كبر) لانتشار البلة في أجزاء الماء قال (وان كانت البئر معينا لايمكن نزحها أخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء) وطريق معرفته أن تحفر حفرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها الى أن تمتلئ أو ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها عشر دلاء مثلا ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذا عن أبي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله نزح مائتا دلو الى ثلثمائة فكأنه بنى قوله على ماشاهده في بلده وعن أبي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشئ كما هو دأبه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في أمر الماء وهذا أشبه بالفقه

ولو غار الماء قبل النزح ثم عاد لايعود نجسا وفي النوازل يعود نجسا لانه لم يوجد المطهر وفي المجرد جعل الاول قول محمد وقول أبي يوسف لاتطهر ما لم تنزح واذا انفصل الدلو الاخير عن الماء حكم بطهارتها عند محمد وان كان يتقاطر في البئر وعندهما لاتطهر ما لم ينفصل من رأس البئر فلو استقى منه قبله فغسل به ثوب نجسه عندهما خلافا له ثم بطهارة البئر يطهر الدلو والرشاء والبكرة ونواحي البئر واليد لان نجاسة هذه الاشياء بنجاسة البئر فتطهر بطهارتها روى ذلك عن أبي يوسف ومثله عروة الابريق اذا كان في يده نجاسة رطبة فجعل يده عليها كلما صب على اليد فاذا غسل اليد ثلاثا طهرت العروة بطهارة اليد ويد المستنجي تطهر بطهارة المحل ودن الخمر اذا تخللت وقيل الدلو طاهرة في حق هذه البئر لا غيرها كدم الشهيد طاهر في حق نفسه فقط ولا يجب نزح الطين في شئ من الصور لان الآثار انما وردت بنزح الماء (قوله نزح جميع ما فيها) هذا اذا مات والحاصل أن المخرج حيا ان كان نجس العين أو في بدنه نجاسة معلومة نزحت كلها وانما قلنا معلومة لانهم قالوا في البقر ونحوه يخرج حيا لايجب نزح شئ وان كان الظاهر اشتمال بولها على أفخاذها لكن يحتمل طهارتها بان سقطت عقيب دخولها ماء كثيرا هذا مع الاصل وهو الطهارة تظافرا على عدم النزح والله سبحانه أعلم وقيل ينزح من الشاة كلها والقواعد تنبو عنه مالم يعلم يقينا نجسها كما قلنا وان كان نجس السؤر فقط أو مكروهه أو مشكوكه فان لم يدخل فاه الماء فلا بأس وان أدخله نزح الكل في النجس وكذا تظافر كلامهم في المشكوك وهو بناسب ما تقدم أول الفصل من قوله الا اذا غلب على الماء فيخرج من أن يكون طهورا والمشكوك غير محكوم بطهوريته فينزح كله بخلاف المكروه فانه غير مسلوب الطهورية فلذا انما استحبوا فيه أن ينزح عشر دلاء وقيل عشرون احتياطا هذا ولكن المصنف في التجنيس قال في المشكوك وجب نزح الكل لانه حكم بنجاسته احتياطا ثم ذكر بعد قريب ورقتين أن لعابها يفسد الماء قال ومعنى الفساد أنه لايبقى طهورا لان الاشكال في الطهورية قال وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أن الماء يتنجس بوقوع عرق الحمار قال وقد ذكرنا في مسائل ما يشير الى هذه الرواية لكنه خلاف ظاهر الرواية اه وقال قاضيخان في فتاواه في الكلب يقع في البئر تنزح كلها وان لم يصب فمه الماء وعلله بعلتين نجاسة عينه ولان مأواه في النجاسات ثم قال وسائر السباع بمنزلة الكلب وقد يشكل على مثل البقرة ولو وقع عظم عليه دسومة أو لحم نزح الكل وقالوا لو تلطخ عظم بنجاسة فوقع وتعذر اخراجه تطهر البئر بالنزح

(قوله وانما ذكرها حملا على اللفظ أو توهم أنه فعيل بمعنى مفعول) أقول قوله أو توهم معطوف على قوله على اللفظ (قال المصنف وهذا أشبه بالفقه) أقول ولذلك قدم السؤال على التحري عند اشتباه القبلة

قال (وان وجدوا في البئر فأرة أو غيرها) كلامه ظاهر وقوله (لان اليقين لا يزول بالشك) بيانه أن الماء كان طاهرا بيقين ووقع الشك في نجاسته فيما مضى واليقين لا يزول بالشك فلا يحكم بالنجاسة الا زمان التيقن بوقوع النجس لان اليقين يزول بيقين مثله وهذا هو القياس كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى أصابته فانه لا يلزمه اعادة شئ من الصلوات ولابي حنيفة أن لموت الحيوان في البئر سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء وهو ظاهر وكل ماله سبب ظاهر يحال عليه كمن جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحال بموته على الجراحة لانه هو السبب الظاهر وكبيت التوت في عنقه حية فانه يحال بموته على نهشها وان احتمل أن يكون الموت بغير الجرح والنهش لان الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر الا أن الانتفاخ دليل تقادم العهد وأدنى حد التقادم في ذلك ثلاثة أيام ألا يرى أن من دفن بلا

صلاة يصلى على قبره الى ثلاثة أيام ولا يصلى عليه بعد ذلك لانه يتفسخ في هذه المدة فيقدر بالثلاث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم لان أقل المقادير في باب الصلاة يوم وليلة فان ما دونه ساعات لا يمكن ضبطها (وأما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى الخ) ظاهر

قال (وان وجدوا في البئر فأرة أو غيرها ولا يدري متى وقعت ولم تنتفخ ولم تتفسخ أعادوا صلاة يوم وليلة اذا كانوا توضؤا منها واغسلوا كل شئ أصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت أو تفسخت أعادوا صلاة ثلاثة أيام ولياليها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليهم اعادة شئ حتى يتحققوا متى وقعت) لان اليقين لا يزول بالشك وصار كمن رأى في ثوبه نجاسة ولا يدري متى أصابته ولابي حنيفة رحمه الله أن للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا أن الانتفاخ والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلاث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها وأما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى هي على الخلاف فيقدر بالثلاث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان

﴿فصل في الاسآر وغيرها﴾

(وعرق كل شئ معتبر بسؤره)

﴿فصل في الاسآر وغيرها﴾

لما فرغ من بيان فساد الماء وعدمه باعتبار وقوع نفس الحيوانات فيه ذكرهما باعتبار ما يتولد منها وهو السؤر وهو بقية الماء التي يبقيها الشارب في الاناء ثم عم استعماله فيه وفي الطعام والجمع الاسآر وهي أربعة عندنا طاهر كسؤر الآدمي ومايؤكل لحمه ومكروه كسؤر الهرة ونجس كسؤر الخنزير وسباع البهائم ومشكوك فيه كسؤر البغل والحمار قال (وعرق كل شئ معتبر بسؤره)

ويجعل ذلك غسلا للعظم ولو سال النجس على الآجر ثم وصل الى الماء فنزحها طهارة للكل (فرع) البعد بين البالوعة والبئر المانع من وصول النجاسة الى البئر خمسة أذرع في رواية أبي سليمان وفي رواية أبي حفص سبعة وقال الحلواني المعتبر الطعم أو اللون أو الريح فان لم يتغير جاز والا لا ولو كان عشرة أذرع (قوله لان للموت سببا ظاهرا) يعني أن الاحالة على السبب الظاهر واجب عند خفاء المسبب والكون في الماء قد تحقق وهو سبب ظاهر للموت والموت فيه في نفس الامر قد يخفى فيجب اعتبار أنه مات فيه احالة على السبب الظاهر عند خفاء المسبب غير أن الانتفاخ الخ وباقي الفصل ظاهر حكما ودليلا * فرع نزح ماء بئر رجل فيبست لا شئ عليه لان صاحب البئر لا يملك ماءها ولو كان هذا في حب رجل لزمه ماؤه له لملكه له ولو نجست بئرا فأجرى ماؤها بأن حفر لها منفذ فصار الماء يخرج منه حتى خرج بعضه طهرت لوجود سبب الطهارة وهو جريان الماء وصار كالحوض اذا تنجس فأجري فيه الماء حتى خرج بعضه وقد ذكرناه

﴿فصل في الاسآر وغيرها﴾

(قوله وعرق كل شئ الخ) الانسب عكسه لان الفصل معقود للسؤر لكن لما كان المقصود بيان حكم المخالط له من المائعات وذلك في اللعاب اذ هو الذي تكثر مخالطته لها بخلاف العرق قال ذلك ليقع

قيل كان الواجب أن يقول وسؤر كل شئ معتبر بعرقه لان الكلام في السؤر لا في العرق وليس بصحيح لان المصنف السؤر أراد أن يبين في ضمن الاسآر العرق فلو قال وسؤر كل شئ معتبر بعرقه لوجب أن يقول بعده عرق الآدمي كذا وعرق الكلب كذا وعرق الخنزير كذا وكان الفصل اذ ذاك للعرق لا للسؤر ولا ينتقض بسؤر الحمار فانه مشكوك وعرقه طاهر لان الشك في طهوريته لا في طهارته

(قال المصنف وان وجدوا في البئر فأرة) أقول أي ميتة (قال المصنف أو غيرها) أقول من الحيوانات التي ينجس الماء بموتها فيه (قال المصنف حتى يتحققوا متى وقعت) اقول يعني من الازمنة السابقة التي توضؤا بعدها من البئر وصلوا

﴿فصل في الاسآر وغيرها﴾

(قال المصنف وعرق كل شئ معتبر بسؤره) أقول أي في الطهارة لا في الطهورية

وقوله (لانهما) أي اللعاب والعرق أضمر على اللعاب وان لم يذكره لان السؤر هو ما خالطه اللعاب فكان ذكر السؤر ذكرا له وقوله (وسؤر الآدمي ومايؤكل لحمه) كالابل والبقر والغنم ونحوها (طاهر) قيل يعني بغير كراهة لئلا يدخل فيه سؤر الدجاجة المخلاة فانه مأكول اللحم وسؤره مكروه كما سيأتي وليس بشئ لان مأكول اللحم طاهر السؤر فلا مانع من الدخول فيه وقوله (لان المختلط به اللعاب) واضح وقوله (ويدخل في هذا الجواب الجنب) لكونه آدميا والجنابة لا أثر لها في ذلك لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لقي حذيفة فمد يده ليصافحه فقبض يده وقال اني جنب فقال عليه السلام المؤمن لا ينجس وبهذا يسقط ما قيل ينبغي أن يكون سؤر الجنب نجسا على قول أبي يوسف لوجود سقوط الفرض عن فمه بشعره لانه تعليل في مقابلة النص على أنه في مكان الضرورة فيسقط حكم النجاسة كسقوطه عند ادخال اليد الاناء والحائض لما روى أن عائشة رضي الله عنها شربت من اناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمه على موضع فمها وشرب والكافر لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين ولو كان عين المشرك نجسا لما فعل ذلك ولا يعارض بقوله تعالى انما المشركون نجس لان المراد به النجس في الاعتقاد وقوله (وسؤر الكلب نجس) ظاهر وقوله (فاذا تنجس الاناء فالماء أولى) يشير الى أنه ثابت بالدلالة فان الاجماع لما انعقد على وجوب غسل الاناء بولوغه ولسانه لم يلاقه وانما لاقى الماء كان دليلا على تنجس ما يلاقيه بطريق الاولى قيل يجوز أن يكون المراد بولوغ الكلب في الاناء لحسه فيكون لسانه ملاقيا للاناء فلا يتم الاستدلال بالاولوية وأجيب بان الولوغ حقيقة في شرب الكلب وأشباهه من المائعات بطرف لسانه والكلام للحقيقة اذا لم يصرفه عنها قرينة (قوله وهذا) أي هذا الحديث (يفيد النجاسة) نفي لقول مالك والعدد نفي لقول الشافعي في اشتراط السبع

لانهما يتولدان من لحمه فأخذ أحدهما حكم صاحبه قال (وسؤر الآدمي ومايؤكل لحمه طاهر) لان المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر فيكون طاهرا ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر (وسؤر الكلب نجس) ويغسل الاناء من ولوغه ثلاثا لقوله عليه السلام يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما تنجس الاناء فالماء أولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط السبع

السؤر أخيرا فيتصل به تفصيل ما خالطه (قوله لانهما يتولدان) المتولد اللعاب لا السؤر فأطلق السؤر على اللعاب للمجاورة اذ السؤر ما يفضله الشارب وهو يجاور اللعاب (قوله والكافر ما لم يشرب خمرا) ثم يشرب من ساعته أما لو مكث قدر ما يغسل فمه بلعابه ثم شرب لا ينجس ويسقط اعتبار الصب عند أبي يوسف ونظيره لو أصاب عضوه نجاسة فلحسها حتى لم يبق أثرها أو قاء الصغير على ثدي أمه ثم مصه حتى زال الاثر طهر لا يقال ينبغي أن ينجس سؤر الجنب والحائض على القول بنجاسة المستعمل لان ما يلاقي الماء من فمه مشروب سلمناه لكنه لحاجة فلا يستعمل به كادخاله يده في الحب لاخراج كوزه على ما قدمناه في المياه (قوله ويغسل الاناء من ولوغه ثلاثا لقوله صلى الله عليه وسلم) روى الدارقطني عن الاعرج عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم في الكلب يلغ في الاناء يغسل ثلاثا أو خمسا أو سبعا قال تفرد به عبد الوهاب عن اسمعيل وهو متروك وغيره يرويه عن اسمعيل بهذا الاسناد فاغسلوه سبعا ثم رواه بسند صحيح عن عطاء موقوفا على أبي هريرة انه كان اذا ولغ الكلب في الاناء أهراقه ثم غسله ثلاث مرات ورواه مرفوعا ابن عدي في الكامل بسند فيه الحسين بن علي الكرابيسي ولفظه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فليهرقه وليغسله ثلاث مرات وقال لم يرفعه غير الكرابيسي والكرابيسي لم أجد له حديثا منكرا غير هذا وقال لم أر به بأسا في الحديث انتهى فلقائل أن يقول الحكم بالضعف والصحة انما هو في الظاهر أما في نفس الامر فيجوز صحة ما حكم بضعفه ظاهرا وثبوت كون مذهب أبي هريرة ذلك قرينة تفيد أن هذا مما أجاده الراوي المضعف وحينئذ فيعارض حديث السبع ويقدم عليه لان مع حديث السبع دلالة التقدم للعلم بما كان من التشديد في أمر الكلاب أول الامر حتى أمر بقتلها والتشديد في سؤرها يناسب كونه اذ ذاك وقد ثبت نسخ ذلك فاذا عارض قرينه معارض

(قوله وليس بشئ لان مأكول اللحم طاهر السؤر فلا مانع من الدخول فيه) أقول ايرادها ثانيا مع بيان كراهة سؤرها دليل على عدم دخولها هنا (قوله وبهذا يسقط ما قيل ينبغي أن يكون سؤر الجنب نجسا على قول أبي يوسف لوجود سقوط الفرض عن فمه بشعره) أقول يمكن أن يجاب عنه بأن ما يلاقي الماء من فمه ويسقط به الفرض مشروب فلا يلزم نجاسته (قوله لانه تعليل في مقابلة النص) أقول في هذا الجواب نظر لان هذا التعليل لا يمانع النص فان ما يفيده النص انتفاء النجاسة الحقيقية وما يفيده التعليل نجاسة ما أزال عنه النجاسة الحكمية على ما هو مذهبه فتأمل فان التعويل على الجواب الذي ذكرنا (قوله قيل يجوز أن يكون المراد بولوغ الكلب الاناء لحسه الخ) أقول منع لا يضر في ثبوت المدعى لانه اذا نجس الاناء نجس الماء (قال المصنف وهو حجة على الشافعي) أقول الاحسن أن يقال فهو بالفاء

وقوله (ولان مايصيبه بوله يطهر بالثلاث) أى بالاتفاق وقوله (فما يصيبه سؤره وهو دونه) لان مالكا يقول بطهارة سؤره ولم يقل أحد بطهارة بوله فاذا طهر بوله بالثلاث فلان يطهر سؤره (أولى) قيل فيه نظر لان عند الشافعى بوله ودمه وسائر ما هو منه نجس لا يطهر الا بالغسل سبعا ذكره فى التهذيب ويجوز أن يكون ثم عنه رواية اطلع عليها أصحابنا فيكون الالزام عليها وقوله (والامر الوارد بالسبع) جواب عما يستدل به الشافعى مما روى عبد الله بن مغفل أنه عليه السلام قال اذا ولغ الكلب فى اناء أحدكم فاغسلوه سبعا وعفروه الثامنة بالتراب بانه محمول على الابتداء منعا لهم من الاقتناء على ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من اقتنى كلبا الا لماشية أو صيد نقص من أجره كل يوم قيراط والدليل عليه أنه قال وعفروه (٧٦) الثامنة بالتراب والتعفير ليس بواجب بالاتفاق فان قيل يجوز أن يكون المراد بغسل الاناء التعبد لازالة النجاسة أجيب بانه لو كان كذلك لوجب غسل غير موضع النجاسة كما فى الحديث والواجب ههنا غسل موضع الاصابة بالاجماع فكان الغسل لازالة النجاسة لا للتعبد (وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين) فكان لحمه نجسا واللعاب يتولد منه (وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعى فيما سوى الكلب والخنزير) لما مر فى سؤر الخنزير واستدل الشافعى بما روى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل فقيل أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال نعم وبما أفضلت السباع كلها والجواب أنه مرسل لا يصح به الاحتجاج به لان رواية داود بن حصين عن جابر وداود بن حصين لم يلق جابرا كذا قاله الجصاص ولئن صح فتأويله أن المراد به الحمر الوحشية وسباع الطير أو المراد به الماء الكثير أو هو محمول على ما قبل تحريمها توفيقا بين الادلة ولم يذكر محمد أنه نجاسة غليظة أو خفيفة وروى عن أبى حنيفة أنه نجاسة غليظة وعن أبى يوسف انه كبول ما يؤكل لحمه لان الناس اختلفوا فى سؤر ما لا يؤكل لحمه من السباع كما اختلفوا فى بول ما يؤكل لحمه فأوجب اختلافهم تخفيفا ههنا كما أوجب هناك (وسؤر الهرة طاهر مكروه وقال أبو يوسف غير مكروه وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصغى للهرة الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به) وقال كيف أكره مع هذا الحديث

ولان مايصيبه بوله يطهر بالثلاث فما يصيبه سؤره وهو دونه أولى والامر الوارد بالسبع محمول على ابتداء الاسلام (وسؤر الخنزير نجس) لانه نجس العين على ما مر (وسؤر سباع البهائم نجس) خلافا للشافعى رحمه الله فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر فى الباب (وسؤر الهرة طاهر مكروه) وعن أبى يوسف أنه غير مكروه لان النبى عليه السلام كان يصغى لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به

كان التقدمة له وهذا قول المصنف والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء ولو طرحنا الحديث بالكلية كان فى عمل أبى هريرة على خلاف حديث السبع وهو راويه كفاية لاستحالة أن يترك القطعى للرأى منه وهذا لان ظنية خبر الواحد انما هو بالنسبة الى غير راويه فاما بالنسبة الى راويه الذى سمعه من فى النبى صلى الله عليه وسلم فقطعى حتى ينسخ به الكتاب اذا كان قطعى الدلالة فى معناه فلزم أنه لا يتركه الا لقطعه بالناسخ اذ القطعى لا يترك الا لقطعى فبطل تجويزهم تركه بناء على ثبوت ناسخ فى اجتهاده المحتمل للخطا واذا علمت ذلك كان تركه بمنزلة روايته للناسخ بلا شبهة فيكون الآخر منسوخا بالضرورة (قوله لان لحمها نجس) هذه فى حيز المنع عند الشافعى لان حرمة لحمها عنده ليس لنجاستها بل كى لا تتعدى خبث طباعها الى الانسان قلنا الظاهر من الحرمة مع كونه صالحا للغذاء غير مستقذر طبعا كونه للنجاسة وخبث طباعها لا ينافيه بل ذلك يصلح مثيرا لحكم النجاسة فليكن المثير لها فيما معها ترتيبا على الوصف الصالح للعلية مقتضاه ومن الوجوه الالزامية حديث القلتين فانه صلى الله عليه وسلم قال اذا بلغ الماء قلتين يحمل خبثا جوابا للسؤال عن الماء يكون بالفلاة وما تنوبه من السباع اعطاء لحكم هذا الماء الذى ترده السباع وغيره فان الجواب لابد أن يطابق أو يزيد فيندرج فيه المسؤل عنه وغيره وقد قال بمفهوم شرطه فينجس ما دون القلتين وان لم يتغير وحقيقة مفهوم شرطه أنه اذا لم يبلغهما يتنجس من ورود السباع وبهذا يحمل حديث جابر أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال نعم وبما أفضلت السباع كلها وحديث سئل عن الحياض التى بين مكة والمدينة فقيل ان الكلاب والسباع ترد عليها فقال لها ما أخذت فى بطونها وما بقى شراب وطهور على الماء الكثير أو على ما قبل تحريم لحوم السباع على أن الثانى معلول بعبد الرحمن بن زيد بن أسلم أخرجه ابن ماجه والاول أخرجه الدارقطنى وفيه داود بن الحصين ضعفه ابن حبان لكن روى عنه مالك (قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يصغى لها الاناء) روى الدارقطنى وابن ماجه من حديث حارثة عن عمرة عن عائشة قالت كنت أتوضأ أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى اناء

(قال المصنف ولان مايصيبه بوله يطهر بالثلاث) أقول عطف على قوله وهو حجة على الشافعى من حيث المعنى (قال المصنف وهو دونه أولى) أقول وله أن يقول السبع تعبدى فلا يتعدى (قوله أجيب بأنه لو كان كذلك الى قوله لازالة النجاسة لا للتعبد) أقول هو يقول التعبدى هو عدد السبع كما فى الاقتصار على الاربعة فى الوضوء

(ولهما قوله صلى الله عليه وسلم الهرة سبع والمراد به بيان الفقه دون الخلقة والصورة) لانه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الشرائع فان قيل فكان الواجب القول بنجاسته أجاب (بقوله الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة) وقوله لعلة الطوف يجوز أن يكون اشارة الى الضرورة فان حكم النجاسة يسقط بها كما مر غير مرة ويجوز أن يكون اشارة الى ماروى عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت تصلى وفى بيتها قصعة من هريسة فجاءت هرة وأكلت منها فلما فرغت من صلاتها دعت جارات لها فكن يتحامين من موضع فمها فقربت يدها وأخذت موضع فمها وأكلت وقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الهرة ليست بنجسة انما هى من الطوافين والطوافات عليكم فالكن لانا كلن فان قيل حديث أبى هريرة يدل على النجاسة فهو محرم فهلا ترجح فالجواب أن حديث أبى هريرة مؤول دون حديث عائشة فيقوى حديث عائشة بقوة حالها وقوة دلالته تعارض المحرم وحمل ماروا أبو يوسف من اصغاء الاناء لها على ماقبل التحريم وقوله (ثم قيل كراهته لحرمة اللحم) هو قول الطحاوى وهو يدل على أنه الى التحريم أقرب (وقيل لعدم تحاميها النجاسة) لانها تتناول الجيف وهو قول الكرخى وهو يدل على ان كراهته كراهة تنزيه قيل وهو الاصح والاقرب الى موافقة الأثر وقوله (ولو أكلت) يعنى الهرة ظاهر

ولهما قوله عليه السلام الهرة سبع والمراد بيان الحكم دون الخلقة والصورة الا أنه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة ومارواه محمول على ماقبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب من التحريم ولو أكلت فأرة ثم شربت على فوره الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها

اناء واحد قد أصابت منه الهرة قبل ذلك قال الدارقطنى وحارثة لا بأس به ورواه الدارقطنى بلفظ الكتاب من طريقين فى احداهما أبو يوسف القاضى وضعفها بعبد ربه بن سعيد المقبرى وضعف الثانية بالواقدى وقال فى الامام جمع شيخنا أبو الفتح الحافظ فى أول كتابه المغازى والسير من ضعفه ومن وثقه ورجح توثيقه وذكر الاجوبة عما قيل فيه وعن كبشة بنت كعب بن مالك وكانت تحت ابن أبى قتادة دخل عليها فسكبت له وضوأ فجاءت هرة تشرب منه فأصغى لها الاناء حتى شربت قالت كبشة فرآنى أنظر اليه فقال أتعجبين يا ابنة أخى فقلت نعم فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ليست بنجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات رواه الاربعة وقال الترمذى حديث حسن صحيح (قوله قوله عليه الصلاة والسلام الهرة سبع) رواه الحاكم عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السنور سبع وصححه ورواه الدارقطنى عن أبى هريرة بقصة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأتى دار قوم من الانصار دونهم دار فشق ذلك عليهم فقالوا يا رسول الله تأتى دار فلان ولا تأتى دارنا فقال لان فى داركم كلبا قالوا فان فى دارهم سنورا فقال صلى الله عليه وسلم السنور سبع وفى السندين عيسى بن المسيب صححه الحاكم بناء على توثيقه قال ابن حزم قط وليس كذلك فالحاصل أنه مختلف فيه وعلى كل حال فليس للمطلوب النزاعى حاجة الى هذا الحديث لان النزاع ليس فى النجاسة لاتفاق على سقوطها بعلة الطواف المنصوصة فى قوله انها من الطوافين عليكم والطوافات يعنى أنها تدخل المضايق ولازمه شدة المخالطة بحيث يتعذر معه صون الاوانى منها بل النفس والضرورة اللازمة من ذلك أسقطت النجاسة كما انه سبحانه وتعالى أوجب الاستئذان وأسقطه عن المملوكين والذين لم يبلغوا الحلم أى عن أهلهم فى تمكينهم من الدخول فى غير الاوقات الثلاثة بغير اذن للطوف المفاد بقوله تعالى عقيبه طوافون عليكم بعضكم على بعض انما الكلام بعد هذا فى ثبوت الكراهة فان كانت كراهة تحريم كما قاله البعض لم ينهض به وجه فاذا قال سقطت النجاسة فبقيت كراهة التحريم منعت الملازمة اذ سقوط وصف أو حكم شرعى لا يقتضى ثبوت آخر الا بدليل كما قلنا فى نسخ الوجوب لا ينفى عنه صفة الاباحة الشرعية حتى يخصها دليل والحاصل أن اثبات كل حكم شرعى يستدعى دليلا فاثبات كراهة التحريم والحالة هذه بغير دليل بل سياق حديث أبى هريرة المذكور يقتضى طهارتها وطهارة السباع فانه صلى الله عليه وسلم ذكره عذرا فى زيارة أصحاب الهرة دون أصحاب الكلب الا أن يقال ان تعليله عدم الدخول بوجود الكلب لانه لا تدخل الملائكة بيتا هو فيه بخلاف السباع وان كانت كراهة تنزيه وهو الاصح كفى فيه أنها لا تتحامى النجاسة فيكره كما يكره غمس الصغير يده فيه وأصله كراهة غمس اليد فى الاناء للمستيقظ قبل غسلها نهى عنه فى حديث المستيقظ لتوهم النجاسة فهذا أصل صحيح منتهض يتم به المطلوب من غير حاجة الى الحديث المذكور ويحمل اصغاؤه صلى الله عليه وسلم الاناء على زوال ذلك التوهم بان كانت بمرأى منه فى زمان يمكن فيه غسلها فمها بلعابها وأما على قول محمد فيمكن كونه بمشاهدة شربها من ماء كثير أو مشاهدة قدومها عن غيبة يجوز معها ذلك فيعارض هذا التجويز تجويزا كلها

(قال المصنف الا اذا مكثت) أقول استثناء منقطع

وقوله (والاستثناء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف) يعني قوله الا اذا مكثت ساعة لغسل فمها بلعابها لانهما يجوزان ازالة النجاسة بالمائعات الطاهرة ولكن الصب شرط عند أبي يوسف للتطهير في العضو وسقط ههنا للضرورة قال (وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه) المخلاة هي الحائلة في عذرات الناس والمحبوسة على خلافها والمحبوسة على وجهين أحدهما أن تكون محبوسة في بيت نفسها والثاني أن تكون محبوسة للتسمين ويكون رأسها وأكلها وشربها خارج البيت والاولى تحول في عذرات نفسها دون الثانية وانما قيد بقوله (بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها) اشارة الى الوجه الثاني فانها اذا كانت كذلك وقع الامن عن مخالطة النجاسة بخلاف غيرها وقوله (وكذا سؤر سباع الطير) معطوف على قوله وسؤر الدجاجة المخلاة ليكون داخلا في حكم الكراهة وفي القياس نجس اعتبارا بسباع الوحش وجه الاستحسان أنها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف سباع البهائم فانها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها واستدل المصنف على كراهته بما تشبه به المخلاة وهو أكل الميتات الحاقا لها بها (وعن أبي يوسف انها) أي سباع الطير (اذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه (٧٨) الرواية) قال الفقيه أبو الليث روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال ان كان هذا الطير لا يتناول الميتة كالبازي الاهلي ونحو ذلك فلا يكره الوضوء منه (قوله وسؤر ما يسكن البيوت) ظاهر وقوله (والتنبيه على العلة في الهرة) قيل معناه وبقي التنبيه على العلة التي كانت في الهرة وقيل هو جواب سؤال مقدر تقديره ماذا الذي دلكم على كون الطوف علة لسقوط النجاسة ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم علل لسقوط النجاسة عن سؤر الهرة بعلة الطوف بقوله عليه الصلاة والسلام انها من الطوافين عليكم والطوافات دفعا للحرج وقد وجد الطوف في سواكن البيوت أزيد منه في الهرة فان ثلمة البيت اذا سدت لا يمكن أن تدخل الهرة فيه وأما سواكن البيوت كالحية والفأرة فانه لا يمكن منعها عن الطوف فكان تنبيها على سقوط النجاسة فيها بطريق الاولى وكان العلامة الكردري يقول الله تعالى علل لسقوط وجوب الاستئذان بعلة الطوف بقوله تعالى ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض واستدل النبي صلى الله عليه وسلم في سؤر الهرة بتعليل الله تعالى فيه على سقوط النجاسة ثم استدل أبو حنيفة رحمه الله بتعليله عليه الصلاة والسلام في سؤر الهرة على سقوط نجاسة سؤر سواكن البيوت لعلة الطوف قوله (وسؤر البغل والحمار مشكوك فيه) هذه عبارة أكثر المشايخ وأبو طاهر الدباس أنكر أن يكون شيء من أحكام الله مشكوكا فيه وقال سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه ثوب جازت الصلاة معه الا انه يحتاط فيه فأمر بالجمع بينه وبين التيمم والمشايخ قالوا المراد بالشك التوقف لتعارض الادلة والشافعي رحمه الله يجعله طاهرا وطهورا لان كل حيوان ينتفع بجلده فسؤره طهور عنده واختلف في ان الشك في طهارته أو في طهوريته فقيل في طهارته لانه لو كان طاهرا

والاستثناء على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ويسقط اعتبار الصب للضرورة (و) اسؤر الدجاجة المخلاة) مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة (و) كذا سؤر (سباع الطير) لانها تأكل الميتات فأشبه المخلاة وعن أبي يوسف رحمه الله أنها اذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية (و) سؤر (ما يسكن البيوت كالحية والفأرة مكروه) لان حرمة اللحم أوجبت نجاسة السؤر الا أنه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة قال (وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيه) قيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهر الكان طهورا مالم يغلب اللعاب على الماء

نجسا قبيل شربها فيسقطه فتبقى الطهارة دون كراهة لانها ما جاءت الا من ذلك التجويز وقد سقط وعلى هذا لا ينبغي اطلاق كراهة أكل فضلها والصلاة اذا لحست عضوا قبل غسله كما أطلقه شمس الائمة وغيره بل يقيد ثبوت ذلك التوهم أما لو كان زائلا بما قلنا فلا (قوله والاستثناء) يعني قوله الا اذا مكثت ساعة حينئذ فاما على قول محمد فلا لان النجاسة لا تزال عنده الا بالماء ويسقط اعتبار الصب على قول أبي يوسف (قوله ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها الخ) بان تحبس للتسمين في قفص ويجعل علفها وماؤها ورأسها خارجه وهذا مختار الحاكم عبد الرحمن وأما شيخ الاسلام فلم يشرطه بل أن لا نجد عذرات غيرها بناء على أنها لا تحول في عذرات نفسها والاول بناء على أنها تحول فيها والحق أنها لا تأكله بل تلاحظ الحب بينه فتلقطه (قوله وكذا سؤر سباع الطير) يعني مكروه وتعليله بانها تخالط النجاسة يفيد أنها تنزيهية ان لم يشاهد شربت على فورها والقياس نجاسته لنجاسة اللحم والاستحسان انه طاهر لان الملاقي للماء منقارها وهو عظم جاف لا لسانها بخلاف سباع البهائم (قوله مشكوك فيه) كان الشيخ أبو طاهر الدباس ينكر هذه العبارة ويقول لا يجوز كون شيء من أحكام الشرع

(قال المصنف والتنبيه على العلة في الهرة) أقول قوله والتنبيه مبتدأ وقوله في الهرة خبره (قال المصنف قيل الشك في طهارته) أقول وطهوريته

لكان طهورا مالم يغلب اللعاب على الماء لان اختلاط الطاهر بالماء لايخرجه عن الطهورية مالم يغلب كما اذا اختلط ماء الورد بالماء (وقيل
في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق) لايجب عليه غسل رأسه يعني بعد ما مسح رأسه بسؤر الحمار ولو كان الشك في طهارته لوجب وانما عين
الرأس لان غيره من الاعضاء يطهر بصب الماء عليه وقوله (وكذا البنه طاهر) ولايؤكل قيل هذا ليس بظاهر الرواية وانما هو فيه نجس
والمذكور في الكتاب انما هو رواية عن محمد وقوله (وعرقه لايمنع جواز الصلاة وان فحش) هو احدى الروايات عن أبي حنيفة وفي رواية
هو نجس نجاسة خفيفة وفي رواية نجس نجاسة غليظة والمشهور هو المذكور في الكتاب قال القدوري رحمه الله عرق الحمار طاهر في
الروايات المشهورة وقوله (فكذا سؤره) يعني أن اللبن والعرق والسؤر تتولد كلها منه فاذا كانا طاهرين كان السؤر كذلك وقوله (وهو
الاصح) أي القول بأن الشك في طهوريته أصح وقوله (نص محمد على طهارته) هو ما روى عن محمد رحمه الله انه قال أربع لو غمس فيها
الثوب لم ينجس وهي سؤر الحمار والماء المستعمل ولبن الاتان وبول مايؤكل لحمه وقوله (٧٩) (وسبب الشك تعارض الادلة) اختلف

وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لايجب عليه غسل رأسه وكذا البنه طاهر وعرقه لايمنع
جواز الصلاة وان فحش فكذا سؤره وهو الاصح ويروى نص محمد رحمه الله على طهارته وسبب الشك
تعارض الادلة في اباحته وحرمته أو اختلاف الصحابة رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته

المشايخ في سبب الشك في سؤره فمنهم من قال هو تعارض الادلة (في اباحته وحرمته) فانه روى أن غالب بن أبجر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لم يبق لي مال الا الحمرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال شيخ الاسلام هذا لايقوى لان لحمه حرام بلا اشكال لانه اجتمع فيه المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح كما لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي وآخر أنه ذبيحة مسلم فانه لايحل أكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما بلا اشكال ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا اشكال وفيه نظر لانه

يستلزم نجاسة لبنه وقد تقدم من قول المصنف انه طاهر والجواب بالالتزام فانه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم ومنهم من قال اختلاف
الصحابة في طهارته فانه روى عن ابن عمر أنه كان يكره التوضؤ بسؤر الحمار والبغل وروى عن ابن عباس أنه قال لابأس بالتوضي به ولم يترجح
أحد القولين على الآخر فأوجب شكا قال شيخ الاسلام ولكن هذا لايقوى لان الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لايوجب الاشكال

(قال المصنف وقيل الشك في طهوريته) أقول يعني في طهوريته فقط (قوله وقيل في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لم يجب عليه
غسل رأسه يعني بعد ما مسح رأسه بسؤر الحمار ولو كان الشك في طهارته لوجب) أقول فان قيل احتمال تنجس الرأس مع التيقن
بطهارته في الاصل لايوجب غسله أجيب بأن الكلام فيما اذا وجد ماء آخر بعد ما أحدث فالمسح عليه بالماء الآخر لايرفع الحدث المتيقن
به لاحتمال تنجس البلة باصابة الرأس المحتمل تنجسه باصابة هذا الماء فلابد من غسله (قوله قيل هذا ليس بظاهر الرواية وانما هو فيه
نجس) أقول لفظ هو في قوله انما هو راجع الى ظاهر الرواية والضمير في قوله فيه راجع الى لبن الحمار

كما في اناء أخبر عدل أنه طاهر وأخبر آخر أنه نجس فان الماء لا يصير مشكلا وان اختلفا في طهارة الماء ونجاسته وقد استوى الخبران فكذا هذا ثم قال والاصح أن دليل الشك هو التردد في الضرورة فان الحمار ربط في الدور والافنية فكان فيه الضرورة الا أنها دون ضرورة الهرة والفأرة لدخولهما المضايق دون الحمار فلو لم تكن ضرورة أصلا كان كالسباع في الحكم بالنجاسة بلا اشكال ولو كانت الضرورة كضرورتهما كان مثلهما في سقوط النجاسة وحيث ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب الطهارة والنجاسة تساقطا للتعارض ووجب المصير الى الاصل والاصل شيآن الطهارة في جانب الماء والنجاسة في جانب اللعاب لان لعابه نجس كما بينا وليس أحدهما بأولى من الآخر فبقي الامر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه آخر وكان اشكال سؤره عند علمائنا بهذا الطريق لا اشكال لحمه ولا لاختلاف الصحابة في سؤره هذا حاصل ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الاسلام وههنا نكتة لا بأس بالتنبيه عليها وهي أن طهارة اللعاب ونجاسته دائرتان على طهارة اللحم ونجاسته وقد قال المصنف في أول هذا الفصل وهو المعتبر في الباب فلا يخلو اما أن يكون المراد بالنجاسة النجاسة قبل الذبح أو بعده فان كان الاول كانت الشاة مساوية للكلب في أن لحم كل واحد منهما نجس بالمجاورة وان كان الثاني فكذلك في أن لحم كل واحد منهما طاهر بعد الذبح وذلك يقتضي شمول الطهارة أو النجاسة وحلها أن المراد باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب في غير الآدمي ما يحل أكله بعد الذبح وبالنجس ما يقابله وطهارة سؤر البغل والحمار في رواية والهرة للضرورة وهذا لانهما اشتركا في النجاسة المجاورة للدم المسفوح قبل الذبح فان (٨٠) الشاة لا تؤكل اذا ماتت حتف أنفها واشتركا في الطهارة بعده لزوال النجس وهو الدم فلا فرق بينهما الا أن الشاة تؤكل بعد الذبح بخلاف الكلب وقد دل الدليل على طهارة سؤر الشاة دون الكلب ولا فرق بينهما أيضا في الظاهر الا اختلاط اللعاب المتولد من اللحم فعلم من هذا أن اللعاب المتولد من اللحم المأكول بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره اضافة للحكم الى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهرا هذا ما سنح لي والله أعلم بالصواب

وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة

وغيره يفيد الحرمة وحديث غالب بن أبجر حيث قال له صلى الله عليه وسلم هل لك من مال فقال ليس لي مال الا حمولات لي فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك يفيد الحل واختلاف الصحابة رضي الله عنهم في طهارته ونجاسته فعن ابن عمر نجاسته وعن ابن عباس طهارته وقد زيف شيخ الاسلام الاول بان تعارض المحرم والمبيح لا يوجب شكا بل الثابت عنده الحرمة والثاني بان الاختلاف أيضا لا يوجبه كما لو أخبر عدلان أحدهما بطهارة الماء والآخر بنجاسته يتهاتران ويعمل بالاصل وهو طهارة الماء والصواب عنده أن سببه التردد في تحقق الضرورة المسقطة للنجاسة فانها تربط في الافنية وتشرب من الاجانات المستعملة فبالنظر الى هذا القدر من المخالطة تسقط نجاسة سؤره التي هي مقتضى حرمة لحمه الثابتة وبالنظر الى أنه لا يدخل المضايق كالهرة والفأرة يكون مجانبا للمخالطة فلا تسقط فلما وقع التردد في الضرورة وجب تقرير الاصول فالماء كان طاهرا فلا يتنجس بما لم تتحقق نجاسته والسؤر بمقتضى حرمة اللحم نجس فلا يحكم بطهارته ولا يتنجس الماء بوقوعه فيه وعلى هذا سقطت أسئلة الوجهان المذكوران لشيخ الاسلام والثالث أن يقال لما وقع التعارض في السؤر وللماء خلف وجب أن يصار اليه كمن له

قوله (وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه) أي سؤر الحمار والبغل (نجس) وقوله (ترجيحا للحرمة والنجاسة) يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بتعارض الادلة والنجاسة متعلقة باختلاف الصحابة ويجوز أن يكون معناه ترجيحا للحرمة لان المحرم مرجح النجاسة لانه اذا ترجح المحرم ترجح النجاسة أيضا لامتناع الطهارة مع الحرمة واستشكل بما اذا أخبر عدل بحل طعام وآخر بحرمته فانه يرجح خبر الحل وبما اذا أخبر عدل بطهارة الماء وآخر بنجاسته ترجح الطهارة وأجيب بأن تعارض الخبرين في الطعام يوجب التهاتر والعمل بالاصل وهو الحل ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامه تكذيب المخبر بالحل من غير دليل فاما أدلة الشرع في حل الطعام وحرمته فتوجب الترجيح بدليل وهو تقليل النسخ الذي هو خلاف الاصل على ما عرف في الاصول والعمل بالاحتياط واجب عند عدم المانع وكذا تعارض الخبرين في الماء يوجب التهاتر والعمل بالاصل لوقوع الشك في اختلاط النجاسة به والاصل عدمه فبقي الماء على أصله وهو الطهارة فأما ههنا فقد اختلط اللعاب المتولد من اللحم بالماء بيقين وقد ترجح جهة الحرمة فيه باتفاق الروايات عن أصحابنا وهي مبنية على النجاسة على ما بينا فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل

(قوله ثم قال والاصح أن دليل الشك الى قوله لدخولهما المضايق دون الحمار) أقول لو صح هذا كان سؤر الكلب أيضا مشكوكا لا أقل لتحقق تلك الضرورة فيه الا أن يقال هذا تعليل في مقابلة النص (قوله فبقي الامر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه الى قوله لا لاشكال لحمه) أقول فيكون الشك في طهارته لا في طهوريته (قوله اضافة للحكم الى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهرا) أقول لا بد له من بيان تأثير الفارق وبين صدر الشريعة حل تلك النكتة بأبسط من هذا في شرح الوقاية فراجعه

وقوله (والبغل من نسل الحمار) ظاهر وقوله (فان لم يجد غيرهما) ظاهر وقوله (ولنا أن المطهر أحدهما) يعني أن المطهر في الواقع اما السؤر أو التراب فان كان الاول فلا فائدة في استعمال الثاني تقدم أو تأخر وان كان الثاني فلا يضر التقديم والتأخير فوجب الضم دون الترتيب والضمير في يفيد راجع الى قوله يتوضأ بهما ويتيمم في قول محمد وقوله (وسؤر الفرس طاهر عندهما) معناه ظاهر وقوله (في الصحيح) احتراز عن الروايات الباقية فانه ذكر في المحيط في سؤر الفرس عن أبي حنيفة أربع روايات قال في رواية أحب الي أن يتوضأ بغيره وهو رواية البلخي عنه وفي رواية الحسن عنه أنه مكروه كلحمه وفي رواية هو مشكوك كسؤر الحمار وفي رواية كتاب الصلاة هو طاهر وهو الصحيح قال (فان لم يجد الا نبيذ التمر) انما ذكر نبيذ التمر في فصل الاسآر لان له شبها خاصا بسؤر (٨١) البغل والحمار على قول محمد فانه يقول

والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته (فان لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز أيهما قدم) وقال زفر رحمه الله لا يجوز الا أن يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فأشبه الماء المطلق ولنا أن المطهر أحدهما فيفيد الجمع دون الترتيب (وسؤر الفرس طاهر عندهما) لان لحمه مأكول (وكذا عنده في الصحيح) لان الكراهة لاظهار شرفه (فان لم يجد الا نبيذ التمر قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يتوضأ به ولا يتيمم) لحديث ليلة الجن فان النبي عليه السلام توضأ به حين لم يجد الماء وقال أبو يوسف رحمه الله يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله عملا بآية التيمم

انا آن طاهر ونجس ولا يميز فانه يسقط استعمال الماء ويجب التيمم لانها انما تلزم لو لم يعتبر تقديم المحرم والرابع ان في استعمال الماء ترك الاحتياط لتنجس العضو بتقدير نجاسته ولا يلزم لعدم تنجس متيقن الطهارة بالشك والخامس أن مقتضى عدم النجاسة أن الماء ان كان مغلوبا باللعاب كان مقيدا فيجب التيمم عينا وان كان غالبا وجب الوضوء عينا فأين وجب الضم وانما يلزم لو لم يجب تقرير الاصول للتردد في ثبوت الضرورة واذ قررت وكان الحدث ثابتا بيقين لم يزل به وان كان مغلوبا وعند هذا ظهر أن تقرير الاصول بسبب التردد في الضرورة مع الاحتياط يبين قول أبي طاهر انه محتاط فيه وان اللعاب نجس لا يتنجس به مخالطه وانه لا شبهة في طهارة العرق بالنسبة الى الثوب لانه لا تردد في ثبوت الضرورة في ذلك وقد ركب صلى الله عليه وسلم الحمار معروريا وبه يتبين فساد قول عصام المذكور آنفا وصحة ما في المنتقى لو حملنا الفساد على النجاسة لان الضرورة لم تتحقق بالنسبة الى الماء الا اذا تعدى اليه بغسل الثوب وحينئذ ينبغي أن لا يتنجس لانه غسل فيه ما هو محكوم بطهارته شرعا بخلاف ما لو قطر من عرقه في الماء ونحوه وهذا محمل ما في المنتقى في اعتقادي فان قلت تقرير الاصول أفاد النجاسة غير أنه لا يتنجس به المخالط ونص محمد على طهارته ينافيه قلنا انما نص على طهارة السؤر وهو الماء الذي خالطه اللعاب فلا ينافي تقرير الاصول هذا وقد تحقق الضرورة في عرقه فيجب سقوط نجاسته بخلاف لعابه متردد في ثبوت الضرورة فقررت الاصول (قوله ويجوز أيهما قدم) والافضل تقديم الوضوء * فرعان الاول اختلفوا في النية في الوضوء بسؤر الحمار والاحوط أن ينوي الثاني لو توضأ بسؤر الحمار وصلى الظهر ثم تيمم وصلاها صحت الظهر لما ذكر في دفع قول زفر وهو أن المطهر أحدهما لا المجموع فان كان السؤر صحت به وان غت صلاة التيمم أو التيمم فبالقلب (قوله وكذا عنده في الصحيح) احتراز عن سائر الروايات في المحيط عن أبي حنيفة في سؤر الفرس أربع روايات قال في رواية أحب الي أن يتوضأ بغيره وفي رواية مكروه كلحمه وفي رواية مشكوك كسؤر الحمار وفي رواية كتاب الصلاة طاهر وهو الصحيح من مذهبه (قوله لحديث ليلة الجن)

يضم التيمم الى الوضوء به احتياطا كما سنذكره والكلام فيه في ثلاثة مواضع في وقت الجواز وفي جواز الوضوء به وفي نفسه فأما الاول فهو الوقت الذي يجوز فيه التيمم واليه أشار بقوله فان لم يجد الا نبيذ التمر يعني اذا عدم الماء المطلق واما الثاني فقد اختلف فيه وقد روي عن أبي حنيفة ثلاث روايات ذكر في الجامع الصغير والزيادات أنه يتوضأ به ولا يتيمم وذكر في كتاب الصلاة أنه ان توضأ به وتيمم أحب الي قال شيخ الاسلام فيه اشارة الى أنه لو توضأ به ولم يتيمم جاز ولو عكس لم يجز والجمع بينهما مستحب والثالثة ما روى نوح بن أبي مريم والحسن ابن زياد أنه يتيمم ولا يتوضأ به وبه أخذ أبو يوسف أما وجه الرواية الاولى فما ذكره في الكتاب من قوله

(١١ - فتح القدير اول) حديث ليلة الجن وهو ما روى أبو رافع وابن المعتمر عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب ذات ليلة ثم قال ليقم معي من لم يكن في قلبه مثقال ذرة من كبر فقام ابن مسعود رضي الله عنه فحمله أي أخذه رسول الله صلى الله

(قال المصنف والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته) أقول قال عصام الدين يشكل بما يأتي في كتاب الاضحية من أن المولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا ذبح الذئب على الشاة يضحى الولد فمقتضى هذه الرواية أن يكون البغل المتولد من الرمكة تابعا لها ولا يشك في سؤرها ويمكن تعليل الشك في سؤره بتعارض الادلة في حرمته واباحته لانه ورد الحديث بحرمته صريحا والحديث الوارد باباحة الفرس والحمار يقتضي اباحته اه فيه بحث (قال المصنف فان لم يجد غيرهما) أقول أي غير السؤرين (قال المصنف فأشبه الماء المطلق) أقول في عدم جواز التيمم عند وجوده (قال المصنف وسؤر الفرس طاهر) أقول وطهور

عليه وسلم مع نفسه فقال عبد الله بن مسعود خرجنا من مكة وخط رسول الله صلى الله عليه وسلم حولي خطا وقال لا تخرج عن هذا الخط فانك ان خرجت عنه لم تلقني الى يوم القيامة ثم ذهب يدعو الجن الى الايمان ويقرأ عليهم القرآن حتى طلع الفجر ثم رجع بعد طلوع الفجر وقال لي هل بقي معك ماء أتوضأ به فقلت لا الا نبيذ التمر في اداوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرة طيبة وماء طهور وأخذه وتوضأ به وصلى الفجر ووجه قول أبي يوسف وهو قول الشافعي العمل بآية التيمم فانها تنقل التطهير عند عدم الماء المطلق الى التراب ونبيذ التمر ماء من وجه فيكون الحديث مردودا بها لكونها أقوى من الحديث أو هو منسوخ بها أي بآية التيمم لانها مدنية وليلة الجن كانت بمكة فان قيل نسخ السنة بالكتاب لا يجوز عند الشافعي فكيف يستقيم قوله أو هو منسوخ بآية التيمم أجيب بأن ذلك جواب أبي يوسف خاصة والمشترك بينهما هو قوله عملا بآية التيمم وقال محمد يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا لان مداره على أبي زيد مولى عمرو بن الحريث روى عنه أبو فزارة وكان نباذا روى (٨٢) هذا الحديث ليهون على الناس أمر النبيذ وأبو زيد كان مجهولا عند النقلة ولانه روى عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود أنه قيل له هل كان أبوك مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال ولوددت أن لو كان أبي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان مع النبي صلى الله عليه وسلم لكان فخرا عظيما ومنقبة له ولعقبه بعده فأنكر كون أبيه مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان لما خفي على ابنه وفي التاريخ جهالة فانهم اختلفوا في انتساخ هذا الحديث لجهالة التاريخ فقال بعضهم نسخ ذلك بآية التيمم وقال بعضهم لم ينسخ لان آية التيمم نزلت في شأن الاسفار والنبيذ يستعمل في العادات فيما قرب من الامصار فيجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة يعني انها تكررت قال في التيسير ان الجن أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعتين فيجوز أن تكون الدفعة الثانية في المدينة بعد آية التيمم فلا يصح دعوى النسخ وان والحديث مشهور ثبت بطرق مختلفة وعملت به الصحابة كعلي روى عنه الحارث أنه قال الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء وروى عنه من طرق مختلفة انه كان لا يرى بأسا بالوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء روى عكرمة عن ابن عباس أنه قال توضؤا بنبيذ التمر ولا تتوضؤا باللبن وروى عنه من طرق مختلفة انه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروى عن عبد الله بن مسعود أنه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر

لانها أقوى أو هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد رحمه الله يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رضي الله عنهم

عن أبي فزارة عن أبي زيد عن عبد الله بن مسعود أنه صلى الله عليه وسلم قال له ليلة الجن ما في اداوتك قال نبيذ تمر قال تمرة طيبة وماء طهور أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه وفي رواية الترمذي فتوضأ منه ورواه ابن أبي شيبة مطولا وفيه هل معك من وضوء قلت لا قال فما في اداوتك قلت نبيذ تمر قال تمرة حلوة وماء طيب ثم توضأ وأقام الصلاة قالوا ضعيف لان الترمذي قال وأبو زيد مجهول وأبو فزارة قيل هو راشد ابن كيسان وقيل رجل آخر مجهول أجيب أما أبو زيد فذكر القاضي أبو بكر بن العربي في شرح الترمذي انه مولى عمرو بن حريث روى عنه راشد بن كيسان العبسي الكوفي وأبو روق وهذا يخرجه عن الجهالة وأما أبو فزارة فقال الشيخ تقي الدين في الامام في تجهيله نظر فانه روى هذا الحديث عن أبي فزارة جماعة من أهل العلم مثل سفيان وشريك والجراح بن مليح واسرائيل وقيس بن الربيع وقال ابن عدي أبو فزارة راوي هذا الحديث مشهور واسمه راشد بن كيسان وكذا قال الدارقطني وأما ما عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن ليلة الجن فقال ما شهدها منا أحد فهو معارض بما في ابن أبي شيبة من أنه كان معه وروى أيضا أبو حفص بن شاهين عنه أنه قال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن وعنه أنه رأى قوما من الزط فقال هؤلاء أشبه من رأيت بالجن ليلة الجن والاثبات مقدم على النفي وان جمعنا فالمراد ما شهدها منا أحد غيري نفيا للمشاركة وابانة اختصاصه بذلك كما ذكره الامام أبو محمد البطليوسي في كتاب التنبيه على الاسباب الموجبة للخلاف (قوله قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة) نظر فيه بان وفد نصيبين كان قبل الهجرة بثلاث سنين وكلامه يوهم أن ليلة الجن كانت بالمدينة ولم ينقل ذلك في كتب الحديث فيما علم لكن ذكر صاحب آكام المرجان في أكامه الجان أن ظاهر الاحاديث الواردة في وفادة الجن أنها كانت ست مرات وذكر منها مرة في بقيع الغرقد حضرها ابن مسعود ومرتين بمكة ومرة رابعة خارجة المدينة حضرها الزبير بن العوام وعلى هذا لا يقطع بالنسخ (قوله والحديث مشهور) نظر فيه اذ المشهور ما كان آحادا في الاصل ثم تواتر عند المتأخرين وليس هذا كذلك بل تكلم فيه كثير من المتأخرين

(قوله فقال النبي صلى الله عليه وسلم تمرة طيبة وماء طهور) أقول التمرة بالتاء المثناة (قال المصنف أو هو منسوخ بها) أقول هذا عند أبي يوسف اذ الشافعي لا يرى التناسخ بين الكتاب والسنة (قال المصنف قلنا ليلة الجن) أقول رد على أبي يوسف (قال المصنف والحديث) أقول رد على الكل

عند عدم الماء وهم كبار الصحابة أئمة الفتوى فيكون قولهم معمولا به (وبمثله) أي بمثل هذا الحديث المشهور (يزاد على الكتاب) قال أبو حنيفة ان اشتبه كون عبد الله مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن قلنا في الباب ما يكفي الاعتماد عليه وهو رواية هؤلاء الكبار من الصحابة (قوله وأما الاغتسال به) أي بنبيذ التمر على قول أبي حنيفة فقد اختلف فيه فمنهم من جوزه اعتبارا بالوضوء لوجود المقتضي وهو وجود الحدث وعدم الماء ومنهم من لم يجوزه لان الاثر جاء في الوضوء خاصة والغسل فوقه فلا يلحق به وقوله (والنبيذ المختلف فيه) بيان الموضع الثالث ذكر محمد في النوادر هو أن يلقى تمرات في ماء حتى صار الماء حلوا رقيقا ولا يكون مسكرا وما اشتد منها وصار مسكرا لا يجوز الوضوء به بالاجماع لانه صار مسكرا حراما وان غيرته النار فادام حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء فهو على الاختلاف وان اشتد جاز الوضوء به عند أبي حنيفة لحل شربه عنده ولم يجز عند محمد لحرمته عنده ولا يجوز التوضي (٨٣) بما سواه من الانبذة كنبيذ الزبيب

وبمثله يزاد على الكتاب وأما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه أن يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منها صار حراما لا يجوز التوضي به وان غيرته النار فادام حلوا رقيقا فهو على الخلاف وان اشتد فعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز التوضي به لانه يحل شربه عنده وعند محمد رحمه الله لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

﴿ باب التيمم ﴾

(ومن لم يجد ماء وهو مسافر

وان لم يصح كلامه فوجب تصحيح الرواية الموافقة لقول أبي يوسف لان آية التيمم ناسخة له لتأخرها اذ هي مدنية وعلى هذا مشى جماعة من المتأخرين واعلم أن قول محمد بوجوب الجمع بين الوضوء به والتيمم رواية أيضا عن أبي حنيفة صرح بذلك في خزانة الاكمل قال التوضؤ بنبيذ التمر جائز من بين سائر الاشربة عند عدم الماء ويتيمم معه عند أبي حنيفة وبه أخذ محمد وفي رواية يتوضأ ولا يتيمم وفي رواية يتيمم ولا يتوضأ به وبه أخذ أبو يوسف وروى نوح الجامع أن أبا حنيفة رجع الى هذا القول ثم قال في الخزانة قال مشايخنا انما اختلفت أجوبته لاختلاف المسائل سئل مرة ان كان الماء غالبا قال يتوضأ وسئل مرة ان كانت الحلاوة غالبة قال يتيمم ولا يتوضأ وسئل مرة اذا لم يدر أيهما الغالب قال يجمع بينهما وعلى هذا يجب التفصيل في الغسل ان كان النبيذ غالب الحلاوة قريبا من سلب الاسم لا يغتسل به أو ضده فيغتسل احتياطا بطريق الدلالة أو متردد افيه يجمع بين الغسل والتيمم وأما من لم يلاحظوا هذا المبنى فقد اختلفوا في الجواز وعدمه كما ذكره المصنف وقد صحح في المبسوط الجواز وصحح في المفيد عدم الجواز لان الجنابة أغلظ الحدثين * فرع اذا قلنا بجواز التوضي به فلا يجوز الا بالنية كالتيمم لانه بدل عن الماء حتى لا يجوز به حال وجود الماء وينتقض به اذا وجد ذكره القدوري في شرحه عن أصحابنا

﴿ باب التيمم ﴾

شرع في غزوة المريسيع لما أضلت عائشة عقدها فبعث صلى الله عليه وسلم في طلبه وحانت الصلاة

والتين وغير ذلك لان نبيذ التمر خص بالاثر على خلاف القياس فيبقى الباقي على موجب القياس ولانه علل بعلة قاصرة وهي كونها تمرة طيبة علل باسم وصفة وهو لا يوجد في غيره اعلم ان القدوري رحمه الله ذكر في شرحه عن أصحابنا أنه لا يجوز التوضي بنبيذ التمر الا بالنية كالتيمم لانه بدل عن الماء كالتيمم حتى لا يجوز التوضي به حال وجود الماء ولو توضأ بالنبيذ ثم وجد ماء مطلقا ينتقض وضوءه كما ينتقض التيمم بوجود الماء

﴿ باب التيمم ﴾

لما فرغ عن ذكر الطهارة بالماء ذكر التيمم لما أن حق الخلف أن يعقب الاصل أو نقول ابتدأ بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم تأسيا بكتاب الله العزيز

فان قيل كيف ترك التأسي بكتاب الله في تقديم المسافر وخارج المصر على المريض مع أن الله تعالى قدم المريض على المسافر في قوله وان كنتم مرضى أو على سفر أجيب بأن التيمم مرتب على عدم الماء وهو فيهما حقيقي وفي المريض حكمي والتيمم في اللغة القصد وفي الشريعة هو القصد الى الصعيد الطاهر للتطهر فالاسم الشرعي فيه المعنى اللغوي وثبوته بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وكان نزولها في غزوة المريسيع حين عرس رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فسقطت من عائشة قلادة لاسماء فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها فنزلوا ينتظرونهما فأصبحوا وليس معهم ماء فأغلظ أبو بكر

(قال المصنف ومن لم يجد الماء) أقول المراد بعدم الوجدان ههنا حقيقته لا عدم القدرة على الاستعمال كما سيأتي لقوله ولو كان يجد الماء الخ

على عائشة رضي الله عنها وقال حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين على غير ماء فنزلت فلما صلوا بالتيمم جاء أسيد بن حضير الى مضرب عائشة فجعل يقول ما أكثر بركتكم يا آل أبي بكر وفي رواية يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه الا جعل الله تعالى فيه للمسلمين فرجا وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال جعلت لي الارض مسجدا وطهورا أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والمراد بالماء ما يكفي لرفع الحدث الذي به تحل الصلاة لان ما دونه يستوي وجوده وعدمه اذ لا يثبت به استباحة الصلاة فكان كالمعدوم لا يقال ماء في قوله تعالى فلم تجدوا ماء نكرة في سياق النفي فيتناول ما يسمى به قليلا كان أو كثيرا وذلك يقتضي أن لا يجوز التيمم الا بعد استعمال ما معه من الماء وان كان لا يكفي للوضوء كما في ازالة النجاسة الحقيقية كما هو مذهب الشافعي لانا نقول المراد به ما تحل به الصلاة ألا ترى أن وجود الماء النجس لا يمنعه وان تناوله النكرة المذكورة والحمل موقوف على ما يكفي بالاتفاق (قوله أو خارج المصر) منصوب لكونه حالا معطوفا على قوله وهو مسافر كما في قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم (٨٤) سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا ويجوز أن يكون مفعولا فيه وهو رد لقول

أو خارج المصر بينه وبين المصر نحو ميل أو أكثر يتيمم بالصعيد) لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر

وليس معهم ماء فأغلظ أبو بكر رضي الله عنه على عائشة وقال حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين على غير ماء فنزلت فجاء أسيد بن حضير فجعل يقول ما أكثر بركتكم يا آل أبي بكر وفي رواية يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه الا جعل الله للمسلمين فيه فرجا ومفهومه اللغوي القصد مطلقا والشرعي قالوا القصد الى الصعيد الطاهر للتطهير والحق أنه اسم لمسح الوجه واليدين عن الصعيد الطاهر والقصد شرط لانه النية (قوله أو خارج المصر) يجوز كونه حالا مفردا عطفا على جملة حالية كقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا وأن يكون ظرف مكان لان خارج البلد اسم لما بظاهره من المكان ويكون عطفا حينئذ على وهو مسافر فنصبه على الظرف وهو مع المبتدا جملة في موضع الحال أيضا اذ تقديره ولا وهو خارج المصر مثل والركب أسفل منكم ورجح الاول في النهاية والظاهر أن الثاني أرجح لان خارجا الصفة لا يصل الى البلد الا بواسطة الحرف كفعله لا يقال زيد خارج البلد كما لا يقال خرجت البلد وكما لا يقال قاعد الدار بل خارج عن البلد أو منها فلا يضاف حينئذ لفصل الحرف واسقاط الخافض سماعي ويجوز كون خارج عطفا على مسافر عطف مفرد خبر ظرف على خبر (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم التراب الخ) عن أبي ذر أنه كان يعزب في ابل له وتصيبه الجنابة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال له الصعيد الطيب وضوء المسلم وان لم يجد الماء عشر سنين فاذا وجده فليمسه بشرته رواه أبو داود والترمذي وقال حسن صحيح وفي رواية الترمذي الصعيد الطيب طهور المسلم والباقي بحاله ويعزب يبعد (قوله والميل هو المختار) احتراز عما قيل ميلان

من يقول لا يجوز التيمم الا للمسافر ومعناه و يجوز التيمم لمن هو خارج المصر وان لم يكن مسافرا اذا كان بينه وبين المصر وفي بعض النسخ بين الماء وهو أولى (نحو الميل أو أكثر) وفيه اشارة الى نفي جواز التيمم في الامصار الا في المواضع المستثناة على ما سيأتي وذكر في الاسرار لو عدم الماء في الامصار جاز فيها أيضا لان الشرط عدمه فأينما تحقق بعد وجود المقتضي جاز وعلى هذا يكون قوله أو خارج المصر اتفاقيا بحسب العادة لما أن عدم الماء في الامصار نادر عادة قيل قوله أو اكثر مستغنى عنه وهو ظاهر وأجيب بأنه تأكيد لان معنى التأكيد هو أن يستفاد من الثاني ما استفيد من الاول وهذا كذلك او ورد بأن يخلل العاطف بأباه وقيل ذكره نفيا لرواية الحسن عن أبي حنيفة أن الماء ان كان قدامه فالمسافة ميلان وان لم يكن فميل وغيرها من الروايات على ما ذكره وهو غير حسن وقيل مقدار البعد انما يعلم حزرا وظنا فان كان ظنه أن الماء من حيث هو فيه ميل أو أكثر تيمم وان كان ظنه أنه ميل أو أقل لم يتيمم حتى اذا تحقق أنه ميل جاز وفيه نظر لانه بنى كلامه على أنه يعلم حزرا وظنا فمن أين يتحقق ذلك والمراد من عدم الوجدان عدم القدرة على استعمال الماء وقوله الى عشر حجج للكثرة لا للغاية لجواز التيمم في أكثر من ذلك أيضا اذا لم يجد الماء وقوله (والميل هو المختار في المقدار) احتراز عن غيره من الاقوال فانه روي عن محمد أنه يجوز التيمم اذا كان الماء على قدر ميلين وعن

(قال المصنف أو خارج المصر) أقول للاحتشاش أو الاحتطاب أو غيرهما (قوله قوله أو خارج المصر منصوب لكونه حالا الى قوله ويجوز أن يكون مفعولا فيه) أقول قال العلامة الرضي يستثنى من المكان المبهم جانب وما بمعناه الى أن قال فانه لا يقال زيد جانب عمرو وكنفه بل في جانبه والى جانبه وكذا خارج الدار كما قال سيبويه في خارجها (قال المصنف أو أكثر) أقول قوله أكثر للاشارة الى أن هذا التقدير بالميل لا يمنع الزيادة

الكرخي ان كان في موضع يسمع صوت أهل الماء فهو قريب والا فهو بعيد وبه أخذ أكثر المشايخ وقد ذكرنا آنفا رواية الحسن عن أبي حنيفة وروى عن زفر ان كان بحيث يصل الى الماء قبل خروج الوقت لا يجزئه التيمم والا فيجزئه وان قرب الماء منه والميل ثلث فرسخ والفرسخ اثنا عشر ألف خطوة وفسر ابن شجاع الميل بثلاثة آلاف ذراع وخمسمائة ذراع الى أربعة آلاف ذراع وجه المختار أن يلحقه الحرج بدخول المصر وبالوصول الى الماء في هذا المقدار من المسافة والحرج مدفوع (٨٥) وقوله (والماء معدوم حقيقة) يجوز أن يكون تلويحا الى ما يقال النص مطلق عن ذكر المسافة فتقييده بالميل تقييد لمطلق الكتاب بالرأي وهو لا يجوز وتقريره أن المنصوص عليه كون الماء معدوما وما وههنا معدوم حقيقة لكن نعلم يقين أن عدمه مع القدرة عليه بلا حرج ليس بمجوز للتيمم والاجاز لمن سكن بشاطئ البحر وقد عدم الماء من بيته فجعلنا الحد الفاصل بين البعد والقرب لوقوع الحرج لان الطاعة بحسب الطاقة قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقوله (والمعتبر المسافة دون خوف الفوت) احترازا عما ذكرنا من قول زفر آنفا قال التيمم شرع لضرورة الحاجة الى أداء الصلاة في الوقت وقد تحقق فيما نحن فيه وقلنا التفريط جاء من قبله بتأخير الصلاة فليس له أن يتيمم اذا كان الماء قريبا منه وقوله (يتيمم لما تلونا) يعني قوله تعالى وان كنتم مرضى وقوله (ولان الضرر في زيادة المرض الخ)

والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان التفريط يأتي من قبله (ولو كان يجد الماء الا أنه مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم) لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا أولى ولا فرق بين أن يشتد مرضه بالتحرك أو بالاستعمال

أو ميلان ان كان الماء أمامه والا فميل أو لو صاح بأعلى صوته لم يسمعه أهل الماء لانه لا تحرير لهذا العدم انضباطه وبالميل يتحقق الحرج لو ألزم الذهاب الى الماء بالنظر الى جنس المكلفين وما شرع التيمم الا لدفع الحرج ولذا قدم في الآية المرضى على المسافرين لانهم أحوج الى الرخصة من غيرهم ثم الميل في تقدير ابن شجاع ثلاثة آلاف ذراع وخمسمائة الى أربعة آلاف وفي تفسير غيره أربعة آلاف وهو ثلث الفرسخ وضبط في قول القائل

ان البريد من الفراسخ أربع * ولفرسخ فثلاث أميال ضعوا
والميل ألف أي من الباعات قل * والباع أربع أذرع فتتبعوا
ثم الذراع من الاصابع أربع * من بعدها عشرون ثم الاصبع
ست شعيرات فظهر شعيرة * منها الى بطن لأخرى توضع
ثم الشعيرة ست شعرات فقل * من شعر بغل ليس فيها مدفع

وعن أبي يوسف ان الماء اذا كان بحيث لو ذهب اليه ووضأ تذهب القافلة وتغيب عن بصره فهو بعيد ويجوز له التيمم وهذا حسن جدا كذا في الذخيرة (قوله والمعتبر المسافة الخ) احتراز عن قول زفر فانه يجوز التيمم لخوف الفوت وان كان الماء أقل من ميل (قوله ولو كان يجد الماء الا أنه مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه) أو أبطأ برؤه يتيمم ولا فرق بين أن يشتد بالتحرك كالمشتكي من العرق المدني والمبطون أو بالاستعمال كالجدري ونحوه أو كان لا يجد من يوضئه ولا يقدر بنفسه فان وجد خادما له أو ما يستأجر به أجيرا أو عنده من لو استعان به أعانه فعلى ظاهر المذهب لا يتيمم لانه قادر قال المصنف في التجنيس بعد أن ذكر وجوب الوضوء فيما قلنا فرق بين هذا وبين المريض اذا لم يقدر على الصلاة ومعه قوم لو استعان بهم في الاقامة والثبات على القيام جازله الصلاة قاعدا والفرق أنه يخاف على المريض زيادة الوجع في قيامه ولا يلحقه زيادة الحرج في الوضوء قال وذكر شيخنا الامام منهاج الائمة فيما قرأنا عليه في الفصل الاول خلافا بين أبي حنيفة وصاحبيه على قوله يجزئه التيمم وعلى قولهما لا وقال وعلى هذا الخلاف اذا كان مريضا لا يقدر على الاستقبال أو كان في فراشه نجاسة ولا يقدر على التحول عنه ووجد من يحوله ويوجهه لا يفترض عليه ذلك عنده وعلى هذا الاعمى اذا وجد قائدا لا يلزمه الجمعة والحج والخلاف فيهما معروف فالحاصل أن عنده لا يعتبر المكلف قادرا بقدرة غيره لان الانسان انما يعد قادرا اذا اختص بحالة تهيئ له الفعل متى أراد وهذا لا يتحقق بقدرة غيره ولهذا قلنا اذا بذل الابن المال والطاعة لأبيه لا يلزمه الحج وكذا من وجبت عليه كفارة وهو معدم فبذل انسان له المال لما قلنا لان ثمن الماء مال والمال خلق وقاية للنفس وكان تبعا ولما كان الحرج مدفوعا عن الوقاية التي هي تبع فلان يكون مدفوعا عن الموقى الذي هو الاصل أولى وقوله (ولا فرق بين أن يشتد مرضه بالتحرك) كالمبطون (أو بالاستعمال) كالجدري والحصبة

(قال المصنف لان التفريط) أقول أي التقصير بتأخير الصلاة المؤدي الى خوف فوتها في الوقت (قال المصنف ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء) أقول فان النفس أعز من المال اذ المال تابع للنفس

وقوله (واعتبر الشافعي خوف التلف) أي تلف نفسه او عضوه (وهو) أي اعتبار الشافعي (مردود بظاهر النص) لان قوله تعالى وان كنتم مرضى باطلاقه يبيح التيمم لكل مريض الا أنه خرج من لا يشتد مرضه بسياق الآية وهو قوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج فان الحرج انما يلحق من يشتد مرضه به فيبقى الباقي على ظاهرها فان قيل لا نسلم اطلاق النص لتقييده بالعدم أجيب بان العدم شرط في حق المسافر دون المريض وقوله (ولو خاف الجنب الخ) ظاهر ولم يذكر المحدث اذا خاف الهلاك من الوضوء في المصر وقال في الاسرار هما سواء وذكر في المحيط اختلاف الرواية (٨٦) فيه فجوزه شيخ الاسلام خواهرزاده ولم يجوزه الامام الحلواني قال (والتيمم ضربتان)

قيل في قوله ضربتان اشارة الى أن نفس الضرب داخل في التيمم فمن ضرب يديه على الارض للتيمم وأحدث قبل أن يمسح بهما وجهه وذراعيه ثم مسحهما بهما لم يجز لانه أحدث بعدما أتى ببعض التيمم فكان كمن أحدث في خلال الوضوء وذكر الامام الاسبيجابي جوازه كمن ملأ كفيه ماء للوضوء ثم أحدث ثم استعمله واختار لفظ الضرب وان جاز الوضع أيضا للمبالغة في ايصال التراب الى أثناء الاصابع (وقوله وبالاخرى يديه الى المرفقين) نفي لقول الزهري فانه يمسح الى الآباط وهو رواية عن مالك رحمه الله ولرواية الحسن عن أبي حنيفة أنه الى الرسغ وهو رواية عن ابن عباس وقوله (وينفض) النفض تحريك الشئ ليسقط ما عليه من غبار أو غيره وقوله (بقدر ما يتناثر التراب) اشارة الى أنه لا يقدر بمرة كما روي عن محمد بل ان احتاج الى الثاني فعل ولا بمرتين كما روي عن أبي يوسف بل اذا تناثر بمرة لا يحتاج الى الثاني لان المقصود هو أن لا يصير مثله وهو يحصل بالنفض سواء كان مرة أو مرتين والمثلة ما يمثل به من تبديل خلقته وتغيير هيئته سواء كان بقطع عضو أو تسويد وجه أو تغييره وقد حكى ابن عمر وجابر رضي الله عنهم تيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم وكيفيته أن يضرب بيديه على الارض ثم ينفضهما حتى يتناثر التراب

واعتبر الشافعي رحمه الله خوف التلف وهو مردود بظاهر النص (ولو خاف الجنب ان اغتسل أن يقتله البرد أو يمرضه يتيمم بالصعيد) وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله أن العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره (والتيمم ضربتان يمسح باحداهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين) لقوله عليه السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كي لا يصير مثلة

وعندهما تثبت القدرة بآلة الغير لان آلته صارت كآلته بالاعانة وكان حسام الدين يختار قولهما اه وعن محمد لا يتيمم في المصر الا أن يكون مقطوع اليدين لان الظاهر أنه يجد من يعينه وكذا العجز على شرف الزوال بخلاف مقطوعهما (قوله واعتبر الشافعي خوف التلف) أو شين على عضو ظاهر كسواد اليد ونحوه (وهو مردود بظاهر النص) اذ قوله تعالى وان كنتم مرضى الآية لا تقييد فيه بين مريض يخشى التلف بالاستعمال أو الزيادة ولولا ما علم قطعا من أن شرعية التيمم للمريض انما هو رخصة لدفع الحرج عنه والحرج انما يتحقق عند خوف الاشتداد أو الامتداد لكان جائزا للمريض مطلقا خاف عاقبته أو لم يخف (قوله هما يقولان الخ) منهم من جعل الخلاف بينهم في هذه نشأ عن اختلاف زمان لا برهان بناء على أن أجر الحمام في زمانهم ما يؤخذ بعد الدخول فاذا عجز عن الثمن دخل ثم تعلل بالعسرة وفي زمانه قبله فيعذر ومنهم من جعله برهانيا بناء على الخلاف في جواز التيمم لغير الواجد قبل الطلب من رفيقه اذا كان له رفيق فعلى هذا يقيد منعهما بأن يترك طلب الماء الحار من جميع أهل المصر أما ان طلب فانه يجوز عندهما (قوله وهما يقولان ان تحقق هذه الحالة في المصر نادر) يحتمل الوجهين يعني تحقق خوف الهلاك برد مع العجز عن الماء الحار اذ يتناول العجز عنه للطلب من الكل والمنع ولعدم القدرة على اعمال الحيلة في دخول الحمام قبل الاعطاء وقوله في وجه قوله العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره يحتمل اعتباره بناء على عجزه عن اعمال الحيلة في الدخول واعتباره بناء على القدرة على ذلك وعلى الطلب من أهل المصر لكنه لم يكلف بالماء الا اذا قدر عليه بالملك والشراء وعند انتفاء هذه القدرة يتحقق العجز ولذا لم يفصل العلماء فيما اذا لم يكن معه ثمن الماء بين امكان أخذه بثمن مؤجل بالحيلة على ذلك أو لا بل أطلقوا جواز التيمم اذ الكلام مع انه أيسر على صاحب الماء من أخذه حالة العسرة الى الميسرة فان تم هذا البحث فاطلاق بعض المشايخ عدم الجواز في هذا الزمان بناء على أن أجر الحمام يؤخذ بعد الدخول فيتعلل بالعسرة بعده فيه نظر هذا وأما خوف المرض من الوضوء بالماء البارد في المصر على قوله هل يبيح التيمم كالغسل فاختلفوا فيه جعله في الاسرار مبيحا وفي فتاوى قاضيخان الصحيح أنه لا يجوز كأنه والله أعلم لعدم اعتبار ذلك الخوف بناء على أنه مجرد وهم اذ لا يتحقق ذلك في الوضوء عادة (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم التيمم ضربتان الخ) رواه الحاكم والدارقطني بهذا اللفظ عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم

(قال المصنف واعتبر الشافعي خوف التلف) أقول أي تلف النفس أو منفعته (قوله وهو أي اعتبار الشافعي مردود الى قوله الا أنه خرج من لا يشتد مرضه بسياق الآية الخ) أقول اشارة الى مسلك آخر في الآية سلكه القاضي أبو زيد وشيخ الاسلام

فيمسح بهما وجهه ثم يضرب بهما أخرى فينفضهما ويمسح بباطن أربع اصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بباطن كفه اليسرى باطن ذراعه اليمنى الى الرسغ ويمر باطن ابهام يده اليسرى على ظاهر ابهام يده اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك وقوله (ولابد من الاستيعاب) يعنى أن الاستيعاب شرط فى التيمم حتى اذا ترك شيأ لم يجز كما فى الوضوء وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عن رواية الحسن عن أبى حنيفة أنه قال الاكثر يقوم مقام الكل لان فى الممسوحات الاستيعاب ليس بشرط كما فى مسح الخف والرأس وجه الظاهر أن التيمم قائم مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والاستيعاب فى الوضوء شرط فكذا فيما قام مقامه ولولا الخلافية لكان المسح الى المناكب واجبا عملا بالمقتضى وهو ذكر الايدى فى الكتاب والسنة ولا يلزم آية السرقة لان النبى صلى الله عليه وسلم بين محل القطع وهو الزند بالقول والفعل بخلاف ما نحن (٨٧) فيه فان قيل قد دل الدليل على أن

ولابد من الاستيعاب فى ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح (والحدث والجنابة فيه سواء) وكذا الحيض والنفاس

سكت عنه الحاكم وقال لا أعلم أحدا أسنده عن عبيد الله غير على بن ظبيان وهو صدوق وقد وقفه يحيى ابن سعيد القطان وهشيم وغيرهما وصوب وقفه الدارقطنى اه ونقل ابن عدى تضعيف ابن ظبيان عن النسائى وابن معين وأما بغير هذا اللفظ فرواه الحاكم والدارقطنى من حديث عثمان بن محمد الانماطى الى جابر بن عبد الله عنه صلى الله عليه وسلم قال التيمم ضربة للوجه وضربة للذراعين الى المرفقين قال الحاكم صحيح الاسناد ولم يخرجاه وقال الدارقطنى رجاله كلهم ثقات وقول ابن الجوزى عثمان متكلم فيه مردود وبه يحمل حديث عمار بعثنى النبى صلى الله عليه وسلم فى حاجة الى أن قال فقال صلى الله عليه وسلم انما يكفيك أن تقول بيديك هكذا ثم ضرب بيديه الارض ضربة ثم مسح الشمال على اليمنى وظاهر كفيه ووجهه وهو حقيقة مذهب مالك فانه قال يعيد فى الوقت على أن المراد بالكفين الذراعين اطلاقا لاسم الجزء على الكل أو المراد ظاهرهما مع الباقى أو كون أكثر عمل الامة على هذا يرجح هذا الحديث على حديث عمار فان تلقى الامة الحديث بالقبول يرجحه على ما أعرضت عنه ثم قولهم ضربتان يفيد أن الضرب ركن ومقتضاه أنه لو ضرب يديه فقبل أن يمسح أحدث لا يجوز المسح بتلك الضربة لانها ركن فصار كما لو أحدث فى الوضوء بعد غسل بعض الاعضاء وبه قال السيد أبو شجاع وقال القاضى الاسبيجابى يجوز كمن ملأ كفيه ماء فأحدث ثم استعمله وفى الخلاصة الاصح أنه لا يستعمل ذلك التراب كذا اختاره شمس الائمة وعلى هذا فما صرحوا به من أنه لو ألقت الريح الغبار على وجهه ويديه فمسح بنية التيمم أجزأه وان لم يمسح لا يجوز يلزم فيه اما كونه قول من أخر الضربة لا قول الكل واما اعتبار الضربة أعم من كونها على الارض أو على العضو مسحا والذى يقتضيه النظر عدم اعتبار ضربة الارض من مسمى التيمم شرعا فان المأمور به المسح ليس غير فى الكتاب قال تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم التيمم ضربتان اما على ارادة الاعم من المسحتين كما قلنا أو أنه أخرج مخرج الغالب والله أعلم (قوله حتى قالوا يخلل) عن محمد يحتاج الى ثلاث ضربات ضربة للوجه وضربة للذراعين وضربة لتخليل الاصابع لكنه خلاف النص والمقصود وهو التخليل لا يتوقف عليه وينزع الخاتم وفى المحيط يمسح تحت الحاجبين وفى الحلية يمسح من وجهه ظاهر البشرة والشعر على

حقيقة اليد ليست بمرادة فان الباء اذا دخل على المحل تعدى الفعل الى الآلة فلا يقتضى استيعاب المحل أجيب بان الباء صلة كما فى قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة فلا يقتضى تبعيض المحل وفيه بحث ذكرناه فى التقرير والانوار وقوله (والحدث والجنابة فيه) أى فى التيمم من حيث الجواز والكيفية والآلة سواء وهو قول أصحابنا وعليه العلماء وهو المروى عن على وابن عباس وعائشة وقال بعض الناس لا يتيمم الجنب والحائض والنفساء وهو المروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر ومنشأ الاختلاف فيما بينهم ان قوله تعالى أو لامستم النساء محمول على المس باليد أو على الجماع فذهب الاولون الى الثانى والآخرون الى الاول وقالوا القياس أن لا يكون التيمم طهورا وانما أباحه الله تعالى للحدث فلا يباح للجنب لانه ليس بمعقول المعنى حتى يصح القياس وليست فى معناه لتلحق به بل هى فوقه وقال الاولون الملامسة أريد بها الجماع مجازا لسياق الآية فان الله تعالى بين حكم الحدث والجنابة فى آية الوضوء ثم نقل الحكم الى التراب حال عدم الماء وذكر الحدث الاصغر بقوله أو جاء أحد منكم من الغائط فيحمل لامستم على الحدث الاكبر لتصير الطهارتان والحدثان مذكورين فى آية التيمم كما فى ذكر آية الوضوء ولئلا يلزم التكرار لان الاصغر مذكور فى قوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط فى حق التيمم فحمل لامستم عليه تكرار ولئن سلمنا أنه تعالى شرع التيمم للحدث فرسوله صلى الله عليه وسلم شرعه للجنب أيضا

(قوله فحمل لامستم عليه تكرار) أقول فيه بحث

لما روى أن قوما جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولم نجد الماء شهرا أو شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بأرضكم وفي الاحاديث الدالة على ذلك كثرة حدث البخاري في صحيحه باسناده الى عمران بن الحصين رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل في القوم فقال يا فلان ما منعك أن تصلي في القوم فقال يا رسول الله أصابتني جنابة ولا ماء فقال صلى الله عليه وسلم عليك بالصعيد فانه يكفيك وقوله (ويجوز التيمم عند أبي حنيفة ومحمد) بيان لما يجوز به التيمم وقوله (بكل ما كان من جنس (٨٨) الارض) قيل كل ما يحترق بالنار فيصير رمادا كالشجر أو ينطبع أو يلين كالحديد فليس من جنس الارض وههنا لطيفة وهي أن الله تعالى خلق درة ونظر اليها فصارت ماء ثم تكاثف منه فصار ترابا وتلطف منه فصار هواء وتلطف منه فصار نارا فكان الماء أصلا ذكره المفسرون وهو منقول عن التوراة فاذا تعذر الطهارة بالاصل انتقل الى التبع وأقيم مقامه والنبات كالشجر ونحوه والمعدني كالحديد وشبهه ليس بتبع للماء وحده حتى يقوم مقامه ولا للتراب كذلك وانما هو مركب من العناصر الاربعة فليس له اختصاص بشئ منها حتى تقوم مقامه وقال أبو يوسف لا يجوز الا بالتراب والرمل خاصة ثم رجع عنه الى أنه لا يجوز الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا أي ترابا منبتا هكذا فسره ابن عباس وهذا يقتضي القصر عليه غير أن أبا يوسف زاد عليه الرمل

لما روى أن قوما جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا أو شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بأرضكم (ويجوز التيمم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ وقال أبو يوسف لا يجوز الا بالتراب والرمل) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا بالتراب المنبت وهو رواية عن أبي يوسف رجحه الله لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا أي ترابا منبتا قاله ابن عباس رضي الله عنه غير أن أبا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما أن الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه

الصحيح ويقابل ظاهر الرواية رواية الحسن ان الاكثر كالكل لوجه غير لازم (قوله لما روى أن قوما) عن أبي هريرة أن ناسا من أهل البادية أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا انا نكون بالرمال الاشهر الثلاثة والاربعة ويكون فينا الجنب والنفساء والحائض ولسنا نجد الماء فقال عليكم بالارض ثم ضرب بيده الارض لوجهه ضربة واحدة ثم ضرب ضربة أخرى فمسح بها على يديه الى المرفقين أخرجه الامام أحمد وهو حديث يعرف بالمثنى بن الصباح وقد ضعفه أحمد وابن معين في آخرين ورواه أبو يعلى من حديث أبي لهيعة وهو أيضا ضعيف وله طريق أخرى في معجم الطبراني الاوسط حدثنا أحمد بن محمد البزار الاصبهاني حدثنا الحسن بن حماد الحضرمي حدثنا وكيع بن الجراح عن ابراهيم بن يزيد عن سليمان الاحول عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة فذكره وقال لا نعلم لسليمان الاحول عن سعيد بن المسيب غير هذا الحديث (قوله ويجوز التيمم الخ) قيل ما كان بحيث اذا حرق لا ينطبع ولا يترمد أي لا يصير رمادا فهو من أجزاء الارض فخرجت الاشجار والزجاج المتخذ من الرمل وغيره والماء المنجمد والمعادن الا أن تكون في محالها فيجوز للتراب الذي عليها لا بها نفسها ودخل الحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ والمغرة والكبريت والملح الجبلي لا المائي والسبخة والارض المحرقة في الاصح والفيروزج والعقيق والبلخش والياقوت والزمرد والزبرجد لا المرجان واللؤلؤ لان أصله ماء وكذا المصنوع منها كالكيزان والجفان والزبادي الا أن تكون مطلية بالدهان والآجر المشوي على الصحيح الا ان خلط به ما ليس من الارض كذا أطلق فيما رأيت مع أن المسطور في فتاوى قاضيخان التراب اذا خالطه ما ليس من أجزاء الارض تعتبر فيه الغلبة وهذا يقتضي أن يفصل في المخالط بين بخلاف المشوي لاحتراق ما فيه مما ليس من أجزاء الارض (قوله غير أن أبا يوسف زاد عليه الرمل) جعل هذا في المبسوط قولا لابي يوسف مرجوعا عنه وان قرار مذهبه تعين التراب (قوله ولهما أن الصعيد اسم لوجه الارض) لصعوده فهو فعيل بمعنى فاعل واذا كان هذا مفهومه وجب تعميمه وان تفسير ابن عباس اياه بالتراب تفسير بالاغلب ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين وجعلت لي الارض مسجدا وطهورا وأما

في قوله الاول بما روينا من قوله عليه السلام عليكم بأرضكم ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض رواية كذا روى عن الخليل وذكر صاحب الكشاف عن الزجاج أن الصعيد اسم لوجه الأرض وقال الزجاج في معاني القرآن لا أعلم بين أهل اللغة خلافا في أن الصعيد وجه الارض وفي الصحاح عن ثعلب أن الصعيد وجه الارض قال المصنف (سمي به لصعوده) وهو اشارة الى انه فعيل بمعنى فاعل واذا كان كذلك فتقييده بالتراب المنبت تقييد للمطلق بلا دليل (والطيب يحتمل الطاهر) كما في قوله تعالى حلالا طيبا (فحمل عليه

لانه أليق بموضع الطهارة) ألا ترى أنه لو كان التراب المنبت نجسا لم يجز التيمم به اجماعا فعلم أن الانبات ليس له أثر في هذا الباب ومما يدل على ذلك قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم وقوله (أو هو مراد بالاجماع) دليل آخر وتقريره أن الطيب مشترك بين الطاهر والمنبت والطاهر مراد بالاجماع كما مر آنفا فلا يكون المنبت مرادا لان المشترك لا عموم له (ثم لا يشترط أن يكون عليه) أي على الصعيد (غبار) يلتزق باليد فيجوز التيمم بالكحل والآجر والمرداسنج والياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد والزبرجد وان كانت ملسا لا غبار عليها (عند أبي حنيفة) ومحمد عنه في احدى الروايتين (لاطلاق ما تلونا) من قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وفي رواية أخرى عنه وهو قول الشافعي وأبي يوسف وأحمد لا يجوز بدونه لقوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه أي من التراب وهو كما ترى يوجب المسح بشئ من الارض لكن كلمة من للتبعيض والجواب أن الضمير يحتمل أن يعود للحدث أو يحمل من على ابتداء الغاية (وكذلك يجوز بالغبار) بأن ينفض ثوبه أو لبده (مع القدرة على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وأبو يوسف رحمه الله لم (٨٩) يجوزه مع القدرة على الصعيد لان الغبار ليس بتراب خالص ولكنه من التراب من وجه والمأمور به التيمم بالصعيد فعند القدرة عليه لا يجوز العدول عنه وأما عند العجز عنه فيجوز كالايماء عند العجز عن الركوع والسجود ولهما ما قوله (لانه تراب رقيق) فان من نفض ثوبه يتأذى جاره من التراب وكما يجوز التيمم بالخشن منه فكذا بالرقيق والشرط في التيمم بالغبار المسح بيده لا مجرد اصابة الغبار مع النية فلو أصاب وجهه وذراعيه غبار ونوى التيمم ولم يمسح به وجهه وذراعيه لم يكن متيمما (والنية فرض في التيمم) خلافا لزفر هو يقول التيمم خلف عن الوضوء وهو ظاهر لان

لانه أليق بموضع الطهارة أو هو مراد بالاجماع (ثم لا يشترط أن يكون عليه غبار عند أبي حنيفة رحمه الله) لاطلاق ما تلونا (وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) لانه تراب رقيق (والنية فرض في التيمم) وقال زفر رحمه الله تعالى ليست بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا أنه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه

رواية وتربتها طهور رافتوهم أنه مخصص خطأ لانه افراد فرد من العام لانه ربط حكم العام نفسه ببعض أفراده والتخصيص اخراج الفرد من حكم العام فليس بمخصص على المختار وأما قوله والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه ففيه أن مجرد كون اللفظ يحتمل معنى لا يوجب حمله عليه فالمعول عليه كون الطيب مرادا به الطاهر بالاجماع فكان الاجماع دليل ارادة هذا المحتمل وعلى هذا فالاوجه أن يقول وهو مراد بالواو لا بأو (قوله ثم لا يشترط أن يكون عليه غبار عند أبي حنيفة) وعند محمد يشترط لظاهر قوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه قلنا هي للابتداء في المكان اذ لا يصح فيها ضابط التبعيضية والبيانية وهو وضع بعض موضعها في الاول ولفظ الذي في الثاني والباقي في الاول بحاله ويزاد في الثاني جزء ليتم صلة للموصول كما في اجتنبوا الرجس من الاوثان أي الذي هو الاوثان ولو قيل فامسحوا بوجوهكم وأيديكم بعضه أفاد أن المطلوب جعل الصعيد ممسوحا والعضوين آلته وهو منتف اتفاقا (قوله وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف لا يجوز الا عند العجز عنه كأن يكون في وحل وردغة بسفر أو بحر ولا يستطيع الماء وهذه احدى الروايتين عنه وفي أخرى لا يجوز وفي رواية يتيمم به ويعيد والخلاف مبني على أنه تراب خالص أو غالب أولا فعنده لا وعندهما نعم اذا لم يفارقه الا بمعازجة الهواء (قوله ولنا أنه ينبئ عن القصد الخ) هو ينبئ عن القصد لغة وليس المقصود في النص الخطاب بقصد الصعيد فيمسح به العضوين والا لكانت النية المعتبرة تلك وليس كذلك فانه لو قصد المسح لم تكن المعتبرة فضلا عما هو مدلول النص من أن يقصده فيترتب على قصده ذلك المسح وانما المقصود أن لفظ التيمم وهو الاسم الشرعي ينبئ عن القصد والاصل أن يعتبر في الاسماء الشرعية ما ينبئ

(١٢ - فتح القدير اول) الخلف هو ما لا يجوز الاتيان به الا عند عذر وجد في الاصل وما نحن فيه كذلك لا محالة والخلف لا يخالف الاصل في وصفه أي في وصفه الذي هو الصحة فان الوضوء بدون النية صحيح فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفا للاصل في وصفه وهو لا يجوز لخروجه عن الخلفية اذ ذاك (ولنا أنه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه) وقد تقدم البحث فيه وقد قيل أيضا في تقريره التيمم يدل على القصد والقصد هو النية وأمرنا بالتيمم والامر للوجوب فيشترط النية بخلاف الوضوء فان الامر ثمة ورد بالغسل والمسح ولا دلالة لهما على النية وفيه نظر لان القصد المأمور به هو قصد استعمال التراب وتفسير النية في التيمم أن ينوي الطهارة أو رفع الحدث أو الجنابة أو استباحة الصلاة وهذا غير ذلك لا محالة فلا يلزم من كون أحدهما مأمورا به أن يكون الآخر شرطا

(قال المصنف لانه أليق بموضع الطهارة) أقول أي الذي نحن فيه بدليل قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم (قوله وأبو يوسف لم يجوزه مع القدرة على الصعيد لان الغبار ليس بتراب خالص الى قوله وأما عند العجز عنه فيجوز) أقول اذا لم يتناول الصعيد الغبار عنده فكيف يجوز استعماله عند العجز بالرأي والتيمم معدول به عن سنن القياس

أو جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر (ثم اذا نوى الطهارة أو استباحة الصلاة أجزأه ولا يشترط نية التيمم للحدث أو للجنابة) هو الصحيح من المذهب (فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم أسلم لم يكن متيمما عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو متيمم) لانه نوى قربة مقصودة

عنه من المعاني على ما عرف قال المصنف في التجنيس النية المشروطة هي نية التطهير هو الصحيح انتهى وما زاده غيره من نية استباحة الصلاة لا ينافيه اذ يتضمن نية التطهير وصرحوا بأنه لو تيمم لدخول المسجد أو للقراءة ولو من المصحف أو مسه أو زيارة القبور أو دفن الميت أو الاذان أو الاقامة أو السلام أو رده أو الاسلام لا تجوز الصلاة بذلك التيمم عند عامة المشايخ الا من شذ وهو أبو بكر بن سعيد البلخي مع وجود نية التيمم في ضمن ذلك لانه في الحاصل نوى التيمم لكذا فعلمنا أن نية نفس الفعل ليست بمعتبرة بل أن ينوي به المقصود من الطهارة والصلاة ولو صلاة الجنازة وسجدة التلاوة نعم روى في النوادر لو مسح وجهه وذراعيه ينوي التيمم جاز به الصلاة وعن أبي حنيفة فيمن تيمم لرد السلام يجوز فعلى هاتين تعتبر مجرد نية التيمم لكنه غير الظاهر من المذهب ولو تيمم يريد به تعليم الغير دون الصلاة لا يجوز عند الثلاثة واذا كان كذلك فانما أنبأ عن قصد هو غير المعتبر نية فلا يكون النص بذلك موجبا للنية المعتبرة ألا ترى أن قوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا ينبئ عن الارادة حتى استدل به من شرط النية للوضوء ووجهه أن التقدير اذا أردتم القيام للصلاة وأنتم محدثون اتفاقا والغسل وقع جزاء لذلك والجزاء مسبب عن الشرط فيفيد وجوب الغسل لاجل ارادة الصلاة ومع ذلك كان التحقيق عدم افادته وجوبها والكلام المذكور تقويه اذ المفاد بالتركيب مع المقدر انما هو أن وجوب الغسل لاجل ارادة الصلاة مع الحدث لا ايجاب أن يغسل لاجل الصلاة اذ عقد الجزاء الواقع طلبا بالشرط يفيد طلب مضمون الجزاء اذا تحقق مضمون الشرط وأن وجوبه اعتبر مسببا عن ذلك فأين طلبه على وجه مخصوص هو فعله على قصد كونه لمضمون الشرط فتأمل ولقد خفي هذا على صاحب النهاية حتى لم يكافئه بالجواب فان قلت ذكرت أن نية التيمم لرد السلام لا تصححه على ظاهر المذهب مع انه صلى الله عليه وسلم تيمم لرد السلام على ما أسلفته في الاول فالجواب أن قصد رد السلام بالتيمم لا يستلزم أن يكون نوى عند فعل التيمم التيمم له بل يجوز كونه نوى ما يصح معه التيمم ثم يرد السلام اذا صار طاهرا (قوله أو جعل طهورا في حالة مخصوصة) ان أراد حالة الصلاة على ما صرح به في بيان سنن الوضوء أول الكتاب فهو بناء على أن الارادة مرادة في الجملة المعطوفة عليها اجلة التيمم أعني آية الوضوء اذا قمتم الى الصلاة فان قوله وان كنتم مرضى الى آخر آية التيمم عطف عليها وأنت قد علمت أن لا دلالة فيها على اشتراط النية وان أراد حالة عدم القدرة على استعمال الماء فظاهر أن ذلك لا يقتضي ايجاب النية ولا نفيها وأما جعل الماء طهورا بنفسه مستفادا من قوله تعالى ماء طهورا ومن قوله ليطهركم به فلا يخفى ما فيه اذ كون المقصود من انزاله التطهير به وتسميته طهورا لا يفيد اعتباره مطهرا بنفسه أي رافعا للامر الشرعي بلا نية بخلاف ازالته الخبث لان ذلك محسوس أنه مقتضى طبعه ولا تلازم بين ازالته حسا صفة محسوسة وبين كونه يرتفع عند استعماله اعتبار شرعي أعني الحدث وقد حققنا في بحث الماء المستعمل أن التطهير ليس من مفهوم طهور فارجع اليه والمفاد من ليطهركم كون المقصود من انزاله التطهير به وهذا يصدق مع اشتراط النية كما قال الشافعي وعدمه كما قلنا ولا دلالة للاعم على أخص بخصوصه والحاصل الفرق بين الدلالة لفظا على عدم وجوب النية وعدم الدلالة على وجوبها وهو الثابت في الآية فرجع استناد عدم وجوب النية في الوضوء الى عدم الدليل عليه وهذا ما وعدناه في سنن الطهارة (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم انه يشترط قال في التجنيس لانه روى عن محمد اذا تيمم يريد الوضوء أجزأه عن الجنابة وان لم ينو عن الجنابة (قوله لانه نوى قربة مقصودة) ينبغي أن يزاد تصح

(قال المصنف أو جعل طهورا في حالة مخصوصة) أقول وهي ارادة الصلاة

منه

أما القربة فلان الاسلام أعظم القرب وأما أنها مقصودة فلأن المراد به ههنا ما لا يكون في ضمن شيء آخر كالمشروط واذا كان كذلك صح تيممه كالمسلم تيمم الصلاة (بخلاف ما اذا تيمم المسلم لدخول المسجد ومس المصحف) فانه لا يكون متيمما لان كل واحد منهما ليس بقربة مقصودة لحصوله في ضمن شيء آخر (ولهما أن التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام ليس كذلك لانه يصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة) على التفسير الذي ذكرنا (ولا تصح بدون الطهارة) قال في النهاية في هذا اللفظ اشارة الى أن الكافر لو نوى قربة بالتيمم لا تصح تلك القربة بدون الطهارة وكان متيمما وليس الامر كذلك فان الكافر اذا تيمم للصلاة ثم أسلم لا تجوز الصلاة بذلك التيمم نص على هذا شيخ الاسلام في مبسوطه بل الصواب في التعليل أن يقال الكافر ليس بأهل للنية لانها عبادة والتيمم لا يصح بدون النية فلذلك لا يصح منه التيمم وعن هذا فرق أبو يوسف رحمه الله بين نيته الاسلام ونيته الصلاة فقال يكون متيمما في الاول دون الثاني وقال لان الاسلام (٩١) يصح منه فتصح نية التيمم منه للاسلام بخلاف ما لو تيمم بنية الصلاة لان الصلاة قربة لا تصح من الكافر ولا تصح نية الصلاة فيجعل وجود هذه النية وعدمها بمنزلة واحدة فيبقى التيمم من غير نية فلا يصح (وان توضأ النصراني لا يريد به الاسلام ثم أسلم فهو متوضئ) عندنا لان النية فيه ليست بشرط عندنا فعدم أهليته لا يضر وقال الشافعي ليس بمتوضئ لان النية شرط وهو ليس من أهلها فقوله (بناء على اشتراط النية) دليل الشافعي ويفهم منه دليلنا (فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم أسلم فهو على تيممه وقال زفر يبطل تيممه لان الكفر ينافي التيمم) ابتداء فكذا بقاء كالمحرمية في النكاح بأن كانا رضيعين وقد زوج كل واحد منهما بالآخر أبواهما ثم أرضعتهما امرأة فانه يرتفع النكاح واعترض بأن الكفر ينافي التيمم باعتبار كونه عبادة وكونه عبادة انما هو بالنية وليست بشرط عند زفر فيكون اعتراض الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء وأجيب بأنه روى عن زفر رواية أخرى اشترط فيها النية للتيمم وقيل المنافاة بينهما باعتبار عدم الاهلية لانه شرع للصلاة والكافر ليس بأهل لها فكان فعله كفعل البهيمة فيكون تيممه باطلا نوى أو لم ينو ويستوي فيه الابتداء والبقاء لما مر (ولنا أن الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا) ومعناه أن التيمم عدم كما وجد لكونه فعلا فعند الكفر لا يكون التيمم موجودا حتى يبطل لوجود منافيه بل الباقي صفة كونه طاهرا والكفر لا ينافيه فاعتراضه عليه كالاعتراض على

بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة ولهما أن التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة مقصودة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة (وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم أسلم فهو متوضئ) خلافا للشافعي رحمه الله بناء على اشتراط النية (فان تيمم مسلم ثم ارتد ثم أسلم فهو على تيممه) وقال زفر رحمه الله بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا أن الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض على

منه في الحال لان الكافر لو تيمم للصلاة ونحوها لم يكن متيمما حتى لا يصلي به بعد الاسلام عند أبي يوسف فالحاصل أنه لا يصح منه تيمما الا للاسلام (قوله والاسلام قربة تصح بدونها) يقتضي انه لو تيمم للصلاة صح عندهما وليس كذلك فالحاصل أنهما لا يصححان منه تيمما أصلا بناء على عدم صحة النية منه فما يفتقر اليها لا يصح منه وهذا لان النية تصير الفعل منتضا سببا للثواب ولا فعل يقع من الكافر كذلك حال الكفر ولذا صححوا وضوءه لعدم افتقاره الى النية ولم يصححه الشافعي لما افتقر اليها عنده وقد رجع المصنف الى التحقيق في التعليل في جواب زفر حيث قال وانما لا يصح من الكافر لانعدام النية (قوله بخلاف سجدة التلاوة الخ) المراد بكونها قربة مقصودة هنا كونها مشروعة ابتداء يعقل فيها معنى العبادة وأما قولهم في الاصول انها ليست بقربة مقصودة فالمراد أنها ليست مقصودة لعينها بل لاظهار مخالفة المستكفين من الكفار باظهار التواضع والانقياد لله سبحانه وتعالى ولذا أديت في ضمن الركوع وسيأتي بيانه ان شاء الله تعالى (قوله فيستوي فيه الابتداء والبقاء) فكما لا يصح ابتداء التيمم وهو كافر لا يصح بقاؤه مع الكفر كالمحرمية في باب النكاح كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاءه حتى لو كان الزوجان صغيرين فأرضعتهما امرأة ارتفع النكاح أو كبيرين فكنت الزوجة ابن زوجها ارتفع بعد الثبوت والاصل ان كل صفة منافية لحكم يستوي فيها الابتداء والبقاء الا أن يخرج شيء بالنص كبقاء الصلاة عند سبق الحدث حتى جاز البناء وكلام المصنف في الاستدلال المذكور لزفر لا يستلزم بناءه على حبط العمل بالكفر ليحتاج الى جوابه على ما لا يخفى بعد قليل تأمل (قوله ولنا أن الباقي) حاصله تسليم الاصل المذكور ومنع صدقه

(قال المصنف والاسلام قربة تصح بدونها) أقول يقتضي أنه لو تيمم للصلاة صح عندهما وليس كذلك والحاصل أنهما لا يصححان منه تيمما أصلا بناء على عدم صحة النية منه

الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه وليس البقاء كذلك لوجودها فان قيل الردة تحبط العمل لقوله تعالى لئن أشركت ليحبطن عملك وقوله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله ووضوءه وتيممه من عمله فكيف يبقيان بعد الردة أجيب بأن الردة تحبط ثواب العمل وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضأ رياء فان الحدث يزول به وان كان لا يثاب على وضوئه قال (وينقض التيمم كل شئ ينقض الوضوء) قد تقدم أن التيمم خلف عن الوضوء ولا شك أن الاصل أقوى من الخلف فما كان ناقضا للاقوى كان ناقضا للاضعف بطريق الأولى فكل ما ينقض الوضوء ينقض التيمم (وينقضه أيضا رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال) واسناد النقض الى رؤية الماء اسناد مجازى لان رؤية الماء عند القدرة على الاستعمال شرط لعمل الحدث السابق عمله عندنا والناقض حقيقة هو الحدث السابق بخروج النجس قوله (لان القدرة هى المراد) قد ذكرناه من قبل وقوله (هو غاية لطهورية التراب) سماه غاية من حيث المعنى اذ ليس فى لفظ الكتاب العزيز ما يدل على ذلك والمذكور فى الحديث قوله صلى الله عليه وسلم ما لم يجد الماء وكلمة ما للمدة أى ما دام أنه غير واجد للماء ولكن معناهما يلتقيان فى أن الحكم بعد ذلك الوقت يخالف ما قبله فسمى باسم الغاية قيل لا يلزم من انتهاء طهورية التراب انتهاء الطهارة الحاصلة به كالماء فانه يصير نجسا بالاستعمال وتنتهى طهوريته وتبقى الطهارة الحاصلة به أجيب بأن الطهارة الحاصلة به صفة راجعة الى المحل وكل ما هو كذلك فالابتداء والبقاء فيه سواء (وخائف العدو) سواء كان خائفا على نفسه أو على ماله كذا فى شرح الطحاوى (والسبع والعطش عاجز حكما) لان صيانة النفس أوجب من صيانة الطهارة بالماء فان لها بدلا ولا بدل للنفس (والنائم) يعنى من لم يكن مضطجعا ولا مستندا فى المحمل فانه اذا كان كذلك ينتقض تيممه بالنوم فلا تأتى هذه المسئلة (قادر تقديرا) أى حكما (عند أبى حنيفة) فينتقض به تيممه لانه عاجز عن الاستعمال بعذر

الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه (وينقض التيمم كل شئ ينقض الوضوء) لانه خلف عنه فأخذ حكمه (وينقضه أيضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله) لان القدرة هى المراد بالوجود الذى هو غاية لطهورية التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم عند أبى حنيفة قادر تقديرا حتى لو مر النائم المتيمم على الماء بطل تيممه عنده

فى المتنازع فيه أفاد هذا ادخال اللام فى الباقى أى ليس التيمم نفسه باقيا ليرتفع بورود الكفر بل الباقى صفة الطهارة التى أوجبها وهذه لا يرفعها شرعا الا الحدث ولذا اعترض على الصفة الكائنة عن الوضوء لم يرفعها وهى مثلها ولما كان هذا مظنة أن يقال البقاء فى هذا ونحوه من النكاح وسائر العقود ليس الا بقاء آثارها فان الباقى فى النكاح والبيع بعد صدور العقد ليس الا الاثر من الحل والملك ومع ذلك اعتبر ذلك بقاء لها حتى انتفت بورود ما ينفى ابتداءها على ما بينا فبقاء الصفة حينئذ بقاء التيمم ويلزم ما قلته زاد قوله وانما لا يصح من الكافر ابتداء لانعدام النية منه وهذا يحول التقرير عن وجهته الاولى هكذا التيمم نفسه لا ينافيه الكفر وانما ينافى شرطه وهو النية المشروطة فى الابتداء وقد تحققت وتحقق التيمم لذلك فالصفة الباقية بعده لو اعتبرت كنفسه لا يرفعها الكفر لان الباقى حينئذ حكما ليس هو النية (قوله وينقضه أيضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله) لان القدرة هى المرادة بالوجود الذى هو غاية لطهورية التراب فى قوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء ومقتضاه خروج ذلك التراب الذى تيمم به عن الطهورية ويستلزم انتفاء أثره من طهارة الرجل ويرد عليه أن قطع الاعتبار الشرعى طهورية التراب انما هو عند الرؤية مقتصرا فانما يظهر فى المستقبل اذ لو استند ظهر عدم صحة الصلوات السابقة وما قيل انه وصف يرجع الى المحل فيستوى فيه الابتداء والبقاء لا يفيد دفعا ولا يمسه والاوجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم فى بقية الحديث فاذا وجده فليمسه بشرته وفى اطلاقه دلالة على نفى تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة كما هو قول الائمة الثلاثة رضى الله عنهم (قوله وخائف السبع والعدو والعطش) على نفسه أو دابته أو رفيقه عاجز حكما فيباح له التيمم مع وجود ذلك الماء وكذا اذا خاف الجوع بان كان محتاجا الى الماء للعجين أما ان احتاج اليه للرفقة فلا يتيمم لكن هل يعيد اذا أمن بالوضوء قال فى النهاية قلت جاز أن تجب الاعادة على الخائف من العدو بالوضوء لان العذر من قبل العباد اه يعنى وهم يفرقون بين العذر من قبل من له الحق ومن قبل العباد فيوجبون فى الثانى ولذا وجبت الاعادة على المحبوس اذا صلى بالتيمم ثم خلص وقيل فيمن منعه انسان عن الوضوء بوعيد ينبغى ان يتيمم ويصلى ويعيد بعد ذلك لكن قال فى الدراية الاسير منعه الكفار من الوضوء والصلاة يتيمم ويومئ ويعيد وكذا المقيد ثم قال قلت بخلاف الخائف منهم فان الخوف من الله سبحانه فنص على خلاف ما فى النهاية (قوله والنائم) أى على غير صفة توجب النقض كالنائم ماشيا أو راكبا اذا مر على ماء مقدورا الاستعمال

(قوله لا يلزم من انتهاء طهورية التراب انتهاء الطهارة الحاصلة) أقول الظاهر أن يقال الحاصلة (قوله وأجيب بأن الطهارة الحاصلة) أقول المجيب صاحب المستصفى (قوله وكل ما هو كذلك فالابتداء والبقاء فيه سواء) أقول الكلية ممنوعة والا لزم أن تكون الردة مبطلة للتيمم

والمراد ماء يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء

انتقض تيممه عند أبي حنيفة خلافا لهما وعن ذلك عبر في المجمع بالناعس قال في فتاوى قاضيخان قيل يجب أن لا ينتقض عند الكل لانه لو تيمم وبقربه ماء لا يعلم به صح تيممه فكذا هذا وفي زيادات الحلواني قال في انتقاض تيممه روايتان من غير ذكر خلاف قال في شرح المجمع في وجه الانتقاض عنده الشرع انا اعتبر هذا القدر من النوم يقظة كان كاليقظان وان لم يعتبره يقظة كان هذا نوما لم يلحق باليقظة وكل نوم لم يلحق بها شرعا فهو حدث بالاجماع اه ولنا أن نختار الاول ولا يفيده فان اليقظان اذا لم يعلم بالماء لا يبطل تيممه على ما ذكرناه من فتاوى قاضيخان وفي التجنيس صلى بالتيمم وفي جنبه بئر لم يعلم به جاز على قولهم ولو كان على شاطئ النهر ولم يعلم به عن أبي يوسف روايتان في رواية لا يجوز اعتبارا بالاداوة المعلقة في عنقه وفي رواية يجوز لانه غير قادر اذ لا قدرة بدون العلم وقيل هذا قول أبي حنيفة وهو الاصح اه فاذا كان أبو حنيفة يقول في المستيقظ حقيقة على شاطئ نهر لا يعلم به يجوز تيممه فكيف يقول في النائم حقيقة بانتقاض تيممه (قوله والمراد) من الماء يعني الماء في قوله وينقضه رؤية الماء ما يكفي فلو وجد المتيمم ماء فتوضأ به فنقص عن احدى رجليه ان كان غسل كل عضو ثلاثا أو مرتين انتقض تيممه أو مرة لا ينتقض لانه في الاول وجد ما يكفيه اذ لو اقتصر على أدنى ما يتأدى به الفرض كفاه بخلاف الثاني وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز مع وجود الماء وان قل حتى يستعمله فيفنيه فحينئذ يتيمم لان قوله تعالى فلم تجدوا ماء يفيده لانه نكرة في سياق النفي وصار كما اذا وجد ماء يكفي لازالة بعض النجاسة الحقيقية أو توضأ ببعض عورته ولنا أن المراد في النص ماء يكفي لازالة المانع لانه سبحانه أمر بغسل الاعضاء الثلاثة والمسح ومعلوم أنه بالماء ثم نقل الى التيمم عند عدمه بقوله فلم تجدوا ماء فبالضرورة يكون التقدير فاغسلوا وامسحوا بالماء فان لم تجدوا ماء تغسلون به وتمسحون ما عينته عليكم فتيمموا والقياس على الحقيقية والعورة فاسد لانهما يتجزآن فيفيد الزامه باستعمال القليل للتقليل ولا يفيد هنا اذ لا يتجزأ هنا بل الحدث قائم ما بقي أدنى لمعة فيبقى مجرد اضاعة مال خصوصا في موضع عزته مع بقاء الحدث كما هو والمراد من القدرة أعم من الشرعية والحسية حتى لو رأى ماء في حب لا ينتقض تيممه وان تحققت قدرة حسية لانه انما أبيح للشرب ولو وهب له ماء وجب القبول وانتقض التيمم ولو وجد جماعة من المتيممين ماء مباحا يكفي أحدهم انتقض تيمم الكل لقدرة كل منهم لتحقق الاباحة في حق كل منهم بخلاف ما لو وهب لهم بان قال صاحب الماء هذا لكم أو بينكم فقبضوه حيث لا ينتقض تيمم أحدهم لانه لا يصيب كلا منهم ما يكفيه على قولهما وعلى قول أبي حنيفة لاتضح هذه الهبة للشيوع فلو أذنوا لواحد منهم بالوضوء عنده لا يجوز اذنهم لفساد الهبة وعندهما يصح فينتقض تيممه كما لو عين الواهب واحدا منهم فانه يبطل تيممه دونهم حتى لو كان اماما بطلت صلاة الكل وكذا لو كان غير اماما الا أنه لما فرغ القوم سأله الامام فأعطاه تفسد على قول الكل لتبين أنه صلى قادرا على الماء * واعلم أنهم فرعوا لو صلى بتيمم فطلع عليه رجل معه ماء فان غلب على ظنه أنه يعطيه بطلت قبل السؤال وان غلب أن لا يعطيه يمضي على صلاته وان أشكل عليه يمضي ثم يسأله فان أعطاه ولو بيعا بثمن المثل ونحوه أعاد والا فهي تامة وكذا لو أعطاه بعد المنع الا أنه يتوضأ هنا لصلاة أخرى وعلى هذا فاطلاق فساد الصلاة في صورة سؤال الامام اما أن يكون محمولا على حالة الاشكال أو ان عدم الفساد عند غلبة ظن عدم الاعطاء مقيد بما اذا لم يظهر له بعد اعطاؤه * (فرع) يبتلى الحاج بحمل ماء زمزم للهدية ويرصص رأس القمقمة فالم يخف العطش ونحوه لا يجوز له التيمم قال المصنف في التجنيس والحيلة فيه أن يهبه من غيره ثم يستودعه منه وقال قاضيخان في فتاواه هذا ليس بصحيح فانه لو رأى مع غيره ماء يبيعه بمثل الثمن أو بغبن يسير لا يجوز

جاء من قبل نفسه فلا يكون معذورا وقيل ينبغي أن لا ينتقض عند الكل لانه لو تيمم وبقربه ماء لا يعلم به يجوز تيممه عند الكل وقال التمرتاشي وفي زيادات الحلواني في انتقاض تيمم النائم بالماء روايتان من غير ذكر خلاف وقوله (والمراد ماء يكفي للوضوء) يعني الماء الذي يمر عليه النائم وقدم لنا من قبل

وقوله (لان الطيب) يعني قوله تعالى صعيدا طيبا (أريد به الطاهر) بالاجماع كما تقدم وقوله (ويستحب لعادم الماء) ظاهر قيل هذه المسئلة تدل على أن الصلاة في أول الوقت أفضل عندنا أيضا الا اذا تضمن التأخير فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة والصلاة بأكمل الطهارتين وردّ بأن هذا ليس مذهبا لاصحابنا ألا ترى الى ما صرح به صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقولهم ويستحب الاسفار بالفجر والابراد بالظهر في الصيف وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس وتقديم المغرب وتأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل على ما سيأتي وقوله لعادم الماء ليس احترازا عن غير عادمه بل هو احتراز عن قول الشافعي فان عنده أن عادم الماء وان رجا أن يجده في آخر الوقت يقدم الصلاة وكذا قوله كالطامع في الجماعة ليس باحتراز عن غير الطامع بل هو الزام على الشافعي لان مذهبه أن التأخير مستحب اذا كان طامعا في الجماعة ونظيره قول الاصحاب في موجبات الغسل والتقاء الختانين من غير انزال فانه ليس احترازا عن الانزال لعدم الفرق بين الانزال وعدمه في الموجبية لامحالة وانما هو احتراز عن قول الانصاري وقوله في غير رواية الاصول رواية الاصول رواية الجامعين والزيادات والمبسوط ورواية غير الاصول رواية النوادر والامالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات وقوله لان غالب الرأي كالمتحقق ألا ترى أن الله تعالى سمى غالب الرأي علما قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات الآية ووجب العمل بخبر الواحد والقياس كذلك قال الشيخ عبد العزيز هذا التعليل (٩٤) مشكل لانه يقتضي أن يجب التأخير عند التحقق في آخر الوقت مع بعد المسافة في الروايات الظاهرة ليصح مقيسا عليه وليس كذلك فانه ذكر في أول الباب أن من كان خارج المصر يجوز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل أو أكثر وفي الخلاصة وعامة النسخ المسافر اذا كان على تيقن من وجود الماء في آخر الوقت أو غالب ظنه ذلك جاز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل أو أكثر وان كان أقل لا يجوز وان خاف فوت الصلاة فاوجل هذا يعني التعليل على أن المراد أن التيمم لا يجوز في المتحقق في غير رواية الاصول فالحق به غالب الظن في هذه الرواية لم يستقم أيضا لانه علل وجود وجه ظاهر الرواية بأن العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله وذلك يقتضي أن حكم العجز وهو جواز التيمم يزول عند التيقن بوجود الماء في ظاهر الرواية وليس كذلك على ما بينا ولو حمل على أن هذا فيما اذا كان بينه وبين ذلك الموضع أقل من ميل لم يستقم أيضا لانه لا فرق في تعليل ظاهر الرواية بين غلبة الظن واليقين فيما اذا كانت المسافة أقل من ميل في عدم جواز التيمم كما أنه لا فرق بينهما فيما اذا كانت المسافة أكثر من ميل في جواز التيمم وقد صرح في آخر هذا الباب انه اذا غلب على ظنه أن بقربه ماء لا يجوز التيمم كما لو تيقن بذلك فعلم أنه مشكل بقي وجه آخر وهو أن يحمل هذا على ما اذا لم يعلم أن المسافة قريبة أو بعيدة فلو ثبت أنه تيقن بوجود الماء في آخر الوقت فقد أمن من الفوات ولما لم يثبت بعد المسافة للتشكيك فيه لم يثبت جواز التيمم فيجب التأخير أما لو غلب على ظنه ذلك فكذلك عندهما في غير رواية الاصول لان الغالب كالمتحقق وفي ظاهر الرواية لا يجب التأخير لان العجز ثابت لعدم الماء حقيقة وحكم هذا العجز وهو جواز التيمم لا يزول الا بيقين مثله وهو التيقن بوجود الماء في آخر الوقت ولم يوجد فلا يجب التأخير ولكن هذا الوجه لا يخلو عن تحمل ويلزم عليه أنه فرق ههنا بين غلبة الظن واليقين في ظاهر الرواية ولم يفرق بينهما فيما اذا غلب على ظنه أن بقربه ماء في عدم جواز التيمم

(ولا يتيمم الا بصعيد طاهر) لان الطيب أريد به الطاهر في النص ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء (ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه أن يؤخر الصلاة الى آخر الوقت فان وجد الماء توضأ والا تيمم وصلى) ليقع الاداء بأكمل الطهارتين فصار كالطامع في الجماعة وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في غير رواية الاصول أن التأخير حتم لان غالب الرأي كالمتحقق ووجه الظاهر أن العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله

(قوله والرقيات) أقول الرقيات مسائل جمعها محمد حين كان قاضيا بالرقة وهي واسطة ديار ربيعة (قوله والكيسانيات) أقول أبو عمرو سليمان بن شعيب الكيساني من أصحاب محمد ومنه قولهم ذكر محمد في الكيسانيات أو في املاء الكيساني

له التيمم فاذا تمكن من الرجوع في الهبة كيف يجوز له التيمم اه ويمكن أن يفرق بان الرجوع تملك بسبب مكروه وهو مطلوب العدم شرعا فيجوز أن يعتبر الماء معدوما في حقه لذلك وان قدر عليه حقيقة كماء الحب بخلاف البيع (قوله ولا يجوز التيمم الا بصعيد طاهر) ظاهر حكما ودليلا وانبني عليه أنه لو تيمم بغبار ثوب نجس لا يجوز الا اذا وقع ذلك الغبار عليه بعد ما جف وهل يأخذ التراب حكم الاستعمال في الخلاصة وغيرها لو تيمم جنب أو حائض من مكان فوضع آخر يده على ذلك المكان فتيمم أجزأه والمستعمل هو التراب الذي استعمل في الوجه والذراعين اه وهو يفيد تصور استعماله وكونه بان يمسح الذراعين بالضربة التي مسح بها وجهه ليس غير (قوله لان غالب الرأي كالمتحقق) مع قوله في وجه ظاهر الرواية أن العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله مع أنه منظور فيه بان التيمم في العمرانات وفي الفلاة اذا أخبر بقرب الماء أو غلب على ظنه بغير ذلك لا يجوز قبل الطلب اعتبارا لغالب الظن كاليقين يقتضي أنه لو تيقن

ولافيما اذا كانت المسافة بعيدة فى جواز التيمم كما بينا قال فالاظهر بقاء الاشكال (ويصلى بتيممه) أى بالتيمم الواحد (ماشاء من الفرائض والنوافل) فى وقت واحد وأوقات متعددة مالم يجد الماء أو يحدث (وعند الشافعى يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية) اذ التراب ملوث فى نفسه ولهذا يعود حكم الحدث السابق عند رؤية الماء فلم يرتفع الحدث اذ لو ارتفع الحدث (٩٥) لم يعد الا بحدث جديد ولكن أبيحت الصلاة للضرورة فاذا صلى الفرض فقد انتفت الضرورة ولا تعود الا بمجىء وقت آخر وهى فى حق النوافل دائمة لدوام شرعيتها فتبقى بالنسبة اليها (ولنا أنه) أى التراب (طهور بشرط عدم الماء) بالنص وكل ما هو طهور بشرط يعمل عمله مابقى شرطه كالماء فانه طهور بشرط كونه طاهرا ويعمل عمله مادام شرطه موجودا فان قلت هذه العبارة تقتضى أن يكون وجود الشرط مستلزما لوجود المشروط وليس كذلك لاستحالة فالجواب أن الشرط اذا كان مساويا للمشروط استلزمه وههنا كذلك فان كل واحد من عدم الماء وجواز التيمم مساو للآخر لاستحالة تجاز أن يستلزمه قال (ويجوز التيمم للصحيح فى المصر) الاصل ههنا أن كل مايفوت لا الى بدل جاز أداؤه بالتيمم مع وجود الماء وصلاة الجنازة عندنا كذلك لانها لا تعاد عندنا وكذلك صلاة العيد تفوت لا الى بدل وقوله للصحيح احتراز عن المريض فانه يجوز له

(ويصلى بتيممه ماشاء من الفرائض والنوافل) وعند الشافعى رحمه الله يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية ولنا أنه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله مابقى شرطه (ويتيمم الصحيح فى المصر اذا حضرت جنازة والولى غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة أن تفوته الصلاة) لانها لا تقضى فيتحقق العجز (وكذا من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة أن يفوته العيد يتيمم) لانها لا تعاد وقوله والولى غيره اشارة الى أنه لا يجوز للولى

وجود الماء فى آخر الوقت لزمه التأخير على ظاهر الرواية لكن المصرح به خلافه على ما تقدم أول الباب أنه اذا كان بينه وبين الماء ميل جاز التيمم من غير تفصيل وفى الخلاصة المسافر اذا كان على تيقن من وجود الماء أو غالب ظنه على ذلك فى آخر الوقت فتيمم فى أول الوقت وصلى ان كان بينه وبين الماء مقدار ميل جاز وان كان أقل ولكن يخاف الفوت لا يتيمم (قوله وعند الشافعى يتيمم لكل صلاة فرض) قيد به لانه يجيز النوافل المتعددة بالتيمم الواحد تبعية للفرض والخلاف يبنى تارة على أنه رافع للحدث عندنا مبيح عنده لا رافع وتارة على أنه طهارة ضرورية عنده مطلقة عندنا كما اقتصر عليه المصنف ويدفع مبناه الاول بأن اعتبار الحدث مانعية عن الصلاة شرعية لا يشكل معه أن التيمم رافع لارتفاع ذلك المنع به وهو الحق اذ لم يقم على أكثر من ذلك دليل وتغير الماء برفع الحدث انما يستلزم اعتباره نازلا عن وصفه الاول بواسطة اسقاط الفرض لا بواسطة ازالة وصف حقيقى مدنس ويدفع الثانى بانه طهور حال عدم الماء بقوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم وقال صلى الله عليه وسلم فى حديث الخصائص فى الصحيحين وجعلت لى الارض مسجدا وطهورا يريد مطهرا والا لما تحققت الخصوصية لان طهارة الارض بالنسبة الى سائر الانبياء ثابتة واذا كان مطهرا فتبقى طهارته الى وجود غايتها من وجود الماء أو ناقض آخر وقد يقال عليه القول بموجب طهوريته مالم يجد الماء وذلك أفادته الطهارة والكلام ليس فيه بل فى بقاء تلك الطهارة المفادة به بالنسبة الى فرض آخر وليس فيه دليل عليه فلنا أن نثبت نفيه بالمعنى وهو أن اعتبار طهارته ضرورة أداء المكتوبة مع عدم الماء والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا مخلص الا بمنع مرتد ان سلم وهو ان أردت أنها اعتبرت ضرورة المكتوبة الواحدة فقط منعناه بل ضرورة تحصيل الخيرات المشروطة بالطهارة مطلقا ولهذا أجاز هو النوافل الكثيرة بالتيمم الواحد فعلم أن اعتباره عند عدم الماء تكثيرا لابواب الخيرات ارادة لافاضة كرمه ألا ترى أنه أباح النفل على الدابة بالايماء لغير القبلة مع فوات الشروط والاركان فيها ولا ضرورة الا الحاجة القائمة بالعبد لزيادة الاستكثار من فضله وعلى هذا الخلاف ابتنى جواز التيمم قبل الوقت فمنعه وأجزناه فان وجد الماء قبل صلاته بطل أو بعد السلام تمت ولو كان عليه سجود سهو عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد تفسد بناء على أن من عليه السهو هل يخرجه سلامه عن الصلاة فعنده لا وعندهما نعم وان أردت غير ذلك فلابد من ابدائه لنتكلم عليه (قوله ويتيمم الصحيح الخ) منعه الشافعى لانه تيمم مع عدم شرطه قلنا مخاطب بالصلاة عاجز عن الوضوء لها فيجوز أما الاولى فلان تعلق فرض الكفاية على العموم غير أنه يسقط بفعل البعض وأما الثانية فبفرض المسئلة وحديث الدارقطنى بسنده عن ابن عمر أنه أتى بجنازة وهو على غير

التيمم فى المصر وغيره وليا كان أو غيره خاف الفوت أو لم يخف وقوله فى المصر احترازا عن المفازة لان التيمم فيها جائز وليا كان أو غيره لعدم الماء فيها غالبا وقوله اذا حضرت جنازة لان الوجوب انما هو بحضورها وقوله والولى غيره لان المتيمم اذا كان وليا لا يجوز له التيمم لانه لا يخاف الفوت لان له حق الاعادة وقوله فخاف أن تفوته الصلاة لانه اذا لم يخف الفوت لا يجوز له التيمم

وقوله (وهو) أى عدم جواز التيمم للولى (رواية الحسن عن أبى حنيفة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن ظاهر الرواية فان الجواب فيه جواز التيمم للولى لما روى أن ابن عباس قال اذا فجأتك جنازة وأنت على غير وضوء فتيمم وصل عليها ولم يفصل بين الولى وغيره وروى عن ابن عمر رضى الله عنهما فى صلاة العيد مثله (وان أحدث الامام أو المقتدى فى صلاة العيد) وكان شروعه بالوضوء (تيمم وبنى عند أبى حنيفة وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق يصلى بعد فراغ الامام) وذلك فى حكم الصلاة بالجماعة (فلا يخاف الفوت ولابى حنيفة ان الخوف باق لانه يوم ازدحام) فلا يؤمن اعتراض عارض يعتريه مثل أن يسلم عليه أحد فيرد السلام أو يهنئه بالعيد فيجيبه أو ما أشبه ذلك فيفسد عليه صلاته وهى لا تقضى لانها لم تشرع الا بجماعة فكان خوف الفوت باقيا وان كان شروعه بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو أوجبنا عليه الوضوء كان واجدا للماء فى صلاته فتفسد صلاته كتيمم وجد (٩٦) الماء فى خلال صلاته فانه يستأنفها قيل هذا اختيار بعض المتأخرين ومنهم من قال يتوضأ ويبنى لقدرته على الماء والاداء لما مر من أن اللاحق يصلى الخ وفرق بين هذا وبين متيمم يجد الماء فى خلال الصلاة بان التيمم ينتقض هناك بصفة الاستناد الى ابتداء وجود الحدث عند اصابة الماء لانه يصير محدثا بالحدث السابق اذ الاصابة ليست بحدث وفيما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند اصابة الماء بصفة الاستناد بل بالحدث الطارئ على التيمم (ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان أدرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر) وفى بعض النسخ صلى الظهر أربعا قيل هو تأكيد وقطع لارادة الجمعة بالظهر مجازا لكونها خلفه وقوله (لانها) أى الجمعة (تفوت الى خلف وهو الظهر) جعل الظهر خلفا عن الجمعة وان كان فرض الوقت هو الظهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف والجمعة خلف عنه قيل اشارة الى أن قول محمد هو المختار وقيل لانه متصور بصورة الخلف لان الجمعة اذا فاتت يصلى الظهر وقوله (بخلاف العيد) يعنى بخلاف صلاة العيد فانه يتيمم لها اذا خاف الفوت لانها تفوت لا الى خلف حيث لا تقضى وقوله (وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ) يعنى لا يتيمم لسائر الصلوات المكتوبة اذا خاف فوت الوقت لانها تقضى لا يقال هذا قد وقع تكرارا لما أن هذا الحكم عرف فى أول الباب من قوله والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان ذلك كان قول صاحب الهداية وهذا قول القدورى وقيل لانه علل بتعليل غير التعليل السابق وفيه نظر

وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله هو الصحيح لان الولى حق الاعادة فلا فوات فى حقه (وان أحدث الامام أو المقتدى فى صلاة العيد تيمم وبنى عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يتيمم) لان اللاحق يصلى بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله أن الخوف باق لانه يوم زحمة فيعترضه عارض يفسد عليه صلاته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو أوجبنا الوضوء يكون واجدا الماء فى صلاته فيفسد (ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان أدرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر أربعا) لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد (وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضى ما فاته) لان الفوات الى خلف وهو القضاء

وضوء فتيمم ثم صلى عليها وذكر مشايخنا عن ابن عباس (قوله وهو رواية الحسن الخ) احتراز عن ظاهر الرواية أنه يجوز للولى أيضا الان الانتظار فيها مكروه ثم لو صلى به فحضرت أخرى خاف فوتها كذلك كان له أن يصلى بذلك التيمم عندهما خلافا لمحمد قال انتهت تلك بانتهاء الضرورة وهذه ضرورة أخرى وقالا وقع معتدا به لتلك وهذه مثلها من كل وجه فجازت به وقيده فى شرح الكنز عن أبى يوسف بما اذا لم يوجد بين الجنازتين وقت يمكنه فيه الوضوء (قوله لانا لو أوجبنا الوضوء الخ) يعنى لو كان شرع بالتيمم فى صلاة العيد فسبقه الحدث لو أوجبنا عليه الوضوء نظرا الى أنه لاحق فلا فوت عليه كان هذا الايجاب فرع الحكم شرعا بوجود الماء اذ لا يجب الوضوء مع حكم الشرع بعدم الماء والحكم بانه واجد للماء يوجب فساد الصلاة بالتيمم وهذا بناء على أن الحكم بانه واجد بعد سبق الحدث يستلزم الحكم بانه واجد فى الصلاة اذ لا فصل بين زمانه وما قبله بشئ أصلا وقد يقال لا يلزم لان الحكم شرعا بالعدم السابق بناء على خوف الفوت وقد زال بسبق الحدث فيجب أن يتغير الاعتبار الشرعى فيعد قبل السبق عادما وبعده واجدا وقيل فى التعليل لو أوجبنا الوضوء فسدت صلاته برؤية الماء فيقع الفوات وفيه نظر ظاهر اذ الانتقاض برؤية الماء لا يتحقق لان انتقاض التيمم قد وجد قبله بسبق الحدث فلم يبق الا ما قدمناه وعليه ما ذكرناه واعلم أن محل الخلاف ما اذا خاف أى شك فى الادراك وعدمه أما لو كان يرجو الادراك ويغلب على ظنه عدم عروض المفسد لا يتيمم اجماعا (قوله وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم) بل يتوضأ ويقضيها خلافا لزفر له أن التيمم لم يشرع الا لتحصيل الصلاة فى وقتها فلم يلزمه قولهم ان الفوات الى خلف كلا فوات ولم يتجه لهم سوى أن التقصير جاء من قبله فلا يوجب الترخيص عليه وهو انما

(قال المصنف وله أن الخوف باق) أقول الظاهر أن يقال الخوف موجود (قوله وقيل لانه علل) أقول القائل هو الاتقانى

قال (والمسافر اذا نسي الماء في رحله) اذا صلى المسافر بالتيمم والماء في رحله فاما أن يكون عالما به بأن وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره أو لم يكن بأن وضعه غيره بغير أمره فان كان الثاني فلا اعادة عليه بالاتفاق لان المرء لا يخاطب بفعل غيره وان كان الاول وصلى بالتيمم ظنا منه أن الماء قد فقد فعليه الاعادة بلا خلاف لان التفريط جاء من قبله وان كان نسيانا منه ثم تذكر فلا اعادة عليه عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه الاعادة سواء تذكر في الوقت أو بعده وهو قول الشافعي لان التيمم لعادم الماء وهذا ليس بعادم له بل هو واجده عادة لان الماء في رحله ورحله في يده والنسيان لا يضاد الوجود بل يضاد الذكر فلا ينتفي به الوجدان فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه وصلى عاريا ولان رحل المسافر معدن الماء عادة وهذا ظاهر وكل ما هو معدن للماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه كمن كان في العمران فانه يفترض عليه طلب الماء لكونه في معدنه حتى لو جاء قوما ولم ير عندهم ماء فتيمم وصلى قبل طلبه منهم ثم علم أنه كان عندهم ماء لم تجز صلاته ولهما أنا لا نسلم أنه واجد لان المراد بالوجود القدرة كما تقدم ولا قدرة الا بالعلم وقوله (وماء الرحل) جواب عن النكتة الثانية وتقريره أن رحل المسافر معدن الماء عادة معد للشرب أو الاستعمال والاول مسلم غير (٩٧) مفيد والثاني ممنوع وقوله (ومسئلة الثوب على الاختلاف) جواب عن المقيس عليه وتقريره أن الحكم فيه عندنا كالماء فلا ينتهض حجة ولئن سلمنا أنه على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف بخلاف صورة النزاع وهذا بطريق المفارقة يعني أن الفرق بينهما موجود فلم لا يجوز أن يكون الحكم مضافا الى الفارق دون المشترك فلا يصح القياس والاولى أن يجعل ممانعة أي شرط القياس المساواة بين المقيس والمقيس عليه ولا نسلم وجودها في صورة النزاع لان فرض الستر يفوت لا الى خلف الى آخره

(والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يعيدها) والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره وذكره في الوقت وبعده سواء له أنه واجد للماء فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه ولان رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب عليه ولهما أنه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة بالماء تفوت الى خلف وهو التيمم

يتم اذا أخر لا لعذر (قوله والمسافر الخ) اللام في الماء للعهد بالنسبة الى المسافر اذ الخلاف فيما اذا وضعه بنفسه أو غيره بعلمه بأمره أو بغير أمره اذ بذلك يتحقق عهده به وقيد بالنسيان ليفيد أنه لو ذكره فوقع عنده أنه فني فلا خلاف بل الاتفاق على الاعادة لابي يوسف مدر كان الاول نسيان ماء الرحل نسيان ما لا ينسى عادة لقوة ثبات صورته في النفس بشدة تشبثها به في الاسفار لعزة الماء فيها فصار كنسيان اداوة معلقة في عنقه أو على ظهره أو مقدم إكاف مركوبه أو مؤخره وهو سائق أو بين يديه بخلاف ما لو كانت مقدمه وهو سائق أو مؤخره وهو راكب أو في أحدهما وهو قائد الثاني الحاق الرحل بالعمران واخبار المخبر ووجود طير ووحش يجامع وجود دليل الماء لانه معدنه فيجب الطلب قبل التيمم ولذا وجبت الاعادة اذا صلى بثوب نجس أو عريانا أو بنجاسة حقيقية ناسيا الماء والثوب الطاهر في رحله لوجود علة اشتراط الطلب فقولهما لا قدرة بدون العلم لا يفيد بعد هذا التقرير لثبوت العلم نظرا الى الدليل اتفاقا كما قال الكل في المسائل الملحق بها والمفيد ليس الامنع وجود العلة أي لا نسلم أن الرحل دليل الماء الذي ثبوته يمنع التيمم أعني ماء الاستعمال بل الشرب وهو مفقود في حق غير الشرب وعلى هذا يتمكن من الفرق بين مسئلة الثوب والماء فرحل المسافر دليل الثوب لانه معد لوضعه مع سائر أمتعته فيه لا دليل ماء الاستعمال فلا حاجة الى ادعاء أن مسئلة الثوب على الخلاف في الصحيح كما في الاختيار وشرح

(قوله والمسافر اذا نسي الماء في رحله الى قوله أو لم يكن بأن وضعه غيره بغير أمره) أقول فيه بحث لانه يجوز أن يضعه بعلمه لا بأمره (قوله فان كان الثاني فلا اعادة عليه بالاتفاق) أقول في الاتفاق نظر ذكره الاتقاني (قوله بل هو واجده عادة) أقول الاولى أن يقال واجده حقيقة (قوله وكل ما هو معدن للماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه الخ) أقول وأنت خبير بجريان هذه النكتة فيما اذا لم يعلم وضع الماء في رحله أصلا اذ لا فرق في كون رحل المسافر معدنا للماء بين النسيان وهذه الصورة لا يقال رحل الرجل لا يكون معدنا للماء وضعه فيه غيره بغير علمه لانا نقول هذا لا يجدي فان الطلب يفترض عليه لكونه معدنا للماء وضعه فيه بنفسه أو وضعه غيره بعلمه فاذا طلب وجد الماء وان وضعه غيره بغير علمه فلا يجوز تيممه وصلاته به لانه ترك الطلب المفترض عليه الموصل الى الماء (قوله ولهما انا لا نسلم أنه واجد لان المراد بالوجود القدرة كما تقدم ولا قدرة الا بالعلم) أقول لو كان المراد بالوجود حقيقة فالنسيان ينافيه أيضا لانه ههنا مصدر وجدت الشيء أي صادفته ولا يطلق الواجد على الجاهل بالشيء مع قربه منه سواء علمه سابقا أو لا (قال المصنف وهو المراد بالوجود) أقول أي الوجدان المشروط انتفاؤه في جواز التيمم

(وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه أن بقربه ماء) وقال الشافعي الطلب شرط يمنة ويسرة لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وعدم الوجدان لا يتحقق الا بعد الطلب ولنا أن قوله تعالى فلم تجدوا يقتضي عدم الوجدان مطلقا عن قيد الطلب فيعمل باطلاقه وهذا عادم لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود ليجعل واجدا حكما فان الفرض أنه ليس ذلك على غالب ظنه حتى لو غلب على ظنه أن بقربه ماء لم يجزله التيمم حتى يطلبه لانه يعد واجدا نظرا الى الدليل وهو غلبة الظن لانها قائمة مقام العلم في العبادات ولو علم ان بقربه ماء لم يجزله التيمم فكذا اذا غلب على (٩٨) ظنه والغلوة مقدار رمية سهم وقيل ثلثمائة ذراع الى أربعمائة ذراع وقوله (وان كان مع رفيقه ماء) ظاهر وقوله (ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة) ذكر الاختلاف في الايضاح والتقريب وشرح الاقطع بين أبي حنيفة وصاحبيه كما ذكر في الكتاب وقال في المبسوط وان كان مع رفيقه ماء فعليه أن يسأله الاعلى قول الحسن بن زياد فانه كان يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع التيمم الا لدفع الحرج وقوله (ولو أبى أن يعطيه الا بثمن المثل) هذه على ثلاثة أوجه اما ان أعطاه بمثل قيمته في أقرب موضع من المواضع التي يعز فيها الماء أو بالغبن اليسير أو بالغبن الفاحش ففي الوجه الاول والثاني لا يجزئه التيمم لتحقق القدرة على الماء فان القدرة على البذل قدرة على الماء فيمتنع جواز التيمم كما أن القدرة على ثمن الرقبة تمنع التكفير بالصوم وفي الوجه الثالث جازله التيمم لوجود الضرر فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في النفس مسقط فكذا في المال واختلف في تفسير الغبن الفاحش ففي النوادر جعله في تضعيف الثمن وقال بعضهم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقول الحسن البصري يلزمه الشراء بجميع ماله افراط كما أن قول الشافعي الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك الشراء قليلة كانت أو كثيرة تفريط نظرا الى اعتباره خوف التلف في النفس والفرق بين الغبن اليسير والفاحش مقرر في الشرع فالمصير اليه أولى

(وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه أن بقربه ماء) لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا للماء (وان غلب على ظنه أن هناك ماء لم يجزله أن يتيمم حتى يطلبه) لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كي لا ينقطع عن رفقته (وان كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل أن يتيمم) لعدم المنع غالبا فان منعه منه تيمم لتحقق العجز (ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة رحمه الله) لانه لا يلزمه الطلب من مالك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة (ولو أبى أن يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزئه التيمم) لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط والله أعلم

الكنز لكنه يشكل بمسئلة الصلاة مع النجاسة فانه قد اعتبر الرحل فيها دليل ماء الاستعمال والفرق بان فرض الستر وازالة النجاسة فات لا الى خلف بخلاف الوضوء لا يثلج الخاطر عند التأمل لان فوات الاصل الى خلف لا يجوز الخلف مع فقد شرطه بل اذا فقد شرطه مع فوات الاصل يصير فاقد الطهورين فيلزمه حكمه وهو التأخير عنده والتشبه عندهما بالمصلين ووافق محمدا بأحنيفة في التأخير في رواية عنه (قوله لانه لا يلزمه الطلب من مالك الغير) لان القدرة على الماء بملكه أو بملك بدله اذا كان يباع أو بالاباحة أما مع مالك الرفيق فلا لان المالك حاجز فثبت العجز وعن الحصاص لا خلاف بينهم فراد أبي حنيفة اذا غلب على ظنه منعه ومرادهما اذا ظن عدم المنع لثبوت القدرة بالاباحة في الماء لا في غيره عنده فلو قال انتظر حتى أفرغ وأعطيك الماء وجب الانتظار وان خاف الفوات وأما في غيره فكذلك عندهما وعنده لا فلو كان مع رفيقه دلو وليس معه له أن يتيمم قبل أن يسأله عنده ولو سأله فقال انتظر حتى أستقي استحب انتظاره عنده مالم يخف الفوات وعندهما ينتظره وان خرج الوقت وعلى هذا لو كان مع رفيقه ثوب وهو عريان فقال انتظر حتى أصلي وأدفعه اليك وأجمعوا أنه لو قال أبحت لك مالي لتحج به لا يجب عليه الحج لان المعتبر فيه الملك وهنا القدرة (قوله ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش) قال أبو حنيفة ان كان لا يبيع الا بضعف القيمة فهو غال وقيل أن يساوي درهما في أبي الا بدرهم ونصف في الوضوء وبدرهمين في الجنابة وقيل ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ﴿ فرع ﴾ لا تلفيق عندنا في اقامة طهارة بين الآلتين الماء والتراب خلافا للشافعي لان شرط عمل التراب شرعا عدم الاصل مثلا جنب أكثر بدنه مجروح تيمم فقط ولا يستعمل الماء أصلا ولو كان الاكثر صحيحا يغسل الصحيح ويمسح على الجراحة ان لم يضره والا فعلى الخرقة فلو استويا فالرواية فيه واختلف المشايخ منهم من قال يتيمم ولا يستعمل الماء أصلا وقيل يغسل الصحيح ويمسح على الباقي والاول أشبه بالفقه والمذكور في النوادر وقد اختلف في حد الكثرة منهم من اعتبر من حيث عدد الاعضاء ومنهم من اعتبر الكثرة في نفس كل عضو فلو كان برأسه ووجهه ويديه جراحة والرجل لا جراحة بها يتيمم سواء كان الاكثر من الاعضاء الجريحة جريحا أو صحيحا والآخرون قالوا ان كان الاكثر من كل عضو

(قال المصنف وليس على المتيمم) أقول أراد بالمتيمم من أراد التيمم (قال المصنف فلم يكن واجدا) أقول حكما (قال المصنف لان الضرر مسقط) أقول أي الوجوب

انما أعقب المسح على الخفين التيمم لان كل واحد منهما طهارة مسح أولا نهما بدلان عن الغسل أو من حيث انهما رخصة مؤقتة الى غاية وكان التيمم بدل الكل والمسح على الخفين بدل البعض (والمسح على الخفين جائز بالسنة) أى بقول النبى صلى الله عليه وسلم وفعله (والاخبار فيه مستفيضة) أى كثيرة شائعة جدا قولا وفعلا أما الفعل فقد رواه أبو بكر وعمر والعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم مسح على خفيه وأما القول فقد روى عمر وعلى وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنه عليه الصلاة والسلام قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وقال المغيرة بن شعبة رضى الله عنه توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر وكنت أصب الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فأخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت أنسيت غسل القدمين فقال بهذا أمرنى ربى وعن صفوان بن عسال رضى الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا أى مسافرين أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن لا عن جنابة ولكن من غائط وبول ونوم وقال الحسن البصرى أدركت سبعين نفرا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم كلهم يرون المسح على الخفين ولكثرة الاخبار فيه قال أبو حنيفة ما قلت بالمسح حتى جاء فى مثل ضوء النهار وقال أبو يوسف خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته وعن هذا قيل من لم ير المسح على الخفين أى لم يعتقد جوازه كان مبتدعا وقال الكرخى أخاف عليه الكفر لان الآثار فيه جاءت فى حيز التواتر ومما يدل على أنه مبتدع ما روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه سئل عن مذهب أهل السنة والجماعة فقال هو أن يفضل الشيخين يعنى أبا بكر وعمر على سائر الصحابة رضى الله عنهم وأن يحب الختنين يعنى عثمان وعليا رضى الله عنهما وأن يرى المسح على الخفين فان قلت فما الجواب عما نقل عن بعض الصحابة أنهم أنكروا المسح على الخفين فقال ابن عباس لأن أمسح على ظهر عير فى الفلاة أحب الى من أن أمسح على الخفين وقالت عائشة رضى الله عنها الأن تقطع قدماى أحب الى من أن أمسح على الخفين قلت قد صح رجوعهم الى جوازه أما ابن عباس فقد روى تلميذه عطاء بن أبى رباح أنه رجع الى قول العامة

﴿ باب المسح على الخفين ﴾

(المسح على الخفين جائز بالسنة) والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا

عضو من أعضاء الوضوء المذكورة جريحا فهو الكثير الذى يجوز معه التيمم والا فلا

﴿ باب المسح على الخفين ﴾

(قوله جائز بالسنة) ليفيد أن ليس مشروعيته ثابتة بالكتاب خلافا لمن حمل قراءة الجر فى أرجلكم عليه لما قدمنا فى أول كتاب الطهارة ولأن المسح على الخف لا يجب الى الكعبين اتفاقا وقوله جائز يعنى للرجال والنساء للاطلاق (قوله والاخبار فيه مستفيضة) قال أبو حنيفة ما قلت بالمسح حتى جاء فيه مثل ضوء النهار وعنه أخاف الكفر على من لم ير المسح على الخفين لان الآثار التى جاءت فيه فى حيز التواتر وقال أبو يوسف خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته وقال أحمد ليس فى قلبى من المسح شئ فيه أربعون حديثا عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مارفعوا وما وقفوا وروى ابن المنذر فى آخرين عن الحسن البصرى قال حدثنى سبعون رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه عليه الصلاة والسلام مسح على الخفين وممن روى المسح عنه صلى الله عليه وسلم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وسعد والمغيرة وأبو موسى الاشعرى وعمرو بن العاص وأبو أيوب وأبو أمامة وسهل بن سعد وجابر بن عبد الله وأبو سعيد وبلال وصفوان بن عسال وعبد الله ابن الحرث بن جزء وسلمان وثوبان وعبادة بن الصامت ويعلى بن مرة وأسامة بن زيد وعمرو بن أمية الضمرى وبريدة وأبو هريرة وعائشة رضوان الله عليهم أجمعين قال الشيخ أبو عمر بن عبد البر لم يروعن أحد من الصحابة انكار المسح الا ابن عباس وعائشة وأبى هريرة فأما ابن عباس وأبو هريرة فقد جاء عنهما بالاسانيد الحسان خلاف ذلك وموافقة سائر الصحابة وأما عائشة رضى الله عنها ففى صحيح مسلم انها أحالت ذلك على علم على وفى رواية قالت وسئلت عنه أعنى المسح ما لى بهذا علم ومارواه محمد بن مهاجر البغدادى عنها لأن أقطع رجلى بالموسى أحب الى من أن أمسح على الخفين حديث باطل

(قوله وعن هذا قيل من لم ير المسح على الخفين أى لم يعتقد جوازه كان مبتدعا) أقول أى مرتكبا الكبيرة

وأما عائشة فقد صح أنها قالت ما زال يمسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين بعد نزول المائدة وروى رجوعها أيضا شريح ابن هانئ (قوله لكن من رآه) استدراك من قوله ان من لم يره كان مبتدعا وقوله (كان ماجورا) قيل هذه رواية خالفت رواية أصول الفقه فان فيها ان المسح على الخفين رخصة اسقاط كالصلاة في السفر والعزيمة لم تبق مشروعة فيها فكيف يؤجر على غير المشروع وأجيب بأنه انما يكون كذلك ما دام المكلف متخففا أما اذا نزع خفيه أو أحدهما وله ذلك لا محالة لحقه فلا يجوز المسح حينئذ فلم يكن من ذلك النوع فصار ذلك كمن أبطل سفره فانه سقط عنه بسبب رخصته سقوط شطر الصلاة وهذا اللفظ أعني قوله كان مأجورا أتى به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فتابعه (١٠٠) المصنف ونعم المتبوع فان قلت ذكر في الذخيرة أن أبا الحسن الرستغفني سئل عن الرجل يرى المسح على الخفين الا أنه يحتاط وينزع خفيه عند الوضوء ولا يمسح عليهما فقال أحب الى أن يمسح على خفيه إما النفي التهمة عن نفسه أن يكون من الروافض واما الأن قوله تعالى وأرجلكم قرئ بالخفض والنصب فينبغي أن يغسل حال عدم اللبس ويمسح على الخفين حال اللبس ليصير عاملا بالقراءتين قلت ان حملت قول أبي الحسن على أن يمسح أحيانا ولا يتركه بالكلية توافقا فانه ليس في كلام المصنف ما يدل على ان مراده أن لا يمسح آخذا بالعزيمة على الدوام ونفي التهمة يحصل بالمسح أحيانا فيحمل على ذلك دفعا للتدافع قال ويجوز المسح (من كل حدث موجب للوضوء) خص القدوري المسح بحدث موجب الوضوء احترازا عن الجنابة على ما سيجيء وجعل الحدث موجبا مجازا فانه ناقض للوضوء فلا يكون موجبا لكنه شرط لوجوبه فجاز أن يضاف الايجاب اليه كما في صدقة الفطر (قوله وبحدث متأخر) أي وخصه بحدث متأخر عن الوضوء لان الخف عهد مانعا لسراية الحدث الى القدم لارافعا للحدث لان الرافع هو المطهر والخف ليس كذلك (قوله ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست والدم سيل

لكن من رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان مأجورا ويجوز (من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم أحدث) خصه بحدث موجب الوضوء لانه لا مسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متأخر لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست على السيلان

نص على ذلك الحفاظ (قوله لكن من رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان مأجورا) لفظ كان مأجورا في مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه أن المسح من النوع الرابع من الرخصة وهو ما لم تبق العزيمة معه مشروعة كالركعتين الاخريين من الظهر للمسافر ولا يؤجر على فعل غير المشروع أجيب بأنه من الرابع ما دام المكلف لابس الخف ولا شك أن له نزعه فاذا نزعه سقطت الرخصة في حقه فيغسل وانما يثاب بتكلف النزع والغسل فيصير كترك السفر لقصد الاجر وقول الرستغفني أحب الى أن يمسح إما لنفي التهمة عن نفسه فان الروافض لا يرونه وإما للعمل بقراءة الجر مدفوع بعدم صحة الثاني على ما علمت وعدم تأتي الاول في موضع يعلم أن الحاضرين لا يتهمونه لعلمهم بحقيقة حاله أو جهلهم وجود مذهب الروافض فلا ينبغي اطلاق الجواب بل ان كان محل تهمة هذا ومبنى السؤال على أنه رخصة اسقاط ومنعه شارح الكنز وخطأهم في تمثيلهم به في الاصول لها لانه منصوص على انه لو خاض ماء بخفه فانغسل أكثر قدميه بطل المسح وكذا لو تكلف غسلهما من غير نزع أجزأه عن الغسل حتى لا يبطل بمضي المدة فعلم أن العزيمة مشروعة مع الخف اه ومبنى هذه التخطئة على صحة هذا الفرع وهو منقول في الفتاوى الظهيرية لكن في صحته نظر فان كلتهم متفقة على أن الخف اعتبر شرعا مانعا سراية الحدث الى القدم فتبقى القدم على طهارتها ويحل الحدث بالخف فيزال بالمسح وبنوا عليه منع المسح للمتيمم والمعذورين بعد الوقت وغير ذلك من الخلافيات وهذا يقتضي أن غسل الرجل في الخف وعدمه سواء اذا لم يبتل معه ظاهر الخف في أنه لم يزل به الحدث لانه في غير محله فلا تجوز الصلاة به لانه صلى مع حدث واجب الرفع اذ لو لم يجب والحال أنه لا يجب غسل الرجل جازت الصلاة بلا غسل ولا مسح فصار كالو ترك ذراعيه وغسل محلا غير واجب الغسل كالفخذ ووزانه في الظهيرية بلا فرق ولو أدخل يده تحت الجرموقين فمسح على الخفين وذكر فيها انه لم يجز وليس الا لانه في غير محل الحدث والاوجه في ذلك الفرع كون الاجزاء اذا خاض النهر لا بتلال الخف ثم اذا انقضت المدة انما لا بتقييدهم الحصول الغسل بالخوض والنزع انما وجب للغسل وقد حصل (قوله موجب للوضوء) اسنادا الموجبية للحدث اما

تجوز

قال المصنف (لكن من رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان مأجورا) أقول في غير موضع التهمة (قوله وأما عائشة رضي الله عنها الى قوله وروى رجوعها أيضا شريح بن هانئ) أقول هذا ليس برجوع (قوله خص القدوري المسح بحدث موجب احترازا عن الجنابة) أقول الظاهر أن يقال احترازا عن الجنابة

ثم خرج الوقت) وتوضأت فانها لا تمسح لان بخروج الوقت ظهر الحدث السابق وكذلك المتيمم اذا لبس ثم رأى الماء وتوضأ لا يمسح لان برؤية الماء ظهر حكم الحدث السابق فلو جوزنا المسح كان الخف رافعا وليس كذلك وقوله ثم خرج الوقت اشارة الى أن لها أن تمسح مادام الوقت باقيا ولبس هذا الحكم منحصرا فيما ذكره وهو اللبس على السيلان بل لو كان الدم سائلا عند الوضوء دون اللبس أو عندهما جميعا فالحكم كذلك وأما اذا كان منقطعا وقت الوضوء واللبس جميعا فانها والصحيحة سواء وقول القدوري اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط كمالها وقت اللبس لان الثابت من المذهب عندنا خلاف ذلك وهو اشتراط الطهارة الكاملة وقت الحدث واعلم ان مراد المصنف من قوله لا يفيد اشتراط الكمال ان كان هذا التقدير ففي كلام القدوري تسامح وان كان غير ذلك فيحتاج الى بيان لان ظاهر كلام القدوري يفيد ذلك فتأمل وقوله (حتى لو غسل رجليه) قيل لا يصح أن يكون من نتيجة ماذكر من اشتراط اللبس على طهارة كاملة فان عدم جواز المسح هنا باعتبار ترك الترتيب (١٠١) في الوضوء لا باعتبار اشتراط الطهارة الكاملة وقت اللبس وانما تظهر ثمرة الاختلاف فيما ذكره في المبسوط وهو ما قال ولو توضأ وغسل احدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الرجل الأخرى ولبس الخف ثم أحدث جازله المسح عندنا وقال الشافعي ان لم ينزع الخف الاول لا يجوز له المسح فان نزعه ثم لبسه جازله المسح لان الشرط أن يكون لبسه بعد كمال الطهارة ويجوز أن يقال لما أثبت المصنف بالدليل فيما تقدم أن الترتيب في الوضوء ليس بشرط صح أن يبني هذا الفرع على هذا الاختلاف واستدل على ماهو المذهب بقوله لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم وهو ظاهر مما ر وكل ماهو مانع حلول الحدث بالقدم

ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم رأى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم أكمل الطهارة ثم أحدث يجزئه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم

تجوز أولاعتقاد أن سبب الوضوء الحدث كما هو رأى البعض (قوله ثم خرج الوقت) يفيد أن منعها من المسح بعد الوقت فقط فتمسح في الوقت كلما توضأت لحدث غير الذي ابتليت به وهذا أعني منعها بعده اذا كان السيلان مقارنا للوضوء واللبس أما اذا كانا على الانقطاع فهي كغيرها فتمسح بعد الوقت الى تمام المدة وانما امتنع هنالك لان بخروج الوقت تصير محدثة بالسابق وكذا المتيمم عند رؤية الماء واضافة الحدث الى خروجه والرؤية للماء مجاز فلو جاز المسح بعد اللبس على طهارة التيمم أو الوضوء المقارن هو أو اللبس للحدث بعد الوقت كان رافعا للحدث الذي حل بالقدم لان الحدث الذي يظهر هو الذي كان قد حل به قبل التيمم أو حال ذلك الوضوء لكن المسح انما يزيل ما حل بالممسوح بناء على اعتبار الخف مانعا شرعا سراية الحدث الذي يطرأ بعده الى القدمين بدليل أنه لو لبس على حدث بالقدمين لا يمسح فلو اعتبر المسح عليه رافعا لما بالقدم لجاز وهذا أولى من تعليله في شرح الكنز المنع على المتيمم بكون التيمم ليس طهارة كاملة لما علمت من أنها كالتي بالماء ما بقي الشرط (قوله لا يفيد) ليس المراد لا يفيد اللفظ لانه مفيده بل القدوري لا يفيد بهذا اللفظ هذا المعنى بل قصد به الى افادة ماذكره المصنف وعلى هذا يكون الجار والمجرور متصلا بحدث موجب الوضوء والتقدير جائز بالسنة من كل حدث موجب الوضوء على طهارة كاملة اذا لبسهما ثم أحدث والمجرور في موضع الحال أي من كل حدث كائنا أو حادثا على طهارة كاملة (قوله وهو المذهب عندنا) احتراز عن قول الشافعي باشتراط الكمال وقت اللبس وقوله حتى لو غسل الخ تفريع وهذه الصورة تمتنع عند الشافعي لوجهين لعدم الترتيب في الوضوء ولعدم كمال الطهارة قبل اللبس والذي يمتنع عنده للثاني فقط ما لو توضأ وغسل احدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الأخرى ولبس خفها عندنا اذا أحدث يجوز له المسح وعنده لا لعدم الكمال وقت

قال المصنف (وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس الخ) أقول قال ابن الهمام ليس المراد لا يفيد اللفظ لانه مفيده بل القدوري لا يفيد بهذا اللفظ هذا المعنى بل قصد به الى افادة ماذكره المصنف وعلى هذا يكون الجار والمجرور متصلا بحدث موجب للوضوء والتقدير جائز بالسنة من كل حدث موجب للوضوء على طهارة كاملة اذا لبسهما ثم أحدث والمجرور في موضع الحال أي من كل حدث كائنا أو حادثا على طهارة كاملة الخ فيكون في كلام القدوري تعقيد (قوله ففي كلام القدوري تسامح) أقول يندفع بأن يقال لدوام الامور المستمرة حكم الابتداء كما في مسئلة اليمين على ان لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وسيجيء في الايمان (قوله فان عدم جواز المسح الخ) أقول عند الخصم

يراعى كمال الطهارة فيه وقت المنع عن حلول الحدث لانها لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا حدثا كان بالرجلين من حيث الحكم وهو شرع مانعا لا رافعا والقائل أن يقول لا نسلم ان يكون رافعا بل يكون مانعا حلول الحدث بالقدمين الطاهرتين بالغسل فاذا انضم اليه غسل بقية الاعضاء ارتفع الحدث بمجموع الغسلين الاول والثانى عن أعضاء الوضوء فكان مانعا لا رافعا والجواب أنا قد اتفقنا ان المسح لا يجوز الا بعد طهارة كاملة وان اختلفنا فى وقتها فلو كانت الطهارة ناقصة عند حلول الحدث لزم أن يكون الخف رافعا للحدث الحكمى الحال بالقدم لانه وان زال بالماء حقيقة لكنه باق حكما لعدم التجزئ وعن بقية الاعضاء أيضا ليرد المسح على طهارة كاملة وكان رافعا لا مانعا ولزم الخلف فان قلت هذا يقتضى وجود الطهارة الكاملة وقت الحدث ونحن لا نمنع ذلك وانما نقول انها لا تكفى بل يحتاج الى وجودها وقت اللبس أيضا وما ذكرتم لا يمنع ذلك قلت هذا ناهض ولا دافع له فى كلام المصنف ودافعه ان وجودها يحتاج اليه عند طريان مزيلها وهو الحدث تحقيقا للازالة وأما قبل ذلك فهى مستغنى عنها فلا فائدة فى اشتراطها قال (ويجوز للمقيم يوما وليلة) يجوز المسح للمقيم يوما وليلة (وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها) وقال مالك فى رواية عنه المقيم لا يمسح أصلا والمسافر مسحه مؤبد وفى رواية عنه ان المقيم كالمسافر واحتج للاولى فى المقيم بأن المسح للضرورة ولا ضرورة فى المقيم وفى المسافر بحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه قال قلت يا رسول الله أأمسح على الخفين يوما قال نعم فقلت يومين فقال نعم حتى انتهيت الى سبعة أيام فقال عليه الصلاة والسلام اذا كنت فى سفر فامسح ما بدا لك والثانية (١٠٢) بما روى سعد بن أبى وقاص وجرير بن عبد الله وحذيفة بن اليمانى

فى جماعة من الصحابة فانهم رووا المسح على الخفين غير مؤقت ذكره أبو بكر الرازى فى شرح مختصر الطحاوى ولنا الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها رواه عمر وعلى وجابر وخزيمة وصفوان وعوف بن مالك وأبو بكر وغيرهم من الصحابة والمشهور لا يترك بالشاذ

فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا (ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها) لقوله عليه الصلاة والسلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها قال (وابتداؤها عقيب الحدث) لان الخف مانع سراية الحدث فتعتبر المدة من وقت المنع (والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدأ من قبل الاصابع الى الساق)

اللبس (قوله فيراعى كمال الطهارة من وقت المنع) لأنه وقت عمله والأنسب أن يراعى مدته من وقت أثره (قوله يمسح المقيم) فى صحيح مسلم عن على جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم (قوله فتعتبر المدة من وقت المنع) لان ما قبل ذلك طهارة الوضوء ولا تقدير فيها انما التقدير فى التحقيق تقدير مدة منعه شرعا وانما منع من وقت الحدث (قوله يبدأ من قبل الاصابع الخ) صورته أن يضع أصابع اليمنى على مقدم خفه الايمن وأصابع اليسرى على مقدم الايسر ويمدهما الى الساق فوق الكعبين ويفرج أصابعه هذا هو الوجه المسنون ولو مسح باصبع واحدة ثلاث مرات كل مرة بماء جديد على موضع جديد جاز والا لا يجوز وفى الخلاصة لو وضع الكف ومد هما مع الاصابع كلها حسن والاحسن أن يمسح بجميع اليد يعنى بأصابعها ولو مسح بظاهر كفيه جاز وكذا برؤس الاصابع اذا بلغ قدر ثلاث أصابع ويجوز ببلل بقى فى يده من غسل عضو وان

قال أحمد بن حنبل رحمه الله رجاله لا يعرفون وقال أبو داود قد اختلف فى اسناده وليس بقوى وقال الدارقطنى اسناده لم يثبت وقال يحيى بن معين اسناده مضطرب وقال البخارى حديث مجهول على ان تأويله أن مراده صلى الله عليه وسلم بيان أن المسح مؤبد غير منسوخ لا أن لا ينزع خفيه فى هذه المدة وعدم الضرورة فى المقيم ممنوع فانه يلبس الخف حين يصبح ويخرج لحاجته ويشق عليه النزع قبل أن يعود الى بيته ليلا (وابتداؤها) أى ابتداء مدة المسح (عقيب الحدث) لا من وقت اللبس كما ذهب اليه الحسن البصرى مستدلا بأن جوازه بسببه فتعتبر من وقته ولا من حين المسح كما ذهب اليه الاوزاعى وأبو ثور وأحد فى رواية محتجين بأن التقدير لاجله فيعتبر من وقته وبيان ذلك فيمن توضأ عند طلوع الفجر ولبس الخف ثم أحدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح المقيم الى وقت الحدث من اليوم الثانى وهو ما بعد طلوع الشمس من اليوم الثانى وعلى القول الثانى الى وقت طلوع الفجر من اليوم الثانى وهو وقت اللبس وعلى القول الثالث الى ما بعد الزوال من اليوم الثانى وهو وقت المسح والصحيح قول العامة لان الخف مانع سراية الحدث أى وصوله الى الرجل والمانع عن الشئ انما يكون مانعا حقيقة عند طريان الممنوع والحقيقة أولى بالاعتبار فتعتبر المدة من عنده (والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع) وقال الشافعى وهو قول مالك السنة مسح أعلى الخف وأسفله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح أعلى الخف وأسفله وقوله خطوطا بالاصابع وهو منصوب على الحال بمعنى مخططا احترازا عن قول عطاء فانه يقول بتثليث المسح اعتبارا بالغسل وذلك لان الخطوط انما تبقى اذا مسح مرة واحدة وكيفية ذلك أن يبدأ فيضع أصابع يده اليمنى على مقدم خفه الايمن وأصابع يده اليسرى على مقدم خفه الايسر ويمدهما الى الساق فوق الكعبين ويفرج بين أصابعه ولو وضع الكف مع

الاصابع قيل كان أحسن لان الدليل الدال على المسح على ظاهرهما وهو حديث المغيرة ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى أعلاهما الحديث يشير الى ذلك حيث قال وضع يده ولم يقل وضع أصابعه وما روى من انه عليه الصلاة والسلام مسح على أعلى الخف وأسفله فقد طعن فيه أئمة الحديث مثل أبي داود والترمذي وغيرهما وان صح فمعناه ما يلي الساق وما يلي الاصابع توفيقا بين الادلة (ثم المسح على الظاهر حتم) أي واجب (حتى لا يجوز له على باطن الخف وعقبه) خلافا للشافعي في قول وقوله (لانه معدول به عن القياس) اذ القياس أن لا يقوم المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل الذي يزيلها كما أشار اليه علي ابن أبي طالب بقوله لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره ولكني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر الخفين دون باطنهما وانما كان الرأي ذلك لان الخف يلاقي الارض بما عليها من طين وتراب وقذر بباطنه لا بظاهره واذا كان معدولا به عن القياس يراعى جميع ما ورد به الشرع (والبداءة من الاصابع استحباب) حتى لو بدأ من الساق جاز أيضا ووجه الاستحباب الاعتبار بالغسل لان الله تعالى جعل الكعب غاية ولقائل أن يقول الشرع ورد بمد اليدين من الاصابع الى أعلاهما فكان الواجب أن تكون البداءة بالاصابع حتما لا مستحبا كالمسح على ظاهرهما فالاعتبار بالاصل ترك لما ورد به الشرع وكذلك التقدير بثلاثة أصابع على ما نذكره ترك له فانه عليه الصلاة والسلام مد من الاصابع الى الساق والجواب ما روى انه عليه الصلاة والسلام مسح على خفيه من غير ذكر مد الى الساق فجعل المفروض في أصل المسح مقدار ثلاثة أصابع والبداءة سنة جمعا بين الادلة وأما التقدير بثلاثة أصابع فباشارة قوله عليه الصلاة والسلام خطوطا بالاصابع فان أقل الجمع ثلاثة واختلف في الاصابع فذهب عامة علمائنا الى انها أصابع اليد وقال الكرخي أصابع

لحديث المغيرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى أعلاهما مسحة واحدة وكأني أنظر الى أثر المسح على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع والبداءة من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل (وفرض ذلك مقدار ثلاث أصابع من أصابع اليد) وقال الكرخي رحمه الله تعالى من أصابع الرجل والاول أصح اعتبارا لآلة المسح

لم يكن متقاطرا لا بما يبقى من مسح وعلله قاضيخان بأنها بلة مستعملة بخلاف الاول (قوله لحديث المغيرة) وفيه مسحة واحدة فأخذوا منه أن تكرار المسح على الخفين غير مشروع وأيضا بالتكرار لا يبقى خطوطا لكن قيل ان حديث المغيرة بهذا اللفظ لا يعرف والذي رواه الترمذي عنه قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين على ظاهرهما وحسنه لكن في أوسط الطبراني من طريق جرير بن يزيد عن محمد بن المنكدر عن جابر قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل يتوضأ فغسل خفيه فنخسه برجله وقال ليس هكذا السنة أمرنا بالمسح هكذا وأمر بيديه على خفيه وفي لفظ ثم أراه بيده من مقدم الخفين الى أصل الساق مرة وفرج بين أصابعه قال الطبراني لا يروى عن جابر الا بهذا الاسناد وفي الامام روى ابن المنذر عن عمر بن الخطاب أنه مسح على خفيه حتى رؤى آثار أصابعه على خفيه خطوطا ورؤى آثار أصابع قيس بن سعد على الخف (قوله ثم المسح على الظاهر) أي ظاهر محل الفرض وهو مقدم الرجل اذا وجد منه قدر ثلاث أصابع ولو قطعت احدى رجليه وبقي منها أقل منه أو بقي ثلاث أصابع لكن من العقب لا من موضع المسح فلبس على الصحيحة والمقطوعة لا يمسح لوجوب غسل ذلك الباقي كما لو قطعت من الكعب حيث يجب غسل الرجلين ولا يمسح (قوله فيراعى جميع ما ورد به الشرع) يعني في المحل ولذا قال علي رضي الله عنه لو كان الدين بالرأي لكان مسح باطن الخف أولى من ظاهره قال في النهاية نقلا عن المبسوط ولان باطنه لا يخلو عن لوث عادة فيصيب يده وهذا يفيد أن المراد بالباطن عندهم محل الوطء لا ما يلاقي البشرة لكن بتقديره لا تظهر أولوية مسح باطنه لو كان بالرأي بل المتبادر من قول علي رضي الله عنه ذلك ما يلاقي البشرة وهذا لان الواجب من غسل الرجل في الوضوء ليس لازالة الخبث بل للحدث ومحل الوطء من باطن الرجل فيه كظاهره وكذا ما روي عن علي فيه بلفظ لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه يجب أن يراد بالاسفل الوجه الذي يلاقي البشرة لانه أسفل من الوجه الاعلى المحاذي للسماء لما ذكرنا ثم قد يقال انه لم يجب مراعاة جميع ما ورد به في محل الابتداء والانتهاء للعلم بان المقصود بقاع البلة على ذلك المحل حتى جاز البداءة من أصل الساق الى رؤس الاصابع لكن يجب في حق الكمية نظرا الى ذلك فينبغي أن لا يجوز قدر ثلاث أصابع الا بنص (قوله مقدار ثلاث أصابع من أصابع اليد) في كل رجل فلو مسح على رجل أصبعين وعلى الاخرى قدر خمسة لم يجز ولا فرق بين حصول ذلك بيده أو باصابة مطر أو من حشيش مشى فيه مبتل ولو بالطل على الاصح وقيل لا يجوز بالطل لانه تفسد دابة لا ماء وليس بصحيح وهذا الاطلاق تفريع على عدم اشتراط النية للمسح على الخف وهو الصحيح لانه طهارة بالماء خلافا لما في جوامع الفقه للعتابي حيث

الرجل لان المسح يقع عليه وهو أكثر الممسوح فيقوم مقام الكل كما في الخرق والاول أصح اعتبارا لآلة المسح فان المسح فعل يضاف الى الفاعل لا الى المحل فتعتبر الآلة كما في الرأس وذكر ابن رستم عن محمد انه اذا وضع ثلاثة أصابع وضعا أجزأه وقال القدوري هذا يدل على انه مقدر بأصابع اليد وعن هذا قال في التحفة سواء كان المسح طولا أو عرضا لان قوله لو وضع ثلاثة أصابع وضعا لا يقيد بشئ من الطول والعرض قال (ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير) روى كثير بالثاء المثلثة من فوق وكبير بالباء المنقوطة من تحت والاول يقابله القليل والثاني يقابله الصغير وقوله من بعد وان كان أقل من ذلك يرجح الاول وفي هذه المسئلة أربعة أقوال الاول شمول المنع في القليل والكثير وهو مذهب زفر والشافعي والثاني شمول الجواز فيهما وهو مذهب سفيان الثوري وقد روي عن مالك

والثالث الفصل بين القليل والكثير وهو قول علمائنا وهو الاستحسان والرابع القول بغسل ما ظهر من القدم ومسح ما لم يظهر وهو قول الاوزاعي وجه الاول القياس لان الكثير لما كان مانعا كان اليسير كذلك كالحدث ووجه الثاني ان الخف يمنع سراية الحدث الى القدم فما دام ينطلق عليه اسم الخف جاز المسح عليه ووجه قولنا وهو الاستحسان ان الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل عادة فان الخف وان كان جديدا فآثار الدروز والاشافي خرق فيه ولهذا يدخله التراب فيلحقهم الحرج في النزع فجعل عفوا وتخلو عن الكثير فلا حرج وما ذكره عن اعتبار أصابع الرجل هو رواية الزيادات لان الخرق اذا كان مقدار ثلاث أصابع منع قطع السفر وقطع السفر انما يتحقق بالرجل فيعتبر أصابعها وقوله (هو الصحيح) احتراز عن شيئين عن رواية الحسن عن أبي حنيفة ان المعتبر ثلاث أصابع من أصابع اليد لانه آلة المسح وعما قال شمس الائمة الحلواني المعتبر في الخرق أكبر الاصابع ان كان الخرق عند أكبرها وأصغرها ان كان عند أصغرها وقوله (لان الاصل) دليل على المقدار والصغر وقوله (ولا معتبر بدخول الانامل) ظاهر ولم يذكر اذا كان يبدو قدر ثلاث أنامل من أصابع الرجل قال بعضهم يمنع المسح واليه أشار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم لا يمنع والشرط أن يبدو قدر ثلاث أصابع بكمالها واليه مال شمس الائمة الحلواني وقال في النهاية وهو الاصح وقوله (ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد) لانه يمنع قطع السفر به (ولا يجمع في خفين لان الخرق في أحدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر) واضح قيل ينبغي أن يجمع

(ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين منه قدر ثلاث أصابع من أصابع الرجل فان كان أقل من ذلك جاز) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي وجب غسل الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج والكبير أن ينكشف قدر ثلاثة أصابع من أصابع الرجل أصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلاث أكثرها فيقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع

شرطها وفي الخلاصة لو توضأ ومسح الخف ونوى به التعليم دون الطهارة يصح (قوله فيه خرق كبير يبين منه الخ) يعني اذا كان في محل الفرض منفرجا أو ينفرج عند المشي فان كان شقا لا يظهر ما تحته ان كان أكثر من ثلاث أصابع أو يظهر منه دونها وهو أكبر منها لا يمنع ولو كان في الكعب لم يمنع وان كثر كذا في الاختيار وفي الفتاوى فان كان الخرق في موضع العقب ان كان يخرج منه أقل من نصف العقب جاز المسح عليه وان كان أكثر لا يجوز وعن أبي حنيفة في رواية يمسح حتى يبدو أكثر من نصف العقب ثم قيد في شرح الكنز كونها أصغر الاصابع بما اذا كان الخرق في غير موضع الاصابع فان كان فيه اعتبر ثلاث منها فلو انكشف الاكبر وما يليه لا يمنع وان كان قدر الثلاث الاخر ولو كان الخرق تحت القدم فان كان أكثر القدم منع كذا في الاختيار وذكره في الغاية بلفظ قيل وعلله بان موضع الاصابع يعتبر بأكثرها فكذا القدم ولو صح هذا التعليل لزم أن لا يعتبر قدر ثلاث أصابع أصغرها الا اذا كان عند أصغرها لان كل موضع حينئذ انما يعتبر بأكثره ولو لم يكن له أصابع اعتبر بأصابع غيره وقيل بأصابعه لو كانت قائمة (قوله ولنا ان الخفاف الخ) لازمه اذا تأملت منع وجوب غسل البادي فانه يعتبر عدما لقلته ولزوم الحرج في اعتباره اذ غالب الخفاف لا تخلو عنه عادة والشرع علق المسح بمسمى الخف وهو الساتر المخصوص الذي تقطع به المسافة والاسم مطلقا يطلق عليه بخلاف المشتمل على الكبير فانه ان ترك في التعبير عنه باسم الخف تقييده بمخروق فهو مراد فليس بخف مطلق ولانه لا تقطع المسافة به اذ لا يمكن تتابع المشي فيه والخف مطلقا ما يقطع به فليس به (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن ثلاث أصابع اليد وعما مال اليه السرخسي من أن ظهور قدر ثلاث أنامل من أصابع الرجل يمنع (قوله وتجمع الخروق) لقائل أن يقول لا داعي الى جمعها وهو اعتبارها كأنها في مكان واحد لمنع المسح لان امتناعه

(قوله والاشافي) أقول الاشفى المثقب والسراد يخرز به ويؤنث (قوله لان الخرق اذا كان مقدار ثلاث أصابع منع قطع السفر) أقول فيه بحث

فى الخفين أيضا لان الرجلين صارتا كعضو واحد لدخولهما تحت خطاب واحد وأجيب بأنهما صارتا كعضو واحد فى حق حكم شرعى والخرق أمر حسى فلا يكونان فيه كعضو واحد كما فى قطع المسافة ولهذا لو مد الماء من الاصابع الى العقب جاز ولم يظهر له حكم الاستعمال لانه عضو واحد ولو مد الماء من احدى الرجلين الى الاخرى لم يجز والحاصل أن للرجلين شبها بعضو واحد من حيث دخولهما تحت خطاب واحد وبعضوين من حيث قطع المسافة فعملنا بالشبهين وقلنا بعدم الجمع نظرا الى الشبه الثانى وبعدم غسل ما فيه الخرق دون الآخر نظرا الى الشبه الاول لئلا يلزم الجمع بين الغسل والمسح فيما هو كعضو واحد وقوله (بخلاف النجاسة) يعنى اذا كان فى أحد الخفين نجاسة قليلة وفى الآخر كذلك يجمع بينهما لما ذكر فى الكتاب وانكشاف العورة نظير النجاسة فى أن المانع انكشاف عين العورة وقد وجد كما ان المانع حمل النجاسة وقد وجد وجه الرابع واضح (١٠٥) وقوله (ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل) قيل صورته رجل توضأ ولبس الخف ثم أجنب ثم وجد ماء يكفى للوضوء ولا يكفى للاغتسال فانه يتوضأ ويغسل رجليه ولا يمسح ويتيمم للجنابة وقال شمس الائمة السرخسى الجنابة ألزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى بخلاف الحدث الاصغر فانه أوجب غسل أعضاء يمكن أن يجمع بينه وبين مسح الخف وعسال بالعين المهملة بياع العسل والاستدلال به ظاهر لكن يقتضى التصوير فان السلب يقتضى تصور الايجاب وقال مولانا حميد الدين الموضع موضع النفى فلا يحتاج الى التصور وقوله (ولان الجنابة) يشير الى أن شرعية المسح لدفع الحرج والحرج فيما يتكرر وهو الحدث دون الجنابة

السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة (ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل) لحديث صفوان بن عسال رضى الله عنه أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول أو غائط أو نوم ولان الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج فى النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر (وينقض المسح كل شئ ينقض الوضوء) لانه بعض الوضوء (وينقضه أيضا نزع الخف) لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع أحدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح فى وظيفة واحدة (وكذا مضى المدة)

امتناعه فيما اذا اتحد المكان حقيقة لانتفاء معنى الخف بامتناع قطع المسافة المعتادة به لا لذاته ولا لذات الانكشاف من حيث هو وانكشاف والا لوجب الغسل فى الخرق الصغير وهذا المعنى منتف عند تفرقها صغرة كقدر الحصة والقوله لامكان قطعهما مع ذلك وعدم وجوب غسل البادى (قوله ولا يجوز المسح على الخفين لمن وجب عليه الغسل) قيل الموضع موضع النفى فلا حاجة الى التصوير وحاصله انه اذا أجنب وقد لبس على وضوء وجب نزع خفيه وغسل رجليه وقيل صورته مسافر أجنب ولا ماء عنده فتيمم ولبس ثم أحدث ووجد ماء يكفى وضوءه لا يجوز له المسح لان الجنابة سرت الى القدمين والتيمم ليس بطهارة كاملة فلا يجوز له المسح اذ البسهما على طهارته فينزعهما ويغسلهما فاذا فعل ولبس ثم أحدث وعنده ماء يكفى الوضوء توضأ ومسح لان هذا الحدث يمنعه الخف السراية لوجوده بعد اللبس على طهارة كاملة فلو مر بعد ذلك بماء كثير عاد جنبا فاذا لم يغتسل حتى فقده تيمم له فلو أحدث بعد ذلك وعنده ماء للوضوء توضأ وغسل رجليه لانه عاد جنبا فان أحدث بعد ذلك وعنده ماء للوضوء فقط توضأ ومسح وعلى هذا تجرى المسائل وهذه الصورة انما تزيد على ما ذكرناه آنفا بافادة أنه يشترط لجواز المسح كون اللبس على طهارة الماء لا طهارة التيمم معللا بأن طهارة التيمم ليست كاملة فان أريد بعدم كمالها عدم الرفع عن الرجلين فهو ممنوع وان أريد عدم اصابة الرجلين فى الوظيفة حسا فيمنع تأثيره فى نفى الكمال المعتبر فى الطهارة التى يعقبها اللبس ويمكن أن يوجه الحكم المذكور بان المسح على خلاف القياس وانما ورد من فعله عليه الصلاة والسلام على طهارة الماء ولم يرد من قوله عليه الصلاة والسلام ما يوسع مورده فيلزم فيه الماء قصرا على مورد الشرع وسيأتى فى حديث صفوان صريح منعه للجنابة (قوله لحديث صفوان بن عسال) روى النسائى والترمذى وقال حديث حسن صحيح عن صفوان بن عسال قال كان رسول الله صلى

(١٤ - فتح القدير اول) قال (وينقض المسح كل شئ ينقض الوضوء) كل ما ينقض الوضوء ينقض المسح لانه بعض الوضوء فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضا للوضوء لم يكن ناقضا له بل ناقضا لبعضه هذا خلف وكذا ينقضه نزع الخف لان الحدث السابق بخروج النجاسة من بدن الانسان كان ممتنع العمل بوجود المانع وهو الخف واذا زال المانع سرى الحدث الى القدم وعمل عمله وهذا كما يرى على طريقة تخصيص العلل والمخلص معلوم وكذا نزع أحدهما ينقض المسح ويوجب غسل الرجلين لتعذر الجمع بين الغسل والمسح فى وظيفة واحدة وهى غسل الرجلين وقيد بالواحدة لانهما فى غيرها يجتمعان كغسل الوجه واليدين ومسح الرأس والرجلين (وكذا مضى المدة

(قوله بخلاف الحدث الاصغر فانه أوجب غسل أعضاء يمكن أن يجمع بينه وبين مسح الخف) أقول فيه ان من جملة تلك الاعضاء التى يجب غسلها الرجل فكيف يمكن الجمع (قوله وقال مولانا حميد الدين الموضع موضع النفى فلا يحتاج الى التصوير) أقول لا انهى حتى يقتضى المشروعية فيحتاج الى التصوير

لما روينا) من رواية صفوان أن لا تنزع خفافنا ثلاثة أيام وقال ابن أبي ليلى المسح على الخفين قائم مقام غسل القدمين ولو غسل قدميه ولبس خفيه ثم نزع لا يجب عليه غسل الرجلين فكذا هذا والجواب انه قائم مقام الغسل شرعا في وقت مقدر فاذا مضى لا يقوم مقامه كطهارة المتيمم وقوله (واذا تمت المدة) قيل هو تكرار لانه علم حكمه من قوله وكذا مضى المدة وأجيب بأنه ذكره تمهيدا لما رتب عليه من قوله نزع خفيه وغسل رجليه الى آخره وقوله (وليس عليه اعادة بقية الوضوء) احتراز عن قول الشافعي فانه يقول عليه أن يعيد الوضوء لان طهارة الرجلين قد انتقضت بمضي مدة المسح وانتقاض الطهارة مما لا يتجزأ فصار كالمنتقض بالحدث والجواب ان الحدث اسم لخارج نجس والمضي ليس كذلك وانما سرى حدث كان قبل ذلك للرجلين خاصة لان غسل سائر الاعضاء قد وجد عن ذلك سواهما فلا يجب غسلهما ثانيا ما لم يوجد الحدث في حقهما فكان هذا كمن توضأ ولم يغسل رجليه يجب غسلهما وقد روى عن ابن عمر انه كان في غزوة فنزع خفيه وغسل قدميه ولم يعد الوضوء وهكذا روى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (وكذا اذا نزع قبل المدة) معناه ليس عليه اعادة بقية الوضوء وقوله (لان عند النزع) دليل مضي المدة والنزع قبل المدة وقد قررناه آنفا في نزع الخف وجواب الشافعي وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا مسح الرأس ثم حلق الشعر حيث لا يلزمه اعادة المسح وأجيب بأن الشعر من الرأس خلقة فمسحه مسح الرأس بخلاف الخف فانه مانع سراية الحدث الى ما تحته شرعا فاذا زال من سرى الحدث اليه (وحكم النزع) وهو النقض (يثبت بخروج القدم الى الساق لانه) أي الشأن أو الساق على تأويل المذكور (لا معتبر به

لما روينا (واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء) وكذا اذا نزع قبل المدة لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كأنه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به

الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن الا من جنابة ولكن من غائط وبول ونوم (قوله واذا تمت المدة نزع خفيه) لسريان الحدث الى الرجلين (وغسل رجليه وليس عليه اعادة بقية الوضوء) لان الولاء ليس بشرط في الوضوء فينضم غسلهما الى الغسل السابق للاعضاء فيكمل الوضوء فان قيل لا حدث ليسري لانه كان قد حل بالخف ثم زال بالمسح فلا يعود الا بسببه من الخارج النجس ونحوه قلنا جاز أن يعتبر الشرع ارتفاع الحدث بمسح الخف مقيدا بمدة منعه ثم علمنا وقوع مثله في التيمم حيث اعتبر في ارتفاعه باستعمال الصعيد تقيده بمدة اعتباره عاملا أعني مدة عدم القدرة على الماء وينا سب أن ذلك لوصف البدلية وهو في المسح ثابت بل هو فيه من وجهين فان المسح وان كان بالماء لكنه بدل عن وظيفة الغسل والخف عن الرجل فوجب تقيد الارتفاع فيه بمدة اعتباره بدلا يفيد ما يفيده الاصل كما تقيد في التيمم بمدة كونه بدلا يفيد ما يفيده الاصل هذا مع ان المقام مقام الاحتياط وفي فتاوى قاضيخان لو تمت المدة وهو في الصلاة ولا ماء يمضي على الاصح في صلاته اذ لا فائدة في النزع لانه للغسل ولا ماء خلافا لمن قال من المشايخ تفسد انتهى لكن الذي يظهر صحة هذا القول لان الشرع قدر منع الخف بمدة فيسري الحدث بعدها اذ لا بقاء لها مع الحدث فكما يقطع عند وجود الماء ليغسل رجليه يقطع عند عدمه ليتيمم لا للرجلين فقط ليلزم رفو الاصل بالخلف بل للكل لان الحدث لا يتجزأ فيصير محدثا بحدث القدمين وان كان بحيث لو اقتصر على غسلهما ارتفع لكن غسل ابتداء الاعضاء الا رجليه وفني الماء فانه يتيمم لا للرجلين فقط والا لكان جمع الخلف والاصل ثابتا في كثير من الصور بل للحدث القائم به فانه على حاله ما لم يتم الكل وهذا الان التيمم ان لم يصب الرجل حسا لكنه يصيبها حكم الطهارة عنده وهو المقصود فلا يصلح عدم الماء مانعا السراية بعد تمام المدة المعتبرة شرعا غاية لمنعه وعلى هذا فاذكر في جوامع الفقه والمحيط من أنه انما ينزع اذا تمت اذا لم يخف ذهابهما من شدة البرد فان خافه فله أن يمسح مطلقا فيه نظر فان خوف البرد لا أثر له في منع السراية كما أن عدم الماء لا يمنعها فغاية الامر انه لا ينزع لكن لا يمسح بل يتيمم لخوف البرد والله سبحانه أعلم وعن هذا نقل بعض المشايخ تأويل المسح المذكور بانه مسح جبيرة لا كمسح الخف فعلى هذا يستوعب الخف على ما هو الاولى أو أكثره وهو غير المفهوم من اللفظ المؤول مع انه انما يتم اذا كان مسمى الجبيرة يصدق على ساتر ليس تحته محل وجرح بل عضو صحيح غير انه يخاف من كشفه حدوث المرض للبرد ويستلزم بطلان كلية مسئلة التيمم بخوف البرد على عضو أو اسوداده ويقتضي أيضا على ظاهر مذهب أبي حنيفة جواز تركه رأسا وهو خلاف ما يفيده اعطاؤهم حكم المسئلة هذا وينقض المسح أيضا غسل أكثر الرجل وفيه

(قوله لما روينا من رواية صفوان أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام) أقول ذلك مخصوص بالمسافر والظاهر ان المراد قوله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها (قوله وقوله لان عند النزع دليل مضي المدة) أقول السراية تتحقق بمضي المدة ولا تتعلق بالنزع في الصورة الاولى فلا يلائمه قوله لان عند النزع الخ بل الظاهر أنه دليل الثانية

فى حق المسح) لانها ليست بمحل له وما لا معتبر به فى حقه فالخروج اليه ناقض كخروجها من الخف وقوله (وكذا بأكثر القدم) أى يثبت حكم النزع بخروج أكثر القدم الى ساق الخف (هو الصحيح) هذا هو المروى عن أبى يوسف وهو قول الحسن بن زياد ووجهه أن الاحتراز عن خروج القليل متعذر لانه ربما يحصل بدون القصد كما اذا كان الخف واسعا اذا رفع القدم يخرج العقب واذا وضعها عادت العقب الى مكانها فلو قلنا بنقض المسح فى مثله وقع الناس فى الحرج بخلاف الكثير فان الاحتراز عنه ليس بمتعذر وروى عن أبى حنيفة أنه اذا خرج أكثر العقب من موضعه الى الساق بطل مسحه يعنى به أنه اذا بدا له نزع الخف فحركه للنزع حتى زال عقبه وأما اذا زال باعتبار سعة الخف لم يبطل اجماعا دفعا للحرج كما ذكرناه ووجه قوله أن المسح انما يبقى ببقاء محل الغسل فى الخف ولم يبق بزوال العقب أو أكثرها الى الساق فلا يبقى المسح وعن محمد أنه إن بقى فى الخف من القدم قدر ما يجوز عليه المسح جاز والا فلا يعنى اذا قصد النزع كما ذكرنا اعتبر فى ذلك بقاء مقدار ما يجوز عليه المسح لان خروج ما سواه كلا خروج قال

فى حق المسح وكذا بأكثر القدم هو الصحيح (ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثة أيام ولياليها) عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما اذا استكمل المدة للاقامة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع (ولو أقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع) لان رخصة السفر لا تبقى بدونه (وان لم يستكمل أتمها) لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم قال

من البحث ما سمعت مما قدمناه (قوله وكذا بأكثر القدم هو الصحيح) هذا قول أبى يوسف وعنه فى الاملاء بخروج نصفه وعن محمد إن كان الباقى قدر محل الفرض أعنى ثلاثة أصابع اليد لا ينتقض وقال أبو حنيفة ان خرج أكثر العقب يعنى اذا أخرجه قاصدا اخراج الرجل بطل المسح حتى لو بدا له اعادتها فأعادها لا يجوز المسح وكذا لو كان أعرج يمشى على صدور قدميه وقد ارتفع عقبه عن موضع عقب الخف الى الساق لا يمسح والى ما دونه يمسح أما لو كان الخف واسعا ارتفع العقب برفع الرجل الى الساق ويعود بوضعها فلا يمنع وقال بعضهم ان كان الباقى بحيث يمكنه المشى فيه فكذلك لا ينتقض وهذا فى التحقيق هو مرمى نظر الكل فمن نقض بخروج العقب ليس الا لانه وقع عنده انه مع حلول العقب بالساق لا يمكنه متابعة المشى فيه وقطع المسافة بخلاف ما اذا كانت تعود الى محلها عند الوضع ومن قال بالاكثر فلظنه ان الامتناع منوط به وكذا من قال بكون الباقى قدر الفرض وهذه الامور انما تبنى على المشاهدة ويظهر أن ما قاله أبو حنيفة أولى لان بقاء العقب فى الساق يقلق عن مداومة المشى دوسا على الساق نفسه (قوله مسح ثلاثة أيام ولياليها) سواء سافر قبل انتقاض الطهارة أو بعده قبل كمال مدة المقيم وفى الثانى خلاف الشافعى لنا العمل باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام يمسح المسافر الحديث وهذا مسافر فيمسحها بخلاف ما بعد كمال مدة المقيم لان الحدث قد سرى الى القدم وانما يمسح على خف رجل لا حدث فيها اجماعا وما استدل به من أن هذه عبادة ابتدئت حالة الاقامة فيعتبر فيها حالة الابتداء كصلاة ابتدأها مقيما فى سفينة فسافرت وصوم شرع فيه مقيما فسافر حيث يعتبر فيه حكم الاقامة فغنى عن

الصوم وهو مقيم ثم سافر وكما اذا شرع فى الصلاة فى سفينة فى المصر ثم تسير السفينة فلا يصير مسافرا فى صلاته فانها لا تتغير لان حال الاقامة حال العزيمة وحال السفر حال رخصة فاذا اجتمعا فى عبادة غلبت العزيمة على الرخصة ولنا اطلاق الحديث فانه لم يفصل بين مسافر ومسافر فيمسح كسائر المسافرين ولانه حكم متعلق بالوقت وكل ما هو كذلك يعتبر فيه آخر الوقت كالحائض اذا طهرت فيه تجب عليها الصلاة والطاهرة اذا حاضت فيه سقطت عنها والمسافر اذا أقام فى آخر الوقت أتم والمقيم اذا سافر فيه قصر وليس كالصوم والصلاة لانهما لا يتجزآن فباعتبار الاقامة فى أول الصوم لا يباح له الفطر وباعتبار السفر فى آخره يباح فيترجح جانب الحرمة وكذلك فى الصلاة يترجح جانب الاقامة للاحتياط وأما الوقت فما يتجزآ فلم يجتمع الاقامة والسفر فى وقت واحد فكان الاعتبار للوجود وهو السفر وقوله (بخلاف ما اذا استكمل الخ) ظاهر

(ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر) هذه على أوجه ثلاثة فى وجه تتحول مدته الى مدة السفر بالاتفاق وهو ما اذا سافر قبل أن تنتقض الطهارة التى لبس عليها الخفين وانتقضت الطهارة وهو مسافر فانه تتحول مدته الى مدة السفر بالاتفاق وفى وجه لا تتحول مدته بالاتفاق وهو ما اذا سافر بعد ما أحدث وبعد ما استكمل مدة المقيم وفى وجه وهو ما اذا سافر بعد ما أحدث قبل استكمال مدة المقيم تتحول عندنا خلافا للشافعى قال المسح عبادة شرع فيها على حكم الاقامة وكل عبادة شرع فيها على حكم الاقامة لا تتغير بالسفر كما اذا شرع فى

(قوله بعد ما أحدث) أقول ومسح (قوله والطاهرة اذا حاضت فيه سقطت عنها) أقول وفيه خلاف الشافعى

قال (ومن لبس الجرموق) يعني قبل أن يحدث (مسح عليه) والجرموق ما يلبس فوق الخف وساقه أقصر من الخف وقال الشافعي رحمه الله لا يمسح عليه لان الخف بدل الرجل والبدل لا يكون له بدل يعني بالرأي فان الشرع ورد بالمسح على الخفين بدلا عن الرجلين لا غير فتجويز المسح على الجرموق اقامة بدل عنه بالرأي وهو لا يجوز ولنا ما روى عن عمر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين وقال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم أنه كان يمسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا أما الاستعمال فانه يدور مع الخف مشيا وقياما وقعودا وارتفاعا وانخفاضا وأما الغرض فانه وقاية للخف كما أن الخف وقاية للرجل فصار كخف ذي طاقين قيل لو كان كذلك لما وجب المسح على الخفين عند نزع الجرموقين كما لو مسح على خف ذي طاقين ثم نزع أحد طاقيه أو كان الخف مشعرا فمسح عليه ثم حلق الشعر فانه لا يجب عليه اعادة المسح وأجيب بان المسح على الجرموق ليس بتبع من حيث الاصل ألا ترى أنه لو لبسه منفردا جاز المسح عليه بالاجماع وتبع من حيث الاستعمال والغرض كما ذكرنا فاذا لبسه على الخف صار تابعا وكان المسح عليه كالمسح على الخف واذا زال بالنزع زالت التبعية وحل الحدث ما تحته فيجب اعادة المسح وأما طاقات الخف فلشدة اتصال أحدهما بالآخر كانا كالشعر مع البشرة وقد تقدم أنه اذا مسح على الرأس ثم حلقه لا يجب عليه الاعادة وقوله (وهو بدل عن الرجل لا عن الخف) جواب عن قول الخصم البدل لا يكون له بدل وتقريره أنا لا نسلم أنه بدل الخف وانما هو بدل عن الرجل كالخف لان الخف لم ينعقد فيه حكم المسح بعد قيل لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع الخفين وليس كذلك فكان بدل الخف ولزم بدل البدل وأجيب بأنه بدل الرجل ما لم يحل الحدث بالخف فاذا نزع زالت البدلية عنه وحل الحدث بالخف فكان الخف بدلا عن الرجل اذ ذاك عن ولزمه المسح عليه (وقوله (ولو كان الجرموق من كرباس) ظاهر قال (ولا يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة) المسح على الجوربين على ثلاثة أوجه في وجه يجوز بالاتفاق وهو ما اذا كانا ثخينين منعلين وفي وجه لا يجوز بالاتفاق وهو أن لا يكونا ثخينين ولا منعلين وفي وجه لا يجوز عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه وهو أن يكونا ثخينين غير منعلين يقال جورب منعل ومنعل اذا وضع على أسفله جلدة كالنعل للقدم والمجلد هو الذي وضع الجلد أعلاه وأسفله وقوله لا يشفان تأكيد للثخانة من شف الثوب اذا رق حتى رأيت ما وراءه من باب ضرب لهما حديث أبي موسى الاشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجوربين ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا بحيث يستمسك على الساق من غير الربط فأشبه الخف فيلحق به ولابي حنيفة ان الالحاق انما يصح اذا كان في معناه من كل وجه

(ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه) خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصارا كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما أحدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح عليه لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا أن تنفذ البلة الى الخف (ولا يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يكونا مجلدين أو منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو أن يستمسك على الساق من غير أن يربط بشئ فأشبه الخف

تكلف الفرق لعدم ظهور وجه الجمع بالمشترك المؤثر في الحكم (قوله ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه) اذ البسهما قبل ان يحدث فان أحدث قبله وهو لابس الخف لا يجوز لان وظيفة المسح استقرت للخف لحلول الحدث به فلا يزال بمسح غيره وكذا لو لبس الموقين قبل الحدث ثم أحدث فأدخل يده فمسح خفيه لا يجوز لانه مسح في غير محل الحدث ولو نزع أحد موقيه بعد المسح عليهما وجب مسح الخف البادي واعادة المسح على الموق لانتقاض وظيفتهما كنزع أحد الخفين وفي بعض روايات الاصل ينزع الآخر ويمسح على الخفين وجه الظاهر أنه في الابتداء لو لبس على أحدهما كان له أن يمسح عليه وعلى الخف الآخر فكذا هذا بخلاف خف ذي طاقين فمسح على العليا ثم نزعها ليس عليه مسح السفلى للوحدة الحقيقية فهو كقشر جلدة خف مسح عليها أو حلق شعره فانه لا يعيد (قوله ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم) في مسند الامام أحمد عن بلال قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على الموقين والخمار ولابي داود كان يخرج فيقضي حاجته فآتيه بالماء فيمسح على عمامته وموقيه قال الجوهري والمطرزي الموق خف قصير يلبس فوق الخف وهو فارسي معرب ثم ألحقه بخف ذي طاقين وأجاب عن اعتباره بدل الخف المستلزم نصب الابدال بالرأي ووجه الالحاق بالخف والجواب ظاهر في الكتاب (قوله ولا يجوز المسح) ولا يعارض بالحديث فانه حكاية حال لا تعم فيحمل على الموق الصالح بدلا

(قال المصنف وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان) أقول صفة للثخينين أو خبر ثان ويروى لا ينشفان أي الماء أي لا يشربان

وليس كذلك لان الخف يمكن مواظبة المشي فيه دون الجورب الا اذا كان منعلا وهو محمل حديث أبي موسى على ان أبا داود طعن فيه وقال ليس بالمتصل ولا بالقوي وعن أبي حنيفة أنه مسح على جورب به في مرضه ثم قال لعواده فعلت ما كنت أمنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه الى قولهما قال المصنف وعليه الفتوى قوله (ولا يجوز المسح على العمامة الخ) فيه نفي قول من يجوز المسح على العمامة كالاوزاعي وأحمد بن حنبل وأهل الظاهر قالوا صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على عمامته وخفيه وقلنا المسح على الخف ثبت رخصة لدفع الحرج ولا حرج في نزع هذه الاشياء والتمسك بالحديث ضعيف لان قوله تعالى وامسحوا برؤسكم يقتضي عدم جواز مسح غير الرأس والعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ فلا يجوز أو هو منسوخ قال محمد أخبرنا مالك قال حدثنا نافع قال رأيت صفية بنت أبي عبيد تتوضأ وتنزع خمارها ثم تمسح برأسها قال نافع وأنا يومئذ صغير قال محمد بهذا نأخذ لا نمسح على خمار ولا على عمامة بلغنا ان المسح على العمامة كان فترك والقفاز بالضم والتشديد شيء يعمل لليدين يحشى بالقطن ويكون له أزرار تزر على الساعدين من البرد تلبسه المرأة في يديها كذا في الصحاح وقوله (ويجوز المسح على الجبائر) قال قاضيخان هذا اذا كان يضره المسح على الجراحة وأما اذا لم يضره فلا يمسح على الجبائر والجبائر جمع جبيرة وهي العيدان التي (١٠٩) تجبر بها العظام وانما قال (وان شدها على غير وضوء) لانها انما تربط حالة الضرورة واشتراط الطهارة في تلك الحالة يفضي الى الحرج فلا يعتبر والاصل في ذلك ما قال في الكتاب أن النبي صلى الله عليه وسلم فعله وأمر عليا به حين كسر زنده يوم أحد وقيل يوم خيبر فانه كان حامل راية رسول الله صلى الله عليه وسلم فكسر زنده وسقط اللواء من يده فقال عليه الصلاة والسلام اجعلوها في يساره فانه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة فقال ما أصنع بالجبائر فقال عليه السلام امسح عليها من غير فصل بين الغاسل وغيره (وقوله ولان الحرج فيه ظاهر) وأرى أن في قوله ويجوز المسح اشارة الى أن مسح الجبائر ليس بفرض ولا واجب وذلك لان الروايات قد اختلفت فقال في شرح الطحاوي والتجريد المسح على الجبائر ليس بفرض عند أبي حنيفة وان لم يضره بل هو مستحب وفي المحيط انه واجب عنده ويجوز الصلاة بدونه خلافا لهما فالامر عليه والامر للوجوب وقال المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها لم يكن واجبا فكذا المسح وهذا يرشد الى أن الامر للاستحباب وقوله (ويكتفي بالمسح على أكثرها) لم يذكر في ظاهر الرواية انه اذا مسح على بعض الجبائر دون بعض هل يجزيه أولا وذكر في أمالي الحسن بن زياد انه اذا مسح على الاكثر أجزأه وان مسح على النصف لا يجزيه والفرق بينه وبين مسح الرأس والمسح على الخفين حيث لا يشترط فيهما الاكثر أن مسح الرأس شرع بالكتاب والباء دخلت المحل فأوجبت تبعيضه والمسح على الخفين ان كان بالكتاب كان حكمه حكم المعطوف عليه وان كان بالسنة فهي أوجبت مسح البعض فأما المسح على الجبائر فانما ثبت بحديث علي رضي الله عنه وليس فيه ما ينبئ عن البعض الا أن القليل سقط اعتباره دفعا للحرج وأقيم الاكثر مقامه وقوله (ولا يتوقت) بيان الفرق بين مسح الخف ومسح الجبيرة وذلك بامور منها ما تقدم من قوله وان شدها على غير وضوء فان المسح على

وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه أنه رجع الى قولهما وعليه الفتوى (ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين) لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج (ويجوز المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء) لانه عليه السلام فعله وأمر عليا به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان أولى بشرع المسح ويكتفي بالمسح على أكثرها ذكره الحسن رضي الله عنه ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت

عن الرجل لكونه كالخف في المقصود منه (قوله وله أنه ليس في معنى الخف) لا شك ان المسح على الخف على خلاف القياس فلا يصلح الحاق غيره به الا اذا كان بطريق الدلالة وهو أن يكون في معناه ومعناه الساتر لمحل الفرض الذي هو بصدد متابعة المشي فيه في السفر وغيره للقطع بان تعليق المسح بالخف ليس لصورته الخاصة بل لمعناه للزوم الحرج في النزع المتكرر في أوقات الصلاة خصوصا مع آداب السير فلذا جاز بالاتفاق المسح على المكعب الساتر للكعب وفي الاختيار وكذا اذا كانت مقدمته مشقوقة اذا كانت مشدودة أو مزرورة لانها كالمخروزة فوقع عنده ان هذا المعنى لا يتحقق الا في المنعل من الجورب فليكن محمل الحديث لانها واقعة حال لا عموم لها هذا ان صح كما قال الترمذي في حديث المغيرة أنه عليه الصلاة والسلام توضأ ومسح على الجوربين والمنعلين والا فقد نقل تضعيفه عن الامام أحمد وابن مهدي ومسلم قال النووي كل منهم لو انفرد قدم على الترمذي مع ان الجرح مقدم على التعديل ووقع عندهما أنه يمكن تحقيق ذلك المعنى فيه بلا نعل مع أن فرض المسئلة أن يتحقق كذلك فتخصيص الجواز بوجود النعل حينئذ قصر للدليل أعني الحديث والدلالة عن مقتضاه بغير سبب فلذا رجع الامام الى قولهما وعليه الفتوى (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم فعله وأمر عليا به) أما فعله فرواية

(قوله وتنزع خمارها ثم تمسح برأسها) أقول فيه بحث

(وان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح) لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها مادام العذر باقيا (وان سقطت عن برء بطل) لزوال العذر وان كان في الصلاة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل والله أعلم

الدارقطني عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمسح على الجبائر وضعفه بأبي عمارة محمد بن أحمد بن مهدي قال ولا يصح هذا قال المنذري وصح عن ابن عمر المسح على العصابة موقوفا عليه وساق بسنده أن ابن عمر توضأ وكفه معصوبة فمسح عليها وعلى العصابة وغسل سوى ذلك وقال الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين الحافظ هو عن ابن عمر صحيح والموقوف في هذا كالمرفوع لان الأبدال لا تنصب بالرأي وأما أمره عليا به فرواه ابن ماجه عن زيد بن علي عن أبيه عن جده الحسين ابن علي بن أبي طالب عن علي بن أبي طالب قال انكسرت احدى زندي فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فأمرني ان أمسح على الجبائر في اسناده عمرو بن خالد الواسطي متروك قال النووي هذا الحديث اتفقوا على ضعفه قال في المغرب انكسرت احدى زندي على صوابه كسر أحد زنديه لان الزند مذكر والزندان عظما الساعد ثم قد اختلف في صفة المسح فقيل واجب عندهما مستحب عنده لان العذر أسقط وظيفة المحل وقيل واجب عنده فرض عندهما لانتقال الوظيفة الى الحائل وله أن النص أوجبها في محل فلا تجوز في آخر الا بنص تجوز الزيادة بمثله كخبر مسح الخف وليس ذلك في مسح الجبيرة فاعتبرناه في وجوب العمل دون فساد الصلاة بتركه وقيل الخلاف في المجروح أما المكسور فيجب فيه اتفاقا وكأنه بناء على أن خبر المسح عن علي في المكسور وقيل لا خلاف بينهم فقولهما بعدم جواز تركه فيمن لا يضره المسح وقوله بجوازه فيمن يضره وظاهر قول المصنف ولأن الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان أولى بشرعية المسح أنه مما يثبت بالدلالة فيلزم كونه فرضا لان المسح على الخف فرض ان لم ينزع وليس بلازم لجواز السقوط رأسا بالعذر كما يجوز الانتقال به لولا الوارد في هذا من الآحاد الموجبة لانتقال الوظيفة الى الحائل مسحا وغايته الوجوب فعدم الفساد بتركه أقعد بالاصول فلذا قال القدوري في التجريد الصحيح من مذهب أبي حنيفة أنه ليس بفرض وقوله في الخلاصة ان أبا حنيفة رجع الى قولهما لم يشتهر شهرة تقيضه عنه ولعل ذلك معنى ما قيل ان عنه روايتين وقال المصنف في التجنيس الاعتماد على ما ذكر في شرح الطحاوي وشرح الزيادات انه ليس بفرض عنده ثم المسح عليها انما يجوز اذا لم يضره الغسل أو المسح على نفس القرحة والجراحة حتى لو لم يضره بالماء الحار وهو يقدر عليه وجب استعماله واذا زادت الجبيرة على نفس الجراحة فان ضره الحل والمسح مسح على الكل تعامع القرحة وان لم يضراه غسل ما حولها ومسحها نفسها وان ضره المسح لا الحل يمسح على الخرقة التي على رأس الجرح ويغسل ما حولها تحت الخرقة الزائدة اذا الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ولم أر لهم ما اذا ضره الحل لا المسح لظهور أنه حينئذ يمسح على الكل وهكذا الكلام في العصابة ان ضره مسح عليها كلها ومن ضرر الحل أن يكون في مكان لا يقدر على ربطها بنفسه ولا يجد من يربطها ولا فرق بين الجرح والقرحة والكي والكسر ولو انكسر ظفره فجعل عليه دواء أو علكا أو أدخل جلدة مرارة أو مرهما فان كان يضره نزعه مسح عليه وان ضره المسح تركه وان كان بأعضائه شقوق أمر عليها الماء ان قدر والا مسح عليها ان قدر والا تركها وغسل ما حولها (قوله كالغسل لما تحتها مادام العذر قائما) ولهذا لو مسح على عصابة فسقطت فأخذ أخرى لا تجب الاعادة عليه لكنه الاحسن نقله في الخلاصة ولهذا أيضا لو مسح على خرق رجله المجروحة وغسل الصحيحة ولبس الخف عليها ثم أحدث فانه يتوضأ وينزع الخف لان المجروحة مغسولة حكما ولا تجتمع الوظيفتان في الرجلين قال في شرح الزيادات وعلى قياس ما روي عن أبي حنيفة ان ترك المسح على الجبائر وهو لا يضره يجوز ينبغي أن يجوز لانه لما سقط غسل المجروحة صارت كالذاهبة هذا اذا لبس الخف على الصحيحة لا غير فان لبس على الجريحة أيضا بعد ما مسح على جبيرتها فانه يمسح عليها لان المسح عليها كغسل ما تحتها

الخف من غير طهارة لا يجوز كما تقدم ومنها انه لا يتوقت بوقت مقدر لعدم التوقيف بالتوقيت حيث لم يرد فيه أثر ولا خبر والمقادير لا تعرف الا سماعا فيمسح الى وقت البرء ومنها أن الجبيرة ان سقطت عن غير برء لم يبطل المسح بخلاف الخف فانه اذا نزع بطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها مادام العذر باقيا حتى لو مسح على جبيرة احدى الرجلين لا يجوز المسح على خف الرجل الاخرى لئلا يكون جامعا بين الغسل حكما وبين المسح وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان سقوطها في الصلاة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فصار كالمتيمم يجد الماء في خلال صلاته فانه يستقبلها كذلك قيل يشكل على هذا ما اذا صلى ركعة أو ركعتين بالتحري ثم تبينت جهة الكعبة فانه يبني ولا يستقبل مع أن جهة المتحري بدل عن جهة الكعبة وأجيب بأن ذلك بطريق النسخ لما قبله لما أن أصله كان بطريق النسخ فيبقى في حق المتحري كذلك والنسخ يظهر في حق القائم لا في حق الفائت فلذلك يبني ولا يستقبل

اختلف الشارحون فى التعبير عن الحيض والنفاس بأنهما من الاحداث أو الانجاس فمنهم من ذهب الى الثانى ومنهم من ذهب الى الاول وهو الانسب لان المصنف يقول بعد هذا باب الانجاس وتطهيرها ولما فرغ من الاحداث التى يكثر وقوعها ذكر ما هو أقل وقوعا منه ولقب الباب بالحيض دون النفاس لكثرته أو لكونه حالة معهودة

فى بنات آدم دون النفاس والحيض

﴿ باب الحيض والاستحاضة ﴾

(أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة)

﴿ باب الحيض ﴾

لغة هو الدم الخارج ومنه حاضت الارنب وعند الفقهاء هو دم ينفضه رحم المرأة السليمة عن الداء والصغر قوله السليمة عن الداء احتراز عن النفاس وقوله والصغر احتراز عما تراه الصغيرة وشرطه تقدم نصاب الطهر حقيقة أو حكما وفراغ الرحم عن الحبل (أقل الحيض) أى أقل مدته (ثلاثة أيام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة) عندنا وروى ابن سماعة عن أبى يوسف يومان وأكثر اليوم الثالث وقال مالك ما يوجد ولو بساعة وقال الشافعى يوم وليلة ولنا ما روى أبو أمامة الباهلى وعائشة وواثلة وأنس وابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وعثمان بن أبى العاص وأنس ابن مالك والمروى عنهم كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف قياسا ولابى يوسف ان الدم لا يسيل على الدوام بل يسيل تارة وينقطع أخرى فيقام الاكثر من اليوم الثالث وهو سبع وستون ساعة على ما ذكره فى النوادر مقام الكل ولمالك أن هذا نوع حدث فلا يقدر أقله بشئ كسائر الاحداث وللشافعى أن السيلان لما استوعب جميع الساعات عرفنا أن الدم من الرحم فلا حاجة الى الاستظهار بشئ آخر والجواب انه نقص عن تقدير الشرع وذلك لا يجوز

قيل هو دم ينفضه رحم امرأة سليمة من الداء والصغر فقيد الرحم يخرج دم الاستحاضة والجراح والسليمة من الداء يخرج النفاس لان النفساء فى حكم المريضة ولذا اعتبر تبرعاتها من الثلث وحينئذ لفظ الصغر مستدرك لان الخارج فى الصغر استحاضة وقد خرج بالرحم لانه دم عرق لا رحم وأيضا تكرر اخراج الاستحاضة لان السليمة من الداء يخرجه كما يخرجه الاول وتعريفه بلا استدراك ولا تكرر دم من الرحم لا لولادة ثم هذا التعريف بناء على أن مسمى الحيض خبث أما ان كان مسماه الحدث الكائن عن الدم المحرم للصلوة والمس كاسم الجنابة للحدث الخاص لا للماء الخاص فتعريفه ما نعية شرعية بسبب الدم المذكور عما اشترط فيه الطهارة وعن الصوم والمسجد والقربان والمعرف لخروجه من الرحم بعد خروجه حسا من الفرج مع عدم الصغر والحبل تقدم نصاب الطهر وعدم نقصانه عن الاقل وأما زيادته على الاكثر بعد بقية الشروط فالزائد فيه استحاضة فالامتداد الخاص فى غير هذه العوارض معرف له بالضرورة وعدم الصغر يعرف بتقدير أدنى مدة يحكم ببلوغها فيها اذا رأت الدم واختلف فيها فقيل ست وقيل سبع وقيل تسع وقيل اثنتا عشرة والمختار تسع وألوانه ما ذكر فى الكتاب من التربية والخضرة نوع من الكدرة وأما الصفرة فلاشك أنها من ألوانه فى سن الحيض وأما فى سن الاياس ففى الفتاوى بنت سبع وخمسين ترى صفرة غير خالصة على الاستمرار فان كان ما ترى مثل لون التين فحيض فان لم تكن تعرف من أيامها شيأ تغتسل لكل صلاة وان كان دون التين فليس بحيض الا اذا رأته على الاستمرار وليس بصفرة خالصة فالظاهر أنه لفساد الرحم وحكمه حرمة الصوم والقربان وما شرط فيه الطهارة ويثبت هذا الحكم بالبروز وعن محمد بالاحساس به وثمرته تظهر فيما لو توضأت ووضعت الكرسف ثم أحست بنزول الدم اليه قبل الغروب ثم رفعته بعده تقضى الصوم عنده خلافا لهما يعنى اذا لم يجاوز رخو الفرج الداخل فان جاوزته البلة من الكرسف كان حيضا ونفاسا اتفاقا وكذا الحدث بالبول والاحتشاء حالة الحيض يسن للثيب ويستحب للبكر وحالة الطهر يستحب للثيب فقط ولو وضعته ليلا فلما أصبحت رأت الطهر تقضى العشاء فلو كانت طاهرة فرأت البلة حين أصبحت تقضيها أيضا ان لم تكن صلتها قبل الوضع انزالا لها طاهرة فى الصورة الاولى من حين وضعته وحائضا فى الثانية حين رفعته أخذا بالاحتياط فيهما وأدنى مدة يحكم بإياسها اذا انقطع دمها خمس وخمسون سنة واذا حكم به ثم رأت الدم انتقض ذلك قال الصدر حسام الدين هذا اذا كان دما خالصا ثم انما ينتقض به الاياس فيما يستقبل حتى لا تفسد الانكحة المباشرة قبل المعاودة ان كان على لون الدم وان لم يكن على لون الدم بل صفرة أو خضرة أو كدرة لا ينتقض الحكم بالاياس واذا رأت المبتدأة مدة فى سن يحكم ببلوغها فيه تركت الصلاة والصوم

(وأكثره عشرة أيام والزائد عليها استحاضة) وقال الشافعي خمسة عشر يوما وهو قول أبي حنيفة الاول لقوله

لقوله عليه السلام أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام وليالیها وأكثره عشرة أيام وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بيوم وليلة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل فلنا هذا نقص عن تقدير الشرع (وأكثره عشرة أيام وليالیها والزائد استحاضة) لما روينا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به (وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة في أيام الحيض حيض) حتى ترى البياض خالصا

عند أكثر مشايخ بخارا وعن أبي حنيفة لا تترك حتى يستمر ثلاثة أيام ويستحب للحائض أن تتوضأ وقت الصلاة وتجلس في مسجد بيتها تسبح وتهلل كي لا تنسى العادة (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) روى الدارقطني عن أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقل الحيض للجارية البكر والثيب الثلاث وأكثر ما يكون عشرة أيام فاذا زاد فهي مستحاضة قال الدارقطني عبد الملك مجهول والعلاء بن كثير ضعيف الحديث وأخرج عن عبد الله يعني ابن مسعود الحيض ثلاث وأربع وخمس وست وسبع وثمان وتسع وعشر فاذا زاد فهي مستحاضة وقال لم يروه عن الاعمش بهذا الاسناد غير هرون بن زياد وهو ضعيف الحديث وروى ابن عدي في الكامل عن أنس عنه صلى الله عليه وسلم الحيض ثلاثة أيام وأربعة وخمسة وستة وسبعة وثمانية وتسعة وعشرة فاذا جاوزت العشرة فهي مستحاضة وأعله بالحسن بن دينار والحديث معروف بالجلد بن أيوب وروى موقوفا على أنس وقال ابن عدي في الحسن لم أر له حديثا جاوز الحد في النكارة وهو الى الضعف أقرب وروى الدارقطني عن عبد العزيز الدراوردي عن عبيد الله بن عمر عن ثابت عن أنس قال هي حائض فيما بينها وبين عشرة فاذا زادت فهي مستحاضة وروى أيضا حدثنا الحسين بن اسمعيل قال حدثنا خلاد بن أسلم حدثنا محمد بن فضيل عن أشعث عن الحسن عن عثمان بن أبي العاص قال لا تكون المرأة مستحاضة في يوم ولا يومين ولا ثلاثة حتى تبلغ عشرة فاذا بلغت عشرة أيام كانت مستحاضة وقال أيضا حدثنا عثمان بن أحمد الدقاق قال حدثنا يحيى بن أبي طالب قال أخبرنا عبد الوهاب قال حدثنا هشام بن حسان عن الحسن أن عثمان بن أبي العاص الثقفي قال الحائض اذا جاوزت عشرة أيام فهي بمنزلة المستحاضة تغتسل وتصلي وعثمان هذا صحابي وقال أيضا حدثنا ابراهيم ابن حماد قال حدثنا المخرمي قال حدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا حماد بن سلمة وحدثنا مخلد قال حدثنا الحامي قال حدثنا وكيع قال حدثنا حماد بن سلمة عن علي بن ثابت عن محمد بن زيد عن سعيد بن جبير قال الحيض ثلاث عشر وأسنده مثله عن سفيان وروى الدارقطني عن النبي صلى الله عليه وسلم أيضا من حديث واثلة بن الاسقع عنه صلى الله عليه وسلم أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام وضعفه بجهالة محمد بن منهال وضعف محمد بن أحمد بن أنس وروى ابن عدي في الكامل من حديث معاذ بن جبل عنه عليه الصلاة والسلام لا حيض دون ثلاثة أيام ولا حيض فوق عشرة أيام الحديث وضعفه بمحمد بن سعيد الشامي رموه بالوضع وأخرجه العقيلي عن معاذ عنه صلى الله عليه وسلم من غير طول وأعله بجهالة محمد ابن الحسن الصدفي بالنقل وروى ابن الجوزي في العلل المتناهية عن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم أقل الحيض ثلاث وأكثره عشر وأقل ما بين الحيضتين خمسة عشر يوما وضعفه بسليمان المكي أبا داود النخعي فهذه عدة أحاديث عن النبي صلى الله عليه وسلم متعددة الطرق وذلك يرفع الضعيف الى الحسن والمقدرات الشرعية مما لا تدرك بالرأي فالموقوف فيها حكمه الرفع بل تسكن النفس بكثرة ما روي فيه عن الصحابة والتابعين الى أن المرفوع مما أجاد فيه ذلك الراوي الضعيف وبالجملة فله أصل في الشرع بخلاف قولهم أكثره خمسة عشر يوما لم نعلم فيه حديثا حسنا ولا ضعيفا وانما تمسكوا فيه بما رووه عنه صلى الله

لقوله صلى الله عليه وسلم دم الحيض أسود عبيط محتدم أي طري شديد الحمرة يضرب الى السواد وأما الحمرة فهي اللون الاصلي للدم الا أنه عند غلبة السوداء يضرب الى السواد وعند غلبة الصفراء يرق فيضرب للصفرة ويتبين عليه ذلك لمن افتصد فالصفرة أيضا من ألوان الدم اذا رق وقيل هي كصفرة النبن أو كصفرة القز وأما الكدرة فلونها كلون الماء الكدر وهي

حيض فى قول أبى حنيفة ومحمد حتى ترى البياض خالصا سواء رأت فى أول أيام الحيض أو فى آخرها (وقال أبو يوسف لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافى) لان الكدرة من كل شئ تتبع صافيه فلو جعلناها حيضا ولم يتقدم عليها دم كانت مقصودة لا تبعا (ولهما ما روى أن عائشة رضى الله عنها جعلت ماسوى البياض الخالص حيضا) حدث مالك فى الموطا عن علقمة بن أبى علقمة عن أمه مولاة عائشة أم المؤمنين أنها قالت كان النساء يبعثن الى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسألنها عن الصلاة فتقول لهن لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد شئ يخرج من أقبال النساء بعد انقطاع الدم شبه الخيط الابيض وقيل هى

الجص شبهت الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص يعنى تخرج الخرقة التى تحشى بها كالجص الابيض قيل ويعتبر اللون حين ترفع الخرقة وهى طريقة لا بعد الجفاف لان اللون يتغير بالاسباب وهذا يعنى ما فعلت عائشة لا يعرف الا سماعا فيحمل على أنها سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قوله عليه الصلاة والسلام دم الحيض أسود عبيط يدل على أن هذه الاشياء ليست بحيض وهو أقوى من فعل عائشة فلا يجوز تركه به أجيب بأنه من باب تخصيص الشئ بالذكر ولا دلالة له على نفى ما عداه وقوله (وفم الرحم منكوس) جواب عن قول أبى يوسف لتأخر خروج الكدر عن الصافى وكأنه قول بالموجب أى نعم هو كذلك اذا لم يكن المخرج من أسفل أما اذا كان كالجرة ثقب أسفلها

(وقال أبو يوسف رحمه الله لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم) لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافى ولهما ما روى أن عائشة رضى الله عنها جعلت ماسوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر أولا كالجرة اذا ثقب أسفلها وأما الخضرة فالصحيح أن المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل على فساد المنبت فلا تكون حيضا

عليه وسلم قال فى صفة النساء تمكث احداكن شطر عمرها لا تصلى وهو لو صح لم يكن فيه حجة لما ذكر لكن قال البيهقى انه لم يجده وقال ابن الجوزى فى التحقيق هذا حديث لا يعرف وأقره عليه صاحب التنقيح (قوله لما روى أن عائشة) روى مالك فى الموطا عن علقمة بن أبى علقمة عن أمه مولاة عائشة قالت كان النساء يبعثن الى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسألنها عن الصلاة فتقول لهن لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء تريد بذلك الطهر من الحيض وأخرجه البخارى تعليقا والقصة البيضاء بياض يعتد كالخيط واستدلال المصنف بهذا أولى مما قيل ان من خاصية الطبيعة دفع الكدر أولا فانه يقتضى أنها لو خرجت عقيب الصافى لا يكون حيضا وليس كذلك وان كان يجاب بأنها اذا خرجت بعد الصافى يكون حيضا بناء على الحكم بانها احدثت الآن لا أنها كانت متحصلة فى الرحم من ابتداء رؤية الحيض والا لخرجت قبل هذا ومقتضى هذا المروى أن مجرد الانقطاع دون رؤية القصة لا تجب معه أحكام الطاهرات وكلام الاصحاب فيما يأتى كله بلفظ الانقطاع حيث يقولون واذا انقطع دمها فكذا واذا انقطع فكذا مع أنه قد يكون انقطاع بجفاف من وقت الى وقت ثم ترى القصة فان كانت الغاية القصة لم تجب تلك الصلاة وان كانت الانقطاع عن سائر الالوان وجبت وأنا متردد فيما هو الحكم عندهم بالنظر الى دليلهم وعباراتهم فى اعطاء الاحكام والله أعلم ورأيت فى المروى عبد الوهاب عن يحيى بن سعيد عن ربيطة مولاة عمرة عن عمرة أنها كانت تقول للنساء اذا أدخلت احداكن الكرسفة فخرجت متغيرة فلا تصلى حتى لا ترى شيأ وهذا يقتضى أن الغاية الانقطاع ثم المعتبر فى البياض وقت الرؤية فلو رأته أبيض خالصا الا أنه اذا يبس اصفر فحكمه حكم البياض أو أصفر ولو يبس ابيض فحكمه حكم الصفرة (قوله فالصحيح الخ) احتراز عن قول من قال أكلت فصيلا على وجه الانكار لكونه حيضا (قوله وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة) يعنى الآيسة وكونها لا ترى غيرها ليس بقيد على ما ذكره الصدر الشهيد حسام الدين مما قدمناه عنه أول الباب من أن الشرط فى نفى كون ما تراه حيضا أن

(١٥ — فتح القدير اول) فان الكدرة تخرج أولا وأما الخضرة فقد أنكر بعض مشايخنا وجودها وقال مستبعدا كأنها أكلت فصيلا وذكر أبو على الدقاق أن الخضرة نوع من الكدرة (وقال المصنف اذا كانت المرأة من ذوات الاقراء كانت حيضا ويحمل على فساد الغذاء كأنها أكلت غذاء فاسدا) أفسد صورة دمها (وان كانت كبيرة) أى آيسة وهى أن تكون فى خمس وخمسين سنة على ما هو المختار وقيل فى خمسين وقيل فى سبعين لا يكون حيضا ويحمل على فساد المنبت فان الدم فى الاصل لا يكون أخضر ولم يذكر المصنف التربية

﴿ باب الحيض والاستحاضة ﴾

(قوله فان قيل قوله عليه السلام دم الحيض أسود عبيط يدل على ان هذه الاشياء ليست بحيض) أقول لان السكوت فى موضع الحاجة الى البيان بيان فنى الجواب بحث وهو قوله أجيب بأنه من باب تخصيص الشئ بالذكر ولا دلالة على نفى ما عداه وقوله عبيط بالعين المهملة

وهي ما يكون لونه كلون التراب وهي نسبة الى التراب لانها نوع من الكدرة فهي على الاختلاف المذكور وروى التربية بوزن التربعة والتربية بوزن الترعية وهي لون خفي يسير أقل من صفرة وكدرة وقيل هي من التربة لانها على لونها ولم يذكروا ان الحيض واختلفوا في أدنى مدة يحكم ببلوغها اذا رأت الدم فيها قال أبو نصر بن سلام بنت ست سنين اذا رأت الدم وتعلدي بها ثلاثة أيام وبعضهم قدره بسبع سنين ومحمد بن مقاتل قدره بتسع سنين وأبو علي الدقاق قدره بثنتي عشرة سنة وأكثر المشايخ على ما قاله محمد بن مقاتل قال (والحيض يسقط عن الحائض الصلاة) هذا بيان أحكام الحيض قال في النهاية وغيرها انها اثنا عشر ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس وأربعة مختصة بالحيض دون النفاس فأما الثمانية فترك الصلاة لا الى قضاء وترك الصوم الى قضاء وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف بالبيت وحرمة قراءة القرآن وحرمة مس المصحف بدون الغلاف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل عند انقطاع الحيض والنفاس وأما الاربعة المخصوصة بالحيض فانقضاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل بين طلاق السنة والبدعة

(والحيض يسقط عن الحائض الصلاة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصوم ولا تقضي الصلاة) لقول عائشة رضي الله عنها كانت احدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلاة ولان في قضاء الصلاة حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم (ولا تدخل المسجد) وكذا الجنب لقوله عليه السلام فاني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب

فالسبعة الاولى تتعلق ببروز الدم عند هما بمجاوزته موضع البكارة وعن محمد أنها تتعلق بالاحساس بالبروز فلو توضأت ووضعت الكرسف ثم أحست بنزول الدم من الرحم الى الكرسف قبل غروب الشمس ثم رفعت الكرسف بعد غروبها فالصوم تام وعن محمد في غير ظاهر الرواية أنها تقضيه والثامن يتعلق بنصاب الحيض ويستند الى ابتدائه والاربعة الباقية تتعلق بانقضائه قوله (يسقط) على مذهب القاضي أبي زيد على حقيقته لان عنده نفس الوجوب ثابت عليها كالصبي والمجنون لقيام الذمة الصالحة للايجاب لكن يسقط بالعذر وأما على قول غيره فيكون يسقط مجازا للمنع وانما قال يحرم عليها الصوم ولم يقل يسقط اشارة الى أنه يقضي قيل المبتدأة اذا رأت دما تركت الصلاة واحدة والصوم عند أكثر مشايخ بخارا وعن أبي حنيفة رحمه الله لا تترك حتى يستمر الدم ثلاثة أيام وتقضي الصيام ولا تقضي الصلاة لقول عائشة فيما روي أن امرأة سألتها قالت ما بال احدانا تقضي صيام أيام الحيض ولا تقضي الصلاة فقالت أحرورية أنت كانت احدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طهرت تقضي الصيام ولا تقضي الصلاة فان قيل وجوب القضاء يبتني على وجوب الاداء في الاحكام فكيف تخلف هذا الحكم ههنا أجيب بأن الاصل ذلك لكن هذا ثبت بالنص على خلاف القياس قوله (ولان في قضاء الصلاة حرجا) ظاهر (وعدم وجوب قضاء الصلاة ليس يحتاج الى دليل) لانه على الاصل وانما المحتاج الى ذلك قضاء الصيام وقد انضاف الى النص عدم اشتماله على الحرج فوجب قوله (ولا تدخل المسجد وكذا الجنب) لما ذكر في السنن مسندا الى عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فاني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب

لا ترى الدم الخالص (قوله والحيض يسقط) يفيد ظاهرا عدم تعلق أصل الوجوب بها وهذا الآن تعلقه يستتبع فائدته وهي اما الاداء أو القضاء والاول منتف لقيام الحدث مع العجز عن رفعه والثاني كذلك فضلا منه تعالى دفعا للحرج اللازم بالزام القضاء لتضاعف الصلاة خصوصا فيمن عادتها أكثر فانتفى الوجوب لانتفاء فائدته لانعدام أهليتها للخطاب ولذا تعلق بها خطاب الصوم لعدم الحرج اذ غايته ما تقضي في السنة خمسة عشر يوما (قوله لقول عائشة) لفظ الحديث عن معاذة قالت سألت عائشة فقلت ما بال الحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة فقالت أحرورية أنت قلت لست بحرورية ولكني أسأل قالت كان يصيبنا ذلك فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة متفق عليه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) عن أفلت عن حسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ووجوه بيوت أصحابه شارعة في المسجد فقال وجهوا هذه البيوت عن المسجد ثم دخل ولم يصنع القوم شيأ رجاء أن تنزل فيهم رخصة فخرج اليهم فقال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فاني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب رواه أبو داود وابن ماجه والبخاري في تاريخه الكبير بزيادة قال البخاري ضعفوا هذا الحديث وقالوا أفلت مجهول قال المنذري فيما حكاه تطرفانه أفلت بن خليفة العامري ويقال الذهلي كنيته أبو حسان حديثه في الكوفيين روى عنه سفيان الثوري وعبد الواحد بن زياد وقال أحمد بن حنبل ما أرى به بأسا وقال أبو حاتم شيخ وحكى البخاري أنه سمع من حسرة وقال الدارقطني صالح وقال العجلي في حسرة تابعية ثقة وقال البخاري عندها عجائب وقال الشيخ تقي الدين في الامام رأيت في كتاب الوهم والايهام لابن القطان المقروء عليه دجاجة بكسر الدال وعليه صح وكتب الناس في الحاشية بكسر الدال بخلاف

(قوله وأما على قول غيره فيكون يسقط مجازا للمنع) أقول الظاهر أن يقال للمنع بدل قوله للتمنع

وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور (ولا تطوف بالبيت) لان الطواف في المسجد (ولا يأتيها زوجها) لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

واحدة الدجاج اه (قوله وهو باطلاقه حجة على الشافعي) في اباحته الدخول على وجه العبور واستدل بقوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل حتى تغتسلوا بناء على ارادة مكان الصلاة بلفظ الصلاة في قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى أو على استعماله في حقيقته ومجازه ولا موجب للعدول عن الظاهر الا توهم لزوم جواز الصلاة جنبا حال كونه عابر سبيل لانه مستثنى من المنع المغيا بالاغتسال وليس بلازم لوجوب الحكم بأن المراد جوازها حال كونه عابر سبيل أي مسافرا بالتيمم لان مؤدى التركيب لا تقربوها جنبا حتى تغتسلوا الا حال عبور السبيل فلكم أن تقربوها بغير اغتسال وبالتيمم يصدق أنه بغير اغتسال نعم يقتضي ظاهر الاستثناء اطلاق القربان حال العبور لكن ثبت اشتراط التيمم فيه بدليل آخر وليس هذا ببدع وعلى هذا فالآية دليلهما على منع التيمم للجنب المقيم في المصر ظاهرا وجوابه أنه خص حالة عدم القدرة على الماء في المصر من منعها كما أنها مطلقة في المريض والاجماع على تخصيص حالة القدرة حتى لا يتيمم المريض القادر على استعمال الماء وهذا للعلم بأن شرعيته للحاجة الى الطهارة عند العجز عن الماء فاذا تحقق في المصر جاز واذا لم يتحقق في المريض لا يجوز فان قيل في الآية دليل حينئذ على أن التيمم لا يرفع الحدث وأنتم تأبونه قلنا قد ذكرنا أن محصلها لا تقربوها جنبا حتى تغتسلوا الا عابري سبيل فاقربوها بلا اغتسال بالتيمم لا أن المعنى فاقربوها جنبا بلا اغتسال بالتيمم بل بلا اغتسال بالتيمم فالرفع وعدمه مسكوت عنه ثم استفيد كونه رافعا من خارج على ما قدمناه في باب التيمم (قوله ولا تطوف بالبيت) لانه في المسجد فيحرم ولو فعلته الحائض كانت عاصية معاقبة وتتحلل به من احرامها الطواف الزيارة وعليها بدنة كطواف الجنب هذا والاولى عدم الاقتصار على التعليل المذكور فان حرمة الطواف جنبا ليس منظورا فيه الى دخول المسجد بالذات بل لان الطهارة واجبة في الطواف فلو لم يكن ثمة مسجد حرم عليها الطواف (قوله ولا يأتيها زوجها) ولو أتاها مستحلا كفر أو عالما بالحرمة أتى كبيرة ووجبت التوبة ويتصدق بدينار أو بنصفه استحبابا وقيل بدينار ان كان أول الحيض وبنصفه ان وطئ في آخره كأن قائله رأى أنه لا معنى للتخيير بين القليل والكثير في النوع الواحد وكذا هذا الحكم لو قالت حضت فكذبها لان تكذيبه لا يعمل بل تثبت الحرمة باخبارها وأما الاستمتاع بها بغير الجماع فذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي ومالك يحرم عليه ما بين السرة والركبة وهو المراد بما تحت الازار ومذهب محمد بن الحسن وأحمد لا يحرم ما سوى الفرج لما أخرج الجماعة الا البخاري أن اليهود كانوا اذا حاضت المرأة منهم لم يؤاكلوها ولم يجامعوها في البيوت فسألت الصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأنزل الله تعالى ويسألونك عن المحيض فقال النبي صلى الله عليه وسلم اصنعوا كل شيء الا النكاح وفي رواية الا الجماع وللجماعة ما عن عبد الله بن سعد سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يحل لي من امرأتي وهي حائض فقال لك ما فوق الازار رواه أبو داود وسكت عليه فهو حجة ويحتمل أن يكون حسنا أو صحيحا فمنهم من حسنه لكن شارحه أبو زرعة العراقي صرح بأنه ينبغي أن يكون صحيحا وهو فرع معرفة رجال سنده فثبت كونه صحيحا وحينئذ يعارض ما رواه مسلم وغيره مخصوصا وأنت تعلم أن مسلما يخرج عمن لم يسلم من غوائل الجرح واذن فالترجيح له لانه مانع وذلك مبيح وأما ترجيح السروجي قول محمد بأن أحاديثنا مفهوم لا يعارض منطوقهم فغلط لان كونها منطوقا في المدعى أو مفهوما بناء على اعتبار المدعى كيف هو فان جعلت الدعوى قولنا جميع ما يحل للرجل من امرأته الحائض ما فوق الازار كانت أحاديثنا منطوقا أعني قوله صلى الله عليه وسلم لك ما فوق الازار جوابا عن قول السائل ما يحل لي من امرأتي الحائض فان معناه جميع ما يحل لك ما فوق الازار لان معنى السؤال بجميع ما يحل لي ما هو فيطابق الجواب السؤال وان جعلت الدعوى

(وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحته الدخول على وجه العبور والمرور) فانه لم يفصل بين الدخول للمرور وبينه للمقام فيه ولا تمسك بقوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل لان أهل التفسير قالوا الا هنا بمعنى ولا أولان المراد بالصلاة حقيقتها اذ الكلام للحقيقة وقوله الا عابري سبيل أي الا مسافرين والمسافر يسمى عابرا فيكون معناه والله أعلم الا مسافرين فانه يباح لهم الصلاة قبل الاغتسال بالتيمم وصورة هذه المسئلة ما قال في المبسوط مسافر مر بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فانه يتيمم لدخول المسجد عندنا وقال الشافعي جائز أن يدخل مجتازا قوله (ولا تطوف بالبيت) لان الطواف في المسجد قيل فاذا كان الطواف في المسجد كان الحكم معلوما من قوله ولا تدخل المسجد وأجيب بانه صرح بذلك لان الدخول قد يكون عند الطهارة فيوهم جواز الطواف وليس كذلك حتى لو طافت خارج المسجد لم يجز وجاز للطاهرة ولو علل بقوله لان الطواف بالبيت صلاة كان أشمل لتناوله حينئذ الطواف في المسجد وخارجه وأدفع السؤال وقوله (ولا يأتيها زوجها) أي لا يطؤها ظاهر قال

(وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن) لقوله عليه السلام لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيأ من القرآن وهو حجة على مالك رحمه الله في الحائض وهو باطلاقه يتناول مادون الآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته (وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا أخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه) لقوله عليه السلام

لا يحل ما تحت الازار وقالوا يحل الا محل الدم كانت مفهوما ولا شك أن كلا من الاعتبارين في الدعوى صحيح فعلم أن المفهومية غير لازمة في أحاديثنا ولا المنطوقية ثم لو سلم كان هذا المفهوم أقوى من المنطوق لان زيادة قوة المنطوق على المفهوم ليس الا لزيادة دلالته على المعنى للزومه له وهذا المفهوم وهو انتفاء حل ما تحت الازار مطلقا لما كان ثابتا لوجوب مطابقة الجواب السؤال لدلالة خلافها على نقصان في الغريزة أو العجز أو الخبط كان ثبوته واجبا من اللفظ على وجه لا يقبل تخصيصا ولا تبديلا لهذا العارض والمنطوق من حيث هو منطوق يقبل ذلك فلم يصح الترجيح في خصوص المادة بالمنطوقية ولا المرجوحية بالمفهومية وقد كان فعله صلى الله عليه وسلم على ذلك فكان لا يباشر احداهن وهي حائض حتى يأمرها أن تأتزر متفق عليه وأما قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن فان كان نهيا عن الجماع عينا فلا يمتنع أن تثبت حرمة أخرى في محل آخر بالسنة وبالك أن تظن أن هذه من الزيادة على النص بخبر الواحد لان ذلك تقييد مطلقه فيقع موقع المعارض في بعض متناولاته لا شرع ما لم يتعرض له ولو حمل على أعم من ذلك كان الجماع من أفراد المنهي عنه لتناوله حرمة الاستمتاع بها أعني الجماع وغيره من الاستمتاعات ثم يظهر تخصيص بعضها بالحديث المفيد لحل ما سوى ما بين السرة والركبة فيبقى ما بينهما داخلا في عموم النهي عن قربانه وان لم يحتج الى هذا الاعتبار في ثبوت المطلوب لما بينا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيأ من القرآن) رواه الترمذي وابن ماجه وفي اسناده اسمعيل بن عياش وتقدم الكلام فيه وفي سنن الاربعة عن علي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحجبه أو قال لا يحجزه عن القراءة شئ ليس الجنابة وقال الشافعي أهل الحديث لا يثبتونه قال البيهقي لان مداره على عبد الله بن سلمة بكسر اللام وكان قد كبر وأنكر عقله وحديثه وانما روى هذا بعد كبره قاله شعبة لكن قد قال الترمذي حديث حسن صحيح وصححه ابن حبان والحاكم وقال ولم يحتجا بعبد الله بن سلمة ومدار الحديث عليه وروى البيهقي عن عمر أنه كره القراءة للجنب وقال صحيح (قوله فيكون حجة على الطحاوي في اباحته مادون الآية) ذكر نجم الدين الزاهد أنه رواية ابن سماعة عن أبي حنيفة وان عليه الاكثر ووجهه أن مادون الآية لا يعد بها قارئا قال تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن كما قال صلى الله عليه وسلم لا يقرأ الجنب القرآن فكما لا يعد قارئا بما دون الآية حتى لا تصح بها الصلاة كذا لا يعد بها قارئا فلا يحرم على الجنب والحائض وقالوا اذا حاضت المعلمة تعلم كلمة كلمة وتقطع بين الكلمتين وعلى قول الطحاوي نصف آية وفي الخلاصة في عد محرمات الحيض وحرمة القرآن الا اذا كانت آية قصيرة تجري على اللسان عند الكلام كقوله ثم نظر ولم يولد أما قراءة مادون الآية نحو بسم الله والحمد لله ان كانت قاصدة قراءة القرآن يكره وان كانت قاصدة شكر النعمة والثناء لا يكره ولا يكره التهجي وقراءة القنوت انتهى وغيره لم يقيد عند قصد الثناء والدعاء بما دون الآية فصرح بجواز قراءة الفاتحة على وجه الثناء والدعاء وفي الفتاوى الظهيرية لا ينبغي للحائض والجنب قراءة التوراة والانجيل والزبور لان الكل كلام الله ويكره لهما قراءة دعاء الوتر لان أبي رضي الله عنه يجعله من القرآن سورتين من أوله الى اللهم اياك نعبد سورة ومن هنا الى آخره أخرى وظاهر المذهب لا يكره وعليه الفتوى وأما قراءة الذكر فأفاد

وهو حجة على مالك) فانه يجوزها للحائض لكونها معذورة محتاجة الى القراءة عاجزة عن تحصيل الطهارة بخلاف الجنب فانه قادر عليه بالغسل أو التيمم (وهو) أي الحديث (باطلاقه) أي بعمومه لان شيأ نكرة في سياق النفي (يتناول مادون الآية) فيمنع عن قراءته كالآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحة قراءة مادون الآية للحائض والنفساء والجنب مستدلا بان المتعلق بالقرآن حكمان جواز الصلاة ومنع الحائض عن القراءة ثم في أحد الحكمين يفصل بين الآية ومادونها فكذلك في الحكم الآخر وقال الكرخي يمنع عن قراءة مادون الآية أيضا على قصد قراءة القرآن كما يمنع عن قراءة الآية التامة لان الكل قرآن فان لم يقصد القراءة نحو أن يقرأ الحمد لله شكرا للنعمة فلا بأس به وذكر الحلواني عن أبي حنيفة لا بأس للجنب أن يقرأ الفاتحة على وجه الدعاء قال الهندواني لا أفتي بهذا وان روي عنه وقيل المختار الجواز (وليس لهم) أي للحائض والنفساء والجنب (مس المصحف الخ) ظاهر وقوله (لقوله عليه السلام) رواه مالك في الموطأ والدارقطني وأبو بكر الأثرم فان قلت ما بال المصنف لم يستدل بقوله تعالى انه لقرآن كريم في كتاب مكنون

لايمسه الا المطهرون فانه ظاهر فى النهى عن مس المصحف لغير الطاهر قلت لان بعض العلماء حمله على الكرام البررة فكان محتملا فترك الاستدلال به وقوله (ثم الحدث والجنابة حلا اليد الخ) لبيان مشاركتهما فى حرمة المس وافتراقهما فى حكم القراءة وتقريره لما ثبت حكم الحدثين فى اليد لم يجز مس المصحف باليد لهما جميعا ولما لم يثبت حكم الحدث فى الفم حيث لم يجب غسله وثبت حكم الجنابة فيه حيث وجب غسله جازت قراءة المحدث دون الجنب قال فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير فان غسل الجنب فمه ليقرأ أو يده ليمس أو غسل المحدث يده ليمس لم يطلق القراءة ولا المس للجنب ولا المس للمحدث هذا هو الصحيح لان ذلك لا يتجزأ وجودا ولا زوالا (وغلافه ما كان متجافيا عنه) أى متباعدا بأن يكون شيأ ثالثا بين الماس والممسوس ولا يكون متصلا به كالجلد المشترز فينبغى أن لا يكون تابعا للماس كالكم ولا للممسوس كالجلد المشترز قال صاحب التحفة اختلف المشايخ فى الغلاف فقال بعضهم هو الجلد الذى عليه وقال بعضهم هو الكم وقال بعضهم هو الخريطة وهو الصحيح لان الجلد تبع للمصحف والكم تبع للعامل والخريطة ليست بتبع لاحدهما فقوله هو الصحيح الاول رد للاول وقوله هو الصحيح الثانى رد للثانى وقوله (بخلاف كتب الشريعة) يعنى كتب الحديث والفقه (حيث يرخص لاهلها فى مسها بالكم لان فيه ضرورة) وفيه اشارة الى أن مسها بلا طهارة مكروه وقوله (ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان) معناه لا بأس بأن يدفع الطاهرون المصحف الى الصبيان المحدثين لانه لو لم يكن كذلك فاما أن يمنع عنهم المصحف وفيه تضييع حفظ القرآن أو يؤمروا بالتطهير وفيه حرج عليهم لانهم لم يكلفوا بذلك ويجوز أن يكون معنى قوله وفى الامر بالتطهير وفى أمر الاولياء بتطهير الصبيان كنهيهم عن الباس المذكور منهم الحرير حرج بالاولياء أو المعلمين الدافعين وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى عن بعض مشايخنا أن دفع المصحف أو اللوح الذى كتب فيه القرآن اليهم مكروه بناء على أن الدافع مكلف بعدم الدفع

لايمس القرآن الا المطهرون ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان فى حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان فى حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشترز هو الصحيح ويكره مسه بالكم هو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة لاهلها حيث يرخص فى مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان لان فى المنع تضييع حفظ القرآن وفى الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح قال

المصنف فى باب الاذان فى مسئلة الاذان على غير وضوء أن الوضوء فيه مستحب (قوله لايمس القرآن الا المطهر) هو فى كتاب عمرو بن حزم حين بعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى اليمن وسيأتى بكماله فى كتاب الزكاة ان شاء الله (قوله ثم الجنابة حلت اليد الخ) يفيد جواز نظر الجنب للقرآن لانهما لم تحل العين ولذا لا يجب غسلها وأما مس ما فيه ذكر فأطلقه عامة المشايخ وكرهه بعضهم (قوله وغلافه ما يكون متجافيا عنه) أى منفصلا وهو الخريطة خلافا لمن قال هو الجلد أو الكم لان الجلد الملصق تابع له حتى يدخل فى بيعه بغير شرط فلمسه حكم مسه والكم تابع للماس فالمس به كالمس بيده والمراد بقوله يكره مسه بالكم كراهة التحريم ولذا قال فى الفتاوى لا يجوز للجنب والحائض أن يمسا المصحف بكمهما أو ببعض ثيابهما لان الثياب بمنزلة بدنهما ألا ترى لو قام فى صلاته على نجاسة وفى رجليه نعلان لا تجوز صلاته ولو فرش نعليه أو جورببه وقام عليهما جازت وخلافا لمن قال المكروه مس الكتابة لا موضع البياض وأما الكتابة ففى فتاوى أهل سمرقند يكره كتابة كتاب فيه آية من القرآن لانه يكتب بالقلم وهو فى يده وذكر أبو الليث لا يكتب وان كانت الصحيفة على الارض ولو كان ما دون الآية وذكر القدورى انه لا بأس اذا كانت الصحيفة على الارض فقيل هو قول أبى يوسف وهو أقيس لانها اذا كانت على الارض كان مسها بالقلم وهو واسطة منفصلة فكان كثوب منفصل الا أن يكون مسه بيده وقال لى بعض الاخوان هل يجوز مس المصحف بمنديل هو لابسه على عنقه قلت لا أعلم فيه منقولا والذى يظهر أنه ان كان بطرفه وهو يتحرك بحركته ينبغى أن لا يجوز وان كان لا يتحرك بحركته ينبغى أن يجوز لاعتبارهم اياه فى الاول تابعا له كبدنه دون الثانى قالوا فيمن صلى وعليه عمامة بطرفها نجاسة مانعة ان كان ألقاه وهو يتحرك لا يجوز والا يجوز اعتبارا له على ما ذكرنا ﴿فروع﴾ تكره كتابة القرآن وأسماء الله تعالى على الدراهم والمحاريب والجدران وما يفرش وتكره القراءة فى المخرج والمغتسل والحمام وعند محمد لا بأس فى الحمام لان الماء المستعمل طاهر عنده ولو كانت رقية فى غلاف متجاف عنه لم يكره دخول الخلاء به والاحتراز عن مثله أفضل (قوله حيث يرخص فى مسها بالكم) يقتضى أنه يرخص بلا كم قالوا يكره مس كتب التفسير والفقه والسنن لانها لا تخلو عن آيات القرآن وهذا التعليل يمنع مس شروح النحو أيضا (قوله ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان) واللوح وان كانوا محدثين لا يأثم المكلف الدافع كما يأثم بالباس الصغير الحرير وسقيه الخمر وتوجيهه الى القبلة فى قضاء حاجته للضرورة فى هذا الدفع فان فى أمرهم بالتطهير حرجا بينا لطول مسهم بطول الدرس خلافا لمن كره تعليمهم بالدفع اليهم وعنه احترز بقوله هو

(واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة أيام لم يحل وطؤها حتى تغتسل) لان الدم يدر تارة وينقطع أخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع

الصحيح (قوله واذا انقطع دم الحيض) حاصله اما أن ينقطع لتمام العشرة أو دونها لتمام العادة أو دونها ففي الاول يحل وطؤها بمجرد الانقطاع وفي الثالث لا يقربها وان اغتسلت مالم تمض عادتها وفي الثاني ان اغتسلت أو مضى عليها وقت صلاة يعني خرج وقت الصلاة حتى صارت دينا في ذمتها حل والا لا وعلى هذا التفصيل انقطاع النفاس ان كان لها عادة فيها فانقطع دونها لا يقربها حتى تمضي عادتها بالشرط أو لتمامها حل اذا خرج الوقت الذي طهرت فيه أو لتمام الاربعين حل مطلقا وجه الاول أن في الآية قراءتين يطهرن يطهرن بالتخفيف والتشديد ومؤدى الاولى انتهاء الحرمة العارضة على الحل بالانقطاع مطلقا واذا انتهت الحرمة العارضة على الحل حلت بالضرورة ومؤدى الثانية عدم انتهائها عنده بل بعد الاغتسال فوجب الجمع ما أمكن فحملنا الاولى على الانقطاع لاكثر المدة والثانية عليه لتمام العادة التي ليست أكثر مدة الحيض وهو المناسب لان في توقيف قربانها في الانقطاع للاكثر على الغسل انزالها حائضا حكما وهو مناف لحكم الشرع عليها بوجوب الصلاة المستلزم انزاله اياها طاهرة قطعا بخلاف تمام العادة فان الشرع لم يقطع عليها بالطهر بل يجوز الحيض بعده ولذا لو زادت ولم يجاوز العشرة كان الكل حيضا بالاتفاق على ما تحققه بقي أن مقتضى الثانية ثبوت الحرمة قبل الغسل فرفع الحرمة قبله بخروج الوقت معارضة للنص بالمعنى والجواب أن القراءة الثانية خص منها صورة الانقطاع للعشرة بقراءة التخفيف فجاز أن تخص ثانيا بالمعنى وعلم مما ذكرنا أن المراد بأدنى وقت الصلاة أدناه الواقع آخرا أعني أن تطهر في وقت منه الى خروجه قدر الاغتسال والتحريم لا أعم من هذا ومن أن تطهر في أوله ويمضي منه هذا المقدار لان هذا لا ينزلها طاهرة شرعا كما رأيت بعضهم يغلط فيه ألا ترى أن تعليلهم بأن تلك الصلاة صارت دينا في ذمتها وذلك بخروج الوقت ولذا لم يذكر غير واحد لفظة أدنى وعبارة الكافي أو تصير الصلاة دينا في ذمتها بمضي أدنى وقت صلاة بقدر الغسل والتحريمة بأن انقطعت في آخر الوقت وجه الثالث ظاهر من الكتاب غير أنه خلاف انتهاء الحرمة بالغسل الثابت بقراءة التشديد فهو مخرج منه بالاجماع وفي التجنيس مسافرة طهرت من الحيض فتيممت ثم وجدت ما جاز للزوج أن يقربها لكن لا تقرأ القرآن لانها لما تيممت خرجت من الحيض فلما وجدت الماء فانما وجب عليها الغسل فصارت كالجنب هذا في حق القربان أما في حق الصلاة ففي الخلاصة اذا انقطع دم المرأة دون عادتها المعروفة في حيض أو نفاس اغتسلت حين تخاف فوت الصلاة وصلت واجتنب زوجها قربانها احتياطا حتى تأتي على عادتها لكن تصوم احتياطا ولو كانت هذه الحيضة هي الثالثة انقطعت الرجعة احتياطا ولا تتزوج بزوج آخر احتياطا فان تزوجها رجل ان لم يعاودها الدم جاز وان عاودها ان كان في العشرة ولم يزد على العشرة فسد نكاح الثاني وكذا صاحب الاستبراء يجتنبها احتياطا انتهى ومفهوم التقييد بقوله ولم يزد على العشرة أنها اذا زاد لا يفسد ومراده اذا كان العود بعد انقضاء العادة أما قبلها فيفسد وان زاد لان الزيادة توجب الرد الى العادة والفرض أنه عاودها فيها فيظهر أن النكاح قبل انقضاء الحيضة هذا وقد قدمت ما عندي من التردد في الانقطاع بدون القصة ثم التأخير الى آخر الوقت بعد الانقطاع لما دون العادة واجب فلو انقطع لتمامها تغتسل أيضا في آخر الوقت لكن هذا التأخير استحباب وبأنها زوجها ولا تنتظر تمام العشرة وفي الخلاصة وكذا اذا كان هذا أول ما رأت وانقطع الحيض على خمسة والنفاس على عشرين واغتسلت تثبت جميع هذه الاحكام واعلم أن مدة الاغتسال معتبرة من الحيض في الانقطاع لاقل من العشرة وان كان تمام عادتها بخلاف الانقطاع للعشرة حتى لو طهرت في الاول والباقي قدر الغسل والتحريمة فعليها قضاء تلك الصلاة وفي النوادر ان كان أيامها

عشرة

قال (واذا انقطع دم الحيض) اذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة أيام وكان عند تمام عادتها لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم يدر بكسر الدال وضمها أي يسيل تارة وينقطع أخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع بوجود ما زاد على زمن عادتها من مدة الاغتسال فيحل وطؤها لصيرورتها من الطاهرات حقيقة

(قوله فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع بوجود ما زاد على زمان عادتها من مدة الاغتسال الخ) أقول فيه بحث بل بوجود الاغتسال نفسه فانه لكونه مطهرا يرجح جانب الانقطاع

(ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت الصلاة بقدر أن تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لان الصلاة صارت دينا) عليها فصارت من الطاهرات حكما لان الشرع اذا حكم عليها بوجوب الصلاة ولا تصح حال كونها حائضا دل أنه حكم بطهارتها وفي بعض النسخ أو يمضي عليها وقت صلاة كامل وقيل عليه ان كان كامل صفة للوقت كان مرفوعا وليس بمروي وان كان صفة للصلاة كان الواجب كاملة وأجيب بأنه صفة للوقت والجر للجوار كما في جحر ضب خرب ومعناه الكمال في السببية فانه اذا انقطع الدم في آخر الوقت بحيث يمكن أن تغتسل وتتحرم للصلاة كان ذلك المقدار كاملا في ايجاب الصلاة عليها كما أن مضي كمال الوقت عليها وهي منقطعة الحيض كامل في ذلك وليس معناه أن مضي كمال الوقت على معنى أنه انقطع دمها في أول الوقت ودام الانقطاع حتى مضى الوقت شرط في كونها من الطاهرات في حل القربان ووجوب الصلاة وعلى هذا الفرق بين العبارتين من حيث المعنى الا أن الاولى أوضح في تأديته قوله (ولو كان انقطع الدم دون عادتها) ظاهر وقوله (فوق الثلاث) مستغنى عنه خارج مخرج الغالب (وان انقطع الدم لعشرة أيام حل وطؤها قبل الغسل) وحل الوطء ليس بموقوف على انقطاع الدم لكن ذكره بمقابلة قوله أولا واذا انقطع الدم وذلك لما ذكر أنه لا مزيد للحيض على العشرة وتجب عليها الصلاة لانا تيقنا بمجرد انقطاع الدم بخروجها من الحيض فاذا أدركت جزأ من الوقت قليلا كان أو كثيرا كان عليها قضاء تلك الصلاة بخلاف ما اذا كانت أيامها دون العشرة فان فيه مدة الاغتسال من جملة حيضها فلابد أن يبقى من الوقت مقدار ما يمكنها أن تغتسل فيه وتتحرم للصلاة لتصير مدركة لجزء من الوقت بعد الطهارة فيجب عليها قضاء تلك الصلاة وقوله (الا أنه لا يستحب) استثناء من قوله حل وطؤها يعني أنه لا يستحب وطؤها

(ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت الصلاة بقدر أن تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها) لان الصلاة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما (ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت) لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب (وان انقطع الدم لعشرة أيام حل وطؤها قبل الغسل) لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا أنه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد قال (والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي) قال رضي الله تعالى عنه وهذه احدى الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله ووجهه أن استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر أوله وآخره كالنصاب في باب الزكاة وعن أبي يوسف رحمه الله وهو روايته عن أبي حنيفة وقيل هو آخر أقواله أن الطهر اذا كان أقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد

عشرة فطهرت وبقي قدر ما تتحرم لزمها الفرض ولا يشترط امكان الاغتسال وأجمعوا أنها لو طهرت وقد بقي ما لا يسع التحريمة لا يلزمها ومتى طرأ الحيض في أثناء الوقت سقطت تلك الصلاة ولو بعد ما افتتحت الفرض بخلاف ما لو طرأ وهي في التطوع حيث يلزمها قضاء تلك الصلاة هذا مذهب علمائنا وعند زفر اذا طرأ والباقي قدر الصلاة لم يجب قضاؤها وان كان الباقي أقل وجب بناء على أن السببية تنتقل عندنا الى آخر جزء من الوقت وعنده تستقر على الجزء الذي منه الى آخر الوقت مقدار الاداء فيعتبر عندنا حال المكلف عند آخر الوقت وعنده عند ذلك الجزء لانه موضع توجه الخطاب بالاداء فاذا وجد وهي طاهرة وجبت وبعد الوجوب لا تسقط بعروض الحيض فتقضيها واذا وجد وهي حائض لم تجب بناء على أن الوجوب بآخر الوقت لو بلغ صبي باحتلام ولم يستيقظ حتى طلع الفجر المختار أن عليه قضاء العشاء وان كان صلاها قبل النوم وهي واقعة محمد سألها أبا حنيفة فأجابه بهذا وقيل ليس عليه والاتفاق انه اذا استيقظ قبل الفجر أو معه تلزمه العشاء (قوله وهذه احدى الروايات عن أبي حنيفة) هي رواية محمد عنه ومقتضاها أن لا يبدأ الحيض بالطهر ولا يختم به فلو رأت

(قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد) فان ظاهر النهي فيها يوجب حرمة القربان قبل الاغتسال في الحالين باطلاقه كما قال زفر والشافعي قال (والطهر المتخلل بين الدمين في مدة الحيض) اذا أحاط الدم بطرفي مدة الحيض كان (كالدم المتوالي في رواية محمد عن أبي حنيفة ووجهه (ما ذكره في الكتاب) أن استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط (فيعتبر أوله وآخره) والطهر المتخلل بينهما تبع لهما (كالنصاب في باب الزكاة) فان شرط وجوبها كمال النصاب في طرفي الحول والنقصان في خلاله لا يضر مثاله مبتدأة رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها كالدم المتوالي لاحاطة الدم بطرفي العشرة ولو رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا (وعن أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة وقيل هو آخر أقوال أبي حنيفة أن الطهر اذا كان أقل من خمسة عشر يوما لا يفصل) بين الدمين وهو كله كالدم المتوالي (لانه طهر فاسد) لا يصلح للفصل بين الحيضتين لان أقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما فكذلك لا يصلح للفصل بين الدمين لان الفاسد لا يتعلق به أحكام الصحيح شرعا فكان كالدم المتوالي مثاله مبتدأة رأت يوما دما وأربعة عشر طهرا ويوما دما فالعشرة من أول ما رأت عنده حيض يحكم ببلوغها به وكذلك اذا رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما

(قوله والاخذ بهذا القول) أى قول أبى يوسف (أيسر) يعنى للفتى والمستفتى لان فى قول محمد تفاصيل يشق ضبطها واعلم أن احاطة الدم للطرفين شرط بالاتفاق لكن عند محمد لطر فى مدة الحيض كما تقدم وعلى هذا لا يجوز بداءة الحيض ولا ختمه بالطهر لان الطهر ضد الحيض والشئ لا يبتدأ بضده ولا يختم به وعند أبى يوسف لطر فى الطهر المتخلل وعلى هذا يجوز بداءة الحيض بالطهر وختمه به أيضا ويجوز بداءته به اذا كان قبله فقط ولا يختم به حينئذ ويجوز ختمه به اذا كان بعده دم لا قبله مثال قول أبى يوسف من المسائل امرأة عادتها فى أول كل شهر خمسة أيام فرأت قبل أيامها بيوم دما ثم طهرت خمسة ثم رأت يوما دما فعنده خمستها حيض اذا جاوز المرئى عشرة لاحاطة الدمين بزمان عادتها وان لم ترفيه شيأ وأما اذا لم يجاوز فيكون جميع ذلك حيضا وكذلك لو رأت قبل خمستها يوما دما ثم طهرت أول يوم من خمستها ثم رأت ثلاثة أيام دما ثم طهرت آخر يوم من خمستها ثم استمر بها الدم فحيضتها خمستها عنده وان كان

فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول أيسر وتمامه يعرف فى كتاب الحيض

مبتدأة يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة حيض يحكم ببلوغها به ولو كانت معتادة فرأت قبل عادتها يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لا يكون شئ منه حيضا وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة أنه يعتبر أن يكون الدم فى العشرة ثلاثة أيام وهو قول زفر وروى أبو يوسف عنه وبه أخذ أن الطهر اذا كان أقل من خمسة عشر لا يفصل وقيل هو آخر أقوال أبى حنيفة وعليه الفتوى ومقتضاه جواز افتتاح الحيض واختتامه بالطهر ولا بد من احتواش الدم بالطرفين فلو رأت مبتدأة يوما دما وأربعة عشر طهرا ويوما دما كانت العشرة الاولى حيضا يحكم ببلوغها به ولو رأت المعتادة قبل عادتها يوما دما وعشرة طهرا ويوما دما فالعشرة التى لم ترفيها الدم حيض ان كان عادتها العشرة فان كانت أقل ردت الى أيامها وقال محمد الطهر المتخلل ان نقص عن ثلاثة أيام ولو بساعة لا يفصل فان كان ثلاثة فصاعدا فان كان مثل الدمين أو أقل فكذلك تغليبا للحرمات وان كان أكثر فصل ثم ينظر ان كان فى أحد الجانبين ما يمكن أن يجعل حيضا فهو حيض والا آخرا استحاضة وان لم يمكن فالكل استحاضة ولا يمكن كون كل من المحتوشين حيضا لكون الطهر حينئذ أقل من الدمين الا اذا زاد على العشرة فحينئذ يمكن فيجعل الاول حيضا لسبقه لا الثانى ومن أصله أن لا يبدأ الحيض بالطهر ولا يختم به وفى بعض النسخ ان الفتوى على قول محمد والاول أولى واختلف المشايخ على قوله فيما اذا اجتمع طهران معتبران وصار أحدهما حيضا لاستواء الدم بطرفيه حتى صار كالدم المتوالى فقيل يتعدى حكمه الى الطرف الاخير حتى يصير الكل حيضا وقيل لا يتعدى قال فى المحيط هو الاصح مثاله رأت يومين دما وثلاثة طهرا ويوما دما وثلاثة طهرا ويوما دما فعلى الاول الكل حيض لان الطهر الاول دم لاستوائه بدميه فكأنها رأت ستة دما وأربعة طهرا وعلى الثانى الستة الاولى حيض فقط ﴿فرع﴾ على هذه الاصول رأت يومين دما وخمسة طهرا ويوما دما ويومين طهرا ويوما دما فعند أبى يوسف العشرة الاول حيض ان كانت عادتها أو مبتدأة لان الحيض يختم بالطهر وان كانت معتادة فعادتها فقط لمجاوزة الدم العشرة وعلى قول محمد الاربعة الاخيرة فقط لانه تعذر جعل العشرة حيضا لاختتامها بالطهر وتعذر جعل ما قبل الطهر الثانى حيضا لان الغلبة فيه للطهر فطرحنا الدم الاول والطهر الاول يبقى بعده يوم دم ويومان طهر ويوم دم والطهر أقل من ثلاثة فجعلنا الاربعة حيضا وعند زفر الثمانية حيض لاشتراطه كون الدم ابتداء الخمسة وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده وان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان الدم دون الثلاثة لا يكون فاصلا بالاتفاق ومادون خمسة عشر كذلك عند أبى يوسف كما مر آنفا وعند محمد اذا بلغ ثلاثة فصاعدا فان استوى الدم والطهر فى أيام الحيض أو غلب الدم فكذلك وان غلب الطهر صار فاصلا وحينئذ ان لم يمكن جعل كل واحد منهما بانفراده حيضا لا يكون شئ منه حيضا وان أمكن ذلك جعل حيضا سواء كان المتقدم أو المتأخر وان أمكن جعل كل واحد منهما جعل أسرعهما امكانا حيضا فقط اذ لم يتخلل بينهما طهر تام مثاله مبتدأة رأت يوما دما ويومين طهرا ويوما دما فالاربعة حيض ولو رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويوما دما لم يكن شئ منها حيضا لغلبة الطهر وان رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويومين دما فالستة كلها حيض لاستوائهما ثلاثة فغلب الدم لما أن اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلاة فاعتبار الطهر يوجب حل ذلك واذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام كما فى النصرى فى الاوانى فان الغلبة اذا كانت للنجاسة أو كانا سواء لا يجوز النصرى فهذا مثله وان رأت ثلاثة دما وخمسة طهرا ويوما دما فحيضها الثلاثة الأولى لان الطهر غالب فصار فاصلا والمتقدم بانفراده يمكن أن يجعل حيضا فجعلناه حيضا وان رأت يوما دما وخمسة طهرا وثلاثة دما فحيضها الثلاثة الاخيرة لما بينا ولو رأت ثلاثة دما وستة طهرا وثلاثة دما فحيضها الثلاثة الاولى لانه أسرعهما امكانا فان قيل قد استوى الدم بالطهر فلم يجعل كالدم المتوالى أجيب بأن استواءهما انما يعتبر فى مدة الحيض وأكثر مدة الحيض عشرة والمرئى فى العشرة ثلاثة دم وستة طهر ويوم دم فكان الطهر غالبا فلهذا صار فاصلا قال

(وأقل الطهر خمسة عشر يوما) أقل الطهر الذي يكون بين الحيضتين خمسة عشر يوما (هكذا روى عن ابراهيم النخعي) والظاهر أنه منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم لانه مقدار والمقادير في الشرع لا تعرف الا سماعا وذكر في المحيط أن الله تعالى أقام الشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام الطهر والحيض وما أضيف الى شيئين ينقسم عليهما نصفين فينبغي أن يكون نصف الشهر حيضا ونصفه طهرا الا أنه قام الدليل على نقصان الحيض عن النصف فيبقى الطهر على ظاهر القسمة وهذا الاستدلال منقول عن الشيخ أبي منصور الماتريدي وفيه نظر لان المقادير لا تعرف الا توقيفا وكذا ماذكره في المبسوط أن مدة الطهر نظير مدة الاقامة من حيث أنها تعيد ما كان سقط من الصوم والصلاة وقد ثبت بالاخبار أن أقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما فكذلك أقل مدة الطهر ولهذا قدرنا أقل مدة الحيض بثلاثة أيام اعتبارا بأقل مدة السفر فان كل واحد منهما يؤثر في الصوم والصلاة لكن ماذكر في المبسوط يمكن أن يستند الى السماع بجعل الاخبار الواردة في مدة الاقامة واردة فيه لتساويهما فيما ذكرنا فكان من باب الدلالة وفيه بعد قوله (ولا غاية لاكثره) أي لاكثر الطهر ومعناه أنها تصلي وتصوم مادامت ترى الطهر وان استغرق عمرها وقوله (لانه) أي الطهر (يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب العادة) فانه يكون حينئذ لاكثره غاية عند عامة العلماء خلافا لابي عصمة سعد بن معاذ المروزي والقاضي أبي حازم فانه لا غاية لاكثره عندهما على الاطلاق لان نصب المقادير بالسماع ولا سماع ههنا وعلى هذا اذا بلغت امرأة فرأت عشرة دما وسنة أو سنتين طهرا ثم استمر بها الدم فعندهما طهرها ما رأت وحيضها عشرة أيام تدع الصلاة والصوم من أول زمان الاستمرار عشرة أيام وتصلي سنة أو سنتين فان طلقها زوجها تنقضي عدتها بثلاث سنين أو ست سنين وثلاثين يوما وأما العامة فقد اختلفوا في التقدير فقال محمد بن شجاع طهرها تسعة عشر يوما لان أكثر الحيض في كل شهر عشرة والباقي طهر وتسعة عشر بيقين (٢) وقال محمد بن سلمة طهرها سبعة وعشرون

(وأقل الطهر خمسة عشر يوما) هكذا نقل عن ابراهيم النخعي وانه لا يعرف الا توقيفا (ولا غاية لأكثره) لانه يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض (ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم لا يمنع الصوم ولا الصلاة ولا الوطء

ثلاثة في العشرة ولا يختم عنده بالطهر وقد وجد أربعة دما وكذلك هو أيضا على رواية محمد عن أبي حنيفة لخروج الدم الثاني عن العشرة ﴿فرع آخر﴾ عادتها عشرة فرأت ثلاثة وطهرت ستة عند أبي يوسف لا يجوز قربانها وعند محمد يجوز لان المتوهم بعده من الحيض يوم والستة أغلب من الاربعة فيجعل الدم الاول فقط حيضا بخلاف قول أبي يوسف ولو كانت طهرت خمسة وعادتها تسعة اختلفوا على قول محمد قيل لا يباح قربانها لاحتمال الدم في يومين آخرين وقيل يباح وهو الاولى لان اليوم الزائد موهوم لانه خارج العادة وفي نظم ابن وهبان افادة أن المجيز للقربان يكره (قوله وأقل الطهر خمسة عشر يوما) لقوله صلى الله عليه وسلم أقل الحيض ثلاثة وأكثره عشرة أيام وأقل ما بين الحيضتين خمسة عشر يوما ذكره في الغاية وعزاه قاضي القضاة أبو العباس الى الامام وتقدم من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في العال المتناهية قيل وأجمعت الصحابة عليه ولانه مدة اللزوم فكان كمدة الاقامة (قوله لانه قد يمتد سنة وسنتين) وقد لا تحيض أصلا فلا يمكن تقديره الا اذا استمر بها الدم واحتيج الى نصب العادة إما بأن بلغت مستحاضة وإما بأن بلغت برؤية عشرة مثلا دما وستة طهرا ثم استمر بها الدم أو كانت صاحبة عادة فاستمر بها الدم ونسيت عدد أيامها وأولها وآخرها ودورها أما الاولى فيقدر حيضها بعشرة من كل شهر وباقيه طهر فشهر عشرون وشهر تسعة عشر وهي التي ستأتي وأما

(١٦ - فتح القدير اول) يوما فما دونها حيض لان أقل الحيض ثلاثة أيام فيرفع عن كل شهر فيبقى سبعة وعشرون يوما وقال محمد ابن ابراهيم الميداني طهرها ستة أشهر الا ساعة وعليه الاكثر لان أقل المدة التي يرتفع الحيض فيها ستة أشهر وهو أقل مدة الحمل الا أن ما عليه الاصل أن مدة الطهر أقل من مدة الحبل فنقصنا منه شيأ يسيرا وهو ساعة فتنقضي عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لجواز أن يكون وقوع الطلاق عليها في حالة الحيض فتحتاج الى ثلاثة أطهار كل طهر ستة أشهر الا ساعة وكل حيض عشرة أيام وقال الحاكم الشهيد طهرها شهران وهو رواية ابن سماعة عن محمد لان العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما تكرر في الشهرين عادة اذ الغالب أن النساء يحضن في كل شهر مرة فاذا طهرت شهرين فقد طهرت في أيام عادتها والعادة تتنقل بمرتين فصار ذلك الطهر عادة لها فوجب التقدير به قيل والفتوى على قول الحاكم لانه أيسر على المفتي والنساء وهو قول أبي علي الدقاق وفيه أقوال أخرى تركتها لمخافة الاطناب ولما كان في الاقوال فيه كثرة أعرض المصنف عنها وقال (ويعرف ذلك في كتاب الحيض) قال (ودم الاستحاضة كالرعاف) كلامه واضح

(٢) انما قال بيقين لان بالشهر يحتمل أن يكون ثلاثين يوما فيكون الباقي حينئذ عشرين يوما كذا ثبت في بعض النسخ ولعله هامش أدرجه الناسخ اه مصححه

وقوله (بنتيجة الاجماع) قيل أى بدلالته وتقريره أجمع المسلمون على وجوب الصلاة وهو يوجب وجوب الصوم وحل الوطء بطريق الاولى لانه لما جعل الدم عدما فى حق الصلاة مع المنافاة الثابتة بينهما لكونه منافيا لشرطها فلان يجعل عدما فى حق الصوم والوطء الذين لا منافاة بينهما أولى قال فى الكافى تفسير نتيجة الاجماع بدلالته غير صحيح لفظا ولا معنى والتفسير بالحكم أشد طباقا قال الشيخ عبد العزيز قد يجوز أن تسمى نتيجته من حيث ان دلالة النص أو الاجماع لا تكون الا به ويستحيل أن تثبت قبله فكانها نتيجته والنص والاجماع أصل ولو فسرت بالحكم لأوهم أن الاجماع منعقد عليه قصدا وليس كذلك فلذلك فسرت بالدلالة وقوله (ولو زاد الدم على عشرة أيام) تعرض منه لما هو المتفق عليه فان الدم اذا زاد على عشرة أيام ولها عادة معروفة دون العشرة (ردت الى أيام عادتها) باتفاق أصحابنا وأما اذا زاد على عادتها المعروفة دون العشرة فقد اختلف فيه المشايخ فذهب أئمة بلخ الى أنها تؤمر بالاغتسال والصلاة لان حال الزيادة متردد بين الحيض والاستحاضة لانه ان انقطع الدم قبل العشرة كان حيضا وان جاوز العشرة كان استحاضة فلا تترك الصلاة مع التردد وقال مشايخ بخارا لا تؤمر بالاغتسال والصلاة لانا عرفنا ها حائضا بيقين ودليل بقاء الحيض وهو رؤية الدم قائم ولا يكون استحاضة حتى تستمر فيجاوز العشرة ولا دليل على ذلك فلا تؤمر بالاغتسال والصلاة حتى يتبين أمرها فان جاوز العشرة أمرت بقضاء ما تركت من الصلاة بعد أيام عادتها قال فى المجتبى وهو الاصح

لقوله عليه السلام توضئى وصلى وان قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلاة ثبت حكم الصوم والوطء بنتيجة الاجماع (ولو زاد الدم على عشرة أيام) ولها عادة معروفة دونها ردت الى أيام عادتها

الثانية فقال أبو عصمة والقاضى أبو حازم حيضها ما رأت وطهرها ما رأت فتنقضى عدتها بثلاث سنين وثلاثين يوما وهذا بناء على اعتباره للطلاق أول الطهر والحق أنه ان كان من أول الاستمرار الى ايقاع الطلاق مضبوطا فليس هذا التقدير بلازم لجواز كون حسابه بوجب كونه أول الحيض فيكون أكثر من المذكور بعشرة أيام أو آخر الطهر فيقدر بسنتين وأحد وثلاثين أو اثنين أو ثلاثة وثلاثين ونحو ذلك وان لم يكن مضبوطا فينبغى أن تزاد العشرة انزالا له مطلقا أول الحيض احتياطا وأما الثالثة فيجب أن تتحرى وتمضى على أكبر رأيها فان لم يكن لها رأى وهى المحيرة لا يحكم لها بشئ من الحيض والطهر على التعيين بل تأخذ بالاحوط فى حق الاحكام فتجتنب ما يجتنبه الحائض من القراءة والمس ودخول المسجد وقربان الزوج وتغتسل لكل صلاة فتصلى به الفرض والوتر وتقرأ ما تجوز به الصلاة فقط وقيل الفاتحة والسورة لانهما واجبتان وان جعت تطوف طواف الزيارة لانه ركن ثم تعيده بعد عشرة أيام وتطوف للصدر لانه واجب وتصوم شهر رمضان ثم تقضى خمسة وعشرين يوما لاحتمال كونها حاضت من أوله عشرة ومن آخره خمسة أو بالعكس ثم يحتمل أنها حاضت فى القضاء عشرة فتسلم خمسة عشر بيقين وهل يقدر لها طهر فى حق العدة اختلفوا فيه فمنهم من لم يقدر لها طهرا ولا تنقضى عدتها أبدا منهم أبو عصمة والقاضى أبو حازم لان التقدير لا يجوز الا توقيفا ومنهم من قدره فالمبدانى بستة أشهر الا ساعة لان الطهر بين الدمين أقل من أدنى مدة الحبل عادة فنقصنا عنه ساعة فتنقضى عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لاحتمال انه طلقها أول الطهر قيل وينبغى أن تزاد عشرة لمثل ما قلنا وعن محمد بن الحسن شهران وهو اختيار أبى سهل وقال محمد بن مقاتل سبعة وخمسون يوما لانه اذا زاد عليه لم يبق من الشهر ما يمكن كونه حيضا وقال الزعفرانى سبعة وعشرون يوما لان الشهر فى الغالب مشتمل على الحيض والطهر وذكر برهان الدين عمر بن على بن أبى بكر أن الفتوى على قول الحاكم الشهيد وهو المروى عن محمد وهو التقدير بشهرين (قوله توضئى وصلى الخ) روى ابن ماجه بسنده الى عائشة قالت جاءت فاطمة بنت أبى حبيش الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت انى امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة فقال لا اجتنبى الصلاة أيام محيضك ثم اغتسلى وتوضئى لكل صلاة ثم صلى وان قطر الدم على الحصير وأخرجه أبو داود وفى سنديهما حبيب بن أبى ثابت عن عروة عن عائشة وفسره ابن ماجه بانه عروة بن الزبير وقال أبو داود ضعف يحيى هذا الحديث وقال ابن المدينى حبيب بن أبى ثابت لم ير عروة بن الزبير وذكر أبو القاسم بن عساكر هذا الحديث فى ترجمة عروة المزنى عن عائشة ولم يذكره فى ترجمة عروة بن الزبير عنها وهو فى البخارى من حديث أبى معاوية عن هشام بن عروة عن أبيه وليس فيه زيادة وان قطر الدم على الحصير (قوله ولو زاد الدم على عشرة أيام ولها عادة معروفة دونها ردت الى أيام عادتها) فيكون الزائد على العادة استحاضة وان كان داخل العشرة وهل تترك بمجرد رؤيتها الزيادة اختلف فيه قيل لا اذا لم يتيقن بكونه حيضا لاحتمال الزيادة على العشرة وقيل نعم استحسانا للحال ولان الاصل الصحة وكونه استحاضة بكونه عن داء وهو الاصح وان لم يتجاوز الزائد العشرة فالكل حيض بالاتفاق وانما الخلاف فى أنه يصير عادة لها أولا الا ان رأت فى الثانى كذلك وهذا بناء على نقل العادة مرة أولا

والذى زاد استحاضة لقوله عليه السلام

أولا فعندهما لا وعند أبى يوسف نعم وفى الخلاصة والكافى أن الفتوى على قول أبى يوسف والخلاف فى العادة الاصلية وهى أن ترى دمين متفقين وطهرين متفقين على الولاء أو أكثر لا الجعلية وانما تظهر ثمرة الخلاف فيما لو استمر بها الدم فى الشهر الثانى فعند أبى يوسف يقدر حيضها من كل شهر ما رأته آخرا وعندهما على ما كان قبله وصورة العادة الجعلية أن ترى أطهارا مختلفة ودماء مختلفة بأن رأت فى الابتدا خمسة دما وسبعة عشر طهرا ثم أربعة وستة عشر ثم ثلاثة وخمسة عشر ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم تبنى على أوسط الاعداد وعلى قول أبى عثمان سعيد بن مزاحم تبنى على أقل المرتين الاخيرتين فعلى الاول تدع من أول الاستمرار أربعة وتصلى ستة عشر وذلك دأبها وعلى الثانى تدع ثلاثة وتصلى خمسة عشر فهذه عادة جعلية لها فى زمان الاستمرار ولذلك سميت جعلية لانها جعلت عادة للضرورة هكذا فى المضمرات وفى غيره معزوا الى المبسوط ان كان حيضها مختلفا مرة تحيض خمسة ومرة سبعة فاستحيضت فانها تدع الصلاة خمسة أيام ثم تغتسل لتوهم خروجها من الحيض وتصلى يومين بالوضوء لوقت كل صلاة لانها مستحاضة ولا يقربها زوجها فى هذين اليومين ولو كان آخر عدتها اليس للزوج مراجعتها فيهما وليس لها أن تتزوج بآخر فيهما ثم تغتسل بعدهما لتوهم خروجها الآن فتأخذ بالاحتياط فى كل جانب وهذا التفصيل خلاف ما فى المضمرات وهو الاليق بما قدمناه من الخلاصة وحاصله أنها تأخذ بالاقل فى حق الصلاة والصوم وانقطاع الرجعة وبالاكثر فى التزوج وتعيد الاغتسال ثم اختلفوا فى العادة الجعلية اذا طرأت على العادة الاصلية هل تنتقض الاصلية قال أئمة بلخ لا لانها دونها وقال أئمة بخارا نعم لانه لابد أن تتكرر فى الجعلية خلاف ما كان فى الاصلية كما أريتك فى صورتها والجعلية تنتقض برؤية المخالف مرة بالاتفاق هذا فى الانتقال من حيث العدد وأما الانتقال من حيث المكان وهو فى المتقدم والمتأخر فالاول خمسة أوجه رأت المعتادة قبل أيامها ما يكون حيضا وفى أيامها ما لا يكون حيضا أو رأت قبلها ما لا يكون وكذا فيها واذا جعا كانا حيضا أو رأت قبلها ما يكون ولم ترفيها شيأ لا يكون شئ من ذلك حيضا عند أبى حنيفة والامر موقوف الى الشهر الثانى فان رأت فيه كذلك يكون الكل حيضا غير أن عند أبى يوسف بطريق العادة وعند محمد بطريق البدل ولو رأت قبل أيامها ما لا يكون حيضا وفيها ما يكون فالكل حيض بالاتفاق وما قبل أيامها تبع لايامها لاستتباع الكثير القليل وقيد فى الخلاصة كون الكل حيضا بأن لا يجاوز المجموع العشرة وهو حسن والا ترد الى عادتها ولو رأت قبلها ما يكون وفيها كذلك فعن أبى حنيفة روايتان وكذا الحكم فى المتأخر غير أنها اذا رأت بعد أيامها ما لا يكون حيضا وفى أيامها ما يكون حيضا يكون حيضا رواية واحدة كذا فى الظهيرية وقول أبى يوسف فى الكل يكون حيضا عادة وعليه الفتوى ولا يظهر وجه للتقييد بكون المرئى بعد أيامها لا يكون حيضا لانه لا شك فى أنها اذا زاد الدم على العادة ولم يجاوز العشرة يكون الكل حيضا بحكم ما تقدم ومقتضاه أن لو كان عادتها ثلاثة فرأت سبعة يكون الكل حيضا وكان الاولى التقييد بان لا يحصل من المرئى بعدها معها أكثر من عشرة وكذا لو رأت عادتها وقبلها وبعدها ما يزيد الكل على عشرة فعادتها فقط حيض ومن الرد الى العادة امرأة قالت عادتى فى الحيض عشرة وفى الطهر عشرون والآن أرى الطهر خمسة عشر ثم أرى الدم تؤمر بالصلاة والصوم الى تمام العشرين ثم تترك فى العشرة وما ذكر فى الخلاصة فى آخر الفصل الثالث اذا رأت قبل أيامها والباقى من أيام طهرها ما لو ضم الى أيام حيضها لا يجاوز العشرة تؤمر بترك الصلاة يصح مطلقا على قول أبى يوسف ومحمد القائل بالابدال وعلى قول أبى حنيفة فانما يلزم اذا كان ما قبل أيامها لا يكون

وقوله (والذى زاد) يعنى على العادة المعروفة (استحاضة) لقوله صلى الله عليه وسلم

المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها) ووجه الاستدلال أن من زاد دمها على عشرة فهي مستحاضة والمستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها وأيام أقرائها أيام عادتها المعروفة فما زاد عليها لا تدعها فيه والا لم يبق للاضافة فائدة وقوله (ولان الزائد) دليل آخر وتقريره الزائد (على العادة يجانس الزائد على العشرة) وكل ما يجانس الزائد على العشرة يلحق به فالزائد على العادة يلحق بالزائد على العشرة أما أن الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة فمن حيث الندرة وكونهما زائدين على العادة المعروفة وعورض بأن الزائد على العادة يمكن أن يكون حيضا بخلاف الزائد على العشرة فأنى يتجانسان وبعبارة أخرى وهي أن ما زاد على العادة يجانس العادة في كونهما في مدة الحيض فتعارض التجانس والجواب أنهما لو اتحدا في امكان الحيض أو عدمه كانا متماثلين ولم ندع ذلك وان التجانس بين الزائدين من وجهين كما ذكرنا وبين الزائد والعادة من وجه واحد كما ذكرتم فكان ما ذكرناه راجحا وأما أن كل ما يجانس الزائد على العشرة يلحق به فلان الجنسية علة الضم وقوله (وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة) روى مبنيا للفاعل ومبنيا للمفعول واختاره صاحب النهاية وجعل المستحاضة من باب جن وأغمي لانه لا اختيار لها وجعل مستحاضة نصبا على الحال المقدرة كقوله تعالى فادخلوها خالدين لان المستحاضة حال ابتداء رؤيتها الدم لم يثبت وانما يثبت بالزيادة على العشرة أنها كانت مقدرة الاستحاضة عند ابتداء رؤيتها الدم وقوله (لانا عرفناه حيضا) أي عرفنا الدم المرئي في العشرة حيضا (فلا يخرج عن كونه حيضا بالشك) وتقريره أن المرئي في العشرة حال وجوده حكمنا بكونه حيضا ولهذا انقطع الدم على العشرة حكمنا بكونه كله حيضا فاذا زاد على العشرة وقع الشك في كون الزائد على الثلاثة حيضا أولا فلا يزول ذلك اليقين بهذا الشك الذي حدث الآن

المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها ولأن الزائد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة أيام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك والله أعلم

﴿ فصل ﴾

(والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلاة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل) وقال الشافعي رحمه الله تتوضأ المستحاضة لكل

حيضا فان كان فعلى احدى الروايتين التي ذكرناهما آنفا (قوله المستحاضة تدع الصلاة الخ) روى الدارقطني والطحاوي في حديث عائشة المذكور آنفا قال دعي الصلاة أيام أقرائك ثم اغتسلي وصلي وان قطر الدم على الحصير (قوله ولان الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة) من جهة أنه زيادة على المقدار المقدر العادي كما المقدر الشرعي فالزائد عليه كالزائد عليه ومن جهة أنه مخالف للمعهود (قوله فحيضها عشرة أيام من كل شهر) تقدمت هذه وعن أبي يوسف فيها أن حيضها ثلاثة أيام في حق الصلاة والصوم وعشرة في حق الوطء أخذا بالاحتياط كذا في الظهيرية وفيها الخنثى اذا خرج له دم ومني فالعبرة للمني

﴿ فصل ﴾

﴿ فصل الاستحاضة ﴾

لما كان الحيض أكثر وقوعا قدمه ثم أعقبه الاستحاضة لانها أكثر وقوعا من النفاس باعتبار كثرة أسبابها فانها تكون مستحاضة بما اذا رأت الدم حالة الحبل أو زاد الدم على العشرة أو زاد على معروفها وجاوز العشرة أو رأت ما دون الثلاث أو رأت قبل تمام الطهر أو رأت قبل أن تبلغ تسع سنين على ما عليه العامة بخلاف النفاس فان سببه شيء واحد وقدم حكم المستحاضة ومن بمعناها قوله على تعريفها الان المقصود بيان الحكم (ومن به سلس البول) وهو من لا يقدر على امساكه (والرعاف) الدم الخارج من الانف (والجرح الذي لا يرقأ) أي الذي لا يسكن دمه من رقأ الدم سكن وقوله (يتوضؤن لوقت كل صلاة) هو حكم المسئلة (فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل) والواجبات والنذور عندنا وقال الشافعي يتوضؤن لكل صلاة مكتوبة واستدل بقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لكل صلاة وبان اعتبار طهارتها ضرورة أداء المكتوبة ولا ضرورة بعد أدائها فلا اعتبار بها بعد الفراغ منها فان قيل كل صلاة أعم من كونها مكتوبة أو غيرها فالتقييد بالمكتوبة تحكم وكما أنه لا ضرورة بعد أداء المكتوبة لا ضرورة في النوافل اذ لا حرج في تركها فاعتبار عدمها بالنسبة الى المكتوبة دونها أيضا تحكم أجيب بأن قوله لكل صلاة مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو المكتوبة فينصرف اليها وبان الحاجة اليها في حق النوافل لم ترتفع لانها خير موضوع في كل وقت وفي الزام الطهارة حرج بين

﴿ فصل في المستحاضة ﴾

(قوله ثم أعقبه الاستحاضة لانه أكثر وقوعا من النفاس باعتبار كثرة أسبابها الخ) أقول ما ذكره ليس أسبابا بل هو أزمنة وظروف لوقوعها

وردّ بانا لانسلم أن الصلاة ههنا مطلق بل عام بدليل دخول كلمة كل فلا يتمشى ماذكرتم وبأن طهارتها بعد أداء المكتوبة ان كانت باقية تساوت الفرائض والنوافل فى جواز الاداء بها وان لم تبق تساويا فى عدم جواز بها وفيه نظر (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وهو) أى الوقت (المراد بالاول) أى بما رواه الشافعى (لان اللام تستعار الوقت يقال آتيك لصلاة الظهر) أى وقتها فكان ماروا نصا محتملا للتأويل وما رويناه مفسر لا يحتمله فيترجح عليه كما عرف فى موضعه على أن الحفاظ اتفقوا على ضعف حديثه حكاه النووى فى شرح المهذب قوله (ولان الوقت أقيم مقام الاداء) دليل معقول والشارحون قالوا معناه ماذكره شمس الأئمة فى الجامع الصغير وهو قوله ثم فى تقدير طهارتها بالصلاة بعض الجهالة والحرج لان الناس متفاوتون فى أداء الصلاة فمنهم مطوّل لها ومنهم غير مطوّل فلم يمكن ضبطه فقدرنا طهارتها بالوقت دفعا للحرج وفيه نظر لانا اذا قدرنا طهارة كل شخص بأدائه ارتفعت الجهالة والحرج والجواب أن ارتفاع الحرج ممنوع فانا اذا قدرنا طهارة كل شخص بأدائه وفرضنا الفراغ عنه وأوجبنا عليه وضوأ آخر لكل مايصلى من قضاء أو واجب أو نذر فى وقته أو مكتوبة أخرى فى وقت آخر تحقق الحرج فى موضع التخفيف فان اعتبار طهارتها ليس الا رخصة وتخفيفا وذلك خلف باطل واذا قام الوقت مقام الاداء يدار الحكم عليه لان الشئ اذا قام (١٢٥) مقام شئ آخر كان المنظور اليه ذلك الشئ وقد عرف ذلك فى موضعه (واذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى عند علمائنا الثلاثة) قيل قوله واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى مستدرك لان بطلان الوضوء يستلزمه وأجيب بأنه قد لا يستلزمه كالمتيمم لصلاة الجنازة فى المصر فانه اذا صلى عليها بطل تيممه بالنسبة الى غير صلاة الجنازة وبقيت فى حق جنازة أخرى حضرت وتفوته الصلاة عليها اذا اشتغل بالوضوء وفيه تعمل كما ترى ويجوز أن يكون تأكيدا ويجوز أن يكون

مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ولأن اعتبار طهارتها ضرورة أداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار الوقت يقال آتيك لصلاة الظهر أى وقتها ولأن الوقت أقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه (واذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى) وهذا عند علمائنا

(قوله لقوله صلى الله عليه وسلم توضئ (١) لكل صلاة) هو المروى فى حديث فاطمة بنت أبى حبيش وأما حديث المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة فذكر سبط ابن الجوزى أن الامام أبا حنيفة رضى الله عنه رواه اه وفى شرح مختصر الطحاوى روى أبو حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت أبى حبيش وتوضئ لوقت كل صلاة ذكره محمد فى الاصل معضلا وقال ابن قدامة فى المغنى وروى فى بعض ألفاظ حديث فاطمة بنت أبى حبيش وتوضئ لوقت كل صلاة ولا شك أن هذا محكم بالنسبة الى كل صلاة لانه لا يحتمل غيره بخلاف الاول فان لفظ الصلاة شاع استعمالها فى لسان الشرع والعرف فى وقتها فمن الاول قوله صلى الله عليه وسلم ان للصلاة أولا وآخرا الحديث أى وقتها وقوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل أدركته الصلاة فليصل ومن الثانى آتيك لصلاة الظهر أى لوقتها وهو مما لا يحصى كثرة فوجب حمله على المحكم وقد رجح أيضا بأنه متروك الظاهر بالاجماع للاجماع على انه لم يرد حقيقة كل صلاة لجواز النفل مع الفرض بوضوء واحد (قوله واذا خرج الوقت بطل وضوءهم) هذا اذا توضؤا على السيلان أو وجد السيلان بعد الوضوء أما ان كان على الانقطاع ودام

(قوله وردّ بانا لانسلم أن الصلاة ههنا مطلق بل عام الخ) أقول فيه تأمل (قوله وفيه نظر) أقول لجواز أن يبقى فى حق النوافل للحاجة ولا يبقى فى حق المكتوبة لارتفاعها بالنسبة اليها كما فى المتيمم لصلاة الجنازة على مايجىء بعد سطور (قال المصنف لان اللام تستعار للوقت) أقول فيؤل المعنى الى قولنا يتوضأ وقت كل صلاة وليس ذلك مذهبنا ولا يتحد معناه بالاول فتأمل (قوله وهو أى الوقت مراد بالاول) أقول الظاهر أن يقال وهو أى هذا المعنى فتأمل (قوله وما رويناه مفسر لا يحتمله) أقول لم لا يجوز أن يكون من اضافة الصفة الى الموصوف أى لكل صلاة مؤقتة مثل حصول الصورة (قوله والجواب أن ارتفاع الحرج ممنوع الخ) أقول هذا على تقدير صحته وجه آخر لاقامة الوقت مقام الاداء غير ماذكره شمس الائمة فلا يندفع به النظر عنه كما لا يخفى (قوله أو مكتوبة أخرى) أقول فيه بحث (قوله فى وقت آخر) أقول يعنى اذا جمع صلاة مع أخرى فى وقت الأخرى على ماهو مذهبهم ونحن نقول به أيضا فى الجمع (قوله وأجيب بأنه قد لا يستلزمه كالمتيمم لصلاة الجنازة فى المصر الى قوله وفيه تعمل كما ترى) أقول قيل بطلان التيمم بالنسبة الى غير صلاة الجنازة ليس مسببا عن الصلاة عليها بخلاف وضوء المعذور فان بطلانه مسبب عن خروج الوقت ولعل ذلك وجه التعمل وفيه بحث لظهور أن مراد المجيب جواز أن يبطل الوضوء فى حق بعض الصلوات بخروج الوقت دون بعض فلا يلزم الاستئناف بالنسبة اليها ويقول المصنف

---

(١) قول الفتح قوله توضئ لكل صلاة لعل نسختك التى كتب عليها كذلك والا فجميع نسخ الهداية التى بأيدينا كما ترى اه مصححه

الاول لبيان المذهب والثاني لنفي قول زفر فانه يقول (استأنفوا اذا دخل الوقت) ويجوز أن يكون كالتفسير للاول فانه لما قال بطل وضوءهم ربما يقول متعنت ان الوضوء كان باطلا بالحدث السابق فتبين أن المراد ببطلان الوضوء وجوب استئناف وضوء آخر لا البطلان المعهود قوله (فان توضؤا حين تطلع الشمس أجزأهم حتى يذهب وقت الظهر) بيان موضع الخلاف فعند أبي حنيفة ومحمد ماذكر وعند أبي يوسف وزفر حتى يدخل وقت الظهر ولما كان ذكر أبي يوسف مع زفر في هذه المسئلة كالمناقض لما ذكر من قوله فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى عند علمائنا الثلاثة احتاج الى بيان الاصل المبني عليه فقال (وحاصله) أي حاصل ماذكرنا من الاختلاف في هذه المسئلة (ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت أي عند الخروج بالحدث السابق عند أبي حنيفة ومحمد ويدخوله فقط عند زفر وبأيهما كان عند أبي يوسف) وانما قال أي عنده لان خروج الوقت ليس من صفات الانسان فضلا عن أن يكون حدثا فكان الانتقاض بالحدث السابق لكن الوقت مانع فاذا زال ظهر أثر الحدث فكانت النسبة الى الخروج مجازا واعترض بأن الانتقاض لو استند الى الحدث السابق لما وجب القضاء على من شرع في التطوع ثم خرج الوقت لأنه ظهر أنه شرع فيها بلا طهارة والجواب ماذكرنا أن الوقت أقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا كان الحكم دائرا عليه كان الانتقاض مقتصرا من ذلك الوجه فكان ظهورا من وجه (١٢٦) واقتصارا من وجه فعملنا بالوجهين جميعا فجعلناه اقتصارا في القضاء وظهورا في حق المسح حتى ان المستحاضة لا تمسح على خفيها بعد خروج الوقت اذا كان الدم سائلا وقت الوضوء واللبس أو عند أحدهما لان طهارتها اذا انتقضت استندت الى الحدث السابق ولم يعكس الاقتصار والظهور عملا بالاحتياط فان الاحتياط فيه دون عكسه وقوله (وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا أو قبل طلوع الشمس) انما انحصرت فيهما لان في الاولى دخولا بلا خروج فلا تنتقض عند أبي حنيفة ومحمد حتى يذهب وقت الظهر وتنتقض عندهما وفي الثانية خروجا بلا دخول فينتقض عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وانما ولا ينتقض عند زفر هذا مايدل عليه ظاهر كلام المصنف كما ترى وقال الامام فخر الاسلام طهارتها لا تنتقض عند أبي يوسف بدخول بلا خروج وتنتقض بخروج بلا دخول كما هو قولهما وقال فيما اذا توضأت قبل الزوال ودخل وقت الظهر انما تحتاج للطهارة لاجل الظهر عنده لا لان طهارتها انتقضت بدخول الوقت عنده بل لان طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقديمها على الوقت وقال في طرف زفر الصحيح من مذهبه أن ذلك يعني الخروج والدخول ليس بحدث وانما تنتقض الطهارة بطلوع الشمس لان قيام الوقت جعل عذرا وقد بقيت شبهته حتى لو قضى صلاة الفجر قضاها مع سنتها فكان كمال الخروج بدخول وقت آخر ولم يوجد فبقيت شبهته فصلحت لبقاء حكم العذر تحقيقا قال صاحب النهاية وبهذا التقرير يعلم أن العلماء الاربعة كلهم متفقون على أن الحدث السابق انما يعمل عند خروج الوقت لا غير الا أن عند أبي يوسف تقديم الطهارة على الوقت غير معتبر لعدم الحاجة فيجب عليها الوضوء ثانيا بعد دخول الوقت وعند زفر لم يوجد الخروج من كل وجه مالم يدخل وقت مكتوبة أخرى فلذلك يجب عليها الوضوء بعد دخول الوقت عنده أيضا وأقول

الثلاثة وقال زفر استأنفوا اذا دخل الوقت (فان توضؤا حين تطلع الشمس أجزأهم عن فرض الوقت حتى يذهب وقت الظهر) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وزفر أجزأهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله أن طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت أي عنده بالحدث السابق عند أبي حنيفة ومحمد وبدخوله فقط عند زفر وبأيهما كان عند أبي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا أو قبل طلوع الشمس

الى خروج الوقت فلا يبطل بالخروج مالم يحدث حدثا آخر أو يسيل دمها (قوله أي عنده بالحدث السابق) فقولنا خروج الوقت ناقض أو الدخول مجاز عقلي في الاسناد وأورد لو استند النقض الى السابق لوجب اذا شرعت في التطوع ثم خرج الوقت عدم لزوم قضائها لانها حينئذ تعلم أنها شرعت بغير طهارة أجيب بأنه ليس ظهورا من كل وجه بل من وجه واقتصارا من وجه فأظهرنا الاقتصار في القضاء والظهور في حق المسح كذا في الذخيرة يعني المسح على الخفين وانما لم يعكس للاحتياط والذي يظهر أنه اقتصار من كل وجه وكونه بالحدث السابق لا يستلزم الاستناد ليظهر عدم صحة الصلاة اذا المراد أن ذلك الحدث محكوم بارتفاعه الى غاية معلومة فيظهر عندها مقتصرا لا أن يظهر قيامه شرعا من ذلك الوقت ومن حقق أن هذه اعتبارات شرعية لا يشكل عليه مثله (قوله وبدخوله فقط عند زفر وبأيهما كان عند أبي يوسف) رأى فخر الاسلام أن زفر لم يرد ذلك ولا أبا يوسف فالكل متفقون على انتقاضه عند الخروج

استأنفوا الوضوء لصلاة أخرى يندفع ذلك لاطلاق الصلاة فليتأمل (قوله ربما يقول متعنت ان الوضوء كان باطلا بالحدث السابق الخ) أقول لا بالخروج على مايدل عليه الشرطية الدالة على السببية وفيه بحث (قوله بيان موضع الخلاف) أقول بل بيان ثمرة الخلاف (قوله الصحيح من مذهبه أن ذلك يعني الخروج والدخول ليس بحدث) أقول أي الخروج المطلق ولو ناقصا بل ينتقض بالخروج

لم يظهر لذلك فائدة في المسائل لانها لا تظهر الا في الصورتين المذكورتين فان اعتبرت ماذكره المصنف صح وان اعتبرت ماذكره فخر الاسلام صح فلم يكن اختلاف بينهما الا في التخريج والتعويل على تصحيح النقل (لزفر أن اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر) فان قيل فغير المتعبر كيف يوصف بالانتقاض عند دخول الوقت أجيب بان عدم الاعتبار انما هو بالنسبة الى الوقتية لا مطلقا فانها معتبرة في حق قضاء الفوائت والنوافل فكان نقضها باعتبارها (ولابي يوسف أن الحاجة مقصورة على الوقت) لقيامه مقام الاداء كما تقدم (فلا تعتبر قبله ولا بعده ولابي حنيفة ومحمد أنه لابد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت) وليس الكاف للتشبيه بل للمفاجأة أي ليفاجئ تمكن الاداء دخول الوقت وهذا لان الوقت قائم مقام الاداء كما مر وتقديمها على الاداء واجب فكان تقديمها على خلفه جائزا حطا لرتبته عن رتبة الاصل فان قلت ففي عبارة المصنف تسامح لانه قال لابد من تقديم الطهارة وذلك يستعمل في الوجوب لا محالة وليس التقديم (١٢٧) واجبا والجواب ان المضاف محذوف أي لابد من جواز تقديم الطهارة واذا كان كذلك لم يكن الدخول صالحا لظهور الحدث عنده لكونه محققا للحاجة وأما خروج الوقت فدليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده وقوله (والمراد بالوقت وقت المفروضة) أي المراد بالوقت الذي اعتبر دخوله وخروجه وقت المفروضة وقوله (عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد وقوله (وهو الصحيح) احترازا عما قال بعضهم ليس له أن يصلي الظهر به لانه خرج وقت صلاة واجبة لان صلاة العيد واجبة وقوله (لانها) يعني صلاة العيد (بمنزلة الضحى) من حيث انها ليست بمفروضة حتى قال بعض المشايخ انها صلاة الضحى أديت بجماعة وقوله (فعندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر وان كان الحكم عندا لجميع كذلك لما أن الشبهة تأتي على قولهما لان عندهما له أن يقدم الطهارة على الوقت ولا ينتقض بالدخول ومع ذلك ليس له أن يصلي العصر بهذه الطهارة لما أن هذا دخول مشتمل على خروج فهي ان لم تنتقض بالدخول تنتقض بالخروج قيل وانما وضع المسئلة في الظهر ليبين أنه ليس بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل وماروى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة أن ظل كل شئ اذا صار مثله خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر

لزفر أن اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف أن الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده ولهما أنه لابد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلاة العيد له أن يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلاة الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته وأخرى فيه للعصر فعندهما ليس له أن يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة

وانما لم ينتقض عند زفر بطلوع الشمس لان قيام الوقت جعل عذرا وقد بقيت شبهته فصلحت لبقاء حكم العذر تحقيقا وانما تحتاج للطهارة للظهر عند أبي يوسف فيما اذا توضأ قبل الزوال ودخل وقت الظهر لان طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقديمها على الوقت لا لان طهارتها انتقضت عند الدخول وهذا يفيد أن طهارتها لم تصح حتى لا تجوز الصلاة بها قبل دخول الوقت لا أنها صحت وانتقضت وقوله في الهداية (لزفر أن اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت ولابي يوسف أن الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده) صريح في موافقة كلام فخر الاسلام وفي ان الطهارة قبله لم تصح لا أنها انتقضت بعد الصحة وحينئذ فالخلاف فيمن توضأ قبل الزوال أو قبل الشمس ابتدائي في نفس صحة الوضوء وعدمه بالنسبة الى الوقت لا مبني على مناط النقض فليس وضع الخلاف صحيحا فما ذكر في النهاية من أنها طهارة معتبرة في حق النفل وقضاء الفوائت وعدم اعتبارها باعتبار أن الحاجة المتعلقة بأداء الوقتية منعدمة في حق تلك الطهارة لا أنها غير معتبرة أصلا حسن (قوله فعندهما ليس له أن يصلي العصر بهذه الطهارة) انما خصهما مع أن الكل على هذا الان الشبهة تأتي على قولهما اذ له أن يقدم الطهارة على الوقت ولا ينتقض بالدخول ومع هذا لا يصلي العصر بهذه لانه دخول مشتمل على خروج ولا يخفى أن عدم جواز العصر بهذه الطهارة فيما اذا كانت على السيلان أو وجد بعدها

البكامل ومن كل وجه (قوله لقيامه مقام الاداء الخ) أقول الاظهر أن يقال لان الاداء لا يكون الا فيه (قوله أي ليفاجئ تمكن الاداء دخول الوقت) أقول الاظهر أن يقال أي ليتمكن من الاداء مفاجئا دخول الوقت (قوله وهذا لان الوقت قائم مقام الاداء) أقول لا يطابق المشروح (قوله فان قلت ففي عبارة المصنف تسامح الى قوله فالجواب أن المضاف محذوف) أقول ولك أن تقول لا تسامح ولا حذف في كلام المصنف اذ وجوب تقديم الطهارة على الوقت للتمكن من الاداء كما دخل مما لا يقبل التشكيك وانما لم يجب التقديم لعدم وجوب الاداء كما دخل الوقت فالمراد من التمكن من الاداء هو القدرة المقارنة للفعل فتأمل

ليس بصحيح قال (والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة) لما فرغ من بيان أحكام المستحاضة عرفها بقوله هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة (الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه) قال الامام التمرتاشي والمرغيناني والامام حميد الدين الضرير وغيرهم ان هذا تعريف المستحاضة في حالة البقاء وأما في حالة الثبوت فيشترط دوام السيلان من أول الوقت الى آخره اعتبارا بالسقوط فانه لا يتم حتى ينقطع في الوقت كله وهو مشكل على كل حال لانه ان كان تعريفا لها في الابتداء والانتهاء على ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف فانه ينتقض بالحائض لانها قد تكون على وجه لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وبما اذا رأت الدم في أول الوقت ثم انقطع فتوضأت ودام الانقطاع حتى خرج الوقت (١٢٨) فان التعريف صادق عليها وليست بمستحاضة بدليل عدم انتقاض طهارتها بخروج الوقت والمستحاضة تنتقض طهارتها بذلك والدليل على عدم انتقاض طهارتها ما ذكره شمس الائمة السرخسي في الجامع الكبير فانه قال اذا توضأت المستحاضة في وقت العصر والدم منقطع وصلت ركعتين ثم دخل وقت المغرب ثم سال الدم فعليها أن تتوضأ وتبني على صلاتها لان انتقاض الطهارة كان بالحدث لا بخروج الوقت ولم يوجد منها أداء شئ من الصلاة بعد الحدث فجاز لها أن تبني وان كان تعريفا في الانتهاء فقط كما قالوا فكذلك ويلزم اختلاف حقيقة الشئ بالنسبة الى الحالتين والحقائق لا تختلف ولعل الصواب أن يقال في تعريفها المستحاضة من ثبت عذرها باستمرار الدم من فرجها وقت صلاة كاملا ليس من أوقات الحيض والنفاس ثم لا تخلو عنه منذ توضأت فيه ان دام فقوله من ثبت عذرها بمنزلة الجنس وقوله باستمرار الدم احتراز عن هو بمعناها ممن به انفلات ريح وانطلاق بطن بإماء وغيرهما وقوله من فرجها احتراز عما اذا ثبت عذرها باستمرار الدم من أنفها أو جرح بها فانها بمعناها وقوله وقت صلاة كاملا لبيان ثبوت عذرها ابتداء وقوله ليس أي ذلك الوقت من أوقات الحيض والنفاس احتراز عما ورد على التعريف الاول من النقض بصورة الحائض والنفساء كالحائض في الورود وقوله ثم لا تخلو أي المستحاضة عنه أي عن الدم منذ توضأت فيه أي في الوقت لبيان أن الاستمرار ليس بشرط في البقاء ولا اخراج ما ورد من النقض بقوله وبما اذا رأت الدم في أول الوقت ثم انقطع وان الدم كان فيه قبل الوضوء والمعتبر أن يكون بعده أو عنده وقوله ان دام يعني الحدث لبيان أن ثبوت كونها مستحاضة لا يتوقف على قوله ثم لا تخلو عنه الخ وانما ذلك للبقاء وباستمرار الدم في وقت كامل يثبت ذلك وان انقطع في الوقت الثاني بالكلية وقوله (وكذا كل من هو

والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو

والا فله ذلك (قوله والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه) لما أعطى حكم المستحاضة أفاد تصويرها وكان الاولى تقديمه على الحكم لتقدم التصور على الحكم المتصور لكنه بادر الى الحكم لانه المقصود الاهم مع عدم الفوات اذ قد أفاد التصوير لكنه أخره فانما فيه وجه التقديم وقد انتظمه كلامنا قبيل الصحيح أن يقال هي التي لا يخلو وقت الوضوء أو بعده في الوقت عن الحدث الذي ابتليت بدوامه لانه يرد على الاول اذا رأت الدم أول الوقت ثم انقطع فتوضأت ودام الانقطاع حتى خرج الوقت لا تنتقض طهارتها فلو كان ذلك تفسير المستحاضة لانتقض لأن المستحاضة حكمها ذلك وحاصل هذا الكلام للتأمل انا طة ثبوت وصف الاستحاضة واسم المستحاضة بوجود الوضوء وليس بشئ فانها لو لم تتوضأ ولم تصل لمرض يعجزها عن الايماء أو فسقا وهي بالوصف المذكور بعد دوامه وقتا كاملا كانت مستحاضة قطعا غاية الامر أن المستحاضة انما ينتقض وضوءها بالخروج اذا كان السيلان معه أو بعده في الوقت وترك التنبيه به في اعطائها هذا الحكم لظهوره وعليه قلنا لو توضأت وصلت بعض الصلاة فخرج الوقت ثم سال تتوضأ وتبني لان الانتقاض بالحدث لا بالخروج ليكون بظهور الحدث السابق فتستقبل ثم تحقق كونها مبتلاة به وكذا سائر المعذورين ابتداء باستيعابه وقت صلاة كامل وفي الكافي انما يصير صاحب عذر اذا لم يجد في وقت الصلاة زمنا يتوضأ ويصلي فيه خاليا عن الحدث والاول عبارة عامة الكتب وهذا يصلح تفسيرا لها اذ فلما يستمر كامل وقت بحيث لا ينقطع لحظة فيؤدي الى نفي تحققه الا في الامكان بخلاف جانب الصحة منه فانه بدوام انقطاعه وقتا كاملا وهو مما يتحقق وبناء على اشتراط الاستيعاب في الابتداء قالوا لو سال جرحه انتظر آخر الوقت فان لم ينقطع توضأ وصلى قبل خروجه فان فعل فدخل وقت أخرى فانقطع فيه أعاد الاولى لعدم الاستيعاب وان لم ينقطع في وقت الثانية حتى خرج لا يعيدها لوجود الاستيعاب كما قالوا في جانب الانقطاع لو توضأ على السيلان وصلى على الانقطاع أو انقطع في أثناء الصلاة ان عاد في الوقت الثاني فلا اعادة لعدم الانقطاع وقتا تاما وان لم يعد فعليه الاعادة للانقطاع التام فتبين أنها صلت صلاة المعذورين ولا عذر هذا ومتى قدر المعذور على رد السيلان برباط أو حشو أو كان لو جلس لا يسيل ولو قام سال وجب رده فانه يخرج برده عن أن يكون صاحب عذر بخلاف الحائض اذا منعت الدرور فانها حائض ويجب أن يصلي جالسا بايماء ان سال بالميلان لان ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث فان الصلاة

في معناها) أي في معنى المستحاضة أي يكون حكمه حكمها وقوله (وهو من ذكرناه) يعني قوله ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ وقوله (ومن به استطلاق بطن أو انفلات ريح) عطف على قوله من ذكرناه واستطلاق البطن مشيه والانفلات خروج الشيء فلتة أي بغتة (لان الضرورة بهذا) أي بما ذكرنا من الاحداث (تتحقق وهي) أي الضرورة (تعم الكل) فيكون حكم الكل حكم المستحاضة ولو أريد تعريف المعذور قيل هو من حصل به العذر بدوام الحدث وقت صلاة كاملا ثم لا يخلو

في معناها وهو من ذكرناه ومن به استطلاق بطن وانفلات ريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

﴿ فصل في النفاس ﴾

(النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة) لانه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم أو من خروج النفس بمعنى الولد أو بمعنى الدم (والدم الذي تراه الحامل ابتداء أو حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة) وان كان ممتدا وقال الشافعي رحمه الله حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم

بإعياء لها وجود حالة الاختيار في الجملة وهو في التنفل على الدابة ولا يجوز مع الحدث بحال حالة الاختيار وعن هذا قلنا لو كان بحيث لو صلى قائما أو قاعدا سال جرحه وان استلقى لا يسيل وجب القيام والركوع والسجود لان الصلاة كما لا تجوز مع الحدث الاضرورة لا تجوز مستلقيا الا لها فاستويا وترجح الاداء مع الحدث لما فيه من احراز الاركان وهل يجب غسل الثوب من النجاسة التي ابتلي بها قيل لا لان الوضوء عرفناه بالنص والنجاسة ليست في معناه لان قليلها معفو عنه فالحق بالقليل للضرورة وقيل اذا أصابه خارج الصلاة يغسله لانه قادر على أن يشرع بثوب طاهر وفي الصلاة لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره فيها وفي المجتبى قال الفاضي لو غسلت ثوبها وهو بحال يبقى طاهرا الى أن تفرغ لا الى أن يخرج الوقت فعندنا تصلي بدون غسل وعند الشافعي لا لأن الطهارة عندنا مقدرة بخروج الوقت وعنده بالفراغ وفي النوازل واذا كان به جرح سائل وشد عليه خرقة فأصابه الدم أكثر من قدر الدرهم أو أصاب ثوبه فصلى ولم يغسله ان كان لو غسله تنجس ثانيا قبل الفراغ من الصلاة جاز أن لا يغسله والا فلا هو المختار ولو كانت به دمامل وجدري فتوضأ وبعضها سائل ثم سال الذي لم يكن سائلا انتقض لان هذا حدث جديد فصار كالمنخرين ومسئلة المنخرين مذكورة في الاصل وهي ما اذا سال أحد منخريه فتوضأ مع سيلانه وصلى ثم سال المنخر الآخر في الوقت انتقض وضوءه لان هذا حدث جديد ﴿ فرع ﴾ في عينه رمد يسيل دمعها يؤمر بالوضوء لكل وقت لاحتمال كونه صديدا وأقول هذا التعليل يقتضي انه أمر استحباب فان الشك والاحتمال في كونه ناقضا لا يوجب الحكم بالنقض اذ اليقين لا يزول بالشك والله أعلم نعم اذا علم من طريق غلبة الظن باخبار الاطباء أو علامات تغلب ظن المبتلى يجب

﴿ فصل في النفاس ﴾

(قوله هو الدم) يفيد أنها لو ولدت ولم تر دما لا تكون نفساء ثم يجب الغسل عند أبي حنيفة احتياطا لان الولادة لا تخلو ظاهرا عن قليل دم وعند أبي يوسف لا يجب لانه تعلق بالنفاس ولم يوجد ثم ينبغي أن يزاد في التعريف فيقال عقيب الولادة من الفرج فانها لو ولدت من قبل سرتها بان كان ببطنها جرح فانشقت وخرج الولد منها تكون صاحبة جرح سائل لا نفساء وتنقضي به العدة وتصير الامة أم ولد به ولو علق طلاقها بولادتها وقع كذا في الظهيرية (قوله أو بمعنى الدم) قال الشاعر

تسيل على حد السيوف نفوسنا * وليس على غير السيوف تسيل

عنه منذوضأ فيه ان دام والقيود تعرف مما تقدم

﴿ فصل في النفاس ﴾

الدماء المختصة بالمرأة حيض واستحاضة ونفاس والنفاس آخرها ترتيبا لما دل على ذلك فيما تقدم من ترتيب الحيض والاستحاضة والنفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها اذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس وفي الاصطلاح (النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة) وقوله عقيب الولادة صفة للدم لانه لم يرد به معين فهو في معنى النكرة وقوله (لانه مأخوذ) فيه تسامح لانه تعليل في موضع التعريف ويتدارك بانه جعله من باب التسمية كأنه قال سمي الدم الخارج عقيب الولادة بالنفاس لانه مأخوذ (من تنفس الرحم بالدم أو من خروج النفس) بسكون الفاء (بمعنى الولد أو بمعنى الدم) من قولهم له نفس سائلة قال صاحب المغرب وأما اشتقاقه من تنفس الرحم أو خروج النفس بمعنى الولد فليس بذاك وذكر في المجتبى أنه مشتق من تنفس الرحم أو النفس أو الولادة على ما قال شاعرهم

اذا نفس المولود من آل خالد * بدا كرم للناظرين قريب

وقد وجد ذلك كله قال (والدم الذي تراه الحامل ابتداء) أي حال الحبل (أو حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا) أي بالغا نصاب الحيض (وقال الشافعي هو حيض اعتبارا بالنفاس) يعني اذا ولدت ولدين في بطن واحد فرأت الدم قبل خروج الولد الثاني فانها حامل

في حق الولد الثاني وذلك نفاس عند أبي حنيفة وأبي يوسف والجامع كونهما جميعا من الرحم ولنا أن الحيض دم الرحم ودم الرحم لا يوجد من الحامل لان بالحبل ينسد فم الرحم لان الله تعالى أجرى عادته بذلك لئلا ينزل ما فيه لكون الثقب من أسفل واعتباره بالنفاس فاسد لانه انما يكون بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روى عن أبي حنيفة ومحمد لان فم الرحم ينفتح فيتنفس بالدم هذا اذا خرج أكثر الولد فأما اذا خرج أقله فلا تصير نفساء وان خرج الدم لان النفاس ما يعقب الولد ولم يوجد الولد لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه ليس للاقل حكم الكل وانما أبهم البعض لاختلاف وقع في الرواية روى خلف بن أيوب عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن الدم الذي تراه المرأة بعد خروج أكثر الولد نفاس وروى المعلى عن أبي يوسف بعد خروج بعض الولد وروى هشام عن محمد بعد خروج الرأس ونصف البدن أو الرجلين وأكثر من نصف البدن وعنه أنها لا تصير نفساء حتى يخرج جميع ولدها وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه أن أبا يوسف (١٣٠) مع أبي حنيفة في خروج الاكثر وهو مصحح على ما روى خلف بن أيوب وأما محمد فلم يذكر أنه مع أبي حنيفة وليس على قياس مذهبه أن النفاس محمد فان مذهبه أن النفاس انما يثبت بوضع الحمل كله فما لم يوجد وضع الحمل كله لا يثبت النفاس فلعل المصنف اطلع على رواية فنقلها وقوله (والسقط الذي استبان بعض خلقه) كاصبع مثلا (ولد تصير به المرأة نفساء وتصير الامة أم ولد به) ان ادعاه المولى (والعدة تنقضي به) والذي لم يستبن من خلقه شئ فلا نفاس لها ولكن ان أمكن جعل المرئي من الدم حيضا بأن يدوم الى أقل مدة الحيض وتقدمه طهر تام يجعل حيضا وان لم يمكن كان استحاضة قال (وأقل النفاس لا حد له) لا حد لاقل النفاس قال شيخ الاسلام في مبسوطه اتفق أصحابنا على أن أقل النفاس ما وجد فانها كما ولدت اذا رأت الدم ساعة ثم انقطع عنها الدم فانها تصوم وتصلي وكان ما رأت ماهي نفاسا لا خلاف في هذا بين أصحابنا انما الخلاف فيما اذا وجب اعتبار أقل النفاس في انقضاء العدة بأن قال لها اذا ولدت فانت طالق فقالت انقضت عدتي أي مقدار يعتبر لاقل النفاس مع ثلاث حيض عند أبي حنيفة يعتبر أقله بخمسة وعشرين يوما وعند أبي يوسف بأحد عشر يوما وعند محمد بساعة وهذا كما ترى يقتضي وجود الدم فان ولدت ولم تر دما فهي نفساء في رواية الحسن عن أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ثم رجع أبو يوسف وقال هي طاهرة وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الغسل فأما الوضوء فواجب بالاجماع كذا في المحيط وأكثر المشايخ أخذوا بقول أبي حنيفة وبعضهم أخذ بقول أبي يوسف وهو القياس لان النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة فاذا لم يكن لها نفاس كيف تكون نفساء وقول أبي حنيفة أحوط (وانما لم يقدر وا أقله بحد لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فأغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض) فانه اشترط فيه امتداد الدم ثلاثة أيام ليعلم أن ذلك الدم من الرحم أولا اذ لا دليل على كونه من الرحم وفي النفاس قد علم ذلك بانفتاح فم الرحم بخروج الولد (٢) الذي في نسخ الهداية والعناية بخلاف الحيض اه مصححه

ولنا أن بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روى عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ينفتح فيتنفس به (والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد) حتى تصير المرأة به نفساء وتصير الامة أم ولد به وكذا العدة تنقضي به (وأقل النفاس لا حد له) لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فأغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض

(قوله ولنا أن بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة) أي العادة المستمرة عدم خروج الدم وهو للانسداد ثم يخرج بخروج الولد للانفتاح به وخروج الدم من الحامل أندر نادر فقد لا يراه الانسان في عمره فيجب أن يحكم في كل حامل بانسداد رحمها اعتبارا للمعهود من أبناء نوعها وذلك يستلزم اذا رأت الدم الحكم بكونه غير خارج من الرحم وهو مستلزم للحكم بكونه غير حيض وهو المطلوب ولذا حكم الشارع بكون وجود الدم دليلا على فراغ الرحم في قوله صلى الله عليه وسلم ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة مع أن كون المرئي حيضا غير معلوم لجواز كونه استحاضة وهي حامل ومع ذلك أهدر هذا التجويز نظرا الى الغالب في أنه لا يظهر عن فرج الحامل دم وان جاز أن يكون استحاضة لندرة الاستحاضة (قوله بخروج بعض الولد) أي أكثره (قوله والسقط الذي استبان بعض خلقه) كاصبع أو ظفر (ولد) فلو لم يستبن منه شئ لم يكن ولدا فان أمكن جعله حيضا بأن امتد جعل اياه والا فاستحاضة وفي الفتاوى طهرت شهرين فظنت أن بها حبلا ثم أسقطت بعد شهرين سقطا لم يستبن خلقه وقد رأت قبل الاسقاط عشرة دما يكون حيضا لانه بعد طهر صحيح وهي لما أسقطت سقطا لم يستبن شئ من خلقه لم تعط حكم الولادة في شئ من الاحكام فحكم بأن هذا كان دما انعقد ثم تحلل فخرج فلم يكن دم حامل فكان حيضا (قوله فأغنى عن امتداد جعل علما عليه (٢) في الحيض) مرجع ضمير عليه خروجه من الرحم والامتداد الذي جعل علما على خروج النجس من الرحم في الحيض ثلاثة أيام وليليها بعد وجود شرطه من تقدم نصاب الطهر وغيره أي أغنى عن التعرف به خروج الولد فان الذي يعقبه من الدم ظاهر كونه من الرحم وفي بعض من النسخ عن امتداد ما جعل علما عليه والاولى فيه تنوين امتداد فتكون

وقوله (وأكثره أربعون يوما) ظاهر ومذهبنا مروى عن ابن عمر وعائشة وأم سلمة وأم حبيبة وأبي هريرة رضي الله عنهم ومثله لا يعرف الا سماعا وهو الموافق للمعقول لانهم أجمعوا على أن أكثر مدة النفاس أربعة أمثال أكثر مدة الحيض وقد ثبت في باب الحيض أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام بلياليها فكان أكثر مدة النفاس أربعين يوما وانما كان أكثر مدة النفاس أربعة أمثال أكثر مدة الحيض لان الروح لا تدخل في الولد قبل أربعة أشهر فتجمع الدماء أربعة أشهر واذا دخلت الروح صار الدم غذاء للولد فاذا خرج الولد خرج ما كان محتبسا من الدم أربعة أشهر في كل شهر عشرة أيام وقوله (وان جاوز الدم الاربعين) ظاهر وقوله (فان ولدت ولدين في بطن واحد) يعني أن يكون بينهما أقل من ستة أشهر وقوله (وان كان بين الولدين أربعون يوما) احترازعما قال بعض المشايخ فيما اذا كان بين الولدين أربعون يوما أن النفاس فيه يكون من الولد الثاني عند أبي حنيفة وأبي يوسف وليس بصحيح وانما الصحيح ما اختاره المصنف لان أكثر مدة النفاس أربعون يوما وقد مضت فلا يجب النفاس بعدها ودليل كل واحد على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله (والعدة تعلقت بوضع حمل) جواب عن قياس محمد النفاس على انقضاء العدة ووجهه أن العدة تنقضي بوضع حمل مضاف اليها لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن والحمل اسم لكل ما في البطن وما بقي الولد في بطنها موجودا كانت حاملا فلا تنقضي العدة حتى تضع الجميع

(وأكثره أربعون يوما والزائد عليه استحاضة) لحديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام وقت للنفساء أربعين يوما وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اعتبار الستين (وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت الى أيام عادتها) لما بينا في الحيض (وان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها أربعون يوما) لأنه أمكن جعله نفاسا (فان ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وان كان بين الولدين أربعون يوما وقال محمد رحمه الله من الولد الأخير) وهو قول زفر رحمه الله لأنها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما أنها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالولد الاخير بالاجماع ولهما أن الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع

ما هي المنبهة على وصف لائق بالمحل كقولهم لامرتاجدع قصير أنفه والمراد هنا العموم في الامتدادات المعرفة لكون الدم حيضا وهي ثلاثة أيام الى عشرة أي امتداد تاما من هذه الامتدادات التي هي ثلاثة وأربعة الى عشرة أما ان قرئ باضافة امتداد الى ما فالمعنى عن امتداد دم جعل بوصف الامتداد علامة فانه نفسه ليس علامة بل امتداده أو هو بوصف الامتداد ولا يخفى ما فيه من التكلف (قوله لحديث أم سلمة) روى أبو داود والترمذي وغيرهما عن أم سلمة قالت كانت النفساء تقعد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين يوما وأثنى البخاري على هذا الحديث وقال النووي حديث حسن وأما قول جماعة من مصنفي الفقهاء انه ضعيف فردود عليهم كأنه يشير الى اعلال ابن حبان اياه بكثير بن زياد أبي سهل الخراساني قال عنه كان يروي الاشياء المقلوبات فيجتنب ما انفرد به وقد صححه الحاكم قيل ومعنى الحديث كانت تؤمر أن تجلس الى الاربعين ليصح اذ لا يتفق عادة جميع أهل عصر في حيض أو نفاس وروى الدارقطني وابن ماجه عن أنس أنه صلى الله عليه وسلم وقت للنفساء أربعين يوما الا أن ترى الطهر قبل ذلك وضعفه بسلام بن سليم الطويل وروى هذا من عدة طرق لم تخل عن الطعن لكنه يرتفع بكثرتها الى الحسن (١) (قوله والطهر اذا تخلل في مدة النفاس فهو كالدم المتوالي عند أبي حنيفة وقالا اذا بلغ خمسة عشر يوما فصل فيحكم بكون المرئي بعده حيضا ان صلح والا فهو استحاضة ﴿فرع﴾ أسقطت في المخرج ما يشك في أنه مستبين الخلق أولا واستمر بها الدم ان أسقطت أول أيامها تركت الصلاة قدر عادتها بيقين لانها اما حائض أو نفساء ثم تغتسل وتصلي عادتها في الطهر بالشك لاحتمال كونها نفساء أو طاهرة ثم تترك الصلاة قدر عادتها بيقين لانها اما نفساء أو حائض ثم تغتسل وتصلي عادتها في الطهر بيقين ان كانت استوفت أربعين من وقت الاسقاط والا فبالشك في القدر الداخل فيها وبيقين في الباقي ثم تستمر على ذلك وان أسقطت بعد أيامها فانها تصلي من ذلك الوقت قدر عادتها في الطهر بالشك ثم تترك قدر عادتها في الحيض بيقين وحاصل هذا كله أنه لا حكم للشك ويجب الاحتياط وفي كثير من نسخ الخلاصة غلط في التصوير هنا من النساخ فاحترس منه (قوله فان ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها) ما خرج (من) الدم عقيب (الولد الاول) ما لم يكن بين الولدين ستة أشهر لانهما حينئذ توأمان ودم النفاس هو الفاضل عن غذاء الولد من دم الحيض الممنوع خروجه بانسداد فم الرحم بالحبل وبالولد الاول ظهر انفتاحه فظهر أن الخارج هو ذاك الذي كان ممنوعا وقد حكم الشرع بان ما كان منه ينتهي بأربعين حتى لو زاد استمرار الدم عليها في الولد الواحد حكم بأنه من غير ذلك فيلزم أن الخارج بعد الثاني بعد الاربعين غير ذلك وانه استحاضة فظهر أن ما علل به محمد من أنها حامل وصف لا أثر له اذ المؤثر في نفي النفاس ثبوت الانسداد لا ثبوت

(١) قول الفتح قوله والطهر الخ لفظة قوله زائدة من الناسخ اذ ليس لها محل في الهداية فالمسئلة تبرع من الكمال اه مصححه

لما فرغ من بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها شرع في بيان النجاسة الحقيقية وتطهيرها لان الاولى أقوى لكون قليلها يمنع جواز الصلاة بالاتفاق فكان بالتقديم أولى وتقدير كلامه باب بيان الانجاس والانجاس جمع نجس بفتحتين وهو كل مستقذر وهو في الاصل مصدر ثم استعمل اسما قال الله تعالى انما المشركون نجس وكما أنه يطلق على الحقيقي يطلق على الحكمي الا أنه لما تقدم بيان الحكمي أمن اللبس فأطلقه وقوله وتطهيرها أي تطهير محلها من البدن والثوب والمكان الا أنه لما أضافه الى ضمير الانجاس أنثه والكلام على هذا الباب في مواضع في الدليل الموجب للتطهير وفي آلة التطهير وفي بيان أنواع النجاسة وفي كيفية التطهير وفي القدر الذي يصير به المحل نجسا وفيما يتعذر التطهير به قوله (تطهير النجاسة) أي تطهير محل النجاسة باثبات الطهارة فيه كما ذكرناه وقيل تطهير النجاسة أي ازالتها (واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر) أمر بتطهير الثياب مطلقا وهو للوجوب فان قيل قد قال المفسرون معناه فقصر فلا يتم دليلا على ازالة النجاسة أجيب بأن ذلك مجاز والاصل هو الحقيقة على أن تقصير الثياب يستلزم التطهير عادة فيكون أمرا بتطهير الثياب اقتضاء واذا كان تطهير الثوب واجبا لتحسين حال المناجي ربه كان تطهير المكان والبدن كذلك لمساواة الاول للمنصوص وأولويته الثاني فلا

﴿باب الانجاس وتطهيرها﴾

(تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه) لقوله تعالى وثيابك فطهر

الحمل بل عدمه في حالة الحمل ليس الا للانسداد وقد زال فهو المدار أما الحمل فعلته قيام العدة

﴿باب الانجاس وتطهيرها﴾

(قوله تطهير النجاسة) أي نفس محلها أما هي فلا تطهر (واجب) مقيد بالامكان وبما اذا لم يستلزم ارتكاب ما هو أشد حتى لو لم يتمكن من ازالتها الا بابداء عورته للناس يصلي معها لان كشف العورة أشد فلو أبداها للازالة فسق اذ من ابتلي بين أمرين محظورين عليه أن يرتكب أهونهما أما من به نجاسة وهو محدث اذا وجد ماء يكفي أحدهما فقط انما وجب صرفه الى النجاسة لا الحدث ليتيمم بعده فيكون محصلا للطهارتين لا لانها أغلظ من الحدث ولا أنه صرف الى الاخف حتى يرد اشكالا كما قاله حماد حتى أوجب صرفه الى الحدث وقولنا ليتيمم بعده هو ليقع تيممه صحيحا اتفاقا أما لو تيمم قبل صرفه الى النجاسة فانه يجوز عند أبي يوسف خلافا لمحمد بناء على ما مر في التيمم من أنه مستحق الصرف اليها فكان معدوما في حق الحدث وأما اذا لم يتمكن من الازالة لخفاء خصوص المحل المصاب مع العلم بتنجس الثوب قيل الواجب غسل طرف منه فان غسله بتحر أو بلا تحر طهر وذكر الوجه بين أن لا أثر للتحري وهو أن يغسل بعضه مع أن الاصل طهارة الثوب وقع الشك في قيام النجاسة لاحتمال كون المغسول محلها فلا يقضي بالنجاسة بالشك كذا أورده الاسبيجابي في شرح الجامع الكبير قال وسمعت الشيخ الامام تاج الدين أحمد بن عبد العزيز يقوله ويقيسه على مسئلة في السير الكبير هي اذا فتحنا حصنا وفيهم ذمي لا يعرف لا يجوز قتلهم لقيام المانع بيقين فلو قتل البعض أو أخرج حل قتل الباقي للشك في قيام المحرم كذا هنا وفي الخلاصة بعد ما ذكره مجردا عن التعليل فلو صلى معه صلوات ثم ظهرت النجاسة في طرف آخر يجب اعادة ما صلى اه وفي الظهيرية الثوب فيه نجاسة لا يدري مكانها يغسل الثوب كله انتهى وهو الاحتياط وذلك التعليل مشكل عندي فان غسل طرف يوجب الشك في طهر الثوب بعد اليقين بنجاسته قبل وحاصله أنه شك في الازالة بعد تيقن قيام النجاسة والشك لا يرفع المتيقن قبله والحق أن ثبوت الشك في كون الطرف المغسول والرجل المخرج هو مكان النجاسة والمعصوم الدم يوجب البتة الشك في طهر الباقي واباحة دم الباقين ومن ضرورة صيرورته مشكوكا فيه ارتفاع اليقين عن تنجسه ومعصوميته واذا صار مشكوكا في نجاسته جازت الصلاة معه الا أن هذا ان صح لم يبق لكلمتهم المجمع عليها أعني قولهم اليقين لا يرفع بالشك معنى فانه حينئذ لا يتصور أن يثبت شك في محل ثبوت اليقين ليتصور ثبوت شك فيه لا يرتفع به ذلك اليقين فعن هذا حقق بعض المحققين أن المراد لا يرفع حكم اليقين وعلى هذا التقدير يخلص الاشكال في الحكم لا الدليل فنقول وان ثبت الشك في طهارة الباقي ونجاسته لكن لا يرتفع حكم ذلك اليقين السابق بنجاسته وهو عدم جواز الصلاة

﴿باب الانجاس وتطهيرها﴾

(قوله لما أضافه الى ضمير الانجاس) أقول يعني مريدا بها محلها (قوله أجيب بأن ذلك مجاز الى قوله فيكون أمرا بتطهير الثوب اقتضاء الخ) أقول في كونه أمرا به اقتضاء بحث لا يخفى على من يعرف الاقتضاء في اصطلاحهم

وقال عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء ولا يضرك أثره واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان فان الاستعمال في حالة الصلاة يشمل الكل (ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالة النجاسة به كالخل وماء الورد ونحوه مما اذا عصر انعصر) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز الا بالماء

فلا يضر بعد غسل الطرف لان الشك الطارئ لا يرفع حكم اليقين السابق على ما حقق من أنه هو المراد من قولهم اليقين لا يرتفع بالشك فتقل الباقي والحكم بطهارة الباقي مشكل والله أعلم ثم المعتبر في طهارة المكان موضع القدم رواية واحدة وموضع السجود في أصح الروايتين عن أبي حنيفة وهو قولهما ولا يجب طهارة موضع الركبتين واليدين لان وضعها ليس فرضا عندهم لكن في فتاوى قاضيخان وكذا لو كانت النجاسة في موضع السجود أو موضع الركبتين أو اليدين يعني تجمع وتمنع فانه قدم هذين اللفظين حكما لما اذا كانت النجاسة تحت كل قدم أقل من درهم ولو جمعت صارت أكثر من درهم ثم قال ولا يجعل كانه لم يضع العضو على النجاسة وهذا كما لو صلى رافعا احدى قدميه جازت صلاته ولو وضع القدم على النجاسة لا يجوز ولا يجعل كانه لم يضع انتهى لفظه وهو يفيد أن عدم اشتراط طهارة مكان اليدين والركبتين هو اذا لم يضعهما أما ان وضعهما اشترطت فليحفظ هذا وليعلم أن عدم اشتراط طهارة مكان الركبتين واليدين لم يثبته الفقيه أبو الليث وعليه بنى وجوب وضع الركبتين في السجود في التجنيس اذا لم يضع ركبتيه عند السجود لا يجزئه لانا أمرنا بالسجود على سبعة أعظم هذا اختيار الفقيه أبي الليث وفتوى مشايخنا على انه يجوز لانه لو كان موضع الركبتين نجسا جاز قال والفقيه أبو الليث ينكر هذه الرواية أنه اذا كان موضع الركبتين نجسا يجوز انتهى ثم لو كان المكان نجسا فبسط عليه ثوب طاهر ان شفه لا تجوز فوقه والا جازت ولو كانت النجاسة على جانبه وصلى على طرف طاهر آخر منه جاز سواء تحرك النجس أولا هو الصحيح بخلاف ما اذا كانت في طرف عمامته أو مندیله المقصود ثوب هو لابسه فألقى ذلك الطرف على الارض وصلى فانه ان تحرك بحركته لا يجوز والا يجوز لانه بتلك الحركة ينسب لحمل النجاسة بخلافها في المفروش ولو صلى على ماله بطانة متنجسة وهو قائم على ما يلي موضع النجاسة من الظهارة عن محمد يجوز وعن أبي يوسف لا يجوز وقيل جواب محمد في غير المضرب فيكون حكمه حكم ثوبين وجواب أبي يوسف في المضرب فحكمه حكم ثوب واحد فلا خلاف بينهما قال المصنف رحمه الله في التجنيس والاصح أن المضرب على الخلاف ذكره الحلواني انتهى ولو كان لبد أصابته نجاسة فقلبه وصلى على الوجه الآخر عن محمد يجوز وعن أبي يوسف لا ولو صلى على الدابة وفي سرجها أو كلبها نجاسة مانعة فجماعة على أنه لا يجوز قال في المبسوط وأكثر مشايخنا جوزوا لما قال في الكتاب والدابة أشد من ذلك يعني أن باطنها محل النجاسة وتترك عليها الاركان وهي أقوى من الشرائط ويمكن أن يريد بقوله أشد من ذلك ما على ظاهرها اذ لا يخلو مخرجها وحوافرها وقوائمها عن النجاسة وفيه نظر (قوله وقال صلى الله عليه وسلم حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء) عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت احدانا يصيب ثوبها من دم الحيض كيف تصنع به قال تحته ثم تقرصه بالماء ثم تنضحه ثم تصلي فيه متفق عليه وأخرجه الترمذي كذلك ولفظ اغسليه غير محفوظ فيه بل في حديث أم قيس بنت محصن سألته عن دم الحيض فقال صلى الله عليه وسلم حكيه بضلع واغسليه بماء وسدر أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحت القشر بالعود والظفر ونحوه والقرص بأطراف الاصابع (قوله واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان) بطريق أولى لانهما ألزم للمصلي منه لتصور انفصاله بخلافهما (قوله مما اذا عصر انعصر) يخرج الدهن والزيت واللبن والسمن بخلاف الخل وماء الباقلاء الذي لم يتخن

الحديث ورد في أسماء بنت أبي بكر حين سألته عن دم الحيض يصيب الثوب فيقتصر عليه لانا نقول الموجب لوجوب تطهيره كونه نجسا ولا خصوصية له بذلك فيلحق به كل ما كان نجسا ثم المعتبر في طهارة المكان ما تحت قدم المصلي فان كان فيه أكثر من قدر الدرهم فالصلاة فاسدة وان كانت في موضع السجود فكذلك في رواية محمد عن أبي حنيفة وفي رواية أبي يوسف عنه جائزة وقوله (ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع) ظاهر وقوله (طاهر) احتراز عن بول ما يؤكل لحمه فان الاصح أن التطهير لا يحصل به وقيل يحصل حتى لو غسل دم بذلك رخصنا فيه مالم يفحش قال شمس الائمة السرخسي والاصح أن التطهير بالنجس لا يكون لتضاد بين الوصفين وكذا الحكم في الماء المستعمل وقوله (يمكن ازالته به) احتراز عن الدهن والسمن وما أشبه ذلك لان الازالة انما تكون باخراج أجزاء النجاسة مع المزيل شيأ فشيأ وذلك انما يتحقق فيما ينعصر بالعصر وانما ذكر الماء وان كان جواز التطهير به ثابتا بالاجماع ليعلم أن الازالة غير واجبة به بل تجوز به وبغيره

(قوله وكذا الحكم في الماء المستعمل) أقول على القول بأنه نجس

وقوله (لانه ينجس بأول الملاقاة) يعني لاختلاطه بالنجاسة (والنجس لا يفيد الطهارة) ظاهر وبه يتقوى ماذكرنا من رواية شمس الائمة في بول ما يؤكل لحمه وقوله (الا أن هذا القياس ترك في الماء المضرورة) جواب عما يقال فهذا المعنى موجود في الماء أيضا فيلزمه شمول الجواز أو عدمه وقوله (ولهما أن المائع قالع) ظاهر وحاصله أن الاشتراك في العلة يوجبه في المعلول والماء مطهر بعلة القلع والازالة وهذه العلة موجودة في الخل وأشباهه فتكون مطهرة كالماء وقوله (والنجاسة للمجاورة) جواب عن استدلالهم وهو في الحقيقة قول بالموجب أي سلمنا أنه تنجس بأول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجسا لعينه بل كانت النجاسة للمجاورة فاذا انتهت أجزاء النجاسة بالعصر بقي المحل طاهرا لا يقال التعليل بالقلع لا يجوز لان النص يقتضي الغسل بالماء قال عليه السلام اغسليه بالماء لانا نقول الغسل بالماء اما أن يكون واجبا لعينه أو لغيره والاول ممنوع لان المصلي اذا قطع موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب جازت الصلاة بلا خلاف والثاني مسلم فانه واجب للتطهير وهو يحصل باستعمال المائع حصوله باستعمال الماء على ما بيناه

(قوله وحاصله أن الاشتراك في العلة يوجبه في المعلول) أقول يعني يوجب الاشتراك في المعلول (قال المصنف بقي طاهرا) أقول وعليك بمراجعة شرح تاج الشريعة متأملا على

لانه ينجس بأول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا أن هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما أن المائع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت أجزاء النجاسة بقي طاهرا

ففي جعل الاول على الخلاف كما هي قويلة تنظر (قوله ينجس بأول الملاقاة) مقيد بما اذا كان بحيث يخرج بعض أجزائها في الماء ألا ترى الى ماذكروا من أنه لو مشى ورجله مبتلة على أرض أو لبد نجس جاف لا يتنجس ولو كان على القلب وظهرت الرطوبة في رجله تنجس كذا في الخلاصة قلت يجب حمل الرطوبة على البلل لا الندوة فقد ذكر فيها اذا لف الثوب النجس الرطب في الثوب الطاهر الجاف فظهرت فيه ندوته ولم يصر بحيث يقطر منه شئ اذا عصر اختلف المشايخ فيه والاصح انه لا يتنجس وكذا لو بسط على النجس الرطب فتندى وليس بحيث يقطر اذا عصر الاصح فيه أنه لا يتنجس ذكره الحلواني ولا يخفى انه قد يحصل بلى الثوب وعصره نبع رؤس صغار ليس لها قوة السيلان ليتصل بعضها ببعض فتقطر بل تقر في مواضع نبعها ثم ترجع اذا حل الثوب ويبعد في مثله الحكم بطهارة الثوب مع وجود حقيقة المخالط فالاولى اناطة عدم النجاسة بعدم نبع شئ عند العصر ليكون مجرد ندوة لا بعدم التقاطر (قوله الا أن هذا القياس ترك في الماء للضرورة) مطلقا عند محمد سواء أورد على النجاسة أو أوردت هي عليه والا لم يحصل طهارة شئ بالماء لانه ينجس الماء فيحل المحل ماء نجس وكذا كل ما بعده يتنجس بملاقاة بلل السابق وفي الوارد فقط عند الشافعي رضي الله عنه لان المورود لا يطهر عنده ولما سقط هذا القياس عنده في الوارد وبقي طاهرا حال كونه في الثوب بقي كذلك بعد انفصاله بالعصر أيضا ما لم يظهر في المنفصل أثر النجاسة لون أو ريح لانه كان محكوما بطهارته حال المخالطة في المحل ولم يوجد بعده الا الانفصال وليس ذلك بمنجس بخلاف ما اذا تأثر لان بقاء الاثر مخالطة بعد الانفصال فيتنجس وعند محمد وصاحبيه هو طاهر في المحل نجس اذا انفصل لان الحكم بالطهارة مع مخالطة النجس انما هو للضرورة فاذا زالت بالانفصال ظهر أثر المخالطة لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا أثر للورود لانه ليس جاريا حقيقة ألا يرى أنه لو وضع الثوب النجس في الاجانة ثم أورد عليه تحصل فيها مخالطا النجاسة وهذا هو الموجب لثبوت قياس النجاسة وهو بعينه في المورود فاتحد القياس فيهما ثم سقط للضرورة هذا في الماءين أما الثالث فطاهر عندهما لانه كان طاهرا وانفصل عن محل طاهر وعند أبي حنيفة نجس لان طهارته في المحل ضرورة تطهيره وقد زالت وانما حكم شرعا بطهارة المحل عند انفصاله بدلالة الحديث حتى يغسلها ثلاثا ولو لم تحصل طهارة ولا ضرورة في اعتبار الماء المنفصل طاهرا مع مخالطة النجس فيكون نجسا بخلاف الماء الرابع فانه لم يخالط ما هو محكوم شرعا بنجاسته في المحل فيكون طاهرا ﴿ فرع ﴾ في التجنيس غسل ثوبا ثم قطر منه على شئ ان عصره في الثالثة حتى صار بحال لو عصره لا يسيل منه شئ فاليد طاهرة والبلل طاهر وان كان بحال يسيل فنجسة ففي هذا أن بلة اليد طاهرة مع أنها بعض الثالث واعلم انه لما سقط ذلك القياس لم يفرق محمد بين تطهير الثوب النجس في الاجانة والعضو النجس بأن يغسل كلا منهما في ثلاث اجانات طاهرات أو ثلاثا في اجانة بماء طاهرة فيخرج من الثالث طاهرا وقال أبو يوسف بذلك في الثوب خاصة أما العضو المتنجس اذا غمس في اجانات طاهرات نجس الجميع ولا يطهر بحال بل بأن يغسل في ماء جار أو يصب عليه لان القياس يأبى حصول الطهارة لهما بالغسل في الاواني فسقط في الثياب للضرورة وبقي في العضو لعدمها وهذا يقتضي أنه لو كان المتنجس من الثوب قدر درهم فقرص لا يجيزه أبو يوسف في الاجانة وعلى هذا جنب اغتسل في آبار ولم يكن استنجى تنجس كلها وان كثرت وان كان استنجى صارت فاسدة ولم يطهر عند أبي يوسف وقال محمد ان لم يكن استنجى يخرج من الثالثة طاهرا وكلها نجسة وان كان استنجى يخرج من الاولى طاهرا وسائرها مستعملة كذا في المصفى وينبغي تقييد الاستعمال بما اذا قصد القربة عنده (قوله ولهما) الحاصل القياس على الماء بناء

قوله (وجواب الكتاب) أى القدورى وهو قوله ويجوز تطهيرهما بالماء وبكل مائع طاهر الخ مطلق عن الثوب والبدن لا يفرق بينهما وقوله (وعنه) أى عن أبى يوسف فى رواية الحسن بن أبى مالك عنه (أنه فرق بينهما) وقال (لا يجوز فى البدن الا بالماء) لان غسل البدن طريقة العبادة فاختص بالماء كالوضوء وغسل الثوب طريقة ازالة النجاسة فلم يختص بالماء كالخل وهو ضعيف لان الكلام فيما اذا كانت عين النجاسة قائمة بالبدن ولا فرق بين ازالتها منه وازالتها من الثوب قال (واذا أصاب الخف نجاسة) النجاسة اذا أصابت الخف فاما أن يكون (لها جرم كالروث والعذرة والدم والمنى) أو لا يكون كالبول والخمر ونحوهما والاول اما ان حصل له جفاف أو لا فان حصل له جفاف (فدلكه بالارض جاز) أى طهر فى حق (١٣٥) جواز الصلاة استحسانا وأما اذا أصابه الماء بعد ذلك هل يعود نجسا كما كان فعنه روايتان (وقال محمد (لا يجوز) الصلاة به (وهو القياس) أى على الثوب والبساط بجامع أن النجاسة تداخلت فى الخف تداخلها فيهما واليه أشار بقوله لان المتداخل فى الخف الخ (الا فى المنى) فانه يطهر على ما سنذكره وقيد بالدلك بالارض رواية الاصل وذكر فى الجامع الصغير انه ان حكه أو حته بعد ما يبس طهر وهما استحسنا بالاثر وهو ما روى أبو سعيد الخدرى فى حديث خلع النعال أنه صلى الله عليه وسلم صلى يوما فخلع نعليه فى الصلاة فخلع القوم نعالهم فلما فرغ سألهم عن ذلك فقالوا رأيناك خلعت نعليك فقال عليه السلام أتانى جبريل عليه السلام وأخبرنى أن بهما أذى فخلعتهما ثم قال اذا أتى أحدكم المسجد فليقلب نعليه فان كان بهما أذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور والاذى هو ما يستقذر كانه يؤذى من يقربه نفرة وكراهة جعل المسح بالارض طهورا وهو مفسر لا يقبل التأويل لا يقال الحديث ساقط العبرة لانه عليه السلام لم يستقبل الصلاة لجواز أن الخطر مع النجاسة نزل فى ذلك الوقت ولاحتمال أن يكون أقل من قدر الدرهم قوله (ولان الجلد لصلابته) استدلال بالمعقول وهو ظاهر وان لم يحصل لها جفاف لا يطهر حتى يغسله لما ذكر فى الكتاب وهو ظاهر الرواية

وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله وعنه أنه فرق بينهما فلم يجوز فى البدن بغير الماء (واذا أصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمنى فجفت فدلكه بالارض جاز) وهذا استحسان (وقال محمد رحمه الله لا يجوز) وهو القياس (الا فى المنى خاصة) لان المتداخل فى الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المنى على ما نذكره ولهما قوله عليه السلام فان كان بهما أذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولأن الجلد لصلابته لا تتداخله أجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به (وفى الرطب لا يجوز حتى يغسله) لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره

على أن الطهارة بالماء معلول بعلة كونه قالعا لتلك النجاسة وسقوط ذلك القياس بناء على أن القلع والحكم بالتطهير لا يتصور الا باسقاطه والمائع قالع فهو محصل ذلك المقصود فيسقط فيه ذلك القياس وتحصل به الطهارة ﴿ فرع ﴾ غسل الثوب المتنجس بالدم بالبول حتى زال عين الدم هل يحكم بزوال تلك النجاسة اختلف فيه وممن ذهب اليه التمرتاشى حتى لو كان ما غسل به بول ما يؤكل لحمه لا يمنع ما لم يفحش وقال السرخسى الاصح أن التطهير بالبول لا يكون انتهى وهو أحسن ووجهه ما علمت ان سقوط التنجس حال كون المستعمل فى المحل ضرورة التطهير وليس البول مطهرا للتضاد بين الوصفين فيتنجس بنجاسة الدم فما ازداد الثوب بهذا الا شرا اذ يصير جميع المكان المصاب بالبول متنجسا بنجاسة الدم وان لم يبق عين الدم وفى الكتاب اشارة الى ما اخترناه حيث قال بالماء وبكل مائع طاهر حيث أخرج المائع النجس (قوله فلم يجوز فى البدن بغير الماء) لان حرارة البدن جاذبة والماء أدخل فيه من غيره فيتعين وعن طهارة البدن بغير الماء تفرع طهارة الثدى اذا قاء عليه الولد ثم رضعه حتى أزال أثر القىء وكذا اذا لحس اصبعه من نجاسة بها حتى ذهب الاثر أو شرب خمرا ثم ترددريقه فى فيه مرارا طهر حتى لو صلى صحت وعلى قول محمد لا تصح ولا يحكم بالطهارة بذلك لعدم الماء وكذا على احدى الروايتين عن أبى يوسف وهى اشتراط الماء فى العضو وأما المروى عن محمد فى المسافر اذا أصاب يده نجاسة يمسحها بالتراب فمشكل على قول الكل فان أبا حنيفة وأبا يوسف انما جوزا مثله فى الخف والنعل بشرطه ومحمد خالفهما فكيف يتجه ذلك اللهم الا أن يراد بمسحه تقليلا للنجاسة حالة الاشتغال بالسير فلا يمنع لتخفيف الجرم بذلك ثم يغسلها بعد ذلك (قوله ولهما قوله صلى الله عليه وسلم) روى أبو داود عن أبى سعيد الخدرى أنه صلى الله عليه وسلم قال اذا جاء أحدكم الى المسجد فلينظر فان رأى فى نعله أذى أو قذرا

(قال المصنف ثم يجتذبه الجرم) أقول أى جرم النجاسة

(وروى عن أبي يوسف انه قال اذا مشى على الروث ثم مسح خفه على الارض حتى لم يبق فيه أثر النجاسة ولا رائحتها يطهر لعموم البلوى واطلاق ما روى) يعني قوله فليمسحهما بالارض الحديث فانه لم يفرق بين الرطب واليابس وعليه أكثر مشايخنا قال شمس الائمة السرخسي وهو صحيح وعليه الفتوى للضرورة فان قيل الحديث كما لم يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين ماله جرم وما ليس له جرم فكان الواجب أن يستويا في الحكم أجيب بانه فرق بينهما وأخرج التي لا جرم لها بالتعليل وهو قوله عليه السلام فان الارض لهما طهور أي مزيل نجاستهما ونحن نعلم أن الخف اذا تشرب البول أو الخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه عن أجزاء الجلد فكان اطلاقه مصروفا الى القدر الذي يقبل الازالة بالمسح وهو ما له جرم والثاني أعني الذي لا جرم له لا يطهر الا بالغسل لان الاجزاء تتشرب ما فيه ولا جاذب يجذبها وقد روي عن أبي يوسف أن ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له فاذا جف فدلكه بالارض طهر كالتي لها جرم واذا أصابت الثوب لا يطهر الا بالغسل لان الثوب لتخلخله أي لكونه غير مكتنز تتداخله كثير من أجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل وأما المني اذا أصاب الثوب فان كان رطبا فهو نجس يجب غسله وان جف على الثوب أجزأ فيه الفرك استحسانا والقياس أن لا يطهر بالفرك لانه دم الا أنه نضج فبطل تنجسه فهو كسائر أنواع الدم لا يطهر الا بالغسل ووجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة فان كان رطبا فاغسليه وان كان يابسا فافركيه

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق أثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما روى وعليه مشايخنا رحمهم الله (فان أصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله) وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له والثوب لا يجزى فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من أجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب غسله ان كان رطبا (فاذا جف على الثوب أجزأ فيه الفرك) لقوله عليه السلام لعائشة فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا

فليمسحه وليصل فيهما وخرج ابن خزيمة عن أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال اذا وطئ أحدكم الاذى بنعله أو خفيه فطهورهما التراب ولا تفصيل فيهما بين الرطب والجاف والكثيف والرقيق فأعمل أبو يوسف اطلاقه الا في الرقيق وقيداه بالجرم والجفاف غير أنه لا فرق على ما قرروا بين كون الجرم من نفس النجاسة أو من غيرها بأن ابتل الخف بخمر فمشى به على رمل أو رماد فاستجسد فمسحه بالارض حتى تناثر طهر وروى ذلك عن أبي حنيفة وأبي يوسف الا أن أبا يوسف لم يقيده بالجفاف وعلى قول أبي يوسف أكثر المشايخ وهو المختار لعموم البلوى ونعلم أن الحديث يفيد طهارتها بالدلك مع الرطوبة اذ ما بين المسجد والمنزل ليس مسافة تجف في مدة قطعها ما أصاب الخف رطبا فاطلاق ما روى مساعد بالمعنى وأما مخالفته في الرقيق فقيل هو مفاد بقوله طهور أي مزيل ونحن نعلم أن الخف اذا تشرب البول لا يزيله المسح فاطلاقه مصروف الى ما يقبل الازالة بالمسح ولا يخفى ما فيه اذ معنى طهور مطهر واعتبر ذلك شرعا بالمسح المصرح به في الحديث الآخر الذي ذكرناه مقتصرا عليه وكما لا يزيل ما تشربه من الرقيق كذلك لا يزيل ما تشربه من الكثيف حال الرطوبة على ما هو المختار للفتوى باعتراف هذا المجيب والحاصل فيه بعد ازالة الجرم كالحاصل قبل الدلك في الرقيق فانه لا يتشرب الا ما في استعداده قبوله وقد يصيبه من الكثيفة الرطبة مقدار كثير يتشرب من رطوبته مقدار ما يتشربه من بعض الرقيق (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة) الذي في صحيح أبي عوانة عن عائشة قالت كنت أفرك المني من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كان يابسا وأمسحه أو أغسله شك الحمدي اذا كان رطبا ورواه الدارقطني وأغسله من غير شك فهذا فعلها وأما انه صلى الله عليه وسلم قال لها ذلك فالله أعلم لكن الظاهر أن ذلك بعلم النبي صلى الله عليه وسلم خصوصا اذا تكرر منها مع النفاته صلى الله عليه وسلم الى طهارة ثوبه وفحصه عن حاله وأظهر منه قولها كنت أغسله من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيخرج الى الصلاة وان بقع الماء في ثوبه فان الظاهر أنه يحس ببلل ثوبه وهو موجب الالتفات الى حال الثوب والفحص عن خبره وعند ذلك يبدو له السبب في ذلك وقد أقرها عليه فلو كان طاهرا لمنعها من اتلاف الماء لغير حاجة فانه حينئذ سرف في الماء اذ ليس السرف في الماء الا صرفه لغير حاجة ومن اتعاب نفسها فيه لغير ضرورة على أن في مسلم عن عائشة أنه صلى الله عليه وسلم كان يغسل المني ثم يخرج الى الصلاة في ذلك الثوب وأنا أنظر الى أثر الغسل فيه فان حمل على حقيقته من أنه فعله بنفسه فظاهر أو على مجازه وهو أمره بذلك فهو فرع علمه وأما حديث انما يغسل الثوب من خمس فرواه الدارقطني عن عمار بن ياسر قال أتى علي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا على بئر أدلو ماء في ركوة قال يا عمار ما تصنع قلت يا رسول الله بأبي وأمي أغسل ثوبي من نخامة أصابته فقال يا عمار انما يغسل الثوب من خمس من الغائط والبول والقيء والدم والمني يا عمار ما نخامتك ودموع عينك والماء الذي في ركوتك الا سواء قال لم يروه عن علي بن زيد غير ثابت بن حماد وهو ضعيف وله أحاديث في أسانيدها الثقات وهي مناكير ومقلوبات ودفع بأنه وجد له متابع عند الطبراني رواه في الكبير من حديث حماد بن سلمة عن علي بن زيد سندا ومتنا وبقية الاسناد حدثنا الحسين بن اسحق التستري حدثنا علي بن بحر حدثنا ابراهيم بن زكريا العجلي حدثنا حماد بن سلمة به

وهو حجة على الشافعي في جعله طاهرا مستدلا بحديث ابن عباس انه قال المني كالمخاط فأمطه عنك ولو باذخرة فان قيل اذا استدل الشافعي بحديث ونحن بحديث فما وجه قول المصنف والحجة عليه ما رويناه فالجواب أن وجه ذلك أن حديثه لا يدل عليه لان قوله كالمخاط لا يقتضي أن يكون طاهرا لجواز أن يكون التشبيه في اللزوجة وقلة التداخل وطهارته بالفرك والامر بالاماطة مع كونه للوجوب يستدعي أن يكون نجسا لان ازالة ما ليس بنجس ليست بواجبة على انه موقوف عليه فلا يصح به الاحتجاج

وقال الشافعي رحمه الله المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو أصاب البدن قال مشايخنا رحمهم الله يطهر بالفرك لان البلوى فيه أشد وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه (والنجاسة اذا أصابت المرآة أو السيف اكتفى بمسحهما) لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح

فبطل جزم البيهقي ببطلان الحديث بسبب أنه لم يروه عن علي بن زيد سوى ثابت وقوله في علي هذا انه غير محتج به دفع بأن مسلما روى له مقرونا بغيره وقال العجلي لا بأس به وروى له الحاكم في المستدرك وقال الترمذي صدوق وابراهيم بن زكريا ضعفه غير واحد ووثقه البزار (قوله وقال الشافعي المني طاهر) تمسك هو أيضا بالحديث الاول فلو كان نجسا لم يكتف بفركه وبما عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن المني يصيب الثوب فقال انما هو بمنزلة المخاط أو البزاق وقال انما يكفيك أن تمسحه بخرقة أو اذخرة قال الدارقطني لم يرفعه غير اسحق الازرق عن شريك القاضي ورواه البيهقي من طريق الشافعي موقوفا على ابن عباس قال هذا هو الصحيح وقد روى عن شريك عن ابن أبي ليلى عن عطاء مرفوعا ولا يثبت اه لكن قال ابن الجوزي في التحقيق اسحق الازرق امام مخرج له في الصحيحين ورفعه زيادة وهي من الثقة مقبولة ولأنه مبدأ خلق الانسان وهو مكرم فلا يكون أصله نجسا وهذا ممنوع فان تكريمه إيحصل بعد تطويره الاطوار المعاومة من المائية والمضغية والعلقية ألا ترى أن العلقة نجسة وأن نفس المني أصله دم فيصدق أن أصل الانسان دم وهو نجس والحديث بعد تسليم حجيته رفعه معارض بما قدمنا ويترجح ذلك بأن المحرم مقدم على المبيح ثم قيل انما يطهر بالفرك اذا لم يسبقه مذي فان سبقه لا يطهر الا بالغسل وعن هذا قال شمس الائمة مسئلة المني مشكلة لان كل فحل يمذي ثم يمني الا أن يقال انه مغلوب بالمني مستهلك فيه فيجعل تبعا اه وهذا ظاهر فانه اذا كان الواقع أنه لا يمني حتى يمذي وقد طهره الشرع بالفرك يابسا يلزم أنه اعتبر ذلك الاعتبار للضرورة بخلاف ما اذا بال ولم يستنج بالماء حتى أمنى فانه لا يطهر حينئذ الا بالغسل لعدم المجيء كما قيل وقيل لو بال ولم ينتشر البول على رأس الذكر بأن لم يجاوز الثقب فأمنى لا يحكم بتنجس المني وكذا ان جاوز لكن خرج المني دفقا من غير أن ينتشر على رأس الذكر لانه لم يوجد سوى مروره على البول في مجراه ولا أثر لذلك في الباطن ولو كان للصاب بطانة تنفذ اليها اختلف فيه قال الثمرتاشي والصحيح أنه يطهر بالفرك لانه من أجزاء المني وقال الفضلي مني المرأة لا يطهر بالفرك لانه رقيق (قوله لانه لا تتداخله النجاسة) يفيد أن قيد صقالتها مراد حتى لو كان به صدأ لا يطهر الا بالماء بخلاف الصقيل قال المصنف في التجنيس صح أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يقتلون الكفار بالسيوف ويمسحونها ويصلون بها وعليه يتفرع ما ذكر لو كان على ظفره نجاسة فمسحها طهرت وكذلك الزجاجة والزبدية الخضراء أعني المدهونة والخشب الخراطي والبوريا القصب

وقوله (وقال عليه السلام) دليل آخر على نجاسته روى انه صلى الله عليه وسلم مر بعمار بن ياسر وهو يغسل ثوبه من النخامة فقال عليه السلام ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك الاسواء وانما يغسل الثوب من خمس من البول والغائط والدم والمني والقيء وفي رواية الاسرار الخمر مكان القيء لا يقال الاستدلال به يقتضي غسله رطبا ويابسا ولستم قائلين به فكان متروكا لان حديث عائشة مفسر في جواز فركه اليابس وهذا يحتمل أن يكون المراد به الرطب فحمل عليه توفيقا بينهما (ولو أصاب) المني (البدن قال مشايخنا) قيل يريد مشايخ ماوراء النهر (يطهر بالفرك لان البلوى فيه أشد) لانفصال الثوب عن المني دون البدن (و) روى (عن أبي حنيفة انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود) ما تشرب منه البدن (الى الجرم) ولئن عاد فانما يطهر بالفرك

(١٨ - فتح القدير اول) أيضا والبدن لا يمكن فركه قال (والنجاسة اذا أصابت المرآة) اذا أصابت النجاسة جسما مكتنزا لاجزاء صقيلا كالمرآة والسيف والسكين ونحوها (اكتفى بمسحه لانه لا تتداخله النجاسة) فلا يحتاج الى الاخراج من الداخل (وما على ظاهره يزول بالمسح) ولا فصل في ذلك بين الرطب واليابس والعذرة والبول وذكر في الاصل أن البول والدم لا يطهر الا بالغسل والعذرة الرطبة كذلك واليابسة تطهر بالحت عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا تطهر الا بالغسل والمصنف كأنه اختار ما ذكره الكرخي ولم يذكر خلاف محمد وهو المختار للفتوى لان الصحابة كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها

(وان أصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب أثرها جازت الصلاة على مكانها) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز لانه لم يوجد المزيل (و) لهذا (لا يجوز التيمم به) ولنا قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وانما لا يجوز التيمم به لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب

(قوله فجفت بالشمس) اتفاق لا فرق بين الجفاف بالشمس والنار أو الريح والمراد من الاثر الذاهب اللون أو الريح وحديث ذكاة الارض يبسها ذكره بعض المشايخ أثرا عن عائشة وبعضهم عن محمد بن الحنفية وكذا رواه ابن أبي شيبة عنه ورواه أيضا عن أبي قلابة وروى عبد الرزاق عنه جفوف الارض طهورها ورفعه المصنف وذكره في المبسوط أيما أرض جفت فقد ذكت حديثا مرفوعا والله أعلم به وفي سنن أبي داود باب طهور الارض اذا يبست وساق بسنده عن ابن عمر قال كنت أبيت في المسجد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكنت فتى شابا عزبا وكانت الكلاب تبول وتقبل وتدبر في المسجد ولم يكونوا يرشون شيأ من ذلك فلولا اعتبارها تطهر بالجفاف كان ذلك تبقية لها بوصف النجاسة مع العلم بأنهم يقومون عليها في الصلاة البتة اذ لا بد منه مع صغر المسجد وعدم من يتخلف للصلاة في بيته وكون ذلك يكون في بقاع كثيرة من المسجد لا في بقعة واحدة حيث كانت تقبل وتدبر وتبول فان هذا التركيب في الاستعمال يفيد تكرر الكائن منها ولان تبقيتها نجسة ينافي الامر بتطهيرها فوجب كونها تطهر بالجفاف بخلاف أمره صلى الله عليه وسلم باهراق ذنوب من ماء على بول الاعرابي في المسجد لانه كان نهارا والصلاة فيه تتابع نهارا وقد لا يجوز قبل وقت الصلاة فأمر بتطهيرها بالماء بخلاف مدة الليل أو لان الوقت كان اذ ذاك قد آن أو أريد أن ذلك أكمل الطهارتين للتيسر في ذلك الوقت هذا واذا قصد تطهير الارض صب عليها الماء ثلاث مرات وجففت في كل مرة بخرقة طاهرة وكذا الوصب عليها ماء بكثرة ولم يظهر لون النجاسة ولا ريحها فانها تطهر ولو كبسها بتراب ألقاه عليها ان لم توجد رائحة النجاسة جازت الصلاة على ذلك التراب والافلا واختلفوا في النابت كالشجر والكلا قيل يطهر بالجفاف مادام قائما عليها وبعد القطع يجب الغسل وكذا الحصى حكمه حكم الارض أما الآجرة المفروشة فتطهر بالجفاف وان كانت موضوعة تنقل فلا فان كانت النجاسة فيما يلي الارض جازت الصلاة عليها وفي الظهيرية اذا صلى على وجهها الطاهر ان كان مركبا جاز والا فلا يجوز انتهى ويمكن أن يجري فيه الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في البلد وقد قدمناه أول الباب (قوله لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب) فلا تتأدى هذه الطهارة بخبر الواحد الظني بخصوص هذا الموضع فان ما كلف به قطعا لا يلزم في اثبات مقتضاه القطع به فان طهارة الماء والصعيد المكلف بتحصيلهما يخرج عن عهدة التكليف البناء على الاصل فيهما وذلك لا يفيد القطع بل يجوز المستعمل نجاستهما في نفس الامر وقد تكون ثابتة والعلوم لا تحتمل النقيض في نفس الامر ولا عند من قامت به لو قدر لكن امتنع هنا لاستلزامه نوع معارضة للكتاب وذلك لان المعروف شرعا أن التطهير باستعمال المطهر ولم يفعل فلا يكون طاهرا فكان النص طالبا للتيمم بهذا التراب على هذا الوجه والخبر يجيز استعماله على غير هذا الوجه فلا يعتبر بخلاف طهارة المكان في الصلاة فان دلالة النص بعد دخولها التخصيص بالقليل الذي لا يحترز عنه اجماعا وما دون الدرهم عندنا تطلبه على غير هذا الوجه فجاز أن يعارض بخبر الواحد ويثبت حكمه لكن قد يقال ان النص انما يطلبه طاهرا فقط وكون المعروف من الشرع أن التطهير باستعمال المطهر على ارادة الحصر ممنوع اذ قد عرف منه أيضا أنها بالجفاف في الارض فيثبت به نوع آخر من أسباب الطهارة ظنا فيتأدى به الواجب قطعا والحاصل أن محل القطع هو نفس التكليف بالطاهر ومحل الظن كونه طاهرا فلم يتلاقيا في محل فلا تعارض والاولى ما قيل ان الصعيد علم قبل التنجس طاهرا وطهورا وبالتنجس علم زوال الوصفين ثم ثبت بالجفاف شرعا

مكانها وقوله بالشمس ليس بشرط في طهارتها وانما وقع اتفاقا فان الارض في العادة تجف بالشمس (وقال زفر والشافعي لا تجوز) لان النجاسة حصلت في المكان والمزيل لم يوجد (ولهذا لم يجز التيمم به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها) أي طهارتها جفافها اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الذكاة وهي الذبح سبب الطهارة في الذبيحة وجعل صاحب الاسرار هذا الحديث موقوفا على عائشة وقال وأما الذي روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا فقوله أيما أرض جفت فقد ذكت وصاحب المغرب جعله قول محمد بن الحنفية ولقائل أن يقول معناهما واحد فيجوز أن يكون نقلا بالمعنى فيكون مرفوعا قوله (وانما لا يجوز التيمم) جواب عن قولهما ولهذا لا يجوز التيمم به (لان طهارة الصعيد شرطا بنص الكتاب) قال تعالى فتيمموا صعيدا طيبا

(قوله ولنا قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها أي طهارتها جفافها اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الذكاة وهي الذبح سبب الطهارة في الذبيحة) أقول فيكون حجة على من شرط في التجوز بعلاقة السببية كون المسبب مسببا عن خصوص هذا السبب أحدهما

فلا تتأدى بما ثبت بخبر الواحد لانه لا يفيد القطع فلا تكون الطهارة قطعية بجفاف الارض والكتاب يقتضي ذلك فان قلت أليس قد تقدم أن طهارة المكان ثبتت بدلالة قوله تعالى وثيابك فطهر والثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة في كونه قطعيا

فلا تتأدى بما ثبت بالحديث

أحدهما أعني الطهارة فيبقى الآخر على ما علم من زواله واذا لم يكن طهورا لا يتيمم به هذا وقد ظهر الى هنا أن التطهير يكون بأربعة أمور بالغسل والدلك والجفاف والمسح في الصقيل دون ماء والفرك يدخل في الدلك بقي المسح بالماء في محاجمه ثلاثا بثلاث خرق طاهرة وقياسه ما حول محل الفصد اذا تلطخ ويخاف من الاسالة السريان الى الثقب وآخر مختلف فيه بين أبي يوسف ومحمد وهو بانقلاب العين في غير الخمر كالخنزير والميتة تقع في المملحة فتصير ملحا تؤكل والسرقين والعذرة تحترق فتصير رمادا تطهر عند محمد خلافا لابي يوسف وكلام المصنف في التجنيس ظاهر في اختيار قول أبي يوسف قال خشبة أصابها بول فاحترقت ووقع رمادها في بئر يفسد الماء وكذلك رماد العذرة وكذا الحمار اذا مات في مملحة لا يؤكل الملح وهذا كله قول أبي يوسف خلافا لمحمد لان الرماد أجزاء تلك النجاسة فتبقى النجاسة من وجه فالتحقت بالنجس من كل وجه احتياطا انتهى وكثير من المشايخ اختاروا قول محمد وهو المختار لان الشرع رتب وصف النجاسة على تلك الحقيقة وتنتفي الحقيقة بانتفاء بعض أجزاء مفهومها فكيف بالكل فان الملح غير العظم واللحم فاذا صار ملحا رتب حكم الملح وتطهيره في الشرع النطفة نجسة وتصير علقة وهي نجسة وتصير مضغة فتطهر والعصير طاهر فيصير خمرا فينجس ويصير خلا فيطهر فعرفنا أن استحالة العين تستتبع زوال الوصف المرتب عليها وعلى قول محمد فرعوا الحكم بطهارة صابون صنع من زيت نجس وفرع بعضهم عليه أن الماء والتراب النجسين اذا اختلطا وحصل الطين كان الطين طاهرا لانه صار شيأ آخر وهذا بعيد فقد اختلف فيما لو كان أحدهما طاهرا فقيل العبرة للماء ان كان نجسا فالطين نجس والا فطاهر وقيل للتراب وقيل للغالب والاكثر على أن أيهما كان طاهرا فالطين طاهر فأهل هذه الاقوال كلها على نجاسته اذا كانا نجسين بخلاف قولهم في الطين المجبون بتبن نجس بالطهارة فيصلى في المكان المطين به ولا ينجس الثوب المبلول اذا نشر عليه لان ذلك اذا لم ير عين التبن لا اذا رؤيت وعلله في التجنيس بأن التبن مستهلك اذا لم ترعينه بخلاف ما اذا رؤيت ثم قال وان ترطبا عاد نجسا انتهى وكأنه بناء على احدى الروايتين في أمثاله وقال قبله في علامة النوازل اذا نزح الماء النجس من بئر كره أن يبل به الطين ليطين به المسجد أو أرضه لان الطين يصير نجسا وان كان البئر طاهرا ترجيحا للنجاسة احتياطا بعد اذ لا ضرورة الى اسقاط اعتبارها بخلاف السرقين اذا جعل في الطين للتطيين لان فيه ضرورة الى اسقاط اعتباره اذ ذلك النوع لا يتهيأ الا بذلك فعرفنا رأي المصنف في هذا اذ لم يتعقبه كما هو شأنه فيما يخالف مختاره وفي الخلاصة العبرة للنجس منهما أيهما كان نجسا فالطين نجس وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكذا روى عن أبي يوسف وقال محمد بن سلام أيهما كان طاهرا فالطين طاهر هذا قول محمد حيث صار شيأ آخر واعلم ان الارض اذا طهرت بالجفاف والخف بالدلك والثوب بفرك المني والسكين بالمسح والبئر اذا غار ماؤها بعد تنجسها قبل النزح وجلد الميتة اذا دبغ تشميسا أو تتريبا ثم أصابها الماء هل تنجس اذا ابتلت بعد ذلك فيه روايتان عن أبي حنيفة والآجرة المفروشة اذا تنجست فجفت ثم قلعت هل تعود نجسة فيها الروايتان ومن المشايخ من يقتصر في بعضها على حكاية الخلاف والاولى طرد الروايتين في الكل لانها نظائر وقد قال نصير في البئر بالطهارة ومحمد بن سلمة بالنجاسة وفي الينابيع وروى عن محمد مثل ما قال ابن سلمة واختار المصنف في التجنيس في السكين الطهارة فلو قطع البطيخ واللحم أكل

حتى ثبتت الحدود والكفارات بدلالة النصوص فوجب أن لا تجوز الصلاة عليها كما لا يجوز التيمم بها أجيب بأن الآية هنا ظنية لان المفسرين اختلفوا في تفسيرها فقيل المراد به تطهير الثوب وقيل تقصيره للمنع عن التكبر والخيلاء فان العرب كانوا يجرون أذيالهم تكبرا وقيل المراد تطهير النفس عن المعايب والاخلاق الرديئة واذا كان كذلك كان ظني الدلالة ولهذا لم يكفر من أنكر اشتراط طهارة الثوب وهو عطاء فتكون الدلالة كذلك فان قيل فالطيب أيضا يحتمل الطاهر والمنبت وعلى الثاني حمله أبو يوسف والشافعي ولا يجوز أن يكونا مرادين لعدم عموم المشترك فيكون مؤولا وهو من الحجج الظنية كالعام فيجب أن يجوز التيمم أجيب بأن الاحتمال في الطيب مسلم لكن الطاهر مراد بالاجماع كما تقدم وانما الخلاف في اشتراط الانبات فيكون اشتراط الطهارة قطعيا فلا تتأدى بطهارة تثبت بخبر الواحد

(قوله فلا تكون الطهارة قطعية بجفاف الارض والكتاب يقتضي ذلك) أقول وفيه بحث ألا يرى أن التيمم بالحجر والرمل والنورة وأمثالها فيه خلاف الشافعي وأدنى مرتبة الاختلاف ايراث الشبهة (قوله أجيب بأن الآية هنا ظنية لان المفسرين اختلفوا في تفسيرها الخ) أقول وكذلك اختلفوا في الصعيد على ما مر ولم يؤثر

قال (وقدر الدرهم ومادونه من النجاسة المغلظة) النجاسة اما أن تكون غليظة أو خفيفة فان كانت غليظة وهي ما ثبتت بدليل مقطوع به (كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار) اذا كانت قدر الدرهم (جازت الصلاة معه) وقوله ومادونه مستغنى عنه (وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير) وهو قوله تعالى وثيابك فطهر (لم يفصل) بين القليل والكثير (ولنا القليل منها لا يمكن التحرز عنه) فان الذبان يقعن على النجس ثم على الانسان وكذلك دم البراغيث غير ممكن التحرز عنه فكان في القليل ضرورة ومواضع الضرورة مستثناة في دلائل الشرع (فيجعل عفوا وقدرناه) أي القليل (بقدر الدرهم) يعني ذلك لا يمنع فاذا زاد عليه منع وهو قول الشعبي أخذنا به لانه أوسع وكان النخعي يقول اذا بلغت مقدار الدرهم منعت وقوله (أخذا) مفعول مطلق من قدرناه لان فيه معنى الاخذ فالمراد بقدر الدرهم موضع خروج الحدث قال النخعي استقبحوا

ذكر المقاعد في مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم ووجه الاخذ ما قال صاحب الاسرار أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استجمر فليوتر ومن لا فلا حرج عليه والاستجمار هو الاستنجاء فيثبت أن الاستنجاء غير واجب بالحجارة ولا حرج في ذلك فعلم انه سقط حكمه لقلة النجاسة وان ذلك القدر عفو وما ثبت أن الصحابة كانوا يكتفون بالاحجار في الاستنجاء وذلك لا يزيل النجاسة حتى لو جلس المستنجي به في الماء القليل نجسه فاكتفاؤهم به دليل على أن القليل من النجاسة عفو (ثم روى) عن محمد (اعتبار الدرهم من حيث المساحة) حيث قال في النوادر الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف (وروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا) وهو الذي ذكره في كتاب الصلاة قال الفقيه أبو جعفر توفيق بين ألفاظ محمد فنقول ان الاولى يعني رواية المساحة في الرقيق منها والثانية يعني رواية الوزن في الكثيف قوله (وانما كانت نجاسة هذه الاشياء) يعني المذكورة في أول البحث مغلظة (لانها ثبتت بدليل مقطوع به) قيل بالاجماع وقيل التغليظ عند أبي حنيفة يثبت بنص لا معارض له وعندهما يثبت بالاجماع وفي الكتاب اشارة الى ذلك وقيل المراد بالدليل القطعي أن يكون سالما من الاسباب الموجبة للتخفيف من تعارض النصين وتجاذب الاجتهاد والضرورات المخففة

(وقدر الدرهم ومادونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلاة معه وان زاد لم تجز) وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم أخذا عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به

وقيل لا يؤكل واختار قبله في مسئلة الفرك الطهارة وفي مسئلة الجفاف النجاسة/ قال لان النجس لا يطهر الا بالتطهير والفرك تطهير كالغسل ولم يوجد في الارض تطهير وفصل بعضهم في السكين والسيف بين كون المنجس بولا فلا بد من الغسل أو دما فيطهر بالمسح وفي شرح الكنز اذا فرك يحكم بطهارته عندهما وفي أظهر الروايتين عن أبي حنيفة تقل النجاسة ولا تطهر حتى لو أصابه ماء بعد نجاسته لا عندهما ولها أخوات فذكر ذلك الخف وجفاف الارض والدباغة ومسئلة البئر قال فكلها على الروايتين وظاهره كون الظاهر النجاسة في الكل والاولى اعتبار الطهارة في الكل كما اختاره مشايخ المجمع في الارض وهي أبعد الكل اذ لا صنع فيها أصلا ليكون تطهيرا لانه محكوم بطهارتها شرعا بالجفاف على ما فسر به معنى الذكاة في الآثار وملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجيس بخلاف المستنجي بالحجر ونحوه لو دخل في الماء القليل نجس على ما قالوا الان غير المائع لم يعتبر مطهرا في البدن الا في المني على رواية والجواز بغيره لسقوط ذلك المقدار عفوا لا لطهارته فعنه أخذوا كون قدر الدرهم في النجاسات عفوا (قوله و) لو أصاب الثوب (قدر الدرهم الخ) حاصل المذكور في هذا البحث افادة كون قدر الدرهم لا يمنع في الغليظة ومالم يفحش في الخفيفة وتقدير الدرهم والفاحش واعطاء ضابط الغليظة والخفيفة أما الاول ففيه الخلاف المنقول ووجه قولنا ان مالا يأخذه الطرف كوقع الذباب مخصص من نص التطهير اتفاقا فيخص أيضا قدر الدرهم بنص الاستنجاء بالحجر لان محله قدره ولم يطهر حتى لو دخل في قليل ماء نجسه أو بدلالة الاجماع عليه ثم المعتبر وقت الاصابة فلو كان دهنا نجسا قدر درهم فانفرش فصار أكثر

(قوله وقوله أخذا مفعول مطلق من قدرناه لان فيه معنى الاخذ) أقول ويحتمل الحالية (قوله فالمراد بقدر الدرهم موضع خروج الحدث) أقول فيه بحث

أكثر منه لا يمنع في اختيار المرغيناني وجماعة ومختار غيرهم المنع فلو صلى قبل اتساعه جازت وبعده لا ولا يعتبر نفوذ المقدار الى الوجه الآخر اذا كان الثوب واحدا لان النجاسة حينئذ واحد في الجانبين فلا يعتبر متعددا بخلاف ما اذا كان ذا طاقين لتعددها فيمنع وعن هذا فرع المنع لو صلى مع درهم متنجس الوجهين لوجود الفاصل بين وجهيه وهو وجوهر سمكه ولأنه مما لا ينفذ نفس ما في أحد الوجهين فيه فلم تكن النجاسة فيهما متحدة ثم انما يعتبر المانع مضافا اليه فلو جلس الصبي المتنجس الثوب والبدن في حجر المصلي وهو يستمسك أو الحمام المتنجس على رأسه جازت صلاته لانه الذي يستعمله فلم يكن حامل النجاسة بخلاف ما لو حمل من لا يستمسك حيث يصير مضافا اليه فلا يجوز هذا والصلاة مكروهة مع ما لا يمنع حتى قيل لو علم قليل النجاسة عليه في الصلاة يرفضها ما لم يخف فوات الوقت أو الجماعة وأما الثاني فظاهر من الكتاب وقوله في الصحيح اختيار التقدير بعرض الكف على الاطلاق واختار شارح الكنز تبعا لكثير من المشايخ ما قيل من التوفيق بين الروايتين وقاله أبو جعفر لان اعمال الروايتين اذا أمكن أولى خصوصا مع مناسبة هذا التوزيع وقوله لان التقدير فيه بالكثير الفاحش يفيد أن أصل المروي عن أبي حنيفة ذلك على ما هو دأبه في مثله من عدم التقدير فما عد فاحشا منع وما لا فلا حتى روي عنه أنه كره تقديره وقال الفاحش يختلف باختلاف طباع الناس فوقفه على عد طباع المبتلى اياه فاحشا وقد روي عنه تقديره بربع الثوب وربع أدنى ثوب يجوز فيه الصلاة وعن أبي يوسف شبر في شبر وعنه ذراع في ذراع ومثله عن محمد وعن محمد أن يستوعب القدمين ويظهر أن الاول أحسن لاعتبار الربع كثيرا كالكل في مسئلة الثوب ينجس الاربعة وانكشاف ربع العضو من العورة بخلاف ما دونه فيهما غير أن ذلك الثوب الذي هو عليه ان كان شاملا اعتبر ربعه وان كان أدنى ما تجوز فيه الصلاة اعتبر ربعه لانه الكثير بالنسبة الى الثوب المصاب وأما الثالث فعندهما اختلاف العلماء في ذلك لانه يورث شبهة وعنده تعارض النصين في الطهارة والنجاسة واذا فالدم والخمر وخرء الدجاج والبط والاوز والغائط وبول الآدمي وما لا يؤكل لحمه الا الفرس والثقي غليظ اتفاقا لعدم التعارض والخلاف والمراد بالدم غير الباقي في العروق وفي حكمه اللحم المهزول اذا قطع فالدم الذي فيه ليس نجسا وكذا الدم الذي في الكبد لا من غيره كذا قيل قال المصنف في التنجيس وفيه نظر لانه ان لم يكن دما فقد جاور الدم والشئ ينجس بمجاورة النجس وعن أبي يوسف في الباقي أنه معفو في الاكل لا الثوب وغير دم الشهيد ما دام عليه حتى لو حمله ملطخا به في الصلاة صحت بخلاف قتيل غير شهيد لم يغسل أو غسل وكان كافرا لانه لا يحكم بطهارته بالغسل بخلاف المسلم وعين المسك قالوا يجوز أكله والانتفاع به مع ما اشتهر من كونه دما ولم أر له تعليلا وذكرت بعض الاخوان من المغاربة في الزباد فقلت يقال انه عرق حيوان محرم الاكل فقال ما يحيله الطبع الى صلاح كالطيبة يخرج عن النجاسة كالمسك وليس دم البق والبراغيث والسمك بشئ وأما القئ فاذا كان ملء الفم فنجس فأما ما دونه فطاهر على ما هو المختار من قول أبي يوسف وفي فتاوى نجم الدين النسفي صبي ارتضع ثم قاء فأصاب ثياب الام ان كان ملء الفم فنجس فاذا زاد على قدر الدرهم منع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يمنع ما لم يفحش لانه لم يتغير من كل وجه كذا في غريب الرواية لابي جعفر عن أبي حنيفة وهو الصحيح وما قدمناه في النواقض عن المجتبى وغيره يقتضي طهارة هذا القئ فارجع اليه وقوله لانها ثبتت بدليل مقطوع به معناه مقطوع بوجوب العمل به فالعمل بالظني واجب قطعا في الفروع وان كان نفس وجوب مقتضاه ظنيا والاولى أن يريد دليل الاجماع وثمرة الخلاف تظهر في الروث وهو للحمار والفرس والخثى وهو للبقر والبعر وهو للابل والغنم فعنده غليظة لقوله عليه الصلاة والسلام في الروثة انها ركس ولم يعارض وعندهما خفيفة فان ما لكا يرى طهارتها ولعموم البلوى لامتلاء الطرق بخلاف بول الحمار وغيره مما لا يؤكل لان الارض تنشفه حتى

(وان كانت مخففة) وهي ما ثبت بخبر غير مقطوع به (كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن أبي حنيفة) وهو مروي عن محمد أيضا (لان التقدير فيه بالكثير الفاحش) والكثير الفاحش ما يستكثره الناس ويستفحشونه (والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام) كمسح الرأس وانكشاف العورة وغيرهما فيلحق به ههنا وبالكل يحصل الاستفحاش فكذا بما قام مقامه ثم اختلف في تفسير الثوب فقيل أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر وهو مروي عن أبي حنيفة ويقربه ما قال أبو بكر الرازي يعتبر السراويل احتياطا لانه أقصر الثياب (وقيل ربع الموضع الذي أصابه) النجاسة (كالذيل) وهو ما يفهم من قول الرجل فلان شمر الذيل والكم (والخريص وعن أبي يوسف شبر في شبر) أي شبر طولا وشبر عرضا أخذا من باطن الخفين يعني ما يلي الارض من الخف فان باطنه ما يبلغ شبرا في شبر فيجوز تقديرا بالكثير الفاحش به وهذا لان حكم النجاسة التي لها جرم ساقط العبرة في الخفاف لطهارته بالمسح على قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي رواية عن (١٤٢) محمد وبالمسح ان زالت العين فلا يشك في بقاء الاثر وحيث لم يعتبر ذلك قدر به الكثير الفاحش كما قدر الدرهم بموضع الاستنجاء حتى سقط اعتبار ما على السبيل من النجاسة (وانما كان) يعني بول ما يؤكل لحمه (مخففا عند أبي حنيفة وأبي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته) على أصل أبي يوسف رحمه الله فان تخفيفها عنده انما ثبت من سوغ الاجتهاد (أو لتعارض النصين) على أصل أبي حنيفة رحمه الله فان تخفيفها عنده انما ينشأ من تعارض النصين وهو معنى قوله (على اختلاف الاصلين) قال في النهاية انما أخر أصل أبي حنيفة رعاية لفواصل الالفاظ فانها مما يراعى وأرى أن تقديمه ما كان ينافي ذلك ولعله من باب الترقي وثمرة ذلك تظهر في الارواث على ما سنذكره وانما خص الاصل الاول بأبي يوسف وان كان أصل محمد أيضا لان الكلام في بول ما يؤكل لحمه وليس هو بنجس عند محمد فهو في هذه المسئلة خاصة أصل أبي يوسف وحده فخصه وبهذا سقط ما أورده صاحب النهاية

(وان كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب) يروى ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي أصابه كالذيل والخريص وعن أبي يوسف رحمه الله شبر في شبر وانما كانت مخففة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لمكان الاختلاف في نجاسته أو لتعارض النصين على اختلاف الاصلين

(قوله وهذا لان حكم النجاسة التي لها جرم الى قوله حتى سقط اعتبار ما على السبيل من النجاسة) أقول تأمل في هذا المقام (قال المصنف أو لتعارض النصين) أقول يعني حديث استنزهوا البول وحديث العرنيين وقد تقدما (قوله قال في النهاية انما أخر أصل أبي حنيفة رعاية لفواصل الالفاظ فانها مما يراعى وأرى أن تقديمه ما كان ينافي ذلك ولعله من باب الترقي) أقول نعم ولكن يكون الثاني أطول ومراد صاحب النهاية رعاية الفواصل مع تساوي القرينتين كما لا يخفى (قوله وانما خص الاصل الاول بأبي يوسف وان كان أصل محمد أيضا لان الكلام فيما يؤكل لحمه الخ) أقول مما يؤكل ألا يرى الى كاف التشبيه في قوله كبول ما يؤكل لحمه كيف يدل على عموم الكلام

رجع محمد آخرا الى أنه لا يمنع الروث وان فحش لما دخل الري مع الخليفة ورأى بلوى الناس من امتلاء الطرق والخانات بها وقاس المشايخ على قوله هذا طين بخارى لان مشي الناس والدواب فيها وعند ذلك يروى رجوعه في الخف حتى اذا أصابته عذرة يطهر بالدلك وفي الروث لا يحتاج الى الدلك عنده وله أن الموجب للعمل النص لا الخلاف والبلوى في النعال وقد ظهر أثرها حتى طهرت بالدلك فاثبات أمر زائد على ذلك يكون بغير موجب وما قيل ان البلوى لا تعتبر في موضع النص عنده كبول الانسان ممنوع بل تعتبر اذا تحققت بالنص النافي للحرج وهو ليس معارضة للنص بالرأي والبلوى في بول الانسان في الانتضاح كرؤس الابر لا فيما سواه لانها انما تتحقق بأغلبية عسر الانفكاك وذلك ان تحقق في بول الانسان فكما قلنا وقد رتبنا مقتضاه اذ قد أسقطنا اعتباره ثم حديث رمي الروثة هو ما في البخاري من حديث ابن مسعود أتى النبي صلى الله عليه وسلم الغائط فأمرني أن آتيه بثلاثة أحجار فوجدت حجرين والتمست الثالث فلم أجد فأخذت روثة فأتيته بها فأخذ الحجرين وألقى الروثة وقال هذا ركس وأما المراد بالنصين في قوله أو لتعارض النصين فحديث استنزهوا البول وحديث العرنيين وقد تقدما وفرق زفر الحاق الروث كل شئ ببوله وفي مختصر الكرخي قال زفر روث ما يؤكل لحمه طاهر كقول مالك ﴿فرع﴾ مرارة كل شئ كبوله واجتراره كسرقينه قال في التجنيس لانه وارد جوفه ألا ترى أن ما يوارى جوف الانسان بأن كان ماء ثم قاء فحكمه حكم بوله اه وهو يقتضي انه كذلك وان قاء من ساعته وقدمنا في النواقض عن الحسن ما هو الاحسن فارجع اليه وقد صححه بعد قريب ورقة فقال في الصبي ارتضع ثم قاء فأصاب ثياب الام ان زاد على الدرهم منع قال وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يمنع ما لم يفحش لانه

(واذا أصاب الثوب من الروث أو أخثاء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبي حنيفة) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (لان للاجتهاد فيه مساغا) لان مالكا يقول ان البعر والروث وخثي البقر طاهر وقال ابن أبي ليلى السرقين ليس بشئ قليله وكثيره لا يمنع لان ذلك وقود أهل الحرمين ولو كان نجسا ما استعملوه كالعذرة وقوله (ولان فيه ضرورة) بيان أن التخفيف عندهما يثبت بشئ آخر وهو البلوى والضرورة والجواب أن اختلاف العلماء لا يخرج النجاسة عن كونها مغلظة لانها لما لم يرد نص بخلافه كان اختلافهم بناء على الرأي وهو لا يعارض النص وكذلك البلوى لا تعتبر في موضع النص ألا ترى أن البلوى في بول الحمار أكثر لانه يترشش فيصيب الثياب ومع ذلك لا يعفى أكثر من قدر الدرهم وكذلك بول الآدمي ورد بأن الضرورة لم تعتبر في مقابلة النص بالنجاسة لما قال أبو حنيفة بخفة نجاسة بول ما يؤكل لحمه لانه منصوص بقوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول الحديث وأجيب بأنه لم يقل بذلك للضرورة والبلوى بل للتعارض بحديث العرنيين وقوله (بخلاف بول الحمار) جواب عما يقال الضرورة في بول الحمار كالضرورة في روثه وقد قلتم بتغليظه ووجهه انا لا نسلم ذلك (لان الارض تنشفه) فلا يبقى على وجه الارض منه شئ يبتلى به المار بخلاف الروث والجواب لابي حنيفة أن الضرورة انما هي في النعال وقد أثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها بذلك التخفيف

(واذا أصاب الثوب من الروث أو أخثاء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله) لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي أنه عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس أو ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض (وقالا يجزئه حتى يفحش) لان للاجتهاد فيه مساغا ولهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال قد أثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم وزفر رحمه الله فرق بينهما فوافق أبا حنيفة رحمه الله في غير مأكول اللحم ووافقهما في المأكول وعن محمد رحمه الله أنه لما دخل الري ورأى البلوى أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضا وقاسوا عليه طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى (وان أصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يمنع وان فحش) لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند أبي يوسف رحمه الله ولحمه مأكول عندهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله التخفيف لتعارض الآثار

لم يتغير من كل وجه فكان نجاسته دون نجاسة البول بخلاف المرارة لانها متغيرة من كل وجه كذا في غريب الرواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح وفيه ما ذكرنا (قوله وان أصابه بول الفرس) مر محمد على أصله وكذا أبو يوسف وأما عند أبي حنيفة فالتخفيف للتعارض وهو بين قوله استنزهوا البول وحديث العرنيين في بعض متنا ولانه بناء على أن لحم الفرس طاهر وحرمته لكرامته لا لنجاسته وحديث العرنيين يعارض استنزهوا البول في بعض متنا ولانه وهو الحيوان المأكول والمفهوم من طهارة بوله كونه طاهر اللحم اذ لا أثر للاكل في ذلك الا بواسطته فصار هو المعتبر دون كونه مأكولا الا ما أخرجه

المشايخ لا يكون الكثير الفاحش منه مانعا وان كان مختلطا بالعذرات (وعند ذلك) أي عند دخوله في الري (رجوعه) عن الرواية المشهورة عنه (في الخف) أنه لا يطهر بالدلك بالارض (يروى) قال (وان أصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش) كل واحد من أبي يوسف ومحمد مر في هذه المسئلة على أصله في بول ما يؤكل لحمه فان الفرس مأكول عندهما وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة مخففة عند أبي يوسف لا يمنع حتى يفحش (و) طاهر (عند محمد لا يمنع وان فحش) وأما أبو حنيفة فانه حرم أكله وجعل بوله نجسا مخففا للتعارض الآثار وهو حديث العرنيين وقد مر وقوله عليه الصلاة والسلام استنزهوا البول الحديث واعترض بأن التعارض انما يتحقق اذا جهل التاريخ وفي حديث العرنيين دلالة التقدم لان فيه المثلة فيكون منسوخا ولا تعارض بين الناسخ والمنسوخ سلمنا أن فيهما تعارضا ولكنه في بول ما يؤكل لحمه والفرس غير مأكول عنده والكراهة فيه كراهة التحريم فيكون بوله نجسا مغلظا وأجيب عن الاول بأن الدلالة دون العبارة وفي عبارته تعارض فترجح جانب العبارة وتحقق التعارض وهو فاسد لان اشتمال القصة على المثلة يدل على أن العبارة منسوخة فلا تعارض وبأن انتساخ المثلة لا يدل على انتساخ طهارة بول ما يؤكل لحمه لانهما حكمان مختلفان فلا يلزم من انتساخ أحدهما انتساخ الآخر وهو أيضا فاسد لان حديث العرنيين الدال على طهارة بول ما يؤكل لحمه اما أن يكون منسوخا أولا فان كان الاول انتفى التعارض

وان كان الثانى لم تثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه بقوله عليه الصلاة والسلام استنزهوا البول عنده والامر بخلافه وعن الثانى بأن حرمة لحم الفرس عنده لم تكن لنجاسته بل تحرزا عن تقليل مادة الاجتهاد فكان لحمه طاهرا عنده ولهذا قال بطهارة سؤره وهذا يلزم منه الانقطاع لان أول الكلام كان مبنيا على أن بول غير مأكول اللحم عنده نجس غليظ فاذا رد عليه ماذكر قيده بكون الحرمة لنجاسة وقد عرف بطلان ذلك فى أصول الفقه ولصعوبة التفصى عن عهدة هذا المقام ذهب بعض المحققين الى أن المراد بتعارض الآثار التعارض فى لحمه فانه روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال وروى انه صلى الله عليه وسلم أذن فى لحوم الخيل وهذا يوجب التخفيف فى بوله لانه مأكول فى وجه فلا يكون كبول الكلب والحمار والكلام فيه كالكلام فيما قبله لان المبيح منسوخ كما فى الحمار (وان أصابه خرء مالا يؤكل لحمه من الطيور) كالصقر والبازى والحدأة (جازت الصلاة فيه عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا تجوز فقد قيل ان الاختلاف فى النجاسة) يعنى أنه طاهر عندهما وهو المنقول عن الكرخى ونجس عند محمد كالنجو (وقد قيل فى المقدار) يعنى أنه نجس بالاتفاق لكنه خفيف عند أبى حنيفة غليظ عندهما وهو المنقول عن أبى جعفر الهندوانى ويفهم من لفظ المصنف أن أبا يوسف مع أبى حنيفة فى الروايتين جميعا وهكذا ذكره فخر الاسلام فى الجامع الصغير وهو خلاف ما فى المنظومة والمختلف فان فيهما أن أبا يوسف مع أبى حنيفة على رواية الكرخى ومع محمد على رواية الهندوانى وقوله (هو يقول التخفيف للضرورة) على طريقة الهداية وفخر الاسلام وهو ظاهر نجس (ولو وقع فى الاناء قيل يفسده) لامكان صون الاوانى عنه وبه أخذ أبو بكر الاعمش (وقيل لا يفسده لتعذر صون الاوانى عنه) وبه أخذ الكرخى

(وان أصابه خرء مالا يؤكل لحمه من الطيور أكثر من قدر الدرهم جازت الصلاة فيه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تجوز) فقد قيل ان الاختلاف فى النجاسة وقد قيل فى المقدار وهو الاصح هو يقول ان التخفيف للضرورة ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما أنها تذرق من الهواء والتحامى عنه متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع فى الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاوانى عنه

الدليل كالآدمى فانه طاهر اللحم ونجس البول والفرس كذلك (قوله فقد قيل الخ) يعنى اختلف المشايخ فى أن قولهما بجواز الصلاة بناء على طهارة خرء الطيور المحرمة أو على التقدير فيه بالفاحش فقال الكرخى لطهارته عندهما وقال الهندوانى لخفته واتفقوا على أنه نجس مغلظ عند محمد ثم الواقع أن أبا يوسف مع أبى حنيفة على رواية الكرخى ومع محمد على رواية الهندوانى والمفهوم من الهداية أنه مع أبى حنيفة فى الروايتين وليس كذلك فتحصل عن أبى حنيفة روايتان رواية الهندوانى خفيف ورواية الكرخى طاهر وعن أبى يوسف رحمه الله روايتان رواية الهندوانى غليظ ورواية الكرخى طاهر وعن محمد رحمه الله غليظ رواية واحدة وجعل المصنف الاصح التخفيف بناء على أن الضرورة فيه لا تؤثر أكثر من ذلك فانه قلما يصل الى أن يفحش فيمكن تخفيفه (قوله هو يقول) أى محمد (قوله قيل يفسده وقيل لا يفسده) الاول بناء على أنه نجس خفيف أو غليظ وامكان الاحتراز بتخميرها اذ هو معتاد فلا يتحقق فيه ضرورة بل تفريط بخلاف الثوب والبدن وأما الثانى فيمكن كونه بناء على الطهارة أو على سقوط حكم النجاسة مع قيامها للضرورة كما قال أبو يوسف رحمه الله فى شعر الخنزير حتى لو وقع فى الماء أفسده مع اطلاق الانتفاع به للخراز ين للضرورة وقد تظهر أولوية الاول لما قلنا فان قلت ما الفرق لمحمد بين خرء الطيور المحرمة وبول الهرة التى تعتاد البول على الناس حيث روى عنه فيه أنه طاهر فالجواب كأنه بنى نجاسة الخرء على عدم الضرورة اذ قد يصيب الناس وقد لا يصيب بل قلما يشاهد مصاب بخلاف ذلك السنور فان الضرورة فيه متحققة وهما بنيا قيام الضرورة على عدم قدرة الاحتراز عنه هذا ان صحت هذه الرواية والافنى التجنيس بال السنور فى البئر زح كله لان بوله نجس باتفاق الروايات واذا والوا أصاب الثوب أفسده لكن الحق صحتها وحمل الروايات على الروايات الطاهرة أو مطلقا والمراد السنور الذى لا يعتاد البول على الناس والا فقد حكى هو فى موضع آخر من التجنيس اختلاف المشايخ فيما اذا بال على الثوب وفى الخلاصة اذا بالت الهرة فى الاناء أو على ثوب تنجس وكذا بول الفأرة وقال الفقيه أبو جعفر

(قوله وان كان الثانى لم تثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه بقوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا عنه والامر بخلافه) أقول بل يثبت الشك بالتعارض على ما مر (قوله لان أول الكلام كان مبنيا على أن بول غير مأكول اللحم عنده نجس غليظ) أقول ممنوع (قوله والكلام فيه كالكلام فيما قبله لان المبيح منسوخ كما فى الحمار) أقول ان أراد أن المحرم معلوم التأخر فلا نسلم ذلك وان أراد أنه كذلك بالرأى فلا يفيده اذ لا يمنع التعارض الظاهرى فتأمل

قوله (وان أصابه من دم السمك) ظاهر وقوله (ليس بدم على التحقيق) لان الدم على التحقيق يسود اذا شمس ودم السمك يبيض ولهذا يحل تناوله من غير ذكاة وروى المعلى عن أبي يوسف انه اعتبر الكثير الفاحش (فان انتضح (١٤٥) عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشئ) أي بشئ يوجب الغسل على المصلي لانه لا يستطاع الامتناع عنه لا سيما في مهب الريح وقد سئل ابن عباس عن ذلك فقال أنا أرجو من عفو الله أوسع من هذا وعن أبي جعفر الهندواني ان قول محمد مثل رؤس الابر دليل على أن الجانب الآخر من الابر معتبر وغيره من المشايخ قالوا بل لا يعتبر الجانبان جميعا لدفع الحرج قال (والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية) الحصر ضروري لدورانه بين النفي والاثبات وذلك لان النجاسة بعد الجفاف اما أن تكون متجسدة كالغائط والدم أو غيرهما كالبول ونحوه فطهارة الاولى زوال عينها من غير اشتراط عدد فيه (لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها) وقوله (الا أن يبقى من أثره) كلونه ورائحته (ما تشق ازالته) بالاحتياج في الازالة الى غير الماء كالصابون والاشنان فان ذلك لا يمنع الجواز وهو استثناء العرض من العين وهو العين فيكون منقطعا والاصل في ذلك ان ازالة مثل ذلك حرج وهو موضوع وفيه اشارة الى أن عينها اذا زالت بمرة واحدة لا يحتاج الى غسل بعده وقوله (وفيه كلام) أي اختلاف المشايخ

(وان أصابه من دم السمك أو لعاب البغل أو الحمار أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيه) أما دم السمك فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن أبي يوسف رحمه الله انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا وأما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر (فان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشئ) لانه لا يستطاع الامتناع عنه قال (والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منهما مرئيا فطهارته زوال عينها) لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها (الا أن يبقى من أثرها ما تشق ازالته) لان الحرج مدفوع وهذا يشير الى أنه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام (وما ليس بمرئي فطهارته أن يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل أنه قد طهر) لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في أمر القبلة وانما قدروا بالثلاث لان غالب الظن يحصل عنده فأقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة

ينجس الاناء دون الثوب اه وهو حسن لعادة تخمير الاواني هذا وبول الفأرة في رواية لا بأس به والمشايخ على أنه نجس لخفة الضرورة بخلاف خرئها فان فيه ضرورة في الحنطة فقالوا اذا وقع فيها فطحنت جازا كل الدقيق ما لم يظهر أثر الخرء فيه طعما ونحوه وفي الايضاح بول الخفافيش وخرؤه ليس بشئ اه وفي فتاوى قاضيخان بول الهرة والفأرة وخرؤهما نجس في أظهر الروايات يفسد الماء والثوب وبول الخفاش وخرؤه لا يفسد لتعذر الاحتراز عنه ودم البق والبراغيث ليس بشئ ودم الحلمة والاوزاغ نجس (قوله مثل رؤس الابر فليس بشئ) يشير الى أنه لو كان مثل رؤس المسلة منع وقال الهندواني يدل على انه لو كان مثل الجانب الآخر اعتبر وغيره من المشايخ لا يعتبر الجانبين دفعا للحرج وما لم يعتبر اذا أصابه ماء فكثر لا يجب غسله وفي المجتبى في نوادر المعلى لو انتضح ويرى أثره لا بد من غسله اه وقالوا لو ألقى عذرة أو بولا في ماء فانتضح عليه ما من وقعها لا ينجس ما لم يظهر لون النجاسة أو يعلم أنه البول وما ترشش على الغاسل من غسالة الميت مما لا يمكنه الامتناع عنه ما دام في علاجه لا ينجسه لعموم البلوى بخلاف الغسالات الثلاث اذا استنقعت في موضع فأصابت شيأ نجسته أما الماء الثالث وحده فعلى الخلاف السابق أول الباب (قوله الا أن يبقى من أثرها ما يشق) أي لونها أو ريحها ما يحتاج فيه الى استعمال غير الماء كالصابون والاشنان وعلى هذا قالوا لو صبغ ثوبه أو يده بصبغ أو حناء نجسين فغسل الى أن صفا الماء يطهر مع قيام اللون وقيل يغسل بعد ذلك ثلاثا وأما الطهارة لو غسل يده من دهن نجس مع بقاء أثره فانما علله في التجنيس بان الدهن يطهر قال فبقي على يده طاهرا كما روى عن أبي يوسف في الدهن ينجس يجعل في اناء ثم يصب عليه الماء فيعلو الدهن فيرفع بشئ هكذا يفعل ثلاثا فيطهر انتهى وتطهير الغسل النجس على قوله أن يصب عليه ماء فيغلى حتى يعود الى القدر الاول ثلاثا فيطهر وقد يشكل على الحكم المذكور ما في التجنيس حب فيه خمر غسل ثلاثا يطهر اذا لم تبق فيه رائحة الخمر لانه لم يبق فيه أثرها فان بقيت رائحتها لا يجوز أن يجعل فيه من المائعات سوى الخل لانه يجعله فيه يطهر وان لم يغسل لان ما فيه من الخمر يتخلل بالخل الا أن آخر كلامه أفاد أن بقاء رائحتها فيه بقيام بعض أجزائها وعلى هذا قد يقال في كل ما بقي فيه رائحة كذلك وفي الخلاصة الكوز اذا كان فيه خمر تطهيره أن يجعل فيه الماء ثلاث مرات كل مرة ساعة وان كان جديدا عند أبي يوسف يطهر وعند محمد لا يطهر أبدا انتهى من غير تفصيل بين بقاء الرائحة أولا والتفصيل أحوط (قوله وفيه كلام) أي للمشايخ فمنهم من قال يغسل

(١٩ - فتح القدير أول) كان أبو جعفر يقول بعد زوال عين النجاسة تغسل مرتين لانه التحق بغير مرئية فيغسل مرة فيغسل مرتين وطهارة الثانية أن يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر وكلامه ظاهر وقوله (ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه) فانه ذكر فيه

في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج

بعد زوال العين ثلاثا الحاقا له بعدها بنجاسة غير مرئية وعن الفقيه أبي جعفر مرتين كغير مرئية غسلت مرة وقيل اذا ذهب العين والاثر مرة لا يغسل وهو أقيس لان نجاسة المحل بمجاورة العين وقد زالت وحديث المستيقظ من منامه في غير المرئية ضرورة أنه مأمور لتوهم النجاسة ولذا كان مندوبا ولو كانت مرئية كانت محققة وكان حكمه الوجوب (قوله في ظاهر الرواية) احترازعما روى عن محمد من الاكتفاء بالعصر في المرة الاخيرة وتعتبر قوة كل عاصر حتى اذا انقطع تقاطره بعصره ثم قطر بعصر رجل آخر أو دونه يحكم بطهارته ثم هذا مقتصر على ما يعصر ومخصوص منه أيضا أما الثاني فقال أبو يوسف في ازار الحمام اذا صب عليه ماء كثير وهو عليه يطهر بلا عصر حتى ذكر عن الحلواني لو كانت النجاسة دما أو بولا وصب عليه الماء كفاه على قياس قول أبي يوسف في ازار الحمام لكن لا يخفى أن ذلك لضرورة ستر العورة فلا يلحق به غيره وتترك الروايات الظاهرة فيه وقالوا في البساط النجس اذا جعل في نهر ليلة طهر وفي خف بطانته كرباس دخل في خروقه ماء نجس فغسل الخف ودلكه باليد ثم ملأه ماء ثلاثا وأراقه الا أنه لم يتيقن أنه عصر الكرباس طهر كالبساط وأما الاول فلا يخلو كون المتنجس مما تتداخله النجاسة أولا ففي الثاني يغسل ويجفف في كل مرة وهو بذهاب الندوة قالوا في الجلد والخف والمكعب والجرموق اذا أمر الماء عليه ثلاثا وجفف كل مرة طهر وقيل لا يحتاج الى تجفيف وقيل الاحوط وقال المصنف في الآجر المستعمل القديم يكفيه الغسل ثلاثا بدفعة واحدة وكذا الخزفة القديمة المستعملة وينبغي تقييدها بما اذا تنجست وهي رطبة أما لو تركت بعد الاستعمال حتى جفت فانها كالجديدة لانه يشاهد اجتذابها حتى يظهر من ظاهرها وكذا حصير تنجس برطبة يجري عليها الماء الى أن يتوهم زوالها لانه لا طريق سواه واجراء الماء قد يقوم مقام العصر فان كانت يابسة فلا بد من الدلك وهذا محمول على الحصير الصقيلة كاكثر حصر مصر كما في بعض نسخ الواقعات في البوريا من القصب يغسل ثلاثا فيطهر بلا خلاف أما الجديدة المتخذة مما يتشرب فسيأتي وفي الاول فلا تطهر عند محمد أبدا وتطهر عند أبي يوسف كالخزفة الجديدة والخشبة الجديدة والبردي والجلد دبغ بنجس والحنطة انتفخت من النجاسة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة على ما ذكرنا وقيل في الاخيرة فقط والسكين المموه بما نجس يموه ثلاثا بطاهر واللحم وقع في مرقه نجاسة حال الغليان يغلى ثلاثا فيطهر وقيل لا يطهر وفي غير حالة الغليان يغسل ثلاثا كذا في الظهيرية والمرقة لا خير فيها الا أن تكون تلك النجاسة خمرا فانه اذا صب فيها خل حتى صارت كالخل حامضة طهرت وفي التجنيس طبخت الحنطة في الخمر قال أبو يوسف تطبخ ثلاثا بالماء وتجفف كل مرة وكذا اللحم وقال أبو حنيفة اذا طبخت في الخمر لا تطهر أبدا وبه يفتى انتهى والكل عند محمد لا تطهر أبدا ولو ألقيت دجاجة حالة الغليان في الماء قبل أن يشق بطنها التتف أو كرش قبل الغسل لا يطهر أبدا لكن على قول أبي يوسف يجب أن تطهر على فانون ما تقدم في اللحم قلت وهو سبحانه أعلم هو معلل بتشربهما النجاسة المتحللة في اللحم بواسطة الغليان وعلى هذا اشتهر أن اللحم السمين بعصر نجس لا يطهر لكن العلة المذكورة لا تثبت حتى يصل الماء الى حد الغليان ويمكث فيه اللحم بعد ذلك زمانا يقع في مثله التشرب والدخول في باطن اللحم وكل من الامرين غير متحقق في السمين الواقع حيث لا يصل الماء الى حد الغليان ولا يترك فيه الا مقدار ما تصل الحرارة الى سطح الجلد فتنحل مسام السطح عن الصوف بل ذلك الترك يمنع من جودة انقلاع الشعر فالاولى في السمين أن يطهر بالغسل ثلاثا لتنجس سطح الجلد بذلك الماء فانهم لا يحترسون فيه عن المنجس وقد قال شرف الائمة بهذا في الدجاجة والكرش والسمين مثلهما

(مسائل شتى) بئر بالوعة جعلت بئرا ماء ان حفرت قدر ما وصل اليه النجاسة طهر ماؤها لاجوانبها فان

حتى يغسلها ثلاثا وقد تقدم وقوله (في ظاهر الرواية) احترازعما روى عن محمد في غير رواية الاصول اذا غسل ثلاث مرات وعصر في المرة الثالثة يطهر وفي غير رواية الاصول أيضا انه يكتفي بالغسل مرة وهذا فيما ينعصر بالعصر أما في غيره كالحصير مثلا فان أبا يوسف يقول يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة فيطهر لان للتجفيف أثرا في استخراج النجاسة فيقوم مقام العصر اذ لا طريق سواه والحرج موضوع ومحمد يقول لا يطهر أبدا لان الطهارة بالعصر وهو مما لا ينعصر

وسعت

وسعت مع ذلك طهر الكل حوض فيه عصير وقع فيه نجاسة ان كان بحيث لو كان ماء تنجس ينجس والافلا جلد الانسان وقشره يسقط فى الماء ان كان قليلا مثل ما يتناثر من شقوق الرجل لا يفسد الماء وان كان كثيرا قدر الظفر أفسده ولو وقع الظفر نفسه لا ينجس لانه عصب اذا لم تكن عليه رطوبة ماء فم النائم طاهر سواء كان متحللا من الفم أو مرتقيا من الجوف لان الغالب كونه من البلغم وهو طاهر وقد أسلفنا انه اذا كان منتنا أو أصفر نقض اذا كان قدر ملء الفم وفى الظهيرية ماء فم الميت قيل نجس وقد قدمنا فى نافجة المسك ان كان بحال لو أصابها الماء لم تفسد فهى طاهرة والا فنجسة هذا اذا كانت من الميتة أما من الذكية فطاهرة على كل حال ولو سقط بيضة من الدجاجة أو سخلة من أمها فى ماء أو مرقة لا ينجس توضأ ومشى على ألواح مشرعة بعد مشى من برجله قذر لا يحكم بنجاسة رجله ما لم يعلم انه وضع رجله على موضعه للضرورة ومثله المشى فى ماء الحمام لا ينجس ما لم يعلم أنه غسالة متنجس أو جنب على رواية نجاسة الماء المستعمل وماذكر فى الفتاوى من التنجس من وضع رجله موضع رجل كلب فى الثلج أو الطين وتطائر هذه مبنى على رواية نجاسة عين الكلب وليست بالمختارة جلد الحية وان ذكيت يمنع الصلاة لانه لا يحتمل الدباغة لتقام الذكاة مقام الدباغة وعن الحلوانى قيص الحية طاهر وتقدم انه الاصح والشعير الذى يوجد فى بعر الابل والشاة يغسل ويؤكل لا الذى فى خثى البقر لانه لا صلابة فيه وفى التجنيس مشى فى طين أو أصابه ولم يغسله وصلى تجزيه ما لم يكن فيه أثر النجاسة لانها المائع ولم توجد الا أن يحتاط أما فى الحكم فلا يجب وماذكر من التفصيل فى اعادة السن الساقطة بين سنه وسن غيره الاصح عدمه وانه لا يمنع مطلقا لان السن ليست بنجسة لانها عظم أو عصب وقال بعض المشايخ تكره الصلاة فى ثياب الفسقة لانهم لا يتقون الخمور قال المصنف الاصح انه لا يكره لانه لم يكره من ثياب أهل الذمة الا السراويل مع استحلالهم الخمر فهذا أولى انتهى بخلاف ما اذا ثبت بخبر موجب فى التنجيس ولا تجوز الصلاة فى الديباج الذى ينسجه أهل فارس لانه بلغنا انهم يستعملون فيه البول ويزعمون انه يزيد فى بريقه فى يده نجاسة رطبة فجعل يضع يده على عروة الابريق كلما صب على اليد فاذا غسل ثلاثا طهرت العروة مع طهارة اليد لان نجاستها بنجاستها فطهارتها بطهارتها وقد تقدم سرقين يابس وقع فى ثوب مبلول لا ينجس ما لم ير أثره فأرة ماتت فى سمن ان كان جامدا وهو أن لا ينضم بعضه الى بعض قوّر ما حولها فالقى واستصبح به وأكل ما سواه وان كان ذائبا نجسه ما لم يبلغ القدر الكثير على ما مر وقد بينا طريق تطهيره مرت الريح بالعذرات وأصاب الثوب ان وجدت رائحتها تنجس وما يصيب الثوب من بخارات النجاسة قيل ينجسه وقيل لا وهو الصحيح وكذا ما سال من الكنيف الاولى غسله ولا يجب ما لم يكن أكبر رأيه نجاسة وفى الخلاصة مرت الريح على النجاسات وثمة ثوب تصيبه قال الحلوانى تنجس ولو استنجى بالماء ولم يمسحه اختلفوا فيه وعامتهم أنه لا ينجس ما حوله وكذا لو لم يستنج ولكن ابتل سراويله بالماء أو بالعرق ثم فسا غير أن جواب شمس الائمة أنه يتنجس ولو صب ماء فى خمر أو بالقلب ثم صار خلا كان طاهرا فى الصحيح بخلاف ما لو وقعت فيها فأرة ثم أخرجت بعد ما تخللت فانه يكون نجسا فى الصحيح لانها تنجست بعد التخلل بخلاف ما لو أخرجت قبل التخلل ولو عصر عنبا فأدمى رجله فسال مع العصير لا ينجس عند أبى حنيفة وأبى يوسف كالماء الجارى حب فيه ماء أو رب استخرج وجعل فى اناء ثم أخذ من آخر وجعل فى هذا الاناء أيضا ثم وجد فيه فأرة ان غاب هو ساعة فالنجاسة للاناء خاصة وان لم يغب ولم يعلم من أى الحبين هى صرفت النجاسة الى الحب الاخير هذا اذا يجرى فلم يقع على شئ فان وقع عمل به وهذا اذا كانا لواحد فان كانا لاثنين كل منهما يقول ما كانت فى حبى فكلاهما طاهر واذا تلطخ ضرع شاة بسرقينها فحلبها راع بيد رطبة ففى نجاسته روايتان

﴿فصل فى الاستنجاء﴾

(الاستنجاء سنة) لان النبى عليه السلام واظب عليه (ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه) لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود (وليس فيه عدد مسنون) وقال الشافعى رحمه الله لابد من الثلاث لقوله عليه السلام وليستنج بثلاثة أحجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج

﴿فصل فى الاستنجاء﴾

هو ازالة ما على السبيل من النجاسة فان كان المزال به حرمة أو قيمة كره كقرطاس وخرقة وقطنة وخل قيل يورث ذلك الفقر (قوله واظب عليه) ولذا كان كما ذكر فى الاصل سنة مؤكدة ولو تركه صحت صلاته قال فى الخلاصة بناء على أن النجاسة القليلة عفو عندنا وعلماؤنا فصلوا بين النجاسة التى على موضع الحدث والتى على غيره فى غير موضع الحدث اذا تركها يكره وفى موضعه اذا تركها لا يكره وما عن أنس رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل الخلاء فأحمل أنا وغلام نحوى اداوة من ماء وعنزة فيستنجى بالماء متفق عليه ظاهر فى المواظبة بالماء ومقتضاه كراهة تركه وكذا ما روى ابن ماجه عن عائشة قالت ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من غائط قط الا مس ماء ولكن لا يخفى أن هذا مشترك الدلالة بين كون المس قبل الخروج أو بعده والمراد أنه صلى الله عليه وسلم ما فرغ من قضاء الحاجة الا توضأ بيانا للملازمة الوضوء والمطلوب يتم بالحديث الاول (قوله وما قام مقامه) يعنى من الاعيان الطاهرة المزيلة فخرج الزجاج والثلج والآجر والخزف والفحم (قوله لان المقصود الخ) يفيد أنه لا حاجة الى التقييد بكيفية من المذكورة فى الكتب نحو اقباله بالحجر فى الشتاء وادباره به فى الصيف لاسترخاء الخصيتين فيه لا فى الشتاء وفى المجتبى المقصود الانقاء فيختار ما هو الابلغ والاسلم عن زيادة التلويث اه فالاولى أن يقعد مسترخيا كل الاسترخاء الا ان كان صائما والاستنجاء بالماء ولا يتنفس اذا كان صائما ويحترز من دخول الاصبع المبتلة كل ذلك يفسد الصوم وفى كتاب الصوم من الخلاصة انما يفسد اذا وصل الى موضع الحقنة وقلما يكون ذلك اه وللخافة ينبغى أن ينشف المحل قبل أن يقوم ويستحب لغير الصائم أيضا حفظا للثوب من الماء المستعمل ويغسل يديه قبل الاستنجاء وبعده وينبغى أن يخطو قبله خطوات والمقصود أن يستبرئ وفى المبتغى والاستبراء واجب ولو عرض له الشيطان كثيرا لا يلتفت اليه بل ينضح فرجه بماء أو سراويله حتى اذا شك حمل البلل على ذلك النضح ما لم يتيقن خلافه ولا يمتخط ولا يبزق ولا يذكر الله تعالى حال جلوسه ولا فى ذلك المحل وبالماء البارد فى الشتاء أفضل بعد تحقق الازالة به ولا يدخل الاصبع قيل يورث الباسور والمرأة كالرجل تغسل ما ظهر منها ولو غسلت براحتها كفاها (قوله وليستنج الخ) روى البيهقى فى سننه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما أنا لكم مثل الوالد اذا ذهب أحدكم الى الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها بغائط ولا بول ويستنجى بثلاثة أحجار ونهى عن الروث والرمة وأن يستنجى الرجل بيمينه ورواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان فى صحيحه كلهم بلفظ وكان يأمر بثلاثة أحجار وانما عزوناه للبيهقى لانه بلفظ الكتاب وعن عائشة رضى الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا ذهب أحدكم الى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار فانها تجزئ عنه رواه الامام أحمد وأبو داود والنسائى وفى رواية فليستطب بثلاثة أحجار رواها الدارقطنى وقال اسناده صحيح (قوله ولنا قوله عليه السلام الخ) عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من اكتحل فليوتر من فعل فقد أحسن ومن

قيل لم يذكر محمد الاستنجاء عند ذكر سنن الوضوء وان كان من أقوى سننه لانه أراد بهذا الوضوء الوضوء عن النوم لا عن البول والغائط والاستنجاء لهذا الوضوء ليس بسنة وانما قلنا ذلك لان الله تعالى بدأ بالوضوء عن النوم هكذا جاء عن بعض الصحابة فانه كان يقرأ يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم من مضاجعكم الى الصلاة وأقول انما ذكره ههنا لان الاستنجاء لازالة النجاسة العينية فذكره ههنا أنسب وفى المغرب نجا وأنجى اذا أحدث وأصله من النجو وهو المكان المرتفع لانه يستتر بها وقت قضاء الحاجة ثم قالوا استنجى اذا مسح موضع النجو وهو ما يخرج من البطن أو غسله وهو (سنة لان النبى صلى الله عليه وسلم واظب عليه) والمواظبة مع الترك دليل السنية (ويجوز بالحجر وما يقوم مقامه) من المدر واللبد والقطن وغيرها فى التنقية وكيفيته أن (يمسح الموضع حتى ينقيه) لان الانقاء هو المقصود فيعتبر ما هو المقصود (وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعى لابد من التثليث لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أبى أيوب الانصارى وليستنج بثلاثة أحجار) أمر والامر للوجوب فالحديث يدل على وجوبه بكيفية معلومة (ولنا ما روى أبو هريرة من قوله صلى الله عليه وسلم من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج) وهذا يدل على نفى الوجوب والعدد لانه قال فليوتر

والايتار يقع على الواحد ومارواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز بالاجماع (وغسله بالماء أفضل) لقوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا نزلت فى أقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء ثم هو أدب

ومن لا فلا حرج ومن استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج ومن أكل فما تخلل فليلفظ وما لاك بلسانه فليبتلع ومن فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج ومن أتى الغائط فليستتر فان لم يجد الا أن يجمع كثيبا من رمل فليستدبره فان الشيطان يلعب بمقاعد بنى آدم من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج حديث حسن رواه أبو داود وابن حبان فى صحيحه والايتار يقع على الواحدة فاذا لم يكن حرج فى ترك الايتار لم يكن حرج فى ترك الاستنجاء وفيه نظر فان المنفى على هذا التقدير انما هو الايتار عمن استنجى وذلك لا يتحقق الا بنفى ايتار هو فوق الواحدة فان بنفى الواحدة ينتفى الاستنجاء فلا يصدق نفى الايتار مع وجود الاستنجاء فلا يتم الدليل الا بصرف النفى الى كل ما ذكر فيدخل فيه أصل الاستنجاء ان أحب ومجرد الايتار فيه والمعنى من فعل ما قلته كله فقد أحسن ومن لا فلا حرج ومارواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز فعلم أن المراد عدد المسحات غير أنه قدر بالثلاث لان غالب الظن يحصل عنده كما قدره فى حديث المستيقظ لا لتحقق المانع فى المستيقظ لكن هذا اذا كان الاستجمار خاصا فى الاستنجاء لكنه مشترك بينه وبين استعمال الجمر فى البخور كما فى قولهم تجمر الاكفان فى الجنائز واستجمر فلان أى تبخر واستجمر ابن صبيح الكاتب عند المأمون فأدخل رأسه يشم البخور فأمر من يحبسه فاغتم وكان سبب موته فى مثل كثيرة يطول نقلها فيكون لفظ الحديث لبيان سنية الايتار فى البخور والتطيب وان استدل بأن الجمر لا يزيل ولذا ينجس الماء القليل اذا دخله المستنجى به فلقائل أن يمنعه ويقول جاز اعتبار الشرع طهارته بالمسح كالنعل وقد أجروا الروايتين فى الارض تصيبها النجاسة فتجف ثم تبتل والثوب يفرك من المنى ثم يبتل فى عدة نظائر قدمناها وقياسه أن يجرى أيضا فى السبيل اللهم الا أن يكون اجماع فى التنجس بدخول المستنجى به ثم المختار عند كثير فى تلك النظائر أن لا يعود نجسا وقياس قولهم أن لا يعود السبيل نجسا يلزمه أن لا ينجس الماء وقد صرح بالخلاف فى تنجس السبيل باصابة الماء فعلى أحد القولين لا ينجس الماء صريحا هذا وأجمع المتأخرون أنه لا ينجس بالعرق حتى لو سال العرق منه وأصاب الثوب والبدن أكثر من قدر الدرهم لا يعفى والذى يدل على اعتبار الشارع طهارته بالحجر ونحوه ماروى الدارقطنى عن أبى هريرة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يستنجى بروث أو عظم وقال انهما لا يطهران وقال اسناده صحيح فعلم أن ما أطلق الاستنجاء به يطهر اذ لو لم يطهر لم يطلق الاستنجاء به بحكم هذه العلة (قوله لقوله تعالى الخ) لا يطابق المدلول وهو أن الماء أفضل ماذكر بل مقتضاه أن الجمع أفضل وهو لا يستلزم أفضلية الماء منفردا ثم هو حديث رواه البزار وقال لا نعلم أحدا رواه عن الزهرى الا محمد بن عبد العزيز ولا نعلم أحدا روى عنه الا ابنه اه وقال ابن أبى حاتم سألت أبى عنه فقال هم ثلاثة اخوة محمد بن عبد العزيز وعبد الله بن عبد العزيز وعمران بن عبد العزيز وهم ضعفاء فى الحديث ليس لهم حديث مستقيم والذى يطابق المدلول حديث ابن ماجه عن طلحة بن نافع قال أخبرنى أبو أيوب وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك لما نزلت فيه رجال يحبون أن يتطهروا قال صلى الله عليه وسلم يا معشر الانصار ان الله قد أثنى عليكم فى الطهور فما طهوركم قالوا نتوضأ للصلاة ونغتسل من الجنابة ونستنجى بالماء قال هو ذاكم فعليكموه وسنده حسن وان كان عتبة بن حكيم فيه مقال ضعفه النسائى وعن ابن معين فيه روايتان وقال أبو حاتم صالح الحديث وقال ابن عدى أرجو أنه لا بأس به وأخرج الحاكم الحديث وصححه والحاصل أن الجمع أفضل ثم الماء ثم غيره

(والايتار يقع على الواحد) وقال ومن لا فلا حرج نفى الحرج عمن ترك الاستنجاء أصلا فدل على أنه لا يفترض (ومارواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز بالاجماع) فلا يصح الاستدلال به أو يحمل الامر على الاستحباب توفيقا بين الحديثين (وغسله بالماء أفضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا نزلت فى أقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء) يعنى أهل قباء قوله (ثم هو) أى غسله بالماء (أدب) لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يستنجى بالماء مرة ويتركه أخرى وهذا حد الادب

وقيل هو سنة في زماننا ويستعمل الماء الى أن يقع في غالب ظنه أنه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلاث في حقه وقيل بالسبع (ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز فيه الا الماء) وفي بعض النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا الان المسح غير مزيل الا أنه اكتفى به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد رحمه الله مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع (ولا يستنجي بعظم ولا بروث) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن (ولا) يستنجي (بطعام) لانه اضاعة واسراف (ولا بيمينه) لان النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين

(قوله وقيل هو) اى استعمال الماء سنة في زماننا قاله الحسن البصري فقيل له ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يتركونه فقال انهم كانوا يبعرون بعرا وأنتم تثلطون ثلطا ورواه البيهقي في سننه عن علي رضي الله عنه قال ان من كان قبلكم كانوا يبعرون بعرا وأنتم تثلطون ثلطا فأتبعوا الحجارة الماء هذا والنظر الى ما تقدم أول الفصل من حديث أنس وعائشة رضي الله عنهما يفيد أن الاستنجاء بالماء سنة مؤكدة في كل زمان لافادته المواظبة وانما يستنجي بالماء اذا وجد مكانا يستتر فيه نفسه ولو كان على شط نهر ليس فيه ستر لو استنجى بالماء قالوا يفسق وكثيرا ما يفعله عوام المصلين في الميضأة فضلا عن شاطئ النيل (قوله موسوسا) بكسر الواو لانها حديث النفس فهو نفسه يتحدث واذا فتح وجب وصله فيقال موسوسا اليه أي تلقي اليه الوسوسة وفيما نقل أيضا تقديره بعشر مرات أي صبات للماء وفي الخلاصة منهم من شرط الثلاث ومنهم من شرط السبع ومنهم من شرط العشرة ومنهم من وقت في الاحليل ثلاثا وفي المقعدة خمسا والصحيح أنه مفوض الى رأيه فيغسل حتى يقع في قلبه أنه طهر اه وكان المراد بالاشتراط الاشتراط في حصول السنة والا فترك الكل لا يضره عندهم (قوله لسقوط اعتبار ذلك الموضع) تقدم أن كون قدر الدرهم ليس مانعا مأخوذ من سقوط غسل أحد السبيلين ومعنى هذا ليس الا أنه سقط شرعا لدليل فعرفنا ذلك الدليل أن قدره وهو الدرهم معفو عنه شرعا واذا كان هو المعرف فسقوطه أيضا هو لأنه قدره فيلزم الغسل اذ زاد بالاصل غاية ما فيه أنه أول محل عرفنا ذلك وهو لا يقتضي أن يعتبر فيه درهم آخر معه والا لقيل في غيره أيضا مقدار الدرهم ساقط فيعتبر القدر المانع وراءه وهو باطل واذا لم يسقط الزائد لا يجزئ فيه الحجر وفي الخلاصة وان خرج القيح أو الدم من ذلك الموضع لا يكفيه الحجر هذا اذا كانت النجاسة التي على موضع الاستنجاء قدر الدرهم أو أقل فان كانت أكثر عن أبي حنيفة يكفيه الحجر وعن محمد لا يكفيه وعن أبي يوسف روايتان (قوله نهى عن ذلك) فيكره ويصح روى البخاري من حديث أبي هريرة قال له النبي صلى الله عليه وسلم ابغني أحجارا أستنفض بها ولا تأتني بعظم ولا بروثة قلت ما بال العظام والروثة قال هما من طعام الجن وروى الترمذي لا تستنجوا بالروث ولا بالعظام فانه زاد اخوانكم من الجن (١) وعلى هذا القائل أن يستدل على طهارة الاروث كقول مالك بهذا فانه لو كان نجسا لم يحل طعاما للجن اذ الشريعة العامة لم تختلف في حق النوعين من المكلفين الا بدليل والجواب قد وجد الدليل وهو قوله فيها ركس أو رجس ولا يجزيه الاستنجاء بحجر استنجى به مرة الا أن يكون له حرف آخر لم يستنج به (قوله لانه اسراف وإهانة) واذا كرهوا وضع المملحة على الخبز للاهانة فهذا أولى فلو فعل فأنقى أثم وطهر المحل على احدى الروايتين في جواز المائع في البدن وكذا بالعظم (قوله نهى عن الاستنجاء باليمين) عن أبي قتادة قال اذا بال أحدكم فلا يأخذن ذكره بيمينه ولا يستنجي بيمينه ولا يتنفس في الاناء متفق عليه

---

(١) قول الفتح وعلى هذا القائل الخ كذا بالاصول ولعل المناسب وعلى هذا لقائل أن يقول يستدل الخ وحرر اه مصححه

وقيل هو سنة في زماننا) لان أهل الزمان الاول كانوا يبعرون بعرا وأهل زماننا يثلطون ثلطا هكذا يروى عن الحسن البصري

وقوله (الا اذا كان موسوسا) بالكسر والوسوسة حديث النفس وانما قيل موسوس لانه يحدث بما في ضميره (فيقدر بالثلاث في حقه) كما في غير المرئية لان البول غير مرئي والغائط وان كان مرئيا لكن المستنجي لا يراه فكان بمنزلة البول (وقيل بالسبع) اعتبارا بالحديث الذي ورد في ولوغ الكلب وقوله (ولو جاوزت النجاسة مخرجها) قيل بأن يتلطخ نفسه وما حوله من موضع الشرج (لم يجز الا الماء) وفي بعض نسخ المختصر الا المائع وقوله (وهذا) يعني قوله الا الماء والا المائع (يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء) يعني ان قوله الا الماء يدل على أن ازالة النجس الحقيقي عن البدن لا يجوز الا بالماء وقوله الا المائع يدل على ان ازالته تجوز بالمائع الذي يمكن ازالة النجاسة به وقوله (على ما بينا) أي في أول باب الانجاس وقوله (وهذا) أي الذي قلنا من اشتراط المائع (اذا جاوزت النجاسة مخرجها) لما أن المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء بالضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى غيرها فلا يجوز الا الماء أو المائع وقوله (ثم يعتبر المقدار المانع) ظاهر وقوله اعتبارا

بسائر المواضع يعني أن في سائر المواضع قدر الدرهم عفو فاذا زاد عليه يكون مانعا فكذا في موضع الاستنجاء والباقي ظاهر الخ

كتاب الصلاة

قد تقدم في أول الكتاب وجه تقديم الصلاة على سائر المشروعات بعد الايمان وهي في اللغة عبارة عن الدعاء وفي الشرع عبارة عن الاركان المعهودة والافعال المخصوصة وسميت بالصلاة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهي من المنقولات الشرعية وسبب وجوبها أوقاتها والامر طلب أداء ما وجب في الذمة بسبب الوقت وقد ذكرنا وجه ذلك في التقرير وشرائطها الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية وتكبيرة الافتتاح فان قلت جعلت الوقت سببا فكيف يكون شرطا قلت هو سبب للوجوب وشرط للاداء وأركانها القيام والقراءة والركوع والسجود والقعدة الاخيرة مقدارا التشهد وحكمها سقوط الواجب عنه بالاداء في الدنيا ونيل الثواب الموعود في الآخرة وهي فريضة قائمة وشريعة ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب وهو قوله تعالى وأقيموا الصلاة وقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى فانه يدل على فرضيتها وعلى كونها خمسا لانه أمر بحفظ جميع الصلوات وعطف عليها الصلاة الوسطى وأقل جمع يتصور معه وسطى هو الاربع وبالسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من المشاهير وبالاجماع فقد أجمعت الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر ولا ردّ ادّ فمن أنكر شرعيتها كفر بلا خلاف

باب المواقيت

المواقيت جمع ميقات والميقات ما وقت به أي حدد من زمان كمواقيت الصلوات (١٥١) أو مكان كمواقيت الاحرام وانما ابتدأ ببيان الوقت لانه سبب للوجوب وشرط للاداء فكان له جهتان في التقديم وقدم من بينها وقت الفجر لانه متفق عليه في أوله وآخره ولان صلاة الفجر أول من صلاها آدم عليه السلام حين أهبط من الجنة وأظلمت عليه الدنيا وجن الليل ولم يكن يرى قبل ذلك فخاف خوفا شديدا فلما انشق الفجر

(كتاب الصلاة)

(باب المواقيت)

(أول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو البياض المعترض في الافق وآخر وقتها مالم تطلع الشمس) لحديث امامة جبريل عليه السلام فانه أم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها

(كتاب الصلاة)

(قوله لحديث امامة جبريل) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين فصلى بي الظهر في الأولى منهما حين كان الفيء مثل الشراك ثم صلى العصر حين كان كل شئ مثل ظله ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم ثم صلى العشاء حين غاب الشفق ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شئ مثله لوقت العصر بالامس ثم صلى العصر حين كان ظل كل شئ مثليه ثم صلى المغرب

صلى ركعتين شكرا لله تعالى الركعة الاولى للنجاة من ظلمة الليل والثانية شكرا لرجوع ضوء النهار فكان ذلك سبب كونها ركعتين وفرضت علينا فلما كانت أول صلاة صلاها الانسي قدمها في الذكر وأول وقتها اذا طلع الفجر الثاني أي الفجر الصادق وهو البياض المعترض في الافق واحترز به عن الفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو في السماء ويعقبه ظلام وتسميه العرب ذنب السرحان (وآخر وقتها مالم تطلع الشمس) قيل هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على الجزء لان قوله مالم تطلع الشمس يتناول من وقت طلوع الفجر الى طلوع الشمس وليس بمراد بل المراد جزء قبيل طلوع الشمس وهو جزء من جميع الوقت وحديث جبريل عليه السلام هو ما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أمني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين وصلى بي الظهر

كتاب الصلاة

(قوله وأقل جمع يتصور معه وسطى هو الاربع) أقول هذا الاستدلال انما ينتهض لو لم يكن عطف قوله تعالى والصلاة الوسطى من قبيل عطف الروح على الملائكة

باب المواقيت

(قال المصنف أول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني) أقول أي أول وقت صلاة الفجر وقوله اذا في قوله اذا طلع الفجر الثاني استعمل اسما لا ظرفا (قوله لانه سبب للوجوب وشرط للاداء) أقول ولانه لا مدخل فيه لاختيار العبد وكسبه بل هو بمجرد خلق الله تعالى بخلاف سائر الشرائط (قوله قيل هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على الجزء الخ) أقول بل الاظهر أنه من اطلاق العام على الخاص ثم أقول والاولى أن يحمل على حذف المضاف وهو كثير فالمعنى وآخره آخر الاوقات التي لم تطلع الشمس فيها فتأمل

في اليوم الاول حين زالت الشمس وصار الفيء مثل الشراك وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله وصلى بي المغرب حين غابت الشمس وصلى بي العشاء حين غاب الشفق وصلى بي الفجر حين طلع الفجر وصلى بي الظهر في اليوم الثاني حين زالت الشمس وصار ظل كل شيء مثله وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه وصلى بي المغرب حين غربت الشمس لوقته بالامس وصلى بي العشاء حين مضى ثلث الليل أو قال نصف الليل وصلى بي الفجر حين طلع الفجر وأسفر وكادت الشمس أن تطلع ثم قال يا محمد هذا وقتك ووقت الانبياء من قبلك والوقت ما بين هذين الوقتين واعترض بأن قوله ما بين هذين الوقتين يقتضي أن لا يكون الاول والآخر وقتا وذلك خلاف المطلوب وأجيب بأنه لو اقتضى ذلك كانت الصلاة فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن ذلك تعليما للوقت وانما معناه ليس الوقت منحصرا فيهما بل ما فعلناه بيان للحاضرين وما بينهما وقت أيضا فكان الفعل بيانا للطرفين والقول لما بينهما وقوله (ولا معتبر بالفجر الكاذب) ظاهر وقوله (اذا زالت الشمس) قيل أصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع انه يغرز خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ الظل منه علامة فما دام الظل ينقص من الخط فهو قبل الزوال فاذا وقف لا يزيد ولا ينقص فهو ساعة الزوال التي هي عبارة عن فيء الزوال فاذا أخذ الظل في الزيادة فقد علم أن الشمس قد زالت كذا في المبسوط وفي المحيط واذا أخذ الظل في الزيادة فالشمس قد زالت

في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين أسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين الوقتين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم أذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق أي المنتشر فيه (وأول وقت الظهر اذا زالت الشمس) لامامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس (وآخر وقتها عند أبي حنيفة رحمه الله اذا صار ظل كل شيء مثليه)

لوقته الاول ثم صلى العشاء الاخيرة حين ذهب ثلث الليل ثم صلى الصبح حين أسفرت الارض ثم التفت جبريل فقال يا محمد هذا وقت الانبياء من قبلك والوقت فيما بين هذين الوقتين رواه أبو داود والترمذي وقال حسن صحيح وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد اه لكن فيه عبد الرحمن بن الحارث ضعفه أحمد ولينه النسائي وابن معين وأبو حاتم ووثقه ابن سعد وابن حبان وقد أخرجه عبد الرزاق عن عبد الرحمن هذا باسناده وأخرجه أيضا عن العمري عن عمر بن نافع عن جبير بن مطعم عن أبيه عن ابن عباس فكأنه أكد تلك الرواية بمتابعة ابن أبي بسرة عن عبد الرحمن ومتابعة العمري عن ابن نافع الخ وهي متابعة حسنة كذا في الامام وبزق بالزاي أي بزغ وهو أول طلوعه وقد روى حديث الامامة من حديث عدة من الصحابة منها حديث جابر بمعناه وفيه ثم جاءه للصبح حين أسفر جدا يعني في اليوم الثاني فقال قم يا محمد فصل فقام فصلى الصبح ثم قال ما بين هذين وقت كله قال الترمذي قال محمد يعني البخاري حديث جابر أصح شيء في المواقيت والحديث الثاني رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي كلهم في الصوم واللفظ للترمذي عن سمرة بن جندب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعنكم من سحوركم أذان بلال ولا الفجر المستطيل ولكن الفجر المستطير في الافق (قوله وأول وقت الظهر اذا زالت الشمس) معرفة الزوال أن تنصب عصا مثلا بين أوقات الضحى فما دام الظل ينقص من الخط على رأس موضع الزيادة فيكون من رأس الخط الى العود في الزوال فاذا صار ظل العود مثليه من رأس الخط لا من العود خرج وقت الظهر عند أبي حنيفة ثم هو يختلف باختلاف الامكنة والاوقات حتى قيل انه في أطول أيام السنة لا يبقى بمكة في ذلك الوقت ظل على الارض وكذا بالمدينة تأخذ الشمس الحيطان الاربعة وذلك الفيء غير معتبر في التقدير بالظل بل المعتبر ما سواه وقوله (وآخر وقتها عند أبي حنيفة اذا صار ظل كل شيء مثليه) اعلم أن الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله اختلفت في آخر وقت الظهر روى محمد عنه اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى الظل في فيء الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وهو الذي عليه أبو حنيفة وروى الحسن بن زياد عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وزفر والشافعي رحمهم الله وروى أسد بن عمرو وعلي بن جعد عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سواه خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شيء مثليه وعلى هذا يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الظهر والفجر

(قوله وصار الفيء مثل الشراك) أقول أي صار ظل الشخص في ذلك الوقت في جانب المشرق بقدر شراك النعل (قوله واعترض بأن قوله ما بين هذين الوقتين يقتضي أن لا يكون الاول والآخر وقتا وذلك خلاف المطلوب) أقول وقوله يقتضي أن لا يكون الاول الخ ممنوع وسيجيء التفصيل في الطلاق (قوله وأجيب بأنه لو اقتضى ذلك كان الصلاة فيهما واقعة في غير الوقت) أقول والاظهر أن يقال الفعل دل على أن الغاية داخلة في المغيا (قال المصنف انما الفجر المستطير) أقول قوله انما الفجر مبتدأ وقوله المستطير خبره (قوله فهو ساعة الزوال) أقول فيه تسامح لظهور أن ساعة الزوال ليست في فيء الزوال فيحمل على حذف المضاف أي فهو ظل ساعة الزوال

قال الكرخي وهذه أعجب الروايات الى لموافقتها الظاهر الاخبار وقوله آخر الوقت اذا صار ظل كل شئ مثليه فيه تسامح لان آخر الشئ منه واذا صار ظل كل شئ مثليه خرج وقت الظهر عنده وكذا اذا صار مثله عندهما ألا ترى الى ما في المنظومة

والعصر حين المرء يلقى ظله * قد صار مثليه وقالا مثله

وتأويله آخر الوقت الذي يتحقق عنده خروج الظهر بدليل قوله فيما بعد بخطوط وآخر وقت المغرب حين يغيب الشفق ولا شك أن يغيبوبة الشفق يتحقق الخروج وقوله (لهما امامة جبريل عليه السلام) اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها في اليوم الاول أي امامته للعصر في اليوم الاول في هذا الوقت وفي بعضها في اليوم الثاني أي امامته للظهر وفي بعضها امامته للعصر في اليوم الثاني في هذا الوقت أي الوقت الذي جعله أبو حنيفة وقت الظهر وهو ما اذا صار ظل كل شئ مثليه وقوله (وله قوله عليه الصلاة والسلام) أي ما روى أبو سعيد أبردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم أي ادخلوا الصلاة في البرد يعني صلوها اذا سكنت شدة الحر وقوله (من فيح جهنم) أي شدة حرها (وأشد الحر في ديارهم) كان (في هذا الوقت) يعني اذا صار ظل كل شئ (١٥٣) مثله وهذا معارض بحديث امامة جبريل

سوى في الزوال وقالا اذا صار الظل مثله) وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وفي الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال لهما امامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول في هذا الوقت ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام أبردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم وأشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك (وأول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس)

الظل ينقص فهي في الارتفاع فاذا أخذ في يزيد فأول أخذه الزوال فليحفظ مقدار الظل اذ ذاك فاذا بلغ ظل كل شئ طوله أو طوليه على الخلاف مع ذلك المقدار خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وعن أبي حنيفة من رواية أسد بن عمرو اذا بلغ طوله مع فيء الزوال خرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر الى الطولين وقال المشايخ ينبغي أن لا يصلي العصر حتى يبلغ طولي الشئ ولا يؤخر الظهر الى أن يصير طوله ليخرج من الخلاف فيهما (قوله وله قوله الخ) عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم اذا اشتد الحر فابردوا بالصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم رواه الستة وانفرد البخاري بحديث أبي سعيد الخدري أبردوا بالظهر فان شدة الحر الخ (قوله واذا تعارضت الآثار) يعني حديث الامامة وهذا الحديث وثبوت التعارض متعلق بصدق المقدمة القائلة أشد الحر في ديارهم اذا كان ظل كل شئ مثله فلا ينقضي الوقت بالشك بل الظاهر اعتبار كل حديث روى مخالفا لحديث جبريل ناسخا لما خالفه فيه لتحقق تقدم امامة جبريل على كل حديث روى في الاوقات لانه أول ما علمه اياها بقي أن يقال هذا البحث انما يفيد عدم خروج وقت الظهر ودخول وقت العصر بصيرورة الظل مثلا غير فيء الزوال ونفي خروج الظهر بصيرورته مثلا لا يقتضي أن أول وقت العصر اذا صار مثلين حتى ان ما قبله وقت الظهر وهو المدعى فلا بد له من دليل وغاية ما ظهر أن يقال ثبت بقاء وقت الظهر عند صيرورته مثلا نسخا لامامة جبريل فيه في

لان امامته عليه السلام في صلاة العصر في اليوم الاول فيما اذا صار ظل كل شئ مثله دلت على خروج وقت الظهر والامر بالابراد بالظهر دل على عدم خروجه لان شدة الحر في ديارهم كان في هذا الوقت (واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت) الثابت بيقين (بالشك) قيل أول من صلى بعد الزوال ابراهيم عليه السلام حين أمر بذبح الولد صلى أربعا الاولى شكرا لذهاب غم الولد والثانية شكرا لنزول الفداء والثالثة لرضا الله تعالى حين فودي قد صدقت الرؤيا والرابعة لصبر ولده على مضرة الذبح

(٢٠ ـ فتح القدير اول) وكان ذلك منه تطوعا وقد فرض علينا وقوله (وأول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين) أي قول أبي حنيفة في الرواية المشهورة عنه وقول صاحبيه فعنده اذا صار ظل كل شئ مثليه سوى فيء الزوال دخل وقت العصر وعندهما اذا صار ظل كل شئ مثله (وآخر وقتها وقت غروب الشمس

(قوله قال الكرخي وهذه أعجب الروايات الى لموافقتها الظاهر الاخبار) أقول في الموافقة بحث (قوله وتأويله آخر الوقت الذي يتحقق عنده خروج الظهر) أقول وفيه بحث ثم أقول قوله الذي الخ صفة لقوله آخر ففيه مجاز حيث أريد بالآخر ما يقرب منه ويليه فاضافة آخر الى الوقت بيانية واضافة الوقت الى الضمير فيها مجاز أيضا فتأمل (قوله بدليل قوله فيما بعد بخطوط وآخر وقت المغرب حتى يغيب الشفق) أقول في دلالته على ما ذكر تأمل اذ لا يلزم أن تدخل الغاية تحت المغيا لكن الواقع في نسخ الهداية حين يغيب الشفق ولعل حتى في هذه النسخة تحريف من الكاتب (قوله وفي بعضها في اليوم الثاني أي امامته للظهر) أقول فيكون في كلامه نوع التباس اذ المراد من هذا الوقت حينئذ قبيل الوقت المذكور في الكتاب (قوله وهو ما اذا صار ظل كل شئ مثليه) أقول وفيه بحث ولعل المراد قبيل ما اذا صار الخ الا أن دلالة الحديث على خلافه

لقوله عليه السلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها) ذكره في الصحيحين قيل وأول من صلى العصر يونس عليه السلام حين أنجاه الله تعالى من أربع ظلمات وقت العصر ظلمة الزلة وظلمة الليل وظلمة الماء وظلمة بطن الحوت فصلاها شكرا تطوعا وأمرنا بها (وأول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها مالم يغب الشفق وقال الشافعي وقت المغرب مقدار مايصلي فيه ثلاث ركعات)

وهو أحد قوليه قال الغزالي في وقت المغرب قولان أحدهما أنه يمتد الى غروب الشفق واليه ذهب أحمد بن حنبل رحمه الله والثاني اذا مضى بعد الغروب وقت وضوء وأذان واقامة وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت وقال في الحلية قدر ثلاث ركعات وعلى هذا فما ذكره المصنف من جهته ليس بكاف واستدل بامامة جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد وذلك لان الوقت لو كان ممتدا لم يؤم جبريل في اليومين في وقت واحد لانه كان يعلم أول الوقت وآخره (ولنا) حديث أبي هريرة (أول المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب الشفق ومارواه) من امامة جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد (كان للتحرز عن الكراهة) لان تأخير المغرب الى آخر الوقت مكروه (ثم) اختلف العلماء في (الشفق) فقال أبو حنيفة (هو البياض في الافق بعد الحمرة) وهو قول أبي بكر ومعاذ وأنس وابن الزبير (وقالا هو الحمرة وهو رواية عن أبي حنيفة)

لقوله عليه السلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها (وأول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها مالم يغب الشفق) وقال الشافعي رحمه الله مقدار مايصلي فيه ثلاث ركعات لان جبريل عليه السلام أم في اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخر وقتها حين يغيب الشفق ومارواه كان للتحرز عن الكراهة (ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو الحمرة) وهو رواية عن أبي حنيفة

العصر بحديث الابراد وامامته في اليوم الثاني عند صيرورته مثلين يفيد أنه وقته ولم ينسخ هذا فيستمر ماعلم ثبوته من بقاء وقت الظهر الى أن يدخل هذا الوقت المعلوم كونه وقتا للعصر (قوله لقوله عليه السلام) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح ومن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر متفق عليه وهو مخالف لحديث جبريل والحمل على أن قول جبريل عليه السلام الوقت فيما بين هذين يراد به الوقت غير المكروه أولى من الحمل على النسخ وكذا في المغرب والعشاء ولذا قلنا ان تأخير المغرب مطلقا مكروه وتأخير العشاء الى مابعد نصف الليل مكروه ولظهور عدم صلاة جبريل في الوقت المكروه بخلافه في أول وقت العصر حيث لا يتأتى هذا فتعين النسخ فيه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام) روى الترمذي من حديث محمد بن فضيل عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان للصلاة أولا وآخرا وان أول وقت الظهر حين تزول الشمس وآخر وقتها حين يدخل وقت العصر وأول وقت صلاة العصر حين يدخل وقتها وان آخر وقتها حين تصفر الشمس وان أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وان آخر وقتها حين يغيب الافق وان أول وقت العشاء حين يغيب الافق وان آخر وقتها حين ينتصف الليل وان أول وقت الفجر حين يطلع الفجر وان آخر وقتها حين تطلع الشمس وخطأ البخاري والدارقطني محمد بن فضيل في رفعه فان غيره من أصحاب الاعمش يروونه عن مجاهد عنه من قوله ودفعه ابن الجوزي وابن القطان بتجويز أن يكون الاعمش سمعه من مجاهد مرسلا وسمعه من أبي صالح مسندا فيكون عنده طريقان مسند ومرسل والذي رفعه يعني ابن فضيل صدوق من أهل العلم وثقه ابن معين وقد روى مسلم عن بريدة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فسأله عن مواقيت الصلاة فقال أقم معنا ثم أمر بلالا فساق الحديث الى أن قال ثم أمره فأخر المغرب الى قبيل أن يغيب الشفق يعني في اليوم الثاني وأخرج أيضا عن أبي موسى الاشعري أن سائلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عن مواقيت الصلاة فساق الحديث الى أن قال ثم أخر المغرب حتى كان عند سقوط الشفق يعني في اليوم الثاني وأخرج أيضا عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وقت

صلاة

(قوله قال في الحلية قدر ثلاث ركعات) أقول يعني قال فيه مكان خمس ركعات (قوله ومارواه من امامة جبريل عليه السلام الخ) أقول وفي الغاية وعن حديثهم جوابان أحدهما انه معلوم بالفعل وهذا بالقول ففيه زيادة فائدة الثاني معناه بدأ لها في الثاني حين غربت الشمس ولم يذكر وقت الفراغ فيحتمل أن يكون الفراغ عند مغيب الشفق ويكون بين هذين اشارة الى ابتداء الفعل في اليومين والى آخر الفعل في اليوم الثاني انتهى وفيه بحث

رواه عنه أسد بن عمرو وهو قول ابن عمرو شداد بن أوس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم وبه أخذ الشافعي واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام الشفق هو الحمرة (ولابي حنيفة) ما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق) وهو لا يكون الا بعد زوال البياض (وما رواه) يعني قوله عليه الصلاة والسلام الشفق هو الحمرة (موقوف) على ابن عمر ذكره في الموطا والموقوف لا يصلح حجة (وفيه) أي في الشفق (اختلاف الصحابة) كما ذكرناه قيل معنى كلامه أن التمسك بالحديث فيما اختلف فيه الصحابة لا يجوز لان عدم التمسك به أو عدم القبول دليل انقطاعه فكيف يجوز التمسك في ذلك بالموقوف وفيه نظر لانه حينئذ مشترك الالزام قيل وأول من صلى المغرب شكرا تطوعا عيسى عليه السلام حين خاطبه الله تعالى بقوله أأنت قلت للناس اتخذوني الآية وكان ذلك بعد غروب الشمس فالاولى لنفي الالوهية عن نفسه والثانية لنفيها عن والدته والثالثة لاثباتها لله وفيه نظر (وأول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر) لما روى أبو هريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر قال المصنف (وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل) ووجه ذلك أنه يدل على قيام الوقت الى الفجر وحديث امامة جبريل يدل على أن آخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت الثابت يقينا بالشك كما تقدم أو نقول امامة جبريل لم تكن لنفي ما وراء وقت الامامة عن وقت الصلاة بل لاثبات ما كان فيه ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أم في اليوم الثاني حين أسفر والوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس واذا لم تكن للنفي بقي ما روينا سالما عن المعارض فيكون حجة قيل وأول من صلى العشاء موسى عليه السلام حين خرج من مدين وضل الطريق وكان في غم المرأة وغم أخيه هارون وغم عدوه فرعون وغم أولاده فلما نجاه الله تعالى من ذلك كله ونودي من شاطئ الوادي صلى أربعا تطوعا وأمرنا بذلك وهذه الاقوال التي ذكرتها عقيب كل صلاة وجدتها في شرح شيخي العلامة قوام الدين الكاكي رحمه الله منقولة عن أبي الفضل مع زيادات فنقلتها مختصرة

وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام الشفق الحمرة ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنه ما ذكره مالك رحمه الله في الموطا وفيه اختلاف الصحابة (وأول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر الثاني) لقوله عليه السلام وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي رحمه الله في تقديره بذهاب ثلث الليل

صلاة الظهر فذكر الحديث الى أن قال ووقت صلاة المغرب ما لم يغب الشفق (قوله وهو قول الشافعي الخ) روى الدارقطني عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفق الحمرة فاذا غاب وجبت الصلاة قال البيهقي والنووي الصحيح أنه موقوف على ابن عمر ومن المشايخ من اختار الفتوى على رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه الله كقولهما ولا تساعده رواية ولا دراية أما الاول فلانه خلاف الرواية الظاهرة عنه وأما الثاني فلما قدمنا في حديث ابن فضيل وان آخر وقتها حين يغيب الافق وغيبوبته بسقوط البياض الذي يعقب الحمرة والا كان باديا ويجيء ما تقدم أعني اذا تعارضت الاخبار لم ينقض الوقت بالشك وقد نقل عن أبي بكر الصديق ومعاذ بن جبل وعائشة وابن عباس رضي الله عنهم في رواية وأبي هريرة وبه قال عمر بن عبد العزيز والاوزاعي والمزني وابن المنذر والخطابي واختاره المبرد وثعلب ولا ينكر أنه يقال على الحمرة يقولون عليه ثوب كأنه الشفق كما يقال على البياض الرقيق ومنه شفقة القلب لرقته غير أن النظر عند الترجيح أفاد ترجيح أنه البياض هنا وأقرب الامر أنه اذا تردد في أنه الحمرة أو البياض لا ينقضي بالشك ولان الاحتياط في ابقاء الوقت الى البياض لانه لا وقت مهمل بينهما فبخروج وقت المغرب يدخل وقت العشاء اتفاقا ولا صحة لصلاة قبل الوقت فالاحتياط في التأخير وأما الحديث الذي ذكره في آخر وقت العشاء أنه ما لم يطلع الفجر فقيل لم يوجد في شيء من أحاديث المواقيت ذلك وملخص كلام الطحاوي انه يظهر من مجموع الاحاديث أن آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وذلك أن ابن عباس وأبا موسى والخدري رضي الله عنهم رووا أنه صلى الله عليه وسلم أخرها الى ثلث الليل وروى أبو هريرة وأنس انه أخرها حتى انتصف الليل وروى ابن عمر أنه أخرها حتى

(قوله قيل معنى كلامه ان التمسك بالحديث الخ) أقول وعندي أنه جواب سؤال وهو أن للموقوف في مثله حكم المرفوع فأجاب بأنه لو سلم أنه من تلك المواضع الا أن له معارضا هو ما روي عن غيره من الصحابة أنه البياض (قوله قيل وأول من صلى المغرب شكرا تطوعا عيسى عليه السلام الى قوله وفيه نظر) أقول بل ذلك في يوم القيامة على ما ذكره المفسرون ولعل ذلك وجه النظر (قوله بل لاثبات ما كان فيه ألا ترى أنه عليه السلام أم في اليوم الثاني الخ) أقول فأين قوله بل فعلنا بيان للحاضرين كما مر في أول البحث بعد قوله وأجيب بانه لو اقتضى ذلك الخ

(وأول وقت الوتر بعد العشاء وآخره مالم يطلع الفجر عندهما لقوله صلى الله عليه وسلم فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر وعند أبي حنيفة وقته وقت العشاء) لان الوتر عنده فرض عملا والوقت اذا جمع بين صلاتين واجبتين كان وقتا لهما جميعا كالفائتة والوقتية فان قيل لو كان وقت الوتر وقت العشاء لجاز تقديمه على العشاء أجاب بقوله (الا انه لا يقدم عليه عند التذكر)

يعني اذا لم يكن ناسيا (للترتيب) وعلى هذا اذا أوتر قبل العشاء متعمدا أعاد الوتر بلا خلاف وان أوتر ناسيا للعشاء ثم تذكر لا يعيده عنده لان النسيان يسقط الترتيب ويعيده عندهما لانه سنة العشاء كركعتي العشاء فلو قدم الركعتين على العشاء لم يجز عامدا كان أو ناسيا فكذلك الوتر

(وأول وقت الوتر بعد العشاء وآخره مالم يطلع الفجر) لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر قال رضي الله عنه هذا عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء الا أنه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب

﴿ فصل ﴾

(ويستحب الاسفار بالفجر) لقوله عليه السلام أسفروا بالفجر فانه أعظم للاجر

﴿ فصل ﴾

لما فرغ من ذكر مطلق الاوقات شرع في بيان الكامل منها والناقص وجعل لكل منهما فصلا على حدة وقدم الاوقات المستحبة على المكروهة ووجه ذلك ظاهر قوله (ويستحب الاسفار بالفجر) أسفر الصبح اذا أضاء ومنه أسفر بالصلاة اذا صلاها بالاسفار والباء للتعدية وقوله ويستحب الاسفار باطلاقه يدل على أن البداءة والختم بالاسفار هو المستحب وهو ظاهر الرواية وقال الطحاوي يبدأ بالتغليس ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة ووجه الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم أسفروا بالفجر فانه أعظم للاجر وحد الاسفار أن يبدأ بالصلاة بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة فان ظهر له حاجة الى الوضوء بعد الصلاة أمكنه أن يتوضأ ويصلي الفجر قبل طلوع الشمس

ذهب ثلثا الليل وروت عائشة رضي الله عنها أنه أعتم بها حتى ذهب عامة الليل وكلها في الصحيح قال فثبت أن الليل كله وقت لها ولكنه على أوقات ثلاثة الى الثلث أفضل والى النصف دونه وما بعده دونه ثم ساق بسنده الى نافع بن جبير قال كتب عمر رضي الله عنه الى أبي موسى الاشعري ووصل العشاء أي الليل شئت ولا تغفلها ولمسلم في قصة التعريس عن أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في النوم تفريط انما التفريط أن تؤخر صلاة حتى يدخل وقت الاخرى فدل على بقاء وقت كل صلاة الى أن يدخل وقت الاخرى ودخول الصبح بطلوع الفجر فاما الحديث الذي ذكره في الوتر فهو ما أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث خارجة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الله أمدكم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر فجعلها لكم فيما بين العشاء الى طلوع الفجر وسيأتي تمام ما تيسر فيه في باب الوتر ولا حول ولا قوة الا بالله وفي بعض طرق الحديث فيما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر وهو دليلهما على أن أول وقته بعد صلاة العشاء (قوله ولا يقدم عليه عند التذكر للترتيب) فلو قدم ناسيا لا يعيد وكذا لو صلى العشاء بغير طهارة ثم نام فقام توضأ فصلى الوتر ثم تذكر أنه صلى العشاء بغير طهارة يعيدها دون الوتر فيهما وعندهما يعيدهما ومن لا يوجد عندهم وقت العشاء كما قيل يطلع الفجر قبل غيبوبة الشفق عندهم أفتى البقالي بعدم الوجوب عليهم لعدم السبب وهو مختار صاحب الكنز كما يسقط غسل اليدين من الوضوء عن مقطوعهما من المرفقين وأنكره الحلواني ثم وافقه وأفتى الامام البرهاني الكبير بوجوبها ولا ارتياب متأمل في ثبوت الفرق بين عدم محل الفرض وبين سببه الجعلي الذي جعل علامة على الوجوب الخفي الثابت في نفس الامر وجواز تعدد المعرفات للشئ فانتفاء الوقت انتفاء المعرف وانتفاء الدليل على شئ لا يستلزم انتفاءه لجواز دليل آخر وقد وجد وهو ما تواطأت أخبار الاسراء من فرض الله تعالى الصلاة خمسا بعد ما أمروا أولا بخمسين ثم استقر الامر على الخمس شرعا عاما لاهل الآفاق لا تفصيل فيه بين أهل قطر وقطر وما روى ذكر الدجال رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا ما لبثه في الارض قال أربعون يوما يوم كسنة ويوم كشهر ويوم كجمعة وسائر أيامه كايامكم فقيل يا رسول الله فذلك اليوم الذي كسنة أيكفينا صلاة يوم قال لا اقدروا له رواه مسلم فقد أوجب أكثر من ثلاثمائة عصر قبل صيرورة الظل مثلا أو مثلين وقس عليه فاستفدنا أن الواجب في نفس الامر خمس على العموم غير أن توزيعها على تلك الاوقات عند وجودها ولا يسقط بعدمها الوجوب وكذا قال صلى الله عليه وسلم خمس صلوات كتبهن الله على العباد ثم هل ينوي القضاء الصحيح أنه لا ينوي القضاء لفقد وقت الاداء ومن أفتى بوجوب العشاء يجب على قوله الوتر أيضا

﴿ فصل ويستحب الاسفار ﴾

(قوله فان ظهر له حاجة الى الوضوء بعد الصلاة الخ) أقول الاولى أن يقول فان ظهر أنه صلاها على غير وضوء

وقال الشافعي رحمه الله يستحب التعجيل في كل صلاة والحجة عليه ما رويناه وما نرويه قال (والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء) لما رويناه ولرواية أنس رضي الله عنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف أبرد بها

﴿فصل في استحباب التعجيل﴾

(قوله وقال الشافعي رحمه الله يستحب التعجيل بكل صلاة) لقوله صلى الله عليه وسلم أول الوقت رضوان الله وآخره عفو الله والعفو يستدعي تقصيرا وقال في جواب أي العمل أحب الى الله قال الصلاة لاول وقتها (قوله والحجة عليه) في تعميمه وان الواقع التفصيل (ما رويناه) من قوله عليه الصلاة والسلام في الفجر أسفروا بالفجر فانه أعظم للاجر رواه الترمذي وقال حسن صحيح وتأويله بأن المراد تبين الفجر حتى لا يكون شك في طلوعه ليس بشئ اذ مالم يتبين لا يحكم بجواز الصلاة فضلا عن اصابة الاجر المفاد بقوله فانه أعظم للاجر ولو صرف عن ظاهره الى عظيم كان المناسب في التعليل بتقدير ذلك التأويل أن يقال فانه لا تصح الصلاة بدونه لانه هو الاظهر في افادة قصد عدم ايقاعها مع شك الطلوع فكيف وصرفه عنه بلا دليل لا يجوز بل في بعض رواياته ما ينفيه وهو رواية الطحاوي أسفروا بالفجر فكلما أسفرتم فهو أعظم للاجر أو قال لاجوركم وروى الطحاوي حدثنا محمد بن خزيمة حدثنا القعنبي حدثنا عيسى بن يونس عن الاعمش عن ابراهيم قال ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شئ ما اجتمعوا على التنوير وهذا اسناد صحيح ولا يجوز اجتماعهم على خلاف ما فارقهم عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيلزم كونه لعلهم بنسخ التغليس المروي من حديث عائشة رضي الله عنها كان صلى الله عليه وسلم يصلي الصبح بغلس فتشهد معه نساء متلفعات بمروطهن ثم يرجعن الى بيوتهن ما يعرفهن أحد من الغلس وحديث ابن مسعود رضي الله عنه في الصحيحين ظاهر فيما ذهبنا اليه وهو قوله ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الا لميقاتها الا صلاتين صلاة المغرب والعشاء بجمع وصلى الفجر يومئذ قبل ميقاتها الذي اعتاد الاداء فيه لانه غلس يومئذ ليمتد وقت الوقوف وفي لفظ لمسلم قبل ميقاتها بغلس فافاد أن المعتاد كان غير التغليس الا أنه يبعد النسخ لانه يقتضي سابقة وجود المنسوخ وقوله ما رأيت يفيد أن لا سابقة له فالاولى حمل التغليس على غلس داخل المسجد لان حجرتها رضي الله عنها كانت فيه وكان سقفه عريشا مقاربا ونحن نشاهد الآن أنه يظن قيام الغلس داخل المسجد وان صحنه قد انتشر فيه ضوء الفجر وهو الاسفار وانما وجب هذا الاعتبار لما وجب من ترجيح رواية الرجال خصوصا مثل ابن مسعود فان الحال أكشف لهم في صلاة الجماعة ثم قال الطحاوي والذي ينبغي الدخول في الفجر في وقت التغليس والخروج منها في وقت الاسفار قال وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد لكن الذي ذكر الاصحاب عن الثلاثة أن الافضل أن يبدأ بالاسفار ويختم به وهو الذي يفيده اللفظ فان الاسفار بالفجر ايقاعها فيه وهي اسم لمجموعها فيلزم ادخال مجموعها فيه قالوا وحده أن يبدأ في وقت يبقى منه بعد أدائها الى آخر الوقت ما لو ظهر له فساد صلاته أعادها بقراءة مسنونة مرتلة ما بين الخمسين والستين آية قبل طلوع الشمس ولا يظن أن هذا يستلزم التغليس الا من لم يضبط ذلك الوقت وروى الحسن عن أبي حنيفة في الفصل بين أذان الفجر والصلاة قال يؤذن ثم يصلي ركعتين ثم يمكث قدر قراءة عشرين آية ثم يثوب ثم يمكث قدر عشرين آية ثم يقيم وهذا يقتضي أن يشرع وأطراف الغلس قائمة ولا شك أن فيه اسفارا ما وعن الطحاوي من كان من عزمه التطويل بدأ بغلس ومن لا أسفر ولا خلاف لاحد في سنية التغليس بفجر مزدلفة (قوله لما رويناه) أي أبردوا بالظهر (ولرواية أنس الخ) في البخاري من حديث خالد بن دينار صلى بنا أمير فأخر الجمعة ثم قال لانس كيف كان رسول الله صلى الله عليه

ينصرفن من الصلاة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس قال المصنف (والحجة عليه ما رويناه) يعني ما رويناه من حديث رافع بن خديج وهو قوله عليه الصلاة والسلام أسفروا بالفجر الحديث وذلك لانه أمر بذلك وأقله الندب وما رواه حكاية فعل لا تعادل قوله عليه الصلاة والسلام وقوله (وما نرويه) اشارة الى قوله واذا كان في الصيف أبردوا بها وذلك لانه يدعي التعجيل في كل صلاة فاذا ثبت التأخير في البعض كان حجة عليه وقوله (والابراد بالظهر) عطف على قوله الاسفار بالفجر وقوله (لما رويناه) يعني ما روى قبل هذا الفصل من قوله عليه الصلاة والسلام أبردوا بالظهر فان شدة الحر الحديث وقوله لما رويناه متعلق بقوله والابراد بالظهر وقوله (ولرواية أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف أبردبها) متعلق بالمسئلتين جميعا

(قوله واستدل بما قالت عائشة رضي الله عنها كانت النساء ينصرفن الى آخر الحديث) أقول هذا لا يدل على الدعوى الكلية الا بأنه لا قائل بالفصل

(وتأخير العصر مالم تتغير الشمس لما في التأخير من تكثير النوافل لكراهتها بعد العصر) ولهذا كان تعجيل المغرب أفضل لان أداء النافلة قبلها مكروه وتكثير النوافل أفضل من المبادرة الى الاداء في أول الوقت (والمعتبر تغير القرص وهو أن يصير بحال لا تحار فيه الاعين) أي يذهب الضوء فلا يحصل للبصر بالنظر اليه حيرة وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول سفيان وابراهيم النخعي ان المعتبر تغير الضوء الذي يقع على الجدران قال شمس الائمة أخذنا بقول الشعبي وهو تغير القرص لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال وعما فسر تغير القرص به وهو ما قيل اذا قامت الشمس للغروب قدر رمح لم تتغير واذا كانت أقل من ذلك تغيرت وما قيل يوضع طشت ماء في الصحراء وينظر فيه فان كان القرص يبدو للناظر فقد تغيرت وكان قوله هو الصحيح لبيان أن تغير القرص بهذا التفسير هو الصحيح وتغير الضوء وتغير القرص بالتفسيرين الاخيرين ليس بصحيح (والتأخير اليه) أي الى هذا الوقت (مكروه) قالوا وأما الفعل فغير مكروه لانه مأمور بالفعل ولا يستقيم اثبات الكراهة للشئ مع الامر به (ويستحب تعجيل المغرب لان تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود) وفيه نظر لان كل ما يكون تأخيرها مكروها لا يستلزم أن يكون تعجيلها مستحبا لجواز أن يكون مباحا ألا ترى أن تأخير العشاء الى النصف الاخير مكروه ولا يلزم من تركه الاستحباب لان التأخير الى نصف الليل مباح على ما سيجيء والجواب أن التأخير مكروه لما فيه من التشبه باليهود وما فيه التشبه باليهود فتركه مستحب لان الاباحة فيه قد تفضي الى المساحة وما ذكر في النهاية وغيره في جواب هذا السؤال مبنيا على أمر الضدين أو النقيضين لا يمشي فليتأمل شغلنا

(وتأخير العصر مالم تتغير الشمس في الشتاء والصيف) لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو أن يصير بحال لا تحار فيه الأعين هو الصحيح والتأخير اليه مكروه (و) يستحب (تعجيل المغرب) لان تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود

وسلم يصلي الظهر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اشتد البرد بكر بالصلاة واذا اشتد الحر أبرد بالصلاة والمراد الظهر لانه جواب السؤال عنها (قوله وتأخير العصر) حاصله أن تأخيرها الى تغير القرص مكروه ويستحب مالم يصل الى ذلك وانما يستحب أن يؤخرها ليتوسع في النوافل لا الى التغير بل يصليها والشمس بيضاء كما ورد عنه صلى الله عليه وسلم وما روى عنه صلى الله عليه وسلم في حديث والعصر والشمس حية متفق عليه وأول وقت العصر عند أبي حنيفة من صيرورة الظل مثلين مع فيء الزوال ومنه الى التغير ليس كثيرا جدا فلا بعد في كون الاداء قبل ذلك الوقت داخلا في مسمى التعجيل غير أنه ليس تعجيلا شديدا وروى الحسن في الفصل بين أذان العصر والصلاة أن يصلي بعده ركعتين كل ركعة بعشر آيات أو أربعا كلا بخمس آيات وروى الدارقطني عن عبد الواحد بن نافع قال دخلت مسجد المدينة فأذن مؤذن بالعصر وشيخ جالس فلامه وقال ان أبي أخبرني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمر بتأخير هذه الصلاة فسألت عنه فقالوا هذا عبد الله بن رافع بن خديج وضعف بعبد الواحد ورواه البخاري في تاريخه الكبير وقال لا يتابع عليه يعني عبد الواحد والصحيح عن رافع غيره ثم أخرج عن رافع كنا نصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العصر ثم ينحر الجزور فيقسم عشر قسم ثم يطبخ فنأكل لحما نضيجا قبل أن تغيب الشمس وعندي أنه لا تعارض بين هذين فانه اذا صلى العصر قبل تغير الشمس أمكن في الباقي الى الغروب مثل هذا العمل ومن يشاهد المهرة من الطباخين في الاسفار مع الرؤساء لم يستبعد ذلك (قوله ويستحب تعجيل المغرب) هو بأن لا يفصل بين الاذان والاقامة الا بجلسة خفيفة أو سكتة على الخلاف الذي سيأتي وتأخيرها لصلاة ركعتين مكروه وهي خلافية وستذكر في باب النوافل ان شاء الله تعالى قال في القنية الا أن يكون قليلا وما روى الاصحاب عن ابن عمر رضي الله عنه أنه أخرها حتى بدا نجم فأعتق رقبة يقتضي أن ذلك القليل الذي لا يتعلق به كراهة هو ما قبل ظهور النجم وفي المنية لا يكره في السفر وللمائدة أو كان يوم غيم وفي القنية لو أخرها بتطويل القراءة فيه خلاف وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يكره مالم يغب الشفق ولا يبعد دليل الكراهة التشبه باليهود وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا تزال أمتي بخير الخ وهو ما روى أبو داود عن مرثد بن عبد الله وفي سنده محمد بن اسحق قال قدم علينا أبو أيوب غازيا وعقبة بن عامر يومئذ على مصر فأخر المغرب فقام اليه أبو أيوب فقال ما هذه الصلاة يا عقبة قال

(قوله والتأخير اليه أي الى هذا الوقت مكروه قالوا وأما الفعل فغير مكروه لانه مأمور بالفعل ولا يستقيم اثبات الكراهة للشئ مع الامر به) أقول فيه بحث فان الكراهة وأخواتها من صفات أفعال المكلفين على ما بين في موضعه ثم لا منافاة بين الامر والحظر على ما يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم فليكفر وليحنث وتفصيله في الكافي وكتب الاصول (قوله وما ذكر في النهاية وغيره في جواب هذا السؤال الى قوله لا يمشي فليتأمل) أقول وفيه بحث ثم قوله مبنيا على أمر الضدين يعني به الرد على صاحب النهاية وقوله أو النقيضين يعني به الرد على الاتقاني

قوله (وقال صلى الله عليه وسلم لا تزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء) دليل منقول على استحباب تعجيل المغرب ومعناه لا تزال أمتي بخير مدة تعجيلهم المغرب ووجه التمسك أن الشرع رتب استمرار الخير على تعجيل المغرب والمباح لا يترتب على فعله خير شرعي واعترض على المصنف في تأخير الحديث عن الدليل العقلي وأجيب بأنه فعل ذلك لان الحديث فيه دلالة على تأخير العشاء فكره الفصل بينه وبين المدلول بدليل عقلي وليس بطائل فان قلت روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ سورة الاعراف في صلاة المغرب وذلك يدل على أن التأخير ليس بمكروه أجيب بأن ذلك ليس مما نحن فيه فان كلامنا فيما اذا أخر الى وقت الكراهة ثم شرع والذي فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من باب المد والمد من أول الوقت الى آخره معفو وبه بطل استدلال عيسى بن أبان على جواز التأخير (ويستحب تأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل) لقوله عليه الصلاة والسلام لولا أن أشق على أمتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل وطولب بالفرق بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام

لولا أن أشق على أمتي لامرتهم بالسواك فانهما على نهج واحد وذلك أثبت السنة وهذا أثبت الاستحباب وأجيب بأنا لا نسلم أنهما على نهج واحد بل في حديث السواك يتنفي الامر بمانع المشقة فاذا انتفى الامر به وكان مقتضاه الوجوب ثبت ما دون الوجوب وهو السنة وفيما نحن فيه المنتفي للمانع هو التأخير ونفس التأخير لم يكن للوجوب بل للندب والاستحباب (ولان فيه) أي في التأخير (قطع السمر المنهي عنه بعده) والسمر حديث لاجل المؤانسة وقال عليه الصلاة والسلام لا سمر بعد العشاء والمعنى فيه أن يكون اختتام الصحيفة بالعبادة كما جعل ابتداء الصحيفة بها ليمحى ما حصل بينهما من الزلات قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيآت قوله (وقيل في الصيف تعجل) يعني يستحب تأخير العشاء الى ثلث الليل شتاء وصيفا وقيل في الصيف تعجل (كي لا تتقلل الجماعة والتأخير الى نصف الليل مباح) يعني في الشتاء والصيف قال في النهاية في الشتاء وفيه نظر لانه لو كان ذلك لكان في الصيف مكروها وليس كذلك لان دليل الاباحة وهو ما ذكره بقوله لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة أي بالكلية هو مشترك بينهما

وقال عليه السلام لا تزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء قال (وتأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل) لقوله عليه السلام لولا ان أشق على أمتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كي لا تتقلل الجماعة والتأخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة

شغلنا قال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تزال أمتي بخير أو قال على الفطرة ما لم يؤخروا المغرب الى أن تشتبك النجوم فيه نظر اذ مقتضاه ندب وبتقدير تفويت ما ندب اليه لا تثبت الكراهة لجواز الاباحة كما في العشاء يندب تأخيرها الى ما قبل الثلث ويصليها اذ ذاك فان لم يفعل الى النصف انتفى الندب وكان مباحا وما بعده مكروه وحاصل الحديث ضمان الخير والفطرة أي السنة بالتعجيل ولا يلزم ثبوت ضدهما في التأخير لجواز حصولهما مع سبب آخر وهذا انما يلزم من استدل بالحديث على كراهة تأخيرها وليس بلازم في كلام المصنف لجواز كونه فيه دليلا على قوله ويستحب تعجيل المغرب هذا ان صح الحديث بتوثيق ابن اسحق وهو الحق الابلج وما نقل عن مالك فيه لا يثبت ولو صح لم يقبله أهل العلم كيف وقد قال شعبة فيه هو أمير المؤمنين في الحديث وروى عنه مثل الثوري وابن ادريس وحماد بن زيد ويزيد بن زريع وابن علية وعبد الوارث وابن المبارك واحتمله أحمد وابن معين وعامة أهل الحديث غفر الله لهم وقد أطال البخاري في توثيقه في كتاب القراءة خلف الامام له وذكره ابن حبان في الثقات وان مالكا رجع عن الكلام في ابن اسحق واصطلح معه وبعث اليه هدية ذكرها (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لولا أن أشق على أمتي) روى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا أن أشق على أمتي لامرتهم أن يؤخروا العشاء الى ثلث الليل أو نصفه وقال حسن صحيح (قوله وهو قطع السمر) المنهي عنه على ما روى الستة في كتبهم أنه صلى الله عليه وسلم كان يكره النوم قبلها والحديث بعدها رووه مطولا ومختصرا وأجاز العلماء السمر بعدها في الخير واستدلوا بما في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم

(قال المصنف وتأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل) أقول ينبغي أن تكون الغاية داخلة تحت المغيا في كلام المصنف لينطبق الدليل على المدعى فهي خارجة عنه في الحديث (قوله وذلك أثبت السنة) أقول لا نسلم انه أثبت السنة بل ثبتت هي بمواظبته صلى الله عليه وسلم كما سلف (قوله ثبت ما دون الوجوب وهو السنة) أقول السنة ما واظب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا دلالة في الحديث على ذلك فكيف تثبت السنة (قوله ونفس التأخير لم يكن للوجوب بل للندب والاستحباب) أقول ان قيل اذا كان التأخير للندب والاستحباب كيف تلزم المشقة على الامة ولا حرج في ترك المستحب قلنا المراد بالامة هم الذين يصلون خلفه صلى الله عليه وسلم

فتثبت الاباحة فيهما والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله أى قبل النصف الاخير يعنى أن الاباحة فى آخر النصف الاول انما تثبت لمعارضة دليل الندب وهو قطع السمر دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة وفى النصف الاخير لم يوجد دليل الندب أصلا لانقطاع السمر من قبل لان الغالب أن لا يكون فى النصف الاخير سمر فتثبت الكراهة لبقاء دليلها سالما عن المعارض واعترض بتعجيل الفجر فى أول الوقت فانه مباح ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة سالم عن معارضة دليل الندب وأجيب بان المعارض ههنا موجود أيضا وهو قوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم فان المسارعة الى العبادة بعد وجود السبب مندوب اليها ولم يكن فى التأخير معنى تكثير الجماعة فكان فيه تعارض دليل الندب وهو المسارعة الى العبادة مع دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة فثبتت الاباحة كذلك بخلاف تأخير العشاء الى النصف الاخير فان دليل كراهته سالم عن معارضة دليل الندب أصلا لانه ليس فيه

فتثبت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله (ويستحب فى الوتر لمن يألف صلاة الليل أن يؤخره الى آخر الليل فان لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم) لقوله عليه السلام من خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر أول الليل ومن طمع أن يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل (فاذا كان يوم غيم فالمستحب فى الفجر والظهر والمغرب تأخيرها وفى العصر والعشاء تعجيلهما) لان فى تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفى تأخير العصر توهم الوقوع فى الوقت المكروه ولا توهم فى الفجر لان تلك المدة مديدة وعن أبى حنيفة التأخير فى الكل للاحتياط ألا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله

﴿فصل فى الاوقات التى تكره فيها الصلاة﴾

المسارعة الى العبادة ولا تكثير الجماعة ولا قطع السمر لانقطاعه قبله ويستحب فى الوتر لمن يألف الصلاة آخر الليل روى آخر الليل بالنصب وتقديره أن يوتر آخر الليل فيكون ظرفا وروى مرفوعا وهو مفعول أقيم مقام فاعل يستحب وفى بعض النسخ (ويستحب فى الوتر لمن يألف صلاة الليل تأخيرها الى آخر الليل فان لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم) وهو ظاهر وقوله (فاذا كان يوم غيم) يعنى هذا الذى قلنا من بيان الاستحباب فيما اذا كانت السماء مصحية فاما اذا كانت متغيمة فالضابط العين مع العين يعنى كل ما فيه عين يعجل كالعصر والعشاء وما عداهما كالفجر والظهر والمغرب يؤخر أما وجه تعجيل العصر والعشاء فما ذكره فى الكتاب وكذلك وجه تأخير الفجر وقوله (لان تلك المدة مديدة) يعنى ان ما بين التنوير وطلوع الشمس مدة مديدة فيؤمن أن يقع الاداء والتنزيه وقت طلوع الشمس وأما تأخير الظهر فلانه لو عجل فى يوم الغيم لم يؤمن أن يقع الأداء قبل الوقت وكذلك تأخير المغرب وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله التأخير عنه فى الكل لما ذكر فى الكتاب ﴿فصل فى الاوقات التى تكره فيها الصلاة﴾

لما فرغ من بيان أحد قسمى الوقت شرع فى بيان القسم الآخر ولقب الفصل بما يكره مع أن فيه ذكر ما لا تجوز فيه الصلاة اعتبارا للغالب

ذات ليلة صلاة العشاء فى آخر حياته فلما سلم قال أرأيتكم ليلتكم هذه فان على رأس مائة سنة لا يبقى ممن هو على ظهر الارض أحد وروى الترمذى فى الصلاة والنسائى فى المناقب عن عمر رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسمر عند أبى بكر رضى الله عنه الليلة فى الامر من أمر المسلمين وأنا معه قال الترمذى حديث حسن ورواه الامام أحمد عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سمر بعد الصلاة يعنى العشاء الاخيرة الا لاحد رجلين مصل أو مسافر وفى رواية أو عروس وحديث من خاف أن لا يقوم رواه مسلم وتمامه فان صلاة آخر الليل مشهودة وذلك أفضل

(قوله فتثبت الاباحة) فيه نظر لان المعنى أن التأخير الى نصف الليل ملزوم لامرين مكروه وهو تقليل الجماعة ومندوب وهو قطع السمر واذا لزم من تحصيل المندوب كقطع السمر ارتكاب مكروه ترك على ما عرف فى مسائل فينبغى كون التأخير الى النصف مطلوب الترك فلا يكون مباحا لانه لا ترجيح فى أحد طرفى المباح والله الموفق

﴿فصل فى الاوقات التى تكره فيها الصلاة﴾

استعمل الكراهة هنا بالمعنى اللغوى فيشمل عدم الجواز وغيره مما هو مطلوب العدم أو هو بالمعنى العرفى والمراد كراهة التحريم لما عرف من أن النهى الظنى الثبوت غير المصروف عن مقتضاه يفيد كراهة التحريم وان كان قطعيه أفاد التحريم فالتحريم فى مقابلة الفرض فى الرتبة وكراهة التحريم فى رتبة الواجب

(قوله وأجيب بأن المعارض هنالك موجود أيضا وهو قوله تعالى وسارعوا الى مغفرة) أقول المعقول كيف يعارض النص ثم ينبغى حينئذ أن يكون التأخير الى النصف مكروها لسلامة الامر بالمسارعة عن المعارض (قوله فثبتت الاباحة كذلك بخلاف تأخير العشاء الى النصف) أقول فيلزم أن يكون التأخير أيضا مباحا وليس كذلك وجوابه انه وقع التعارض بين سارعوا وأسفروا فبقى دليل الندب وهو تكثير الجماعة سالما عن المعارض وفيه بحث

(لاتجوز الصلاة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها) لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه قال ثلاثة أوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب والمراد بقوله وأن نقبر صلاة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه

والتنزيه برتبة المندوب والنهي الوارد من الاول فكان الثابت به كراهة التحريم وهي في الصلاة ان كانت لنقصان في الوقت منعت أن يصح فيه ما تسبب عن وقت لانقص فيه لا لانها كراهة تحريم بل لعدم تأدي ما وجب كاملا ناقصا فلذا قال عقيب ترجمته بالكراهة لاتجوز الصلاة الخ لكن ان أريد بعدم الجواز عدم الصحة والصلاة عام لم يصدق في كل صلاة لانه لو شرع في نفل في الاوقات الثلاثة صح شروعه حتى وجب قضاؤه اذا قطعه خلافا لزفر ويجب قطعه وقضاؤه في غير مكروه في ظاهر الرواية ولو أتمه خرج عن عهدة ما لزمه بذلك الشروع وفي المبسوط القطع أفضل والاول هو مقتضى الدليل وان أريد عدم الحل كان أعم من عدم الصحة فلا يستفاد منه خصوص ما هو حكم القضاء من عدم الصحة وهو مقصود الافادة والظاهر أن مقصوده الثاني ولذا استدل بحديث عقبة بن عامر الثابت في مسلم وغيره ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نصلي فيهن أو نقبر فيهن موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل الشمس وحين تضيف للغروب حتى تغرب وهو انما يفيد عدم الحل في جنس الصلاة دون عدم الصحة في بعضها بخصوصه والمفيد لها انما هو قوله صلى الله عليه وسلم ان الشمس تطلع بين قرني شيطان فاذا ارتفعت فارقها ثم اذا استوت قارنها فاذا زالت فارقها فاذا دنت للغروب قارنها واذا غربت فارقها ونهى عن الصلاة في تلك الساعات رواه مالك في الموطا والنسائي فانه أفاد كون المنع لما اتصل بالوقت مما يستلزم فعل الاركان فيه التشبه بعبادة الكفار وهذا المعنى بنقصان الوقت والا فالوقت لانقص فيه نفسه بل هو وقت كسائر الاوقات انما النقص في الاركان فلا يتأدى بها ما وجب كاملا فخرج الجواب عما قيل لو ترك بعض الواجبات صحت الصلاة مع أنها ناقصة تأدى بها الكامل لان ترك الواجب لا يدخل النقص في الاركان التي هي المقومة للحقيقة بخلاف فعل الاركان في ذلك الوقت وعن الكافر والصبي والمجنون اذا أسلم وبلغ وأفاق في الجزء المكروه فلم يؤد حتى خرج الوقت فان السبب في حقهم لا يمكن جعله كل الوقت حين خرج اذ لم يدركوا مع الاهلية الا ذلك الجزء فليس السبب في حقهم الا اياه ومع هذا الوقضوا في وقت مكروه لا يجوز لان الثابت في ذمته كامل اذ لا نقص في الوقت نفسه بل المفعول فيه يقع ناقصا غير أن تحمل ذلك النقص لو أدى فيه العصر ضروري لانه مأمور بالاداء فيه فاذا لم يؤد لم يوجد النقص الضروري وهو في نفسه كامل فيثبت في ذمته كذلك فلا يخرج عن عهدته الا بكامل بخلاف ما لو قضى في وقت مكروه ما قطعه من النفل المشروع فيه في وقت مكروه حيث يخرجه عن العهدة وان كان آثما لان وجوبه ضرورة صيانة المؤدى عن البطلان ليس غير والصون عن البطلان يحصل مع النقصان وكذا سجدة التلاوة في الوقت المكروه وصلاة الجنازة لانهما لاظهار مخالفة الكفار بالانقياد وقضاء حق الميت بالدعاء له وكل منهما يتحقق مع النقصان أو نقول عند التلاوة يخاطب بالاداء موسعا ومن ضرورته تحمل ما يلزمه من النقص لو أدى عندها بخلاف ما اذا تليت في غير مكروه فان الخطاب لم يتحقق بادائها في وقت مكروه موسعا فلا يجوز قضاؤها في مكروه وهذا الوجه أسلم اذ يستلزم الاول جواز أدائها في مكروه وان تليت في غيره ومثله بعينه في صلاة الجنازة وهو معنى قول المصنف حتى لو صلاها فيه أو تلا سجدة فيه وسجدها الى قوله اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة يقتضي كلامه أن الاولى تأخيرهما اذا تحقق سببهما في الوقت المكروه

قوله (لاتجوز الصلاة) اعلم ان الفرائض لاتجوز عندنا في هذه الاوقات وكذا النوافل في بعض الروايات وعند الشافعي يجوز الفرض في هذه الاوقات في جميع البلدان وتجوز النوافل عنده فيها بمكة ففوله لاتجوز الصلاة ان أراد بها الفرض والنفل جميعا بجعل الالف واللام للجنس لزمه أن لا يجوز النفل واذا لم يجز فان شرع فيه وأفسده ينبغي أن لا يجب عليه قضاؤه لكن يجب عليه قضاؤه ذكره شمس الائمة في أصوله بلا ذكر خلاف والتمرتاشي في الجامع الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف وان أراد بها الفرض وحده وأن النفل جائز مكروه لم يستقم جعل الحديث

(قال المصنف ولا عند قيامها في الظهيرة) أقول في القاموس الظهيرة حد انتصاف النهار وانما ذلك في القيظ انتهى لكنها هنا لا تتقيد به (قوله لكن يجب عليه قضاؤه ذكره شمس الائمة في أصوله) أقول وذكره صاحب الهداية أيضا في كتاب الصوم في آخر فصل فيما يوجبه على نفسه

حجة على الشافعي في تجويزه النوافل وصاحب النهاية جعل أل للجنس متناولا للفرض والنفل وأجاب عن ورود النفل ووجوب قضائه بالشروع بان معنى قوله لا يجوز لا يجوز فعله شرعا وأما لو شرع لزمه كما نقول لا تجوز مباشرة البيع الفاسد أما لو باشر وقبض المبيع ثبت الملك ويلزم عليه أن يكون عدم الجواز في الفرائض بمعنى وفي النوافل بمعنى آخر فانه يجعله فيها من قبيل نهي يقتضي القبح لمعنى في غيره يجاوره جمعا وذلك يقتضي الكراهة كما عرف في أصول الفقه وغيره جعل اللام لنوع مخصوص وهو الفرض وقال حتى لو صلى النفل في الاوقات المكروهة جاز ويكره ونقل ذلك عن الكرخي والاسبيجابي ويلزمه أن لا يكون جعل الحديث حجة على الشافعي مستقيما كما ذكرنا آنفا لا يقال المراد بقول المصنف لا تجوز الصلاة الفرض والحجة على الشافعي الحديث فانه قال نهانا أن نصلي والمراد بالصلاة الفرض والنفل جميعا والدليل يجوز أن يكون أعم من المدلول لانا نقول ان كان المراد بالنهي عدم الجواز في الفرض والنفل جميعا لزم عليه ما نقله عن الكرخي والاسبيجابي وان كان الجواز مع الكراهة فيهما لم يكن الحديث حجة لنا على الشافعي الا اذا ثبت ان أصحابنا يقولون بالجواز مع الكراهة فيهما وهو يقول بالجواز بلا كراهة ولم أطلع على ذلك فيما وجدته من النسخ وان كان عدم الجواز في الفرض والجواز مع الكراهة في النفل لزم اختلاف معنيي اللفظ الواحد مرادين لا على سبيل الكناية وهو غير جائز وأرى أن المراد عدم الجواز في الفرض والنفل على بعض الروايات كما ذكرنا ولا يلزمه ما نقل عن الكرخي والاسبيجابي لانه اختار خلافه والله أعلم واذا ظهر لك ما قررنا تبين أن النسخة الصحيحة هو أن يقال (حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض وبمكة) لانه هو الذي يفيد ما ذكرنا من مذهبه وان كان فيه

اغلاق دون ما عداها وهو ما وقع في بعضها من قوله في تخصيص الفرائض والنوافل بمكة وفي بعضها في التخصيص بمكة وفي بعضها لم يذكر النوافل وحجة الشافعي قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها وهو مطلق وفي تخصيص مكة ما روى أبو ذر النهي عن الصلاة في هذه الاوقات مقرونا بقوله الا بمكة والجواب عن الاول أن المبيح والحاظر اذا تعارضا جعل الحاظر منأخرا وقد عرف في الاصول وعن الثاني ان هذه الزيادة لم تثبت لانها شاذة أو ان معناه ولا بمكة ورواه كما في قوله تعالى الا خطأ أي ولا خطأ ثم اختلف العلماء في الارتفاع الذي تحل الصلاة عنده قال في الاصل اذا ارتفعت الشمس قدر رمح أو رمحين وقال الفضيلي ما دام الانسان يقدر على النظر الى قرص الشمس فالشمس في الطلوع فلا تصح الصلاة فاذا عجز عن النظر حلت وقوله حين تضيف الغروب بمعنى تميل قيل التخصيص بالثلاثة يفيد الانحصار وقد ذكر الاصحاب غيرها من الاوقات ما يكره فيها الصلاة وذلك يستلزم ابطال العدد المنصوص عليه شرعا وأجيب بان غيرها ليس بمعناها لانه يجوز فيها قضاء الفوائت وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة فيها بخلاف الثلاثة المذكورة فان ذلك لا يجوز فيها واذا كان المعنى مختلفا لا يلزم الابطال بل يكون كل واحد منهما ثابتا بدليل على حدة فاما الثلاثة المذكورة فبدليل حديث عقبة رضي الله عنه وأما غيرها فلما جاء في الاحاديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس وكذلك غيرهما وقوله (وحجة على أبي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة) روى عن أبي يوسف انه قال لا بأس بالصلاة وقت الزوال يوم الجمعة لحديث أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة في نصف النهار الا يوم الجمعة وأجيب بانه منقطع أو معناه ولا يوم الجمعة كما تقدم في جواب الشافعي

حجة على الشافعي رحمه الله في تخصيص الفرائض وبمكة في حق النوافل وحجة على أبي يوسف رحمه الله في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال

وفي التحفة اذا حضرت جنازة في الاوقات الثلاثة فالافضل أن يصلي ولا يؤخرها بخلاف الفرائض فانها وجبت لعينها أي ابتداء اقامة لخدمة الملك سبحانه المستحقة على وجه الكمال فاقتصر على هذا التقرير فانه يدفع أوهاما بعدا نقانه ان شاء الله سبحانه (قوله حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض) أي المقضيات وبمكة أي وتخصيص الصلاة مطلقا بمكة فرضها ونفلها وعلى ابي يوسف رحمه الله في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال أما اخراج الفرائض فبقوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها متفق عليه وأما بمكة فحديث جبير بن مطعم مرفوعا يا بني عبد مناف لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار وبحديث أبي ذر في معناه رواه الدارقطني والبيهقي وهو معلول بأربعة أمور انقطاع ما بين مجاهد وأبي ذر فانه الذي يرويه عنه وضعف ابن المؤمل وضعف حميد مولى عفراء واضطراب سنده ورواه البيهقي وأدخل قيس بن سعد بين حميد هذا وبين مجاهد

(قوله وفي النوافل بمعنى آخر فانه يجعله فيها) أقول الضمير في قوله فيها راجع الى النوافل (قوله وغيره جعل اللام الخ) أقول يعني غير صاحب النهاية

وقوله (ولا صلاة جنازة) معطوف على أول الكلام وقوله (لما روينا) يعني قوله وأن نقبر موتانا وقوله (ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلاة) في أنها يشترط لها ما يشترط للصلاة يعني لما كانت في معنى الصلاة كانت داخلة تحت النهي عن الصلاة في قوله ثلاثة أوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلي فيها فان قيل ما بالها لم تلحق بها في قوله عليه السلام ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا فينتقض وضوء الضاحك في سجدة التلاوة كما في الصلاة أجيب بأن اللام في قوله فليعد الوضوء والصلاة للعهد التي وجدت فيها القهقهة لا للجنس والمعهود صلاة ذات تحريمة وركوع وسجود والسجود المجرد ليس في معناه من كل وجه فلا يلحق به وأما النهي عن الصلاة في هذه الاوقات فلئلا يلزم التشبه بالصلاة بعبدة الشمس والسجود المجرد يحصل به ذلك فكان في معناه فألحق به كذا في الشروح ولو قيل لانها في معنى الصلاة من حيث وقوع التشبه به بعبدة الشمس وقوعه بالصلاة فدخلت تحت نهي ورد عن الصلاة كذلك كان أخصر وأحكم وقوله (الا عصر يومه عند الغروب) مستثنى من قوله ولا عند غروبها وقوله (لان السبب هو الجزء القائم من الوقت) وقد تقدم أن سبب الصلاة أوقاتها لكن لا يمكن أن يكون كل الوقت سببا لانه لو كان كله سببا لوقع الاداء بعده لوجوب تقدم السبب بجميع أجزائه على المسبب فلا يكون أداء

وليس دليل يدل على قدر معين منه كالربع والخمس أو غيرهما فوجب أن يجعل بعض منه سببا وأقل ما يصلح لذلك الجزء الذي لا يتجزأ أو الجزء السابق لعدم ما يزاحمه أولى فان اتصل به الاداء تعين لحصول المقصود وهو الاداء وان لم يتصل ينتقل الى الجزء الذي يليه ثم وثم الى أن يضيق الوقت ولم يتقرر على الجزء الماضي لانه لو تقرر كانت الصلاة في آخر الوقت قضاء وليس كذلك لما سنذكر فكان الجزء الذي يلي الاداء هو السبب أو الجزء المضيق أو كل الوقت ان لم يقع الاداء فيه لان الانتقال من الكل الى الجزء كان لضرورة وقوع الاداء خارج الوقت على تقدير سببية الكل وقد زالت فعاد كل الوقت سببا ثم الجزء الذي يتعين سببا تعتبر صفته من الصحة والفساد فان كان صحيحا بأن لا يكون موصوفا بالكراهة ولا منسوبا الى الشيطان كالظهر وجب المسبب كاملا فلا يتأدى ناقصا وان كان فاسدا أي ناقصا بأن يكون منسوبا الى الشيطان كالعصر يستأنف وقت الاحمرار وجب الفرض فيه ناقصا فيجوز أن يتأدى ناقصا لانه أداه كما وجب بخلاف غيرها من الصلوات الواجبة بأسباب كاملة فانها لا تقضى في هذه الاوقات لان ما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا وقد ذكرنا ذلك في الانوار والتقرير مستوفى بعون الله وتأييده واذا عرفت ذلك فقوله لان السبب هو الجزء القائم من الوقت فيه تسامح لان السبب اما أول جزء أو الذي يلي الاداء أو الجزء المضيق أو كل الوقت عند خروجه كما عرف في الاصول وأما قوله

قال (ولا صلاة جنازة) لما روينا (ولا سجدة تلاوة) لانها في معنى الصلاة (الا عصر يومه عند الغروب) لان السبب هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي

ورواه سعيد بن سالم فأسقطه من البين وأما اخراج أبي يوسف رحمه الله ففي مسند الشافعي رحمه الله أخبرنا ابراهيم بن محمد عن اسحق بن عبد الله عن سعيد المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة أما حديث من نام عن صلاة فهو وان كان خاصا في الصلاة لكن كونه مخصصا لعمومها في حديث عقبة بن عامر يتوقف على المقارنة فلما لم يثبت فهو معارض في بعض الافراد فيقدم حديث عقبة لانه محرم ولو تنزلنا الى طريقهم في كون الخاص مخصصا كيفما كان فهو خاص في الصلاة عام في الاوقات فان وجب تخصيصه عموم الصلاة في حديث عقبة بن عامر وجب تخصيص حديث عقبة عموم الوقت لانه خاص في الوقت وتخصيص عموم الوقت هو اخراجه الاوقات الثلاثة من عموم وقت التذكر في حق الصلاة الفائتة كما أن تخصيص الآخر هو اخراج الفوائت عن عموم منع الصلاة في الاوقات الثلاثة وحينئذ فيتعارضان في الفائتة في الاوقات المكروهة اذ تخصيص حديث عقبة يقتضي اخراجها عن الحل في الثلاثة وتخصيص حديث التذكر للفائتة من عموم الصلاة يقتضي حلها فيها ويكون اخراج حديث عقبة أولى لانه محرم وأما حديث مكة فبعد النزل فيه عام في الصلاة والوقت فيتعارض عمومهما في الصلاة ويقدم حديث عقبة لما قلنا وكذا يتعارضان في الوقت اذ الخاص يعارض العام عندنا وعلى أصولهم يجب أن يخص منه حديث عقبة الاوقات الثلاثة لانه خاص فيها وأما حديث أبي يوسف رحمه الله فالواقع فيه بعد النزل فيه أيضا استثناء

(قوله فينتقض وضوء الضاحك) أقول جواب النفي (قوله أجيب بأن اللام في قوله فليعد الوضوء والصلاة للعهد التي وجدت فيها القهقهة لا للجنس الخ) أقول ليس الموصوف ظاهرا في الكلام (قوله فكان في معناه الخ) أقول فيه أن شرط الالحاق بالدلالة أن يفهم العلة من يفهم اللغة وليس هنا كذلك (قوله كالعصر يستأنف) أقول قوله يستأنف صفة للعصر من قبيل ولقد أمر على اللئيم يسبني

(فالمؤدى فى آخر الوقت قاض) فقال صاحب الكافى انه مشكل لانه غير قاض بل مودّ باعتبار بقاء الوقت وأيضا يلزمه على تقريره جواز قضاء العصر فى هذا الوقت لان الجزء القائم من الوقت ناقص فيجب به العصر ناقصا فينبغى أن يجوز كعصر يومه والجواب عن الاول أن كلامه فيمن أخر العصر الى الغروب ولاشك أن السبب فى حقه هو الجزء القائم من الوقت وهو المعبر عنه بالجزء المضيق وعن الثانى بأن الجزء اذا تعين للسببية بحيث لا ينتقل الى غيره كان التأخير عنه تفويتا للواجب بالاستقراء فى قوانين الشرع كالجزء الاخير من الوقت فى الصلاة والجزء الاول من اليوم فى الصوم هكذا أجاب شيخ شيخى العلامة عبد العزيز رحمه الله ورد عليه بأن الفوات بالتفويت عن الجزء الاخير من الوقت انما هو باعتبار خروج الوقت لا باعتبار تعينه للسببية وكذلك عن الجزء الاول من اليوم لان وقت الصوم كل النهار فاذا فات البعض فات الكل وأقول فى الجواب عن السؤال ان كل ما كان سببا للوجوب فهو شرط للواجب ولا يمكن أن يكون كل الوقت شرطا والا لكان فى الاداء فى الوقت تقديم المشروط على الشرط وهو باطل كتقديم المسبب على السبب فلا بد وأن يكون الجزء القائم اذ لو كان الجزء الماضى كان المصلى فى آخر الوقت قاضيا لفوات شرط الاداء وعن الثانى بأن قوله بخلاف غيرها من الصلوات يتناول العصر الفائتة لان العصر الفائتة غير عصر يومه لامحالة وقد قال لانها وجبت كاملة وكل ما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا غير أنه لم يذكر وجه وجوبها كاملة ووجهه ماذكرناه قال (والمراد بالنفى المذكور فى صلاة الجنازة) يعنى أن المراد بالنفى المذكور فى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة بقوله ولا صلاة جنازة ولا سجدة تلاوة هو الكراهية يعنى به نفى عدم الجواز بخلاف الفرائض فى هذه الاوقات الثلاثة سوى عصر يومه فان قوله لا تجوز الصلاة عند طلوع الشمس الى آخره مجرى على حقيقة عدم الجواز فان

قلت فعلى هذا يكون قوله لا يجوز مستعملا فى عدم الجواز بالنسبة الى الفرائض وفى الكراهية بالنسبة الى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وهو جمع بين الحقيقة والمجاز قلت يقدر الفعل فى المعطوف بمعنى الكراهة حتى يكونا مرادين بلفظين ولا محذور فيه فان قلت فاذا تفعل فى الدليل وهو قول عقبة نهانا فانه بمعنى عدم الجواز و بمعنى الكراهة حينئذ قلت حكاية فعل فجاز أن يكون النهى مكررا فى معنى عدم الجواز مرة وفى معنى صلى الكراهة أخرى وأما قوله لا تجوز الصلاة ممتنا ولا للفرض والنفل جميعا فانما يستقيم على غير ظاهر الرواية وهو أن النفل أيضا لا يجوز فى هذه الاوقات كما تقدم وأما على ظاهر الرواية فانه غير مستقيم لانه اذا شرع فى التطوع فى هذه الاوقات وجب عليه القضاء ولو مضى عليه خرج عما وجب عليه بالشروع ذكره فى نوادر المبسوط وكذا لو قطعها وأداها فى وقت آخر مكروه مثله جاز ولانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد وانه لا يجوز قوله (ويكره أن يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روى أنه صلى الله عليه وسلم

فالمؤدى فى آخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد أداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص قال رضى الله عنه والمراد بالنفى المذكور فى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيه أو تلا سجدة فيه فسجدها جاز لانها أديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة (ويكره أن يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب) لما روى أنه عليه السلام

يوم الجمعة والاستثناء عندنا تكلم بالباقى فيكون حاصله نهيا مقيدا بكونه بغير يوم الجمعة فيقدم عليه حديث عقبة المعارض له فيه لانه محرم وقد يقال يحمل المطلق على المقيد لاتحادهما حكما وحادثة (قوله والمراد الخ) اختلف فى ذلك فحمله الترمذى على الصلاة كالمصنف وكذا ابن المبارك وحمله أبو داود على الدفن الحقيقى ويترجح الاول بما رواه الامام أبو حفص عمر بن شاهين فى كتاب الجنائز من حديث خارجة بن مصعب عن ليث بن سعد عن موسى بن على عن أبيه عن عقبة بن عامر قال نهانا رسول الله

(قوله وأقول فى الجواب الى قوله ولا يمكن أن يكون كل الوقت شرطا الخ) أقول فيه بحث (قوله ووجهه ماذكرناه) أقول وهو أن السبب كل الوقت اذا لم يقع الاداء فيه (قوله قلت يقدر الفعل فى المعطوف بمعنى الكراهة الى قوله ولا محذور فيه) أقول وفيه بحث فان شرط الدليل اللفظى أن يكون طبق المحذوف فلا يجوز زيد ضارب وعمرو أى ضارب وتريد بضارب المحذوف معنى يخالف المذكور بأن يقدر أحدهما بمعنى السفر والآخر بمعنى الايلام وممن صرح بذلك ابن هشام فى مغنى اللبيب (قوله قلت حكاية فعل الخ) أقول لا يندفع به الاشكال الوارد على قول الراوى نهانا فانه بمعنى النفى بالنسبة الى الفرائض وعلى حقيقته بالنسبة الى صلاة الجنازة وسجود التلاوة فليتأمل (قوله ولانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد وانه لا يجوز) أقول فيه شئ الا أن يكون الواو بمعنى أو يعنى أن تناول قوله لا تجوز الصلاة للفرض والنفل غير مستقيم لاحد أمرين فانه ان أريد بنفى الجواز عدم الصحة يلزم خلاف ما نص الاصحاب عليه فى النفل وان أريد به عدم الصحة فى الفرض والكراهة مع الجواز فى النفل يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز

نهى عن ذلك) والحديث فى الصحيحين واستشكل بأنه غيا الكراهة الى الطلوع والغروب وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها وههنا ليس كذلك لانها ثابتة بعد الطلوع الى ارتفاعها وبعد الغروب الى أداء المغرب والجواب أنه تشبث بمفهوم الغاية وهو غير لازم على أن المخالفة ثابتة اذ الكراهة بعد الطلوع والغروب بمعنى آخر والحق أن يقال معناه حتى يقرب طلوع الشمس وحتى تتغير للغروب فانه لو كان على حقيقته كانت الكراهة لمعنى فى الوقت وهو خلاف مراده وقوله (ولا بأس بأن يصلى فى هذين الوقتين) يعنى بعد الفجر والعصر (الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلى على الجنازة لان الكراهة لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به) وما كان لحق الفرض لا يظهر فى حق حقيقة الفرض فان شغل الوقت بحقيقة الفرض أولى من الشغل بحقه فلا يظهر فى حق الفرائض وما هو بمعناها فى الوجوب لعينه كسجدة التلاوة فانها تجب لعينها لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد بدليل وجوبها بالسماع

(قوله والحق أن يقال معناه حتى يقرب طلوع الشمس وحتى تتغير للغروب فانه لو كان على حقيقته) أقول لا يقال الاحتياج الى التأويل

نهى عن ذلك (ولا بأس بأن يصلى فى هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلى على الجنازة) لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به

صلى الله عليه وسلم أن نصلى على موتانا عند ثلاث عند طلوع الشمس الحديث وقال البيهقى فى كتاب المعرفة ورواه روح بن القاسم عن موسى بن على عن أبيه وزاد فيه قلت لعقبة أيدفن بالليل قال نعم قد دفن أبو بكر (قوله نهى عن ذلك) فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما شهد عندى رجال مرضيون وأرضاهم عندى عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تشرق الشمس وبعد العصر حتى تغرب متفق عليه وما روى عن عائشة رضى الله عنها فى الصحيحين ركعتان لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعهما سرا ولا علانية ركعتان قبل صلاة الصبح وركعتان بعد العصر وفى لفظ لمسلم ما كان النبى صلى الله عليه وسلم يأتينى فى يوم بعد العصر الا صلى ركعتين وفى لفظ لمسلم عن طاوس عنها قالت وهم عمر رضى الله عنه انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتحرى طلوع الشمس وغروبها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتحروا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها فتصلوا عند ذلك وفى لفظ للبخارى عن أم أمين عن عائشة رضى الله عنها قالت والذى ذهب به ما تركهما حتى لقى الله تعالى وما لقى الله حتى ثقل عن الصلاة وكان يصليهما ولا يصليهما فى المسجد مخافة أن تثقل على أمته وكان يحب ما خفف عنهم فالعذر عنه أن هاتين الركعتين من خصوصياته وذلك لان أصلهما أنه عليه الصلاة والسلام فعلهما جبرا لما فاته من الركعتين بعد الظهر أو قبل العصر حين شغل عنهما وكان صلى الله عليه وسلم اذا عمل عملا أثبته فداوم عليهما وكان نهى غيره عنهما أما الاول فلما فى مسلم والبخارى فى المغازى عن كريب مولى ابن عباس رضى الله عنهما أن عبد الله بن عباس وعبد الرحمن بن أزهر ومسور بن مخرمة أرسلوه الى عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا اقرأ عليها السلام منا جميعا وسلها عن الركعتين بعد العصر وقل بلغنا أنك تصلينهما وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنهما قال كريب فدخلت على عائشة رضى الله عنها فأخبرتها فقالت سل أم سلمة فرجعت اليهم فأخبرتهم فردونى الى أم سلمة فقالت أم سلمة رضى الله عنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنهما ثم رأيته يصليهما فقيل له فى ذلك فقال انه أتانى ناس من عبد القيس بالاسلام من قومهم فشغلونى عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان وأخرج مسلم عن أبى سلمة أنه سأل عائشة رضى الله عنها عن السجدتين اللتين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصليهما بعد العصر فقالت كان يصليهما قبل العصر ثم انه شغل عنهما أو نسيهما فصلاهما بعد العصر ثم أثبتهما وكان اذا صلى صلاة أثبتها يعنى داوم عليها وأما الثانى فأخرج أبو داود من جهة ابن اسحق عن محمد بن عمرو بن عطاء عن ذكوان مولى عائشة رضى الله عنها أنها حدثته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى بعد العصر ركعتين وينهى عنهما ويواصل وينهى عن الوصال واستفدنا من الحديث الاول تردد عائشة رضى الله عنها فيما جزمت به فى ذلك الحديث من قولها وهم عمر الخ فان احالتها على أم سلمة رضى الله عنها عند استعلام السائل الحكم يفيد تردها أو التقوى بموافقتها ويؤيد ما ذكرنا أن عمر رضى الله عنه كان يضرب عليهما فى موطأ مالك عن السائب بن يزيد أنه رأى عمر بن الخطاب رضى الله عنه يضرب المناكب فى الصلاة بعد العصر وكان هذا بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا على أن المتقرر بعده عليه الصلاة والسلام عدم جوازهما ثم كان ذلك دأبه لا أنه وقع منه مرة فلم يطلع عليه بعضهم أو يجوز رجوعه كما يفيده قول أنس بن مالك حين سئل عن التطوع بعد العصر كان عمر رضى الله عنه يضرب الايدى عن صلاة بعد العصر الحديث رواه مسلم (قوله لان الكراهة الخ) الله أعلم يعادل على هذا الاعتبار ثم النظر اليه يستلزم نقيض قولهم العبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص لانه يستلزم معارضة النص بالمعنى والنظر الى المنصوص يفيد منع

مسلم فى الغروب فان ما قبل الغروب وقت مكروه وأما ما قبل الطلوع فانه وقت كامل لا كراهة فيه فلو أبقى على ظاهره لا يلزم شئ لانا نقول بل يلزم فان الراجح دخول ما بعد حتى فى حكم ما قبلها نعم يلزم الاشكال فى حديث عقبة بن عامر الا أن يؤول بالقرب منه فيه أيضا فليتأمل

فصارت كالفرائض وكذلك صلاة الجنازة لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد وظهرت في حق المنذور ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم أفسده لتعلق وجوب المنذور بسبب من جهته أي جهة الناذر بدلالة المنذور عليه لا من جهة الشرع فكان كالصلاة التي شرع فيها تطوعا ولان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف الحاصل بفعله فكان كالنفل ولصيانة المؤدى لئلا يلزم ابطال العمل واذا ظهرت في حق المنذور الواجب وركعتي الطواف والفاسد بعد الشروع الواجبين فلان تظهر في حق النوافل أولى وقوله (لالمعنى في الوقت) تأكيد لقوله (١٦٦) لحق الفرض وفيه اشارة الى الفرق بين النهي الوارد في هذين

لالمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهرت في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم أفسده لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدى عن البطلان (ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر) لانه عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلاة (ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض) لما فيه من تأخير المغرب (ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى أن يفرغ) من خطبته لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة

القضاء تقديما للنهي العام على حديث التذكر نعم يمكن اخراج صلاة الجنازة وسجدة التلاوة بأنهما ليسا بصلاة مطلقة ويكفي في اخراج القضاء من الفساد العلم بأن النهي ليس لمعنى في الوقت وذلك هو الموجب للفساد وأما من الكراهة ففيه ماسبق (قوله وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة) المراد بما وجب لعينه ما لم يتعلق وجوبه بعارض بعد أن كان نفلا كالمنذور وسواء كان مقصودا بنفسه أو لغيره كمخالفة الكفار وموافقة الابرار في سجدة التلاوة وقضاء حق الميت في صلاة الجنازة وعن أبي يوسف لا يكره المنذور ولا أثر لايجاب العبد كما لا أثر لتلاوته في اثبات الكراهة في السجدة وقد يقال وجوب السجدة في التحقيق متعلق بالسماع لا بالاستماع ولا التلاوة وذلك ليس فعلا من المكلف بل وصف خلقي فيه بخلاف النذر والطواف والمشروع فيه ولولاه لكانت الصلاة نفلا (قوله لانه عليه السلام الخ) روى مسلم عن حفصة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طلع الفجر لا يصلي الا ركعتين خفيفتين وفي أبي داود والترمذي عن ابن عمر رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام لا صلاة بعد الفجر الا سجدتين لفظ الترمذي وفي التجنيس تطوع آخر الليل فلما صلى ركعة طلع الفجر الاتمام أفضل لانه وقع التنفل بعد الفجر لا عن قصده وفي المجتبى تخفف القراءة في ركعتي الفجر هذا ومما تكره الصلاة النافلة فيه بعد الغروب قبل الفرض وعند الاقامة يوم الجمعة وعند خطبة الجمعة والكسوف والعيد والاستسقاء وقبل صلاة العيد وذكر بعضهم لا يتنفل بعد صلاتي الجمع بعرفات والمزدلفة ويتصل بهذا كراهة الكلام يكره الكلام بعد انشقاق الفجر الى أن يصلي الا بخير وبعد الصلاة لا بأس به وبالمشي في حاجته وقيل يكره الى الشمس وقيل الى ارتفاعها وبعد العشاء أباحه قوم وحظره قوم وكان عليه الصلاة والسلام يكره النوم قبلها والحديث بعدها والمراد بما ليس فيه خير وانما يتحقق الخير في كلام هو عبادة فان المباح لا خير فيه كما لا اثم فيه وسنعقد للركعتين قبل صلاة المغرب كلاما في باب النوافل ان شاء الله تعالى

لحق الفرض وفيه اشارة الى الفرق بين النهي الوارد في هذين الوقتين والوارد في الاوقات الثلاثة المذكورة بأن ذلك لمعنى في الوقت وهو كونه منسوبا الى الشيطان فيظهر في حق الفرائض والنوافل وغيرهما وهذا لمعنى شغل الفرض وشغله بالفرض التقديري أولى من النفل دون الفرض الحقيقي فظهر في حق النوافل دون الفرض الحقيقي فان قيل ركعتا الطواف واجب عندنا على ما يجيء في كتاب الحج فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب سجدة التلاوة بعد التلاوة فينبغي أن يؤتى بهما كسجدة التلاوة في هذين الوقتين وعذره بأن الوجوب لختم الطواف بالصلاة ينتقض بسجدة التلاوة فان وجوبها للتلاوة وهي فعله أيضا والجواب ما أشرنا اليه أن السجدة قد تجب بتلاوة غيره اذا سمعه من غير قصد ولا كذلك ركعتا الطواف وقوله (ويكره أن يتنفل) ظاهر وقوله (مع حرصه) ﷺ باب صلى الله عليه وسلم (على الصلاة) يعني أن الترك مع الحرص على احراز فضيلة النفل دليل الكراهة وكذلك قوله (ولا يتنفل بعد الغروب) ظاهر والمعنى في النهي في هذه الاوقات كالنهي بعد الفجر وبعد العصر لانه ليس لمعنى في الوقت بل لحق ركعتي الفجر ليصير الوقت كالمشغول به وللمبادرة الى أداء المغرب فانها فيه مستحبة ولنفي التشاغل عن استماع الخطبة فلا يظهر في حق الفرائض فكان الحاصل أن ما كان النهي فيه لمعنى في الوقت أثر في الفرائض والنوافل جميعا وما كان لمعنى في غيره أثر في النوافل دون الفرائض وما هو بمعناها

لما كان الاذان اعلاما بدخول سبب الصلاة ناسب أن يذكر عقيبه والاذان في اللغة الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أي اعلام وفي الشريعة عبارة عن اعلام مخصوص في أوقات مخصوصة (١٦٧) وسبب مشروعيته ابتداء رؤيا جماعة من الصحابة منهم عمر رضي الله عنه ونزول الملك من السماء وتعليم الالفاظ المخصوصة وبقاء دخول وقت الصلاة المكتوبة وصفته ماذكره في الكتاب وهو قول عامة المشايخ انه (سنة للصلوات الخمس والجمعة) وذكر الجمعة لدفع وهم من يتوهم أن لا أذان لها كصلاة العيدين بجامع أنهما يتعلقان بالامام والمصر الجامع والافهي داخلة تحت الخمس وقوله (للنقل المتواتر) يعني ثبت متواترا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن للصلوات الخمس والجمعة دون ماسواها من الوتر والعيدين والكسوف والخسوف والاستسقاء وصلاة الجنازة والسنن والنوافل وقال بعض مشايخنا انه واجب لما روى عن محمد أن أهل بلدة في الاسلام اذا تركوا الاذان والاقامة قوتلوا والقتال انما يكون على ترك الواجب دون السنة والجواب أنه قال ذلك لانه وان كان سنة الا أن تركه بالاصرار استخفاف بالدين فيلزم القتال (وصفة الاذان) أي كيفيته

﴿ باب الاذان ﴾

(الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة دون ماسواها) للنقل المتواتر (وصفة الاذان معروفة) وهو كما أذن الملك النازل من السماء

﴿ باب الاذان ﴾

(قوله الاذان سنة) هو قول عامة الفقهاء وكذا الاقامة وقال بعض مشايخنا واجب لقول محمد لو اجتمع أهل بلد على تركه قاتلناهم عليه وأجيب بكون القتال لما يلزم الاجتماع على تركه من استخفافهم بالدين بخفض أعلامه لان الاذان من أعلام الدين لذلك لا على نفسه وعند أبي يوسف يحبسون ويضربون ولا يقاتلون بالسلاح كذا ينقله بعضهم بصورة نقل الخلاف ولا يخفى أن لا تنافي بين الكلامين بوجه فان المقاتلة انما تكون عند الامتناع وعدم القهر لهم والضرب والحبس انما يكون عند قهرهم فجاز أن يقاتلوا اذا امتنعوا عن قبول الامر بالاذان ولم يسلموا أنفسهم فاذا قوتلوا فظهر عليهم ضربوا وحبسوا وقد يقال عدم الترك مرة دليل الوجوب فينبغي وجوب الاذان لذلك ولا يظهر كونه على الكفاية والا لم يأثم أهل بلدة بالاجتماع على تركه اذا قام به غيرهم ولم يضربوا ولم يحبسوا وفي الدراية عن علي بن الجعد عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله صلوا في الحضر الظهر والعصر بلا أذان ولا اقامة أخطؤا السنة وأثموا وهذا وان كان لا يستلزم وجوبه لجواز كون الاثم لتركهما معا فيكون الواجب أن لا يتركهما معا لكن يجب حمله على أنه لا يجاب الاذان لظهور ماذكرنا من دليله (قوله دون ماسواها) فلا يؤذن للعيد والكسوف وفي مسلم عن جابر بن سمرة صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم العيد غير مرة ولا مرتين بغير أذان ولا اقامة وعن عائشة رضي الله عنها خسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث مناديا ينادي بالصلاة جامعة والوتر وان كان واجبا لكن أذان العشاء اعلام بدخول وقته لان وقته وقتها ولولا ما روينا في العيد لاذنا له على رواية الوجوب أما على رواية السنة فلا لان النوافل تبع للفرائض باعتبار التكميل فلا يخص باذان وفي أذان الجمعة حديث السائب بن يزيد في الصحيح (قوله وهو كما أذن الملك النازل من السماء) روى الدارقطني بسنده فيه عبد الرحمن بن أبي ليلى عن معاذ بن جبل قال قام رجل من الانصار عبد الله بن زيد يعني الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني رأيت في النوم كان رجلا نزل من السماء عليه بردان أخضران نزل على جذم حائط من المدينة فاذن مثنى مثنى ثم جلس قال أبو بكر بن عياش على نحو من أذاننا اليوم قال علمها بلالا فقال عمر ورأيت مثل الذي رأى ولكنه سبقني وعبد الرحمن لم يسمع من معاذ فانه ولد لست بقين من خلافة عمر رضي الله عنه فيكون سنه سبع عشر سنة من الهجرة ومعاذ توفي سنة تسع عشرة من الهجرة أو ثماني عشرة وهذا عندنا حجة بعد ثقة الرواة وعبد الله هذا هو ابن زيد بن عبد ربه ابن ثعلبة بن زيد بن الحارث بن الخزرج وقيل ليس في نسبه ثعلبة بل ابن زيد بن عبد ربه بن زيد بن الحارث ولابي داود وابن خزيمة بسند فيه محمد بن اسحق عن عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالناقوس يعمل ليضرب به للناس لجمع الصلاة طاف بي وأنا نائم رجل يحمل ناقوسا في يده فقلت يا عبد الله أتبيع الناقوس قال وما تصنع به فقلت ندعو به الى الصلاة قال أفلا أدلك على ما هو (معروفة وهو كما أذن الملك النازل من السماء) واختلف في ذلك الملك فقيل نزل به جبريل عليه السلام وقيل كان غيره

﴿ باب الاذان ﴾

(قوله وسبب مشروعيته ابتداء الى قوله وبقاء) أقول قوله وبقاء معطوف على قوله ابتداء

(ولا ترجيع فيه) وهو أن يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعي رحمه الله فيه ذلك لحديث أبي محذورة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أمره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا (ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين)

خير من ذلك فقلت بلى قال تقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا اله الا الله أشهد أن لا اله الا الله أشهد أن محمدا رسول الله أشهد أن محمدا رسول الله فساقه بلا ترجيع قال ثم استأخر عني غير بعيد ثم قال ثم تقول اذا أقمت الصلاة الله أكبر الله أكبر فساق الاقامة وأفردها وثنى لفظة الاقامة قال فلما أصبحت أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكر باقي الحديث وفيه فسمع ذلك عمر وهو في بيته فجعل يجر رداءه ويقول والذي بعثك بالحق نبيا لقد رأيت مثل ما رأى فقال صلى الله عليه وسلم فلله الحمد قال ابن خزيمة سمعت محمد بن يحيى الذهلي يقول ليس في أخبار عبد الله بن زيد في قصة الاذان أصح من هذا الى أن قال وخبر ابن اسحق هذا ثابت صحيح لان محمد بن عبد الله بن زيد سمعه من أبيه ومحمد بن اسحق سمعه من محمد بن ابراهيم التيمي وليس هو مما دلسه ابن اسحق وقال الترمذي في علله الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو عندي صحيح وما أسنده البزار عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه مما أفاد أن الله تعالى لما أراد أن يعلم رسوله الاذان أتاه جبريل بدابة يقال لها البراق فذهب يركبها فاستصعبت فقال لها اسكني فوالله ما ركبك عبد أكرم على الله من محمد فساقه فأفاد أنه كان في الاسراء أذن ملك فهو خبر غريب ومعارض للخبر الصحيح أن بدء الاذان كان بالمدينة على ما في مسلم كان المسلمون حين قدموا المدينة يجتمعون ويتحينون الصلاة وليس ينادي لها أحد فتكلموا في ذلك فقال بعضهم نصب راية الحديث (قوله لحديث أبي محذورة) عن أبي محذورة أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه الاذان الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا اله الا الله أشهد أن لا اله الا الله أشهد أن محمدا رسول الله أشهد أن محمدا رسول الله ثم يعود فيقول أشهد أن لا اله الا الله مرتين أشهد أن محمدا رسول الله مرتين حي على الصلاة الحديث رواه مسلم هكذا والتكبير في أوله مرتان وبه يستدل مالك رحمه الله ورواه أبو داود والنسائي والتكبير في أوله أربعا واسناده صحيح (قوله انه لا ترجيع في المشاهير) فيه أحاديث منها حديث عبد الله بن زيد بجميع طرقه ومنها ما في أبي داود عن ابن عمر قال انما كان الاذان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتين مرتين والاقامة مرة مرة الحديث ورواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما بسند قال ابن الجوزي اسناده صحيح وسعيد بن المغيرة وثقه ابن حبان وقال في الامام قال ابن أبي حاتم قال أبي سعيد بن المغيرة ثقة فاحتمل أن يكون ذلك في حديث أبي محذورة لانه لم يمتد بها صوته على الوجه الذي أراده النبي صلى الله عليه وسلم فقال ارجع فمد بها صوتك قاله الطحاوي وهو المراد بقول المصنف وكان ما رواه تعليما أي تعليما للكيفية أذانه فظنه ترجيعا واستشكل بما في أبي داود باسناد صحيح عن أبي محذورة قال قلت يا رسول الله علمني سنة الاذان قال تقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله الا الله أشهد أن لا إله الا الله أشهد أن محمدا رسول الله أشهد أن محمدا رسول الله تخفض بها صوتك ثم ترفع بها صوتك فالاولى اثبات المعارضة بين روايتي أبي محذورة في الترجيع فهذه تفيده وروى الطبراني في الوسط حدثنا أحمد بن عبد الرحمن ابن عبد الله البغدادي حدثنا أبو جعفر النفيلي حدثنا ابراهيم بن اسمعيل بن عبد الملك بن أبي محذورة قال سمعت جدي عبد الملك بن أبي محذورة يقول انه سمع أباه أبا محذورة يقول ألقى علي رسول الله صلى الله عليه وسلم الاذان حرفا حرفا الله أكبر الله أكبر الى آخره ولم يذكر ترجيعا فيعارضها فيتساقطان ويبقى ما قدمنا من حديث ابن عمر وعبد الله بن زيد سالما من المعارض ويعارضهما مع رواية ابن عمر

وقوله (ولا ترجيع فيه وهو) أي الترجيع (أن يرجع) وهو ظاهر وقوله (وقال الشافعي فيه ذلك) أي في الاذان الترجيع وقوله (لحديث أبي محذورة) ظاهر الى قوله فظنه ترجيعا ذكر في الاسرار أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بذلك لحكمة رويت في قصته وهي أن أبا محذورة كان يبغض النبي صلى الله عليه وسلم قبل الاسلام بغضا شديدا فلما أسلم أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاذان فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته حياء من قومه فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وعرف أذنه وقال له ارجع وامدد بها صوتك اما ليعلمه أنه لاحياء في الحق أو ليزيده محبة للرسول بتكرير كلمات الشهادة

(قال المصنف وقال الشافعي فيه ذلك لحديث أبي محذورة) أقول اسمه سمرة بن معير كذا في القاموس وقال في المعير وأبو محذورة أوس أو سمرة ابن معير صحابي فشك في اسمه (قال المصنف وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا) أقول يعني أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتكرار حالة التعليم ليحسن تعلمه وذلك من عادته فيما يعلم أصحابه فظن الراوي أنه أمره بالترجيع (قوله فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته حياء من قومه فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى آخر الحديث) أقول الحياء مما ذكر انما يكون سببا لخفض الصوت في الشهادة الثانية

لان بلالا رضى الله عنه قال الصلاة خير من النوم مرتين حين وجد النبي عليه السلام راقدا فقال عليه السلام ما أحسن هذا يا بلال اجعله فى أذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة (والاقامة مثل الاذان الا أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين) هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعى رحمه الله فى قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلاة

رضى الله عنه فيترجح عدم الترجيع لان حديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه هو الاصل فى الاذان وليس فيه ترجيع فيبقى معه الى أن يتحقق خلافه لكن خلافه متعارض فلا يرفع حكما تحقق ثبوته بلا معارض (قوله لان بلالا قال الخ) روى ابن ماجه عن سعيد بن المسيب عن بلال انه أتى النبى صلى الله عليه وسلم يؤذنه بصلاة الفجر فقيل هو نائم فقال الصلاة خير من النوم مرتين فأقرت فى تأذين الفجر وابن المسيب لم يدرك بلالا فهو منقطع وهو حجة عندنا بعد عدالة الرواة وثقتهم على أنه روى فى حديث أبى محذورة انه صلى الله عليه وسلم قال فاذا كان فى صلاة الصبح قلت الصلاة خير من النوم الصلاة خير من النوم الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله رواه أبو داود والنسائى وعن أنس قال من السنة اذا قال المؤذن فى صلاة الفجر حى على الفلاح قال الصلاة خير من النوم مرتين رواه الدارقطنى وقول الصحابى من السنة حكمه الرفع على الصحيح لكن خصوص ما فى الهداية فى معجم الطبرانى الكبير حدثنا محمد بن على الصائغ المكى حدثنا يعقوب بن حميد حدثنا عبد الله بن وهب عن يونس بن يزيد عن الزهرى عن حفص بن عمر عن بلال انه أتى النبى صلى الله عليه وسلم يؤذنه بالصبح فوجده راقدا فقال الصلاة خير من النوم مرتين فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما أحسن هذا يا بلال اجعله فى أذانك (قوله هكذا فعل الملك الخ) روى أبو داود عن ابن أبى ليلى عن معاذ قال أحيلت الصلاة ثلاثة أحوال وساق نصر يعنى ابن المهاجر الحديث بطوله وسمى صاحب الرؤيا قال فجاء عبد الله بن زيد رجل من الانصار الى أن قال فاستقبل القبلة يعنى الملك قال الله أكبر الله أكبر الى آخر الاذان قال ثم أمهل هنيئة ثم قام فقال مثلها الا انه قال زاد بعد ما قال حى على الفلاح قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة وتقدم ان ابن أبى ليلى لم يدرك معاذا وهو مع ذلك حجة عندنا وروى ابن أبى شيبة عن عبد الرحمن بن أبى ليلى بسند قال فى الامام رجاله رجال الصحيحين قال حدثنا أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم أن عبد الله بن زيد الانصارى جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رأيت فى المنام كان رجلا قام وعليه بردان أخضران فقام على حائط فأذن مثنى مثنى وأقام مثنى مثنى ولابن ماجه قال يعنى أبا محذورة علمنى الاذان تسع عشرة كلمة الله أكبر الله أكبر الحديث وفيه الترجيع والاقامة سبع عشرة كلمة الله أكبر الله أكبر الخ وفيه تثنية التشهدين والحيعلتين وقد قامت الصلاة والترمذى علمه الاذان تسع عشرة كلمة والاقامة سبع عشرة كلمة (قوله ثم هو حجة على الشافعى الخ) استدل هو بما فى البخارى أمر بلال أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة الا الاقامة وفى رواية متفق عليها لم يذكر الاستثناء فأخذ بها مالك ولا يخفى أن مار ويناه نص على العدد وعلى حكاية كلمات الاذان فانقطع الاحتمال بالكلية بخلاف أمر أن يوتر الاقامة فان بعد كون الآمر هو الشارع فالاقامة اسم لمجموع الذكر وتعليق الايتار بها نفسها لا يراد على ظاهره وهو أن يقول الاقامة التى هى مجموع الذكر مرة لامرتين فلزم كونه اما ايتار ألفاظها كما ذهب اليه أو ايتار صوتها بأن يحدر فيها كما هو المتوارث فيجب الحمل على الثانى ليوافق مار ويناه من النص الغير المحتمل كيف وقد قال الطحاوى تواترت الآثار عن بلال انه كان يثنى الاقامة حتى مات وعن ابراهيم النخعى كانت الاقامة مثل الاذان حتى كان هؤلاء الملوك فجعلوها

وقوله (لان بلالا) روى أن بلالا أذن لصلاة الفجر ثم جاء الى باب حجرة عائشة رضى الله عنها فقال الصلاة يا رسول الله فقالت عائشة رضى الله عنها الرسول نائم فقال بلال الصلاة خير من النوم فلما انتبه أخبرته عائشة فاستحسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اجعله فى أذانك وقوله (وخص الفجر) ظاهر وقوله (ثم هو حجة على الشافعى فى قوله انها فرادى) فانه يقول يشفع الاذان ويوتر الاقامة لحديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بلالا بذلك قلنا المعتمد على ما فعل الملك النازل والمشهور فيه التكرار ومعنى حديث أنس أن يؤذن بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل أن فى الاقامة قد قامت الصلاة وهو مشفوع كلمة موتر صوتا وروى أن عليا رضى الله عنه مر بمؤذن يوتر الاقامة فقال اشفعها الا أم لك

(قوله قلنا المعتمد) أقول هو مصدر

وقوله (ويترسل في الاذان) بيان السنن التي فيه وهي نوعان ما يرجع الى نفس الاذان وما يرجع الى صفات المؤذن فالاول هو أن يأتي به رافعا صوته ويفصل بين كلمتي الاذان بسكتة مطولا غير مطرب وهو الترسل من ترسل في قراءته اذا تمهل فيها وتوقف ولا يفصل بين كلمتي الاقامة بل يجعلهما كلاما واحدا وهو الحدر ويكون صوته أخفض من صوت الاذان ويرتب بين كلمات الاذان والاقامة كما شرع فان قدم بعضا وأخر بعضا فالافضل الاعادة مراعاة للترتيب وأن يوالي بين كلمات الاذان والاقامة حتى لو ترك الموالاة فالسنة أن يعيد الاذان ويستقبل بهما القبلة (١٧٠) الا في الصلاة والفلاح والثاني وهو أن يكون ذكرا عاقلا صالحا عالما بالسنة

وبأوقات الصلاة فاذان الصبي العاقل صحيح من غير كراهة في ظاهر الرواية وأذان البالغ أفضل وأذان غير العاقل والسكران يعاد وكذلك أذان المرأة وقوله (ويستقبل بهما) أي بالاذان والاقامة (القبلة) لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله (ويحول وجهه للصلاة والفلاح) يعني عند قوله حي على الصلاة حي على الفلاح (يمنة ويسرة) لانه خطاب للقوم فيواجههم به قيل لو كان كذلك لحول وراءه أيضا لان القوم كما يكونون فيهما كذلك يكونون في الخلف وأجيب بأنه انما لم يحول وراءه أيضا لان فيه استدبار القبلة فيما هو دعاء الى التوجه اليها فاكتفى فيه بما يحصل لهم من بلوغ الصوت عند تحويل الوجه يمنة ويسرة (وان استدار في صومعته فحسن) ظاهر وقوله (وان لم يفعل فحسن) أي فالاذان حسن لاتركه

(ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة) لقوله عليه السلام لبلال اذا أذنت فترسل واذا أقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب (ويستقبل بهما القبلة) لان الملك النازل من السماء أذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفته السنة (ويحول وجهه بالصلاة والفلاح يمنة ويسرة) لانه خطاب للقوم فيواجههم به (وان استدار في صومعته فحسن) مراده اذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا (مع ثبات قدميه) مكانهما كما هو السنة بأن كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة فلا (والافضل للمؤذن أن يجعل اصبعيه في أذنيه) بذلك أمر النبي عليه السلام بلالا رضي الله عنه ولانه أبلغ في الاعلام (فان لم يفعل فحسن) لانها ليست بسنة أصلية

واحدة واحدة للسرعة اذا خرجوا يعني بني أمية كما قال أبو الفرج بن الجوزي كان الاذان والاقامة مثنى مثنى فلما قام بنو أمية أفردوا الاقامة وما ذكرنا من توارث الحدر في الاقامة كان لثبوت السنية لكن المصنف ذكر فيه حديث الترمذي عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم قال لبلال اذا أذنت فترسل في أذانك واذا أقمت فاحدر واجعل من بين أذانك واقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله والشارب من شربه والمعتصر اذا دخل لقضاء حاجته ولا تقوموا حتى تروني وقد ضعف وروى البيهقي عن ابن عمر أنه كان يرتل الاذان ويحدر الاقامة وذكر الدارقطني عن عمر من قوله (قوله ويترسل في الاذان) هو أن يفصل بين كل كلمتين من كلماته بسكتة والحدر أن لا يفصل ولو ترسل فيها قيل يكره لمخالفة السنة وقيل ما ذكره في المتن يشير الى عدم الكراهة حيث قال وهذا بيان الاستحباب والحق هو الاول لان المتوارث الترسل فيكره تركه وفي فتاوى قاضيخان أذن ومكث ساعة ثم أخذ في الاقامة فظنها أذانا فصنع كالاذان فعرف يستقبل الاقامة لان السنة في الاقامة الحدر فاذا ترسل ترك سنة الاقامة وصار كأنه أذن مرتين (قوله لانه خطاب للقوم فيواجههم به) ويقع لمن خلفه اعلام بذلك الالتفات مع ثبات القدمين فلا حاجة الى ارتكاب المكروه باستدبار القبلة اللازم من مواجهتهم ثم قيل يلتفت يمنة للصلاة ويسرة للفلاح وقيل يمنة ويسرة لكل منهما واختار بعضهم الاول والثاني أوجه (قوله بان كانت الصومعة) اتساعها لا ينفي استطاعة تحويل الوجه الذي يعطيه ظاهر اللفظ لكن المراد عدم استطاعة التبليغ مع التحويل لانه يصير في جوفها فيضعف بلوغ الصوت خصوصا لمن خلفه فيستدبر ويخرج رأسه ليتم الاعلام (قوله بذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بلالا) روى أبو محمد بن حيان بالمثناة من تحت وهو المعروف بأبي الشيخ في كتاب الاذان له أنه صلى الله عليه وسلم أمر بلالا أن يدخل اصبعيه في اذنيه وقال انه أرفع لصوتك وروى الترمذي في حديث أبي جحيفة رأيت بلالا يؤذن وأتتبع فاه ههنا وههنا واصبعاه في أذنيه وقال حسن صحيح (قوله فان لم يفعل فحسن) أي الاذان حسن (قوله لانها ليست بسنة أصلية) قال في العناية لعبد القادر

الفعل لانه وان لم يكن من السنن الاصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد وهو الاصل في باب الاذان لكنه فعل فيه أمر به النبي صلى الله عليه وسلم بلالا فلا يليق أن يوصف تركه بالحسن ولم يؤثر في زوال الحسن الممكن في نفس الاذان الذي هو من سنن الهدى فكان معناه أن الاذان بذلك الفعل أحسن وبتركه حسن

(قوله وهي نوعان ما يرجع الى نفس الاذان الخ) أقول اكتفى بذكر الاذان عن الاقامة والا ففيه بيان ما يرجع الى نفس الاقامة أيضا (قوله لانه وان لم يكن من السنن الاصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد) أقول فلا تكون الصلاة خير من النوم من السنن الاصلية أيضا

وقوله (والتثويب فى الفجر) مبتدأ وقوله (حسن) خبره وقوله (وكره فى سائر الصلوات) لما روى أن عليا رضى الله عنه رأى مؤذنا يثوب فى العشاء فقال أخرجوا هذا المبتدع من المسجد وروى مجاهد قال دخلت مع ابن عمر مسجدا يصلى فيه الظهر فسمع مؤذنا يثوب فغضب وقال قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع فما كان التثويب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى صلاة الفجر وقوله (ومعناه) أى معنى التثويب فى الاصطلاح (العود الى الاعلام بعد الاعلام) وهو فى اللغة عبارة عن الرجوع ومنه سمى الثواب لان منفعة عمله تعود اليه (وهو) أى التثويب (على حسب ما تعارفه أهل كل بلدة) من التنحنح أو قوله الصلاة الصلاة أو قوله قامت قامت لانه للمبالغة فى الاعلام وانما يحصل ذلك بما تعارفوه وقوله (وهذا) اشارة الى قوله حى على الصلاة حى على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة (التثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير أحوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا) أنه وقت غفلة

(والتثويب فى الفجر حى على الصلاة حى على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة حسن) لانه وقت نوم وغفلة (وكره فى سائر الصلوات) ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا التثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضى الله عنهم لتغير أحوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه فى الصلوات كلها لظهور التوانى فى الامور الدينية وقال أبو يوسف رحمه الله لا أرى بأسا أن يقول المؤذن للامير فى الصلوات كلها السلام عليك أيها الامير ورحمة الله وبركاته حى على الصلاة حى على الفلاح الصلاة يرحمك الله واستبعده محمد رحمه الله لان الناس سواسية فى أمر الجماعة وأبو يوسف رحمه الله خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضى والمفتى (ويجلس بين الاذان والاقامة الا فى المغرب وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجلس فى المغرب أيضا جلسة خفيفة) لانه لابد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع الفصل بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولابى حنيفة رحمه الله ان الاخير مكروه فيكتفى بأدنى الفصل احترازا عنه والمكان فى مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعى رحمه الله يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات

ولم يذكر التثويب القديم ههنا وذكر فى الاصل أن التثويب الاول كان فى صلاة الفجر بعد الاذان الصلاة خير من النوم فاحدث الناس هذا التثويب يعنى به قوله حى على الصلاة حى على الفلاح مرتين (والمتأخرون استحسنوه) أى التثويب المحدث فى الصلوات كلها لظهور التوانى فى الامور الدينية ولكن لم يشترطوا عين ذلك اللفظ الذى هو حى على الصلاة حى على الفلاح بل ذكروا ما تعارفوه كما ذكرناه آنفا ويكون هذا احداثا بعد احداث لان التثويب الاصلى كان الصلاة خير من النوم لا غير فى أذان الفجر أو بعد أذان الفجر فاحدث علماء الكوفة حى على الصلاة حى على الفلاح بين الاذان والاقامة فى الفجر خاصة مع ابقاء الاول وأحدث المتأخرون التثويب بين الاذان والاقامة على حسب ما تعارفوه فى جميع الصلوات سوى المغرب مع ابقاء الاول وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وقوله (وقال أبو يوسف) كلام يتعلق بالتثويب المحدث فى سائر الصلوات بزيادة اختصاص بمن يكون مشتغلا بامور المسلمين وهو ظاهر قال (ويجلس بين الاذان والاقامة الا فى المغرب) لا خلاف أن وصل الاذان بالاقامة مكروه لان المقصود بالاذان اعلام الناس بدخول الوقت ليتأهبوا للصلاة بالطهارة فيحضروا المسجد لاقامة الصلاة وبالوصل ينتفى هذا المقصود فان كانت الصلاة

فيه نظر لما تقدم من الاحاديث الصحيحة مع لفظة الامر انتهى وفيه نظر اذ ما تقدم مع لفظ الامر مصروف عن الوجوب لانه شرع كيفية لما هو سنة فيكون المراد به السنية والاصلية أمر زائد عليه صرف عنه التعليل فى النص بكونه أرفع للصوت (قوله على حسب ما تعارفوه) يفيد عدم تعين الحيعلة نحو الصلاة الصلاة أو قامت قامت (قوله وخصوا الفجر به) ذكروه فى غيره وعن ابن عمر انه سمع مؤذنا يثوب فى غير الفجر وهو فى المسجد فقال لصاحبه قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع وعن على رضى الله عنه انكاره (قوله لما ذكرنا) يعنى انه وقت نوم وغفلة وفسره فى رواية الحسن بأن يمكث بعد الاذان قدر قراءة عشرين آية ثم يثوب ثم يمكث كذلك ثم يقيم وقد قدمناه (قوله وأبو يوسف خصهم) أخذ كروجه أبى يوسف رحمه الله لافادة اختياره وكذا يظهر من كلام قاضيخان وغيره اختيار قول أبى يوسف (قوله والمكان فى مسئلتنا مختلف) يفيد كون المعهود اختلاف مكانهما وهو كذلك شرعا والاقامة فى المسجد ولابد وأما الاذان فعلى المئذنة فان لم يكن ففى فناء المسجد وقالوا لا يؤذن فى المسجد (قوله فيقع الفصل بالسكتة) فى جامعى قاضيخان والتمرتاشى السكتة الفاصلة

(قوله والمتأخرون استحسنوه أى التثويب المحدث الخ) أقول فيه بحث (قوله لان التثويب الاصلى كان الصلاة خير من النوم لا غير الخ) أقول التثويب هو العود الى الاعلام بعد الاعلام والاعلام يكون بالاذان فالذى فى أثنائه ليس عودا الى الاعلام بعد الاعلام (قوله فأحدث علماء الكوفة حى على الصلاة حى على الفلاح بين الاذان والاقامة فى الفجر خاصة مع ابقاء الاول) أقول فى قوله مع ابقاء الاول بحث

مما يتطوع قبلها مسنونا كان أو مستحبا يفصل بينهما بالصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم بين كل أذانين صلاة قالها ثلاثا وقال في الثالثة لمن شاء فان لم يصل يفصل بينهما بجلسة خفيفة لحصول المقصود به وأما اذا كان في المغرب فقد اتفقوا على أن الفصل لا بد منه فيه أيضا لكنهم اختلفوا في مقداره فعند أبي حنيفة يستحب أن يفصل بينهما بسكتة قائما مقدار ما يمكن فيه من قراءة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة وفي رواية عنه مقدار ما يخطو ثلاث خطوات ثم يقيم وعندهما يفصل بينهما بجلسة خفيفة مقدارا لجلسة بين الخطبتين والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (والفرق قد ذكرناه) اشارة الى قوله ان التأخير مكروه بخلاف سائر الصلوات فان التأخير فيها ليس بمكروه والاشتغال بالركعتين يؤدي الى التأخير فلذلك لا يفصل بينهما والمذكور هنا من مذهب الشافعي مناف لما تقدم في باب المواقيت من وقت المغرب وهو أن يصلي فيه ثلاث ركعات (قال يعقوب رأيت أبا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا) أن لا جلوس عنده في أذان المغرب وانما أورده ليؤكد قول أبي حنيفة بفعله قيل وانما ذكر محمد في الجامع الصغير أبا يوسف باسمه دون كنيته دفعا لتوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين وكان محمد مأمورا من جهة أبي يوسف أن يذكره باسمه حيث ذكر أبا حنيفة قوله (وان المستحب) معطوف على ما قلنا يعني يفيد ما قلنا ويفيد استحباب (كون المؤذن عالما بالسنة) أي باحكام الشرع الاوسط (لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم) وخيارهم من كان عالما باحكام الشرع وهذا رد على من قال الاحسن للامام أن يفوض الاذان والاقامة الى غيره فان النبي صلى الله عليه وسلم ما كان يباشر الاذان والاقامة بنفسه وكان امامالهم في الصلوات قلنا أذن وأقام صلى الله عليه وسلم أحيانا روى عقبة بن عامر قال كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فلما زالت الشمس أذن وأقام وصلى الظهر

والفرق قد ذكرناه (قال يعقوب رأيت أبا حنيفة رحمه الله يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس بين الاذان والاقامة) وهذا يفيد ما قلنا وأن المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم (ويؤذن للفائتة ويقيم)

عنده قدر ثلاث آيات قصار أو آية طويلة وعنه قدر ثلاث خطوات أو أربع (قوله والفرق قد ذكرناه) وهو كراهة التأخير فاذا كانت تلك الركعتان مندوبا يستلزم كراهة كان سبيلها الترك وهذا يشير الى أن تأخير المغرب قدر أداء ركعتين مكروه وقد منا من القنية استثناء التأخير القليل فيجب حمله على ما هو أقل من قدرهما اذ الوسط فيهما يتفق كلام الاصحاب (قوله قال يعقوب) هو اسم أبي يوسف رحمه الله وهذا لفظ محمد في الجامع الصغير (قوله وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة) يفيد بالالتزام العادي طلب أن لا يكون صبيا وان كان عاقلا بل بالغا ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم وليؤذن لكم خياركم فعلم أن المراد أن المستحب كونه عالما ملا لان العالم الفاسق ليس من الخيار لانه أشد عذابا من الجاهل الفاسق على أحق القولين كما تشهد الاحاديث الصحيحة وصرحوا بكراهة أذان الفاسق من غير تقييد بكونه عالما أو غيره وروى مثله في الصبي العاقل أيضا لكن ظاهر الرواية في الصبي العاقل عدم الكراهة بخلاف غير العاقل ثم في النسخ ويؤذن بالواو والذي في أبي داود عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليؤذن لكم خياركم وليؤمكم قراؤكم وفي اسناده الحسين بن عيسى نسب اليه أبو زرعة وأبو حاتم النكارة في حديثه ثم يدخل في كونه خيارا أن لا يأخذ أجرا فانه لا يحل للمؤذن ولا للامام ولابي داود عن عثمان بن أبي العاص قال قلت يا رسول الله اجعلني امام قومي قال أنت امامهم واقتد بضعيفهم واتخذ مؤذنا لا يأخذ على الاذان أجرا قالوا فان لم يشارطهم على شيء لكن عرفوا حاجته فجمعوا له في كل وقت شيأ كان حسنا وطيب له وعلى هذا المفتي لا يحل له أخذ شيء على ذلك لكن ينبغي للقوم أن يهدوا اليه وفي فتاوى قاضيخان المؤذن اذا لم يكن عالما بأوقات الصلاة لا يستحق ثواب المؤذنين انتهى فني أخذ الاجر أولى ولنسق بعض ما روي في المؤذنين روى الامام أحمد عنه صلى الله عليه وسلم لو يعلم الناس ما في النداء لتضاربوا عليه بالسيوف وله باسناد صحيح يغفر للمؤذن منتهى أذانه ويستغفر له كل رطب ويابس سمعه ورواه البزار الا أنه قال ويجيبه كل رطب ويابس وأبو داود وابن خزيمة في صحيحه وعندهما يشهد له والنسائي وزاد وله مثل أجر من صلى معه وللطبراني مثل هذه وله في الاوسط يد عبد الرحمن فوق رأس المؤذن وانه ليغفر له مدى صوته أين بلغ وله فيه ان المؤذنين والملبين يخرجون من قبورهم يؤذن المؤذن ويلبي الملبي ولمسلم المؤذنون أطول أعناقا يوم القيامة وللامام أحمد والترمذي عن ابن عمر يرفعه ثلاثة على كثبان المسك أراه قال يوم القيامة زاد في رواية يغبطهم الاولون والآخرون عبد أدى حق الله وحق مواليه ورجل أم قوما وهم به راضون ورجل ينادي بالصلوات الخمس في كل يوم وليلة ورواه الطبراني في

الاوسط والصغير باسناد لا بأس به ولفظه قال صلى الله عليه وسلم ثلاثة لا يهولهم الفزع الاكبر ولا ينالهم الحساب هم على كثيب من مسك حتى يفرغ حساب الخلائق رجل قرأ القرآن ابتغاء وجه الله وأم قوما وهم به راضون وداع يدعو الى الصلاة ابتغاء وجه الله وعبد أحسن فيما بينه وبين ربه وفيما بينه وبين مواليه ورواه في الكبير ولفظه عن ابن عمر قال لم أسمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا مرة ومرة ومرة حتى عد سبع مرات لما حدثت به سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ثلاثة على كثبان المسك يوم القيامة لا يهولهم الفزع الاكبر ولا يفزعون حين يفزع الناس رجل تعلم القرآن فقام به يطلب وجه الله وما عنده ورجل ينادي في كل يوم وليلة خمس صلوات يطلب وجه الله وما عنده ومملوك لم يمنعه رق الدنيا عن طاعة ربه ويدخل في الخيار أيضا من لا يلحن الاذان لانه لا يحل وتحسين الصوت مطلوب ولا تلازم بينهما وقيده الحلواني بما هو ذكر فلا بأس بادخال المد في الحيعلتين فظهر من هذا أن التلحين هو اخراج الحرف عما يجوزله في الاداء وهو صريح في كلام الامام أحمد فانه سئل عنه في القراءة فمنعه فقيل له لم قال ما اسمك قال محمد قال له أيعجبك أن يقال لك يا موحامد قالوا واذا كان لم يحل في الاذان ففي القراءة أولى وحينئذ لا يحل سماعها أيضا ويكره التمخخ عند الاذان والاقامة لانه بدعة وينبغي للمؤذن أن ينتظر الناس فان علم بضعيف مستعجل أقام له ولا ينتظر رئيس المحلة ويقيم في مكانه فان مشى الى مكان الصلاة عند قد قامت الصلاة جاز اذا كان اماما وقيل مطلقا ويكره أن يؤذن قاعدا الا ان أذن لنفسه لان المقصود مراعاة السنة لا الاعلام ويكره أيضا راكبا في ظاهر الرواية الا للمسافر وينزل للاقامة والا يلزم الفصل بينها وبين الشروع وهو مكروه ولا يتكلم في أثناء الاذان فان تكلم استأنفه وفي غير موضع اذا سلم على المؤذن أو عطس فحمد أو سلم على مصل أو قارئ أو خطيب ففرغوا عن أبي حنيفة لا يلزمهم الرد بل يرد في نفسه وعن محمد يرد بعد الفراغ وعن أبي يوسف لا قبله ولا بعده في نفسه وصححوه وأجمعوا أن المتغوط لا يلزمه الرد في الحال ولا بعده لان السلام عليه حرام بخلاف من في الحمام اذا كان بمئزر وعن أبي حنيفة يرد المصلي بعد الفراغ قال أبو جعفر تأويله اذا لم يعلم انه في الصلاة وعلى هذا اذا سلم على المتغوط وفي فتاوى قاضيخان اذا سلم على القاضي والمدرس قالوا لا يجب عليه الرد اه ومثله ذكر في سلام المكدي هذا والسامع للاذان يجيب فيقول مثل ما يقول المؤذن الا في الحيعلتين فيحوقل وعند الصلاة خير من النوم صدقت وبررت أما الاجابة فظاهر الخلاصة والفتاوى والتحفة وجوبها وقول الحلواني الاجابة بالقدم فلو أجاب بلسانه ولم يمش لا يكون مجيبا ولو كان في المسجد فليس عليه أن يجيب باللسان حاصله نفي وجوب الاجابة باللسان وبه صرح جماعة وانه مستحب قالوا ان قال نال الثواب الموعود والا لم ينل أما أنه يأثم أو يكره فلا وفي التجنيس لا يكره الكلام عند الاذان بالاجماع استدلالا باختلاف أصحابنا في كراهيته عند أذان الخطبة يوم الجمعة فان أبا حنيفة انما كرهه لانه يلحق هذه الحالة بحالة الخطبة وكان هذا اتفاقا على انه لا يكره في غير هذه الحالة كذا ذكر شمس الائمة السرخسي فيما قرؤا عليه اه لكن ظاهر الامر في قوله صلى الله عليه وسلم اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول الوجوب اذ لا تظهر قرينة تصرفه عنه بل ربما يظهر استنكار تركه لانه يشبه عدم الالتفات اليه والتشاغل عنه وفي التحفة ينبغي أن لا يتكلم ولا يشتغل بشئ حال الاذان أو الاقامة وفي النهاية تجب عليهم الاجابة لقوله صلى الله عليه وسلم أربع من الجفاء ومن جملتها ومن سمع الاذان والاقامة ولم يجب اه وهو غير صريح في اجابة اللسان اذ يجوز كون المراد الاجابة بالاتيان الى الصلاة والا لكان جواب الاقامة واجبا ولم نعلم فيه عنهم الا أنه مستحب والله أعلم ولا يرد السلام أيضا وفي التفاريق اذا كان في المسجد أكثر من مؤذن أذنوا واحدا بعد واحد فالحرمة للاول وسئل ظهير الدين عمن سمع في وقت من جهات ماذا عليه قال اجابة أذان

مسجده بالفعل وهذا ليس مما نحن فيه اذ مقصود السائل أي مؤذن يجيب باللسان استحبابا أو وجوبا
والذي ينبغي اجابة الاول سواء كان مؤذن مسجده أو غيره لانه حيث يسمع الاذان ندب له الاجابة
أو وجبت فاذا فرض أن مسموعه من غير مسجده تحقق في حقه السبب فيصير كتعددهم في المسجد
الواحد فان سمعهم معا أجاب معتبرا كون جوابه لمؤذن مسجده حتى لو سبق مؤذنه بعد ذلك أو سبق
تقيده به دون غيره من المؤذنين ولو لم يعتبر هذا الاعتبار جاز وانما فيه مخالفة الاولى وفي العيون قارئ
سمع النداء فالافضل أن يمسك ويسمع الرستغفني يمضي في قراءته ان كان في المسجد وان كان في بيته
فكذلك ان لم يكن أذان مسجده وأما الحوقلة عند الحيعلة فهو وان خالف ظاهر قوله صلى الله عليه
وسلم فقولوا مثل ما يقول لكنه ورد فيه حديث مفسر كذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قال المؤذن الله أكبر الله أكبر فقال أحدكم الله أكبر الله أكبر ثم
قال أشهد أن لا إله الا الله قال أشهد أن لا إله الا الله ثم قال أشهد أن محمدا رسول الله قال أشهد أن
محمدا رسول الله ثم قال حي على الصلاة قال لا حول ولا قوة الا بالله ثم قال حي على الفلاح قال لا حول
ولا قوة الا بالله ثم قال الله أكبر الله أكبر قال الله أكبر الله أكبر ثم قال لا إله الا الله قال لا إله الا الله
من قلبه دخل الجنة رواه مسلم فحملوا ذلك العام على ما سوى هاتين الكلمتين وهو غير جار على قاعدة
لان عندنا المخصص الاول ما لم يكن متصلا لا يخصص بل يعارض فيجري فيه حكم المعارضة أو يقدم
العام والحق الاول وانما قدم العام في مواضع لاقتضاء حكم المعارضة ذلك في خصوص تلك المواضع
وعلى قول من لم يشترط ذلك فانما يلزم التخصيص اذا لم يمكن الجمع بأن تحقق معارضا للعام في بعض
الافراد بأن يوجب نفي الحكم المعلق بالعام عنها فيخرجها عنه وهنا لم يلزم من وعده عليه السلام لمن أجاب
كذلك وقال عند الحيعلة الحوقلة ثم هلل في الآخر من قلبه بدخول الجنة نفي أن يجعل المجيب
مطلقا ليكون مجيبا على الوجه المسنون وتعليل الحديث المذكور بأن اعادة المدعو دعاء الداعي
يشبه الاستهزاء كما يفهم في الشاهد بخلاف ما سوى الحيعلتين فانه ذكر يثاب عليه من قاله لا يتم اذ لا
مانع من صحة اعتبار المجيب بهما داعيا لنفسه محرزا كامنها السواكن مخاطبا لها فكيف وقد ورد في
بعض الصور طلبها صريحا في مسند أبي يعلى حدثنا الحكم بن موسى حدثنا الوليد بن مسلم عن أبي
عائذ بن سليم بن عامر عن أبي أمامة عنه صلى الله عليه وسلم اذا نادى المنادي للصلاة فتحت أبواب السماء
واستجيب الدعاء فمن نزل به شدة أو كرب فليتحين المنادي اذا كبر كبروا اذا تشهد تشهد واذا قال حي
على الصلاة قال حي على الصلاة واذا قال حي على الفلاح قال حي على الفلاح ثم يقول اللهم رب هذه
الدعوة الحق المستجاب لها دعوة الحق وكلمة التقوى أحينا عليها وأمتنا عليها وابعثنا عليها
واجعلنا من خيار أهلها محيانا ومماتنا ثم يسأل الله عز وجل حاجته ورواه الطبراني في كتاب
الدعاء قال حدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل حدثنا الحكم بن موسى فساقه ورواه الحاكم من طريق
الهيثم بن خارجة فذكر مثل حديث أبي يعلى وقال صحيح الاسناد لكن تظر فيه بضعف أبي عائذ عفير فقد
يقال هو حسن ولو ضعف فالمقام يكفي فيه مثله فهذا يفيد أن عموم الاول معتبر وقد رأينا من مشايخ
السادات من كان يجمع بينهما فيدعو نفسه ثم يتبرأ من الحول والقوة ليعمل بالحديثين وفي حديث
عمر وأبي أمامة رضي الله عنهما التنصيص على أن لا يسبق المؤذن بل يعقب كل جملة منه بجملة منه
وليتم هذا بالدعاء عقيب الاجابة عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول
ثم صلوا علي فانه من صلى علي صلاة صلى الله عليه بها عشرا ثم سلوا الله لي الوسيلة فانها منزلة في الجنة
لا تنبغي الا لعبد مؤمن من عباد الله وأرجو أن أكون أنا هو فمن سأل لي الوسيلة حلت له الشفاعة
رواه مسلم وغيره وعن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من قال حين يسمع النداء اللهم

رب

وقوله (غداة ليلة التعريس) التعريس النزول فى آخر الليل روى البخارى فى صحيحه باسناده الى عبد الله بن أبى قتادة عن أبيه قال سرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول الله قال أخاف أن تناموا عن الصلاة قال بلال أنا أوقظكم فاضطجعوا وأسند بلال ظهره الى راحلته فغلبته عيناه فنام فاستيقظ النبى صلى الله عليه وسلم وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال أين ما قلت قال ما ألقيت على نومة مثلها قط قال عليه السلام ان الله تعالى قبض أرواحكم حين شاء وردها عليكم حين شاء يا بلال قم فأذن الناس بالصلاة فتوضأ فلما ارتفعت الشمس وابيضت قام فصلى بالناس جماعة (وهو) أى قضاء النبى صلى الله عليه وسلم باذان واقامة (حجة على الشافعى فى اكتفائه بالاقامة) لايقال قد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بلالا فاقام بدون ذكر الاذان لان القصة واحدة فالعمل بالزيادة أولى وفيه نظر لان ذلك انما يكون اذا كان راويهما واحدا ولم يثبت ههنا ذلك والجواب أن الراوى اذا كان متعددا انما يعمل بالخبرين اذا أمكن العمل بهما وههنا لا يمكن ذلك لان القصة واحدة (فان فاتته صلوات أذن للاولى وأقام لما رويناه) من حديث ليلة التعريس (وكان مخيرا فى الباقى ان شاء أذن وأقام) ليكون القضاء على حسب الاداء (وان شاء اقتصر على الاقامة) لان الاذان للاستحضار وهم حضور فلا حاجة اليه فان قيل اذا كان الرفق متعينا فى أحد الامرين فلا تخيير بينهما كما فى قصر صلاة المسافر وههنا الرفق متعين فى الاقامة فما وجه التخيير أجيب بان ذلك بين الشيئين الواجبين لا فى السنن والتطوعات قال (وعن محمد) روى فى غير رواية الاصول عن محمد اذا فاتت صلوات يقضى الاولى باذان واقامة والبواقى بالاقامة دون الاذان قال أبو بكر الرازى (يجوز أن يكون هذا قولهم جميعا) والمذكور فى الكتاب محمول على الصلاة الواحدة فيرتفع الخلاف بين أصحابنا

لانه عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى اكتفائه بالاقامة (فان فاتته صلوات أذن للاولى وأقام) لما روينا (وكان مخيرا فى الباقى ان شاء أذن وأقام) ليكون القضاء على حسب الاداء (وان شاء اقتصر على الاقامة) لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضى الله عنه وعن محمد رحمه الله انه يقيم لما بعدها ولا يؤذن قالوا ويجوز أن يكون هذا قولهم جميعا

رب هذه الدعوة التامة والصلاة القائمة آت محمدا الوسيلة والفضيلة وابعثه مقاما محمودا الذى وعدته حلت له شفاعتى يوم القيامة رواه البخارى وغيره والبيهقى وزاد فى آخره انك لا تخلف الميعاد وعنه صلى الله عليه وسلم من قال حين يسمع المؤذن وأنا أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله رضيت بالله ربا وبالاسلام دينا وبمحمد صلى الله عليه وسلم رسولا غفر الله له ذنوبه رواه مسلم والترمذى وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن رجلا قال يا رسول الله ان المؤذنين يفضلوننا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قل كما يقولون فاذا انتهيت فسل تعطه رواه أبو داود والنسائى وابن حبان فى صحيحه وروى الطبرانى فى الاوسط والامام أحمد عنه صلى الله عليه وسلم من قال حين ينادى المنادى اللهم رب هذه الدعوة القائمة والصلاة النافعة صل على محمد وارض عنى رضا لا سخط بعده استجاب الله له دعوته وله فى الكبير من سمع النداء فقال أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله اللهم صل على محمد وبلغه درجة الوسيلة عندك واجعلنا فى شفاعته يوم القيامة وجبت له الشفاعة والحديث فى هذا الباب كثير والقصد الحث على الخير رزقنا الله تقواه فى جميع الاحوال (قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم الخ) فى مسلم فى حديث طويل عن أبى قتادة فى قصة التعريس ثم أذن بلال بالصلاة فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم صلى الغداة فصنع كما يصنع كل يوم وفى أبى داود وغيره أنه صلى الله عليه وسلم أمر بلالا بالاذان والاقامة حين ناموا عن الصبح وصلوها بعد ارتفاع الشمس من رواية أبى هريرة وعمرو بن أمية الضمرى وعمران بن حصين وذى مخمر الحبشى الصحابى رضى الله عنهم وغيرهم ورواه مالك فى الموطا عن ابن المسيب مرسلا وذكر فيه الاذان ومراسيل ابن المسيب مرفوعة عند الشافعى رحمه الله ومافى مسلم فى القصة وأمر بلالا فاقام الصلاة فصلى بهم الصبح لا ينافى انه أذن فكيف وقد صح وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين شغلهم الكفار فقضاهن باذان واقامة يعنى الاربع صلوات (قوله وهو حجة على الشافعى فى اكتفائه بالاقامة) فى أحد قوليه وفى الآخر لا ولائم الاصل عندنا أن يؤذن لكل فرض أدى أو قضى الا الظهر يوم الجمعة فى المصر فان أداءهما مكروه روى ذلك عن على والا ما تؤديه النساء أو تقضيه بجماعتهن لان عائشة رضى الله عنها أمتهن بغير أذان ولا اقامة حين كانت جماعتهن مشروعة وهذا يقتضى أن المنفردة أيضا كذلك لان تركهما لما كان هو السنة حال شرعية الجماعة كان حال الانفراد أولى والله سبحانه أعلم (قوله وعن محمد) هو فى غير رواية الاصول وجهه أنهما صلاتان اجتمعتا فى وقت واحد فيؤذن ويقام للاولى ويقام للباقية كالظهر والعصر بعرفة ولهما ما روى أبو يوسف بسنده وكذا من قدمنا معه انه صلى الله عليه وسلم حين شغلهم الكفار يوم

قال (وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهر) لان لهما شبها بالصلاة على ما سيأتي فان أذن بغير وضوء جاز بلا كراهة في ظاهر الرواية لانه ذكر فكان الوضوء فيه مستحبا كالقراءة (ويكره أن يقيم على غير وضوء) لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلاة بالاشتغال باعمال الوضوء والاقامة شرعت متصلة بالشروع في الصلاة (وروى انه) أي الشأن (لا تكره الاقامة أيضا) لانها أحد الاذانين والآخر وهو الاذان لا يكره بلا وضوء فكذا الاقامة (ويروى يكره الآذان أيضا) وهو رواية الكرخي لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه (ويكره أن يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين) أي بين أذان الجنب والمحدث على الرواية التي لا يكره أذانه أن للاذان شبها بالصلاة) في انهما (176) يفتتحان بالتكبير ويؤديان مع الاستقبال ويرتب كلمات الاذان كاركان الصلاة ويختصان بالوقت ولا يتكلم فيهما الا انه ليس بصلاة على الحقيقة ولو كان صلاة على الحقيقة لم يجز مع الحدث والجنابة فاذا كان مشبها بها كره مع الجنابة اعتبارا للشبه ولم يكره مع الحدث اعتبارا للحقيقة ولم يعكس لانا لو اعتبرنا في الحدث جانب الشبه لزمنا اعتباره في الجنابة بطريق الاولى لان الجنابة أغلظ الحدثين فكان يتعطل جانب الحقيقة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الاعادة وعدمها وقوله (أما الاول) يعني عدم اعادة أذان المحدث واقامته وقوله (وأما الثاني) يعني استحباب الاعادة بسبب الجنابة وقوله (روايتان في ظاهر الرواية يستحب وفي رواية الكرخي يجب والاشبه اعادة الاذان فقط) لان تكرار الاذان مشروع في الجملة كما في الجمعة بخلاف الاقامة وقوله (يعني الصلاة) انما فسره بهذا لانه قال في الايضاح ويحتمل أن يكون المراد من الجواز على أصل الاذان لان رفع الصوت زائد في الباب وقوله (وكذلك المرأة تؤذن) عطف على قوله والجنب أحب الى أن يعيد وقوله (ليقع) أي الاذان (على وجه السنة) فان أذان المرأة لا يكون على وجه السنة بل على وجه البدعة لانها ان رفعت صوتها في أعلى موضع ارتكبت بدعة والا لم تؤذن على وجه السنة وترك وجه هذه السنة بدعة وليس على النساء أذان ولا اقامة لانهما سنتا الصلاة بالجماعة وجماعتهن منسوخة وان صلين بجماعة صلين بغير أذان ولا اقامة لحديث رائطة قالت كنا جماعة من النساء أمتنا عائشة بلا أذان ولا اقامة

(ويندبغي أن يؤذن ويقيم على طهر فان أذن على غير وضوء جاز) لانه ذكر وليس بصلاة فكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة (ويكره أن يقيم على غير وضوء) لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلاة ويروى أنه لا تكره الاقامة أيضا لانها أحد الاذانين ويروى أنه يكره الاذان أيضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه (ويكره أن يؤذن وهو جنب) رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين أن للاذان شبها بالصلاة فتشترط الطهارة عن أغلظ الحدثين دون أخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا أذن وأقام على غير وضوء لا يعيد والجنب أحب الي أن يعيد (ولو لم يعد أجزأه) أما الاول فلخفة الحدث وأما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه أن يعاد الاذان دون الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وقوله ولو لم يعد أجزأه يعني الصلاة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة قال (وكذلك المرأة تؤذن) معناه يستحب أن يعاد ليقع على وجه السنة

الاحزاب عن أربع صلوات عن الظهر والعصر والمغرب والعشاء قضاهن على الولاء وأمر بلالا أن يؤذن ويقيم لكل واحدة منهن ولانها صلاة مفروضة يقيمها المخاطب بالاقامة بالجماعة فيقيمها كالجماعة بخلاف النساء وصلاة عرفة لو كان على القياس لم يعارض النص فكيف وهما على خلاف القياس قال الرازي يجوز كون ما قال محمد قولهم جميعا والمذكور في الكتاب محمول على الصلاة الواحدة فلا خلاف واستشكل بأن الصلاة الواحدة لا خلاف فيها (قوله ووجه الفرق) أي ما بين الاذان جنبا ومحدثا على احدى الروايتين في المحدث وهي رواية عدم الكراهة (قوله أن للاذان شبها بالصلاة) وجهه تعلق أجزائهما بالوقت واشترا كهما في استقبال القبلة يشترط فيهما كذا قيل وهو يقتضي أن يعاد الاذان اذا لم يستقبل به كما يعاد اذا كان قبل الوقت وليس كذلك فالاولى أن يقال انه مطلوب فيهما وان اختلفت كيفية الطلب (قوله وفي الجامع الصغير) ذكره لاشتماله على ما ليس في القدوري من الاعادة لان الكراهة وهي المذكورة فيه لا تستلزم الاعادة كاذان القاعد والراكب في المصر يكره ولا اعادة ولينبني عليه المختار من التفصيل في الاعادة والله أعلم (قوله وكذلك المرأة الخ) حاصله انه يكره أذان جماعة ويعاد أذان الصبي الذي لا يعقل والمرأة والجنب والسكران والمجنون والمعتوه لعدم الاعتماد على أذان هؤلاء فلا يلتفت اليهم فربما ينتظر الناس الاذان المعتبر والحال أنه معتبر فيؤدي الى تفويت الصلاة أو الشك في صحة المؤدى أو ايقاعها في وقت مكروه وهذا لا ينتهض في الجنب وغاية ما يمكن أنه يلزم فسقه وصرح بكراهة أذان الفاسق ولا يعاد فلا اعادة فيه ليقع

(قال المصنف لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه) أقول فيه بحث (قوله ولو كان صلاة على الحقيقة الى قوله ولم يكره مع الحدث اعتبارا للحقيقة) أقول فعلى هذا يكون قوله عملا بالشبهين من باب التغليب (قوله وفي رواية الكرخي يجب) أقول هذا ينبغي أن يكون على قول من يوجب الاذان

(ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت) لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل (وقال أبو يوسف) وهو قول الشافعي رحمه الله (يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل) لتوارث أهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا (والمسافر يؤذن ويقيم)

على وجه السنة وفي الخلاصة خمس خصال اذا وجدت في الاذان والاقامة وجب الاستقبال اذا غشي على المؤذن في أحدهما أو مات أو سبقه الحدث فذهب وتوضأ أو حصر فيه ولا ملقن أو خرس يجب الاستقبال وفي فتاوى قاضيخان معناه فان حمل الوجوب على ظاهره احتيج الى الفرق بين نفس الاذان فانه سنة واستقباله بعد الشروع فيه وتحقق العجز عن اتمامه وقد يقال فيه اذا شرع فيه ثم قطع تبادر الى ظن السامعين أن قطعه للخطاء فينتظرون الاذان الحق وقد تفوت بذلك الصلاة فوجب ازالة ما يفضي الى ذلك بخلاف ما اذا لم يكن أذان أصلا حيث لا ينتظرون بل يراقب كل منهم وقت الصلاة بنفسه أو ينصبون لهم مراقبا الا أن هذا يقتضي وجوب الاعادة فيمن ذكرناهم آنفا الا الجنب ولو قال قائل فيهم ان علم الناس حالهم وجبت والا استحبت ليقع فعل الاذان معتبرا وعلى وجه السنة لم يبعد وعكسه في الخمس المذكورة في الخلاصة وأذان العبد والاعمى والاعرابي وولد الزنا لا كراهة فيه وغيرهم أولى منهم واذا قدم بعض كلمات الاذان على بعض كشهادة أن محمدا رسول الله ثم شهادة أن لا اله الا الله فعليه أن يقول أشهد أن محمدا رسول الله بعدها (قوله ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها) ويكره ذلك ويعاد وبه قال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله الا في الفجر على ما في الكتاب وفي روايه عندهم جميع الليل وقت لاذان الصبح لهم قوله عليه الصلاة والسلام ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى تسمعوا أذان ابن أم مكتوم (قوله والحجة على الكل الخ) رواه أبو داود عن شداد مولى عياض بن عامر عن بلال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا ولم يضعفه أبو داود وأعله البيهقي بأن شدادا لم يدرك بلالا فهو منقطع وابن القطان بأن شدادا مجهول أيضا لا يعرف بغير رواية جعفر بن برقان عنه وروى البيهقي أنه صلى الله عليه وسلم قال يا بلال لا تؤذن حتى يطلع الفجر قال في الامام رجال اسناده ثقات وروى عبد العزيز بن أبي رواد عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه أن بلالا أذن قبل الفجر فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى البيهقي عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له ما حملك على ذلك قال استيقظت وأنا وسنان فظننت أن الفجر قد طلع فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن ينادي على نفسه ألا ان العبد قد نام وروى ابن عبد البر عن ابراهيم قال كانوا اذا أذن المؤذن بليل قالوا له اتق الله وأعد أذانك وهذا يقتضي أن العادة الفاشية عندهم انكار الاذان قبل الوقت فثبت أن أذانه قبل الفجر قد وقع وأنه صلى الله عليه وسلم غضب عليه وأمره بالنداء على نفسه ونهاه عن مثله فيجب حمل ما رووه على أحد أمرين اما أنه من جملة النداء عليه يعني لا تعتمدوا على أذانه فانه يخطئ فيؤذن بليل تحريضا له على الاحتراس عن مثله واما أن المراد بالاذان التسحير بناء على أن هذا انما كان في رمضان كما قاله في الامام فلذا قال فكلوا واشربوا أو التذكير الذي يسمى في هذا الزمان بالتسبيح ليوقظ النائم ويرجع القائم كما قيل ان الصحابة كانوا حزبين حزبا يجتهدون في النصف الاول وحزبا في الاخير وكان الفاصل عندهم أذان بلال رضي الله عنه يدل عليه ما روي عنه صلى الله عليه وسلم لا يمنعنكم من سحوركم أذان بلال فانه يؤذن ليوقظ نائمكم ويرقد قائمكم وقد روى أبو الشيخ عن وكيع عن سفيان عن أبي اسحق عن الاسود عن عائشة رضي الله عنها قالت ما كان المؤذن يؤذن حتى يطلع الفجر

وقوله (ولا يؤذن لصلاة) ظاهر وقوله (والحجة على الكل) أي على أبي يوسف والشافعي وأهل الحرمين يعني أن الحديث حجة على الآخذ والمأخوذ منه فان قيل جاء في الحديث لا يغرنكم أذان بلال ويعلم به انه كان يؤذن قبل الوقت أجيب بانه حجة لنا حيث لم يعتبر النبي صلى الله عليه وسلم أذانه ونهاهم عن الاغترار به واعتباره وقد ذكر في المبسوط أن أذان بلال أنكره عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن ينادي على نفسه ألا ان العبد قد نام يعني نفسه أي انه أذن في حال النوم والغفلة وكان يبكي ويطوف حول المدينة ويقول

ليت بلالا لم تلده أمه * وابتل من نضح دم جنينه

وانما قال ذلك لكثرة معاتبة رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه

وقوله (لقوله عليه السلام لابني أبي مليكة) قال في النهاية ذكر هذا الحديث في المبسوط بخطاب غيرهما وقال روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا وأقيما وليؤمكما أكثركما قرآنا وروى نحو الاسلام وليؤمكما أكبر كما سنا وقوله (فان تركهما جميعا يكره) ظاهر وقوله (لقول ابن مسعود) روى أن ابن مسعود رضي الله عنه صلى بعلقمة والاسود بلا أذان واقامة فقيل له ألا تؤذن وتقيم فقال (أذان الحي يكفينا) وذلك أن المؤذن نائب عن أهل المحلة في الاذان والاقامة لنصبهم اياه لذلك فكان المصلي في الحي بغير أذان واقامة حقيقة مصليا بهم حكما فلا يكره بخلاف المسافر اذا صلى وحده بغير أذان واقامة فانه يكره لكونه تاركا لهما حقيقة وحكما فهو تارك للجماعة حقيقة وتشبها وترك الصلاة بجماعة مكروه فكذا ترك التشبه كما اذا عجز عن الصوم وقدر على التشبه فانه يكره له تركه

﴿باب شروط الصلاة التي تتقدمها﴾

لما فرغ من ذكر السبب وهو الوقت وما هو علامة عليه ذكر بقية الشروط والشروط جمع شرط وهو العلامة وفي الاصطلاح ما يتوقف عليه وجود الشئ ولم يكن داخلا فيه وقوله (التي تتقدمها) صفة مؤكدة لامحالة اذ ليس من الشروط ما لا يكون متقدما

لقوله عليه السلام لابني أبي مليكة رضي الله عنهما اذا سافرتما فأذنا وأقيما (فان تركهما جميعا يكره) ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون (فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة) ليكون الاداء على هيئة الجماعة (وان تركهما جاز) لقول ابن مسعود رضي الله عنه أذان الحي يكفينا

﴿باب شروط الصلاة التي تتقدمها﴾

(قوله لابني أبي مليكة) الصواب مالك بن الحويرث وابن عم له وقد ذكره المصنف في الصرف على الصواب كما ذكره صاحب المبسوط ونحو الاسلام في الجامع والمحبوبي في الصحيح عن مالك بن الحويرث أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا وصاحب لي فلما أردنا الانقلاب من عنده قال لنا اذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما وفي رواية للترمذي أنا وابن عم لي فهي مفسرة للمراد بالصاحب واذا كان هذا الخطاب لهما ولا حاجة لهما مترافقين الى استحضار أحد علم أن المنفرد أيضا يسن له ذلك وقد ورد في خصوص المنفرد أحاديث في أبي داود والنسائي يعجب ربك من راعي غنم في رأس شظية يؤذن بالصلاة ويصلي فيقول الله عز وجل انظروا الى عبدي هذا يؤذن ويقيم للصلاة يخاف مني قد غفرت لعبدي وأدخلته الجنة وعن سلمان الفارسي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كان الرجل بأرض فلاة فحانت الصلاة فليتوضأ فان لم يجد ماء فليتيمم فان أقام صلى معه ملكان وان أذن وأقام صلى خلفه من جنود الله ما لا يرى طرفاه رواه عبد الرزاق وبهذا ونحوه عرف أن المقصود من الاذان لم ينحصر في الاعلام بل كل منه ومن الاعلان بهذا الذكر نشرا لذكر الله ودينه في أرضه وتذكيرا لعباده من الجن والانس الذين لا يرى شخصهم في الفلوات من العباد (قوله فان تركهما يكره) لانه مخالف للامر المذكور في حديث مالك بن الحويرث ولان السفر لا يسقط الجماعة فلا يسقط لوازمها الشرعية أعني دعاءهم فالترك للكل حينئذ ترك للجماعة صورة وتشبها ان كان منفردا أو ترك لمجموع لوازمها ان كانت بجماعة من غير ضرورة وذلك مكروه بخلاف تاركهما في بيته في المصر حيث لا يكره لان أذان المحلة واقامتها كاذانه واقامته لان المؤذن نائب أهل المصر كلهم كما يشير اليه ابن مسعود حين صلى بعلقمة والاسود بغير أذان ولا اقامة حيث قال أذان الحي يكفينا وممن رواه سبط ابن الجوزي (قوله ولو اكتفى بالاقامة جاز) لما ثبت في غير موضع سقوط الاذان دون الاقامة كما بعد أولى الفوائت وما نحن فيه وثانية الصلاتين بعرفة صرح ظهير الدين في الحواشي بان الاقامة آكد من الاذان نقلا من المبسوط (قوله وان تركهما جاز) من غير كراهة وذكرنا الفرق بينه وبين ترك المسافر لهما وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة في قوم صلوا في المصر في منزل واكتفوا باذان الناس أجزأهم وقد أساؤا ففرق بين الفذ والجماعة في هذه الرواية

﴿فرع﴾ الامامة أفضل من الاذان لمواظبته عليه الصلاة والسلام عليها وكذا الخلفاء الراشدون بعده وقول عمر رضي الله عنه لولا الخليفي لأذنت لا يستلزم تفضيله عليها بل مراده لاذنت مع الامامة لا مع تركها ففيه أن الافضل كون الامام هو المؤذن وهذا مذهبنا وعليه كان أبو حنيفة كما يعلم من أخباره والله سبحانه المسؤل في اتمام السول

﴿باب شروط الصلاة التي تتقدمها﴾

هذا لبيان الواقع وقيل لاخراج الشرط العقلي كالحياة للعلم والجعلي كدخول الدار للطلاق وقيل لاخراج

(قوله بخلاف المسافر الخ) أقول فيه بحث

(قوله والشروط جمع شرط وهو العلامة) أقول الذي هو بمعنى العلامة الشرط بالتحريك دون الشرط بسكون الراء

(يجب على المصلى أن يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ماقدمناه) قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا (ويستر عورته) لقوله تعالى خذوا زينتكم

لاخراج مالا يتقدمها كالقعدة شرط الخروج وترتيب مالم يشرع مكررا شرط البقاء على الصحة ويرد على الثانى ان الشرط عقليا أوغيره متقدم فلا يخرج قيد التقدم العقلى والجعلى للقطع بتقدم الحياة ودخول الدار على الالم مثلا ووقوع الطلاق لا يقال بل الجعلى سبب لوقوع المعلق اذ الشرط لا يؤثر الا فى العكس فالشرط مايتوقف عليه غيره من غير أثر له فيه غير أنه أطلق عليه شرط لغة لانا نمنعه بل السبب وهو قوله أنت طالق تأخر عمله الى وجود الشرط الجعلى فصدق أنه يتوقف عليه ولا يؤثر فيه فتعين الاول ولان قوله التى تتقدمها تقييد فى شروط الصلاة لامطلق الشروط وليس للصلاة شرط جعلى ويبعد الاحتراز عن شرطها العقلى من الحياة ونحوه اذ الكتاب موضوع لبيان العمليات فلا يخطر غيرها وشرط الخروج والبقاء على الصحة ليسا شرطين للصلاة بل لامر آخر وهو الخروج والبقاء وانما يسوغ أن يقال شرط الصلاة نوعا من التجوز اطلاقا لاسم الكل على الجزء وعلى الوصف المجاور (قوله على ماقدمناه) فى صدر الكتاب وباب الانجاس (قوله لقوله تعالى خذوا زينتكم) نزلت فى الطواف تحريما للطواف العريان والعبرة وان كانت لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لكن لابد أن يثبت الحكم فى السبب أولا وبالذات لانه المقصود به قطعا ثم فى غيره على ذلك الوجه والثابت عندنا فى الستر فى الطواف الوجوب حتى لو طاف عريانا أثم وحكم بسقوطه وفى الصلاة الافتراض حتى لا تصح دونه وماقيل لقيام الدليل بسقوط الافتراض فى الطواف وهو الاجماع وهو فى الصلاة منتف فيبقى على أصل الافتراض فيها فممنوع ثبوت الاجماع على ذلك ولو سلم لا يدفع السؤال وهو أنه كيف تناول السبب على وجه دونه فى غيره ثم يستلزم أن يراد به الحقيقى والمجازى معا لانه ان كان قطعى الدلالة فوجبه الافتراض ليس غير وان كان ظنيها فالوجوب ليس غير وهما حقيقتان متباينتان لان عدم الاكفار بالجحد مأخوذ فى مفهوم الوجوب ونقيضه فى مفهوم الفرض أو هما فردا مفهوم واحد هو مفهومه وهو الطلب الجازم أعم من كونه على هذا الوجه من القوة أولا والمشكك الاعم لا يعرف استعماله فى فردين من مفهومه فى اطلاق واحد وقد يدفع باختيار الثانى وكونه بحيث يكفر جاحده مقتضاه انما هو أثر قوة ثبوته قطعا عن الله وقطعية دلالته على مفهومه لا من نفس مفهومه فتأمل هذا يظهر لك عنده أن نفس حقيقة الوجوب والفرض ليس تمام مفهوما مفهوم لفظ الامر بل جزؤهما وهو الطلب الجازم والجزء الآخر أعنى كونه بحيث يكفر جاحده أولا أثر كيفية ثبوت ذلك الامر ودلالته وصح اضافة تمامها الى الامر بان يقال يفيد الوجوب الافتراض اذ لا شك فى استفادة ثبوت تمام الحقيقة معه وبسببه لا أن معناه أنها بتمامها مدلول لفظه فتأمل وحينئذ فالالزام الذى يتم هو الاول والله سبحانه وتعالى أعلم وحاصله لزوم افتراض الستر فى الطواف بالآية وأنتم تنفونه أو الوجوب فى الصلاة وأنتم تفرضونه والحق بعد ذلك ان الآية ظنية الدلالة فى ستر العورة فقتضاها الوجوب فى الصلاة ومنهم من أخذ منها قطعية الثبوت ومن حديث لا صلاة لحائض الا بخمار قطعية الدلالة فى ستر العورة فيثبت الفرض بالمجموع وفيه مالا يخفى بعد تسليم قطعية الدلالة فى الحديث والا فهو قد اعترف فى نظيره من نحو لا وضوء لمن لم يسم ولا صلاة لجار المسجد أنه ظنى الدلالة ولا شك فى ذلك لان احتمال نفى الكمال قائم والاوجه الاستدلال بالاجماع على الافتراض فى الصلاة كما نقله غير واحد من أئمة النقل الى أن حدث بعض المالكية فخالف فيه كالقاضى اسمعيل وهو لا يجوز بعد تقرر الاجماع والحديث عن عائشة رضى الله عنها ترفعه لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار رواه أبو داود والترمذى وحسنه

حتى يكون احترازا عنه وهو قريب من أسلوب قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين أسلموا وقوله (يجب على المصلى أن يقدم الطهارة) انما أعاده وان كان قد علم مما تقدم كونها شرطا للصلاة ليكون الباب مشتملا على جملة الشروط وقوله أى ما يوارى عورتكم عند كل صلاة يعنى لاجل الصلاة لا لاجل الناس لان الناس فى الاسواق أكثرهم فى المساجد فلو كان لاجلهم لقال عند دخول الاسواق فكان معناه خذوا ما يوارى عورتكم من الثوب الذى تحصل به الزينة وهى ستر العورة عند كل صلاة لان أخذ الزينة نفسها وهى مصدر لا يمكن الا بهذا الطريق فكان من باب اطلاق اسم الحال على المحل وفى قوله عند كل مسجد اطلاق اسم المحل على الحال فان قيل روى عن ابن عباس أنها نزلت فى شأن الطواف لا فى حق الصلاة فلا تكون حجة فى وجوب الستر فى حق الصلاة أجيب بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب

(قوله ليكون الباب مشتملا على جملة الشروط الخ) أقول التى فى قدرة المصلى وليس الوقت منها فلا يرد نقضا (قوله تحصل به الزينة وهى ستر العورة) أقول قوله هى راجع الى الزينة (قوله لان أخذ الزينة نفسها الخ) أقول دليل لقوله السابق وهو قوله فكان معناه الخ

وقوله (عند كل مسجد) عام فلا يختص بالمسجد الحرام وقوله (وقال عليه السلام لا صلاة لحائض الا بخمار) أى البالغة لان الحائض لا صلاة لها الا بخمار ولا بغيره فكان مجازا عن البالغة لان الحيض يستلزم البلوغ وفى دلالة الآية والحديث على فرضية ستر العورة نظر أما الآية فانها تفيد الوجوب فى حق الطواف ولهذا كان طواف العارى معتدا به فلو أفادت الفرضية فى حق الصلاة لكان لفظ خذوا مستعملا فى الوجوب والافتراض وذلك لا يجوز وأما الحديث فلانه خبر واحد فلا يفيد الفرضية وأجيب بان الآية قطعى الثبوت دون الدلالة على ذلك التقدير والحديث قطعى الدلالة لاداة الحصر ظنى الثبوت لكونه خبر الواحد فبمجموعهما تحصل الدلالة على الافتراض فتأمل وقوله (وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة) لانه قال ما بين سرته الى ركبته وقال ما دون سرته والمفهوم من ذلك أن لا تكون السرة عورة وقوله (والركبة) معطوف على السرة وفيهما خلاف الشافعى فان قيل كلمة الى للغاية وهى فى هذا الموضع لما الحكم اليها فلا تدخل أجاب بقوله وكلمة الى نحملها على كلمة مع كما فى قوله تعالى ولا تأكلوا أموالهم الى أموالكم عملا بكلمة حتى فى قوله حتى يجاوز ركبته أو عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وفيه نظر لان حتى اذا دخل الفعل كان بمعنى الى فى مثل هذا الموضع فلا فرق بينهما

وكان ينبغى أن يقول وعملا بقوله عليه السلام بالواو لان المعارضة قائمة بكل منهما والجواب عن الاول أنه بمعنى الى لكن مع دخول الغاية وقد قررناه فى التقرير وعن الثانى بان كلمة أو لمنع الخلو لا لمنع الجمع فلا يكون منافيا ثم ان المشايخ اختلفوا فى أن الركبة مع الفخذ عضو واحد أو كل منهما عضو على حدة قال المصنف فى التجنيس ثم الركبة الى آخر الفخذ عضو واحد حتى لو صلى والركبتان مكشوفتان والفخذ مغطى جازت صلاته لان نفس الركبة من الفخذ أفل من الربع قال وقد قيل بانها بانفرادها عضو واحد ولكن الاول أصح لانها ليست بعضو على حدة فى الحقيقة بل هى ملتقى عظم الفخذ والساق وانما حرم النظر اليها من الرجال لتعذر التمييز حذف فعلى الاول من تبعيضية وعلى الثانى بيانية قال (وبدن الحرة كلها عورة) كلها تأكيد للبدن وتأنيثه لتأنيث المضاف اليه كما فى قولهم ذهبت بعض أصابعه وقوله (وكفيها) يشير الى أن ظهر الكف عورة وهو ظاهر الرواية لان الكف عرفا لا يتناول ظهره وفى مختلفات قاضيخان ظاهر الكف وباطنه ليسا بعورتين

عند كل مسجد أى ما يوارى عورتكم عند كل صلاة وقال عليه السلام لا صلاة لحائض الا بخمار أى لبالغة (وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا تبين أن السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعى رحمه الله (والركبة من العورة) خلافا له أيضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى أو عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة (وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها)

والحاكم وصححه وابن خزيمة فى صحيحه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم عورة الرجل) روى الدارقطنى عن عطاء بن يسار عن أبى أيوب قال سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول ما فوق الركبتين من العورة وما أسفل من السرة من العورة وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان ما تحت السرة الى ركبته من العورة رواه الدارقطنى من حديث طويل وفيه سوار بن داود ليس العقيلى لكن وثقه ابن معين وعن عقبة بن علقمة عن على رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الركبة من العورة وعقبة هذا هو اليشكرى ضعفه أبو حاتم والدارقطنى وحديث حتى يجاوز ركبته لم يعرف وعلى هذا يسقط ترتيب البحث المذكور أعنى قوله وكلمة الخ لان تمامه متوقف على كون حديث الركبة مما يحتج به وله طريقان معنويان وهما أن الغاية قد تدخل وقد تخرج والموضع موضع الاحتياط فحكمنا بدخولها احتياطا وان الركبة ملتقى عظم العورة وغيرها فاجتمع الحلال والحرام ولا تمييز وهذا فى التحقيق وجه كون الموضع موضع الاحتياط (قوله كلها) وفى بعض النسخ كله وهما تأكيدان للبدن ولما أضيف الى المؤنث جاز اكتسابه التأنيث وهو على الوجه القياسى فى ذلك أعنى صحة

(قوله وأجيب بأن الآية قطعى الثبوت الخ) أقول يتطرق فيه (قال المصنف وبهذا تبين أن السرة ليست من العورة الخ) أقول الاولى أن تجعل الاشارة الى الرواية الثانية اذ لا يتبين من الاولى كون الركبة عورة كما اذا قال له من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط وقوله وكلمة الى الخ تحقق ما قلنا فتأمل (قوله وفيه نظر لان حتى الى قوله فلا فرق بينهما) أقول المراد عملا بالحديث الذى فيه كلمة حتى ففى كلامه أدنى مسامحة (قوله وكان ينبغى أن يقول وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم بالواو الخ) أقول كلمة أو فيها من الدلالة على الاستقلال ما ليس فى الواو فلو أتى بالواو لاوهم خلاف المقصود (قوله ولكن الاول أصح لانه ليس بعضو على حدة) أقول الظاهر من تقرير كلام المصنف فى كتاب الكراهية كونها عورة مستقلة ويمكن تأويله فراجعه

وقوله صلى الله عليه وسلم (المرأة عورة مستورة) خبر بمعنى الامر ومثله يفيد التأكيد وقيل معناه من حقها أن تستر وقوله (واستثناء العضوين) يعنى الوجه والكفين (للابتلاء بابدائهما) لان المرأة لا تجد بدا من مزاولة الاشياء بيديها ومن كشف وجهها لا سيما فى الشهادة والمحاكمة قوله (وهذا) أى قول القدورى وبدن الحرة كله عورة الا وجهها وكفيها (تنصيص) منه (على أن القدم عورة) لانه لم يستثنها وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها ليست بعورة وبه قال الكرخى (١٨١) قال المصنف (وهو الاصح) لانها تبتلى بابداء القدم

لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضى الله عنه وهذا تنصيص على أن القدم عورة ويروى أنها ليست بعورة وهو الاصح (فان صلت وربع ساقها أو ثلثه مكشوف تعيد الصلاة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان أقل من الربع لا تعيد

حذف المضاف ونسبة الحكم الى المضاف اليه فانه يصح أن يقال المرأة عورة الا كذا كما يصح بدن المرأة عورة الا كذا وفى الظهيرية الصغيرة جدا ليست عورة حتى يباح النظر والمس (قوله لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة) أخرج الترمذى فى الرضاع عن ابن مسعود عنه صلى الله عليه وسلم المرأة عورة فاذا خرجت استشرفها الشيطان وقال حسن صحيح غريب ولم يعرف فيه لفظ مستورة (قوله تنصيص الى قوله وهو الاصح) لا شك ان ثبوت العورة ان كان بقوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مع ثبوت مخرج بعضها وهو الابتلاء بالابداء فمقتضاه اخراج القدمين لتحقق الابتلاء وان كان قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية فالقدم ليس موضع الزينة الظاهرة عادة ولذا قال الله تعالى ولا يضربن بارجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن يعنى قرع الخلخال فأفاد انه من الزينة الباطنة وقد روى أبو داود فيه مرسلا عنه صلى الله عليه وسلم ان الجارية اذا حاضت لم يصلح أن يرى منها الا وجهها ويداها الى المفصل ثم كما هو تنصيص على ما ذكرنا كذلك هو تنصيص على أن ظهر الكف عورة بناء على دفع ما قيل ان الكف يتناول ظاهره لكن الحق أن المتبادر عدم دخول الظهر ومن تأمل قول القائل الكف يتناول ظاهره أغناه عن توجيه الدفع اذ اضافة الظاهر الى مسمى الكف يقتضى انه ليس داخلا فيه وفى مختلفات قاضيخان ظاهر الكف وباطنه ليسا عورتين الى الرسغ وفى ظاهر الرواية ظاهره عورة وتنصيص أيضا على أن الذراع عورة وعن أبى يوسف ليس بعورة وفى المبسوط فى الذراع روايتان والاصح أنه عورة وفى الاختيار لو انكشف ذراعها جازت صلاتها لانها من الزينة الظاهرة وهو السوار وتحتاج الى كشفه للخدمة وستره أفضل وصحح بعضهم انه عورة فى الصلاة لا خارجها واعلم انه لا ملازمة بين كونه ليس عورة وجواز النظر اليه فالنظر منوط بعدم خشية الشهوة مع انتفاء العورة ولذا حرم النظر الى وجهها ووجه الامرد اذا شك فى الشهوة ولا عورة وفى كون المسترسل من شعرها عورة روايتان وفى المحيط الاصح انه عورة والاجاز النظر الى صدغ الاجنبية وطرف ناصيتها وهو يؤدى الى الفتنة وأنت علمت أنه لا تلازم بينهما كما أريتك فى المثال ﴿ فرع ﴾ صرح فى النوازل بأن نغمة المرأة عورة وبنى عليه أن تعلمها القرآن من المرأة أحب الى من الاعمى قال لان نغمتها عورة ولهذا قال عليه الصلاة والسلام التسبيح للرجال والتصفيق للنساء فلا يحسن أن يسمعها الرجل انتهى كلامه وعلى هذا لو قيل اذا جهرت بالقراءة فى الصلاة فسدت كان متجها ولذا منعها عليه الصلاة والسلام من التسبيح بالصوت لاعلام الامام لسهوه الى التصفيق (قوله تعيد الصلاة) يعنى اذا استمر زمانا كثيرا لا اذا كان قليلا وقدر الكثير ما يؤدى فيه ركن والقليل دونه فلو انكشفت فغطاها فى الحال لا تفسد فالحاصل أن الانكشاف الكثير فى الزمن القليل لا يفسد والانكشاف القليل فى الزمن الكثير أيضا لا يفسد

اذا مشت حافية أو متنعلة فربما لا تجد الخف على أن الاشتهاء لا يحصل بالنظر الى القدم كما يحصل بالنظر الى الوجه فاذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم أولى ولما كانت رواية الجامع الصغير مما يدل على أن القدم ليست بعورة رتبها على ما قبلها بالفاء فقال (فان صلت) وذلك لانه جوز الصلاة مع كشف ما دون ربع الساق فكانت القدم مكشوفة لا محالة فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة عام فى جميع بدنها وليس فى لفظه استثناء فاستثناء العضوين أو الثلاثة بالابتلاء تخصيص بلا لفظ ابتداء وهو لا يجوز عندنا كما عرف فى موضعه فالجواب أن قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها الآية اما أن يكون ورد قبل الحديث أو بعده فان كان بعده نسخ عموم الحديث وان كان قبله فالحديث لكونه خبر الواحد لا يبطل شيأ مما تناوله وقوله (وثلث ساقها أو ربع ساقها مكشوف) قيل ما وجه الجمع بين الثلث والربع وذكر الربع يغنى عن ذكر الثلث وأجيب بأوجه بأنه سهو من الكاتب ولهذا لم يكتبه فخر الاسلام وعامة المشايخ لعدم الفائدة وبأنه شك وقع من الراوى عن محمد وبانه اذا ذكر الربع علم مانعية الثلث بالدلالة والتنصيص على ما يثبت دلالة بالتصريح غير قبيح قال الله تعالى فذلك يومئذ يوم عسير على الكافرين غير يسير وبان الربع مانع قياسا

(قوله فكانت القدم مكشوفة لا محالة) أقول فيه بحث

والثلث استحسانا فأورده على القياس والاستحسان وبأن الربع مانع مع القدم والثلث مانع بدونها وبأن أبا حنيفة سئل عن هذه المسئلة على هذا الوجه فأورده محمد كذلك اعلم أن أصحابنا اتفقوا على أن قليل الانكشاف معفو وكثيره ليس بمعفو واختلفوا في الحد الفاصل بينهما فقال أبو حنيفة ومحمد الربع كثير ومادونه قليل وقال أبو يوسف مادون النصف قليل لان الشئ لا يوصف بالكثرة الا اذا كان مايقابله أقل منه لان القليل والكثير من أسماء المقابلة يريد به تقابل التضايف والاضافة هيئة تكون ماهيتها معقولة بالقياس الى هيئة أخرى تكون ماهيتها معقولة بالقياس الى الهيئة الاولى كالابوة والبنوة والذي في الشروح ان التقابل بينهما تقابل الضدين ليس بشئ لاجتماعهما في محل واحد فان الشئ الواحد يجوز أن يكون قليلا بالنسبة الى شئ وكثيرا بالنسبة الى شئ آخر وعلى هذا ورد في النصف عن أبي يوسف روايتان وقوله (فاعتبار الخروج عن حد القلة أو عدم الدخول في ضده) دليل الروايتين يعني أن النصف لما خرج عن حد القلة لان مقابله ليس بأكثر منه كان داخلا تحت حد الكثرة وانه لما لم يدخل في ضده أي ضد القليل وهو الكثير فان مقابله وهو النصف الآخر ليس بأقل منه لم يكن داخلا تحت

حد الكثرة وكان قليلا لا تجب به الاعادة وقوله في ضده أي في مقابله وكأنه هو الذي حمل الشارحين على تفسير المقابلة بالتضاد وقوله (ان الربع يحكي حكاية الكمال) يعني أن ربع الشئ أقيم مقام الكل في مواضع كثيرة من الاحكام واستعمال الكلام كمسح الرأس والحلق في الاحرام ويقال رأيت فلانا وان لم يرمنه الا وجهه أحد الجوانب الاربعة فكذا ههنا احتياطا في باب العبادة واعترض بأن اعتبار هذا بمسح الرأس غير مستقيم لان مسح كل الرأس لم يكن واجبا حتى يقوم الربع مقامه بل الواجب منه بعض الرأس وأجيب بأن الاصل في الرأس غسل كله كما في غسل الوجه لان التطهير المقصود بالوضوء يحصل به الا أن الشارع اكتفى بالمسح عن الغسل ثم اكتفى بكونه بالبعض عن الكل دفعا للضرورة فكان الربع قائما مقام الكل من هذا الوجه وقيل هذا تشبيه القدر بالقدر لا تشبيه الواجب بالواجب كما في قوله صلى الله عليه وسلم انكم سترون ربكم الحديث فان فيه تشبيه الرؤية بالرؤية لا تشبيه المرئي بالمرئي (والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف) أي الذي تقدم ذكره أن الربع مانع أو النصف لان كل واحد عضو على حدة قيل وجعل الشعر من الاعضاء للتغليب أو لانه جزء من الآدمي حتى لا يجوز بيعه (والمراد به النازل من الرأس) أي المسترسل

وقال أبو يوسف رحمه الله لا تعيد ان كان أقل من النصف) لان الشئ انما يوصف بالكثرة اذا كان مايقابله أقل منه اذ هما من أسماء المقابلة (وفي النصف عنه روايتان) فاعتبار الخروج عن حد القلة أو عدم الدخول في ضده ولهما أن الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح الرأس والحلق في الاحرام ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا أحد جوانبه الاربعة (والشعر والبطن والفخذ كذلك) يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الرأس

ووجهه أن القليل عفو لاعتباره عدما باستقراء قواعد الشرع بخلاف الكثير وقدر بالربع لانه يحكي حكاية الكمال بالدليل المذكور وهو أن من رأى أحد جوانب وجه انسان صح أن يخبر بانه رأى وجهه وهذا يدفع قول أبي يوسف رحمه الله ان الكثرة يقابلها القلة حتى أجاز صلاته مع انكشاف أقل من النصف لان ذلك اذا اعتبر بالنسبة والاضافة الى مقابله وليس هذا الاعتبار لازما بل كما يجوز ذلك يجوز اعتباره في نفسه كما في قوله تعالى يضل به كثيرا ويهدي به كثيرا واذا صح الاعتباران كان الاحتياط في الثاني هنا وعلى اعتباره تثبت الكثرة بالربع لما ذكرنا فتمنع الا أن قوله كما في مسح الرأس والحلق في الاحرام يفيد أنه مما حكي فيه الربع حكاية الكل وهو موقوف على أن النص فيهما يفيد تعميمها بالفعل واكتفى بالربع لحكايته اياه والا فلو كان المفاد بالنص هو الربع ابتداء فمن أين كون ذلك الربع طلب لحكايته حكاية الكمال لا يقال لان المطلوب في باقي الاعضاء استيعابها فالظاهر في الرأس مثله لان الملازمة ممنوعة أولا وكونه في باقي الاعضاء كذلك ممنوع ثانيا فان اليد اسم الى الابط باعترافهم ولم يجب استيعابها ثم سوى في الكتاب بين الغليظة والخفيفة في اعتبار الربع وقال الكرخي يعتبر في الغليظة مازاد على قدر الدرهم وفي الخفيفة الربع اعتبارا بالنجاسة الغليظة والخفيفة وغلط بانه تغليظ يؤدي الى التخفيف أو الاسقاط لان من الغليظة ما ليس أكثر من قدر الدرهم فيؤدي الى أن كشف جميعها أو أكثرها لا يمنع وقد يقال انه قيل ان الغليظ القبل والدبر مع ما حولهما فيجوز

(قوله والثلث استحسانا) أقول أي بحديث الوصية وهو والثلث كثير (قوله وبأن الربع مانع مع القدم والثلث بدونها) أقول فيه بحث (قوله وبأن أبا حنيفة رحمه الله) أقول فيه بحث فانه ينقل الكلام الى لفظ أبي حنيفة رحمه الله (قوله وأجيب بأن الاصل في الرأس غسل كله الخ) أقول مبني على كون آية الوضوء معقول المعنى

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن اختيار الصدر الشهيد وغيره أن المراد من الشعر ما على الرأس وأما المسترسل وهو ما نزل الى أسفل من الأذنين ففي كونه عورة روايتان واختار الفقيه أبو الليث كونه عورة احتياطا لان تلك الرواية تقتضي أن يجوز النظر الى صدغ الاجنبية وطرف ناصيتها كما ذهب اليه عبد الله البلخي وهو أمر يؤدي الى الفتنة فكان الاحتياط في الاخذ بهذه الرواية وقوله (وانما وضع غسله) جواب عما يقال لو كان الشعر النازل من الرأس عورة لكان باعتبار أنه من بدنها وليس كذلك لان غسله في الجنابة موضوع وليس شئ من بدنها كذلك ووجهه أن سقوط غسله ليس باعتبار أنه ليس من بدنها بل هو من بدنها خلقة لاتصاله به ولكن سقط غسله (لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف) يعني الذي تقدم من انكشاف الربع أو النصف والعورة الغليظة هي القبل والدبر وهذا التقسيم انما يستقيم على اختيار الكرخي حيث ذكر (١٨٣) في كتابه أنه يعتبر في السوأتين قدر الدرهم وفيما عدا ذلك الربع وانما قال ذلك لان العورة نوعان غليظة وخفيفة كالنجاسة ثم في النجاسة الغليظة يعتبر الدرهم وفي الخفيفة الربع فكذا في العورة وأما على اختيار عامة العلماء فلا فائدة في تقسيمها اذ في كل منهما يعتبر انكشاف الربع مانعا عندهما خلافا لابي يوسف سواء كان ذلك عضوا صغيرا أو كبيرا وما ذهب اليه الكرخي وهم لانه قصد به التغليظ في العورة الغليظة تخفيف لانه اعتبر في الدبر قدر الدرهم وهو لا يكون أكثر من قدر الدرهم فهذا يقتضي جواز الصلاة وان كان جميع الدبر مكشوفا وهو تناقض والذكر يعتبر بانفراده عضوا يمنع انكشاف ربعه جواز الصلاة وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم كما في الدبر احتياطا وهو احتراز عما قيل ان الخصيتين مع الذكر عضو واحد لانهما تبع للذكر فيعتبر ربع المجموع عندهما قال شيخ الاسلام هذا كله عند علمائنا وأما عند الشافعي فان القليل والكثير سواء في المنع عن جواز الصلاة فكان الخلاف في هذا كالخلاف في قليل النجاسة قال (وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة) قال في شرح الطحاوي ومن كان في رقبتها شئ من الرق فهي في معنى الامة وهذا لان حكم العورة في الاناث أغلظ فاذا كان الشئ من الرجل عورة فمن الانثى أولى (وظهرها وبطنها عورة) لانهما محلا الشهوة (وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه ألق عنك الخمار يا دفار فارأتتشبهين بالحرائر) حين رأى جارية متقنعة فعلاها أي ضربها بالدرة وقوله (يا دفار) بالدال المهملة أي يا منتنة وروي أن جواريه كانت تخدم الضيفان مكشوفات الرؤس مضطربات الثديين والمهنة بفتح الميم وكسرها الخدمة والابتذال من مهن القوم خدمهم وأنكر الاصمعي الكسر

هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم (وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة) لقول عمر رضي الله عنه ألق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم

كونه اعتبر ذلك فلا يلزم ما ذكر (قوله هو الصحيح) احتراز عما قيل انه ما فوق الرأس (قوله لمكان الحرج) أي لانه ليس من البدن أو ليس مما تناوله حكم البدن (قوله وهذا هو الصحيح) لما قيل المجموع لان نفعهما واحد وهو الايلاد واختلف في الدبر هل هو مع الاليتين أو كل اليه عورة والدبر بالثهما والصحيح الثاني والاصح أن الركبة تبع للفخذ لانها ملتقى العظمين لا عضو مستقل وكعب المرأة ينبغي أن يكون كذلك كذا في الفتاوى وثديها ان كان ناهدا تبع لصدرها وان كان منكسرا فاصل بنفسه وأذنها عورة بانفرادها ويجمع المتفرق من العورة وفي شرح الكنز ينبغي أن يعتبر بالاجزاء ولا يمنع القليل فلو انكشف نصف ثمن الفخذ ونصف ثمن الاذن وذلك يبلغ ربع الاذن أو أكثر لا ربع جميع العورة المنكشفة لا تبطل وما بين السرة والعانة عضو وفي بطن قدم المرأة التقدير بالربع في رواية الاصل وفي رواية الكرخي ليس بعورة ولو صلى في قميص مخاول الجيب وهو بحال يقع بصره على عورته في الركوع أو يقع عليها بلا تكلف لا يصح فيما روى هشام عن محمد رحمه الله وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله عورته في حقه ليست بعورة فتصح واذا شف القميص فهو انكشاف ولا تجوز الصلاة في ثوب الحرير للرجال وتصح ولو لم يجد غيره يصلي فيه لا عريانا خلافا لاحمد رحمه الله (قوله لقول عمر رضي الله عنه) روى البيهقي عن نافع أن صفية بنت أبي عبيد حدثته قالت خرجت امرأة مختمرة متجلببة فقال عمر من هذه فقيل له جارية لفلان رجل من بنيه فأرسل الى حفصة فقال ما حملك على أن تخمري هذه الامة وتجلبيها وتشبهيها بالمحصنات حتى هممت أن أفعل بها الا أحسبها الا من المحصنات لا تشبهوا الاماء بالمحصنات قال البيهقي الآثار عن عمر رضي الله عنه بذلك صحيحة وأما نص ما في الكتاب فالله سبحانه أعلم به (قوله ولانها تخرج الخ) يعني أن المسقط لحكم العورة حتى تبعته هي في السقوط الخرج اللازم من اعطاء بدنها كله حكم العورة مع الحاجة الى خروجها ومباشرتها الاعمال الموجبة للمخالطة فسقط الحاجي وهو ما سوى البطن والظهر الى الركبة لان تلك المباشرة لا تستلزم كشف غيره عادة

وقوله (فى حق جميع الرجال) أى سوى مولاها وقوله (ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة) بالقصر ليتناول المائعات ومعناه على الوجه الذى ذكره فى الكتاب ظاهر وقوله (لان فى الصلاة فيه) أى فى الثوب الذى يكون الطاهر منه أقل من الربع (ترك فرض واحد) وهو الطهارة (وفى الصلاة عاريا ترك الفروض) كستر العورة والقيام والركوع والسجود وقوله (لان كل واحد منهما) أى من الانكشاف والنجاسة (مانع جواز الصلاة حالة الاختيار ويستويان) أى وهما يستويان خبر مبتدا محذوف ليكون عطف جملة اسمية على اسمية وقوله (فى حق المقدار) يجوز أن يكون معناه أن القليل من كل واحد غير مانع والكثير مانع ولما كان كذلك ثبتت المساواة بينهما فى المانعية من غير رجحان لاحدهما على الآخر فيختار أيهما شاء ويجوز أن يكون معناه فى مقدار الربع فان المانع فى النجاسة الخفيفة مقدار الربع وكذا المانع فى العورة الربع فلما استويا فى المانعية وفى المقدار استوى اختيار المصلى أيضا فى أن يصلى فيه أو يصلى عريانا وحاصله أنهما يستويان فى الموضعين فى المنع وفى المقدار فيجب أن يستويا فى حق الصلاة فى ذلك الثوب أى فى حق اثبات الاختيار أيضا وقوله (وترك الشئ الى خلف لا يكون تركا) جواب عن قوله وفى الصلاة عريانا ترك الفروض لكن قوله ترك الفروض وجوابه المذكور انما يستقيمان على تقدير أن يصلى العارى قاعدا وأما اذا صلى قائما فانما يكون تاركا لفرض واحد وهو الستر واذا ترك فرضا واحدا فقد أقام فرضا بازائه وهو ترك استعمال النجاسة فكان تارك فرض بازاء الاتيان بفرض آخر فيتخير وكأن محمدا رحمه الله بنى كلامه على ما هو الافضل وهو الصلاة قاعدا حملا لحال المسلم على ما هو الاصلح فان قيل سلمنا قوله انه أتى بفرض وترك فرضا ولكن لا نسلم المساواة بينهما فان فرضية الستر أقوى من فرضية ترك استعمال النجاسة لما ذكر فى الكتاب بقوله لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها فالجواب انا لا نسلم أن فرضية الستر أقوى فان خطاب الستر فى حق الصلاة انما هو فى الستر بالطاهر لا بالنجس واذا كان كذلك تساويا ولئن سلمنا ذلك لكنه اذا صلى قاعدا فقد أتى ببعض الستر وما قام مقام الاركان وترك استعمال النجاسة واذا صلى بالثوب قائما فقد استعمل النجاسة وأتى بالاركان فيستويان فيتخير (ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا ويومئ بالركوع والسجود)

فى حق جميع الرجال دفعا للحرج قال (ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد) وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب أو أكثر منه طاهرا يصلى فيه ولو صلى عريانا لا يجزئه لان ربع الشئ يقوم مقام كله وان كان الطاهر أقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله لان فى الصلاة فيه ترك فرض واحد وفى الصلاة عريانا ترك الفروض وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله يتخير بين أن يصلى عريانا وبين أن يصلى فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز الصلاة حالة الاختيار ويستويان فى حق المقدار فيستويان فى حكم الصلاة وترك الشئ الى خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها (ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا ويومئ بالركوع والسجود)

ليسقط منه بخلافه هو والمدبرة وأم الولد والمكاتبة كالامة ولو أعتقت وهى فى الصلاة مكشوفة الرأس ونحوه فسترته بعمل قليل قبل أداء ركن جازت لا بكثير أو بعد ركن (قوله فى حق جميع الرجال) يعنى غير السيد (قوله ما يزيل به) وكذا ما يقللها يجب استعماله بخلاف ما اذا وجد ما يكفى بعض أعضاء الوضوء دون الكل حيث يباح التيمم دون استعماله على ما تقدم (قوله ترك الفروض) أى بتقدير أن يصلى قاعدا أما لو صلى قائما لا يستقيم قال فى الاسرار من طرف محمد رحمه الله خطاب التطهير ساقط لعدم الماء فصار هذا كثوب طاهر ولان ربعه لو كان طاهرا لا تجوز الا فيه فكذا هنا لان نجاسة ثلاثة أرباعه فى فساد الصلاة كنجاسة كله حالة الاختيار قلت خطاب الستر للصلاة ساقط للنجاسة فصار العراء كالستر واذا كان الربع طاهرا توجه الخطاب بقدره وسقط بقدر النجس فرجحنا الوجوب احتياطا قال ولكن قول محمد أحسن وفيه نظر اذ عورض بسقوط خطاب الستر وتقريره ان المعلوم انما هو توجه خطاب الستر للصلاة بالطاهر حالة القدرة على المطهر فاذا لم تكن فالمعلوم حينئذ انتفاء خطاب الستر للصلاة بالطاهر ولا تقدر على اثبات تعلقه بالنجس حينئذ الا بنقل خطاب مخصوص فيه ولا نقل فيبقى على النفى الاصلى لان نفى المدرك الشرعى يكفى لنفى الحكم الشرعى وأما اذا كان الربع طاهرا فلأنه كالكل فى كثير من الاحكام فأمكن الحكم بتعلق الخطاب بالستر به (قوله ويستويان فى حق المقدار) هذا انما يتم فى النجاسة الخفيفة على ما تقدم

(قال المصنف وفى الصلاة عاريا ترك الفروض) أقول أى على تقدير أن يصلى قاعدا موميا الذى هو أفضل الصور

هكذا فعله أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم) روى عن أنس بن مالك أنه قال ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ركبوا في سفينة فانكسرت بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعودا وهذا قول روى عنهم ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع وقوله (وان صلى قائما أجزأه) ظاهر وقوله (الا أن الاول) يعني الصلاة قاعدا (أفضل لان الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس) وما كان كذلك كان آكد ولان الايماء خلف عن الاركان فتركه كلا ترك بخلاف الستر فانه لا خلف له قيل هذان المعنيان يقتضيان انحصار الجواز في القعود فلا وجه للجواز قائما والجواب أنه ممنوع فان وجه الجواز قائما موجود وهو الاتيان بالاركان نفسها والاتيان بها خير من الاتيان بخلفها والستر وان كان أعم وجوبا ونفعا لكنه لم يحصل بجميعه واذا لم يحصل بجميعه لم يعتبر في مقابلة ترك الركوع والسجود اللذين هما الركن الاصلي في الصلاة وهذا يقتضي أن لا يجوز قاعدا قياسا وبالقياس الى أيهما شاء ولكن القعود أفضل لان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلوا ذلك على ما ذكرنا وذلك القدر من الستر يصلح

هكذا فعله أصحاب رسول الله عليه السلام (فان صلى قائما أجزأه) لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام أداء هذه الاركان فيميل الى أيهما شاء (الا أن الاول أفضل) لان الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان قال (وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل) والاصل فيه قوله عليه السلام الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلاة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة

(قوله هكذا فعله أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم) روى عن ابن عباس وابن عمر قالا العاري يصلي قاعدا بالايماء وعن عطاء وعكرمة وقتادة مثله وعن أنس أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ركبوا في السفينة فانكسرت بهم فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعودا الايماء قال سبط ابن الجوزي رواه الخلال وفي المجتبى تصلي العراة وحدانا متباعدين فان صلوا بجماعة يتوسطهم الامام ولو تقدمهم جاز ويرسل كل واحد رجليه نحو القبلة ويضع يديه بين فخذيه يومي ايماء ولو أوما القائم أو ركع وسجد القائم جاز هذا كله اذا لم يجد ما يستتر به من الحشيش والنبات والكلا وعن الحسن المروزي لو وجدطينا يلطخ به عورته ويبقى عليه حتى يصلي بفعل ولو وجد ما يستر بعض العورة وجب استعماله ويستر القبل والدبر (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الاعمال بالنيات) حديث مشهور متفق على صحته وأما ألفاظه فانما الاعمال بالنيات وبالنية والاعمال بالنية والعمل بالنية كلها في الصحيح وأما الاعمال بالنيات كما في الكتاب فقال النووي في كتابه بستان العارفين ولم يكمله نقلا عن الحافظ أبي موسى الاصفهاني انه لا يصح اسناده وأقره ونظر بعضهم فيه اذ قد رواه كذلك ابن حبان في صحيحه والحاكم في أربعينه ثم حكم بصحته قلت وهي رواية امام المذهب في مسند أبي حنيفة رواه عن يحيى بن سعيد عن محمد بن ابراهيم التيمي عن علقمة بن وقاص الليثي عن عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الاعمال بالنيات الحديث ورواه ابن الجارود في المنتقى ان الاعمال بالنية وان لكل امرئ ما نوى (قوله والمتقدم الخ) في الخلاصة لو نوى قبل الشروع عن محمد رحمه الله لو نوى عند الوضوء أنه يصلي الظهر

لترجيح جانب القعود ولان الستر وان كان قليلا فهو أولى من الاركان لقيام الخلف مقامها قال (وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل) الكلام ههنا في مواضع في نفس النية وفي الاصل الذي وجبت به وفي وقتها وكيفيتها والمصنف بدأ ببيان الاصل الثابتة هي به فقال (والاصل فيه) أي في اشتراط النية (قوله صلى الله عليه وسلم الاعمال بالنيات) أي حكم الاعمال أو ثوابها ملصق بها وقيل تقريره الصلاة عمل والاعمال بالنيات فالصلاة بالنية فما لا يكون بالنية لا يكون صلاة وفيه نظر (ولان ابتداء الصلاة بالقيام) وهذا ظاهر

(٢٤ - فتح القدير اول) (وهو) أي القيام (متردد بين العادة والعبادة) فابتداؤها متردد بينهما فلا بد من التمييز بينهما (ولا يقع التمييز الا بالنية) لما ذكرنا ثم ذكر وقته بقوله (والمتقدم على التكبير كالقائم عنده) اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة وهذا على سبيل الجواز فانه روى عن محمد أنه لو نوى عند الوضوء أنه يصلي الظهر أو العصر مع الامام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة الا أنه لما انتهى الى مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته بتلك النية وأما الافضل فان تكون مقارنة للشروع ولا يكون شارعا بنية متأخرة

(قال المصنف وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل) أقول وهو عطف على قوله ويستر عورته وقوله لا يفصل صفة لقوله نية (قال المصنف ولا معتبر بالمتأخر منها عنه لان ما مضى لم يقع عبادة لعدم النية) أقول ويعلم من هذا التقرير أن الاصل القران فافهم (قوله ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة الخ) أقول والمشي الى الصلاة عد من جنسها لكونه توجها اليها وقيل المراد بما ليس من جنس الصلاة ما يدل على الاعراض عنها كالاكل والكلام

وقوله (ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه) أي من النية عن التكبير ردّ لقول الكرخي فانه يجوّزها بنية متأخرة عن التحريمة واختلفوا على قوله فقيل الى انتهاء الثناء وقيل الى التعوذ وقيل الى الركوع وقيل الى أن يرفع رأسه من الركوع وقوله (لان مامضى) يعني من الاجزاء (لايقع عبادة لعدم النية) والاجزاء الباقية مبنية عليه فلم يجز بخلاف الصوم فان النية فيه جوّزت متأخرة عن أول جزئه للضرورة لان ذلك وقت نوم وغفلة فلو شرطت النية وقت الشروع وهو وقت انفجار الصبح لضاق الامر على الناس وأما الصلاة فانها يبدأ بها في وقت انتباه ويقظة فلا ضيق في اشتراط النية عنده ثم ذكر نفس النية بأنها هي الارادة أي الارادة الجازمة القاطعة وذلك لان النية في اللغة العزم والعزم هو الارادة الجازمة القاطعة والارادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما فالنية هو أن (١٨٦) يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها ويميزها عن فعل العادة ان كانت نفلا وعما يشاركها في أخص أوصافها وهو الفرضية ان كانت فرضا وقوله (والشرط أن يعلم بقلبه أي صلاة يصلي) قيل وأمارة علمه بذلك أنه لو سئل عن ذلك أمكنه أن يجيب على البديهة فان توقف في الجواب لم يكن عالما به واعترض بأن هذا ينزع الى تفسير النية بالعلم وهو غير صحيح لانه لا يلزم من العلم بالشئ نيته ألا ترى أن من علم الكفر لا يلزمه شئ ومن نوى الكفر كفر وأجيب بأن معنى كلامه والشرط قصد الفعل بعد أن يعلم وهو بعيد اذ ليس في كلامه ما يشير اليه ولا يلوح وأقول أرى أنه أراد بذلك ماذكرت آنفا وهو أن يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها ويميزها الخ لان التخصيص والتمييز بدون العلم لا يتصور والتكلم وقوله (وأما الذكر باللسان فلا معتبر به) أي في حق الجواز لكنه حسن لاجتماع عزيمته وقوله (ثم ان كانت الصلاة نفلا) بيان كيفية النية وذلك لان الصلاة التي يدخل فيها اما أن تكون فرضا أو غيره والثاني يكفي فيه مطلق النية نفلا كانت

ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه لان مامضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوّزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط أن يعلم بقلبه أي صلاة يصلي أما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلاة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة

أو العصر مع الامام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة الا أنه لما انتهى الى مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته بتلك النية وهكذا روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف وعبارة المصنف في التجنيس اذا توضأ في منزله ليصلي الظهر ثم حضر المسجد وافتتح الصلاة بتلك النية فان لم يشتغل بعمل آخر يكفيه ذلك هكذا قال محمد رحمه الله في الرقيات لان النية المتقدمة تبعتها الى وقت الشروع حكما كما في الصوم اذا لم يبدلها بغيرها اه وعن محمد بن سلمة ان كان عند الشروع بحيث لو سئل أية صلاة يصلي يجيب على البديهة من غير تفكر فهي نية تامة ولو احتاج الى التأمل لا يجوز قلت فقد شرطوا عدم ما ليس من جنس الصلاة لصحة تلك النية مع تصريحهم بأنها صحيحة مع العلم بأنه يتخلل بينها وبين الشروع المشي الى مقام الصلاة وهو ليس من جنسها فلا بد من كون المراد بما ليس من جنسها ما يدل على الاعراض بخلاف ما لو اشتغل بكلام أو أكل أو نحو ذلك مما تعتاد المشي اليها من أفعالها غير قاطع للنية وفيها أجمع أصحابنا رحمهم الله ان الافضل أن تكون مقارنة للشروع ولا يكون شارعا بمتأخرة وعن الكرخي يجوز واختلفوا فيه على قوله فقيل الى التعوذ وقيل الى الركوع وقيل الى الرفع (قوله والشرط أن يعلم) قيل ليس العلم نية ولذا لو نوى الكفر غدا كفر في الحال ولو علم الكفر لا يكفر بل هي قصد الفعل وأنت علمت أن المصنف فسرها بالارادة وانما أراد الشرط في اعتبارها علمه أي صلاة هي أي التمييز فحاصل كلامه النية الارادة للفعل وشرطها التعيين في الفرائض (قوله ويحسن ذلك الخ) قال بعض الحفاظ لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق صحيح ولا ضعيف أنه كان يقول عند الافتتاح أصلي كذا ولا عن أحد من الصحابة والتابعين بل المنقول أنه كان صلى الله عليه وسلم اذا قام الى الصلاة كبر وهذه بدعة اه وقد يفهم من قول المصنف لاجتماع عزيمته أنه لا يحسن لغير هذا القصد وهذا لان الانسان قد يغلب عليه تفرق خاطره فاذا ذكر بلسانه كان عونا على جمعه ثم رأيته في التجنيس قال والنية بالقلب لانه عمله

(قوله لان ذلك وقت نوم) أقول المضاف مقدر أي لان وقت ذلك (قوله وأقول أرى أنه أراد بذلك ماذكرت آنفا هو أن يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها ويميزها) أقول فيكون الشئ مشروطا بنفسه (قال المصنف ثم ان كانت الصلاة نفلا يكفيه مطلق النية) أقول الاظهر أن يقال يكفيه نية مطلق الصلاة

في الصحيح وان كانت فرضا فلا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض

والتكلم لا معتبر به ومن اختاره اختاره لتجتمع عزيمته (قوله في الصحيح) احتراز عن قول جماعة انه لا يكفيه لاداء السنة لان السنة وصف زائد على أصل الصلاة كوصف الفرضية فلا يحصل بمطلق نية الصلاة والمحققون على عدم اشتراطها وتحقيق الوجه فيه أن معنى السنية كون النافلة مواظبا عليها من النبي صلى الله عليه وسلم بعد الفريضة المعينة وقبلها فاذا أوقع المصلي النافلة في ذلك المحل صدق عليه انه فعل الفعل المسمى سنة فالحاصل أن وصف السنة يحصل بنفس الفعل على الوجه الذي فعله صلى الله عليه وسلم وهو انما كان يفعل على ما سمعت فانه صلى الله عليه وسلم لم يكن ينوي السنة بل الصلاة لله تعالى فعلم أن وصف السنة ثبت بعد فعله على ذلك الوجه تسمية منا لفعله المخصوص لا أنه وصف يتوقف حصوله على نيته وقد حصلت مقاولة في كتابة بعض أشياخ حلب أن الاربع التي تصلى بعد الجمعة ينوي بها آخر ظهر أدركت وقته ولم أوده بعد في موضع يشكل في صحة الجمعة اذا ظهر صحة الجمعة تنوب عن سنة الجمعة وأنكره الآخر واستفتى بعض أشياخ مصر رحمهم الله فأفتى بعدم الاجزاء فقلت هذه الفتوى تتفرع على اشتراط تعيين السنة في النية وما قاله الحلبي بناء على التحقيق فانه اذا نوى آخر ظهر فقد نوى أصل الصلاة بوصف فاذا انتفى الوصف في الواقع وقلنا على المختار من المذهب ان بطلان الوصف لا يوجب بطلان أصل الصلاة بقي نية أصل الصلاة وبها تتأدى السنة ثم راجعت المفتي المصري وذكرت له هذا فرجع دون توقف هذا الامر الجائز فأما الاحتياط فان ينوي في السنة الصلاة متابعة للنبي صلى الله عليه وسلم ولا يخفى تقييد وقوعها عن السنة اذا صحت الجمعة بما اذا لم يكن عليه ظهر فائت (قوله كالظهر مثلا) أي اذا قرن باليوم وان خرج الوقت لان غايته انه قضاء بنية الاداء أو بالوقت ولم يكن خرج الوقت فان خرج ونسيه لا يجزئه في الصحيح وفرض الوقت كظهر الوقت الا في الجمعة فانها بدل فرض الوقت لا نفسه الا أن يكون اعتقاده أنها فرض الوقت فان نوى الظهر لا غير اختلف فيه قيل لا يجزئه لاحتمال فائتة عليه وفي فتاوى العتابي الاصح أنه يجزئه وعلم مما ذكر أن من فاتته الظهر فنوى الظهر والعصر في وقت العصر مثلا لا يصير شارعا في واحدة منهما وفي المنتقى ان كان في الوقت سعة يصير شارعا في الظهر وفي الخلاصة فان نوى مكتوبتين فائتتين كانت للاولى منهما انتهى ولو جمع بين فرض ونفل يصير شارعا في الفرض عند أبي يوسف رحمه الله وأبطلها محمد رحمه الله وهذا لا يقتضي عدم اشتراط قطع النية لصحة المنوي بأدنى تأمل لقطعها على الصلاتين جميعا بخلاف ما لو أدرك الامام قاعدا ولا يعلم أي القعدتين فنوى في اقتدائه أنها ان كانت الاولى اقتديت به أو الاخيرة فلا فانه لا يصح الاقتداء أصلا لان النية متردد فيها وكذا لو نوى ان كانت الاولى اقتديت به في الفريضة وان كانت الثانية ففي التطوع لا يصح اقتداؤه به في الفريضة ولو نوى ان كان في الفريضة اقتديت به أو في التراويح أو سنة كذا اقتديت به صح اقتداؤه به في التراويح لانه لا تردد في نية أصل الصلاة وهو كاف للسنة كما سنذكر بخلاف ما لو نوى ان كان في العشاء اقتديت به أو في التراويح فلا لا يصح اقتداؤه في واحدة منهما وعلم أيضا أنه لو لم يعرف افتراض الخمس الا أنه يصليها في أوقاتها لا تجوز وكذا لو اعتقد منها فرضا ونفلا ولا يميز ولم ينو الفرض فيها فان نوى الفرض في الكل جاز ولو ظن الكل فرضا جاز وان لم يظن ذلك فكل صلاة صلاها مع الامام جاز ان نوى صلاة الامام وكما يحتاج الى التعيين في الاداء كذلك في القضاء حتى اذا كثرت الفوائت يحتاج الى ظهر يوم كذا أو أول ظهر أو آخر ظهر عليه وكذا في الباقي لان ما بلي ذلك المقضي يصير أولا في نية الاول وآخرا في نية الآخر ولو لم يعين جاز بخلاف ما لو كان عليه قضاء يومين من رمضان فقضى يوما ولم يعين جاز والاولى أن يعين أول يوم وثاني يوم لان سبب الصلاة متعدد وبه يتعدد المسبب فلا بد من التعيين بخلاف الصوم لان سببه الشهر ولذا لو كانا من رمضانين

أو سنة في الصحيح لان النية في النفل للتمييز عن العادة وهو يحصل بمطلق النية وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه لا بد من أن ينوي سنة الرسول عليه الصلاة والسلام لان فيها صفة زائدة على النفل المطلق كالفرض والاول اما أن يكون المصلي فيه منفردا أو مقتديا بالامام والمنفرد يلزمه تعيين الفرض الذي يدخل فيه كالظهر مثلا ولا يكفيه أن يقول نويت الفرض لاختلاف الفروض فلا بد من التمييز ومنهم من يقول اذا نوى الظهر أو الفجر مثلا ولم ينو ظهر اليوم أو الوقت ان كان يصلي في الوقت لا يجزئه لجواز أن يكون عليه ظهر صلاة فائتة فلا تتعين المقصود والاول أظهر لان ظهر الوقت مشروع في الوقت والفائتة ليست كذلك بل انما يوجد بعارض فمطلقه ينصرف الى ظهر الوقت وأقول الشرط المتقدم وهو أن يعلم بقلبه أي صلاة يصلي يحسم مادة هذه المقالات وغيرها فان العمدة عليه لحصول التمييز به وهو المقصود

(وان كان مقتديا بغيره ينوى الصلاة ومتابعته) لانه يلزمه فساد الصلاة من جهته فلا بد من التزامه قال (ويستقبل القبلة) لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة

وجب التعيين كذا فى فتاوى قاضيخان ثم ذكره فى كتاب الصوم وحكى فيه اختلاف المشايخ وصحح أنه يجزئه مع عدم التعيين اذا كان من رمضانين وقد يقال صرحوا بأن كل يوم سبب لوجوب صومه ولذا لم يكتف للكل بنية واحدة فصار اليومان كالظهرين لكنا سنبين ما يرفع هذا الاشكال والتعيين لو فاتته عصر فصلى أربعا مما عليه وهو يرى أن عليه الظهر لم يجز كالو صلاها قضاء عما عليه وقد جهله واذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن فاتته صلاة واشتبهت عليه أنه يصلى الخمس ليتيقن ولو نوى فرضا وشرع فيه ثم نسى فظنه تطوعا فأتمه على أنه تطوع فهو فرض مسقط لان النية المعتبرة انما يشترط قرانها بالجزء الاول ومثله اذا شرع بنية التطوع فأتمها على ظن المكتوبة فهى تطوع بخلاف ما لو كبر حين شك ينوى التطوع فى الاول أو المكتوبة فى الثانى حيث يصير خارجا الى ما نوى ثانيا لقران النية بالتكبير وستأتى بقية هذه ولا يشترط نية استقبال القبلة وان نوى مقام ابراهيم صلى الله عليه وسلم فالصحيح أنه لا يجزئه الا أن ينوى به جهة الكعبة فان نوى المحراب لا تجوز ثم من يشترط نية الكعبة ينوى العرصة ولا بد (قوله ومتابعته) الامام فان نوى صلاة الامام لا يجزئه وقيل اذا انتظر تكبير الامام ثم كبر بعده كان مقتديا وقال شيخ الاسلام اذا أراد التسهيل على نفسه يقول شرعت فى صلاة الامام قال ظهير الدين ينبغى أن يزيد على هذا قوله واقتديت به والافضل أن ينوى الاقتداء عند افتتاح الامام فان نوى حين وقف عالما بأنه لم يشرع جاز وان نوى ذلك على ظن أنه شرع ولم يشرع اختلف فيه قيل لا يجوز واذا صحت النية لا يصح الخروج عما شرع فيه بالتكبير بنية الاستقبال الا فى المسبوق قام الى القضاء وسيأتى باقى فروعها من بعد ان شاء الله تعالى وفى الظهيرية ينبغى أن لا يعين الامام عند كثرة الجماعة يعنى كى لا يظهر كونه غير المعين فلا يجوز فينبغى أن ينوى القائم فى المحراب كائنا من كان ولو لم يخطر بباله أنه زيد أو عمرو جاز اقتداؤه ولو نوى بالامام القائم وهو يرى أنه زيد وهو عمرو صح اقتداؤه لان العبرة لما نوى لا لما يرى وهو نوى الاقتداء بالامام بخلاف ما لو نوى الاقتداء بزيد فاذا هو عمرو لا يجوز لان العبرة لما نوى ومثله فى الصوم لو نوى قضاء يوم الخميس فاذا عليه غيره لا يجوز ولو نوى قضاء ما عليه من الصوم وهو يظنه يوم الخميس وهو غيره جاز ولو كان يرى شخصه فنوى الاقتداء بهذا الامام الذى هو زيد فاذا هو خلافه جاز لأنه عرفه بالاشارة فلغت التسمية وكذا لو كان آخر الصفوف لا يرى شخصه فنوى الاقتداء بالامام القائم فى المحراب الذى هو زيد فاذا هو غيره جاز أيضا ومثل ما ذكرنا فى الخطافى تعيين الميت فعند الكثرة ينوى الميت الذى يصلى عليه الامام (قوله لأنه يلزمه فساد الصلاة من جهته الخ) لهذا احتيج الى نية امامة النساء لصحة اقتدائهن على ما سيأتيك (قوله لقوله تعالى فولوا الخ) أى يثبت الافتراض أما لزوم الاكفار بترك التوجه عمدا على قول أبى حنيفة فللزوم الاستهزاء به والاستخفاف اذ ليس حكم الفرض لزوم الكفر بتركه بل بجحده وكذا الصلاة بغير طهارة وكذا فى الثوب النجس واختاره القاضى أبو على السغدى فى ترك الطهارة لا فى الآخرين للجواز فيهما حالة العذر وبغير طهارة لا يجوز بحال وبه أخذ الصدر الشهيد واذا حول وجهه لا تفسد صلاته وتفسد بصدره قيل هذا أليق بقولهما أما عنده فلا فى الوجهين بناء على أن الاستدبار اذا لم يكن على قصد الرفض لا تفسد مادام فى المسجد عنده خلافا لهما حتى لو انصرف عن القبلة على ظن الاتمام فتبين عدمه بنى مادام فى المسجد عنده خلافا لهما ولقائل أن يفرق بينهما بعذره هنا وتعمده هنا ولا يفرق فى المسائل السابقة اذ لا أثر لعدم الجواز فى شئ من الاحوال بل الموجب للاكفار هو الاستهانة وهو ثابت فى الكل

والمقتدى بغيره ينوى الصلاة على الوجه المذكور ومتابعته لانه يلزمه فساد صلاة المقتدى من جهة ذلك الغير وهو الامام فلا بد من التزام الاقتداء حتى لو ظهر ضرر الفساد كان ضررا ملتزما وانما يذكر الامام وان اشترط له امامة النساء لان حضورهن الجماعة مكروه نادر الوقوع فى عامة الامصار قال (ويستقبل القبلة) استقبال القبلة أيضا من شروط الصلاة (لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره) أى شطر المسجد الحرام ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال فلنولينك قبلة ترضاها ثم أمر بالتوجه شطر المسجد الحرام ثم المصلى اما أن يكون بمكة أو غائبا عنها

(قوله

فالاول فرضه اصابة عينها لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في المسجد الحرام متوجها الى الكعبة ومضى على ذلك الصحابة والتابعون فكان اجماعا على ذلك والثاني فرضه اصابة جهتها لان الله تعالى أمر النبي عليه السلام والمؤمنين بالتوجه الى المسجد الحرام وهم بالمدينة دون الكعبة وفيه اشارة الى أن اصابة عينها للغائب غير لازمة لان التكليف بحسب الوسع وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الشيخ أبي عبد الله الجرجاني ان فرضه أيضا اصابة عينها يريد بذلك اشتراط

ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع (ومن كان خائفا يصلي الى أي جهة قدر) لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه (فان اشتبهت عليه القبلة

(قوله ففرضه اصابة عينها) حتى لو صلى في أماكن في بيته ينبغي أن يصلي بحيث لو أزيلت الجدران يقع استقباله على شطر الكعبة بخلاف الآفاقي كذا في الكافي وفي الدراية من كان بينه وبين الكعبة حائل الاصح أنه كالغائب ولو كان الحائل أصليا كالجبل كان له أن يجتهد والاولى أن يصعد ليصل الى اليقين وفي النظم الكعبة قبلة من بالمسجد والمسجد قبلة من بمكة ومكة قبلة الحرم والحرم قبلة العالم قال المصنف في التجنيس هذا يشير الى أن من كان بمعاينة الكعبة فالشرط اصابة عينها ومن لم يكن بمعاينتها فالشرط اصابة جهتها وهو المختار انتهى قال الشيخ عبد العزيز البخاري هذا على التقريب والا فالتحقيق أن الكعبة قبلة العالم انتهى وعندي في جواز التحري مع امكان صعوده اشكال لان المصير الى الدليل الظني وترك القاطع مع امكانه لا يجوز وما أقرب قوله في الكتاب والاستخبار فوق التحري فاذا امتنع المصير الى ظني لامكان ظني أقوى منه فكيف يترك اليقين مع امكانه بالظن (قوله اصابة جهتها) في الدراية عن شيخه ما حاصله ان استقبال الجهة أن يبقى شئ من سطح الوجه مسامتا للكعبة أو لهوائها لان المقابلة اذا وقعت في مسافة بعيدة لا تزول بما يزول به من الانحراف لو كانت في مسافة قريبة ويتفاوت ذلك بحسب تفاوت البعد وتبقى المسامتة مع انتقال مناسب لذلك البعد فلو فرض خط من تلقاء وجه المستقبل للكعبة على التحقيق في بعض البلاد وخط آخر يقطعه على زاويتين قائمتين من جانب يمين المستقبل أو شماله لا تزول تلك المقابلة والتوجه بالانتقال الى اليمين والشمال على ذلك الخط بفراسخ كثيرة ولذا وضع العلماء قبلة بلد وبلدين وثلاث على سمت واحد فجعلوا قبلة بخارى وسمرقند ونسف وترمذ وبلخ ومرو وسرخس موضع الغروب اذا كانت الشمس في آخر الميزان وأول العقرب كما اقتضته الدلائل الموضوعة لمعرفة القبلة ولم يخرجوا كل بلدة سمت البقاء المقابلة والتوجه في ذلك القدر ونحوه من المسافة وفي الفتاوى الانحراف المفسد أن يجاوز المشارق الى المغارب (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول الجرجاني ان العين فرض الغائب أيضا لانه المأمور به ولا فصل في النص وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط نية عينها فعنده يشترط وعند غيره لا (قوله ومن كان خائفا) من سبع أو عدو أو كان في البحر على خشبة يخاف الغرق ان توجه أو مريضا لا يقدر على التوجه وليس بحضرته من يوجهه يصلي الى أي جهة قدر ولو كان على الدابة يخاف النزول للطين والردغة يستقبل قال في الظهيرية وعندي هذا اذا كانت واقفة فان كانت سائرة يصلي حيث شاء ولقائل أن يفصل بين كونه لو وقفها للصلاة خاف الانقطاع عن الرفقة أو لا يخاف فلا يجوز في الثاني الا أن يوقفها ويستقبل كما عن أبي يوسف في التيمم ان كان بحيث لو مضى الى الماء تذهب القافلة وينقطع جاز والا فذهب الى الماء

اشتراط نية عين الكعبة لان اصابة عينها وهو غائب عنها غيب لا يطلع عليه فكان التكليف بها تكليفا بما ليس بمقدور فلا يجوز اشتراطها وأما من كان عنده اشتراط الجهة فليس له حاجة الا النية وأما نية الكعبة بعد التوجه اليها فكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل يشترطه والشيخ أبو بكر محمد بن حامد لا يشترطه وقال المصنف في التجنيس ونية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لان استقبال البيت شرط من الشروط فلا يشترط فيه النية كالوضوء وقوله (ومن كان خائفا يصلي الى أي جهة قدر) بيان أن التوجه الى القبلة يسقط بعذر الخوف لاسباب مثل من اختفى من عدو أو غيره ويخاف انه لو تحرك واستقبل القبلة يشعر به العدو فانه يجوز له أن يصلي قاعدا بالايماء أو مضطجعا حيثما كان وجهه وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول الى القبلة وليس له من يحوله وكذا اذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخاف انه لو استقبل القبلة سقط في الماء جاز له أن يصلي حيث كان وجهه لتحقق العذر) فأشبه حال الاشتباه (فان اشتبهت عليه القبلة

(قوله يريد بذلك الى قوله لان اصابة عينها الخ) أقول قوله لان اصابة الخ دليل لقوله يريد بذلك الخ (قوله وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول الى القبلة الخ) أقول ليس فيه عذر الخوف

وليس بحضرته من أهل ذلك الموضع من يسأله اجتهد وصلى) قيد بقوله وليس بحضرته من أهل ذلك الموضع لانه لو كان بهامنهم أحد لم يصح له الاجتهاد فى أمر القبلة وانما عليه السؤال وقال اجتهد لانه ليس له أن يصلى بلا اجتهاد (لان الصحابة) اشتبهت عليهم القبلة فتحروا وصلوا) ثم ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم (ولم ينكره عليهم) وقوله (ولان العمل بالدليل

وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى) لان الصحابة رضوان الله عليهم تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله عليه السلام ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحرى

واستحسنوها (قوله وليس بحضرته الخ) لانه لو كان بحضرته من أهل المكان من يسأله لا يجوز التحرى وكذا لا يجوز مع المحاريب فلو لم يكن من أهل المكان ولا عالما بالقبلة أو كان المسجد لا محراب له أو سألهم فلم يخبروه تحرى وفى قوله ليس بحضرته اشارة الى أنه ليس عليه طلب من يسأله عند الاشتباه كذا والاوجه انه اذا علم أن للمسجد قوما من أهله مقيمين غير أنهم ليسوا حاضرين فيه وقت دخوله وهم حوله فى القرية وجب طلبهم ليسألهم قبل التحرى لان التحرى معلق بالعجز عن تعرف القبلة بغيره علل محمد رحمه الله بما قلنا قال رجل دخل المسجد الذى لا محراب له وقبلته مشكلة وفيه قوم من أهله فتحرى القبلة وصلى ثم علم انه أخطأ فعليه أن يعيد لانه كان يقدر أن يسأل عن القبلة فيعلمها ويصلى بغير تحر وانما يجوز التحرى اذا عجز عن تعلمه بذلك (قوله اجتهد) حكم المسئلة فلو صلى من اشتبهت عليه القبلة بلا تحر فعليه الاعادة الا ان علم بعد الفراغ انه أصاب لان ما افترض لغيره يشترط حصوله لا لغير كالسعى وان علم فى الصلاة انه أصاب يستقبل وعند أبى يوسف يبنى لما ذكرنا ولانه لو استقبل استقبل بهذه الجهة فلا فائدة قلنا حالته قويت بالعلم وبناء القوى على الضعيف لا يجوز فصار كالامى اذا تعلم سورة والمومى اذا قدر على الاركان فيها تفسد وبعدها تصح أما لو تحرى وصلى الى غير جهة التحرى لا يجزئه وان أصاب مطلقا خلافا لابى يوسف رحمه الله وهى مشكلة على قولهما لان تعليلهما فى هذه وهو أن القبلة فى حقه جهة التحرى وقد تركها يقتضى الفساد مطلقا فى صورة ترك التحرى لان ترك جهة التحرى يصدق مع ترك التحرى وتعليلهما فى تلك بان ما فرض لغيره يشترط حصوله كالسعى يقتضى الصحة فى هذه وعلى هذا لو صلى فى ثوب وعنده انه نجس ثم ظهر انه طاهر أو صلى وعنده أنه محدث فظهر أنه متوضئ أو صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل لا يجزئه لانه لما حكم بفساد صلاته بناء على دليل شرعى وهو تحريه فلا ينقلب جائزا اذا ظهر خلافه وهذا التعليل يجرى فى مسئلة العدول عن جهة التحرى اذا ظهر صوابه وبه يندفع الاشكال الذى أورده لان الدليل الشرعى على الفساد هو التحرى أو اعتقاد الفساد عن التحرى فاذا حكم بالفساد دليل شرعى لزم وذلك منتف فى صورة ترك التحرى فكان ثبوت الفساد فيها قبل ظهور الصواب انما هو لمجرد اعتقاده الفساد مؤاخذة باعتقاده الذى هو ليس بدليل اذ لم يكن عن تحر والله أعلم وفى فتاوى العتابى تحرى فلم يقع تحريه على شئ قيل يؤخر وقيل يصلى الى أربع جهات وقيل يخير هذا كله اذا اشتبه فان صلى فى الصحراء الى جهة من غير شك ولا تحر ان تبين انه أصاب أو كان أكبر رأيه أو لم يظهر من حاله شئ حتى ذهب عن الموضع فصلاته جائزة وان تبين انه أخطأ أو كان أكبر رأيه فعليه الاعادة (قوله والاستخبار فوق التحرى) فيترك به التحرى فان لم يخبره المستخبر حين سأله فصلى بالتحرى ثم أخبره لا يعيد لو كان مخطئا وبناء على هذا ذكر فى التجنيس تحرى فأخطأ فدخل فى الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول

الظاهر واجب) ظاهر وقوله (ليس فى وسعه الا التوجه الى جهة التحرى الخ) قيل هذا لا يصح جوابا للشافعى لان له أن يقول سلمنا أن التكليف مقيد بالوسع لكن حال العمل بأن يأتى بما فى وسعه مما أمر به ولا يأثم به عند ظهور الخطا وليس كلامنا فيه وانما كلامنا فيما اذا ظهر خطؤه بيقين أيكون فعله كلا فعل فى حق وجوب الاعادة أم لا وليس فيما ذكرتم ما يدل على نفيه ولنا ما يدل على ثبوته من الاستقراء كما اذا صلى فى ثوب باجتهاده على أنه طاهر فاذا هو نجس وكما اذا توضأ بالتحرى بماء فى الاوانى على انه طاهر فكان بخلافه وكما اذا حكم الحاكم باجتهاده فى حكم ثم وجد نصا بخلافه فان عليه الاعادة فيها كلها لظهور الخطا بيقين مع جواز العمل بما فى وسعه عند توجه الخطاب بالعمل به فكذلك فيما نحن فيه وأجيب بالفرق بأن النجاسة وأمثالها مما لا يحتمل الانتقال من محل الى محل فلم يجز له العمل الا بظاهر ما أدى اليه تحريه فاذا ظهر ما هو أقوى منه أبطله لانه غير قابل للانتقال حتى يقال انه كان فى ذلك الوقت طاهرا ثم تنجس بعده وجهه بيقين بل هو حين صلى كان ذلك الثوب موصوفا بالنجاسة وكذا فى حكم القاضى بالاجتهاد فيما فيه نص بخلافه وأما القبلة فهى من قبيل ما يحتمل الانتقال ألا ترى أنها انتقلت من بيت المقدس الى الكعبة ومن عين الكعبة الى الجهة اذا بعد من مكة ومن جهة الكعبة

(قوله ثم ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم) أقول لا يلزم من عدم الانكار الوجوب

الى سائر الجهات اذا كان راكبا فانه يصلي حيثما توجهت اليه راحلته فبعد ما صلى الى جهة بالتحري اذا تحول رأيه ينتقل فرض التوجه الى تلك الجهة فكان تبدل الرأى فيه بمنزلة النسخ فيعمل به فى المستقبل ولا يظهر به بطلان ما مضى كما فى النسخ الحقيقى لان الشرط أن يكون مبتلى بالتوجه عند القيام الى الصلاة وهو المقصود فى الامر بالتوجه الى الكعبة لان الله تعالى لا جهة له حتى يتوجه اليه وانما يتحقق هذا اذا صلى الى الجهة التى وقع عليها تحريه وقوله (وان علم ذلك فى الصلاة) ظاهر وقباء بالضم والمد من قرى المدينة ينون ولا ينون وقوله (من غير نقض المؤدى قبله) لما ذكرنا ان دليل الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ وأثر النسخ يظهر فى المستقبل لا فى الماضى وقوله (ومن أم قوما فى ليلة مظلمة) ظاهر وقوله (ومن علم منهم) أى من القوم المقتدين (بحال الامام) قال فى النهاية (١٩١)

(فان علم انه أخطأ بعد ما صلى لا يعيدها) وقال الشافعى رحمه الله يعيدها اذا استدبر لتيقنه بالخطأ ونحن نقول ليس فى وسعه الا التوجه الى جهة التحرى والتكليف مقيد بالوسع (وان علم ذلك فى الصلاة استدار الى القبلة وبنى عليه) لان أهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم فى الصلاة واستحسنه النبى عليه السلام وكذا اذا تحول رأيه الى جهة أخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله قال (ومن أم قوما فى ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام أجزأهم) لوجود التوجه الى جهة التحرى وهذه المخالفة غير مانعة كما فى جوف الكعبة (ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلاته) لانه اعتقد أن امامه على الخطا (وكذا لو كان متقدما عليه) لتركه فرض المقام

وجهه الى القبلة ثم دخل رجل فى صلاته وقد علم حالته الاولى لا تجوز صلاة الداخل لعلمه أن الامام كان على الخطا فى أول الصلاة انتهى ولو كان شروع الكل بالتحرى وفيهم مسبوق ولاحق فلما فرغ الامام قاما الى القضاء فظهر لهما خلاف ما كانوا رأوا أمكن المسبوق اصلاح صلاته هنا بأن يتحول الى القبلة دون اللاحق كذا فى مجموع النوازل والحديث الذى أشار اليه أولا هو ما عن عامر بن ربيعة كنا فى سفر مع النبى صلى الله عليه وسلم فى ليلة مظلمة فلم ندر أين القبلة فصلى كل رجل منا على حياله فلما أصبحنا ذكرناه للنبى صلى الله عليه وسلم فنزلت فأينما تولوا فثم وجه الله ضعفه الترمذى وآخرون وعن جابر كنا فى مسير فأصابنا غيم فتحيرنا فى القبلة فصلى كل رجل منا على حدة وجعل أحدنا يخط بين يديه فلما أصبحنا فاذا نحن قد صلينا لغير القبلة فقال النبى صلى الله عليه وسلم قد أجزت صلاتكم ضعفه الدارقطنى وغيره والحديث الآخر هو عن ابن عمر بينما الناس بقباء فى صلاة الصبح اذ جاءهم آت فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل عليه الليلة قرآن وقد أمر أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها وكانت وجوههم الى الشام فاستداروا الى الكعبة متفق عليه ورواه مسلم وقال فيه فمر رجل من بنى سلمة وهم ركوع فى صلاة الفجر وقد صلوا ركعة فنادى ألا ان القبلة قد حولت فمالوا كما هم نحو الكعبة (قوله وقال الشافعى الخ) لا يخفى أن تيقن الخطأ ثابت فى توجهه الى جهة اليمنة واليسرة فجعله المدار يوجب الاعادة فى الصور كلها نعم فى الاستدبار تمام البعد عن الاستقبال والوجه الذى يظهر مؤثرا ترك الجهة استدبارا أو غيره مقتضى النظر أن يقول بشمول العدم هذا وقد قاس على ظهور نجاسة ثوب صلى فيه أو ماء توضأ به حيث تجب الاعادة اتفاقا والجواب بالفرق بامكان الوقوف على الصواب بالاستقصاء ثمة نظرا الى قيام الدليل وهو قيام احساسه بهما وامكان الاستقصاء فى صونهما أما

(قال المصنف وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه الخ) أقول قوله وتحرى من خلفه أى الذين حقهم ان يكونوا خلفه وقوله وكلهم خلفه أى ليسوا متقدمين عليه (قوله وفيه نظر لان قوله ومن علم منهم) أقول من شرطية تقلب الماضى الى الاستقبال

وهذا القيد وهو علم المقتدين حال كونهم مأمومين ليس بلازم فى حق فساد صلاتهم فانه لو علم حال الامام قبل الاقتداء فالحكم كذلك وان كان الامام فى وقت الاقتداء على الصحة وفيه نظر لان قوله ومن علم منهم أى من القوم المقتدين حال امامه أعم من أن يكون علم قبل الاقتداء به أو بعده وأما ان العلم قبل الاقتداء كالعلم بعده فلما ذكر المصنف فى التجنيس رجل تحرى القبلة فأخطأ فدخل فى الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه الى القبلة ثم دخل رجل فى صلاته وقد علم حاله الاول لا تجوز صلاة الداخل لانه دخل فى صلاته وعلم أن الامام كان على الخطا فى أول صلاته ولو علم من أول صلاته أن الامام على الخطا ودخل فى صلاته لم يجز فكذا هذا وقد استشكلت صورة هذه المسئلة لانه وضعها فى الليلة المظلمة والصلاة فيها جهرية فحينئذ يعلمون حال الامام بصوته وأجيب بكون الصلاة قضاء ويكون الامام ترك الجهر نسيانا وبأنهم عرفوا امامهم بصوته انه قدامهم لكن لم يميزوا من صوته انه الى أى جهة توجه وقد ذكرنا غير ذلك فى التقرير والله أعلم

لما فرغ من ذكر الوسائل شرع في ذكر المقصود والوصف والصفة مترادفان عند أهل اللغة والهاء عوض عن الواو كالوعد والعدة وعند المتكلمين من أصحابنا ان الوصف هو كلام الواصف والصفة هي المعنى القائم بذات الموصوف والظاهر أن المراد بالصفة ههنا الهيئة الحاصلة للصلاة بأركانها وعوارضها قوله (فرائض الصلاة ستة) القياس أن يقال ست لان الفرائض جمع فريضة لكن قاله على تأويل المفروض الذي هو جمع فرض وفي بعض النسخ ست وانما قال فرائض الصلاة ولم يقل أركانها لان الفرائض أعم تتناول الاركان وغيرها ومن المذكور في الكتاب (التحريمة) وهي فرض وليست بركن والتحريم جعل الشيء محرما والهاء لتحقيق الاسمية وانما اختصت التكبيرة الأولى بهذه التسمية لانها تحرم الاشياء المباحة قبلها بخلاف سائر التكبيرات وهي فرض (لقوله تعالى وربك فكبر) أي وخص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء وأن يقال الله أكبر روى أنه لما نزل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله أكبر فكبرت خديجة وفرحت وأيقنت أنه الوحي فان سورة المدثر أول سورة نزلت ودخلت الفاء لمعنى الشرط كأنه قيل أي شيء كان فلا تدع تكبيره ووجه الاستدلال أن المراد به تكبيرة الاحرام باجماع أهل التفسير ولان الامر للوجوب وغيرها ليس بواجب بالاجماع فتعينت له ضرورة (و) كذلك (القيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين) أي مطيعين وقيل خاشعين وقيل ساكتين المجمل وعن ابن عمر أن القنوت طول القيام في الصلاة ووجه الاستدلال ما مر انه أمر بالقيام وهو للوجوب وليس القيام واجبا خارج الصلاة فكان واجبا فيها ضرورة

﴿باب صفة الصلاة﴾

(فرائض الصلاة ستة التحريمة) لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح (والقيام) لقوله تعالى وقوموا لله قانتين

هنا فالدليل وهو رؤية النجم منعدم فلا يتصور الاصابة عن الدليل فلم يتجه بوجه من الوجوه نسبته الى تقصير بخلاف صورة قيام الدليل وأيضا القبلة قبلت التحول شرعا من الشام الى الكعبة عينا ثم جهتها ثم الى جهة التحري عند الاشتباه ولا اعادة بخلاف النجاسة والطهارة فانه لم يثبت قبولهما التحول شرعا والله الموفق للصواب

﴿باب صفة الصلاة﴾

شرع في المقصود بعد الفراغ من مقدماته قيل الصفة والوصف في اللغة واحد وفي عرف المتكلمين بخلافه والتحرير أن الوصف لغة ذكر ما في الموصوف من الصفة والصفة هي ما فيه ولا ينكر أنه يطلق الوصف ويراد الصفة وبهذا لا يلزم الاتحاد لغة اذ لا شك في أن الوصف مصدر وصفه اذا ذكر ما فيه ثم المراد هنا صفة الصلاة الاوصاف النفسية لها وهي الاجزاء العقلية الصادقة على الخارجية التي هي أجزاء الهوية من القيام الجزئي والركوع والسجود (قوله فرائض الصلاة ستة) لا يخلو عن شيء لانه ان اعتبر آحاد الفرائض فريضة لم تجز التاء في عدده وان اعتبر فرضا لم يكن ذلك جمعه لان فعائل انما تطرد في كل رباعي ثالثه مدة مؤنث بالتاء كسحابة وصحيفة وحلوبة أو بالمعنى كشمال وعجوز وسعيد علم امرأة وأما جعله فريضة على تأويله بالفرض أدخلت التاء كما في قول الشاعر * ولا أرض أبقل ابقالها * بتأويل المكان فهو تصرف ليس لنا أن نفعله بل انما لنا أن نؤول الوارد عنهم مخالفا لجادتهم ولذا لم يورد أهل الشأن هذا البيت الا مثالا للشذوذ غير أنهم عللوا الواقع بما ذكروا لانه اعطاه ضابط صحة استعمال مثله لمن شاء (قوله وربك فكبر) وكذا وقوموا لله واقرؤا واركعوا واسجدوا أوامر ومقتضاها الافتراض ولم تفرض خارج الصلاة فوجب أن يرادبها الافتراض الواقع في الصلاة اعمالا للنصوص في حقيقتها حيث أمكن والحديث المذكور مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم رواه أبو داود وحسنه النووي في أحكامه والاسناد فيه مجازي لان التحريم ليس نفس التكبير بل به يثبت أو يجعل مجازا لغويا باستعمال لفظ التحريم فيما به أي ما يثبت به تحريم الصلاة التكبير ومثله في تحليلها التسليم والمستفاد من هذه وجوب المذكورات في الصلاة وهو لا ينفي اجمال الصلاة اذ الحاصل حينئذ أن الصلاة فعل يشتمل على هذه بقي كيفية ترتيبها في الاداء وهل الصلاة هذه فقط أو مع أمور أخر وقع البيان في ذلك كله بفعله صلى الله عليه وسلم وقوله وهو لم يفعلها قط بدون القعدة الاخيرة والمواظبة من غير ترك مرة دليل الوجوب فاذا وقعت بيانا للفرض أعني الصلاة

﴿باب صفة الصلاة﴾

(قوله والتحريمة جعل الشيء محرما والهاء لتحقيق الاسمية) أقول فيه بحث بل هي للدلالة على المرة

(والقراءة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن) ووجه الاستدلال مامر وسنذكر في فصل القراءة مقدارها وقول مخالفنا في الوجوب (والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا) على مامر من وجه الاستدلال قيل كان الناس أول ما أسلموا يسجدون بلا ركوع ويركعون بلا سجود فأمروا أن يصلوا بالركوع والسجود (والقعدة في آخر الصلاة مقدار التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود حين علمه التشهد اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك) ووجه الاستدلال انه عليه السلام (علق التمام) أي تمام الصلاة (بالفعل قرأ أولم يقرأ) لانه علقه باحد الامرين من قراءة التشهد والقعود وأحدهما وهو القراءة لم تشرع بدون الآخر حيث

(والقراءة) لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن (والركوع والسجود) لقوله تعالى واركعوا واسجدوا (والقعدة في آخر الصلاة مقدار التشهد) لقوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك علق التمام بالفعل قرأ أولم يقرأ

المجمل كان متعلقها فرضا بالضرورة ولو لم يقم الدليل في غيرها من الافعال على سنيته لكان فرضا ولو لم يلزم تقييد مطلق الكتاب بخبر الفاتحة والطمأنينة وهو نسخ للقاطع بالظني لكانا فرضين ولولا انه عليه الصلاة والسلام لم يعد الى القعدة الاولى لما تركها ساهيا ثم علم لكانت فرضا فقد علمت ان بعض الصلاة عرف بتلك النصوص ولا اجمال فيها وانه لا ينفي الاجمال في الصلاة من وجه آخر فما تعلق بالافعال نفسها لا يكون بيانا فان كان ناسخا للاطلاق وهو قطعي نسخ للعلم بأنه صلى الله عليه وسلم قاله وهو أدرى بالمراد وان لم يكن قطعيا لم يصلح لذلك والا لزم تقديم الظني عند معارضته القطعي عليه وهو لا يجوز في قضية العقل وعاذ كرنا كان تقديم القيام على الركوع والركوع على السجود فرضا لانه بينها كذلك وسيرد عليك تفاصيل هذا الاصل (قوله علق التمام بالفعل الخ) بيان للمراد لا أنه معنى اللفظ يعني لما قام الدليل على أن لا بد من القعدة كان المراد اذا قلت هذا وأنت قاعد أو فعلت هذا قائلا أو غير قائل تمت فلو تم هذا سندا ومتنا كان الاستدلال به على فرضية القعدة عينا متوقفا على ثبوت فرضيتها بما يستقل بذلك بحيث لا يكون حديث ابن مسعود جزء المثبت فلم يتعلق به اثبات أصلا كما أشرنا اليه من اثباته ببيان المجمل فكيف ولم يتم فان الذي في أبي داود اذا قلت هذا وقضيت هذا فقد قضيت صلاتك ان شئت أن تقوم فقم وان شئت أن تقعد فاقعد وهو تعليق بهما فاذا اتصل الخبر بالمبين كانا فرضين نعم هو بلفظ أو فعلت هذا في رواية للدارقطني فلو لم يتبين أنها مدرجة من كلام ابن مسعود لوجب حمل أو على معنى الواو ليوافق المرفوع وهو أكثر من العكس فيما أظن فكيف وقد بين الادراج شبابة بن سوار في روايته عن زهير بن معاوية وفصل كلام ابن مسعود من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ورواه عبد الرحمن بن ثابت بن ثوبان عن الحسن بن الحر مفصلا مبينا قال النووي اتفق الحفاظ على انها مدرجة والحق ان غاية الادراج هنا أن تصير موقوفة والموقوف في مثله له حكم الرفع ثم اختلف مشايخنا في قدر الفرض من القعدة قيل قدر ما يأتي بالشهادتين والاصح انه قدر قراءة التشهد الى عبده ورسوله للعلم بأن شرعيتها لقراءته وأقل ما ينصرف اليه اسم التشهد عند الاطلاق ذلك وعلى هذا ينشأ اشكال وهو أن كون ما شرع لغيره بمعنى أن المقصود من شرعيته غيره يكون آكد من ذلك الغير مما لم يعهد بل وخلاف المعقول فاذا كان شرعية القعدة للذكر أو السلام كانت دونهما فالاولى أن يعين سبب شرعيتها الخروج هذا وقد عد من الفرائض اتمامها والانتقال من ركن الى ركن قيل لان

لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فيه وانعقد على ذلك الاجماع فكان الفعل موجودا على تقدير القراءة البتة فكان هو المعلق به في الحقيقة لاستلزامه الآخر وكل ما علق بشئ لا يوجد دونه فتمام الصلاة لا يوجد بدون الفعل وتمام الصلاة واجب وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فالقعدة واجب أي فرض فان قيل هذا خبر واحد وهو بصراحته لا يفيد الفرضية فكيف مع هذا التكلف العظيم أجيب بان قوله تعالى أقيموا الصلاة مجمل وخبر الواحد لحق بيانا به والمجمل من الكتاب اذا لحقه البيان الظني كان الحكم بعده مضافا الى الكتاب لا الى البيان في الصحيح وقد قررنا ذلك في التقرير لا يقال فليكن الامر في قراءة الفاتحة كذلك فتكون واجبة لان نص القراءة ليس بمجمل بل هو خاص

(٢٥ - فتح القدير اول) فتكون الزيادة عليه نسخا بخبر الواحد وهو لا يجوز وفيه وجه آخر وهو أن خبر الواحد ان كان متلقى بالقبول جاز اثبات الركنية به فأولى أن يجوز اثبات الفرضية لان درجة الركنية أعلى وقد ثبتت ركنية الوقوف بعرفات بقوله عليه السلام الحج عرفة والوقوف معظم أركان الحج لا محالة والمصنف جعل القعدة الاخيرة من فرائض الصلاة حيث ذكرها فيها فجاز أن يثبت بخبر تلقي بالقبول

(قوله كانه قيل وما كان الخ) أقول لفظة ما شرطية في قوله ما كان (قوله وكل ما علق بشئ لا يوجد دونه الخ) أقول ممنوع فان الشرطية لا تدل على العدم عند العدم عندنا ولذا لا يعتبر مفهوم الشرط

قال (وماسوى ذلك فهو سنة) أى ماسوى ماذكرنا من الفرائض فهو سنة (أطلق) يعنى القدورى (اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة الخ) فلا يكون اطلاقا صحيحا والعذر ماذكره بقوله وتسميتها سنة فى الكتاب أى القدورى لما أنه ثبت وجوبها بالسنة واعلم أن المراد بالواجب ههنا ما تجوز الصلاة بدونه ويجب بتركه ساهيا سجدتا السهو وبالسنة مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المواظبة ولم يتركها الا لعذر كالثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود والصلاة آداب والادب فيها مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة أو مرتين ولم يواظب عليه كزيادة التسبيحات فى الركوع والسجود على الثلاثة والزيادة على القراءة المسنونة. قوله (ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا) يعنى فى الركعة الواحدة كالسجدة الثانية من الركعة الاولى فان من تركها ساهيا وقام وأتم صلاته ثم تذكر فان عليه أن يسجد السجدة المتروكة ويسجد للسهو لترك الترتيب وقوله فيما شرع مكررا احتراز عما شرع غير مكرر فيها كالركوع فانه بعد السجود لا يقع معتدا به بالاجماع

(قوله ولم يتركها الا لعذر) أقول الترك فى السنة يكون لاعلام الجواز

قال (وماسوى ذلك فهو سنة) أطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة الاولى وقراءة التشهد فى القعدة الاخيرة والقنوت فى الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا تجب عليه سجدتا السهو بتركها

النص الموجب للصلاة يوجب ذلك اذ لا وجود للصلاة بدون اتمامها وذلك يستدعى الامرين واعلم ان القعدة فرض غير ركن لعدم توقف الماهية عليها شرعا لان من حلف لا يصلى يحنث بالرفع من السجود دون توقف على القعدة فعلم أنها شرعت للخروج وهذا لان الصلاة أفعال وضعت للتعظيم وليس القعود كذلك بخلاف ماسواه ثم الركن ينقسم الى أصلى وزائد وهو ما يسقط فى بعض الصور من غير تحقق ضرورة وهو القراءة تسقط حالة الاقتداء وعن المدرك فى الركوع مثلا بخلاف غيرها لا يسقط الا لضرورة (قوله فيما شرع مكررا من الافعال) أراد به ماتكرر فى كل الصلاة كالركعات الا لضرورة الاقتداء حيث يسقط به الترتيب فان المسبوق يصلى آخر الركعات قبل أولها وفى كل ركعة والاصل عندنا أن المشروع فرضا فى الصلاة أربعة أنواع مايتحد فى كل الصلاة كالقعدة أو فى كل ركعة كالقيام والركوع ومايتعدد فى كلها كالركعات أو فى كل ركعة كالسجود والترتيب شرط بين مايتحد فى كل الصلاة وجميع ماسواه مما يتعدد فى كلها أو فى كل ركعة ومايتحد فى كل ركعة حتى لو تذكر بعد القعدة قبل السلام أو بعده قبل أن يأتى بمفسد ركعة أو سجدة صلبية أو للتلاوة فعلها وأعاد القعدة وسجد للسهو وكذا اذا تذكر ركوعا قضاه وقضى مابعده من السجود أو قياما أو قراءة صلى ركعة تامة وكذا يشترط الترتيب بين مايتحد فى كل ركعة كالقيام والركوع ولذا قلنا آنفا فى ترك القيام وحده أنه يصلى ركعة تامة واذا عرف هذا فقوله فى النهاية الترتيب ليس بشرط بين مايتعدد فى كل الصلاة يعنى الركعات أو يتحد فى كل ركعة وبين مايتعدد فى ركعة ليس على اطلاقه بل بين السجود والمتحد فى كل ركعة تفصيل ان كان سجود ذلك الركوع بأن يكون ركوعا وسجودا من ركعة واحدة فالترتيب شرط وان كان ركوعا من ركعة وسجودا من أخرى بأن تذكر فى سجدة ركوع ركعة قبل هذه السجدة قضى الركوع مع سجدتيه وعلى قلبه بأن تذكر فى ركوع انه لم يسجد فى الركعة التى قبلها سجدها وهل يعيد الركوع والسجود المتذكر فيه ففى الهداية انه لا يجب اعادته بل يستحب معللا بأن الترتيب ليس بفرض بين مايتكرر من الافعال والذى فى فتاوى قاضيخان وغيره انه يعيده معللا بأنه ارتفض بالعود الى ماقبله من الاركان لانه قبل الرفع منه يقبل الرفض ولهذا ذكر فيما لو تذكر سجدة بعد مارفع من الركوع انه يقضيها ولا يعيد الركوع لانه بعد ماتم بالرفع لا يقبل الرفض فعلم أن الاختلاف فى اعادتها ليس بناء على اشتراط الترتيب وعدمه بل على أن الركن المتذكر فيه هل يرتفض بالعود الى ماقبله من الاركان أولا وفى كافى الحاكم الشهيد أبى الفضل الذى هو جمع كلام محمد رحمه الله رجل افتتح الصلاة وقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ وسجد ولم يركع فهذا قد صلى ركعة وكذلك ان ركع أولا ثم قرأ وركع وسجد فانما صلى ركعة واحدة وكذلك ان سجد أولا سجدتين ثم قام فقرأ فى الثانية وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ وسجد فى الثالثة ولم يركع فانما صلى ركعة واحدة وكذلك ان ركع فى الاولى ولم يسجد وركع فى الثانية ولم يسجد ثم سجد فى الثالثة ولم يركع فانما صلى ركعة واحدة ثم لم يذكر المصنف قراءة التشهد فى الاولى وتعديل الاركان قيل للاختلاف فيهما كما سيذكر لكن قد نقل عن الطحاوى والكرخى سنية القعدة الاولى ومع ذلك ذكرها فليس الصارف حينئذ ذلك ويجوز كونه اختارهنا سنيتهما ثم تبدل رأيه فى سجود السهو فاختار وجوب القعدة وبقى من الواجبات بعد هذا اصابة

وقوله (هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس فى تكبيرات العيدين وقنوت الوتر فانه لا تجب السجدة على من تركها ساهيا لانها سنة فبتركها لا يتمكن تكثير نقصان فى الصلاة كما اذا ترك الثناء والتعوذ لان مبنى الصلاة على الافعال دون الاذكار وجه الاستحسان وهو الصحيح أن هذه السنة تضاف الى جميع الصلاة يقال تكبيرات العيد وقنوت الوتر فأما تكبيرات الركوع وثناء الافتتاح فغير مضاف الى جميعها فبتركها لا يتمكن النقصان فيها كذا فى الشروح وفيه نظر لانهم قالوا المراد بالواجب ههنا ما تجوز الصلاة بدونه وتجب سجدة السهو بتركه ساهيا وهذه الاذكار مما تجب السجدة بتركها ساهيا والصلاة بدونها جواز فتكون واجبة وليس كذلك والجواب أن ذلك على وجه القياس ويعرف من هذا أن كل ما هو واجب تجب سجدة السهو بتركه ساهيا وبالعكس على وجه القياس وأما على وجه الاستحسان فلا ينعكس فانه ليس كل ما تجب السجدة بتركه واجبا فانها تجب بترك سنة تضاف الى جملة الصلاة كما ذكرنا فان قيل قراءة التشهد فى القعدة الاولى واجبة ذكره فى باب سجود السهو من هذا الكتاب ولم يذكرها هنا وكذلك تعديل الاركان عند أبى حنيفة ومحمد أجيب بان مقصوده هنا لم يكن ذكر جميع الواجبات بل بيان أن ماسوى المذكور ليس بمنحصر فى السنة وذلك يحصل بارادة صورة واحدة وقيل قوله (وتسميتها سنة فى الكتاب لما انه ثبت (١٩٥) وجوبها بالسنة) ليس بجيد لانه يلزم منه الجمع بين

هذا هو الصحيح وتسميتها سنة فى الكتاب لما أنه ثبت وجوبها بالسنة قال (واذا شرع فى الصلاة كبر) لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير

لفظة السلام وتعيين القراءة فى أوابى الفرض وحينئذ فالاولى أن لا يحمل كلام المصنف على انه حصر المتفق عليه وترك المختلف فيه ولا تبدل رأيه بل انه قصد اعطاء نظائر لا على الحصر ولذا أتى بكاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر (قوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس فى التشهد والقنوت وتكبيرات العيد وكذا فى السلام لانها أذكار ومبنى الصلاة على الافعال لا عليها ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم سجد الا فى الافعال والاستحسان هو الصحيح وهو أنها تضاف الى كل الصلاة نحو قنوت الوتر وتشهد الصلاة فكانت من خصائصها بخلاف نحو تسبيحات الركوع وقد يقال الاختصاص المستفاد من الاضافة انما يعطى أنها الا وجود لها فى غير الصلاة شرعا وكون ذلك يستلزم الوجوب محل نظر فالاولى أن يستدل فى وجوبها بالمواظبة المقرونة بالترك فى التشهد للنسيان فلا يلتحق بالمبين أعنى الصلاة لتكون فرضا أما فى قنوت الوتر وتكبيرات العيد فلان أصلهما بانفى فلا تكون المواظبة فيهما محتاجة الى الاقتران بالترك ليثبت به الوجوب والمواظبة فى السلام معارضة بقوله صلى الله عليه وسلم اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك فلم يتحقق بيانا لما تقرر جزأ للصلاة (قوله وتسميتها سنة الخ) يعنى أريد بلفظ السنة ما ثبت بالسنة فيدخل فيه الواجبات بطريق عموم المجاز ولا حاجة الى اعتباره جمعا بين الحقيقى والمجازى فى محلين على رأى العراقيين (قوله واذا شرع كبر) أى اذا أراد الشروع كبر فان التكبير سابق على الشروع فلفظ الشروع فى ارادته مجاز من اطلاق اللازم على

الحقيقة وقوله (واذا شرع فى الصلاة كبر) أى اذا أراد الشروع لان التحريمة ليست بعد الشروع بل الشروع يتحقق بها قال محمد فى المبسوط اذا أراد الرجل الدخول فى الصلاة كبر وقوله (لما تلونا) أراد به قوله تعالى وربك فكبر وقوله (وقال عليه السلام) معطوف على قوله لما تلونا معنى والتحريم مصدر حرم وهو مضاف الى فاعله وهو الصلاة ولا يقدر له مفعول لان المقصود اثبات التحريم لها لا ايقاعه على شئ آخر وقوله (التكبير) لا يصلح أن يكون محمولا على تحريمها ولا يصلح العكس أيضا على ظاهر الكلام لان تحريم الصلاة غير أفعال الصلاة على المصلى ليس عين التكبير ولا عكسه

(قوله لانها سنة) أقول جواب قياس (قوله فانها تجب بترك سنة تضاف الى جملة الصلاة) أقول فتلخص من كلامه أنها سنة فى جواب القياس والاستحسان وقد جعلها المصنف من واجبات الصلاة وسيستدل المصنف على وجوب القنوت والتشهد وتكبيرات العيد فى باب سجود السهو بمواظبة النبى صلى الله عليه وسلم عليها من غير ترك وباضافتها الى جميع الصلاة (قوله والواجبات والسنن المذكورة فى هذا الباب داخلة تحت هذه اللفظة بطريق الحقيقة) أقول فيكون من باب عموم المجاز (قوله والتحريم مصدر حرم وهو مضاف الى فاعله وهو الصلاة) أقول ويجوز أن يكون التحريم بمعنى المحرم والاضافة بمعنى فى كما لا يخفى (قوله لان تحريم الصلاة غير أفعال الصلاة) أقول قوله غير مفعول تحريم

لما انها سنة وقال عليه السلام تحريمها التكبير وقوله (وتعديل الاركان سنة) وقيل هو واجب عند أبى حنيفة ومحمد وقيل هو فرض عندهما وقيل هو سنة عندهما وقيل هو واجب عندهما وقيل هو فرض عند أبى حنيفة وقيل هو سنة عند أبى حنيفة وقيل هو واجب عند أبى حنيفة وقيل هو فرض عند أبى يوسف وقيل هو سنة عند أبى يوسف وقيل هو واجب عند أبى يوسف وقيل هو فرض عند محمد وقيل هو سنة عند محمد وقيل هو واجب عند محمد وقيل هو فرض عند زفر وقيل هو سنة عند زفر وقيل هو واجب عند زفر وقيل هو فرض عند الحسن بن زياد وقيل هو سنة عند الحسن بن زياد وقيل هو واجب عند الحسن بن زياد وقيل هو فرض عند الحسن بن حى وقيل هو سنة عند الحسن بن حى وقيل هو واجب عند الحسن بن حى وقيل هو فرض عند الشافعى وقيل هو سنة عند الشافعى وقيل هو واجب عند الشافعى وقيل هو فرض عند مالك وقيل هو سنة عند مالك وقيل هو واجب عند مالك وقيل هو فرض عند أحمد وقيل هو سنة عند أحمد وقيل هو واجب عند أحمد وقيل هو فرض عند الثورى وقيل هو سنة عند الثورى وقيل هو واجب عند الثورى وقيل هو فرض عند الاوزاعى وقيل هو سنة عند الاوزاعى وقيل هو واجب عند الاوزاعى وقيل هو فرض عند ابن المبارك وقيل هو سنة عند ابن المبارك وقيل هو واجب عند ابن المبارك وقيل هو فرض عند ابن راهويه وقيل هو سنة عند ابن راهويه وقيل هو واجب عند ابن راهويه وقيل هو فرض عند داود وقيل هو سنة عند داود وقيل هو واجب عند داود وقيل هو فرض عند ابن حزم وقيل هو سنة عند ابن حزم وقيل هو واجب عند ابن حزم وقيل هو فرض عند ابن أبى ليلى وقيل هو سنة عند ابن أبى ليلى وقيل هو واجب عند ابن أبى ليلى وقيل هو فرض عند ابن شبرمة وقيل هو سنة عند ابن شبرمة وقيل هو واجب عند ابن شبرمة وقيل هو فرض عند ابن سيرين وقيل هو سنة عند ابن سيرين وقيل هو واجب عند ابن سيرين وقيل هو فرض عند ابن عون وقيل هو سنة عند ابن عون وقيل هو واجب عند ابن عون وقيل هو فرض عند ابن علية وقيل هو سنة عند ابن علية وقيل هو واجب عند ابن علية وقيل هو فرض عند ابن كيسان وقيل هو سنة عند ابن كيسان وقيل هو واجب عند ابن كيسان وقيل هو فرض عند ابن أبى ذئب وقيل هو سنة عند ابن أبى ذئب وقيل هو واجب عند ابن أبى ذئب وقيل هو فرض عند ابن أبى نجيح وقيل هو سنة عند ابن أبى نجيح وقيل هو واجب عند ابن أبى نجيح وقيل هو فرض عند ابن أبى حازم وقيل هو سنة عند ابن أبى حازم وقيل هو واجب عند ابن أبى حازم وقيل هو فرض عند ابن أبى سليم وقيل هو سنة عند ابن أبى سليم وقيل هو واجب عند ابن أبى سليم وقيل هو فرض عند ابن أبى عمران وقيل هو سنة عند ابن أبى عمران وقيل هو واجب عند ابن أبى عمران وقيل هو فرض عند ابن أبى موسى وقيل هو سنة عند ابن أبى موسى وقيل هو واجب عند ابن أبى موسى وقيل هو فرض عند ابن أبى هريرة وقيل هو سنة عند ابن أبى هريرة وقيل هو واجب عند ابن أبى هريرة وقيل هو فرض عند ابن أبى الدرداء وقيل هو سنة عند ابن أبى الدرداء وقيل هو واجب عند ابن أبى الدرداء وقيل هو فرض عند ابن أبى بكر وقيل هو سنة عند ابن أبى بكر وقيل هو واجب عند ابن أبى بكر وقيل هو فرض عند ابن أبى قحافة وقيل هو سنة عند ابن أبى قحافة وقيل هو واجب عند ابن أبى قحافة وقيل هو فرض عند ابن أبى طالب وقيل هو سنة عند ابن أبى طالب وقيل هو واجب عند ابن أبى طالب وقيل هو فرض عند ابن أبى سفيان وقيل هو سنة عند ابن أبى سفيان وقيل هو واجب عند ابن أبى سفيان وقيل هو فرض عند ابن أبى لهب وقيل هو سنة عند ابن أبى لهب وقيل هو واجب عند ابن أبى لهب وقيل هو فرض عند ابن أبى جهل وقيل هو سنة عند ابن أبى جهل وقيل هو واجب عند ابن أبى جهل وقيل هو فرض عند ابن أبى لهيعة وقيل هو سنة عند ابن أبى لهيعة وقيل هو واجب عند ابن أبى لهيعة وقيل هو فرض عند ابن أبى ليلى وقيل هو سنة عند ابن أبى ليلى وقيل هو واجب عند ابن أبى ليلى وقيل هو فرض عند ابن أبى شيبة وقيل هو سنة عند ابن أبى شيبة وقيل هو واجب عند ابن أبى شيبة وقيل هو فرض عند ابن أبى عاصم وقيل هو سنة عند ابن أبى عاصم وقيل هو واجب عند ابن أبى عاصم وقيل هو فرض عند ابن أبى حاتم وقيل هو سنة عند ابن أبى حاتم وقيل هو واجب عند ابن أبى حاتم وقيل هو فرض عند ابن أبى داود وقيل هو سنة عند ابن أبى داود وقيل هو واجب عند ابن أبى داود وقيل هو فرض عند ابن أبى زيد وقيل هو سنة عند ابن أبى زيد وقيل هو واجب عند ابن أبى زيد وقيل هو فرض عند ابن أبى عبد الله وقيل هو سنة عند ابن أبى عبد الله وقيل هو واجب عند ابن أبى عبد الله وقيل هو فرض عند ابن أبى عبد الرحمن وقيل هو سنة عند ابن أبى عبد الرحمن وقيل هو واجب عند ابن أبى عبد الرحمن

فيكون معناه تحريم الصلاة بالتكبير ولكن جعل التكبير عين التحريم مبالغة (وهو) أي التكبير (شرط عندنا خلافا للشافعي) وقوله (حتى ان من تحرم) بيان فائدة الاختلاف فعندنا لما كانت التحريمة شرطا جاز أداء النفل بتحريمة الفرض وعنده لما كانت ركنا لم يجز ذلك فان أداء الصلوات بشرط واحد يجوز وبركن واحد لا يجوز فان قيل الاقسام العقلية ههنا أربعة بناء الفرض على الفرض وبناء النفل على النفل وبناء الفرض على النفل وبناء النفل على الفرض وهو المذكور في الكتاب فهل يجوز غيره من الاقسام الباقية أولا فالجواب أن بناء الفرض على الفرض جوزه أبو اليسر قال في مبسوطه لو شرع في الظهر وأتمها ولم يسلم وبنى عليها عصر افات عنه أجزأه ونفاه القاضي أبو زيد في الاسرار وغيره (١٩٦) الاسلام في أول الجامع الصغير وبناء النفل على النفل يجوز وأما بناء الفرض على النفل فقيل لم يوجد فيه رواية والظاهر عدم الجواز لان بناء المثل على المثل والاضعف على الاقوى معقول وموافق للاصول لان الشئ يجوز أن يستتبع مثله أو ما هو دونه وأما أن يستتبع ما هو فوقه فلا يجوز لان فيه جعل الاقوى تابعا للادنى فان قلت قولهم الشرط يعتبر وجوده مطلقا لا وجوده قصدا يقتضي جواز هذه الصورة كالصور الباقية فالجواب أن وجود الشرط لا يوجب المشروط والمانع وهو ما ذكرنا من اتباع القوى الضعيف موجود فكان ممتنعا (وهو) أي الشافعي (يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان) من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والنية والوقت وهو ظاهر وكل ما يشترط له ما يشترط لسائر الاركان ركن قياسا على كل واحد من الاركان (ولنا قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى) عطف الصلاة على الذكر ولو كان ركنا لما جاز ذلك لانه يلزم عطف هذه الكل على الجزء وفيه عطف الشئ على نفسه لاشتمال الكل على جزئه (ولهذا) أي ولانه ليس بركن (لا يتكرر تكرر الاركان) في كل صلاة كالركوع والسجود وقوله (ومراعاة الشرائط) جواب عن قوله يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان ووجهه ان اشتراط ذلك ليس للتحريمة نفسها وانما هو لما يتصل به من القيام الذي هو ركن ألا ترى أن الاداء لما انفصل عن الاحرام في باب الحج لم يشترط للاحرام

وهو شرط عندنا خلافا للشافعي رحمه الله حتى ان من تحرم للفرض كان له أن يؤدي بها التطوع عندنا هو يقول وانه يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا آية الركنية ولنا أنه عطف الصلاة عليه في قوله تعالى ذكر اسم ربه فصلى ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام

الملزوم لا المسبب في السبب لما أسلفناه من أن الارادة قد يتخلف عنها المراد واللزوم المجوز للتجوز أعم من العقلي وفي الجملة (قوله وهو شرط عندنا) على القادر في المحيط الامي والاخرس لو افتتحا بالنية جاز لانهما أتيا بأقصى ما في وسعهما انتهى ولا يجب عليه تحريك لسانه عندنا لان الواجب حركة بلفظ مخصوص فاذا تعذر نفس الواجب لا يحكم بوجوب غيره الا بدليل ولا يصح الا قائما ولو حبا الى الامام فكبر منحنيا ان كان الى القيام أقرب صح والا فلا ولا يجوز قبل الامام ولو مد ه ففرغ الامام قبله أو كبر قبله غير عالم بذلك جاز على قياس قولهم الاعلى قول أبي يوسف (قوله حتى ان من تحرم للفرض كان له أن يؤدي به النفل) وكذا بناء النفل على النفل ومقتضى كون هذا ثمرة كونه شرطا أن يجوز أيضا بناء الفرض على الفرض وعلى النفل وقد روى اجازة ذلك عن أبي اليسر والجمهور على منعه ومنع الملازمة بين كونه شرطا وجواز ما ذكر أصله النية شرط ولا تجوز صلاتان بنية والوضوء شرط وكان في صدر الاسلام واجبا لكل صلاة نعم بقي أن يقال ان شرط لكل صلاة لزم أن لا يصح بناء النفل على الفرض والاصح بناء الفرض على الفرض وعلى النفل ولا جواب الا باختيار الاول وصحة النفل تبعا (قوله ما يشترط لسائر الاركان) من الستر والاستقبال وغيرهما (قوله عطف الصلاة) يعني في قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى ومقتضاه المغايرة فلو كانت ركنا لعطف على نفسه فان الحاصل حينئذ فذكر اسم ربه وقام وقرأ الخ لان ذلك كله معنى صلى ولو صح هذا امتنع عطف العام على الخاص فان اللازم واحد والاولى أن يقال ان عطف الكل على الجزء وان كان نظير العام على الخاص لكن جوازه لنكتة بلاغية وهي منعدمة هنا فلزم أن لا تكون منه فلا يكون التحريم من الصلاة فهي شرط وبهذا يتم الوجه وقوله ولهذا لا يتكرر الخ زيادة فلا يضر عدم صحتها اذ لا يلزم من الركنية التكرر كالقعدة (قوله ومراعاة الشرائط الخ) يتضمن منع قوله يشترط لها فقال لا نسلم انه يشترط لها بل هو لما يتصل بها من الاركان لا لنفسها ولذا قلنا لو تحرم حامل نجاسة أو مكشوف العورة أو قبل ظهور الزوال أو منحرفا فألقاها واستتر بعمل يسير وظهر الزوال واستقبل مع آخر جزء من التحريمة جاز وذكر في الكافي انها عند بعض أصحابنا ركن انتهى وهو ظاهر كلام الطحاوي فيجب على قول هؤلاء أن لا تصح

(قال المصنف ولهذا لا يتكرر تكرر الاركان) أقول قال ابن الهمام زيادة فلا يضر عدم صحتها اذ لا يلزم من الركنية التكرر كالقعدة اه وفيه بحث لانه صرح فيما قبل أن القعدة فرض غير ركن

(ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة) لان النبي عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروى عن أبي يوسف والمحكى عن الطحاوى والاصح أنه يرفع يديه أولا ثم يكبر لان فعله نفى الكبرياء عن غير الله والنفى مقدم على الاثبات (ويرفع يديه حتى يحاذى بابهاميه شحمتى أذنيه) وعند الشافعي رحمه الله يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة لحديث أبي حميد الساعدى رضى الله عنه قال كان النبي عليه السلام اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل بن حجر والبراء وأنس رضى الله عنهم أن النبي عليه السلام كان اذا كبر رفع يديه حذاء

هذه الفروع (قوله وهو سنة) أثبته بالمواظبة وهى وان كانت من غير ترك تفيد الوجوب لكن اذا لم يكن ما يفيد أنها ليست لحامل الوجوب وقد وجد وهو تعليمه الاعرابى من غير ذكره وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز على أنه حكى فى الخلاصة خلافا فى تركه قيل يأثم وقيل لا قال والمختار ان اعتاده أثم لا ان كان أحيانا انتهى وينبغى أن نجعل شقى هذا القول محمل القولين فلا اختلاف حينئذ ولا اثم لنفس الترك بل لان اعتياده للاستخفاف والانمكل أو يكون واجبا (قوله وهو المروى عن أبي يوسف) قولا (والمحكى عن الطحاوى) فعلا واختاره شيخ الاسلام وصاحب التحفة وقاضيخان (قوله والاصح) عليه عامة المشايخ (قوله والنفى مقدم على الايجاب) أورد عليه ان ذلك فى اللفظ فلا يلزم فى غيره وليس بشئ اذ لم يدع لزومه فى غيره فان تقديره هكذا حكمة شرعية هذا الرفع نفى الكبرياء عن غير الله ليحصل من النفى الفعلى والاثبات القولى حصر الكبرياء عليه سبحانه والمعهود فى الدلالة على هذا الحاصل باللفظ تقديم مفيد النفى فاذا دل عليه بغيره كان المناسب أن يسلك به سبيل المعهود استحسانا لا لزوما وليس الكلام الا فى وجه أولوية هذا والسنة أن ينشر أصابعه فى الرفع غير متكلف فى ضمها وتفريجها واختار غير المصنف قول أبي يوسف فان لم يكن فى مختار المصنف سمع والا انتظم المروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يكبر عند كل خفض ورفع قول أبي يوسف فيكون أولى لكن قد وجد فى النسائى عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه حذو منكبيه ثم يكبر وهنا قول ثالث قيل به وهو انه يكبر أولا ثم يرفع وفيه أيضا خصوص النقل فان رواية أنس صريحة فيه كما تسمع ورواية أبي وائل والبراء ظاهرة فيه وحينئذ ففى الاقوال الثلاثة رواية عنه صلى الله عليه وسلم فيؤنس بأنه صلى الله عليه وسلم فعل كل ذلك ويترجح من بين أفعاله هذه تقديم الرفع بالمعنى الذى أبداه المصنف (قوله حتى يحاذى بابهاميه شحمتى أذنيه) وبرؤس أصابعه فروع أذنيه (قوله وعلى هذا) أى هذا الخلاف (قوله لحديث أبي حميد) وهو ما رواه البخارى عن محمد بن عمرو بن عطاء انه كان جالسا مع نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال فذكرنا صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو حميد الساعدى أنا كنت أحفظكم لصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيته اذا كبر جعل يديه حذاء منكبيه واذا ركع أمكن يديه من ركبتيه ثم هصر ظهره فاذا رفع رأسه استوى حتى يعود كل فقار مكانه فاذا سجد وضع يديه غير مفترش ولا قابضهما واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة فاذا جلس فى الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى فاذا جلس فى الركعة الاخيرة قدم رجله اليسرى ونصب الاخرى وقعد على مقعدته وقد أعله الطحاوى بأنه من طريق آخر عن محمد هذا قال حدثنى رجل انه وجد عشرة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث فقد للجهالة وهذا هو الارجح فان سن محمد لا يحتمل مثل هذا وليس أحد يجعل هذا الحديث سماعا لمحمد من أبي وائل الا عبد الحميد وهو عندك ضعيف وفى رواية أخرى أن محمد بن عمرو حضر أبا حميد وأبا قتادة وفاة أبي قتادة قبل هذا قتل مع على وصلى عليه على فهذا غير معروف ولا متصل عندنا انتهى عبد الحميد هو جعفر بن الحكم الانصارى ضعفه

قال (ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة) رفع اليدين فى أول الصلاة سنة بلا خلاف (لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه مع الترك) وهو علامة السنية بخلاف ما اذا كان بلا ترك فان ذلك دليل الوجوب على ما سيأتى واختلفوا فى أفضلية وقت الرفع فقال شيخ الاسلام وقاضيخان مقارنا للتكبير ولفظ الكتاب يشير اليه وهو المروى عن أبي يوسف والمحكى عن الطحاوى والمروى عبارة عن القول والمحكى عبارة عن الفعل وقال شمس الائمة السرخسى والذى عليه أكثر مشايخنا انه يرفع يديه أولا فاذا استقر فى موضع المحاذاة كبر وجعله المصنف أصح لان فى فعله وقوله معنى النفى والاثبات لانه ينفى بفعله الكبرياء عن غير الله ويثبت بقوله لله تعالى فيكون النفى مقدما على الاثبات كما فى كلمة الشهادة ولا يتكلف للتفريق بين الاصابع عند رفع اليدين بل يتركها على ما هى عليه من الضم والتفريق وما روى انه صلى الله عليه وسلم كبر ناشرا أصابعه معناه ناشرا عن طيها وقوله (ويرفع يديه حتى يحاذى بابهاميه شحمتى أذنيه) ظاهر ومذهبنا قول أبي موسى الاشعرى ومذهب الشافعي قول ابن عمر ذكره شمس الائمة السرخسى

وقوله (ولان رفع اليدلاعلام الاصم) قال فى النهاية كان يجب أن يقول ورفع اليد لاعلام الاصم أيضا بزيادة قوله أيضا لدفع التناقض صورة لانه ذكر أولا أن معنى رفع اليدين نفى الكبرياء عن غير الله فلا تكون لغيره وكانه يحوم حول أن المعلول الواحد لا يكون له علتان مستقلتان ويجوز أن يكون له علة مركبة فاذا قال أيضا كان نفى الكبرياء واعلام الاصم علة واحدة مركبة لرفع اليدين ثم اعتذر بأن المصنف تابع شمس الائمة وقد ذكره كذلك فان دأبهم ترك التكلف وتفهيم المعنى وقيل لو كان لاعلام الاصم لما أتى به المنفرد وأجيب بأن الاصل هو الاداء بالجماعة قال الله تعالى واركعوا مع الراكعين فيكون الانفراد نادرا على أن حكمة الحكم لا تراعى فى كل فرد فان قيل فعلى هذا يجب أن لا يأتى به المقتدى أجيب بأن الاصم يجوز أن يكون فى آخر الصفوف وقوله (وهو بما قلناه) أى اعلام الاصم بما قلناه من رفعها حتى يحاذى بابهاميه شحمتى أذنيه وقوله (وما رواه) يعنى من حديث أبى حميد (يحمل على حالة العذر) روى عن وائل بن حجر أنه قال قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون أيديهم الى الاذنين ثم قدمت عليهم من قابل وعليهم الاكسية والبرانس من شدة البرد فوجدتهم يرفعون أيديهم الى المناكب وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنها ترفع يديها حذاء أذنيها كالرجل لان رفع اليدين انما يكون بكفيها وكفاها ليست بعورة فتكون هى والرجل سواء فى رفع اليدين بخلاف سائر الاعضاء ووجه الصحيح ما ذكره انه أستر لها هذا وقوله (فان قال بدل التكبير) يدل على أن الاصل هو التكبير اعلم ان الشارع فى الصلاة اذا قال الله أكبر كان شارعا فى الصلاة بلا خلاف وكذلك اذا قال الله الاكبر خلافا لمالك وكذلك اذا قال الله الكبير خلافا له وللشافعى أما اذا قال الله أجل أو أعظم أو الرحمن أكبر أو لا اله الا الله أو قال الحمد لله أو سبحان الله أو لا اله غيره فقد قال أبو حنيفة ومحمد أجزأه

ولان رفع اليدلا علام الاصم وهو بما قلناه ومارواه يحمل على حالة العذر (والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها) هو الصحيح لانه أستر لها (فان قال بدل التكبير الله أجل أو أعظم أو الرحمن أكبر أو لا اله الا الله أو غيره من أسماء الله تعالى أجزأه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

يحيى القطان والثورى ووثقه ابن معين وغيره ومحمد بن عمرو بن عطاء صرح غير واحد من الحفاظ بسماعه من أبى قتادة وأبى حميد منهم الحافظ عبد الغنى قال توفى فى خلافة الوليد بن يزيد بن عبد الملك وخلافته أول سنة ثمان وستين ومدتها تسع سنين وأشهر وأبو قتادة قيل قتل بالكوفة سنة ثمان وثلاثين قال الحافظ عبد الغنى الاصح أنه مات بالمدينة سنة أربع وخمسين وأبو حميد عبد الرحمن الساعدى توفى فى آخر خلافة معاوية ووفاة معاوية سنة ستين وقيل تسع وخمسين فالحاصل تحقق الخلاف فى جميع ما ذكر والشأن فى الترجيح ولا حاجة الى الاشتغال به فانا لو سلمنا صحته كانت رواية وائل والبراء وأنس محصلات للمقصود ورواية وائل فى صحيح مسلم انه رآه صلى الله عليه وسلم رفع يديه حين دخل فى الصلاة كبر ووصفهما حيال أذنيه ورواية أنس ذكرها الطحاوى بسند فيه مؤمل بن اسمعيل ويزيد بن أبى زياد ويقال ابن زياد وقد ضعف مؤمل بأنه دفن كتبه وكان يحدث من حفظه فكثر خطؤه ويزيد ضعفه على ويحيى وابن المبارك وأبو حاتم الرازى والبخارى والنسائى وقال ابن حبان كان صدوقا الا أنه لما كبر ساء حفظه فكان يتلقن ما لقن فوقعت المناكير فى حديثه فسماع من سمع منه قبل التغير صحيح والرواية عن أنس فى السنن الكبير للبيهقى كان صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة كبر ثم رفع يديه حتى يحاذى بابهاميه اذنيه قال أبو الفرج اسناده كلهم ثقات ولا معارضة فان محاذاة الشحمتين بالابهامين تسوغ حكاية محاذاة اليدين بالمنكبين والاذنين لان طرف الكف مع الرسغ يحاذى المنكب أو يقاربه والكف نفسه يحاذى الاذن واليد تقال على الكف الى أعلاها فالذى نص على محاذاة الابهامين بالشحمتين وفق فى التحقيق بين الروايتين فوجب اعتباره ثم رأينا رواية أبى داود عن وائل صريحة فيه قال انه أبصر النبى صلى الله عليه وسلم حين قام الى الصلاة فرفع يديه حتى كانتا بحيال منكبيه وحاذى بابهاميه أذنيه ومما وفق به حمل مرويه على حالة الاشتمال بالاكسية فى الشتاء فان الابط مشغول بحفظها وهو ما ذكره المصنف بقوله على حالة العذر لكن الحق أن لا معارضة كما أسمعتك فلا حاجة الى هذا الحمل ليدفع التعارض الا أن رواية البيهقى تقتضى تأخير الرفع عن التكبير وهو ما قدمناه عن بعض المشايخ (قوله ولان الرفع لاعلام الاصم) لا ينفى ما ذكره من أنه لنفى الكبرياء عن غير الله لجواز أن يعتبر فى شرعيته كل من الامرين أو أن أصل الرفع للنفى وكونه الى الاذن ليحصل به اعلام الاصم لتوفية الرفع حينئذ وظهوره (قوله هو الصحيح) هو رواية محمد بن مقاتل عن أصحابنا واحترز به عن رواية الحسن عن أبى حنيفة انها ترفع حذاء أذنيها (قوله أو غيره من أسماء الله تعالى) أعم من أن يكون مفردا أو خبرا فيقتضى انه لو قال الله أو الرب بلا زيادة يصير شارعا على قول أبى حنيفة خلافا لهما وفى التجريد جعل

(قال المصنف ومارواه يحمل الخ) أقول يعنى حالة الاشتمال بالاكسية فى الشتاء فان الابط مشغول بحفظها

(وقال أبو يوسف ان كان يحسن التكبير) أي يمكنه أن يقول الله أكبر أو الله الا كبر أو الله الكبير (لا يجوز) وان لم يحسن جاز ومالك يقول الاصل في ذلك التوقيف والمنقول فيه هو الاول فلا يجوز غيره (والشافعي يقول ادخال الالف واللام فيه) أي في الخبر وهو أكبر (أبلغ في الثناء) لان تعريف الخبر يقتضي حصره في المبتدا كما في قولك زيد العالم وقد عرف ذلك في موضعه فيكون ما زاد فيه من المبالغة في مقابلة ما فاته من كونه منقولا فانجبر الفائت بما زاد (فقام مقامه وأبو يوسف يقول ان أفعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء) لان اثبات الزيادة ليس بمراد في صفات الله تعالى لعدم مساواة أحد اياه في أصل الكبرياء حتى يكون أفعل للزيادة كما يكون في أوصاف العباد فكان أفعل وفعيل سواء (ولهما أن التكبير هو التعظيم لغة) قال الله تعالى فلما رأينه أكبرنه أي عظمنه (وهو حاصل) بما ذكرنا من الالفاظ وهذا بناء على أن الفرض عمل اللسان والتكبير آلته فيجوز أن يلحق به غيره اذا كان في معناه وقد قررناه في التقرير وعلى هذا اذا قال الله يصير شارعا لان فيه معنى التعظيم لكونه مشتقا من التأله وهو التحير وقال محمد لا يصير شارعا لان تمام التعظيم انما يكون بذكر الاسم والصفة جميعا والجواب ان مناط الحكم حصول التعظيم لا تمامه ولم يذكر أنه اذا شرع بتلك الالفاظ هل يكره أولا قال بعضهم لا يكره وقال بعضهم يكره قال في النهاية وهو الاصح كذا في المحيط قال (فان افتتح الصلاة بالفارسية) اعلم أن الافتتاح بالفارسية والقراءة بها في الصلاة والتسمية بها على الذبيحة جائز عند أبي حنيفة سواء كان قادرا على العربية أو لم يكن وقال أبو يوسف ومحمد ان أحسن العربية لا يجزئه الا في الذبيحة وان لم يحسنها أجزأه في الجميع ومحمد مع أبي حنيفة في الافتتاح بالعربية فانه جوزه بأي لفظ كان من أسماء الله على ما تقدم ومع أبي يوسف في الفارسية حيث لم يجوزه بالفارسية

وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان يحسن التكبير لم يجزئه الا قوله الله أكبر أو الله الا كبر أو الله الكبير) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا بالاولين وقال مالك رحمه الله لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي رحمه الله يقول ادخال الالف واللام فيه أبلغ في الثناء فقام مقامه وأبو يوسف رحمه الله يقول ان أفعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما أن التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل (فان افتتح الصلاة بالفارسية أو قرأ فيها بالفارسية أو ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية أجزأه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزئه الا في الذبيحة وان لم يحسن العربية أجزأه) أما الكلام في الافتتاح فمحمد مع أبي حنيفة في العربية ومع أبي يوسف في الفارسية

هذا رواية الحسن عنه أما على ظاهر رواية الاصل اعتبر الصفة معه قيل لان التعظيم الذي هو معنى التكبير حكم على المعظم فلا بد من الخبر وفائدة الخلاف على تلك الرواية تظهر في حائض طهرت وفي الوقت ما يسع الاسم فقط تجب الصلاة عنده خلافا لهما أما لو قال الكبير أو الا كبر فقط لا يصير شارعا عنده كان الفرق الاختصاص في الاطلاق وعدمه وعن هذا قال الفضيلي بالرحمن يصير شارعا وبالرحيم لا لانه مشترك ثم هل يكره الافتتاح بغير الله أكبر عنده قال السرخسي لا يكره في الاصح وفي التحفة الاصح أنه يكره وهذا أولى وقد ذكره في التجريد مرويا عن أبي حنيفة (قوله لم يجزئه الخ) فيه انه لا بد من تقديم الجلالة وانه لا بد من هذه الالفاظ وقد روى الاول عن أبي يوسف فلو قال الله أكبر لا يجوز والثاني ليس بلازم بل لو قال الله كبير أو الكبار جاز عنده أيضا (قوله لانه هو المنقول) من فعله صلى الله عليه وسلم وهو المتوارث من قوله وفي بعض طرق حديث المسيء صلاته قال صلى الله عليه وسلم انه لا تتم صلاة لاحد من الناس حتى يتوضأ فيسبغ الوضوء ثم يكبر ويحمد الله عز وجل ويثني عليه ويقرأ بما شاء من القرآن ثم يقول الله أكبر وذكر الحديث (قوله لان أفعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء) لانه لا يراد بها كبر اثبات الزيادة في صفته بالنسبة الى غيره بعد المشاركة لانه لا يساويه أحد في أصل الكبرياء فكان أفعل بمعنى فعيل لكن في المغرب الله أكبر أي أكبر من كل شيء وتفسيرهم اياه بالكبير ضعيف ويمكن أن المراد من كون كبير وأكبر واحدا في صفاته المراد من الكبير المسند اليه الكبير بالنسبة الى كل ما سواه وذلك بأن يكون كل ما سواه بالنسبة اليه ليس بكبير وهذا المعنى هو المراد بأكبر (قوله ان التكبير) أي المذكور في قوله تعالى وربك فكبر وقوله عليه الصلاة والسلام وتحريمها التكبير معناه التعظيم وهو أيضا المذكور فيما روى مالك أول الحديث وهو المراد بتكبير الافتتاح فكان المطلوب بلفظ النص التعظيم وهو أعم من خصوص الله أكبر وغيره ولا اجمال فيه والثابت بالخبر اللفظ المخصوص فيجب العمل به حتى يكره لمن يحسنه تركه كما قلنا في القراءة مع الفاتحة وفي الركوع والسجود مع التعديل كذا في الكافي وهذا يفيد وجوبه ظاهرا وهو مقتضى المواظبة التي لم تقترن بترك فينبغي أن يعول على هذا (قوله فمحمد مع أبي حنيفة في العربية) فيجوز عنده بكل ما أفاد التعظيم بعد كونه عربيا ومع أبي يوسف في الفارسية فلا يجوز بها الافتتاح ووجه الفرق له ما ذكر بان لغة العرب

قال (لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها) قال صلى الله عليه وسلم في معرض تفضيل لسان العرب على غيره أنا عربي والقرآن عربي ولسان أهل الجنة عربي (وأما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص) وهو قوله تعالى انا أنزلناه قرآنا عربيا والقرآن هو المأمور بقراءته في الصلاة قال الله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن على ما يجيء وهذا يقتضي أن لا تترك حالة العجز أيضا الا أنه يكتفى عند العجز بالمعنى لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع فصار كمن عجز عن الركوع والسجود فانه جاز له الايماء (بخلاف التسمية) فان المقصود بها الذكر قال الله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وهو يحصل بكل لسان سواء كان يحسن العربية أو لم يحسن في قولهم جميعا وكذلك الشهادة عند الحكام واللعان والعقود تصح بالاجماع وروى عن الشافعي في القراءة كقولهما وروى انه لا يجوز لكنه ان كان لا يحسن العربية فهو أمي يصلي بغير قراءة ولو قرأ بالفارسية فسدت صلاته لانها من كلام الناس (ولابي حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين) وصفه بكونه في زبر الاولين ولم يكن القرآن بنظمه فيها الا محالة فتعين أن يكون بمعناه فيها والمقروء بالفارسية على (٢٠٠) سبيل الترجمة مشتمل على معناه فيكون جائزا الحاقا به فان قيل قوله تعالى انا أنزلناه قرآنا عربيا محكم لا يقبل التأويل وقوله تعالى لفي زبر الاولين محتمل لان بعض المفسرين ذهب الى أن الضمير للنبي صلى الله عليه وسلم فكيف يترك المحكم به أجيب بأنه تأويل بعيد يفضي الى التعقيد اللفظي بتفكيك الضمائر في قوله تعالى وانه لتنزيل رب العالمين الى آخره والكلام المعجز مصون عن ذلك فان قيل سلمنا تساويهما في الاحكام لكن يكونان متعارضين فمن أين تقوم الحجة فالجواب ان اعمال الدليلين ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فيحمل قوله وانه لفي زبر الاولين على حالة الصلاة لانها حال المناجاة والاشتغال بنظم خاص يذهب بالرقة ويحمل قوله انا أنزلناه قرآنا عربيا على غير مكان حالة الصلاة وقد قررناه في التقرير بأبسط من هذا الموضع وقوله (ولهذا) أي ولكون القراءة لم تكن في الزبر بهذا النظم (جازت القراءة بالفارسية عند العجز) ولا شك أن العجز لا يجعل غير القرآن قرآنا وقوله (الا أنه يصير مسيئا) استثناء من قوله أجزأه عند أبي حنيفة (لمخالفته السنة المتوارثة) وهي القراءة بالعربية وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول أبي سعيد البردعي فانه قال انما جوز أبو حنيفة القراءة بالفارسية دون غيرها من الالسنة لقرب الفارسية من العربية قال الكرخي والصحيح النقل الى أي لغة كانت وقوله (لما تلونا) يعني من قوله وانه لفي زبر الاولين فانه كما لم يكن فيها بلغة العرب كذلك لم يكن فيها بالفارسية ولان الاعتماد على المعنى عند النقل والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات وقوله (والخلاف في الاعتداد) أي في أنه اذا قرأ بالفارسية هل يكون محسوبا عن فرض القراءة أولا ولا خلاف في عدم الفساد

لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها وأما الكلام في القراءة فوجه قولهما أن القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا أن عند العجز يكتفى بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا أنه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد ولا خلاف في أنه لا فساد

لها من المزية ما ليس لغيرها فلا يلزم من الجواز بها الجواز بغيرها وهو يقول الذكر المفيد للتعظيم يحصل بخداى بزرگست كما يحصل بقوله الله أكبر الواجب (قوله كما نطق به النص) يعني قوله تعالى قرآنا عربيا غير ذي عوج وغيره فالفرض قراءة القرآن وهو عربي فالفرض العربي (قوله ولم يكن فيها بهذه اللغة) يتضمن منع أخذ العربية في مفهوم القرآن ولذا قال تعالى ولو جعلناه قرآنا أعجميا فانه يستلزم تسميته قرآنا أيضا لو كان أعجميا والحق أن قرآنا المنكر لم يعهد فيه نقل عن المفهوم اللغوي فيتناول كل مقروء أما القرآن بالام فالمفهوم منه العربي في عرف الشرع وان أطلق على المعنى المجرد القائم بالذات أيضا المنافي للسكوت والآفة والمطلوب بقوله فاقرؤا ما تيسر من القرآن الثاني فان قيل النظم مقصود للاعجاز وحالة الصلاة المقصود من القرآن فيها المناجاة لا الاعجاز فلا يكون النظم لازما فيها تسلط عليه انه معارضة للنص بالمعنى فان النص طلب بالعربي وهذا التعليل يجيزه بغيرها ولا بعد في أن يتعلق جواز الصلاة في شريعة النبي صلى الله عليه وسلم الآتي بالنظم المعجز بقراءة ذلك المعجز بعينه بين يدي الرب تعالى فلذا كان الحق رجوعه الى قولهما في المسئلة (قوله هو الصحيح) احترازا عن تخصيص البردعي قول أبي حنيفة بالفارسية (قوله ولا خلاف أنه لا فساد) مخالف لما ذكر الامام نجم الدين النسفي والقاضي فخر الدين أنها تفسد عندهما والوجه اذا كان المقروء من

(قال المصنف والخلاف في الاعتداد ولا خلاف أنه لا فساد) أقول مخالف لما ذكره نجم الدين النسفي والقاضي فخر الدين انها تفسد عندهما والوجه اذا كان المفروض مكان القصص والامر والنهي أن يفسد بمجرد قراءته لانه حينئذ متكلم بكلام غير قرآن بخلاف ما اذا كان ذكرا أو تنزيها فانما يفسد اذا اقتصر على ذلك بسبب اخلاء الصلاة عن القراءة ولو قرأ بقراءة شاذة لا تفسد صلاته ذكره في الكافي

وقوله (وروى رجوعه) روى أبو بكر الرازى أن أبا حنيفة رجع الى قولهما (وعليه الاعتماد) لتنزله منزلة الاجماع (والخطبة والتشهد على هذا الخلاف) أى يجوز قراءتهما بالفارسية عند أبى حنيفة خلافا لهما وقوله (وفى الاذان يعتبر التعارف) قيل جواب عما يقال قراءة القرآن فى الصلاة لكونها ركنا أعظم خطرا من الاذان لكونه سنة والاذان لا يجوز بغير العربى فكيف جازت قراءة القرآن ووجهه انا لا نسلم عدم جواز الاذان مطلقا بل يعتبر فيه التعارف فان الحسن روى عن أبى حنيفة أنه لو أذن بالفارسية والناس يعلمون أنه أذان جاز وان كانوا لا يعلمون لا يجوز لعدم حصول المقصود وهو الاعلام كذا ذكره فى الاسرار وقوله (وان افتتح الصلاة باللهم اغفر لى) بيان أن الشروع بغير اللفظ المنقول انما يصح اذا كان ثناء خالصا وأما اذا كان مشوبا بحاجته فلا يجوز بالاتفاق ففى

وروى رجوعه فى أصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفى الاذان يعتبر التعارف (ولو افتتح الصلاة باللهم اغفر لى لا يجوز) لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو افتتح بقوله اللهم فقد قيل يجزئه لان معناه يا الله قيل لا يجزئه لان معناه يا الله آمنا بخير فكان سؤالا قال (ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة) لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك رحمه الله فى الارسال وعلى الشافعى رحمه الله فى الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة أقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا

مكان القصص والامر والنهى أن يفسد بمجرد قراءته لانه حينئذ متكلم بكلام غير قرآن بخلاف ما اذا كان ذكرا أو تنزيها فانما تفسد اذا اقتصر على ذلك بسبب اخلاء الصلاة عن القراءة ولو قرأ بقراءة شاذة لا تفسد صلاته ذكره فى الكافى وفيه ان اعتاد القراءة بالفارسية أو أراد أن يكتب مصحفا بها يمنع وان فعل فى آية أو آيتين لا فان كتب القرآن وتفسير كل حرف وترجمته جاز (قوله على هذا الخلاف) فعنده يجوز بالفارسية وعندهما لا الا بالعربية (قوله يعتبر التعارف) فان بالمتعارف يحصل الاعلام (قوله وان افتتح الصلاة باللهم اغفر لى) أو أعوذ بالله أو انا لله أو ماشاء الله أو لا حول ولا قوة الا بالله أو بالتسمية لا يكون شارعا لتضمنها السؤال فى المعنى أو صريحا (قوله لان معناه يا الله) يفيد الصحة بيا الله نفسه اتفاقا وان الخلاف فى اللهم بناء على انه بمعناه فقط فيجوز أو مع زيادة سؤال فلا يجوز (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام) لا يعرف مرفوعا بل عن على من السنة فى الصلاة وضع الاكف على الاكف تحت السرة رواه أبو داود وأحمد وهذا لفظه قال النووى اتفقوا على تضعيفه لانه من رواية عبد الرحمن بن اسحق الواسطى مجمع على ضعفه وفى وضع اليمنى على اليسرى فقط أحاديث فى الصحيحين وغيرها تقوم بها الحجة على مالك وأما قوله تعالى فصل لربك وانحر فدلول اللفظ طلب النحر نفسه وهو غير طلب وضع اليدين عند النحر فالمراد نحر الاضحية على أن وضع اليدين على الصدر ليس هو حقيقة وضعهما على النحر فصار الثابت هو وضع اليمنى على اليسرى وكونه تحت السرة أو الصدر كما قال الشافعى لم يثبت فيه حديث يوجب العمل فيحال على المعهود من وضعها حال قصد التعظيم فى القيام والمعهود فى الشاهد منه تحت السرة ثم قيل كيفيته أن يضع الكف على الكف وقيل على المفصل وعن أبى يوسف يقبض باليمنى رسغ اليسرى وقال محمد يضعها كذلك ويكون الرسغ وسط الكف وقيل يأخذ الرسغ بالابهام والخنصر يعنى ويضع الباقى فيكون جمعا بين الاخذ والوضع وهو المختار

قوله اللهم اغفر لى لا يكون شارعا لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا وان قال اللهم فقد اختلف فيه قيل يجزئه لان معناه يا الله فتمحض ذكرا وهو قول أهل البصرة وقيل لا يجزئه لان معناه يا الله آمنا بخير أى اقصدنا بخير وهو قول أهل الكوفة فلم يكن تعظيما خالصا قيل والاول أصح بدليل قوله تعالى واذ قالوا اللهم ان كان هذا هو الحق من عندك ولو كان معناه اقصدنا بخير فسد المعنى قال (ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى) الاعتماد الاتكاء وتفسير الاعتماد أن يضع وسط كفه اليمنى على ظهر كفه اليسرى وقوله ويعتمد الخ يشير الى أن الاعتماد هو الوضع كما ذكرنا وفيه خلاف مالك فانه يقول بالارسال روى عنه أنه جعل الارسال عزيمة والاعتماد رخصة والى موضع الوضع وهو

 تحت السرة وعند الشافعى الافضل أن يضع يديه على الصدر لقوله تعالى فصل لربك وانحر فان أهل التفسير قالوا المراد به وضع اليمين على الشمال على الصدر ولنا ما روى عن أنس ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو كما ترى حجة على مالك فى الارسال وعلى الشافعى فى الوضع على الصدر والمراد بقوله تعالى وانحر نحر الاضحية بعد صلاة العيد ولان الوضع تحت السرة أقرب الى التعظيم وأبعد من التشبه بأهل الكتاب وهو أى التعظيم هو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعن محمد أنه سنة القراءة وثمرته تظهر فى المصلى بعد التكبير فعنده ما لا يرسل حالة الثناء وعند محمد يرسل فاذا أخذ فى القراءة اعتمد والاصل أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الفضلي وأصحابه قال الفضلي ان السنة في صلاة الجنازة وتكبيرات العيد والقومة التي بين الركوع والسجود هو الارسال وقال أصحابه السنة في هذه المواضع الاعتماد والصحيح ما قاله شمس الائمة الحلواني وهو الذي أشار اليه في الكتاب ان كل قيام فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الاعتماد كما في حالة الثناء والقنوت وصلاة الجنازة وكل قيام ليس فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الارسال فيرسل في القومة عن الركوع وبين تكبيرات الاعياد وبه كان يفتي شمس الائمة السرخسي وبرهان الائمة والصدر الشهيد وذكر في فتاوى قاضيخان وكما فرغ من التكبير يضع يده اليمنى على اليسرى تحت السرة وكذا في تكبيرات العيد وتكبيرات الجنازة والقنوت و يرسل في القومة وقوله (ثم يقول) أي المصلي (سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك) ومعناه سبحتك يا الله بجميع آلائك وبحمدك سبحت وتعاظم اسمك عن صفات المخلوقين وتعالى عظمتك ولم يرد على ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف أولا وعنه أنه يضم اليه قوله تعالى وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين اللهم أنت الملك لا إله الا أنت أنت ربي وأنا عبدك ظلمت نفسي واعترفت بذنبي فاغفر لي ذنوبي جميعا لا يغفر الذنوب الا أنت واهدني لأحسن الاخلاق لا يهدي لاحسنها الا أنت واصرف عني سيئها لا يصرف عني سيئها الا أنت لبيك وسعديك والخير كله في يديك والشر ليس اليك أنا بك واليك تباركت وتعاليت أستغفرك وأتوب اليك واذا ركع قال اللهم لك ركعت وبك آمنت ولك أسلمت خشع لك سمعي و بصري ومخي وعظمي وعصبي واذا رفع قال اللهم ربنا لك الحمد ملء السموات والارض وما بينهما وملء ما شئت من شيء بعد واذا سجد قال اللهم لك سجدت وبك آمنت ولك أسلمت سجد وجهي للذي خلقه وصوره وشق سمعه و بصره تبارك الله أحسن الخالقين ثم يكون آخر ما يقول بين التشهد والتسليم اللهم اغفر لي ما قدمت وما أخرت وما أسررت وما أعلنت وما أسرفت وما أنت أعلم به مني فكان الاولى أن يقول لرواية جابر عنه صلى الله عليه وسلم انه كان اذا استفتح الصلاة قال سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك وجهت وجهي الى الله رب العالمين أخرجه البيهقي كذلك (قوله ولهما رواية أنس) روى البيهقي عن أنس وعائشة وأبي سعيد الخدري وجابر وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم الاستفتاح سبحانك اللهم و بحمدك الى آخره مرفوعا الا عمر وابن مسعود فانه وقفه على

(قوله هو الصحيح) فلا يرسلهما بعد الافتتاح حتى يضع واحترز به عن قول أبي حفص الفضلي يسن الارسال في الجنازة وتكبيرات العيد والقومة فيكون سنة القيام مطلقا وعن قول أصحاب الفضلي أبي علي النسفي والحاكم عبد الرحمن السنة في هذه المواضع الاعتماد مخالفة للروافض فانهم يرسلون والصحيح التفصيل المذكور وعليه الاكثر ثم الارسال في القومة بناء على الضابط المذكور يقتضي أن ليس فيها ذكر مسنون وانما يتم اذا قيل بأن التحميد والتسميع ليس سنة فيها بل في نفس الانتقال اليها لكنه خلاف ظاهر النصوص والواقع أنه قلما يقع التسميع الا في القيام حالة الجمع بينهما (قوله أنه يضم اليه وجهت وجهي) وهو مخير في البداءة بأيهما شاء (قوله لرواية على أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول ذلك) ان كان المراد أنه كان يجمع بينهما تم الاستدلال وان كان المراد أنه كان يقول التوجيه لم يتم لانه أعم من افراده وضمه فيجوز كونه كان يفتتح أحيانا بهذا وأحيانا بذاك فلا يفيد سنية الجمع والثابت في حديث طويل في مسلم ما ظاهره الافراد نسوقه تشريفا لهذا التأليف واعانة على حفظ ألفاظ السنة ليتبرك بها في النوافل من القيام وغيره أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا قام الى الصلاة قال وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين اللهم أنت الملك لا إله الا أنت أنت ربي وأنا عبدك ظلمت نفسي واعترفت بذنبي فاغفر لي ذنوبي جميعا لا يغفر الذنوب الا أنت واهدني لأحسن الاخلاق لا يهدي لاحسنها الا أنت واصرف عني سيئها لا يصرف عني سيئها الا أنت لبيك وسعديك والخير كله في يديك والشر ليس اليك أنا بك واليك تباركت وتعاليت أستغفرك وأتوب اليك واذا ركع قال اللهم لك ركعت وبك آمنت ولك أسلمت خشع لك سمعي و بصري ومخي وعظمي وعصبي واذا رفع قال اللهم ربنا لك الحمد ملء السموات والارض وما بينهما وملء ما شئت من شيء بعد واذا سجد قال اللهم لك سجدت وبك آمنت ولك أسلمت سجد وجهي للذي خلقه وصوره وشق سمعه و بصره تبارك الله أحسن الخالقين ثم يكون آخر ما يقول بين التشهد والتسليم اللهم اغفر لي ما قدمت وما أخرت وما أسررت وما أعلنت وما أسرفت وما أنت أعلم به مني فكان الاولى أن يقول لرواية جابر عنه صلى الله عليه وسلم انه كان اذا استفتح الصلاة قال سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك وجهت وجهي الى الله رب العالمين أخرجه البيهقي كذلك (قوله ولهما رواية أنس) روى البيهقي عن أنس وعائشة وأبي سعيد الخدري وجابر وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم الاستفتاح سبحانك اللهم و بحمدك الى آخره مرفوعا الا عمر وابن مسعود فانه وقفه على

يحمل على أنه أراد به قراءة القرآن لا الانباء عن نفسه وقوله (يضم) اشارة الى أنه ان شاء قدم على الثناء عمر وان شاء أخر عنه لان الضم صادق عليهما وهو رواية عن أبي يوسف وعنه ان البداءة بالتسبيح أولى لقوله تعالى وسبح بحمد ربك حين تقوم ووجه قوله ما روي عن علي انه صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك فاذا ورد الاخبار بهما يجمع بينهما عملا بالاخبار ويوجه قولهما ما روي أنس أنه صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة كبر وقرأ سبحانك اللهم الخ ولا يزيد على هذا فيحتاج الى تأويل

ومارواه محمول على التهجد وقوله وجل ثناؤك لم يذكر فى المشاهير فلا يأتى به فى الفرائض والاولى أن لا يأتى بالتوجه قبل التكبير لتتصل به النية هو الصحيح (ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم)

عمر ورفعه الدارقطنى عن عمر من قوله وفى صحيح مسلم عن عبدة وهو ابن أبى لبابة أن عمر بن الخطاب كان يجهر بهؤلاء الكلمات ورواه أبو داود والترمذى عن عائشة رضى الله عنها وضعفاه ورواه الدارقطنى عن عثمان رضى الله عنه من قوله ورواه سعيد بن منصور عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه من قوله وفى أبى داود عن أبى سعيد كان صلى الله عليه وسلم اذا قام من الليل كبر ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك ثلاثا وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك ثم يقول لا اله الا الله ثلاثا ثم يقول الله أكبر كبيرا ثلاثا أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم من همزه ونفخه ونفثه ثم يقرأ وأخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجه قال الترمذى وحديث أبى سعيد أشهر حديث فى هذا الباب وقال أيضا وقد تكلم فى اسناد حديث أبى سعيد كان يحيى بن سعيد يتكلم فى على بن على وقال أحمد لا يصح هذا الحديث اه وعلى بن على بن نجاد بن رفاعة وثقه وكيع وابن معين وأبو زرعة وكفى بهم ولما ثبت من فعل الصحابة كعمر رضى الله عنه وغيره الافتتاح بعده عليه الصلاة والسلام بسبحانك اللهم مع الجهر به لقصد تعليم الناس ليقتدوا ويأنسوا كان دليلا على أنه الذى كان عليه صلى الله عليه وسلم آخر الامر أو أنه كان الاكثر من فعله وان كان رفع غيره أقوى على طريق المحدثين ألا ترى أنه روى فى الصحيحين من حديث أبى هريرة أنه صلى الله عليه وسلم كان يسكت هنيهة قبل القراءة بعد التكبير فقلت بأبى أنت وأمى يا رسول الله رأيت سكوتك بين التكبير والقراءة ما تقول قال أقول اللهم باعد بينى وبين خطاياى كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقنى من خطاياى كما ينقى الثوب الابيض من الدنس اللهم اغسلنى من خطاياى بالثلج والماء والبرد وهو أصح من الكل لانه متفق عليه ومع هذا لم يقل بسنيته عينا أحد من الاربعة والحاصل أن غير المرفوع أو المرفوع المرجوح فى الثبوت عن مرفوع آخر قد يقدم على عديله اذا اقترن بقرائن تفيد انه صحيح عنه عليه الصلاة والسلام مستمر عليه (قوله ومارواه محمول) يؤيد الحمل المذكور ما ثبت فى صحيح أبى عوانة والنسائى أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا قام يصلى تطوعا قال الله أكبر وجهت وجهى الى آخره فيكون مفسرا لما فى غيره بخلاف سبحانك اللهم فان ما ذكرناه يبين أنه المستقر عليه فى الفرائض (قوله على التهجد) المراد النوافل تهجدا وغيره بدليل ما ذكرنا آنفا ثم اذا قاله يقول وأنا من المسلمين ولو قال أول المسلمين قيل تفسد للكذب وقيل لا وهو الاولى لانه تال لا مخبر (قوله لم يذكر فى المشاهير) وان كان روى فى الجملة عن ابن عباس فى حديث طويل من قوله ذكره ابن أبى شيبة وابن مردويه فى كتاب الدعاء له ورواه الحافظ أبو شجاع فى كتاب الفردوس عن ابن مسعود رضى الله عنه ان من أحب الكلام الى الله عز وجل أن يقول العبد سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك وجل ثناؤك ولا اله غيرك وأبغض الكلام الى الله أن يقول الرجل للرجل اتق الله فيقول عليك نفسك (قوله هو الصحيح) احتراز عما قيل يأتى به لانه أبلغ فى النية وعمل بالاخبار وقيل لا كما قال المصنف ليتصل به أى بالتكبير النية اذ الاولى فى النية قرانها بالتكبير وقراءته توجب فصلها الا أن هذا ينتفى فى حق من استحبها فى قراءة ذلك (قوله ويستعيذ بالله الخ) وهو سنة عند عامة السلف وعن الثورى وعطاء وجوبه نظرا الى حقيقة الامر وعدم صلاحية كونه لدفع الوسوسة فى القراءة صار فاعنه بل يصح شرع الوجوب معه وأجيب بأنه خلاف الاجماع ويبعد منهما أن يبتدعا قولا خارقا للاجماع بعد علمهما بأن ذلك لا يجوز فالله أعلم بالصارف على قول الجمهور وقد يقال هو تعليمه الاعرابى ولم يذكرها وقد

مارواه وهو أنه محمول على التهجد فان الامر فيه واسع وأما فى الفرائض فلا يزيد على ما اشتهر فيه الاثر ولهذا لا يأتى بقوله وجل ثناؤك فى الفرائض لانه لم يذكر فى المشاهير وقوله (والأولى أن لا يأتى بالتوجه) أى بقوله وجهت وجهى بعد النية (قبل التكبير لتتصل النية به) أى بالتكبير وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المتأخرين انه يقولها قبل التكبير منهم الفقيه أبو الليث لانه أبلغ فى العزيمة وليكون عملا بما روى فى الاخبار ووجه الصحيح أنه يؤدى الى تطويل مكثه فى المحراب قائما مستقبل القبلة ولا يصلى وهو مذموم شرعا فانه روى عن النبى عليه السلام أنه قال مالى أراكم سامدين وقوله (ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم) خلافا لمالك فانه لا يرى بذلك لما روى عن أنس قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبى بكر وعمر وكانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين

ولنا قوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله الآية وظاهره يقتضي أن يكون فرضا كما قال به عطاء الأن السلف أجمعوا على أنه سنة وانما قال معناه اذا أردت قراءة القرآن نفيا لقول بعض أصحاب الظاهر انه يتعوذ بعد القراءة عملا بحرف الفاء فانه ليس بصحيح لما روى أبو سعيد الخدري أنه عليه السلام كان يتعوذ قبل القراءة وقيل الفاء ههنا للحال كما يقال اذا دخلت على الامير فتأدب أي اذا أردت الدخول وليس بواضح وقوله (والاولى) بيان لفظ يتعوذ به فان فيه للقراء اختلافا واختار الفقيه أبو جعفر الهندواني (أن يقول أستعيذ بالله ليوافق القرآن) أي الدليل الدال على التعوذ من القرآن وهو قوله تعالى فاستعذ بالله فانه أمر بالاستعاذة (ويقرب منه أعوذ) لاشتراكهما في الحروف الاصول وكأنه احتراز عن قول من يقول أعوذ بالله العظيم السميع العليم من الشيطان الرجيم وهو رواية حفص من طريق هبيرة لان قوله ان الله هو السميع العليم ثناء وبعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء (ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند أبي حنيفة ومحمد لما تلونا) من قوله فاذا قرأت القرآن الآية فيأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد وعند أبي يوسف هو تبع للثناء لانه شرع بعد الثناء وانه من جنسه لانه دعاء كالاول وتبع الشيء ما كان بعده فينبغي أن يأتي به المقتدي وقوله (ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم) معطوف على قوله ويستعيذ وقوله (هكذا نقل في المشاهير) احتراز عن قول مالك وما احتج به فانه يقول لا يأتي المصلي بالتسمية لا سرا ولا جهرا لما روينا من حديث أنس وقوله (ويسر بهما) أي بالتعوذ والتسمية (لقول ابن مسعود أربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلاته بالتسمية) رواه أبو هريرة رضي الله عنه

لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم معناه اذا أردت قراءة القرآن والاولى أن يقول أستعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه أعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد خلافا لابي يوسف (ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم) هكذا نقل في المشاهير (ويسر بهما) لقول ابن مسعود رضي الله عنه أربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روى أن النبي عليه السلام جهر في صلاته بالتسمية

يجاب بأن تعليمه الصلاة بتعليمه ما هو من خصائصها وهي ليست من واجبات الصلاة بل واجبات القراءة أو أن كونها تقال عند القراءة كان ظاهرا فأغنى عن ذكره له وهذا لا يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله مع أن من المشايخ كصاحب الخلاصة من جعل قوله هو الاصح بناء على أن شرعيتها الدفع الوسوسة ثم على قول أبي يوسف رحمه الله يستعيذ المسبوق مرتين اذا افتتح واذا قرأ فيما يقضي ذكره في الخلاصة (قوله ليوافق القرآن) وغير المصنف اختار أعوذ بالله لان لفظ أستعيذ طلب العوذ وقوله أعوذ امتثال مطابق لمقتضاه أما قربه من لفظه فهدر ولذا كان المنقول من استعاذته عليه الصلاة والسلام أعوذ على ما في حديث أبي سعيد المتقدم آنفا (قوله لقول ابن مسعود رضي الله عنه أربع الخ) الرابع التحميد والاربعة رواها ابن أبي شيبة عن ابراهيم النخعي وروى عن أبي وائل عن عبد الله انه كان يخفي بسم الله الرحمن الرحيم والاستعاذة وربنا لك الحمد (قوله لما روى أنه عليه السلام جهر) في صحيح ابن خزيمة وابن حبان والنسائي عن نعيم المجمر صليت وراء أبي هريرة رضي الله عنه فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم ثم قرأ بأم القرآن حتى بلغ ولا الضالين فقال آمين ثم يقول اذا سلم والذي نفسي بيده اني لاشبهكم صلاة برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن خزيمة لا ارتياب في صحته عند أهل المعرفة وهذا غير مستلزم للجهر لجواز سماع نعيم مع اخفاء أبي هريرة رضي الله عنه فانه مما يتحقق اذا لم يبالغ في الاخفاء مع قرب المقتدي والصريح ما عن ابن عباس رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم وفي رواية جهر قال قال الحاكم صحيح بلا علة وصححه الدارقطني وهذان أمثل حديث في الجهر قال بعض الحفاظ ليس حديث صريح في الجهر الا وفي اسناده مقال عند أهل الحديث ولذا أعرض أرباب المسانيد المشهورة الاربعة وأحمد فلم يخرجوا منها شيأ مع اشتمال كتبهم على أحاديث ضعيفة قال ابن تيمية وروينا عن الدارقطني انه قال لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم في الجهر حديث وعن الدارقطني انه صنف بمصر كتابا في الجهر بالبسملة فاقسم بعض المالكية ليعرفه الصحيح منها فقال لم يصح في الجهر حديث وقال الحازمي أحاديث الجهر وان كانت مأثورة عن نفر من الصحابة غير أن أكثرها لم يسلم من شوائب وقد روى الطحاوي وأبو عمر بن عبد البر عن ابن عباس رضي الله عنهما الجهر قراءة الاعراب وعن ابن عباس لم يجهر النبي صلى الله عليه وسلم بالبسملة حتى مات فقد تعارض ما روى عن ابن عباس ثم ان تم فهو محمول على وقوعه أحيانا يعني ليعلمهم أنها تقرأ فيها أو جب هذا الحمل صريح رواية مسلم عن أنس صليت خلف النبي

(قلنا هو محمول على التعليم) كما شرع الجهر بالتكبير للاعلام كما روى عن عمر أنه جهر بالثناء بعد التكبير للتعليم لان أنسا رضى الله عنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم فلم أسمع أحدا منهم يجهر بسم الله الرحمن الرحيم واذا تعارضت الآثار وجب التأويل وهو كما قلنا من الحمل على التعليم وقيل كان الجهر فى الابتداء قبل نزول قوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية فانهم كانوا يجهرون بالثناء والقراءة أيضا حتى نزل قوله تعالى ولا تجهر بصلاتك فان قيل خبر الاخفاء بالتسمية مما تعم به البلوى كحديث مس الذكر فان الصلاة التى يجهر فيها بالقراءة ثلاث فى كل يوم وليلة فلو كان هذا الخبر ثابتا فى الصدر الاول لاشتهر ولو اشتهر لما بقى الاختلاف فى الصدر الاول ولما بقى الاختلاف فيه مع عموم البلوى دل على زيافته كما فى حديث الزكاة فى مال الصبى أجيب بأن الاحاديث التى تدل على ثبوت الجهر وتوجب الاختلاف قد ذكرنا تأويلها والتأويل يرفع الاختلاف فلم يكن حينئذ فى الصدر الاول اختلاف وفيه نظر لان رفع التأويل اللاحق للاختلاف السابق ممنوع والصواب أن يقال هذا الاعتراض ساقط بالمعارضة فان لنا أن نقول خبر الجهر بالتسمية أيضا مما تعم به البلوى وقوله ويسر بهما الباء زائدة وقع سهوا لأنه يقال أسر الحديث بلا باء قال الله تعالى سواء منكم من أسر القول (ثم عن أبى حنيفة أنه لا يأتى بها فى أول كل ركعة كالتعوذ) وهو رواية الحسن عنه لانها ليست بآية من أول الفاتحة وانما يقرأ لافتتاح الصلاة والصلاة الواحدة كالفعل الواحد ولهذا يؤثر الفساد الواقع فى أولها فى آخرها فيكتفى بها مرة واحدة (وعنه) أى عن أبى حنيفة وهو رواية أبى يوسف (أنه يأتى بها احتياطا) لان العلماء اختلفوا فى التسمية انها من الفاتحة أم لا وعليه قراءة الفاتحة فى كل ركعة فكان عليه قراءتها فى كل ركعة ليكون أبعد عن الاختلاف قال المصنف (وهو قولهما ولا يأتى بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد فانه يأتى بها فى صلاة المخافتة) لانه أقرب الى متابعة المصحف ولا يأتى بها فيما يجهر لئلا يختلف نظم القراءة قال (ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة) اختلف العلماء فيما هو الركن من القراءة فذهب علماؤنا الى ركنية قراءة آية والشافعى الى ركنية الفاتحة ومالك الى ركنية الفاتحة وضم سورة معها (لقوله صلى الله عليه وسلم

قلنا هو محمول على التعليم لان أنسا رضى الله عنه أخبر أنه عليه السلام كان لا يجهر بها ثم عن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يأتى بها فى أول كل ركعة كالتعوذ وعنه أنه يأتى بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتى بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد رحمه الله فانه يأتى بها فى صلاة المخافتة (ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة أو ثلاث آيات من أى سورة شاء) فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعى رحمه الله فى الفاتحة ولمالك رحمه الله فيهما لقوله عليه السلام

النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان فلم أسمع أحدا منهم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم لم يرد نفى القراءة بل السماع للاخفاء بدليل ما صرح به عنه فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم رواه أحمد والنسائى باسناد على شرط الصحيح وعنه صليت خلف النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فكلهم يخفون بسم الله الرحمن الرحيم رواه ابن ماجه وفى لفظ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسر ببسم الله الرحمن الرحيم وأبا بكر وعمر رضى الله عنهما وروى الطبرانى حدثنا عبد الله بن وهيب حدثنا محمد بن أبى السرى حدثنا معتمر بن سليمان عن أبيه عن الحسن عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسر ببسم الله الرحمن الرحيم وأبا بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ومن تقدم من التابعين وهو مذهب الثورى وابن المبارك وقال ابن عبد البر وابن المنذر وهو قول ابن مسعود وابن الزبير وعمار بن ياسر وعبد الله بن المغفل والحكم والحسن بن أبى الحسن والشعبى والنخعى والاوزاعى وعبد الله بن المبارك وقتادة وعمر بن عبد العزيز والاعمش والزهرى ومجاهد وحماد وأبى عبيد وأحمد واسحق وروى أبو حنيفة عن طريف بن شهاب أبى سفيان السعدى عن زيد بن عبد الله ابن مغفل عن أبيه انه صلى خلف امام فجهر ببسم الله الرحمن الرحيم فناداه يا عبد الله انى صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم فلم أسمع أحدا منهم يجهر بها (قوله ثم عن أبى حنيفة الخ) هى رواية الحسن عنه (وعنه) وهى رواية أبى يوسف (انه يأتى بها وهو قولهما) ووجهها اختلاف العلماء واختلاف الآثار فى كونها من الفاتحة وعليه اعادة الفاتحة فعليه اعادتها ومقتضى هذا سنيتها مع السورة لثبوت الخلاف فى كونها من كل سورة كما فى الفاتحة الخ ووجوب السورة كالفاتحة (قوله ولمالك فيهما) منع بأنه لم يقل به أحد والحديث المذكور رواه الترمذى عن أبى سعيد مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولا صلاة لمن لم يقرأ

(قوله خبر الجهر بالتسمية مما تعم به البلوى الخ) أقول للخصم أن يدعى الاشتهار ويتمسك بحديث معاوية رضى الله عنه المشهور (قوله ويسر بهما الباء زائدة وقع سهوا) أقول زيادة الباء فى المفعول كثيرة فلا وجه للحمل على السهو (قوله ولا يأتى بها فيما يجهر لئلا يختلف نظم القراءة) أقول أى باسرارها مع جهر القراءة

لاصلاة الابفاتحة الكتاب وسورة معها) ووجه الاستدلال به ظاهر والجواب أن الركن لا يثبت الا بدليل قطعي وخبر الواحد ليس بقطعي لكنه يوجب العمل به فقلنا به (وللشافعي قوله صلى الله عليه وسلم لاصلاة الا بفاتحة الكتاب) وهو كالاول (ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن) ووجه الاستدلال أن قوله من القرآن مطلق ينطلق على ما يسمى قرآنا فيكون أدنى ما ينطلق عليه القرآن فرضا لكونه مأمورا به فان قراءته خارج الصلاة ليست بفرض فتعين أن تكون في الصلاة وفي الآية كلام سؤالا وجوابا ذكرناه في التقرير وقوله (والزيادة بخبر الواحد) جواب لمالك والشافعي كما ذكرنا فان قيل لانسلم انه خبر واحد بل هو مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به أجيب بالمنع لان المشهور ما تلقاه التابعون بالقبول وقد اختلفوا في هذه المسئلة وبانه مؤول لاحتمال كونه مذكورا لنفي الجنس أو لنفي الفضيلة كما في قوله لاصلاة لجار المسجد الا في المسجد فكان ظني الدلالة فلا تجوز به الزيادة

(قوله أو لنفي الفضيلة) أقول فيه بحث

لاصلاة الابفاتحة الكتاب وسورة معها والشافعي رحمه الله قوله عليه السلام لاصلاة الابفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما

بالحمد لله وسورة في فريضة أو غيرها ورواه ابن ماجه واقتصر على لاصلاة لمن لم يقرأ الخ وسكت عنه الترمذي وهو معلول بأبي سفيان طريف بن شهاب السعدي وعنه رواه أبو حنيفة رحمه الله في مسنده نقل عن أبي معين والنسائي تضعيفه ولينه ابن عدي وقال روى عنه الثقات وانما أنكر عليه انه يأتي في المتون بأشياء لا يأتي بها غيره وأسانيده مستقيمة ورواه ابن أبي شيبة ورواه الطبراني عن اسمعيل ابن عياش عن عبد العزيز بن عبيد الله عن أبي نضرة لاصلاة الا بأم القرآن ومعها غيرها ومما يدل على المطلوب ما في أوسط الطبراني عن أبي هريرة رضي الله عنه أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أنادي في أهل المدينة أن لاصلاة الا بقراءة ولو بفاتحة الكتاب فتأمله ورواه أبو حنيفة رحمه الله رواه الحارثي في مسنده وابن عدي عنه بسندهما لكن في الطريق الى أبي حنيفة رحمه الله من ضعف وفي طريق الطبراني الحجاج بن أرطاة وسنذكر الخلاف فيه في الحج ان شاء الله تعالى (قوله لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب) في الصحيحين لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب وفيه انه مشترك الدلالة لان النفي لا يرد الا على النسب لا نفس المفرد والخبر الذي هو متعلق الجار محذوف فيمكن تقديره صحيحة فيوافق رأيه أو كاملة فيخالفه وفيه نظر لان متعلق المجرور الواقع خبرا استقرار عام فالحاصل لاصلاة كائنة وعدم الوجود شرعا هو عدم الصحة هذا هو الاصل بخلاف لاصلاة لجار المسجد الخ ولاصلاة للعبد الآبق فان قيام الدليل على الصحة أوجب كون المراد كونا خاصا أي كاملة وعلى هذا فيكون من حذف الخبر لامن وقوع الجار والمجرور خبرا فلذا عدل المصنف عنه الى الظنية في الثبوت وبه لا يثبت الركن لان لازمه نسخ الاطلاق بخبر الواحد وهو يستلزم تقديم الظني على القاطع وهو لا يحل فيثبت به الوجوب فيأثم بترك الفاتحة ولا تفسد * واعلم أن الشافعية يثبتون ركنية الفاتحة على معنى الوجوب عندنا فانهم لا يقولون بوجوبها قطعا بل ظنا غير انهم لا يخصون الفرضية والركنية بالقطعي فلهم أن يقولوا نقول بوجوب الوجه المذكور وان جوزنا الزيادة بخبر الواحد لكنها ليست بلازمة هنا فانا انما قلنا بركنيتها وافتراضها بالمعنى الذي سميتموه وجوبا فلا زيادة وانما محل الخلاف في التحقيق أن ماتركه مفسد وهو الركن لا يكون الا بقاطع أولا فقالوا لا الان الصلاة مجمل مشكل فكل خبر بين فيها أمرا ولم يقم دليل على ان مقتضاه ليس من نفس الحقيقة يوجب الركنية وقلنا بل يلزم في كل ما أصله قطعي وذلك لان العبادة ليست سوى جملة الاركان فاذا كانت قطعية يلزم في كل الاركان قطعيتها لانها ليست الا اياها مع الآخر بخلاف ما أصله ظني فان ثبوت أركانه التي هي هو يكون بظني بلا اشكال ولان الوجوب لما لم يقطع به فالفساد بتركه مظنون والصحة القائمة بالشروع الصحيح قطعية فلا يزول اليقين الا بمثله والا أبطل الظني القطعي (قوله فقلنا بوجوبهما) على ارادة الاعم من السورة بالسورة فان الواجب بعد الفاتحة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة سواء كان ذلك سورة أو لا نظرا الى ما تقدم من الرواية القائلة ومعها غيرها بقي أن يقال ثبوت الوجوب بهذا الظني انما هو اذا لم يعارضه معارض لكنه ثابت بقوله عليه الصلاة والسلام للاعرابي الذي أخف صلاته لما علمه فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ومقام التعليم لا يجوز فيه تأخير البيان فلو كانتا واجبتين لنص عليهما له والجواب ان وجوبهما كان ظاهرا ولم يظهر من حال الاعرابي حفظه لهما فقال له عليه الصلاة والسلام فاقرأ ما تيسر معك أي سواء كان ما معك الفاتحة أو غيرها غير انه ان كان معه الفاتحة فالمقصود ما تيسر بعدها الظهور لزومها وفي

(واذا قال الامام ولا الضالين قال) أى الامام (آمين) وانما قال ذلك نفيا لشبهة القسمة التى يقتضيها ظاهر الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين كما هو مذهب مالك لانه عليه السلام قال فى آخره فان الامام يقولها أى كلمة آمين (ويخفونها) أى الامام والمقتدون (لما روينا من حديث ابن مسعود) يريد به ما تقدم من قوله لقول ابن مسعود أربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين (ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء) كما فى خارج الصلاة قال الله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية قيل من مذهب أبى حنيفة أن الامام لا يقولها أصلا لانه داع والداعى لا يؤمن فكيف يستقيم القول باخفائها وأجيب بأن أبا حنيفة عرف أن بعض الائمة لا يأخذون بقوله لحرمة قول على وابن مسعود ففرع الجواب على قولهما كما فى باب المزارعة على ما سيجىء والحق أن ذلك غير ظاهر الرواية وأما على ظاهر الرواية فاذكره فى الكتاب فانه يقولها ويخفيها وهو مذهب عمر وعلى وابن مسعود قال ابن مسعود ترك الناس الجهر بالتأمين وما تركوا الا لعلمهم بالنسخ والجواب عن قوله الداعى لا يؤمن انه ممنوع فان التأمين دعاء باجابة الدعاء الاول ولا فرق فى ذلك بين أن يكون من الداعى أو غيره وما استدل به الشافعى على سنية الجهر بالتأمين فى الجهرية من

(واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم) لقوله عليه السلام اذا أمن الامام فأمنوا ولامتمسك لمالك رحمه الله فى قوله عليه السلام اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال فى آخره فان الامام يقولها (ويخفونها) لما روينا من حديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش

أبى داود من حديث المسىء صلاته اذا قمت فتوجهت الى القبلة فكبر ثم اقرأ بأم القرآن وبما شاء الله أن تقرأ وفى رواية رواها قال فيها فتوضأ كما أمرك الله ثم اقرأ وكبر فان كان معك قرآن فاقرأ به والا فاحمد الله وكبره وهلله فالاولى فى الجمع الحكم بأنه قال له ذلك كله أى فان كان معك شىء من القرآن والا فكبره الخ وان كان معك فاقرأ بأم القرآن وبما شاء الله ثم ان الرواة رووا بالمعنى مع اقتصار بعضهم على بعض الجمل المنقولة فتأمله وبه يندفع التعارض (قوله ويقولها المؤتم) هذا أعم من كونه فى السرية اذا سمعه أو فى الجهرية وفى السرية منهم من قال يقوله ومنهم من قال لا لان ذلك الجهر لاعبرة به وعن الهندوانى يؤمن لظاهر الحديث اذا أمن الامام فأمنوا فانه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه متفق عليه وبه يثبت تأمين الامام بطريق الاشارة وانما كان تأمينه بطريق الاشارة لان تأمينه لم يسق له النص فلا يحتاج الى الزيادة التى ذكرها المصنف أعنى قوله فان الامام يقولها وهى فى سنن النسائى وصحيح ابن حبان وحديث القسمة فى الصحيح انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فانصتوا واذا قال ولا الضالين فقولوا آمين (قوله لما روينا من حديث ابن مسعود) المتقدم وقد روى أحمد وأبو يعلى والطبرانى والدارقطنى والحاكم فى المستدرك من حديث شعبة عن سلمة بن كهيل عن حجر أبى العنبس عن علقمة بن وائل عن أبيه أنه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما بلغ غير المغضوب عليهم ولا الضالين قال آمين وأخفى بها صوته ورواه أبو داود والترمذى وغيرهما عن سفيان عن سلمة بن كهيل عن حجر بن العنبس عن أبى وائل بن حجر وذكر الحديث وفيه ورفع بها صوته فقد خالف سفيان شعبة فى الرفع وفى أن حجرا أبو العنبس أو ابن العنبس وفى عدم ذكر علقمة وفيه علة أخرى ذكرها الترمذى فى علله الكبير قال انه سأل البخارى هل سمع علقمة من أبيه فقال انه ولد بعد موت أبيه بستة أشهر اه غير أن هذا انقطاع ان تم وقد رجح الدارقطنى وغيره رواية سفيان أنه أحفظ وقد روى البيهقى عن شعبة فى الحديث رفعا صوته ولما اختلف فى هذا الحديث عدل المصنف الى ما عن ابن مسعود رضى الله عنه فانه يؤيد أن المعلوم منه صلى الله عليه وسلم الاخفاء لكن تقدم أن الذى فيه ذكر آمين عن النخعى فالله أعلم ولو كان الى فى هذا شىء لوفقت بأن رواية الخفض يراد بها عدم القرع العنيف ورواية الجهر بمعنى قولها فى زير الصوت وذيله يدل على هذا ما فى ابن ماجه كان صلى الله عليه وسلم اذا تلا غير المغضوب عليهم ولا الضالين قال آمين حتى يسمع من فى الصف الاول فيرتج بها المسجد وارتجاجه اذا قيل فى اليم فانه الذى يحصل عنه دوى كما يشاهد فى المساجد بخلاف ما اذا كان بقرع وعلى هذا فينبغى أن يقال على هذا الوجه لا بقرع كما يفعله بعضهم (قوله والتشديد خطأ) وفى التجنيس تفسد به لانه ليس بشىء وقيل عندهما لا تفسد وعليه الفتوى قال الحلوانى له وجه لان معناه

قوله صلى الله عليه وسلم اذا أمن الامام فأمنوا فانه علق تأمين القوم بتأمينه وهو يدل على كون تأمينه مسموعا ليس بقوى لان تأمينه يعرف اذا فرغ من قوله ولا الضالين فلا يلزم أن يكون تأمينه مسموعا (والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش) قال فى التجنيس تفسد به صلاته وقيل عندهما لا تفسد لانه يوجد فى القرآن فى قوله تعالى ولا آمين البيت الحرام

قال (ثم يكبر) المصلي (ويركع) بعد ما فرغ من قراءته يكبر ويركع وهذه رواية القدوري وهذا يقتضي أن يكون التكبير في محض القيام وبه قال بعض مشايخنا ومن دأب المصنف في هذا الكتاب أن يصرح بلفظ الجامع الصغير اذا وقع نوع مخالفة بين روايته ورواية القدوري فذكر قوله (وفي الجامع الصغير يكبر مع الانحطاط) فانه يقتضي مقارنة التكبير للركوع لان مع محكم في المقارنة وبه قال بعض آخر وقوله (لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع) دليل قوله ثم يكبر والمراد بالخفض والرفع ابتداء كل ركن وانتهاؤه ومعناه الله أعظم من أن يؤدى حقه بهذا القدر من العبادة لا يقال هذا الحديث يدل على أن ما يفعل عند رفع الرأس من تسميع الامام وتحميد المقتدي ليس بمشروع لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم لان هذا حكاية فعله عليه السلام من الراوي فلا يعارض قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد فيحمل قولهم على أن المراد بقولهم ورفع بعضه لاحتماله ولان كلمة كل لم تباشره فان قيل فاذا تفعل بما روى بنو أمية وعملوا به أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كبر حال الركوع وانما كبر اذا رفع رأسه منه أجيب بأنه على تقدير ثبوته ربحنا ما روينا لانه أثبت متنا وأتقن رواة لان رواته علي وابن مسعود وجماعة من الصحابة وما رووه فرواية

قال (ثم يكبر ويركع) وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام كان يكبر عند كل خفض ورفع (ويحذف التكبير حذفا) لان المد في أوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة (ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين أصابعه) لقوله عليه السلام لانس رضي الله عنه اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين أصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون أمكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة (ويبسط ظهره)

عبد الرحمن بن أبزى ويحتمل انه صلى الله عليه وسلم كبر الا أن عبد الرحمن لم يسمع وسمع غيره وهو مما تعم به البلوى فلا يكون قوله وحده فيه حجة وقوله (ويحذف التكبير حذفا) أي لا يمد في غير موضع المد (لان المد في أوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما) فيكون شاكا في كبرياء الله وهو كفر اذا تعمده (وفي آخره لحن من حيث اللغة) أي عدول عن سنن الصواب في اللغة لان أفعل التفضيل لا يحتمل المد لغة فان فعل لا يكون شارعا في الصلاة عند بعض مشايخنا وهو قول الفقيه أبي جعفر وتفصيل الكلام في ذلك أن الله أكبر مركب من لفظين ولكل منهما أول وآخر ومد الاول من الاول عمدا كفر لشكه في كبريائه وغير عمد مفسد للصلاة وفيه نظر لان الهمزة يجوز أن تكون للتقرير فلا يكون هناك لا كفر ولا فساد ومد الآخر منه لا يضر لانه اشباع والحذف أولى ومد الاول من الآخر عمدا كمد الاول من الاول ومد الآخر منه اختلف فيه قال بعضهم تفسد الصلاة وقال بعضهم لا تفسد ويجزم الراء من التكبير لما روى عن ابراهيم النخعي موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الاذان جزم والاقامة جزم والتكبير جزم وقوله (ويعتمد بيديه على ركبتيه) ظاهر وقوله (الا في حالة السجود) يعني انه يضم فيها التقع رؤس الاصابع مواجهة للقبلة وقوله (وفيما وراء ذلك) أي فيما وراء الركوع والسجود وهو حالة الافتتاح والتشهد (يترك على العادة) أي لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج

ندعوك قاصدين اجابتك لان معنى آمين قاصدين (قوله وفي الجامع) ذكر لفظه لانه نص على المقارنة ولفظ القدوري أعم منه ومن غيره لاحتمال الواو اياها وضدها وليس بصريح في الخلاف لكن الخلاف نقل صريحا فمنهم من قال يكبر قائما ثم يركع لا عند الخفض ومنهم من قال يكبر معالكنه يجهر عند الرفع ويخفي عند الخفض والاصح أنه يجهر فيهما وينبغي أن يكون بين رجليه حالة القيام قدر أربع أصابع وقال الطحاوي في المقارنة هو الصحيح (قوله لكونه استفهاما) في المبسوط لو مد ألف الله لا يصير شارعا وخيف عليه الكفر ان كان قاصدا وكذا لو مد ألف أكبر أو باء لا يصير شارعا لان اكبار جمع كبر وهو الطبل وقيل اسم للشيطان ولو مد هاء الله فهو خطأ لغة وكذا لو مد راء ومد لام الله صواب وجزم الهاء خطأ لانه لم يجئ الا في ضرورة الشعر (قوله ويعتمد بيديه على ركبتيه) ناصبا ساقيه وانحناؤهما شبه القوس كما تفعل عامة الناس مكروه ذكره في روضة العلماء (قوله لقوله عليه السلام لانس رضي الله عنه) روى الطبراني في الاوسط والصغير بسنده عن أنس قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وأنا ومئذ ابن ثمان سنين فذهبت بي أمي اليه فقالت يا رسول الله ان رجال الانصار ونساءهم قد أتحفوك ولم أجد ما أتحفك الا ابني هذا فاقبله مني يخدمك ما شئت قال فخدمت رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر سنين فلم يضربني ضربة قط ولم يسبني ولم يعبس في وجهي فذكره بطوله الى أن

(قوله وهذا يقتضي أن يكون التكبير في محض القيام) أقول لا نسلم ذلك اذ لا دلالة للواو على الترتيب نعم لا يقتضي المقارنة فالاولى أن يقال يقتضي أن يجوز التكبير في محض القيام (قوله لا يقال هذا الحديث يدل الى قوله ليس بمشروع) أقول دلالة الحديث انما هي على مسنونية التكبير عند كل خفض ورفع ولو مع التسميع والتحميد لا على نفي مشروعيتهما (قوله الا أن عبد الرحمن لم يسمع الخ) أقول فما يفعل بقوله وانما كبر اذا رفع رأسه منه

وقوله (لان النبي عليه السلام كان اذا ركع بسط ظهره) روت عائشة رضي الله عنها أنه كان يعتدل بحيث لو وضع على ظهره قدح من ماء لاستقر وقوله (ولا يرفع رأسه ولا ينكسه) معناه يسوي رأسه بحجزه لانه مأمور بالاعتدال وذلك بتساويهما وقوله (لا يصوب رأسه) أي لا يخفضه (ولا يقنعه) أي لا يرفعه وانما فسر قول محمد وذلك أدناه بقوله (أدنى كمال الجمع) جمعا بين لفظ المبسوطين فان شمس الائمة قال في مبسوطه لم يرد بهذا اللفظ أدنى الجواز انما المراد به أدنى الكمال فان الركوع والسجود يجوز بدون هذا الذكر الاعلى قول أبي مطيع يعني تلميذ أبي حنيفة وشيخ الاسلام قال في مبسوطه يريد به أدنى من حيث جمع العدد فان أقل جمع العدد ثلاثة والمصنف جمع بينهما فقال أدنى كمال الجمع فان قيل المشهور في مثله أدنى الجمع ثلاثة فما معنى كمال الجمع فالجواب أن أدنى الجمع لغة يتصور في الاثنين لان فيه جمع واحد مع واحد وأما كماله فهو الذي يكون ثلاثة لان فيه معنى الجمع لغة واصطلاحا وشرعا فان قيل كمال الجمع ليس بمذكور ولا في حكمه فيرجع الضمير الى غير مذكور أجيب بأنه سبق ذكره دلالة بذكر الثلاث فان زاد على الثلاث فهو أفضل لكن على وجه لا يعد القوم ان كان اماما لئلا يصير سببا للتنفير المكروه وان نقص جاز ويكره فيما روى عن محمد وقال أبو مطيع فسدت صلاته لانه ركن مشروع فوجب أن يحله ذكر مفروض كما في القيام والجواب أنه يلزم الزيادة على قوله تعالى اركعوا

لان النبي عليه السلام كان اذا ركع بسط ظهره (ولا يرفع رأسه ولا ينكسه) لان النبي عليه السلام كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه (ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك أدناه) لقوله عليه السلام اذا ركع أحدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك أدناه أي أدنى كمال الجمع (ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يقولها في نفسه) لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان يجمع بين الذكرين

قال فيه يعني النبي صلى الله عليه وسلم يا بني اذا ركعت فضع كفيك على ركبتيك وفرج بين أصابعك وارفع يديك عن جنبيك وفي حديث أبي حميد عن صفة صلاته عليه الصلاة والسلام أنه ركع فوضع راحتيه على ركبتيه والآثار في ذلك كثيرة وأما أثر التطبيق فنسوخ بما في الصحيحين عن مصعب بن سعد بن أبي وقاص قال صليت الى جنب أبي وطبقت بين كفي ثم وضعتهما بين فخذي فنهاني أبي وقال كنا نفعل فنهينا عنه وأمرنا أن نضع أيدينا على الركب الا في السجود قيل لان الرحمة تنزل عليه فيه فبالضم ينال أكثر والله سبحانه أعلم (قوله اذا ركع بسط ظهره) روى ابن ماجه عن وابصة بن معبد قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي فكان اذا ركع سوى ظهره حتى لو صب عليه الماء لاستقر وروى أبو العباس محمد بن اسحق السراج في مسنده عن البراء كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا ركع بسط ظهره واذا سجد وجه أصابعه قبل القبلة وروى الطبراني عن ابن عباس وأبي برزة الاسلمي رضي الله تعالى عنهم مثل حديث وابصة سواء (قوله لا يصوب رأسه ولا يقنعه) رواه الترمذي في حديث أبي حميد وصححه وكذا ابن حبان وأخرج مسلم عن عائشة رضي الله عنها في حديث طويل فكان اذا ركع لم يشخص رأسه ولم يصوبه ولكن بين ذلك (قوله اذا ركع أحدكم) أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عنه عليه الصلاة والسلام اذا ركع أحدكم فليقل ثلاث مرات سبحان ربي العظيم وذلك أدناه واذا سجد فليقل سبحان ربي الاعلى ثلاث مرات وذلك أدناه لفظ أبي داود وابن ماجه وهو منقطع فان عونا لم يلق عبد الله ابن مسعود (قوله أدنى كمال الجمع) وأدنى ما يتحقق به ما يكمل به لغة ويصير جمعا على خلاف فيه معلوم ومراده أدنى ما يتحقق به كماله المعنوي وهو الجمع المحصل للسنة لا اللغوي لان الفائدة الشرعية حيث أمكنت في لفظه عليه الصلاة والسلام قدم اعتبارها غالبا على الامر انه اتفق أن أدنى كمال الجمع لغة هو أدنى ما تحصل به السنة شرعا ولا بدع فيه ولو ترك التسبيح أصلا أو أتى به مرة واحدة كره كذا عن محمد ولو زاد على الثلاث فهو أفضل بعد أن يختم وتر خمس أو سبع أو تسع الا اذا كان اماما والقوم يملون من ذلك (قوله سمع الله لمن حمده) أي قبل يقال سمع الامير كلام زيد أي قبله فهو دعاء بقبول الحمد (قوله وقالا يقولها في نفسه) واتفقوا أن المؤتم لا يذكر التسميع وفي شرح الاقطع عن أبي حنيفة رضي الله عنه يجمع بينهما الامام والمأموم (قوله كان يجمع بين الذكرين) عن أبي هريرة رضي الله عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قام الى الصلاة يكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع ثم يقول سمع الله لمن حمده

(٢٧ — فتح القدير اول) واسجدوا بالقياس وهو لا يجوز (ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده) أي قبل الله حمد من حمده فان السماع يستعمل في القبول يقال سمع الامير كلام فلان اذا قبله والهاء في حمده قيل للسكتة والاستراحة وهو المنقول عن الثقات وقيل كناية (ويقول المؤتم ربنا لك الحمد وهو أظهر الروايات) وروى ربنا ولك الحمد وروى اللهم ربنا لك الحمد (ولا يقولها الامام عند أبي حنيفة وقالا يقولها في نفسه لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه سلم كان يجمع بين الذكرين) وكان غالب أحواله الامامة

وقوله (ولانه) أى الامام (حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد) ووجه الاستدلال ما قال (هذه قسمة وأنها تنافى الشركة) فان قيل هذا الحديث يعارض ما روى عن ابن مسعود أربع يخفيهن الامام وعد منها التحميد أجيب بأنه قال فى الاسرار انه غريب أو بأن الرجحان لحديث القسمة لانه مرفوع الى النبى صلى الله عليه وسلم برواية أبى موسى الاشعرى وفيه نظر لانه ان كان غريبا أو مرجوحا لم يكن حجة وقد تمسكنا به فى اخفاء التأمين فيما تقدم وقوله (ولهذا) أى ولان القسمة تنافى الشركة (لا يأتى المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعى ولانه يقع تحميده) أى تحميد الامام (بعد تحميد المقتدى) لان المقتدى يأتى بالتحميد حين يقول الامام التسميع فلا جرم يقع تحميده بعد تحميد المقتدى (وهو خلاف موضوع الامامة) وقوله (والذى رواه) يعنى أبا هريرة انه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين فهو (محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بين الذكرين فى الاصح) وقوله فى الاصح احتراز عن القولين (٢١٠) الآخرين المذكورين بعده أحدهما الاكتفاء بالتسميع والآخر الاكتفاء بالتحميد وجه الاكتفاء بالتسميع وهو رواية النوادر أن الامام يأتى بالتسميع والمنفرد امام نفسه لان عليه القراءة كما على الامام ووجه الاكتفاء بالتحميد وهو المذكور فى الجامع الصغير أن الجمع بين الذكرين يفضى الى وقوع الثانى فى حالة الاعتدال ولم يشرع لاعتدال الانتقال ذكر مسنون كما فى القعدة بين السجدتين قال يعقوب سألت أبا حنيفة عن الرجل يرفع رأسه من الركوع فى الفريضة أيقول اللهم اغفر لى قال يقول ربنا لك الحمد ويسكت وكذلك بين السجدتين يسكت ووجه الاصح وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ما قال فخر الاسلام ان الحديث صح أنه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بينهما وحملناه على حالة الانفراد لان المنفرد يأتى بالتسميع لما ذكرنا انه امام فى حق نفسه وهو حث على الحمد وحيث لا محب يجب عليه أن يجيب وقوله (والامام بالدلالة عليه آت به معنى) جواب عن قولهما لانه حرض غيره الخ ومعناه ان الدال على الخير كفاعله قال (ثم اذا استوى قائما كبر وسجد) اذا استوى المصلى من ركوعه كبر وسجد (أما التكبير والسجود فلما بينا) يعنى ما ذكر قبل هذا من أنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل خفض ورفع وما ذكره فى أول الباب من قوله اركعوا واسجدوا اعلم أن تعديل الاركان وهو الاستواء قائما بعد الركوع ويسمى قومة (والجلسة بين السجدتين والطمأنينة فى الركوع والسجود) أى القرار فيهما ليس بفرض (عند أبى حنيفة ومحمد

ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عليه السلام اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وأنها تنافى الشركة ولهذا لا يأتى المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدى وهو خلاف موضوع الامامة وما رواه محمول على حالة الانفراد (والمنفرد يجمع بينهما فى الاصح) وان كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة عليه آت به معنى قال (ثم اذا استوى قائما كبر وسجد) أما التكبير والسجود فلما بينا وأما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة فى الركوع والسجود وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

حين يرفع صلبه من الركوع ثم يقول وهو قائم ربنا ولك الحمد ثم يكبر حين يهوى ساجدا الحديث وفيه ترجيح مقارنة الانتقال بالتكبير كما هو فى الجامع الصغير وان التسميع يذكر حالة الانتقال والتحميد حالة القيام وعلى وفقه ذكر فى جامع التمرتاشى وقال فيه فان لم يأت بالتسميع حالة الرفع لا يأتى به حالة الاستواء وقيل يأتى بهما ثم هذا يؤيد ذلك الاشكال السابق فى القاعدة كل قيام فيه ذكر مسنون يسن فيه الاعتماد والا فلا ففى تفريعهم عليها عدم الاعتماد فى القومة نظر (قوله وله قوله عليه الصلاة والسلام) هذا بقية الحديث الذى قدمنا روايته لمالك فى عدم قول الامام آمين عنده ولفظه فيه واذا قال سمع الله لمن حمده بدون ذكر لفظ الامام لتقدم ذكره ثم الربط بالضمائر وجه منافاتها الشركة انه شارع فى بيان ما على المقتدى من المتابعة وقد جعله جملة جزاء شرط تسميع الامام فلو شرع له التسميع لم يكن الجزاء لان جزاء الشئ ليس عينه ولبينه لانه فى مقام التعليم وحينئذ ان أقنا ركن المعارضة كان هذا أرجح لان قوله مقدم على فعله عند التعارض لانه تشريع لا يحتمل الخصوصية بخلاف فعله وان جعنا دفعا للمعارضة كان بحمل الجمع على حالة الانفراد وان كان الظاهر من الحديث أن ذلك فى عموم صلاته (قوله والامام بالدلالة عليه آت به معنى) قال صلى الله عليه وسلم

(قوله أو بأن الرجحان لحديث القسمة لانه مرفوع الخ) أقول لك أن تقول الموقوف فى مثله له حكم المرفوع (قوله وفيه نظر لانه ان كان غريبا أو مرجوحا لم يكن حجة الخ) أقول مطلقا أو فيما اذا وجد دليل أقوى منه الاول ممنوع والثانى لا يضر ثم الظاهر أن المحكوم عليه بالغرابة فى الاسرار انما هو عد التحميد من تلك الاربع لا جميع الحديث ويشهد لذلك ترك المصنف ذكر الرابع فتأمل (قوله ولم يشرع لانتقال الاعتدال ذكر مسنون كما فى القعدة بين السجدتين) أقول والا كان حالة الاعتدال موضع الاعتماد

وقال أبو يوسف يفترض ذلك كله) ومقدار الطمأنينة بمقدار تسبيحة (وهو قول الشافعي رحمه الله) وفائدة الاختلاف تظهر في حق جواز الصلاة بدونه فعندهما يجوز وعند أبي يوسف لا يجوز ولم يذكر هذا الاختلاف في ظاهر الرواية وانما ذكره المعلى في نوادره واستدل أبو يوسف بحديث الاعرابي وهو قوله صلى الله عليه وسلم حين رآه ينقر نقر الديك قم فصل فانك لم تصل نفى كونه صلاة بترك التعديل فكان ركنا لان انتفاء غيره لا ينفيها ولهما قوله تعالى اركعوا واسجدوا والركوع هو (٢١١) الانحناء يقال ركعت النخلة اذا مالت والسجود هو الانخفاض وذلك يحصل بدون الطمأنينة فتتعلق الركنية بالادنى فيهما ولا تجوز الزيادة بخبر الواحد بطريق الفرضية لانه نسخ وموضعه أصول الفقه هذا ما يتعلق بالركوع والسجود وأما القومة والجلسة بين السجدتين فقد أشار اليهما بقوله وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود بل المقصود هو أداء الركن وقوله (وفي آخر ما روى) جواب عن حديث الاعرابي وتقريره أن النبي صلى الله عليه وسلم سمى ما صنعه الاعرابي صلاة حيث قال وما نقصت من هذا شيأ فقد نقصت من صلاتك فلو كان ترك التعديل مفسد الما سماه صلاة كما لو ترك الركوع أو السجود ولانه لو كان فاسدا كان الاشتغال به عبثا فكان تركه عليه الصلاة والسلام الى الفراغ منه حراما فكان الحديث مشتركا الالزام من الوجهين ثم اذا لم يكن التعديل عندهما فرضا فهل هو واجب أو سنة فاما الطمأنينة في الانتقال وهي القومة

وقال أبو يوسف رحمه الله يفترض ذلك كله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام قم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي حين أخف الصلاة ولهما أن الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة فتتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روى تسميته اياه صلاة حيث قال وما نقصت من هذا شيأ فقد نقصت من صلاتك

وسلم الدال على الخير كفاعله (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم قم فصل الخ) في الصحيحين ان أعرابيا دخل المسجد فصلى ركعتين ثم جاء فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ارجع فصل فانك لم تصل فرجع فصلى كما صلى ثم جاء فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم فقال له ارجع فصل فانك لم تصل فقال له في الثالثة والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره فعلمني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا قمت الى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم افعل ذلك في صلاتك كلها حتى تقضيها واسم الاعرابي خلاد بن رافع رضي الله عنه (قوله ولهما ان الركوع) يعني الركوع هو المطلوب بالنص جزء للصلاة وكذا السجود بقوله تعالى اركعوا واسجدوا والاجمال فيهما يفتقر الى البيان ومسماهما يتحقق بمجرد الانحناء ووضع بعض الوجه مما لا يعد سخرية مع الاستقبال فخرج الذقن والخد والطمأنينة دوام على الفعل لانفسه فهو غير المطلوب به فوجب أن لا تتوقف الصحة عليها بخبر الواحد والا كان نسخا لاطلاق القاطع به وهو ممنوع عندنا مع أن الخبر يفيد عدم توقف الصحة عليه وهو قوله صلى الله عليه وسلم وما انتقصت من هذا شيأ فقد انتقصت من صلاتك أخرج هذه الزيادة أبو داود والترمذي والنسائي في حديث المسيء صلاته فأبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه والترمذي عن رفاعة بن رافع قال فيه فاذا فعلت ذلك فقد تمت صلاتك وان انتقصت منه شيأ انتقصت من صلاتك وقال حديث حسن وجه الاستدلال على رأي المصنف تسميتها صلاة والباطلة ليست صلاة وعلى رأي غيره وصفها بالنقص والباطلة انما توصف بالانعدام فعلم انه عليه الصلاة والسلام انما أمره باعادتها ليوقعها على غير كراهة لا للفساد ومما يدل عليه لو لم تكن هذه الزيادة تركه صلى الله عليه وسلم اياه بعد أول ركعة حتى أتم ولو كان عدمها مفسد الفسدت باول ركعة وبعد الفساد لا يحل المضي في الصلاة وتقريره عليه الصلاة والسلام من الادلة الشرعية وحينئذ وجب حمل قوله عليه الصلاة والسلام فانك لم تصل على الصلاة الخالية عن الاثم على قول الكرخي أو المسنونة على قول الجرجاني والاول أولى لان المجاز حينئذ في قوله لم تصل يكون أقرب الى الحقيقة ولان المواظبة دليل الوجوب وقد سئل محمد عن تركها فقال اني أخاف ان لا تجوز الصلاة وعن السرخسي من ترك الاعتدال تلزمه الاعادة ومن المشايخ من قال تلزمه ويكون الفرض هو الثاني ولا اشكال في وجوب الاعادة اذ هو الحكم في كل صلاة أديت مع كراهة التحريم ويكون جابرا للاول لان الفرض لا يتكرر وجعله الثاني يقتضي عدم سقوطه بالاول وهو لازم ترك الركن لا الواجب الا أن يقال المراد ان ذلك امتنان من الله تعالى اذ يحتسب

(قال المصنف وقال أبو يوسف يفترض ذلك) أقول أي يفترض المذكور أو المجموع (قال المصنف فتتعلق الركنية بالادنى فيهما) أقول لان الامر بالفعل لا يقتضي الدوام ثم أقول فيه بحث لانه لم لا يصرف المطلق الى الكامل فان بها يكمل الركن على ما ذكر في وجه التحريمين (قال المصنف وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود) أقول بل المقصود هو أداء الركن ثم قوله وكذا في الانتقال عطف على ما قبله على المعنى (قال المصنف وما نقصت من هذا شيأ) أقول أي مما رأيته

ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمأنينة فى تخريج الجرجانى وفى تخريج الكرخى واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها ساهيا عنده (ويعتمد بيديه على الارض) لان وائل بن حجر رضى الله عنه وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته قال (ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء أذنيه) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك قال (وسجد على أنفه وجبهته) لان النبى عليه السلام واظب عليه

الكامل وان تأخر عن الفرض لما علم سبحانه انه سيوقعه (قوله ثم القومة والجلسة) أى بين السجدتين سنة عندهما أى باتفاق المشايخ بخلاف الطمأنينة على ما سمعت من الخلاف وعند أبى يوسف هذه الفرائض للمواظبة الواقعة بياناً وأنت علمت حال الطمأنينة وينبغى أن تكون القومة والجلسة واجبتين للمواظبة ولما روى أصحاب السنن الاربعة والدارقطنى والبيهقى من حديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم لا تجزئ صلاة لا يقيم الرجل فيها ظهره فى الركوع والسجود قال الترمذى حديث حسن صحيح ولعله كذلك عندهما ويدل عليه ايجاب سجود السهو فيه فيما ذكر فى فتاوى قاضيخان فى فصل ما يوجب السهو قال المصلى اذا ركع ولم يرفع رأسه من الركوع حتى خر ساجداً ساهياً تجوز صلاته فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه سجود السهو ويحمل قول أبى يوسف رحمه الله انها فرائض على الفرائض العملية وهى الواجبة فيرتفع الخلاف ثم وجه تخريج الجرجانى كون الزائد على مسمى الركن لا يتناوله الامر فيكتفى فيه بالاستنان ووجه تفصيل الكرخى اظهار التفاوت بين مكمل الركن المقصود لنفسه ومكمل ما هو مقصود لغيره أعنى الانتقال وذلك بوجوب الاول واستنان الثانى وأنت علمت أن مقتضى الدليل فى كل من الطمأنينة والقومة والجلسة الوجوب (قوله لان وائل بن حجر وصف الخ) كونه من حديث وائل غريب وانما رواه أبو يعلى عن أبى اسحق قال وصف لنا البراء بن عازب السجود فسجد فادعم على كفيه ورفع عجيزته وقال هكذا كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله ووضع وجهه بين كفيه الخ) فى مسلم من حديث وائل بن حجر انه عليه الصلاة والسلام سجد ووضع وجهه بين كفيه انتهى ومن يضع كذلك تكون يداه حذاء أذنيه فيعارض ما فى البخارى من حديث أبى حميد أنه صلى الله عليه وسلم لما سجد وضع كفيه حذو منكبيه ونحوه فى أبى داود والترمذى ويقدم عليه بأن فليح بن سليمان الواقع فى مسند البخارى وان كان الراجح تثبيته لكن قد تكلم فيه فضعفه النسائى وابن معين وأبو حاتم وأبو داود ويحيى القطان والساجى وقد روى اسحق بن راهويه فى مسنده قال أخبرنا الثورى عن عاصم بن كليب عن أبيه عن وائل بن حجر قال رمقت النبى صلى الله عليه وسلم فلما سجد وضع يديه حذاء أذنيه وروى عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا الثورى به ولفظه كانت يداه حذاء أذنيه وأخرج الطحاوى عن حفص بن غياث عن الحجاج عن أبى اسحق قال سألت البراء بن عازب أين كان النبى صلى الله عليه وسلم يضع جبهته اذا صلى قال بين كفيه ولو قال قائل ان السنة أن يفعل أيهما تيسر جمعاً للمرويات بناء على أنه كان صلى الله عليه وسلم يفعل هذا أحياناً وهذا أحياناً الا أن بين الكفين أفضل لان فيه من تخليص المجافاة المسنونة ما ليس فى الآخر كان حسناً (قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم واظب عليه) يفيده ما رواه أبو داود والنسائى واللفظ لهما والترمذى انه عليه الصلاة والسلام كان اذا سجد مكن أنفه وجبهته من الارض ونحى يديه عن جنبيه ووضع كفيه حذو منكبيه وما رواه أبو يعلى والطبرانى كان عليه الصلاة والسلام يضع أنفه على الارض مع جبهته وما

والجلسة فهى سنة عندهما (وأما الطمأنينة) فى الركوع والسجود (ففى تخريج الجرجانى سنة وفى تخريج الكرخى واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده) وجه الجرجانى أن هذه طمأنينة مشروعة لا كمال ركن وكل ما هو كذلك فهو سنة كالطمأنينة فى الانتقال ووجه الكرخى أن هذه الطمأنينة مشروعة لا كمال ركن مقصود بنفسه وكل ما هو كذلك فهو واجب كالقراءة بخلاف الانتقال فانه ليس بمقصود كما تقدم ثم قيل فى كيفية السجود والقيام منه أن يضع أولا ما كان أقرب الى الارض عند السجود وأن يرفع أولا ما كان الى السماء أقرب فيضع أولا ركبتيه ثم يديه ثم وجهه وقال بعضهم يضع أنفه ثم جبهته ويرفع أولا وجهه ثم يديه ثم ركبتيه وقوله (ويعتمد بيديه على الارض) ظاهر ومعنى ادعم على راحتيه اتكأ وهو افتعال من دعمت الشئ أى جعلته دعامة وقوله (وسجد على أنفه وجبهته) تقديم الانف على الجبهة باعتبار أن الانف أقرب الى الارض فيضعه أولا لما مر

(قال المصنف ويعتمد بيديه على الارض) أقول يعنى فى حال السجود (قال المصنف ورفع عجيزته) أقول العجيزة العجز وهى للمرأة خاصة فاستعارها للرجل كذا فى نهاية ابن الاثير وأما فى القاموس العجز مثلثة وكندس وكنف مؤخر الشئ ويؤنث الخ

وقوله (فان اقتصر على أحدهما) يعنى أن الذى اقتصر عليه ان كان الجبهة جاز باتفاق علمائنا خلافا للشافعى وان كان الانف (جاز عند أبى حنيفة) ويكره ولم يجز عندهما الا من عذر وهو رواية أسد بن عمرو عن أبى حنيفة لقوله عليه السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة أى على اليدين والركبتين والقدمين والجبهة قيل كيف يستقيم الاستدلال بهذا الحديث فانه لو ترك وضع الركبتين واليدين جازت سجدته بالاجماع وهذه الاربعة من تلك السبعة وأجيب بان الاستدلال بهذا الحديث انما هو على أن محل السجدة هذه الاعضاء لا على أن وضعها لازم لامحالة والانف غير هذه الاعضاء المذكورة فلا يكون محلا للسجدة ولابى حنيفة أن السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لان وضع جميعه غير ممكن لان الانف والجبهة عظمان ناتئان يمنعان وضع جميع الوجه وهذا ظاهر واذا تعذر وضع الكل كان المأمور به وضع البعض الا أن الخد والذقن خرجا بالاجماع اذ التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقى الانف والجبهة والجبهة تصلح محلا للسجود فكذلك الانف وهذا لان الانف لا يخلو اما أن يكون محلا للفرض أولا سبيل الى الثانى لان الفرض ينتقل اليه بالاتفاق عند العذر ولو لم يكن محلا لم ينتقل كالذقن بل ينتقل الفرض الى الايماء كالو كان بهما عذر فتعين الاول ويجوز الاقتصار عليه كالجبهة والمذكور فيما روى من الخبر هو الوجه فى المشهور فيكون الانف والجبهة داخلين على السواء ولو اكتفى بالجبهة جاز فكذا لو اكتفى بالانف

(فان اقتصر على أحدهما جاز عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الاقتصار على الأنف الا من عذر) وهو رواية عنه لقوله عليه السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة ولابى حنيفة رحمه الله ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المأمور به الا أن الخد والذقن خارج بالاجماع والمذكور فيما روى الوجه فى المشهور

فى البخارى من حديث أبى حميد السابق فان فيه ثم سجد فأمكن أنفه وجبهته من الارض (قوله فان اقتصر على أحدهما جاز عند أبى حنيفة رحمه الله) فان كان الانف كره وان كان الجبهة ففى التحفة والبدائع لا يكره عنده وفى المفيد والمزيد وضع الجبهة وحدها أو الانف وحده يكره ويجزئ عنده وعند صاحبيه لا يتأدى الا بوضعهما الا لعذر قيل فيه نظر فانه لم يجز الاقتصار على الجبهة عندهما وهو خلاف المشهور ففى النهاية ان وضع الجبهة يتأدى به الفرض باجماع الثلاثة وهو ظاهر من الهداية حيث قال بعد قوله فان اقتصر على أحدهما جاز عنده وقالا لا يجوز الاقتصار على الأنف الا من عذر ولم يقل على أحدهما أو عليه والحديث المذكور فى الكتب الستة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أسجد على سبعة أعظم على الجبهة واليدين والركبتين وأطراف القدمين ورواية وأشار بيده الى أنفه غير ضائرة فان العبرة للفظ الصريح والاشارة الى الجبهة تقع بتقريب اليدين الى جهة الأنف للتقارب ثم المعتبر وضع ما صلب من الأنف لا ما لان (قوله وهو المأمور به) أى المأمور به فى كتاب الله تعالى السجود وهو وضع بعض الوجه مما لا سخرية فيه وهو يتحقق بالأنف فتوقيف أجزائه على وضع آخر معه زيادة بخبر الواحد مع اشتهار الوجه فيما روى فى سنن الاربعة عن العباس ابن عبد المطلب أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا سجد العبد سجد معه سبعة آراب وجهه وكفاه وركبتاه وقدماه ورواه البزار بلفظ أمر العبد أن يسجد على سبعة آراب وقول البزار روى هذا الحديث سعد وابن عباس وأبو هريرة وغيرهم ولا نعلم أحدا قال آراب الا العباس ممنوع فان ابن عباس وسعدا قالاه كالعباس فى أبى داود عن ابن عباس يرفعه أمرت أن أسجد وربما قال أمر نبيكم أن يسجد على سبعة آراب وروى أبو يعلى والطحاوى عن سعد بن أبى وقاص عنه صلى الله عليه وسلم قال أمر العبد أن يسجد على سبعة آراب وزاد أيهما لم يضعه فقد انتقص وفيه زيادة الدلالة على الصحة بتقدير ترك أحدهما فهو شاهد لابى حنيفة والآراب الاعضاء واحدها ارب والحق أن ثبوت رواية الوجه أو الاراب لا تقدح فى صحة رواية الجبهة لانها أولا لا تعارض الوجه بل حاصلها بيان ما هو المراد بالوجه للقطع بأن مجموعه غير مراد لعدم ارادة الخد والذقن فكانت مبينة للمراد وقد روى أبو حنيفة نفسه هذا الحديث بطرق وألفاظ منها بسنده الى أبى سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الانسان يسجد على سبعة أعظم جبهته ويديه وركبتيه وصدور قدميه فالحق أن مقتضاه ومقتضى المواظبة المذكورة الوجوب ولا يبعد أن يقول به أبو حنيفة وتحمل الكراهة المروية عنه على كراهة التحريم وعلى هذا فجعل بعض المتأخرين الفتوى على الرواية الأخرى الموافقة لقولهما لم يوافقه دراية ولا القوى من الرواية هذا ولو حمل قولهما لا يجوز الاقتصار الا من عذر على وجوب الجمع كان أحسن

(قال المصنف لقوله عليه السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم) أقول أراد بها سبعة أعضاء (قال المصنف وعد منها الجبهة) أقول لا الانف (قوله وأجيب بأن الاستدلال بهذا الحديث انما هو على أن محل السجدة هذه الاعضاء لا على أن وضعها لازم لامحالة) أقول لكن لفظ أمرت يدل على وجوبه

و وضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري رحمه الله انه فريضة في السجود قال (فان سجد على كور عمامته أو فاضل ثوبه جاز) لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسجد على كور عمامته ويروى أنه صلى الله عليه وسلم صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها

اذ يرتفع الخلاف بناء على حملنا الكراهة عنه عليه من كراهة التحريم ولم يخرجا عن الاصول اذ يلزمهما الزيادة بخبر الواحد وهما يمنعان ﴿فروع﴾ يجوز السجود على الحشيش والتبن والقطن والطنفسة ان وجد حجم الارض وكذا الثلج الملبد فان كان بحال يغيب فيه وجهه ولا يجد الحجم لا وعلى العجلة على الارض تجوز كالسرير لا ان كانت على البقر كالبساط المشدود بين الاشجار وعلى العرزال والحنطة والشعير يجوز لا على الدخن والارز لعدم الاستقرار وعلى ظهر مصل صلاته للضرورة لا من هو في غيرها أو ليس في الصلاة لعدم الضرورة فلو ارتفع موضع السجود عن موضع القدمين قدر لبنة أو لبنتين منصوبتين جاز لا ان زاد (قوله سنة عندنا) بناء على ان لفظ أمرت مستعمل فيما هو أعم من الندب والوجوب وهو معنى طلب مني ذلك ثم هو في الجبهة وجوب وفي غيرها معها ندب أو في الندب بخصوصه بناء على أن السنة السجود على الجبهة وهذا على قول الشافعية القائلين بأن قول الراوي أمرنا ونهينا يحمل على الندب والكراهة بناء على أن الاول حقيقة في كل منه ومن الوجوب والثاني فيه وفي التحريم فيحمل على المتيقن بخلاف صيغتي الامر والنهي بعينهما فانهما للوجوب والتحريم فقط وأما على قولنا فلا اذ قد استدل أصحابنا على التحريم بلفظ نهى نحو نهى عن السلم في الحيوان بناء على انه اخبار عن تحقق صيغة النهي وحقيقتها التحريم اتفاقا فيثبت التحريم بالمخبر عنه أعني الصيغة لا بنفس لفظ نهى وأمر فيحتاج الى صارف عن الوجوب وليس يظهر الا ظهور أن المراد السجود وهو يحصل بدون ذلك وبهذه الكيفية غير أنه بهذه الكيفية أزين فيكون سنة ولقائل أن يقول هذا محتمل في الصرف اذ يجوز أن يطلب ما هو زينة السجود حتما فلا يعدل عن الوجوب نعم لا يكون فرضا كيف والظاهر المواظبة منه عليه الصلاة والسلام عليه هذا ومختار الفقيه أبي الليث على ما أسلفناه عنه في أوائل باب الانجاس من أن المصلي اذا لم يضع ركبتيه على الارض لا يجزئه وانه رد رواية عدم وجوب طهارة مكان الركبتين في الصلاة فهو يشير الى الافتراض وما اخترته من الوجوب ولزوم الاسم بالترك مع الاجزاء كترك الفاتحة أعدل ان شاء الله تعالى وأما افتراض وضع القدم فلان السجود مع رفعهما بالتلاعب أشبه منه بالتعظيم والاجلال ويكفيه وضع اصبع واحدة وفي الوجيز وضع القدمين فرض فان وضع احداهما دون الاخرى جاز ويكره (قوله فان سجد على كور عمامته) روى أبو نعيم من حديث ابن عباس في الحلية في ترجمة ابراهيم بن أدهم حدثنا أبو يعلى الحسين بن محمد الزبيري حدثنا أبو الحسن عبد الله بن موسى الحافظ الصوفي البغدادي حدثنا الاحق حدثنا الحسن بن علي الدمشقي حدثنا محمد ابن فيروز المصري حدثنا بقية بن الوليد حدثنا ابراهيم بن أدهم عن أبيه أدهم بن منصور العجلي عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسجد على كور عمامته ورواه الطبراني في الاوسط بسنده عن عبد الله بن أبي أوفى قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد على كور عمامته ورواه ابن عدي في الكامل من حديث عمرو بن شمر عن جابر الجعفي عن عبد الرحمن بن سابط عن جابر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد على كور العمامة وقد ضعف عمرو بن شمر وجابر الجعفي كذاب ورواه الحافظ أبو القاسم تمام بن محمد الرازي في فوائده حدثنا محمد بن ابراهيم بن عبد الرحمن أخبرنا أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن بن أبي حصين الانطرسوسي حدثنا كيد بن

(ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما) لان الساجد اسم لمن وضع الوجه على الارض وقد روى انه صلى الله عليه وسلم قال مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي وهو مكتوف فالتمثيل يدل على نفي الكمال دون الجواز وقوله عندنا احتراز عن قول زفر وهو قول الشافعي ومختار الفقيه أبي الليث انه واجب لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء والجواب ما تقدم أن هذا الحديث يدل على محل السجدة لا على أن وضع الجميع لازم (وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري أنه فرض في السجود) فاذا سجد ورفع أصابع رجليه عن الارض لا يجوز كذا ذكره الكرخي والجصاص ولو وضع احداهما جاز قال قاضيخان ويكره وذكر الامام التمرتاشي ان اليدين والقدمين سواء في عدم الفرضية وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الاسلام في مبسوطه وهو الحق وقوله (وان سجد على كور عمامته) ظاهر وكور العمامة دورها وكل دور كور والضبع بالسكون لا غير العضد

(و يبدى ضبعيه) لقوله عليه السلام وأبد ضبعيك و يروى وأبدن من الابداد وهو المد والاول من الابداء وهو الاظهار (ويجافى بطنه عن فخذيه) لانه عليه السلام كان اذا سجد جافى حتى ان بهمة لو أرادت أن تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان فى الصف لا يجافى كى لا يؤذى جاره (ويوجه أصابع رجليه نحو القبلة) لقوله عليه السلام اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من أعضائه القبلة ما استطاع (و يقول فى سجوده سبحان ربى الاعلى ثلاثا وذلك أدناه)

عبيد حدثنا سويد بن عبد العزيز بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يسجد على كور العمامة وأخرجه البيهقى فى سننه عن هشام عن الحسن قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجدون وأيديهم فى ثيابهم ويسجد الرجل منهم على عمامته وذكره البخارى فى صحيحه تعليقا فقال وقال الحسن كان القوم يسجدون على العمامة والقلنسوة ويداه فى كميه وروى ابن أبى شيبة حدثنا شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى فى ثوب واحد يتقى بفضوله حر الارض وبردها ورواه أحمد واسحق بن راهويه وأبو يعلى والطبرانى وابن عدى فى الكامل وأعله بحسين بن عبد الله وضعفه عن ابن معين والنسائى والمدينى قال وهو عندى ممن يكتب حديثه فانى لم أجد له حديثا منكرا وهو حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن العباس ابن عبد المطلب وبمعناه ما أخرجه الستة عن أنس كنا نصلى مع النبى صلى الله عليه وسلم فى شدة الحر فاذا لم يستطع أحدنا أن يمكن وجهه من الارض بسط ثوبه فسجد عليه والاتفاق على أن الحائل ليس بمانع من السجود ولم يرد ما نحن فيه الا بكونه متصلا به وبمنع تأثير ذلك فى الفساد لو تجرد عن المنقولات فكيف وفيه ما سمعت وان تكلم فى بعضها كفى البعض الآخر ولو تم تضعيف كلها كانت حسنة لتعدد الطرق وكثرتها وقد روى من غير الوجوه التى ذكرناها أيضا ويكفى ما نقله الحسن البصرى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه يقوى ظن صحة المرفوعات اذ ليس معنى الضعيف الباطل فى نفس الامر بل ما لم يثبت بالشروط المعتبرة عند أهل الحديث مع تجويز كونه صحيحا فى نفس الامر فيجوز أن تقترن قرينة تحقق ذلك وان الراوى الضعيف أجاد فى هذا المتن المعين فيحكم به مع أن اعتبار التبعية فى الحائل يقتضى عدم اعتباره حائلا فيصير كأنه سجد بلا حائل ولا يجوز مس المصحف بكمه كما لا يجوز بكفه ولو بسط كمه على نجاسة فسجد عليه لا يجوز فى الاصح وان كان المرغينانى صحح الجواز فليس بشئ هذا وما ذكر فى التجنيس من علامة الميم انه يكره السجود على كور العمامة لما فيه من ترك التعظيم لا يراد به أصل التعظيم والا لم يصح بل نهايته وهذا لان الركن فعل وضع للتعظيم ولان المشاهد من وضع الرجل الجبهة فى العمامة على الارض ناكسا لغيره عده تعظيما أى تعظيم هذا فى الحائل التابع أما الحائل الذى هو بعضه فقد اختلفوا فيه فلو سجد على كفه وهى على الارض قيل لا يجوز وصحح الجواز أو على فخذه قيل لا يجوز ولو بعذر وقيل يجوز بلا عذر وليس بشئ يلتفت اليه بل لا يحل عندى نقله كى لا يشتهر وصحح الجواز بعذر لا بدونه وعلى ركبتيه لا يجوز فى الوجهين ولم نعلم فيه خلافا لكن ان كان بعذر كفاه باعتبار ما فى ضمنه من الايماء وكان عدم الخلاف فيه لكون السجود يقع على حرف الركبة وهو لا يأخذ قدر الواجب من الجبهة فى التجنيس لو سجد على حجر صغير ان كان أكثر الجبهة على الارض يجوز والا فلا والذى ينبغى ترجيح الفساد على الكف والفخذ (قوله وأبد ضبعيك) غريب وانما رواه عبد الرزاق عن ابن عمر قال أخبرنا سفيان الثورى عن آدم بن على البكرى قال رآنى ابن عمر وأنا أصلى لا أنجافى عن الارض بذراعى فقال يا ابن أخى لا تبسط بسط السبع وادعم على راحتيك وأبد ضبعيك فانك اذا فعلت ذلك سجد كل عضو منك ورفعه ابن حبان بلفظ وجاف عن ضبعيك (قوله اذا سجد جافى) أخرجه مسلم كان اذا سجد جافى حتى لو شاءت بهمة أن تمر بين يديه لمرت ورواه الحاكم والطبرانى

(ويجافى بطنه) أى يباعد والبهمة ولد الشاة بعد السخلة فان أول ما تضعه سخلة ثم يصير بهمة

وقوله (واذا سجد أحدكم) بالواو معطوف على اذا ركع أحدكم لانهما فى حديث واحد وقوله (ثم يرفع رأسه ويكبر) الرفع فريضة كما أن السجدة الثانية فرض فلابد من رفع الرأس ليتحقق الانتقال اليها والتكبير سنة وقوله (لمارو بنا) اشارة الى قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وقوله (وتكلموا) أى المشايخ (فى مقدار الرفع) فقال بعضهم اذا زايل جبهته عن الارض ثم أعادها جاز ذلك عن السجدتين وقال الحسن بن زياد اذا رفع رأسه من الارض بقدر ما تجرى فيه الريح جاز وهو قريب من الاول وقال محمد بن سلمة لايكون عنهما مالم يرفع جبهته مقدار ما يقع عند الناظر أنه رفع رأسه ليسجد أخرى فان فعل ذلك جاز عن السجدتين والا يكون عن سجدة واحدة

وفى القدورى انه يكتفى بأدنى ماينطلق عليه اسم الرفع وجعل شيخ الاسلام هذا أصح وقال لان الواجب هو الرفع فاذا وجد أدنى ماينتاوله اسم الرفع بان رفع جبهته كان مؤديا لهذا الركن قال المصنف (والاصح انه اذا كان الى السجود أقرب لايجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس أقرب جاز لانه يعد جالسا فتتحقق السجدة الثانية) يعنى بعد ذلك المقدار من الرفع وهو المروى عن أبى حنيفة ذكره فى شرح الطحاوى وتكلم مشايخنا فى كون الركوع فى كل ركعة مرة والسجود مرتين فذهب أكثرهم الى أنه توقيفى واتباع للشرع من غير أن يعقل له معنى وقد تعبدنا الشرع بما لانعقل له معنى تحقيقا للابتلاء ومنهم من ذكر لذلك حكمة فقال انما كان السجود مثنى ترغيما للشيطان فانه أمر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيما له واليه أشار صلى الله عليه وسلم فى سجود السهو فقال هما ترغيما للشيطان وقيل فى السجدة الاولى يشير الى انه خلق من الارض وفى الثانية يشير الى انه يعاد اليها قال الله تعالى منها خلقناكم وفيها نعيدكم وقوله (وقد ذكرناه) قيل أراد به قوله كان يكبر عند كل خفض ورفع والمناسب لذلك أن يقول مارو بنا ولعله اشارة الى قوله لمارو بنا وقوله (ولايقعد) أى لا يجلس جلسة خفيفة

لقوله عليه السلام واذا سجد أحدكم فليقل فى سجوده سبحان ربى الاعلى ثلاثا وذلك أدناه أى أدنى كمال الجمع ويستحب أن يزيد على الثلاث فى الركوع والسجود بعد أن يختم بالوتر لانه عليه السلام كان يختم بالوتر وان كان اماما لايزيد على وجه يمل القوم حتى لايؤدى الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلايزاد على النص (والمرأة تنخفض فى سجودها وتلزق بطنها بفخذيها) لان ذلك أستر لها قال (ثم يرفع رأسه ويكبر) لمارو بنا (فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد) لقوله عليه السلام فى حديث الاعرابى ثم ارفع رأسك حتى تستوى جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد أخرى أجزأه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه وتكلموا فى مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود أقرب لايجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس أقرب جاز لانه يعد جالسا فتتحقق الثانية قال (فاذا اطمأن ساجدا كبر) وقد ذكرناه (ويستوى قائما على صدور قدميه ولايقعد

وقالا فيه بهيمة وعلى الباء ضمة بخط بعض الحفاظ على تصغير بهمة قيل وهو الصواب وفتحها خطأ (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم اذا سجد الخ) المحفوظ رواية ذلك من فعله وقد تقدم فى بعض ما أسلفناه وفى البخارى فى حديث أبى حميد كنت أحفظكم لصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فاذا سجد وضع يديه غير مفترش ولا قابضهما واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة (قوله لانه صلى الله عليه وسلم كان يختم بالوتر) غريب والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله فلايزاد على النص) عدم الزيادة لايستلزم القول بالسنية لجواز الوجوب والمواظبة والامر من قوله فليقل أجعلوها بقتضيه الانصراف بخلاف قول أبى مطيع بافتراضها فانه مشكل جدا وقيل فى الصارف انه عدم ذكرها للاعرابى عند تعليمه فيكون أمر استحباب قالوا ويكره تركها ونقصها من الثلاث والتصريح بأنه أمر استحباب يفيد أن هذه الكراهة كراهة تنزيه (قوله لمارو بنا) أى من أنه كان يكبر عند كل خفض ورفع (قوله والاصح) روى عن أبى حنيفة ان كان الى القعود أقرب جاز والافلا وعنه اذا رفع قدر ما تمر الريح بينه وبين الارض جاز وروى أبو يوسف عنه ان رفع قدر ما يسمى رافعا جاز قال فى المحيط هو الاصح وتعليل المصنف مختاره بأنه يعد يقتضى اعتباره أن تلك الرواية هى رواية أبى يوسف فى المعنى واختيارها اختيارها وقال ابن مقاتل اذا رفع بحيث لايشكل على الناظر أنه رفع جاز فان أراد الناظر عن بعد فهو معنى مختار المصنف والا فهو معنى الرواية الثانية ثم اعتقادى أنه اذا لم يستو صلبه فى الجلسة والقومة فهو

(ولا يعتمد بيديه على الارض) بل على ركبتيه (وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض) له ما روى في حديث مالك بن الحويرث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع رأسه من السجود قعد ثم نهض (ولنا حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه وما رواه محمول على

فعله عليه السلام في حال الكبر) يعني فعل ذلك حين ما كبر وأسن على ما روى عنه انه عليه الصلاة والسلام كان يقول لا تبادرونى بالركوع والسجود فاني قد بدنت وما رويناه محمول على حال القدرة فيوفق بين الاخبار من هذا الوجه أو نترك الاخبار كلها للتعارض ويعمل بالقياس وهو قوله في الكتاب ولان هذه قعدة استراحة لانه لا يأتي بها للفصل فان الفصل بالقعدة انما شرع اما بين السجدتين أو بين الشفعين ولا حاجة الى واحد منهما والصلاة ما وضعت لها قال (ويفعل في الثانية مثل ما فعل في الاولى) يفعل المصلي في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الاولى (لانه) أي الركعة الثانية وذكر الضمير باعتبار الخبر (تكرار الاركان) والتكرار يقتضي اعادة الاول (الا أنه لا يستفتح) قيل أي لا يقول سبحانك اللهم الخ ويسمى هذا دعاء الاستفتاح (ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة) لان رواة صلاة النبي عليه الصلاة والسلام ما رووه الا مرة واحدة (ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى) وقال الشافعي يرفعهما عند الركوع وعند رفع الرأس منه لما روى في حديث ابن عمر وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك ولنا ما روى الطحاوي باسناده الى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي عليه الصلاة والسلام

ولا يعتمد بيديه على الارض) وقال الشافعي رحمه الله يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روى أن النبي عليه السلام فعل ذلك ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلاة ما وضعت لها (ويفعل في الركعة الثانية مثل ما فعل في الاولى) لانه تكرار الاركان (الا أنه لا يستفتح ولا يتعوذ) لانهما لم يشرعا الا مرة واحدة (ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى) خلافا للشافعي رحمه الله في الركوع والرفع منه لقوله عليه السلام

فهو آت مما تقدم (قوله ولا يعتمد بيديه على الارض) ولكن على ركبتيه (قوله فعل ذلك) في البخاري عن مالك بن الحويرث أنه رأى النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعدا (قوله ولنا حديث أبي هريرة) أخرجه الترمذي عن خالد بن اياس عن صالح مولى التوأمة عن أبي هريرة قال كان النبي صلى الله عليه وسلم ينهض في الصلاة على صدور قدميه قال الترمذي حديث أبي هريرة عليه العمل عند أهل العلم وخالد بن إياس ويقال ابن إياس ضعيف عند أهل الحديث وكذا أعله ابن عدي به قال وهو مع ضعفه يكتب حديثه قال ابن القطان والذي أعل به خالد موجود في صالح وهو الاختلاط فلا معنى للتخصيص انتهى بالمعنى وقول الترمذي العمل عليه عند أهل العلم يقتضي قوة أصله وان ضعف خصوص هذا الطريق وهو كذلك أخرج ابن أبي شيبة عن ابن مسعود انه كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه ولم يجلس وأخرج نحوه عن علي وكذا عن ابن عمر وابن الزبير وكذا عن عمر وأخرج عن الشعبي قال كان عمر وعلي وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ينهضون في الصلاة على صدور أقدامهم وأخرج عن النعمان بن أبي عياش أدركت غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان اذا رفع أحدهم رأسه من السجدة الثانية في الركعة الاولى والثالثة نهض كما هو ولم يجلس وأخرجه عبد الرزاق عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وأخرجه البيهقي عن عبد الرحمن بن يزيد أنه رأى ابن مسعود فذكر معناه فقد اتفق أكابر الصحابة الذين كانوا أقرب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأشد اقتفاء لاثره وألزم لصحبته من مالك بن الحويرث رضي الله عنه على خلاف ما قال فوجب تقديمه ولذا كان العمل عليه عند أهل العلم كما سمعته من قول الترمذي وعن ابن عمر انه نهى صلى الله عليه وسلم أن يعتمد الرجل على يديه اذا نهض في الصلاة رواه أبو داود وفي حديث وائل انه صلى الله عليه وسلم اذا نهض اعتمد على فخذيه والتوفيق أولى فيحمل ما رواه على حالة الكبر ولما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تبادرونى في ركوع ولا سجود فان مهما أسبقكم به اذا ركعت تدركوني اذا سجدت انى قد بدنت أخرجه أبو داود هذا ويكره تقديم احدى الرجلين عند النهوض ويستحب الهبوط باليمين والنهوض بالشمال (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) غريب بهذا اللفظ وقد روى الطبراني بسنده عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن حين يفتتح الصلاة وحين يدخل المسجد الحرام فينظر الى البيت وحين يقوم على المروة وحين يقف مع الناس عشية عرفة وبجمع والمقامين حين يرمي الجمرة وذكره البخاري معلقا في كتابه المفرد في رفع اليدين فقال وقال وكيع عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن

قال (لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن) فى افتتاح الصلاة وفى التكبير للقنوت فى الوتر وفى العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبجمع وعرفات وعند المقامين عند الجمرتين) أراد بهما الاولى والوسطى دون العقبة والمتنازع فيه ليس من ذلك وما رواه محمول على الابتداء أى انه كان ثم نسخ كذا نقل عن عبد الله بن الزبير رضى الله عنه روى عنه انه رأى رجلا يصلى فى المسجد الحرام يرفع يديه فى الصلاة عند الركوع وعند رفع الرأس منه فلما فرغ من صلاته قال له لا تفعل فان هذا شئ فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه وفى المسئلة حكاية روى أن الاوزاعى لقى أبا حنيفة رحمهما الله فى المسجد الحرام فقال ما بال أهل العراق لا يرفعون أيديهم عند الركوع وعند رفع الرأس منه وقد حدثنى الزهرى عن سالم عن ابن عمر أنه عليه السلام كان يرفع يديه عندهما فقال أبو حنيفة حدثنى حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال الاوزاعى عجبا من أبى حنيفة أحدثه بحديث الزهرى عن سالم وهو يحدثنى بحديث حماد عن ابراهيم فرجح حديثه بعلو اسناده فقال أبو حنيفة أما حماد فكان أفقه من الزهرى وابراهيم كان أفقه من سالم ولولا سبق ابن عمر لقلت بأن علقمة أفقه منه وأما عبد الله فعبد الله فرجح حديثه بفقه الرواة وهو المذهب فان الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الاسناد والكلام فى هذا الموضع كثير وهذا المختصر لا يحتمله خلا أن المعتمد على الرواة ورواة أخبارنا البدريون من أصحاب بعضه رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين كانوا يلون النبى صلى الله عليه وسلم فى الصلاة وروايته ابن عمر ووائل بن حجر كانوا يقومون بعده منه عليه الصلاة والسلام والاخذ بقول الاقرب أولى وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ان العشرة الذين شهد لهم النبى صلى الله عليه وسلم بالجنة لم يكونوا يرفعون أيديهم الا عند افتتاح الصلاة

لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع فى الحج والذى يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير

عباس رضى الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن فى افتتاح الصلاة وفى استقبال الكعبة وعلى الصفا والمروة وبعرفات وبجمع وفى المقامين وعند الجمرتين وقال قال شعبة لم يسمع الحكم عن مقسم الا أربعة أحاديث ليس هذا منها فهو مرسل وغير محفوظ قال وأيضا فهم يعنى أصحابنا خالفوا هذا الحديث فى تكبيرات العيدين وتكبيرة القنوت انتهى وقال فى الامام اعترض عليه بوجوه تفرد ابن أبى ليلى وترك الاحتجاج به ورواية وكيع عنه بالوقف على ابن عباس وابن عمر قال الحاكم ووكيع أثبت من كل من روى هذا عن ابن أبى ليلى وبرواية جماعة من التابعين بأسانيد صحيحة عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما انهما كانا يرفعان أيديهما عند الركوع وبعد رفع الرأس منه وقد أسنداه الى النبى صلى الله عليه وسلم وبأنه روى عن الحكم قال فى جميع الروايات ترفع الايدى وليس فى شئ منها لا ترفع الا فيها ويستحيل أن يكون لا ترفع الا فيها صحيحا وقد تواترت الاخبار بالرفع فى غيرها كثيرا فنفيها الاستسقاء ودعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا حاصله وأحسنها ان الحصر غير مراد لما ذكر من ثبوت الرفع فى غير المذكورة فاذا ثبت عند الركوع والرفع منه وجب القول به وقد ثبت وهو ما أخرجه الستة عن الزهرى عن سالم عن أبيه عن عبد الله بن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام الى الصلاة رفع يديه حتى يكونا حذو منكبيه ثم كبر فاذا أراد أن يركع فعل مثل ذلك واذا رفع من الركوع فعل مثل ذلك ولا يفعله حين يرفع رأسه من السجود وجوابه المعارضة بما فى أبى داود والترمذى عن وكيع عن سفيان الثورى عن عاصم بن كليب عن عبد الرحمن بن الاسود عن علقمة قال قال عبد الله بن مسعود ألا أصلى بكم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ولم يرفع يديه الا فى أول مرة وفى لفظ فكان يرفع يديه فى أول مرة ثم لا يعود قال الترمذى حديث حسن وأخرجه النسائى عن ابن المبارك عن سفيان الخ وما نقل عن ابن المبارك انه قال لم يثبت عندى حديث ابن مسعود فغير ضائر بعد ما ثابت بالطريق التى ذكرنا والقدح فى عاصم بن كليب غير مقبول فقد وثقه ابن معين وأخرج له مسلم حديثه فى الهدى وغيره عن على وفى عبد الرحمن بانه لم يسمع من علقمة باطل لانه عن رجل مجهول وقد ذكره ابن حبان فى كتاب الثقات وقال مات سنة تسع وتسعين وسنه سن ابراهيم النخعى وما المانع حينئذ من سماعه من علقمة والاتفاق على سماع النخعى منه وصرح الخطيب فى كتاب المتفق والمفترق فى ترجمة عبد الرحمن هذا أنه سمع أباه وعلقمة وما قيل ان الحديث صحيح وانما المنكر فيه على وكيع زيادة ثم لا يعود نقل عن الدارقطنى ومحمد بن نصر المروزى وابن القطان فانما هو ظن ظنوه ولذا نسب غير هؤلاء الوهم الى سفيان الثورى كالبخارى فى كتابه فى رفع اليدين وقال ابن أبى حاتم انه سأل أباه عنه فقال هذا خطأ يقال وهم فيه الثورى فعرفنا انه لما روى من طرق بدون هذه الزيادة ظنوها خطأ واختلفوا فى الغالط وغاية الامر أن الاصل رواه مرة بتمامه ومرة

بعضه بحسب تعلق الغرض وبالجملة فزيادة العدل الضابط مقبولة خصوصا وقد تبع عليها فرواه ابن المبارك فيما قدمناه من رواية النسائي وأخرج الدارقطني وابن عدي عن محمد بن جابر عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما فلم يرفعوا أيديهم الا عند استفتاح الصلاة واعترف الدارقطني بتصويب ارسال ابراهيم اياه عن ابن مسعود وتضعيف ابن جابر وقول الحاكم فيه أحسن ما قيل فيه انه يسرق الحديث من كل من يذاكره ممنوع قال الشيخ في الامام العلم بهذه الكلية متعذر وأحسن من ذلك قول ابن عدي كان اسحق بن أبي اسرائيل يفضل محمد بن جابر على جماعة هم أفضل منه وأوثق وقد روى عنه من الكبار أيوب وابن عوف وهشام بن حسان والثوري وشعبة وابن عيينة وغيرهم ولولا أنه في المحل الرفيع لم يرو عنه هؤلاء ومما يؤيد صحة هذه الزيادة رواية أبي حنيفة من غير الطريق المذكور وذلك انه اجتمع مع الاوزاعي بمكة في دار الحناطين كما حكى ابن عيينة فقال الاوزاعي ما بالكم لا ترفعون عند الركوع والرفع منه فقال لاجل انه لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه شيء فقال الاوزاعي كيف لم يصح وقد حدثني الزهري عن سالم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة وعند الركوع وعند الرفع منه فقال أبو حنيفة حدثنا حماد عن ابراهيم عن علقمة والاسود عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يرفع يديه الا عند افتتاح الصلاة ثم لا يعود لشيء من ذلك فقال الاوزاعي أحدثك عن الزهري عن سالم عن أبيه وتقول حدثني حماد عن ابراهيم فقال أبو حنيفة كان حماد أفقه من الزهري وكان ابراهيم أفقه من سالم وعلقمة ليس بدون من ابن عمر في الفقه وان كانت لابن عمر صحبة وله فضل صحبة فالاسود له فضل كثير وعبد الله عبد الله فرجح بفقه الرواة كما رجح الاوزاعي بعلو الاسناد وهو المذهب المنصور عندنا وروى الطحاوي ثم البيهقي من حديث الحسن بن عياش بسند صحيح عن الاسود قال رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفع يديه في أول تكبيرة ثم لا يعود قال ورأيت ابراهيم والشعبي يفعلان ذلك وعارضه الحاكم برواية طاوس بن كيسان عن ابن عمر رضي الله عنهما كان يرفع يديه في الركوع وعند الرفع منه وروى الطحاوي عن أبي بكر النهشلي عن عاصم بن كليب عن أبيه ان عليا رضي الله عنه رفع يديه في أول التكبير ثم لم يعد ومافي الترمذي عن علي رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم كان اذا قام الى الصلاة المكتوبة كبر ورفع يديه حذو منكبيه ويصنع مثل ذلك اذا قضى قراءته وأراد أن يركع ويصنعه اذا رفع من الركوع ولا يرفع يديه في شيء من الصلاة وهو قاعد واذا قام من السجدتين رفع كذلك صححه الترمذي فمحمول على النسخ للاتفاق على نسخ الرفع عند السجود واعلم أن الآثار عن الصحابة والطرق عنه صلى الله عليه وسلم كثيرة جدا والكلام فيها واسع من جهة الطحاوي وغيره والقدر المتحقق بعد ذلك كله ثبوت رواية كل من الامرين عنه صلى الله عليه وسلم الرفع عند الركوع وعدمه فيحتاج الى الترجيح لقيام التعارض ويترجح ما صرنا اليه بأنه قد علم بأنه كانت أقوال مباحة في الصلاة وأفعال من جنس هذا الرفع وقد علم نسخها فلا يبعد أن يكون هو أيضا مشمولا بالنسخ خصوصا وقد ثبت ما يعارضه ثبوتا لا مرد له بخلاف عدمه فانه لا يتطرق اليه احتمال عدم الشرعية لانه ليس من جنس ما عهد فيه ذلك بل من جنس السكون الذي هو طريق ما أجمع على طلبه في الصلاة أعني الخشوع وكذا بأفضلية الرواة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما قاله أبو حنيفة للاوزاعي وروى أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال ذكر عنده وائل بن حجر انه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع يديه عند الركوع وعند السجود فقال أعرابي لم يصل مع النبي صلى الله عليه

وقوله (واذا رفع رأسه من السجدة الثانية) ظاهر وقوله (وبسط أصابعه وتشهد) وهل يشير بالمسبحة اذا انتهى الى الشهادة أولا لم يذكره فمن المشايخ من يقول بأنه لا يشير لان فى الاشارة زيادة رفع لا يحتاج اليها فالترك أولى لان مبنى الصلاة على السكينة والوقار ومنهم من يقول يشير بها وقد نص محمد بن الحسن على هذا فى كتاب المسجة حدثنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يفعل ذلك أى يشير ثم قال نصنع بصنيع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونأخذ بفعله وهذا قول أبى حنيفة وقولنا ثم كيف يشير قال يقبض اصبعه الخنصر والتى تليها ويحلق الوسطى مع الابهام ويشير بسبابته وكلام المصنف وهو قوله (ولأن فيه توجيه أصابع يديه الى القبلة) يشير الى أنه لا يحلق شيأ من الاصابع قال (والتشهد التحيات لله الخ) اعلم أن لعمر رضى الله عنه تشهدا ولعلى رضى الله عنه تشهدا ولعبد الله بن عباس رضى الله عنهما تشهدا ولعبد الله بن مسعود رضى الله عنه تشهدا ولعائشة رضى الله عنها تشهدا ولجابر رضى الله عنه تشهدا ولغيرهم أيضا تشهدا وعلماؤنا أخذوا بتشهد ابن مسعود (٢٢٠) والشافعى بتشهد ابن عباس وهو ماذكره فى الكتاب التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله قال والاخذ بما رواه ابن عباس رضى الله عنه أولى لوجوه أربعة أحدها ان فيه زيادة كلمة وهى المباركات والثانى أنه موافق للقرآن على ما قال تعالى تحية من عند الله مباركة طيبة والثالث أنه ذكر السلام بغير الالف واللام وأكثر تسليمات القرآن مذكور بغير الالف واللام قال الله سبحانه وتعالى سلام عليكم طبتم فادخلوها خالدين وقال سلام على نوح فى العالمين وقال سلام على ابراهيم وقال سلام على موسى وهارون وقال سلام على آل ياسين وقال سلام على عباده الذين اصطفى وقال سلام على المرسلين وقال سلام هى حتى مطلع الفجر وقال والملائكة يدخلون عليهم من كل باب سلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار وقال سلام قولا من رب رحيم وقال سلام عليكم لا نبتغى الجاهلين وقال سلام عليكم كتب ربكم على نفسه الرحمة وقال سلام عليكم ادخلوا الجنة بما كنتم تعملون وقال سلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار وقال سلام عليكم خالدين وقال سلام عليكم ادخلوا الجنة وقال سلام عليكم طبتم فادخلوها خالدين وقال سلام عليكم طبتم فالوا سلاما قال سلام وسلام عليه يوم ولد وأشرف الكلام ما وافق القرآن والرابع أنه متأخر عن خبر ابن مسعود لان ابن عباس كان صغير السن فكان ينقل ما تأخر من الشرع وأصحابنا رضى الله عنهم قالوا فى الاخذ بتشهد ابن مسعود وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله أولى لوجوه ذكر بعضها فى الكتاب فانه قال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدى وعلمنى التشهد كما كان يعلمنى سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الخ فقوله قل أمر وأقل مرتبته الاستحباب وقوله السلام عليك باللام واللام يفيد الاستغراق وقوله والصلوات بالواو يفيد تجديد الكلام كما فى القسم وقوله أخذ بيدى وعلمنى يفيد زيادة تأكيد وقوة فذلك أربعة أوجه وقد ذكر وجوها أخرى منها أن قوله التحيات عام يتناول كل قربة الصلاة وغيرها فاذا قال الصلوات بغير الواو صار تخصيصا وبيانا أنه أراد به الصلوات لا غير ومتى قال بالواو يبقى الاول عاما فيكون أبلغ فى الثناء فكان أولى ومنها تقديم اسم الله تعالى فانه اذا قدم علم الممدوح فى ابتداء الكلام ومتى أخر كان محتملا وازالة الاحتمال بأول الكلام أولى ومنها أنه علق به تمام الصلاة فدل على أن التمام لا يوجد بدونه ومنها أن تشهد ابن مسعود أحسنها اسنادا هكذا قاله أئمة الحديث ومنها أن عامة الصحابة

(واذا رفع رأسه من السجدة الثانية فى الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه أصابعه نحو القبلة) هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصلاة (ووضع يديه على فخذيه وبسط أصابعه وتشهد) يروى ذلك فى حديث وائل بن حجر رضى الله عنه ولان فيه توجيه أصابع يديه الى القبلة (فان كانت امرأة جلست على اليتها اليسرى وأخرجت رجليها من الجانب الايمن) لانه أستر لها (والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبى الخ) وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فانه قال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدى وعلمنى التشهد كما كان يعلمنى سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الخ والاخذ بهذا أولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رضى الله عنهما وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته سلام علينا الخ

وسلم صلاة أرى قبلها قط أفهو أعلم من عبد الله وأصحابه حفظ ولم يحفظوا وفى رواية وقد حدثنى من لا أحصى عن عبد الله انه رفع يديه فى بدء الصلاة فقط وحكاه عن النبى صلى الله عليه وسلم وعبد الله عالم بشرائع الاسلام وحدوده متفقد لاحوال النبى صلى الله عليه وسلم ملازم له فى اقامته وأسفاره وقد صلى مع النبى صلى الله عليه وسلم ما لا يحصى فيكون الاخذ به عند التعارض أولى من افراد مقابله ومن القول بسنية كل من الامرين والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله هكذا روت عائشة رضى الله عنها) الذى فى مسلم عن عائشة رضى الله عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفتتح الصلاة بالتكبير الى ان قالت وكان يفترش رجله اليسرى وينصب رجله اليمنى وفى النسائى عن ابن عمر عن أبيه رضى الله عنهما قال من سنة الصلاة أن ينصب قدمه اليمنى واستقباله بأصابعها القبلة والجلوس على اليسرى (قوله روى ذلك فى حديث وائل) غريب والذى فى الترمذى من حديث وائل قلت لأنظرن الى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما جلس يعنى للتشهد افترش رجله اليسرى ووضع يده اليسرى على فخذه اليسرى ونصب رجله اليمنى من غير زيادة على ذلك وفى مسلم كان صلى الله عليه وسلم اذا جلس

رضى الله عنهم أخذوا بتشهده رضى الله عنه فانه روى أن أبا بكر رضى الله عنه علم الناس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد مثل ما قاله ابن مسعود رضى الله عنه هكذا روى سلمان الفارسى وابن جابر ومعوية رضى الله عنهم ومنها اشتمال تشهده على لفظ العبد الذى يدل على مايدل من كمال الحال قال الله تعالى سبحان الذى أسرى بعبده ذكره بلفظ العبد فى الموضع الذى هو بيان أعلى مراتبه عليه الصلاة والسلام ومنها حسن ضبطه فان أبا حنيفة رضى الله عنه قال أخذ حماد بيدى وقال حماد أخذ ابراهيم بيدى وقال ابراهيم أخذ علقمة بيدى وقال علقمة أخذ ابن مسعود بيدى وقال ابن مسعود أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدى وعلمنى التشهد والجواب عن قوله فيه زيادة كلمة أن الزيادة لو كانت مرجحة كان تشهد جابر أولى لان فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم

لان فيه الامر وأقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهى لتجديد الكلام كما فى القسم وتأكيد التعليم

فى الصلاة وضع كفه اليمنى على فخذه اليمنى وقبض أصابعه كلها وأشار بأصبعه التى تلى الابهام ووضع كفه اليسرى على فخذه اليسرى ولاشك أن وضع الكف مع قبض الاصابع لا يتحقق فالمراد والله أعلم وضع الكف ثم قبض الاصابع بعد ذلك عند الاشارة وهو المروى عن محمد فى كيفية الاشارة قال يقبض خنصره والتى تليها ويحلق الوسطى والابهام ويقيم المسبحة وكذا عن أبى يوسف رحمه الله فى الامالى وهذا فرع تصحيح الاشارة وعن كثير من المشايخ لا يشير أصلا وهو خلاف الدراية والرواية فعن محمد ان ماذكرناه فى كيفية الاشارة مما نقلناه قول أبى حنيفة رضى الله عنه ويكره أن يشير بمسبحتيه وعن الحلوانى يقيم الاصبع عند لا اله ويضعها عند الا الله ليكون الرفع للنفى والوضع للاثبات وينبغى أن يكون أطراف الاصابع على حرف الركبة لا مباعدة عنها (قوله لان فيه الامر الخ) روى الستة واللفظ لمسلم عن ابن مسعود رضى الله عنه علمنى رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد كفى بين كفيه كما يعلمنى السورة من القرآن فقال اذا قعد أحدكم فى الصلاة فليقل التحيات لله والصلوات الخ وفى لفظ للنسائى اذا قعدتم فى كل ركعتين فقولوا فهذا هو الامر المعروف رواية (قوله والالف واللام) هى فى رواية مسلم وأبى داود وابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما ورواية الترمذى والنسائى عنه بالتنكير وأصحاب الشافعى فى العمل على هذه الرواية فصح الترجيح على ماذهبوا اليه وأما زيادة الواو فليست فى تشهد ابن عباس فى جميع الروايات (قوله وتأكيد التعليم) يعنى به أخذه بيده لزيادة التوكيد ليس فى تشهد ابن عباس أما نفس التعليم ففى تشهد ابن عباس رضى الله عنه فان لفظه كان صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات لله فقول الزيلعى فى التخريج وأما التعليم أيضا فهو فى تشهد ابن عباس دفعا لهذا الوجه من الترجيح ليس بوارد ومن وجوه الترجيح أيضا أن الائمة الستة اتفقوا عليه لفظا ومعنى وهو نادر وتشهد ابن عباس رضى الله عنه معدود فى أفراد مسلم وان رواه غير البخارى من الستة وأعلى درجات الصحيح عندهم ما اتفق عليه الشيخان ولو فى أصله فكيف اذا اتفقا على لفظه ولذا أجمع العلماء على أنه أصح حديث فى الباب قال الترمذى أصح حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد حديث ابن مسعود والعمل عليه عند أكثر الصحابة والتابعين ثم أخرج عن خصيف قال رأيت النبى صلى الله عليه وسلم فى المنام فقلت له

وفى خبرنا زيادة الواو أو الالف واللام وقوله عبده فكان أولى وعن قوله يوافق القرآن أنه ليس بمرجح لان قراءة القرآن فى القعدة مكروهة فكيف يستحب ما يوافقه وعن قوله أكثر التسليمات بغير الالف واللام أنه يستلزم الموافقة وقد قلنا انها مكروهة على أن السلام فى القرآن جاء بالالف واللام أيضا قال الله تعالى والسلام على يوم ولدت والسلام على من اتبع الهدى وعن قوله ان خبر ابن عباس متأخر أنه ليس كذلك روى الكرخى فى حديث ابن مسعود قال كنا نقول فى أول الاسلام التحيات الطاهرات المباركات الزاكيات فدل على أن خبره متأخر عما رواه ابن عباس وقوله لان ابن عباس روى آخر السنن ليس بشئ لان أحدا لم

يرجح رواية أصاغر الصحابة على أكابرهم رضى الله عنهم ولان ابن مسعود وان تقدمت هجرته فقد دامت صحبته الى أن قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل فى تفسير التحيات التحيات أى العبادات القولية لله والصلوات أى العبادات البدنية لله والطيبات أى العبادات المالية لله وقوله السلام عليك حكاية السلام الذى رد الله تعالى على نبيه عليه السلام ليلة المعراج لما أثنى على الله بثلاثة أشياء رد الله عليه فى مقابلها ثلاثة أشياء السلام بمقابلة التحيات والرحمة بمقابلة الصلوات والبركة بمقابلة الطيبات والبركة هى النماء والزيادة

(قوله لان قراءة القرآن فى القعدة مكروهة فكيف يستحب ما يوافقه) أقول مخالف لما سيجئ من قوله ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن

وقوله (ولا يزيد على هذا) أى على مقدار التشهد وقال الشافعى فى الجديد تسن الصلاة على النبى (فى القعدة الاولى) لحديث أم سلمة فى كل ركعتين تشهد وسلام على المرسلين ولنا قول ابن مسعود علمنى رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد فى وسط الصلاة وآخرها فاذا كان فى وسط الصلاة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء وما رواه محمول على التطوع فان كل شفع من التطوع صلاة على حدة

أو مراده سلام التشهد قال (ويقرأ فى الركعتين الاخريين فاتحة الكتاب وحدها لحديث أبى قتادة) وهو ما روى البخارى فى صحيحه باسناده الى أبى قتادة ان النبى عليه السلام كان يقرأ فى الظهر فى الأوليين بام الكتاب وسورتين وفى الاخريين بام الكتاب وهذا بيان للافضل قوله (هو الصحيح) احتراز عما روى الحسن عن أبى حنيفة أن القراءة فى الاخريين واجبة حتى لو تركها ساهيا لزمه سجود السهو لان القيام فى الاخريين مقصود فيكره اخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا كما فى الركوع والسجود ووجه الصحيح ما ذكره أن القراءة فرض فى الركعتين على ما يأتيك ان شاء الله تعالى بعد وقوله (وجلس فى الاخيرة كما جلس فى الأولى) قيل انما قال فى الاخيرة ليتناول قعدة العجز وقعدة المسافر وليس بواضح لان قوله كما جلس فى الاولى ينبو عن ذلك وقوله (لما روينا من حديث وائل) بن حجر يريد به قوله روى ذلك فى حديث وائل بن حجر وقوله (وعائشة) أى حديث عائشة وقوله (هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (ولانها) أى الجلسة على تلك الصفة (أشق على البدن) من التورك الذى يميل اليه مالك قال مالك المسنون فى القعدة أن يقعد متوركا بان يخرج رجليه من جانب ويفضى بالیتيه الى الارض فى القعدتين جميعا وما كان أشق فهو أفضل والذى يرويه مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم قعد متوركا ضعفه الطحاوى قال هذا من حديث عبد الحميد بن جعفر وهو ضعيف عند نقلة الحديث ولئن صح كان محمولا على الكبر

(ولا يزيد على هذا فى القعدة الاولى) لقول ابن مسعود علمنى رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد فى وسط الصلاة وآخرها فاذا كان وسط الصلاة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء (ويقرأ فى الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها) لحديث أبى قتادة أن النبى صلى الله عليه وسلم قرأ فى الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض فى الركعتين على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى (وجلس فى الاخيرة كما جلس فى الاولى) لما روينا من حديث وائل وعائشة رضى الله عنهما ولانها أشق على البدن فكان أولى من التورك الذى يميل اليه مالك رحمه الله والذى يرويه أنه صلى الله عليه وسلم قعد متوركا ضعفه الطحاوى رحمه الله

ان الناس قد اختلفوا فى التشهد فقال عليك بتشهد ابن مسعود وكقول الترمذى قال الخطابى وابن المنذر وممن وافق ابن مسعود على رفعه معاوية أخرج الطبرانى عنه كان يعلم الناس التشهد وهو على المنبر عنه صلى الله عليه وسلم التحيات لله والصلوات الخ سواء وعائشة فى سنن البيهقى عنها قالت هذا تشهد النبى صلى الله عليه وسلم التحيات لله والصلوات الخ قال النووى اسناده جيد واستفدنا منه أن تشهده صلى الله عليه وسلم بلفظ تشهدنا وسلمان روى الطبرانى والبزار عن أبى راشد قال سألت سلمان عن التشهد فقال أعلمكم كما علمنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم التحيات لله والصلوات الخ سواء قال أبو حنيفة رضى الله عنه أخذ حماد بن سليمان بيدى وعلمنى التشهد وقال حماد أخذ ابراهيم بيدى وعلمنى التشهد وقال ابراهيم أخذ علقمة بيدى وعلمنى التشهد وقال علقمة أخذ عبد الله ابن مسعود بيدى وعلمنى التشهد وقال عبد الله أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدى وعلمنى التشهد كما يعلمنى السورة من القرآن وكان يأخذ علينا بالواو والالف واللام (قوله لقول ابن مسعود علمنى) روى الامام أحمد عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علمه التشهد فكان يقول اذا جلس فى وسط الصلاة وفى آخرها على وركه اليسرى التحيات لله الى قوله عبده ورسوله قال ثم ان كان فى وسط الصلاة نهض حين يفرغ من تشهده وان كان فى آخرها دعا بعد تشهده بما شاء الله أن يدعو ثم يسلم وأحاديث الدعاء بعد التشهد فى آخر الصلاة كثيرة شهيرة فى الصحيحين وغيرهما (قوله لحديث أبى قتادة) فى الصحيحين عنه أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الركعتين الاوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورتين وفى الاخريين بفاتحة الكتاب ويسمعنا الآية أحيانا ويطيل فى الركعة الأولى ما لا يطيل فى الثانية وهكذا فى الصبح وهذا لا يعم الصلوات والذى يعمها ما فى مسند اسحق بن راهويه عن رفاعة بن رافع الانصارى كان عليه السلام يقرأ فى الركعتين الاوليين بفاتحة الكتاب وسورة وفى الاخريين بفاتحة الكتاب (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبى حنيفة أنها واجبة يلزم بتركها السهو (قوله ضعفه الطحاوى) تقدم فى حديث رفع اليدين وتكلم البيهقى معه وانتصر الشيخ تقى الدين بن دقيق العيد للطحاوى

قوله (وتشهد) معطوف على قوله جلس (وهو واجب عندنا وصلى على النبي عليه السلام وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي فيهما) أي في قراءة التشهد والصلاة على النبي فانهما فرضان عنده أما التشهد فلما رواه ابن مسعود رضي الله عنه كنا نقول قبل أن يفرض علينا التشهد السلام على الله السلام على جبريل وميكائيل فقال النبي عليه السلام قولوا التحيات لله الى ان قال في آخره اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك أطلق اسم الفرض على التشهد وقال له قل والامر للوجوب وعلق التمام (٢٢٣) به فلا يتم بدونه وأما الصلاة على النبي

أو يحمل على حالة الكبر (وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم) وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما لقوله صلى الله عليه وسلم اذا قلت هذا أو فعلت فقد تمت صلاتك ان شئت أن تقوم فقم وان شئت أن تقعد فاقعد والصلاة على النبي عليه السلام خارج الصلاة واجبة امامرة واحدة كما قاله الكرخي أو كلما ذكر صلى الله عليه وسلم كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر

(قوله أو يحمل على حالة الكبر) فيكون متعلقا بالعارض لا مشروعا أصليا وهو أولى للجمع بين الحديثين (قوله وهو واجب عندنا) أي في القعدتين (قوله للامر المتقدم) أي في حديث ابن مسعود (قوله فيهما) أي في التشهد والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فانهما من الفرائض عنده (قوله اذا قلت هذا) تقدم أنها مدرجة من ابن مسعود وأن هذا المدرج الموقوف له حكم المرفوع ومع هذا نقول في الجواب قد أوجبنا التشهد فخرجنا عن عهدة الامر الثابت بخبر الواحد وأما الصلاة في الصلاة فلا دليل يصلح للايجاب لنقول به قال القاضي عياض وقد شذ الشافعي رحمه الله فقال من لم يصل عليه فصلاته فاسدة ولا سلف له في هذا القول ولا سنة يتبعها وشنع عليه فيه جماعة منهم الطبري والقشيري وخالفه من أهل مذهبه الخطابي وقال لا أعلم له قدوة والتشهدات المرويات عن ابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وجابر وأبي سعيد وأبي موسى وابن الزبير رضي الله عنهم لم يذكر فيها ذلك وما روى عنه عليه الصلاة والسلام لا صلاة لمن لم يصل على ضعفه أهل الحديث كلهم ولو صح فمعناه كاملة أو لمن لم يصل على مرة في عمره وكذا ما جاء في حديث ابن مسعود عنه صلى الله عليه وسلم من صلى صلاة لم يصل علي فيها وعلى أهل بيتي لم تقبل منه اه وهذا ضعف بجابر الجعفي مع أنه قد اختلف عليه في رفعه ووقفه قاله الدارقطني وأما الاول فرواه ابن ماجه لا صلاة لمن لا وضوء له ولا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه ولا صلاة لمن لم يصل على النبي صلى الله عليه وسلم ولا صلاة لمن لم يحب الانصار وفيه عبد المهيمن ضعيف قال ابن حبان لا يحتج به وأخرجه الطبراني عن أبي بن عباس بن سهل بن سعد عن أبيه عن جده مرفوعا بنحوه قالوا حديث عبد المهيمن أشبه بالصواب مع أن جماعة قد تكلموا في أبي بن عباس وروى البيهقي عن يحيى بن السباق عن رجل من بني الحارث عن ابن مسعود عنه صلى الله عليه وسلم اذا تشهد أحدكم في الصلاة فليقل اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وبارك على محمد وعلى آل محمد وارحم محمدا وآل محمد كما صليت وباركت وترحمت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد وفيه المجهول وكره بعضهم أن يقال وارحم محمدا ولم يكرهه بعضهم وكره الصلاة على غير الانبياء وقيل لا تكره وفي الحديث عنه صلى الله عليه وسلم اللهم صل على آل أبي أوفى وموجب الامر القاطع الافتراض مرة في العمر في الصلاة أو خارجها لأنه لا يقتضي التكرار وقلنا به (قوله امامرة الخ) ظاهر السوق التقابل بين قول الطحاوي والقول بالمرة ولا ينبغي ذلك لان الوجوب مرة مراد قائله الافتراض ولا ينبغي أن يحمل قول الطحاوي عليه كلما ذكره لان

صلى الله عليه وسلم فلقوله تعالى صلوا عليه والامر للوجوب ولا وجوب خارج الصلاة فكان فيها ولنا على عدم فرضية التشهد حديث ابن مسعود فانه علق على التمام بأحد الامرين وأجمعنا على أن التمام معلق بالقعدة فانه لو تركها لم تجزه فلا يتعلق بالثاني ليتحقق التخيير فان موجب التخيير بين الشيئين الاتيان بأحدهما وكذلك على عدم فرضية الصلاة على النبي عليه السلام لانه علق بأحدهما فمن علق بثالث غيرهما وهو الصلاة على النبي عليه السلام فقد خالف النص والجواب عن استدلاله بالحديث أن معنى الفرض التقدير أي قبل أن يقدر التشهد والامر صدر على سبيل التعليم فلا يفيد الفرضية فانه لم يعدها في بعض الكلمات فان الفرض عندهم خمس كلمات وقد أجبنا عن قوله علق التمام به آنفا وعن الآية آنا لا نسلم انه لا وجوب لها خارج الصلاة فانها واجبة فيه

امامرة واحدة كما ذكره الكرخي أو كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر لان الوجوب الذي يقتضيه الامر قد حصل فانه لا تدل الآية على كونها في الصلاة البتة وهو مختار صاحب التحفة وقول الكرخي مختار شمس الائمة وكيفية الصلاة على النبي عليه السلام أن يقول اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد كذا نقل عيسى بن أبان عن محمد بن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم

(قوله فان موجب التخيير بين الشيئين الاتيان بأحدهما الخ) أقول فيه بحث

وعن علي وابن مسعود وابن عباس وجابر أنهم قالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم عرفنا السلام عليك فكيف الصلاة عليك فقال عليه السلام قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وبارك على محمد وعلى آل محمد وارحم محمدا وآل محمد كما صليت وباركت وترحمت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم في العالمين انك حميد مجيد وحكى عن محمد بن عبد الله بن عمر انه كان يقول نحن أمرنا بتعظيم الانبياء وتوقيرهم وفي قوله وارحم محمدا نوع ظن بالتقصير والبه ذهب شيخ الاسلام فترك ذلك وقال شمس الائمة السرخسي انه لا بأس به لان الاثر ورد به من طريق أبي هريرة ولا عتب على من اتبع الاثر ولان أحدا لا يستغني عن رحمة الله وقوله (والفرض المروي) اشارة الى ما ذكرنا من الجواب عن استدلاله قال (ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن والادعية المأثورة) هذا معطوف على قوله وصلى على النبي عليه السلام وما يشبه ألفاظ القرآن مثل أن يقول (٢٢٤) اللهم اغفر لي ولوالدي ومثل قوله واغفر لأبي والادعية المأثورة تجوز

والفرض المروي في التشهد هو التقدير قال (ودعا بما شاء مما يشبه ألفاظ القرآن والادعية المأثورة) لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال له النبي عليه السلام ثم اختر من الدعاء أطيبه وأعجبه اليك ويبدأ بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ليكون أقرب الى الاجابة (ولا يدعو بما يشبه كلام الناس) تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل

مستنده خبر واحد وهو غير مخالف في أنه لا كفار بجحد مقتضاه بل التفسيق بل التقابل بين القول باستحبابه اذا ذكر وقول الطحاوي والاولى قول الطحاوي وجعل في التحفة قول الطحاوي أصح واختيار صاحب المبسوط قول الكرخي بعد النقل عنهما ظاهر في اعتبار التقابل ثم الترجيح وهو بعيد لما قلنا ولو تكرر في مجلس قيل يكفي مرة وصحح وفي المجتبى تكرر الوجوب وفرق بينه وبين تكرر ذكر الله تعالى في مجلس حيث يكفي شاء واحد قال ولو تركه لا يبقى عليه دينا بخلاف الصلاة فانها تصير دينا مما ليس بظاهر وصحح في باب سجود التلاوة من الكافي وجوب الصلاة مرة عند التكرر في المجلس الواحد وفي الزائد ندب وكذا التشميت وقيل يجب أن يشمته في كل مرة الى الثلاث (قوله والفرض المروي) يعني في رواية النسائي كانا نقول في الصلاة قبل أن يفرض التشهد السلام على الله السلام على جبرائيل وميكائيل فقال صلى الله عليه وسلم لا تقولوا هذا فان الله هو السلام ولكن قولوا التحيات لله وساق تشهد ابن مسعود رضي الله عنه وهذا الحديث في الكتب الستة وليس لفظ الفرض الا في رواية النسائي بل ألفاظه فيها كلها اذا كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة قلنا السلام الخ وكانا نقول في الصلاة خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وكنا اذا جلسنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكنا اذا صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذه رواية أخرى للنسائي ثم بتقدير أن لا يتوقف لفظ الفرض فثبوت كونه فرضا اصطلاحيا متعذر لثبوته بما لا يثبت به الفرض أعني خبر الواحد فيكون واجبا (قوله لما روينا من حديث ابن مسعود قال له النبي صلى الله عليه وسلم) في رواية الستة الا الترمذي وابن ماجه ثم ليتخير أحدكم من الدعاء أعجبه اليه فيدعو به ولا يخفى عدم مطابقة الاستدلال بهذا الدعاء بما يشبه ألفاظ القرآن والمأثورة دون ما يشبه كلام الناس ولو استدل بحديث ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس لكان أصوب فيكون معارضا للعموم أعجبه ودعا لنفسه بما شاء في

بالنصب عطفا على ألفاظ وبالجر عطفا على القرآن والمأثورة هي المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم علمني يا رسول الله دعاء أدعو به في صلاتي فقال قل اللهم اني ظلمت نفسي ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا أنت فاغفر لي مغفرة من عندك انك أنت الغفور الرحيم وكان ابن مسعود يدعو بكلمات منهن اللهم اني أسألك من الخير كله ما علمت منه ومالم أعلم وأعوذ بك من الشر كله ما علمت منه ومالم أعلم وقوله (لما روينا من حديث ابن مسعود) يريد به قوله واذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء وقوله (وقال له النبي عليه السلام) يعني حين قال له اذا قلت هذا الخ فقال له (ثم اختر من الدعاء أعجبه وأطيبه اليك) بتذكير الضمير وهو الموافق لما ورد في السنن بعض وفي بعض نسخ الهداية أعجبها وأطيبها قالوا وليس بشيء ولئن صح بالتأنيث فعلى تأويل الدعوات بحصول الاستغراق في الدعاء بدخول اللام وقيل على تأويل الكلمات وقوله (ليكون أقرب الى الاجابة) وذلك لانه يستحب الدعاء للنبي صلى الله عليه وسلم ولا يحسن من الكريم أن يستجيب بعض الدعاء دون بعض آخر فيستجيب الجميع (ولا يدعو بما يشبه كلام الناس) تحرزا عن افساد الجزء الملائم لكلام الناس لا جميع الصلاة بالاتفاق لان حقيقة كلام الناس بعد التشهد لا يفسد الصلاة فكيف ما يشبهه وهذا عندهما ظاهر وكذا عند أبي حنيفة لان كلام الناس صنع من المصلي فتتم به صلاته فكان بالدعاء الذي يشبه كلام الناس بعد التشهد خارجا عن الصلاة لا مفسدا لها ثم فسر ما يشبه كلام الناس وما لا يشبهه فقال (وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل

كقوله اللهم اغفر لى ليس من كلامهم) ولقائل أن يقول بين هذا التفسير وبين ما تقدم من قوله بما يشبه ألفاظ القرآن منافاة لانه لو قال اللهم اغفر لاخى ينبغى أن لا يجوز نظرا للاول وقد نقل عن أبى بكر محمد بن الفضل وأن يجوز به نظرا الى الثانى ويمكن أن يجاب عنه بأن ذلك ليس اختيار المصنف اذ ليس المراد أن يكون ألفاظ الدعاء عين ألفاظ القرآن فلا يمتنع اللهم اغفر لاخى لانه مما يستحيل سؤاله من الناس واختلف فى قوله اللهم ارزقنى فمنهم من يقول لا بأس به لان الرازق هو الله ليس الا ومنهم من يقول تفسد به الصلاة واختاره المصنف وفى بعض النسخ (هو الصحيح) لاستعمالها فيما بين الناس يقال رزق الامير الجيش وقوله (ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك) التسليم وعلى هذا الوجه قول جمهور العلماء وكبار الصحابة عمر وعلى وابن مسعود وروى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر والاخذ بقول كبار الصحابة أولى مما قال به مالك انه يسلم تسلمة واحدة تلقاء وجهه لما روت عائشة وسهل بن سعد الساعدى رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم فعل كذلك لان كبار الصحابة كانوا يرونه عليه السلام وعائشة كانت فى صف النساء وسهل كان من جملة الصبيان فيحتمل أنهما لم يسمعا التسلمة الثانية على ما روى انه عليه الصلاة والسلام كان يسلم الثانية أخفض من الاولى (وينوى بالتسلمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنسا والحفظة) وهذا وضع الجامع الصغير وفى وضع الاصل قدمت الحفظة وليس فى ذلك دلالة على أن بنى آدم أفضل من الملائكة ولا عكسه لان الواو لمطلق الجمع وانما ينوى عند التسلمة لانها قائمة سنة فليكن بالنية كما فى سائر السنن وهكذا قالوا فى التسليم خارج الصلاة ينوى السنة (وكذا فى الثانية) أى

كقوله اللهم اغفر لى ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقنى من قبيل الاول هو الصحيح لاستعمالها فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش (ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك) لما روى ابن مسعود ان النبى عليه السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر (وينوى بالتسلمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك فى الثانية) لان الاعمال بالنيات ولا ينوى النساء فى زماننا ولا من لا شركة له فى صلاته هو الصحيح لان الخطاب خطاب الحاضرين (ولا بد للمقتدى من نية امامه فان كان الامام من الجانب الايمن أو الايسر نواه فيهم) وان كان بحذائه نواه فى الاولى عند أبى يوسف رحمه الله ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد وهو رواية عن أبى حنيفة نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين (والمنفرد ينوى الحفظة لا غير) لانه ليس معه سواهم (والامام ينوى بالتسليمتين)

بعض افراده فيقدم عليه لانه مانع وذلك مسيح (قوله هو الصحيح) احترازا عن مقابله وقد رجح عدم الفساد لان الرازق فى الحقيقة الله سبحانه ونسبته الى الامير مجاز وفى الخلاصة لو قال ارزقنى فلانة الاصح أنه يفسد أو ارزقنى الحج الاصح أنه لا يفسد وفيها اكسنى ثوبا العن فلانا اقض دينى اغفر لعمى وخالى تفسد ولو قال اغفر لى ولوالدى وللمؤمنين والمؤمنات لا تفسد واغفر لى ولاخى قال الحلوانى لا تفسد وابن الفضل تفسد والاول أوجه وارزقنى رؤيتك لا تفسد (قوله لما روى ابن مسعود رضى الله عنه) الحديث رواه أصحاب السنن الاربعة وأقرب الالفاظ الى لفظ المصنف النسائى كان يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الايسر وصححه الترمذى وهو أرجح مما أخذ به مالك من رواية عائشة أنه صلى الله عليه وسلم كان يسلم فى الصلاة تسلمة واحدة تلقاء وجهه يميل الى الشق الايمن لتقدم الرجال خلف الامام دون النساء فالحال أكشف مع أن الثانية أخفض من الاولى فلعلها خفيت عمن كان بعيدا ولو سلم عن يساره أولا يسلم عن يمينه ما لم يتكلم ولا يعيد عن يساره ولو سلم تلقاء وجهه يسلم عن يساره أخرى (قوله ولا ينوى النساء فى زماننا) لانهن ممنوعات من حضور الجماعات (قوله نواه فيهما) يعنى ان كان فى الايمن نواه فيه أو فى الايسر نواه فيه (قوله ينوى بالتسليمتين) يعنى

(٢٩ ـ فتح القدير اول) ينوى فيهما ما نوى فى الاولى وقال لان الاعمال بالنيات فان قيل قد أبيتم اشتراط النية فى الوضوء بهذا الحديث فكيف استدل به ههنا فالجواب انا أبينا اشتراطها فيه لاستلزامه الزيادة على الكتاب كما تقدم وههنا ما جعلناها شرطا وانما استدللنا بظاهر لفظه على سنية ما لا يخالفه كتاب ولا سنة حتى يستلزم الزيادة قال صدر الاسلام هذا شئ تركه الناس لانه قلما ينوى أحد شيأ (ولا ينوى النساء فى زماننا) يعنى ان ما قاله محمد من نية النساء كان فى زمنهم وأما فى زماننا فلا ينوى النساء لان حضورهن الجماعات متروك باجماع المتأخرين (ولا من لا شركة له فى صلاته) من المؤمنين الغيب وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قال الحاكم الشهيد انه ينوى جميع الرجال والنساء من يشاركه ومن لا يشاركه ليكون على وفق سلام التشهد يعنى قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ووجه الصحيح ان سلام التحليل خطاب والخطاب خطاب الحاضرين بخلاف سلام التشهد لانه تحية عامة للحضور والغيب الصالحين من عباده على ما قال صلى الله عليه وسلم اذا قال المصلى السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أصاب كل عبد صالح من أهل السماء والارض قال (ولا بد للمقتدى من نية امامه) قيل تخصيص الامام بالذكر يؤيد قول من يقول ينوى من يشاركه فى الصلاة دون غيره وقوله (فان كان الامام فى الجانب الايمن) ظاهر

وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قال بعضهم ان الامام ينوي بالتسلمة الاولى لا غير كذا ذكره قاضيخان ترجيحا لجانب الايمن والاصح الجمع لان الجمع عند التعارض ممكن فلا يصار الى الترجيح وعما قيل الامام يجب أن لا ينوي لانه يجهر بالسلام و يشير اليهم وهو فوق النية فلا حاجة الى النية وقوله (ولا ينوي في الملائكة) يشير الى أن المراد بالحفظة ليس الكرام الكاتبين فقط كما زعم بعضهم انه ينوي به ذلك وهم اثنان واحد عن يمينه يكتب الحسنات وآخر عن يساره يكتب السيآت بل المراد بهما من معه من الملائكة ولا يحصر في ذلك عددا معلوما لان الاخبار في عددهم قد اختلفت روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال مع كل مؤمن خمسة من الحفظة واحد عن يمينه يكتب الحسنات وآخر عن

يساره يكتب السيآت وآخر أمامه يلقنه الخيرات واخر وراءه يدفع عنه المكاره وآخر عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم يبلغه الى الرسول عليه السلام وفي بعض الاخبار مع كل مؤمن ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون واذا كان كذلك فينوي بهم بدون حصر في عدد فأشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام نؤمن بكلهم ولا نحصرهم في عدد لئلا يخرج منهم من هو منهم ولا يدخل فيهم من ليس منهم وقوله (هو يتمسك بقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير وتحليلها التسليم) وجه التمسك به ان الالف واللام ليس للعهد لعدم معهود فكان لاستغراق الجنس فقد جعل جنس التحلل في الصلاة بالسلام فمن أثبت بغيره فقد خالف النص لانه لا مدخل للقياس في ذلك كالتحريمة (ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود) أن النبي صلى الله عليه وسلم لما علمه التشهد قال له اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك فان شئت أن تقوم فقم وان شئت أن تقعد فاقعد (فصل ووجه التمسك به انه عليه السلام حكم بتمام الصلاة قبل السلام وخيره بين القعود والقيام وهذا ينافي فرضية أمر اخر ووجوبه الا انا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا دون الفرضية لانه خبر واحد وبمثله لا تثبت الفرضية

هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فأشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظ السلام واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا و بمثله لا تثبت الفرضية والله أعلم

من عن يمينه ومن عن يساره من المتقدمين كالمأموم (قوله هو الصحيح) احتراز عما قيل لا ينويهم لانه يشير اليهم بالسلام وما قيل ينوي بالاولى لا غير وجه الصحيح أن الاولى للتحية والخروج من الصلاة والثانية للتسوية بين القوم في التحية ثم قيل الثانية سنة والاصح أنها واجبة كالاولى و بمجرد لفظ السلام يخرج ولا يتوقف على عليكم (قوله لان الاخبار في عددهم الخ) في مسند ابن راهويه وشعب الايمان للبيهقي من حديثين طويلين ما أفاد أنهما اثنان وأخرج الطبراني مرفوعا وكل بالمؤمن مائة وستون ملكا يذبون عنه ما لم يقدر له من ذلك البصر عليه سبعة أملاك يذبون عنه كما يذب عن قصعة العسل الذباب في اليوم الصائف ولو وكل العبد الى نفسه طرفة عين لاختطفته الشياطين وحديث آخر أخرجه الطبري في تفسيره عند قوله تعالى له معقبات من بين يديه بسنده دخل عثمان بن عفان رضي الله عنه على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له يا رسول الله أخبرني عن العبد كم معه ملك فقال صلى الله عليه وسلم على يمينك ملك على حسناتك وهو أمين على الملك الذي على الشمال فاذا عملت حسنة كتبت عشرا واذا عملت سيئة قال الذي على الشمال للذي على اليمين اكتب فيقول له لا لعله يستغفر الله و يتوب فاذا قال ثلاثا قال نعم اكتب أراحنا الله منه فبئس القرين ما أقل مراقبته لله وأقل استحياءه منا يقول الله تعالى ما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد وملكان من بين يديك ومن خلفك يقول الله تعالى له معقبات من بين يديه ومن خلفه يحفظونه من أمر الله وملك قابض على ناصيتك فاذا تواضعت لله رفعك واذا تجبرت على الله قصمك وملكان على شفتيك ليس يحفظان عليك الا الصلاة على محمد صلى الله عليه وسلم وملك قائم على فيك لا يدع أن تدخل الحية فيك وملكان على عينيك فهؤلاء عشرة أملاك على كل ابن آدم يتداولون ملائكة الليل على ملائكة النهار لان ملائكة الليل سوى ملائكة النهار فهؤلاء عشرون ملكا على كل آدمي وابليس مع ابن آدم بالنهار وولده بالليل (قوله الا انا أثبتنا الوجوب بما رواه) فلو كانت تلك الزيادة في حديث ابن مسعود لم تثبت لم يلزمنا الاخلال بما رواه بل عملنا بمقتضاه اذ لا يقتضي غير مجرد التأثيم بالترك وهو الوجوب ومعنى الافتراض الذي قالوا فلا خلاف اذا في العمل بمقتضاه بل في لزوم الفساد بترك الواجب الذي لم يقطع بلزومه وقد تقدم مثله في بحث الفاتحة فارجع اليه

أقوله وجه التمسك أن الالف واللام ليست للعهد لعدم معهود فكان لاستغراق الجنس فقد جعل جنس التحليل في الصلاة بالسلام) (قول لا معنى للاستدلال بكون اللام للاستغراق هنا كما لا يخفى بل ينبغي أن يقال المصدر المضاف من صيغ العموم على ما تبين في مقامه فيفيد أن كل تحليل به فافهم

﴿ فصل فى القراءة ﴾

قال (ويجهر بالقراءة فى الفجر وفى الركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ان كان اماما

﴿ فصل فى القراءة ﴾

خص هذا الركن بفصل دون سائر الاركان لكثرة ما يتعلق به من الاحكام وفى النوازل رجل افتتح الصلاة فنام فقر أو هو نائم يجوز عن القراءة لان الشرع جعل النائم كالمنتبه تعظيما لامر المصلى بالحديث وبه فارق الطلاق ألا يرى أن المجنون والصبى لو صليا كانت صلاتهما جائزة ولو طلقا لم يجز قال المصنف فى التجنيس والمختار أنه لا يجوز لان الاختيار شرط أداء العبادة ولم يوجد انتهى والاوجه اختيار الفقيه والاختيار المشروط قد وجد فى ابتداء الصلاة وهو كاف ألا يرى لو ركع وسجد ذاهلا عن فعله كل الذهول أنه يجزئه ومما يتعلق به المسئلة الكثيرة الشعب مسئلة زلة القارئ ولم يذكرها المصنف مع أنها مهمة جدا فلنوردها وخطأ القارئ اما فى الاعراب أو فى الحروف أو فى الكلمات أو الآيات وفى الحروف اما بوضع حرف مكان آخر أو تقديمه أو تأخيره أو زيادته أو نقصه أما الاعراب فان لم يغير المعنى لا تفسد لان تغييره خطأ لا يستطاع الاحتراز عنه فيعذر وان غير فاحشا مما اعتقاده كفر مثل البارئ المصور بفتح الواو وانما يخشى الله من عباده العلماء برفع الجلالة ونصب العلماء فسدت فى قول المتقدمين واختلف المتأخرون فقال ابن مقاتل ومحمد بن سلام وأبو بكر بن سعيد البلخى والهندوانى وابن الفضل والحلوانى لا تفسد وما قاله المتقدمون أحوط لانه لو تعمد يكون كفرا وما يكون كفرا لا يكون من القرآن فيكون متكلما بكلام الناس الكفار غلطا وهو مفسد كما لو تكلم بكلام الناس ساهيا مما ليس بكفر فكيف وهو كفر وقول المتأخرين أوسع لان الناس لا يميزون بين وجوه الاعراب وهو على قول أبى يوسف ظاهر لانه لا يعتبر الاعراب عرف ذلك فى مسائل ويتصل بهذا تخفيف المشدد عامة المشايخ على أن ترك المد والتشديد كالخطأ فى الاعراب فلذا قال كثير بالفساد فى تخفيف رب العالمين واياك نعبد لان معنى اياك مخففا الشمس والاصح لا تفسد وهو لغة قليلة فى إيا المشددة نقله بعض متأخرى النحاة وعلى قول المتأخرين لا يحتاج الى هذا وبناء على هذا أفسدوها بعد همزة أكبر على ما تقدم وأما الحروف فاذا وضع حرفا مكان غيره فاما خطأ واما عجزا فالاول ان لم يغير المعنى ومثله فى القرآن نحو ان المسلمون لا تفسد وان لم يغير وليس مثله فى القرآن نحو قياما مين بالقسط والنبايين والحى القيام عندهما لا تفسد وعند أبى يوسف تفسد وان غير فسدت عندهما وعند أبى يوسف ان لم يكن مثله فى القرآن فلو قرأ أصحاب الشعير بشين معجمة فسدت اتفاقا فالعبرة فى عدم الفساد عدم تغير المعنى وعند أبى يوسف وجود المثل فى القرآن فلا يعتبر على هذا ما ذكر أبو منصور العراقى من عسر الفصل بين الحرفين وعدمه فى عدم الفساد وثبوته ولا قرب المخارج وعدمه كما قال ابن مقاتل وحاصل هذا ان كان الفصل بلا مشقة كالطاء مع الصاد فقرأ الطالحات مكان الصالحات تفسد وان كان بمشقة كالظاء مع الضاد والصاد مع السين والطاء مع التاء قيل تفسد وأكثرهم لا تفسد هذا على رأى هؤلاء المشايخ ثم لم تنضبط فروعهم فأورد فى الخلاصة ما ظاهره التنافى للتأمل فالاولى قول المتقدمين والثانى وهو الاقامة عجزا كالحمد لله الرحمن الرحيم بالهاء فيها أعوذ بالمهملة الصمد بالسين ان كان يجهد الليل والنهار فى تصحيحه ولا يقدر فصلاته جائزة ولو ترك جهده ففاسدة ولا يسعه أن يترك فى باقى عمره وأما الالثغ الذى يقرأ بسم الله بالمثلثة أو مكان اللام الياء ونحوه لا يطاوعه لسانه لغيره فقيل ان بدل الكلام فسدت أو قرأ خارج الصلاة لا يؤجر فان أمكنه أن يتعلم آيات ليس فيها تلك الحروف يفعل والا يسكت وعلى قياس الاول ان بذل جهده لا تفسد وبه نأخذ كذا فى الخلاصة وان لم يبذل ان أمكنه آيات ليس فيها تلك الحروف يتعلمها الا الفاتحة ولا ينبغى لغيره

﴿ فصل فى القراءة ﴾

لما فرغ من بيان صفة الصلاة وكيفيتها وبيان أركانها وفرائضها وواجباتها وسننها ذكر أحكام القراءة التى هى من أركان الصلاة فى فصل على حدة لزيادة أحكام تعلقت بها دون سائر الاركان وابتدأ بذكر الجهر والاخفاء دون ذكر القدر وان كان العكس متعينا لان القدر معنى راجع الى الذات والجهر والاخفاء راجع الى الصفة والذات قبل الصفة لان الجهر من صفات الاداء الكامل والقدر يعمه والقاصر أيضا فكان الابتداء بذكر صفة تختص بالاداء الكامل الذى هو الاصل فى شرعية الصلاة أولى (ثم المصلى ان كان اماما يجهر فى الفجر وفى الركعتين الاوليين من المغرب والعشاء)

﴿ فصل فى القراءة ﴾

(قوله لان الجهر من صفات الاداء الكامل) أقول وهو ما يكون بالجماعة

الاقتداء به وكذا الفأفاء الذى لا يقدر على اخراج الكلمة الا بتكرير الفاء والتمتام الذى لا يقدر على اخراجها الا بعد أن يديرها فى صدره كثيرا وكذا من لا يقدر على اخراج حرف من الحروف ثم الالثغ اذا وجد آيات ليس فيها تلك الحروف فقرأ ما هى فيه فيها فالاكثر على أنه لا يجوز صلاته فان لم يجد جازت وهل يجوز بلا قراءة اختلف المشايخ فيه وينبغى أن يكون الخلاف فيما اذا قرأ بما فيها مع وجود ما ليس فيها فيما اذا لم يبدل أما اذا بدل فينبغى عدمه فى الفساد لانه تبديل للمعنى من غير ضرورة وكذا فى الجواز بغير قراءة ينبغى أن يكون محله عدم الوجود مع العجز أما معه فينبغى عدمه فى الفساد لانه تبديل للمعنى من غير ضرورة وأما التقديم والتأخير فان غير نحو قوسرة فى قسورة فسدت وان لم يغير لا تفسد عند محمد خلافا لابى يوسف وأما الزيادة ومنه فك المدغم فان لم يغير نحو وانها عن المنكر بالالف ورادوه اليك لا تفسد عند عامة المشايخ وعن أبى يوسف روايتان وان غير نحو زرابى وتيب مكان زرابى والقرآن الحكيم وانك لمن المرسلين وان سعيكم لشتى بالواو تفسد وكذا النقصان ان لم يغير لا تفسد نحو جاءهم مكان جاءتهم وان غير فسد نحو والنهار اذا تجلى ما خلق الذكر والانثى بلا واو وأما لو كان حذف الحرف من كلمة ففى فتاوى قاضيخان ان كان حذف حرفا أصليا من كلمة وتغير المعنى تفسد فى قول أبى حنيفة ومحمد نحو رزقناهم بلاراء أو رأى أو خلقنا بغير خاء أو جعلنا بلاجيم ثم ذكر من المثل نحو ما خلق الذكر والانثى وقال قالوا على قياس قول أبى يوسف لا تفسد لان المقروء فى القرآن قال ولو كانت الكلمة ثلاثية فحذف حرفا من أولها أو أوسطها نحو ربيا أو عريا فى عربيا تفسد اما التغير المعنى أو لانه يصير لغوا وكذا حذف باء ضرب الله فان كان ترخيما لا تفسد وشرطه النداء والعلمية وأن يكون رباعيا أو خماسيا نحو وقالوا يا مال فى مالك وأما الكلمة مكان الكلمة فان تقارب المعنى ومثله فى القرآن كالحكيم مكان العليم لم تفسد اتفاقا وان لم يوجد المثل كالفاجر مكان الاثيم وأباه مكان أواه فكذلك عندهما وعن أبى يوسف روايتان فلو لم يتقاربا ولا مثل له فسد اتفاقا اذا لم يكن ذكرا وان كان فى القرآن وهو مما اعتقاده كفر كغافلين فى انا كنا فاعلين فعامة المشايخ على انه تفسد اتفاقا وقال بعضهم على قياس أبى يوسف لا تفسد وبه كان يفتى ابن مقاتل والصحيح من مذهب أبى يوسف انها تفسد ولو قرأ الغبار مكان الغراب فاخشوهم ولا تخشون ألست بربكم قالوا نعم تفسد ما تخلقون مكان تمنون الاظهر الفساد وذق انك أنت العزيز الحكيم مكان الكريم المختار الفساد وقيل لا لان المعنى فى زعمك ولو قرأ أحل لكم صيد البر مع انه قرأ ما بعدها وحرم عليكم صيد البر لا تفسد عند طلوع الشمس وعند الغروب مكان قبل طلوع الشمس وقبل الغروب تفسد وكل صغير وكبير فى سقر والنازعات نزعا انا مرسلوا الجمل والكلب والبغال لا تفسد وشركله مكان شفعاء تفسد وفى مجموع النوازل ومن وضع كلمة مكان أخرى كان ينسب بالبنوة الى غير من نسب اليه فان كان فى القرآن نحو موسى بن لقمان لا تفسد عند محمد وروايته أبى يوسف وعليه العامة وان لم يكن كريم ابنة غيلان تفسد اتفاقا وكذا لو لم تجز نسبته فنسبه تفسد كعيسى بن لقمان لان نسبته كفر اذا تعمد وفى فتاوى قاضيخان اذا أراد أن يقرأ كلمة فجرى على لسانه شطر كلمة فرجع وقرأ الاولى أو ركع ولم يتمها ان كان شطر كلمة لو أتمها لا تفسد صلاته لا تفسد وان كان لو أتمها تفسد تفسد وللشطر حكم الكل وهو الصحيح انتهى وأما التقديم والتأخير فان لم يغير لم يفسد نحو فأنبتنا فيها عنبا وحبا وان غير فسد نحو اليسر مكان العسر وعكسه ويمكن ادراجه فى الكلمة مكان الكلمة وفى الخلاصة لو قرأ لتفرن عما كنتم تسئلون لا تفسد واذا الاعناق فى أغلالهم لا تفسد وأما الزيادة فان لم تغير وهى فى القرآن نحو وبالوالدين احسانا وبرا ان الله كان غفورا رحيما علما لا تفسد فى قولهم وان غيرت وهى موجودة نحو وعمل صالحا وكفر فلهم أجرهم أو غير موجودة نحو وأما ثمود فهديناهم وعصيناهم فاستحبوا فسدت لانه لو تعمده كفر فاذا أخطأ فيه أفسد فان لم تغير وليست فى القرآن نحو فيها فاكهة ونخل وتفاح ورمان

ويخفي في الاخريين هذا هو المأثور المتوارث) أي المنقول عن النبي عليه السلام والصحابة والتابعين ثم الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت واجب بالسنة وهو ما روى عن أبي هريرة أنه قال في كل صلاة يقرأ فما أسمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أسمعناكم وما أخفى علينا أخفيناه عليكم واجماع الامة فان الامة اجتمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة فيما يخافت وبالمعنى الفقهي فانها ركن من أركان الصلاة فيجب اظهارها في الصلوات كلها كسائر الاركان ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر بالقراءة في الصلوات كلها في الابتداء الا أن الكفار لما لغوا عند القراءة وغلطوه في الظهر والعصر ترك الجهر فيهما بهذا العذر والعذر وان زال بكثرة المسلمين بقيت المخافتة كالرمل في الطواف وأما في المغرب والعشاء والفجر فالكفار كانوا متفرقين ونياما فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقراءة في هذه الصلوات على ما هو الاصل (وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر وأسمع نفسه) لانه امام في حق نفسه (وان شاء خافت) لانه ليس معه من يسمعه فلما تجاذب موجب الجهر والاخفاء ثبت التخيير وانما ذكر قوله وأسمع نفسه دفعا لما يقال فائدة الجهر الاسماع ولا اسماع ههنا اذ ليس معه أحد يسمعه ووجهه أن الفائدة لم تنحصر في اسماع الغير بل من فائدته اسماع نفسه فيجهر لذلك أو بيان للحكم وهو أن لا يجهر ههنا كل الجهر اذ ليس معه أحد يسمعه بل يأتي بأدنى الجهر فكان معناه ان شاء جهر وأسمع نفسه ولا يسمع غيره والجهر أفضل ليكون الاداء على هيئة الجماعة (ويخفي الامام القراءة في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله عليه السلام صلاة النهار عجماء

ويخفي في الاخريين هذا هو المأثور المتوارث (وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر وأسمع نفسه) لانه امام في حق نفسه (وان شاء خافت) لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة (ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة) لقوله عليه السلام صلاة النهار عجماء

لا تفسد وعند أبي يوسف تفسد ولو وضع الظاهر موضع المضمر عن بعض المشايخ تفسد واستشكل بأنه زيادة لا تغير وفي الخلاصة رأيت في بعض المواضع لا تفسد ومن الزيادة القراءة بالالحان لان حاصلها اشباع الحركات لمراعاة النغم على ما قدمناه من تفسير الامام أحمد لها في باب الاذان أو زيادة الهمزات كآ فاذا خش أفسد الصلاة كذا في الخلاصة وان كان غيره فتعرف في زيادة الحرف ولو بنى بعض آية على أخرى ان لم يغير نحو ان الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جزاء الحسنى مكان كانت لهم جنات الفردوس نزلا لا تفسد وان غير فان وقف وقفا تاما بينهما فكذلك لو كان قرأ ان الذين آمنوا وعملوا الصالحات ووقف ثم قال أولئك هم شر البرية وان وصل تفسد عند عامة المشايخ وهو الصحيح وحينئذ هذا مقيد لما ذكر في بعض المواضع من أنه اذا شهد بالجنة لمن شهد الله له بالنار أو بالقلب تفسد والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله هذا هو المتوارث) يعني أنا أخذنا عمن يلينا الصلاة هكذا فعلا وهم عمن يليهم كذلك وهكذا الى الصحابة رضي الله عنهم وهم بالضرورة أخذوه عن صاحب الوحي فلا يحتاج الى أن ينقل فيه نص معين هذا ولا يجهد نفسه في الجهر (قوله لانه امام في حق نفسه) لما كان قوله وأسمع نفسه يتضمن من البديع النوع المسمى بحسن التعليل كما قيل

فدتك نفوس الحاسدين فانها * معذبة في حضرة ومغيب
وفي تعب من يحسد الشمس ضوءها * ويجهد أن يأتي لها بضريب

فان قوله جهر تتوجه النفس الى طلب علته من انه أي حاجة الى ذلك وليس معه أحد يسمعه فقال وأسمع نفسه لافادته وذلك قد يخفى صرح بالتعليل بأدائه بلازم المستفاد من حسن التعليل ويشكل عليه ما سيذكره في تعريف الجهر حيث قال والجهر أن يسمع غيره فانه يقتضي أن ما ليس فيه اسماع الغير ليس بجهر أو أن كون هذا جهرا ليس بصحيح فان المراد أن يسمع نفسه لا غيره بمفهوم اللقب وهو حجة في الروايات ولا مخلص الا أن يمنع ارادة هذا المفهوم على خلاف ما في النهاية أو ان اردته على قول الكرخي لا على المختار والتعريف على المختار من قول الهندواني وصاحب الهداية أيضا اعتبر هذا المفهوم حيث قال فيما بعده وفي لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال ان شاء جهر وأسمع نفسه فانظر كلامه بعد فيتعين على رأيه الثاني (قوله صلاة النهار عجماء) غريب قال النووي لا أصل له انتهى ورواه عبد الرزاق في مصنفه من قول مجاهد وأبي عبيدة وفي البخاري عن سخبرة قلنا لخباب بن الارت هل كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في الظهر والعصر قال نعم قلنا بم كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وفي مسلم عن الخدري حزرنا قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الظهر والعصر فحزرنا قيامه في

(قوله واجماع الامة فان الامة اجتمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة فيما يخافت) أقول في دلالة ما ذكره على الوجوب تأمل

أي ليست فيها قراءة مسموعة) انما فسره بهذا احترازا عن قول ابن عباس وتفسيره فانه يقول لا قراءة في هاتين الصلاتين لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء أي ليس فيها قراءة والدليل على عدم صحة تفسيره ما روى أنه قيل لخباب بن الارت رضي الله عنه بم عرفتم قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الظهر والعصر قال باضطراب لحيته وبما روى عن أبي قتادة رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسمعنا الآية والآيتين في الظهر أحيانا وقال مالك يجهر الامام فيهما في عرفة لان الصلاة هناك تقام بجمع عظيم فيجهر فيها كما في الجمعة (والحجة عليه ما رويناه) وأورد عليه بأنه ليس بحديث وانما هو من كلام الحسن البصري ذكره في الغريبين والفائق للزمخشري ولئن سلم فهو عام مخصوص خص منه الجمعة والعيدين فيجوز تخصيصه بالقياس على الجمعة وأجيب بأن أصحابنا ملؤا كتبهم به ونقلوا أن ابن عباس كان يفسره بعدم القراءة كما تقدم وليسوا من أهل الاهواء والبدع ولو لا أنه ثبت عندهم اسناده لما فعلوا ذلك وعن الثاني بأن الجمعة والعيدين ليست بمخصوصة لان الجمعة فرضت بالمدينة وكانت الغلبة للمسلمين فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقراءة فيها فكان نسخا لا تخصيصا والنسخ بالقياس لا يجوز وكذا في الاعياد ومنه عرف حكم الجمعة والعيدين (والنقل المستفيض) أي الشائع المنتشر ما روى أبو حنيفة في مسنده باسناده الى النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الجمعة سبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية وان وافق العيد يوم الجمعة قرأ بهما في الركعتين وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية وان اجتمع العيد والجمعة في يوم قرأ بهما في الصلوات الثلاث وروى ابن ماجه عن النعمان بن بشير قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية قال وإذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما أيضا في الصلاتين وروى مسلم عن سمرة بن جندب أن عمر رضي الله عنه سأل أبا واقد الليثي ما كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاضحى والفطر فقال كان يقرأ بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة وروى مسلم عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ما كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة مع سورة الجمعة قال كان يقرأ بهما هل أتاك حديث الغاشية وروى ابن ماجه عن سمرة بن جندب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في العيدين بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية وروى ابن ماجه عن عبد الله بن عباس

وقوله (وان كان وحده خافت حتما وهو الصحيح) مخالف لما ذكره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي في شروحهم للجامع الصغير فانهم قالوا الجهر أفضل لان القضاء يكون على وفق الاداء وفي الاداء المنفرد مخير بين الجهر والمخافتة والجهر أفضل فكذلك في القضاء وأما تعليل المصنف فتقريره أن الجهر اما أن يكون واجبا أو جائزا وسبب الاول الجماعة والفرض ههنا عدمه وسبب الثاني الوقت والفرض عدمه فتعين الاخفاء ومنع بان السبب ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز أن تكون موافقة القضاء الاداء سببا للجواز أيضا في حق المنفرد ويمكن أن يجاب عنه بان ما ذكره المصنف من سببي الجهر ثابت بالاجماع وقد انتفى كل منهما فينتفي الحكم وأما موافقة القضاء الاداء فليس على سببيتها اجماع ولا نص بدل عليها فجعلها سببا يكون اثبات سبب بالرأي ابتداء وهو ينزع الى الشركة في وضع الشرع وذلك باطل ولعل هذا حمل المصنف على الحكم بكونه حتما هو الصحيح فيكون معنى قوله هو الصحيح هو الصحيح دراية لا رواية فان أكثر الروايات على الجواز كما ذكرنا آنفا (ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ الفاتحة لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر) يعني بهما على الصحيح كما ذكره (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقضي واحدة منهما) لان كل واحد منهما واجب ولهذا لو ترك احداهما ساهيا وجب عليه سجدة السهو فقضاها في الشفع الثاني أو لم يقض والواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل وهو ليس بموجود لان الدليل هو أن يكون ماله مشروعا ليصرف الى ما عليه والسورة في الاخريين غير مشروعة (ولهما) وهو الفرق بين الوجهين (ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة) اذ التقدير أنه قرأ السورة ثم يقضي الفاتحة في الشفع الثاني والذي وقع في الشفع الثاني بعد الذي وقع في الشفع الاول

(وان كان وحده خافت حتما ولا تخيير هو الصحيح) لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما أو بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد أحدهما (ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين أن قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة

رسول الله صلى الله عليه وسلم فتوضأ وتوضأ أصحابه وأمر المؤذن فأذن وصلى ركعتين ثم أقيمت الصلاة فصلى الفجر بأصحابه وجهر فيها بالقراءة كما كان يصليها في وقتها وهذا مرسل وهو حجة عندنا وعند الجمهور ولو لم يكن لكن يعتضد بما في مسلم خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انكم تسيرون عشيتكم الى أن قال فكان أول من استيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم والشمس في ظهره قال فقمنا فزعين ثم قال اركبوا فركبنا وسرنا حتى اذا ارتفعت الشمس نزل ثم دعا بميضأة كانت معي فيها شئ من الماء الى أن قال ثم صلى الغداة فصنع كما كان يصنع كل يوم على ما يعم الجهر وغيره من الاركان كما هو ظاهر اللفظ لا على مجرد استيفاء الاركان كما حمله قولي الشافعي لانه خلاف الظاهر بلا موجب (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول شمس الائمة وفخر الاسلام وقاضيخان يتخير والجهر أفضل هو الصحيح وفي الذخيرة هو الاصح لان القضاء يحكي الاداء وقوله لان الجهر الخ حاصله أن الحكم الشرعي ينتفي بنفي المدرك الشرعي والمعلوم من الشرع كون الجهر على المنفرد تخييرا في الوقت وحتما على الامام مطلقا ولولا الاثر المذكور لقلنا بتقيده بالوقت في الامام أيضا ومثله في المنفرد معدوم فبقي الجهر في حقه على الانتفاء الاصلي وهذا يتوقف على أن الاصل فيه شرعية الاخفاء والجهر يعارض دليل آخر فعند فقده يرجع اليه وفيه نظر بل ظاهر نقلهم انه صلى الله عليه وسلم كان يجهر في الصلوات كلها فشرع الكفار يغلطونه كما يشير اليه قوله تعالى وقال الذين كفروا لا تسمعوا لهذا القرآن والغوا فيه فأخفى صلى الله عليه وسلم الا في الاوقات الثلاثة فانهم كانوا غيبا نائمين وبالطعام مشغولين فاستقر كذلك يقتضي أن الاصل الجهر والاخفاء يعارض وأيضا نفي المدرك ممنوع بل هو القياس على أدائها بعد الوقت بأذان واقامة بل أولى لان فيهما الاعلام بدخول الوقت والشروع في الصلاة وقد سن بعد ذلك في القضاء وان لم يكن ثمة من يعلمه بهما فعلم أن المقصود مراعاة هيئة الجماعة وقد روي من صلى على هيئة الجماعة صلت بصلاته صفوف من الملائكة ذكره في شرح الكنز (قوله لم يعد في الاخريين) المناسب لم يقض أو لم يقرأها اذ لا يتصور اعادة ما لم يسبق (قوله ولهما الخ) مثل هذا الوضع يقتضي أن يقال لهما يعني من الدلائل في مقابلة قول المخالف بعد ذكر دليله وهو ما ذكر من

(قال المصنف ولهما وهو الفرق بين الوجهين) أقول لم يخرج الجواب عن دليل أبي يوسف فتأمل ويجوز أن يقال مبنى دليلهما أن القضاء بمثل معقول يجب بالسبب الاول اذا لم يمنع مانع لا بسبب جديد فيكون اشارة الى الخلاف المشهور في الاصول

فتكون الفاتحة بعد السورة (وهو خلاف الموضوع) ونوقض بترتب الفاتحة التي في الشفع الثاني على السورة التي في الركعة الثانية من الشفع الاول فانه يرتب الفاتحة على السورة وهو مشروع لا محالة وأجيب بان ذلك على وجه الدعاء وليس الكلام فيه وانما الكلام في قراءة الفاتحة على وجه قراءة القران ولقائل أن يقول الفاتحة الواقعة في الشفع الثاني نجعلها كالواقعة في الشفع الاول فلنقدر أنها وقعت قبل السورة حكما لان ذلك محلها فتكون السورة مترتبة على الفاتحة دون العكس والجواب أن تقديرها كالواقعة في الشفع الاول لضرورة تدارك الفارط ان أمكن وليس بممكن لاستلزامه تغير المحسوس والضروري ضعيف لا يثبت به تغير المحسوس (بخلاف ما اذا ترك السورة لانه أمكن قضاؤها على الوجه المشروع) وهو ترتب السورة على الفاتحة والجواب عن قول أبي يوسف أنا لا نسلم ان السورة في الاخريين غير مشروعة قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان السورة في الاخريين مشروعة نفلا ولهذا لو قرأ فيهما لا يلزمه سجود السهو وقوله (ثم ذكر ههنا) أي في الجامع الصغير (ما يدل على الوجوب) لانه قال قرأ فيكون بمنزلة الامر بل آكد وفي الاصل بلفظ الاستحباب لانه قال اذا ترك السورة في الاوليين أحب الي أن يقضيها أما وجه ما ذكره في الجامع الصغير فقد بيناه وأما وجه ما ذكره في الاصل فما قال في الكتاب (لانها) أي السورة (ان كانت مؤخرة عن الفاتحة فغير موصولة بالفاتحة الاولى) لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية (فلم يكن مراعاة موضوعها من كل وجه) ولم يذكر الشق الآخر وهو أن تكون السورة متقدمة على الفاتحة لبعده لانه يفضي الى غير مشروع آخر وهو تقديم السورة على الفاتحة وان ذهب اليه بعضهم وقوله (ويجهر بهما هو الصحيح) احتراز عما روى ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف انه يجهر بالسورة خاصة لانه في الفاتحة مؤد فيراعى صفة أدائها وفي السورة قاض فيجهر بها كما كان يجهر في الاداء ولا يكون جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة تقديرا لان القضاء يلتحق بحال الاداء وعما روى هشام عن محمد أنه لا يجهر أصلا لانه لا يجهر في بالفاتحة لما قلنا فلو جهر بالسورة كان جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة صورة وحقيقة وذلك غير مشروع ووجه الصحيح ما ذكر أن الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع فاما أن يخفيهما كما روى هشام عن محمد وفي ذلك تغيير صفة الواجب وهو السورة لاجل مراعاة صفة سنة وهو الفاتحة وهو اتباع الاقوى للادنى واما ان يجهر بهما وفيه تغيير صفة النفل لاجل صفة الواجب فهو أولى

وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه أمكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاة موضوعها من كل وجه (ويجهر بهما) هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة أولى

أن قراءة السورة غير مشروعة في الاخريين فلا يجوز الاتيان بها لعدم المحل ودليل القضاء لا ما ذكره المصنف والجواب أن قراءتها ألحقها بالشفع الاول ويخلو عنها الثاني حكما لانه محل لها بخلاف الفاتحة فان الثاني محلها فتقع قراءتها أداء لانه أقوى للحلية ولو كررها خالف المشروع وقد يقال كذلك قراءة السورة فان كان ابقاءها فيه يخليه عنها حكما لذلك يجب أن تكون قراءة الفاتحة ثانيا للقضاء يجب أن تلتحق بالاوليين فيخلو الثاني عن تكرارها حكما ثم بعد هذا كله المتحقق عدم المحلية فلزم كونها قضاء ولم يقع الجواب عن قوله اذا فات عن محله لا يقضي الا بدليل واعلم أن المسئلة مربعة فظاهر الرواية ما ذكر وعكسه قول عيسى بن أبان وعن أبي يوسف لا يقضي واحدة منهما وعن أبي حنيفة يقضيهما ثم كيف يرتبهما فقيل يقدم السورة وقيل يقدم الفاتحة وهو الاشبه اذ تقديم السورة على الفاتحة غير مشروع فلا يكون مخالفا للمعهود (قوله ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب) وهو لفظ الخبر وفي الاصل بلفظ الاستحباب ولا يخفى أنه أصرح فيجب التعويل عليه في الرواية لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاتها من كل وجه (قوله هو الصحيح) هو ظاهر الرواية احترازا عما عن أبي حنيفة انه لا يجهر أصلا لان الجمع شنيع وتغيير السورة أولى لان الفاتحة

(قوله وقوله ثم ذكر ههنا أي في الجامع الصغير ما يدل على الوجوب لانه قال قرأ فيكون بمنزلة الامر بل آكد) أقول انما يكون دليلا اذا كان مستعملا في الامر الايجابي وهو ممنوع لم لا يجوز أن يكون المراد الامر الاستحبابي وتكون القرينة عليه ما في الاصل كما أريد بما مر من قوله افترش رجله اليسرى ووضع يديه على فخذيه وأمثال ذلك المعنى (قوله وأما وجه ما ذكره في الجامع الصغير وقد بيناه) أقول لم يظهر لنا دلالة ما بيناه على الوجوب (قوله لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية الخ) أقول والاظهر أن لا يختص تعليل نفي الموصولية بما ذكر فان الفصل يقع بالركوع والسجود والقعدة والتشهد كما لا يخفى فيكفي مؤنة قوله ولم يذكر الشق الآخر الخ (قوله احتراز عما روى ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف) أقول الظاهر أن عنه رواية أخرى يجوز القضاء أو يكون قوله هذا مثل قول أبي حنيفة في المزارعة

قال (ثم المخافتة أن يسمع نفسه) اعلم ان أجزاء الكلمات المستعملة على اللسان على نوعين كلام وقراءة لان الغرض منها ما ان يكون افادة النسبة للمخاطب أولا فان كان الاول فهو الكلام والا فهو القراءة وكل منهما على نوعين جهر ومخافتة وقد اختلف علماؤنا في الحد الفاصل بينهما فذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني الى أن المخافتة هو أن يسمع نفسه ومادون ذلك بحيث ودندنة ليس بكلام ولا قراءة (والجهر هو أن يسمع غيره) فهو كما ترى جعل كل واحد منهما بنوعيه من الكيفيات المسموعة وقال (لان مجرد حركة اللسان بدون الصوت لا تسمى قراءة) يعني لالغة ولا عرفا وفيه نظر فان من رأى المصلي الاطروش من بعيد يحرك شفتيه يخبر عنه أنه يقرأ وان لم يسمع منه شئ (وقال الكرخي أدنى الجهر أن يسمع نفسه وأدنى المخافتة تصحيح الحروف) وقال (لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ) فان الاطروش يتكلم ولا يسمع وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة والجهر من الكيفيات المسموعة واعترض عليه بان الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ولا تسمى قراءة لعدم الصوت وهو فاسد لانه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقا قراءة بل تصحيح الحروف باللسان قراءة ألا ترى الى قوله لان القراءة فعل اللسان قوله (وفي لفظ الكتاب) قيل يعني في مختصر القدوري وهو ماذكره في أول الفصل بقوله فهو مخير ان شاء جهر وأسمع نفسه وان شاء خافت وقيل في المبسوط حيث قال وان كان وحده وكانت صلاته يجهر فيها بالقراءة قرأ في نفسه ان شاء وان شاء جهر وأسمع نفسه وشيخ الاسلام أول هذا الكلام نصرة لابي جعفر بأنه أراد بقوله وقرأ في نفسه أن يسمع نفسه (٢٣٣) لاغيره وبقوله وان شاء جهر وأسمع نفسه أن يسمع نفسه وغيره فصار كأنه قال المنفرد فيما يجهر فيها بالقراءة بالخيار ان شاء أسمع نفسه لاغير وان شاء أسمع نفسه وغيره وهذا كما ترى تأويل غير محتمل اذ ليس في كلام محمد مايحتمله وقوله (وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق) يعني اذا قال انت طالق أو أنت حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخي خلافا للهندواني وكذا اذا جهر بهما وخافت بالاستثناء أو الشرط بحيث انه لم يسمع نفسه لم يقع في الاستثناء أصلا وتأخرا الى وجود الشرط عند الكرخي وعند الهندواني يقعان في الحال وعلى هذا التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة

ثم المخافتة أن يسمع نفسه والجهر أن يسمع غيره وهذا عند الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال الكرخي أدنى الجهر أن يسمع نفسه وأدنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك

في محلها وليست تبعا للسورة وعنه يجهر بالسورة دون الفاتحة مراعاة لصفة كل منهما ولا يكون جمعا تقديرا للالتحاق بمحلها من الاولين وجمعه التمرتاشي وجعله شيخ الاسلام الظاهر من الجواب (قوله وفي لفظ الكتاب اشارة اليه) حيث قال ان شاء جهر وأسمع نفسه وان شاء خافت فجعل اسماعه نفسه جهرا يقابله المخافتة فتكون هي دون ذلك وليس حينئذ الا تصحيح الحروف وهذا بناء على ان المراد وأسمع نفسه لاغيره اعتبارا لمفهوم اللقب والا لو كان المراد مجرد ابداء حسن التعليل والمراد وأسمع نفسه بذلك لم يلزم فيه اشارة اليه وفي المحيط قول الهندواني أصح واعلم أن القراءة وان كانت فعل اللسان لكن فعله الذي هو كلام والكلام بالحروف والحرف كيفية تعرض للصوت وهو أخص من النفس فانه النفس المعروض بالقرع فالحرف عارض للصوت لا للنفس فمجرد تصحيحها بلا صوت ايماء الى الحروف بعضلات المخارج لا حروف فلا كلام بقي أن هذا لا يقتضي أن يلزم في مفهوم القراءة أن يصل الى السمع بل كونه بحيث يسمع وهو قول بشر المريسي ولعله المراد بقول الهندواني بناء على أن ظاهر سماعه بعد وجود الصوت اذا لم يكن مانع (قوله وغير ذلك) كالتسمية على الذبيحة ووجوب السجدة بتلاوته وجواز الصلاة قال شيخ الاسلام وكذا الايلاء والبيع على الخلاف وقيل الصحيح في البيع انه لابد أن

(قوله اما أن يكون افادة النسبة للمخاطب أولا) أقول قد يقصد من الكلام لازم الفائدة فينبغي أن يعم النسبة لامثاله الا انه قد يقصد منه التحسر والتحزن ونحوهما (قوله والا فهو القراءة) أقول قد يكون الغرض من القراءة أيضا افادة النسبة ألا ترى الى مايقرؤه الفصاصون من كتب الحكايات فان قصدهم الافادة الى السامعين (قوله وفيه نظر فان من رأى المصلي الاطروش الخ) أقول والظاهر أن اخباره ذلك بطريق الاستدلال وقرائن الاحوال ثم المراد باسماع نفسه أن يكون هناك صوت بحيث لو لم يكن في أذنه آفة سمعه (قوله لان القراءة فعل اللسان) أقول نعم الا أنه الكيفية العارضة للصوت فلابد أن يسمع (قوله دون الصماخ) أقول مغالطة (قوله وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة) أقول فيه بحث (قوله واعترض عليه بان الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ولا تسمى قراءة لعدم الصوت) أقول الموجود في الكتابة تصحيح نقش الحروف لا تصحيح الحروف الا بالمجاز اذ ظاهر أن الحروف هي الكيفية العارضة للصوت أو مجموع العارض والمعروض

قال (وأدنى مايجزئ من القراءة فى الصلاة) القراءة فى الصلاة اما أن تكون فى الحضر أو فى السفر فان كانت فى الحضر فهى على ثلاثة أقسام قسم يتعلق به الجواز وقسم يخرج به عن حد الكراهة وقسم يدخل به فى حد الاستحباب وان كانت فى السفر فاما أن يكون المصلى فى عجلة من السير أو أسنة وقرار والحكم ماذكرنا خلافا لأن للعجلة تأثيرا فى التخفيف (وأدنى مايجزئ من القراءة فى الصلاة) سواء كانت فى الحضر أو فى السفر (عند أبى حنيفة آية) واحدة ان كانت كلمتين فصاعدا فبلا خلاف بين المشايخ وان كانت كلمة واحدة كدهامتان أو حرفا واحدا كص ون ق ففيه (٢٣٤) اختلاف المشايخ (وقالا ثلاث آيات قصار أو آية طويلة) كآية الكرسى وآية المداينة (الا ان الرجل لايسمى قارئا بدونه) أى بدون المذكور من ثلاث آيات قصار أو آية طويلة (فأشبه) قراءته (قراءة مادون الآية) وقراءة مادون الآية غير مجزئة فكذلك قراءة الآية وحقيقة كلامهما أن الآية الواحدة وان كانت قرآنا حقيقة الا أنه فى العرف ينطلق على ثلاث آيات أو آية طويلة فيصار اليه (ولابى حنيفة قوله تعالى فاقرؤا ماتيسر من القرآن من غير فصل) بين آية فما فوقها وهذا لان الآية الواحدة قرآن حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانها تحرم قراءتها على الحائض والجنب فتدخل فى اطلاق قوله تعالى من القرآن وقوله (الا أن مادون الآية خارج) جواب عما يقال لو كان المراد من قوله فاقرؤا ماتيسر من القرآن مطلقه من غير فصل لجاز بمادون الآية كما جاز بالآية لان الاطلاق يتناولهما تناولا واحدا ولكن لم يجز بمادون الآية فكذلك بالآية ووجهه أن مادون الآية لم يدخل فى الاطلاق بالاجماع لان المطلق ينصرف الى الكامل والكامل من القرآن ماهو قرآن حقيقة وحكما ومادون الآية وان كان قرآنا حقيقة لكنه ليس بقرآن حكما حيث جاز قراءته للجنب والحائض فلا ينصرف المطلق اليه وعلى هذا النقرير يكون قوله خارج بمعنى لم يدخل لانه أبرز الكلام مبرز الاطلاق والتقييد لا العموم والخصوص ولهذا قال فيما تقدم والزيادة عليه بخبر الواحد لايجوز لان التخصيص عندنا ليس بطريق الاخراج

(وأدنى مايجزئ من القراءة فى الصلاة آية عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ثلاث آيات قصار أو آية طويلة) لانه لايسمى قارئا بدونه فأشبه قراءة مادون الآية وله قوله تعالى فاقرؤا ماتيسر من القرآن من غير فصل الا أن مادون الآية خارج

يسمع المشترى (قوله وأدنى مايجزئ الخ) القراءة فرض وواجب وسنة ومكروه فالفرض عنده فى رواية مايطلق عليه اسم القرآن ولم يشبه قصد خطاب أحد ونحوه وفى رواية آية وفى رواية كقولهما والواجب قراءة الفاتحة وثلاث آيات قصار أو آية طويلة يعنى فى غير الاخريين والاخيرة من المغرب والمسنونة اما فى السفر أو فى الحضر ويعلم من الكتاب والمكروه ترك شئ من القراءة الواجبة وفى شرح الطحاوى قراءة الفاتحة وآية أو آيتين مكروه وفى المجتبى ماذكره الطحاوى يدل على أنه لو قرأ مع الفاتحة آية طويلة لايكون اتيانا بالواجب واختلف المشايخ على قولهما فيما لو قرأ آية طويلة كآية الكرسى قيل لايجوز وعامتهم أنه يجوز واذا كانت هذه الاقسام ثابتة فى نفس الامر فما قيل لو قرأ البقرة ونحوها وقع الكل فرضا وكذا اذا أطال فى الركوع والسجود مشكل اذ لو كان كذلك لم يتحقق قدر القراءة الا فرضا فأين باقى الاقسام وجه القيل المذكور وهو قول الاكثر والاصح أن قوله تعالى فاقرؤا ماتيسر يوجب أحد الامرين من الآية فما فوقها مطلقا الصدق ماتيسر على كل ماقرئ فهما قرئ يكون الفرض ومعنى قسم السنة من الاقسام المذكورة أن يجعل الفرض على الوجه المذكور وهو ما كان عليه الصلاة والسلام يجعله عليه وهو جعله بعدد أربعين مثلا الى مائة ومما يكره القراءة خلف الامام وفى غير حالة القيام وتعيين شئ من القرآن بشئ من الصلاة ثم عنده لو قرأ آية هى كلمات أو كلمتان نحو فقتل كيف قدر أو ثم نظر جازت بلا خلاف بين المشايخ أما لو كانت كلمة اسما أو حرفا نحو مدهامتان ص ق ن فان هذه آيات عند بعض القراء اختلف فيه على قوله والاصح أنه لايجوز لانه يسمى عادا لا قارئا وكون نحو ص حرفا غلط بل الحرف مسمى ذلك وهو ليس المقروء والمقروء هو الاسم صاد كلمة فالصواب فى التقسيم أن يقال هى كلمتان أو كلمة ولو قرأ نصف آية طويلة مثل آية الكرسى والمداينة قيل لايجوز لعدم الآية وعامتهم على الجواز لانه يزيد على ثلاث قصار وتعيين الآية ليصير قارئا عرفا وهو بذلك كذلك أما الكراهة فثابتة مالم يقرأ الواجب الا فيما بعد الاولين من الفرض ولو قرأ نصف آية مرتين أو كرر كلمة مرارا حتى بلغ قدر آية لايجوز (قوله لانه لايسمى قارئا بدونه) أى بدون المذكور عرفا (قوله وله قوله تعالى فاقرؤا ماتيسر من القرآن من غير فصل) فكان مقتضاه الجواز بدون الآية وبه جزم القدورى فقال الصحيح من مذهب أبى حنيفة رحمه الله أن مايتناوله اسم القرآن يجوز وهو

(قال المصنف وأدنى مايجزئ من القراءة فى الصلاة آية عند أبى حنيفة) أقول قال ابن الهمام ثم عنده لو قرأ آية هى كلمات أو كلمتان نحو فقتل كيف قدر أو ثم نظر جازت الصلاة بلا خلاف بين المشايخ أما لو كانت كلمة اسما أو حرفا نحو مدهامتان ص ق ن فان هذه آيات عند بعض القراء اختلف فيه على قوله والاصح أنه لايجوز لانه يسمى عادا لا قارئا وكون نحو ص حرفا غلط بل الحرف مسمى ذلك وهو ليس المقروء والمقروء هو الاسم صاد كلمة انتهى ونحن نقول لعل اطلاق الحرف باعتبار الكتابة فان المكتوب هو صورة الحرف (قوله وان كانت كلمة واحدة كدهامتان أو حرفا واحدا كص) أقول ص كلمة اذا المقروء اسمها المسمى حتى يكون حرفا

بل بطريق أن المخصوص لم يدخل تحت الجملة على ما عرف في أصول الفقه وله زيادة تقرير قررناها في التقرير وقوله (والآية ليست في معناه) أي في معنى مادون الآية مستغنى عنه الا أنه ذكره لدفع من عسى أن يتوهم أن مادون الآية اذا لم يدخل تحت الاطلاق فتلحق الآية به في ذلك فقال الآية ليست في معناه حتى تلحق به قوله (وفي السفر) انما قدم الكلام في السفر مع أنه من العوارض وهو أليق بالتأخير اما لانه مظنة قلة القراءة فكان أنسب لذكر قراءة الآية الواحدة واما لان شعب بحث الحضر كثيرة فأراد أن يفرغ من بحث السفر ليدخل في بحث الحضر على فراغ وكلامه في السفر ظاهر والامنة بفتح الميم هو الامن ولما كان السفر مظنة التخفيف أدير الحكم عليه وخفف في القراءة وان كان المسافر في حال الامن ألا ترى أنه أثر في اسقاط شطر الصلاة وان كان على أمنة وقرار فلان يؤثر في تخفيف القراءة أولى فان قيل هذا التعليل مخالف لما ذكر في طرف أبي حنيفة في مسئلة الاروث في باب الانجاس حيث استدل ههنا بوجود التخفيف مرة على التخفيف ثانيا وأبى ذلك هناك أجيب بالفرق بين الموضعين بأن العمل بتخفيف القراءة عمل بالدلالة لان كل شئ ظهر تأثيره في الاصل كان ظهور تأثيره في الوصف أولى لكونه تابعا للاصل بخلاف الاروث فان الضرورة عملت في صفة التخفيف مرة فكفت مؤنتها فلا تعمل ثانية

والآية ليست في معناه (وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب) وأي سورة شاء لما روى أن النبي عليه السلام قرأ في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين ولأن السفر أثر في اسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى وهذا اذا كان على عجلة من السير وان كان في أمنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لأنه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف

قول ابن عباس فانه قال اقرأ ما تيسر معك من القرآن وليس شئ من القرآن بقليل ولان ما يتناول اسم الواجب يخرج عن العهدة فدفعه المصنف بقوله الا أن مادون الآية خارج منه أي من النص اذ المطلق ينصرف الى الكامل في الماهية ولا يجزم بكونه قارئا عرفا به فلم يخرج عن عهدة ما لزمه بيقين اذ لم يجزم بكونه من أفراده فلم تبرأ به الذمة خصوصا والموضع موضع الاحتياط بخلاف الآية اذ ليست في معناه اى معنى مادون الآية بل يطلق عليه قارئا بها فبنى الوجه من الجانبين قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر وأما مبنى الخلاف فقيل على ان الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالقلب معناه أن كونه غير قارئ مجاز متعارف وكونه قارئا بذلك حقيقة تستعمل فانه لو قيل هذا قارئ لم يخطأ المتكلم تطرا الى الحقيقة اللغوية وفيه نظر فانه منع مادون الآية بناء على عدم كونه قارئا عرفا وأجاز الآية القصيرة لانها ليست في معناه أي في أنه لا يعد به قارئا بل يعد به قارئا عرفا فالحق أنه مبني على الخلاف في قيام العرف في عده قارئا بالقصيرة قالا لا يعد وهو يمنع نعم ذا لا مبناه على رواية ما يتناوله اسم القرآن وفي الاسرار ما قالاه احتياط فان قوله لم يلد ثم نظر لا يتعارف قرآنا وهو قرآن حقيقة فمن حيث الحقيقة حرم على الحائض والجنب ومن حيث العرف لم تجز الصلاة به احتياطا فيهما (قوله لما روى انه صلى الله عليه وسلم قرأ في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين) رواه أبو داود والنسائي عن عقبة بن عامر قال كنت أقود برسول الله صلى الله عليه وسلم ناقته في السفر فقال لي يا عقبة ألا أعلمك خير سورتين قرئتا فعلمني قل أعوذ برب الفلق وقل أعوذ برب الناس قال فلم يرني سررت بهما جدا فلما نزل لصلاة الصبح صلى بهما صلاة الصبح للناس وفيه القاسم مولى معوية أبو عبد الرحمن القرشي الاموي مولاهم وثقه ابن معين وغيره وتكلم فيه غير واحد ورواه الحاكم في مستدركه عنه ولفظه سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المعوذتين أمن القرآن هما فأمنا بهما في صلاة الفجر وصححه والحق أنه حسن (قوله ولان للسفر الخ) قال في النهاية هذا التعليل مخالف لما ذكر من طرف أبي حنيفة رحمه الله في مسئلة الاروث حيث قال قلنا الضرورة في النعال وهي قد أثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها انتهى يعني الضرورة أثرت هذا التخفيف فلا تؤثر تخفيف نجاستها ثانيا وأجاب بان كلا في محله لان سقوط شطر الصلاة من قبيل رخصة الاسقاط فكان التخفيف في القراءة حينئذ ابتداء لا ثانيا والحق أن لا ورود للسؤال ليتكلف الجواب على انه لا يصح اذ لا شك في أن سقوط الشطر من أصل الشرعية للضرورة يعني لما كان بحيث لو لزم الشطر في السفر لزم الحرج سقط وأما الاول فلان المصنف قال في دليلهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق به فقال في الجواب قلنا الضرورة في النعال الخ وحاصله القول بالموجب أي نعم فيه ضرورة ولكن محلها النعال وانما تؤثر في محلها وقد أثرت حتى طهرت بالدلك فاندفعت به فلا حاجة الى اثبات تخفيف نفس النجاسة لاخذ الضرورة تمام مقتضاها دون ذلك التخفيف أما هنا فالضرورة داعية الى تخفيف القراءة كما دعت الى السقوط فمجموع السقوط والتخفيف مقتضاها فلا بد من اعطائها اياه

(ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين بأربعين آية أو خمسين سوى الفاتحة) ويروى من أربعين الى ستين ويروى من ستين الى مائة وبكل ذلك وردت الآثار قال مؤرق العجلي تلقنت سورة ق واقتربت من في رسول الله صلى الله عليه وسلم لكثرة قراءته لهما في صلاة الفجر و ق خمس وأربعون آية واقتربت خمس وخمسون أو ست وخمسون آية وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة وهل أتى على الانسان والاولى ثلاثون والثانية احدى وثلاثون فلما اختلفت مقادير قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفت رواية محمد فيها وفي لفظ الكتاب اشارة الى أن هذه المقادير أيها كانت انما تكون في ركعتين لا في ركعة واحدة حتى تكون على رواية الاربعين في كل ركعة عشرون قوله (ووجه التوفيق) يعني بين الروايات وهو ظاهر وقوله (وفي الظهر مثل ذلك) أي مثل ما قرأ في الفجر (لاستوائهما في سعة الوقت) وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر الم السجدة قال أبو سعيد الخدري سجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الظهر فظننا أنه قرأ الم تنزيل السجدة وقدرنا أنه كان يقرأ في الفجر الم تنزيل السجدة وفي الثانية هل أتى على الانسان فدل على أنه قرأ في الظهر ما قرأ في ركعتي الفجر (وقال في الاصل أو دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال) وروى أبو سعيد الخدري أنه عليه السلام كان يقرأ في الظهر قدر ثلاثين آية وهو نحو سورة الملك وقوله (والعصر والعشاء سواء) يعني في سعة الوقت على جهة الاستحباب (يقرأ فيهما بأوساط المفصل) لما روى جابر بن سمرة أن النبي عليه السلام كان يقرأ في الركعتين الاوليين من العصر والسماء ذات البروج والسماء والطارق ولحديث معاذ بن جبل أن أن قومه شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تطويل قراءته في العشاء فقال له النبي صلى الله عليه وسلم أفتان أنت يا معاذ أين أنت من سبح اسم ربك الاعلى والشمس وضحاها (وفي المغرب بقصار المفصل) لما روى أنه عليه السلام قرأ في صلاة المغرب بالمعوذتين وطوال المفصل من سورة الحجرات الى سورة والسماء ذات البروج والاوساط منها الى لم يكن والقصار منها الى الآخر وقيل طواله من الحجرات الى عبس وأوساطه من كورت الى والضحى والقصار منه الى الآخر

(ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين بأربعين آية أو خمسين آية سوى فاتحة الكتاب) ويروى من أربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق أنه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى أربعين وبالاوساط مابين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشغال وقلتها قال (وفي الظهر مثل ذلك) لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل أو دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال (والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما بأوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل) والاصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه الى أبي موسى الاشعري أن اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف أليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير

(قوله ويقرأ في الحضر الى قوله وبكل ذلك ورد الاثر) المراد أن الاربعين والخمسين والستين والمائة منقسمة على الركعتين وأما ورود الاثر فروى مسلم أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الفجر بق ونحوها وأخرج عن أبي بردة كان صلى الله عليه وسلم يقرأ في الفجر ما بين الستين الى مائة آية ولفظ ابن حبان بالستين الى المائة وأخرج عن ابن عمر أن كان صلى الله عليه وسلم ليؤمنا في الفجر بالصافات (قوله ينظر الخ) هذا وما بعده أولى أن يجعل محمل اختلاف فعله صلى الله عليه وسلم بخلاف ما قبله لا يجوز فيه ذلك فيجعل قاعدة لفعل الائمة في زماننا ويعلم منه أنه لا ينقص في الحضر عن الاربعين وان كانوا كسالى لان الكسالى تحملها ثم اختلف في أول المفصل فقيل سورة القتال وقال الحلواني وغيره من أصحابنا الحجرات فهو السبع الاخير وقيل من ق وحكى القاضي عياض انها الجاثية وهو غريب فالطوال من أوله على الخلاف الى البروج والاوساط منها الى لم يكن والقصار الباقي وقيل الطوال من أوله الى عبس والاوساط منها الى والضحى والباقي القصار ثم اذا راعى الليالي يقرأ في الشتاء مائة وفي الصيف أربعين وفي الخريف والربيع خمسين الى ستين (قوله والاصل فيه كتاب عمر) روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن علي بن زيد بن جدعان عن الحسن وغيره قال كتب عمر رضي الله عنه الى أبي موسى الاشعري أن اقرأ في المغرب بقصار المفصل وفي العشاء بوسط المفصل وفي الصبح بطوال المفصل انتهى وأما في الظهر بطوال المفصل فلم أره بل قال الترمذي في الباب الذي يلي باب القراءة في الصبح وروى عن عمر أنه كتب الى أبي موسى أن اقرأ في الظهر باوساط المفصل غير

(قوله وقيل طواله من الحجرات الى عبس) أقول أدخل الغاية هنا في المغيا بخلاف أخواته

وقوله (ويطيل الركعة الاولى من الفجر) به جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وفيه اعانة للناس على ادراك الجماعة ولا يطيل فى غيرها عندهما (وقال محمد أحب الى أن يطيل الركعة الاولى على الثانية فى الصلوات كلها لما روى) أبو قتادة رضى الله عنه (أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يطيل القراءة فى الركعة الاولى فى الصلوات كلها ولهما أن ركعتى الصلاة استويا فى استحقاق القراءة) لكونهما ركنا فى الجميع وكل ما كانا كذلك يستويان فى المقدار الا بعارض غير اختيارى لان سبب الحدوث متحد وسبب التفاوت غير موجود وقلنا بعارض غير اختيارى ليخرج صلاة الفجر لان تطويل الركعة الاولى متفق عليه فيها ولئلا يرد ما يقال فى جانب محمد ان معنى تطويل الركعة الاولى على الثانية موجود فى سائر الصلوات الا أن الغفلة فى الفجر بسبب النوم وفى غيره باشتغال الناس بالكسب لان غفلتهم تلك باختيارهم بخلاف النوم ثم المعتبر فى التطويل بالآيات ان كانت متساوية أو متقاربة من حيث الكلمات والحروف وأما اذا كانت متفاوتة من حيث ذلك فالمعتبر بالكلمات والحروف فى مقدار زيادة احداهما على الاخرى فمنهم من اعتبر الثلث والثلثين بأن يكون الثلثان فى الاولى والثلث فى الثانية وقال فى شرح الطحاوى ينبغى أن يقرأ فى الاولى بثلاثين آية وفى الثانية بعشر آيات أو عشرين وهذا بيان الاولوية وأما بيان الحكم فالجواز وان كان التفاوت فاحشا بأن قرأ فى الاولى بأربعين وفى الثانية بثلاث آيات وأما اطالة الركعة الثانية على الاولى فمكروه بالاتفاق ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات لان النبى صلى الله عليه وسلم قرأ فى المغرب بالمعوذتين والثانية أطول بآية ولما قال فى الكتاب من قوله لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج والحرج مدفوع وهذا فى الفرائض وأما فى غيرها فعن أبى يوسف أن زيادة احدى الركعتين على الاخرى مكروهة وقيل ليست بمكروهة لان أمر النوافل أسهل ألا ترى أنها جازت قاعدا مع القدرة على القيام وقوله (وليس فى شئ من الصلوات قراءة سورة بعينها) هذه المسئلة والتى بعدها يترا أى انهما فى افادة الحكم واحد وليس كذلك بل هما متغايران وضعا وبيانا أما الوضع فلان الاولى من مسائل القدورى والثانية من مسائل الجامع الصغير وقد التزم الاتيان بهما اذا اختلفت الروايتان وأما البيان فلان معنى الاولى ليس فى شئ من الصلوات مطلقا تعيين قراءة سورة بعينها لا تجوز الصلاة بغيرها وهو احتراز عن مذهب الشافعى فانه عين قراءة الفاتحة لجواز الصلاة كلها وقال لا تجوز الصلاة بغيرها من السور قلنا انه باطل

وقد يقعان بالتطويل فى وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط (و يطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية) اعانة للناس على ادراك الجماعة قال (وركعتا الظهر سواء) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله أحب الى أن يطيل الركعة الاولى على غيرها فى الصلوات كلها لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يطيل الركعة الاولى على غيرها فى الصلوات كلها ولهما أن الركعتين استويا فى استحقاق القراءة فيستويان فى المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج (وليس فى شئ من الصلوات قراءة سورة بعينها) بحيث لا تجوز بغيرها

أن فى الرواية ما يفيد المطلوب وهو ما قدمناه فى صحيح مسلم من حديث الخدرى عنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى صلاة الظهر فى الركعتين الاوليين فى كل ركعة قدر ثلاثين آية الحديث فارجع اليه (قوله وقد يقعان) أى بعد تأخيرهما الى الوقت الذى يستحب تأخيرهما اليه لو أطال القراءة قد يقع فى وقت غير مستحب وهو أعم من المكروه وقد تقدم أن التأخير الى النصف فى العشاء مباح وبعده مكروه فهذا قريب فى العصر بعيد فى العشاء (قوله لما روى الخ) روى البخارى أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الظهر فى الركعتين الاوليين بفاتحة الكتاب وسورتين وفى الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب و يطول فى الركعة الاولى ما لا يطول فى الثانية وهكذا فى العصر وهكذا فى الصبح فأجاب عنه بأنه محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ بما دون ثلاث آيات وعلى هذا فيحمل قول الراوى وهكذا فى الصبح على التشبيه فى أصل الاطالة لا قدرها فان تلك الاطالة معتبرة شرعا عند أبى حنيفة والمعتبر أكثر من ذلك القدر وقد قدرت بأن يقرأ فى الاولى بخمس وعشرين وفى الثانية بتمام الاربعين ولان الاطالة فى الصبح لما كانت لان وقته وقت نوم وغفلة فلا بد من كونها بحيث يعد اطالة لكن كون التشبيه فى ذلك غير المتبادر ولذا قال فى الخلاصة فى قول محمد انه أحب

(قال المصنف وقد يقعان بالتطويل فى وقت غير مستحب) أقول أى بعد تأخيرهما الى الوقت الذى يستحب تأخيرهما اليه لو أطال القراءة قد يقع فى وقت غير مستحب وهو أعم من المكروه (قوله وقلنا بعارض غير اختيارى ليخرج صلاة الفجر لان تطويل الركعة الاولى متفق عليه فيها ولئلا يرد الخ) أقول قوله لان تطويل الركعة الخ علة للاخراج بلا نظر الى خصوصية المخرج وقوله لئلا يرد الخ علة للتقييد بهذا القيد (قوله لان غفلتهم تلك باختيارهم الخ) أقول هذا ناظر لقوله فيما تقدم قبل أسطر وهو قوله لئلا يرد الخ

(لاطلاق ماتلونا) من قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن لا يقال فعلى هذا يلزم التكرار من وجه آخر لما تقدم أن قراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا خلافا للشافعي لان ما تقدم كان من لفظ الهداية وههنا ذكرانه من لفظ القدوري ومعنى الثانية يكره أن يعين المصلي شيأ من القرآن مثل الم السجدة وهل أتى على الانسان لشيء من الصلوات كالفجر يوم الجمعة لا على انه لا يجوز بغيرها وهو أيضا احتراز عن مذهب الشافعي فانه قال يستحب ذلك لحديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرؤهما في صلاة الفجر فكيف يكون مكروها وقلنا ان في ذلك هجر الباقي وإيهام التفضيل بلا دليل وذلك مكروه لقوله تعالى وقال الرسول يارب ان قومي اتخذوا هذا القرآن مهجورا شكى الرسول صلى الله عليه وسلم قومه قريشا الى ربه باتخاذهم القرآن مهجورا وهو يوجب الحرمة لو لا رواية الجواز بغيرها فمعها يكون مكروها لا يقال ليس في ذلك هجر وانما هو تفضيل بدليل وهو ما روينا من حديث ابن مسعود لانه معارض بما روى جابر بن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الفجر ق وبما روى أنه عليه السلام أقام بتبوك أربعين ليلة وكان يقرأ في الفجر الفاتحة واذا زلزلت فعلم انه عليه السلام ما واظب على ذلك ففي استحباب المواظبة مخالفة له عليه السلام وحمل لصلاته على غير المستحب ولا كراهة أعظم من ذلك نعم لو فعل ذلك أحيانا كما فعله عليه السلام قلنا باستحبابه لتبركه بقراءة النبي صلى الله عليه وسلم (ولا يقرأ المؤتم خلف الامام) سواء كان في الصلاة الجهرية أو غيرها خلافا للشافعي (٢٣٨) في الفاتحة فانه يقول يجب عليه قراءتها في الصلاة السرية وفي الركعات التي لا جهر فيها وكذا فيما يجهر فيه على الصحيح من مذهبه قال أصحابه ويستحب للامام على هذا القول أن يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرأ المقتدي الفاتحة واستدل على ذلك بأن القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه كما في سائر الاركان ولنا قوله عليه السلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة حدث به أبو حنيفة في مسنده عن موسى بن عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه لا يقال هذا الحديث معارض بقوله عليه السلام لا صلاة الا بقراءة فيسلم استدلاله بالقياس سلمنا لا نقول بالموجب أي سلمنا أن لا صلاة الا بقراءة ولكن ليس الكلام يخص فيه وانما الكلام في أن قراءة الامام قراءة له أولا وحديثهم لا يدل على نفي ولا اثبات وحديثنا يدل على ثبوته فعملنا به حذرا عن الالغاء ولهذا لم يذكر المصنف حديثهم في الاستدلال لعدم الفائدة في ذكره وقوله (وعليه اجماع الصحابة) قيل فيه نظر لان منهم من يقول بوجوب قراءة الفاتحة على ما روى عن عبادة بن الصامت وأجيب بأن المراد به اجماع أكثر الصحابة فانه روى عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة منع المقتدي عن القراءة خلف الامام وقال الشعبي أدركت سبعين بدريا كلهم يمنعون المقتدي عن القراءة خلف الامام وليس بشيء لان هذا المقدار ليس أكثر الصحابة وأيضا المذهب وعندنا ان خلاف الواحد كخلاف الاكثر وقيل المراد به اجماع مجتهدي الصحابة وكبارهم وقد روى عن عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه قال كان عشرة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ينهون عن القراءة خلف الامام أشد النهي أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ويجوز أن يكون رجوع المخالف ثابتا فيتم الاجماع ويجوز أن يقال لما ثبت نهي العشرة المذكورة ولم يثبت رد أحد عليهم عند توفر الصحابة كان اجماعا سكوتيا

لاطلاق ماتلونا (ويكره أن يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوات) لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل (ولا يقرأ المؤتم خلف الامام) خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة له أن القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة

(قوله ويكره أن يوقت) كالسجدة والانسان لفجر الجمعة والجمعة والمنافقين للجمعة قال الطحاوي والاسبيجابي هذا اذا رآه حتما يكره غيره أما لو قرأ للتيسر عليه أو تبركا بقراءته صلى الله عليه وسلم فلا كراهة لكن بشرط أن يقرأ غيرهما أحيانا لئلا يظن الجاهل أن غيرهما لا يجوز ولا تحرير في هذه العبارة بعد العلم بأن الكلام في المداومة والحق أن المداومة مطلقا مكروهة سواء رآه حتما يكره غيره أو لا لان دليل الكراهة لا يفصل وهو ايهام التفضيل وهجر الباقي لكن الهجر ان انما يلزم لو لم يقرأ الباقي في صلاة أخرى فالحق انه ايهام التعيين ثم مقتضى الدليل عدم المداومة لا المداومة على العدم كما يفعله حنفية العصر بل يستحب أن يقرأ بذلك أحيانا تبركا بالمأثور فان لزوم الايهام ينتفي بالترك أحيانا ولذا قالوا السنة أن يقرأ في ركعتي الفجر بقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وظاهر هذا افادة المواظبة على ذلك وذلك لان الايهام المذكور منتف بالنسبة الى المصلي نفسه (قوله له أن القراءة ركن فيشتركان فيه) أما الاولى فظاهرة وأما الثانية فلقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر منه وهو عام في المصلين وكذا قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة) فاذا صح وجب أن يخص عموم الآية والحديث على طريقة الخصم مطلقا فيخرج المقتدي وعلى طريقتنا

(قوله وبما روى أنه أقام عليه السلام بتبوك أربعين ليلة وكان يقرأ في الفجر الفاتحة واذا زلزلت) أقول ذلك في السفر والكلام في الحضر (قوله فعلم أنه عليه السلام ما واظب على ذلك الخ) أقول لو كانت المواظبة بلا ترك أفادت الوجوب ولو صح ما ذكره لوجد ترك السنة منه صلى الله عليه وسلم (قوله نعم لو فعل ذلك الى قوله قلنا باستحبابه لتبركه بقراءة النبي عليه السلام) أقول جواب بتغيير الدليل

يخص أيضا لانهما عام خص منه البعض وهو المدرك في الركوع اجماعا فجاز تخصيصهما بعده بالمقتدي بالحديث المذكور وكذا يحمل قوله صلى الله عليه وسلم فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن على غير حالة الاقتداء جمعا بين الادلة بل يقال القراءة ثابتة من المقتدي شرعا فان قراءة الامام قراءته فلو قرأ لكان له قراءتان في صلاة واحدة وهو غير مشروع بقي الشأن في تصحيحه وقد روي من طرق عديدة مرفوعا عن جابر بن عبد الله عنه صلى الله عليه وسلم وقد ضعف واعترف المضعفون لرفعه مثل الدارقطني والبيهقي وابن عدي بأن الصحيح انه مرسل لان الحفاظ كالسفيانين وأبي الاحوص وشعبة واسرائيل وشريك وأبي خالد الدالاني وجرير وعبد الحميد وزائدة وزهير رووه عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن النبي صلى الله عليه وسلم فارساوه وقد أرسله مرة أبو حنيفة رضي الله عنه كذلك فنقول المرسل حجة عند أكثر أهل العلم فيكفينا فيما يرجع الى العمل على رأينا وعلى طريق الالزام أيضا باقامة الدليل على حجية المرسل وعلى تقدير التنزل عن حجيته فقد رفعه أبو حنيفة بسند صحيح روى محمد بن الحسن في موطئه أخبرنا أبو حنيفة حدثنا أبو الحسن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من صلى خلف امام فان قراءة الامام له قراءة وقولهم ان الحفاظ الذين عدوهم لم يرفعوه غير صحيح قال أحمد بن منيع في مسنده أخبرنا اسحق الازرق حدثنا سفيان وشريك عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله ابن شداد عن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة قال وحدثنا جرير عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن النبي صلى الله عليه وسلم فذكره ولم يذكر عن جابر ورواه عبد بن حميد حدثنا أبو نعيم حدثنا الحسن بن صالح عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم فذكره واسناد حديث جابر الاول صحيح على شرط مسلم فهؤلاء سفيان وشريك وجرير وأبو الزبير رفعوه بالطرق الصحيحة فبطل عدهم فيمن لم يرفعه ولو تفرد الثقة وجب قبوله لان الرفع زيادة وزيادة الثقة مقبولة فكيف ولم ينفردوا الثقة قد يسند الحديث تارة ويرسله أخرى وأخرجه ابن عدي عن أبي حنيفة في ترجمته وذكر فيه قصة وبها أخرجه أبو عبد الله الحاكم قال حدثنا أبو محمد بن بكر بن محمد بن حمدان الصيرفي حدثنا عبد الصمد بن الفضل البلخي حدثنا مكي بن ابراهيم عن أبي حنيفة عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد بن الهاد عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى ورجل خلفه يقرأ فجعل رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ينهاه عن القراءة في الصلاة فلما انصرف أقبل عليه الرجل وقال أتنهاني عن القراءة خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنازعا حتى ذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم من صلى خلف امام فان قراءة الامام له قراءة وفي رواية لابي حنيفة ان ذلك كان في الظهر أو العصر هكذا ان رجلا قرأ خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم في الظهر أو العصر فأومأ اليه رجل فنهاه فلما انصرف قال أتنهاني الحديث وهذا يفيد أن أصل الحديث هذا غير أن جابرا روى عنه محل الحكم فقط تارة والمجموع تارة ويتضمن رد القراءة خلف الامام لانه خرج تأييد النهي ذلك الصحابي عنها مطلقا في السرية والجهرية خصوصا في رواية أبي حنيفة رضي الله عنه ان القصة كانت في الظهر أو العصر لا اباحة فعلها وتركها فيعارض ما روى في بعض روايات حديث مالي أنازع القرآن أنه قال ان كان لابد فالفاتحة وكذا ما رواه أبو داود والترمذي عن عبادة بن الصامت قال كنا خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الفجر فقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فثقلت عليه القراءة فلما فرغ قال لعلكم تقرؤن خلف امامكم قلنا نعم هذا يا رسول الله قال لا تفعلوا الا بفاتحة الكتاب فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها ويقدم لتقدم المنع على الاطلاق عند التعارض ولقوة السند فان حديث المنع من

كان له امام أصح فبطل رد المتعصبين وتضعيف بعضهم لمثل أبي حنيفة مع تضييقه في الرواية الى الغاية
حتى انه شرط التذكر لجواز الرواية بعد علمه انه خطه ولم يشترط الحفاظ هذا ولم يوافقه صاحباه ثم
قد عضد بطرق كثيرة عن جابر غير هذه وان ضعفت وبمذاهب الصحابة رضي الله عنهم حتى قال المصنف
ان عليه اجماع الصحابة في موطأ مالك عن نافع عن ابن عمر قال اذا صلى أحدكم خلف الامام فحسبه
قراءة الامام واذا صلى وحده فليقرأ قال وكان ابن عمر رضي الله عنه لا يقرأ خلف الامام ورواه عنه
الدارقطني مرفوعا وقال رفعه وهم لكن اذا صح عنه ذلك فالظاهر انه لسماعه منه صلى الله عليه وسلم
فيكون رفعه صحيحا وان كان راويه ضعيفا وروى ابن عدي في الكامل عن اسمعيل بن عمرو بن نجيح
ابن اسحق البجلي عن الحسن بن صالح عن أبي هارون العبدي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وقال هذا لا يتابع عليه اسمعيل وهو
ضعيف وليس كما قال بل تابعه عليه النضر بن عبد الله روى الطبراني في الاوسط حدثنا محمد بن
ابراهيم بن عامر بن ابراهيم الاصبهاني حدثني أبي عن جدي عن النضر بن عبد الله حدثنا الحسن
الخ سندا ومتنا وروى من حديث ابن عباس رضي الله عنه برفعه وفيه كلام وروى الطحاوي
في شرح الآثار حدثنا يونس بن عبد الاعلى حدثنا عبد الله بن وهب أخبرني حيوة بن شريح
عن بكر بن عمرو عن عبد الله بن مقاسم أنه سأل عبد الله بن عمرو زيد بن ثابت وجابر بن عبد الله
رضي الله عنهم فقالوا لا تقرأ خلف الامام في شيء من الصلاة وروى محمد بن الحسن في موطئه عن
سفيان بن عيينة عن منصور عن أبي وائل قال سئل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن
القراءة خلف الامام قال أنصت فان في الصلاة شغلا ويكفيك الامام وروى فيه عن داود بن قيس
الفراء المدني قال أخبرني بعض ولد سعد بن أبي وقاص أن سعدا رضي الله عنه قال وددت الذي
يقرأ خلف الامام في فيه جمرة ورواه عبد الرزاق الا أنه قال في فيه حجر وروى محمد أيضا في موطئه
عن داود بن قيس عن ابن عجلان أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ليت في فم الذي يقرأ خلف الامام
جمرا وأخرجه أيضا عبد الرزاق وأخرج الطحاوي عن حماد بن سلمة عن أبي جمرة قال قلت لابن
عباس أقرأ والامام بين يدي قال لا وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن جابر قال لا تقرأ خلف الامام
ان جهر ولا ان خافت وأخرجه هو وعبد الرزاق من قول علي رضي الله عنه قال من قرأ خلف الامام
فقد أخطأ الفطرة وأخرجه الدارقطني من طريق وقال لا يصح اسناده وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء
هذا يرويه عبد الله بن أبي ليلى الانصاري عن علي وهو باطل ويكفي في بطلانه اجماع المسلمين على
خلافه وأهل الكوفة انما اختاروا ترك القراءة خلف الامام فقط لا أنهم لم يجيزوا ذلك وابن أبي
ليلى هذا رجل مجهول انتهى وليس ما نسبه الى أهل الكوفة بصحيح بل هم يمنعونه وهي عندهم
تكره والمراد كراهة التحريم كما يفيده قول المصنف وعندهما يكره لما فيه من الوعيد وصرح بعض
المشايخ بأنها لا تحل خلف الامام وقد عرف من طريق أصحابنا أنهم لا يطلقون الحرام الا على
ما حرمته بقطعي وفي سنن النسائي أخبرنا هارون بن عبد الله حدثنا زيد بن الحباب حدثنا معاوية بن
صالح حدثنا أبو الزاهرية حدثني كثير بن مرة الحضرمي عن أبي الدرداء سمعته يقول سئل
رسول الله صلى الله عليه وسلم أفي كل صلاة قراءة قال نعم قال رجل من الانصار وجبت هذه
فالتفت الي وكنت أقرب القوم منه فقال ما أرى الامام اذا أم القوم الا قد كفاهم فان لم يكن هذا من
كلام النبي صلى الله عليه وسلم بل من كلام أبي الدرداء فلم يكن ليروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
في كل صلاة قراءة ثم يعتد بقراءة الامام عن المقتدي الا لعلم عنده فيه من النبي صلى الله عليه وسلم

(قوله

وقوله (وهو ركن مشترك) جواب عن قوله القراءة ركن وتقريره سلمنا أنه ركن مشترك (بينهما) لكن حظ المقتدى (منهما الاستماع والانصات) لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لما روى عن ابن عباس أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قرؤا خلفه فخلطوا عليه القراءة فنزلت ولما روى أبو هريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فانصتوا الحديث وقوله (ويستحسن قراءة الفاتحة على سبيل الاحتياط) فيما يروى عن محمد لما روى من حديث عبادة بن الصامت (ويكره عندهما لما فيه من الوعيد) وهو ما روى أنه عليه السلام قال من قرأ خلف الامام فلا فى فيه حجرة وقال وقد أخطأ السنة وقيل المراد به ما روى عن سعد بن أبى وقاص انه قال من قرأ خلف الامام فسدت صلاته وما روى أن عمر بن الخطاب قال ليت فى فم الذى يقرأ خلف الامام حجرا وغير ذلك ولا منافاة فى ذلك فجاز أن يكون الكل مرادا وقوله (ويستمع وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب) أى الى الجنة (والترهيب) أى من النار ودليله المذكور فى الكتاب ظاهر وهل يسأل ويتعوذ الامام أو المنفرد أو لا لم يذكره ههنا فأما الامام فلا يفعل ذلك لا فى الفرض ولا فى النفل لانه لم ينقل ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده ولانه يؤدى الى تطويل الصلاة على القوم وهو مكروه وكذلك المنفرد اذا كان فى الفرض لانه غير المنقول عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده

وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدى الانصات والاستماع قال عليه السلام واذا قرأ الامام فأنصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رحمه الله ويكره عندهما لما فيه من الوعيد (ويستمع وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب والترهيب) لان الاستماع والانصات فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك محل به

(قوله قال صلى الله عليه وسلم واذا قرأ فأنصتوا) رواها مسلم زيادة فى حديث اذا كبر الامام فكبروا وقد ضعفها أبو داود وغيره ولم يلتفت الى ذلك بعد صحة طريقها وثقة راويها وهذا هو الشاذ المقبول ومثل هذا هو الواقع فى حديث من كان له امام فقراءة الامام له قراءة (قوله على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد) تقتضى هذه العبارة أنها ليست ظاهر الرواية عنه كما قال فى الزكاة خلافا لابى يوسف فيما يروى عنه فى دين الزكاة وهو الذى يظهر من قوله فى الذخيرة وبعض مشايخنا ذكروا أن على قول محمد لا يكره وعلى قولهما يكره ثم قال فى الفصل الرابع الاصح أنه يكره والحق أن قول محمد كقولهما فان عباراته فى كتبه مصرحة بالنجافى عن خلافه فانه فى كتاب الآثار فى باب القراءة خلف الامام بعد ما أسند الى علقمة بن قيس أنه ما قرأ فط فيما يجهر فيه ولا فيما لا يجهر فيه قال وبه نأخذ لا نرى القراءة خلف الامام فى شئ من الصلاة يجهر فيه أو لا يجهر ثم استمر فى اسناد آثار أخر ثم قال قال محمد لا ينبغى أن يقرأ خلف الامام فى شئ من الصلوات وفى موطئه بعد أن روى فى منع القراءة فى الصلاة ما روى قال قال محمد لا قراءة خلف الامام فيما جهر وفيما لم يجهر فيه بذلك جاءت عامة الاخبار وهو قول أبى حنيفة وقال السرخسى تفسد صلاته فى قول عدة من الصحابة ثم لا يخفى أن الاحتياط فى عدم القراءة خلف الامام لان الاحتياط هو العمل بأقوى الدليلين وليس مقتضى أقواهما القراءة بل المنع (قوله لما فيه من الوعيد) تقدم بعضه فيما أسندناه من أقوال الصحابة (قوله وان قرأ الامام) ان للوصل وذلك لان الله تعالى وعد بالرحمة اذا استمع قال تعالى فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون ووعده حتم واجابة دعاء المتشاغل عنه به غير مجزوم به وكذا الامام لا يشتغل بغير القراءة سواء أم فى الفرض أو النفل أما المنفرد ففى الفرض كذلك وفى النفل يسأل الجنة ويتعوذ من النار عند ذكرهما ويتفكر فى آية المثل وقد ذكر وافيه حديث حذيفة صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل فما مر بآية فيها ذكر الجنة الا وقف وسأل الله تعالى الجنة وما مر بآية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ من النار وهذا يقتضى أن الامام يفعله فى النافلة وهم صرحوا بالمنع الا أنهم علموه بالتطويل على المقتدى فعلى هذا لو أم من يعلم منه طلب ذلك يفعله (قوله بالنص) يعنى قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا والانصات لا يخص الجهرية لانه عدم الكلام لكن قيل انه السكوت للاستماع لا مطلقا وحاصل الاستدلال بالآية أن المطلوب أمران الاستماع والسكوت فيعمل بكل منهما والاول يخص الجهرية والثانى لا فيجرى على اطلاقه فيجب السكوت عند القراءة مطلقا وهذا بناء على أن ورود الآية فى القراءة فى الصلاة وأخرج البيهقى عن الامام أحمد قال أجمع الناس على أن هذه

(٣١ - فتح القدير اول) وأما اذا كان فى التطوع فهو حسن لحديث حذيفة رضى الله عنه قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل فما مر بآية فيها ذكر الجنة الا وقف وسأل الله الجنة وما مر بآية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله من النار

(قوله ولما روى أبو هريرة أنه عليه السلام قال إنما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فأنصتوا) أقول المقصود هنا الزام الشافعى ويحصل ذلك بما روينا (قوله من قرأ خلف الامام فسدت صلاته) أقول فيلزم أن لا يكره بل يفسد الصلاة عندهما رحمهما الله

(وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام) لفرضية الاستماع

الآية في الصلاة وأخرج عن مجاهد كان صلى الله عليه وسلم يقرأ في الصلاة فسمع قراءة فتى من الانصار فنزل واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا وأخرج ابن مردويه في تفسيره قال حدثنا أبو أسامة عن سفيان عن أبي المقدام هشام بن زياد عن معاوية بن قرة قال سألت بعض أشياخنا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحسبه قال عبد الله بن مغفل كل من سمع القرآن وجب عليه الاستماع والانصات قال انما نزلت هذه الآية واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا في القراءة خلف الامام هذا وفي كلام أصحابنا ما يدل على وجوب الاستماع في الجهر بالقرآن مطلقا قال في الخلاصة رجل يكتب الفقه وبجنبه رجل يقرأ القرآن فلا يمكنه استماع القرآن فالاثم على القارئ وعلى هذا لو قرأ على السطح في الليل جهرا والناس نيام يأثم وهذا صريح في اطلاق الوجوب ولان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب (فروع في القراءة خارج الصلاة) يستحب لمريدها أن يلبس أحسن ثيابه ويتعمم ويستقبل وكذا العالم للعلم تعظيما له ولو قرأ مضطجعا فلا بأس ويضم رجليه عند القراءة لانه تعظيم النائم بخلاف مد هما فانه سوء أدب ولو قرأ ماشيا أو عند النسج ونحوه من الاعمال أو هي عند الغزل ونحوه ان كان القلب حاضرا غير مشتغل لا يكره ويختم القرآن في الصيف أول النهار وفي الشتاء أول الليل وقراءة القرآن كله في يوم أفضل من قراءة سورة الاخلاص خمسة آلاف مرة هذا في حق قارئ القرآن وقراءتها ثلاثا عند الختم خارج الصلاة اختلف المشايخ في استحبابه واستحسنه مشايخ العراق وفي المكتوبة لا يزيد على مرة ولا يقرأ في المغتسل والمخرج والحمام ومكشوف العورة أو وامرأته هنالك تغتسل مكشوفة وكذا الذكر والمختار في الحمام أن الكراهة ان جهر وفيه أحد مكشوف العورة وتعلم باقي القرآن لمن تعلم بعض الفرائض أفضل من صلاة التطوع وتعلم الفقه أفضل من تعلم باقي القرآن وجميع الفقه لا بد منه وتعلم المرأة من المرأة أحب من تعلمها من الاعمى (قوله وكذلك في الخطبة) هذا اذا كان بحيث يستمع فأما الناي فلا رواية فيه عن المتقدمين واختلف المتأخرون والاحوط السكوت يعني عدم القراءة والكتابة ونحوها كالكلام المباح فانه مكروه في المسجد في غير حال الخطبة فكيف في حالها ولانه ان لم يسمع فقد يشوش بهمهمته على من يقرب منه وهو بحيث يسمع وكذا الامام لا يتكلم في خلاله لان التكلم في خلال الذكر المنظوم يذهب بهاءه والتشميت ورد السلام على هذا الان السلام ممنوع في هذه الحالة فلا ينتهض سببا لايجاب الرد وعن الفضلي ان على هذا السلام على المدرس في درسه والقارئ وصاحب الورد في ورده وسلام المكدي لقصده به المال لا افشاء السلام واعلم أن حديث المدرس يحتاج الى نية خالصة في عدم الرد فليحذر من تلبيس النفس قصد العظمة بقصد العبادة وانه يشتغل عنها بالرد والله مطلع على ما في الضمير (فروع مهمة) في الفتاوى القراءة في الركعتين من آخر السورة أفضل أو سورة بتمامها قال ان كان آخر السورة أكثر من السورة التي أراد قراءتها كان آخر السورة أفضل وينبغي أن يقرأ في الركعتين آخر سورة واحدة لا آخر سورة في كل ركعة فانه مكروه عند الاكثر وفي الخلاصة اذا قرأ سورة واحدة في ركعتين اختلف فيه والاصح أنه لا يكره لكن لا ينبغي أن يفعل ولو فعل لا بأس به وكذا لو قرأ وسط السورة أو آخر سورة في الاولى وفي الثانية وسط سورة أو آخر سورة أخرى أي لا ينبغي أن يفعل ولو فعل لا بأس به وفي نسخة الحلواني قال بعضهم يكره ولو جمع بين سورتين في ركعة لا ينبغي أن يفعل ولو فعل لا بأس به والانتقال من آية من سورة الى آية من سورة أخرى أو من هذه السورة بينهما آيات مكروه وكذا الجمع بين سورتين بينهما سور أو سورة في ركعة أما في الركعتين فان كان بينهما سور أو سورتان لا يكره وان

(وكذلك) اذا كان الخطيب (في الخطبة) يستمع القوم وينصتوا لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قال لصاحبه والامام يخطب أنصت فقد لغا ومن لغا فلا صلاة له وكذلك ان صلى على النبي صلى الله عليه وسلم يستمعون وينصتون سأل أبو يوسف أبا حنيفة رحمهما الله اذا ذكر الامام هل يذكرون ويصلون على النبي صلى الله عليه وسلم قال أحب الي أن يستمعوا وينصتوا ولم يقل لا يذكرون ولا يصلون فقد أحسن في العبارة واحتشم من أن يقول لا يذكرون ولا يصلون على النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان الاستماع والانصات أحب لان ذكر الله والصلاة على النبي عليه السلام ليس بفرض واستماع الخطبة فرض فلا يجوز ترك الفرض لاقامة ما ليس بفرض

وقوله (الا أن يقرأ الخطيب) استثناء من قوله وكذلك ان صلى يعني اذا قرأ الخطيب (قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما يصلي السامع في نفسه) لان الخطيب حكى عن الله تعالى أنه يصلي وعن الملائكة أنهم يصلون وحكى أمر الله بذلك وهو قد اشتغل بذلك فكان على القوم أن يشتغلوا بالصلاة تحقيقا للمطلوب منهم وقد روى هذا عن أبي يوسف رحمه الله وهذا اذا كان قريبا من المنبر وأما اذا كان نائيا عنه بحيث لا يسمع الخطبة فقد اختلفوا في أن قراءة القرآن أولى أم الانصات روى عن محمد بن سلمة أنه قال الانصات أولى وهو اختيار الكرخي وقد اختاره المصنف لان المأمور به عند قراءة القرآن شيئان الاستماع والانصات فاذا تهيأ له العمل بأحدهما عمل امتثالا للامر بحسب الامكان وقال بعضهم قراءة القرآن أولى (٢٤٣) وهو اختيار الفضلي لان الامر بالانصات انما كان لاجل الاستماع للتدبر وحيث فات ذلك يقرأ القرآن احرازا للثواب

﴿باب الامامة﴾

لما فرغ من ذكر أفعال الامام من بيان وجوب الجهر والمخافتة ومن تقدير القراءة بما هو سنة قراءة الامام وذكر أفعال المقتدي من وجوب الاستماع والانصات أتبعه ذكر صفة شرعية الامامة بأنها على أي صفة هي من المشروعات فذكر من يصلح لها وما يتلوها من خواص الامامة فقال (الجماعة سنة مؤكدة) أي قوية تشبه الواجب في القوة حتى استدل بمواظبتها على وجود الايمان بخلاف سائر المشروعات وهي التي يسميها الفقهاء سنة الهدى أي أخذها هدى وتركها ضلالة وأشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق) وليس المراد بالمنافق المنافق المصطلح وهو الذي يبطن الكفر ويظهر الاسلام والا لكانت الجماعة فريضة لان المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة وكان آخر الكلام مناقضا لاوله فيكون المراد به العاصي والجماعة من خصائص الدين فانها لم تكن مشروعة في دين من الاديان ولا صحة لقول من يجعلها فرض عين كأحمد وبعض أصحاب الشافعي ويقول لو صلى وحده لم يجز ولا لقول من يقول انها فرض كفاية كأكثر أصحاب الشافعي والكرخي والطحاوي لانهم يستدلون بآية مؤولة كقوله تعالى واركعوا مع الراكعين أو بخبر واحد وذلك لا يفيد الفرضية

الا أن يقرأ الخطيب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه الآية فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في لنائي عن المنبر والاحوط هو السكوت اقامة لفرض الانصات والله أعلم

﴿باب الامامة﴾

الجماعة سنة مؤكدة) لقوله عليه السلام الجماعة سنة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق

كان سورة قيل يكره وقيل ان كانت طويلة لا يكره كما اذا كانت سورتان قصيرتان وان قرأ في ركعة سورة وفي الثانية ما فوقها أو فعل ذلك في ركعة فهو مكروه وان وقع هذا من غير قصد بأن قرأ في الاولى بقل أعوذ برب الناس يقرأ في الثانية هذه السورة أيضا قال في الخلاصة هذا كله في الفرائض أما في النوافل فلا يكره وعندي في الكلية نظر فانه صلى الله عليه وسلم نهى بلالا عن الانتقال من سورة الى سورة وقال له اذا ابتدأت بسورة فأتمها على نحوها حين سمعه ينتقل من سورة الى سورة في التهجد ولو قصد سورة وافتتح غيرها فأراد تركها الى المقصود كره ذلك ولو كان حرفا واحدا ولو كبر للركوع ثم بدا له أن يزيد في القراءة لا بأس به ما لم يركع (قوله الا أن يقرأ الخطيب) أفاد وجوب السكوت في الثانية كلها أيضا ما خلا المستثنى وروى الاستثناء عن أبي يوسف رحمه الله واستحسنه بعض المشايخ لان الامام حكى أمر الله بالصلاة واشتغل هو بالامتثال فيجب عليهم موافقته والا أشبه عدم الالتفات والله أعلم

﴿باب الامامة﴾

الجماعة سنة وما زاد على الواحد جماعة في غير الجمعة عن محمد رحمه الله (قوله الجماعة سنة) لا يطابق دليله الذي ذكره الدعوى اذ مقتضاه الوجوب الا لعذر الا أن يريد ثبوتها بالسنة وحاصل الخلاف في المسئلة أنها فرض عين الا من عذر وهو قول أحمد وداود وعطاء وأبي ثور وعن ابن مسعود وأبي موسى الاشعري وغيرهما من سمع النداء ثم لم يجب فلا صلاة له وقيل على الكفاية وفي الغاية قال عامة مشايخنا انها واجبة وفي المفيد انها واجبة وتسميتها سنة لوجوبها بالسنة وفي البدائع يجب على العقلاء البالغين الاحرار القادرين على الجماعة من غير حرج واذا فاتته لا يجب عليه الطلب في المساجد بلا خلاف بين أصحابنا بل ان أتى مسجدا آخر للجماعة فحسن وان صلى في مسجد حيه منفردا فحسن وذكر

﴿باب الامامة﴾

(قوله وذلك لا يفيد الفرضية) أقول نعم لكن يفيد الوجوب كما ذهب اليه عامة مشايخنا

القدوري يجمع بأهله ويصلي بهم يعني وينال ثواب الجماعة وقال شمس الائمة الاولى في زماننا تتبعها وسئل الحلواني عمن يجمع بأهله أحيانا هل ينال ثواب الجماعة فقال لا ويكون بدعة ومكروها بلا عذر واختلف في الافضل من جماعة مسجد حيه وجماعة المسجد الجامع واذا كان مسجدان يختار أقدمهما فان استويا فالاقرب وان صلى في الاقرب وسمع اقامة غيره فان كان دخل فيه لا يخرج والا فيذهب اليه وهذا على الاطلاق تفريع على أفضلية الاقرب مطلقا الا على من فضل الجامع فلو كان الرجل متفقها فمجلس استاذه لدرسه أو مجلس العامة أفضل بالاتفاق وقد سمعت أن الجماعة تسقط بالعذر فمن الاعذار المرض وكونه مقطوع اليد والرجل من خلاف أو مفلوجا أو مستخفيا من السلطان أو لا يستطيع المشي كالشيخ العاجز وغيره وان لم يكن بهم ألم وفي شرح الكنز والاعمى عند أبي حنيفة والظاهر انه اتفاق والخلاف في الجمعة لا الجماعة ففي الدراية قال محمد لا يجب على الاعمى وبالمطر والطين والبرد الشديد والظلمة الشديدة في الصحيح وعن أبي يوسف سألت أبا حنيفة عن الجماعة في طين وردغة فقال لا أحب تركها وقال محمد في الموطا الحديث رخصة يعني قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلت النعال فالصلاة في الرحال وما عن ابن أم مكتوم أنه قال يا رسول الله اني ضرير شاسع الدار ولي قائد لا يلائمني فهل تجد لي رخصة أن أصلي في بيتي قال أتسمع النداء قال نعم قال ما أجد لك رخصة رواه أبو داود وأحمد والحاكم وغيرهم معناه لا أجد لك رخصة تحصل لك فضيلة الجماعة من غير حضورها الا الايجاب على الاعمى فانه صلى الله عليه وسلم رخص لعتبان بن مالك في تركها وقيل الجماعة سنة مؤكدة في قوة الواجب فهذه أربعة أقوال وجه الاول قوله صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن آمر بالمؤذن فيؤذن ثم آمر رجلا فيصلي بالناس ثم أنطلق معي برجال معهم حزم الحطب الى قوم يتخلفون عن الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار وليس المراد ترك الصلاة أصلا بدليل ما عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن آمر فتية فيجمعوا الى حزما من حطب ثم آتي قوما يصلون في بيوتهم ليست بهم علة فأحرقها عليهم فقيل ليزيد هو ابن الاصم الجمعة عنى أو غيرها قال صمت أذناي ان لم أكن سمعت أبا هريرة يأثره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر جمعة ولا غيرها رواه مسلم وغيره وانما قالوا ليزيد ذلك لانه روى عن ابن مسعود نحوه الا أنه قال يتخلفون عن الجمعة رواه مسلم أيضا قيل هما روايتان رواية في الجمعة ورواية في الجماعة وكلاهما صحيح وروى ابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم من سمع النداء فلم يأته فلا صلاة له الا من عذر رواه الحاكم وقال على شرطهما والجواب أن ما ذكر يصلح وجها للوجوب لان الفرض لا يثبت بخبر الواحد فهو دليل عامة مشايخنا على ما في الغاية وتسميتها سنة على ما في حديث ابن مسعود لا حجة فيه للقائلين بالسنية اذ لا ينافي الوجوب في خصوص ذلك الاطلاق وهو قول ابن مسعود من سره أن يلقى الله غدا مسلما فليحافظ على هؤلاء الصلوات حيث ينادى بهن فان الله شرع لنبيكم سنن الهدى وانهن من سنن الهدى ولو أنكم صليتم في بيوتكم كما يصلي هذا المتخلف في بيته لتركتم سنة نبيكم ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم وما من رجل يتطهر فيحسن الطهور ثم يعمد الى مسجد من هذه المساجد الا كتب الله له بكل خطوة يخطوها حسنة ويرفعه بها درجة ويحط عنه بها سيئة ولقد رأيتنا وما يتخلف عنها الا منافق معلوم النفاق ولقد كان الرجل يؤتى به يهادى بين الرجلين حتى يقام في الصف وهذا لان سنن الهدى أعم من الواجب لغة كصلاة العيد وقوله لضللتم يعطي الوجوب ظاهرا وفي رواية لابي داود عنه لكفرتم ولعل حديث ابن مسعود هذا هو الذي ذكره المصنف بناء على أنه ذكر بعضه بالمعنى الا أنه رفع قوله لا يتخلف عنها الا منافق فأفاد أنه وعيد منه صلى الله عليه وسلم يعني أن وصف النفاق يتسبب عن التخلف لا اخبار أن الواقع أن التخلف لا يقع الا من منافق فان الانسان قد يتخلف كسلا مع صحة الاسلام ويقين التوحيد

وعدم

(قوله وأولى الناس بالامامة أعلمهم بالسنة) أي بالفقه والشريعة اذا كان يحسن من القراءة ما تجوز به الصلاة (وعن أبي يوسف) ان أولاهم بها (أقرؤهم) لكتاب الله أي أعلمهم بالقراءة وكيفية أداء حروفها ووقوفها (لان القراءة) ركن في الصلاة (لابد منها والحاجة الى العلم) انما تكون (اذا نابت نائبة) أي عرض عارض مفسد ليمكنه اصلاح صلاته وقد يعرض وقد لا يعرض (ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لكن واحد والعلم) محتاج اليه (لسائر الاركان) والخطأ المفسد للصلاة لا يعرف الا بالعلم والمصلح لها كذلك (فان تساووا) يعني في العلم بالسنة (فأقرؤهم لقوله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة) ووجه الاستدلال ظاهر واعترض بوجهين أحدهما ان قوله عليه السلام يؤم القوم بمعنى الامر والامر للوجوب فيكون الترتيب الواقع في الحديث واجب الرعاية سواء كان المراد ما وقع في ظاهره من تقديم الاقرأ أو ما وقع في الكتاب من تقديم الاعلم بالسنة وليس كذلك فان الترتيب المذكور للافضلية دون الجواز والثاني ان الاستدلال به على خلاف المدعى فان المدعى تقديم الاعلم بالسنة والحديث يدل على تقديم الاقرأ لكتاب الله وأجيب عن الاول بأنه ليس بمعنى الامر بل هو صيغة اخبار لبيان المشروعية وهو حقيقة فلا يصار الى المجاز مع امكان العمل بها سلمناه ولكنه للاستحباب بالاجماع

(وأولى الناس بالامامة أعلمهم بالسنة) وعن أبي يوسف رحمه الله أقرؤهم لان القراءة لابد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان (فان تساووا فأقرؤهم) لقوله عليه السلام يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة

وعدم النفاق وحديث ابن مسعود انما يفيد أن الواقع اذ ذاك عدم التخلف الا من منافق على ان معنى هذه الزيادة روى مرفوعا عنه صلى الله عليه وسلم قال الجفاء كل الجفاء والكفر والنفاق من سمع منادي الله ينادي الى الصلاة فلا يجيبه رواه أحمد والطبراني وفي رواية للطبراني عنه صلى الله عليه وسلم بحسب المؤمن من الشقاء والخيبة أن يسمع المؤذن يثوب بالصلاة فلا يجيبه والتثويب هنا الاقامة سماها به لان الاقامة عود الى الاعلام بعد الاعلام بالاذان أما التثويب بين الاذان والاقامة فلم يكن على عهده صلى الله عليه وسلم غير أن هذا يفيد تعليق الوجوب بسماع الاقامة بعد ثبوت حسنه ويتوقف الوعيد في حديث التحريق على كونه لترك الحضور دائما كما هو ظاهر قوله لا يشهدون الصلاة وقوله في الحديث الآخر يصلون في بيوتهم ليست بهم علة كما يعطيه ظاهر اسناد المضارع في مثله نحو بنو فلان يأكلون البر أي عادتهم فيكون الوجوب للحضور أحيانا والسنة المؤكدة التي تقرب منه المواظبة عليها وما تمسك به مثبتو السنة من قوله صلى الله عليه وسلم صلاة الرجل في الجماعة تفضل على صلاته في بيته أو سوقه سبعا وعشرين ضعفا فانه يقتضي ثبوت الصحة والفضيلة بلا جماعة فجوابه أنه لا يستلزم أكثر من ثبوت صحة ما في البيت والسوق في الجملة بلا جماعة ولا شك فيه اذا فاتته الجماعة فالمعنى صلاة الجماعة أفضل من الصلاة في بيته فيما تصح فيه ولو كان مقتضاه الصحة مطلقا بلا جماعة لم يدل على سنيتها لجواز أن الجماعة ليست من أفعال الصلاة فيكون تركها مؤثما لا مفسدا وحاصله انه ايجاب فعل الصلاة في جمع كما يجاب فعلها في أرض غير مغصوبة وزمان غير مكروه فان قلت لم تقل في الجواب انه يقتضي الصحة وعدم الواجب لا ينافيها فالجواب أن اللازم ملاحظ باعتبارين باعتبار صدوره من الشارع وباعتبار ثبوته في حقنا فلاحظته بالاعتبار الثاني ان كان طريق ثبوته عن الشارع قطعيا كان متعلقه الفرض ونافي ترك مقتضاه الصحة وان كان ظنيا كان الوجوب ولم ينافيها الا لاسم الوجوب بل لان ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم ليس قطعيا فانا لو قطعنا به عنه نافي ولذا لا يثبت هذا القسم أعني الواجب في حق من سمع من النبي صلى الله عليه وسلم مشافهة مع قطعية دلالة المسموع فليس في حقه الا الفرض الذي عدمه منافي للصحة أو غير اللازم من السنة فما بعدها فظهر بهذا أن ملاحظته بالاعتبار الاول ليس فيه وجوب بل الفرضية أو عدم اللزوم أصلا والكلام فيما نحن فيه انما هو باعتبار صدوره منه صلى الله عليه وسلم أنه قاله مريدا معنى ظاهره أولا فلا يكون بهذا الاعتبار متعلق الخطاب الا الافتراض أو عدم اللزوم فلا يتأتى الجواب بأن الوجوب لا ينافي عدمه الصحة فتأمل وقد كمل الى هنا أدلة المذاهب سوى مذهب الكفاية وكأنه يقول المقصود من الافتراض اظهار الشعار وهو يحصل بفعل البعض وهو ضعيف اذ لا شك في أنها كانت تقام على عهده عليه السلام في مسجده ومع ذلك قال في المتخلفين ما قال وهم بتحريقهم ولم يصدر مثله عنه فيمن تخلف عن الجنائز مع اقامتها بغيرهم (قوله يؤم القوم) الحديث أخرجه الجماعة الا البخاري واللفظ لمسلم يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فاعلمهم

(قوله فان المدعى تقديم الاعلم بالسنة) أقول فيه تسامح فان المدعى تقديم الاقرأ بعد التساوي في العلم بالسنة لا تقديم الاعلم بالسنة

وأقرؤهم كان أعلمهم لانهم كانوا يتلقونه بأحكامه فقدم فى الحديث ولا كذلك فى زماننا فقدمنا الاعلم (فان تساووا فأورعهم) لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقى فكأنما صلى خلف نبى

سنة (فقدم فى الحديث ولا كذلك فى زماننا) لا يقال هذا يفضى الى التكرار اذ يؤل معنى الحديث الى يؤم القوم أعلمهم فان تساووا فاعلمهم بالسنة لان المراد أقرؤهم أى أعلمهم بأحكام كتاب الله تعالى دون السنة وقوله أعلمهم بالسنة أى أعلمهم بأحكام كتاب الله والسنة لانه قال فان تساووا فى العلم بأحكام كتاب الله فاعلمهم بالسنة فعلم أن قوله أعلمهم بالسنة هو أعلمهم بكتاب الله والسنة فكان الاعلم الثانى غير الاعلم الاول وقوله (فان تساووا فأورعهم) ليس فى لفظ الحديث فى ترتيب الامامة انما فى الحديث بعد ذكر الاعلم ذكر أقدمهم هجرة لكن أصحابنا جعلوا مكان الهجرة الورع والصلاح لان الهجرة كانت منقطعة فى زمانهم فجعلوا الهجرة عن المعاصى مكان تلك الهجرة والورع الاجتناب عن الشبهات والتقوى الاجتناب عن المحرمات

بالسنة فان كانوا فى السنة سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا فى الهجرة سواء فأقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل فى سلطانه ولا يقعد فى بيته على تكرمته الا باذنه قال الاشيخ فى روايته مكان اسلاما سنا ورواه ابن حبان والحاكم الا أن الحاكم قال عوض فاعلمهم بالسنة فأفقههم فقها فان كانوا فى الفقه سواء فأكبرهم سنا وهى لفظة غريبة واسنادها صحيح واختلف المشايخ فى الاختيار منهم من اختار قول أبى يوسف ومنهم كالمصنف من اختار قول أبى حنيفة ومحمد رحمهم الله وهو أن الاعلم أولى بعد كونه يحسن القراءة المسنونة وجعل المصنف هذا الحديث دليلا للمختار عنده بناء على أن الاقرأ كان أعلم لتلقيهم القرآن باحكامه ونظر فيه برواية الحاكم ولو صح فانما مفاده أن الاقرأ أعلم باحكام الكتاب فصار الحاصل يؤم القوم أقرؤهم أى أعلمهم بالقراءة وأحكام الكتاب فانهما متلازمان على ما ادعى وان كانوا فى القراءة والعلم باحكام الكتاب سواء فاعلمهم بالسنة وهذا أولا يقتضى فى رجلين أحدهما متبحر فى مسائل الصلاة والآخر متبحر فى القراءة وسائر العلوم ومنها أحكام الكتاب أن التقدمة للثانى لكن المصرح به فى الفروع عكسه بعد احسان القدر المسنون والتعليل الذى ذكره المصنف يفيده حيث قال لان العلم يحتاج اليه فى سائر الاركان والقراءة ركن واحد وثانيا يكون النص ساكتا عن الحال بين من انفرد بالعلم عن الاقرئية بعد احسان المسنون ومن انفرد بالاقرئية عن العلم لا كما ظن المصنف فانه لم يقدم الاعلم مطلقا فى الحديث على ذلك التقدير بل من اجتمع فيه الاقرئية والاعلمية اللهم الا أن يدعى أنه أراد بلفظ الاقرا الاعلم فقط أى ليس بأقرأ فيكون مجازا خلاف الظاهر بل الظاهر أنه أراد الاقرأ غير أن الاقرأ يكون أعلم باتفاق الحال اذ ذاك فاما المنفرد بالاقرئية والمنفرد بالاعلمية فلم يتناولهما النص فلا يجوز الاستدلال به على الحال بينهما كما فعل المصنف فان قيل فليكن أراد الاقرأ لكنه معلل بكونه أعلم فيفيد فى محل النزاع فالجواب أنه لو سلم فانما يكون معللا باعلمية أحكام الكتاب دون السنة والاتفاق على أنه ليس كذلك اذ المقصود الاعلمية باحكام الصلاة على ما نقلناه ويشير اليه تعليل المصنف وهى لا تستفاد من الكتاب بل من السنة أرأيت ما يفسد الصلاة وما يكره فيها على كثرة شعبه ومسائل الاستخلاف يعرف ذلك من الكتاب أم من السنة وليس تتضمن الاقرئية التعليل بالاعلمية بالسنة ألا يرى أنه قال بعده فان كانوا فى القراءة سواء فأعلمهم بالسنة ولذا استدل به جماعة لابى يوسف واستدلوا المختار المصنف بما أخرجه الحاكم يؤم القوم أقدمهم هجرة فان كانوا فى الهجرة سواء فأفقههم فى الدين فان كانوا فى الفقه سواء فأقرؤهم للقرآن ولا يؤم الرجل فى سلطانه ولا يقعد على تكرمته الا باذنه وسكت عنه وهو معلول بالحجاج بن أرطاة والحق أن عبارتهم فيه لا تفحش ولكن لا تقوى قوة حديث أبى يوسف وأحسن ما يستدل به لمختار المصنف حديث مروا أبا بكر فليصل بالناس وكان ثمة من هو أقرأ منه لا أعلم دليل الاول قوله صلى الله عليه وسلم أقرؤكم أبى ودليل الثانى قول أبى سعيد كان أبو بكر أعلمنا وهذا آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكون المعول عليه وفى المجتبى فان استووا فى العلم وأحدهما أقرأ فقدموا غيره أساؤا ولا يأثمون (قوله فأورعهم) الورع اجتناب الشبهات والتقوى اجتناب المحرمات والله سبحانه وتعالى أعلم بالحديث وروى الحاكم عنه صلى الله عليه وسلم ان سركم أن تقبل صلاتكم فليؤمكم خياركم فان صح والا فالضعيف غير الموضوع يعمل به فى فضائل الاعمال ثم محل ما بعد التساوى فى العلم والقراءة والذى فى حديث الصحيح بعدهما التقديم بأقدمية الهجرة وقد انتسخ وجوب الهجرة فوضعوا مكانها الهجرة عن الخطايا وفى حديث

(قال المصنف فقدمنا الاعلم) أقول يعنى أن مدلول الحديث تقديم الاقرا لا الاعلم بكتاب الله وليس فيه ما يدل على تقديم الاقرا الغير العالم لا نفيا ولا اثباتا فقدمنا الاعلم عليه بالقياس (قوله ليس فى لفظ الحديث الخ) أقول يعنى ليس هذا اللفظ وهو قوله فان تساووا فأورعهم فى لفظ الحديث الوارد فى ترتيب الامامة

(فان تساووا فأسنهم) لقوله عليه السلام لابني أبي مليكة وليؤمكما أكبركما سنا ولان في تقديمه تكثير الجماعة (ويكره تقديم العبد) لانه لا يتفرغ للتعلم (والاعرابي) لان الغالب فيهم الجهل (والفاسق) لانه لا يهتم لامر دينه (والاعمى) لانه لا يتوقى النجاسة (وولد الزنا) لانه ليس له أب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره (وان تقدموا جاز)

والمهاجر من هجر الخطايا والذنوب الا أن يكون أسلم في دار الحرب فانه تلزمه الهجرة الى دار الاسلام فاذا هاجر فالذي نشأ في دار الاسلام أولى منه اذا استويا فيما قبلها وكذا اذا استويا في سائر الفضائل الا أن أحدهما أقدم ورعا قدم وحديث وليؤمكما أكبركما تقدم في باب الاذان فان كانوا سواء في السن فأحسنهم خلقا فان كانوا سواء فأشرفهم نسبا فان كانوا سواء فأصبحهم وجها وفسر في الكافي حسن الوجه بأن يصلي بالليل كأنه ذهب الى ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من صلى بالليل حسن وجهه بالنهار والمحدثون لا يثبتونه والحديث في ابن ماجه عن اسمعيل بن محمد الطلحي عن ثابت بن موسى الزاهد عن شريك عن الاعمش عن أبي سفيان عن جابر مرفوعا من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار قال أبو حاتم كتبته عن ثابت فذكرته لابن نمير فقال الشيخ يعني ثابتا لا بأس به والحديث منكر قال أبو حاتم والحديث موضوع وقال الحاكم دخل ثابت بن موسى على شريك بن عبد الله القاضي والمستملي بين يديه وشريك يقول حدثنا الاعمش عن أبي سفيان عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر المتن فلما نظر الى ثابت بن موسى قال من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار وانما أراد ثابتا لزهده وورعه فظن ثابت أنه متن ذلك السند فكان يحدث به بذلك السند وانما هو قول شريك ومنهم من جعله من قول شريك عقب ذكر متن ذلك السند وهو يعقد الشيطان على قافية رأس أحدكم الحديث الثابت فأدرجه ثابت وجميع المحدثين على بطلانه ثم ان استووا في الحسن فأشرفهم نسبا فان كانوا سواء في هذه كلها أقرع بينهم أو الخيار الى القوم واختلف في المسافر والمقيم قيل هما سواء وقيل المقيم أولى وفي الخلاصة رجل يصلح للامامة يؤم أهل محلة غير محلته في رمضان ينبغي أن يخرج الى تلك المحلة قبل وقت العشاء فاو ذهب بعده كره كما يكره السفر بعد دخول وقت الجمعة وفيها في موضع آخر ان كان الامام يتنحنح عند القراءة ان لم يكن كثيرا لا بأس به وان كثر فغيره أولى منه الا أن يكون يتبرك بالصلاة خلفه فهو أفضل (قوله ويكره تقديم العبد الخ) فلو اجتمع المعتق والحر الاصلي واستويا في العلم والقراءة فالحر الاصلي أولى وحاصل كلامه أن الكراهة فيمن سوى الفاسق للتنفير والجهل ظاهر وفي الفاسق للاول لظهور تساهله في الطهارة ونحوها وفي الدراية قال أصحابنا لا ينبغي أن يقتدي بالفاسق الا في الجمعة لان في غيرها يجد اماما غيره اه يعني انه في غير الجمعة بسبيل من أن يتحول الى مسجد آخر ولا يأثم في ذلك ذكره في الخلاصة وعلى هذا فيكره في الجمعة اذا تعددت اقامتها في المصر على قول محمد وهو المفتى به لانه بسبيل من التحول حينئذ وفي المحيط لو صلى خلف فاسق أو مبتدع أحرز ثواب الجماعة لكن لا يحرز ثواب المصلي خلف تقي اه يريد بالمبتدع من لم يكفر ولا بأس بتفصيله الاقتداء بأهل الاهواء جائزا الا الجهمية والقدرية والروافض الغالية والقائل بخلق القرآن والخطابية والمشبهة وجملته أن من كان من أهل قبلتنا ولم يغل حتى لم يحكم بكفره تجوز الصلاة خلفه وتكره ولا تجوز الصلاة خلف منكر الشفاعة والرؤية وعذاب القبر والكرام الكاتبين لانه كافر لتوارث هذه الامور عن الشارع صلى الله عليه وسلم

الامام في حياته لسبقه سائر البشر بهذه الاوصاف ثم أتمهم الاتقى فالافضل قال (ويكره تقديم العبد) العبد لا يتفرغ لتعلم أحكام الصلاة فتكره الصلاة خلفه وقال الشافعي لا يترجح الحر عليه اذا تساويا في القراءة والعلم والورع لقوله عليه السلام اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشي أجدع والجواب أن تقديمه يؤدي الى تقليل الجماعة لان الناس يستنكفون من متابعته ومايؤدي اليه مكروه والمراد بالحديث الامارة (و) يكره تقديم (الاعرابي لغلبة الجهل فيهم والفاسق لانه لا يهتم بأمر دينه) وقال مالك لا تجوز الصلاة خلفه لانه لما ظهر منه الخيانة في الامور الدينية لا يؤتمن في أهم الامور وقلنا عبد الله بن عمر وأنس ابن مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين صلوا خلف الحجاج وكان أفسق أهل زمانه (والاعمى) لما ذكر في الكتاب (وولد الزنا لانه ليس له أب يثقفه) أي يؤدبه ويعلمه (وان تقدموا) وصلوا (جازت) الصلاة

(قوله وجملة القول أن المستحب في التقديم أن يكون أفضل القوم قراءة وعلما الخ) أقول الانسب تقديم العلم على القراءة والخلق على النسب وذكر الاسنية (قوله وقال الشافعي لا يترجح الحر عليه اذا استويا في القراءة) أقول يجوز أن يقال ذلك نادر ولا حكم له (قوله لقوله عليه السلام اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشي أجدع) أقول فيه بحث فان فيه الدلالة على المرجوحية (قوله والمراد بالحديث الامارة) أقول الامير يكون اماما أيضا

لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر (ولا يطول الامام بهم الصلاة) لقوله عليه السلام من أم قوما فليصل بهم صلاة أضعفهم فان فيهم المريض والكبير وذا الحاجة

ومن قال لا يرى لعظمته وجلاله فهو مبتدع كذا قيل وهو مشكل على الدليل اذا تأملت ولا يصلى خلف منكر المسح على الخفين والمشبه اذا قال له تعالى يد ورجل كالعباد فهو كافر ملعون وان قال جسم لا كالاجسام فهو مبتدع لانه ليس فيه الا اطلاق لفظ الجسم عليه وهو موهم للنقص فرفعه بقوله لا كالاجسام فلم يبق الا مجرد الاطلاق وذلك معصية تنتهض سببا للعقاب لما قلنا من الايهام بخلاف ما لو قاله على التشبيه فانه كافر وقيل يكفر بمجرد الاطلاق أيضا وهو حسن بل هو أولى بالتكفير وفى الروافض ان من فضل عليا على الثلاثة فمبتدع وان أنكر خلافة الصديق أو عمر رضى الله عنهما فهو كافر ومنكر المعراج ان أنكر الاسراء الى بيت المقدس فكافر وان أنكر المعراج منه فمبتدع انتهى من الخلاصة الا تعليل اطلاق الجسم مع نفى التشبيه وروى محمد عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن الصلاة خلف أهل الاهواء لا تجوز وبخط الحلوانى تمنع الصلاة خلف من يخوض فى علم الكلام ويناظر أصحاب الاهواء كانه بناه على ما عن أبى يوسف انه قال لا يجوز الاقتداء بالمتكلم وان تكلم بحق قال الهندوانى يجوز أن يكون مراد أبى يوسف رحمه الله من يناظر فى دقائق علم الكلام وقال صاحب المجتبى وأما قول أبى يوسف لا تجوز الصلاة خلف المتكلم فيجوز أن يريد الذى قرره أبو حنيفة حين رأى ابنه حمادا يناظر فى الكلام فنهاه فقال رأيتك تناظر فى الكلام وتنهانى فقال كانا نناظر وكان على رؤسنا الطير مخافة أن يزل صاحبنا وأنتم تناظرون وتريدون زلة صاحبكم ومن أراد زلة صاحبه فقد أراد كفره فهو قد كفر قبل صاحبه فهذا هو الخوض المنهى عنه وهذا المتكلم لا يجوز الاقتداء به واعلم ان الحكم بكفر من ذكرنا من أهل الاهواء مع ما ثبت عن أبى حنيفة والشافعى رحمهم الله من عدم تكفير أهل القبلة من المبتدعة كلهم محمله أن ذلك المعتقد نفسه كفر فالقائل به قائل بما هو كفر وان لم يكفر بناء على كون قوله ذلك عن استفراغ وسعه مجتهدا فى طلب الحق لكن جزمهم ببطلان الصلاة خلفه لا يصح هذا الجمع اللهم الا أن يراد بعدم الجواز خلفهم عدم الحل أى عدم حل أن يفعل وهو لا ينافى الصحة والا فهو مشكل والله سبحانه أعلم بخلاف مطلق اسم الجسم مع نفى التشبيه فانه يكفر لاختياره اطلاق ما هو موهم النقص بعد علمه بذلك ولو نفى التشبيه فلم يبق منه الا التساهل والاستخفاف بذلك وفى مسئلة تكفير أهل الاهواء قول آخر ذكرته فى الرسالة المسماة بالمسايرة ويكره الاقتداء بالمشهور بأكل الربا ويجوز بالشافعى بشروط تذكرها فى باب الوتر ان شاء الله تعالى وهل يجوز اقتداء الحنفى فى الوتر بمن يرى قول أبى يوسف ومحمد فيه نذكره أيضا ان شاء الله تعالى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر) تمامه فى رواية الدارقطنى وصلوا على كل بر وفاجر وجاهدوا مع كل بر وفاجر وأعله بأن مكحولا لم يسمع من أبى هريرة ومن دونه ثقات وحاصله أنه من مسمى الارسال عند الفقهاء وهو مقبول عندنا ورواه بطريق آخر بلفظ آخر وأعله وقد روى هذا المعنى من عدة طرق للدارقطنى وأبى نعيم والعقيلى كلها مضعفة من قبل بعض الرواة وبذلك يرتقى الى درجة الحسن عند المحققين وهو الصواب (قوله ولا يطول بهم الامام) يستثنى صلاة الكسوف فان السنة فيها التطويل حتى تنجلى الشمس (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) فى الصحيحين اذا صلى أحدكم بالناس فليخفف فان فيهم الضعيف والسقيم والكبير واذا صلى لنفسه فليطول ما شاء وفى لفظ لمسلم الصغير والكبير والضعيف والمريض وذا الحاجة وفيهما عن أنس ما صليت وراء امام قط أخف صلاة ولا أتم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بحثنا أن التطويل هو الزيادة على القراءة المسنونة فانه صلى الله عليه وسلم

(لقوله صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر) ووجه الاستدلال أن كل واحد من هؤلاء المذكورين اما أن يكون برا أو فاجرا فتجوز الصلاة خلفه على كل حال (ولا يطول الامام بهم) أى بالقوم (الصلاة لقوله عليه السلام من أم قوما) الحديث وحديث معاذ بن جبل حين شكى قومه تطويل قراءته معروف وصح أنه عليه السلام قرأ بالمعوذتين فى صلاة الفجر يوما فلما فرغ قالوا أوجزت قال عليه السلام سمعت بكاء صبى فخشيت على أمه أن تفتتن وذلك أوضح دليل على أن الامام ينبغى له أن يراعى حال قومه

(ويكره للنساء أن يصلين جماعة لانهن فى ذلك لا يخلون عن ارتكاب محرم) أى مكروه لان امامتهن اما أن تتقدم على القوم أو أو تقف وسطهن وفى الاول زيادة الكشف وهى مكروهة وفى الثانى ترك الامام مقامه وهو مكروه والجماعة سنة وترك ما هو سنة أولى من ارتكاب مكروه وصار حالهن كحال العراة فى أنهم اذا أرادوا الصلاة بجماعة وقف الامام وسطهم لئلا يقع بصره على عورته فانه مكروه بترك السنة لاجله وفى أن الافضل لكل من النساء والعراة أن يصلى وحده خلا أن العراة يصلى كل منهم منفردا قاعدا بايماء دون النساء وقوله (فان فعلن) أى صلين بجماعة (قامت الامام وسطهن) لما ذكر فى الكتاب من الاثر والمعقول فان قيل تعارضت ههنا حرمتان زيادة الكشف فى التقدم وترك مقام الامام بالتوسط فلم رجحت رعاية جانب الكشف على جانب ترك المقام أجيب بأن الاحتراز عن الكشف فرض والاحتراز عن ترك مقام الامام سنة والفرض مرجح لامحالة وقوله (وجعل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام) جواب عما يقال اذا كانت امامتهن

(ويكره للنساء وحدهن الجماعة) لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة (فان فعلن قامت الامام وسطهن) لان عائشة رضى الله عنها فعلت كذلك وجعل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام

نهى عنه وكانت قراءته هى المسنونة فلا بد من كون ما نهى عنه غيرها كان دأبه الا لضرورة وقراءة معاذ لما قال له صلى الله عليه وسلم ما قال كانت بالبقرة على ما فى مسلم ان معاذا افتتح سورة البقرة فانحرف رجل فسلم ثم صلى وحده وانصرف وقوله صلى الله عليه وسلم له اذا أممت بالناس فاقرأ بالشمس وضحاها وسبح اسم ربك الاعلى واقرأ باسم ربك والليل اذا يغشى لانها كانت العشاء لانها المورد فى الصحيحين صلى معاذ رضى الله عنه العشاء فطول عليهم فانصرف رجل منا فصلى وحده فأخبر معاذ عنه فقال انه منافق فأتى الرجل النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له الحديث ووقع عند أبى داود أنها كانت المغرب ووقع فى مسند أحمد أن السورة كانت اقتربت الساعة قال النووى فيجمع بانهما قصتان لشخصين فان الرجل قيل فيه حزم وقيل حازم وقيل حزام وقيل سليم وقد يقال ان معاذا لم يكن ليفعله بعد نهيه صلى الله عليه وسلم اياه مرة لتصيره قصتان وردّ البيهقى رواية المغرب قال رواية العشاء أصح ثم معلوم انه صلى الله عليه وسلم لم يرد العموم اذ نعلم انه لم يرد التسوية بين سائر الصلوات فى القراءة حتى تكون المغرب كالفجر فتحمل على العشاء وان قوم معاذ كان العذر متحققا فيهم لا كسل منهم فأمر فيهم بذلك لذلك كما ذكر انه صلى الله عليه وسلم قرأ بالمعوذتين فى الفجر فلما فرغ قالوا له أوجزت قال سمعت بكاء صبى فخشيت أن تفتن أمه وعلى هذا لا حاجة الى التخصيص بالمورد بل هو على العموم فيما التطويل فيه سنة (قوله لانها لا تخلو الخ) صريح فى أن ترك التقدم لامام الرجال محرم وكذا صرح الشارح وسمد فى الكافى مكروها وهو الحق أى كراهة تحريم لان مقتضى المواظبة على التقدم منه صلى الله عليه وسلم بلا ترك الوجوب فلعدمه كراهة التحريم فاسم المحرم مجاز واستلزم ما ذكر أن جماعة النساء تكره كراهة تحريم لان ملزوم متعلق الحكم أعنى الفعل المعين ملزوم لذلك الحكم ثم شبهها بجماعة العراة فاقتضى انها أيضا تكره كذلك لاتحاد اللازم وهو أحد الامور اما ترك واجب التقدم واما زيادة الكشف الذى هو أفحش من كشف المرأة اذا تقدمت وهى لابسة ثوبا محشوا من قرنها الى قدمها فان الكراهة ثابتة فى حقها أيضا ولا كشف عورة فكيف بالعارى المتعرض للنظر أو زيادة كشف عورة يقدر على ستر بعضها ثم ثبوت كراهة تقدمها وهى بهذا الستر المذكور انما يتم الاستدلال عليه بفعل عائشة فقط لما أمت فانها ما تركت واجب التقدم الا لامر هو أوجب منه والله أعلم ما هو أذلك القدر من الانكشاف الملازم لشخوصها عنهن أو هو لنفس شخوصها عنهن شبيهة بالرجال أو لغير ذلك واعلم أن جماعتهن لا تكره فى صلاة الجنازة لانها فريضة وترك التقدم مكروه فدار الامر بين فعل المكروه بفعل الفرض أو ترك الفرض لتركه فوجب الاول بخلاف جماعتهن فى غيرها ولو صلين فرادى فقد تسبق احداهن فتكون صلاة الباقيات نفلا والتنفل بها مكروه فيكون فراغ تلك موجبا لفساد الفرضية لصلاة الباقيات كتقييد الخامسة بالسجدة لمن ترك القعدة الاخيرة (قوله فان فعلن قامت الامام وسطهن) لان ترك التقدم أسهل من زيادة الكشف ولا بد من أحدهما ولو تقدمت صح ومقتضى ما علم من التقرير أن تأثم به (قوله وجعل فعلها على ابتداء الاسلام) وهكذا فى المبسوط قال السروجى فيه بعد فانه صلى الله عليه وسلم أقام بمكة بعد النبوة ثلاث عشرة سنة كما رواه البخارى ومسلم ثم تزوج عائشة رضى الله عنها وبنى بها بالمدينة وهى بنت تسع سنين وبقيت عنده تسع سنين وما تؤم الا بعد بلوغها فأين ذلك من ابتداء الاسلام لكن يمكن أن يقال انه منسوخ فعلته حين كان النساء يحضرن

(قوله لانهن فى ذلك لا يخلون عن ارتكاب محرم أى مكروه) أقول سيجئ فى الهداية انه

 مباح بعد أسطر (قوله وترك ما هو سنة أولى من ارتكاب مكروه) أقول ترك السنة مكروه أيضا كما سبق فالمرجع

مكروهة فكيف فعلت عائشة ووجهه انها فعلت ذلك في ابتداء الاسلام وكانت جائزة سنة ثقف الامام وسطهن فنسخت سنيتها دون الجواز فانهن لو صلين جماعة جازت بالاجماع تقدمت الامام أو توسطت لاستجماع شرائط الجواز ولكن الافضل التوسط لربحان جانب الستر كما ذكرنا وههنا بحث من أوجه الاول أن النبي صلى الله عليه وسلم أقام بمكة ثلاث عشرة سنة ثم تزوج عائشة بالمدينة فكيف يصح قوله حمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام الثاني أن المذهب عندنا ان انتفاء صفة الوجوب تستلزم انتفاء صفة الجواز كما عرف ولا فرق بين الوجوب والسنة في ذلك لوجود الموجب فيها كوجوده فيه وهو واضح للمزاولين في علم آخر وقد قررنا طريق ذلك في التقرير فاذا نسخت السنية نسخ الجواز والاستدلال (٢٥٠) بالمنسوخ غير صحيح والثالث ان امامتهن في صلاة الجنازة غير مكروهة وارتكاب أحد المحرمين فيها موجود والرابع أن التعليل بزيادة الكشف غير صحيح لبقاء الحكم بدونها فان المرأة لو لبست ثوبا حشوا من قرنها الى قدمها وأمت النساء خاصة ولا رجل ثمة فانه لا كشف هناك أصلا فضلا عن الزيادة وتقدمها مكروه وبقاء الحكم بدون العلة غير صحيح والجواب عن الاول أنه يجوز أن يكون المراد بابتداء الاسلام ما قبل النسخ فانه ابتداء بالنسبة الى ما بعده وعن الثاني بأن الجواز الباقي جواز في ضمن الكراهة والذي كان في ضمن السنة نسخ معها والاستدلال بفعلها البيان أنها كانت سنة ونسخت وانما جوزت في زماننا بمقتضى الجواز الذي كان من استجماع شرائطه وانتفاء موانعه مع ما يوجب كراهته من ارتكابه المحرم وعن الثالث بأن تركهن الجماعة انما كان لاجتماع السنة مع الكراهة فتركت السنة لاجل الكراهة وفي صلاة الجنازة اجتماع الفرض مع الكراهة فقدا بتلين بترك الفرض تحرزا عن ارتكاب المكروه وأقامته مع ارتكابه واقامته مع ارتكابه أولى وانما قلنا ذلك لانهن ان صلين جماعة وقامت الامامة وسطهن أثمن فرضا لكون الصلاة فرضا على الكل وارتكبن مكروها وان صلين فرادى تركن المكروه لكن على وجه يؤدي الى فوات الصلاة عن بعضهن لان الفرض يسقط بأداء الواحدة وقد يتفق فراغ واحدة قبل الباقيات فتكون الصلاة من الباقيات نفلا والتنفل بصلاة الجنازة غير مشروع وعن الرابع بأن ذلك نادر لا حكم له على أن ترك التقدم ثابت بالسنة والتعليل لايضاحها قال (ومن صلى مع واحد أقامه عن يمينه

ولان في التقدم زيادة الكشف (ومن صلى مع واحد أقامه عن يمينه)

الجماعة انتهى وفي نقل التزوج بها بعض خلل يعني يحمل قوله ابتداء الاسلام على انه منسوخ لكن ما في المستدرك انها كانت تؤذن وتقيم وتؤم النساء فتقوم وسطهن ومافي كتاب الآثار لمحمد أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي ان عائشة رضي الله عنها كانت تؤم النساء في شهر رمضان فتقوم وسطا ومعلوم ان جماعة التراويح انما استقرت بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ومافي أبي داود عن أم ورقة بنت عبد الله بن الحارث بن عمير الانصارية أن النبي صلى الله عليه وسلم لما غزا بدرا قالت له يا رسول الله ائذن لي في الغزاة معك أمرض مرضاكم ثم لعل الله يرزقني شهادة قال قري في بيتك فان الله يرزقك الشهادة قال فكانت تسمى الشهيدة وكانت قد قرأت القرآن فاستأذنت النبي صلى الله عليه وسلم أن تتخذ في دارها مؤذنا يؤذن لها قال وكانت دبرت غلاما لها وجارية فقاما اليها بالليل فغماها بقطيفة لها حتى ماتت وذهبا فأصبح عمر فقام في الناس فقال من عنده من هذين علم أو من رآهما فليجئ بهما فأمر بهما فصلبا فكانا أول مصلوب بالمدينة ثم أخرجه عن الوليد بن جميع عن عبد الرحمن بن خلاد عنها وفيه وكان صلى الله عليه وسلم يزورها وجعل لها مؤذنا وأمرها أن تؤم أهل دارها قال عبد الرحمن فأنا رأيت مؤذنها شيخا كبيرا كلها ينفي ثبوت النسخ وفي الحديث الاخير الوليد بن جميع وعبد الرحمن بن خالد الانصاري قال فيهما ابن القطان لا يعرف حالهما انتهى وقد ذكرهما ابن حبان في الثقات وقد يجاب بجواز كونها اخبارا عن مواظبة كانت قبل النسخ وقوله كانت تؤم في شهر رمضان لا يستلزم التراويح وقوله جعل لها مؤذنا وأمرها أن تؤم لا يستلزم استمرارا مامتها الى وفاته صلى الله عليه وسلم ومارواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن محمد عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال تؤم المرأة النساء تقوم وسطهن لا يقتضي علم ابن عباس ببقاء شرعيتها الجواز كون المراد افادة مقامها بتقدير ارتكابها ذلك أو خفي على ابن عباس الناسخ ولكن يبقى الكلام بعد هذا في تعيين الناسخ اذ لا بد في ادعاء النسخ منه ولم يتحقق في النسخ الا ماذكر بعضهم من امكان كونه مافي أبي داود وصحيح ابن خزيمة صلاة المرأة في بيتها أفضل من صلاتها في حجرتها وصلاتها في مخدعها أفضل من صلاتها في بيتها يعني الخزانة التي تكون في البيت وروى ابن خزيمة عنه صلى الله عليه وسلم ان أحب صلاة المرأة الى الله في أشد مكان في بيتها ظلمة وفي حديث له ولابن حبان وأقرب ما تكون من وجه ربها وهي في قعر بيتها ومعلوم أن المخدع لا يسع الجماعة وكذا قعر بيتها وأشده ظلمة ولا يخفى

(قوله والذي كان في ضمن السنة الخ) أقول أي الجواز الذي كان الخ (قوله والاستدلال بفعلها البيان انها كانت سنة) أقول فيه بحث (قوله من ارتكاب المحرم) أقول أي المكروه

لحديث ابن عباس) وهو ما قال بت عند خالتي ميمونة لأراقب صلاة النبي صلى الله عليه وسلم بالليل فانتبه فقال نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي القيوم ثم قرأ آخر سورة آل عمران ان في خلق السموات والارض واختلاف الليل والنهار الى آخرها ثم قام الى شن معلق فتوضأ وافتتح فقمت وتوضأت ووقفت على يساره فأخذ بأذني وأدارني خلفه حتى أقامني عن يمينه وفي مبسوط شيخ الاسلام فقمت خلفه فأخذ ذؤابتي وأقامني عن يمينه فعدت الى مكاني فأعادني ثانيا وثالثا فلما فرغ قال مامنعك يا غلام أن تثبت في الموضع الذي أوقفتك فقلت أأنت رسول الله ولا ينبغي لاحد أن يساويك في الموقف فقال عليه السلام اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل فاعادة رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الجانب الايمن دليل على انه هو المختار اذا كان مع الامام رجل واحد واعترض بأن الجماعة في صلاة النفل بدعة وصلاة الليل كانت نافلة وأجيب بأن التهجد كان فرضا على النبي صلى الله عليه وسلم فكان اقتداء متنفل بمفترض ولا يتأخر المقتدي الواحد عن الامام في ظاهر الرواية وعن محمد أنه يضع أصابعه عند عقب الامام ولا معتبر بطول المقتدي الذي بحيث يقع سجوده قبل الامام بل العبرة للموقف قوله (لانه خالف السنة) يعني ما ذكرنا من حديث ابن عباس ولم يفصل بين ما اذا وقف خلف الامام أو عن يساره وهو اختيار بعض المشايخ ومنهم من فرق وقال لا يكون مسيأ اذا كان خلف الامام لان ابن عباس فعل ذلك وقد دعا له النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكرنا آنفا بخلاف ما اذا قام عن يساره فان حذيفة رضي الله عنه فعل ذلك وردّ عليه النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (ونقل ذلك عن ابن مسعود) روى أن ابن مسعود صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما (ولنا أنه صلى الله عليه وسلم تقدم على أنس واليتيم حين صلى بهما) عن أنس بن مالك أن جدته مليكة دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعته فأكل منه ثم قال قوموا فأصلي لكم قال أنس فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضحته بماء فقام عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا فصلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم انصرف

لحديث ابن عباس رضي الله عنهما فانه عليه السلام صلى به وأقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد رحمه الله أنه يضع أصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر فان صلى خلفه أو في يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة (وان أم اثنين تقدم عليهما) وعن أبي يوسف رحمه الله يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولنا انه عليه السلام تقدم على أنس واليتيم حين صلى بهما

ما فيه وبتقدير التسليم فانما يفيد نسخ السنية وهو لا يستلزم ثبوت كراهة التحريم في الفعل بل التنزيه ومرجعها الى خلاف الاولى ولا علينا أن نذهب الى ذلك فان المقصود اتباع الحق حيث كان (قوله لحديث ابن عباس) قال بت عند خالتي ميمونة فقام النبي صلى الله عليه وسلم يصلي من الليل فقمت عن يساره فأخذ برأسي فأقامني عن يمينه متفق عليه وروى مطولا وأورد كيف جاز النفل بجماعة وهو بدعة أجيب بان أداءه بلا أذان ولا اقامة بواحد أو اثنين يجوز على أنا نقول كان التهجد عليه صلى الله عليه وسلم فرضا فهو اقتداء المتنفل بالمفترض ولا كراهة فيه هذا لو أورد قصة أنس واليتيم تعين الاول ولما كان قوله فأقامني عن يمينه ظاهرا في محاذاة اليمين دون أن يتأخر عنه كما قال محمد والعهدة عليه فريب لم يذكره ثانيا لدفع قوله والمتأخر عن اليمين لا يقال هو عن يمينه الا بنوع ارسال كما لا يقال هو خلفه أيضا بل هو متأخر (قوله وان صلى خلفه أو عن يساره جاز وهو مسيء) هذا هو المذهب وما ذكر بعضهم من عدم الاساءة اذا كان خلفه مستدلا بان ابن عباس فعله وسأله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ما لا حد أن يساويك في الموقف فدعا له فدل على أنه ليس بمكروه غلط لان الاستدلال بفعله وأمره صلى الله عليه وسلم وكان ذلك بمحاذاة اليمين ودعاؤه له لحسن تأدبه لا لانه فعل ذلك ثم هذه الرواية ان صحت فهي صريحة في أن الاقامة عن يمينه صلى الله عليه وسلم كانت بمحاذاة اليمين والله أعلم (قوله ونقل ذلك عن ابن مسعود) في صحيح مسلم عن علقمة والاسود أنهما دخلا على عبد الله فقال أصلى من خلفكما فالانم فقام بينهما فجعل أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله ثم ركعنا فوضعنا أيدينا على ركبنا ثم طبق بين يديه ثم جعلهما بين فخذيه فلما صلى قال هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن عبد البر لا يصح رفعه والصحيح عندهم الوقف على ابن مسعود رضي الله عنه وقال النووي في الخلاصة الثابت في صحيح مسلم ان ابن مسعود فعل ذلك فلم يقل هكذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله قيل كانهما ذهلا فان مسلما أخرجه من ثلاث طرق لم يرفعه في الاوليين ورفعه في الثالثة وقال هكذا فعل الى آخره واذا صح الرفع فالجواب اما بانه فعله لضيق المكان كقول المصنف أو ما قال الحازمي انه منسوخ لانه انما تعلم هذه الصلاة بمكة اذ فيها التطبيق

وأحكام أخرى هي الآن متروكة وهذا من جملتها ولما قدم صلى الله عليه وسلم المدينة تركه بدليل ما أخرجه مسلم عن عبادة بن الوليد عن جابر قال سرت مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فقام يصلي فجئت حتى قمت عن يساره فأخذ بيدي فأدارني عن يمينه فجاء ابن صخر حتى قام عن يساره فأخذنا بيديه جميعا فدفعنا حتى أقامنا خلفه فهذا دال على أن هذا هو الآخر لان جابرا انما شهد المشاهد التي بعد بدر انتهى وغاية ما فيه خفاء الناسخ على عبد الله وليس ببعيد اذ لم يكن دأبه صلى الله عليه وسلم الامامة الجمع الكثير دون الاثنين الا في الندرة كهذه القصة وحديث اليتيم وهو في داخل بيت امرأة فلم يطلع عبد الله على خلاف ما علمه وحديث اليتيم عن اسحق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك أن جدته مليكة دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعته فأكل منه ثم قال قوموا فلأصلي لكم فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضحته بماء فقام عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا فصلى لنا ركعتين ثم انصرف ومرجع ضمير جدته اسحق وهي أم أنس بن مالك على الصحيح واليتيم هو ضميرة بن سعد الحميري قاله النووي لكن على كلا الجوابين لا يتجه ثبوت الاباحة أما على ما ذكرناه من نسخ سنية ما فعله ابن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلان علة قولنا اذا نسخ صفة الوجوب لا تبقى صفة الجواز أعني الاباحة هي أن الاباحة بمعنى رفع الحرج عن الفعل والترك بخطاب ذلك ليست ثابتة في ضمن الوجوب ليصدق انتفاء الحقيقة برفع جزئها ويبقى الجزء الآخر لانها قسيمته لما فاتها له بالفعل وهي ثابته هنا لعدم الاستواء في السنية لترجح جانب الفعل فيستحيل أن يكون في ضمنها الاباحة المذكورة وجزء حقيقتها عدم ترجح الفعل بعين ذلك المذكور فبقي ثبوتها موقوفا على خصوص دليل فيها ولم يوجد وأما على جواب المصنف فلان الثابت من دفعه صلى الله عليه وسلم الرجلين أبلغ من المنع القولي وهو ينفي الاباحة اللهم الا أن يحمل التوسط الذي رواه ابن مسعود عليه وما رواه أنس على السنية جمعا لرفع التعارض بناء على أن لا قائل بالقلب ودفع الرجلين لاقامة السنة لا للكراهة وفي الكافي وان كثر القوم كره قيام الامام وسطهم لان تقدم الامام سنة لمواظبته صلى الله عليه وسلم والاعراض عن سنته مكروه انتهى والحق أن يعلل بترك الواجب لان مقتضى فعله التقدم على الكثير من غير ترك الوجوب فيكون التوسط مكروها كراهة تحريم وهو صريح الهداية فيما قدمنا في صدر امامة المرأة النساء حيث قال لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف ولو قام في يمنة الصف أو يسرته أساؤا ولو قام واحد بجنب الامام وخلفه صف يكره بالاجماع كذا في الدراية وفيها الاصح ما روي عن أبي حنيفة أكره للامام أن يقوم بين الساريتين أو زاوية أو ناحية المسجد أو الى سارية لانه خلاف عمل الامامة والافضل أن يقوم في الصف الآخر اذا خاف ايذاء أحد وفي كراهة ترك الصف الاول مع امكان الوقوف فيه اختلاف ولو اقتدى واحد بآخر فجاء ثالث يجذب المقتدي بعد التكبير ولو جذبه قبل التكبير لا يضره وقيل يتقدم الامام ويكره أن يصلي منفردا خلف الصف وعن أحمد رحمه الله لا تصح لما في أبي داود والترمذي وصحيح ابن حبان عنه صلى الله عليه وسلم أنه رأى رجلا صلى خلف الصف فأمره أن يعيد الصلاة واستدل للجواز بما في البخاري عن أبي بكرة أنه دخل المسجد والنبي صلى الله عليه وسلم راكع فركع دون الصف ثم وثب حتى انتهى الى الصف فلما سلم صلى الله عليه وسلم قال اني سمعت نفسا عاليا فأيكم الذي ركع دون الصف ثم مشى الى الصف فقال أبو بكرة أنا يا رسول الله خشيت أن تفوتني الركعة فركعت دون الصف ثم لحقت الصف فقال صلى الله عليه وسلم زادك الله حرصا ولا تعد فعلم أن ذلك الامر بالاعادة كان استحبابا والكراهة قالوا اذا جاء والصف ملآن يجذب واحدا منه ليكون هو معه صفا آخر وينبغي لذلك أن لا يجيبه فتنتفي الكراهة عن هذا لانه فعل

(فهذا) أى تقدم النبى صلى الله عليه وسلم (دليل الافضلية والاثر دليل الاباحة) ولم يعكس ليكون من باب تعليم الجواز والاباحة كما هو زعم أبى يوسف حملا لفعل النبى عليه السلام على الافضلية وقال ابراهيم النخعى وماروى عن ابن مسعود كان لضيق المكان فاذا لا يكون ثبتا وقيل اليتيم أخو أنس لابيه اسمه عمير وفى كتب الحديث أن اسمه ضميرة بن سعد الحميرى المدنى واليتيم علم غالب له كالنجم للثريا ووجه الاستدلال بقوله من حيث أخرهن الله ما قال أبو زيد فى الاسرار حيث عبارة عن المكان ولا مكان يجب تأخيرهن فيه الا مكان الصلاة وقيل يجوز أن يكون للتعليل يعنى كما أخرهن الله فى الشهادات والارث والسلطنة وسائر الولايات وقوله (وأما الصبى فلانه متنفل) واضح لانه غير مكلف وقوله (فلا يجوز اقتداء المفترض به) سيجىء بيانه وقوله (والسنن المطلقة) يعنى به السنن الرواتب المشروعة قبل الفرائض وبعدها وصلاة العيد على احدى الروايتين والوتر عندهما وصلاة الكسوف والخسوف والاستسقاء عندهما وقوله (جوزه مشايخ بلخ) لانهم قاسوا هذه المسئلة بمسئلة المظنون بعلة أن النفل فى حق الصبى غير مضمون فصار كنفل البالغ اذا كان غير مضمون وهى فى مسئلة المظنون لانهما سواء فى هذا الوصف (ولم يجوزه مشايخنا) يعنى مشايخ ماوراء النهر بخارى وسمرقند (ومنهم) أى من المشايخ (من حقق الخلاف فى النفل المطلق بين أبى يوسف ومحمد) فقال أبو يوسف لا يجوز اقتداء البالغ بالصبى فى النفل المطلق أيضا ومحمد جوزه (والمختار انه لا يجوز فى الصلوات كلها) وهذا اختيار منه لمذهب مشايخ ماوراء النهر (لان نفل الصبى دون نفل البالغ) حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع وقوله (بخلاف المظنون) جواب عن قياس مشايخ بلخ على المظنون وتقريره قياس اقتداء البالغ بالصبى على الاقتداء بالظان فاسد (لان المظنون مجتهد فيه) لان عند زفر القضاء واجب على الظان وكل مجتهد فيه يحتمل صحة طرفيه على البدل فالمظنون يحتمل وجوب القضاء بالنظر الى اجتهاد زفر والمانع عن القول بوجوبه مطلقا انما هو العارض وهو ظن الامام وهو عارض غير ممتد عرض بعد أن لم يكن فجاز اعتبار عدمه وحينئذ يكون المظنون واجب القضاء مطلقا وكان اقتداء ضامن بضامن بخلاف الصبى فان عدم القضاء عليه بالاجماع لا يحتمل كونه مضمونا والصبا أيضا عارض ممتد لا يمكن اعتبار عدمه فكان اقتداء ضامن بغير ضامن وهو بناء القوى على الضعيف (وبخلاف اقتداء الصبى بالصبى لان الصلاة متحدة) لعدم الضمان على واحد منهما فكان بناء الضعيف على الضعيف

فهذا للافضلية والاثر دليل الاباحة (ولا يجوز للرجال أن يقتدوا بامرأة أو صبى) أما المرأة فلقوله عليه السلام أخروهن من حيث أخرهن الله فلا يجوز تقديمها وأما الصبى فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفى التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا رحمهم الله ومنهم من حقق الخلاف فى النفل المطلق بين أبى يوسف ومحمد والمختار انه لا يجوز فى الصلوات كلها لان نفل الصبى دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوى على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبى بالصبى لان الصلاة متحدة

وسعه (قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم أخروهن الخ) سنتكلم عليه فى مسئلة المحاذاة ان شاء الله تعالى (قوله والسنن المطلقة) أى الرواتب وصلاة العيد على احدى الروايتين والوتر عندهما والكسوفين والاستسقاء عندهما (قوله جوزه مشايخ بلخ) قياسا على المظنون ولم يجوزه مشايخنا البخاريون وقالوا لا يجوز عندهم ومنهم من حقق الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى النفل المطلق فقالوا لا يجوز بلا خلاف بين أصحابنا فى السنن وكذا فى النفل المطلق عند أبى يوسف ويجوز فيه عند محمد والمختار قول أبى يوسف (قوله ولا يبنى القوى على الضعيف) قد يقال ذلك فى الحسى أما البناء الحكمى فلا بل المانع فيه عدم المبنى عليه كما فى الفرض على النفل لانتفاء وصف الفرضية فى المبنى عليه وقد يجاب بأن ذلك أيضا ثابت هنا فان نفل البالغ يصير واجب الاتمام وهذا الوجوب منعدم فى نفل الصبى فان قيل فعلى هذا ينبغى جواز المظنون خلف ظهر الصبى فالجواب هو غير محفوظ الرواية ولنا أن نمنعه بناء على الفساد فى زعم المقتدى فانه حال الشروع بظن الوجوب ويعلم انتفاءه من ظهر الصبى (قوله بخلاف المظنون) وهو المؤدى على ظن قيام وجوبه اذا ظهر بعد افساده عدم وجوبه بظهور انه كان أداء فانه لا يجب قضاؤه ومع هذا صح بناء نفل البالغ عليه فقد بنى المظنون على غير المظنون أجاب بأنه مجتهد فيه اذ عند زفر يجب القضاء على الظان اذا أفسد المظنون قاسه على المتفق عليه من الاحرام بنسك مظنون فانه مضمون حتى اذا ظهر له أن لا نسك عليه كان احرامه لازما للنفل والصدقة المظنون وجوبها اذا تبين أن لا شئ عليه ليس له أن يسترد ها من الفقير والجواب الفرق بالعلم بفرق الشرع فانه ظهر منه أن لا يخرج من احرامه ولو عرضت ضرورة توجب رفضه الا بافعال أو دم ثم قضاء أصله من أحصر واضطر الى ذلك أو فاته الحج لم يتمكن شرعا من الخروج بلا لزوم

(قال المصنف والاثر دليل الاباحة) أقول مخالف لقوله ارتكاب محرم

(ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء) لقوله عليه السلام ليلني منكم أولوا الاحلام والنهى

شئ ثم القضاء وأما الصدقة فان الدفع على ذلك الظن يوجب أمرين سقوط الواجب وثبوت الثواب فاذا كان الواجب منتفيا في نفس الامر ثبت الآخر لانه دفعه تقربا الى الله تعالى يطلب به ثوابه وقد حصل وثبت الملك بواسطة ذلك الفقير فلا يتمكن من رفعه بخلاف من دفع لقضاء دين بظنه ولا دين فانه لم يثبت فيه ملك المدفوع اليه فكان بسبيل من أن يسترده وأما الصلاة فقد ثبت شرعا قبول ما هو منها للرفض اجماعا كما في زيادة مادون الركعة وتمام الركعة أيضا على الخلاف فلم يلزم لزومهما اذا ظهر عدم وجوبها والحال أنه لم يفعلها الا مسقطا والله سبحانه وتعالى أعلم وسقوط الضمان عندنا بعارض الظن والاصل في نقل البالغ الضمان والعارض لا يعارض الاصل فاعتبر عارض الظن عدما في حق المقتدي فاتحد حالهما فكان اقتداء المظنون بالمظنون نظرا الى الاصل وسقوط الوصف هنا بأمر أصلي وهو الصبا فلم يصح جعله معدوما في حق المقتدي فلم يتحد حالهما كذا في الكافي ومانقل من المحسن من أن اختلافهم راجع الى أن صلاة الصبي صلاة أم لا فقيل لا وانما يؤمر بها تخلقا دل عليه لو صلت المراهقة بغير قناع جازت وقيل نعم دل عليه لو قهقهت فيها أمرت بالوضوء فيه نظر بل لو اتفق على أنها صلاة صح الخلاف فان دليل المانع يتناولها بتقدير كونها صلاة نعم لو اتفق على انها ليست صلاة لم يتأت الخلاف في عدم الجواز (قوله ليلني الخ) في مسلم وأبي داود والترمذي والنسائي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ليلني منكم أولوا الاحلام والنهى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ولا تختلفوا فتختلف قلوبكم وايا كم وهيشات الاسواق قيل استدلاله به على سنية صف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لا يتم انما فيه تقديم البالغين أو نوع منهم والاولى الاستدلال بما أخرجه الامام أحمد في مسنده عن أبي مالك الاشعري أنه قال يا معشر الاشعريين اجتمعوا واجمعوا نساءكم وأبناءكم حتى أريكم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتمعوا وجمعوا أبناءهم ونساءهم ثم توضأ وأراهم كيف يتوضأ ثم تقدم فصف الرجال في أدنى الصف وصف الولدان خلفهم وصف النساء خلف الصبيان الحديث ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه والاحلام جمع حلم بالضم وهو ما يراه النائم تقول منه حلم بالفتح واحتلم غلب استعماله فيما يراه النائم من دلالة البلوغ فدلالته على البلوغ التزامية فلا يلزم كون المراد هنا ليلني البالغون ليكون مجازا لاستعماله في لازم معناه لجواز ارادة حقيقته ويعلم منه المقصود لانه اذا أمر أن يليه من الصف ملزوم البلوغ علم أن المراد أن يليه البالغون ولو قيل ان البلوغ نفس الاحتلام أو بلوغ سن مخصوصة كان ارادتهم باللفظين حقيقيا لا مجازيا والنهى جمع نهية وهو العقل وفي تفسير الاحلام بالعقول لزوم التكرار في الحديث فليجتنب اذ لا ضرورة واعلم أن صف الخنائى بين الصبيان والنساء وبعد النساء المراهقات ولنسق نبذة من سنن الصف تكميلا من سننه التراص فيه والمقاربة بين الصف والصف والاستواء فيه ففي صحيح ابن خزيمة عن البراء كان صلى الله عليه وسلم يأتي ناحية الصف فيسوي بين صدور القوم ومناكبهم ويقول لا تختلفوا فتختلف قلوبكم ان الله وملائكته يصلون على الصف الاول وروى الطبراني من حديث علي رضي الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم استووا تستوي قلوبكم وتماسوا تراحموا وروى مسلم وأصحاب السنن الا الترمذي عنه صلى الله عليه وسلم قال ألا تصفون كما تصف الملائكة عند ربها قالوا وكيف تصف الملائكة عند ربها قال يتمون الصفوف الاول فالاول ويتراصون في الصف وفي رواية للبخاري فكان أحدنا يلزق منكبه بمنكب صاحبه وقدمه بقدمه وروى أبو داود والامام أحمد عن ابن عمر رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال أقيموا الصفوف وحاذوا بين المناكب وسدوا الخلل ولينوا بأيدي اخوانكم لا تذروا فرجات للشيطان ومن وصل صفا وصله الله ومن قطع صفا قطعه الله وروى البزار

باسناد

قال (ويصف الرجال ثم الصبيان) هذا بيان ترتيب القيام خلف الامام وليلني أمر من الولي وهو القرب والاحلام جمع الحلم بالضم وهو ما يراه النائم وغلب استعماله فيما يراه النائم من دلالة البلوغ والمراد ليلني البالغون منكم والنهى جمع نهية وهي العقل فان قيل هذا الحديث يدل على تقديم الرجال على الصبيان وأما تقديم الصبيان على النساء فلا دلالة عليه أجيب بأن الصبيان تابعة للرجال لاحتمال رجوليتهم ويجوز أن يقال تقديمهم عليهن ثابت بفعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه أقام المجوز وراء اليتيم ولكن لم يذكره في الكتاب

ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن (وان حاذته امرأة وهما مشتركان فى صلاة واحدة فسدت صلاته ان نوى الامام امامتها) والقياس أن لا تفسد وهو قول الشافعى رحمه الله اعتبارا بصلاتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير

باسناد حسن عنه صلى الله عليه وسلم من سد فرجة فى الصف غفر له وفى أبى داود عنه صلى الله عليه وسلم قال خياركم ألينكم مناكب فى الصلاة وبهذا يعلم جهل من يستمسك عند دخول داخل بجنبه فى الصف ويظن أن فسحه له رياء بسبب أنه يتحرك لاجله بل ذلك اعانة له على ادراك الفضيلة واقامة لسد الفرجات المأمور بها فى الصف والاحاديث فى هذا شهيرة كثيرة (قوله وجه الاستحسان ما رويناه وأنه من المشاهير) يعنى أخروهن من حيث أخرهن الله ولم يثبت رفعه فضلا عن كونه من المشاهير وانما هو فى مسند عبد الرزاق موقوف على ابن مسعود قال أخبرنا سفيان الثورى عن الاعمش عن ابراهيم عن أبى معمر عن ابن مسعود قال كان الرجال والنساء فى بنى اسرائيل يصلون جميعا فكانت المرأة تلبس القالبين فتقوم عليهما فتواعد حليلها فألقى عليهم الحيض فكان ابن مسعود يقول أخروهن من حيث أخرهن الله قيل فما القالبان قال أرجل من خشب تتخذها النساء يتشرفن الرجال فى المساجد وفى الغاية عن شيخه رويه الحرام الخبائث والنساء حبائل الشيطان وأخروهن من حيث أخرهن الله ويعزوه الى مسند رزين قيل وذكر أنه فى دلائل النبوة للبيهقى وقد تتبع فلم يوجد فيه وقد يستدل بحديث امامة أنس واليتيم المتقدم حيث قامت العجوز من وراء أنس واليتيم فقد قامت منفردة خلف صف وهو مفسد كما هو مذهب أحمد رحمه الله لما ذكرنا من الامر بالاعادة أو لا يحل وهو معنى الكراهة السابق ذكرها لما قدمناه من قوله صلى الله عليه وسلم ولا تعد ولو حل مقامها معهما لمنعها وبدلالة الاجماع على عدم جواز امامتها الرجل فانه إما لنقصان حالها أو لعدم صلاحيتها للامامة مطلقا أو لفقد شرط أو لترك فرض المقام والحصر بالاستقراء وعدم وجود غير ذلك وهذا كاف مالم يرد صريح النقض لما عرف أنه يكفى فى حصر الاوصاف قول السابر العدل بحثت فلم أجد لا يجوز الاول لجواز الاقتداء بالفاسق والعبد ولا الثانى لصلاحيتها للامامة النساء ولا الثالث لان المفروض حصول الشروط فتعين الرابع والحق أن هذا قياس حكم أصله مجمع عليه خرج مناطه بالسبر وهو مسلك مختلف فى صحته وأكثر مشايخنا على نفيه ثم بتقدير صحة طريقه فهو وما قبله انما يفيدان حرمة تحاذيهما وترك فرض المقام ثم كونه مفسدا باعتبار أن فرض الجماعة يصح اثباتها بالآحاد لان أصلها به وارجع الى ما مهدناه فى أول باب صفة الصلاة يزول عنك الريب الآن قصر الفساد عليه ينبنى على أن الحرمة وان كانت مشتركة الا أن تعلقها بها كى لا تفسدها عليه لا باعتبار معنى فيها بخلاف تعلقها به فهو كتأخر الامام عن المأمومين حتى صاروا مقدمين عليه فانه لا يحل له كما لا يحل لهم أن يتقدموا الا أن عدم الحل لهم لفساد صلاتهم وعدمه له لمعنى فيهم لا فيه وهو كى لا تفسد عليهم فافسد تأخره صلاتهم لا صلاته كذلك هنا تفسد بمحاذاتها صلاته لا صلاتها الا أن هذا المعنى يتوقف على اثبات كون الحرمة المشتركة للافساد عليه فقط ولا مجال فيه الا حديث أخروهن فيتوقف على ثبوته لكن ينتهض محل النزاع على الخصم لان محل النزاع فساد صلاته أما عدمه فى صلاتها فبالاتفاق فانما هذا اشكال مذهبى لا يضر فى انتهاض المدعى على المخالف هذا وأما محاذاة الامرد فصرح الكل بعدم افساده الا من شذ ولا متمسك له فى الرواية كما صرحوا به ولا فى الدراية لتصريحهم بان الفساد فى المرأة غير معلول بعروض الشهوة بل هو لترك فرض المقام وليس هذا فى الصبى ومن تساهل فعلل به صرح بنفيه فى الصبى مدعيا عدم اشتهائه فحصل أن مظنة الشهوة الانوثة وباعتبار المظنة يثبت الحكم لا باعتبار ما قد يتفق من اشتهاء الذكر الذكر فقد يتفق ذلك فى المرأة الميتة والبهيمة ولا عبرة بذلك فهذا كذلك وقالوا ان اشتهاء الذكر يكون عن انحراف

قوله (ولان المحاذاة) دليل معقول وتمهيد لذكر مسئلة المحاذاة وقوله (وان حاذته امرأة) اعلم ان المحاذاة المفسدة هى أن يحاذى قدم المرأة عضوا من الرجل فى الصلاة شرائطها

(قوله قوله ولان المحاذاة دليل معقول الخ) أقول لا يدل المعقول على تأخيرهن عن الصبيان اذ لا تفسد صلاة الصبى بمحاذاتها ويظهر ذلك بالتأمل فى دليل الفساد بالمحاذاة فان الصبى ليس بمخاطب فعلى هذا لا يمكن أن يقال الدليل هو المجموع الحديث لتأخير الصبيان والمعقول لتأخير النساء عن الصبيان نعم هو دليل على تأخيرهن عن الرجال ولو استدل لتأخيرهن بحديث أخروهن لعله كان أولى (قال المصنف وان حاذته امرأة وهما مشتركان فى صلاة فسدت صلاته) أقول الجامع لشرائط المحاذاة المفسدة أن يقال محاذاة مشتهاة منوية الامام فى ركن صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء مع اتحاد مكان وجهة دون حائل وفرجة فحينئذ لو كان أحدهما على دكان قدر القامة والآخر أسفله فلا محاذاة

أن تكون المرأة مشتهاة حالا أو ماضيا منوية امامتها وأن تكون الصلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء وأن لا يكون بينهما حائل وذكر المرأة مطلقة ليتناول المحارم والحليلة والاجنبية وذكر الحال ليتناول الصغيرة المشتهاة واختلف في حد الشهوة فقدره بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين والاصح أن لا معتبر بالسن فان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا وذكر الماضي ليتناول العجوز التي تنفر منها الرجال لما أنها كانت مشتهاة وشرط نية امامتها لان اقتداءها لا يصح بدونها فلا تفسد صلاة الرجال ووصف الصلاة بكونها مطلقة احترازا عن صلاة الجنازة فان المحاذاة لا تفسدها لانها ليست بصلاة على الحقيقة وانما هي دعاء للميت وانما لا يصح اقتداء الرجل بالمرأة فيها للشبهها بالصلاة المطلقة في اشتمالها على التحريم والتحليل وشرط الاشتراك وهو يتحقق باتحاد الفرضين وباقتداء المتطوعة بالمتطوع وبالمفترض وأن يكون الاشتراك تحريمة وأداء حتى لا تكون المحاذاة في أداء ما سبقها به مفسدة لان المسبوق في أداء ما سبق منفرد بدليل وجوب القراءة وسجدتي السهو فلم يكونا مشتركين أداء بخلاف اللاحق لانه يؤدي مع الامام تقديرا فان قيل اذا اقتدت نافلة للعصر برجل يصلي الظهر لم يصح اقتداؤها فرضا وانما يصح نفلا فقد وجدت الشروط ولم تفسد الصلاة أجيب بالمنع وشرط عدم الحائل لانه اذا كان بينهما حائل مثل مؤخرة الرحل لا تفسد وقد ظهر من هذا انه اذا فات شرط من شروطها لا تفسد لما قال انها عرفت مفسدة بالنص وهو ما روى أنس رضي الله عنه أن جدته مليكة صنعت طعاما الى آخر ما روينا بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص وأما اذا وجدت هذه الشروط كلها فانها تفسد عندنا خلافا للشافعي وهو القياس اعتبارا بصلاتها فانها لا تفسد ووجهه ظاهر لان المحاذاة لما لم توجب فساد صلاة المرأة لم توجب فساد صلاة الرجل لان المحاذاة فعل يتحقق من الجانبين ووجه الاستحسان وهو الذي ذهب اليه علماؤنا أن هذا ترك فرض مقام الامام ومن ترك فرض المقام فسدت صلاته أما انه ترك فرض المقام فلان تأخير المرأة فرض على الرجل في صلاة يشتركان فيها لما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أخروهن

من حيث أخرهن الله أمر الرجال بالتأخير في المكان ولا مكان يجب تأخيرهن في غير الصلاة فتعين التأخير فيها فان قيل هذا خبر واحد ولا تثبت به الفرضية أجيب بأنه من المشاهير واليه أشار المصنف بقوله وانه من المشاهير ولان تأخيرها في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الاجماع لانا أجمعنا على عدم جواز اقتداء الرجل بالمرأة مع اتحاد فرضهما وهو اما أن يكون لنقصان حالها في ذلك كالصبي أو لعدم صلاحيتها كالامي أو لفوات شرط من شروط الصلاة كالعاري أو لفوات ترتيب المقام كما في امامة المتأخر بالاستقراء لعدم مجاوزة انتفاء جواز الاقتداء عنها شرعا وليس للنقصان لانه غير مانع لصحة الاقتداء مطلقا لجواز امامة الفاسق والعبد والاعمى مع نقصان أحوالهم بل انما يمنع اذا لزم من ذلك محظور كامامة الصبي فانها تستلزم بناء القوي على الضعيف ولا لعدم الصلاحية لجواز امامتها للنساء متقدمة ومتوسطة ولا لانتفاء شرط من الشروط لان الفرض عدمه فلم يكن ذلك الا باعتبار ترك فرض المقام الثابت بقوله صلى الله عليه وسلم أخروهن الحديث فلما أجمعنا ههنا لانعدام التأخير يثبت الفساد في المتنازع فيه أيضا لانعدام التأخير وأما ان من ترك فرض المقام فسدت صلاته فكالمقتدي اذا تقدم على امامه وقوله (وهو المخاطب به) جواب عن وجه القياس وتقديره لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لانه هو المخاطب به أي بقوله عليه السلام أخروهن دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم اذا تقدم على الامام واعترض بأنه اذا كان مأمورا بالتأخير كانت مأمورة بالتأخر ضرورة وأجيب بالمنع فانه يمكن تأخير الرجل اياها بأن يتقدم عليها خطوة أو خطوتين ولا تأخر منها لما ذلك لكنه ضمني فلا يساوي القصدي

وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم اذا تقدم على الامام

في المزاج وقد سماهم كثير من السلف النتن تنفيرا بخلاف اشتهاء الانثى فانه الطبع السليم وفي الذخيرة والمحيط اذا حاذته بعد ما شرع ونوى امامتها فلم يمكنه التأخير بالتقدم خطوة أو خطوتين للكراهة في ذلك فتأخيرها بالاشارة وما أشبهه فاذا فعل فقد أخر فيلزمها التأخر فان لم تفعل تركت حينئذ فرض المقام فتفسد صلاتها دونه (قوله وهو المخاطب به الخ) اشارة الى اشتراط العقل والبلوغ في الذكر فان الخطاب

(قوله وهو ما روى أنس الى قوله فيراعى جميع ما ورد به) أقول ليس في حديث أنس ما يدل على كون المحاذاة مفسدة حيث لا يدل على فرضية التأخير (قوله فان قيل هذا خبر واحد لا يثبت به الفرضية) أقول يجوز أن يقال المراد الفرض على زعم المجتهد (قوله وأجيب بأنه من المشاهير) أقول الفرض لا يثبت الا بدليل قطعي وليس المشهور كذلك فان أريد الفرض العملي فلا حاجة الى الشهرة (قوله ولان تأخيرها في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الاجماع) أقول لم يلزم مما ذكره كون تأخيرهن فرضا بدلالة الاجماع بل بالقياس نعم المقيس عليه مجمع عليه وهذا لا يثبت الفرضية (قوله واعترض بأنه اذا كان مأمورا بالتأخير كانت مأمورة بالتأخر ضرورة) أقول فانه لا يمكن للرجل تأخيرها الا بتأخرها (قوله وأجيب بالمنع الخ) أقول أي بمنع الضرورة

وقوله (وان لم ينوا امامتها) بيان لتأثير النية وقوله (لم تضره) أى لم تضر المحاذاة المصلى وقوله (لان الاشتراك لا يثبت دونها) أى دون النية (عندنا خلافا لزفر) فان عنده نية امامتها ليست بشرط لفساد صلاة الرجل بعد ما دخلت فى صلاته لان الرجل صالح لامامة الرجال والنساء ثم اقتداء الرجل به صحيح بلا نية امامته فكذلك اقتداء المرأة وقوله (ألا ترى) توضيح لقوله لان الاشتراك لا يثبت دونها وتقريره الامام يلزمه الترتيب فى المقام بالنص وكل من يلزمه شئ يتوقف على التزامه كالاقتداء فان لزوم فساد صلاة المقتدى لما كان من جانب الامام محتملا لم يصح الاقتداء الا بالالتزام والالتزام انما يكون بالنية فكما أن الاقتداء لا يصح بدون النية ليكون الضرر اللازم من جانب الامام ضررا مرضيا كذلك لا تصح امامة النساء بدون النية للنساء ليكون الضرر اللازم للامام من جانبهن ضررا مرضيا وهذا واضح جدا وفيه بحث من وجهين أحدهما أن كل هذا موقوف على اشتراط ثبوت الاشتراك وثبوته ممنوع لان النص لم يفصل بين أن تكون المحاذاة فى صلاة مشتركة أو غيرها والثانى انه منقوض على قول أبى حنيفة باقتداء القارئ بالامى فان صلاة الامى تفسد بسبب اقتداء القارئ به ومع ذلك لا يشترط للامى نية امامة القارئ والجواب عن الاول أنه تشكيك فى المسلمات فان كل من يقول بمسئلة المحاذاة يشترط الاشتراك وانما الخلاف بيننا وبين زفر انه يقول الاشتراك يثبت بدخولها فى صلاته نوى امامتها أو لم ينو ونحن نقول لا يثبت الاشتراك بدونها كما ذكرنا آنفا والتشكيك فى المسلمات غير مسموع على أن النص يدل على ترتيب المقام والمقام وترتيبه انما يتصور فى صلاة أديت بجماعة لان للامام تقدما على المأموم بالرتبة والصلاة بالجماعة تستلزم الاشتراك وعن الثانى بأنه على قول الكرخى ممنوع فانه لا يصح عنده بدون النية ولئن سلما فنقول كلامنا فى فساد يحصل بسبب الاقتداء

(وان لم ينوا امامتها لم تضره ولا يجوز صلاتها) لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر رحمه الله ألا ترى أنه يلزمه الترتيب فى المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما يشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احداهما أن الفساد فى الاول لازم وفى الثانى محتمل (ومن شرائط المحاذاة أن تكون الصلاة مشتركة وأن تكون مطلقة وأن تكون المرأة من أهل الشهوة وأن لا يكون بينهما حائل)

انما يتعلق بأفعال المكلفين كذا فى بعض شروح الجامع فلا تفسد صلاة الصبى بالمحاذاة على هذا (قوله على احداهما) وهى رواية عدم الفساد واعلم ان اقتداءهن فى الجمعة والعيدين عند كثير لا يجوز الا بالنية وعند الاكثر يجوز بدونها نظرا الى اطلاق الجواب حملا على وجود النية منه وان لم تستفسر حاله (قوله ومن شرائط الخ) جواب المسئلة له شروط لا بد من بيانها الاول أن تكون الصلاة مشتركة تحريمة وأداء ومعنى الاول أن يكونا بانيين تحريمتهما على تحريمة امام أو احداهما على الاخرى بأن كان أحدهما يؤم الآخر فيما يصح اتفاقا فلو اقتدت نائبة للعصر بمصلى الظهر فلم يصح من حيث الفرض وصح نفلا فأفسدته ففى رواية باب الاذان تفسد وفى رواية باب الحدث من المبسوط لا تفسد وقيل رواية باب الاذان قولهما ورواية باب الحدث قول محمد بناء على مسئلة صلاة الفجر اذا طلعت الشمس فى خلالها عندهما تنقلب نفلا وعند محمد تفسد بخلاف ما لو نوت ابتداء النفل حيث تفسد بلا تردد ومعنى الثانى أن يكون لهما امام فيما يقضيان حقيقة أو حكما فصلاة المسبوقين فيما يقضيان مشتركة تحريمة لا أداء فلا تفسد المحاذاة فيما يقضيان مسبوقين وتفسد فيما يقضيان لاحقين ولا تفسد اذا حاذته فى الطريق للطهارة فيما اذا سبقهما الحدث فى الاصح لانهما غير مشتغلين بالقضاء بل باصلاح الصلاة لا بحقيقتها وان كانا فى حرمتها اذ حقيقتها قيام وقراءة الخ وليس شئ من ذلك ثابتا وقيامه فى حال

(٣٣ ـ فتح القدير اول) كالذى فى اقتداء المحاذية فان صلاة الامام انما تفسد بسببه وصورة النقض ليست كذلك لان القارئ لو صلى وحده والامى وحده وأمكن الامى الاقتداء به فسدت أيضا صلاته فلم يكن الفساد بسبب اقتدائه حتى يدفع عن نفسه بترك النية وقوله (وانما يشترط نية الامام اذا ائتمت محاذية) أى اذا اقتدت بالامام محاذية له يشترط نية الامام لفساد الصلاة وأما اذا وقفت خلفه فاما أن يكون بجنبها رجل أولا فان كان فالصواب أن اقتداءها لا يصح الا بالنية من جهة الامام لانه يلزم الفساد على من بجنبها وذلك يستدعى النية ممن بجنبها على الاصل المار الا انه مولى عليه من جهة امامه فيتوقف ما يلزمه على التزام امامه والتزام الامام الزامه (وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان) فى رواية لا يصح اقتداؤها لاحتمال الفساد من جهتها بالمشى والمحاذاة فتحتاج الى الالتزام وفى رواية يصح (و) على هذه الرواية يحتاج الى (الفرق) وهو (أن الفساد فى الاول) وهو ما اذا كانت محاذية (لازم) أى واقع فى الحال (وفى الثانى) وهو ما اذا كانت خلفه وليس بجنبها رجل (محتمل) لاحتمال أن تمشى فتحاذى ولكن الظاهر عدم ذلك فلم تشترط نية الامام هذا فى صلاة يشتركان فيها وأما فى صلاة لا يشتركان فيها فالتقدم عليه ومحاذاتها اياه يورث الكراهة

لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ماورد به النص

مشيه أو وضوئه لم يعتبر جزأ والا فسدت لان المحكوم بجزئيته للصلاة تفسد مع الحدث واذا انعدم قضاؤهما فى هذه الحالة انعدمت الشركة أداء واللاحق من يقضى بعد فراغ الامام مافاته مع الامام بعد ما أدركه معه وانما لم نقل من أدرك أول صلاة الامام ثم فاته بعضها الخ كما يقع فى بعض الالفاظ لانه غير جامع لخروج اللاحق المسبوق وفى المحاذاة لهذا اللاحق تفصيل فى الفساد فانهما لو اقتديا فى الثالثة فأحدثا فذهبا ليتوضآ ثم حاذته فى القضاء ان كان فى الاولى أو الثانية وهى الثالثة والرابعة للامام تفسد لوجود الشركة فيهما لانهما فيهما لاحقان وان حاذته فى الثالثة والرابعة لا تفسد لعدمها لانهما مسبوقان وهذا بناء على أن اللاحق المسبوق يقضى أولا ما لحق فيه ثم ما سبق به وهذا عند زفر ظاهر وعندنا وان صح عكسه لكن يجب هذا فيما عتباره يفسد هذا وأما محاذاتها فى الصلاة دون اشتراكهما فغورث للكراهة ثم لو قيل بدل مشتركة تحريمة وأداء مشتركة أداء ويفسر بأن يكون لهما امام فيما يؤديانه حالة المحاذاة أو أحدهما امام للآخر لم الاشتراكين الثانى أن تكون الصلاة مطلقة أى ذات ركوع وسجود وان كانا يومئان فيها العذر الثالث أن تكون المرأة من أهل الشهوة أى دخلت فى حدها وان كانت فى الحال عجوزا شوهاء فيعتريه عمن لم تبلغ حدها وحدها سبع سنين وقيل تسع والاصح أن تصلح للجماع ولا فرق بين الاجنبية والمحرم الرابع أن لا يكون بينهما حائل فلو كان منع المحاذاة وأدناه قدر مؤخرة الرحل لان أدنى الاحوال القعود ومؤخرة الرحل جعلت للارتفاق بها فيه فقدرناه بها وغلظه مثل الاصبع والفرجة تقوم مقام الحائل وأدناها قدر مقام الرجل وفى الدراية لو كان بينهما فرجة تسع الرجل أو اسطوانة قيل لا تفسد وكذا اذا قامت أمامه وبينهما هذه الفرجة اه وبعد النظر فى صحة هذا القيل اذ مقتضاه أن لا يفسد صف النساء على الصف الذى خلفه من الرجال ولو كان أحدهما على دكان قدر القامة والآخر أسفل فلا محاذاة وكذا لو كانت متأخرة عنه بالقدم الا أنها أطول منه يقع سجودها فى مكان متقدم عليه الخامس أن تكون المحاذاة فى ركن كامل حتى لو تحرمت فى صف وركعت فى آخر وسجدت فى ثالث فسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها من كل صف قيل هذا عند محمد وعند أبى يوسف لو وقفت قدره فسدت وان لم تؤد وقيل لو حاذته أقل من قدره فسدت عند أبى يوسف وعند محمد لا الا فى قدره السادس أن تتحد الجهة فان اختلفت كما فى جوف الكعبة وبالتحرى فى الليلة المظلمة فلا والجامع أن يقال محاذاة مشتهاة منوبة الامامة فى ركن صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء مع اتحاد مكان وجهة دون حائل ولا فرجة ثم الواحدة تفسد صلاة ثلاثة واحد عن يمينها وآخر عن شمالها واخر خلفها ليس غير فان من فسدت صلاته يصير حائلا بينها وبين الذى يليه والمرأتان صلاة أربعة اثنان خلفهما والآخرين لان المثنى ليس جمعا تاما فكانا كواحدة فلا يتعدى الفساد الى آخر الصفوف وعن أبى يوسف الثنتان كالثلاث وعنه الثلاث كالثنتين فلا تفسد الا صلاة خمسة والصحيح أن بالثلاث تفسد صلاة واحد عن يمينهن وآخر عن شمالهن وثلاثة ثلاثة الى آخر الصفوف وفى رواية الثلاث كالصف التام فتفسد صلاة جميع الصفوف التى خلفهن والقياس فى الصف التام أن يفسد به صلاة صف واحد لانه حائل بينه وبين الصف الذى يليه لكنهم استحسنوا فساد الكل بنقلهم عن عمر رضى الله عنه من كان بينه وبين امامه طريق أو نهر أو صف من صفوف النساء فليس هو مع الامام (قوله فيراعى جميع ماورد به النص) والنص ورد فى صلاة مطلقة بناء على أن الفساد بها على خلاف القياس وهذا انما ينتهض فى اشتراط كون الصلاة مطلقة لا فى الكل

(قال المصنف فيراعى جميع ماورد به النص) أقول وفيه بحث اذ لا تعرض فيه للصلاة فضلا عن هذه القيود

وقوله (ويكره لهن حضور الجماعات) كانت النساء يباح لهن الخروج الى الصلوات ثم لما صار سببا للوقوع في الفتنة منعن عن ذلك جاء في التفسير أن قوله تعالى ولقد علمنا المستقدمين منكم ولقد علمنا المستأخرين نزلت في شأن النسوة حيث كان المنافقون يتأخرون للاطلاع على عوراتهن ولقد نهى عمر النساء عن الخروج الى المساجد فشكون الى عائشة رضي الله عنها فقالت لو علم النبي صلى الله عليه وسلم ما علم عمر رضي الله عنه ما أذن لكن في الخروج فاحتج به علماؤنا ومنعوا الثواب عن الخروج مطلقا وأما الجائز وهي جمع عجوزة والعامة تقول عجوزة فمنعهن أبو حنيفة رضي الله عنه عن الخروج في الظهر والعصر دون الفجر والمغرب والعشاء وأجاز في الصلوات كلها لانتفاء الفتنة بقلة الرغبة في الجائز كما أجاز لهن ذلك في العيد بالاتفاق اما للصلاة كما روى الحسن عن أبي حنيفة أنهن يخرجن للصلاة ويقمن في آخر الصفوف فيصلين مع الرجال لانهن من أهل الجماعة تبعا للرجال أو لتكثير السواد كما روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن خروجهن لتكثير السواد ويقمن في ناحية ولا يصلين لانه صح أنه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك الحيض وليست من أهل الصلاة (وله ان فرط الشبق حامل) على الوقاع فتقع الفتنة والفرط بسكون الراء مجاوزة الحد والشبق بفتحتين شدة شهوة الضراب (غير أن الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة أما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون) جعل المصنف الجمعة من قبيل صلاة الظهر

(ويكره لهن حضور الجماعات) يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة (ولا بأس للعجوز أن تخرج في الفجر والمغرب والعشاء) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا يخرجن في الصلوات كلها) لانه لا فتنة لقلة الرغبة اليها فلا يكره كما في العيد وله أن فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير أن الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة أما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره قال (ولا يصلي الطاهر

وعلل في تلخيص الجامع بان المورد الجماعة المطلقة وهي بالشركة والكمال (قوله يعني الشواب منهن) تقييد في حق عدم الخلاف في اطلاق الحكم لا في أصل الحكم فان العجوز ممنوعة عنده في البعض واعلم انه صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تمنعوا إماء الله مساجد الله وقوله اذا استأذنت أحدكم امرأته الى المسجد فلا يمنعها والعلماء خصوه بامور منصوص عليها ومقيسة فمن الاول ما صح انه صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة أصابت بخورا فلا تشهد معنا العشاء وكونه ليلا في بعض الطرق في مسلم لا تمنعوا النساء من الخروج الى المساجد الا بالليل والثاني حسن الملابس ومزاحمة الرجال لان اخراج الطيب لتحريك الداعية فلما فقد الآن منهن هذا لانهن يتكلفن للخروج ما لم يكن عليه في المنزل منعن مطلقا الا يقال هذا حينئذ نسخ بالتعليل لانا نقول المنع يثبت حينئذ بالعمومات المانعة من التفتين أو هو من باب الاطلاق بشرط فيزول بزواله كانتهاء الحكم بانتهاء علته وقد قالت عائشة رضي الله عنها في الصحيح لو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى ما أحدث النساء بعده لمنعهن كما منعت نساء بني اسرائيل على أن فيه ما رواه ابن عبد البر بسنده في التمهيد عن عائشة رضي الله عنها ترفعه أيها الناس انهوا نساءكم عن لبس الزينة والتبختر في المساجد فان بني اسرائيل لم يلعنوا حتى لبس نساؤهم الزينة وتبخترن في المساجد وبالنظر الى التعليل المذكور منعت غير المزينة أيضا لغلبة الفساق وليلا وان كان النص يبيحه لان الفساق في زماننا أكثر انتشارهم وتعرضهم بالليل وعلى هذا ينبغي على قول أبي حنيفة تفريع منع الجائز ليلا أيضا بخلاف الصبح فان الغالب نومهم في وقته بل عمم المتأخرون المنع للجائز والشواب في الصلوات كلها لغلبة الفساد في سائر الاوقات (قوله والجمعة) جعل الجمعة كالظهر والمغرب كالعشاء وقد اختلف في الرواية في ذلك والمذكور رواية المبسوط وغيره ورواية مبسوط شيخ الاسلام الجمعة كالعيد والمغرب كالظهر فتخرج في الجمعة لا المغرب وفي فتاوى قاضيخان جعل الجمعة كالظهر والمغرب كالظهر ولا نعلم قائلا بالاحتمال الرابع والمعتمد منع الكل في الكل الا الجائز المتفانية فيما يظهر لي دون الجائز المتبرجات وذات الزمق والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله والجبانة متسعة) بناء على صلاة العيد في فناء المصر وفي مصرنا هذا ليس كذلك بل هي في المساجد

وهو المذكور في المبسوط والمحيط حتى لا يباح لهن الخروج اليها وشيخ الاسلام جعلها من قبيل صلاة العيدين حتى يباح لهن الخروج والمغرب جعلها المصنف من قبيل العشاء وهو المذكور أيضا فيهما وجعله شيخ الاسلام من قبيل الظهر قوله (والجبانة متسعة) جواب عن قياسها على صلاة العيد والفتوى اليوم على كراهة حضورهن في الصلوات كلها لظهور الفساد قال (ولا يصلي الطاهر) الاصل في جنس هذه المسائل قوله عليه الصلاة والسلام الامام ضامن بمعنى تضمن صلاته صلاة المقتدي لانا نعلم بيقين ان معناه ليس الضمان في الذمة

(قوله لانا نعلم بيقين ان معناه ليس الضمان في الذمة الخ) أقول فيه بحث اذ لا نسلم انه ليس معناه ذلك بل الكلام على التشبيه أي الامام كالضامن في كونه مطالبا بصلاتهم بالتزامه الامامة فتأمل

فان صلاة المقتدى ليست فى ذمة الامام فيكون معناه صلاة الامام تتضمن صلاة المقتدى وصلاة المقتدى اذا كانت أقوى حالا من الامام فوق صلاته والشئ انما يتضمن ما هو دونه أو مثله لا ما هو فوقه وعلى هذا لا يجوز اقتداء الطاهر بمن هو فى معنى المستحاضة ومن به سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الريح والرعاف الدائم والجرح الذى لا يرقأ (ولا الطاهرة خلف المستحاضة) لنقصان حال هؤلاء عن حال المقتدى (ولا المكتسى بالعارى) ولا الأمى بالاخرس لقوة حالهما اذ المراد بقوة الحال الاشتمال على ما لم تشتمل عليه صلاة الامام مما يتوقف عليه الصلاة والامى يقدر على الافتتاح دون الاخرس واختلفوا فى جواز اقتداء المتوضئ بالمتيمم فجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف ومنعه محمد قال لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء طهارة أصلية ولا شك أن حال من اشتمل على الطهارة الاصليه أقوى من حال من اشتمل على الطهارة الضرورية ولهما أنه طهارة مطلقة أى غير مؤقتة بوقت كطهارة المستحاضة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة فكان المتيمم كالمتوضئ واعلم ان التيمم طهارة ضرورية باتفاق علمائنا لانه فى الحقيقة تلويث ولا يصار اليه الا عند العجز عن استعمال الماء ومطلقة باتفاقهم لانه ليس مؤقتا بوقت ويثبت به ما يثبت بالطهارة بالماء من استباحة الصلاة وسجدة التلاوة ومس المصحف وانما الشأن فى التعليل بكل منهما فيما يصلح أن يكون علة فيه واختار أبو حنيفة وأبو يوسف جهة الاطلاق فى حق الصلاة لان الشارع أعطاه حكم الطهارة المطلقة وافتتح بنفى الحرج بقوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم من غير فصل ووقيت وفى نفى جواز الاقتداء مخالفة لاطلاقه وقود الى نوع من الحرج واختار اجهة الضرورة فى حق انقطاع الرجعة اذا انقطع دمها فى الحيضة الثالثة فيما دون العشرة وقالا لم تنقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير أن تصلى لان الشرع لم يذكر كونه طهارة فى باب الرجعة فكان المقصود من طهارته أداء الصلاة فما لم يترتب عليه ما هو المقصود منه لم يكن طهارة بالنسبة الى غيره وأما محمد فقد عمل فى كل واحد من البابين بالاحتياط والاحتياط فى باب الصلاة القول بعدم جواز اقتداء المتوضئ بالمتيمم لانه لما لم يجزله ذلك لا بد له أن يقتدى بالمتوضئ أو يصلى منفردا حتى تكون صلاته بالوضوء فيخرج عن عهدة الصلاة على الوجه الاكمل وفى باب الرجعة القول بالانقطاع لانه لما انقطعت الرجعة لم يكن له أن يراجعها ولا يحل له وطؤها وانقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط اجماعا ألا ترى أنها لو اغتسلت وبقى على بدنها لمعة انقطعت الرجعة عنها احتياطا واذا تصور التيمم على هذا الوجه اندفع ما يتراأى أن كل واحد من العلماء ترك أصله وناقض كلامه

خلف من هو فى معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة) لان الصحيح أقوى حالا من المعذور والشئ لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى أنه تضمن صلاته صلاة المقتدى (ولا) يصلى (القارئ خلف الامى ولا المكتسى خلف العارى) لقوة حالهما (ويجوز أن يؤم المتيمم المتوضئين) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء أصلية ولهما أنه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة

(قوله خلف من هو فى معنى المستحاضة) كمن به سلس البول واستطلاق البطن وانفلات الريح والجرح السائل والرعاف ويجوز اقتداء معذور بمثله اذا اتحد عذرهما لا ان اختلف (قوله بمعنى تضمنت صلاته الخ) لا بمعنى الكفالة واذا كان التضمن مراعى فاذا قدر المؤتم على ما لم يقدر الامام عليه من الاركان كان كالمنفرد فيه قبل فراغ الامام وذلك مفسد فلذا لا يجوز اقتداء القارئ بالامى والاخرس ولا الامى بالاخرس لانه يقدر على التحريمة دون الاخرس ويجوز اقتداء الاخرس بالامى لا الراكع الساجد بالمومى والامى عندنا من لا يحسن القراءة وعند الشافعى من لا يحسن الفاتحة والمبنى ظاهر واذا فقد الامام شرطا حقيقة اعتبر موجود اللحاجة الى الاداء صار معدوما فى حق من وراءه فلذا لا يجوز اقتداء اللابس بالعارى والطاهر بمن هو بمعنى المستحاضة والمصنف علل الكل بعدم التضمن لزيادة قوة صلاة المأموم وهو غير بعيد وكل ما لم يصح الاقتداء لا يصير شارعا به فى صلاة نفسه فى رواية باب الحدث وزيادات الزيادات فلو فهقه لا ينتقض وفى رواية باب الاذان يصير شارعا يعنى ثم يفسد قيل الثانى قولهما بناء على أن فساد الجهة لا يفسد التحريمة والاول قول محمد بناء على عدمه (قوله ويجوز أن يؤم المتيمم المتوضئين) قيده شيخ الاسلام بأن لا يكون مع المتوضئين ماء خلافا لزفر وأصله فرع اذا رأى المتوضئ المقتدى بمتيمم ماء فى الصلاة لم يره الامام فسدت صلاته خلافا لزفر لاعتقاده فساد صلاة امامه لوجود الماء ومنعه زفر رحمه الله بأن وجوده غير مستلزم لعلمه به وهو ظاهر وينبغى أن يحكم بأن محمل الفساد عندهم اذا ظن علم امامه به لان اعتقاده فساد صلاة امامه بذلك (قوله طهارة ضرورية) لا شك ان فيها جهة الاطلاق باعتبار عدم توقتها بخلاف طهارة المستحاضة وجهة الضرورة باعتبار أن المصير اليها ضرورة عدم القدرة على الماء وتعليله فى النهاية بأنها طهارة تلويث لا ترفع الحدث حتى كان محدثا عند وجود الماء بالحدث السابق غير مستقيم على ما صرحوا به غير مرة من أنها رافعة

قال (ويوم الماسح الغاسلين) لانه غسل قدمه فلبس الخف والخف مانع سراية الحدث الى القدم فهو باق على كونه غاسلا فان قيل لانسلم أنه باق على كونه غاسلا لان الخف قام مقام بشرة القدم والحدث قد حله أجاب بقوله (وما حل بالخف يزيله المسح) فكان المسح على الخف كغسل الرجل وقوله (ويصلى القائم خلف القاعد) ظاهر وقوله (انه عليه السلام صلى آخر صلاته قاعدا والقوم خلفه قيام) وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما ضعف في مرضه الذي قبض فيه قال مروا أبا بكر يصلي بالناس فقالت عائشة لحفصة قولي له ان أبا بكر رجل أسيف اذا وقف في مكانك لا يملك نفسه فلو أمرت غيره فقالت ذلك مرتين فقال عليه السلام أنتن صواحبات يوسف مروا أبا بكر يصلي بالناس فلما افتتح أبو بكر الصلاة وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفسه خفة فخرج يهادى بين العباس وعلي ورجلاه تخطان الارض حتى دخل المسجد فسمع أبو بكر حس مجيء النبي صلى الله عليه وسلم فتأخر وتقدم النبي صلى الله عليه وسلم وجلس يصلي وأبو بكر يصلي بصلاته والناس يصلون بصلاة أبي بكر يعني أن أبا بكر كان يسمع تكبير النبي صلى الله عليه وسلم فيكبر والناس يكبرون بتكبير أبي بكر وهذا آخر صلاته عليه السلام فكان ناسخا لما قبله فان قيل هذا الحديث مضطرب فان بعض الروايات يدل على أن الامام كان أبا بكر وبعضها على أنه كان النبي صلى الله عليه وسلم فكيف يصح الاستدلال به أجيب بان الامام الخطابي في شرح الصحيح رجح هذه الرواية التي أخذ بها أبو حنيفة وأبو يوسف وهي رواية عبيد الله بن عبد الله بن عتبة لفقهه واتقانه وموافقة ابن عباس رضي الله عنهما فانه قال دخلت على عبد الله بن عباس فقلت أعرض عليك ما حدثني به عائشة عن مرض رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هات فعرضت عليه حديثها فما أنكر منه شيأ

(ويؤم الماسح الغاسلين) لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة (ويصلي القائم خلف القاعد) وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ولحن تركناه بالنص وهو ما روى أنه عليه السلام صلى آخر صلاته قاعدا والقوم خلفه قيام

وصرح هو في باب التيمم في البحث مع الشافعي في مسئلة جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد خلافا له فقال الخلاف مبني على أن حكم التيمم ماذا قال علماؤنا حكمه زوال الحدث مطلقا من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كما بالماء الا انه بالماء مقدرا لوجود الحدث وهنا الى شيئين الى الحدث والى رؤية الماء انتهى وكون الانتقاض عند الوجود بظهور الحدث لا يستلزم عدم الرفع على ما قدمنا من تحقيقه في باب التيمم واذا ثبتت الجهتان فعلل محمد رحمه الله هنا بجهة الضرورة لنفي جواز اقتداء المتوضئ احتياطا وعلل في باب الرجعة فيما اذا انقطع دم الحيضة الثالثة في المعتدة وأيامها دون العشرة بجهة الاطلاق لانقطاع حق الرجعة احتياطا وهما اختارا جانب الاطلاق في الصلاة لان اعتبارها طهارة كالماء ليس الا من أجلها ودل على صحة هذا الاعتبار حديث عمرو بن العاص أنه بعثه النبي صلى الله عليه وسلم أميرا على سرية فأجنب وصلى بأصحابه بالتيمم لخوف البرد وعلم النبي صلى الله عليه وسلم فلم يأمرهم بالاعادة وجانب الضرورة في الرجعة فلم تكن طهارة في حق الرجعة لان الضرورة في الصلاة لا غير فبقيت على العدم ما لم يتصل بها المقصود أعني أن يصلي بها لانها حينئذ يمتنع اعتبارها عدما بعد ما قويت باتصال المقصود بها وسنزيد كشف القناع في باب الرجعة ان شاء الله تعالى وفي الخلاصة اقتداء المتوضئ بالمتيمم في صلاة الجنازة جائز بلا خلاف (قوله ويصلي القائم خلف القاعد) خلافا لمحمد وعكسه والقاعد خلف مثله جائز اتفاقا والمستوي بالاحدب قيل يجوز مطلقا وذكر النمرتاشي ان بلغت حدبته الركوع فعلى الخلاف قال في شرح الكنز هو الاقيس لان القيام استواء النصفين وقد وجد استواء الاسفل فيجوز عندهما كما يجوز اقتداء القائم بالقاعد لاستواء الاعلى وأما عند محمد ففي الظهيرية لا تصح امامة الاحدب للقائم ذكره محمد وفي مجموع النوازل يصح والاول أصح (قوله وهو ما روى الخ) في الصحيحين عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود قال دخلت على عائشة رضي الله عنها فقلت ألا تحدثيني عن مرض رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت بلى لما ثقل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أصلى الناس قلنا لا هم ينتظرونك للصلاة قال ضعوا لي ماء في المخضب ففعلنا فاغتسل ثم ذهب لينوء فأغمي عليه ثم أفاق فقال أصلى الناس فقلنا لا هم ينتظرونك يا رسول الله قالت والناس عكوف في المسجد ينتظرون رسول الله صلى الله عليه وسلم لصلاة العشاء الآخرة قالت فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أبي بكر رضي الله عنه أن يصلي بالناس فأتاه الرسول فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرك أن تصلي بالناس فقال أبو بكر وكان أبو بكر رضي الله عنه رجلا رقيقا فقال يا عمر صل أنت فقال عمر رضي الله عنه أنت أحق بذلك فصلى بهم أبو بكر ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد من نفسه خفة فخرج يهادى بين رجلين أحدهما العباس لصلاة

الظهر وأبو بكر يصلي بالناس فلما رآه أبو بكر ذهب ليتأخر فأومأ اليه أن لا تتأخر وقال لهما أجلساني الى جنبه فأجلساه الى جنب أبي بكر فكان أبو بكر يصلي وهو قائم بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم والناس يصلون بصلاة أبي بكر والنبي صلى الله عليه وسلم قاعد قال عبيد الله فعرضت على ابن عباس حديث عائشة رضي الله عنها فما أنكر منه شيأ غير أنه قال أسمت لك الرجل الذي كان مع العباس قلت لا قال هو علي رضي الله عنه انتهى وما روى الترمذي عن عائشة قالت صلى النبي صلى الله عليه وسلم في مرضه الذي توفي فيه خلف أبي بكر قاعدا وقال حسن صحيح وأخرج النسائي عن أنس آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم مع القوم في ثوب واحد متوشحا خلف أبي بكر رضي الله عنه فأولا لا يعارض ما في الصحيح وثانيا قال البيهقي لا تعارض فالصلاة التي كان فيها اماما صلاة الظهر يوم السبت أو الاحد والتي كان فيها مأموما الصبح من يوم الاثنين وهي آخر صلاة صلاها حتى خرج من الدنيا ولا يخالف هذا ما ثبت عن الزهري عن أنس في صلاتهم يوم الاثنين وكشف الستر ثم ارخائه فانه كان في الركعة الاولى ثم انه صلى الله عليه وسلم وجد من نفسه خفة فخرج فأدرك معه الثانية يدل عليه ما ذكر موسى بن عقبة في المغازي عن الزهري وذكر أبو الاسود عن عروة أنه صلى الله عليه وسلم أقلع عنه الوعك ليلة الاثنين فغدا الى الصبح يتوكأ على الفضل بن العباس وغلام له وقد سجد الناس مع أبي بكر رضي الله عنه حتى قام الى جنب أبي بكر فاستأخر أبو بكر فأخذ صلى الله عليه وسلم بثوبه فقدمه في مصلاه فصفا جميعا ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس وأبو بكر يقرأ فركع معه الركعة الاخيرة ثم جلس أبو بكر حتى قضى سجوده فتشهد وسلم وأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالركعة الاخرى ثم انصرف الى جذع من جذوع المسجد فذكر القصة في عهده الى أسامة بن زيد فيما بعثه اليه ثم في وفاته صلى الله عليه وسلم يومئذ أخبرنا به أبو عبد الله الحافظ بسنده الى ابن لهيعة حدثنا الاسود عن عروة فذكره فالصلاة التي صلاها أبو بكر مأموما صلاة الظهر وهي التي خرج فيها بين العباس وعلي رضي الله عنهما والتي كان فيها اماما الصبح وهي التي خرج فيها بين الفضل بن العباس وغلام له فقد حصل بذلك الجمع وعلى هذا فقول المصنف آخر صلاة صلاها يعني اماما والمراد بحديث كشف الستارة ما في الصحيحين من انه كشفها يوم الاثنين وهم صفوف في الصلاة ثم تبسم ضاحكا ونكص أبو بكر على عقبه ظنا أنه صلى الله عليه وسلم خارج للصلاة فأشار اليهم أن أتموا ثم دخل وأرخى الستر وتوفي صلى الله عليه وسلم من يومه ذلك وفي البخاري ان ذلك كان في صلاة الفجر قال الشافعي بعدما أسند عن جابر وأسيد بن حضير اقتداء الجالسين بهما وهما جالسان للمرض وانما فعلا ذلك لانهما لم يعلما بالناسخ وكذا ما حكي عن غيرهم من الصحابة رضي الله عنهم أنهم أموا جالسين والناس جلوس محمول عليه وعلم الخاصة يوجد عند بعض ويعزب عن بعض واعلم أن مذهب الامام أحمد أن القاعد ان شرع قائما ثم جلس صح اقتداء القائمين به وان شرع جالسا فلا وهو أنهض من جهة الدليل لانا صرحنا بأن ذلك خلاف القياس صير اليه بالنص وقد علم أنه صلى الله عليه وسلم خرج الى محل الصلاة قائما يهادى ثم جلس فالظاهر أنه كبر قبل الجلوس وصرحوا في صلاة المريض أنه اذا قدر على بعضها قائما ولو التحريمة وجب القيام فيه وكان ذلك متحققا في حقه صلى الله عليه وسلم اذ مبدأ أحواله في ذلك المكان كان قائما فالتكبير قائما مقدوره حينئذ واذا كان كذلك فورد النص حينئذ اقتداء القائمين بجالس شرع قائما قال الاعمش في قولها والناس يصلون بصلاة أبي بكر رضي الله عنه يعني انه كان يسمع الناس تكبيره صلى الله عليه وسلم وفي الدراية وبه يعرف جواز رفع المؤذنين أصواتهم في الجمعة والعيدين وغيرهما انتهى أقول ليس مقصوده خصوص الرفع الكائن في زماننا بل أصل الرفع لابلاغ الانتقالات أما خصوص هذا الذي تعارفوه في هذه البلاد فلا يبعد أنه مفسد فانه غالبا يشتمل على مد همزة الله أو أكبر أو بائه وذلك

مفسد

وقوله (ويصلي المومئ خلف مثله) ظاهر وقوله (لان القعود معتبر فتثبت به القوة) دليله أن صلاة التطوع مستلقيا بالايماء مع القدرة على القعود لا تجوز قال (ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومئ) قال زفر تصح امامة المومئ بمن يركع ويسجد لان الركوع والسجود سقطا الى بدل والمتأدي بالبدل كالمتأدي بالاصل ولهذا قلنا ان المتيمم يؤم المتوضئين ولنا أن حال المقتدي أقوى بناء على ما ذكرنا من الاصل فيمتنع الاقتداء ولا نسلم ان الايماء بدل عن الركوع والسجود لانه بعضه أو بعض الشئ لا يكون بدلا عنه فلما كان بعض الاصل لو جاز الاقتداء لكان مقتديا في بعض الصلاة دون البعض وذلك لا يجوز قوله (ولا يصلي المفترض خلف المتنفل) هذه ثلاثة أقسام اقتداء المفترض بالمتنفل وعكسه واقتداء المفترض بالمفترض مختلفين فاما الاول فلا يجوز لان الاقتداء بناء أمر وجودي لانه عبارة عن متابعة شخص لآخر في أفعاله بصفاتها وهو مفهوم وجودي لا سلب فيه وبناء الامر الوجودي على المعدوم بصفاته غير متحقق ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فيما نحن فيه وأما الثالث فكذلك لان الاقتداء شركة يعني في التحريمة وموافقة يعني في الافعال ولا شركة ولا موافقة الا عند اتحاد ما تحرما له وفعلاه ويجوز أن يكون معناه شركة في التحريمة على قول أبي حنيفة وموافقة فيها على قولهما وفيه نظر لان الشركة تقتضي المعية في الاشتراك والبناء يقتضي التعاقب فيكون بين الدليل الاول والثاني تناف والجواب أن الاشتراك انما هو بالنسبة الى التحريمة والبناء بالنسبة الى الافعال فلا منافاة بينهما والشافعي رحمه الله جوز الاقتداء في الصورتين جميعا

(ويصلي المومئ خلف مثله) لاستوائهما في الحال الا أن يومئ المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فتثبت به القوة (ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومئ) لان حال المقتدي أقوى وفيه خلاف زفر رحمه الله (ولا يصلي المفترض خلف المتنفل) لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم قال (ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر) لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي رحمه الله يصح في جميع ذلك

مفسد وان لم يشتمل فلانهم يبالغون في الصياح زيادة على حاجة الابلاغ والاشتغال بتحريرات النغم اظهارا للصناعة النغمية لا اقامة للعبادة والصياح ملحق بالكلام الذي بساطه ذلك الصياح وسيأتي في باب ما يفسد الصلاة انه اذا ارتفع بكاؤه من ذكر الجنة والنار لا تفسد ولمصيبة بلغته تفسد لانه في الاول تعرض لسؤال الجنة والتعوذ من النار وان كان يقال ان المراد اذا حصل به الحروف ولو صرح به لا تفسد وفي الثاني لاظهارها ولو صرح بها فقال وامصيبتاه أو أدركوني أفسد فهو بمنزلته وهنا معلوم أن قصده اعجاب الناس به ولو قال اعجبوا من حسن صوتي وتحريري فيه أفسد وحصول الحروف لازم من التلحين ولا أرى ذلك يصدر ممن فهم معنى الصلاة والعبادة كما لا أرى تحرير النغم في الدعاء كما يفعله القراء في هذا الزمان يصدر ممن فهم معنى الدعاء والسؤال وما ذلك الا نوع لعب فانه لو قدر في الشاهد سائل حاجة من ملك أدى سؤاله وطلبه بتحرير النغم فيه من الرفع والخفض والتغريب والرجوع كالتغني نسب البتة الى قصد السخرية واللعب اذ مقام طلب الحاجة التضرع لا التغني (قوله ويصلي المومئ خلف مثله) وان كان الامام يومي قاعدا والمأموم يومي قائما لان هذا القيام ليس بركن بل الاولى تركه (قوله الا أن يومئ) قال التمرتاشي في هذه بعد نقل الخلاف فيها الاصح أنه يجوز على قول محمد وكذا الاظهر على قولهما الجواز وحكم في شرح الكنز باختيارها في الهداية لان القعود معتبر حتى يجب عند القدرة عليه بخلاف الاستلقاء فانه لم يقصد اليه بالحكم بل تجب معه لانه الوسع الحاصل (قوله ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر) وقولنا قول مالك وأحمد ولا يجوز الناذر بالناذر الا أن ينذر نفس ما نذره الآخر من الصلاة ويجوز الحالف بالحالف لان الواجب هناك البر فبقيت الصلاتان نفلا في نفسهما ولذا صح الحالف بالناذر بخلاف المنذور لانه واجب وقد اختلف السبب فصار كظهر الامس بمن يصلي ظهر اليوم ومصليا ركعتي الطواف كالناذرين لان طواف هذا غير طواف الآخر وهو السبب فلا يجوز اقتداء أحدهما بالآخر ولو اشترى كافي نافلة فأفسداها صح أحدهما بالآخر في القضاء وان أفسدا منفردين نفلا فلا ولا خلف الناذر ولو صليا الظهر ونوى كل امامة الآخر صحت صلاتهما لان الامام منفرد في حق نفسه فهي نية الانفراد حينئذ فلو نوى كل الاقتداء بالآخر فسدت وتجوز السنة بعد الظهر بالسنة التي قبلها وسنة العشاء بالتراويح وأما الاقتداء في الوتر بمن يرى أنه سنة فسنذكره في باب الوتر ان شاء الله تعالى (قوله وعند الشافعي رحمه الله) اذا ثبت جواز الفرض بالنفل ثبت في الكل فلنتكلم عليه تمسك فيه بما في الصحيحين عن جابر أن معاذا

(قوله ولا نسلم ان الايماء بدل عن الركوع الخ) أقول مر في شرائط الصلاة ان الايماء خلف عن الاركان (قوله والجواب أن الاشتراك انما هو بالنسبة الى التحريمة الخ) أقول بل المقتدي بان تحريمته على تحريمة الامام كما صرحوا في مسئلة المحاذاة فالاولى أن يمنع اقتضاء الشركة المعينة مطلقا فان أحد الشريكين قد يملك المشترك فيه بعد الآخر

كان يصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عشاء الآخرة ثم يرجع الى قومه فيصلي بهم تلك الصلاة لفظ مسلم وفي لفظ البخاري فيصلي بهم الصلاة المكتوبة ذكره في كتاب الادب وروى الشافعي رحمه الله عن جابر كان معاذ بن جبل يصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم العشاء ثم ينطلق الى قومه فيصليها بهم هي له تطوع ولهم فريضة وأجيب بأن الاحتجاج به من باب ترك الانكار من النبي صلى الله عليه وسلم وشرط ذلك علمه وجاز عدمه يدل عليه ما رواه الامام أحمد عن سليم رجل من بني سلمة انه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان معاذ بن جبل يأتينا بعد ما ننام ونكون في أعمالنا بالنهار فينادي بالصلاة فنخرج اليه فيطول علينا فقال له صلى الله عليه وسلم يا معاذ لا تكن فتانا اما أن تصلي معي واما أن تخفف على قومك فشرع له أحد الامرين الصلاة معه ولا يصلي بقومه أو الصلاة بقومه على وجه التخفيف ولا يصلي معه هذا حقيقة اللفظ أفاد منعه من الامامة اذا صلى معه صلى الله عليه وسلم ولا تمنع امامته بالاتفاق فعلم أنه منعه من الفرض وقيل ان تلك الزيادة أعني هي له تطوع الى آخره من كلام الشافعي رحمه الله بناء على اجتهاده ولهذا لا تعرف الا من جهته وبعد هذا يرد حديث جابر أقبلنا الى أن قال حتى اذا كنا بذات الرقاع الى أن قال ثم نودي بالصلاة فصلى بطائفة ركعتين ثم تأخروا وصلى بالطائفة الاخرى ركعتين فكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربع ركعات وللقوم ركعتين وروى الشافعي رحمه الله عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم صلى ببطن نخلة فصلى بطائفة ركعتين ثم سلم ثم جاءت طائفة أخرى فصلى بهم ركعتين ثم سلم وشيخ الشافعي فيه مجهول فانه قال أخبرنا الثقة بن علية أو غيره عن يونس عن الحسن عن جابر والاول انما يتم له به حجة الزامية لان كون فرض المسافر ركعتين والاخريان نافلة انما هو عندنا اذ عند الشافعي يقع الكل فرضا فلا يتم له به حجة على مذهبه وأجاب الطحاوي عنه وعن حديث معاذ بأنه منسوخ أو يحتمل أنه كان حين كانت الفريضة تصلى مرتين ثم نسخ وروى حديث ابن عمر نهى أن تصلى فريضة في يوم مرتين قال والنهي لا يكون الا بعد الاباحة ونوزع في ذلك بأنه نسخ بالاحتمال والجواب أن مراده الحمل على النسخ ترجيحا بضرب من الاجتهاد وهذا صحيح بل واجب اذ يجب الترجيح ما أمكن ومرجعه الحمل على النسخ في كل متعارضين ثبتت صحتهما وان عبرنا في وجه الترجيح بلفظ آخر نحو أن نقول هذا محرم فيقدم على ذلك المبيح فانه يستلزم حمل ذلك المبيح على النسخ وان لم يصرح به وهذا لان الفرض أن المبيح قد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم فعله وكونه قال أيضا المحرم لا يستلزم كون العمل به اذ يجوز أن يكون المبيح هو المتأخر في نفس الامر منه صلى الله عليه وسلم فيكون المقصود منه الآن تقرير الاباحة فتقديم المحرم عند الجهل بالمقدم معناه أنه أشد الحكمين فنحمله على التأخر وذلك على التقدم احتياطا أي عملا بأشق الامرين عند عدم العلم بخصوص المتقرر والافليس معنى الاحتياط أن العمل به يتيقن معه بالعمل بالمتأخر المتقرر في نفس الامر اذا عرفت هذا فمعنى حمله على النسخ أنه ثبت صلاة الخوف على ما ذكر وثبت بعد سنين من الهجرة أنه صلى بالطائفتين صلاة واحدة مع المنافي بكل طائفة فلو جاز اقتداء المفترض بالمتنفل لأتم بكل طائفة لان تحمل المنافي لا يجوز عند عدم الضرورة فهذا يدل على عدم جواز الفرض بالنفل وكذا قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن وسنذكره بسند صحيح والاول عكسه فيقدم هذا ويحمل ذلك على ما عهد ثم نسخ من تكرر الفرض تقديما للمانع على المجوز هذا ثم قيل انما لا يجوز اقتداء المفترض بالمتنفل في جميع الصلاة لا في البعض فان محمدا ذكر اذا رفع الامام رأسه من الركوع فاقتدى به انسان فسبق الامام الحدث قبل السجود فاستخلفه صح ويأتي بالسجدتين ويكونان نفلا للخليفة حتى يعيدهما بعد ذلك وفرضا في حق من أدرك أول الصلاة وكذا المتنفل اذا اقتدى بالمفترض في الشفع الثاني يجوز وهو اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القراءة والعامة على المنع

مطلقا

قال المصنف (لان الاقتداء عنده أداء على سبيل الموافقة) يعني أن كل واحد يصلي بذاته الا أنه يوافق الامام في الاركان والانتقال من حيث الوقت وفيه نظر لانه استدل بالموافقة على عدم جواز الاقتداء واستدل بها أيضا الشافعي على جوازه وذلك ظاهر الفساد والجواب أن المراد بالموافقة موافقة تبعية وفي دليله موافقة في تطبيق أفعاله الصادرة منه على الزمان الذي طابقه أفعال الامام ليس الا وهذا غير ذلك لا محالة وقوله (وعندنا معنى التضمن مراعى) اشارة الى قوله عليه السلام الامام ضامن على ما تقدم من معناه وكون النبي لا يتضمن ما فوقه فان قيل قد صح أن معاذا كان يصلي العشاء مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يرجع فيصليها بقومه في بني سلمة فكان صلاة قومه فرضا وصلاته نفلا أجيب بأن ذلك لا يلزم لان معاذا جاز أن ينوي مع النبي عليه السلام نفلا ويصلي مع قومه الفرض (ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض) وهو القسم الثاني (لان الحاجة في حقه) أي في حق المتنفل (الى أصل الصلاة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء) وهذا بناء على أن مطلق النية كاف في صحة النفل والفرض يشتمل عليه فيصح الاقتداء بخلاف العكس والحاصل أن الشركة لا بد منها في صحة الاقتداء وأمارتها جواز بناء أحدهما على الآخر للمنفرد في المختلفين والمنفرد لا يصح له أن يبني فرضا على فرض آخر فلا يقتدي بغيره كذلك وكذا لا يصح له أن يبني الفرض على النفل وأما بناء النفل على تحريمة الفرض فقد يجوز وان كان مكروها فيصح الاقتداء بغيره ومن اقتدى بامام ثم علم أن امامه محدث أعاد وانما قيد بالعلم بعد الاقتداء لانه لو علم بذلك قبله لم يجز الاقتداء به اجماعا وقال الشافعي لا يجب عليه الاعادة بناء على ما تقدم من أن الاقتداء عنده أداء على سبيل الموافقة من غير معنى التضمن ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بأصحابه ثم تذكر جنابة فأعادها وقال من أم قوما

لان الاقتداء عنده أداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى (ويصلي المتنفل خلف المفترض) لان الحاجة في حقه الى أصل الصلاة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء (ومن اقتدى بامام ثم علم أن امامه محدث أعاد) لقوله عليه السلام من أم قوما ثم ظهر أنه كان محدثا أو جنبا أعاد صلاته وأعادوا وفيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد

مطلقا ومنعوا نفلية السجدتين بل هما فرض على الخليفة ولذا لو تركهما فسدت لانه قام مقام الاول فلزمه ما لزمه وقالوا صلاة المتنفل المقتدي أخذت حكم الفرض بسبب الاقتداء ولهذا لزمه قضاء ما لم يدركه مع الامام من الشفع الاول وكذا لو أفسد على نفسه يلزمه قضاء الاربع (قوله قال صلى الله عليه وسلم من أم قوما الخ) غريب والله أعلم وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا ابراهيم بن يزيد المكي عن عمرو بن دينار أن علي بن أبي طالب قال في الرجل يصلي بالقوم جنبا قال يعيد ويعيدون ورواه عبد الرزاق حدثنا ابراهيم بن يزيد المكي عن عمرو بن دينار عن جعفر أن عليا رضي الله عنه صلى بالناس وهو جنب أو على غير وضوء فأعاد وأمرهم أن يعيدوا ومما يستدل به على المطلوب ما أخرجه الامام أحمد بسند صحيح عنه صلى الله عليه وسلم قال الامام ضامن وهو ما أشار اليه المصنف بقوله ونحن نعتبر معنى التضمن فانه المراد بالضمان للاتفاق على نفي ارادة حقيقة الضمان وأقل ما يقتضيه التضمن التساوي فيتضمن كل فعل مما على الامام مثله وغايته أن يفضل كالمتنفل خلف المفترض واذا كان كذلك فبطلان صلاة الامام يقتضي بطلان صلاة المقتدي اذ لا يتضمن المعدوم الموجود وهذا معنى قوله وذلك في الجواز والفساد وما أسند أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم دخل في صلاة الفجر فأومأ بيده أن مكانكم ثم جاء ورأسه يقطر ماء فصلى بهم فلما قضى الصلاة قال انما أنا بشر وانى كنت جنبا وسنده صحيح لا يقتضي أن ذلك كان بعد شروعهم لجواز كون التذكر كان عقيب تكبيره بلا مهلة قبل تكبيرهم على أن الذي في مسلم قال فأتى النبي صلى الله عليه وسلم

 ثم ظهر انه كان محدثا أو جنبا أعاد صلاته وأعادوا وعورض بما روى أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل في صلاته فكبر وكبرنا معه ثم أشار الى القوم أن امكثوا كما أنتم فلم نزل قياما حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسل ورأسه يقطر ماء فصلى بهم ولو لم تكن صلاتهم منعقدة لم يكلفهم استدامة القيام قدل على أن عدم طهارة الامام لا تمنع انعقاد صلاة المقتدي اذا لم يعلم بحال الامام وأجيب بأن الامر بالمكث لا يدل على الانعقاد لجواز أن يكون ذلك منعا لهم عن التفرق ألا ترى أن محمد بن سيرين ذكر هذه القصة وذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم أومأ اليهم أن اقعدوا ولو انعقدت صلاتهم لم يأمرهم بذلك على انه يجوز أن يكون ذلك قبل تعلق صلاة القوم بصلاة الامام على أن ذلك حكاية فعل لا تعارض القول وقوله (ونحن نعتبر معنى التضمن) معناه أن النبي عليه السلام قال الامام ضامن ولا يخلو اما أن يكون المراد به أنه ضامن لصلاة نفسه ولا فائدة في ذلك لان كل واحد كذلك أو ضامن لصلاة القوم وهو صحيح ثم انه اما أن يكون ضامنا لصلاتهم وجوبا وأداء أو صحة وفسادا والاولان غير مرادين بالاجماع فتعين الآخران على معنى أنه يتحمل السهو والقراءة عن المقتدي وتفسد صلاة المقتدي بفساد صلاة الامام

وقوله (واذا صلى أمي) الامي منسوب الى الام أي هو كما ولدته أمه والمراد به حيث ما ورد في الكتاب والحديث ولسان العرب من لا يحسن الخط ولا يقرأ شيأ ومن أحسن قراءة آية من التنزيل خرج عن كونه أميا عند أبي حنيفة وثلاث آيات أو آية طويلة عندهما فيجوز اقتداء من يحفظ التنزيل به لان فرض القراءة يتم بما ذكرنا من المقدار وما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله (وهذا) اشارة الى ترك فرض القراءة وقوله (تكون قراءته قراءة له) يعني لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام قراءة له وقوله (بخلاف تلك المسئلة) يريد ما استشهد به من العاري اذا أم عاريا ولابسين (وأمثالها) يريد به الاخرس أم قوما قارئين وخرسا وصاحب الجرح والمومئ اذا أم المن هو بمثل حاله وما ولى هو أعلى حالا منهما والمذكور في الكتاب أحد طريقي أبي حنيفة والطريق الآخر ما ذكره الكرخي ان افتتاح الكل قد صح لانه أوان التكبير والامي قادر عليه كالقارئ فبصحة الاقتداء صار الامي متحملا فرض القراءة عن القارئ ثم جاء أوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما تحمل فتفسد صلاته وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم بخلاف سائر الاعذار فانها قائمة عند الافتتاح ولا يصح اقتداء من لا عذر به بصاحب العذر وقوله (ولو كان يصلي الامي) فيه شائبة الجواب عما يقال لو كان النظر الى القدرة على جعل الصلاة بقراءة بالاقتداء بالقارئ معتبرا لما جاز صلاة الامي وحده والقارئ وحده لاقتداره أن يجعل صلاته بقراءة بالاقتداء بالقارئ ووجهه أنه لم يعتبر ذلك فيتوقف لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة والشرع انما جعل قراءة الامام قراءة المقتدي اذا اقتدى بخلاف ما نحن فيه فان كلامنا في الاقتداء

(واذا صلى أمي بقوم يقرؤن وبقوم أميين فصلاتهم فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا صلاة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور أم قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا أم العاري عاريا ولابسين وله أن الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلاته وهذا لانه لو اقتدى بالقارئ تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وأمثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي (ولو كان يصلي الامي وحده والقارئ وحده جاز)

حتى قام في مصلاه قبل أن يكبر ذكر فانصرف فان كان هذا المراد بقوله في حديث أبي داود دخل في صلاة الفجر على ارادة دخل في مكانها فلا اشكال وان كانا فضيتين فالجواب ما علمت وأخرج عبد الرزاق عن حسين بن مهران عن مطيع عن أبي المهلب عن عبيد الله بن زجر عن علي بن زيد عن القاسم عن أبي أمامة قال صلى عمر رضي الله عنه بالناس جنبا فأعاد ولم يعد الناس فقال له علي رضي الله عنه قد كان ينبغي لمن صلى معك أن يعيد قال فرجعوا الى قول علي قال القاسم وقال ابن مسعود مثل قول علي وما أخرجه الدارقطني عن جويبر عن الضحاك بن مزاحم عن البراء بن عازب عنه صلى الله عليه وسلم أيما امام سها فصلى بالقوم وهو جنب فقد مضت صلاتهم وليغتسل هو ثم ليعد صلاته وان صلى بغير وضوء فمثل ذلك ضعيف جويبر متروك والضحاك لم يلق البراء ويثبت المطلوب أيضا بالقياس على ما لو بان أنه صلى بغير احرام لانجوز صلاتهم اجماعا والمصلي بلا طهارة لا احرام له والفرق بين ترك الركن والشرط لا أثر له اذ لازمهما متحد وهو ظهور عدم صحة الشروع اذا ذكر ﴿فرع﴾ أسلم زمانا ثم قال انه كان كافرا أو صليت مع العلم بالنجاسة المانعة أو بلا طهارة ليس عليهم اعادة لان خبره غير مقبول في الديانات لفسقه باعترافه (قوله فصلاتهم فاسدة عند أبي حنيفة الخ) وعلى هذا الخلاف اذا أم الاخرس قارئين وخرسا والامي نسبة الى أمة العرب وهي الامة الخالية من العلم والكتابة فاستعير لمن لا يعرف الكتابة والقراءة (قوله وأمثالها) مما اذا أم المعذور والمومئ مثلهما وأعلى منهما حيث تصح صلاة الامام ومن بحاله اتفاقا لانه لم يترك مع القدرة اذ بالائتمام بالصحيح والراكع الساجد لم يصر محصلا للطهارة والا ركان وهو مقتضى هذا صحة افتتاح الكل لان الامي قادر على التكبير ثم تفسد أو ان القراءة لتركها مع القدرة وصلاتهم لعدمها في حقهم حقيقة وحكما لعجزه يروى هذا عن الكرخي وانما لا يلزم المقتدي به متنفلا القضاء مع أنه فسد بعد الشروع لانه انما صار شارعا في صلاة لا قراءة فيها والشروع كالنذر ولو نذر صلاة بلا قراءة لا يلزمه شيء الا في رواية عن أبي يوسف كذلك هذا وصحح في الذخيرة عدم صحة الشروع وجهه أنه لا فائدة في الحكم بصحته لان الفائدة اما في لزوم الاتمام أو وجوب القضاء وكلاهما منتف ثم عن القاضي أبي حازم انما تفسد صلاة الامي والاخرس اذا علما أن خلفهما قارئ وفي ظاهر الرواية لا فرق لان الفرائض لا يختلف الحال فيها بين الجهل والعلم وشرط الكرخي للفساد في امامة القارئ نية الامامة لانه يأتيه الفساد من قبله

(قوله وقوله وهذا اشارة الى ترك فرض القراءة) أقول والظاهر انه اشارة الى القدرة عليها (قوله لما جاز صلاة الامي وحده والقارئ وحده لاقتداره أن يجعل صلاته بقراءة بالاقتداء بالقارئ) أقول مخالف لما أسلفه في مسئلة المحاذاة قبل ورقتين حيث قال لان القارئ لو صلى وحده والامي وحده وأمكن للامي الاقتداء به فسدت أيضا صلاته

وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر أبو حازم ان قياس قول أبي حنيفة أن لا يجوز صلاته وهو قول مالك وقوله (وقدم في الاخريين أميا) أي أحدث (فاستخلف أميا فسدت صلاتهم) وقال زفر وهو رواية عن أبي يوسف في غير الاصول لا تفسد صلاته لان فرض القراءة قد تأدى فكان استخلاف القارئ والامي سواء ولنا أن كل ركعة صلاة فلا تخلو عن القراءة بالدلائل الدالة على

هو الصحيح لانه لم تظهر منهما رغبة في الجماعة (فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين أميا فسدت صلاتهم) وقال زفر رحمه الله لا تفسد لتأدي فرض القراءة ولنا أن كل ركعة صلاة فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا أو تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا الوقدمه في التشهد

﴿ باب الحدث في الصلاة ﴾

(ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف

فيتوقف على التزامه وقيل لا يشترط وهو الاولى لان الوجه المذكور وهو ترك الفرض مع القدرة عليه بعد ظهور الرغبة في صلاة الجماعة يوجب الفساد وان لم ينو (قوله هو الصحيح) في شرح الطحاوي لا رواية عن أبي حنيفة فيه واختلف فيه فقيل تفسد في قياس قوله لان الوجه السابق يقتضيه ونقل عن أبي حازم وصحح الشيخ عدمه وفي النهاية لو افتتح الامي ثم حضر القارئ قيل تفسد وقال الكرخي لا لانه انما يقدر على جعلها بقراءة قبل الافتتاح ولو حضر الامي بعد افتتاح القارئ فلم يقتد به وصلى منفردا الاصح أن صلاته فاسدة ونقل في المحيط رأيت في بعض النسخ لو كان القارئ على باب المسجد أو بجواره والامي يصلي فيه وحده فهي جائزة بلا خلاف وكذا اذا كان القارئ في صلاة غير صلاة الامي جاز للامي الصلاة دون انتظاره بالاتفاق انتهى وفي الكافي اذا كان بجواره من يقرأ ليس عليه طلبه وانتظاره لانه لا ولاية له عليه ليلزمه وانما ثبتت القدرة اذا صادفه حاضرا مطاوعا انتهى وأصحية الفساد في الثانية لا شك انه مع ظهور عدم الرغبة في الجماعة وعلى هذا فالخلافية التي يحمل تصحيح المصنف فيها عدم الفساد اما أن تكون اذا شرعا معا منفردين والامي يعلم أن القارئ يريد الشروع في المكتوبة وهو محمل ما في الكافي من ثبوت القدرة اذا كان حاضرا مطاوعا مع نفيه وجوب الطلب منه والا فالمطاوعة وعدمها انما تعرف بعد الطلب واما أن تكون صورة خلافية الكرخي ولا يخفى أن الاوجه فيها تعليل الكرخي لا المصنف فان قيل القدرة بقدرة الغير لا تعتبر عند أبي حنيفة ولهذا لم تجب الجمعة والحج على الاعمى وان وجد قائدا قلنا انما لا تعتبر قدرة الغير اذا تعلق باختياره ذلك الغير وهنا الامي قادر على الاقتداء بالقارئ بلا اختياره فينزل قادرا على القراءة ومن الفروع المنقولة لو تحرم ناويا أن لا يؤم أحدا فأتم به رجل صح اقتداؤه (قوله وقال زفر لا تفسد وهو) رواية عن أبي يوسف (قوله وكذا على هذا) أي على هذا الخلاف لو قدمه في التشهد أي قبل أن يقعد قدره بناء على عدم صلاحية الامي لامامة القارئ فصار كاستخلاف صبي وامرأة أما لو قدمه بعد قدره صح عندهما خلافا لابي حنيفة وهي احدى المسائل الاثنى عشرة وقيل لا تفسد عند الكل وجعله التمرتاشي أولى أما عندهما فظاهر وأما عنده فلوجود الصنع منه هذا والامي يجب عليه كل الاجتهاد في تعلم ما تصح به الصلاة ثم في القدر الواجب والا فهو آثم وقدمنا نحوه في اخراج الحرف الذي لا يقدر على اخراجه وسئل ظهير الدين عن القيام هل يتقدر بالقراءة فقال لا وكذلك ذكر في اللاحق في الشافي

﴿ باب الحدث في الصلاة ﴾

سبق الحدث ووجوده ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من العوارض وهي تتلو الاصل فاخرها وقدم هذا لثبوت الوجود معه دون كراهة بخلاف ما يفسد ويكره (قوله انصرف) أي من غير توقف يفيده

وجوبها اما تحقيقا كما في الركعتين الاوليين واما تقديرا كما في الاخريين فان القراءة في الاوليين قراءة في الاخريين بالحديث وليس شئ منهما بموجود في حق الامي أما تحقيقا فظاهر وأما تقديرا فلعدم الاهلية والشئ انما يقدر اذا أمكن تحقيقه وقوله (وكذا على هذا الوقدمه) أي الامي (في التشهد) يعني قبل أن يقعد مقدار التشهد (لم تفسد صلاته عند زفر وفسدت عندنا) وأما اذا قدمه بعد ما قعد قدر التشهد فسدت صلاته عند أبي حنيفة خلافا لهما وهي من الاثنى عشرية وقيل لا تفسد عند الكل أما عندهما فظاهر وأما عنده فلوجود الخروج من الصلاة بصنعه وهو الاستخلاف كما لو قهقه أو تكلم لان هذا من فعله وهو منافٍ فانقطعت صلاته وانما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع الشمس قيل وهذا هو الصحيح والله أعلم

لما ذكر أحكام السلامة عن العوارض في الصلاة انفرادا وجماعة لانها هي الاصل ذكر في هذا الباب ما يعرض له من العوارض ويمنعه من المضي والاصل أولى بالتقديم (ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف على الفور) لانه لو مكث ساعة

فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى) والقياس أن يستقبل وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فأشبه الحدث العمد

ايقاعه جزاء الشرط خبرا فيلزم عنده والا لزم الكذب فان مكث مكانه قدر ركن فسدت الا اذا أحدث بالنوم فمكث ساعة ثم انتبه فانه يبنى وفي المنتقى ان لم ينو بمقامه الصلاة لا تفسد لانه لم يوجد جزء من الصلاة مع الحدث قلنا هو في حرمة الصلاة فقد وجد منه صالحا لكونه جزأ منها انصرف الى ذلك غير مقيد بالقصد اذا كان غير محتاج اليه فلذا كان الصحيح أنه لو قرأ ذاهبا أو آيبا تفسد لاداته ركنا مع الحدث أو المشي وان قيل تفسد في الذهاب لا الاياب وقيل بل في عكسه بخلاف الذكر لا يمنع البناء في الاصح لانه ليس من الاجزاء ولو أحدث راكعا فرفع مسمعا لا يبنى لان الرفع محتاج اليه للانصراف فمجرده لا يمنع فلما اقترن به التسميع ظهر قصد الاداء وعن أبي يوسف لو أحدث في سجوده فرفع مكبرا ناويا اتمامه أو لم ينو شيأ فسدت لان أراد الانصراف وشرط البناء كونه حدثا سماويا من البدن غير موجب للغسل لا اختيار له فيه ولا في سببه ولم يوجد بعده مناف له منه بد فلا يبنى بشجة وعضة ولو منه لنفسه ولا لاصابة نجاسة مانعة من غير سبق حدثه خلافا لابي يوسف فان كانت منه بنى اتفاقا والفرق لهما أن ذلك غسل ثوبه وبدنه ابتداء وهذا تبعا للوضوء ولو أصابته من حدثه وغيره لا يبنى ولو اتحد محلهما ولا لقهقهة وكلام واحتلام ولا لسيلان دمل غمزها فان زال لساقط من غير مسقط فقيل يبنى لعدم صنع العباد وقيل على الخلاف واختلف فيما لو سبقه لعطاسه أو تنخمه ولو سقط الكرسف منها بغير صنعها مبلولا بنت بالاتفاق وبتحركها على الخلاف وهذا بناء على تصور بنائها كالرجل خلافا لابن رستم وهو قول المشايخ اذا أمكنها الوضوء من غير كشف كان تمسح على رأسها بلا كشف وكذا غسل ذراعيها في الصحيح وان روى جواز كشفهما وأما الاستنجاء ففي الخلاصة اذا استنجى الرجل والمرأة فسدت ثم نقل من التجريد يستنجي من تحت ثيابه ان أمكن والا استقبل وفي النهاية عن القاضي أبي علي النسفي ان لم يجد منه بدا لم تفسد وان وجد بان تمكن من الاستنجاء وغسل النجاسة تحت القميص وأبدى عورته فسدت وجعل الفساد مطلقا ظاهر المذهب في شرح الكنز ويتوضأ ثلاثا ثلاثا في الاصح ويأتي بسائر سنن الوضوء ولو جاوز ماء يقدر على الوضوء منه الى أبعد منه لضيق المكان أو لعدم الوصول الى الماء أو كان بئرا يحتاج الى الاستقاء منه وذلك مفسد أو كان في بيته فجاوزه ناسيا لاعتياده الوضوء من الحوض لا تفسد وأما بلا عذر فتفسد هذا كله اذا سبقه في الصلاة فلو خافه فانصرف ثم سبقه الحدث لا يبنى في ظاهر الرواية وهل يستخلف للانصراف خوفا عنده يجوز كما في مسئلة الحصر وفي قول أبي يوسف لا يجوز ولا قول لمحمد (قوله استخلف) بان يأخذ بثوب رجل الى المحراب أو يشير اليه والسنة فيه أن يفعله محمد وب الظهر آخذا بانفه يوهم أنه رعف وله أن يستخلف ما لم يخرج من المسجد أو يجاوز الصفوف في الصحراء فان لم يستخلف حتى جاوز وخرج بطلت صلاة القوم وفي بطلان صلاته روايتان ولا فرق بين كون الصفوف متصلة خارج المسجد ولم يجاوزها أو منفصلة خلافا لمحمد في المتصلة لان لمواضع الصفوف حكم المسجد كما في الصحراء ولهما أن القياس بطلانها بمجرد الانحراف لكن ورد الشرع به على خلافه فيقتصر الجواز على محل الضرورة ويشترط كون الخليفة صالحا للامامة فان لم يصلح لحدث أو صبي أو امرأة فسدت صلاته وصلاة القوم ان استخلفه قصدا فان لم يكن قصدا بأن لم يكن خلفه غير صبي أو امرأة فخرج وتركه فستأتي آخر الباب ولو استخلف رجلا والقوم رجلا ونوى كل الامامة فالامام خليفة الامام لانه مادام في المسجد فحق الاستخلاف له وفي الفتاوى ان نويا معا الامامة جازت صلاة المقتدي بخليفة الامام

صار جزء من الصلاة مؤدى مع الحدث وأداؤها معه لا يجوز ففسد ما أدى ففسد الباقي ضرورة أن الصلاة الواحدة لا تتجزأ صحة وفسادا (فان كان اماما استخلف) وتفسير الاستخلاف أن يأخذ بثوبه ويجره الى المحراب (وتوضأ وبنى) والقياس أن يستقبل (وهو قول الشافعي لان الحدث ينافي الصلاة) لانها تستلزم الطهارة والحدث ينافي الطهارة ومنافي اللازم منافي للملزوم والشئ لا يبقى مع المنافي (ولان المشي والانحراف) عن القبلة (يفسدان الصلاة) وكل ما يفسدها لا تبقى معه كالحدث العمد فالصلاة لا تبقى مع المشي والانحراف وقوله (فاشبه الحدث العمد) يخدم في الدليلين

قال المصنف (فان كان اماما استخلف) أقول يأخذ ثوبه ويجره الى المحراب سواء كان المقتدي مدركا أو مسبوقا أو لاحقا

ولنا قوله عليه السلام من قاء أو رعف أو أمذى فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته مالم يتكلم وقال عليه السلام اذا صلى أحدكم فقاء أو رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشئ

وفسدت على المقتدين بخليفة القوم ولا اختلاف لان حقيقة المعية غير مرادة وان تقدم أحدهما ان كان خليفة الامام فكذلك وان كان خليفة القوم فاقتدوا به ثم نوى الآخر فاقتدى به البعض جاز صلاة الاولين دون الآخرين ولو استخلف من آخر الصفوف ثم خرج من المسجد ان نوى الخليفة الامامة من ساعته صار اماما فتفسد صلاة من كان متقدمه دون صلاته وصلاة الامام الاول ومن عن يمينه وشماله فى صفه ومن خلفه وان نوى أن يكون اماما اذا قام مقام الاول وخرج الاول قبل أن يصل الخليفة الى مكانه أو قبل أن ينوى الامامة فسدت صلاتهم وشرط جواز صلاة الخليفة والقوم أن يصل الخليفة الى المحراب قبل أن يخرج الامام عن المسجد والذى فى النهاية لو استخلف الامام رجلين أو هو رجلا والقوم رجلا أو القوم رجلين أو بعضهم رجلا وبعضهم رجلا فسدت صلاة الكل انتهى من غير تفصيل وفيها لو تأخر ليستخلف فلبث ينظر من يصلح فقبل أن يستخلف كبر رجل من وسط الصف للخلافة وتقدم فصلاة من كان أمامه فاسدة ومن خلفه جائزة وكذا لو استخلف الامام رجلا من وسط الصف فخرج الامام قبل أن يقوم الخليفة مكانه تفسد صلاة من قدامه والذى فى فتاوى قاضيخان ان تقدم رجل من غير تقديم أحد وقام مقام الاول قبل أن يخرج الامام عن المسجد جاز ولو خرج الامام قبل أن يصل هذا الرجل الى المحراب ويقوم مقامه فسدت صلاة الرجل والقوم ولا تفسد صلاة الامام الاول انتهى ولا غبار عليه ولو استخلف فاستخلف الخليفة غيره قال الفضلى ان لم يخرج الاول ولم يأخذ الخليفة مكانه حتى استخلف جاز ويصير كان الثانى تقدم بنفسه أو قدمه الاول والا لم يجز ولو استخلف ثم أفسد قبل أن يخرج من المسجد يضره لا غيره ولو جاء رجل فى هذه الحالة فانه يقتدى بالخليفة وكذا لو قعد الاول فلم يخرج من المسجد ولو توضأ فى المسجد وخليفته قائم لم يؤد ركنا يتأخر ويتقدم الاول ولو خرج فتوضأ ثم رجع والخليفة لم يؤد ركنا فالامام هو الثانى هذا ويصح الاقتداء بالاول مالم يخرج قالوا لو أحدث وليس معه أحد فلم يخرج حتى جاء من ائتم به ثم خرج كان الثانى خليفة الاول حتى يقتدى به وكذا لو توضأ فى ناحية المسجد ورجع ينبغى له أن يقتدى بالثانى ولو استخلف ثم خرج فأحدث الثانى فجاء الاول بعد ما توضأ قبل أن يقوم مقام الاول لا يجوز للثانى تقديمه ولو جاء بعد ما قام مقام الاول جاز له تقديمه (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من قاء) الحديث تقدم فى فصل النواقض وأخرج ابن أبى شيبة نحوه موقوفا على عمر وعلى وأبى بكر الصديق وابن عمر وابن مسعود وسلمان الفارسى ومن التابعين عن علقمة وطاوس وسالم بن عبد الله وسعيد بن جبير والشعبى وابراهيم النخعى وعطاء ومكحول وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم وكفى بهم قدوة على ان صحة رفع الحديث مرسلا لا نزاع فيها وذلك حجة عندنا وعند الجمهور (قوله وقال صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم الخ) غريب وانما أخرج أبو داود وابن ماجه من حديث عائشة قال صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم فأحدث فليأخذ بأنفه ثم لينصرف ولو صح ما رواه لم يجز استخلاف المسبوق اذ لا صارف له عن الوجوب فان قلت فما الدليل على ثبوت الاستخلاف شرعا فى الصلاة قيل فيه اجماع الصحابة وحكاه أحمد وابن المنذر عن عمر وعلى وروى الاثرم بسنده عن ابن عباس قال خرج علينا عمر لصلاة الظهر فلما دخل فى الصلاة أخذ بيد رجل كان عن يمينه ثم رجع يخرق الصفوف فلما صلينا اذا نحن بعمر يصلى خلف سارية فلما قضى الصلاة قال لما دخلت فى الصلاة وكبرت رابنى شئ فلمست بيدى فوجدت بلة وللبخارى فى صحيحه عن عمرو بن ميمون قال انى لقائم ما بينى وبين عمر رضى الله عنه غداة

مالم يتكلم وقوله صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم فقاء أو رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشئ) ووجه الاستدلال أنه قال وليبن على صلاته وأدنى مرتبة الامر الاباحة فيكون البناء مباحا وهو المطلوب فان قيل الامر فى قوله فليتوضأ للوجوب فيكون فى قوله وليبن كذلك ولم يقولوا به فالجواب أن القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم وقد أجمع الخلفاء الراشدون رحمهم الله وفقهاء الصحابة كعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وأنس بن مالك وسلمان الفارسى رضى الله عنهم على ما قلنا وبمثله من الاجماع يترك القياس اذا لم يكن هناك نص فكيف اذا كان وانما ذكر الحديث الثانى لان فيه بيان الاستخلاف وقال من لم يسبق بشئ بيانا للافضل لانه أقدر على اتمام الصلاة من المسبوق فتقليده يكون خيانة

(قوله فان قيل الامر فى قوله فليتوضأ للوجوب الخ) أقول المأمور به هو الوضوء عقيب سبق الحدث بلا توقف وظاهر أن ذلك ليس بواجب (قوله لانه أقدر على اتمام الصلاة من المسبوق فتقليده يكون خيانة) أقول اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

وقوله (والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به) قيل هو جواب عن قياس الشافعي الحدث السابق بالحدث العمد وتقريره أن قياس الحدث السابق على الحدث العمد فاسد لوجود الفارق لان السابق فيه البلوى لحصوله بغير فعله فجاز أن يجعل معذورا بخلاف العمد فلا يجوز الحاق السابق به كذا في الشروح وفيه نظر لانه قال والقياس أن يستقبل وذلك اعتراف بصحة القياس الا انه ترك بالنص وفي الاشتغال ببيان فساده تناقض والظاهر أن مراده ترك الحاق العمد بالسابق فان لقائل أن يقول السابق والعمد في كونهما منافيين للصلاة سواء فاذا بنى في السابق بما ذكرتم من الدليل فليبن في العمد الحاقا به فقال في السابق بلوى دون العمد والشيء انما يلحق بغيره اذا كان في معناه (والاستئناف أفضل تحرزا عن شبهة الخلاف) وهو ظاهر واعلم أن البناء المذكور انما يصح في الاحداث الخارجة من بدنه الموجبة للوضوء لا الغسل من غير قصد منه للحدث أو لسببه ولا من غيره اذا لم يأت بعده بما ينافي الصلاة من توقف في موضع الصلاة وكلام أو حدث أو كشف عورة من غير ضرورة فلا يبني اذا انصرف لغسل نجاسة في ثوبه أو للوضوء من الانماء ونحوه أو للغسل من الاحتلام أو تعمد الحدث أو عصر جراحة فسال منها دم نجس أو رماه انسان بحجر أو سقط من السقف فأدماه أو مكث ساعة في موضع الصلاة بعد سبق الحدث كما مر أو تكلم أو بال أو نغوط أو كشف العورة عند

والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به (والاستئناف أفضل) تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة (والمنفرد ان شاء أتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا أن يكون امامه قد فرغ أو لا يكون بينهما حائل

أصيب الا ابن عباس فما هو الا أن كبر فسمعته يقول قتلني أو أكلني الكلب حين طعنه وتناول عمر عبد الرحمن بن عوف فصلى بهم وروى سعيد باسناده قال صلى بنا علي ذات يوم فرعف فأخذ بيد رجل فقدمه وانصرف (قوله والبلوى) جواب عن الحاقه بالحدث العمد يعني أن المعقول أن تجويز البناء له تخفيفا عليه لعدم الجناية وذلك فيما فيه بلوى وهو ما يسبق أما العمد فيستحق به العقاب فضلا عن التخفيف (قوله تحرزا عن شبهة الخلاف) بناء على صرف قوله في الحديث وليبن عن الوجوب الى الاباحة للعلم بأن شرعيته للرفق لا أن شرعيته عليه (قوله والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة) علله بصيانة الفضيلة فأفاد أنه أولى وذكر مقابله في مقابله أعني الاستقبال في المنفرد فيظهر أنه أولى وان كان اللفظ خبرا اذ لو كان واجبا لم يجز تركه لفضيلة الجماعة (قوله وان شاء عاد الى مكانه) وقيل ان عاد تفسد لزيادة مشي غير ضروري والصحيح عدمه ليكون مؤديا الصلاة في مكان واحد (قوله والمقتدي يعود) أي حتما الا أن يكون امامه قد فرغ أو لا يكون بينهما حائل أي مانع من صحة الاقتداء ولا بأس بايراده ومرجعه الى ثلاثة أشياء البناء والطريق والنهر فالاول منه حائط قدر قامة الرجل ليس فيه نقب فان كان فيه ولا يمكن الوصول منه لكن لا يشتبه عليه حال الامام اختلفوا فيه واختيار الحلواني الصحة وعلى هذا الاقتداء من سطح المسجد أو المئذنة ولهما باب في المسجد ولا يشتبه يجوز في قولهم وان كان من خارج المسجد ولا يشتبه فعلى الخلاف وفي الخلاصة اختار الصحة وقال لو قام

على الاداء في المنزل صحيح وذلك مفسد للصلاة وأجيب بأن المشي غير موجود حكما لان حرمة الصلاة تجعل الاماكن المختلفة كالمكان الواحد ولهذا صح التنفل على الدابة وقوله (والمقتدي يعود الى مكانه) يعني حتما حتى لو أتم بقية صلاته في موضع وضوئه لم يجزه لان بينه وبين امامه ما يمنع صحة الاقتداء من طريق أو نهر أو حائط ولهذا اذا فرغ الامام أو لم يكن بينهما حائل جاز أن يبني في منزله فان أدرك امامه في الصلاة فهو مخير بين أن يقضي ما سبقه الامام في حال اشتغاله بالوضوء بغير قراءة ثم يقضي آخر صلاته وبين أن يتابع الامام ثم يقضي ما سبقه الامام بعد تسليمه لان ترتيب أفعال الصلاة ليس بشرط خلافا لزفر كذا في شرح الطحاوي قال

(قوله والظاهر ان مراده ترك الحاق العمد بالسابق الخ) أقول ولفظ الالحاق يدل على ما ذكره (قوله فليبن في العمد الحاقا به) أقول أي الحاقا بالدلالة (قوله والشيء انما يلحق بغيره اذا كان في معناه) أقول أي من كل وجه (قوله واعلم ان البناء المذكور انما يصح في الاحداث الخارجة من بدنه الموجبة للوضوء لا الغسل من غير قصد منه للحدث أو لسببه ولا من غيره الخ) أقول قوله من غير قصد متعلق بقوله الخارجة من بدنه وقوله ولا من غيره معطوف على منه يعني من غير قصد منه ومن غيره اه

(ومن ظن أنه أحدث) المصلى اذا انصرف عن مكان صلاته على ظن انتفاء شرط جواز صلاته ثم علم وجوده فاما أن يكون انصرافه على قصد اصلاح الصلاة أو على قصد رفضها فان كان الاول فاما أن يكون خرج من المسجد أولا فان خرج استقبل الصلاة وان لم يخرج أتمها والقياس فيهما الاستقبال لوجود الانصراف من غير عذر كما اذا كان على قصد الاعراض على ما يأتى (وهو) أى

(ومن ظن انه أحدث فخرج من المسجد ثم علم أنه لم يحدث استقبل الصلاة وان لم يكن خرج من المسجد يصلى ما بقى) والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد رحمه الله لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان أنه انصرف على قصد الاصلاح ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته مالم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن أنه افتتح الصلاة على غير وضوء فانصرف ثم علم أنه على وضوء حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه يستقبله

على سطح داره وداره متصلة بالمسجد لا يصح وان لم يشتبه أو على جدار بين داره وبين المسجد ولا يشتبه صح وعلى دكان متصل بالمسجد يصح بشرط اتصال الصفوف والثانى الطريق الذى تمر فيه العجلة لم يصح وهذا اذا لم تكن الصفوف متصلة عليه فان اتصلت أو كان أضيق من قدر العجلة صح ولو كان خلفه واحد على الطريق لا يجوز القيام خلف هذا الواحد وكذا الاثنان عند محمد خلافا لابى يوسف والثلاثة يجوز خلفهم اتفاقا واذا قاموا مع الامام على الطريق صفوفا وصف بينه وبين الذى قدامه قدر العجلة فسدت عليه وعلى جميع من خلفه وكذا لو فسدت صلاة صف لقيامهم على نجاسة تفسد على من خلفهم أجمع ولو كان بين الامام ومن خلفه ذلك فسدت على الكل أيضا والمانع من الاقتداء فى الفلاة خلاء يسع صفين ولا يمنع فى مصلى العيد وان وسع أكثر واختلف فى مصلى الجنازة وجعله فى النوازل كالمسجد ولو كانت فرجة وسط الصفوف فى الصحراء قدر حوض كبير وهو ما لا ينجس الا بالتغير وهى متصلة حولها جاز والا فلا فان كان صغيرا جاز مطلقا والثالث نهر يجرى فيه زورق فان كان عليه جسر عليه ثلاثة جاز الاقتداء من ورائه أو واحد فلا أو اثنان فعلى الخلاف فى الطريق ولو كان أصغر من ذلك لم يمنع فى المختار (قوله وهو رواية عن محمد) فى النهاية هى فيما اذا كان باب المسجد على غير حائط القبلة فان كان عليها وهو يمشى متوجها لا تفسد بالاتفاق (قوله من غير عذر) ثابت فى نفس الامر فصار كما لو ظن ما سبح انقضاء المدة فى الصلاة أو متيمم سرابا ماء أو ظن حمرة دما أو أن عليه فائتة ولم تكن والله أعلم (قوله فالحق قصد الاصلاح بحقيقته مالم يختلف المكان) وجه صحة هذا الاعتبار جواز الرمى على الكفار المترسين بأسارى المسلمين بشرط قصد الكفار وان غلب ظن اصابة المسلمين علم أن قصدرميهم ألحق بحقيقته والا لم يجز لكن أظهر التفاوت بتقييده بعدم الاستخلاف واتحاد المكان كالمسجد اذ له حكم البقعة الواحدة ولذا لو كثر سجدة فى زوايا له لزمه سجدة واحدة والدار والجبانة ومصلى الجنازة كالمسجد عن أبى يوسف الا فى امرأة فلو خرجت عن مصلاها تفسد لانه كالمسجد فى حق الرجال ولذا تعتكف فيه ولو كان فى الصحراء فقد ذكر المصنف أن مقدار الصفوف خلفه له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة فان لم تكن فمقدار الصف خلفه اه والاوجه اذا لم تكن سترة أن يعتبر موضع سجوده لان الامام منفرد فى حق نفسه وحكم المنفرد ذلك (قوله وان كان استخلف فسدت) وان لم يجاوزا الحد المذكور وقيل الفساد بالاستخلاف قولهما لا قوله وفى متفرقات أبى جعفر اذا أتى الخليفة بالركوع فسدت وقبله لا وعن محمد ان قام مقام الاول فسدت وان لم يأت بركن والا لا ولو استخلف القوم فسدت صلاتهم لا صلاة الامام (قوله بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء) وما قدمناه أيضا لان الانصراف على سبيل الرفض ألا ترى انه لو تحقق

الاستقبال فيهما (رواية عن محمد) قال فى النهاية وخلاف محمد فيما اذا كان باب المسجد على غير حائط القبلة ليتحقق الانصراف وأما اذا كان يمشى فى المسجد ووجهه الى القبلة بان كان باب المسجد على حائط القبلة لا تفسد صلاته الاتفاق (وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته) وقصد الاصلاح ملحق بحقيقة الاصلاح شرعا كما اذا ترس الكفار بأسارى المسلمين فانه يباح الرمى اليهم بشرط أن يكون قصدهم الرمى الى الكفار فيجعل كأنهم رموا الى الكفار ثم لو تحقق ما توهمه من الحدث ما فسدت صلاته بالانصراف لاصلاحها فكذا اذا انصرف على قصده واعترض بأن قصد الاصلاح لو ألحق بحقيقته لما شرط عدم الخروج عن المسجد لان حقيقته لم تشترط بذلك وأجيب بان الحكم يثبت بقدر دليله وفى الحقيقة وجد القصد وقام العذر وليس فى قصده قيام العذر فانحط عن درجتها (وان كان) قد (استخلف)

فتبين انه لم يحدث (فسدت) صلاته وان لم يخرج من المسجد لوجود العمل الكثير من غير عذر بخلاف ما اذا تحقق ما توهمه فان العمل غير مفسد لقيام العذر فكان الاستخلاف كالخروج من المسجد يحتاج لصحته الى قصد الاصلاح وقيام العذر وان كان الثانى فسدت حيث انصرف خرج من المسجد أو لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض ملحق بحقيقته ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه يستقبله

(فهذا) أي هذا الذي ذكرنا أن الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح لم تفسد صلاته مالم يخرج أو يستخلف واذا كان على قصد الاعراض والرفض فسدت (وهو الحرف) أي الاصل في جنس هذه المسائل فمن انصرف على ظن انه لم يمسح أو على ظن انه لم يصل التي قبلها أو على ظن أن مدة المسح قد انقضت ثم علم انه لم يكن ذلك استقبل لانه انصرف على قصد الرفض وقوله (ومكان الصفوف) لبيان انه اذا لم يكن في المسجد ماذا يكون حكمه وهو واضح (وان جن أو نام فاحتلم أو أغمي عليه استقبل الصلاة لانه يندر وجود هذه العوارض) في الصلاة (فلم يكن في معنى ما ورد به النص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف في صلاته الحديث (وكذلك اذا قهقه لانه) أي فعل القهقهة (بمنزلة الكلام) في أن كلا منهما ينقل المعنى من ضميره الى فهم السامع (وهو) أي الكلام (قاطع) لانه صلى الله عليه وسلم قال مالم يتكلم وهذا اذا وجدت هذه العوارض قبل أن يقعد قدر التشهد فأما اذا وجدت بعده فلا استقبال لانه لم يبق عليه شئ من الاركان فان قيل سلمناه ولكن لابد للخروج من فعل المصلي على قول أبي حنيفة ولم يوجد أجيب بانه لا يخلو الموصوف بها عن اضطراب أو مكث وكيفما كان فالصنع منه موجود أما في الاضطراب فظاهر وأما في المكث فلانه يصير به مؤديا جزأ من الصلاة مع الحدث والاداء صنع منه وقد تقدم ما هو من شروط البناء قبيل هذا بأكثر مما ذكره فليكن على ذكر منك قبل وانما قال أو نام فاحتلم لان النوم بانفراده ليس بمفسد وكذا الاحتلام المنفرد عن النوم وهو البلوغ بالسن فجمع بينهما بيانا للمراد قال (وان حصر الامام عن القراءة) كل من امتنع عن شئ لم يقدر عليه فقد حصر عنه فان عجز الامام عن القراءة بنسيانه جميع ما كان يحفظ (فاستخلف غيره جاز عند أبي حنيفة وقالا لا يجزئهم) قال في النهاية بل يتمها بدون القراءة كالامي اذا أم قوما أميين ونسبه بعض الشارحين الى السهو لان مذهبهما انه يستقبل وبه صرح الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقوله (لانه) أي الحصر عن القراءة (نادر الوجود فلم يكن في معنى ما ورد به النص من الحدث الذي تم به البلوى (ولابي حنيفة أن الاستخلاف في باب الحدث جاز للعجز عن المضي والعجز ههنا ألزم) لان المحدث قد يجد في المسجد ماء فيمكنه اتمام صلاته من غير استخلاف أما الذي نسي جميع ما يحفظ لا يقدر على الاتمام الا بالتذكير والتعليم كذا ذكره قاضيخان وذكر أبو اليسر انما يجوز الاستخلاف اذا كان يحفظ القرآن الا أنه لحقه خوف أو خجل فامتنعت عليه القراءة وأما اذا نسي فصار أميا لم يجز الاستخلاف

فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد هو السترة وان لم تكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب (وان جن أو نام فاحتلم أو أغمي عليه استقبل) لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع (وان حصر الامام عن القراءة فقدم غيره أجزأهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزئهم) لانه يندر وجوده فأشبه الجنابة في الصلاة وله ان الاستخلاف لعلة العجز وهو ههنا ألزم

ما تخاب له لا يبني فلا يبني وفي النهاية وما يجانس هذه المسئلة ما ذكر في العيون صلى العشاء فسلم على ركعتين يظنها تراويحة أو في الظهر يظنها جمعة أو أنه مسافر يستقبل فان سلم على ظن الفراغ يبني ويسجد للسهو لانه في الاول عامد في السلام على ركعتين وسلام العمد قاطع وفي الاخيرة ظن الفراغ فلم يتعمد السلام على ركعتين ولا يخفى أنه ليس هنا قصد رفض أو اصلاح أصلا بل ظن تمام ما توهمه وليس الظن قصدا لانه من الكيف والقصد من الفعل (قوله فهذا هو الحرف) أي الاصل لانه اذا انصرف بظن فان كان متعلقه لو كان ثابتا جاز البناء فظهر خلافه جاز البناء وان كان لو كان لم يجز فظهر خلافه لم يجز (قوله استقبل) أي ان وجدت قبل أن يقعد قدر التشهد أما بعده فلا لانه اما أن يمكث بعد صيرورته محدثا بهذه العوارض في مكانه فيصير مؤديا جزأ من الصلاة مع الحدث أو يضطرب عندها وذلك فعل منه وبه تتم الصلاة عند أبي حنيفة وان لم يكن بقصده لان الفعل المفسد لا يختلف بين كونه مقصودا أولا وكذا في القهقهة لانها أفحش من الكلام والله الموفق (قوله وان حصر) بوزن تعب فعلا ومصدرا العي وضيق الصدر (قوله وقالا لا يجزئه) بل يتمها بلا قراءة كالامي لان جواز الاستخلاف في الحدث بالنص بخلاف القياس وليس الحصر في معناه بل دونه لندرة نسيان جميع ما يحفظ بخلاف الحدث ولتوقف كل الصلاة على الطهارة وعدم جريان النيابة فيها بخلاف القراءة ففيهما (قوله وله أن الاستخلاف بعلة العجز وهو ههنا ألزم) لان المحدث لو وجد ماء في المسجد يتوضأ به ويبني ولا يحتاج الى

(قوله فهذا أي هذا الذي ذكرنا ان الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح لم تفسد صلاته مالم يخرج أو يستخلف واذا كان على قصد الاعراض والرفض فسدت هو الحرف أي الاصل الخ) أقول قال ابن الهمام في شرحه أي الاصل انه اذا انصرف لظن فان كان متعلقه لو كان ثابتا جاز البناء فظهر خلافه جاز البناء وان كان لو كان لم يجز فظهر خلافه لم يجز اه ولا شك أن هذا هو الظاهر لقربه

والعجز عن القراءة غير نادر فلا يلحق بالجنابة ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة لا يجوز الاستخلاف بالاجماع لعدم الحاجة اليه (وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم) لان التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به (وان تعمد الحدث في هذه الحالة أو تكلم أو عمل عملا ينافي الصلاة تمت صلاته) لانه يتعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شئ من الاركان (فان رأى المتيمم الماء في صلاته بطلت) وقدم من قبل (وان رآه بعد ما قعد قدر التشهد أو كان ماسحا فانقضت مدة مسحه أو خلع خفيه بعمل يسير أو كان أميا فتعلم سورة أو عريانا فوجد ثوبا أو موميا فقدر على الركوع والسجود أو تذكر فائتة عليه قبل هذه أو أحدث الامام القارئ فاستخلف أميا وطلعت الشمس في الفجر

الاستخلاف بعلة العجز وهذا لو تعلم من مصحف أو علمه انسان فسدت صلاته لا يقال هذا قياس حيث عين العلة وألحق لانا نقول تعيين المناط لا بد منه في الالحاق بطريق الدلالة أيضا على ما قرر غير أنه يشترط كونه بحيث لا يتوقف الوقوف عليه على أهلية الاجتهاد بل على مجرد فهم اللغة ألا ترى الى تسمية الشافعية له قياسا جليا وكل من علم من الشرع تجويز استخلاف الامام لسبق حدثه بعد عمله شروط الصلاة بادر اليه أن ذلك لصون صلاة القوم عن الفساد عند عجزه عن الاتمام بهم عجز لا تسبب له فيه وهو في المتنازع فيه فيلحق به دلالة (قوله لا يجوز بالاجماع) أي الاستخلاف ولو فعل مع امكان آية فسدت وفي النهاية انما يجوز الاستخلاف اذا لحقه خجل أو خوف فامتنعت عليه القراءة أما اذا نسي فصار أميا لم يجز وتقدم في دليلهما ما يقتضي أن عنده يجوز في النسيان وهو في النهاية أيضا فلا يخلو من شئ الا أن يؤول النسيان هنا بما يشبهه من امتناع القراءة (قوله فان رأى المتيمم الماء في صلاته بطلت) للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف بخلاف ما اذا أحدث المتيمم في الصلاة فانصرف فوجد ماء فانه يتوضأ ويبني دون فساد لان انتقاض التيمم برؤية الماء باعتبار ظهور الحدث السابق ورؤية الماء هنا بعد انتقاضه بالحدث فلم توجد القدرة حال قيامه فلا يتحقق انتقاضه مستندا كذا في النهاية وفي شرح الكنز لو قال فان رأى المتيمم أو المقتدي به الخ لكان أشمل فان المتوضئ المقتدي به تبطل صلاته برؤية الماء لاعتقاده قدرة امامه باخباره وصلاة الامام تامة مالم يعلم وفيه في شرح قوله أو تمت مدة مسحه هذا اذا كان واجد الماء فان لم يجده لا تبطل وقيل تبطل وهي الخلافية التي قدمناها في باب المسح على الخفين قال ولو أحدث فذهب ليتوضأ فتمت المدة لا تبطل بل يتوضأ ويغسل رجليه ويبني لانه انما لزمه غسل رجليه لحدث حل بهما للحال فصار كحدث سبقه للحال والصحيح انه يستقبل لان انقضاء المدة ليس بحدث بل يظهر عنده السابق على الشروع فكأنه شرع بلا طهارة فصار كالمتيمم اذا أحدث فذهب للوضوء فوجده فانه لا يبني لما ذكرنا وكذا المستحاضة اذا أحدثت في الصلاة ثم ذهب الوقت قبل أن تتوضأ انتهى وهذا صريح في ثبوت الخلاف في مسئلة التيمم والذي يظهر أن الاسباب المتعاقبة كالبول ثم الرعاف ثم القيء ان أوجبت أحداثا متعددة يجزئه عنها وضوء واحد فالاوجه ما في شرح الكنز وهو الموافق لما قدمناه من قول محمد فيمن حلف لا يتوضأ من الرعاف فبال ثم رعف ثم توضأ أنه يحنث وان قلنا الاتوجب كما قدمنا النظر فيه في باب الغسل فالاوجه ما في النهاية وهو الحق في اعتقادي لكن كلام النهاية ليس عليه بل على ما نقل عن محمد في باب الغسل فلا تتفرع مسئلة التيمم على الوجه الذي ذكره على ما هو ظاهر اختياره (قوله بعمل يسير) بان كان واسعا فلو كان ضيقا يحتاج الى علاج تمت للمنافي (قوله أو تذكر فائتة) أي عليه أو على امامه وفي الوقت سعة (قوله أو طلعت الشمس في الفجر) يعني طلوعها مفسد فاذا طلعت بعد ما قعد قدر التشهد قبل أن يسلم فسدت عند أبي حنيفة خلافا لهما ولنستطرد ذكر الخلاف حيث لم يذكر في الكتاب فذهب

وقوله (والعجز عن القراءة غير نادر) جواب عن قولهما انه يندر وجوده وقوله (ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة) ظاهر وكذا قوله (وان سبقه الحدث) وقوله (في هذه الحالة) يعني بعد التشهد وقوله (وقدم من قبل) يعني في باب التيمم حيث قال وينقضه أيضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله وقوله (وان رآه بعد ما قعد) بيان مسائل تسمى باثنى عشرية وهي مشهورة وقوله (بعمل يسير) يعني بان كان الخف واسع الساق لا يحتاج في نزعه الى المعالجة وانما قيد به لانه اذا كان ضيقا فعالج بالنزع تمت صلاته بالاتفاق وقوله (فتعلم سورة) قيل تذكر بعد النسيان لان التعلم لا بد له من التعليم وذلك فعل ينافي الصلاة فتتم صلاته بالاتفاق وقيل سمعها بلا اختيار وحفظها بلا صنع وقوله (أو تذكر فائتة قبل هذه) يعني اذا كان في الوقت سعة وقوله (أو أحدث فاستخلف أميا) قيل هو اختيار المصنف رحمه الله وأما على اختيار فخر الاسلام فلا فساد في الاستخلاف بعد التشهد بلا خلاف

(قوله يعني بعد التشهد) أقول الاولى أن يقال يعني بعد ما قعد قدر التشهد

وقوله (أو دخل وقت العصر فى الجمعة) قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عنده اذا صار ظل كل شئ مثليه وعندهما اذا صار مثله وأجيب بأن هذا على قول الحسن بن زياد ان بين الظهر والعصر وقتا مهملا فاذا صار ظل الشئ مثله تحقق الخروج عندهم وقت الصلاة عندهما وعنده باطلة وهذا يخالف قول المصنف أو دخل وقت العصر فى الجمعة وقيل يمكن أن يقعد فى الصلاة بعدما قعد قدر التشهد الى أن يصير الظل مثليه فحينئذ يتحقق الخلاف وهو بعيد كما ترى ولكن يمكن توجيهه على المروى عن أبى حنيفة رحمه الله أن الخروج والدخول يكون ظل الشئ مثله كما هو مذهبهما فانه حينئذ يتحقق الخلاف واعلم أن نسبة الوقت المهمل الى الحسن بن زياد انما هى على ما نقل فى مبسوط شمس الائمة وأما فى مبسوط شيخ الاسلام وغيره فهى منسوبة الى رواية أسد بن عمرو عن أبى حنيفة والمنسوب الى الحسن رواية الموافقة فى المذهب على ما تقدم وقوله (كالمستحاضة ومن بمعناها) يعنى اذا استوعب الانقطاع وقتا كاملا فلو انقطع الدم بعد التشهد ثم سال فى وقت صلاة أخرى فالصلاة الاولى جائزة عند أبى حنيفة وان لم يسل فهى باطلة لتحقق الانقطاع بعد التشهد وهو كالانقطاع فى وسط الصلاة وعندهما جائزة لانه كالانقطاع بعد تمام الصلاة قيل قوله (وقيل الاصل فيه) هو قول أبى سعيد البردعى وعليه العامة وفيه اشارة الى أن المختار عند المصنف غيره وهو قول الكرخى فان فسادها بالامور المذكورة عند أبى حنيفة ليس لذلك عند الكرخى لان الفعل قد يوجد معصية بان قهقه أو كذب ولا يجوز أن تكون المعصية فرضا بل الخروج بفعل المصلى ليس بفرض بالاتفاق وانما عنده أن هذه الاشياء مغيرة للصلاة ووجود المغير بعد التشهد كوجوده قبله لما أنه فى حرمة الصلاة ولهذا اذا نوى المسافر فى هذه الحالة الاقامة أتم والمعنى بالمغير ما تجب الصلاة بعد وجوده على غير الصفة الواجبة هى عليها قبله فان الصلاة تجب بعد رؤية الماء وانقضاء مدة المسح ووجدان الثوب وتعلم السورة بالوضوء والغسل واللبس والقراءة بعد فى أن كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعرى وعدم القراءة وقيل المعنى به كون الصلاة جائزة للاجتماع به وبضده فانها تصح بالتيمم والمسح والايماء وأضدادها وقوله (لهما ما رويناه من حديث ابن مسعود) يريد به قوله صلى الله عليه وسلم اذا قلت هذا أو فعلت هذا أو فعلت هذا الحديث علق صلى الله عليه وسلم التمام بأحدهما فمن علق بثالث فقد خالف النص (وله أن أداء صلاة أخرى فى وقتها واجب لا محالة وهو لا يمكن الا بالخروج من هذه) فكان الخروج منها وسيلة الى الفرض باقتضاء قوله تعالى أقيموا الصلاة (وما لا يتوصل الى أداء الفرض الا به كان فرضا) وهذه النكتة منقولة عن الشيخ الامام أبى مسعود الماتريدى واعترض بوجهين أحدهما أن المرأة لو حاذت رجلا فى هذه الحالة تمت صلاته بالاتفاق ولا صنع منه والثانى انه على ما قرر تم يكون فرضا لغيره كالسعى الى الجمعة فيجب أن تتم صلاته فى الصور المذكورة لحصول المقصود من الصنع وهو الخروج من الاولى كما لو دخل الجامع يوم الجمعة قبل دخول الوقت وأجيب عن الاول بان المحاذاة مفاعلة

أو دخل وقت العصر فى الجمعة أو كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء أو كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت صلاته فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا تمت صلاته) وقيل الاصل فيه أن الخروج عن الصلاة بصنع المصلى فرض عند أبى حنيفة رحمه الله وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده فى هذه الحالة كاعتراضها فى خلال الصلاة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رضى الله عنه وله أنه لا يمكنه أداء صلاة أخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا

الشافعى وغيره عدم فساد الصلاة بطلوع الشمس فيها تمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدركها وتقدم تخريجه ولنا حديث عقبة بن عامر المتقدم فانه يفيد بطريق الاستدلال المتقدم الفساد بطلوع الشمس واذا تعارضا قدم النهى فيجب حمل ما رووا على ما قبل النهى عن الصلاة فى الاوقات المكروهة دفعا لاهمال أحد الدليلين وعلى هذا فيتعذر ما روى عن أبى يوسف انه يمسك عن الافعال فى أى ركن وقع الطلوع الى أن ترتفع لانه اذا كان طلوعها يوجب الفساد لا يفيد الامساك منعه وهذه المسائل تعرف بالاثنى عشرة وزيد عليها ما اذا وجد ما يغسل به النجاسة فى هذه الحالة أعنى بعد قدر التشهد وما اذا دخل وقت مكروه فى قضاء فائتة فى هذه الحالة وما اذا أعتقت وهى تصلى بغير قناع فلم تستتر من وقتها وكون الانقطاع المفسد انما يتحقق اذا دام وقتا كاملا بعد الوقت الذى صلى فيه ووقع الانقطاع فيه فحينئذ يظهر أنه انقطاع مؤثر فيظهر الفساد عند أبى حنيفة فيقضيها والا فبمجرد الانقطاع لا يدل عليه (قوله وقيل الاصل فيه) أى فى ثبوت الخلاف فى هذه المسائل قيل قائله أبو سعيد البردعى (قوله من حديث ابن مسعود) أى اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك (قوله وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا) ومعلوم أن الطلب انما يتعلق بفعل المكلف بناء على اختياره لا بلا اختيار وقد يقال اقتضاء الحكم بناء على الاختيار لينتفى الجبر انما هو

(قوله قيل كيف يتحقق هذا الخلاف الخ) أقول ولك أن تقول لم لا يجوز أن يكون من قبيل تفريع أبى حنيفة فى المزارعة (قوله فالصلاة الاولى جائزة) أقول اذا خرج عنها بصنعه

لانتحقق الامن فاعلين فكان منه صنع أدناه اللبث فى مكانه وعن الثانى بأن الخروج عن الاولى يجب أن يكون على وجه تبقى صحيحة لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم ولان الترتيب فرض ولم تبق بهذا الخروج صحيحة لا يقال انما لم تبق صحيحة لان الخروج لم يكن بصنع المصلى فكان بقاؤها صحيحة موقوفا على الخروج بصنع المصلى فلو توقف الخروج على بقائها صحيحة دارلانا نقول الخروج بصنع المصلى موقوف على ما اعتبره الشارع رافعا للتحريمة على ما سيأتى ويلزم منه بقاؤها صحيحة ولا معتبر بالضمنيات وقوله (ومعنى قوله عليه السلام) جواب عن استدلالهما بحديث ابن مسعود وهو مثل قوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه أى قارب التمام سماه تماما بما يؤل اليه وقوله (والاستخلاف غير مفسد) جواب عما يقال استخلاف الامى صنع (٢٧٥) المصلى فكان الواجب أن لا تفسد به

ومعنى قوله تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز فى حق القارئ وانما الفساد ضرورة حكم شرعى وهو عدم صلاحية الامامة (ومن اقتدى بامام بعد ما صلى ركعة فأحدث الامام فقدمه أجزأه) لوجود المشاركة فى التحريمة

فى المقاصد لا الوسائل ولذا لو حمل مغمى عليه الى المسجد فأفاق فتوضأ فيه أجزأه عن السعى ولو لم يحمل وجب عليه السعى ليتوصل فكذا اذا تحقق القاطع فى هذه الحالة بلا اختيار حصل المقصود من القدرة على صلاة أخرى ولو لم يتحقق وجب عليه فعل هو قربة قاطع فلو فعل مختارا قاطعا محرما أثم لمخالفة الواجب والجواب بان الفساد عنده ليس لعدم الفعل بل للاداء مع الحدث اذ بالرؤية وانقضاء المدة وانقطاع العذر يظهر السابق فيستند النقض فيظهر فى هذه لقيام حرمتها حالة الظهور بخلاف المنقضية ليس بمطرد ولو سلم أيضا وقال الكرخى لا خلاف بينهم فى أن الخروج بفعله ليس بفرض ولم يروعن أبى حنيفة بل هو حمل من أبى سعيد لما رأى خلافه فى المسائل المذكورة وهو غلط لانه لو كان فرضا لاختص بفعل هو قربة وانما تبطل عنده فيها لانه فى أثنائها كيف وقد بقى عليه واجب وهو السلام وهو آخرها داخلا فيها واعتراض المغير فى ذلك كهو قبله ولذا يتغير الفرض بنية الاقامة فيه واقتداء المسافر بالمقيم فيه (قوله والاستخلاف ليس بمفسد) أى فى حالة الحدث والا فهو فى نفسه عمل كثير مفسد فلذا أفسد فى مسئلة توهم الحدث دون الانصراف واذا كان كذلك فقد فعل المفسد لغير حاجة اذ لا حاجة له الى استخلاف امام لا تصح صلاته فتتم صلاته وهو المختار (قوله لانه أقدر على اتمام صلاته) أفاد التعليل أن الاولى أن لا يقدم مقيما اذا كان مسافرا ولا لاحقا لانهما لا يقدران على الاتمام وحينئذ فكما لا ينبغى للمسبوق أن يتقدم كذا هذان وكما يقدم مدركا للسلام لو تقدم كذا الآخران أما المقيم فلان المسافرين خلفه لا يلزمهم الاتمام بالاقتداء به كما لا يلزمهم بنية الاول بعد الاستخلاف أو بنية الخليفة لو كان مسافرا فى الاصل وعند زفر ينقلب فرضهم أربعا للاقتداء بالمقيم قلنا ليس هو اماما الا ضرورة بعجز الاول عن الاتمام لما شرع فيه فيصير قائما مقامه فيما هو قدر صلاته اذ الخلف يعمل عمل الاصل كأنه هو فكانوا مقتدين بالمسافر معنى وصارت القعدة الاولى فرضا على الخليفة لقيامه مقامه أما لو نوى الامام الاول الاقامة قبل الاستخلاف ثم استخلف فانه يتم الخليفة صلاة المقيمين وهذا اذا علم نية الامام بان أشار الامام اليه عند الاستخلاف فأفهمه قصد الاقامة ويقدم بعد الركعتين مسافرا يسلم بهم ثم يقضى المقيمون ركعتين منفردين ولو اقتدوا به بعد قيامه بطلت صلاتهم دون

عنده أيضا وتقريره على وجهين أحدهما ما ذهب اليه الشارحون قالوا سلمنا أنه صنع منه لكنه ليس بمفسد بدليل أنه لو استخلف قارئا فى خلال الصلاة لم يضره والمعتبر من الصنع ما كان مفسدا ليكون عملا منافيا للصلاة رافعا للتحريمة ورد بأنا لا نسلم أن الاستخلاف ليس بمفسد فان المصنف قال فيمن ظن أنه أحدث فاستخلف أنه تفسد صلاته لانه عمل كثير والحق ما قاله فخر الاسلام أن صلاته تامة فى هذه الحالة لكونه عملا منافيا للصلاة والثانى أن معناه أن الفساد فى هذه الصورة عنده ليس للاستخلاف لانه ليس بمفسد انما الفساد ضرورة حكم شرعى وهو عدم صلاحية الامى للامامة والرد مردود لانه قال هناك عمل كثير من غير عذر وههنا فرض المسئلة فيما اذا كان بعذر ولا يلزم من كونه مفسدا اذا لم يكن عذر كونه مفسدا عند العذر وكذلك ما أشرنا اليه فى مطلع البحث من قول بعض الشارحين ان قول المصنف وقيل الاصل فيه اشارة الى أن مختاره غيره مردود لان ترك ذكر المختار وذكر غيره والاحتجاج عليه غير متوقع من مثله قوله (ومن اقتدى بامام) اذا اقتدى الرجل بمن صلى ركعة فأحدث الامام فقدمه صح الاستخلاف لان صحته بالمشاركة فى التحريمة وقد وجدت

(قوله ولان الترتيب فرض ولم تبق بهذا الخروج صحيحة) أقول مطالب بدليل مطرد على هذه المقدمة (قوله فلو توقف الخروج على بقائها صحيحة دار) أقول فيه بحث (قوله ورد بأنا لا نسلم) أقول الرد للاتقانى (قوله وههنا فرض المسئلة فيما اذا كان بعذر) أقول لا عذر فى تقديم من لا يصلح للامامة

(والاولى أن يستخلف مدركا لانه أقدر على اتمامها) لعدم احتياجه الى استخلاف غيره للتسليم والاقدر أولى لا محالة قوله (وهو الاصح) احترازعن رواية أبي حفص أن صلاته أيضا تامة لانه مدرك أول صلاته فيكون كالفارغ بقعدة الامام قدر التشهد ووجه الاصح

والاولى للامام أن يقدم مدركا لانه أقدر على اتمام صلاته وينبغي لهذا المسبوق أن لا يتقدم لعجزه عن التسليم (فلو تقدم يقتدئ من حيث انتهى اليه الامام) لقيامه مقامه (واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين أتم صلاة الامام فهقه أو أحدث متعمدا أو تكلم أو خرج من المسجد فسدت صلاته وصلاة القوم تامة) لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلاة وفي حقهم بعد تمام أركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد صلاته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح (فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم فهقه أو أحدث متعمدا فسدت صلاة الذي لم يدرك أول صلاة الامام عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا تفسد وان تكلم أو خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا) لهما أن صلاة المقتدي بناء على صلاة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد صلاة الامام فكذا صلاته وصار كالسلام والكلام وله أن القهقهة مفسدة للجزء الذي يلاقيه من صلاة الامام فيفسد مثله من صلاة المقتدي غير أن الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق يحتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة (ومن أحدث في ركوعه أو سجوده توضأ وبنى

المسافرين لان اقتداءهم انما يوجب المتابعة الى هنا وأما اللاحق فانما يتحقق في حقه تقديم غيره اذا خالف الواجب بان بدأ باتمام صلاة الامام فانه حينئذ يقدم غيره للسلام ثم يشتغل بما فاته معه أما اذا فعل الواجب بان قدم ما فاته مع الامام ليقع الاداء مرتبا فيشير اليهم اذا تقدم أن لا يتابعوه فينتظرونه حتى يفرغ مما فاته مع الامام ثم يتابعونه ويسلم بهم (قوله يقتدئ من حيث انتهى اليه الامام) بانيا على ذلك فلذا قالوا لو استخلف في الرباعية مسبوقا بركعتين فصلى الخليفة ركعتين ولم يقعد فسدت صلاته كما لو استخلف مسافر مقيما وصلى ركعتين ولم يقعد فسدت صلاته وصلاة القوم كذا هذا ثم هذا فرع علم المسبوق بكيفية صلاة الامام فلو لم يعلم يتم ركعة ويقعد قدر التشهد ثم يقوم ويتم صلاة نفسه ولا يتابعه القوم بل يصبرون الى أن يفرغ فيصلون ما عليهم وحدانا ويقعد هذا الخليفة على كل ركعة احتياطا (قوله وهو الاصح) احترازمن رواية أبي حفص انها تامة قالوا وكأنها غلط لانه اشتغل بتقسيم يستدعي المخالفة في الجواب ثم أجاب في الفصلين بان صلاته تامة والا فهو محتاج الى البناء وضحكه في هذه الحالة يفسد وكذا ضحك الخليفة وهذا لانه صار مأموما به بعد الخروج من المسجد ولذا قالوا لو تذكر الخليفة فائتة فسدت صلاة الامام الاول والثاني والقوم ولو تذكرها الاول بعد ما خرج من المسجد فسدت صلاته خاصة أو قبل خروجه فسدت صلاته وصلاة الخليفة والقوم (قوله فان لم يحدث الامام الاول الخ) لفظ الاول هنا تساهل اذ ليس في صورة هذه المسئلة امام ثان اذ ليس فيها استخلاف بل حاصلها رجل أتم قوما مسبوقين ومدركين فلما انتهى الى محل السلام فهقه أو أحدث متعمدا فسدت صلاة المسبوقين عند الكل ثم فساد صلاة المسبوقين عنده مقيد بما اذا لم يكونوا قضوا ركعة بسجدتيها قبل أن يحدث الامام بان قام المسبوق للقضاء قبل سلام الامام تاركا للواجب وهو أن لا يقوم الا بعد سلامه أما لو قام فقضى ركعة فسجد لها ثم فعل الامام ذلك لا تفسد صلاته لانه استحكم انفراده حتى لا يسجد لو سجد الامام لسهو عليه ولا تفسد صلاته لو فسدت صلاة الامام بعد سجوده وكذا لو كان في القوم لاحق ان فعل الامام ذلك بعد أن قام يقضي ما فاته مع الامام لا تفسد والا تفسد عنده (قوله لانه منه) أي متمم للصلاة والكلام في معناه لان السلام كلام يشتمل على كاف الخطاب فهو من الكلام في ذاته وفي حكمه الذي هو الافساد اذ لم يفوت شرط الصلاة وهي الطهارة بل هو قاطع

أنه قد بقي عليه البناء وضحك الامام في حقه في المنع من البناء كضحكه ولو ضحك هو في هذه الحالة فسدت صلاته فكذا اذا ضحك الامام المستخلف وقوله (فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد) انما قيد بذلك لان القهقهة والحدث العمد اذا وجدا قبله فسدت صلاة الجميع بالاتفاق وقيد بفساد صلاة المسبوق لان صلاة المدرك لا تفسد بالاتفاق وفي صلاة اللاحق روايتان قوله (وله أن القهقهة مفسدة) لانها كالحدث في ازالة شرط الصلاة وهو الطهارة فتكون مفسدة للجزء الذي يلاقيه من صلاة الامام فيفسد مثله من صلاة المقتدي لابتنائها عليها قوله (لانه منه) المنهي ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة عند الفراغ من الصلاة كالتسليم والخروج بفعل المصلي فان الشرع اعتبرهما كذلك قال صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم وقال الله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وقوله (والكلام في معناه) يعني من حيث ان السلام كلام مع القوم عنه ويسرة لوجود كاف الخطاب وقوله (وينتقض وضوء الامام) يعني عند العلماء الثلاثة خلافا لزفر فان عنده أن كل قهقهة توجب اعادة الصلاة توجب الوضوء وما لا فلا لانه في معنى المنصوص عليه من كل وجه ولهم أنها وجدت في حرمة الصلاة لانه لو بها في هذه الحالة وجب عليه سجوده فتكون مفسدة للوضوء فكانه

فكأنه قطع الصلاة به فلم يفسد شيء من صلاة المسبوق بخلاف القهقهة لتفويتها الطهارة فتفسد جزأ تلاقيه فيفسد مثله من صلاة المسبوق ولهذا لو تكلم الامام بعد قدر التشهد فعلى القوم أن يسلموا ولو تعمد الحدث أو قهقه ذهبوا ولم يسلموا

﴿ وهذا فصل في المسبوق كما وعدناه ﴾ وهو من لم يدرك أول صلاة الامام هو كالمنفرد الا في أربع مسائل احداها لا يجوز اقتداؤه ولا الاقتداء به لانه بان تحريمة أما لونسي أحد المسبوقين المتساويين كمية ما عليه فقضى ملاحظا للآخر بلا اقتداء به صح ثانيها لو كبر ناويا للاستئناف يصير مستأنفا قاطعا للاولى بخلاف المنفرد على ما يأتي ثالثها لو قام الى قضاء ما سبق به وعلى الامام سجدتا سهو قبل أن يدخل معه كان عليه أن يعود فيسجد معه ما لم يقيد الركعة بسجدة فان لم يعد حتى سجد يمضي وعليه أن يسجد في آخر صلاته بخلاف المنفرد لا يلزمه السجود لسهو غيره رابعها يأتي بتكبير التشريق اتفاقا بخلاف المنفرد ولا يجب عليه عند أبي حنيفة وفيما سوى ذلك هو منفرد لعدم المشاركة فيما يقضيه حقيقة وحكما ولا يقوم الى القضاء بعد التسليمتين بل ينتظر فراغ الامام بعدهما لاحتمال سهو على الامام فيصير حتى يفهم أن لا سهو عليه اذ لو كان لسجد قلت هذا اذا اقتدى بمن يرى سجود السهو بعد السلام أما اذا اقتدى بمن يراه قبله فلا ولا يقوم المسبوق قبل السلام بعد قدر التشهد الا في مواضع اذا خاف وهو ما سح تمام المدة لو انتظر سلام الامام أو خاف المسبوق في الجمعة والعيدين والفجر أو المعذور خروج الوقت أو خاف أن يتدره الحدث أو أن تمر الناس بين يديه ولو قام في غيرها بعد قدر التشهد صح ويكره تحريما لان المتابعة واجبة بالنص قال صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه وهذه مخالفة له الى غير ذلك من الاحاديث المفيدة للوجوب ولو قام قبله قال في النوازل ان قرأ بعد فراغ الامام من التشهد ما تجوز به الصلاة جاز والا فلا هذا في المسبوق بركعة أو ركعتين فان كان بثلاث فان وجد منه قيام بعد تشهد الامام جاز وان لم يقرأ لانه سيقرأ في الباقيتين والقراءة فرض في ركعتين ولو قام حيث يصح وفرغ قبل سلام الامام وتابعه في السلام قيل تفسد والفتوى على أن لا تفسد وان كان اقتداؤه بعد المفارقة مفسد الان هذا مفسد بعد الفراغ فهو كتعمد الحدث في هذه الحالة ولو سلم المسبوق مع الامام ساهيا لا سهو عليه وان سلم بعده فعليه لتحقق سهوه بعد انفراده ولو سلم على ظن أن عليه أن يسلم معه فهو سلام عمد يمنع البناء ولو ظن الامام أن عليه سهوا فسجد وتابعه المسبوق ثم علم أن لا سهو عليه فيه روايتان وبناء عليهما اختلف المشايخ وأشبههما فساد صلاة المسبوق وقال أبو حفص الكبير لا وبه أخذ الصدر الشهيد والاول بناء على أن زيادة سجدتين كزيادة الركعة مفسد على ما يعرف في مسائل السجدات وبناء على ذلك قالوا لو تابع المسبوق الامام في السجدتين بعد ما قيد بالسجدة فسدت صلاته كزيادة ركعة والحق أن الفساد ليس لذلك لان من الفقهاء من قال لا تفسد بزيادة سجدتين بل الموجب للفساد الاقتداء في موضع عليه الانفراد فيه ألا ترى أن اللاحق اذا سجد لسهو الامام مع الامام تكون زيادة سجدتين فانه لا يعتد بهما حتى يجب عليه أن يسجد في آخر صلاته مع أنه لا تفسد صلاته بذلك ولو تذكر الامام سجدة تلاوة وعاد الى قضائها ان لم يقيد المسبوق ركعته بسجدة فانه يرفض ذلك ويتابع فيها ويسجد معه للسهو ثم يقوم الى القضاء ولو لم يعد فسدت صلاته لان عود الامام الى سجود التلاوة يرفض القعدة وهو بعد لم يصر منفردا الان ما أتى به دون ركعة فيرتفض في حقه أيضا واذا ارتفضت لا يجوز له الانفراد لان هذا أوان افتراض المتابعة والانفراد في هذه الحالة مفسد للصلاة ولو تابعه بعد تقييدها بالسجدة فيها فسدت رواية واحدة وان لم يتابعه ففي رواية كتاب الصلاة تفسد أيضا وفي رواية النوادر لا وجه رواية الاصل أن العود الى سجدة التلاوة يرفض القعدة فتبين أنه انفرد قبل أن يقعد

الامام وجه رواية نوادر أبي سليمان أن ارتفاض القعدة في حق الامام لا يظهر في حق المسبوق لانه بعد ما تم انفراده وخرج عن متابعته من كل وجه فلا يتعدى حكمه اليه كما لو ارتفضت كلها في حقه بعد استحكام انفراده بأن ارتد والعياذ بالله الامام بعد اتمامها أو صلى الظهر يوم الجمعة بقوم ثم راح الى الجمعة ارتفض ظهره في حقه لاحقهم ألا ترى أن مقيما لو اقتدى بمسافر وقام قبل سلامه للاتمام فنوى الامام الاقامة حتى تحول فرضه أربعا فان لم يكن سجد عاد الى متابعة الامام وان لم يعد فسدت وان سجد فان عاد فسدت وان لم يعد ومضى عليها وأتم لا تفسد ولو تذكر الامام سجدة صلبية وعاد اليها يتابعه وان لم يتابعه فسدت وان كان قيد ركعته بالسجدة تفسد في الروايات كلها عاد أو لم يعد لانه انفرد وعليه ركنان السجدة والقعدة وهو عاجز عن متابعته بعدا كمال الركعة ولو انفرد وعليه ركن فسدت فهنا أولى والاصل أنه اذا اقتدى في موضع الانفراد أو انفرد في موضع الاقتداء تفسد والتحريج غير خاف فيما يرد عليك وعلى الاول ينبني فساد صلاة المسبوق واللاحق اذا اقتدى بمثلهما ثم المسبوق يقضي أول صلاته في حق القراءة وآخرها في حق التشهد حتى لو أدرك مع الامام ركعة من المغرب فانه يقرأ في الركعتين بالفاتحة والسورة ولو ترك في احداهما فسدت صلاته وعليه أن يقضي ركعة بتشهد لانها ثانيته ولو ترك جازت استحسانا لا قياسا ولو أدرك ركعة من الرباعية فعليه أن يقضي ركعة ويقرأ فيها الفاتحة والسورة ويتشهد لانه يقضي الآخر في حق التشهد ويقضي ركعة يقرأ فيها كذلك ولا يتشهد وفي الثالثة يتخير والقراءة أفضل ولو أدرك ركعتين يقضي ركعتين يقرأ فيهما ويتشهد ولو ترك في احداهما فسدت لان ما يقضي أول صلاته ولو كان امامه تركهما من الاوليين وقضاهما في الاخريين وأدرك المسبوق الاخريين فالقراءة فيما يقضي فرض عليه لان تلك القراءة تلتحق بمعلها من الشفع الاول فقد أدرك الثاني خاليا عن القراءة حكما ولو أدرك في التشهد الصحيح انه يترسل ليفرغ من التشهد عند سلام الامام أو في جهر القراءة لا يثني حتى يقوم الى القضاء ولو سها في قضاء ما سبق به وقد سجد مع الامام لسهو عليه فانه يسجد ثانيا في آخر صلاته لسهوه وان لم يكن سجد تجزئه سجدتان عن الكل كما لو تكرر السهو والله سبحانه وتعالى أعلم هذا وأما المسبوق اللاحق وهو الذي اقتدى بعد ما صلى الامام بعض الصلاة ركعة مثلا ثم تأخر عنه لنوم أو زحمة ولم يجد مكانا فانه يبدأ في القضاء بما أدرك الامام فيه ثم بما سبق به وهذا عندزفر فرض وعندنا واجب على ما ذكر من قريب فلو عكس هذا الترتيب لم تصح صلاته عنده وتصح عندنا ثم اما أن يستيقظ في الرابعة أو بعد ما فرغ الامام فان كان بعد الرابعة والفراغ بأتي بما فاته أولا حال نومه فيأتي بركعة لا يقرأ فيها ويقعد متابعة لامامه ثم يقوم فيأتي بركعة لا يقرأ فيها ويقعد لانها ثانيته ثم بأخرى لا يقرأ فيها ويقعد متابعة لامامه ثم بأخرى لا يقرأ فيها ويقعد للختم وان كان في الرابعة قبل الركوع ففي شرح المجمع يصلي فيما أدرك ما فاته مع الامام أولا ثم يقضي ما فاته رعاية للترتيب فلو نقض هذا الترتيب فتابع فيما أدرك ثم قضى ما سبقه به ثم ما نام فيه جاز عندنا وعند زفر لا يجوز اه ثم يقعد على رأس كل ركعة أما فيما أدرك فلمتابعة الامام وفيما بعدها لانها ثانيته وفي ثالثته للمتابعة فانها قعدة ختم الامام وفيما بعدها ختمه ولا يسجد اللاحق مع الامام بسهو الامام بل يقوم للقضاء ثم يسجد عن ذلك بعد الختم وأما من أدرك أول صلاة الامام فهو اللاحق لا غير وله حكم المقتدي فلا يسجد للسهو اذا سها فيما يقضي ولا يقرأ فيه ولو تبدل اجتهاده فيه في القبلة الى غير مجتهد الامام بعد فراغ الامام تفسد ولو كان مسافرا فنوى الاقامة فيه أو دخل مصره للوضوء فيه بعد فراغ الامام لا ينقلب أربعا بخلاف المسبوق في كل ذلك وعرف من هذا أن تعريف اللاحق بمن أدرك أول صلاة الامام تساهل بل هو من فاته بعد ما دخل مع الامام بعض صلاة الامام

(قوله

وقوله (ولا يعتد) وفي بعض النسخ يعيدوهما متقاربان لان عدم الاعتداد يستلزم الاعادة (لان اتمام الركن بالانتقال والانتقال مع الحدث لا يتحقق) لان المنتقل اليه جزء من الصلاة وأداء جزء منها بعد سبق الحدث مفسد (فلا بد من الاعادة) والقياس أن ينتقض بالحدث جميع ما أدى لكن تركناه بالاثر الوارد في البناء فبقي انتقاض الركن الذي سبقه الحدث فيه على القياس ولزم اعادة ما كان الحدث فيه بالقياس وقوله (دام المقدم على ركوعه) أي مكث راكعا قدر ركوعه (لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة) لان الاستدامة فيما يستدام كالانشاء فلا يحتاج الى انشاء الركوع وأصله قوله تعالى (٢٧٩) فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

ولا يعتد بالتي أحدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة (ولو تذكر وهو راكع أو ساجد أن عليه سجدة فانحط من ركوعه أو رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود) وهذا بيان الاولى لتقع أفعال الصلاة مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد أجزأه لان الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد وعن أبي يوسف رحمه الله انه تلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده قال (ومن أم رجلا واحدا فأحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى أو لم ينو)

(قوله لان اتمام الركن بالانتقال) هذا خرج على قول محمد أما على قول أبي يوسف فلا على ما يعرف في سجود السهو ان شاء الله تعالى لكن على كلا المذهبين لو لم يعد ذلك الركن فسدت الصلاة أما على قول محمد فلما ذكر وأما على قول أبي يوسف فلان افتراض القومة والجلسة عنده ولا يتحققان مع الطهارة الا بالاعادة وحاول تخريجه في الكافي على الرأيين بأن التمام على نوعين تمام ماهية وتمام مخرج عن العهدة فالسجدة وان تمت بالوضع ماهية لكن لم تتم تماما مخرجا عن العهدة اه يعني والثاني هو المراد في الهداية (قوله ان عليه سجدة) أي صلبية أو للتلاوة (قوله وهذا بيان الاولى) لان الترتيب ليس بفرض فيما شرع مكررا في كل الصلاة أو كل ركعة بخلاف المتحد على ما قدمنا تفصيله في أول صفة الصلاة فارجع اليه وفيه خلاف زفر على ما ذكرناه آنفا بقي أن انتفاء الافتراض لا يستلزم ثبوت الاولوية لجواز الوجوب ثم الوجوب هو الثابت على ما قدمه المصنف في أول صفة الصلاة عند عد الواجبات حيث قال ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال فأشار في الكافي الى الجواب حيث قال ولئن كان الترتيب واجبا فقد سقط بالنسيان لكنه لا يدفع الوارد على العبارة أعني تعليل الاولوية بانتفاء الافتراض في المتكرر بل تعليله انما هو بسقوط الوجوب بالنسيان ثم وجه قول زفر في الخلافية أن الصلاة مجمل ولم يقع البيان الا كذلك قلنا ممنوع فان المسبوق مصل أول صلاته أولا ثم يقضي ما فاته فعلم أن الترتيب بين الركعات لم يعتبر فرضا لان الركن لا يسقط بعذر المسبوقية بخلاف الواجب قد يقوم العذر في اسقاطه شرعا وعلى هذا لو عكس المسبوق اللاحق الترتيب الذي ذكرناه في حقه آنفا كان آثما عندنا وان صحت صلاته ثم على قوله اذا قضى السجدة وجب عليه قضاء جميع ما أدى بعدها لعدم الاعتداد به حيث كان قبله بما يفترض تقديمه وعندنا قضاء الركن الذي حدث فيه الذكر استحبابا لا غير ان قضاها عقيبه وله أن يؤخرها الى آخر الصلاة فيقضيها هناك كما هو المذكور في الهداية وفي فتاوى قاضيخان في آخر فصل ما يوجب السهو ما هو ظاهر في خلافه قال في امام صلى ركعة وترك منها ومن ذكر في ركوعه أو سجوده أن عليه سجدة فانحط من ركوعه أو رفع رأسه من سجوده فسجد التي ذكرها صلبية كانت أو تلاوة أعاد الركوع والسجود لتقع الافعال مرتبة بقدر الامكان وهذا بيان الاولى لان مراعاة الترتيب في أفعال الصلاة ليست بركن ألا ترى أن المسبوق يبدأ بما أدرك مع الامام ولو كان الترتيب ركنا لما جاز له تركه بعذر الجماعة كالترتيب بين الصلوات فلو ترك الاعادة جاز لان ذكر السجدة لا ينقض الركوع فيصح الاعتداد به بخلاف سبق الحدث فانه ينقضه كما تقدم وهو معنى قوله لان الانتقال مع الطهارة وعن أبي يوسف أنه يلزمه اعادة الركوع لان القومة عنده فرض فحيث انحط من الركوع ولم يرفع رأسه فقد ترك الفرض فعليه الاعادة وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا عاد الى السجدة الصلبية بعد ما قعد قدر التشهد فانه ترتفض القعدة وكذا لو تذكر في الركوع انه لم يقرأ القرآن فعاد للقراءة القرآن ارتفض الركوع وأجيب بأن القعدة انما ترتفض بالاتيان بالسجدة لان النبي صلى الله عليه وسلم علق تمام الصلاة بالقعدة في قوله عليه السلام اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك فلو قلنا بجواز تأخير غيرها عنها كان تمام الصلاة بذلك الغير وهو خلاف النص وكذلك لا يجوز تأخير القيام أو الركوع عن السجود لان القيام وسيلة الى الركوع والركوع وسيلة الى السجود حتى ان من لم يقدر على الركوع والسجود لا يجب عليه القيام والوسائل متقدمة على المقاصد والقراءة زينة القيام فكانت تابعة له (ومن أم رجلا واحدا فأحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى) الامام ذلك (أو لم ينو)

(لمافيه) أي في تعيينه اماما (صيانة صلاة المقتدي) لانه لولم يعين اماما خلا مكان الامامة عن الامام وهو يوجب فساد صلاة المقتدي فان قيل التعين لا يتحقق بلا تعيين ولم يعين أجاب بقوله (وتعيين الاول لقطع المزاحمة) ولامزاحم فكان التعيين موجودا حكما واذا تعين لذلك كان كالمستخلف حقيقة فتتم صلاته مقتديا (٢٨٠) به (ولولم يكن خلفه الاصبي أو امرأة اختلف المشايخ فيه فقيل تفسد صلاة الامام فقط) لاستخلاف من لا يصلح للامامة حكما فانه لما تعين للامامة كان الامام مقتديا به ومن اقتدى بمن لا يصلح للامامة فسدت صلاته (وقيل لا تفسد صلاته) لان الاستخلاف انما يكون حقيقة أو حكما ولاشئ منهما بموجود أما حقيقة فظاهر لان الفرض عدمه وأما حكما فلانه يقتضي صلاحيته للامامة والفرض عدمها ومنهم من يقول تفسد صلاتهما لانه لما تعين صار كأنه استخلفه فتفسد صلاة الكل ومنهم من يقول تفسد صلاة المقتدي خاصة وهو الصحيح لانه لما لم يصر مستخلفا لا حقيقة ولا حكما لما ذكرنا بقي الامام منفردا فلا تفسد صلاته وتفسد صلاة المقتدي لخلو مكان امامه عن الامامة

﴿باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها﴾

هذا الباب لبيان العوارض التي تعرض في الصلاة باختيار المصلي فكانت مكتسبة وأخره عما تقدم لكونها سماوية (ومن تكلم في صلاته عامدا أو ساهيا بطلت صلاته وقال الشافعي لا تفسد في الخطا والنسيان الا اذا طال الكلام) ولم يفرق المصنف بين السهو والنسيان لعدم التفرقة بينهما في حكم الشرع والسهو ما يتنبه صاحبه بأدنى تنبيه والخطأ ما لا يتنبه بالتنبيه أو يتنبه بعد اتعاب والنسيان هو أن يخرج المدرك من الخيال على ما عرف في موضعه

لمافيه من صيانة الصلاة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولامزاحمة ههنا ويتم الاول صلاته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة (ولولم يكن خلفه الاصبي أو امرأة قيل تفسد صلاته) لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة والله أعلم

﴿باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها﴾

(ومن تكلم في صلاته عامدا أو ساهيا بطلت صلاته) خلافا للشافعي رحمه الله في الخطا والنسيان

سجدة وصلى أخرى وسجد لها فتذكر المتروكة في السجود أنه يرفع رأسه من السجود ويسجد المتروكة ثم يعيد ما كان فيها لانها ارتفضت فيعيدها استحسانا اه قال فأما ما قبل ذلك الى المتروكة هل يرتفض ان كان ما تخلل بين المتروكة وبين الذي تذكر فيها ركعة تامة لا ترتفض باتفاق الروايات فلا تلزمه اعادته وان لم تكن ركعة تامة فكذلك في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يرتفض وقال قبله فيه وان تذكر وهو راكع في الثالثة أنه ترك من الركعة الثانية سجدة سجد المتروكة ويتشهد ثم يقوم فيصلي الثالثة والرابعة بركوعها وسجودهما لانه لما تذكر في الركوع والركوع قبل رفع الرأس يقبل الارتفاض فسجوده المتروكة رفض الركوع بخلاف ما بعد التمام اه والاصح ما في الكتاب للقاعدة التي قدمناها في أول باب صفة الصلاة من أن الترتيب بين ما يتحد في كل الصلاة من الاركان وهو القعدة وبين غيرها مطلقا شرط لا بين المتحد في كل ركعة وهو المتعدد في كل الصلاة وبين المتعدد في كل ركعة لان الشرع علق التمام بالقعدة فلو جاز تأخر شئ عنها لكان ذلك الغير متعلقه وهو منتف شرعا بخلاف تقديم سجود الركعة على ركوعها والركوع على القيام لان الركوع شرع وسيلة الى السجود بعده والقيام الى الركوع فلا يتحقق ذلك الا بالتقدم المعهود وكذا بتقدم القراءة على الركوع لانها ركنه فلا تتحقق الا فيه فلا يتصور تقديمه عليها ويتذكر السجدة في ركوع الثانية مثلا من الاولى لم يتحقق تقديم له على ركوع الاولى بل هو في محله من التعدية غاية الامر انه صار بعد ركوع الثانية أيضا اذ لم يعد على ما هو الامر الجائز خلافا لزفر وهو في التقدير قبله لالتحاقه بمحله من الركعة الاولى ووجوب كونه قبله يسقط بالنسيان بدليل حال المسبوق لاشتراكهما في العذر بخلاف السجدة في القعدة لانه قصد في الختم كونه في القعدة معنى وصورة فلا يكفي اعتبارها متأخرة عن السجدة المتذكرة فيها (قوله لما فيه من صيانة الصلاة) لا شك أن صلاة المأموم مرادة بهذا أما صلاة الامام المحدث فظاهر النهاية أنها هي المرادة بناء على فساد صلاته اذ لم يستخلف حتى خرج وقد قدمنا فيه روايتين والشيخ أبهم الصلاة فيراد صلاة من تفسد صلاته أعم من كونه المأموم أو الامام على احدى الروايتين وعندي انه يشكل فساد صلاة الامام لان الاستخلاف ليس من أركان الصلاة بل غايته الوجوب تحصينا الصلاة غيره عن الفساد وهو قادر عليه والامام منفرد في حق نفسه فغاية ما في خروجه بلا استخلاف تأثيمه لسعيه في فساد صلاة غيره فصار كامام تعمد التأخر عمن خلفه حتى فسدت بتقدمهم عليه (قوله ولو لم يكن خلفه الاصبي أو امرأة) أو أمي أي من لا يصلح للامامة (قوله لم يوجد الاستخلاف منه قصدا) وما حكم بكون الاول خليفة الا لتصحيح صلاة الامام والمأموم وهنا لو اعتبرناه هذا الاعتبار لاصلاح صلاة المقتدي كان فيه افساد صلاة الامام فدار الامر بينه فتفسد على الامام وتصح على المقتدي وبين عدمه فينعكس فوجب الترجيح ووجه ترجيح عدمه غني عن البيان

﴿باب ما يفسد الصلاة﴾

قال المصنف (ومن تكلم في صلاته عامدا أو ساهيا) أقول أراد بالساهي ما يعم الخاطئ والناسي

(ومفزعه) أى ملجؤه (الحديث المعروف) وهو قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان الحديث ووجه الاستدلال أن حقيقتهما غير مرفوعة لوجودهما بين الناس فيكون الحكم وهو الافساد مرفوعا (ولنا) حديث معاوية بن الحكم قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بأبصارهم فقلت واثكل أماه مالى أراكم تنظرون الى شزرا فضربوا أيديهم على أفخاذهم فعلمت أنهم يسكتونني فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم دعاني فوالله ما رأيت معلما أحسن تعليما منه ما كهرني ولا زجرني ولكن قال (ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس) الحديث جعل عدم الكلام فيها من حقها كما جعل وجود الطهارة فيها من حقها فكما لا يجوز مع عدم الطهارة لا يجوز مع وجود الكلام وهو واضح جدا فان قيل لو كان مفسد الأمر بالاعادة ولم يثبت قلنا هذا استدلال بالنفي وهو باطل سلمناه ولكن العلم بالنسخ شرط ولم يكن فلم يأمره بالاعادة كسلم لم يهاجر وقوله (وما رواه محمول على رفع الاثم) جواب عن استدلاله بالحديث المعروف وتقريره أن حكم الآخرة وهو الاثم مراد بالاجماع فلا يكون حكم الدنيا مرادا والا لزم عموم المشترك أو المقتضى وكلاهما باطل على ما عرف فى موضعه وقوله (بخلاف السلام ساهيا) جواب عما يقال السلام كالكلام فى أن كل واحد منهما قاطع وفى السلام يفصل بين العمد والنسيان فكذلك الكلام ووجهه أن السلام ليس كالكلام (لانه من الاذكار) اذ المتشهد يسلم

ومفزعه الحديث المعروف ولنا قوله عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس وانما هى التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا فى حالة النسيان وكلاما فى حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب (فان أن فيها أو تأوه أو بكى

﴿ باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها ﴾

(قوله ومفزعه الحديث المعروف) رفع عن أمتى الخطأ والنسيان الخ الفقهاء يذكرونه بهذا اللفظ ولا يوجد به فى شئ من كتب الحديث بل ان الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه رواه ابن ماجه وابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرطهما (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا الخ) رواه مسلم من حديث معاوية بن الحكم السلمى قال بينا أنا أصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ عطس رجل من القوم فقلت له يرحمك الله فرماني القوم بأبصارهم فقلت واثكل أماه ما شأنكم تنظرون الى فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم فلما رأيتهم يصمتونى لكنى سكت فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم دعانى فبأبى هو وأمى ما رأيت معلما قبله ولا بعده أحسن تعليما منه فوالله ما كهرنى ولا ضربنى ولا شتمنى ثم قال ان هذه الصلاة لا يصلح فيها شئ من كلام الناس انما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن اه وقد أجابوا بأنه لا يصلح دليلا على البطلان بل على انه محظور والحظر لا يستلزم البطلان ولذا لم يأمره بالاعادة وانما علمه أحكام الصلاة قلنا ان صح فانما بين الحظر حالة العمد والاتفاق على أنه حظر يرتفع الى الافساد وما كان مفسدا حالة العمد كان كذلك حالة السهو لعدم المزيل شرعا كالاكل والشرب وقوله رفع عن أمتى أو ان الله وضع عنهم من باب المقتضى ولا عموم له لانه ضرورى فوجب تقديره على وجه يصح والاجماع على أن رفع الاثم مراد فلا يراد غيره والا لزم تعميمه وهو فى غير محل الضرورة ومن اعتبره فى الحكم الاعم من حكم الدنيا والآخرة فقد عممه من حيث لا يدرى اذ قد أثبته فى غير محل الضرورة من تصحيح الكلام وصار كما اذا أطال الكلام وصار ساهيا فانه يقول بالفساد فان الشرع اذا رفع افساده وجب شمول العصمة والا فشمول عدمها وكالاكل والشرب وانما عفى القليل من العمل لعدم الاحتراز عنه لان فى الحى حركات من الطبع وليست من الصلاة فلو اعتبرا فساده مطلقا لزم الحرج فى اقامة صحة الصلاة فعفى ما لم يكثر وليس الكلام من طبع الحى (قوله بخلاف السلام ساهيا) جواب عن قياس مقدر للشافعى رحمه الله على السلام ساهيا وهو ظاهر من الكتاب (قوله فان أن فيها)

 على النبى صلى الله عليه وسلم وهو اسم من أسماء الله تعالى وانما أخذ حكم الكلام بكاف الخطاب وانما يتحقق معنى الخطاب فيه عند القصد فاذا كان ناسيا ألحقناه بالاذكار واذا كان عامدا ألحقناه بالكلام عملا بالشبهين بخلاف الكلام فانه ينافى الصلاة على كل حال فكان مبطلا لها كذلك وطولب بالفرق بينه وبين أفعال تنافى الصلاة فان القليل منها غير مفسد وأجيب بأن الاحتراز عن قليلها غير ممكن اذ فى الحى حركات طبيعية ليست من الصلاة فلا تفسد حتى تدخل فى حيز ما يمكن الاحتراز عنه وهو الكثير وليس فى الحى كلام طبيعى لا يمكن الاحتراز عنه فاستوى القليل والكثير قوله (فان أن فيها أو تأوه) الانين صوت المتوجع

(قوله معنى الخطاب فيه عند القصد) أقول أى السلام وفيه صنعة الاستخدام

وقيل هو أن يقول آه والتأوه أن يقول أوه وارتفاع البكاء هو أن يحصل به حروف وكل ذلك اما أن يكون من ذكر الجنة أو النار أو من وجع أو مصيبة فان كان الاول لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان الثاني قطعها لان فيه اظهار الجزع والمصيبة فكان كل منهما دليلا على أمر والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يكن هناك صريح يخالفها ولو صرح بذكر الجنة والنار فقال اللهم انى أسألك الجنة وأعوذ بك من النار لم يضره ولو صرح باظهار الوجع فقال انى مصاب فسدت صلاته فكذلك بالدلالة اذ ليس ثمة صريح يخالفها وعن أبي يوسف أنه اذا قال آه لم تفسد في الحالين سواء كان من ذكر الجنة أو النار أو من وجع ومصيبة وأوه تفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما (٢٨٣) زائدتان أو احداهما لا تفسد وان كانتا أصليتين تفسد وهذا لان أصل كلام العرب ثلاثة أحرف لاحتياجه الى حرف يبتدأ به وحرف يوقف عليه وحرف يفصل بينهما فالحرف الواحد أقل الجملة فلا يطلق عليه اسم الكلام والحرفان ان كان أحدهما من الزوائد كذلك لانه نظر الى الاصل على حرف واحد وأما اذا كانتا أصليتين فقد وجد الاكثر وهو يقوم مقام الكل والحروف الزوائد على معنى أن كل زائد لابد وأن يكون منها لا عكسه جمعوها في قولهم اليوم تنساه وعلى هذا قوله آه لا تفسد لانهما من الزوائد وأوه تفسد لانه زائد على حرفين فانه في الزوائد على حرفين لا ينظر الى الاصالة والزيادة قال المصنف (وهذا لا يقوى لان كلام الناس هو المفسد وكلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد) قال في النهاية فانك اذا قلت أنتم اليوم سألتمونيها فان هذا مبتدأ وخبر وفعل وفاعل ومفعول به ومفعول فيه وكلها من حروف الزوائد وهو الزائد مفسد بالاتفاق قلت هذا الرد عليه لان كلامه في الحرفين لا في الزائد عليهما فان في الزائد عليهما قوله كقولهما وتابعه الشارحون وأقول قول المصنف في حروف كلها زوائد يجوز أن يكون المراد بالجمع فيه التثنية وحينئذ يكون معنى كلامه كلام الناس في العرف عبارة عن

فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة أو النار لم يقطعها) لانه يدل على زيادة الخشوع (وان كان من وجع أو مصيبة قطعها) لان فيه اظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس وعن أبي يوسف رحمه الله ان قوله آه لا يفسد في الحالين وأوه يفسد وقيل الاصل عنده أن الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان أو احداهما لا تفسد وان كانتا أصليتين تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد

أي قال آه أو تأوه أي قال أوه ونحوه (قوله فارتفع بكاؤه) أي حصل به الحروف (قوله فكان من كلام الناس) صريح كلامه أن كونه اظهار الوجع بلفظ هو المصير له كلاما فلا يحتاج في تقريره الى قولهم لانه اذا كان اظهار الوجع فكأنه قال أدركوني أو أعينوني بخلاف اظهار الرغبة والرهبة لانه كقوله أدخلني الجنة وأعذني من النار وذلك غير مفسد اذ يعطى ظاهره أن كونه دالا على ذلك الكلام صيره كلاما لكن مجرد كونه اظهار الذلك هو الذي يصيره كلاما وهذا هو الحق ورشحه في الكلام مع أبي يوسف حيث اشترط في كون اللفظ مفسدا كونه حرفين زائدين أو أحدهما بقوله وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود الحروف وافهام المعنى ولا شك أن اظهار الوجع باللفظ افادة معنى به فيكون نفسه كلاما وان لم يكن فيه وضع واشتراط الوضع اصطلاح حادث في الكلام ولو سلم ثبوته لغة لم يلزم اشتراطه في الافساد لان المعقول في الافساد كونه افادة المعنى باللفظ لا بقيد كونه بطريق الوضع اذ ليس كونه خارجا عن عمل الصلاة متوقفا عليه وقوله في الحالين أي الخشوع والجزع وقوله لا تفسد أي في الحالين أيضا عنده وكذا أف مشددا ومخففا لا تفسد وتمسك في ذلك بما روى أنه صلى الله عليه وسلم نفخ في صلاة الكسوف فقال أف ألم تعدني أن لا تعذبهم وأنا فيهم قلنا واقعة حال لا عموم لها فيجوز كونها قبل تحريم الكلام في الصلاة فلا يعارض ما روينا وقوله فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام ونحوه من الاحاديث (قوله في قولهم اليوم تنساه) سمط تنفرد منه النفس أين هو من أمان وتسهيل وقد جمعها العلامة ابن مالك أربع مرات في هذا البيت

هناء وتسليم تلا يوم أنسه * نهاية مسؤل أمان وتسهيل

وقال الشافعي رحمه الله الانين والبكاء والتأوه يقطع مطلقا اذا حصل منه حرفان ولنا ما روى أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي بالليل ولصدره أزيز كأزيز المرجل وبأزيز المرجل يحصل الحروف لمن يصغي (قوله ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد) قال في النهاية قلت هذا لا يرد عليه لان كلامه في الحرفين لان في

(قوله لان فيه اظهار الجزع والمصيبة الخ) أقول قول المصنف فكان من كلام الناس يدل على ان افساده لكونه نفسه من كلام الناس لافادته اظهار الجزع والتأسف ويدل على ذلك ما ذكره في جواب أبي يوسف أيضا فلا يطابق ما ذكره الشروح فتأمل (قوله المراد بالجمع فيه التثنية) أقول أي ما يشمل التثنية

وجود الهجاء وافهام المعنى وذلك يتحقق فى الكلام الذى فيه حرفان من حروف الزيادة فيكون كغيره من كلام الناس فيكون مفسدا (وان تنحنح) وحصل به حروف فاما أن يكون بعذر أو لا فان كان الثانى وهو ان لم يكن مدفوعا اليه أى ان لم يكن بحيث لا يستطيع الامتناع عنه ينبغى أن تفسد عندهما قيل انما قال ينبغى لان المشايخ اختلفوا فيما اذا كان التنحنح لاصلاح الصوت للقراءة فقال شيخ الاسلام لا تفسد لانه يصير بمعنى القراءة معنى كالمشى للبناء فانه لكونه لاصلاح الصلاة صار من الصلاة وكذا ذكره شمس الائمة وقال فى المحيط وان لم يكن مدفوعا اليه فى التنحنح الا انه فعل لاصلاح الحلق ليتمكن من القراءة ان ظهر له حروف كقوله اح اح وتكلف لذلك كان الفقيه اسمعيل الزاهد يقول يقطع الصلاة عندهما لانها حروف هجاء وفيه نظر لان اختلاف المشايخ لا يستلزم ذلك ولا وقع فى هذا الكتاب فى موضع من اختلاف المشايخ كذلك وقوله عندهما أيضا فيه نظر لانه قال وحصل به حروف بلفظ الجمع ومذهبه حينئذ كمذهبهما كما مر فلا وجه لافرادهما بالذكر فان حمل الجمع ههنا أيضا على التثنية اندفع (٢٨٣) النظر الثانى ويقال فى دفع الاول انه لم يثبت فيه نقل عن الائمة والقياس يقتضى أن يكون مفسدا فقال ينبغى وان كان الاول فهو عفو أى معفو كالعطاس والجشاء فان ذلك لا يقطع الصلاة وان حصل به حروف هجاء قوله (ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو) أى القائل (فى الصلاة فسدت صلاته لانه يجرى فى مخاطبات الناس فكان من كلامهم) وانما قيد بقوله آخر لانه اذا قاله العاطس بنفسه لا تفسد صلاته لانه بمنزلة قوله يرحمنى الله وبه لا تفسد كذا فى الفتاوى الظهيرية (بخلاف ما اذا قال العاطس أو السامع الحمد لله) فانه لا يفسد (على ما قالوا) وفى هذا اللفظ اشارة الى خلاف البعض وذكر فى المحيط روى عن أبى حنيفة ان العاطس يحمد فى نفسه ولا يحرك لسانه فان حركه فسدت صلاته وجه الاول ماذكره أنه لم يتعارف جوابا بقوله (وان استفتح ففتح عليه) الاستفتاح طلب الفتح والاستنصار قال الله تعالى وكانوا من قبل يستفتحون أى يستنصرون ويجوز أن يكون كل واحد منهما مرادا والاستفتاح أربعة أقسام بحسب القسمة العقلية وذلك لان المستفتح والفاتح اما أن لا يكونا فى الصلاة وليس مما نحن فيه أو يكونا فيها أو يكون المستفتح فيها دون الفاتح أو بالعكس من ذلك فان كانا فى الصلاة فاما أن تكون الصلاة متحدة بأن يكون المستفتح اماما والفاتح مأموما أو لا يكون ففى الثانية فسدت صلاة كل واحد منهما (لانه تعليم وتعلم

(وان تنحنح بغير عذر) بأن لم يكن مدفوعا اليه (وحصل به الحروف ينبغى أن يفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس) والجشاء اذا حصل به حروف (ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو فى الصلاة فسدت صلاته) لانه يجرى فى مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس أو السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا (وان استفتح ففتح عليه فى صلاته تفسد) ومعناه أن يفتح المصلى على غير امامه لانه تعليم وتعلم

الزائد عليهما يكون قوله كقولهما اه وأثر هذا البحث فى العبارة فقط فانه لو أراد بالجمع الاثنين فصاعدا أو صرح فقال ويتحقق ذلك فى حرفين زائدين أو أن الجمع هنا باعتبار المتكلمين لا متكلم واحد مثل لا تكاح الا بشهود مع أن كل نكاح بشاهدين طاح ماذكره وهو كذلك هذا وعن أبى يوسف انه ان كان الانين يمكن الامتناع مع ذلك الوجع عنه يقطع الصلاة والا فلا وعن محمد رحمه الله ان كان ألمه خفيفا يقطع والا لا (قوله ينبغى الخ) انما لم يجزم بالجواب لثبوت الخلاف فيما اذا لم يكن مدفوعا له بل فعله لتحسين الصوت فعند الفقيه اسمعيل الزاهد تفسد وعند غيره لا وهو الصحيح لان ما للقراءة ملحق بها وكذا التنحنح للاعلام أنه فى الصلاة ولو نفخ مسموعا فسدت واختلف فى معنى المسموع فالحلوانى وغيره ما يكون له حروف كأف تف تفسد والا فلا تفسد وبعضهم لا يشترط الحروف الا فى الافساد بعد كونه مسموعا واليه ذهب شيخ الاسلام وعلى هذا لو نفر طائرا أو دعاء بما هو مسموع (قوله وان كان بعذر) أو مدفوعا اليه أى مبعوث الطبع فانه حينئذ لا يمكنه الاحتراز عنه فلا تفسد ومثله المريض اذا كان لا يملك نفسه عنه لا تفسد كالجشاء وعلى هذا يحمل قول أبى يوسف فى الانين ان كان لا يمكن الاحتراز عنه (قوله فقال له آخر) احترازا عما اذا قال لنفسه يرحمنى الله لا تفسد كقوله يرحمنى الله وعن أبى يوسف لا تفسد فى قوله لغيره ذلك لانه دعاء بالمغفرة والرحمة وهما يتمسكان بحديث معاوية بن الحكم السابق أول الباب فانه فى عين المتنازع فيه لان مورده كان تشميت عاطس وبالمعنى الذى ذكره فى الكتاب (قوله على ما قالوا) اشارة الى ثبوت الخلاف روى عن أبى حنيفة أن ذلك اذا عطس فحمد فى نفسه من غير ان يحرك شفتيه فان حرك فسدت صلاته (قوله فسدت صلاته) يعنى اذا قصد التعليم أما

(قوله قيل انما قال ينبغى) أقول صاحب القيل هو صاحب النهاية (قوله لا يستلزم ذلك) أقول أى اتيان لفظ ينبغى (قوله ولا وقع فى هذا الكتاب فى موضع من اختلاف المشايخ كذلك) أقول أى اتيان هذا اللفظ (قوله فان حمل الجمع ههنا أيضا على التثنية اندفع النظر الثانى) أقول لكن قوله اح اح يمنع عن ذلك الحمل (قوله فيه نقل عن الائمة) أقول يعنى المتقدمين

فكان من كلام الناس) قال في الاصل اذا فتح غير مرة فسدت صلاته وفيه اشارة الى انه اذا لم يتكرر لا تفسد قال (لانه ليس من أعمال الصلاة فيعفى القليل منه ولم يشرط في الجامع الصغير) التكرار (لان الكلام في نفسه قاطع وان قل) قيل وهو الصحيح وفي الاول لا يكون كلاما استحسانا اما بالاثر وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ في الصلاة سورة المؤمنين فترك منها كلمة فلما فرغ منها قال صلى الله عليه وسلم ألم يكن فيكم أبي بن كعب فقال بلى يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم هلا فتحت علي فقال ظننت أنها نسخت فقال عليه السلام لو نسخت لانبأتكم واما بما قال في الكتاب من انه مضطر الى اصلاح صلاته فكان هذا من أعمال صلاته معنى ثم اختلف المشايخ بأن المقتدي ينوي الفتح على امامه أو قراءة القرآن فمنهم من قال ينوي بالفتح التلاوة ومنهم من قال ينوي الفتح دون التلاوة قال المصنف (هو الصحيح) اشارة الى (٣٨٤) أن الاول ليس بصحيح لان المقتدي رخص له في الفتح على امامه ومنع عن القراءة فلا يدع

فكان من جنس كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من أعمال الصلاة فيعفى القليل منه ولم يشرط في الجامع الصغير لان الكلام بنفسه قاطع وان قل (وان فتح على امامه لم يكن كلاما مفسدا) استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلاته فكان هذا من أعمال صلاته معنى (وينوي الفتح على امامه دون القراءة) هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها (ولو كان الامام انتقل الى آية أخرى تفسد صلاة الفاتح وتفسد صلاة الامام لو أخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي أن لا يعجل بالفتح والامام أن لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء أوانه أو ينتقل الى آية أخرى (ولو أجاب رجلا في الصلاة بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يكون مفسدا) وهذا الخلاف فيما اذا أراد به جوابه لا أنه ثناء بصيغته

مارخص له الى مانهى عنه وانما هذا اذا أراد أن يفتح على غير امامه فانه ينوي القراءة دون التعليم على ما ذكرو لم يفرق في الكتاب بين ما اذا قرأ الامام مقدار ما تجوز به الصلاة وبين ما اذا لم يقرأ وان اختلفوا فيه اختيارا منه للصحيح فانه اذا فتح بعد ما قرأ ذلك صح ولا تفسد صلاة واحد منهما (وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلاته فكان هذا من أعمال صلاته معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها ولو كان الامام انتقل الى آية أخرى تفسد صلاة الفاتح وصلاة الامام أيضا ان أخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة) وهذا أيضا قول المشايخ اختاره المصنف ومنهم من يقول لا تفسد (وينبغي للمقتدي أن لا يعجل بالفتح وينبغي للامام أن لا يلجئهم اليه) بأن يرتد الآية أو يقف ساكتا للجواب (بل يركع اذا جاء أوانه أو ينتقل الى آية أخرى) وانما أطلق الاوان لاختلاف المشايخ فيه فمنهم من اعتبر الاستحباب فقال ينبغي للامام اذا أراد أن يتجاوز الى سورة أخرى أو يركع اذا كان قرأ المستحب صيانة للصلاة عن الزوائد ومنهم من اعتبر الفرض فقال يكره للامام أن يترتد فيلجئ القوم الى أن يفتحوا عليه اذا كان قرأ مقدار ما يتعلق به الجواز واذا كان المستفتح وحده في الصلاة وفتح عليه الخارج وأخذ منه فسدت صلاته لوجود التلقين والتلقن وان كان بالعكس فان نوى تعليمه فسدت صلاته وان نوى قراءة القرآن لم تفسد واشتراط التكرار وعدمه قدمر قوله (ولو أجاب رجلا في الصلاة بلا اله الا الله) اذا قيل بين يدي المصلي أ اله مع الله فقال لا اله الا الله فلا يخلو اما أنه أراد جوابه أو اعلامه انه في الصلاة فان كان الاول فسدت صلاته عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تفسد لان هذا الكلام ثناء

اذا أراد التلاوة فلا وكذا لو قيل ما مالك فقال الخيل والبغال والحمير أو كان أمامه كتاب وخلفه رجل اسمه يحيى فقال يا يحيى خذ الكتاب ان أراد افادته المعنى فسدت لان أراد القراءة (قوله شرط التكرار) بأن فتح غير مرة لانه فعل ليس من أفعال الصلاة فيعفى قليله ولم يشرطه في الجامع وهو الصحيح لانه كلام فلا يعفى قليله (قوله لم يكن كلاما استحسانا) هذا أعم من كون الفتح بعد قراءة ما تجوز به الصلاة أو قبله وقيل ان قرأ الامام ما تجوز به تفسد لعدم الحاجة اليه والاصح الاول (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ينوي القراءة وهو سهو لانه عدول الى المنهي عنه عن المرخص فيه بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قرأ في الصلاة سورة المؤمنين فترك كلمة فلما فرغ قال ألم يكن فيكم أبي قال بلى قال هلا فتحت علي فقال ظننت أنها نسخت فقال صلى الله عليه وسلم لو نسخت لاعلمتكم وعن علي رضي الله عنه اذا استطعمك الامام فأطعمه (قوله وتفسد صلاة الامام) هذا قول بعض المشايخ وعامتهم على ما يفيده لفظ المحيط على أنه لا يفسد وان انتقل وهو الاوفق لاطلاق المرخص الذي رويناه (قوله اذا جاء أوانه) أجمله للخلاف فيه فان قاضيخان وصاحب المحيط وبكرا اعتبروا أوان الركوع بعد قراءة ما تجوز به الصلاة وقال بعضهم ينبغي أن لا يلجئهم اليه بل ينتقل الى آية أخرى أو يركع اذا قرأ المستحب صونا للصلاة عن الزوائد وهذا هو الظاهر من جهة الدليل ألا ترى الى ما ذكروا أنه صلى الله عليه وسلم قال لابي هلا فتحت علي مع أنها كانت سورة المؤمنين بعد الفاتحة (قوله وهذا الخلاف فيما اذا أراد جوابه) بأن قيل مثلا أمع الله اله آخر فقال لا اله الا الله أما ان أراد اعلامه انه في الصلاة فلا ينفرغ

بصيغته أي بما وضع له صيغته وكل ما هو كذلك لا يتغير بعزيمة المتكلم كما اذا أراد به اعلامه انه في الصلاة ولهما أنه كلام يحتمل الثناء والجواب فكان كالمشترك والمشترك يجوز تعيين أحد مدلوليه بالقصد والعزيمة كالتسبيح فانه لا شك أنه ذكر بصيغته ويحتمل الخطاب وقد ألحقه النبي صلى الله عليه وسلم بكلام الناس حين قصد به خطاب العاطس فان قيل روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في جواب ابن مسعود حين استأذن على الدخول وهو صلى الله عليه وسلم في الصلاة ادخلوها بسلام آمنين أراد جوابه ولم تفسد صلاته قيل أجاب شمس الأئمة السرخسي بأنه محمول على أنه انتهى بالقراءة الى هذا الموضع وقياسه على ارادة الاعلام فاسد لانه ثبت بالنص على ما ذكر واذا قيل بين يدي المصلي مات فلان فقال انا لله وانا اليه راجعون اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال هو على الخلاف وهذا القائل لا يحتاج الى بيان فارق وهو الصحيح ومنهم من قال هو على الوفاق يعني أن (٢٨٥) أبا يوسف وافقهما في أن الاسترجاع

فلا يتغير بعزيمته ولهما انه أخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتسبيح والاسترجاع على الخلاف في الصحيح (وان أراد اعلامه أنه في الصلاة لم تفسد بالاجماع) لقوله صلى الله عليه وسلم اذا نابت أحدكم نائبة في الصلاة فليسبح (ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر أو التطوع فقد نقض الظهر) لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه (ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزأ بتلك الركعة) لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله (واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلاته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي تامة) لانها عبادة

للجواب فلا تفسد في قول الكل وكذا اذا أخبر بخبر يسره فقال الحمد لله تفسد في قصد الجواب لا الاعلام (قوله فلا يتغير بعزيمته) كما لم يتغير عند قصد اعلامه انه في الصلاة مع أنه أيضا قصد هنالك افادة معنى به ليس هو موضوعا له قلنا خرج قصد اعلام الصلاة بقوله صلى الله عليه وسلم اذا نابت أحدكم نائبة وهو في الصلاة فليسبح الحديث أخرجه الستة لانه لم يتغير بعزيمته كما لم يتغير عند قصد اعلامه فان مناط كونه من كلام الناس كونه لفظا أفيد به معنى ليس من أعمال الصلاة لا كونه وضع لافادة ذلك فيبقى ما وراءه على المنع الثابت بحديث معاوية بن الحكم وكونه لم يتغير بعزيمته ممنوع قال السري السقطي لي ثلاثون سنة أستغفر الله من قولي الحمد لله احترق السوق فخرجت فقيل لي سلمت دكانك فقلت الحمد لله فقلت تسر ولم تغتم لامر المسلمين وأقرب ما ينقض كلامه ما وافق عليه من الفساد بالفتح على قارئ غير الامام فهو قرآن وقد تغير الى وقوع الافساد به بالعزيمة ولو سمع المؤذن فقال مثله مريدا جواب الاذان أو أذن ابتداء وأراد به الاذان فسدت لقصد الجواب والاعلام لوجود زمان مخصوص أعني وقت الصلاة وعند أبي يوسف لا تفسد حتى يجعل ولو صلى على النبي صلى الله عليه وسلم جوابا لسماع ذكره تفسد لا ابتداء ولو قرأ ذكر الشيطان فلعنه لا تفسد ولو لدغته عقرب فقال بسم الله تفسد خلافا لابي يوسف (قوله لانه صح شروعه في غيره) فناط الخروج عن الاولى صحة الشروع في المغاير ولو من وجه فلذا لو كان منفردا في فرض فكبر بنوى الاقتداء أو النفل أو الواجب أو شرع في جنازة فجيء بأخرى فكبر بنويهما أو الثانية يصير مستأنفا على الثانية فقط بخلاف ما اذا لم ينو شيأ ولو كان مقتديا فكبر للانفراد يفسد ما أدى قبله ويصير مفتتحا ما نواه ثانيا (قوله فهي) أي تلك الركعة التي صلاها قبل الافتتاح الثاني هي أي التي يحتسب بها أو التي وقع

مفسد والفرق له أن الاسترجاع لاظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لاجله والتهليل للتعظيم والتوحيد والصلاة شرعت له وان كان الثاني لم يفسد بالاجماع لقوله صلى الله عليه وسلم اذا نابت أحدكم نائبة في الصلاة فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء قوله (ومن صلى ركعة من الظهر) يعني اذا صلى رجل ركعة من صلاة ثم افتتح افتتاحا ثانيا فلا يخلو اما أن تكون الثانية عين الاولى أو غيرها فان كان الثاني فقد نقض الاولى وهي المسئلة المذكورة في الكتاب أولا لانه صح شروعه في حق غيره ومن ضرورته الخروج عن الاولى فتبطل وان كانتا فرضين فلا يخلو اما أن يكون المصلي

صاحب ترتيب أو لا فان كان وقعت الثانية نفلا وان لم يكن وقعت فرضا وان كان الاول وهي المذكورة في الكتاب ثانيا فقد لغت نيته وبقي المنوي الاول على حاله لانه نوى تحصيل الحاصل ويكون ما صلى من الاولى محسوبا حتى لو صلى بعدها ثلاث ركعات خرج عن العهدة ولو صلى أربعا على ظن أن الاولى انتقضت ولم يقعد في الثالثة بطلت صلاته لانه ترك القعدة الاخيرة وذكر في الخلاصة أن هذا اذا نوى بقلبه أما اذا نوى بلسانه وقال قويت ان أصلي الظهر انتقض ما صلى ولا يجتزأ به وقوله (واذا قرأ الامام من المصحف) قيد الامام اتفاقي لان حكم المنفرد كذلك قيل ويحتمل أنه قيده بالامام لانه المحتاج الى تطويل القراءة فربما يحتاج الى النظر في المصحف ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرأ وهو مختلف فيه فمنهم من يقول اذا قرأ مقدار آية تامة لان ما دونه غير معتبر قراءة ومنهم من يقول اذا قرأ مقدار الفاتحة والظاهر أن القليل والكثير عنده في الافساد سواء وعندهما في عدمه سواء فلهذا أطلقه في الكتاب (لهما أنها) أي القراءة (عبادة) وهو واضح

انضافت الى عبادة أخرى (الا أنه يكره) لانه تشبه بصنيع أهل الكتاب ولابى حنيفة رحمه الله أن حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا الافرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلاته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رحمه الله لان المقصود هنالك الفهم أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير ولم يوجد

فيها الافتتاح الثانى هى التى هو فيها بعده فيحتسب بتلك الركعة حتى لو لم يقعد فيما بقى القعدة الاخيرة باعتبارها فسدت الصلاة فلغت نية الثانية ومعلوم أن هذا اذا لم يلفظ بلسانه فان قال نويت أن أصلى الخ فسدت الاولى وصار مستأنفا المنوى ثانيا مطلقا (قوله وعلى الاول يفترقان) فيحمل ما روى عن ذكوان مولى عائشة رضى الله عنها انه كان يؤمهم فى شهر رمضان وكان يقرأ من المصحف على انه كان موضوعا وعلى الثانى كون تلك مراجعة كانت قبيل الصلاة ليكون بذكره أقرب وهو المعول عليه فى دفع قول الشافعى يجوز بلا كراهة لانه صلى الله عليه وسلم صلى حاملا أمامة بنت أبى العاص على عاتقه فاذا سجد وضعها واذا قام حملها فان هذه الواقعة ليس فيها تلقن وتحقيقه أنه قياس قراءة ما تعلمه فى الصلاة من غير معلم حتى عليها من معلم حتى بجامع أنه تلقن من خارج وهو المناط فى الاصل فقط فان فعل الخارج لا أثر له فى الفساد بل المؤثر فعل من فى الصلاة وليس منه الا التلقن ولم يفصل فى الجامع بين القليل والكثير فى الافساد وقيل ان قرأ آية تفسد وقيل بل قدر الفاتحة ولو كان يحفظ الا انه نظر فقرأ لا تفسد (قوله فالصحيح) احتراز عن قول من قال ان كان مستفهما فسدت على قول محمد خلافا لابى يوسف قياسا على مسئلة اليمين وجوابها من الكتاب ظاهر وقولهم لانه تلقن غلط اذ المفسد التلقن المقترن بقول ما تلقنه وهو منتف وهذا الكلام فى مكتوب غير قرآن أما فى القرآن لا تفسد اتفاقا (قوله أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير) واختلفوا فى حده فقيل ما يحصل بيد واحدة قليل وبيدين كثير وقيل لو كان بحال لو رآه انسان من بعيد تيقن أنه ليس فى الصلاة فهو كثير وان كان يشك انه فيها أو لم يشك أنه فيها فقليل وهو اختيار العامة وقيل يفوض الى رأى المصلى ان استكثره فكثير مفسد والا لا قال الحلوانى هذا أقرب الى مذهب أبى حنيفة ❁ ومن الفروع المؤسسة لو أرضعت ابنها أو رضعها هو فنزل لبنها فسدت ولو مص مصة أو مصتين ولم تنزل لم تفسد وبثلاث تفسد وان لم تنزل ولو مس المصلية بشهوة أو قبلها ولو بغير شهوة تفسد ولو قبلت المصلى ولم يشتهها لم تفسد كذا فى الخلاصة والله أعلم بوجه الفرق ولو رأى فرج المطلقة رجعيا بشهوة يصير مراجعا ولا تفسد فى رواية وهو المختار ولو كتب ثلاث كلمات أو دهن رأسه ولحيته أو اكتحل أو جعل ماء الورد على رأسه بأن تناول القارورة فصب على يده أو سرح أحدهما أو نتف ثلاث شعرات بمرات أو حك ثلاثا فى ركن برفع يده كل مرة أو قتل القملة بمرار متداركا أو رمى عن قوس أو ضرب انسانا كذلك أو دفع المار بيده أو رأسه أو تمم أكثر من كورين أو تخمرت أو شد السراويل أو زر القميص أو لبسه أو الخفين أو مشى قدر صفين دفعة أو تقدم أمام الوجه أكثر من قدر صف أو ساق الدابة بقدر جليسه تفسد لان كتب أو ضرب أو تمم أو حك أو مشى أو نتف أقل مما عيناه أو غير متداركة أو لم يتناول القارورة بل كان فى يده فصب بها أو نزع اللجام أو القميص أو ساق برجل واحدة لا تفسد وقولهم اذا دفع المار بيده تفسد يجب أن يحمل على التكرر دون فترة ليكون عملا كثيرا والا فالدفعة الواحدة عمل قليل وقد قالوا فى قتل الحية انه اذا كان بعمل قليل لا تفسد وبالكثير تفسد بل اختار السرخسى

وما حظها من العبادة قال النظر فى المصحف والعبادة الواحدة غير مفسدة فكيف اذا انضمت الى أخرى (الا أنه يكره لانه تشبه بصنيع أهل الكتاب) ونحن نهينا عن التشبه بهم فيما لنا منه بد ولابى حنيفة أن حمل المصحف والنظر فيه وتمييز حرف عن حرف وتقليب الاوراق عمل كثير وهو مفسد لامحالة ولانه تلقن من المصحف وهو كالتلقن من غيره فى تحصيل ما ليس بحاصل عنده والتلقن من الغير مفسد لامحالة فكذا من المصحف (وعلى هذا) أى على الوجه الثانى (الافرق بين الموضوع فى مكان والمحمول) لانهما فى التلقن سواء (وعلى الاول يفترقان) لانه أحدث فيه الحمل فاذا فات بالوضع فات بعض الدليل وشمس الائمة السرخسى جعل التعليل بالتلقن أصح وقوله (ولو نظر الى مكتوب) يعنى اذا نظر الى مكتوب سوى القرآن فانه اذا كان قرآنا لا خلاف لاحد فى جوازه فأما غير القرآن فقد قال بعض مشايخنا لا تفسد على قول أبى يوسف وتفسد على قول محمد كما لو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأ بلسانه فانه لا يحنث عند أبى يوسف خلافا لمحمد لان الغرض من القراءة باللسان الفهم فكان الفهم كالقراءة (ولابى يوسف ان القراءة انما تكون باللسان) لانه من باب الكلام انتهى قال المصنف (فالصحيح أنه لا تفسد صلاته بالاجماع) وليس هذه كمسئلة اليمين لان المقصود هنالك الفهم (أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير ولم يوجد)

(وان مرت امرأة بين يدى المصلى لم تقطع صلاته) لقوله عليه السلام لا يقطع الصلاة مرور شئ الا أن المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدى المصلى ماذا عليه من الوزر لوقف أربعين

قال (وان مرت امرأة بين يدى المصلى) انما ذكر هذه المسئلة وان لم يصدر من المصلى شئ يوجب فساد صلاته رد القول أصحاب الظاهر ان مرور المرأة بين يدى المصلى يفسد صلاته لقوله عليه السلام تقطع المرأة الصلاة والكلب والحمار قلنا أنكرته عائشة حين بلغها فقالت ياأهل العراق والشقاق والنفاق قرنتمونا بالحمر والكلاب كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى وأنا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة فاذا سجد خنست رجلى واذا قام مددتها واعترض بان الكلام فى المرور بين يدى المصلى لا فى الاعتراض وأجيب بان الاعتراض بدوامه اذا لم يكن مفسدا فالمرور أولى ثم الكلام فى هذه المسئلة فى مواضع أولها هذا وهو أن مرور شئ لا يقطعها لقوله عليه السلام لا يقطع الصلاة مرور شئ والثانى أن المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدى المصلى ماذا عليه من الوزر لوقف أربعين

أنها لا تفسد بالكثير أيضا لانه مرخص فيه بالنص فكان كالمشى الكثير فى سبق الحدث ولا شك أن هذا كذلك بالنص وهو ما فى الصحيحين عن أبى سعيد الخدرى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا صلى أحدكم الى شئ يستره من الناس فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه فان أبى فليقاتله فانما هو شيطان وسنتكلم فيه عند مسئلة قتل الحية فلا أقل من تقييد الفساد بكونه كثيرا (قوله وان مرت امرأة) خصها للتنصيص على رد قول الظاهرية ان مرورها يفسد وكذا الحمار والكلب عندهم ووجه الجواز حديث عائشة رضى الله عنها فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلى وأنا معترضة بين يديه فاذا سجد غمزنى فقبضت رجلى فاذا قام بسطتها والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح وقوله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الصلاة مرور شئ وادرؤا ما استطعتم فانما هو شيطان وفى سنده مجالد فيه مقال وانما روى له مسلم مقرونا بجماعة من أصحاب الشعبى وأخرج الدارقطنى عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر قالوا لا يقطع الصلاة مرور شئ وادرؤا ما استطعتم ضعف رفعه ووقفه مالك فى الموطا وقال النووى فى شرح مسلم حديث لا يقطع الصلاة مرور شئ ضعيف والذى يظهر أنه لا ينزل عن الحسن لانه يروى من عدة طرق عن أبى سعيد الخدرى وابن عمر وأبى أمامة وأنس وجابر رضى الله عنهم والروايات فى أبى داود والدارقطنى والطبرانى فى الاوسط وعلى كل حال لا يقاوم ما فى صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم يقطع الصلاة اذا لم يكن بين يديه كآخرة الرحل المرأة والحمار والكلب الاسود قلنا ما بال الاسود من الاحمر قال يا ابن أخى سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سألتنى فقال الكلب الاسود شيطان قال الامام أحمد لا أشك أن الكلب الاسود يقطع وفى نفسى من المرأة والحمار شئ قال ابن الجوزى وانما قال ذلك لانه صح حديث عائشة رضى الله عنها أنها قالت وذكرت مار وبناء آنفا وصح عن ابن عباس أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلى فنزلت عن الحمار وتركته أمام الصف فما بالاه ولم نجد فى الكلب شيأ انتهى والحاصل أنه قام المعارض فيهما ولم يوجد فى الكلب وتأول الجمهور ذلك على قطع الخشوع لانه محتمل بخلاف معارضه من حديث عائشة وابن عباس رضى الله عنهما فانهما محكمان فى عدم الافساد ويجب فى مثله حمل المحتمل على ما يحتمله مما لم يعارض به المحكم ولا شك أن الكلب معطوف على معمول يقطع فاذا لزم فى عامله هذا كون المراد قطع الخشوع بالنسبة الى المرأة والحمار لزم فيه بالنسبة الى الكلب أيضا ذلك والا أريد به معنيان مختلفان وذلك لا يجوز عندنا ثم الكلام فى هذه المسئلة فى عشرة مواضع كلها فى الكتاب الا واحدا وهو أنه لا بأس بترك السترة اذا أمن المرور (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) الحديث فى الصحيحين عن أبى النضر عن بسر بن سعيد أن زيد بن خالد أرسله الى أبى جهيم يسأله ماذا سمع من النبى صلى الله عليه وسلم فى المار بين يدى المصلى فقال أبو جهيم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو يعلم المار بين يدى المصلى ماذا عليه لكان أن يقف أربعين خيرا له من أن يمر بين يديه قال أبو النضر لا أدرى قال أربعين يوما أو شهرا أو سنة ورواه البزار عن أبى النضر عن بسر بن سعيد قال أرسلنى أبو جهيم الى زيد بن خالد فسأله وفيه لكان أن يقف أربعين خريفا وسكت عنه البزار وفيه أن المسؤل زيد بن خالد خلاف ما فى الصحيحين قال ابن القطان وقد خطأ الناس ابن عيينة فى ذلك لمخالفته مالكا وليس بمتعين لاحتمال كون أبى جهيم بعث بسرا الى زيد بن خالد وزيد بن خالد بعثه الى أبى جهيم بعد أن أخبره بما عنده ليستثبته فيما عنده وهل عنده ما يخالفه

قال الراوي لا أدري قال أربعين عاما أو شهرا أو يوما وقيل صح من حديث أبي هريرة أن المراد أربعين سنة والثالث أن مقدار موضع يكره المرور فيه هو موضع السجود على ما قيل وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام وقاضيخان وقال فخر الاسلام اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره ومنهم من قدره بمقدار صفين أو ثلاثة ومنهم من قدره بثلاثة أذرع ومنهم من قدره بخمسة ومنهم من قدره بأربعين هذا اذا كان في الصحراء (٢٨٨) فأما اذا كان في المسجد فقيل لا ينبغي لاحد أن يمر بينه وبين قبلة المسجد وقيل يمر ما وراء خمسين ذراعا وقوله (ولا يكون بينهما) أي بين المصلي والمار (حائل) كاسطوانة أو جدار أما اذا كان فلا يأثم وتحاذى أعضاء المار أعضاءه لو كان يصلي على الدكان حتى لو كان الدكان بقدر قامة الرجل كان سترة فلم يأثم وبين هذين القيدين أعني قيد عدم الحائل وقيد المحاذاة وبين قوله اذا مر في موضع سجوده منافاة لان الجدار والاسطوانة لا يتصور أن يكون بينه وبين موضع سجوده وكذلك اذا صلى على الدكان لا يتصور المرور في موضع سجوده ولعل معنى قوله في موضع سجوده في موضع قريب من موضع سجوده فيؤول الى ما اختاره فخر الاسلام أنه اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع بصره عليه لا يكره وهذا لا منافاة فيه فلهذا قال فخر الاسلام انه حسن لكونه مطردا فانه ما اختار شيأ الا وهو مطرد في الصور كلها وهو الامام الذي حاز قصبات السبق في ميدان التحقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا والرابع أن يأخذ سترة اذا صلى في الصحراء لقوله عليه السلام اذا صلى أحدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة والخامس في مقدارها وذلك أن يكون ذراعا فصاعدا لقوله صلى الله عليه وسلم أيعجز أحدكم اذا صلى

وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل وتحاذى أعضاء المار أعضاءه لو كان يصلي على الدكان (وينبغي لمن يصلي في الصحراء أن يتخذ أمامه سترة) لقوله عليه السلام اذا صلى أحدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة (ومقدارها ذراع فصاعدا)

فأخبر كل بمحفوظه وشك أحدهما وجزم الآخر واجتمع ذلك كله عند أبي النضر فحدث بهما غير أن مالكا حفظ حديث أبي جهيم وابن عيينة حفظ حديث زيد بن خالد (قوله وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل) قيل هذا هو الاصح لان من قدمه الى موضع سجوده هو موضع صلاته ومنهم من قدره بثلاثة أذرع ومنهم بخمسة ومنهم بأربعين ومنهم بمقدار صفين أو ثلاثة وفي النهاية الاصح انه ان كان بحال لو صلى صلاة الخاشعين نحو أن يكون بصره في قيامه في موضع سجوده وفي موضع قدميه في ركوعه والى أرنبة أنفه في سجوده وفي حجره في قعوده والى منكبه في سلامه لا يقع بصره على المار لا يكره ومختار السرخسي ما في الهداية وما صحح في النهاية مختار فخر الاسلام ورجحه في النهاية بأن المصلي اذا صلى على الدكان وحاذى أعضاء المار أعضاءه يكره المرور وان كان المار أسفل وهو ليس موضع سجوده يعني انه لو كان على الارض لم يكن سجوده فيه لان الفرض أنه يسجد على الدكان فكان موضع سجوده البتة دون محل المرور لو كان على الارض ومع ذلك ثبتت الكراهة اتفاقا فكان ذلك نقضا لما اختاره شمس الأئمة بخلاف مختار فخر الاسلام فانه يمشي في كل الصور غير منقوض قال ثم ذكر شيخ الاسلام هذا الحد الذي ذكرناه اذا كان يصلي في الصحراء فاما في المسجد فالحد هو المسجد الا أن يكون بينه وبين المار اسطوانة أو غيرها يعني أنه ما لم يكن بينهما حائل فالكراهة ثابتة الا أن يخرج من حد المسجد فيمر فيما ليس بمسجد وفي جوامع الفقه في المسجد يكره وان كان بعيدا وفي الخلاصة وان كان في المسجد لا ينبغي لاحد أن يمر بينه وبين حائط القبلة وقال بعضهم يمر ما وراء خمسين ذراعا وقال بعضهم قدر ما بين الصف الاول وحائط القبلة ومنشأ هذه الاختلافات ما يفهم من لفظ بين يدي المصلي فمن فهم أن بين يديه يخص ما بينه وبين محل سجوده قال به ومن فهم أنه يصدق مع أكثر من ذلك نفاه وعين ما وقع عنده والذي يظهر ترجح ما اختاره في النهاية من مختار فخر الاسلام وكونه من غير تفصيل بين المسجد وغيره فان المؤثم المرور بين يديه وكون ذلك البيت برمته اعتبر بقعة واحدة في حق بعض الاحكام لا يستلزم تغيير الامر الحسي من المرور من بعيد فيجعل البعيد قريبا (قوله ويحاذي الخ) فلو كانت الدكان قدر القامة فهو سترة فلا يأثم المار ومن المشايخ من حده بطول السترة وهو ذراع وغلط بانه لو كان كذلك لما كره مرور الراكب وان استتر بظهر جالس كان سترة وكذا الدابة واختلفوا في القائم وقالوا حيلة الراكب أن ينزل فيجعل الدابة بينه وبين المصلي فتصير هي سترة فيمر ولو مر رجلان فالاثم على من يلي المصلي (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم) غريب بهذا اللفظ وأخرج ابن حبان في صحيحه والحاكم عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم فليصل الى سترة

(قوله لان الجدار أو الاسطوانة لا يتصور أن يكون بينه وبين موضع سجوده) أقول لا يلزم أن يكون الحائل جدارا أو اسطوانة بل يجوز أن يكون أمامه من مر وراءه لا يأثم ويجوز أن تكون ستارة معلقة اذا ركع أو سجد يحركه رأس المصلي ويزيله من موضع سجوده ثم يعود اذا قام أو قعد

فى الصحراء أن يكون أمامه مثل مؤخرة الرحل) بضم الميم وكسر الخاء لغة فى أخرته وهى الخشبة العريضة التى تحاذى رأس الراكب وتشديد الخاء خطأ وهى يجوز أن تكون مقدار ذراع وسنذكر أنه صلى الله عليه وسلم صلى الى عنزة وهى مقدار ذراع وقوله (ينبغى) بيان غلطه روى عن ابن مسعود أنه قال يجزئ من السترة السهم والسادس أن يقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى الى سترة فليدن منها والسابع أن يجعل السترة على حاجبه الايمن أو الايسر لان الاثر ورد به روى أنه صلى الله عليه وسلم ما صلى الى شجرة ولا الى عود ولا الى عمود الا جعله على حاجبه الايمن ولم يصمده صمدا أى لم يقصده قصدا الى المواجهة

لقوله عليه السلام أيعجز أحدكم اذا صلى فى الصحراء أن يكون أمامه مثل مؤخرة الرحل (وقيل ينبغى أن تكون فى غلظ الاصبع) لان مادونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود (ويقرب من السترة) لقوله عليه السلام من صلى الى سترة فليدن منها (ويجعل السترة على حاجبه الايمن أو على الايسر) به ورد الاثر ولا بأس بترك السترة اذا أمن المرور ولم يواجه الطريق (وسترة الامام سترة للقوم) لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة (ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط) لان المقصود لا يحصل به (ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة أو مر بينه وبين السترة) لقوله عليه السلام ادرؤا ما استطعتم (ويدرأ بالاشارة)

ولا يدع أحدا يمر بين يديه وأخرجه أحمد والبزار وزاد ابن حبان فان أبى فليقاتله فان معه القرين (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم أيعجز الخ) غريب بهذا اللفظ وأخرج مسلم عنه صلى الله عليه وسلم ان جعلت بين يديك مثل مؤخرة الرحل فلا يضرك من مر بين يديك وأخرج عن عائشة رضى الله عنها سئل صلى الله عليه وسلم فى غزوة تبوك عن سترة المصلى فقال مثل مؤخرة الرحل (قوله مؤخرة الرحل) بضم الميم وكسر الخاء آخره وتشديد الخاء خطأ وهى الخشبة التى فى آخره عريضة تحاذى رأس الراكب (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى الخ) أخرجه الحاكم عنه صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم فليصل الى سترة وليدن منها ورواه أبو داود وفيه لا يقطع الشيطان عليه صلاته (قوله به ورد الاثر) قلت يشير الى حديث أخرجه أبو داود عن ضباعة بنت المقداد بن الاسود عن أبيها قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى الى عود ولا عمود ولا شجرة الا جعله على حاجبه الايمن أو الايسر ولا يصمد له صمدا وقد أعل بالوليد بن كامل وبجهالة ضباعة وبان أبا على بن السكن رواه فى سننه عن ضبيعة بنت المقداد بن معد يكرب عن أبيها عنه صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم الى عمود أو سارية أو شئ فلا يجعله نصب عينيه وليجعله على حاجبه الايسر وهذا دليل على الاضطراب ولا يضر لان هذا الحكم يعمل بمثله فيه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم صلى ببطحاء مكة الى عنزة) متفق عليه هكذا أنه صلى الله عليه وسلم صلى بهم بالبطحاء وبين يديه عنزة والمرأة والحمار يمرون من ورائها وقول المصنف ولم يكن للقوم سترة من كلامه لا من الحديث (قوله الغرز دون الالقاء) هذا اذا كانت الارض بحيث يغرز فيها فان كانت صلبة اختلفوا فقيل توضع وقيل لا توضع وأما الخط فقد اختلفوا فيه حسب اختلافهم فى الوضع اذا لم يكن معه ما يغرزه أو يضعه فالمانع يقول لا يحصل المقصود به اذ لا يظهر من بعيد والمجيز يقول ورد الاثر به وهو ما فى أبى داود اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيأ فان لم يجد فلينصب عصا وان لم يكن معه عصا فليخط خطا ولا يضره ما مر أمامه واختار المصنف الاول والسنة أولى بالاتباع مع أنه يظهر فى الجملة اذا المقصود جمع الخاطر بربط الخيال به كيلا يتشتت قال أبو داود وقالوا الخط بالطول وقالوا بالعرض مثل الهلال (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا ما استطعتم) تقدم فى حديث أبى

والثامن أن سترة الامام سترة للقوم لانه صلى الله عليه وسلم صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة أى عصا ذات زج والزج الحديدة فى أسفل الرمح وهو بالتنوين لانه اسم جنس نكرة وقال فى الكافى ان أريد بها عنزة النبى عليه السلام كان غير منصرف للعلمية والتأنيث فيكون منصوبا والتاسع أن المعتبر هو الغرز دون الالقاء والخط قيل هذا اذا كانت الارض رخوة أما اذا كانت صلبة لا يمكنه الغرز فانه يضعها طولا لتكون على هيئة الغرز وان لم تكن معه خشبة قال بعض مشايخنا المتأخرين يخط خطا طويلا وهو قول الشافعى ولم يعتبره المصنف لان المقصود وهو الحيلولة بينه وبين المار لا يحصل به فيكون وجوده كعدمه وهو

 المروى عن أبى حنيفة ومحمد وروى هشام عن أبى يوسف أنه كان يطرح سوطه بين يديه ويصلى فان قيل الخط والوضع قد رويا كالغرز فما وجه المنع أجيب بان ذلك لم يصح عند أئمة الحديث ولم يذكر أن ترك السترة لا بأس به اذا أمن المرور لما أن اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة بها عند عدم المار وروى عن محمد أنه تركه فى طريق الحجاز غير مرة والعاشر المرء اذا لم يكن بين يديه سترة أو مر بينه وبين السترة لقوله عليه السلام ادرؤا ما استطعتم (ويدرأ) أى يدفع (بالاشارة)

كما فعل النبي عليه السلام بولدى أم سلمة) حيث كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر ليمر بين يديه صلى الله عليه وسلم فاشار اليه أن قف فوقف ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه فاشار اليها أن قفي فأبت فمرت فلما فرغ من صلاته قال ناقصات العقل ناقصات الدين صواحب يوسف صواحب كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام (أو يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل) وهو قوله عليه السلام اذا نابت أحدكم نائبة في الصلاة فليسبح وهذه نائبة في الصلاة فليسبح (ويكره الجمع بينهما) أي بين الاشارة والتسبيح (لان بأحدهما كفاية) وهذا في حق الرجال أما النساء فيصفقن بضرب بظهور أصابع اليد اليمنى على صفحة الكف اليسرى لما مر أن لهن التصفيق لان في صوتهن فتنة فلا يستحب

لهن التسبيح

﴿ فصل ﴾ ما يكره للمصلي مما يفسد صلاته وأخره ذكرا لقوة المفسد (ويكره للمصلي أن يعبث بثوبه) قال بدر الدين الكردري العبث الفعل الذي فيه غرض لكنه ليس بشرعي والسفه ما لا غرض فيه أصلا وقال حميد الدين العبث كل عمل ليس فيه غرض صحيح ولا نزاع في الاصطلاح ولما كان العبث بالثوب أو الجسد أكثر وقوعا قدمه ولا معتبر بما قيل انما قدمه لانه كلي يشمل ما بعده لان العبث بالثوب لا يشمل ما بعده من تقليب الحصى وغيره لقوله عليه السلام ان الله كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلاة والباقيان هو الرفث في الصوم والضحك في المقابر وقوله (لان العبث خارج الصلاة حرام فاطنك في الصلاة) قيل فعلى هذا كان كالقهقهة فينبغي أن يفسد الصلاة وهو ساقط لان افساد القهقهة لفساد الوضوء بها وليس في العبث ذلك وقوله (ولا يقلب الحصا) ظاهر المغرب

كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بولدى أم سلمة رضي الله عنها (أو يدفع بالتسبيح) لما روينا من قبل (ويكره الجمع بينهما) لان بأحدهما كفاية

﴿ فصل ﴾ (ويكره للمصلي أن يعبث بثوبه أو بجسده) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلاة ولان العبث خارج الصلاة حرام فاطنك في الصلاة (ولا يقلب الحصى) لانه نوع عبث (الا أن لا يمكنه من السجود فيسوي به مرة واحدة) لقوله عليه السلام مرة يا أباذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلاته

داود ومعناه في السنة كثير بغير هذا اللفظ (قوله كما فعل صلى الله عليه وسلم بولدى أم سلمة) روى ابن ماجه عنها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي في حجرة أم سلمة فمر بين يديه عبد الله أو عمر ابن أبي سلمة فقال بيده هكذا فرجع فمرت زينب بنت أم سلمة فقال بيده هكذا فمضت فلما صلى عليه السلام قال هن أغلب وأعله ابن القطان بان محمد بن قيس في طبقته جماعة باسمه ولا يعرف من هو منهم وان أمه لا تعرف البتة قيل هذا مبني على أن محمدا هذا قال عن أمه لكن لم يوجد في كتاب ابن ماجه ومصنف ابن أبي شيبة الا عن أبيه وأما كونه لا يعرف فقد عرفه ابن ماجه بقوله قاضي عمر بن عبد العزيز وفي الكمال والتهذيب أخرج له مسلم واستشهد به البخاري (قوله لما روينا من قبل) يعني اذا نابت أحدكم نائبة وهو في الصلاة فليسبح

﴿ فصل ﴾ (قوله أن يعبث) العبث الفعل لغرض غير صحيح فلو كان لنفع كسلت العرق عن وجهه أو التراب فليس به (قوله وعد منها العبث) وهو أولها ثم قال والرفث في الصيام والضحك على المقابر رواه القضاعي من طريق ابن المبارك عن اسمعيل بن عياش عن عبد الله بن دينار عن يحيى بن أبي كثير مرسلا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم يا أباذر) غريب بهذا اللفظ وأخرجه عبد الرزاق عنه سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن كل شئ حتى سألته عن مسح الحصى فقال واحدة أو دع وكذا رواه ابن أبي شيبة وروى موقوفا عليه قال الدارقطني وهو أصح وقد أخرج في الكتب الستة عن معيقيب أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تمسح الحصى وأنت تصلي فان كنت لا بد فاعلا فواحدة وأما حديث الفرقعة فرواه ابن ماجه عن الحارث عن علي عنه صلى الله عليه وسلم لا تفرقع أصابعك وأنت في الصلاة وهو معلول بالحارث وحديث التخصر أخرجوه الا ابن ماجه عن أبي هريرة نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصلي الرجل مختصرا وفي لفظ نهى عن الاختصار في الصلاة وفي الاختصار تأويلات أشهرها ما قال ابن سيرين وهو ما في الكتاب ويؤيده حديث مرفوع في أبي داود مفسر فيه وفي النهاية عن

﴿ فصل ويكره للمصلي ﴾ (قوله وقال بدر الدين الكردري الى قوله وقال حميد الدين العبث كل عمل ليس فيه غرض صحيح) أقول فيه أن الكلام في العبث شرعا والظاهر أن كلا منهما مقصود والنفي في التعريف الثاني داخل على القيد والصحة لكونه شرعيا فتأمل (قوله كي لا تبقى صورة) أقول يعني حكاية صورة الالية

(ولا يفرقع أصابعه) لقوله عليه السلام لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي (ولا يتخصر) وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه السلام نهى عن الاختصار في الصلاة ولان فيه ترك الوضع المسنون (ولا يلتفت) لقوله عليه السلام لو علم المصلي من يناجي ما التفت (ولو نظر بمؤخر عينه يمنة ويسرة من غير أن يلوي عنقه لا يكره) لانه عليه السلام كان يلاحظ أصحابه في صلاته بموق عينيه (ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه) لقول أبي ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلاث أن أنقر نقر الديك وأن أقعي اقعاء الكلب وأن أفترش افتراش الثعلب والاقعاء أن يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصباهو الصحيح (ولا يرد السلام بلسانه) لانه كلام (ولا بيده)

قوله (ولا يفرقع أصابعه) الفرقعة تنفيض الاصابع بالغمز أو المد حتى تصوت وقوله (لانه عليه السلام نهى عن الاختصار في الصلاة) روى أبو هريرة أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاختصار في الصلاة وقوله (ولا يلتفت) ظاهر وقوله (هو الصحيح) احتراز عن التفسير الآخر للاقعاء وهو أن ينصب قدميه كما يفعل في السجود ويضع أليتيه على عقبيه لان الكلب لا يقعي كذلك وانما يقعي مثل ما ذكر في الكتاب الا أنه ينصب يديه والآدمي ينصب ركبتيه الى صدره وقوله (ولا يرد السلام) ظاهر

(قال المصنف ولا يفترش ذراعيه) أقول أي لا يلقيهما على الارض

المغرب هو وضع اليد على الخصر وهو المستدق فوق الورك أو على الخاصرة وهو ما فوق الطفطفة والشراسيف والطفطفة أطراف الخاصرة والشراسيف أطراف الضلع الذي يشرف على البطن انتهى وقيل هو أن يصلي متكئا على عصى وقيل أن لا يتم الركوع والسجود وقيل أن يختصر الآيات التي فيها السجدة وحديث الالتفات غريب باللفظ المذكور وفيه ألفاظ أقربها اليه ما رواه البيهقي في شعب الايمان عن كعب ما من مؤمن يقوم مصليا الا وكل الله به ملكا ينادي يا ابن آدم لو تعلم ما في صلاتك من تناجي ما التفت وروى الحاكم وصححه أبو داود عن أبي ذر عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يزال الله تعالى مقبلا على العبد وهو في صلاته ما لم يلتفت فاذا التفت انصرف عنه والحق أنه حسن وعن أنس رضي الله عنه قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم اياك والالتفات في الصلاة فان الالتفات في الصلاة هلكة فان كان لا بد ففي التطوع لا في الفريضة رواه الترمذي وصححه وحد الالتفات المكروه أن يلوي عنقه حتى يخرج عن مواجهة القبلة ولو انحرف بجميع بدنه فسدت فيبعضه يكره كالعمل الكثير يفسد فالقليل يكره وحديث ملاحظته أصحابه الخ أخرجه الترمذي والنسائي وابن حبان والحاكم وصححه عن ابن عباس رضي الله عنهما كان صلى الله عليه وسلم يلحظ في الصلاة يمينا وشمالا ولا يلوي عنقه قال الترمذي غريب قال ابن القطان صحيح وان كان غريبا لا يعرف الا من هذا الطريق يعني طريق الترمذي انتهى لكن قد ظهر له طريق آخر في مسند البزار وحديث الاقعاء والافتراش غريب من حديث أبي ذر وفي مسند أحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلاثة عن نقرة كنقرة الديك واقعاء كاقعاء الكلب والتفات كالتفات الثعلب وفي الصحيح من حديث عائشة رضي الله عنها كان تعنيه صلى الله عليه وسلم ينهى عن عقبة الشيطان وأن يفترش الرجل ذراعيه افتراش السبع وعقبة الشيطان الاقعاء وأما ما روى مسلم عن طاوس قلت لابن عباس في الاقعاء على القدمين فقال هي السنة فقلنا له انا لنراه جفاء بالرجل فقال بل هي سنة نبيك صلى الله عليه وسلم وما روى البيهقي عن ابن عمر وابن الزبير أنهم كانوا يقعون فالجواب المحقق عنه أن الاقعاء على ضربين أحدهما مستحب أن يضع أليتيه على عقبيه وركبتاه في الارض وهو المروى عن العبادلة والمنهي أن يضع أليتيه ويديه على الارض وينصب ساقيه (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي أن ينصب قدميه كما في السجود ويضع أليتيه على عقبيه لان المذكور في الكتاب هو صفة اقعاء الكلب وقوله هو الصحيح أي كون هذا هو المراد في الحديث لا أن ما قال الكرخي غير مكروه بل يكره ذلك أيضا (قوله ولا بيده) قال شارح الكنز انه بالاشارة مكروه وبالمصافحة مفسد وقال الزيلعي الآخر في تخريج أحاديث الكتاب بعد أن ذكر المذكور هنا قلت أجاز الباقون رد السلام بالاشارة ولنا حديث جيد أخرجه أبو داود عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال من أشار في الصلاة اشارة تفهم أو تفقه فقد قطع الصلاة وأعله ابن الجوزي بابن اسحق وأبو غطفان مجهول وتعقب

لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلاته (ولا يتربع الا من عذر) لان فيه ترك سنة القعود (ولا يعقص شعره) وهو أن يجمع شعره على هامته ويشده بخيط أو بصمغ ليتلبد فقد روى أنه عليه السلام نهى أن يصلي الرجل وهو معقوص (ولا يكف ثوبه) لانه نوع تجبر (ولا يسدل ثوبه) لانه عليه السلام نهى عن السدل وهو أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل أطرافه من جوانبه (ولا يأكل ولا يشرب) لانه ليس من أعمال الصلاة (فان أكل أو شرب عامدا أو ناسيا فسدت صلاته) لانه عمل كثير وحالة الصلاة مذكرة

وقوله (فان أكل أو شرب عامدا أو ناسيا فسدت صلاته) فرضا كانت أو نفلا وعن سعيد بن جبير أنه شرب وعن طاوس يجوز شربه في النفل وهو رواية عن أحمد وقوله (لانه) أي لان كل واحد من الاكل والشرب (عمل كثير) لاحالة وهو مفسد وقوله (وحالة الصلاة مذكرة) جواب عما يقال ينبغي أن يكون النسيان عفوا كما في الصوم ووجهه أنها ليست كالصوم لان حالة الصلاة مذكرة بخلاف حالة الصيام فان أكل ما بين أسنانه فمنهم من يقول اذا كان مادون ملء الفم لا تفسد ومنهم من يقول ان كان قليلا فما دون الحمصة لا تفسد كما في الصوم وان كان أكثر من ذلك فسدت

بأن أبا غطفان هو ابن طريف ويقال ابن مالك المري وثقه ابن معين والنسائي وأخرج له مسلم وما عن الدارقطني قال لنا ابن أبي داود أبو غطفان مجهول لا يقبل وابن اسحق ثقة على ما هو الحق وقدمناه في أبواب الطهارة ثم أخرج للخصم حديث أبي داود والترمذي والنسائي عن ابن عمر عن صهيب قال مررت برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في الصلاة فسلمت عليه فرد علي اشارة وقال لا أعلم الا أنه قال اشارة بأصبعه صححه الترمذي وعدة أحاديث تفيد هذا المعنى والجواب أنه بناء على ما في شرح الكنز وغيره من كراهة الاشارة ولنا أن لا نقول به فان ما في الغاية عن الحلواني وصاحب المحيط لا بأس أن تكلم مع المصلي ويجيب هو برأسه يفيد عدم الكراهة وان حمل على ما اذا كان لضرورة رفعا للخلاف فالجواب بان المنع منها لما يوجبه من التشتيت والشغل وهو صلى الله عليه وسلم مؤيد عن أن يتأثر عن ذلك فلذا منع وفعله هو ولو تعارضا قدم المانع وفي الخلاصة سلم على المصلي فأشار برد السلام برأسه أو يده أو أخبر بشيء فحرك رأسه بلا أو بنعم أو سئل كم صليت فأشار بأصبعه ثلاثا أو نحوه لا تفسد (قوله لانه ترك سنة القعود) أي سنيته في الصلاة فيكره لا مطلقا لانه من فعل الجبابرة كما علل لانه صلى الله عليه وسلم كان جل قعوده في غير الصلاة مع أصحابه التربع وكذا عمر رضي الله عنه (قوله ويشده) أي من ورائه بخيط أو يشد طرفيه على جبهته أو يلبده كما ذكر (قوله فانه روى الخ) روى عبد الرزاق عن الثوري عن مخول بن راشد عن رجل عن أبي رافع قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصلي الرجل ورأسه معقوص ورواه الطبراني به ووضع مكان رجل سعيد المقبري وقال عن أبي رافع عن أم سلمة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم الحديث وكذلك رواه اسحق بن راهويه قال أخبرنا المؤمل بن اسمعيل عن سفيان به سندا ومتنا زاد قال اسحق قلت للمؤمل أفيه أم سلمة قال بلا شك وحكم الدارقطني بوهم المؤمل في ذكرها وروى حديث أبي رافع بقصة مع الحسن بن علي رضي الله عنهما وقد أخرج الستة عنه صلى الله عليه وسلم أمرت أن أسجد على سبعة وأن لا أكف شعرا ولا ثوبا وفي العقص كفه ويتضمن كراهة كون المصلي متمكنا كيه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن السدل) عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن السدل في الصلاة وأن يغطي الرجل فاه أخرجه أبو داود والحاكم وصححه (قوله وهو أن يضع الخ) يصدق على أن يكون المنديل مرسلا من كتفيه كما يعتاده كثير فينبغي لمن على عاتقه منديل أن يضعه عند الصلاة ويصدق أيضا على لبس القباء من غير ادخال اليدين كيه وقد صرح بالكراهة فيه ويكره اشتماله الصماء في الصلاة وهو أن يلف بثوب واحد رأسه وسائر بدنه ولا يدع منفذا لليده وهل يشترط عدم الازار مع ذلك عن محمد يشترط وغيره لا يشترطه ويكره الاعتجار أن يلف العمامة حول رأسه ويدع وسطها كما تفعله الدعرة ومتوشحا لا يكره وفي ثوب واحد ليس على عاتقه بعضه يكره الا لضرورة العدم (قوله وحالة الصلاة مذكرة) فلا يكون الاكل فيها ناسيا كالاكل في الصوم ناسيا يلحق به دلالة ثم القدر الذي يتعلق به الفساد ما يفسد الصوم عزي الى غريب الرواية لابي جعفر وهو قدر الحمصة من بين أسنانه

(قال المصنف ولا يأكل ولا يشرب) أقول كان الظاهر أن يذكر هذه المسئلة وما يليها قبل الفصل

(ولا بأس بأن يكون مقام الامام فى المسجد وسجوده فى الطاق ويكره أن يقوم فى الطاق) لانه يشبه صنيع أهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده فى الطاق (ويكره أن يكون الامام وحده على الدكان) لما قلنا (وكذا على القلب فى ظاهر الرواية) لانه ازدراء بالامام (ولا بأس بأن يصلى الى ظهر رجل قاعد يتحدث)

أمامن خارج فلو أدخل سمسمة فابتلعها تفسد وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لا تفسد ولو كانت بين أسنانه فابتلعها لا تفسد ولو كان عين سكرة فى فيه فذابت فدخل حلقه فسدت ولو لم يكن عينها بل صلى على أثر ابتلاعها فوجد الحلاوة لا تفسد ولولا انه هليلجة فسدت كضغ العلك ولو لم يلكها لكن دخل فى جوفه منه شئ يسير لا تفسد وذكر شيخ الاسلام أكل بعض اللقمة وبقى فى فيه بعضها فدخل فى الصلاة فابتلعه لا تفسد ما لم تكن مل ء الفم (قوله فى الطاق) أى المحراب وفيه طريقان كونه يصير ممتازا عنهم وكى لا يشتبه على من عن يمينه ويساره حاله حتى اذا كان بجنبتى الطاق عمودان وراءهما فرجتان يطلع منها أهل الجهتين على حاله لا يكره وانما هذا بالعراق لان محاريبهم مجوفة مطوقة فمن اختار هذه الطريقة لا يكره عنده اذا لم يكن كذلك ومن اختار الاولى يكره عنده مطلقا ولا يخفى أن امتياز الامام مقرر مطلوب فى الشرع فى حق المكان حتى كان التقدم واجبا عليه وغاية ما هنا كونه فى خصوص مكان ولا أثر لذلك فانه بنى فى المساجد المحاريب من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم تبن كانت السنة أن يتقدم فى محاذاة ذلك المكان لانه يحاذى وسط الصف وهو المطلوب اذ قيامه فى غير محاذاته مكروه وغايته اتفاق الملتين فى بعض الاحكام ولا بدع فيه على أن أهل الكتاب انما يخصون الامام بالمكان المرتفع على ما قيل فلا تشبه (قوله بخلاف ما اذا كان سجوده فى الطاق) أى ورجلاه خارجها فانه لا يكره لان العبرة للقدم فى مكان الصلاة حتى يشترط طهارته رواية واحدة بخلاف مكان السجود اذ فيه روايتان ولذا لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بوضع القدم وان كان باقى بدنه خارجها والصيد اذا كان رجله فى الحرم ورأسه خارجه صيد الحرم ففيه الجزاء (قوله وحده) احتراز مما اذا كان معه بعض القوم فانه لا يكره (قوله لما قلنا) من أنه تشبه بأهل الكتاب فانهم يخصون امامهم بالمكان المرتفع فقوله فى ظاهر الرواية احتراز عن رواية الطحاوى انه لا يكره لعدم مناطها وهو التشبه فانهم لا يخصونه بالمكان المنخفض والجواب أن الكراهة هنا لمعنى آخر وهو ما ذكر فى الكتاب واختلف فى مقدار الارتفاع الذى تتعلق به الكراهة فقيل قدر القامة وقيل ما يقع به الامتياز وقيل ذراع كالسترة وهو المختار والوجه أوجهية الثانى لان الموجب وهو شبه الازدراء يتحقق فيه غير مقتصر على قدر الذراع (قوله يتحدث) لافادة نفى الكراهة بحضرة المتحدثين خلافا للقائلين وكذا بحضرة النائمين وما روى عنه صلى الله عليه وسلم لا تصلوا خلف النائم ولا المتحدث فضعيف وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم صلى وعائشة رضى الله عنها نائمة معترضة بينه وبين القبلة قاله الخطابى وقد يقال لم تكن عائشة رضى الله عنها نائمة بل مضطجعة ولذا قالت فكان اذا سجد غمزنى فقبضت رجلى فاذا قام بسطتها الا أن يقال كان ذلك الغمز المتكرر مرارا يقاظا لكن ما فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى من صلاة الليل كلها وأنا معترضة بينه وبين القبلة فاذا أراد أن يوتر أيقظنى فاوترت يقتضى أنها كانت نائمة لا مضطجعة يقظى وقد يستدل بما فى مسند البزار عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيت أن أصلى الى النيام والمتحدثين وان قال البزار لا نعلمه الا عن ابن عباس ويجاب بأن محمله اذا كانت لهم أصوات يخاف منها التغليط أو الشغل وفى النائمين اذا خاف ظهور صوت

على الرفوف والامام فى الجامع على الارض لضيق المكان فلا يكره وقوله (ولا بأس بان يصلى الى ظهر رجل قاعد يتحدث) ظاهر

المحراب والمذكور فى الكتاب فى وجه الكراهة أحد الطريقين والطريق الآخر وهو المروى عن أبى جعفر أن حاله يشتبه على من عن يمينه ويساره وعلى هذا اذا كان بجنبى الطاق عمودان ووراءذلك فرجة يطلع فيها من عن يمينه ويساره على حاله فلا بأس به والمراد بالمقام المذكور فى الكتاب مكان الاقدام فاذا كانت قدماه خارجتين فلا بأس به وانما اختار المصنف الوجه الاول لانه مطرد بخلاف الثانى فانه اذا أمكن الاطلاع على حاله بالفرجة على ماذكرناه لم يطرد فيه وانما قيد قوله أن يكون الامام بقوله وحده اشارة الى أنه لو كان معه بعض القوم لم يكره وانما قال على القلب فى ظاهر الرواية احترازا عما ذكر الطحاوى أنه لا يكره لزوال المعنى الاول وهو التشبه بصنيع أهل الكتاب فانهم لا يفعلون ذلك ولم يذكر فى الكتاب مقدار ارتفاع الدكان وذكر الطحاوى أنه مقدر بقامة الرجل وهو مروى عن أبى يوسف وقيل مقدر بمقدار ما يقع به الامتياز وقيل بذراع اعتبارا بالسترة وعليه الاعتماد وهذا اذا لم يكن عذر وأما اذا كان كما فى يوم الجمعة يقوم الناس

انما المكروه أن يصلي الى وجه غير ما روى أن عمر رأى رجلا يصلي الى وجه غيره فعلاهما الدة وقال للمصلي تستقبل الصورة في صلاتك وقال للقاعد أتستقبل المصلي بوجهك فعلم أن ذلك مكروه وعلم من قوله الى ظهر رجل يتحدث انه لا بأس بان يصلي وبقربه قوم يتحدثون ومن الناس من كره ذلك لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون أو نائمون وتأويله عندنا اذا رفعوا أصواتهم على وجه يخاف منه وقوع الغلط في الصلاة أو يخاف أن يظهر صوت من النائمين فيضحك في صلاته فان لم يكن كذلك فلا بأس به والدليل على انه لا يكره عند الامن على ذلك ما روى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يصلون وبعضهم كانوا يقرؤن وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يذكرون المواعظ ولم ينعهم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (ولا بأس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق أو سيف معلق) انما أورد هذه المسئلة لان من العلماء من كره ذلك فقال السيف آلة الحرب وفي الحديد بأس شديد فلا يليق تقديمه في مقام التضرع وقيل هو قول ابن عمر وفي استقبال المصحف تشبه باهل الكتاب فانهم يفعلون ذلك بكتبهم وقيل هو قول ابراهيم النخعي وما ذكره في الكتاب من الدليل ظاهر وقوله (ولا بأس بان يصلي على بساط فيه تصاوير) التصاوير ما يصور مشبها بخلق الله تعالى أعم من أن يكون من ذوات الروح أولا وقوله (وأطلق الكراهة في الاصل) أي لم يفصل في المبسوط في حق الكراهة بين أن يسجد على الصورة أولا يسجد

لان ابن عمر رضي الله عنهما ربما كان يستتر بنافع في بعض أسفاره (ولا بأس بأن يصلي وبين يديه مصحف معلق أو سيف معلق) لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة (ولا بأس أن يصلي على بساط فيه تصاوير) لان فيه استهانة بالصور (ولا يسجد على التصاوير) لانه يشبه عبادة الصورة وأطلق الكراهة في الاصل لان المصلي معظم (ويكره أن يكون فوق رأسه في السقف أو بين يديه

يضحك وقدمنا أن في كون ظهر النائم سترة اختلافا (قوله لان ابن عمر ربما كان يستتر بنافع) روى ابن أبي شيبة عن نافع قال كان ابن عمر اذا لم يجد سبيلا الى سارية قال لي ول ظهرك وما روى البزار عن علي رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلي الى رجل فأمره أن يعيد الصلاة واقعة حال لا تستلزم كونه كان الى ظهره لجواز كونه كان مستقبله فأمره بالاعادة لرفع الكراهة وهو الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة ولو صلى الى وجه انسان وبينهما ثالث ظهره الى وجه المصلي لم يكره (قوله وباعتباره تثبت الكراهة) قدم المعمول لقصد افادة الحصر فيفيد الرد على من قال من الناس بالكراهة لان السيف آلة الحرب والبأس فيكره استقباله في مقام الابتهال وفي استقبال المصحف تشبه باهل الكتاب والجواب أن استقبالهم إياه للقراءة منه لا لانه من أفعال تلك العبادة وقد قلنا بكراهة استقباله لذلك والحال ابتهال الى الله تعالى فهي محاربة للشيطان والنفس المخالفة وعن هذا سمي المحراب (قوله فيه تصاوير) في المغرب الصورة عام في ذي الروح وغيره والتمثال خاص بمثال ذي الروح لكن المراد هنا ذو الروح فان غير ذي الروح لا يكره كالشجر وفيه عن ابن عباس الاثر قال للمصور ان كنت لا بد فاعلا فعليك بتمثال غير ذي الروح (قوله وأطلق الكراهة في الاصل) أي يكره أن يسجد على الصورة أولا وقيدها في الجامع بان يكون في موضع سجوده فان كانت في موضع قيامه وقعوده لا يكره لما فيه من الاهانة وجه ما في الاصل أن المصلي أي السجادة التي يصلي عليها معظم فوضع الصورة فيه تعظيم لها حيثما كانت منه بخلاف وضعها على البساط الذي لم يعد للصلاة (قوله ويكره أن تكون فوق رأسه) أي تكره الصلاة وفوق رأسه الخ فلو كانت الصورة خلفه أو تحت رجليه ففي شرح عتاب لا تكره الصلاة ولكن تكره كراهة جعل الصورة في البيت لحديث ان الملائكة لا تدخل بيتا فيه كلب أو صورة الا أن هذا يقتضي كراهة كونها في بساط مفروش وعدم الكراهة اذا كانت خلفه وصريح كلامهم في الاول خلافه وقوله وأشدها كراهة أن تكون أمام المصلي الى أن قال ثم خلفه يقتضي خلاف الثاني أيضا لكن قد يقال كراهة الصلاة تثبت باعتبار التشبه بعبادة الوثن وليسوا يستدبرونه ولا يطؤنه فيها ففيما يفهم مما ذكرنا من الهداية نظر وقد يجاب بانه لا بعد في ثبوتها في الصلاة باعتبار المكان كما كرهت الصلاة في الحمام على أحد التعليلين وهو كونها مأوى الشياطين وهو متحقق هنا لان امتناع الملائكة من الدخول للصورة مع تسلط الشياطين لا يكون الا لمانع يوجب ذلك وكذا لو لم يتحقق كالارض المغصوبة فانه ثبتت كراهة الصلاة في خصوص مكان باعتبار معنى فيه نفسه لا فيها فان قيل فلم لم يقل بالكراهة وان كانت تحت القدم وما ذكرت يفيده لانها في البيت وكذا ظاهر الحديث المذكور في الكتاب وهو ما أخرجه مسلم عن عائشة رضي الله عنها واعد رسول الله صلى الله عليه وسلم جبريل في ساعة يأتيه فيها فجاءت تلك الساعة ولم يأته وفي يده عصا فالقاها وقال ما يخلف الله وعده ولا رسوله ثم التفت فاذا جرو كلب تحت سريره فقال ما هذا يا عائشة متى دخل هذا الكلب ههنا فقالت والله ما دريت فأمر به فاخرج فجاء جبريل عليه السلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم واعدتني فجلست لك فلم تأت فقال منعني الكلب الذي كان في بيتك انا

والمذكور في الجامع الصغير أنه ان كان في موضع سجوده يكره لما فيه من التعظيم له واذا كان في موضع جلوسه وقيامه لا يكره لما فيه من الاهانة وجه ما في الاصل ماذكره أن المصلي اليه معظم بلفظ المفعول فيهما ومعناه أن البساط الذي أعد للصلاة معظم من بين سائر البسط فاذا كان فيه صورة كان نوع تعظيم لها ونحن أمرنا باهانتها فلا ينبغي أن يكون في المصلي مطلقا سجد عليها أو لم يسجد وقوله (لحديث جبريل) روى أن جبريل عليه السلام استأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ادخل فقال كيف أدخل بيتا عليه ستر فيه تماثيل حيوان أو رجال اما أن تقطع رؤسها أو تجعل بساطا يوطأ انا معاشر (٢٩٥) الملائكة لا ندخل بيتا فيه كلب أو صورة وقوله

أو يجد أنه تصاوير أو صورة معلقة) لحديث جبريل انا لا ندخل بيتا فيه كلب أو صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد (واذا كان التمثال مقطوع الرأس) أي ممحو الرأس (فليس بتمثال) لانه لا يعبد بدون الرأس وصار كما اذا صلى الى شمع أو سراج على ما قالوا (ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة أو على بساط مفروش لا يكره) لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة أو كانت على الستر لانه تعظيم لها وأشدها كراهة أن تكون أمام المصلي ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه (ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره) لانه يشبه حامل الصنم والصلاة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهذا الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة

لا ندخل بيتا فيه كلب ولا صورة انتهى وبه يعترض على المصنف أيضا حيث كان دليله عاما لجميع الصور وهو يقول لا يكره كونها في وسادة ملقاة الى آخر ماذكر فالجواب لا يكره جعلها في المكان كذلك ليتعدى الى الصلاة وحديث جبريل مخصوص بذلك فانه وقع في صحيح ابن حبان وعند النسائي استأذن جبريل عليه السلام على النبي صلى الله عليه وسلم فقال ادخل فقال كيف أدخل وفي بيتك ستر فيه تصاوير فان كنت لابد فاعلا فاقطع رؤسها أو اقطعها وسائد أو اجعلها بسطا ولم يذكر النسائي اقطعها وسائد وفي البخاري في كتاب المظالم عن عائشة رضي الله عنها أنها اتخذت على سهوة لها سترا فيه تماثيل فهتكه النبي صلى الله عليه وسلم قالت فاتخذت منه نمرقتين فكانت في البيت تجلس عليهما زاد أحمد في مسنده واقعد أيته متكئا على احداهما وفيها صورة (قوله بحيث لا تبدو للناظر) أي على بعد ما والكبيرة ما تبدو على البعد (قوله لانها لا تعبد) فليس لها حكم الوثن فلا يكره في البيت ونقل أنه كان على خاتم أبي هريرة ذبابتان ولما وجد خاتم دانيال وجد عليه أسد ولبوة بينهما صبي يلحسانه وذلك أن بخت نصر قيل له يولد مولود يكون هلاكك على يديه فجعل يقتل من يولد فلما ولدت أم دانيال اياه ألقته في غيضة رجاء أن يسلم فقيض الله له أسدا يحفظه ولبوة ترضعه فنقشه ببرأى منه ليتذكر نعم الله تعالى (قوله أي ممحو الرأس) فسر به احترازا من أن تقطع بخيط ونحوه فانه لا ينفي الكراهة لان بعض الحيوانات مطوق فلا يتحقق قطعه الا بمحوه وهو بان يجعل الخيط على كل رأسه بحيث يخفى أو يطليه بطلاء يخفيه أو يغسله ونحو ذلك أما لو قطع يديها ورجليها لا ترتفع الكراهة لان الانسان قد تقطع أطرافه وهو حي (قوله على ما قالوا) يشعر بالخلاف وقيل يكره والصحيح الاول لانهم لا يعبدونه بل الضرام جمرا أو نارا (قوله وتعاد) صرح بلفظ الوجوب الشيخ قوام الدين الكاكي في شرح المنار ولفظ الخبر المذكور أعني قوله وتعاد يفيده أيضا على ما عرف والحق

عليه تصاوير فوقف عطاء وجلس الحسن وقال تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها وقوله (وأشدها) أي أشد الصور (كراهة) يشير الى أن الكراهة مقول بالتشكيك تختلف آحادها باشدة والضعف وقيل اذا كانت خلف المصلي لا تكره الصلاة ولكنه يكره كونها في البيت لان تنزيه مكان الصلاة عما يمنع دخول الملائكة مستحب وقوله (وتعاد على وجه غير مكروه) أي تعاد الصلاة للاحتياط على وجه ليس فيه كراهة (وهذا الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة) كما اذا ترك واجبا من واجبات الصلاة

(قوله لان تنزيه مكان الصلاة عما يمنع دخول الملائكة مستحب) أقول فتكون الكراهة تنزيهية

(قوله لان الصغار جدا لا تعبد) روى أنه كان على خاتم أبي موسى ذبابتان وكان لابن عباس رضي الله عنهما كانون محفوف بصور صغار وقوله (واذا كان التمثال مقطوع الرأس أي ممحوه) انما فسره بهذا اشارة الى أنه لو قطع رأسه بخيط من الحلقوم كانت الكراهة باقية لان من الطير ما هو مطوق أما ما محي رأسه بحيث لا يرى لا يكره لما ذكر أنه لا يعبد بلا رأس فكان كالجمادات (فصار كالصلاة الى شمع أو سراج) في أنهما لا يعبدان وانما قال (على ما قالوا) اشارة الى أن بعضهم قال يكره ذلك كما لو كان بين يديه كانون فيه جمر أو نار موقدة والصحيح ما قالوا لما ذكر أنهما لا يعبدان وقوله (ولو كانت الصورة على وسادة ظاهر) ويحكى عن الحسن البصري وعطاء رحمهما الله تعالى أنهما دخلا بيتا فيه بساط

وقوله (ولا يكره تمثال غير ذى الروح) لما روى عن ابن عباس أنه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف أصنع وهو كسبى قال ان لم يكن بد فعليك بتمثال الاشجار وفى هذا اشارة الى أن التمثال والصورة واحد ومنهم من قال التمثال ما تصور على الجدار والصورة ما تصور على الثوب وليس بواضح وقوله (ولا بأس بقتل الحية والعقرب فى الصلاة) لم يفرق بين ما اذا أمكنه القتل بضربة واحدة وبين ما اذا احتاج الى ضربات وهو اختيار شمس الائمة السرخسى لان قوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم فى الصلاة لم يفصل ومنهم من قال ان أمكنه القتل بضربة فعل وان ضرب ضربات استقبل الصلاة لانه عمل كثير والجواب أنه عمل كثير رخص فيه للمصلى فهو كالمشى بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضى وفى كلام المصنف ما ينبو عن هذا لانه قال ولان فيه ازالة الشغل فأشبه درء المار فانه يشير الى أنه ليس

(ولا يكره تمثال غير ذى الروح) لانه لا يعبد (ولا بأس بقتل الحية والعقرب فى الصلاة) لقوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم فى الصلاة ولان فيه ازالة الشغل فأشبه درء المار ويستوى جميع أنواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا (ويكره عد الآى والتسبيحات باليد فى الصلاة) وكذلك عد السور لان ذلك ليس من أعمال الصلاة وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنه لا بأس بذلك

التفصيل بين كون تلك الكراهة كراهة تحريم فتجب الاعادة أو تنزيه فتستحب فان كراهة التحريم فى رتبة الواجب فان الظنى ان أفاد المنع بدلالة قطعية أعنى بطريق الحقيقة مجردة عن القرائن الصارفة عنه فالثابت كراهة التحريم وان أفاد الزام الفعل كذلك فالوجوب وان أفاد ندب المنع فتنزيهية أو الفعل فالمندوب ولذا كان لازمهما معنى واحدا وهو ترتب الاثم بترك مقتضاهما (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) أخرج أصحاب السنن الاربعة عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الاسودين فى الصلاة الحية والعقرب قال الترمذى حسن صحيح وهو باطلاقه يشمل ما اذا احتاج الى عمل كثير فى ذلك أو قليل وقيل بل اذا كان قليلا وفى المبسوط الاظهر أنه لا تفصيل فيه لانه رخصة كالمشى فى سبق الحدث والاستقاء من البئر والتوضى وهذا يقتضى أن الاستقاء غير مفسد فى سبق الحدث وقد تقدم خلافه وبحثه بانه لا تفصيل فى الرخصة بالنص يستلزم مثله فى علاج المار اذا كثر فانه أيضا مأمور به بالنص كما قدمناه لكنه مفسد عندهم فهو جوابه عن علاج المار هو جواب نا فى قتل الحية ثم الحق فيما يظهر الفساد وقولهم الامر بالقتال لا يستلزم بقاء الصحة على نهج ما قالوه ومن الفساد فى صلاة الخوف اذا قاتلوا فى الصلاة بل أثره فى رفع الاثم عباشرة المفسد فى الصلاة بعد أن كان حراما صحيح (قوله هو الصحيح) احتراز عما قيل لا تقتل الحية البيضاء التى تمشى مستوية لانها من الجان لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا ذا الطفيتين والابتر واياكم والحية البيضاء فانها من الجن وقال الطحاوى لا بأس بقتل الكل لانه صلى الله عليه وسلم عاهد الجن أن لا يدخلوا بيوت أمته ولا يظهروا أنفسهم فاذا خالفوا فقد نقضوا عهدهم فلا حرمة لهم وقد حصل فى عهده صلى الله عليه وسلم وفيمن بعده الضرر بقتل بعض الحيات من الجن فالحق أن الحل ثابت ومع ذلك فالاولى الامساك عما فيه علامة الجان لا للحرمة بل لدفع الضرر المتوهم من جهتهم وقيل ينذرها فيقول خلى طريق المسلمين أو ارجعى باذن الله فان أبت قتلها وهذا فى غير الصلاة (قوله وعن أبى يوسف ومحمد) فى التجريد قول محمد مع أبى حنيفة ثم محل الخلاف فيما عد بالاصابع أو بخيط يمسكه أما اذا أحصى بقلبه أو غمز بانامله فلا كراهة (فروع أخرى) يكره العمل القليل الذى لا يفسد كالضربة الواحدة وتغميض العينين لاطلاق ما روينا وقوله (ويكره عد الآى والتسبيحات فى الصلاة) أطلق الصلاة اشارة الى أن العد مكروه فى الفرائض والنوافل جميعا (وكذا عد السور) باتفاق أصحابنا فى ظاهر الرواية (لان ذلك ليس من أعمال الصلاة وروى عن أبى يوسف ومحمد) فى غير ظاهر الرواية (ان العد باليد لا بأس به) وقيد باليد لان الغمز برؤس الاصابع أو الحفظ بالقلب غير مكروه بالاتفاق واحترز عن العد باللسان فانه يفسد الصلاة وقيد بالصلاة احترازا عن خارج الصلاة لما ذكر فى الاسلام أن عد التسبيح فى غير الصلاة بدعة وكان السلف يقولون نذنب ولا نحصى ونسبح ونحصى

وقيد بالتسبيح والآتي احترازا عن عد الناس وغيرهم فانه يكره بلا خلاف وكلام المصنف يدل على أن الخلاف بينهم (في الفرائض والنوافل جميعا) وقيل الخلاف في المكتوبة وأما النوافل فلا خلاف في انه لا يكره وقيل الخلاف في النوافل ولا خلاف في المكتوبة أنه يكره لهما أن المصلي قد يحتاج الى ذلك عملا بما هو السنة وهي أربعون آية أو ستون آية في الفرائض وعملا بما جاءت به السنة في صلاة التسبيح في تسبيحاتها عشرا عشرا فلا بأس بالعد حينئذ ولابي حنيفة أنه يمكنه أن يفعل ذلك قبل الشروع في الصلاة وأما في صلاة التسبيح فلا ضرورة أيضا الى العد باليد لانه يحصل بغمز رؤس الاصابع فيستغنى عن العد باليد

في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه أن يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده والله أعلم

﴿ فصل ﴾ لما فرغ من بيان الكراهة في الصلاة شرع في بيانها خارج الصلاة والخلاء بالمذبيت التغوط والمقصور النبت

﴿ ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء ﴾ لانه عليه السلام نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير موازٍ للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازٍ لها وما ينحط منه ينحط اليها

العينين ورفعهما الى جهة السماء وتغطية الفم أو الانف والتثاؤب اذا أمكنه الكظم فان عجز ففتح عظمي فاه بكمه أو يده والا يكره وتكره الصلاة أيضا مع تشمير الكم عن الساعد ومكشوف الرأس لقصد التضرع ولا بأس مع شد الوسط ويكره ستر القدمين في السجود وتكره مع نجاسة لا تمنع الا ان خاف فوت الوقت أو الجماعة ولا جماعة أخرى ويقطع الصلاة ان لم يخف ذلك اذا تذكر هذه النجاسة وكذا يقطع لاغاثة الملهوف أو خوف على أجنبي أن يسقط من سطح أو يغرق أو يحرق ونحوه وله أن يقطع اذا سرق منه أو من غيره قدر درهم لا لنداء أحد أبويه الا أن يستغيث وتكره مع مدافعة الاخبثين سواء كان بعد الشروع أو قبله وفي فيه درهم أو لؤلؤة تمنعه من سنة القراءة وفي أرض غيره فان ابتلي بين ذلك وبين الصلاة في الطريق ان كانت الارض مزروعة أو لكافر ففي الطريق والا ففي الارض ولو كان في بيت انسان ان استأذنه فأحسن والا فلا بأس ويكره وقدامه عذرة كما يكره أن تكون قبلة المسجد الى حمام أو مخرج أو قبر فان كان بينه وبين هذه حائل حائط لا يكره ويكره بحضرة طعام اذا كان له التفات اليه لحديث المتفق عليه لا صلاة بحضرة طعام ولا وهو يدافعه الاخبثان وما في أبي داود لا تؤخروا الصلاة لطعام ولا لغيره يحمل على تأخيرها عن وقتها جمعا بينهما وفي الصحيحين عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أما يأمن الذي يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار أو يجعل صورته صورة حمار وعنه أنه صلى الله عليه وسلم قال التثاؤب من الشيطان فاذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع وعن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لينتهين أقوام يرفعون أبصارهم الى السماء في الصلاة أو لا ترجع اليهم

﴿ فصل ﴾ (قوله لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك) قال صلى الله عليه وسلم اذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا أخرجه الستة (قوله ولا يكره في رواية) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رقيت يوما على بيت أختي حفصة فرأيت النبي صلى الله عليه وسلم يقضي حاجته مستقبل الشام مستدبر الكعبة ولان فرجه غير موازٍ لها الى آخر ما ذكره في الكتاب وجه الظاهر الحديث السابق وهو مقدم لتقدم المانع عند المعارضة واعلم أن هذه المسئلة اختلف فيها العلماء على ثلاثة أقوال وباعتبار هذه الرواية تصير أربعة أقوال ذهبت طائفة الى الكراهة مطلقا منهم مجاهد والنخعي وأبو حنيفة أخذا بعموم الاول مع تقويته بقول أبي أيوب قدمنا الشام فوجدنا مراحيض قد بنيت نحو الكعبة فننحرف عنها ونستغفر الله وطائفة كرهوه في الفضاء دون البنيان

(٣٨ - فتح القدير اول) وما ينحط منه ينحط اليها) فان قيل كيف يعارض هذا ما جاء في حديث ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تستقبلوا القبلة بغائط أو بول ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا أجيب بأنه محمول على أن المراد به أهل المدينة لانهم اذا استدبروا صاروا متوجهين الى بيت المقدس فكان مكروها تعظيما لبيت المقدس أو على انه يكون رافعا ذيله عند التغوط

(قوله وقيد بالتسبيح والآتي احترازا عن عد الناس وغيرهم فانه لا يكره بلا خلاف) أقول وفيه بحث

(وتكره الجامعة فوق المسجد والبول والتخلي) لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه (ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد) والمراد ما أعد للصلاة في البيت

مطلقا منهم الشعبي والشافعي وأحمد أخذا بحديث أبي داود عن مروان الاصفر رأيت ابن عمر أناخ راحلته وجلس يبول اليها فقلت أبا عبد الرحمن أليس قد نهي عن هذا قال بلى انما نهي عن ذلك في الفضاء فاذا كان بينك وبين القبلة شئ يسترك فلا بأس ورواه ابن خزيمة والحاكم في صحيحيهما وعن ابن عمر في الصحيحين ماذكرناه آنفا من رؤيته لرسول الله صلى الله عليه وسلم وطائفة رخصوه مطلقا فمنهم من طرح الاحاديث لتعارضها ثم رجع الى الاصل وهو الاباحة والمعارضة بحديث ابن عمر المتقدم وما رواه ابن ماجه عن عراك عن عائشة قالت ذكر عند النبي صلى الله عليه وسلم قوم يكرهون أن يستقبلوا بفروجهم القبلة فقال أراهم قد فعلوها استقبلوا بمقعدي القبلة وقول أحمد أحسن ما في الرخصة حديث عائشة وان كان مرسلا فان مخرجه حسن بناء على انكاره أن عراكا سمع من عائشة مدفوع بأنه ممن يمكن كونه لقيها فقد قالوا انه سمع من أبي هريرة وأبو هريرة توفي هو وعائشة في سنة واحدة فلا يبعد سماعه منهما مع كونهما في بلدة واحدة وقد أخرج مسلم حديث عراك عن عائشة جاءتني مسكينة تحمل ابنتين لها الحديث ثم أخرج الدارقطني الحديث المذكور من غير جهة حماد بن سلمة الذي في حديث ابن ماجه قال عراك فيها حدثتني عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم لما بلغه قول الناس أمر بمقعدته فاستقبل بها القبلة ومنهم من ادعى النسخ تمسكا بما أخرجه أبو داود والترمذي وابن حبان في صحيحه والحاكم والدارقطني عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستقبل القبلة فرأيته قبل أن يقبض بعام يستقبلها ولفظ ابن حبان ومن بعده حدثنا أبان بن صالح فزالت تهمة التدليس ولفظهم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نهانا أن نستقبل القبلة أو نستدبرها بفروجنا اذا هرقنا الماء ثم رأيته قبل موته بعام يبول الى القبلة وأبان بن صالح وثقه المزكون يحيى بن معين وأبو زرعة وأبو حاتم وقال الترمذي في العلل الكبير سألت محمد بن اسمعيل يعني البخاري عن هذا الحديث فقال حديث صحيح والاحوط المنع لان الناسخ لابد أن يكون في قوة المنسوخ وهذا وان صح لا يقاوم ما تقدم مما اتفق عليه الستة وغيره مما أخرج كثيرا مع أن الذي فيه حكاية فعله وهو ليس صريحا في نسخ التشريع القولي لجواز الخصوصية ولو نسي فجلس مستقبلا فذكر يستحب له الانحراف بقدر ما يمكنه أخرج الطبري في تهذيب الآثار عن عمرو بن جميع عن عبد الله بن الحسن عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من جلس يبول قبالة المسجد فذكر فتحرف عنها اجلالا لالها لم يقم من مجلسه حتى يغفر له وكما يكره للبالغ ذلك يكره له أن يمسك الصغير نحوها يبول وقالوا يكره أن يمتخط عليه في النوم وغيره الى القبلة أو المصحف أو كتب الفقه الا أن تكون على مكان مرتفع عن المحاذاة (قوله وتكره الجامعة) وصرح بالتحريم في شرح الكنز لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد لكن الحق كراهة التحريم لان دلالة الآية انما هي على تحريم الوطء في المسجد للمعتكف فتفيد أن الوطء من محظورات الاعتكاف فعند عدم الاعتكاف لا يكون لفظ الآية دالا على منع فالمنع للمسجد حينئذ بل لو كان معتكفا اعتكافا نفلا أمكن أن يقال لا يحرم الوطء عليه للاعتكاف لما عرف من أن قطع نفل الاعتكاف على الرواية المختارة انهاء للعبادة لا ابطال وانما يمتنع للمسجد بدليل آخر فليست الآية على اطلاقها في كل اعتكاف الا أن يقال يجب أن يكون القطع الذي هو انهاء بغير الجماع كالخروج من المسجد لانه من محظورات ومبدؤه يقع في العبادة فصار كالخروج من الصلاة بالحدث يكون انهاء محظورا ولو سلم عدم

وقوله (وتكره الجامعة فوق المسجد) ظاهر

دلالتها

وقوله (لانه لم يأخذ حكم المسجد) يعني لعدم الخلوص حتى يباع ويورث (وان ندبنا اليه) أي الى اتخاذ المسجد في البيت فانه يستحب لكل انسان أن يتخذ في بيته مكانا للصلاة يصلي فيه النوافل والسنن قال الله تعالى في قصة موسى عليه السلام واجعلوا بيوتكم قبلة وقال صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا بيوتكم قبورا وهو عبارة عن ترك الصلاة في البيت وقوله (لانه) أي الغلق (يشبه المنع عن الصلاة) وهو حرام قال تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه (وقيل لا بأس

به) أي بغلق باب المسجد (اذا خيف على متاعه) في غير أوان الصلاة لاختلاف أحوال الناس بحسب اختلاف الزمان ألا ترى أن النساء كن يحضرن الجماعات ثم منعن من ذلك وكان المنع صوابا فكذلك اغلاق باب المسجد في زماننا والتدبير فيه الى أهل المحلة فانهم اذا اجتمعوا على رجل وجعلوه متوليا بغير أمر القاضي يكون متوليا وقوله (ولا بأس بأن ينقش المسجد بالجص) انما ذكر هذه المسئلة بهذه العبارة لاختلاف الناس فيها فمنهم من كره ذلك لان عليا قال حين مر بمسجد من خرف لمن هذه البيعة وانما قال ذلك لكراهته هذا الصنيع في المساجد وعندنا لا بأس بذلك لان عمر زاد في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزينه في خلافته ولان في تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس في المساجد لانتظار الصلاة وذلك لا محالة حسن وقال شمس الائمة السرخسي في قوله ولا بأس اشارة الى أنه لا يؤجر عليه ولا يأثم به وقيل هو قربة لان الله تعالى حثنا على عمارة المساجد بقوله انما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر والكعبة مزخرفة بماء الذهب والفضة مستورة بالديباج والحرير وقوله (وهذا) اشارة الى لا بأس يعني انما يكون لا بأس به (اذا فعل ذلك من مال نفسه أما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء) كالتجصيص (دون ما يرجع الى احكام النقش حتى لو فعل ذلك ضمن) والله أعلم بالصواب

لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه (ويكره أن يغلق باب المسجد) لانه يشبه المنع من الصلاة وقيل لا بأس به اذا خيف على متاع المسجد في غير أوان الصلاة (ولا بأس بأن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب) وقوله لا بأس يشير الى أنه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه أما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن والله أعلم بالصواب

دلالتها على ما قلناه عينا كانت محتملة كون التحريم للاعتكاف أو للمسجد فتكون ظنية الدلالة وعثلها تثبت كراهة التحريم لا التحريم والمراد بالتخلي التغوط لان سطح المسجد له حكمه الى عنان السماء وقد أمر بتطهيره والبول ينافيه واذا كان المسجد ينزوى من النخامة كما تنزوى الجلدة من النار على ما روى فكيف بالبول (قوله لانه لم يأخذ حكم المسجد) حتى لا يصح فيه الاعتكاف الا للنساء واختلفوا في مصلى العيد والجنازة والاصح أنه انما له حكم المسجد في جواز الاقتداء لكونه مكانا واحدا وهو المعتبر في جواز الاقتداء (قوله لانه يشبه المنع من الصلاة) وهو حرام قال تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه (قوله وقيل لا بأس اذا خيف على متاع المسجد) أحسن من التقييد بزماننا كما في عبارة بعضهم فالمدار خشية الضرر على المسجد فان ثبت في زماننا في جميع الاوقات ثبت كذلك الا في أوقات الصلاة أو لا فلا أو في بعضها فني بعضها (قوله وقيل هو قربة) لما فيه من تعظيم المسجد ومنهم من كرهه لقوله صلى الله عليه وسلم ان من أشراط الساعة أن تزين المساجد الحديث والاقوال ثلاثة وعندنا لا بأس به ويحمل الكراهة التكلف بدقائق النقوش ونحوه خصوصا في المحراب أو التزيين مع ترك الصلوات أو عدم اعطائه حقه من اللغط فيه والجلوس لحديث الدنيا ورفع الاصوات بدليل آخر الحديث وهو قوله وقلوبهم خاوية من الايمان هذا اذا فعل من مال نفسه أما المتولي فيفعل ما يرجع الى احكام البناء حتى لو جعل البياض فوق السواد للنقاء ضمن كذا في الغاية وعلى هذا تحلية المصحف بالذهب لا بأس به وكان المتقدمون يكرهون شد المصاحف واتخاذ المشدة لها لانه يشبه المنع كالغلق وهذه فروع تتعلق بأحكام المسجد لا شك أن الدفع للفقراء أولى من تزيينه ولو قيل بأنه قربة ولا يحفر في المسجد بئر ولو كانت بئر قديمة كبئر زمزم تركت ولو حفر فتلف فيه شئ ان حفر أهل المسجد أو غيرهم باذنهم لا يضمن وان كان بغير اذنهم ضمن أضر ذلك بأهله أولا ولا يجوز غرس الاشجار فيه الا ان كان ذا نز والاسطوانات لا تستقر به فيجوز لتشرب ذلك الماء فيحصل بها النفع ولا بأس بأن يتخذ فيه بيتا لمتاعه ولا يجوز أن يتخذه طريقا بغير عذر فان كان بعذر لا بأس ولا يبزق فيه فيأخذ النخامة بثوبه ولو بزق كان فوق الحصير أسهل منه تحتها لان ما تحتها مسجد حقيقة والحصير لها حكم المسجد وليست به حقيقة فان لم يكن فيه بوار يدفنها في التراب ولا يدعها على وجه الارض وكذا يكره أن يمسح رجله من الطين باسطوانته أو حائطه ولا بأس بأن يمسح ببردنه أو قطعة خشب أو حصير ملقاة فيه والاولى أن لا يفعل وتراب المسجد ان كان مجموعا لا بأس به وان كان مبسوطا يكره واذا نزح الماء النجس من البئر كره أن يبل به الطين

﴿ باب صلاة الوتر ﴾

لما فرغ من بيان المفروضات وما يتعلق بها من بيان أوقاتها وكيفية أدائها والاداء الكامل والقاصر شرع في بيان صلاة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلاة الوتر والدليل على انه قصد هذه المناسبة ايراد النوافل بعدها ليكون الواجب بين الفرض والنفل كما هو حقه (الوتر واجب عند أبي حنيفة) قيل ليس في الوتر رواية منصوص عليها في الظاهر ولكن روى يوسف بن خالد السمتي عن أبي حنيفة أنها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح (٣٠٠) بن أبي مريم عنه أنها سنة وبه أخذ أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله وروى حماد ابن زيد عنه أنها فريضة وبه أخذ زفر قالوا ظهر آثار السنن فيها حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له فيكون سنة واعترض عليه بأنه مشترك الالزام فان قائل أن يقول ظهر آثار الواجبات فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له فيكون واجبا كصلاة العيد وأجيب بأنا لا نسلم أن صلاة العيد واجبة سلمنا لكن المجموع من آثار السنن ولا نسلم أن صلاة العيد ليس لها أذان بل قولهم الصلاة جامعة أذان لها وفيه نظر (ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى زادكم صلاة ألا وهي الوتر) رواه أبو نضرة الغفاري ووجه الاستدلال من أوجه أحدها انه أضاف الزيادة الى الله والسنن انما تضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه قال زادكم والزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة بعدد لا في النوافل لانه لا نهاية لها والثالث أن الزيادة على الشئ انما تتحقق اذا كانت من جنس المزيد عليه لا يقال زاد في غنمه اذا وهب له بقرة ولا يقال زاد على الهبة اذا باع والمزيد عليه فرض فكذا الزائد الا أن الدليل غير قطعي فصار واجبا والرابع الامر فانه للوجوب

﴿ باب صلاة الوتر ﴾

(الوتر واجب عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا سنة) لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ان الله تعالى زادكم صلاة ألا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر أمر وهو للوجوب

فيطين به المسجد على قول من اعتبر نجاسة الطين وقد ذكرناه في باب الانجاس ويكره التوضي في المسجد والمضمضة الا أن يكون موضع اتخذ لذلك لا يصلى فيه ولا يجوز أن تعمل فيه الصنائع لانه مخلص لله فلا يكون محلا لغير العبادة غير أنهم قالوا في الخياط اذا جلس فيه لمصلحته من دفع الصبيان وصيانة المسجد لا بأس به للضرورة ولا يدق الثوب عند طيه دقا عنيفا والذي يكتب اذا كان بأجر يكره وبغير أجر لا يكره هذا اذا كتب العلم والقرآن لانه في عبادة أما هؤلاء المكتبون الذين تجتمع عندهم الصبيان واللغط فلا لو لم يكن لغط لانهم في صناعة لا عبادة اذ هم يقصدون الاجادة ليس هو لله بل للارتزاق ومعلم الصبيان القرآن كالكاتب ان كان لا جرا لا وحسبة لا بأس به ومنهم من فصل هذا ان كان لضرورة الحر وغيره لا يكره والا فيكره وسكت عن كونه بأجر أو غيره وينبغي حمله على ما اذا كان حسبة فأما ان كان بأجر فلا شك في الكراهة وعلى هذا فاذا كان حسبة ولا ضرورة يكره لان نفس التعليم ومراجعة الاطفال لا تخلو عما يكره في المسجد والجلوس في المسجد بغير صلاة جائز لا للصبية والكلام المباح فيه مكروه يأكل الحسنات والنوم فيه مكروه وقيل لا بأس للغريب أن ينام فيه وفي النهاية عن الحلواني انه ذكر في الصوم عن أصحابنا يكره أن يتخذ في المسجد مكانا معينا يصلي فيه لان العبادة تصير له طبعا فيه وتثقل في غيره والعبادة اذا صارت طبعا فسبيلها الترك ولذا كره صوم الابد انتهى فكيف بمن اتخذه لغرض آخر فاسد والله أعلم

﴿ باب صلاة الوتر ﴾

(قوله حيث لا يكفر جاحده) لا يفيد اذ ثبات اللازم لا يستلزم اثبات الملزوم المعين الا اذا ساواه وهو ههنا أعم فان عدم الاكفار بالجحد لازم الوجوب كما هو لازم السنة والمدعى الوجوب لا الفرض وان قصد الاستدلال بالمجموع منه مع عدم التأذين فاقرب على ما فيه فالثاني يستقل والحق انه لم يثبت عندهما دليل الوجوب فنفياه وثبت عنده وهو الحديث المذكور وقد روى عن عدة من الصحابة عمرو بن العاص وعقبة بن عامر وابن عباس وابن عمر وأبي سعيد الخدري وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وخارجة بن حذافة وأبي نضرة الغفاري فعن عقبة وعمرو رواه ابن راهويه في مسنده حدثنا سويد بن عبد العزيز حدثنا ثابرة بن عبد الرحمن عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير مرثد بن عبد الله اليزني

﴿ باب صلاة الوتر ﴾

(قوله وفيه نظر) أقول فان مرادهما الاذان المعهود لا مجرد الاعلام (قوله والزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة بعدد) أقول هما يقولان انها سنة مؤكدة وهي محصورة أيضا

عن عمرو بن العاص وعقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم قال ان الله زادكم صلاة هى لكم خير من حمر النعم الوتر وهى لكم فيما بين العشاء الى طلوع الفجر وضعف ابن معين وغيره قرة وعن ابن عباس رواه الطبرانى والدارقطنى عن النضر أبى عمر عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما وضعفه الدارقطنى بالنضر وعن ابن عمر أخرجه الدارقطنى فى غرائب مالك وضعفه بحميد بن أبى الجون وهو ان الله زادكم صلاة وهى الوتر وعن الخدرى رواه الطبرانى وفيه أيضا مثل ما فى حديثه عن ابن عباس وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه الدارقطنى وفيه أنه صلى الله عليه وسلم أمرنا فاجتمعنا فحمد الله وأثنى عليه ثم قال ان الله زادكم صلاة فأمرنا بالوتر وضعفه بمحمد بن عبيد الله العزرمى وعن أبى نضرة رواه الحاكم من حديث ابن لهيعة عن عمرو بن العاص قال سمعت أبا نضرة الغفارى يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله زادكم صلاة وهى الوتر فصلوها فيما بين العشاء الى صلاة الصبح وسكت عنه وأعل بابن لهيعة وعن خارجة رواه الحاكم وأبو داود والترمذى وابن ماجه خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الله أمدكم بصلاة خير لكم من حمر النعم وهى الوتر فجعلها لكم فيما بين العشاء الى طلوع الفجر قال الحاكم صحيح ولم يخرجاه لتفرد التابعى عن الصحابى وقول الترمذى غريب لا ينافى الصحة لما عرف ولذا يقول مرارا فى كتابه حسن صحيح غريب وما نقل عن البخارى من أنه أعله بقوله لا يعرف سماع بعض هؤلاء من بعض فبناء على اشتراطه العلم باللقى والصحيح الاكتفاء بامكان اللقى واعلال ابن الجوزى له بابن اسحق وبعبد الله بن راشد نقل تضعيف ابن راشد عن الدارقطنى أما ابن اسحق فثقة ثقة لا شبهة عندنا فى ذلك ولا عند محققى المحدثين ولو سلم فقد تابعه الليث بن سعد عن يزيد بن أبى حبيب وأما ما نقله عن الدارقطنى من تضعيف ابن راشد فغلطه فيه صاحب التنقيح لان الدارقطنى انما ضعف عبد الله بن راشد البصرى مولى عثمان بن عفان الراوى عن أبى سعيد الخدرى وأما هذا راوى حديث خارجة فهو الزوقى أبو الضحاك المصرى ذكره ابن حبان فى الثقات انتهى ومتابعة الليث والتصريح بكون الزوقى كلاهما فى اسناد النسائى للحديث المذكور فى كتاب الكنى فتم أمر هذا الحديث على أتم وجه فى الصحة ولو لم يكن هذا كان فى كثرة طرقه المضعفة ارتفاع له الى الحسن بل بعضها حسن بحتة وهو طريق ابن راهويه وقرة ان قال أحد فيه منكر الحديث فقد قال ابن عدى لم أر له حديثا منكرا جدا وأرجو أن لا بأس به وقد ذكره ابن حبان فى الثقات بقى الشأن فى وجه الاستدلال به فقيل من لفظ زادكم فان الزيادة لا تتحقق الا عند حصر المزيد عليه والمحصور الفرائض لا النوافل ويشكل عليه ما ثبت بسند صحيح أخرجه الحاكم والبيهقى عنه صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى زادكم صلاة الى صلاتكم هى خير لكم من حمر النعم ألا وهى الركعتان قبل صلاة الفجر فان اقتضى لفظ زادكم الحصر فانه يجب فى هذا كون المحصورة المزيدة عليها السنن الرواتب وحينئذ فالمحصورة أعم من الفرائض والسنن الراتبة فلا يستلزم لفظ زادكم كون المزيد فرضا لجواز كونه زيادة على المحصورة التى ليست بفرض أعنى السنن وقد يكون هذا هو الصارف للمصنف عن التمسك بهذه الطريقة مع شهرتها بينهم الى الاقتصار على التمسك بلفظ الامر لكن لفظ الامر انما هو فى حديث ابن لهيعة وعمرو بن شعيب وقد ضعف فالاولى التمسك فيه بما فى أبى داود عن أبى المنيب عبيد الله العتكى عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الوتر حق فمن لم يوتر فليس منى الوتر حق فمن لم يوتر فليس منى الوتر حق فمن لم يوتر فليس منى ورواه الحاكم وصححه وقال أبو المنيب ثقة ووثقه ابن معين أيضا وقال ابن أبى حاتم سمعت أبى يقول صالح الحديث وأنكر على البخارى ادخاله فى الضعفاء وتكلم فيه النسائى وابن حبان وقال ابن عدى لا بأس به فالحديث حسن وأخرج البزار

عن حكام عن عنبسة عن جابر عن أبي معشر عن ابراهيم عن الاسود عن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم الوتر واجب على كل مسلم وقال لا نعلمه يروى عن ابن مسعود الا من هذا الوجه فان قيل الامر قد يكون للندب والحق هو الثابت وكذا الواجب لغة ويجب الحمل عليه دفعا للمعارضة ولقيام القرينة الدالة عليه أما المعارضة فما أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم كان يوتر على البعير وما أخرجاه أيضا انه صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن وقال له فيما قال فاعلمهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في اليوم والليلة قال ابن حبان وكان بعثه قبل وفاته صلى الله عليه وسلم بأيام يسيرة وفي موطا مالك أنه صلى الله عليه وسلم توفي قبل أن يقدم معاذ من اليمن وما أخرجه ابن حبان أنه صلى الله عليه وسلم قام بهم في رمضان فصلى ثمان ركعات وأوتر ثم انتظروه من القابلة فلم يخرج اليهم فسألوه فقال خشيت أن تكتب عليكم الوتر هذه أحسن ما يعارض لهم به ولهم غيرها مما لم يسلم من ضعف أو عدم تمام دلالة وأما القرينة الصارفة للوجوب الى اللغوي فما في السنن الا الترمذي قال صلى الله عليه وسلم الوتر حق واجب على كل مسلم فمن أحب أن يوتر بخمس فليوتر ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليوتر ورواه ابن حبان والحاكم وقال على شرطهما وجه القرينة أنه حكم بالوجوب ثم خير فيه بين خصال احداها أن يوتر بخمس فلو كان واجبا لكان كل خصلة تخير فيها تقع واجبة على ما عرف في الواجب المخير والاجماع على عدم وجوب الخمس فلزم صرفه الى ما قلنا والجواب عن الاول أنه واقعة حال لا عموم لها فيجوز كون ذلك كان لعذر والاتفاق على أن الفرض يصلى على الدابة لعذر الطين والمطر ونحوه أو كان قبل وجوبه لان وجوبه لم يقارن وجوب الخمس بل متأخر وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم كان ينزل للوتر روى الطحاوي عن حنظلة بن أبي سفيان عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان يصلي على راحلته ويوتر بالارض ويزعم أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك فدل أن وتره ذلك كان اما لحالة عدم وجوبه أو للعذر وفي شرح الكنز أنه لا يجوز على أصلهم أن الوتر فرض على النبي صلى الله عليه وسلم ومن العجب أنهم يزعمون جواز هذا الفرض على الراحلة ثم يقولون لخصمهم لو كان فرضا لما أدى على الراحلة انتهى وهو غير لازم أما الاول فلان المرجح عندهم نسخ وجوبه في حقه صلى الله عليه وسلم وأما الثاني فيصح قولهم ذلك على وجه الالزام فانا لا نقول بجوازه على الدابة لوجوبه وعن الثاني انه لم يجوز أن يكون الوجوب كان بعد سفره وعن الثالث كالاول في أنه يجوز كونه قبل وجوبه أو المراد المجموع من صلاة الليل المختمة بوتر ونحن نقول بعدم وجوبه وذلك أنهم كانوا يطلقون على صلاة الليل كذلك ذلك لان المجموع حينئذ فرد وذلك وتر لا شفع وسيأتي في باب النوافل ما يصرح بذلك للمتأمل بل هذه الارادة ظاهرة من نفس الحديث المورد فانه صلى بهم ثمان ركعات وأوتر ثم تأخر في القابلة يعني عما فعله في السابقة البتة وعلل تأخره عن ذلك بخشية أن يكتب الوتر فكان المراد بالوتر ظاهرا الصلاة التي فعلت مختتمة بالوتر ويدل على ذلك ما صرح به في رواية البجلي بهذا الحديث من قوله خشية أن تكتب عليكم صلاة الليل وعن القرينة المدعاة ان ذلك كان قبل أن يستقر أمر الوتر فيجوز كونه كان أولا كذلك وفي مسلم عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي من الليل ثلاث عشر ركعة يوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شئ منها الا في آخرها فدل أن الوتر كان أولا خمسة وأجمعنا على أنه يجلس على رأس كل ركعتين وهو يفيد خلافه ويدل على ذلك أيضا ما في الدارقطني انه صلى الله عليه وسلم قال لا توتروا بثلاث أوتروا بخمس أو سبع ولا تشبهوا بثلاث جائزا اجماعا فعلم أن هذا وما شاكله كان قبل أن يستقر أمر الوتر وكيف يحمل على اللغوي وهو محفوف بما يؤكد مقتضاه من الوجوب وهو قوله صلى الله عليه وسلم فمن لم يوتر

فليس

قوله (ولهذا) أى ولكون الوتر واجبا (وجب القضاء بالاجماع) فان السنن لا يجب قضاؤها بالاجماع قيل المراد بالاجماع اجماع أصحابنا على ظاهر الرواية فانه نقل عن أبى يوسف أنه لا يقضى خارج الوقت وعن محمد انه قال أحب الى أن يقضى وقيل المراد بالاجماع اجماع السلف لكنه لم يثبت الا بطريق الآحاد وقوله (وانما لم يكفر) جواب عن قولهما حيث لا يكفر جاحده ووجهه أن الجاحد انما يكفر اذا كان الدليل قطعيا وههنا ليس كذلك (لان وجوبه ثبت بالسنة) يعنى غير المتواتر والمشهور وكلامه يشير الى أن وجوبه لو ثبت بغير السنة كفر جاحده وفيه نظر لانه حينئذ يكون فرضا لا واجبا وفى الجملة كلامه فى هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ولكل جواد كبوة وقوله (وهو) أى كون وجوبه ثبت بالسنة هو (المعنى بما روى عنه انه سنة) وقوله (وهو يؤدى فى وقت العشاء فاكتفى باذانه) أى أذان العشاء (واقامته) جواب عن قولهما ولا يؤذن له وقد علمت ما ورد عليه قال (الوتر ثلاث ركعات) الوتر عندنا ثلاث ركعات (لا يفصل بينهن بسلام) وقال الشافعى فى قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر ولنا ما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يوتر بثلاث ركعات

ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لم يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى بما روى عنه أنه سنة وهو يؤدى فى وقت العشاء فاكتفى باذانه واقامته قال (الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام) لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى عليه السلام كان يوتر بثلاث

فليس منى مؤكدا بالتكرار ثلاثا على ما تقدم (قوله ولهذا وجب القضاء بالاجماع) أى ثبت والا فوجوب القضاء محل النزاع أيضا والمعنى انه صلاة مقضية مؤقتة فتجب كالمغرب أما انها مؤقتة فلان المستحب فى وقتها السحر وذلك أشد مما يكون كراهة فى العشاء فلو كان سنة تبعا للعشاء لم يتخالف وقتهما فى الصفة بل كان المستحب فيه المستحب فيه (قوله وهو المعنى بما روى عن أبى حنيفة أنه سنة) وعنه أنه فرض أى على وهو الواجب فعنه ثلاث روايات والمراد بها واحد وهو الوجوب وفى الفتاوى لو اجتمعت أهل قرية على ترك الوتر أدبهم أو حبسهم فان لم يمتنعوا قاتلهم فان امتنعوا عن أداء السنن قال مشايخ بخارا يقاتلهم كالفرائض (قوله لما روت عائشة رضى الله عنها) روى الحاكم وقال على شرطهما عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث لا يسلم الا فى آخرهن وكذا روى النسائى عنها قالت كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يسلم فى ركعتى الوتر وأخرج الحاكم قيل للحسن ان ابن عمر كان يسلم فى الركعتين من الوتر فقال كان عمر أفقه منه وكان ينهض فى الثانية بالتكبير انتهى وسكت عنه وروى الطحاوى عن روح بن الفرج عن شريك عن مخول عن مسلم البطين عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث يقرأ فى الاولى بسبح اسم ربك الاعلى الى آخرها فى حديث عائشة المروى فى السنن الاربعة وصحيح ابن حبان والمستدرك كان يقرأ فى الركعة الاولى من الوتر بفاتحة الكتاب وسبح اسم ربك الاعلى وفى الثانية بقل يا أيها الكافرون وفى الثالثة بقل هو الله أحد والمعوذتين وظاهر هذا وصل الثالثة لجعلها الاولى بعض الوتر فى قوله من الوتر والا لقلت فيه وفى الركعة الوتر وأما قوله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشى الصبح صلى واحدة فاوترت له ما صلى فليس فيه دلالة على أن الوتر واحدة بتحريمة مستأنفة لتحتاج الى الاشتغال بجوابه اذ يحتمل كلا من ذلك ومن كونه اذا خشى الصبح صلى واحدة متصلة فانى يقاوم الصرائح التى ذكرناها وغيرها كثير تركناه لحال الطول مع أن أكثر الصحابة عليه قال الطحاوى حدثنا أبو بكرة حدثنا أبو داود حدثنا أبو خالد قال سألت أبا العالية عن الوتر فقال علمنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الوتر مثل صلاة المغرب هذا وتر الليل وهذا وتر النهار وقال حدثنا ابن مرزوق حدثنا عفان حدثنا حماد بن سلمة حدثنا ثابت قال صلى بنا أنس الوتر أنا عن يمينه وأم ولده خلفنا ثلاث ركعات لم يسلم الا فى آخرهن على أن لفظ الحديث لو كان كما قالوه يفيد تقييد جعلها واحدة بالضرورة وهى خشية طلوع الفجر خصوصا على قولهم من حجية مفهوم الشرط وعلى قولنا المتقرر نفى شرعيتها فاذا أثبت بشرط تبقى فيما وراءه على العدم لكنا لا نجيزها أيضا لذلك عند خشية الصبح لانه أحد محتمليه المتساويين كما قلنا فلا يجوز الحمل عليه بعينه لما ثبت به من المخالفة بين روايات فعله صلى الله عليه وسلم مع أنه تحكم عند تساوى الاحتمالين فتم المطلوب غير متوقف على ثبوت النهى عن البتيراء على أنه لو صح شرعيتها لم يلزم كون الوتر اياها الا بدليل يخص ذلك كما ان الشفع مشروع ولا يمكن ادعاء كون بعض الفرائض بخصوصه اياه الا بدليل وقد بينا ان الثابت كونه ثلاثا كالمغرب وكذا صح عن ابن مسعود وتر الليل ثلاث كوتر النهار وانما ضعفوا رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم فانه لم يرفعه عن الاعمش عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم الا يحيى بن أبى الحواجب وقد ضعف واعلم

(قوله وفيه نظر لانه حينئذ يكون فرضا لا واجبا) أقول يجوز أن يريد بالوجوب ما يعم الفرض على ما هو الشائع لا المعنى المقابل له فلا يرد شئ

(وحكى الحسن) البصرى (اجماع المسلمين على الثلاث) وهو مذهب أبى بكر وعمر والعبادلة وأبى هريرة روى أن عمر رأى سعيدا يوتر بركعة فقال ماهذه البتيراء لتشفعنها أولأؤدبنك (٣٠٤) انما قال ذلك لان الأثر اشتهر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن البتيراء

وحكى الحسن رحمه الله اجماع المسلمين على الثلاث وهذا أحد أقوال الشافعى رحمه الله وفى قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رحمه الله والحجة عليهما ماروياه (ويقنت فى الثالثة قبل الركوع) وقال الشافعى رحمه الله بعده لما روى أنه عليه السلام قنت فى آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ماروى أنه عليه السلام قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشئ آخره ويقنت فى جميع السنة خلافا للشافعى رحمه الله فى غير النصف الاخير من رمضان لقوله عليه السلام للحسن بن على رضى الله عنه حين علمه دعاء القنوت

أن فيما رويناقراءته صلى الله عليه وسلم فى الثالثة بسورة الاخلاص والمعوذتين ولم يذكر أصحابنا سوى قراءة الاخلاص وذلك لان أبا حنيفة رحمه الله روى فى مسنده عن حماد عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث يقرأ فى الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفى الثانية قل يا أيها الكافرون وفى الثالثة قل هو الله أحد (قوله وحكى الحسن اجماع المسلمين) فى مصنف ابن أبى شيبة حدثنا حفص حدثنا عمرو عن الحسن قال اجتمع المسلمون على أن الوتر ثلاث لايسلم الا فى آخرهن وعمرو هذا الظاهر أنه ابن عبيد فانه صرح به فى اسناد آخر مثل هذا وقال الطحاوى حدثنا أبو العوام محمد بن عبد الله بن عبد الجبار المرادى حدثنا خالد بن نزار الايلى حدثنا عبد الرحمن بن أبى زياد عن أبيه عن الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبى بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله وسليمان بن يسار فى مشيخة سواهم أهل فقه وصلاح فكان مما وعيت عنهم أن الوتر ثلاث لايسلم الا فى آخرهن (قوله وقال الشافعى رحمه الله بعده) اى بعد الركوع من الوتر ههنا ثلاث خلافيات احداها أنه اذا قنت فى الوتر يقنت قبل الركوع أو بعده والثانية أن القنوت فى الوتر فى جميع السنة أو فى النصف الاخير من رمضان والثالثة هل يقنت فى غير الوتر أو لا له فى الاولى ماروى الدارقطنى عن سويد بن غفلة قال سمعت أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضى الله تعالى عنهم يقولون قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى آخر الوتر وكانوا يفعلون ذلك وقوله وهو بعد الركوع من كلام المصنف على لسان الخصم ولهم ما هو أنص من ذلك وهو ما رواه الحاكم عن الحسن بن على رضى الله عنهما وصححه قال علمنى رسول الله صلى الله عليه وسلم كلمات أقولهن فى وترى اذا رفعت رأسى ولم يبق الا السجود اللهم اهدنى فيمن هديت الى آخره وسنذكره فى القنوت (قوله ولنا ماروى أنه صلى الله عليه وسلم قنت قبل الركوع) لو قال كان يقنت كان أولى قال النسائى وابن ماجه حدثنا على بن ميمون الرقى حدثنا مخلد بن يزيد عن سفيان عن زبيد اليامى عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه عن أبى بن كعب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر فيقنت قبل الركوع انتهى لابن ماجه ولفظ النسائى كان يوتر بثلاث يقرأ فى الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفى الثانية قل يا أيها الكافرون وفى الثالثة قل هو الله أحد ويقنت قبل الركوع انتهى وزاد فى سننه فاذا فرغ قال سبحان الملك القدوس ثلاث مرات يطيل فى آخرهن ثم قال وقد روى هذا الحديث غير واحد عن زبيد اليامى ولم يقل فيه وقنت قبل الركوع يريد بغير واحد من الرواة عن زبيد الذين لم يذكروا القنوت الاعمش وشعبة وعبد الملك بن أبى سليمان وجرير بن حازم لكن غايته أنه تفرد العدل بالزيادة وزيادة العدل مقبولة وقد أخرج الخطيب فى كتاب القنوت له حدثنا أبو الحسن أحمد بن محمد الاهوازى أنا أحمد بن محمد بن سعيد حدثنا أحمد بن الحسين بن عبد الملك حدثنا منصور بن أبى نويرة عن شريك عن

فيل ولا حجة له فيما روى لان الله تعالى وتر لا من حيث العدد فان قيل روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحب أن يوتر بخمس فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل وروى انه أوتر بسبع وبتسع واحدى عشرة فما وجه ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ذلك قبل استقرار الوتر أو يحمل على انه يتنفل بالركعتين ويوتر بالثلاث وكذا غيره (ويقنت فى الثالثة قبل الركوع وقال الشافعى) فى قوله الذى يوافقنا فيه على الثلاث يقنت فيها (بعد الركوع لما روى أنه عليه السلام قنت فى آخر الوتر وهو بعد الركوع) ولنا ماروى أن ابن مسعود بعث أمة لتراقب وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له أنه أوتر بثلاث ركعات قرأ فى الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفى الثانية بقل يا أيها الكافرون وفى الثالثة بقل هو الله أحد وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن عباس والجواب عما روى انه قنت فى آخر الوتر أن ما زاد على نصف الشئ فهو آخره (ويقنت فى جميع السنة خلافا للشافعى) فانه يقول يقنت فى النصف الاخير من رمضان لاغير لما روى أن عمر أمر أبى بن كعب بالامامة فى ليالى رمضان وأمر بالقنوت فى النصف الاخير منه ولنا قوله عليه السلام للحسن حين علمه دعاء القنوت

منصور

(قوله قيل ولا حجة له فيما روى لان الله وتر لا من حيث العدد) أقول تأمل

منصور عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قنت فى الوتر قبل الركوع وذكره ابن الجوزى فى التحقيق وسكت عنه وأخرج أبو نعيم فى الحلية عن عطاء بن مسلم حدثنا العلاء بن المسيب عن حبيب بن أبى ثابت عن ابن عباس قال أوتر النبى صلى الله عليه وسلم بثلاث فقنت فيها قبل الركوع وأخرج الطبرانى فى الاوسط حدثنا محمود بن محمد المروزى حدثنا سهيل ابن العباس الترمذى حدثنا سعيد بن سالم القداح عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يوتر بثلاث ركعات ويجعل القنوت قبل الركوع وقول أبى نعيم غريب من حديث حبيب والعلاء تفرد به عطاء بن مسلم وقول الطبرانى لم يروه عن عبيد الله الا سعيد بن سالم لا يوجب البعد لما قلناه فى كلام النسائى بل قد حصل من انفراد سفيان الثورى عن زبيد ومن تفرد عطاء بن مسلم عن العلاء ومن تفرد سعيد عن عبيد الله مع حديث ابن مسعود الذى سكت عليه فى التحقيق تظافر كثير مع أن كل طريق منها اما حسن أو صحيح وما فى حديث أنس أنه صلى الله عليه وسلم قنت بعد الركوع فالمراد منه أن ذلك كان شهرا فقط بدليل ما فى الصحيح عن عاصم الاحول سألت أنسا عن القنوت فى الصلاة قال نعم فقلت أكان قبل الركوع أو بعده قال قبله قلت فان فلانا أخبرنى عنك أنك قلت بعده قال كذب انما قنت صلى الله عليه وسلم بعد الركوع شهرا انتهى وعاصم كان ثقة جدا ولا معارضة محققة فى ذلك مع ما رواه أصحاب أنس بل هذه تصلح مفسرة للمراد بمرورهم أنه قنت بعده ومما يحقق ذلك أن عمل الصحابة أو أكثرهم كان على وفق ما قلناه قال ابن أبى شيبة حدثنا يزيد بن هرون عن هشام الدستوائى عن حماد عن ابراهيم عن علقمة أن ابن مسعود وأصحاب النبى صلى الله عليه وسلم كانوا يقنتون فى الوتر قبل الركوع ولما ترجح ذلك خرج ما بعد الركوع من كونه محلا للقنوت فلذا روى عن أبى حنيفة انه لو سها عن القنوت فتذكره بعد الاعتدال لا يقنت ولو تذكره فى الركوع فعنه روايتان احداهما لا يقنت والاخرى يعود الى القيام فيقنت والذى فى فتاوى قاضيخان والصحيح أنه لا يقنت فى الركوع ولا يعود الى القيام فان عاد الى القيام وقنت ولم يعد الركوع لم تفسد صلاته لان ركوعه قائم لم يرتفض وفى الخلاصة بعد ما ذكر الروايتين قال فى رواية يعود ويقنت ولا يعيد الركوع وعليه السهو قنت أو لم يقنت وهذا يحقق خروج القومة عن المحلية بالكلية الا اذا اقتدى بمن يقنت فى الوتر بعد الركوع فانه يتابعه اتفاقا أما لو نسى السورة والقنوت فلا شك أنه يعود اذا تذكر فى الركوع فيقرؤهما ويرتفض الركوع فلو لم يركع بطلت وأجمعوا على أن المسبوق بركعتين اذا قنت مع الامام فى الثالثة لا يقنت مرة أخرى وعن أبى الفضل تسويته بالشالث وسيأتى فى سجود السهو ولو سبقه الامام فركع وهو لم يفرغ يتابعه ولو ركع الامام وترك القنوت ولم يقرأ المأموم منه شيأ ان خاف فوت الركوع يركع والا قنت ثم ركع الخلافية الثانية له فيها ما رواه أبو داود أن عمر رضى الله عنه جمع الناس على أبى بن كعب فكان يصلى بهم عشرين ليلة من الشهر يعنى رمضان ولا يقنت بهم الا فى النصف الثانى فاذا كان العشر الاواخر تخلف فصلى فى بيته وللتن طريق آخر ضعفها النووى فى الخلاصة وما أخرج ابن عدى عن أنس كان صلى الله عليه وسلم يقنت فى النصف من رمضان الخ ضعيف بأبى عاتكة وضعفه البيهقى مع أن القنوت فيه وفيما قبله يحتمل كونه طول القيام فانه يقال عليه تخصيصا للنصف الاخير بزيادة الاجتهاد فهذا المعنى يمنع تبادر المتنازع فيه بخصوصه ولنا ما ذكره فى الكتاب من قوله صلى الله عليه وسلم للحسن اجعله فى وترك وهو بهذا اللفظ غريب والمعروف ما أخرجوه فى السنن الاربعة عن بريد بن أبى مريم عن أبى الجوزاء عن الحسن بن على رضى الله عنهما قال علمنى رسول الله صلى الله عليه وسلم كلمات أقولهن فى الوتر وفى لفظ فى قنوت الوتر اللهم اهدنى فيمن هديت وعافنى فيمن عافيت

فتولني فيمن توليت وبارك لي فيما أعطيت وقني شر ما قضيت انك تقضي ولا يقضى عليك وانه لا يذل من واليت تباركت وتعاليت حسنه الترمذي ورواه ابن حبان والبيهقي وزاد فيه بعد واليت ولا يعز من عاديت وزاد النسائي بعد وتعاليت وصلى الله على النبي قال النووي اسناده صحيح أو حسن ورواه الحاكم وقال فيه اذا رفعت رأسي ولم يبق الا السجود كما قدمناه وأخرج الاربعة أيضا وحسنه الترمذي عن علي رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يقول في آخر وتره اللهم اني أعوذ برضاك من سخطك وبمعافاتك من عقوبتك وأعوذ بك منك لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك ولا شك أن فيما قدمناه في الخلافية قبل هذه ما هو أنص على المواظبة على قنوت الوتر من هذا فارجع اليه تستغن عن هذا في هذا المطلوب وانما يحتاج اليه في اثبات وجوب القنوت وهو متوقف على ثبوت صيغة الامر فيه أعني قوله اجعل هذا في وترك والله أعلم به فلم يثبت لي ومنهم من حاول الاستدلال بالمواظبة المفادة من الاحاديث وهو متوقف على كونها غير مقرونة بالترك مرة لكن مطلق المواظبة أعم من المقرونة به أحيانا وغير المقرونة ولا دلالة للاعم على الاخص والا لوجبت هذه الكلمات عينا أو كانت أولى من غيرها لكن المتقرر عندهم ما أخرجه أبو داود في المراسيل عن خالد بن أبي عمران قال بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعو على مضر اذ جاءه جبريل فأومأ اليه أن اسكت فسكت فقال يا محمد ان الله لم يبعثك سبابا ولا لعانا وانما بعثك رحمة للعالمين ليس لك من الامر شيء ثم علمه القنوت اللهم انا نستعينك ونستغفرك ونؤمن بك ونخضع لك ونخلع ونترك من يكفرك اللهم اياك نعبد ولك نصلي ونسجد واليك نسعى ونحفد نرجو رحمتك ونخاف عذابك ان عذابك الجد بالكفار ملحق وعن طائفة من المشايخ أنه لا يؤقت في دعاء القنوت لانه حينئذ يجري على اللسان من غير صدق رغبة فلا يحصل به المقصود قال آخرون ذلك في غير اللهم انا نستعينك لان الصحابة اتفقوا عليه ولو قرأ غيره جاز والاولى أن يقرأ بعده قنوت الحسن اللهم اهدني فيمن هديت ولانه ربما يجري على اللسان ما يشبه كلام الناس اذا لم يؤقت فتفسد الصلاة ثم اذا شرع في دعاء القنوت قال اللهم اهدني فيمن هديت لم يذكر رفع اليدين فيه والذي في ترجمة أبي يوسف قال أحمد بن أبي عمران الفقيه حدثني فرج مولى أبي يوسف قال رأيت مولاي أبا يوسف اذا دخل في القنوت للوتر رفع يديه في الدعاء قال ابن أبي عمران كان فرج ثقة انتهى ووجهه عموم دليل الرفع للدعاء ويجاب بأنه مخصوص بما ليس في الصلاة للاجماع على أن لا رفع في دعاء التشهد ومن لا يحسن القنوت يقول ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار وقال أبو الليث يقول اللهم اغفر لي ويكرر ثلاثا انتهى وحديث لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تقدم الكلام عليه في صفة الصلاة الخلافية الثالثة له فيها حديث أبي جعفر الرازي عن أنس ما زال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقنت في الصبح حتى فارق الدنيا رواه الدارقطني وغيره وفي البخاري عن أبي هريرة قال لأنا أقربكم صلاة برسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أبو هريرة يقنت في الركعة الاخيرة من صلاة الصبح بعد ما يقول سمع الله لمن حمده فيدعو للمؤمنين ويلعن الكفار وحديث ابن أبي فديك عن عبد الله بن سعيد المقبري عن أبيه عن أبي هريرة قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا رفع رأسه من الركوع من صلاة الصبح في الركعة الثانية يرفع يديه فيدعو بهذا الدعاء اللهم اهدني فيمن هديت وعافني فيمن عافيت وتولني فيمن توليت وبارك لي فيما أعطيت وقني شر ما قضيت انك تقضي ولا يقضى عليك انه لا يذل من واليت تباركت وتعاليت وفي هذا مع ما قدمناه من حديث الحسن ما يصرح بان قولهم اللهم اهدنا فيمن هديت وعافنا بالجمع خلاف المنقول لكنهم لفقوه من حديث في حق الامام عام لا يخص القنوت ولا يخفى انه صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك وهو امام لانه لم يكن يصلي الصبح منفردا لحفظه الراوي منه في تلك الحالة مع أن اللفظ المذكور في الحديث يفيد المواظبة على ذلك وقال

الحازمي في كتاب الناسخ والمنسوخ انه روى يعني القنوت في الفجر عن الخلفاء الاربعة وغيرهم مثل عمار بن ياسر وأبي بن كعب وأبي موسى الاشعري وابن عباس وأبي هريرة والبراء بن عازب وأنس وسهل ابن سعد الساعدي ومعاوية بن أبي سفيان وعائشة رضي الله عنهم وقال ذهب اليه أكثر الصحابة والتابعين وذكر جماعة من التابعين والجواب أولا أن حديث ابن أبي فديك الذي هو النص في مطلوبهم ضعيف فانه لا يحتج بعبد الله هذا ثم نقول في دفع ما قبله انه منسوخ كما صرح المصنف به فريبا تمسكا بما رواه البزار وابن أبي شيبة والطبراني والطحاوي كلهم من حديث شريك القاضي عن أبي حمزة القصاب عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله قال لم يقنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصبح الا شهرا ثم تركه لم يقنت قبله ولا بعده وأعلوه بالقصاب تركه أحمد بن حنبل وابن معين وضعفه عمرو بن علي الفلاس وأبو حاتم وحاصل تضعيفهم اياه انه كان كثير الوهم فلا يكون حديثه رافعا لحكم ثابت بالقوي قلنا بمثل هذا ضعف جماعة أبا جعفر قال ابن المديني فيه كان يخلط وقال ابن معين كان يخطئ وقال أحمد ليس بالقوي وقال أبو زرعة كان يهم كثيرا وقال ابن حبان كان ينفرد بالمناكير عن المشاهير فكافأه القصاب ثم يقوى ظن ثبوت ما رواه القصاب بان شبابة روى عن قيس بن الربيع عن عاصم بن سليمان قال قلنا لانس بن مالك رضي الله عنه ان قوما يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يقنت بالفجر فقال كذبوا انما قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شهرا واحدا يدعو على أحياء من أحياء المشركين فهذا عن أنس صريح في مناقضة رواية أبي جعفر عنه وفي أنه منسوخ وقيس هذا وان كان يحيى بن معين ضعفه فقد وثقه غيره وليس بدون أبي جعفر بل مثله أو أرفع منه فان الذين ضعفوا أبا جعفر أكثر ممن ضعف قيسا وانما يعرف تضعيف قيس عن ابن معين وذكر سبب تضعيفه قال أحمد بن سعيد بن أبي مريم سألت يحيى عن قيس بن الربيع فقال ضعيف لا يكتب حديثه فانه يحدث بالحديث عن عبيدة وهو عنده عن منصور وهذا لا يوجب رد حديثه اذ غاية ما أنه غلط في ذكر عبيدة بدل منصور ومن سلم من مثل هذا من المحدثين كذا قيل وفيما قاله نظر فقد ضعفه غير يحيى قال النسائي متروك وقال الدارقطني ضعيف وعن أحمد كان كثير الخطا وله أحاديث منكرة وكان وكيع وابن المديني يضعفانه وتكلم فيه يحيى بن سعيد القطان لكن كان شعبة يثني عليه حتى قال من يعذرني من يحيى لا يرضى قيس بن الربيع وقال معاذ بن معاذ قال لي شعبة ألا ترى الى قيس بن سعيد القطان يتكلم في قيس بن الربيع ووالله ماله الى ذلك سبيل وقال أبو قتيبة قال لي شعبة عليك بقيس بن الربيع وقال ابن حبان سبرت أخبار قيس بن الربيع من روايات القدماء والمتأخرين وتتبعتها فرأيته صدوقا في نفسه مأمونا حيث كان شابا فلما كبر ساء حفظه وامتحن بولد سوء يدخل عليه وسرد ابن عدي له جملة ثم قال ولقيس غير ما ذكر من الحديث وعامة رواياته مستقيمة وقال أبو حاتم محله الصدق وليس بقوي قال الذاهبي القول ما قاله شعبة وانه لا بأس به فلا ينزل بذلك عن أبي جعفر الرازي ويزداد اعتضاده بل يستقل باثبات ما نسبناه لانس ما رواه الخطيب في كتاب القنوت من حديث محمد بن عبد الله الانصاري حدثنا سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يقنت الا اذا دعا لقوم أو دعا عليهم وهذا سند صحيح قاله صاحب تنقيح التحقيق وأما ما أخرجه الخطيب عن أنس في كتابه هذا مما يخالف ذلك نحو مما أخرجه عن دينار بن عبد الله خادم أنس ما زال صلى الله عليه وسلم يقنت حتى مات وغيره فقد شنع عليه أبو الفرج بن الجوزي بسبب ذلك وبلغ فيه الغاية ونسبه الى ما ينبغي صون كلامنا عنه بسبب أنه يعلم أنها باطلة وقد اشتهر بعض الرواة فيها بالوضع على أنس وقال صلى الله عليه وسلم من حدث عني بحديث وهو يرى أنه كذب فهو أحد الكاذبين وما أسلفناه في الخلافية السابقة من قول أنس

لعاصم حين سأله عن القنوت نعم ثم ذكر له أن فلانا قال بعده فقال كذب انما قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شهرا انما يقتضي بقاء القنوت قبل الركوع في الصلاة لا في الفجر ونحن نقول به اذ نقول ببقائه في الوتر لانه انما سأله عن القنوت في الصلاة ولو كان عارضه ما رويناه عنه وأنص من ذلك في النفي العام ما أخرجه أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقنت في الفجر قط الا شهرا واحدا لم ير قبل ذلك ولا بعده وانما قنت في ذلك الشهر يدعو على ناس من المشركين فهذا الاخبار عليه ولهذا لم يكن أنس نفسه يقنت في الصبح كما رواه الطبراني قال حدثنا عبد الله بن محمد بن عبد العزيز حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا غالب بن فرقد الطحان قال كنت عند أنس بن مالك رضي الله عنه شهرين فلم يقنت في صلاة الغداة واذا ثبت النسخ وجب حمل الذي عن أنس من رواية أبي جعفر ونحوه اما على الغلط أو على طول القيام فانه يقال عليه أيضا في الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أفضل الصلاة طول القنوت أي القيام ولا شك أن صلاة الصبح أطول الصلوات قياما والاشكال نشأ من اشتراك لفظ القنوت بين ما ذكر وبين الخضوع والسكوت والدعاء وغيرها أو يحمل على قنوت النوازل كما اختاره بعض أهل الحديث من أنه لم يزل يقنت في النوازل وهو ظاهر ما قدمناه عن أنس كان لا يقنت الا اذا دعا الخ وسننظر فيه ويكون قوله ثم ترك في الحديث الآخر يعني الدعاء على أولئك القوم لا مطلقا وأما قنوت أبي هريرة المروي فانما أراد بيان أن القنوت والدعاء للمؤمنين وعلى الكافرين وقد كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أنه مستمر لاعترافهم بان القنوت المستمر ليس بسن فيه الدعاء لهؤلاء وعلى هؤلاء في كل صبح ومما يدل على أن هذا أراد وان كان غير ظاهر لفظ الراوي ما ثبت عنه ما أخرجه ابن حبان عن ابراهيم بن سعد عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقنت في صلاة الصبح الا أن يدعو لقوم أو على قوم وهو سند صحيح فلزم أن مراده ما قلنا أو بقاء قنوت النوازل لان قنوته الذي رواه كان كقنوت النوازل وكيف يكون القنوت سنة راتبة جهرية وقد صح حديث أبي مالك سعد بن طارق الاشجعي عن أبيه صليت خلف النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقنت وصليت خلف أبي بكر فلم يقنت وصليت خلف عمر فلم يقنت وصليت خلف عثمان فلم يقنت وصليت خلف علي فلم يقنت ثم قال يا بني انها بدعة رواه النسائي وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح ولفظه ولفظ ابن ماجه عن أبي مالك قال قلت لابي يا أبت انك قد صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي بالكوفة نحوا من خمس سنين أكانوا يقنتون في الفجر قال أي بني محدث وهو أيضا ينفي قول الحازمي في أن القنوت عن الخلفاء الاربعة وقوله ان عليه الجمهور معارض بقول حافظ آخر ان الجمهور على عدمه وأخرج ابن أبي شيبة أيضا عن أبي بكر وعمر وعثمان أنهم كانوا لا يقنتون في الفجر وأخرج عن علي أنه لما قنت في الصبح أنكر الناس عليه فقال استنصرنا على عدونا وفيه زيادة أنه كان منكرا عند الناس وليس الناس اذ ذاك الا الصحابة والتابعين وأخرج عن ابن عباس وابن مسعود وابن عمر وابن الزبير أنهم كانوا لا يقنتون في صلاة الفجر وأخرج عن ابن عمر انه قال في قنوت الفجر ما شهدت وما علمت وما أسند الحازمي عن سعيد ابن المسيب أنه ذكر له قول ابن عمر في القنوت فقال أما انه قنت مع أبيه ولكنه نسي ثم أسند عن ابن عمر أنه كان يقول كبرنا ونسينا ائتوا سعيد بن المسيب فاسألوه مدفوع بان عمر لم يقنت بما صح عنه مما قدمناه وقال محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي عن الاسود ابن يزيد أنه صحب عمر بن الخطاب سنتين في السفر والحضر فلم يره قانتا في الفجر وهذا سند لا غبار عليه ونسبة ابن عمر الى النسيان في مثل هذا في غاية البعد وانما يقرب ادعاؤه في الامور التي تسمح وتحفظ أو الافعال التي تفعل أحيانا في العمر أما فعل يقصد الانسان الى فعله كل غداة مع خلق كلهم يفعله ثم

(اجعل هذا في وتره من غير فصل) وتأويل ما روى عن عمر أن المراد بالقنوت طول القراءة في الصلاة ولئن سلم أن المراد به القنوت المتنازع فيه فذلك أثر الصحابي والشافعي لا يرى الاحتجاج به لانه انما احتج به لانه اجماع معنى فان أبيا كان يوما بحضرة من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الاجماع لان خلاف ابن عمر قد ثبت حيث قال لا أعرف القنوت الا طول القيام ومع خلافه لا ينعقد الاجماع (ويقرأ في كل ركعة من الوتر) بالاجماع أما عند من يقول بأنه سنة فلان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل وأما عند أبي حنيفة فلان وجوبه لما كان بالسنة وجب القراءة في الجميع احتياطا لانها لا تفيد القطع واستدلال المصنف بقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن انما هو على وجوب مطلق القراءة وأما على تعيين الفاتحة وضم سورة اليها فلا دلالة للآية على ذلك نعم مار وينا من حديث ابن مسعود دليل على ذلك وأما انه لا يعين سورة بعينها يقرؤها على الدوام فقد تقدم الكلام فيه ولو أراد التبرك بما ورد عن ابن مسعود في بعض الاوقات كان حسنا (وان أراد أن يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت) من حقيقة القراءة الى شبيهتها والتكبيرات شرعت عند اختلاف الحالات كالقيام والركوع والسجود قبل التكبير مشروع عند اختلافها أفعالا كالخفض والرفع لا أقوالا ألا يرى أنه لا يكبر عند الانتقال من الاستفتاح الى القراءة وان اختلفت الحالة من الثناء الى القراءة وأجيب بأنه ثبت رفع اليد في هذه الحالة بقوله صلى الله عليه وسلم (لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن) ورفعها بغير تكبير غير مشروع في الصلاة كما في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين فكان التكبير ثابتا به وهو من باب الاستحسان بالاثر لان القياس يقتضي خلافه لان مبنى الصلاة على السكينة والوقار وقد ذكرنا المواطن السبعة في صفة الصلاة وانما قال في سبع وان كان المواطن مذكورا على تأويل البقاع والمراد بنفي رفع الايدي على سبيل الحصر أن لا ترفع على وجه سنة الهدى الا في سبع مواطن لا نفيه مطلقا لان رفعها عند

اجعل هذا في وتره من غير فصل (ويقرأ في كل ركعة) من الوتر (فاتحة الكتاب وسورة) لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن (وان أراد أن يقنت كبر) لان الحالة قد اختلفت (ورفع يديه وقنت) لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت (ولا يقنت في صلاة غيرها) خلافا للشافعي رحمه الله في الفجر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه عليه السلام قنت في صلاة الفجر شهرا ثم تركه

من صبح الى صبح بناء بالكلية ويقول ما شهدت ولا علمت ويتركه مع أنه يصبح فيرى غيره يفعله فلا يتذكر فلا يكون مع شئ من العقل وبما قدمناه الى هنا تقطع بان القنوت لم يكن سنة راتبة اذ لو كان راتبة يفعله صلى الله عليه وسلم كل صبح يجهر به ويؤتم من خلفه أو يسر به كما قال مالك الى أن توفاه الله تعالى لم يتحقق بهذا الاختلاف بل كان سبيله أن ينقل كنقل جهر القراءة ومخافتتها واعداد الركعات فان مواظبته على وقوفه بعد فراغ جهر القراءة زمانا سكتا فيما يظهر كقول مالك مما يدركه من خلفه وتتوفر دواعيهم على سؤاله ان ذلك لماذا وأقرب الأمور في توجيه نسبة سعيد النسيان لابن عمر ان صح عنه أن يراد قنوت النازلة فان ابن عمر رضي الله عنه نفى القنوت مطلقا فقال سعيد قنت مع أبيه يعني في النازلة ولكنه نسي فان هذا شئ لا يواظب عليه لعدم لزوم سببه وقد روى عن الصديق رضي الله عنه أنه قنت عند محاربة الصحابة مسيلمة وعند محاربة أهل الكتاب وكذلك قنت عمر وكذا علي في محاربة معاوية ومعاوية في محاربته الا أن هذا ينشئ لنا أن القنوت للنازلة مستمر لم ينسخ وبه قال جماعة من أهل الحديث وحملوا عليه حديث أبي جعفر عن أنس ما زال يقنت حتى فارق الدنيا أي عند النوازل وما ذكرناه من أخبار الخلفاء يفيد تقريره لفعلهم ذلك بعده صلى الله عليه وسلم وما ذكرناه من حديث أبي مالك وأبي هريرة وأنس وباقي أخبار الصحابة لا يعارضه بل انما تفيد نفي سنيته راتبا في الفجر

الدعاء مستحب وعليه المسلمون في عامة البلدان وليس في القنوت دعاء معين سوى قوله اللهم انا نستعينك فان الصحابة اتفقوا على هذا في القنوت والاولى أن يأتي بعده بما علم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي في قنوته اللهم اهدني فيمن هديت الخ ولا يقنت في صلاة غيرها خلافا للشافعي قال أبو نصر البغدادي القنوت في الفجر سنة عند الشافعي وفي غيرها ان حدثت حادثة فان لم تحدث فله قولان واستدل بحديث أنس كان النبي صلى الله عليه وسلم يقنت في صلاة الفجر الى أن فارق الدنيا ولنا ما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قنت في صلاة الفجر شهرا يدعو على حي من أحياء العرب وهكذا روى عن أنس قال قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الفجر شهرا أو قال أربعين يوما يدعو على رعل وذكوان وعصية حين قتلوا القراء وهم سبعون رجلا أو ثمانون وقيل فلما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شئ أو يتوب عليهم ترك ذلك

(قوله وتأويل ما روى الخ) أقول فيه بحث (قوله واذا أراد أن يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت من حقيقة القراءة الى شبيهتها) أقول وانما قال شبيهتها لان قوله اللهم انا نستعينك كان مكتوبا في مصحف أبي وابن مسعود وكان ابن مسعود يسميه سورة القنوت ولهذا كره أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قراءته للجنب (قوله وأجيب بأنه ثبت الخ) أقول تسليم لورود السؤال على تعليل المصنف حيث أجاب بتغيير الدليل

(فان قنت الامام فى صلاة الفجر يسكت من خلفه عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يتابعه) لان الاصل المتابعة (والقنوت مجتهد فيه) فلا يترك الاصل بالشك (ولهما انه منسوخ) لما روينا انه صلى الله عليه وسلم قنت شهرا ثم ترك (ولا متابعة فى المنسوخ) واذا لم يتابعه ماذا يفعل (قال بعضهم يقف قائما ليتابعه فيما يجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعى) ألا ترى أن المقتدى لا يأتى بالقراءة وهو شريك الامام لا يقال كيف يقعد تحقيقا للمخالفة وهى مفسدة للصلاة لان المخالفة فيما هو من الاركان أو الشرائط مفسدة لا فى غيرها ولا يقال الساكت اذا كان شريك الداعى ينبغى أن لا يقعد لان السكوت موجود فى القعود أيضا لان السكوت انما يكون دليل الشركة اذا لم توجد المخالفة وقد وجدت لانه قاعد وامامه قائم قال المصنف (والاول أظهر) لان فعل الامام يشتمل على مشروع وغيره فما كان مشروعا يتبعه (٣١٠) فيه وما كان غير مشروع لا يتبعه فيه وقال بعضهم يسلم قبل الامام لان الامام اشتغل بالبدعة فلا معنى لانتظاره ولم يذكره المصنف لانه مخالفة ظاهرة للامام فيما هو مشروع وهو السلام (ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية) يعنى أن هذه المسئلة تدل على شيئين أحدهما أن اقتداء حنفى المذهب بشافعى المذهب جائز والثانى أن المقتدى يتابع امامه فى قراءة القنوت فى الوتر وذلك لان الخلاف فى المتابعة فى قنوت الفجر مع أنه اتباع فى الخطا اجماع على المتابعة فى الدعاء المسنون لان قنوت الوتر صواب بيقين وقال أبو اليسر الاقتداء بشافعى المذهب غير جائز من غير أن يطعن فى دينهم لما روى مكحول النسفى فى كتاب سماء الشعاع عن أبى حنيفة أن من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس منه تفسد صلاته وجعل ذلك عملا كثيرا فصلاتهم فاسدة عندنا فلا يصح الاقتداء بهم وفيه نظر لان فساد الصلاة عند النسب رفع الرأس من الركوع برفع اليدين لا يمنع صحة الاقتداء فى الابتداء لجواز صلاة الامام اذ ذاك ثم قوله بالشفعوية خطأ من حيث اللغة لان النسبة الى الشافعى شافعى بحذف ياء النسبة من المنسوب اليه

(فان قنت الامام فى صلاة الفجر يسكت من خلفه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يتابعه) لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما أنه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما يجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعى والاول أظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة فى قراءة القنوت فى الوتر

سوى حديث أبى حمزة حيث قال لم يقنت قبله ولا بعده وكذا حديث أبى حنيفة رضى الله عنه فيجب كون بقاء القنوت فى النوازل مجتهدا وذلك أن هذا الحديث لم يؤثر عنه صلى الله عليه وسلم من قوله أن لا قنوت فى نازلة بعد هذه بل مجرد العدم بعدها فينجه الاجتهاد بان يظن أن ذلك انما هو لعدم وقوع نازلة بعدها يستدعى القنوت فتكون شرعيته مستمرة وهو محل قنوت من قنت من الصحابة بعد وفاته صلى الله عليه وسلم وبأن يظن رفع الشرعية نظرا الى سبب تركه صلى الله عليه وسلم وهو أنه لما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شئ ترك والله سبحانه أعلم (قوله يتابعه) كتكبيرات العيدين وسجود السهو اذا اقتدى بمن يزيد على الثلاث ويسجد قبل السلام يتابعه كذا هذا قلنا المتابعة انما تجب فى الفصل المجتهد فيه ومانحن فيه امامقطوع بنسخه أو بعدم كونه سنة من الاصل وان الذى كان فى الفجر انما كان قنوت نازلة وانقطع بزوالها لما قلنا انه لو كان سنة راتبة ظاهرة الظهور المذكور بالمواظبة على الجهر أو السكوت بعد القراءة الى أن توفى الله تعالى نبيه لم يختلف فيه ولنقل نقل أعداد الركعات فان كان الاول فظاهر وان كان الثانى فكذلك لاتحاد اللازم له وللنسخ من عدم جواز الاجتهاد فيه لان ذلك فى النسخ للعلم برفع حكمه وقد علمنا على التقدير الثانى ارتفاع حكمه فهو أولى بعدم تسويغ الاجتهاد فيه (قوله لان الساكت شريك الداعى) مشترك الالزام بأن الجالس أيضا ساكت فلابد من تقييد مشاركته الداعى بحال موافقته فى خصوص هيئة الداعى لكنه يقتضى أنه انما يكون مشاركا له اذا رفع يديه مثله لانها من هيئة الامام الا أن يلغى ذلك ويقال مجرد الوقوف خلف الداعى الواقف ساكتا يعد شركة له فى ذلك عرفا رفع يديه مثله أولا وهو حق (قوله والاول أظهر) الوجوب المتابعة فى غير القنوت وشركته عرفا لا توجب شركته عند الله تعالى حتى يكون عند الله تعالى قانتا فى الفجر ﴿فرع﴾ المسبوق الذى أدرك الامام فى الثالثة لا يقنت فيما يقضى (قوله ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية) وفى بعض النسخ بالشافعية وهو الصواب لما عرف من وجوب حذف ياء

(قوله لان الخلاف فى المتابعة فى قنوت الفجر مع انه اتباع فى الخطا اجماع على المتابعة فى الدعاء المسنون لان قنوت الوتر صواب بيقين) أقول قال ابن الهمام وفيه نظر اذ لا ملازمة بين المتابعة فى قنوت بدعى وتجويزها فى مسنون لجواز أن يمنع فيهما بل الوجه أن المانع انما علل بنسخه فعلم انه لو كان غير منسوخ لجازت والا لقال مثلا لا يتابعه لانه ذكر لا يشارك فيه المأموم امامه كالقراءة والتسميع فلما لم يعلل قط بذلك كان ظاهرا فى أنه علة مساوية عنده اه

النسب اذا نسب الى ما هي فيه ووضع الياء الثانية مكانها حتى تتحد الصورة قبل النسبة الثانية وبعدها والتمييز حينئذ من خارج ثم وجه الدلالة في الاول أن اختلافهم في أنه يتابعه أولا فيقف ساكتا أو يقعد ينتظره حتى يسلم معه أو يسلم قبله ولا ينتظره في السلام اتفاق على انه كان مقتديا اذ ذاك وهو فرع صحة اقتدائه ثم اطلاق القانت يشمل الشافعي وغيره ووجه الدلالة في الثانية أن اختلافهم في المتابعة في قنوت هو بدعة اتفاق على المتابعة في قنوت مسنون وفيه نظر اذ لا ملازمة بين منع المتابعة في قنوت بدعي وتجويزها في مسنون لجواز أن تمتنع فيهما بل الوجه أن المانع انما علل بنسخه فعلم انه لو كان غير منسوخ لجازت والا لقال مثلا لا يتابعه لانه ذكر لا يتابع فيه المأموم امامه كالقراءة والتسميع فلما لم يعلل قط الا بذلك كان ظاهرا في أنه علة مساوية عنده ثم في كل من الحكمين خلاف أما الاول فقال أبو اليسر اقتداء الحنفي بشافعي غير جائز لما روى مكحول النسفي في كتاب له سماه الشعاع ان رفع اليدين في الصلاة عند الركوع والرفع منه مفسد بناء على أنه عمل كثير حيث أقيم باليدين والمصنف أخذ الجواز قبلهم من جهة الرواية من هذه المسئلة فانها تفيد صحة الاقتداء وبقاءه الى وقت القنوت فتعارض تلك وتقدم هذه لشذوذ تلك صرح بشذوذها في النهاية في غير هذا الموضع وأيضا فالفساد عند الركوع لا يقتضي عدم صحة الاقتداء من الابتداء مع أن عروض البطلان غير مقطوع به لان الرفع جائز الترك عندهم ولو تحقق فالعمل الكثير المختار فيه ما لو رآه شخص من بعيد ظنه ليس في الصلاة ومنهم من قيد جواز الاقتداء بهم كقاضيخان بان لا يكون متعصبا ولا شاكا في ايمانه ويحتاط في موضع الخلاف كان يتوضأ من الخارج النجس ويغسل ثوبه من المني ويمسح ربع رأسه في أمثال هذه ولا يقطع الوتر ولا يخفى أن تعصبه انما يوجب فسقه ولا مسلم يشك في ايمانه وقول ان شاء الله يقولونها للتبرك لا للشرط أو له باعتبار ايمان الموافاة وذكر شيخ الاسلام اذا لم يعلم منه هذه الاشياء بيقين يجوز الاقتداء به والمنع انما هو لمن شاهد ذلك ولو غاب عنه ثم رآه يصلي يعني بعد ما شاهد تلك الامور الصحيح أنه يجوز الاقتداء به والذي قبل هذا يفيد أنه لا يصح الاقتداء به اذا عرف من حاله انه لم يحتط في مواضع الخلاف سواء علم حاله في خصوص ما يقتدي به فيه أولا هذا ولم يذكر الفساد بالنظر الى الامام بان شاهد مس ذكره أو امرأته ولم يتوضأ وصلى وهو ممن يرى الوضوء من ذلك والاكثر على أنه يجوز وهو الاصح ومختار الهندواني وجماعة أنه لا يجوز لان اعتقاد الامام أنه ليس في الصلاة ولا بناء على المعدوم قلنا المقتدي يرى جوازها والمعتبر في حقه رأي نفسه لا غيره وقول أبي بكر الرازي ان اقتداء الحنفي بمن يسلم على رأس الركعتين في الوتر يجوز ويصلي معه بقيته لان امامه لم يخرجه بسلامه عنده لانه مجتهد فيه كما لو اقتدى بامام قد رعف يقتضي صحة الاقتداء وان علم منه ما يزعم به فساد صلاته بعد كون الفصل مجتهدا فيه وقيل اذا سلم الامام على رأس الركعتين قام المقتدي فأتم منفردا وكان شيخنا سراج الدين يعتقد قول الرازي وأنكر مرة أن يكون فساد الصلاة بذلك مرويا عن المتقدمين حتى ذكرته بمسئلة الجامع في الذين تحروا في الليلة المظلمة وصلى كل الى جهة مقتدين بأحدهم فان جواب المسئلة أن من علم منهم بحال امامه فسدت لاعتقاده امامه على الخطا وما ذكر في الارشاد لا يجوز الاقتداء في الوتر باجماع أصحابنا لانه اقتداء المفترض بالمتنفل يخالفه ما تقدم من اشتراط المشايخ في الاقتداء بشافعي في الوتر أن لا يفصله فانه يقتضي صحة الاقتداء عند عدم فصله وفي الفتاوى اقتداء حنفي في الوتر بمن يرى أنه سنة قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل يصح لان كلا يحتاج الى نية الوتر فلم تختلف نيتهما فأهدر اختلاف الاعتقاد في صفة الصلاة واعتبر مجرد اتحاد النية لكن قد يستشكل اطلاقه بما ذكره في التجنيس وغيره من أن الفرض لا يتأدى بنية النفل ويجوز عكسه وبنى عليه عدم جواز صلاة من صلى الخمس سنين ولم يعرف النافلة من المكتوبة مع اعتقاده أن منها فرضا ومنها نفلا فأفاد أن مجرد معرفة اسم الصلاة ونيتها لا يجوزها فان فرض المسئلة أنه صلى

واذا علم المقتدى منه ما يزعم به فساد صلاته كالفصد وغيره لا يجزئه الاقتداء به والمختار فى القنوت الاخفاء لانه دعاء والله أعلم

﴿ باب النوافل ﴾

الخمس ويعتقد أن من الخمس فرضا ونفلا وهذا فرع تعينها عنده بأسمائها من صلاة الظهر وصلاة العصر الى آخره ولان جواب المسئلة بعدم الجواز مطلقا انما هو بناء على عدم جواز الفرض بنية النفل أعم من أن يسميها أولا فانه اذا سماها بالظهر واعتقاده أن الظهر نفل فهو بنية الظهر نا ونفلا مخصوصا فلا يتأدى به الفرض فعلى هذا ينبغى أن لا يجوز وتر الحنفى اقتداء بوتر الشافعى بناء على أنه لم يصح شروعه فى الوتر لانه بنيته اياه انما نوى النفل الذى هو الوتر فلا يتأدى الواجب بنية النفل وحينئذ فالاقتداء به فيه بناء على المعدوم فى زعم المقتدى نعم يمكن أن يقال لو لم يخطر بخاطره عند النية صفته من السنية أو غيرها بل مجرد الوتر ينتفى المانع فيجوز لكن اطلاق مسئلة التجنيس يقتضى أنه لا يجوز وان لم يخطر بخاطره نفليته وفرضيته بعد أن كان المتقرر فى اعتقاده نفليته وهو غير بعيد للتأمل وأما الثانى فعن محمد يقنت الامام ويسكت المقتدى وهذا كقول بعضهم فى القنوت يتحمله الامام عن المقتدى كالقراءة ويجهر به والاصح أنه يقنت كالامام ثم هل يجهر به الامام اختاره أبو يوسف فى رواية ويتابعونه الى بالكفار ملحق واذا دعا الامام يعنى اللهم اهدنى فيمن هديت أو غيره بعد ذلك هل يتابعونه ذكر فى الفتاوى خلافا بين أبى يوسف ومحمد فى قول محمد لا ولكن يؤمنون وقال بعضهم ان شاؤا سكتوا وقال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل عندى يخفى الامام وكذا المقتدى لانه ذكر كسائر الاذكار وثناء الافتتاح ولم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وهل يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم بعده اختلفوا فيه قيل لا وقيل نعم لانه سنة الدعاء ونحن قد أوعدنا من رواية النسائى ثبوت الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم أعنى قوله وصلى الله على النبى ولا ينبغى أن يعدل عن هذا القول وأما المنفرد ففى البدائع نقلا عن شرح مختصر الطحاوى للقاضى أنه مخير فيه بين الجهر والاخفاء كالقراءة والذى يقتضيه اختيار من اختار الاخفاء واختاره المصنف تبعا لابن الفضل رحمه الله الاخفاء وهو الاولى وفى الحديث خير الذكر الخفى ولانه المتوارث فى مسجد أبى حفص الكبير وهو من أصحاب محمد فهو ظاهر فى أنه علمه من محمد فى القنوت

﴿ فرع ﴾ أوتر قبل النوم ثم قام من الليل فصلى لا يوتر ثانيا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وتران فى ليلة ولزمه ترك المستحب المفاد بقوله صلى الله عليه وسلم اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا لانه لا يمكن شفع الاول لامتناع التنفل بركعة أو ثلاث

﴿ باب النوافل ﴾

ابتدأ بسنة الفجر لانها أقوى السنن حتى روى الحسن عن أبى حنيفة لو صلاها قاعدا من غير عذر لا يجوز وقالوا العالم اذا صار مرجعا للفتوى جاز له ترك سائر السنن لحاجة الناس الا سنة الفجر وفى المبسوط ابتدأ بسنة الظهر لانها أول فى الوجود لان السنة تبع للفرض وأول صلاة فرضت صلاة الظهر يعنى أول صلاة صليت بعد الافتراض ثم اختلف فى الافضل بعد ركعتى الفجر قال الحلوانى ركعتا المغرب فانه صلى الله عليه وسلم لم يدعهما سفرا ولا حضرا ثم التى بعد الظهر لانها سنة متفق عليها بخلاف التى قبلها لانه قيل هى للفصل بين الاذان والاقامة ثم التى بعد العشاء ثم التى قبل الظهر ثم التى قبل العصر ثم التى قبل العشاء وقيل التى قبل العشاء والتى قبل الظهر وبعده وبعد المغرب كلها سواء وقيل التى قبل الظهر آكد وصححه المحسن وقد أحسن لان نقل المواظبة الصريحة عليها أقوى من نقل مواظبته على غيرها من غير

النجس من غير السبيلين وبان لا ينحرف عن القبلة انحرافا فاحشا ولا يكون شاكا فى ايمانه وأن لا يتوضأ فى الماء الراكد القليل وأن يغسل ثوبه من المنى ان كان رطبا أو يفركه اليابس منه وأن لا يقطع الوتر ويراعى الترتيب فى الفوائت وأن يمسح ربع رأسه فان علم منه شيأ من هذه الاشياء لا يصح الاقتداء به وان لم يعلم جاز ويكره هذا حكم الفساد الراجع الى زعم المقتدى ولم يذكر حكم الفساد الراجع الى زعم الامام وقد اختلف مشايخنا فى ذلك فقال الهندوانى وجماعة ان المقتدى ان رأى امامه مس امرأة ولم يتوضأ لا يصح الاقتداء به وذكر التمرتاشى ان أكثر مشايخنا جوزوه قال صاحب النهاية وقول الهندوانى أقيس لما أن زعم الامام أن صلاته ليست بصلاة فكان الاقتداء حينئذ بناء الموجود على المعدوم فى زعم الامام وهو الاصل فلا يصح الاقتداء (والمختار فى القنوت الاخفاء) مطلقا سواء كان القانت اماما أو مقتديا أو منفردا (لانه دعاء) وخير الدعاء الخفى ومنهم من يقول يجهر بالقنوت لان له شبهة القرآن فان الصحابة اختلفوا فى اللهم انا نستعينك انه من القرآن أولا

ركعتى

﴿ باب النوافل ﴾

لما فرغ من بيان الفرض والواجب شرع فى بيان السنن والنوافل وترجم الباب بالنوافل لكونها أعم وأشمل

وكعتى الفجر وسنبه عليه ولو ترك الاربع قبل الظهر والتى بعدها أو ركعتى الفجر قبل لا تلحقه الاساءة لان محمدا سماه تطوعا الا أن يستخف فيقول هذا فعل النبى صلى الله عليه وسلم وأنا لا أفعله فحينئذ يكفر وفى النوازل ترك سنن الصلاة الخمس ان لم يرها حقا كفر وان رآها وتركه قيل لا يأثم والصحيح أنه يأثم لانه جاء الوعيد بالترك ولا يخفى أن الاثم منوط بترك الواجب وقد قال صلى الله عليه وسلم للذى قال والذى بعثك بالحق لا أزيد على ذلك شيأ أفلح ان صدق ثم يستلزم ذلك الاساءة وفوات الدرجات والمصالح الاخروية المنوطة بفعل سنن الرسول صلى الله عليه وسلم هذا اذا تجرد الترك عن استخفاف بل يكون مع رسوخ الادب والتعظيم فان لم يكن كذلك دار بين الكفر والاثم بحسب الحال الباعثة له على الترك ثم هل الاولى وصل السنة التالية للفرض له أولا فى شرح الشهيد القيام الى السنة متصل بالفرض مسنون وفى الشافى كان صلى الله عليه وسلم اذا سلم يمكث قدر ما يقول اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت يا ذا الجلال والاكرام وكذا عن البقالى وقال الحلوانى لا بأس بأن يقرأ بين الفريضة والسنة الاوراد ويشكل على الاول ما فى سنن أبى داود عن أبى رمثة قال صليت هذه الصلاة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أبو بكر وعمر يقومان فى الصف المقدم عن يمينه وكان رجل قد شهد التكبيرة الاولى من الصلاة فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة ثم سلم عن يمينه وعن يساره حتى رأينا بياض خديه ثم انتقل كانتقال أبى رمثة يعنى نفسه فقام الرجل الذى أدرك معه التكبيرة الاولى ليشفع فوثب عمر فأخذ بمنكبيه فهزه ثم قال اجلس فانه لم يهلك أهل الكتاب الا أنهم لم يكن لهم بين صلاتهم فصل فرفع النبى صلى الله عليه وسلم بصره فقال أصاب الله بك يا ابن الخطاب ولا يرد هذا على الثانى اذ قد يجاب بأن قوله اللهم أنت السلام ومنك السلام الخ فصل فمن ادعى فصلا أكثر منه فلينقله وقولهم الافضل فى السنن حتى التى بعد المغرب المنزل لا يستلزم مسنونية الفصل بأكثر اذ الكلام فيما اذا صلى السنة فى محل الفرض ماذا يكون الاولى وما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول دبر كل صلاة لا إله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير اللهم لا مانع لما أعطيت ولا معطى لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد وقوله صلى الله عليه وسلم لفقراء المهاجرين تسبحون وتكبرون وتحمدون دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين وما روى أنه كان صلى الله عليه وسلم يقول أيضا لا إله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير ولا حول ولا قوة الا بالله لا إله الا الله ولا نعبد الا اياه له النعمة وله الفضل وله الثناء الحسن لا إله الا الله مخلصين له الدين ولو كره الكافرون لا يقتضى وصل هذه الاذكار بل كونها عقيب السنة من غير اشتغال بما ليس هو من توابع الصلاة يصحح كونه دبرها وكونه صلى الله عليه وسلم انما كان يصلى السنن فى المنزل كما سنذكره فبالضرورة يكون قوله لها قبلها غير لازم بل يجوز كونها بعدها فى المنزل ولا يمتنع نقله فكثيرا ما نقلوا مما كان من عمله فى البيت اما بواسطة نسائه أو بسماعهم صوته وكانت حجره صلى الله عليه وسلم صغيرة قريبة جدا أو سمع منه قبلها حال قيامه منصرفا الى منزله أو جالسا بعد صلاة لا سنة بعدها كالفجر والعصر وما فى الصحيحين عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رفع الصوت بالذكر حين ينصرف الناس من المكتوبة كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن عباس كنت أعلم اذا انصرفوا بذلك اذا سمعته وفى لفظ ما كنا نعرف انقضاء صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم الا بالتكبير مع ما علم مما سنثبته بالصحاح من الاخبار من أنه صلى الله عليه وسلم انما كان يصلى السنن فى المنزل بل وأنكر على من يصليها فى المسجد على ما فى أبى داود والترمذى والنسائى أنه صلى الله عليه وسلم أتى مسجد عبد الاشهل فصلى فيه المغرب فلما قضوا صلاتهم رآهم يسبحون أى يتنفلون فقال هذه صلاة البيوت لا يستلزم الفصل بأكثر وما المانع من كون ذلك الذكر هو ذلك القدر يرفعون به أصواتهم اذا فرغوا وأما التكبير المروى فالله أعلم به قيل لم يعرف أحد من

وقدم السنن على النوافل وهو في محزه وابتدأ بذكر سنة الفجر لكونها أقوى فقال صلى الله عليه وسلم

السنة ركعتان قبل الفجر وأربع قبل الظهر وبعدها ركعتان وأربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب وأربع قبل العشاء وأربع بعدها وان شاء ركعتين)

صلوها ولو طردتكم الخيل أولمناسب ذكر المواقيت فانه قدم ذكر وقت الفجر على غيره وفي المبسوط قدم ذكر سنة الظهر لان السنة تبع للفرض وأول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الظهر ثم اختلف بعد سنة الفجر في الاقوى فقال الحلواني سنة المغرب لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يدعها في سفر ولا حضر ثم التي بعد الظهر لكونها متفقا عليها والتي قبلها مختلف فيها ثم التي بعد العشاء ثم التي قبل الظهر ثم التي قبل العصر ثم التي قبل العشاء وقيل التي قبل الظهر آكد من غيرها بعد سنة الفجر قيل وهو الاصح لان فيها وعيدا معروفا قال صلى الله عليه وسلم من ترك أربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقال الحلواني الافضل في السنن أداؤها في المنزل الا التراويح لان فيها اجماع الصحابة وقيل الصحيح أن الكل سواء ولا تختص الفضيلة بوجه دون وجه ولكن الافضل ما يكون أبعد من الرياء وأجمع للاخلاص ثم ما ذكر في الكتاب واضح

الفقهاء قاله الا ما ذكره بعضهم في البعوث والعساكر بعد الصبح والمغرب ثلاث تكبيرات عالية والحاصل أنه لم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم الفصل بالاذكار التي يواظب عليها في المساجد في عصرنا من قراءة آية الكرسي والتسبيحات وأخواتها ثلاثا وثلاثين وغيرها بل ندب هو اليها والقدر المتحقق ان كلا من السنن والاوراد له نسبة الى الفرائض بالتبعية والذي ثبت عنه أنه كان يؤخر السنة عنه من الاذكار وهو ما روى مسلم والترمذي عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سلم لم يقعد الا مقدار ما يقول اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت ياذا الجلال والاكرام فهذا نص صريح في المراد وما يتخايل انه يخالفه لم يقوقوته أو لم تلزم دلالته على ما يخالفه فوجب اتباع هذا النص واعلم أن المذكور في حديث عائشة رضي الله عنها هذا هو قولها لم يقعد الا مقدار ما يقول وذلك لا يستلزم سنية أن يقول ذلك بعينه في دبر كل صلاة اذ لم تقل الا حتى يقول أو الى أن يقول فيجوز كونه صلى الله عليه وسلم كان مرة يقوله ومرة يقول غيره مما ذكرنا من قول لا اله الا الله وحده لا شريك له الخ وما ضم اليه في بعض الروايات مما ذكرنا من قوله لا اله الا الله ولا حول ولا قوة الا بالله الخ ومقتضى العبارة حينئذ أن السنة أن يفصل بذكر قدر ذلك وذلك يكون تقريبا فقد يزيد قليلا وقد ينقص قليلا وقد يدرج وقد يرتل فاما ما يكون زيادة غير مقاربة مثل العدد السابق من التسبيحات والتحميدات والتكبيرات فينبغي استبانة تأخيره عن السنة البتة وكذا آية الكرسي على أن ثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم مواظبة لا أعلمه بل الثابت ندبه الى ذلك وليس يلزم من ندبه الى شيء مواظبته عليه والا لم يفرق حينئذ بين السنة والمندوب وكان يستدل بدليل الندب على السنية وليس هذا على أصولنا وقول الحلواني عندي أنه حكم آخر لا يعارض القولين لانه انما قال لا بأس الخ والمشهور في هذه العبارة كونه لما خلافه أولى فكان معناها أن الاولى أن لا يقرأ الاوراد قبل السنة ولو فعل لا بأس به فأفاد عدم سقوط السنة بذلك حتى اذا صلى بعد الاوراد يقع سنة مؤداة لا على وجه السنة واذا قالوا لو تكلم بعد الفرض لا تسقط السنة لكن ثوابها أقل فلا أقل من كون قراءة الاوراد لا تسقطها وقد قيل في الكلام انه يسقطها والاول أولى ففي البخاري وأبي داود والترمذي عن عائشة رضي الله عنها كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا صلى ركعتي الفجر فان كنت مستيقظة حدثني والا اضطجع حتى يؤذن بالصلاة واعلم أن هذا الذي عن الحلواني يوافقه ما عن أبي حنيفة في المقتدي والمنفرد وذكر في حق الامام خلافه وعبارته في الخلاصة هكذا اذا سلم الامام من الظهر أو المغرب أو العشاء كره له المكث قاعدا لكنه يقوم الى التطوع ولا يتطوع في مكان الفريضة ولكن ينحرف يمنة أو يسرة أو يتأخر وان شاء رجع الى بيته يتطوع وان كان مقتديا أو يصلي وحده ان لبث في مصلاه يدعو جاز وكذا ان قام الى التطوع في مكانه أو تقدم أو تأخر أو انحرف يمنة أو يسرة جاز والكل سواء وفي الصلاة التي لا يتطوع بعدها يكره المكث في مكانه قاعدا مستقبلا ثم هو بالخيار ان شاء ذهب وان شاء جلس في محرابه الى طلوع الشمس وهو أفضل ويستقبل القوم بوجهه اذا لم يكن بحذائه مسبوق فان كان ينحرف يمنة أو يسرة والصيف والشتاء سواء هذا هو الصحيح هذا حال الامام وقوله الكل سواء يعني في اقامة السنة أما الافضل فقد صرح فيما يأتي بان المنزل أفضل (قوله السنة) يجب حمله على ما دعا اليه صلى الله عليه وسلم من غير ايجاب وهو أعم من السنة والمندوب وهذا لانه عد منها ما قبل العصر والعشاء وذلك مستحب لا سنة راتبة

﴿ باب النوافل ﴾

(قوله وأول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم) أقول يعني أول صلاة صليت بعد الافتراض

(قوله

وقوله (والاصل فيه) أى فى هذا العدد المذكور (قوله صلى الله عليه وسلم من ثابر) والمثابرة المواظبة فان السنة ماواظب عليه النبى صلى الله عليه وسلم مع ترك (وفسر) أى النبى صلى الله عليه وسلم (على ماذكر) فى الكتاب) يعنى المبسوط أو مختصر القدورى قوله (غير أنه لم يذكر الاربع قبل العصر) بيان ماهو المذكور فى حديث المثابرة فان المذكور فى الكتاب زائد على ثنتى عشرة وقوله (فلذلك سماه) أى الاربع قبل العصر محمد بن الحسن فى الاصل (حسنا وخير) بقوله وان شاء ركعتين (لاختلاف الآثار) لان ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا وعليا قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى قبل العصر ركعتين قوله (والافضل هو الاربع) لانه أكثر عددا وأدوم بحريمة فكان أكثر ثوابا وقوله (ولم يذكر) أى النبى صلى الله عليه وسلم (الاربع قبل العشاء فلهذا كان مستحبا لعدم المواظبة) وفى كلامه تسامح لانه قال ولهذا أى ولانه لم يذكر أى النبى صلى الله عليه وسلم الاربع قبل العشاء كان مستحبا فقوله لعدم المواظبة علة أخرى لكونه مستحبا وهو غير صحيح ويجوز أن يقال انما لم يذكر فى حديث المثابرة لعدم المواظبة (وذكر فيه) أى فى حديث المثابرة (ركعتين بعد العشاء وفى غيره) أى فى غير حديث المثابرة وهو ماروى عن ابن عمر موقوفا عليه ومرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم من صلى بعد العشاء أربع ركعات كن كمثلهن من ليلة القدر (ذكر الاربع فلهذا) أى فللاختلاف فى ألفاظ الحديث بين الاربع والركعتين (خير) محمد بن الحسن أو القدورى بقوله وأربع بعدها وان شاء ركعتين

والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتى عشرة ركعة فى اليوم والليلة بنى الله له بيتا فى الجنة وفسر على نحو ماذكر فى الكتاب غير أنه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا سماه فى الاصل حسنا وخيره لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء فلهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفى غيره ذكر الاربع فلهذا خير

(قوله والاصل فيه) أى فى استنان هذه المذكورات قوله صلى الله عليه وسلم الخ روى الترمذى وابن ماجه عن مغيرة بن زياد عن عطاء عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ثابر على اثنتى عشرة ركعة من السنة بنى الله له بيتا فى الجنة أربع ركعات قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء وركعتين قبل الفجر فاتضح أن ضمير فسر المرفوع للنبى صلى الله عليه وسلم وفى شذوذ من النسخ وفسر النبى صلى الله عليه وسلم قال الترمذى حديث غريب من هذا الوجه مغيرة بن زياد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه انتهى لكن له شاهد أصل الحديث رواه الجماعة الا البخارى من حديث أم حبيبة بنت أبى سفيان أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول مامن عبد مسلم يصلى لله فى كل يوم اثنتى عشرة ركعة تطوعا من غير الفريضة الا بنى الله له بيتا فى الجنة زاد الترمذى والنسائى أربعا قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء وركعتين قبل صلاة الغداة وللنسائى فى رواية وركعتين قبل العصر بدل ركعتين بعد العشاء (قوله وخير) أى خير محمد بن الحسن وكذا القدورى بين أن يصلى أربعا قبل العصر أو ركعتين (قوله لاختلاف الآثار) فانه أخرج أبو داود وأحمد وابن خزيمة وابن حبان فى صحيحيهما والترمذى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا قال الترمذى حسن غريب وأخرج أبو داود عن عاصم بن ضمرة عن على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى قبل العصر ركعتين ورواه الترمذى وأحمد فقالا أربعا بدل ركعتين (قوله وفى غيره) أى فى غير حديث المثابرة ذكر الاربع وهو ماعزى الى سنن سعيد بن منصور من حديث البراء بن عازب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى قبل الظهر أربعا كان كأنما تهجد من ليلته ومن صلاهن بعد العشاء كان كمثلهن من ليلة القدر ورواه البيهقى من قول عائشة والنسائى والدارقطنى من قول كعب والموقوف فى هذا كالمرفوع لانه من قبيل تقدير الاثوبة وهو لايدرك الا سماعا هذا وماروا المصنف من حديث المثابرة انما يصلح دليل الندب والاستحباب لا السنة لما عرفت أن السنة لاتثبت الا بنقل مواظبته عليه صلى الله عليه وسلم عليها فالاولى الاستدلال بمجموع حديثين حديث ابن عمر حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر ركعات ركعتين قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب فى بيته وركعتين بعد العشاء وركعتين قبل صلاة الصبح وحديث عائشة أنه صلى الله عليه وسلم كان لايدع أربعا قبل الظهر وركعتين قبل الغداة بناء على الجمع بينهما أما بأن الاربع كان يصليها فى بيته فاتفق عدم علم ابن عمر بهن وان علم غيرها مما صلى فى بيته لانه صلى الله عليه وسلم كان يصلى الكل فى البيت ثم كان يصلى ركعتين تحية المسجد فكان ابن عمر يراهما وأما بأن ابن عمر انما ذكر سنة الظهر وهو كان يرى تلك وردا آخر سببه الزوال وهو مذهب بعض العلماء وهو الذى أشار اليه الحلوانى فيما قدمنا

الا أن الاربع أفضل خصوصا عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا

أخذا من بعض الالفاظ وهو ما ذكره الامام أحمد عن عبد الله بن السائب أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي أربعا بعد أن تزول الشمس وقال انها ساعة تفتح فيها أبواب السماء فأحب أن يصعد لي فيها عمل صالح وعندنا هذا اللفظ لا ينفي كونها هي السنة وقد صرح بعض مشايخنا بالاستدلال بعين هذا الحديث على أن سنة الجمعة كالظهر لعدم الفصل فيه بين الظهر والجمعة أو بكل من حديث عائشة وحديث علي وهو كان صلى الله عليه وسلم يصلي قبل الظهر أربعا وبعدها ركعتين وأصرح من الكل ما في صحيح مسلم عن عائشة كان صلى الله عليه وسلم يصلي في بيته قبل الظهر أربعا ثم يخرج فيصلي بالناس ثم يدخل فيصلي ركعتين فانه يفيد المواظبة ثم الذي يقتضيه النظر كون الاربع بعد العشاء سنة لنقل المواظبة عليها في أبي داود عن شريح بن هانئ قال سألت عائشة رضي الله عنها عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ما صلى العشاء قط فدخل بيتي الا صلى فيه أربع ركعات أو ست ركعات ولقد مطرنا مرة من الليل فطر حناله نطعا فكأني أنظر الى نقب فيه ينبع منه الماء وما رأيته متقيا الارض بشيء من ثيابه وهذا نص في مواظبته صلى الله عليه وسلم على الاربع دون الست للتأمل (قوله الا أن الاربع أفضل) نشرحه في ضمن كلامنا على الاربع بعد الظهر فنقول صرح جماعة من المشايخ أنه يستحب أربع بعد الظهر لحديث رووه وهو أنه صلى الله عليه وسلم قال من صلى أربعا قبل الظهر وأربعا بعدها حرمه الله على النار رواه أبو داود والترمذي والنسائي ثم اختلف أهل هذا العصر في أنها تعتبر غير ركعتي الراتبة أو بهما وعلى التقدير الثاني هل تؤدى معهما بتسليمة واحدة أولا فقال جماعة لا لانه ان نوى عند التحريمة السنة لم يصدق في الشفع الثاني أو المستحب لم يصدق في السنة ولذا قالوا اذا طلع الفجر وهو في التهجد نابت تلك الركعتان عن سنة الفجر لان نية الصلاة نية الاعم والاعم يصدق على الاخص بخلاف المباين بالنسبة الى مباينه ووقع عندي أنه اذا صلى أربعا بعد الظهر بتسليمة أو ثنتين وقع عن السنة والمندوب سواء احتسب هو الراتبة منها أولا لان المفاد بالحديث المذكور أنه اذا أوقع بعد الظهر أربعا مطلقا حصل الوعد المذكور وذلك صادق مع كون الراتبة منها وكونها بتسليمة أولا فيهما وكون الركعتين ليستا بتسليمة على حدة لا يمنع من وقوعها سنة وان كان عدم كونها بتحريمة مستقلة يمنع منه على خلاف فيه كما عرف في سجود السهو ومن الهداية فيمن قام عن القعدة الاخيرة يظنها الاولى ثم لم يعد حتى سجد فانه يتم ستا ولا تنوب الركعتان عن سنة الظهر على خلاف لان المواظبة عليهما بتحريمة مبتدأة لثبوت الفرق بين المحل والتحريمة فان المحل غير مقصود الا للخروج عن العبادة على وجه حسن وقد منع في الهداية في باب القران ترجيح الشافعي الافراد بزيادة الحلق بأنه خروج عن العبادة فهو غير مقصود فلا يقع به الترجيح وأما النية فلا مانع من جهتها سواء نوى أربعا لله تعالى فقط أو نوى المندوب بالاربع أو السنة بها أما الاول فلما تقدم في شروط الصلاة من أن المختار عند المصنف والمحققين وقوع السنة بنية مطلق الصلاة لما حققناه من أن معنى كونه سنة كونه مفعولا للنبي صلى الله عليه وسلم على المواظبة في محل مخصوص وهذا الاسم أعني اسم السنة حادث منا أما هو صلى الله عليه وسلم فانما كان ينوي الصلاة لله تعالى فقط لا السنة فلما واظب صلى الله عليه وسلم على الفعل لذلك سميناه سنة فمن فعل مثل ذلك الفعل في وقته فقد فعل ما سمي بلفظ السنة وحينئذ تقع الاوليان سنة لوجود تمام علتها والاخريان نفلا مندوبا فهذا القسم من النية مما يحصل به كلا الامرين والمحب منه كيف تركه من تقسيمه واذا اعترف بأن نية الصلاة الاعم تتأدى بها السنة كما صرح به في الشاهد الذي أورده من ركعتي الفجر بنية الصلاة فما المانع من أن ينوي هنا

وقوله (الا أن الاربع أفضل خصوصا الخ) اشارة الى ما قال بعض مشايخنا ان ما ذكر في الكتاب بقوله انه يصلي ركعتين بعد العشاء في قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فالافضل أن يصلي أربعا وجعل هذه فرعا لمسئلة أخرى وهي أن صلاة الليل مثنى مثنى أفضل أو أربع بتسليمة واحدة عنده الاربع أفضل وعندهما مثنى مثنى وهي صحيحة لان محمدا جعله بمنزلة صلاة الليل ولم يعده من السنن المؤقتة لانه قال ان فعل فحسن والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا

كذا قاله رسول الله عليه السلام وفيه خلاف الشافعي

أيضا الصلاة وبها يتأدى السنة والمندوب وأما الثاني والثالث فكذلك بناء على أن ذلك نية الصلاة وزيادة فعند عدم مطابقة الوصف للواقع يلغو فتبقى نية مطلق الصلاة على نحو ما عرف من أن بطلان الوصف لا يبطل الاصل و بنية مطلق الصلاة يتأدى كل من السنة والمندوب اذا وقع في وقته فظهر أن صحته ليست بناء على أداء البائن بنية مباينه بل بمطلق النية للغو الزائد المخالف وماذكره ذلك القائل من حديث ركعتي الفجر بنية التهجد دليل على خلاف مقصوده لان التهجد مندوب كما يشهد كثير من السنة بندب الامة اليه وقد تؤدى به سنة الفجر على اطلاق الجواب أعم من كونه نوى مجرد الصلاة أو المندوبة وانما لم نقل انه سنة لانها ما واظب عليه صلى الله عليه وسلم من غير افتراض والتهجد عند مشايخنا كان فرضا عليه فهو مواظبة على فرض ثم رأينا في لفظ الهداية مايدل على ماقلنا وهو قوله فلهذا خير الأن الاربع أفضل خصوصا عند أبي حنيفة فان معناه أن الاربع بعد العشاء أفضل من ركعتين بعدها خصوصا عند أبي حنيفة فانه يرى أن الافضل في النوافل مطلقا أربع أربع بتسليمة فاذا جعل المصلي مابعد العشاء أربعا أداها بتسليمة واحدة فتثبت الافضلية عنده من وجهين من جهة زيادة عدد الركعات ومن جهة وقوع السلام على رأس أربع لا ثنتين والا لم يكن لقوله خصوصا عند أبي حنيفة معنى لان الاربع أفضل من ركعتين بالاجماع بل كلام الكل في هذا المقام يفيد ما قلنا اذ لا شك في أن الراتبة بعد العشاء ركعتان والاربع أفضل والاتفاق على أنها تؤدى بتسليمة واحدة عنده من غير أن يضم اليها الراتبة فيصلي ستا فالنية حينئذ عند التحريمة اما أن تكون بنية السنة أو المندوب الى آخر ماذكره وقد أهدر ذلك وأجزأت عن السنة واعلم أنه ندب الى ست بعد المغرب لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال من صلى بعد المغرب ست ركعات كتب من الاوابين وتلا قوله تعالى انه كان للاوابين غفورا والحال فيها كالحال لهذه الاربع فلو احتسب الراتبة منها انتهض سببا للموعود (قوله كذا قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم) أخرج أبو داود في سننه والترمذي في الشمائل عن أبي أيوب الانصاري عنه صلى الله عليه وسلم قال أربع قبل الظهر ليس فيهن تسليم تفتح لهن أبواب السماء وضعف بعبيدة بن معتب الضبي وفي لفظ للترمذي في الشمائل قلت يارسول الله أفيهن تسليم فاصل قال لا وله طريق آخر قال محمد بن الحسن في موطئه حدثنا بكر بن عامر البجلي عن ابراهيم والشعبي عن أبي أيوب الانصاري أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي أربعا اذا زالت الشمس فسأله أبو أيوب عن ذلك فقال ان أبواب السماء تفتح في هذه الساعة فأحب أن يصعد لي في تلك الساعة خير قلت أفي كلهن قراءة قال نعم قلت أيفصل بينهن بسلام قال لا (تتمة) هل يندب قبل المغرب ركعتان ذهبت طائفة اليه وأنكره كثير من السلف وأصحابنا ومالك رضي الله عنهم تمسك الاولون بما في البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال صلوا قبل المغرب ثم قال صلوا قبل المغرب ثم قال في الثالثة لمن شاء كراهية أن يتخذها الناس سنة وفي لفظ لابي داود صلوا قبل المغرب ركعتين زاد في صحيحه ابن حبان وأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى قبل المغرب ركعتين ولحديث أنس في الصحيحين كان المؤذن اذا أذن لصلاة المغرب قام ناس من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يبتدرون السواري فيركعون ركعتين حتى ان الرجل الغريب ليدخل المسجد فيحسب ان الصلاة قد صليت من كثرة من يصليهما الجواب المعارضة بما في أبي داود عن طاوس قال سئل ابن عمر عن الركعتين قبل المغرب فقال ما رأيت أحدا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يصليهما ورخص في الركعتين بعد العصر سكت عنه أبو داود والمنذري بعده في مختصره وهذا تصحيح وكون معارضه في البخاري لا يستلزم تقديمه بعد اشتراكهما في الصحة بل يطلب الترجيح من خارج وقول من قال أصح الاحاديث ما في الصحيحين ثم ما انفرد به البخاري ثم ما انفرد به مسلم ثم ما اشتمل على شرطهما من غيرهما ثم

(كذا قاله النبي صلى الله عليه وسلم) روى أبو أيوب الانصاري أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد الزوال أربع ركعات فقلت ما هذه الصلاة التي تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح فيها أبواب السماء وأحب أن يصعد لي فيها عمل صالح فقلت أفي كلهن قراءة قال نعم فقلت أبتسليمة أم بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة وقال الشافعي يؤديها بتسليمتين وهو أفضل واحتج بما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي بتسليمتين وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى والجواب عن الاول أن معنى قوله بتسليمتين أي بتشهدين من باب ذكر الحال وارادة المحل وقد روى هذا التأويل عن ابن مسعود وعن الثاني بان المشهور أن صلاة الليل مثنى مثنى والنهار غريب ولئن ثبت فمعناه شفع لا واحدة نفيا للبتيراء

قال (ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء أربعا وتكره الزيادة على ذلك وأما نافلة الليل قال أبو حنيفة ان صلى ثمان ركعات بتسليمة جاز وتكره الزيادة

ما اشتمل على شرط أحدهما تحكم لا يجوز التقليد فيه اذ الأصحية ليس الا لاشتمال رواتهما على الشروط التي اعتبراها فاذا فرض وجود تلك الشروط في رواة حديث في غير الكتابين أفلا يكون الحكم بأصحية ما في الكتابين عين التحكم ثم حكمهما أو أحدهما بان الراوي المعين مجتمع تلك الشروط ليس مما يقطع فيه بمطابقة الواقع فيجوز كون الواقع خلافه وقد أخرج مسلم عن كثير في كتابه ممن لم يسلم من غوائل الجرح وكذا في البخاري جماعة تكلم فيهم فدار الامر في الرواة على اجتهاد العلماء فيهم وكذا في الشروط حتى ان من اعتبر شرطا وألغاه آخر يكون ما رواه الآخر مما ليس فيه ذلك الشرط عنده مكافئا لمعارضة المشتمل على ذلك الشرط وكذا فيمن ضعف راويا ووثقه الآخر نعم تسكن نفس غير المجتهد ومن لم يخبر أمر الراوي بنفسه الى ما اجتمع عليه الاكثر أما المجتهد في اعتبار الشرط وعدمه والذي خبر الراوي فلا يرجع الا الى رأي نفسه واذ قد صح حديث ابن عمر عندنا عارض ما صح في البخاري ثم يترجح هو بأن عمل أكابر الصحابة كان على وفقه كابي بكر وعمر حتى نهى ابراهيم النخعي عنهما فيما رواه أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عنه أنه نهى عنهما وقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر رضي الله عنهما لم يكونوا يصلونهما بل لو كان حسنا كما ادعاه بعضهم ترجح على ذلك الصحيح بهذا فان وصف الحسن والصحيح والضعيف انما هو باعتبار السند ظنا أما في الواقع فيجوز غلط الصحيح وصحة الضعيف وعن هذا جاز في الحسن أن يرتفع الى الصحة اذا كثرت طرقه والضعيف يصير حجة بذلك لان تعدده قرينة على ثبوته في نفس الامر فلم لا يجوز في الصحيح السند أن يضعف بالقرينة الدالة على ضعفه في نفس الامر والحسن أن يرتفع الى الصحة بقرينة أخرى كما فلنا من عمل أكابر الصحابة على وفق ما فلناه وتركهم لمقتضى ذلك الحديث وكذا أكثر السلف ومنهم مالك نجم الحديث وما زاده ابن حبان على ما في الصحيحين من أن النبي صلى الله عليه وسلم صلاهما لا يعارض ما أرسله النخعي من أنه صلى الله عليه وسلم لم يصلهما لجواز كون ما صلاه قضاء عن شيء فانه وهو الثابت روى الطبراني في مسند الشاميين عن جابر قال سألنا نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم هل رأيتن رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الركعتين قبل المغرب فقلن لا غير أم سلمة قالت صلاها عندي مرة فسألته ما هذه الصلاة فقال صلى الله عليه وسلم نسيت الركعتين قبل العصر فصليتهما الآن ففي سؤاله له صلى الله عليه وسلم وسؤال الصحابة نساءه كما يفيده قول جابر سألنا لا سألت لا يفيد أنهما غير معهودتين من سننه وكذا سؤالهم لابن عمر فانه لم يبتدئ التحديث به بل لما سئل والذي يظهر أن مثير سؤالهم ظهور الرواية بهما مع عدم معهوديتهما في ذلك الصدر فأجاب نساؤه اللاتي يعلمن من علمه ما لا يعلمه غيرهن بالنفي عنه وأجاب ابن عمر بنفيه عن الصحابة أيضا وما قيل المثبت أولى من النافي فيترجح حديث أنس على حديث ابن عمر ليس بشيء فان الحق عند المحققين أن النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليله كان كالاثبات فيعارضه ولا يقدم هو عليه وذلك لان تقديم رواية الاثبات على رواية النفي ليس الا لان مع راويه زيادة علم بخلاف النفي اذ قد ينفي راويه الامر على ظاهر الحال من العدم لما لم يعلم باطنه فاذا كان النفي من جنس ما يعرف تعارضا لابتناء كل منهما حينئذ على الدليل والا فنفس كون مفهوم المروي مثبتا لا يقتضي التقديم اذ قد يكون المطلوب في الشرع العدم كما قد يكون المطلوب في الشرع الاثبات وتمام تحقيقه في أصول أصحابنا وحينئذ لا شك أن هذا النفي كذلك فانه لو كان الحال على ما في رواية أنس لم يخف على ابن عمر بل ولا على أحد ممن يواظب الفرائض خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بل ولا على من لم يواظب بل يحضرها خلفه أحيانا ثم الثابت بعد هذا هو نفي المندوبية أما ثبوت الكراهة فلا الا أن يدل دليل آخر وما ذكر من استلزام تأخير المغرب فقد قدمنا من القنية استثناء القليل والركعتان لا تزيد على القليل اذا تجوز فيهما (قوله وأما نافلة الليل الخ) لا خلاف

قال (ونوافل النهار) اختلف العلماء في كمية التنفل ليلا ونهارا بحسب الاباحة والافضلية فأما الاباحة في النهار فهي أن يصلي ركعتين بتسليمة أو أربعا وتكره الزيادة على ذلك وأما في الليل فان يصلي ثمان ركعات بتسليمة وتكره الزيادة على ذلك قال في النهاية لا فائدة في تخصيصه أبا حنيفة بهذا الحكم لان كلا الحكمين الجواز في نافلة الليل الى الثمان بغير كراهة والكراهة فيما وراءها اتفاق في عامة روايات الكتب وقلت يجوز أن يكون ذكر أبي حنيفة للاحتراز عن قول الشافعي فانه يقول لا يزيد على أربع ولو زاد كره له ذلك

(قوله وقلت يجوز أن يكون ذكر أبي حنيفة للاحتراز عن قول الشافعي) أقول لا يندفع بذلك ما قاله صاحب النهاية خصوصا اذا نظر الى جعله كلامه في مقابلة كلامه

وقالا لا يزيد في الليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلاة الليل ودليل الكراهة انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله مثنى مثنى وفي النهار أربع أربع وعند الشافعي رحمه الله فيهما مثنى مثنى

بينهم في اباحة الثمان بتسليمة ليلا وكراهة الزيادة عليها على هذه الرواية وقال السرخسي الاصح انه لا تكره الزيادة على الثمان أيضا وهو غير مقيد بقول أحد الثلاثة بل تصحيح للواقع من مذهبهم وقوله قال أبو حنيفة ان صلى ثمان ركعات بتسليمة واحدة جاز وتكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة يعطى ظاهره أنه نصب خلاف بينهم في كراهة الزيادة على ركعتين وليس كذلك بل المراد وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين من حيث الافضلية لكن العبارة تنبو عنه (قوله ودليل الكراهة أنه صلى الله عليه وسلم لم يزد على ذلك الخ) يعني والاصل في ذلك التوقيف قيل في صحيح مسلم ما يخالفه وهو ما عن عائشة في حديث طويل قالت كانا نعد له سواكه وطهوره فيبعثه الله ما شاء أن يبعثه فيتسوك ويتوضأ ويصلي تسع ركعات لا يجلس فيهن الا في الثامنة فيذكر الله ويحمده ويدعوه ثم ينهض ولا يسلم فيصلي التاسعة ثم يقعد فيذكر الله تعالى ويحمده ويدعوه ثم يسلم تسليما يسمعناه فهذا يترجح ما صححه السرخسي لكنه يقتضي عدم القعود فيها أصلا الا بعد الثامنة وكلمتهم على وجوب القعدة على رأس الركعتين من النفل مطلقا حتى لو قام الى الثالثة ساهيا عن القعدة يعود ولو بعد تمام القيام ما لم يسجد لدليل آخر ستمر عليه ان شاء الله تعالى ثم ظاهر كلامه في المبسوط أن منتهى تهجده صلى الله عليه وسلم ثمان ركعات وأقله ركعتان فانه قال روى أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي من الليل خمس ركعات سبع ركعات تسع ركعات احدى عشرة ركعة ثلاث عشرة ركعة فالذي قال خمس ركعات ركعتان صلاة الليل وثلاث وتر والذي قال سبع ركعات أربع صلاة الليل وثلاث وتر والذي قال تسع ست وثلاث والذي قال احدى عشرة ثمان وثلاث والذي قال ثلاث عشرة ثمان صلاة الليل وثلاث وتر وركعتان سنة الفجر وكان صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كله بتسليمة واحدة ثم فصله هكذا قاله حماد بن سلمة انتهى أما ما عينه من منتهاه فوافق لحديث عائشة رضي الله عنها في الكتب الستة قالت كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر ركعات ويوتر بسجدة ويركع ركعتي الفجر فتلك ثلاث عشرة وأما ما في السنة أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه بات عند خالته ميمونة قال وقلت لانظرن الى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فطرحت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وسادة فاضطجعت في عرض الوسادة واضطجع رسول الله صلى الله عليه وسلم في طولها فنام صلى الله عليه وسلم حتى انتصف الليل أو قبله بقليل أو بعده بقليل ثم استيقظ فجعل يمسح النوم عن وجهه بيديه ثم قرأ العشر آيات الخواتيم من سورة آل عمران ثم قام الى شن معلقة فتوضأ منها وأحسن وضوءه ثم قام يصلي قال ابن عباس فقمت فصنعت مثل ما صنع ثم ذهبت فقمت الى جنبه فوضع صلى الله عليه وسلم يده اليمنى على رأسي وأخذ بأذني اليمنى فأقامني عن يمينه فصلى ركعتين ثم ركعتين ثم ركعتين ثم ركعتين ثم أوتر ثم اضطجع حتى جاء المؤذن فقام فصلى ركعتين خفيفتين ثم خرج فصلى الصبح وفي رواية فتأملت صلاته ثلاث عشرة ركعة ثم اضطجع فنام حتى نفخ وكان صلى الله عليه وسلم اذا نام نفخ فأتاه بلال فآذنه بالصلاة فقام فصلى فلم يتوضأ وكان يقول في دعائه اللهم اجعل في قلبي نورا وفي بصري نورا وفي سمعي نورا وعن يميني نورا وعن يساري نورا وفوقي نورا وتحتي نورا وأمامي نورا وخلفي نورا واجعل لي نورا وفي رواية وأعظم لي نورا بدل واجعل لي وهو صريح في كون الثلاث عشرة غير ركعتي الفجر بخلاف ما قبله فانه يحتمل كون الايتار بواحدة مضمومة الى الركعتين الاخيرتين وما في أبي داود عن عبد الله بن قيس سألت عائشة بكم كان يوتر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان

وقوله (وقالا لا يزيد في الليل على ركعتين بتسليمة) يفهم منه أنه لا يزيد على ذلك من حيث الاباحة الاصلية وليس كذلك بل لا يزيد عليها من حيث الافضلية لان الزيادة عليهما ليست بمكروهة بالاتفاق في الليل على ما ذكرنا وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلاة الليل وانما ذكر الست ودليل الكراهة أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز وهذا اختيار القدوري وفخر الاسلام وقال شمس الائمة الاصح أنه لا تكره الزيادة على ثمان ركعات لانه روى ابن مسعود أنه صلى الله عليه وسلم صلى ثلاث عشرة ركعة فتكون ثمان صلاة الليل وثلاث وترا وركعتان سنة الفجر وكان يصلي هذا كله في الابتداء ثم فضل البعض على البعض وفيه نظر لان كلا منا فيما يكره بتسليمة واحدة وليس فيما ذكر ما يدل على ذلك وأما الافضلية فاذكر أن الافضل في الليل عند أبي يوسف ومحمد مثنى مثنى والتكرار للتأكيد لان معنى مثنى اثنين اثنين وفي النهار أربع أربع وعند الشافعي مثنى مثنى فيهما

وعند أبي حنيفة فيهما أربع أربع للشافعي قوله عليه السلام صلاة الليل والنهار مثنى مثنى

وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأنقص من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة فرواية عائشة الاولى ترجح عليهما ترجيحا الرواية الثابتة عنها في الكتب الستة على الثابتة عنها في أبي داود بمفرده وعلى حديث ابن عباس لانها أعلم بتهجده صلى الله عليه وسلم منه ومن جميع الناس وغاية ما حكاه هو ماشاهده في ليلة فاذة وهي أعلم بما كان عليه في عموم لياليه الى أن توفاه الله تعالى مع أنه قد اختلف على ابن عباس قال الشعبي سألت عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالا ثلاث عشرة ركعة منها ثمان ويوتر بثلاث وركعتين بعد الفجر وهذا موافق لحديث عائشة رضي الله عنها وكأنه حكى في تلك الرواية ماشاهده ثم علم بواسطة أزواجه رضي الله عنهن ما استقر حاله عليه فلما سأله الشعبي عن صلاته صلى الله عليه وسلم أجاب بما علمه متقررا ومافي البخاري عن عائشة كان صلى الله عليه وسلم يصلي بالليل ثلاث عشرة ركعة ثم يصلي اذا سمع النداء بالصبح ركعتين خفيفتين قال عبد الحق في الجمع بين الصحيحين هكذا في هذه الرواية وبقية الروايات عند البخاري ومسلم أن الجملة ثلاث عشرة ركعة بركعتي الفجر انتهى فالظاهر أن هذه غلط وأما ماعينه في أقله فحديث أبي داود المذكور آنفا يعارضه حيث قالت ولم يكن يوتر بأقل من سبع وماذكره نقله عن حماد بن سلمة فان ماعنده أرجح والا فالله أعلم به ثم ظاهر ما في أبي داود أن كلا من السبع ومابعده اذا أتى به يقع موافقا للسنة أو المندوب الموافق لطريقته صلى الله عليه وسلم لكن تبين في حديث آخر توقف كون المتهجد آتيا بالسنة على ثمان ركعات وهو ماروواه الترمذي والنسائي من حديث أم سلمة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث عشرة ركعة فلما كبر وضعف أوتر بسبع فهذا يقتضي توقفها على عشر وحديث عائشة المرجح يقتضي توقفها على ثمان فهو المعتبر الا أن اقتضاءه توقف فعل السنة على الثمان لمن لم يسن أما من كبر وأسن فمقتضى الآخر حصول سنة القيام له بأربع بقي أن صفة صلاة الليل في حقنا السنية أو الاستحباب يتوقف على صفتها في حقه صلى الله عليه وسلم فان كانت فرضا في حقه فهي مندوبة في حقنا لان الادلة القولية فيها انما تفيد الندب والمواظبة الفعلية ليست على تطوع لتكون سنة في حقنا وان كانت تطوعا فسنة لنا وقد اختلف العلماء في ذلك فذهب طائفة الى أنها فرض عليه وعليه كلام الاصوليين من مشايخنا تمسكوا بقوله تعالى قم الليل الا قليلا الآية وقال طائفة تطوع لقوله تعالى ومن الليل فتهجد به نافلة لك والاولون قالوا الامنافاة لان المراد بالنافلة الزائدة أي زائدة على ما فرض على غيرك أي تهجد فرضا زائدا لك على ما فرض على غيرك وربما يعطى التقييد بالمجرور ذلك فانه اذا كان النفل المتعارف يكون كذلك له ولغيره وأسند عن مجاهد والحسن وأبي أمامة أن تسميتها نافلة باعتبار كونها في حقه صلى الله عليه وسلم عاملة في رفع الدرجات بخلاف غيره فانها عاملة في تكفير السيئات لكن في مسلم وأبي داود والنسائي عن سعيد بن هشام قال قلت لعائشة يا أم المؤمنين أخبريني عن خلق رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت ألست تقرأ القرآن قلت بلى قالت فان خلق رسول الله صلى الله عليه وسلم القرآن قال فهممت أن أقوم ولا أسأل أحدا عن شيء حتى أموت ثم بدا لي فقلت أنبئيني عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ألست تقرأ يا أيها المزمل قم الليل الا قليلا قلت بلى قالت فان الله افترض قيام الليل في أول هذه السورة فقام نبي الله صلى الله عليه وسلم حولا وأمسك الله خاتمتها اثني عشر شهرا في السماء حتى أنزل الله في آخر هذه السورة التخفيف وصار قيام الليل تطوعا بعد فريضة الحديث وباقيه ماقدمناه في الكلام على قوله ودليل الكراهة أنه صلى الله عليه وسلم لم يزد من الحديث الذي قدمنا أنه حديث طويل فهذا يقتضي أنه نسخ وجوبه عنه (قوله للشافعي قوله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل والنهار مثنى مثنى) أخرجه أصحاب السنن الاربعة من حديث ابن عمر وفيه شعبة قال الترمذي

وعند أبي حنيفة أربع أربع فيهما للشافعي قوله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل والنهار مثنى مثنى وكلامه ظاهر

اختلف

ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة رحمه الله أنه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء أربعا أربعا روته عائشة رضي الله عنها وكان عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى ولانه أدوم تحريمة فيكون أكثر مشقة وأزيد فضيلة ولهذا الوتر أن يصلي أربعا بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا والله أعلم

اختلف أصحاب شعبة فيه فرفعه بعضهم ووقفه بعضهم ورواه الثقات عن عبد الله بن عمر عنه صلى الله عليه وسلم ولم يذكروا فيه صلاة النهار وكذا هو في الصحيحين وقال النسائي هذا الحديث عندي خطأ وقوله في سننه الكبرى اسناده جيد لا يعارض كلامه هذا لان جودة السند لا يمنع من الخطأ من جهة أخرى دخلت على الثقات ولهذا رواه الحاكم في كتابه في علوم الحديث بسنده ثم قال رجاله ثقات الا أن فيه علة يطول بذكرها الكلام انتهى ولو سلم فسنذكر الجواب (قوله ولهما الاعتبار بالتراويح) فان الاجماع على الفصل فيها واقتصر المصنف عليه لهما لا كما فعل غيره من الاستدلال لهما بالحديث الصحيح صلاة الليل مثنى مثنى لانهما يحتاجان الى الجواب عن مروي الشافعي صلاة النهار مثنى وهو بعينه جواب عن صلاة الليل مثنى وهو قوله ومعنى ما رواه شفعا لا وترا فهو اطلاق اسم الملزوم على اللازم دعا الى حمله عليه معارضة ما قدمناه في اثبات كون الاربع سنة راتبة من قول عائشة رضي الله عنها ما صلى عليه الصلاة والسلام العشاء قط فدخل علي الا صلى أربعا أو ستا وروى أبو داود من حديث زرارة بن أوفى عن سعيد بن هشام عن عائشة رضي الله عنها قالت كان صلى الله عليه وسلم يصلي صلاة العشاء في جماعة ثم يرجع الى أهله فيركع أربع ركعات ثم يأوي الى فراشه الحديث بطوله وما في مسلم من حديث معاذة أنها سألت عائشة رضي الله عنها كم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الضحى قالت أربع ركعات ويزيد ما شاء ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا طيب بن سليمان قال قالت عمرة سمعت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها تقول كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الضحى أربع ركعات لا يفصل بينهن بسلام لكن قد يقال ان الاول لا يدل على أن الاربع بتسليمة اذ لو صدقت افادة كيفيته فقط كان صحيحا مع الفصل وفي التاريخ كان أبو يوسف يصلي كل يوم مائتي ركعة لا يفهم أحد أنه بسلام واحد فالاولى ما في الصحيحين عن أبي سلمة بن عبد الرحمن انه سأل عائشة رضي الله عنها كيف كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان قالت ما كان يزيد في رمضان ولا غيره على احدى عشرة ركعة يصلي أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن الحديث فهذا الفصل يفيد المراد والا لقالت ثمانيا فلا تسأل عن حسنهن وقدمنا في سنة الظهر قوله صلى الله عليه وسلم انها بتسليمة واحدة لكن لا يخفى أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي أربعا كما كان يصلي ركعتين فرواية بعض فعله أعني فعل الاربع لا توجب المعارضة والاولى في التقرير ان شاء الله تعالى وجهان أحدهما مقتضى لفظ الحديث حصر المبتدا في الخبر لانه حكم على العام أعني صلاة الليل والنهار وليس بمراد والا لكانت كل صلاة تطوع لا تكون الا ثنتين شرعا والاتفاق على جواز الاربع أيضا وعلى كراهة الواحدة والثلاث في غير الوتر واذا انتفى كون المراد أن الصلاة لا تباح الا ثنتين أو لا تصح الا ثنتين لزم كون الحكم بالخبر المذكور أعني مثنى اما في حق الفضيلة بالنسبة الى الاربع أو في حق الاباحة بالنسبة الى الفرد وترجيح أحدهما بمرجح وفعله صلى الله عليه وسلم ورد على كلا النحوين لكنا عقلنا زيادة فضيلة الاربع لانها أكثر مشقة على النفس بسبب طول تقيدها في مقام الخدمة ورأيناه صلى الله عليه وسلم قال انما أجرك على قدر نصبك فكما بأن المراد الثاني أي مثنى لا واحدة أو ثلاثا ثانيهما أن المراد به أن كل مثنى من التطوع صلاة على حدتها ومثنى معدول عن العدد المكرر وهو اثنان اثنان فؤداه حينئذ اثنان اثنان صلاة على حدة ثم اثنان اثنان صلاة على حدة وهلم جرا وهذا معنى أربع صلاة على حدة أربع صلاة

وقوله (والتراويح تؤدى بجماعة) جواب عن اعتبارهما بالتراويح فيراعى فيها جهة التيسير بالقطع بالتسليم على رأس الركعتين لان ما كان أدوم تحريمة كان أشق على الناس وقوله (ومعنى ما رواه شفعا) جواب عن حديث الشافعي وقد ذكرناه

قول الكمال فؤداه حينئذ الخ هذا ظاهر لولا ما في مسلم ان ابن عمر سئل ما مثنى مثنى قال يسلم في كل ركعتين فانه أعلم بما سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا بهامش معزوا الى المقدسي اه

﴿ فصل ﴾ لما فرغ من بيان الصلوات المفروضات والواجبات والنوافل على الترتيب شرع في بيان القراءة التي يختلف وجوبها بحسب اختلاف هذه الصلوات واعلم أن مسئلة القراءة في الفرائض الرباعية مخمسة فعندنا هي فرض في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها وقال مالك في ثلاث ركعات وقال الحسن البصري في ركعة واحدة وقال أبو بكر الاصم القراءة في الصلاة سنة كسائر الاذكار وهو فاسد لان سائر الاذكار حين شرع شرع سنة وجبت المخافتة بها على كل حال وههنا وجب الجهر بالقراءة في أكثر الصلوات بل في كلها من حيث الاصل فلو كانت (٣٢٢) سنة لكانت مخافتة لان مبنى التطوعات على الخفية والكتمان على أنه مخالف

﴿ فصل في القراءة ﴾ (القراءة في الفرض واجبة في الركعتين) وقال الشافعي رحمه الله في الركعات كلها لقوله عليه السلام لا صلاة الا بقراءة وكل ركعة صلاة وقال مالك رحمه الله في ثلاث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما أوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه

لظاهر النص وخرق الاجماع ووجه قول الحسن قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن وهو لا يقتضي التكرار ولا يلزم اركعوا واسجدوا فان التكرار فرض لانه ثبت ذلك بفعل النبي عليه السلام والجواب عنه القول بالموجب وهو أنا نسلم ذلك لكنه لا ينافيه فيجوز أن يثبت بدليل آخر كما سنذكره ووجه قول مالك أن القراءة تجب أن تكون واجبة في جميع الركعات لقوله عليه السلام لا صلاة الا بقراءة لكنا أقمنا الاكثر مقام الكل تيسيرا ووجه قول الشافعي الحديث وذلك لان كل ركعة صلاة بدليل أنه لو حلف لا يصلي فصلى ركعة حنث ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن على ما تقدم والامر بالفعل لا يقتضي التكرار على ما عرف في الاصول وما ذكرتم خبر واحد فلا يعارضه ولا يزاد به عليه (وانما أوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى) الحاقا بها بالدلالة (لانهما) أي الاولى والثانية (يتشاكلان من كل وجه) فان قيل لا نسلم ذلك لانهما يفترقان بملاحظة

أخرى على حدة وهلم جرا بخلاف ما لو لم يتكرر لفظ مثنى وقال الصلاة مثنى مقتصرا عليه فان المعنى حينئذ الصلاة اثنين اثنين وهلم جرا فيفيد أن كل اثنين صلاة على حدة وسبب العدول عن أربع أربع وهو أكثر استعمالا وأشهر معنى الى افادته بذلك قصدا فادة كون الاربع مفصولة بغير السلام وذلك حينئذ ليس الا التشهد لا المخاوطة وذلك لان بعد جعل كل أربع صلاة على حدتها ثم قال ان تلك الاربع ثنتين ثنتين لابد أن يكون الفصل بغير السلام والا كان كل صلاة ركعتين ركعتين وقد كان كل صلاة أربعا وقد وقع في بعض الالفاظ موصولا بما يحسن في الاستعمال موقعه تفسيرا على ما قلنا وهو ما أخرجه الترمذي والنسائي عن ابن المبارك عن الليث بن سعد حدثنا عبد الله بن سعيد عن عمران بن أبي أنس عن عبد الله بن نافع عن ربيعة بن الحارث عن الفضل بن العباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة مثنى مثنى تشهد في كل ركعتين وأما الكلام معهما فظاهر من الكتاب

﴿ فصل ﴾ القراءة فرض في الفرض في ركعتين وجعلها في الاوليين واجبا هذا هو الصحيح من المذهب واليه أشار في الاصل وقال بعضهم ركعتان غير عين واليه ذهب القدوري كذا في البدائع فلو تركها أو قرأ في ركعة فسدت ولو قرأ في الاخريين صحت ويسجد للسهو وعند الشافعي في الكل وعن مالك في ثلاث وقال زفر والحسن البصري في واحدة لان الامر لا يقتضي التكرار وعن أبي بكر الاصم وسفيان بن عيينة ليست الاسنة لان مبنى الصلاة على الافعال لا الاقوال ولذا تسقط لعدم القدرة على الافعال مع القدرة على القراءة وعلى القلب لا تسقط وللشافعي ومالك قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة رواه مسلم وقال أبو هريرة فما أعلن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلناه وما أخفى أخفيناه لكم الا أن مالكا يقول للاكثر حكم الكل ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن وهو لا يقتضي التكرار فكان مؤداه افتراضها في ركعة الا أن الثانية اعتبرت شرعا كالاولى وايجاب القراءة فيها ايجاب فيهما فان قيل هذا بناء على أن الدلالة لا تشترط فيها أولوية المسكوت بالحكم كما في لا تقل لهما أف وفيه نظر وأيضا الثابت بالدلالة ما يفهمه من النص كل من يفهم اللغة وليس هنا ذلك قلنا لا شك أن المعتبر في كونه دلالة لا قياسا كونه يفهم عند فهم موضوع اللفظ سواء كان أولى أو لا فلا عبرة بذلك النظر لمن خالف ثم نقول من فهم اللغة ثم علم تسوية الشارع تعالى بين الركعة الاولى والثانية وبين الثالثة والرابعة منها من كل الوجوه ثم سمعه يقول اقرأ في الصلاة تبادر اليه طلب القراءة في الشفع الاول أو الثاني

﴿ فصل القراءة ﴾ (قوله شرع في بيان القراءة التي يختلف وجوبها) أقول يعني عندنا (قوله بل في كلها من حيث الاصل) أقول كما مر في فصل في القراءة بعد باب صفة الصلاة (قوله فان التكرار فرض لانه ثبت ذلك بفعل النبي عليه السلام) أقول لا يقال وكذلك القراءة في الركعات داوم عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم لا يفرض التكرار لانه تركها أحيانا كما يصرح به الشارح (قوله وما ذكرتم خبر واحد الخ) أقول جواب تنزلي

من حيث الثناء والتعوذ والبسملة أجيب بان ذلك أمر زائد والاعتبار بالاركان (فاما الاخريان) وفي بعض النسخ الاخروان وهو لحن لان الالف اذا كانت ثالثة ردت الى أصلها في التثنية كعصوان ورحيان واذا كانت رابعة فصاعدا لم تقلب الا ياء نحو أعشيان صفة وجبليان والاوليان (فيفارقانهما) أي الاوليين في حق السقوط بالسفر وقوله (٣٢٣) (وصفة القراءة وقدرها) فانه لا يضم السورة الى الفاتحة فيهما (فلا يلحقان بهما) وقوله (والصلاة) جواب عما رووه من الحديث وتقريره أن قوله لا صلاة مصدر مذكور صريحا فكان كمن حلف لا يصلي صلاة لا كمن حلف لا يصلي وذلك ينصرف الى الركعتين عرفا فكذا هذا فان قيل لا صلاة نكرة في سياق النفي فتعم كل فرد قلنا تعم كل فرد من أفرادها لغة أو شريعة لا سبيل الى الاول لان حقيقتها لغة الدعاء وليست القراءة شرطا في فرد من أفراد الدعاء والثاني مسلم لكن الركعة الواحدة ليست من الافراد شرعا لنهيه عليه السلام عن البتيراء ولنا أن نقول أيضا بموجب العلة أي سلمنا أنه لا صلاة الا بقراءة لكن الكلام في أن القراءة في الاوليين هل هي قراءة في الاخريين أولا وماذكرتم لا يدل على نفيه ولنا دليل على ثبوته وهو قوله عليه السلام القراءة في الاوليين قراءة في الأخريين (وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء قرأ فاتحة الكتاب) قيل على جهة الثناء لا على جهة القراءة وبه أخذ بعض المتأخرين من أصحابنا (وان شاء سكت) مقدار تسبيحة (وان شاء سبح) ثلاث تسبيحات

فاما الأخريان فيفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما والصلاة فيما روى مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلاة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي (وهو مخير في الأخريين) معناه ان شاء سكت وان شاء قرأ وان شاء سبح

بملاحظة تلك المقدمة المقررة في نفسه فأما الحديث المذكور وما روى في حديث المسيء صلاته من قوله صلى الله عليه وسلم فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم قال في آخره ثم افعل ذلك في صلاتك كلها فمما لا يثبت به الفرض لان القطعي لا يثبت بظني وقولهم الصلاة مجمل ووقع البيان بالقراءة في الكل جوابه ما تقدم أول باب صفة الصلاة أن الاجمال في مسمى الصلاة لا ينفي عدم الاجمال فيما يضاف اليها من الاركان شرعا بيانا اذا كان دليله مما لا يحتاج الى البيان بقي أن يقال فلم لم يثبت الوجوب في الاخريين كما هو محصل رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه اذا لم يقرأ يكره ويسجد للسهو والحديث الاول ان أجيب عنه بأن الصلاة المصرح بها اذا أطلقت تنصرف الى الركعتين لعدم شرعية الواحدة وقلة شرعية الثلاث وهي المذكورة في الحديث بقي الآخر فانه أمره أن يفعل ما ذكره ومنه القراءة بخلاف ما يفهم من المواظبة في الاخريين من بعض الالفاظ كحديث أبي قتادة في الصحيحين كان صلى الله عليه وسلم يقرأ في الظهر في الركعتين الاوليين بفاتحة الكتاب وسورتين وفي الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب الحديث فانه انما تفهم المواظبة في الجملة وهي أعم من المقرونة بالترك أحيانا وغيره ولا دلالة للاعم على خصوصية بعض الافراد ولهذا استدل المصنف بهذه المواظبة على استحباب القراءة فيهما والجواب أن قول الصحابة على خلافه صارف له عن الوجوب وذلك ما روى ابن أبي شيبة عن شريك عن أبي اسحق السبيعي عن علي وابن مسعود قالا اقرأ في الاوليين وسبح في الاخريين وهو عن عائشة رضي الله عنها غريب بخلافه عن غيرها في موطأ محمد بن الحسن حدثنا محمد بن أبان القرشي عن حماد عن ابراهيم عن علقمة بن قيس أن عبد الله بن مسعود كان لا يقرأ خلف الامام فيما يجهر فيه وما يخافت فيه من الاوليين ولا في الاخريين واذا صلى وحده قرأ في الاوليين فاتحة وسورة ولم يقرأ في الاخريين بشيء وهذا بعدما في الاول من الانقطاع انما يتم اذا لم يكن عن غيرهما بين الصحابة خلافه والا فاختلافهم حينئذ في الوجوب لا يصرف دليله عنه فالاحوط رواية الحسن وأما ما قيل أن لا صلاة الا بقراءة يفيد نفي الكمال فليس بشيء وقد بينا ضعفه أول الكتاب في الكلام على التسمية في الوضوء فارجع اليه والعجب أن هؤلاء يقولون ذلك هنا ويقولون في مسئلة ما اذا استخلف القارئ أميا في الاخريين بعدما قرأ في الاوليين مع زفر حيث قال بالجواز خلافا للثلاثة واستدل بأن فرض القراءة صار مؤدى فيجوز فدفعه هؤلاء بعينهم بأن القراءة فرض في كل الركعات وان كانت تؤدى في موضع خاص لقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة حتى زاد في الكافي أن هذا كقوله لا صلاة الا بطهارة الى آخر ما ذكروا فالصواب في التقرير ما أعلمتك (قوله وأما الاخروان) لحن لان ألف أخرى رابعة فيجب قلبها ياء من غير نظر الى أصلها وفي بعض النسخ الاخريان على الصواب (قوله ان شاء سكت) أي قدر تسبيحة وان شاء سبح ثلاث تسبيحات نقله في النهاية وفي شرح الكنز ان شاء سبح ثلاث تسبيحات وان شاء سكت قدرها والاول

(قوله وصفة القراءة الخ) أقول الجهر والمخافتة (قوله فلنا تعم كل فرد الخ) أقول بقي الكلام أن الاخريان أيضا صلاة فيدخل تحت العموم (قوله لكن الركعة الواحدة ليست من الافراد شرعا لنهيه عليه السلام عن البتيراء) أقول لكن النهي يقتضي المشروعية كما عرف في الاصول ولو لم تكن الركعة الواحدة صلاة شرعا لما حنث الحالف أنه لا يصلي بركعة

(كذا روى عن أبي حنيفة وهو مأثور عن علي وابن مسعود وعائشة) فقد روى عنهما أنهما كانا يسبحان في الاخريين وسأل رجل عائشة عن قراءة الفاتحة في الاخريين فقالت اقرأ ولتكن على جهة الثناء (الا أن الافضل أن يقرأ لان النبي عليه السلام داوم على ذلك) يعني بتركه والا لكان واجبا (فلهذا) أي فلكون قراءة الفاتحة على وجه الافضلية (لا يجب) سجدة (السهو بتركها في ظاهر الرواية) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ان لم يقرأ ولم يسبح عمدا كان مسيأ وان سها عن ذلك وجب عليه سجدة السهو لان القيام في الاخريين مقصود فيكره اخلاؤه عن القراءة والذكر جميعا وظاهر الرواية أصح لان الاصل في القيام القراءة فاذا سقطت بقي القيام المطلق فكان كقيام المقتدي ثم اعلم أن المصنف قال في أول الفصل القراءة واجبة في الركعتين ولم يقل في الاوليين لانها فرض في ركعتين لا باعيانهما ان شاء قرأ في الاوليين وان شاء قرأ في الاخريين وان شاء قرأ في الاولى والرابعة وان شاء في الثانية والثالثة والافضل أن يقرأ في الاوليين وقال في خلاصة الفتاوى واجبات الصلاة عشر وذكر منها تعيين القراءة في الاوليين قوله (والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر) ظاهر وقوله (ولهذا) أي ولكون كل شفع منه صلاة على حدة (لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان) وان نوى أكثر من ذلك (في المشهور عن أصحابنا) وانما قيد بالمشهور احترازا عن قول أبي يوسف أولا على ما سيأتي وقوله (ولهذا) أي ولان القيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة (قالوا يستفتح في الثالثة) أي يقرأ سبحانك اللهم وبحمدك كما في الابتداء واستشكل هذا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فانهما يجوزان ترك القعدة الاولى من الشفع الاول في التطوعات فلو كان كل شفع منها صلاة على حدة لما جازت تلك الصلاة لترك القعدة الاخيرة التي هي فرض والجواب أن وجه القياس وهو قول زفر ورواية عن محمد وفي الاستحسان لا تفسد لان الفرض هو القعدة الاخيرة واذا قام الى الثالثة وهو مشروع بالاجماع أشبه صلاته هذه صلاة الفجر من حيث إن كل شفع منها صلاة على حدة وصلاة الظهر من حيث ان الاربع مشروع كالركعتين وقد دخل وسلم في الشفع الثاني فبالنظر الى الشبه الاول تفسد صلاته لانه ترك القعدة الاخيرة وهي فرض وبالنظر الى الثاني لا تفسد لان القعدة المتروكة ليست الاخيرة فلا تفسد بالشك ويؤمر بالعود الى القعدة ما لم يسجد نظرا الى الشبه الاول ولم يؤمر به بعد السجود لتأكد الشبه الثاني به وأوجبنا القراءة على كل حال لانها ركن مقصود لعينها وأما القعدة فانما شرعت للتحلل أو للفصل بين الشفعين فاعتبر فيها رعاية الشبهين ويؤيد هذا وجوب القراءة في جميع ركعات الوتر فان القراءة في الصلاة ركن مقصود لعينها وكونه فرضا ثبت بالسنة ففيه احتمال النفلية فتجب القراءة في الجميع احتياطا قال (ومن شرع في نافلة ثم أفسدها قضاها) هذه هي المسئلة المشهورة في أن الشروع في النفل صلاة كان أو صوما ملزم عندنا خلافا للشافعي والعلماء أوردوا هذه المسئلة في كتاب الصوم لان الآثار التي يحتج بها من الجانبين انما وردت فيه لكن الشيخ أبو الحسن القدوري لما رأى حكم المسئلة فيهما واحدا أوردها في كتاب الصلاة وتابعه المصنف

كذا روى عن أبي حنيفة رحمه الله وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم الا أن الافضل أن يقرأ لانه عليه السلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية (والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر) أما النفل فلان كل شفع منه صلاة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن أصحابنا رحمهم الله ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة وأما الوتر فللاحتياط قال (ومن شرع في نافلة ثم أفسدها قضاها)

أليق بالاصول والضمير في قول المصنف وهو المأثور للتسبيح (قوله فلان كل شفع منه صلاة على حدة) يرد عليه أنه لو كان كذلك لما صحت مع ترك القعدة ساهيا لكنها تصح ويسجد للسهو ويجب العود اليها اذا تذكر بعد القيام ما لم يسجد والجواب أن القياس فسادها وبه قال زفر ورواية عن محمد وفي الاستحسان لا لان التطوع شرع أربعا أيضا كما شرع ركعتين فاذا تركها أمكننا تصحيحها بجعلها صلاة واحدة فلا يفترض حينئذ القعدة الاولى لان افتراض القعدة للختم فاذا لم يختم الا بعد الرابعة صارت من ذوات الاربع والفرض أن ذلك جائز لم تفترض الاولى بل كانت واجبة بالحديث السابق وهو في كل ركعتين تشهد فتجبر بالسجود وانما وجب العود بعد تمام القيام ولزمت القراءة في الشفعين لشبهها بالظهر من وجه ومفارقتها له من وجه فللشبهة لا يؤمر بالعود اذا قيدها بسجدة وللمفارقة يعود قبل السجدة كما اذا قام الى الخامسة من الفرض وهي صلاة أخرى حكما فيقرأ في الكل كما في صلاتين احتياطا وكذلك في الوتر لان فيه روائح النفلية فلزم الاحتياط في القراءة لانها ركن مقصود لنفسه لا كالقعدة (قوله في المشهور) من الرواية هذا اذا نوى أربعا حتى يحتاج الى التقييد بالمشهور أما اذا شرع بمطلق نية النفل فلا يلزمه أكثر من ركعتين باتفاق الروايات (قوله قالوا يستفتح في الثالثة) ويصلي على النبي صلى الله عليه

(قوله فيكره اخلاؤه الخ) أقول كراهة تحريم (قوله لانها فرض في ركعتين لا بأعيانهما الخ) أقول فيه ان التعليل الذي ذكره المصنف يدل على تعيين الاوليين ألا يرى الى قوله والأخريان يفارقانهما في حق السقوط فليتأمل

(وقال الشافعي المتنفل متبرع فيه) أي في فعله وهو واضح (ولا لزوم على المتبرع) لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل كمن شرع في صلاة النفل ناويا أربعا فصلى ركعتين كان مخيرا في الشفع الثاني والجواب أنه لا لزوم على المتبرع قبل شروعه أو بعده والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني عين النزاع والآية محمولة على الاول وقد بينا أن كل شفع من النفل صلاة على حدة فلم يوجد الشروع في الشفع الثاني حتى يكون ملزما ولنا أن المؤدى وقع قربة بتسليمه الى مستحقه وكل ما وقع قربة لزم اتمامه ضرورة صيانة بطلان حق الغير قال الله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم فان قيل المؤدى لا يخلو اما أن يكون عبادة أو لا فان كان الاول فلا حاجة الى

وقال الشافعي رحمه الله لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزم الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان (وان صلى أربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم أفسد الأخريين قضى ركعتين) لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزما هذا اذا أفسد الأخريين بعد الشروع فيهما ولو أفسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الأخريين وعن أبي يوسف انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما أن الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له لا به وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي أربعا احتياطا لانها بمنزلة

وسلم في كل قعدة وقياسه أن يتعوذ في كل شفع هذا وما تقدم كله أثر كون كل شفع معتبرا شرعا صلاة على حدة وهو مما يحتاج الى دليل ويمكن كونه بمكنه شرعا من الخروج على رأس الركعتين فاذا قام الى شفع آخر كان بانيا صلاة على تحريمة صلاة اذ تلك التحريمة انما لزم بها ركعتان (قوله ضرورة صيانته) أي المؤدى يفيد أن الملاحظ لزومه أولا صيانة المؤدى الواقع قربة عن ابطاله لانه مورد النص بقال تعالى ولا تبطلوا أعمالكم وهو أعم من ابطالها قبل اتمامها بالافساد أو بعده بفعل ما يحبطه ونحوه فلذلك لزم الاتمام بقي أن يقال ان لزوم الاتمام هل يستلزم شرعا القضاء بتقدير عدمه لو قال قائل المتحقق انما هو استلزامه الاثم بتفويت مقتضى النهي أما أنه يجب القضاء فيحتاج الى خصوص دليل فجوابه يفيده القياس على حج النفل والعمرة لما لزما بالشروع شرعا لزم قضاؤهما بتفويته وتمام نصب الدليل من الجانبين نذكره ان شاء الله تعالى في الصوم (قوله وقعد) قيد به لانه لو لم يقعد وأفسد الاخريين وجب عليه قضاء أربع بالاجماع (قوله لا يقضي الاخريين) يعني الاوليين بل الاوليين فقط وعن أبي يوسف أنه يقضي الاخريين أيضا فيقضي أربعا وقد رجع أبو يوسف عن هذا القول (قوله اعتبارا للشروع بالنذر) بجامع أن كلا منهما سبب اللزوم فكما أن نية الكمية اذا اقترنت بنذر الصلاة مطلقا وجبت الصلاة بتلك الكمية كذلك اذا اقترنت بالشروع لزم ما شرع فيه بالكمية المنوية (قوله أن الشروع) تسليم لصحة اعتبار الشروع بالنذر في الالزام لكنه لا يفيد المطلوب فان الشروع انما يلزم ما شرع فيه وما لا صحة لما شرع فيه لا به كالركعة الثانية من الشفع الاول والشروع في الشفع الاخير لم يتحقق ولا صحة الاول موقوفة عليه هذا معنى قوله لا تتعلق بالثاني فلا يفيد الشروع لزومه وأنت علمت أن حقيقة وجه قولهما الحاق الشروع بالنذر المقترن بها في لزوم الاربع بعد أن كلا منهما لو تجرد عنها لزم به ركعتان فقط وجوابه أن قوله الشروع يوجب ما شرع فيه يتضمن منع أنه يوجب غير أصل صلاة صحيحة بل ذلك فقط لما سنذكر في المسئلة الآتية (قوله وعلى هذا سنة الظهر) أي اذا أفسدها بعد ما قعد أو قبله قضى ركعتين لانها نافلة سنت بالمواظبة وقيل يقضي أربعا لانها صلاة واحدة كالظهر ولذا ينهض في القعدة الاولى عند عبده ورسوله فلا يستفتح

الزام الباقي لان المشروع فيه عبادة وصلت الى مستحقها وان كان الثاني فلا وجه للتسليم اليه والجواب أنه عبادة حتى انه لو مات أثيب عليه ولئلا يلزم تركب الشئ من منافيه والزام الباقي لانه التزم عبادة صوما أو صلاة مثلا ولا يكون كذلك الا بالتزام الباقي لانه بهذا الاعتبار غير متجزئ قوله (وان صلى أربعا) أي شرع في صلاة ناويا أربعا (وقرأ في الاوليين وقعد ثم أفسد الاخريين قضى ركعتين) يعني الشفع الثاني (لان الاول قد تم والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة فيكون ملزما اذا كان الافساد بعد الشروع فيها) بالقيام الى الثالثة وأما اذا كان قبل القيام الى الثالثة فلا يجب عليه قضاء شئ (وعن أبي يوسف أنه يقضي اعتبارا بالنذر) وذلك لان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو الشروع فيلزم القضاء كما اذا نذر فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو النذر ولهما أن الشروع سبب لوجوب ما شرع فيه وهو الركعة الاولى ولوجوب ما لا يصح ما شرع فيه لا به وهو الركعة الثانية لان البتيراء منهي عنها والشفع الثاني ليس ما شرع فيه لانه المفروض ولما يتوقف صحة ما شرع فيه عليه فلا يكون واجبا بالشروع في الشفع الاول وما لا يكون واجبا لا يجب قضاؤه وظهر من هذا أن النية لم تقارن سبب الوجوب وهو الشروع لان الفرض أنه لم يشرع بخلاف النذر فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب فيلزم القضاء بالافساد (وعلى هذا سنة الظهر) فان أفسد الاخريين قبل الشروع فيها يقضيهما عند أبي يوسف وعنده ما لا يقضي (وقيل يقضي أربعا احتياطا لانها بمنزلة

صلاة واحدة) حتى ان الزوج اذا خير امرأته وهي في الشفع الاول من هذه الصلوات أو أخبرت بشفعة لها فأتمت أربعا لا يبطل خيارها ولا شفعتها بخلاف سائر التطوعات قال (وان صلى أربعا ولم يقرأ فيهن شيأ) هذه المسئلة تلقب بمسئلة الثمانية والوجوه الآتية فيها ستة عشر وهي أنه قرأ في الجميع ترك في الجميع ترك في الشفع الاول ترك في الشفع الثاني ترك في الركعة الاولى ترك في الثانية ترك في الثالثة ترك في الرابعة ترك في الشفع الاول والركعة الثالثة ترك في الاول والرابعة ترك في الركعة الاولى والشفع الثاني ترك في الثانية والشفع الثاني ترك في الركعة الاولى والثالثة ترك في الاولى والرابعة ترك في الثانية والثالثة ترك في الثانية والرابعة فهذه ستة عشر وجها والمصنف ترك الوجه الاول لان الكلام في أقسام الفساد بترك القراءة والتي يقرأ في جميعها ليست منها وتداخلت منها سبعة أوجه في الباقية لاتحاد الحكم فعادت ثمانية فعليك بتمييز المتداخلة بالتفتيش في الاقسام المذكورة في الكتاب (والاصل فيها) ما ذكره (أن عند محمد ترك القراءة في الاوليين أو في احداهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال) لكونها وسيلة اليها والافعال قد فسدت بترك القراءة بالاجماع (وعند أبي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة) لانه

صلاة واحدة (وان صلى أربعا ولم يقرأ فيهن شيأ أعاد ركعتين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يقضي أربعا وهذه المسئلة على ثمانية أوجه والاصل فيها أن عند محمد رحمه الله ترك القراءة في الاوليين أو في احداهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند أبي يوسف رحمه الله ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد ألا ترى أن للصلاة وجودا بدونها غير أنه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة

في الثالثة ولا تبطل شفعة الشفيع اذا علم في الشفع الاول منها بالانتقال الى الشفع الثاني ولا خيار المخيرة ولو دخلت عليه زوجته في الاول فانتقل الى الثاني فخرجت لا يلزمه كمال المهر لعدم صحة الخلوة كما اذا كان ذلك في الظهر (قوله والاصل عند محمد أن ترك القراءة في ركعة يبطل التحريمة) اذا قيد الركعة بسجدة لانها تعقد للافعال والافعال فسدت بترك القراءة فيفسد ما عقدلها (قوله أن للصلاة وجودا بدونها) حقيقة في الاخرس والامي وحكما في المقتدي لكن لا صحة للاداء الا بالقراءة وفساد الاداء لا يزيد على تركه أي لا يكون أقوى من ترك الاداء بأن تحرم وافقا ثم ترك أداء كل الافعال بان وقف ساكتا طويلا لا تبطل التحريمة وهذا لانها ليست لم تعقد الا لهذا الشفع فان بناء الشفع الثاني على هذه التحريمة جائز فعلم أنها له ولغيره فبفساده لا تنتفي فائدتها بالكلية لتفسدهي ويرد أن هذا تأخير لا ترك فان أريد بالترك اياه منعنا كونه مثل الفساد فلا يلزم من عدم بطلان التحريمة بذلك الترك عدم بطلانها بالفساد لانه أقوى من ذلك الترك والاولى أن يستدل هكذا التحريمة تراد لكل من الشفعين فانما تبطل بفسادهما فان فساد الاول فقط ليس قاطعا في عدم حصول المقصود منها بالكلية فلا يوجب فسادها فان قيل انما عقدت للثاني بواسطة أداء الاول قبله فاذا فسد لم يتحقق الثاني فالجواب ان قلت اذا فسد الاول امتنع أداء الثاني لان أداءه بناء على صحة أداء الاول منعنا كون أدائه بناء على صحته وان

يوجب فساد الاداء لا بطلانه وفساد الاداء لا يزيد على ترك الاداء بعد التحريمة بأن لم يأت بالاركان حال كونه منفردا أو خلف الامام أو سبقه الحدث فذهب ليتوضأ وترك الاداء لا يبطل التحريمة فكذلك فساده (وانما) قلنا ان ترك القراءة (يوجب فساد الاداء) لا بطلانه (لانها ركن زائد بدليل أن للصلاة وجودا بدونها) من المقتدي والامي والاخرس والركن الاصلي ليس كذلك واذا كان ركنا زائدا لا يؤثر في ازالة أصل الصلاة حتى تصير باطلة وانما يؤثر في ازالة صفتها وهي صحة الاداء عملا بقدر الدليل فصار فاسدا فان قيل سلمنا أنه أوجب الفساد وان الفساد لا يزيد على تركه وان الترك لا يبطل التحريمة ولكن ما ذكرتم تأخيرا لا ترك فلا يكون مفيدا أجيب بأن هذا ترك قلت قبل اشتغاله بالاداء وانما يعرف كونه تأخيرا اذا اشتغل بالاداء فقبل اشتغاله به يصح اطلاق اسم الترك عليه وفيه نظر لان للخصم حينئذ أن يقول لا نسلم أن الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك فان قيل ما الفرق بين الكلام والحدث العمد وبينه حيث يبطلان التحريمة دونه أجيب بأنهما من محظورات التحريمة وارتكابها يقطع التحريمة لانه يمنع انعقادها في الابتداء فيجوز أن يقطعها بعد الصحة بخلاف ترك القراءة فان قلت سلمنا ذلك لكن اتصاف الركن وهو ما يقوم به الشئ بالزيادة ليس بكلام محصل فالجواب ما قررناه في التقرير تقريرا لم يسبق اليه فعليك بتحصيله فان كثيرا من خصوم أصحابنا وبعض أصحابنا المتأخرين أيضا أنكروا على هذه العبارة

(قوله أو خلف الامام) أقول فيه ان قراءة الامام قراءة له (قوله أجيب بأن هذا ترك الخ) أقول اذا سلم السائل ما ذكر يتم مرام المعلل ولا يضر عدم كون ما ذكره تركا فتأمل (قوله لا نسلم ان الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك) أقول خصوصا اذا كان خلف الامام (قوله فان قيل ما الفرق بين الكلام والحدث العمد وبينه أي ترك القراءة) أقول ضمير بينه راجع الى ترك القراءة

(وعند أبي حنيفة أن ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احداهما لا يوجب) أما الاول فلان كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكان ترك القراءة فيه اخلاء الصلاة عن القراءة فتكون فاسدة يجب قضاؤها وبطل تحريمتها وأما الثاني فكان القياس فيه مثل الاول كالوتر كما في احدى ركعتي الفجر لكن فساد الصلاة بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه ولم يقل به الحسن البصري متمسكا بما هو دليل على ما تقدم فقضينا بالفساد في وجوب القضاء كما في الفجر وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا في كل واحد من الحكمين فان قيل فساد الصلاة بتركها في الركعتين أيضا (٣٢٧) مجتهد فيه لان أبا بكر الاصم لا يقول بفسادها

وعند أبي حنيفة رحمه الله ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احداهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا نقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند أبي يوسف رحمه الله فصح الشروع في الشفع الثاني ثم اذا فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده (ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء الأخريين بالاجماع) لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول (ولو قرأ في الأخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع) لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند أبي يوسف رحمه الله ان صح فقد أداها (ولو قرأ في الاوليين واحدى الأخريين فعليه قضاء الأخريين بالاجماع ولو قرأ في الأخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الأخريين على قول أبي يوسف رحمه الله قضاء الاربع وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله) لان التحريمة باقية وعند محمد رحمه الله عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وقد أنكر أبو يوسف رحمه الله هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد رحمه الله لم يرجع عن روايته عنه (ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير قضى أربعا عندهما وعند محمد رحمه الله قضى ركعتين ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى أربعا عند أبي يوسف رحمه الله وعندهما ركعتين)

قلت بناء على صحة التحريمة وقد فسدت كان مصادرة على المطلوب لانه أول المسئلة ثم لا يخفى أن قولهم ان القراءة منتفية في حق المقتدي حكما باطل بل منتفية حقيقة ثابتة حكما وعند أبي حنيفة ترك القراءة في الاوليين مبطل للتحريمة لما قلنا لمحمد بخلاف تركها في ركعة لان فسادها به مجتهد فيه لان عند الحسن البصري لا تفسد فحكمنا بالفساد في حق وجوب القضاء اعمالا للدليل الدال على فرضية القراءة في الاوليين وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني اعمالا للدليل الدال على فرضية القراءة في ركعة احتياطا في البابين ولا يخفى أن بهذا التقرير لم يحصل الجواب عما قررناه لابي يوسف بل جوابه منع أن فساده لا يزيد على تركه لان الترك مجرد تأخير والفساد فعل مفسد ولو سلم اخترنا الشق الاول من ترديده المتقدم ومنع كون أداء الثاني مبنيا على صحة الاول مندفع بانه لا يتصور وجوده قبله ووجود الاول بصحته فكيف لا يتوقف أداؤه عليه (قوله فعليه قضاء الاخريين) وهذا اذا كان قعد وإلا قضى أربعا (قوله ومحمد لم يرجع عن روايته عنه) واعتمدت المشايخ رواية محمد مع تصريحهم في الاصول

أجيب بأن ذلك خلاف لا اختلاف لكونه مخالفا للدليل القطعي وهو قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن قوله (اذا ثبت هذا) يعني الاصل المذكور ظاهر سوى أشياء نشير اليها وهو قوله فعليه قضاء الاخريين لا غير يعني اذا قعد بينهما وأما اذا لم يقعد فعليه أن يقضي أربعا لما أن الفساد في الشفع الثاني يسري الى الاول اذا لم يقعد بينهما وقد تقدم وقوله (ولم يصح الشروع في الشفع الثاني) يعني أنه لا يكون صلاة في قولهما حتى لو اقتدى به انسان في الشفع الثاني لم يصح اقتداؤه ولو قهقه لم تنتقض طهارته وقوله (ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعند أبي يوسف يقضي أربعا) وانما قال (وكذا عند أبي حنيفة) اشارة الى أن قوله ليس باتفاق بينهما بل انما هو قوله على رواية محمد وهو فصل أصاب محزه كما

ترى وعند محمد يقضي ركعتين بناء على أصله أن التحريمة قد بطلت بترك القراءة في احدى الاوليين وأبو يوسف أيضا على أصله أن التحريمة باقية فصح الشروع في الشفع الثاني وأما أبو حنيفة فقد جرت محاورة بين أبي يوسف ومحمد في مذهبه حين عرض عليه الجامع الصغير فقال أبو يوسف رويت لك عنه أن عليه قضاء ركعتين وقال محمد بل رويت لي عنه أن عليه قضاء أربع ركعات والاصل المذكور يساعد محمدا واعتذر لابي يوسف بأن ما حفظه هو قياس مذهب أبي حنيفة لان التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع فيه

(قوله واعتذر لابي يوسف بأن ما حفظه هو قياس أبي حنيفة الخ) أقول وفيه بحث

وقوله (قال) يعني محمدا (وتفسير قوله عليه السلام لا يصلي بعد صلاة مثلها) أورد بعد ذكر أن القراءة واجبة في جميع ركعات النفل ومما يترتب على ذلك من المسئلة الثمانية دليلا على ذلك بما أوله اليه من قوله (يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة) وانما حمل على هذا لانه ثبت خصوصه بالاجماع فان الرجل يصلي ركعتي الفجر ثم الفرض ويصلي أربعا قبل الظهر ثم الفرض بعده فيحتاج الى أن يؤول على وجه مستقيم وهو ما ذكره ومن مشايخنا من قال المراد به الزجر عن تكرار الجماعات في المساجد وهو حسن ويكون حجة على الشافعي واستشكل قول المصنف فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها بأنه خبر الواحد فكيف يفيد

قال (وتفسير قوله عليه السلام لا يصلي بعد صلاة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام) لقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم ولأن الصلاة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كي لا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار أن يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا في الصلاة

بأن تكذيب الاصل الفرع يسقط الرواية اذا كان صريحا والعبارة المذكورة في الكتاب وغيره عن أبي يوسف من مثل الصريح على ما يعرف في ذلك الموضع فليكن لابناء على أنه رواية بل تفريع صحيح على أصل أبي حنيفة والا فهو مشكل (قوله قال) أي محمد تفسير قوله صلى الله عليه وسلم الخ لما ذكر أن النفل أربعا أربعا أفضل مطلقا ليلا أو نهارا ورد عليه ظاهر هذا الحديث وهو ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم النخعي قال قال عمر رضي الله عنه لا يصلي بعد صلاة مثلها وقال حدثنا عبد الله بن ادريس عن حصين عن ابراهيم والشعبي قالا قال عبد الله لا يصلي على اثر صلاة مثلها ففسره بأن المراد ركعتين بقراءة وركعتين بلا قراءة اذ هو متروك الظاهر اتفاقا لانه يصلي ركعتي الظهر عقيب الظهر المقصورة وكذا العشاء والفجر عقيب ركعتيه أو هو محمول على تكرر الجماعة في المسجد على هيئته الاولى أو على النهي عن قضاء الفرائض مخافة الخلل في المؤدى فانه مكروه لما في أبي داود والنسائي عن سليمان بن يسار قال أتيت ابن عمر رضي الله عنه على البلاط وهم يصلون قلت ألا تصلي معهم قال قد صليت اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تصلوا صلاة في يوم مرتين وروى مالك في الموطا حدثنا نافع أن رجلا سأل ابن عمر فقال اني أصلي في بيتي ثم أدرك الصلاة مع الامام أفأصلي معه فقال ابن عمر نعم قال أيتهما أجعل صلاتي فقال ابن عمر ليس ذلك اليك انما ذلك الى الله يجعل أيتهما شاء وقال هذا من ابن عمر دليل على أن الذي روى عن سليمان بن يسار عنه انما أراد كلتاهما على وجه الفرض أو اذا صلى في جماعة فلا يعيد انتهى وفيه نفي لقول الشافعية باباحة الاعادة مطلقا وان صلاها في جماعة وأما كون الحديث المذكور عنه صلى الله عليه وسلم كما هو ظاهر قول محمد فالله أعلم به ومحمد رحمه الله أعلم بذلك منا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم) أخرج الجماعة الا مسلما عن عمران بن حصين قال سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن صلاة الرجل قاعدا فقال من صلى قائما فهو أفضل ومن صلى قاعدا فله نصف أجر القائم ومن صلى نائما فله نصف أجر القاعد قال النووي قال العلماء هذا في النافلة أما الفريضة فلا يجوز القعود فان عجز لم ينقص من أجره شيء انتهى واستدلوا له بحديث البخاري في الجهاد اذا مرض العبد أو سافر كتب له مثل ما كان يعمل مقيما صحيحا ثم هو

الفرضية ولئن كان مشهورا فهو مؤول كما ذكرنا ولئن قيل انه بيان لمجمل الكتاب فصار كخبر المسح فلا يستقيم أيضا لان نص القراءة ليس بمجمل اذ لو كان مجملا كان قراءة الفاتحة فرضا وأجيب بأنه قال بيان الفرضية ويجوز أن تكون الفرضية ثابتة بقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن على ما تقدم والحديث لبيان انها فرض في التطوع ركعة فركعة قال (ويصلي النافلة قاعدا) يجوز للقادر على القيام أن يصلي النافلة قاعدا (لقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم) سماه صلاة ولا يخلو اما أن يكون المراد ما كان بعذر أو غيره لا سبيل الى الاول لان ذلك وصلاة القائم سيان في الثواب فتعين أن يكون بغير عذر ولا يخلو اما أن يكون المراد بها الفرض أو التطوع لا سبيل الى الاول بالاجماع فتعين الثاني

(ولانه خير موضوع) أي مشروع لك ومرفوع عنك لكونها غير واجبة وما كان بهذه المثابة لا يشترط فيه ما قد يفضي الى صلى تركه لان ما يفضي الى ترك الخير لا يكون خيرا والقيام قد يفضي الى ذلك لانه ربما يشق على المصلي فلا يشترط لئلا ينقطع به أي بسببه عن الخير (واختلفوا في كيفية القعود) روى محمد عن أبي حنيفة انه يقعد كيف شاء لانه لما جاز له ترك أصل القيام فترك صفة القعود أولى وعن أبي يوسف انه يحتبي لان عامة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في آخر عمره كان محتبيا وعن محمد انه يتربع لانه أعدل وعن زفر أنه يقعد كما يقعد في حالة التشهد وهو الذي اختاره الفقيه أبو الليث وشمس الائمة السرخسي والمصنف لانه عهد مشروعا في الصلاة

(قوله والحديث لبيان أنها فرض في التطوع ركعة فركعة) أقول يعني أنها مجمل في حق تعيين محل القراءة في التطوع ولا محذور فيه

(وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند أبي حنيفة وهو استحسان وعندهما لا يجوز وهو قياس لان الشروع عندنا معتبر بالنذر) في الالزام ولو نذر أن يصلي قائما لم يجزه أن يصلي قاعدا فكذا اذا شرع قائما ولابي حنيفة ما تقدم أن الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة لما شرع فيه الا به كالركعة الثانية وههنا الما شرع فيه وهو الركعة الاولى قائما صحة بدون القيام في الثانية بدليل حالة العذر فلا يكون الشروع في الاولى قائما موجبا للقيام في الثانية بخلاف النذر لانه التزم القيام نصا بتسميته فيلزمه حتى لو لم ينص على القيام في نذره لم يلزمه القيام عند بعض المشايخ قال الفقيه أبو جعفر الهندواني لا رواية فيما اذا نذر أن يصلي صلاة ولم يقل قائما أو قاعدا ماذا يجب قائما أو قاعدا ثم اختلف المشايخ قال الامام فخر الاسلام لم يلزمه القيام لانه في النفل وصف زائد فلا يلزم الا بالشرط وقال بعضهم يلزمه قائما لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وأينما أوجبها الله تعالى أوجبها قائما وفي قوله حتى لو لم ينص الخ نظر لانه لا يستقيم في الاستدلال على قول أبي حنيفة أخذا بقول بعض من تأخر عنه بأزمنة كثيرة واعلم أن الدليل المذكور في الكتاب يفيد أنه لو قعد في الركعة الاولى بعد افتتاحها قائما لا يجوز لان الشروع يلزم ما باشره وما باشره الا قائما وذكر في الفوائد الظهيرية ما يدل على جوازه حيث قال المتطوع في الابتداء كانت له الخيرة بين الافتتاح قائما وبين الافتتاح قاعدا فكذلك في الانتهاء بالطريق الاولى لان حكم الاستدامة أخف بدليل أن الامام لا يجوز له انشاء الجمعة بلا جمع ويجوز البناء وفيه نظر لان كون البقاء أسهل من الابتداء من المسلمات لا نزاع فيه لكن عارضه أصل آخر وهو أن الشروع فيما باشره يلزمه

(وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند أبي حنيفة رحمه الله) وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر له انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحة بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ رحمهم الله

صلى الله عليه وسلم مخصوص من ذلك لما في حديث مسلم عن ابن عمر رضي الله عنه حدثت أنه صلى الله عليه وسلم قال صلاة الرجل قاعدا نصف صلاة القائم فأتيته فوجدته يصلي جالسا قال حدثت يا رسول الله انك قلت صلاة الرجل قاعدا على النصف من صلاة القائم وأنت تصلي قاعدا قال أجل ولكني لست كأحد منكم هذا وفي الحديث صلاة النائم على النصف من صلاة القاعد ولا نعلم الصلاة نائما نسوغ الا في الفرض حالة العجز عن القعود وهذا حينئذ يعكر على حملهم الحديث على النفل وعلى كونه في الفرض لا يسقط من أجر القائم شيء والحديث الذي استدلوا به على خلاف ذلك انما يفيد كتابة مثل ما كان يعمله مقيما صحيحا وانما عاقه المرض عن أن يعمل شيأ أصلا وذلك لا يستلزم احتساب ما صلى قاعدا بالصلاة قائما لجواز احتسابه نصف قائم بكل كل عمله من ذلك وغيره فضلا والا فالمعارضة قائمة لا تزول الا بتجويز النافلة نائما ولا أعلمه في فقهنا (قوله وان افتتحها قائما الخ) هنا صورتان احداهما افتتحها قاعدا ثم قام والاخرى قلبه ففي الاولى يجوز اتفاقا لما عن عائشة أنه صلى الله عليه وسلم كان يفتتح التطوع قاعدا فيقرأ ورده حتى اذا بقي عشر آيات ونحوها قام الحديث وهكذا كان يفعل في الركعة الثانية ومحمد رحمه الله وان قال ان التحريمة المنعقدة للقعود لا تكون منعقدة للقيام حتى ان المريض اذا قدر على القيام في أثناء الصلاة فسدت عنده فلا يتمها قائما لم يخالف في الجواز هنا لان تحريمة المتطوع لم تنعقد للقعود البتة بل للقيام لانه أصل هو قادر عليه ثم جاز له شرعا تركه بخلاف المريض لانه لم يقدر على القيام لما انعقدت الا للمقدور وحديث عائشة رضي الله عنها السابق يدل على هذا الاعتبار ثانيتهما افتتحها قائما ثم قعد يجوز عنده خلافا لهما ولا فرق بين أن يقعد في الركعة الاولى أو الثانية كما ينادي به هذا الاطلاق وجه قولهما وهو القياس أن الشروع معتبر بالنذر ومن نذر أن يصلي ركعتين قائما لم يجزه أن يقعد فيهما من غير عذر فكذا اذا شرع قائما وله انه لم يباشر القيام فيما بقي أي فيما قعد فيه ولما باشر من الصلاة بصفة القيام صحة بدون القيام أو لما باشر من الصلاة النافلة مطلقا صحة بدون القيام فلا يتوقف صحة المباشر بصفة القيام على القيام فيما بقي وهذه المقدمات مما يسلمانها ولا يفيد المقصود فانه لم يتعرض شيء منها لنكتة الخلاف وهو أن الشروع بصفة القيام يلزم القيام في الكل كنذرها

(قوله ولابي حنيفة رحمه الله ما تقدم ان الشروع الخ) أقول الظاهر ان مراد المصنف غير هذا التقرير والقيام ليس بمشروع فيه بل من صفاته فلا يلزمه لا في الاولى ولا في الثانية (قوله بدليل حالة العذر) أقول كما اذا مرض في الثانية أو في الاولى بعد ما افتتحها قائما (قوله وفي قوله حتى لو لم ينص نظر الخ) أقول الظاهر أن المراد لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ أخذا من أصول أبي حنيفة وقوله حتى انما ذكره توضيحا ودفعا لسؤال مقدر وهو أنه اذا لم ينص عليه يلزمه فيعتبر الشروع به فأجاب بمنع اللزوم (قوله واعلم ان الدليل المذكور في الكتاب الخ) أقول فيه بحث فان قول المصنف لم يباشر القيام فيما بقي يعم ما بقي من الركعة الاولى أيضا والمدعى يعم القعود في الركعة الاولى أيضا

قوله (ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته) يعني سواء كان بعذر أو بغيره توجه عند افتتاح الصلاة الى القبلة أو لم يتوجه لاطلاق المروى وكذا الافرق بين أن يكون على دابته في موضع جلوسه أو في ركابه نجاسة أو لا لان الركوع والسجود اذا سقطا مع كونهما ركنين فلان يسقط طهارة المكان وهو شرط أولى وفيه نظر لانه يستلزم جوازه بلا وضوء وهو باطل ولا يلزم من سقوط الشئ الى خلف سقوط ما لا خلف له فكان ما قال محمد بن مقاتل وأبو حفص الكبير اذا كانت النجاسة في موضع الجلوس أو الراكبين أكثر من قدر الدرهم لا يجوز الصلاة وهو القياس اعتبارا للصلاة على الدابة بالصلاة على الارض وان كان عامة المشايخ على الجواز للضرورة وما في الكتاب ظاهر وقوله (أما الفرائض فمختصة بوقت) اشارة الى أن الفريضة لا تجوز على الدابة فلا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة الا من عذر كخوف اللص والسبع وطين المكان وكون الدابة جموحا وكون المسافر شيخا كبيرا لا يجد من يركبه وقوله (ينزل لسنة الفجر) قال ابن شجاع يجوز أن يكون هذا لبيان الاولى يعني أن الاولى أن ينزل لركعتي الفجر وقوله (ينفي اشتراط السفر) اشارة الى ما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن جواز التطوع على الدابة للمسافر خاصة لان الجواز بالايماء للضرورة ولا ضرورة في الحضر والصحيح أن المسافر وغيره سواء بعد أن يكون خارج المصر واختلف في مقدار البعد عن المصر والمذكور في الاصل مقدار الفرسخين وقدره بعضهم بالميل ومنع من الجواز في أقل منه

(ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى أي جهة توجهت يومئ ايماء) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومئ ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو ألزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة أو ينقطع هو عن القافلة أما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر

بصفة القيام فالجواب أن يجعل قوله ولما باشر من الصلاة مطلقا ما قام فيه وما لم يقم فيه صحة بدون القيام متضمنا منع كون الشروع بالقيام موجبا للقيام في الكل بناء على منع كون الشروع موجبا غير أصل ما شرع فيه بناء على منع الحاق الشروع بالنذر مطلقا بل في ايجاب أصل الفعل وهذا لان ايجاب الشروع الاتمام ليس لنفسه بل لوجوب صيانة المؤدى عن البطلان وهذا القدر يحصل بوجوب أصل ما شرع فيه دون خصوصية صفة ان لم تكن هي نفسها من واجبات أصل ما شرع فيه بخلاف النذر لانه بنفسه عامل ولذا اتفقوا على أنه لو نذر الحج ماشيا لزمه بصفة المشي ولو شرع فيه ماشيا لم يلزم كذلك وعلى هذا التقرير ينبغي اذا أطلق نذر الصلاة تجب بصفة القيام لانها عبارة عن القيام والقراءة الى آخرها فهو الركن الاصلي غير أنه يجوز تركه الى القعود رخصة في النفل فلا ينصرف المطلق الا اليه وهذا أحد الاقوال وقيل هو بالخيار وقيل كما في الكتاب والحق أن القول الثاني هو ما في الكتاب بعينه فليس فيها ثلاثة أقوال كما هو ظاهر شرح الكنز الا لو كان ايجاب القعود لا رواية في المسئلة وقد عرف الجواب عما تقدم من مسئلة تبة الاربع مع الشروع (قوله لحديث ابن عمر) أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وليس فيه يومئ ايماء وقد غلط الدارقطني والنسائي عمرو بن يحيى في قوله على حمار وانما هو على راحلته وأخرج الدارقطني في غرائب مالك عن أنس رأيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو متوجه الى خيبر على حمار يصلي يومئ ايماء وسكت عليه وفي الامام عزى لفظ الايماء الى الصحيحين والزيلعي رحمه الله لم يرد فيهما وقال عبد الحق في الجمع بين الصحيحين تفرد البخاري بذكر الايماء انتهى وقد رأيناه في باب الوتر في السفر من صحيح البخاري من حديث ابن عمر وأخرجه ابن حبان في النوع الاول من القسم الرابع من صحيحه عن جابر رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يصلي النوافل على راحلته في كل وجه يومئ ايماء ولكنه يخفض السجدتين من الركعتين (قوله ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو ألزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة) ان لم ينزل أو لم يستقبل (أو ينقطع هو عن القافلة) ان نزل أو استقبل (أما الفرائض فمختصة بوقت) فلا يشق الزام النزول في بعض الاوقات ولان الرفقاء متظافرون معه على ذلك فلا ينقطع حتى لو لم يقفوا له وخاف من النزول اللص أو السبع جاز له أن يصليها راكبا وكذا اذا كانت الدابة جموحا لا يقدر على ركوبها الا بعسر أو هو شيخ كبير لا يجد من يركبه وكذا الطين والمطر لقوله تعالى فان خفتم فرجالا أو ركبانا والواجبات من الوتر والمنذور وما شرع فيه فأفسده وصلاة الجنازة والسجدة التي تليت على الارض كالفرض وأما السنن الرواتب فتجوز على الدابة وعن أبي حنيفة أنه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من غيرها وروى عنه أنها واجبة وعلى هذا اختلف في أدائها

(قوله وكون المسافر شيخا كبيرا لا يجد من يركبه) أقول يشير الى أنه لو وجد من يركبه ينزل وسيصرح ان الاقتدار على الشئ في التكليف انما يعتبر بقدرة المكلف لا بقدرة غيره

وقوله (والجواز) بالنصب معطوف على قوله اشتراط فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في المنصوص دون الروايات وذكر في الهارونيات ان عند أبي حنيفة لا يجوز التطوع على الدابة في المصر لان النص ورد خارج المصر على خلاف القياس والمصر ليس في معناه لان السير على الدابة فيه لا يكون مديدا عادة فرجعنا فيه الى القياس وعن أبي يوسف لا بأس به لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ركب الحمار في المدينة يعود سعد بن عبادة وهو يصلي عليه وحكى أن أبا يوسف احتج به على أبي حنيفة فلم يرفع رأسه قيل انما لم يرفع رأسه رجوعا منه الى الحديث وقيل بل هذا حديث شاذ فيما تعم به البلوى فلا يكون حجة ومحمد جوزه بالحديث لكنه كره لان الغلط يكثر في المصر فلا يؤمن من الغلط في القراءة (ومن افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل) وانما قيد بقوله صلى ركعة بطريق الاتفاق فانه لو لم يصل ركعة فالحكم كذلك وتقرير دليله يحتاج الى تقديم مقدمة هي أن بناء بعض الصلاة على بعض انما يجوز اذا كانا متناولين تحريمة واحدة وأما اذا لم يكونا كذلك فلا يجوز واذا ظهر هذا فاحرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول بلا مبطل فكان ما صلى بايماء وهو راكب وما يصلي بعد النزول بالركوع والسجود موجبي تحريمة واحدة فجاز بناء أحدهما على الآخر فاذا أتى بهما أي بالركوع والسجود صح واحرام النازل لم ينعقد الا موجبا للركوع والسجود لانه لا يقدر على الركوب بلا مبطل لكونه عملا كثيرا فلا يكون ما صلى نازلا بركوع وسجود وما صلى بعد الركوب بايماء موجبي تحريمة واحدة فلا يجوز بناؤه عليه

والجواز في المصر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز في المصر أيضا ووجه الظاهر أن النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه أغلب (فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل) لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فان أتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على تركه مالزمه من غير عذر

أداءها قاعدا (قوله والجواز) عطف على اشتراط والاول رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف والثاني عن أبي يوسف واختلف في مقدار الخروج قيل قدر فرسخين لا ما دونه وقيل ميل والاول ظاهر لفظ الاصل قيل والاصح في موضع يجوز القصر فيه (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز في المصر) راكبا بلا كراهة وعن محمد يجوز معها قيل لما قال أبو حنيفة ذلك قال أبو يوسف حدثني فلان وسماه عن سالم عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم ركب الحمار في المدينة يعود سعد بن عبادة رضي الله عنه وكان يصلي وهو راكب فلم يرفع أبو حنيفة رأسه قيل ذلك رجوع منه وقيل بل لانه شاذ فيما تعم به البلوى والشاذ في مثله ليس بحجة عنده ومحمد تمسك به أيضا وكرهه مخافة الغلط لما في المصر من كثرة اللغط هذا والنجاسة على الدابة لا تمنع على قول أكثرهم وقيل ان كانت على السرج والركابين تمنع وقيل ان كانت في موضع جلوسه فقط وجه الظاهر أن فيها ضرورة والجواز عليها رخصة لتكثير الخيرات سقط لها ما هو أعظم وهو الاركان من الركوع والسجود وهو أعظم من ذلك الشرط وهل تجوز الصلاة على العجلة ان كان طرفها على الدابة وهي تسير أو لا تسير فهي صلاة على الدابة وقد فرغنا عنه وان لم يكن فهي كالسرير وكذا لو جعل تحت المحمل خشبة حتى بقي قراره على الارض لا الدابة يكون بمنزلة الارض (قوله فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل) هذا ظاهر الرواية عنهم

(قوله ومن افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل الى قوله وما يصلي بعد الركوب بايماء موجبي تحريمة واحدة فلا يجوز بناؤه عليه) أقول في المحيط البرهاني ولو ركب دابة فسدت صلاته لان ركوب الدابة على ما عليه الغالب لا يقوم الا باليدين ولو نزل من الدابة لا تفسد صلاته لان النزول ممكن بدون استعمال اليدين قيل يشكل هذا بما اذا حمله غيره ووضعه على السرج فان هناك تفسد صلاته وان كان هذا أمرا لا يحتاج فيه الى اليد فضلا عن اليدين قلنا الجواب من وجهين أحدهما ان الحكم يبنى على الغالب والغالب ركوب الانسان بنفسه أما اركاب غيره فليس بغالب وركوبه بنفسه لا يقوم الا باليدين والثاني ان غيره لا يركبه عادة الا بأمره وفعل الغير بأمره ينتقل اليه وكأنه ركب بنفسه انتهى ويتبين من هذا ما في كلام الشارح ثم أقول وفي الجامع الصغير للامام فخر الاسلام مسئلة محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في التطوع اذا صلى ركعة راكبا ومشى ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل قيل في الفرق بينهما ان الركوب عمل كثير فيقطع والنزول عمل قليل فلا يقطع وهذا أمر مضطرب لانهما سواء عند عامة الناس أرأيت لو رفع فوضع في السرج وضعا والفرق ان احرام الصلاة من الراكب انعقد لجواز الصلاة بالركوع والسجود لانه يومئ مع القدرة على النزول فقيل اذا أوما صح واذا ركع وسجد صح أيضا فاما اذا أحرم نازلا فقد انعقد احرامه لوجوب الركوع والسجود لا للجواز فحسب فلم يكن له ترك مالزمه بغير عذر لازم انتهى وهكذا في شرح قاضيخان أيضا وشرح صدر الشهيد في باب ما يكره من العمل ثم أقول وهذا وان كان فيه اشارة الى ما يخالف المنقول من المحيط لكن يظهر منه أن الشارح خلط بين التعليلين وان لقدرة الغير اعتبارا هنا كيف وعلى تقرير الشارح يكون اعتبار كون انعقاد احرام الراكب مجوزا

لا يقال القدرة على الركوب بعد الافتتاح من غير مبطل ممكن بأن يرفعه شخص ويضعه في السرج وضعا لان الاقتدار على الشئ في التكليف انما يعتبر بقدرة المكلف لا بقدرة غيره (وعن أبي يوسف أنه يستقبل اذا نزل أيضا) لان البناء بناء القوى على الضعيف وهو لا يجوز كالمريض اذا قدر في خلال صلاته على الركوع والسجود فانه يستقبل لئلا يلزم بناء القوى على الضعيف والجواب ما ذكرنا من المقدمة فان احرام المريض العاجز عن الركوع والسجود لم يتناولهما لعدم القدرة عليهما فصار كاحرام

النازل فلا يجوز بناء ما لم يتناوله احرامه على ما تناوله بخلاف الراكب اذا نزل فكان هذا من باب تخصيص العلل فمن جوزه فلا كلام ومن لم يجوزه يلتجئ الى المخلص المعلوم في أصول الفقه (وعن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة يستقبل) لانه صار صلاة فلا يبنى فيها القوى على الضعيف وأما اذا لم يصلها فهو مجرد تحريمة وهي شرط والشرط المنعقد للضعيف شرط للقوى أيضا كالطهارة للنافلة طهارة للفريضة فليس فيها بناء قوى على ضعيف الاول (والاصح وهو الظاهر) وهو أن الراكب اذا نزل بنى والنازل اذا ركب استقبل لما ذكرنا

وعن أبي يوسف رحمه الله انه يستقبل اذا نزل أيضا وكذا عن محمد رحمه الله اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الاول وهو الظاهر

وعن محمد قلبه لان الراكب اذا نزل لو استقبل كان مؤديا جميع الصلوات بركوع وسجود وهو أولى من أداء بعضها بهما وبعضها بالايماء والنازل اذا ركب لو استقبل كان مؤديا جميعها بالايماء ولو بنى أدى بعضها به وبعضها بهما وهو أولى وعلى قول زفر يبنى في الوجهين لانه يجوز بناء صلاة بركوع وسجود على صلاة افتتحها بايماء وعن أبي يوسف يستقبل فيهما أما اذا كان نازلا ثم ركب فللوجه المذكور في ظاهر الرواية وأما في قلبه فالحاقا بالمريض المومى اذا قدر في خلالها عليهما هذا كله اذا لم يحصل الركوب والنزول بعمل كثير بأن رفع فوضع على الدابة أو ثنى رجله فانحدر من الجانب الآخر وجه الفرق على ظاهر الرواية أن الصلاة على الدابة واقعة مع اختلاف الاماكن وعدم الاركان الاصلية وبعض الشروط جوزت شرعا بخلاف القياس للحاجة الى قطع المسافة ودليل الحاجة الركوب فاذا افتتح على الارض انتفى دليلها المجوز وثبت دليل الاستغناء فلا يجوز معه بالايماء بخلاف الافتتاح راكبا فانه مع دليلها وما يتخايل فيه من بناء القوى على الضعيف وهو لا يجوز كالمومى لمرض اذا قدر على الاركان في الاثناء لا يبنى مدفوع بأن عدم بناء المريض في الفرض ولا رواية عنهم فيه في النفل فجاز أن يقول يبنى فيه فلا يحتاج الى الفرق وأن يقول لا يبنى ويفرق بأن ايماء المريض اعتبر شرعا بدلا من الركوع والسجود وهو المانع فيه لاستلزامه الجمع بين البدل والاصل لا لذاته اذ لا يعقل وجه امتناع كون بعض الصلاة قويا وبعضها أضعف منه بعد كون كل منهما باذن الشرع ومعنى البدل هو الذي لا تجوز الصلاة به الا عند اعواز الاصل وهو منتف في الراكب اذ يمكنه الانتصاب في الركابين والركوع والسجود على ما أمامه فكان ايماؤه معتبرا أصلا في هذه الحالة فكان قويا كالركوع والسجود لا بدلا فصح البناء بهما عليه وقيل لما جاز للراكب أن يفتتح بالايماء مع القدرة عليهما جاز له أن يبنى بهما بعد الافتتاح به بخلاف المريض ليس له أن يفتتح به مع القدرة عليهما وليس له أن يبنى بهما بعد الافتتاح به وهذا يفيد أن لا يبنى في المكتوبة اذا افتتحها راكبا اذ ليس له أن يفتتحها راكبا مع القدرة عليهما بالنزول ولذا قيد المسئلة في الكتاب به في قوله فان افتتح التطوع وأما الذي اختاره المصنف في الفرق بين المفتتح راكبا اذا نزل وقلبه فيختار فخر الاسلام وعليه أن يقال ان أردت أن احرام الراكب انعقد مجوزا لهما بأن ينزل فأول المسئلة وعين النزاع وان أردت وهو راكب بأن يسجد على الاكاف منعنا كون الاجزاء بهما بل بالايماء الواقع في ضمنهما وأظهر الامور في تقريره أن الشرع حكم بالاجزاء بمجرد الايماء فيلزم الحكم بالخروج عن العهدة قبل وصول رأسه الى الاكاف فلا يقع بهما اذ قد حصل قبلهما (قوله وكذا عن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة) يعنى يستقبل وأما اذا لم يتمها حتى نزل فانه يبنى اذا لم يتم كان مجرد تحريمة وهي شرط عندنا والشرط المنعقد للضعيف يكون شرطا للقوى والاصح هو الظاهر عنهم يعنى اذا نزل يبنى مطلقا لما قدمنا من أنه ليس من بناء القوى على الضعيف الممتنع ولما جرى فيما ذكرنا آنفا أمر النذر بالصلاة على وجه

للركوع والسجود وكون انعقاد احرام النازل موجبا مما لا فائدة فيه لظهور كفايته ابطال الركوب دون النزول في اثبات المدعى فليتأمل ولعل الحامل للشارح على حمل كلام المصنف على ما حمله لئلا ينتقض دليل مسئلة اذا افتتحها قائما ثم قعد لا من عذر على ما سبق بهذه المسئلة لكنه فر من المطر ووقع الاستشهاد تحت الميزاب (قوله لا يقال القدرة على الركوب الى قوله لان الاقتدار على الشئ الخ) أقول لا يخفى عليك ان عدم جواز بناء الراكب في هذه الصورة مع انه لا مبطل يكفي لغرض السائل وليس فيما ذكره في معرض الجواب ما يدفعه (قوله لان الاقتدار على الشئ الخ) أقول جواب لقوله لا يقال القدرة على الركوب الخ

﴿فصل في قيام شهر رمضان﴾ (يستحب أن يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم) ذكر لفظ الاستحباب والاصح أنها سنة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عليه السلام بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية أن تكتب علينا

الاستشهاد أحيانا سوق بعض فروع تتعلق به تتميما نذر شفعا بلا وضوء أو بلا قراءة يجب شفع بوضوء وقراءة وقال زفر لا لانه نذر ما ليس قربة ففات شرط لزومه وعن محمد ان سمى ما لا يصح أداء الصلاة معه كبغير طهارة لا يلزمه أو يصح في الجملة كبلا قراءة يلزمه قلنا التزام الشيء التزام لما لا صحة له الا به كنذر الصلاة ايجاب الوضوء فالصلاة قربة وقد التزمها الا أنه ذكر ما يخرجها عن القربة فيلغو بخلاف ما ليس قربة أصلية ولو نذر ركعة أو ثلاثا وجب ركعتان وأربع وقال زفر في الاول لا يجب شيء وفي الثاني ركعتان لنا أنه التزم بعض ما لا يتجزأ فكان التزاما للكل كما يقاعه ولو نذرت نفلا غدا فحاضت فيه قضته خلافا له قال نذر بغير المشروع قلنا بل به لانه أضيف الى اليوم وهو محله واعتراض الحيض منع الاداء لا الوجوب عند صدور النذر بخلاف ما لو قالت يوم حيضي

﴿فصل في قيام رمضان﴾ التراويح جمع ترويحة أي ترويحة للنفس أي استراحة سميت نفس الاربع بها لاستلزامها شيئا عارضا ترويحة أي استراحة فلذا قال ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة (قوله والاصح أنها سنة لمواظبة الخلفاء الراشدين) تغليب اذ لم يرد كلهم بل عمر وعثمان وعليا وهذا الان ظاهر المنقول أن مبدأها من زمن عمر وهو ما عن عبد الرحمن بن القاري قال خرجت مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه ليلة في رمضان الى المسجد فاذا الناس أوزاع متفرقون يصلي الرجل لنفسه ويصلي الرجل فيصلي بصلاته الرهط فقال عمر رضي الله عنه اني أرى لو جمعت هؤلاء على قارئ واحد لكان أمثل ثم عزم فجمعهم الى أبي بن كعب ثم خرجت معه ليلة أخرى والناس يصلون بصلاة قارئهم فقال عمر نعمت البدعة هذه والتي ينامون عنها أفضل يريد آخر الليل وكان الناس يقومون أوله رواه أصحاب السنن وصححه الترمذي وقال صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي وقال في حديث آخر افترض الله عليكم صيامه وسننت لكم قيامه وقد بين صلى الله عليه وسلم العذر في تركها وهو خشية الافتراض على ما قدمناه في باب الوتر من حديث ابن حبان فارجع اليه وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم صلى في المسجد فصلى بصلاته ناس ثم صلى من القابلة فكثر الناس ثم اجتمعوا من الثالثة فلم يخرج اليهم فلما أصبح قال قد رأيت الذي صنعتم فلم يمنعني من الخروج اليكم الا أني خشيت أن تفرض عليكم وذلك في رمضان زاد البخاري فيه في كتاب الصوم فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم والامر على ذلك وقدمنا في باب النوافل عن أبي سلمة بن عبد الرحمن سألت عائشة رضي الله عنها كيف كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فقالت ما كان يزيد في رمضان ولا غيره على احدى عشرة ركعة الحديث وأما ما روى ابن أبي شيبة في مصنفه والطبراني وعند البيهقي من حديث ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي في رمضان عشرين ركعة سوى الوتر فضعيف بأبي شيبة ابراهيم بن عثمان جد الامام أبي بكر بن أبي شيبة متفق على ضعفه مع مخالفته للصحيح نعم ثبتت العشرون من زمن عمر في الموطا عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون في زمن عمر بن الخطاب

﴿فصل في قيام شهر رمضان﴾ ذكر التراويح في فصل على حدة لاختصاصها بما ليس لمطلق النوافل من الجماعة وتقدير الركعات وسنة الختم وترجم بقيام رمضان اتباعا للفظ الحديث قال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى فرض عليكم صيامه وسننت لكم قيامه والترويحة اسم لكل أربع ركعات فانها في الاصل ايصال الراحة وهي الجلسة ثم سميت الاربع ركعات في آخرها الترويحة قوله (ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة) يعني في حق الرجال والنساء وفيه نظر لانه قال يستحب أن يجتمع الناس وهذا يدل على أن اجتماع الناس مستحب وليس فيه دلالة على أن التراويح مستحبة والى هذا ذهب بعضهم فقال التراويح سنة والاجتماع مستحب وقوله (لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون) انما يدل على سنيتها لقوله صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي فان قيل لو كانت سنة لواظب عليها النبي صلى الله عليه وسلم ولم يواظب والجواب بأنه بين عليه السلام العذر في تركه المواظبة وهو خشية أن تكتب علينا

﴿فصل في قيام شهر رمضان﴾ (قوله وفيه نظر لانه قال يستحب أن يجتمع الناس الخ) أقول فيه ان مراد المصنف انه سكت عن بيان صفة التراويح استقلالا وذكر لفظ الاستحباب فالظاهر انسحابه على مجموع الصلاة والاجتماع والتسليم بين كل ترويحتين والجلوس غير الوتر فانه سبق بيان صفته (قوله فان قيل لو كانت سنة لواظب عليها النبي صلى الله عليه وسلم) أقول ذلك في سنة النبي صلى الله عليه وسلم وهذا سنة الخلفاء وهم واظبوا عليها غير أبي بكر رضي الله تعالى عنهم

روى أنه صلى الله عليه وسلم خرج ليلة من ليالى رمضان وصلى عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثانية اجتمع الناس فخرج وصلى بهم عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثالثة كثر الناس فلم يخرج عليه السلام وقال عرفت اجتماعكم لكنى خشيت أن تكتب عليكم فكان الناس يصلونها فرادى الى زمن عمر رضى الله عنه فقال عمر انى أرى أن أجمع الناس على امام واحد فجمعهم على أبى بن كعب فصلى بهم خمس ترويحات عشرين ركعة وقوله (والمستحب فى الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة) كان من حقه أن يقول والمستحب فى الانتظار بين الترويحتين لانه استدل بعادة أهل الحرمين على ذلك وأهل الحرمين لا يجلسون فان أهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين أسبوعا وأهل المدينة يصلون بدل ذلك أربع ركعات وأهل كل بلدة بالخيار يسبحون أو يهللون أو ينتظرون سكوتا وانما يستحب الانتظار بين كل ترويحتين لان التراويح مأخوذ من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقا للمسمى (واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وهو نصف التراويح وليس بصحيح) أى مستحب وقوله (وبه) أى وبان وقتها بعد العشاء قبل الوتر (قال عامة المشايخ فان صلاها قبل العشاء أو بعد الوتر لا تكون تراويح) لانها عرفت بفعل الصحابة فكان وقتها ما صلوا فيها وهم صلوا بعد العشاء قبل الوتر وذهب متأخرو مشايخ بلخ الى أن جميع الليل الى طلوع الفجر قبل العشاء وبعده وقتها لانها سميت قيام الليل فكان وقتها الليل (والاصح ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء) ولو صلى الليل قبل العشاء لا تكون تراويح ولو صلى بعد الوتر جاز

(والسنة فيها الجماعة) لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع أهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو أقامها البعض فالتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان أفراد الصحابة رضى الله عنهم روى عنهم التخلف والمستحب فى الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة أهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى أن وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ والاصح أن وقتها بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء

بثلاث وعشرين ركعة وروى البيهقى فى المعرفة عن السائب بن يزيد قال كنا نقوم فى زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعشرين ركعة والوتر قال النووى فى الخلاصة اسناده صحيح وفى الموطا رواية باحدى عشرة وجمع بينهما بانه وقع أولا ثم استقر الامر على العشرين فانه المتوارث فتحصل من هذا كله أن قيام رمضان سنة احدى عشرة ركعة بالوتر فى جماعة فعله صلى الله عليه وسلم ثم تركه لعذر أفاد أنه لولا خشية ذلك لواظبت بكم ولا شك فى تحقق الامن من ذلك بوفاته صلى الله عليه وسلم فيكون سنة وكونها عشرين سنة الخلفاء الراشدين وقوله صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين ندب الى سنتهم ولا يستلزم كون ذلك سنته اذ سنته ما واظبته بنفسه أو الا لعذر وبتقدير عدم ذلك العذر انما استفدنا أنه كان يواظب على ما وقع منه وهو ما ذكرنا فتكون العشرون مستحبا وذلك القدر منها هو السنة كالاربع بعد العشاء مستحبة وركعتان منها هى السنة وظاهر كلام المشايخ أن السنة عشرون ومقتضى الدليل ما قلنا فالاولى حينئذ ما هو عبارة القدورى من قوله يستحب لا ما ذكره المصنف فيه (قوله لان أفراد الصحابة روى عنهم التخلف) ذكر أن الطحاوى رواه عن ابن عمر وعروة ونقل عن القاسم وابراهيم ونافع وسالم وعن أبى يوسف ان أمكنه أداؤها فى بيته مع مراعاة سنة القراءة وأشباهها فيصليها فى بيته الا أن يكون فقيها كبيرا يقتدى به لقوله صلى الله عليه وسلم عليكم بالصلاة فى بيوتكم فان خير صلاة المرء فى بيته الا المكتوبة وجوابه أن قيام رمضان مستثنى من ذلك لما تقدم من فعله صلى الله عليه وسلم وبيان العذر فى تركه وفعل الخلفاء الراشدين (قوله والمستحب الجلوس) قيل ينبغى أن يقول والمستحب الانتظار بين الترويحتين لانه استدل بعادة أهل الحرمين وأهل المدينة كانوا يصلون بدل ذلك أربع ركعات فرادى وأهل مكة يطوفون بينهما أسبوعا ويصلون ركعتى الطواف الا أنه روى البيهقى باسناد صحيح أنهم كانوا يقومون على عهد عمر ونحن لا نمنع أحدا من التنفل ما شاء وانما الكلام فى القدر المستحب بجماعة وأهل كل بلدة بالخيار يسبحون أو يهللون أو ينتظرون سكوتا أو يصلون أربعا فرادى وانما استحب الانتظار لان التراويح مأخوذ من الراحة فيفعل ذلك تحقيقا لمعنى الاسم وكذا هو متوارث (قوله وبه قال عامة المشايخ) لانها سنة تبع للعشاء فكان وقتها قبل الوتر وقال جماعة الليل كله وقتها قبل العشاء وبعده لانها قيام الليل والاصح أنه قبل الوتر وبعده بعد العشاء لانها نوافل سنت بعد العشاء كسنتها فكانت تبعا لها والمستحب تأخيرها الى ثلث

(قوله وأهل المدينة يصلون بدل ذلك أربع ركعات) أقول فرادى وينبغى أن يأتى بالصلوات لكونها فرضا عند الشافعى اعتبار لخلاف الشافعى

وقوله (ولم يذكر قدر القراءة) ظاهر وقال بعضهم يقرأ في كل شفع مقدار ما يقرأ في صلاة المغرب لان التطوع أخف من المكتوبة فيعتبر بأخف المكتوبات قراءة وقال بعضهم يقرأ مقدار ما يقرأ في العشاء لانها تبع لها وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقرأ في كل ركعة عشر آيات وهو الصحيح لان فيه تخفيفا على الناس وتحصل به السنة لان عدد الركعات في ثلاثين ليلة ستمائة وآيات القرآن ستة آلاف وشئ فاذا قرأ في كل ركعة عشر آيات يحصل به الختم وقوله (بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات) يعني اذا علم أن قراءتها تثقل على القوم يتركها وينبغي أن يأتي بالصلوات لكونها فرضا عند الشافعي فيحتاط في الاتيان وقوله (ولا يصلي الوتر بجماعة) ظاهر وأما الوتر بجماعة في رمضان فهو أفضل لان عمر كان يؤمهم في الوتر وذكر أبو علي النسفي أن علماءنا اختاروا أن يوتر في رمضان في منزله ولا يوتر بجماعة لان الصحابة رضي الله عنهم لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كاجتماعهم على التراويح فان أبي بن كعب رضي الله عنه ما كان يؤمهم فيها وتصح التراويح بمطلق النية ونية التراويح أو سنة الوقت أفضل

﴿باب ادراك الفريضة﴾

لما فرغ من بيان الفرائض والواجبات والنوافل على الترتيب شرع في بيان الاداء الكامل وهو الاداء بالجماعة (ومن صلى ركعة من الظهر ثم أقيمت يصلي أخرى) صيانة للمؤدى عن البطلان

ولم يذكر قدر القراءة فيها وأكثر المشايخ رحمهم الله على أن السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة (ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان) عليه اجماع المسلمين والله أعلم

﴿باب ادراك الفريضة﴾

(ومن صلى ركعة من الظهر ثم أقيمت يصلي أخرى) صيانة للمؤدى عن البطلان

الليل أو نصفه واختلف في أدائها بعد النصف فقيل يكره لانها تبع للعشاء كسنتها والصحيح لا يكره لانها صلاة الليل والافضل فيها آخره (قوله وأكثر المشايخ الخ) يقابل قول الاكثر ما قيل الافضل أن يقرأ قدر قراءة المغرب لان النوافل مبنية على التخفيف خصوصا بالجماعة وما قيل يقرأ في كل ركعة ثلاثين آية لان عمر أمر بذلك فيقع الختم ثلاث مرات لان كل عشر مخصوص بفضيلة كما جاءت به السنة أنه شهر أوله رحمة وأوسطه مغفرة وآخره عتق من النار ومنهم من استحب الختم ليلة السابع والعشرين رجاء أن يناله ليلة القدر ثم اذا ختم قبل آخره قيل لا يكره له ترك التراويح فيما بقي وقيل يصليها ويقرأ فيها ما يشاء والذي عليه الاكثر ما رواه الحسن عن أبي حنيفة أنه يقرأ في كل ركعة عشر آيات فعدد التراويح ستمائة ركعة أو خمسمائة وثمانون وعدد آي القرآن ستة آلاف وشئ ونقل بعضهم في رواية الحسن قال عشر آيات ونحوها وهو حسن وعن أبي حنيفة أنه كان يختم احدى وستين ختمة في كل يوم ختمة وفي كل ليلة ختمة وفي كل التراويح ختمة (قوله ولا يترك لكسل القوم) تأكيد في مطلوبية الختم وانه تخفيف على الناس لا تطويل كما صرح به في النهاية واذا كان امام مسجد حيه لا يختم فله أن يتركه الى غيره (قوله حيث يتركها) اذا علم أنها تثقل على القوم بخلاف الصلاة لا يتركها لانها فرض أو سنة ولا يترك السنن للجماعات كالتسبيحات (قوله عليه اجماع المسلمين) لانه نفل من وجه والجماعة في النفل في غير رمضان مكروه فالاحتياط تركها فيه وفي بعض الحواشي قال بعضهم لو صلاها بجماعة في غير رمضان له ذلك وعدم الجماعة فيها في غير رمضان ليس لانه غير مشروع بل باعتبار أنه يستحب تأخيرها الى وقت تتعذر فيه الجماعة فان صح هذا اقدح في نقل الاجماع ثم بعد عدم كراهة الجماعة في الوتر في رمضان اختلفوا في الافضل في فتاوى قاضيخان الصحيح أن الجماعة أفضل لانه لما جازت الجماعة كانت أفضل وفي النهاية بعد حكاية هذا قال واختار علماؤنا أن يوتر في منزله لا بجماعة لان الصحابة لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كما اجتمعوا على التراويح لان عمر رضي الله عنه كان يؤمهم فيه في رمضان وأبي بن كعب كان لا يؤمهم اه وحاصل هذا اختلاف فعلي وأنت علمت مما قدمناه في حديث ابن حبان في باب الوتر أنه صلى الله عليه وسلم كان أوتر بهم ثم بين العذر في تأخيره عن مثل ما صنع فيما مضى فكما أن فعله الجماعة بالنفل ثم بيانه العذر في تركه أوجب سنيتها فيه فكذلك الوتر بجماعة لان الجاري فيه مثل الجاري في النفل بعينه وكذا ما نقلناه من فعل الخلفاء يفيد ذلك فلعل من تأخر عن الجماعة فيه أحب أن يصلي آخر الليل فانه أفضل كما قال عمر والذين يناموا عنها أفضل وعلم قوله صلى الله عليه وسلم واجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا فآخره لذلك والجماعة فيه اذ ذاك متعذرة فلا يدل ذلك على أن الافضل فيه ترك الجماعة لمن أحب أن يوتر أول الليل كما يعطيه اطلاق جواب هؤلاء

﴿باب ادراك الفريضة﴾

حقيقة هذا الباب مسائل شتى تتعلق بالفرائض في الاداء الكامل وكله مسائل الجامع (قوله ثم أقيمت) حقيقة اقامة الشئ فعله وهذا أراد لما اذا شرع المؤذن في الاقامة قبل أن يشرع الامام بل يتم ركعتين

من الظهر ثم أقيمت) أي شرع الامام في الصلاة (يصلي أخرى صيانة للمؤدى عن البطلان)

﴿باب ادراك الفريضة﴾

لأن البتيراء منهي عنها (ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة) كما لو شرع في الظهر ثم أقيمت الجمعة فان قيل كيف يجوز ابطال صفة الفرضية لاقامة السنة أجيب بأن النقض ليس لاقامة السنة بل لاقامة الفرض على وجه أكمل فان النقض للاكمال اكمال كهدم المسجد للبناء والصلاة في الجماعة فضل على المنفرد بسبع وعشرين درجة فيجوز النقض لادراك ذلك فان قيل كيف يستقيم هذا على مذهب محمد فان الاصل عنده أن صفة الفرض اذا بطلت بطل أصل الصلاة على ما سيأتي فلا يكون المؤدى مصونا عن البطلان أجيب بأن ذلك مذهبه فيما اذا لم يتمكن من اخراج نفسه عن عهدة ما عليه بالمضي فيها كما اذا قيد الخامسة بالسجدة وهو لم يقعد في الرابعة وههنا يتمكن من ذلك وفرق بينهما بأن ابطال صفة الفرضية لاحراز الجماعة باطلاق من الشرع لانه

جاز قطعها لحطام الدنيا حتى قيل لاجل درهم فلان يجوز لاحراز الفضيلة أولى بخلاف ابطالها في تلك الصلاة فانه ليس باطلاق من الشرع (وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح) واليه مال نفر الاسلام (لانه بمحل الرفض) يعني له ولاية الرفض في الجملة ما لم يقيد بالسجدة ألا ترى أن من قام الى الخامسة ولم يقعد على الرابعة يرفض الخامسة ما لم يقيدها بالسجدة (والقطع للاكمال) وهو اكمال وقال بعضهم يصلي ركعتين ثم يقطع واليه مال شمس الائمة لان ما أتى به ان لم يكن صلاة فهو قربة سلمت الى مستحقها فلا يجوز ابطالها ألا ترى أنه لو شرع في التطوع ثم أقيمت الظهر لم يقطع التطوع فالفرض أولى والجواب أن القطع في محل النزاع للاكمال دون ما ذكرتم واليه أشار المصنف بقوله والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال (ولو كان في السنة قبل الظهر أو السنة قبل الجمعة فأقيم للظهر أو خطب) الامام لف ونشر مستقيم (يقطع على رأس الركعتين) احرازا لفضيلة الجماعة (يروى ذلك عن أبي يوسف) وروى في الجمعة عن أبي حنيفة في النوادر (وقيل يتمها) لان الاربع قبل الظهر بمنزلة صلاة واحدة كما تقدم

(ثم يدخل مع القوم) احرازا لفضيلة الجماعة (وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح) لانه بمحل الرفض وهذا القطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر والجمعة فأقيم أو خطب يقطع على رأس الركعتين يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وقد قيل يتمها

في هذه الصورة ثم يدخل معهم (قوله هو الصحيح) اليه مال فخر الاسلام واحترز به عن مختار شمس الائمة أنه يتم ركعتين وجه مختار المصنف أن ما دون الركعة ليس له حكم الصلاة بدليل أن من حلف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة فكان بمحل الرفض لكن فيه أنه وقع قربة فوجب صيانته ما أمكن بالنص واستئناف الفرض على الوجه الاكمل لا يسلب قدرة صونه عن البطلان لتمكنه من اتمام الركعتين مع تحصيل فضيلة صلاة الفرض بجماعة وان فاته ركعة مع الامام فلا يجوز ابطال مع التمكن من تحصيل المصلحتين نعم غاية الاكملية في أن لا يفوته شئ مع الامام ويعارضه حرمة الابطال بخلاف اتمام ركعتين لانه ليس بابطال للصلاة بل لوصفها الى وصف أكمل فصار كالنفل فانه يتم ركعتين وان لم يكن قيدها بسجدة بخلاف ما اذا شرع في النفل فحضرت جنازة خاف ان لم يقطعها تفوته فانه لا يتمكن من المصلحتين معا وقطع النفل معقب للقضاء بخلاف الجنازة لو اختار تفويتها كان لا الى خلف (قوله وهذا القطع للاكمال) يعني هو تفويت وصف الفرضية لتحصيله بوجه أكمل فصار كهدم المسجد لتجديده واذا كان القطع ثم الاعادة من غير زيادة احسان جاز لحطام الدنيا كالمرأة اذا فارقدرها والمسافر اذا ندت دابته أو خاف فوت درهم من ماله فجوازه لتحصيله نفسه على وجه أكمل أولى بالجواز ثم جواب المسئلة مقيد بما اذا اتحد مسجدهما فلو كان يصلي في البيت مثلا فأقيمت في المسجد أو في المسجد فأقيمت في مسجد آخر لا يقطع مطلقا ذكره المرغيناني وقول محمد بطلان الوصف يستلزم بطلان الاصل هو فيما اذا لم يتمكن من اخراج نفسه عن العهدة بالمضي كما اذا قيد خامسة الظهر بسجدة ولم يكن قعد الاخيرة أما اذا كان متمكنا من المضي لكن أذن له الشرع في عمله فلا يبطل أصلها بل تبقى نفلا اذا ضم الثانية (قوله يروى ذلك عن أبي يوسف) وعن أبي حنيفة أيضا وحكى عن السغدي كنت أفتي انه يتم سنة الظهر أربعا بخلاف التطوع حتى رأيت في النوادر عن أبي حنيفة اذا شرع في سنة الجمعة ثم خرج الامام قال ان كان صلى ركعة أضاف اليها أخرى ويسلم فرجعت واليه مال السرخسي والبقالي وقيل يتمها واليه أشار في الاصل أنها صلاة واحدة والاول أوجه لانه متمكن من قضائها بعد الفرض ولا ابطال في التسليم على رأس الركعتين فلا يفوت فرض الاستماع والاداء على الوجه الاكمل بلا سبب

(قوله لان البتيراء منهي عنها) أقول يعلم منه أن النهي بمعنى النفي والا لم يلزم البطلان (قوله وأجيب بأن النقض ليس لاقامة السنة بل لاقامة الفرض الخ) أقول الاخصر أن يقول بل لاقامة الفرض والسنة (قوله بطل أصل الصلاة على ما سيأتي) أقول في الباب الثاني (قوله لانه جاز قطعها لحطام الدنيا الخ) أقول أي قطع الصلاة المفروضة

(وان كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها الان للاكثر حكم الكل) فيثبت به شبهة الفراغ ولو ثبت حقيقته لم يحتمل النقض فكذا اذا ثبت شبهته (بخلاف ما اذا لم يقيد الثالثة بالسجدة) لانه يحتمل الرفض كما مر فيقطعها واذا أراد القطع (فهو بالخيار ان شاء عاد وقعد وسلم) ليكون ختم صلاته على الوجه المشروع ثم اختلفوا هل يتشهد ثانيا أولا فقيل يتشهد لان القعدة الاولى لم تكن قعدة ختم وقد صارت فيتشهد وقيل يكفيه التشهد الاول لان بالعود الى القعدة ارتفض القيام وجعل كانه لم يوجد أصلا فكانت هذه القعدة قعدة ختم وقد تشهد فيها ويسلم تسليمتين عند بعضهم لانه المعهود فى التحلل وقيل بتسليمة واحدة لان التسليمة الثانية للتحلل وهذا قطع من وجه (وان شاء كبر قائما ينوى الدخول فى صلاة الامام) لانه مسارعة الى ادراك الفريضة وقال شمس الائمة الحلوانى

(وان كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها) لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان فى الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه محل الرفض و يتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوى الدخول فى صلاة الامام (واذا أتمها يدخل مع القوم والذى يصلى معهم نافلة) لان الفرض لا يتكرر فى وقت واحد (فان صلى من الفجر ركعة ثم أقيمت يقطع و يدخل معهم) لانه لو أضاف اليها أخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل أن يقيدها بالسجدة و بعد الاتمام لا يشرع فى صلاة الامام لكراهة التنفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب

(قوله حيث يقطعها) بخلاف ما قدمنا من اختيار شمس الائمة عدم قطع الاولى قبل السجود وضم ثانية لان ضمها هنا مفوت لاستدراك مصلحة الفرض بجماعة فيفوت الجمع بين المصلحتين (قوله غير أنه يتخير الخ) قال السرخسى يعود لا محالة لانه أراد الخروج من صلاة معتد بها وذلك لم يشرع الا فى حالة القعود واختلف اذا عاد هل يعيد التشهد قيل نعم لان الاول لم يكن قعود ختم وقيل يكفيه ذلك التشهد لانه لما قعد ارتفض ذلك القيام فكانه لم يقم ثم قيل يسلم تسليمة واحدة وقيل تنتين (قوله والذى يصلى معهم نافلة) دل عليه ما فى مسلم عن أبى ذر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال كيف أنت اذا كان عليك أمراء يؤخرون الصلاة عن وقتها قلت فما تأمرنى قال صل الصلاة لوقتها فان أدركتها معهم فصل فانها لك نافلة وكراهة النفل بجماعة خارج رمضان انما هو اذا كان الامام والقوم متنفلين واطلاق اسم الاعادة حينئذ مجاز لانه غير الاول ذكره فى الدراية (قوله لكراهة النفل بعد العصر) فان قيل روى أبو داود والترمذى والنسائى عن يزيد بن الاسود رضى الله عنه قال شهدت مع النبى صلى الله عليه وسلم حجته فصليت معه صلاة الصبح فى مسجد الخيف فلما قضى صلاته اذا هو برجلين فى أخرى القوم لم يصليا معه فقال على بهما فجيء بهما ترعد فرائصهما قال ما منعكما أن تصليا معنا قالا يا رسول الله صلى الله عليك وسلم انا كنا صلينا فى رحالنا قال فلا تفعلا اذا صليتما فى رحالكما ثم أتيتما مسجد جماعة فصليا معهم فانها لكما نافلة صححه الترمذى والصارف للامر عن الوجوب جعلها نافلة فالجواب هو معارض بما تقدم من حديث النهى عن النفل بعد العصر أو الصبح وهو مقدم لزيادة قوته ولان المانع مقدم واعتبارهم كون الخاص مطلقا مقدما على العام ممنوع بل يتعارضان فى ذلك الفرد وموضعه الاصول أو يحمل على ما قبل النهى فى الاوقات المعلومة جمعا بين الادلة كيف وفيه حديث صريح أخرجه الدارقطنى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا صليت فى أهلك ثم أدركت الصلاة فصلها الا الفجر والمغرب قال عبد الحق تفرد برفعه سهل بن صالح الانطاكى وكان ثقة واذا كان كذلك فلا

لو لم يعد الى القعدة فسدت صلاته وهو المذكور فى النوادر واختاره شمس الائمة السرخسى لان القعدة المؤداة لم تقع فرضا وركعتاه لما انقلبتا نفلا لم يكن لهما بد من القعدة المفروضة وقال فخر الاسلام الاصح أنه يكبر قائما لانه يختم صلاته فاذا كبر قائما ينوى الشروع فى صلاة الامام تنقطع الاولى فى ضمن شروعه فى صلاة الامام ثم هو مخير ان شاء رفع يديه وان شاء لم يرفع وقوله (واذا أتمها) معطوف على قوله يتمها وقوله (ويدخل مع القوم) الدخول ليس بحتم لان الذى يصلى معهم نافلة ولا الزام فيها والافضل الدخول لانه فى وقت مشروع ويندفع عنه تهمة أنه ممن لا يرى الجماعة فان قيل يلزم أداء النفل مع الجماعة خارج رمضان وهو مكروه أجيب بان الكراهة اذا كان الامام والقوم متنفلين وأما اذا كان الامام مفترضا فلا كراهة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرغ من الظهر فرأى رجلين فى أخريات الصفوف لم يصليا معه فقال على بهما فأتى بهما فرائصهما ترتعد فقال على رسلكما فانى ابن امرأة كانت تأكل القديد ثم قال مالكما لم تصليا معنا فقالا كنا صلينا فى رحالنا فقال عليه السلام اذا صليتما فى رحالكما ثم أتيتما صلاة قوم فصليا معهم واجعلا صلاتكما معهم سبحة أى نافلة قال (فان صلى من الفجر ركعة) كلامه واضح

(٤٣ - فتح القدير اول)

(قوله فقيل يتشهد لان القعدة الاولى لم تكن قعدة ختم وقد صارت فيتشهد) أقول وانما قال وقد صارت لان القعدة العادة تعد من جملة الاولى وفيه بحث (قوله واذا أتمها معطوف على قوله يتمها) أقول ويجوز عطفه على الجملة الشرطية

في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه وفي جعلها أربعا مخالفة لامامه (ومن دخل مسجدا قد أذن فيه يكره له أن يخرج حتى يصلي) لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق أو رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال (الا اذا كان ممن ينتظم به أمر جماعة) لانه ترك صورة تكميل معنى

يضر وقف من وقفه لان زيادة الثقة مقبولة واذا ثبت هذا فلا يخفى وجه تعليل اخراجه الفجر بما يلحق به العصر خصوصا على رأيهم فان الاستثناء عندهم من المخصصات ودليل التخصيص مما يعلل و يلحق به اخراجا (قوله في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي يوسف أنه يصلي أربعا ثلاثا مع الامام وركعة بعد ما يفرغ الامام لان مخالفة الامام بعد فراغه لا تمنع الاقتداء كالمقيم اذا اقتدى بالمسافر وكالمسبوق فانهما يقومان بعد فراغ الامام والجواب على الظاهر أنهما بفعلان ذلك لاداء ما عليهما وفيما نحن فيه يفعله لماله والاول أقوى ولا يلزم من جواز المخالفة لامر قوى جوازها لامر ضعيف قوله (ومن دخل مسجدا قد أذن فيه) فيه تفصيل وذلك أن من دخل مسجدا قد أذن فيه فاما أن يكون قد صلى أولا فان لم يصل فاما أن يكون مسجد حيه أولا فان كان كره له أن يخرج قبل الصلاة لان المؤذن دعاه ليصلي فيه وان لم يكن فان صلى في مسجد حيه فكذلك لانه صار بالدخول فيه من أهله وان لم يصل فيه وهو يخرج لان يصلي فيه لا بأس به لان الواجب عليه أن يصلي في مسجد حيه

وقوله (في ظاهر الرواية)

فلا

(وان كان قد صلى وكانت الظهر أو العشاء فلا بأس بالخروج) الى آخر ماذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد) أما انه يصلي وان كانت الجماعة قامت لان سنة الفجر من أقوى السنن وأفضلها قال عليه السلام صلوهما وان طردتكم الخيل وقال عليه السلام ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وادراك ركعة من الفجر كادراك الكل قال عليه السلام من أدرك ركعة من الفجر فقد أدرك الصلاة فكان جمعا بين الفضيلتين واما انه يصلي عند باب المسجد فلانه لو صلاهما في المسجد كان متنفلا فيه عند اشتغال الامام بالفريضة وهو مكروه فان لم يكن عند باب المسجد موضع للصلاة يصليهما في المسجد خلف سارية من سواري المسجد وأشدها كراهة أن يصليهما مخالطا الصف ومخالفا للامام والجماعة والذي يلي ذلك خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف والوقت المستحب لها قبل كما طلع الفجر لوجود السبب وقيل بقرب من الفرض لانها تبع له وقوله (وان خشي فوتهما) يشير الى أنه ان كان يرجو ادراك القعدة لا يدخل مع الامام وحكى عن الفقيه أبي جعفر أنه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يصلي ركعتي الفجر لان ادراك التشهد عندهما كادراك الركعة أصله مسئلة الجمعة والفقيه اسماعيل الزاهد كان يقول يشرع في السنة فيقطعها ويدخل مع القوم حتى تلزمه بالشروع فيتمكن من القضاء بعد الفجر وزيفه الامام السرخسي

بان ماوجب بالشروع ليس بأقوى مما وجب بالنذر وقد نص محمد أن المنذور لا يؤدى بعد الفجر قبل الطلوع وبان هذا أمر بالافتتاح على قصد أن يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا وأقول ان أراد الفقيه بقوله بعد الفجر قبل طلوع الشمس فالتزييف موجه وان أراد بعده فلا والقصد للقطع نقض للاكمال فلا باس به قوله (لان ثواب الجماعة أعظم) لما روى أنه عليه السلام قال صلاة الجماعة أفضل من صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة قوله (والوعيد بالترك ألزم) يريد به ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لقد هممت أن أستخلف من يصلي بالناس وأنظر الى من لم يحضر الجماعة فآمر بعض فتيان بان يحرقوا بيوتهم وقوله (في الحالتين) يريد بهما حالة خوف فوت كل الفرض وحالة خوف فوت البعض

(وان كان قد صلى وكانت الظهر أو العشاء فلا بأس بأن يخرج) لانه أجاب داعي الله مرة (الا اذا أخذ المؤذن في الاقامة) لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا (وان كانت العصر أو المغرب أو الفجر خرج وان أخذ المؤذن فيها) لكراهة التنفل بعدها (ومن انتهى الى الامام في صلاة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي أن تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل) لانه أمكنه الجمع بين الفضيلتين (وان خشي فوتهما دخل مع الامام) لان ثواب الجماعة أعظم والوعيد بالترك ألزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالتين لانه يمكنه أداؤها في الوقت بعد الفرض

فلا تخرجوا حتى تصلوا (قوله وان خشي فوتهما) الحاصل انه اذا أمكن الجمع بين الفضيلتين ارتكب والا رجح وفضيلة الفرض بجماعة أعظم من فضيلة ركعتي الفجر لانها تفضل الفرض منفردا بسبع وعشرين ضعفا لا يبلغ ركعتا الفجر ضعفا واحدا منها لانها أضعاف الفرض والوعيد على الترك للجماعة ألزم منه على ركعتي الفجر وهو ماتقدم في باب الامامة من قول ابن مسعود لا يتخلف عنها الا منافق وماقدمناه من همه عليه السلام بتحريق بيوت المتخلفين ومن رواية الحاكم من سمع النداء الحديث فارجع اليها ولو كان يرجو ادراكه في التشهد قيل هو كادراك الركعة عندهما وعلى قول محمد لا اعتبار به كما في الجمعة والوجه اتفاقهم على صلاة الركعتين هنا لما سنذكر وما عن الفقيه اسمعيل الزاهد أنه ينبغي أن يشرع في ركعتي الفجر ثم يقطعهما فيجب القضاء فيتمكن من القضاء بعد الصلاة دفعه الامام السرخسي بأن ماوجب بالشروع ليس أقوى مما وجب بالنذر ونص محمد أن المنذور لا يؤدى بعد الفجر قبل الطلوع وأيضا شروع في العبادة بقصد الافساد فان قيل يؤديهما مرة أخرى قلنا ابطال العمل قصدا منهي ودرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة (قوله حيث يتركها في الحالتين) أي

(قوله وأشدها كراهة الى قوله والذي يلي ذلك الخ) أقول قوله والذي يلي ذلك معناه أن أشد الكراهة في الصلاة أن يصليها مخالطا وأما الصلاة خلف الصف وان لم تكن مكروهة أشد الكراهة الا أنها مكروهة أيضا ومرتبة كراهتها يلي ذلك يعني يلي أشد الكراهة فتكون كراهتها شديدة بالنسبة اليها (قال المصنف ويدرك الاخرى) أقول من قبيل علفتها تبنا وماء باردا أي ورجا أن يدرك أو هو حال بتقدير المبتدا فيكون مرفوعا (قوله وبأن هذا أمر بالافتتاح على قصد أن يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا) أقول قال ابن الهمام في أول باب سجود السهو من شرع في الصلاة بقصد أن يفسدها لا تفسد الا بتحقيق ذلك القصد بالفعل ونيته لغو انتهى (قوله والقصد للقطع نقض للاكمال فلا بأس به) أقول فيه بحث اذ لا كمال فيها فانها لا تؤدى بالجماعة ألا ترى الى مامر من قوله بخلاف النفل لانه ليس للاكمال وكان الصواب أن يقول ليؤديهما مرة أخرى وجوابه أن ابطال العمل قصدا منهي ودرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة

هو الصحيح وانما الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على ما بين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد اذا كان الامام في الصلاة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عليه السلام قال (واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس)

في حال خوف فوت الفرض وحال خوف فوت بعضه (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يقضيها (قوله وانما الخلاف الخ) فعند أبي يوسف بعد الركعتين وهو قول أبي حنيفة وعلى قول محمد قبلهما وقيل الخلاف على عكسه والاولى تقديم الركعتين لان الاربع فاتت عن الموضع المسنون فلا تفوت الركعتان أيضا عن موضعهما قصدا بلا ضرورة وفي المصفى وتبعه شارح الكنز جعل قولهما بتأخير الاربع بناء على أنها لا تقع سنة بل نفلا مطلقا وعند محمد تقع سنة فيقدمها على الركعتين والذي يقع عندي أن هذا من تصرف المصنفين فان المذكور من وضع المسئلة الاتفاق على قضاء الاربع وانما الخلاف في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما والاتفاق على أنها تقضى انفاق على وقوعها سنة ألا ترى أنهم لما اختلفوا في سنة الفجر هل تقع بعد الشمس سنة أو نفلا مبتدأ حكوا الخلاف في أنها تقضى أولا فلو كانا يقولان في سنة الظهر انها تكون نفلا مطلقا لجعلوها خلافية في أصل القضاء فالذي لا شك فيه أنهم اذا قالوا تقضى أو لا معناه أنها تفعل بعد ذلك الوقت وتقع سنة كما هي في ذلك الوقت أو لا تقع سنة ويؤيد ذلك ما في فتاوى قاضيخان في باب التراويح اذا فاتت التراويح لا تقضى بجماعة وهل تقضى بلا جماعة قيل نعم ما لم يدخل وقت تراويح أخرى وقيل ما لم يمض رمضان وقيل لا تقضى قيل وهو الصحيح لانها دون سنة المغرب والعشاء وتلك لا تقضى اذا فاتت بلا فريضة فكذا التراويح ثم قال فان قضاها وحده كان نفلا مستحبا ولا يكون تراويح اه دل أنه على اعتبار جعله قضاء يقع تراويح وقد روي عن عائشة أنه صلى الله عليه وسلم اذا فاتته الاربع قبل الظهر قضاها بعد الركعتين قال الترمذي حسن غريب ولذا اتفقوا على قضائها كذلك (قوله والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد اذا كان الامام في الصلاة) لما روي عنه صلى الله عليه وسلم اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة ولانه يشبه المخالفة للجماعة والانتباذ عنهم وعلى هذا فينبغي أن لا تصلى في المسجد اذا لم يكن عند باب المسجد مكان لان تركه المكروه مقدم على فعل السنة غير أن الكراهة تتفاوت فان كان الامام في الصيفي فصلاته اياها في الشتوي أخف من صلاتها في الصيفي وقلبه وأشد ما يكون كراهة أن يصليها مخالطا للصف كما يفعله كثير من الجهلة (قوله والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل) ذهب جماعة من أهل العربية الى أن لفظ عامة بمعنى الاكثر وفيه خلاف وذكر المشايخ أنه المراد في قولهم قال به عامة المشايخ ونحوه ويجب اعتباره كذلك هنا بالنسبة الى التراويح وتحية المسجد في السنن وأما في النوافل فلا وعلى هذا فيجب كون النوافل عطفا على لفظ عامة معمولا للحرف لا على السنن فان قلت فهل يعتبر بالنسبة الى ركعتي المغرب والظهر على ما قال في شرح الآثار ان الركعتين بعد الظهر والمغرب يؤديهما في المسجد لا ما سواهما والجواب هذا قول البعض وعامتهم على اطلاق الجواب كعبارة الكتاب وبه أفتى الفقيه أبو جعفر قال الا أن يخشى أن يشتغل عنها اذا رجع فان لم يخف فالافضل البيت وما قدمناه عن أبي حنيفة في باب النوافل بعد نقل كلام الحلواني لا ينافي هذا ولا ما صرح الزاهدي به من كراهة سنة المغرب في المسجد اذ وقوعها سنة لا ينافي ثبوت كراهة ما فيها ألا ترى أنه سماها سنة مع الكراهة وقد ذهب بعض العلماء من غير المذهب الى أنه يصير عاصيا وحكي عن أبي ثور كأنه ذهب الى قوله صلى الله عليه وسلم اجعلوها في بيوتكم واختلف قول الامام أحمد روى عنه ابنه عبد الله أنه بلغه عن رجل سماه أنه قال لو أن رجلا صلى الركعتين بعد المغرب في المسجد ما أجزأه فقال ما أحسن ما قال

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم أنه لا يقضيها وهذا غير سديد لانه عليه السلام فاتته الاربع قبل الظهر فقضاها بعده رواه عائشة رضي الله عنها وقوله (ولا كذلك سنة الفجر) يعني لا يمكن أداؤها بعد الفرض فحصل الفرق وقوله (هو المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) يعني قوله صلى الله عليه وسلم نوروا بيوتكم بالصلاة ولا تجعلوها قبورا وما روى أن جميع سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووتره كان في بيته قال (ومن فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس

(قوله وقوله هو المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني قوله صلى الله عليه وسلم نوروا بيوتكم بالصلاة ولا تجعلوها قبورا) أقول فيه تأمل

لانه يبقى نفلا مطلقا) اذ السنة ما أداها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يثبت أنه أداهما في غير الوقت على الانفراد وانما قضاهما تبعا للفرض غداة ليلة التعريس وليس الكلام فيه (وهو) أي النفل المطلق (مكروه بعد الصبح) وقوله (وكذا بعد ارتفاعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أحب الي أن يقضيهما) قيل لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهما يقولان ليس عليه القضاء وان فعل فلا باس به ومحمد يقول أحب الي أن يقضي وان لم يفعل فلا شئ عليه ومنهم من حقق الخلاف وقال الخلاف في أنه لو قضى كان نفلا مبتدأ أو سنة وقوله (لاختصاص القضاء بالواجب) لان القضاء تسليم مثل ما وجب بالامر وكلامه واضح

لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح (ولا بعد ارتفاعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أحب الي أن يقضيهما الى وقت الزوال) لانه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما أن الاصل في السنة أن لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائها تبعا للفرض فبقي ما رواه على الاصل

هذا الرجل وما أحسن ما انتزع وقال الامام أحمد السنة أن يصلي ركعتي المغرب في بيته كذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه قال السائب بن يزيد لقد رأيت الناس في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا انصرفوا من المغرب انصرفوا جميعا حتى لا يبقى في المسجد أحد كأنهم لا يصلون بعد المغرب حتى يصيرون الى أهليهم اه وقدمنا من رواية أبي داود والترمذي والنسائي قوله صلى الله عليه وسلم في مسجد بني عبد الاشهل لما رآهم يصلون بعد المغرب هذه صلاة البيوت ورواه ابن ماجه من حديث رافع بن خديج وقال فيه اركعوا هاتين الركعتين في بيوتكم وتقدم من الصحيح حديث ابن عمر حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر ركعات الخ وفي صحيح مسلم عن عائشة رضي الله عنها كان صلى الله عليه وسلم يصلي في بيته قبل الظهر أربعا ثم يخرج فيصلي بالناس ثم يدخل فيصلي ركعتين وكان يصلي بالناس المغرب ثم يدخل فيصلي ركعتين وفي الصحيحين عن حفصة وابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي ركعتين بعد الجمعة في بيته وسنذكر سنة الجمعة في بابها ان شاء الله تعالى وفي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم احتجر حجرة في المسجد من حصير في رمضان الحديث الى أن قال فعليكم بالصلاة في بيوتكم فان خير صلاة المرء في بيته الا المكتوبة وأخرج أبو داود صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا الا المكتوبة وقوله صلى الله عليه وسلم صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام محمول على المكتوبة المستثناة فيما قبله (قوله لانه يبقى نفلا مطلقا) بناء على أنه لم يرد الشرع به أو قد ورد ولكنه معارض بالنهي عن الصلاة بعد الصبح حتى ترتفع الشمس في الصحيحين فيقدم عليه كما قدمناه آنفا واذا ترجح العمل به بقي المفعول بعدها نفلا مطلقا بخلاف ما بعد الظهر فانه لم يعارض الدال على كونه قضاء معارض فيكون قضاء لانفلا مطلقا على ما حققناه (قوله لاختصاص القضاء بالواجب) قيل لان القضاء تسليم مثل الواجب وفيه نظر لان الاصطلاح على جعل مسمى هذا اللفظ كذا لا يمنع وجود القضاء مع حذف ذلك القيد في الشرع وقد وقع الاتفاق على قضاء سنة الظهر الاولى فيمنع الناظر اعتبار ذلك القيد في مفهومه ويؤول الامر الى أن الاصطلاح لا يدفع اصطلاحا آخر أو يقال ذلك تعريف قضاء الواجب لان كلامهم ذلك في تقسيم حكم الامر على ما عرف من قولهم حكم الامر نوعان أداء وهو تسليم نفس الواجب الى مستحقه وقضاء وهو تسليم مثل الواجب فالاولى في تقريره أن يقال القضاء ان وجب بسبب جديد توقف قضاء كل نفل وواجب على سمعي فيه وقد وجد في كل واجب سمعي عام وفي المنذور المعين اجماع على ما نقلوا وهو سمعي أيضا ولم يوجد مثل ذلك في النفل مطلقا فاختص القضاء بالواجب وان وجب بالسبب الاول وهو مذهب المحققين فتقريره انه اذا شغل الذمة وطلب تفريغها في وقت معين ففات يبقى السبب طالبا التفريغ على حسب الوسع الحاصل للقطع بأن براءة الذمة بعد تحقق شغلها لا يتحقق الا بأداء من له الحق أو الاداء وهذا منتف في السنن اذ لا شغل ذمة فيها بل طلبت على وجه التخيير ابتداء على الوجه الذي فعله صلى الله عليه وسلم فاذا تعذر لم يبق طالبها اذ الذمة لم تكن مشغولة به وما طلبها الا سنة وهو بكونها على الوجه المنقول عنه صلى الله عليه وسلم فاذا أتى بشئ يكون طالبه السبب الطالب للنفل على العموم في غير الاوقات المكروهة وهو أن الصلاة خير موضوع ونحوه من العمومات النادبة لتكثير الصلاة ما أمكن فيثبت بهذا اختصاص الواجب بالقضاء

(قال المصنف لانه يبقى نفلا مطلقا) أقول فيه بحث لانه غير مسلم عند محمد فتأمل وذكر الضمير بتأويل النفل أو هو للشأن (قوله ومنهم من حقق الخلاف وقال الخلاف في أنه لو قضى كان نفلا مبتدأ أو سنة) أقول فعلى هذا ينبغي أن يكون لمحمد خلاف فيما قبل الطلوع (قوله لاختصاص القضاء بالواجب الخ) أقول لو صح هذا لم يكن لسنة الظهر الاولى قضاء وليس كذلك والحاصل ان ذلك تعريف قضاء الواجب حيث ذكروه في تقسيم حكم الامر فقالوا حكم الامر نوعان أداء وهو تسليم نفس الواجب وقضاء وهو تسليم مثل الواجب

وقوله (وفيما بعده اختلاف المشايخ) أي مشايخ ماوراء النهر قال بعضهم يقضيهما تبعا ولا يقضيهما مقصودة وقال بعضهم لا يقضيهما مطلقا لان النص ورد في الوقت المهمل على خلاف القياس فلا يقاس عليه وقت فرض آخر قيل وهو الصحيح وقوله (وأما سائر السنن سواها) أي سوى سنة الفجر وفي بعض النسخ سواهما أي سوى ركعتي الفجر (فلا تقضى بعد الوقت وحدها وفي قضائها تبعا للفرض اختلاف المشايخ) قال بعضهم يقضيها لانه كم من شئ ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وفيه نظر لان مثل هذا يسمى تبعا لا ضمنا وقال بعضهم لا يقضيها لاختصاص القضاء بالواجب وهو الصحيح وقوله (ومن أدرك من الظهر ركعة) يعني من أدرك ركعة من الصلاة الرباعية ولم يدرك الثلاث (لم يصل تلك الصلاة بجماعة) باتفاق بين أصحابنا (وأدرك فضل الجماعة) أي صار محرزا لثواب صلاة صليت بالجماعة بالاتفاق أيضا بينهم وعلى هذا يكون تخصيص قول محمد بادراك فضل الجماعة غير مفيد وأجيب عن ذلك بأنه انما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم على قوله في الجمعة ان مدرك الامام في التشهد ليس بمدرك للجمعة فيتمها أربعا أن لا يدرك فضل الجماعة في هذه المسئلة لانه مدرك للاقل فكما أن ادراك الاقل حرمه ادراك الجمعة يحرمه ادراك فضيلة الجماعة فدفع هذا الوهم بتخصيصه بالذكر وقوله (ولهذا) تفريع على ذلك بالاتفاق قال في الجامع اذا قال عبده حر ان صلى الظهر بالجماعة فسبق ببعضها لم يحنث لانه لم يصل الكل بهم لانفراده بالبعض ولو قال ان أدرك الصغير الظهر حنث قبل وان أدركهم في التشهد لان المدرك لآخر الشئ مدرك لذلك الشئ فلما كان مدركا للجماعة بادراك ركعة كان مدركا لثوابها قال (ومن أتى مسجدا قد صلى فيه) اذا فاتت الجماعة رجلا ودخل مسجدا قد صلى فيه أو أراد الصلاة المكتوبة في مسجد بيته

وانما تقضي تبعا له وهو يصلي بالجماعة أو وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ رحمهم الله وأما سائر السنن سواها فلا تقضى بعد الوقت وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض (ومن أدرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلاث فانه لم يصل الظهر بجماعة وقال محمد قد أدرك فضل الجماعة) لان من أدرك آخر الشئ فقد أدركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة (ومن أتى مسجدا قد صلى فيه

عند فوت الاداء فلا يجري القضاء في غيرها الا بسمعي وهو انما دل على قضاء سنة الفجر تبعا للفرض في غداة ليلة التعريس وقد منا تخريجه وألفاظه وبه نقول وكذا ما روي عن عائشة رضي الله عنها في سنة الظهر ولذا نقول لا تقضى سنة الظهر بعد الوقت فتبقى فيما وراءه على العدم ومقتضى هذا ترجح قول من قال من المشايخ في غير الصبح اذا فاتت لا تقضى سنته معه وحينئذ فتعريف الاداء على وجه يشمل فعل النوافل أن يقال هو تسليم عين ما طلب شرعا فيشمل فعل النوافل والسنن في أوقاتها والا لزم أن لا توصف باداء ولا قضاء والقضاء فعل مثل ذلك (قوله وانما تقضى) أي سنة الفجر تبعا له أي للفجر أي صلاة الصبح اذا كانت معها وهو يصلي أي يقضي صلاة الصبح بجماعة أو وحده على الخلاف الى وقت الزوال فلو لم يقضها حتى زالت الشمس ففي قضائها اختلاف المشايخ قيل لا تقضى وان كانت تبعا للفرض لانه صلى الله عليه وسلم انما قضاها تبعا له قبل الزوال وقيل يقضيها بعد الزوال تبعا كقبله وأما سائر السنن سواها أي سوى سنة الفجر فلا تقضى بعد الوقت اذا كانت وحدها واختلف المشايخ اذا فاتت مع الفرض قيل لا تقضى وقيل تقضى بناء على جعل الوارد في قضاء سنة الفجر واردا في غيره من السنن الفائتة مع فرائضها الغاء لخصوص المحل (قوله ومن أدرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلاث فانه لم يصل الظهر في جماعة اتفاقا وقال محمد قد أدرك فضيلة الجماعة) وأحرز ثوابها وفاقا لصاحبيه لا كما ظن بعضهم من أنه لم يحرز فضلها عند محمد لقوله في مدرك أقل الركعة الثانية من الجمعة لم يدرك الجمعة حتى يبني الظهر عليها بل قوله هنا كقولهما من انه محرز ثوابها وانما لم يقل في الجمعة كذلك احتياطا لان الجماعة شرطها بخلاف غيرها لكنه لم يصلها بجماعة حقيقة فلذا يحنث في يمينه لا يدرك الجماعة وكذا لو أدرك التشهد يكون مدركا لفضيلتها على قولهم وهذا يعكر على ما قيل فيمن يرجو ادراك التشهد في الفجر لو اشتغل بركعتيه من أنه على قول محمد لا اعتبار به فيترك ركعتي الفجر على قوله فالحق خلافه لنص محمد هنا على ما يناقضه (قوله ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بجماعة) فلو كان صلى معه ثلاثا فعلى ظاهر الجواب لا يحنث أيضا لانه لم يصلها بل بعضها بجماعة وبعض الشئ ليس بالشئ واختار شمس الائمة انه يحنث لان للاكثر حكم الكل والظاهر الاول وقد علم من السبك الذي سبكناه وقوع الاتفاق على المسئلتين وسبب تخصيص قول محمد والله أعلم التنبيه على بطلان ذلك الزعم (قوله ومن أتى مسجدا قد صلى فيه) يعني فاتته جماعته وصار بحيث يصلي الفرض منفردا فلا بأس أن يتطوع

(قوله لان النص ورد في الوقت المهمل الخ) أقول وهو ما بين الطلوع الى الزوال ومعنى كونه مهملا انه ليس وقتا الشئ من الصلوات الخمس (قوله وفيه نظر لان مثل هذا يسمى تبعا لا ضمنا) أقول قديم الثابت الضمني لما ثبت تبعا ولا يلزم أن يكون كل ضمني جزأ وذلك ظاهر للمتتبع

(فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوبة مابداله) من السنن الرواتب وغيرها (مادام فى الوقت) أى فى الوقت سعة وأما اذا لم يكن

فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوبة مابداله مادام فى الوقت) ومراده اذا كان فى الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا فى غير سنة الظهر والفجر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام فى سنة الفجر صلوهما ولو طردتكم الخيل وقال فى الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتى وقيل هذا فى الجميع لانه عليه السلام واظب عليها عند أداء المكتوبات بجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى أن لا يتركها فى الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت

قبل المكتوبة مابداله سنة أو نافلة مادام فى الوقت سعة فان كان فيه ضيق ولكن هو بحيث لا يخرج ترك التطوع (قيل هذا) أى ترك التطوع للضيق (فى غير سنة الفجر والظهر) أما هما فلا يتركهما ما أمكنه أداء الفرض فى الوقت بعدهما الزيادة وكادتهما (وقيل) بل (هذا) أى الترك عند ضيق الوقت (فى الجميع) أى جميع السنن وغيرها كما هو العموم السابق (لانه صلى الله عليه وسلم واظب على السنن عند أداء المكتوبات بجماعة) لا منفردا وهذا منفرد (ولا سنة دون المواظبة) فلا تكون سنة فى حقه هذا السبك هو المراد لانه لو لم يرده تعين كون المراد هذا أى عدم الترك فى الكل عند ضيق الوقت فلم يناسبه تعليله ولانه لم يبق بعد اخراج الاول الا التطوع قبل العصر والعشاء وقد كان له أن يتركهما وان لم يكن فى الوقت ضيق وان صلاهما بجماعة اذ ليستا بسنة راتبة فلا تظهر فائدة قوله قد صلى فيه ويفسد المعنى أيضا اذ يفيد لا يترك سنة العصر والعشاء عند ضيق الوقت والحاصل أن المنفرد لا يترك السنن خلافا لمن قال لا سنة الا عند أداء الفرض بجماعة لانه صلى الله عليه وسلم انما واظب عليها كذلك بل الحق ان سنيتها مطلقة كما هو اختيار المصنف رحمه الله لاطلاق المعنى المعقول من شرعيتها وهو تكميل الفرائض بجبر الخلل الذى عساه يقع فيها وقطع طمع الشيطان منه أن يوسوس له بترك الفرض ولتكون المتقدمة معينة على حصول الجمعية فى الفرض لقطع مواد الشواغل بها قبل الفرض فيدخل الفرض وقد توجهت النفس بخلاف ما لو ولى الفرض ما كان فيه من الشواغل بلا واسطة وعدم المواظبة الا كذلك وقع اتفاقا للاتفاق أنه صلى الله عليه وسلم لم يكن يصلى الفرض الا كذلك هذا فى حقنا أما فى حقه صلى الله عليه وسلم فزيادة الدرجات اذ لا خلل فى صلاته ولا طمع (قوله والاولى أن لا يتركها فى الاحوال كلها) ظاهر فى تصيير الاقوال ثلاثة يتركها المنفرد عند ضيق الوقت بحيث لا يخرج ولا يكره يتركها الا سنة الفجر والظهر لا يترك شيأ بعد كون الوقت باقيا ولا كراهة فيه والمراد بالاحوال كلها حال ضيق الوقت وسعته والانفراد والجماعة وقد يراد شموله للسفر والاقامة أيضا فيفيد اختيار أحد القولين فى السفر فان كثيرا من المشايخ على نفى الاستنان فى السفر فلا يصلى السنة فيه وقيل يصليها لان ما ذكرنا من المعقول من شرعيتها مشترك بين المسافر والمقيم ولا ضرر على المسافر فيه اذ يمكنه أداؤها راكبا على ما مر لكن ثبت عن ابن عمر أنه سئل عن سنة الظهر فى السفر فقال لو كنت مسبحا لاتممت ولانا لا نقول لا يتنفل على الدابة فى السفر بل الكلام فى ثبوت سنية المعهودة حتى يلزمه اساءة بالترك فهذا هو المنفى فان الشارع لما أسقط شطر الفرض عنه تخفيفا عليه للسفر فمن المحال أن يطلب منه غيره بحيث يلزمه اساءة بتركه وأما الحديثان اللذان ذكرهما المصنف فحديث سنة الفجر أخرجه أبو داود عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تدعوهما وان طردتكم الخيل وفيه ابن سيلان بمهملة مكسورة وياء ساكنة ونون قال ابن القطان لا ندرى أهو عبد ربه بن سيلان أو هو جابر بن سيلان وأيهما كان فحاله مجهول لا يعرف لكن صرح المنذرى فى مختصره بما عينه عبد الحق من أنه عبد ربه وقال هكذا جاء مسمى فى بعض طرقه وقد رواه ابن المنكدر عن أبى هريرة وفيه عبد الرحمن بن اسحق

يبدأ بالمكتوبة لئلا يفوته الفرض عن وقته (قيل هذا) أى قول محمد لا بأس بأن يتطوع انما هو (فى غير سنة الظهر والفجر) لان التطوع قبل العصر والعشاء مندوب اليه والناس فى خيرة بين اتيانه وتركه فاذا لا بأس بالتطوع قبلهما وأما التطوع قبل الفجر والظهر فآكد من ذلك (لان لهما زيادة مزية قال صلى الله عليه وسلم صلوهما ولو طردتكم الخيل) والامر للندب بدليل التأكيد بقوله وان طردتكم الخيل (وقال صلى الله عليه وسلم من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتى) وهو وعيد عظيم ودلالته على وكادة الاربع أقوى من الاول وهذا قول فخر الاسلام وشمس الائمة السرخسى وصاحب المحيط وقاضيخان والتمرتاشى والحلوانى (وقيل هذا) أى قول محمد لا بأس بأن يتطوع (فى الجميع لانه صلى الله عليه وسلم انما واظب عليها عند أداء المكتوبات بجماعة ولا سنة دون المواظبة) فان صلى لا تكون سنة وانما تكون تطوعا وهو قول صدر الاسلام ومثله روى عن الحسن بن زياد والكرخى قال المصنف (والاولى أن

لا يتركها) أى السنن الرواتب (فى الاحوال كلها) يعنى سواء صلى بالجماعة أو منفردا أو مقيما أو مسافرا هكذا فعل الخلفاء الراشدون وكبار الصحابة والتابعين ولان المنفرد أحوج اليها لافتقاره الى تكميل الثواب ويؤدى الكامل الا اذا خاف فوت الوقت فانه بسبيل من تركها

قوله (ومن انتهى الى الامام) ان أدركه (فى ركوعه فكبر) يعنى تكبيرة الافتتاح وقيد بالركوع لانه اذا انتهى اليه وهو قائم يكبر ولم يركع معه (حتى رفع الامام رأسه) من الركوع ثم ركع انه مدرك لتلك الركعة بالاجماع أما اذا انتهى الى القومة بعد الركوع لا يكون مدركا لتلك الركعة بالاجماع وأما اذا انتهى اليه وهو راكع فكبر ولم يركع معه سواء كان متمكنا من الركوع أو لم يكن وهو مسئلة الكتاب (لا يصير مدركا لها) عند العلماء (خلافا لزفر) وهو قول سفيان الثورى وابن أبى ليلى وعبد الله بن المبارك قالوا أدرك

(ومن انتهى الى الامام فى ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام رأسه لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر) هو يقول أدرك الامام فيما له حكم القيام فصار كما لو أدركه فى حقيقة القيام ولنا أن الشرط هو المشاركة فى أفعال الصلاة ولم يوجد لا فى القيام ولا فى الركوع (ولو ركع المقتدى قبل امامه فأدركه الامام فيه جاز) وقال زفر لا يجزئه لان ما أتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما بنيه عليه ولنا أن الشرط هو المشاركة فى جزء واحد كما فى الطرف الاول

الامام فيما له حكم القيام لان الركوع يشبه القيام حقيقة لان القائم يفارق القاعد فى انتصاب الشق الاسفل وهو موجود فى الركوع وحكما لانه يأتى فيه بتكبيرات التى يؤتى بها فى حقيقة القيام وهذا الدليل انما يتم اذا ثبت أن ادراكه فيما له حكم القيام كادراكه فى حقيقة القيام وهو ممنوع ولنا ما تقدم أن الاقتداء شركة فى أفعال الصلاة ولم يوجد فى القيام وهو ظاهر ولا فى الركوع وكون الركوع يشبه القيام حكما غير معتبر هنا لحديث ابن عمر اذا أدركت الامام راكعا فركعت قبل أن يرفع رأسه فقد أدركت تلك الركعة وان رفع رأسه قبل أن تركع فاتتك تلك الركعة (ولو ركع المقتدى قبل امامه فأدركه الامام فيه جاز) فعله ذلك ولا تفسد به صلاته وان لم يعد الركوع (وقال زفر لا تجوز) أى الصلاة ان لم يعد الركوع (لان ما أتى به قبل الامام غير معتد به) لكونه منهيا عنه قال صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا

المدنى أبو شيبة الواسطى أخرج له مسلم واستشهد به البخارى ووثقه ابن معين وقال أبو حاتم الرازى لا يحتج به وحديثه حسن وليس بقوى وقال يحيى القطان سألت عنه بالمدينة فلم يحمدوه قيل لانه كان قدريا فنفوه من المدينة فأماروا باته فلا بأس بها وقال البخارى فيه مقارب الحديث وأما ما ذكره من حديث سنة الظهر فالله أعلم به ومما ورد فى ركعتى الفجر قوله صلى الله عليه وسلم ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وفى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها لم يكن النبى صلى الله عليه وسلم على شئ من النوافل أشد تعاهدا منه على ركعتى الفجر وأسلفنا عنها فى البخارى كان صلى الله عليه وسلم لا يدع أربعا قبل الظهر وركعتين قبل الفجر وأخرج عنها فى حديث لم يكن يدعهما أبدا وأخرج الطبرانى فى الاوسط عن قابوس بن أبى ظبيان عن أبيه انه أرسل الى عائشة رضى الله عنها فسألها عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كان يصلى ويدع ولكن لم أره ترك الركعتين قبل صلاة الفجر فى سفر ولا حضر ولا صحة ولا سقم وأسند أبو يعلى الى ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تتركوا ركعتى الفجر فان فيها الرغائب (قوله فكبر ووقف حتى رفع الامام رأسه) وكان يمكنه الركوع أو لم يقف بل انحط فرفع الامام قبل ركوعه لا يصير مدركا لهذه مع الامام وعند زفر يصير مدركا حتى كان لاحقا عنده فى هذه الركعة فيأتى بها قبل فراغ الامام اذ الواجب قضاء ما فاته قبله ولكنه لو صلاه بعد فراغه جاز وعندنا هو مسبوق بها فلا يأتى بها الا بعد فراغ الامام هو يقول أدرك فيما له حكم القيام وهو الركوع فان له حكمه حتى لو شاركه فيه صار مدركا الركعة ويأتى بتكبيرات العيد فيه فصار كما لو أدركه فى محض القيام ولم يركع مع الامام حتى رفع فانه يكون مدركا لها اتفاقا حتى كان له أن يركع بعد الامام ويلحقه ولنا أن الاقتداء متابعة وشركة قال صلى الله عليه وسلم انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه فاذا كبر فكبروا وفيه واذا ركع فاركعوا الحديث وقال صلى الله عليه وسلم أما يخشى الذى يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار الخ فعلم أن الاقتداء متابعة على وجه المشاركة ولم يتحقق من هذا مشاركة لا فى حقيقة القيام ولا فى الركوع فلم يدرك معه الركعة اذ لم يتحقق منه مسمى الاقتداء بعد بخلاف من شارك فى القيام ثم تخلف عن الركوع لتحقق مسمى الاقتداء منه بتحقق جزء مفهومه فلا ينتقض بعد ذلك بالتخلف لتحقق مسمى اللاحق فى الشرع اتفاقا وهو بذلك والا نتفى هذا ومدرك الامام فى الركوع لا يحتاج الى تكبيرتين خلافا لبعضهم ولو نوى بتلك التكبيرة الواحدة الركوع لا الافتتاح جاز ولغت نيته (قوله وقال زفر لا يجوز) فيجب أن يعيد هذا الركوع فان لم يعده لم تجزه كما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام ولنا أن الشرط هو المشاركة فى جزء من الركن لانه ينطلق عليه اسم الركوع

عليه (فكذا ما بنيه عليه) لان البناء على الفاسد فاسد فصار كما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام (ولنا أن الشرط هو المشاركة فى جزء واحد) وقد وجد فيجعل مبتدئا لا بانيا عليه فصار (كما فى الطرف الاول) وهو أن يركع معه ويرفع رأسه قبل الامام وهذا لان الركوع طرفين والشركة فى أحدهما كافية بخلاف ما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام لانه لم توجد المشاركة فى شئ من الطرفين

(قوله لان الركوع يشبه القيام حقيقة الى قوله وحكما الخ) أقول فيه انه قيام حكما لا انه يشبهه حكما

وقد وجد فيقع موقعه و يعتبر من حين المشاركة الركوع المقتدى فيه كأنه لم يوجد قبله شئ وهذا منع لقوله انه بناء على فاسد بل هو ابتداء وما قبله لغو كأنه لم يوجد وقوله كما فى الطرف الاول يعنى ما لو ركع معه ورفع قبله حيث يجوز ويكره كذا هذا يجوز ويكره وهذا لان الركوع له طرفان طرف الابتداء وهو الاول وطرف الانتهاء فكما صحت مع مخالفته فى الاول كذا الثانى ويكره فيهما للنص الذى سمعت ولو سجد قبل امامه وأدركه فهو على هذا الخلاف وعن أبى حنيفة أنه لو سجد قبل رفع الامام من الركوع ثم أدركه الامام فيها لا يجزئه لانه قبل أوانه فى حق الامام فكذا فى حقه لانه تبع له ولو أطال الامام فى السجود فرفع المقتدى فظن أنه سجد ثانية فسجد معه ان نوى بها الاولى أو لم تكن له نية تكون عن الاولى وكذا ان نوى الثانية والمتابعة ترجيحا للمتابعة وتلغو نية غيره للمخالفة وان نوى الثانية لاغير كانت عن الثانية فان أدركه الامام فيها فهو على الخلاف مع زفر وعلى قياس ما روى عن أبى حنيفة فيمن سجد قبل رفع الامام من الركوع يجب أن لا يجوز لانه سجد قبل أوانه فى حق الامام فكذا فى حقه لانه تبع له وفى الخلاصة المقتدى اذا أتى بالركوع والسجود قبل الامام هذه على خمسة أوجه إما أتى بهما قبله أو بعده أو بالركوع معه وسجد قبله أو بالركوع قبله وسجد معه أو أتى بهما قبله ويدرك الامام فى آخر الركعات فان أتى بالركوع والسجود قبل الامام فى كلها يجب عليه قضاء ركعة بلا قراءة وتم صلاته واذا ركع معه وسجد قبله يجب عليه قضاء ركعتين واذا ركع قبله وسجد معه يقضى أربعا بلا قراءة وان ركع بعد الامام وسجد بعده جازت صلاته انتهى وأنت اذا علمت أن مدرك أول صلاة الامام لاحق وهو يقضى قبل فراغ الامام ففى الصورة الاولى فاتته الركعة الاولى فركوعه وسجوده فى الثانية قضاء عن الاولى وفى الثالثة عن الثانية وفى الرابعة عن الثالثة ويقضى بعد الامام ركعة بلا قراءة لانه لاحق وفى الثانية تلتحق سجدتاه فى الثانية بركوعه فى الاولى لانه كان معتبرا و يلغو ركوعه فى الثانية لوقوعه عقيب ركوعه الاول بلا سجود بقى عليه ركعة ثم ركوعه فى الثالثة مع الامام معتبر ويلتحق به سجوده فى رابعة الامام فيصير عليه الثانية والرابعة فيقضى ركعتين وقضاء الاربع فى الثالثة ظاهر (تتمة) فيما يتابع الامام فيه وما لا اذا رفع المقتدى رأسه من الركوع قبل الامام ينبغى أن يعود ولا يصير راكعا ثانيا وكذا فى السجود ولو رفع الامام من الركوع قبل أن يقول المقتدى سبحان ربى العظيم ثلاثا الصحيح أنه يتابعه ولو أدركه فى الركوع يسبح ويترك الثناء وفى صلاة العيد أتى بالتكبيرات فى الركوع ولو قام الى الثالثة قبل أن يتم المأموم التشهد يتمه وان لم يتم وقام جاز وفى القعدة الثانية اذا سلم أو تكلم الامام وهو فى التشهد يتمه ولو سلم قبل أن يفرغ من الصلاة أو الدعاء يسلم معه ولو أحدث قبل أن يفرغ من التشهد لا يتم لانه لا يبقى بعد حدث الامام عمدا فى الصلاة بل يفسد ذلك الجزء ويبقى بعد سلامه وكلامه ولو سلم قبل الامام وتأخر الامام حتى طلعت الشمس فسدت صلاته وحده ويتابعه فى القنوت وقدمنا ما لو ترك الامام القنوت فى باب الوتر أنه ان أمكنه أن يقنت ويدرك الركوع قنت والا تابع وفى نظم الزندويستى خمسة اذا لم يفعلها الامام لا يفعلها القوم القنوت وتكبيرات العيد والقعدة الاولى وسجدة التلاوة اذا تلا فى الصلاة ولم يسجد أو سها ولم يسجد وأربعة اذا فعلها الامام لا يفعلها المقتدى اذا زاد سجدة مثلا أو زاد فى تكبيرات العيد ما يخرج به عن أقوال الصحابة وسمع التكبيرات من الامام لا المؤذن على ما ذكره فى صلاة العيد وخامسة فى تكبير الجنازة أو قام الى الخامسة ساهيا وسنذكر ماذا يصنع المقتدى فى هذه فى باب السهو ان شاء الله تعالى وتسعة اذا لم يفعلها الامام يفعلها القوم اذا لم يرفع يديه فى الافتتاح واذا لم يثن ما دام فى الفاتحة وان كان فى السورة فكذا عند أبى يوسف خلافا لمحمد وقد عرف أنه اذا أدركه فى جهر القراءة لا يثنى واذا لم يكبر للانتقال أو لم يسبح فى الركوع والسجود واذا لم يسمع أو لم يقرأ التشهد واذا لم يسلم الامام يسلم القوم وتقدم أنه اذا أحدث لا يسلمون بخلاف ما اذا تكلم لما قدمنا من أنه بالحدث

لما فرغ من بيان أحكام الاداء وما يتعلق به وهو الاصل شرع فى بيان أحكام القضاء وهو الخلف عنه (ومن فاتته صلاة) أو فوتها عمدا (وجب عليه قضاؤها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل أن الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت مستحق عندنا وقال الشافعى هو مستحب) فلا يجب عليه تقديم الفائتة على الوقتية (لان كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره) لان الشرط تبع فكان بين أصالته وتبعيته منافاة ونقض بالايمان فانه أصل الفروض وهو شرط لسائر العبادات والصوم فانه فرض مستقل وهو شرط للاعتكاف الواجب بالاتفاق وأجيب بأن الاصل أن الشئ اذا كان مقصودا بنفسه لا يكون شرطا لغيره لما ذكرنا من المنافاة الا اذا دل الدليل على كونه شرطا لغيره فيجعل شرطا له مع بقائه مقصودا وما ذكرتم من ذلك فان الله تعالى قال فى يعمل من الصالحات وهو مؤمن فان الاحوال شروط وقال صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بالصوم فكانا شرطين بهذين النصين وتدفع المنافاة باختلاف الجهة فقلنا ومن ذلك محل النزاع لحديث ابن عمر رضى الله عنهما من نام عن صلاة أو نسيها فليصل التى هو فيها ثم ليصل التى ذكرها ثم ليعد التى صلى مع الامام ودلالته على وجوب الترتيب ظاهرة حيث أمر باعادة ما هو فيها عند التذكر وفيه بحث من أوجه الاول أنه متروك الظاهر لانه يدل على وجوب القضاء على النائم والناسى (٣٤٦) لا غير والوجوب ثابت على من فوت الصلاة عمدا أيضا بالاجماع ومتروك الظاهر لا يكون حجة لا سيما فى افادة الفرضية لا يقال يدل على ذلك بدلالته لانه لما وجب على المعذور فعلى غيره أولى لان ذلك انما يستقيم أن لو كان قضاء الفائتة عقوبة وليس كذلك بل هو رحمة ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك استحقاق غيره وهو العاصى الثانى أنه خبر واحد لا يعارض المشهور فان الجواز ثبت به كما زالت الشمس مثلا فلو كان الترتيب فرضا لعارضه وتم بطل ما ثبت بالمشهور الثالث أنكم عملتم بهذا الحديث ولم تعملوا بخبر الفاتحة وهما خبر واحد فكان تناقضا الرابع أن الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت وكثرة الفوائت وشرائط الصلاة لا تسقط بشئ من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة والجواب عن الاول أن قضاء الصلاة رحمة والنبى صلى الله عليه وسلم موصوف بالرأفة بالمؤمنين ومن رأفته أن يوجب على المفرط ما يتدارك به تفريطه بطريق الاولى وعن الثانى بأنا ما أبطلنا به العمل بالمشهور بل أخرناه عملا بالحديث الآخر احتياطا وكان ذلك أهون من اهمال العمل بخبر الواحد أصلا على أنهم قالوا انه ليس خبر واحد بل هو مشهور

﴿ باب قضاء الفوائت ﴾

(ومن فاتته صلاة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت) والاصل فيه أن الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعى مستحب لان كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام من نام عن صلاة أو نسيها فليذكرها اذا وقت فيها ثم ليصل التى هو فيها ثم ليصل التى ذكرها ثم ليعد التى صلى مع الامام

تفسد من صلاتهم محله فينتفى محل السلام واذا نسى تكبير التشريق ﴿فرع﴾ صلى الكافر بجماعة حكم باسلامه ومنفردا لا لان الجماعة من خصوصيات صلاتنا ووجودا للازم المساوى يستلزم الملزوم المعين ولا يحكم باسلامه بحج ولا صوم رمضان وفى كون الصلاة بجماعة من الخصوصيات نظر

﴿باب قضاء الفوائت﴾

(قوله لان كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره) هذا هو الاصل الا ما أخرجه عنه دليل كما فى الايمان أعظم الاصول وهو شرط لكل العبادات وكذا الظهر بمعرفة تقديمها شرط للعصر فى وقت الظهر بها للدليل على ثبوت ذلك ولنا ما أخرج الدارقطنى ثم البيهقى عن اسمعيل بن ابراهيم الترجمانى عن سعيد بن عبد الرحمن الجمحى عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قال صلى الله عليه وسلم من نسى صلاة فليذكرها الا وهو مع الامام فليتم صلاته فاذا فرغ من صلاته فليعد التى صلاها مع الامام ورواه مالك عن نافع عن ابن عمر موقوفا وصحح الدارقطنى وأبو زرعة وغيرهما وقفه واختلفوا فى نسبة الخطا

(قوله وفيه بحث من أوجه الاول أنه متروك الظاهر الخ) أقول أنت خبير بأنه ليس متروك الظاهر بل ساكت عن العامد (قوله وشرائط الصلاة لا تسقط بشئ من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة) أقول فيه بحث (قوله والجواب عن الاول ان قضاء الصلاة رحمة الى قوله بطريق الاولى) أقول نعم رأفته صلى الله عليه وسلم عامة للمؤمنين ولكن لا نسلم مساواة المطيع والعاصى فيها فضلا عن زيادة الرأفة للعاصى حتى تثبت الاولوية التى ذكرها (قوله وعن الثانى بأنا ما أبطلنا به العمل بالمشهور الى قوله من اهمال العمل بخبر الواحد أصلا الخ) أقول لا يلزم اهمال الخبر اذا قلنا بتأثيم من اشتغل بالوقتية قبل قضاء الفائتة مع صحتها كما فى الفاتحة فتأمل هل يخرج الجواب عنه بما سينقله من المبسوط

فى رفعه فمنهم من نسبه الى سعيد بن عبد الرحمن ومنهم من نسبه الى الترجمانى ولا يخفى أن الرفع زيادة والزيادة من الثقة مقبولة وهما ثقتان قال ابن معين فى الترجمانى لا بأس به وكذا قال أبو داود وأحمد ولذا وثق ابن معين سعيدا وذكر الذهبى فى ميزانه توثيقه عن جماعة وان كان قديمهم فان قلت لا يقاوم مالكا فالجواب أن المختار فى تعارض الوقف والرفع ليس كون الاعتبار للاكثر ولا للاحفظ وان كانت مذاهب بل للرافع بعد كونه ثقة وهذا لان الترجيح بذلك هو عند تعارض المرويين ولا تعارض فى ذلك لظهور أن الراوى قد يقف الحديث وقد يرفعه وانما لم يتمسك بما فى الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها لا كفارة لها الا ذلك لان غاية ما يفيده وجوب الاداء وقت التذكر لا فساد الوقتية فيه بخلاف ما تمسك به لكن عليه أن يقال وجوب الاعادة المفاد فيه لا يستلزم كونه للفساد لما أسلفناه من وجوب اعادة المؤداة مع كراهة التحريم سلمناه لكن فساد الوقتية بهذا الخبر بعد تسليم حجيته معارض بصحتها بالقاطع الدال على أنه وقتها ولازمه الشرعى الصحة فيه ولازم القطعى قطعى والجواب أنه متوقف على قطعية اللزوم وقطعية لزوم الصحة فيه انما هو عند استيفاء شروطه الثابتة شرعا وقد ثبت اشتراط تقديم الفائتة بهذا النص فيتوقف قطعية لزوم الصحة فيه على تقديمها لكن بقى شئ وهو أنه اثبات شرط للمقطوع به بظنى وقد التزمه فى النهاية فى جواب السؤال القائل ما علمتم بخبر الفاتحة مثل ما علمتم بخبر الترتيب حيث قلتم بفساد الصلاة عند ترك الترتيب لا عند ترك الفاتحة فأجاب بأن وجوب الترتيب لزيادة شرط فى جواز الصلاة وتعيين الفاتحة زيادة ركن فيها فجاز أن يثبت الشرط لانه أحط بخبر الواحد ولا يثبت به الركن انتهى ولا يخفى أن اثبات شرط للمطلق فى الصحة من عين الزيادة بخبر الواحد على القاطع المطلق لانه تقييد للمطلق فى الصحة به على ما لا يخفى على من له أدنى تأمل فى الاصول فلا يجوز وعن هذا والله أعلم عدل عنه بعد ذكره فى النهاية الى جواب آخر جعله الاصح فقال أو نقول وهو الاصح من الجواب لو قلنا بتعيين الفاتحة على وجه تفسد بتركها يلزم نسخ الكتاب الذى يقتضى الجواز بدونها وهو اطلاق قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن وهو لا يجوز كما قلنا بجواز الوقتية مع تذكر الفائتة عند ضيق الوقت لئلا يلزم مثل هذا وأما لو قلنا بوجوب الترتيب عند سعة الوقت على وجه يلزم فساد الوقتية لا يلزم نسخ الكتاب بالخبر بل كان عملا بهما لان بذلك يتأخر حكم ما ثبت بالكتاب ولا يبطل وكان له ولا يه التأخير بدون هذا وهذا عين نظير من صلى المغرب فى طريق المزدلفة يؤمر بالاعادة خلافا لابى يوسف فلو لم يعد حتى طلع الفجر لا يؤمر بالاعادة كى لا يلزم نسخ الكتاب بخبر الواحد انتهى ولا يخفى على متأمل أن المانع وهو تقديم الخبر على القاطع كما هو قائم عند ضيق الوقت كذلك هو عند سعته فان القاطع اقتضى الصحة مطلقا فاذا ألزمت التأخير كذلك كان عين تقديم الظنى عليه نعم يتحقق العمل بهما ممن قدم الفائتة بناء على اختياره وليس الكلام فى هذا بل ان تعيين تقديم الفائتة عند سعة الوقت على وجه تفسد الوقتية لو قدمت هل هو الجمع بين الدليلين بل هذا تقديم الظنى عينا عند معارضته القاطع فى صحة الوقتية فى ذلك الوقت وقوله انه عين نظير من صلى المغرب الخ قد ينظر فيه بأن الحكم هناك وجوب الاعادة بمزدلفة الى الفجر فاذا لم يعد حتى طلع تقرر المأثم بترك مقتضى خبر الواحد من غير حكم بفساد المغرب ولزوم قضائها والحكم هنا فساد الوقتية ولزوم قضائها وبذلك يقع التقديم الممتنع هذا كله بعد ثبوت ذلك القاطع ومعرفة شخصه ولم يعينوه والاجماع منتف اذ مالك وأصحابنا لم يقولوا بصحة الوقتية اذا قدمت مطلقا فلا اجماع ويمكن كونه حديث امامة جبريل حيث قال الوقت ما بين هذين الوقتين بناء على أنه متواتر أو مشهور وحكمه حكم المتواتر فى تقييد مطلق الكتاب به وحينئذ فمقتضى الدليل وجوب تقديم الفائتة دون فساد الوقتية لو لم تقدم فان لم يفعل أثم لترك مقتضى خبر الواحد كترك الفاتحة سواء ودعوى من ادعى أن خبر الترتيب مشهور مردود بأن الخلاف فى رفعه بين

تلقته الائمة بالقبول فانهم أجمعوا على وجوب القضاء الثابت به وعن الثالث بان العمل بخبر الفاتحة على وجه يلزم فساد الصلاة بتركها يوجب نسخ قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن وذلك لا يجوز كما تقدم بخلاف صورة النزاع فان فيها العمل بالكتاب والخبر جميعا وذلك لان قوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس يدل على أن هذا الوقت وقت الظهر ولا يتعرض لتقديم الفائتة عليه لا بنفي ولا اثبات وخبر الترتيب يدل على التقديم (٣٤٨) فعملنا بهما وعن الرابع بان وقت النسيان ليس بوقت للفائتة لان وقتها وقت التذكر وهو ناس وأما ضيق الوقت فلم يكن متناول الحديث لان جعل قضاء الفائتة شرط جواز أداء الوقتية انما هو لتدارك الفائتة وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها فلم يكن شرطا عند ضيق الوقت وأما كثرة الفوائت فانها في معنى ضيق الوقت لان الاشتغال بها مع كثرتها يفضي الى تفويت الوقتية الثابتة بالكتاب بخبر الواحد وقد ظهر مما ذكرنا قوله (ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية) وقوله (ولو قدم الفائتة جاز) أي جاز فعله (هذا) وهو تقديم الفائتة (لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها) أراد النهي الذي يستفاد من الامر وأوضح هذا المعنى في المبسوط فقال لو بدأ بالفائتة أجزأ بخلاف الاول فان هناك هو مأمور بالبداءة بالفائتة ولو بدأ بفرض الوقت لم يجزه لان النهي عن البداءة بفرض الوقت هناك لمعنى في عينها ألا ترى أن له أن يبدأ بالتطوع لانعدام الموجب للنهي فمنع الجواز لهذا وههنا النهي عن البداءة بالفائتة ليس لمعنى في عينها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت ألا ترى بالحديث أنه ينهى عن الاشتغال بالتطوع أيضا لوجود ذلك المعنى الموجب للنهي والنهي متى ما لم يكن لمعنى في عين المنهي عنه لا يمنع جوازه

(ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها) لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كي لا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه أداها قبل وقتها الثابت بالحديث

المحدثين ثابت فضلا عن شهرته ألا ترى أن المذهب تقديم الوقتية عند ضيق الوقت فلو كان مشهورا عندهم لقدموا الفائتة مطلقا لجواز تقييد الكتاب فضلا عن غيره بالخبر المشهور فيكون اطلاق جواز الوقتية في كل الوقت مقيدا بعدم الفائتة لكن هذا احداث قول ثالث لان الثابت قائلان قائل بالاستحباب وقائل بالوجوب على الوجه الذي تقدم فجعله للوجوب على ما ذكرنا احداث قول ثالث وهو لا يجوز فاذا امتنع اعمال ظاهره من الوجوب لزم حمله على الندب ونفس الامتناع للاحداث هو القرينة الصارفة الى الندب فظهر بهذا البحث أولوية قول الشافعي وغيره من القائلين بالاستحباب وهو محمل فعله صلى الله عليه وسلم الترتيب في القضاء يوم الخندق لان مجرد الفعل لا يستلزم كونه المتعين لجواز كونه الاولى (قوله كي لا يؤدي الى تفويت الوقتية) تعليل للسقوط بضيق الوقت وكثرة الفوائت وأما بالنسيان فظاهر لان الخبر انما أوجب الترتيب عند التذكر ثم تفسير ضيق الوقت أن يكون الباقي لا يسع الوقتية والفائتة ولا يناط بمجرد غلبة الظن بل بالواقع فلو ظن ضيقه فصلى الوقتية ثم ظهر أنه كان فيه سعة بطلت ثم ينظر ان ظن أن الباقي صار لا يسعهما فأعاد الوقتية ثم ظهر أيضا خلافه بطلت أيضا ثم يتطرأ أيضا كذلك وكذلك الى أن يظهر بعد اعادة من الاعادات ضيقه صادقا فيعيد الوقتية ثم يصلي الفائتة وان ظهر بعد اعادته أنه يسعهما صلى الفائتة ثم الوقتية ولو صلى الوقتية ثم بقي من الوقت فصل فصلى الفائتة فخرج الوقت قبل أن يقعد قدر التشهد حكم بجواز الوقتية لتبين ضيق الوقت ويعتبر ضيق الوقت عند الشروع حتى لو شرع في الوقتية مع تذكر الفائتة وأطال حتى ضاق لا يجوز الا أن يقطعها ثم يشرع فيها ولو شرع ناسيا والمسئلة بحالها فتذكر عند ضيقه جازت ولو تعددت الفوائت لا بحيث يسقط الترتيب والوقت يسع بعضها لا الكل لا تجوز الوقتية حتى يصلي ذلك وقيل عند أبي حنيفة يجوز لانه ليس الصرف الى هذا البعض أولى منه للآخر (قوله ولو قدم الفائتة جاز) يعني يصح لا أنه يحل له ذلك كما لو اشتغل بالنافلة عند ضيق الوقت يكون آثما بتفويت الفرض بها ويحكم بصحتها (قوله لمعنى في غيرها) أي غير الفائتة وهو كون الاشتغال بها يفوت الوقتية وهذا يوجب كونه عاصيا في ذلك أما هي في نفسها فلا معصية في ذاتها هذا وما أمكن مراعاة حال الاداء في القضاء يراعى فمن ذلك الجهر والاخفاء فان أم في الجهرية وجب الجهر اتفاقا وان انفرد في قضائها ففيه خلاف المشايخ وقدمها المصنف واختار وجوب الاخفاء وقدمنا أن الاولى خلافه وتقدم الوجه من الجانبين وفي النهاية في باب كفارة الاحرام من كتاب الحج من ترك شيأ من الصلوات في أيام التشريق يقضيها بالتكبيرات الى آخر أيام التشريق (قوله قبل وقتها الثابت بالحديث) يعني قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها وتقدم أفاد أن وقت التذكر وقت الفائتة ومن ضرورته أن لا يكون وقتا للوقتية فيكون أداء الوقتية فيه قبل وقتها الثابت

(قوله بخلاف صورة النزاع فان فيها العمل بالكتاب والخبر جميعا الى قوله فعملنا بهما) أقول مقتضى نص الكتاب أن تجوز الوقتية في وقت الدلوك مطلقا ومقتضى الخبر أن لا يجوز عند الدلوك قبل قضاء الفائتة وظاهر أنه نسخ فانه تقييد للمطلق

(ولو فاتته صلوات رتبها فى القضاء كما وجبت فى الاصل) لان النبى عليه السلام شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتمونى أصلى

بالحديث وان كان وقتها بالقاطع فيكون اهدار الاحد الدليلين من غير مرجح وهذا مبنى على امتناع كونه وقتا للوقتية اذ جعل وقتا للفائتة وهو غير لازم اذ لا مانع من اعتباره شرعا وقتا لهما بحيث يصح كل منهما فيه كالصلوات من الفريضة والمنذورة والنافلة غير أنه نص على غير المعلوم من كون وقت التذكر بعد انقضاء وقتها وقتها حتى يكون الاداء فيه خاليا عن الاثم لغرض كون التأخير للنوم والنسيان ولا حاجة الى ذكر ما هو معلوم من أن الوقت للوقتية أيضا نعم لو علموا انفراد الفائتة بالوقت بقوله فى الحديث لا كفارة لها الا ذلك لامكن وحينئذ يبقى فيه ما قلناه فى قولهم ان فى تقديم الفائتة عملا بالدليلين (قوله ثم قال صلوا كما رأيتمونى أصلى) ليس من تمام ما اتصل به بل هو حديث آخر فهو استدلال بمجموع فعله الترتيب بين الاربع وأمره بالصلاة على الوجه الذى فعل فلزم الترتيب ولو قاله بالواو لكان أقل ايهاما ولا يخفى أن الحديث الثانى ليس على صرافة ظاهره من ايجاب كل ما وقع عليه رؤيتهم من صلاته فانها وقعت على ما هو من السنن والآداب وليست واجبة فهو على الندب ان اعتبرت هذه المرادة أو على الايجاب ان اعتبرت غيرها وعلى كل حال لا يفيد المطلوب أما على التقدير الاول فظاهر وكذا على الثانى لانه فرع ثبوت الوجوب بغيره لان كون هذا الترتيب واجبا عين النزاع وصلوا الى آخره ايجاب فعل الواجبات على الوجه الذى رأوه فعلها فلا يقدم السجود على الركوع ولا يقرأ فى غير القيام وحاصله على هذا التقدير تعيين الكيفيات الواجبة أن تغير وذلك فرع ثبوت الوجوب أولا وغاية ما يدفع به هذا أن يقال هو مفيد وجوب كل ما وقع عليه الرؤية الا ما قام الدليل فيه على خلافه من كونه سنة أو أدبا وحينئذ يقال الترتيب من المستثنى لما قدمنا من استلزام تقديم الظنى على القاطع بتقدير ما ذهبوا اليه ثم الحديث الثانى هو ذيل حديث مالك بن الحويرث فى البخارى وتقدم وأما الاول فأخرجه الترمذى والنسائى عن أبى عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود قال ان المشركين شغلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب من الليل ما شاء الله فأمر بلالا فأذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ثم أقام فصلى المغرب ثم أقام فصلى العشاء قال الترمذى ليس باسناده بأس الا أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه يعنى فهو منقطع وقول الشيخ محيى الدين النووى فى الخلاصة لم يدرك أباه مخالف لقول أبى داود توفى ولده أبى عبيدة سبع سنين ورواه النسائى فى سننه عن الخدرى حبسنا يوم الخندق عن الظهر والعصر والمغرب والعشاء حتى كفينا ذلك فأنزل الله تعالى وكفى الله المؤمنين القتال فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بلالا فأقام فصلى الظهر كما كان يصليها قبل ذلك ثم أقام فصلى العصر كما كان يصليها قبل ذلك ثم أقام فصلى المغرب كما كان يصليها قبل ذلك ثم أقام فصلى العشاء كما كان يصليها قبل ذلك وذلك قبل أن ينزل فرجالا أو ركبانا ورواه ابن حبان فى صحيحه فى النوع الرابع والثلاثين ولم يذكر فيه العشاء لانها كانت فى وقتها وذكرها فى الرواية الاخرى باعتبار أنها تأخرت عن وقتها المعتاد وأخرجه البزار عن جابر ابن عبد الله أنه صلى الله عليه وسلم شغل يوم الخندق عن صلاة الظهر والعصر والمغرب والعشاء حتى ذهبت ساعة من الليل فأمر بلالا فأذن وأقام فصلى الظهر ثم أمره فأذن وأقام فصلى العصر ثم أمره فأذن وأقام فصلى المغرب ثم أمره فأذن وأقام فصلى العشاء ثم قال ما على ظهر الارض قوم يذكرون الله فى هذه الساعة غيركم وفيه عبد الكريم بن أبى المخارق مضعف وفى الباب حديث الصحيحين ان عمر بن الخطاب جاء يوم الخندق فجعل يسب كفار قريش وقال يا رسول الله ما كدت أصلى العصر حتى كادت الشمس أن تغيب فقال صلى الله عليه وسلم فوالله ما صليتها فنزلنا الى بطحان فتوضأ صلى الله عليه وسلم وتوضأنا فصلى صلى الله عليه وسلم العصر بعد ما غربت الشمس ثم صلى بعدها المغرب ولا يعارضه ما انفرد به

قال (ولو فاتته صلوات رتبها فى القضاء) هذه المسئلة لبيان أن الترتيب كما أنه فرض بين الوقتية والفائتة فكذا بين الفوائت نفسها فاذا فاتته صلوات رتبها فى القضاء كما وجبت فى الاصل لان النبى صلى الله عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الخندق أى يوم حفره فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتمونى أصلى أمر بالتشبيه مطلقا والكامل منه ما يقع على كمه وكيفه فدل على أن الاداء بوصف الترتيب شرط وانما لم يقل كما صليت لسر

وقوله (الا أن تزيد الفوائت على ست صلوات) استثناء من قوله رتبها فى القضاء ومعناه الا أن تصير الفوائت ستا واختلف الشارحون فى تأويل كلامه لان ظاهره لا يفيد هذا المعنى لاستدعائه أن تكون الفوائت سبعا لانه ذكر الفوائت بلفظ الجمع والزائد غير المزيد عليه والمزيد عليه ست فيصير المجموع سبعا فقال صاحب النهاية المراد من الصلوات أوقاتها فان فوت الصلاة السابعة ليس بشرط بالاجماع ورد بانه يقتضى أن تزيد الفوائت على ستة أوقات وذلك انما يكون بفوت السابعة وليس بمراد وقيل أراد أوقات الفوائت بحذف المضاف ورد بانه يستدعى زيادة الاوقات على ست صلوات وذلك انما يكون بفوت وقت السابعة وليس بمراد وقيل أراد بالفوائت الاوقات ومعناه الا أن تزيد الاوقات على ست صلوات ورد بردئ يشمله وما تقدم عليه من الوجهين وهو أن الزيادة لابد أن تكون من جنس المزيد عليه وذلك معدوم فى هذه التأويلات كلها كما ترى والحق أن يقدر مضافان وتقديره الا أن تزيد أوقات الفوائت على أوقات ست صلوات بحسب دخول الاوقات دون خروجها وانما سقط الترتيب بين الفوائت بكثرة الفوائت لان الكثرة لما أفادت سقوطه فى اعتبارها فلان تفيده فى نفسها أولى وقيل لعدم القائل بالفصل قوله (وحد الكثرة) ظاهر مما ذكرنا الا أن قوله (لان الكثرة بالدخول فى حد التكرار) فيه كلام وهو أن الكثرة أمر اضافى جاز اطلاقها على

ما هو أزيد مما دونه فما وجه الدخول فى حد التكرار ويجوز أن يقال أصل ذلك القضاء بالاغماء وقد ثبت أن عليا رضى الله عنه أغمى عليه أقل من يوم وليلة فقضى الصلوات وعمار بن ياسر أغمى عليه يوما وليلة فقضاهن وعبد الله بن عمر أغمى عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقضهن فدل على أن التكرار معتبر وقوله (ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة) صورته رجل ترك صلاة شهر سفها ومجانة ثم ندم على ما صنع واشتغل باداء الصلوات فى مواقيتها فقبل أن يقضى تلك الفوائت ترك صلوات دون ست وصلى صلاة أخرى وهو ذا كر لهذه المتروكة الحديثة قال بعض المتأخرين من مشايخنا تجوز هذه الصلوات لكثرة الفوائت والاشتغال بالحديثة ليس أن باولى من الاشتغال بتلك والاشتغال بالكل يفوت الوقتية عن وقتها قال فى النهاية وعليه الفتوى (وقال بعضهم لا يجوز ويجعل الماضى

(الا أن تزيد الفوائت على ست صلوات) لان الفوائت قد كثرت (فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت) نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة أن تصير الفوائت ستا بالخروج وقت الصلاة السادسة وهو المراد بالمذكور فى الجامع الصغير وهو قوله (وان فاتته أكثر من صلاة يوم وليلة أجزأته التى بدأ بها) لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد رحمه الله أنه اعتبر دخول وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول فى حد التكرار وذلك فى الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضى

مسلم من قوله ثم صلاها بين المغرب والعشاء ولا ما انفرد به عن ابن مسعود حبس المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صلاة العصر حتى احمرت الشمس أو اصفرت فقال صلى الله عليه وسلم شغلونا عن الصلاة الوسطى صلاة العصر ملأ الله أجوافهم وقبورهم نارا أو حشا الله أجوافهم وقبورهم نارا اه لوجوب حمل الاول على ارادة بين وقت المغرب والعشاء وهو أحد محتمليه لصحة أنه صلى العصر قبل المغرب والمفاد بالثانى ان الحبس تحقق الى وقت الاحمرار فوقع الدعاء عليهم اذ ذاك وليس فيه أنه صلاها اذ ذاك وقد تظافرت رواية الصحيحين مع ما قبلها أن صلاته صلى الله عليه وسلم كانت بعد الغروب وكذا لا يعارض ما فى الصحيحين من أنه صلاها بعد الغروب الاحاديث السابقة من أنه صلاها بعد دخول وقت العشاء وذهاب ماشاء الله منه للتصادق غير أن المتبادر من تخصيص قوله فصلى العصر بعد ما غربت أنه قبل وقت العشاء والا لقال بعد ما دخل وقت العشاء لكن يجب الحمل على مجرد ما يصدق به لان تلك الاحاديث أيضا صحت بكثرة الطرق وبعضها فى صحيح ابن حبان (قوله الا أن تزيد الفوائت) استثناء من قوله رتبها فى القضاء ولا يلزم كون الفوائت سبعا لان مابه الزيادة لا يوجب اللفظ كونه فائتا بل اذا انضم الى الفوائت المعينة صلاة صدق أن المسمى بالفوائت زادت وان لم تكن فائتة هذا غاية ما يؤدى به اللفظ والا استلزم كون الفوائت سبعا (قوله وحد الكثرة) قال فى شرح الكنز وغيره المعتبر

قال المصنف (الا أن تزيد الفوائت على ست صلوات) أقول قال ابن الهمام استثناء من قوله رتبها فى القضاء ولا يستلزم كون الفوائت سبعا لان مابه الزيادة لا يوجب اللفظ كونه فائتا بل اذا انضم الى الفوائت المعينة صلاة صدق أن المسمى بالفوائت زادت وان لم تكن فائتة اه وفيه بحث فانه نظير قولنا زاد الدين على ستة دراهم (قوله ورد بأنه يستدعى زيادة الاوقات على ست صلوات الخ) أقول والظاهر أن الكلام على القلب أى الا أن تزيد الصلوات المفروضة على ست فوائت وهذا معنى صحيح لا غبار عليه والقلب فن معتبر من البلاغة سيما عند صاحب المفتاح (قوله وذلك انما يكون بفوت وقت السابعة الخ) أقول لا يقال يجوز أن يكون بدخول وقتها لان الزائد فائتة (قوله والحق أن يقدر مضافان وتقديره الا أن تزيد أوقات الفوائت على أوقات ست صلوات الخ) أقول لا يخفى عليك أن الزائد على أوقات ست صلوات ليس وقت الفائتة بل على العكس حيث زاد على أوقات الفوائت الست وقت صلاة أخرى (قوله ويجوز أن يقال أصل ذلك القضاء بالاغماء الى قوله وعبد الله بن عمر أغمى عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقضهن فدل على أن التكرار معتبر) أقول فيه تأمل

أن تبلغ الاوقات المتخللة ستا مذ فاتته الفائتة وان أدى ما بعدها في أوقاتها وقيل يعتبر أن تبلغ الفوائت ستا ولو كانت متفرقة وثمرة الخلاف تظهر فيمن ترك ثلاث صلوات مثلا الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم فعلى الاول يسقط الترتيب يعني بين المتروكات وعلى الثاني لا لان الفوائت بنفسها يعتبر أن تبلغ ستا ومثل هذا ما ذكره في المصفى في وجه اقتصار صاحب المنظومة على نقل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما اذا ترك ظهرا وعصرا من يومين دون أن يذكره في ثلاثة فصاعدا قال للخلاف فيما اذا كانت ثلاثة فعند بعضهم يسقط الترتيب لان ما بين الفوائت يزيد على ست ومنهم من أوجبه لان المعتبر كون الفوائت بنفسها ستا يعني فلما اختلفوا في ثبوت الخلاف بينهم في الزائد على الصلاتين اقتصر في المنظومة على نقل الخلاف فيهما ولا يخفى على من علم مذهب أبي حنيفة من أن الوقتية المؤداة مع تذكر الفائتة تفسد فسادا موقوفا الى أن يصلي كمال خمس وقتيات فان لم يعد شيأ منها حتى دخل وقت السادسة صارت كلها صحيحة ولا يخفى أنه لا يتصور على قوله كون المتخللات ست فوائت لانه مع دخول وقتها ثبتت الصحة فلا يتحقق فائتا سوى المتروكة اذ ذاك والمسقط هو ست فوائت لا مجرد أوقات لا فوائت فيها فانه لا معنى له اذا السقوط بكثرة الفوائت كي لا يؤدي التزام الاشتغال بأدائها الى تفويت الوقتية فمجرد الاوقات بلا فوائت لا أثر له فلا وجه لاعتباره فان قلت انما ذكر من رأيت في تصوير هذه انه اذا صلى السادسة من المؤديات وهي سابعة المتروكة صارت الخمس صحيحة ولم يحكموا بالصحة على قوله بمجرد دخول وقتها فالجواب أنه يجب كون هذا منهم اتفاقيا لان الظاهر أنه يؤدي السادسة في وقتها الا بعد خروجه فأقيم أداؤها مقام دخول وقتها المساوي ذكر من أن تعليله لصحة الخمس يقطع ثبوت الصحة بمجرد دخول الوقت أداها أولا وعلى هذا يجب أن يحكم على الخلاف المذكور بالخطا والتحقيق أن خلاف المشايخ في الثلاث انما هو في الحكم بأن عدم وجوب الترتيب هو بالاتفاق بين الثلاثة أو على الخلاف كما في الاثنتين ابتداء كما تحققه بذكر المسئلة بشعبها وبه يتبين مبنى الخلاف على وجه الصحة اذ قد صرنا اليها احراز الفائدتها فانها مهمة ولم يذكرها في الهداية ووجه قولهما فيها الحاق ناسي الترتيب بين الصلاتين الفائتتين بناسي الفائتة فيسقط الترتيب به وهو ألحقه بناسي التعيين وهو من فاتته صلاة لم يدر ما هي ولم يقع تحريه على شئ يعيد صلاة يوم وليلة بجامع تحقق طريق يخرج به عن العهدة بيقين فيجب سلوكها وهذا الوجه يصرح بايجاب الترتيب في القضاء عنده فيجب الطريق التي بعينها الا كما قيل انه مستحب عنده فلا خلاف بينهم ثم صورة قضاء الصلاتين عنده أن يصلي الظهر ثم العصر ثم الظهر فان كان المتروك أولا هو الظهر فالظهر الاخيرة تقع نفلا وان كان هو العصر فالظهر الاولى تقع نفلا وكما يجوز أن يبدأ بالظهر يجوز أن يبدأ بالعصر فيصلي العصر ثم الظهر ثم العصر ولو كانت الفوائت ثلاثا ظهر من يوم وعصر من يوم ومغرب من يوم ولا يدري ترتيبها ولم يقع تحريه على شئ صلى الظهر ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر سبع صلوات لان كلا من الثلاث يحتمل كونها أولى أو أخيرة أو متوسطة تجيء تسعا الثابت في الخارج ست للتداخل لان توسط الظهر يصدق في الخارج أمام مع تقدم العصر أو المغرب فلا يكون كل قسما برأسه وكذا هما فخرج بواسطة كل واحدة يبقى الثابت الظهر ثم العصر ثم المغرب أو الظهر ثم المغرب ثم العصر فهذان قسمان تقدم الظهر ولتقدم العصر مثلهما وللمغرب كذلك فان فاتته العشاء من يوم آخر مع تلك الثلاثة يصلي تلك السبع ثم يصلي الرابعة وهي العشاء فصارت ثمانية ثم يعيد تلك السبع على ذلك الوجه فالجملة خمس عشرة فلو كانت خمسا من خمسة أيام بأن ترك الفجر أيضا يصلي احدى وثلاثين صلاة تلك الخمس عشرة على ذلك النحو ثم يصلي الخامسة أعني الفجر ثم يعيد تلك الخمس عشرة فالضابط أن المتروكة ان كانت اثنتين يصليهما ثم يعيد أولاهما وان كانت ثلاثا صلى تلك الثلاث ثم الثالثة ثم أعاد تلك الثلاث وان كانت أربعا

كان لم يكن زجرا له عن التهاون (وأن لا تصير المعصية وسيلة الى اليسر والتخفيف وقوله (ولو قضى بعض الفوائت) صورته أن يترك الرجل صلاة شهر ثم يقضيها الا صلاة أو صلاتين ثم صلى صلاة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليه هل تجوز الوقتية أو لم تجز عن محمد فيه روايتان ومال الى عدم الجواز الفقيه أبو جعفر واختاره بعض المشايخ والمصنف ومال الى الجواز أبو حفص الكبير واختاره من المشايخ فخر الاسلام وشمس الائمة وصاحب المحيط وقاضيخان وغيرهم قال في النهاية وعليه الفتوى ووجهه أن الترتيب قد سقط بكثرة الفوائت والساقط لا يعود كما نجس قليل دخل عليه الماء الجاري حتى كثر وسال ثم عاد الى القلة لا يصير نجسا قال المصنف عن الاول (وهو الاظهر) يعني درايةً ورواية أما درايةً

فلان علة السقوط الكثرة المفضية الى الحرج ولم يبق بالعود الى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته فكان كمن الحضانة اذا سقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية فان الحق يعود وأما روايةً فلما روى عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال يعني سواء قدمها على الوقتيات أو أخرها عنها والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة لانه متى أدى صلاة من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات الا أنه لما قضى متروكة بعدها عادت المتروكات خمسا فلا يزال هكذا فلا يعود الى الجواز (وان أخرها) أي الوقتيات عن الفوائت (فكذلك) أي لا تجوز الوقتيات (الا العشاء الاخيرة فانها جائزة) أما فساد ما وراء العشاء الاخيرة من الوقتيات فلانه كلما صلى فائتة عادت الفوائت أربعا ففسدت الوقتية ضرورة وأما جواز العشاء الاخيرة فلما ذكر

كان لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روى عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان أخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة

صلى قضاء الثلاث كما فلنا ثم الرابعة ثم أعاد ما يلزمه في قضاء الثلاث وان كانت خامسة فعل ما لو كان المتروك أربعا ثم يصلي الخامسة ثم يفعل ما يلزمه في أربع وانما أطنبنا لكثرة سؤال السؤال عنه وفي فتاوى قاضيخان الفتوى على قولهما كأنه تخفيفا على الناس لكسلهم والا فدليلهما لا يترجح على دليله واذا عرفت هذا فقد اختلف المشايخ فيما وراء الصلاتين فذهب طائفة الى أنه لا ترتيب بالاتفاق فلا يؤمر باعادة الاولى في قول الكل قال في الحقائق وهو الاصح لان اعادة ثلاث صلوات في وقت الوقتية لاجل الترتيب مستقيم أما ايجاب سبع صلوات في وقت واحد لا يستقيم لتضمنه تفويت الوقتية انتهى فهذا يوضح لك أن خلاف هؤلاء فيما وراء الثنتين لما يلزمه من ايجاب سبع بايجاب الترتيب وهو كسبع فوائت معنى لما علمت من أن ايجاب الترتيب في قضائها يوجب سبع صلوات فاذا كان الترتيب يسقط بست فاولى أن يسقط بسبع والطائفة الاخرى لم يعتبروا الا تحقق فوائت ستة والاولون أوجه لان المعنى الذي لاجله سقط الترتيب بالست موجود في ايجاب سبع فظهر بهذا مبنى الخلاف على وجه الصحة كما ذكر في شرح الكنز والله أعلم (قوله زجرا له عن التهاون) والفتوى على الاول كذا في الكافي وغيره لان هذا ترجيح بلا مرجح وما قالوا يؤدي الى التهاون لا الى الزجر عنه فان من اعتاد تفويت الصلاة وغلب على نفسه التكاسل لو أفتي بعدم الجواز يفوت أخرى وهلم جرا حتى يبلغ حد الكثرة (قوله وهو الاظهر) خلاف ما اختاره شمس الائمة وفخر الاسلام وصاحب المحيط وقاضيخان وصاحب المغني والكافي وغيرهم وما استدل به عن محمد فيه تطرنذكره (قوله على كل حال) أي سواء قدم أو أخر (والوقتيات فاسدة ان قدمها) أي على الفوائت وجه الاستدلال أنه اذا قدم الوقتية صارت هي سادسة المتروكات فسقط الترتيب فعلى تقدير أن لا يعود كان ينبغي أنه اذا قضى بعدها فائتة حتى عادت المتروكات الى خمس أن تجوز الوقتية الثانية قدمها أو أخرها وان وقعت بعد عدة لا توجب سقوط الترتيب أعني خمسا أو أربعا لسقوط الترتيب قبل أن يصير الى الخمس وجه النظر أنه لم يسقط الترتيب أصلا فان سقوطه بخروج وقت السادسة وهو لم يخرج حتى صارت خمسا بقضاء الفائتة ولا يمكن تخريجه على ما روي عن محمد من اعتبار دخول وقت السادسة لانه لو كان كذلك لم تفسد الوقتيات اه فيه بحث لان قوله فان سقوطه بخروج وقت السادسة الخ ممنوع بل ذلك اذا لم يؤدها فاسدة في الوقت فاذا أداها كذلك يحكم بفواتها اذا لم يعدها فيه بالترتيب تأمل

(قوله لانه متى أدى صلاة من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات الا أنه لما قضى متروكه بعدها عادت المتروكات خمسا لا يزال هكذا فلا يعود الى الجواز) أقول قال ابن الهمام وفيه نظر لانه لم يسقط الترتيب أصلا فان سقوطه بخروج وقت السادسة وهو لم يخرج حتى صارت خمسا بقضاء الفائتة ولا يمكن تخريجه على ما روي عن محمد من اعتبار دخول وقت السادسة لانه لو كان كذلك لم تفسد الوقتيات اه فيه بحث لان قوله فان سقوطه بخروج وقت السادسة الخ ممنوع بل ذلك اذا لم يؤدها فاسدة في الوقت فاذا أداها كذلك يحكم بفواتها اذا لم يعدها فيه بالترتيب تأمل

(أنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها) والظن متى لاقى فصلا مجتهدا فيه وقع معتبرا وان كان خطأ والترتيب لا يوجبه الشافعي فكان ظنه موافقا لرأيه فصار كما اذا عفا أحد من له القصاص وظن صاحبه أن عفو صاحبه غير مؤثر في حقه فقتل ذلك القاتل لا يقتص منه ومعلوم أن هذا قتل بغير حق لكن لما كان متأولا ومجتهدا فيه صار ذلك الظن مانعا وجوب القصاص كذا في المبسوط ونوقض بما اذا صلى الظهر بغير وضوء ناسيا ثم صلى العصر على وضوء ذاكرا للظهر وهو يحسب (٣٥٣) أنه يجزئه فعليه أن يعيدهما جميعا

لانه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها (ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت) وهي مسئلة الترتيب

أن الترتيب اذا سقط لا يعود كماء نجس دخل عليه ماء جار حتى سال ثم عاد قليلا لم يعد نجسا فلذا صحح في الكافي أنه لا يعود ولا يخفى أن ابطال الدليل المعين لا يستلزم بطلان المدلول فكيف بالاستشهاد وحاصله بطلان أن يكون ذلك نصا من محمد في المسئلة فليكن كذلك فهو غير منصوص عليه من المتقدمين لكن الوجه يساعده بجعله من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته وذلك أن سقوط الترتيب كان بعلة الكثرة المفضية الى الحرج أو انها مظنة تفويت الوقتية فلما قلت زالت العلة فعاد الحكم الذي كان قبل وهذا مثل حق الحضانة الثابت لمحرم الصغير من النساء ينتهي بالتزوج فاذا زال التزوج عاد لا أنه سقط فيكون متلاشيا فلا يتصور عوده الا لسبب آخر (قوله لانه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها) محمول على ما اذا كان جاهلا أما لو اعتقد وجوب الترتيب كانت أيضا فاسدة وعليه أن يقال اذا كان الفرض جهل وجوب الترتيب وأنه معتبر في صحة العشاء اذا أخرها المصادفته محل اجتهاد فلا وجه للفصل بين تقديمها وتأخيرها بل يجب أن يصح وان قدمها لان الفرض أنه جاهل وجوب الترتيب بينها وبين الفائتة التي بقيت عليه والجواب يعلم من جوابهم لطلب الفرق بين ما لو صلى الظهر بغير طهارة ثم صلى العصر ذاكرا لها حيث تجب اعادة العصر وان ظن عدم وجوب الترتيب وما لو صلى هذه الظهر بعد هذه العصر ولم يعد العصر حتى صلى المغرب ذاكرا لها حيث تصح المغرب اذ قالوا ان فساد الظهر قوي لعدم الطهارة فصلح استتباعه لفساد العصر بخلاف فساد العصر فانه ضعيف لقول طائفة من الائمة بعدمه فلم يصح مستتبعا فساد المغرب فيؤخذ منه أن مجرد كون المحل مجتهدا فيه لا يستلزم اعتبار الظن الخطأ فيه من الجاهل بل ان كان المجتهد فيه ابتداء لا يعتبر الظن فيه وان كان مما ينبني على المجتهد ويستتبعه اعتبر ذلك الظن لزيادة الضعف ففساد العصر هو المجتهد فيه ابتداء وفساد المغرب بسبب ذلك فاعتبر وكذا ما نحن فيه فانه اذا أخر العشاء ففسادها بسبب فساد الوقتيات وفساد الوقتيات هو الفساد المجتهد فيه فهي نظير العصر في المسئلة المذكورة واذا قدمها ففسادها حينئذ لوجود الفائتة بيقين وهي آخر المتروكات والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله الا اذا كان في آخر الوقت) يعني أصل الوقت وعند الحسن وهو رواية عن محمد آخر الوقت المستحب حتى لو تذكر في وقت العصر أن عليه قضاء الظهر وعلم أنه لو اشتغل بها يقع العصر قبل الغروب في الوقت المكروه لا يسقط الترتيب فيصلي الظهر في المستحب والعصر في المكروه وعند الحسن يسقط الترتيب فيصلي العصر في المستحب ويؤخر الظهر الى ما بعد الغروب ولو كان بقي من الوقت المستحب ما لا يسع الظهر سقط الترتيب بالاتفاق لعدم جواز الظهر في المكروه ولو شرع في العصر ذاكرا للظهر والشمس حمراء وغربت وهو فيها أتمها طعن فيه عيسى بن أبان فقال بل يقطعها ثم يبدأ بالظهر لان ما بعد الغروب وقت مستحب وهو ذاكر للظهر وهو القياس وجه الاستحسان أنه لو قطعها تكون كلها قضاء ولو مضى فيها كان بعضها في الوقت فكان أولى ولانه حين شرع كان مأمورا بها مع العلم بأن الكل لا يقع في الوقت فلو كان هذا المعنى مانعا لما أمر به (قوله وهي مسئلة الترتيب) وانما

وعلى قياس ما ذكرنا هنا انه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها كان ينبغي أن لا يجب عليه قضاء العصر ثانيا لما أنه لما قضى الظهر قد وقع في ظنه أنه قضى جميع ما عليه ولم يبق عليه شئ من الفائتة والترتيب غير واجب على مذهب الشافعي فكان ظنه ههنا موافقا لمذهبه كما ذكرتم وأجيب بأن فساد الصلاة بترك الطهارة فساد قوي مجمع عليه فظهر أثره فيما يؤدى بعده وأما فسادها بسبب ترك الترتيب فضعيف مختلف فيه فلا يتعدى حكمه الى صلاة أخرى قوله (ومن صلى العصر) مسئلة الترتيب ولكن ذكرها تمهيد للاختلاف المذكور بعدها وفي ضيق الوقت كلام لم يتكلم به فيما مضى فلنتكلم به ههنا وهو أن الاعتبار في ضيق الوقت لاصل الوقت أو للوقت المستحب حكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاعتبار بأصل الوقت وعند محمد بالوقت المستحب

(٤٥ — فتح القدير اول) وعلى هذا فيما نحن فيه من المسئلة ان أمكنه أداء الظهر والعصر قبل تغير الشمس فعليه مراعاة الترتيب وان كان لا يمكنه أداء الصلاتين قبل غروب الشمس يسقط الترتيب وعليه أداء العصر وان أمكنه أداء الظهر قبل تغيرها وتقع

(قوله فلا يتعدى حكمه الى صلاة أخرى) أقول فعلى هذا ينبغي أن يصح العشاء قدمت أو أخرت والحق ان الجواب يحتاج الى تفصيل ذكر في فتح القدير فراجعه (قوله سقط الترتيب) أقول بالاتفاق (قوله وعليه أداء العصر) أقول بالاتفاق

العصر أو بعضها بعد تغيرها فعليه مراعاة الترتيب عندهما خلافا لمحمد لان معنى الكراهة يسقط الترتيب كخوف فوت أصل الوقت وان لم يمكنه أداء الظهر قبل تغيرها يسقط الترتيب لان أداء شئ من الظهر بعد تغير الشمس لا يجوز بالاتفاق لان ذلك الوقت وقت عصر اليوم ليس الا وقوله (واذا فسدت الفرضية لا يبطل أصل الصلاة) يعني ينقلب نفلا (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يبطل) والفائدة أيضا تظهر فيما اذا فهقه قبل أن يخرج من الصلاة فانه ينقض طهارته عندهما خلافا لمحمد لان التحريمة عقدت للفرض وهو واضح وكل ما عقد لاجله التحريمة اذا بطل بطلت التحريمة لان التحريمة وسيلة الى تحصيله واذا بطل المقصود بطلت الوسيلة (ولهما أن التحريمة عقدت لاصل الصلاة موصوفا بصفة الفرضية وليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل) وفيه بحث من وجهين الاول أن الوصف يجوز أن يكون محصلا لاصله فكان كالفصل المنوع فيبطل الاصل ببطلانه والثاني أن وصف الفرضية اما أن يكون له مدخل فيما انعقدت التحريمة لاجله أو لا سبيل الى الثاني لان وقت الصلاة ظرف فلا بد من التمييز بوصف يحصل به تعيين ما أحرم له فلو لم يكن له مدخل في ذلك لجاز الاحرام بدون التعيين فلا يثبت تفريغ الذمة فتعين الاول فكان جزأ والكل ينتفي بانتفاء جزئه والجواب عن الاول أن الوصف لا يجوز أن يكون محصلا لان المحصل يجب تقديمه والوصف لا يتقدم على الموصوف وعن الثاني بأن للموصوف مدخلا لما انعقد به التحريمة لا من حيث تحصيله حتى يكون جزأ بل من حيث نفي (٣٥٤) غيره مما يزاحمه في الوقت وان لم يكن جزأ لا يلزم من انتفائه انتفاء الكل (ثم) اذا

فسد (العصر بفسد فسادا موقوفا) عند أبي حنيفة (حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وقالا فساد اباتا لا جواز له بحال) لان سقوط الترتيب حكم الكثرة وكل ما هو حكم لعلة يتأخر عن علته فسقوط الترتيب انما يكون فيما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها وهو القياس ولابي حنيفة أن الكثرة علة لسقوط الترتيب وقد حصلت فيترتب عليها السقوط وهي كما جاز أن تكون علة لما سيأتي من الصلوات جاز أن تكون

(واذا فسدت الفرضية لا يبطل أصل الصلاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يبطل) لان التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت ولهما انها عقدت لاصل الصلاة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل (ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا عند أبي حنيفة وعندهما يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال) وقد عرف ذلك في موضعه (ولو صلى الفجر وهو ذاكر أنه لم يوتر فهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله) خلافا لهما وهذا بناء على أن الوتر واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن

ذكرها ليصل بها مسئلة بطلان الوقت (قوله واذا فسدت الفرضية) بتذكر الفائتة فيها (لا يبطل أصل الصلاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يبطل) حتى لو قهقه بعد التذكر لا تنتقض طهارته (قوله فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل) يعني ليس الموجود مما يبطل أصل الصلاة كالحدث بل وصف الفرضية ولا تلازم بين بطلان الوصف وبطلان الاصل كالكفر بالصوم اذا أيسر في خلال اليوم لا يبطل صومه فيصير مفطرا بل يبطل وصف وقوعه كفارة ويدل على ذلك حديث ابن عمر أول الباب حيث قال فلتم صلاته ثم ليعد التي صلاها مع الامام (قوله ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا) بخلاف ما لو أعاد الظهر قبل أن يصلي السادسة فانه يفسد الخمس ولو صلى السادسة قبل الاشتغال بالقضاء صح الخمس وهذا ما يقال صلاة واحدة تفسد خمسا وواحدة تصح خمسا ووجه قولهما وهو القياس أن سقوط الترتيب حكم والكثرة علة له فانما يثبت الحكم اذا ثبتت العلة في حق ما بعدها لا في حق نفسها

لكل واحدة من آحادها لا يقال كل واحدة من آحادها جزؤها متقدم عليها فكيف يكون معلولا لها لانها جزؤها من حيث الوجود ولا كلام فيه وانما الكلام من حيث الجواز وذلك متأخر لانه لم يكن ثابتا للكل واحدة منها قبل الكثرة وهذا استحسان وهو معنى معقول وثبوت جواز الصلاة وفسادها بطريق التبيين غير عزيز في الشرع ألا ترى أن من صلى المغرب بعرفات يتوقف فان أفاض الى المزدلفة في وقت العشاء تنقلب صلاته نفلا ويلزمه اعادتها مع العشاء في المزدلفة وان لم يفض اليها بل توجه من طريق آخر الى مكة صحت وكذلك من صلى الظهر في منزله يوم الجمعة فان سعى اليها قبل فراغ الامام انقلبت الظهر نفلا والا بقيت فرضا وكذلك المعتادة اذا انقطع دمها دون عادتها وصلت ثم عاودها الدم تبين أنها لم تكن صحيحة وان لم يعاودها كانت صحيحة وقوله (وقد عرف ذلك في موضعه) يعني في كتاب الصلاة وقوله (ولو صلى الفجر وهو ذاكر) ظاهر وقوله (ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن) يعني أن الترتيب المستحق هو ما يكون بين الفرائض لا غير

(قوله لان التحريمة وسيلة الخ) أقول ولا ينتقض بالوضوء لانه ليس وسيلة لهذه الصلاة فقط بخلاف التحريمة (قوله والجواب عن الاول ان الوصف لا يجوز أن يكون محصلا لان المحصل يجب تقدمه والوصف لا يتقدم على الموصوف) أقول فيما يقول الشارح في الاوصاف النفسية (قوله جاز أن يكون لكل واحدة من آحادها) أقول يعني بطريق الاولى ثم المناسب أن يقال جاز أن يكون علة لكل واحدة الخ والظاهر أن لفظة العلة سقطت من قلم الناسخ (قوله لانها جزؤها من حيث الوجود الخ) أقول وجوده الشرعي متأخر أيضا عنها كما لا يخفى

وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين أنه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر فرض على حدة عنده وعندهما يعيد الوتر أيضا لكونه تبعا للعشاء والله أعلم

﴿باب سجود السهو﴾

(يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام

كما اذا رأى عبده يبيع فسكت ثبت الاذن فيما يبيع بعد هذا البيع لما فيه نفسه وكذا صيرورة الكلب معلما بترك الاكل ثلاثا على حل أكل مأخوذه وأثره في حل ما بعد الثالثة وجه قوله وهو الاستحسان أن المسقط الكثرة وهي قائمة بالكل فوجب أن تؤثر السقوط ولهذا لو أعادها بلا ترتيب جازت عندهما أيضا وهذا لان المانع من الجواز قلتها وقد زالت فيزول المنع ولا يمتنع أن يتوقف حكم على أمر حتى يتبين حاله كتعجيل الزكاة الى الفقير يتوقف كونها فرضا على تمام الحول والنصاب تام فان تم على تمامه كان فرضا والا نفلا وكون المغرب في طريق مزدلفة فرضا على عدم اعادتها قبل الفجر فان أعادها كانت نفلا والظهر يوم الجمعة على عدم شهودها فان شهدها كان نفلا وصحة صلاة المعذور اذا انقطع العذر فيها على عوده في الوقت الثاني فان لم يعد فسدت والاصحت وكون الزائد على العادة حيضا على عدم مجاوزة العشرة فان جاوز فاستحاضة والاحيض وصحة الصلاة التي صلتها صاحبة العادة فيما اذا انقطع دمها دون العادة فاغتسلت وصلت على عدم العود فان عاد ففاسدة والا صحيحة ولا يخفى على متأمل أن هذا التعليل المذكور يوجب ثبوت صحة المؤديات بمجرد دخول وقت سادستها التي هي سابعة المتروكة لان الكثرة تثبت حينئذ وهي المسقطة من غير توقف على أدائها كما هو المذكور في التصوير في سائر الكتب وأنه لا تتوقف الصحة على ما اذا كان ظانا عدم وجوب الترتيب عنده بخلاف ما اذا ظنه فانه لا يصح كما نقله في المحيط عن مشايخهم فان التعليل المذكور يقطع باطلاق الجواب سواء ظن عدم الوجوب أولا ﴿فروع﴾ ترك الصلاة عمدا كسلا يضرب ويحبس حتى يصليها لا يقتل الا اذا جحد أو استخف وجوبها صبي نام فاحتلم بعد ما صلى العشاء ولم يستيقظ حتى طلع الفجر يقضي العشاء وهي واقعة محمد بن الحسن فسأل عنها الامام فأجابه بذلك أسلم في دار الحرب جاهلا بالشرائع لم يقض خلافا لزفر قاسه على ما لو أسلم فينا قلنا الخطاب انما يلزم بالعلم به أو بدليله ولم يوجد بخلاف المسلم فينا فان عنده دليله صلى وارتد وأسلم في الوقت يعيد خلافا للشافعي فان أسلم بعد ذلك لا يقضي ما فاته زمان الردة خلافا له بناء على حبط ذلك المؤدى بالردة فلم يبق شيء ثم أدرك وقت الوجوب وهو آخر الوقت مسلما فيتوجه عليه الخطاب اذ أدرك السبب خاليا عن الاداء فتعلق به خطاب الوضع فلزمه حكمه بخلاف ما بعده لانه لم يخاطب في حال كفره بالشرائع عندنا وعلى هذا يجب على كل من ارتد ثم أسلم اعادة حجه لان نسبة الوقت الى الصلاة كنسبة العمر الى الحج فحبط ثم أدرك وقته مسلما فلزمه

﴿باب سجود السهو﴾

(قوله يسجد للسهو) مقيد بما اذا كان الوقت صالحا حتى ان من عليه السهو في صلاة الصبح اذا لم يسجد حتى طلعت الشمس بعد السلام الاول سقط عنه السجود وكذا اذا سها في قضاء الفائتة فلم يسجد حتى احمرت وكذا في الجمعة اذا خرج وقتها وكل ما يمنع البناء اذا وجد بعد السلام يسقط السهو وليس من شرط السجود أن يسلم ومن قصده السجود بل لو سلم ذاكرا للسهو ومن عزمه أن لا يسجد كان عليه أن يسجد ولا يبطل سجوده كمن شرع في الصلاة ومن عزمه أن يفسدها لا تفسد الا بتحقيق ذلك القصد

وقوله (وعلى هذا) أي على هذا الاختلاف وهو أن الوتر واجب عنده سنة عندهما وقوله (فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر) لان الوتر اذا كان واجبا عنده صار كأنه صلى فرضا بنسيان فرض آخر وعندهما يعيد الوتر أيضا لان دخول وقته بعد أداء العشاء على وجه الصحة ولم يوجد فكان مصليا قبل وقته

﴿باب سجود السهو﴾

لما فرغ عن ذكر القضاء والاداء شرع في بيان ما يكون جابرا لنقصان يقع فيهما وهذه الاضافة اضافة الحكم الى السبب وهي الاصل في الاضافات لان الاضافة للاختصاص وأقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بالسبب قوله (يسجد للسهو) ظاهر

وقوله (فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله) اعترض عليه بوجهين أحدهما ان في المعارضة بين الجنبين المصير الى ما بعدهما وههنا صير الى ما قبلهما وهو القول لانه موجب دون الفعل والثاني أنه يلزم الترجيح بكثرة الادلة وهو غير جائز وأجيب عن الاول بان ذلك انما يكون اذا لم تكن جهة فوقهما وأما اذا كان فقد يصار اليه وهو خلاف ما عليه أهل الاصول كلهم وعن الثاني بأنا لم نجعل القول مرجحا للفعل حتى لزم ذلك وانما جعلناه حجة بعد (٣٥٦) تعارض الفعلين وتهاترهما وقال مالك اهمال الفعلين جميعا لا يكاد يصح فيحمل ما رواه الشافعي على ما اذا كان السهو بنقصان وما رواه أصحابنا على ما اذا كان بالزيادة وهو محجوج بالقول فانه لا يفصل روى ثوبان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لكل سهو سجدتان بعد السلام وقوله (ولان سجود السهو مما لا يتكرر) دليل معقول على أولوية التأخير وبيانه أن سجود السهو كان ينبغي أن لا يتأخر عن زمان وجود العلة وهي السهو الا أنه تأخر لضرورة أن لا يتكرر لانه اذا سجد زمان سهوه وأمكن أن يسهو بعده فان سها فاما أن يسجد ثانيا أولا فان لم يسجد بقي نقص لازم لاجبر له وان سجد تتكرر السجدة وهو غير مشروع بالاجماع فلزم التأخير وهذا المعنى الذي اقتضى التأخير عن زمان العلة اقتضى التأخير

ثم يتشهد ثم يسلم) وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روى أنه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام لكل سهو سجدتان بعد السلام وروى أنه عليه السلام سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله سالما ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر

بالفعل ونيته لغو (قوله ثم يتشهد) اشارة الى أن السهو يرفع التشهد وأما رفع القعدة فلا بخلاف السجدة الصلبية وسجدة التلاوة اذا تذكرهما أو احداهما في القعدة فسجد فانه ما يرفعان القعدة حتى يفترض القعود بعدهما لان محلهما قبلهما وعلى هذا لو سلم بمجرد رفعه من سجدة السهو يكون تاركا للواجب فلا تفسد بخلاف ما اذا لم يقعد بعد تلك السجدتين حيث تفسد بترك الفرض وهذا في سجدة التلاوة على احدى الروايتين وهو المختار (قوله روى انه صلى الله عليه وسلم سجد للسهو قبل السلام) في الكتب الستة واللفظ للبخاري عن عبد الله بن بحينة أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر فقام في الركعتين الاوليين ولم يجلس فقام الناس معه حتى اذا قضى الصلاة وانتظر الناس تسليمه كبر وهو جالس فسجد سجدتين قبل أن يسلم وروى أنه سجد بعد السلام في الستة أيضا حديث ذي اليدين انه صلى اثنتين أخريين ثم سلم ثم كبر ثم سجد وفي رواية لمسلم وأبي داود والنسائي أنه صلى الله عليه وسلم صلى العصر فسلم من ثلاث الى أن قال فصلى ركعة ثم سلم ثم سجد سجدتين ثم سلم وأما قوله صلى الله عليه وسلم لكل سهو سجدتان بعد السلام فرواه أبو داود وابن ماجه عن اسمعيل بن عياش من حديث ثوبان أنه صلى الله عليه وسلم قال لكل سهو سجدتان بعد السلام قال البيهقي انفرد به اسمعيل بن عياش وليس بالقوي ونحن نمنع ذلك مطلقا بل الحق في ابن عياش توثيقه مطلقا كما هو عن أشد الناس مقالة في الرجال يحيى بن معين قال عباس عن يحيى بن معين ثقة وتوهينه عن أبي اسحق الفزاري لا يقبل وناهيك بأبي زرعة وقال لم يكن بالشام بعد الاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز أحفظ من اسمعيل بن عياش وغاية ما عن ابن معين فيه قوله عن الشاميين حديثه صحيح وخلط عن المدنيين وقد استقر رأي ابن حنبل وكثير على هذا التفصيل وروايته لهذا الحديث عن الشاميين رواه عن عبيد الله بن عبيد الكلاعي وهو الشامي الدمشقي وثقه دحيم وقال ابن معين ليس به بأس عن زهير بن سالم العنسي بالنون وهو أبو الخارق الشامي ذكره ابن حبان في الثقات عن عبد الرحمن بن جبير بن نفير الحضرمي أبو حميد ويقال أبو حميرا الحمصي قال أبو زرعة والنسائي ثقة وقال أبو حاتم صالح الحديث وذكره ابن حبان في الثقات وقال محمد بن سعد كان ثقة وبعض الناس يستنكر حديثه ولم يلتفت اليه فقد روى له البخاري في الادب وهو عن ثوبان وفي صحيح البخاري في باب التوجه نحو القبلة حيث كان عن ابن مسعود رضي الله عنه صلى النبي صلى الله عليه وسلم قال ابراهيم لا أدري زاد أو نقص فلما سلم قيل له يا رسول الله أحدث في الصلاة شيء قال وما ذاك قالوا صليت كذا وكذا فثنى رجليه واستقبل القبلة وسجد سجدتين ثم سلم ثم أقبل الينا وقال فاذا نسيت فذكروني واذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب فليتم عليه ثم ليسلم ثم يسجد سجدتين فهذا تشريع عام فقوله له بعد السلام عن سهو الشك والتحري ولا قائل بالفصل بينه وبين تحقق الزيادة والنقص فقد تم أمر هذا الحديث في حق حجيته (قوله فتعارضت روايتا فعله الخ) لما وقع الاستدلال

قال المصنف (ثم يتشهد ثم يسلم) أقول قال ابن الهمام اشارة الى أن سجود السهو رفع التشهد وأما رفع القعدة فلا بخلاف السجدة الصلبية وسجدة التلاوة اذا تذكرهما أو احداهما في القعدة فسجد فانه ما يرفعان القعدة حتى يفترض القعود بعدهما لان محلهما قبلهما بقوله وعلى هذا لو سلم بمجرد رفعه من سجدة السهو يكون تاركا للواجب ولا يفسد بخلاف ما اذا لم يقعد بعد تلك السجدتين حيث تفسد لترك الفرض وهذا في سجدة التلاوة على احدى الروايتين وهو المختار اه وفي الاشارة كلام بل لا يبعد أن يدعى الاشارة الى رفع القعدة لان التشهد لا يوجد الا فيها

بقوله صلى الله عليه وسلم عقيب استدلالهم بالفعل وكان دليلهم أقوى من جهة الثبوت مع قيام دليل عدم الخصوصية اذ قد شاركوه في ذلك لانهم كانوا مقتدين به استشعر أن يقال دليلنا أرجح ثبوتا وترجيح القول على الفعل عند المساواة في القوة فقال ذلك لو سلم دليلكم من المعارض لكن روى أنه صلى الله عليه وسلم سجدهما بعد السلام وهو يعادله فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله الاحط رتبة في الثبوت من ذلك الفعل لسلامته من المعارض لا لترجحه بالفعل المروي ثانيا ولا لترجيح ذلك الفعل به ليكون ترجيحا بكثرة الرواة فظهر بهذا التقرير أنه انما صير الى ما بعد الدليلين المتعارضين لا الى ما فوقهما فاندفع الاشكالان القائلان ان الرسم في المعارضة أن يصار الى ما بعد المتعارضين كالسنة عند تعارض نصي الكتاب والقياس عند تعارض السنة لا الى ما فوقهما والقول فوق الفعل فكيف وقف الصيرورة اليه على تعارض الفعلين وان كان ترجيحا فالترجيح بكثرة الرواة باطل عندنا فان قيل اذا سقط النظر الى الفعل الموافق لرأينا للزوم التساقط بالتعارض يلزم كون السجود يلزم بعد السلام فانه حينئذ مقتضى الدليل القولي فينافيه كون الخلاف في الاولوية حتى لو سجد قبل السلام عندنا يجوز فالجواب ما قدروى في غير رواية الاصول أنه قبل السلام لا يجوز فلا اشكال على هذه وعلى ما هو الظاهر فلزوم التساقط عند عدم امكان العمل بالمتعارضين جميعا وهنا يمكن اذ المعنى المعقول من شرعية السجود وهو الجبر لا ينتفي بوقوعهما قبل السلام فيجوز كون الفعلين بيانا لجواز الامرين وأولوية أحدهما وهو ايقاعه بعد السلام هو المراد بالقول ويؤكده المعنى المذكور في الكتاب وتقريره أن سجود السهو تأخر عن زمان العلة وهو وقت وقوع السهو فاديا عن تكراره اذ الشرع لم يرد به فأخر ليكون جبرا لكل سهو يقع في الصلاة وما لم يسلم فتوهم السهو ثابت ألا ترى أنه لو سجد للسهو قبل السلام ثم شك أنه صلى ثلاثا أو أربعا فشغله ذلك حتى أخر السلام ثم ذكر أنه صلى أربعا فانه لو سجد بهذا النقص بتأخير الواجب تكرر وان لم يسجد بقي نقصا لازما غير مجبور فاستحب أن يؤخر بعد السلام لهذا المجوز وهذا دليل أن الخلاف في الاولوية وفي الخلاصة لو سجد قبل السلام لا تجب اعادتها بعد السلام فان قلت لم يحمل اختلاف الفعلين على التوزيع على موردهما وموردا السجود قبل السلام كان في النقص ومورده بعده كان للزيادة على ما تقدم في الخبرين المذكورين وهذا التفصيل قول مالك وهذا المأخذ مأخذه فالجواب كان ذلك متحتما لو لم يثبت قوله صلى الله عليه وسلم لكل سهو أو في كل سهو سجدتان بعد السلام فلما ورد ذلك لزم حمل اختلاف الفعلين على بيان جواز كلا الامرين غير أن الاولى وقوعه بعد السلام ولا يخفى أن بهذا الذي صرنا اليه يقع الجمع بين كل المرويات القولية والفعلية وذلك واجب ما أمكن بخلاف ما ذهب اليه مالك والشافعي فان قلت كما تعارضت روايتا فعله كذلك تعارضت روايات قوله فان في الصحيح حديث الخدري عنه صلى الله عليه وسلم اذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثا أو أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم وغيره أيضا فالجواب الكلام في سجود السهو على الاطلاق لم يعارض حديث ثوبان فيه دليل قولي أنه على الاطلاق محله قبل السلام وهذا الحديث وسائر أمثاله من القوليات خاصة في الشك وليس الكلام الآن في هذا على أن القولية في الشك قد تعارضت أيضا روى أبو داود والنسائي عن عبد الله بن جعفر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعد ما يسلم ورواه أحمد في مسنده قيل وابن خزيمة في صحيحه وقال البيهقي اسناده لا بأس به وأحسن منه ما في البخاري من حديث ابن مسعود رضي الله عنه صلى النبي صلى الله عليه وسلم فزاد أو نقص فلما سلم قيل يا رسول الله أحدث شئ في الصلاة فقال وما ذاك قالوا صليت كذا وكذا قال فثنى رجليه واستقبل القبلة وسجد سجدتين ثم سلم ثم أقبل علينا بوجهه فقال انه لو حدث شئ أنبأتكم به ولكن انما أنا بشر أنسى كما تنسون فاذا نسيت فذكروني

عن السلام حتى لو سها عن السلام بالقيام الى الخامسة لزمه السجدة لتأخير السلام فيؤخر عنه لينجبر النقصان به (وهذا الخلاف) بيننا وبين الشافعي (في الاولوية) أما لو أتى بها قبل السلام جاز عندنا أيضا في رواية الاصول وروى أنه لا يجزئه لانه أداه قبل وقته وجه رواية الاصول أنا لو لم نجزه لامرنا بالاعادة وتكرر السجود ولم يقل به أحد فلأن يكون فعله على وجه قال به بعض العلماء أولى من أن يكون على وجه لم يقل به أحد منهم وقوله (هو الصحيح) احتراز عما اختاره فخر الاسلام وشيخ الاسلام وصاحب الايضاح وهو أن يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه عند فخر الاسلام لان التحريف لمعنى التحية لا التحليل يعني أن للسلام حكمين التحية للقوم والتحليل والاول ليس بمراد في هذا السلام لانه قاطع للاحرام والتحليل لا يتكرر فلا حاجة الى تكرار السلام واذا بطل معنى التحية لا ينحرف وجه الصحيح ما قاله المصنف صرفا للسلام المذكور يعني في الحديث الى ما هو المعهود في الصلاة ونسب صدر الاسلام قائل التسليمة الواحدة الى البدعة وقوله (ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم) اختلفوا في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعوات انها في قعدة الصلاة أو في قعدة السهو فقال الطحاوي يأتي بهما فيهما لان كل قعدة في آخرها سلام ففيها صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وقال الكرخي في قعدة السهو واختاره فخر الاسلام والمصنف وقال وهو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلاة ومنهم من قال في المسئلة اختلاف بين العلماء عند أبي حنيفة وأبي يوسف في القعدة الاولى وعند محمد في الاخيرة بناء على أصله وهو أن سلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة عندهما فكانت القعدة الاولى قعدة الختم وعند محمد على خلافه وفيه نظر لان الاصل المذكور متقرر فلو كانت هذه المسئلة مبنية على ذلك لكان الصحيح مذهبهما قال (ويلزمه السهو) هذا بيان ما ذكر في أول الباب بقوله يسجد للسهو للزيادة والنقصان فانه لم يعلم من ذلك أنه أي زيادة قاضيخان ونقصان يوجبه ففسره ههنا بان المراد زيادة فعل من جنس الصلاة ليس منها كما اذا أتى بركوعين أو بثلاث سجدات (وهذا) أي قوله يلزمه السهو (يدل على أن سجدة السهو واجبة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول من قال من أصحابنا انه سنة (وقوله لانها تجب) ظاهر

عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلاة على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلاة قال (ويلزمه السهو اذا زاد في صلاته فعلا من جنسها ليس منها) وهذا يدل على أن سجدة السهو واجبة هو الصحيح لانها تجب لجبر نقص تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب

واذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر صواب فليتحر الصواب فليتم عليه ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتين وهو الذي ذكرناه آنفا مختصرا (قوله هو الصحيح) احتراز عما قاله شيخ الاسلام وقيل والجمهور ومنهم فخر الاسلام أنه يأتي بتسليمة واحدة ثم اختار فخر الاسلام كونها تلقاء وجهه ولا ينحرف لان الانحراف لقصد التحية والمراد هنا مجرد التحليل ومختار المصنف مختار شمس الائمة وصدر الاسلام أخي فخر الاسلام ونسب القائل بالتسليمة الى البدعة فدفعه أخوه فخر الاسلام بأنه مشار اليه في الاصل في كتاب الصلاة فتفصينا عن عهدة البدعة وجه مختار المصنف ما قاله من صرف السلام يعني المذكور في حديث ثوبان الى ما هو المعهود والسلام المعهود في الصلاة تسليمتان (قوله هو الصحيح) احتراز عما قال الطحاوي في القعدتين لان كلا منهما آخر وقيل قبل السجود عندهما وعند محمد بعده لان سلام من عليه السهو يخرجه عندهما خلافا له وقول الطحاوي أحوط كذا في فتاوى قاضيخان (قوله اذا زاد في صلاته فعلا من جنسها) كسجدة أو ركع ركوعين ساهيا ثم اذا ركعهما فالمعتبر الاول في رواية باب الحدث في الصلاة وفي رواية باب السهو الثاني وعلى هذا فاذا كرر من أنه لو قرأ المسنون ثم ركع ثم أحب أن يزيد في القراءة فقرأ لا يرتفض الاول انما هو على رواية باب الحدث (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول القدوري انه سنة عند عامة أصحابنا (قوله لانها تجب الا بترك واجب) فلا يجب بترك التعوذ والبسملة في الاولى والثناء وتكبيرات الانتقالات الا في تكبيرة ركوع الركعة الثانية من صلاة العيد فانها ملحقة بالزوائد على ما عرف وفي كل تكبيرة زائدة من صلاة العيد السجود وكذا فيها كلها بخلاف تكبيرة ركوع الاولى ومن ذلك ما لو سلم عن الشمال أو لاساهيا وتقدمت ولو ترك القومة ساهيا بأن انحط من الركوع ساجدا ففي فتاوى

(قوله فلان يكون فعله على وجه قال به بعض العلماء أولى من أن يكون على وجه لم يقل به أحد منهم) أقول فيكون خلاف أبي حنيفة مبنيا على قول الشافعي الذي وجد بعده ولم يقبله الشافعي في مواضع الا أن يكون مراده ببعض العلماء سلف الشافعي في هذا القول (قوله بناء على أصل وهو أن سلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة عندهما) أقول لا يقال تعليل المصنف بقوله لان الدعاء موضعه آخر الصلاة يدل على انه لم يخرج بالسلام عن الصلاة فكان اختيارا منه لمذهب محمد والله أعلم لان عندهما سلامه انما يخرجه خروجا موقوفا لا بانا على ما سيجيء تفصيله فيستقيم التعليل المذكور على مذهبهما أيضا

أو تأخيره أو تأخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تأخير ركن أو ترك واجب قال (ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا) كانه أراد به فعلا واجبا الا أنه أراد بتسميته سنة أن وجوبها ثبت بالسنة قال (أو ترك قراءة الفاتحة) لانها واجبة (أو القنوت أو التشهد أو تكبيرات العيدين) لانها واجبات لانه عليه السلام واظب عليها

قاضيخان ان عليه السجود عند أبي حنيفة ومحمد وهو يقتضي وجوبها عندهما وقد قدمنا بحثا أن وجوبها مقتضى الدليل أما عند أبي يوسف فتفسد لانها فرض عنده ولا تجب بترك رفع اليدين في العيدين وغيرهما (قوله أو تأخيره) كتأخير سجدة صلبية من الاولى أو تأخير القيام الى الثالثة بسبب الزيادة على التشهد ساهيا ولو بحرف من الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وقيل بل بتمامها وقيل بل باللهم صل على محمد والتحقيق اندراج الكل في مسمى ترك الواجب لان عدم التأخير واجب فالتأخير ترك واجب وقالوا لو افتتح فشك أنه هل كبر للافتتاح ثم تذكر أنه كبر ان شغله التفكر عن أداء ركن من الصلاة كان عليه السهو والا فلا وكذا لو شك أنه في الظهر أو العصر أو سها في غير ذلك ان تفكر قدر ركن كالركوع أو السجود يجب عليه سجود السهو وان كان قليلا لا يجب ولو شك في هذه في صلاة صلاها قبلها لا سجود سهو عليه وان طال تفكره ولو انصرف لسبق حدث فشك أنه صلى ثلاثا أو أربعا ثم علم وشغله ذلك عن وضوئه ساعة ثم أتم وضوءه كان عليه السهو لانه في حرمتها (قوله أو ترك قراءة فاتحة الكتاب) أي في احدى أولى الفرض لا أخرييه ومطلقا في غير الفرض وكذا اذا ترك أكثرها لا أقلها وكذا ترك السورة لا باعتبار أنه ترك السورة بل باعتبار أنه ترك قراءة آية طويلة أو ثلاث آيات قصار بعد الفاتحة حتى لو قرأ من سورة هذا القدر فقط لا سهو وانما يتحقق ترك كل من الفاتحة والسورة بالسجود فانه لو تذكر في الركوع أو بعد الرفع منه يعود فيقرأ في ترك الفاتحة الفاتحة ثم يعيد السورة ثم الركوع فانهما يرتفضان بالعود الى قراءة الفاتحة وفي السورة السورة ثم يعيد الركوع لارتفاضه بالعود الى ما محله قبله على التعيين شرعا ويسجد للسهو ولو لم يتذكر واحدة منهما الا في الشفع الثاني تقدم في فصل القراءة ما يقضيه منهما فيه وما لا يقضيه وكيفية القضاء فارجع اليه ولو ترك القراءة أصلا في الاوليين قضاها في الأخريين ويصيران كالاوليين فيجهر فيهما في الجهرية ولو بدأ بحرف من السورة قبل الفاتحة فذكر فقرأ الفاتحة يسجد للسهو للتأخير وفي هذا اذا وزنته بما ذكرناه في التفكر نظر بل ينبغي أن يقرأ من السورة مقدارا يتأدى فيه ركن تجب السهو ولو كرر الفاتحة في الأخريين لا سهو وفي الاوليين متواليا عليه السهو لان فصل بينهما بالسورة للزوم تأخير الواجب وهو السورة في الاولى لا الثاني اذ ليس الركوع واجبا باثر السورة فانه لو جمع بين سور بعد الفاتحة لم يمتنع ولا يجب عليه شيء بفعل مثل ذلك في الأخريين لانه ما محل القراءة مطلقا وأصله أن القراءة ليست واجبة فيهما فلا تتقدر بقدر يجب بعده الركوع بل يسن ذلك (قوله أو القنوت) أو تكبيرته وانما يتحقق تركه بالرفع من الركوع أما لو تذكره في الركوع قبل الرفع ففيه روايتان احداهما يعود ويقنت ويعيد الركوع وقد تقدم وقيل لا يعيد الركوع والاوجه الاول اذا قلنا بوجوب القنوت وهو قول أبي حنيفة وعنهما أنه سنة ثم رجح في البدائع والفتاوى رواية عدم العود الى القنوت وجعلها ظاهر الرواية وتقدم تصحيح عدم ارتفاض الركوع لو أخذ برواية العود الى قراءته وكانه لضعف وجوب القنوت وهو به جدير ولو قرأ القنوت في الثالثة ونسي قراءة الفاتحة أو السورة أو كليهما فتذكر بعد ما ركع قام وقرأ وأعاد القنوت والركوع لانه رجع الى ما محله قبله ويسجد للسهو بخلاف ما لو نسي سجدة التلاوة ومحلها فتذكرها في الركوع أو السجود أو القعود فانه ينحط لها ثم يعود الى ما كان فيه فيعيده استحبابا (قوله أو التشهد) أو بعضه وعن أبي يوسف لا يجب عليه قالوا ان كان اماما يأخذ بهذا كي لا يلتبس على القوم ثم قد لا

وقوله (وانما وجب بالزيادة) جواب عما يرد على قوله واذا كان واجبا لا يجب الا بترك الواجب أو تأخيره فان لقائل أن يقول يجب بالزيادة أيضا ولا ترك هنا ولا تأخير فقال الزيادة لا تعرى عن تأخير ركن أو ترك واجب وقوله (ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا) بيان للنقصان الموجب للسجدة وهو ظاهر وقيل المراد بالسنة المضافة الى جميع الصلاة كالتشهد في القعدة الاولى وقوله (أو ترك قراءة فاتحة الكتاب) لبيان أنها كما تجب لترك الافعال تجب لترك الاذكار اعلم أن سجدة السهو عرفت بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نقل ذلك عنه الا في الافعال فكان القياس أن لا تجب في الاذكار لكنهم استحسنوا فيها لانها شرعت جبر النقصان ويثبت النقصان بتركها أيضا فلا بد من الجبر من السجدة وعلى هذا اذا ترك الفاتحة (أو القنوت) في الوتر (أو التشهد) في القعدة الأولى أو الثانية (أو تكبيرات العيد) تجب السجدة (لانها واجبات لمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها

من غير ترك وهي من أمارات الوجوب) وقد ذكرنا أنها تجب لترك واجب (ولانها تضاف الى جميع الصلاة) يقال تكبيرات صلاة العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة (فدل على أنها من خصائص الصلاة) لان الاضافة دليل الاختصاص والاختصاص انما يكون بالوجوب لان اختصاص الشئ بالشئ يقتضي وجوده معه والوجوب طريق للوجود والخصائص جمع خصيصة بمعنى المختص كالشريك بمعنى المشارك وقوله (وكل ذلك) أي كل المذكور من القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما (واجب وفيها سجدة) واعترض بأن اطلاق الواجب على القعدة الاخيرة سهو لانها فريضة تفسد الصلاة بتركها وأجيب بأن المراد بتركها تأخيرها بالقيام الى الخامسة فان في التأخير نوع ترك وتأخير الركن يوجب السجدة وفيه نظر لانه يتمشى بأن يكون المراد بالواجب الفرض والواجب بالترك التأخير والترك وفي ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز في موضعين وقيل يحمل كلامه على رواية الحسن عن أبي حنيفة قال تجوز صلاته اذا رفع رأسه من السجدة أي تتم صلاته بدون القعدة الاخيرة وقيل القعدة الاخيرة واجبة بحسب الكيفية أي عدم تأخيرها واجب فاذا أخرت فقد ترك هذا الواجب وفيه تحمل كما ترى وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى سنة وهو وجه القياس ووجه الصحة ما ذكرنا من المواظبة بلا ترك وقوله (لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعهما من الواجبات) لان الجهر فيما يجهر بالقراءة على الامام واجب ليستمع القوم لقراءته لكونها أقيمت مقام قراءتهم لوجود المقصود وهو الاستماع ولما قامت مقامها وجب أن تكون فرضا لكن لابد من انحطاط مرتبة الفرع عن مرتبة الاصل فكان واجبا والمخافتة انما كانت صيانة للقرآن عن لغو الكفار ولغطهم وصيانته عن ذلك واجبة وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا فان قيل روى أبو قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسمعنا الآية والآيتين في الظهر والعصر فدل فلا على أن الاخفاء لم يكن واجبا وبه أخذ الشافعي

من غير تركه مرة وهي أمارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلاة فدل على أنها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح (ولو جهر الامام فيما يخافت أو خافت فيما يجهر تلزمه سجدتا السهو) لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعهما من الواجبات

يتحقق ترك التشهد على وجه يوجب السجود الا في الاول أما التشهد الثاني فانه لو تذكره بعد السلام يقرؤه ثم يسلم ثم يسجد فان تذكره بعد شئ يقطع البناء لم يتصور ايجاب السجود ومن فروع هذا أنه لو اشتغل بعد السلام والتذكر به فلو قرأ بعضه وسلم قبل تمامه فسدت صلاته عند أبي يوسف لان بعوده الى قراءة التشهد ارتفض قعوده فاذا سلم قبل اتمامه فقد سلم قبل قعود قدر التشهد وعند محمد تجوز صلاته لان قعوده ما ارتفض أصلا لان محل قراءة التشهد القعدة فلا ضرورة الى رفضها وعليه الفتوى وعن هذا اختلفوا فيمن نسي الفاتحة أو السورة حتى ركع فذكر فقام للقراءة ثم بدا له فسجد ولم يعد الركوع قال بعضهم تفسد لانه ارتفض ركوعه بالقيام فاذا لم يعده تفسد وقال بعضهم لا يرتفض لان الرفض كان للقراءة فاذا لم يقرأ صار كأنه لم يكن وقيل الفساد قياس ارتفاض الظهر يوم الجمعة بالسعي الى الجمعة وان لم يؤد على قول أبي حنيفة وقد يفرق بان السعي الى الجمعة أقيم مقام نفسها لدليل أوجبه هناك وليس القيام أقيم مقام القراءة هذا وأما لو قرأ حين عاد الى القيام ثم لم يركع فسدت وقول من قال لا تفسد حمل على ما اذا لم يقرأ حين قام حتى سجد آخذا بأحد شبهي القولين ولو قرأ التشهد في الركوع أو السجود لا سهو عليه لانه ثناء وهما محله بخلاف قراءة القرآن فيهما فان فيه السهو ولو قرأه في القيام ان كان قبل الفاتحة لا سهو أو بعدها فعليه لان ما قبلها محل الثناء وهذا يقتضي تخصيصه بالركعة الأولى ولو قرأ القرآن في القعدة انما يجب السهو اذا لم يفرغ من التشهد أما اذا فرغ فلا يجب وتكرار التشهد في القعدة الأولى يوجب السجود دون الاخيرة وفي شرح الطحاوي أطلق عدم الوجوب (قوله من غير تركها مرة) تقدم في باب الوتر أن في ذلك بالنسبة الى القنوت نظرا اذ لا يساعد عليه دليله (قوله ولانها تضاف الخ) قد أسلفنا في استفادة الوجوب من الاختصاص نظرا (قوله هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس في التشهد الاول أنه سنة

(قوله والخصائص جمع خصيصة بمعنى المخاص) أقول الظاهر بمعنى المخاصة بل بمعنى الخاصة (قوله وفيه نظر لانه يتمشى بأن يكون المراد بالواجب الفرض والواجب الخ) أقول ولا مجال للحمل على عموم المجاز لاقتضائه وجوب السجدة بترك الفرض كالركوع والسجود مثلا فتأمل الا أنه يرد على ما ذكره الشارح أيضا (قوله وفي ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز في موضعين) أقول ومع ذلك لا يصح الكلام لدلالته على وجوب السجدة بترك الفرض (قوله لكن لابد من انحطاط مرتبة الفرع الخ) أقول فيه بحث فان الواجب ما ثبت بدليل ظني ومجرد انحطاط المرتبة لا يفيد ظنية الدليل (قوله وصيانته عن ذلك واجبة الخ) أقول بمعنى الفرض فلا يفيد مدعاه

أجيب بأنه صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك لبيان أن القراءة مشروعة فيهما وعندنا لا تجب السجدة اذا تعمد ذلك وقوله (واختلفت الرواية في المقدار) أي في مقدار ما يوجب جهره واخفاؤه السجدة ففي ظاهر الرواية القليل والكثير في الفصلين سواء في وجوب السجدة ذكره شمس الأئمة الحلواني وقاضيخان وروى ابن سماعة عن محمد أنه اذا جهر بأكثر الفاتحة سجد لان اليسير من الجهر والاخفاء غير ممكن الاحتراز فاعتبر أكثر الفاتحة ثم رجع وقال ان جهر مقدار ما تجوز به الصلاة يجب والا فلا قال المصنف (والاصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين) اختيارا لهذه الرواية ووجهه ماذكره في الكتاب وهو واضح (وهذا) أي وجوب السجدة في الفصلين انما هو (في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة) أي وجوبهما (من خصائص الجماعة) قيل أما أن وجوب الجهر من خصائص الجماعة فمسلم لان المنفرد مخير بين الجهر والاخفاء وأما كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع لان المنفرد يجب عليه المخافتة فيجب السهو بتركها وأجيب بأن ذلك وجه رواية النوادر روى أبو مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في المنفرد اذا جهر فيما يخافت أن عليه السهو لما ذكرنا وأما على ظاهر الرواية فلا نسلم أن المخافتة واجبة عليه لانها وجبت لنفي المغالطة وانما يحتاج الى ذلك في صلاة تؤدى على سبيل الشهرة والمنفرد لم يؤد كذلك فلم تكن المخافتة واجبة عليه

واختلفت الرواية في المقدار والأصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير يمكن وما يصح به الصلاة كثير غير أن ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلاث آيات وهذا في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة قال (وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود) لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام

فلا يلزم بترك السجود وعن قول محمد بالفساد في ترك القعدة الاولى من النفل ساهيا وعندهما عليه فيها السهو (قوله والاصح) احتراز عن رواية النوادر أنه اذا جهر في المخافتة فعليه السجود قل أو كثر وان خافت في الجهرية فان كان في أكثر الفاتحة أو ثلاث آيات من غيرها أو آية قصيرة على مذهب أبي حنيفة فعليه السجود والا فلا وجه الفرق أن الجهر في موضع المخافتة أغلظ من قلبه لانه منسوخ فغلظ حكمه ولأن لصلاة الجهر حظا من المخافتة وهو فيما بعد الاولين وكذا المنفرد مخير فيه ولاحظ لصلاة المخافتة في الجهر بحال فأوجبنا في الجهر وان قل وشرطنا الكثرة في المخافتة وذلك في غير الفاتحة بما تصح به الصلاة وانما شرطنا الاكثرية في الفاتحة لانها ثناء من وجه ولذا شرعت في الأخريين وان كانت تلاوة حقيقة فبالنظر الى جهة الثنائية لا يوجب والى جهة التلاوة يوجب قدر الفرض منها فاعتبرنا الاكثر ملاحظة للجهتين والاصح ما في الكتاب أما في المخافتة فلان الاحتراز عن الجهر بالكلية منها متعسر فان في مبادي التنفسات غالبا يظهر الصوت وفي الحديث وكان يسمعنا الآية أحيانا وهو والله أعلم بهذا السبب وأما في الفاتحة فانها قرآن البتة وكونها ثناء بصيغته لا أثر له وكثير من القرآن الكريم ثناء وقصص ولا يوجب ذلك اعتبار جهة غير القرآنية فيه في حق ما نحن فيه وكون شرعيتها في الأخريين مجرد هذا الاعتبار ممنوع بل شرع فيهما ابتداء القراءة وغيرها من الثناء والسكوت هذا كله في حق الامام أما المنفرد فلا سهو عليه في شئ من ذلك لانه مخير بين الجهر والمخافتة كذا في غير موضع وقد يقال كونه مخيرا في الجهرية مسلم أما في السرية فلنا أن نمنع تجويز الجهر له وقد منا زيادة كلام فيه في فصل القراءة (قوله وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود) وان كان مسبوقا لم يدرك محل السهو معه الا أنه لا يسلم بل ينتظره بعد سلامه حتى يسجد فيسجد معه ثم يقوم الى القضاء وعن هذا ينبغي أن لا يعجل بالقيام بل يؤخر حتى ينقطع ظنه عن سجود الامام وقد عقدنا للمسبوق فصلا نافعا بذيل باب الحدث في الصلاة فارجع اليه (قوله لتقرر السبب الموجب في حق الاصل) يعني الامام وذلك موجب للسجود على المأموم من وجهين أحدهما لزوم النقص في صلاته اذ هي بناء على الناقصة ولذا تفسد بفسادها فاحتاج الى الجابر كالامام والآخر لزوم المتابعة شرعا حتى قالوا لو ترك بعض من خلف الامام التشهد حتى قاموا معه بعد ما تشهد كان على من لم يتشهد أن يعود فيتشهد ويلحقه وان خاف أن تفوته الركعة الثالثة بخلاف المنفرد حيث لا يعود لان التشهد هنا فرض بحكم المتابعة وهذا بخلاف ما اذا أدرك الامام في السجود فلم يسجد معه السجدتين فانه يقضي السجدة الثانية ما لم يخف فوت ركعة أخرى فان خاف ذلك تركها لان هناك هو يقضي

(٤٦ - فتح القدير اول) قال (وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود) اذ اسهما الامام وجب السجود على المؤتم لوجوبه على الامام لان السبب الموجب للسجود في حق الاصل وهو الامام تقرر في حق المأموم أيضا بالتزامه المتابعة فان الصحة والفساد والاقامة لما تعدت من صلاة الامام الى صلاته حتى لو نوى الامام الاقامة في وسط الصلاة صارت صلاتهم أربعا بالتزام المتابعة فكذلك النقصان وما يجبره

(قوله أجيب بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك لبيان أن القراءة مشروعة فيها الخ) أقول لكن يلزم التعمد على ترك الواجب وحاشاه عليه السلام عن ذلك وبيان المشروعية يكون بالقول خارج الصلاة

(فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا) وبين المخالفة والمتابعة منافاة فاذا تحقق أحد المتنافيين انتفى الآخر واعترض على التعليل المذكور في الكتاب بمخالفات يجوز وقوعها من المؤتم كما اذا لم يرفع الامام يده عند الافتتاح فان القوم ترفع واذا لم يثن الامام يثنى المأموم واذا ترك الامام تكبيرة الركوع وتسبيحه وتسميعه وتكبيرة الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم وتكبير التشريق فان المأموم يفعل ذلك كله وبأن المخالفة بعد فراغ الامام ليست بقادحة ألا ترى أن المسبوق يقضي ما فاته بعد فراغ الامام والمقيم اذا اقتدى بالمسافر يتم ركعتين والجواب عن الاول ان الكلام فيما لزم بشئ باشره الامام وتعدى الى المؤتم وما ذكرتم ليس كذلك بل انها ثبتت على المقتدى ابتداء كما ثبتت على الامام وعن الثاني بأن هذه المخالفة جوزت ضرورة اتمام الفرض فلا تتعدى الى ما ليس كذلك لانه ليس في معناه (فان سها المؤتم لا يجب على الامام ولا المؤتم السجود) لان صلاته ليست بمبنية على صلاة المأموم فسادا ولا نقصانا فلا يجب نقصان صلاته بنقصان صلاة المأموم واذا لم يجب على الامام لم يجب على المأموم لانه لو وجب فاما أن يسجد وحده وفيه مخالفة امامه فيما ليس من اتمام الفرض وهو لا يجوز واما أن يسجد معه امامه وفيه قلب الموضوع فان قلت أما ذكرت آنفا أن المخالفة انما لا تجوز فيما لزم بشئ باشره الامام وتعدى الى المؤتم وههنا ليس كذلك بل المخالفة ان كانت لامر باشره المؤتم فينبغي أن يجوز فالجواب انا قلنا ان المخالفة فيما لزم بشئ باشره الامام لم تجز ولم نقل ان فيما باشره بنفسه جازت المخالفة والذي يحسم هذه المادة أن المخالفة ان كانت لاتمام الفرض بعد فراغ الامام جازت بالنص لقوله عليه السلام وما فاتكم فاقضوا وقوله عليه السلام أتموا صلاتكم فانا قوم سفر وان كانت لغيره فان كانت فيما ثبت ابتداء كالمسائل التسع المتقدمة جازت لانها كلا مخالفة حيث لم تتعلق بالاقتداء وان كانت بعد فيما لزم عما باشره أحدهما كالتي نحن فيها لم تجز لادائها الى قطع الشركة المنافي لوضع الامامة قال (ومن سها عن القعدة الاولى) أي ومن سها عن القعدة الاولى في الفرائض الرباعية أو الثلاثية (ثم تذكر) فلا يخلو إما أن يكون الى القعود أقرب بان لم يرفع ركبتيه أو الى القيام أقرب بأن رفعهما (فان كان الاول عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب من الشئ يأخذ حكمه) كفناء المصر له حكم المصر في حق صلاة الجمعة والعيدين واختلف في وجوب السجدة فقيل يسجد لانه آخر واجبا بقدر ما اشتغل بالقيام وقيل لا يسجد وهو الاصح بناء على أن ما قرب من الشئ يأخذ حكمه فصار كما اذا لم يقم وان كان الثاني لم يعد لانه كالقائم معنى لما ذكرنا من الاصل ولو قام ما جاز له العود

(فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم) لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا (فان سها المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود) لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا (ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود أقرب عاد وقعد وتشهد) لان ما يقرب من الشئ يأخذ حكمه

هاتين السجدتين ضمن قضاء الركعة فعليه أن يشتغل باحراز الركعة الأخرى اذا خاف فوتها وهنا لا يقضي التشهد بعد هذا فعليه أن يأتي به ثم يتبع كالذي نام خلف امامه ثم انتبه على أنه لا شك في أنهم تبعوه صلى الله عليه وسلم في سجوده مع أنهم لم يكونوا ساهين في المتابعة في محل السهو بل عامدين (قوله لو سجد وحده كان مخالفا) أي في نفس ما يؤديه مع الامام حكما وان كان سجوده بعد فراغ الامام صورة كما لو كان لاحقا سها امامه فيما فاته معه لنومه مثلا فانتبه بعد ذلك فانا لو ألزمناه السجود اذا فرغ والفرض أن امامه لم يسجد لزم المخالفة لان السجود وان كان بعد الصلاة لكنه متصل بموضع النقص لانه علته على ما قدمناه ولو كان امامه سجد بعد ما انتبه هو أو عند ما جاء من وضوئه فيما اذا كان الفوات لسبق الحدث فأدركه في السجود لا يسجد معه لانه يبدأ بقضاء ما فاته ويسجد في آخر صلاته ولو سجد معه لا يجزئه ولا تفسد ويسجد ثانيا في آخر صلاته بخلاف المسبوق والمقيم المقتدي بالمسافر فيما يؤدي بان بعد الامام من قضاء المسبوق واتمام المقيم اذا سهيا في ذلك لانه لم يلتحق بمحل قبله شرعا فلا مخالفة فيسجدان لسهوهما ولو كان على الامام سهو وجب عليهما متابعته فيتكرر السجود في صلاة واحدة في هذه الصورة وعند الكرخي لا يسجد اللاحق ولا المقيم المقتدي بالمسافر لسهو الامام ولا لسهوهما فيما يقضي اللاحق ويتم المقيم وما ذكرناه هو المذكور في الاصل وهو الصحيح لانهما صلاتان حكما وان اتحدتا حقيقة لتحقق الانفراد والائتمام بخلاف صلاة اللاحق فانها واحدة حقيقة وحكما لانه مقتد فيما يقضيه حكما ولذا قلنا لا يسجد اللاحق لما سها فيه مما يقضيه لانه مقتد فيه ألا ترى أنه لا يقرأ فيه فيكون لو سجد مخالفا واذا سها الامام في صلاة الخوف سجد وتابعه الطائفة الثانية وأما الاولى فيسجدون بعد فراغهم لان الثانية مسبوقون والاولى لاحقون ولو سبق الامام الساهي الحدث بعد سلامه استخلف ليسجد الخليفة كما لو بقي عليه التسليم وليس للمسبوق أن يتقدم في هذا الاستخلاف لانه لا يقدر عليه اذ محله

(قوله لم تجز لادائها الى قطع الشركة الخ) أقول اذا جاز أن يأتي المأموم في الصلاة بقراءة التشهد والتسليم مثلا مع عدم اتيان امامه بهما ولم يعد هذا قطعا للشركة فكيف يعد قطعا لها اذا أتى بما يجبر النقصان الحاصل بتركهما بعد فراغ الامام عنهما فليتأمل

لئلا يلزم ترك الفرض وهو القيام لاجل الواجب وهو القعود الاول ولا يلزم سجدة التلاوة فانه يترك الفرض لاجلها وهي واجبة لان ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة كانوا يسجدون ويتركون القيام لاجلها ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وقد روى أنه عليه السلام قام الى الثالثة قبل أن يقعد فسجوا له فعاد المروى أنه لم يعد وسبح لهم فقاموا ووجه التوفيق أنه عاد حين لم يتم قائما ولم يعد بعد ما تم قائما (وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة) في الرباعية والرابعة في الثلاثية والثالثة في الثنائية فلا يخلو من أن يكون بعد ما قعد على الرابعة أولا يكون فان لم يكن فلا يخلو اما أن يقيد الخامسة بالسجدة أولا فان كان الثاني (رجع الى القعدة) لان اصلاح الصلاة به ممكن وكل ما كان كذلك وجب عمله احترازا عن البطلان وانما قلنا انه ممكن (لان مادون الركعة بمحل الرفض) لكونه ليس بصلاة ولانه حكمها ولهذا لو حلف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة (وألغى الخامسة لانه رجع الى شئ محله قبله) أي قبل ما فعل وهو الخامسة وفي بعض النسخ قبلها وهو واضح وكل من رجع من فعل من أفعال الصلاة الى شئ محله قبله يرتفض ذلك الفعل المرجوع عنه كما اذا قعد قدر التشهد ثم تذكر السجدة الصلبية أو التلاوة فسجد لهما ارتفضت القعدة لما أن محلها قبل القعدة الاخيرة

ثم قيل يسجد للسهو للتأخير والاصح أنه لا يسجد كما اذا لم يقم (ولو كان الى القيام أقرب لم يعد) لانه كالقائم معنى (يسجد للسهو) لانه ترك الواجب (وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد) لان فيه اصلاح صلاته وأمكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض قال (وألغى الخامسة) لانه رجع الى شئ محله قبلها فارتفض

بعد السلام وهو غير قادر على السلام وانما يسجد قبل السلام حالة الاقتداء بمن يسجد قبله وهو هنا قد صار اماما للمستخلف ومع هذا لو تقدم لم تفسد لانه يقدر على الاتمام في الجملة بأن يتأخر ويقدم مدركا يسلم بهم ويسجد ويسجد الخليفة المسبوق معهم لانه الآن مقتد ثم يقوم الى قضاء ما سبق به فان لم يسجد معهم سجد آخر صلاته على ما قدمناه في فصل المسبوق ولا يخفى أن تعليل عدم قدرة المسبوق على السجود ومنعه من التقدم بعدم قدرته على السلام لانتفاء محلية السجود قبله انما هو على غير رواية الاصول أما على الظاهر من أن كونه بعد السلام انما هو الاولى فلا فالاوجه تعليل عدم قدرته على السجود بكونه في أثناء صلاته ولا يسجد في أثنائها الا مقتديا وهو قد صار اماما ولو لم يكن خلف الامام مدرك بل الكل مسبوقون قاموا وقضوا ما سبقوا به فرادى لان تحريمة المسبوق انعقدت للاداء على الانفراد عند تعذر المتابعة ثم اذا فرغوا لا يسجدون في القياس وفي الاستحسان يسجدون (قوله للتأخير) أي لتأخير القعود والاصح عدمه لان الشرع لم يعتبره قياما والا لم يطلق له العود فكان معتبرا قعودا أو انتقالا بالضرورة وهذا الاعتبار ينافيه اعتبار التأخير المستتبع لوجوب السجود (قوله ولو كان الى القيام أقرب) الاصح فيه ما في الكافي أنه بأن يستوي النصف الاسفل يعني وظهره بعد منحن فما لم يستو فهو الى القعود أقرب وفي فتاوى قاضيخان في رواية اذا قام على ركبتيه لينهض يقعد وعليه السهو يستوي فيه القعدة الاولى والثانية وعليه الاعتماد ثم قال وان رفع إليته من الارض ورکبتاه عليهما لم يرفعهما لا سهو عليه وهكذا عن أبي يوسف انتهى ولا يخفى أن هذه الصورة هي الصورة التي قبلها فيكون الحاصل في تلك الصورة اختلاف الرواية وقد اختار في الاجناس في هذه الصورة أن عليه السهو اللهم الا أن يحمل الاول على ما اذا فارقت ركبتاه الارض دون أن يستوي نصفه الاسفل شبه الجالس لقضاء الحاجة فالحاصل ثبوت التلازم بين عدم العود وسجوده وعدمه بينه وبين العود ثم قيل ما ذكر في الكتاب رواية عن أبي يوسف اختارها مشايخ بخارا أما ظاهر المذهب فما لم يستو قائما يعود قيل وهو الاصح والتوفيق بين ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قام فسجوا له فرجع وما روى أنه لم يرجع بالحمل على حالتي القرب من القيام وعدمه ليس بأولى منه بالحمل على الاستواء وعدمه ثم لو عاد في موضع وجوب عدمه قيل الاصح انها تفسد لكمال الجناية برفض الفرض لما ليس بفرض بخلاف ترك القيام لسجود التلاوة لانه على خلاف القياس ورد به الشرع لاظهار مخالفة المستكبرين من الكفرة وليس فيما نحن فيه معناه أصلا على أنا نقول الجناية هنا بالرفض وليس ترك القيام للسجود رفضا له حتى لو لم يقم بعده ما قدر فرض القراءة حتى ركع صحت هذا وفي النفس من التصحيح شئ وذلك لان غاية الامر في الرجوع الى القعدة الاولى أن يكون زيادة قيام تامة في الصلاة وهو وان كان لا يحل لكنه بالصحة لا يخل لما عرف أن زيادة ما دون الركعة لا تفسد الا أن يفرق باقتران هذه الزيادة بالرفض لكن قد يقال المتحقق لزوم الاثم

(قوله حين لم يتم قائما الخ) أقول في اطلاق القائم على من لم يرفع ركبتيه ما لا يخفى (قوله فلا يخلو من أن يكون بعد ما قعد على الرابعة أولا يكون) أقول الكلام كان فيمن سها عن القعدة الاخيرة فكيف يكون من قعد على الرابعة من محل تلافيه ففيه جعل قسيم الشئ قسما منه

(وسجد للسهو لانه أخر واجبا) وهو اصابة لفظ السلام وقيل واجبا قطعيا وهو القعدة الاخيرة وان كان الاول بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمسا ولم ينقل أنه فعد في الرابعة ولا أنه أعاد صلاته ولنا أنه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال أركان المكتوبة لانه أتى بما هو صلاة أخرى حقيقة لاشتمالها على الاركان وحكما لانه حكم الشرع بوجودها وأوجب الحنث على من حلف لا يصلي فصلى ركعة وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال أركان المكتوبة خرج عن الفرض للمنافاة بين الفرض والنفل وقد تحقق أحد المتنافيين فينتفي الآخر ضرورة ولقائل أن يقول لا نسلم أنه بوجود الركعة الواحدة بعد أربع من المكتوبة استحكم الشروع في النفل لم لا يمنع ما سبق من ركعات المكتوبة عن الاستحكام سلمناه لكن ما سبق من ركعات المكتوبة ان لم يكن أشد استحكاما لكونه كثيرا وفرضا فلا أقل من المساواة وحينئذ لا يكون بطلان الفرض أولى من بطلان النفل والجواب عن الاول أن الاستحكام انما يكون بالوجود (٣٦٤) في الخارج وقد تحقق وجوده فيه ولو كان ما ذكرتم مانعا لما تحقق وعن الثاني بان المراد ببطلان الفرض بطلان وصف الفرضية ولا شك أن بطلان وصف الفرضية وتحوله نفلا أولى من بطلان أصل الصلاة ووصفها وفي ابطال النفل ذلك فكان الاول أولى وتأويل الحديث أنه عليه السلام كان قعد قدر التشهد في الرابعة بدليل قول الراوي صلى الظهر خمسا والظهر اسم لجميع أركان الصلاة ومنها القعدة وانما قام الى الخامسة على ظن أنها الثالثة حملا لفعله عليه السلام على ما هو أقرب الى الصواب وقوله (على ما مر) اشارة الى ما ذكره في باب قضاء الفوائت من الاختلاف بينهم وقوله (فيضم اليها ركعة سادسة) يعني عندهما وهل تجب عليه سجدة السهو لم يذكره واختلفوا فيه والاصح أنه لا يسجد لان النقصان بالفساد لا يجبر بالسجدة (ولو لم يضم لا شئ عليه يقضي لانه مظنون) والمظنون غير مضمون (ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف لانه سجود كامل)

(وسجد للسهو) لانه أخر واجبا (وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه) عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال أركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي (وتحولت صلاته نفلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) خلافا لمحمد على ما مر (فيضم اليها ركعة سادسة ولو لم يضم لا شئ عليه) لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف لانه سجود كامل

أيضا بالرفض أما الفساد فلم يظهر وجه استلزامه اياه فيترجح بهذا البحث القول المقابل للصحيح (قوله لانه أخر واجبا) أي واجبا قطعيا وهو الفرض لان الكلام في القعدة الاخيرة (قوله وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي) له أن الحاصل على ذلك التقدير كونه صلاها بزيادة ركعة وذلك ليس بمفسد مثل زيادة مادونها وذلك لما روى أنه صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمسا قلنا اللفظ المذكور يصدق مع ترك القعدة الاخيرة ومع فعلها ولا دلالة للاعم على خصوص أخص فلا يدل على خصوص محل النزاع وهو ما اذا صلاها خمسا مع ترك القعدة فجاز كونه مع فعلها ثم يترجح ذلك حملا لفعله صلى الله عليه وسلم على ما هو الاقرب ولما ذكر المصنف من أن الركعة الثانية نفل ولا يتحقق الاتصاف بكونه في صلاتين متضادتي الوصفين فالحكم بصحتها حكم بالضرورة بخروجه عن الفريضة بخلاف مادون الركعة (قوله على ما مر) في قضاء الفوائت من أن بطلان وصف الفرضية لا يوجب بطلان التحريمة عندهما خلافا لمحمد وبناء على أصل آخر وهو ما أسلفناه من أن ترك القعدة على رأس الركعتين من النفل لا يفسدها عندهما خلافا لمحمد وفي تحولها نفلا يلزم ذلك فيضم اليها ركعة سادسة عندهما كي لا يتنفل بالوتر وهل يسجد للسهو قيل نعم والصحيح لا لان النقصان بالفساد لا يجبر بالسجود ولو لم يضم لا شئ عليه وان كان الضم واجبا على ما هو ظاهر الاصل لعدم جواز التنفل بالوتر لانه مظنون الوجوب خلافا لزفر واللزوم انما يثبت شرعا بالالتزام أو الزام الرب تعالى ابتداء وشروعه لم يكن لواحد من هذين بل لقصد الاسقاط فاذا تبين أن ليس عليه شئ سقط أصلا ولكن لو اقتدى به انسان ثم قطع لزمه قضاء ست عند أبي حنيفة وأبي يوسف فرق أبو يوسف بين هذا وبين الفصل الثاني حيث قال هناك لو قطعها

قال المصنف (وسجد للسهو لانه أخر واجبا) أقول اعترض عليه بأنه كان ينبغي أن لا يسجد فيما اذا كان اليه أقرب كما في السهو عن القعدة الاولى أقول يمكن أن يفرق بينهما بأن القريب من القعود وان جاز أن يعطى له حكم القاعد الا أنه ليس بقاعد حقيقة فاعتبر جانب الحقيقة فيما اذا سها عن الثانية وأعطى له حكم القاعد في السهو عن الاولى اظهارا للتفاوت بين الواجب والفرض وظهر بما قررنا أن من فسر الواجب هنا بالواجب القطعي هو المصيب والا أشكل الفرق (قوله وهو اصابة لفظ السلام) أقول ولعل الاقرب أن يقال وهو التشهد (قوله والجواب عن الاول ان الاستحكام انما يكون بالوجود في الخارج) أقول الكلام في الوجود الشرعي لا الحسي (قوله وتحوله نفلا أولى من بطلان أصل الصلاة الخ) أقول لو سلمنا تمام الجواب عن طرفهما فالجواب عن طرف محمد وهو لا يقول بتحوله نفلا (قوله لكون السجود حقيقة في وضع الجبهة) أقول ممنوع عند أبي حنيفة وقد سبق في صفة الصلاة

(وعند محمد برفعه لان تمام الشئ بآخره وهو الرفع ولم يصح الرفع مع الحدث) فلم يتم السجود (وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في هذا السجود) فذهب يتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد في الرابعة عند محمد يتوضأ ويعود الى القعدة ويبني على صلاته باتمامها بالتشهد والسلام وعند أبي يوسف لا يبني لان صلاته فسدت بوضع الجبهة ولا بناء على الفاسد قال فخر الاسلام المختار للفتوى قول محمد لانه أرفق وأقيس لان السجود لو تم قبل الرفع وجعل دوامه كتكراره لم ينقضه الحدث يعني بالاتفاق ان الحدث ينقض كل ركن وجد هو فيه حتى لو توضأ وبنى على صلاته وجب عليه اعادة ذلك الركن الذي وجد فيه الحدث ولو تم السجود بالوضع لما احتيج الى اعادته كما لو وجد الحدث بعد الرفع (وان كان قعد في الرابعة) فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة أولا فان كان الثاني فحكمه كحكمه فيما اذا لم يقعد عليها وان كان الاول ثم تذكر ضم اليها ركعة أخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظ السلام وبتركها لا تفسد الصلاة لانها واجبة وقوله (وانما يضم اليها أخرى) ظاهره ولم يذكر أن الضم واجب أو مستحب أو جائز ولفظ الاصل يدل على الايجاب فانه قال فيه عليه أن يضيف وكلمة على للايجاب وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم انهما ينوبان عن سنة الظهر وجه الصحيح أن السنة عبارة عن طريقة النبي صلى الله عليه وسلم وهو كان يتطوع في الظهر بتحريمة مبتدأة قصدا وقوله (ويسجد للسهو استحسانا) يعني أن القياس أن لا يسجد لان هذا سهو وقع

وعند محمد برفعه لان تمام الشئ بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف (ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم) لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وأمكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة بمعزل الرفض (وان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة أخرى وتم فرضه) لان الباقي اصابة لفظة السلام وهي واجبة وانما يضم اليها أخرى لتصير الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزئه لنهيه عليه السلام عن البتراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة (ويسجد للسهو استحسانا)

يقضي ركعتين لما ذكر فيه (قوله وعند محمد برفعه لان تمام الشئ بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث) واختاره فخر الاسلام وغيره للفتوى لانه أرفق وأقيس لان السجود لو تم قبل الرفع لم ينقضه الحدث لكن الاتفاق على لزوم اعادة كل ركن وجد فيه سبق الحدث عند البناء وعلى الاعتداد بما لحق فيه الامام المأموم اذا سبقه المأموم في ابتدائه خلافا لزفر في هذا ولو كان الركن تم بمجرد وضعه لم يعتد به لان فعل الامام حينئذ بعد تمامه وكل ركن أداه المقتدي قبل امامه لا يعتد به (قوله في السجود) أي سجود الخامسة بنى أي على الفرض أي بسبب ذلك الحدث أمكنه اصلاح فرضه بأن يتوضأ ويأتي فيقعد يتشهد ويسلم ويسجد للسهو لان الرفع حصل مع الحدث فلا يكون مكملا للسجدة ليفسد الفرض به وهذا أعني صحة البناء بسبب سبق الحدث اذا لم يتذكر في ذلك السجود انه ترك سجدة صلبية من صلاته فان تذكر ذلك فسدت اتفاقا لما سنذكر في ثمة نعقدها في السجدات ان شاء الله تعالى وعند أبي يوسف بمجرد الوضع فسد فرضه فلا يمكنه اصلاحه اذا سبقه الحدث فيه وقد سئل أبو يوسف فقال بطلت ولا يعود اليها فأخبر بجواب محمد فقال زه صلاة فسدت يصلحها الحدث وزه بمجمة مكسورة بعدها هاء كلمة تعجب وهو هنا على وجه التهكم قيل قاله لغيظ لحقه من محمد بسبب ما بلغه من عيبه قوله في المسجد اذا خرب أنه لا يعود الى ملك الواقف ولا يخرج عن كونه مسجدا وان صار مأوى للكلاب والدواب (قوله عاد الى القعدة) انما يعود مع انه لو لم يعد وسلم قائما حكم بصحة فرضه لبنائي بالسلام في موضعه لانه لم يشرع حال القيام وهل يتبعه القوم في هذا القيام قيل نعم فان عاد عاد وا معه وان مضى في النافلة تبعوه والصحيح ما ذكره البلخي عن علمائنا لا يتبعونه في البدعة وينتظرونه فان عاد قبل السجدة تبعوه في السلام وان سجد سلموا في الحال ولا يخفى عدم متابعتهم له فيما اذا قام قبل القعدة واذا عاد لا يعيد التشهد (قوله ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح) احتراز عن قول من قال تنوب وجه المختار ان السنة بالمواظبة والمواظبة عليها منه صلى الله عليه وسلم بتحريمة مبتدأة وان لم يحتج الى قصد السنة في وقوعها سنة بخلاف ما قدمناه في الاربع بعد الظهر والعشاء فانها بتحريمة قصدت ابتداء للنفل فلذا تقع الاوليان منها سنة ولو كانت الصورة في العصر أعني صلاها خمسا بعد ما قعد الثانية أو في الفجر سجد في الثالثة بعد القعدة قالوا لا يضم سادسة لانه يصير متنفلا بركعتين بعد العصر والفجر وهو مكروه والمختار أن يضم والنهي عن التنفل القصدي بعدهما وكذا اذا تطوع من آخر الليل فلما صلى ركعة طلع الفجر الاولى أن يتمها ثم يصلي ركعتي الفجر لانه لم يتنفل بأكثر من ركعتي الفجر قصدا (قوله ويسجد للسهو استحسانا) والقياس أن لا يسجد لانه صار الى صلاة غير التي سها فيها ومن سها في صلاة لا يسجد

(قوله ولو تم السجود بالوضع لما احتيج الى اعادته) أقول قوله ولو تم ناظر الى قوله ولا بناء على الفاسد وجواب عنه بتقريره لا نسلم فساد السجدة بوضع الجبهة اذ لو صح ما ذكره من تمام السجود بالوضع لما احتيج الى اعادته يعني اعادة السجود الخ

لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا عند محمد لانه المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ولو أفسده المقتدي فلا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند أبي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام

في أخرى وجه الاستحسان أن النقصان دخل في فرضه عند محمد بتركه الواجب وهو السلام وهذا النفل بناء على التحريمة الاولى فيجعل في حق السهو كأنهما واحدة كمن صلى ستا تطوعا بتسليمة وسها في الشفع الاول يسجد في الآخر وان كان كل شفع صلاة على حدة بناء على الاتحاد الحكمي الكائن بواسطة اتحاد التحريمة وعند أبي يوسف النقصان في النفل بالدخول لا على الوجه الواجب اذ الواجب أن يشرع في النفل بتحريمة مبتدأة للنفل وهذه كانت للفرض كذا في الكافي وبه ظهر أن قول المصنف لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون مراده مسنون الثبوت فيعم الواجب وهو المراد وهو تعليل على المذهبين فالاول لمحمد والثاني لابي يوسف وظهر ان كونه استحسانا بقابله قياس انما هو على قول محمد أما على قول أبي يوسف فيسجد قياسا واستحسانا وقدم قول محمد لانه المختار للفتوى لان من قام من الفرض الى النفل بلا تسليم ولا تحريمة عمدا لم يعد ذلك نقصانا في النفل لانه أحد وجهي الشروع في النفل بل في الفرض كذا ذكره فخر الاسلام لكن أبو يوسف يمنع أنه أحد وجهي الشروع ولو قطعها يعني صلاة الركعتين بعد اتمام الركعة لا قضاء عليه لانه مظنون وعند زفر يقضي ركعتين (قوله ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا عند محمد) لما ذكر (وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض) فانقطع احرامه اذ لا يتصور كونه في احرامين لصلاتين متباينتين وعند محمد باق لان احرام الفرض اشتمل أصل الصلاة ووصف الفريضة والانتقال الى النفل أوجب انقطاع الوصف دون الاصل ولهذا لو قام الى الخامسة صار شارعا في النفل بلا تكبيرة الافتتاح فلو كان من ضرورة الانتقال الى النفل انقطاع الاحرام احتيج الى تكبيرة الافتتاح وليس فليس الاحرام منقطعا مطلقا (قوله وعند أبي يوسف يقضي ركعتين) كان حقه أن يقول وعندهما بدليل قوله أولا وعندهما ركعتين يعني أبا حنيفة وأبا يوسف ثم الفتوى هنا على قول أبي يوسف لان ابتداء النفل غير مضمون قصدا غير مشروع وانما شرع في حق الصبي والمعتوه لنقصان عزيمتهما فاذا انتقضت عزيمة العاقل البالغ بان شرع فيه على عزم اسقاط الواجب لا عزم التطوع التحق بهما حينئذ وهذا يخص الامام فلا يتعدى

لزفر لانه يقول عليه قضاء ركعتين لانه يبقى عنده في نفل لازم وان تبين انه لم يكن عليه قلنا شرع على انه مسقط لا ملزم ثم تبين أنه لم يكن عليه فسقط أصلا فلا يلزم الزام ما لا يلزم (ولو اقتدى به انسان فيهما لزمه عند محمد ست ركعات) ان اقتدى به في الخامسة يأتي بعد الامام باربع ركعات وان اقتدى به في السادسة يأتي بعده بخمس ركعات يصلي ركعة ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد لانه لما شرع في تحريمة الامام لزمه ما أدى به الامام وقد أدى الامام ستا (وعندهما لزمه ركعتان لانه استحكم خروجه من الفرض) فلا يلزمه غيرهذا الشفع (ولو أفسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بما اذا أفسده الامام) فان حال المأموم لا يكون أقوى حالا من الامام والا لزم زيادة الفرع على الاصل (وعند أبي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام) تقريره أن المقتضي للوجوب وهو الشروع الى من المخاطب بالنهي عن الابطال قام في حق الامام فكذا في حق المأموم لبناء صلاته على صلاة الامام وحينئذ يجب القضاء عليهما جميعا عملا بالمقتضي الا أنه سقط عن الامام بعارض يخصه وهو شروعه في النفل لا على قصد النفل وما خص به لا يتعدى الى غيره وعلى هذا لا يلزم بناء القوى على الضعيف لان صلاة الامام أيضا قوي بالنظر الى وجود المقتضي وفرق أبو يوسف بين هذه وبين ما اذا لم يقعد على الرابعة بأن هناك بطل فرضه وكان الاحرام في الابتداء منعقدا لست فاذا اقتدى به انسان لزمه موجب تلك التحريمة وأما ههنا فقد تم فرضه لما ذكرنا وشرع في النفل والمقتدي اقتدى به في النفل فلا يلزمه غير ركعتين والحاصل أن هناك صلاة واحدة فيلزم الجميع وههنا صلاتين فيلزم الاخيرة قيل كان من حق الكلام وعند أبي حنيفة وأبي يوسف بدليل ما تقدم في قوله وعندهما يقضي ركعتين وبدليل

ماذكر فى الجامع الصغير لقاضيخان وعندهما يقضى ركعتين وليس بواضح لانه ذكر فى النوادر الاختلاف على ماوقع فى الكتاب فلعل المصنف وقف على صحة ذلك فنقله ولا يلزم من كونهما متفقين عليهما فى مسئلة اتفاقهما فى مسئلة أخرى فانهما مسئلتان قال (ومن صلى ركعتين تطوعا) الاصل أن وقوع سجدتى السهو بين شفعى الصلاة غير مشروع ثم اما أن يكون الشفعان فى صلاة التطوع أو الفرض فان كان الاول كما اذا صلى ركعتين تطوعا (فسها فيهما وسجد للسهو ثم أراد أن يصلى أخريين) وفى بعض النسخ أخراوين وليس بصواب (ليس له ذلك) لانه يبطل السجدة بلا ضرورة لانه لما أدى صحة بدون ما يبنى فلا ضرورة فى البناء بل فيه احراز فضيلة الدوام وفيه نقض الواجب والاحتراز عن نقض الواجب أولى ومع هذا لو بنى صح لبقاء التحريمة قال شيخ الاسلام وان بنى على ذلك ينبغى أن يعيد سجدتى السهو لانه لما بنى حصلت السجدتان فى وسط الصلاة فلا يعتد بهما وكان عليه الاعادة وان كان الثانى كما اذا سجد المسافر للسهو ثم نوى الاقامة فله ذلك لانه لو لم يبن وقد لزمه الاتمام بنية الاقامة بطلت صلاته وفى البناء نقض الواجب ونقض الواجب أدنى

قال (ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم أراد أن يصلى أخريين لم يبن) لان السجود يبطل لوقوعه فى وسط الصلاة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة حيث يبنى لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلاة ومع هذا لو أدى صح لبقاء التحريمة (ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل فى صلاته بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد هو داخل سجد الامام أو لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلاة أصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد من أن يكون فى احرام الصلاة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل فى نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى أداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر الاختلاف فى هذا وفى انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغيير الفرض بنية الاقامة فى هذه الحالة

الى المقتدى (قوله لم يبن) أى ليس له أن يبنى (قوله بخلاف المسافر) الحاصل أن نقض الواجب وابطاله لا يجوز الا اذا استلزم تصحيحه نقض ماهو فوقه ففى مسئلة الكتاب امتنع البناء لانه نقض للواجب المذكور وهو سجود السهو ووجب البناء فى المسافر يسجد ثم ينوى الاقامة لتحقق ذلك الموجب ومن ابتلى بين أمرين وجب عليه أن يختار أقلهما محذورا وقال السرخسى حقيقة الفرق أن العود الى حرمة الصلاة بالسجود بعد التحليل لضرورة ترجع الى اكمال تلك الصلاة لا أخرى ونية الاقامة تعمل فى اكمال تلك الصلاة فظهر عود الحرمة فى حقها فأما كل شفع من النفل فصلاة على حدة ولم تعد الحرمة فى حق صلاة أخرى فلا يمكن البناء بعد ما اعتبر محللا لكن مقتضاه أن لا يصح البناء وهو مخالف لما عرف من كلامهم فوجب أن يعول على الاول واذا بنى قيل لا يسجد للسهو فى الآخر لان السجود الاول وقع جابرا حين وقع وقيل الاصح أنه يسجد لبطلان الاول بما طرأ من وصل الباقى (قوله جبر النقصان) أى النقصان الكائن فى نفس الصلاة فلا بد أن يكون فى حرمة الصلاة ولا يخفى أن هذه الملازمة غير ضرورية بل نظرية اذ لا مانع فى العقل من اعتبار الجابر بعدها متصلا لكن تركوا بيانها لانها اتفاقية بينهم وبين زفر مع محمد وحاصله أنه تراخى الحكم عن العلة لهذه الضرورة (قوله وانما لا يعمل لحاجته الى أداء السجدة)

فيحتمل دفعا للاعلى وقوله (ومن سلم وعليه سجدتا السهو) أصل هذه المسئلة وأخواتها أن سلام من عليه سجدة السهو لا يخرجه عن حرمة الصلاة عند محمد وهو قول زفر لا خروجا موقوفا ولا باتا وعندهما يخرجه خروجا موقوفا على معنى أنه ان سجد بعد السلام حكمنا ببقاء التحريمة والا فلا لمحمد أن السجدة وجبت جبر النقصان تمكن فى المؤدى بالاتفاق والجبر انما يتحقق اذا كان المجبور قائما وقيامه ببقاء التحريمة فيحكم ببقائها تحصيلا للغرض المطلوب ولهما أن السلام محلل فى نفسه بالنص والاجماع وانما لا يعمل ضرورة الحاجة الى أداء السجدة ولا ضرورة اذا لم يعد فيعمل عمله لتحقق المقتضى وزوال المانع وهذا يجر الى تخليص العلة كما ترى والخلاص معلوم لا يقال اذا كان بقاء التحريمة ضرورة أداء السجدة ينبغى أن لا يتعدى الى جواز الاقتداء لانه تشكيك فى الجمع عليه فلا يكون مسموعا واذا عرف هذا الاصل تجرى عليه الفروع منها مسئلة الكتاب فان عند محمد الاقتداء صحيح على سبيل البتات وعندهما على سبيل التوقف ومنها انتقاض الطهارة بالقهقهة عنده تنقض لبقاء التحريمة خلافا لهما ومنها تغير الفرض بنية الاقامة فى هذه الحالة عنده يتغير لكونها فى حرمة الصلاة كما لو نوى قبل السلام وعندهما لا يتغير لانها لم تكن فى حرمة الصلاة فان قيل اذا كان الخروج موقوفا كان خارجا من وجه دون وجه وذلك يستدعى أن يكون حكم هذه المسائل عندهما كحكمها عنده احتياطا أجيب بأنه ليس معناه الخروج من وجه دون وجه بل معناه الخروج من كل وجه لكن بعرضية العود كما سنذكره

(قوله فلا ضرورة فى البناء بل فيه احراز فضيلة الدوام وفيه نقض الواجب) أقول الضمير فى قوله بل فيه وفى قوله وفيه راجعان الى البناء فى قوله ولا ضرورة فى البناء (قوله لا يقال اذا كان بقاء التحريمة الخ) أقول فيه بحث (قوله أجيب بأنه ليس معناه الخروج الخ) فى المحيط البرهانى وعندهما يخرج خروجا موقوفا ان عاد الى سجود السهو بين أنه لم يخرجه وان لم يعد بين انه أخرجه اه

وقوله (ومن سلم يريد به قطع الصلاة) يعنى فى عزمه أن لا يسجد للسهو (فعليه أن يسجد للسهو) فى مجلسه قبل أن يقوم أو يتكلم وفى رواية قبل أن يتكلم أو يخرج من المسجد وهذه تفيد أن الانحراف عن القبلة فى المسجد غير مانع عن السجود وقوله (لان هذا السلام) أى سلام من عليه سجدة السهو (غير قاطع) أى بالاتفاق أما عند محمد فلانه لم يشرع محللا وأما عندهما فلانه ان كان محللا فهو محلل على سبيل التوقف لا على سبيل البتات وكل

ما لم يشرع قاطعا لا يقطع الصلاة فدل على أن القطع لا يحصل بالسلام فبقيت

(ومن سلم يريد به قطع الصلاة وعليه سهو فعليه أن يسجد لسهوه) لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت

أى فى حرمة الصلاة فلا يظهر عدم عمله دونها أى دون السجدة وهذا يحتمل كونه قبل السجدة حلل لانه لم يتحقق أوان الضرورة وهو السجدة فلا يتأخر عمله فيثبت التحليل ثم يعود الى حرمة الصلاة بالسجود ويحتمل أنه قبلها متوقف على ظهور عاقبته ان سجد تبين أنه لم يخرجه وان لم يسجد تبين أنه أخرجه من وقت وجوده اذ تبين عدم الضرورة الموجبة لتخلف تحليله عنه ثم ظهر أن الاحتمالين قولان للمشايخ حكاه خلافا صريحا بينهم فى البدائع منهم من اختار الثانى ومنهم من اختار الاول قال وهو أسهل لتخريج الفروع والتوقف فى بقاء التحريمة وبطلانها أصح لان التحريمة واحدة فاذا بطلت لا تعود الا باعادة ولم توجد اه ولا يبعد جعل الشرع نفس السجود والعود اليه اعادة ويعنى بالفروع ما ذكره من الاقتداء بعد السلام عند محمد يصير مقتديا بالبتة وعندهما يوقف على السجود وانتقاض الطهارة بالقهقهة بعده عنده وعندهما لا ينتقض وكذا الوضحك المقتدى فى هذه الحالة وفى تغير الفرض بنية الاقامة بعده قبل السجود عند محمد فيصير أربعا وعندهما لا يتغير لان النية لم تحصل فى حرمة الصلاة ويسقط سجود السهو لانه لو سجد تغير فرضه فيكون مؤديا سجود السهو فى وسط الصلاة فيترك ويقوم ولا يؤمر بأداء شئ اذ كان فى أدائه ابطاله وفيمن اقتدى به انسان بنية التطوع ثم تكلم هذا المقتدى قبل أن يسجد الامام لا يجب على المقتدى قضاء شئ عندهما وان سجد الامام لانه تكلم قبل صحة الاقتداء وعند محمد يلزمه قضاء ما يصلى الامام وقوله فى النهاية عندهما يخرج بالسلام من كل وجه لا أن معنى التوقف أن يثبت الخروج من وجه ثم بالسجود يدخل فى حرمة الصلاة لانه لو كان فى حرمة الصلاة من وجه لكانت الاحكام على عكسها عندهما أيضا كما هو مذهب محمد من انتقاض الطهارة بالقهقهة ولزوم الاداء بالاقتداء ولزوم الاربع عند نية الاقامة عملا بالاحتياط يشير الى أن معنى التوقف المقابل لما اختاره مما استدل عليه بالفروع المذكورة كونه فى حرمتها من وجه دون وجه وهو غير لازم من القول بالتوقف للتأمل اذ حقيقته توقف الحكم بأنه خرج عن حرمة الصلاة أولا فالثابت فى نفس الامر أحدهما عينا والسجود وعدمه معرف كما يفيده ما هو مصرح به فى البدائع من التجويزين وهذا قط لا يوجب الحكم بكونه بعد السلام فى الصلاة من وجه دون وجه بل الوقوف عن الحكم بأنه خرج من كل وجه أولم يخرج من وجه أصلا فتأمل وكأنه رحمه الله لم يدر تحقق ثبوت الخلاف السابق فى معنى التوقف (قوله لان هذا السلام غير قاطع) لانه فى محله بعد القعدة فهو محلل منه ونيته تغيير المشروع وهو القطع ليترتب عليه ترك السجود والنية المجردة عن العمل غير المستحق عليه لا يؤثر ابطال ما ركنه اعمال الجوارح وهو السجود فلغت بخلاف نية الكفر فانها تؤثر ابطال الايمان والعياذ بالله تعالى لان ركنه عمل الباطن فقط عند المحققين والاقرار انما هو شرط اجراء الاحكام وهو فرض فيه وانما قيدنا العمل بكونه غير مستحق لينفع ما يقال هذه مقرونة بالعمل وهو التسليم هذا واعلم أن ما قدمناه من قولنا سلام من عليه السهو لا يخرجه عن حرمة الصلاة لا يستلزم وقوعه قاطعا والا لم يعد الى حرمتها بل الحاصل

نيته وهى لا تصلح للقطع أيضا لانه لما ثبت أن السلام غير قاطع شرعا جعله قاطعا بالنية تغيير المشروع وهو لا يتغير بالقصد والعزائم واعترض بوجهين أحدهما ان السلام وحده مخرج عن حرمة الصلاة عندهما فكيف لا يكون مخرجا مع نية القطع وهل هذا الا التناقض فان غاية ما فى الباب أن لا تكون النية معتبرة وأما السلام وحده فموجود فكأنهما قالا السلام مخرج السلام غير مخرج والثانى أن نية الاشتراك تغير أفضل المشروعات ومع ذلك اذا نواه غير الايمان فى الحال والجواب عن الاول أن سلام من عليه السهو مخرج عن احرام الصلاة لكن على عرضية العود اليه بالسجود من غير تفرقة بين أن ينوى العود أو ينوى عدم العود أو لم ينو شيأ فانه لا معتبر لنيته والمسئلة الاولى كانت لبيان الاطلاق وهذه لبيان التقييد ولا تناقض فى ذلك وعن الثانى بأن كلامنا ان الشرع جعل سلام الساهى غير قاطع وهو يريد أن يجعله قاطعا بقصده وعزيمته وليس له ذلك لانه تغيير للمشروع وليس من قصد من ينوى الاشتراك أن يجعل الايمان المشروع غير مشروع بقصده وعزيمته فليس مما نحن فيه فتأمله يتضح لك ما طول فى الكتب

(قوله وعن الثانى الى قوله وليس من قصد من ينوى الاشتراك) أقول ولك أن تقول تغيير الوصف أهون من ابطال الاصل فاذا جاز الثانى جاز الاول بالطريق الاولى والاولى فى الجواب أن يقال الايمان أمر قلبى لا يجامع فيه الاشتراك للتضاد ولا كذلك أفعال الجوارح فتأمل

من هذا أنه اذا وقع في محله كان محللا مخرجا وبعد ذلك ان لم يكن عليه شئ مما يجب وقوعه في حرمة الصلاة كان قاطعا مع ذلك وان كان فان سلم ذاكرا له وهو من الواجبات فقد قطع وتقرر النقص وتعذر جبره الا أن يكون ذلك الواجب نفس سجود السهو وان كان ركنا فسدت وان سلم غير ذاكر أن عليه شيأ لم يصر خارجا وعلى هذا تجري الفروع فلنذكر طرفا ينفع الله سبحانه به ان شاء الله عز وجل فنقول ولا قوة الا بالله تعالى اذا سلم وانصرف ثم ذكر أن عليه سجدة صلبية أو سجدة تلاوة فان كان في المسجد ولم يتكلم وجب عليه أن يأتي به ولو انصرف عن القبلة لان سلامه لم يخرجه عن الصلاة حتى لو اقتدى به انسان بعد هذا السلام صار داخلا فان سجد سجد معه وان لم يسجد فسدت صلاته اذا كان المتروك صلبية وفسدت صلاة الداخل بفسادها بعد صحة الاقتداء ووجب القضاء على الداخل حتى لو دخل في فرض رباعي متنفلا يلزمه قضاء الاربع ان كان الامام مقيما وركعتين ان كان مسافرا وان كان في الصحراء فانصرف ان جاوز الصفوف خلفه أو عنة أو يسرة فسدت في الصلبية وتقرر النقص وعدم الجبر في التلاوية والسهوية وان مشى امامه لم يذكر في ظاهر الرواية وحكمه ان كان له سترة بنى ما لم يجاوزها الا ان جاوز ها وان لم تكن سترة فقيل ان مشى قدر الصفوف خلفه عاد أو أكثر امتنع البناء وهو مروى عن أبي يوسف اعتبارا لاحد الجانبين بالآخر وقيل ان جاوز موضع سجوده لا يعود وهو الاصح لان ذلك القدر في حكم خروجه من المسجد فكان مانعا من الاقتداء ولو تذكر بعد السلام من الظهر أنه ترك صلبية فقام واستقبل الظهر فصلى أربعا فسدت لان نية الاستقبال لم تصح لانه كان في الاولى فصار خالطا المكتوبة بالنافلة قبل اكمال أركانها وهذه نظير من صلى ركعتين من المغرب فسلم على ظن الاتمام ثم تذكر فكبر للاستقبال فصلى ثلاثا ان صلى ركعة وقعد قدر التشهد جازت المغرب والا فسدت لان نية المغرب ثانيا لم تصح فبقي في الاولى فاذا صلى ركعة وقعدت والا فلا ولو سلم وعليه تلاوية وسهوية غير ذاكر لهما أو ذاكر للسهو خاصة لا يعد سلامه قاطعا فاذا تذكر يسجد للتلاوة أولا ثم يتشهد ويسلم لما قدمنا من أن سجدة التلاوة ترفع القعدة ثم يسجد للسهو ويتشهد ويسلم وان سلم ذاكرا لهما أو للتلاوة خاصة كان قاطعا وسقطت عنه التلاوية والسهو لامتناع البناء بسبب الانقطاع الا اذا تذكر أنه لم يتشهد على ما في فتاوى قاضيخان حيث قال اذا سلم وهو ذاكر أن عليه سجدة التلاوة ثم تذكر أنه لم يتشهد فانه لا يعود للتشهد ويسجد للتلاوة وصلاته تامة وان سلم وعليه صلبية وسهوية غير ذاكر لهما أو ذاكرا للسهوية لم يكن سلامه قاطعا ويفعل كالاول وان كان ذاكرا لهما وللصلبية خاصة فهو قاطع فتفسد صلاته ولو سلم وعليه صلبية وتلاوية وسهوية غير ذاكر لهن أو ذاكرا للسهوية لم يقطع ويقضي الاولين مرتبا الاول فالاول وهذا يفيد وجوب النية في المقضي من السجدات وسنبينه في التتمة التي تقدم الوعد بها ثم يتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو وان كان ذاكرا للصلبية أو التلاوية فسدت وكان سلامه قاطعا وهذا في الصلبية ظاهر لانه سلم عمدا ذاكرا كان عليه وأما في التلاوية فالمذكور ظاهر الرواية وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف لا تفسد لان سلامه في حق الركن سلام سهو لا يوجب فساد الصلاة وفي حق الواجب عمد وهو لا يوجبه أيضا بخلاف ما اذا كان ذاكرا الصلبية دون التلاوية ودفع بأن جانب الواجب يوجب الخروج من الصلاة وجانب الركن ان لم يوجبه لا يمنع من الاخراج فكل سلام الاصل فيه أن يكون مخرجا لانه جعل محللا شرعا قال صلى الله عليه وسلم تحليلها التسليم ولانه من باب الكلام على ما مر الا أنه منع من الاخراج حالة السهو دفعا للحرج لكثرة السهو وغلبة النسيان ولا يكثر سلام من علم أن عليه الواجب لان ظاهر حال المسلم أنه لا يترك الواجب فبقي مخرجا على أصل الوضع واذا تمت علة الاخراج وجانب الركن غير مانع منه كما قلنا صار محكوما بخروجه عن الصلاة شرعا قبل اكمال الاركان فتفسد وما أحسن عبارة محمد رحمه الله وأخصرها حيث قال فسدت في الوجهين لانه لا يستطيع

قال (ومن شك في صلاته) ومن شك في كمية ما صلى فلا يخلو اما أن يكون أول ما عرض الشك له أولا فان كان الاول استأنف الصلاة واختلفوا في معنى قوله أول ما عرض له قال صاحب الاجناس معناه أول ما سها في عمره وقال شمس الائمة السرخسي معناه أن السهو ليس بعادة له لأنه لم يسه قط وقال فخر الاسلام يعني في هذه الصلاة وهما قريبان وان كان الثاني وهو أن يعرض له الشك كثيرا فلا يخلو إما أن يكون له رأي أولا فان كان بنى عليه وان لم يكن بنى على الاقل وهذا لانه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا شك أحدكم في صلاته انه كم صلى فليستقبل الصلاة وروى انه صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليتحر الصواب وروى أنه عليه السلام قال من شك في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا بنى على الاقل ومعلوم أن التوفيق لابد منه بين الادلة مهما أمكن وقد أمكن بحمل كل واحد منها على صورة من الصور المذكورة فيحمل الحديث الاول على الصورة الاولى لان فيه الامر بالاستقبال وذلك يناسب الصورة الاولى لعدم التكرار المفضي الى الحرج بترك الاستقبال ويحمل الثاني على الثانية لان فيه الامر بالتحري الذي هو طلب الاحرى والأحرى هو ما يكون أكثر رأيه عليه وتعين الثالث للثالثة يقتضي الشك والامر بالبناء على الاقل وقوله (والاستقبال بالسلام أولى) يتعلق بأولى الصور يعني اذا استأنف والاستئناف بالسلام أولى لا بالكلام أو بمجرد النية (لانه) أي السلام (عرف محللا دون الكلام ومجرد النية لغو) مالم يتصل بالعمل القاطع

(ومن شك في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا وذلك أول ما عرض له استأنف) لقوله عليه السلام اذا شك أحدكم في صلاته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة (وان كان يعرض له كثيرا بنى على أكبر رأيه) لقوله عليه السلام من شك في صلاته فليتحر الصواب (وان لم يكن له رأي بنى على اليقين) لقوله عليه السلام من شك في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام أولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو

أن يقضي التي كان ذاكرا لها بعد التسليم واذا جعلت عليه قضاء التي كان ناسيا لها وجب أن يقضي التي كان ذاكرا لها واذا سلم وعليه السهو وتكبير التشريق والتلبية بان كان محرما في أيام التشريق لا يسقط عنه ذلك كله سواء كان ذاكرا للكل أو ساهيا عن الكل واذا أراد أن يؤدي يقدم بعد سجدتي السهو التكبير ثم التلبية ولو بدأ بالتلبية قبل السهو سقطت سجدتا السهو والتكبير ولو لبى قبل التكبير يسقط التكبير ولو سلم وعليه صلبية وتلاوية وسهو والتكبير والتلبية غير ذاكر لهما سجدهما على الترتيب في وجوبهما ثم يفعل الباقي ولو بدأ بالتلبية فسدت أو بالتكبير لا تفسد ويجب عليه اعادته بعد فعل هذه الاشياء والله سبحانه أعلم (قوله ومن شك في صلاته) قيد بالظرف لانه لو شك بعد الفراغ منها أو بعد ما قعد قدر التشهد لا يعتبر الان وقع في التعيين ليس غير بأن تذكر بعد الفراغ أنه ترك فرضا وشك في تعيينه قالوا يسجد سجدة واحدة ثم يقعد ثم يقوم فيصلي ركعة بسجدتين ثم يقعد ثم يسجد للسهو لاحتمال أن المتروك الركوع فلابد من الركعة وسجدتين لان السجود الذي كان أوقعه دونه لا عبرة به وان كان سجدة فقد سجد ولو تذكر في العصر أنه ترك سجدة وشك أنها منها أو من الظهر يتحرى فان لم يقع تحريه على شئ يتم العصر ويسجد سجدة واحدة لاحتمال أنه تركها منها ثم يعيد الظهر ثم العصر احتياطا استحبابا ولو لم يعد العصر لا شئ عليه ولو علم أنه أدى ركنا وشك أنه كبر للافتتاح أولا أو هل أحدث أولا أو أصابه نجاسة أو هل مسح برأسه أولا ان كان أول مرة استقبل والا مضى ولا يلزمه الوضوء ولا غسل ثوبه بخلاف ما لو شك أن هذه تكبيرة الافتتاح أو القنوت فانه لا يصير شارعا لانه لم يثبت له شروع بعد ليجعل للقنوت ولا يعلم انه نوى ليكون للافتتاح وفي الفتاوى لو شك في تكبيرة الافتتاح فأعاد التكبير والثناء ثم تذكر كان عليه السهو ولا تكون الثانية استقبالا لا وقطعا للاولى هذا في ترك الفعل فلو كان تذكر أنه ترك قراءة فسدت لاحتمال كونها قراءة ثلاث ركعات ولو كان صلى صلاة يوم وليلة ثم تذكر أنه ترك القراءة في ركعة واحدة ولا يدري من أي صلاة يعيد صلاة الفجر والوتر لانهما يفسدان بترك القراءة في ركعة الا ان كان متذكرا أنه ترك في ركعتين فحينئذ يعيد الفجر والمغرب والوتر ولو تذكر أنه تركها في أربع أعاد الرباعيات الثلاث فقط وعلى هذا ينبغي اذا تذكر ترك واحدة لا يدري من أيها أن يعيد الفجر والمغرب والوتر ولا تذكر أنه ترك في ركعتين فحينئذ يعيد الفجر والمغرب والوتر ولو تذكر أنه تركها في أربع أعاد الرباعيات الثلاث فقط وعلى هذا ينبغي اذا تذكر ترك واحدة لا يدري من أيها أن يعيد ما سوى الفجر ولا اشكال أنه اذا شك في الوقت أنه صلى أولا يجب عليه الصلاة وقد أسلفنا أنه اذا تيقن ترك صلاة من يوم وليلة وشك فيه تجب عليه صلاة يوم وليلة (قوله وذلك أول ما عرض له) قيل معناه أول ما عرض له في عمره من حين بلغ وقيل أول ما عرض في تلك الصلاة وقيل معناه أن السهو ليس بعادة له (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم اذا شك الخ) الحاصل أنه قد ثبت عندهم أحاديث هي قوله صلى الله عليه وسلم اذا شك أحدكم في صلاته فليستقبل وهو غريب وان كانوا هم يعرفونه ومعناه في مسند ابن أبي شيبة عن ابن عمر قال في الذي لا يدري صلى ثلاثا أم أربعا يعيد حتى يحفظ وأخرج نحوه عن سعيد بن جبير وابن الحنفية وشريح وما في الصحيح اذا شك أحدكم فليتحر الصواب فليتم عليه وتقدم أول الباب ولفظ التحري وان لم يروه مسعر والثوري وشعبة ووهيب بن خالد وغيرهم فقد رواه منصور بن المعتمر

الحافظ

وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلاته كي لا يصير تاركا فرض القعدة

الحافظ واعتمد عليه أصحاب الصحيح وما أخرجه الترمذي وابن ماجه عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول اذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو ثنتين فليبن على واحدة فان لم يدر ثنتين صلى أو ثلاثا فليبن على ثنتين فان لم يدر ثلاثا صلى أو أربعا فليبن على ثلاث وليسجد سجدتين قبل أن يسلم قال الترمذي حديث حسن صحيح فلما ثبت عندهم الكل سلكوا فيها طريق الجمع بحمل كل منها على محمل يتجه حمله عليه فالاول على ما اذا كان أول شك عرض له اما مطلقا في عمره أو في تلك الصلاة الى آخر ما تقدم من الخلاف واختيار الحمل على ما اذا كان الشك ليس عادة له لانه يجمع الاول بلا شك والثاني ظاهرا ويساعده المعنى وهو أنه قادر على اسقاط ما عليه دون حرج لان الحرج بالزام الاستقبال انما يلزم عند كثرة عروض الشك له وصار كما اذا شك أنه صلى أولا والوقت باق تلزمه الصلاة لقدرته على يقين الاسقاط دون حرج لان عروضه قليل بخلافه بعد الوقت لا يلزم لان الظاهر خلافه فلا يدفع الشك حكم الظاهر وحمل عدم الفساد الذي تظافر عليه الحديثان الآخران على ما اذا كان يكثر منه للزوم الحرج بتقدير الالزام وهو منتف شرعا بالنافي فوجب أن حكمه العمل بما يقع عليه التحري ويجعل محمل الحديث الثاني فاذا لم يقع تحريه على شئ وجب البناء على المتيقن وهو محمل الثالث جمعا بين الاحاديث وأما ما يفيده بعض الاحاديث من أناطة سجود السهو بمجرد الشك وان ذكر الصواب يقينا وبنى عليه فحمله أن يشغله الشك قدر أداء ركن حتى يلزمه تأخير ركن أو واجب (قوله وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلاته كي لا يترك الفرض) وهو القعدة مع تيسر طريق توصله الى يقين عدم تركها ثم في هذه الافادة قصور لان المسطور يفيد أنه عند البناء على اليقين يقعد في كل موضع يتوهمه محل قعود سواء كان آخر صلاته أولا ولتسق ذلك قالوا اذا شك في الفجر أن التي هو فيها أولى أو ثانية تحرى فان وقع تحريه على شئ أتم الصلاة عليه وسجد للسهو وكذا في جميع صور الشك اذا عمل بالتحري أو بنى على الاقل يسجد ولم يكن مما ينبغي اغفال ذكر السجود في الهداية والنهاية فان لم يقع تحريه على شئ يبني على الاقل فيتم تلك الركعة ثم يقعد لاحتمال أنها ثانية ثم يقوم فيصلي ركعة أخرى لانها ثانيته بحكم وجوب الاخذ بالاقل ثم يقعد ويسجد لسهوه وان شك أنها ثانية أو ثالثة تحرى فان لم يقع تحريه على شئ وهو قائم قعد ولا يتم تلك الركعة لاحتمال كونها الثالثة فيكون تاركا لفرض القعدة ثم يقوم فيصلي أخرى لجواز كون القيام الذي رفضه بالقعود ثانيته وقد تركه فعليه أن يصلي أخرى ليتم صلاته وان كان قاعدا والمسئلة بحالها ولم يقع تحريه على شئ أو وقع على أنها ثالثة تحرى في القعدات فان وقع تحريه أنه لم يقعد على ما قبلها أو لم يقع تحريه على شئ فسدت لان صلاته في الوجهين دارت بين الصحة والفساد فتفسد احتياطا وان شك أنها أولى أو ثالثة لا يتم ركعة بل يقعد قدر التشهد ويرفض القيام ثم يقوم فيصلي ركعتين ثم يتشهد ويسجد للسهو ولو كان شكه في أنها ثانية أو أولى وقع في سجوده يمضي فيها سواء كانت الاولى أو الثانية لانها ان كانت أولى لزمه المضي فيها وان كانت الثانية يلزمه تكميلها ثم اذا رفع من السجدة الثانية يقعد قدر التشهد ثم يقوم فيصلي ركعة ولو شك في سجوده أنها ثانية أو ثالثة ان كان في السجدة الاولى أمكنه اصلاح صلاته على قول محمد لانه ان كانت ثانية كان عليه اتمام هذه الركعة وان كانت ثالثة لا تفسد عند محمد لانه لما تذكر في السجدة الاولى ارتفعت تلك السجدة وصار كانها لم تكن كما لو سبقه الحدث فيها من الركعة الخامسة وهذا أيضا يدل على خلاف ما في الهداية بما قدمناه في تذكر صلبية من أن اعادة الركن الذي فيه التذكر مستحب ولو فرعناه عليه ينبغي أن تفسد هنا لعدم ارتفاض السجدة المذكورة وان كان الشك في السجدة الثانية بطلت صلاته وقياس هذا أن تبطل اذا وقع الشك بعد رفعه من السجدة الاولى سجد

وقوله (وعند البناء على الاقل) يتعلق باخراها وبيان ذلك أن الشك اذا وقع في ذوات الاربع أنها الاولى أو الثانية عمل بالتحري فان لم يقع تحريه على شئ بنى على الاقل فيجعلها أولى ثم يقعد لجواز أنها ثانيتها والقعدة فيها واجبة ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد لانا جعلناها في الحكم ثانية ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد لجواز أنها رابعتها ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد لانا جعلناها رابعتها في الحكم والقعدة فيها فرض وذوات الثلاث على هذا القياس وان وقع الشك بعد الفراغ من التشهد أو بعد السلام حمل على انه أتم الصلاة حملا لامره وعلى الصلاح وهو الخروج منها على وجه التمام

الثانية أولا وان وقع الشك فى الرباعية أنها الاولى أو الثانية عمل بالتحرى على ما تقدم فان لم يقع تحريه على شئ بنى على الاقل فيجعلها أولى ثم يقعد لجواز أنها ثانية والقعدة فيها واجبة ثم يقوم ويصلى أخرى ويقعد لانها ثانية فى الحكم والقعدة فيها واجبة ثم يقوم فيصلى أخرى ويقعد لاحتمال أنها رابعة ثم يقوم فيصلى أخرى ويقعد لانها الاخيرة حكما فقد علمت أن القعود منوط بتوهم كون المحل محل لزومه واجبا أو فرضا ولو شك فى أنها الرابعة أو الخامسة أو أنها الثالثة أو الخامسة فهو على القياس الذى ذكرناه فى الفجر فيعود الى القعدة ثم يصلى ركعة ويتشهد ثم يقوم فيصلى أخرى ويقعد ويسجد للسهو ولو شك فى الوتر وهو قائم أنها ثانية أو ثالثة يتم ثلاث الركعة ويقنت فيها ويقعد ثم يقوم فيصلى أخرى ويقنت فيها أيضا هو المختار بخلاف المسبوق فى الوتر بركعتين فى رمضان اذا قنت مع الامام فى الثالثة ثم قام الى قضاء ما سبق به لا يقنت ثانيا فى ثالثته وكذا لو أدرك الامام فى ركوع الثالثة جعل كادراكه القنوت معه نظيره من سمع من امام آية سجدة فلم يسجدها ثم دخل معه فى تلك الركعة يسقط عنه السجود لانه بادراك تلك الركعة معه صار مدركا لكل ما فيها وهذا الفرق بين المسبوق فى الوتر والساهى فيه فى حق القنوت هو مختار الصدر الشهيد وهذا لان المسبوق مأمور أن يقنت مع الامام لانه مدرك آخر صلاته فقد قنت فى موضعه فلا يقنت ثانيا لان تكراره غير مشروع والشاك لم يتيقن بوقوع الاول فى موضعه فيقنت مرة أخرى وتقدمت هذه فى باب الوتر (تتمة) فى ترك السجدات والركوع والاختلاف بين الامام والقوم فى السهو أما ترك السجود فقد انتظم مما قدمناه وجوب قضائه وهل تجب النية ان علم أنها من غير الركعة الاخيرة أو تحرى فوقع تحريه على ذلك أو لم يقع على شئ وبقى شاكا فى أنها من الركعة الاخيرة أو ما قبلها نوى القضاء وان علم أنها من الاخيرة لا يحتاج الى نية وعلى هذا ما ذكروا فيمن سلم فى صلاة الفجر وعليه سجود السهو فسجد وقعد وسلم وتكلم ثم تذكر أن عليه صلبية من الاولى فسدت صلاته وان تركها من الثانية لا تفسد ونابت احدى سجدتى السهو عن الصلبية لانها لم تصر دينا فى ذمته ليحتاج فى صرف السجدة اليها الى النية بخلاف الفصل الاول الا فى رواية عن أبى يوسف أنها لا تفسد فى الوجهين ولو تذكر التلاوة دون السهو فسجدها ثم تذكر أن عليه صلبية فصلاته فاسدة فى الوجهين وفى المنتقى لا تنوب التلاوة والسهو عن الصلبية الا اذا ظهر أنه لم يكن عليه تلاوة أو سهو حينئذ كلاهما تنوبان ولو تذكر أنه ترك منها سجدتين ان علم أنه تركهما من الاولى والاخيرة فعليه أن يسجدهما ويتشهد ويسلم ويسجد للسهو أو من الاولى فعليه أن يصلى ركعة ولو لم يعلم كيف تركها سجد سجدتين ينوى القضاء فى الاولى ثم يصلى ركعة ومن أدركه فى الركوع الثانى لا يكون مدركا لتلك الركعة لان السجدتين يضمان الى الركوع الاول وفى رواية الى الركوع الثانى فعلى هذه الرواية يصير مدركا وان كان لا يعلم من أيهما ترك فانه يسجد سجدتين أولا ويتشهد لاحتمال أنه تركهما من الثانية ولا يسلم ثم يقوم فيصلى ركعة ويتشهد ويسلم لاحتمال أنهما من الاولى ويسجد للسهو ولو ذكر أنه ترك منها ثلاث سجدات فانه يسجد سجدة ويصلى ركعة ثم يتشهد كما ذكرنا ولا ينوى القضاء فى السجدة وقال الهندوانى هذا اذا نوى بالسجدة الالتحاق بالركعة التى قبلها بالسجدة أما اذا لم ينو ذلك يسجد ثلاث سجدات وقال خواهرزاده يسجد ثلاث سجدات ويصلى ركعة مطلقا ولو ذكر أنه ترك منها أربع سجدات سجد سجدتين ويضم الى الركوع الاول فى رواية وفى رواية الى الركوع الثانى ويصلى ركعة أخرى ثم رأيت أن أكتب تمام فصل السجدات المذكور فى مختصر المحيط قال مسائله مبنية على أصول منها أن السجدة متى فاتت عن محلها لا تصح الا بالنية لانها وجبت قضاء والقضاء لا يتأدى الا بالنية المعينة وانما تصير فائتة عن محلها اذا تخلل بينها وبين محلها ركعة تامة لان ما دون الركعة يحتمل الرفض فيرتفض وتلتحق بمحلها وهذا يوافق ما قدمناه من فتاوى قاضيخان من وجوب اعادة ما وقع فيه التذكر

قبيل باب ما يفسد الصلاة ومنها أنه متى وقع الشك فى ترك ركعة أو سجدة فانه يجمع بينهما للخروج عما عليه بيقين وتقدم السجدة على الركعة ولو قدم الركعة عليها فسدت صلاته لجواز أنه ترك السجدة لا غير فاذا أتى بها تمت صلاته فلا يضره زيادة ركعة ومتى قدم الركعة عليها يصير منتقلا الى التطوع قبل اكمال الفرض فتفسد صلاته ومنها أن ما تردد بين الواجب والبدعة يأتى به احتياطا وما تردد بين البدعة والسنة تركه لان ترك البدعة لازم وأداء السنة غير لازم ومنها أنه ينظر الى المتروك من السجدات والى المؤداة فأيهما أقل فالعبرة له لان اعتبار الاقل أسهل لتخريج المسائل ولو ترك سجدة من الفجر ساهيا ثم ذكرها قبل أن يتكلم سجدها وقعد وتشهد وسلم وسجد للسهو وينوى به ما عليه لجواز أنه تركها من الاولى ولو ترك سجدتين سجد سجدتين أولا ويقعد ثم يقضى ركعة وتشهد لاحتمال أنه تركهما من ركعتين فيلزمه قضاؤهما لا غير ويحتمل أنه تركهما من ركعة فلا تكون محسوبة من صلاته فلزمه قضاء ركعة فيجمع بينهما احتياطا ولو ترك ثلاث سجدات ذكر فى الاصل أنه يسجد سجدة أخرى حتى يتم ركعة ثم يصلى ركعة أخرى قال الفقيه أبو جعفر الصحيح أنه يسجد ثلاث سجدات ويتشهد ثم يصلى ركعة ويتشهد لانه أتى بسجدة واحدة فتقيدت بها ركعة واحدة فاذا سجد أخرى تلتحق بالركوع الثانى باتفاق الروايات فقد صلى ركعتين كل ركعة بسجدة فتى صلى ركعة أخرى صار متطوعا بالثالثة وعليه سجدتان من الفجر فتفسد صلاته فيجب أن يسجد سجدتين أخريين حتى يتم الفرض وينوى فى واحدة من السجدات قضاء ما عليه فيجزئه وان ترك النية فى الكل لا يجزئه وان ترك أربع سجدات سجد سجدتين ويصلى ركعة ولا يخفى أن معناه اذا كان متيقنا أنه ركع فى صلاته ولو ترك من المغرب أربعا سجد سجدتين ثم يصلى ركعتين لانه أتى بسجدتين فيحتمل أنه أتى بهما فى ركعة فعليه ركعتان ويحتمل أنه أتى بهما فى ركعتين فعليه سجدتان وركعة الا أن الركعة داخلة فى الركعتين فيسجد سجدتين ولا يقعد ثم يصلى ركعتين ويقعد بينهما ولو ترك خمسا سجد سجدة وصلى ركعتين قالوا هذا اذا نوى بالسجدة عن الركعة التى قيدها بالسجدة الواحدة وان لم ينو تفسد ولو ترك من الظهر ثلاث سجدات سجد ثلاثا وقعد ثم صلى ركعة وان ترك أربعا سجد أربعا ويقعد ثم يصلى ركعتين بقعدتين وان ترك خمسا سجد ثلاثا ولا يقعد بعدها لان هذه القعدة تردد بين السنة والبدعة لانه ان تم له ركعتان فالقعدة سنة وان تم له ثلاث فالقعدة بدعة ثم يصلى ركعتين يقعد بينهما احتياطا لاحتمال أن صلاته قد تمت بركعة واحدة وان ترك ستا سجد سجدتين ويقعد ثم يصلى ثلاث ركعات ويقعد بعد الثانية والثالثة لانه أتى بسجدتين فان أتى بهما فى الركعتين فعليه سجدتان وركعتان أو فى ركعة فعليه ثلاث ركعات فيجمع بينهما وان ترك سبعا سجد سجدة وصلى ثلاث ركعات قالوا هذا اذا نوى بالسجدة عن الركعة التى قيدها بسجدة واذا سجد من غير نية ساهيا ثم تذكر فالحيلة لجواز صلاته أن يأتى بسجدتين وينوى باحداهما عما عليه حتى تلتحق احداهما بالركعة الاولى وتلتحق الثانية بالركعة الثانية فصار مصليا ركعتين ثم اذا صلى ثلاث ركعات وتشهد فى الثانية من الثلاث جازت صلاته ولو ترك ثمان سجدات سجد سجدتين وصلى ثلاث ركعات وكذلك العصر والعشاء

﴿فصل منه﴾ لو صلى الفجر ثلاث ركعات ولم يقعد على الثانية وترك منها سجدة لا يعلم كيف ترك فسدت صلاته وكذا لو كان قعد لاحتمال أنه تركها من الاوليين وقد انتقل الى التطوع قبل اكمال الفرض فيحكم بالفساد احتياطا ولو ترك سجدتين أو ثلاثا فالاصح أنه تفسد لاحتمال أنه تركهما من الفريضة ولو ترك أربعا لا تفسد لانه أتى بسجدتين فلا يتقيد بهما أكثر من ركعتين فلا يصير منتقلا الى التطوع وسجد سجدتين ثم يقعد ثم يصلى ركعة وأصله أن المتروك من السجدات اذا كان نصفها أو أقل من نصفها تفسد الصلاة وان كان أكثر من النصف لا تفسد ولو صلى الظهر خمسا وترك سجدة الى خمس تفسد ولو ترك ستا

لا تفسد ولو ترك سبعا لا تفسد ويسجد ثلاث سجدات ولو ترك ثمان سجدات سجد سجدتين ويصلي ثلاث ركعات ولو صلى المغرب أربعا وترك سجدة الى أربع تفسد ولو ترك خمسا لا تفسد ويسجد ثلاث سجدات ويصلي ركعة ولو ترك ستا سجد سجدتين وصلى ركعتين والله سبحانه أعلم * وأما اذا كان المتروك ركوعا فلنسق فصله بتمامه من البدائع قال رحمه الله اذا كان المتروك ركوعا فلا يتصور فيه القضاء وكذا اذا ترك سجدتين من ركعة وبيان ذلك اذا افتتح الصلاة فقرأ وسجد قبل أن يركع ثم قام الى الثانية فقرأ وركع وسجد فهذا قد صلى ركعة واحدة ولا يكون هذا الركوع قضاء عن الاول لانه اذا لم يركع لم يعتد بذلك السجود لعدم مصادفته محله لان محله بعد الركوع فالتحق السجود بالعدم فكأنه لم يسجد وكان أداء هذا الركوع أداء في محله فاذا أتى بالسجود بعده صار مؤديا ركعة تامة وكذا اذا افتتح فقرأ وركع ولم يسجد ثم رفع رأسه فقرأ ولم يركع ثم سجد فهذا قد صلى ركعة واحدة ولا يكون هذا السجود قضاء عن الاول لان ركوعه وقع معتبرا لمصادفته محله لان محله بعد القراءة وقد وجدت الا أنه توقف على أن يتقيد بالسجدة فاذا قام وقرأ لم يقع قيامه وقراءته معتدا به لانه لم يقع في محله فلغا فاذا سجد صادف السجود محله لوقوعه بعد ركوع معتبر فتقيد ركوعه به فقد وجد انضمام السجدتين الى الركوع فصار مصليا ركعة وكذا اذا قرأ وركع ثم رفع رأسه وقرأ وركع وسجد فانما صلى ركعة لانه تقدم ركوعان ووجد السجود فيلتحق بأحدهما ويلغو الآخر غير أنه في باب الحدث جعل المعتبر الركوع الاول وفي باب السهو من نوادر أبي سليمان جعل المعتبر الركوع الثاني حتى ان من أدرك الركوع الثاني لا يصير مدركا للركعة على رواية باب الحدث وعلى رواية هذا الباب يصير مدركا لها والصحيح رواية باب الحدث لان ركوعه الاول صادف محله لحصوله بعد القراءة فوقع الثاني مكررا فلا يعتد به فاذا سجد يتقيد به الركوع الاول فصار مصليا ركعة وكذلك اذا قرأ ولم يركع وسجد ثم قام فقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ ولم يركع وسجد فانما صلى ركعة لان سجوده الاول لم يصادف محله لحصوله قبل الركوع فلم يقع معتدا به فاذا قرأ وركع توقف هذا الركوع على أن يتقيد بسجود بعده فاذا سجد بعد القراءة تقيد ذلك الركوع به فصار مصليا ركعة وكذا ان ركع في الاولى ولم يسجد ثم ركع في الثانية ولم يسجد وسجد في الثالثة ولم يركع فلا شك أنه صلى ركعة واحدة لما مر غير أن هذا السجود ملتحق بالركوع الاول أم بالثاني فيه روايتان على ما مر وعليه سجود السهو في هذه المواضع كلها لادخاله الزيادة في الصلاة ولا تفسد الا في رواية عن محمد فانه يقول زيادة السجدة الواحدة كزيادة الركعة بناء على أصله أن السجدة الواحدة قربة وهي سجود الشكر وعند أبي حنيفة وأبي يوسف السجدة الواحدة ليست بقربة الا سجدة التلاوة ثم ادخال الركوع الزائد أو السجود الزائد لا يوجب فساد الفرض لانه من أفعال الصلاة والصلاة لا تفسد بوجود أفعالها بل بوجود ما يضادها بخلاف ما اذا زاد ركعة كاملة لانها فعل صلاة كامل فانعقد نفلا فصار منتقلا اليه فلا يبقى في الفرض فكان فساد الفرض بهذا الطريق لا للمضادة بخلاف زيادة ما دون الركعة انتهى وكون سجدة الشكر قربة وهو كما هو قول محمد أوجه لانه مقتضى الادلة السمعية المتكثرة وستتم الفائدة بها آخر هذا الفصل وأما الاختلاف بين الامام والقوم في السهو ففي فتاوى قاضيخان صلى وحده أو امام صلى بقوم فلما سلم أخبره عدل أنك صليت الظهر ثلاثا قالوا ان كان عند المصلي أنه صلى أربعا لا يلتفت الى قول المخبر وان شك في أنه صادق أو كاذب روى عن محمد أنه يعيد صلاته احتياطا وان شك في قول عدلين يعيد صلاته وان لم يكن المخبر عدلا لا يقبل قوله ولو وقع الاختلاف بين الامام والقوم فقالوا صليت ثلاثا وقال بل أربعا فان كان الامام على يقين لا يعيد الصلاة بقولهم وان لم يكن على يقين يأخذ بقولهم فان اختلف القوم فقال بعضهم ثلاثا وقال بعضهم أربعا والامام مع أحد الفريقين يؤخذ بقول الامام وان كان معه واحد لكان الامام فان أعاد الامام الصلاة وأعادوا معه مقتدين به صح اقتداؤهم لان الامام ان

ذكر صلاة المريض عقب سجود السهو لانهما من العوارض السماوية والاول (٣٧٥) أعم موقعا لانه يتناول صلاة المريض والصحيح

﴿باب صلاة المريض﴾

(اذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد) لقوله عليه السلام لعمران بن حصين رضى الله عنه صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومئ ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة قال (فان لم يستطع الركوع والسجود أومأ ايماء) يعنى قاعدا لانه وسع مثله (وجعل سجوده أخفض من ركوعه) لانه قائم مقامهما فأخذ حكمهما (ولا يرفع الى وجهه شيأ يسجد عليه) لقوله عليه السلام ان قدرت أن تسجد

كان الصادق كان هذا اقتداء المتنفل بالمتنفل والا فاقتداء المفترض بالمفترض ولو استيقن واحد من القوم أنه صلى ثلاثا واستيقن واحد أنه صلى أربعا والامام والقوم فى شك ليس على الامام والقوم شئ لمعارضة المستيقن بالنقصان المستيقن بالتمام والظاهر بعد الفراغ هو التمام وعلى المستيقن بالنقص الاعادة لان يقينه لا يبطل بيقين غيره ولو كان الامام استيقن أنه صلى ثلاثا كان عليه أن يعيد بالقوم ولا اعادة على مستيقن التمام لما قلنا ولو استيقن واحد بالنقصان وشك الامام والقوم فان كانوا فى الوقت أعادوا احتياطا وان لم يعيدوا لا شئ عليهم الا اذا استيقن عدد لان بالنقصان وأخبر وابذلك ولنذكر الفائدة الموعودة آنفا روى أبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا جاءه أمر سر به خر ساجدا لله تعالى وروى عبد الرحمن بن عوف قال خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بقيع الغرقد فسجد فأطال فقال ان جبريل عليه السلام أتانى فبشرنى أن من صلى على مرة صلى الله عليه بها عشرا فسجدت شكرا لله رواه العقيلى فى تاريخه وأحمد والحاكم بنحوه وقال على شرط الشيخين وفى أبى داود باسناد حسن أن النبى صلى الله عليه وسلم قال سألت ربى وشفعت لامتى فأعطانى ثلث أمتى فخررت ساجدا شكرا لربى ثم رفعت رأسى فسألت ربى لامتى فأعطانى الثلث الآخر فخررت ساجدا شكرا لربى ثم رفعت رأسى فخررت ساجدا فسألت ربى لامتى فأعطانى الثلث الآخر فخررت ساجدا شكرا لربى وروى البيهقى باسناد صحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم خر ساجدا لما جاءه كتاب على من اليمن باسلام همدان وروى الشيخان عن كعب بن مالك أنه لما جاءته البشارة بتوبته خر ساجدا وروى الحاكم أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد مرة لرؤية زمن ومر به أبو بكر فنزل وسجد شكرا لله ومر به عمر فنزل وسجد شكرا لله انتهى وسجد أبو بكر رضى الله عنه عند فتح اليمامة وقتل مسيلمة وعمر رضى الله عنه عند فتح اليرموك وعلى عند رؤية ذى الثدية مقتولا بالنهروان والحمد لله ولى كل نعمة

﴿باب صلاة المريض﴾

(قوله اذا عجز المريض) المراد أعم من العجز الحقيقى حتى لو قدر على القيام لكن يخاف بسببه ابطاء برء أو كان يجد ألما شديدا اذا قام جازله تركه فان لحقه نوع مشقة لم يجز له ترك القيام بسببها ولو قدر عليه متكئا على عصا أو خادم قال الحلوانى الصحيح يلزمه القيام متكئا ولو قدر على بعض القيام لا كله لزمه ذلك القدر حتى لو كان انما يقدر على قدر التحريمة لزمه أن يحرم قائما ثم يقعد وحديث عمران بن الحصين أخرجه الجماعة الا مسلما قال كانت بى بواسير فسألت النبى صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فقال صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى جنب زاد النسائى فان لم تستطع فستلقيا لا يكلف الله نفسا الا وسعها (قوله لانه) أى الايماء قائم مقامهما (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم ان قدرت الحديث) روى

فكانت الحاجة الى بيانه أمس فقدمه (اذا عجز المريض بان يلحقه بالقيام ضرر صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن حصين صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومئ ايماء واذا كان قادرا على بعض القيام ولو قدر آية أو تكبيرة دون تمامه قال أبو جعفر الهندوانى يؤمر بان يقوم مقدار ما يقدر فاذا عجز قعد وان لم يفعل خشيت أن تفسد صلاته هذا هو المذهب ولا يروى عن أصحابنا خلافه لان الطاعة بحسب الطاقة وان قدر على القيام متكئا قال شمس الائمة الحلوانى الصحيح انه يصلى قائما متكئا ولا يجزيه غير ذلك وكذلك اذا قدر أن يعتمد على عصا أو كان له خادم لو اتكأ عليه قدر على القيام (فان لم يستطع الركوع والسجود أومأ ايماء) يعنى قاعدا لانه وسع مثله (وجعل سجوده أخفض من ركوعه لانه) أى الايماء (قائم مقام الركوع والسجود) فأخذ حكمهما (ولا يرفع الى وجهه شيأ يسجد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ان قدرت أن تسجد

﴿باب صلاة المريض﴾

(قوله لانهما من العوارض) أقول أى المرض والسهو (قوله اذا عجز المريض بأن يلحقه بالقيام ضرر الخ) أقول المعنى المراد بالعجز هنا أعم من عدم القدرة حقيقة ومن لحوق الضرر به فلا وجه للقصر عليه

على الارض فاسجدوا والا فأومئ برأسك) فان فعل ذلك فاما أن يخفض رأسه للركوع والسجود أولا فان خفض جاز لوجود الايماء والا فلا لعدمه (فان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل وسادة تحت رأسه) حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء بالركوع والسجود اذ حقيقة الاستلقاء يمنع الاصحاء عن الايماء فكيف بالمرضى لقوله صلى الله عليه وسلم يصلى المريض الحديث واختلف فى معنى قوله صلى الله عليه وسلم فالله تعالى أحق بقبول العذر منه فمن لم يقل بسقوط القضاء عنه عند عدم القدرة على الايماء قال أحق بقبول عذر التأخير دون الاسقاط ومن قال بسقوطه عند ذلك قال أحق بقبول عذر الاسقاط وهو الاصح وقوله (لما روينا من قبل أى من) حديث عمران بن الحصين (الا أن الاولى) أى الرواية الاولى أو الهيئة أو الفعلة الاولى (هى الاولى عندنا) لانه لما تعارض حديث عمران بن الحصين وحديث عبد الله بن عمرو الحالة حالة عذر جاز العمل بكل منهما الا أن ما ذكرنا أولى (لان) المعقول معنا فان (اشارة المستلقى تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه) أى بوقوع الاشارة الى هواء الكعبة (تتأدى الصلاة فان عجز عن الايماء برأسه أخرت عنه) وقوله (لما روينا من قبل اشارة) الى قوله صلى الله عليه وسلم ان قدرت أن تسجد على الارض فاسجد والا فأومئ برأسك اقتصر على الرأس فى موضع البيان ولو جاز غيره لبينه وقوله (ولا قياس على الرأس) جواب عما يقال ليس هذا من باب نصب الابدال بالرأى بل بالقياس على الرأس مجازا

على الارض فاسجدوا والا فأومئ برأسك فان فعل ذلك وهو يخفض رأسه أجزأه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزئه لانعدامه (فان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة وأومأ بالركوع والسجود) لقوله عليه السلام يصلى المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومئ ايماء فان لم يستطع فالله تعالى أحق بقبول العذر منه قال (وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة فأومأ جاز) لما روينا من قبل الا أن الاولى هى الاولى عندنا خلافا للشافعى لان اشارة المستلقى تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه تتأدى الصلاة (فان لم يستطع الايماء برأسه أخرت الصلاة عنه ولا يومئ بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه) خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأى ممتنع ولا قياس على الرأس لانه يتأدى به ركن الصلاة دون العين وأختيها وقوله أخرت عنه اشارة الى أنه لا تسقط عنه الصلاة وان كان العجز أكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا

البزار فى مسنده والبيهقى فى المعرفة عن أبى بكر الحنفى حدثنا سفيان الثورى حدثنا أبو الزبير عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم عاد مريضا فرآه يصلى على وسادة فأخذها فرمى بها فأخذ عودا ليصلى عليه فأخذه فرمى به وقال صل على الارض ان استطعت والا فأوم ايماء واجعل سجودك أخفض من ركوعك قال البزار لا نعلم أحدا رواه عن الثورى الا أبو بكر الحنفى وقد تابعه عبد الوهاب وعطاء عن الثورى انتهى أبو بكر الحنفى ثقة وروى نحوه أيضا من حديث ابن عمر ومرجع ضمير لانعدامه الايماء (قوله فان لم يستطع القعود) يعنى مستويا ولا مستندا فانه ان قدر عليه مستندا لزمه القعود كذلك على وزان ما قدمناه فى القيام (قوله استلقى) أى مرتميا على وسادة تحت كتفيه ما دار رجليه ليتمكن من الايماء والا فحقيقة الاستلقاء تمنع الصحيح من الايماء فكيف المريض (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم يصلى المريض قائما الخ) غريب والله أعلم ثم بتقدير عدم ثبوته لا ينتهض حديث عمران حجة على العموم فانه خطاب له وكان مرضه البواسير وهو يمنع الاستلقاء فلا يكون خطابه خطابا للامة فوجب الترجيح بالمعنى وهو أن المستلقى تقع اشارته الى جهة القبلة وبه يتأدى الفرض بخلاف الآخر ألا ترى أنه لو حققه مستلقيا كان ركوعا أو سجودا الى القبلة ولو أتمه على جنب كان الى غير جهتها وما أخرج الدارقطنى عنه صلى الله عليه وسلم يصلى المريض قائما فان لم يستطع صلى مستلقيا رجلاه مما يلى القبلة ضعيف بالحسن ابن الحسن العرنى الا أن ما تقدم من زيادة النسائى فى حديث عمران بن الحصين فان لم يستطع فمستلقيا ان صحت يشكل على المدعى وتفيد ان كان الاستلقاء لعمران (قوله خلافا لزفر) وهو رواية عن أبى يوسف وعن محمد رحمه الله قال لا أشك أن الايماء برأسه يجزئه ولا أشك أنه بقلبه لا يجزئه وأشك فيه بالعين (قوله لما روينا من قبل) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم فان لم يستطع فعلى قفاه يومئ ايماء فان لم يستطع فالله تعالى أحق بقبول العذر منه ولا يخفى أن الاستدلال به موقوف على أن يثبت لغة أن مسمى الايماء بالرأس ليس غيره أما بالعين والحاجب فاشارة ونحوه لا ايماء فيكون قول الشاعر

أرادت كلاما فاتقت من رقيبها * فلم يك الا ومؤها بالحواجب

(قوله ومن قال بسقوطه عند ذلك قال أحق بقبول عذر الاسقاط وهو الاصح) أقول فيه أن القائل بسقوطه ينبغى أن يقر بأنه أحق بقبول عذر التأخير اذا قلت وعذر الاسقاط اذا كثرت فتأمل (قوله وبه أى بوقوع الاشارة الى هواء الكعبة) أقول ويجوز أن يكون تذكير الضمير لكون الاشارة بمعنى أن مع الفعل (قوله ليس هذا من باب نصب الابدال بالرأى بل بالقياس على الرأس) أقول فيه أن القياس من أقسام الرأى

وقوله (هو الصحيح) احترازعن قول من يقول الصحيح أنه تسقط عنه الصلاة اذا كان العجز أكثر من يوم وليلة وهو اختيار فخر الاسلام وشيخ الاسلام وقاضيخان وغيرهم قال فى فتاوى قاضيخان والاول أصح لان مجرد العقل لايكفى لتوجه الخطاب قال (وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود) قال زفر والشافعى اذا قدر على القيام دون الركوع والسجود لم يسقط عنه القيام لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن ادراك ركن آخر ولنا أن ركنية القيام للتوسل به الى السجدة فانه بدونها غير مشروع عبادة بخلاف العكس فاذا كان لا يتعقبه السجود لايكون ركنا فيتخير (والافضل هو الايماء قاعدا لانه أشبه بالسجود) فان عند الايماء قاعدا يصير رأسه أقرب الى الارض من الايماء قائما فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص لان حديث عمران بن الحصين يدل على أن المصير الى القعود انما هو عند العجز عن القيام والمفروض خلافه أجيب بأنه محمول على ما اذا كان قادرا على الركوع والسجود حالة القيام بدليل أنه ذكر الايماء فى حال ما يصلى على الجنب فدل على أن المراد بحالة القيام القدرة على الاركان قوله (وان صلى بعض صلاته قائما) ظاهر وقوله (بناء على اختلافهم فى الاقتداء) يعنى أن كل فصل جوز الاقتداء فيه جوز بناء آخر الصلاة على أولها هنا ومالا فلا ثم عند محمد لايقتدى القائم بالقاعد فكذا لايبنى فى

هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه قال (وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلى قاعدا ويومئ ايماء) لان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لايكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه أشبه بالسجود (وان صلى الصحيح بعض صلاته قائما ثم حدث به مرض يتمها قاعدا يركع ويسجد أو يومئ ان لم يقدر أو مستلقيا ان لم يقدر) لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء (ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلاته قائما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله استقبل) بناء على اختلافهم فى الاقتداء وقد تقدم بيانه (وان صلى بعض صلاته بايماء

مجازا لا حقيقة وهو خلاف الاصل حتى يثبت ذلك المفهوم كذلك والحق أن المراد بقوله لما ورينا ما قدمه من قوله صلى الله عليه وسلم لذلك المريض والافأوم برأسك وعلى اللفظ الذى ذكر فى الحديث المخرج أيضا الرأس مرادفانه قال فيه واجعل سجودك أخفض ولا يتحقق زيادة الخفض بالعين بل اذا كان الايماء بالرأس (قوله هو الصحيح) احترازعما صححه قاضيخان أنه لا يلزمه القضاء اذا كثر وان كان يفهم مضمون الخطاب فجعله كالمغمى عليه وفى المحيط مثله واختاره شيخ الاسلام وفخر الاسلام لان مجرد العقل لايكفى لتوجه الخطاب واستشهد قاضيخان بما عن محمد فيمن قطعت يداه من المرفقين ورجلاه من الساقين لاصلاة عليه ودفع بأن ذلك فى العجز المتيقن امتداده الى الموت وكلامنا فيما اذا صح المريض بعد ذلك لافيما اذا مات قبل القدرة على القضاء فلا يجب عليه ولا الايصاء به كالمسافر والمريض اذا أفطرا فى رمضان وماتا قبل الاقامة والصحة ومن تأمل تعليل الاصحاب فى الاصول وسيأتى للمجنون يفيق فى أثناء الشهر ولو ساعة يلزمه قضاء كل الشهر وكذا الذى جن أو أغمى عليه أكثر من صلاة يوم وليلة لايقضى وفيما دونها يقضى انقدح فى ذهنه ايجاب القضاء على هذا المريض الى يوم وليلة حتى يلزم الايصاء به ان قدر عليه بطريق وسقوطه ان زاد ثم رأيت عن بعض المشايخ ان كانت الفوائت أكثر من يوم وليلة لايجب عليه القضاء وان كانت أقل وجب قال فى الينابيع وهو الصحيح (قوله وان قدر) أى المريض على القيام دون الركوع والسجود بان كان مرضه يقتضى ذلك (قوله لم يلزمه) المنفى اللزوم فأفاد أنه لو أومأ قائما جاز الا أن الايماء قاعدا أفضل لانه أقرب الى السجود وقال خواهرزاده يومئ للركوع قائما وللسجود قاعدا ثم هذا مبنى على صحة المقدمة القائلة ركنية القيام ليس الا للتوسل الى السجود وقد أثبتها بقوله لما فيها من زيادة التعظيم أى السجدة على وجه الانحطاط من القيام فيها نهاية التعظيم وهو المطلوب فكان طلب القيام لتحقيقه فاذا سقط سقط ما وجب له وقد يمنع أن شرعيته لهذا على وجه الحصر بل له ولما فيه نفسه من التعظيم كما يشاهد فى الشاهد من اعتباره كذلك حتى يحبه أهل التجبر لذلك فاذا فات أحد التعظيمين صار مطلوبا بما فيه نفسه ويدل على نفى هذه الدعوى أن من قدر على القعود والركوع والسجود لا القيام وجب عليه القعود مع أنه ليس فى السجود عقيبه تلك النهاية لعدم مسبوقيته بالقيام (قوله أو يومئ ان لم يقدر) هو ظاهر الجواب وفى النوادر اذا صار الى الايماء بعدما افتتح قادرا عليهما فسدت لان تحريمته انعقدت موجبة لهما قلنا لا بل للمقدور غير أنه كان اذ ذاك الركوع والسجود فلزما فاذا صار المقدور الايماء لزم وأداء بعض الصلاة بهما أولى من أداء كلها بالايماء (قوله بناء على اختلافهم فى الاقتداء)

 حق نفسه وعندهما القائم يقتدى بالقاعد فكذا يبنى فى حق نفسه ونوقض بما اذا افتتح الصحيح التطوع قاعدا وأدى بعض صلاته قاعدا ثم بدا له أن يقوم فقام وصلى الباقى قائما أجزأه بالاجماع وهذا الاصل المذكور يقتضى

(قوله فكذا لايبنى فى حق نفسه الخ) أقول تقدم أن جواز اقتداء القائم بالقاعد ثبت على خلاف القياس فينبغى أن يقتصر على مورده الا أن يلحق بالدلالة وفيه خفاء

أن لا يجوز على قول محمد وأجيب بأن تحريمة المريض لم تنعقد للقيام لعدم القدرة عليه وقت الشروع في الصلاة فلم يبن على ما انعقدت له تحريمته وأما تحريمة المتطوع فقد انعقدت للقيام أيضا لقدرته عليه عنده فجاز بناؤه عليه لكونهما متناولين تحريمته وقوله (استأنف عندهم جميعا) يعني العلماء الثلاثة فان لزفر فيه خلافا على ما مر من أصله جواز اقتداء الراكع بالمومئ وقوله (ومن افتتح التطوع قائما ثم أعيا) أي تعب (لا بأس بأن يتوكأ) أي يتكئ يعني أن من شرع في النفل ثم اتكأ فلا يخلو اما أن يكون بعذر أو بغيره فان كان بعذر كالاعياء لا بأس به (وان كان بغير عذر) فقد اختلف المشايخ فيه فقيل (يكره لانه اساءة في الادب) ألا ترى انه لم يخير المتطوع في الابتداء بينه وبين القيام كما خير بين القيام والقعود (وقيل لا يكره عند أبي حنيفة لانه لو قعد جاز عنده) ويكره مع كون القعود منافيا للقيام فالاتكاء الذي لا ينافيه يجوز ولا يكره (ويكره عندهما لان القعود لا يجوز عندهما) فيكون الاتكاء الذي هو فوقه جائزا مكروها وقوله (وان قعد) بعدما افتتح قائما (بغير عذر يكره بالاتفاق (٣٧٨) وتجوز الصلاة عنده وعندهما لا تجوز) وفي كلامه تسامح لان ما لا يجوز لا يوصف بالكراهة وقد قال يكره بالاتفاق وأجاب الامام حميد الدين الضرير بأن المراد من هذا انه لو صلى ركعة قائما ثم قعد في الثانية ليقرأ لاعيائه ثم قام وأتم الثانية قائما فان هذه الصلاة جائزة مع صفة الكراهة وفيه نظر لان قعوده اذا كان لاعيائه فذلك قعود بعذر والكلام ليس فيه بل يجب أن لا يكون مكروها وكذا ان ترك ذكر الاعياء والمسئلة بحالها كما قال بعض الشارحين على تقدير أن يثبت بالنقل أن ذلك مكروه بالاتفاق لا يجوز اطلاقه على ما لا يجوز فهو أول المسئلة وكذلك قوله بالاتفاق يخالف قوله قيل هذا الوقعد يجوز عنده من غير عذر من غير ذكر كراهة وكذا يخالف اطلاق ما ذكره في باب النوافل ويجوز أن يقال ذكر في مبسوط فخر الاسلام وجامع أبي المعين انه لو قعد في النفل لا يكره عنده في الصحيح لان الابتداء على هذا الوجه مشروع بلا كراهة فالبقاء أولى لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فقوله في الصحيح يدل على أن ثمة غير صحيح فالاطلاق ههنا وفي باب النوافل يكون على الصحيح وقوله ويكره بالاتفاق على غير الصحيح ولعل قوله بالاتفاق وقع سهوا من الكاتب قال (ومن صلى في السفينة قاعدا) المصلي في السفينة اما أن يكون عاجزا عن القيام أو لا فان كان عاجزا جاز أن يصلي قاعدا بالاتفاق وان لم يكن فاما أن تكون السفينة راسية أو سائرة فان كانت راسية لم تجز الصلاة قاعدا بالاتفاق وان كانت سائرة جاز عند أبي حنيفة (والقيام أفضل وقالا لا يجوز) وهو القياس (لان القيام مقدور عليه) والمقدور عليه لا يترك

ثم قدر على الركوع والسجود استأنف عندهم جميعا) لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومئ فكذا البناء (ومن افتتح التطوع قائما ثم أعيا لا بأس بان يتوكأ على عصا أو حائط أو يقعد) لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لو قعد عنده بغير عذر يجوز فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء (وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق) وتجوز الصلاة عنده ولا تجوز عندهما وقدم في باب النوافل (ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة أجزأه عند أبي حنيفة رحمه الله والقيام أفضل وقالا لا يجزئه الا من عذر) لان القيام مقدور عليه فلا يترك الا لعلة

عند محمد لا يجوز اقتداء القائم بالقاعد وعندهما يجوز (قوله استأنف عندهم جميعا) أعني الثلاثة أما زفر فيجيزه بناء على اجازته اقتداء الراكع بالمومئ ولو كان يومئ مضطجعا ثم قدر على القعود دون الركوع والسجود استأنف على المختار لان حالة القعود أقوى فلا يجوز بناؤه على الضعيف وفي جوامع الفقه لو افتتحها بالايماء ثم قدر قبل أن يركع ويسجد بالايماء جازله أن يتمها بخلاف ما بعدما أومأ للركوع والسجود ثم قدر (قوله لانه لو قعد عنده بغير عذر يجوز فكذا لا يكره الاتكاء) والملازمة ممنوعة لجواز أن لا يكره القعود ويكره الاتكاء لانه يعد اساءة أدب دون القعود اذا كان على هيئة لا يعد اساءة ولذا كان الاصح خلاف ما ذكره المصنف من قوله وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق صرح فخر الاسلام بأن الاتكاء يكره عند أبي حنيفة والقعود لا يكره من غير عذر ❁ فروع ❁ رجل بحلقه خراج لا يقدر على السجود ويقدر على غيره من الافعال يصلي قاعدا بايماء وكذا لو كان بحال لو سجد سال جرحه وان لم يسجد لا يسيل لما قدمنا في فصل المعذور فان قام وقرأ وركع ثم قعد وأومأ للسجود جاز والاول أولى ولو كان بحال لو صلى قائما لا يقدر على القراءة ولو صلى قاعدا قدر عليها صلى قاعدا مريض مجروح تحته ثياب نجسة وهو بحال كلما بسط تحته شئ تنجس من ساعته يصلي على حاله وكذا ان كان لا يتنجس ولكنه يزداد مرضه أو تلحقه مشقة تحريكه بأن نزع الماء من عينه دفعا للحرج (قوله والقيام أفضل) في الاختيار فان صلى قاعدا وهو يقدر على القيام أجزأه وقد أساء وقالا لا يجوز

(قال المصنف لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء) أقول الملازمة ممنوعة لجواز أن لا يكره القعود ويكره الاتكاء لانه يعد اساءة أدب دون القعود

(وله) وهو وجه الاستحسان (أن الغالب) من حال راكب السفينة (دوران الرأس) عند القيام والغالب كالمتحقق ألا ترى أن نوم المضطجع جعل حدثا لان الغالب من حاله أن يخرج منه شئ لزوال الاستمساك (الا أن القيام أفضل لبعده عن شبهة الخلاف) وينبغي أن يتوجه الى القبلة كيفما دارت السفينة سواء كانت عند الافتتاح أو في خلال الصلاة لان التوجه فرض عند القدرة وهذا قادر (والخروج أفضل ان أمكنه لانه أسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة) على ما بينا آنفا أنها لو كانت راسية لم يجزه القعود بالانفاق وهو المراد بقوله (والمربوطة كالشط) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم فانه أيضا على الخلاف والموثوقة باللنجر أي المرساة في لجة البحر وهي تضطرب قيل يحتمل وجهين والاصح أن الريح ان كانت تحركها تحريكا شديدا فهي كالسائرة والا فهي كالراسية (ومن أغمي عليه خمس صلوات أو دونها قضى وان زاد على ذلك لم يقض) والقياس أن لا يكون عليه القضاء اذا استوعب الاغماء وقت صلاة كاملة وهو قول الشافعي لتحقق العجز فأشبه الجنون (وجه الاستحسان) ما روى أن عليا رضي الله عنه أغمي عليه في أربع صلوات فقضاهن وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما أغمي عليه في ثلاثة أيام فلم يقض شيأ والفقه فيه (أن المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير أن تزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار) وقوله (والجنون كالاغماء) جواب عن قياس الاغماء على الجنون على زعم أن الجنون اذا استغرق وقتا كاملا أسقط القضاء ووجهه أن الجنون كالاغماء اذا كان أكثر من يوم وليلة سقط القضاء والا فلا (كذا ذكره أبو سليمان) وقد نص عليه في نوادر الصلاة وقوله (بخلاف النوم) متعلق بقوله وان كان أكثر من ذلك لم يقض يعني أن النوم وان زاد على يوم وليلة لا يسقط القضاء (لان امتداده) الى هذا الحد (نادر) لاعبرة به (فالحق) الممتد منه (بالقاصر) وقوله (ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات) قال أبو جعفر الزيادة تعتبر عند أبي يوسف من حيث الساعات وهو رواية عن أبي حنيفة وعند محمد تعتبر من حيث الصلوات مالم تصر الفوائت ستا لا يسقط عنه القضاء وان كانت من حيث الساعات أكثر من يوم وليلة وانما تظهر ثمرة الخلاف فيما اذا أغمي عليه عند الضحوة ثم أفاق من الغد قبل الزوال بساعة فهذا أكثر من يوم وليلة من حيث الساعات فلا قضاء عليه في قول أبي يوسف وعلى قول محمد يجب عليه القضاء لان الصلوات لم تزد على خمس والمذكور في الكتاب من كون الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد هو المذكور في أصول فخر الاسلام ومبسوط شيخ الاسلام (لمحمد أن التكرار يتحقق به) أي بفوات ست صلوات وهو المفضي الى الحرج المسقط للقضاء فيكون الاعتبار به وقوله (هو المأثور عن علي وابن عمر) أي الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور

وله أن الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا أن القيام أفضل لانه أبعد عن شبهة الخلاف والخروج أفضل ان أمكنه لانه أسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح (ومن أغمي عليه خمس صلوات أو دونها قضى وان كان أكثر من ذلك لم يقض) وهذا استحسان والقياس أن لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلاة كاملا لتحقق العجز فأشبه الجنون وجه الاستحسان أن المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير أن تزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره أبو سليمان رحمه الله بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد رحمه الله لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم

(قوله في غير المربوطة) هي السائرة (قوله والمربوطة كالشط هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم انه على الخلاف ثم أطلق في كون المربوطة كالشط وهو مقيد بالمربوطة بالشط أما اذا كانت مربوطة في لجة البحر فالاصح ان كان الريح يحركها شديدا فهي كالسائرة والا فكالواقفة ثم ظاهر الكتاب والنهاية والاختيار جواز الصلاة في المربوطة في الشط مطلقا وفي الايضاح فان كانت موقوفة في الشط وهي على قرار الارض فصلى قائما جاز لانها اذا استقرت على الارض فحكمها حكم الارض فان كانت مربوطة ويمكنه الخروج لم تجز الصلاة فيها لانها اذا لم تستقر فهي كالدابة انتهى بخلاف ما اذا استقرت فانها حينئذ كالسرير (قوله والقياس أن لا قضاء عليه اذا استوعب وقت صلاة) وبه قال الشافعي ومالك واستدلا بما روى الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها أنها سألته عليه الصلاة والسلام عن الرجل يغمى عليه فيترك الصلاة فقال ليس لشئ من ذلك قضاء الا أن يغمى عليه في وقت صلاة فيفيق فيه فانه يصليها وهذا ضعيف جدا ففيه الحكم بن عبد الله بن سعد الايلي قال أحمد أحاديثه موضوعة وقال ابن معين ليس

(قوله أن الغالب من حال راكب السفينة دوران الرأس عند القيام) أقول ذلك في الذي لم يعتد ركوب السفينة وأما المعتاد فحاله ليس كما ذكر (قوله والموثوقة باللنجر كأنه معرب لنكر اسم لمرساة في لجة البحر) أقول قوله في لجة متعلق بقوله الموثوقة (قوله وقوله هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم أي الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور) أقول فهذا يرد ما ذكره الشيخ الشارح في وجه اعتبار التكرار في باب قضاء الفوائت

﴿باب سجود التلاوة﴾

قال (سجود التلاوة فى القرآن أربع عشرة سجدة

ثقة ولا مأمون وكذبه أبو حاتم وغيره وقال البخارى تركوه ثم بقية السند الى الحكم هذا مظلم كله وقالت الحنابلة يقضى مافاته وان كان أكثر من ألف صلاة لانه مرض وتوسط أصحابنا فقالوا ان كان أكثر من يوم وليلة سقط القضاء والا وجب والزيادة على يوم وليلة من حيث الساعات وهو رواية عن أبى حنيفة فاذا زاد على الدورة ساعة سقط وعند محمد من حيث الاوقات فاذا زاد على ذلك وقت صلاة كامل سقط والا لا وهو الاصح تخريجا على مامر فى قضاء الفوائت وان كان محمد قال هنالك بقولهما فكل من الثلاثة مطالب بالفرق الا أنهما يجيبان هنا بالنمسك بالاثر عن على وابن عمر على مافى الكتاب لكن المذكور عن ابن عمر فى كتب الحديث من رواية محمد بن الحسن عن أبى حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى عن ابن عمر أنه قال فى الذى يغمى عليه يوما وليلة قال يقضى وقال عبد الرزاق أخبرنا الثورى عن ابن أبى ليلى عن نافع أن ابن عمر أغمى عليه شهرا فلم يقض مافاته وروى ابراهيم الحربى فى آخر كتابه غريب الحديث حدثنا أحمد بن يونس حدثنا زائدة عن عبيد الله عن نافع قال أغمى على عبد الله بن عمر يوما وليلة فأفاق فلم يقض مافاته واستقبل وفى كتب الفقه عنه أنه أغمى عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقض وفى بعضها نص عليه فقال أغمى عليه ثلاثة أيام فلم يقض فقد رأيت ماهنا عن ابن عمر وشئ منها لا يدل على ان المعتبر فى الزيادة الساعات الا ما يتخايل من قوله أكثر من يوم وليلة وكل من روايتى الشهر والثلاثة الايام يصلح مفسرا لذلك الأكثر ولو لم يكن وجب كون المراد به خاصا من الزيادة لان المراد به ما دخل فى الوجود ولا عموم فيه وحمله على كون الاكثر بالساعة ليس بأولى من كونها وقتا وأما الرواية عن على فلم تعرف فى كتب الحديث والمذكور عنه فى الفقه أنه أغمى عليه أربع صلوات فقضاهن وأهل الحديث يروون هذا عن عمار روى الدارقطنى عن يزيد مولى عمار بن ياسر أن عمار بن ياسر أغمى عليه فى الظهر والعصر والمغرب والعشاء وأفاق نصف الليل فقضاهن قال الشافعى رحمه الله ليس هذا بثابت عن عمار ولو ثبت فمحمول على الاستحباب وفرق بين الاغماء والنوم بأنه عن اختيار بخلاف الاغماء وجه قولنا ان الاغماء مرض يعجز به صاحب العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة فلا ينافى أهلية الوجوب بل الاختيار لانه انما يوجب خللا فى القدرة وذلك يوجب التأخير لا سقوط أصل الوجوب لان تعلقه لفائدة الاداء أو القضاء بلا حرج ولم يقع بالاغماء ولا بمجرد الجنون اليأس عن الفائدة الثانية الا اذا امتد امتدادا يوقع الزام القضاء معه فى الحرج فحينئذ يظهر به عدم تعلقه لظهور انتفاء الفائدة المستتبعة له هذا تقرير الاصول وسيرد عليك بأوفى من هذا فى الزكاة والصوم ان شاء الله تعالى وبه يظهر أنه يصح أن يقال القياس السقوط مطلقا والقياس عدمه مطلقا وهذا لان معنى القياس الذى يقابلونه بالاستحسان هو الوجه المتبادر بالنسبة الى الوجه الخفى كما أفاده فى البدائع مما سنذكره ان شاء الله تعالى فى سجود التلاوة والا فالاستحسان قد يكون هو القياس الصحيح وكل منهما يتبادر فالاول عند تجريد النظر الى زوال فهم الخطاب الثانى عند ملاحظة أن الوجوب يتبع تعلقه احدى المصلحتين والخفى هو التفصيل بين الحرج وعدمه

﴿باب سجود التلاوة﴾

(قوله أربع عشرة سجدة) الاتفاق بيننا وبين الشافعى على أنها كذلك الا أنه يجعل فى الحج ثنتين ولا سجود فى ص ونحن نثبت سجدة فى ص وسجدة فى الحج له ماروى أبو داود خطبنا عليه الصلاة والسلام يوما فقرأ ص فلما مر بالسجود نزل فسجد وسجدنا معه وقرأها مرة أخرى فلما بلغ السجدة تشزنا للسجود فلما رآنا قال انما هى توبة نبى ولكنى رأيتكم تشزنتم أراكم قد استعددتم للسجود فنزل

وسجد

كان من حق هذا الباب أن يقترن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كان صلاة المريض يعارض سماوى كالسهو ألحقتها المناسبة بها فتأخر سجود التلاوة ضرورة وهو من قبيل اضافة الحكم الى سببه فان قيل كان الواجب أن يقول سجود التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة أجيب بأن التلاوة لما كانت سببا للسماع أيضا كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفى به وشرطها الطهارة من الحدث والخبث واستقبال القبلة وستر العورة وركنها وضع الجبهة على الارض وصفتها الوجوب عندنا ومواضعها ماذكره فى الكتاب أربعة عشر

(قوله فان قيل كان الواجب أن يقول سجود التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة) أقول سيجئ من الشارح أن الصحيح أن السبب فى حق السامع أيضا هى التلاوة فتكون الاضافة اليها بناء منه على ذلك لكن مختار المصنف كون السبب فى حق السامع هو السماع على ماسيصرح به

في آخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم والانشقاق والعلق هكذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والشافعي يوافقنا في العدد الا أنه يقول في الحج سجدتان وليس في ص سجدة وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله ان كنتم إياه تعبدون والمصنف احترز بقوله والسجدة الثانية في الحج في الصلاة عندنا وبقوله عند قوله وهم لا يسأمون ويذكر ص عن مذهبه احتج الشافعي رحمه الله على أن في الحج سجدتين بحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأهما ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر قالا سجدة التلاوة في الحج هي الأولى والثانية سجدة الصلاة ويعضده قرانها بالركوع في قوله تعالى يا أيها آمنوا اركعوا واسجدوا وتأويل ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم فضلت بسجدتين احداهما سجدة التلاوة والثانية سجدة الصلاة واستدل الشافعي على أن السجدة في ص سجدة شكر بما روي أنه صلى الله عليه وسلم تلا في خطبته سورة ص فتشزن الناس أي تهيأ الناس للسجود فقال عليه السلام تشزنتم انها توبة نبي وقد قال صلى الله عليه وسلم سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا قلنا هذا لا ينفي كونها سجدة تلاوة اذ ما من عبادة يأتي بها العبد الا وفيها معنى الشكر وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم سجدها في خطبته فدل على أنها سجدة تلاوة حيث قطع الخطبة لها ولئن سلم انه لم يسجد في خطبته فذلك كان تعليما لجواز تأخيرها وقد روي أن رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رأيت فيما يرى النائم كأني أكتب سورة ص فلما انتهيت الى موضع السجدة سجد الدواة والقلم فقال صلى الله عليه وسلم نحن أحق بها من الدواة والقلم فأمر حتى تليت في مجلسه وسجدها مع أصحابه وقوله (هو المأخوذ للاحتياط) لانها ان كانت عند الآية الثانية لم يجز تعجيلها وان كانت عند الاولى جاز تأخيرها الى الآية الثانية فكان فيما قلنا خروج عن العهدة بيقين

في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله تعالى عنه وهو المأخوذ للاحتياط

وسجدوا سجدنا وتشزن بناء مشتق من فوق ثم شين معجمة ثم زاي ثم نون معناه تهيأ وما رواه النسائي أنه عليه السلام سجد في ص وقال سجدها نبي الله داود توبة ونسجدها شكرا قلنا غاية ما فيه أنه بين السبب في حق داود والسبب في حقنا وكونه الشكر لا ينافي الوجوب فكل الفرائض والواجبات انما وجبت شكرا لتوالي النعم وقال الامام الحافظ أبو محمد عبد الله بن محمد بن يعقوب بن الحارث مخرج مسند أبي حنيفة كتب الي صالح حدثنا محمد بن يونس بن الفرج مولى بني هاشم حدثنا محمد بن الزبرقان الاهوازي عن أبي حنيفة عن سماك بن حرب عن عياض الاشعري عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم سجد في ص وأخرج الامام أحمد عن بكر بن عبد الله المزني عن أبي سعيد رضي الله عنه قال رأيت رؤيا وأنا أكتب سورة ص فلما بلغت السجدة رأيت الدواة والقلم وكل شيء يحضرني انقلب ساجدا قال فقصصتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزل يسجد بها فأفاد أن الامر صار الى المواظبة عليها كغيرها من غير ترك واستقر عليه بعد أن كان قد لا يعزم عليها فظهر أن ما رواه ان تمت دلالته كان قبل هذه القصة (قوله والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا) لانها مقرونة بالامر بالركوع والمعهود في مثله من القرآن كونه من أوامر ما هو ركن الصلاة بالاستقراء نحو اسجدي واركعي مع الراكعين وما روي من حديث عقبة بن عامر قلت يا رسول الله أفضلت سورة الحج بسجدتين قال نعم فمن لم يسجدهما فلا يقرأهما قال الترمذي اسناده ليس بالقوي كأنه لاجل ابن لهيعة وروى أبو داود في المراسيل عنه عليه الصلاة والسلام فضلت سورة الحج بسجدتين وقد أسند هذا ولا يصح وأخرج الحاكم ما أخرجه الترمذي وقال عبد الله بن لهيعة أحد الائمة وانما نقم اختلاطه في آخر عمره ولا يخفى أن هذا وجه ضعف الحديث وفيه حديث أخرجه أبو داود وابن ماجه عن عبد الله بن منين بنونين وميم مضمومة عن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم أقرأه خمس عشرة سجدة في القرآن منها ثلاث عشرة في المفصل وفي سورة الحج سجدتان وهو ضعيف قال عبد الحق وابن منين لا يحتج به قال ابن القطان وذلك لجهالته فانه لا يعرف له حال (قوله في قول عمر وهو المأخوذ للاحتياط) وجهه أنه ان كان السجود عند يعبدون لا يضره التأخير الى الآية بعده وان كان عند لا يسأمون لم يكن السجود قبل مجزئا وأما ان ذلك قول عمر فغريب وقد أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس أنه كان يسجد في حم السجدة عند قوله تعالى لا يسأمون وزاد في لفظ وأنه رأى رجلا يسجد عند قوله تعالى ان كنتم اياه تعبدون فقال له لقد عجلت

(والسجدة واجبة فى هذه المواضع على التالى والسامع) سواء قصد سماع القرآن أو لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها وعلى من تلاها وهى كلمة ايجاب

(قوله والسجدة واجبة) يعنى باعتبار الاصل أو هى أو بدلها فانه لو تلاها راكبا كان الواجب الايماء لها لما سنذكر ولان التلاوة فى الصلاة التحقت بأفعال الصلاة والصلاة على الدابة يكون سجودها بالايماء وحديث السجدة على من سمعها رفعه غريب وأخرج ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن عمر أنه قال السجدة على من سمعها وفى البخارى تعليقا وقال عثمان انما السجود على من استمع وهذا المعلق أخرجه عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهرى عن ابن المسيب أن عثمان مر بقاص فقرأ سجدة ليسجد معه عثمان فقال عثمان انما السجود على من استمع ثم مضى ولم يسجد وأخرج مسلم عن أبى هريرة فى الايمان يرفعه اذا قرأ ابن آدم السجدة اعتزل الشيطان يبكى يقول يا ويله أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة وأمرت بالسجود فأبيت فلى النار والاصل أن الحكيم اذا حكى عن غير الحكيم كلاما ولم يعقبه بالانكار كان دليل صحته فهذا ظاهر فى الوجوب مع أن آى السجدة تفيده أيضا لانها ثلاثة أقسام قسم فيه الامر الصريح به وقسم تضمن حكايته استنكاف الكفرة حيث أمروا به وقسم فيه حكاية فعل الانبياء السجود وكل من الامتثال والاقتداء ومخالفة الكفرة واجب الا أن يدل دليل فى معين على عدم لزومه لكن دلالتها فيه ظنية فكان الثابت الوجوب لا الفرض والاتفاق على أن ثبوتها على المكلفين مقيد بالتلاوة لا مطلقا فلزم كذلك وانما أديت بالايماء اذا تلاها راكبا لان الشروع فى التلاوة راكبا مشروع كالشروع فى التطوع راكبا من حيث انهما سببا لزوم السجدة فكما أوجب التطوع راكبا السجود بالايماء أوجبها التلاوة كذلك وانما أديت فى ضمن السجدة الصلبية والركوع لما نذكر واعلم أنه لا فرق بين أن تلاوها بالعربية أو الفارسية عند أبى حنيفة فهم السامع أولا اذا أخبر أنه قرأ سجدة وعندهما يشترط علمه بأنه يقرأ القرآن ولو قرأ بالعربية يلزمه مطلقا لكن لا يجب على الاعجمى ما لم يعلم ولا يجب بكتابة ولا على أصم ولا بقراءة آية السجدة هجاء وما فى الصحيحين من قول زيد بن ثابت قرأت على النبى صلى الله عليه وسلم النجم فلم يسجد لا يفيد نفى الوجوب والسنية فى المفصل كما استدل به مالك رضى الله عنه اذ هو واقعة حال فيجوز كونه للقراءة فى وقت مكروه أو على غير وضوء أو ليبين أنه غير واجب على الفور وهذا الاخير على التعيين محمل حديث عمر المروى فى الموطأ أنه قرأ سجدة وهو على المنبر يوم الجمعة فنزل فسجد وسجد الناس معه ثم قرأها يوم الجمعة الاخرى فتهيأ الناس للسجود فقال على رسلكم ان الله لم يكتبها علينا الا أن نشاء فلم يسجد ومنعهم وما استدل به لمالك مما روى عبد الرزاق أخبرنا معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس وابن عمر قالا ليس فى المفصل سجدة وما أخرج ابن ماجه عن أبى الدرداء قال سجدت مع النبى صلى الله عليه وسلم احدى عشرة سجدة ليس فيها شئ من المفصل الاعراف والرعد والنحل وبنى اسرائيل ومريم والحج والفرقان والنمل والسجدة وص وسجدة الحواميم فالثانى ضعيف بعثمان بن فائد ولو صح فليس فيه نفى السجدة فى المفصل بل ان الاحدى عشرة ليس فيها شئ فى المفصل وليس فى هذا نزاع ولو صح الاحتجاج به كان مع ما قبله معارضا بحديث أبى رافع فى الصحيحين ان أبا هريرة قرأ اذا السماء انشقت فسجد فقلت له ما هذه السجدة قال لو لم أر النبى صلى الله عليه وسلم يسجدها لم أسجدها حتى ألقاه وأخرجوا الا الترمذى عن أبى سلمة عنه أيضا قال سجدنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى اذا السماء انشقت واقرأ باسم ربك وهذا أقوى مما قبله واسلام أبى هريرة كان فى السنة السابعة من الهجرة ولو تعارضا كان الاحتياط فى الايجاب ومما استدل به على الوجوب استدلال الشافعية به على أن فى الحج سجدتين بتقدير صحته على ما ذكرناه فانه أفاد كراهة التحريم للقراءة دون سجود وهى رتبة الواجب (قوله وهى كلمة ايجاب) يعنى لفظ على من صيغ الالزام

قال (والسجدة واجبة) هذا بيان صفتها ذهب الشافعى الى أن السجدة فى هذه المواضع سنة لما روى أن زيد بن ثابت قرأ سورة النجم بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسجد لها ولا سجد النبى صلى الله عليه وسلم لها فدل على أنها لم تكن واجبة وقلنا هى واجبة على التالى والسامع قصد سماع القرآن أو لم يقصد وانما قيدنا بهذا لان فى بعض لفظ الآثار السجدة على من جلس لها وفيه ايهام أن من لم يجلس لها فليست عليه سجدة فقيد بذلك دفعا لذلك والدليل على وجوبها قوله صلى الله عليه وسلم (السجدة على من سمعها وعلى من تلاها) وعلى كلمة ايجاب

(قوله

(وهو) أي الحديث (غير مقيد بالقصد) واعترض بأنها لو كانت واجبة لما أديت في سجود الصلاة وركوعها ولما تداخلت ولما أديت بالايماء من راكب يقدر على النزول وأجيب بان أداءها في ضمن شئ لا ينافي وجوبها في نفسها كالسعي الى الجمعة يتأدى بالسعي الى التجارة وانما جاز التداخل لان المقصود منها اظهار الخضوع والخشوع وذلك يحصل بمرة واحدة وجواز أدائها بالايماء حين قرأها راكبا لانه أداها كما وجبت فان تلاوته على الدابة مشروعة فيما تجب به السجدة فكان كالشروع على الدابة في التطوع والجواب عن حديث زيد أن الاحتجاج به انما يتم اذا ثبت انه صلى الله عليه وسلم لم يسجد تلك السجدة حتى خرج من الدنيا فاذا لم نقل بوجوبها على الفور فيجوز أن يكون سجدها في وقت آخر واعلم أن صاحب النهاية قال جعل هذا اللفظ يعني قوله السجدة على من سمعها الحديث في سائر النسخ من المبسوطين والاسرار والمحيط وشرح الجامع الصغير من ألفاظ الصحابة لا من الحديث وأقول لم يكن المصنف ممن يطالع الكتب المذكورة فلولا أنه ثبت عنده كونه حديثا لما نقله حديثا فانه رحمه الله (٣٨٣) أعظم ديانة من أن يتوهم بذلك قوله

(وهو غير مقيد بالقصد (واذا تلا الامام آية السجدة سجدها وسجدها المأموم معه) لالتزامه متابعته (واذا تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلاة ولا بعد الفراغ) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلاة لانه يؤدي الى خلاف وضع الامامة أو التلاوة ولهما أن المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له

(قوله وهو) أي النص الموجب للسجدة بالسماع غير مقيد السماع بالقصد فتجب على من سمعها وان لم يقصد وقد قدمنا من حديث عثمان مع القاص ما يفيد خلافه وهو تقييده به والله سبحانه أعلم (قوله لالتزامه متابعته) علل بالتزام المتابعة لان الفرض فيما اذا تلا في السرية أما اذا تلا في الجهرية حتى سمع المقتدي فلا حاجة الى هذا التعليل اذ السماع موجب عليه ابتداء (قوله لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة) ان سجد المأموم وتابعه الامام أو التلاوة ان سجد الامام وتابعه التالي المأموم لان موضوع التلاوة أن يسجد التالي ويتابعه السامع ولذا قال صلى الله عليه وسلم للتالي الذي لم يسجد كنت اماما لو سجدت لسجدنا ولذا كانت السنة أن يتقدم التالي ويصف القوم خلفه فيسجدون وفي الخلاصة يستحب أن لا يرفع رأسه قبله (قوله وتصرف المحجور الخ) أثر الحجر عدم اعتبار فعل المحجور عليه وتصرفه وأثر النهي تحريم الفعل لاثر له الاعتبار لانه مطلقا لا يعدم المشروعية فالمحجور هو الممنوع من التصرف على وجه ينفذ فعل الغير عليه شاء أو أبى كما لو فعله هو في حال أهليته والمأموم كذلك من حيث القراءة حتى نفذ قراءة الامام عليه وصارت قراءته له كتصرف ولي المحجور كأنه تصرفه فكان محجورا فلا تعتبر قراءته وكانت كعدمها بخلاف الجنب والحائض فانهما منهيان فكانت ممنوعة لا أنه يعتبر وجودها بعدمها ولا يخفى أن هذا التعليل لا يتأتى على قول محمد في السرية فانه يستحسن قراءة المؤتم ظنا منه أنه الاحتياط فليس حينئذ بمحجور عليه عنده بل مجوز له الترك الا أن ذلك أعني استحسان القراءة في السرية عن محمد ضعيف والحق عنه خلافه على ما أسلفنا ولما كان مقتضى هذا الوجوب بالسماع منهما وعليهما بتلاوتهما وليس كذلك اذ لا يجب على الحائض بتلاوتها استثناه بقوله الا أنه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها من غير حائض لان ثبوت السبب للصلاة لا يظهر في حقها والسجدة

(قال المصنف لالتزامه متابعته) أقول قال ابن الهمام علل بالتزام المتابعة لان الفرض فيما اذا تلا في السرية أما اذا تلا في الجهرية حتى سمع المقتدي فلا حاجة الى هذا التعليل اذ السماع موجب عليه ابتداء انتهى فالاولى على هذا أن يقول لان الفرض فيما اذا لم يسمع المقتدي فتأمل (قوله فان التالي امام السامع فيجب أن يتقدم سجود التالي الخ) أقول في الوجوب كلام بل هو مندوب

(واذا تلا الامام السجدة) ظاهر وقوله (لان السبب قد تقرر ولا مانع) وكل ما تقرر مقتضيه وانتفى مانعه تحقق لا محالة (بخلاف حالة الصلاة) فان المانع موجود (لانه يؤدي الى خلاف موضع الامامة) ان سجد التالي أولا وتابعه الامام لانقلاب المتبوع تابعا والتابع متبوعا (أو التلاوة) ان سجد الامام أولا وتابعه التالي فان التالي امام السامع فيجب أن يتقدم سجود التالي قال صلى الله عليه وسلم للتالي كنت اماما لو سجدت لسجدنا فان قيل هذه ليست بقسمة حاصرة لجواز أن يسجد التالي دون الامام أو بالعكس فالجواب أن في ذلك مخالفة للامام وهي مفسدة فلم يذكرهما لكون ذلك مفروغا عنه في عدم الجواز (ولهما أن المقتدي محجور عن القراءة) لان المحجور هو الممنوع عن التصرف على وجه يظهر نفاذ ذلك التصرف عليه من جهة غيره والمقتدي بهذه الصفة لانه ممنوع عن القراءة والقراءة تنفذ عليه من جهة امامه قال عليه السلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وكل من هو محجور لا حكم لتصرفه ووجوب السجدة حكم تصرفه الذي هو القراءة فلا يثبت

وقوله (بخلاف الجنب والحائض) جواب عما يقال المقتدى فى كونه ممنوعا عن القراءة لحائض والجنب والسجدة تجب على من سمعها فكذا على من سمع المقتدى و وجهه أنهما منهيان عن القراءة والتصرفات المنهى عنها تنعقد لحكمها المعارف من أصلنا أن النهى عن الافعال الشرعية لا يعدم المشروعية فان اختلج فى ذهنك أن القراءة نعل حسى فالنهى عنه يعدم المشروعية فعليك بتقريرنا تجد مالم يسبق اليه فان قيل لو كان كذلك لوجبت على الحائض بتلاوتها وسماعها لكنها لا تجب أجاب بما معناه انما لم تجب عليها لانعدام أهلية الصلاة وذلك لان السجدة ركن من الصلاة والحائض لا يلزمها الصلاة مع تقرر السبب فلا تلزمها السجدة أيضا بخلاف الجنب فان الصلاة تلزمه وكذلك السجدة وقوله (ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها) يعنى بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) احترازعن قول بعضهم انه على الاختلاف لا يسجدها عندهما و يسجد عند محمد وجه الصحيح ماذكر أن الجر ثبت فى حقهم لان علة الجر هى الاقتداء وهو مختص بها فلا يعدوها وربان المقتدى اما أن يكون محجورا أولا والاول

يستلزم شمول العدم والثانى شمول الوجوب والجواب أنه محجور بالنسبة الى من وجد فى حقه علة الجر وغير محجور بالنسبة الى من لم يوجد وهو الخارج (وان سمعوا وهم فى الصلاة من رجل ليس معهم فى الصلاة لم يسجدوها فى الصلاة) لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال الصلاة (وسجدوها بعدها) لتحقق سببها (ولو سجدوها فى الصلاة لم يجزهم) لانه ناقص لمكان النهى فلا يتأدى به الكامل قال (وأعادوها) لتقرر سببها (ولم يعيدوا الصلاة) لان مجرد السجدة لا ينافى احرام الصلاة وفى النوادر أنها تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها

بخلاف الجنب والحائض لانهما عن القراءة منهيان الا أنه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام أهلية الصلاة بخلاف الجنب (ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها) هو الصحيح لان الجر ثبت فى حقهم فلا يعدوهم (وان سمعوا وهم فى الصلاة سجدة من رجل ليس معهم فى الصلاة لم يسجدوها فى الصلاة) لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال الصلاة (وسجدوها بعدها) لتحقق سببها (ولو سجدوها فى الصلاة لم يجزهم) لانه ناقص لمكان النهى فلا يتأدى به الكامل قال (وأعادوها) لتقرر سببها (ولم يعيدوا الصلاة) لان مجرد السجدة لا ينافى احرام الصلاة وفى النوادر أنها تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها

جزء الصلاة لا بقيد الجزئية بل نظرا الى ذاتها اعتبرت عبادة مستقلة فلا فرق فلا يجب عليها بسببها كما لا تجب الصلاة عليها بسببها فالحاصل أن كل من لا تجب عليه الصلاة ولا قضاؤها كالحائض والنفساء والكافر والصبى والمجنون ليس عليهم بالتلاوة والسماع سجود ويجب على السامع منهم اذا كان أهلا لكن ذكر شيخ الاسلام أنه لا يجب بالسماع من مجنون أو نائم أو طير لان السبب سماع تلاوة صحيحة وصحة التلاوة بالتمييز ولم يوجد وهذا التعليل يفيد التفصيل فى الصبى فليكن هو المعتبر ان كان له تمييز وجب بالسماع منه والافلا وفى الخلاصة اذا سمعها من طير لا تجب هو المختار ومن نائم الصحيح أنها تجب وان سمعها من الصدا لا تجب فأفاد الخلاف فى الاولين والتصحيح (قوله هو الصحيح) احترازعما قيل لا يسجدها على قولهما للحجر بل على قول محمد واستضعف بعضهم تعليل المصنف بالحجر عن القراءة اذ مقتضاه أن لا تجب على السامع من المقتدى خارج الصلاة وقول المصنف لان الحجر ثبت فى حقهم فلا يعدوهم يدفع هذا الاستضعاف (قوله ليست بصلاتية) فليست من أفعال الصلاة حتى تستتبع فعلا فى الصلاة فتكون السجدة حينئذ زيادة منهيا عنها فتكون ناقصة فلا يتأدى بها ما وجب كاملا ثم صواب النسبة فيه صلوية برد ألفه واوا وحذف التاء واذا كانوا قد حذفوها فى نسبة المذكر الى المؤنث كنسبة الرجل الى بصرة مثلا فقالوا بصرى لا بصرتى كيلا يجتمع تا آن فى نسبة المؤنث فيقولون بصرتية

قال المصنف (لانها ليست بصلاتية) أقول قال ابن الهمام صواب النسبة فيه صلوية انتهى يفهم جوابه بما سيذكر الشارح فى هذا الورق حيث قال انه خطأ مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر

وقيل) ماذكر في النوادر (هو قول محمد) وهو جواب القياس وماذكرهنا قولهما وهو جواب الاستحسان بناء على أن زيادة مادون الركعة لا يفسدها عندهما وعلى قوله زيادة السجدة تفسدها وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في سجدة الشكر فعند محمد السجدة الواحدة عبادة مقصودة ولهذا حكم بأن سجدة الشكر مسنونة فتفسد بشروعه في واجب قبل اكمال فرضه وعند أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف أنها غير مسنونة والسجدة الواحدة بمنزلة الركعة في كونها ركنا من أركان الصلاة غير مستقلة عبادة (فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه) فاما ان دخل (بعد ماسجدها الامام) أوقبله فان كان الاول (لم يكن عليه أن يسجدها لانه صار مدركا لها) أي للسجدة (بادراك ثلث الركعة) وهذا يشير الى أنه لو أدرك الامام في الركعة الاخرى لم يصر مدركا للسجدة فينبغي أن يسجدها خارج الصلاة لانه لما لم يدرك الركعة لم يكن مدركا للقراءة ولا لما تعلق بها من السجدة وقال الامام العتابي وأشار في بعض النسخ الى أنها تسقط عنه لانها صارت صلاتية وطواب بالفرق بين هذا وبين ما اذا أدرك الامام في ركوع صلاتي العيدين (٣٨٥) فان عليه أن يأتي بالتكبيرات ولم يصر مدركا لهما بادراك الركعة في الركوع وأجيب بأن الادراك الحقيقي ممكن لان ماهو من جنسها وهو تكبير الركوع يؤتى به حالة الركوع فالحق به تكبيرات العيد واذا كان الادراك الحقيقي ممكنا لا يصار الى الادراك الحكمي بخلاف سجدة التلاوة لانه ليس من جنسها فلا يؤتى به في حالة الركوع لتكون حقيقة الادراك ممكنة فيصار الى الحكمي وان كان الثاني سجدها معه لانه لو لم يسمعها بأن أخفاها الامام سجدها معه فهنا أولى (وان لم يدخل معه سجدها تحقق السبب) وهو التلاوة ممن ليس بمحجور عليه أو السماع من تلاوة صحيحة على اختلاف المشايخ قيل ينبغي أن لا يسجد لان الصحيح أن التلاوة هي السبب في حق السامع أيضا وكانت في الصلاة فكانت السجدة صلاتية فلا تقضي خارجها وأجيب بأنهم لما اختلفوا في كون التلاوة سببا في حقه أو السماع وجبت السجدة احتياطا لانا ان نظرنا الى التلاوة لا يلزمه السجدة وان نظرنا الى السماع تلزمه خارج الصلاة فأمرنا بها خارجها احتياطا وقوله (وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة) ضابط كلي ينسحب على الفروع الداخلة تحته ودليله ماذكره بقوله لانها صلاتية ومعنى الصلاتية أن تكون التلاوة الموجبة لها من أفعال الصلاة ولها من زية الصلاة

وقيل هو قول محمد رحمه الله (فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه بعد ماسجدها الامام لم يكن عليه أن يسجدها) لانه صار مدركا لها بادراك الركعة (وان دخل معه قبل أن يسجدها سجدها معه) لانه لو لم يسمعها سجدها معه فهنا أولى (وان لم يدخل معه سجدها وحده) لتحقق السبب (وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة) لانها صلاتية ولها من زية الصلاة فلا تتأدى بالناقص

فكيف بنسبة المؤنث الى المؤنث (قوله وقيل هو) أي المذكور في النوادر قول محمد لا قولهما بناء على أن زيادة سجدة تفسد عنده وعندهما زيادة مادون ركعة لا تفسد وهو بناء على أن السجدة المفردة يتقرب بها الى الله تعالى عند محمد فقد زاد واقربة فتفسد وعندهما مادون الركعة ليس بقربة شرعا الا في محل النص وهو سجود التلاوة فلا يكون السجود وحده قربة في غيره فلم يزد واما هو قربة فكان كزيادة ركوع أو قيام فلا تفسد كما لا تفسد بذلك (قوله فدخل معه بعد ماسجدها) يعني دخل معه في تلك الركعة أما لو دخل في الثانية كان عليه أن يسجدها بعد الفراغ وقوله لانه صار مدركا لها بادراك الركعة يفيده والنيابة وان كانت لا تجري في الافعال الا أنها أثر القراءة فالتحقت بها على أن ادراك جميع ماتضمنته الركعة بادراك الركوع مما لم يكن قضاؤه شرعا فيه ضرورى والقيام منه وهو فعل وخرج تكبيرات العيد لانها من جنس تكبيرة الركوع فالتحقت بها فقضيت فيه (قوله وان لم يدخل معه سجدها تحقق السبب) وكون الصحيح أن السبب في حق السامع التلاوة لا السماع وانما السماع شرط لا يمنع من السجود خارج الصلاة اذ لم يقم دليل على أن التلاوة في الصلاة لا تنعقد سببا الا بالنسبة الى من في الصلاة على انه قد أجيب بان اختلافهم في السبب على السامع أهو السماع أو التلاوة يوجب الاحتياط في السجود على الخارج بخلاف السماع في الصلاة لتلاوة من ليس فيها فان الاحتياط مع هذا الاختلاف أن لا يسجد في الصلاة اذ النظر الى كون السبب التلاوة يمنعها فيها والى كونه السماع يوجبها فيها والواجب صون الصلاة عن الزوائد الا ما لا بد منه في شرعيته فيها فالاحتياط أن لا يسجد في الصلاة (قوله وكل سجدة وجبت في الصلاة) أي بتلاوة الصلاة على من في تلك الصلاة (قوله ولها من زية) أي الصلوية

(قوله فتفسد بشروعه في واجب) أقول أي تفسد بشروعه في سجدة التلاوة (قوله غير مستقلة) أقول خبر بعد خبر (قال المصنف فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه) أقول يعني دخل معه في تلك الركعة أما لو دخل في الثانية كان عليه أن يسجدها بعد الفراغ وقوله لانه صار مدركا لها بادراك الركعة يفيده والنيابة وان كانت لا تجري في الافعال الا أنها أثر القراءة فألحقت بها (قوله لانه لو لم يسمعها بأن أخفاها الامام سجدها معه فهنا أولى) أقول فيه بحث فانه ان أريد أنه لو لم يسمعها في هذه الصورة ففيه مصادرة وان أريد لو لم يسمعها حال الاقتداء فالاولوية ممنوعة فتأمل

مزيلة لتأديها فى حرمة الصلاة فوجوب تأديها فى احرام الصلاة هو المستلزم لتأديه ماوجب كاملا ناقصا وهو علة عدم قضائها خارجها بالتحقيق لا مجرد تسميتها صلوية ومقتضى هذا جواز تأخيرها من ركعة الى ركعة بعد أن لا يخلى الصلاة عنها وقد يستأنس له بما قدمناه فى سجود السهو من أنه اذا تذكر سجدة التلاوة فى ركن فسجد لها لا يعيده وما تقدم من أنه لو أخرها بعد التذكر الى آخر الصلاة أجزأه لان الصلاة واحدة لا يستلزم جواز التأخير بل المراد أجزأته السجدة آخر الصلاة لكن صرح فى البدائع بأنها واجبة على الفور فى فصل بيان وقت أدائها وانه اذا أخرها حتى طالت التلاوة تصير قضاء وياثم لان هذه السجدة صارت من أفعال الصلاة ملحقة بنفس التلاوة فلذا فعلت فيها مع أنها ليست من أصل الصلاة بل زائدة بخلاف غير الصلوية فانها واجبة على التراخى على ماهو المختار وقيل بل على الفور أيضا فان قيل كيف يتحقق عدم السجود وسجدة التلاوة تتأدى فى ضمن سجدة الصلاة نوى أو لم ينو كما ذكر فى فتاوى قاضيخان وكذا تتأدى فى ضمن الركوع قلنا مراده اذا سجد للصلاة بعد الركوع على الفور ومانحن فيه اذا لم يسجد على الفور حتى لو قرأ ثلاث آيات وركع أو سجد صلبية ينوى بها التلاوة لم تجز لان السجدة صارت دينا عليه لفوات وقتها فلا تتأدى فى ضمن الغير ويعرف ذلك من سوق عبارته قال رجل قرأ آية سجدة فى الصلاة فان كانت السجدة فى آخر السورة أو قريبا من آخرها بعدها آية أو آيتان الى آخرها فهو بالخيار ان شاء ركع بها ينوى التلاوة وان شاء سجد ثم يعود الى القيام فيختم السورة وان وصل بها سورة أخرى كان أفضل فان لم يسجد للتلاوة على الفور حتى ختم السورة ثم ركع وسجد لصلاته تسقط عنه سجدة التلاوة لان بهذا القدر من القراءة لا ينقطع الفور ولو ركع لصلاته على الفور وسجد تسقط عنه سجدة التلاوة نوى فى السجدة السجدة للتلاوة أو لم ينو ولذا اذا قرأ بعدها آيتين أجمعوا أن سجدة التلاوة تتأدى بسجدة الصلاة وان لم ينو واختلفوا فى الركوع قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده لابد للركوع من النية حتى ينوب عن سجدة التلاوة نص عليه محمد وان قرأ بعد السجدة ثلاث آيات وركع لسجدة التلاوة قال شيخ الاسلام ينقطع الفور ولا ينوب الركوع عن السجدة وقال الحلوانى لا ينقطع مالم يقرأ أكثر من ثلاث آيات اه فظهر أن ذلك مقيد بأن يسجد للصلاة بعد الركوع على الفور وقد صرحوا بأنه اذا لم يسجد ولم يركع حتى طالت القراءة ثم ركع ونوى السجدة لم يجز وكذا اذا نواها فى السجدة الصلبية لانها صارت دينا عليه والدين يقضى بماله لا بما عليه والركوع والسجود عليه كذا فى البدائع فى فصل كيفية وجوبها وسيظهر أن قول الحلوانى هو الرواية ان شاء الله تعالى هذا وماذكر من الاجماع على عدم الاحتياج الى النية فى سجدة الصلاة حالة الفور فى البدائع مايفيد خلافه من ثبوت الخلاف قال ثم اذا ركع قبل أن تطول القراءة هل تشترط النية لقيام الركوع مقام سجدة التلاوة فقياس ماذكرنا من النكتة أن لا يحتاج لان الحاجة الى تحصيل التعظيم فى هذه الحالة وقد وجد نوى أو لم ينو كالمعتكف فى رمضان اذا لم ينو بصيامه عن الاعتكاف والذى دخل المسجد اذا اشتغل بالفرض غير ناو أن يقوم مقام تحية المسجد ومن مشايخنا من قال يحتاج الى النية ويدعى أن محمدا أشار اليه فانه قال اذا تذكر سجدة تلاوة فى الركوع يخر ساجدا فيسجد كما تذكر ثم يقوم فيعود الى الركوع ولم يفصل بين أن يكون الركوع الذى تذكر فيه عقيب التلاوة بلا فصل أو به فلو كان الركوع مما ينوب عن السجدة من غير نية لكان لا يأمره بأن يسجد للتلاوة بل قام نفس الركوع مقام التلاوة ثم اشتغل رحمه الله بدفع دلالة المروى عن محمد بما لا يقوى ثم طالبه بالفرق بين هذا وصوم المعتكف فى رمضان والصلاة وذكر جواب القائل عنه بأن الواجب الاصلى هنا هو السجود الا أن الركوع أقيم مقامه من حيث المعنى وبينهما من حيث الصورة فرق فلموافقة المعنى تتأدى السجدة بالركوع اذا نوى ولمخالفة الصورة لا تتأدى اذا لم ينو بخلاف صوم الشهر فان بينه وبين صوم الاعتكاف موافقة من

جميع الوجوه وكذا في الصلاة ثم قال لكن هذا غير سديد لان المخالفة من حيث الصورة ان كان بها عبرة فلا يتأدى الواجب به وان نوى فان من نوى اقامة غير ما وجب عليه مقام ما وجب لا يقوم اذا كان بينهما تفاوت وان لم يكن بها عبرة فلا حاجة له الى النية كما في الصوم والصلاة وعذر الصوم ليس بمستقيم لان بين الصومين مخالفة من حيث سبب الوجوب فكانا جنسين مختلفين ولهذا قال هذا القائل انه لو لم ينو بالركوع أن يكون قائما مقام سجدة التلاوة ولم يقم يحتاج في السجدة الصلبية الى أن ينوى أيضا لان بينهما مخالفة لاختلاف سببي وجوبهما انتهى فهذا يصرح بوجوب النية في ايقاع السجدة الصلبية عن التلاوة فيما اذا لم تطل القراءة على ما هو أصل الصورة كما نقلناه في صدر هذا المنقول فلم يصح ما تقدم من نقل الاجماع على عدم اشتراطها وانما أوردنا تمام عبارته لافادة ما تضمنته من الفوائد ثم قال هذا كله اذا ركع وسجد على الفور فان لم يفعل حتى طالت القراءة ثم ركع بنوى بها أو لم ينو ها في الركوع ونواها في السجود لم تجزه لانها صارت دينا في ذمته لفواتها عن محلها الا نها لو جوبها بما هو من أفعال الصلاة التحقت بأفعال الصلاة شرعا بدليل وجوب أدائها في الصلاة من غير نقص فيها وتحصيل ما ليس من الصلاة فيها ان لم يوجب فسادها يوجب نقصانها وكذا لا تؤدى بعد الفراغ لانها صارت جزأ من الصلاة فلا تؤدى الا بتحريمة الصلاة كسائر أفعالها ومبنى الافعال أن يؤدى كل فعل في محله المخصوص فكذا هذه فاذا لم تؤد في محلها حتى فاتت صارت دينا والدين يقضى بمثله لا بما عليه والركوع والسجود عليه فلا يتأدى به الدين بخلاف ما اذا لم تصر دينا لان الحاجة هناك الى التعظيم عند تلك التلاوة وقد وجد في ضمنهما فكفى كداخل المسجد اذا صلى الفرض كفى عن تحية المسجد لحصول تعظيم المسجد غير أن الركوع لم يعرف قربة في الشرع منفردا عن الصلاة فلذا تتأدى به السجدة اذا تلا في الصلاة لا خارجها فان قلت قد قالوا ان تأديها في ضمن الركوع هو القياس والاستحسان عدمه والقياس هنا مقدم على الاستحسان فأسعفني بكشف هذا المقام فالجواب أن مرادهم من الاستحسان ما خفي من المعاني التي يناط بها الحكم ومن القياس ما كان ظاهرا متبادرا فظهر من هذا أن الاستحسان لا يقابل القياس المحدود في الاصول بل هو أعم منه قد يكون الاستحسان بالنص وقد يكون بالضرورة وقد يكون بالقياس اذا كان قياس آخر متبادر وذلك خفي وهو القياس الصحيح فيسمى الخفي استحسانا بالنسبة الى ذلك المتبادر فثبت به أن مسمى الاستحسان في بعض الصور هو القياس الصحيح ويسمى مقابله قياسا باعتبار الشبه وبسبب كون القياس المقابل ما ظهر بالنسبة الى الاستحسان ظن محمد بن سلمة أن الصلبية هي التي تقوم مقام سجدة التلاوة لا الركوع وكان القياس على قوله أن تقوم الصلبية وفي الاستحسان لا تقوم بل الركوع لان سقوط السجدة بالسجدة أمر ظاهر فكان هو القياس وفي الاستحسان لا يجوز لان هذه السجدة قائمة مقام نفسها فلا تقوم مقام غيرها كصوم يوم من رمضان لا يقوم عن نفسه وعن قضاء يوم آخر فصح أن القياس وهو الامر الظاهر هنا مقدم على الاستحسان بخلاف قيام الركوع مقامها وأن القياس يأبى الجواز لانه الظاهر وفي الاستحسان يجوز وهو الخفي فكان حينئذ من تقديم الاستحسان لا القياس لكن عامة المشايخ على أن الركوع هو القائم مقامها كذا ذكره محمد رحمه الله في الكتاب فانه قال قلت فان أراد أن يركع بالسجدة نفسها هل يجزئه ذلك قال أما في القياس فالركوع في ذلك والسجدة سواء لان كل ذلك صلاة وأما في الاستحسان فينبغي له أن يسجد وبالقياس نأخذ وهذا لفظ محمد ووجه القياس على ما ذكره محمد أن معنى التعظيم فيهما واحد فكانا في حصول التعظيم بهما جنسا واحدا والحاجة الى تعظيم الله اما اقتداء بمن عظم واما مخالفة لمن استكبر فكان الظاهر هو الجواز ووجه الاستحسان أن الواجب هو التعظيم بجهة مخصوصة وهي السجود بدليل أنه لو ركع على الفور حتى طالت القراءة ثم نوى بالركوع أن يقع عن السجدة لا يجوز ثم أخذوا

فكان وجوبها كاملا وماوجب كاملا لايتأدى ناقصا وفيه بحث من أوجه الاول ماقيل هذا الكلى منقوض بما اذا سمعوا وهم فى الصلاة ممن ليس معهم فى الصلاة فانها سجدة وجبت فى الصلاة ويسجدونها بعدها كما تقدم والثانى ماقيل ان قوله فلم يسجدوها فيها غير متصور لانها تؤدى بسجدة الصلاة وان لم تنو والثالث ماقيل تاء التأنيث تحذف فى النسب فالصواب صلوية وأجيب عن الاول بأن تقديره وكل سجدة صلاتية واجبة فى الصلاة وفيه نظر لان قوله وجبت فى الصلاة اما أن يكون صفة موضحة وماثمة مايميزه عنها لان كل سجدة صلاتية واجبة فى الصلاة أوصفة كاشفة وعاد السؤال أوغيرهما من التأكيد والمدح والذم والمقام لايقتضيه فالصواب أن يقال تقديره وكل سجدة عن تلاوة وجبت فى الصلاة أى ثبتت وعن الثانى بان سجدة التلاوة انما تتأدى بسجدة الصلاة اذا قرأ آية السجدة فسجد وأما اذا لم يسجد على الفور حتى قرأ مقدار ثلاث آيات وركع أوسجد للصلاة ينوى بها سجدة التلاوة لم يجز لانها صارت دينا عليه بفوات وقتها فلا تتأدى فى ضمن الغير ورد بأن وقتها موسع فتى سجد كان أداء لاقضاء وأجيب بأن ذلك عند محمد وفى رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وفى رواية عن أبى حنيفة أن وجوبها على الفور لا التراخى فيجوز أن يكون المصنف اختار ذلك وعن الثالث بأنه خطأ مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر قال (ومن تلا سجدة فلم يسجدها) هذا لبيان التداخل فى سجدة التلاوة أى ومن تلا آية سجدة خارج الصلاة (فلم يسجدها حتى دخل فى الصلاة فأعادها) أى تلاوة تلك الآية ولم يتبدل مجلس الصلاة عن مجلس التلاوة (وسجد) فى الصلاة (أجزأته السجدة) التى سجدها (عن التلاوتين لان الثانية لكونها فى صلاتية أقوى فاستتبعت الاولى

(ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل فى صلاة فأعادها وسجد أجزأته السجدة عن التلاوتين) لان الثانية أقوى لكونها صلاتية فاستتبعت الاولى

بالقياس لقوة دليله وذلك لما روا عن ابن مسعود وابن عمر أنهما كانا أجازا أن يركع عن السجود فى الصلاة ولم يروعن غيرهما خلافه فلذا قدم القياس فانه لاترجيح للخفى لخفائه ولا للظاهر لظهوره بل يرجع فى الترجيح الى ما اقترن بهما من المعانى فتى قوى الخفى أخذوا به أو الظاهر أخذوا به غير أن استقراءهم أوجب قلة قوة الظاهر المنبار بالنسبة الى الخفى المعارض له فلذا حصروا مواضع تقديم القياس على الاستحسان فى بضعة عشر موضعا تعرف فى الاصول هذا أحدها ولاحصر لمقابله ثم النص عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن السجود بها أفضل هكذا مطلقا فى البدائع وجهه أنه اذا سجد ثم قام وركع حصل قربتين بخلاف ما اذا ركع ولانه بالسجود مؤد للواجب بصورته ومعناه وأما بالركوع فبمعناه ولاشك أن الاول أفضل وهو خلاف ما فى بعض المواضع من أنها اذا كانت آخر السورة فالافضل أن يركع بها ثم اذا سجد لها وقام فركع كما رفع رأسه دون قراءة كره له ذلك سواء كانت الآية فى وسط السورة أوختمها أو بقى الى الختم آيتان أوثلاث لانه يصير بانيا الركوع على السجود فينبغى أن يقرأ ثم يركع فان كانت فى وسط السورة فينبغى أن يختمها اذا رفع ثم يركع وان كان ختمها ينبغى أن يقرأ آيات من سورة أخرى ثم يركع وان كان بقى منها آيتان أوثلاثة كسورة بنى اسرائيل والانشقاق كان له أن يركع بها فى الآيتين بلا خلاف نعلمه وفى الثلاث اختلفوا قيل لايجزى الركوع بها لانقطاع الفور بالثلاث وقيل لا ينقطع بالثلاث وهو الاحق وفى البدائع الاوجه أن يفوض الى رأى المجتهد أو يعتبر مايعد طويلا على ان جعل ثلاث آيات قاطعة للفور خلاف الرواية فان محمدا ذكر فى كتاب الصلاة قلت أرأيت الرجل يقرأ السجدة وهو فى الصلاة والسجدة فى آخر السورة الا آيات بقيت من السورة بعد آية السجدة قال هو بالخيار ان شاء ركع بها وان شاء سجد بها قلت فان أراد أن يركع بها ختم السورة ثم ركع بها قال نعم قلت فان أراد أن يسجد بها عند الفراغ من السجدة ثم يقوم فيتلو مابعدها من السورة وهو آيتان أوثلاث ثم يركع قال نعم ان شاء وان شاء وصل بها سورة أخرى وهذا نص على أن الثلاث ليست قاطعة للفور ولا مدخل للسجدة فى حيز القضاء ثم لو سجد بها ينبغى أن يقرأ باقى السورة ثم يركع ثم علل فى البدائع أفضلية وصل السورة بما يقتضى قصره على ما اذا كان الباقى آيتين وهو قوله لان الباقى من خاتمة السورة دون ثلاث آيات فكان الاولى أن يقرأ ثلاث آيات كى لا يصير بانيا الركوع على السجود وهو خلاف ماجعله حكما لهذا التعليل حيث قال وان كان بقى الى الختم قدر آيتين أوثلاث (قوله أجزأته السجدة عن التلاوتين) يعنى اذا لم يتبدل مجلس التلاوة مع مجلس الصلاة فان تبدل فلكل سجدة فان قيل هذه المسئلة اما مندرجة

(قوله فانها سجدة وجبت فى الصلاة ويسجدونها بعدها كما تقدم) أقول لانسلم ذلك فان المراد وجوب الاداء ولا يجب أداؤها فيها على ما اعترف به (قوله وأجيب عن الاول بأن تقديره وكل سجدة صلاتية واجبة فى الصلاة) أقول اذا كان التالى مصليا والسامع ليس كذلك صدق على السجدة الواجبة على السامع انها صلاتية على تقديره مع عدم وجوبها على السامع فى الصلاة (قوله والصواب أن يقال تقديره وكل سجدة الخ) أقول فيه بحث

وفى النوادر يسجد) سجدة (أخرى بعد الفراغ) من الصلاة لان الصلاتية ان كانت أقوى فللاولى أيضا قوة السبق فاستويا فلا تكون احداهما أولى بالاستتباع وجواب ظاهر الرواية أن للثانية بعد التساوى قوة أخرى وهو الاتصال بالمقصود أى اتصال التلاوة بما هو المقصود أى الحكم وهو السجود فترجحت بها واستتبعت وعورض بأن الحاق الاولى بالثانية خلاف موضوع التداخل لان السابق قد مضى واضمحل فكيف يكون ملحقا باللاحق وأجيب بأن السابق قد يكون تبعا اذا كان اللاحق أقوى كالسنة قبل الفريضة وقوله (وان تلاها) يعنى خارج الصلاة (فسجد ثم دخل فى الصلاة فتلاها) أى تلك الآية وجب عليه (أن يسجد لها لان الثانية هى المستتبعة) لما قلنا انها لكونها صلاتية أقوى (و) اذا كانت مستتبعة (الاوجه لاحقها) أى السجدة المفعولة (بالاولى) أى التلاوة الاولى لانها ان ألحقت بها وهى تابعة للثانية كانت السجدة ملحقة بالتلاوة الثانية (وذلك يؤدى الى سبق الحكم قبل السبب) فتبين أن التداخل فى هذه الصورة متعذر فيجب سجدة ثانية للتلاوة الثانية وايالك أن تردد ضمير الحاقها الى التلاوة الثانية كما فعله بعض الشارحين واعترض على المصنف بأنه فاسد فتأمل وفيه بحث وهو أن الصلاتية انما ترجحت فى المسئلة الاولى باتصال المقصود وههنا مع الاولى السبق والاتصال بالمقصود ومع الثانية كونها صلاتية فقط فانى تستتبعها ويمكن أن يجاب عنه بأن المصير الى الاتصال انما كان على وجه التنزل من المصنف والا فكونها صلاتية أقوى من السبق فلا يساويه السبق ألا ترى انه اذا قهقه فيها انتقض الوضوء دون غيرها وبالنظر الى ذلك يتم الدليل قال (ومن كرر تلاوة سجدة واحدة) ذكر مسئلة وبين التداخل وقال (الاصل أن مبنى السجدة على التداخل) يعنى فى الاستحسان والقياس أن يجب لكل تلاوة سجدة سواء كانت فى مجلس واحد أو لم تكن لان السجدة حكم التلاوة والحكم يتكرر بتكرر سببه وجه الاستحسان ماذكره بقوله دفعا للحرج وذلك أن المسلمين يحتاجون الى تعليم القرآن وتعلمه وذلك يحتاج الى التكرار غالبا فالزام التكرار فى السجدة يفضى الى الحرج لا محالة والحرج مدفوع وقد صح أن جبريل صلوات الله عليه كان ينزل بآية السجدة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ويكرر عليه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد لها مرة واحدة تعليما لجواز التداخل دفعا للحرج

وفى النوادر يسجد أخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها (وان تلاها فسجد ثم دخل فى الصلاة فتلاها سجد لها) لان الثانية هى المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدى الى سبق الحكم على السبب (ومن كرر تلاوة سجدة واحدة فى مجلس واحد أجزأه سجدة واحدة فان قرأها فى مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه السجدتان) فالاصل أن مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج

فى المسئلة التى بعدها وهى أن تكرير تلاوة سجدة فى مجلس واحد يوجب سجدة واحدة أو لا فان كان نظرا الى اتحاد المجلس فينبغى له اذا سجد للاولى ثم دخل فى الصلاة فتلاها لا يجب عليه السجود لان الحكم فى الآتية هو أنه اذا كررها فى مجلس كفته سجدة سواء قدمها أو وسطها أو أخرها عن التلاوات وان لم يكن بناء على اختلاف المجلس بالصلاة كما بالاكل ونحوه فينبغى أن لا يكفيه الا سجدتان وجوابه أن موضوعها من جزئيات موضوعها لعدم اعتبارهم اختلاف المجلس بالصلاة لان الشروع فيها عمل قليل لكن خص موضوعها من حكم ذلك العام ففصل فيها بين أن يسجد للاولى فلا يغنى عن السجود للصلوية أو للصلوية فيغنى عن الاولى أو لا يسجد لواحدة منهما فيسقطان والحاصل أنه يجب التداخل فى هذه على وجه تكون الثانية مستتبعة للاولى ان لم يسجد للاولى لان اتحاد المجلس يوجب التداخل وكون الثانية قوية بسبب قوة السبب الذى هو التلاوة الفريضة وتفاوت المسببات بحسب تفاوت الاسباب منع من جعل الاولى مستتبعة اذ استتباع الضعيف القوى عكس المعقول ونقض الاصول فوجب التداخل على الوجه المذكور واذا لم يسجد للصلوية وقد صارت تلاوة الاولى مندرجة فيها سقطتا لما تقدم من أن كل سجدة وجبت فى الصلاة فلم يسجد فيها امتنع قضاؤها (قوله ومن كرر تلاوة سجدة الخ) اندرج بعض شرحها فيما ذكرنا قبلها والمحتاج اليه هنا بيان أن الاليق فى العبادات عند ثبوت التداخل كونه فى السبب وبيان وجه ثبوته والباقى ظاهر من الكتاب أما الثانى فبالنص وهو أنه صلى الله عليه وسلم كان يسمع من جبريل آية السجدة ويقرؤها على أصحابه ولا يسجد الا مرة واحدة مع أنه صلى الله عليه وسلم كان يكرر حديثه ثلاثا بالعقل عنه فكيف بالقرآن وبدلالة الاجماع على أن السميع اذا قرأها لا تجب الا سجدة واحدة وقد تحقق فى حقه التلاوة والسماع وكل سبب على حدته حتى يجب بالسماع وحده وبالتلاوة وحدها اذا كان التالى أصم والمعقول وهو أن تكرار القراءة محتاج اليه للحفظ والتعليم والاعتبار فلو تكرر الوجوب لحرج الناس زيادة حرج فان أكثر الناس لا يحفظ من عشر مرات بل أكثر فيلزم الحرج

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المصير الى الاتصال انما كان على وجه التنزل من المصنف والا فكونها صلاتية أقوى من السبق فلا يساويه السبق الخ) أقول وفيه تأمل فان الاتصال بالمقصود وكون الحاق الاولى بالثانية خلاف موضوع التداخل كيف لا يرجحان

ثم التداخل اما أن يكون فى السبب أو فى الحكم والاليق بالعبادات الاول وبالعقوبات الثانى وذلك لان التداخل اذا كان فى الحكم دون السبب كانت الاسباب باقية على تعددها فيلزم وجود السبب الموجب للعبادة بدون العبادة وفى ذلك ترك الاحتياط فيما يجب فيه الاحتياط فقلنا بتداخل الاسباب فيها ليكون جميعها بمنزلة سبب واحد ترتب عليه حكمه اذا وجد دليل الجمع وهو اتحاد المجلس وأما العقوبات فليس مما يحتاط فيها بل فى درئها احتياط فيجعل التداخل فى الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود

وهو تداخل فى السبب دون الحكم وهذا أليق بالعبادات والثانى بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هنالك

من جهة الزام الحكم كذلك وفى حفظ القرآن فانه كان يتعذر أو يتعسر جدا وهو مدفوع بالنص فوجب القول بالتداخل ولما كان مثير ذلك النص والاجماع هو الحرج اللازم بتقدير ايجاب التكرار اقتصر المصنف على التمسك به وأما الاول فاعلم أن الاصل فى التداخل كونه فى الحكم لانه أمر حكمى ثبت بخلاف القياس اذ الاصل أن لكل سبب حكما فيليق بالاحكام لا بالاسباب لثبوت الاسباب حسا بخلاف الاحكام واعتبار الثابت حسا غير ثابت أبعد من اعتباره كذلك فى غير المحسوس لكنا لو قلنا به فى الحكم فى العبادات لبطل التداخل لانه بالنظر الى الاسباب يتعدد وبالنظر الى الحكم يتحد فيتعدد لانه اذا دارت بين الثبوت والسقوط ثبتت لان مبناها على التكثير لانا خلقنا لها بخلاف العقوبات لان مبناها على الدرء والعفو حتى اذا دارت كذلك سقطت ولان المتحقق تأثير المجلس فى جمع الاسباب لا الاحكام على ما فى البيع وغيره وهذا التداخل تقيد بالمجلس فعلم أنه فى السبب وفائدته تظهر فيما لو زنى فحد ثم زنى يحد ثانيا ولو تلا فسجد ثم تلا لا يجب السجود ثانيا (قوله وهو) أى دليل الاعراض هو المبطل هنالك ألا ترى أنها لو خيرت قائمة فقعدت لا يخرج الامر من يدها فلو كان اختلاف المجلس يحصل بالقيام خرج اذ لا فرق فعلم أن خروجه فى القيام للاعراض لا للقيام وليس فى القعود عن قيام اعراض بل هو أجمع للرأى ثم تبدل المجلس قد يكون حقيقة باختلاف المكان الا فى اليسير فانه لا يختلف بخطوة أو خطوتين وكل من البيت والمسجد مجلس واحد فلو انتقل من مكان الى آخر فى البيت أو المسجد لا يتكرر الوجوب وكذا السفينة وان كانت سائرة لا يوجب سيرها اختلاف المكان والمجلس والدابة اذا كان فى الصلاة وهو راكب كالسفينة لان جواز الصلاة شرعا اعتبار للامكنة المتعددة مكانا بخلاف المشى بالقدم فانه لا موجب لاعتبار الامكنة المتعددة فيه مكانا اذ لم تجز صلاة الماشى ولذا قالوا لو كان خلفه غلام يمشى وهو فى الصلاة راكبا وكررها تكرر الوجوب على الغلام دون الراكب أما اذا لم يكن فى الصلاة وهى سائرة فيتكرر الوجوب وقيل اذا كان المسجد كبيرا يختلف المجلس وقد يكون حكما بأن أكل أكثر من لقمتين فى غير مكان التلاوة أو تكلم أكثر من كلمتين أو شرب أو نكح أو نام مضطجعا أو أرضعت ولدا أو أخذ فى بيع أو شراء أو عمل يعرف به أنه قطع لما كان قبل ذلك وان اتحد المجلس لا ان كان يسيرا واختلفوا فى الصلاة فعند محمد يوجب الانتقال فيها من ركعة الى أخرى اختلاف المجلس وعند أبى يوسف لا فلو قرأها فى ركعة ثم كررها فى أخرى وجبت أخرى عنده خلافا لابى يوسف له أن القول بالتداخل يؤدى الى اخلاء احدى الركعتين عن القراءة فيفسد قلنا ليس من ضرورة الحكم بالاتحاد فى حق حكم بطلان العدد فى حق حكم آخر فقلنا بالعدد فى حكم هو جواز الصلاة وبالاتحاد فيما قلنا وقد أفاد تعليل محمد أن التكرار فيما اذا كررها فى النفل أو الوتر مطلقا وفى الفرض فى الركعة الثانية أما لو كررها بعد أداء فرض القراءة ينبغى أن تكفيه واحدة

الموجب مضافا الى عفو الله وكرمه فانه هو الموصوف بسبوغ العفو وكمال الكرم وثمرة ذلك تظهر فيما لو تلا آية سجدة فى مكان فسجدها ثم تلاها فيه مرات فانه يكفيه تلك السجدة المفعولة أولا اذ لو لم يكن التداخل فى السبب لكانت التلاوة التى بعد السجدة سببا وحكمه قد تقدم وذلك لا يجوز وقوله (وامكان التداخل) أى الامكان الشرعى بيان لدليل الجمع وهو اتحاد المجلس لكونه جامعا للتفرقات ألا ترى الى شطرى العقد يجمعهما المجلس وان تفرقا بالاقوال فاذا اختلف عاد الحكم الى أصله وهو وجوب التكرار لعدم الجامع فان قيل ما بال الجامع لم يجمع بين الآيات فى مجلس واحد كما جمع بين المرات فيه قلنا لعدم الحرج فان آيات السجدة محصورة والغالب عدم تلاوة الجمع فى مجلس واحد بخلاف التكرار للتعليم فانه ليس بمحصور ويتفق فى مجلس واحد ثم اختلاف المجلس انما يكون بالذهاب عنه بعيدا قال محمد ان كان مشى نحوا من عرض المسجد وطوله فهو قريب وقيل ان مشى خطوتين أو ثلاثا لان فهو قريب وان كان أكثر من ذلك فهو بعيد ولا يختلف بمجرد القيام لانه مستحسن فى الاتيان بالسجدة لان الحر ورا الوارد فى القرآن سقوط من القيام بخلاف المخيرة فان خيارها يبطل بمجرد القيام لكونه دليل الاعراض فان من حز به أمر وهو قائم يقعد لكون القعود أجمع للرأى فاذا قامت دل على الاعراض وان خيار يبطل بالاعراض صريحا ودلالة

(وفى تسدية الثوب يتكرر الوجوب) وكلامه واضح وقال صاحب النهاية وهذا اللفظ يعنى قوله (وفى المنتقل من غصن الى غصن كذلك فى الاصح وكذلك فى الدياسة) يدل على أن اختلاف المشايخ فى المنتقل من غصن الى غصن وفى الدياسة لا فى تسدية الثوب لانه قطعها بالجواب من غير تردّد ثم شبه جواب الثانى بذكر الاصح وليس بواضح لجواز أن يكون قوله فى الاصح متعلقا بالمسئلتين جميعا وقوله للاحتياط يجوز أن يكون وجه الاصح فى الصور الثلاث المذكورة ووجهه أنه بالنظر الى اتحاد العمل واتحاد اسم المجلس لا يتبدل المجلس فلا يتكرر الوجوب وبالنظر الى اختلاف حقيقة المكان يتكرر الوجوب فقلنا بالتكرار للاحتياط وقوله (اذا تبدل مجلس التالى) واضح وقوله (على ماقيل) يعنى به قول فخر الاسلام ان مجلس التالى اذا تكرر دون مجلس السامع يتكرر الوجوب على السامع لان الحكم مضاف الى سببه وكانه اختار أن السبب هو التلاوة (والاصح أنه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا) يعنى أن السبب فى حقه السماع وكان مجلسه متحدا وهو قول الاسبيجابى قيل وعليه الفتوى (ومن أراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا بسجدة الصلاة) وفى قوله اعتبارا بسجدة الصلاة اشارة الى أن التكبير فيها سنة كما فى المشبه به وقوله ولم يرفع يديه احتراز عن قول الشافعى فان صفتها عنده أن يرفع يديه ناويا ثم يكبر للسجود ولا يرفع يديه ثم يكبر للرفع ويسلم ولم يذكر ماذا يقول فى سجوده فقيل يقرأ فيها سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا والاصح أن يقول فيها ما يقول فى سجدة الصلاة وان لم يذكر شيأ لم يضره لانها لا تكون أقوى من سجدة الصلاة ولو لم يذكر فيها شيأ جاز فكذلك هذه وقوله (ولا تشهد عليه ولا سلام) نفى لقول بعض أصحاب الشافعى الذين لم يأخذوا بقوله وقالوا ان فيها تشهدا وسلاما وقوله (لان ذلك) أى التشهد والسلام (للتحلل وهو يستدعى سبق التحريمة وهى معدومة) فان قيل لا نسلم أنها معدومة لانه قال وكبر والتكبير للتحريمة بالنص أجيب بأنه ليس كل تكبير للتحريمة ألا ترى تكبير السجود فانه ليس للتحريمة وهذه السجدة لما شبهت بسجدة الصلاة سن فيها التكبير للمشابهة

وفى تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفى المنتقل من غصن الى أغصن كذلك فى الاصح وكذا فى الدياسة للاحتياط (ولو تبدل مجلس السامع دون التالى يتكرر الوجوب) لان السبب فى حقه السماع (وكذا اذا تبدل مجلس التالى دون السامع) على ماقيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا (ومن أراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه) اعتبارا بسجدة الصلاة وهو المروى عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه (ولا تشهد عليه ولا سلام) لان ذلك للتحلل وهو يستدعى سبق التحريمة وهى منعدمة قال (ويكره أن يقرأ السورة فى الصلاة أو غيرها ويدع آية السجدة)

لان المانع من التداخل منتف حينئذ مع وجود المقتضى (قوله وفى تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفى المنتقل من غصن الى غصن كذلك فى الاصح وفى الدياسة كذلك) فى النهاية هذا اللفظ يدل على ان اختلاف المشايخ فى الاخيرين لا فى التسدية لكن ذكر الاختلاف فيه أيضا قال التمرتاشى واختلف فى تسدية الثوب والدياسة والذى يدور حول الرحى والذى يسبح فى الماء والذى تلا فى غصن ثم انتقل الى آخر والاصح الايجاب لتبدل المجلس ولذا يعتبر مختلفا فى الغصنين فى الحل والحرم حتى ان الحلال لو رمى صيدا على غصن شجرة أصلها فى الحل والغصن فى الحرم يجب الجزاء واعلم أن تكرر الوجوب فى التسدية بناء على المعتاد فى بلادهم من أنها أن يغرس الحائك خشبات يسوّى فيها السدى ذاهبا وجائيا أما على ماهى ببلاد الاسكندرية وغيرها بأن يديره على دائرة عظمى وهو جالس فى مكان واحد فلا يتكرر الوجوب (قوله ولو تبدل مجلس السامع دون التالى يتكرر الوجوب) على السامع اتفاقا وكذا اذا تبدل مجلس التالى دون السامع يتكرر الوجوب على السامع أيضا والاصح أنه لا يتكرر عليه لما قلنا ان السبب فى السماع السماع ولم يتبدل مجلسه فيه وظاهر الكافى ترجيح انه يتكرر قال الاصل ان التلاوة سبب بالاجماع لان السجدة تضاف اليها وتتكرر بتكررها وفى السماع خلاف قيل انه سبب لما روينا يعنى قوله صلى الله عليه وسلم السجدة على من سمعها الى آخره والصحيح أن السبب فى حق السامع التلاوة والسماع شرط عمل التلاوة فى حقه ففى المسئلة الاولى يتكرر اجماعا أما على قول البعض فلان السبب السماع ومجلس السماع متعدد وأما على قول الجمهور فلان اتحاد المجلس أبطل العدد فى حق التالى فلم يظهر ذلك فى حق غيره وفى المسئلة الثانية يتكرر لان الحكم يضاف الى السبب لا الشرط وقيل لا يتكرر لان السبب فى حقه السماع (قوله اعتبارا بسجدة الصلاة) يشير الى أن التكبيرتين مندوبتان لا واجبتان فلا يرفع يديه فيهما لانه للتحريم ولا تحرّم وان اشترط لها ما يشترط للصلاة مما سوى ذلك ويقول فى السجدة ما يقول فى سجدة الصلاة على الاصح واستحب بعضهم أن يقول سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا لانه تعالى أخبر عن أوليائه بذلك قال تعالى يخرّون للاذقان سجدا ويقولون سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا وينبغى أن لا يكون ما صحح على عمومه فان كانت السجدة فى الصلاة

(قوله وليس بواضح لجواز أن يكون قوله فى الاصح متعلقا بالمسئلتين جميعا) أقول الظاهر أنه خلاف الظاهر

وقوله (لانه يشبه الاستنكاف) يعنى أن الاستنكاف حرام لانه كفر فيكون ما يشبهه مكروها وقوله (شفقة على السامعين)

لانه يشبه الاستنكاف عنها (ولا بأس بأن يقرأ آية السجدة ويدع ماسواها) لانه مبادرة اليها قال محمد رحمه الله أحب الى أن يقرأ قبلها آية أو آيتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

﴿ باب صلاة المسافر ﴾

السفر الذى يتغير به الاحكام أن يقصد الانسان مسيرة ثلاثة أيام ولياليها

فيقول فيها ما يقال فيها فان كانت فريضة قال سبحان ربى الاعلى أو نفلا قال ما شاء مما ورد كسجد وجهى للذى خلقه الى آخره وقوله اللهم اكتب لى عندك بها أجرا وضع عنى بها وزرا واجعلها لى عندك ذخرا وتقبلها منى كما تقبلتها من عبدك داود وان كان خارج الصلاة قال كل ما أثر من ذلك وعن أبى حنيفة لا يكبر عند الانحطاط وعنه يكبر عنده لا فى الانتهاء وقيل يكبر فى الابتداء بلا خلاف وفى الانتهاء على قول محمد نعم وعلى قول أبى يوسف لا والظاهر الاول للاعتبار المذكور ويستحب أن يقوم فيسجد روى ذلك عن عائشة ولان الخرور الذى مدح به أولئك فيه (قوله قال) أى محمد الى آخره (قوله دفعا لوهم التفضيل) أى تفضيل آى السجدة على غيرها والكل من حيث انه كلام الله تعالى فى رتبة وان كان لبعضها بسبب اشتماله على ذكر صفات الحق جل جلاله زيادة فضيلة باعتبار المذكور لا باعتباره من حيث هو قرآن وفى الكافى قيل من قرأ آى السجدة كلها فى مجلس واحد وسجد لكل منها كفاه الله ما أهمه وماذكر فى البدائع فى كراهة ترك آية السجدة من سورة يقرؤها لان فيه قطع النظم القرآن وتغيير التأليف واتباع النظم والتأليف مأمور به قال الله تعالى فاذا قرأناه فاتبع قرآنه أى تأليفه فكان التغيير مكروها يقتضى كراهة ذلك وفيه أيضا لو قرأ آية السجدة من بين السورة لم يضره ذلك والمستحب أن يقرأ معها آيات ليكون أدل على مراد الآية وليحصل بحق القراءة لا بحق ايجاب السجدة اذ القراءة للسجود ليست بمستحبة فيقرأ معها آيات ليكون قصده الى التلاوة لا الى ايجاب السجود اه (قوله شفقة على السامعين) وقيل ان وقع فى قلبه عدم الاشفاق عليهم جهر حثالهم على الطاعة

﴿ فروع ﴾ اذا تلا على المنبر سجد ويسجدون معه لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه تلا على المنبر فنزل وسجد الناس معه وقدمنا أن السنة فى أدائها أن يتقدم التالى ويصف السامعون خلفه وليس هذا اقتداء حقيقة بل صورة ولذا يستحب أن لا يسبقوه بالوضع ولا بالرفع فلو كان حقيقة لتمام لوجب ذلك وصرح بأنه لو فسدت سجدة التالى بسبب من الاسباب لا تتعدى الى الباقين اذا تلا را كبا أو مريضا لا يقدر على السجود أجزأه الايماء وتقدم بعضه ولو نزل الراكب فسجد كان أولى بالجواز فلو نزل فلم يسجد ثم ركب فأومأ لها جاز الا على قول زفر وهو يقول لما نزل وجب أداؤها على الارض فصار كما لو تلاها على الارض قلنا لو أداها قبل نزوله جاز فكذا بعد ما نزل وركب لانه يؤديها بالايماء فى الوجهين وقد وجبت بهذه الصفة ويشترط للسجدة ما يشترط للصلاة سوى التحريمة من النية والاستقبال والستر ويجزى الى جهة التحرى عند الاشتباه واذا تلا فى وقت غير مكروه لا يجزيه السجود فى مكروه أو فى مكروه فلم يسجد حتى جاء وقت آخر مكروه فسجد لها فيه قيل يجوز وقيل لا يجوز وقدمناها فى فصل الاوقات المكروهة ويفسدها ما يفسد الصلاة من الحدث العمد والكلام والقهقهة وعليه اعادتها وقيل هذا على قول محمد لان العبرة عنده لتمام الركن وهو الرفع ولم يحصل بعد فأما عند أبى يوسف فقد حصل الوضع قبل هذه العوارض وبه يتم فينبغى أن لا تفسد وهو حسن ولا وضوء عليه بالقهقهة اتفاقا لما قدمناه فى الطهارة

﴿ باب صلاة المسافر ﴾

السفر عارض مكتسب كالتلاوة الا أن التلاوة عارض هو عبادة فى نفسه الا بعارض بخلاف

لما كان السفر من العوارض المكتسبة ناسب أن يذكر مع سجدة التلاوة لان التلاوة أيضا كذلك ويؤخر عنها لانها عبادة دونه والسفر فى اللغة قطع المسافة وليس بمراد هنا بل المراد قطع خاص وهو أن يتغير به الاحكام فقيده بذلك وذكر القصد وهو الارادة الحادثة المقارنة لما عزم لانه لو طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلاثة أيام لا يصير مسافرا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك وكان المعتبر فى حق تغير الاحكام اجتماعهما فان قيل الاقامة تثبت بمجرد النية فما بال السفر وهو ضده

﴿ باب صلاة المسافر ﴾

(قوله ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك الخ) أقول كيف يتصور ذلك وقد قال المقارنة لما عزم الا أن يحمل على التجوز السفر

لم يكن كذلك أجيب بأن السفر فعل ومجرد القصد لا يكفي فيه والاقامة ترك وهو يحصل بمجرد هما وسيجيء نظيره في باب الزكاة في العبد للخدمة ينوي أن يكون للتجارة وعكسه ان شاء الله تعالى والاحكام التي تتغير بالسفر هي قصر الصلاة واباحة الفطر وامتداد مدة المسح الى ثلاثة أيام وسقوط وجوب الجمعة والعيدين والاضحية وحرمة الخروج على الحرة بغير محرم فان قيل فكما أن القصد لابد منه للتغير فكذلك مجاوزة بيوت المصر ولم يذكره أجيب بأنه بصدد بيان تعريف السفر وماذكرتم من شروط تغيره وسنذكره وقوله (سير الابل) بالنصب بدل من قوله مسيرة ثلاثة أيام وقوله (عم الرخصة الجنس) ومن ضرورته عموم التقدير معناه أن الالف واللام في قوله والمسافر للجنس لعدم معهود فتكون الرخصة وهو المسح عاما بالنسبة الى من هو من هذا الجنس وذلك يستلزم أن يكون التقدير ثلاثة أيام أيضا عاما بالنسبة الى ذلك والا لكان نقيضه صادقا وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلاثة أيام ولياليها ويلزم الكذب المحال على الشارع ان كانت الجملة خبرية معنى أيضا أو عدم الامتثال لامره ان كانت طلبية معنى وذلك لا يجوز واعترض بوجهين أحدهما أن هذا انما يلزم أن لو كان ثلاثة أيام ظرفا لليمسح ولم لا يجوز أن يكون ظرفا لقوله والمسافر حتى يكون معناه والمسافر ثلاثة أيام ولياليها يمسح وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فيجوز أن يكون المسافر يوما وليلة أو أقل يمسح بدليل آخر وهو ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا أهل مكة لا تقصروا في أقل من أربعة برد من مكة الى عسفان والثاني أنه متروك الظاهر لان ظاهره يقتضي استيفاء مدة ثلاثة أيام ولياليها وذلك ليس (٣٩٣) بشرط بالاتفاق والجواب عن الاول أن راوي الحديث

سير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها عم الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير

السفر فلذا أخر هذا الباب عن ذاك والسفر لغة قطع المسافة وليس كل قطع يتغير به الاحكام من جواز الافطار وقصر الرباعية ومسح ثلاثة أيام ولياليها على الخف فبين ذلك السفر الذي يتعلق به تغير هذه الاحكام وأخذ فيه مع المقدار الذي ذكره القصد فأفاد أنه لو طاف الدنيا من غير قصد الى قطع مسيرة ثلاثة أيام لا يترخص وعلى هذا قالوا أمير خرج مع جيشه في طلب العدو ولم يعلم أين يدركهم فانهم يصلون صلاة الاقامة في الذهاب وان طالت المدة وكذا المكث في ذلك الموضع أما في الرجوع فان كان مدة سفر قصروا ولو أسلم حربي فعلم به أهل داره فهرب منهم يريد ثلاثة أيام لم يصر مسافرا وان لم يعلموا به أو علموا ولم يخشهم على نفسه فهو على اقامته وعلى اعتبار القصد تفرع في صبي ونصراني خرجا قاصدين مسيرة ثلاثة أيام ففي أثنائها بلغ الصبي وأسلم الكافر يقصر الذي أسلم فيما بقي ويتم الذي بلغ لعدم صحة القصد والنية من الصبي حين أنشأ السفر بخلاف النصراني والباقي بعد صحة النية اقل من ثلاثة أيام (قوله عم) أي الرسول صلى الله عليه وسلم بالرخصة وهي مسح ثلاثة أيام الجنس أي جنس المسافرين لان اللام في

عبد الوهاب بن مجاهد وهو ضعيف عند النقلة جدا حتى كان سفيان بن زريه يالكذب فبقي القول بالمسح للمسافر يوما وليلة قولا بلا دليل سلمنا لكن لا يجوز أن يكون ثلاثة أيام ظرفا للمسافر والالكان في قوله يمسح المقيم يوما وليلة كذلك فكان حكم المقيم والمسافر في مدة المسح واحدا في بعض الصور وفي ذلك التسوية بين حكم الراحة والمشقة وهو خلاف

(٥٠ — فتح القدير اول) موضوع الشرع وعن الثاني بان النزول لاجل الاستراحة ملحق بالسير في حق تكميل مدة السفر تيسيرا

(قوله وقوله سير الابل بالنصب بدل من قوله مسيرة ثلاثة أيام) أقول وفيه بحث والظاهر أنه نصب على نزع الخافض (قوله فتكون الرخصة وهو المسح عاما بالنسبة الى من هو من هذا الجنس وذلك يستلزم أن يكون التقدير الخ) أقول لو قال وهو المسح ثلاثة أيام لاستغنى عن قوله وذلك يستلزم الخ كما لا يخفى (قوله أو عدم الامتثال لامره ان كانت طلبية وذلك لا يجوز) أقول فيه بحث فان الطلب ليس بايجابي حتى يلزم الامتثال ألا ترى الى قول المصنف فيما سبق من رآه ثم لم يمسح أخذا بالعزيمة كان مأجورا ويجوز أن يجاب بأن المراد الامتثال باعتقاد حقيته فليتأمل ويمكن ايراد البحث من وجه آخر بأن يقال ما من عام الا وقد خص منه البعض فلا يلزم حينئذ شئ مما ذكره نعم لابد من مدعي التخصيص من دليل (قوله فيجوز أن يكون المسافر يوما وليلة أو أقل يمسح بدليل آخر وهو ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه الى آخر الحديث) أقول لا يظهر كون الحديث دليلا على المسح بل هو دليل على قصر من يسري أقل مما في الكتاب وأظن ان لفظ يمسح في السؤال ولفظ المسح في الجواب كلاهما سهوا اما من الشارع أو من الناسخ وصوابه يقصر والقصر (قوله والثاني أنه متروك الظاهر لان ظاهره يقتضي استيفاء مدة ثلاثة أيام الخ) أقول الظاهر ان المراد استيفاء المسح ففي جوابه تأمل (قوله فبقي القول بالمسح للمسافر يوما وليلة قولا بلا دليل) أقول فيه بحث (قوله سلمنا لكن لا يجوز أن يكون ثلاثة أيام ظرفا للمسافر والالكان في قوله يمسح المقيم يوما وليلة كذلك فكان حكم المقيم والمسافر في مدة المسح واحدا في بعض الصور الخ) أقول قوله في بعض الصور يعني في صورة مسافر يوم وليلة وفيه بحث لانه لا يتوقف لزوم تسوية المقيم والمسافر في بعض الصور على كون يوما وليلة ظرفا للمقيم بل هو يلزم على تقدير كونه ظرفا لليمسح أيضا والحق أن ظرفيته للمقيم محذور مستقل

وقدر أبو يوسف رحمه الله بيومين وأكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما (والسير المذكور هو الوسط) وعن أبي حنيفة رحمه الله التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح (ولا يعتبر السير في الماء) معناه لا يعتبر به السير في البر فأما المعتبر في البحر

المسافر للاستغراق لعدم المعهود المعين ومن ضرورة عموم الرخصة الجنس حتى انه يتمكن كل مسافر من مسح ثلاثة أيام عموم التقدير بثلاثة أيام لكل مسافر فالحاصل أن كل مسافر يمسح ثلاثة أيام فلو كان السفر الشرعي أقل من ذلك لثبت مسافر لا يمكنه مسح ثلاثة أيام وقد كان كل مسافر يمكنه ذلك ولان الرخصة كانت منتفية بيقين فلا تثبت الا بيقين ما هو سفر في الشرع وهو فيما عيناه اذ لم يقل أحد بأكثر منه لكن قد يقال المراد يمسح المسافر ثلاثة أيام اذا كان سفره بستوعبها فصاعدا لا يقال انه احتمال يخالفه الظاهر فلا يصار عليه لانا نقول قد صاروا اليه على ما ذكروا من أن المسافر اذا بكر في اليوم الاول ومشى الى وقت الزوال حتى بلغ المرحلة فنزل بها للاستراحة وبات فيها ثم بكر في اليوم الثاني ومشى الى ما بعد الزوال ونزل ثم بكر في الثالث ومشى الى الزوال فبلغ المقصد قال السرخسي الصحيح أنه يصير مسافرا عند النية وعلى هذا خرج الحديث الى غير الاحتمال المذكور وان قالوا بقيمة كل يوم ملحقة بالمنقضي منه للعلم بأنه لا بد من تخلل الاستراحات لتعذر مواصلة السير لا يخرج بذلك من أن مسافرا مسح أقل من ثلاثة أيام فان عصر اليوم الثالث في هذه الصورة لا يمسح فيه فليس تمام اليوم الثالث ملحقا بأوله شرعا حيث لم تثبت فيه رخصة السفر ولا هو سفر حقيقة فظهر أنه انما يمسح ثلاثة أيام شرعا اذا كان سفره ثلاثة وهو عين الاحتمال المذكور من أن بعض المسافرين لا يمسحها وآل الى قول أبي يوسف ولا تخلص الا بمنع صحة هذا القول واختيار مقابله وان صححه شمس الائمة وعلى هذا نقول لا يقصر هذا المسافر وأنا لا أقول باختيار مقابله بل انه لا تخلص من الذي أوردناه الا به وأوردنا أن لزوم ثلاثة أيام في السفر هو على تقدير هاظرفا لليمسح ولم لا يجوز كونها ظرفا للمسافر والمعنى المسافر ثلاثة أيام يمسح وانه لا ينفي تحقق مسافر في أقل من ثلاثة فيقصر مسافر أقل من ثلاثة لان مناط رخصة القصر السفر ولم يتحقق بعد نقل فيه ولا اجراء حكم الرخصة ويدل على القصر لمسافر أقل من ثلاثة حديث ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم قال يا أهل مكة لا تقصروا في أدنى من أربعة برد من مكة الى عسفان فانه يفيد القصر في الاربعة بردوهي تقطع في أقل من ثلاثة أيام وأجيب بضعف الحديث لضعف راويه عبد الوهاب بن مجاهد فبقي قصر الاقل بلا دليل ولو سلم فهو استدلال بالمفهوم أيضا لان القصر في أربعة برد أو أكثر اذا كان قطعها في أقل من ثلاثة انما ثبت بمفهوم لا تقصروا في أقل من أربعة برد فان قيل لا زم جعله ظرفا للمسافر كما هو جواز مسح الاقل كذلك هو يقتضي جواز مسح المسافر دائما مادام مسافرا فان تم ما ذكرتموه جوابا عن ذلك اللازم بقي هذا محتاجا الى الجواب فالجواب أن بقية الحديث لما كان أن المقيم يمسح يوما وليلة بطل كونها ظرفا للمسافر والا لزم اتحاد حكم السفر والاقامة في بعض الصور وهي صورة مسافر يوم وليلة لانه انما يمسح يوما وليلة وهو معلوم البطلان للعلم بفرق الشرع بين المسافر والمقيم ويؤيد كونه ظرفا لليمسح أن السوق ليس الا لبيان كمية مسح المسافر لا لاطلاقه وعلى تقدير كون الظرف لمسافر يكون يمسح مطلقا وليس بمقصود (قوله والسير المذكور الخ) اشارة الى سير الابل ومشي الاقدام فيدخل سير البقر بجر العجلة ونحوه (قوله هو الصحيح) احتراز عما قيل يقدر بها فقيل بأحد وعشرين فرسخا وقيل بثمانية عشر وقيل بخمسة عشر وكل من قدر بقدر منها اعتقد أنه مسيرة ثلاثة أيام وانما كان الصحيح أن لا يقدر بها لانه لو كان الطريق وعرا بحيث يقطع في ثلاثة أيام أقل من خمسة عشر فرسخا قصر بالنص وعلى التقدير باحد هذه التقديرات لا يقصر فيعارض النص فلا يعتبر سوى سير الثلاثة وعلى اعتبار سير الثلاثة يمشي الاقدام لو سارها مستعجل كالبريد في يوم قصر فيه وأفطر لتحقق سبب الرخصة وهو قطع مسافة ثلاثة

وقد روي عن أبي يوسف وهو رواية المعلى عنه بيومين وأكثر اليوم الثالث لان الانسان قد يسافر مسيرة ثلاثة أيام يتعجل السير فيبلغ قبل الوقت بساعة ولا يعتد بذلك (والشافعي قدره في قول بيوم وليلة) وربما يستدل على ذلك بحديث عبد الوهاب (وكفى بالسنة) يعني مارويناه (حجة عليهما) وقوله (وهو قريب من الاول) أي التقدير بثلاث مراحل قريب الى التقدير بثلاثة أيام لان المعتاد في السير في ذلك كل يوم مرحلة خصوصا في أقصر أيام السنة وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول عامة المشايخ فانهم قدروها بالفراسخ ثم اختلفوا فقال بعضهم أحد وعشرون فرسخا وقال آخرون ثمانية عشر وآخرون خمسة عشر وقوله (ولا يعتبر السير في الماء) يعني اذا كان لموضع طريقان أحدهما في الماء يقطع بثلاثة أيام وليليها اذا كانت الريح هادية أي متوسطة والثاني في البر يقطع بيوم أو يومين لا يعتبر أحدهما بالآخر فان ذهب الى طريق الماء قصر وان ذهب الى طريق البر أتم ولو انعكس انعكس الحكم (وانما المعتبر في البحر

مايليق بحاله) يعتبر السير فيه بثلاثة أيام ولياليها بعد أن كانت الريح مستوية لاساكنة ولاعاصفة كما في الجبل فانه يعتبر ثلاثة أيام ولياليها في السير فيه وان كانت تلك المسافة في السهل تقطع بما دونها قال (وفرض المسافر في الرباعية ركعتان) القصر في حق المسافر رخصة اسقاط عندنا وربما عبر بعض المشايخ عنه بالعزيمة ورخصة حقيقية عند الشافعي رحمه الله أي رخصة ترفيه وفرضه عندنا ركعتان لايزيد عليهما (وعنده فرضه الاربع) واعتباره بالصوم قال هذه رخصة شرعت للمسافر فيتخير فيها كما في الصوم (ولنا أن الشفع الثاني لايقضى ولايؤثم على تركه وهذا آية النافلة) وهو ظاهر وقوله (بخلاف الصوم) جواب عن قياس الخصم بأن الصوم يقضى يعني أن ترك الشيء بلا بدل ولااثم علامة كونه نافلة وماذكرتم ترك ببدل وهو القضاء فلايرد علينا وفيه بحث من وجهين أحدهما أن هذا قياس في مقابلة النص لان الله تعالى قال فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ولفظ لاجناح (٣٩٥) يذكر للاباحة دون الوجوب ولان النبي صلى الله عليه وسلم سماه صدقة والمتصدق عليه بالخيار في القبول وعدمه والثاني أن الفقير لو لم يحج ليس عليه قضاء ولااثم واذا حج كان فرضا فلم يكن ماذكرتم آية النافلة والجواب عن الاول أن النص مشترك الالزام أما الآية فلان الله تعالى قال أن تقصروا من الصلاة ان خفتم علق القصر بالخوف وهو ليس بشرط لقصر ذات الصلاة بالاتفاق ولا بد من اعماله فكان متعلقا بقصر الاوصاف من ترك القيام الى القعود أو ترك الركوع والسجود الى الايماء لخوف من عدو أو غيره وعندنا قصر الاوصاف عند الخوف مباح لاواجب وأما الحديث فلان التصدق بما لايحتمل التمليك من غير مفترض الطاعة كالعتاق والطلاق والقصاص اسقاط محض لايرتد بالرد فلان يكون من مفترض الطاعة أولى وعن الثاني بأنه لما أتى مكة صار مستطيعا فيفترض عليه ويأثم بتركه كالاغنياء وقوله (وان صلى اربعا) ظاهر

فما يليق بحاله كما في الجبل قال (وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لايزيد عليهما) وقال الشافعي رحمه الله فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا أن الشفع الثاني لايقضى ولايؤثم على تركه وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى (وان صلى أربعا وقعد في الثانية قدر التشهد أجزأته الاوليان عن الفرض والاخريان له نافلة) اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام

بسير الابل ومشي الاقدام كذا ذكر في غير موضع وهو أيضا مما يقوى الاشكال الذي قلناه ولامخلص الا أن يمنع قصر مسافر يوم واحد وان قطع فيه مسيرة أيام والالزم القصر لو قطعها في ساعة صغيرة كقدر درجة كما لو كان صاحب كرامة الطي لانه يصدق عليه أنه قطع مسافة ثلاثة بسير الابل وهو بعيد لانتفاء مظنة المشقة وهي العلة أعني التقدير بسير ثلاثة أيام أو أكثرها لانها المجعولة مظنة للحكم بالنص المقتضي أن كل مسافر يتمكن من مسح ثلاثة أيام غير أن الاكثر يقام مقام الكل عند أبي يوسف وعليه ذلك الفرع وهو ما اذا وصل عند الزوال من اليوم الثالث الى المقصد فلو صح تفريعهم جواز الترخص مع سير يوم واحد اذا قطع فيه قدر ثلاثة بسير الابل بطل الدليل ولا دليل غيره في تقديرهم أدنى مدة السفر فيبطل أصل الحكم أعني تقديرهم أدنى السفر الذي يترخص فيه بثلاثة والله تعالى أعلم (قوله فيما يليق بحاله) وهو أن تكون مسافة ثلاثة فيه اذا كانت الرياح معتدلة وان كانت تلك المسافة بحيث تقطع في البريوم كما في الجبل يعتبر كونه من طريق الجبل بالسير الوسط ثلاثة أيام ولو كانت تقطع من طريق السهل بيوم فالحاصل أن تعتبر المدة في أي طريق أخذ فيه (قوله وهذا آية النافلة) يعني ليس معنى كون الفعل فرضا الا كونه مطلوبا البتة قطعا أو ظنا على الخلاف الاصطلاحي فاثبات التخيير بين أدائه وتركه رخصة في بعض الاوقات ليس حقيقته الا نفي افتراضه في ذلك الوقت للمنافاة بينه وبين مفهوم الفرض فيلزم بالضرورة أن ثبوت الترخص مع قيام الافتراض لايتصور الا في التأخير ونحوه من عدم الزام بعض الكيفيات التي عهدت لازمة في الفرض وهذا المعنى قطعي في الاسقاط فيلزم كون الفرض مابقي بخلاف الفقير اذا حج حيث يقع عن الفرض ان لم ينو النفل مع انه لايأثم بتركه لانه افترض عليه حين صار داخل المواقيت وأما وقوع الزائد على القراءة المسنونة فرضا لانفلا مع انه لايأثم بتركها فجوابه ماسلف في فصل القراءة من أن الواجب أحد الامرين فارجع اليه هذا وفيه حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين قالت فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد في صلاة الحضر وفي لفظ قالت فرض الله الصلاة حين فرضها ركعتين أتمها في الحضر وأقرت صلاة

(قوله والجواب عن الاول ان النص مشترك الالزام الى قوله فكان متعلقا بقصر الاوصاف الخ) أقول ولايخفى ضعفه كيف والائمة كالمجتمعين على أن الآية في قصر أجزاء الصلاة كذا في التلويح ثم ان هذا الكلام في ذلك الجواب مبني على ماذهب اليه فخر الاسلام من أن انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط لازم البتة وان لم يكن مدلول اللفظ والا لكان التقييد بالشرط لغوا وغيره من الاصوليين على خلافه ويجعلون الآية دليلا على ماذهبوا اليه من أن التعليق بالشرط لايدل على عدم الحكم عند عدم الشرط ويجاب من طرف الشافعية أن القول بمفهوم الشرط انما يكون اذا لم يظهر فائدة أخرى لمثل الخروج مخرج الغالب والآية منه فان الغالب من أحوالهم في ذلك الوقت كان الخوف وتمام التفصيل في التلويح في القسم الثاني

(وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت) لاختلاط النافلة بها قبل اكمال أركانها (واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين) لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر عن علي رضي الله عنه لو جاوزناها هذا الخص لقصرنا

السفر على الفريضة الاولى زاد في لفظ قال الزهري قلت لعروة فما بال عائشة تتم في السفر قال انها تأولت كما تأول عثمان وفي لفظ للبخاري قالت فرضت الصلاة ركعتين ركعتين ثم هاجر النبي صلى الله عليه وسلم ففرضت أربعا فتركت صلاة السفر على الاول ذكره في باب من أين أرخوا التاريخ وهذه الرواية ترد قول من قال ان زيادة صلاة الحضر كانت قبل الهجرة وهذا وان كان موقوفا فيجب حمله على السماع لان أعداد الركعات لا يتكلم فيها بالرأي وكون عائشة تتم لا ينافي ما قلنا اذ الكلام في أن الفرض كم هو لا في جواز اتمام أربع فانا نقول اذا أتم كانت الاخريان نافلة لكن فيه أن المسنون في النفل عدم بنائه على تحريمة الفرض فلم تكن عائشة رضي الله عنها تواظب على خلاف السنة في السفر فالظاهر أن وصلها بناء على اعتقاد وقوع الكل فرضا فليحمل على أنه حدث لها تردد أو ظن في أن جعلها ركعتين للمسافر مقيد بحر جه بالاتمام يدل عليه ما أخرجه البيهقي أو الدارقطني بسند صحيح عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تصلي في السفر أربعا فقلت لها لو صليت ركعتين فقالت يا ابن أختي انه لا يشق علي وهذا والله أعلم هو المراد من قول عروة انها تأولت أي تأولت أن الاسقاط مع الحرج لا أن الرخصة في التخيير بين الاداء والترك مع بقاء الافتراض في التخيير في أدائه لانه غير معقول هذا ما في كتب الحديث وأما المذكور في بعض كتب الفقه من أنها كانت لا تعد نفسها مسافرة بل حيث حلت كانت مقيمة ونقل قولها أنا أم المؤمنين حيث حللت فهو داري لما سئلت عن ذلك فبعيد ويقتضي أن لا يتحقق لها سفر أبدا في دار الاسلام ولذا كان المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم المواظبة على القصر في صحيح البخاري عن ابن عمر رضي الله عنه صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم في السفر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله وصحبت أبا بكر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله وصحبت عمر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله وصحبت عثمان فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله تعالى وقد قال تعالى لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة انتهى وهو معارض للمروي من أن عثمان كان يتم والتوفيق أن اتمامه المروي كان حين أقام بمنى أيام منى ولا شك أن حكم السفر منسحب على اقامة أيام منى فساغ اطلاق انه أتم في السفر ثم كان ذلك منه بعد مضي الصدر من خلافته لانه تأهل بمكة على ما رواه أحمد أنه صلى بمنى أربع ركعات فأنكر الناس عليه فقال أيها الناس اني تأهلت بمكة منذ قدمت واني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تأهل في بلد فليصل صلاة المقيم مع أن في الباب ما هو مرفوع ففي مسلم عن ابن عباس فرض الله الصلاة على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم في الحضر أربع ركعات وفي السفر ركعتين وفي الخوف ركعة وهذا رفع ورواه الطبراني بلفظ افترض رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين في السفر كما افترض في الحضر أربعا وأخرج النسائي وابن ماجه عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عمر رضي الله عنه قال صلاة السفر ركعتان وصلاة الاضحى ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان تمام غير قصر على لسان محمد صلى الله عليه وسلم ورواه ابن حبان في صحيحه واعلاله بأن عبد الرحمن لم يسمع من عمر مدفوع بثبوت ذلك حكم به مسلم في مقدمة كتابه ولو لم يكن شيء من ذلك كان فيما حققناه من المعنى المفيد لنفلية الركعتين كفاية واعلم أن من الشارحين من يحكي خلافا بين المشايخ في أن القصر عندنا عزيمة أو رخصة وينقل اختلاف عباراتهم في ذلك وهو غلط لان من قال رخصة عنى رخصة الاسقاط وهو العزيمة وتسميتها رخصة مجاز وهذا بحيث لا يخفى على أحد (قوله واذا فارق) بيان لمبدا القصر ويدخل في بيوت المصر ربضه وقد صح عنه عليه الصلاة والسلام أنه قصر العصر بذي الحليفة وروى ابن أبي شيبة عن

وقوله (وان لم يقعد قدرها) أي قدر قعدة التشهد (بطلت) صلاته (لاختلاط النافلة بها قبل اكمال أركانها) لان القعدة الاخيرة ركن وقد تركها قبل احتياج صلاة المسافر الى القراءة كاحتياجها الى القعدة فاذا لم يقرأ في الركعتين وقام الى الثالثة ونوى الاقامة وقرأ الاخريين جازت صلاته عندهما خلافا لمحمد فكيف تبطل بترك القعدة وأجيب بان كلامنا فيما اذا لم يقعد في الاولى وأتم أربعا من غير نية الاقامة فيكون فيه اختلاط النافلة بالفرض قبل اكماله وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه اذا نوى الاقامة صار فرضه أربعا وصارت قراءته في الاخريين قراءة في الاوليين والقعدة الاولى لم تبق فرضا وانما يصير مسافرا بقصر الصلاة اذا فارق بيوت المصر من الجانب الذي يخرج منه وان كان في غيره من الجوانب بيوت لان السفر ضد الاقامة والشيء اذا تعلق بشيء تعلق ضده بضده وحكمه الاقامة وهو الاتمام لما تعلق بهذا الموضع تعلق حكم السفر بالمجاوزة عنه (وفيه الاثر عن علي رضي الله عنه) روى أنه خرج من المصر يريد السفر فحان وقت الصلاة فأتمها ثم نظر الى خص أمامه وقال (لو جاوزناه هذا الخص لقصرنا) والخص بيت من قصب واختلفوا في قدر الانفصال من المصر

فقال الامام التمرتاشي الاشبه أن يكون قدر غلوة واعترض بأن صلاة الجمعة والعيدين يجوز اقامتها في هذا المقدار من المصر وهي لا تقام الا في المصر فان كان هذا الموضع من المصر فكيف جاز القصر وان لم يكن منه (٣٩٧) كيف جازت هذه الصلاة به وأجيب بأن فناء المصر انما يلحق فيما كان من حوائج أهله وقصر الصلاة ليس منها (ولا يزال على حكم السفر حتى ينوى الاقامة في بلدة أو قرية خمسة عشر يوما) وقوله (أو أكثر) زائد (وان نوى أقل من ذلك قصر) عندنا وقال الشافعي في قول اذا نوى اقامة أربعة أيام صار مقيما وفي قول آخر صار مقيما وان لم ينو واحتج للاول بقوله تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة علق القصر بالضرب في الارض ومن نوى الاقامة فقد ترك الضرب والمعلق بالشرط معدوم عند عدمه الا أنا تركنا ما دون ذلك بدليل الاجماع وللثاني بقول عثمان رضي الله عنه من أقام أربعا أتم ولم يذكر النية وليس بصحيح لان ترك الضرب يحصل بنية ثلاثة أيام أيضا والاجماع على عدم جوازها في الاربعة كالاجماع على ما دونها ذكره الطحاوي وقد روي عن عثمان خلاف ذلك أيضا فلا يكون حجة ولنا ما ذكر أنه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها

(ولا يزال على حكم السفر حتى ينوى الاقامة في بلدة أو قرية خمسة عشر يوما أو أكثر وان نوى أقل من ذلك قصر) لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث

على رضي الله عنه أنه خرج من البصرة فصلى الظهر أربعا ثم قال انا لو جاوزنا هذا الخص لصلينا ركعتين فان قيل عند المفارقة يتحقق مبدأ الفناء اذ هو مقدر بغلوة في المختار وقيل بأكثر مما سنذكره في باب الجمعة والفناء ملحق بالمصر شرعا حتى جازت الجمعة والعيدان فيه ومقتضاه أن لا يقصر بمجرد المفارقة للبيوت بل اذا جاوز الفناء أجيب بأنه انما ألحق به فيما هو من حوائج أهله المقيمين فيه لا مطلقا وأما على قول من منع الجمعة فيه اذا كان منقطعا عن العمران فلا يرد الاشكال وفي فتاوى قاضيخان فصل في الفناء فقال ان كان بينه وبين المصر أقل من قدر غلوة ولم يكن بينهما مزرعة يعتبر مجاوزة الفناء أيضا وان كان بينهما مزرعة أو كانت المسافة بينه وبين المصر قدر غلوة يعتبر مجاوزة عمران المصر هذا واذا كانت قرية أو قرى متصلة ببعض المصر لا يقصر حتى يجاوزها وفي الفتاوى أيضا ان كان في الجانب الذي خرج منه محلة منفصلة عن المصر وفي القديم كانت متصلة بالمصر لا يقصر حتى يجاوز تلك المحلة والحاصل أنه قد صدق مفارقة بيوت المصر مع عدم جواز القصر ففي عبارة الكتاب ارسال غير واقع ولو اد عينا أن بيوت تلك القرى داخلة في مسمى بيوت المصر اندفع هذا لكنه تعسف ظاهر ثم المعتبر مجاوزة بيوت الجانب الذي خرج منه فلو جاوزها وتحاذيه بيوت من جانب آخر جاز القصر (قوله ولا يزال على حكم السفر حتى ينوى الخ) ظاهر أن المراد حتى يدخل قرية أو بلدا فينوي ذلك والا فنية الاقامة بالقرية والبلد متحققة حال سفره اليها قبل دخولها لكن تركه لظهوره ولاستفادته من تعليل ما قبله بقوله لان الاقامة تتعلق بدخولها وفيه أثر علي قال البخاري تعليقا وخرج علي رضي الله عنه فقصر وهو يرى البيوت فلما رجع قيل له هذه الكوفة قال لا حتى ندخلها يريد أنه صلى ركعتين والكوفة بمرأى منهم فقيل له الخ وقد أسنده عبد الرزاق فصرح به قال أخبرنا الثوري عن وفاء بن إياس الاسدي قال خرجنا مع علي رضي الله عنه ونحن ننظر الى الكوفة فصلى ركعتين ثم رجعنا فصلى ركعتين وهو ينظر الى القرية فقلنا له ألا تصلي أربعا قال لا حتى ندخلها ثم بقاء حكم السفر من حين المفارقة ناويا للسفر الى غاية نية الاقامة في بلد خمسة عشر يوما مقيد بأن يكون بعد استكمال مدة السفر وبان لا يكون من دار الحرب وهو من العسكر قبل الفتح وأيضا اشتراط النية مطلقا في ثبوت الاقامة ليس واقعا فانه لو دخل مصره صار مقيما بمجرد دخوله بلا نية والاحسن في الضابط لا يزال مسافرا حتى يعزم على الرجوع الى بلده قبل استكمال مدة السفر ولو في المفازة أو يدخلها بعد الاستكمال أو يدخل غيرها فينوي الاقامة بها وحدها خمسة عشر يوما فصاعدا وليست من دار الحرب وهو من العسكر الداخلين والمفاهيم المخالفة للقيود كلها مذكورة في الكتاب مسائل مستقلة غير أنه لم يذكر فيه مسئلة العزم على الرجوع وهي أنه اذا ثبت حكم السفر بالمفارقة ناويا للسفر ثم بدا له أن يرجع لحاجة أو لا فرجع صار مقيما في المفازة حتى انه يصلي أربعا وقياسه أن لا يحل فطره في رمضان وان كان بينه وبين بلده يوما ان لانه انتقض السفر بنية الاقامة لاحتماله النقض اذ لم يستحكم اذ لم يتم علة وكانت الاقامة نقضا للعارض لابتداء علة الاتمام ولو قيل العلة مفارقة البيوت قاصدا مسيرة ثلاثة أيام لا استكمال سفر ثلاثة أيام بدليل ثبوت حكم السفر بمجرد ذلك فقد تمت العلة لحكم السفر فيثبت حكمه ما لم يثبت علة حكم الاقامة احتاج الى الجواب (قوله لان السفر يجامعه اللبث) يعني حقيقة اللبث

(قوله فقال الامام التمرتاشي الاشبه أن يكون قدر غلوة واعترض بأن صلاة الجمعة والعيدين الخ) أقول الاعتراض لا يرد على ما ذكره التمرتاشي بل مورده ما في الكتاب ففيه نوع ركاكة (قوله واحتج للاول بقوله تعالى واذا ضربتم في الارض الى آخر الآية) أقول وقد منع الشارح أن يكون المراد قصر أجزاء الصلاة في الصحيفة السابقة

بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان فان مدة الطهر توجب اعادة ماسقط بالحيض والاقامة توجب اعادة ماسقط بالسفر فكما قدر أدنى مدة الطهر بخمسة عشر يوما فكذلك يقدر أدنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا أدنى مدة الحيض والسفر بثلاثة أيام لكونهما مسقطتين (وهو) أى التقدير بمدة الطهر (مأثور) روى مجاهد عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا اذا دخلت بلدة وأنت مسافر وفى عزمك أن تقيم بها خمسة عشر يوما فأكمل الصلاة وان كنت لا تدرى متى تظعن فاقصر والاثر فى مثله من المقدرات الشرعية كالخبر المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان العقل لا يهتدى الى ذلك وحاشاهم عن الخرافة فكان قولهم معتمدا على السماع ضرورة لا يقال كلامه متناقض لانه اعتبرها أولا بمدة الطهر وهو رأى منه ثم قال (والاثر فى مثله) يعنى ما لا يعقل من المقدرات (كالخبر) لان ذلك اظهار معنى بعد ثبوت أصله بالاثر لا أن يثبت ذلك بالرأى لانه لا مدخل له فيه وقوله (وهو الظاهر) أى الظاهر من الرواية احترازا عما روى عن أبى يوسف أن الرعاة اذا نزلوا موضعا كثير الكلا والماء ونووا الاقامة خمسة عشر يوما والكلأ والماء يكفيهم لتلك المدة صاروا مقيمين وكذلك أهل الاخبية وقالوا نية الاقامة فى المفازة انما لا تصح اذا سار ثلاثة أيام بنية السفر فأما قبل ذلك فتصح لان السفر لما لم يتم علة كانت نية الاقامة نقضا للعارض لا ابتداء علة واذا سار ثلاثة أيام ثم نوى كانت ابتداء ايجاب فلا تصح الا فى مكان ذكره فخر الاسلام فى أصوله فى العوارض المكتسبة وقوله (ولو دخل مصرا) واضح وأذربيجان صحح بفتح الهمزة والراء وسكون الذال المعجمة وقوله (وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك) روى عن سعد بن أبى وقاص أنه أقام بقرية من قرى نيسابور شهرين وكان يقصر وكذلك علقمة بن قيس أقام بخوارزم سنتين كان يقصر الصلاة وكذلك روى عن ابن عباس لا يقال هذا مخالف لقوله تعالى واذا ضربتم فى الارض على ما مر من

فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم والاثر فى مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى أنه لا تصح نية الاقامة فى المفازة وهو الظاهر (ولو دخل مصرا على عزم أن يخرج غدا أو بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقى على ذلك سنين قصر) لان ابن عمر أقام باذربيجان ستة أشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل ذلك

مع قيام حقيقة السفر يوجد فى كل مرحلة فلا يمكن اعتبار مطلقه (قوله وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر) أخرجه الطحاوى عنهما قالا اذا قدمت بلدة وأنت مسافر وفى نفسك أن تقيم خمس عشرة ليلة فأكمل الصلاة بها وان كنت لا تدرى متى تظعن فاقصرها وروى ابن أبى شيبة حدثنا وكيع حدثنا عمر بن ذر عن مجاهد أن ابن عمر كان اذا أجمع على اقامة خمسة عشر يوما أتم وقال محمد فى كتاب الآثار حدثنا أبو حنيفة حدثنا موسى بن مسلم عن مجاهد عن عبد الله بن عمر قال اذا كنت مسافرا فوطنت نفسك على اقامة خمسة عشر يوما فأتم الصلاة وان كنت لا تدرى متى تظعن فاقصر (قوله والاثر فى مثله كالخبر وهو الظاهر) احترازا عما سيذكره من الرواية عن أبى يوسف لانه لا مدخل للرأى فى المقدرات الشرعية وقدمنا فيه قوله فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان فهذا قياس أصله مدة الطهر والعلة كونهما موجبة ما كان ساقطا وهى ثابتة فى مدة الاقامة وهى الفرع فاعتبرت كميتها بها وهو الحكم واصلاحه بأنه بعد ثبوت التقدير بالخبر وجدناه على وفق صورة قياس ظاهر فرجحنا به المروى عن ابن عمر على المروى عن عثمان أنها أربعة أيام كما هو مذهب الشافعى وقد أخرج الستة عن أنس خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من المدينة الى مكة فصلى ركعتين ركعتين حتى رجعنا الى المدينة قيل كم أقمتم بمكة قال أقمنا بها عشرا ولا يمكن حمله على أنهم عزموا قبل أربعة أيام غير أنهم اتفق لهم أنهم استمروا الى عشر لان الحديث انما هو فى حجة الوداع فتعين أنهم نووا الاقامة حتى يقضوا النسك نعم كان يستقيم هذا لو كان فى قصة الفتح لكن الكائن فيها أنه صلى الله عليه وسلم أقام بمكة تسع عشرة يقصر الصلاة رواه البخارى من حديث ابن عباس وحديث أنس فى حجة الوداع قاله المنذرى فانه صلى الله عليه وسلم دخل مكة صبح رابعة من ذى الحجة وهو يوم الاحد وبات بالمحصب ليلة الاربعاء وفى مثل تلك الليلة اعتمرت عائشة من التنعيم ثم طاف صلى الله عليه وسلم طواف الوداع سحرا قبل الصبح من يوم الاربعاء وخرج صبيحته وهو اليوم الرابع عشر فقمت له عشر ليال ولو قبل تلك واقعة حال فيجوز كون الاقامة فيها كانت منوية منه صلى الله عليه وسلم فى مكة ومنى فلا يصير له بذلك حكم الاقامة على رأيكم قلنا معلوم أنه صلى الله عليه وسلم لم يكن ليخرج من مكة الى صبيحة يوم التروية فيكون عزمه على الاقامة بمكة الى حينئذ وذلك أربعة أيام كوامل فينتفى به قولكم ان أربعة أقل مدة الاقامة (قوله لان ابن عمر رضى الله عنهما أقام باذربيجان) بالذال الساكنة المعجمة بعد همزة والباء مكسورة بعدها الياء المثناة من تحت قرية روى عبد الرزاق بسنده أن ابن عمر أقام باذربيجان ستة أشهر يقصر الصلاة وروى البيهقى فى المعرفة باسناد صحيح أن ابن عمر قال ارتج علينا الثلج ونحن باذربيجان ستة أشهر فى غزاة فكنا نصلى ركعتين وفيه أنه كان مع غيره من الصحابة يفعلون ذلك وأخرج عبد الرزاق عن الحسن قال كنا مع عبد الرحمن بن سمرة ببعض بلاد فارس سنين فكان لا يجمع ولا يزيد

التقرير لان المراد به قصر الصفات كما تقدم وقوله (واذا دخل العسكر أرض الحرب) حاصل معناه أن نيتهم لم تصادف محلها الان محلها هو ما يكون محل قرار ليس الا وهذا دائر بين القرار والفرار كما ذكر في الكتاب فلم تكن دار اقامة ويعضده ما روى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقام بتبوك عشرين يوما يقصر الصلاة وقوله (وكذا اذا حاصروا أهل البغي في دار الاسلام) انما ذكره وان كان يعلم حكمه من حكم أهل الحرب لدفع ما عسى يتوهم أن نية الاقامة في دار الحرب انما لم تصح لانها منقطعة عن دار الاسلام فكانت كالمفازة بخلاف مدينة أهل البغي فانها في يد أهل الاسلام فكان ينبغي أن تصح النية (وكذا اذا حاصروهم في البحر) وقوله (لان حالهم مبطل عزيمتهم) يشير الى أن المحل وان كان صالحا للنية لكن ثمة مانع آخر وهو أنهم انما يقيمون لغرض فاذا حصل انزعجوا فلا تكون نيتهم مستقرة وهذا التعليل يدل على أن قوله في غير مصر وقوله في البحر ليس بقيد حتى لو نزلوا مدينة أهل البغي وحاصروهم في الحصن لم تصح نيتهم أيضا لان مدينتهم كالمفازة عند حصول المقصود لا يقيمون فيها وقوله (في الوجهين) أي في محاصرة أهل البغي وأهل الحرب وقوله (لانه موضع اقامة) أي بيوت المدر وذكر الضمير لان الخبر مذكر وفرق أبو يوسف بين الابنية والاخبية بأن موضع الاقامة والقرار هو الابنية دون الاخبية (ونية الاقامة من أهل الكلا وهم أهل الاخبية) مختلف فيها فمنهم من يقول (لا تصح) أبدا لانهم ليسوا في موضع الاقامة (والاصح أنهم مقيمون يروى ذلك عن أبي يوسف لان الاقامة للمرء (أصل) والسفر عارض يحصل عند قصد الانتقال الى مكان بينه وبينه مدة السفر وهم لا يقصدون ذلك وانما ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين أبدا قال (وان اقتدى المسافر بالمقيم) بين ههنا حكم اقتداء المسافر بالمقيم وعكسه والاول يجوز اذا كان في الوقت ولا يجوز بعد خروجه والثاني يجوز في الوقت وبعد خروجه وعلى هذا اذا اقتدى مسافر بمقيم في الوقت (أتم) صلاته (أربعا لانه) التزم المتابعة لمن فرضه الاربع ومن التزم المتابعة لمن فرضه أربع (يتغير فرضه الى أربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة) فان قيل علل تغير فرضه بالتبعية بقوله للتبعية فكيف يستقيم تعليله بعد ذلك

(واذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة أو حصنا) لان الداخل بين أن يهزم فيقر وبين أن ينهزم فيفر فلم تكن دار اقامة (وكذا اذا حاصروا أهل البغي في دار الاسلام في غير مصر أو حاصروهم في البحر) لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر رحمه الله يصح في الوجهين اذا كان الشوكة لهم للتمكن من الفرار ظاهرا وعند أبي يوسف رحمه الله يصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة (ونية الاقامة من أهل الكلا وهم أهل الاخبية قيل لا تصح والاصح أنهم مقيمون) يروى ذلك عن أبي يوسف لان الاقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى (وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت أتم أربعا) لانه يتغير فرضه الى أربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة

على ركعتين وأخرج عن أنس بن مالك أنه كان مع عبد الملك بن مروان بالشام شهرين يصلي ركعتين ركعتين (قوله فلم تكن دار اقامة) ومجرد نية الاقامة لا تتم علة في ثبوت حكم الاقامة كما في المفازة فكانت البلد من دار الحرب قبل الفتح في حق أهل العسكر كالمفازة من جهة أنها ليست بموضع اقامة قبل الفتح لانهم بين أن يهزموا فيقروا أو يهزموا فيفروا فحالتهم هذه مبطلة عزيمتهم لانهم مع تلك العزيمة موطنون على أنهم ان هزموا قبل تمام الخمسة عشر وهو أمر مجوز لم يقيموا وهذا معنى قيام التردد في الاقامة فلم تقطع النية عليها ولا بد في تحقق حقيقة النية من قطع القصد وان كانت الشوكة لهم لان احتمال وصول المدد للعدو ووجود مكيدة من القليل يهزم بها الكثير قائم وذلك يمنع قطع القصد وبهذا يضعف تعليل أبي يوسف الصحة اذا كانوا في بيوت المدر لان كانوا في الاخبية لان مجرد بيوت المدر ليس علة ثبوت الاقامة بل مع النية ولم تقطع وعلى هذا قالوا فيمن دخل مصرا لقضاء حاجة معينة ليس غير ونوى الاقامة خمسة عشر يوما لا يتم وفي أسير انفلت منهم ووطن على اقامة خمسة عشر في غار ونحوه لم يصر مقيما (قوله فلا يبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى) يعني هم لا يقصدون سفرا بل الانتقال من مرعى الى مرعى وهذا الان عادتهم المقام في المفاوز فكانت في حقهم كالقرى في حق أهل القرى وعن أبي يوسف أن الرعاء اذا كانوا في ترحال في المفاوز من مساقط الغيث ومعهم رحالهم وأثقالهم كانوا مسافرين حيث نزلوا الا اذا نزلوا مرعى كثير الكلا والماء واتخذوا المخابز والمعالف والاوارى والخيام وعزموا على اقامة خمسة عشر يوما والماء والكلا يكفيهم فاني أستحسن أن أجعلهم مقيمين ولا بد من تقييد سفرهم بذلك بان يقصدوا في الابتداء موضعا مسيرة ثلاثة أيام حتى ينتقض به حكم الاقامة التي كانت لهم بعد ذلك يجيء هذا التفصيل ذكره في البدائع أما من ليس من أهل البادية بل

(قوله ويعضده ما روى جابر بن عبد الله الى آخر الحديث) أقول انما يعضده لو ثبت منه الاقامة فيه (قوله فان قيل علل تغير فرضه بالتبعية بقوله للتبعية الخ) أقول الظاهر أن قوله للتبعية هنا في مكان قوله بنية الاقامة فيما بعده

بقوله (لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت) قلت ذلك تعليل للمقيس عليه ومعناه أن الجامع موجود وهو اتصال المغير بالسبب فان المغير في الاول هو الاقتداء وقد اتصل بالسبب وهو الوقت كما أن المعتبر في الثاني هو نية الاقامة وقد اتصل بالسبب وان اقتدى به في غير الوقت لم يجزه لعدم اتصال المغير كما اذا نوى الاقامة بعد الوقت وانما قال (وان دخل معه في فائتة) ولم يقل وان اقتدى به في غير الوقت لئلا يرد عليه ما اذا دخل مسافر في صلاة المقيم في الوقت ثم ذهب الوقت فانها لم تفسد وقد وجد الاقتداء بعده لان الاتمام لزمه بالشروع مع الامام في الوقت فالتحق بغيره من المقيمين (٤٠٠) واعترض بان المتابعة لو استلزمت الاتمام لوجب على مسافر اقتدى به مقيم فأحدث المسافر واستخلف المقيم أن يتم صلاته أربعا لانه صار متابعا للمقيم وليس كذلك فان فرضه لا يتغير وأجيب بأن الاعتبار في ذلك للاقتداء والمسافر كان فيه متبوعا لا تابعا وقوله (فيكون اقتداء المفترض) نتيجة ما قبله وتقريره لانه لا يتغير بعد الوقت واذا لم يتغير كان اقتداؤه عقدا لا يفيد موجبه لاستلزامه أحد المحذورين لانه ان سلم على الركعتين كان مخالفا لامامه وهو مفسد وان أتم أربعا خلط النفل بالمكتوبة قصدا والقعدة الأولى فرض في حقه نفل في حق الامام وكذلك القراءة في الاخريين (فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة) ان اقتدى به في أول الصلاة (أو القراءة) ان اقتدى به في الشفع الثاني وكلمة أو لعناد الخلو دون مانعة الجمع لجواز اجتماعهما وذلك أيضا مفسد واعترض بوجهين أحدهما أن الامام لو نسي القراءة في الشفع الاول وقضاها في الشفع الثاني ينبغي أن يجوز في هذه الصورة اقتداء المسافر بالمقيم لم وان كان بعد خروج الوقت لكون القعدة والقراءة فرضين على الامام أيضا كالمقتدى والثاني ان اقتداء المتنفل بالمفترض في الشفع

لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت (وان دخل معه في فائتة لم تجزه) لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة

هو مسافر فلا يصير مقيما بنية الاقامة في مرعى أو جزيرة (قوله لاتصال المغير) وهو الاقتداء بالسبب وهو الوقت وفرض المسافر قابل للتغيير حال قيام الوقت فانه لو نوى الاقامة فيه تغير الى أربع فبعد قبوله للتغير توقف تحقق التغير على مجرد سبب وقد وجد وهو الاقتداء فان قيل انعقاد الاقتداء سببا للتغير موقوف على صحة اقتداء المسافر بالمقيم وصحته موقوفة على تغير فرضه اذ لم يتغير لزم أحد الامرين من اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة فقد توقف التغير على صحة الاقتداء وصحته على التغير وهو دور فالجواب أنه دور معية لا دور ترتب بأن تثبت صحة الاقتداء والتغير معا الا أنه في الملاحظة يكون ثبوت التغير لتصحيح الاقتداء لانه مطلوب شرعا ما لم يمنع منه مانع ولا مانع الا عدم التغير وهو ليس بلازم لفرض ثبوت التغير بما يصلح سببا له فليكن طلب الشرع تصحيح الاقتداء سببا له أيضا فيثبت عند الاقتداء فتثبت الصحة معه بخلاف ما اذا خرج الوقت لانه حينئذ لا يقبلها التقرره في الذمة ركعتين فيصير كالصبح فلا يمكن فلا يصح وهذا اذا خرج الوقت قبل الاقتداء أما اذا اقتدى به في الوقت ثم خرج قبل الفراغ فلا يفسد ولا يبطل اقتداؤه لانه حين اقتدى صار فرضه أربعا للتبعية كالمقيم وصلاة المقيم لا تصير ركعتين بخروج الوقت وكذا لو نام خلف الامام حتى خرج الوقت فانتبه بطريق أولى أعني يتم أربعا واذا كان تغيره ضرورة الاقتداء فلو أفسد صلى ركعتين لزواله بخلاف ما لو اقتدى بالمقيم في فرضه ينوي النفل حيث يصلي أربعا اذا أفسد لانه التزم أداء صلاة الامام وهنا لم يقصد سوى اسقاط فرضه غير أنه تغير ضرورة المتابعة بخلاف ما لو اقتدى المقيم بالمسافر فأحدث الامام فاستخلف المقيم لا يتغير فرضه الى الاربع مع أنه صار مقتديا بالخليفة المقيم لانه لما كان المؤتم خليفة عن المسافر كان المسافر كأنه الامام فيأخذ الخليفة صفة الاول حتى لو لم يقعد على رأس الركعتين فسدت صلاة الكل من المسافرين والمقيمين ولو أم مسافر مسافرين ومقيمين فقبل أن يسلم بعد التشهد على رأس الركعتين تكلم واحد من المسافرين أو قام فذهب ثم نوى الامام الاقامة فانه يتحول فرضه وفرض المسافرين الذين لم يتكلموا أربعا لوجود المغير في محله وصلاة من تكلم تامة لانه تكلم في وقت لو تكلم امامه لم تفسد فكذا صلاة المقتدي اذا كان بمثل حاله ولو تكلم بعد نيته فسدت صلاته لانه انقلب فرضه أربعا ثم تكلم ولكن يجب عليه صلاة المسافرين ركعتين لان الاربع للتبعية وقد زالت بفساد الصلاة (قوله وان دخل معه في فائتة) أي في فائتة على المأموم المسافر سواء كانت فائتة على الامام المقيم أو لا بأن صلى المقيم ركعة من الظهر مثلا أو ركعتين ثم خرج الوقت فاقتدى به مسافر في الظهر لان الظهر فائتة في حق المسافر لا في حق الامام (قوله اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة الاولى) ان اقتدى به في الشفع الاول فانها فرض على المسافر الذي

(قوله قلت ذلك تعليل للمقيس عليه ومعناه أن الجامع موجود الخ) أقول فحينئذ لا يكون تعليلا للمقيس عليه بل ابداء العلة المشتركة (قوله والقعدة الاولى فرض في حقه نفل في حق الامام) أقول لعل المراد أنها كالنفل في كون تركها غير مفسد والا فهي واجبة (قوله وذلك أيضا مفسد) أقول معطوف على قوله وهو مفسد (قوله وكذلك القراءة في الاخريين الخ) أقول القراءة في الاخريين فرض في حقه لانهما نفل له فتفرض القراءة بخلاف الامام فانه لا تفسد صلاته بترك القراءة في الاخريين

الثانى جائز مع أن القراءة على المفترض نفل وعلى المتنفل فرض فكان اقتداء المفترض بالمتنفل وأجيب عن الاول بأن القضاء يلتحق بحال الاداء فيبقى الشفع الثانى خاليا عن القراءة فكان بناء الموجود على المعدوم وذلك لا يجوز وعن الثانى بأن صلاة المتنفل أخذت حكم الفرض تبعا لصلاة الامام ولهذا لو أفسد المتنفل صلاته بعد الاقتداء وجب قضاؤها أربعا وان اقتدى المقيمون بمسافر صلى بهم ركعتين وسلم وأتم المقيمون صلاتهم لان المقتدى التزم الموافقة فى الركعتين وقد أدى ما التزم ولم يتم صلاته فينفرد فى الباقى كالمسبوق الا أنه لا يقرأ فى الاصح وقوله فى الاصح احتراز عما قال بعض المشايخ من وجوب القراءة فيما يتمون لانهم منفردون فيه ولهذا يلزمهم سجود السهو اذا سهوا فيه فأشبهوا المسبوقين ووجه الاصح ما ذكر فى الكتاب أنه مقتد تحريمة لا فعلا يعنى فى الشفع الثانى أما أنه مقتد تحريمة فلانه التزم الاداء معه فى أول التحريمة وأما أنه ليس بمقتد فعلا فلان فعل الامام قد فرغ بالسلام على رأس الركعتين وكل من كان كذلك فهو لاحق ولا قراءة على اللاحق لانه بالنظر الى كونه مقتديا بتحريمة حرم عليه القراءة وبالنظر الى كونه غير مقتد فعلا يستحب له القراءة لان فرض القراءة صار مؤدى فدارت قراءته بين كونه حراما ومستحبا فكان الاحتياط فى الترك ترجيحا للمحرم بخلاف المسبوق لانه أدرك قراءة نافلة يعنى فى الأخريين لان الكلام فيه فبالنظر الى كونه مقتديا كانت بدعة وبالنظر الى كونه منفردا كانت فرضا لانه لم يتأد فرض القراءة فكانت عليه واجبة فان قيل (٤٠١) فاذا كانت واجبة كيف قال فكان الاتيان أولى أجيب بأن الاولوية لا تنافى الوجوب لان المراد بالاولوية ترجيح جانب الوجود على الترك وهو موجود فى الوجوب وزيادة وفيه ما فيه وقيل ذكره بمقابلة ما ذكر من قراءة المقيمين بعد فراغ امامهم المسافر لا بالنظر فى نفسه وقيل ذكره فى مقابلة قوله فيتركها احتياطا ومراده أن جعله منفردا التجب عليه القراءة لو تركها فسدت صلاته أولى من جعله مقتديا وفيه نظر لانه يجب جعله منفردا

(وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم وأتم المقيمون صلاتهم) لان المقتدى التزم الموافقة فى الركعتين فينفرد فى الباقى كالمسبوق الا أنه لا يقرأ فى الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه أدرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان أولى قال (ويستحب للامام اذا سلم أن يقول أتموا صلاتكم فانا قوم سفر) لانه عليه السلام قاله حين صلى بأهل مكة وهو مسافر

لم يتغير فرضه واجبة على الامام وانما أطلق اسم النفل مجازا لاشتراكهما فى عدم فساد الصلاة بالترك أو القراءة ان اقتدى به فى الشفع الثانى فان القراءة فيه نفل على الامام وان فرض أنه لم يقرأ فى الاولين لان قراءته هذه تلتحق بالاولين لان فرض القراءة يجب جعله فيهما فيخلو الثانى عن القراءة بالكلية (قوله فى الاصح) احتراز عما قيل يقرؤن لانهم منفردون ولهذا يجب السجود عليهم اذا سهوا (قوله احتياطا) فانه بالنظر الى الاقتداء تحريمة حين أدركوا أول صلاة الامام تكره القراءة تحريما وبالنظر الى عدمه فعلا اذ لم يفتهم مع الامام ما يقضون وقد أدركوا فرض القراءة تستحب واذا دار الفعل بين وقوعه مستحبا أو محرما لا يجوز فعله بخلاف المسبوق فانه أدرك قراءة نافلة ولو فرض أن الامام لم يكن قرأ فى الأولين فانها حينئذ تلتحق بهما ويحلو الشفع الثانى كما ذكرنا فلم يدرك قراءة أصلا حكما اذ ذاك فدارت قراءته بين أن تكون مكروهة تحريما أو ركنا تفسد الصلاة بتركه فالاحتياط فى حقه القراءة لان ارتكاب ترك الفرض أشد من ارتكاب المكروه تحريما (قوله ويستحب له اذا سلم أن يقول أتموا صلاتكم الخ) لاحتمال أن يكون خلفه من لا يعرف حاله ولا يتيسر له الاجتماع بالامام قبل ذهابه فيحكم حينئذ بفساد صلاة نفسه بناء على ظن اقامة الامام ثم افساده بسلامه على ركعتين وهذا محمل ما

(٥١ — فتح القدير اول) قوم سفر) أى مسافرون وهذا يدل على أن العلم بحال الامام بكونه مقيما أو مسافرا ليس بشرط لانهم ان علموا أنه مسافر فقوله هذا عبث وان علموا أنه مقيم كان كاذبا فدل على أن المراد به اذا لم يعلموا حاله وهو مخالف لما ذكر فى فتاوى قاضيخان وغيره أن من اقتدى بامام لا يدرى أنه مقيم أو مسافر لا يصح اقتداؤه والتوفيق بينهما ما قيل ان ذلك محمول على ما اذا بنوا أمر الامام على ظاهر حال الاقامة والحال أنه ليس بمقيم وسلم على رأس الركعتين وتفرقوا على ذلك لاعتقادهم فساد صلاة الامام وأما اذا علموا بعد الصلاة بحال الامام جازت صلاتهم وان لم يعلموا بحاله وقت الاقتداء وبهذا القول يعلم حاله فى الآخرة بقوله فان قيل فعلى هذا التقرير يجب أن يكون هذا القول واجبا على الامام لان اصلاح صلاة القوم يحصل به وما يحصل به ذلك فهو واجب على الامام فكيف قال ويستحب أجيب بأن اصلاح صلاتهم ليس بمتوقف على هذا القول البتة بل اذا سلم على رأس الركعتين وعلم عدم سهوه فالظاهر من حاله أنه مسافر حملا لامره على الصلاح فكان قوله هذا بعد ذلك زيادة اعلام بأنه مسافر وازالة للتهمة عن نفسه واقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم فانه قاله حين صلى بأهل مكة وهو مسافر فكان أمرا مستحبا لا واجبا

(قوله ولهذا لو أفسد المتنفل صلاته بعد الاقتداء وجب قضاؤها أربعا) أقول بخلاف المسافر المقتدى بالمقيم كما يجىء (قوله فبالنظر الى كونه مقتديا كانت بدعة) أقول عبر عن الحرام بالبدعة هنا للتهوين أمره بالنسبة الى ترك الفرض فانه مجتهد فيه بخلاف ترك فرض القراءة

فى الفتاوى اذا اقتدى بامام لايدرى أمسافر هو أو مقيم لايصح لان العلم بحال الامام شرط الاداء بجماعة انتهى لأنه شرط فى الابتداء لما فى المبسوط رجل صلى بالقوم الظهر ركعتين فى قرية وهم لايدرون أمسافر هو أم مقيم فصلاتهم فاسدة سواء كانوا مقيمين أم مسافرين لان الظاهر من حال من فى موضع الاقامة أنه مقيم والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه فان سألوه فأخبرهم أنه مسافر جازت صلاتهم انتهى وانما كان قول الامام ذلك مستحبا لانه لم يتعين معرفا صحة صلاته لهم فانه ينبغى أن يتواثم يسألوه فتحصل المعرفة وحديث أتموا صلاتكم رواه أبو داود والترمذى عن عمران بن حصين رضى الله عنه قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وشهدت معه الفتح فأقام بمكة ثمان عشرة ليلة لايصلى الا ركعتين يقول ياأهل مكة صلوا أربعا فانا قوم سفر صححه الترمذى هذا لو قام المقتدى المقيم قبل سلام الامام فنوى الامام الاقامة قبل سجوده رفض ذلك وتابع الامام فان لم يفعل وسجد فسدت صلاته لانه مالم يسجد لم يستحكم خروجه عن صلاة الامام قبل الامام وقد بقى على الامام ركعتان بواسطة التغير فوجب عليه الاقتداء فيهما فاذا انفرد فسدت بخلاف مالو نوى الامام بعد ماسجد المقتدى فانه يتم منفردا فلو رفض وتابع فسدت لاقتدائه حيث وجب الانفراد وقدمنا فى باب الحدث فى الصلاة مسئلة استخلاف الامام المسافر مقيما فارجع اليها هنالك وأتقنها ﴿وهذه مسائل الزيادات﴾ مسافر ومقيم أم أحدهما الآخر فلما شرعا شكا فى الامام استقبلا لان الصلاة متى فسدت من وجه وجازت من وجوه حكم بفسادها وامامة المقتدى مفسدة واحتمال كون كل منهما مقتديا قائم فتفسد عليهما قبل تأويله اذا افترقا عن مكانهما أما قبله فيجعل من عن يمين الآخر مقتديا حملا على السنة وقيل لالان قيام المقتدى عن اليمين ليس شرطا ليجعل دليلا ولو لم يشكا حتى أحدث أحدهما فخرج ثم أحدث الآخر فخرج ثم شكا فسدت صلاة من خرج أولا لان الاول سواء كان اماما أو مقتديا لما خرج أولا صار مقتديا بالمتأخر ثم اذا خرج الثانى خلا موضع المأموم عن الامام وذلك مفسد بخلاف الثانى فانه خرج وهو امام فلا تعلق لصلاته بصلاة غيره ليلزم من فساد صلاة الغير فسادها ويصلى أربعا مسافرا كان أو مقيما ويقرأ فى الركعة الثانية ويجلس على رأس الركعتين لان ذلك فرض على المسافر ان كان اماما وعلى المقيم ان اقتدى بالمسافر وتحولت امامته اليه واحتمال الاقتداء ثابت وان لم يعلم الاول خروجا فسدت صلاتهما لان صلاة المتقدم فاسدة واحتمال التقدم ثابت فى كل منهما وكذا ان خرجا معا لفساد صلاة المقتدى منهما خلو مكان الامام واحتمال الاقتداء فى كل منهما ثابت ولو صليا ركعتين وقعدا ولم يحدثا ثم شكا فى الامام لم تفسد صلاتهما بل يقوم المقيم ويتم أربعا ويتابعه المسافر لان المقيم ان كان اماما كان له أن يصلى أربعا وان كان مقتديا انتهى اقتداؤه اذا قعدا مامه قدر التشهد ويتابعه المسافر فى ذلك لانه ان كان اماما تمت صلاته فلا تضره المتابعة فى الزيادة وان كان مقتديا انقلب فرضه أربعا واحتمال الاقتداء ثابت حتى لو لم يتابعه فسدت لما قلنا ولو لم يشكا حتى أحدث أحدهما فخرج ثم الآخر كذلك ثم شكا بعد ما رجعا من الوضوء فسدت صلاة من خرج أولا دون الثانى لان الاول لو كان مقيما فان كان مقتديا بالمسافر لاتفسد صلاته لانه خرج بعد ما انتهى اقتداؤه وان كان اماما فسدت صلاته لانه لما خرج أولا صار مقتديا بالمسافر فاذا خرج المسافر بعده فسدت صلاته فان كان الاول مسافرا ان كان اماما لم تفسد صلاته لانه خرج بعد الفراغ عن الاركان فلم يصر مقتديا بالمقيم لانتهاء الاقتداء وان كان مقتديا تفسد صلاته لخروج الامام بعده ففسدت صلاة من خرج أولا من وجه وجازت من وجه فيحكم بالفساد والمتأخر لاتفسد صلاته لانه منفرد عند الخروج ويصلى ركعتين ليصير أربعا لانه ان كان مقيما لابد له من ذلك وان كان مسافرا فبالاقتداء يجب ذلك واحتمال الاقتداء ثابت وان شكا فى الذى خرج أولا فسدت صلاتهما لان صلاة المتقدم فاسدة

واحتمال

قال (واذا دخل المسافر مصره أتم الصلاة) معناه اذا استكمل المسافر بسيره مسيرة ثلاثة أيام ثم دخل وطنه الاصلي أتم الصلاة وان لم ينو الاقامة فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا يسافرون ثم يعودون الى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد وفيه تطر لان العزم فعل القلب وهو أمر باطن وليس له سبب ظاهر يقوم مقامه بل الظاهر من حال المسافر العائد الى وطنه أن يكون في عزمه المقام فيه ولعل المراد عزم جديد لمدة الاقامة خمسة عشر يوما فان الظاهر عدمه والاستدلال بالمعقول أظهر وهو أن نية الاقامة انما تعتبر لصيرورة المسافر مقيما في مصر غيره لان مكثه في حيز التردد بين أن يكون للسير وبين أن يكون للاقامة فاحتيج الى النية فأما في مصره فهو متعين للاقامة كما كان قبل السير وأما اذا لم يستكمل المسافر مسيرة ثلاثة أيام فهو بمجرد العزم على الدخول في مصره يصير مقيما وتتم صلاته وان لم يدخل لما ذكرنا من قبل انه رفض الايجاب لا ابتداؤه وقوله (ومن كان (٤٠٣) له وطن فانتقل منه) اعلم أن عامة المشايخ قسموا الاوطان على ثلاثة وطن أصلي وهو مولد الرجل أو البلد الذي تأهل فيه ووطن إقامة وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة خمسة عشر يوما ويسمى وطن سفر أيضا ووطن السكنى وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة أقل من خمسة عشر يوما والمحققون منهم قسموا الى الوطن الاصلي ووطن الاقامة ولم يعتبروا وطن السكنى وهو الصحيح لانه لم تثبت فيه الاقامة بل حكم السفر فيه باق والاصل أن الوطن الاصلي يبطل بالوطن الاصلي دون وطن الاقامة وانشاء السفر وهو أن يخرج قاصدا مكانا يصل اليه في مدة السفر لان الشئ انما يبطل بما فوقه أو ما يساويه وليس فوقه شئ فيبطل بما يساويه ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وقال أتموا صلاتكم فانا قوم سفر وأما وطن الاقامة فله ما يساويه وما هو فوقه فيبطل بكل منهما وبانشاء السفر أيضا لانه ضده فان قيل فهو ضد للوطن الاصلي أيضا فلم يبطله فالجواب انه لم يبطله بالاثر لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج من المدينة الى الغزوات ولم ينتقض وطنه بالمدينة حيث لم يجدد نية الاقامة بعد الرجوع

(واذا دخل المسافر في مصره أتم الصلاة وان لم ينو المقام فيه) لانه عليه السلام وأصحابه رضي الله عنهم كانوا يسافرون ويعودون الى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد (ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر) لانه لم يبق وطنا له ألا ترى أنه عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل أن الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي (واذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلاة)

واحتمال التقدم في حق كل ثابت وان خرجا معا فصلاة المقيم تامة لانه لو كان اماما لم تتحول امامته الى المسافر وان كان مقتديا انتهى حكم الاقتداء فصار منفردا وصلاة المسافر فاسدة لاحتمال أنه كان مقتديا وقد خلا مكان امامه وان شكا بعد ما صليا ثلاثا أو أربعا ولم يحدثا القياس أنه تعتبر الاحوال وتفسد صلاة المقيم لاحتمال أنه كان مقتديا بالمسافر في الشفع الثاني وفي الاستحسان تجوز صلاتهما ويجعل المقيم اماما حملا لامرهما على الصحة لان الظاهر من المسلم الجري على موجب الشرع كما قلنا فيمن أحرم بنسكين ونسيهما القياس أن تلزمه عمرتان وحجتان وفي الاستحسان تلزمه حجة وعمرة حملا لامره على المسنون المتعارف وهو القران وكذلك مسافر ومقيم أم أحدهما صاحبه في الظهر وتركا القعدة على رأس الركعتين فسلما وسجدا للسهو ثم شكا في الامام يجعل المقيم اماما وكذا لو تركا القراءة في الاوليين أو احداهما فسلما وسجدا للسهو وشكا يجعل المقيم اماما واذا جعلنا المقيم اماما في مسئلتنا فان أحدث المقيم أولا وخرج ثم أحدث المسافر وخرج فسدت صلاة المقيم وجازت صلاة المسافر فان أحدثا معا أو متعاقبا وخرجا معا فسدت صلاة المسافر بخلو مكان الامام وجازت صلاة المقيم لانه منفرد وان خرجا على التعاقب ولا يعلم أولهما خروجا فسدت صلاتهما لما قلنا فيما تقدم (قوله فانتقل عنه واستوطن غيره) قيد بالامرين فانه اذا لم ينتقل عنه بل استوطن آخر بان اتخذ له أهلا في الآخر فانه يتم في الاول كما يتم في الثاني (قوله عد نفسه من المسافرين) هو في الحديث المذكور آنفا حيث قال فانا قوم سفر (قوله وهذا لان الاصل الخ) قيل الاوطان ثلاثة وطن أصلي وهو مولد الانسان أو موضع تأهل به ومن قصده التعيش به لا الارتحال ولو تزوج المسافر في بلد لم ينو الاقامة فيه قيل يصير مقيما وقيل لا ووطن اقامة وهو ما ينوي الاقامة فيه خمسة عشر يوما فصاعدا على نية أن يسافر بعد ذلك ووطن سكنى وهو ما ينوي الاقامة به أقل من خمسة عشر يوما والمحققون على عدم اعتبار الثالث لانه بوصف السفر فيه كالمفازة ولذا تركه المصنف والاصلي لا ينتقض الا بالانتقال عنه واستيطان آخر كما قلنا لا بالسفر ولا بوطن الاقامة

(قوله فان الظاهر عدمه) أقول فيه بحث (قوله يصير مقيما وتتم صلاته لما ذكر من قبل) أقول ذكره في هذا الباب قبل ورقتين تخمينا وهو قوله وقالوا نية الاقامة في المفازة انما لا تصح اذا سار ثلاثة أيام بنية السفر فأما قبل ذلك فتصح الخ (قوله لانه ضده الخ) أقول لظهور مضادة السفر الاقامة (قوله فان قيل فهو ضد للوطن الاصلي أيضا الخ) أقول ولك أن تمنع ذلك الى أن يقوم الدليل قال ابن الهمام المسافر لو تزوج ببلده ولم ينو الاقامة فيها قيل يصير مقيما وقيل لا اه

ووطن الاقامة ينتقض بالاصلى ووطن الاقامة والسفر وتقديم السفر ليس بشرط لثبوت الاصلى بالاجماع وهل هو شرط لثبوت وطن الاقامة عن محمد فيه روايتان فى رواية لا يشترط كما هو ظاهر الرواية وفى أخرى انما يصير الوطن وطن اقامة بشرط أن يتقدمه سفر ويكون بينه وبين ما صار اليه منه مدة سفر حتى لو خرج من مصره لالقصد السفر فوصل الى قرية ونوى الاقامة بها خمسة عشر لا تصير تلك القرية وطن اقامة وان كان بينهما مدة سفر لعدم تقدم السفر وكذا اذا قصد مسيرة سفر وخرج فلما وصل الى قرية صيرتها من وطنه دون مدة السفر ثم نوى الاقامة بها خمسة عشر لا يصير مقيما ولا تصير تلك القرية وطن اقامه والتخريج على الروايتين فى شرح الزيادات بغدادى وكوفى خرجا من وطنهما يريدان قصر ابن هبيرة ليقيما به خمسة عشر وبين كوفة وبغداد خمسة مراحل واقصره منتصف ذلك فلما قدماه خرجا منه الى الكوفة ليقيما بها يوما ثم يرجعا الى بغداد فانهما يتمان الصلاة بها الى الكوفة لان خروجهما من وطنهما الى القصر ليس سفرا وكذا من القصر الى الكوفة فبقيا مقيمين الى الكوفة فان خرجا من الكوفة الى بغداد يقصران الصلاة وان قصدا المرور على القصر لانهما قصدا بغداد وليس لهما وطن أما الكوفى فلان وطنه بالكوفة نقض وطن القصر وأما البغدادى فعلى رواية الحسن يتم الصلاة وعلى رواية هذا الكتاب يعنى الزيادات يقصر وجه رواية الحسن أن وطن البغدادى بالقصر صحيح لانه نوى الاقامة فى موضعها ولم يوجد ما ينقضها وقيام وطنه بالقصر يمنع تحقق السفر وجه رواية هذا الكتاب أن وطن الاقامة لا يكون الا بعد تقديم السفر لان الاقامة من المقيم لغو ولم يوجد تقديم السفر فلم يصح وطنه بالقصر فصار مسافرا الى بغداد انتهى ورواية الحسن تبين أن السفر الناقض لوطن الاقامة ما ليس فيه مرور على وطن الاقامة أو ما يكون المرور فيه به بعد سير مدة السفر ومثاله فى ديارنا قاهرى خرج الى بلبيس فنوى الاقامة بها خمسة عشر ثم خرج منها الى الصالحية فلما دخلها بدا له أن يرجع الى القاهرة ويمر ببلبيس فعلى رواية اشتراط السفر لوطن الاقامة يقصر الى القاهرة وعلى الاخرى يتم ومثال انتقاض وطن الاقامة بمثله بين ما قلنا أيضا وهو ما ذكروه من خراسانى قدم الكوفة ونوى الاقامة بها شهرا ثم خرج منها الى الحيرة ونوى المقام بها خمسة عشر يوما ثم خرج من الحيرة يريد العود الى خراسان ومر بالكوفة فانه يصلى ركعتين لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وقد انتقض بوطنه بالحيرة لانه وطن اقامة مثله وكذا وطنه بالحيرة انتقض بالسفر لانه وطن اقامة فكما خرج من الحيرة على قصد خراسان صار مسافرا ولا وطن له فى موضع فيصلى ركعتين حتى يدخل خراسان وان لم يكن نوى الاقامة بالحيرة خمسة عشر يوما أتم الصلاة بالكوفة لان وطنه بالكوفة لم يبطل بالخروج الى الحيرة لانه ليس بوطن مثله ولا سفر فيبقى وطنه بالكوفة كما كان ولو أن الخراسانى ارتحل من الكوفة يريد مكة فقبل أن يسير ثلاثة أيام ذكر حاجة بالكوفة فعاد فانه يقصر لان وطنه بالكوفة بطل بالسفر بخلاف ما لو عزم على العود الى الوطن الاصلى فانه اذا لم يكن بين هذا الموضع الذى بلغ اليه ووطنه مسيرة سفر يصير مقيما وان كان بينهما مدة سفر لا يصير مقيما فيقصر حتى يدخل وطنه لان العزم فى الوجه الاول ترك السفر فنية الاقامة قبل استحكام السفر على ما تقدم وفى الوجه الثانى ترك السفر الى جهة وقصده الى جهة أخرى فبقى مسافرا كما كان وفى النوادر خرج من مصره مسافرا ثم افتتح الصلاة فسبقه حدث فلم يجد الماء فنوى أن يدخل مصره وهو قريب صار مقيما من ساعته دخل مصره أو لم يدخل لان قصد الدخول ترك السفر فصلت النية مقارنة للفعل فصحت فاذا دخله صلى أربعا فان علم قبل أن يدخله أن الماء أمامه فمشى اليه فتوضأ صلى أربعا أيضا لانه بالنية صار مقيما فبالمشى بعد ذلك فى الصلاة أمامه لا يصير مسافرا فى حق تلك الصلاة وان قارنت النية فعل السفر حقيقة لانه لو جعل مسافرا لفسدت لان السفر يمنع عنه حرمة الصلاة بخلاف الاقامة لانها ترك السفر وحرمة الصلاة لا تمنعه عنه فلو تكلم حين علم أن الماء أمامه أو أفسد الصلاة بحدث ثم وجد الماء

وقوله (لان اعتبار النية فى موضعين يقتضى اعتبارها فى مواضع) يعنى الى عشرة وخمسة عشر دفعا للتحكم (وهو) أى اعتبارها فى مواضع (ممتنع) لان اقامته حينئذ انما تكون بنزوله وترويح دابته والسفر لا يعرى عن ذلك المقدار فيكون كل مسافر مقيما ان نوى وهو فاسد لاختلاف اللوازم الدالة على عدم الاجتماع وقوله (الا اذا نوى) مستثنى من قوله لم يتم الصلاة وقوله (لان اقامة المرء مضافة الى مبيته) ظاهر ألا ترى أن السوقى اذا قيل له أين تسكن يقول فى محلة كذا ونهاره كله فى السوق وقوله (لانه المعتبر فى السببية عند عدم الاداء) يعنى عند عدم الاداء قبل آخر الوقت لما عرف فى الاصول فتى آخر الوقت ان كان مسافرا وفاتته الصلاة قضى ركعتين وان كان فى أول الوقت مقيما وان كان مقيما فيه وفاتته الصلاة قضى أربعا وان كان فى أوله مسافرا واعترض بأن كلامنا فى القضاء واذا فاتت الصلاة عن وقتها كان كل الوقت سببا لما عرف لا الجزء الاخير وأجيب بأن بعض المشايخ يقررون السببية على الجزء الاخير وان فات الوقت فجاز أن يكون المصنف قد اختار ذلك وأقول الاعتراض ليس بوارد لان المصنف قال القضاء بحسب الاداء يعنى أن كل من وجب عليه أداء أربع قضى أربعا ومن وجب عليه أداء ركعتين قضى ركعتين وهذا لا نزاع فيه ثم بين أن المعتبر فى السببية للاداء هو الجزء الاخير من الوقت وهذا أيضا لا نزاع فيه وبه يتم مراد المصنف وأما أن السببية تنتقل بعد الفوت الى كل الوقت ليظهر أثره فى عدم جواز قضاء العصر الفائت فى اليوم الثانى وقت الاحمرار فذلك شئ آخر لا مدخل له فى مراد المصنف وهذا واضح فتأمله يغنيك عن التطويل ونوقض قولهم القضاء بحسب الاداء بما اذا دخل المسافر فى صلاة المقيم ثم ذهب الوقت ثم أفسد الامام أو المقتدى صلاته على نفسه فانه يقضى ركعتين صلاة السفر وقد وجب عليه أداء الصلاة أربعا وأجيب بأنه انما لزمه الاربع لمتابعة الامام وقد زال ذلك بالافساد فعاد الى أصله ألا ترى أنه لو أفسد الاقتداء فى الوقت كان عليه أن يصلى صلاة السفر فكذا ههنا وقوله (والعاصى والمطيع فى سفرهما فى الرخصة سواء) السفر على ثلاثة أقسام

لان اعتبار النية فى موضعين يقتضى اعتبارها فى مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى المسافر أن يقيم بالليل فى أحدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء مضافة الى مبيته (ومن فاتته صلاة فى السفر قضاها فى الحضر ركعتين ومن فاتته فى الحضر قضاها فى السفر أربعا) لان القضاء يحسب الاداء والمعتبر فى ذلك آخر الوقت لانه المعتبر فى السببية عند عدم الاداء فى الوقت (والعاصى والمطيع فى سفرهما فى الرخصة سواء)

فتوضأ ان وجده فى مكانه صلى أربعا وان مشى أمامه حتى وجده صلى ركعتين لانه صار مسافرا ثانيا بالمشى بنية السفر خارج الصلاة بخلاف المشى فى حرمة الصلاة وقد تكرر لنا أن المسافر يصير مقيما بنية الاقامة فى حرمة الصلاة حتى يتم أربعا فلنتمم الكلام فيه بذكر ما يستثنى من ذلك وما يتفرع عليه فنقول يصير مقيما بنية الاقامة فى الصلاة حتى يتغير فرضه الى الرباعية الا ان خرج الوقت وهو فيها فنوى الاقامة لتقرر الفرض ركعتين بخروج الوقت والا أن يكون لاحقا فرغ امامه المسافر ثم نوى الاقامة لان اللاحق مقتد حكما حتى لا يقرأ ولا يسجد للسهو ففراغ الامام كأنه فراغه وبه يستحكم الفرض ولم يبق محتملا للتغير فى حق الامام فكذا فى حق اللاحق بخلاف المسبوق واذا عرف هذا فلو نواها بعد ما قعد قدر التشهد ولم يسلم تغير وكذا لو كان قام الى الثالثة ساهيا قعد أولا فنواها قبل أن يسجد لانه لم يخرج عن المكتوبة قبل النية الا أنه يعيد القيام والركوع لانهما نفل فلا ينوبان عن الفرض فان لم ينو حتى سجد لا يتغير لان النية وجدت بعد خروجه منه ولكنه يضيف اليها أخرى ليكون التطوع بركعتين فيما اذا كان قعد وبأربع فيما اذا لم يكن قعد لما عرف فى سجود السهو عنده ما ولا يضم عند محمد لفساد أصل الصلاة بفساد الفرضية ولو أن مسافرا صلى الظهر ركعتين وترك القراءة فيهما أو فى احداهما وتشهد ثم نواها قبل السلام أو قام الى الثالثة ثم نواها قبل أن يسجد تحول فرضه أربعا عندهما ويقرأ فى الاخريين قضاء عن الاوليين وعند محمد تفسد صلاته لما مر من فساد الصلاة عنده بترك القراءة فى ركعة وكان القياس على قول أبى حنيفة أن تفسد لما سلف له من فسادها بتركها فى ركعتين لكنه استحسن هنا فقال ببقاء التحريمة وان تركت القراءة فى الركعتين لان صلاة المسافر بعرض أن تلحقها مدد نية الاقامة فيقضى القراءة فى الباقى فلا يتحقق تقرر المفسد الا بالخروج عن تلك الصلاة بخلاف فجر المقيم ولا يشكل لو نواها بعد السجود أنها تفسد بالاجماع ولو نواها بعد السلام وعليه سهو تقدم أنه يتغير عند محمد خلافا لهما بناء على أن سلام من عليه السهو يخرجه أولا (قوله لانه) أى آخر الوقت هو المعتبر فى السببية فى

(قوله وأما ان السببية تنتقل بعد الفوت الى كل الوقت ليظهر أثره فى عدم جواز قضاء العصر الفائت فى اليوم الثانى وقت الاحمرار فذلك شئ آخر الخ) أقول فيه بحث فانه لم ينتقل هنا أيضا الى كل الوقت ليظهر أثره فى مقيم مسافر فى آخر الوقت فيتم صلاته أربعا لكونه مقيما فى أكثره

وقال الشافعي رحمه الله سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها تثبت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره فصلح متعلق الرخصة

حق المكلف لانه أو ان تقرره دينا في ذمته وصفة الدين تعتبر حال تقرره كما في حقوق العباد وأما اعتبار كل الوقت اذا خرج في حقه فلثبوت الواجب عليه بصفة الكمال اذ الاصل في أسباب المشروعات ان تطلب العبادات كاملة وانما تحمل نقصها العروض تأخيره الى الجزء الناقص مع توجه طلبها فيه اذا عجز عن أدائها قبله وبخروجه عن غير ادراك لم يتحقق ذلك العارض فكان الامر على الاصل من اعتبار وقت الوجوب وقال زفر اذا سافر وقد بقي من الوقت قدر ما يمكنه أن يصلي فيه صلاة السفر يقضي صلاة السفر وان كان الباقي دونه صلى صلاة المقيم لما علم من أن مذهبه أن السببية لا تنتقل من ذلك الجزء وعندنا تنتقل الى الذي يسع التحريمة وقد أسلفناه وعلى هذا قالوا فيمن صلى الظهر وهو مقيم أربعا ثم سافر وصلى العصر ركعتين ثم تذكر أنه ترك شيأ في منزله فرجع فتذكر أنه صلى الظهر والعصر بلا طهارة فانه يصلي الظهر ركعتين والعصر أربعا لان صلاة الظهر صارت كأنها لم تكن وصارت دينا في الذمة في آخر وقتها وهو مسافر فيه فصارت في ذمته صلاة السفر بخلاف العصر فانه خرج وقتها وهو مقيم ولا يشكل على هذا المريض اذا فاتته صلاة في مرضه الذي لا يقدر فيه على القيام فانه يجب أن يقضيها في الصحة قائما لان الوجوب بقيد القيام غير أنه رخص له أن يفعلها حالة العذر بقدر وسعه اذ ذاك فحيث لم يؤدها حالة العذر زال سبب الرخصة فتعين الاصل ولذلك يفعلها المريض قاعدا اذا فاتت عن زمن الصحة أما صلاة المسافر فانها ليست الا ركعتين ابتداء ومنشأ الغلط اشتراك لفظ الرخصة (قوله فلا تتعلق بما يوجب التغليظ) يعني المعصية وهذا لان قصد قطع الطريق وقتال الامام العدل والاباق للعبد وعدم المحرم وقيام العدة للمرأة يوجب صيرورة نقل الخطا معصية فيمنع الرخصة قياسا على قطاع الطريق في منعهم من صلاة الخوف اذا خافوا الامام وعلى زوال العقل بمحظور في عدم سقوط الخطاب ولنا اطلاق النصوص أي نصوص الرخصة قال تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر وقال عليه الصلاة والسلام يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها وما قدمنا من الاحاديث المفيدة تعليق القصر على مسمى السفر فوجب اعمال اطلاقها الا بمقيد ولم يوجد أما نص الكتاب فلانه لو تم القياس الذي عينه لم يصلح مقيدا له عندنا فكيف ولم يتم فلا يصلح مقيدا له ولا لغيره من الاحاديث وذلك لاختلاف الجامع فان المؤثر في أصله في منع الرخصة عدم سببها وذلك أن سبب الرخصة لا بد أن يكون مباحا وهو في صلاة الخوف الخوف وهو في قطاع الطريق سبب عن نفس المعصية أعني قطع الطريق وسبب السبب سبب فلو ثبتت الرخصة أعني جواز صلاة الخوف لهم كانت المعصية نفسها هي الموجبة للتخفيف وكذا زوال العقل هو السبب وهو مسبب عن المعصية نفسها أعني شرب المسكر الى آخر ما فررناه بخلاف ما نحن فيه فان السبب السفر وليس هو مستندا الى قطع الطريق فان الذي صيره مسافرا ليس قطع الطريق بل الشروع في السير المخصوص لا باعتبار الطريق أصلا فعرا السبب في نفسه عن المعصية وكانت هي مجاورة له وذلك غير مانع من اعتبار ما جاوره شرعا كالصلاة في المغصوبة والمسح على خف مغصوب والبيع وقت النداء وكثير من النظائر وهذا بناء على أن المراد بالسبب الفاعلي لا الغائي (فروع) التبع كالعبد والغلام والجندي والمرأة اذا وفاها مهرها والاجير والتلميذ والاسير والمكره تعتبر نية الاقامة والسفر من متبوعهم دونهم فيصيرون مقيمين ومسافرين بنيتهم ولو نوى المتبوع الاقامة ولا يعلمون اختلفوا في وقت لزومهم حكم الاقامة فقيل من وقت نية المتبوعين وقيل من وقت علمهم كما في توجه خطاب الشرع

سفر طاعة كالحج والجهاد وسفر مباح كالتجارة وسفر معصية كقطع الطريق والاباق عن المولى وحج المرأة بلا محرم والاولان سببان للرخصة بلا خلاف وأما الاخير فكذلك عندنا خلافا للشافعي قال لان الرخصة تثبت تخفيفا وما كان كذلك لا يتعلق بما يوجب التغليظ لان اضافة الحكم الى وصف يقتضي خلافه فساد في الوضع (ولنا اطلاق النصوص) قال الله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر وقال صلى الله عليه وسلم فرض المسافر ركعتان وقال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها والكل كما ترى مطلق فزيادة قيد أن لا يكون عاصيا نسخ على ما عرف في الاصول (ولان نفس السفر ليس بمعصية) اذ هو عبارة عن خروج مديد وليس في هذا المعنى شيء من المعصية (وانما المعصية ما يكون بعده) كما في السرقة (أو مجاوره) كما في الاباق (فصلح) من حيث ذاته (متعلق الرخصة) لامكان الانفكاك عما يجاوره كما اذا غصب خفا ولبسه جازله أن يمسح عليه لان الموجب سترقدميه ولا محظور فيه وانما هو في مجاوره وهو صفة كونه مغصوبا وموضعه أصول الفقه

وعزل الوكيل والاحوط الاول فيكون كالعزل الحكمي فيقضون ماصلوا قصرا قبل علمهم وفي العبد المشترك بين مسافر ومقيم قيل يتم وقيل يقصر وقيل ان كان بينهما مهايأة في الخدمة قصر في نوبة المسافر وأتم في نوبة المقيم وينفرع على اعتبار النية من المتبوع أن العبد لو أم سيده في السفر فنوى السيد الاقامة صحت حتى لو سلم العبد على رأس الركعتين فسدت صلاتهما وكذا لو باعه من مقيم حال سفره والعبد في الصلاة فسلم على رأس الركعتين فسدت ولو كان العبد أم مع السيد غيره من المسافرين فنوى السيد الاقامة صحت نيته في حق عبده لا في حق القوم في قول محمد فيقدم العبد على رأس الركعتين واحدا من المسافرين ليسلم بهم ثم يقوم هو والسيد فيتم كل منهما أربعا وهو نظير ما اذا صلى مسافر بمقيمين ومسافرين فاحدث فقدم مقيما لا ينقلب فرض القوم أربعا وهي المسئلة التي ذكرناها في باب الحدث في الصلاة ثم عما اذا بعلم العبد قيل ينصب المولى اصبعيه أولا ويشير باصبعه ثم ينصب الاربع ويشير بها وفي حكم الاسير من بعث اليه الوالي ليؤتى به من بلدة والغريم اذا لزمه غريمه أو حبسه ان كان قادرا على أداء ما عليه ومن قصده أن يقضي دينه قبل خمسة عشر يوما فانية في السفر والاقامة نيته والافنية الحابس ولو أسلم كافر مسافرا أو بلغ صبي مسافرا اختلف فيهما فالشيخ أبو بكر بن الفضل على أنه ان كان بينهما وبين المقصد أقل من ثلاثة أيام كانا مقيمين وقيل يصليان ركعتين وقيل الصبي اذا بلغ يصلي أربعا والكافر اذا أسلم يصلي ركعتين بناء على أن نية الكافر معتبرة ولا يجمع عندنا في سفر بمعنى أن يصلي العصر مع الظهر في وقت احداهما والمغرب مع العشاء كذلك خلافا للشافعي بل بأن يؤخر الاولى الى آخر وقتها فينزل فيصليها في آخره ويفتتح الآتية في أول وقتها وهذا جمع فعلا لا وقتا لنا ما في الصحيحين عن ابن مسعود رضي الله عنه ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة لغير وقتها الا بجمع فانه جمع بين المغرب والعشاء بجمع وصلى صلاة الصبح من الغد قبل وقتها يعني غلس بها فكان قبل وقتها المعتاد فعلها فيه منه صلى الله عليه وسلم وكانه ترك جمع عرفة لشهرته وما في مسلم من حديث ليلة التعريس أنه صلى الله عليه وسلم قال ليس في النوم تفريط انما التفريط في اليقظة أن يؤخر الصلاة حتى يدخل وقت صلاة أخرى فيعارض ما فيهما حديث أنس أنه صلى الله عليه وسلم كان اذا عجل به السير يؤخر الظهر الى أول وقت العصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء حين يغيب الشفق وفي لفظ لهما عن ابن عمر كان اذا عجل السير جمع بين المغرب والعشاء بعد أن يغيب الشفق ويترجح حديث ابن مسعود بزيادة فقهه الراوي وبأنه أحوط فيقدم عند التعارض أو يحمل الشفق المذكور على الحمرة فانه مشترك بينه وبين البياض الذي يلي أطرافه على ما قدمناه فيكون حينئذ عين ما قلناه من أن ينزل في آخر الوقت فيصلي الوقتية فيه ثم يستقبل الثانية في أول وقتها وقد وقع في أحاديث الجمع شئ من الاضطراب ففي بعضها عن ابن عباس رضي الله عنهما جمع صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء من غير خوف ولا سفر وفي بعضها جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة من غير خوف ولا مطر قيل لابن عباس ما أراد الى ذلك قال أراد أن لا تحرج أمته ولم يقل منا ومنهم بجواز الجمع لذلك أحد وكيف وما تقدم من حديث ليلة التعريس يعارضه معارضة ظاهرة

﴿باب صلاة الجمعة﴾

مناسبته مع ما قبله تنصيف الصلاة لعارض الا أن التنصيف هنا في خاص من الصلاة وهو الظهر وفيما قبله في كل رباعية وتقديم العام هو الوجه ولسنا نعني أن الجمعة تنصيف الظهر بعينه بل هي فرض ابتداء نسبته النصف منها واعلم أولا أن الجمعة فريضة محكمة بالكتاب والسنة والاجماع يكفر جاحدها

﴿باب صلاة الجمعة﴾

تناسب هذا الباب لما قبله أن كلا منهما ينصف بواسطة الاول بواسطة السفر والثاني بواسطة الخطبة الا أن الاول شامل في كل ذوات الاربع والثاني خاص في الظهر والخاص بعد العام لان التخصيص بعد العموم والجمعة من الاجتماع كالفرقة من الافتراق والميم ساكن

﴿باب صلاة الجمعة﴾

قوله ان كلا منهما ينصف بواسطة الخ) أقول فيه ان قوله ان كلا منهما ينصف بواسطة يجر الى قول صلاة الجمعة صلاة ظهر قصرت لافرض مبتدأ ولا يخفى عليك توجيهه

عند أهل اللسان والقراءة نضمها وهي فريضة بالكتاب والسنة وإجماع الامة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع أمر بالسعي الى ذكر الله وهي الخطبة التي هي شرط جواز الجمعة والامر للوجوب واذا كان السعي واجبا اليها فالى ماهو المقصود وهو الجمعة أولى وأكد ذلك بتحريم المباح ولا يكون الا لامر واجب مقتضى الحكمة وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم اعلموا أن الله تعالى كتب عليكم الجمعة في يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا فمن تركها تهاونا بها واستخفافا بحقها وله امام جائر أو عادل ألا فلا جمع الله شمله ألا فلا صلاة له ألا فلا زكاة له ألا فلا صوم له الا أن يتوب فمن تاب تاب الله عليه وأما الاجماع فلان الامة قد اجتمعت على فرضيتها وانما اختلفوا في أصل الفرض في هذا الوقت على ما يجيء وأما المعقول فلانا أمرنا بترك الظهر لاقامة الجمعة والظهر فريضة لا محالة ولا يجوز ترك الفريضة الا لفرض هو آكد منه ولها شروط زائدة على شروط سائر الصلوات فمنها ما هو في المصلي كالحرية والذكورة والاقامة والصحة وسلامة الرجلين والبصر عند أبي حنيفة ومنها ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة والخطبة والوقت والاظهار حتى ان الوالي لو أغلق باب المصر وجمع فيه بحشمه وخدمه ولم يأذن للناس بالدخول لم يجزه وقاض ينفذ الاحكام

﴿ باب صلاة الجمعة ﴾

(لا تصح الجمعة الا في مصر جامع أو في مصلى المصر ولا تجوز في القرى)

قال تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله رتب الامر بالسعي للذكر على النداء للصلاة فالظاهر أن المراد بالذكر الصلاة ويجوز كون المراد به الخطبة وعلى كل تقدير يفيد افتراض الجمعة فالاول ظاهر والثاني كذلك لان افتراض السعي الى الشرط وهو المقصود لغيره فرع افتراض ذلك الغير ألا ترى أن من لم يجب عليه الصلاة لا يجب عليه السعي الى الخطبة بالاجماع والمذكور في التفسير أن المراد الخطبة والصلاة وهو الاحق لصدقه عليهما معا وقال صلى الله عليه وسلم الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة الا أربعة مملوك أو امرأة أو صبي أو مريض رواه أبو داود وعن طارق بن شهاب وقال طارق رأى النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه انتهى وليس هذا قدحا في صحبته ولا في الحديث فان غايته أن يكون مرسل صحابي وهو حجة بل بيان للواقع قال النووي الحديث على شرط الشيخين وأخرج البيهقي من طريق البخاري عن تميم الداري رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم قال الجمعة واجبة الا على صبي أو مملوك أو مسافر ورواه الطبراني عن الحكم بن عمرو به وزاد فيه المرأة والمريض وروى مسلم عن أبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهما أنهما سمعا رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على أعواد منبره لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين وعن أبي الجعد الضمري وكانت له صحبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك ثلاث جمع تهاونا بها طبع الله على قلبه رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وحسنه وابن خزيمة وابن حبان في صحيحهما وقال صلى الله عليه وسلم من ترك الجمعة ثلاث مرات من غير ضرورة طبع الله على قلبه رواه أحمد باسناد حسن والحاكم وصححه وقال صلى الله عليه وسلم من ترك ثلاث جمعات من غير عذر كتب من المنافقين رواه الطبراني في الكبير من حديث جابر الجعفي لكن له شواهد فلا يضره تضعيف جابر وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال من ترك الجمعة ثلاث جمع متواليات فقد نبذ الاسلام وراء ظهره وهذا باب يحتمل جزأ واجماع المسلمين على ذلك وانما أكثرنا فيه نوعا ما من الاكثار لما نسمع عن بعض الجهلة أنهم ينسبون الى مذهب الحنفية عدم افتراضها ومنشأ غلطهم ما سيأتي من قول القدوري ومن صلى الظهر يوم الجمعة في منزله ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلاته وانما أراد حرم عليه وصحت الظهر فالحرمة لترك الفرض وصحة الظهر لما سنذكر وقد صرح أصحابنا بأنها فرض آكد من الظهر وبأكفار جاحدها ولو جوبها شرائط في المصلي الحرية والذكورة والاقامة والصحة وسلامة الرجلين والعينين وقالا اذا وجد الاعمى قائد لزمته أجيب بأنه غير قادر بنفسه فلا تعتبر قدرة غيره كالزمن اذا وجد من يحمله وشرائط في غير المصر والجماعة والخطبة والسلطان والوقت والاذن العام حتى لو أن واليا أغلق باب بلد وجمع بحشمه وخدمه ومنع الناس من الدخول لم تجز أخذا من اشارة قوله تعالى نودي للصلاة فانه أي تشهير (قوله أو في مصلى المصر) أعني فناءه فان المسجد الداخل

قال (ولا تصح الجمعة الا في مصر جامع)

فيه

(قوله ولها شروط زائدة على شروط سائر الصلوات الى قوله ومنها ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة والخطبة والوقت والاظهار الخ) أقول فيه بحث أما أولا فلان الوقت سبب لا شرط الا أن يصار الى المجاز وأما ثانيا فلان الوقت لا بد منه في سائر الصلوات أيضا والجواب أنه سبب للوجوب وشرط لصحة المؤدى وشرطيته للجمعة ليس كشرطيته لسائر الصلوات فان بخروج الوقت لا تبقى صحة للجمعة لا أداء ولا قضاء بخلاف سائرها ثم المراد من قوله الاظهار الاذن العام وهو أن يفتح أبواب الجامع ويؤذن للناس كافة

لقوله عليه السلام لاجمعة ولاتشريق ولافطر ولاأضحى الافى مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له أمير وقاض ينفذ الاحكام

فيه انتظمه اسم المصر وفناؤه هو المكان المعد لصالح المصر متصل به أو منفصل بغلوة كذا قدره محمد فى النوادر وقيل بميل وقيل بميلين وقيل بثلاثة أميال وقيل انما تجوز فى الفناء اذلم يكن بينه وبين المصر مزرعة الا أنه لما أعطى اشتراط المصلى قال المصنف والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز فى جميع أفنية المصر أى وان لم يكن فى مصلى فيها (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لاجمعة الخ) رفعه المصنف وانما رواه ابن أبى شيبة موقوفا على على رضى الله عنه لاجمعة ولاتشريق ولاصلاة فطر ولاأضحى الا فى مصر جامع أوفى مدينة عظيمة صححه ابن حزم ورواه عبد الرزاق من حديث عبد الرحمن السلمى عن على رضى الله عنه قال لاتشريق ولاجمعة الا فى مصر جامع وكفى بقول على رضى الله عنهما قدوة وأما ماروى ابن عباس رضى الله عنهما ان أول جمعة جمعت بعد جمعة فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم بجواثا قرية بالبحرين فلاينافى المصرية تسمية الصدر الاول اسم القرية اذ القرية تقال عليه فى عرفهم وهو لغة القرآن قال الله تعالى وقالوا لولا نزل هذا القرآن على رجل من القريتين عظيم أى مكة والطائف ولاشك أن مكة مصر وفى الصحاح ان جواثا حصن بالبحرين فهى مصر اذ لايخلو الحصن عن حاكم عليهم وعالم ولذا قال فى المبسوط انها مدينة بالبحرين وكيف والحصن يكون بأى سور ولايخلو ماكان كذلك عما قلنا عادة وماروى عن عبد الرحمن بن كعب عن أبيه كعب ابن مالك أنه قال أول من جمع بنا فى حرة بنى بياضة أسعد بن زرارة وكان كعب اذا سمع النداء ترحم على أسعد لذلك قال قلت كم كنتم قال أربعون فكان قبل مقدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة ذكره البيهقى وغيره من أهل العلم فلا يلزم حجة لانه كان قبل أن تفرض الجمعة وبغير علمه صلى الله عليه وسلم أيضا على ماروى فى القصة أنهم قالوا لليهود يوم يجتمعون فيه كل سبعة أيام وللنصارى يوم فلنجعل يوما نجتمع فيه نذكر الله تعالى ونصلى فقالوا يوم السبت لليهود ويوم الاحد للنصارى فاجعلوه يوم العروبة فاجتمعوا الى مسجد فصلى بهم وذكرهم وسموه يوم الجمعة ثم أنزل الله فيه بعد قدوم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة فتذكر عند هذا ترك النبى صلى الله عليه وسلم التراويح لما اجتمعوا اليه فى الليلة الثالثة مخافة أن يؤمر به ولو سلم فتلك الحرة من أفنية المصر والفناء حكم المصر فسلم حديث على عن المعارض ثم يجب أن يحمل على كونه سماعا لان دليل الافتراض من كتاب الله تعالى يفيده على العموم فى الامكنة فاقدامه على نفيها فى بعض الاماكن لايكون الا عن سماع لانه خلاف القياس المستمر فى مثله وفى الصلوات الباقيات أيضا والقاطع للشغب أن قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله ليس على اطلاقه اتفاقا بين الامة اذ لايجوز اقامتها فى البرارى اجماعا ولا فى كل قرية عنده بل بشرط أن لايظعن أهلها عنها صيفا ولاشتاء فكان خصوص المكان مرادا فيها اجماعا فقدر القرية الخاصة وقدرنا المصر وهو أولى لحديث على رضى الله عنه وهو لو عورض بفعل غيره كان على رضى الله عنه مقدما عليه فكيف ولم يتحقق معارضة ماذكرنا اياه ولهذا لم ينقل عن الصحابة أنهم حين فتحوا البلاد اشتغلوا بنصب المنابر والجمع الا فى الامصار دون القرى ولو كان لنقل ولو آحادا ولو مصر الامام موضعا وأمرهم بالاقامة فيه جاز ولو منع أهل مصر أن يجمعوا لم يجمعوا وقال الفقيه أبو جعفر اذا نهى مجتهدا لسبب من الاسباب أراد به أن يخرج ذلك الموضع عن أن يكون مصرا جاز أما متعنتا واضرارا فلهم أن يجمعوا على من يصلى ولو مصر مصرا ثم نفر الناس عنه لخوف ونحوه ثم عادوا لايجمعون الا باذن ولو دخل القرى المصر يوم الجمعة ونوى أن يمكثه لزمته وان نوى الخروج منه قبل وقتها لاتلزمه قال الفقيه ان نوى أن يخرج من يومه ولو بعده لاتلزمه

هذا بيان شروط ليست فى نفس المصلى وهو ظاهر وعرف المصر الجامع بقوله (كل موضع له أمير وقاض ينفذ الاحكام

ويقيم الحدود) والمراد بالامير والي يقدر على انصاف المظلوم من الظالم وانما قال ويقيم الحدود بعد قوله ينفذ الاحكام لان تنفيذ الاحكام لا يستلزم اقامة الحدود فان المرأة اذا كانت قاضية تنفذ الاحكام وليس لها اقامة الحدود وكذلك المحكم واكتفى بذكر الحدود عن القصاص لانهما لا يفترقان في عامة الاحكام فكان ذكر أحدهما مغنيا عن ذكر الآخر (وعنه) أي عن أبي يوسف (انهم اذا اجتمعوا) أي اجتمع من تجب عليهم الجمعة لا كل من يسكن في ذلك الموضع من الصبيان والنساء والعبيد لان من تجب عليهم مجتمعون فيه عادة قال ابن شجاع أحسن ما قيل فيه اذا كان أهلها بحيث لو اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا الى بناء مسجد آخر للجمعة وهذا الاحتياج غالب عند اجتماع من عليه الجمعة والاول اختيار الكرخي وهو ظاهر الرواية وعليه أكثر الفقهاء والثاني اختيار أبي عبد الله البلخي وعن أبي يوسف رواية أخرى غير هاتين الروايتين وهو كل موضع يسكنه عشرة آلاف نفر فكان عنه ثلاث روايات وقوله (والحكم غير مقصور) يعني جواز اقامة الجمعة ليس بمقصور في المصلى (بل تجوز في جميع أفنية المصر لانها) أي الافنية (بمنزلة المصر في حوائج أهله) ويعرف من هذا التعليل تعريف الفناء وهو ما أعد لحوائج أهل المصر وفناء الدار وفناء كل شئ كذلك وقدر شيخ الاسلام وشمس الائمة السرخسي فناء المصر بالغلوة اعتبارا بما ذكره محمد في النوادر وقال الشافعي المصر ليس بشرط ولا فناؤه بل كل قرية يسكنها أربعون من الرجال الاحرار لا يظعنون عنها شتاء ولا صيفا تقام فيها الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل ولما روى أن أول جمعة جمعت في الاسلام بعد المدينة ما جمعت بجواثا وهي قرية من قرى عامر بن القيس بالبحرين وكتب أبو هريرة الى عمر يسأله عن الجمعة بجواثا فكتب اليه أن جمع بها (٤١٠) وحيثما كنت والجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم الا في مصر جامع ينفي اقامتها في القرى والصحابة حين فتحوا الامصار والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجمع الا في الامصار والمدن وذلك اتفاق منهم على أن المصر من شرائط الجمعة والآية ليست بحجة له لان المكان مضمر فيها بالاجماع حتى لا تجوز اقامة الجمعة في البوادي بالاجماع فنحن نضمر المصر وهو يضمر القرية وجواثا مصر بالبحرين وتسمية الراوي قرية لا ينفي ما ذكرنا لان اسم القرية يطلق على البلدة وقوله (وتجوز) يعني اقامة الجمعة (بمنى ان كان الامام أمير الحاج أو كان الخليفة مسافرا) الى وانما قيد بكونه مسافرا لاحد أمرين اما للتنبيه على انه اذا كان مقيما كان بالجواز أولى واما لنفي توهم أن الخليفة اذا كان مسافرا لا يقيم الجمعة كما اذا كان أمير الموسم مسافرا وفيه اشارة الى أن الخليفة أو السلطان اذا طاف في ولايته كان عليه الجمعة في كل مصر يكون فيه يوم الجمعة لان امامة غيره انما تجوز بأمره فامامته أولى وان كان مسافرا وقوله (لانها) يعني منى على تأويل القرية ويجوز أن يكون التأنيث باعتبار الخبر لان تقديره لانها قرية (من القرى) يعني انها ليست بمصر ولا من فنائه لزيادته على الغلوة (ولهذا لا يعيد بها) فلا تقام فيها الجمعة

ويقيم الحدود وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وعنه أنهم اذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع أفنية المصر لانها بمنزلته في حوائج أهله (وتجوز بمنى ان كان الامير أمير الحجاز أو كان مسافرا عندهما وقال محمد لا جمعة بمنى) لانها من القرى حتى لا يعيد بها

(قوله ويقيم الحدود) احترازا عن المحكم والمرأة اذا كانت قاضية فانه يجوز قضاؤهما الا في الحدود والقصاص واكتفى بذكر الحدود عن القصاص لان ملك اقامتها في ملكه (قوله وهو الظاهر) أي من المذهب وقال أبو حنيفة المصر كل بلدة فيها سكك وأسواق وبها رساتيق ووال ينصف المظلوم من الظالم وعالم يرجع اليه في الحوادث وهذا أخص مما اختاره المصنف قيل وهو الاصح واذا كان القاضي يفتي ويقيم الحدود أغنى عن التعدد وقد وقع شك في بعض قرى مصر مما ليس فيها وال وقاض نازلان بها بل لها قاض يسمى قاضي الناحية وهو قاض يولى الكورة بأصلها فيأتي القرية أحيانا فيفصل ما اجتمع فيها من التعلقات وينصرف ووال كذلك هل هو مصر نظرا الى أن لها واليا وقاضيا أو لا نظرا

(قوله وانما قال ويقيم الحدود بعد قوله وينفذ الاحكام لان تنفيذ الاحكام الخ) أقول الالف واللام في الاحكام اذا كان للاستغراق وهو الظاهر اذ لا عهد يظهر عدم صحة ما ذكره فليتأمل (قوله من عليه الجمعة) أقول الى هنا كلام ابن شجاع (قوله ولما روى أن أول جمعة جمعت في الاسلام) أقول يعني في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكتابة أبي هريرة رضي الله عنه لتردده في كون اقامتها فيها بأمره صلى الله عليه وسلم أو لامر حدث مثل تفرق بعض أهله فلا يرد أنه يلزمه أن لا تقام الجمعة في زمنه صلى الله عليه وسلم ولا في زمن الصديق رضي الله عنه بمكة على ما توهمه بعض أكابر العلماء أعني الاستاذ العلامة ابن كمال باشا في مجلس بعض أعاظم الوزراء قال المصنف (بل تجوز في جميع أفنية المصر) أقول أي وان لم يكن في مصلى فيها (قوله وذلك اتفاق منهم على أن المصر من شرائط الجمعة) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على ان المصر شرط صحة الجمعة بل غايته أن يدل على كونه شرط الوجوب وجوابه أنه لو صحت لفعلوا في موضع اعلما بالجواز (قوله لان امامة غيره انما تجوز بأمره الخ) أقول دلالته على ما ادعاه من وجوب الجمعة على الخليفة اذا طاف في ولايته غير ظاهرة (قوله فامامته أولى) أقول ينتقض بالمرأة اذا كانت سلطانة

ولهما أنها تتمصر في أيام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها قضاء ومنى أبنية والتقييد بالخليفة وأمير الحجاز لان الولاية لهما أما أمير الموسم فيلي أمور الحج لا غير (ولا يجوز اقامتها الا للسلطان

الى عدمهما بها والذي يظهر اعتبار كونهما مقيمين بها والا لم تكن قرية أصلا اذ كل قرية مشمولة بحكم وقد يفرق بالفرق بين قرية لا يأتيها حاكم يفصل بها الخصومات حتى يحتاجون الى دخول المصر في كل حادثة لفصلها وبين ما يأتيها فيفصل فيها واذا اشتبه على الانسان ذلك ينبغي أن يصلي أربعا بعد الجمعة ينوي بها آخر فرض أدركت وقته ولم أؤده بعد فان لم تصح الجمعة وقعت ظهره وان صحت كانت نفلا وهل تنوب عن سنة الجمعة قدمنا الكلام في باب شروط الصلاة فارجع اليه وكذا اذا تعددت الجمعة وشك في أن جمعته سابقة أو لا ينبغي أن يصلي ما قلنا وأصله أن عند أبي حنيفة لا يجوز تعددها في مصر واحد وكذا روى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أنه لا يجوز في مسجدين في مصر الا أن يكون بينهما نهر كبير حتى يكون كمصرين وكان يأمر بقطع الجسر ببغداد لذلك فان لم يكن فالجمعة لمن سبق فان صلوا معا أو لم تدر السابقة فسدتا وعنه أنه يجوز في موضعين اذا كان المصر عظيما الى ثلاثة وعن محمد يجوز تعددها مطلقا ورواه عن أبي حنيفة ولهذا قال السرخسي الصحيح من مذهب أبي حنيفة جواز اقامتها في مصر واحد في مسجدين فأكثر وبه نأخذ لاطلاق لا جمعة الا في مصر شرط المصر فاذا تحقق تحقق في حق كل منها وجه رواية المنع أنها سميت جمعة لاستدعائها الجماعات فهي جامعة لها والاصح الاول خصوصا اذا كان مصر كبير كمصرين فان في الزام اتحاد الموضع حرجا بينا لاستدعائه تطويل المسافة على الاكثر مع أن الوجه المذكور مما يتسلط عليه المنع وما قلنا من الكلام في وقوعها عن السنة انما هو اذا زال الاشتباه بعد الاربع لتحقق وقوعها نفلا أما اذا دام الاشتباه قائما فلا يجزم بكونها نفلا ليقع النظر في أنها سنة أو لا فينبغي أن يصلي بعدها السنة لان الظاهر وقوعها ظهرا لانه مالم يتحقق وجود الشرط لم يحكم بوجود الجمعة فلم يحكم بسقوط الفرض والله سبحانه أعلم ومن كان من مكان من توابع المصر فحكمه حكم أهل المصر في وجوب الجمعة عليه بأن يأتي المصر فيصلها فيه واختلفوا فيه فعن أبي يوسف ان كان الموضع يسمع فيه النداء من المصر فهو من توابعه والا فلا وعنه كل قرية متصلة ببعض المصر وغير المتصلة لا وعنه أنها تجب في ثلاثة فراسخ وقال بعضهم قدر ميل وقيل قدر ميلين وقيل ستة أميال وعن مالك ستة وقيل ان أمكنه أن يحضر الجمعة ويبيت بأهله من غير تكلف تجب عليه الجمعة والا فلا قال في البدائع وهذا حسن (قوله ولهما أنها) أي منى تتمصر في الموسم لاجتماع من ينفذ الاحكام ويقيم الحدود والاسواق والسكك قيل فيها ثلاث سكك وغايته ما فيها أنه يزول تمصرها بزوال الموسم وذلك غير قادح في مصريتها قبله اذ ما من مصر الا ويزول تمصره في الجملة ومع ذلك تقام فيه الجمعة وهذا يفيد أن الاولى في الذي قدمناه من قرى مصر أن لا يصح فيها الا حال حضور المتولي فاذا حضر صحت واذا ظعن امتنعت والله أعلم وعدم التعييد بمنى لا لانتفاء المصرية بل للتخفيف فان الناس مشتغلون بالمناسك والعيد لازم فيها فيحصل من الزامه مع اشتغالهم بما هم فيه الحرج أما الجمعة فليست بلازمة بل انما تتفق في أحيان من الزمان فلا حرج مع أنها فريضة والعيد سنة أو واجب وانما اقتصر المصنف على هذا الوجه من التعليل دون التعليل بأن منى من أفنية مكة لانه فاسد لان بينهما فرسخين وتقدير الفناء بذلك غير صحيح قال محمد في الاصل اذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لا يصير مقيما فعلم اعتبارهما شرعا موضعين (قوله لان الولاية لهما) يعني أن ثبوت ولاية الاقامة للجمعة هو الصحيح بعد كون المحل صالحا للتمصير وهو قائم في كل منهما والخليفة وان كان قصد السفر للحج فالسفر انما يرخص في الترك لا انه يمنع صحتها وسيجيء أنه يجوز للمسافر أن يؤم في الجمعة فكذا يجوز أن يأذن في الاقامة اذا كان

(ولهما انها تتمصر في أيام الموسم) الاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي والابنية والاسواق (وعدم التعييد) أي عدم اقامة صلاة العيد للتخفيف لاشتغال الحاج باعمال المناسك من الرمي والذبح والحلق في ذلك اليوم لا لعدم المصرية (ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا) والفرق أن عرفات فضاء ومنى فيه أبنية وقوله (أما أمير الموسم فيلي أمور الحاج لا غير) يشير الى أنه ان استعمل على مكة يقيم الجمعة بمنى لان له الولاية حينئذ وقيل ان كان من أهل مكة يقيمها وان استعمل على الموسم خاصة وان لم يكن من أهلها لا يقيم عندهما أيضا وقوله (ولا يجوز اقامتها الا للسلطان) أي للوالي الذي لا والي فوقه وكان ذلك الخليفة

(أولى أمره السلطان) وهو الامير أو القاضى أو الخطباء وقال الشافعى ليس ذلك بشرط لما روى أن عثمان رضى الله عنه حين كان محصورا بالمدينة صلى على رضى الله عنه بالناس الجمعة ولم يرو أنه صلى بأمر عثمان رضى الله عنه وكان الامر بيده (ولنا أن الجمعة تقام بجمع عظيم) لكونها جامع الجماعات (وقد تقع المنازعة فى التقدم) بأن يقول شخص أنا أتقدم وغيره يقول أنا أتقدم (و) فى (التقديم) بأن يقدم طائفة شخصا وأخرى آخر. (وقد يقع فى غيره) أى فى غير أمر التقدم والتقديم من أداء من يسبق الى الجامع والاداء فى أول الوقت وآخره (فلابد منه) أى من السلطان أو من أمره (تتميما لامره) وأثر على ليس بحجة لجواز أن ذلك كان بأمر عثمان سلمناه ولكن انما فعل لان الناس اجتمعوا عليه وعند ذلك يجوز لان الناس احتاجوا الى اقامة الفرض فاعتبر اجتماعهم قال (ومن شرائطها) أى من شرائط الجمعة (الوقت) وهو وقت الظهر (فتصح فيه ولا تصح بعده) لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما بعث مصعب بن عمير الى المدينة قبل هجرته قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة

أولى أمره السلطان) لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة فى التقدم والتقديم وقد تقع فى غيره فلابد منه تتميما لامره (ومن شرائطها الوقت فتصح فى وقت الظهر ولا تصح بعده) لقوله عليه السلام اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة

ممن له الاذن وان كان انما قصد الطوف فى ولايته فأظهر لانه حينئذ غير مسافر حتى لا يقصر الصلاة فى طوفه كالسائح بخلاف ما اذا كان المحل غير صالح للتصيير فلذا قالوا اذا سافر الخليفة فليس له أن يجمع فى القرى كالبرارى (قوله أولى أمره) فخرج القاضى الذى لم يؤمر باقامتها ودخل العبد اذا قلد ولاية ناحية فتجوز اقامته وان لم تجز أضحيته وأنكحته والمرأة اذا كانت سلطانة يجوز أمرها بالاقامة لا اقامتها ولى أمره أن يستخلف وان لم يؤذن له فى الاستخلاف بخلاف القاضى لانه لك الاستخلاف ان لم يأذن له فيه والفرق أن الجمعة مؤقتة تفوت بتأخيرها فالامر باقامتها مع العلم بأن المأمور عرض للاعراض الموجبة للتفويت أمر بالاستخلاف دلالة بخلاف القاضى لان القضاء غير مؤقت وجواز الاقامة فيما اذا مات والى مصر لخليفته وصاحب الشرط والقاضى الى أن يصل وال آخر باعتبار أنهم كانوا ممن ينوب عنه فيها حال حياته فيموته لا ينعزلون كما اذا كان حيا فكان الامر مستمرا لهم ولذا قالوا اذا مات السلطان وله أمراء على أشياء من أمور المسلمين فهم على ولاياتهم يقيمون الجمعة بخلاف ما لو اجتمعت العامة على تقديم رجل عند موت ذلك الوالى حيث لا تجوز اقامته لانتفاء ما قلنا ولو أمر نصرانى أو صبى على مصر فأسلم وبلغ ليس لهما الاقامة الا بأمر بعد الاسلام والبلوغ ولو قيل لهما اذا أسلمت أو بلغت فصل فأسلم وبلغ جاز لهما الاقامة لان الاضافة فى الولاية جائزة وعن بعض المشايخ اذا كان التفويض اليهما قبل الجمعة فأسلم وأدرك جاز لهما الاقامة كالامى والاخرس اذا أمر ابه فبرأ وحفظ وعلى الاول لا يجوز لان التفويض وقع باطلا والمتغلب الذى لا منشور له ان كانت سيرته بين الرعية سيرة الامراء ويحكم بحكم الولاة تجوز الجمعة بحضرته لان بذلك تتحقق السلطنة فيتم الشرط والاذن بالخطبة اذن بالجمعة وعلى القلب وفى نوادر الصلاة ان السلطان اذا كان يخطب فجاء سلطان آخر ان أمره أن يتم الخطبة يجوز ويكون ذلك القدر خطبة ويجوز له أن يصلى بهم الجمعة لانه خطب بأمره فصار نائبا عنه وان لم يأمره وسكت فأتم الاول فأراد الثانى أن يصلى بتلك الخطبة لا يجوز لان سكوته محتمل وكذا اذا حضر الثانى وقد فرغ الاول من خطبته فصلى الثانى بتلك الخطبة لا يجوز لانها خطبة امام معزول ولم يوجد من الثانى وهذا كله اذا علم الاول حضور الثانى فان لم يعلم وخطب وصلى والثانى ساكت جازت لانه لا يصير معزولا الا بالعلم الا اذا كتب اليه كتاب العزل أو أرسل رسولا فصار معزولا ثم اذا صلى صاحب الشرط جاز لان عمالهم على حالهم (قوله لانها تقام بجمع عظيم الخ) حقيقة هذا الوجه ان اشتراط السلطان كى لا يؤدى الى عدمها كما يفيده فلابد منه تتميما لامره أى لامر هذا الفرض أو الجمع فان ثوران الفتنة يوجب تعطيله وهو متوقع اذا لم يكن التقدم عن أمر سلطان تعتقد طاعته أو تخشى عقوبته فان التقدم على جميع أهل المصر بعد شرفا ورفعة فيتسارع اليه كل من مالت همته الى الرياسة فيقع التجاذب والتنازع وذلك يؤدى الى التقاتل وما روى أن عليا رضى الله عنه أقام بالناس وعثمان رضى الله عنه محصور واقعة حال فيجوز كونه عن اذنه كما يجوز كونه عن غير اذنه فلا حجة فيه لفريق فيبقى قوله صلى الله عليه وسلم من تركها وله امام جائر أو عادل ألا فلا جمع الله شمله ولا بارك له فى أمره ألا ولا صلاة له الحديث رواه ابن ماجه وغيره حيث شرط فى لزومها الامام كما يفيده قيد الجملة الواقعة حالا مع ما عيناه من المعنى سالمين من المعارض وقال الحسن أربع الى السلطان وذكر منها الجمعة والعيدين ولا شك أن اطلاق قوله تعالى فاسعوا مقيد بخصوص مكان ومخصوص منه كثير كالعبيد والمسافرين فجاز تخصيصه بنطق آخر فيخص بمن أمره السلطان أيضا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم اذا مالت الشمس الخ)

(قوله فلابد منه أى من السلطان أو من أمره تتميما لامره) أقول فيه نوع تأمل حيث لا يظهر دلالته على كون السلطان شرط صحة الجمعة (قوله قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة الحديث) أقول تأمل فى دلالته على عدم صحتها بعده ولو قضاء وروى

(ولو خرج الوقت وهو فيها) أي الامام في صلاة الجمعة (استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما) أي لاختلاف الظهر والجمعة بدليل تخيير العبد اذا أذن له مولاه في الجمعة بين أن يصلي الظهر أو الجمعة مع تعين الرفق في الجمعة بالقلة ولو لم يكونا مختلفين لما خير كما في جناية المدبر بحيث يجب الاقل على مولاه من الارش أو القيمة بلا خيار لاتحادهما في المالية وبناء فرض على تحريمة فرض آخر لا يصح في أصح الروايات وقوله (ومنها) من شرائط الجمعة (الخطبة) وهي اسم لما يخطب به وانما كانت شرطا (لان النبي صلى الله عليه وسلم ما صلاها في عمره بدون الخطبة) وفيه بحث أما أولا فان يقال الخطبة يجب أن تكون ركنا ولا تكون شرطا لانها أقيمت مقام ركعتي الظهر وذلك ركن فكذلك ما قام مقامه فلا يتأدى بلا طهارة ولانها لم يشترط قيامها حالة الاداء ولو كانت شرطا لكان يراعى قيامها حالة الاداء كما اشترط قيام الطهارة وستر العورة وأما ثانيا فلانها اذا كانت شرطا كانت من ضروريات صلاة الجمعة لان شرط الشئ لازم له والحديث يدل

(ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها) لاختلافهما (ومنها الخطبة) لان النبي صلى الله عليه وسلم ما صلاها بدون الخطبة في عمره (وهي قبل الصلاة بعد الزوال) به وردت السنة

وروى أنه صلى الله عليه وسلم لما بعث مصعب بن عمير الى المدينة قال اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة وفي البخاري عن أنس رضي الله عنه كان صلى الله عليه وسلم يصلي الجمعة حين تميل الشمس وأخرج مسلم عن سلمة بن الاكوع رضي الله عنه كنا نجمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا زالت الشمس الحديث وأما ما رواه الدارقطني وغيره من حديث عبد الله بن سيدان بكسر السين المهملة قال شهدت الجمعة مع أبي بكر الصديق رضي الله عنه فكان خطبته قبل الزوال وذكر عن عمر وعثمان نحوه قال فما رأيت أحدا عاب ذلك ولا أنكره لو صح لم يقدح في خصوص ما نحن فيه فكيف وقد اتفقوا على ضعف ابن سيدان واعلم أن الدعوى مركبة من صحتها في وقت الظهر لا بعده فيرد أنه انما يتم ما ذكر دليلا لتمامها اذا اعتبر مفهوم الشرط وهو ممنوع عندهم أو يكون فيه اجماع وهو منتف في جزأي الدعوى لان مالكا يقول ببقاء وقتها الى الغروب والحنابلة قائلون بجواز أدائها قبل الزوال وقيل اذا كان يوم عيد ويجاب بأن شرعية الجمعة مقام الظهر على خلاف القياس لانه سقوط أربع بركعتين فترا عى الخصوصيات التي ورد الشرع بها ما لم يثبت دليل على نفي اشتراطها ولم يصلها خارج الوقت في عمره ولا بدون الخطبة فيه فيثبت اشتراطهما وكون الخطبة في الوقت حتى لو خطب قبله لا يقع الشرط وعلى اشتراط نفس الخطبة اجماع بخلاف ما قام الدليل على عدم اشتراطه ككونها خطبتين بينهما جلسة قدر ما يستقر كل عضو في موضعه يحمد في الاولى ويتشهد ويصلي عليه صلى الله عليه وسلم ويعظ الناس وفي الثانية كذلك الا أنه يدعو ومكان الوعظ للمؤمنين والمؤمنات كما قاله الشافعي لانه قام الدليل عند أبي حنيفة رحمه الله على أنه من السنن أو الواجبات لا الشرط على ما سنذكر (قوله ومن شرائطها الخطبة) بقيد كونها بعد الزوال على ما ذكرناه ومن الفقه والسنة تقصيرها وتطويل الصلاة بعد اشتمالها على ما ذكرناه آنفا من الموعظة والتشهد والصلاة وكونها خطبتين وفي البدائع قدرهما قدر سورة من طوال المفصل الى آخره وتقدم أيضا وجه اشتراطها وتعاد على وجه الاولوية لو تذكر الامام فائتة في صلاة الجمعة ولو كانت الوتر حتى فسدت الجمعة لذلك فاشتغل بقضائها وكذا لو كان أفسد الجمعة فاحتاج الى اعادتها أو افتتح التطوع بعد الخطبة وان لم يعد الخطبة أجزأه وكذا اذا خطب جنبا ويكفي لوقوعها الشرط حضور واحد كذا في الخلاصة وهو خلاف ما يفيده ظاهر شرح الكنز حيث قال بحضرة جماعة تنعقد بهم الجمعة وان كانوا صما أو نياما

على دوام وجوده والدوام لا يستلزم الضرورة ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل صلاة بدون سننها كرفع اليدين عند كل تحريمة والتكبير عند كل خفض ورفع وغيرهما ولم يكن شئ من ذلك شرطا للصلاة والجواب عن الاول أنها ليست بركن لان ركن الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وصلاة الجمعة لا تقوم بالخطبة وانما تقوم بأركانها فكانت شرطا لان الله تعالى أمر بالسعي اليها في قوله تعالى فاسعوا فتكون واجبة وليست بمقصودة لذاتها لان النداء لم يقع لها بل لما هو المقصود وهو صلاة الجمعة حيث قال اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة ولو كانت مقصودة لكان النداء لها أو لهما ان كانتا مقصودتين واذا لم تكن مقصودة لذاتها

وهي فرض كانت شرطا لغيرها وقوله ولو كانت شرطا لكان يراعى قراءة الخطبة حال الاداء قلنا الشرط وجودها لا وجودها حال الاداء وعن الثاني بأن الدوام قد يستلزم الضرورة اذا دل الدليل الخارجي على ذلك وقد قام الدليل ههنا على ذلك وهو أنا نعلم بيقين ان شطر الظهر ترك للخطبة والفرض لا يترك لغير الفرض فكانت فرضا فاما أن تكون فرضا لذاتها أو لغيرها لا سبيل الى الاول لما ذكرنا فتعين الثاني وكان لازما من لوازمه فكان شرطا (وهي) أي الخطبة (قبل الصلاة به وردت السنة) وشرطيتها أيضا تقتضي ذلك

(قوله ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل صلاة بدون سننها الخ) أقول فيه أن الترك احيانا ما أخوذ في تعريف السنة (قوله والفرض لا يترك لغير الفرض فكانت فرضا) أقول هذا يصلح أن يكون دليلا مستقلا على المطلوب بدون التعرض لمواظبة رسول الله عليه السلام فليتأمل لكن بقي فيه بحث فانه منقوض بالمسح على الخفين

(ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة) مقدار ثلاث آيات فى ظاهر الرواية وقال الطحاوى مقدار ما يمس موضع جلوسه من المنبر (به جرى التوارث) ولفظ التوارث انما يستعمل فى أمر خطير ذى شرف وقيل هو حكاية العدل عن العدل وهذه القعدة ليست بشرط عندنا بل هى للاستراحة وقال الشافعى انها شرط حتى لا يكتفى عنده بالخطبة الواحدة وان طالت للتوارث ولنا حديث جابر بن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائما خطبة واحدة فلما أسن جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسة وفيه كما ترى دليل على جواز الاكتفاء بخطبة واحدة لانه انما فعل ذلك ليكون

أروح عليه لا لانه شرط (ويخطب قائما على طهارة لان القيام فيهما متوارث) روى أن ابن مسعود لما سئل عن هذا قال ألست تتلو قوله تعالى وتركوك قائما كان النبى صلى الله عليه وسلم يخطب قائما حين انفض عنه الناس بدخول العير المدينة والذى روى عن عثمان انه كان يخطب قاعدا انما فعل ذلك لمرض أو كبر فى آخر عمره وقوله (فيستحب فيها الطهارة) يعنى عن الجنابة والحدث جميعا كالاذان ووجه الشبه به أن الخطبة ذكر لها شبه بالصلاة من حيث انها أقيمت مقام شطر الصلاة وتقام بعد دخول الوقت كما أن الاذان أيضا ذكر له شبه بالصلاة من حيث انه دعاء لها وتقام بعد دخول الوقت قيل فى عبارته نظر لانه يدل على أن الاذان شرط للصلاة وليس كذلك وهو غلط لان قوله كالاذان يتعلق بقوله فيستحب فيها الطهارة لا بقوله وهى شرط للصلاة (ولو خطب قاعدا أو على غير طهارة جاز لحصول المقصود) وهو الذكر والوعظ وخالف أبو يوسف والشافعى فيما اذا خطب على غير طهارة والشافعى وحده اذا خطب قاعدا لهما فى الاول أن الخطبة بمنزلة شطر الصلاة لما فى الاثر وهو ما روى أن ابن عمر وعائشة قالا انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة فكما تشترط الطهارة فى الصلاة تشترط فيها وللشافعى فى الثانى أن الخطبة قائمة مقام ركعتين فيشترط فيها ما يشترط فى الصلاة والجواب أنها ذكر والمحدث والجنب لا يمنعان عن ذكر الله ما خلا القرآن فى حق الجنب وتأويل الاثر أنها فى حكم الثواب كشطر الصلاة لا فى شرائطها

(ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة) به جرى التوارث (ويخطب قائما على طهارة) لان القيام فيهما متوارث ثم هى شرط الصلاة فيستحب فيها الطهارة كالاذان (ولو خطب قاعدا أو على غير طهارة جاز) لحصول المقصود

انتهى أما الصلاة فلا بد فيها من الثلاثة على ما يأتى واعلم أن الخطبة شرط الانعقاد فى حق من ينشئ التحريمة للجمعة لا فى حق كل من صلاها واشتراط حضور الواحد أو الجمع ليتحقق معنى الخطبة لانها من النسبيات فعن هذا قالوا لو أحدث الامام فقدم من لم يشهدها جاز أن يصلى بهم الجمعة لانه بان تحريمته على تلك التحريمة المنشأة والخطبة شرط انعقاد الجمعة فى حق من ينشئ التحريمة فقط ألا ترى الى صحتها من المقتدين الذين لم يشهدوا الخطبة فعلى هذا كان القياس فيما لو أفسد هذا الخليفة أن لا يجوز أن يستقبل بهم الجمعة لكنهم استحسنوا جوازا استقباله بهم لانه لما قام مقام الاول التحق به حكما ولو أفسد الاول استقبل بهم فكذا الثانى فلو كان الاول أحدث قبل الشروع فقدم من لم يشهد الخطبة لا يجوز ولو قدم هذا المقدم غيره ممن شهدها قيل يجوز وقيل لا يجوز لانه ليس من أهل اقامة الجمعة بنفسه فلا يجوز منه الاستخلاف بخلاف ما لو قدم الاول جنبا شهدها فقدم هذا الجنب طاهرا شهدها حيث يجوز لان الجنب الشاهد من أهل الاقامة بواسطة الاغتسال فصح منه الاستخلاف بخلاف ما لو قدم الاول صبيا أو معتوها أو امرأة أو كافرا فقدم غيره ممن شهدها لم يجز لانهم لم يصح استخلافهم فلم يصر أحدهم خليفة فلا يملك الاستخلاف فالمتقدم عن استخلاف أحدهم متقدم بنفسه ولا يجوز ذلك فى الجمعة وان جاز فى غيرها من الصلوات لاشتراط اذن السلطان للمتقدم صريحا أو دلالة فيها كما قدمنا دون غيرها ولا دلالة الا اذا كان المستخلف تحقق بوصف الخليفية شرعا وليس أحدهم كذلك أما فى حق غير الكافر فلعدم الاهلية مع العجز عن اكتسابها بخلاف الجنب وأما فى الكافر فلان هذا من أمور الدين وهو يعتمد ولاية السلطنة ولا يجوز أن يثبت للكافر ولاية السلطنة على المسلمين بخلاف ما لو قدم الاول مسافرا أو عبدا حيث يجوز خلافا لزفر على ما سيأتى فلو لم يقدم الاول أحدا فتقدم صاحب الشرطة أو القاضى جاز لان هذا من أمور العامة وقد قلدهما الامام ما هو من أمور العامة فنزلا منزلته ولان الحاجة الى الامام لدفع التنازع فى التقدم وذا يحصل بتقدمهما لوجود دليل اختصاصهما من بين الناس وهو كون كل منهما نائبا للسلطان ومن عماله فلو قدم أحدهما رجلا شهدا الخطبة جاز لانه ثبت لكل منهما ولاية التقدم فله ولاية التقديم (قوله ثم هى شرط الصلاة الخ) هذا صورة قياس علة الحكم فى أصله كونه شرطا للصلاة لكنه مفقود فى الاصل فضلا عن كونه موجودا غير علة اذ الاذان ليس شرطا فالاولى ما عينه فى الكافى جامعا وهو ذكر الله فى المسجد أى فى حدوده لكراهة الاذان فى داخله وزاد أيضا فقال ذكر فى المسجد يشترط له الوقت فتستحب الطهارة فيه وتعاد استحبابا اذا كان جنبا كالاذان (قوله لحصول المقصود) وهو الذكر والموعظة وهذا الان المعقول من اشتراطها جعلها مكان الركعتين تحصيلا لفائتها

(قوله وهو غلط لان قوله كالاذان يتعلق بقوله فيستحب فيها الطهارة لا بقوله وهى شرط الصلاة) أقول فيه بحث

وقوله (الا أنه يكره) استثناء من قوله جاز وقوله (لمخالفته التوارث) متعلق بقوله خطب قاعدا وقوله (للفصل بينها وبين الصلاة) يتعلق بقوله أو على غير طهارة ولم يذكر أنه يعيدها اذا كان على غير طهارة وقيل ينبغي أن تعاد استحبابا كاعادة أذانه

الا أنه يكره لمخالفته التوارث وللفصل بينها وبين الصلاة (فان اقتصر على ذكر الله جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لابد من ذكر طويل يسمى خطبة) لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة أو التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي لا تجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى (ومن شرائطها الجماعة) لان الجمعة مشتقة منها (وأقلهم عند أبي حنيفة ثلاثة سوى الامام وقالا اثنان سواه)

لفائدتها مع التخفيف حيث لم يحصل مقصودها مع الاتمام وقد أثر عن علي وعائشة رضي الله عنهما انما قصرت لمكان الخطبة وهذا حاصل مع القعود وما معه لانها أقيمت مقام الركعتين ليشترط لها ما اشترط للصلاة كما ظن الشافعي رضي الله عنه ألا ترى الى عدم اشتراط الاستقبال فيها وعدم الكلام فعلم أن القيام فيها لانه أبلغ في الاعلام اذ كان أنشر للصوت فكان مخالفته مكروها ودخل كعب بن عجرة المسجد يوم الجمعة وابن أم حكيم يخطب قاعدا فقال انظروا الى هذا الخبيث يخطب قاعدا والله تعالى يقول واذا رأوا تجارة أو لهوا انفضوا اليها وتركوك قائما رواه مسلم ولم يحكم هو ولا غيره بفساد تلك الصلاة فعلم انه ليس بشرط عندهم (قوله لابد من ذكر طويل) قيل أقله عندهما قدر التشهد (قوله وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله) من غير فصل بين كونه ذكرا طويلا يسمى خطبة أو ذكرا لا يسمى خطبة فكان الشرط الذكر الاعم بالقاطع غير أن المأثور عنه صلى الله عليه وسلم اختيار أحد الفردين أعني الذكر المسمى بالخطبة والمواظبة عليه فكان ذلك واجبا أو سنة لانه الشرط الذي لا يجزئ غيره اذ لا يكون بيانا لعدم الاجمال في لفظ الذكر وقد علم وجوب تنزيل المشروعات على حسب أدلتها فهذا الوجه يغني عن قصة عثمان فانها لم تعرف في كتب الحديث بل في كتب الفقه وهي أنه لما خطب في أول جمعة ولي الخلافة صعد المنبر فقال الحمد لله فارتج عليه فقال ان أبا بكر وعمر كانا يعدان لهذا المقام مقالا وأنتم الى امام فعال أحوج منكم الى امام قوال وستأتيكم الخطب بعد وأستغفر الله لي ولكم ونزل وصلى بهم ولم ينكر عليه أحد منهم فكان اجماعا منهم اما على عدم اشتراطها واما على كون نحو الحمد لله ونحوها تسمى خطبة لغة وان لم تسم به عرفا ولهذا قال صلى الله عليه وسلم للذي قال من يطع الله ورسوله فقد رشد ومن يعصهما فقد غوى بئس الخطيب أنت فسماه خطيبا بهذا القدر من الكلام والخطاب القرآني انما تعلقه باعتبار المفهوم اللغوي لان الخطاب مع أهل تلك اللغة بلغتهم بمقتضى ذلك ولان هذا العرف انما يعتبر في محاورات الناس بعضهم لبعض للدلالة على غرضهم فاما في أمر بين العبد وربه تعالى فيعتبر فيه حقيقة اللفظ لغة ثم يشترط عنده في التسبيحة والتحميدة أن تقال على قصد الخطبة فلو جدل عطاس لا يجزئ عن الواجب ومقتضى هذا الكلام أنه لو خطب وحده من غير أن يحضره أحد أنه يجوز وهذا الكلام هو المعتمد لابي حنيفة فوجب اعتبار ما يتفرع عنه وفي الاصل قال فيه روايتان فليكن المعتبر احداهما المتفرعة على الاخرى لابد من حضور واحد كما قدمنا ولا تجزئ بحضرة النساء وحدهن وتجزئ بحضرة الرجال صم أو نيام أو لا يسمعون لبعدهم ولو عبيدا أو مسافرين ﴿فرع﴾ يكره للخطيب ان يتكلم في حال الخطبة للاخلال بالنظم الا أن يكون أمرا معروفا لقصة عمر مع عثمان وهي معروفة (قوله وأقلهم عند أبي حنيفة ثلاثة سوى الامام) ولا يشترط كونهم ممن حضر الخطبة وقالا اثنان سوى الامام وقال الشافعي أربعون ولا حجة له في حديث أسعد بن زرارة أنهم كانوا أربعين كالا حجة لمن نفى اشتراط الاربعين بأن يوم النفور بقي معه صلى الله عليه وسلم اثنا عشر

وقوله (فان اقتصر على ذكر الله عز وجل جاز) يعني اذا ذكر الله على قصد الخطبة فقال الحمد لله أو سبحان الله أو لا اله الا الله جاز عند أبي حنيفة وأما اذا قال ذلك لعطاس أو تعجب فلا يجوز بالاتفاق (وقالا لابد من ذكر طويل يسمى خطبة) وهو مقدار ثلاث آيات عند الكرخي وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات لله الى قوله عبده ورسوله (لان الخطبة هي الواجبة) يعني بالاجماع (والتسبيحة أو التحميدة أو التهليلة لا تسمى خطبة وقال الشافعي لا يجوز حتى يخطب خطبتين) تشتمل الاولى على التحميدة والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والوصية بتقوى الله وقراءة آية وكذلك الثانية الا أن فيها بدل الآية الدعاء للمؤمنين والمؤمنات (اعتبارا للتوارث) فانه جرى هكذا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولابي حنيفة قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله) والمراد به الخطبة باتفاق المفسرين وقد أطلق عليها الذكر من غير فصل بين قليل وكثير فالزيادة عليها نسخ وما روى

عن عثمان رضي الله عنه أنه لما صعد المنبر أول جمعة ولي قال الحمد لله فارتج عليه بالبناء للمفعول وتخفيف الجيم أي أغلق فنزل وصلى وكان بمحضر من علماء الصحابة ولم ينكر عليه أحد فدل على أن هذا المقدار كاف قال (ومن شرائطها الجماعة) الجماعة شرط الجمعة بالاجماع والاختلاف في العدد فعند أبي حنيفة أقلهم ثلاثة سوى الامام وعندهما اثنان سواه

قال المصنف (والاصح أن هذا قول أبي يوسف وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع) لان فيه اجتماع واحد بآخر والجمعة مبنية على معنى الاجتماع لما ذكر أن الجمعة مشتقة من الجماعة وفي الجماعة اجتماع لامحالة (ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد (أن الجمع الصحيح انما هو الثلاث) يعني سلمنا ان الجمعة تنبئ عن الاجتماع لكن الخطاب ورد للجمع وهو قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والجمع الصحيح هو الثلاث (لكونه جمعا تسمية ومعنى) فان قيل ففيما قاله أبو يوسف كذلك لانه يعتبر مع الامام ثلاثة أجاب بقوله والجماعة شرط على حدة وكذلك الامام فلا يعتبر الامام من الجماعة وذلك لان قوله تعالى فاسعوا يقتضي ثلاثة وقوله الى ذكر الله يقتضي ذاكرا فذلك أربعة ويجب أن يكونوا كلهم ممن يصلح اماما حتى اذا كان أحدهم صبيا أو مجنونا لا يجوز بخلاف العبيد والمسافرين فان الجماعة تتم بهم لصلاحيتهم للامامة وكما نفى الآية مادون الثلاث نفى اشتراط الاربعين لعدم دلالته عليه بيقين وقوله (وان نفر الناس) اعلم أن الناس اذا نفروا قبل شروعهم في صلاة الجمعة مع الامام لا يصلي الجمعة بلا خلاف ويصلي الظهر وان نفروا بعده فان كان قبل تقييد الركعة بالسجدة استقبل الظهر عند أبي حنيفة وبنى على الجمعة عندهما وان كان بعده بنى عليها عندهم خلافا لزفر فانه يقول انها

قال والاصح ان هذا قول أبي يوسف وحده له أن في المثنى معنى الاجتماع هي منبئة عنه ولهما أن الجمع الصحيح انما هو الثلاث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم (وان نفر الناس قبل أن يركع الامام ويسجد ولم يبق الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند أبي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه بعدما افتتح الصلاة صلى الجمعة فان نفروا عنه بعدما ركع ركعة وسجد سجدة بنى على الجمعة) خلافا لزفر هو يقول انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما أن الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة أن الانعقاد بالشروع في الصلاة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان مادونها ليس بصلاة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة فانها تنافي الصلاة فلا يشترط دوامها

شرط الاداء لان التحريم منهم مقارنا لتحريم الامام ليس بشرط بالاتفاق ولو كانت شرطا للانعقاد لاشترط ذلك فكانت كالوقت ودوامه شرط لصحة الجمعة فكذا دوامها ولم يوجد اذا نفروا بعد السجود ولهما أنها شرط الانعقاد لان الاداء قد ينفك عنها كما في المسبوق واللاحق وما هو كذلك لا يشترط دوامها كالخطبة فان دوامها الى تقييد الركعة بالسجدة غير شرط بالاتفاق وأبو حنيفة يقول نعم هو شرط الانعقاد كما ذكرتم والانعقاد انما هو بالشروع في الصلاة والصلاة لا تتم الا بتمام الركعة لان مادونها ليس بصلاة لكونه في محل الرفض كما تقدم فلا بد من دوامها اليها أي من دوام الجماعة الى الركعة بحذف المضاف بعضها أي الى تمام الركعة وقوله (بخلاف الخطبة) جواب عن قياسهما الجماعة بها ووجهه أن الخطبة تنافي الصلاة فان الامام هو الذي يخطب

أما الاول فلان اتفاق كون عددهم أربعين في ذلك اليوم لا يقتضي تعين ذلك العدد شرعا وما رواه عن جابر مضت السنة أن في كل ثلاثة اماما وفي كل أربعين فما فوقه جمعة وأضحى وفطر ضعيف قال البيهقي لا يحتج بمثله وأما الثاني فلان كون الباقي اثني عشر أو أحد عشر أو ثمانية عشر على اختلاف الروايات قابله رواية كون الباقي أربعين الكل أقوال منقولة في الباقي وتصحيح متعين منها بطريقة لم يثبت لنا وأيضا بقاء أولئك لا يستلزم الشروع بهم لجواز شروعه بأكثر بان رجعوا أو جاء غيرهم فصار المتحقق كون الشرط الجماعة فقال أبو يوسف مسمى الجماعة متحقق في الاثنين وكون الجمع الصيغي أقل مدلوله ثلاثة لا يمس ما نحن فيه اذ الشرط ليس جماعة تكون مدلول صيغة الجمع وهما قالا بل الشرط ذلك لان قوله تعالى فاسعوا صيغة جمع فقد طلب الحضور معلقا بلفظ الجمع وهو الواو والى ذكر يستلزم ذاكرا فلزم كون الشرط جمعا هو مسمى لفظ الجمع مع الامام وهو المطلوب (قوله الا النساء والصبيان) يعني من لا تنعقد بهم الجمعة (قوله خلافا لزفر) فعنده اذا نفروا قبل القعدة بطلت وحاصل المذكور من وجهه ووجههم معارضة قياسه على الوقت بقياسهم على الخطبة ثم نقض قياسه بانه لو كانت الجماعة كالوقت لم تصح صلاة المسبوق بركعة في الجمعة لانه منفرد فيما يقضيه كما لا تصح صلاة الجمعة اذا كان

(قوله والجمع الصحيح هو الثلاث لكونه جمعا تسمية ومعنى) أقول فان قيل المسمى بالجمع ليس هو الثلاث بل اللفظ الدال عليها قلنا ممنوع فالمراد بالتسمية الاطلاق (قوله لعدم دلالته عليه بيقين) أقول بخلاف الثلاثة حيث يدل عليها بيقين (قوله ولهما أنها شرط الانعقاد الخ) أقول معارضة للدليل زفر قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير غير أنا أجزنا افتتاح الامام وعنده قوم منا هبون ضرورة العجز عن المقارنة انتهى فأقول خرج الجواب عن قول زفر لان التحرم منهم الخ (قوله لان الاداء قد ينفك عنها الخ) أقول كذلك الانعقاد ينفك عنها اذ مقارنة التحرم ليست بشرط كما قال زفر (قوله والانعقاد انما هو بالشروع في الصلاة والصلاة لا تتم الا بتمام الركعة) أقول الظاهر أن يقال والشروع فيها لا يتم الخ لان مادون الركعة في محل الرفض فيرتفع الشروع وفي شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد وأبو حنيفة رحمه الله يقول انه شرط الانعقاد والانعقاد انما يكون بالشروع في الصلاة والشروع لا يتم بالتقييد بالسجدة (قوله ووجهه أن الخطبة تنافي الصلاة الخ) أقول مناف الشئ كيف يكون شرطا له الا أن يكون المراد بالشرط ما يعم المعد

ولا يمكنه أن يخطب في صلاة فلا يشترط دوامها وقوله (ولا معتبر ببقاء النسوان) ظاهر وقوله (ولا تجب الجمعة على مسافر) واضح وقوله (لانهم تحملوه) يعني الحرج معناه ان سقوط فرض السعي عنهم لم يكن لمعنى في الصلاة بل للحرج والضرر فاذا تحملوا التحقوا في الاداء بغيرهم وصاروا كمسافر صام وقوله (ويجوز للمسافر) واضح وقوله (فأشبه الصبي) يعني في أن الجمعة ليست بفرض عليهم ولو أم الصبي فيها لم يجزه فكذا من أشبهه (ولنا ان هذه) أي سقوط الجمعة عنهم وأنث الاشارة باعتبار الخبر وهو (رخصة) لان الخطاب عام فيتناولهم الا أنهم عذروا دفعا للحرج عنهم (فاذا حضروا يقع فرضا على ما بينا) يعني قوله لانهم تحملوه واذا تحملوه يقع فرضا عنهم لانه لو لم يقع فرضا عنهم لكان ما فرضناه لدفع الحرج حرجا وذلك خلف باطل أما الصبي فسلوب الاهلية فلم يتناوله الخطاب والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وقوله (وتنعقد بهم) أي بالمسافر والعبد والمريض (الجمعة) اشارة الى رد قول الشافعي ان هؤلاء تصح امامتهم لكن لا يعتد بهم في العدد الذي تنعقد به الجمعة وذلك لانهم لما صلحوا للامامة فلان يصلحوا للاقتداء أولى وقوله (ومن صلى الظهر في منزله) ظاهر وقوله (لان عنده الجمعة هي الفريضة أصالة) لانه مأمور بالسعي اليها منهي عن الاشتغال عنها بالظهر ما لم يتحقق

ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة (ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا أعمى) لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذر وا دفعا للحرج والضرر (فان حضروا وصلوا مع الناس أجزأهم عن فرض الوقت) لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام (ويجوز للمسافر والعبد والمريض أن يؤموا في الجمعة) وقال زفر لا يجزئه لانه لا فرض عليه فأشبه الصبي والمرأة ولنا أن هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بيناه أما الصبي فسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى (ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلاته) وقال زفر لا يجزئه لان عنده الجمعة هي الفريضة أصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل

بعضها خارج الوقت وأبو حنيفة يقول انها شرط الانعقاد لكن انعقاد الصلاة والمصلي تحقق تمامه موقوف على وجود تمام الاركان لان دخول الشئ في الوجود بدخول جميع أركانه فما لم يسجد لا يصير مصليا بل مفتتحا لركن ركن فكان ذهاب الجماعة قبل السجود كذهابهم قبل التكبير من جهة أنه عدم الجماعة قبل تحقق مسمى الصلاة ويظهر من هذا التقرير أنه يجوز موافقته اياهما في الحاق الجماعة بالخطبة في أنه لا يشترط بقاؤها الى آخر الصلاة وان خالفهما في الاكتفاء بوجودها حال الافتتاح فلذا قلنا حاصل المذكور من وجهه أي وجه زفر ووجههم ولم نقل ووجههما (قوله ولا تجب الجمعة على مسافر الخ) الشيخ الكبير الذي ضعف ملحق بالمريض فلا تجب عليه وأطلق في العبد وقد اختلفوا في المكاتب والمأذون والعبد الذي حضر مع مولاه باب المسجد لحفظ الدابة اذا لم يخل بالحفظ وينبغي أن يجري الخلاف في معتق البعض اذا كان يسعى ولا تجب على العبد الذي يؤدي الضريبة وللمستأجر أن يمنع الاجير عن حضور الجمعة في قول أبي حفص وقال الدقاق ليس له منعه فان كان قريبا لا يحط عنه شئ وان كان بعيدا يسقط عنه بقدر اشتغاله فان قال الاجير حط عني الربع بقدر اشتغالي بالصلاة لم يكن له ذلك والمطر الشديد والاختفاء من السلطان الظالم مسقط وفي الكافي صح أنه صلى الله عليه وسلم أقام الجمعة بمكة مسافرا (قوله على ما بينا) اشارة الى قوله لانهم تحملوه الخ فيقع فرضا فصار كمسافر اذا صام رمضان يقع فرضا (قوله كره له ذلك الخ) لا بد من كون المراد حرم عليه ذلك وصحت الظهر لانه ترك الفرض القطعي باتفاقهم الذي هو آكد من الظهر فكيف لا يكون مرتكبا محرما غير أن الظهر تقع صحيحة وان كان مأمورا بالاعراض عنها وقال زفر لا يجوز لان الفرض في حقه الجمعة والظهر بدل عنها لانه مأمور باداء الجمعة معاقب بتركها ومنهي عن أداء الظهر مأمور بالاعراض عنها ما لم يقع اليأس عن الجمعة وهذا هو صورة الاصل والبدل ولا يجوز أداء البدل مع القدرة على الاصل قلنا بل فرض الوقت الظهر بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم وأول وقت الظهر حين تزول الشمس مطلقا في الايام ودلالة الاجماع أعني الاجماع على أن بخروج الوقت يصلي الظهر بنية القضاء فلو لم يكن أصل فرض الوقت الظهر لما نوى القضاء والمعقول اذ أصل الفرض في حق الكل ما يتمكن كل من أدائه بنفسه فما قرب الى وسعه فهو أحق والظهر أقرب لتمكنه منه كذلك بخلاف الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وتلك ليست في

(٥٣ - فتح القدير اول) فوت الجمعة وهذا صورة الاصل والبدل ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل وهي ثابتة لان فواتها انما يكون بفراغ الامام عن الصلاة وفرض المسئلة قبل ذلك

قال المصنف (دفعا للحرج والضرر) أقول الظاهر ان المراد عن المولى والزوج (قوله على ما بينا يعني قوله لانهم تحملوه واذا تحملوه يقع فرضا لانه لو لم يقع فرضا لكان ما فرضناه لدفع الحرج حرجا وذلك خلف باطل) أقول وفي الملازمة نوع تأمل

(ولنا أن أصل الفرض هو الظهر في حق الناس كافة) لان التكليف بحسب القدرة والمكلف بالصلاة في هذا الوقت متمكن بنفسه من أداء الظهر دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده فكان التكليف بالجمعة تكليفا بما ليس في الوسع الا أنه أمر باسقاط الظهر باداء الجمعة عند استجماع شرائطها فكان العدول عنها مع القدرة مكروها وقوله (هذا هو الظاهر) تلويح منه الى غير ذلك فانه نقل عن محمد أن فرض الوقت الجمعة وله اسقاطها بالظهر وروى عنه أنه قال لا أدري ما أصل فرض الوقت في هذا اليوم ولكنه سقط عنه الفرض باداء الظهر أو الجمعة يريد به أن أصل الفرض أحدهما لا بعينه ويتعين بفعله ولكن ظاهر الرواية عن العلماء الثلاثة ما ذكره في الكتاب وقوله (فان بداله) أي بدا لمن صلى الظهر في منزله قبل صلاة الامام معذورا كان أو غيره (أن يحضرها فتوجه والامام فيها) فاما أن يدرك الجمعة مع الامام أولا فان (٤١٨) أدرك الصلاة مع الامام انتقض ظهره وانقلب نفلا وهذا لم يذكره في الكتاب وان لم يدركه (بطل ظهره عند أبي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع القوم) وانما لم يذكر القسم الاول لانه يفهم من اشارة هذا القسم لانه يشير الى أن الاتمام مع الامام ليس بشرط لنقض الظهر عندهما بل الدخول كاف واذا كان بالدخول ينتقض فبالاتمام أولى (لان السعي دون الظهر) اذ هو ليس بمقصود بنفسه بل هو وسيلة الى أداء الجمعة والظهر فرض مقصود وما هو دون الشئ (لا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها) لانا أمرنا باسقاطه بها فجاز أن تنقضه وانما أنث الظهر في الكتاب بتأويل الصلاة واذا لم يكن التوجه ناقضا لضعفه كان كما اذا توجه بعد فراغ الامام (ولابي حنيفة أن السعي) وهو المشي لا مسرعا (الى الجمعة من خصائصها) لكونها اصلاة مخصوصة بمكان لا تمكن الاقامة الا بالسعي اليها فكان السعي مخصوصا بها بخلاف سائر مأمورا الصلوات لان أداءها صحيح في كل مكان واذا كان من خصائصها كان الاشتغال به كالاشتغال بركن من أركانها بجامع الاختصاص فيؤثر في ارتفاض الظهر احتياطا اذ الاقوى يحتاط لاثباته ما لا يحتاط لاثبات الاضعف واعترض بأن السعي الموصل الى الجمعة مأمور به وهذا السعي ليس بموصل سلمناه ولكنه ضعيف لانه وسيلة فلا يرفض القوى سلمناه لكن الظهر انما يبطل في ضمن أداء الجمعة لان نقض العبادة قصدا حرام فاذا لم يؤد لم ينتقض سلمناه لكنه ينتقض بمسئلة القارن اذا وقف بعرفات قبل أن يطوف لعمرته فانه يصير رافضا لها ولو سعى الى عرفات لا يصير به رافضا لعمرته وأجيب عن الاول بأن الحكم دار مع الامكان لكون الامام في الجمعة والادراك ممكن باقدار الله تعالى وعن الثاني بأنه لما نزل منزلتها صار قويا وهو الجواب عن الثالث لانه صار الابطال في ضمنه كالابطال في ضمنها وعن الرابع بأنه لا نقض

ولنا أن أصل الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا أنه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من أداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف (فان بداله أن يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند أبي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام) لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها فينقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله أن السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا

وسعه وانما يحصل له ذلك اتفاقا باختيار آخرين كاختيار السلطان وقدرته في الامر واختيار آخر وآخر ليحصل به معهما الجماعة وغير ذلك فكان الظهر أولى بالاصلية وعلى الاول أن يقال مفاده أن كل وقت ظهر يدخل حين تزول والمطلوب أن كل ما زالت دخل وقت الظهر وانما يفاد بعكس الاستقامة لها وهو لا يثبت كليا سلمناه لكن خروج الزوال يوم الجمعة من تلك الكلية أعني العكس معلوم قطعا من الشرع للقطع بوجوب الجمعة فيه والنهي عن تركها الى الظهر ولا يخفى ضعف الوجه الثالث اذ لو تم استلزم عدم وجوب الجمعة على كل فرد والمتحقق وجوبها على كل واحد فيحصل من الامتثال توفر الشروط والمعول عليه الوجه الثاني وهو يستلزم عدم تخصيص الاول فيلزم أن وجهه حينئذ وجوب الظهر أولا ثم ايجاب اسقاطه بالجمعة وفائدة هذا الوجوب حينئذ جواز المصير اليه عند العجز عن الجمعة اذ كانت صحتها تتوقف على شرائط ربما لا تحصل فتأمل واذا كان وجوب الظهر ليس الا على هذا المعنى لم يلزم من وجوبها كذلك صحتها قبل تعذر الجمعة والفرض أن الخطاب قبل تعذرها لم يتوجه عليه الا بها (قوله بطلت ظهره عند أبي حنيفة بالسعي) هذا اذا كان الامام في الصلاة بحيث يمكنه أن يدركها وان لم يدركها أو كان لم يشرع بعد لكنه لا يرجو ادراكها للبعد ونحوه لا تبطل عند أبي حنيفة عند العراقيين وتبطل عنده في تخريج البلخيين وهو الاصح ثم المعتبر في السعي الانفصال عن داره فلا تبطل قبله على المختار وقيل اذا خطا خطوتين في البيت الواسع تبطل (قوله حتى يدخل مع الامام) وفي رواية حتى يتمها معه حتى لو أفسدها بعد الشروع فيها لا يبطل الظهر ولا فرق على هذا الخلاف بين المعذور كالعبد وغيره حتى لو صلى المريض الظهر ثم سعى الى الجمعة بطل ظهره على الخلاف وقال زفر لا يبطل ظهر المعذور لان الجمعة ليست فرضا عليه قلنا انما رخص له تركها للعذر وبالالتزام التحق بالصحيح (قوله لان السعي دون الظهر) لانه حسن لمعنى في غيره بخلاف الظهر ونقض الظهر وان كان

بخلاف مابعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها (ويكره أن يصلي المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن) لما فيه من الاخلال بالجمعة اذهي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف أهل السواد لانه لا جمعة عليهم (ولو صلى قوم أجزأهم) لاستجماع شرائطه (ومن أدرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما أدرك) وبنى عليه الجمعة لقوله صلى الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا (وان كان أدركه في التشهد أو في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما

مأمور به لكنه لضرورة أداء الجمعة اذ نقض العبادة قصدا بلا ضرورة حرام فلا تنتقض دون أدائها وليس السعي الاداء وحاصل وجه قول أبي حنيفة أن الاحتياط في الجمعة نقض الظهر للزوم الاحتياط في تحصيلها وهو به فيه نزل ما هو من خصائصها منزلتها لذلك لانه المحقق للاحتياط في تحصيلها وانما كان السعي من خصائصها لانه أمر به فيها ونهي عنه في غيرها قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وقال صلى الله عليه وسلم اذا أتيتم الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون الحديث فكان الاشتغال به كالاشتغال بها فالنقض به كالنقض بها اقامة السبب العادي مقام المسبب احتياطا ومكنة الوصول ثابتة نظرا الى قدرة الله وهي تكفي للتكليف بخلاف ما اذا كان السعي بعد الفراغ منها لانه ليس اليها ولا امكان للوصول وهذا التقرير بناء على أن المراد بالسعي ما يقابل المشي وليس كذلك وكذا البطلان غير مقتصر على السعي بل لو خرج ماشيا أو قصد مشى بطلت ألا ترى أنهم أوردوا الفرق بين السعي الى الجمعة وتوجه القارن الى عرفات حيث لم تبطل به عمرته حتى يقف بأنه منهي عنه لا مأمور به فلا ينزل منزلته مع أنه ليس هناك جامع السعي منصوصا للطلب وجه الفرق في الحكم بعد وجود الجامع فالحق في التقرير أنه مأمور بعد اتمام الظهر بنقضها بالذهاب الى الجمعة فذهابه اليها شروع في طريق نقضها المأمور به فيحكم بنقضها به احتياطا لترك المعصية (قوله ويكره أن يصلي المعذورون الظهر بجماعة) قبل الجمعة وكذا بعدها ومن فاتتهم الجمعة فصلوا الظهر تكره لهم الجماعة أيضا (قوله لما فيه من الاخلال بالجمعة اذهي جامعة للجماعات) هذا الوجه هو مبنى عدم جواز تعدد الجمعة في المصر الواحد وعلى الرواية المختارة عند السرخسي وغيره من جواز تعددها فوجهه أنه ربما تتطرق غير المعذور الى الاقتداء بهم وأيضا فيه صورة معارضة الجمعة باقامة غيرها (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) أخرج الستة في كتبهم عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أقيمت الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون وأتوها تمشون وعليكم السكينة فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا وأخرجه أحمد وابن حبان في النوع الثاني والسبعين من القسم الاول عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعا وقال وما فاتكم فاقضوا قال مسلم أخطأ ابن عيينة في هذه اللفظة ولا أعلم رواها عن الزهري غيره وقال أبو داود قال فيه ابن عيينة وحده فاقضوا ونظر فيه بأن أحمد رواه في مسنده عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري به وقال فاقضوا ورواه البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث الليث عن الزهري به وقال فاقضوا ومن حديث سليمان عن الزهري به نحوه ومن حديث الليث حدثنا يونس عن الزهري عن أبي سلمة وسعيد عن أبي هريرة رضي الله عنه كذلك ورواه أبو نعيم في المستخرج عن أبي داود الطيالسي عن ابن أبي حبيب عن الزهري به نحوه فقد تابع ابن عيينة جماعة وبين اللفظين فرق في الحكم فمن أخذ بلفظ أتموا قال ما يدركه المسبوق أول صلاته ومن أخذ بلفظ فاقضوا قال ما يدركه آخرها قال صاحب تنقيح التحقيق الصواب أنه لا فرق فان القضاء هو الاتمام في عرف الشارع قال تعالى فاذا قضيتم مناسككم فاذا قضيت الصلاة اه ولا يخفى أن وروده بمعناه في بعض الاطلاقات الشرعية لا ينفي حقيقته اللغوية ولا يصيره الحقيقة الشرعية فلا يليق الاصحة الاطلاق وكما يصح أن يقال قضى صلاته على تقدير ادراك أولها ثم فعل باقيها كذلك يصح أن يقال على

على وجه القياس لانهما أي العمرة والجمعة سواء في الارتفاض فيه وأما في الاستحسان فانه انما لا ترتفض العمرة لكون السعي فيها منهيا عنه قبل طواف العمرة فضعف في نفسه والسعي الى الجمعة مأمور به فكان في نفسه قويا ولا يلزم من ابطال القوي ابطال الضعيف وقوله (بخلاف ما بعد الفراغ منها) جواب عن قياسهما وهو واضح وقوله (ويكره أن يصلي المعذورون الظهر بجماعة الخ) ظاهر قال (ومن أدرك الامام يوم الجمعة) اذا أدرك الامام في صلاة الجمعة راكعا في الركعة الثانية فهو مدرك لها بالاتفاق وان أدركه بعد ما رفع رأسه من الركوع فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبنى عليها الجمعة لقوله صلى الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا اذ لا شك أن مراده ما فاتكم من صلاة الامام بدليل قوله ما أدركتم فصلوا فان معناه من صلاة الامام والذي فات من صلاة الامام هو الجمعة فيصلي المأموم الجمعة (وكذا ان أدركه في التشهد أو في سجود السهو عندهما

وقال محمد ان أدرك مع الامام أكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان أدرك أقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه) ولهذا لا يتأدى الا بنية الجمعة (ظهر من وجه لفوات بعض شرائط الجمعة) وهو الجماعة فبالنظر الى كونه ظهرا يصلى أربعا ويقعد على رأس الركعتين وبالنظر الى كونه جمعة يقرأ فى الأخريين لاحتمال النفلية فكان فى ذلك اعمال الدليلين وهو أولى من اعمال أحدهما ولهما انه مدرك للجمعة فى هذه الحالة لانه لا بد له من نية الجمعة حتى لو نوى غيرها لم يصح اقتداؤه ومدرك الجمعة لا يبنى الا على الجمعة ولا وجه لما ذكر من اعمال الوجهين لانهما صلاتان مختلفتان فكيف يصح بناء احداهما على تحريمة الاخرى وعورض بأن فيما ذكرتم تجويز الجمعة مع عدم شرطها وذلك فاسد لان الشئ ينتفى عند انتفاء شرطه وأجيب بأن وجوده فى حق الامام جعل وجودا فى حق المسبوق كما فى القراءة فأما الجمع بين صلاتين مختلفتين بتحريمة واحدة فما لا يوجد بحال والقول بما يوجد بحال أولى منه بما لا يوجد بحال فان قيل قد استدل لهما فى أول البحث بالحديث وهو أقوى فما وجه قوله بعد ذلك ولهما الخ قلت لا تنافى فى ذلك لجواز أن يستدل على مطلوب واحد بالمنقول والمعقول أو كان الاول استدلالا على ما اذا كان المدرك أكثر وذلك متفق عليه فليس الاستدلال لهما فقط بل لهم جميعا وكون الحديث يدل على المطلوب الثانى لهما أيضا لا ينافيه فان قيل قد روى الزهرى باسناده الى أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من أدرك ركعة من الجمعة فقد أدركها وليضف اليها ركعة أخرى وان أدركهم جلوسا صلى أربعا وهذا كما ترى نص على ما يقول محمد فما وجه ترك الاستدلال به لمحمد (٤٣٠) قلت ضعفه فانه مما رواه الاضعفاء أصحاب الزهرى وأما الثقات منهم كمعمر والاوزاعى ومالك فقد رووا عنه من أدرك ركعة من صلاة الجمعة فقد أدركها وأما اذا أدرك ما دونها فحكمه مسكوت عنه ولا دليل عليه وما روى من قوله صلى الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا الحديث يدل على مدعاهما فأخذ به وعلى تقدير ثبوته فتأويله أدركهم جلوسا قد سلموا وقوله (واذا خرج الامام يوم الجمعة) يعنى لاجل الخطبة (ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته) يريد به ما سوى التسبيح ونحوه على الاصح وقال بعضهم كل كلام (وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا بأس بالكلام) قبل الخطبة وبعدها قبل التكبير لان حرمة الكلام انما هى باعتبار الاخلال بفرض الاستماع لكونه فى نفسه مباحا ولا استماع فلا اخلال فى هذين الوقتين بخلاف الصلاة فانها قد تمتد فتفضى الى الاخلال

وقال محمد رحمه الله ان أدرك معه أكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان أدرك أقلها بنى عليها الظهر) لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط فى حقه فيصلى أربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على رأس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ فى الاخريين لاحتمال النفلية ولهما أنه مدرك للجمعة فى هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهى ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفتان فلا يبنى أحدهما على تحريمة الآخر (واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته) قال رضى الله عنه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج الامام قبل أن يخطب واذا نزل قبل أن يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلاة لانها قد تمتد

تقدير ادراك آخرها ثم فعل تكميلها أتم صلاته واذا تكافأ الاطلاقان يرجع الى أن المدرك ليس الا آخر صلاة الامام حسا والمتابعة وعدم الاختلاف على الامام واجب على المأموم ومن متابعته كون ركعته ركعته فاذا كانت ثالثة صلاة الامام وجب حكما لوجوب المتابعة كونها ثالثة المأموم ويلزمه كون ما لم يفعله بعده أولها (قوله ان أدرك معه أكثر الركعة الثانية) بأن يشاركه فى ركوعها لا بعد الرفع منه ولهما اطلاق اذا أتيتم الصلاة الى قوله وما فاتكم فاقضوا وما رواه من أدرك ركعة من الجمعة أضاف اليها ركعة أخرى والاصلى أربعا لم يثبت وما فى الكتاب من المعنى المذكور حسن (قوله

(قوله لانه جمعة من وجه الى قوله ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط وهو الجماعة الخ) أقول فان قيل فوات جماعة يتحقق فيما اذا أدرك أكثر الركعة الثانية لا يقال الركعة التامة صلاة ولا كذلك ما دونها لانه لم يشترط فى مسئلة النفرد وام الجماعة الى تمام الركعة فما وجه الفرق وأبو حنيفة رحمه الله أيضا شرط دوامها الى تمامها هناك وهنا لم يشترط فلا بد من الفرق (قوله ويقرأ فى الاخريين لاحتمال النفلية) أقول يعنى فيهما بالنظر الى احتمال كون الاوليين جمعة (قوله فان قيل قد استدل بهما فى أول البحث بالحديث الى قوله قلت لا تنافى فى ذلك الخ) أقول فيه بحث فان المؤدى مع الامام فى محل النزاع ليس صلاة لانه ما دون الركعة فلا ينتظم قوله صلى الله عليه وسلم صلوا فلا يتناوله وما فاتكم لظهور أن المراد وما فاتكم من تلك الصلاة التى صليتم مع الامام فليتأمل (قوله وعلى تقدير ثبوته فتأويله أدركهم جلوسا قد سلموا) أقول لا يخفى عليك بعد هذا التأويل مع أن الجمعة مصرح بها فى حديث الزهرى فتأويل الحديث الاول بحمله على ما سوى الجمعة أقرب قال المصنف (واذا نزل قبل أن يكبر) أقول وظاهر قوله حتى يفرغ من خطبته يدل على أن لا يكون فيه بأس فى قوله وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله بحث فتأمل

ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فأشبه الصلاة (واذا أذن المؤذنون الاذان الاول تركوا البيع والشراء وتوجهوا الى الجمعة) لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع (واذا صعد الامام المنبر جلس وأذن المؤذنون بين يدى المنبر) بذلك جرى التوارث

(قوله ولابى حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام) رفعه غريب والمعروف كونه من كلام الزهرى رواه مالك فى الموطا قال خروجه يقطع الصلاة وكلامه يقطع الكلام وأخرج ابن أبى شيبة فى مصنفه عن على وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم كانوا يكرهون الصلاة والكلام بعد خروج الامام والحاصل أن قول الصحابى حجة فيجب تقليده عندنا اذا لم ينفه شئ آخر من السنة ولو تجرد المعنى المذكور عنه وهو أن الكلام يمتد طبعا أى يمتد فى النفس فيخل بالاستماع أو ان الطبع يفضى بالمتكلم الى المذ فيلزم ذلك والصلاة أيضا قد تستلزم المعنى الاول فتخل به استقل بالمطلوب وأخرج ابن أبى شيبة عن عروة قال اذا قعد الامام على المنبر فلا صلاة وعن الزهرى قال فى الرجل يجئ يوم الجمعة والامام يخطب يجلس ولا يصلى وأخرج الستة عن أبى هريرة رضى الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا قلت لصاحبك يوم الجمعة والامام يخطب أنصت فقد لغوت وهذا يفيد بطريق الدلالة منع الصلاة وتحية المسجد لان المنع من الامر بالمعروف وهو أعلى من السنة وتحية المسجد فنعه منهما أولى ولو خرج وهو فيها يقطع على ركعتين فان قيل العبارة مقدمة على الدلالة عند المعارضة وقد ثبتت وهو ما روى جاء رجل والنبى صلى الله عليه وسلم يخطب فقال أصليت يا فلان قال لا قال صل ركعتين وتجوز فيهما فالجواب أن المعارضة غير لازمة منه لجواز كونه قطع الخطبة حتى فرغ وهو كذلك رواه الدارقطنى فى سننه من حديث عبيد بن محمد العبدى حدثنا معتمر عن أبيه عن قتادة عن أنس قال دخل رجل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فقال له النبى صلى الله عليه وسلم قم فاركع ركعتين وأمسك عن الخطبة حتى فرغ من صلاته ثم قال أسنده محمد بن عبيد العبدى ووهم فيه ثم أخرجه عن أحمد بن حنبل حدثنا معتمر عن أبيه قال جاء رجل الحديث وفيه ثم انتظره حتى صلى قال وهذا المرسل هو الصواب ونحن نقول المرسل حجة فيجب اعتقاد مقتضاه علينا ثم رفعه زيادة اذ لم يعارض ما قبلها فان غيره ساكت عن انه أمسك عن الخطبة أولا وزيادة الثقة مقبولة ومجرد زيادته لا توجب الحكم بغلطه والا لم تقبل زيادة ومازاده مسلم فيه من قوله اذا جاء أحدكم الجمعة والامام يخطب فليركع ركعتين وليتجوز فيهما لا ينفى كون المراد أن يركع مع سكوت الخطيب لما ثبت فى السنة من ذلك أو كان قبل تحريم الصلاة فى حال الخطبة فتسلم تلك الدلالة عن المعارض ۞ وهذه فروع تتعلق بالمحل وقدمناها فى باب صفة الصلاة ويتعين أن لا يخلى عنها مظنتها يحرم فى الخطبة الكلام وان كان أمرا بمعروف أو تسبيحا والاكل والشرب والكتابة ويكره تشميت العاطس ورد السلام وعن أبى يوسف لا يكره الرد لانه فرض قلنا ذاك اذا كان السلام مأذونا فيه شرعا وليس كذلك فى حالة الخطبة بل يرتكب بسلامه مأثما لانه به يشغل خاطر السامع عن الفرض ولان رد السلام يمكن تحصيله فى كل وقت بخلاف سماع الخطبة وعلى هذا الوجه الثانى فرع بعضهم قول أبى حنيفة انه لا يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم عند ذكره فى الخطبة وعن أبى يوسف ينبغى أن يصلى فى نفسه لان ذلك مما لا يشغله عن سماع الخطبة فكان احرازا للفضيلتين وهو الصواب وهل يحمد اذا عطس الصحيح نعم فى نفسه ولو لم يتكلم لكن أشار بعينه أو بيده حين رأى منكرا الصحيح لا يكره هذا كله اذا كان قريبا بحيث يسمع فان كان بعيدا بحيث لا يسمع اختلف المتأخرون فيه فمحمد بن سلمة اختار السكوت ونصير بن يحيى اختار القراءة وعن أبى يوسف اختيار السكوت كقول ابن سلمة وحكى

ولابى حنيفة حديث ابن عمر وابن عباس أنهما رويا عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام والمصير اليه واجب فان قيل المصير اليه واجب اذا لم يكن له معارض وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا نزل عن المنبر سأل الناس عن حوائجهم وعن أسعار السوق ثم صلى أجيب بأن ذلك كان فى الابتداء حين كان الكلام مباحا فى الصلاة وكان يباح فى الخطبة أيضا ثم نهى بعد ذلك عن الكلام فيهما وقوله (واذا أذن المؤذنون) ذكر المؤذنين بلفظ الجمع اخراجا للكلام مخرج العادة فان المتوارث فى أذان الجمعة اجتماع المؤذنين لتبلغ أصواتهم الى أطراف المصر الجامع والاذان الاول هو الذى حدث فى زمن عثمان رضى الله عنه على الزوراء وكان الحسن ابن زياد يقول المعتبر هو الاذان على المنارة لانه لو انتظر الاذان عند المنبر تفوته أداء السنة وسماع الخطبة وربما تفوته الجمعة اذا كان بيته بعيدا من الجامع وكان الطحاوى يقول المعتبر هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام فانه هو الاصل الذى كان للجمعة

على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك فى عهد أبى بكر وعمر وهو اختيار شيخ الاسلام والاصح أن المعتبر فى وجوب السعى وكراهة البيع هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال لحصول (٤٢٢) الاعلام به مع ما ذكرنا فى قول الحسن آنفا وهو اختيار شمس الائمة السرخسى

ولم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر فى وجوب السعى وحرمة البيع والاصح أن المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به والله أعلم

﴿ باب صلاة العيدين ﴾

قال (وتجب صلاة العيد على كل من تجب عليه صلاة الجمعة)

عنه النظر فى كتابه واصلاحه بالقلم ومجموع ما ذكر عنه أوجه فان طلب السكوت والانصات وان كان للاستماع لا لذاته لكن الكلام والقراءة لغير من بحيث يسمع قد يصل الى أذن من بحيث يسمع فيشغله عن فهم ما يسمع أو عن السماع بخلاف النظر فى الكتاب والكتابة (قوله ولم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا هذا الاذان) أخرج الجماعة الا مسلما عن السائب بن يزيد قال كان النداء يوم الجمعة أوله اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما فلما كان عثمان رضى الله عنه وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وفى رواية للبخارى زاد النداء الثانى وزاد ابن ماجه على دار فى السوق يقال لها الزوراء وتسميته ثالثا لان الاقامة تسمى أذانا كما فى الحديث بين كل أذانين صلاة هذا وقد تعلق بما ذكرنا من أنه لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا هذا الاذان بعض من نفى أن للجمعة سنة فانه من المعلوم أنه كان صلى الله عليه وسلم اذا رقى المنبر أخذ بلال فى الاذان فاذا أكمل أخذ صلى الله عليه وسلم فى الخطبة فتى كانوا يصلون السنة ومن ظن أنهم اذا فرغ من الاذان قاموا فركعوا فهو من أجهل الناس وهذا مدفوع بأن خروجه صلى الله عليه وسلم كان بعد الزوال بالضرورة فيجوز كونه بعد ما كان يصلى الاربع ويجب الحكم بوقوع هذا المجوز لما قدمنا فى باب النوافل من عموم أنه كان صلى الله عليه وسلم يصلى اذا زالت الشمس أربعا ويقول هذه ساعة تفتح فيها أبواب السماء فأحب أن يصعد لى فيها عمل صالح وكذا يجب فى حقهم لانهم أيضا يعلمون الزوال اذ لا فرق بينهم وبين المؤذن فى ذلك الزمان لان اعتماده فى دخول الوقت اعتمادهم بل ربما يعلمونه بدخول الوقت ليؤذن على ما عرف من حديث ابن أم مكتوم وفى الصحيح عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى بعد الجمعة ركعتين وفى أبى داود عن ابن عمر أنه اذا كان بمكة فصلى الجمعة تقدم فصلى ركعتين ثم تقدم فصلى أربعا واذا كان بالمدينة فصلى الجمعة ثم رجع الى بيته فصلى ركعتين ولم يصل فى المسجد فقيل له فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك فقد أثبت سنا بعد الجمعة بمكة فالظاهر أنها سنة غير أنه اذا كان بالمدينة وفيها المنزل المهيأ له صلى فيه وهو بمكة فى صلاة الجمعة انما كان مسافرا فكان يصليها فى المسجد فلم يعلم ابن عمر كل ما كان فى بيته بالمدينة فهذا محمل اختلاف الحال فى البلدين فهذا البحث يفيد أن السنة بعدها ست وهو قول أبى يوسف وقيل قولاه ما وأما أبو حنيفة فالسنة بعدها عنده أربع أخذا مما روى عن ابن مسعود أنه كان يصلى قبل الجمعة أربعا وبعدها أربعا قاله الترمذى فى جامعه واليه ذهب ابن المبارك والثورى وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم الجمعة فليصل بعدها أربع ركعات وقد ذكر أبو داود عن ابن عمر أنه كان اذا صلى فى المسجد صلى أربعا واذا صلى فى بيته صلى ركعتين والله سبحانه أعلم

﴿ باب صلاة العيدين ﴾

لاخفاء فى وجه المناسبة بين صلاة العيد والجمعة ولما اشتركت صلاة العيد والجمعة فى الشروط حتى الاذن

﴿ باب العيدين ﴾

أى باب صلاة العيدين لان الكلام فى كتاب الصلاة حذف المضاف للعلم به وسمى يوم العيد بالعيد لان لله تعالى فيه عوائد الاحسان الى عباده ومناسبتها الصلاة الجمعة فى أن كلا منهما صلاة نهارية تؤدى بجمع عظيم يجهر بالقراءة فيهما ويشترط لاحداهما ما يشترط للاخرى سوى الخطبة ويشتركان أيضا فى حق التكليف فانها تجب على من تجب عليه الجمعة وقدم الجمعة لقوتها لكونها فريضة أو لكثرة وقوعها قال (وتجب صلاة العيد على من تجب عليه الجمعة) لا تجب صلاة العيد على المسافر والعبد والمريض كالجمعة للمعنى الذى ذكرناه فى باب الجمعة فان قيل حال العبد هنا ليست كهى فى الجمعة اذا أذن له المولى لان للجمعة خلفا وهو الظهر فلم تجب الجمعة وههنا لا خلف فكان الواجب الوجوب اذا أسقط المولى حقه بالاذن أجيب بأن المنافع لا تصير مملوكة له بالاذن لانها غير مستثناة على المولى فبقى الحال بعد الاذن كهى قبله كما فى الحج فانه لا يقع عن حجة

﴿ باب العيدين ﴾ العام

(قوله أجيب بأن المنافع لا تكون مملوكة له بالاذن) أقول قال العلامة الكاكى ألا ترى أن العبد لو حنث فى يمينه فكفر بالمال باذن المولى لا يجوز لانه لا يملكه باذنه كذا فى مبسوط شيخ الاسلام انتهى

وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب وهو رواية عن أبي حنيفة وجه الاول مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها ووجه الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث الاعرابي عقيب سؤاله قال هل علي غيرهن فقال لا الا أن تطوع والاول أصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة (ويستحب في يوم الفطر أن يطعم قبل أن يخرج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روى أنه عليه السلام كان يطعم في يوم الفطر قبل أن يخرج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة (ويلبس أحسن ثيابه) لانه عليه السلام كانت له جبة فنك أو صوف يلبسها في الاعياد (ويؤدي صدقة الفطر) اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلاة (ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند أبي حنيفة رحمه الله في طريق المصلى وعندهما يكبر) اعتبارا بالاضحى

العام الا الخطبة لم تجب صلاة العيد الا على من تجب عليه الجمعة واختصت الجمعة بزيادة قوة الافتراض فقدمت (قوله وفي الجامع الصغير) ذكره لتنصيصه على السنية وفي النهاية لمخالفته لما في القدوري وهو دأبه في كل ما تخالف فيه رواية الجامع والقدوري وهذا سهو فان القدوري لم يتعرض لصفة صلاة العيد أصلا وقوله وتجب صلاة العيد على من تجب عليه الجمعة زيادة في البداية (قوله وجه الاول مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم) أي من غير ترك وهو ثابت في بعض النسخ أما مطلق المواظبة فلا يفيد الوجوب واقتصر المصنف لما رأى أن الاستدلال بقوله تعالى ولتكبروا الله على ما هداكم غير ظاهر لانه ظاهر في التكبير لاصلاة العيد وهو يصدق على التعظيم بلفظ التكبير وغيره ولو حمل على خصوص لفظه كان التكبير الكائن في صلاة العيد مخرجا له عن العهدة وهو لا يستلزم وجوب الصلاة لجواز ايجاب شئ في مسنون بمعنى من فعل سنة صلاة العيد وجب عليه التكبير نعم لو وجب ابتداء وشرطت الصلاة في صحته وجبت الصلاة لان ايجاب المشروط ايجاب الشرط لكنه لم يقل به أحد وكذا الاستدلال بأنه شعار الدين مقصود الذاته يقام ابتداء بخلاف الاذان وصلاة الكسوف لانه لغيره فتجب كالجمعة غير مستلزم لجواز استنان شعار كذلك مع أنه تعدية غير حكم الاصل الى الفرع اذ حكم الاصل الافتراض الا أن يحمل اللزوم فيصح القياس وكونه على خلاف قد رثبوته في الاصل غير قادح بل ذلك واجب فيما اذا كان حكم الاصل بقاطع فانه اذا عدى بالقياس لا يثبت في الفرع قطعا لان القياس لا يفيد القطع أصلا (قوله والاول هو الاصح) رواية ودراية للمواظبة بلا ترك وحديث الاعرابي انما لم يكن علمه لانه من أهل البوادي ولا صلاة عيد فيها أو كان قبل وجوبها (قوله أن يطعم) الانسان ويستحب كون ذلك المطعوم حلوا لما في البخاري كان صلى الله عليه وسلم لا يغدو يوم الفطر حتى يأكل تمرات ويأكلهن وترا وأما حديث الغسل للعيدين فتقدم في الطهارة وحديث لبسه جبة فنك أو صوف غريب وروى البيهقي من طريق الشافعي أنه صلى الله عليه وسلم كان يلبس برد حبرة في كل عيد ورواه الطبراني في الاوسط كان صلى الله عليه وسلم يلبس يوم العيد بردة حمراء انتهى واعلم أن الحلة الحمراء عبارة عن ثوبين من اليمن فيهما خطوط حمر وخضر لا انه أحمر بحت فليكن محمل البردة أحدهما (قوله ويتوجه الى المصلى) والسنة أن يخرج الامام الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفاء في المصر بناء على أن صلاة العيد في موضعين جائزة بالاتفاق وعند محمد تجوز في ثلاثة مواضع وان لم يستخلف له ذلك وتخرج المخائر للعيد لا الشواب ولا يخرج المنبر الى الجبانة واختلفوا في بناء المنبر بالجبانة قال بعضهم يكره وقال خواهر زاده حسن في زماننا وعن أبي حنيفة لا بأس به (قوله ولا يكبر الخ) الخلاف في الجهر بالتكبير في الفطر لا في أصله لانه داخل في عموم ذكر الله تعالى فعندهما يجهر به كالاضحى وعنده لا يجهر وعن أبي حنيفة كقولهما وفي الخلاصة ما يفيد أن الخلاف في أصل التكبير وليس بشئ اذ لا يمنع من ذكر الله بسائر الالفاظ في

وفي الجامع الصغير بلفظ السنة والمراد من اجتماع العيدين كون يوم الفطر أو الاضحى يوم الجمعة وغلب لفظ العيد لخفته كما في العمرين أو لذكورته كما في القمرين (ولا يترك واحد منهما) أما الجمعة فلانها فريضة وأما العيد فلان تركها بدعة وضلال قوله (وجه الاول مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها) وفي بعض النسخ وقع بلفظ من غير ترك وهو لا يحتاج الى عناية وفي بعضها ليس كذلك ويحتاج الى أن يقال معناه ذلك وانما تركه اعتمادا على ما ذكر في آخر باب ادراك الفريضة ولا سنة دون المواظبة والمواظبة انما تكون دليل الوجوب اذا كانت من غير ترك وقوله (وجه الثاني) ظاهر وقوله (ولا يكبر عند أبي حنيفة في طريق المصلى) يعني جهرا في الطريق الذي يخرج منه الى عيد الفطر وهذه رواية المعلى عنه وروى الطحاوي عن استاذه ابن عمران البغدادي عنه أنه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهرا وبه أخذ أبو يوسف ومحمد اعتبارا بالاضحى

قال المصنف (والاول أصح) أقول قوله في رواية الجامع ولا يترك واحد منهما يشهد للوجوب (قوله وغلب لفظ العيد) أقول أي على لفظ الجمعة

وجه الاول أن الاصل فى الثناء الاخفاء والشرع ورد به فى الاضحى لانه يوم تكبير قال الله تعالى واذكروا الله فى أيام معدودات جاء فى التفسير أن المراد به التكبير فى هذه الايام (ولا كذلك يوم الفطر) لانه لم يرد به الشرع وليس فى معناه أيضا لان عيد الاضحى اختص بركن من أركان الحج والتكبير شرع عاما على وقت أفعال الحج وليس فى شوال ذلك فان قيل لانسلم أن الشرع لم يرد به فان الله تعالى قال ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ماهداكم (٤٢٤) أخبر بالتكبير بعد اكمال عدة أيام شهر رمضان وروى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الفطر ويوم الاضحى رافعا صوته بالتكبير وهذا نص فى الباب أجيب بأن المراد بما فى الآية التكبير فى صلاة العيد والمعنى صلوا صلاة العيد وكبروا الله فيها ومدار الحديث على الوليد بن محمد عن الزهرى والوليد متروك الحديث قال (ولا يتنفل فى المصلى قبل العيد) التنفل قبل صلاة العيد فى المصلى وغيره للامام وغيره مكروه كما فى الكتاب وقد ورد النهى والانكار فى ذلك عن الصحابة كثيرا روى عن ابن مسعود وحذيفة أنهما قاما فنهيا الناس عن الصلاة قبل الامام يوم الفطر وروى أن عليا خرج الى المصلى فرأى قوما يصلون فقال ماهذه الصلاة التى لم نكن نعرفها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له ألا تنهاهم فقال أكره أن أكون الذى ينهى عبدا اذا صلى وقوله (خاصة وعامة) نصب على الحال من الضمير الذى فى المستقر فى الظرف

وله ان الاصل فى الثناء الاخفاء والشرع ورد به فى الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك يوم الفطر (ولا يتنفل فى المصلى قبل العيد) لانه عليه السلام لم يفعل ذلك مع حرصه على الصلاة ثم قيل الكراهة فى المصلى خاصة وقيل فيه وفى غيره عامة لانه عليه السلام لم يفعله (واذا حلت الصلاة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج وقتها) لانه عليه السلام كان يصلى العيد والشمس على قيد رمح أو رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال أمر بالخروج الى المصلى من الغد

شئ من الاوقات بل من ايقاعه على وجه البدعة فقال أبو حنيفة رفع الصوت بالذكر بدعة يخالف الامر من قوله تعالى واذكر ربك فى نفسك تضرعا وخيفة ودون الجهر من القول فيقتصر فيه على مورد الشرع وقد ورد به فى الاضحى وهو قوله تعالى واذكروا الله فى أيام معدودات جاء فى التفسير أن المراد التكبير فى هذه الايام والاولى الاكتفاء فيه بالاجماع عليه لما سنذكر فى قوله تعالى ولتكبروا الله على ماهداكم فان قيل فقد قال تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ماهداكم وروى الدارقطنى عن سالم أن عبد الله بن عمر أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر فى الفطر من حين يخرج من بيته حتى يأتى المصلى فالجواب أن صلاة العيد فيها التكبير والمذكور فى الآية بتقدير كونه أمرا على ما تقدم فيه أعم منه ومما فى الطريق فلا دلالة له على التكبير المتنازع فيه لجواز كونه ما فى الصلاة ولما كان دلالتها عليه ظنية لاحتمال التعظيم كان الثابت الوجوب والحديث المذكور ضعيف بموسى بن محمد بن عطاء أبى الطاهر المقدسى ثم ليس فيه انه كان يجهر به وهو محل النزاع وكذا روى الحاكم مرفوعا ولم يذكر الجهر نعم روى الدارقطنى عن نافع موقوفا على ابن عمر أنه كان اذا غدا يوم الفطر ويوم الاضحى يجهر بالتكبير حتى يأتى المصلى ثم يكبر حتى يأتى الامام قال البيهقى الصحيح وقفه على ابن عمر وقول صحابى لا يعارض به عموم الآية القطعية الدلالة أعنى قوله تعالى واذكر ربك الى قوله ودون الجهر وقال صلى الله عليه وسلم خير الذكر الخفى فكيف وهو معارض بقول صحابى آخر روى عن ابن عباس أنه سمع الناس يكبرون فقال لفائده أكبر الامام قيل لا قال أجن الناس أدركنا مثل هذا اليوم مع النبى صلى الله عليه وسلم فما كان أحد يكبر قبل الامام وقال أبو جعفر لا ينبغى أن تمنع العامة عن ذلك لقلة رغبتهم فى الخيرات ويستحب أن يرجع من غير الطريق التى ذهب منها الى المصلى لان مكان القربة يشهد ففيه تكثير للشهود (قوله ولا يتنفل فى المصلى قبل صلاة العيد) وعامة المشايخ على كراهة التنفل قبلها فى المصلى والبيت وبعدها فى المصلى خاصة لما فى الكتب الستة عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم خرج فصلى بهم العيد لم يصل قبلها ولا بعدها وأخرج الترمذى عن ابن عمر أنه خرج فى يوم عيد فلم يصل قبلها ولا بعدها وذكر أن النبى صلى الله عليه وسلم فعله صححه الترمذى وهذا النفى بعد الصلاة محمول عليه فى المصلى لما روى ابن ماجه أخبرنا محمد بن يحيى عن الهيثم بن جميل عن عبد الله ابن عمر والرقى عن عبد الله بن محمد بن عقيل بن أبى طالب عن عطاء بن يسار عن أبى سعيد الخدرى قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلى قبل العيد شيأ فاذا رجع الى منزله صلى ركعتين (قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى العيد الخ) استدل بالحديثين على أن وقتها من الارتفاع

وقوله (واذا حلت الصلاة) عبر بالحلال عن جوازها لانها كانت حراما قبل ارتفاع الشمس لما مر فى الحديث وقوله (لانه عليه السلام كان يصلى العيد والشمس على قيد رمح) أى قدر رمح (أو رمحين) دليل دخول الوقت وقوله (ولما شهدوا بالهلال) دليل خروج الوقت وذلك لانه عليه السلام (أمر بالخروج الى المصلى من الغد) لاجل الصلاة وكان ذلك تأخيرا بلا عذر سماوى ولو لم يخرج الوقت لما فعل ذلك

(قوله وكان ذلك تأخيرا بلا عذر سماوى) أقول أى التأخير الى الغد

لان الصلاة فى وقتها أولى وفعله عليه السلام لايحمل الاعلى الاولى مهما أمكن وقوله (ويصلى الامام بالناس ركعتين) ظاهر وحاصله أن الزوائد عندنا ثلاث والموالاة فى القراءة خلافا له وقوله (وظهر عمل العامة) أى عمل الناس كافة (بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء) فان الولاية لما انتقلت اليهم أمروا الناس بالعمل فى التكبيرات بقول جدهم وكتبوا فى مناشيرهم ذلك وعن هذا صلى أبو يوسف بالناس حين قدم بغداد صلاة العيد وكبر تكبير ابن عباس فانه صلى خلفه هرون الرشيد وأمره بذلك وكذا روى عن محمد لامذهبا واعتقادا فان المذهب هو القول الاول وهو قول ابن مسعود وهو مذهب عمر وأبى موسى الاشعرى وحذيفة وابن الزبير وأبى هريرة وأبى مسعود الانصارى فكان أولى بالاخذ وقال أبو بكر الرازى حدث الطحاوى مسندا الى النبى صلى الله عليه وسلم أنه صلى يوم العيد وكبر أربعا ثم أقبل بوجهه حين انصرف فقال أربع لاتسهو كتكبير الجنائز وأشار بأصابعه وقبض ابهامه ففيه قول وفعل واشارة الى أصل وتأكيد فلا جرم كان الاخذ به أولى وأراد بقوله أربعا أربع تكبيرات متواليه ولان التكبير ورفع الايدى من حيث المجموع خلاف المعهود فى الصلوات فكان الاخذ بالقليل أولى ثم التكبير من أعلام الدين حتى يجهر به كتكبيرة الافتتاح وكان الاصل فيه الجمع لان الجنسية علة الضم ففى الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفى الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها

(ويصلى الامام بالناس ركعتين يكبر فى الأولى للافتتاح وثلاثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يثنى فى الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلاثا بعدها ويكبر رابعة يركع بها) وهذا قول ابن مسعود وهو قولنا وقال ابن عباس يكبر فى الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفى الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفى رواية يكبر أربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فأما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدى خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل أولى ثم التكبيرات من أعلام الدين حتى يجهر به فكان الاصل فيه الجمع وفى الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفى الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها

الى الزوال وذكر الحديث الاول كما ذكر وفى أبى داود وابن ماجه عن يزيد بن خمير بضم المعجمة قال خرج عبد الله بن بسر رضى الله عنه صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم مع الناس فى يوم عيد فطر أو أضحى فأنكر ابطاء الامام فقال انا كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم قد فرغنا ساعتنا هذه وذلك حين التسبيح صححه النووى فى الخلاصة والمراد بالتسبيح النفل وفى أبى داود والنسائى أن ركبا جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يشهدون أنهم رأوا الهلال بالامس فأمرهم أن يفطروا واذا أصبحوا غدوا الى مصلاهم وبين فى رواية ابن ماجه والدارقطنى أنهم قدموا آخر النهار ولفظه عن أبى عمير بن أنس حدثنى عمومتى من الانصار من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا أغمى علينا هلال شوال فاصبحنا صياما فجاء ركب من آخر النهار فشهدوا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم رأوا الهلال بالامس فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفطروا وأن يخرجوا الى عيدهم من الغد قال الشيخ جمال الدين وبهذا اللفظ حسن الدارقطنى اسناده هذا وصححه النووى فى الخلاصة ولا يخفى بعد هذا أن لفظ آخر النهار يصدق على الوقت المكروه من بعد العصر وقبله فأمره صلى الله عليه وسلم اياهم بالخروج من الغد لا يستلزم كونه لخروج الوقت بدخول الزوال لجواز كونه للكراهة فى ذلك الوقت فلا بد من دليل يفيد أن المراد بآخر النهار ما بعد الظهر أو يكون فى تعيين وقتها هذا اجماع فيغنى عنه وقد وجد ذلك الدليل وهو ما وقع فى بعض طرقه من رواية الطحاوى حدثنا فهد حدثنا عبد الله بن صالح حدثنا هشيم بن بشير عن أبى بشر جعفر بن اياس عن أبى عمير بن أنس بن مالك أخبرنى عمومتى من الانصار أن الهلال خفى على الناس فى آخر ليلة من شهر رمضان فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأصبحوا صياما فشهدوا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد زوال الشمس أنهم رأوا الهلال الليلة الماضية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس بالفطر فأفطروا تلك الساعة وخرج بهم من الغد فصلى بهم صلاة العيد (قوله وهذا قول ابن مسعود) اعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يوافق رأى الشافعى وما يوافق رأينا وكذا عن الصحابة أما ما عنه صلى الله عليه وسلم ففى أبى داود وابن ماجه عن عائشة كان صلى الله عليه وسلم يكبر فى العيدين فى الاولى بسبع وفى الثانية بخمس قبل القراءة سوى تكبيرتى الركوع ورواه الحاكم وقال تفرد به ابن لهيعة وقد استشهد به مسلم قال وفى الباب عن عائشة وابن عمر وأبى هريرة والطرق اليهم فاسدة وفى أبى داود وابن ماجه أيضا عن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال قال النبى صلى الله عليه وسلم التكبير فى الفطر سبع فى الاولى وخمس فى الثانية والقراءة بعدهما كانيهما زاد الدارقطنى بعد وخمس فى الثانية سوى تكبيرة الصلاة قال النووى قال الترمذى فى العلل سألت البخارى عنه فقال صحيح وأخرج الترمذى وابن ماجه عن كثير بن عبد الله

ابن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في العيدين في الاولى سبعا قبل القراءة وفي الآخرة خمسا قبل القراءة قال الترمذي حديث حسن وهو أحسن شئ روى في هذا الباب وقال في علله الكبرى سألت محمدا عن هذا الحديث فقال ليس في هذا الباب أصح منه وبه أقول وقد رويت أحاديث عدة غيرها توافق هذه وفي أبي داود ما يعارضها وهو أن سعيد بن العاص سأل أبا موسى الاشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الاضحى والفطر فقال أبو موسى كان يكبر أربعا تكبيره على الجنائز فقال حذيفة صدق فقال أبو موسى كذلك كنت أكبر في البصرة حيث كنت عليهم سكت عنه أبو داود ثم المنذري في مختصره وهو ملحق بحديثين اذ تصديق حذيفة رواية لمثله وسكوت أبي داود والمنذري تصحيح أو تحسين منهما وتضعيف ابن الجوزي له بعبد الرحمن بن ثوبان نقلا عن ابن معين والامام أحمد معارض بقول صاحب التنقيح فيه وثقه غير واحد وقال ابن معين ليس به بأس لكن أبو عائشة في سنده قال ابن القطان لا أعرف حاله وقال ابن حزم مجهول ولو سلم فحديث ابن لهيعة ضعيف أيضا به لو لم يظهر فيه سبب غيره فكيف وقد بان اضطرابه فيه فمرة وقع فيه عن ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب عن الزهري ومرة عنه عن عقيل عن الزهري وقيل عنه عن أبي الاسود عن عروة عن عائشة وقيل عنه عن الاعرج عن أبي هريرة قال الدارقطني والاضطراب فيه من ابن لهيعة والحديثان اللذان يليانه منع القول بتصحيحهما ابن القطان في كتابه وأوله وقال ونحن وان خرجنا عن ظاهر اللفظ لكن أوجبه أن كثير بن عبد الله عندهم متروك قال أحمد لا يساوي شيأ وضرب على حديثه في المسند ولم يحدث عنه وقال ابن معين ليس حديثه بشئ وقال النسائي والدارقطني متروك وقال أبو زرعة واهي الحديث وأقطع الشافعي رحمه الله فيه القول وقال ابن حنبل رحمه الله ليس في تكبير العيدين عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث صحيح وانما آخذ فيه بفعل أبي هريرة وأما ما عن الصحابة فأخرج عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن أبي اسحق عن علقمة والاسود أن ابن مسعود كان يكبر في العيدين تسعا أربعا قبل القراءة ثم يكبر فيركع وفي الثانية يقرأ فاذا فرغ كبر أربعا ثم ركع أخبرنا معمر عن أبي اسحق عن علقمة والاسود قالا كان ابن مسعود جالسا وعنده حذيفة وأبو موسى الاشعري فسألهم سعيد بن العاص عن التكبير في صلاة العيد فقال حذيفة سل الاشعري فقال الاشعري سل عبد الله فانه أقدمنا وأعلمنا فسأله فقال ابن مسعود يكبر أربعا ثم يقرأ ثم يكبر فيركع ثم يقوم في الثانية فيقرأ ثم يكبر أربعا بعد القراءة طريق آخر رواه ابن أبي شيبة حدثنا هشيم أخبرنا مجالد عن الشعبي عن مسروق قال كان عبد الله بن مسعود يعلمنا التكبير في العيدين تسع تكبيرات خمس في الاولى وأربع في الآخرة ويوالي بين القراءتين والمراد بالخمس تكبيرة الافتتاح والركوع وثلاث زوائد وبالاربع تكبيرة الركوع طريق آخر رواه محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي عن عبد الله بن مسعود وكان قاعدا في مسجد الكوفة ومعه حذيفة بن اليمان وأبو موسى الاشعري فخرج عليهم الوليد بن عقبة بن أبي معيط وهو أمير الكوفة ومئذ فقال ان غدا عيدكم فكيف أصنع فقالا أخبره يا أبا عبد الرحمن فأمره عبد الله بن مسعود أن يصلي بغير أذان ولا اقامة وأن يكبر في الاولى خمسا وفي الثانية أربعا وأن يوالي بين القراءتين وأن يخطب بعد الصلاة على راحلته قال الترمذي وقد روي عن ابن مسعود أنه قال في التكبير في العيد تسع تكبيرات في الاولى خمسا قبل القراءة وفي الثانية يبدأ بالقراءة ثم يكبر أربعا مع تكبيرة الركوع وقد روي عن غير واحد من الصحابة نحو هذا وهذا أثر صحيح قاله بمحضرة جماعة من الصحابة ومثل هذا يحمل على الرفع لانه مثل نقل أعداد الركعات فان قيل روي عن أبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم ما يخالفه قلنا غايته معارضة ويترجح أثر ابن مسعود بأن مسعود مع أن المروي عن ابن عباس

متعارض

وقوله (والشافعي أخذ بقول ابن عباس الا أنه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر أو ستة عشر) فيه اشتباه لان قوله حمل المروي اما أن يريد به المروي في هذا الكتاب بقوله أولا وقال ابن عباس يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر أربعا أو غير ذلك فان كان الثاني كان في الكلام تعقيد يعلو قدر المصنف عن ذلك وان كان الاول لم ترتق التكبيرات الى ذلك المقدار لان الزوائد فيه تسع أو عشر وبالاصليات تكون ثنتي عشرة أو ثلاث عشرة وأيضا قال وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس ثم قال والشافعي أخذ بقول ابن عباس وذلك يقتضي أن يكون عمل العامة اليوم على خمسة عشر تكبيرة أو ستة عشر وليس كذلك وازالة ذلك أن يقال روي عن ابن عباس روايتان احداهما أنه يكبر في العيدين ثلاث عشرة تكبيرة والاخرى أنه يكبر ثنتي عشرة تكبيرة ففسر علماؤنا روايته بأن ذلك انما هو باضافة الاصليات

والشافعي أخذ بقول ابن عباس الا أنه حمل المروي كله على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمس عشرة أو ست عشرة قال (ويرفع يديه في تكبيرات العيدين) يريد به ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن أبي يوسف أنه لا يرفع والحجة عليه ما روينا

متعارض فروي عنه كمذهبهم من رواية ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن ابن جريج عن عطاء أن ابن عباس كبر في عيد ثلاث عشرة سبعا في الاولى وستا في الآخرة حدثنا يزيد بن هرون أخبرنا حميد عن عمار بن أبي عمار أن ابن عباس كبر في عيد ثنتي عشرة تكبيرة سبعا في الأولى وخمسا في الآخرة وروي عنه كمذهبنا فروى ابن أبي شيبة حدثنا هشيم أخبرنا خالد الحذاء عن عبد الله بن الحارث قال صلى ابن عباس يوم عيد فكبر تسع تكبيرات خمسا في الاولى وأربعا في الآخرة ووالى بين القراءتين ورواه عبد الرزاق وزاد فيه وفعل المغيرة بن شعبة مثل ذلك فاضطرب المروي وأثر ابن مسعود لو لم يسلم كان مقدما فكيف وهو سالم لاضطراب معارضه وبه يترجح المرفوع الموافق له ويختص ترجيح الموالاة بين القراءتين منه بأن التكبير ثناء والثناء شرع في الاولى أول وهو دعاء الافتتاح فيقدم تكبيرها وحيث شرع في الثانية شرع مؤخرا وهو القنوت فيؤخر تكبيرة الثانية على وفق المعهود (قوله والشافعي أخذ بقول ابن عباس) يعني المروي عنه من التكبيرات ثنتي عشرة أو ثلاث عشرة والمصنف لم يذكر الروايتين هكذا عنه بل انه يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية خمسا ثم يقرأ أو أربعا الا أن هذا بعد ما علم من طريقتنا أن كل مروي في العدد يحمل على شموله الاصليات والزوائد تلتفت منه الى كون المروي عنه ثلاث عشرة تكبيرات الافتتاح والركوع مع العشر أو التسع فاكتفى بهذا القدر من اللزوم في الاحالة على المروي عن ابن عباس الا أن عد تكبيرة الافتتاح في الاولى دون تكبيرة القيام في الثانية تخصيص من غير مخصص وعلى اعتبارها انما يقع الالتفات الى كون المروي أربع عشرة وثلاث عشرة فان قيل المخصص اتصال الافتتاح بالزوائد قلنا فلم يتجه عد تكبيرة ركوع الاولى وعلى عدم اعتباره يقع الالتفات الى كونه أحد عشر أو عشرا (قوله وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد) تقدم الحديث في باب صفة الصلاة وليس فيه تكبيرات الاعياد والله تعالى أعلم فما روي عن أبي يوسف أنه لا ترفع الايدي فيها لا يحتاج فيه الى القياس على تكبيرات الجنائز بل يكفي فيه كون المتحقق من الشرع ثبوت التكبير ولم يثبت الرفع فيبقى على العدم الاصلي ويسكت بين كل تكبيرتين قدر ثلاث تسبيحات

لان الاصليات ثلاث تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا الركوع في الركعتين فاذا أضيفت الى خمسة وخمسة كانت ثلاثة عشر واذا أضيفت الى خمسة وأربعة صارت ثنتي عشرة وعلى هذا عمل العامة اليوم (وحمل الشافعي المروي على الزوائد) فاذا أضيفت اليها الاصليات صارت خمسة عشر أو ستة عشر فكان مراده بالمروي ما روي عن ابن عباس ولا تعقيد في ذلك لان التفسير المذكور في الكتاب يدل عليه ومعنى قوله وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس على تفسير علمائنا لا على ما حمل عليه الشافعي ويظهر من هذا البتة أن ما عليه عمل أصحابنا انما هو مذهب ابن عباس لا مذهب الشافعي قال في المحيط ثم عملوا برواية الزيادة في عيد الفطر وبرواية النقصان في عيد الاضحى عملا بالروايتين وخصوا الاضحى بالنقصان لاستعجال الناس بالقربان وقوله (ويرفع يديه في تكبيرات العيدين) ظاهر وليس بين التكبيرات ذكر مسنون وروي عن أبي حنيفة أنه يسكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلاث تسبيحات لان صلاة العيد تقام بجمع عظيم فلو والى بين التكبيرات لاشتبه على من كان نائيا عن الامام والاشتباه يزول بهذا القدر من المكث وقال في المبسوط ليس هذا القدر بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته لان المقصود ازالة الاشتباه عن القوم وذلك يختلف بحسب كثرة القوم وقلتهم (وعن أبي يوسف انه لا يرفع) يديه لان الرفع سنة الافتتاح ولا افتتاح في الزوائد فلا رفع كما في تكبيرة الركوع (والحجة عليه ما روينا) لان ما قاله قياس ترك بالاثر ويأتي بالثناء عقيب تكبيرة الافتتاح قبل الزوائد وكذلك التعوذ عند أبي يوسف وعند محمد يستعيذ عند القراءة

قال (ثم يخطب بعد الصلاة خطبتين) الخطبة فى صلاة العيد تخالف خطبة الجمعة من وجهين أحدهما أن الجمعة لاتجوز بلا خطبة بخلاف العيد الثانى أنها فى الجمعة متقدمة على الصلاة بخلاف العيد ولوقدمها فى العيد أيضا جاز ولاتعاد الخطبة بعد الصلاة وما فى الكتاب ظاهر وقوله (ومن فاتته صلاة العيد مع الامام) أى أدّى الامام صلاة العيد ولم يؤدّها هو (لم يقضها) عندنا خلافا للشافعى فانه قال يصلى وحده كما يصلى مع الامام لان الجماعة والسلطان ليس بشرط عنده فكان له أن يصلى وحده وعندنا هى صلاة لاتجوز اقامتها الا بشرائط مخصوصة من الجماعة والسلطان فاذا فاتت بعجز عن قضائها فان قيل هى قائمة مقام صلاة الضحى ولهذا تكره صلاة الضحى قبل صلاة العيد فاذا عجز عنها يصير الى الاصل كالجمعة اذا فاتت فانه يصير الى الظهر أجيب بأنا ان سلمنا ذلك لايضرنا لانه اذا عجز عاد الامر الى أصل هو صلاة الضحى وهى غير واجبة فيتخير وفى الجمعة اذا عجز عاد الى أصل هو فرض فيلزمه أداؤه

(قوله ولاتعاد الخطبة بعد الصلاة) أقول يعنى لو كان قدم الخطبة (قوله فان قيل هى قائمة مقام صلاة الضحى الخ) أقول الكلام فى القضاء وماذكره ليس بقضاء كما لايخفى

قال (ثم يخطب بعد الصلاة خطبتين) بذلك ورد النقل المستفيض (يعلم الناس فيها صدقة الفطر وأحكامها) لانها شرعت لاجله (ومن فاتته صلاة العيد مع الامام لم يقضها) لان الصلاة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لاتتم بالمنفرد (فان غم الهلال وشهدوا عند الامام برؤية الهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد) لان هذا تأخير بعذر

فان الموالاة توجب الاشتباه على الناس وان كان من الكثرة بحيث لايمكن فى دفع الاشتباه عنهم هذا القدر فصل بأكثر أو كان يمكن لذلك أقل سكت أقل وليس بين التكبيرات عندنا ذكر مسنون لانه لم ينقل وينبغى أن يقرأ فى ركعتى العيد بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية روى أبو حنيفة عن ابراهيم بن محمد بن المنتشر عن أبيه عن حبيب بن سالم عن النعمان بن بشير عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ فى العيدين ويوم الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية ورواه أبو حنيفة رحمه الله مرة فى العيدين فقط ﴿فروع﴾ أدرك الامام راكعا تحرم ثم ان غلب على ظنه ادراكه فى الركوع ان كبر قائما كبر قائما ثم ركع لان القيام هو المحل الاصلى للتكبير ويكبر برأى نفسه لانه مسبوق وهو منفرد فيما يقضى والذكر الفائت يقضى قبل فراغ الامام بخلاف الفعل وان خشى فوت ركوع الامام وكع وكبر فى ركوعه خلافا لابى يوسف ولايرفع يديه لان الوضع على الركبتين سنة فى محله والرفع يكون سنة لافى محله وان رفع الامام رأسه سقط عنه مابقى من التكبير لانه ان أتى به فى الركوع لزم ترك المتابعة المفروضة للواجب والقومة ليست معتبرة بل شرعت للفصل حتى لم يصر مدركا للركعة بادراكها فلا تكون محلا للتكبير أداء ولاقضاء ولو أدركه فى القومة لايقضيها فيه لانه يقضى الركعة مع تكبيراتها المأموم يتبع الامام وان خالف رأيه لانه بالاقتداء حكمه على نفسه فيما يجتهد فيه فلو جاوز أقوال الصحابة ان سمع منه التكبير لايتابعه واختلفوا فيه قيل يتبعه الى ثلاث عشرة وقيل الى ست عشرة فان زاد عليه فقد خرج عن حد الاجتهاد فلا يتابعه لتيقن خطئه كالمتابعة فى المنسوخ وان سمع من المبلغ كبر معه ولو زاد على ست عشرة لجواز الخطأ من المبلغ فيما سبق فلا يترك الواجب للاحتمال واللاحق يكبر برأى امامه لانه خلفه بخلاف المسبوق ومن دخل مع الامام فى صلاة العيد فى التشهد يقضى بعد فراغ الامام صلاة العيد بالاتفاق بخلاف الجمعة ولو قرأ الفاتحة أو بعضها فذكر أنه لم يكبر كبر وأعاد القراءة وان ذكر بعد ضم السورة كبر ولم يعد لان القراءة تمت بالكتاب والسنة فلا يحتمل النقض بخلاف ماقبله فانها لم تتم اذ لم يتم الواجب فكأنه لم يشرع فيها فيعيدها رعاية للترتيب ولو سبق بركعة ورأى رأى ابن مسعود رضى الله عنه يقرأ أولا ثم يقضى ثم يكبر تكبيرات العيد وفى النوادر يكبر أولا لان مايقضيه المسبوق أول صلاته فى حق الاذكار اجماعا وجه الظاهر أن البداءة بالتكبير يؤدّى الى الموالاة بين التكبيرات وهو خلاف الاجماع ولو بدأ بالقراءة يكون موافقا لعلى رضى الله عنه لانه بدأ بالقراءة فيهما ولو كبر الامام أربعا برأى ابن عباس فتحول الى رأى ابن مسعود يدع مابقى من التكبير ويبدأ فى الثانية بالقراءة لان تبدل الرأى يظهر فى المستقبل ولو فرغ من التكبير فتحول الى رأى على رضى الله عنه وهو فى القراءة لايعيد التكبير لان مامضى على الصحة لانه يؤدّى الى توسيط القراءة بين التكبيرات وهو خلاف الاجماع ولو كبر برأى ابن مسعود فتحول الى رأى ابن عباس بعد ماقرأ الفاتحة كبر مابقى وأعاد الفاتحة وان تحول بعد ضم السورة لايعيد القراءة (قوله ثم يخطب خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض) لاشك فى ورود النقل مستفيضا بالخطبة أما بالتنصيص على الكيفية المستمرة فلا إلا ماروى ابن ماجه حدثنا يحيى بن حكيم حدثنا أبو بحر حدثنا عبيد الله بن عمرو الرقى حدثنا اسمعيل بن مسلم حدثنا أبو الزبير عن جابر قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فطر أو أضحى فخطب قائما ثم قعد قعدة ثم قام قال النووى فى الخلاصة وماروى عن ابن مسعود

أنه

وقدورد فيه الحديث (فان حدث عذر يمنع من الصلاة في اليوم الثاني لم يصلها بعده) لان الاصل فيها أن لا تقضى كالجمعة الا أنا تركناه بالحديث وقد ورد بالتأخير الى اليوم الثاني عند العذر (ويستحب في يوم الاضحى أن يغتسل ويتطيب) لما ذكرناه (ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلاة) لما روى أنه عليه السلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من أضحيته ويتوجه الى المصلى (وهو يكبر) لانه عليه السلام كان يكبر في الطريق (ويصلي ركعتين كالفطر) كذلك نقل (ويخطب بعدها خطبتين) لانه عليه السلام كذلك فعل (ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق) لانه مشروع الوقت والخطبة ماشرعت الا لتعليمه (فان كان عذر يمنع من الصلاة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك) لان الصلاة مؤقتة بوقت الاضحية فتتقيد بأيامها لكنه مسيء في التأخير من غير عذر لمخالفة المنقول (والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء) وهو أن يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبيها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان مخصوص فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك

أنه قال السنة أن يخطب في العيد بخطبتين يفصل بينهما بجلوس ضعيف غير متصل ولم يثبت في تكرير الخطبة شيء والمعتمد فيه القياس على الجمعة فلو خطب قبل الصلاة خالف السنة ولا يعيد الخطبة (قوله وقد ورد فيه الحديث) يعني الذي تقدم وفيه ما قلنا (قوله لما روى الخ) أخرج الترمذي وابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصحح اسناده عن عبد الله بن بريدة عن بريدة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخرج يوم الفطر حتى يطعم ولا يطعم يوم الاضحى حتى يرجع زاد الدارقطني وأحمد فيأكل من الاضحية وصححه ابن القطان في كتابه وصحح زيادة الدارقطني أيضا (قوله لانه عليه السلام كان يكبر في الطريق) حاصل ما رأيناه فيه كتبناه فيما تقدم (قوله ليس بشيء) ظاهر مثل هذا اللفظ أنه مطلوب الاجتناب وقال في النهاية أي ليس بشيء يتعلق به الثواب وهو يصدق على الاباحة ثم قال وعن أبي يوسف ومحمد في غير رواية الاصول أنه لا يكره لما روى أن ابن عباس رضي الله عنهما فعل ذلك بالبصرة انتهى وهذه المقاسمة تفيد أن مقابله من رواية الاصول الكراهة وهو الذي يفيده التعليل بأن الوقوف عهد قربة في مكان مخصوص فلا يكون قربة في غيره وجوابه عن المروي عن ابن عباس أنه ما كان للتشبيه يقتضي أن الكراهة معلقة بقصد التشبيه والاولى الكراهة للوجه المذكور ولان فيه حسم المفسدة اعتقادية تتوقع من العوام ونفس الوقوف وكشف الرؤس يستلزم التشبيه وان لم يقصد فالحق أنه ان عرض الوقوف في ذلك اليوم بسبب يوجبه كالاستسقاء مثلا لا يكره أما قصد ذلك اليوم بالخروج فيه فهو معنى التشبيه اذا تأملت وما في جامع التمرتاشي لو اجتمعوا الشرف ذلك اليوم جاز يحمل عليه بلا وقوف وكشف

﴿فصل في تكبير التشريق﴾ والاضافة بيانية أي التكبير الذي هو التشريق فان التكبير لا يسمى تشريقا الا اذا كان بتلك الالفاظ في شيء من الايام المخصوصة فهو حينئذ متفرع على قول الكل وما في الكافي مما يدفع هذا وهو ما ذكره في جواب الاعتراض على الاستدلال لابي حنيفة على اشتراط المصر بالتكبير بأثر لا جمعة ولا تشريق أي لا تكبير الا في مصر بأنه يستلزم أن الاضافة في تكبير التشريق معناها تكبير التكبير من أن المراد التشريق في هذا الاثر لا في تلك الاضافة يقتضي عدم صحة الاضافة على معنى التكبير لكن الحق صحتها على اعتبار اضافة العام الى الخاص مثل مسجد الجامع وحركة الاعراب فيجب اعتبارها كذلك تصحيحا فحينئذ ما قيل لقب الفصل انما وقع على قولهما لان شيأ من التكبير لا يقع في أيام التشريق عند أبي حنيفة أو باعتبار القرب ليكون على قول الكل غير لازم وأيضا انما يلزم لو أضيفت التكبيرات الى أيام التشريق لكن انما أضيفت الى التشريق نفسه فانما يصح ما ذكرا اذا

وقوله (وقد ورد فيه الحديث) أي المعهود وهو ما ذكره قبل هذا بقوله ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال أمر بالخروج الى المصلى من الغد وما بعده ظاهر وقوله (والتعريف الذي يصنعه الناس) انما قيد بقوله يصنعه الناس لانه يجيء لمعان للاعلام والتطيب من العرف وهو الريح وانشاد الضالة والوقوف بعرفات والتشبيه بأهل عرفة وهو المراد هنا وقوله (ليس بشيء) أي ليس بشيء معتبر يتعلق به الثواب لما ذكر في الكتاب وما نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما انه فعل ذلك بالبصرة محمول على أنه كان للدعاء لا لتشبيها بأهل عرفة

﴿فصل في تكبير التشريق﴾

تكبير التشريق لما كان ذكرا مختصا بالاضحى ناسب ذكره في فصل على حدة ثم قيل ترجمة الفصل بتكبير التشريق وقع على قولهما لان شيأ من التكبير لا يقع في أيام التشريق عند أبي حنيفة ويجوز أن يقال باعتبار القرب أخذا سمه

وقوله (ويبدأ بتكبير التشريق) اختلف الصحابة في ابتداء التشريق وانتهائه فأما ابتداؤه فكبار الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود قالوا يبدأ بالتكبير بعد صلاة الفجر من يوم عرفة وبه أخذ علماؤنا في ظاهر الرواية وصغارهم كعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت قالوا يبدأ بالتكبير من صلاة الظهر من يوم النحر وإليه رجع أبو يوسف في بعض الروايات عنه وأما انتهاؤه فقال ابن مسعود صلاة العصر من أول أيام النحر فعنده ثمان صلوات (٤٣٠) يكبر فيها وبه أخذ أبو حنيفة وقال علي وابن عمر في احدى الروايتين عنه انتهاؤه من صلاة العصر من آخر أيام التشريق فيكون ثلاث وعشرون صلاة وبه أخذ أبو يوسف ومحمد ووجه كل من ذلك ماذكره في الكتاب وذكر في الخلاصة أن أيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة ويمضي ذلك في أربعة أيام فان العاشر من ذي الحجة نحر خاص والثالث عشر تشريق خاص واليومان فيما بينهما للنحر والتشريق وقوله (وهذا هو المأثور عن الخليل صلى الله عليه وسلم) قيل أصل ذلك ماروي أن جبريل لما جاء بالقربان خاف العجلة على ابراهيم عليهما السلام فقال الله أكبر الله أكبر فلما رآه ابراهيم قال لا اله الا الله والله أكبر فلما علم اسمعيل بالفداء قال الله أكبر ولله الحمد فبقي في الاخرين إما سنة أو واجبا على ما يذكر وروى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أفضل ما قلت وقالت الانبياء قبلي يوم عرفة الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد قوله (مرة واحدة) احتراز عن قول الشافعي فانه يذكر التكبير ثلاث مرات وله عرفة في ذكر التهليل بعده قولان

﴿فصل في تكبيرات التشريق﴾ (ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلاة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب صلاة العصر من يوم النحر) عند أبي حنيفة وقالا يختم عقيب صلاة العصر من آخر أيام التشريق والمسئلة مختلفة بين الصحابة فأخذنا بقول علي أخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات وأخذ بقول ابن مسعود أخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير أن يقول مرة واحدة الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه

أريد بالتشريق أيام التشريق أو قدرت الايام متممة بين المتضايفين ولا داعي اليه فليرد به ماذكرنا ولو أريد الذبح نفسه على بعد اضافة التكبير للذبح لم يلزم ماذكر وهو ظاهر وعلى هذا فما في الخلاصة من قوله أيام التشريق ثلاثة وأيام النحر ثلاثة ستة تنقضي بأربعة لان الاول نحر فقط والاخير تشريق فقط والمتوسطان نحر وتشريق لا يصح فان التشريق في أيام التشريق يجب أن يحمل على التكبير أو الذبح أو تشريق اللحم باظهاره للشمس بعد تقطيعه ليتقدد وعلى كليهما يدخل يوم النحر فيها الا أن يقال التشريق بالمعنى الثالث لا يكون في الاول ظاهرا واختلف في أن تكبيرات التشريق واجبة في المذهب أو سنة والاكثر على أنها واجبة ودليل السنة أنهض وهو مواظبته صلى الله عليه وسلم وأما الاستدلال بقوله تعالى ويذكروا اسم الله في أيام معلومات فالظاهر منها ذكر اسمه على الذبيحة نصا لذكرهم عليها في الجاهلية بدليل على مارزقهم من بهيمة الانعام بل قد قيل ان الذكر كناية عن نفس الذبح (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة فأخذنا بقول علي رضي الله عنه) وهو ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا حسن بن علي عن زائدة عن عاصم عن شقيق عن علي رضي الله عنه أنه كان يكبر بعد الفجر يوم عرفة الى صلاة العصر من آخر أيام التشريق ورواه محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي عن علي بن أبي طالب فذكره وأخذ هو بقول ابن مسعود رضي الله عنه وهو ما رواه ابن أبي شيبة أيضا حدثنا أبو الاحوص عن أبي اسحق عن الاسود قال كان عبد الله يكبر من صلاة الفجر يوم عرفة الى صلاة العصر من يوم النحر يقول الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد وقول من جعل الفتوى على قولهما خلاف مقتضى الترجيح فان الخلاف فيه مع رفع الصوت لا في نفس الذكر والاصل في الاذكار الاخفاء والجهر به بدعة فاذا تعارضا في الجهر ترجح الاقل وأخرج الحاكم عن علي وعمار قالا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر في المكتوبات بسم الله الرحمن الرحيم وكان يقنت في صلاة الفجر وكان يكبر من يوم عرفة صلاة الغداة ويقطعها صلاة العصر آخر أيام التشريق وصححه وتعقبه الذهبي وقال انه خبر واه كأنه موضوع فان عبد الرحمن صاحب مناكير وسعيدان كان الكربزي فهو ضعيف والافهو مجهول وأخرجه البيهقي وضعفه (قوله والتكبير أن يقول الى قوله وهو مأثور عن الخليل) لم يثبت عند أهل الحديث ذلك وقد تقدم مأثورا عن ابن مسعود رضي الله عنه عند ابن أبي شيبة وسنده جيد وقال أيضا حدثنا يزيد بن هارون حدثنا شريك قال قلت لابي اسحق كيف كان يكبر علي وعبد الله بن مسعود قال كانا يقولان الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد ثم عم عن الصحابة فقال حدثنا جرير عن منصور عن ابراهيم قال كانوا يكبرون يوم

﴿فصل في تكبير التشريق﴾ (قوله فلما رآه ابراهيم عليه السلام قال لا اله الا الله والله أكبر الخ) أقول اللازم مما ذكره أن يكون المأثور من الخليل عليه السلام بعض تكبير التشريق والمطلوب لم يكن ذلك

قوله (وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين) يشير الى أنه اختار كونه واجبا وهو اختيار فخر الاسلام وصدر الاسلام والاصل فيه قوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات فانه جاء في التفسير أن المراد به أيام التشريق فيكون واجبا عملا بالامر وذهب بعضهم الى أنه سنة قال الامام التمرتاشي تكبير التشريق سنة وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وفي قوله عقيب الصلوات اشارة الى أنه لا يجوز أن يخلل ما يقطع به حرمة الصلاة حتى لو قام وخرج من المسجد أو تكلم لم يكبر ففي قوله المفروضات اشارة الى أنه لا يكبر بعد الوتر وصلاة العيد والنافلة وقيد بالاقامة لان المسافر لا يكبر الا اذا اقتدى بمقيم وقيد بالامصار لانه لا يكبر في القرى وقيد بالجماعات لانه لا تكبير على المنفرد وقيد بالمستحبة احترازا عن جماعة النساء فانه لا تكبير عليهن اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو واجب على كل من صلى المكتوبة لانه تبع لها (وله ما روينا من قبل) يريد به ما ذكر في أول باب الجمعة وهو قوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى الا في مصر جامع فان قيل هذه التكبيرات شرعت تبعا للمكتوبات فكيف يشترط لها ما لم يشترط للمتبوع قلنا بالنص على خلاف القياس واختلف المشايخ في اشتراط الحرية على قوله فمنهم من اشترطها قياسا على الجمعة والعيد ومنهم لم يشترطها قياسا على سائر الصلوات وفائدته تظهر فيما اذا أم العبد في صلاة مكتوبة في هذه الايام فمن شرطها لم يوجب التكبير ومن لم يشرطها أوجبه (قال يعقوب صليت بهم المغرب فسهوت أن أكبر فكبر أبو حنيفة دل) أي قول أبي يوسف على (أن الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي) لما ذكره في الكتاب بخلاف سجود السهو فانه اذا تركه الامام لا يسجد المقتدي لانه يؤتى به في حرمة الصلاة بخلاف التكبير ولكن انما يكبر القوم قبل الامام اذا وقع اليأس من تكبير الامام بأن قام قيل في ذكر هذه الحكاية فوائد منها بيان منزلته عند استاذه حيث قدمه واقتدى به ومنها بيان حرمة أستاذه في قلبه فانه لما علم أن المقتدى به أستاذه سها عما لا يسهو المرء عنه عادة وهو التكبير ومنها مبادرة أستاذه الى الستر عليه حيث كبر ليتذكر هو فكبر وهكذا ينبغي أن تكون المعاملة بين كل أستاذ وتلميذه يعني أن التلميذ يعظم الاستاذ والاستاذ يستر عليه عيوبه

(وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند أبي حنيفة وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل ولا على جماعة المسافرين اذا لم يكن معهم مقيم وقالا هو على كل من صلى المكتوبة) لانه تبع للمكتوبة (وله ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل بن أحمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا أنه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت أن أكبر فكبر أبو حنيفة دل أن الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه لا يؤتى في حرمة الصلاة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب

عرفة وأحدهم مستقبل القبلة في دبر الصلاة الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد وكذا في الحديث الضعيف الذي ذكرناه على ما رواه الدارقطني عن جابر فظهر أن جعل التكبيرات ثلاثا في الاولى كما يقوله الشافعي لا ثبت له وأما تقييد استنانه أو ايجابه بكونه عقيب المفروضات فلان قولهم كان يفعل كذا دبر الصلاة يتبادر منه المكتوبات بحسب غلبة استعمالهم في ذلك (قوله وله ما روينا من قبل) أراد قوله لا جمعة الى قوله ولا تشريق الا في مصر جامع ولا يخفى عدم دلالته على المطلوب والتعجل لا يجدي الا الدفع (قوله عند اقتدائهم بالمقيم) قيد به فان المسافرين اذا اقتدوا بمسافر في المصر فيه روايتان والمختار أن لا وجوب عليهم واختلفوا على قول أبي حنيفة هل الحرية شرط وجوبه أو لا وفائدته انما تظهر اذا أم العبد قوما من شرطها قال لا ومن لا قال نعم (قوله قال يعقوب) هذا لفظ محمد ويعقوب هو أبو يوسف رحمه الله وتضمنت الحكاية من الفوائد الحكمية انه اذا لم يكبر الامام لا يسقط عن المقتدي بل يكبر هو والعرفية جلالة قدر أبي يوسف عند الامام وعظم منزلة الامام في قلبه حيث نسي ما لا ينسى عادة حين علمه خلفه وذلك أن العادة انما هو نسيان التكبير الاول وهو الكائن عقيب فجر

(قوله وقوله وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين يشير الى انه اختار كونه واجبا) أقول يعني يشير بكلمة على (قوله فان قيل هذه التكبيرات شرعت تبعا للمكتوبات الخ) أقول ولأبي حنيفة رحمه الله أن يمنع كونه تبعا للمكتوبات مطلقا بل للمكتوبات المؤداة بشرائط مخصوصة (قوله قلنا بالنص الخ) أقول أراد من النص فعل النبي صلى الله عليه وسلم (قوله قال يعقوب رحمه الله صليت بهم المغرب فسهوت أن أكبر فكبر أبو حنيفة رحمه الله الى قوله قيل في ذكر هذه الحكاية فوائد منها بيان منزلته عند أستاذه حيث قدمه واقتدى به ومنها بيان حرمة أستاذه في قلبه فانه لما علم أن المقتدى به أستاذه سها عما لا يسهو المرء عنه عادة وهو التكبير) أقول قال ابن الهمام الذي نسيه أبو يوسف بعد صلاة المغرب فان العادة انما هو نسيان التكبير الاول وهو الكائن عقيب فجر عرفة وأما بعد توالي ثلاث أو قات نكبر فيها الى الرابع فلم تجر العادة بنسيانه لعدم بعد العهد انتهى

قرن صلاة الكسوف بصلاة العيد لانهما يؤديان بالجماعة في النهار بغير أذان واقامة وأخرها عن العيد لان صلاة العيد واجبة في الاصح على ما مر يقال كسفت الشمس تكسف كسوفا وكسفها الله كسفا تتعدى ولا يتعدى قال جرير يرثي به عمر بن عبد العزيز

الشمس طالعة ليست بكاسفة * تبكي عليك نجوم الليل والقمرا

قيل معناه ليست تكسف ضوء النجوم مع طلوعها ولكن لقلة ضوئها وبكائها عليك لم يظهر لها نور وقيل معناه تغلب النجوم في البكاء يقال باكيته فبكيته أي غلبته في البكاء وهي مشروعة اجتمعت الامة على ذلك وسبب شرعيتها الكسوف ولهذا تضاف اليه وشروطها شروط سائر الصلوات وهي سنة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاها وكيفية أدائها أن يصلي امام الجمعة في الجامع أو في المصلى في الاوقات المستحبة بالناس ركعتين كهيئة النافلة بلا أذان ولا اقامة بركوع واحد وقال الشافعي اذا كسفت الشمس في وقت مكروه أو غيره نودي الصلاة جامعة وصلى الامام بالناس ركعتين يقرأ في الاولى بفاتحة الكتاب وسورة البقرة ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها ثم يركع ويمكث في ركوعه قدر ما مكث في قيامه ثم يرفع رأسه ويقوم ويقرأ سورة آل عمران ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها ثم يركع ثانيا ويمكث في ركوعه مثلما مكث في قيامه هذا ثم يرفع رأسه ثم يسجد سجدتين ثم يقوم ويمكث في قيامه ويقرأ فيه مقدار ما قرأ في القيام الثاني اجتمعوا من الركعة الاولى ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل مكثه في هذا القيام ثم يقوم ويمكث في قيامه مثلما مكث في الركوع ثم يركع ويمكث فيه

﴿باب صلاة الكسوف﴾

قال (اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد) وقال الشافعي ركوعان

﴿باب صلاة الكسوف﴾

صلاة العيد والكسوف والاستسقاء مشتركة في عوارض هي الشرعية نهارا بلا أذان ولا اقامة وصلاة العيد آكدلانها واجبة وصلاة الكسوف سنة بلا خلاف بين الجمهور أو واجبة على قول ولو استنان صلاة الاستسقاء مختلف فيه فظهر وجه ترتيب أبوابها ويقال كسف الله الشمس يتعدى وكسفت الشمس لا يتعدى قال جرير

حملت أمرا عظيما فاصطبرت له * وقمت فيه بأمر الله ياعمرا
فالشمس طالعة ليست بكاسفة * تبكي عليك نجوم الليل والقمرا

قوله ياعمر اندبة لاداء وهو شاهد الندب بيا على قلة والاكثر لفظ وا ونجوم الليل نصب بتبكي لانه مضارع باكيته فبكيته أي غلبته في البكاء والقمر اعطف عليه وروى برفع النجوم فهو فاعل تبكي والقمر منصوب على المعية والالف ألف الاطلاق التي تلحق القوافي المطلقة وسببها الكسوف وصفتها سنة واختار في الاسرار وجوبها للامر في قوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم شيأ من هذه فافزعوا الى الصلاة قال ولانها صلاة تقام على سبيل الشهرة فكان شعارا للدين حال الفزع والظاهر أن الامر للندب لان المصلحة دفع الامر المخوف فهي مصلحة تعود للناس نيويه لان الكلام فيما لو كان الخلق كلهم على الطاعة ثم وجدت هذه الافزاع فانه بتقدير الهلاك يحشرون على نياتهم ولا يعاقبون وان لم يكونوا على ذلك فتفترض التوبة وهي لا تتوقف على الصلاة والا لكانت فرضا وقد بينا في باب العيدين أن المعنى المذكور لا يستلزم الوجوب اذ لا مانع من استنان شعار مقصودا بتداءه فضلا عن شعار يتعلق بعارض وأجمعوا على أنها تصلى بجماعة وفي المسجد الجامع أو مصلى العيد ولا تصلى في الاوقات المكروهة (قوله كهيئة النافلة) أي بلا أذان ولا اقامة ولا خطبة وينادى الصلاة جامعة ليجتمعوا ان لم يكونوا

(قوله لان صلاة العيد) أقول ولانها صلاة كثيرة الوقوع (قوله واجبة في الاصح) أقول صلاة الكسوف سنة على مذهب العامة على ما يجيء (قوله وهي سنة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاها) أقول فيه بحث

مثل ما مكث فى قيامه ثم يرفع رأسه و يقوم مثل ثلثى قيامه فى القيام الاول من هذه الركعة ثم يسجد سجدتين و يتم الصلاة واحتج على ذلك بحديث عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف ركعتين بأربع ركوعات وأربع سجدات ولنا حديث عبد الله ابن عمرو النعمان بن بشير وأبى بكرة وسمرة بن جندب بألفاظ مختلفة أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى فى كسوف الشمس ركعتين كاطول صلاة كان يصليها فانجلت الشمس مع فراغه منها واذا تعارضت الروايتان كان الترجيح لرواية ابن عمر والحال أكشف على الرجال لقربهم وتأويل ما رواه ماذكره محمد فى صلاة الاثر قال يحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم أطال الركوع زيادة على قدر ركوع سائر الصلوات فرفع أهل الصف الاول رؤسهم ظنا منهم أنه صلى الله عليه وسلم رفع رأسه من الركوع فمن خلفهم رفعوا رؤسهم فلما رأى أهل الصف الاول رسول الله صلى الله عليه وسلم راكعا ركعوا فمن خلفهم ركعوا فلما رفع رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه من الركوع رفع القوم رؤسهم ومن كانوا خلف الصف الاول ظنوا أنه ركع ركوعين فرووا على حسب ما وقع عندهم ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان فى آخر الصفوف وعائشة كانت فى صف النساء فان قيل فقد روى حديثها من الرجال ابن عباس وقد كان

له ما روت عائشة ولنا رواية ابن عمرو الحال أكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته (ويطول القراءة فيهما ويخفى عند أبى حنيفة وقالا يجهر) وعن محمد مثل قول أبى حنيفة

اجتمعوا (قوله له رواية عائشة) أخرج الستة عنها قالت خسفت الشمس فى حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المسجد فقام فكبر وصف الناس وراءه فاقترأ قراءة طويلة ثم كبر فركع ركوعا طويلا ثم رفع رأسه فقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد ثم قام فاقترأ قراءة طويلة هى أدنى من القراءة الاولى ثم كبر فركع ركوعا طويلا هو أدنى من الاول ثم قال سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد ثم فعل فى الركعة الثانية مثل ذلك فاستكمل أربع ركعات وأربع سجدات وانجلت الشمس قبل أن ينصرف ثم قام فخطب الناس فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتم ذلك فافزعوا الى الصلاة انتهى وفى الصحيحين عن ابن عباس وعبد الله بن عمرو بن العاص نحوه ولفظ ابن عمرو فى مسلم لما انكسفت الشمس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فودى الصلاة جامعة فركع صلى الله عليه وسلم ركعتين فى سجدة ثم قام فركع ركعتين فى سجدة ثم جلى عن الشمس (قوله ولنا حديث ابن عمر) قيل لعله ابن عمرو يعنى عبد الله ابن عمرو بن العاص فتصحف على بعض النساخ لانه لم يوجد عن ابن عمر أخرج أبو داود والنسائى والترمذى فى الشمائل عن عطاء بن السائب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال انكسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام صلى الله عليه وسلم فلم يكد يركع ثم ركع فلم يكد يرفع ثم ركع فلم يكد يسجد ثم سجد فلم يكد يرفع ثم رفع وفعل فى الركعة الاخرى مثل ذلك وأخرجه الحاكم وقال صحيح ولم يخرجاه من أجل عطاء بن السائب انتهى وهذا توثيق منه لعطاء وقد أخرج البخارى له مقرونا بابى بشر وقال أيوب هو ثقة وقال ابن معين لا يحتج بحديثه وفرق الامام أحمد بين من سمع منه قديما وحديثا وأخرج أبو داود والنسائى عن ثعلبة بن عباد عن سمرة بن جندب قال بينا أنا وغلام من الانصار نرمى غرضين لنا حتى اذا كان الشمس قيد رمحين أو ثلاثة فى عين الناظر من الافق اسودت حتى آضت كانها تنومة فقال أحدنا لصاحبه انطلق بنا الى المسجد فوالله ليحدثن شأن هذا الشمس لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمته حدثا قال فدفعنا فاذا هو بأزز فاستقدم فصلى فقام كاطول ما قام بنا فى صلاة قط لا نسمع له صوتا ثم ركع بنا كاطول ما ركع بنا فى صلاة قط لا نسمع له صوتا ثم سجد بنا كاطول ما سجد بنا فى صلاة قط لا نسمع له صوتا ثم فعل فى الركعة الاخرى مثل ذلك فوافق تجلى الشمس جلوسه فى الركعة الثانية ثم سلم فحمد الله وأثنى عليه وشهد أن لا اله الا الله وشهد أنه عبده ورسوله هذه رواية أبى داود وفى أبى داود من حديث النعمان بن بشير كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل يصلى ركعتين ركعتين ويسأل عنها حتى انجلت وفى النسائى من حديث أبى قلابة عن النعمان بن بشير قال انكسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج يجر ثوبه فزعا حتى أتى المسجد فلم يزل يصلى حتى انجلت قال ان ناسا يزعمون أن الشمس والقمر لا ينكسفان الا لموت عظيم من العظماء وليس كذلك ان الشمس والقمر لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته ولكنهما آيتان من آيات الله ان الله اذا بدا لشئ من خلقه خشع له فاذا رأيتم ذلك فصلوا كاحدث صلاة صليتموها من المكتوبة وروى معنى

(٥٥ - فتح القدير اول) فى صفهم أجيب بأنه كان فى صف الصبيان فى ذلك الوقت وقوله (ويطول القراءة فيهما) أى فى الركعتين

(قوله ان النبى عليه السلام صلى صلاة الكسوف ركعتين بأربع ركعات) أقول أى ركوعات (قوله ان النبى عليه السلام صلى فى كسوف الشمس ركعتين الخ) أقول الركعة فى عرف أهل الشرع الافعال المخصوصة التى هى قيام واحد وقراءة واحدة وركوع واحد وسجدتان لا غير (قوله والحال أكشف على الرجال لقربهم) أقول تقدم ان ابن عباس رضى الله عنهما كان صبيا

هذه الجملة الاخيرة الامام أحمد في مسنده والحاكم وقال على شرطهما وأبو قلابة أدرك النعمان بن بشير قاله أبو حاتم بعد ما نقل عن ابن معين أبو قلابة عن النعمان بن بشير مرسل ورواه أبو داود حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا وهيب عن أيوب عن أبي قلابة عن قبيصة الهلالي قال كسفت الشمس وفيه فصلى ركعتين فأطال فيها القيام ثم انصرف وقد انجلت فقال انما هذه الآيات يخوف الله بها عباده فاذا رأيتموها فصلوا كاحدث صلاة صليتموها من المكتوبة ثم رواه بسند آخر فأدخل بين أبي قلابة وقبيصة هلال بن عامر فقد عرف الساقط في السند الاول فلذا قال الشيخ النووي هذا لا يقدح في صحة الحديث فان هلالا ثقة وأخرج البخاري عن أبي بكرة خسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج يجر رداءه حتى انتهى الى المسجد وثاب الناس اليه فصلى بهم ركعتين فانجلت فقال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله يخوف الله بهما عباده فاذا كان ذلك فصلوا حتى ينكشف ما بكم فهذه الاحاديث منها الصحيح ومنها الحسن قد دارت على ثلاثة أمور منها ما فيه انه صلى ركعتين ومنها الامر بأن يجعلوها كاحدث ما صلوه من المكتوبة وهي الصبح فان كسوف الشمس كان عند ارتفاعها قدر رمحين على ما في حديث سمرة فأفاد أن السنة ركعتان ومنها ما فصل فأفاد تفصيله أنها بركوع واحد كما في حديث سمرة وابن عمرو بن العاص وحمل الركعتين على أن في كل ركعة ركوعين خروج عن الظاهر لا يقال الركعة اسم للافعال التي آخرها السجدتان وقبلهما ركوع أعم من كونه واحدا أو أكثر لانا نمنعه بل المتبادر من لفظ ركعة الافعال المخصوصة التي هي قيام واحد وقراءة واحدة وركوع واحد وسجدتان فهو مفهومها في عرف أهل الشرع لا ما اشتمل على قراءتين وقيامين وركوعين وأما في الصدر الاول فهو أيضا كذلك ويقال أيضا المجرد الركوع فهو اما مشترك بين مجموع الافعال التي منها الركوع الواحد وبينه بدليل ما رووه عن عائشة رضي الله عنها قالت فاستكمل أربع ركعات وأربع سجدات والمراد عندهم أربع ركوعات قسمت كل ركوع ركعة وكذا ما في حديث ابن عمرو الذي رووه فركع ركعتين في سجدة واما مجاز عرفي فيه وهو الظاهر لانهم حيث أرادوه قيدوه بالقرينة الدالة عليه كما في قوله ركعتين في سجدة وقولها أربع ركعات وأربع سجدات وحيث أرادوا الاول أطلقوا اسم الركعة والركعتين مع أن المجاز خير من الاشتراك فظهر أن حقيقة لفظ ركعتين ما كان كل ركعة بركوع واحد ومجازها المستعمل نفس الركوع الواحد فارادة قيامين وقراءتين وركوعين بعدهما سجودان بها ليس بحقيقة ولا مجاز ثبت استعمالهم له فان قيل امكان الحمل عليه يكفي في الحمل عليه اذا أوجبه دليل وقد وجد وهو كون أحاديث الركوعين أقوى قلنا هذه أيضا في رتبتها أما حديث البخاري آخرا فلا شك وكذا ما قبله من حديث النسائي وأبي داود والباقي لا ينزل عن درجة الحسن وقد تعددت طرقه فيرتقي الى الصحيح فهذه عدة أحاديث كلها صحيحة حينئذ فكافأت أحاديث الركوعين وكون بعض تلك اتفق عليها الكل من أصحاب الكتب الستة غاية ما فيه كثرة الرواة ولا ترجيح عندنا بذلك ثم المعنى الذي رويناه أيضا في الكتب الخمسة والمعنى هو المنظور اليه وانما تفرق في أحاد الكتب وثنائها من خصوصيات المتون ولو سلمنا أنها أقوى سندا فالضعيف قد يثبت مع صحة الطريق بمعنى آخر وهو كذلك فيها فان أحاديث تعدد الركوع اضطربت واضطرب فيها الرواة أيضا فان منهم من روى ركوعين كما تقدم ومنهم من روى ثلاث ركوعات فروى مسلم عن جابر كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ست ركعات بأربع سجدات وهذا أيضا يؤيد ما تقدم من اطلاق اسم الركعة وروى مسلم أيضا عن جابر نفسه حديث الركوعين قال كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم شديد الحر فصلى بأصحابه فأطال القيام حتى جعلوا يخرون ثم ركع فأطال ثم رفع فأطال ثم ركع فأطال ثم سجد سجدتين ثم قام فصنع نحوا من ذلك فكانت أربع ركعات وأربع سجدات وكذا أخرج مسلم عن عائشة أنها بثلاث ركوعات وكما قدمنا

عنها

أما التطويل فى القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلاة والدعاء فاذا خفف أحدهما طوّل الآخر وأما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة أنه صلى الله عليه وسلم جهر فيها

عنها بركوعين وعمرو بن العاص تقدم عنه رواية الركوع الواحد والركوعين وان كانت رواية الركوع الواحد اختلف فى تصحيحها بخلاف رواية الركوعين فان ذلك لا يخلو عن ايهام ظن الرواية الاولى عنه وأخرج مسلم أربع ركوعات عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم صلى فقرأ ثم ركع ثم قرأ ثم ركع ثم قرأ ثم ركع ثم سجد قال والاخرى مثلها وفى لفظ ثمان ركعات فى أربع سجدات وأخرج عن على رضى الله عنه مثل ذلك ولم يذكر لفظ على بل أحال على ما قبله وروى أيضا خمس ركوعات أخرج أبو داود من طريق أبى جعفر الرازى عن أبىّ بن كعب أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى بهم فى كسوف الشمس فقرأ سورة من الطوال وركع خمس ركعات وسجد سجدتين وفعل فى الثانية مثل ذلك ثم جلس يدعو حتى تجلى كسوفها وأبو جعفر فيه مقال تقدم فى باب الوتر والاضطراب موجب للضعف فوجب ترك روايات التعدد كلها الى روايات غيرها ولو قلنا الاضطراب شمل روايات صلاة الكسوف فوجب أن يصلى على ما هو المعهود صح ويكون متضمنا ترجيح روايات الاتحاد ضمنا لا قصدا وهو الموافق لروايات الاطلاق أعنى نحو قوله صلى الله عليه وسلم فاذا كان ذلك فصلوا حتى ينكشف ما بكم وعن هذا الاضطراب الكثير وفق بعض مشايخنا بحمل روايات التعدد على أنه لما أطال فى الركوع أكثر من المعهود بعدا ولا يسمعون له صوتا على ما تقدم فى رواية رفع من خلفه متوهمين رفعه وعدم سماعهم الانتقال فرفع الصف الذى يلى من رفع فلما رأى من خلفه أنه صلى الله عليه وسلم لم يرفع فلعلهم انتظروه على توهم أن يدركهم فيه فلما يئسوا من ذلك رجعوا الى الركوع فظن من خلفهم انه ركوع بعد ركوع منه صلى الله عليه وسلم فرووا كذلك ثم لعل روايات الثلاث والاربع بناء على اتفاق تكرر الرفع من الذى خلف الاول وهذا كله اذا كان الكسوف الواقع فى زمنه مرة واحدة فان حمل على أنه تكرر مرارا على بعد أن يقع نحو ست مرات فى نحو عشر سنين لانه خلاف العادة كان رأينا أولى أيضا لانه لما لم ينقل تاريخ فعله المتأخر فى الكسوف المتأخر فقد وقع التعارض فوجب الاحجام عن الحكم بأنه كان المتعدد على وجه التثنية أو الجمع ثلاثا أو أربعا أو خمسا أو كان المتحد فبقى المجزوم به استنان الصلاة مع التردد فى كيفية معينة من المرويات فيترك ويصار الى المعهود ثم يتضمن ما قدمناه من الترجح والله سبحانه وتعالى أعلم بحقيقة الحال والمصنف رجح بأن الحال أكشف للرجال وهو يتم لو لم يرو حديث الركوعين أحد غير عائشة رضى الله عنها من الرجال لكن قد سمعت من رواه فالمعوّل عليه ما صرنا اليه (قوله أما التطويل فبيان الافضل) لانه صلى الله عليه وسلم فعله كما مر فى حديث عائشة وعبد الله بن عمرو بن العاص من رواية عطاء بن السائب وسمرة وهذه الصورة حينئذ مستثناة مما سلف فى باب الامامة من أنه ينبغى أن يطوّل الامام بهم الصلاة ولو خففها جاز ولا يكون مخالفا للسنة لان المسنون استيعاب الوقت بالصلاة والدعاء فان رواية أبى داود فجعل يصلى ركعتين ركعتين ويسأل عنها حتى انجلت يعطى أنه لم يبالغ فى التطويل كما فى رواية جابر أنه جعل الصحابة يخرون لطول القيام اذ الظاهر أنهم لم يمكث مع مثل هذا الطول ما يسع ركعتين ركعتين والحق أن السنة التطويل والمندوب مجرد استيعاب الوقت كما ذكر مطلقا كما فى حديث المغيرة بن شعبة فى الصحيحين انكسفت الشمس الى أن قال فاذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى تنجلى ولمسلم من حديث عائشة فاذا رأيتم كسوفا فاذكروا الله حتى تنجلى (قوله فلهما رواية عائشة) فى الصحيحين عنها قالت جهر النبى صلى الله عليه وسلم فى صلاة الخسوف بقراءته الحديث وللبخارى من حديث أسماء جهر صلى الله عليه وسلم فى صلاة الكسوف ورواه أبو داود والترمذى وحسنه وصححه

وقوله (فبيان الافضل) لان فيه متابعة النبى صلى الله عليه وسلم فانه صح أن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فى الركعة الاولى بقدر سورة البقرة وفى الثانية بقدر سورة آل عمران وقوله (فلهما رواية عائشة) فانها روت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ قراءة طويلة فجهر بها يعنى فى صلاة الكسوف

(وله رواية ابن عباس وسمرة) بن جندب أنه لم يسمع من قراءته فيها حرفا (والترجيح قدم من قبل) يعني قوله والحال أنكشف على الرجال لقربهم فان قيل ذكر في المبسوط أن عليا رضي الله عنه روى حديثها فان صح ذلك فما جوابه أجيب بأن الجواب بالرجوع الى الاصل فانها صلاة نهارية والاصل فيها الاخفاء قال عليه السلام صلاة النهار عجماء وقد تقدم ذلك وقوله (ويدعو بعدها) أي بعد صلاة الكسوف ان شاء جالسا مستقبل القبلة وان شاء قائما وان شاء يستقبل القوم بوجهه والقوم تؤمن

وقوله (من هذه الافزاع) الفزع الخوف وكلامه واضح وقوله (فان لم يحضر) يعني الامام (صلى الناس فرادى إن شاؤا ركعتين وان شاؤا أربعا) لان هذا تطوع والاصل في التطوعات ذلك وقوله (تحرزا عن الفتنة) أي فتنة التقديم والتقدم والمنازعة فيهما وقوله (وليس في كسوف القمر جماعة) عاب أهل الادب محمدا في هذا اللفظ وقالوا انما يستعمل في القمر لفظ الخسوف قال الله تعالى فاذا برق البصر وخسف القمر وقال في المغرب يقال كسفت الشمس والقمر جميعا وقوله صلى الله عليه وسلم فافزعوا الى الصلاة الحديث روى أبو مسعود الانصاري قال انكسفت الشمس يوم مات ابراهيم ولد النبي صلى الله عليه وسلم فقال الناس انما انكسفت لموته فقال عليه السلام ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتم شيأ من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلاة أي التجؤا اليها فان قيل هذا أمر والامر للوجوب فكان ينبغي أن تكون صلاة الكسوف واجبة قلنا قد ذهب الى ذلك بعض أصحابنا واختاره صاحب الاسرار والعامة ذهبت الى كونها سنة لانها ليست من شعائر الاسلام فانها توجد بعارض لكن صلاها النبي عليه السلام فكانت سنة والامر للندب

ولأبي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهم والترجيح قدم من قبل كيف وانها صلاة النهار وهي عجماء (ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس) لقوله عليه السلام اذا رأيتم من هذه الافزاع شيأ فارغبوا الى الله بالدعاء والسنة في الادعية تأخيرها عن الصلاة (ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر صلى الناس فرادى) تحرزا عن الفتنة (وليس في خسوف القمر جماعة) لتعذر الاجتماع في الليل أو لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رأيتم شيأ من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلاة

ولفظه صلى صلاة الكسوف فجهر فيها بالقراءة (قوله ولابي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة) أما حديث ابن عباس فروى أحمد وأبو يعلى في مسنديهما عن ابن عباس صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم الكسوف فلم أسمع منه حرفا من القراءة وفيه ابن لهيعة ورواه أبو نعيم في الحلية من طريق الواقدي عن ابن عباس قال صليت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم كسفت الشمس فلم أسمع له قراءة ورواه البيهقي في المعرفة من الطريقين ثم من طريق الحكم بن أبان كما رواه الطبراني ثم قال وهؤلاء وان كانوا لا يحتج بهم ولكنهم عدد روايتهم توافق الرواية الصحيحة عن ابن عباس في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قرأ نحوا من سورة البقرة قال الشافعي رحمه الله فيه دليل على أنه لم يسمع ما قرأ اذ لو سمعه لم يقدره بغيره ويدفع حمله على بعده رواية الحكم بن أبان صليت الى جنبه ويوافق أيضا رواية محمد بن اسحق باسناده عن عائشة قالت فحزرت قراءته وأما حديث سمرة فتقدم وفيه لا نسمع له صوتا قال الترمذي حسن صحيح والحق أن تقدير ابن عباس لسورة البقرة لا يستلزم عدم سماعه لان الانسان قد ينسى المقروء المسموع بعينه وهو ذاكر لقدره فيقول قرأ نحو سورة كذا فالاولى حمله على الاخفاء لا بالنظر الى هذه الدلالة بل بالنظر الى ما تقدم من حديث صليت الى جانب رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا حصل التعارض وجب الترجيح بان الاصل في صلاة النهار الاخفاء وأما قول المصنف والترجيح قدم من قبل يعني أن الحال أكشف للرجال فقد يقال بل في خصوص هذه المادة ترجح رواية النساء هنا لانها اخبار عن القراءة ومعلوم أنهن في آخر الصفوف أو في حجرهن فاذا أخبرن عن الجهر دل على تحققه بزيادة قوة بحيث يصل الصوت اليهن فالمعتبر ما رجع اليه آخرا من قوله كيف وانها صلاة النهار لقوله عليه السلام فاذكروا الله الى قوله بالدعاء حديثان ومعنى الاول تقدم في حديث عائشة وتقدم في حديث المغيرة قوله صلى الله عليه وسلم فاذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى تنجلي وفي مبسوط شيخ الاسلام قال في ظلمة أو ريح شديدة الصلاة حسنة وعن ابن عباس أنه صلى لزلزلة بالبصرة (قوله والسنة في الادعية تأخيرها) والامام مخير ان شاء دعا مستقبلا جالسا أو قائما أو يستقبل القوم بوجهه ودعا ويؤمنون قال الحلواني وهذا أحسن ولو قام ودعا معتمدا على عصى أو قوس كان أيضا حسنا (قوله وليس في خسوف القمر جماعة الخ) وما روى الدارقطني عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم صلى في كسوف الشمس والقمر ثمان ركعات في أربع سجدات واسناده جيد وما أخرج عن عائشة قالت ان

(قوله والعامة ذهبت الى كونها سنة لانها ليست من شعائر الاسلام فانها توجد بعارض) أقول ما المانع في تعلق ما هو من الشعائر بعارض تأمل وقوله بعارض يعني عارض الكسوف

وقوله (وليس في الكسوف) أي كسوف الشمس والقمر (خطبة) وقال الشافعي في كسوف الشمس يخطب بعد الصلاة خطبتين كما في العيدين لما روت عائشة رضي الله عنها قالت خسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ثم خطب فحمد الله وأثنى عليه ولنا أنه لم ينقل وذلك دليل على أنه لم يفعل وان صح فتأويله أنه عليه السلام خطب لان الناس كانوا يقولون انها كسفت لموت ابراهيم فأراد أن يرد عليهم

باب الاستسقاء

أخر صلاة الاستسقاء عن صلاة الكسوف لان صلاة الكسوف سنة وقال أبو حنيفة ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا وروى أن قوم نوح عليه السلام لما كذبوه بعد طول تكريره الدعوة حبس الله عنهم القطر وأعقم أرحام نسائهم أربعين سنة وقيل سبعين سنة فوعدهم أنهم ان آمنوا رزقهم الله الخصب ورفع عنهم ما كانوا عليه ووجه الاستدلال به أن شرائع من قبلنا شرائع لنا اذا قص الله ورسوله من غير انكار وهذا كذلك ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يروعنه الصلاة وانما المروى عنه عليه السلام في ذلك الدعاء روى أنس رضي الله عنه أن الناس قد قحطوا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل رجل من باب المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فقال يارسول الله هلكت المواشي وخشينا الهلاك على أنفسنا فادع الله أن يسقينا فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه فقال اللهم اسقنا غيثا مغيثا هنيئا مريئا غدقا مغدقا عاجلا غير رائث قال الراوي ما كان في السماء قزعة فارتفعت السحاب من ههنا ومن ههنا حتى صارت ركاما ثم مطرت سبعا من الجمعة الى الجمعة ثم دخل ذلك الرجل والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب والسماء تسكب فقال يارسول الله تهدم البنيان وانقطعت السبل فادع الله أن يمسكه فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم لملالة بني آدم قال الراوي والله ما نرى في السماء خضراء ثم رفع يديه فقال اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الآكام والظراب وبطون الاودية ومنابت الشجر فانجابت السحابة عن المدينة حتى صارت حولها كالاكليل ولم يذكر غير الدعاء (وقالا يصلي الامام ركعتين لما روى انه صلى الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كصلاة العيد) في الجهر بالقراءة والصلاة بلا أذان ولا اقامة (رواه ابن عباس رضي الله عنهما قلنا) ان ثبت ذلك دل على الجواز ونحن لا نمنعه وانما الكلام في انها سنة أولا والسنة ما واظب عليه النبي صلى الله عليه وسلم وههنا (فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن) فعله أكثر من تركه حتى يكون مواظبة فلا يكون (سنة) فان قيل كلام المصنف حينئذ متناقض لانه قال أولا ولم تروعنه الصلاة ثم قال لما روى عنه فالجواب أن المروى لما كان شاذا فيما تعم به البلوى جعله كأنه غير مروى قوله (وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده) يعني أن أبا يوسف مع أبي حنيفة وهكذا ذكر في المبسوط والمحيط وذكر

(وليس في الكسوف خطبة) لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

(قال أبو حنيفة ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار) لقوله تعالى فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا الآية ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم تروعنه الصلاة (وقالا يصلي الامام ركعتين) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى فيه ركعتين كصلاة العيد رواه ابن عباس قلنا فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده

رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في كسوف الشمس والقمر أربع ركعات وأربع سجدات قال ابن القطان فيه سعيد بن حفص ولا أعرف حاله فليس فيه تصريح بالجماعة فيه والاصل عدمها حتى يثبت التصريح به وما ذكره من المعنى يكفي لنفيها (قوله لانه لم ينقل) أي بطريق قصد الشرعية بل لدفع وهم من توهم انه لموت ابراهيم صلى الله عليه وسلم فهو لسبب عرض وانقضى

باب الاستسقاء

يخرجون للاستسقاء ثلاثة أيام ولم ينقل أكثرهم متواضعين متخشعين في ثياب خلق مشاة يقدمون الصدقة كل يوم بعد التوبة الى الله تعالى الا في مكة وبيت المقدس فيجتمعون في المسجد (قوله قال أبو حنيفة الخ) مفهومه استنانها فرادى وهو غير مراد (قوله ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم تروعنه الصلاة) يعني في ذلك الاستسقاء فلا يرد أنه غير صحيح كما قال الامام الزيلعي المخرج ولو تعدى بصره الى قدر سطر حتى رأى قوله في جوابهما قلنا فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن سنة لم يحمله على النفي مطلقا وانما يكون سنة ما واظب عليه ولذا قال شيخ الاسلام فيه دليل على

(قوله ولنا أنه لم ينقل الخ) أقول كيف لم ينقل وقد أخرج الستة عنها (قوله وان صح فتأويله انه صلى الله عليه وسلم خطب لان الناس كانوا يقولون انها كسفت لموت ابراهيم فأراد أن يرد عليهم) أقول للشرعية الخطبة

الجواز عندنا يجوز لو صلوا بجماعة لكن ليس بسنة وبه أيضا يبطل قول ابن العز الذين قالوا عشر وعية صلاة الاستسقاء لم يقولوا بتعينها بل هي على ثلاثة أوجه تارة يدعون عقيب الصلوات وتارة يخرجون الى المصلى فيدعون من غير صلاة وتارة يصلون جماعة ويدعون وأبو حنيفة لم يبلغه الوجه الثالث فلم يقل به والعجب أنه قاله بعد نقله قول المصنف فلنا فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن سنة وهو مصرح بعلمهم بفعله وكذا قول غير المصنف المروى فيه شاذ فيما تعم به البلوى وهو ظاهر جواب الرواية فان عبارته في الكافي الذي هو جمع كلام محمد قال لا صلاة في الاستسقاء انما فيه الدعاء بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خرج ودعا وبلغنا عن عمر أنه صعد المنبر فدعا فاستسقى ولم يبلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك صلاة الا حديث واحد شاذ لا يؤخذ به انتهى وهذا صريح من جهة الرواية في علم محمد به فان قيل من أين يلزم كون ما علمه محمد رحمه الله ومن بعده من الرواية معلوما لابي حنيفة قلنا ومن أين علم أنه لم يبلغه وبلغ أتباعه بل الظاهر تلقيهم ذلك عنه ثم الجواب عنه بما ذكر وفي عدم الاخذ به لشذوذه ويلزمه أنهم لو صلوا بجماعة كان مكروها وقد صرح الحاكم أيضا في باب صلاة الكسوف من الكافي بقوله ويكره صلاة التطوع بجماعة ما خلا قيام رمضان وصلاة الكسوف وهذا خلاف ما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله ثم الحديث الذي روى من صلاته صلى الله عليه وسلم هو ما في السنن الاربعة عن اسحق بن عبد الله بن كنانة قال أرسلني الوليد بن عتبة وكان أمير المدينة الى ابن عباس أسأله عن استسقاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم مبتذلا متواضعا متضرعا حتى أتى المصلى فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير وصلى ركعتين كما كان يصلي في العيد صححه الترمذي وقال المنذري في مختصره رواية اسحق بن عبد الله ابن كنانة عن ابن عباس وأبي هريرة مرسلة ولا يضر ذلك فقد صح من حديث عبد الله بن زيد بن عاصم أخرجه الستة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقي فصلى بهم ركعتين وحول رداءه ورفع يديه فدعا واستسقى واستقبل القبلة زاد البخاري فيه جهر فيهما بالقراءة وليس هذا عند مسلم ووهم البخاري ابن عيينة في قوله انه عبد الله بن زيد بن عبد ربه بل هو ابن زيد بن عاصم المازني وأما ما رواه الحاكم عن ابن عباس وصححه وقال فيه فصلى ركعتين كبر في الاولى سبع تكبيرات وقرأ بسبح اسم ربك الاعلى وقرأ في الثانية هل أتاك حديث الغاشية وكبر فيها خمس تكبيرات فليس بصحيح كما زعم بل هو ضعيف معارض أما ضعفه فبمحمد بن عبد العزيز بن عمر بن عبد الرحمن بن عوف قال البخاري منكر الحديث والنسائي متروك وأبو حاتم ضعيف الحديث ليس له حديث مستقيم وقال ابن حبان يروي عن الثقات المعضلات حتى سقط الاحتجاج به وأما المعارضة فبما أخرجه الطبراني في الاوسط عن أنس عنه صلى الله عليه وسلم استسقى فخطب قبل الصلاة واستقبل القبلة وحول رداءه ثم نزل فصلى ركعتين لم يكبر فيهما الا تكبيرة تكبيرة وأخرج أيضا عن ابن عباس قال لم يزد صلى الله عليه وسلم على ركعتين مثل صلاة الصبح ووجه الشذوذ أن فعله صلى الله عليه وسلم لو كان ثابتا لاشتهر نقله اشتهارا واسعا ولفعله عمر حين استسقى ولانكروا عليه اذا لم يفعل لانها كانت بحضرة جميع الصحابة لتوافر الكل في الخروج معه صلى الله عليه وسلم للاستسقاء فلما لم يفعل ولم ينكروا ولم يشتهر روايتها في الصدر الاول بل هو عن ابن عباس وعبد الله بن زيد على اضطراب في كيفيتها عن ابن عباس وأنس كان ذلك شذوذا فيما حضره الخاص والعام والصغير والكبير واعلم أن الشذوذ يراد باعتبار الطرق اليهم اذ لو تيقنا عن الصحابة المذكورين رفعه لم يبق اشكال واذا مشينا على ما اختاره شيخ الاسلام وهو الجواز مع عدم السنية فوجهه أنه صلى الله عليه وسلم ان فعله مرة كما قلتم فقد تركه أخرى فلم يكن سنة بدليل ما روي في الصحيحين أن رجلا دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم قائم يخطب فقال يا رسول الله

(ويجهر فيهما بالقراءة) اعتبارا بصلاة العيد (ثم يخطب) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند أبي يوسف خطبة واحدة (ولا خطبة عند أبي حنيفة) لانها تتبع الجماعة ولا جماعة عنده (ويستقبل القبلة بالدعاء) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم استقبل القبلة وحول رداءه

هلكت الاموال وانقطعت السبل فادع الله يغيثنا فقال صلى الله عليه وسلم اللهم أغثنا اللهم أغثنا اللهم أغثنا قال أنس رضي الله عنه فلا والله ما نرى بالسماء من سحاب ولا قزعة وما بيننا وبين سلع من بيت ولا دار قال فطلعت من ورائه سحابة مثل الترس فلما توسطت السماء انتشرت ثم أمطرت الحديث (قوله ثم هي كخطبة العيد عند محمد) يعني فيكون خطبتين يفصل بينهما بجلوس ولذا قابله بقوله وعند أبي يوسف خطبة واحدة ولا صريح في المرويات يوافق قول محمد انها خطبتان ويحتمل أنه أخذه من المروي عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم صلى في الاستسقاء ركعتين كصلاة العيد مع رواية الخطبة في حديث أنس المذكور في رواية الطبراني السابقة وفي حديث أبي هريرة من رواية ابن ماجه قال فيه ثم خطبنا ودعا الله فتكون كخطبة العيد وهو غير لازم ثم في حديث ابن عباس على ما قدمناه قوله فلم يخطب بخطبتكم هذه فانه يفيد نفي الخطبة المعهودة وهي خطبة الجمعة لا أصل الخطبة فان النفي اذا دخل على مقيد انصرف الى القيد ثم أفاد ثبوت أصل الحكم في المحاورات الخطابية لا بالنسبة الى الاحكام الشرعية عندنا ومطلقا عند الثلاثة فلذا لم ينهض استدل من استدل بحديث ابن عباس هذا للامام أحمد على نفي الخطبة في الاستسقاء فان أحمد ينفيها كقول أبي حنيفة رضي الله عنهما وأما على أصلنا فحاصله نفي الخطبة المخصوصة وهو لا يستلزم ثبوت أصلها نفيا لدلالة المفهوم في الاحكام فتبقى على العدم حتى يقوم دليل وأنت قد علمت أنها رويت ولابد للامام أحمد اذ كان ينفيها أن يحكم بعدم صحة الوارد فيها فينتفي الدليل ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي أما حديث ابن عباس المتقدم من رواية الاربعة فان لم يدل على وجود الخطبة فلا اشكال وان دل فان صححه الترمذي فقد سكت عنه الحاكم وسكوته يشعر بضعفه عنده وتقدم حكم الحافظ المنذري أنها مرسلة وحديث أبي هريرة أعل بأنه تفرد به النعمان بن راشد عن الزهري وقال البخاري فيه هو صدوق ولكن في حديثه وهم كثير اه فلا يحتمل التفرد مع هذا وقد روى الامام أحمد في مسنده من حديث عبد الله بن زيد بن عاصم خرج صلى الله عليه وسلم يستسقي فبدأ بالصلاة قبل الخطبة ولم يقل باستنانها وذلك لازم ضعف الحديث وأنت علمت أن ضعفه لا يلزم فيه كونه بضعف بعض الرجال بل العلل كثيرة وفي سنن أبي داود عن عائشة رضي الله عنها قالت شكى الناس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قحوط المطر فأمر بمنبر فوضع له في المصلى ووعد الناس يوما يخرجون فيه قالت فخرج صلى الله عليه وسلم حين بدا حاجب الشمس فقعد على المنبر فكبر وحمد الله عز وجل ثم قال انكم شكوتم جدب دياركم واستئخار المطر عن زمانه عنكم وقد أمركم الله عز وجل أن تدعوه ووعدكم أن يستجيب لكم ثم قال الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم مالك يوم الدين لا اله الا الله يفعل ما يريد اللهم أنت الله لا اله الا أنت الغني ونحن الفقراء أنزل علينا الغيث واجعل ما أنزلت لنا قوة وبلاغا الى حين ثم رفع يديه فلم يزل في الرفع حتى بدا بياض ابطيه ثم حول الى الناس ظهره وقلب أو حول رداءه وهو رافع يديه ثم أقبل على الناس ونزل من المنبر فصلى ركعتين فأنشأ الله سحابة فرعدت وبرقت ثم أمطرت باذن الله فلم يأت صلى الله عليه وسلم مسجده حتى سالت السيول فلما رأى سرعتهم الى الكن ضحك حتى بدت نواجذه فقال أشهد أن الله على كل شئ قدير وانى عبده ورسوله انتهى قال أبو داود حديث غريب واسناده جيد وذلك الكلام السابق هو المراد بالخطبة كما قاله بعضهم ولعل الامام أحمد أعله بهذه الغرابة أو بالاضطراب فان الخطبة فيه مذكورة قبل الصلاة وفيما تقدم من حديث أبي هريرة بعدها

في شرح الطحاوي قوله مع محمد كما ذكر في الكتاب وقوله (ويجهر فيهما بالقراءة) اتفقا على الجهر بالقراءة اعتبارا بصلاة العيد واختلفا في الخطبة فقال محمد هي كخطبة العيد وقال أبو يوسف خطبة واحدة تو بكل ذلك ورد الحديث (ولا خطبة عند أبي حنيفة لانها تتبع الجماعة ولا جماعة عنده) وقال ابن عباس خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم مبتذلا متواضعا متضرعا حتى أتى المصلى فرقى المنبر فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير (ويستقبل القبلة لما روى أنه عليه السلام فعل ذلك) روى عن أبي يوسف أنه قال ان شاء رفع يديه بالدعاء وان شاء أشار بأصابعه

(ويقلب رداءه) وصفة القلب ان كان الرداء مربعا أن يجعل أعلاه أسفله وأسفله أعلاه وان كان مدورا بأن كان جبة أن يجعل الايمن أيسر والايسر أيمن وقوله (لما روينا) يريد به قوله لما روى أنه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه قال المصنف (وهذا قول محمد أما عند أبي حنيفة فلا يقلب) ولم يذكر قول أبي يوسف لانه مضطرب ذكره الحاكم مع أبي حنيفة والكرخي مع محمد وقوله (لانه) أي الاستسقاء (دعاء) وليس في شئ من الادعية قلب رداء فكذا هذا وقوله (وما رواه كان تفاؤلا) جواب عن استدلالهم بالحديث ومعناه أن النبي صلى الله عليه وسلم تفاءل بتغير الهيئة لتغير الهواء يعني غيرنا ما كنا عليه فغير الله الحال وفي كلامه نظر من وجهين أحدهما أنه تعليل في مقابلة النص وهو باطل والثاني هب أنه عليه السلام تفاءل بذلك فليتفاءل كل من يبتلى بذلك تأسيا به عليه السلام والجواب عن الاول أنه ليس تعليلا في مقابلة النص بل من باب العمل (٤٤٠) بالقياس بعد تعارض النصين وذلك لان ما رواه محمد يدل على القلب وما روى أنس يدل على انه لا تحويل فيه فتعارضا فصير الى ما بعدهما من الحجة وهو القياس والمصنف لم يتعرض لذكره لتقدم ذكره وعن الثاني بان النبي صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون علم بالوحي أن الحال ينقلب الى الخصب متى قلب الرداء وهذا مما لا يتأتى من غيره فلا فائدة في التأسي ظاهرا فيما ينفيه القياس وقوله (ولا يقلب القوم أرديتهم) قيل هو بالتشديد لان فيه تكثيرا بخلاف الاول وقوله (لانه لم ينقل أنه عليه السلام أمرهم بذلك) فيه نظر لانه استدلال بالنفي وهو باطل لانه احتجاج بلا دليل ومثل هذا صنع في آخر باب الكسوف حيث قال لانه لم ينقل والجواب أن التعليل بالنفي لا يصح اذا لم تكن العلة متعينة أما اذا كانت فلا بأس به لان انتفاء العلة الشخصية يستلزم انتفاء الحكم ألا ترى الى قول محمد في ولد المغصوب انه لا يضمن لان الغصب لم يرد عليه وموضعه أصول الفقه فان قيل قد روى أن القوم قلبوا أرديتهم حين رأوا قلب النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم أجيب بأن قلبهم هذا كخلعهم النعال حين رأوه عليه السلام خلع نعليه في صلاة الجنازة ولم يكن ذلك حجة فكذا هذا وانما لم ينكر عليهم لانه ليس بحرام بلا خلاف وانما الكلام في كونه سنة

(ويقلب رداءه) لما روينا قال وهذا قول محمد أما عند أبي حنيفة فلا يقلب رداءه لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا (ولا يقلب القوم أرديتهم) لانه لم ينقل أنه أمرهم بذلك

وكذا في غيره وهذا انما يتم اذا تم استبعاد أن الاستسقاء وقع حال حياته بالمدينة أكثر من سنتين السنة التي استسقى فيها بغير صلاة والسنة التي صلى فيها والا فالله سبحانه أعلم بحقيقة الحال وفيه أنه أمر باخراج المنبر وقال المشايخ لا يخرج وليس الابناء على عدم حكمهم بصحته هذا ويستحسن أيضا الدعاء بما يؤثر عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يدعو به في الاستسقاء وهو اللهم اسقنا غيثا مغيثا هنيئا مريئا مريعا غدقا مجللا سحا عاما طبقا دائما اللهم اسقنا الغيث ولا تجعلنا من القانطين اللهم ان البلاد والعباد والخلق من اللأواء والضنك ما لا نشكو الا اليك اللهم أنبت لنا الزرع وأدر لنا الضرع واسقنا من بركات السماء وأنبت لنا من بركات الارض اللهم انا نستغفرك انك كنت غفارا فأرسل السماء علينا مدرارا فاذا مطروا قالوا اللهم صيبا نافعا ويقولون مطرنا بفضل الله وبرحمته فان زاد المطر حتى خيف الضرر قالوا اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الآكام والظراب وبطون الاودية ومنابت الشجر كبقية ما سيق من الحديث أعني استسقاءه على المنبر حين قال ذلك الرجل يا رسول الله هلكت الاموال وانقطعت السبل فادع الله يغيثنا فرفع يديه وقال اللهم أغثنا اللهم أغثنا اللهم أغثنا قال أنس فلا والله ما نرى في السماء من سحاب ولا قزعة وما بيننا وبين سلع من بيت ولا دار قال فطلعت من ورائه سحابة مثل الترس فلما توسطت السماء انتشرت ثم أمطرت فلا والله ما رأينا الشمس سبتا قال ثم دخل رجل من ذلك الباب في الجمعة المقبلة ورسول الله صلى الله عليه وسلم قائم يخطب فاستقبله قائما فقال يا رسول الله هلكت الاموال وانقطعت السبل فادع الله يمسكها عنا قال فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه ثم قال اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الآكام والظراب وبطون الاودية ومنابت الشجر قال فأقلعت وخرجنا نمشي في الشمس وقياس ما ذكرنا من الاستسقاء اذا تأخر المطر عن أوانه فعله أيضا ولمحت المياه المحتاج اليها أو غارت (قوله وما رواه كان تفاؤلا) اعتراف بروايته ومنع استنانه لانه فعل لامر لا يرجع الى معنى العبادة والله أعلم (قوله لم ينقل) قال الزيلعي المخرج ليس كذلك عند أبي داود استسقى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة سوداء فأراد أن يأخذ بأسفلها فيجعله أعلاها فلما ثقلت قلبها على عاتقه زاد الامام أحمد وتحول الناس معه قال الحاكم على شرط مسلم انتهى ودفع بأنه انما قال في الهداية لانه لم ينقل أنه أمرهم بذلك فنقل أنهم فعلوا ذلك لا يمسه وأجيب بان تقريره اياهم اذ حولوا أحد الادلة

(قوله وما روى أنس رضي الله عنه يدل على أنه لا تحويل فيه) أقول بل هو ساكت عنه (قوله وعن الثاني ان النبي صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون علم بالوحي الخ) أقول فيه بحث فان الاصل في أفعاله صلى الله عليه وسلم أن يكون شرعا ما لم يثبت دليل الخصوص (قوله فان قيل قد روى ان القوم قلبوا أرديتهم الخ) أقول يعني فلم تكن العلة متعينة (قوله أجيب بأن قلبهم هذا كخلعهم النعال الخ) أقول فيه أنه ثبت فيه دليل الخصوص على ما بين في الاصول

وقوله (ولا يحضر أهل الذمة الاستسقاء) ظاهر وانما يخرج المسلمون ثلاثة أيام ولم ينقل أكثر من ذلك قيل يستحب للامام أن يأمر الناس بصيام ثلاثة أيام وما أطاقوا من الصدقة والخروج من المظالم والتوبة من المعاصي ثم يخرج بهم اليوم الرابع وبالعجائز والصبيان متنظفين في ثياب بذلة متواضعين لله ويستحب اخراج الدواب

(ولا يحضر أهل الذمة الاستسقاء) لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة

﴿ باب صلاة الخوف ﴾

(اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فصلى بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة) لانهم لاحقون (وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة) لانهم مسبوقون (وتشهدوا وسلموا)

وهو مدفوع بان تقريره الذي هو من الحجج ما كان عن علمه ولم يدل شئ مما روى على علمه بفعلهم ثم تقريره بل اشتمل على ما هو ظاهر في عدم علمه به وهو ما تقدم من رواية أنه انما حول بعد تحويل ظهره اليهم واعلم أن كون التحويل كان تفاؤلا جاء مصرحا به في المستدرك من حديث جابر وصححه قال وحول رداءه ليتحول القحط وفي طوالات الطبراني من حديث أنس وقلب رداءه لكي ينقلب القحط الى الخصب وفي مسند اسحق لتتحول السنة من الجدب الى الخصب ذكره من قول وكيع (قوله لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة) أورد عليه أنه ان أريد الرحمة الخاصة فممنوع وانما هو لاستنزال الغيث الذي هو الرحمة العامة لاهل الدنيا والكافر من أهلها هذا ولكن لا يمكنون من أن يستسقوا وحدهم لاحتمال أن يسقوا فقد يفتن به ضعفاء العوام والله الموفق

﴿ باب صلاة الخوف ﴾

أوردها بعد الاستسقاء لانهما وان اشتركا في أن شرعيتهما بعارض خوف لكن سبب هذا الخوف في الاستسقاء سماوي وهنا اختياري للعباد وهو كفر الكافر وظلم الظالم ولان أثر العارض في الاستسقاء في أصل الصلاة وهنا في وصفها (قوله اذا اشتد الخوف) اشتداده ليس بشرط بل الشرط حضور عدو أو سبع فلو رأوا سوادا ظنوه عدوا صلوها فان تبين كما ظنوا جازت لتبين سبب الرخصة وان ظهر خلافه لم تجز الا ان ظهر بعد أن انصرفت الطائفة من نوبتها في الصلاة قبل أن تجاوز الصفوف فان لهم أن ينووا استحسانا كمن انصرف على ظن الحدث يتوقف الفساد اذا ظهر أنه لم يحدث على مجاوزة الصفوف ولو شرعوا بحضرة العدو فذهب لا يجوز لهم الانحراف والانصراف لزوال سبب الرخصة ولو شرعوا في صلاتهم ثم حضر جاز الانحراف لوجود المبيح واعلم أن صلاة الخوف على الصفة المذكورة انما تلزم اذا تنازع القوم في الصلاة خلف الامام أما اذا لم يتنازعوا فالافضل أن يصلي باحدى الطائفتين تمام الصلاة ويصلي بالطائفة الاخرى امام آخر تمامها (قوله فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين) من الرباعية ان كان مسافرا أو كانت الفجر أو الجمعة أو العيد (قوله مضت هذه الطائفة) يعني مشاة فان ركبوا في ذهابهم فسدت صلاتهم (قوله وجاءت الطائفة الاولى الى قوله لانهم مسبوقون) يدخل في هذا المقيم خلف المسافر حتى يقضي ثلاث ركعات بلا قراءة ان كان من الطائفة الاولى وبقراءة ان كان من الثانية

﴿ باب صلاة الخوف ﴾

وجه المناسبة بين البابين أن شرعية كل منهما لعارض خوف وقدم الاستسقاء لان العارض ثمة انقطاع المطر وهو سماوي وههنا اختياري وهو الجهاد الذي سببه كفر الكافر وصورة صلاة الخوف ماذكر في الكتاب وقوله (اذا اشتد الخوف) ليس اشتداد الخوف شرطا عند عامة مشايخنا قال في التحفة سبب جواز صلاة الخوف نفس قرب العدو من غير ذكر الخوف والاشتداد وقال فخر الاسلام في مبسوطه المراد بالخوف عند البعض حضرة العدو لا حقيقة الخوف لان حضرة العدو أقيم مقام الخوف على ما عرف من أصلنا في تعليق الرخصة بنفس السفر لا حقيقة المشقة لان السفر سبب المشقة فأقيم مقامها فكذا حضرة العدو ههنا سبب الخوف أقيم مقام حقيقة الخوف قيل صلاة الخوف على الوجه المذكور في الكتاب انما يحتاج اليها

اذا تنازع القوم في الصلاة خلف الامام فقال كل طائفة منهم نحن نصلي معك وأما اذا لم يتنازعوا فالافضل أن يصلي الامام بطائفة تمام الصلاة ويرسلهم الى وجه العدو ويأمر رجلا من الطائفة التي كانت بازاء العدو أن يصلي بهم تمام صلاتهم أيضا وتقوم التي صلت مع الامام بازاء العدو

وقوله (وأبو يوسف وان أنكر شرعيتها) أى كونها مشروعة وكان يقول أولا مثلما قالا ثم رجع وقال كانت مشروعة فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم خاصة لقوله تعالى وإذا كنت فيهم الآية لينال كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه عليه السلام وقد ارتفع ذلك بعده عليه السلام وكل طائفة تتمكن من أداء الصلاة بامام على حدة فلا يجوز أداؤها بصفة الذهاب والمجىء وقوله (بما روينا) يريد به قوله والاصل فيه رواية ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على الصفة التى قلنا قال بعض الشارحين هذا فى غاية البعد عن التحقيق لان أبا يوسف لم ينكر شرعيتها فى زمنه (٤٤٢) عليه السلام فكيف تكون صلاته عليه السلام حجة على أبى يوسف والجواب أنه حجة على أبى يوسف من حيث الدلالة لا من حيث العبارة وذلك لان السبب هو الخوف وهو يتحقق بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان فى حياته ولم يكن ذلك لنيل فضيلة الصلاة خلفه عليه السلام لان ترك المشى والاستدبار فى الصلاة فريضة والصلاة خلفه فضيلة ولا يجوز ترك الفرض لاحراز الفضيلة والخطاب للرسول قد لا يختص به كما فى قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة والمعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه عندنا على ما عرف بل هو موقوف الى قيام الدليل وقد قام الدليل على وجوده وهو فعل الصحابة بعد النبى صلى الله عليه وسلم فانه روى عن سعد ابن أبى وقاص وأبى عبيدة ابن الجراح وأبى موسى الاشعرى أقاموا صلاة الخوف باصفهان وكذا روى عن سعيد بن أبى العاص أنه حارب المجوس بطبرستان ومعه الحسن بن على وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو بن العاص وصلى بهم صلاة الخوف ولم ينكر عليه أحد فكل ينتظر محل الاجماع

والاصل فيه رواية ابن مسعود أن النبى عليه السلام صلى صلاة الخوف على الصفة التى قلنا وأبو يوسف وان أنكر شرعيتها فى زماننا فهو محجوج عليه بما روينا قال (وان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالثانية ركعتين)

(قوله والاصل فيه رواية ابن مسعود رضى الله عنه الخ) روى أبو داود عن خفيف الجزرى عن أبى عبيدة عن عبد الله بن مسعود قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقاموا صفا خلفه وصفا مستقبل العدو فصلى بهم صلى الله عليه وسلم ركعة ثم جاء الآخرون فقاموا فى مقامهم واستقبل هؤلاء العدو فصلى بهم صلى الله عليه وسلم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لانفسهم ركعة وسلموا ثم ذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبلى العدو ورجع أولئك الى مقامهم فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وأعل بأبى عبيدة لم يسمع من أبيه وخفيف ليس بالقوى قيل ويمكن أن يحمل على حديث ابن عمر فى الكتب الستة واللفظ للبخارى قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل نجد فوازينا العدو فصافقناهم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى لنا فقامت طائفة معه فصلى وأقبلت طائفة على العدو وركع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن معه وسجد سجدتين ثم انصرفوا مكان الطائفة الاولى التى لم تصل فجاؤا فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم بهم ركعة وسجد سجدتين ثم سلم فقام كل واحد منهم فركع لنفسه ركعة وسجد سجدتين ثم سلم فقام كل واحد منهم فركع لنفسه ركعة وسجد سجدتين ولا يخفى أن كلا من الحديثين انما يدل على بعض المطلوب وهو مشى الطائفة الاولى واتمام الطائفة الثانية فى مكانها من خلف الامام وهو أقل تغيرا وقد روى تمام صورة الكتاب موقوفا على ابن عباس من رواية أبى حنيفة ذكره محمد فى كتاب الآثار وساق اسناد الامام ولا يخفى أن ذلك مما لا مجال للرأى فيه لانه تغيير بالمنافى فى الصلاة فالموقوف فيه كالمرفوع (قوله وأبو يوسف) روى عن أبى يوسف جوازها مطلقا وقيل هو قوله الاول وصفتها عنده فيما اذا كان العدو فى جهة القبلة أن يحرموا مع الامام كلهم ويركعوا فاذا سجد سجد معه الصف الاول والثانى يحرسونهم فاذا رفع رأسه تأخر الصف الاول وتقدم الثانى فاذا سجد سجد وامعه وهكذا يفعل فى كل ركعة والحجة عليه ما روينا من حديث ابن عمر وابن مسعود وقال سبحانه فلتقم طائفة منهم معك ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك جعلهم سبحانه طائفتين وصرح بأن بعضهم فانه شئ من الصلاة معه وعلى ما ذكره لم يفتهم شئ وقول الشافعى اذا رفع رأسه من السجدة الثانية انتظر هذه الطائفة حتى تصلى ركعتها الثانية وتسلم وتذهب وتأتى الاخرى فيصلى بهم ركعته الثانية فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية انتظر هذه الطائفة حتى تصلى ركعتها الثانية وتشهد وسلم وسلموا معه ومذهب مالك هذا أيضا الا انه يتشهد ويسلم ولا ينتظرهم فيصلون ركعتهم بعد تسليمه والكل من فعله عليه السلام منقول ورجحنا نحن ما ذهبنا اليه من الكيفية بأنه أوفق بالمعهود استقرارا مشرعا فى الصلاة وهو أن لا يركع المؤتم ويسجد قبل الامام للنهى عنه وأن لا ينقلب موضوع الامامة حيث

(قوله قال بعض الشارحين هذا فى غاية البعد) أقول القائل هو الاتقانى (قوله والجواب أنه حجة على أبى يوسف من حيث الدلالة الخ) أقول لابى يوسف أن يمنع كون المناط الخوف فقط لم لا يجوز أن يكون هو ونيل فضيلة الصلاة خلفه صلى الله عليه وسلم كما هو الظاهر من التعليق

لما روى أنه عليه السلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين (ويصلى بالطائفة الاولى من المغرب ركعتين وبالثانية ركعة واحدة)

ينتظر الامام المأموم وروى عنه أنها ليست مشروعة الا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة الآية شرط لاقامتها كونه فيهم فلا تجوز اذا لم يكن فيهم قال فى النهاية لا حجة لمن تمسك بها لما عرف من أصلنا أن المعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدم الشرط بل هو موقوف على قيام الدليل فاذا قام على وجود الحكم لزم وقد قام هنا وهو فعل الصحابة رضوان الله عليهم بعد وفاته عليه الصلاة والسلام انتهى ولا يخفى ان استدلال أبى يوسف ليس باعتبار مفهوم الشرط ليدفع بأنه ليس بحجة بل بأن الصلاة مع المنافى لا تجوز فى الشرع ثم انه أجازها فى صورة بشرط فعند عدمه تبقى على ما كان من عدم الشرعية لا أن عدم الشرعية عند عدمه مدلول للتركيب الشرطى فالجواب الحق أن الاصل كما انتفى بالآية حال كونه فيهم كذلك انتفى بعده بفعل الصحابة من غير نكير فدل اجماعهم على علمهم من جهة الشارع بعدم اختصاصها بحال كونه فيهم فمن ذلك ما فى أبى داود أنهم غزوا مع عبد الرحمن بن سمرة كابل فصلى بنا صلاة الخوف وروى أن عليا صلاها يوم صفين وصلاها أبو موسى الاشعرى باصبهان وسعد بن أبى وقاص فى حرب المجوس بطبرستان ومعه الحسن بن على وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو بن العاص وسألها سعيد بن العاص أبا سعيد الخدرى فعلمه فأقامها وما فى البخارى فى تفسير سورة البقرة عن نافع ان ابن عمر كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلى بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينهم وبين العدو لم يصلوا فاذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين فيقوم كل واحد من الطائفتين فيصلون لانفسهم ركعة بعد أن ينصرف الامام فيكون كل واحد من الطائفتين قد صلى ركعتين فان كان خوف هو أشد من ذلك صلوا رجالا قياما على أقدامهم أو ركبانا مستقبلى القبلة أو غير مستقبليها وفى الترمذى عن سهل بن أبى حثمة أنه قال فى صلاة الخوف قال يقوم الامام الحديث فالصيغتان فى الحديثين صيغة الفتوى لا اخبارا عما كان عليه السلام فعل والا لقالا قام عليه الصلاة والسلام فصف خلفه الخ دون أن يقول يقوم الامام ولذا قال مالك فى الاول قال نافع لا أرى عبد الله بن عمر ذكر ذلك الا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال محمد بن بشار فى الثانى سألت يحيى بن سعيد القطان عن هذا الحديث فحدثنى عن شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن صالح بن خوات عن سهل بن أبى حثمة عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثل حديث يحيى بن سعيد الانصارى قال الترمذى حسن صحيح لم يرفعه يحيى بن سعيد الانصارى عن القاسم بن محمد ورفعه شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد وحينئذ لا يخفى أن قول المصنف فهو محجوج بما روينا ليس بشئ لان أبا يوسف أخبر بما روى عنه عليه السلام ثم يقول لا تصلى بعده

(قوله لما روى انه عليه السلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين) أخرج أبو داود عن أبى بكرة قال صلى النبى صلى الله عليه وسلم فى خوف الظهر فصف بعضهم خلفه وبعضهم بازاء العدو فصلى ركعتين ثم سلم فانطلق الذين صلوا معه فوقفوا موقف أصحابهم ثم جاء أولئك فصلوا خلفه فصلى بهم ركعتين ثم سلم فكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربعا ولاصحابه ركعتين وروى مسلم فى صحيحه عن جابر قال أقبلنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كنا بذات الرقاع قال كنا اذا أتينا على شجرة ظليلة تركناها لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال فجاء رجل من المشركين وسيف رسول الله صلى الله عليه وسلم معلق بشجرة فأخذه فاخترطه ثم قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم من يمنعك منى قال الله يمنعنى منك قال فتهدده أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاغمد السيف وعلقه قال ثم نودى بالصلاة فصلى بطائفة

وقوله (ويصلى بالطائفة الاولى من المغرب ركعتين) مذهبنا وقال الثورى بالعكس لان فرض القراءة فى الركعتين الاوليين فينبغى أن يكون لكل طائفة فى ذلك حظ

لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى أولى بحكم السبق (ولا يقاتلون في حال الصلاة فان فعلوا بطلت صلاتهم) لانه عليه السلام شغل عن أربع صلوات يوم الخندق ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها

وقوله (لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن) معناه أنه يصلي بكل طائفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف فيكون حق الطائفة الاولى نصف ركعة والركعة الواحدة لا تتجزأ فثبت في كلها بحكم السبق وقال الشافعي ان شاء صلى مثل مذهبنا وان شاء صلى مثل مذهب الثوري (ولا يقاتلون في حال الصلاة فان فعلوا ذلك بطلت صلاتهم) وقال مالك لا تفسد وهو قول الشافعي في القديم لظاهر قوله تعالى وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم والامر بأخذ السلاح في الصلاة لا يكون الا للقتال به ولنا ما ذكرنا أن النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الاحزاب فلو جاز الاداء مع القتال لما تركها والامر بأخذ الاسلحة لكي لا يطمع العدو فيهم اذا رآهم غير مستعدين أو ليقاتلوا بها اذا احتاجوا ثم يستقبلوا الصلاة

ركعتين ثم تأخروا وصلى بالطائفة الاخرى ركعتين قال فكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربع ركعات وللقوم ركعتان فهذان الحديثان هما المعول عليه في هذه المسئلة وعلى اعتبار الاول لا يكون مقيما لانه صرح بالسلام فيه على رأس الركعتين ومطلوب المصنف أنه اذا كان مقيما فعل ذلك وان اعتبر الثاني فليس فيه أنها الظهر وان حمل عليه حملا له على حديث أبي بكرة وغاية الامر أنه سكت فيه عن تسمية الصلاة وعن السلام على رأس كل ركعتين لزم كونه في السفر لانها غزوة ذات الرقاع ثم يلزم اقتداء المفترض بالمتنفل وان لم يحمل عليه لزم اما اقتداء المفترض بالمتنفل في الاخريين أو جواز الاتمام في السفر أو خلط النافلة بالمكتوبة قصدا والكل ممنوع عندنا والاخير مكروه فلا يحمل عليه فعله عليه الصلاة والسلام واختار الطحاوي في حديث أبي بكرة أنه كان في وقت كانت الفريضة تصلى مرتين وتحقيقه ما سلف في باب صفة الصلاة فارجع اليه والى الآن لم يتم دليل على المسئلة من السنة والاولى فيه التمسك بالدلالة فانه لما شطرت الصلاة بين الطائفتين في السفر غير المغرب كذلك في الحضر عند تحقق السبب وهو الخوف لكن الشطر في الحضر ركعتان فيصلي بالاولى ركعتين وبالثانية ركعتين (قوله فجعلها في الاولى أولى) أي بترجح واذا ترجح عند التعارض فيها لزم اعتباره فلذا لو أخطأ فصلى بالطائفة الاولى ركعة وبالثانية ركعتين فسدت على الطائفتين أما الاولى فلانصرافهم في غير أوانه وأما الثانية فلانهم لما أدركوا الركعة الثانية صاروا من الطائفة الاولى لادراكهم الشفع الاول وقد انصرفوا في أوان رجوعهم فتبطل والاصل أن الانصراف في أوان العود مبطل والعود في أوان الانصراف لا يبطل لانه مقبل والاول معرض فلا يعذر الا في المنصوص عليه وهو الانصراف في أوانه ولو أخر الانصراف ثم انصرف قبل أوان عوده صح لانه أوان انصرافه ما لم يجئ أوان عوده ولو جعلهم ثلاث طوائف وصلى بكل طائفة ركعة فصلاة الاولى فاسدة وصلاة الثانية والثالثة صحيحة والمعنى ما قدمنا وتقضي الثانية الثالثة أولا بلا قراءة لانهم لاحقون فيها وتشهدوا ثم الركعة الاولى بقراءة لانهم مسبوقون والمسبوق لا يقضي ما سبق به حتى يفرغ من قضاء ما أدركه ولو صلى بالاولى ركعة وبالثانية ركعة ثم بالاولى ركعة فسدت صلاة الاولى أيضا لما قلنا وكذا تفسد صلاة الطائفتين في الرباعية اذا صلى بكل ركعة وعلى هذا لو جعلهم أربعا في الرباعية وصلى بكل ركعة فسدت صلاة الاولى والثالثة دون الثانية والرابعة ثم تقضي الطائفة الثانية الثالثة والرابعة أولا بغير قراءة ثم الاولى بقراءة والطائفة الرابعة تقضي ركعتين بقراءة ويتخير من في الثالثة لانهم مسبوقون بثلاث ركعات ولو جعلهم طائفتين فصلى بالاولى ركعتين فانصرفوا الا رجلا منهم فصلى الثالثة مع الامام ثم انصرف فصلاته تامة لانه من الطائفة الاولى وما بعد الشطر الاول الى الفراغ أوان انصرافهم وكذا لو انصرف بعد الرابعة قبل القعود ولو انحرف بعد التشهد قبل السلام لا تفسد وان كان في غير أوانه لانه أوان عود الطائفة الاولى وهو منهم لكنها لا تفسد لانتهاء الاركان حتى لو بقي عليه شئ بان كان مسبوقا بركعة فسدت وصلاة الامام جائزة بكل حال لعدم المفسد في حقه (قوله ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها) قيل فيه نظر لان صلاة الخوف انما شرعت في الصحيح بعد الخندق فلذا لم يصلها اذ ذاك وقوله في الكافي ان صلاة الخوف بذات الرقاع وهي قبل الخندق هو قول ابن اسحق وجماعة أهل السير في تاريخ هذه الصلاة وهذه الغزوة واستشكل بأنه قد تقدم في طريق حديث الخندق للنسائي التصريح بان تأخير الصلاة يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف ورواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق والبيهقي والشافعي والدارمي وأبو يعلى الموصلي

كلهم

(فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود الى أى جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة) لقوله تعالى فان خفتم فرجالا أو ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد أنهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد فى المكان

كلهم عن ابن أبى ذئب عن سعيد المقبرى عن عبد الرحمن بن أبى سعيد الخدرى عن أبيه حسنا يوم الخندق فذكره الى أن قال وذلك قبل أن تنزل فرجالا أو ركبانا انتهى وهذا لايسلم ما نحن فيه لان الكلام فى الصلاة حالة القتال وهذه الآية تفيد الصلاة راكبا للخوف ونحن نقول به وهى المسئلة التى بعد هذه ولا تلازم بين الركوب والقتال فالحق أن نفس صلاة الخوف بالصفة المعروفة من الذهاب والاياب انما شرعت بعد الخندق وان غزوة ذات الرقاع بعد الخندق ثم لا يضرنا فى مدعى المصنف فى هذه المسئلة أما الاول فقد ثبت أنه عليه السلام صلى بعسفان صلاة الخوف كما قال أبو هريرة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم نازلا بين ضجنان وعسفان فحاصر المشركين فقال المشركون ان لهؤلاء صلاة هى أحب اليهم من أبنائهم وأموالهم أجمعوا أمركم ثم ميلوا عليهم ميلة واحدة فجاء جبريل فأمره أن يقسم أصحابه نصفين وذكر الحديث قال الترمذى حديث حسن صحيح وفى رواية أبى عياش الزرقى كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بنا الظهر وعلى المشركين يومئذ خالد فساقه وقال فنزلت صلاة الخوف بين الظهر والعصر وصلى بنا العصر ففرقنا فرقتين الحديث رواه أحمد وأبو داود والنسائى ولا خلاف أن غزوة عسفان كانت بعد الخندق وأما الثانى فقد صح أنه عليه السلام صلى صلاة الخوف بذات الرقاع على ما ذكرناه من رواية مسلم عن جابر فلزم أنها بعد الخندق وبعد عسفان ويؤيد هذا أن أبا هريرة وأبا موسى الاشعرى شهدا غزوة ذات الرقاع كما فى الصحيحين عن أبى موسى أنه شهد غزوة ذات الرقاع وأنهم كانوا يلفون على أرجلهم الخرق لما نقبت فسميت غزوة ذات الرقاع وفى مسند أحمد والسنن أن مروان ابن الحكم سأل أبا هريرة هل صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف قال نعم قال متى قال عام غزوة نجد وهذا يدل على أنها بعد غزوة خيبر فان اسلام أبى هريرة رضى الله عنه كان فى غزوة خيبر وهى بعد الخندق فهى بعد ما هو بعد من جعلها قبل الخندق فقد وهم وأما الثالث فلما ذكرناه وتوضيحه أن المدعى أن لا تصلى حالة المقاتلة والمسايفة وهذا مما يدل عليه تأخيره الصلاة يوم الخندق اذ لو جازت فى تلك الحالة لم يؤخر والمشروع بعدها من صلاة الخوف بالصفة الخاصة لم يفد جوازه وان اشتملت الآية على الامر بأخذ الاسلحة فانه لا ينفى وجوب الاستئناف ان وقع محاربة فالقدر المتحقق من فائدة الامر بأخذ الاسلحة اباحة القتال الذى هو ليس من أعمال الصلاة بل هو من المفسدات فأفادت حل فعل هذا المفسد بعد أن كان حراما فيبقى كل ما علم على ما علم مالم ينفه نافٍ والذى كان معلوما حرمة مباشرة المفسد وثبوت الفساد بفعله والقدر الذى يستلزمه الامر بأخذ الاسلحة رفع الحرمة لا غير فيبقى الآخر فتجب الاعادة (قوله واذا اشتد الخوف) بأن لا يدعهم العدو يصلون نازلين بل يهاجمونهم (قوله وعن محمد أنهم يصلون بجماعة) يعنى الركبان (قوله لانعدام الاتحاد فى المكان) لكن محمد يقول قد جوز لهم ما هو أشد من ذلك وهو الذهاب والمجىء والانحراف عن القبلة والجواب بأن ما ثبت شرعا مما لا مدخل للرأى فيها لا يتعدى بها انما ينتهض اذا كان الحاق محمد بالقياس لكنه بالدلالة حيث قال جوز لهم ما هو أشد لكن تمامه موقوف على أن يجوز ما هو أشد شرعا كان لحاجة فضيلة الجماعة وهو مما لا يفتقر الاطلاع عليه على أهلية اجتهاد وهو ممنوع هذا ولو كان على دابة واحدة جاز اقتداء المتأخر منهما بالمتقدم اتفاقا

﴿باب الجنائز﴾

صلاة الجنازة صلاة من وجه لا مطلقة ثم هى متعلقة بعارض هو آخر ما يعرض للحى فى دار التكليف

وقوله (فان اشتد الخوف) بأن لا يدعهم العدو أن يصلوا نازلين بل يهاجمونهم بالمحاربة (صلوا ركبانا الخ) فيه اشارة الى أن اشتداد الخوف شرط جواز الصلاة ركبانا فرادى مومئين لا شرط جواز صلاة الخوف حتى لو ركب فى غير حالة الاشتداد بطلت صلاته لانه عمل كثير لم يرد فيه نص بخلاف المشى والذهاب فانه ورد فيه النص لبقاء النحرية وان كانا عملا كثيرا وعن محمد أنهم يصلون جماعة استحسن ذلك لنيل فضيلة الصلاة بالجماعة وليس بصحيح لان اتحاد المكان شرط صحة الاقتداء ولم يوجد الا أن يكون الرجل مع الامام على دابة واحدة فيصح الاقتداء لانتفاء المانع والخوف من سبع يعاينونه كالخوف من العدو ولان الرخصة لدفع سبب الخوف عنهم ولا فرق فى هذا بين السبع والعدو

﴿باب الجنائز﴾

الجنائز جمع جنازة والجنازة بالكسر السرير وبالفتح الميت وقيل هما لغتان وعن الاصمعى لا يقال بالفتح ولما كان الموت آخر العوارض ذكر صلاة الجنازة آخرا للمناسبة الا أن هذا يقتضى أن يذكر الصلاة فى الكعبة قبلها ولكن أخرها ليكون ختم كتاب الصلاة بما يتبرك بها حالا ومكانا

﴿باب الجنائز﴾

(اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن) اعتبارا بحال الوضع فى القبر لانه أشرف عليه والمختار فى بلادنا الاستلقاء لانه أيسر لخروج الروح والاول هو السنة (ولقن الشهادتين) لقوله صلى الله عليه وسلم لقنوا موتاكم شهادة أن لا اله الا الله والمراد الذى قرب من الموت (فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه) بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

وكل منهما يستقل بمناسبة تأخيرها عن كل الصلوات فكيف وقد اجتمعا ولهذه الصلاة كغيرها صفة وسبب وشرط وركن وسنن وآداب أما صفتها ففرض كفاية وسببها الميت المسلم فانها وجبت قضاء لحقه وركنها سيأتى بيانه وأما شرطها فما هو شرط للصلاة المطلقة وتزيد هذه بأمور سنذكرها وسننها كونه مكفنا بثلاثة أثواب أو بثيابه فى الشهيد وكون هذا من سنن الصلاة تساهل وآدابها كغيرها والجنازة بالفتح الميت وبالكسر السرير والمحتضر من قرب من الموت وصف به لحضور موته أو ملائكة الموت وعلامات الاحتضار أن تسترخى قدماه فلا ينتصبان وينعوج أنفه وتنخسف صدغاه وتمتد جلدة خصيتيه لانشمار الخصيتين بالموت ولا يمتنع حضور الجنب والحائض وقت الاحتضار (قوله لانه أيسر) لم يذكر فيه وجه ولا يعرف الا نقلا والله أعلم بالايسر منهما ولا شك أنه أيسر لتغميضه وشد لحييه وأمنع من تقوس أعضائه ثم اذا ألقى على القفا يرفع رأسه قليلا ليصير وجهه الى القبلة دون السماء (قوله والاول هو السنة) أما توجيهه فلانه عليه السلام لما قدم المدينة سأل عن البراء بن معرور فقالوا توفى وأوصى بثلثه لك وأوصى أن يوجه الى القبلة لما احتضر فقال عليه السلام أصاب الفطرة وقد رددت ثلثه على ولده رواه الحاكم وأما أن السنة كونه على شقه الايمن فقيل يمكن الاستدلال عليه بحديث النوم فى الصحيحين عن البراء بن عازب عنه عليه السلام قال اذا أتيت مضجعك فتوضأ وضوءك للصلاة ثم اضطجع على شقك الايمن وقل اللهم انى أسلمت نفسى اليك الى أن قال فان مت مت على الفطرة وليس فيه ذكر القبلة وما روى الامام أحمد عن أم سلمى قالت اشتكت فاطمة رضى الله عنها شكواها التى قبضت فيها فكنت أمرضها فأصبحت يوما كامثل ما رأيتها وخرج على بعض حاجته فقالت يا أمه أعطنى ثيابى الجدد فأعطيتها فلبستها ثم قالت يا أمه قدمى لى فراشى وسط البيت ففعلت واضطجعت فاستقبلت القبلة وجعلت يدها تحت خدها ثم قالت يا أمه انى مقبوضة الآن وقد تطهرت فلا يكشفنى أحد فقبضت مكانها فضعيف ولذا لم يذكر ابن شاهين فى باب المحتضر من كتاب الجنائز له غير أثر عن ابراهيم النخعى قال يستقبل بالميت القبلة وعن عطاء بن أبى رباح نحوه بزيادة على شقه الايمن ما علمت أحدا تركه من ميت ولانه قريب من الوضع فى القبر ومن اضطجاعه فى مرضه والسنة فيهما ذلك فكذا فيما قرب منهما وحديث لقنوا موتاكم شهادة أن لا اله الا الله أخرجه الجماعة الا البخارى عن الخدرى وروى من حديث أبى هريرة وأخرجه مسلم نحوه سواء (قوله والمراد الذى قرب من الموت) مثل لفظ القتيل فى قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وأما التلقين بعد الموت وهو فى القبر فقيل يفعل لحقيقة ما روينا ونسب الى أهل السنة والجماعة وخلافه الى المعتزلة وقيل لا يؤمر به ولا ينهى عنه ويقول يا فلان يا ابن فلان اذكر دينك الذى كنت عليه فى دار الدنيا شهادة أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ولا شك أن اللفظ لا يجوز اخراجه عن حقيقته الا بدليل فيجب تعيينه وما فى الكافى من أنه ان كان مات مسلما لم يحتج اليه بعد الموت والا لم يفد يمكن جعله الصارف يعنى أن المقصود منه التذكير فى وقت تعرض الشيطان وهذا لا يفيد بعد الموت وقد يختار الشق الاول والاحتياج اليه فى حق التذكير لتثبيت الجنان للسؤال فنفى الفائدة مطلقا ممنوع نعم الفائدة الاصلية منتفية وعندى أن مبنى ارتكاب هذا المجاز هنا عندنا كثر مشايخنا هو أن الميت لا يسمع عندهم

(اذا احتضر الرجل) اى قرب من الموت وقد يقال احتضر اذا مات لان الوفاة حضرته أو ملائكة الموت وقوله (على شقه) أى جنبه (الايمن اعتبارا بحال الوضع فى القبر) فانه يوضع فيه كذلك بالاتفاق (لانه أشرف عليه) أى على الوضع فى القبر والشئ اذا قرب من الشئ يأخذ حكمه وقوله (ولقن الشهادة) تلقينها أن يقال عنده وهو يسمع ولا يقال له قل لان الحال صعب عليه فربما يمتنع عن ذلك والعياذ بالله وقوله (والمراد الذى قرب من الموت) دفع لوهم من يتوهم أن المراد به قراءة التلقين على القبر كما ذهب اليه بعض فيكون من باب قوله انك ميت ومن قتل قتيلا فله سلبه وقوله (ثم فيه تحسينه) لانه اذا ترك مفتوح العين يصير كريه المنظر ويقبح فى أعين الناس

﴿باب الجنائز﴾ أى باب صلاة الجنائز وذكر غيرها استطرادا (قوله وقوله ثم فيه تحسينه الخ) أقول فيكون المراد بالتحسين ازالة قبح المنظر

على ماصرحوابه فى كتاب الايمان فى باب اليمين بالضرب لوحلف لايكلمه فكلمه ميتا لايحنث لانها تنعقد على مايحيث يفهم والميت ليس كذلك لعدم السماع وأورد قوله صلى الله عليه وسلم فى أهل القليب ما أنتم بأسمع لما أقول منهم وأجابوا تارة بأنه مردود من عائشة رضى الله عنها قالت كيف يقول صلى الله عليه وسلم ذلك والله تعالى يقول وما أنت بمسمع من فى القبور انك لاتسمع الموتى وتارة بأن تلك خصوصية له صلى الله عليه وسلم معجزة وزيادة حسرة على الكافرين وتارة بأنه من ضرب المثل كما قال على رضى الله عنه ويشكل عليهم مافى مسلم ان الميت ليسمع قرع نعالهم اذا انصرفوا اللهم الا أن يخصوا ذلك بأول الوضع فى القبر مقدمة للسؤال جمعا بينه وبين الآيتين فانهما يفيدان تحقيق عدم سماعهم فانه تعالى شبه الكفار بالموتى لافادة تعذر سماعهم وهو فرع عدم سماع الموتى الا أنه على هذا ينبغى التلقين بعد الموت لانه يكون حين ارجاع الروح فيكون حينئذ لفظ موتاكم فى حقيقته وهو قول طائفة من المشايخ أو هو مجاز باعتبار ماكان نظرا الى أنه الآن حى اذ ليس معنى الحى الا من فى بدنه الروح وعلى كل حال يحتاج الى دليل آخر فى التلقين حالة الاحتضار اذ لا يراد الحقيقى والمجازى معا ولا مجازيان وليس يظهر معنى يعم الحقيقى والمجازى يعتبر مستعملا فيه ليكون من عموم المجاز للتضاد وشرط اعماله فيهما أن لا يتضادا ثم ينبغى فى التلقين فى الاحتضار أن يقال بحضرته وهو يسمع ولا يقال له قل قالوا واذا ظهر منه كلمات توجب الكفر لا يحكم بكفره ويعامل معاملة موتى المسلمين حملا على انه فى حال زوال عقله ولذا اختار بعض المشايخ أن يذهب عقله قبل موته لهذا الخوف وبعضهم اختار واقيامه حال الموت والعبد الضعيف مؤلف هذه الكلمات فوض أمره الى الرب الغنى الكريم متوكلا عليه طالبا منه جلت عظمته أن يرحم عظيم فاقتى بالموت على الايمان والايقان ومن يتوكل على الله فهو حسبه ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم ثم يقول مغمضه بسم الله وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم يسر عليه أمره وسهل عليه مابعده وأسعده بلقائك واجعل ماخرج اليه خيرا مما خرج عنه

﴿ فصل فى الغسل ﴾ غسل الميت فرض بالاجماع اذا لم يكن الميت خنثى مشكلا فانه مختلف فيه قيل يمم وقيل يغسل فى ثيابه والاول أولى وسند الاجماع من السنة قيل ونوع من المعنى أما السنة فما روى الحاكم فى المستدرك من طريق ابن اسحق عن محمد بن ذكوان عن الحسن عن أبى بن كعب رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كان آدم رجلا أشعر طوالا كأنه نخلة سحوق فلما حضره الموت نزلت الملائكة بحنوطه وكفنه من الجنة فلما مات عليه السلام غسلوه بالماء والسدر ثلاثا وجعلوا فى الثالثة كافورا وكفنوه فى وتر من الثياب وحفروا له لحدا وصلوا عليه وقالوا هذه سنة ولد آدم من بعده وسكت عنه ثم أخرجه عن الحسن عن عتى بن ضمرة السعدى عن أبى بن كعب مرفوعا نحوه وفيه قالوا يا بنى آدم هذه سنتكم من بعده فكذا كم فافعلوا وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لان عتى بن ضمرة ليس له راو غير الحسن وحديث ابن عباس فى الذى وقصته راحلته فى الصحيحين وفيه اغسلوه بماء وسدر الحديث وحديث أم عطية أنه عليه السلام قال لهن فى ابنته اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو سبعا رواه الجماعة وقد غسل سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر بعده والناس بتوارثونه ولم يعرف تركه الا فى الشهيد ومافى الكافى عنه عليه السلام للمسلم على المسلم ثمانية حقوق وذكر منها غسل الميت الله أعلم به والذى فى الصحيحين عنه عليه السلام حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وعيادة المريض واتباع الجنازة واجابة الدعوة وتشميت العاطس وفى لفظ لهما خمس تجب للمسلم على أخيه وفى لفظ لمسلم حق المسلم على المسلم ست فزاد واذا استنصحك فانصح له ثم عقل أهل الاجماع أن ايجابه لقضاء حقه فكان على الكفاية لضرورة حقه مقضيا بفعل البعض وأما المعنى فلانه كامام القوم حتى لاتصح هذه الصلاة بدونه وطهارة الامام شرط فكذا طهارته فهو فرع ثبوت وجوب غسله سمعا فليس هو معنى مستقلا بالنظر الى نفسه فى

﴿ فصل ﴾ ذكر أحوال الميت فى فصول وقدم الغسل لانه أول مايصنع به وهو واجب على الاحياء بالاجماع واختلفوا فى سبب وجوب الغسل فقيل انما وجب لحدث يحل باسترخاء المفاصل لانجاسة تحل به فان الآدمى لاينجس بالموت كرامة اذ لو تنجس لما طهر بالغسل كسائر الحيوانات وكان الواجب الاقتصار فى الغسل على أعضاء الوضوء كما فى حال الحياة لكن ذلك انما كان نفيا للحرج فيما يتكرر كل يوم والحدث بسبب الموت لايتكرر فكان كالجنابة لايكتفى فيها بغسل الاعضاء الاربعة بل يبقى على الاصل وهو وجوب غسل جميع البدن لعدم الحرج فكذا هذا وقال العراقيون وجب غسله لنجاسة الموت لا بسبب الحدث لان للآدمى دما سائلا كالحيوانات الباقية فيتنجس بالموت قياسا على غيره منها ألا ترى انه اذا مات فى البئر نجسها ولو حمله المصلى لم تجز صلاته ولو لم يكن نجسا لجازت كما لو حمل محدثا ويجوز أن تزول نجاسته بالغسل كرامة

قوله (واذا أرادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه) أى عن الميت قوله لينصب علة الوضع على السرير فانه لو وضع على الارض تلطخ بالطين ولم يبين كيفية وضع النعش الى القبلة طولا أو عرضا ولا كيفية وضع الميت على النعش أما الاول فمن أصحابنا من اختار الوضع طولا كما كان يفعل فى مرضه اذا أراد الصلاة بالايماء ومنهم من اختاره عرضا كما يوضع فى القبر قال شمس الائمة السرخسى والاصح أنه يوضع كيف اتفق فانه يختلف باختلاف الاماكن والمواضع وأما الثانى فليس فيه رواية

﴿فصل فى الغسل﴾ (واذا أرادوا غسله وضعوه على سرير) لينصب الماء عنه (وجعلوا على عورته خرقة) اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا (ونزعوا ثيابه) ليمكنهم التنظيف

افادة وجوب الغسل هذا واختلف فى سبب وجوبه قيل ليس لنجاسة تحل بالموت بل للحدث لان الموت سبب للاسترخاء وزوال العقل وهو القياس فى الحى وانما اقتصر على الاعضاء الاربعة فيه للحرج لكثرة تكرر سبب الحدث منه فلما لم يلزم سبب الحرج فى الميت عاد الاصل ولان نجاسة الحدث تزول بالغسل لانجاسة الموت لقيام موجبها بعده وقيل وهو الاقيس سببه نجاسة الموت لان الآدمى حيوان دموى فينجس بالموت كسائر الحيوان ولذا لو حمل ميتا قبل غسله لا تصح صلاته ولو كان للحدث لصحت كحمل المحدث غايته ما فى الباب أن الآدمى المسلم خص باعتبار نجاسته الموتية زائلة بالغسل تكريما بخلاف الكافر فانه لا يطهر بالغسل ولا تصح صلاة حامله بعده وقولكم نجاسة الموت لا تزول لقيام موجبها مشترك الالزام فان سبب الحدث أيضا قائم بعد الغسل وقد روى فى حديث أبى هريرة سبحان الله ان المؤمن لا ينجس حيا ولا ميتا فان صحت وجب ترجيح أنه للحدث وهل يغسل الكافر ان كان له ولى مسلم وهو كل ذى رحم محرم غسله من غير مراعاة سنة الغسل بل كغسل الثوب النجس وان لم يكن لا يغسل وهل يشترط للغسل النية الظاهر أنه يشترط لاسقاط وجوبه عن المكلف لا لتحصيل طهارته هو وشرط صحة الصلاة عليه عن أبى يوسف فى الميت اذا أصابه المطر أو جرى عليه الماء لا ينوب عن الغسل لانا أمرنا بالغسل انتهى ولانا لم نقض حقه بعد وقالوا فى الغريق يغسل ثلاثا فى قول أبى يوسف وعن محمد فى رواية ان نوى الغسل عند الاخراج من الماء يغسل مرتين وان لم ينو فثلاثا جعل حركة الاخراج بالنية غسلة وعنه يغسل مرة واحدة كان هذه ذكر فيها القدر الواجب (قوله وضعوه على سرير) قيل طولا الى القبلة وقيل عرضا قال السرخسى الاصح كيف تيسر (قوله ووضعوا على عورته خرقة) لان العورة لا يسقط حكمها بالموت قال عليه الصلاة والسلام لعلى لا تنظر الى فخذ حى ولا ميت ولذا لا يجوز تغسيل الرجل المرأة وبالعكس وكذا يجب على الغاسل فى استنجاء الميت على قول أبى حنيفة ومحمد أن يلف على يده خرقة ليغسل سوءته وكذا على الرجال اذا ماتت امرأة ولا امرأة تغسلها أن يممها رجل ويلف على يده خرقة لذلك ولا يستنجى الميت عند أبى يوسف (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية النوادر أنه يستر من سرته الى ركبته وصححها فى النهاية لحديث على المذكور آنفا (قوله ونزعوا عنه ثيابه) وعند الشافعى السنة أن يغسل فى قميص واسع الكمين أو يشرط كما له لانه عليه السلام غسل فى قميصه قلنا ذا خصوصية له عليه السلام بدليل ما روى أنهم قالوا نجرده كما نجرد موتانا أم نغسله فى ثيابه فسمعوا هاتفا يقول لا تجردوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى رواية اغسلوه فى قميصه الذى مات فيه فهذا يدل على أن عادتهم المستمرة فى زمنه صلى الله عليه وسلم التجريد ولانه يتنجس بما يخرج منه ويتنجس الميت به ويشيع صب الماء عليه بخلاف النبى صلى الله عليه وسلم لانه لم يخرج منه الا طيب فقال على رضى الله عنه طبت حيا

الا أن العرف فيه أن يوضع مستلقيا على قفاه (وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر) فان الآدمى محترم حيا وميتا فتستر عورته كذلك (ويكتفى بستر العورة الغليظة) بأن تستر السوءة ويترك فخذاه مكشوفتين فى ظاهر الرواية تيسيرا لانه ربما يشق عليهم غسل ما تحت الازار وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها يوضع على عورته خرقة من السرة الى الركبة (ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف) وهذا لان المقصود من الغسل هو التطهير والتطهير لا يحصل اذا غسل مع ثيابه لان الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس به بدنه ثانيا بنجاسة الثوب فلا يفيد الغسل فيجب التجريد وفيه نفى لقول الشافعى ان السنة أن يغسل فى قميص واسع الكمين حتى يدخل الغاسل يده فى الكمين ويغسل بدنه وان كان ضيقا خرق الكمين لان النبى صلى الله عليه وسلم لما توفى غسل فى قميصه الذى توفى فيه وما كان سنة فى حق النبى صلى الله عليه وسلم كان سنة فى حق أمته ما لم يقم دليل التخصيص وقلنا قد قام دليل التخصيص روت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم لما توفى اجتمعت الصحابة لغسله فقالوا لا ندرى كيف نغسله نغسله كما نغسل موتانا أو نغسله وعليه ثيابه فأرسل الله تعالى عليهم النوم فما منهم أحد الا نام وذقنه على صدره أذنا دا هم مناد أن غسلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه ثيابه فقد أجمعت الصحابة أن السنة فى سائر الموتى التجريد وقد خص عليه السلام بخلاف ذلك بالنص لعظم حرمته

(ووضؤه من غير مضمضة واستنشاق) أما الوضوء فلانه سنة الاغتسال وأما تركهما فلان اخراج الماء منه متعذر فيكونان كما لا مضمضة ولو كبوه على وجهه لربما خرج من جوفه ماهو شر منه وقال الشافعي رحمه الله يمضمض ويستنشق اعتبارا بحال الحياة وأجيب بأنه اعتبار فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت يوضأ وضوءه للصلاة ولا يمضمض ولا يستنشق ولم يذكر محمد في الكتاب أنه يستنجي أولا وذكر في صلاة الاثر أن على قول أبي حنيفة ومحمد يستنجي وعلى قول أبي يوسف لا يستنجي لان المسكة تزول بالموت والمفاصل تسترخي فربما يزداد الاسترخاء بالاستنجاء فتخرج نجاسة من باطنه فلا يفيد الاستنجاء فائدته ولهما أن موضع استنجاء الميت قلما يخلو عن نجاسة حقيقة فيجب ازالتها كما لو كانت في موضع آخر من البدن ثم الاقتصار على المضمضة والاستنشاق في الاستثناء يدل على أن بقية الافعال من تقديم غسل اليدين الى الرسغ والمسح على الرأس كما كانت في حياته هو الصحيح

(ووضؤه من غير مضمضة واستنشاق) لان الوضوء سنة الاغتسال غير أن اخراج الماء منه متعذر فيتركان (ثم يفيضون الماء عليه) اعتبارا بحال الحياة (ويجمر سريره وترا) لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر (ويغلى الماء بالسدر أو بالحرض) مبالغة في التنظيف (فان لم يكن فالماء القراح) لحصول أصل المقصود (ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي) ليكون أنظف له

حيا وميتا (قوله من غير مضمضة واستنشاق) واستحب بعض العلماء أن يلف الغاسل على اصبعه خرقة يمسح بها أسنانه ولهاته وشفتيه ومنخريه وعليه عمل الناس اليوم وهل يمسح رأسه في رواية صلاة الاثر لا والمختار أن يمسح ولا يؤخر غسل رجليه عن الغسل ولا يقدم غسل يديه بل يبدأ بوجهه بخلاف الجنب لانه يتطهر بهما والميت يغسل بيد غيره قال الحلواني ماذكر من الوضوء في حق البالغ والصبي الذي يعقل الصلاة فأما الذي لا يعقلها فيغسل ولا يوضأ لانه لم يكن بحيث يصلي (قوله ثم يفيض الماء عليه ثلاثا اعتبارا بحالة الحياة) فانه اذا أراد الغسل المسنون في حالة الحياة توضأ ثم أفاض الماء عليه ثلاثا وسنذكر كيفية ذلك (قوله ويجمر سريره وترا) أي يبخر وهو أن يدور من بيده المجمرة حول سريره ثلاثا أو خمسا أو سبعا وانما يوتر لان الله تعالى وتر يحب الوتر كما في الصحيحين عنه عليه السلام ان لله تسعة وتسعين اسما مائة الا واحدا من أحصاها دخل الجنة انه وتر يحب الوتر وأخرج الحاكم وصححه وابن حبان في صحيحه عن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أجمرتم الميت فأوتروا وجميع ما يجمر فيه الميت ثلاث عند خروج روحه لازالة الرائحة الكريهة وعند غسله وعند تكفينه ولا يجمر خلفه ولا في القبر لما روي لا تتبعوا الجنازة بصوت ولا نار (قوله ويغلى الماء بالسدر الخ) وعند الشافعي لا يغلى وحديث غسل آدم وقول الملائكة كذلك فافعلوا ثم تقريره في شريعتنا بثبوت التصريح ببقاء ذلك وهو قوله عليه السلام في الذي وقصته راحلته اغسلوه بماء وسدر وفي ابنته اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو سبعا يفيد أن المطلوب المبالغة في التنظيف لا أصل التطهير والا فالماء كاف فيه ولا شك أن تسخينه كذلك مما يزيد في تحقيق المطلوب فكان مطلوبا شرعا وحقيقة هذا الوجه الحاق التسخين بخلطه بالسدر في حكم هو الاستحباب بجامع المبالغة في التنظيف ومايخال مانعا وهو كون سخونته توجب انحلال ما في الباطن فيكثر الخارج هو عند ناداع لا مانع لان المقصود يتم اذ يحصل باستفراغ ما في الباطن تمام النظافة والامان من تلويث الكفن عند حركة الحاملين والحرض أشنان غير مطحون والماء القراح الخالص وانما يغسل

(٥٧ — فتح القدير اول) وزيادة الاسترخاء قد تعين على المقصود وهو التنظيف لانه يخرج جميع ما هو معد للخروج فلا يتنجس الكفن بعد الفراغ من الغسل (فان لم يكن) أي فان لم يوجد الماء المغلى بالسدر أو بالحرض وهو الاشنان (يغسل بالماء القراح) أي الخالص وأما اذا وجد ذلك فالترتيب ماذكر في مبسوط شيخ الاسلام والمحيط وهو المروي عن ابن مسعود أنه يبدأ أولا بالماء القراح حتى يبتل ما على البدن من الدرن والنجاسة ثم بماء السدر أو الحرض ليزول ما على البدن من ذلك لانه أبلغ في التنظيف ثم بماء الكافور ان وجد تطييبا لبدن الميت كذا فعلت الملائكة بآدم عليه السلام حين غسلوه (ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون أنظف له) لانه مثل الصابون في التنظيف

وفي صلاة الاثر لا يبدأ بغسل اليدين بل يغسل الوجه ولا يمسح على الرأس وقوله (ثم يفيضون الماء عليه) يعني ثلاثا وان زادوا على ذلك جاز كما في حال الحياة وقوله (ويجمر سريره) أي يبخر يعني يدار المجمر وهو الذي يوقد فيه العود حوالي السرير ثلاثا أو خمسا أو سبعا أما التجمير فلان فيه تعظيم الميت وأما الايتار فلقوله صلى الله عليه وسلم ان الله وتر يحب الوتر قوله (ويغلى الماء) من الاغلاء لا من الغلي لان الغلي والغليان لازم قال الشافعي الغسل بالماء البارد أفضل حذرا عن زيادة الاسترخاء الموجب لخروج النجاسة الموجبة لتنجس الكفن وقلنا غسل الميت شرع للتنظيف والماء الحار أبلغ في التنظيف فيكون أفضل

﴿فصل﴾ واذا أرادوا غسله قال المصنف (غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان) أقول لانه لا بد في المضمضة والاستنشاق من الاخراج والا يكون سقيا لا مضمضة ولا استنشاقا

وقوله (ثم يضجع على شقه الايسر) ظاهر وقوله (لان السنة هي البداءة بالميامن) روى عن أم عطية رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للنساء في غسل ابنته ابدأن بميامنها (ثم بمجلسه و يسنده اليه و يمسح بطنه مسحا رفيقا) يعني بلا عنف حتى ان بقي عند الخروج شئ يسيل تحرزا من تلويث الكفن والاصل فيه ما روى أن عليا رضي الله عنه لما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح بطنه بيده رفيقا فطلب منه ما يطلب من الميت فلم ير شيأ فقال طبت حيا وميتا (فان خرج منه شئ غسله) قيل بعد أن يمسحه لان الغسل قبل المسح ربما يعديها عن ذلك الموضع (ولا يعيد غسله) روى بضم الغين وفتحها (ولا وضوءه لان الغسل قد عرفناه بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر منها الغسل بعد الموت وقد حصل مرة وسقط الواجب فلا يعيده وأما الوضوء فلان الخارج ان كان حدثا فالموت أيضا حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث والمذكور في الكتاب من مسح البطن بعد المرة الثانية من الغسل ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة في غير رواية الاصول انه قال يقعده أولا و يمسح بطنه ثم يغسله لان المسح قبل الغسل أولى حتى يخرج ما في بطنه من النجاسة فيقع الغسل ثلاثا بعد خروج النجاسة وجه الظاهر أن النجاسة قد تكون منعقدة لا تخرج الا بعد الغسل مرتين بماء حار فكان المسح بعد المرتين أقدر على اخراج ما به من النجاسة فيكون أولى واعلم أن التثليث في غسله سنة لحديث أم عطية اغسلنها ثلاثا أو خمسا وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي يغسل أولا وهو على جنبه الايسر ثم يغسل وهو على جنبه الايمن ثم يغسل وهو على جنبه الايسر ليحصل الغسل ثلاثا وقال بعض الشارحين ترك المصنف ذكر الثالث وقال بعضهم الثالث هو قوله ثم يفيضون الماء عليه وردبأنه قال بعد ذلك و يغسل رأسه ولحيته بالخطمي وغسل الرأس بعد الوضوء قبل الغسل بالاجماع فكيف يكون ذلك ثلاثا وانما ذلك ذكر الغسل اجمالا المفعول ومابعده تفصيله وقال بعضهم يجوز أن يكون المذكور في الكتاب من الغسل مرتين مختارا للمصنف والتثليث في الصب سنة عند كل انضجاع وهذا أنسب قيل النية لابد منها في غسل الميت حتى لو أخرج الغريق وجب غسله الا اذا حرك عند الاخراج بنية الغسل لان الخطاب بالغسل توجه على بني آدم ولم يوجد منهم شئ عند عدم التحريك وفيه نظر لان الماء مزيل بطبعه فكما لا تجب النية في غسل الحي فكذا لا تجب في غسل الميت ولهذا قال في فتاوى قاضيخان ميت غسله أهله من غير نية الغسل أجزأهم ذلك

(ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى أن الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى أن الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه) لان السنة هو البداءة بالميامن (ثم يجلسه و يسنده اليه و يمسح بطنه مسحا رفيقا) تحرزا عن تلويث الكفن (فان خرج منه شئ غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه) لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة

رأسه بالخطمي أي خطمي العراق اذا كان فيه شعر (قوله ثم يضجع على شقه الايسر) شروع في بيان كيفية الغسل وحاصله أن البداءة بالميامن سنة في البخاري من حديث أم عطية قالت لما غسلنا ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها وهو دليل تقديم وضوء الميت فاذا فرغ من وضوئه غسل رأسه ولحيته بالخطمي من غير تسريح ثم يضجعه على شقه الايسر لتكون البداءة في الغسل بشقه الايمن فيغسل بالماء القراح حتى ينقيه و يرى أن الماء قد خلص الى ما يلي التخت منه وهو الجانب الايسر وهذه غسلة ثم يضجعه على جانبه الايمن فيغسل بالماء المغلي فيه سدر أو حرض ان كان حتى ينقيه و يرى أن الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه وهو الجانب الايمن وهذه ثانية ثم تقعده وتسنده اليك وتمسح بطنه مسحا رفيقا فان خرج منه شئ غسلت ذلك المحل المصاب ثم تضجعه على الايسر فتصب غاسلا بالماء الذي فيه الكافور وقد تمت الثلاث ولم يفصل المصنف في مياه الغسلات بين القراح وغيره وذكره شيخ الاسلام وغيره كذلك وهو ظاهر من كلام الحاكم وانما يبدأ بالقراح أولا ليتقل ما عليه من الدرن بالماء أولا فيتم قلعه بالماء والسدر ثم يحصل تطييب البدن بعد النظافة بماء الكافور والاولى أن يغسل الاوليان بالسدر كما هو ظاهر الكتاب هنا وأخرج أبو داود عن محمد بن سيرين أنه كان يأخذ الغسل عن أم عطية يغسل بالسدر مرتين والثالث بالماء والكافور وسنده صحيح ثم ينشف ثم يقص ثم يبسط الكفن على ما ذكر ثم يوضع عليه فاذا وضع مقمصا عليه وضع حينئذ الحنوط في رأسه ولحيته وسائر جسده والكافور على مساجده أو ما تيسر من الطيب الا ما سنذكر (قوله لان الغسل) أي

(قوله وأما الوضوء فلان الخارج ان كان حدثا فالموت أيضا حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث) أقول لو لم يوجب لم يوضأ غايته أن يكون مثل المعذور لا يوضأ مرة أخرى لهذا الحدث القائم وأما عدم النوضية لحدث آخر فلا يدل ما ذكره عليه فان المعذور اذا أحدث بحدث آخر يجب عليه الوضوء (قوله وقال بعض الشارحين ترك المصنف الخ) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وردبأنه قال بعد ذلك و يغسل رأسه ولحيته بالخطمي وغسل الرأس بعد الوضوء قبل الغسل بالاجماع فكيف يكون ثلاثا الخ) أقول لا دلالة للواو على الترتيب

وقوله (ثم ينشفه) ظاهر والحنوط عطر مركب من أشياء طيبة والمراد بالمساجد الجبهة والانف واليدان والركبتان والقدمان لانه كان يسجد بهذه الاعضاء فخص بزيادة الكرامة (قوله ولا يسرح شعر الميت) تسريح الشعر تخليص بعضه عن بعض وقيل تخليله بالمشط وقيل مشطه وقوله (ولا يقص ظفره) روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان الظفر اذا كان منكسرا فلا بأس بأخذه وقوله (علام) أصله على ما دخل حرف الجر على ما الاستفهامية فأسقط ألفها كما في قوله تعالى عم يتساءلون ويقال نصوت الرجل نصوا أخذت ناصيته ومددتها روى أن عائشة رضي الله عنها سئلت عن تسريح شعر الميت فقالت علام تنصون ميتكم كأنها كرهت تسريح رأس الميت فجعلته بمنزلة الاخذ بالناصية في كونه غير محتاج اليه قال وفي النهاية قوله في الحي كان تنظيفا جواب اشكال أي لا يشكل علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لانه محتاج الى الزينة فلا يعتبر في حقه زوال الجزء بخلاف الميت فانه لا يسن فيه ازالة الجزء كما في الختان حيث يفرق بين الحي والميت فيه بأن يختن الحي ولا يختن الميت بالاتفاق فكذا في كل زينة تتضمن ابانة الجزء يجب أن يفرق بينهما ولم أجد له ربطا بكلام المصنف أصلا ولكني أقول قوله (ولان هذه الاشياء للزينة) أي لزينة الميت (وقد استغنى الميت عنها) أي عن الزينة فاستغنى عن هذه الاشياء فان قيل لا نسلم أن هذه الاشياء لزينة الميت فانها تفعل بالحي أيضا أجاب بقوله (وفي الحي كان تنظيفا) يعني ما كانت تعمل بالحي من حيث انها زينة بل من حيث انها تنظيف (٤٥١) (لاجتماع الوسخ تحته) وذكر الضمير في تحته بتأويل المذكور بقي أن يقال هب أنه كان في الحي تنظيفا لكن الميت أيضا محتاج الى التنظيف ولهذا قال ويغلى الماء بالسدر أو بالحرض مبالغة في التنظيف ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون أنظف فليعمل به من حيث التنظيف ويمكن أن يقال انه تنظيف بابانة جزء وذلك في الميت غير مسنون كما في الختان هذا ما سنح لي في حل هذا المقام

(ثم ينشفه بثوب كي لا تبتل أكفانه (ويجعله) أي الميت (في أكفانه ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته والكافور على مساجده) لان التطيب سنة والمساجد أولى بزيادة الكرامة (ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره) لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان

المفعول على وجه السنة عرف وجوبه بالنص مرة واحدة مع قيام سبب النجاسة والحدث وهو الموت مرة واحدة أعم من كونه قبل خروج شيء أو بعده فلا يعاد الوضوء ولا الغسل لان الحاصل بعد اعادته هو الذي كان قبله والحنوط عطر مركب من أشياء طيبة ومساجده مواضع سجوده جمع مسجد بالفتح لا غير كذا في المغرب وهي الجبهة واليدان والركبتان والرجلان ولا بأس بسائر الطيب الا الزعفران والورس في حق الرجل لا المرأة وأخرج الحاكم عن أبي وائل قال كان عند علي رضي الله عنه مسك فأوصى أن يحنط به وقال هو فضل حنوط رسول الله صلى الله عليه وسلم ورواه ابن أبي شيبة والبيهقي وقال النووي اسناده حسن (قوله لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم) تنصون بوزن تبكون قال أبو عبيد هو مأخوذ من نصوت الرجل اذا مددت ناصيته فأرادت عائشة أن الميت لا يحتاج الى تسريح الرأس وعبرت بالاخذ بالناصية تنفيرا عنه وبنت عليه الاستعارة التبعية في الفعل والاثر رواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن حماد عن ابراهيم عن عائشة أنها رأت امرأة يكدون رأسها بمشط فقالت علام تنصون ميتكم ورواه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم به ورواه ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث

قال المصنف (ثم ينشفه بثوب) أقول أي ينشف ماءه قال في المغرب نشف الماء أخذه من أرض أو غدير بخرقة أو غيرها من باب ضرب قال المصنف (والمساجد أولى) أقول جمع مسجد بفتح الجيم وهو موضع السجود قال المصنف (لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم) أقول تنصون بوزن تبكون قال أبو عبيد هو مأخوذ من نصوت الرجل اذا مددت ناصيته (قوله قال في النهاية قوله وفي الحي كان تنظيفا جواب اشكال أي لا يشكل علينا الحي الخ) أقول لا بد من التأمل كيف يتمشى الاشكال بالحي ولعل ذلك هو الذي أشار اليه الشارح بقوله ولم أجد له ربطا وكذلك قوله ولا يعتبر في حقه زوال الجزء الخ لا ربط له بكلام المصنف على تقريره فتأمل (قوله فكذا في كل زينة تتضمن ابانة الجزء يجب أن يفرق بينهما) أقول يشعر هذا ان كل زينة لا تتضمنها لا يفرق بينهما وهو مخالف لقول المصنف وقد استغنى الميت عنها (قوله ولم أجد له ربطا بكلام المصنف أصلا ولكني أقول قوله ولان هذه الاشياء للزينة أي لزينة الميت وقد استغنى الميت عنها أي عن الزينة فاستغنى عن هذه الاشياء فان قيل لا نسلم ان هذه الاشياء لزينة الميت فانها تفعل بالحي أيضا الخ) أقول الظاهر ان مراد المعلل حينئذ أن هذه الاشياء اذا فعلت بالميت تكون لزينته لا مطلقا فانه لا يخطر ببال عاقل وحينئذ لا يرتبط السند بالمنع ولا يتأيد به ثم للسائل أن يمنع أنها ما كانت تعمل بالحي من حيث انها زينة بل الظاهر أنها تعمل لها ثم كون هذه الاشياء في الحي لزينة الحي لا يمانع كونها في الميت لزينته حتى يبذل السعي في دفعه فليتأمل (قوله يعني ما كانت تعمل بالحي) أقول لفظة ما في قوله ما كانت نافية (قوله ويمكن أن يقال انه تنظيف بابانة جزء وذلك في الميت غير مسنون كما في الختان) أقول فليعلل بذلك من أول الامر وليسترح

﴿فصل فى تكفينه﴾

حدثنا هشيم أخبرنا المغيرة عن ابراهيم عن عائشة أنها سئلت عن الميت يسرح رأسه فقالته ﴿فروع﴾ لا يغسل الزوج امرأته ولا أم الولد سيدها خلافا للشافعى فى الاول ولزفر فى الثانى لانهما صارتا أجنبيتين وعدة أم الولد للاستبراء لا انها من حقوق الوصلة الشرعية بخلاف عدة الزوجة فلذا تغسل هى زوجها وان كانت محرمة أو صائمة أو مظاهرا منها الا أن تكون معتدة عن نكاح فاسد بأن تزوجت المنكوحة ففرق بينهما وردت الى الاول فمات وهى فى عدة النكاح الفاسد ولو انقضت بعيد موته غسلته والا ان كانت أختان أقامت كل منهما البينة أنه تزوجها ودخل بها ولا يدرى الاولى منهما أو كان قال لنسائه احداكن طالق ومات قبل البيان فلا تغسله واحدة منهن ولو بانت قبل موته بسبب من الاسباب بردتها أو تمكينها ابنه أو طلاقه لا تغسله وان كانت فى العدة ولو ارتدت بعد موته فأسلمت قبل غسله لا تغسله خلافا لزفر فى هذا هو يقول الردة بعد الموت لا ترفع النكاح لارتفاعه بالموت وقد زال المانع بالاسلام فى العدة بخلافها قبله والعدة الواجبة عليها بطريق الاستبراء حتى تقدر بالاقراء قلنا النكاح قائم لقيام أثره فارتفع بالردة وكذا لو كانا مجوسيين فأسلم ولم تسلم هى حتى مات لا تغسله فان أسلمت غسلته خلافا لابى يوسف هكذا ذكر فى المبسوط وذكر أيضا مثله فيمن وطئ أخت زوجته بشبهة حتى حرمت عليه زوجته الى أن تنقضى عدة الموطوءة فمات فانقضت لا تغسله زوجته وذكر فى المنظومة والشرح فى هذه ومسئلة المجوسية أنه يحل لها غسله عندنا خلافا لزفر فالمعتبر فى حله عندنا حالة الغسل وعنده حالة الموت وكذا لو أن نفس الزوجة وطئت بشبهة فاعتدت فمات زوجها فانقضت عدتها بأثره واذا لم يكن للرجل زوجة ولا رجل يغسله لا تغسله بنته ولا أحد من ذوات محارمه بل تيممه احداهن أو أمته أو أمة غيره بغير ثوب ولا تيممه من تعتق بموته الا بثوب والصغير والصغيرة اذا لم يبلغا حد الشهوة يغسلهما الرجال والنساء وقدره فى الاصل بأن يكون قبل أن تكلم والخصى والمجبوب كالفحل واذا ماتت المرأة ولا امرأة فان كان محرم من الرجال يممها باليد والاجنبى بالخرقة ويغض بصره عن ذراعيها لا فرق بين الشابة والعجوز والزوج فى امرأته أجنبى الا فى غض البصر ولو لم يوجد ماء فيمموا الميت وصلوا عليه ثم وجدوه غسلوه وصلوا عليه ثانيا عند أبى يوسف وعنه يغسل ولا تعاد الصلاة عليه ولو كفنوه وقد بقى منه عضو لم يغسل يغسل ذلك العضو ولو بقى نحو الاصبع لا يغسل ولو دفن بلا غسل وأهالوا عليه التراب يصلى على قبره ولا ينبش هكذا عن محمد فرق بين الصلاة عليه بلا غسل قبل الدفن وبعده واذا وجد أطراف ميت أو بعض بدنه لم يغسل ولم يصل عليه بل يدفن الا ان وجد أكثر من النصف من بدنه فيغسل ويصلى عليه أو وجد النصف ومعه الرأس فحينئذ يصلى ولو كان مشقوقا نصفين طولا فوجد أحد الشقين لم يغسل ولم يصل عليه واذا وجد ميت لا يدرى أمسلم هو أم كافر فان كان فى قرية من قرى أهل الاسلام وعليه سيماهم غسل وصلى عليه وان كان فى قرية من قرى أهل الكفر وعليه سيماهم لم يصل عليه وليس فى الغسل استعمال القطن فى الروايات الظاهرة وعن أبى حنيفة أنه يجعل القطن المحلوج فى منخريه وفمه وقال بعضهم فى صماخيه أيضا وقال بعضهم فى دبره أيضا قال فى الظهيرية واستقبحه عامة العلماء ولا يجوز الاستئجار على غسل الميت ويجوز على الحمل والدفن وأجازه بعضهم فى الغسل أيضا ويكره للغاسل أن يغسل وهو جنب أو حائض ويندب الغسل من غسل الميت

﴿فصل فى التكفين﴾ هو فرض على الكفاية ولذا قدم على الدين فان كان الميت موسرا وجب فى ماله وان لم يترك شيأ فالكفن على من تجب عليه نفقته الا الزوج فى قول محمد وعند أبى يوسف يجب على الزوج ولو تركت مالا وعليه الفتوى كذا فى غير موضع واذا تعدد من وجبت النفقة عليه على ما يعرف

﴿فصل فى التكفين﴾ رتب هذه الفصول على حسب ترتيب ما فيها من فى الافعال تكفين الميت لفه بالكفن وهو واجب يدل عليه تقديمه على الدين والارث والوصية ولذلك قالوا من لم يكن له مال فكفنه على من عليه نفقته كما تلزمه كسوته فى حال حياته

السنة أن يكفن الرجل فى ثلاثة أثواب ازار وقميص ولفافة) لما روى انه عليه السلام كفن فى ثلاثة أثواب بيض سحولية ولانه أكثر ما يلبسه عادة فى حياته فكذا بعد مماته

فى النفقات فالكفن عليهم على قدر ميراثهم كما كانت النفقة واجبة عليهم ولو كان معتق شخص ولم يترك شيأ وترك خالة موسرة يؤمر معتقه بتكفينه وقال محمد على خالته وان لم يكن له من تجب عليه نفقته فكفنه فى بيت المال فان لم يعط ظلما أو عجز افعلى الناس ويجب عليهم أن يسألوا له بخلاف الحى اذا لم يجد ثوبا يصلى فيه لا يجب على الناس أن يسألوا له بل يسأل هو فلو جمع رجل الدراهم لذلك ففضل شئ منها ان عرف صاحب الفضل رده عليه وان لم يعرف كفن محتاجا آخر به فان لم يقدر على صرفها الى الكفن يتصدق بها ولو مات فى مكان ليس فيه الا رجل واحد ليس له الا ثوب واحد ولا شئ للميت له أن يلبسه ولا يكفن به الميت واذا نبش الميت وهو طرى كفن ثانيا من جميع المال فان كان قسم ماله فالكفن على الوارث دون الغرماء وأصحاب الوصايا فان لم يكن فضل عن الدين شئ من التركة فان لم يكن الغرماء قبضوا ديونهم بدئ بالكفن وان كانوا قبضوا لا يسترد منهم شئ وهو فى بيت المال ولا يخرج الكفن عن ملك المتبرع به فلذا لو كفن رجلا ثم رأى الكفن مع شخص كان له أن يأخذه وكذا اذا افترس الميت سبع كان الكفن لمن كفنه لا للورثة (قوله لما روى أنه صلى الله عليه وسلم كفن) فى الكتب الستة عن عائشة قالت كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة أثواب بيض سحولية من كرسف ليس فيها قميص ولا عمامة وسحول قرية باليمن وفتح السين هو المشهور وعن الازهرى الضم فان حمل على أن المراد أن ليس القميص من هذه الثلاثة بل خارج عنها كما قال مالك رحمه الله لزم كون السنة أربعة أثواب وهو مردود بما فى البخارى عن أبى بكر قال لعائشة رضى الله عنها فى كم ثوب كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت فى ثلاثة أثواب وان عورض بما رواه ابن عدى فى الكامل عن جابر بن سمرة رضى الله عنه قال كفن النبى صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة أثواب قميص وازار ولفافة فهو ضعيف بناصح ابن عبد الله الكوفى ولينه النسائى ثم ان كان ممن يكتب حديثه لا يوازى حديث عائشة وما روى محمد ابن الحسن عن أبى حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى أن النبى صلى الله عليه وسلم كفن فى حلة يمانية وقميص مرسل والمرسل وان كان حجة عندنا لكن ما وجه تقديمه على حديث عائشة فان أمكن أن يعادل حديث عائشة بحديث القميص بسبب تعدد طرقه منها الطريقان اللذان ذكرنا وما أخرج عبد الرزاق عن الحسن البصرى نحوه مرسلا وما روى أبو داود عن ابن عباس قال كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة أثواب قميصه الذى مات فيه وحلة نجرانية وهو مضعف بيزيد بن أبى زياد ثم ترجح بعد المعادلة بأن الحال فى تكفينه أكشف للرجال ثم البحث والافيه تأمل وقد ذكروا أنه عليه الصلاة والسلام غسل فى قميصه الذى توفى فيه فكيف يلبسونه الا كفان فوقه وفيه بللها والله سبحانه أعلم والحلة فى عرفهم مجموع ثوبين ازار ورداء وليس فى الكفن عمامة عندنا واستحسنها بعضهم لما روى عن ابن عمر أنه كان يعممه ويجعل العذبة على وجهه وأحبها البياض ولا بأس بالبرود والعصب والكتان للرجال ويجوز للنساء الحرير والمزعفر والمعصفر اعتبارا للكفن باللباس فى الحياة والمراهق فى التكفين كالبالغ والمراهقة كالبالغة (قوله ولانه) أى عدد الثلاث أكثر ما يلبسه عادة فى حياته فكذا بعد مماته فأفاد أن أكثر ما يكفن فيه الرجل ثلاثة وصرح بأن أكثر ما يكفن فيه الرجل ثلاثة غير واحد من المصنفين وقد يقال مقتضاه أنه اذا مات ولم يترك سوى ثلاثة أثواب هو لا بسها ليس غير وعليه ديون يعطى لرب الدين ثوب منها لان الاكثر ليس بواجب بل هو المسنون وقد قالوا اذا كان بالمال كثرة وبالورثة قلة فكفن السنة أولى من كفن الكفاية وهذا يقتضى أن كفن الكفاية وهو الثوبان جائز فى حالة السعة ففى حال عدمها ووجود الدين ينبغى أن لا يعدل عنه تقديما للواجب وهو الدين على

وقوله (السنة أن يكفن) يعنى تكفينه (فى ثلاثة أثواب) سنة وذلك لا ينافى كون أصل التكفين واجبا ثم التكفين اما أن يكون فى حالة الضرورة أو لا فان كان الاول كفن بما وجد لما روى أن مصعب بن عمير صاحب راية رسول الله صلى الله عليه وسلم استشهد يوم أحد وترك نمرة وهى كساء فيه خطوط بيض وسود فأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فأمر بأن يكفن فيها وان كان الثانى فهو على نوعين كفن سنة وهو فى حق الرجال ثلاثة (أثواب ازار وقميص ولفافة) لما ذكر فى الكتاب والسحولية نسبة الى سحول بفتح السين وعن الازهرى بالضم وهى قرية باليمن (وفى حق النساء خمسة أثواب ازار ودرع وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثديها وكفن كفاية وهو فى حق الرجل ثوبان ازار ولفافة وفى حق المرأة ثلاثة أثواب قميص وازار وخمار وما فى الكتاب واضح

(فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة) وهذا كفن الكفاية لقول أبي بكر اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه أدنى لباس الاحياء والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من أصل العنق الى القدم (فاذا أرادوا لف الكفن ابتدؤا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن) كما في حال الحياة وبسطه أن تبسط اللفافة أولا ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك (وان خافوا أن ينتشر الكفن عنه عقدوه بخرقة) صيانة

غير الواجب وهو الثلاثة لكنهم سطروا في غير موضع أنه لا يباع منه شئ للدين كما في حال الحياة اذا أفلس وله ثلاثة أثواب هو لابسها لا ينزع عنه شئ فيباع ولا يبعد الجواب (قوله فان اقتصروا على ثوبين جاز) الا انه ان كان بالمال قلة وبالورثة كثرة فهو أولى وعلى القلب كفن السنة أولى وكفن الكفاية أقل ما يجوز عند الاختيار وفي حالة الضرورة بحسب ما يوجد (قوله لقول أبي بكر) روى الامام أحمد في كتاب الزهد حدثنا يزيد بن هرون أخبرنا اسمعيل بن أبي خالد عن عبد الله التيمي مولى الزبير بن العوام عن عائشة رضي الله عنها قالت لما احتضر رضي الله عنه تمثلت بهذا البيت

أعاذل ما يغني الثراء عن الفتى * اذا حشرجت يوما وضاق بها الصدر

فقال لها يا بنية ليس كذلك ولكن قولي وجاءت سكرة الموت بالحق ذلك ما كنت منه تحيد ثم انظروا ثوبي هذين فاغسلوهما ثم كفنوني فيهما فان الحي أحوج الى الجديد وروى عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال أبو بكر لثوبيه اللذين كان يمرض فيهما اغسلوهما وكفنوني فيهما فقالت عائشة ألا نشتري لك جديدا قال لا الحي أحوج الى الجديد من الميت وفي الفروع الغسيل والجديد سواء في الكفن ذكره في التحفة هذا وفي البخاري غير هذا عن عائشة ان أبا بكر قال لها في كم كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت في ثلاثة أثواب بيض ليس فيها قميص ولا عمامة قال في أي يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت يوم الاثنين قال فأي يوم هذا قلت يوم الاثنين قال أرجو فيما بيني وبين الليل فنظر الى ثوب عليه كان يمرض فيه به ردع من زعفران فقال اغسلوا ثوبي هذا وزيدوا عليه ثوبين وكفنوني فيها قلت ان هذا خلق قال الحي أحق بالجديد من الميت انما هو المهلة فلم يتوف حتى أمسى من ليلة الثلاثاء ودفن قبل أن يصبح والردع بالمهملات الاثر والمهلة مثلث الميم صديد الميت فان وقع التعارض في حديث أبي بكر هذا حتى وجب تركه لان سند عبد الرزاق لا ينقص عن سند البخاري فحديث ابن عباس في الكتب الستة في المحرم الذي وقصته ناقته قال فيه عليه السلام وكفنوه في ثوبين وفي لفظ في ثوبيه واعلم أن الجمع ممكن فلا يترك بأن يحمل ما في عبد الرزاق وغيره من حديث أبي بكر على أنه ذكر بعض المتن دون كله بخلاف ما في البخاري وحينئذ فيكون حديث ابن عباس هو الشاهد لكن رواية ثوبيه تقتضي أنه لم يكن له معه غيرهما فلا يفيد كونه كفن الكفاية بل قد يقال انما كان ذلك للضرورة فلا يستلزم جواز الاقتصار على ثوبين حال القدرة على الاكثر الا أنه خلاف الاولى كما هو كفن الكفاية والله سبحانه أعلم (قوله والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك) لا اشكال في أن اللفافة من القرن الى القدم وأما كون الازار كذلك ففي نسخ من المختار وشرحه اختلاف في بعضها يقمص أولا وهو من المنكب الى القدم ويوضع على الازار وهو من القرن الى القدم ويعطف عليه الى آخره وفي بعضها يقمص ويوضع على الازار وهو من المنكب الى القدم ثم يعطف وأنا لا أعلم وجه مخالفة ازار الميت ازار الحي من السنة وقد قال عليه السلام في ذلك المحرم كفنوه في ثوبيه وهما ثوبا احرامه ازاره ورداؤه ومعلوم أن ازاره من الحقو وكذا أعطى اللاتي غسلن ابنته حقوه على ما سنذكر (قوله والقميص من أصل العنق) بلا جيب ودخريص وكيس كذا في الكافي وكونه بلا جيب بعيد الا أن يراد بالجيب الشق النازل على الصدر (قوله ابتدؤا بجانبه الايسر) ليقع الايمن فوقه ولم يذكر العمامة وكرهها بعضهم لانه يصير الكفن

عن الكشف (وتكفن المرأة فى خمسة أثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثديها) لحديث أم عطية أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى اللواتى غسلن ابنته خمسة أثواب ولانها تخرج فيها حالة الحياة فكذا بعد الممات (ثم هذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثلاثة أثواب جاز) وهى ثوبان وخمار (وهو كفن الكفاية ويكره أقل من ذلك وفى الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا فى حالة الضرورة) لان مصعب بن عمير رضى الله عنه حين استشهد كفن فى ثوب واحد وهذا كفن الضرورة (وتلبس المرأة الدرع أولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت الازار ثم الازار ثم اللفافة قال وتجمر الاكفان قبل أن يدرج فيها وترا) لانه عليه السلام أمر باجمار أكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة

﴿فصل فى الصلاة على الميت﴾

الصلاة على الميت فرض كفاية أما فرضيته فلان الله تعالى أمر بقوله عز وجل وصل عليهم والامر للوجوب وعلى ذلك أجمعت الامة وأما انها على الكفاية فلان فى الايجاب على جميع الناس استحالة أو حرجا فاكتفى بالبعض كما فى الجهاد

﴿فصل فى الصلاة على الميت﴾

(قوله أما فرضيته فلان الله تعالى أمر بقوله وصل عليهم) أقول أجمع أهل التفسير على ان المأمور به هو الدعاء والاستغفار للصدق

﴿فصل فى الصلاة على الميت﴾

بها شفعا واستحسنه بعضهم لان ابن عمر كان يعمم الميت ويجعل ذنب العمامة على وجهه (قوله لحديث أم عطية) قيل الصواب ليلى بنت قانف قالت كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول ما أعطانا الحقا ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد فى الثوب الآخر رواه أبو داود وروى حقوه فى حديث غسل زينب وهو فى الاصل معقد الازار وجمعه أحق وأحقاء ثم سمى به الازار للمجاورة وهذا ظاهر فى أن ازار الميتة كازار الحى من الحقو فيجب كونه فى الذكر كذلك لعدم الفرق فى هذا وقد حسنه النووى وان أعله ابن القطان بجهالة بعض الرواة وفيه نظر اذ لا مانع من حضور أم عطية غسل أم كلثوم بعد زينب وقول المنذرى أم كلثوم توفيت وهو عليه الصلاة السلام غائب معارض بقول ابن الاثير فى كتاب الصحابة انها ماتت سنة تسع بعد زينب بسنة وصلى عليها عليه الصلاة والسلام قال وهى التى غسلتها أم عطية ويشده ما روى ابن ماجه حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة حدثنا عبد الوهاب الثقفى عن أيوب عن محمد بن سيرين عن أم عطية قالت دخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نغسل ابنته أم كلثوم فقال اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك ان رأيتن ذلك بماء وسدر واجعلن فى الآخرة كافورا فاذا فرغتن فآذنى فلما فرغنا آذناه فالقى الينا حقوه وقال أشعرنها اياه وهذا سند صحيح وما فى مسلم من قوله مثل ذلك فى زينب لا ينافيه لما قلناه آنفا (قوله وهى ثوبان وخمار) لم يعين الثوبين وفى الخلاصة كفن الكفاية لها ثلاثة قميص وازار ولفافة فلم يذكر الخمار وما فى الكتاب من عد الخمار أولى ويجعل الثوبان قميصا ولفافة فان بهذا يكون جميع عورتها مستورة بخلاف ترك الخمار (قوله وتلبس المرأة الدرع الخ) لم يذكر موضع الخرقة وفى شرح الكنز فوق الاكفان كيلا ينتشر وعرضها ما بين ثدى المرأة الى السرة وقيل ما بين الثدى الى الركبة كيلا ينتشر الكفن عن الفخذين وقت المشى وفى التحفة تربط الخرقة فوق الاكفان عند الصدر فوق اليدين (قوله لان مصعب بن عمير) أخرج الجماعة الا ابن ماجه عن خباب بن الارت قال هاجرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نريد وجه الله فوقع أجرنا على الله فمنا من مضى لم يأخذ من أجره شيأ منهم مصعب بن عمير قتل يوم أحد وترك نمرة فكنا اذا غطينا بها رأسه بدت رجلاه واذا غطينا بها رجليه بدا رأسه فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نغطى رأسه ونجعل على رجليه الاذخر (قوله لانه عليه السلام أمر باجمار أكفان ابنته) غريب وقدمنا من المستدرك عنه عليه السلام اذا أجمر تم الميت فأجروه ثلاثا وفى لفظ لابن حبان فأوتروا وفى لفظ البيهقى جمروا كفن الميت ثلاثا قيل سنده صحيح

﴿فصل فى الصلاة على الميت﴾ هى فرض كفاية وقوله فى التحفة انها واجبة فى الجملة محمول عليه ولذا قال فى وجه كونه على الكفاية لان ما هو الفرض وهو قضاء حق الميت يحصل بالبعض والاجماع على الافتراض وكونه على الكفاية كاف وقيل فى مستند الاول قوله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن

لهم والحمل على المفهوم الشرعي أولى ما أمكن وقد أمكن بجعلها صلاة جنازة لكن هذا اذا لم يصرح أهل التفسير بخلاف هذا وفي الثاني قوله عليه السلام صلوا على صاحبكم فلو كان فرض عين لم يتركه عليه السلام وشرط صحتها اسلام الميت وطهارته ووضعه أمام المصلي فلهذا القيد لا تجوز على غائب ولا حاضر محمول على دابة أو غيرها ولا موضوع متقدم عليه المصلي وهو كالامام من وجه وانما قلنا من وجه لان صحة الصلاة على الصبي أفادت أنه لم يعتبر اماما من كل وجه كما أنها صلاة من وجه وعن هذا قلنا اذا دفن بلا غسل ولم يمكن اخراجه الا بالنبش سقط هذا الشرط وصلي على قبره بلا غسل للضرورة بخلاف ما اذا لم يهل عليه التراب بعد فانه يخرج فيغسل ولو صلي عليه بلا غسل جهلا مثلا ولا يخرج الا بالنبش تعاد لفساد الاولى وقيل تنقلب الاولى صحيحة عند تحقق العجز فلا تعاد وأما صلاته عليه السلام على النجاشي كان اما لانه رفع سريره له حتى رآه عليه السلام بحضرته فتكون صلاة من خلفه على ميت يراه الامام وبحضرته دون المأمومين وهذا غير مانع من الاقتداء وهذا وان كان احتمالا لكن في المروي ما ومئ اليه وهو ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث عمران بن الحصين أنه عليه السلام قال ان أخاكم النجاشي توفي فقوموا صلوا عليه فقام عليه السلام وصفوا خلفه فكبر أربعا وهم لا يظنون أن جنازته بين يديه فهذا اللفظ يشير الى أن الواقع خلاف ظنهم لانه هو فائدته المعتد بها فاما أن يكون سمعه منه عليه السلام أو كشف له واما أن ذلك خص به النجاشي فلا يلحق به غيره وان كان أفضل منه كشهادة خزيمة مع شهادة الصديق فان قيل بل قد صلي على غيره من الغيب وهو معاوية بن معاوية المزني ويقال الليثي نزل جبريل عليه السلام بتبوك فقال يا رسول الله ان معاوية بن المزني مات بالمدينة أتحب ان أطوي لك الارض فتصلي عليه قال نعم فضرب بجناحه على الارض فرفع له سريره فصلي عليه وخلفه صفان من الملائكة عليهم السلام في كل صف سبعون ألف ملك ثم رجع فقال عليه السلام لجبريل عليه السلام بم أدرك هذا قال بحبه سورة قل الله أحد وقراءته اياها جائيا وذاهبا وقائما وقاعدا وعلى كل حال رواه الطبراني من حديث أبي أمامة وابن سعد في الطبقات من حديث أنس وعلي وزيد وجعفر لما استشهدا بموتة على ما في مغازي الواقدي حدثني محمد بن صالح عن عاصم بن عمر بن قتادة وحدثني عبد الجبار بن عمارة عن عبد الله بن أبي بكر قالا لما التقى الناس بموتة جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر وكشف له ما بينه وبين الشام فهو ينظر الى معتركهم فقال عليه السلام أخذ الراية زيد بن حارثة فمضى حتى استشهد وصلي عليه ودعا له وقال استغفروا له دخل الجنة وهو يسعى ثم أخذ الراية جعفر بن أبي طالب فمضى حتى استشهد فصلي عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له وقال استغفروا له دخل الجنة فهو يطير فيها بجناحين حيث شاء قلنا انما ادعينا الخصوصية بتقدير أن لا يكون رفع له سريره ولا هو مرئي له وما ذكر بخلاف ذلك وهذا مع ضعف الطرق فما في المغازي مرسل من الطريقين وما في الطبقات ضعيف بالعلاء وهو ابن زيد ويقال ابن يزيد اتفقوا على ضعفه وفي رواية الطبراني بقية ابن الوليد وقد عنعنه ثم دليل الخصوصية أنه لم يصل على غائب الا على هؤلاء ومن سوى النجاشي صرح فيه بأنه رفع له وكان بمرأى منه مع أنه قد توفي خلق منهم رضي الله عنهم غيبا في الأسفار كأرض الحبشة والغزوات ومن أعز الناس عليه كان القراء ولم يؤثر قط عنه بأنه صلى عليهم وكان على الصلاة على كل من توفي من أصحابه حريصا حتى قال لا يموتن أحد منكم الا آذنتموني به فان صلاتي عليه رحمة له على ما سنذكر وأما أركانها فالذي يفهم من كلامهم أنها الدعاء والقيام والتكبير لقولهم ان حقيقتها هو الدعاء والمقصود منها ولو صلى عليها قاعدا من غير عذر لا يجوز وكذا راكبا ويجوز القعود للعذر ويجوز اقتداء القائمين به على الخلاف السابق في باب الامامة وقالوا كل تكبيرة بمنزلة ركعة وقالوا يقدم الثناء والصلاة على النبي عليه السلام لانه سنة الدعاء ولا يخفى أن التكبيرة الاولى شرط لانها تكبيرة الاحرام

(قوله

روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن الامام الاعظم وهو الخليفة أولى ان حضر وان لم يحضر فامام المصر أولى ان حضر فان لم يحضر فالقاضي أولى فان لم يحضر فصاحب الشرطة أولى فان لم يحضر فامام الحي فان لم يحضر فالاقرب من ذوي قرابته وبهذه الرواية أخذ كثير من مشايخنا وقوله في الكتاب السلطان يجوز أن يراد به الامام الاعظم ان حضر فان لم يحضر فامام المصر وقوله (ثم الولي) انما هو على قول أبي حنيفة ومحمد وأما على قول أبي يوسف فالولي أولى بالصلاة على الميت على كل حال قال الله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ولهما أن الحسن بن علي رضي الله عنهما لما مات خرج الحسين والناس لصلاة الجنازة فقدم الحسين سعيد بن العاص وكان سعيد يومئذ واليا بالمدينة فأبى أن يتقدم فقال له الحسين تقدم ولولا السنة ما قدمتك والآية محمولة على المواريث وعلى ولاية المناكحة وقوله (والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح) يقتضي أن يتقدم الابن على الاب وقد ذكر محمد في كتاب الصلاة أن الاب أولى فمن المشايخ من قال هو قول محمد وأما على قول أبي حنيفة فالابن أولى (٤٥٧) وعلى قول أبي يوسف الولاية لهما الا أنه يقدم الاب احتراما له ومنهم من قال لا بل ما ذكره في صلاة الجنازة أن الاب أولى قول الكل لان للاب زيادة فضيلة وسن ليست للابن وللفضيلة أثر في استحقاق الامامة فيرجح الاب بذلك بخلاف النكاح وعلى قول هؤلاء قوله (والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح) محمول على غير الاب والابن فبنو الاعيان يحجبون بني العلات والاكبر سنا يحجب الاصغر من كل واحد منهما لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم الاسن فان أراد الاكبر من الاعيان أن يقدم انسانا آخر فليس له ذلك الا برضا الآخر لان الحق لهما لاستوائهما في القرابة وان أراد بنو الاعيان تقديم انسان فليس لاحد

(وأولى الناس بالصلاة على الميت السلطان ان حضر) لان في التقدم عليه ازدراءه (فان لم يحضر فالقاضي) لانه صاحب ولاية (فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي) لانه رضيه في حال حياته قال (ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح

(قوله وأولى الناس بالصلاة عليه الخ) الخليفة أولى ان حضر ثم امام المصر وهو سلطانه ثم القاضي ثم صاحب الشرط ثم خليفة الوالي ثم خليفة القاضي ثم امام الحي ثم ولي الميت وهو من سنذكر وقال أبو يوسف الولي أولى مطلقا وهو رواية عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي لان هذا حكم يتعلق بالولاية كالانكاح فيكون الولي مقدما على غيره فيه وجه الاول ما روى أن الحسين بن علي قدم سعيد بن العاص لما مات الحسن وقال لولا السنة لما قدمتك وكان سعيد واليا بالمدينة يعني متوليها وهو الذي يسمى في هذا الزمان النائب ولان في التقدم عليهم ازدراء بهم وتعظيم أولى الامر واجب وأما امام الحي فلما ذكر وليس تقديمه بواجب بل هو استحباب وتعليل الكتاب يرشد اليه وفي جوامع الفقه امام المسجد الجامع أولى من امام الحي (قوله والاولياء على الترتيب الخ) يستثنى منه الاب مع الابن فانه لو اجتمع للميت أبوه وابنه فالاب أولى بالاتفاق على الاصح وقيل تقديم الاب قول محمد وعندهما الابن أولى على حسب اختلافهم في النكاح فعند محمد أب المعتوهة أولى بانكاحها من ابنها وعندهما ابنها أولى وجه الفرق أن الصلاة تعتبر فيها الفضيلة والاب أفضل ولذا يقدم الاسن عند الاستواء كما في أخوين شقيقين أو لاب أسنهم أولى ولو قدم الاسن أجنبيا ليس له ذلك وللصغير منعه لان الحق لهما لاستوائهما في الرتبة وانما قدمنا الاسن بالسنة قال عليه السلام في حديث القسامة ليتكلم أكبركما وهذا يفيد أن الحق للابن عندهما الا أن السنة أن يقدم هو أباه ويدل عليه قولهم سائر القرابات أولى من الزوج ان لم يكن له منها ابن فان كان فالزوج أولى منهم لان الحق للابن وهو يقدم أباه ولا يبعد أن يقال ان تقديمه على نفسه واجب بالسنة ولو كان أحدهما شقيقا والآخر لاب جاز تقديم الشقيق الاجنبي ومولى العتاقة وابنه أولى من الزوج والمكاتب أولى بالصلاة على عبده وأولاده ولو مات العبد وله ولي حر فالمولى أولى على الاصح وكذا المكاتب اذا مات ولم يترك وفاء فان أدت الكتابة كان الولي أولى ولذا ان كان المال حاضرا يؤمن عليه النوى وان لم يكن للميت ولي فالزوج أولى ثم الجيران من الاجنبي أولى ولو أوصى أن يصلي عليه فلان

(٥٨ - فتح القدير اول) من بني العلات منعه لانه لا حق له مع وجودهم وابن عم المرأة أحق من زوجها ان لم يكن له منها ابن لانقطاع النكاح بموتها والتحاقه بالاجانب فان كان له ذلك فهو أحق بالصلاة عليها الان الحق يثبت للابن في هذه الحالة ثم الابن يقدم أباه احتراما له فيثبت للزوج حق الصلاة عليها من هذا الوجه قال القدوري وسائر القرابات أولى من الزوج وقال الشافعي الزوج أولى لان ابن عباس صلى على امرأته وقال أنا أحق بها ولنا ما روى عن ابن عمر أنه لما ماتت امرأته قال لاوليائها كنا أحق بها حين كانت حية فاذا ماتت فأنتم أحق بها وحديث ابن عباس محمول على انه كان امام حي

(قوله وقوله في الكتاب السلطان يجوز أن يراد به الامام الاعظم ان حضر وامام المصر الخ) أقول يعني ما يشمل امام المصر أو امام المصر على الخصوص فلا يتناول العبارة الامام الاعظم نعم يعلم حكمه بالدلالة ثم أقول في قوله ان حضر الخ بحث (قوله والآية محمولة على المواريث الخ) أقول لا بد لتقييد الاطلاق من دليل (قوله لانه لا حق له مع وجودهم) أقول فكذلك للاصغر مع وجود الاكبر

(فان صلى غير الولى أو السلطان أعاد الولى) وانما قيد بذكر السلطان لانه لو صلى السلطان فلا اعادة لاحد لانه هو المقدم على الولى ثم هو ليس بمنحصر على السلطان بل كل من كان مقدما على الولى فى ترتيب الامامة فى صلاة الجنازة على ماذكرنا فصلى هو لا يعيد الولى ثانيا قال الامام الولوالجى فى فتاواه رجل صلى على جنازة والولى خلفه ولم يرض به ان تابعه وصلى معه لا يعيد لانه صلى مرة وان لم يتابعه فان كان المصلى السلطان أو الامام الاعظم فى البلدة أو القاضى أو الوالى على البلدة أو امام حى ليس له أن يعيد لان هؤلاء هم الاولون منه وان كان غيرهم فله الاعادة وكذا ذكر فى التجنيس والفتاوى الظهيرية قال فى النهاية ذكر فى الكتاب اعادة الولى اذا لم يصلها ولم يذكر اعادة السلطان اذا لم يصلها ويجب أن يكون حكمه فى ولاية الاعادة كحكم الولى لما أنه مقدم فى حق صلاة الجنازة على الولى فلما ثبت حق الاعادة للادون فلان يثبت للاعلى منه أولى وقال قد وجدت رواية فى نوادر الصلاة تشهد بما ذكر وقال فى قوله وان صلى الولى لم يجز لاحد أن يصلى بعده تخصيص الولى ليس بقيد لما أنه لو صلى السلطان أو غيره ممن هو أولى من الولى فى الصلاة على الميت ممن ذكرنا ليس لاحد أن يصلى بعده أيضا على ماذكرنا من رواية الولوالجى والتجنيس وهذا الذى ذكره بقوله لم يجز لاحد أن يصلى بعده مذهبنا وقال الشافعى تعاد الصلاة على الجنازة مرة بعد أخرى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بقبر جديد فسأل عنه فقيل قبر فلانة فقال هلا آذنتمونى بالصلاة فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقام وصلى على قبرها ولما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى عليه أصحابه فوجا بعد فوج ولنا ماذكر فى الكتاب وقوله (وهو اليوم كما وضع) لان لحوم الانبياء عليهم السلام حرام على الارض به ورد الاثر وانما صلى النبى صلى الله عليه وسلم لان الحق كان له قال الله تعالى النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم وليس لغيره ولاية الاسقاط وهكذا تأول فعل الصحابة فان أبا بكر كان مشغولا بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره وكان الحق له لانه هو الخليفة فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل عليه أحد بعده كذا فى المبسوط

فان صلى غير الولى أو السلطان أعاد الولى) يعنى ان شاء لما ذكرنا أن الحق للاولياء (وان صلى الولى لم يجز لاحد أن يصلى بعده) لان الفرض يتأدى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا رأينا الناس تركوا عن آخرهم الصلاة على قبر النبى عليه السلام وهو اليوم كما وضع (وان دفن الميت ولم يصل عليه

فى العيون أن الوصية باطلة وفى نوادر ابن رستم جائزة ويؤمر فلان بالصلاة عليه قال الصدر الشهيد الفتوى على الاول (قوله فان صلى غير الولى والسلطان أعاد الولى) هذا اذا كان هذا الغير غير مقدم على الولى فان كان ممن له التقدم عليه كالقاضى ونائبه لم يعد (قوله وان صلى الولى) وان كان وحده لم يجز لاحد أن يصلى بعده واستفيد عدم اعادة من بعد الولى اذا صلى من هو مقدم على الولى بطريق الدلالة لانها اذا منعت الاعادة بصلاة الولى فبصلاة من هو مقدم على الولى أولى والتعليل المذكور وهو أن الفرض تأدى والتنفل بها غير مشروع يستلزم منع الولى أيضا من الاعادة اذا صلى من الولى أولى منه اذ الفرض وهو قضاء حق الميت تأدى به فلا بد من استثناء من له الحق من منع التنفل وادعاء أن عدم المشروعية فى حق من لا حق له أما من له الحق فتبقى الشرعية ليستوفى حقه ثم استدل على عدم شرعية التنفل بترك الناس عن آخرهم الصلاة على قبر النبى صلى الله عليه وسلم ولو كان مشروعا لما أعرض الخلق كلهم من العلماء والصالحين والراغبين فى التقرب اليه عليه الصلاة والسلام بأنواع الطرق عنه فهذا دليل ظاهر عليه فوجب اعتباره ولذا قلنا لم يشرع لمن صلى مرة التكرير وأما ماروى أنه عليه الصلاة والسلام صلى على قبر بعد ما صلى عليه أهله فلانه عليه السلام كان له حق التقدم فى الصلاة (قوله لانه عليه السلام صلى على قبر امرأة) روى ابن حبان وصححه والحاكم وسكت عنه عن خارجة بن زيد بن ثابت عن عمه يزيد بن ثابت قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما وردنا البقيع اذا هو بقبر فسأل عنه فقالوا فلانة فعرفها فقال ألا آذنتمونى قالوا كنت قائلا صائما قال فلا تفعلوا لا أعرفن ما مات منكم ميت ما كنت بين أظهركم ألا آذنتمونى به فان صلاتى عليه رحمة ثم أتى القبر فصففنا خلفه وكبر عليه أربعا وروى مالك فى الموطا عن ابن شهاب عن أبى أمامة بن سهل بن حنيف أنه أخبره أن مسكينة مرضت فأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمرضها فقال عليه السلام اذا ماتت فآذنونى بها فخرجوا بجنازتها ليلا فكرهوا أن يوقظوه فلما أصبح أخبر بشأنها فقال ألم آمركم أن تؤذنونى بها فقالوا يا رسول الله كرهنا أن نخرجك ليلا أو نوقظك فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى صف بالناس على قبرها وكبر أربع تكبيرات وما فى الحديث أنه صفهم خلفه وفى الصحيحين عن الشعبى قال أخبرنى من شهد النبى صلى الله عليه وسلم أتى على قبر منبوذ فصفهم فكبر أربعا قال الشيبانى من حدثك بهذا قال ابن عباس دليل على أن لمن لم يصل أن يصلى على القبر وان لم يكن الولى وهو خلاف مذهبنا فلا مخاص الا بادعاء أنه لم يكن صلى عليها أصلا وهو فى غاية البعد من الصحابة ومن فروع عدم تكرارها عدم الصلاة على عضو وقد قدمناه فى فصل الغسل وذلك لانه اذا وجد الباقى صلى عليه فيتكرر ولان الصلاة لم تعرف شرعا الا على تمام الجثة

وقوله (صلى على قبره) يعنى اذا وضع اللبن على اللحد وأهيل التراب عليه وأما اذا لم يوضع اللبن على اللحد أو وضع ولكن لم يهل التراب عليه يخرج ويصلى عليه لان التسنيم لم يتم بعد كذا فى المحيط وغيره وقوله (والمعتبر فى ذلك) أى فى عدم التفسخ وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى عن أبى يوسف فى الامالى أنه يصلى على الميت فى القبر الى ثلاثة أيام وبعده لا يصلى عليه وهكذا ذكر ابن رستم فى نوادره عن محمد عن أبى حنيفة والصحيح أن ذلك ليس بتقدير لازم لان تفرق الاجزاء يختلف باختلاف حال الميت من السمن والهزال وباختلاف الزمان من الحر والبرد وباختلاف المكان من الصلابة والرخاوة والذى

روى أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى على شهداء أحد بعد ثمان سنين معناه دعا لهم وهو حقيقة لغوية وقيل انهم كانوا كما دفنوا لم تتفرق أعضاؤهم واذا كان أكثر الرأى هو المعتبر فان كان فى أكثر رأيهم أن أجزاء الميت تفرقت قبل ثلاثة أيام لا يصلون عليه الى ثلاثة أيام وان كان فيه أنها لم تتفرق بعد ثلاثة أيام يصلى عليه بعد ثلاثة أيام قال (والصلاة أن يكبر تكبيرة) الصلاة على الميت أربع تكبيرات (يحمد الله عقب التكبيرة الاولى) ولم يعين نوعا من الثناء بخلاف سائر الصلوات فانه يقول فيها سبحانك اللهم الخ كما مر وقد اختلفوا فى هذا بعد التحريم فقال بعضهم يحمد الله كما ذكره فى ظاهر الرواية وقال بعضهم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ كما فى الصلاة المعهودة وأرى انه مختار المصنف حيث أشار اليه بقوله والبداءة بالثناء فان المعهود من

صلى على قبره) لان النبى عليه السلام صلى على قبر امرأة من الانصار (ويصلى عليه قبل أن يتفسخ) والمعتبر فى معرفة ذلك أكبر الرأى هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان (والصلاة أن يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها ثم يكبر تكبيرة يصلى فيها على النبى صلى الله عليه وسلم ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين

الجثة الا أنه ألحق الاكثر بالكل فيبقى فى غيره على الاصل (قوله صلى على قبره) هذا اذا أهيل التراب سواء كان غسل أولا لانه صار مسلما لمالكه تعالى وخرج عن أيدينا فلا يتعرض له بعد بخلاف ما اذا لم يهل فانه يخرج ويصلى عليه وقدمنا أنه اذا دفن بعد الصلاة قبل الغسل ان أهالوا عليه لا يخرج وهل يصلى على قبره قيل لا والكرخى نعم وهو الاستحسان لان الاولى لم يعتد بها لترك الشرط مع الامكان والآن زال الامكان فسقطت فرضية الغسل لانها صلاة من وجه ودعاء من وجه فبالنظر الى الاول لا تجوز بلا طهارة أصلا والى الثانى تجوز بلا عجز فقلنا تجوز بدونها حالة العجز لا القدرة عملا بالشبهين (قوله هو الصحيح) احتراز عما عن أبى حنيفة أنه يصلى الى ثلاثة أيام (قوله لاختلاف الحال) أى حال الميت من السمن والهزال والزمان من الحر والبرد والمكان اذ منه ما يسرع بالابلاء ومنه لا حتى لو كان فى رأيهم أنه تفرقت أجزاؤه قبل الثلاث لا يصلون الى الثلاث (قوله والصلاة أن يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها) عن أبى حنيفة يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره قالوا لا يقرأ الفاتحة الا أن يقرأها بنية الثناء ولم تثبت القراءة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى موطأ مالك عن مالك عن نافع أن ابن عمر كان لا يقرأ فى الصلاة على الجنازة ويصلى بعد التكبيرة الثانية كما يصلى فى التشهد وهو الاولى ويدعو فى الثالثة للميت ولنفسه ولابويه وللمسلمين ولا توقيت فى الدعاء سوى أنه بأمور الآخرة وان دعا بالمأثور فما أحسنه وأبلغه ومن المأثور حديث عوف بن مالك أنه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فحفظ من دعائه اللهم اغفر له وارحمه وعافه واعف عنه وأكرم نزله ووسع مدخله واغسله بالماء والثلج والبرد ونقه من الخطايا كما ينقى الثوب الابيض من الدنس وأبدله دارا خيرا من داره وأهلا خيرا من أهله وزوجا خيرا من زوجه وأدخله الجنة وأعذه من عذاب القبر وعذاب النار قال عوف حتى تمنيت أن أكون أنا ذلك الميت رواه مسلم والترمذى والنسائى وفى حديث ابراهيم الاشهل عن أبيه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى على الجنازة قال اللهم اغفر لحينا وميتنا وشاهدنا وغائبنا وصغيرنا وكبيرنا وذكرنا وأنثانا رواه الترمذى والنسائى قال الترمذى ورواه أبو سلمة بن عبد الرحمن عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم وزاد فيه اللهم من أحييته منا فأحيه على الاسلام ومن توفيته منا فتوفه على الايمان وفى رواية لابى داود نحوه وفى أخرى ومن توفيته منا فتوفه على الاسلام اللهم لا تحرمنا أجره ولا تضلنا بعده وفى موطأ مالك عمن سأل أبا هريرة كيف يصلى على الجنازة فقال أبو هريرة أنا لعمر الله أخبرك أتبعها من عند أهلها فاذا وضعت كبرت وحمدت الله وصليت على نبيه ثم أقول اللهم عبدك وابن عبدك

الثناء ذلك ولا يرفع يديه فى التكبيرات الا عند الافتتاح (ثم يكبر تكبيرة ثانية يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم) لان الثناء على الله يعقبه الصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم كما فى التشهد وعلى ذلك وضعت الخطب (ثم يكبر تكبيرة ثالثة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين) يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا ان كان محسن ذلك والا فيأتى بأى دعاء شاء لان الثناء على الله والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم يعقبهما الدعاء والاستغفار قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد أحدكم أن يدعو فليحمد الله وليصل على النبى ثم يدعو

(قوله وأرى أنه مختار المصنف حيث أشار اليه بقوله والبداءة بالثناء فان المعهود من الثناء ذلك) أقول نعم الا أن سنة الدعاء ليس الثناء المعهود فالظاهر أن مراده بالثناء الحمد المدلول عليه بقوله يحمد الله اذ الحمد هو الثناء كما عرف

ثم يكبر الرابعة ويسلم) لانه عليه السلام كبر أربعا في آخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها

وابن أمتك كان يشهد أن لا اله الا أنت وأن محمدا عبدك ورسولك وأنت أعلم به اللهم ان كان محسنا فزد في حسناته وان كان مسيئا فتجاوز عن سيآته اللهم لا تحرمنا أجره ولا تفتنا بعده وروى أبو داود عن واثلة بن الاسقع قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل من المسلمين فسمعته يقول اللهم ان فلان بن فلان في ذمتك وحبل جوارك فقه من فتنة القبر وعذاب النار وأنت أهل الوفاء والحق اللهم اغفر له وارحمه انك أنت الغفور الرحيم وروى أيضا من حديث أبي هريرة سمعته يعني النبي عليه السلام يقول اللهم أنت ربها وأنت خلقتها وأنت هديتها للاسلام وأنت قبضت روحها وأنت أعلم بسرها وعلانيتها جئناشفعاء فاغفر لها (قوله ثم يكبر الرابعة ويسلم) من غير ذكر بعدها في ظاهر الرواية واستحسن بعض المشايخ ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار أو ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة انك أنت الوهاب وينوي بالتسليمتين الميت مع القوم ولا يصلون في الاوقات المكروهة فلو فعلوا لم تكن عليهم الاعادة وان تكبوا النهي واذا جيء بالجنازة بعد الغروب بدؤا بالمغرب ثم بها ثم بسنة المغرب (قوله لانه عليه السلام كبر أربعا الخ) روى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي أن الناس كانوا يصلون على الجنائز خمسا وستا وأربعا حتى قبض النبي صلى الله عليه وسلم ثم كبروا كذلك في ولاية أبي بكر الصديق ثم ولي عمر بن الخطاب رضي الله عنه ففعلوا ذلك فقال لهم عمر انكم معشر أصحاب محمد متى تختلفون تختلف الناس بعدكم والناس حديث عهد بالجاهلية فأجمعوا على شيء يجمع عليه من بعدكم فأجمع رأي أصحاب محمد أن ينظروا آخر جنازة كبر عليها النبي صلى الله عليه وسلم حتى قبض فيأخذون به ويرفضون ما سواه فنظروا فوجدوا آخر جنازة كبر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعا وفيه انقطاع بين ابراهيم وعمر وهو غير ضائر عندنا وقد روى أحمد من طريق آخر موصولا قال حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن عامر بن شقيق عن أبي وائل قال جمع عمر الناس فاستشارهم في التكبير على الجنازة فقال بعضهم كبر النبي صلى الله عليه وسلم سبعا وقال بعضهم خمسا وقال بعضهم أربعا فجمع عمر على أربع كاطول الصلاة وروى الحاكم في المستدرك عن ابن عباس قال آخر ما كبر النبي صلى الله عليه وسلم على الجنائز أربع تكبيرات وكبر عمر على أبي بكر أربعا وكبر ابن عمر على عمر أربعا وكبر الحسن بن علي على علي أربعا وكبر الحسين بن علي على الحسن أربعا وكبرت الملائكة على آدم أربعا سكت عليه الحاكم وأعله الدارقطني بالفرات بن السائب قال متروك وأخرجه البيهقي في سننه والطبراني عن النضر بن عبد الرحمن وضعفه البيهقي قال وقد روى من وجوه كلها ضعيفة الا أن اجتماع أكثر الصحابة رضي الله عنهم على الاربع كالدليل على ذلك ورواه أبو نعيم الاصبهاني في تاريخ اصبهان حدثنا أبو بكر محمد بن اسحق بن عمران حدثنا ابراهيم بن محمد بن الحرث حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا نافع أبو هرمز حدثنا عطاء عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر على أهل بدر سبع تكبيرات وعلى بني هاشم خمس تكبيرات ثم كان آخر صلاته أربع تكبيرات الى أن خرج من الدنيا وقد رفع الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان آخر صلاة كبر فيها أربعا عن عمر من رواية الدارقطني وضعفه وروى أبو عمر في الاستذكار عن عبد الوارث بن سفيان عن القاسم عن ابن وضاح عن عبد الرحمن بن ابراهيم دحيم عن مروان ابن معاوية الفزاري عن عبد الله بن الحرث عن أبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة عن أبيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنائز أربعا وخمسا وسبعا وثمانيا حتى جاء موت النجاشي فخرج الى المصلى فصف الناس وراءه فكبر أربعا ثم ثبت النبي صلى الله عليه وسلم على أربع حتى توفاه الله عز وجل ورواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن ابن عمر بلفظ ابن عباس وزاد شيأ وأخرج الحازمي في كتاب

(ثم يكبر الرابعة ويسلم لان النبي صلى الله عليه وسلم كبر أربعا في آخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها) فكان ما بعد التكبيرة الرابعة أوان التحلل وذلك بالسلام وليس بعدها دعاء الا السلام في ظاهر الرواية واختار بعض مشايخنا أن يقال ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب القبر وعذاب النار وبعضهم أن يقول ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا الآية

الناسخ

(ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المقتدى) فى الخامسة لكونها منسوخة بما روينا أنه صلى الله عليه وسلم كبر أربعا فى آخر صلاة صلاها وقال زفر يتابعه لانه مجتهد فيه لما روى أن عليا رضى الله عنه كبر خمسا فتابعه المقتدى كما فى تكبيرات العيد قلنا ثبت أن الصحابة تشاوروا ورجعوا الى آخر صلاة صلاها فصار ذلك منسوخا باجماعهم ومتابعة المنسوخ خطأ واذا لم يتابعه ماذا يصنع فى رواية عن أبى حنيفة يسلم للحال تحقيقا للمخالفة وفى أخرى ينتظر تسليم الامام ليصير متابعا فيما يجب (٤٦١) المتابعة فيه قال المصنف (وهو المختار) وقوله

(ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم) خلافا لزفر لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليمة الامام فى رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداءة بالثناء ثم بالصلاة سنة الدعاء ولا يستغفر للصبى ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا أجرا وذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا (ولو كبر الامام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتى حتى يكبر أخرى بعد حضوره) عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق يأتى به ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته

الناسخ والمنسوخ عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر على أهل بدر سبع تكبيرات وعلى بنى هاشم سبع تكبيرات وكان آخر صلاة صلاها أربعا حتى خرج من الدنيا وضعف وقد روى أن آخر صلاة منه عليه السلام كانت أربع تكبيرات من عدة فلذا قال بعض العلماء لا توقيت فى التكبير وجمعوا بين الاحاديث بأنه عليه السلام كان يفضل أهل بدر على غيرهم وكذا بنو هاشم وكان يكبر عليهم خمسا وعلى من دونهم أربعا وأن الذى حكى من آخر صلاته لم يكن الميت من بنى هاشم وجعل بعضهم حديث النجاشى فى الصحيحين ناسخا لان رواية أبى هريرة واسلامه متأخر ولا يخفى أنه نسخ بالاجتهاد والحق هو النسخ فان ضعف الاسناد غير قاطع ببطلان المتن بل ظاهر فيه فاذا تأيد بما يدل على صحته من القرائن كان صحيحا وقد تأيد وهو كثرة الطرق وانتشارها فى الآفاق خصوصا مع كثرة المروى عنه ذلك من الصحابة فانه يدل على أن آخر ما تقرر عليه الحال منه عليه السلام الاربع على أن حديث أبى حنيفة صحيح وان كان مرسلا لصحة المرسل بعدالة الرواة عندنا وعند نفاة المرسل اذا اعتضد بما عرف فى موضعه كان صحيحا وهذا كذلك فانه قد اعتضد بكثرة فى الطرق والرواة وذلك يغلب ظن الحقية والله سبحانه أعلم (قوله لانه منسوخ) مبنى الخلاف على أنه منسوخ أولا فعند زفر وهو رواية عن أبى يوسف لا بل هو مجتهد فيه بناء على أنه لم يثبت نسخه وقد روى أن عليا رضى الله عنه كبر خمسا قلنا قد ثبت النسخ بما قررناه آنفا وغاية الامر أن عليا رضى الله عنه كان اجتهاده أيضا على عدم النسخ ثم كان مذهبه التكبير على أهل بدر ستا وعلى الصحابة خمسا وعلى سائر المسلمين أربعا وعلى تقدير صحته يكون الكائن بيننا أربعا أربعا لانقراض الصحابة رضى الله عنهم فمخالفته مخالفة الاجماع المتقرر فيجزم بخطئه فلا يكون فصلا مجتهدا فيه بخلاف تكبيرات العيد (قوله فى رواية وهو المختار) وفى أخرى يسلم كما يكبر الخامسة والظاهر أن البقاء فى حرمة الصلاة بعد فراغها ليس بخطأ مطلقا انما الخطأ فى المتابعة فى الخامسة وفى بعض المواضع انما لا يتابعه فى الزائد على الاربعة اذا سمع من الامام أما اذا لم يسمع الا من المبلغ فيتابعه وهو قياس ما ذكروه فى تكبيرات العيد مما قدمناه (قوله والبداءة بالثناء ثم بالصلاة سنة الدعاء) يفيد أن تركه غير مفسد فلا يكون ركنا هذا وروى أبو داود والنسائى فى الصلاة والترمذى فى الدعوات عن فضالة بن عبيد قال سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا يدعو لم يمجد أو لم يحمد ولم يصل على النبى صلى الله عليه وسلم فقال عجل هذا ثم دعاه فقال له اذا صلى أحدكم فليبدأ بتمجيد أو بتحميد الله والثناء عليه ثم يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ثم يدعو بعد بما شاء صححه الترمذى (قوله ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة) لقول الصحابة رضى الله عنهم أربع كأربع

(والاتيان بالدعوات) يعنى بعد التكبيرة الثالثة اشارة الى أن المقصود هو الدعاء (والبداءة بالثناء والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم سنة الدعاء) تحصيلا للاجابة فانه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا فعل هكذا بعد الفراغ من الصلاة فقال صلى الله عليه وسلم ادع فقد استجيب لك (و) على هذا (لا يستغفر للصبى) لانه لا ذنب له (ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا) أى أجرا يتقدمنا وأصل الفرط فيمن يتقدم الواردة ومنه الحديث أنا فرطكم على الحوض أى متقدمكم (واجعله لنا ذخرا) أى خيرا باقيا (واجعله لنا شافعا مشفعا) أى مقبول الشفاعة وقوله (ولو كبر الامام تكبيرة أو تكبيرتين) ظاهر وحاصله أن الحاضر بعد التكبيرة الاولى عند أبى يوسف كالمسبوق والمسبوق يأتى بتكبيرة الافتتاح اذا انتهى الى الامام فكذا هذا وعندهما وان كان كالمسبوق لكن كل تكبيرة بمنزلة ركعة من

الصلاة ولهذا قبل أربع كأربع الظهر (والمسبوق لا يبتدئ بما فاته) قبل فراغ الامام (فينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه فتكون هذه التكبيرة تكبيرة الافتتاح فى حق هذا الرجل فيصير مسبوقا بما فاته من تكبيرة أو تكبيرتين يأتى به بعد سلام الامام وهو مروى عن ابن عباس

(قوله والبداءة بالثناء والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم سنة الدعاء الى قوله فقال صلى الله عليه وسلم ادع فقد استجيب لك) أقول حكاية حال دلالتها على السنية المطلوبة غير ظاهرة

وقوله (أذهو) أي الابتداء بما فاته قبل أداء ما أدرك مع الامام (منسوخ) وقوله (ولو كان حاضرا) أي الذي فاتته التكبيرة (لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك) لتلك التكبيرة ضرورة العجز عن المقارنة وشرط قضاء التكبيرة الفائت أن

أذهو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال (ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر) لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن أبي حنيفة أنه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان أنسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله أن جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم (فان صلوا على جنازة ركبانا أجزأهم) في القياس

الظهر ولذا لو ترك تكبيرة واحدة منها فسدت صلاته كما لو ترك ركعة من الظهر فلو لم ينتظر تكبير الامام لكان قاضيا ما فاته قبل أداء ما أدرك مع الامام وهو منسوخ في مسند أحمد والطبراني عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن معاذ قال كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سبق الرجل ببعض صلاته سألهم فأومؤا اليه بالذي سبق به فيبدأ فيقضي ما سبق ثم يدخل مع القوم فجاء معاذ والقوم قعود في صلاتهم فقعد فلما فرغ قام فقضى ما كان سبق به فقال عليه السلام قد سن لكم معاذ فاقتدوا به اذا جاء أحدكم وقد سبق بشيء من الصلاة فليصل مع الامام بصلاته فاذا فرغ الامام فليقض ما سبقه به وتقدم أن في سماع ابن أبي ليلى من معاذ نظرا في باب الاذان ورواه الطبراني عن أبي أمامة قال كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فجاء معاذ والقوم قعود فساق الحديث وضعف سنده ورواه عبد الرزاق كذلك ورواه الشافعي عن عطاء بن أبي رباح كان الرجل اذا جاء وقد صلى الرجل شيأ من صلاته فساقه الا أنه جعل الداخل ابن مسعود فقال عليه السلام ان ابن مسعود سن لكم سنة فاتبعوها وهذان مرسلان ولا يضر ولو لم يكن منسوخا كفى الاتفاق على أن لا يقضي ما سبق به قبل الاداء مع الامام قال في الكافي الا أن أبا يوسف يقول في التكبيرة الاولى معنيان معنى الافتتاح والقيام مقام ركعة ومعنى الافتتاح يترجح فيها ولذا خصت برفع اليدين فعلى هذا الخلاف لو أدرك الامام بعدما كبر الرابعة فاتته الصلاة على قول أبي حنيفة لا أبي يوسف ولو جاء بعد الاولى يكبر بعد سلام الامام عندهما خلافا له بناء على أنه لا يكبر عندهما حتى يكبر الامام بحضوره فيلزم من انتظاره صيرورته مسبوقا بتكبيرة فيكبرها بعده وعند أبي يوسف لا ينتظره بل يكبر كما حضر ولو كبر كما حضر ولم ينتظر لانفسد عندهما لكن ما أداه غير معتبر ثم المسبوق يقضي ما فاته من التكبيرات بعد سلام الامام نسقا بغير دعاء لانه لو قضاه به ترفع الجنازة فتبطل الصلاة لانها لا تجوز الا بحضورها ولو رفعت قطع التكبير اذا رفعت على الاكتاف وعن محمد ان كان الى الارض أقرب يأتي بالتكبير لا اذا كان الى الاكتاف أقرب وقيل لا يقطع حتى تباعد (قوله لانه بمنزلة المدرك) يفيد أنه ليس بمدرك حقيقة بل اعتبر مدركا لحضوره التكبير دفعا للحرج اذ حقيقة ادراك الركعة بفعلها مع الامام ولو شرط في التكبيرة المعية ضاق الامر جدا اذ الغالب تأخر النية قليلا عن تكبير الامام فاعتبر مدركا بحضوره (قوله لان أنسا فعل كذلك) روى عن نافع أبي غالب قال كنت في سكة المربد فرأيت جنازة معها ناس كثير قالوا جنازة عبد الله بن عمير فتبعتها فاذا أنا برجل عليه كساء رقيق على رأسه خرقة تقيه من الشمس فقلت من هذا الدهقان قالوا أنس ابن مالك قال فلما وضعت الجنازة قام أنس فصلى عليها وأنا خلفه لا يحول بيني وبينه شيء فقام عند رأسه وكبر أربع تكبيرات لم يطل ولم يسرع ثم ذهب يقعد فقالوا يا أبا حمزة المرأة الانصارية فقربوها وعليها نعش أخضر فقام عند عجيزتها فصلى عليها نحو صلاته على الرجل ثم جلس فقال العلاء بن زياد يا أبا حمزة هكذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنائز كصلاتك يكبر عليها أربعا ويقوم عند رأس الرجل وعجيزة المرأة قال نعم الى أن قال أبو غالب فسألت عن صنيع أنس في قيامه على المرأة عند عجيزتها

قال المصنف (لانه بمنزلة المدرك) أقول يفيد أنه ليس بمدرك حقيقة بل اعتبر مدركا لحضوره التكبير دفعا للحرج اذ حقيقة ادراك الركعة بفعلها مع الامام فحدثوني

لا ترفع الجنازة لان الصلاة لا تجوز بعد رفعها وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا سلم الامام فان عند أبي حنيفة ومحمد يكبر المسبوق قبل أن ترفع الجنازة لانه صار مسبوقا بها وعند أبي يوسف يسلم مع الامام لانه لم يصر مسبوقا بشيء لانه كبر عند الدخول ولو كان مسبوقا بأربع تكبيرات وجاء قبل أن يسلم الامام فانه لا يكون مدركا للصلاة عندهما لانه لو كبر صار مشتغلا بقضاء ما سبق به قبل فراغ الامام واذا سلم الامام فاتته الجنازة وعلى قول أبي يوسف يكبر ويشرع في صلاة الامام ثم يأتي بالتكبيرات بعد ما سلم قبل أن ترفع الجنازة قال (ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر) كلامه واضح والوسط قال صاحب النهاية بسكون السين لانه اسم مبهم لداخل الشيء ولذا كان ظرفا يقال جلست وسط الدار بالسكون وهو المراد هنا بخلاف المتحرك لانه اسم لعين ما بين طرفي الشيء وليس بمراد والنعش شبه المحفة مشتبك مطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة والركبان جمع راكب

وقوله (لانها دعاء) يعنى فى الحقيقة ولهذا لم يكن لها قراءة ولا ركوع ولا سجود فيسقط القيام كسائر الاركان (وفى الاستحسان لا يجوز بهم) يعنى تجب عليهم الاعادة لما ذكر فى الكتاب وقوله (ولا بأس بالاذن) أى باذن الولى لغيره بالامامة اذا حسن ظنه بشخص أن فى تقديمه مزيد خير وثواب وشفاعته أرجى له لان الصلاة على الميت حقه فجاز أن يأذن لغيره وقيل معناه لا بأس باذن الولى للناس بالانصراف بعد الصلاة اذ لا يسعهم الانصراف عنها قبل الدفن الا باذن الولى

وقوله (وفى بعض النسخ) أى نسخ الجامع الصغير (بالاذان) أى اعلام الاقارب والجيران قال صلى الله عليه وسلم اذا مات أحدكم فآذنونى بالصلاة أى أعلمونى وقد استحسن بعض المتأخرين النداء فى الاسواق للجنازة التى يرغب الناس فى الصلاة عليها كالزهاد والعلماء وقوله (ولا يصلى على ميت فى مسجد جماعة) اذا كانت الجنازة فى المسجد فالصلاة عليها مكروهة باتفاق أصحابنا وان كانت الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقى فيه لم تكره بالاتفاق وان كانت الجنازة وحدها خارج المسجد ففيه اختلاف المشايخ (وقال الشافعى لا يكره على كل حال) لما روى أنه لما مات سعد بن أبى وقاص أمرت عائشة بادخال جنازته المسجد حتى صلت عليها أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ثم قالت لبعض من حولها هل عاب الناس علينا ما فعلنا قال نعم فقالت ما أسرع ما نسوا ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل بن البيضاء الا فى المسجد

لانها دعاء وفى الاستحسان لا تجوز بهم لانها صلاة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركها من غير عذر احتياطا (ولا بأس بالاذن فى صلاة الجنازة) لان التقدم حق الولى فيملك ابطاله بتقديم غيره وفى بعض النسخ لا بأس بالاذان أى الاعلام وهو أن يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه (ولا يصلى على ميت فى مسجد جماعة)

فحدثونى أنه انما كان لانه لم تكن النعوش فكان يقوم حيال عجيزتها يستترها من القوم مختصر من لفظ أبى داود رواه الترمذى ونافع أبو غالب الباهلى الخياط البصرى قال ابن معين صالح وأبو حاتم شيخ وذكره ابن حبان فى الثقات فلنا قد يعارض هذا ما روى أحمد أن أبا غالب قال صليت خلف أنس على جنازة فقام حيال صدره والمعنى الذى عقل فى القيام حيال الصدر وهو ما عينه فى الكتاب يرجح هذه الرواية ويوجب التعدية الى المرأة ولا يكون ذلك تقديما للقياس على النص فى المرأة لان المروى كان بسبب عدم النعش فتقيد به والالحاق مع وجوده وما فى الصحيحين أنه عليه السلام صلى على امرأة ماتت فى نفاسها فقام وسطها لا ينافى كونه الصدر بل الصدر وسط باعتبار توسط الاعضاء اذ فوقه يداه ورأسه وتحته بطنه وفخذاه ويحتمل أنه وقف كما قلنا الا أنه مال الى العورة فى حقها فظن الراوى ذلك لتقارب المحلين (قوله لانها صلاة من وجه) حتى اشترط لها ما سوى الوقت مما يشترط للصلاة فكما أن ترك التكبير والاستقبال يمنع الاعتداد بها كذلك ترك القيام والنزول احتياطا اللهم الا أن يتعذر النزول كطين ومطر فيجوز ولا يجوز الصلاة والميت على دابة أو أيدى الناس لانه كالامام واختلاف المكان مانع من الاقتداء (قوله ولا بأس بالاذن) حمله المصنف على الاذن للغير بالتقدم فى الصلاة ويحتمل أيضا الاذن للمصلين بالانصراف الى حالهم كيلا يتكلفوا حضور الدفن ولهم موانع وهذا لان انصرافهم بعد الصلاة من غير استئذان مكروه وعبارة الكافى ان فرغوا فعليهم أن يمشوا خلف الجنازة الى أن ينتهوا الى القبر ولا يرجع أحد بلا اذن فلم يؤذن لهم فقد يتحرجون والاذن مطلق للانصراف لا مانع من حضور الدفن وعلى هذا فالاولى هو الاذن وان ذكره بلفظ لا بأس فانه لم يطرد فيه كون ترك مدخوله أولى عرف فى مواضع وفى بعض النسخ لا بأس بالاذان أى الاعلام وهو أن يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه لاسيما اذا كانت الجنازة يتبرك بها ولينتفع الميت بكثرتهم ففى صحيح مسلم وسنن الترمذى والنسائى عن عائشة رضى الله عنها عنه عليه السلام قال ما من ميت يصلى عليه أمة من المسلمين يبلغون مائة كلهم يشفعون فيه الا شفعوا فيه وكره بعضهم أن ينادى عليه فى الازقة والاسواق لانه نعى أهل الجاهلية والاصح أنه لا يكره بعد أن لم يكن مع تنويه بذكره وتفخيم بل أن يقول العبد الفقير الى الله تعالى فلان بن فلان لان فيه تكثير الجماعة من المصلين وليس مثله نعى الجاهلية بل المقصود بذلك الاعلام بالمصيبة بالدوران مع ضجيج ونياحة كما يفعله فسقة زماننا قال صلى الله عليه وسلم ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية متفق عليه وقال لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة والصالقة التى ترفع صوتها عند المصيبة ولا بأس بارسال الدمع والبكاء من غير نياحة (قوله ولا يصلى على ميت فى مسجد جماعة) فى الخلاصة مكروه سواء كان الميت

قال المصنف (ولا يصلى على ميت فى مسجد جماعة) أقول قوله فى مسجد صفة لقوله ميت ثم اختلف فيه وقيل لو صلى فيه كره كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه (قوله وان كانت الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقى فيه لم يكره بالاتفاق) أقول فيه أنه ينبغى أن يكره بالنظر الى التعليل الاول الا أن يقال يعطى للجماعة حكم الامام (قوله ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل بن بيضاء الا فى المسجد) أقول لفظة ما للنفى

ولنا ماروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٤٦٤) قال من صلى على جنازة فى المسجد فلا أجر له وحديث عائشة مشترك

الالزام لان الناس فى زمانها المهاجرون والانصار قد عابوا عليها فدل على أن كراهة ذلك كانت معروفة فيما بينهم وتأويل صلاته صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل فى المسجد انه كان معتكفا فى ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج فأمر بالجنازة فوضعت خارج المسجد وعندنا اذا كانت الجنازة خارج المسجد لم يكره أن يصلى الناس عليها فى المسجد لما ذكره وقوله (ولانه بنى لاداء المكتوبات) دليلان معقولان على ذلك وقع اختلاف المشايخ فيما اذا كانت الجنازة خارج المسجد نظرا اليهما فمن نظر الى الاول قال بالكراهة وان كانت خارجه ولا يلزمه التنفل فى المسجد لانه تبع للمكتوبة ومن نظر الى الثانى حكم بعدمها لان العلة وهى التلويث لم توجد فان قيل حديث أبى هريرة مطلق فالتعليل بالتلويث فى مقابلة النص وهو باطل فالجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم فى المسجد يحتمل أن يكون ظرفا للصلاة فكان دليلا للاولين ويحتمل أن يكون ظرفا للجنازة فلا يكون منافيا للتعليل الآخرين

(قوله وعندنا اذا كانت الجنازة خارج المسجد لم يكره أن يصلى الناس عليها فى المسجد لما ذكره) أقول نعم اذا كان الامام فى الخارج والا ففيه الاختلاف

(قوله عليه السلام من صلى على جنازة فى المسجد فلا أجر له ولانه بنى لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ رحمهم الله

والقوم فى المسجد أو كان الميت خارج المسجد والقوم فى المسجد أو كان الامام مع بعض القوم خارج المسجد والقوم الباقون فى المسجد أو الميت فى المسجد والامام والقوم خارج المسجد هذا فى الفتاوى الصغرى قال هو المختار خلافا لما أورده النسفى رحمه الله اه وهذا الاطلاق فى الكراهة بناء على أن المسجد انما بنى للصلاة المكتوبة ونوابعها من النوافل والذكر وتدريس العلم وقيل لا يكره اذا كان الميت خارج المسجد وهو بناء على أن الكراهة لاحتمال تلويث المسجد والاول هو الاوفق لاطلاق الحديث الذى يستدل به المصنف ثم هى كراهة تحريم أو تنزيه روايتان ويظهر لى أن الاولى كونها تنزيهية اذا الحديث ليس هو نهيا غير مصروف ولا قرن الفعل بوعيد بظنى بل سلب الاجر وسلب الاجر لا يستلزم ثبوت استحقاق العقاب لجواز الاباحة وقد يقال ان الصلاة نفسها سبب موضوع للثواب فسلب الثواب مع فعلها لا يكون الا باعتبار ما يقترن بها من اثم يقاوم ذلك وفيه نظر لا يخفى (قوله لقوله عليه السلام من صلى على جنازة) أخرج أبو داود وابن ماجه عن ابن أبى ذئب عن صالح مولى التوأمة عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى على ميت فى المسجد فلا أجر له وروى فلا شئ له وروايه فلا شئ عليه لا تعارض المشهور ومولى التوأمة ثقة لكنه اختلط فى آخر عمره أسند النسائى الى ابن معين أنه قال ثقة لكنه اختلط قبل موته فمن سمع منه قبل ذلك فهو ثبت حجة وكلهم على أن ابن أبى ذئب راوى هذا الحديث عنه سمع منه قبل الاختلاط فوجب قبوله بخلاف سفيان وغيره ومافى مسلم لما توفى سعد بن أبى وقاص قالت عائشة ادخلوا به المسجد حتى أصلى عليه فأنكر وا ذلك عليها فقالت والله لقد صلى النبى صلى الله عليه وسلم على ابنى بيضاء فى المسجد سهيل وأخيه قلنا أولا واقعة حال لا عموم لها فيجوز كون ذلك لضرورة كونه كان معتكفا ولو سلم عدمها فانكارهم وهم الصحابة والتابعون دليل على أنه استقر بعد ذلك على تركه وما قيل لو كان عند أبى هريرة علم هذا الخبر لرواه ولم يسكت مدفوع بأن غاية ما فى سكوته مع علمه كونه سوغ هو وغيره الاجتهاد والانكار الذى يجب عدم السكوت معه هو المنكر العاصى من قام به لا الفصول المجتهد فيها وهم رضى الله عنهم لم يكونوا أهل لجاج خصوصا مع من هو أهل الاجتهاد واعلم أن الخلاف ان كان فى أن السنة هو ادخاله المسجد أولا فلا شك فى بطلان قولهم ودليلهم لا يوجبه لانه قد توفى خلق من المسلمين بالمدينة فلو كان المسنون الافضل ادخالهم أدخلهم ولو كان كذلك لنقل كتوجه من تخلف عنه من الصحابة الى نقل أوضاع الدين فى الامور خصوصا الامور التى يحتاج الى ملابستها البتة ومما يقطع بعدم مسنونيته انكارهم وتخصيصها رضى الله عنها فى الرواية ابنى بيضاء اذ لو كان سنة فى كل ميت ذلك كان هذا مستقرا عندهم لا ينكرونه لانهم كانوا حينئذ يتوارثونه ولقالت كان صلى الله عليه وسلم يصلى على الجنائز فى المسجد وان كان فى الاباحة وعدمها فعندهم مباح وعندنا مكروه فعلى تقدير كراهة التحريم يكون الحق عدمها كما ذكرنا وعلى كراهة التنزيه كما اخترناه فقد لا يلزم الخلاف لان مرجع التنزيهية الى خلاف الاولى فيجوز أن يقولوا انه مباح فى المسجد وخارج المسجد أفضل فلا خلاف ثم ظاهر كلام بعضهم فى الاستدلال أن مدعاهم الجواز وأنه خارج المسجد أفضل فلا خلاف حينئذ وذلك قول الخطابى ثبت أن أبا بكر وعمر صلى عليهما فى المسجد ومعلوم أن عامة المهاجرين والانصار شهدوا الصلاة عليهما وفى تركهم الانكار دليل على الجواز وان ثبت حديث صالح مولى التوأمة فيتأول على نقصان الاجر أو يكون اللام بمعنى على كقوله تعالى وان أسأتم فلها انتهى فقد صرح بالجواز ونقصان الاجر وهو المفضولية ولو أن أحدا منهم ادعى أنه فى المسجد أفضل حينئذ يتحقق الخلاف ويندفع بأن الادلة تفيد خلافه فان صلاته صلى الله عليه وسلم على من سوى ابنى بيضاء وقوله لا أجر لمن صلى فى المسجد يفيد

سنيتها

(ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلى عليه) لقوله عليه السلام اذا استهل المولود صلى عليه وان لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحياة فتحقق في حقه سنة الموتى (وان لم يستهل أدرج في خرقة) كرامة لبني آدم (ولم يصل عليه)

سنيتها خارج المسجد وكذا المعنى الذي عيناه وحديث ابني بيضاء دليل الجواز في المسجد والمروي من صلاتهم على أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في المسجد ليس صريحا في أنهما أدخلاه أما حديث أبي بكر فما أخرج البيهقي بسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت ماترك أبو بكر دينارا ولا درهما ودفن ليلة الثلاثاء وصلى عليه في المسجد وهذا بعد أنه في سنده اسمعيل الغنوي وهو متروك لا يستلزم ادخاله المسجد لجواز أن يوضع خارجه و يصلى عليه من فيه اذا كان عند بابه موضع لذلك وهذا ظاهر فيما أسند عبد الرزاق أخبرنا الثوري ومعمر عن هشام بن عروة قال رأى أبي رجالا يخرجون من المسجد ليصلوا على جنازة فقال مايصنع هؤلاء والله ماصلى على أبي الا في المسجد فتأمله وفي موطا مالك عن نافع عن ابن عمر قال صلى على عمر في المسجد ولو سلم فيجوز كونهم انحطوا الى الامر الجائز لكون دفنهم كان بحذاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكان المسجد محيط به وماذكرناه من الوجه قاطع في أن سقته وطريقته المستمرة لم تكن ادخال الموتى المسجد والله سبحانه أعلم واعلم أن الصلاة الواحدة كما تكون على ميت واحد تكون على أكثر فاذا اجتمعت الجنائز ان شاء استأنف لكل ميت صلاة وان شاء وضع الكل وصلى عليهم صلاة واحدة وهو في كيفية وضعهم بالخيار ان شاء وضعهم بالطول سطرا واحدا ويقوم عند أفضلهم وان شاء وضعهم واحدا وراء واحدا الى جهة القبلة وترتيبهم بالنسبة الى الامام كترتيبهم في صلاتهم خلفه حالة الحياة فيقرب منه الافضل فالافضل و يبعد عنه المفضول فالمفضول وكل من بعد منه كان الى جهة القبلة أقرب فاذا اجتمع رجل وصبي جعل الرجل الى جهة الامام والصبي الى جهة القبلة وراءه واذا كان معهما خنثى جعل خلف الصبي فيصف الرجال الى جهة الامام ثم الصبيان وراءهم ثم الخناثى ثم النساء ثم المراهقات ولو كان الكل رجالا روى الحسن عن أبي حنيفة يوضع أفضلهم وأسنهم مما يلي الامام وكذا قال أبو يوسف أحسن ذلك عندي أن يكون أهل الفضل مما يلي الامام ولو اجتمع حر وعبد فالمشهور تقديم الحر على كل حال وروى الحسن عن أبي حنيفة ان كان العبد أصلح قدم ولو اجتمعوا في قبر واحد فوضعهم على عكس هذا فيقدم الافضل فالافضل الى القبلة وفي الرجلين يقدم أكثرهما قرآنا وعلما كما فعل صلى الله عليه وسلم في قتلى أحد من المسلمين واذا وضعوا للصلاة واحدا خلف واحدا الى القبلة قال ابن أبي ليلى يجعل رأس كل واحد أسفل من رأس صاحبه هكذا درجا وقال أبو حنيفة هو حسن لان النبي صلى الله عليه وسلم وصاحبيه دفنوا هكذا والوضع للصلاة كذلك قال وان وضعوا رأس كل بحذاء رأس الآخر فحسن وهذا كله عند التفاوت في الفضل فان لم يقع تفاوت ينبغي أن لا يعدل عن المحاذاة ولا يشترط في سقوط فرض الصلاة على الميت جماعة وعن هذا قالوا لو صلى الامام على طهارة وظهر للمأمومين أنهم كانوا على غير طهارة صحت ولا يعيدون للاكتفاء بصلاة الامام بخلاف العكس (قوله ومن استهل الخ) الاستهلال أن يكون منه مايدل على الحياة من حركة عضو أو رفع صوت والمعتبر في ذلك خروج أكثره حيا حتى لو خرج أكثره وهو يتحرك صلى عليه وفي الاقل لا والحديث المذكور رواه النسائي في الفرائض عن المغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر اذا استهل الصبي صلي عليه وورث قال النسائي وللمغيرة بن مسلم غير حديث منكر ورواه الحاكم عن سفيان عن أبي الزبير به قال هذا اسناد صحيح وأما تمام معنى مارواه المصنف فهو ماعن جابر رفعه الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم قال الترمذي روى موقوفا ومرفوعا وكأن الوقوف أصح انتهى وأنت سمعت غير مرة أن المختار في تعارض الوقف والرفع تقديم الرفع

وقوله (ومن استهل) على بناء الفاعل واستهلال الصبي أن يرفع صوته بالبكاء عند الولادة وذكر في الايضاح هو أن يكون منه مايدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو أو طرف عين وكلامه واضح

وقوله (لانه نفس من وجه) دليل غير ظاهر الرواية وهي عن أبي يوسف وتقريره انه في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه فيعطى لكل حظا من الشبهين فلاعتباره بالنفوس يغسل ولاعتباره بالاجزاء لا يصلى عليه وهذا هو المختار وقوله (واذا سبي صبي) يعني اذا سبي صبي فلا يخلو اما أن يكون (مع أحد أبويه) أولا فان كان الاول (فمات لم يصل عليه) لانه كافر تبعا للابوين لقوله صلى الله عليه وسلم الولد يتبع خير الابوين دينا فان فيه دلالة ظاهرة على متابعة الولد للابوين (الا أن يقر بالاسلام وهو يعقل) صفة الاسلام المذكورة في

لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار (واذا سبي صبي مع أحد أبويه ومات لم يصل عليه) لانه تبع لهما (الا أن يقر بالاسلام وهو يعقل) لانه صح اسلامه استحسانا (أو يسلم أحد أبويه) لانه يتبع خير الابوين دينا (وان لم يسب معه أحد أبويه صلى عليه) لانه ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام كما في اللقيط (واذا مات الكافر وله ولي مسلم فانه يغسله ويكفنه ويدفنه)

لا الترجيح بالاحفظ والاكثر بعد وجود أصل الضبط والعدالة وأما معارضته بما رواه الترمذي من حديث المغيرة وصححه أنه عليه السلام قال السقط يصلى عليه ويدعى لوالديه بالمغفرة والرحمة فساقطة اذ الحظر مقدم على الاطلاق عند التعارض (قوله لما روينا) ولو لم يثبت كفى في نفيه كونه نفسا من وجه جزأ من الحي من وجه فعلى الاول يغسل ويصلى عليه وعلى الثاني لا ولا فأعملنا الشبهين فقلنا يغسل عملا بالاول ولا يصلى عليه عملا بالثاني ورجحنا خلاف ظاهر الرواية واختلفوا في غسل السقط الذي لم يتم خلقة أعضائه والمختار أنه يغسل ويلف في خرقة (قوله لانه تبع لهما) قال صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه حتى يكون لسانه يعرب عنه إما شاكرا وإما كفورا (قوله وهو يعقل) أي يعقل صفة الاسلام وهو ما في الحديث أن يؤمن بالله أي بوجوده وربوبيته لكل شئ ومن ملائكته أي بوجود ملائكته وكتبه أي انزالها ورسله أي بارسالهم عليهم السلام واليوم الآخر أي البعث بعد الموت والقدر خيره وشره من الله وهذا دليل أن مجرد قول لا اله الا الله لا يوجب الحكم بالاسلام ما لم يؤمن بما ذكرنا وعلى هذا قالوا اشترى جارية أو تزوج امرأة فاستوصفها صفة الاسلام فلم تعرفه لا تكون مسلمة والمراد من عدم المعرفة ليس ما يظهر من التوقف في جواب ما الايمان ما الاسلام كما يكون من بعض العوام لقصورهم في التعبير بل قيام الجهل بذلك بالباطن مثلا بأن البعث هل يوجد أولا وأن الرسل وانزال الكتب عليهم كان أولا لا يكون في اعتقاده اعتقاد طرف الاثبات للجهل البسيط فعن ذلك قالت لا أعرفه وقلما يكون ذلك لمن نشأ في دار الاسلام فانا نسمع ممن يقول في جواب ما قلنا لا أعرف وهو من التوحيد والاقرار والخوف من النار وطلب الجنة بمكان بل وذكر ما يصلح استدلالا في أثناء أحوالهم وتكلمهم على التصريح باعتقاد هذه الامور وكأنهم يظنون أن جواب هذه الاشياء انما يكون بكلام خاص منظوم وعبارة عالية خاصة فيحجمون عن الجواب (قوله لانه ظهرت تبعية الدار) اعلم أن التبعية على مراتب أقواها تبعية الابوين أو أحدهما أي في أحكام الدنيا لا في العقبى فلا يحكم بأن أطفالهم في النار البتة بل فيه خلاف قيل يكونون خدم أهل الجنة وقيل ان كانوا قالوا بلى يوم أخذ العهد عن اعتقاد ففي الجنة والا ففي النار وعن محمد أنه قال فيهم انى أعلم أن الله لا يعذب أحدا بغير ذنب وهذا نفي لهذا التفصيل وتوقف فيهم أبو حنيفة رضي الله عنه واختلف بعد تبعية الولادة فالذي في الهداية تبعية الدار وفي المحيط عند عدم أحد الابوين يكون تبعا لصاحب اليد وعند عدم صاحب اليد يكون تبعا للدار ولعله أولى فان من وقع في سهمه صبي من الغنيمة في دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد (قوله وله ولي مسلم) عبارة معيبة وما دفع به من أنه أراد

ولو لم يكن كذلك لما حكم بكفر صبي في دار الاسلام أصلا وكان ماله لأبواه لبيت المال لاختلاف الدينين ولم يذكر المصنف تبعية اليد بعد تبعية الدار فانه لو وقع من الغنيمة صبي في سهم رجل في دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد وصاحب المحيط قدم تبعية اليد على تبعية الدار وقوله (واذا مات الكافر وله ولي مسلم) أي قريب لان حقيقة الولاية منفية قال الله تعالى لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء وأطلق ليتناول كل قريب له من ذوي الفروض والعصبات وذوي الارحام القريب

(قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الولد يتبع خير الابوين دينا) أقول فيه بحث

وهذا الاطلاق لفظ الجامع الصغير وذكر في الاصل كافرمات وله ابن مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه اذا لم يكن هناك من أقربائه الكفار من يتولى أمره فان كان ثمة أحد منهم فالاولى أن يخلى المسلم بينهم وبينه يصنعون به ما يصنعون بموتاهم (بذلك أمر علي رضي الله عنه) روى انه لما مات أبو طالب جاء علي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله ان عمك الضال وفي رواية ان الشيخ الضال قد مات فقال النبي صلى الله عليه وسلم اغسله وكفنه وواره ولا تحدث به حدثا حتى تلقاني أي لا تصل عليه وقوله (لكن يغسل غسل الثوب النجس) يعني لا يغسل كغسل المسلم من البداءة بالوضوء وبالميامن ولكن يصب عليه الماء كما يصب في غسل النجاسة ولا يكون الغسل طهارة له حتى لو حمله انسان وصلى لم تجز صلاته بخلاف المسلم فانه لو حمله المصلي بعد ما غسل جازت صلاته (ويلف في خرقة) يعني بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور

بذلك أمر علي رضي الله عنه في حق أبيه أبي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيها بل يلقى

﴿فصل في حمل الجنازة﴾ * (واذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه الاربع) بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي السنة أن يحملها رجلان يضعها السابق على أصل عنقه والثاني على أعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة

القريب لا يفيد لان المؤاخذة انما هي على نفس التعبير به بعد ارادة القريب به وأطلق الولي يعني القريب فشمل ذوي الارحام كالاخت والخال والخالة ثم جواب المسئلة مقيد بما اذا لم يكن له قريب كافر فان كان خلى بينه وبينهم ويتبع الجنازة من بعيد هذا اذا لم يكن كفره والعياذ بالله بارتداد فان كان يحفر له حفيرة ويلقى فيها كالكلب ولا يدفع الى من انتقل الى دينهم صرح به في غير موضع (قوله بذلك أمر علي) روى ابن سعد في الطبقات أخبرنا محمد بن عمر الواقدي حدثني معاوية بن عبد الله بن عبيد الله بن أبي رافع عن أبيه عن جده عن علي رضي الله عنه قال لما أخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم بموت أبي طالب بكى ثم قال لي اذهب فاغسله وكفنه وواره قال ففعلت ثم أتيته فقال لي اذهب فاغتسل قال وجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يستغفر له أياما ولا يخرج من بيته حتى نزل عليه جبريل عليه السلام بهذه الآية ما كان للنبي والذين آمنوا أن يستغفروا للمشركين الآية وروى ابن أبي شيبة الحديث بسند أبي داود والنسائي قال ان عمك الشيخ الكافر قد مات فما ترى فيه قال أرى أن تغسله وتجنه وأمره بالغسل وانما لم نذكره نحن من السنن لانه قال فيهما اذهب فوار أباك ثم لا تحدث شيأ حتى تأتيني فذهبت فواريته وجئته فأمرني فاغتسلت ودعا لي وليس فيه الامر بغسله الا ما قد يفهم من طريق الالتزام الشرعي بناء على ما عرف من أنه لم يشرع الغسل الا من غسل الميت دون دفنه وتكفينه وهو ما رواه أبو داود عن عائشة كان عليه السلام يغتسل من الجنابة ويوم الجمعة وغسل الميت وهو ضعيف وروى هو والترمذي مرفوعا من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ حسنه الترمذي وضعفه الجمهور وليس في هذا ولا في شئ من طرق على حديث صحيح لكن طرق حديث على كثيرة والاستحباب يثبت بالضعيف غير الموضوع ولم يذكر المصنف ما اذا مات المسلم وليس له قريب الا كافر وينبغي أن لا يلي ذلك منه بل يفعله المسلمون ألا ترى أن اليهودي لما آمن برسول الله صلى الله عليه وسلم عند موته قال عليه السلام لاصحابه تولوا أخاكم ولم يخل بينه وبين اليهود وبكره أن يدخل الكافر في قبر قرابته من المسلمين ليدفنه

﴿فصل في حمل الجنازة﴾ (قوله لان جنازة سعد بن معاذ هكذا حملت) روى ابن سعد في الطبقات بسند ضعيف أنه عليه السلام حمل جنازة سعد بن معاذ من بيته بين العمودين حتى خرج به من الدار قال الواقدي والدار تكون ثلاثين ذراعا قال النووي في الخلاصة ورواه الشافعي بسند ضعيف انتهى الا أن الآثار في الباب ثابتة عن الصحابة وغيرهم وروى الطبراني عن ابن الحويرث قال توفي جابر بن عبد الله فشهدناه فلما خرج سريره من حجرته اذا حسن بن حسن بن علي رضي الله عنه بين عمودي السرير فأمر به الحجاج

﴿فصل في حمل الجنازة﴾

(اذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة) وهي ما روى عن ابن مسعود من السنة أن تحمل الجنازة من جوانبها الاربع (وفيه تكثير الجماعة) حتى لو لم يتبعه أحد كان هؤلاء جماعة وفيه زيادة الاكرام حيث لم يحمل كما تحمل الاحمال وفيه صيانة عن سقوط الميت (وقال الشافعي السنة أن يحملها رجلان) كما ذكر في الكتاب واستدل على ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم حمل جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه بين العمودين

(قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة) وكان الطريق ضيقا حتى روى أنه صلى الله عليه وسلم كان يمشي على رؤس أصابعه وصدور قدميه وكان حالة ضرورة ونحن نقول به

(قوله وهذا الاطلاق لفظ الجامع الصغير) أقول يعني عدم التقييد بقوله اذا لم يكن هناك من أقربائه الكفار من يتولى أمره
﴿فصل في حمل الجنازة﴾ (قوله حتى لو لم يتبعه أحد كان هؤلاء جماعة) أقول وفيه شئ

(ويمشون به مسرعين دون الخبب) لانه عليه السلام حين سئل عنه قال مادون الخبب

أن يخرج ليقف مكانه فأبى فسأله بنو جابر الاخرجت فخرج وجاء الحجاج حتى وقف بين عمودى السرير ولم يزل حتى وضع وصلى عليه الحجاج ثم جاء الى القبر فنزل حسن بن حسن فى قبره فأمر به الحجاج أن يخرج ليدخل مكانه فأبى عليهم فسأله بنو جابر فخرج فدخل الحجاج الحفرة حتى فرغ وأسند الطبرانى قال توفى أسيد بن حضير سنة عشرين وحمله عمر بين عمودى السرير حتى وضعه بالبقيع وصلى عليه وروى البيهقى من طريق الشافعى عن عبد الله بن ثابت عن أبيه قال رأيت أبا هريرة يحمل بين عمودى سرير سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه ومن طريق الشافعى أيضا عن عيسى بن طلحة قال رأيت عثمان بن عفان يحمل بين العمودين المقدمين واضعا السرير على كاهله ومن طريقه عن يوسف بن ماهك أنه رأى ابن عمر فى جنازة رافع بن خديج قائما بين قائمتى السرير ومن طريقه عن شريح أبى عون عن أبيه قال رأيت ابن الزبير يحمل بين عمودى سرير المسور بن مخرمة قلنا هذه موقوفات والمرفوع منها ضعيف ثم هى وقائع أحوال فاحتمل كون ذلك فعلوه لانه السنة أو لعارض اقتضى فى خصوص تلك الاوقات حمل الاثنين والحق أن نقول لادلالة فيها على حمل الاثنين لجواز حمل الاربعة وأحدهم بين العمودين بأن يحمل المؤخر على كتفه الايمن وهو من جهة يسار الميت والمقدم على الايسر وهو من جهة يمين الميت فليحمل عليه لما أن بعض المروى عنهم الفعل المذكور روى عنهم خلافه روى ابن أبى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما حدثنا هشيم عن أبى عطاء عن على الازدى قال رأيت ابن عمر فى جنازة فحمل بجوانب السرير الاربع وروى عبد الرزاق أخبرنى الثورى عن عباد بن منصور أخبرنى أبو المهزم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال من حمل الجنازة بجوانبها الاربع فقد قضى الذى عليه ثم قد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلاف ماذهبوا اليه روى عبد الرزاق وابن أبى شيبة حدثنا شعبة عن منصور بن المعتمر عن عبيد الله بن نسطاس عن أبى عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود قال من اتبع الجنازة فليأخذ بجوانب السرير الاربعة وروى محمد بن الحسن أخبرنا الامام أبو حنيفة حدثنا منصور بن المعتمر به قال من السنة حمل الجنازة بجوانب السرير الاربعة ورواه ابن ماجه به ولفظه من أتبع الجنازة فليأخذ بجوانب السرير كلها فانه من السنة وان شاء فليدع ثم ان شاء فليدع فوجب الحكم بان هذا هو السنة وان خلافه ان تحقق من بعض من السلف فلعارض ولا يجب على المناظر تعيينه وقد يشاء فيبدى محتملات مناسبة يجوزها تجويزا كضيق المكان أو كثرة الناس أو قلة الحاملين وغير ذلك وأما كثرة الملائكة كما ذكر المصنف على ما روى ابن سعد عنه عليه السلام لقد شهده يعنى سعدا سبعون ألف ملك لم ينزلوا الى الارض قبل ذلك ولقد ضمه ضمة ثم فرج عنه وما رواه الواقدى فى المغازى من قوله عليه السلام رأيت الملائكة تحمله فانما يتجه محملا على تقدير تجسمهم عليهم السلام لا تجردهم عن الكثافة على ما عليه أصل خلقتهم وفى الآثار مع كل عبد ملكان وفيها أكثر الى سبعين فلم توجب مزاحمة ولا منعا من اتصال بينك وبين انسان ولا حمل شئ على المنكبين والرأس اللهم الا أن يراد أن بسبب حملهم عليهم السلام اكتفى عن تكميل الاربعة من الحاملين ولان ماذهبنا اليه أصون للجنازة عن السقوط وكون ذلك أشق على الحاملين مصلحة معارضة بمفسدة تعريضه على السقوط خصوصا فى مواطن الزحمة والمحجن ولانه أكثر اكراما للميت وأعون على تحصيل سنة الاسراع وأبعد من التشبه بحمل الامتعة فانه مكروه ولذا كره حمله على الظهر والدابة (قوله دون الخبب) ضرب من العدو دون العنق والعنق خطو فسيح فيمشون به دون مادون العنق ولو مشوا به الخبب كره لانه ازدراء بالميت (قوله لانه عليه السلام حين سئل عنه الخ) أخرج أبو داود والترمذى عن ابن مسعود قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشى مع الجنازة فقال مادون الخبب وهو مضعف وأخرج الستة قال عليه الصلاة والسلام

(قوله الخبب ضرب من العدو دون العنق) أقول العنق ضرب من سير الدابة والابل (قوله عجلتموه اليه) أقول يعنى الى الجنة

لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن المشى فى الجنازة فقال مادون الخبب فان يكن خيرا عجلتموه اليه وان يكن شرا وضعتموه عن رقابكم أو قال فبعدا لاهل النار والخبب مكروه لان فيه ازدراء بالميت واضرارا بالمتبعين والمشى خلف الجنازة أفضل وقال الشافعى قدامها أفضل لان أبا بكر وعمر كانا يمشيان أمام الجنازة ولنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مشى خلف جنازة سعد بن معاذ وعلى كان يمشى خلف الجنازة وقال ابن مسعود فضل المشى خلف الجنازة على المشى أمامها كفضل المكتوبة على النافلة وفعل أبى بكر وعمر محمول على التيسير على الناس لان الناس كانوا يحترزون عن المشى أمامها فلو اختار المشى خلفها لضاق الطريق على من يشيعها وهكذا أجاب على رضى الله عنه حين قيل له ان أبا بكر وعمر كانا يمشيان أمام الجنازة قال يرحمهما الله انهما قد عرفا أن المشى خلفها أفضل ولكنهما أرادا تيسير الامر على الناس

اسرعوا

وقوله (واذا بلغوا الى قبره) ظاهر فاذا وضعت عن أعناق الرجال جلسوا وكره القيام وقوله (وكيفية الحمل أن تضع الجنازة) هذا لفظ الجامع الصغير بلفظ الخطاب خاطب أبو حنيفة أبا يوسف قال يعقوب رأيت أبا حنيفة يصنع هكذا قال الامام المحبوبي وهذا دليل تواضعه قال صاحب النهاية وقد حمل الجنازة من هو أفضل منه بل أفضل جميع الخلائق وهو نبينا صلى الله عليه وسلم فانه حمل جنازة سعد بن معاذ كما ذكرنا لما أن حمل الجنازة عبادة فينبغي أن يتبادر اليه كل أحد وذكر شيخ الاسلام انما أراد باليمين المقدم يمين الميت ثم قال فاذا حملت جانب السرير الايسر فذلك يمين الميت لان يمين الميت على يسار الجنازة لان الميت وضع فيها على قفاه وكان يمين الميت يسارها ويساره يمينها ثم المعنى في الحمل (٤٦٩) على هذا الوجه أما البداءة بالايمن المقدم وذلك يمين الميت ويمين الحامل فلان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في كل شئ والمقدم أيضا أول الجنازة والبداءة بالمشي انما تكون من أوله ثم يتحول الى الايمن المؤخر لانه لو تحول الى الايسر المقدم احتاج الى المشي أمامها والمشي خلفها أفضل فلما مشى خلفها وبلغ الايمن المؤخر حمله لان فيه رجحان التيامن أيضا فبقي جانباه الايسر المقدم والايسر المؤخر فيختار تقديم الايسر المقدم على الايسر المؤخر لان فيه الختم بالايسر المؤخر والختم بذلك أولى ليبقى بعد الفراغ خلف الجنازة فان المشي خلفها أفضل كما مر وقوله (وهذا) أي حملها على الوجه المذكور (في حالة التناوب) يعني عند وفور الحاملين ليدفع الجانب الذي حمله الى غيره وينتقل الى الجانب الآخر

(واذا بلغوا الى قبره يكره أن يجلسوا قبل أن يوضع عن أعناق الرجال) لانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام أمكن منه قال وكيفية الحمل أن تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب

﴿ فصل في الدفن * (ويحفر القبر ويلحد) لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا

أسرعوا بالجنازة فان تك صالحة فخير تقدمونها اليه وان تك غير ذلك فشر تضعونه عن رقابكم ويستحب الاسراع بتجهيزه كله من حين يموت (قوله لانه قد تقع الحاجة الى التعاون الخ) ولان المعقول من ندب الشرع لحضور دفنها كرام الميت وفي جلوسهم قبل وضعه ازدراء به وعدم التفات اليه هذا في حق الماشي معها أما القاعد على الطريق اذا مرت به أو على القبر اذا جيء به فلا يقوم لها وقيل يقوم واختير الاول لما روي عن علي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بالقيام في الجنازة ثم جلس بعد ذلك وأمرنا بالجلوس بهذا اللفظ لاحمد (قوله أن تضع) هو حكاية خطاب أبي حنيفة لابي يوسف والمراد بمقدم الجنازة يمينها ويمين الجنازة بمعنى الميت هو يسار السرير لان الميت مستلق على ظهره فالحاصل ان تضع يسار السرير المقدم على يمينك ثم يساره المؤخر ثم يمينه المقدم على يسارك ثم يمينه المؤخر لان في هذا ايثار التيامن ﴿تتمة﴾ الافضل للمشيع للجنازة المشي خلفها ويجوز أمامها الا أن يتباعد عنها أو يتقدم الكل فيكره ولا يمشي عن يمينها ولا عن شمالها ويكره لمشيعها رفع الصوت بالذكر والقراءة ويذكر في نفسه وعند الشافعي المشي امامها أفضل وقد نقل فعل السلف على الوجهين والترجيح بالمعنى هو يقول هم شفعاء والشفيع يتقدم ليمهد المقصود ونحن نقول هم مشيعون فيتأخرون والشفيع المتقدم هو الذي لا يستصحب المشفوع له في الشفاعة وما نحن فيه بخلافه بل قد ثبت شرعا الزام تقديمه حالة الشفاعة له أعني حالة الصلاة فثبت شرعا عدم اعتبار ما اعتبره والله سبحانه أعلم

﴿ فصل في الدفن ﴾ (قوله ويلحد) السنة عندنا اللحد الا أن يكون ضرورة من رخو الارض فيخاف أن ينهار اللحد فيصار الى الشق بل ذكر لي أن بعض الارضين من الرمال يسكنها بعض الاعراب لا يتحقق فيها الشق أيضا بل يوضع الميت ويهال عليه نفسه والحديث المذكور رواه الترمذي عن ابن عباس وفيه عبد الاعلى بن عامر قال الترمذي فيه مقال ورواه ابن ماجه عن أنس لما توفي النبي صلى الله عليه وسلم وكان بالمدينة رجل يلحد والآخر يضرح فقالوا نستخير ربنا ونبعث اليهما فأيهما سبق ترك له فأرسل اليهما فسبق صاحب اللحد فلحدوا للنبي صلى الله عليه وسلم وحديث مسلم ظاهر فيه وهو ما أخرج عن سعد بن أبي وقاص أنه قال في مرضه الذي مات فيه الحدوا لي لحدا وانصبوا علي اللبن نصبا كما صنع

﴿ فصل في الدفن ﴾ أصل هذه الافعال أعني الغسل والتكفين والدفن في بني آدم عرف بفعل الملائكة في حق آدم عليه السلام روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لما توفي آدم عليه السلام غسلته الملائكة وكفنوه ودفنوه ثم قالوا لولده هذه سنة موتاكم لحد الميت وألحده جعله في اللحد وهو الشق المائل في جانب القبر ويلحد للميت ولا يشق له خلافا للشافعي فانه يقول بالعكس لتوارث أهل المدينة الشق دون اللحد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا وانما فعل أهل المدينة الشق لضعف أراضيهم بالبقيع وصفة اللحد أن يحفر القبر بتمامه ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة يوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف وصفة الشق أن يحفر حفيرة في وسط القبر يوضع فيها الميت

(ويدخل الميت مما يلي القبلة) خلافا للشافعي فان عنده يسل سلا لما روى أنه عليه السلام سل سلا ولنا أن جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عليه السلام (فاذا وضع في لحده يقول واضعه باسم الله وعلى ملة رسول الله) كذا قاله عليه السلام حين وضع أبا دجانة رضي الله عنه في القبر

برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو رواية من سعد أنه عليه السلام ألحد وروى ابن حبان في صحيحه عن جابر أنه عليه السلام ألحد ونصب عليه اللبن نصبا ورفع قبره من الارض نحو شبر واستحب بعض الصحابة أن يرمس في التراب رمسا وروى ذلك عن عبد الله بن عمرو بن العاص وقال ليس أحد جنبي أولى بالتراب من الآخر (قوله ويدخل الميت مما يلي) وذلك أن توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل الميت منه فيوضع في اللحد فيكون الآخذ له مستقبل القبلة حال الاخذ (قوله فان عنده يسل سلا) هو بأن يوضع السرير في مؤخر القبر حتى يكون رأس الميت بازاء موضع قدميه من القبر ثم يدخل رأس الميت القبر ويسل كذلك فيكون رجلاه موضع رأسه ثم يدخل رجلاه ويسل كذلك قد قيل كل منهما والمروي للشافعي الاول قال أخبرنا الثقة عن عمر بن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس قال سل رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبل رأسه وقال أخبرنا بعض أصحابنا عن أبي الزناد وربيعة وأبي النضر لا اختلاف بينهم في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم سل من قبل رأسه وكذلك أبو بكر وعمر واسناد أبي داود صحيح وهو ما أخرج عن أبي اسحق السبيعي قال أوصاني الحرث أن يصلي عليه عبد الله بن يزيد الخطمي فصلى عليه ثم أدخله القبر من قبل رجل القبر وقال هذا من السنة وروى أيضا من طرق ضعيفة فلنا ادخاله عليه السلام مضطرب فيه فكما روى ذلك روى خلافه أخرج أبو داود في المراسيل عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم هو النخعي ومن قال التيمي فقد وهم فان حمادا انما روى عن ابراهيم النخعي وصرح به ابن أبي شيبة في مصنفه فقال عن حماد عن ابراهيم النخعي أن النبي صلى الله عليه وسلم أدخل القبر من قبل القبلة ولم يسل سلا وزاد ابن أبي شيبة ورفع قبره حتى يعرف وأخرج ابن ماجه في سننه عن أبي سعيد أنه عليه السلام أخذ من قبل القبلة واستقبل استقبالا وعلى هذا الحاجة الى ما دفع به الاستدلال الاول من أن سله للضرورة لان القبر في أصل الحائط لانه عليه السلام دفن في المكان الذي قبض فيه فلا يمكن أخذه من جهة القبلة على انه لم يتوف ملتصقا الى الحائط بل مستندا الى عائشة على ما في الصحيحين كانت تقول مات بين حاقنتي وذاقنتي يقتضي كونه مباعدا من الحائط وان كان فراشه الى الحائط لانه حالة استناده الى عائشة مستقبل القبلة للقطع بأنه عليه السلام انما توفي مستقبلا فغاية الامر أن يكون موضع اللحد ملتصقا الى أصل الجدار ومنزل القبر قبله وليس الادخال من جهة القبلة الا أن يوضع الميت على سقف اللحد ثم يؤخذ الميت وحينئذ نقول تعارض ما رواه ومارواه فتساقطا ولو ترجح الاول كان للضرورة كما قلنا وغايته فعل غيره انه فعل صحابي ظن السنة ذلك وقد وجدنا التشريع المنقول عنه عليه السلام في الحديث المرفوع خلافه وكذا عن بعض أكابر الصحابة فالاول ما روى الترمذي عن ابن عباس أنه عليه السلام دخل قبرا ليلا فأسرج له سراج فأخذه من قبل القبلة وقال رحمك الله ان كنت لاواها تلاء للقرآن وكبر عليه أربعا وقال حديث حسن انتهى مع أن فيه الحجاج بن أرطاة ومنهال بن خليفة وقد اختلفوا فيهما وذلك يحط الحديث عن درجة الصحيح لا الحسن وسنذكره في أمر الحجاج بن أرطاة في باب القران ان شاء الله تعالى والثاني ما أخرج ابن أبي شيبة أن عليا كبر على يزيد بن المكفف أربعا وأدخله من قبل القبلة وأخرج عن ابن الحنفية أنه ولى ابن عباس فكبر عليه أربعا وأدخله من قبل القبلة (قوله هكذا قال النبي صلى الله عليه وسلم حين وضع أبا دجانة) غلط فان أبا دجانة الانصاري توفي بعد رسول الله

وقوله (ويدخل الميت مما يلي القبلة) يعني توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد وقال الشافعي رضي الله عنه السنة أن يسل الى قبره وصفة ذلك أن توضع الجنازة في مؤخر القبر حتى يكون رأس الميت بازاء موضع قدميه من القبر ثم يدخل الرجل الآخذ في القبر فيأخذ برأس الميت ويدخله في القبر أولا ويسل كذلك وقيل صورته أن توضع الجنازة في مقدم القبر حتى تكون رجلا الميت بازاء موضع رأسه من القبر ثم يدخل الرجل الآخذ في القبر فيأخذ برجلي الميت ويدخلهما القبر أولا ويسل كذلك واحتج بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سل الى قبره ولنا أن جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه لا يقال هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل لان الرواية في ادخال النبي صلى الله عليه وسلم في قبره مضطربة روى ابراهيم النخعي أن النبي صلى الله عليه وسلم أدخل في قبره من قبل القبلة ورووا بخلافه وروى عن ابن عباس مثل مذهبه وروى عنه أيضا مثل مذهبنا والمضطرب لا يصلح حجة (فاذا وضع في لحده يقول واضعه باسم الله وعلى ملة رسول الله) أي باسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم سلمناك كذا في المبسوط قال المصنف (كذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين وضع أبا دجانة في القبر) قال صاحب النهاية والصحيح أنه وضع ذا البجادين لان أبا دجانة مات بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم

(ويوجه الى القبلة) بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم (وتحل العقدة) لوقوع الامن من الانتشار (ويسوى اللبن على اللحد) لانه عليه السلام جعل على قبره اللبن (ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل) لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف (ويكره الآجر والخشب) لانهما الاحكام البناء والقبر موضع البلى ثم بالآجر أثر النار فيكره تفاؤلا (ولا بأس بالقصب) وفى الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب (ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح) أى لا يربع

صلى الله عليه وسلم فى وقعة اليمامة لكن روى ابن ماجه من حديث الحجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا أدخل الميت القبر قال باسم الله وعلى ملة رسول الله زاد الترمذى بعد باسم الله وبالله وقال حسن غريب ورواه أبو داود من طريق آخر بدون الزيادة ورواه الحاكم ولفظه اذا وضعتم موتاكم فى قبورهم فقولوا باسم الله وعلى ملة رسول الله وصححه وفيه طرق أخرى عديدة (قوله ويوجه بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم) غريب واستؤنس له بحديث أبى داود والنسائى أن رجلا قال يا رسول الله ما الكبائر قال هى تسع فذكر منها استحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتا والله أعلم (قوله لانه عليه السلام جعل فى قبره اللبن) أخرج مسلم عن سعد بن أبى وقاص أنه قال فى مرضه الذى مات فيه ألحدوا لى لحدا وانصبوا على اللبن نصبا كما صنع برسول الله صلى الله عليه وسلم وتقدم مع حديث ابن حبان وفيه نصب عليه اللبن نصبا الحديث (قوله لانهما من احكام البناء) ومنهم من علل بأن الآجر مسته النار ودفع بأن السنة أن يغسل بالماء الحار فعلم أن مس النار لم يعتبر مانعا فى الشرع والاولى ما فى الكتاب وفى الدفع نوع نظر (قوله لانه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب) هو بضم الطاء حزمة روى ابن أبى شيبة عن الشعبى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على قبره طن من قصب وهو مرسل وأسند ابن سعد فى الطبقات أوصى أبو ميسرة عمرو بن شرحبيل الهمدانى

بأن مساس النار لا يصلح علة الكراهة فان السنة أن يغسل الميت بالماء الحار وقد مسته النار وقال شمس الأئمة السرخسى والاول أوجه يعنى التعليل باحكام البناء لانه جمع فى كتاب الصلاة بين استعمال الآجر ورفوف الخشب وهى ألواحه ولا يوجد معنى النار فيها وقوله (وفى الجامع الصغير يستحب اللبن والقصب) انما صرح بلفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته لرواية القدورى لان رواية القدورى لا تدل على الاستحباب بل على نفى الشدة لا غير ورواية الجامع الصغير تدل عليه ولان رواية القدورى لا تدل على جواز الجمع بينهما ورواية الجامع الصغير تدل لانه صلى الله عليه وسلم جعل على قبره طن أى حزمة من القصب وقوله (ثم يهال التراب عليه) يقال هلت الدقيق فى الجراب صببته من غير كيل وكل شئ أرسلته ارسالا من رمل أو تراب أو طعام أو نحوه قلت هلته أهيله هيلا فانهال أى جرى فانصب ومنه يهال التراب أى يصب وقوله (ويسنم القبر) المراد من تسنيم القبر رفعه من الارض مقدار شبر أو أكثر قليلا وقوله (ولا يسطح أى لا يربع) وقال الشافعى يربع ولا يسنم لما روى أن ابراهيم بن النبى صلى الله عليه وسلم لما توفى جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم قبره مسطحا

(قوله فى خلافة أبى بكر رضى الله عنه) أقول وفى شرح تاج الشريعة فى زمن عثمان رضى الله عنه (قوله وردّ بأن مساس النار الخ) أقول وقد أجاب عن هذا الرد الكاكى والاتقانى والزيلعى كل بجواب مستقل أما الزيلعى قال ولهذه يكره الاجمار بالنار عند القبر واتباع الجنازة بها الان القبر أول منزل من منازل الآخرة ومحل المحن بخلاف البيت حيث لا يكره فيه الاجمار ولا غسله بالماء الحار انتهى ولا شك أن هذا يدفع ذلك الرد

لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبره عليه السلام أخبر أنه مسنم

أن يجعل على لحده طن من قصب وقال انى رأيت المهاجرين يستحبون ذلك انتهى ولا يلزم خطأ هذا الحديث لمعارضة ما تقدم فانه لا منافاة لجواز أن يكون قد وضع اللبن على قبره عليه السلام نصبا مع فصب كل به لا عوازفى اللبن أو غير ذلك (قوله لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور) ومن شاهد قبر النبى صلى الله عليه وسلم أخبر أنه مسنم قال أبو حنيفة حدثنا شيخ لنا يرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن تربيع القبور وتجصيصها وروى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم قال أخبرنى من رأى قبر النبى صلى الله عليه وسلم وقبر أبى بكر وعمر ناشزة من الارض وعليها فلق من مدر أبيض وفى صحيح البخارى عن أبى بكر بن عياش أن سفيان التمار حدثه أنه رأى قبر النبى صلى الله عليه وسلم مسنما ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه ولفظه عن سفيان دخلت البيت الذى فيه قبر النبى صلى الله عليه وسلم فرأيت قبر النبى صلى الله عليه وسلم وقبر أبى بكر وعمر مسنمة وما عورض به مما روى أبو داود عن القاسم بن محمد قال دخلت على عائشة رضى الله عنها فقلت يا أمه اكشفى لى عن قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه فكشفت لى عن ثلاثة قبور لا مشرفة ولا لاطئة مبطوحة ببطحاء العرصة الحمراء ليس معارضا لهذا حتى يحتاج الى الجمع بأدنى تأمل وأيضا ظهر أن القاسم أراد أنها مسنمة برواية أبى حفص بن شاهين فى كتاب الجنائز قال حدثنا عبد الله بن سليمان ابن الاشعث حدثنا عبد الله بن سعيد حدثنا عبد الرحمن المحاربى عن عمرو بن شمر عن جابر قال سألت ثلاثة كلهم قال فى قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أب سألت أبا جعفر محمد بن على وسألت القاسم بن محمد بن أبى بكر وسألت سالم بن عبد الله قلت أخبرونى عن قبور آبائكم فى بيت عائشة فكلهم قالوا انها مسنمة وأما ما فى مسلم عن أبى الهياج الاسدى قال قال لى على ألا أبعثك على ما بعثنى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا تدع تمثالا الا طمسته ولا قبرا مشرفا الا سويته فهو على ما كانوا يفعلونه من تعلية القبور بالبناء الحسن العالى وليس مرادنا ذلك القدر بل قدر ما يبدو من الارض ويتميز عنها والله سبحانه أعلم (تتمة) لا يدخل أحدا من النساء القبر ولا يخرجهن الا الرجال ولو كانوا أجانب لان مس الاجنبى لها بحائل عند الضرورة جائز فى حياتها فكذا بعد موتها فاذا ماتت ولا محرم لها دفنها أهل الصلاح عن مشايخ خيرانها فان لم يكونوا فالشباب الصلحاء أما ان كان لها محرم ولو من رضاع أو صهرية نزل وأخذها ولا ينبش بعدها لهالة التراب لمدة طويلة ولا قصيرة الا لعذر قال المصنف فى التجنيس والعذر أن الارض مغصوبة أو يأخذها شفيع ولذا لم يحول كثير من الصحابة وقد دفنوا بأرض الحرب اذ لا عذر فان أحب صاحب الارض أن يسوى القبر ويزرع فوقه كان له ذلك فان حقه فى باطنها وظاهرها فان شاء ترك حقه فى باطنها وان شاء استوفاه ومن الاعذار أن يسقط فى اللحد مال ثوب أو درهم لاحد واتفقت كلمة المشايخ فى امرأة دفن ابنها وهى غائبة فى غير بلدها فلم تصبر وأرادت نقله انه لا يسعها ذلك فتجوز شواذ بعض المتأخرين لا يلتفت اليه ولم يعلم خلاف بين المشايخ فى أنه لا ينبش وقد دفن بلا غسل أو بلا صلاة فلم يهيموه لتدارك فرض لحقه يتمكن منه بما اذا أرادوا نقله قبل الدفن أو تسوية اللبن فلا بأس بنقله نحو ميل أو ميلين قال المصنف فى التجنيس لان المسافة الى المقابر قد تبلغ هذا المقدار وقال السرخسى قول محمد بن سلمة ذلك دليل على أن نقله من بلد الى بلد مكروه والمستحب أن يدفن كل فى مقبرة البلدة التى مات بها ونقل عن عائشة انها قالت حين زارت قبر أخيها عبد الرحمن وكان مات بالشام وحمل منها لو كان الامر فيك الى ما نقلتك ولدفنتك حيث مت ثم قال المصنف فى التجنيس فى النقل من بلد الى بلد لا اثم لما نقل أن يعقوب عليه السلام مات بمصر فنقل الى الشام وموسى عليه السلام نقل تابوت يوسف عليه السلام بعد ما أتى عليه زمان من مصر

ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن تربيع القبور وعن ابراهيم النخعى أنه قال أخبرنى من رأى قبر النبى صلى الله عليه وسلم وقبر أبى بكر وعمر رضى الله عنهما مسنمة عليها فلق من مدر بيض الفلق جمع فلقة وهى القطعة من المدر عم الرائى ولم يعينه لانه كان فى الرائين كثرة وتأويل تسنيم قبر ابراهيم عليه السلام انه سطح قبره أو لانه سنم كذا فى المبسوط والمحيط

﴿باب الشهيد﴾

(الشهيد من قتله المشركون أو وجد في المعركة وبه أثر أو قتله المسلمون ظلما

الى الشام ليكون مع آبائه انتهى ولا يخفى أن هذا شرع من قبلنا ولم تتوفر فيه شروط كونه شرعا لنا الا أنه نقل عن سعد بن أبي وقاص أنه مات في ضيعة على أربعة فراسخ من المدينة فحمل على أعناق الرجال اليها ثم قال المصنف وذكر أنه اذا مات في بلدة يكره نقله الى أخرى لانه اشتغال بما لا يفيد بما فيه تأخير دفنه وكني بذلك كراهة ومن حفر قبرا في مقبرة ليدفن فيه فدفن غيره لا ينبش لكن يضمن قيمة الحفر ولا يدفن صغير ولا كبير في البيت الذي كان فيه فان ذلك خاص بالانبياء بل ينقل الى مقابر المسلمين ولا يدفن اثنان في قبر واحد الا لضرورة ولا يحفر قبر لدفن آخر الا ان بلي الاول فلم يبق له عظم الا أن لا يوجد بد فيضم عظام الاول ويجعل بينهما حاجز من تراب ومن مات في سفينة دفنوه ان أمكن الخروج الى أرض والا ألقوه في البحر بعد الغسل والتكفين والصلاة وعن أحمد يثقل ليرسب وعن الشافعية كذلك ان كان قريبا من دار الحرب والا شد بين لوحين ليقذفه البحر فيدفن ويكره الدفن في الاماكن التي تسمى فساقي والجلوس على القبر ووطؤه وحينئذ فما يصنعه الناس ممن دفنت أقاربه ثم دفن حواليهم خلق من وطء تلك القبور الى أن يصل الى قبر قريبه مكروه ويكره النوم عند القبر وقضاء الحاجة بل أولى وكل ما لم يعهد من السنة والمعهود منها ليس الا زيارتها والدعاء عندها قائما كما كان يفعل صلى الله عليه وسلم في الخروج الى البقيع ويقول السلام عليكم دار قوم مؤمنين وانا ان شاء الله بكم لاحقون أسأل الله لي ولكم العافية واختلف في اجلاس القارئين ليقرؤا عند القبر والمختار عدم الكراهة وفي التجنيس من علامة النوازل امرأة حامل ماتت واضطرب في بطنها شيء وكان رأيهم أنه ولد حي شق بطنها فرق بين هذا وبين ما اذا ابتلع الرجل درة فماتت ولم يدع مالا عليه القيمة ولا يشق بطنه لان في المسئلة الاولى ابطال حرمة الميت كصيانة حرمة الحي فيجوز أما في المسئلة الثانية ابطال حرمة الاعلى وهو الآدمي لصيانة حرمة الادنى وهو المال ولا كذلك في المسئلة الاولى انتهى وتوضيحه الاتفاق على أن حرمة المسلم ميتا كحرمته حيا ولا يشق بطنه حيا لو ابتلعها اذا لم يخرج مع الفضلات فكذا ميتا بخلاف شق بطنها لاخراج الولد اذا علمت حياته وفي الاختيار جعل عدم شق بطنه عن محمد ثم قال وروى الجرجاني عن أصحابنا أنه يشق لان حق الآدمي مقدم على حق الله تعالى ومقدم على حق الظالم المتعدي انتهى وهذا أولى والجواب عما قدمنا أن ذلك الاحترام يزول بتعديه ويجوز الجلوس للمصيبة ثلاثة أيام وهو خلاف الاولى ويكره في المسجد وتستحب التعزية للرجال والنساء الا اذا لا يفتن لقوله صلى الله عليه وسلم من عزى أخاه بمصيبة كساه الله من حلل الكرامة يوم القيامة وقوله صلى الله عليه وسلم من عزى مصابا فله مثل أجره وقوله صلى الله عليه وسلم من عزى ثكلى كسي بردين في الجنة ويكره اتخاذ الضيافة من الطعام من أهل الميت لانه شرع في السرور لا في الشرور وهي بدعة مستقبحة روى الامام أحمد وابن ماجه باسناد صحيح عن جرير بن عبد الله قال كنا نعد الاجتماع الى أهل الميت وصنعهم الطعام من النياحة ويستحب لجيران أهل الميت والاقرباء الا باعداد تهيئة طعام لهم يشبعهم يومهم وليلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم اصنعوا لآل جعفر طعاما فقد جاءهم ما يشغلهم حسنه الترمذي وصححه الحاكم ولانه بر ومعروف ويلح عليهم في الاكل لان الحزن يمنعهم من ذلك فيضعفون والله أعلم

﴿باب الشهيد﴾

وجه فصله وتأخيره ظاهر وسمي شهيدا اما لشهود الملائكة اكرامه أو لانه مشهود له بالجنة أو لشهوده أي حضوره حيا يرزق عند ربه على المعنى الذي يصح (قوله الشهيد الخ) هذا تعريف للشهيد

﴿باب الشهيد﴾

المقتول ميت بأجله عند أهل السنة والجماعة وانما يثاب الشهيد بحاله لاختصاصه بالفضيلة فكان اخراجه من باب صلاة الميت بباب على حدة كاخراج جبريل من الملائكة وسمي الشهيد شهيدا لان الملائكة يشهدون موته اكراما له فكان مشهودا فهو فعيل بمعنى مفعول وقيل لانه مشهود له بالجنة وقيل لانه حي عند الله حاضر وهو في اصطلاح الفقهاء (من قتله المشركون أو وجد في المعركة وبه أثر أو قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية) فقوله من قتله المشركون يعني بآلة كانت وفي معناهم أهل البغي وقطاع الطريق للخروج عن طاعة الامام وقوله (وبه أثر) أي جراحة ظاهرة أو باطنة كخروج الدم من العين أو نحوها وقوله (أو قتله المسلمون ظلما) احتراز عما قتله المسلمون رجما أو قصاصا

ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل) لانه فى معنى شهداء أحد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل بالحديدة ظلما وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالى فهو فى معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانها دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعى يخالفنا فى الصلاة

الملزوم للحكم المذكور أعنى عدم تغسيله ونزع ثيابه لا لمطلقه فانه أعم من ذلك على ما سنذكر من أن المرتث وغيره شهيد. وهذا التعريف على قول الكل بناء على ما اختاره بعضهم من أن المختلف فيه من الاحكام والاوصاف يجتنب فى الحد لكن يحتاج الى قيد مدخل وهو قولنا الا ما يجب بشبهة الابوة ولو أريد تصويره على رأى أبى حنيفة قيل كل مسلم مكلف لا غسل عليه قتل ظلما من أهل الحرب أو البغى أو قطاع الطريق بأى آلة كانت وبجارح من غيرهم ولم تجب بقتله دية بنفس القتل ولم يرتث فظلما مخرج للمقتول بحد أو قصاص أو افترسه سبع أو سقط عليه بناء أو سقط من شاهق أو غرق فانه يغسل وان كان شهيدا وأما اذا انفلتت دابة كافر فوطئت مسلما من غير سائق أو رمى مسلم الى الكفار فأصاب مسلما أو نفرت دابة مسلم من سواد الكفار أو نفد المسلمون منهم فألجؤهم الى خندق أو نار ونحوه فألقوا أنفسهم أو جعلوا حولهم الحسك فغشى عليها مسلم فمات به لم يكن شهيدا خلافا لابى يوسف لان فعله وفعل الدابة دون حامل يقطع النسبة اليهم أما لو طعنوهم حتى ألقوهم فى نار أو ماء أو نفر دابة فصدمت مسلما أو رموا نارا بين المسلمين فهبت بها ريح الى المسلمين أو أرسلوا ماء فغرق به مسلم فانهم يكونون شهداء اتفاقا لان القتل مضاف الى العدو تسببا فان قيل فى الحسك ينبغى أن لا يغسل لان جعله تسبيب للقتل قلنا ما قصد به القتل يكون تسببا وما لا فلا وهم قصدوا به الدفع لا القتل وقولنا بجارح لا يخص الحديد بل يشمل النار والقصب وقولنا بنفس القتل احتراز عما اذا وجب بالصلح عن دم العمد بعد ما وجب القصاص وعما اذا قتل الوالد ولده فالواجب الدية والولد شهيد لا يغسل فى الرواية المختارة فان موجب فعله ابتداء القصاص ثم ينقلب مالا لمانع الابوة وباقى القيود ظاهرة وستخرج مما سيورد من الاحكام (قوله قال عليه الصلاة والسلام فى شهداء الخ) غريب تمامه وفى مسند الامام أحمد أنه عليه السلام أشرف على قتلى أحد فقال انى شهيد على هؤلاء زملوهم بكلومهم ودمائهم اه الا أنه يستلزم عدم الغسل اذ مع الغسل لا يبقى وفى ترك غسل الشهيد أحاديث منها ما أخرج البخارى وأصحاب السنن عن الليث بن سعد عن الزهرى عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن جابر بن عبد الله أنه عليه الصلاة والسلام كان يجمع بين الرجلين من قتلى أحد ويقول أيهما أكثر أخذا للقرآن فاذا أشير له الى أحدهما قدمه فى اللحد وقال أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة وأمر بدفنهم فى دمائهم ولم يغسلهم زاد البخارى والترمذى ولم يصل عليهم قال النسائى لا أعلم أحدا تابع الليث من أصحاب الزهرى على هذا الاسناد ولم يؤثر عند البخارى تفرد الليث بالاسناد المذكور وأخرج أبو داود عن جابر قال رمى رجل بسهم فى صدره أو فى حلقه فمات فأدرج فى ثيابه كما هو ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنده صحيح وأخرج النسائى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم زملوهم بدمائهم فانه ليس كلم يكلم فى سبيل الله الا يأتى يوم القيامة يدمى لونه لون الدم والريح ريح المسك (قوله وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها) والحاصل أنه اذا وجد ميتا فى المعركة فلا يخلو اما ان وجد به أثر أو لا فان وجد فان كان خروج دم من جراحة ظاهرة فهو شهيد أو غير ظاهرة فان كان من موضع معتاد كالانف والدبر والذكر لم تثبت شهادته فان الانسان قد يسيل دمه من شدة الخوف وان كان من غير معتاد كالاذن والعين حكم بها وان كان الاثر من غير رض ظاهر وجب أن يكون شهيدا وان لم يكن به أثر أصلا لا يكون شهيدا الان الظاهر أنه لشدة خوفه انخلع قلبه وأما ان ظهر من الفم فقالوا ان عرف أنه من الرأس بان يكون صافيا غسل وان كان خلافه عرف أنه من الجوف فيكون

وقوله (ولم يجب بقتله دية) احتراز عن شبه العمد والخطأ وحكمه أنه يكفن بالاتفاق ولا يغسل اذا كان فى معنى شهداء أحد بالاتفاق ويصلى عليه عندنا خلافا للشافعى أما التكفين فهو سنة فى موتى بنى آدم فان كان عليه ثياب لم تنزع عنه لقوله عليه السلام زملوهم بكلومهم ودمائهم وفى رواية بثيابهم و ينزع الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن و يزيدون وينقصون اتماما للكفن على ما ذكر وأما عدم الغسل فلانه فى معنى شهداء أحد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم (فكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض مالى فهو فى معناهم فيلحق بهم) والقيد بالحديدة انما هو اذا كان القتل من المسلمين وأما من أهل الحرب والبغى وقطاع الطريق فليس بشرط كما تقدم لان شهداء أحد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح وشرطه عند أبى حنيفة أن يكون طاهرا لانه اذا كان جنبا يغسل على ما ذكر فى الكتاب وشرطه أن لا يكون مرتثا على ما ذكره وأما الصلاة عليه فقد خالفنا الشافعى

ويقول السيف محاء للذنوب فأغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلاة على الميت لاظهار كرامته والشهيد أولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغنى عن الدعاء كالنبي والصبي

من جراحة فيه فلا يغسل وأنت علمت أن المرتقى من الجوف قد يكون علقا فهو سوداء بصورة الدم وقد يكون رقيقا من قرحة في الجوف على ما تقدم في الطهارة فلم يلزم كونه من جراحة حادثة بل هو أحد المحتملات (قوله ويقول السيف محاء للذنوب) ذكروه في بعض كتب الفقه حديثا وهو كذلك في صحيح ابن حبان وانما معتمد الشافعي رحمه الله ما في البخاري عن جابر أنه عليه السلام لم يصل على قتلى أحد وهذا معارض بحديث عطاء بن أبي رباح أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على قتلى أحد أخرجه أبو داود في المراسيل فيعارض حديث جابر عندنا ثم يترجح بانه مثبت وحديث جابر ناف ونمنع أصل المخالف في تضعيف المراسيل ولو سلم فعنده اذا اعتضد يرفع معناه قيل وقد روى الحاكم عن جابر قال فقد رسول الله صلى الله عليه وسلم حمزة حين فاء الناس من القتال فقال رجل رأيته عند تلك الشجرة فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم نحوه فلما رآه ورأى ما مثل به شهق وبكى فقام رجل من الانصار فرمى عليه بثوب ثم جيء بحمزة فصلى عليه ثم بالشهداء فيوضعون الى جانب حمزة فيصلى عليهم ثم يرفعون ويترك حمزة حتى صلى على الشهداء كلهم وقال صلى الله عليه وسلم حمزة سيد الشهداء عند الله يوم القيامة مختصر وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه الا أن في سنده مفضل بن صدقة أبو حماد الحنفي وهو وان ضعفه يحيى والنسائي فقد قال الاهوازي كان عطاء بن مسلم يوثقه وكان أحمد بن محمد بن شعيب يثني عليه ثناء تاما وقال ابن عدي ما أرى به بأسا فلا يقصر الحديث عن درجة الحسن وهو حجة استقلالا فلا أقل من صلاحيته عاضدا لغيره وأسند أحمد حدثنا عفان بن مسلم حدثنا حماد بن سلمة حدثنا عطاء بن السائب عن الشعبي عن ابن مسعود قال كان النساء يوم أحد خلف المسلمين يجهزن على جرحى المشركين الى أن قال فوضع النبي صلى الله عليه وسلم حمزة وجيء برجل من الانصار فوضع الى جنبه فصلى عليه فرفع الانصاري وترك حمزة ثم جيء بآخر فوضع الى جنب حمزة فصلى عليه ثم رفع وترك حمزة صلى يومئذ عليه سبعين صلاة وهذا أيضا لا ينزل عن درجة الحسن وعطاء بن السائب فيه ما تقدم في باب صلاة الكسوف وأرجو أن حماد بن سلمة ممن أخذ عنه قبل التغير فان حماد بن زيد ممن ذكر أنه أخذ عنه قبل ذلك ووفاته تأخرت عن وفاة عطاء بنحو خمسين سنة وتوفي حماد بن سلمة قبل ابن زيد بنحو اثنتي عشرة سنة فيكون صحيحا وعلى الابهام لا ينزل عن الحسن وأخرج الدارقطني عن ابن عباس قال لما انصرف المشركون عن قتلى أحد الى أن قال ثم قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم حمزة فكبر عليه عشرا ثم جعل يجاء بالرجل فيوضع وحمزة مكانه حتى صلى عليه سبعين صلاة وكانت القتلى يومئذ سبعين وهذا أيضا لا ينزل عن الحسن ثم لو كان الكل ضعيفا ارتقى الحاصل الى درجة الحسن ثم كان عاضد المراسيل سيد التابعين عطاء بن أبي رباح على أن الواقدي في المغازي قال حدثني عبد ربه بن عبد الله عن عطاء عن ابن عباس فذكره وأسند في فتوح الشام حدثني رويم بن عامر عن سعيد بن عاصم عن عبد الرحمن بن بشار عن الواقصي عن سيف مولى ربيعة بن قيس اليشكري قال كنت في الجيش الذي وجهه أبو بكر الصديق مع عمرو بن العاص الى أيلة وأرض فلسطين فذكر القصة وفيها أنه قتل من المسلمين مائة وثلاثون وصلى عليهم عمرو بن العاص ومن معه من المسلمين وكان مع عمرو تسعة آلاف من المسلمين (قوله ونحن نقول الصلاة على الميت لاظهار كرامته) لا يخفى أن المقصود الاصلي من الصلاة نفسها الاستغفار له والشفاعة والتكريم يستفاد ارادته من ايجاب ذلك على الناس فنقول اذا أوجب الصلاة على الميت على المكلفين تكريما فلأن يوجبها عليهم على الشهيد أولى لان استحقاقه للكرامة أظهر (قوله كالنبي والصبي) لو اقتصر على النبي كان أولى فان الدعاء في الصلاة على الصبي لابويه هذا ولو اختلط قتلى المسلمين بقتلى الكفار أو موتاهم

وقال السيف محاء للذنوب فأغنى عن الشفاعة وقلنا الصلاة على الميت لاظهار كرامته والشهيد أولى بالكرامة وقوله (والطاهر عن الذنوب) جواب عن قوله السيف محاء للذنوب وهو ظاهر

قال المصنف (والطاهر عن الذنوب لا يستغنى عن الدعاء كالنبي والصبي) أقول قال ابن الهمام لو اقتصر على النبي صلى الله عليه وسلم كان أولى فان الدعاء في الصلاة على الصبي لابويه انتهى وفيه بحث

وقوله (ومن قتله أهل الحرب) ظاهر مما ذكرناه واعترض بأن من قتله أهل الحرب فهو في معنى شهداء أحد (فبأي شئ قتلوه لم يغسل) وأما أهل البغي وقطاع الطريق فمن أهل الاسلام فلم يكن قتيلهم بمعنى شهداء أحد فيشترط الحديدة أو الآلة التي لا تلبث في ثبوت الشهادة أجيب بأن كلا من الفريقين لما أمرنا بقتالهم ألحق بقتال أهل الحرب قال الله تعالى في أهل البغي فقاتلوا التي تبغي الآية وقال صلى الله عليه وسلم في قطاع الطريق قاتل دون مالك وقال من قتل دون ماله فهو شهيد واذا كان قتالهما مأمورا به صار كقتال أهل الحرب وفي قتال أهل الحرب الحكم تعميم الآلة فكذا في قتالهما وقوله (لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت) لانه خرج عن كونه مكلفا بالغسل عن الجنابة (والثاني) أي الغسل بسبب الموت (لم يجب) لان الشهادة تمنعه فان قوله عليه السلام زملوهم بكلومهم ودمائهم لا يفصل بين الشهيد الجنب وغيره (ولابي حنيفة أن الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة) ألا ترى أنه لو كان في ثوب الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم قيل لو لم يكن رافعا لوضئ المحدث اذا استشهد واللازم باطل فكذا الملزوم وأجيب بأنه لا يلزم من أن يكون رافعا للاعلى أن لا يكون رافعا للادنى وبأنه ثبت بالنص (فقد صح أن حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة) فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهله عن حاله فقالت زوجته انه أصاب مني فسمع الهيعة فأعجلته عن الاغتسال فاستشهد وهو جنب فقال عليه السلام هو ذا له والهيعة الصوت الذي يفزع منه فان قيل ليس الواجب غسل بني آدم دون الملائكة ولو كان ذلك واجبا لامر النبي عليه السلام باعادة غسله أجيب بأن الواجب هو الغسل وأما الغاسل فيجوز كائنا من كان ألا ترى أن الملائكة لما غسلوا آدم عليه السلام تأدى به الواجب ولم يعد أولاده غسله وقوله (وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا) يعني عندهما لا يغسلان لان الغسل الاول سقط بالموت والثاني لم يجب بالشهادة وعنده يغسلان لان

(ومن قتله أهل الحرب أو أهل البغي أو قطاع الطريق فبأي شئ قتلوه لم يغسل) لان شهداء أحد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح (واذا استشهد الجنب غسل عند أبي حنيفة) وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة أن الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح أن حنظلة لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا

بموتاهم لم يصل عليهم الا أن يكون موتى المسلمين أكثر فيصلى حينئذ عليهم وينوى أهل الاسلام فيها بالدعاء (قوله فبأي شئ قتلوه كان شهيدا) لان القتل في قتالهم مثله في قتال أهل الحرب لان قتالهم مأمور به كأهل الحرب قال تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله وسمي قطاع الطريق محاربي الله ورسوله والقطع بأن محارب الله ورسوله يجب قتاله على أنهم بغاة فيدخلون في التي تبغي بالمفهوم اللغوي فالمقتول منهم باذل نفسه ابتغاء مرضاة الله تعالى (قوله ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح) الله أعلم بذلك ولا حاجة اليه في ثبوت ذلك الحكم اذ يكفي فيه ثبوت بذله نفسه ابتغاء مرضاة الله اذ هو المناط في قتيل المشركين (قوله ما وجب بالجنابة) وهو الغسل (سقط بالموت) لان وجوبه لوجوب ما لا يصح الا به وقد سقط ذلك بالموت فيسقط الغسل ولان الشهادة أقيمت مقام الغسل الواجب بالموت لاحتباس الدماء ان قتل بغير جارح أو لتلطخه بها ان قتل بجارح مع قيام الموجب فكذا الواجب قبله وله أن الشهادة عهدت مانعة من ثبوت التنجس بالموت وبالتلطخ والا لارتب مقتضاه أما رفعها النجاسة كانت قبلها فوقوف على السمع ولم يرد بذلك الا في نجاسة الحدث للقطع اجماعا بانه لا يوضأ شهيد مع العلم باستلزام كل موت للحدث الاصغر أقله ما يحصل بزوال العقل قبيله فلو بقي الحال على عدم السمع لكفى في ايجاب الغسل فكيف والسمع يوجبه وهو ما صح من حديث حنظلة وبه يندفع قولهما سقط ما وجب لاجله ولو لم يكن قلنا في جوابه لم يشرع غسل الجنابة للعرض على الله جل وعلا وادخال القبر كما كان مشروعا للقراءة والمس وقد لا يجب واحد منهما فيتحقق سقوطه فان أصلحوا العبارة فقالوا سقط لعدم فائدته وهي التوصل به الى فعل ما لا يحل الا به دفع بتجويز تلك الفائدة وهي العرض على الرب جل جلاله فيبقى الوجوب الذي كان ثابتا قبل الموت بناء على أن صفة تعلقه قبل الموت للتوصل الى حل ما لا يحل بدونه حالة الحياة والعرض ان مات قبل الغسل والحق أن الدفع ليس الا بالنص وهو حديث حنظلة لان لهم أن يدفعوا هذا بان الوجوب قبل الموت كان متعلقا به وبعده بغيره فهو غيره أو لا ينتقل الى غيره الا بدليل فنرجع في ايجادهم ذلك الدليل الى حديث حنظلة فان قالوا هو انما يفيد ارادة الله سبحانه تكريمه لا أنه واجب والا لم يسقط بفعل غير الآدميين لان الوجوب عليهم قلنا كان ذلك أول تعليم للوجوب وافادة له جاز أن يسقط بفعلهم ذلك ما المقصود به الفعل بخلاف ما بعد الاول كغسل الملائكة آدم عليه السلام سقط بفعلهم لانه ابتداء افادة الوجوب مع كون المقصود نفس الفعل ولم يسقط ما بعده الا بفعل المكلفين وأما معارضته بقوله عليه السلام زملوهم بكلومهم ولا تغسلوهم فليس بدافع لانه في معينين

(قوله لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت لانه خرج عن كونه مكلفا بالغسل عن الجنابة) أقول فيه بحث لان الاولياء يخلفونه

وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما أن الصبي أحق بهذه الكرامة وله أن السيف كفى عن الغسل في حق شهداء أحد بوصف كونه طهرة ولا ذنب على الصبي فلم يكن في معناهم (ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه) لما روينا (وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والسلاح والخف) لانها ليست من جنس الكفن (ويزيدون وينقصون ما شاؤا) اتماما للكفن قال (ومن ارتث غسل) وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحياة لان بذلك يخف أثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء أحد (والارتثاث أن يأكل أو يشرب أو ينام أو يداوى أو ينقل من المعركة حيا) لانه نال بعض مرافق الحياة

ليس حنظلة منهم ولو كان في الكل وهو منهم كان قبل العلم بانه كان جنبا لان العلم بذلك انما كان من زوجته بعد العلم بغسل الملائكة له على ما يفيده نص حديثه وهو ما رواه ابن حبان والحاكم عن عبد الله بن الزبير قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وقد قتل حنظلة بن أبي عامر الثقفي ان صاحبكم حنظلة تغسله الملائكة عليهم السلام فسلوا صاحبته فقالت خرج وهو جنب لما سمع الهائعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك غسلته الملائكة وقال الحاكم صحيح على شرط مسلم وليس عند الحاكم فسلوا صاحبته يعني زوجته وهي جميلة بنت أبي بن سلول أخت عبد الله بن أبي بن سلول وكان قد بنى بها تلك الليلة فرأت في منامها كان بابا من السماء فتح وأغلق دونه فعرفت أنه مقتول من الغد فلما أصبحت دعت بأربعة من قومها فأشهدتهم أنه دخل بها خشية أن يقع في ذلك نزاع ذكره الواقدي وابن سعد في الطبقات وزاد وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني رأيت الملائكة تغسل حنظلة بن أبي عامر بين السماء والارض بماء المزن في صحاف الفضة قال أبو أسيد ذهبنا اليه فوجدناه يقطر رأسه ماء فرجعت فأخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وفي غريب الحديث للسرقسطي بسنده عن عروة بن الزبير خرج حنظلة بن أبي عامر وقد واقع امرأته فخرج وهو جنب لم يغتسل فلما التقى الناس لقي أبا سفيان بن حرب فحمل عليه فسقط أبو سفيان عن فرسه فوثب عليه حنظلة وقعد على صدره يذبحه فثربه جعونة بن شعوب الكناني فاستغاث به أبو سفيان فحمل على حنظلة فقتله وهو يرتجز ويقول

لأحبين صاحبي ونفسي * بطعنة مثل شعاع الشمس

وفي الواقدي سمي القاتل الاسود بن شعوب (قوله في الصحيح من الرواية) احترازا عن الرواية الاخرى انه لم يكن الغسل واجبا عليهما قبل الموت اذ لا يجب قبل الانقطاع وجه المختارة أن الدم موجب للاغتسال عند الانقطاع وقد حصل الانقطاع بالموت ولا بد من الحاقه بالجنب اذ قد صار أصلا معللا بالعرض على الله سبحانه والافهو مشكل بادنى تأمل (قوله ان الصبي أولى بهذه الكرامة) وهي سقوط الغسل فان سقوطه لابقاء أثر المظلومية وغير المكلف أولى بذلك لان مظلوميته أشد حتى قال أصحابنا خصومة البهيمة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم (قوله وله أن السيف الخ) حاصله اما ابداء قيد زائد في العلة فانهما علل السقوط بابقاء أثر المظلومية فقال هو العلة ابقاء أثرها بجعل القتل طهرة أي جعل القتل في سبيل الله طهرة عن الذنوب ابقاء لاثر الظلم ولا ذنب على غير المكلف فلم يتحقق تأثير القتل في حقه لهذا الحكم واما منع العلة وتعيينها مجرد جعل الشهادة طهرة اكراما وعلى كل حال فقوله أولى لاتفاق الكل على اعتبار التكريم في اسقاط الغسل بالقتل والتكريم في جعل القتل طهرة من الذنوب أظهر منه في ابقاء أثر الظلم أو هو غير موجود معه أصلا (قوله ويزيدون وينقصون ما شاؤا) أي يزيدون اذا كان ما عليه من غير جنس الكفن أو ناقصا عن العدد المسنون وينقصون اذا كان زائدا عليه (قوله لنيل مرافق الحياة) تعليل لقوله خلقا في حكم الشهادة وحكم الشهادة أن لا يغسل وقيد به لانه لم يصر خلقا في نفس

عن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية لا يغسلان لان الاغتسال ما كان واجبا عليه ما قبل الانقطاع وفي رواية وهو الصحيح يغسلان لان الانقطاع حصل بالموت والدم السائل يوجب الاغتسال عند الانقطاع وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبي) على ما ذكرناه وقوله (بهذه الكرامة) أي بسقوط الغسل فان سقوط الغسل عن الشهيد لابقاء أثر مظلوميته في القتل فكان اكراما له والمظلومية في حق الصبي أشد فكان أولى بهذه الكرامة (ولابي حنيفة أن السيف كفى عن الغسل في حق شهداء أحد بوصف كونه طهرة) عن الذنب (ولا ذنب للصبي فلا يكون في معناهم) ومن لم يكن في معناهم غسل وقوله (ولا يغسل عن الشهيد دمه) ظاهر وقوله (وينزع عنه الفرو الخ) مذهبنا وقال الشافعي لا ينزع عنه شئ واحتج باطلاق قوله عليه السلام زملوهم من غير فصل ولنا ما روينا في السنن عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم واذا تعارضا صرنا الى القياس وهو على ما ذكر في الكتاب (قوله ويزيدون وينقصون ما شاؤا) أي يزيدون ما شاؤا اذا كان ناقصا عن العدد المسنون وينقصون ما شاؤا يعني اذا كان زائدا على العدد المسنون وقوله (ومن ارتث) هو من قولك ثوب رث أي خلق وكلامه ظاهر

وقوله (ولو أوصى بشئ من أمور الآخرة) انما قيد بأمور الآخرة لانه اذا أوصى بشئ من أمور الدنيا يغسل بالاتفاق وقوله (الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما) أى حينئذ لا يغسل قيل هذا اذا عاين قاتله عينا وأما اذا علم أنه قتل بحديدة ظلما ولكن لم يعلم قاتله يغسل لما أن الواجب هنالك الدية والقسامة على أهل المحلة ولفظ الكتاب يشير الى هذا لانه قال (لان الواجب فيه

وشهداء أحد ماتوا عطاشا والكأس تدار عليهم فلم يقبلوا خوفا من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كى لا تطأه الخيول لانه ما نال شيأ من الراحة ولو آواه فسطاط أو خيمة كان مرتثا لما بينا (ولو بقى حيا حتى مضى وقت صلاة وهو بعقل فهو مرتث) لان تلك الصلاة صارت دينا فى ذمته وهو من أحكام الاحياء قال وهذا مروى عن أبى يوسف ولو أوصى بشئ من أمور الآخرة كان ارتثاثا عند أبى يوسف لانه ارتفاق وعند محمد لا يكون لانه من أحكام الاموات (ومن وجد قتيلا فى المصر غسل) لان الواجب فيه القسامة والدية تخف أثر الظلم (الا اذا علم أنه قتل بحديدة ظلما) لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما فى الدنيا أو العقبى وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف فى الجنايات ان شاء الله تعالى (ومن قتل فى حد أو قصاص غسل وصلى عليه)

القصاص ولا قصاص يجب الا على القاتل المعلوم (وهو) أى القصاص (عقوبة والقاتل لا يتخلص عن العقوبة ظاهرا) أما فى الدنيا ان وقع الاستيفاء أو فى العقبى ان لم يستوف فلو كان وجوب القصاص مانعا عن الشهادة لانسد بابها وهو باطل فان قيل من وجب بقتله القصاص ليس فى معنى شهداء أحد اذ لم يجب بقتلهم شئ ومن ليس فى معناهم يغسل أجيب بأن فائدة القصاص ترجع الى ولى القتيل وسائر الناس دون القتيل فلم يحصل له بالقتل شئ كامل بخلاف شهداء أحد بخلاف الدية فان نفعها يعود الى الميت حتى تقضى ديونه وتنفذ وصاياه وقوله (وعند أبى يوسف ومحمد مالا يلبث بمنزلة السيف) يعنى لا يشترط فى قتيل وجد فى المصر أن يقتل بحديدة عندهما بل المثقل من الحجر والخشب مثل السيف عندهما حتى لا يغسل القتيل ظلما فى المصر اذا عرف قاتله وعلم انه قتله بالمثقل لوجوب القصاص عندهما وعند أبى حنيفة لا يجب القصاص فى القتل بالمثقل ويعرف فى الجنايات وقوله (ومن قتل وجوبه فى حد أو قصاص غسل) لما روى أن ماعزا رضى الله عنه لما رجم جاء عمه الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال قتل ماعز كما تقتل الكلاب فاذا تأمرنى أن أصنع به فقال عليه السلام لا تقل هذا فقد تاب توبة لو قسمت توبته على أهل الارض لوسعتهم اذهب فغسله وكفنه وصل عليه

الشهادة بل هو شهيد عند الله تعالى (قوله وشهداء أحد الخ) كون هذا وقع لشهداء أحد الله أعلم به وروى البيهقى فى شعب الايمان بسنده عن أبى جهم بن حذيفة العدوى قال انطلقت يوم اليرموك أطلب ابن عمى ومعه شنة ماء فقلت ان كان به رمق سقيته ومسحت وجهه فاذا به ينشد فقلت أسقيك فأشار أن نعم فاذا رجل يقول آه فأشار ابن عمى أن انطلق به اليه فاذا هو هشام بن العاص أخو عمرو بن العاص فأتيته فقلت أسقيك فسمع آخر يقول آه فأشار هشام أن انطلق اليه فجئته فاذا هو قد مات فرجعت الى هشام فاذا هو قد مات فرجعت الى ابن عمى فاذا هو قد مات وأسند هو والطبرانى عن حبيب بن أبى ثابت أن الحرث بن هشام وعكرمة بن أبى جهل وعياش بن أبى ربيعة أثبتوا يوم اليرموك فدعا الحرث بماء يشربه فنظر اليه عكرمة فقال ارفعوه الى عكرمة فرفعوه اليه فنظر اليه عياش فقال عكرمة ارفعوه الى عياش فما وصل الى عياش ولا الى أحد منهم حتى ماتوا وماذاقوا (قوله أو يمضى عليه وقت صلاة وهو يعقل) أى ويقدر على أدائها حتى يجب القضاء كذا قيده فى شرح الكنز والله أعلم بصحته وفيه افادة أنه اذا لم يقدر على الاداء لا يجب القضاء فان أراد اذا لم يقدر لضعف مع حضور العقل فكونه يسقط به القضاء قول طائفة والمختار وهو ظاهر كلامه فى باب صلاة المريض أنه لا يسقط وان أراد لغيبة العقل فالمغمى عليه يقضى ما لم يزد على صلاة يوم وليلة فتى يسقط القضاء مطلقا لعدم قدرة الاداء من الجريح (قوله وهذا مروى عن أبى يوسف) فى الكافى أو عاش مكانه يوما وليلة لانه ليس فى معنى شهداء أحد اذ لم يبق أحد منهم حيا يوما كاملا أو ليلة وعن أبى يوسف وقت صلاة كاملا يغسل لانه وجب عليه تلك الصلاة وهو من أحكام الاحياء وعنه ان عاش بعد الجرح أكثر اليوم أو أكثر الليلة يغسل اقامة للاكثر مقام الكل (قوله وعند محمد) قيل الاختلاف بينهما فيما اذا أوصى بامور الدنيا أما بامور الآخرة فلا يكون مرتثا اتفاقا وقيل الخلاف فى الوصية بامور الآخرة وفى أمور الدنيا يكون مرتثا اتفاقا وقيل لا خلاف بينهما فجواب أبى يوسف فيما اذا كانت بامور الدنيا ومحمد لا يخالفه وجواب محمد فيما اذا كانت بامور الآخرة وأبو يوسف لا يخالفه فيها ومن الارتثاث أن يبيع أو يشترى أو يتكلم بكلام كثير بخلاف القليل فان ممن شهد أحدا من تكلم كسعد بن الربيع وهذا كله اذا كان بعد انقضاء الحرب وأما قبل انقضائها فلا يكون مرتثا بشئ مما ذكرنا (قوله الا أن يعلم أنه قتل بحديدة ظلما) أى ويعلم قاتله عينا أما مجرد وجدانه مذبوحا لا يمنع غسله وقد يستفاد هذا من قوله لان الواجب فيه القصاص لان

(قوله قيل هذا اذا علم قاتله عينا الخ) أقول كذا فى النهاية وفى شرح الكاكى وتاج الشريعة والاتقانى

ولانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق ومن كان كذلك لم يكن في معنى شهداء أحد لانهم بذلوا أنفسهم ابتغاء مرضاة الله فلا يلحق بهم وقوله (ومن قتل من البغاة أو قطاع الطريق لم يصل عليه) وقال الشافعي يصلى عليه لانه مؤمن الا أنه مقتول بحق فهو كالمقتول في رجم أو قصاص ولنا ان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة ولم يغسلهم فقيل له أهم كفار فقال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا أشار الى أنه انما ترك الغسل والصلاة عليهم عقوبة لهم وزجرا لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك على خشبة عقوبة له وزجرا لغيره والله أعلم

﴿باب الصلاة في الكعبة﴾

قد تقدم في أول باب صلاة الجنازة وجه تأخير هذا الباب فلا نعيده (الصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها) عندنا (خلافا للشافعي) قال صاحب النهاية كان هذا اللفظ وقع سهوا من الكاتب فان الشافعي يرى جواز الصلاة في الكعبة فرضها ونفلها كذا أورده أصحاب الشافعي في كتبهم ولم يورد أحد من علمائنا أيضا هذا الخلاف فيما عندي من الكتب وأجيب بأن مراده ما اذا توجه الى الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل وهو خير من الحمل على السهو الا أن اطلاق الكلام ينافيه قوله (ولمالك في الفرض) يعني أنه يجوز النفل في جوف الكعبة ولا يجوز الفرض ويقول الصلاة فيها جائزة من حيث انه استقبل بعضا وفاسدة من حيث انه استدبر آخر والترجيح لجانب الفساد احتياطا في أمر العبادة وهو القياس في النفل أيضا الا أنه ترك لورود الاثر فيه ومبناه على المساهلة فانه يجوز قاعدا مع القدرة على القيام والفرض ليس في معناه ليلحق به ولنا أنه عليه السلام صلى في جوف الكعبة الفرض يوم الفتح رواه بلال ولئن كان نفلا فالفرض في معناه فيما هو من شرائط الجواز دون الاركان ولانها صلاة استجمعت شرائطها الوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط كما لو صلى خارجها والاستدبار انما يوجب الفساد اذا لم يستقبل بعضها لانتفاء المأمور به وهو استقبال شطر منها

لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء أحد بذلوا أنفسهم لابتغاء مرضاة الله تعالى فلا يلحق بهم (ومن قتل من البغاة أو قطاع الطريق لم يصل عليه) لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة

﴿باب الصلاة في الكعبة﴾

(الصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها) خلافا للشافعي فيهما ولمالك في الفرض لانه عليه السلام صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلاة استجمعت شرائطها الوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط

وجوبه انما يتحقق على القاتل المعين هذا اذا عنى بالقصاص استيفاءه على ولي الامر لانه تسليم القاتل نفسه له (قوله لانه باذل نفسه) وقد صح انه عليه السلام غسل ماعزا (قوله لان عليا الخ) غريب والله أعلم ﴿فرع﴾ من قتل نفسه عمدا اختلف فيه المشايخ قيل يصلى عليه وقيل لا ومنهم من حكى فيه خلافا بين أبي يوسف وصاحبيه فعنده لا يصلى عليه وعندهما يصلى عليه لابي يوسف انه ظالم بالقتل فيلحق بالباغي ولهما أن دمه هدر فصار كالموتى حتف أنفه وفي صحيح مسلم مايؤيد قول أبي يوسف عن جابر بن سمرة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قتل نفسه بمشاقص فلم يصل عليه

﴿باب الصلاة في الكعبة﴾

(قوله خلافا للشافعي) سهو فان الشافعي رحمه الله يرى جواز الصلاة فيها وقوله تعالى أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود ظاهر فيه لان الامر بالتطهير للصلاة فيه ظاهر في صحة الصلاة فيه وفي الصحيحين عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسامة وبلال وعثمان بن طلحة وأغلقها عليه ثم مكث فيها قال ابن عمر فسألت بلالا حين خرج ماصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعل عمودين عن يساره وعمودا عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى وكان البيت يومئذ على ستة أعمدة وكان هذا يوم الفتح على ماصرحابه عن أيوب عن نافع عن ابن عمر فهذا وغيره في الصحيحين يعارض روايتهما عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة وفيها ست سوار فقام عند سارية فدعا ولم يصل ويقدم عليه بأنه مثبت وهو أولى من النافي ومن تأول حديث بلال بأنه أراد بالصلاة الدعاء فخروج عن الظاهر فان قيل يرتكب للجمع بين الاحاديث قيل تأويل ينفيه الصريح وهو ما في البخاري عن ابن عمر قال سألت بلالا صلى النبي صلى الله عليه وسلم في الكعبة قال نعم ركعتين بين الساريتين على يساره اذا دخلت ثم خرج فصلى في وجه الكعبة ركعتين لكنه معارض بما في حديث أيوب في الصحيحين من قول ابن عمر ونسيت أن أسأله كم صلى وما فيد يقال عدم سؤاله لا يستلزم عدم اخباره ليس بشئ لمن تأمل السياق فالاولى أن يجمع بينهما بأنه صلى الله عليه وسلم دخلها يوم الفتح فلم يصل ودخلها من الغد فصلى وذلك في حجة الوداع وهو مروي عن ابن عمر باسناد حسن أخرجه الدارقطني فيحمل حديث ابن عباس عليه (قوله لان استيعابها ليس بشرط) خرج به الجواب عما

وأما اذا استقبل فممنوع لانه أتى بما أمر به وقوله (فان صلى الامام بجماعة فيها) الصلاة بالجماعة فى جوف الكعبة لايخلوعن وجوه أربعة اما أن يكون وجهه الى ظهر الامام أو الى وجه الامام أو يكون ظهره الى ظهر الامام أو الى وجه الامام والاول والثالث جائز بلا كراهة والثانى بكراهة والرابع لايجوز أما جواز الاول فظاهر وأما جواز الثانى فلوجود المتابعة وانتفاء المانع وهو التقدم على الامام وأما كراهته فلشبهه بعابد الصورة بالمقابلة فينبغى أن يجعل بينه وبين الامام سترة تحرزا عن ذلك وأما جواز الثالث فلما ذكره فى الكتاب أنه متوجه الى القبلة ولايعتقد امامه على الخطا قيل وهذا ليس بكاف لان من جعل ظهره الى وجه الامام وهو الوجه الرابع متوجه الى القبلة ولايعتقد امامه على الخطا ومع ذلك لاتجوز صلاته وكان الواجب أن يقول وهو غير متقدم عليه والجواب أنه لما علل عدم الجواز فى الوجه الرابع بالتقدم على الامام دل على أنه مانع فاقتصر على ذكره فى الاول اعتمادا على أنه يفهم من الثانى وقوله (بخلاف مسئلة التحرى) يعنى اذا صلوا فى ليلة مظلمة فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام وهو يعلم حاله فانه لاتجوز صلاته لانه اعتقد أن امامه على الخطا وقدمر فى باب شروط الصلاة وقد ظهر وجه عدم جواز الوجه الرابع من هذا وأما اذا كان على يمين الامام أو يساره فهو أيضا جائز وهو ظاهر وقوله (فاذا صلى الامام فى المسجد الحرام وتحلق الناس حول الكعبة) فى بعض النسخ فتحلق وهو ظاهر لانه عطف على قوله صلى وقوله (فمن كان منهم أقرب) جزاء اذا صلى الامام وأما قوله (تحلق) بلا فاء فقال بعضهم حال بتقدير قد وقوله فمن كان جزاء الشرط وقال بعضهم هو جزؤ الشرط وقوله فمن كان جملة أخرى شرطية عطفت على الاولى وقوله (اذا لم يكن فى جانب الامام) يشير الى أنه اذا كان فى جانبه لم يجز لوجود التقدم لان التقدم والتأخر انما يظهر عند انحاد الجانب قال بعض الشارحين لان التقدم والتأخر من الاسماء الاضافية فلا يظهر الا عند انحاد الجهة وفيه نظر لانهما من الاسماء الاضافية وليس للاضافة تقييد بجهة وقال بعضهم لانه عند انحاد الجهة كان فى معنى من جعل ظهره الى وجه الامام وهو جيد وقوله (ومن صلى على ظهر الكعبة) أى على سطحها ولعله اختار لفظ الظهر لورود لفظ الحديث به على ماذكره أراد أن من صلى على سطح الكعبة (جازت صلاته) عندنا وان لم يكن بين يديه سترة وقال الشافعى لايجوز الا أن يكون بين يديه سترة بناء على أن المعتبر فى جواز التوجه اليها للصلاة البناء وعندنا أن القبلة هى الكعبة والكعبة هى العرصة والهواء الى عنان السماء ولا معتبر بالبناء لانه ينقل ألا ترى أن من صلى على أبى قبيس جازت صلاته ولاشئ من بناء الكعبة بين يديه فدل على أنه لامعتبر بالبناء وقوله (الا أنه يكره) استثناء من قوله جازت صلاته وتذكير الضمير بتأويل فعل الصلاة وأدائها (لما فيه) أى فى التعلى على ظهر الكعبة (من ترك التعظيم وقد ورد النهى عنه) قيل أى عن ترك التعظيم وقيل عن أداء الصلاة على ظهرها وروى عن أبى هريرة أنه قال نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فى سبعة مواطن المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله الحرام

(فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز) لانه متوجه الى القبلة ولايعتقد امامه على الخطا بخلاف مسئلة التحرى (ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلاته) لتقدمه على امامه (واذا صلى الامام فى المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلاة الامام فمن كان منهم أقرب الى الكعبة من الامام جازت صلاته اذا لم يكن فى جانب الامام) لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب (ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته) خلافا للشافعى لان الكعبة هى العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل ألا ترى أنه لو صلى على جبل أبى قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا أنه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهى عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم

يقال تعارض فيه المانع والمبيح باعتبار أنه مستدبر بعضها ومستقبل بعضها فتضمن منع كون استدبار بعضها مانعا بل المانع عدم الشرط والشرط استقبال البعض وقد وجد فلم يتحقق مانع (قوله لانه ينقل) ويحول والقبلة لاتتحول فى غير الضرورة حتى لو نقل ذلك الاحجار وجب التوجه الى خصوص ذلك المكان ولو صلى على جبل أرفع من الكعبة جازت فيلزم من مجموع هاتين أن القبلة هى تلك العرصة الى عنان السماء (قوله وقد ورد النهى الخ) أخرج ابن ماجه فى سننه عن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال سبع مواطن لاتجوز الصلاة فيها ظهر بيت الله والمقبرة والمزبلة والمجزرة والحمام وعطن الابل ومحجة الطريق وأشار الترمذى الى هذه الطريق وأعل بأبى صالح كاتب الليث وهو مختلف فيه قال صاحب التنقيح وأما أبو صالح كاتب الليث فقد وثقه جماعة وتكلم فيه آخرون

﴿ كتاب

(قوله وفيه نظر لانهما من الاسماء الاضافية وليس للاضافة تقييد بجهة) أقول فيه بحث

فرن الزكاة بالصلاة اقتداء بكتاب الله تعالى فى قوله أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ولان الصلاة حسنة لمعنى فى نفسها بدون الواسطة والزكاة ملحقة بها وموضعه أصول الفقه والزكاة فى اللغة عبارة عن النماء يقال زكا الزرع اذا نمى وفى عرف الفقهاء اسم لفعل أداء حق يجب للمال يعتبر فى وجوبه الحول والنصاب لانها اوصف بالوجوب وهو من صفات الافعال دون الاعيان وقد يطلق على المال المؤدى لان الله تعالى قال وآتوا الزكاة ولا يصح الايتاء الا فى العين وسببها ملك النصاب النامى وشرطها الحرية والبلوغ والعقل والاسلام والخلو عن الدين وكمال نصاب حولى (٤٨١) وصفتها الفرضية وحكمها الخروج عن

﴿ كتاب الزكاة ﴾

(الزكاة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول) أما الوجوب فلقوله تعالى وآتوا الزكاة ولقوله عليه السلام أدوا زكاة أموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب الفرض لانه لاشبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والعقل والبلوغ لما ذكره والاسلام لان الزكاة عبادة ولا تتحقق من الكافر ولابد من ملك مقدار النصاب

﴿ كتاب الزكاة ﴾

هى فى اللغة الطهارة قد أفلح من تزكى والنماء زكا الزرع اذا نمى وفى هذا الاستشهاد نظر لانه ثبت الزكاء بالهمز بمعنى النماء يقال زكا زكاء فيجوز كون الفعل المذكور منه لا من الزكاة بل كونه منها يتوقف على ثبوت عين لفظ الزكاة فى معنى النماء ثم سمى بها نفس المال المخرج حقا لله تعالى على ما نذكر فى عرف الشارع قال تعالى وآتوا الزكاة ومعلوم أن متعلق الايتاء هو المال وفى عرف الفقهاء هو نفس فعل الايتاء لانهم يصفونه بالوجوب ومتعلق الاحكام الشرعية أفعال المكلفين ومناسبته للغوى أنه سبب له اذ يحصل به النماء بالاخلاف منه تعالى فى الدارين والطهارة للنفس من دنس البخل والمخالفة وللمال باخراج حق الغير منه الى مستحقه أعنى الفقراء ثم هى فريضة محكمة وسببها المال المخصوص أعنى النصاب النامى تحقيقا أو تقديرا ولذا يضاف اليه فيقال زكاة المال وشرطها الاسلام والحرية والبلوغ والعقل والفراغ من الدين وتقريره ظاهر من الكتاب (قوله لقوله عليه السلام أدوا الخ) عن سليم بن عامر قال سمعت أبا أمامة رضى الله عنه يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فى حجة الوداع فقال اتقوا الله وصلوا خمسكم وصوموا شهركم وأدوا زكاة أموالكم وأطيعوا اذا أمرتم تدخلوا جنة ربكم قال فقلت لابى أمامة منذ كم سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سمعته وأنا ابن ثلاثين سنة رواه الترمذى وصححه وروى من حديث غير أبى أمامة أيضا (قوله والمراد بالواجب الفرض) لقطعية الدليل اما مجازا فى العرف بعلاقة المشترك من لزوم استحقاق العقاب بتركه عدل عن الحقيقة وهو الفرض اليه بسبب أن بعض مقاديرها وكيفياتها ثبتت باخبار الآحاد أو حقيقة على ما قال بعضهم ان الواجب نوعان قطعى وظنى فعلى هذا يكون اسم الواجب من قبيل المشكك اسما أعم وهو حقيقة فى كل نوع (قوله لان كمال الملك بها) مقتضى الظاهر أن يقول لان الملك بها فكانه عم الملك فى الملك يدا فلو قال على هذا التقدير لان الملك بها لم يصدق لثبوته دونها فى المكاتب فانه مالك يدا ذليس بحر ثم لم يتكلم على قيد التمام وهو مخرج لملك المكاتب فيخرج حينئذ مرتين وهذا أعم اخراجا فانه يخرج أيضا عهدة التكليف فى الدنيا والنجاة من العقاب والوصول الى الثواب فى العقبى قال (الزكاة واجبة على الحر) أى فريضة لازمة بالكتاب وهو قوله تعالى وآتوا الزكاة والسنة المعروفة وهى فى الاسلام على خمس الحديث واجماع الامة لم ينكرها أحد من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وانما عدل عن لفظ الفرض الى الواجب اما لان بعض مقاديرها وكيفياتها ثابت باخبار الآحاد أو لان استعمال أحدهما فى موضع الآخر جائز مجازا وانما قال ملكا تاما احترازا عن مال المكاتب فانه ملك المولى وانما للمكاتب فيه ملك اليد وعن مال المديون فان صاحب الدين يستحقه عليه فيكون ملكه ناقصا وكلامه فيه ظاهر

(قوله والزكاة فى اللغة عبارة عن النماء يقال زكا الزرع اذا نمى) أقول مصدر زكا الزرع هو الزكاء والزكو ولم يذكر علماء اللغة الزكاة فى مصدره (قوله وسببها ملك النصاب النامى) أقول من اضافة الصفة الى الموصوف أى النصاب النامى المملوك فانه هو السبب (قوله وانما عدل عن لفظ الفرض الى الواجب اما لان بعض مقاديرها وكيفياتها ثابت باخبار الآحاد) أقول لكن قال المصنف والمراد بالوجوب الفرض لانه لاشبهة فيه يأبى عن هذا التوجيه (قوله أو لان استعمال أحدهما فى موضع الآخر الخ) أقول هذا لا يصلح أن يكون سببا للعدول (قوله وانما قال ملكا تاما احترازا عن مال المكاتب) أقول الاحتراز عنه قد حصل باشتراط الحرية

لانه عليه السلام قدر السبب به ولابد من الحول لانه لابد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لازكاة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه الممكن به من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فأدير الحكم عليه ثم قيل هي واجبة على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لاتضمن بهلاك النصاب بعد التفريط

النصاب المعين من السائمة الذي تزوجت عليه المرأة ولم تقبضه حتى حال عليه الحول فانه لازكاة فيه عليها عند أبي حنيفة خلافا لهما لان الملك وان تحقق بذلك لكنه غير كامل بالنظر الى ماهو المقصود وصيرورته نصاب الزكاة ينبني على تمام المقصود به لاعلى مجرد الملك ولذا لم يجب في الضمار ويخرج أيضا المشترى للتجارة اذا لم يقبض حتى حال حول لازكاة فيه اذ لم يستفد ملك التصرف وكمال الملك بكونه مطلقا للتصرف وحقيقته مع كونه حاجزا ويخرج المال المشتغل بالدين لذلك اذ صاحب الدين مستحق أخذه من غير قضاء ولا رضاء وهذا بصيره كالوديعة والمغصوب بخلاف الموهوب له فانه يجب عليه في مال الهبة بعد الحول وان تمكن الواهب من الرجوع لانه لايتملكه الا بقضاء أو رضاء ولايخرج ما لك بسبب خبيث ولذا قالوا لو أن سلطانا غصب مالا وخلطه صار ملكه حتى وجبت عليه الزكاة وورث عنه ولايخفى ان هذا على قول أبي حنيفة ان خلط دراهمه بدراهم غيره استهلاك أما على قولهما فلا فلا يضمن فلا يثبت الملك لانه فرع الضمان ولا يورث عنه لانه مال مشترك فانما يورث حصة الميت منه والله سبحانه أعلم واذ قد عرفت هذا فلو قيل تجب على المسلم البالغ المالك لنصاب ملكا تاما لكان أوجز اذ يستغنى بالمالك عن الحر وبتمام الملك يخرج المكاتب ومن ذكرناه (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم قدر السبب به) له شواهد كثيرة ومنها حديث الخدري قال قال عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمس أواق صدقة وليس فيما دون خمس ذود صدقة وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة وسيرد بك غيره من الشواهد (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لازكاة في مال الخ) روى مالك والنسائي عن نافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من استفاد مالا فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول وأخرج أبو داود عن عاصم بن ضمرة والحارث الاعور عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا كانت لك مائتا درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم وساق الحديث وفيه بعد قوله ففيها نصف دينار فما زاد فبحساب ذلك قال فلا أدري أعلي يقول فبحساب ذلك أو رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول والحارث وان كان مضعفا لكن عاصم ثقة وقد روى الثقة أنه رفعه معه فوجب قبول رفعه وردت صحيح وقفه وروى هذا المعنى من حديث ابن عمرو من حديث أنس وعائشة (قوله ولانه الممكن من الاستنماء) بيان لحكمة اشتراط الحول شرعا وحقيقته أن المقصود من شرعية الزكاة مع المقصود الاصلي من الابتلاء مواساة الفقراء على وجه لايصيرهو فقيرا بأن يعطي من فضل ماله قليلا من كثير والايجاب في المال الذي لانماء له أصلا يؤدي الى خلاف ذلك عند تكرر السنين خصوصا مع الحاجة الى الانفاق فشرط الحول في المعد للتجارة من العبد أو بخلق الله تعالى اياه لها ليتمكن من تحقيقها في الوجود فيحصل النماء المانع من حصول ضد المقصود وقولهم في النقدين خلقا للتجارة معناه أنهما خلقا للتوسل بهما الى تحصيل غيرهما وهذا الان ضرورة ماسة في دفع الحاجة والحاجة في المأكل والمشرب والملبس والمسكن وهذه غير نفس النقدين وفي أخذها على التغالب من الفساد مالايخفى فخلق النقدان لغرض أن يستبدل بهما ماتندفع الحاجة بعينه بعد خلق الرغبة فيهما فكانا للتجارة خلقة (قوله ثم قيل هي واجبة على الفور لانه مقتضى مطلق الامر) الدعوى مقبولة وهي قول الكرخي والدليل المذكور عليها غير مقبول فان المختار في الاصول أن مطلق الامر لايقتضي الفور ولا التراخي بل مجرد طلب المأمور به فيجوز للمكلف كل من

وقوله (فأدير الحكم عليه) يعني يكون الاعتبار به دون حقيقة الاستنماء حتى اذا ظهر النماء أو لم يظهر تجب الزكاة وقوله (ثم قيل هي واجبة على الفور) وهو قول الكرخي فانه قال يأثم بتأخير الزكاة بعد التمكن وروى عن محمد من أخر الزكاة من غير عذر لاتقبل شهادته وفرق بينها وبين الحج فقال لايأثم بتأخير الحج ويأثم بتأخير الزكاة لان في الزكاة حق الفقراء فيأثم بتأخير حقهم وأما الحج فخالص حق الله تعالى وروى هشام عن أبي يوسف أنه لايأثم بتأخير الزكاة ويأثم بتأخير الحج لان الزكاة غير مؤقتة أما الحج فهو مؤقت كالصلاة فربما لايدرك الوقت في المستقبل وموضعه أصول الفقه

التراخي

وقوله (وليس على الصبي والمجنون زكاة) هو الموعود بقوله لما ذكره وقوله (هي غرامة مالية) أي وجوب شئ مالي استعار لفظ الغرامة للوجوب لما أن حقيقة الغرامة هي أن يلزم الانسان ما ليس عليه كأنه يقول الزكاة واجب مالي وكل ما هو واجب مالي يجب عليه كنفقة الزوجات والعشر والخراج فالزكاة تجب عليه ويؤدى عنه الولي وهو قول ابن عمر وعائشة (ولنا أنها عبادة) لان العبادة ما يأتي به المرء على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والزكاة كذلك وقد قال صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس الحديث وغيرها عبادة بالاتفاق فكذلك هي وكل ما هو عبادة (لا يتأدى الا بالاختيار تحقيقا للابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل) وهو قول علي وابن عباس رضي الله عنهما فان قيل الصلاة والصوم والايمان على أصلكم يصح (٤٨٣) من الصبي فاما أن يكون باختيار أو غيره فان كان الاول فلتصح الزكاة بمثله من الاختيار وان كان الثاني انتقض قولكم وكل ما هو عبادة لا يتأدى الا بالاختيار فالجواب أنها انما تصح باختيار قوله فلتصح الزكاة بمثله من الاختيار قلنا غير متصور لان ذلك اختيار لا يستلزم ضرر العدم الوجوب عليه وهذا الاختيار يستلزم الضرر فلا يكون مثل ذلك

(وليس على الصبي والمجنون زكاة) خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا أنها عبادة فلا تتأدى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل

التراخي والفور في الامتثال لانه لم يطلب منه الفعل مقيدا بأحدهما فيبقى على خياره في المباح الاصلي والوجه المختار أن الامر بالصرف الى الفقير معه قرينة الفور وهي انه لدفع حاجته وهي معجلة فتى لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الايجاب على وجه التمام وقال أبو بكر الرازي وجوب الزكاة على التراخي لما قلنا من أن مطلق الامر لا يقتضي الفور فيجوز للمكلف تأخيره وهذا معنى قولهم مطلق الامر للتراخي لا أنهم يعنون أن التراخي مقتضاه . قلنا ان لم يقتضه فالمعنى الذي عيناه يقتضيه وهو ظني فتكون الزكاة فريضة وفورية واجبة فيلزم بتأخيره من غير ضرورة الاثم كما صرح به الكرخي والحاكم الشهيد في المنتقى وهو عين ما ذكر الفقيه أبو جعفر عن أبي حنيفة أنه يكره أن يؤخرها من غير عذر فان كراهة التحريم هي المحمل عند اطلاق اسمها عنهم ولذا ردوا شهادته اذا تعلقت بترك شئ كان ذلك الشئ واجبا لانهما في رتبة واحدة على ما مر غير مرة وكذا عن أبي يوسف في الحج والزكاة فترد شهادته بتأخيرهما حينئذ لان ترك الواجب مفسق واذا أتى به وقع أداء لان القاطع لم يوقته بل ساكت عنه وعن محمد ترد شهادته بتأخير الزكاة لا الحج لانه خالص حق الله تعالى والزكاة حق الفقراء وعن أبي يوسف عكسه فقد ثبت عن الثلاثة وجوب فورية الزكاة والحق تعميم رد شهادته لان ردها منوط بالمأثم وقد تحقق في الحج أيضا ما يوجب الفور مما هو غير الصيغة على ما ذكر في بابه ان شاء الله وما ذكر ابن شجاع عن أصحابنا أن لزكاة على التراخي يجب حمله على أن المراد بالنظر الى دليل الافتراض أي دليل الافتراض لا يوجبها وهو لا ينفي وجود دليل الايجاب وعلى هذا ما ذكروا من انه اذا شك هل زكى أولا يجب عليه أن يزكي بخلاف ما لو شك أنه صلى أم لا بعد الوقت لا يعيد لان وقت الزكاة العمر فالشك حينئذ فيها كالشك في الصلاة في الوقت والشك في الحج مثله في الزكاة هذا ولا يخفى على من أنعم التأمل أن المعنى الذي قدمناه لا يقتضي الوجوب لجواز أن يثبت دفع الحاجة مع دفع كل مكلف مكلف متراخيا اذ بتقدير اختيار الكل للتراخي وهو بعيد لا يلزم اتحاد زمان أداء جميع المكلفين فتأمل واذا أخر حتى مرض يؤدي سرا من الورثة ولو لم يكن عنده مال فأراد أن يستقرض لاداء الزكاة ان كان أكبر رأيه أنه يقدر على قضائه بالاجتهاد فيه كان الافضل له الاستقراض وان كان ظنه خلافه فالافضل أن لا يستقرض لان خصومة صاحب الدين أشد (قوله هي غرامة) حاصله الحاق الزكاة بنفقة زوجة الصبي والمجنون وعشر أرضهما وخراجها فانه يجب في أرضهما العشر والخراج وكذا الاراضي الموقوفة على المساجد وجميع جهات البر والجامع أنها غرامة أي حق مالي يلزم بسبب في

قال المصنف (خلافا للشافعي فانه يقول هي غرامة مالية) أقول قال العلامة الكاكي أي وجوب مالي وفي المغرب الغرامة الزام شئ ليس عليه وفي الكافي في هذا اللفظ ترك الادب لان الزكاة ليست بغرامة بدليل قوله تعالى ومن الاعراب من يتخذ ما ينفق مغرما ذم الله تعالى قول الاعراب انتهى الظاهر أنه أراد بالغرامة معنى المؤنة قال في الايضاح والخلاف بيننا وبينه راجع الى أصل وهو أن الواجب عنده مؤنة تجب حقا للفقير هذا النقل عن الايضاح في شرح الكاكي قال المصنف (ولنا أنها عبادة) أقول أي ليست بغرامة والمراد أنها عبادة تكليفية يدل على ذلك قوله تحقيقا لمعنى الابتلاء فلا يرد صلاة الصبي وصومه نقضا على الدليل (قوله وقد قال صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس الحديث وغيرها عبادة بالاتفاق فكذلك هي) أقول القران في النظم لا يقتضي القران في الحكم والاولى أن يقال واذا كانت مبنى الاسلام تكون عبادة بلا شبهة (قوله ولا اختيار لهما الخ) أقول قوله ولا اختيار لهما أي الاختيار الكامل الذي هو مدار التكليف فلا يرد النقض بصلاته وصومه فتأمل

مالهما فيخاطب الولي بدفعه ويدل على الحكم المذكور أيضا ماروا ه الترمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة قلنا أما الحديث فضعيف قال الترمذي انما يروى الحديث من هذا الوجه وفي اسناده مقال لان المثنى يضعف في الحديث قال صاحب التنقيح قال مهنا سألت أحمد بن حنبل عن هذا الحديث فقال ليس بصحيح وللحديث طريقان آخران عند الدارقطني وهما ضعيفان باعترافه وأما القياس فيمنع كون ماعينه تمام المناط فانه منقوض بالذمي لا يؤخذ من ماله الزكاة فلو كان وجوبها بمجرد كونها حقا ماليا يثبت للغير لصح أداؤها منه بدون الاسلام بل وأجبر عليه كما يجبر على دفع نفقة زوجته ونحو ذلك وحين لم يكن كذلك علم انه اعتبر فيها وصف آخر لا يصح مع عدمه وهو وصف العبادة الزائل مع الكفر قال عليه السلام بني الاسلام على خمس وعد منها الزكاة كالصلاة والحج والصوم فتكون موضوعة عن الصبي قال عليه السلام رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل رواه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه واعتبار تعلق خطاب الدفع الذي هو عبادة بالولي ابتداء لا بطريق النيابة ليدفع به هذا وما يقال المعتبر في الاداء نية الاصل لا النائب جائز لكن الكلام في ثبوت مفيد وقوع هذا الجائز اذ بمجرد الجواز لا يلزم الوجود شرعا فلا يفيد ماذكروه المطلوب ولم يوجد فان الحديث لم يثبت والقياس لم يصح كما سمعت على أنه لو صح لم يقتض الا وجوب الاداء على الولي نيابة كما هو في المقيس عليه من نفقة الزوجة وهل يكون تصرف الانسان في مال غيره الا بطريق النيابة وبه يفارق تصرفه في مال نفسه وما روي عن عمر وابنه رضي الله عنهما وعائشة رضي الله عنهن من القول بوجوبها في مالهما لا يستلزم كونه عن سماع اذ قد علمت امكان الرأي فيه فيجوز كونه بناء عليه فحاصله قول صحابي عن اجتهاد عارضه رأي صحابي آخر قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة حدثنا الليث بن أبي سليم عن مجاهد عن ابن مسعود قال ليس في مال اليتيم زكاة وليث كان أحد العلماء العباد وقيل اختلط في آخر عمره ومعلوم أن أبا حنيفة لم يكن ليذهب فيأخذ عنه في حال اختلاطه ويرويه وهو الذي شدد في أمر الرواية مالم يشدده غيره على ماعرف وروي مثل قول ابن مسعود عن ابن عباس تفرد به ابن لهيعة وفي ابن لهيعة ماقدمناه غير مرة وحاصل مانقول في نفي الزكاة عنهما ان نفي العبادة عنهما بالنافي الثابت وعن وليهما ابتداء على العدم الاصلي لعدم سلامة ما يفيد ثبوته عليه ابتداء وأما الحاقهما بالمكاتب في نفي الوجوب بجامع نقصان الملك لثبوت لازم النقصان من عدم جواز تبرعاتهما بل أدنى لعدم نفاذ تصرفاتهما فيه بخلاف المكاتب ففيه نظر فان المؤثر في عدم الوجوب على المكاتب ليس عدم جواز التبرع ولا النقصان المسبب عنه بل النقصان المسبب عن كونه مديونا أو لان ملكه باعتبار اليد فقط للتردد في قرار الملك لتجويز عجزه فيصير السيد ملكا وهو ليس ملكا حقيقيا أصلا بخلاف الصبي والمجنون بقي ايراد العشر والخراج يتوجه على وجه الالزام فلو تم واعترفنا بالخطأ في ايجابهما في أرضهما لم يضرنا في المتنازع فيه ثم جوابه عدم معنى العبادة في الخراج بل هي مؤنة محضة في الارض وقصوره في العشر لان الغالب فيه معنى المؤنة ومعنى العبادة فيه تابع فالمالك ملكهما بمؤنتهما كمالك العبد ملكا مصاحبا لها لان المؤنة سبب بقائه فتثبت مع ملكه وكذا الخراج سبب بقاء الاراضي في أيدي ملاكها لان سببه بقاء الذب عن حوزة دار الاسلام وهو بالمقاتلة وبقاؤهم بمؤنتهم والخراج مؤنتهم باتفاق الصحابة على جعله في ذلك والعشر للفقراء لنبهم بالدعاء قال عليه الصلاة والسلام انما تنصر هذه الامة بضعيفها بدعوتهم الحديث والزكاة وان كانت أيضا للفقراء لكن المقصود من ايجاب دفعها اليهم في حقه الابتلاء بالنص المفيد لكونها عبادة محضة وهو بني الاسلام الحديث وفي حقهم سد حاجتهم والمنظور اليه في عشر الاراضي الثاني لانه لم يوجد فيه صريح

وقوله (بخلاف الخراج) جواب عن قوله وصار كالعشر والخراج وقوله (وكذا الغالب فى العشر معنى المؤنة) لما أن سبب وجوب العشر الارض النامية بالخارج فباعتبار الارض وهى الاصل كانت المؤنة أصلا وباعتبار الخارج وهو وصف الارض كان شبهها بالزكاة والوصف تابع للموصوف فكان معنى العبادة تابعا فان قيل سبب وجوب الزكاة النصاب النامى والنصاب أصل والنماء وصف ومع ذلك لم يكن فى الزكاة معنى المؤنة أصلا فالجواب أن المؤنة ما يحتاج اليه للبقاء كالنفقة والزكاة ليست سببا للبقاء المال وتمامه قررناه فى التقرير وقوله (ولو أفاق) يعنى المجنون (فى بعض السنة فهو بمنزلة الافاقة فى بعض الشهر) يعنى اذا كان مفيقا فى جزء من السنة أولها أو آخرها قل أو كثر بعد ملك النصاب تلزمه الزكاة كما لو أفاق فى جزء من شهر (٤٨٥) رمضان فى يوم أو ليلة لزمه صوم الشهر كله

بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب فى العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ولو أفاق فى بعض السنة فهو بمنزلة افاقته فى بعض الشهر فى الصوم وعن أبى يوسف رحمه الله انه يعتبر أكثر الحول ولا فرق بين الاصلى والعارضى وعن أبى حنيفة انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبى اذا بلغ

يوجب كونه عبادة محضة وقد عهد تقرير المؤنة فى الارض فيكون محل النظر على المعهود غير أن خصوص المصرف وهم الفقراء يوجب فيه معنى العبادة وهذا القدر لا يستلزم سوى أدنى ما يتحقق به معناها وهو بكونه تبعا فكان كذلك (قوله ولو أفاق) أى المجنون اعلم أن الوجوب مطلقا لا يسقط بالعجز عن الاداء للعجز عن استعمال العقل بل اذا كان حكمه وهو وجوب الاداء يتعذر متعلقه وهو الاداء امتثالا مع عدم العقل بشرط تذكره نحو أن يكون من العبادات المحضة فان المقصود من ايجابها ايجاد نفس الفعل ابتلاء ليظهر العاصى من المطيع وهذا لا يتحقق الا عن اختيار صحيح وهو لا يمكن بدون العقل وانما انتفى الوجوب لانتفاء حكمه لانه المقصود منه وان وجد السبب كما يثبت فى لانتفاء محله بخلاف ما المقصود منه المال ووصوله الى معين كالخراج والنفقات وضمان المتلفات والعشر فانه لا يتعذر معه حكمه وهو الايصال فانه مما يحصل بالنائب فأمكن ثبوت حكم الوجوب مطلقا أعنى وجوب الاداء دون عقل بخلاف العبادات المحضة فان اختيار النائب ليس هو اختيار المستنيب فلا يظهر بفعله طاعة من عليه الا اذا كان استنابه عن اختيار صحيح ولا يكون ذلك الا بالعقل ثم ما يتعذر الاداء فيه عند عدم العقل انما يسقط الوجوب بشرطين أن يكون الجنون أصليا وهو المتصل بالصبى ان بلغ مجنونا أو عارضيا طال وأن يكون تبقية الوجوب يستلزم الحرج فى فعل المأمور به أما الاول فلان العارض اذا لم يطل عد عدما شرعا كالنوم لا يسقط الوجوب ويجب على النائم القضاء وذلك لانه يتوقع زواله فى كل ساعة بخلاف الطويل فى العادة والجنون ينقسم الى مديد وقصير فالحق المديد بالصبا فيسقط معه أصل الوجوب والقصير بالنوم بجامع أن كلا عذر يعجز عن الاداء زال قبل الامتداد وأما الثانى فلان الوجوب لفائدته وهى الاداء أو القضاء فاذا لم يتعذر الاول ويثبت طريق تعذر الثانى لا تنتفى الفائدة فلا ينتفى هو وطريق تعذره أن يستلزم حرجا وهو بالكثرة ولا نهاية لها فاعتبرنا الدخول فى حد التكرار فلذا قدرناه فى الصلاة بالست على ما مر فى باب صلاة المريض وفى الصوم بأن يستوعب الشهر وفى الزكاة أن يستغرق الحول عند محمد وهو رواية عن أبى يوسف وأبى حنيفة وهو الاصح لان الزكاة تدخل فى حد التكرار بدخول السنة الثانية وفيه نظر فان التكرار يخرج الثانية لا بدخولها الا ان شرط الوجوب أن يتم الحول فالاولى أن المعتبر فى الزكاة والصوم نفس وقتهما ووقتهما ممتد فاعتبر نفسه فقلنا انما يسقط باستيعاب الجنون وقتهما حتى لو كان مفيقا فى جزء من الشهر وجن فى باقى أيامه لزمه قضاء

فى قول محمد ورواية عن أبى يوسف لما أن السنة للزكاة بمنزلة الشهر للصوم والافاقة فى جزء من الشهر كالافاقة فى جميعه فى وجوب صوم جميع الشهر فكذا هذا (وعن أبى يوسف أنه يعتبر أكثر الحول) فان كان مفيقا فيه فقد غلبت الصحة الجنون فصار كجنون ساعة فوجبت الزكاة وان كان مجنونا فيه كان كالمجنون فى جميع السنة (ولا فرق بين) الجنون (الاصلى) وهو أن يدرك مجنونا (والعارضى) وهو أن يدرك مفيقا ثم يجن على ظاهر الرواية يعنى اذا أفاق فى بعض السنة وجبت الزكاة سواء كان الجنون أصليا أو عارضيا لما ذكرنا وكذا على قول أبى يوسف لان المعتبر عنده الافاقة فى أكثر الحول من غير نظر الى الاصلى والعارض (وعن أبى حنيفة) فى الاصلى (أنه يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبى اذا بلغ) لان التكليف لم يسبق هذه الحالة فصارت الافاقة بمنزلة بلوغ الصبى وأما اذا طرأ الجنون فان استمر سنة سقط لانه استوعب مدة التكاليف وهى الصلاة والصوم والحج وان كان أقل من ذلك لم يعتبر

(قوله فالجواب أن المؤنة ما يحتاج اليه للبقاء كالنفقة والزكاة ليست سببا لبقاء المال الخ) أقول وكذا النفقة ليست سببا لبقاء المال بل لبقاء الزوجة مثلا وكذا الزكاة لبقاء الفقراء (قوله وعن أبى يوسف أنه يعتبر أكثر الحول الخ) أقول النصف كالاكثر فى حق الجنون يفهم ذلك من سياق كلام المصنف

قال (وليس على المكاتب زكاة) قد ذكرنا أن المكاتب ليس له ملك تام فلا تجب عليه الزكاة (ومن كان عليه دين يحيط بماله) وله مطالب من جهة العباد سواء كان لله كالزكاة أو للعباد كالقرض وثمن المبيع وضمان المتلفات وأرش الجراحة ومهر المرأة سواء كان من النقود أو من غيرها وسواء كان حالا أو مؤجلا (فلا زكاة عليه وقال الشافعي تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام) فان

(وليس على المكاتب زكاة) لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من أهل أن يعتق عبده (ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكاة عليه) وقال الشافعي تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام ولنا أنه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب البذلة والمهنة (وان كان ماله أكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا) لفراغه عن الحاجة الاصلية والمراد بدين له مطالب من جهة العباد

كله وفي الزكاة في السنة كلها وروى هشام عن أبي يوسف أن امتداد الجنون بوجوده في أكثر السنة ونصف السنة ملحق بالاقل لان كل وقتها الحول لكنه مديد جدا فقدرنا به والاكثر يقام مقام الكل فقدرنا به تيسيرا فان اعتبار أكثره أخف على المكلف من اعتبار الكل لانه أقرب الى السقوط والنصف ملحق بالاقل ثم ان محمدا لا يفرق بين الاصلي وهو المتصل بزمن الصبا بأن جن قبل البلوغ فبلغ مجنونا والعارض بان بلغ عاقلا ثم جن فيما ذكرنا من الحكم وهو ظاهر الرواية وخص أبو يوسف الحكم المذكور بالعارض لانه الملحق بالعوارض أما الاصلي فحكمه حكم الصبا عنده فيسقط الوجوب وان قل ويعتبر ابتداء الحول من وقت الافاقة كما يعتبر ابتداؤه من وقت البلوغ ويجب بعد الافاقة ما بقي من الصوم لا ما مضى من الشهر ولا يجب ما مضى من الصلاة مما هو أقل من يوم وليلة بعد البلوغ وقيل على العكس وروى عن أبي حنيفة أيضا كما ذكر المصنف وصاحب الايضاح وجه الفرق أن المجنون قبل البلوغ في وقت نقصان الدماغ لآفة مانعة له عن قبول الكمال مبقية له على ضعفه الاصلي فكان أمرا أصليا فلا يمكن الحاقه بالعدم كالصبي بخلاف الحاصل بعد البلوغ فانه معترض على المحل الكامل بالحوق آفة عارضة فيمكن الحاقه بالعدم عند انتفاء الحرج كالنوم وقال محمد الجنون مطلقا عارضي لان الاصل في الجبلة السلامة بل كانت متحققة في الوجود وفواتها انما يكون بعارض والجنون يفوتها فكان عارضا والحكم في العارض أنه يمنع الوجوب اذا امتد والا فلا (قوله لانه ليس بمالك من كل وجه) أحسن من تعليلهم بأنه مصرف الزكاة بالنص لانه لا منافاة في العقل بين ايجاب الصدقة على من جوز له أخذها ولا في الشرع كابن السبيل هذا وأما العبد المأذون فان كان عليه فهو مشغول بالدين وان كان يفضل عن دينه قدر نصاب فعلى المولى زكاته وكذا ان فضل أقل وعند المولى مال آخر ضمه اليه وزكى الجميع (قوله ولنا انه مشغول) يتضمن تسليم أنه نصاب تام لانه مرجع ضمير أنه ثم منع استقلاله بالحكم بابداء انتفاء جزء العلة بادعاء أن السبب النصاب الفارغ عن الشغل أو ابداء المانع على تقدير استقلاله على قول مخصصي العلة وانما اعتبرنا عدم الشغل في الموجب لان معه يكون مستحقا بالحاجة الاصلية وهو دفع المطالبة والملازمة والحبس في الحال والمؤاخذة في المآل اذ الدين حائل بينه وبين الجنة وأي حاجة أعظم من هذه فصار كالماء المستحق للعطش وثياب البذلة وذلك معتبر معدوما حتى جاز التيمم مع ذلك الماء ولم تجب الزكاة وان بلغت ثياب البذلة نصابا وما في الكافي من اثبات المنافاة الشرعية بين وجوب الزكاة على الانسان وحل أخذها له فيه نظر لما بينا من عدمها شرعا كما في ابن السبيل يجب عليه ويجوز له أخذها وتقريره بأنه ان كان غنيا حرم الاخذ عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحل الصدقة لغني ولا لحرم الاخذ منه لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى فيه نظر لانا نختار الشق الاول ونمنع كون الغنى الشرعي

(قوله فان لصاحب الدين أن يأخذه من غير رضاه ولا قضاء) أقول هذا اذا كان المال من جنس حق الدين وأما اذا لم يكن من جنسه فليس كذلك

المديون مالك لماله لان دين الحر الصحيح يجب في ذمته ولا تعلق له بماله ولهذا يملك التصرف فيه كيف شاء (ولنا أنه مشغول بحاجته الاصلية) أي معدوم لما يدفع الهلاك حقيقة أو تقديرا لان صاحبه يحتاج اليه لاجل قضاء الدين دفعا للحبس والملازمة عن نفسه وكل ما هو كذلك اعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش لنفسه أو دابته وثياب المهنة وهذا أيضا راجع الى نقصان الملك فان لصاحب الدين أن يأخذه من غير رضاه ولا قضاء فكان ملكا ناقصا وقوله (وان كان ماله أكثر من دينه) ظاهر واعلم أن المديون اذا كان له صنوف من الاموال المختلفة والدين يستغرق بعضها صرف أولا الى النقود فان فضل شئ منه صرف الى عروض التجارة دون السائمة فان فضل شئ منه صرف الى مال القنية فان كان له نصب من الابل والبقر والغنم يصرف الى أقلها زكاة حتى ان في هذه المسئلة يصرف الدين الى الابل والغنم ولا يصرف الى البقر ثم المالك بالخيار ان شاء صرفه الى الغنم وان شاء الى الابل لاتحاد الواجب فيهما والاصل في جنس هذه المسائل أن ما كان أنفع للفقراء لا يصرف الدين اليه وقوله (والمراد دين له مطالب) ظاهر منحصرا

وقوله (حال بقاء النصاب وكذا بعد الاستهلاك) صورته رجل ملك مائتي درهم فمضى عليه حولان ليس عليه زكاة السنة الثانية لان وجوب زكاة السنة الاولى صار مانعا عن وجوبها في السنة الثانية لانتقاص النصاب بزكاة الاولى ولو حال الحول على المائتين فاستهلك النصاب قبل أداء الزكاة ثم استفاد مائتي درهم وحال الحول على المستفاد لا يجب عليه زكاة المستفاد لان وجوب زكاة النصاب الاول دين في ذمته بسبب الاستهلاك فمنع وجوب الزكاة وقوله (خلافا لزفر فيهما) أي في النصاب الذي وجب فيه الزكاة وفي النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك فانه لم يجعل هذين الدينين مانعين عن الزكاة لانه (٤٨٧) لا مطالب له من جهة العباد فصار كدين النذر

حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف في الثاني على ما روى عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في أموال التجارة فان الملاك نوابه (وليس في دور السكنى وثياب البدن وأثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكاة) لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية أيضا

منحصرا فيما يحرم الأخذ وقوله عليه السلام لا تحل الصدقة لغني مخصوص بالاجماع بابن السبيل فجاز تخصيصه بالقياس الذي ذكرناه مرة أخرى قال المشايخ وهو قول ابن عمر وعثمان وكان عثمان رضي الله عنه يقول هذا شهر زكاتكم فمن كان عليه دين فليؤد دينه حتى تخلص أمواله فيؤدى منها الزكاة بمحضر من الصحابة من غير نكير ثم اذا سقط الدين كأن أبرأ الدائن من عليه الدين اعتبرا بتداء الحول من حين سقوطه وعند محمد رحمه الله تجب الزكاة عند تمام الحول الاول لان الدين يمنع الوجوب للمطالبة وبالابراء تبين انه لا مطالبة فصار كأنه لم يكن وقال أبو يوسف الحول لم ينعقد على نصاب المديون فانه مستحق لحاجته فهو كالمعدوم (قوله حتى لا يمنع دين النذر والكفارة) وكذا دين صدقة الفطر والحج وهدى التمتع والاضحية لعدم المطالب بخلاف العشر والخراج ونفقة فرضت عليه لوجود المطالب بخلاف مالو التقط وعرفها سنة ثم تصدق بها حيث تجب عليه زكاة ماله لان الدين ليس متيقنا لاحتمال اجازة صاحب المال الصدقة (قوله ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب) صورته له نصاب حال عليه حولان لم يزكه فيهما لا زكاة عليه في الحول الثاني لان خمسة منه مشغولة بدين الحول الاول فلم يكن الفاضل في الحول الثاني عن الدين نصابا كاملا ولو كان له خمس وعشرون من الابل لم يزكها حولين كان عليه في الحول الاول بنت مخاض وفي الحول الثاني أربع شياه (قوله وكذا بعد الاستهلاك) صورته له نصاب حال عليه الحول فلم يزكه ثم استهلكه ثم استفاد غيره وحال على النصاب المستفاد الحول لا زكاة فيه لاشتغال خمسة منه بدين المستهلك بخلاف مالو كان الاول لم يستهلك بل هلك فانه يجب في المستفاد لسقوط زكاة الاول بالهلاك وبخلاف مالو استهلكه قبل الحول حيث لا يجب شئ ومن فروعه اذا باع نصاب السائمة قبل الحول بيوم بسائمة مثلها أو من جنس آخر أو بدراهم يريد به الفرار من الصدقة أو لا يريد لم تجب الزكاة عليه في البدل لا بحول جديد أو يكون له ما يضمه اليه في صورة الدراهم وهذا بناء على أن استبدال السائمة بغيرها مطلقا استهلاك بخلاف غير السائمة (قوله على ما روى عنه) هي رواية أصحاب الاملاء ولما لم تكن ظاهر الرواية عنه مرتضاها ووجه الفرق أن دين المستهلك لا مطالب له من العباد بخلاف دين القائم فانه يجوز أن يمر على العاشر فيطالبه ولا كذلك المستهلك (قوله لان له مطالبا) من جهة العباد لان الملاك نوابه وذلك أن ظاهر قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة الآية توجب حق أخذ الزكاة مطلقا للامام وعلى هذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتان بعده فلما ولي عثمان وظهر تغير الناس كره أن تفتش السعاة على الناس مستور أموالهم

والكفارة وقوله (ولابي يوسف في الثاني) أي في النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك (على ما روى عنه) أي على ما روى عنه أصحاب الاملاء وقوله (لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في أموال التجارة فان الملاك نوابه) دليلنا وهذا لان ظاهر قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة يثبت للامام حق الاخذ من كل مال وكذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتان بعده كانوا يأخذون الى أن فوض عثمان رضي الله عنه في خلافته أداء الزكاة عن الاموال الباطنة الى ملاكها لمصلحة هي أن النقد مطمع كل طامع فكره أن يفتش السعاة على التجار مستور أموالهم ففوض الاداء اليهم وحق الاخذ للساعي لغرض الثبوت في ذلك أيضا فانه اذا مر على العاشر كان له أن يأخذ منه الزكاة فيطالبه ويحبسه ولذلك منع وجوب الزكاة وبهذا فرق أبو يوسف بين دين الزكاة ودين الاستهلاك فان دين النصاب المستهلك لا مطالب له من جهة العباد بخلاف النصاب القائم فانه يمكن أن يمر به على العاشر فتثبت له ولاية المطالبة حينئذ وقوله (لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية) يعني أن الشغل بالحاجة الاصلية وعدم النماء كل منهما مانع عن وجوبها وقد اجتمعا ههنا أما كونها مشغولة بها فلانه لا بد له من دار يسكنها وثياب يلبسها وأما عدم النماء فلانه انما خلق كما في الذهب والفضة أو بالاعداد للتجارة وليس باموجود ههنا

(قوله أو بالاعداد للتجارة) أقول النماء كما يكون بالاعداد للتجارة يكون بالسوم أيضا فالمناسب حينئذ ذكر السوم

وعلى هذا كتب العلم لاهلها

ففوض الدفع الى الملاك نيابة عنه ولم تختلف الصحابة عليه فى ذلك وهذا لايسقط طلب الامام أصلا واذا لوعلم أن أهل بلدة لايؤدون زكاتهم طالبهم بها فلا فرق بين كون الدين بطريق الاصالة أو الكفالة حتى لايجب عليهما الزكاة بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب حيث يجب على الغاصب فى ماله دون مال غاصب الغاصب لان الغاصب ان ضمن يرجع على غاصبه بخلاف غاصبه وانما فارق الغصب الكفالة وان كان فى الكفالة بامر الاصيل يرجع الكفيل اذا أدى كالغاصب لان فى الغصب ليس له أن يطالبهما جميعا بل اذا اختار تضمين أحدهما يبرأ الآخر أما فى الكفالة فله أن يطالبهما معا فكان كل مطالبا بالدين وكما يمنع دين الزكاة يمنع دين العشر والخراج وقد تقدم لنا * ومن فروع دين النذر لو كان له نصاب فنذر أن يتصدق بمائة منه ولم يتصدق حتى حال الحول وجب عليه خمسة لزكاته ثم يخرجه عن عهدة نذر تلك المائة التصدق بسبعة وتسعين ونصف لانه نذر التصدق بعين دراهم استحق منها درهمان ونصف ولو استحق عين المنذور به كله سقط فكذا بعضه ولو كان أطلق النذر فلم يضف المائة الى ذلك النصاب لزمه بعد الخمسة تمام المائة ثم ان كان للمديون نصب يصرف الدين الى أيسرها قضاء فاذا كان له دراهم ودنانير وعروض ودينه غير مستغرق صرف الى الدراهم والدنانير أولا اذ القضاء منهما أيسر لانه لايحتاج الى بيعهما ولانه لاتتعلق المصلحة بعينهما ولانهما القضاء الحوائج وقضاء الدين أهمها ولان للقاضى أن يقضى منهما جبرا وللغريم أن يأخذ منهما اذا ظفر بهما وهما من جنس حقه فان فضل الدين عنهما أو لم يكن له منهما شئ صرف للعروض لانها عرضة للبيع بخلاف السوائم لانها للبن والنسل فان لم يكن له عروض أو فضل الدين عنهما صرف الى السوائم فان كانت أجناسا صرف الى أقلها زكاة نظرا للفقراء فان كانت أربعين شاة وخمسا من الابل وثلاثين من البقر صرف الى الابل أو الغنم يخير فى ذلك دون البقر وعرف من هذا أنه لو لم يكن له البقر تخير لاستوائهما فى الواجب وقيل يصرف الى الغنم لتجب الزكاة فى الابل فى العام القابل وهل يمنع الدين المؤجل كما يمنع المعجل فى طريقة الشهيد لا رواية فيه ان قلنا لا فله وجه وان قلنا نعم فله وجه ولو كان عليه مهر لامرأته وهو لايريد أداءه لايجعل مانعا من الزكاة ذكره فى التحفة عن بعضهم لانه لايعد دينا وذكر قبله مهر المرأة يمنع مؤجلا كان أو معجلا لانها متى طلبت أخذته وقال بعضهم ان كان مؤجلا لايمنع لانه غير مطالب به عادة انتهى وهذا يفيد أن المراد المؤجل عرفا لاشرطا مصرحا به والا لم يصح قوله لانها متى طلبت أخذته ولا بانه غير مطالب به عادة لان هذا فى المعجل لا المؤجل شرطا فلا معنى لتقييد عدم المطالبة فيه بالعادة (قوله وعلى هذا كتب العلم لاهلها) ليس بقيد معتبر المفهوم فانها لو كانت لمن ليس من أهلها وهى تساوى نصابا تجب فيها الزكاة الا أن يكون أعدها للتجارة وانما يفترق الحال بين الاهل وغيرهم أن الاهل اذا كانوا محتاجين لما عندهم من الكتب للتدريس والحفظ والتصحيح لايخرجون بها عن الفقر وان ساوت نصبا فلهم أن يأخذوا الزكاة الا أن يفضل عن حاجتهم نسخ تساوى نصابا كان يكون عنده من كل تصنيف نسختان وقيل بل ثلاث فان النسختين يحتاج اليهما لتصحيح كل من الاخرى والمختار الاول بخلاف غير الاهل فانهم يحرمون بها أخذ الزكاة اذا الحرمان تعلق بملك قدر نصاب غير محتاج اليه وان لم يكن ناميا وانما النماء يوجب عليه الزكاة ثم المراد كتب الفقه والحديث والتفسير أما كتب الطب والنحو والنجوم فعتبرة فى المنع مطلقا وفى الخلاصة فى الكتب ان كان مما يحتاج اليها فى الحفظ والدراسة والتصحيح لايكون نصابا وحل له أخذ الصدقة فقها كان أو حديثا أو أدبا كشباب البذلة والمصحف على هذا ذكره فى الفصل السابع من كتاب الزكاة وقال فى باب صدقة الفطر لو كان له كتب ان كانت كتب النجوم والادب والطب والتعبير تعتبر وأما كتب التفسير والفقه والمصحف الواحد فلا يعتبر نصابا فهذا تناقض فى

كتب

وقوله (وعلى هذا كتب العلم) يعنى أنها تمنع وجوبها اذا لم تكن للتجارة سواء كانت مع أهلها أو مع غيره لعدم النماء وعلى هذا فقوله (لاهلها) غير مفيد ههنا وانما يفيد فى حق المصرف فان أهل كتب العلم اذا كانت له كتب تساوى مائتى درهم فان كان يحتاج اليها للتدريس ونحوه جاز صرف الزكاة اليه والا فلا

(قوله وعلى هذا كتب العلم الى قوله فان كان يحتاج اليها للتدريس ونحوه جاز صرف الزكاة اليه والا فلا) أقول لم يتبين مما قرره كونه مفيدا كما لايخفى والاولى أن يقال فان أهل كتب العلم اذا كانت له كتب يحتاج اليها للتدريس ونحوه وهى تساوى مائتى درهم جاز صرف الزكاة اليه بخلاف غير أهلها حيث لايجوز الصرف اليه اذا كانت له كتب تساوى النصاب لانه غير محتاج اليها

وقوله (وآلات المحترفين) قيل يريد بها ما ينتفع بعينه ولا يبقى أثره فى المعمول كالصابون والحرض وغيرهما كالقدور وقوارير العطار ونحوها لكون الآجر حينئذ مقابلا بالمنفعة فلا يعد من مال التجارة وأما ما يبقى أثره فيه كما لو اشترى الصباغ عصفرا أو زعفرانا ليصبغ للناس بالاجر وحال عليه الحول فانه تجب فيه الزكاة اذا بلغ نصابا لان المأخوذ من الاجر مقابل بالعين

وقوله (لما قلنا) يعنى أنها ليست بنامية قال (ومن له على آخرين فجعده سنين) لما فرغ من بيان من تجب عليه الزكاة ومن لا تجب شرع فى بيان الاموال التى لا تجب فيها وهو ما يسمى ضمارا وهو الغائب الذى لا يرجى وصوله فاذا رجى فليس بضمار كذا نقله المطرزى عن أبى عبيدة وأصله من الاضمار وهو التغييب والاخفاء ومنه أضمر فى قلبه وقالوا الضمار ما يكون عينه قائما ولا ينتفع به كالدين المجحود والمال المفقود والعبد الآبق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة وقوله (معناه صارت له بينة بان أقر عند الناس) انما قيد بذلك احترازا عن مسئلة تأتى بعد هذا وهى قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة

وآلات المحترفين لما قلنا (ومن له على آخرين فجعده سنين ثم قامت له بينة لم يزك لما مضى) معناه صارت له بينة بان أقر عند الناس وهى مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعى ومن جملته المال المفقود والآبق والضال والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط فى البحر

كتب الادب والذى يقتضيه النظر أن نسخة من النحو أو نسختين على الخلاف لا تعتبر من النصاب وكذا من أصول الفقه والكلام غير المخلوط بالآراء بل مقصور على تحقيق الحق من مذهب أهل السنة الا أن لا يوجد غير المخلوط لان هذه من الحوائج الاصلية (قوله وآلات المحترفين) المراد بها ما لا يستهلك عينه فى الانتفاع كالقدوم والمبرد فتى تفنى عينهما أو ما يستهلك ولا يبقى أثر عينه فلو اشترى الغسال صابونا لغسل الثياب أو حرضا يساوى نصابا وحال عليه الحول لا تجب فيه فان ما يأخذه من الاجرة بمقابلة العمل ولو اشترى الصباغ عصفرا أو زعفرانا يساوى نصابا للصبغ أو الدباغ دهنا أو عفصا للدباغة وحال عليه الحول تجب فيه لان المأخوذ بمقابلة العين وقوارير العطارين ولحم الخيل والحمير المشتراة للتجارة ومقاودها وجلالها ان كان من غرض المشترى بيعها به ففيها الزكاة والافلا (قوله معناه صارت له بينة) يفيد أنه لم تكن له بينة فى الاصل احترازا عما لو كانت عليه بينة فانه سيذكر أن فيه الزكاة (قوله وهى مسئلة مال الضمار) قيل هو الغائب الذى لا يرجى فان رجى فليس به وأصله من الاضمار قال

طلين مزاره فأصبن منه * عطاء لم يكن عدة ضمارا

وقيل هو غير المنتفع به بخلاف الدين المؤجل فانه أخر الانتفاع به وصار كمال غائب (قوله ومن جملته الخ) ومن جملته أيضا الذى ذهب به العدو الى دار الحرب والمودع عند من لا يعرفه اذا نسى شخصه سنين ثم تذكره فان كان عند بعض معارفه فنسى ثم تذكر الايداع زكاه لما مضى ويمكن أن يكون منه الالف التى دفعها الى المرأة مهرا وحال الحول وهى عندها ثم علم أنها أمة تزوجت بغير اذن مولاها وردت الالف عليه ودية قضى بها فى حلق لحية انسان ودفعت اليه فحال الحول عليها عنده ثم نبتت وردت الدية وما أقر به لشخص ودفعه اليه فحال عليه عنده ثم تصادقا على أن لا دين فرد وما وهب وسلم ثم رجع فيه بعد الحول لا زكاة فى هذه الصور على أحد لانه كان غائبا غير مرجو القدرة على الانتفاع به وأما زكاة الاجرة المعجلة عن سنين فى الاجارة الطويلة التى يفعلها بعض الناس عقودا ويشترطون الخيار ثلاثة أيام فى رأس كل شهر فتجب على الآجر لانه ملكها بالقبض وعند الانفساخ لا يجب عليه رد عين المقبوض بل قدره فكان كدين لحقه بعد الحول وقال الشيخ الامام الزاهد على بن محمد البزدوى ومجد الائمة السرخسى يجب على المستأجر أيضا لان الناس يعدون مال هذه الاجارة دينا على الآجر وفى بيع الوفاء يجب زكاة الثمن على البائع وعلى قول الزاهد والسرخسى يجب على المشترى أيضا وصرح السيد أبو شجاع بعدم الوجوب على المستأجر وفى الخلاصة قال الاحتياط أن يزكى كل منهما وفى فتاوى قاضيخان استشكل قول السرخسى بانه لو اعتبر دينا عند الناس وهو اعتبار معتبر شرعا ينبغى أن لا تجب على الآجر والبائع لانه مشغول بالدين ولا على المستأجر والمشترى أيضا لانه وان اعتبر دينا لهما فليس بمنتفع به لانه لا يمكنه المطالبة قبل الفسخ ولا يملكه حقيقة فكان بمنزلة الدين على الجاحد ثم لا يجب ما لم يحل الحول بعد القبض انتهى يعنى فيكون فى معنى الضمار وفى الكافى لو استأجر دارا عشر سنين بالف وعجلها الى المؤجر ثم لم يقبضها حتى انقضت العشر سنين ولا مال لهما سوى الالف كان على المؤجر فى السنة

(قوله وقوله لما قلنا يعنى أنها ليست بنامية) أقول فيه أن الظاهر أنه اشارة الى قوله لانها مشغولة الخ فلا يرد قوله ان قوله لا هلها غير مفيد ههنا لان الكلام اذا كان فى الحوائج الاصلية لا بد من التقييد فلا وجه لقصر الاشارة الى التعليل الثانى مع كونه خلاف الظاهر ثم الاعتراض عليه فتأمل (قوله شرع فى بيان الاموال التى لا تجب فيها) أقول الشروع فى ذلك كان قبل هذه المسئلة بقوله وليس فى دور السكنى وثياب البدن الخ

والمدفون فى المفازة اذا نسى مكانه والذى أخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الآبق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما أن السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضى الله عنه لا زكاة فى المال الضمار ولان السبب هو المال النامى ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون فى البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفى المدفون فى أرض أوكرم اختلاف المشايخ

لا ولى زكاة تسعمائة لظهور الدين بمائة بسبب انفساخ الاجارة فى حق تلك السنة وفى السنة الثانية فى ثمانمائة الا قدر ما وجب من الزكاة فى السنة الاولى وهو اثنان وعشرون ونصف وهكذا فى كل سنة تنقص عنه زكاة مائة وقدر ما وجب الى أن يصير الباقى خالصا من دين الانفساخ أقل من مائتين وأما المستأجر فانما تجب عليه فى السنة الثالثة زكاة ثلاثمائة لانه ملك دينا على المؤجر فى السنة الاولى مائة وفى الثانية مائتين لم يحل حولها وفى الثالثة حال حول المائتين واستفاد مائة فى آخر الحول فيضمها الى النصاب ثم تزيد زكاته فى كل سنة مائة للانفساخ اذ به علك مائة دينا فعليه فى الرابعة زكاة أربعمائة وهلم جرا الى العاشرة فعليه زكاة الالف فيها ولو كانت الاجرة أمة للتجارة فحين عجلها المؤجر نوى فيها التجارة والباقى بحاله لا زكاة على المؤجر لشئ فيها لاستحقاق تمام عين الاجرة بخلاف الاولى لأن المستحق بالانفساخ مائة دينا فى الذمة لا بعين فى المقبوض وعلى المستأجر فى السنة الثالثة زكاة ثلاثة أعشارها تزيد كل سنة عشرا ولا يخفى وجهه ولو كان المسئلة على القلب أعنى قبض المستأجر الدار ولم يعجل الاجرة فالمؤجر هنا كالمستأجر والمستأجر كالمؤجر فعلى المستأجر أن يزكى للسنة الاولى تسعمائة وللثانية بثمانمائة فتنقص فى كل سنة مائة الا زكاة ما مضى لان الملك فى الاجرة يثبت ساعة فساعة والمؤجر يزكى فى السنة الثالثة ثلاثمائة والرابعة أربعمائة الا قدر زكاة ما مضى ولو كانا تقابضا فى الاجرة والدار فظاهر أنه لا زكاة على المستأجر لزوال ملكه بالتعجيل ولم تعد لعدم الانفساخ (قوله على هذا الاختلاف) عندنا لا فطرة عليه وعنده عليه (قوله ولنا قول علي رضى الله عنه لا زكاة فى مال الضمار) هكذا ذكره مشايخنا عنه وروى أبو عبيد القاسم بن سلام فى كتاب الاموال حدثنا يزيد بن هارون حدثنا هشام بن حسان الحسن عن الحسن البصرى قال اذا حضر الوقت الذى يؤدى فيه الرجل زكاته أدى عن كل مال وعن كل دين الا ما كان ضمارا لا يرجوه وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن عمرو بن ميمون قال أخذ الوليد بن عبد الملك مال رجل من أهل الرقة يقال له أبو عائشة عشرين ألفا فألقاها فى بيت المال فلما ولى عمر بن عبد العزيز أتاه ولده فرفعوا مظلمتهم اليه فكتب الى ميمون أن ادفعوا اليهم أموالهم وخذوا زكاة عامهم هذا فانه لولا أنه كان مالا ضمارا أخذنا منه زكاة ما مضى أخبرنا أبو أسامة عن هشام عن الحسن قال عليه زكاة ذلك العام انتهى وروى مالك فى الموطا عن أيوب السختيانى أن عمر بن عبد العزيز كتب فى مال قبضه بعض الولاة ظلما فأمر برده الى أهله ويؤخذ زكاته لما مضى من السنين ثم عقب بعد ذلك بكتاب أن لا يؤخذ منه الا زكاة واحدة فانه كان ضمارا وفيه انقطاع بين أيوب وعمر واعلم أن هذا لا ينتهض على الشافعى لان قول الصحابى عنده ليس بحجة فكيف بمن دونه فهذا للاثبات المذهبى والمعنى المذكور بعد للالزام وهو قوله ولان السبب الخ ففيه منع قولهما ان السبب قد تحقق نقال لا نسلم لان السبب هو المال النامى تحقيقا أو تقديرا بالاتفاق للاتفاق على أن من ملك من الجواهر النفيسة ما تساوى آلافا من الدنانير ولم ينو فيها التجارة لا تجب فيها الزكاة وولاية اثبات حقيقة التجارة باليد فاذا فاتت انتفى تصور الاستنماء تحقيقا فانتفى تقديرا فانتفى النماء تقديرا لان الشئ انما يقدر

وقوله (والمدفون فى المفازة اذا نسى مكانه) قيد بالمفازة احترازا عن المدفون فى أرض له أو كرم أو بيت على ما يجئ وقوله (لهما) أى لزفر والشافعى (أن السبب قد تحقق) والمانع منتف وكل ما كان كذلك تحقق لا محالة أما تحقق السبب فلانه ملك نصابا تاما على مامر وأما انتفاء المانع فلانه لو كان ثمة مانع لكان فوات اليد وهو لا يخل بالوجوب كمال ابن السبيل (ولنا قول علي رضى الله عنه لا زكاة فى المال الضمار) وقوله (ولان السبب الخ) دليل يتضمن الممانعة بأن يقال لا نسلم أن السبب قد وجد لان السبب (هو المال النامى) وهو غير متحقق لان النماء انما يكون بالقدرة على التصرف ولا قدرة على المال الضمار وقوله (وابن السبيل يقدر بنائبه) جواب عن قولهما كمال ابن السبيل وتقريره سلمنا أن السبب قد تحقق ولكن لا نسلم أن المانع منتف قوله وفوات اليد غير مخل بالوجوب قلنا ممنوع قوله كمال ابن السبيل قلنا قياس فاسد لان ابن السبيل قادر على التصرف بنائبه ولهذا لو باع شيأ من ماله جاز لقدرته على التسليم بنائبه وقوله (والمدفون فى البيت نصاب) أى موجب لوجوب الزكاة (لتيسر الوصول اليه) لكون البيت بيده بجميع أجزائه فيصل اليه بحفره (وفى المدفون فى أرض مملوكة أو كرم اختلاف مشايخ بخارى) فقيل يجب لامكان حفر جميع الارض والوصول اليه وقيل لا تجب لان حفر جميعها اذا لم يكن متعذرا كان متعسرا والحرج مدفوع

تقديرا

ولو كان الدين على مقر ملىء أو معسر تجب الزكاة لامكان الوصول اليه ابتداء أو بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة أو علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند أبي حنيفة رحمه الله لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا تجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس

تقديرا اذا تصور تحقيقا وعن هذا انتفى في النقدين أيضا لانتفاء نمائهما التقديري بانتفاء تصور التحقيقي بانتفاء اليد فصار بانتفائها كالتاوى فلذا لم تجب صدقة الفطر عن الآبق وانما جاز عتقه عن الكفارة لان الكفارة تعتمد مجرد الملك وبالاباق والكتابة لا ينقص الملك أصلا بخلاف مال ابن السبيل لثبوت التقديري فيه لامكان التحقيقي اذا وجد نائبا (قوله ولو كان الدين على مقر ملىء أو معسر تجب الزكاة) وكذا قوله بعده فهو أي الدين نصاب بعد تحقق الوجوب حال كون مسمى الدين فيستلزم أنه اذا قبض زكاة لما مضى وهو غير جار على اطلاقه بل ذلك في بعض أنواع الدين ولتوضيح ذلك اذلم يتعرض له المصنف فنقول قسم أبو حنيفة الدين الى ثلاثة أقسام قوي وهو بدل القرض ومال التجارة ومتوسط وهو بدل مال ليس للتجارة كثمن ثياب البذلة وعبد الخدمة ودار السكنى وضعيف وهو بدل ما ليس بمال كالمهر والوصية وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والدية وبدل الكتابة والسعاية ففي القوي تجب الزكاة اذا حال الحول ويتراخى الاداء الى أن يقبض أربعين درهما ففيها درهم وكذا فيما زاد فبحسابه وفي المتوسط لا تجب ما لم يقبض نصابا وتعتبر لما مضى من الحول في صحيح الرواية وفي الضعيف لا تجب ما لم يقبض نصابا ويحول الحول بعد القبض عليه وثمن السائمة كثمن عبد الخدمة ولو ورث دينا على رجل فهو كالدين الوسط ويروى عنه أنه كالضعيف وعندهما الديون كلها سواء تجب الزكاة قبل القبض وكلما قبض شيأ زكاه قل أو كثر الا دين الكتابة والسعاية وفي رواية أخرجا الدية أيضا قبل الحكم بها وأرش الجراحة لانه ليس بدين على الحقيقة فلذا لا تصح الكفالة ببدل الكتابة ولا تؤخذ من تركة من مات من العاقلة الدية لان وجوبها بطريق الصلة الا أنه يقول الاصل أن المسببات تختلف بحسب اختلاف الاسباب ولو أجر عبده أو داره بنصاب ان لم يكونا للتجارة لا تجب ما لم يحل الحول بعد القبض في قوله وان كانا للتجارة كان حكمه كالقوي لان أجرة مال التجارة كثمن مال التجارة في صحيح الرواية (قوله ابتداء أو بواسطة التحصيل) لف ونشر مرتب ابتداء يتصل على ملىء وبواسطة التحصيل بالمعسر وعن الحسن بن زياد ان ما على المعسر ليس نصابا لانه لا ينتفع به فقول المصنف أو بواسطة التحصيل دفع له (قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة أو علم القاضي به) يعني يكون نصابا وروى هشام عن محمد ان مع علم القاضي يكون نصابا وفيما اذا كانت له بينة عادلة ولم يقمها حتى مضت سنون لا يكون نصابا وأكثر المشايخ على خلافه وفي الاصل لم يجعل الدين نصابا ولم يفصل قال شمس الائمة الصحيح جواب الكتاب اذ ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل وفي الجحود بين يدي القضاء ذل وكل أحد لا يختار ذلك فصار في هذين البينة وعلم القاضي شمول العدم وشمول الوجوب والتفصيل وان كان المديون مقرا في السر ويجحد في العلانية لم يكن نصابا ولو كان مقرا فلما قدمه الى القاضي جحد وقامت عليه بينة ومضى زمان في تعديل الشهود سقطت الزكاة من يوم جحد الى أن عدلوا لانه كان جاحدا وتلزمه الزكاة فيما كان مقرا قبل الخصومة وهذا انما يتفرع على اختيار الاطلاق في المجحود (قوله لان تفليس القاضي الخ) يفيد أن لفظ مفلس بالتشديد في قوله ولو كان على مقر مفلس لانه تعليله ولانه ذكر المفلس بالتخفيف وأعطى حكمه من غير خلاف بين الثلاثة وهو قوله ولو كان الدين على مقر ملىء أو معسر اذ المعسر هو المفلس والخلاف انما هو فيمن فلسه القاضي وصرح بعضهم بأن ما على المقر المفلس بالتخفيف ليس بينهم خلاف في أنه نصاب ولم يشرط الطحاوي التفليس على قول محمد وقول المحبوبي لو كان المديون مقرا مفلسا فعلى صاحب الدين زكاة ما مضى اذا قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ان كان الحاكم

(وعند محمد لا تجب) عليه (لتحقق الافلاس بالتفليس) ولما صح التفليس عنده جعله بمنزلة المال التاوي والمجحود

أي في الملىء (أو بواسطة التحصيل) يعني في المعسر فكان من قبيل اللف والنشر على السنن (وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة أو علم القاضي به لما قلنا) يعني من امكان الوصول اليه قال الامام فخر الاسلام ولو كان له بينة عادلة وجبت الزكاة فيما مضى لانه لا يعد تاويا لما أن حجة البينة فوق حجة الاقرار وهذا رواية هشام عن محمد وفي رواية أخرى عنه قال لا تلزمه الزكاة لما مضى وان كان يعلم أن له بينة اذ ليس كل شاهد يقبل ولا كل قاض يعدل وفي المحاباة بين يدي القاضي للخصومة ذل والبينة بدون القضاء لا تكون موجبة شيأ بخلاف الاقرار لانه يوجب الحق بنفسه وبخلاف ما اذا كان الدين معلوما للقاضي لان صاحب الدين هناك لا يحتاج الى الخصومة لان القاضي يلزمه بعلمه وقوله (ولو كان على مقر مفلس) بفتح اللام المشددة (فهو نصاب) أي موجب للزكاة (عند أبي حنيفة لان تفليس القاضي) أي النداء عليه بأنه أفلس (لا يصح عنده) فكان وجوده كعدمه ولو لم يفلسه وجبت عليه الزكاة بالاتفاق لامكان الوصول بواسطة التحصيل كما مر فكذا بعد التفليس

(وأبو يوسف مع محمد فى تحقق الافلاس) حتى تسقط المطالبة الى وقت اليسار (ومع أبى حنيفة فى حكم الزكاة) فتجب لما مضى اذا قبض عندهما (رعاية لجانب الفقراء) وقوله (ومن اشترى جارية للتجارة) ظاهر وحاصله أن النية اذا اقترنت بالعمل وجب اعتبارها واذا تجردت عن العمل لا تعتبر فيما

يتعلق ثبوته بالجوارح والتجارة عمل الجوارح فلا تتحصل بمجرد النية لانها تصلح لترك الفعل دون انشائه قال (وان اشترى شيأ ونواه للتجارة كان للتجارة) مبناه ما تقدم فانه اذا اشترى ونوى قرنت نيته بالعمل واذا ورث ونوى تجردت النية عن العمل لما أن الميراث يدخل فى ملكه بغير عمله وصنعه حتى ان الجنين يرث وان لم يكن منه فعل (ولو ملكه بالهبة أو بالوصية) أو بغيرهما مما ذكر فى الكتاب (ونواه للتجارة كان للتجارة عند أبى يوسف لاقترانها بالعمل وهو القبول وعند محمد لا يكون للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة) لان هذه العقود ليست بتجارة والحاصل أن ما يدخل فى ملك الرجل على نوعين نوع يدخل بغير صنعه كالارث ونوع يدخل بصنعه وهو أيضا على نوعين ببدل مالى كالشراء والاجارة وغيره كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وبغير بدل كالهبة والصدقة والوصية فالذى يدخل بغير صنعه لا يعتبر فيه نية التجارة مجردة بالاتفاق والذى يدخل ببدل مالى يعتبر فيه نية التجارة بالاتفاق والذى يدخل ببدل غير مالى أو بغير بدل فقد اختلف فيه على ما ذكرنا قيل قوله وان اشترى شيأ ما دخل ونواه للتجارة كان للتجارة ليس على اطلاقه فان من اشترى شيأ لم تصح فيه نية التجارة لا يصير للتجارة كمن اشترى أرضا عشرية أو خراجية بنية التجارة فانه لا تجب فيه زكاة التجارة لان نية التجارة فيها لا تصح لانها لو صحت لزم فيها اجتماع الحقين بسبب واحد وهو الارض وهو لا يجوز واذا لم تصح بقيت الارض على ما كانت

وأبو يوسف مع محمد فى تحقق الافلاس ومع أبى حنيفة رحمه الله فى حكم الزكاة رعاية لجانب الفقراء (ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكاة) لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة (وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون فى ثمنها زكاة) لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر (وان اشترى شيأ ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة) لانه لا عمل منه ولو ملكه بالهبة أو بالوصية أو النكاح أو الخلع أو الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند أبى يوسف رحمه الله لاقترانها بالعمل وعند محمد لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة

فلسه فلا زكاة عليه لما مضى بناء على مذهبه أن التفليس يتحقق فيصير الدين تاويا به وعند أبى حنيفة لا لان المال غاد ورائح فهو فى ذمة المفلس مثله فى الملىء يوافق نافى الخلاف (قوله وأبو يوسف رحمه الله مع أبى حنيفة الخ) وقيل قول أبى يوسف مبنى على قوله الاول وذكر صدر الاسلام قول أبى يوسف مع قول محمد فى عدم وجوب الزكاة مطلقا من غير ذكر اختلاف الرواية عنه بناء على اختلافهم فى تحقق الافلاس (قوله رعاية لجانب الفقراء) هذا من القضايا المسلمة المسكوت عن النظر فيها مع أنها لا تصلح للوجه أصلا اذ بمجرد رعاية الفقراء لا يصلح دليلا للحكم بايجاب الله تعالى المال فكل موضع يتأتى فيه رعايتهم وكم من موضع لا تجب فيه فلا يثبت ايجاب عليه الا بدليله فالاولى ما قيل ان التفليس وان تحقق لكن محل الدين الذمة وهى والمطالب باقيان حتى كان لصاحب الدين حق الملازمة فبقاء الملازمة دليل بقاء الدين على حاله فاذا قبضه زكاه لما مضى (قوله لاتصال النية بالعمل) حاصل هذا الفصل أن ما كان من أعمال الجوارح فلا يتحقق بمجرد النية وما كان من التروك كفى فيه مجردها فالتجارة من الاول فلا يكفى مجرد النية بخلاف تركها ونظيره السفر والفطر والاسلام والاسامة لا يثبت واحد منها الا بالعمل وتثبت أضدادها بمجرد النية فلا يصير مسافرا ولا مفطرا ولا مسلما ولا الدابة سائمة بمجرد النية بل بالعمل ويصير المسافر مقيما والمفطر صائما والمسلم كافرا والدابة علوفة بمجرد نية هذه الامور والمراد بالمفطر الذى لم ينو صوما يعتد فى وقت تصح فيه النية (قوله وان اشترى شيأ الخ) المراد ما تصح فيه نية التجارة لا عموم شئ فانه لو اشترى أرضا خراجية أو عشرية ليتجر فيها لا تجب فيها زكاة التجارة والا اجتمع فيها الحقان بسبب واحد وهو الارض وعن محمد فى أرض العشر اشتراها للتجارة تجب الزكاة مع العشر واذا لم يصح بقيت الارض على وظيفتها التى كانت وكذا لو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فى عشرية استأجرها كان فيها العشر لا غير (قوله بخلاف ما اذا ورث) الحاصل أن نية التجارة فيما يشتريه تصح بالاجماع وفيما يرثه لا تصح بالاجماع لانه لا صنع له فيه أصلا وفيما تملكه بقبول عقد مما ذكر خلاف وجه الاعتبار أن مقتضى الدليل اعتبار النيات مطلقا وان تجردت عن الاعمال قال عليه السلام نية المؤمن خير من عمله الا أنها لم تعتبر لخفائها حتى تتصل بالعمل الظاهر وقد اتصلت فى هذه وجه الآخر أن اعتبارها اذا طابقت المنوى وهو التجارة وهى مبادلة المال بالمال وذلك منتف فى الهبة ومما معها والذى فى نفسى ترجيح الاول ويلحق بالبيع بدل المؤجر فلو آجره ولده بعبد ونواه للتجارة كان للتجارة وبالميراث

وقوله (وقيل الاختلاف على عكسه) يعنى ما نقل الاسبيجابى فى شرح الطحاوى عن القاضى الشهيد أنه ذكر فى مختلفه هذا الاختلاف على عكس ما ذكر فى الكتاب وهو أنه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا يكون للتجارة وفى قول محمد يكون لها قال (ولا يجوز أداء الزكاة الا بنية مقارنة للاداء) لان الزكاة عبادة فلا بد لها من نية ولا معتبر بها الا اذا قارنت العمل فان قارنت الاداء فظاهر وان قارنت عزل مقدار الواجب فلما ذكر بقوله (الا أن الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها حالة العزل تيسيرا) فانا لو شرطنا وجودها عند كل دفع لزم الحرج فكان كتقديم النية فى الصوم وقوله (ومن تصدق بجميع ماله لا ينوى الزكاة) أى غيرنا ولها (سقط عنه فرضها استحسانا) والقياس أن لا يسقط قيل وهو قول زفر لان النفل والفرض كلاهما مشروعان فلا بد من التعيين كما فى الصلاة ووجه الاستحسان ما ذكره (ان الواجب جزء منه) أى من جميع ماله وهو ربع العشر (فكان متعينا فيه) أى فى الجميع والمتعين لا يحتاج الى التعيين ولقائل أن يقول الواجب متعين بتعيين المؤدى أو بتعيين الشارع لا سبيل الى الاول لكونه

خلاف المفروض والثانى انما يعتبر اذا لم يزاحمه مزاحم كصوم رمضان وهذا ليس كذلك لان النفل مشروع والجواب انه متعين بتعيين المؤدى بدلالة حاله كمن أطلق نية الحج وعليه حجة الاسلام والمفروض عدم تعينه نصا لا دلالة ولو سلك ههنا المسلك الذى سلكته فى التقرير وهو أن يقال الزكاة سقطت عنه لانه أداها والسقوط عنه انما هو تخفيف عليه فيكتفى بمطلق النية تيسيرا عليه كان أسهل مأخذا (ولو أدى بعض النصاب سقطت زكاة المؤدى عند محمد لان الواجب شائع) فلو تصدق بالجميع سقط الجميع فكذا اذا تصدق بالبعض اعتبارا للبعض بالكل وعند أبى يوسف لا يسقط لان البعض المؤدى غير متعين لمحلية بعض

وقيل الاختلاف على عكسه (ولا يجوز أداء الزكاة الا بنية مقارنة للاداء أو مقارنة لعزل مقدار الواجب) لان الزكاة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا أن الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية فى الصوم (ومن تصدق بجميع ماله لا ينوى الزكاة سقط فرضها عنه استحسانا) لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين (ولو أدى بعض النصاب سقط زكاة المؤدى عند محمد) لان الواجب شائع فى الكل وعند أبى يوسف لا تسقط لان البعض غير متعين لكون الباقى محلا للواجب بخلاف الاول

ما دخل له من حبوب أرضه فنوى امساكها للتجارة فلا تجب لو باعها بعد حول (قوله ولا يجوز الخ) حصر الجواز فى الامرين فأفاد أنه لو نوى الزكاة وجعل يتصدق ولو الى آخر السنة ولم تحضره النية لا يسقط عنه شئ الا ان تصدق به على قول محمد ولو دفعها للوكيل فالعبرة لنية المالك وفيه بحث لبعضهم لم يعرج عليه فى فتاوى قاضيخان قال أعطى رجلا دراهم ليتصدق بها تطوعا فلم يتصدق حتى نوى الآمر من زكاة ماله من غير أن يتلفظ به ثم تصدق المأمور جازت عن الزكاة انتهى وكذا لو قال عن كفارتى ثم نوى الزكاة قبل دفعه (قوله كتقديم النية الخ) حاصله الحاق الزكاة بالصوم فى جواز تقديم النية على الشروع بجامع لحوق لزوم الحرج فى الزام المقارنة وسببه فى الزكاة تفرق الدفع للكثيرين (قوله سقط فرضها عنه) بشرط أن لا ينوى بها واجبا آخر من نذر وغيره سواء نوى النفل أو لم تحضره النية بخلاف رمضان لا بد فيه من نية القربة والفرق أن دفع المال للفقير بنفسه قربة كيف كان بخلاف الامساك انقسم الى عادة وعبادة فاحتاج الى تمييز بالقصد واذا وقع أداء الكل قربة فيما نحن فيه لم يحتج الى تعيين الفرض لان الفرض أنه دفع الكل والحاجة الى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدى وسائر الاجزاء وبأداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب (قوله لان الواجب شائع فى الكل) فصار كهلاك البعض فسقط زكاته (قوله بخلاف الاول) أى التصدق بالكل للتيقن باخراج الجزء الذى هو الزكاة بخلاف الهلاك فانه لا صنع له فيه وعلى هذا لو كان له دين على فقير فأبرأه عنه سقط زكاته عنه نوى به عن الزكاة أو لم ينو لانه كالهلاك ولو أبرأه عن البعض سقط زكاة ذلك البعض لما قلنا لا زكاة الباقى ولو نوى به الاداء عن الباقى لان الساقط ليس بمال والباقى فى ذمته يجوز أن يصير مالا وكان خيرا منه فلا يجوز الساقط عنه ولذا

الواجب الذى يخصه لكون الباقى محلا للواجب فوجدت مزاحمة سائر الاجزاء بخلاف ما اذا تصدق بالجميع بلا نية فانه لم يبق ثم مزاحمة ولقائل أن يقول الباقى محل للواجب كله أو لحصته والاول عين النزاع والثانى هو المطلوب وروى ان أبا حنيفة مع محمد فى هذه المسئلة

(قوله وعند أبى يوسف لا يسقط لان البعض المؤدى غير متعين الخ) أقول قال العلامة الكاكى لان كل بعض محل للواجب ثم انه كما يحتاج الى اسقاط الواجب عن المؤدى يحتاج الى اسقاط الواجب عن الباقى فمقدار الواجب عن المؤدى جاز أن يقع عن الباقى فلا يقع عنهما لعدم الاولوية ووجود المزاحمة مع عدم قاطع المزاحمة بخلاف ما لو أدى الكل فان المزاحمة انعدمت هنا فسقط عنه الواجب ضرورة لوجود أصل النية وعدم المزاحمة انتهى وأنت خبير بان قوله لعدم الاولوية قابل للمنع (قوله ولقائل أن يقول الباقى محل للواجب كله أو لحصته الخ) أقول المراد أن الباقى يصلح أن يؤدى منه الواجب كله فلا يتعين البعض المصدق به للفقير لمحلية بعض الواجب الذى يخصه فلا يحكم بسقوطه به فليتأمل

ذكر في المبسوط أن محمدا بدأ في كتاب الزكاة بزكاة المواشي اقتداء بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الصدقة وأراد بها الزكاة اقتداء بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين والسوائم جمع سائمة من سامت الماشية أي رعت سوما وأسامها صاحبها اسامة

﴿ فصل في الابل ﴾ بدأ في باب صدقة (٤٩٤) السوائم بفصل الابل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أبي بكر رضي الله عنه هكذا والذود من الابل من الثلاث الى العشر وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها واضافة خمس الى ذود كالاضافة في قوله تسعة رهط في كونها اضافة العدد الى مميزه الذي هو بمعنى الجمع كأنه قال تسعة أنفس فان قيل الاصل في الزكاة أن تجب في كل نوع منه فكيف وجبت الشاة في الابل قلت بالنص على خلاف القياس ولان الواحد من خمس خمس والواجب هو ربع العشر وفي ايجاب الشقص ضرر عيب الشركة فأوجب الشاة لانها تقوم بربع عشر الابل لانها كانت تقوم بخمسة دراهم هنالك وبنت مخاض بأربعين درهما فايجابها في خمس من الابل كايجاب الخمس في المائتين من الدراهم قوله (فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض) على هذا اتفقت الآثار وأجمع العلماء الا ما روى شاذا عن علي رضي الله عنه أنه قال في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين بنت مخاض قال سفيان الثوري هذا غلط وقع من رجال علي رضي الله عنه أما علي فانه أفقه من أن يقول هكذا لان في هذا موالاة بين الواجبين لا وقص بينهما وهو خلاف أصول الزكوات فان مبناها على أن الوقص يتلو الوجوب

﴿ باب صدقة السوائم ﴾

﴿ فصل في الابل ﴾ قال رضي الله عنه (ليس في أقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى أربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها أربع شياه الى أربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض)

لا يجوز أداء الدين عن العين بخلاف العكس ولو كان الدين على غني فوهبه منه بعد وجوب الزكاة قيل يضمن قدر الواجب عليه وقيل لا يضمن كأنه بناء على أنه استهلاك أو هلاك هذا والافضل في الزكاة الاعلان بخلاف صدقة التطوع

﴿ باب صدقة السوائم ﴾

سامت الماشية سوما وأسامها صاحبها اسامة. بدأ محمد رحمه الله في تفصيل أموال الزكاة بالسوائم اقتداء بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما كان في كتبه كذلك لانها كانت الى العرب وكان جل أموالهم وأنفسها الابل فبدأ بها والسائمة التي ترعى ولا تعلف في الاهل وفي الفقه هي تلك مع قيد كون ذلك لقصد الدر والنسل حولا أو أكثره وسيأتي تفسير السائمة في الهداية ونذكر هناك الخلاف فلو أسيمت للحمل والركوب لم تكن السائمة المستلزمة شرعا لحكم وجوب الزكاة بل لا زكاة فيها ولو أسامها للتجارة كان فيها زكاة التجارة لا زكاة السائمة وقد عين في الكتاب أسنان المسميات وأما اشتقاق الاسماء فسميت بنت المخاض به لان أمها تكون مخاضا بغيرها عادة أي حاملا ويسمى أيضا وجع الولادة مخاضا قال الله تعالى فأجاءها المخاض الى جذع النخلة وبنت اللبون لان أمها تكون ذات لبن ترضع به أخرى والحقة لانها حق لها أن تركب ويحمل عليها والجذعة لمعنى في أسنانها يعرفه أهل اللغة (قوله ليس في أقل من خمس ذود) الذود يقال من ثلاثة من الابل الى عشرة وقد استعملها هنا في الواحد على نظير استعمال الرهط في قوله تعالى تسعة رهط وقصد المصنف بذلك متابعة لفظ الصديق رضي الله عنه على ما سنذكره عنه واعلم أن تقدير النصاب والواجب أمر توقيفي وفي المبسوط ان ايجاب الشاة في خمسة من الابل لان المأمور به ربع العشر بقوله عليه السلام هاتوا ربع عشر أموالكم والشاة تقرب من ربع عشر الابل فان الشاة كانت تقوم بخمسة وبنت مخاض بأربعين فايجاب الشاة في خمس كايجاب الخمسة في مائتين اه وسيأتي في الحديث فيمن وجب عليه سن فلم يوجد عنده وضع العشرة موضع الشاة عند عدمها وهو مصرح بخلاف ما قال وسننبهك عليه ثم ظاهر الغاية في قوله الى تسع كونها غاية للوجوب وانما يتمشى على قول محمد رحمه الله لانه جعل الزكاة واجبة في النصاب والعفو والغاية غاية اسقاط لان المعنى وجوب الشاة مستمر الى تسع واعلم أن الواجب في الابل هو الاناث أو قيمتها بخلاف

﴿ فصل في الابل ﴾ (قوله وهو خلاف أصول الزكوات فان مبناها على أن الوقص يتلو الوجوب) أقول لعل المراد زكوات الابل والا ففي زكاة البقر لا يتلو الوقص الوجوب فيما بين الاربعين والستين على ظاهر الرواية كما سيجيء

وقوله (وهى التى طعنت) أى دخلت (فى الثانية) وانما سميت بنت مخاض لمعنى فى أمها لان أمها صارت مخاضا بأخرى أى حاملا وكذلك سميت بنت لبون لمعنى فى أمها فانها لبون بولادة أخرى وسميت حقة لمعنى فيها وهو أنه حق لها أن تركب ويحمل عليها وسميت جذعة بفتح الذال لمعنى فى أسنانها معروف عند أرباب الابل وهى أعلى الاسنان التى تؤخذ فى زكاة الابل وبعده ثنى وسديس وبازل ولا يجب شئ من ذلك لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم السعاة عن أخذ كرائم أموال الناس واعلم أن من صفات الواجب فى الابل الانوثة قال صاحب التحفة لا يجوز فيها سوى الاناث الا بطريق القيمة وقيل فى ذلك بأن الشرع جعل الواجب فى نصاب الابل الصغار دون الكبار بدليل أنه لا تجوز الاضحية بها وانما تجوز بالثنى فصاعدا وكان ذلك تيسيرا لارباب المواشى وجعل الواجب أيضا من الاناث لان الانوثة تعد فضلا فى الابل فصار الواجب وسطا وقد جاءت السنة بتعيين الوسط ولم تعين الانوثة فى البقر والغنم لان الانوثة فيهما لا تعد فضلا وقوله (تستأنف الفريضة) تفسير الاستئناف أنه لا يجب فيما زاد على مائة وعشرين حتى تبلغ الزيادة خمسا فاذا بلغت خمسا كان فيها شاة مع الواجب المتقدم وهو الحقتان فقوله مع الحقتين قيد فيما يأتى بعده الى قوله بنت مخاض وقوله (الى مائة وخمسين) يعنى من أول النصاب فتكون جملة النصاب مائة وخمسة وأربعين لحقتين وبنت مخاض فاذا زادت على ذلك خمسة صارت مائة وخمسين ففيها ثلاث حقاق وقوله (ثم تستأنف الفريضة فيكون فى الخمس شاة) يعنى مع ثلاث حقاق وكذلك فيما بعده

وهى التى طعنت فى الثانية (الى خمس وثلاثين فاذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون) وهى التى طعنت فى الثالثة الى خمس وأربعين (فاذا كانت ستا وأربعين ففيها حقة) وهى التى طعنت فى الرابعة (الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة) وهى التى طعنت فى الخامسة (الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين) بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم (ثم) اذا زادت على مائة وعشرين (تستأنف الفريضة) فيكون فى الخمس شاة مع الحقتين وفى العشر شاتان وفى خمس عشرة ثلاث شياه وفى العشرين أربع شياه وفى خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمس فيكون فيها ثلاث حقاق ثم تستأنف الفريضة فيكون فى الخمس شاة وفى العشر شاتان وفى خمس عشرة ثلاث شياه وفى العشرين أربع شياه وفى خمس وعشرين بنت مخاض وفى ست وثلاثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها أربع حقاق

البقر والغنم فانه يستوى فيه الذكورة والانوثة (قوله بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم) منها كتاب الصديق رضى الله عنه لانس بن مالك رواه البخارى وفرقه فى ثلاثة أبواب عن ثمامة أن أنسا حدثه أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه كتب له هذا الكتاب لما وجهه الى البحرين بسم الله الرحمن الرحيم هذه فريضة الصدقة التى فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على المسلمين والتى أمر الله بها رسوله فمن سئلها من المسلمين فليعطها على وجهها ومن سئل فوقه فلا يعطه فى أربع وعشرين من الابل فما دونها من الغنم فى كل خمس ذود شاة فاذا بلغت خمسا وعشرين الى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض أنثى فاذا بلغت ستا وثلاثين الى خمس وأربعين ففيها بنت لبون أنثى فاذا بلغت ستا وأربعين الى ستين ففيها حقة طروقة الجمل فاذا بلغت احدى وستين الى خمس وسبعين ففيها جذعة فاذا بلغت ستا وسبعين الى تسعين ففيها بنتا لبون فاذا بلغت احدى وتسعين الى عشرين ومائة ففيها حقتان طروقتا الجمل فاذا زادت على عشرين ومائة ففى كل أربعين ابنة لبون وفى كل خمسين حقة ثم ساق بقية الحديث فى الغنم ثم ذكر فى الباب الثانى عن ثمامة وقال فيه من بلغت عنده من الابل صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فانها تؤخذ منه الحقة ويجعل معها شاتين ان استيسرتا له أو عشرين درهما ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الحقة وعنده الجذعة فانها تقبل منه الجذعة ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين ومن بلغت صدقته بنت لبون وعنده حقة فانها تقبل منه الحقة ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده بنت مخاض فانها تقبل منه بنت مخاض ويعطى معها عشرين درهما أو شاتين انتهى فقد جعل بدل كل شاة عند عدم القدرة عليها عشرة وهذا يصرح بخلاف الاعتبار الذى اعتبره فى المبسوط لان الظاهر أنه انما تجعل عند عدمها قيمتها اذ ذاك ثم قال وفى الغنم فى سائمتها اذا كانت أربعين الى مائة وعشرين شاة فاذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين ففيها شاتان فاذا زادت على مائتين الى ثلاثمائة ففيها ثلاث شياه فاذا زادت على ثلاثمائة ففى كل مائة شاة شاة فاذا كانت سائمة الرجل ناقصة من أربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة الا أن يشاء ربها وفى الرقة ربع العشر فاذا لم تكن الا تسعين ومائة فليس فيها شئ الا أن يشاء ربها وفى الباب الثالث عن ثمامة أن أنسا حدثه فساق الحديث وفيه لا يخرج فى

(قوله وقيل فى ذلك بأن الشرع) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله وانما يجوز بالثنى فصاعدا) أقول يعنى من السديس والبازل (قوله بدليل أنه لا تجوز الاضحية بها الخ) أقول لئلا يقل الواجب أو ينقطع بالصرف الى الاضحية

الصدقة هرمة ولا ذات عوار ولا تيس الا أن يشاء المصدق ورواه أبو داود في سننه حديثا واحدا وزاد فيه وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بينهما بالسوية وقد يوهم لفظ بعض الرواة فيه الانقطاع لكن الصحيح أنه صحيح قاله البيهقي ومن الكتب كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه فذكره على وفاق ما تقدم وزاد فيه لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع مخافة الصدقة ولم يذكر الزهري عن سالم هذا الحديث ولم يرفعوه وانما رفعه سفيان بن حسين وسفيان هذا أخرج له مسلم واستشهد به البخاري وقد تابع سفيان على رفعه سليمان بن كثير وهو ممن اتفق البخاري ومسلم على الاحتجاج بحديثه وزاد فيه ابن ماجه بعد قوله وفي خمس وعشرين بنت مخاض فابن لبون ذكر فان لم تكن بنت مخاض فابن لبون ذكر وزاد فيه أبو داود زيادة من طريق ابن المبارك عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب قال هذه نسخة كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي كتبه في الصدقة وهي عند آل عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ابن شهاب أقرأنيها سالم بن عبد الله بن عمر فوعيتها على وجهها وهي التي انتسخ عمر بن عبد العزيز من عبد الله بن عبد الله بن عمرو سالم بن عبد الله بن عمر فذكر الحديث وقال فيه فاذا كانت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون حتى تبلغ تسعا وعشرين ومائة فاذا كانت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة حتى تبلغ تسعا وثلاثين ومائة فاذا كانت أربعين ومائة ففيها ثلاث حقاق حتى تبلغ تسعا وخمسين ومائة فاذا كانت ستين ومائة ففيها أربع بنات لبون حتى تبلغ تسعا وستين ومائة فاذا كانت سبعين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون وحقة حتى تبلغ تسعا وسبعين ومائة فاذا كانت ثمانين ومائة ففيها حقتان وبنتا لبون حتى تبلغ تسعا وثمانين ومائة فاذا كانت تسعين ومائة ففيها ثلاث حقاق وبنت لبون حتى تبلغ تسعا وتسعين ومائة فاذا بلغت مائتين ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون ثم ذكر سائمة الغنم على ما ذكر سفيان بن حسين وهذا مرسل كما أشار اليه الترمذي وقد اشتمل كتاب الصديق وكتاب عمر على هذه الالفاظ وهي وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية ولا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع مخافة الصدقة ولا بأس ببيان المراد اذ كان مبنى بعض الخلاف وذلك اذا كان النصاب بين شركاء وصحت الخلطة بينهم باتحاد المسرح والمرعى والمراح والراعي والفحل والمحلب تجب الزكاة فيه عنده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجمع بين متفرق الحديث وفي عدم الوجوب تفريق المجتمع وعندنا لا تجب والا لوجبت على كل واحد فيما دون النصاب لنا هذا الحديث ففي الوجوب الجمع بين الاملاك المتفرقة اذا المراد الجمع والتفريق في الاملاك لا الامكنة ألا ترى أن النصاب المفرق في أمكنة مع وحدة الملك تجب فيه ومن ملك ثمانين شاة ليس للساعي أن يجعلها نصابين بأن يفرقها في مكانين فعسى لا يفرق بين مجتمع أنه لا يفرق الساعي بين الثمانين مثلا أو المائة والعشرين ليجعلها نصابين وثلاثة ولا يجمع بين متفرق لا يجمع مثلا بين الاربعين المتفرقة بالملك بان تكون مشتركة ليجعلها نصابا والحال أن لكل عشرين قال وما كان بين خليطين الخ قالوا أراد به اذا كان بين رجلين احدى وستون مثلا من الابل لاحدهما ست وثلاثون وللآخر خمس وعشرون فأخذ المصدق منها بنت لبون وبنت مخاض فان كل واحد يرجع على شريكه بحصة ما أخذه الساعي من ملكه زكاة شريكه والله أعلم ومنها كتاب عمرو ابن حزم أخرجه النسائي في الديات وأبو داود في مراسيله عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم فقرئت على أهل اليمن وهذه نسختها بسم الله الرحمن الرحيم من محمد النبي صلى الله عليه وسلم الى شرحبيل بن عبد كلال قيل ذي رعين ومعافر وهمدان أما بعد فقد رجع رسولكم وأعطيتم من المغانم خمس الله وما كتب الله عز وجل على المؤمنين من العشر في العقار وما سقت السماء وما كان سيحا أو كان بعلا فيه العشر اذا بلغ خمسة أوسق وما سقي بالرشاء

وقوله (ثم تستأنف الفريضة أبدا كما تستأنف فى الخمسين التى بعد المائة والخمسين) * قيده بذلك احترازا عن الاستئناف الذى بعد المائة والعشرين فان ذلك ليس فيه ايجاب بنت لبون ولا ايجاب أربع حقاق لعدم نصابهما لانه لما زاد خمس وعشرون على المائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة وأربعين فهو نصاب بنت

المخاض مع الحقتين فلما زاد عليها خمس وصارت مائة وخمسين وجب ثلاث حقاق وقوله (وهذا) أى الاستئناف بعد المائة والعشرين وبعد المائة والخمسين وبعد المائتين (مذهبنا) وهو مذهب على وابن مسعود (وقال الشافعى اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب فى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة لما روى أنه عليه السلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففى كل خمسين حقة وفى كل أربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا أنه عليه السلام كتب فى آخر ذلك فى كتاب عمرو بن حزم فما كان أقل من ذلك ففى كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة

الى مائتين ثم تستأنف الفريضة أبدا كما تستأنف فى الخمسين التى بعد المائة والخمسين) وهذا عندنا وقال الشافعى اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب فى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة لما روى أنه عليه السلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففى كل خمسين حقة وفى كل أربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا أنه عليه السلام كتب فى آخر ذلك فى كتاب عمرو بن حزم فما كان أقل من ذلك ففى كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة

والدالية ففيه نصف العشر وفى كل خمس من الابل سائمة شاة الى أن تبلغ أربعا وعشرين فاذا زادت واحدة على أربع وعشرين ففيها بنت مخاض فان لم توجد ابنة مخاض فابن لبون ذكر وساقه كما تقدم وفيه وفى كل ثلاثين باقورة تبيع أو جذعة وما كل أربعين بافورة بقرة ثم ذكر صدقة الغنم وفيه وفى كل خمس أواق من الورق خمسة دراهم وما زاد ففى كل أربعين درهما درهم وليس فيما دون خمسة أواق شئ وفى كل أربعين دينارا دينار وفى الكتاب أيضا ان أكبر الكبائر عند الله يوم القيامة الاشراك بالله وقتل النفس المؤمنة بغير حق والفرار فى سبيل الله يوم الزحف وعقوق الوالدين ورمى المحصنة وتعلم السحر وأكل الربا وأكل مال اليتيم ثم ذكر جملا فى الديات قال النسائى وسليمان بن أرقم متروك وقد رواه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا معمر عن عبد الله بن أبى بكر به وأخرجه الدارقطنى عن اسمعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد عن أبى بكر به ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك كلاهما عن سليمان ابن داود حدثنى الزهرى به قال الحاكم اسناده صحيح وهو من قواعد الاسلام وقال أحمد فى كتاب عمرو بن حزم صحيح قال ابن الجوزى يشير بالصحة الى هذه الرواية لا الى غيرها وقال بعض الحفاظ فى نسخة كتاب عمرو بن حزم تلقتها الامة بالقبول وهى متوارثة كنسخة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهى دائرة على سليمان بن أرقم وسليمان بن داود وكلاهما ضعيف لكن قال الشافعى فى الرسالة لم يقبلوه حتى ثبت عندهم انه كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يعقوب بن سفيان الفسوى لا أعلم فى جميع الكتب المنقولة أصح منه فان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم والتابعين يرجعون اليه ويدعون آراءهم اه وتضعيف سليمان بن داود الخولانى معارض بأنه أثنى جماعة من الحفاظ عليه منهم أحمد وأبو حاتم وأبو زرعة وعثمان بن سعيد الدارمى وابن عدى (قوله الى مائتين) واذا صارت مائتين فهو بالخيار ان شاء أدى أربع حقاق وان شاء خمسة بنات لبون (قوله كما تستأنف فى الخمسين التى بعد المائة والخمسين) يعنى فى خمس شاة مع الاربع حقاق أو الخمسة بنات لبون وفى عشر شاتان معها وفى خمسة عشر ثلاث شياه معها وفى عشرين أربع معها فاذا بلغت مائتين وخمسا وعشرين ففيها ابنة مخاض معها الى ست وثلاثين فبنت لبون معها الى ست وأربعين ومائتين ففيها خمس حقاق حينئذ الى مائتين وخمسين ثم تستأنف كذلك ففى مائتين وست وتسعين ستة حقاق الى ثلاثمائة وهكذا وهو احتراز عن الاستئناف الاول (قوله لما روى أنه عليه السلام الخ) تقدم فى كتاب أبى بكر فى البخارى وأحمد مع الشافعى وعن مالك روايتان كمذهبنا وكذهب الشافعى (قوله ولنا أنه عليه السلام) روى أبو داود فى المراسيل واسحق ابن راهويه فى مسنده والطحاوى فى مشكله عن حماد بن سلمة قلت لقيس بن سعد خذلى كتاب محمد بن عمرو ابن حزم فأعطانى كتابا أخبر أنه أخذه من أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وأخبر أن النبى صلى الله عليه وسلم

مائة وعشرين استؤنفت الفريضة فما كان أقل من خمس وعشرين ففيها الغنم فى كل خمس ذود شاة فيعمل بالزيادة اذ ليس فى حديثهم ما ينفى ذلك وقد عملنا بحديثهم أيضا لانا أوجبنا فى الاربعين بنت لبون فان الواجب فى الاربعين ما هو الواجب فى ست وثلاثين وكذلك أوجبنا فى خمسين حقة

(والبخت والعراب سواء) في وجوب الزكاة لان مطلق الاسم يتناولهما

كتبه لجده فقرأته فكان فيه ذكر ما يخرج من فرائض الابل فقص الحديث الى أن بلغ عشرين ومائة فاذا كانت أكثر من عشرين ومائة فانها تعاد الى أول فريضة الابل ودفعت هذه الرواية بمخالفتها الرواية الأخرى عنه مما قدمناه ورواية الصحيح من كتاب الصديق والاثر الذي رواه الطحاوي عن ابن مسعود مما يوافق مذهبنا طعن فيه بالانقطاع من مكانين وضعف بخصيف وما أخرجه ابن أبي شيبة بسنده عن سفيان عن أبي اسحق عن عاصم بن ضمرة عن علي كمذهبنا عورض بأن شريكا رواه عن أبي اسحق عن عاصم عن علي قال اذا زادت الابل على عشرة ومائة ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين ابنة لبون الا أن سفيان أحفظ من شريك ولو سلم لا يقاوم ما تقدم قلنا ان سلم فانما يتم لو تعارضا وليس كذلك لان ما تثبته هذه الرواية من التنصيص على عود الفريضة لا يتعرض ما تقدم لنفيه ليكون معارضا انما فيه اذا زادت على عشرين ومائة ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون ونحن نقول به لانا أوجبنا كذلك اذ الواجب في الاربعين هو الواجب في ست وثلاثين والواجب في خمسين هو الواجب في ست وأربعين ولا يتعرض هذا الحديث لنفي الواجب عما دونه فنوجبه بما رويناه ونحمل الزيادة فيما رواه على الزيادة الكثيرة جمعا بين الاخبار ألا ترى الى ما رواه الزهري عن سالم عن أبيه أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كتب الصدقة ولم يخرجها الى عماله حتى توفي فأخرجها أبو بكر من بعده فعمل بها حتى قبض ثم أخرجها عمر فعمل بها ثم أخرجها عثمان فعمل بها ثم أخرجها علي فعمل بها فكان في احدى الروايتين في احدى وتسعين حقتان الى عشرين ومائة فاذا كثرت الابل ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون الحديث ورواه أبو داود والترمذي قال في شرح الكنز وقد وردت أحاديث كلها تنص على وجوب الشاة بعد المائة والعشرين ذكرها في الغاية (قوله والبخت والعراب) جمع عربي للبهائم وللاناسي عرب ففرقوا بينهما في الجمع والعرب مستوطنو المدن والقرى العربية والاعراب أهل البدو واختلف في نسبتهم والاصح أنهم نسبوا الى عربة بفتحتين وهي من تهامة لان أباهم اسمعيل عليه السلام نشأ بها كذا في المغرب ❁ وهذه تتمة في زكاة المجاف لا شك أن الواجب الاصلي هو الوسط مع مراعاة جانب الفقراء ورب المال فايجابه فيما اذا كان الكل مجافا ايجاف به فوجب الايجاب بقدره وهذا تفصيله فاذا كان له خمس من الابل فيها بنت مخاض وسط أو أعلى منها سنا لكنها النقصان حالها تعدلها ففيها شاة وسط فان لم يكن فيها ما يساويها نظر الى قيمة بنت مخاض وسط وقيمة أفضلها فما كان بينهما من التفاوت اعتبر مثله في الشاة الواجبة بالنسبة الى الشاة الوسط مثلا لو كان قيمة بنت المخاض خمسين وقيمة أفضلها خمس وعشرون فالتفاوت بالنصف فتجب شاة قيمتها نصف قيمة الشاة الوسط وعلى هذا قس فلو كانت الابل خمسا وعشرين حقاق أو جذاع أو بنات مخاض أو بوازل فان كان فيها بنت مخاض وسط أو ما يساويها في القيمة وجبت بنت مخاض وسط وان شاء دفع التي تساويها وان كان حقة أو أعلى منها بطريق القيمة وان لم يكن فيها ما يساويها ولا هي فالواجب بنت مخاض تساوي أفضلها ولو كانت ستا وثلاثين بنات مخاض أو حقاق أو جذاع أو بوازل فان كان فيها ثنتان تعدلان بنتي مخاض وسط وجب فيها بنت لبون وسط لم يكتف هنا بوجود واحدة تعدل بنت مخاض وسط لايجاب بنت لبون وسط لان الواجب هنا ليس بنت مخاض بل بنت لبون وربما كان التفاوت بينهما يأتي على أكثر نصاب المجاف فوجب ضم أخرى تعدل بنت مخاض وسط فلو لم يكن فيها ما يعدل بنت مخاض وجب بنت لبون بقدرها وطريقه أن ينظر الى قيمة بنت مخاض وسط والى قيمة بنت لبون وسط فما تفاوتا به اعتبر زيادة على بنت لبون تساوي أفضلها مما يليها في الفضل منها مثلا كانت قيمة بنت المخاض خمسين وقيمة بنت اللبون خمسة وسبعون فالواجب بنت لبون تساوي أفضلها ونصف قيمة التي تليها في الفضل حتى

وقوله (والبخت والعراب سواء) البخت جمع بختي وهو المتولد بين العربي والعجمي منسوب الى بختنصر والعراب جمع عربي وانما كانا سواء لان اسم الابل المذكور في الحديث يتناولهما واختلافهما في الصنف لا يخرجهما من النوع

لو

﴿فصل في البقر﴾ (ليس في أقل من ثلاثين من البقر السائمة صدقة فاذا كانت ثلاثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع أو تبيعة) وهي التي طعنت في الثانية (وفي أربعين مسن أو مسنة) وهي التي طعنت في الثالثة بهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضي الله عنه (فاذا زادت على أربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين) عند أبي حنيفة ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنتين نصف عشر مسنة وفي الثلاثة ثلاثة أرباع عشر مسنة

لو كان أفضلها يساوي عشرين وتليه أخرى تساوي عشرة وجب بنت لبون تساوي عشرين وخمسة دراهم ولو كانت خمسين ليس فيها ما يساوي بنت مخاض وسط نظرا الى قيمة بنت مخاض وسط وقيمة حقة وسط فما وقع به التفاوت أعتبر في التي تلي أفضلها فيجب ذلك مع أفضلها أيضا كما ذكر في بنت اللبون مع بنت المخاض حتى لو كان قيمة بنت المخاض خمسين والحقة ثمانين ففيها حقة تساوي أفضلها وثلاثة أخماس التي تليها في الفضل ولو كانت الحقة بتسعين وبنت المخاض خمسين وفي الابل بنت مخاض تساوي خمسين وأخرى تساوي ثلاثين فالواجب حقة تساوي أربعة وسبعين ليكون مثل أفضلها وأربعة أخماس التي تليها ولو كانت قيمة بنت المخاض خمسين والحقة مائة وفي الابل ثلاث تساوي كل ثلاثين ثلاثين ففيها حقة تساوي ستين مثل ثنتين من أفضلها لان التفاوت الذي بين الحقة وبنت المخاض الضعف وانما جعلنا بنت المخاض حكما في الباب في كل الصور لانها أدنى سن يتعلق به الوجوب والزيادة عليها عفو ولم يكتف بوجود واحدة منها تساوي بنت مخاض وسط لايجاب ما زاد على بنت المخاض لما ذكرناه

﴿فصل في البقر﴾ قدمها على الغنم لقربها من الابل في الضخامة والبقر من بقر اذا شق سمي به لانه يشق الارض وهو اسم جنس والتاء في بقرة للوحدة فيقع على الذكر والانثى لا للتأنيث (قوله ففيها تبيع) سمي الحولي من أولاد البقر به لانه يتبع أمه بعد والمسن من البقر والشاه ما تمت له سنتان وفي الابل ما دخل في السنة الثامنة ثم لا تتعين الانوثة في هذا الباب ولا في الغنم بخلاف الابل لانها لا تعد فضلا فيها بخلاف الابل ثم ان وجد في الثلاثين تبيع وسط وجب هو أو ما يساويه وجب تبيع يساوي الوسط وان شاء دفعه بطريق القيمة عن تبيع وان كان الكل عجافا ليس فيها ما يساوي تبيعا وسطا وجب أفضلها ولو كانت البقر أربعين وفيها مسنة وسط أو ما يساويها فعلى ما عرف في الثلاثين وان كان الكل عجافا وجب أن ينظر الى قيمة تبيع وسط لانه المعتبر في نصاب البقر وما فضل عنه عفو والى قيمة مسنة وسط فما وقع به التفاوت وجب نسبته في أخرى تلي أفضلها في الفضل مثلا لو كانت قيمة التبيع الوسط أربعين وقيمة المسنة الوسط خمسين تجب مسنة تساوي أفضلها وربع التي تليها في الفضل حتى لو كانت قيمة أفضلها ثلاثين والتي تليها عشرين تجب مسنة تساوي خمسة وثلاثين ولو كانت ستين عجافا ليس فيها ما يساوي تبيعان وسطا ففيها تبيعان من أفضلها ان كانا أو الاقل اثنان من أفضلها وان كان فيها تبيع وسط أو ما يساويه وجب التبيع الوسط وآخر من أفضل الباقي (قوله بهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا) أخرج أصحاب السنن الاربعة عن مسروق عن معاذ بن جبل أن النبي صلى الله عليه وسلم لما وجهه الى اليمن أمره أن يأخذ من كل ثلاثين بقرة تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة ومن كل حالم يعني محتلما دينارا أو عدله من المعافر ثياب تكون باليمن حسنه الترمذي ورواه بعضهم مرسلا وهذا أصح ويعني بالدينار من الحالم الجزية ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وأعله عبد الحق بأن مسروقا لم يلق معاذا وصرح ابن عبد البر بأنه متصل وأما ابن حزم فانه قال في أول كلامه انه منقطع وان مسروقا لم يلق معاذا وقال في آخره وجدنا حديث مسروق انما ذكر فيه فعل معاذ باليمن في زكاة البقر ومسروق عندنا بلا شك أدرك معاذا بسنه وعقله وشاهد

﴿فصل في البقر﴾ قدم فصل البقر على الغنم لمناسبتها ضخامة وقيمة وهو مشتق من بقر اذا شق وسمي به البقر لانه يشق الارض ولا خلاف في أن الثلاثين والاربعين نصاب زكاة البقر على ما ذكر في الكتاب واختلفت الرواية فيما زاد على الاربعين على ما ذكر والتبيع من ولد البقر ما يتبع أمه والمسن منه ومن الشاة ما تمت له سنتان وانما خير بين الذكر والانثى لان الانوثة في البقر لا تعد فضلا كما تقدم وقوله (بهذا) أي بما ذكرنا من التبيع والتبيعة في ثلاثين والمسن والمسنة في أربعين (أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا فاذا زادت على الاربعين) فقد روى عن أبي حنيفة ثلاث روايات ففي رواية الاصل (يجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين) ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة (وفي الثنتين نصف عشر مسنة) وذلك جزء من أربعين جزأ من مسنة لان الاربعة عشر للاربعين وربع الاربعة واحد فيكون ربع العشر جزأ من أربعين جزأ ونصف العشر جزأين من أربعين جزأ لان عشر الاربعين أربعة ونصف الاربعة اثنان

وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة شئ حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على أن يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال أبو يوسف ومحمد لا شئ في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن أبي حنيفة لقوله عليه السلام لمعاذ لا تأخذ من أوقاص البقر شيأ وفسروه بما بين أربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار

أحكامه يقينا وأفتى في زمن عمر وأدرك النبي صلى الله عليه وسلم وهو رجل كان باليمن أيام معاذ بنقل الكافة من أهل بلده عن معاذ في أخذه لذلك على عهد النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وحاصله أنه بجعله بواسطة بينه وبين معاذ وهو ما فشا من أهل بلده أن معاذا أخذ كذا وكذا والحق قول ابن القطان أنه يجب أن يحكم بحديثه عن معاذ على قول الجمهور في الاكتفاء بالمعاصرة مالم يعلم عدم اللقي وأما على ما شرطه البخاري وابن المديني من العلم باجتماعهما ولو مرة فكما قال ابن حزم والحق خلافه وعلى كلا التقديرين يتم الاحتجاج به على ما وجهه ابن حزم (قوله وهذه رواية الاصل) عن أبي حنيفة فيما زاد على الاربعين ثلاث روايات هذه ورواية الحسن أن لا شئ حتى تبلغ خمسين والرواية الثالثة كقولهما وجه الاولى عدم المسقط مع أن الاصل أن لا يخلى المال عن شكر نعمته بعد بلوغه النصاب وجه هذه منعه بل قد وجد وهو ما رواه الدارقطني والبزار من حديث بقية عن المسعودي عن الحكم عن طاوس عن ابن عباس قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا الى اليمن فأمره أن يأخذ من كل ثلاثين من البقر تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة قالوا فالاوقاص قال ما أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بشئ وسأله اذا قدمت عليه فلما قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم سأله فقال ليس فيها شئ قال المسعودي والاوقاص ما بين الثلاثين الى الاربعين والاربعين الى الستين وفي السند ضعف وفي المتن أنه رجع فوجده عليه السلام حيا وهو موافق لما في معجم الطبراني وفي سنده مجهول وفيه أعني معجم الطبراني حديث آخر من طريق ابن وهب عن حيوة بن شريح عن يزيد بن أبي حبيب عن سلمة بن أسامة عن يحيى بن الحكم أن معاذا قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أصدق أهل اليمن فأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا ومن كل أربعين مسنة ومن الستين تبيعين ومن السبعين مسنة وتبيعا وأمرني أن لا آخذ فيما بين ذلك شيأ الا أن يبلغ مسنة أو جذعا وهو مرسل وسلمة بن أسامة ويحيى بن الحكم غير مشهورين ولم يذكرهما ابن أبي حاتم في كتابه واعترض أيضا بأن معاذا لم يدركه عليه السلام حيا في الموطا عن طاوس أن معاذا الحديث وفيه فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم قبل أن يقدم معاذ وطاوس لم يدرك معاذا وأخرج في المستدرك عن ابن مسعود قال كان معاذ بن جبل شابا جميلا حليما سمحا من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيأ ولم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين فلزمه غرماؤه حتى تغيب عنهم أياما في بيته فاستأذنوا عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل في طلبه فجاء ومعه غرماؤه فساق الحديث الى أن قال فبعثه الى اليمن وقال له لعل الله أن يجبرك ويؤدي عنك دينك فخرج معاذ الى اليمن فلم يزل بها حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع معاذ الحديث بطوله قال الحاكم صحيح على شرط الشيخين وفي مسند أبي يعلى أنه قدم فسجد للنبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا معاذ ما هذا قال وجدت اليهود والنصارى باليمن يسجدون لعظمائهم وقالوا هذه تحية الانبياء فقال عليه السلام كذبوا على أنبيائهم لو كنت آمر أحدا أن يسجد لغير الله لامرت المرأة أن تسجد لزوجها وفي هذا أن معاذا أدركه عليه السلام حيا (قوله قد قيل ان المراد بها الصغار) فتعارض التفسيران فلا تسقط الزكاة بالشك بعد تحقق السبب ثم ان كان خلاف القياس من حيث انه ايجاب الكسور فقولهما مخالفه من وجهين اثبات العفو بالرأي وكونه خارجا عن النظير في بابه فان

أسد بن عمرو عنه وهو قول أبي يوسف ومحمد لا شئ في الزيادة حتى تبلغ ستين وجه الاولى أن العفو فيما بين الثلاثين والاربعين وبين الستين وما فوقها ثبت نصا بخلاف القياس لما فيه من اخلاء المال عن الواجب مع قيام المقتضي وهو اطلاق قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقيام الاهلية ولا نص ههنا فأوجبنا فيما زاد بحسابه وتحملنا التشقيص وان كان خلاف موضوع الزكاة ضرورة تعذر اخلائه عن الواجب ووجه رواية الحسن أن مبنى هذا النصاب أي نصاب البقر على أن يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب بدليل ما قبل الاربعين وبعد الستين فيكون بين الاربعين والخمسين كذلك لكنه يخير بين اعطاء ربع مسنة وثلث تبيع لان الزيادة على الاربعين عشرة وهي ثلث ثلاثين وربع أربعين فيخير بينهما ووجه رواية أسد وهو قولهما قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل لا تأخذ من أوقاص البقر شيأ وفسروه بما بين أربعين الى ستين والاوقاص جمع وقص بفتح القاف وهو ما بين الفريضتين قلنا قد قيل ان المراد بها الصغار يعني أن المراد بالاوقاص العجاجيل ونحن نقول بذلك

(ثم فى الستين تبيعان أو تبيعتان وفى سبعين مسنة وتبيع وفى ثمانين مسنتان وفى تسعين ثلاثة أتبعة وفى المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض فى كل عشر من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع) لقوله عليه السلام فى كل ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة وفى كل أربعين مسن أو مسنة (والجواميس والبقر سواء) لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا أن أوهام الناس لا تسبق اليه فى ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به فى يمينه لا يأكل لحم بقر والله أعلم

﴿فصل فى الغنم﴾ (ليس فى أقل من أربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت أربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه فاذا بلغت أربعمائة ففيها أربع شياه ثم فى كل مائة شاة شاة) هكذا ورد البيان فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى كتاب أبى بكر رضى الله عنه وعليه انعقد الاجماع (والضأن والمعز سواء) لان لفظة الغنم شاملة للكل والنص وردبه ويؤخذ الثنى فى زكاتها ولا يؤخذ الجذع من الضأن الا فى رواية الحسن أبى حنيفة والثنى منها ما تمت له سنة والجذع ما أتى عليه أكثرها وعن أبى حنيفة وهو قولهما انه يؤخذ عن الجذع لقوله عليه السلام انا حققنا الجذع والثنى

الثابت فى هذا الباب جعل العفو تسعا تسعا والكسور فى الجملة لها وجود فى النقدين لكن دفع المصنف هذا ينتفى بما صرح به فى رواية الطبرانى من قوله وأمرنى أن لا آخذ فيما بين ذلك شيأ الا أن تبلغ مسنة أو جذعا وهكذا رواه القاسم بن سلام فى كتاب الاموال لكن تمام هذا موقوف على صحة هذه الرواية أو حسنها والله أعلم

﴿باب صدقة الغنم﴾

سميت بذلك لانه ليس لها آلة الدفاع فكانت غنيمة لكل طالب (قوله هكذا ورد البيان فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم) وفى كتاب أبى بكر تقدم فى صدقة الابل فارجع اليه (قوله والضأن والمعز سواء) أى فى تكميل النصاب لا فى أداء الواجب وسنذكر الفرق بينهما فى ذلك آخر الباب والمتولد من ظبى ونجيبة له حكم أمه فيكون شاة وفى العجاف ان كانت ثنية وسط تعينت والا واحدة من أفضلها فان كانت نصابين أو ثلاثة كمائة واحدى وعشرين أو مائتين وواحدة وفيها عدد الواجب وسط تعينت هى أو قيمتها وان بعضه تعين هو وكل من أفضلها بقية الواجب فتجب الواحدة الوسط وواحدة أو ثنتان عجفاوان بحسب ما يكون الواجب والموجود مثلا له مائة واحدى وعشرون وعنده ثنية وسط وجبت هى وأخرى عجفاء أو مائتان وواحدة وعنده ثنتان سمينتان تعينتا مع عجفاء أو واحدة تعينت مع عجفاوين من أفضل البواقى ولو هلكت السمينة بعد الوجوب جعلت كان لم تكن عند أبى حنيفة ووجب عجفاوان بناء على صرف الهالك الى النصاب الاخير وجعل الهالك كان لم يكن وعندهما بهلاك السمينة ذهب فضل السمن فكان الكل كانت عجافا ووجب فيها ثلاث عجاف فتسقط ثلاثة أجزاء من ثلاث شياه كل شاة مائتا جزء وجزء ويبقى الباقى بناء على أن الواجب واجب فى الكل من النصاب والعفو وصرف الهلاك الى الكل على الشيوع ولو هلك العجاف كلها وبقيت السمينة فعنده لما وجب الصرف الى النصاب الزائد على الاول صار كانه حال الحول على أربعين ثم هلك الكل الا السمينة فيسقى الواجب جزأ من أربعين جزأ من شاة وسط وسقط الباقى وعندهما تبقى حصتها من كل الواجب وكل الواجب سمينة وعجفاوان كل شاة مائتا جزء وجزء وحصتها جزء من السمينة وجزآن من العجفاوين (قوله والنص وردبه) أى باسم الغنم فى كتاب أبى بكر على ما مر (قوله لقوله عليه السلام انا حققنا الجذع) غريب بلفظه وأخرج أبو داود والنسائى وأحمد فى مسنده عن سمرة قال جاءنى رجلان مرتدفان فقالا انا

وقوله (ثم فى الستين تبيعان) الخ ظاهر لا يحتاج الى شرح

﴿فصل فى الغنم﴾ قدم فصل زكاة الغنم على الخيل اما لكون الحاجة الى بيانه أمس لكثرته واما لكونه متفقا عليه والغنم اسم جنس يقع على الذكر والانثى وما فى الكتاب ظاهر الا كلمات نذكرها قوله (والضأن والمعز سواء) يعنى فى تكميل النصاب لا فى أداء الواجب لما سنذكر أن الجذع من المعز لا يجوز وقوله (لان النص وردبه) يعنى ما كتب فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أربعين من الغنم شاة الحديث وقوله (والجذع ما أتى عليه أكثرها) روى عن أبى على الدقاق أنه ماطعن فى الشهر التاسع وعن أبى عبد الله الزعفرانى أنه ماطعن فى الشهر الثامن وذكر فى شرح الاقطع قال الفقهاء ان الجذع من الغنم ما تمت له ستة أشهر هذا تفسير علماء الفقه وعن الازهرى الجذع من المعز لستة أشهر ومن الضأن لثمانية أشهر والثنى الذى ألقى ثنيته وهو من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل فى السادسة ومن الغنم والبقر ما استكمل الثانية ودخل فى الثالثة ومن الفرس والبغل والحمار ما استكمل الثالثة ودخل فى الرابعة

وهو فى كلها بعد الجذع وقبل الرباعى هذا تفسير أهل اللغة وقوله (وعن أبى حنيفة وهو قولهما) يريد به ما روى الحسن عنه

﴿فصل فى الغنم﴾ (قوله وهو فى كلها بعد الجذع الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله والثنى الخ المذكور قبل سطرين

وقوله (ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكاة) يعني أن باب الاضحية أضيق ألا ترى أن التضحية بالتبيع والتبيعة لا يجوز ويجوز أخذهما في الزكاة فاذا كان الجذع مدخل في الاضحية ففي الزكاة أولى وقوله (وجواز التضحية) جواب عن قوله ولانه يتأدى به الاضحية يعني أن جواز التضحية بالجذع عرف بنص خاص في التضحية وهو قوله صلى الله عليه وسلم نعمت الاضحية الجذع من الضأن فلا يتعداها والزكاة ليست في معناها اذ المقصود بها اراقة الدم والجذع يقارب الثني في ذلك ولا كذلك الزكاة فلا تلحق بالاضحية دلالة

﴿فصل في الخيل﴾ وجه تأخيره عن فصل الغنم (٥٠٢) قد تقدم وكلامه واضح وقوله (هو المنقول) أي تأويل مارواه بفرس الغازي هو المنقول (عن زيد ابن ثابت رضي الله عنه) فان هذه الحادثة وقعت في زمن مروان رحمه الله فشاور الصحابة فروى أبو هريرة رضي الله عنه ليس على الرجل في عبده ولا في فرسه صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت ماتقول يا أبا سعيد فقال أبو هريرة عجبا من مروان أحدثه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول ماتقول يا أبا سعيد فقال زيد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما أراد به فرس الغازي فأما ماجشر لطلب نسلها ففيها الصدقة فقال كم فقال في كل فرس دينار أو عشرة دراهم (والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر) فانه كتب الى أبي عبيدة ابن الجراح رضي الله عنه يأمره أن يأخذ من الخيل السائمة عن كل فرس دينارا أو عشرة دراهم وقيل كان ذلك في خيل العرب لتقاربها في القيمة وأما في أفراسنا فيقوم بالاغير فان قيل لو وجب فيها الزكاة لكان للامام أخذها جبرا ولو وجبت في عينها كما في سائر السوائم وليس كذلك بالاجماع أجيب بانه لم يثبت له ذلك هانان لان الخيل مطمع لكل طامع فيخشى على صاحبه التعدي بالاخذ ولم يجب من عينها لان مقصود الفقير لا يحصل به لكونه غير مأكول اللحم عنده

ولانه يتأدى به الاضحية فكذا الزكاة وجه الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ في الزكاة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روى الجذعة من الابل (ويؤخذ في زكاة الغنم الذكور والاناث) لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال عليه السلام في أربعين شاة شاة

﴿فصل في الخيل﴾ (اذا كانت الخيل سائمة ذكورا وانا ثا فصاحبها بالخيار ان شاء أعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها وأعطى عن كل مائتي درهم خمسة دراهم) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقالا لا زكاة في الخيل لقوله عليه السلام ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عليه السلام في كل فرس سائمة دينار أو عشرة دراهم وتأويل مارواه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر

رسولا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا اليك لتؤتينا صدقة غنمك قلت وما هي قالا شاة قال فعمدت الى شاة ممتلئة محاضا وشحما فقالا هذه شافع وقد نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نأخذ شافعا والشافع التي في بطنها ولدها قلت فأي شيء تأخذان قالا عناقا جذعة أو ثنية فأخرجت اليهما عناقا فتناولاها وروى مالك في الموطأ من حديث سفيان بن عبد الله أن عمر بن الخطاب بعثه مصدقا فكان يعد السخل فقالوا أتعد علينا السخل ولا تأخذه فما قدم على عمر ذكر له ذلك فقال عمر نعم تعد عليهم السخلة يحملها الراعي ولا تأخذها ولا تأخذ الاكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم وتأخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين غذاء الغنم وخياره قال النووي سنده صحيح وأما ماروي عن علي لا يؤخذ في الزكاة الا الثني فغريب والله أعلم فالدليل يقتضي ترجيح هذه الرواية والحديث الاول صريح في رد التأويل الذي ذكره المصنف ان كان قول الصحابيين نأخذ عناقا جذعة أو ثنية له حكم الرفع أو لم يكن وكذلك قول عمر في ذلك فيجب ترجيح غير ظاهر الرواية أعني ماروي عن أبي حنيفة من جواز أخذ الجذعة على ظاهر الرواية عنه في تعيين الثني

﴿فصل في الخيل﴾ في فتاوى قاضيخان قالوا الفتوى على قولهما وكذا رجح قولهما في الاسرار وأما شمس الائمة وصاحب التحفة فرجحا قول أبي حنيفة رحمه الله وأجمعوا أن الامام لا يأخذ صدقة الخيل جبرا وحديث ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة رووه في الكتب الستة وزاد مسلم الا صدقة الفطر (قوله وتأويل مارواه فرس الغازي) لا شك أن هذه الاضافة للفرس المفرد لصاحبها في قولنا فرسه وفرس زيد كذا وكذا يتبادر منه الفرس الملابس للانسان ركوبا ذهابا وجيئا عرفا وان كان لغة أعم من ذلك والعرف أملك ويؤيد هذه الارادة قوله في عبده ولا شك أن العبد للتجارة تجب فيه الزكاة فعلم أنه لم يرد النفي عن عموم العبد بل عبد الخدمة وقد روى ما يوجب حمله على هذا المحمل لو لم تكن

(قوله والجذع يقارب الثني في ذلك) أقول يعني لا يقارب في القيمة

﴿فصل في الخيل﴾ (قوله وأما ماجشر لطلب نسلها الخ) أقول الجشر اخراج الدواب للرعي (قوله والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه) أقول اذا كان التخيير مرويا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومأثورا عن زيد بن ثابت رضي الله عنه فما وجه تخصيص عمر رضي الله عنه بالمأثورية عنه

هاتان القرينتان العرفية واللفظية وهوما فى الصحيحين فى حديث مانعى الزكاة بطوله وفيه الخيل ثلاثة هى لرجل أجر ولرجل ستر ولرجل وزر وساق الحديث الى قوله فأما التى هى له ستر فرجل ربطها تغنيا وتعففا ولم ينس حق الله فى رقابها ولا ظهورها فهى لذلك الرجل ستر الحديث فقوله ولا فى رقابها بعد قوله ولم ينس حق الله فى ظهورها يرد تأويل ذلك بالعارية لان ذلك مما يمكن على بعده فى ظهورها فعطف رقابها ينفى ارادة ذلك اذ الحق الثابت فى رقاب الماشية ليس الا الزكاة وهو فى ظهورها حمل منقطعى الغزاة والحاج ونحو ذلك هذا هو الظاهر الذى يجب البقاء معه ولا يخفى أن تأويلنا فى الفرس أقرب من هذا بكثير لما حفه من القرينتين ولانه تخصيص العام ومامن عام الا وقد خص بخلاف حمل الحق الثابت لله فى رقاب الماشية على العارية ولا يجوز حمله على زكاة التجارة لانه عليه السلام سئل عن الحمير بعد الخيل فقال لم ينزل على فيها شئ فلو كان المراد فى الخيل زكاة التجارة لم يصح نفيها فى الحمير وما قيل انه كان واجبا ثم نسخ بدليل ما روى الترمذى والنسائى عن أبى عوانة عن أبى اسحق عن عاصم بن ضمرة عن على قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق فهاتوا صدقة الرقة وله طريق آخر عن أبى اسحق عن الحرث عن على قال الترمذى سألت محمدا عن هذا الحديث فقال كلاهما عندى عن أبى اسحق يحتمل أن يكون روى عنهما والعفو لا يكون الا عن شئ لازم فممنوع بل يصدق أيضا مع ترك الاخذ من الابتداء تفضلا مع القدرة عليه فمن قدر على الاخذ من أحد وكان محقا فى الاخذ غير ملوم فيه فتركه مع ذلك تكرما ورفقا به صدق معه ذلك ويقدم ما فى الصحيحين للقوة وقد رأينا هذا الامر قد تقرر فى زمن عمر فكيف يكون منسوخا قال ابن عبد البر روى فيه جويرية عن مالك حديثا صحيحا أخرجه الدارقطنى عن جويرية عن مالك عن الزهرى أن السائب بن يزيد أخبره قال رأيت أبى يقيم (١) الخيل ثم يدفع صدقتها الى عمر وروى عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرنى عمرو بن دينار أن جبير بن يعلى أخبره أنه سمع يعلى بن أمية يقول ابتاع عبد الرحمن بن أمية أخو يعلى بن أمية من رجل من أهل اليمن فرسا أنثى بمائة فلوص فندم البائع فلحق بعمر فقال غصبنى يعلى وأخوه فرسا لى فكتب الى يعلى أن الحق بى فأتاه فأخبره الخبر فقال ان الخيل لتبلغ هذا عندكم ما علمت أن فرسا يبلغ هذا فأخذ عن كل أربعين شاة ولا تأخذ من الخيل شيأ خذ من كل فرس دينارا فقرر على الخيل دينارا دينارا وروى أيضا عن ابن جريج أخبرنى ابن أبى حسين أن ابن شهاب أخبره أن عثمان كان يصدق الخيل وان السائب بن يزيد أخبره أنه كان يأتى عمر بن الخطاب بصدقة الخيل قال ابن شهاب لا أعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سن صدقة الخيل وقال محمد بن الحسن فى كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد ابن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى أنه قال فى الخيل السائمة التى يطلب نسلها ان شئت فى كل فرس دينارا وعشرة دراهم وان شئت فالقيمة فيكون فى كل مائتى درهم خمسة دراهم فى كل فرس ذكر أو أنثى فقد ثبت أصلها على الاجمال فى كمية الواجب فى حديث الصحيحين وثبتت الكمية وتحقق الاخذ فى زمن الخليفتين عمر وعثمان من غير نكير بعد اعتراف عمر بانه لم يفعله النبى صلى الله عليه وسلم ولا أبو بكر على ما أخرج الدارقطنى عن حارثة بن مضرب قال جاء ناس من أهل الشام الى عمر فقالوا انا قد أصبنا أموالا خيلا ورقيقا وانا نحب أن تزكيه فقال ما فعله صاحباى قبلى فأفعله أنا ثم استشار أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا حسن وسكت على فسأله فقال هو حسن لو لم تكن جزية راتبة يؤخذون بها بعدك فأخذ من الفرس عشرة دراهم ثم أعاده قريبا منه بذلك السند والقصة وقال فيه فوضع على كل فرس دينارا ففى هذا أنه استشارهم فاستحسنوه وكذا استحسنه على بشرط شرطه وهو أن لا يؤخذون به بعده وقد قلنا بمقتضاه اذ قلنا ليس للامام أن يأخذ صدقة سائمة الخيل جبرا فان أخذ الامام هو المراد بقوله يؤخذون بها مبنيا للمفعول اذ يستحيل أن يكون استحسانه مشروطا بأن لا يتبرعوا بها لمن بعده من الائمة لانه ما على

(١) قوله يقيم الخيل يراجع لفظه يقسم فى الدارقطنى ويحرر معناه اه مصححه

وقوله (وليس فى ذكورها منفردة زكاة لانها لاتتناسل) استشكل بذكور الابل والبقر والغنم منفردات فانها لاتتناسل ووجبت فيها الزكاة وأجيب بأن النماء شرط وجوب الزكاة لامحالة وهو فى الخيل بالتناسل لاغير ولاتناسل فى ذكور الخيل منفردة وأما غيرها فالنماء فيه كما يكون به يكون باللحم والوبر فيجب فيه الزكاة فان قيل فما وجه الرواية التى تجب فيها فى الذكور المنفردة أيضا ولا نسل ثمة على ماذكرتم أجيب بأن وجهها أن الاناث جعلتها نظير سائر أنواع السوائم فانه بسبب السوم تخف المؤنة على صاحبه وبه يصير مال الزكاة فكانت كانواعها وقوله (لم ينزل على فيها شئ) روى أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الحمير فقال لم ينزل على فيها شئ الا هذه الآية الفاذة الجامعة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره

﴿فصل﴾ قال صاحب النهاية (٥٠٤) رحمه الله وجدت فى هذا الموضع مكتوبا بخط شيخى رحمه الله وجه مناسبة ايراد هذه المسئلة هنا وهو أنه لما فرغ عن بيان حكم الكبار من السوائم شرع فى بيان حكم الصغار وأقول ليس الفصل منحصرا فى ذلك بل فيه غيره فكان الفصل ههنا كمسائل شتى تكتب فى آخر الابواب والفصلان جمع الفصيل وهو ولد الناقة من فصل الرضيع عن أمه والحلان بضم الحاء وقيل بكسرها أيضا جمع الحمل ولد الضأن فى السنة الاولى والعجاجيل جمع عجول من أولاد البقر حين تضعه أمه الى شهر كذا فى المغرب قيل فى صورة المسئلة رجل اشترى خمسة وعشرين من الفصلان أو ثلاثين من العجاجيل أو أربعين من الحلان أو وهب له ذلك هل ينعقد عليه الحول أولا على قول أبى حنيفة ومحمد لاينعقد وعند غيرهما ينعقد حتى لو حال عليها الحول من حين ما ملكها وجبت الزكاة وقيل صورتها اذا كان له نصاب سائمة قضى عليها ستة أشهر فتوالدت مثل عددها ثم هلكت الاصول وبقيت الاولاد هل يبنى حول الاصول على الاولاد عندهما لايبنى وعند الباقين يبنى وذكر الطحاوى فى اختلاف العلماء عن أبى يوسف أنه قال دخلت على أبى حنيفة فقلت ماتقول فيمن ملك أربعين حملا فقال فيها شاة مسنة فقلت ربما تأتى قيمة الشاة على أكثرها أو جميعها فتأمل ساعة ثم قال لا ولكن تؤخذ واحدة منها فقلت أيؤخذ الحمل فى الزكاة فتأمل ساعة ثم قال لا اذا لايجب فيها شئ فأخذ بقوله الاول زفر وبقوله الثانى أبو يوسف وبقوله الثالث محمد وعده هذا من مناقبه حيث تكلم فى مسئلة

(وليس فى ذكورها منفردة زكاة) لانها لاتتناسل (وكذا فى الاناث المنفردات فى رواية) وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفعل المستعار بخلاف الذكور وعنه أنها تجب فى الذكور المنفردة أيضا (ولاشئ فى البغال والحمير) لقوله عليه السلام لم ينزل على فيهما شئ والمقادير تثبت سماعا (الا أن تكون للتجارة) لان الزكاة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر أموال التجارة والله أعلم

﴿فصل﴾ (وليس فى الفصلان والحلان والعجاجيل صدقة) عند أبى حنيفة الا أن يكون معها كبار وهذا آخر أقواله وهو قول محمد وكان يقول أولا يجب فيها مايجب فى المسان وهو قول زفر ومالك ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول أبى يوسف والشافعى رحمهما الله

المحسنين من سبيل وهذا حينئذ فوق الاجماع السكوتى فان قيل استحسانهم انما هو لقبولها منهم اذا تبرعوا بها وصرفها الى المستحقين لالايجاب فلنا رواية فوضع على كل فرس دينارا مرتبا على استحسانهم وماقدمناه من قول عمر ليعلى خذ من كل فرس دينارا فقرر على كل دينارا يوجب خلاف ماقلت وغاية مافى ذلك أن ذلك هو مبدأ اجتهادهم وكانهم والله أعلم رأوا أن ماقدمنا من حديث مانعى الزكاة يفيد الوجوب حيث أثبت فى رقابها حقا لله ورتب على الخروج منه كونها له حينئذ سترا يعنى من النار هذا هو المعهود من كلام الشارع كقوله فى عائل البنات كن له سترا من النار وغيره ولانه لامعنى لكون المراد سترا فى الدنيا بمعنى ظهور النعمة اذ لامعنى لترتيب ذلك على عدم نسيان حق الله فى رقابها فانه ثابت وان نسى فثبت الوجوب وعدم أخذه عليه السلام لانه لم يكن فى زمانه أصحاب الخيل السائمة من المسلمين بل أهل الابل وماتقدم اذ أصحاب هذه انما هم أهل المدائن والدشت والتراكمة وانما فتحت بلادهم فى زمن عمر وعثمان ولعل ملحظهم فى خصوص تقدير الواجب ماروى عن جابر من قوله عليه السلام فى كل فرس دينار كما ذكره فى الامام عن الدارقطنى بناء على أنه صحيح فى نفس الامر ولو لم يكن صحيحا على طريقة المحدثين اذ لايلزم من عدم الصحة على طريقهم الاعدمها ظاهرا دون نفس الامر على ان الفحص عن مأخذهم لايلزمنا اذ يكفى العلم بما اتفقوا عليه من ذلك (قوله وليس فى ذكورها الخ) فى كل من الذكور المنفردة والاناث المنفردة روايتان والراجح فى الذكور عدم الوجوب وفى الاناث الوجوب

﴿فصل﴾ (قوله وليس فى الفصلان) جمع فصيل ولد الناقة قبل أن يصير ابن مخاض والعجاجيل جمع عجول ولد البقرة والحلان جمع حمل بالتحريك ولد الشاة صورة المسئلة اشترى خمسة وعشرين فصيلا أو حملا أو عجولا أو وهب له لاينعقد عليها الحول حتى اذا مضى حول من وقت الملك لاتجب فيها بل

﴿فصل وليس فى الفصلان﴾ * (قوله حتى لو حال الحول عليها من حين ملكها وجبت الزكاة) أقول فيه أنه حينئذ لم يبق محلا للنزاع حيث يوجد الواجب وهو الطاعن فى السنة الثانية والظاهر أن تصور المسئلة فى صورة الضم

في مجلس ثلاثة أقاويل فلم يضع شيئا منها (وجه قوله الاول أن الاسم المذكور في الخطاب) يعني قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة (ينتظم الصغار والكبار) لانه اسم جنس كاسم الآدمي ولهذا لو حلف لا يأكل لحم ابل فأكل لحم الفصيل حنث وأجيب بان الواجب قليل من الكثير وأخذ المسنة من الصغار ليس كذلك لان قيمتها قد تأتي على أكثر النصاب (ووجه قوله الثاني) أنا لو أوجبنا فيها ما يجب في المسان وهو لا يوجد فيها كان اضرارا بصاحب المال وهو يقتضي عدم الوجوب ولو لم نوجب شيأ كان اضرارا بالفقراء لان الصغار نصاب فان الكبار يكمل بها النصاب وكل ما هو كذلك كان نصابا بنفسه كالمهازيل وعكسه الحملان فانها لا يكمل بها نصاب فلا تكون في نفسها نصابا فأوجبنا واحدة منها كما في المهازيل فانا لا نوجب فيها السمين وانما نوجب واحدة منها وهذا معنى قوله (تحقيق النظر من الجانبين ووجه قوله الاخير ما قاله ان المقادير لا يدخلها القياس الخ) وتقريره أن ايجاب ما ورد به الشرع من الاسنان ههنا ممتنع لانها لا توجد في الصغار

(قوله وأجيب بان الواجب قليل من الكثير الخ) أقول رأي في مقابلة النص مع أنه منقوض بما اذا كان له تسع وثلاثون حملا وواحدة مسنة تجب مسنة بالاجماع مع جريان ما ذكره فيه فتأمل

وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحد منها ووجه الاخير أن المقادير لا يدخلها القياس

اذا تم من حين صارت كبارا وتصور أيضا اذا كان له نصاب سائمة فمضى ستة أشهر فولدت نصابا ثم ماتت الامهات وتم الحول على الاولاد (قوله الاسم المذكور في الخطاب) يعني اسم الشاة (قوله تحقيق النظر من الجانبين) جانب صاحب المال بعدم اخراج مسنة وجانب الفقراء بعدم الاخراج بالكلية كما يجب في المهازيل الحاقا لنقصان السن بنقصان الوصف لما رأينا النقصان بالهزال رد الواجب الاصلي وهو الوسط الى واحد منها ولم يبطل أصلا فكذلك النقصان بالسن مع قيام الاسامة واسم الابل الا أن الرد الى واحد منها يمنعنا من ترتيب السن في الابل والبقر بأن يجب بنت مخاض ثم بنت لبون ثم حقة وهكذا تبيع ثم مسنة ولم يمنعنا في المهازيل فعملنا بقدر الممكن فقلنا لا شئ حتى تبلغ خمسا وعشرين فصيلا فيكون فيها فصيل ثم لا شئ حتى تبلغ ستا وسبعين ففيها فصيلان وهكذا في ثلاثين عجولا عجول ثم لا شئ حتى تبلغ ستين ففيها عجولان ثم لا شئ حتى تبلغ تسعين ففيها ثلاثة عجاجيل لان السبب متى ثبت ثبت حكمه الا بقدر المانع هذا على أقوى الروايات عن أبي يوسف وهي رواية محمد وبهذا التقرير اندفع استبعاد محمد اذ قال انه عليه السلام أوجب في خمس وعشرين واحدة في مال اعتبر قبله أربعة نصب وفي ست وسبعين ثنتين في موضع اعتبر ثلاث نصب بينها وبين خمس وعشرين ففي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب فيه لو أوجبنا كان بالرأي لا بالنص ولا مدخل للرأي هنا (قوله وجه الاخير) أي من أقاويل أبي حنيفة وهو قول محمد ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به النص امتنع أصلا والنص ورد بالشاة والبقرة والناقة لا مطلقا بل ذات السن المعين من الثنية والتبيع وبنت المخاض مثلا ولم يوجد فتعذر الايجاب فان قيل لا نسلم انه لم يوجب الصغار أصلا ففي حديث أبي بكر في قتال مانعي الزكاة لو منعوني عناقا مما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه فدل انه كان يعطى في الزكاة سلمناه لكن ايجاب الاسنان المعينة لم يتوقف على وجودها في الموجب فيه ألا يرى انه أوجب في خمس من الابل شاة وليست فيها فلم يتوقف ايجابها على أن تكون عنده بل يجب عليه أن يستحدث ملكها بطريقه ويدفعها فكذا يجب عليه أن يستحدث ملك مسنة ويدفعها قلنا أما الاول فيدل على نفيه ما في أبي داود والنسائي عن سويد بن غفلة قال أتانا مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيته فجلست اليه فسمعته يقول في عهدي يعني في كتابي أن لا آخذ راضع لبن الحديث دل بالمطابقة على عدم أخذها مطلقا وبالالتزام على ان ليس في الصغار واحدة منها اذ لو كان لاخذت الراضع وحديث أبي بكر لا يعارضه لان أخذ العناق لا يستلزم الاخذ من الصغار لان ظاهر ما قدمنا في حديث المرتدفين في صدقة الغنم ان العناق يقال على الجذعة والثنية ولو مجازا فارجع اليه فيجب الحمل عليه دفعا للتعارض ولو سلم جاز أخذها بطريق القيمة لا أنها هي نفس الواجب ونحن نقول به أو هو على طريق المبالغة لا التحقيق يدل عليه أن في الرواية الاخرى عقالا مكان العناق وأما الثاني فانه يستلزم ايجاب الكرائم وهو منتف بما في الصحيح وغيره من قوله لمعاذ اياك وكرائم أموالهم وروى معناه كثيرا حتى صار من ضروريات الزكاة ومناقض لما عرف بالضرورة في أصول الزكوات من كون الواجب قليلا من كثير وربما تأتي المسنة على غالب الحملان أو كلها خصوصا اذا كانت أسنانها يومين أو ثلاثة فيكون هذا ايجاب اخراج كل المال معنى وهو معلوم النفي بالضرورة بل يخرج عن كونه زكاة المال فان اضافة اسم زكاة المال يأبى كونه اخراج الكل ويرد عليه أن اخراج الكرائم والكثير من القليل يلزمكم فيما اذا كان فيها مسنة واحدة فانها بالنسبة الى الباقي كذلك غاية الامر أن لزوم اخراج الكل معنى منتف لكن ثبوت انتفاء اخراج الاكثر في الشرع كثبوت انتفاء اخراج الكل فما هو جوابكم عن هذا فهو جوابنا عن ذلك ويجاب بأن

(واذا امتنع ماورد به الشرع ههنا امتنع أصلا) لانه لو جاز لكان بالقياس والمقادير لا يدخلها القياس والفطن يستخرج من هذا جواب أبي يوسف فانه قاس على المهازيل وهو فاسد لان المهازيل يوجد فيها ما ورد به الشرع من الاسنان (ولو كان فيها واحدة من المسان الخ) يعني اذا كان في الحملان كبار جعلت الصغار تبعا لها في انعقادها نصابا ولا تتأدى الزكاة بالصغار بل يدفع لها من الكبار ان كان على مقدار الواجب بيانه أنه اذا كان له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا يجب فيها مسنتان وان كانت له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملا فعند أبي حنيفة ومحمد تجب مسنة واحدة وعند أبي يوسف مسنة وحمل وعلى هذا القياس فصل الابل والبقر والاصل في ذلك ما قال عمر رضي الله عنه عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها على كتفه ولا تأخذها منهم فقد نهى عن أخذ الصغار عند الاختلاط وقوله (ثم عند أبي يوسف الخ) يعني أن الروايات عن أبي يوسف اختلفت في الفصلان روى محمد عنه أنه لا يجب فيها الزكاة حتى تبلغ عددا لو كانت كبارا وجب فيها واحدة منها وذلك بان تبلغ خمسة وعشرين ثم ليس في الزيادة شئ (٥٠٦) حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان تئ الواجب وذلك بان تبلغ ستة وسبعين فحينئذ يجب فيها اثنان ثم لا يجب حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان ثلث الواجب بان تبلغ مائة وخمسة وأربعين فيجب منها ثلاثة ولا يجب فيما دون خمسة وعشرين ووجهه أن الواجب كان تعين بالنص باعتبار العدد والسن وقد تعذر السن في الفصلان فبقي العدد معتبرا قال محمد وهذا غير صحيح فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب في خمس وعشرين واحدة في مال اعتبر قبله أربعة نصب وأوجب في ست وسبعين اثنين في موضع اعتبر ثلاثة نصب بينها وبين خمس وعشرين وفي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب لو أوجبنا لكان بالرأي لا بالنص وروى ابن سماعة عنه أنه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل هكذا الى خمس أو وعشرين ووجهه أنه اعتبر البعض بالجملة وروى عنه أنه يتطرف في الخمس الى قيمة خمس فصيل والى قيمة شاة فيجب أقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل وفي خمسة عشر يجب الاقل من قيمة ثلاث شياه ومن قيمة ثلاث أخماس فصيل وفي العشرين يجب الاقل من أربع شياه ومن أربعة أخماس فصيل وفي الخمس والعشرين يجب واحدة منها وهذا معنى قوله على هذا الاعتبار ووجه هذه الرواية أن الاقل متيقن فيتعين قال (ومن وجب عليه سن) السن هي المعروفة ثم سمي بها صاحبها كالناب للسنة من النوق ثم استعيرت لغيره كابن المخاض وابن اللبون وذكر السن وارادة ذات السن انما يكون في الحيوان لا في الانسان لان عمر الحيوان يعرف بالسن قوله (ومن وجب عليه سن) صورة المسئلة رجل وجب عليه بنت لبون ولم توجد عنده يأخذ المصدق الحقة ويرد الفضل أو وجب عليه الحقة ولم توجد يأخذ بنت اللبون ويأخذ الفضل قال في النهاية ظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على أن الخيار للمصدق وهو الذي يأخذ الصدقات ولكن الصواب أن الخيار الى من عليه الواجب لان الخيار شرع رفقا بمن عليه الواجب والرفق انما يتحقق بتخييره

فاذا امتنع ايجاب ماورد به الشرع امتنع أصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تأدية الزكاة ثم عند أبي يوسف لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلاثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شئ حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الواجب ثم لا يجب شئ حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان ثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه أنه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار وعنه أنه يتطرف الى قيمة خمس فصيل وسط والى قيمة شاة في الخمس فيجب أقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال (ومن وجب عليه سن ولم توجد أخذ المصدق أعلى منها ورد الفضل أو أخذ دونها) وأخذ الفضل وهذا يبتني على أن أخذ القيمة في باب الزكاة جائز

الاجماع على ثبوت هذا الحكم في صورة وجود مسنة مع الحملان وهو على خلاف القياس أعني ما قدمناه من ضرورية الانتفاعين في غيرها فلا يجوز أن يلحق بها (قوله جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تأدية الزكاة) لانه انما يجب من الثنيات هذا اذا كان عدد الواجب من الكبار موجودا فيها أما اذا لم يكن فلا يجب بيانه لو كانت مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا يجب فيها مسنتان ولو كانت له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملا فعند أبي حنيفة ومحمد تجب مسنة واحدة وعند أبي يوسف مسنة وحمل وعلى هذا القياس فصيل الابل والبقر واذا وجبت المسنة دفعت وان كانت دون الوسط لان الوجوب باعتبارها فلا يزاد عليها فان هلكت بعد الحول بطلت الزكاة لانه لما كان الوجوب باعتبارها كان هلاكها كهلاك الكل والحكم لا يبقى في التبع بعد فوات الاصل وعند أبي يوسف يبقى في الصغار تسعة وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من الحمل لان عنده الصغار أصل في الوجوب الا ان فضل الكبير كان باعتبار تلك المسنة فيسقط بهلاكها ويكون هذا نقصانا للنصاب ولو هلكت الحملان وبقيت المسنة يؤخذ قسطها وهو جزء من أربعين جزأ من المسنة جعل هلاك المسنة كهلاك الكل ولم يجعل قيامها كقيام الكل والفرق يطلب في شرح الزيادات (قوله ثم عن أبي يوسف الخ) تقدم شرح هذا في أثناء تقرير وجه قول أبي يوسف (قوله أخذ المصدق) أي عامل الصدقات الخ يفيد أن الخيار في أخذ الاعلى ورد الفضل

فكأنه أراد به اذا سمحت نفس من عليه اذ الظاهر من حال المسلم انه يختار ما هو الارفق بالفقراء وأقول ظاهر ما ذكر في الكتاب لا يدل على ذلك وانما يدل على أن الخيار في الوجه الاول للمصدق حيث قال له أن لا يأخذ (٧ ٥) ويطالب بعين الواجب أو بقيمته لانه شراء وفي الوجه

عندنا على ما ذكر ان شاء الله تعالى الا أن في الوجه الاول له أن لا يأخذ ويطالب بعين الواجب أو بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة (ويجوز دفع القيم في الزكاة) عندنا

أو الأدنى واعطاء الفضل للمصدق والواقع أن الخيار لرب المال في الوجه الثاني فقط وأطلق في النهاية أن الخيار لرب المال اذا الخيار شرع رفقا بمن عليه وذلك بأن يجعل الخيار اليه مع تحقق قولهم يجبر المصدق على قبول الادنى مع الفضل ولا يجبر على قبول الاعلى ورد الفضل لان هذا يتضمن بيع الفضل من المصدق ومبنى البيع على التراضي لا الجبر وهذا يحقق أن لا خيار له في الاعلى اذ معنى ثبوت الخيار مطلقا له أن يقال له أعط ما شئت أعلى أو أدنى فاذا كان بحيث لا يقبل منه الاعلى لم يجعل الخيار اليه فيه اللهم الا أن يراد أن له الخيار لو طلب الساعي منه الاعلى فيكون له أن يتخير بين أن يعطيه أو يعطي الادنى وقوله وأعطى الفضل وأخذ الفضل مطلقا يفيد أن جبران ما بين السنين غير مقدر بشئ معين من جهة الشارع بل يختلف بحسب الاوقات غلاء ورخصا وعند الشافعي هو مقدر بشاتين أو عشرة لما قدمنا في كتاب الصدقة من أنه اذا وجب عليه بنت مخاض فلم توجد أعطى ابنا بنت لبون وأخذ شاتين أو عشرة أو ابن لبون ليس غير قلنا هذا كان قيمة التفاوت في زمانهم وابن اللبون يعدل بنت المخاض اذ ذاك جعلا لزيادة السن مقابلا بزيادة الانوثة فاذا تغير تغير والا لزم عدم الايجاب معنى بأن تكون الشاتان أو العشرون التي يأخذها من المصدق تساوي السن الذي يعطيه خصوصا اذا فرضنا الصورة المذكورة في المهاذيل فانه لا يبعد كون الشاتين تساويان بنت لبون مهزولة جدا فاعطاؤها في بنت مخاض مع استرداد شاتين اخلاء معنى أو الاجحاف برب المال بأن يكون كذلك وهو الدافع للادنى وكل من اللازمين منتف شرعا فيتعين ملزومهما وهو تعين الجابر ❁ فروع ❁ عجل عن أربعين بقرة مسنة فهلك من بقية النصاب واحدة ولم يستفد شيأ حتى تم الحول يمسك الساعي من المعجل قدر تبيع ويرد الباقي وليس لرب المال أن يسترد المسنة ويعطيه مما عنده تبيعا لان قدر التبيع من المسنة صار زكاة حقا للفقراء فلا يسترد ومثله في تعجيل بنت المخاض من خمسة وعشرين اذا انتقص الباقي واحدة فتم الحول أمسك الساعي قدر أربع شياه وروى بشر عن أبي يوسف أنه يردها ولا يحبس شيأ ويطالب بأربع شياه لانه في امساك البعض ورد البعض ضرر التشقيص بالشركة وقياس هذه في البقر أن يسترد المسنة لكن في هذا نظر اذ لا شركة بعد دفع قيمة الباقي ولو كان استهلك المعجل أمسك من قيمتها قدر التبيع والاربع شياه ورد الباقي ولو تم الحول وقد زادت الاربعون الى ستين لحق الساعي في تبيعين فليس للمالك استرداد المسنة بل يكمل الفضل للساعي بخلاف ما لو أخذ المسنة على ظن أنها أربعون فاذا هي تسعة وثلاثون فانه يرد المسنة ويأخذ تبيعا لان الاتفاق على الغلط يعدم الرضا أما هنالك فدفع عن رضا على احتمال أن تصير زكاة ولم يظهر أن الاحتمال لم يكن ولو لم يظهر الغلط حتى تصدق بها الساعي فلا ضمان عليه وان كان أخذها كرها على ذلك الظن لانه مجتهد فيما عمل لغيره فضمان خطئه على من وقع العمل له فان وجد الفقير ضمنه ما زاد على التبيع والا يؤخذ من المجموع في يده من أموال الزكاة وهو بيت مال الفقراء كالقاضي اذا أخطأ في قضائه بمال أو نفس فضمانه على من وقع القضاء له أو بيت المال فان كان الساعي تعمد الاخذ فضمانه في ماله لانه متعمد هذا ولو لم يرد ولم ينقص فالقياس أن يصير قدر أربع من الغنم زكاة ويرد الباقي لان المعجل خرج من ملكه وقت التعجيل وفي الاستحسان يكون الكل زكاة لما ذكر من أنه اذا تعذر جعل كل المعجل زكاة من وقت التعجيل يجعل زكاة مقصورا على الحال هذا ولو كان مثل ذلك في الغنم فسيأتي (قوله ويجوز دفع القيم في الزكاة) فلو أدى ثلاث شياه سمان عن أربع

الثاني لمن عليه حيث قال يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ولا بعد في أن يكون مختار المصنف التفضيل بناء على ما ذكر من الدليل هذا اذا أراد بالكتاب الهداية وان أراد به القدوري فالظاهر منه ليس بمراد كما استدل عليه المصنف بناء على ما ذكر وفي قوله ورد الفضل اشارة الى نفي مذهب الشافعي وهو أن جبران ما بين السنين مقدر عنده بشاتين أو عشرين درهما لقوله صلى الله عليه وسلم من وجب في ابله بنت لبون فلم يجد المصدق الا حقة أخذها ورد شاتين أو عشرين درهما فما استيسر تا عليه وان لم يجد الا بنت مخاض أخذها وأخذ شاتين أو عشرين درهما فما استيسر تا عليه وعندنا ذلك بحسب الغلاء والرخص وانما قال عليه السلام ذلك لان التفاوت ما بين السنين في زمانه كان ذلك القدر لا أنه تقدير شرعي وكيف ذلك وربما يؤدي الى الاضرار بالفقراء أو الاجحاف بأرباب الاموال لانه اذا أخذ الحقة ورد شاتين فربما تكون قيمتها قيمة الحقة فيصير تارك الزكاة عليه معنى وهو اضرار بالفقراء واذا أخذ بنت مخاض وشاتين فقد

تكون قيمتها قيمة بنت اللبون فيكون آخذا للزكاة منها وابنة المخاض تكون زيادة وفيه اجحاف بارباب الاموال قال (ويجوز دفع القيم في الزكاة)

(قوله أو الظاهر من حال المسلم) أقول الظاهر أن يقال اذ الظاهر (قوله وأخذ شاتين أو عشرين درهما) أقول فأين قوله فيما سبق ان الشاة كانت تقوم بخمسة دراهم هنالك حيث يفيد ما ذكره هنا أن قيمته كانت عشرة دراهم فتأمل

أداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكوات والصدقات والعشور والكفارات جائزا على أن القيمة بدل عن الواجب لان المصير الى البدل انما يجوز عند عدم القدرة على الاصل وأداء القيمة مع وجود عين المنصوص عليه في ملكه جائز فكان الواجب عندنا أحدهما اما العين أو القيمة (وقال الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم في أربعين شاة شاة كما

وكذا في الكفارات وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا أن الامر بالاداء الى الفقير ايصال للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة

وسط أو بعض بنت لبون عن بنت مخاض جاز لان المنصوص عليه الوسط فلم يكن الاعلى داخلا في النص والجودة معتبرة في غير الربويات فتقوم مقام الشاة الرابعة بخلاف ما لو كان مثليا بأن أدى أربعة أقفزة جيدة عن خمسة وسط وهي تساويها لا يجوز أو كسوة بأن أدى ثوبا يعدل ثوبين لم يجز الا عن ثوب واحد أو نذر أن يهدي شاتين وسطين أو يعتق عبدين وسطين فأهدى شاة أو أعتق عبدا يساوي كل منهما وسطين لا يجوز أما الاول فلان الجودة غير معتبرة عند المقابلة بجنسها فلا تقوم الجودة مقام القفيز الخامس وأما الثاني فلان المنصوص عليه مطلق الثوب في الكفارة لا بقيد الوسط فكان الاعلى وغيره داخلا تحت النص وأما الثالث فلان القربة في الاراقة والتحرير وقد التزم اراقتين وتحريرين فلا يخرج عن العهدة بواحد بخلاف النذر بالتصدق بأن نذر أن يتصدق بشاتين وسطين فتصدق بشاة تعدلهما جاز لان المقصود اغناء الفقير وبه تحصل القربة وهو يحصل بالقيمة وعلى ما قلنا لو نذر أن يتصدق بقفيز دقل فتصدق بنصفه جيد يساوي تمامه لا يجزئه لان الجودة لا قيمة لها هنا للربوية والمقابلة بالجنس بخلاف جنس آخر لو تصدق بنصف قفيز منه يساويه جاز الكل من الكافي (قوله والنذر) بان نذر أن يتصدق بهذا الدينار فتصدق بعدله دراهم أو بهذا الخبز فتصدق بقيمته جاز عندنا (قوله اتباعا للمنصوص) وهو اسم الشاة وبنت المخاض والتبيع الى آخرها (قوله ولنا أن الامر بالاداء) أي أداء الشاة وغيرها الغرض ايصال الرزق الموعود لانه تعالى وعد أرزاق الكل فمنهم من سبب له سببا كالتجارة وغيرها ومنهم من قطعه عن الاسباب ثم أمر الاغنياء أن يعطوهم من ماله تعالى من كل كذا كذا فعرف قطعا أن ذلك ايصال للرزق الموعود لهم وابتلاء للمكلف به بالامتثال ليظهر منه ما علمه تعالى من الطاعة أو المخالفة فيجازي به فيكون الامر بصرف المعين مصحوبا بهذا الغرض مصحوبا بابطال القيد ومفيدا أن المراد قدر المالية اذ أرزاقهم ما انحصرت في خصوص الشاة بل للانسان حاجات مختلفة الانواع فظهر أن هذا ليس ابطال النص بالتعليل بل ابطال أن التنصيص على الشاة ينفي غيرها مما هو قدرها في المالية ثم هو ليس بالتعليل بل بمجموع نصي الوعد بالرزق والامر بالدفع الى الموعود به مما ينساق الذهن منه الى ذلك فانك اذا سمعت قول القائل يا فلان مؤنتك علي ثم قال يا فلان أعطه من مالي عندك من كل كذا كذا لا يكاد ينفك عن فهمك من مجموع وعدك وأمر الآخر بالدفع اليه أن ذلك لانجاز الوعد فيكون جواز القيمة مدلولا التزاميا لمجموع معنى النصين لانتقال الذهن عند سماعهما من معناهما الى ذلك فيكون مدلولا لا تعليلا على أنه لو كان تعليلا لم يكن مبطلا للمنصوص عليه بل توسعة لمحل الحكم فان الشاة المنصوص عليها بعد التعليل محل للدفع كما أن قيمتها محل أيضا وليس التعليل حيث كان الا لتوسعة المحل ثم قدرأينا في المنقول ما يدل عليه وهو ما قدمناه من قوله عليه السلام ومن تكون عنده صدقة الجذعة وليست عنده الجذعة وعنده الحقة فانها تؤخذ منهم مع شاتين ان استيسرتا أو عشرين درهما فانتقل الى القيمة في موضعين فعلمنا أن ليس المقصود خصوص عين السن المعين والا لسقط ان تعذر أو أوجب عليه أن يشتريه فيدفعه وقال طاوس قال معاذ لاهل اليمن آتوني بخميس أو لبيس مكان الذرة والشعير أهون عليكم وخير لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة رواه البخاري معلقا

(قوله فعلى النسخة الاولى تقرير كلامه الامر بأداء الزكاة الى الفقير الخ) أقول قياس استثنائي استثنى فيه عين المقدم تقريره كلما ثبت الامر بالاداء للفقير ايصالا للرزق الموعود يبطل تعيين الشاة مثلا لكن المقدم حق وكذا التالي

وايصال ذلك اليه ابطال لقيد الشاة لان الرزق لم ينحصر في أكل اللحم فكان اذنا في الاستبدال الخ وتعليقه

وكان هذا كالجزية في أنها وجبت لكفاية المقاتلة ويجوز فيها دفع القيمة بالاجماع بخلاف الهدايا والضحايا فان القربة فيها اراقة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شئ وهي ليست بمتقومة ولا معقولة المعنى قال (وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة) العلوفة بفتح العين ما يعلفون من الغنم وغيره الواحد والجمع سواء من علف الدابة أطعمها العلف والعلوفة بالضم جمع علف قوله (له ظواهر النصوص) يعني قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله صلى الله عليه وسلم خذ من الابل ابلا وفي أربعين شاة شاة وغير ذلك مما فيه كثرة ولنا حديث علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في الابل الحوامل صدقة وحديث ابن عباس عنه عليه السلام ليس في البقر العوامل صدقة وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس في البقر المثيرة صدقة وهو مذهب علي وجابر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم ولان السبب هو المال النامي وهذه الاموال ليست بنامية لان دليل النماء الاسامة أو الاعداد للتجارة والفرض عدمهما واذا انتفى السبب انتفى الحكم وقوله (ولان في العلوفة) (٥٠٩) أي ولان السبب هو المال النامي ولانماء

وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول (وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة) خلافا لمالك له ظواهر النصوص ولنا قوله عليه السلام ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة أو الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة

وتعليقه صحيح وقال ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن مجالد عن قيس بن أبي حازم عن الصنابح الاحمسي قال أبصر النبي صلى الله عليه وسلم ناقة حسنة في ابل الصدقة فقال ما هذه قال صاحب الصدقة اني ارتجعتها ببعيرين من حواشي الابل قال نعم اذا فعلنا أن التنصيص على الاسنان المخصوصة والشاة لبيان قدر المالية وتخصيصها في التعبير لانها أسهل على أرباب المواشي (قوله وصار كالجزية) يؤخذ فيها قدر الواجب كما تؤخذ عينه (قوله لظواهر النصوص) مثل في خمس ذود من الابل شاة وفي كل ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة (قوله ولنا قوله عليه السلام ليس في الحوامل الخ) غريب بهذا اللفظ وروى أبو داود عن عاصم بن ضمرة والحرث عن علي قال زهير وأحسبه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال هاتوا ربع العشور من كل أربعين درهما درهم وليس عليكم شئ حتى تتم مائتي درهم ففيها خمسة دراهم فما زاد فعلى حساب ذلك وليس على الحوامل شئ ورواه الدارقطني مجزوما ليس فيه قال زهير قال ابن القطان هذا اسناد صحيح ولقائل أن يقول هذا الحديث بعد صحته يحتمل كونه مقارنا للاصل تشريع الزكاة فيكون مخصصا ويحتمل كونه متأخرا فيكون ناسخا ويحتمل كونه متقدما فيكون منسوخا بالعام على أصلنا أعني نحو قوله في خمس من الابل شاة فالاستدلال به متوقف على ضبط التاريخ فان لم يضبط انتصب معارضا وحينئذ يجب تقديم عموم الايجاب لانه الاحتياط ويجاب بأن العموم ليس على صرافته بالاتفاق لتخصيص غير السائمة فيترجح حديث العوامل بقوة الدلالة حينئذ وأما على أصلهم فيجب تقديم الخاص مطلقا فلا يحتاج الى هذا التقرير ثم لا يخفى أن العوامل تصدق على الحوامل والمثيرة فالنفي عنهما نفي عنهما وقد روى في خصوص اسم المثيرة حديث مضعف في الدارقطني ليس في المثيرة صدقة قال البيهقي الصحيح أنه موقوف (قوله ولان في العلوفة الخ) دفع لقول مالك ان النماء في العلوفة أكثر فهي أولى بشرعية الزكاة فيها فقال لا يلزم بالكلية ظاهرا

في هذه الاموال لان المؤنة تتراكم فيها فينعدم النماء معنى وفيه بحث من وجهين أحدهما انكم أبطلتم اطلاق الكتاب بخبر الواحد وهو لا يجوز عندكم لكونه نسخا وجعلتم المطلق في الاخبار على المقيد وهو أيضا لا يجوز عندكم والثاني أن دليل النماء الاسامة أو الاعداد للتجارة كما ذكرتم وتراكم المؤنة لا يبطل النماء بالاعداد للتجارة فان من اشترى خمسا من الابل بنية التجارة وعلفها جميع السنة وجبت عليه الزكاة في آخر السنة فما باله أبطل النماء بالاسامة والجواب عن الاول أن الاطلاق ليس على ظاهره بالاجماع ألا ترى أنه مطلق عن حولان الحول ولا يجب الا به فكانت الآية لبيان وجوب الاخذ

وهي فيما عداه مجمل لحق الاخبار بيانا لذلك ولم يحمل المطلق على المقيد وانما جعلنا المقيد متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فان الاصل فيه هو الاطلاق لكونه عدما فلو قدمنا المقيد نسخ الاطلاق ثم المطلق ينسخه فعكسناه دفعا لذلك وعن الثاني بأن الاسامة والعلف متضادان فاذا وجد العلف انتفى الاسامة ولا كذلك التجارة (ثم السائمة

(قوله والجواب عن الاول ان الاطلاق ليس على ظاهره بالاجماع ألا ترى انه مطلق عن حولان الحول) أقول وعن اعتبار النصاب أيضا (قوله لئلا يلزم النسخ مرتين الخ) أقول بل اذا قدم المطلق يكرر النسخ اذ الاصل عدم الوجوب والمقيد سلب لا يدافع العدم الاصلي فتأمل (قوله فان الاصل هو الاطلاق لكونه عدما) أقول كيف يكون عدما ومفاده الوجوب في الجميع ثم اعلم ان الضمير في قوله لكونه راجع الى الاطلاق في قوله فان الاصل هو الاطلاق والمعنى ان الاصل هو الاطلاق لكون الاطلاق عدما الخ (قوله وعن الثاني بأن الاسامة والعلف متضادان الى قوله ولا كذلك التجارة) أقول واذا أورد الاموال المعدة للتجارة نقضا للدليل فانه جار فيها مع تخلف المدلول كان ماذكره في معرض الجواب بمعزل عن دفعه

هى التى تكتفى بالرعى فى أكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول أو أكثر كانت عاوفة) أما فى الاكثر فلان القليل تابع للاكثر لان أصحاب السوائم لا يجدون بدا من أن يعلفوا سوائمهم فى وقت كبر دوثلج كما فى البلاد الباردة وأما فى النصف فلانه وقع الشك فى ثبوت سبب الايجاب فلا تجب فلا ترجح جهة الوجوب بجهة

العبادة لان الترجيح انما يكون بعد ثبوت السبب قال فى النهاية ثم هذا الذى ذكره من الاسامة فى حق ايجاب زكاة السوائم انما يصح أن لو كانت الاسامة للدر والنسل والتسمين وأما الاسامة للتجارة فلا يجب فيها زكاة السائمة وكذلك فى الاسامة للعمل والركوب وقوله (ولا يأخذ المصدق خيار المال) ظاهر وقوله (من حزرات أموال الناس) الحزرات بالحاء المهملة والزاى المعجمة والفتحات جمع حزرة بالتحريك وهو خيار المال والحاشية صغار الابل لا كبارها وذكرفى المغرب خذ من حواشى أموالهم أى من عرضها يعنى من جانب من جوانبها من غير اختيار وهى فى الاصل جمع حاشية الثوب وغيره لجانبه وتفسير المصنف بقوله أى أوساطها غير ذلك وهو الحق لقوله ولان فيه نظرا من الجانبين قال (ومن كان له نصاب) المستفاد على ضربين من جنس الاصل ومن خلاف جنسه والثانى لا يضم بالاتفاق كما اذا كان له ابل فاستفاد فى أثناء الحول بقرا أو غنما وانما يستأنف له حول بذاته والاول لا يخلو اما أن يكون حاصلا بسبب الاصل كالاولاد والارباح أو بسبب مقصود فان كان الاول يضم بالاجماع وان كان الثانى فى مثل أن يكون عند رجل مقدار ما تجب فيه الزكاة من سائمة فاستفاد من ذلك الجنس فى خلال الحول بشراء أو هبة أو ميراث ضمها وزكى كلها عند تمام الحول عندنا وقال الشافعى يستأنف له حول جديد من حين ملكه فاذا تم الحول وجب فيه الزكاة نصابا كان أو لم يكن له أنه أصل فى حق الملك لحصوله بسبب غير سبب الاصل وكل ما كان كذلك كان أصلا فى الوظيفة كالمستفاد من خلاف الجنس

هى التى تكتفى بالرعى فى أكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول أو أكثر كانت عاوفة لان القليل تابع للاكثر (ولا يأخذ المصدق خيار المال ولا رذالته ويأخذ الوسط) لقوله عليه السلام لا تأخذوا من حزرات أموال الناس أى كرائمها وخذوا من حواشى أموالهم أى أوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين قال (ومن كان له نصاب فاستفاد فى أثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به) وقال الشافعى لا يضم لانه أصل فى حق الملك فكذا فى وظيفته

فضلا عن الاكثرية لان القدر الذى يزيد بالسمن لا يفى بخروج المؤنة فى المدة التى تظهر فيها الزيادة فان قيل لو كانت العاوفة للتجارة وجب فيها زكاة التجارة فلو انعدم النماء بالعلف امتنع فيها قلنا النماء فى مال التجارة بزيادة القيمة ولم تنحصر زيادة ثمنها فى السمن الحادث بل قد يحصل بالتأخير من فصل الى فصل أو بالنقل من مكان الى مكان بخلاف غير المنوية للتجارة النماء فيها منحصر فى السمن فثبت أن علفها لا يستلزم عدم نمائها اذا كانت للتجارة ولا هو ظاهر فيه (قوله هى التى تكتفى بالرعى فى أكثر الحول) اعترض فى النهاية بأن مرادهم تفسير السائمة التى فيها الحكم المذكور فهو تعريف بالاعم اذ بقى قيد كون ذلك لغرض النسل والدر والتسمين والا فتشمل الاسامة لغرض الحمل والركوب وليس فيها زكاة وقالت الشافعية فى بعض الوجوه يشترط الرعى فى كل الحول وفى بعضها ان علفها بقدر ما تبقى فيه مؤنة علفها أكثر مما لو كانت سائمة فلا زكاة فيها قلنا لا يزول اسم السائمة بالعلف اليسير شرعا لانه عليه السلام أوجب على أهل ديارهم مع العلم بأنها لا تكتفى بالسوم فى جميع السنة اذ لا يوجد فى جميع السنة فى ديارهم بل ولا فى غيرها ما تكتفى به ولو وجد فى غيرها لم يمكنهم ذلك فى زمن شدة البرد والثلج والامطار المستمرة فلو اعتبرا انتفت الزكاة فعلم أن العلف اليسير لا يزول به اسم السوم المستلزم للحكم واذا كان مقابله كثيرا بالنسبة كان هو يسيرا والنصف ليس بالنسبة الى النصف كثيرا فلو أسامها نصف الحول لا زكاة فيها ولانه يقع الشك فى ثبوت سبب الايجاب وما ذكره المصنف من التعليل بالتبعية انما يستقيم تعليل قوله أو أكثر وما ذكرنا يعمه مع نصف الحول (قوله لقوله عليه السلام لا تأخذوا من حزرات أموال الناس شيأ الخ) هو بالفتحات جمع حزرة بالحاء المهملة وتقديم الزاى المنقوطة على الراء فى اللغة المشهورة ذكره ابن الاثير فى النهاية وحزرة المال خياره فى ديوان الادب وهو فى الاصل كأنه الشئ المحبوب للنفس أخرج أبو داود فى المراسيل عن هشام بن عروة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لمصدقه لا تأخذ من حزرات أموال الناس شيأ خذ الشارف والبكر وذات العيب وفى موطأ مالك مر عمر رضى الله عنه بغنم الصدقة فرأى فيها شاة حافلا ذات ضرع عظيم فقال عمر ما هذه الشاة فقالوا شاة من الصدقة فقال عمر ما أعطى هذه أهلها وهم طائعون لا تفتنوا الناس لا تأخذوا حزرات المسلمين وفى الباب حديث معاذ الصحيح حيث قال له عليه السلام اياك وكرائم أموالهم وهذه الادلة تقتضى أن لا يجب فى الاخذ من العجاف التى ليس فيها وسط اعتبارا أعلاها وأفضلها وقدمناهم خلافه فى صدقة السوائم (قوله فاستفاد فى أثناء الحول من جنسه) بميراث أو هبة أو شراء وقال الشافعى لا يضم بل يعتبر فيه حول على حدته فاذا تم الحول زكاه سواء كان نصابا أو أقل بعد أن يكون عنده نصاب من جنسه لقوله عليه السلام من استفاد مالا فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول وقوله عليه السلام لا زكاة

بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة للملك حتى ملكت بملك الاصل) دون سبب مقصود (ولنا أن المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر الميز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد مما يكثر وجوده لكثرة أسبابه (فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد) لان مراعاته فيه انما تكون بعد ضبط كميته وكيفيته وزمان تجدده وفي ذلك حرج لاسيما اذا

بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا أن المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر الميز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا لتيسير قال (والزكاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف في النصاب دون العفو) وقال محمد وزفر فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر يسقط بقدره لمحمد وزفر أن الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة

في مال حتى يحول عليه الحول بخلاف الاولاد والارباح لانها متولدة من الاصل نفسه فينسحب حوله عليها وما نحن فيه ليس كذلك قلنا لو قدر تسليم ثبوته فعمومه ليس مرادا للاتفاق على خروج الاولاد والارباح ودليل الخصوص مما يعلل ويخرج بالتعليل ثانيا فعللنا بالمجانسة فقلنا اخراج الاولاد والارباح من ذلك ووجوب ضمها الى حول الاصل لمجانستها اياه لا للتولد فيجب أن يخرج المستفاد اذا كان مجانسا أيضا فيضم الى ما عنده مما يجانسه وكان اعتبارنا أولى لانه أدفع للحرج اللازم على تقدير قوله في أصحاب الغلة الذين يستغلون كل يوم درهما وأقل وأكثر فان في اعتبار الحول لكل مستفاد من درهم ونحوه حرجا عظيما وشرع الحول للتيسير فسقط اعتباره ولو لم يتعرض لابطال اعتباره جاز تعليل الاصل بعلتين واحداهما تقتضي ما قلنا والاخرى أعني علته قاصرة على الاصل أعني الاولاد والارباح وعلى هذا الحاجة الى جعل اللام في الحول للحول المعهود قيامه للاصل كما في النهاية بل يكون للمعهود كونه اثني عشر شهرا كما قاله الشافعي غير أنه خص منه ما ذكرنا وهذا لانه يعم المستفاد ابتداء وهو النصاب الاصلي أعني أول ما استفاده وغيره والتخصيص وقع في غيره وهو المجانس وبقي تحت العموم الاصلي والذي لم يجانس ولا يصدق في الاصلي الا اذا كان الحول مرادا به المعهود المقدر ﴿ فرع ﴾ لا يضم الى النقدين ثمن ابل مزكاة بان كان له خمس من الابل ومائتا درهم فزكى الابل بعد الحول ثم باعها في أثناء الحول الآخر بدراهم لا يضمها الى ما عنده عند أبي حنيفة وقالا يضمها لوجود علة الضم وهي المجانسة وله أنه بدل مال الزكاة والبدل حكم المبدل فلو ضم لأدى الى الثني واتفقوا على ضم ثمن طعام أدى عشره ثم باعه وثمن أرض معشورة وثمن عبد أدى صدقة فطره أما عنده فظاهر وأما عنده فلان البدل ليس بدلا لمال الزكاة لان العشر لا يجب باعتبار الملك ولهذا يجب في أرض الوقف والمكاتب والفطرة لا تتعلق بالمالية ولهذا تجب عن ولده وكذا لو باعها بعبد للتجارة وعنده ألف لا يضم عنده ولو نوى الخدمة ثم باعه قيل يضم لانه بنية الخدمة خرج عن مال الزكاة فلم يكن بدله بدل مال الزكاة ليؤدي الى الثني ولو كان له نصابان نقدان مما لم يجب ضم أحدهما الى الآخر كمن ابل أدى زكاتها ونصاب آخر ثم وهب له ألف ضمت الى أقربهما حولا من حين الهبة نظرا للفقراء ولو رجح في أحدهما أو ولد أحدهما ضم الى أصله لان الترجيح بالذات أقوى منه بالحال (قوله حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب الخ) بأن كان له تسع من الابل أو مائة وعشرون من الغنم فهلك بعد الحول من الابل أربع ومن الغنم ثمانون لم يسقط من الزكاة شئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر يسقط في الاول أربعة أتساع شاة وفي الثاني ثلثا شاة (قوله وجبت شكرا لنعمة المال) الذي يتحقق به الغنا والكل بعد وجود النصاب فيه كذلك فيكون الوجوب في الكل ويؤيده ما تقدم في كتاب أبي بكر من قوله فاذا بلغت خمسا وعشرين الى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض وكذا اقال فاذا بلغت واحدة وستين الى خمس وسبعين ففيها حقة وهكذا

كان النصاب دراهم وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم درهما أو درهمين والحول ما شرط الا تيسيرا فلو شرطناه حولا جديدا عاد على موضوعه بالنقض واذا ثبت أن علة الضم في الاولاد والارباح المجانسة وهي موجودة في محل النزاع وجب القول بثبوت الحكم فيه فان قيل قدمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول وعلى تقدير الضم يجب الزكاة بلا حول أجيب بانا ما أسقطنا الحول وانما جعلنا حولان الحول على الاصل حولا على المستفاد تيسيرا فان عورض بأن الحكم في الاولاد والارباح بطريق السراية فلا يثبت الحكم في محل النزاع قلنا ممنوع فان هذا الحكم قد ثبت في الامهات بالاولاد فان من كانت له مائة وعشرون شاة فولدت واحدة قبل الحول فتم الحول وجب عليه شاتان فكان الوجوب على الام وغيرها بسبب الولد فتبين أنه لم يكن بطريق السراية وقوله (والزكاة عند أبي حنيفة) صورته ظاهرة فان من كان له تسع من الابل حال عليها الحول فهلك منها أربع فعليه في الباقي شاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر عليه خمسة أتساع شاة وكذلك الدليل من الجانبين

(وقوله ولان العفو) يعني أن العفو لا يثبت الا بعد وجود النصاب فكان تابعا وكل مال اشتمل على أصل وتبع ثم هلك منه شئ صرف الهلاك الى التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح فهلك منه شئ فانه يصرف الى الربح دون رأس المال بالاتفاق وقوله (ولهذا) أى ولكون الهلاك يصرف الى التبع (قال أبو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير الخ) وبيان ذلك ما اذا

كان لرجل أربعون من الابل فهلك منها عشرون ففى الباقى أربع شياه عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يجب فيها عشرون جزأ من ستة وثلاثين جزأ من بنت لبون وقال محمد يجب نصف بنت لبون مر على أصله أن الواجب متعلق بالكل فاذا هلك النصف سقط نصف الواجب ولابى يوسف أن الاربع عفو وبقى الواجب فى ستة وثلاثين فيبقى الواجب بقدر الباقى ولابى حنيفة أن الهالك يجعل كان لم يكن من قبل أنه تابع والنصاب الاول هو الاصل ألا ترى أنه لو عجل الزكاة عن نصب كثيرة وفى ملكه نصاب واحد جاز فثبت أن النصاب الاول أصل وما زاد كالتابع فاذا هلك شئ صرف الهلاك الى ما هو التابع فتجب زكاة العشرين وذلك أربع شياه قال (واذا أخذ الخوارج الخراج) الخوارج قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام العدل بحيث يستحلون قتل العادل وماله بتأويل القرآن ودانوا ذلك وقالوا من أذنب صغيرة أو كبيرة فقد كفر وحل قتله الا أن يتوب ويتمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم الواجب خالدا فيها فاذا ظهر هؤلاء على بلدة فيها أهل العدل فأخذوا الخراج (وصدقة السوائم) ثم ظهر عليهم الامام (لا يثنى عليهم) أى لا يأخذ منهم ثانيا (لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية) كتب عمر رضى الله عنه الى عامله ان كنت لا تحميهم فلا تجبهم من جبى الخراج جباية اذا جمعه (وأفتوا بأن يعيدوها) يعنى الصدقة (دون الخراج) وهو اختيار أبى بكر الاعمش (لانهم مصارف الخراج)

ولهما قوله عليه السلام فى خمس من الابل السائمة شاة وليس فى الزيادة شئ حتى تبلغ عشرا وهكذا قال فى كل نصاب ونفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك أولا الى التبع كالربح فى مال المضاربة ولهذا قال أبو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذى يليه الى أن ينتهى لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند أبى يوسف يصرف الى العفو أولا ثم الى النصاب شائعا (واذا أخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم لا يثنى عليهم) لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وأفتوا بأن يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج

ذكر الى عشرين ومائة وقال فى الغنم اذا كانت أربعين الى عشرين ومائة ففيها شاة فاذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين ففيها شاتان فاذا زادت على مائتين الى ثلثمائة ففيها ثلاث شياه الحديث وهذا نص على ما قلنا وهكذا قال فى كتاب عمر المروى فى أبى داود (قوله ولهما قوله عليه السلام فى خمس من الابل السائمة شاة وليس فى الزيادة شئ حتى يبلغ عشرا الخ) لا يخفى أن هذا الحديث لا يقوى قوة حد بنيهما فى الثبوت ان ثبت والله أعلم به وانما نسبه ابن الجوزى فى التحقيق الى رواية القاضى أبى يعلى وأبى اسحق الشيرازى فى كتابيهما فقول محمد أظهر من جهة الدليل ولان جعل الهالك غير النصاب تحكم لان النصاب غير متعين فى الكل فيجعل الوجوب متعلقا بفعل الاخراج من الكل ضرورة عدم تعين بعضها لذلك وقولهم انه يسمى عفوا فى الشرع يتضاءل عن معارضة النص الصحيح فلا يلتفت اليه (قوله ولهذا قال أبو حنيفة الخ) مثاله اذا كان له أربعون من الابل فهلك منها عشرون بعد الحول فعند أبى حنيفة تجب أربع شياه كان الحول حال على عشرين فقط جعلا للهالك كان لم يكن وعند محمد يجب نصف بنت لبون ويسقط النصف وعند أبى يوسف يجب عشرون جزأ من ست وثلاثين جزأ من بنت لبون ويسقط ستة عشر جزأ لان الاربعة من الاربعين عفو فيصرف الهلاك اليها ويبقى الواجب فى ستة وثلاثين فيبقى الواجب بقدر الباقى والله أعلم ولو كان له ثمانون شاة فهلك نصفها بعد الحول تجب شاة عند أبى حنيفة وعند محمد وزفر نصف شاة ولو كان له مائة وعشرون فهلك ثمانون تجب شاة عند أبى حنيفة وعند محمد وزفر ثلث شاة ولو كانت مائة واحدى وعشرين فهلك احدى وثمانون تجب شاة عند أبى حنيفة وعند محمد وزفر أربعون جزأ من مائة واحدى وعشرين جزأ من شاتين فلو كن مائتين وواحدة عجافا الا واحدة وسطا تجب الوسط وثنتان من أفضلها فان هلكت الوسط عند أبى حنيفة تجب عجفاوان كان لم يكن الا مائتان عجاف وعندهما سقط الفضل بهلاك الوسط وجعل كان الكل عجاف فكان الواجب ثلاثا عجافا فاذا هلك واحدة سقط من كل شاة من الثلاث جزء من مائتى جزء وجزء ويبقى من كل شاة عجفاء مائتا جزء لان عندهما يصرف الهلاك الى النصاب شائعا ولو هلك الكل الا الوسط يجب جزء من أربعين جزأ من شاة وسط عند أبى حنيفة كأنه ليس له الا أربعون هلك الكل الا واحدة وسطا وعندهما ثلاثة أجزاء من مائتى جزء من ثلاث شياه جزء من السمينة وجزآن من العجفاوين لان الواجب فى كل شاة جزء ولو كان له أربعون شاة عشرون سمان أو أوساط وعشرون عجاف هلكت واحدة من السمان بعد الحول يبقى تسعة وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من شاة وسط لان الفضل فيما زاد على الواحدة عفو فصار كان الكل سمان وهلك منها واحدة وكذلك لو هلكت عشرة من السمان يبقى ثلاثة أرباع شاة وسط وعند محمد يبقى نصف شاة وسط وربع شاة عجفاء لان

لكونهم مقاتلة) اذا ظهر عدو ذبوا عن دار الاسلام وأما الصدقات فصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم يسقط وهو المحكي عن الفقيه أبي جعفر وكذا الدفع الى كل جائر قال في الجامع الصغير لقاضيخان وكذلك السلطان اذا صادر رجلا وأخذ منه أموالا فنوى صاحب المال الزكاة عند الدفع سقطت عنه الزكاة لانهم بما عليهم من التبعات فقراء فانهم اذا ردوا أموالهم الى من أخذوها منهم لم يبق معهم شئ والتبعات الحقوق التي عليهم كالديون والغصوب والتبعة ما تبع به

(قوله وأما الصدقات فصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم) أقول اذا كان المراد بالخوارج ما ذكره كيف لا يصرفونها الى مصارف الزكاة واعتقادهم ان من أذنب فقد كفر والاصوب ان المراد بالخوارج الطائفة الخارجة عن طاعة الامام مطلقا قال المصنف (وكذا

لكونهم مقاتلة والزكاة مصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء

الواجب شائع في المال وكان نصف السمينة في عشر من السمان وعشر من العجاف وذلك النصف لم يتغير فبقي الواجب فيه كما كان باقيا والنصف الآخر في عشر سمان وعشر عجاف ذهبت سمانه وبقيت عجافه فكان فضل السمن في عجاف هذا النصف بسبب سمان هذا النصف فيبطل بهلاك السمان فبقي ربع شاة عجفاء وان هلكت سمينة واحدة يضم الى ما بقي من السمان مثلها من العجاف وذلك تسع عشرة فتصير ثمانية وثلاثين فيجب فيها ثمانية وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من سمينة وفي العجفاء الباقية جزء من أربعين جزأ من شاة عجفاء لان فضل السمن فيها كان بسبب السمينة التي هلكت فتبطل بهلاكها رجل له خمسون بنت مخاض عجاف الا واحدة سمينة تعدل خمسين درهما وقيمة الباقي عشرة عشرة وقيمة الحقة الوسط مائة تجب حقة تساوي ستين درهما لانها كمئتين من أفضلها لان زكاتها تعدل بنتي مخاض وسطين لو كان فيها بنتا مخاض وسطان فاذا لم يكن الا واحدة وسط وجب حقة تعدل هذه الواحدة وواحدة من أفضل الباقي فلو هلكت السمينة تجب حقة تعدل بنتي مخاض عجفاوين لان المال اشتمل على النصاب والعفو لان ما زاد على ستة وأربعين عفو فيصرف الهلاك اليه فكأنه لم يملك الا تسعة وأربعين بنت مخاض عجافا وهنالك تجب حقة تعدل بنتي مخاض عجفاوين من أفضلهن فيجب هنا حقة تساوي عشرين وعند محمد يسقط جزء من خمسين جزأ من الحقة الواجبة وهي التي تساوي بنتي مخاض عجفاوين لان الوجوب عنده في الكل وفضل السمن كان باعتبار السمينة فاذا هلكت هلكت بزكاتها وبقي الباقي ولو هلك الكل وبقيت السمينة ففيها خمس شاة وسط عند أبي حنيفة لان الهلاك عنده يصرف الى النصب الزائدة فكان الحول حال على خمس من الابل ثم هلك الكل الا الواحدة وعند أبي يوسف يجب جزء من ستة وأربعين جزأ من الحقة التي تساوي ستين لان ما زاد على ستة وأربعين عفو فكان الحول حال على ستة وأربعين وعند محمد فيها جزء من خمسين جزأ من تلك الحقة والله سبحانه أعلم (قوله لكونهم مقاتلة) لانهم بقاتلون أهل الحرب (قوله ولا يصرفونها) أي لا يصرفها الخوارج الى الفقراء (قوله وكذا الدفع الى كل جائر) قال في المبسوط وما يأخذه ظلمة زماننا من الصدقات والعشور والجزا والخراج والجبايات والمصادرات فالاصح أن يسقط جميع ذلك عن أرباب الأموال اذا نووا عند الدفع التصدق عليهم لان ما في أيديهم أموال المسلمين وما عليهم من التبعات فوق أموالهم فلو ردوا ما عليهم لم يبق في أيديهم شئ فكانوا فقراء انتهى وقال ابن مسلمة يجوز أخذ الصدقة لعلي بن عيسى بن ماهان والي خراسان وكان أمير ابلخ وجبت عليه

الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء) أقول قال ابن الهمام قال في المبسوط وما يأخذه ظلمة زماننا من الصدقات والعشور والجزا والخراج والجبايات والمصادرات فالاصح أنه يسقط جميع ذلك عن أرباب الاموال اذا نووا عند الدفع التصدق عليهم لان ما في أيديهم أموال المسلمين وما عليهم من التبعات فوق أموالهم فلو ردوا ما عليهم لم يبق في أيديهم شئ فكانوا فقراء اه وقال ابن مسلمة يجوز أخذ الصدقة لعلي بن ماهان والي خراسان وكان أمير ابلخ وجبت عليه كفارة يمين فسأل فافتوه بالصيام فجعل يبكي ويقول لحشمه انهم يقولون لي ما عليك من التبعات فوق مالك من المال فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيأ وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع الى السلطان الجائر سقط ذكره

(٦٥ - فتح القدير اول) قاضيخان في الجامع الصغير وعلى هذا فانكارهم على يحيى بن يحيى تلميذ مالك حيث أفتى بعض ملوك المغاربة في كفارة بالصوم غير لازم وتعليلهم بأنه اعتبار للمناسب المعلوم الالغاء غير لازم لجواز أن يكون للاعتبار الذي ذكرناه من فقرهم لكونه أشق عليهم من الاعتاق ليكون هو المناسب المعلوم الالغاء وكونهم لهم مال وما أخذوه خلطوه به وذلك استهلاك اذا كان لا يمكن تمييزه عنه عند أبي حنيفة فيملكه ويجب عليه الضمان حتى قالوا يجب عليهم فيه الزكاة ويورث عنهم غير ضائر لاشتغال ذمتهم بمثله والمديون بقدر ما في يده فقير انتهى كلام ابن الهمام وكونه مصرفا للزكاة لا ينافي وجوب الزكاة عليه كما في ابن السبيل وفيه بحث اذ قد سبق أن من كان له دين يحيط بماله لا زكاة عليه فتأمل فان محمل ما ذكروه ما اذا كان له مال غير ما استهلكه بالخلط يفضل عنه فلا يحيط الدين بماله

وقوله (والاول أحوط) أى الافتاء باعادة صدقة السوائم والعشور أحوط لان فى ذلك خروجا عن عهدة الزكاة بيقين قيل كان فى قوله وصدقة السوائم اشارة الى ما نقل التمرتاشى عن الشهيد أن هذا فى صدقة الاموال الظاهرة أما اذا صادره السلطان ونوى هو أداء الزكاة فعلى قول طائفة يجوز والصحيح أنه لا يجوز لانه ليس للظالم ولاية أخذ زكاة الاموال الباطنة والظاهر من كلام المصنف العموم فى الاموال الظاهرة والباطنة وقوله (وليس على الصبى من بنى تغلب فى سائمته شئ) وبنو تغلب قوم من نصارى العرب

والاول أحوط (وليس على الصبى من بنى تغلب فى سائمته شئ وعلى المرأة منهم ما على الرجل) لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم (وان هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت الزكاة) وقال الشافعى يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب فى الذمة فصار كصدقة الفطر

كفارة يمين فسأل فأفتوه بالصيام فجعل يبكى ويقول لحشمه انهم يقولون لى ما عليك من التبعات فوق مالك من المال فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيأ وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع الى السلطان الجائر سقط ذكره قاضيخان فى الجامع الصغير وعلى هذا فانكارهم على يحيى بن يحيى تلميذ مالك حيث أفتى بعض ملوك المغاربة فى كفارة بالصوم غير لازم وتعليلهم بانه اعتبار للمناسب المعلوم الالغاء غير لازم لجواز أن يكون للاعتبار الذى ذكرناه من فقرهم لا لكونه أشق عليهم من الاعتاق ليكون هو المناسب المعلوم الالغاء وكونهم لهم مال وما أخذوه خلطوه به وذلك استهلاك اذا كان لا يمكن تمييزه عنه عند أبى حنيفة فيملكه ويجب عليه الضمان حتى قالوا تجب عليهم فيه الزكاة ويورث عنهم غير صائر لاشتغال ذمتهم بمثله والمديون بقدر ما فى يده فقير (قوله والاول أحوط) أى الافتاء بالاعادة بناء على أن علم من يأخذ لما يأخذ شرط وهذا يقتضى التعميم فى الاعادة للاموال الباطنة والظاهرة سوى الخراج وقد لا يبتنى على ذلك بل على أن المقصود من شرعية الزكاة سد خلة المحتاج على ما مر وذلك يفوت بالدفع الى هؤلاء وقال الشهيد هذا يعنى السقوط فى صدقات الاموال الظاهرة أما اذا صادره فنوى عند الدفع أداء الزكاة اليه فعلى قول طائفة يجوز والصحيح أنه لا يجوز لانه ليس للطالب ولاية أخذ زكاة الاموال الباطنة (قوله لان الصلح قد جرى الخ) بنو تغلب عرب نصارى هم عمر رضى الله عنه أن يضرب عليهم الجزية فأبوا وقالوا نحن عرب لا نؤدى ما يؤدى العجم ولكن خذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض يعنون الصدقة فقال عمر لا هذه فرض المسلمين فقالوا فزد ما شئت بهذا الاسم لا باسم الجزية ففعل فتراضى هو وهم على أن يضعف عليهم الصدقة وفى بعض طرقه هى جزية سموها ما شئتم وفى رواية لابن أبى شيبة ولا يمنعوا أحدا أن يسلم ولا يمسوا أولادهم وفى رواية القاسم بن سلام فى كتاب الاموال هم يعنى عمر رضى الله عنه أن يأخذ منهم الجزية فنفروا فى البلاد فقال النعمان بن زرعة أو زرعة بن النعمان لعمر يا أمير المؤمنين ان بنى تغلب قوم عرب يأنفون من الجزية وليست لهم أموال انما هم أصحاب حروث ومواش ولهم نكاية فى العدو فلا تعن عدوك عليك بهم قال فصالحهم عمر على أن يضعف عليهم الصدقة واشترط عليهم ان لا ينصروا أولادهم هذا وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يؤخذ من المرأة شئ وهو قول زفر لان المأخوذ بدل الجزية بل قد اعتبرها عمر نفس الجزية حيث قال هى جزية سموها ما شئتم ولا جزية على المرأة فلا يلزمها بدلها وهو القياس وجه الظاهر أن اللازم فى الاصل كان الجزية فلما وقع التراضى باسقاطها بما يؤخذ من المسلم مضاعفا صار اللازم عين ما صير اليه فوجب شموله النساء لانهن رضوا فى اسقاط ذلك بذلك ظاهرا (قوله وان هلك المال) يعنى حال الحول ففرط فى الاداء حتى هلك من غير تعد أعنى من غير استهلاك منه (قوله بعد التمكن) بان طلب

قال المصنف (والاول أحوط) أقول قال ابن الهمام أى الافتاء بالاعادة بناء على أن علم من يأخذ لما يأخذ شرط انتهى يعنى شرط على رواية

على أن يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين والصدقة تؤخذ من المسلمين دون الصبيان فكذا فى حقهم قال (وان هلك المال المستحق بعد وجوب الزكاة سقطت الزكاة) ان هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت عندنا وقال الشافعى ان هلك بعد التمكن من الاداء لم تسقط والتمكن منه فى الاموال الباطنة بالظفر بأهل الاستحقاق وفى الظاهرة بالظفر بالساعى فى أحد القولين لان الواجب تقرر فى الذمة

بحصول الوسع على الاداء ومن تقرر عليه الواجب لا يبرأ عنه بالعجز عن الاداء كما في صدقة الفطر والحج ودون العباد وهذا بناء على أن الزكاة عنده تجب في الذمة وعندنا في العين وقوله (ولانه منعه بعد الطلب) دليل آخر وهذا ان الزكاة حق الله تعالى وقد طلب بالخطاب واذا تمكن من الاداء ولم يؤد كان الهلاك منعا بعد الطلب والمنع بعد طلب صاحب الحق يوجب الضمان (فكان كالاستهلاك ولنا أن الواجب) ليس في الذمة بل هو (جزء من النصاب) عملا بكلمة في في قوله عليه السلام في كل أربعين شاة شاة (وتحقيقا للتيسير) فان الزكاة وجبت بقدرة ميسرة على ما عرف في الاصول ومن التيسير أن يكون الواجب من النصاب اذ الانسان انما يخاطب باداء ما يقدر عليه وهو قادر على أداء الزكاة من هذا النصاب لجواز أن لا يكون له مال سواه لا سيما السكان في المفاوز فانهم لا يقدرون على تحصيل شيء من النقود لبعدهم عن العمران فاذا كان جزأ منه كان النصاب محله (فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية فانه يسقط بهلاكه) واذا ظهر هذا سقط الاستدلال بصدقة الفطر وغيرها لانها تجب في الذمة وعورض بأن دفع القيمة يجوز عندكم ولو كان الواجب جزأ من النصاب لما جاز لان القيمة ليست بجزء من النصاب وأجيب بأن ذلك بأمر آخر وهو الاذن بالاستدلال كما تقدم وقوله (والمستحق فقير) جواب عن قوله منع بعد الطلب وفيه اشارة الى أنه لو طلب فقير بالاداء ولم يؤد حتى هلك المال لم يجب الضمان أيضا فضلا عما اذا لم يطالبه لان المستحق للطلب فقير (بعينه المالك) لا كل فقير لان للمالك الرأي في الصرف الى من شاء من الفقراء (ولم يتحقق منه الطلب) فلا يكون ثمة منع بعد الطلب وفي عبارته تسامح لان الفقير مصرف عندنا لا مستحق كما عرف في الاصول الا اذا حمل كلامه على أن المراد به المستحق للطلب وفيه ضعف فان قيل فالساعي متعين للطلب فاذا لم يؤد بعد طلبه حتى هلك وجب أن يضمن ولم يقولوا به أجاب بقوله (وبعد طلب الساعي قيل يضمن) وهو قول العراقيين من أصحابنا لكونه متعينا للطلب فالمنع يكون تفويتا كما في الاستهلاك (وقيل لا يضمن) وهو قول مشايخ ما وراء النهر قيل وهو الصحيح لعدم التفويت فان المنع ليس بتفويت لجواز أن يكون منعه لاختيار الاداء في محل آخر بخلاف الاستهلاك فانه قد وجد منه التعدي على محل مشغول بحق الغير بالاتلاف فجعل المحل قائما زجرا له ونظرا لصاحب الحق اذ لو لم يجعل كذلك لما وصل الى الفقير شيء لان كل من وجبت عليه الزكاة

ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا أن الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير بعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي

المستحق أو وجد وان لم يطلب (قوله ولانه منعه بعد الطلب) أي طلب الفقير اذا فرض ذلك أو لانه جعله الشرع مطالبا لنفسه نيابة عنه أو هو مطالب بالاداء على الفور فاذا تمكن ولم يؤد صار منعا بعد يا فيضمن كما لو استهلك النصاب وكالمودع اذا طولب برد الوديعة فلم يردها حتى هلكت (قوله ولنا) الحاصل ان الواجب تمليك شطر من النصاب ابتداء ومن أمر بتمليك مال مخصوص كمن قيل له تصدق بمالي عندك فلم يفعل حتى هلك ليس عليه ضمانه ولا اقامة مال آخر مقامه لانه لم يفوت على مستحق يدا ولا ملكا لان المستحق فقير بعينه لا فقير يطلب بنفسه وفي الاستهلاك وجد التعدي بخلاف مجرد التأخير لانه غير جان فيه لان الصيغة المطلقة تجوز التراخي وان كانت على الفور وليس هو بحق فتعديه بالتأخير ليس هو نفس اهلاك المال ولا سببا له فان التأخير لم يوضع للهلاك وانما قلنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فان الزكاة لما وجبت قليلا من كثير من بعض الاموال لا من كل مال بل مما بحيث ينمو لينجبر المؤدى بالنماء وشرط مع ذلك الحول تحقيقا لقصد النماء كانت واجبة بصفة اليسر والحق متى وجب بصفة لا يبقى الا بتلك الصفة وتحقيق ذلك بان يعتبر الواجب أداء جزء من هذه النعمة غير أن له أن يعطي غيره فيسقط بهلاكه لفوات المحل والقول ببقاء الواجب بعد هلاكه يحيله الى صفة العسر فلا يكون الباقي ذلك الذي وجب بل غيره وهذا يقتضي ان الواجب في خمس من الابل جزء منها والشاة تقدير مالية لعسر نحر أحدها ليعطي بعضها بل اذا كان ذلك البعض ربع عشر كلها توقف تحقيقه على نحر كلها وفيه من الحرج ما لا يخفى ثم الظواهر تؤيد ما قلنا مثل قوله عليه السلام هاتوا ربع العشور من كل أربعين درهما درهم وما تقدم في أول باب صدقة البقر من حديث معاذ ولفظ الترمذي بعثني النبي صلى الله عليه وسلم الى اليمن فأمرني أن آخذ من كل ثلاثين بقرة تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة (قوله كدفع العبد بالجناية يسقط) فاذا لم يدفعه المولى حتى هلك سقط ولم يجب عليه اقامة عبد مقامه (قوله قيل يضمن) وهو قول الكرخي (وقيل لا يضمن) وهو قول أبي سهل الزجاجي وهو أشبه بالفقه لان الساعي وان تعين لكن للمالك رأي في اختيار محل الاداء بين العين والقيمة ثم القيمة شائعة في محال كثيرة والرأي

(قوله وهذا لان الزكاة حق الله تعالى الخ) أقول قول أكثر أصحاب الشافعي رحمه الله ان الزكاة واجبة على التراخي فلا يستقيم هذا التعليل على قولهم فتأمل

لم يجز أن يصرف النصاب الى حاجته بلا ضمان وقوله (وفي هلاك البعض يسقط بقدره) أي بقدر الهالك (اعتبارا للبعض بالكل) فان قيل قد ثبت أن الزكاة واجبة بقدرة ميسرة باشتراط النصاب وما وجب بصفة لا يبقى بدونها وقد زال اليسر بفوات بعض النصاب فكان الواجب أن لا يبقى عليه شئ كابتداء الوجوب فانه لا يثبت ببعض النصاب أجيب بأن اليسر فيها لم يكن من حيث اشتراط النصاب بل من حيث اشتراط صفة النماء ليكون المؤدى جزأ من المال النامي لئلا ينتقض به أصل المال وانما اشترط أصل النصاب في الابتداء ليصير المكلف به أهلا للاغناء فانه لا يتحقق الامن الغني والشرع قدر الغنا بالنصاب كما عرف في الاصول وانما يسقط عند هلاك الكل لفوات النماء الذي تعلق به اليسر واذا هلك البعض بقي اليسر ببقاء النماء في ذلك القدر فيبقى بقسطه قوله (وان قدم الزكاة على الحول) أي أداها قبل حولان الحول (جاز) عندنا خلافا لمالك وذكر في الاسرار زفر بدل مالك له أن حولان الحول شرط كالنصاب وتقديم المشروط على الشرط لا يجوز كما لو قدم على النصاب ولنا انه أدى بعد سبب الوجوب وهو جائز كما اذا صلى في أول الوقت وصام المسافر في رمضان وأدى الدين المؤجل وحولان الحول شرط وجوب الاداء وكلامنا في جوازه وصار كما اذا كفر بعد الجرح

وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل (وان قدم الزكاة على الحول وهو مالك للنصاب جاز) لانه أدى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك

يستدعي زمانا فالحبس لذلك ولانه لم يفوت على أحد ملكا ولا يدا بخلاف منع الوديعة بعد طلب صاحبها فانه بدل اليد بذلك فصار مفوتا اليد المالك

﴿ فروع تتعلق بالمحل ﴾ استبدال مال التجارة بمال التجارة ليس استهلاكا وبغير مال التجارة استهلاك وذلك بان ينوي في البدل عدم التجارة عند الاستبدال وانما قلنا ذلك لانه لو لم ينو في البدل عدم التجارة وقد كان الاصل للتجارة يقع البدل للتجارة وان كان لغيرها عند مالكه في الكافي لو تقايضا عبدا بعبد ولم ينو ا شيأ فان كانا للتجارة فهما للتجارة أو للخدمة فهما للخدمة وان كان أحدهما للتجارة والآخر للخدمة فبدل ما كان للتجارة للتجارة وبدل ما كان للخدمة للخدمة فلو استبدل بعد الحول ثم هلك البدل بغير صنع منه وجبت الزكاة عن الاصل بخلاف ما اذا كان البدل مال تجارة لا يضمن زكاة الاصل بهلاك البدل واستبدال السائمة استهلاك مطلقا سواء استبدلها بسائمة من جنسها أو من غيره أو بغير سائمة دراهم أو عروض لتعلق الزكاة بالعين أولا وبالذات وقد تبدلت فاذا هلكت سائمة البدل تجب الزكاة ولا يخفى أن هذا اذا استبدل بها بعد الحول أما اذا باعها قبله فلا حتى لا تجب الزكاة في البدل الا بحول جديد أو يكون له دراهم وقد باعها بأحد النقدين واقراض النصاب الدراهم بعد الحول ليس باستهلاك فلو بقي المال على المستقرض لا تجب ومثله اعارة ثوب التجارة رجل له ألف حال حولها فاشترى بها عبد التجارة فمات أو عروضا للتجارة فهلكت بطلت عنه زكاة الالف ولو كان العبد للخدمة لم تسقط بموته فلو كان فيه غبن فاحش ضمن في الوجه الاول علم أو لا لانه صار مستهلكا في قدر الغبن اذ لم يحصل بازائه شئ وانما استوى العلم وعدمه لانه باطل فلا يتعلق الحكم به ولو كان وهبها بعد الحول ثم رجع بقضاء أو غيره لا شئ عليه لو هلكت عنده بعد الرجوع لان الرجوع فسخ من الاصل والنقود تتعين في مثله فعاد اليه قديم ملكه ثم هلك فلا ضمان ولو رجع بعد ما حال الحول عند الموهوب له فكذلك خلافا لزفر لو كان بغير قضاء فانه يقول يجب على الموهوب له فانه مختار فكان تمليكا قلنا بل غير مختار لانه لو امتنع عن الرد أجبر وفي الوجه الثاني لو رد عبد الخدمة بعيب واسترد الالف لم يبرأ لو هلكت لان وجوب الرد لم يتعلق بعين تلك الدراهم فلم يعد اليه قديم ملكه بخلاف ما لو كان اشترى العبد بعرض التجارة وحال حوله فرد بقضاء لانه عاد اليه قديم ملكه وان كان بغير قضاء ضمن لانه بيع جديد في حق الزكاة وعن هذا قلنا لو باع عبد الخدمة بألف فحال على الثمن الحول فرد بعيب بقضاء أو رضاء زكى الثمن لعدم التعين ولو باعه بعرض للتجارة فرد بعيب بعد الحول ان كان بقضاء لم يزك البائع العرض لانه مضطر ولا العبد لانه كان للخدمة وقد عاد اليه قديم ملكه وان كان بلا قضاء لم يزك المشتري العرض وزكاه البائع لانه كالبيع الجديد حتى يصير العبد الذي اشتراه للتجارة لان الاصل كان للتجارة فكذا البدل فان نوى فيه الخدمة كان زكاة العرض مضمونا عليه لانه استهلكه حيث استبدله بغير مال التجارة والله سبحانه أعلم (قوله وهو مالك للنصاب) تنصيص على شرط جواز التعجيل فلو ملك أقل فعجل خمسة عن مائتين ثم تم الحول على مائتين لا يجوز وفيه شرطان آخران أن لا ينقطع النصاب في أثناء الحول فلو عجل خمسة من مائتين ثم هلك ما في يده الا درهما ثم استفاد تم الحول على مائتين جاز ما عجل بخلاف ما لو لم يبق الدرهم وأن يكون النصاب كاملا في آخر الحول فلو عجل شاة من أربعين وحال الحول وعنده تسعة وثلاثون فلا زكاة عليه حتى انه ان كان صرفها للفقراء وقعت نفلا وان كانت قائمة في يد الساعي أو الامام أخذها ولو كان الاداء في آخر الوقت وقع عن الزكاة وان انتقص النصاب بادائه ذكره في النهاية نقلا من الايضاح وهو في فصل الساعي خلاف الصحيح بل الصحيح فيما اذا

كانت

كانت فى يد الساعى وقوعها جاز كاة فلا يستردها كما فى الخلاصة رجل له مائتا درهم حال عليها الحول الا يوما فعجل من زكاتها شيأ ثم حال الحول على مابقى لا زكاة عليه وعلى هذا لو تصدق بشاة بنية الزكاة على الفقير من أربعين شاة فتم الحول لا تجوز عن الزكاة أما لو عجل شاة عن أربعين الى المصدق فتم الحول والشاة فى يد المصدق جاز هو المختار لان الدفع الى المصدق لا يزيل ملكه عن المدفوع وبسطه فى شرح الزيادات اذا عجل خمسة من مائتين فاما ان حال الحول وعنده مائة وخمسة وتسعون أو استفاد خمسة أخرى فحال على مائتين أو انتقص من الباقى درهم فصاعدا الفصل الاول اذا لم تزد ولم تنقص فان كانت تلك الخمسة قائمة فى يد الساعى فالقياس أن لا تجب الزكاة ويأخذ الخمسة من الساعى لانها خرجت عن ملكه بالدفع الى الساعى وان لم تخرج فهى فى معنى الضمار لانه لا يملك الاسترداد قبل الحول وفى الاستحسان تجب الزكاة لما ذكرنا أن يد الساعى فى المقبوض يد المالك قبل الوجوب فقيامها فى يده كقيامها فى يد المالك ولان المعجل يحتمل أن يصير زكاة فتكون يده يد الفقراء ويحتمل أن لا يصير زكاة فتكون يده يد المالك فاعتبرنا يده يد المالك احتياطا ولان القول بنفى الوجوب يؤدى الى المناقضة بيانه انا لو لم نوجب الزكاة بقيت الخمسة على ملك المالك فتبين أنه حال الحول والنصاب كامل فتجب الزكاة على عدم تقدير ايجاب الزكاة واذا قلنا تجب تجب مقصورا على الحال لا مستندا لانه لو استند الوجوب الى أول الحول بقى النصاب ناقصا فى آخر الحول فيسقط الوجوب وانما لم يملك الاسترداد لانه عين زكاة من هذه السنة فما دام احتمال الوجوب قائما لا يكون له أن يسترد كمن نقد الثمن فى بيع بشرط الخيار للبائع لا يمكنه الاسترداد فالحاصل أنه تعلق حق الفقراء به مع بقاء ملك المالك ولهذا لم يصر ضمارا لانه أعدها للغرض والمعد لغرض ليس ضمارا فجعلها ضمارا مبطل لغرضه وكذا لو كان الساعى استهلكها أو أنفقها على نفسه قرضا لان بذلك وجب المثل فى ذمته وذلك كقيام العين فى يده وكذا لو أخذها الساعى عمالة لان العمالة انما تكون فى الواجب لان قبضه للواجب يكون للفقراء فيتحقق حينئذ سبب العمالة وما قبضه غير واجب ولا يقال ما فى ذمة الساعى دين وأداء الدين من العين لا يجوز لانا نقول هذا اذا كان الدين على غير الساعى أما اذا كان على الساعى فيجوز لان حق الاخذ له فلا يفيد الطلب منه ثم دفعها اليه وان كان الساعى صرفها الى الفقراء أو الى نفسه وهو فقير لا تجب الزكاة لان الساعى مأمور بالصرف اليهم ولو صرف المالك بنفسه يصير ملكا وينتقص به النصاب فكذلك هنا ولو ضاعت من الساعى قبل الحول ووجدها بعده لا تجب الزكاة وللمالك أن يسترد ها كما لو ضاعت من يد المالك نفسه فوجده بعده وانما يملك الاسترداد لانه عين هذه السنة ولم تصر قلت لان بالضياع صار ضمارا فلو لم يسترد ها حتى دفعها الساعى الى الفقراء لم يضمن الا ان كان المالك نهاه قيل هذا عندهما أما عند أبى حنيفة يضمن وأصله الوكيل بدفع الزكاة اذا أدى بعد أداء الموكل بنفسه يضمن عنده علم بادائه أولا وعندهما لا الا ان علمه الفصل الثانى اذا استفاد خمسة فتم الحول على مائتين يصير المؤدى زكاة فى الوجوه كلها من وقت التعجيل والا يلزم هنا كون الدين زكاة عن العين فى بعض الوجوه ولا تجب عليه زكاة تلك الخمسة وان كانت قائمة عند الساعى أما عنده فلانه لا يرى الزكاة فى الكسور وأما عندهما فلانها ظهر خروجها من ملكه من وقت التعجيل وهذا التعليل انما يخصهما فى مثل هذه الصورة فاما لو ملك مائتين فعجلها كلها صح ولا يسترد ها قبل الحول كما فى غيرها لاحتمال وقوعها زكاة بأن يستفيد قبل تمام الحول ثمانية آلاف فلو استفادها لا تجب زكاة هذه المائتين لهذه العلة بالاتفاق الفصل الثالث اذا انتقص عما فى يده فلا تجب فى الوجوه كلها فيسترد ان كانت فى يد الساعى وان استهلكها أو أكلها قرضا أو بجهة العمالة ضمن ولو تصدق بها على الفقراء أو نفسه وهو فقير لا يضمن لما قدمناه الا ان تصدق بها بعد الحول فيضمن عنده علم بالنقصان أو لم يعلم وعندهما ان علم ولو كان نهاه ضمن عندهما وعلم أن ما ذكره فى الفصل الاول من أن الساعى اذا أخذ

(ويجوز التعجيل لاكثر من سنة) لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له والله أعلم

(ويجوز التعجيل لا كثر من سنة) لان ملك النصاب سبب وجوب الزكاة في كل حول مالم ينتقص وجواز التعجيل باعتبار تمام السبب وفي ذلك الحول الاول والثاني سواء (ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر) فاذا كان له خمس من الابل فعجل أربع شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الابل جاز عن الكل عندنا وعنده لا يجوز الا عن الخمس لان كل نصاب في حق الزكاة أصل في نفسه فكان التعجيل على النصاب الثاني كالتعجيل على الاول وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو لا يجوز ولنا أن النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له ألا ترى الى من كان له نصاب في أول الحول ثم حصل له نصب في آخر الحول ثم تم الحول على النصاب الاول ولم يتم على الباقية جعل كأنه تم الحول على النصب كلها ووجب أداء الزكاة عن المجموع بالاتفاق فكذلك يجعل النصب الاخر كالموجودة في أول الحول في حق التعجيل

الخمسة عماله ثم حال الحول ولم يكمل النصاب في يد المالك تقع الخمسة زكاة بناء على وجوب الزكاة في هذه الصورة بسبب لزوم الضمان على الساعي لانه لا عمالة في غير الواجب ذكر في مثله من السائمة خلافه بعد قريب وقال ما حاصله اذا عجل شاة عن أربعين فتصدق بها الساعي قبل الحول وتم الحول ولم يستفد شيأ يقع تطوعا ولا يضمن ولو باعها الساعي للفقراء وتصدق بثمنها فكذلك فان كان الثمن قائما في يده يأخذه المالك لانه بدل ملكه ولا تجب الزكاة لان نصاب السائمة نقص قبل الحول ولا يكمل بالثمن فان كانت الشاة قائمة في يد الساعي صارت زكاة كما قدمنا لان قيامها في يده كقيامها في يد المالك ولو كان الساعي أخذها من عماله وأشهد على ذلك أو جعلها الامام له عماله فتم الحول وعند المالك تسعة وثلاثون والمعجل قائم في يد الساعي فلا زكاة عليه ويستردها لانه لما أخذها من العماله زالت عن ملكه فانتقص النصاب فلا تجب الزكاة وله أن يسترد ها لانها في يده بسبب فاسد فان كان الساعي باعها قبل الحول أو بعده فالبيع جائز كالمشتري شراء فاسدا اذا باع جاز بيعه ويضمن قيمتها للمالك ويكون الثمن له لانه بدل ملكه فان قلت لم كان هذا الاختلاف قلت لانه لما خرجت عن ملك المعجل بذلك السبب فحين تم الحول يصير ضامنا بالقيمة والسائمة لا يكمل نصابها بالدين كما ذكرنا هذا ومهما تصدق الساعي مما عجل من نقد أو سائمة قبل الحول فلا ضمان عليه بل اما أن يقع نفلا ان لم يكمل أو بعضه ان كان عن نصب في يده فهلك بعضها أو قرضا أو بعده في موضع لا تجب الزكاة كما لو انتقص النصاب ضمن علم أو لا عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن الا ان علم بالانتقاص فان كان المالك نهاه بعد الحول ضمن عند الكل وقبله لا (قوله وفيه خلاف مالك) هو يقول الزكاة اسقاط الواجب ولا اسقاط قبل الوجوب وصار كالصلاة قبل الوقت بجامع أنه أداء قبل السبب اذ السبب هو النصاب الحولي ولم يوجد قلنا لا نسلم اعتبار الزائد على مجرد النصاب جزأ من السبب بل هو النصاب فقط والحول تأجيل في الاداء بعد أصل الوجوب فهو كالدين المؤجل وتعجيل الدين المؤجل صحيح فالاداء بعد النصاب كالصلاة في أول الوقت لا قبله وكصوم المسافر رمضان لانه بعد السبب بخلاف العشر لا يجوز تعجيله لانه يكون قبل السبب اذ السبب فيه الارض النامية بالخارج تحقيقا فما لم يخرج بالفعل لا يتحقق السبب ويدل على صحة هذا الاعتبار ما في أبي داود والترمذي من حديث علي رضي الله عنه أن العباس سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم في تعجيل زكاته قبل أن يحول عليه الحول مسارعة الى الخير فأذن له في ذلك ولو سلم ما ذكر فصفة الحولي تستند الى أول الحول لانه ما حال عليه والحول اسم لاوله الى آخره فبقي أوله يثبت جزء من السبب وقد ثبت الحكم في مثله عند وجود جزئه اذا كان الباقي مترقبا واقعا ظاهرا كالترخص في ابتداء السفر وفيه نظر اذ قد يقال على ما أوردناه فيما غير علة الرخصة قصد أقل السفر آخذا فيه لا وجود أقله فالترخص في ابتدائه بعد تمام السبب على أنا لا نجزم بوقوع المعجل زكاة في الحال بل ذلك موقوف الى آخر الحول فان تم والنصاب كامل تبين ذلك والا تبين أنه وقع نفلا (قوله ويجوز التعجيل لاكثر من سنة) وعليه يتفرع ما لو كان له أربعمائة فعجل عن خمسمائة ظانا انها في ملكه له أن يحتسب الزيادة من السنة الثانية ولو حال على مائتين فأدى خمسة وعجل خمسة ثم استفاد عشرة جاز وقال زفر لا يجوز المعجل عن السنة الثانية لانه لما تم الحول وجبت الزكاة فانتقص النصاب فقد وجد الحول الثاني والنصاب منتقص قلنا الوجوب يقارن دخول الحول الثاني فيكون الانتقاص بعده فلم يمنع انعقاد الحول (قوله ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد) وقال زفر لا يجوز الا عما في ملكه والا لزم تقديم الحكم على السبب وجوابه بأن النصاب الاول هو السبب الاصلي وما سواه تبع له فلم يتقدم السبب وفيه أن يقال ان اعتبر سببا لوجوب عشرة مثلا

فباطل

﴿باب زكاة المال﴾

﴿فصل في الفضة﴾ (ليس فيما دون مائتي درهم صدقة) لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس أواق صدقة والاوقية اربعون درهما

فباطل والا لا يفيد وكونه الاصل بمعنى أول مكسوب لا يوجب لزوم هذا الاعتبار شرعا الا بسمعي لكنه قد وجد فهو الدليل فلو ملك مائتين فحجل منها خمسة وعشرين عن ألف ثم استفادها فتم الحول وعنده ألف جاز عن الالف وفي فتاوى قاضيخان لو كان له خمس من الابل الحوامل يعني الحبالى فحجل شاتين عنها وعما في بطونها ثم نتجت خمسا قبل الحول أجزأه عما عجل وان عجل عما تحمل في السنة الثانية لا يجوز اه وقد يقال ليس في هذا أكثر من كونه عين المدفوع عنه ولو كان المدفوع عنه في يده فأخرج عنه عينا قدر زكاته وعنده من جنسه غيره أيضا لا يضر ويلغو تعيينه فكذا هذا الا فرق سوى أن المخرج عنه معدوم في الحال وذلك لا يمنع الجواز لان جواز التعجيل لنصب ليست في ملكه يستلزم جوازه والملزوم ثابت فكذا الآخر واذ قد انسقنا الى ذكر الاصل المذكور وهو أن التعيين في الجنس الواحد لغو فلنذكر من فروعه رجل له ألف درهم بيض وألف سود فحجل خمسة وعشرين عن البيض فهلكت البيض قبل تمام الحول ثم تم لا زكاة عليه في السود ويكون المخرج عنها وكذا لو عجل عن السود فهلكت وتم على البيض ولو حال وهما عنده ثم ضاع أحد المالين كان نصف ما عجل عما بقي وعليه تمام زكاة ما بقي وكذا لو أدى عن أحدهما بعد الحول كان الاداء عنهما وفي النوادر خلاف هذا قال اذا عجل عن أحد المالين بعينه ثم هلك بعد الحول لا يجوز شئ من المعجل عن الباقي وعليه زكاته والظاهر الاول ولو كان له ألف فحجل عشرين ثم حال الحول ثم هلك منها ثمانمائة درهم وبقيت مائتا درهم فعليه درهم واحد لان العشرين تشيع في الكل فيكون قد أعطى عن كل مائتين أربعة دراهم وبقي لكل مائتين درهم ولو هلكت الثمانمائة قبل الحول فلا شئ عليه لانه تبين أنه لا زكاة عليه الا في مائتين ولو كان له ألف درهم ومائة دينار فحجل عن الدنانير قبل الحول دينارين ونصفا ثم ضاعت قبل الحول وحال على الدراهم جاز ما عجل عن الدراهم اذا كان يساوي خمسة وعشرين درهما والا كمل وكذا لو عجل خمسة وعشرين عن الدراهم ثم هلكت جاز عن الدنانير بقيمته وان لم يهلك أحدهما حتى حال الحول ثم هلك فالمال الذي عجل عنه كان المعجل عن المالين الى آخر ما قدمنا في البيض والسود وهذا بناء على اتحاد الجنس في النقدين بدليل ضم أحدهما الى الآخر ليكمل النصاب بخلاف ما لو كان له خمس من الابل وأربعون من الغنم فحجل شاة عن أحد الصنفين ثم هلك لا يكون عن الآخر ولو كان له عين ودين فحجل عن العين فهلكت قبل الحول جاز عن الدين وان هلكت بعده لا يقع عنه والله سبحانه أعلم

﴿باب زكاة المال﴾

ما تقدم أيضا زكاة مال الا أن في عرفنا يتبادر من اسم المال النقد والعروض وقدم الفضة على الذهب اقتداء بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس أواق صدقة) أخرجه البخاري هكذا ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ولا فيما دون خمس ذود صدقة ولا فيما دون خمس أواق صدقة وأخرجه مسلم ليس فيما دون خمس أواق من الورق الحديث وقوله والاوقية أربعون درهما يحتمل أنه من كلام المصنف أخذا من تقدير أصدقة أزواجه عليه السلام قالت عائشة كانت ثنتي عشرة أوقية ونشا فتلك خمسمائة قال أبو سلمة قلت ما النش قالت نصف أوقية رواه مسلم ويحتمل أنه أراده من تمام الحديث وشاهده ما أخرجه الدارقطني عنه عليه السلام لا زكاة في شئ من الفضة حتى تبلغ خمس أواق والاوقية أربعون درهما مختصر وفيه يزيد بن سنان الرهاوي أبو فروة ضعف والاوقية أفعولة فتكون الهمزة زائدة وهي من الوقاية لانها تقي صاحبها الحاجة وقيل هي فعلية فالهمزة أصلية

﴿باب زكاة المال﴾

لما قدم ذكر زكاة السوائم لما قلنا أعقبه بذكر غيرها من أموال الزكاة قال محمد رحمه الله المال كل ما يتملكه الناس من دراهم أو دنانير أو حنطة أو شعير أو حيوان أو ثياب أو غير ذلك والمصنف ذكر المال وأراد غير السوائم على خلاف عرف أهل البادية فان اسم المال عندهم يقع على النعم وعلى عرف أهل الحضر فانه عندهم يقع على غير النعم

﴿فصل في الفضة﴾

قدم فصل الفضة على غيرها لكونها أكثر تداولا في الايدي والاوقية بالتشديد أفعولة من الوقاية لانها تقي صاحبها من الفقر وقيل هي فعلية من الاوق وهو الثقل والجمع الاواق بالتشديد أفاعيل كالاضاحي وبالتخفيف أفاعل وكلامه ظاهر

وقوله (فيكون فيها درهم) يعني مع الخمسة وهكذا في كل أربعين درهما درهم مع ما سبق عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقالا ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه قلت الزيادة أو كثرت حتى اذا كانت الزيادة درهما ففيه جزء من أربعين جزأ من درهم وهو قول علي وابن عمر وبه أخذ الشافعي لقول علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وما زاد على المائتين فزكاته بحسابه ولان الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال والكل مال فان قيل فعلام شرط النصاب في الابتداء أجاب بقوله ليتحقق الغنا ليصير المكلف به أهلا للاغناء كما ذكرنا من قبل فان قيل لو كان اشتراطه لذلك لما شرط في السوائم في الانتهاء كما شرط في الابتداء أجاب بقوله تحرزا عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع (ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين وجهه الى اليمن لا تأخذ من الكسور شيأ) قيل معناه لا تأخذ من الشيء الذي يكون المأخوذ منه كسورا فسماه كسورا باعتبار ما وجب فيه فان قيل يجوز أن يكون المراد ما قبل المائتين بدليل أنه قال في حديث معاذ عقيب هذا فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم فالجواب ان المراد به ما قبل المائتين وما بعده لانه قال عقيب قوله في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مائتي درهم (٥٢٠) فخذ منها خمسة دراهم ولا تأخذ مما زاد حتى يبلغ أربعين درهما فتأخذ منها درهما هكذا ذكر أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي مسندا الى معاذ ابن جبل فيجعل قوله اذا بلغ الورق الى آخر الحديث بيانا وتفسيرا لقوله لا تأخذ من الكسور شيأ لئلا يلزم التكرار

(فاذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم) لانه عليه السلام كتب الى معاذ رضي الله عنه أن خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال قال (ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ أربعين درهما فيكون فيها درهم ثم في كل أربعين درهما درهم) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام في حديث علي وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنا وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة قوله عليه السلام في حديث معاذ لا تأخذ من الكسور شيأ

قال المصنف (فاذا كانت مائتين وحال عليها الحول) أقول قال ابن الهمام سواء كانت مصكوكة أولا وكذا عشرة المهر وفي غير الذهب والفضة لا تجب الزكاة ما لم تبلغ قيمته نصابا مصكوكا من أحدهما لان لزومها مبني على التقوم والعرف أن يقوم بالمصكوك وكذا نصاب السرقة احتياطا للدرء انتهى فالمراد بالدرهم حينئذ الدرهم الذي يقدر به الاشياء لا الفضة المضروبة أو يقدر المضاف أي فيما دون وزن مائتي درهم (قوله أجاب بقوله تحرزا عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع) أقول أي التشقيص الذي يعد عيبا روى (قوله ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضي الله عنه حين وجهه الى اليمن لا تأخذ من الكسور شيأ قيل معناه لا تأخذ من الشيء الذي يكون المأخوذ منه كسورا) أقول ويجوز أن يكون من الكسور بيانا لشيأ (قوله فسماه كسورا باعتبار ما يجب فيه) أقول فيكون من قبيل ذكر الحال وارادة المحل فان الاموال محل للزكاة (قوله فان قيل يجوز أن يكون المراد ما قبل المائتين بدليل أنه قال عقيب هذا في حديث فاذا بلغ الخ) أقول يعني قال في حديث معاذ رضي الله عنه فاذا بلغ بالفاء التعقيبية (قوله والجواب ان المراد به ما قبل المائتين وما بعده الخ) أقول لا يخفى عليك أن ما ذكره ليس فيه دلالة على ما ادعاه وكيف يلزم التكرار اذا حمل الاول على ما قبل المائتين وما بعده على ما بعده فيتوجه على المصنف أنه كان ينبغي له أن يستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ولا تأخذ مما زاد حتى يبلغ أربعين درهما فانه محكم وقوله لا تأخذ من الكسور محتمل للحمل على ما قبل المائتين (قوله فيجعل قوله اذا بلغ الورق الى آخر الحديث بيانا وتفسيرا الخ) أقول فلا يكون الفاء للتعقيب بل للتفسير كما في قوله تعالى ونادى نوح ربه فقال

(وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة) وذلك انما يكون بعد المائتين لان ما قبله ليس فيه ولا فيما دونه صدقة وهذا محكم فلا يعارضه حديث علي لاحتمال أن يراد بالزيادة على المائتين أربعون واحتماله ما ذكروه (ولان الحرج مدفوع) وهو واضح (وفي ايجاب الكسور ذلك) أي الحرج (لتعسر الوقوف) لانه اذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم يجب عليه عندهما خمسة دراهم وسبعة أجزاء من أربعين جزأ من درهم فتعسر معرفة سبعة أجزاء من أربعين جزأ من درهم فحينئذ لا يقدر على الاداء في السنة الاولى فاذا جاءت السنة الثانية وجب عليه زكاة ما بقي من المال بعد الزكاة لان دينها مستحق وان لم يؤد وذلك مائتا درهم ودرهم وثلاثة وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من درهم واحد وزكاة درهم وثلاثة وثلاثين جزأ من أربعين جزأ من درهم يتعسر الوقوف عليها البتة وقوله (والمعتبر في الدراهم) روى أن الدراهم في الابتداء كانت على ثلاثة أصناف صنف منها كل عشرة منه عشرة مثاقيل كل درهم مثقال وصنف منها كل عشرة منه ستة مثاقيل كل درهم ثلاثة أخماس مثقال وصنف منها كل عشرة منه خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال وكان الناس يتصرفون بها ويتعاملون بها فيما بينهم فلما تولى عمر رضي الله عنه أراد أن يستوفي الخراج بالاكثر فالتمسوا منه التخفيف فجمع حساب زمانه ليتوسطوا ويوفقوا بين الدراهم كلها وبين ما رامه عمر وبين ما رامه

وقوله في حديث عمرو بن حزم وليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر واستقر الامر عليه

روى الدارقطني عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن لا يأخذ من الكسور شيأ وهو ضعيف بالمنهال بن الجراح وأما ما نسبه المصنف الى حديث عمرو بن حزم فقال عبد الحق في أحكامه روى أبو أويس عن عبد الله ومحمد ابني أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيهما عن جدهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كتب هذا الكتاب لعمرو بن حزم الحديث وذكر في الفضة فيه ليس فيها صدقة حتى تبلغ مائتي درهم فاذا بلغت مائتي درهم ففيها خمسة دراهم وفي كل أربعين درهما درهم وليس فيما دون الاربعين صدقة ولم يعزه عبد الحق لكتاب وكثيرا ما يفعل ذلك في أحكامه والموجود في كتاب ابن حزم عند النسائي وابن حبان والحاكم وغيرهم وفي كل خمس أواق من الورق خمسة دراهم وما زاد ففي كل أربعين درهما درهم وروى ابن أبي شيبة قال حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم عن الحسن قال كتب عمر الى أبي موسى الاشعري فما زاد على المائتين ففي كل أربعين درهما درهم وتقدم في الحديث الصحيح قوله صلى الله عليه وسلم ها توا ربع العشور من كل أربعين درهما درهم فقوله من كل أربعين درهما درهم خرج تفسير القوله ها توا ربع العشور فيفيدها توا ربع العشور على هذا الوجه لان هذه الجملة في موضع الحال من المفعول فتكون قيدا في عامله الذي هو الامر بالاعطاء فيكون الوجوب على هذا الوجه بقي أن يقال قصاراه أنه لم يتعرض للنفي عما دونها الا بمفهوم الصفة ولا يعتبر عندنا أو بالاضافة الى العدم الاصلي وحديث علي متعرض لايجابه ولو اعتبر المفهوم كان المنطوق مقدما عند المعارضة خصوصا وفيه الاحتياط فالاولى حينئذ اثبات المعارضة بين حديث علي وحديث عمرو بن حزم وأثر عمر فانهما يفيدان أن تمام حكم ما زاد أن يجب في كل أربعين درهم فلا يكون من حكم ما زاد خلاف ذلك والا لم يكن بيانا لحكم ما زاد بل لبعضه فان قيل يحمل على ارادة ما زاد من الاربعينات دفعا للمعارضة قلنا ليس باولى من اعتبار مثله في حديث علي بان يحمل ما زاد فيحسابه أي ما زاد من الاربعينات فيحساب الخمسة في المائتين وهو أن يكون فيها درهم فان قيل بل الحمل في معارض حديث علي أولى منه فيه لانه موجب وذلك مسقط فيكون فيه الاحتياط وظن أن حديث معاذ نهي فيقدم غلط بأدنى تأمل لانه انما نهى المصدق وكلامنا فيما يرجع الى رب المال وهو ليس بمنهي أن يعطي بل الواقع في حقه تعارض السقوط والوجوب قلنا ذلك لو لم يكن ملزوما للحرج العظيم والتعذر في بعضها في كثير من الصور وهو ما أشار اليه المصنف بقوله لتعذر الوقوف وذلك أنه اذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم وجب عليه على قولهما خمسة وسبعة أجزاء من أربعين جزأ من درهم فاذا لم يؤد حتى جاءت السنة الثانية كان الواجب عليه زكاة مائتي درهم ودرهم وزكاة ثلاثة وثلاثين جزأ من درهم وذلك لا يعرف ولانه أوفق لقياس الزكوات لانها تدور بعفو ونصاب (قوله والمعتبر في الدرهم الخ) هذا الاعتبار في الزكاة ونصاب الصدقة والمهر وتقدير الديات واذ قد أخذ المثقال في تعريف الدرهم فلا بد من النظر فيه وظاهر كلام المصنف في صدقة الذهب

الرعية فاستخرجوا له وزن السبعة وهو معنى قوله (بذلك جرى التقدير في ديوان عمر واستقر الامر عليه)

(قوله لان ما قبله ليس فيه الخ) أقول انما يعلم ذلك بتعليمه صلى الله عليه وسلم فلا يدل على عدم جواز الحمل على ما قبل المائتين والاولى أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون الاربعين صدقة عام يتناول ما قبل المائتين وما بعده فيتم المرام (قوله وهذا محكم فلا يعارضه حديث الخ) أقول أي كالمحكم في القوة لانه محكم حقيقة وكيف وهو يحتمل النسخ

أنه معروف قال أبو عبيد فى كتاب الاموال ولم يزل المثقال فى آباد الدهر محدودا لا يزيد ولا ينقص وكلام السجاوندى فى كتاب قسمة التركات خلافه قال الدينار بسنجة أهل الحجاز عشرون قيراطا والقيراط خمس شعيرات فالدينار عندهم مائة شعيرة وعند أهل سمرقند ستة وتسعون شعيرة فيكون القيراط عندهم طسوجا وخمسه وذكر فيه أيضا فى تحديد الدينار مطلقا فقال اعلم أن الدينار ستة دوانيق والدانق أربع طسوجات والطسوج حبتان والحبة شعيرتان والشعيرة ستة خرادل والخردلة اثنا عشر فلسا والفلس ست فتيلات والفتيل ست نقيرات والنقير ثمان قطميرات والقطميرة اثنتا عشرة ذرة انتهى فان كان المراد بالخرادل أو الشعيرة المعروف فلا حاجة الى الاشتغال بتقدير ذلك وهو تعريف الدينار على عرف سمرقند وتعريف دينارا لحجاز هو المقصود اذ الحكم خرج من هنالك ويوضح ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المكيال مكيال أهل المدينة والوزن وزن أهل مكة لفظ النسائى عن أحمد بن سليمان ووثقه وان لم يكن كذلك بل لهم فيه اصطلاح خاص فلم يحصل مما ذكره تحديد ولا تمييز عند العقل لان الذرة حينئذ هى مبدأ ما يقدر به هذه المسميات الاصطلاحية ولا يعرف شخصها وقدلا يقدر على الاعتبار بها لو عرف وأنت تعلم أن المقصود تقدير كمية شئ موجود ثابت والتوصل الى ذلك لا يتوقف على هذه التكلفات مع أنه لم يحصل بذلك مقصود وغير واحد اقتصر على التقدير الاول والاقتصار على مثله لا يجوز فى افادة التقدير الا أن يكون المراد الوسط بين الشعيرات المعروفة والا يكون تجهيلا ولو انتهى الى الخرادل كان حسنا اذ لا تفاوت آحاده وكذا بعض الاشياء وهذا كله على تقدير كون الدينار والمثقال مترادفين والظاهر أن المثقال اسم للمقدار المقدر به والدينار اسم للمقدر به بقيد ذهبيته واذ قد عرفت هذا فقالوا كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف صنف كل عشرة وزن عشرة مثاقيل وصنف كل عشرة وزن خمسة وصنف كل عشرة بوزن ستة فلما وقع الخلاف فى الايفاء والاستيفاء وقيل أراد عمر أن يستوفى الخراج بالصنف الاول فالتمسوا التخفيف فجمع حساب زمانه فأخرجوا عشرة وزن سبعة وقيل أخذ عمر رضى الله عنه من كل صنف درهما فخلطه فجعله ثلاثة دراهم متساوية فخرج الدرهم أربعة عشر قيراطا كل عشرة وزن سبعة مثاقيل فبقى العمل عليها وأجمع الناس عليها وهذا صريح فى أن كون الدراهم بهذه الزنة لم تكن فى زمنه صلى الله عليه وسلم ولا شك فى ثبوت وجوب الزكاة فى زمانه عليه السلام وتقديره لها واقتضاء عماله اياها خمسة من كل مائتين فان كان المعين لوجوب الزكاة فى زمانه الصنف الاعلى لم يجز النقص وان كان ما دونه لم يجز تعيين هذه لانها زيادة على المقدر توجب نفى الوجوب بعد تحققه لانه على ذلك التقدير يتحقق فى مائتين وزن خمسة أوستة فالقول بعدم الوجوب ما لم تبلغ وزن مائتين وزن سبعة ملزوم لما ذكرنا وظاهر كلام أبى عبيد فى كتاب الاموال أن أيها وجد كان جائزا كونه قال كانت الدراهم قبل الاسلام كبارا وصغارا فلما جاء الاسلام وأرادوا ضرب الدراهم وكان جائزا كونها من النوعين فنظروا الى الدرهم الكبير فاذا هو ثمانية دوانيق والى الدرهم الصغير فاذا هو أربعة دوانيق فوضعوا زيادة الكبير على نقصان الصغير فجعلوهما درهمين سواء كل واحد ستة دوانيق ثم اعتبروها بالمثاقيل ولم يزل المثقال فى آباد الدهر لا يزيد ولا ينقص فوجدوها عشرة من هذه وزن سبعة مثاقيل انتهى وانما سقنا بقية كلامه ليظهر ما فيه من المخالفة لما تقدم ويقتضى ان النصاب ينعقد من الصغار وهو الحق لانهم لم يختلفوا فى تفاوت الدراهم صغارا وكبارا فى زمانه صلى الله عليه وسلم فبالضرورة تكون الاوقية مختلفة أيضا بالصغر والكبر وقد أوجب عليه السلام فى خمس أواق الزكاة مطلقا من غير تقييد بصنف فاذا صدق على الصغيرة خمس أواق وجب فيها الزكاة بالنص ويؤيده نقل أبى عبيد أنهم كانوا يزكون النوعين وعن هذا والله أعلم ذهب بعضهم الى أن المعتبر فى حق كل أهل بلد دراهمهم ذكره قاضيخان الا انى أقول ينبغى

فتتعلق الاحكام به كالزكاة والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر النكاح وانما جعلوا ذلك لاحد وجوه ثلاثة احدها انك اذا جمعت من كل صنف عشرة دراهم صار الكل أحدا وعشرين مثقالا فاذا أخذت ثلث ذلك كان سبعة مثاقيل والثانى أنك اذا أخذت ثلاث عشرة من كل صنف وجمعت بين الاثلاث الثلاثة المختلفة كانت سبعة مثاقيل والثالث أنك اذا ألقيت الفاضل على السبعة من العشرة أعنى الثلاثة والفاضل أيضا على السبعة من مجموع الستة والخمسة أعنى الاربعة ثم جمعت مجموع الفاضلين أعنى فاضل السبعة من العشرة وفاضل المجموع من الستة والخمسة وهو ما ألقيته كانت سبعة مثاقيل فلما كانت سبعة مثاقيل أعدل الاوزان فيها ودارت فى جميعها بطريق مستقيم اختاروها وقوله (فهو فى حكم الفضة) واضح وقوله (كما فى سائر العروض الخ) يعنى أنها اذا لم تكن للتجارة ينظر الى ما يخلص منه من الفضة فاذا بلغ مائتى درهم تجب الزكاة لانه لا يعتبر فى عين الفضة القيمة ولا نية التجارة وان كان لا يخلص ذلك فهى كالمضروبة من الصفر كالقمقم لا شئ فيها الا اذا كانت للتجارة وقد بلغت قيمتها مائتى درهم فيجب فيها خمسة دراهم

(واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو فى حكم الفضة واذا كان الغالب عليها الغش فهو فى حكم العروض يعتبر أن تبلغ قيمته نصابا) لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو أن يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره فى الصرف ان شاء الله تعالى الا أن فى غالب الغش لا بد من نية التجارة كما فى سائر العروض الا اذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر فى عين الفضة القيمة ولا نية التجارة

أن يقيد بما اذا كانت دراهمهم لا تنقص عن أقل ما كان وزنا فى زمنه عليه السلام وهى ما تكون العشرة وزن خمسة لانها أقل ما قدر النصاب بمائتين منها حتى لا تجب فى مائتى من الدراهم المسعودية الكائنة بمكة مثلا وان كانت دراهم قوم وكانه أعمل اطلاق الدراهم والاواقى فى الموجود وما يمكن أن يوجد ويستحدث ونحن أعملناه فى الموجود لان الظاهر أن الاشارة بالكلام الى ما هو المعهود الثابت والله أعلم فان لم يكن لهم دراهم الا كبيرة كوزن سبعة فالاحتياط على هذا أن تزكى وان كانت أقل من مائتين اذا بلغ ذلك الاقل قدر نصاب هو وزن خمسة ألا يرى أنه اذا لم تكن الدراهم الا وزن عشرة أو أقل مما يزيد على وزن سبعة وجب الزكاة فى أقل من مائتين منها بحساب وزن السبعة وعن هذا قال فى الغاية دراهم مصر أربعة وستون حبة وهو أكبر من درهم الزكاة فالنصاب منه مائة وثمانون وحبتان انتهى فاذا لم يثبت أن درهم الزكاة مقدر شرعا بما هو وزن سبعة بل بأقل منه لما قلنا وجب أن يعتبر الاقل فى الدراهم الكبيرة فتزكى اذا بلغت قدر مائتين من الصغار والله سبحانه أعلم ثم ما ذكر فى الغاية من دراهم مصر فيه نظر على ما اعتبروه فى درهم الزكاة لانه ان أراد بالحبة الشعيرة فدرهم الزكاة سبعون شعيرة اذ كان العشرة وزن سبعة مثاقيل والمثقال مائة شعيرة على ما قدمناه فهو اذا أصغر لا أكبر وان أراد بالحبة أنه شعيرتان كما وقع تفسيرها فى تعريف السجاوندى الطويل فهو خلاف الواقع اذ الواقع أن درهم مصر لا يزيد على أربع وستين شعيرة لان كل ربع منه مقدر بأربع خرانيب والخرنوبة مقدرة بأربع قمحات وسط (قوله فهو فضة) أى فتجب فيه الزكاة كأنه كله فضة لان زكاة العروض ولو كان أعدها للتجارة بخلاف ما اذا كان الغش غالبا فان نواها للتجارة اعتبرت قيمتها وان لم ينوها فان كانت بحيث يتخلص منها فضة تبلغ نصابا وحدها أو لا تبلغ لكن عنده ما يضمه اليها فيبلغ نصابا وجب فيها الان عين النقدين لا يشترط فيها نية التجارة ولا القيمة وان لم يخلص فلا شئ عليه لان الفضة هلكت فيه اذ لم ينتفع بها الا حالا ولا مآلا فبقى العبرة للغش وهى عروض يشترط فى الوجوب فيها نية التجارة وعلى هذا التفصيل الذهب المغشوش واذا استوى الغش فيهما قيل تجب فيه احتياطا وقيل لا تجب وقيل يجب درهمان ونصف كذا حكاه بعضهم ولا يخفى أن المراد بقول الوجوب أنه تجب فى الكل الزكاة ففى مائتين خمسة دراهم كأنها كلها فضة ألا ترى الى تعليله بالاحتياط وقول النفى معناه لا تجب كذلك والقول الثالث لا بد من كونه على اعتبار أن يخلص وعنده ما يضمه اليه فيخصه درهمان ونصف وحينئذ فليس فى المسئلة الا قولان لان على هذا التقدير لا يخالف فيه أحد فحكايته ثلاثة أقوال غير واقع والذهب المخلوط بالفضة ان بلغ الذهب نصابه ففيه زكاة الذهب وان بلغت الفضة نصابها فزكاة الفضة لكن ان كانت الغلبة للفضة أما ان كانت مغلوبة فهو كله ذهب لانه أعز وأغلى قيمة كذا ذكر والله سبحانه أعلم

(قوله فتتعلق الاحكام به الخ) أقول فيه اشكال فانه كان يؤخذ فى زمنه صلى الله عليه وسلم زكاة من الفضة بحساب الدرهم ولم يكن هذا الوزن فى ذلك الزمان فتعليق الحكم بهذا الوزن دون وزن الخمسة والستة يؤدى الى النسخ ولا نسخ بعده صلى الله عليه وسلم قال المصنف (وهو أن يزيد على النصف) أقول تذكير الضمير الراجع الى الغلبة لكونها فى تأويل أن مع الفعل

﴿ فصل فى الذهب ﴾ قدم وجه تأخيره عن فصل الفضة (وقوله لما روينا) اشارة الى قوله فى أول فصل الفضة كتب الى معاذ أن خذ الى ان قال ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وضمير منها راجع الى مالا نه فى معنى الجمع قيل تعريف المثقال بقوله ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم غير صحيح لانه عرف الدرهم فى فصل الفضة بقوله وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل فتوقف معرفة كل واحد منهما على الآخر وهو دور والجواب انه ما عرف الدرهم بالمثقال فى فصل الفضة وانما قال المعتبر من أصنافها ما يكون (٥٢٤) وزن سبعة مثاقيل وكان ذلك معروفا فيما بينهم ثم قال ههنا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف أى المراد بالمثقال ههنا هو المعروف فيما بين الناس الذى عرف به وزن الدرهم ولا دور فى ذلك وقوله (ثم فى كل أربعة مثاقيل قيراطان) يعنى اذا زاد على العشرين وبلغ الزيادة الى أربعة مثاقيل ففيها قيراطان مع نصف مثقال لان الواجب ربع العشر وربع العشر حاصل فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا فيكون أربعة مثاقيل ثمانين قيراطا وربع عشره قيراطان وهذا بصنجة أهل الحجاز والقيراط خمس شعيرات فالمثقال وهو الدينار عندهم مائة شعيرة وأصل القيراط قرّاط بالتشديد لان جمعه القراريط فابدل من أحد حرفى التضعيف ياء وقوله (وهى مسئلة الكسور) يعنى التى بينا فى فصل الفضة وقد بينا الاختلاف والحجج من الجانبين فيه ولا مخالفة بينهما خلا أن أربع مثاقيل ههنا قامت مقام أربعين درهما هناك وقوله (وفى تبر الذهب والفضة) التبر ما كان غير مضروب منهما والحلى على فعول جمع حلى كندى فى جمع ندى وهو ما تتحلى به المرأة منهما وقوله (وقال الشافعى لا تجب فى حلى النساء وخاتم الفضة للرجال) يعنى الحلى الذى يباح استعماله لانه مبتذل فى مباح وكل ما كان كذلك لا زكاة فيه كسائر ثياب البذلة والمهنة (ولنا أن السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر) فاذا كان موجودا لا معتبر بما ليس باصل وهو الاعداد للابتذال بخلاف الثياب فانه ليس فيها دليل النماء والابتذال فيها أصل لان فيه صرفها الى الحاجة الاصلية المتعلقة بها وهى دفع الحر والبرد

﴿ فصل فى الذهب ﴾ (ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال) لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف (ثم فى كل أربعة مثاقيل قيراطان) لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا (وليس فيما دون أربعة مثاقيل صدقة) عند أبى حنيفة وعندهما تجب بحساب ذلك وهى مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم فى الشرع فيكون أربعة مثاقيل فى هذا كاربعين درهما قال (وفى تبر الذهب والفضة وحليهما وأوانيهما الزكاة) وقال الشافعى لا تجب فى حلى النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل فى مباح فشابه ثياب البذلة ولنا أن السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب

﴿ فصل فى الذهب ﴾ (قوله لما روينا) يعنى حديث معاذ المتقدم فى صدقة الفضة وتقدم ما فيه ولا يضر ذلك بالدعوى فقد تقدم حديث على فى الذهب وأخرج الدارقطنى من حديث عائشة وابن عمر أنه عليه السلام كان يأخذ من كل عشرين دينارا نصف دينار ومن الاربعين دينارا دينارا وهو مضعف بابراهيم بن اسمعيل بن مجمع وأخرج أبو أحمد بن زنجويه فى كتاب الاموال بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون المائتين شئ ولا فيما دون عشرين مثقالا من الذهب شئ وفى المائتين خمسة دراهم وفى عشرين مثقالا نصف مثقال وفيه العزرمى تقدم الكلام فيه وتقدم فى حديث عمرو بن حزم فى فصل الابل قوله عليه السلام وفى كل أربعين دينارا دينار وهو حديث لاشك فى ثبوته على ما قدمناه (قوله والمثقال ما يكون الخ) قيل هو دور لانه أخذ كلا من المثقال والدرهم فى تعريف الآخر فتوقف تصور كل منهما على تصور الآخر وجوابه أنه لم يذكر هذا تعريفا لانه قال وهو المعروف. فأفاد أن المثقال المعروف الذى تداوله الناس وعرفوه مثقالا وهذا تصريح بأنه لا حاجة الى تعريفه كما لا يعرف ما هو بديهى التصور اذ تحصيل الحاصل محال فكان قوله والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة انما هو لازالة توهم أن يراد بالمثقال غير المذكور فى تعريف الدرهم فحاصل كلامه حينئذ أنه قال والمراد بهذا المثقال ذاك الذى تقدم وهو المعروف عند الناس لا شئ آخر وهذا ان شاء الله تعالى أحسن مما حاول فى النهاية وغيرها من الدفع مما لو أوردته أدى الى طول مع أنه لا يتم بأدنى تأمل (قوله وكل دينار عشرة دراهم فى الشرع) أى مقوم فى الشرع بعشرة كذا كان فى الابتداء فاذا ملك أربعة دنانير فقد ملك ما قيمته أربعون درهما مما لا يتوقف الوجوب فيه على نية التجارة فيجب فيه قدر الدرهم وهو قيراطان بناء على اعتبار الدينار عشرين قيراطا فلا يرد ما أورده بعضهم عليه فى هذا المقام (قوله وحليهما) سواء كان مباحا أو لا حتى يجب أن يضم الخاتم من الفضة وحلية السيف والمصحف وكل ما انطلق عليه الاسم (قوله فشابه ثياب البذلة) حاصله قياس الحلى على ثياب البذلة بجامع الابتذال

﴿ فصل فى الذهب ﴾ (قوله فتوقف معرفة كل منهما على الآخر وهو دور) أقول أى توقف معرفة كل من المثقال والدرهم (قوله ولا مخالفة بينهما) أقول ولا مخالفة بين المسئلتين

فى مباح ودفعه بمنع اعتبار ما عينه مانعا من الوجوب فى الفرع وان كان مانعا فى الاصل وذلك لان مانعيته فى الاصل بسبب انه يمنع وجود السبب بمنع جزئه أعنى النماء لا لذاته ولا لامر آخر ومنعه ذلك فى النقدين منتف لانهما خلقا ليتوصل بهما الى الابذال وهذا معنى الاستنماء فقد خلقا للاستنماء ولم يخرجهما الابتذال عن ذلك فالنماء التقديرى حاصل وهو المعتبر للاجماع على عدم توقف الوجوب على الحقيقى واذا انتفت مانعيته عمل السبب عمله وهذا معنى ما فى الكتاب ثم المنقولات من العمومات والخصوصات تصرح به فمن ذلك حديث على عنه عليه السلام هاتوا صدقة الرقة من كل أربعين درهما درهم رواه أصحاب السنن الاربعة وغيره كثير ومن الخصوصات ما أخرج أبو داود والنسائى ان امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفى يد بنتها مسكتان غليظتان من ذهب فقال لها أتعطين زكاة هذا قالت لا قال أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارا من نار قال فخلعتهما فألقتهما الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت هما لله ورسوله قال أبو الحسن بن القطان فى كتابه اسناده صحيح وقال المنذرى فى مختصره اسناده لا مقال فيه ثم بينه رجلا رجلا وفى رواية الترمذى عن ابن لهيعة قال أتت امرأتان فساقه وفيه أتحبان أن يسوركما الله بسوارين من نار قالتا لا قال فأديا زكاته وتضعيف الترمذى وقوله لا يصح فى هذا الباب عن النبى صلى الله عليه وسلم شئ مؤول والا فخطأ قال المنذرى لعل الترمذى قصد الطريقين اللذين ذكرهما والا فطريق أبى داود لا مقال فيها وقال ابن القطان بعد تصحيحه لحديث أبى داود وانما ضعف الترمذى هذا الحديث لان عنده فيه ضعيفين ابن لهيعة والمثنى بن الصباح ومنها ما أخرج أبو داود عن عبد الله بن شداد بن الهاد قال دخلنا على عائشة رضى الله عنها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى فى يدى فتخات ورق فقال ما هذا يا عائشة فقلت صنعتهن لأتزين لك بهن يا رسول الله قال أفتؤدى زكاتهن فقلت لا فقال هن حسبك من النار وأخرجه الحاكم وصححه وأعله الدارقطنى بأن محمد بن عطاء مجهول وتعقبه البيهقى وابن القطان بأنه محمد بن عمرو بن عطاء أحد الثقات ولكن لما نسب فى سند الدارقطنى الى جده ظن أنه مجهول وتبعه عبد الحق وقد جاء مبينا عند أبى داود بينه شيخه محمد بن ادريس الرازى وهو أبو حاتم الرازى امام الجرح والتعديل ومنها ما أخرج أبو داود عن عتاب بن بشير عن ثابت بن عجلان عن عطاء عن أم سلمة قالت كنت ألبس أوضاحا من ذهب فقلت يا رسول الله أكنز هو فقال ما بلغ أن تؤدى زكاته فزكى فليس بكنز وأخرجه الحاكم فى المستدرك عن محمد بن مهاجر عن ثابت به وقال صحيح على شرط البخارى ولفظه اذا أديت زكاته فليس بكنز قال البيهقى تفرد به ثابت بن عجلان قال صاحب تنقيح التحقيق وهذا لا يضر فان ثابت بن عجلان روى له البخارى ووثقه ابن معين وقول عبد الحق لا يحتج به قول لم يقله غيره وممن أنكر عليه ذلك الشيخ تقى الدين ابن دقيق العيد ونسبه فى ذلك الى التعامل وقول ابن الجوزى محمد بن المهاجر قال ابن حبان يضع الحديث على الثقات قال صاحب التنقيح فيه هذا وهم قبيح فان محمد بن المهاجر الكذاب ليس هو هذا فهذا الذى يروى عن ثابت بن عجلان ثقة شامى أخرج له مسلم ووثقه أحمد وابن معين وأبو زرعة ودحيم وأبو داود وغيرهم وعتاب بن بشير وثقه ابن معين وروى له البخارى متابعة وأما ما روى من حديث جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ليس فى الحلى زكاة قال البيهقى باطل لا أصل له انما روى عن جابر من قوله وأما الآثار المروية عن ابن عمر وعائشة وأسماء بنت الصديق فموقوفات ومعارضات بمثلها عن عمر أنه كتب الى أبى موسى الاشعرى رضى الله عنهما أن مروا من قبلكن من نساء المسلمين أن يزكين حليهن ولا يجعلن الزيادة والهدية بينهن تقارضا رواه ابن أبى شيبة وعن ابن مسعود قال فى الحلى الزكاة رواه عبد الرزاق وعن عبد الله بن عمرو أنه كان يكتب الى خازنه سالم أن يخرج زكاة حلى بناته كل سنة رواه الدارقطنى وروى ابن أبى شيبة عنه أنه كان يأمر نساءه أن يزكين حليهن وأخرج ابن أبى شيبة عن عطاء وابراهيم

﴿ فصل فى العروض ﴾ (الزكاة واجبة فى عروض التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق أو الذهب) لقوله عليه السلام فيما يقومها فيؤدى من كل مائتى درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع

النخعى وسعيد بن جبير وطاوس وعبد الله بن شداد أنهم قالوا فى الحلى الزكاة زاد ابن شداد حتى فى الخاتم وأخرج عن عطاء أيضا وابراهيم النخعى أنهم قالوا مضت السنة أن فى الحلى الذهب والفضة الزكاة وفى المطلوب أحاديث كثيرة مرفوعة غيرأنا اقتصرنا منها على ما لا شبهة فى صحته والتاويلات المنقولة عن المخالفين مما ينبغى صون النفس عن اخطارها والالتفات اليها وفى بعض الالفاظ ما يصرح بردها والله سبحانه أعلم واعلم ان مما يعكر على ما ذكرنا ما فى الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن عائشة رضى الله عنها كانت تلى بنات أخيها يتامى فى حجرها فلا تخرج من حليهن الزكاة وعائشة راوية حديث الفتخات وعمل الراوى بخلاف ما روى عندنا بمنزلة روايته للناسخ فيكون ذلك منسوخا ويجاب عنه بأن الحكم بأن ذلك للنسخ عندنا هو اذا لم يعارض مقتضى النسخ معارض يقتضى عدمه وهو ثابت هنا فان كتابة عمر الى الاشعرى تدل على أنه حكم مقرر وكذا من ذكرناه معه من الصحابة فاذا وقع التردد فى النسخ والثبوت متحقق لا يحكم بالنسخ هذا كله على رأينا وأما على رأى الخصم فلا يرد ذلك أصلا اذ فصارى فعل عائشة قول صحابى وهو عنده ليس بحجة لو لم يكن معارضا بالحديث المرفوع وعمل الراوى بخلاف روايته لا يدل على النسخ بل العبرة لما روى لا لما رأى عنده ولا يقال انما لم تؤد من حليهن لانهن يتامى ولا زكاة على الصبى لان مذهبها وجوب الزكاة فى مال الصبى فلذا عدلنا فى الجواب الى ما سمعت والله سبحانه أعلم هذا ويعتبر فى المؤدى الوزن عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد الخيرية وعند زفر القيمة فلو أدى عن خمسة جياد خمسة زيوف اجاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكره ولا يجوز عند محمد وزفر فيؤدى الفضل ولو أدى أربعة جيدة عن خمسة رديئة لا يجوز الا عن أربعة عند الثلاثة لاعتبار محمد الخيرية واعتبارهما القدر ويجوز عند زفر للقيمة والله أعلم

﴿ فصل فى العروض ﴾ العروض جمع عرض بفتحتين حطام الدنيا كذا فى المغرب والصحاح والعرض بسكون الراء المتاع وكل شئ فهو عرض سوى الدراهم والدنانير وقال أبو عبيد العروض الامتعة التى لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا فعلى هذا جعلها هنا جمع عرض بالسكون أولى لانه فى بيان حكم الاموال التى هى غير النقدين والحيوانات كذا فى النهاية (قوله غير النقدين والحيوان ممنوع) بل فى بيان أموال التجارة حيوانا أو غيره على ما تقدم من أن السائمة المنوية للتجارة تجب فيها زكاة التجارة سواء كانت من جنس ما تجب فيه زكاة السائمة كالابل أولا كالبغال والحمير فالصواب اعتبارها هنا جمع عرض بالسكون على تفسير الصحاح فتخرج النقود فقط لا على قول أبى عبيد واياه عنى فى النهاية بقوله وعلى هذا فانه فرع عليه اخراج الحيوان (قوله كائنة ما كانت) كائنة نصب على الحال من عروض التجارة ولفظ ما موصول خبرها واسمها المستتر فيها الراجع الى عروض التجارة وكانت صلة ما واسمها المستتر الراجع الى العروض أيضا وخبرها محذوف وهو المنصوب العائد على الموصول تقديره كائنة أو كانت اياه على الخلاف فى الاولى فى هذا الضمير من وصله أو فصله والمعنى كائنة الذى كانت اياه من أصناف الاموال والذى عام فهو كقوله كائنة أى شئ كانت اياه (قوله لقوله عليه السلام يقومها الخ) غريب وفى الباب أحاديث مرفوعة وموقوفة فمن المرفوعة ما أخرجه أبو داود عن سمرة بن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرنا أن نخرج الصدقة من الذى يعد للبيع اه سكت عليه أبو داود ثم المنذرى وهذا تحسين منهما وصرح ابن عبد البر بأن اسناده حسن وقول عبد الحق خبيب بن سليمان الواقع فى سنده ليس بمشهور ولا يعلم روى عنه الا جعفر بن سعد وليس جعفر ممن

﴿ فصل فى العروض ﴾
آخر فصل العروض لانها تقوم بالنقدين فكان حكمها بناء عليهما والعروض جمع عرض بفتحتين حطام الدنيا أى متاعها سوى النقدين وقوله (كائنة ما كانت) أى من أى جنس كانت سواء كانت من جنس ما يجب فيه الزكاة كالسوائم أو لم تكن كالثياب والحمير والبغال

﴿ فصل فى العروض ﴾
قال المصنف (كائنة ما كانت اذا بلغ قيمتها نصابا من الورق أو الذهب) أقول أى الذهب المسكوك فالاولى أن يقال أو الدينار وقوله ما فى قوله ما كانت موصولة أو مصدرية (قوله كالسوائم الخ) أقول أى السوائم التى للتجارة والا فالتى أسيمت للدر والنسل ليست من الباب

وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال (بقومها بما هو أنفع للمساكين) احتياطا لحق الفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية عن أبي حنيفة وفي الاصل خيره لان التمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء

يعتمد عليه لا يخرج حديثه عن الحسن فان نفي الشهرة لا يستلزم ثبوت الجهالة ولذلك روى هو نفسه حديثه في كتاب الجهاد من كتم غالا فهو مثله عن خبيب بن سليمان وسكت عنه وهذا تصحيح منه وبهذا تعقبه ابن القطان ومنها في المستدرك عن أبي ذر رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في الابل صدقتها وفي الغنم صدقتها وفي البز صدقته ومن رفع دراهم أو دنانير أو تبرا أو فضة لا يعدها لغريم ولا ينفقها في سبيل الله فهو كنز يكوى به يوم القيامة صححه الحاكم وأعله الترمذي عن البخاري بأن ابن جريج لم يسمع من عمران بن أبي أنس وتردد الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد في الامام في أنه بالزاي أو الراء بناء على انه رآه في أصل من نسخ المستدرك بضم الباء فلا يكون فيه دليل على زكاة التجارة لكن صرح النووي في تهذيب الاسماء واللغات أنه بالزاي وأن بعضهم صحفه بالراء وضم الباء اه وقد رواه الدارقطني من طريقين وفي رواية وفي البز صدقة قالها بالزاي هكذا مصرحا في الرواية غير أنها ضعفت (قوله وتشترط نية التجارة) لانه لما لم تكن للتجارة خلقة فلا يصير لها الا بقصدها فيه وذلك هو نية التجارة فلو اشترى عبدا مثلا للخدمة ناويا بيعه ان وجد ربحا لا زكاة فيه ولا بد من كونه مما يصح فيه نية التجارة كما قدمنا فلو اشترى أرضا خراجية للتجارة ففيها الخراج لا الزكاة ولو كانت عشرية فزرعها حكى صاحب الايضاح أن عند محمد يجب العشر والزكاة وعندهما العشر فقط واعلم أن نية التجارة في الاصل تعتبر ثابتة في بدله وان لم يتحقق شخصها فيه وهو مما يلغز فيقال عرض اشترى من غير نية التجارة يجب عند الحول تقويمه وزكاته وهو ما قوبض به مال التجارة فانه يكون للتجارة وان لم تنو فيه لان حكم البدل حكم الاصل ما لم يخرجه بنية عدمها وعن هذا لو كان العبد للتجارة فقتله عبد خطأ ودفع به يكون المدفوع للتجارة بخلاف ما لو كان القتل عمدا فصولح من القصاص على القاتل لا يكون للتجارة لانه بدل القصاص لا المقتول على ما عرف من أصلنا أن موجب العمد القصاص عينا لا أحد الامرين منه ومن الدية ولو ابتاع مضارب عبدا وثوبا له وطعاما وحوله وجبت الزكاة في الكل وان قصد غير التجارة لانه لا يملك الشراء الا للتجارة بخلاف رب المال حيث لا يزكي الثوب والحولة لانه يملك الشراء لغير التجارة كذا في الكافي ومحمل عدم تزكية الثوب لرب المال مادام لم يقصد بيعه معه فانه ذكر في فتاوى قاضيخان النخاس اذا اشترى دواب للبيع واشترى لها مقاود وجلالا فان كان لا يدفع ذلك مع الدابة الى المشتري لا زكاة فيها وان كان يدفعها معها وجب فيها وكذا العطار اذا اشترى قوارير (قوله بقومها) أي المال في البلد الذي فيه المال حتى لو كان بعث عبد التجارة الى بلد أخرى لحاجة فحال الحول يعتبر قيمته في ذلك البلد ولو كان في مفازة تعتبر قيمته في أقرب الامصار الى ذلك الموضع كذا في الفتاوى ثم قول أبي حنيفة فيه انه تعتبر القيمة يوم الوجوب وعندهما يوم الاداء والخلاف مبني على أن الواجب عندهما جزء من العين وله ولاية منعها الى القيمة فتعتبر يوم المنع كما في منع الوديعة وولد المغصوب وعنده الواجب أحدهما ابتداء ولذا يجبر المصدق على قبولها فيستند الى وقت ثبوت الخيار وهو وقت الوجوب ولو كان النصاب مكيلا أو موزونا أو معدودا كان له أن يدفع ربع عشر عينه في الغلاء والرخص اتفاقا فان أحب اعطاء القيمة جرى الخلاف حينئذ وكذا اذا استهلك ثم تغير لان الواجب مثل في الذمة فصار كأن العين قائمة ولو كان نقصان السعر لنقص في العين بأن ابتلت الحنطة اعتبر يوم الاداء اتفاقا لانه هلاك بعض النصاب بعد الحول أو كانت الزيادة لزيادتها اعتبر يوم الوجوب اتفاقا لان الزيادة بعد الحول لا تضم نظيرها عورت أمة التجارة مثلا بعد الحول فانتقصت قيمتها تعتبر قيمتها يوم الاداء أو كانت عوراء فانجلى البياض بعده فازدادت قيمتها اعتبر

وقوله (وتشترط نية التجارة) أي حالة الشراء أما اذا كانت النية بعد الملك فلا بد من اقتران عمل التجارة بنية لان مجرد النية لا تعمل كما مر وقوله (بقومها بما هو أنفع للمساكين) أحد الاقوال في التقويم فان فيه أربعة أقاويل أحدها هذا وهو ما روي عن أبي حنيفة في الامالي ووجهه ما ذكره بقوله احتياطا لحق الفقراء فانه لا بد من مراعاته ألا ترى أنه ان كان يقومها بأحد النقدين يتم النصاب وبالآخر لا يتم يقوم بما يتم بالاتفاق احتياطا لحق الفقراء فكذلك هذا كذا في النهاية

(قوله كذا في النهاية) أقول ويوافق النهاية ما في الخلاصة حيث قال ان شاء قومها بالذهب وان شاء بالفضة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقوم بما هو أنفع للفقراء وعن أبي يوسف رحمه الله يقوم بما اشترى هذا اذا كان يتم النصاب بأيهما قوم فلو كان يتم بأحدهما دون الآخر قوم بما يصير به نصابا انتهى

وهو مخالف لتفسير المصنف للانفع في الكتاب والثاني ماذكر في المبسوط وهو أن يقوم صاحب المال بأي النقدين شاء ووجهه أن التقويم لمعرفة مقدار المالية والثمنان في ذلك سواء والثالث قول أبي يوسف على ماذكره في الكتاب وقوله (لانه أبلغ في معرفة المالية) لانه ظهر قيمته مرة بهذا النقد الذي وقع به الشراء والظاهر أنه اشتراها بقيمتها لان الغبن نادر والرابع قول محمد

وهو أن يقومها بالنقد الغالب على كل حال يعني سواء اشتراها بأحد النقدين أو بغيره لان التقويم في حق الله تعالى معتبر بالتقويم في حق العباد ومتى وقعت الحاجة الى تقويم المغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب فكذا هذا وقوله (واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة) قيد بالنقصان احترازا عن الهلاك فان هلاك كل النصاب يقطع الحول بالاتفاق وذكر النصاب مطلقا ليتناول كل ما يجب فيه الزكاة كالنقدين والعروض والسوائم وقال زفر لا يلزم الزكاة الا أن يكون النصاب من أول الحول الى آخره كاملا لان حولان الحول على المال شرط للوجوب وكل جزء من الحول بمعنى أوله وآخره ولنا ماذكر في الكتاب وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن قول زفر لان اشتراط النصاب في الابتداء للانعقاد وفي الانتهاء للوجوب وما بينهما بمعزل عنهما جميعا فلا يكون كل جزء من الحول بمعنى أوله وآخره والمراد بالنقصان النقصان في الذات فان النقصان في الوصف يجعل السائمة علوفة يسقطها بالاتفاق اعتبر لان فوات الوصف وارد على كل النصاب فكان كهلاك النصاب كله لفوات المحلية بفوات الوصف

وتفسير الانفع أن يقومها بما تبلغ نصابا وعن أبي يوسف أنه يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه أبلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قوّمها بالنقد الغالب وعن محمد أنه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك (واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة) لانه يشق اعتبار الكمال في أثنائه أما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنا وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء بخلاف ما لو هلك الكل حيث يبطل حكم الحول ولا تجب الزكاة لانعدام النصاب في الجملة ولا كذلك في المسئلة الاولى لان بعض النصاب باق فيبقى الانعقاد

يوم تمام الحول (قوله وتفسير الانفع أن يقومها بما يبلغ نصابا) صرح المصنف باختلاف الرواية وأقوال الصاحبين في التقويم أنه بالانفع عينا أو بالتخيير أو بما اشترى به ان كان من النقود والا فبالنقد الغالب أو بالنقد الغالب مطلقا ثم فسر الانفع الذي هو أحدها بأن يقوم بما يبلغ نصابا ومعناه انه اذا كان بحيث اذا قوّمها باحدهما لا تبلغ نصابا وبالآخر تبلغ تعين عليه التقويم بما يبلغ فأفاد أن باقي الاقوال يخالف هذا وليس كذلك بل لا خلاف في تعين الانفع بهذا المعنى على ما يفيده لفظ النهاية والخلاصة قال في النهاية في وجه هذه الرواية ان المال كان في يد المالك ينتفع به زمانا طويلا فلا بد من اعتبار منفعة الفقراء عند التقويم ألا ترى أنه لو كان يقومه بأحد النقدين يتم النصاب وبالآخر لا فانه يقومه بما يتم به النصاب بالاتفاق فهذا مثله انتهى وفي الخلاصة قال ان شاء قوّمها بالذهب وان شاء بالفضة وعن أبي حنيفة أنه يقوم بما هو الانفع للفقراء وعن أبي يوسف يقوم بما اشترى هذا اذا كان يتم النصاب بأيهما قوّم فلو كان يتم بأحدهما دون الآخر قوّم بما يصير به نصابا انتهى فانما يتجه أن يجعل ما فسر به بعض المراد بالانفع فالمعنى يقوم المالك بالانفع مطلقا فيتعين ما يبلغ به نصابا دون مالا يبلغ فان بلغ بكل منهما وأحدهما أروج تعين التقويم بالاروج وان استويا روجا حينئذ يخير المالك كما يشير اليه لفظ الكافي فانه اذا كان الانفع بهذا المعنى صح حينئذ أن يقابله القول بالتخيير مطلقا والقول المفصل بين أن يكون اشتراه بأحد النقدين فيلزم التقويم به أولا فبالنقد الغالب وقد يقال على كل تقدير لا يصح مقابلته بقول محمد انه يقوم بالنقد الغالب على كل حال بعد الاتفاق على تعيين ما يبلغ به النصاب لان المتبادر من كون النقد أروج كونه أغلب وأشهر حتى ينصرف المطلق في البيع اليه ولا يدفع الا بأن الاروج ما الناس له أقبل وان كان الآخر أغلب أي أكثر ويكون سكوته في الخلاصة عن ذكر قول محمد اتفاقا لاقصد اليه لعدم خلافه هذا والمذكور في الاصل المالك بالخيار ان شاء قوّمها بالدراهم وان شاء بالدنانير من غير ذكر خلاف فلذا أفادت عبارة الخلاصة التي ذكرناها والكافي أن اعتبار الانفع رواية عن أبي حنيفة وجمع بين الروايتين بأن المذكور في الاصل من التخيير هو ما اذا كان التقويم بكل منهما لا يتفاوت (قوله لانه أبلغ في معرفة المالية) لانه بدله وللبدل حكم المبدل ووجه قول محمد أن العرف صلح معينا وصار كما لو اشترى بنقد مطلق ينصرف الى النقد الغالب ولان التقويم في حق الله يعتبر بالتقويم في حق العباد ومتى قوّمنا المغصوب أو المستهلك نقوّم بالنقد الغالب كذا هذا (قوله فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة) حتى لو بقي درهم أو فلس منه ثم استفاد قبل فراغ الحول حتى تم على نصاب زكاه وشرط زفر كماله من أول الحول الى آخره وبه قال الشافعي في السوائم والنقدين وفي غيرهما

قول المصنف (وتفسير الانفع أن يقومها بما يبلغ نصابا) أقول لا خلاف في تعيين الانفع بهذا المعنى على ما يفيده لفظ النهاية والخلاصة ففي كلام المصنف كلام والتفصيل في شرح ابن الهمام

قال (وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة حتى يتم النصاب) لان الوجوب فى الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد (ويضم الذهب الى الفضة) للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة عند أبى حنيفة

اعتبر آخره فقط وجه قول زفر أن السبب النصاب الحولى وهو الذى حال عليه الحول وهذا فرع بقاء اسمه فى تمام الحول وهذا وجه قول الشافعى أيضا الا أنه أخرج مال التجارة للحرج اللازم من الزام التقويم فى كل يوم واعتبارها فيه قلنا لم يرد من لفظ الشارع السبب النصاب الحولى بل لازكاة فى مال حتى يحول عليه الحول وبظاهره نقول وهو انما يفيد نفى الوجوب قبل الحول لا نفى سببية المال قبله ولا تلازم بين انتفاء وجوب الاداء على التراخى وانتفاء السببية بل قد تثبت السببية مع انتفاء وجوب الاداء فقد شرط عمل السبب فيكون حينئذ أصل الوجوب مؤجلا الى تمام الحول كما فى الدين المؤجل واذا كان السبب قائما فى أول الحول انعقد الحول حينئذ ولا ينعقد الا فى محل الحكم وهو النصاب ثم الحاجة بعد ذلك الى كماله انما هو عند تمام الحول لينزل الحكم الآخر وهو وجوب الاداء وكماله فيما بينهما فى غير محل الحاجة فلا يشترط وصار كاليمين بطلاقها يشترط قيام الملك عند اليمين لينعقد وعند الشرط فقط ليثبت الجزاء لا فيما بين ذلك اذ لا حاجة اليه بخلاف ما اذا هلك كله لما ذكر فى الكتاب وهو ظاهر وجعل السائمة عاوفة كهلاك الكل لورود المغير على كل جزء منه بخلاف النقصان فى الذات ومن فروع المسئلة ما اذا كان له غنم للتجارة تساوى نصابا فماتت قبل الحول فسلخها ودبغ جلدها فتم الحول كان عليه فيها الزكاة ان بلغت نصابا ولو كان له عصير للتجارة فتخمر قبل الحول ثم صار خلا يساوى نصابا فتم الحول لا زكاة فيه قالوا الان فى الاول الصوف الذى على الجلد متقوم فيبقى الحول ببقائه والثانى بطل تقوم الكل بالخمرية فهلك كل المال انتهى الا أنه يخالف ما روى ابن سماعة عن محمد اشترى عصيرا بمائتى درهم فتخمر بعد أربعة أشهر فلما مضت سبعة أشهر أو ثمانية أشهر الا يوما صار خلا يساوى مائتى درهم فتمت السنة كان عليه الزكاة لانه عاد للتجارة كما كان (قوله ويضم الخ) حاصله أن عروض التجارة يضم بعضها الى بعض بالقيمة وان اختلفت أجناسها وكذا تضم هى الى النقدين بالاجماع والسوائم المختلفة الجنس لا تضم بالاجماع كالابل والغنم والنقدان يضم أحدهما الى الاخر فى تكميل النصاب عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ثم اختلف علماؤنا فى كيفية الضم فيهما على ما ذكر ثم انما يضم المستفاد قبل الوجوب فلو أخر الاداء فاستفاد بعد الحول لا يضمه عند الاداء ويضم الدين الى العين فلو كان عنده مائة وله دين مائة وجب عليه الزكاة وقوله (٢) كما فى السوائم افادة للقياس المذكور بجامع اختلاف الجنس حقيقة وهو ظاهر وحكما بدليل عدم جريان ربا الفضل بينهما مع كون الربا يثبت بالشبهة فاستفدنا عدم اعتبار شبهة اتحاد الجنس بينهما والاتحاد من حيث الثمنية لا يوجب اتحاد الجنس كالركوب فى الدواب بخلاف ضم العروض اليهما لانه ضم ذهب وفضة لان وجوب الزكاة فى العروض باعتبار القيمة والقيمة هما فالضم لم يقع الا فى النقود قلنا انما كانا نصاب الزكاة بسبب وصف الثمنية لانه المفيد لتحصيل الاغراض وسد الحاجات لا الخصوص اللون أو الجوهر وهذا لان ثبوت الغنا وهو السبب فى الحقيقة انما هو بذلك لا بغيره وقد اتحدا فيه فكانا جنسا واحدا فى حق الزكاة وان لم يعتبر الاتحاد فى حق غيره من الاحكام كالتفاضل فى البيع فحقيقة السبب الثمن المقدر بكذا اذا كان بصورة كذا وبكذا اذا كان بصورة كذا بخلاف الركوب فانه ليس المحقق للسببية فى السوائم فان الغنا لم يثبت باعتباره بل باعتبار ماليتها المشتملة على منافع شتى تستتبعها الحاجات أعظمها منفعة الاكل التى بها يقوم ذات المنتفع ونفسه ثم فيه ما ذكره مشايخنا عن بكير بن عبد الله بن الاشج قال من السنة أن يضم الذهب الى الفضة لايجاب الزكاة وحكم مثل هذا الرفع

أن عروض التجارة يضم بعضها الى بعض بالقيمة وان اختلفت أجناسها وكذلك يضم الى النقدين بلا خلاف والسوائم المختلفة الجنس كالابل والبقر والغنم لا يضم بعضها الى بعض بالاجماع وقوله (لان الوجوب فى الكل باعتبار التجارة) يعنى أن سبب وجوب الزكاة ملك النصاب النامى والنماء اما بالاسامة أو بالتجارة وليس كلامنا فى الاولى فتعين الثانية وقوله (وان افترقت جهة الاعداد) يعنى ان الافتراق فى الجهة يكون الاعداد من جهة العباد لاعدادها للتجارة وفى النقدين من جهة الله تعالى بخلقه الذهب والفضة للتجارة لا يكون مانعا عن الضم بعد حصول ما هو الاصل وهو النماء (ويضم الذهب الى الفضة) عندنا للمجانسة من حيث الثمنية فاذا كان ما هو أبعد فى المجانسة علة للضم وهو العروض فلان يكون فى الاقرب أولى وقوله (ومن هذا الوجه صار سببا) أى من حيث الثمنية صار كل واحد من الذهب والفضة سببا لوجوب الزكاة فكان هذا الوجه مشتركا بينهما فيوجب الضم ثم اختلف علماؤنا فى ذلك فعند أبى حنيفة يضم بالقيمة

(٦٧ - فتح القدير اول) (٢) لم يتقدم بهذا العنوان اه مصححه

وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه وفائدته تظهر فيمن كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب وتبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكاة عنده خلافا لهما وأما اذا كان عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم أو من أحدهما ثلث ومن الآخر ثلثان أو ربع وثلاثة أرباع فانه يضم بلا خلاف عندهم ودليلهما على ما ذكر في الكتاب واضح وهو يقول انما أوجبنا الضم بالمجانسة وهي انما تتحقق بالقيمة دون الصورة واعتبار الاجزاء اعتبار الصورة ومسئلة المصوغ ليست مما نحن فيه اذ ليس فيها ضم شئ الى شئ آخر حتى تعتبر القيمة فان القيمة في النقود انما تظهر شرعا عند مقابلة أحدهما بالآخر وههنا ليس كذلك

﴿باب فيمن يمر على العاشر﴾

ألحق هذا الباب بكتاب الزكاة اتباعا للمبسوط وشروح الجامع الصغير لمناسبة وهي أن العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر هو الزكاة بعينها الا أن هذا العاشر كما يأخذ من المسلم يأخذ من الذمي والمستأمن وليس المأخوذ منهما زكاة وقدم الزكاة على هذا الباب وعلى ما بعده لكونها عبادة محضة لا شائبة فيها للغير والعاشر مشتق من عشرت القوم اذا أخذت عشر أموالهم فهو تسمية للشئ باعتبار بعض أحواله وهو أخذه العشر من الحربي لا من المسلم والذمي على ما سيجئ

وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكاة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكاة في مصوغ وزنه أقل من مائتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

﴿باب فيمن يمر على العاشر﴾

(قوله وعندهما بالاجزاء) بأن يعتبر تكامل أجزاء النصاب من الربع والنصف وباقيها فاذا كان من الذهب عشرة يعتبر معه نصف نصاب الفضة وهو مائة فلو كان له مائة وخمسة مثاقيل تبلغ مائة لا زكاة عندهما لان المائة نصف نصاب والخمسة ربع نصاب فالحاصل أجزاء ثلاثة أرباع نصاب وعنده تجب لان الحاصل تمام نصاب الفضة معنى ثم قال في الكافي ولا تعتبر القيمة عند تكامل الاجزاء كمائة وعشرة دنانير لانه متى انتقص قيمة أحدهما تزداد قيمة الآخر فيمكن تكميل ما ينتقص قيمته بما زاد انتهى ولا يخفى أن مؤدى الضابط أن عند تكامل الاجزاء لا تعتبر القيمة أصلا لهما ولا لاحدهما حتى تجب خمسة في مائة وعشرة دنانير سواء كانت قيمة العشرة أقل من مائة خلافا لبعضهم أو أكثر كمائة وثمانين والتعليل المذكور لا يلائم الضابط على هذا الوجه بل انما يفيد وجوب اعتبار قيمة ما زاد عند انتقاص أحدهما بعينه دفعا لقول من قال في مائة وعشرة لا تساوي مائة لا زكاة فيها عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يعتبر القيمة وعلى اعتبارها لا يتم النصاب على هذا التقدير فدفع لانه ليس بلازم من مطلق اعتبار القيمة اعتبار قيمة أحدهما عينا فان لم يتم باعتبار قيمة الذهب بالفضة فانه يتم باعتبار تقويم الفضة بالذهب فاذا فرض أن العشرة تساوي ثمانين فالمائة من الفضة تساوي اثني عشر دينارا ونصفا فيتم بذلك مع العشرة دنانير اثنان وعشرون دينارا ونصف فتجب الزكاة وحاصل هذا أنه تعتبر القيمة من جهة كل من النقدين لا من جهة أحدهما عينا فكيف يكون تعليلا لعدم اعتبار القيمة مطلقا عند تكامل الاجزاء وعلى هذا فلو زادت قيمة أحدهما ولم تنقص قيمة الآخر كمائة وعشرة تساوي مائة وثمانين ينبغي أن تجب سبعة على قوله وهو الظاهر من المذكور في دليله من أن الضم ليس الا للمجانسة وانما هي باعتبار المعنى وهو القيمة لا باعتبار الصورة فيضمان بالقيمة فانه يقتضي تعين الضم بها مطلقا عند تكامل الاجزاء وعدمه ثم لم يتعرض المصنف للجواب عما استدل به من مسئلة المصوغ على أن المعتبر شرعا هو القدر فقط والجواب أن القيمة فيهما انما تظهر اذا قوبل أحدهما بالآخر وعند الضم لما قلنا انه بالمجانسة وهي باعتبار المعنى وهو القيمة وليس شئ من ذلك عند انفراد المصوغ حتى لو وجب تقويمه في حقوق العباد بان استهلك قوم بخلاف جنسه وظهرت قيمة الصنعة والجودة بخلاف ما اذا بيع بجنسه لأن الجودة والصنعة ساقطتا الاعتبار في الربويات عند المقابلة بجنسها

﴿باب فيمن يمر على العاشر﴾

آخر هذا الباب عما قبله لتمحض ما قبله في العبادة بخلاف هذا فان المراد باب ما يؤخذ ممن يمر على العاشر وذلك يكون زكاة كالمأخوذ من المسلم وغيرها كالمأخوذ من الذمي والحربي ولما كان فيه العبادة قدمه

﴿باب فيمن يمر على العاشر﴾

(قوله ألحق هذا الباب بكتاب الزكاة اتباعا للمبسوط وشروح الجامع الصغير لمناسبة وهي ان العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر هو الزكاة بعينها) أقول المأخوذ هو ربع العشر لا العشر الا أن يقال أطلق العشر وأراد به ربعه مجازا من باب ذكر الكل وارادة جزئه أو يقال العشر صار علما لما يأخذه العاشر سواء كان المأخوذ عشر الغو يا أو ربعه أو نصفه وسيجئ عن الشارح مثل هذا الكلام في شرح قول المصنف وكل شئ أخرجته الارض من باب زكاة الزروع والثمار فلا حاجة الى أن يقال العاشر تسمية الشئ باعتبار بعض أحواله كما لا يخفى

(قوله اذا مر على العاشر بمال) أى من الاموال الباطنة وانما قيدنا بذلك لان الاموال الظاهرة وهى السوائم لا يحتاج العاشر فيها الى مرور صاحب المال عليه فى ثبوت ولاية الاخذ له فانه يأخذ عشر الاموال الظاهرة منه وان لم يمر صاحب المال عليه وأما فى الاموال الباطنة فان الاداء لصاحب المال لكونها غير محتاجة الى الحماية لبطونها فاذا أخرجها الى المفازة احتاجت اليها فصارت كالسوائم فاذا مر التاجر على العاشر بمال مما ذكرنا وقال أصبته منذ أشهر يعنى لم يحل عليه الحول ولم يكن فى يده مال آخر من جنس هذا المال حال عليه الحول فانه لو كان لم يصدق لان الحول ليس بشرط فى المستفاد من الجنس أو قال على دين يعنى دينا مستغرقا له مطالب من جهة العباد وحلف على ذلك صدق وعرف العاشر بقوله من نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار

(اذا مر على العاشر بمال فقال أصبته منذ أشهر أو على دين وحلف صدق) والعاشر من نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار فمن أنكر منهم تمام الحول أو الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين (وكذا اذا قال أديتها الى عاشر آخر) ومراده اذا كان فى تلك السنة عاشرا آخر لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشرا آخر فى تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين (وكذا اذا قال أديتها أنا) يعنى الى الفقراء فى المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب فى صدقة السوائم فى ثلاثة فصول وفى الفصل الرابع وهو ما اذا قال أديت نفسى الى الفقراء فى المصر لا يصدق وان حلف وقال الشافعى يصدق لانه أوصل الحق الى المستحق ولنا أن حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة

على ما بعده من الخمس والعاشر فاعل من عشرت أعشر عشرا بالضم فيهما والمراد هنا ما يدور اسم العشر فى متعلق أخذه فانه انما يأخذ العشر من الحربى لا المسلم والذمى (قوله اذا مر على العاشر بمال الخ) مفهوم شرطه لو اعتبر اسم المال على ظاهره اذا لم يمر بمال لا يأخذ منه العاشر وليس كذلك فانه يأخذ من الاموال الظاهرة وان لم يمر بها فوجب تقييده بالباطن فيتقيد به مفهوم شرطه أى اذا لم يمر عليه بمال باطن لا يأخذ منه فيصدق (قوله والعاشر من نصبه الامام الخ) فيه قيد زاده فى المبسوط وهو أن يأمن به التجار من اللصوص ولا بد منه ولان أخذه من المستأمن والذمى ليس الا للحماية وثبوت ولاية الاخذ من المسلم أيضا لذلك وقوله ليأخذ الصدقات تغليبا لاسم العبادة على غيرها (قوله والقول قول المنكر مع اليمين) والعبادات وان كانت يصدق فيها بلا تحليف لكن تعلق به هنا حق العبد وهو العاشر فى الاخذ فهو يدعى عليه معنى لو أقر به لزمه فيحلف لرجاء النكول بخلاف حد القذف لان القضاء بالنكول متعذر فى الحدود على ما عرف وبخلاف الصلاة والصيام لانه لا مكذب له فيها فاندفع قول أبى يوسف رحمه الله لا يحلف لانها عبادة وكذا اذا قال هذا المال ليس للتجارة أو هو بضاعة لفلان وكل ما وجوده مسقط (قوله يعنى الى الفقراء فى المصر) قيد بالمصر لانه لو أدى الى الفقراء بعد خروجه الى السفر لم يسقط حق أخذ العاشر لان ولاية الاداء بنفسه انما كان فى الاموال الباطنة حال كونه فى المصر وبمجرد خروجه مسافرا انتقلت الولاية عنه الى الامام (قوله فى ثلاثة فصول) هى السابقة على قوله أديت الى الفقراء (قوله الى المستحق) فصار كالمشترى من الوكيل اذا دفع الثمن الى الموكل (قوله ولنا أن حق الاخذ للسلطان) يمكن أن يضمن منع كونه أوصل الى المستحق بل المستحق الامام والحق أن الامام مستحق الاخذ والفقير مستحق التملك والانتفاع فحاصله أن هنالك مستحقين فلا يملك ابطال حق واحد منهما

وفوض بأنه يأخذ من الكافر وليس المأخوذ منه صدقة وأجيب بأن الاصل فى نصبه أخذ الصدقات لان فيه اعانة للمسلم على أداء العبادة وما عداها تابع لا يحتاج الى تنصيصه بالذكر وقوله (فمن أنكر تمام الحول) يعنى بقوله أصبت منذ أشهر (أو الفراغ من الدين) بقوله أو على دين (كان منكرا للوجوب والقول قوله مع يمينه) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن قوله منذ أشهر لا يدل على ما دون الحول فكيف عبر عنه بقوله فمن أنكر تمام الحول والثانى ان الزكاة عبادة خالصة فكانت بمنزلة الصوم والصلاة ولا يشترط للتصديق فيهما التحليف وأجيب عن الاول بأن الاشهر تقع على العشرة فما دونها لكونه جمع قلة والاصل فى الكلام الحقيقة وعن الثانى بأنها

وان كانت عبادة لكن تعلق بها حق العاشر فى الاخذ وحق الفقير فى الانتفاع به فالعاشر بعد ذلك يدعى عليه معنى لو أقر به لزمه فيستحلف لرجاء النكول كما فى سائر الدعاوى بخلاف الصوم والصلاة فانه لم يتعلق بهما حق العبد ولا يلزم حد القذف فانه لا يستحلف فيه اذا أنكر وان تعلق به حق العبد لان القضاء بالنكول فى الحدود متعذر على ما عرف وقوله (وكذا اذا قال أديت الى عاشر آخر) ظاهر

(قوله أى من الاموال الباطنة الخ) أقول فيه بحث ألا يرى الى قول المصنف وكذا الجواب فى صدقة السوائم (قوله وان لم يمر صاحب المال عليه) أقول ممنوع فان العاشر من نصبه الامام على الطريق الخ فلا يكون له ولاية على من لم يمر فتأمل (قوله ولم يكن فى يده مال) أقول الواو للحال (قوله لم يصدق) أقول يصدق ولكن لا يفيد فالاولى أن يقال لم يفد (قوله أو قال على دين) أقول معطوف على قوله وقال أصبت منذ أشهر قال المصنف (وكذا الجواب فى صدقة السوائم فى ثلاثة فصول) أقول هى السابقة على قوله أديتها أنا

وقوله (ثم قيل الزكاة هو الاول) بناء على ما لاصحابنا من الطريقين في هذه المسئلة أحدهما أنه اذا كان صادقا فيما قال يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى والثاني أنه لا يبرأ فمن اختار الاول قال الزكاة هو الاول كما لو خفي على الساعي مكان ماله فأدى صاحب المال زكاته وقع زكاة (والثاني سياسة) مالية زجرا لغيره عن الاقدام عما ليس اليه (ومن اختار الثاني قال الزكاة هو الثاني والاول ينقلب نفلا) كمن صلى يوم الجمعة الظهر في منزله ثم سعى الى الجمعة فأداها وهو الذي اختاره المصنف وقال (هو الصحيح) احترازا عن القول الاول ووجه الصحة أنه لما ثبت ولاية الاخذ للسلطان شرعا في الاموال الظاهرة كان أداء رب المال فرضا لغوا كما لو أدى الجزية الى المقاتلة بنفسه وقوله (لم يشترط اخراج البراءة) أي العلامة وهي اسم لخط الابراء من برئ من الدين والعيب براءة والجمع براآت والبراوات عامي كذا في المغرب وقوله (فيجب ابرازها) أي اظهار العلامة كمن ادعى على آخر شجة أو قطعا فانه يجب عليه ابراز علامتهما (وجه الاول) وهو رواية الجامع (ان الخط يشبه الخط) فلا يمكن جعله حكما (فلم يعتبر علامة) قال في المبسوط والجامع الصغير للتمرتاشي وهو الصحيح ثم على قول من يقول باشتراط العلامة هل يشترط معها اليمين قال الامام التمرتاشي ان لم يحلف لم يصدق عند أبي حنيفة وصدق عندهما قيل في كلام المصنف نظر وهو انه قال ثم فيما يصدق في السوائم وأموال التجارة ولا شك أنه في السوائم يصدق في ثلاثة فصول وفي أموال التجارة في أربعة كما تقدم فينبغي أن يشترط اخراج البراءة في الجميع ولا يتصور ذلك فيما اذا قال على دين أو أصبته منذ أشهر أو أديتها الى الفقراء في المصر وانما يتصور ذلك في صورة واحدة وهو أن يقول أديته الى عاشر آخر وفي تلك السنة عاشر آخر وأجيب بأنه ذكر العام وأراد الخاص أي الصورة المذكورة مجازا وقوله (فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف) يعني أن تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان الشيء المضعف على أوصاف المضعف عليه والا لكان تبديلا لا تضعيفا

ثم قيل الزكاة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم وأموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول أن الخط يشبه الخط فلا يعتبر علامة قال (وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي) لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فتراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف

وجر الحق الذي فوته ليس الا باعادة الدفع اليه وحينئذ يجيء النظر في المدفوع ما هو الواقع زكاة منهما قبل الاول والثاني سياسة والمفهوم من السياسة هنا كون الآخذ ليزجر عن ارتكاب تفويت حق الامام وقيل الثاني وينقلب الاول نفلا لان الواجب كون الزكاة في صورة المرور ما يأخذه الامام ويدفعه ولم يوجد في السابق ووجد في اللاحق وانفساخ السابق الناقص للاحق الكامل ثابت في الشرع كبطلان الظهر المؤدى يوم الجمعة بأداء الجمعة فينفسخ مثله بجامع توجه الخطاب بعد الاداء بفعل الثاني مع امتناع تعدد الفرض في الوقت الواحد وهذا هو الصحيح وهو يفيد أن للامام أن يأخذ منه ثانيا وان علم صدقه ولا ينافي كون الاخذ للسياسة انفساخ الاول ووقوع الثاني زكاة بادنى تأمل (قوله ثم فيما يصدق الخ) أطلق فيما يصدق ومقتضاه أنه اشترط في الاصل اخراجها في قوله أديت الى الفقراء واخواتها لكنه اعتمد في تقييده على عدم تأتي صحته اذ لا يشكل أنه لا يأخذ من الفقراء براءة ولا من الدائن ولا يمكن في قوله أصبته منذ شهر وتأخير المصنف وجه الاول يفيد ترجحه عنده وحاصله منع كونه علامة اذ لا يلزم الانتقال منه الى الجزم بكونه دفع الى العاشر لان الخط لا ينطق وهو متشابه ثم هل يشترط اليمين مع البراءة على قول مشترطها اختلف فيه قيل على قول أبي حنيفة لم يصدق وعلى قولهما يصدق ولا يخفى بعد قولهما ان كان لان اليمين بحسب ظاهر حال المتدين أدل من الخط فكيف يمكن تركها اليها وليذكر هنا قوله في باب شروط الصلاة والاستخبار فوق التحري بيانا للزومه تفريعا على قوله لان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه ولم يرد به القطعي لان الاستخبار لا يفيد قطعا (قوله فتراعى تلك الشرائط) من الحول والنصاب والفراغ من الدين وكونه للتجارة لانه في معنى الزكاة كصدقة بني تغلب تحقيقا للتضعيف فان تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان والا كان تبديلا لكن بقي أنه أي داع الى اعتباره تضعيفا الا ابتداء وظيفة عند دخوله تحت الحماية لا بد له من دليل وبنو تغلب روعي فيهم ذلك لوقوع الصلح عليه والمروي عن عمر في رواية محمد بن الحسن عن أبي حنيفة عن أبي صخر الحماربي عن زياد بن خدير قال بعثني عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى عين التمر مصدقا فأمرني أن آخذ من المسلمين من أموالهم اذا اختلفوا بها للتجارة ربع العشر ومن أموال أهل الذمة نصف العشر ومن أموال أهل الحرب

(قوله قيل في كلام المصنف نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله يعني ان تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان المضعف على أوصاف المضعف عليه الخ) أقول فيه بحيث فان المضعف عليه زكاة وليس المضعف كذلك فالظاهر أنه وظيفة ابتدائية وليس بتضعيف والتصديق لقوله صلى الله عليه وسلم لهم مالنا الحديث فليتأمل

وقوله (ولا يصدق الحربي) يعني في الفصول كلها (الا في الجواري يقول هن أمهات أولادي أو غلمان معه يقول هم أولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من الاموال يحتاج اليها) وانما لم يصدق في شئ من الفصول لعدم الفائدة في تصديقه لانه لو قال لم يتم الحول على مالي ففي الاخذ منه لا يعتبر الحول لان اعتبار الحول لتمام الحماية لتحصيل النماء والحماية للحربي تتم بنفس الامان اذ لو لم يكن الامان صار مسبيا مع أمواله ولو قال علي دين فالدين الذي وجب عليه في دار الحرب لا يطالب به في دارنا وان قال المال بضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا أمان وان قال ليس للتجارة يكذبه الظاهر لانه لا يتكلف للنقل الى غير داره ما لم يكن لها وان قال أديتها الى عاشر آخر لم يلتفت اليه لان المأخوذ منه أجرة الحماية وقد وجدت بنفس الامان كما مر آنفا ولو قال أديتها أنا كذبه اعتقاده غير أن اقراره بنسب من في يده منه صحيح لان كونه حربيا لا ينافي الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار الاسلام يثبت في دار الحرب وبه يخرج من أن يكون مالا والاخذ لا يكون الا من المال المملوك به قال (ويؤخذ من المسلم ربع العشر) روى الشيخ أبو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نصب العشار فقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر وكان هذا بمحضر الصحابة من غير خلاف فكان اجماعا والمعنى الفقهي فيه ما قيل انما يؤخذ من المسلم ربع العشر لقوله صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشور أموالكم من كل أربعين درهما درهم وانما ثبتت ولاية الاخذ للعاشر لحاجته الى الحماية وحاجة الذمي الى الحماية أكثر لان طمع اللصوص في أموال أهل الذمة أوفر فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم كما في صدقات بني تغلب ثم الحربي من الذمي بمنزلة الذمي من المسلم ألا ترى أن شهادة أهل الحرب على أهل الذمة غير مقبولة كما لا تقبل شهادة الذمي على المسلم وشهادة أهل الذمة على أهل الحرب ولهم مقبولة كشهادة المسلم على الذمي ثم الذمي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فكذلك الحربي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من الذمي تضعيفا لانبديلا (وان مر حربي بخمسين درهما لا يؤخذ منه شئ الا أن يكونوا يأخذون منا من مثلها) لان الاخذ منهم بطريق المجازاة اليه أشار عمر رضي الله عنه لما سئل حين نصب العشار فقيل له كم نأخذ مما مر به الحربي فقال كم يأخذون منا فقالوا العشر فقال خذوا منهم العشر ولسنا نعني بقولنا بطريق المجازاة أن أخذنا لمقابلة أخذهم أموالنا فان أخذهم أموالنا ظلم وأخذنا أموالهم حق لكن المقصود أنا اذا عاملناهم بمثل ما يعاملوننا كان ذلك أقرب الى مقصود الامان واتصال التجارات لا يقال في كلام المصنف تناف لانه قال قبل هذا

(ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن أمهات أولادي أو غلمان معه يقول هم أولادي) لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير أن اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا بأمومية الولد لانها تبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال قال (ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر) هكذا أمر عمر رضي الله عنه سعاته (وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شئ الا أن يكونوا يأخذون منا من مثلها)

الحرب العشر لا يدل على ذلك الاعتبار وكذا ما رواه عبد الرزاق بسنده وغيره والمعنى الذي ذكروه وهو أنه أحوج الى الحماية من المسلم فيؤخذ منه ضعفه لا يقتضي ذلك لجواز أن يكون بسبب ما ذكر أخذ منه أكثر واختير مثلاه ألا ترى أن باقي هذا المعنى وهو قولهم والحربي من الذمي بمنزلة الذمي من المسلم ألا ترى أن شهادة الذمي عليه وله جائزة كشهادة المسلم على الذمي والذي يؤخذ من الذمي ضعف ما يؤخذ من المسلم فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من الذمي لم يوجب اعتبار تلك الشروط فيما يؤخذ من الحربي فلو اقتضى هذا المعنى اعتباره تضعيف عين المأخوذ من الذمي لزم مراعاتها (قوله ولا يصدق الحربي الا في الجواري الخ) العبارة الجيدة أن يقال ولا يلتفت أو لا يترك الاخذ منه لا ولا يصدق لانه لو صدق بان ثبت صدقه ببينة عادلة من المسلمين المسافرين معه في دار الحرب أخذ منه فان المأخوذ ليس زكاة ليكف عنه لعدم الحول ووجود الدين وان قال هو بضاعة فهو أحوج الى الحماية من مال المستأمن اذ لا أمن لصاحب المال بل للمال بخلاف النسب فانه يثبت في دار الحرب كهو في دار الاسلام وبه يخرج من أن يكون مالا أما على قوله فظاهر وأما على قولهما فاذا كانوا يدينون ذلك كما اذا مر بجلود الميتة فان الاخذ منه عنها على هذا التفصيل والحاصل أنه لا يؤخذ الا من مال وان قال هم مدبرون لا يلتفت اليه لان التدبير لا يصح

(قوله ثم الحربي من الذمي بمنزلة الذمي من المسلم الخ) أقول الاظهر أن يقول ثم الحربي أحوج الى الحماية من الذمي فان الذمي بدخوله تحت الذمة كان كواحد من المسلمين له مالهم وعليه ما عليهم بخلاف الحربي فكان الطمع في ماله أقوى وما ذكره الشارح من باب الولاية ليس مما نحن بصدده في شئ (قوله ان أخذنا بمقابلة أخذهم الخ) أقول لا يلزم من كون أخذنا بمقابلة أخذهم أن يكون أخذنا ظلما ألا ترى أن القصاص بمقابلة قتل النفس ظلما النفس بالنفس مع انه حق وكذا سائر الاجزية الشرعية

لان الاخذ منهم بطريق الحماية وقال ههنا لان الاخذ منهم بطريق المجازاة واذا كان الاخذ معلولا لاحدهما لا يكون معلولا لغيره لئلا يتوارد علتان على معلول واحد بالشخص لانا نقول الاخذ منهم معلول للحماية وأما المقدار المعين وهو العشر فمعلول للمجازاة الخ ولا تنافي في ذلك وقوله (بخلاف المسلم) واضح وقوله (فان أعياكم فالعشر) تقول عييت بأمري اذا لم تهتد لوجهته وأعياني هو وقيل مأخوذ من العي وهو الجهل فان أعياكم أي جهلكم يعني اذا اشتبه الحال بأن لم يعلم العاشر ما يأخذون من تجارنا يؤخذ منه العشر وقوله (لانه غدر) أي لوقوعه بعد الحماية والغدر حرام قال صلى الله عليه وسلم وفاء لا غدر وهذا قول بعض المشايخ وقال بعضهم يؤخذ منه جميع ما في يده الا قدر ما يبلغه مأمنه

لانا مأمورون بتبليغه مأمنه لقوله تعالى ثم أبلغه مأمنه وقال بعضهم يؤخذ منه الكل لان الاخذ بطريق المجازاة فيجازيهم بمثل صنيعهم ليتزجروا وقوله (وان مر حربي على عاشر الخ) حاصله أن العشر انما يتكرر فيما يمر به بكمال الحول أو بتجديد العهد بالرجوع الى دار الحرب ثم بالمرور على العاشر وان كان في يومه ذلك فاذا لم يوجد شئ منهما لم يعشره ثانيا لما روى أن نصرانيا مر بفرس له على عاشر عمر رضي الله عنه فعشره ثم مر به ثانيا فهم أن يعشره فقال النصراني كلما مررت بك عشرتني اذا يذهب فرسي كله فترك الفرس عنده وذهب الى عمر رضي الله عنه فلما دخل المدينة أتى المسجد فوضع يده على عتبتي الباب فقال يا أمير المؤمنين أنا الشيخ النصراني فقال أمير المؤمنين أنا الشيخ الحنيفي فقص النصراني القصة فقال عمر رضي الله عنه أتاك الغوث فنكس رأسه ورجع الى ما كان فيه فظن النصراني أنه استخف بظلامته عينا فرجع كالخائب فلما انتهى الى فرسه وجد كتاب عمر قد سبقه انك ان أخذت العشر مرة فلا تأخذه مرة أخرى فقال النصراني ان دينا يكون العدل فيه بهذه الصفة لحقيق أن يكون حقا فأسلم فان قيل كلام المصنف متناقض لانه قال حتى يحول الحول ثم قال لا يمكن من المقام الا حولا والمراد به الاقرب من الحول لانه لا يمكن من الاقامة حولا كاملا أجيب بأن مراده بقوله حتى يحول الحول اذا لم يعلم الامام بحاله حتى يحول الحول فانه يأخذ ثانيا

لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكاة أو ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكاة لا نأخذ من القليل وان كانوا يأخذون منا منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية قال (وان مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر) لقول عمر رضي الله عنه فان أعياكم فالعشر (وان علم أنهم يأخذون منا ربع العشر أو نصف العشر نأخذ بقدره وان كانوا يأخذون الكل لا نأخذ الكل) لانه غدر (وان كانوا لا يأخذون أصلا لا نأخذ) ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا أحق بمكارم الاخلاق قال (وان مر حربي على عاشر فعشره ثم مر مرة أخرى لم يعشره حتى يحول الحول) لان الاخذ في كل مرة استئصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من الاقامة الا حولا والاخذ بعده لا يستأصل المال

في دار الحرب (قوله لان الاخذ منهم بطريق المجازاة) أي أخذهم بكمية خاصة بطريق المجازاة لا أصل الاخذ فانه حق منا وباطل منهم فالحاصل أن دخوله في الحماية أوجب حق الاخذ للمسلمين ثم ان عرف كمية ما يأخذون من تجارنا أخذنا منهم مثله مجازاة الا ان عرف أنهم يأخذون الكل فلا نأخذه على المختار بل نبقي معه قدر ما يبلغه الى مأمنه وقيل نأخذ الكل مجازاة زجرا لهم عن مثله معنا فلنا ذلك بعد اعطاء الامان غدر ولا نتخلق نحن به لتخلقهم به بل نهينا عنه وصار كما لو قتلوا الداخل اليهم بعد اعطائه الامان نفعل ذلك لذلك والا أن يكون قليلا على رواية كتاب الزكاة لان القليل لم يزل عفوا ولانه يستحب للنفقة ودفع الحاجة فكان كالمعدوم وعلى رواية الجامع يجازون بالاخذ منه وان لم يعرف كمية ما يأخذون فالعشر لانه قد ثبت حق الاخذ بالحماية وتعذر اعتبار المجازاة فقدر بمثلي ما يؤخذ من الذمي لانه أحوج الى الحماية منه ولما قلناه آنفا وان عرف أنهم يتركون الاخذ من تجارنا تركنا نحن حقنا لتركهم ظلمهم لان تركهم اياه مع القدرة عليه تخلق منهم بالاحسان الينا ونحن أحق بمكارم الاخلاق منهم (قوله لم يعشره الخ) هذا اذا كانت المرة الثانية قبل الدخول الى دار الحرب لما سيصرح به من أنه لو رجع الى دار الحرب ثم خرج أخذ منه ثانيا ولو كان في يوم واحد لقرب الدارين واتصالهما كما في جزيرة الاندلس (قوله لان الاخذ في كل مرة استئصال للمال) فيعود على موضوع الامان بالنقض (قوله الا حولا) ليس كذلك والصواب ما في بعض النسخ بدون لفظة الا لتقلها نسخة في الكافي ولا شك أن هذه من سهو الكاتب لانه لا يمكن حولا بل دونه ويقول له الامام اذا دخل ان أقمت حولا ضربت عليك الجزية فان فعل ضرب بها عليه ثم لا يمكنه من العود أبدا لما فيه من تفويت حق المسلمين في الجزية وجعله

(قوله لانا نقول الاخذ منهم معلول للحماية) أقول لم لا يجوز أن يكون فيما يؤخذ من الحربي معنى الحماية والمجازاة أيضا كما في نظائره من العشر مثلا ثم لو كان نفس الاخذ معلولا للحماية كان ينبغي أن يوجد منهم وان لم يأخذوا منا وجوابه ظاهر

قال (وان مر ذمي بخمر أو خنزير عشر الخمر دون الخنزير) اذا مر الذمي على العاشر بخمر أو خنزير بنية التجارة وتبلغ القيمة مائتي درهم ففيه أربعة أقوال كما ذكره في الكتاب وانما فسر بقوله (أي من قيمتها) احترازا عن قول مسروق رحمه الله فانه يقول يعشر عينها ونفيا لظاهر ما يفهم فان السامع يفهم منه أنه يعشر عين الخمر والمسلم منهي عن اقترابها ثم الشافعي رحمه الله مر على أصله بأنه لا مالية ولا قيمة لواحد منهما حتى لو أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره لا يضمن عنده وزفر رحمه الله سوى بينهما لاستوائهما في المالية عنده فان المسلم اذا أتلف خنزير الذمي ضمنه كما لو أتلف خمره وأبو يوسف اعتبر التبعية فجعل الخنزير تابعا للخمر لان الخمر أقرب الى المالية بواسطة التخليل وقد يثبت الحكم تبعا وان لم يثبت مقصودا ووجه الفرق على ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب من الوجهين وهو ظاهر وقد اعترض على كل واحد منهما أما على الاول فلأنه منقوض بما ذكره في الشفعة من هذا الكتاب فقال واذا اشترى ذمي دارا بخمر أو خنزير وشفيعها ذمي الى أن قال وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير فلو كان لقيمة الخمر والخنزير حكمه لما أخذ بقيمته كما لا يأخذها بعينه وبمسئلة الغصب والاتلاف فان المسلم اذا أتلف خنزير الذمي يضمن بقيمته ولو كان لها حكم العين لما ضمنها كما لا يضمن عينها وأما على الثاني فبان المسلم أو الذمي اذا غصب خنزير ذمي وتحاكما الى القاضي يأمره القاضي بالرد والتسليم وذلك حماية له وأجيب عن الاول بأن قيمة ذوات القيم بمنزلة عينها من وجه دون وجه لانها ليست بمنزلة عينها من حيث الحقيقة وبمنزلتها من حيث ان

(فان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره أيضا) لانه رجع بأمان جديد وكذا الاخذ بعده لا يقضي الى الاستئصال (وان مر ذمي بخمر أو خنزير عشر الخمر دون الخنزير) وقوله عشر الخمر أي من قيمتها وقال الشافعي لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال أبو يوسف يعشرهما اذا مر بهما جملة كأنه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر أن القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه لا لتخليل فكذا

عينا علينا بعد علمه بعد اخلنا ومخارجنا وذلك زيادة شر علينا فلا يجوز تمكينه غير أنه ان مر عليه بعد الحول ولم يكن له علم بمقامه حولا عشره ثانيا ز جراله عن ذلك ويرده الى دارنا والاصل أن حكم الامان لا يتجدد الا بتجدد الحول أو تجدد الدخول الى دار الاسلام لانتهاء الامان الاول بالعود الى دار الحرب فيحتاج الى أمان جديد اذا خرج (قوله أي من قيمتها) فسر به كي لا يذهب الوهم الى مذهب مسروق أنه يأخذ من عين الخمر وطريق معرفة قيمتها أن يرجع الى أهل الذمة (قوله تبعا للخمر) دون العكس لانها أظهر مالية لانها قبل التخمر مال وبعده كذلك بتقدير التخلل وليس الخنزير كذلك ولهذا اذا عجز المكاتب ومعه خمر يصير ملكا للمولى لا الخنزير وكم من شئ يثبت تبعا لا قصدا كوقف المنقول (قوله ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين) استشكل عليه مسائل الاولى ما في الشفعة من قوله اذا اشترى ذمي دارا بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم أخذها بقيمة الخمر والخنزير ثانيها لو أتلف مسلم خنزير ذمي ضمن قيمته ثالثها لو أخذ ذمي قيمة خنزيره من ذمي وقضى بها دينا للمسلم عليه طاب للمسلم ذلك وأجيب عن

ذمي وقضى بها دينا للمسلم عليه فانه جائز ولو كان أخذ القيمة كأخذ العين لما جاز القضاء وأجيب بأنه لما قضى بها دينا عليه وقعت المعاوضة بينه وبين صاحب الدين وعند ذلك يختلف السبب واختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان على ما عرف وعن الثاني بان المراد أن من ليس له ولاية حماية خنزير نفسه ليس له ولاية حماية خنزير غيره لغرض يستوفيه والعاشر لو حماه حماه كذلك بخلاف القاضي

قول المصنف (ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين) أقول قال ابن الهمام استشكل عليه مسائل الاولى ما في الشفعة من قوله اذا اشترى ذمي دارا بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم أخذها بقيمة الخمر والخنزير ثانيها لو أتلف مسلم خنزير ذمي ضمن قيمته ثالثها لو أخذ ذمي قيمة خنزيره من ذمي وقضى بها دينا للمسلم عليه طاب للمسلم ذلك وأجيب عن الاخير بأن اختلاف السبب كاختلاف العين شرعا وملك المسلم بسبب آخر وهو قبضه عن الدين وعما قبله بأن المنع لسقوط المالية في العين وذلك بالنسبة الينا لا اليهم فيتحقق المنع بالنسبة الينا عند القبض والحيازة لا عند دفعها اليهم لان غايته أن يكون كدفع عينها وهو تبعيد وازلة فهو كتسييب الخنزير والانتفاع بالسرقين باستهلاكه اه وفيه بحث لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر والخنزير وفي الدفع ذلك فلا بد من ضم كلام آخر كما في العناية قال العلامة الكاكي وفي الكافي أقيمت القيمة مقام العين في حق العبد وهو الشفعة لاحتياجه ولم يقم مقامها في حق الشرع لاستغنائه فقلنا بعشر الخمر دون الخنزير ولا نا نقول لو لم يأخذ الشفيع يبطل حقه أصلا فبالضرورة لم تعط القيمة حكم العين ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع اه

الاداء لا يمكن الا بالتعيين ولا تعيين الا بالتقويم فأخذت القيمة حكم العين من هذا الوجه ولهذا اذا تزوج الذمي امرأة على خنزير بعينه ثم أتاها بالقيمة أجبرت على قبولها كما لو أتاها بعينه فلما دارت القيمة بين أن تكون بمنزلة العين وبين أن لا تكون أعطيت حكم العين في حق الاخذ والحيازة وهو في باب الزكاة ولم تعط في حق الاعطاء لانه موضع ازالة وتبعيد وهو في باب الشفعة والاتلاف ونقض بذمي أخذ قيمة خنزير له استهلكه

يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره (ولو مر صبي أو امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شئ وعلى المرأة ما على الرجل) لما ذكرنا في السوائم (ومن مر على عاشر بمائة درهم وأخبره أن له في منزله مائة أخرى قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها) لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته (ولو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها) لانه غير مأذون بأداء زكاته قال (وكذا المضاربة) يعني اذا مر المضارب به على العاشر وكان أبو حنيفة يقول أولا يعشرها القوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكرنا في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في أداء الزكاة الا أن يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له (ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره) وقال أبو يوسف لا أدري أن أبا حنيفة رجع عن هذا أم لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما أنه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك أو للشغل قال (ومن مر على عاشر الخوارج في أرض قد غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة) معناه اذا مر على عاشر أهل العدل لان التقصير جاء من قبله حيث انه مر عليه

الاخير بأن اختلاف السبب كاختلاف العين شرعا وملك المسلم بسبب آخر وهو قبضه عن الدين وعما قبله بأن المنع لسقوط المالية في العين وذلك بالنسبة الينا لا اليهم فيتحقق المنع بالنسبة الينا عند القبض والحيازة لا عند دفعها اليهم لان غايته أن تكون كدفع عينها وهو تبعيد وازالة فهو كتسييب الخنزير والانتفاع بالسرقين باستهلاكه (قوله لا يحميه على غيره) أو رد عليه مسلم غصب خنزير ذمي فرفعه الى القاضي بأمره برده عليه وذلك حماية على الغير أجيب بتخصيص الاطلاق أي لا يحميه على غيره لغرض يستوفيه فخرج حماية القاضي (قوله لقوة حق المضارب) حتى كان له أن يبيع من المالك فصار كالمالك فكان حضوره كحضور المالك (قوله ولا نائب عنه) والزكاة تستدعي نية من عليه وهو كالمالك في التصرف الاسترباحي لا في أداء الزكاة بخلاف حصة المضارب لانه يملكها فيؤخذ منه عنها وفيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن استحقاق الربح بطريق الجعل فلا يملك الا بالقبض كعمالة عامل الصدقة (قوله وقيل في الفرق بينهما) لا يخفى عدم تأثير هذا الفرق فان مناط عدم الاخذ من المضارب وهو القول المرجوع اليه كونه ليس بمالك ولا نائب عنه فليس له ذلك ولانه لا نية حينئذ ومجرد دخوله في الحماية لا يوجب الاخذ لا مع وجود شروط الزكاة على ما مر أول الباب فلا أثر لما ذكر من الفرق فالصحيح أنه لا يأخذ من المأذون كما صححه في الكافي (قوله لانعدام الملك فيما في يده) أي على قول أبي حنيفة أو الشغل على قولهما (قوله لان التقصير جاء من قبله الخ) بخلاف ما لو غلب الخوارج على بلدة فأخذوا زكاة سوائمهم لا يثنى عليهم الامام لانه لا تقصير من المالك بل من الامام ومن مر برطاب اشتراها للتجارة كالبطيخ والقثاء ونحوه لم يعشره عند أبي حنيفة وقالا يعشره لاتحاد الجامع وهو حاجته الى الحماية وهو يقول اتحاد الجامع انما يوجب الاشتراك في الحكم عند عدم المانع وهو ثابت هنا فانها تفسد بالاستبقاء وليس عند العامل فقراء في البر ليدفع لهم فاذا بقيت ليجدهم فسدت فيفوت المقصود فلو كانوا عنده أو أخذ ليصرف الى عماله كان له ذلك

وقوله (ولو مر صبي أو امرأة) ظاهر وقوله (ومن مر على العاشر بمائة) يعني سواء كان مسلما أو ذميا وقوله (لانه غير مأذون بأداء زكاته) يعني هو مأذون بالتجارة فقط فلو أخذ أخذ غير الزكاة وليس له أخذ شئ سوى الزكاة وقوله (ولا نائب عنه) أي انما هو نائب في التجارة لا غير والنائب تقتصر ولايته على ما فوض اليه فكان بمنزلة المستبضع وقوله (ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم) ظاهر والصحيح أن الرجوع في المضارب رجوع في العبد المأذون كذا قال فخر الاسلام وصاحب الايضاح وقوله (الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله فانه لا يؤخذ منه شئ سواء كان معه مولاه أو لم يكن لانعدام الملك) يعني عند أبي حنيفة (أو للشغل) أي عندهما فان الشغل بالدين مانع عن وجوب الزكاة وقوله (ومن مر على عاشر الخوارج) واضح

أخر باب المعدن عن العاشر لان العشر أكثر وجودا والمال المستخرج من الارض له أسام ثلاثة الكنز والمعدن والركاز والكنز اسم لما دفنه بنو آدم والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى فى الارض يوم خلق الارض والركاز اسم لهما جميعا والكنز مأخوذ من كنز المال كنزا جمعه والمعدن من عدن بالمكان أقام به والركاز من ركز الرمح أى غرزه وعلى هذا جاز اطلاقه عليهما جميعا لان كل واحد منهما مركوز فى الارض أى مثبت وان اختلف الراكز وعلى كل واحد منهما بانفراده والمراد بالمذكور فى لقب الباب الكنز لمعنيين أحدهما أن هذا الباب يشتمل على بيان المعادن والكنوز على ما يجىء والثانى أنه لو أريد به

المعدن لزم التكرار لانه يكون تقدير كلامه باب فى المعادن والمعادن وان أريد المعادن والكنز كان تقديره باب فى المعادن والمعادن والكنز قال (معدن ذهب أو فضة) المستخرج من المعادن أنواع ثلاثة جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر وجامد لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ ومائع لا ينجمد كالماء والقير والنفط ومسائل هذا الباب على خمسة عشر وجها لان الذهب أو الفضة الذى يوجد اما أن يكون معدنا أو كنزا وكل ذلك لا يخلو اما أن يوجد فى حيز دار الاسلام أو حيز دار الحرب وكل ذلك لا يخلو عن ثلاثة أوجه اما أن يوجد فى مفازة لا مالك لها أو فى أرض مملوكة أو فى دار والموجود كنز لا يخلو عن ثلاثة أوجه أيضا اما أن يكون على ضرب أهل الاسلام أو على ضرب أهل الجاهلية أو اشتبه الحال

﴿ باب المعدن والركاز ﴾

قال (معدن ذهب أو فضة أو حديد أو رصاص أو صفر

﴿ باب فى المعدن والركاز ﴾

المعدن من العدن وهو الاقامة ومنه يقال عدن بالمكان اذا أقام به ومنه جنات عدن ومركز كل شئ معدنه عن أهل اللغة فأصل المعدن المكان بقيد الاستقرار فيه ثم اشتهر فى نفس الاجزاء المستقرة التى ركبها الله تعالى فى الارض يوم خلق الارض حتى صار الانتقال من اللفظ اليه ابتداء بلا قرينة والكنز للثبت فيها من الاموال بفعل الانسان والركاز يعمهما لانه من الركز مرادا به المركوز أعم من كون راكزه الخالق أو المخلوق فكان حقيقة فيهما مشتركا معنويا وليس خاصا بالدفين ولو دار الامر فيه بين كونه مجازا فيه أو متواطئا اذ لا شك فى صحة اطلاقه على المعدن كان التواطؤ متعينا واذا عرف هذا فاعلم أن المستخرج من المعدن ثلاثة أنواع جامد يذوب وينطبع كالنقدين والحديد وما ذكره المصنف معه وجامد لا ينطبع كالجص والنورة والكحل والزرنيخ وسائر الاحجار كالياقوت والملح وما ليس بجامد كالماء والقير والنفط ولا يجب الخمس الا فى النوع الاول وعند الشافعى لا يجب الا فى النقدين على الوجه الذى ذكر فى الكتاب استدل الشافعى على مطلوبه بما روى أبو حاتم من حديث عبد الله بن نافع عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الركاز العشور قال الشيخ تقى الدين فى الامام ورواه يزيد بن عياض عن نافع وابن نافع ويزيد كلاهما متكلم فيه ووصفهما النسائى بالترك انتهى فلم يفد مطلوبا وبما روى مالك فى الموطا عن ربيعة بن عبد الرحمن عن غير واحد من علمائهم أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع لبلال بن الحرث المزنى معادن بالقبلية وهى من ناحية الفرع فتلك المعادن لا يؤخذ منها الا الزكاة الى اليوم قال ابن عبد البر هذا منقطع فى الموطا وقد روى متصلا على ما ذكرناه فى التمهيد من رواية الدراوردى عن ربيعة بن عبد الرحمن بن الحرث بن بلال بن الحرث المزنى عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أبو عبيد فى كتاب الاموال حديث منقطع ومع انقطاعه ليس فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بذلك وانما قال يؤخذ منه الى اليوم انتهى يعنى فيجوز كون ذلك من أهل الولايات اجتهادا منهم ونحن نتمسك بالكتاب والسنة الصحيحة والقياس أما الكتاب فقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه ولا شك فى صدق الغنيمة على هذا المال فانه كان مع محله من الارض فى أيدى الكفرة وقد أوجف عليه المسلمون فكان غنيمة كما أن محله أعنى الارض كذلك وأما السنة فقوله عليه السلام العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس أخرجه الستة والركاز يعم المعدن والكنز على ما حققناه

﴿ باب فى المعادن والركاز ﴾

أقول ما يؤخذ من المعدن والركاز ليس بزكاة عندنا بل يصرف مصرف الغنيمة فوضعه المناسب كتاب السير ويجوز أن يقال لما كان كونه زكاة مقصودا بالنفى على ما ذهب اليه الشافعى رحمه الله أورده هنا بهذه العلاقة (قوله والمال المستخرج من الارض الخ) أقول الاولى أن يقال الكائن فى الارض (قوله يوم خلق الارض الخ) أقول خلقه يوم خلقت الارض غير معلوم فالاولى ترك هذه الزيادة (قوله وعلى كل واحد منهما بانفراده) أقول وعلى كل واحد منهما معطوف على قوله عليهما فى قوله وعلى هذا جاز اطلاقه عليهما الخ (قوله أحدهما أن هذا الباب يشتمل على بيان المعادن الى قوله والثانى) أقول الوجه الاول لا يتم وجها دون ضم الثانى

فى الاول وهو ما يذوب وينطبع اذا (وجد فى أرض عشر أو خراج الخمس عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا شئ عليه لانه مباح سبقت يده اليه) وكل ما هو كذلك لا شئ عليه (كالصيد الا أنه اذا كان المستخرج ذهبا أو فضة فيجب فيه الزكاة) وهو ربع العشر (ولا يشترط فيه الحول فى قول) لما ذكر أنه غماء كله والحول للتنمية والنصاب عنده معتبر فلو كان دون المائتين من الفضة لا يجب شئ وانما قال فى جانب الشافعى ولا يشترط فيه الحول ولم يقل فى جانبنا لان الشافعى قائل بالزكاة فكان عليه أن يقول باشتراط الحول فنفاه بما ذكر من الدليل ونحن نقول بالخمس والحول لا يشترط له (ولنا قوله (٥٣٨) صلى الله عليه وسلم وفى الركاز الخمس) قاله حين سئل عما يوجد فى دار

وجد فى أرض خراج أو عشر ففيه الخمس) عندنا وقال الشافعى لا شئ عليه فيه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا أو فضة فيجب فيه الزكاة ولا يشترط الحول فى قول لانه غماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عليه السلام وفى الركاز الخمس وهو من الركز فاطلق على المعدن ولانها كانت فى أيدى الكفرة فخوتها أيدينا غلبة فكانت غنيمة وفى الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن فى يد أحد الا أن للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر وأما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية فى حق الخمس والحقيقية فى حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد

فكان ايجابا بافيهما ولا يتوهم عدم ارادة المعدن بسبب عطفه عليه بعد افادة أنه جبار أى هدر لا شئ فيه والا لتناقض فان الحكم المعلق بالمعدن ليس هو المعلق به فى ضمن الركاز ليختلف بالسلب والايجاب اذ المراد به أن اهلاكه أو الهلاك به للاجير الحافر له غير مضمون لانه لا شئ فيه نفسه والا لم يجب شئ أصلا وهو خلاف المتفق عليه اذ الخلاف انما هو فى كيفيته لا فى أصله وكما أن هذا هو المراد فى البئر والعجماء فحاصله انه أثبت للمعدن بخصوصه حكما فنص على خصوص اسمه ثم أثبت له حكما آخر مع غيره فعبر بالاسم الذى يعمهما ليثبت فيهما فانه علق الحكم أعنى وجوب الخمس بما يسمى ركازا فما كان من أفراده وجب فيه ولو فرض مجازا فى المعدن وجب على قاعدتهم تعميمه لعدم ما يعارضه لما قلنا من اندراجه فى الآية والحديث الصحيح مع عدم ما يقوى على معارضتهما فى ذلك وأما ما روى عن أبى هريرة أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الركاز الخمس قيل وما الركاز يا رسول الله قال الذهب الذى خلقه الله تعالى فى الارض يوم خلقت الارض رواه البيهقى وذكره فى الامام فهو وان سكت عنه فى الامام مضعف بعبد الله بن سعيد ابن أبى سعيد المقبرى وفى الامام أيضا أنه عليه السلام قال فى السيوب الخمس والسيوب عروق الذهب والفضة التى تحت الارض ولا يصح جعلهما شاهدين على المراد بالركاز كما ظنوا فان الاول خص الذهب والاتفاق أنه لا يخصه فانما نبه حينئذ على ما كان مثله فى أنه جامد منطبع والثانى لم يذكر فيه لفظ الركاز بل السيوب فاذا كانت السيوب تخص النقدين فحاصله أنه أفراد فرد من العام والاتفاق أنه غير مخصص للعام وأما القياس فعلى الكنز الجاهلى بجامع ثبوت معنى الغنيمة فان هذا هو الوصف الذى ظهر أثره فى المأخوذ بعينه فهر افيجب ثبوت حكمه فى محل النزاع وهو وجوب الخمس لوجوده فيه وكونه أخذ فى ضمن شئ لا أثر له فى نفى الحكم واطلاق قوله عليه الصلاة والسلام فى الرقة ربع العشر مخصوص بالمستخرج للاتفاق على خروج الكنز الجاهلى من عموم الفضة (قوله فى أرض خراج أو عشر) قيد به ليخرج الدار فانه لا شئ فيها لكن ورد عليه الارض التى لا وظيفة فيها كالمفازة اذ يقتضى أنه لا شئ فى المأخوذ منها وليس كذلك فالصواب أن لا يجعل ذلك لقصد الاحتراس بل للتنصيص على أن وظيفتهما المستمرة لا تمنع الاخذ مما وجد فيهما (قوله الا أن للغانمين يدا حكمية) جواب عما يقال لو كان غنيمة لكان أربعة الاخماس للغانمين لا للواجد فأجاب بأن ذلك معهود شرعا فيما اذا كان لهم يد حقيقية على المغنوم أما اذا كان الثابت لهم

الحرب العادى وعطف على المسؤل عنه فقال فيه وفى الركاز الخمس عطف على المدفون وذلك يدل على أن المراد بالركاز المعدن فانه من الركز وهو ينطلق على المعدن أيضا كما تقدم (ولانها) أى الارض (كانت فى أيدى الكفرة فخوتها أيدينا) وهو واضح وكل ما كان كذلك كان غنيمة وهو أيضا واضح وفى الغنيمة الخمس بالنص وقوله (بخلاف الصيد) جواب عن قوله كالصيد فان قيل لو كانت غنيمة لكان الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وأربعة الاخماس للغانمين وليس كذلك أجاب بقوله (الا أن للغانمين يدا حكمية) وتحقيقه أن الغانمين انما يستحقون أربعة الاخماس اذا حوت أيديهم حقيقة وحكما وههنا أيديهم حكمية لانه لما ثبتت أيديهم على ظاهر الارض حقيقة ثبتت على باطنها حكما (وأما الحقيقية فللواجد) فكان ما فى باطنها غنيمة حكما لا حقيقة (فاعتبرنا الحكمية فى حق الخمس والحقيقية فى الاربعة الاخماس حتى كان للواجد) مسلما كان أو ذميا حرا أو عبدا صبيا بدا أو بالغا رجلا أو امرأة لان استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة والجميع من ذكرنا حق فى الغنيمة إما سهما أو رضخا فان الصبى والمرأة والعبد والذمى يرضخ لهم اذا قاتلوا على ما سيجىء بخلاف الحربى فانه لا حظ له فى الغنيمة وان قاتل باذن الامام فاذا وجد شيأ من الركاز يؤخذ منه الكل فان قيل روى أن عبدا وجد جرة من ذهب على عهد عمر رضى الله عنه فأدى ثمنه وأعتقه وجعل ما بقى لبيت المال أجيب بأنه كان وجده فى دار رجل صاحب خطة مات ولم يترك وارثا فصرفه الى بيت المال ورأى المصلحة فى أن يعطى ثمنه من بيت

المال ليوصله الى العتق قال في التحفة يجوز للواجد أن يصرف الخمس الى نفسه اذا كان محتاجا لا يغنيه أربعة الاخماس وهو حق وذكر صاحب النهاية ما يشير الى خلاف ذلك قال (ولو وجد في داره) اذا وجد الانسان في داره (معدنا فليس فيه شئ عند أبي حنيفة وقالا فيه الخمس) لهما اطلاق قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس من غير فصل بين الارض والدار ودليل أبي حنيفة ظاهر واعترض بانه لو كان من أجزائها لجاز التيمم به ولم يجز بالاجماع وأجيب بأن التيمم يجوز بما هو من جنسها لا من أجزائها خلقة وهذا ليس من جنسها والجواب عن الحديث أن الامام لما خصه بهذه الدار فكانه نفل بها وللامام هذه الولاية (وان وجده في أرضه فعن أبي حنيفة روايتان) في رواية الاصل لا شئ فيه كما في الدار وفي رواية الجامع الصغير فيه الخمس والفرق ما ذكره في الكتاب قوله (وان وجد ركازا أي كنزا) انما فسره بهذا لان الركاز اسم مشترك ينطلق على المعدن والكنز وقد فرغ من بيان المعدن (٥٣٩) فيراد به الكنز ليصح قوله (وجب فيه الخمس عندهم) فان وجوب الخمس بالاتفاق انما هو في الكنز لا في المعدن لان أبا حنيفة لا يقول بوجوبه في الدار كما ذكرنا وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله وفي الركاز الخمس فان قيل قد استدل به على وجوب الخمس في المعدن فاستدلاله به هنا استعمال للفظ المشترك في معنييه وهو غير جائز أجاب بقوله (واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات) ومعناه أنه ليس من باب استعمال اللفظ المشترك في مدلوليه وانما هو من باب العموم المعنوي ولا امتناع في ذلك وبهذا سقط ما قيل كان من حقه أن يقول لسباق ما روينا وهو قوله عليه السلام فيه وفي الركاز الخمس والمراد من قوله فيه الكنز فكان ذكر الكنز مقصودا هنالك فكان التمسك به أولى كما تمسك به في المبسوط اذ دلالة الركاز على ما ادعى المصنف من الكنز بسبب دلالة الركاز على الاثبات لا غير وهو اسم مشترك قد يدل على الكنز وقد يدل على المعدن فكان محتملا كالنص وأما ارادة الكنز لسباق الحديث وهو فيما تمسك به في المبسوط فبدليل غير محتمل فكان مفسرا فالتمسك به أولى وذلك لانه استدلال بالعام على ما قرر لا بالمشترك والعام والخاص عندنا في ايجاب الحكم سواء (ثم ان كان على ضرب أهل الاسلام

(ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شئ) عند أبي حنيفة وقالا فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله أنه من أجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها (وان وجده في أرضه فعن أبي حنيفة فيه روايتان) ووجه الفرق على احداهما وهو رواية الجامع الصغير أن الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة (وان وجد ركازا) أي كنزا (وجب فيه الخمس) عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب أهل الاسلام

يدا حكمية والحقيقية لغيرهم فلا يكون لهم والحاصل أن الاجماع منعقد على عدم اعطائهم شيأ بل اعطاء الواجد وقد دل الدليل أن له حكم الغنيمة فلزم من الاجماع والدليل المذكور اعتباره غنيمة في حق اخراج الخمس لا في الجانب الآخر وما ذكرناه من وجه عدم اعطاء الغانمين الاربعة الاخماس هو تعيين لسند الاجماع في ذلك وتقريره أن المال كان مباحا قبل الايجاف عليه والمال المباح انما يملك باثبات اليد عليه نفسه حقيقة كالصيد ويد الغانمين ثابتة عليه حكما لان اليد على الظاهر يد على الباطن حكما لا حقيقة أما الحقيقة فللواجد فكان له مسلما كان أو ذميا حرا أو عبدا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى لان استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة وكل من سميناه حق فيها سهما أو رضخا بخلاف الحربي لا حق له فيها فلا يستحق المستأمن الاربعة الاخماس لو وجد في دارنا (قوله ولو وجد في داره الخ) استدل لهما باطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام في الركاز الخمس وقدم أنه أعم من المعدن وله أنه جزء من الارض ولا مؤنة في أرض الدار فكذا في هذا الجزء منها وأجيب عن الحديث بأنه مخصوص بالدار وصحته متوقفة على ابداء دليل التخصيص وكون الدار خصت من حكمي العشر والخراج بالاجماع لا يلزم أن تكون مخصوصة من كل حكم الا بدليل في كل حكم على أنه أيضا قد يمنع كون المعدن جزأ من الارض ولذا لم يجز التيمم به وتأويله بأنه خلق فيها مع خلقها لا يوجب الجزئية وعلى حقيقة الجزئية يصح الاخراج من حكم الارض لا على تقدير هذا التأويل (قوله روايتان) رواية الاصل لا يجب كما في الدار ورواية الجامع الصغير يجب والفرق على هذه بين الارض والدار أن الارض لم تملك خالية عن المؤن بل فيها الخراج أو العشر والخمس من المؤن بخلاف الدار فانها تملك خالية عنها قالوا لو كان في داره نخلة تغل أكوارا من الثمار لا يجب فيها (قوله وجب الخمس عندهم) أي عند الكل على كل حال ذهبا كان أو رصاصا أو زئبقا بالاتفاق وانما الخلاف

(قوله وأجيب بأن التيمم يجوز الخ) أقول كيف يقول الشارح اذا أورد النقض على قول المصنف ولان الجزء لا يخالف الجملة (قوله فالتمسك به أولى وذلك لانه استدلال بالعام الخ) أقول ليس في كلامه ما يدفع أولوية الاستدلال بالمفسر دون النص ثم أقول اذا قوبل العام بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص وقد صرح الشارح في أول الباب أنه اذا أريد بالركاز معنى يعم المعدن والكنز يلزم التكرار فحينئذ يختص الركاز في الحديث بالمعدن ولا يمكن الاستدلال للكنز فليتأمل ثم أقول وصرح أيضا بأنه عطف الركاز على المدفون وذلك على ان المراد به المعدن

كالمكتوب عليه كلمة التوحيد فهو بمنزلة اللقطة) يعرفها حيث وجدها مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما سيجيء (وان كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال) أي سواء كان الموجود ذهبا أو فضة أو رصاصا أو غيرها وسواء كان الواجد صغيرا أو بالغا حرا أو عبدا مسلما أو ذميا الا اذا كان حربيا مستأمنا لما ذكرنا وقوله (لما بينا) يعني من النص والمعقول (ثم ان وجده في أرض مباحة) يعني (٥٤٠) الذي هو على ضرب أهل الجاهلية فان الذي يكون بضرب أهل الاسلام يلحق باللقطة فلا يتأتى فيه هذا التفريع وهو أن يكون أربعة أخماسه للواجد وقوله (لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين) اشارة الى ما ذكرنا أن للغانمين يدا حكمية وللواجد يدا حقيقية فيكون فيه الخمس والباقي للواجد (وان وجده) أي هذا الكنز المذكور (في أرض مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف) أي الخمس للفقراء وأربعة أخماسه للواجد مالكا كان أو غير مالك (لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه) لان المحتطب له ما حاز ما في الباطن (وعند أبي حنيفة ومحمد هو للمحتطب له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة أول الفتح لسبق يده اليه) فان قيل يد المحتطب له وان كانت سابقة لكنها يد حكمية وبها لا يملك كما في الغانمين أجاب بقوله (وهي يد الخصوص) يعني أن اليد الحكمية انما لا يثبت بها الملك اذا كانت يد عموم كما في الغانمين أما اذا كانت يد خصوص (فيملك بها ما في الباطن وان كانت على الظاهر كن اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة) ومما يؤيد هذا أن تصرف الغازي بعد القسمة نافذ وقبلها لا ومما ئة الا عموم اليد وخصوصها قيل فان قيل سلمنا أن المحتطب له قد ملك لكن باع الارض فخرج الكنز عن ملكه كما لو كان فيها معدن أجاب بانه أي الكنز لم يخرج عن ملكه ببيع الارض لانه مودع فيها كما أنه اذا باع السمكة لم تخرج ببيعها الدرة عن ملكه بخلاف المعدن فانه من أجزائه فينتقل الى المشتري (وان لم يعرف المحتطب له يصرف الى أقصى مالك يعرف في الاسلام على ما قالوا) وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال أبو اليسر يوضع في بيت المال

كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعه وان كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في أرض مباحة فأربعة أخماسه للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في أرض مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند أبي حنيفة ومحمد هو للمحتطب له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة أول الفتح لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك بها ما في الباطن وان كانت على الظاهر كن اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من أجزائها فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المحتطب له يصرف الى أقصى مالك يعرف في الاسلام على ما قالوا

في الزئبق المأخوذ من المعدن وسواء كان الواجد صغيرا أو كبيرا كما ذكرنا في المعدن الا الحربي لما قدمنا ولانه لا يترك أن يذهب بغنيمة المسلمين الى دار الحرب الا اذا كان باذن الامام وشرط مقاطعته على شيء فيفي بشرطه قال عليه السلام المسلمون عند شروطهم غير أنه ان وجده في أرض مملوكة اختلف أصحابنا فيمن يستحق الاربعة الاخماس (قوله كالمكتوب عليه كلمة الشهادة) ذكره بكاف التشبيه وكذا في ضرب الكفار ليفيد عدم الحصر فلو كان للمسلمين نقش آخر معروف أو لأهل الحرب نقش غير الصنم كاسم من أسماء ملوكهم المعروفة اعتبر به (قوله وقد عرف حكمها) وهو أنه يجب تعريفها ثم له أن يتصدق بها على نفسه ان كان فقيرا وعلى غيره ان كان غنيا وله أن يمسكها أبدا (قوله لما بينا) أي من النص والمعنى أول الباب (قوله ثم ان وجده الخ) أي الكنز الجاهلي لان الاسلامي ليس حكمه ما ذكر بخلاف ما لو وجده في أرض محتطة غير مباحة فانه مملوك للمحتطب له فلا يختص به كما سيذكره أما المباحة فما في ضمنها مباح اذ لم يعلموا به فيتملكوه فيبقى على ما كان (قوله فكذا الحكم عند أبي يوسف) أي الخمس للفقراء وأربعة أخماسه للواجد سواء كان مالكا للارض أو لا لان هذا المال لم يدخل تحت قسمة الغنائم لعدم المعادلة فبقي مباحا فيكون لمن سبقت يده اليه كما لو وجده في أرض غير مملوكة قلنا لا نقول ان الامام يملك المحتطب له الكنز بالقسمة بل يملكه البقعة ويقرر يده فيها ويقطع مزاحمة سائر الغانمين فيها واذا صار مستولبا عليها أقوى الاستيلاء آت وهو بيد خصوص الملك السابقة فيملك بها ما في الباطن من المال المباح للاتفاق على أن الغانمين لم يعتبر لهم ملك في هذا الكنز بعد الاحتطاط والا لوجب صرفه اليهم أو الى ذراريهم فان لم يعرفوا وضع في بيت المال واللازم منتف ثم اذا ملكه لم يصر مباحا فلا يدخل في بيع الارض فلا يملكه مشتري الارض كالدرة في بطن السمكة يملكها الصائد لسبق يد الخصوص الى السمكة حال اباحتها ثم لا يملكها مشتري السمكة لانتفاء الاباحة هذا وما ذكر في السمكة من الاطلاق ظاهر الرواية وقيل اذا كانت الدرة غير مثقوبة تدخل في البيع بخلاف المثقوبة كما لو كان في بطنها عنبر يملكه المشتري لانها تأكله وكل ما تأكله يدخل في بيعها وكذا لو كانت الدرة في صدفة ملكها المشتري قلنا هذا الكلام لا يفيد الا مع دعوى أنها تأكل الدرة غير المثقوبة كما تأكلها العنبر وهو ممنوع نعم قد يتفق أنها تبتلعها مرة بخلاف العنبر فانه حشيش والصدف دسم ومن شأنها أكل ذلك (قوله على ما قالوا) يفيد الخلاف على عادته

وقوله (ولو اشتبه الضرب) ظاهر قال (ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازا) سواء كان معدنا أو كنزا (رده عليهم تحرزا عن الغدر) قال صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا غدر (لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء) أي التي في حيز دار الحرب وليست مملوكة لاحد (فهو له لانه ليس في يد أحد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شئ فيه) أي لا خمس فيه لان الخمس انما يجب فيما يكون في معنى الغنيمة وهي ما كان في يد أهل الحرب ووقع في أيدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب وهذا ليس كذلك (لانه بمنزلة المتلصص) في دار الحرب اذا أخذ شيأ من أموالهم وأحرزه بدار الاسلام فان قيل المستأمن منا في دارهم اذا وجد في أرض ليست مملوكة ركازا فهو له والمستأمن منهم في دارنا لو وجد شيأ من ذلك في الصحراء لا حق له فيه ويؤخذ منه كله فما الفرق بينهما أجيب بأن الفرق أن دار الاسلام دار أحكام فتعتبر اليد الحكمية فيها على الموجود ودار الحرب ليست كذلك فالمعتبر فيها (٥٤١) اليد الحقيقية والفرض عدمها وقوله (وليس في الفيروزج يوجد في الجبال) هو النوع الثاني من المستخرج من المعادن وكذلك الجص والكحل والزرنيخ والياقوت وغيرها وقيد بقوله يوجد في الجبال احترازا عما يوجد منه وعما ذكره بعده من الزئبق واللؤلؤ في خزائن الكفار فأصيب قهرا فان فيه الخمس بالاتفاق وقوله صلى الله عليه وسلم لا خمس في الحجر معلوم أنه لم يرد به ما كان للتجارة وانما أراد ما يستخرج من معدنه فكان هذا أصلا في كل ما هو بمعناه وقوله (وفي الزئبق الخمس) قيل هو فارسي معرب بالهمز ومنهم من يقول بكسر الباء بعد الهمز والمراد به ما يصاب في معدنه لما ذكرنا آنفا حكي عن أبي يوسف رحمه الله أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول أولا لا شئ

ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد (ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم) تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا (وان وجده في الصحراء فهو له) لانه ليس في يد أحد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شئ فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر (وليس في الفيروزج يوجد في الجبال خمس) لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر (وفي الزئبق الخمس) في قول أبي حنيفة آخرا وهو قول محمد خلافا لابي يوسف

قيل يصرف الى أقصى مالك يعرف في الاسلام أو ذريته وقيل يوضع في بيت المال وهذا أوجه للتأمل (قوله لتقادم العهد) فالظاهر أنه لم يبق شئ من آثار الجاهلية ويجب البقاء مع الظاهر ما لم يتحقق خلافه والحق منع هذا الظاهر بل دفينهم الى اليوم يوجد بديارنا مرة بعد أخرى (قوله فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم) سواء كان معدنا أو كنزا (قوله في الصحراء) أي أرض لا مالك لها كذا فسره في المحيط وتعليل الكتاب يفيده (قوله فلا يعد غدرا) يعني أن دار الحرب دار اباحة وانما عليه التحرز من الغدر فقط و يأخذ غير مملوك من أرض غير مملوكة لم يغدر باحد بخلافه من المملوكة نعم لهم يد حكمية على ما في صحراء دارهم ودار الحرب ليست دار أحكام فلا تعتبر فيها الا الحقيقية بخلاف دارنا فلذا لا يعطى المستأمن منهم ما وجده في صحرائنا (قوله لانه بمنزلة متلصص) ولو دخل المتلصص دارهم فأخذ شيأ لا يخمس لانتفاء مسمى الغنيمة لانها ما أوجف المسلمون عليه غلبة وقهرا ولقائل أن يقول غاية ما تقتضيه الآية والقياس وجوب الخمس في مسمى الغنيمة فانتفاء مسمى الغنيمة في المأخوذ من ذلك الكنز لا يستلزم انتفاء الخمس الا بالاسناد الى الاصل وقد وجد دليل يخرج عن الاصل وهو عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الركاز الخمس بخلاف المتلصص فان ما أصابه ليس غنيمة ولا ركازا فلا دليل يوجبه فيه فيبقى على العدم الاصلي (قوله يوجد في الجبال) قيد به احترازا عما لو أصيب في خزائن الكفار وكنوزهم فانه يخمس لانه غنيمة وسيأتي (قوله لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر) غريب بهذا اللفظ وأخرج ابن عدي عنه عليه السلام لا زكاة في حجر من طريقين ضعيفين الاول بعمر بن أبي عمر الكلاعي والثاني بمحمد بن عبد الله العزرمي وأخرج ابن أبي شيبة عن عكرمة ليس في حجر اللؤلؤ ولا حجر الزمرد زكاة الا أن يكون للتجارة (قوله في قول أبي حنيفة آخرا وهو قول محمد) وقول أبي يوسف هو قول أبي حنيفة أولا حكي عنه أنه قال كان أبو حنيفة رحمه الله يقول لا خمس فيه فلم أزل به أناظره وأقول هو كالرصاص الى أن

فيه وكنت أقول فيه الخمس فلم أزل أناظره وأقول انه كالرصاص حتى قال فيه الخمس ثم رأيت أن لا شئ فيه فصار الحاصل أنه على قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله فيه الخمس وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول أبي حنيفة الاول لا شئ فيه قال (لانه بمنزلة القير والنفط) يعني هو من جملة المياه ولا خمس في الماء وقالا انه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فانها لا تنطبع ما لم يخالطها شئ وهذا هو النوع الثالث مما ذكرنا في أول هذا الباب

(قوله وقوله صلى الله عليه وسلم لا خمس في الحجر معلوم انه لم يرد ما كان للتجارة الخ) أقول فيه انه اذا كان للتجارة لا يؤخذ منه بل ربع العشر كما في سائر أموال التجارة والاظهر أن يقول لم يرد به ما كان مغنوما من الكفار نعم لو كان اللفظ لا زكاة في الحجر كما وقع في بعض الشروح لكان هذا الكلام في محزه

(ولا خمس في العنبر واللؤلؤ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر الخمس لان عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر) روى أن يعلى بن أمية كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه يسأله عن عنبرة وجدت على الساحل فكتب اليه في جوابه انه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره يصلح حجة في العنبر لا في اللؤلؤ ولم يذكر في الكتاب حجة في اللؤلؤ وذكر في الفوائد الظهيرية أن سؤال عمر كان عنهما جميعا فانه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرجان من البحر قال فيهما الخمس وأقول الذي يظهر من كلام المصنف أنه أراد به الاستدلال على اللؤلؤ بالدلالة لانه قال وفي كل حلية تخرج من البحر واستدل (٥٤٢) على المجموع بالعنبر لانه يخرج من البحر وفيه الخمس فكذا

(ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر) عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا أو فضة والمروي عن عمر فيما دسره البحر وبه نقول

كل ما يستخرج منه دفعا للحكم (ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر) ومعناه أن الخمس انما يجب فيما كان بايدي الكفرة وقد وقع في أيدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب والعنبر ليس كذلك لانه لم يكن في يد أحد لان قهر الماء يمنع قهر غيره وعن هذا قالوا لو وجد الذهب والفضة في قعر البحر لم يجب فيه شئ وقوله (والمروي عن عمر) جواب عن الاستدلال بجوابه ووجهه أنه كان (فيما دسره البحر) أي دفعه وقذفه (وبه) أي بوجوب الخمس في العنبر الذي دسره البحر (نقول) ومراده دسره البحر الذي في دار الحرب فوجده الجيش على ساحله فأخذوه فانه غنيمة يجب فيه الخمس وانما قلنا ذلك لانه روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في العنبر انه شئ دسره البحر فلا شئ فيه فيحمل على أحد المعنيين اما على بحر دار الاسلام واما على أنه أخذه واحد من المسلمين في بحر دار الحرب لانه بمنزلة المتلصص ولا خمس فيهما

رجع ثم رأيت أنا أن لا شئ فيه فقلت به ثم المراد الزئبق المصاب في معدنه احترازا عما ذكرنا والزيبق بالياء وقد يهمز ومنهم حينئذ من يكسر الموحدة بعد الهمزة مثل زئبر الثوب وهو ما يعلو جديده من الوبرة وجه النافي أنه ينبع من عينه ويستقى بالدلاء كالماء ولا ينطبع بنفسه فصار كالقير والنفط وجه الموجب أنه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فانها لا تنطبع ما لم يخالطها شئ (قوله ولا خمس في اللؤلؤ الخ) يعني اذا استخرجا من البحر لا اذا وجدا دفينا للكفار وهذا لأن العنبر حشيش واللؤلؤ اما مطر الربيع يقع في الصدف فيصير لؤلؤا أو الصدف حيوان يخلق فيه اللؤلؤ ولا شئ في الماء ولا فيما يؤخذ من الحيوان كظبي المسك والمصنف علل النفي بنفي كونه غنيمة لان استغنامه فرع تحقق كونه كان في محل قهرهم ولا يرد قهر مخلوق على البحر الاعظم ولا دليل آخر يوجبه فبقي على العدم وقياس البحر على البر في اثبات الوجوب فيما يستخرج قياس بلا جامع لان المؤثر في الايجاب كونه غنيمة لا غير ولم يتحقق فيما في البحر ولذا لو وجد فيه الذهب والفضة لم يجب فيهما شئ فورد عليه أن فيه دليلا وهو ما عن عمر مما ذكره وقول الصحابي عندنا حجة يترك به القياس فدفعه بعدم ثبوته عنه على وجه مدعاه بل المراد أنه أخذ مما دسره بحر دار الحرب من باب طلب أي دفعه وقذفه فأصابه عسكر المسلمين لا ما استخرج ولا ما دسره فأصابه رجل واحد لانه متلصص على أن ثبوته عن عمر لم يصح أصلا بل انما عرف بطريق ضعيفة رواها القسم بن سلام في كتاب الأموال وانما الثابت عن عمر بن عبد العزيز أخرج عبد الرزاق أخبرنا معمر عن سماك بن الفضل عنه أنه أخذ من العنبر الخمس وعن الحسن البصري وابن شهاب الزهري قالا في العنبر واللؤلؤ الخمس وروى الشافعي عن سفيان رضي الله عنه عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس أن ابراهيم بن سعد كان عاملا بعدن سأل ابن عباس عن العنبر فقال لو كان فيه شئ فالخمس وهذا ليس جزما من ابن عباس بالجواب بل حقيقته التوقف في أن فيه شيأ أولا غير أنه ان كان فيه شئ فلا يكون غير الخمس وليس فيه رائحة الجزم بالحكم فسلم ما رواه أبو عبيد في كتاب الأموال والشافعي أيضا حدثنا ابن أبي مريم عن داود بن عبد الرحمن العطار سمعت عمرو بن دينار يحدث عن ابن عباس قال ليس في العنبر خمس عن المعارض قال وحدثنا مروان بن معاوية عن ابراهيم المدني عن أبي

الزبير

(قوله واستدل على المجموع بالعنبر لانه يخرج من البحر) أقول الضمير في قوله لانه راجع الى العنبر (قوله وقوله والمروي عن عمر جواب عن الاستدلال بجوابه) أقول الجار في قوله بجوابه متعلق بالاستدلال في قوله جواب عن الاستدلال والضمير في قوله بجوابه راجع الى عمر رضي الله عنه (قوله ومراده الى قوله وانما قلنا ذلك) أقول قوله ذلك اشارة الى قوله ومراده الخ

(متاع وجد ركازا فهو للذى وجده وفيه الخمس) معناه اذا وجد فى أرض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

الزبير عن جابر نحوه فهذا أولى بالاعتبار من قول من دونهما ممن ذكرنا من التابعين ولو تعارضا كان قول النافى أرجح لانه أسعد بالوجه (قوله متاع الخ) المراد بالمتاع غير الذهب والفضة من الثياب والسلاح والآلات وأثاث المنازل والفصوص والزئبق والعنبر وكل مال يوجد كنزا فانه يخمس بشرطه لانه غنيمة

٢

﴿ تم الجزء الاول ويليه الثانى وأوله باب زكاة الزروع والثمار ﴾

وقوله (متاع وجد ركازا) أى حال كونه ركازا والمراد بالمتاع ما يتمتع به فى البيت من الرصاص والنحاس وغيرهما وقيل المراد به الثياب لانه يستمتع بها وذكر هذا لبيان أن وجوب الخمس لا يتفاوت فيما بين أن يكون الركاز من النقدين أو غيرهما وكلامه واضح والله أعلم

(فهرست الجزء الاول من شرح فتح القدير على الهداية)

٢ خطبة الكتاب
٧ ﴿ كتاب الطهارات ﴾
٢٤ فصل فى نواقض الوضوء
٣٨ فصل فى الغسل
٤٧ باب الماء الذى يجوز به الوضوء
٦٨ فصل فى البئر
٧٤ فصل فى الاسآر وغيرها
٨٣ باب التيمم
٩٩ باب المسح على الخفين
١١١ باب الحيض والاستحاضة
١٢٤ فصل فى الاستحاضة
١٢٩ فصل فى النفاس
١٣٢ باب الانجاس وتطهيرها
١٤٨ فصل فى الاستنجاء
١٥١ ﴿ كتاب الصلاة ﴾ باب المواقيت
١٥٦ فصل ويستحب الاسفار بالفجر
١٦٠ فصل فى الاوقات التى تكره فيها الصلاة
١٦٧ باب الأذان
١٧٨ باب شروط الصلاة التى تتقدمها
١٩٢ باب صفة الصلاة
٢٢٧ فصل فى القراءة
٢٤٣ باب الامامة
٢٦٧ باب الحدث فى الصلاة
٢٨٠ باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها
٢٩٠ فصل ويكره للمصلى الخ
٢٩٧ فصل ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء
٣٠٠ باب صلاة الوتر
٣١٢ باب النوافل
٣٢٢ فصل فى القراءة
٣٣٣ فصل فى قيام رمضان
٣٣٥ باب ادراك الفريضة
٣٤٦ باب قضاء الفوائت
٣٥٥ باب سجود السهو
٣٧٥ باب صلاة المريض
٣٨٠ باب سجود التلاوة
٣٩٢ باب صلاة المسافر
٤٠٨ باب صلاة الجمعة
٤٢٢ باب صلاة العيدين
٤٢٩ فصل فى تكبيرات التشريق
٤٣٢ باب صلاة الكسوف
٤٣٧ باب الاستسقاء
٤٤١ باب صلاة الخوف
٤٤٥ باب الجنائز
٤٤٨ فصل فى الغسل
٤٥٢ فصل فى التكفين
٤٥٥ فصل فى الصلاة على الميت
٤٦٧ فصل فى حمل الجنازة
٤٦٩ فصل فى الدفن
٤٧٣ باب الشهيد
٤٧٩ باب الصلاة فى الكعبة
٤٨١ ﴿ كتاب الزكاة ﴾
٤٩٤ باب صدقة السوائم
٤٩٩ فصل فى البقر
٥٠١ فصل فى الغنم
٥٠٢ فصل فى الخيل
٥٠٤ فصل وليس فى الفصلان الخ
٥١٩ باب زكاة المال * فصل فى الفضة
٤٢٤ فصل فى الذهب
٥٢٦ فصل فى العروض
٥٣٠ باب فيمن يمر على العاشر
٥٣٧ باب المعادن والركاز

﴿ تمت ﴾

الجزء الثانى

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ثم السكندرى المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ فى الفقه على مذهب الامام الاعظم أبى حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿ تنبيه ﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى چلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى فليعلم

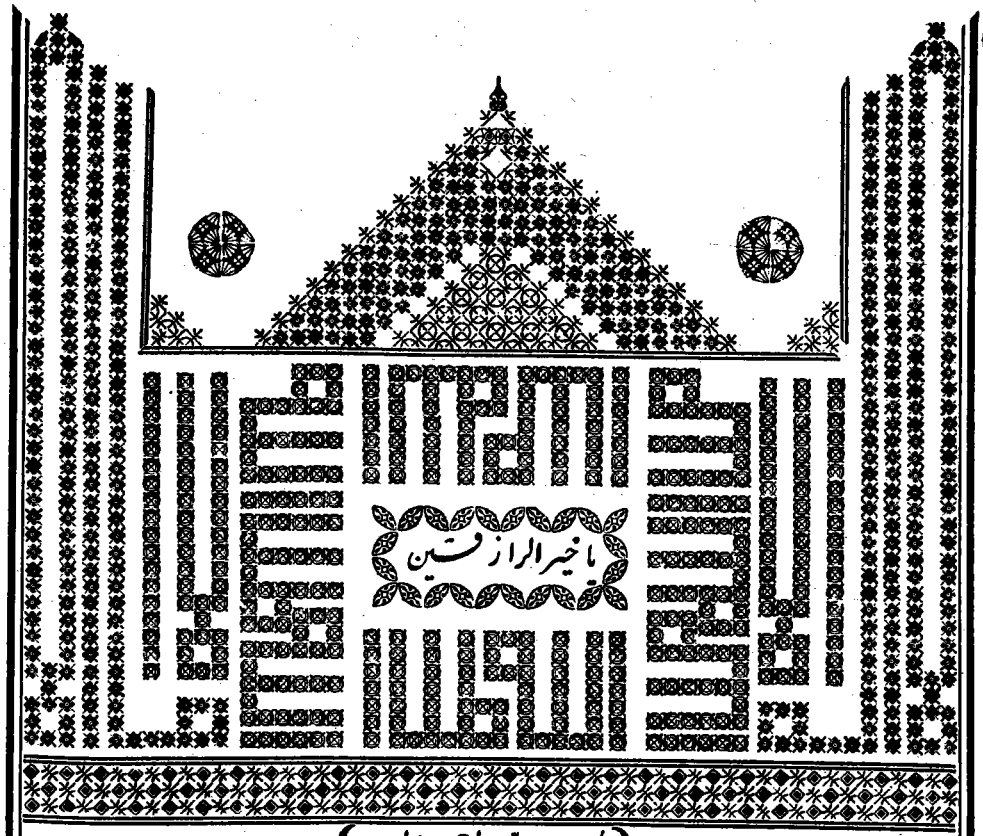
(محل بيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر

﴿ الطبعة الاولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٥ هجرية

(بالقسم الادبى)



بسم الله الرحمن الرحيم

باب زكاة الزروع والثمار

(قال أبو حنيفة رحمه الله في قليل ما أخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقى سيحا أو سقته السماء الا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة أوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم

باب زكاة الزروع والثمار

قيل تسميته زكاة على قولهما لاشتراطهما النصاب والبقاء بخلاف قوله وليس بشئ اذ لا شك في أن المأخوذ عشرا أو نصفه زكاة حتى يصرف مصارف الزكاة وغاية ما في الباب أنهم اختلفوا في اثبات بعض شروط لبعض أنواع الزكاة ونفيها وهذا لا يخرجه عن كونه زكاة (قوله الا الحطب والقصب والحشيش) ظاهره كون ما سوى ما استثنى داخلا في الوجوب وسينص على اخراج السعف والتبن الا أن يقال يمكن ادراجهما في مسمى الحشيش على ما فيه وأما ما ذكروا من اخراج الطرفاء والدلب وشجر القطن والباذنجان فيدرج في الحطب لكن بقي ما صرحوا به من أنه لا شئ في الادوية كالهليلج والكندر ولا يجب فيما يخرج من الاشجار كالصمغ والقطران ولا فيما هو تابع للارض كالنخل والاشجار لانها كالارض ولذا تستتبعها الارض في البيع ولا في كل بزر لا يطلب بالزراعة كبزر البطيخ والقثاء لكونها غير مقصودة في نفسها ويجب في العصفر والكتان وبزره لان كلا منهما مقصود وعدم الوجوب في بعض هذه مما لا يرد على الاطلاق بأدنى تأمل (قوله الا فيما له ثمرة باقية) وهي ما تبقى سنة بلا علاج غالبا بخلاف ما يحتاج اليه كالعنب في بلادهم والبطيخ الصيفي في ديارنا وعلاجه الحاجة الى تقليبه وتعليق العنب (قوله والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم) وكل صاع أربعة أمناء

باب زكاة الزروع والثمار

سمي العشر زكاة كما سمي المصدق فيما تقدم عاشرا مجازا وتأخير العشر عن الزكاة لانها عبادة محضة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والعبادات الخالصة مقدمة على غيرها (قال أبو حنيفة رحمه الله في كل ما تنبت الارض ويبتغى به النماء قليلا كان أو كثيرا رطبا كان أو يابسا يبقى من سنة الى سنة أو لا يوسق أو لا يبقى سيحا أي بماء جار أو سقته السماء أي المطر العشر الا الحطب والقصب والحشيش والتبن والسعف وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية تبقى من سنة الى سنة اذا بلغ خمسة أوسق كل وسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم) قيد بالثمرة احترازا عن غيرها وهي اسم لشئ من أصل وقيد بالباقية احترازا عن غيرها وحد البقاء أن يبقى سنة في الغالب من غير معالجة كثيرة كالحنطة والشعير والذرة وغيرها دون الخوخ والتفاح والسفرجل ونحوها وقيد بما اذا بلغ خمسة أوسق احترازا عما اذا كان دونها والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم

باب زكاة الزروع والثمار

(قوله قال أبو حنيفة رحمه الله في كل ما تنبت الارض الى قوله العشر) أقول قوله في كل ما تنبت الارض خبر مقدم وقوله العشر مبتدأ مؤخر

خمسة أوسق ألف ومائتان من لان كل صاع أربعة أمناء قال شمس الائمة الحلوانى هذا قول أهل الكوفة وقال أهل البصرة الوسق ثلثمائة من (وليس فى الخضراوات) كالفواكه والبقول (عشر عندهما) لان البقول ليست بثمرة والفواكه لا بقاء لها سنة الا بمعالجة كثيرة (فالخلاف فى موضعين فى اشتراط النصاب وفى اشتراط البقاء) ولم يتعرض لكونه ثمرة لان البقول دخلت (٣) فى اشتراط البقاء (لهما فى الاول) أى فى اشتراط النصاب (قوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة) أى عشر لان زكاة التجارة تجب فيما دون خمسة أوسق اذا بلغت قيمته مائتى درهم (ولانه صدقة) بدليل تعلقه بنماء الارض وعدم وجوبه على الكافر وصرفه الى مصرف الصدقات وكل ما هو صدقة يشترط له النصاب ليتحقق الغنى (ولابى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ما أخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتأويل ما رويا زكاة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق أربعون درهما) فتكون قيمة خمسة أوسق مائتى درهم وهو نصاب الزكاة قيل العشر فيه معنى العبادة كما ذكرتم فيكون لما ليته عفو ونصاب قياسا على الزكاة والجواب أنه فاسد لانه قياس ما فيه العبادة مع كونه منصوصا عليه على العبادة المحضة وهو ظاهر الفساد وقوله (ولا معتبر بالمالك فيه) أى فى العشر جواب عن قوله فيشترط النصاب يعنى أن الغنى صفة المالك والمالك فى باب العشر غير معتبر حتى يجب فى أراضى المكاتب والصبى والمجنون والاراضى الموقوفة على الرباطات والمساجد (فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما فى الثانى قوله صلى الله عليه وسلم ليس فى الخضراوات صدقة) ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم نفى الصدقة عن الخضراوات وليس الزكاة منفية بالاتفاق فتعين العشر

وليس فى الخضراوات عندهما عشر) فالخلاف فى موضعين فى اشتراط النصاب وفى اشتراط البقاء لهما فى الاول قوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط فيه النصاب ليتحقق الغنى ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ما أخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتأويل ما رويا زكاة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق أربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما فى الثانى قوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الخضراوات صدقة والزكاة غير منفية فتعين العشر

خمسة أوسق ألف ومائتان من قال الحلوانى هذا قول أهل الكوفة وقال أهل البصرة الوسق ثلثمائة من وكون الوسق ستين صاعا مصرح به فى رواية ابن ماجه لحديث الاوساق كما سنذكره ولو كان الخارج نوعين كل أقل من خمسة أوسق لا يضم وفى نوع واحد يضم الصنفان كالجيد والردىء والنوع الواحد هو ما لا يجوز بيعه بالآخر متفاضلا (قوله وليس فى الخضراوات) كالرياحين والاوراد والبقول والخيار والقثاء والبطيخ والباذنجان وأشباه ذلك وعنده يجب فى كل ذلك (قوله لهما فى الاول قوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة) رواه البخارى فى حديث طويل ومسلم ولفظه ليس فى حب ولا تمر صدقة حتى تبلغ خمسة أوسق ثم أعاده من طريق آخر وقال فى آخره غير أنه قال بدل التمر ثمر يعنى بالمثلثة فعلم أن الاول بالمثناة وزاد أبو داود فيه والوسق ستون مختوما وابن ماجه والوسق ستون صاعا (قوله ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجت الارض ففيه العشر) أخرج البخارى عنه عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وروى مسلم عنه عليه السلام فيما سقت الانهار والغيم العشر وفيما سقى بالسانية نصف العشر وفيه من الآثار أيضا ما أخرج عبد الرزاق أخبرنا معمر عن سماك بن الفضل عن عمر بن عبد العزيز قال فيما أنبتت من قليل وكثير العشر وأخرج نحوه عن مجاهد وعن ابراهيم النخعى وأخرجه ابن أبى شيبة أيضا عن عمر بن عبد العزيز ومجاهد وعن النخعى وزاد فى حديث النخعى حتى فى كل عشر دستجات بقل دستجة والحاصل أنه تعارض عام وخاص فمن يقدم الخاص مطلقا كالشافعى قال بوجوب حديث الاوساق ومن يقدم العام أو يقول يتعارضان ويطلب الترجيح ان لم يعرف التاريخ وان عرف فالمتأخر ناسخ وان كان العام كقولنا يجب أن يقول بوجوب هذا العام هنا لانه لما تعارض مع حديث الاوساق فى الايجاب فيما دون الخمسة الاوسق كان الايجاب أولى للاحتياط فمن ثم له المطلوب فى نفس الاصل الخلافى تم له هنا ولولا خشية الخروج عن الغرض لأظهرنا صحته أى اظهار مستعينا بالله تعالى واذا كان كذلك فهذا البحث يتم على الصاحبين لالتزامهما الاصل المذكور وما ذكره المصنف من حمل مرويهما على زكاة التجارة طريقة الجمع بين الحديثين قيل ولفظ الصدقة يشعر به فان المعروف فى الواجب فيما أخرجت اسم العشر لا الصدقة بخلاف الزكاة (قوله ولهما فى الثانى قوله عليه الصلاة والسلام) روى نفى العشر فى الخضراوات بألفاظ متعددة سوقها يطول فى الترمذى من حديث معاذ وقال اسناده ليس بصحيح وليس يصح فى هذا الباب عن النبى صلى الله عليه وسلم شئ وروى الحاكم هذا المعنى أيضا وصححه وغلط بأن اسحق بن يحيى تركه أحمد والنسائى وغيرهما وقال أبو زرعة موسى بن طلحة

(قوله ولهذا لا يشترط الحول لانه) أقول الضمير فى قوله لانه راجع الى الحول

(وله ما روينا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم ما أخرجت الارض ففيه العشر (ومرويهما) وهو ليس في الخضراوات صدقة (محمول على صدقة يأخذها العاشر) يعني اذا مر بالخضراوات على العاشر وأراد العاشر أن يأخذ من عينها لاجل الفقراء عند إباء المالك عن دفع القيمة لا يأخذ (وبه) أي بهذا المروى (أخذ أبو حنيفة) في حق هذا المحل الذي حملناه عليه وانما قلنا لاجل الفقراء لانه لو أخذ من عينها ليصرفه الى عماله جاز وانما قلنا عند إباء المالك عن دفع القيمة لانه اذا أعطاه القيمة لا كلام في جواز أخذه وهذا لان الاخذ ثبت نظرا للفقراء ولا نظر ههنا لان العاشر في الاغلب يكون (٤) نائيا عن البلد ولا يجد فقيرا ثمة يصرفه اليه فيحتاج الى أن يبعث بها الى البلد وربما تفسد قبل الوصول الى الفقراء فيؤدي الى الضرر فلا يأخذ بل يؤديه المالك بنفسه والذي يقطع هذه المادة أن العام المتفق عليه ولو في بعض موجبه أولى من الخاص المختلف فيه وقد اتفقوا على العمل بما رواه أبو حنيفة في مقدار خمسة أوسق ولم يعمل بما رواه أبو حنيفة وانما حمله على محمل آخر وعمل به فيه وأبو حنيفة رحمه الله أخذ هذا الاصل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فانه عمل بالعام المتفق عليه حين أراد إجلاء بني النضير وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب وأجلاهم ولم يلتفت الى ما اعترضوا به عليه من قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون كذا نقله شيخي عن شيخ شيخه رحمهم الله وقوله (ولان الارض قد تستمي بما لا يبقى) دليل معقول على مدعاه وتقريره أن السبب هي الارض النامية والارض النامية قد تستمي بما لا يبقى فلو لم يجب العشر فيما لا يبقى لكان قد وجد السبب والخارج بلا شيء وذلك إخلاء للسبب عن الحكم في موضع يحتاط في اثبات الحكم وهو لا يجوز (ولهذا يجب فيه) أي فيما لا يبقى من الخارج كالخضراوات أو في الارض النامية بالخارج الذي لا يبقى على تأويل المكان وقوله (أما الحطب) بيان لما استثناه أبو حنيفة مما أخرجته الارض وقوله (في الجنان) أي في البساتين وبيانه أن الحطب والقصب والحشيش ونحوها مما لا يستمي به الارض لا عشر فيها لان سبب وجوب العشر الارض النامية وهذه الاشياء تنقى عنها البساتين

(وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة يأخذها العاشر وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله فيه ولان الارض قد تستمي بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيها الخراج أما الحطب والقصب والحشيش فلا تستنبت في الجنان عادة بل تنقى عنها حتى لو اتخذها مقصبة أو مشجرة أو منبتا للحشيش

وهو الراوي عن معاذ مرسل عن عمر ومعاذ توفي في خلافة عمر فروايته موسى عنه مرسلة وما قيل ان موسى هذا ولد في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وسماه لم يثبت والمشهور في هذا ما روى سفيان الثوري عن عمرو بن عثمان عن موسى بن طلحة قال عندنا كتاب معاذ بن جبل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه انما أخذ الصدقة من الحنطة والشعير والزبيب والتمر وأحسن ما فيها حديث مرسل رواه الدارقطني عن موسى بن طلحة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يؤخذ من الخضراوات صدقة والمرسل حجة عندنا لكن يجيء فيه ما تقدم من تقديم العام عند المعارضة وما ذكره المصنف من أن المنفي أن يأخذ منها العاشر اذا مر بها عليه ويشير اليه لفظ هذا المرسل اذ قال نهى أن يؤخذ وهو لا يستلزم نفي وجوب أن يدفع المالك للفقراء والمعقول من هذا النهي أنه لما فيه من تفويت المصلحة على الفقير لان الفقراء ليسوا مقيمين عند العاشر ولا بقاء للخضراوات فتفسد قبل الدفع اليهم ولذا قلنا لو أخذ منها العاشر ليصرفه الى عماله كان له ذلك (قوله والسبب هي الارض النامية) أي بالخارج تحقيقا في حق العشر ولذا لا يجوز تعجيل العشر لانه حينئذ قبل السبب فاذا أخرجت أقل من خمسة أوسق لم تجب شيأ لكان إخلاء للسبب عن الحكم وحقيقة الاستدلال انما هو بالعام السابق لان السببية لا تثبت إلا بدليل الجعل والمفيد لسببيتها كذلك هو ذلك والا فالحديث الخاص أفاد أن السبب الارض النامية باخراج خمسة أوسق فصاعدا مطلقا فلا يصح هذا مستقلا بل هو فرع العام المفيد سببيتها مطلقا * واعلم أن ما ذكرنا من منع تعجيل العشر فيه خلاف أبي يوسف فانه أجازه بعد الزرع قبل النبات وقبل طلوع الثمرة في الشجر هكذا حكى مذهبه في الكافي وفي المنظومة خص خلافه بثمر الاشجار بناء على ثبوت السبب نظرا الى أن بنمو الاشجار يثبت نماء الارض تحقيقا فيثبت السبب بخلاف الزرع فانه ما لم يظهر لم يتحقق نماء الارض ثم اذا ظهر فأدى يجوز اتفاقا وهل يكون تعجيلا ينبني على وقت الوجوب متى هو فعند أبي حنيفة عند ظهور الثمرة فلا يكون تعجيلا وعند أبي يوسف وقت الادراك وعند محمد عند تصفيته وحصوله في الحظيرة فيكون تعجيلا وثمرة هذا الخلاف تظهر في وجوب الضمان بالاتلاف قال الامام يجب عليه عشر ما أكل أو أطعم ومحمد يحتسب به في تكميل الاوسق يعني اذا بلغ المأكول مع ما بقي خمسة أوسق يجب العشر في الباقي لا في التالف وأما أبو يوسف فلا يعتبر الذاهب بل يعتبر في الباقي خمسة أوسق الا أن يأخذ المالك من المتلف ضمان ما أتلفه فيخرج عشره وعشر ما بقي (قوله ولهذا يجب فيها الخراج) أي لكونها السبب الا أن سببيتها تختلف بالنسبة الى العشر والخراج

(قال المصنف ولهذا يجب فيها الخراج) أقول فيه بحث لان الخراج يكفي في وجوب النماء التقديري ولا يلزم حقيقة النماء بخلاف العشر فلا يقاس على الخراج فتأمل وجوابه أنه يتحول عن المكنة الى الخارج عند الخروج فيعتبر النماء تحقيقا حينئذ فتأمل

لانها اذا غلبت على الارض أفسدتها فلا يحصل بها النماء حتى لو اتخذ الارض مقصبة أو مشجرة أو منبتا للحشيش وأراد به الاستنماء بقطع ذلك وبيعه وجب فيها العشر وقوله (والمراد بالمذكور القصب الفارسي) القصب كل نبات كان ساقه أنابيب وكعوبا والكعب العقدة والانبوب ما بين الكعبين وأنواع القصب الفارسي وهو ما يتخذ منه الأقلام وقصب الذريرة وهو نوع منه متقارب العقد وأنبوبه مملوء من مثل نسج العنكبوت وفي مضغه حرافة ومسحوقه عطر يؤتى به من الهند وأجوده الياقوتي اللون وقصب السكر والمستثنى منها القصب الفارسي وأما الآخران ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف وهو ورق الجريد الذي يتخذ منه المراوح والتبن لان المقصود هو الحب والثمر دونهما فان قيل ينبغي أن يجب العشر في التبن لانه كان واجبا وقت كون الزرع قصيلا والتبن هو القصيل ذاتا الا أنه زادت فيه اليبوسة وبها لا يتغير الواجب أجيب بأنه لا يجب العشر في التبن لان العشر كان واجبا قبل ادراك الزرع في الساق حتى لو قصله وجب العشر في القصيل فاذا أدرك تحول العشر من الساق الى الحب كما تحول الخراج من المكنة عند التعطيل الى الخارج عند الخروج قال (وما سقي بغرب أو دالية) الغرب الدلو العظيمة والدالية المنجنون (٥) تديرها البقرة وذكر في المغرب أن الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز في رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية الناقة التي يستقى عليها وقوله (ففيه نصف العشر على القولين) أي على حسب اختلاف قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف ومحمد عنده يجب نصف العشر من غير شرط النصاب والبقاء وعندهما أيضا يجب نصف العشر لكن بشرط النصاب والبقاء كما بينا وما ذكره من الدليل ظاهر وقال شمس الائمة السرخسي علل بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السماء وبكثرتها فيما سقي بغرب أو دالية وهذا ليس بقوي فان الشرع أوجب الخمس في الغنائم والمؤنة فيها أكثر منها في الزراعة ولكن هذا تقدير شرعي فنتبعه ونعتقد فيه المصلحة وان لم نقف عليها وقوله (وان سقي سيحا وبدالية) واضح وانما عطف الدالية بالباء لان السيح اسم للماء دون الدالية فان الدالية آلة الاستقاء فلا يصح أن يقال سقي دالية لان الدالية غير مسقية بل هي آلة السقي كذا في النهاية وقوله (قال أبو يوسف) قيل انما ابتدأ بقول أبي يوسف لانه لا يرد الاشكال على قول أبي حنيفة فانه يقول بالعشر في القليل والكثير وهما أثبتا الحكم على قود مذهبهما في المنصوص عليه وهو ما يدخل تحت الوسق فيحتاج الى البيان فيما لا يوسق . وقوله (لان التقدير بالوسق كان باعتبار أنه أعلى ما يقدر به نوعه) لانه يقدر أولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق أقصى ما يقدر به من معياره وأقصى ما يقدر به في القطن الحمل لانه يقدر أولا بالاساتير ثم بالامناء ثم بالحمل فكان الحمل أعلى ما يقدر به وفي الزعفران المن لانه يقدر أولا بالاسنجات ثم بالاساتير ثم بالمن وقوله (وفي العسل العشر اذا أخذ من أرض العشر) قيد بارض العشر لانه اذا أخذ من أرض الخراج فلا شيء فيه لا عشر ولا خراج كما بين

يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي أما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود الحب والثمر دونهما قال (وما سقي بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر على القولين) لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بالسماء أو سيحا وان سقي سيحا وبدالية فالمعتبر أكثر السنة كما مر في السائمة (وقال أبو يوسف رحمه الله فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يوسق) كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة (وقال محمد رحمه الله يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة أمناء) لان التقدير بالوسق كان باعتبار أنه أعلى ما يقدر به نوعه (وفي العسل العشر اذا أخذ من أرض العشر) وقال الشافعي رحمه الله لا يجب

في الخارج بالنماء التقديري فلذا يجب ويؤخذ بمجرد التمكن من الزراعة وان لم يزرع وفي العشر بالتحقيقي كما قدمنا (قوله وقصب الذريرة) نوع من القصب في مضغه حرافة ومسحوقه عطر (قوله بخلاف السعف والتبن) وانما لم يجب في التبن لانه غير مقصود بزراعة الحب غير أنه لو قصله قبل انعقاد الحب وجب العشر فيه لانه صار هو المقصود ولا حاجة الى أن يقال كان العشر فيه قبل الانعقاد ثم تحول الى الحب عند الانعقاد وعن محمد في التبن اذا بيس فيه العشر (قوله بغرب) الغرب الدلو الكبير والدالية الدولاب والسانية الناقة يستقى بها (قوله على القولين) يعني مطلقا كما هو قوله أو اذا بلغ خمسة أوسق (قوله وقال أبو يوسف) لما اشترطا خمسة أوسق فيما لا يوسق كيف التقدير عندهما اختلفا فيه فقال أبو يوسف اذا بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يدخل تحت الوسق من الحبوب ووجهه ظاهر في الكتاب وقال محمد أن يبلغ خمسة أعداد أي أمثال كل واحد هو أعلى ما يقدر به ذلك النوع الذي لا يوسق فاعتبر في القطن خمسة أحمال وخمسة أمناء في السكر والزعفران وخمسة أفراق في العسل (قوله اذا أخذ من أرض العشر) قيد به لانه لو أخذ

(قوله كما تحول الخراج من المكنة عند التعطيل الى الخارج عند الخروج) أقول قوله عند التعطيل ناظر الى المكنة وقوله عند الخروج ناظر الى الخارج

لانه متولد من الحيوان فأشبه الابريسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لانه يتناول من الاوراق ولا عشر فيها ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب فيه العشر قل أو كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر فيه قيمة خمسة أوسق كما هو أصله وعنه أنه لا شئ فيه حتى يبلغ عشر قرب

من أرض الخراج لم يجب فيه شئ (قوله لانه متولد من الحيوان) (١) يعني القز ووجوب العشر فيما هو من أنزال الارض (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في العسل العشر) أخرج عبد الرزاق عنه عليه السلام أنه كتب الى أهل اليمن أن يؤخذ من أهل العسل العشر وليس له علة الا عبد الله ابن محرز قال ابن حبان كان من خيار عباد الله الا أنه كان يكذب ولا يعلم ويقلب الاخبار ولا يفهم وحاصله أنه كان يغلط كثيرا وروى ابن ماجه حدثنا محمد بن يحيى عن نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن أسامة بن زيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ من العسل العشر وروى الشافعي أخبرنا أنس بن عياض عن الحرث بن عبد الرحمن بن أبي ذباب عن أبيه عن سعد بن أبي ذباب الدوسي قال أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأسلمت وقلت يا رسول الله اجعل لقومي ما أسلموا عليه ففعل واستعملني أبو بكر رضي الله عنه بعد النبي صلى الله عليه وسلم فلما قدم على قومه قال يا قوم أدوا زكاة العسل فانه لا خير في مال لا تؤدى زكاته قالوا كم ترى قال العشر فأخذت منهم العشر فأتيت به عمر رضي الله عنه فباعه وجعله في صدقات المسلمين وكذا رواه ابن أبي شيبة عن صفوان بن عيسى حدثنا الحرث بن عيسى به ورواه الصلت بن محمد عن أنس بن عياض عن الحرث بن أبي ذباب عن منير بن عبد الله عن أبيه عن سعد ولم يعرف ابن المديني والمنير وسئل عنه أبو حاتم أيصح حديثه قال نعم قال الشافعي رحمه الله وفي هذا ما يدل على أنه عليه السلام لم يأمره بأخذ الصدقة من العسل وأنه شئ رآه فتطوع له به أهله وأخرج ابن ماجه عن سعد بن عبد العزيز عن سليمن بن موسى عن أبي سيارة المتعي قال قلت يا رسول الله إن لي نحلا قال أد العشر قلت يا رسول الله احمها لي فحماها وكذا رواه الامام أحمد وأبو داود الطيالسي وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم قال البيهقي هذا أصح ما روي في وجوب العشر فيه وهو منقطع قال الترمذي سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال حديث مرسل سليمن بن موسى لم يدرك أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس في زكاة العسل شئ يصح وروى أبو داود حدثنا أحمد بن أبي شعيب الحراني أخبرنا موسى بن أعين عن عمرو بن الحرث المصري عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جاء هلال أحد بني متعان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشور نحل له وسأله أن يحمي له واديا يقال له سلبة فحماه له فلما ولي عمر بن الخطاب كتب سفيان بن وهب الى عمر بن الخطاب يسأله عن ذلك فكتب له عمر إن أدى اليك ما كان يؤدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم له سلبة وإلا فانما هو ذباب غيث يأكله من شاء وكذلك رواه النسائي وروى الطبراني في معجمه حدثنا اسمعيل بن الحسن الخفاف المصري حدثنا أحمد بن صالح حدثنا ابن وهب أخبرنا أسامة بن زيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن بني سيارة قال الدارقطني في كتاب المؤتلف والمختلف صوابه شبابة بمعجمة وبباءين موحدتين وهم بطن من فهم كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نحل كان لهم العشر من كل عشر قرب قربة وكان يحمى واد بين لهم فلما كان عمر رضي الله عنه استعمل على ما هنالك سفيان بن عبد الله الثقفي فأبوا أن يؤدوا اليه شيأ وقالوا انما كنا نؤديه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب سفيان الى عمر فكتب اليه عمر انما النحل ذباب غيث يسوقه الله عز وجل رزقا الى من يشاء فان أدوا اليك ما كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم أودية وإلا فخل بينه وبين الناس فأدوا اليه ما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وحمى لهم أوديتهم وأخرج أبو عبيد القاسم بن سلام في

(١) قول صاحب الفتح يعني القز هكذا في عدة نسخ ولعله سقط من النساخ ما يناسب هذا التفسير وهو قول الهداية فأشبه الابريسم كما فسره به صاحب العناية اه كتبه مصححه

وقوله (فأشبه الابريسم) يعني الذي يكون من دود القز (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) يعني به ما روى أبو سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن ان في العسل العشر (ولان النحل يتناول من الانوار والثمار) قال الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات (وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما) وقوله (ثم عند أبي حنيفة) ظاهر

وقوله (لحديث بنى شبابة) وفى بعض النسخ بنى سيارة وهو ماروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أن بنى شبابة قوما من جرهم وقال فى المغرب من خثعم كانت لهم نحل عسالة يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كل عشر قرب قربة وكان يحمى لهم واديهم فلما كان فى زمن عمر رضى الله عنه استعمل عليهم سفيان بن عبد الله الثقفى رضى الله عنه فأبوا أن يعطوه شيأ فكتب فى ذلك الى عمر رضى الله عنه فكتب اليه عمر رضى الله عنه ان النحل ذباب غيث يسوقه الله الى من يشاء فان أدوا اليك ما كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم واديهم والا فخل بينها وبين الناس فدفعوا اليه العشر والقربة خمسون رطلا وقوله (كل فرق ستة وثلاثون رطلا) الفرق بفتحتين اناء يأخذ ستة عشر رطلا وذلك ثلاثة أصوع نقله صاحب المغرب فى التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد قال الازهرى والمحدثون على السكون وكلام العرب على التحريك وفى الصحاح الفرق مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلا قال وقد يحرك ثم قال المطرزى قلت وفى نوادر هشام عن محمد رحمهما الله الفرق ستة وثلاثون رطلا ولم أجد هذا فيما عندى من أصول اللغة (قوله وكذا فى قصب السكر) أى الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى قصب السكر كما هو فى القطن والزعفران فيعتبر عند أبى

كتاب الاموال حدثنا أبو الاسود عن ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبى جعفر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يؤخذ فى زمانه من العسل العشر من كل عشر قرب قربة من أوسطها واذا قد وجدنا الغلب على الظن الوجوب فى العسل وأن أخذ سعد ليس رأيا منه وتطوعا منهم كما قاله الشافعى فانه قال أدوا زكاة العسل والزكاة اسم للواجب فيحتمل كونه سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكونه رأيا منه وحمله على السماع أولى وقولهم كم ترى لا يستلزم علمهم بأنه عن رأى فى أصل الوجوب لجواز كونه عن علمهم بان الرأى فى خصوص الكمية بأن يكون ما علمه من النبى صلى الله عليه وسلم أصل الوجوب مع إجمال الكمية وعلى كل حال لا يكونون قاصدى التطوع سواء كان مجتهدا فى الكمية أو فى أصل الوجوب اذ قد قلدوه فى رأيه فكان واجبا عليهم اذ كان رأيه الوجوب ثم كون عمر رضى الله عنه قبله منه ولم ينكره عليه حين أتاه بعين العسل مع أنه لم يأت به إلا على أنه زكاة أخذها منهم يدل على أنه حق معهود فى الشرع ويدل عليه أيضا الحديث المرسل الذى لا شبهة فى ثبوته وفيه الامر منه عليه السلام باداء العشور والمرسل بانفراده حجة على ما أقمنا الدلالة عليه وبتقدير أن لا يحتج به بانفراده فتعتضد طرق الضعيف ضعفا بغير فسق الرواة يفيد حجيته اذ يغلب على الظن إجادة كثير الغلط فى خصوص هذا المتن وهنا كذلك وهو المرسل المذكور مع حديث عبد الرزاق وابن ماجه وحديث القاسم بن سلام وحديث الشافعى فتثبت الحجية اختيارا منهم ورجوعا والا فالزاما وجبرا ثم لم يدل دليل على اعتبار النصاب فيه وغاية ما فى حديث القرب أنه كان أداؤهم من كل عشر قرب قربة وهو فرع بلوغ عسلهم هذا المبلغ أما النفى عما هو أقل من عشر قرب فلا دليل فيه عليه وأما ما فى الترمذى أنه عليه السلام قال فى العسل فى كل عشرة أزق زق فضعيف (قوله لحديث بنى شبابة) قال فى العناية وفى بعض النسخ أبى سيارة وهو الصواب بعد ما ذكر أن صواب بنى شبابة كما قدمناه فاستجهله الزيلعى وقال كيف يكون صوابا مع قوله كانوا يؤدون اه وليس هذا الدفع بشئ لانه لو قيل عن أبى سيارة أنهم كانوا يؤدون لم يحكم بخطأ العبارة فانه أسلوب مستمر فى ألفاظ الرواة والمراد منه أن قومه كانوا يؤدون أو أنه مع باقى القوم كانوا يؤدون بل الصواب أن أبا سيارة هنا ليس بصواب فانه ليس فى حديث أبى سيارة ذكر القرب بل ما تقدم من قوله ان لى نحلا فقال عليه السلام أد العشور لما استبعده به فالحاصل أن أبا سيارة المتعى ثابت وكذا بنى شبابة وهو الصواب بالنسبة الى من قال بنى سيارة لا مطلقا فارجع تأمل ما قبله من الكلام الطويل حينئذ

(فرع) اختلف فى المن اذا سقط على الشوك الاخضر قيل لا يجب فيه عشر وقيل يجب ولو سقط على الاشجار لا يجب (قوله وكذا فى قصب السكر) قال فى شرح الكنز فى قصب السكر العشر قل أو كثر وعلى قياس قول أبى يوسف يعتبر ما يخرج من السكر أن يبلغ قيمة خمسة أوسق وعند محمد نصاب السكر خمسة أمناء اه وهذا تحكم بل اذا بلغ قيمة نفس الخارج من القصب قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يوسق كان ذلك نصاب القصب على قول أبى يوسف وقوله وعند محمد نصاب السكر خمسة أمناء يريد فاذا بلغ القصب قدرا يخرج منه خمسة أمناء سكر وجب فيه العشر على قول محمد والا فالسكر نفسه ليس مال الزكاة الا اذا أعد للتجارة وحينئذ يعتبر أن تبلغ قيمته نصابا واذا فالصواب أيضا على قول محمد أن يبلغ القصب

يوسف بقيمة خمسة أوسق وعند محمد خمسة أمناء وقوله (وما يوجد فى الجبال) ظاهر

(قوله نقله صاحب المغرب فى التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد) أقول والظاهر أن يقال عن التهذيب ويمكن أن يقدر قائلا فحينئذ يستقيم الكلام

وقوله (أن المقصود حاصل وهو الخارج) يعني ولا معتبر بكون الارض غير مملوكة له لان العشر يجب على المستعير اذا زرع ولو لم تكن الارض مملوكة له لما أن الخارج سلم له من غير عوض فكذا هذا (قوله وكل شئ أخرجته الارض) كل شئ أخرجته الارض مما فيه الواجب العشري عشرا كان أو نصفه لا يرفع المؤنة من العشر مثل أجر العمال والبقر وكرى الانهار وغير ذلك يعني لا يقال بعدم وجوب العشر في قدر الخارج الذي بمقابلة المؤنة من حيث القيمة بل يجب العشر في كل الخارج ومن الناس من قال يجب النظر الى قدر قيم المؤن من الخارج فيسلم ذلك القدر (٨) بلا عشر ثم يعشر الباقي لان قدر المؤن بمنزلة السالم له بعوض كأنه اشتراه ألا ترى أن من زرع

في أرض مغصوبة سلم له من الخارج بقدر ما غرم من نقصان الارض فطاب له كأنه اشتراه ووجه قولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة لانه قال ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب ففيه نصف العشر فاذا كان كذلك لم يكن لرفعها معنى لان رفعها يستلزم عدم التفاوت المنصوص عليه وهو باطل وبيانه أن الخارج فيما سقته السماء اذا كان عشرين قفيزا ففيه العشر قفيزان واذا كان الخارج فيما سقي بغرب أربعين قفيزا والمؤنة تساوي عشرين قفيزا فاذا رفعت كان الواجب قفيزين فلم يكن تفاوت بين ما سقته السماء وبين ما سقي بغرب والمنصوص خلافه فتبين أن ما سقي بغرب فيه نصف العشر من غير اعتبار المؤنة وهذا الحمل من خواص هذا الشرح فليتأمل قيل كان من حق الكلام أن يقول مما فيه العشر أو نصف العشر لان الواجب أحدهما والجواب أن المراد الواجب العشري كما أشرنا اليه في صدر الكلام فكأن العشر صار علما لذلك سواء كان عشرا أو غربا أو نصفه وقوله (تغلبي) بكسر اللام منسوب الى بني تغلب

وهو الارض النامية وجه الظاهر أن المقصود حاصل وهو الخارج قال (وكل شئ أخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب فيه أجر العمال ونفقة البقر) لان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها قال (تغلبي له أرض عشر عليه العشر مضاعفا)

الخارج خمسة مقادير من أعلى ما يقدر به القصب نفسه كخمسة أطنان في عرف ديارنا والله أعلم والفرق بتحريك الراء عند أهل اللغة وأهل الحديث يسكنونها وهو مكيال معروف هو ستة عشر رطلا وقال المطرزي انه لم ير تقديره بستة وثلاثين فيما عنده من أصول اللغة (قوله أن المقصود حاصل وهو الخارج) فلا يلتفت الى كونه مالكا للارض أو غير مالك كما اذا آجر العشرية عندهما يجب العشر على المستأجر وليس بمالك وعنده على المؤجر وكما اذا استعارها وزرع يجب العشر على المستعير بالاتفاق خلافا لزفر هذا اذا كان المستعير مسلما فان كان ذميا فهو على رب الارض بالاتفاق واذ قد ذكرناها تين فلنذكر الوجه تتميما لهما في الاولى أن العشر منوط بالخارج وان لم يكن سببا وهو للمستأجر وله أنها كما تستنمى بالزراعة تستنمى بالاجارة فكانت الاجرة مقصودة كالثمرة فكان النماء له معنى مع ملكه فكان أولى بالايجاب عليه ولزفر في الثانية وهو رواية عن أبي حنيفة أن السبب ملكها والنماء له معنى لانه أقام المستعير مقام نفسه في الاستنماء فكان كالمؤجر ولنا أن المستعير قام مقام المالك في الاستنماء فيقوم مقامه في العشر بخلاف المؤجر لانه حصل له عوض منافع أرضه ولو اشترى زرعا وتركه باذن البائع فأدركه فعند أبي حنيفة ومحمد عشره على المشتري وعند أبي يوسف عشر قيمة القصيل على البائع والباقي على المشتري له أن بدل القصيل حصل للبائع فعشره عليه ألا ترى أنه لو لم يتركه وقصله كان عشره عليه والباقي حصل للمشتري فعشره عليه ولهما أن العشر واجب في الحب وقد حصل للمشتري وانما كان يجب في القصيل لو قصله لانه حينئذ كان هو المستنمى به فلما لم يقصل كان المستنمى به الحب ففيه العشر ولو غصب أرضا عشرية فزرعها ان نقصتها الزراعة كان العشر على صاحب الارض لانه يأخذ ضمان نقصانها فيكون بمنزلة نمائها عند أبي حنيفة كالمؤجر وان لم تنقصها الزراعة فعلى الغاصب في زرعه ولو زارع بالعشرية ان كان البذر من قبل العامل فعلى قياس قول أبي حنيفة العشر على صاحب الارض كما في الاجارة وعندهما يكون في الزرع كالاجارة وان كان البذر من رب الارض فهو على رب الارض في قولهم (قوله مما فيه العشر) الأولى أن يقول مما فيه العشر أو نصفه كي لا يظن أن ذلك قيد معتبر (قوله لا يحتسب فيه أجر العمال ونفقة البقر) وكرى الانهار وأجرة الحارس وغير ذلك يعني لا يقال بعدم وجوب العشر في قدر الخارج الذي بمقابلة المؤنة بل يجب العشر في الكل ومن الناس من قال يجب النظر الى قدر قيم

(قوله كل شئ أخرجته الارض مما فيه الواجب) أقول الاولى أن يقال من الواجب كما لا يخفى (قوله العشري) أقول ونسبة العشر الى العشر من نسبة الخاص الى العام كما في اطلاق الذاتي على نفس الماهية (قوله عشرا كان أو نصفه) أقول المستتر في قوله كان راجع الى الواجب في قوله مما فيه الواجب العشري (قوله وبيانه أن الخارج فيما سقته السماء الى قوله وهذا الحمل من خواص هذا الشرح) أقول فيه شئ لانه اذا لم يرفع المؤنة يكون الواجب قفيزين أيضا فانهما نصف العشر والاولى أن يعتبر ما ذكره من المؤنة فيما سقته السماء (قوله قيل كان من حق الكلام الى قوله والجواب الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية ويمكن أن يجاب عنه أيضا بأن يقال يجوز أن يكون ذلك من قبيل الاكتفاء بذكر العشر عن نصفه وله نظائر

عرف ذلك باجماع الصحابة رضوان الله عليهم وعن محمد رحمه الله أن فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك (فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم) لجواز

المؤنة فيسلم له بلا عشر ثم يعشر الباقي لان قدر المؤنة بمنزلة السالم له بعوض كأنه اشتراه ألا يرى أن من زرع في أرض مغصوبة سلم له قدر ما غرم من نقصان الارض وطاب له كأنه اشتراه ولنا ما تقدم من قوله عليه السلام فيما سقى سيحا الخ حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلو رفعت المؤنة كان الواجب واحدا وهو العشر دائما في الباقي لانه لم ينزل الى نصفه الا للمؤنة والفرض أن الباقي بعد رفع قدر المؤنة لا مؤنة فيه فكان الواجب دائما العشر لكن الواجب قد تفاوت شرعا مرة العشر ومرة نصفه بسبب المؤنة فعلمنا أنه لم يعتبر شرعا عدم عشر بعض الخارج وهو القدر المساوي للمؤنة أصلا وفي النهاية ما حاصله وتحريره أنه قد يفضي الى اتحاد الواجب مع اختلاف المؤنة واللازم منتف شرعا فينتفي ملزومه وهو عدم تعشير البعض المساوي لقدر المؤنة بيان الملازمة لو فرض أن الخارج مثلا أربعون قفيزا فيما سقته السماء واستحق قيمة قفيزين للعمال والثيران وغيرها فان الواجب على قول العامة أربعة أقفزة اعتبارا بالمجموع الخارج وعلى قول أولئك قفيزان لان ما يقابل المؤنة من الخارج لا يجب في قدر مقابله شيء فلو فرض اخراج أربعين قفيزا فيما سقي بدالية أو غرب فان الواجب فيه قفيزان بحكم الشرع فيلزم اتحاد الواجب فيما سقي بغرب وفيما سقته السماء وهو خلاف حكم الشرع اه ولا يخفى عليك أن معنى المنقول عنهم فيما تقدم أن القدر الذي يقابل المؤنة لا يعشر ويعشر الباقي فيعشر في المسئلة التي فرضها في النهاية أولا ثمانية وثلاثون قفيزا لان القفيزين الأخيرين استغرقا في المؤنة فلا يعشران فيكون الواجب أربعة أقفزة الاخمس قفيز وهذا التصوير المذكور في النهاية يفيد أنه يرفع قدر المؤنة وهو القفيزان من نفس عشر جميع الخارج حتى يصير الواجب قفيزين فأسقطوا عشر عشرين قفيزا وليس هذا هو معنى المنقول عنهم نعم ان كان قولهم في الواقع هو هذا فذلك دفعه والا فلا وهو الظاهر والتصوير الصحيح على ما هو الظاهر في المسئلة التي فرضها أن تستغرق المؤنة عشرين قفيزا (قوله وعن محمد رحمه الله الخ) ضبط هذا الفصل على تمامه أن الارض إما عشرية أو خراجية أو تضعيفية والمشترون مسلم وذمي وتغلبي فالمسلم اذا اشترى العشرية أو الخراجية بقيت على حالها أو تضعيفية فكذلك عند أبي حنيفة سواء كان التضعيف أصليا بأن كانت من أراضي بني تغلب الاصلية أو حادثا بأن استحدثوا ملكها فضعفت عليهم وقال أبو يوسف ترجع الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف وهو الكفر مع التغلبية وقياسا على ما لو اشترى المسلم خمسا من سائمة ابل التغلبي فانها ترجع الى شاة واحدة اتفاقا وقول محمد في الاصح مع أبي حنيفة الا أنه لا يتأتى قوله في التضعيف الحادث ولابي حنيفة رحمه الله أن التضعيف صار وظيفة الارض فلا يتبدل الا في صورة يخصها دليل قياسا على ما لو اشترى المسلم الخراجية حيث تبقى خراجية وان كان المسلم لا يبتدأ بالخراج وقوله زال المدار وهو الكفر قلنا هذا مدار ثبوته ابتداء والحكم الشرعي يستغني عن قيام علته الشرعية في بقائه وانما يفتقر اليها في ابتدائه كالرق أثر الكفر ثم يبقى بعد الاسلام والرمل والاضطباع في الطواف بخلاف سائمته لان الزكاة في السائمة ليست وظيفة متقررة فيها ولهذا تنتفي بجعلها علوفة وبكونها للتجارة بخلاف الاراضي وتقييدنا بالشرعي في الحكم والعلة لاخراج العقلي فانه يفتقر في بقائه الى علته العقلية عند المحققين وستظهر فائدة ما ذكرناه من الاستثناء وعلى هذا الخلاف ما اذا أسلم التغلبي وله أرض تضعيفية واذا اشترى التغلبي الخراجية بقيت خراجية أو التضعيفية فهي تضعيفية أو العشرية من مسلم ضوعف عليه العشر عندهما خلافا لمحمد له أن الوظيفة بعد ما قررت في الارض لا تتبدل بتبدل المالك على ما علم فيما اذا اشترى التغلبي خراجية لا يضعف الخراج ولهما أن في هذه الصورة دليلا يخصها يقتضي تغيرها وهو وقوع الصلح على أن يضعف

وقوله (عرف ذلك باجماع الصحابة) تقدم بيانه في قصة عمر رضي الله عنه معهم ولا فصل في ذلك بين أن تكون الارض ملكه في الاصل أو اشتراها من مسلم (وعن محمد أن فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك) فتضعيف العشر انما يكون في الاراضي الاصلية التي وقع الصلح عليها ولهما أن الصلح وقع بيننا وبينهم على أن نضعف عليهم ما يؤخذ من المسلم والعشر يؤخذ من المسلم فيضعف عليهم وقوله (فان اشتراها) يعني الارض التي عليها عشر مضاعف من الاصل من التغلبي (ذمي فهي على حالها) من العشر المضاعف (عندهم لجواز

التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر (فان الذمي اذا مر على العاشر بمال الزكاة يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم وقوله (وكذلك اذا اشتراها منه مسلم) يعني يبقى عشرها مضاعفا (عند أبي حنيفة) من غير فصل بين التضعيف الاصلي والحادث (لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج) فان المسلم اذا اشترى أرضا خراجية بقيت كما كانت وكذا اذا أسلم صاحبها وهذا لان بقاء الحكم يستغنى عن بقاء العلة كالرمل والاضطباع بقيا بعد زوال الحاجة الى اظهار التجلد وههنا بحث قررناه في التقرير فليطلب ثمة (وقال أبو يوسف يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف) وهو الكفر ألا ترى أن النغلبي اذا كانت له خمس من الابل السائمة يجب فيها شاتان فان باعها من مسلم أو أسلم يؤخذ منه شاة واحدة والجواب لابي حنيفة أن مال الزكاة أقبل للتحول من وصف الى وصف ألا ترى أن مال التجارة تبطل عنه الزكاة بنية القنية والسوائم تبطل عنها بجعلها علوفة والاراضي ليست كذلك وقوله (قال في الكتاب) أي في كتاب الزكاة من المبسوط (وهو) أي العود (١٠) الى عشر واحد (قول محمد فيما صح عنه قال المصنف رحمه الله اختلفت النسخ) أي نسخ المبسوط (في بيان قول محمد) أنه مع أبي حنيفة أو مع أبي يوسف (والاصح أنه مع أبي حنيفة في بقاء التضعيف) على المسلم وما بعده ظاهر مما تقدم وقوله (ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني) أي ذمي غير تغلبي وانما فسر بذلك لان لفظ النصراني ولفظ الذمي يتناولان النغلبي وغيره من النصارى وذكر قبيل هذا بيع المسلم من النغلبي فكان هذا من غير تغلبي وانما قيد بقوله وقبضها ليعلم به تأكد ملك الذمي فيها وتقرر الارض عليه حتى اذا أخذها مسلم بالشفعة أو ردت على البائع تبقى عشرية كما كانت وهي المسئلة الثانية التي تجيء وقوله (لانه أليق بحال الكافر) انما كان كذلك لان المأخوذ ثلاثة أنواع خراج وعشر واحد وعشر مضاعف والعشر بالشفعة المضاعف يعتمد الصلح والتراضي كما في التغالبة وليس بموجود والعشر الواحد فيه معنى القربة والكافر ليس من أهلها فتعين الخراج لانه أليق به لكونه مؤنة فيها معنى العقوبة والكافر أهل لها وقوله (اعتبارا بالتغلبي) يعني أن ما كان مأخوذا من المسلم اذا وجب أخذه من الكافر يضعف عليه كصدقة بني تغلب وما يمر به الذمي على العاشر وهو أهون من التبديل لانه تغيير في الوصف والخراج واجب آخر وقوله (ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات وفي رواية يصرف مصارف الخراج) وجه الاولى أن حق الفقراء تعلق به فهو كتعلق حق المقاتلة بالاراضي الخراجية ووجه الثانية وهي رواية ابن سماعة أن ما يصرف الى الفقراء هو ما كان لله تعالى بطريق العبادة ومال الكافر ليس كذلك فيصرف مصارف الخراج وقوله (فان أخذها منه مسلم) أي ان أخذ الارض التي باعها المسلم من نصراني من النصراني مسلم (بالشفعة أو ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت أما الاول) أي الاخذ بالشفعة

التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر (وكذا اذا اشتراها منه مسلم أو أسلم النغلبي عند أبي حنيفة رحمه الله) سواء كان التضعيف أصليا أو حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج (وقال أبو يوسف رحمه الله يعود الى عشر واحد) لزوال الداعي الى التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد رحمه الله فيما صح عنه قال رحمه الله اختلفت النسخ في بيان قوله والاصح أنه مع أبي حنيفة رحمه الله في بقاء التضعيف الا أن قوله لا يتأتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة (ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني) يريد به ذميا غير تغلبي (وقبضها فعليه الخراج عند أبي حنيفة رحمه الله) لانه أليق بحال الكافر (وعند أبي يوسف رحمه الله عليه العشر مضاعفا) ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا أهون من التبديل (وعند محمد رحمه الله هي عشرية على حالها) لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات وفي رواية يصرف مصارف الخراج (فان أخذها منه مسلم بالشفعة أو ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت) أما الاول

عليهم ما يبتدأ به المسلم فوجب تضعيف العشر دون الخراج لانه مما لا يبتدأ به المسلم فان قيل الصلح وقع على أن يضعف عليهم ما يأخذه بعضنا من بعض أما كونه بقيد كونه مما يبتدأ به المسلم فما يحتاج الى أن نوجد ونافيه دليلا وهذا ما قال المصنف في آخر الباب لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة قلنا سوق الصلح وهو الانفة من اعطائهم الجزية لما فيها من الصغار يفيد أنه وقع على ما يلزمهم به ما أنفوا منه فيفيد ما ذكرنا اذا ابتداء الخراج ذل وصغار ولهذا لا يبتدأ المسلم به واذا اشترى ذمي غير تغلبي خراجية أو تضعيفية بقيت على حالها ولو اشترى عشرية من مسلم فعند أبي حنيفة تصير خراجية ان استقرت في ملكه وان لم تستقر بل ردت على البائع بفساد البيع أو بخيار شرط أو رؤية أو استحقها مسلم بشفعة عادت عشرية ولو بعد وضع الخراج لان هذا الرد فسخ فيجعل البيع كأن لم يكن وبالاستحقاق

(قوله والجواب لابي حنيفة الى قوله والاراضي ليست كذلك) أقول فيه أن الارض العشرية يسقط عشرها باختطاطها دارا وكذا الخراجية على ما نصوا (قوله وانما قيد بقوله وقبضها الخ) أقول فيه بحث اذ لا دلالة في ذلك القيد على ما ذكره ألا ترى أنه يأخذها منه مسلم بعد قبضه بالشفعة أو رد عليه

(فلتحول الصفقة الى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم) ولم يتوسط النصرانى واعترض بأنه لو كان كذلك لما رجع الشفيع بالعيب على المشترى اذا قبضها منه وأجيب بأنه انما يرجع عليه لوجود القبض منه كما فى الوكيل بالبيع (١١) فان المشترى يرد المبيع بالعيب على الوكيل لا على الموكل لحصول القبض منه حتى لو كان الشفيع قبضها من البائع ثم وجدها معيبا يردها عليه دون المشترى (وأما الثانى) أى الرد على البائع لفساد البيع (فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن ولان حق المسلم) أى البائع (لم ينقطع بهذا الشراء) وهو الفاسد (لكونه مستحق الرد) بفتح الحاء قال (واذا كانت لمسلم دار خطة) دار خطة كخاتم فضة بالاضافة سماعا ويجوز خطة بالنصب تمييزا كما فى عندى راقود خلا والخطة ما خطه الامام بالتمليك عند فتح دار الحرب والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار على ما سيجىء ووضع هذه المسئلة لبيان أن الحكم الاصلى للشئ يتغير بتغير صفته فانها لو بقيت دارا كما كانت لم يكن فيها شئ سواء كان مالكها مسلما أو ذميا فاذا جعلها بستانا وجب عليه العشر ان سقاه بماء العشر والخراج ان سقاه بماء الخراج لان المؤنة فى مثل هذا تدور مع الماء لان وظيفة الاراضى باعتبار أنزالها وهى انما تكون بالماء واستشكل هذه المسئلة بأن

فلتحول الصفقة الى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم وأما الثانى فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد (واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر) معناه اذا سقاه بماء العشر وأما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة فى مثل هذا تدور مع الماء

بالشفعة تنتقل الى المسلم الشفيع الصفقة كأنه اشتراها من المسلم وكذا اذا ردها بعيب بقضاء لان للقاضى ولاية الفسخ وأما بغير قضاء فهى خراجية لانه إقالة وهو بيع فى حق غيرهما فصار شراء المسلم من الذمى بعد ما صارت خراجية فتصير على حالها ذكره الترتاشى كما اذا أسلم هو واشتراها منه مسلم آخر وفى نوادر زكاة المبسوط ليس له أن يردها لان الخراج عيب حدث فيها فى ملكه وأجيب بأن هذا عيب يرتفع بالفسخ فلا يمنع الرد وهذا بناء على أن المراد بما فى النوادر ليس له أن يلزمه بالرد بالقضاء للمانع فمنعه بأنه مانع يرتفع بالرد وهذا للعلم بأن الرد بالتراضى إقالة فلا يمتنع للعيب هذا التفريع كله على القول بصيرورتها خراجية وهو قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف يضاعف عليه عشرها وقال محمد هى على حالها عشرية ثم فى رواية تصرف مصارف العشر وفى أخرى مصارف الخراج والاقوال الثلاثة بناء على جواز تبقيتها على ملكه وقال مالك لا تبقى بل يجبر على اخراجها عنه وقال الشافعى فى قول لا يجوز البيع أصلا كقوله فيما اذا اشترى الذمى عبدا مسلما وفى قول يؤخذ منه العشر والخراج معا وعن شريك لا شئ فيها قياسا على السوائم اذا اشتراها ذمى من مسلم وجه قول الشافعى أن القول بصحة البيع يوجب تقرر العشر ومال الكافر لا يصلح له فالقول بصحته يستلزم الممتنع وجه قوله الآخر أن العشر كان وظيفتها فتنتقل اليه بما فيها ثم يجب أن يوظف عليه الخراج لما ذكر فى وجه قول أبى حنيفة فيجبان عليه جميعا وجه قول مالك أن ماله لا يصلح للعشر لما فيه من معنى العبادة ولا يمكن تغييره لتعلق حق الفقراء فيها فيجب اجباره على اخراجها عن ملكه ابقاء لحق الفقراء وجه قول محمد أن معنى العبادة فى العشر تابع فيمكن إلغاؤه قياسا على الخراج لما كان معنى العقوبة فيه تابعا ألغى فى حق المسلم فتقرر عليه بقاء وجه قول أبى يوسف أن تضعيف ما يؤخذ من المسلم على الذمى ثابت فى الشرع كما اذا مر على العاشر ولم يكن عليه قبله فعلم أن ما يؤخذ من المسلم اذا ثبت أخذه من الذمى يضعف عليه وجه قول أبى حنيفة أنه تعذر التضعيف لانه انما يثبت بحكم الصلح أو التراضى كما فى التغلبيين وتعذر العشر لما فيه من معنى العبادة وان سلم كونه تابعا فانه ليس أهلا لشئ منها والارض لا تخلو عن وظيفة مقررة فيها شرعا بخلاف السائمة على ما قدمنا وبه ينتفى قول شريك فتعين الخراج وهو الاليق بحال الكافر لاشتماله على معنى العقوبة والحاصل أن هذا مما لمنع بقاء الوظيفة فيه مانع فيندرج فى ذلك الاستثناء السابق هذا ثم الى الآن لم يحصل جواب قول مالك ان التغيير ابطال لحق الفقراء بعد تعلقه فلا يجوز والتضعيف أيضا إبطال له لان مصرف العشر المضاعف مصارف الجزية وابقاء حقهم غير ممكن لان ماله غير صالح له فلم يمكن فيها احدى الوظائف الثلاثة ولا إخلاؤها مطلقا وجب اجباره على اخراجها كما اذا اشترى الذمى عبدا مسلما عندنا يصح ويجبر على اخراجه عن ملكه فان قلت فقول الشافعى بعدم الصحة حينئذ أولى لانه تعذرت الوظائف والاخلاء فوجب أن لا تبقى فلا فائدة فى تصحيح العقد ثم الاجبار على الاخراج فالجواب أن نفى الفائدة مطلقا ممنوع اذ قد يستتبع فائدة التجارة والاكتساب أو قصد الهبة فى أغراض كثيرة فيجب التصحيح (قوله فجعلها بستانا) قيد به لانه لو لم يجعلها بستانا وفيها نخل تعلل أكرارا لاشئ فيها (قوله لان الوظيفة تدور فى مثله مع الماء) فاذا كان الماء خراجيا ففيها الخراج وان كانت عشرية فى الاصل سقط عشرها فيها ووظيف الخراج على المسلم ابتداء وقد ذكر محمد فى أواب السير من الزيادات أن المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج وأجاب شمس الائمة بأن معناه أنه لا يبتدأ بتوظيف الخراج عليه اذا لم يكن منه صنع يستدعى ذلك وههنا وجد منه ذلك وهو السقى بماء الخراج اذ الخراج يجب

حقا للغانمين فيختص وجوبه بمن حازوه المقاتلة ألا ترى أن المسلم إذا أحيا أرضا ميتة بإذن الإمام وسقاها بماء الخراج وجب عليه الخراج ومعنى قوله في مثل هذه الأرض التي لم يتقرر أمره على عشر أو خراج وهو احتراز عما إذا كان المسلم أرض تسقى بماء العشر وقد اشتراها ذمي فإن ماءها عشري وفيه الخراج وقوله (وليس على المجوسي في داره شيء) قال شيخ الإسلام رحمه الله إنما خصه بالذكر لأنه قيل لعمر رضي الله عنه إن المجوس كثير بالسواد فقال أعياني أمر المجوس وفي القوم عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بالمجوس (١٢) سنة أهل الكتاب الحديث فلما سمع عمر رضي الله عنه بذلك عمل به وأمر عماله أن يمسحوا أراضيهم وعامرهم فيوظفوا الخراج على أراضيهم وربعهم بقدر الطاقة والريع وعفا عن رقاب دورهم وعن رقاب الأشجار فيها فلما ثبت العفو في حقهم مع كونهم أبعد عن الإسلام ثبت في حق اليهود والنصارى بالطريق الأولى (وإن جعلها بستانا فعليه الخراج وإن سقاه بماء العشر لتعذر إيجاب العشر عليه إذ فيه معنى القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله) ولقائل أن يقول إما أن يكون الاعتبار للماء أو لحال من توضع عليه الوظيفة فإن كان الأول وجب عليه العشر وإن كان الثاني ناقض هذا قوله لأن المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء ووجب على المسلم العشر إذا سقى أرضه بماء الخراج والجواب أن الاعتبار للماء ولكن قبول المحل شرط وجوب الحكم والكافر ليس بمحل لإيجاب العشر عليه لكونه عبادة فإن قيل فكيف كان المسلم محلا لإيجاب الخراج وفيه الصغار والمسلم ليس بمحل له فالجواب أنه لا صغار في خراج الأراضي إنما هو في خراج الجماجم كذا ذكره شمس الأئمة رحمه الله سلمناه ولكنه ليس بمحل له مطلقا أو إذا لم يظهر منه صنع يقتضيه والأول ممنوع والثاني مسلم ولكنه قد ظهر منه ذلك وهو السقي بماء الخراج كما تقدم وقوله (وعلى قياس قولهما) يعني ما مر أن الذمي إذا اشترى من مسلم أرضا عشرية وجب عند أبي يوسف عشر مضاعف وعند محمد عشر واحد فعلى قياس قولهما هذا وجب على المجوسي إذا سقى أرضه بماء العشر عند محمد عشر واحد وعند أبي يوسف عشران والوجه من الجانبين قد مر وكذا الروايتان عن محمد في المصرف

(وليس على المجوسي في داره شيء) لأن عمر رضي الله تعالى عنه جعل المساكن عفوا (وإن جعلها بستانا فعليه الخراج) وإن سقاها بماء العشر لتعذر إيجاب العشر إذ فيه معنى القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري إلا أن عند محمد رحمه الله عشر واحد وعند

باختلاطها هادارا وإن سقيت بماء العشر فهي عشرية وإن كانت خراجية سقط خراجها بالاختلاط أيضا فالوظيفة في حقه تابعة للماء وليس في جعلها خراجية إذا سقيت بماء الخراج ابتداء توظيف الخراج على المسلم كما ظنه جماعة منهم الشيخ حسام الدين السغناقي في النهاية وأيد عدم امتناعه بما ذهب إليه أبو اليسر من أن ضرب الخراج على المسلم ابتداء جائز وقول شمس الأئمة لا صغار في خراج الأراضي إنما الصغار في خراج الجماجم بل إنما هو انتقال ما تقرر فيه الخراج بوظيفته إليه وهو الماء فإن فيه وظيفة الخراج فإذا سقي بها انتقل هو بوظيفته إلى أرض المسلم كما لو اشترى خراجية وهذا لأن المقاتلة هم الذين حووا هذا الماء فثبت حقهم فيه وحقهم هو الخراج فإذا سقي به مسلم أخذ منه حقهم كما أن ثبوت حقهم في الأرض أعني خراجها لحمايتهم إياها يوجب مثل ذلك وصرح محمد في أبواب السير من الزيادات بأن المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج وحمله السرخسي على ما إذا لم يباشر سبب ابتدائه بذلك ليخرج هذا الموضع وأنت علمت أن هذا ليس منه وقوله الوظيفة في مثله أي فيما هو ابتداء توظيف على المسلم من هذا ومن الأرض التي أحياها لا كل ما لم يتقرر أمره في وظيفة كما في النهاية بأن الذمي لو جعل دار خطته بستانا أو أحيا أرضا أو رضخت له لشهوده القتال كان فيها الخراج وإن سقاها بماء العشر عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله وليس على المجوسي) قيد به ليفيد النفي في غيره من أهل الكتاب بالدلالة لأن المجوس أبعد عن الإسلام بدليل حرمة مناكحتهم وذبائحهم (قوله لأن عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا) هكذا هو مأثور في القصص وكتب الآثار من غير سند في كتاب الأموال لأبي عبيد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل الخراج على الأرضين التي تغل والتي تصلح للغلة من العامرة وعطل من ذلك المساكن والدور التي هي منازلهم ونوارثه عنه من غير سند وحكي عليه إجماع الصحابة (قوله وإن سقاها بماء العشر) لأن العشر فيه معنى القربة والكفر ينافيه وقال التمرتاشي فيما إذا اتخذ الذمي داره بستانا أو رضخت له أرض أو أحياها فهي خراجية وإن سقاها بماء العشر وعلى قياس قولهما ينبغي أن يجب فيهما العشر بخلاف المسلم إذا سقى داره التي جعلها بستانا بماء الخراج حيث يجب الخراج بالاتفاق وفي شرح الكنز قالوا ينبغي أن يجب فيها عشران على قياس قول أبي يوسف وعلى قول محمد عشر واحد كما مر من أصلهما ثم نظر فيه بأن ذلك كان في أرض استقر فيها العشر وصار وظيفة لها بأن كانت في يد مسلم اهـ وقد قرر هو ثبوت الوظيفة في الماء وهو حق وعلى هذا فلا يدفع ما ذكره المشايخ مما أورده والله سبحانه أعلم

وقوله (ثم الماء العشري) بيان للماء العشري والخراجي وهو ظاهر والانهار التي شقها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ومهروذ لان أصل تلك الانهار بمال الخراج فصار ماؤها خراجيا وصارت الارض خراجية تبعا وجيحون نهر ترمذ بكسر التاء والذال المعجمة وسيحون نهر الترك وهو نهر بخند ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة قال بعض الشارحين الابار والعيون التي حفرت وظهرت في الارض العشرية ماؤها عشري أما التي تكون في الارض الخراجية فالماء أيضا خراجي لان الماء يأخذ حكم الارض لكونه خارجا منها وفيه بحث وهو أنه ذكر أن الارض العشرية ما تسقى من ماء العشر فلو كان ماء العشر من الآبار والعيون ما يكون في الارض العشرية لم يفد شيأ لتوقف أحدهما على الآخر والجواب أن الاراضي العشرية خمسة أنواع (١٣) فأرض العرب كلها عشرية وسيأتي تحديدها والثاني كل أرض أسلم أهلها طوعا والثالث الارض التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين والرابع بستان مسلم كان داره فاتخذه بستانا والخامس الارض الميتة التي أحياها مسلم وكانت من توابع الارض العشرية وما نحن فيه انما يتصور في الرابع والخامس فان المسلم اذا كان له دار في أرض العرب أو في الارض التي أسلم أهلها طوعا أو التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلها بستانا وسقى بماء آبارها أو العيون التي فيها وجب العشر وان كانت الدار لمجوسي والمسئلة بحالها فعلى ما ذكر من اختلافهم في وجوب الخراج أو العشر الواحد أو المضاعف وعلى هذا اذا أحيا أرضا مواتا وقوله (لان الصلح قد يجري على تضعيف الصدقة) أي على تضعيف ما يجب على المسلمين من العبادة أو ما فيه معناها (دون المؤنة المحضة) أي الخالية عن معنى العبادة كالخراج فمن وجب عليه من المسلمين شئ من ذلك وجب على بني تغلب ضعفه (وعلى الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم) وقوله (وليس في عين القير والنفط) القير هو الزفت والقار لغة فيه والنفط بفتح النون وكسرها وهو أفصح دهن يكون على وجه الماء في العين وكلامه واضح وقوله (وعليه في أرض الخراج خراج) يجوز أن يكون معناه وعلى عين القير والنفط خراج بأن يمسح موضع القير (اذا كان حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة) فيكون موضع العين تابعا

أبي يوسف رحمه الله عشران وقدمر الوجه فيه ثم الماء العشري ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحد والماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رحمه الله لانه لا يحميها أحد كالبحار وخراجي عند أبي يوسف رحمه الله لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها (وفي أرض الصبي والمرأة التغلبيين ما في أرض الرجل التغلبي) يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح قد يجري على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم قال (وليس في عين القير والنفط في أرض العشر شئ) لانه ليس من أنزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء (وعليه في أرض الخراج خراج) وهذا (اذا كان حريمه صالحا للزراعة) لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

(قوله ثم الماء العشري ماء السماء) والعيون والبحار التي لا يتحقق وروديد أحد عليها وماء الخراج ماء الانهار التي شقها الاعاجم كنهر الملك ونهر يزدجرد واختلفوا في سيحون نهر الترك وجيحون نهر ترمذ ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة هل هي خراجية أولا على ما في الكتاب وهو بناء على أنه هل يرد عليها يد أحد أولا فعند محمد لا وعند أبي حنيفة وأبي يوسف نعم فان السفن يشد بعضها الى بعض حتى تصير جسرا يمر عليه كالقنطرة وهذا يد عليها فهي خراجية قيل ماذكر في ماء الخراج ظاهر فان ماء الانهار التي شقتها الكفرة كان لهم يد عليها ثم حويناها قهرا وقررنا يد أهلها عليها كأراضيهم وأما في ماء العشر فليس بظاهر فان الآبار والعيون التي في دار الحرب وحويناها قهرا خراجية صرحوا بذلك معللين بأنه غنيمة وعللوا العشرية بعدم ثبوت اليد عليها فلم تكن غنيمة ولا يتم هذا الا في البحار والامطار ثم قالوا في مائهما لو سقى كافر بهما أرضه يكون فيها الخراج بل البحار أيضا خراجية على ما ذكرنا من قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلم يبق الا ماء المطر وقد علمت أن الكافر اذا سقى به عليه الخراج ولم يختلفوا فيه كاختلافهم في أرض عشرية اشتراها ذمي ولا يخفى أن كون الآبار والعيون التي كانت حين كانت الارض دار حرب خراجية لا ينفي العشرية في كل عين وبئر فان كثيرا من الآبار والعيون احتفرها المسلمون بعد صيرورة الارض دار اسلام وعلى هذا فيجب التعميم فان ما نراه منها الآن إما معلوم الحدوث بعد الاسلام وإما مجهول الحال أما ثبوت معلومية أنه جاهلي فمتعذر اذ أكثر ما كان من فعلهم قد درس وسفته الرياح ولم يبق من ثبوت ذلك الا قول العوام غير مستندين فيه الى ثبت فيجب الحكم في كل ما نراه بأنه اسلامي إضافة للحادث الى أقرب وقتيه الممكنين ويكون ظهور القسمين بالنسبة الى سقي المسلم ما لم تسبق فيه وظيفة والله أعلم (قوله في عين القير) هو الزفت ويقال القار والنفط دهن يعلو الماء (قوله وهذا اذا كان حريمها صالحا للزراعة) ثم يمسح موضع القير في رواية تبعا وفي رواية لا يمسح لانها لا تصلح للزراعة ﴿فرع﴾

(قوله فلو كان ماء العشر من الآبار والعيون ما يكون في الارض العشرية لم يفد شيأ) أقول قوله ما يكون خبر كان في قوله فلو كان وقوله لم يفد جواب قوله فلو كان

للارض وهو اختيار بعض المشايخ ويجوز أن يكون معناه وعلى الرجل في عين الفيء والنفط في أرض الخراج خراج يعني في حريمها اذا كان صالحا للزراعة ولا يمسح موضع العين لانه لا يصلح للزراعة وهو رواية ابن سماعة عن محمد وهو مختار أبي بكر الرازي لان حريمه في الاصل صالح لها وانما عطله صاحبه لحاجته وهو تحصيل ما يحصل به فيه ومنهم من قال لا خراج فيها ولا على ما حولها لانها لا تصلح للزراعة كالارض السبخة وما لا يبلغها الماء وكأن المصنف اختار قول أبي بكر الرازي رحمه الله

لما ذكر الزكاة وما يلحقها من خمس المعادن وعشر الزروع احتاج الى بيان من تصرف اليه هذه الاشياء فشرع في بيانه في هذا الباب (الاصل فيه) أي فيمن يجوز الصرف اليه (قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية فهذه ثمانية أصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم) وهم كانوا ثلاثة أنواع نوع كان يتألفهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليسلموا ويسلم قومهم باسلامهم ونوع منهم أسلموا لكن على ضعف فيزيد تقريرهم لضعفهم ونوع منهم لدفع شرهم وهم مثل عيينة بن حصن والاقرع بن حابس والعباس بن مرداس وكان هؤلاء رؤساء قريش لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم خوفا منهم فان الانبياء عليهم الصلاة والسلام لا يخافون أحدا الا الله وانما أعطاهم خشية أن يكبهم الله على وجوههم في النار ثم سقط ذلك في خلافة الصديق رضي الله عنه روى أنهم استبدلوا الخط لنصيبهم في خلافة أبي بكر رضي الله عنه فبذل لهم وجاؤا الى عمر رضي الله عنه فاستبدلوا خطه فأبى ومزق خط عهد أبي بكر رضي الله عنه وقال هذا شئ كان يعطيكم رسول الله صلى الله عليه وسلم تألفا لكم فاما اليوم فقد أعز الله الاسلام وأغنى عنكم فان ثبتم على الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف فعادوا الى أبي بكر فقالوا أنت الخليفة أو عمر بذلت لنا الخط ومزقه عمر فقال هو ان شاء ولم يخالفه

﴿باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز﴾

قال رحمه الله (الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية فهذه ثمانية أصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى أعز الاسلام وأغنى عنهم)

لا يجمع على مالك أرض عشر وخراج لما روى أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجمع على مسلم عشر وخراج في أرض ولاجماع الصحابة اذ قد فتحوا السواد ولم ينقل عنهم قط جمعهما على مالك

﴿باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز﴾

(قوله الاصل فيه) أي فيمن يجوز الدفع اليه ومن لا (قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية) فمن كان من هؤلاء الاصناف كان مصرفا ومن لا فلا لان انما تفيد الحصر فيثبت النفي عن غيرهم (قوله سقط منها المؤلفة قلوبهم) كانوا ثلاثة أقسام قسم كفار كان عليه الصلاة والسلام يعطيهم ليتألفهم على الاسلام وقسم كان يعطيهم ليدفع شرهم وقسم أسلموا وفيهم ضعف في الاسلام فكان يتألفهم ليثبتوا ولا حاجة الى ايراد السؤال القائل كيف يجوز صرف الصدقة الى الكفار وجوابه أنه كان من جهاد الفقراء في ذلك الوقت أو من الجهاد لانه تارة بالسنان ومرة بالاحسان لان الذي اليه نصب الشرع اذا نص على الصرف اليهم وبين النبي صلى الله عليه وسلم من هم بالاعطاء كان هذا هو المشروع والأسوة على ما يجتهد فيه باعتبار نبوة عن المنصوص أو القواعد التي تعطيها العمومات حتى يجاب بما يفيد راجحا في نصوص الشارع أو قواعده المفادة بالعمومات أو باللوازم لاحدهما فكيف بما هو نفس المنصوص عليه فان قلت السؤال معناه طلب حكمة المشروع المنصوص قلنا لو كان كذلك كان جوابه بنفس ما علمنا به اعطاء الاقسام الثلاثة لا بما أجابوا به فتأمل مستعينا ثم روى الطبري في تفسيره في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية باسناده عن يحيى بن أبي كثير قال المؤلفة قلوبهم من بني أمية سفيان بن حرب ومن بني مخزوم الحرث بن هشام وعبد الرحمن بن يربوع ومن بني جمح صفوان بن أمية ومن بني عامر بن لؤي سهيل بن عمرو وحويطب بن عبد العزى ومن بني أسد بن عبد العزى حكيم بن حزام ومن بني هاشم أبو سفيان بن الحرث بن عبد المطلب ومن فزارة عيينة بن حصن ومن بني تميم الاقرع بن حابس ومن بني نصر مالك بن عوف ومن بني سليم العباس بن مرداس ومن ثقيف العلاء بن حارثة (١) أعطى النبي صلى الله عليه وسلم كل رجل منهم مائة ناقة الا عبد الرحمن بن يربوع وحويطب بن عبد العزى فانه أعطى كل رجل منهما خمسين وأسند أيضا قال عمر بن الخطاب حين جاء عيينة بن حصن الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر يعني ليس اليوم مؤلفة وأخرج ابن أبي شيبة عن الشعبي انما كانت المؤلفة على

(قوله فعادوا الى أبي بكر رضي الله عنه فقالوا أنت الخليفة أو عمر بذلت لنا الخط ومزقه عمر فقال هو ان شاء الله) أقول يعني هو الخليفة ان شاء الله

(١) سقط هنا من الحديث ومن بني سهم عدي بن قيس كما أثبته السيوطي في الدر المنثور اه مصححه

(وعلى ذلك انعقد الاجماع) واختلف كلام القوم في وجه سقوطه بعد النبي صلى الله عليه وسلم بعد ثبوته بالكتاب الى حين وفاته عليه الصلاة والسلام فمنهم من ارتكب جواز نسخ ما ثبت بالكتاب بالاجماع بناء على أن الاجماع حجة قطعية كالكتاب وليس بصحيح من المذهب ومنهم من قال هو من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته كانتهاء جواز الصوم بانتهاء (١٥) وقته وهو النهار ورد بان الحكم في البقاء لا يحتاج الى علته كما في الرمل والاضطباع في الطواف وقد تقدم فانتهاؤها قد لا يستلزم انتهاءه وفيه بحث قررناه في التقرير وقال شيخ شيخي العلامة علاء الدين عبد العزيز رحمهما الله والاحسن أن يقال هذا تقرير لما كان في زمن النبي عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى وذلك أن المقصود بالدفع اليهم كان اعزاز الاسلام لضعفه في ذلك الوقت لغلبة أهل الكفر فكان الاعزاز في الدفع فلما تبدل الحال بغلبة أهل الاسلام صار الاعزاز في المنع فكان الاعطاء في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان بمنزلة الآلة لاعزاز الدين والاعزاز هو المقصود وهو باق على حاله فلم يكن نسخا كالتيمم وجب عليه استعمال التراب للتطهر لانه آلة متعينة لحصول التطهر عند عدم الماء فاذا تبدل حاله بوجدان الماء سقط الاول ووجب استعمال الماء لانه صار متعينا لحصول المقصود ولا يكون هذا نسخا للاول فكذا هذا وهو تظير ايجاب الدية على العاقلة فانها كانت واجبة على العشيرة في زمنه صلى الله عليه وسلم وبعده على أهل الديوان لان الايجاب على العاقلة بسبب النصرة والانتصار في زمنه صلى الله عليه وسلم كان بالعشيرة وبعده صلى الله عليه وسلم بأهل الديوان فايجابها على أهل الديوان بعده عليه الصلاة والسلام لم يكن نسخا بل كان تقريرا للمعنى الذي وجبت الدية لاجله وهو الانتصار فكذا هذا وهو كلام حسن وقوله (والفقير من له أدنى شيء) ظاهر

وعلى ذلك انعقد الاجماع (والفقير من له أدنى شيء والمسكين من لا شيء له) وهذا مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وقد قيل على العكس

عهد النبي صلى الله عليه وسلم فلما ولي أبو بكر انقطعت (قوله وعلى ذلك انعقد الاجماع) أي اجماع الصحابة في خلافة أبي بكر فان عمر ردهم وقال ما ذكرنا لعيينة وقيل جاء عيينة والاقرع يطلبان أرضا الى أبي بكر فكتب له الخط فمزقه عمر وقال هذا شيء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيكموه وليتألفكم على الاسلام والآن فقد أعز الله الاسلام وأغنى عنكم فان ثبتم على الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف فرجعوا الى أبي بكر فقالوا الخليفة أنت أم عمر فقال هو ان شاء ووافقه فلم ينكر أحد من الصحابة مع ما يتبادر منه من كونه سببا لاثارة النائرة أو ارتداد بعض المسلمين فلولا اتفاق عقائدهم على حقيقته وأن مفسدة مخالفته أكثر من المفسدة المتوقعة لبادروا الى انكاره نعم يجب أن يحكم على القول بأنه لا اجماع الا عن مستند علمهم بدليل أفاد نسخ ذلك قبل وفاته أو أفاد تقييد الحكم بحياته عليه الصلاة والسلام أو على كونه حكما مغيا بانتهاء علته وقد انفق انتهاؤها بعد وفاته أو من آخر عطاء أعطاهموه حال حياته أما مجرد تعليله بكونه معللا بعلة انتفت فلا يصلح دليلا يعتمد في نفي الحكم المعلل لما قدمناه من قريب في مسائل الارض من أن الحكم لا يحتاج في بقائه الى بقاء علته لثبوت استغنائه في بقائه عنها شرعا لما علم في الرق والاضطباع والرمل فلا بد في خصوص محل يقع فيه الانتفاء عند الانتفاء من دليل يدل على أن هذا الحكم مما شرع مقيدا ثبوته بثبوتها غير أنه لا يلزمنا تعيينه في محل الاجماع بل ان ظهر والا وجب الحكم بأنه ثابت على أن الآية التي ذكرها عمر رضي الله عنه تصلح لذلك وهي قوله تعالى الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر والمراد بالعلة في قولنا حكم مغيا بانتهاء علته العلة الغائية وهذا الان الدفع للمؤلفة هو العلة للاعزاز اذ يفعل الدفع ليحصل الاعزاز فانما انتهى ترتب الحكم الذي هو الاعزاز على الدفع الذي هو العلة وعن هذا قيل عدم الدفع الآن للمؤلفة تقرير لما كان في زمنه عليه الصلاة والسلام لا نسخ لان الواجب كان الاعزاز وكان بالدفع والآن هو في عدم الدفع لكن لا يخفى أن هذا لا ينفي النسخ لان اباحة الدفع اليهم حكم شرعي كان ثابتا وقد ارتفع وغاية الامر أنه حكم شرعي هو علة لحكم آخر شرعي فنسخ الاول لزوال علته (قوله والفقير من له أدنى شيء) وهو ما دون النصاب أو قدر نصاب غير نام وهو مستغرق في الحاجة والمسكين من لا شيء له فيحتاج للمسئلة لقوته أو ما يواري بدنه ويحل له ذلك بخلاف الاول حيث لا تحل المسئلة له فانها لا تحل لمن يملك قوت يومه بعد ستر بدنه وعند بعضهم لا تحل لمن كان كسوبا أو يملك خمسين درهما ويجوز صرف الزكاة لمن لا تحل له المسئلة بعد كونه فقيرا ولا يخرجه عن الفقر ملك نصب كثيرة غير نامية اذا كانت مستغرقة بالحاجة ولذا قلنا يجوز للعالم وان كانت له كتب تساوي نصبا كثيرة على تفصيل ما قدمناه فيها اذا كان محتاجا اليها للتدريس أو الحفظ أو التصحيح ولو كانت ملك عامي وليس له نصاب نام لا يحل دفع الزكاة له لانها غير مستغرقة في حاجته فلم تكن كثياب البذلة وعلى هذا جميع آلات المحترفين اذا ملكها صاحب تلك الحرفة وغيره والحاصل أن النصب ثلاثة نصاب يوجب الزكاة على مالكه وهو النامي خلقة أو اعدادا وهو سالم من الدين ونصاب لا يوجبها وهو ما ليس أحدهما فان كان مستغرقا بحاجة مالكه حل له أخذها والا حرمت عليه كثياب تساوي نصابا لا يحتاج الى كلها أو أثاث لا يحتاج الى استعماله كله في بيته وعبد وفرس لا يحتاج الى خدمته

وقوله (ولكل وجه) أما وجه الاول وهو أن يكون المسكين أسوأ حالا من الفقير فقوله تعالى أو مسكينا ذا متربة أى لاصقا بالتراب

ولكل وجه ثم هما صنفان أو صنف واحد سنذكره فى كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى (والعامل يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه مايسعه وأعوانه غير مقدر بالثمن)

وركوبه ودار لا يحتاج الى سكنها فان كان محتاجا الى ماذكرنا حاجة أصلية فهو فقير يحل دفع الزكاة اليه وتحرم المسئلة عليه ونصاب يحرم المسئلة وهو ملك قوت يومه أو لا يملكه لكنه يقدر على الكسب أو يملك خمسين درهما على الخلاف فى ذلك (قوله ولكل وجه) وجه كون الفقير أسوأ حالا قوله تعالى أما السفينة فكانت لمساكين أثبت للمساكين سفينة وأجيب بأنها لم تكن لهم بل هم أجراء فيها أو عارية لهم أو قيل لهم مساكين ترحما وقوله عليه الصلاة والسلام اللهم أحيني مسكينا وأمتني مسكينا واحشرني فى زمرة المساكين مع ماروى أنه تعوذ بالله من الفقر وجوابه أن الفقر المتعوذ منه ليس الافقر النفس لما صح أنه كان يسأل العفاف والغنى والمراد منه غنى النفس لا كثرة الدنيا فلا دليل على أن الفقير أسوأ حالا من المسكين ولان الله تعالى قدمهم فى الآية على المساكين فدل على زيادة الاهتمام بهم وذلك مظنة زيادة حاجتهم وقد يمنع بأنه قدم العاملين على الرقاب مع أن حالهم أحسن ظاهرا وأخر فى سبيل الله وابن السبيل مع الدلالة على زيادة تأكيد الدفع اليهم حيث أضاف اليهم بلفظة فى فدل أن التقديم لاعتبار آخر غير زيادة الحاجة والاعتبارات المناسبة لا تدخل تحت ضبط خصوصا من علام الغيوب ولان الفقير بمعنى المفقور وهو المكسور والفقار فكان أسوأ حالا ومنع بجواز كونه من فقرت له فقرة من مالى أى قطعة منه فيكون له شئ وقول الشاعر

* هل لك فى أجر عظيم تؤجره * تعين مسكينا كثيرا عسكره * عشر شياه سمعه وبصره *

عورض بقول الآخر

أما الفقير الذى كانت حلوبته * وفق العيال فلم يترك له سبد

يقال ماله سبد ولا لبد أى شئ وأصل السبد الشعر كذا فى ديوان الادب وقول الاول عشر شياه سمعه الخ لم يستلزم أنها ملكه هى سمعه لجواز عشر تحصل له تكون سمعه فيكون سائلا من المخاطب عشر شياه يستعين بها على عسكره أى عياله ويؤجر فيها المخاطب الدافع لها وجه الاخرى قوله تعالى أو مسكينا ذا متربة أى ألصق جلده بالتراب محتفرا حفرة جعلها ازاره لعدم مايواريه أو ألصق بطنه بالجوع وتمام الاستدلال به موقوف على أن الصفة كاشفة والاكثر خلافه فيحمل عليه فتكون مصنفة وخص هذا الصنف بالحض على اطعامهم كما خص اليوم بكونه ذا مسغبة أى مجاعة لقحط وغيره ومن تخصيص اليوم علمنا أن المقصود فى هذه الآية الحض على الصدقة فى حال زيادة الحاجة زيادة حض وقوله عليه الصلاة والسلام ليس المسكين الذى ترده اللقمة واللقمتان والتمرة والتمرتان ولكن المسكين الذى لا يعرف ولا يفطن له فيعطى ولا يقوم فيسأل الناس متفق عليه فجعل الاثبات أعنى قوله ولكن المسكين الذى لا يعرف فيعطى مرادمعه وليس عنده شئ فانه نفى المسكنة عمن يقدر على لقمة ولقمتين بطريق المسئلة وأثبتها لغيره فهو بالضرورة من لا يسأل مع أنه لا يقدر على اللقمة واللقمتين لكن المقام مقام مبالغة فى المسكنة ولذا صرح المشايخ فى عرض أن المراد ليس الكامل فى المسكنة وعلى هذا فالمسكنة المنفية عن غيره هى المسكنة المبالغ فيها المطلق المسكنة وحينئذ لا يفيد المطلوب الثالث موضع الاشتقاق وهو السكون يفيد المطلوب كأنه عجز عن الحركة فلا يبرح (قوله ثم هما صنفان أو صنف واحد) ثمرته فى الوصايا والاوقاف اذا أوصى بثلثه لزيد وللفقراء والمساكين أو وقف فلزيد ثلث الثلث ولكل ثلثه على قول أبى حنيفة وعلى قول أبى يوسف لفلان نصف الثلث وللفريقين نصفه بناء على جعلهما صنفا واحدا والصحيح قول أبى حنيفة ذكره فخر الاسلام (قوله فيعطيه مايسعه وأعوانه) من كفايتهم بالوسط الا ان

ن الجوع والعرى وأما وجه من قال بالثانى وهو أن الفقير أسوأ حالا من المسكين فقوله تعالى أما السفينة فكانت لمساكين يعملون فى البحر والفائدة تظهر فى الوصايا والاوقاف والنذور لا فى الزكاة فان صرفها الى صنف واحد جائز عندنا (ثم هما صنفان أو صنف واحد سنذكره فى كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى) روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال هما صنف واحد حتى قال فيمن أوصى بثلث ماله لفلان والفقراء والمساكين ان لفلان نصف الثلث والفريقين النصف الآخر وقال أبو حنيفة لفلان ثلث الثلث فجعلهما صنفين وهو الصحيح كذا ذكره فخر الاسلام لانه عطف وهو يقتضى المغايرة (وقوله والعامل يدفع اليه الامام) العامل هو الذى يبعثه الامام لجباية الصدقات (فيعطيه مايسعه) أى يكفيه (وأعوانه) مدة ذهابهم وايابهم لانه فرغ نفسه لهذا العمل وكل من فرغ نفسه لعمل من أمور المسلمين يستحق على ذلك رزقا كالقضاة والمقاتلة وليس ذلك على وجه الاجارة لانها لا تكون الا على عمل معلوم أو مدة معلومة وأجرة معلومة ولم يقدر ذلك بالثمن

(قوله أما وجه الاول وهو أن يكون المسكين أسوأ حالا من الفقير فقوله تعالى أو مسكينا ذا متربة أى لاصقا بالتراب من الجوع والعرى) أقول لم لا يجوز أن لا يكون قوله تعالى ذا متربة صفة كاشفة لمسكين بل يكون قيدا له فليتأمل

خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقدر بذلك لان التسمية تقتضي المساواة في الاصل فيكون بيانا لحصته وفيه نظر لان التسمية ان اقتضت ذلك فسهم المؤلفة قلوبهم سقط بالاجماع فلم تبق الأسهم ثمانية حتى يكون له الثمن وأجيب بان المؤلفة قلوبهم مسلمون وكفار والساقط سهم الكفار فقط فكانت الاسهم ثمانية وقوله (لان استحقاقه بطريق الكفاية) أي لا بطريق الصدقة ألا ترى أن صاحب الزكاة اذا دفعها للامام لم يستحق العامل شيأ ويأخذ وان كان غنيا فان قيل لو كان كذلك لجاز (١٧) أخذها للهاشمي أجاب بقوله (الا أن

خلافا للشافعي رحمه الله لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا يأخذ وان كان غنيا الا أن فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عليه الصلاة والسلام عن شبهة الوسخ والغنى لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه قال (وفي الرقاب يعان المكاتبون منها في فك رقابهم) وهو المنقول (والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه) وقال الشافعي رحمه الله من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين (وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند أبي يوسف رحمه الله) لانه هو المتفاهم عند الاطلاق (وعند محمد رحمه الله منقطع الحاج) لما روى أن رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحمل عليه الحاج

استغرقت كفايته الزكاة فلا يزاد على النصف لان التنصيف عين الانصاف وتقدير الشافعي بالثمن بناء على وجوب صرف الزكاة الى كل الاصناف وهم ثمانية انما يتم على اعتبار عدم سقوط المؤلفة قلوبهم ولو هلك المال قبل أن يأخذ لم يستحق شيأ لان استحقاقه فيما عمل فيه كالمضارب اذا هلك المال بعد ظهور الربح (قوله فلم تعتبر الشبهة) أي شبهة الصدقة في حق الغنى كما اعتبرت في حق الهاشمي لانه لا يوازي الهاشمي في استحقاق الكرامة ومنع الهاشمي من العمالة صريح في الحديث الذي سيأتي وننبهك عليه ان شاء الله تعالى (قوله وهو المنقول) أخرج الطبري في تفسيره من طريق محمد بن اسحق عن الحسن بن دينار عن الحسن البصري أن مكاتبا قام الى أبي موسى الاشعري وهو يخطب يوم الجمعة فقال له أيها الامير حث الناس على فحث عليه أبو موسى فألقى الناس عليه هذا يلقي عمامة وهذا يلقي ملاءة وهذا يلقي خاتما حتى ألقى الناس عليه سوادا كثيرا فلما رأى أبو موسى ما ألقي عليه قال اجمعوه ثم أمر به فبيع فأعطى المكاتب مكاتبته ثم أعطى الفضل في الرقاب ولم يرده على الناس وقال ان هذا الذي أعطوه في الرقاب وأخرج عن الحسن البصري والزهري وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم قالوا في الرقاب هم المكاتبون وأما ما روى أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال دلني على عمل يقربني الى الجنة ويباعدني من النار فقال أعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليسا سواء قال لا (١) عتق الرقبة أن تنفرد بعتقها وفك النسمة أن تعين في ثمنها رواه أحمد وغيره فقيل ليس فيه ما يستلزم كون هذا هو معنى وفي الرقاب المذكور في الآية (قوله والغارم من لزمه دين) أو له دين على الناس لا يقدر على أخذه وليس عنده نصاب فاضل في الفصلين ولو دفع الى فقيرة لها مهر دين على زوجها يبلغ نصابا وهو موسر بحيث لو طلبت أعطاها لا يجوز وان كان بحيث لا يعطى لو طلبت جاز (قوله وقال الشافعي هو من تحمل الخ) فيأخذ وان كان غنيا وعندنا لا يأخذ الا اذا لم يفضل له بعد ما ضمنه قدر نصاب والنائرة بالنون (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر رجلا الخ) أخرج أبو داود في باب العمرة عن أبي عبد الرحمن قال أمرني رسول مروان الذي أرسل الى أم معقل فسأله الى أن ذكر قالت يا رسول الله ان علي حجة ولابي معقل بكرا قال أبو معقل جعلته في سبيل الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطها فلتحج عليه فانه في سبيل الله فأعطاها لبكر وابراهيم بن مهاجر متكلم فيه وفي بعض طرقه أنه كان بعد وفاة أبي معقل ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها اعتمري عليه ثم فيه نظر لان المقصود ما هو المراد بسبيل الله المذكور في الآية والمذكور في الحديث لا يلزم

فيه شبهة الصدقة) نظرا الى سقوط الزكاة عن ذمة المؤدي (فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول صلى الله عليه وسلم عن شبهة الوسخ والغنى لا يوازيه) أي الهاشمي (في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه) وقوله (وهو المنقول) يعني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روى أن رجلا قال يا رسول الله دلني على عمل يدخلني الجنة قال فك الرقبة وأعتق النسمة قال أوليسا سواء يا رسول الله قال فك الرقبة أن تعين في عتقه وقوله (ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه) لانه اذا ملك نصابا كان غنيا واذا لم يملك وما في يده مستحق بالدين وجوده وعدمه سواء كان فقيرا وقوله (في اصلاح ذات البين) أي الصلح بين المتعادين لزوال الاختلاف وحصول الائتلاف والنائرة العداوة والشحناء وقوله (منقطع الغزاة) أي فقراء الغزاة وكذلك المراد بمنقطع الحاج فقراؤهم المنقطع بهم

(٣ ـ فتح القدير ثاني) (قوله لان التسمية تقتضي المساواة) أقول الظاهر أن يقال لان القسمة الخ (قوله وأجيب بان المؤلفة قلوبهم مسلمون وكفار والساقط سهم الكفار فقط) أقول يعني عند الشافعي رحمه الله وفيه بحث بل سقط سهم الكل ألا ترى الى قول عمر رضي الله عنه فان ثبتم على الاسلام والجواب أن للشافعي في مسلمي المؤلفة أربعة أقوال في قول يعطون من الصدقات كما كان

(١) قول صاحب الفتح عتق الرقبة الخ كذا في الاصول التي بيدنا وليحرر لفظ الحديث اه مصححه

(ولا يصرف الى أغنياء الغزاة عندنا الان المصرف هو الفقراء) لقوله صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم وردها فى فقرائهم وقال الشافعى يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسة من جملتهم الغزاة فى سبيل الله وتأويله الغنى بقوة البدن ومعناه أن المستغنى بكسبه لقوة بدنه لا يحل له طلب الصدقة الا اذا كان غازيا فيحل له لاشتغاله بالجهاد عن الكسب وذكر تلك الخمسة فى التجنيس فقال لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسة الغازى والعامل عليها والغارم ورجل اشتراها بماله ورجل تصدق بها على المسكين فأهداها المسكين اليه وذكر فى المصابيح وفى رواية وابن السبيل فان قيل قوله وفى سبيل الله مكرر سواء كان منقطع الغزاة أو منقطع الحاج لانه إما أن يكون له فى وطنه مال أو لا فان كان فهو ابن السبيل وان لم يكن فهو فقير فى أين يكون العدد سبعة أجيب بأنه فقير الا أنه ازداد فيه شئ آخر سوى الفقر وهو الانقطاع فى عبادة الله من جهاد أو حج فلذلك غاير الفقير المطلق فان المقيد يغاير المطلق لا محالة وينظهر أثر التغاير فى حكم آخر أيضا وهو زيادة التحريض (١٨) والترغيب فى رعاية جانبه التى استفيدت من العدول عن اللام الى كلمة فى فان فى ذلك ايذانا بأنهم أرسخ فى استحقاق التصدق عليهم ممن سبق ذكرهم لان فى الظرفية تنبيها على أنهم أحقاء بأن توضع فيهم الصدقات واذا كان كذلك لم تنتقض المصارف عن السبعة وفيه تأمل وقوله (فهذه جهات الزكاة) يعنى أنهم مصارف الصدقات لا مستحقوها عندنا حتى يجوز الصرف الى واحد منهم وقال الشافعى رحمه الله هم المستحقون لها حتى لا يجوز مالم يصرف الى الاصناف السبعة من كل صنف ثلاثة وهم أحد وعشرون (لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق) لكونها موضوعة للتمليك (ولنا أن الاضافة لبيان أنهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق) وقال ابن عباس رضى الله عنهما المراد به بيان المصارف فالى أيها صرفت أجزأك كما أن الله تعالى أمرنا باستقبال الكعبة فاذا استقبلت جزأ منها كنت ممتثلا للامر ألا ترى أن الله تعالى قوبل ذكر الاصناف بأوصاف تنبئ عن الحاجة فعرفنا أن المقصود سد خلة المحتاج فصاروا صنفا واحدا فى التحقيق وقوله (وهذا) أى ماذكرنا أن الاضافة اليهم لبيان أنهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق (لما عرف أن الزكاة حق الله تعالى وبعلة الفقر) أى الحاجة (صاروا مصارف) لما ذكرنا أنه تعالى ذكر الاصناف بأوصاف تنبئ عن الحاجة (فلا يبالى باختلاف جهاته)

ولا يصرف الى أغنياء الغزاة عندنا الان المصرف هو الفقراء (وابن السبيل من كان له مال فى وطنه) وهو فى مكان لا شئ له فيه قال (فهذه جهات الزكاة فللمالك أن يدفع الى كل واحد منهم وله أن يقتصر على صنف واحد) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا أن يصرف الى ثلاثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا أن الاضافة لبيان أنهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف أن الزكاة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالى باختلاف جهاته والذى ذهبنا اليه مروى عن عمر وابن عباس رضى الله عنهم

كونه اياه لجواز أنه أراد الامر الاعم وليس ذلك المراد فى الآية بل نوع مخصوص والا فكل الاصناف فى سبيل الله بذلك المعنى ثم لا يشكل أن الخلاف فيه لا يوجب خلافا فى الحكم للاتفاق على أنه انما يعطى الاصناف كلهم سوى العامل بشرط الفقر فنقطع الحاج يعطى اتفاقا (قوله ولا يصرف الى أغنياء الغزاة عندنا) يشعر بالخلاف وسنذكر الخلاف من قريب (قوله وابن السبيل) هو المسافر سمى به لثبوته فى السبيل وهو الطريق فيجوز له أن يأخذوان كان له مال فى وطنه لا يقدر عليه للحال ولا يحل له أن يأخذ أكثر من حاجته والاولى له أن يستقرض ان قدر ولا يلزمه ذلك لجواز عجزه عن الاداء وألحق كل من هو غائب عن ماله وان كان فى بلده ولا يقدر عليه به ولا يلزم ابن السبيل التصدق بما فضل فى يده عند قدرته على ماله كالفقير اذا استغنى والمكاتب اذا عجز وعندهما من مال الزكاة لا يلزمهما التصدق (قوله وله أن يقتصر على صنف واحد) وكذا له أن يقتصر على شخص واحد (قوله بحرف اللام للاستحقاق) وذكر كل صنف بلفظ الجمع فوجب أن يصرف الى ثلاثة من كل صنف وان كان محلى باللام لان الجنس هنا غير ممكن فيه الاستغراق فتبقى الجمعية على حالها قلنا حقيقة اللام الاختصاص الذى هو المعنى الكلى الثابت فى ضمن الخصوصيات من الملك والاستحقاق وقد يكون مجردا فحاصل التركيب اضافة الصدقات العام الشامل لكل صدقة متصدق الى الاصناف العام كل منها الشامل لكل فرد فرد بمعنى أنهم أجمعين أخص بها كلها وهذا لا يقتضى لزوم كون كل صدقة واحدة تنقسم على أفراد كل صنف غير أنه استحال ذلك فلزم أقل الجمع منه بل أن الصدقات كلها للجميع أعم من كون كل صدقة صدقة لكل فرد فرد لو أمكن أو كل صدقة جزئية لطائفة أو لواحد وأما على اعتبار أن الجمع اذا

(قوله ونأويله الى قوله لا يحل له طلب الصدقة الا اذا كان غازيا الخ) أقول أنت خبير بأنه لا طلب للصدقة فى الغنى المهدى اليه ففى هذا التأويل كلام (قوله وهم أحد وعشرون) أقول مخالف لما سبق من الشارح فكانت الاسهم ثمانية وجوابه أن ذلك أيضا قول منه (قوله لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق لكونها موضوعة للتمليك) أقول الاستحقاق أحد معانى اللام ذكره ابن هشام (قوله تنبئ عن الحاجة الخ) أقول ممنوع فى العامل والمؤلفة

(ولا يجوز أن يدفع الزكاة الى ذمي) لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ رضي الله عنه خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم قال (ويدفع ماسوى ذلك من الصدقة) وقال الشافعي رحمه الله لا يدفع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله اعتبارا بالزكاة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام تصدقوا على أهل الاديان كلها

وقوله (ولا يجوز أن يدفع الزكاة الى ذمي) واضح والضمير في من أغنيائهم راجع الى المسلمين بالاجماع لان الزكاة لا تجب على الكافر فكذا ضمير فقرائهم لئلا يختل النظم فان قيل هذا زيادة على النص وهو قوله تعالى انما الصدقات للفقراء بحذف الواحد وهو لا يجوز أجيب بأنه مشهور تلقته الامة بالقبول فجاز الزيادة به وقوله (ويدفع ماسوى ذلك من الصدقة) يعني الى الذمي لانه هو المذكور أولا دون الحربي والمستأمن وفقراء المسلمين أولى وقوله (تصدقوا على أهل الاديان كلها) يقتضي شيئين أحدهما أن يجوز الصرف الى الحربي والمستأمن والثاني جواز دفع الزكاة أيضا

قوبل بالجمع أفاد من حيث الاستعمال العربي انقسام الآحاد على الآحاد نحو جعلوا أصابعهم في آذانهم وركب القوم دوابهم فالاشكال أبعد حينئذ اذ يفيد أن كل صدقة لواحد وعلى هذا الوجه لا حاجة الى نفي انها للاستحقاق بل مع كونها له يجيء هذا الوجه فلا ينيد الجمع من كل صنف الا أنهم صرحوا بأن المستحق هو الله سبحانه غير أنه أمر بصرف استحقاقه اليهم على اثبات الخيار للمالك في تعيين من يصرفه اليه فلا تثبت حقيقة الاستحقاق لواحد الا بالصرف اليه اذ قبله لا تعين له ولا استحقاق الا لمعين وجبر الامام لقوم علم أنهم لا يؤدون الزكاة على اعطاء الفقراء ليس الا للخروج عن حق الله تعالى لا لحقهم ثم رأينا المروي عن الصحابة نحو ماذهبنا اليه رواه البيهقي عن ابن عباس وابن أبي شيبة عن عمر وروى الطبري في هذه الآية أخبرنا عمران بن عيينة عن عطاء عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية قال في أي صنف وضعته أجزأك اه أخبرنا جرير عن ليث عن عطاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انما الصدقات للفقراء الآية قال أيما صنف أعطيته من هذا أجزأ عنك حدثنا حفص عن ليث عن عطاء عن عمر أنه كان يأخذ الفرض من الصدقة فيجعله في صنف واحد وروى أيضا عن الحجاج بن أرطاة عن المنهال بن عمرو عن زر بن حبيش عن حذيفة أنه قال اذا وضعتها في صنف واحد أجزأك وأخرج نحو ذلك عن سعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح وابراهيم النخعي وأبي العالية وميمون بن مهران باسانيد حسنة واستدل ابن الجوزي في التحقيق بحديث معاذ فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم والفقراء صنف واحد وفيه نظر تسمعه قريبا وقال أبو عبيد في كتاب الاموال ومما يدل على صحة ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه بعد ذلك مال فجعله في صنف واحد وهم المؤلفة قلوبهم الاقرع بن حابس وعيينة بن حصن وعلقمة بن علاثة وزيد الخيل قسم فيهم الذهيبة التي بعث بها معاذ من اليمن وانما تؤخذ من أهل اليمن الصدقة ثم أتاه مال آخر فجعله في صنف آخر وهم الغارمون فقال لقبيصة بن المخارق حين أتاه وقد تحمل حمالة تاقبيصة أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها وفي حديث سلمة بن صخر البياضي أنه أمره بصدقة قومه وأما الآية فالمراد بها بيان الاصناف التي يجوز الدفع اليهم قيل ولم يرو عن غيرهم ما يخالفهم قولا ولا فعلا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ الخ) رواه أصحاب الكتب الستة من حديث ابن عباس قال قال عليه الصلاة والسلام انك ستأتي قوما أهل كتاب فادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله وأني رسول الله فان هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة فان هم أطاعوا لذلك فاعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم فان هم أطاعوا لذلك فايالك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب (قوله ويدفع لهم) أي لاهل الذمة (ماسوى ذلك) كصدقة الفطر والكفارات ولا يدفع ذلك لحربي ومستأمن وفقراء المسلمين أحب (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام تصدقوا على أهل الاديان كلها) روى ابن أبي شيبة مرسلا حدثنا جرير بن عبد الحميد عن أشعث عن جعفر عن سعيد بن جبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تصدقوا الا على أهل دينكم فانزل الله تعالى ليس عليك هداهم الى قوله وما تنفقوا من خير يوف اليكم فقال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الاديان كلها وقال أيضا مرسلا حدثنا أبو معاوية عن الحجاج عن سالم المكي عن محمد بن الحنفية قال كره الناس أن يتصدقوا على المشركين فانزل الله سبحانه ليس عليك هداهم قال فتصدق الناس عليهم وروى أحمد بن زنجويه النسائي في كتاب الاموال حدثنا علي بن الحسن عن أبي سعيد بن أبي أيوب عن زهرة بن معبد عن سعيد بن المسيب

(قوله وقوله ولا يجوز أن يدفع الزكاة الى ذمي واضح والضمير في من أغنيائهم راجع الى المسلمين بالاجماع) أقول هذا الايدل على النفي عمن عداهم ولذلك كان يؤدي الزكاة في زمنه عليه السلام الى الكافر من المؤلفة قلوبهم (قوله أجيب بأنه مشهور الخ) أقول ويجوز أن يجاب أيضا بان يقال المراد في الآية الفقراء المعهودون فقراء المسلمين

وأجاب عن الثاني بقوله (ولولا حديث معاذ رضي الله عنه لقلنا بالجواز في الزكاة) لان قوله تصدقوا مطلق فان معناه افعلوا التصدق فمنهم من قال معناه أنه مخصوص به وليس بشئ لان المطلق ليس بعام ومنهم من يقول معناه العمل بالدليلين وذلك لان قوله صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الاديان كلها يقتضي جواز دفع الزكاة اليهم وحديث معاذ يقتضي عدمه فقلنا حديث معاذ في الزكاة والآخر فيما سواها من الصدقات الواجبة كصدقة الفطر والصدقة المنذورة والكفارات عملا بالدليلين ولم يذكر الجواب عن الاول وأجيب عنه بأنه مخصوص في حق الحربي والمستأمن بقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وفيه نظر لانه لحقه بيان التقرير . وهو يمنع الخصوص على ما عرف في الاصول ولا يدفع بما قيل كلمة كل لنا كيد الاديان لا لنا كيد الاهل فتأمل فانه غامض سلمناه ولكن يقتضي أن يكون المخصص مقارنا عندنا وليس بثابت على أن النهي في الآية عن التولي لا عن البر فلا يكون له التعلق بالصدقة ويمكن أن يقال أمرنا بالمقاتلة معهم بآيات القتال فان كان شئ منها متأخرا عن هذا الحديث كان ناسخا في حقهم وان لم يكن لم يبق الحديث معمولا به في حقهم لان التصدق عليهم مرجحة لهم (٢٠) ومواساة وهي منافية لمقتضى الآية وليس في مرتبتها فيسقط العمل به في حقهم ويبقى معمولا به في حق أهل الذمة عملا بالدليل بقدر الامكان وقوله (وهو الركن) لان الاصل في دفع الزكاة تمليك فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه جزأ من المال مع قطع منفعة المدفوع عن نفسه مقرونا بالنية ولقائل أن يقول قولكم التمليك ركن دعوى مجردة اذ ليس في الادلة النقلية المنقولة في هذا الباب ما يدل على ذلك ما خلا قوله تعالى انما الصدقات للفقراء وأنتم جعلتم اللام للعاقبة دون التمليك والجواب أن معنى قولهم للعاقبة أن المقبوض يصير ملكا لهم في العاقبة فهم مصارف ابتداء لا مستحقون ثم يحصل لهم الملك في العاقبة بدلالة اللام فلم تبق دعوى مجردة وقوله (لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه) بدليل أن الدائن والمديون اذا تصادقا أن لا دين بينهما فللمؤدي أن يسترد المقبوض من القابض فلم يصر هو ملكا للقابض يكون وانما قيد بدين الميت لانه لو قضى دين حي بأمره وقع عن الزكاة كأنه تصدق على الغريم فيكون القابض كالوكيل له في قبض الصدقة

ولولا حديث معاذ رضي الله تعالى عنه لقلنا بالجواز في الزكاة (ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت) لانعدام التمليك وهو الركن (ولا يقضى بها دين ميت) لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق على أهل بيت من اليهود بصدقة فهي تجري عليهم (قوله ولولا حديث معاذ لقلنا بالجواز) أي بجواز دفع الزكاة الى الذمي لكن حديث معاذ مشهور فجازت الزيادة به على اطلاق الكتاب أعني اطلاق الفقراء في الكتاب أو هو عام خص منه الحربي بالاجماع مستندين الى قوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين فجاز تخصيصه بعد بخبر الواحد (قوله لانعدام التمليك وهو الركن) فان الله تعالى سماها صدقة وحقيقة الصدقة تمليك المال من الفقير وهذا في البناء ظاهر وكذا في التكفين لانه ليس تمليكا للكفن من الميت ولا الورثة ولذا لو أخرجت السباع الميت فأكلته كان الكفن لصاحبه لا لهم (قوله لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه) ولذا لو تصادق الدائن والمديون على أن لا دين كان للزكي أن يسترد من القابض ومحمل هذا أن يكون بغير اذن الحي أما اذا كان باذنه وهو فقير فيجوز عن الزكاة على أنه تمليك منه والدائن يقبضه بحكم النيابة عنه ثم يصير قابضا لنفسه وفي الغاية نقلا من المحيط والمفيد لو قضى بها دين حي أو ميت بأمره جاز ومعلوم ارادة قيد فقر المديون وظاهر فتاوى قاضيخان يوافقه لكن ظاهر اطلاق الكتاب وكذا عبارة الخلاصة حيث قال لو بنى مسجدا بنية الزكاة أو حج أو أعتق أو قضى دين حي أو ميت بغير اذن الحي لا يجوز عدم الجواز في الميت مطلقا ألا ترى الى تخصيص الحي في حكم عدم الجواز بعدم الاذن واطلاقه في الميت وقد يوجه بأنه لا بد من كونه تمليكا للمديون والتمليك لا يقع عند أمره بل عند أداء المأمور وقبض النائب وحينئذ لم يكن المديون أهلا للتملك لموته وقولهم الميت يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من جهازه ونحوه حاصله بقاؤه بعد ابتداء ثبوته حالة الاهلية وأين هو من حدوث ملكه بالتمليك والتملك ولا يستلزمه وعما قلنا يشكل استرداد المزكي عند التصادق اذا وقع بأمر المديون لان بالدفع وقع الملك للفقير بالتمليك وقبض النائب أعني الفقير وعدم الدين في الواقع انما يبطل به صيرورته قابضا لنفسه بعد القبض نيابة لا التمليك الاول لان غاية الامر أن

(قوله وليس بشئ لان المطلق ليس بعام) أقول مع أن التاريخ غير معلوم (قوله ومنهم من يقول معناه الخ) أقول مراده تخصيص عموم أهل الاديان به فتأمل (قوله والمستأمن بقوله تعالى انما ينهاكم الله الخ) أقول هذه الآية في سورة الممتحنة (قوله وفيه نظر لانه لحقه بيان التقرير) أقول يعني قوله كلها في قوله تصدقوا على أهل الاديان كلها (قوله ولا يدفع بما قيل الخ) أقول القائل هو الكاكي (قوله أمرنا بالمقاتلة معهم) أقول لم نؤمر بالمقاتلة مع المستأمنين (قوله اذ ليس في الادلة النقلية المنقولة في هذا الباب ما يدل على ذلك ما خلا قوله تعالى انما الصدقات للفقراء وأنتم جعلتم اللام للعاقبة دون التمليك) أقول ممنوع فان الله تعالى سماها صدقة وحقيقة الصدقة تمليك المال من الفقير كما يجيء في الهبة (قوله ثم يحصل لهم الملك في العاقبة بدلالة اللام) أقول لا يدل لام العاقبة على التمليك كما في قوله تعالى فالتقطه آل فرعون ليكون لهم عدوا وحزنا وكما في قول الشاعر * لدوا للموت وابنوا للخراب *

الميت (ولا تشترى بها رقبة تعتق) خلافا للمالك ذهب اليه فى تأويل قوله تعالى وفى الرقاب ولنا أن الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك (ولا تدفع الى غنى) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغنى وهو باطلاقه حجة على الشافعى رحمه الله فى غنى الغزاة وكذا حديث معاذ رضى الله عنه على ما روينا قال (ولا يدفع المزكى زكاته الى أبيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل) لان منافع الاملاك بينهم متصلة فلا

يكون ملك فقيرا على ظن أنه مديون وظهور عدمه لا يؤثر عدمه بعد وقوعه لله تعالى واذا لم يكن له أن يسترد من الفقير اذا عجل له الزكاة ثم تم الحول ولم يتم النصاب المعجل عنه لزوال ملكه بالدفع فلأن لا يملك الاسترداد هنا أولى بخلاف ما اذا عجل للساعى والمسئلة بحالها حيث له أن يسترد لعدم زوال الملك على ما قدمناه وكذا ما ذكر فى الخلاصة والفتاوى لو جاء الفقير الى المالك بدراهم مستوقة ليردها فقال المالك ردّ الباقى فانه ظهر أن النصاب لم يكن كاملا فلا زكاة على ليس له أن يسترد الا باختيار الفقير فيكون هبة مبتدأة من الفقير حتى لو كان الفقير صبيا لم يجز أن يأخذه منه وان رضى فهنا أولى ⁂ فرع ⁂ لو أمر فقيرا بقبض دين له على آخر فنواه عن زكاة عين عنده جاز لان الفقير يقبض عينا فكان عينا عن عين ولو تصدق بدين له على فقير ينويه عن زكاته جاز عن ذلك الدين نفسه لا عن عين ولا دين آخر (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحل الصدقة لغنى) أخرج أبو داود والترمذى عن ابن عمر عنه عليه الصلاة والسلام لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة سوى حسنه الترمذى وفيه ريحان بن زيد تكلم فيه ووثقه ابن معين وقال ابن حبان كان أعرابيا صدوقا ولهذا الحديث طرق كثيرة عن جماعة من الصحابة كلهم يرويه عن رسول الله وأحسنها عندى ما أخرجه النسائى وأبو داود عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله بن عدى بن الخيار قال أخبرنى رجلان أنهما أتيا النبى صلى الله عليه وسلم وهو يقسم الصدقة فسألاه فرفع فينا البصر وخفضه فرآنا جلدين فقال ان شئتما أعطيتكما ولا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب قال صاحب التنقيح حديث صحيح قال الامام أحمد ما أجوده من حديث هو أحسنها اسنادا فهذا مع حديث معاذ يفيد منع غنى الغزاة والغارمين عنها فهو حجة على الشافعى فى تجويزه لغنى الغزاة اذا لم يكن له شئ فى الديوان ولم يأخذ من الفىء وما تقدم من أن الفقراء فى حديث معاذ صنف واحد كما قاله ابن الجوزى غير صحيح فان ذلك المقام مقام ارسال البيان لاهل اليمن وتعليمهم والمفهوم من فقرائهم من اتصف بصفة الفقر أعم من كونه غارما أو غازيا فلو كان الغنى منهما مصرفا كان فوق تراخ البيان فى وقت الحاجة لان فى ذلك ابقاء للجهل البسيط وفى هذا ابقاءهم فى الجهل المركب لان المفهوم لهم من ذلك أن الغنى مطلقا ليس يجوز الصرف اليه غازيا أو غيره فاذا فرض أنه خلاف الواقع لزم ما قلنا وهو غير جائز فلا يجوز ما يفضى اليه مع أن نفس الاسماء المذكورة فى الآية تفيد أن المناط فى الدفع اليهم الحاجة لما عرف من تعليق الحكم بالمشتق أن مبدأ اشتقاقه علته ومأخذ الاشتقاقات فى هذه الاسماء تنبه على قيام الحاجة فالحاجة هى العلة فى جواز الدفع الا المؤلفة قلوبهم فان مأخذ اشتقاقه يفيد أن المناط التأليف والا العامل فانه يفيد أنه العمل وفى كون العمل سببا للحاجة تردد فانه ظاهر أن يكون له أعوانه وخدم ويهدى اليه وغالبا تطيب نفس امامه له بكثير مما يهدى اليه فلا تثبت علية الفقر فى حقه بالشك وما رواه أبو داود وابن ماجه ومالك عنه عليه الصلاة والسلام لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسة العامل عليها ورجل اشتراها بماله وغارم وغاز فى سبيل الله ورجل له جار مسكين تصدق به عليه فأهداها الى الغنى قيل لم يثبت ولو ثبت لم يقو قوة حديث معاذ فانه رواه أصحاب الكتب الستة مع قرينة من الحديث الآخر ولو قوى قوته ترجح حديث معاذ بأنه مانع وما رواه مبيح مع أنه دخله التأويل عندهم حيث قيد الاخذ له بأن لا يكون له شئ فى الديوان ولا أخذ من الفىء وهو أعم من ذلك وذلك يضعف الدلالة بالنسبة الى ما لم يدخله تأويل (قوله ولا يدفع المزكى زكاته الخ) الاصل أن كل من انتسب الى المزكى بالولاد أو انتسب هو له به

وقوله (ولا تشترى بها رقبة) ظاهر وقوله (ولا يدفع المزكى زكاته الى أبيه) أى من يكون بينهما قرابة ولاد أعلى أو أسفل وأما ما سواهم من القرابة فيتم الايتاء بالصرف اليه وهو أفضل لما فيه من صلة الرحم

يتحقق التمليك على الكمال (ولا الى امرأته) للاشتراك في المنافع عادة (ولا تدفع المرأة الى زوجها) عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وقالا تدفع اليه لقوله عليه الصلاة والسلام لها أجران أجر الصدقة وأجر

لا يجوز صرفها له فلا يجوز لابيه واجداده وجدانه من قبل الاب والام وان علوا ولا الى أولاده وأولادهم وان سفلوا ولا يدفع الى المخلوق من مائه بالزنا ولا الى ولد أم ولده الذي نفساه ولو تزوجت امرأة الغائب قال أبو حنيفة الاولاد من الاول ومع هذا يجوز للاول دفع الزكاة اليهم وسائر القرابات غير الولاد يجوز الدفع اليهم وهو أولى لما فيه من الصلة مع الصدقة كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات ولو كان بعضهم في عياله ولم يفرض القاضي النفقة له عليه فدفعها اليه بنوى الزكاة جاز عن الزكاة وان فرضها عليه فدفعها بنوى الزكاة لا يجوز لانه أداء واجب في واجب آخر فلا يجوز الا اذا لم يحتسبها بالنفقة لتحقق التمليك على الكمال وفي الفتاوى والخلاصة رجل له أخ فضى عليه بنفقته فكساه وأطعمه بنوى به الزكاة قال أبو يوسف يجوز وقال محمد يجوز في الكسوة لا في الاطعام وقول أبي يوسف في الاطعام خلاف ظاهر الرواية وهذا خلاف ما قبله ويمكن بناء الاختلاف في الاطعام على أنه اباحة أو تمليك وفي الكافي عائل يتيم أطعمه عن زكاته صح خلافا لمحمد لوجود الركن وهو التمليك وهذا اذا سلم الطعام اليه أما اذا لم يدفع اليه لا يجوز لعدم التمليك اه ومقتضاه أن محمدا لا يجيزه وان سلم الطعام اليه مع أنه لا قضاء في هذه المسئلة وهو بعيد من محمد رحمه الله (قوله ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع) قال الله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أي بمال خديجة وانما كان منها ادخاله عليه الصلاة والسلام في المنفعة على وجه الاباحة والتمليك أحيانا فكان الدافع الى هؤلاء كالدافع لنفسه من وجه اذ كان ذلك الاشتراك ثابتا وكذا لا يدفع اليهم صدقة فطره وكفارته وعشره بخلاف خمس الركاز يجوز دفعه لهم لانه لا يشترط فيه الا الفقر ولهذا لو افتقر هو قبل أن يخرجه جاز أن يمسكه لنفسه فصار الاصل في الدفع المسقط كونه على وجه تنقطع منفعته عن الدافع ذكروا معناه ولا بد من قيد آخر وهو مع قبض معتبر احترازا عما لو دفع للصبي الفقير غير العاقل والمجنون فانه لا يجوز وان دفعها الصبي الى أبيه قالوا لا يجوز كما لو وضع زكاته على دكان فجاء الفقير وقبضها لا يجوز فلا بد في ذلك من أن يقبضها لهما الاب أو الوصي أو من كان في عياله من الاقارب أو الاجانب الذين يعولونه والملتقط يقبض للقيط ولو كان الصبي مراهقا أو يعقل القبض بأن كان لا يرمي به ولا يخدع عنه يجوز ولو وضع الزكاة على يده فانتهبها الفقراء جاز وكذا ان سقط ماله من يده فرفعه فقير فرضي به جاز ان كان يعرفه والمال قائم والدفع الى المعتوه مجزئ (قوله لما ذكرنا) أي من الاشتراك في المنافع فلم يتحقق الخروج عنه على الكمال وهما قالا لا يصح القياس مع النص وهو ما في الصحيحين والنسائي عن زينب امرأة ابن مسعود قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقن يا معشر النساء ولو من حليكن قالت فرجعت الى عبد الله فقلت انك رجل خفيف ذات اليد وان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أمرنا بالصدقة فأته فاسأله فان كان ذلك يجزي عني والا صرفتها الى غيركم قالت فقال لي عبد الله بل ائتيه أنت قالت فانطلقت فاذا امرأة من الانصار بباب رسول الله صلى الله عليه وسلم حاجتي حاجتها قالت وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ألقيت عليه المهابة قالت فخرج علينا بلال فقلت ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره أن امرأتين بالباب تسألانك هل تجزي الصدقة عنهما على أزواجهما وعلى أيتام في حجورهما ولا تخبره من نحن قالت فدخل بلال على رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من هما قال امرأة من الانصار وزينب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الزيانب قال امرأة عبد الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لهما أجران أجر القرابة وأجر الصدقة ورواه البزار في مسنده فقال فيه فلما انصرف وجاء الى منزله يعني النبي صلى الله عليه وسلم جاءته زينب امرأة عبد الله فاستأذنت عليه فأذن لها فقالت

وقوله (للاشتراك في المنافع عادة) لان الله تعالى قال ووجدك عائلا فأغنى قيل بمال خديجة رضي الله عنها وقوله (لما ذكرنا) يعني من اشتراك المنفعة ألا ترى أن كلا منهما متهم في حق صاحبه حتى لا تجوز شهادته له وان كل واحد منهما وارث صاحبه من غير حجب كما في الولاد فكما أن الولاد مانع فكذا ما يتفرع منه الولاد

الصلة قاله لامرأة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقد سألته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة قال (ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وأم ولده) لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق فى كسب مكاتبه فلم يتم التمليك (ولا الى عبد قد أعتق بعضه) عند أبى حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه محرمديون عندهما (ولا يدفع الى مملوك غنى) لان الملك واقع لمولاه (ولا الى ولد غنى اذا كان صغيرا) لانه يعد غنيا بيسار أبيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار أبيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغنى لانها ان كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار زوجها وبقدر النفقة

يا نبى الله انك اليوم أمرتنا بالصدقة وعندى حلى لى فأردت أن أتصدق به فزعم ابن مسعود أنه وولده أحق من تصدق به عليهم فقال عليه الصلاة والسلام صدق ابن مسعود زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم ولا معارضة لازمة بين هذه والاولى فى شئ بأدنى تأمل وقوله وولدك يجوز كونه مجازا عن الربائب وهم الايتام فى الرواية الاخرى وكونه حقيقة والمعنى أن ابن مسعود اذا تملكها أنفقها عليهم والجواب أن ذلك كان فى صدقة نافلة لانها هى التى كان عليه الصلاة والسلام يتحول بالموعظة والحث عليها وقوله هل يجزى ان كان فى عرف الفقهاء الحادث لا يستعمل غالبا الا فى الواجب لكن كان فى ألفاظهم لما هو أعم من النفل لانه لغة الكفاية فالمعنى هل يكفى التصدق عليه فى تحقيق مسمى الصدقة وتحقيق مقصودها من التقرب الى الله تعالى فيسلم القياس حينئذ عن المعارض (قوله وله حق فى كسب مكاتبه) ولذا لو تزوج بأمة مكاتبه لم يجز بمنزلة تزوجه بأمة نفسه (قوله لانه محرمديون) إما أن يكون لفظ أعتق بعضه مبنيا للفاعل أو للمفعول فعلى الاول لا يصح التعليل لهما بأنه محرمديون اذ هو حر كله بلا دين عندهما لان العتق لا يتجزأ عندهما فاعتاق بعضه اعتاق كله وعلى الثانى لا يصح تعليله عدم الاعطاء بأنه بمنزلة المكاتب عنده لانه حينئذ مكاتب للغير وهو مصرف بالنص فلا يعرى عن الاشكال ويحتاج فى دفعه الى تخصيص المسئلة فان قرئ بالبناء للفاعل فالمراد عبد مشترك بينه وبين ابنه أعتق هو نصيبه فعليه السعاية للابن فلا يجوز له الدفع اليه لانه كمكاتب ابنه وكما لا يدفع لابنه لا يجوز الدفع لمكاتبه وعندهما يجوز لانه حرمديون للابن وان قرئ بالبناء للمفعول فالمراد عبد مشترك بين أجنبيين أعتق أحدهما نصيبه فيسعيه الساكت فلا يجوز للساكت الدفع اليه لانه كمكاتب نفسه وعندهما يجوز لانه مديون وهو حر ويجوز أن يدفع الانسان الى مديونه أما لو اختار الساكت التضمين كان أجنبيا عن العبد فيجوز له أن يدفع اليه كمكاتب الغير (قوله ولا يدفع الى مملوك غنى) فان كان مأذونا مديونا بما يستغرق رقبته وكسبه جاز الدفع اليه عند أبى حنيفة خلافا لهما بناء على أن المولى لا يملك كسبه عنده فهو كالمكاتب وعندهما يملك ولا الى مدبره وأم ولده بخلاف مكاتبه لانه مصرف بالنص وفى الذخيرة اذا كان العبد زمنا وليس فى عيال مولاه ولا يجد شيأ أو كان مولاه غائبا يجوز روى ذلك عن أبى يوسف اه وفيه نظر لانه لا ينتفى وقوع الملك لمولاه بهذا العارض وهو المانع وغاية ما فى هذا وجوب كفايته على السيد وتأثيمه بتركه واستحباب الصدقة النافلة عليه وقد يجاب بأنه عند غيبة مولاه الغنى وعدم قدرته على الكسب لا ينزل عن حال ابن السبيل (قوله ولا الى ولد غنى اذا كان صغيرا) ولا فرق بين الذكر والانثى وبين أن يكون فى عيال الاب أولا فى الصحيح وفى الفتاوى لو دفع الزكاة الى ابنة غنى يجوز فى رواية عن أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة ومحمد وكذا اذا دفع الى فقير له ابن موسر وقال أبو يوسف ان كان فى عيال الغنى لا يجوز وان لم يكن جاز (قوله وان كانت نفقته عليه) بان كان زمنا أو أعمى ونحوه بخلاف بنت الغنى الكبيرة فانها تستوجب النفقة على الاب وان لم يكن بها هذه الاعذار وتصرف الزكاة اليها لما ذكر فى الابن الكبير (قوله وبخلاف امرأة الخ) هذا ظاهر الرواية وسواء فرض لها النفقة أولا وعن أبى يوسف لا يجزئه لانها مكفية بما توجبه على الغنى فالصرف اليها كالصرف الى ابن

وقوله (قلنا هو محمول على النافلة) لما روى أنها كانت امرأة صنعة اليدين تعمل للناس وتتصدق بذلك وبه نقول وقوله (وله حق فى كسب مكاتبه) ظاهر ألا ترى أنه لو تزوج جارية مكاتبه لم يجز كما لو تزوج جارية نفسه وقوله (ولا الى عبد قد أعتق بعضه) بضم الهمزة بأن يكون عبد بين اثنين أحدهما أعتق نصيبه وهو معسر لا يجوز للآخر دفع زكاته اليه لانه بمنزلة المكاتب عنده وحرمديون عندهما وقوله (وبخلاف امرأة الغنى) يعنى فانه يجوز الدفع اليها اذا كانت فقيرة وهو ظاهر الرواية وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف أنه لا يجوز لانها مكفية المؤنة بما تستوجب النفقة على الغنى حالة اليسار والاعسار فالصرف اليها كالصرف الى ولد صغير الغنى ووجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب والفرق بينها وبين الولد الصغير الغنى أنه يستوجب النفقة عليه بالجزئية فكان الصرف اليه كالصرف الى الغنى

(قوله حالة اليسار والاعسار) أقول أى حالة يسار المرأة وإعسارها

لاتصير موسرة (ولا يدفع الى بنى هاشم) لقوله عليه الصلاة والسلام يا بنى هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس

الغنى وجه الظاهر ما فى الكتاب والفرق أن استيجابها النفقة بمنزلة الاجرة بخلاف وجوب نفقة الولد الصغير لانه مسبب عن الجزئية فكان كنفقة نفسه فالدفع اليه كالدفع الى نفس الغنى (قوله ولا يدفع الى بنى هاشم) هذا ظاهر الرواية وروى أبو عصمة عن أبى حنيفة أنه يجوز فى هذا الزمان وان كان ممتنعا فى ذلك الزمان وعنه وعن أبى يوسف أنه يجوز أن يدفع بعض بنى هاشم الى بعض زكاتهم وظاهر لفظ المروى فى الكتاب وهو قوله عليه الصلاة والسلام يا بنى هاشم ان الله كره لكم غسالة أيدى الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس لا ينفيه للقطع بان المراد من الناس غيرهم لانهم المخاطبون بالخطاب المذكور عن آخرهم والتعويض بخمس الخمس عن صدقات الناس لا يستلزم كونه عوضا عن صدقات أنفسهم لكن هذا اللفظ غريب والمعروف ما فى مسلم عن عبد المطلب بن ربيعة بن الحرث قال اجتمع ربيعة والعباس بن عبد المطلب فقالا لو بعثنا هذين الغلامين لى وللفضل بن العباس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما على هذه الصدقة فأصابا منها كما يصيب الناس فقال على لا ترسلوهما فانطلقنا حتى دخلنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ عند زينب بنت جحش فقلنا يا رسول الله قد بلغنا النكاح وأنت أبر الناس وأوصل الناس وجئناك لتؤمرنا على هذه الصدقات فنؤدى اليك كما تؤدى الناس ونصيب كما يصيبون قال فسكت طويلا ثم قال إن الصدقة لا تنبغى لآل محمد انما هى أوساخ الناس ادعوا لى محمية بن جزء رجلا من بنى أسد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستعمله على الاخماس ونوفل بن الحرث بن عبد المطلب فأتياه فقال لمحمية أنكح هذا الغلام ابنتك للفضل بن العباس فأنكحه وقال لنوفل بن الحرث أنكح هذا الغلام ابنتك فانكحنى وقال لمحمية أصدق عنهما من الخمس كذا وكذا وهذا ما وعدناك من النص على عدم حل أخذها للعامل الهاشمى ولا يجب فيه حمل الناس على غيرهم بخلاف لفظ الهداية ولفظه للطبرانى لا يحل لكم أهل البيت من الصدقات شئ انما هى غسالة أيدى الناس وإن لكم فى خمس الخمس ما يغنيكم يوجب تحريم صدقة بعضهم على بعض وكذا ما روى البخارى عنه عليه الصلاة والسلام نحن أهل البيت لا تحل لنا الصدقة ثم لا يخفى أن هذه العمومات تنتظم الصدقة النافلة والواجبة فجروا على موجب ذلك فى الواجبة فقالوا لا يجوز صرف كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد وعشر الارض وغلة الوقف اليهم وعن أبى يوسف يجوز فى غلة الوقف اذا كان الوقف عليهم لانهم حينئذ بمنزلة الوقف على الاغنياء فان كان على الفقراء ولم يسم بنى هاشم لا يجوز ومنهم من أطلق فى منع صدقة الاوقاف اليهم وعلى الاول اذا وقف على الاغنياء يجوز الصرف اليهم وأما الصدقة النافلة فقال فى النهاية ويجوز النفل بالاجماع وكذا يجوز النفل للغنى كذا فى فتاوى العتابى انتهى وصرح فى الكافى بدفع صدقة الوقف اليهم على أنه بيان المذهب من غير نقل خلاف فقال وأما التطوع والوقف فيجوز الصرف اليهم لان المؤدى فى الواجب يطهر نفسه باسقاط الفرض فيتدنس المؤدى كالماء المستعمل وفى النفل يتبرع بما ليس عليه فلا يتدنس به المؤدى كمن تبرد بالماء اه والحق الذى يقتضيه النظر اجراء صدقة الوقف مجرى النافلة فان ثبت فى النافلة جواز الدفع يجب دفع الوقف والا فلا اذ لا شك فى أن الواقف متبرع بتصدقه بالوقف اذ لا يقاف واجب وكأن منشأ الغلط وجوب دفعها على الناظر وبذلك لم تصر صدقة واجبة على المالك بل غاية الامر أنه وجوب اتباع شرط الواقف على الناظر فوجوب الاداء هو نفس هذا الوجوب فلنتكلم فى النافلة ثم يعطى مثله للوقف ففى شرح الكنز لا فرق بين الصدقة الواجبة والتطوع ثم قال وقال بعض يحل لهم التطوع اه فقد أثبت الخلاف على وجه يشعر بترجيح حرمة النافلة وهو الموافق للعمومات فوجب اعتباره فلا يدفع اليهم النافلة الا على وجه الهبة مع الادب

وقوله (ولا يدفع الى بنى هاشم الى قوله بمنزلة التبرد بالماء) ظاهر واعترض عليه بأن التشبيه بالوضوء على الوضوء كان أنسب باعتبار وجود القربة فيهما ولهذا اختار صاحب الفتاوى الكبرى حرمة التطوع أيضا وذكر فى شرح الآثار أن المفروضة والنافلة محرمتان عليهم عندهما وعن أبى حنيفة فيهما روايتان وأجيب بان المال فى التطهير دون الماء لان المال مطهر حكما والماء مطهر حقيقة وحكما فيكون المال مطهرا من وجه دون وجه فجعلناه متدنسا فى الفرض دون النفل عملا بالوجهين

(قوله وقوله ولا يدفع الى بنى هاشم الخ) أقول قال فى النهاية يجوز النفل للهاشمى مطلقا بالاجماع وكذا يجوز النفل للغنى كذا فى فتاوى العتابى اه

وقوله (وهم آل علي) ظاهر وقوله (وأما مواليهم فلما روى أن مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم) هو أبو رافع روى صاحب السنن مسندا الى أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث رجلا من بني مخزوم على الصدقة فقال لابي رافع اصحبني فانك تصيب منها فقال حتى آتي النبي صلى الله عليه وسلم فأسأله فأتاه فسأله فقال مولى القوم من أنفسهم وانا لا تحل لنا الصدقة فان قيل لو كان مولى القوم منهم لما وجبت الجزية على عبد كافر أعتقه قرشي لانه لا جزية عليه أجاب بقوله (بخلاف ما اذا أعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق) بفتح التاء (لانه هو القياس) فان القياس أن لا يلحق المعتق بالمعتق في حالة ما (٣٥) لان كل واحد منهما أصل بنفسه من حيث البلوغ والعقل والحرية وخطاب الشرع والالحاق انما كان بالنص في حق الصدقة فلا يتعداه ولهذا يؤخذ من مولى التغلبي الجزية دون الصدقة المضاعفة

باسقاط الفرض أما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء قال (وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحرث بن عبد المطلب ومواليهم) أما هؤلاء فلانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه وأما مواليهم فلما روى أن مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم سأله أتحل لي الصدقة فقال لا أنت مولانا بخلاف ما اذا أعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس

وخفض الجناح تكرمة لاهل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقرب الاشياء اليك حديث لحم بريرة الذي تصدق به عليها لم يأكله حتى اعتبره هدية منها فقال هو عليها صدقة ولنا منها هدية والظاهر أنها كانت صدقة نافلة وأيضا التخصيص للعمومات الادلة والقياس الذي ذكره المصنف لا يخص بها ابتداء بل بعد اخراج شئ يسمى سلمناه لكن لا يتم في القياس المقصود وغير المقصود أما الثاني فلانه لم يتم له أصل صحيح وقوله المال هنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض ظاهره أن الماء أصل وليس بصحيح اذ حكم الاصل لا بد من كونه منصوصا عليه أو مجمعا وليس ثبوت هذا الحكم للماء كذلك بل المال هو المنصوص على حكمه هذا من التدنس فهو أصل للماء في ذلك فاثبات مثله شرعا للماء انما هو بالقياس على المال اذ لا نص في الماء ونفس المصنف مشى على الصواب في ذلك في بحث الماء المستعمل حيث قال في وجه الرواية المختارة للفتوى الا أنه يعني الماء أقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة فجعل مال الصدقة أصلا فكيف يجعل هنا الماء أصلا لمال الصدقة وأما القياس المقصود هنا في قوله التطوع بالصدقة بمنزلة التبرد بالماء غير صحيح فانه الحاق قربة بغير قربة والصواب في الالحاق أن يقال بمنزلة الوضوء على الوضوء ليكون الحاق قربة نافلة بقربة نافلة وبعد هذا ان ادعى أن حكم الاصل عدم تدنس ما أقيم به هذه القربة منعنا حكم الاصل فان التدنس للآلة بواسطة خروج الآثام وازالة الظلمة والقربة النافلة تفيد ذلك أيضا بقدره وقد قالوا في قوله عليه الصلاة والسلام الوضوء على الوضوء نور على نور انه يفيد ازالة الظلمة بقدر افادة زيادة ذلك النور ولهذا كان المذهب أن الوضوء النفل اذا كان منويا يصير الماء به مستعملا على ما عرف في قوله المستعمل هو ما أزيل به حدث أو استعمل في البدن على وجه القربة والله أعلم (قوله وهم آل علي الخ) لما كان المراد من بني هاشم الذين لهم الحكم المذكور ليس كلهم بين المراد منهم بعددهم فخرج أبو لهب بذلك حتى يجوز الدفع الى بنيه لان حرمة الصدقة لبني هاشم كرامة من الله تعالى لهم ولذريتهم حيث نصروه عليه الصلاة والسلام في جاهليتهم واسلامهم وأبو لهب كان حريصا على أذى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يستحقها بنوه (قوله وأما مواليهم فلما روى الخ) أخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن ابن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث رجلا من بني مخزوم على الصدقة فقال لابي رافع اصحبني فانك تصيب منها قال حتى آتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فأسأله فأتاه فسأله فقال مولى القوم من أنفسهم وانا لا تحل لنا الصدقة قال الترمذي حديث حسن صحيح وكذا صححه الحاكم وأبو رافع هذا اسمه أسلم واسم ابنه عبيد الله وهو كاتب علي بن أبي طالب رضي الله عنه

(قال المصنف ومواليهم) أقول عطف على بني هاشم والظاهر أن يكون معطوفا على قوله آل علي فيكون المراد من بني هاشم في قوله ولا يدفع الى بني هاشم آل المذكورين ومواليهم غلبوا عليهم فقوله وهم آل علي الخ بيان لذلك وأما عطفه على قوله بني هاشم فيأباه أما وأما فتأمل قال ابن الهمام قوله وهم آل علي الخ لما كان المراد من بني هاشم الذين لهم الحكم المذكور ليس كلهم بين المراد منهم بعددهم فخرج أبو لهب بذلك حتى يجوز الدفع الى بنيه لان حرمة الصدقة لبني هاشم كرامة من الله لهم ولذريتهم حيث نصروه صلى الله عليه وسلم في جاهليتهم وفي اسلامهم وأبو لهب كان حريصا على أذى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يستحقها بنوه

اه (قال المصنف أما هؤلاء فلانهم ينتسبون الى هاشم بن عبد مناف) أقول فيه بحث فان آل أبي لهب منتسب الى هاشم ويحل له الصدقة (قال المصنف وأما مواليهم فلما روى أن مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم سأله أتحل لي الصدقة فقال لا أنت مولانا) أقول في دلالته على المطلوب كلام اذ حرمة مولاه صلى الله عليه وسلم ليس يشبهها حرمة مولى غيره كما مر في الغني والهاشمي فيقتصر على مورده الا أن يراد بضمير المتكلم مع الغير نفسه الكريمة وغيره من بني هاشم فيكون من قبيل بنو فلان قتلوا فلانا

وقوله (قال أبو حنيفة ومحمد) هذا على ثلاثة أوجه إما أن ظهر أنه كان محلا للصدقة أو لم يظهر حاله عنده أصلا أو ظهر أنه لم يكن محلا
للصدقة ففي الاولين يجوز بالاتفاق وفي الثالث جاز عند أبي حنيفة ومحمد (ولا اعادة عليه) وهل يطيب المقبوض للقابض ذكر الحلواني
أنه لا رواية فيه واختلفوا فيه فعلى قول من لا يطيب ماذا يصنع بها قيل يتصدق به وقيل يرده على المعطي على وجه التمليك ليعيد الاداء
(وقال أبو يوسف عليه الاعادة) ولكن لا يسترد ما أداه (لظهور خطئه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب)
فان الاواني الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة فان غلبت الطاهرة مثل أن يكون اناآن طاهران وواحد نجس فانه لا يجوز أن يترك التحري
فاذا تحرى وتوضأ ثم ظهر الخطأ يعيد الوضوء وأما اذا غلبت النجسة أو تساوتا يتيمم ولا يتحرى وأما الثياب الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة
وليس ثمة علامة تعرف بها فانه يتحرى مطلقا (٣٦) فاذا صلى في ثوب منها بالتحري ثم ظهر خطؤه أعاد الصلاة وأما عدم استرداده فلأن

فساد جهة الزكاة لا ينقض الاداء (ولهما حديث معن بن يزيد) وهو ما روى أن يزيد دفع صدقته الى رجل ليدفعها الى الفقير فدفعها الى ابنه معن فلما أصبح رآها معه فقال يا بني والله ما اياك أردت فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام (يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت) وجوز ذلك ولم يستفسر أن الصدقة كانت فريضة أو تطوعا وذلك يدل على أن الحال لا تختلف أو لان مطلق الصدقة ينصرف الى الفريضة وقوله (ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد) دليل يتضمن الجواب عن قوله وامكان الوقوف على هذه الاشياء يعني سلمنا أن الوقوف على هذه الاشياء ممكن لكنه بالاجتهاد دون القطع وما كان كذلك ينبني الامر فيه على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة فاذا وقع عنده أنه مصرف صح الاداء لئلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع (وعن أبي حنيفة وجوه
في غير الغني) أي فيما اذا ظهر أنه هاشمي أو كافر أو أنه أبوه أو ابنه (لا يجزيه والظاهر هو الاول) يعني الاجزاء في الكل وقوله (وهذا) أي عدم
الاعادة (اذا تحرى) حاصل هذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يدفع زكاة ماله رجلا بلا شك ولا تحر أو شك في أمره فالاول يجزيه مالم يتبين
أنه غني لان الفقير في القابض أصل والثاني إما أن يتحرى أولا فان لم يتحر لم يجزه حتى يعلم أنه فقير لانه لما شك وجب عليه التحري كما في

والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة (قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا دفع الزكاة الى رجل يظنه
فقيرا ثم بان أنه غني أو هاشمي أو كافر أو دفع في ظلمة فبان أنه أبوه أو ابنه فلا اعادة عليه وقال أبو يوسف
رحمه الله عليه الاعادة) لظهور خطئه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب
ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت
وقد دفع اليه وكيل أبيه صدقته ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبتنى الامر فيها
على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن أبي حنيفة رحمه الله في غير الغني أنه لا يجزيه والظاهر هو
الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي أكبر رأيه أنه مصرف أما اذا شك ولم يتحر أو تحرى فدفع وفي أكبر رأيه

(قوله وقد خص الصدقة) يعني فيبقى فيما وراءه على القياس فتؤخذ منه الجزية ولا يكون كفالهم (قوله
وقال أبو يوسف رحمه الله عليه الاعادة) ولكن لا يسترد ما أداه وهل يطيب للقابض اذا ظهر الحال لا رواية
فيه واختلف فيه وعلى القول بأنه لا يطيب يتصدق به وقيل يرده على المعطي على وجه التمليك منه ليعيد
الاداء (قوله وصار كالاواني) يفيد أنه مأخوذ في صورة الخلافية كون الاداء بالتحري والا قال وصار
كالماء والثياب يعني اذا تحرى في الاواني في موضع يجوز التحري فيها بأن كانت الغلبة للطاهرة منها أو في
الثياب وله أن يتحرى فيها وان كان الطاهر مغلوبا فوقع تحريه على اناء أو ثوب فصلى فيه وتوضأ منه ثم
ظهر نجاسته يعيد اتفاقا فكذا هذا ومثله ما اذا قضى القاضي باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه ولهما
حديث معن وهو ما أخرج البخاري عن معن بن يزيد قال بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا وأبي
وجدي وخطب علي فأنكحني وخاصمت اليه وكان أبي يزيد أخرج دنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل
في المسجد فجئت فأخذتها فأتيته بها فقال والله ما اياك أردت فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لك ما نويت يا يزيد ولك ما أخذت يا معن اه وهو وان كان واقعة حال يجوز فيها كون تلك الصدقة
كانت نفلا لكن عموم لفظ ما في قوله عليه السلام لك ما نويت يفيد المطلوب ولان الوقوف على هذه
الاشياء انما هو بالاجتهاد لا القطع فيبنى الامر على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة ولو أمرناه
بالاعادة كان بالطريق الاولى من الاجتهاد ولو فرض تكرر خطئه فتكررت الاعادة أفضى الى الحرج
لاخراج كل ماله وليس كذلك الزكاة خصوصا مع كون الحرج مدفوعا شرعا عموما بخلاف نجاسة الماء
ووجود النص فانه مما يوقف على حقيقته بالاخبار (قوله وهذا اذا تحرى الخ) تحرير لمحل النزاع وحاصل

(قال المصنف واذا دفع الزكاة الى رجل يظنه فقيرا) أقول الاولى أن يقال يظنه مصرفا (قوله أولان مطلق الصدقة ينصرف الى الفريضة)
أقول سيجيء من المصنف الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى على عدم وجوب صدقة الفطر على المعسر فلو صح
ما ذكره الشارح لم يستقم ذلك الاستدلال (قال المصنف ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع) أقول يمكن القطع في أبيه
وابنه قال ابن الهمام بخلاف نجاسة الماء فانه مما يوقف على حقيقته بالاخبار اه وفيه تأمل

الصلاة فاذا ترك بعد ما لزمه لم يقع المؤدى موقع الجواز الا اذا ظهر أنه فقير لان الفقر هو المقصود وقد حصل بدونه كالسعي الى الجمعة وان تحرى ودفع فاما أن يكون في أكبر رأيه أنه مصرف أو ليس بمصرف فان كان الثاني لا يجزيه الا اذا ظهر أنه فقير فاذا ظهر صح وهو الصحيح وزعم بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز كما لو اشتبهت عليه القبلة فتحرى الى جهة ثم أعرض عن الجهة التي أدى اليها اجتهاده وصلى الى جهة أخرى ثم تبين أنه أصاب القبلة لزمه اعادة الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد والاصح هو الفرق فان الصلاة لغير القبلة مع العلم لا تكون طاعة فاذا كان عنده أن فعله معصية لا يمكن اسقاط الواجب عنه به وأما التصدق على الغني فصحيح وليس فيه من معنى المعصية شئ ويمكن اسقاط الواجب عند اصابة محله بفعله فكان العمل بالتحري لحصول المقصود (٢٧) وقد حصل بغيره وان كان الاول فان

أنه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم أنه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده أو مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم أهلية الملك وهو الركن على ما مر (ولا يجوز دفع الزكاة الى من يملك نصابا من أي مال كان) لان الغني الشرعي مقدر به والشرط أن يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما شرط الوجوب

وجوه المسئلة ثلاثة دفع لشخص من غير شك ولا تحر فهو على الجواز الا أن يظهر غناه مثلا فيعيد وان أشكل فلم يتحر ودفع أو تحرى فغلب على ظنه غناه ودفع لم يجز حتى يظهر أنه مصرف فيجزيه في الصحيح وظن بعضهم أنها كمسئلة الصلاة حاله الاشتباه الى غير جهة التحري فانها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد وان ظهر صوابه والحق الاتفاق على الجواز هنا والفرق أن الصلاة الى تلك الجهة معصية لتعمده الصلاة الى غير جهة القبلة اذ هي جهة التحري حتى قال أبو حنيفة رحمه الله أخشى عليه الكفر فلا تنقلب طاعة وهنا نفس الاعطاء لا يكون به عاصيا فصلح وقوعه مسقطا اذا ظهر صوابه الثالث اذا شك فتحرى فظنه مصرفا فدفع فظهر خلافه وهي الخلافية (قوله لانعدام التمليك) فهو على ملكه كما كان وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك بخلاف الدفع لمن ظهر غناه وأخواته (قوله ولا يجوز دفع الزكاة لمن يملك نصابا من أي مال كان) من فرق عهاقوم دفعوا الزكاة الى من يجمعها الفقير فاجتمع عند الآخذ أكثر من مائتين فان كان جمعه له بأمره قالوا كل من دفع قبل أن يبلغ ما في يد الجابي مائتين جازت زكاته ومن دفع بعده لا تجوز الا أن يكون الفقير مديونا فيعتبر هذا التفصيل في مائتين تفضل بعد دينه فان كان بغير أمره جاز الكل مطلقا لان في الاول هو وكيل عن الفقير فاجتمع عنده بملكه وفي الثاني وكيل الدافعين فما اجتمع عنده ملكهم وعن أبي يوسف فيمن أراد أن يعطي فقيرا ألفا ولا دين عليه فوزنها مائة مائة وقبضها كذلك يجزيه كل الالف من الزكاة اذا كانت كلها حاضرة في المجلس ودفع كلها فيه بمنزلة ما لو دفعها جملة ولو كانت غائبة فاستدعى بها مائة مائة كلما حضرت مائة دفعها اليه لا يجوز منها الا مائتان والباقي تطوع (قوله والشرط أن يكون فاضلا عن الحاجة) أما اذا كان له نصاب ليس بناميا وهو مستغرق بحوائجه الاصلية فيجوز الدفع اليه كما قدمنا فيمن يملك كتبا تساوي نصابا وهو عالم يحتاج اليها أو هو جاهل لا حاجة له بها وفيمن له آلات وفرس ودار وعبد يحتاجها لخدمة والاستعمال أو كان له نصاب نام الا أنه مشغول بالدين وعنه ما ذكر في المبسوط رجل له ألف وعليه ألف وله دار وخادم لغير التجارة تساوي عشرة آلاف لا زكاة عليه ثم قال في الكتاب أرأيت لو تصدق عليه ألم يكن موضعا للصدقة وفي الفتاوى لو كان له حوانيت أو دار غلتها تساوي ثلاثة آلاف وغلتها لا تكفي لقوته وقوت عياله يجوز صرف الزكاة اليه في قول محمد وهذا التخصيص يفيد الخلاف وفي باب صدقة الفطر من الخلاصة يعتبر قيمة الضيعة والكرم عند أبي يوسف فلعله هو الخلاف المراد في الفتاوى ولو اشترى قوت سنة يساوي نصابا فالظاهر أنه لا يعد نصابا وقيل ان كان طعام شهر يساوي نصابا جاز الصرف اليه لا ان زاد ولو كان له كسوة الشتاء

ظهر أنه فقير أو لم يظهر من حاله شئ جاز بالاتفاق وان ظهر أنه غني فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف أولا ثم قال تلزمه الاعادة كما ذكرنا وهو قول الشافعي رحمه الله وقوله (وهو الركن) أي التمليك هو الركن في الزكاة (كما مر) قال (ولا يجوز دفع الزكاة الى من يملك نصابا) سواء كان من النقود أو السوائم أو العروض وهو فاضل عن حوائجه الاصلية كالدين في النقود والاحتياج الى الاستعمال في أمر المعاش في غيرها لا يجوز دفع الزكاة اليه وعن هذا ذكر في المبسوط رجل له ألف درهم وعليه دين ألف درهم وله دار وخادم وسلاح وفرس لغير التجارة قيمتها عشرة آلاف درهم فلا زكاة عليه لان الدين مصروف الى المال الذي في يده لانه فاضل عن حاجته معد للتقلب والتصرف به فكان الدين مصروفا اليه فأما الخادم والدار والفرس والسلاح فمشغول بحاجته فلا يصرف الدين

اليه وعلى هذا قال مشايخنا ان الفقيه اذا ملك من الكتب ما يساوي مالا عظيما ولكنه يحتاج اليها يحل له أخذ الصدقة الا أن يملك فاضلا عن حاجته ما يساوي مائتي درهم وقوله (وانما الغنى شرط الوجوب) يعني أن الشرط في عدم جواز الدفع ملك النصاب الفاضل عن الحوائج الاصلية ناميا كان أو غير نام وانما الغنى شرط وجوب الزكاة

(قوله فتحرى الى جهة ثم أعرض) أقول أو لم يتحر فصلى الى جهة ثم تبين اصابته (قوله وأما التصدق على الغني فصحيح) أقول فيه بحث الا أن يراد بالتصدق مجازه وسيجيء التفصيل في الهبة

(ويجوز دفعها الى من يملك أقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا) وقال الشافعي لا يجوز دفعها الى الفقير المكسوب لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي ولنا أنه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها لكونها خفية ولها دليل ظاهر وهو فقد النصاب فيقام مقامه كما في الاخبار عن المجهة فيما اذا قال ان كنت تحبيني فأنت طالق فقالت أحبك وتأويل ما رواه حرمة الطلب ألا ترى الى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقسم الصدقات فقام اليه رجلان يسألانه فنظر اليهما ورآهما جلدين فقال إنه لا حق لكما فيه وان شئتما أعطيتكما معناه لا حق لكما في السؤال ألا ترى أنه جوز الاعطاء اياهما وقوله (ويكره أن يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا) قيل معناه اذا لم يكن له عيال ولا دين عليه فأما اذا كان معيلا فلا بأس أن يعطيه مقدار ما ووزعه على عياله أصاب كل واحد منهم دون المائتين لان التصدق عليه في المعنى تصدق عليه وعلى عياله واذا كان عليه دين فلا بأس بأن يعطيه مائتين أو أكثر مقدار ما اذا قضى به دينه يبقى له دون المائتين وكذلك ذكر هذه المسئلة في المبسوط مقيدة بهذين القيدين فقال ويكره أن يعطى رجلا من الزكاة مائتي درهم اذا لم يكن عليه دين أو له عيال (٣٨) وقال أبو يوسف لا بأس باعطاء المائتين ويكره أن يعطيه فوق المائتين وقال زفر لا يجوز أن يعطيه المائتين

(ويجوز دفعها الى من يملك أقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا) لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فأدير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب (ويكره أن يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز) وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الغنى قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا أن الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة (قال وأن تغني بها انسانا أحب الي) معناه الاغناء عن السؤال يومه ذلك لان الاغناء مطلقا مكروه قال (ويكره نقل الزكاة من بلد الى بلد) وانما تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا من حديث معاذ رضي الله عنه وفيه رعاية حق الجوار

وجه قول أبي يوسف أن جزأ من المائتين مستحق لحاجته للحال والباقي دون المائتين فلا تثبت به صفة الغنى الا أن يعطيه فوق المائتين ووجه قول زفر أن الغنى قارن الاداء لان الاداء علة الغنى والحكم يقارن العلة كما في الاستطاعة مع الفعل وهذا مقرر عند علمائنا المحققين ذكره الامام المحقق فخر الاسلام وغيره في أصول الفقه ولنا ما ذكره أن الغنى حكم الاداء وحكم الشئ يعقبه واعترضوا عليه بأن حكم العلة الحقيقية لا يجوز أن يتأخر عنها كما قال زفر فما وجه هذا الكلام فمنهم من قال معنى قوله الغنى حكم الاداء الغنى حكم حكم الاداء وذلك لان الاداء علة الملك والملك علة الغنى فكان الغنى مضافا وهو الى الاداء لكن بواسطة الملك فكان للعلة الاولى وهي الاداء شبهة السبب والسبب الحقيقي هو الذي يتقدم على الحكم حقيقة وما كان يشبه السبب من العلل له شبهة التقدم فكان هذا من قبيل شراء القريب للاعتاق فان الشراء علة للملك والملك في القريب علة العتق بالحديث فكان العتق حكم حكم الشراء فلذلك جازت نية الكفارة عند الشراء لشبهة تقدم الشراء على العتق بوجود الواسطة وليس في كلام المصنف ما يشعر به وقال فخر الاسلام الاداء يلاقي الفقر وانما يثبت الغنى بحكمه وحكم الشئ لا يصلح مانعا لان المانع ما يسبقه لا ما يلحقه والجواز لا يحتمل البطلان لان البقاء يستغني عن الفقر وهذا يشير الى التأخر كما ترى والحكم لا يتأخر عن العلة الحقيقية وأقول الحكم يتعقب العلة في العقل ويقارنها في الوجود فبالنظر الى التأخر العقلي جاز وبالنظر الى التقارن الخارجي يكره ولعله المراد بقوله لقربه منه وقوله (وان تغنى بها انسانا أحب الي) هذا خطاب أبي حنيفة لابي يوسف رحمهما الله وانما صار هذا أحب لان فيه صيانة المسلم عن ذل السؤال مع أداء الزكاة ولهذا قالوا ان من أراد أن يتصدق بدرهم فاشترى به فلوسا فخرقها فقد قصر في أمر الصدقة (ومعناه الاغناء عن السؤال في يومه) لا أن يملكه نصابا (لان الاغناء مطلقا مكروه) كما تقدم وينبغي أن يكون مراده اذا لم يكن مديونا أو معيلا على ما تقدم وقوله (ويكره نقل الزكاة من بلد الى بلد) قال الامام أبو الحسن القدوري يكره نقل الزكاة الى بلد آخر وهذا اذا لم ينقل الى قرابته

(قوله فمنهم من قال معنى قوله الغنى حكم الخ) أقول القائل هو السغناقي

أوالى قوم هم أحوج من أهل بلده أما اذا نقل اليهم فانه يجوز بلا كراهة أما الجواز فى الصورة الاولى فلان المصرف مطلق الفقراء بالنص وأما الكراهة فلحديث معاذ ولان فى النقل ترك رعاية حق الجوار وأما عدم الكراهة فيما اذا نقل الى قرابته فلما فيه من أجر الصدقة وأجر صلة الرحم وأما الى قوم هم أحوج من أهل بلده فلأن المقصود سد خلة الفقير فمن كان أحوج كان أولى وقد صح عن معاذ رضى الله عنه أنه كان يقول باليمن ائتونى بخميس أو لبيس آخذه منكم فى الصدقة فانه أيسر عليكم (٢٩) وأنفع للمهاجرين بالمدينة والخميس الثوب الصغير طوله خمسة أذرع واللبيس الخلق وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين صدقة الفطر فى أنه اعتبر ههنا مكان المال وفى صدقة الفطر من تجب عليه فى ظاهر الرواية وأجيب بأن وجوب الصدقة على المولى فى ذمته عن رأسه فحيث كان رأسه وجبت عليه ورأس مماليكه فى حقه كرأسه فى وجوب المؤنة التى هى سبب الصدقة فيجب حيثما كانت رؤسهم وأما الزكاة فانها تجب فى المال ولهذا اذا هلك المال سقطت فاعتبر بمكانه

(الا أن ينقلها الانسان الى قرابته أو الى قوم هم أحوج من أهل بلده) لما فيه من الصلة أو زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم أجزأه وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

﴿باب صدقة الفطر﴾

قال رحمه الله (صدقة الفطرة واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب

وهو قوله فردها فى فقرائهم هذا والمعتبر فى الزكاة مكان المال وفى صدقة الفطر مكان الرأس المخرج عنه فى الصحيح مراعاة لايجاب الحكم فى محل وجود سببه قالوا والافضل فى صرفها أن يصرفها الى اخوته ففقراء ثم أولادهم ثم أعمامه ففقراء ثم أخواله ثم ذوى أرحامه ثم جيرانه ثم أهل سكته ثم أهل مصره (قوله الا أن ينقلها) استثناء من كراهة النقل ووجهه ما قدمناه فى مسئلة دفع القيم من قول معاذ لاهل اليمن ائتونى بعرض ثياب خميس أو لبيس فى الصدقة مكان الذرة والشعير أهون عليكم وخير لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة ويجب كون محله كون من بالمدينة أحوج أو ذلك ما يفضل بعد اعطاء فقرائهم وأما النقل للقرابة فلما فيه من صلة الرحم زيادة على قربة الزكاة هذا ويناسب ايلاء الصدقة الواجبة بايجاب الله تعالى الصدقة الواجبة بايجاب العبد فلا باس بذكر شئ من أحكامها تكميلا للوضع تلزم الصدقة بالنذر فان عين درهما أو فقيرا بأن قال لله على أن أتصدق بهذا الدرهم أو على هذا الفقير لم يلزم فلو تصدق بغيره على غيره خرج عن العهدة وفيه خلاف زفر ولو نذر أن يتصدق بخبز كذا وكذا فتصدق بقيمته جاز ولو نذر أن يتصدق بهذه الدراهم فهلكت قبل أن يتصدق بها لم يلزمه شئ غيرها ولو لم تهلك فتصدق بمثلها جاز ولو قال كل منفعة تصل الى من مالك فقله على أن أتصدق بها لزمه أن يتصدق بكل ما يملكه لانه لا يمكنه أن يأكله كطعام أذن له أن يأكله ولو قال ان فعلت كذا فمالى صدقة فى المساكين لا يدخل ماله من الدين على الناس ودخل ما سواها وهل يتقيد بمال الزكاة نذكره فى آخر كتاب الحج ان شاء الله تعالى ولو قال ان رزقنى الله مالا فعلى زكاته لكل مائتين عشرة لم يلزمه سوى خمسة اذا رزقه ولو قال ان فعلت كذا فألف درهم من مالى صدقة ففعله وهو لا يملك الا مائة مثلا الصحيح أنه لا يلزم التصدق الا بما يملك لان فيما لم يملك لم يكن النذر مضافا الى الملك ولا الى سبب الملك كما لو قال مالى صدقة فى المساكين ولا مال له لا يلزمه شئ ولو قال كلما أكلت كذا فعلى أن أتصدق بدرهم فعليه بكل لقمة منه درهم لان كل لقمة أكلة ولو قال كلما شربت فانما يلزمه بكل نفس لا بكل مصة ولو نذر أن يتصدق على فقراء مكة فتصدق على غيرهم جاز لان لزوم النذر انما هو بما هو قربة وذلك بالصدقة فباعتبارها يلزم لا بما زاد وأيضا الصرف الى كل فقير صرف الى الله تعالى فلم يختلف المستحق فيجوز وصار نظير ما لو نذر صوما أو صلاة بمكة فصام وصلى فى غيرها حيث يجوز عندنا

﴿باب صدقة الفطر﴾

الكلام فى كيفيتها وكميتها وشرطها وسببها وسبب شرعيتها ووركنها ووقت وجوبها ووقت الاستحباب

﴿باب صدقة الفطر﴾

صدقة الفطر لها مناسبة بالزكاة والصوم أما بالزكاة فلانها من الوظائف المالية مع انحطاط درجتها عن الزكاة وأما بالصوم فباعتبار الترتيب الوجودى فان شرطها الفطر وهو بعد الصوم قال صاحب النهاية وانما رجح هذا الترتيب لما أن المقصود من الكلام هو المضاف لا المضاف اليه خصوصا اذا كان مضافا الى شرطه والصدقة عطية يراد بها المثوبة من الله تعالى سميت بها الان بها يظهر صدق الرغبة فى تلك المثوبة كالصداق يظهر به صدق رغبة الرجل فى المرأة قال (صدقة الفطر واجبة) الوجوب ههنا على معناه الاصطلاحى وهو ما يثبت بدليل فيه شبهة على ما ذكر فى الكتاب

﴿باب صدقة الفطر﴾

(قوله مع انحطاط درجتها الخ) أقول لانه ليس بفرض

فاضلا عن مسكنه وثيابه وأثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده) أما وجوبها فلقوله عليه الصلاة والسلام في خطبته أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي أو صعير العذري رضي الله تعالى عنه وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة

ولا يخفى أن الركن هو نفس الاداء الى المصرف وسبب شرعيتها ما نص عليه في رواية أبي داود وابن ماجه عن ابن عباس فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطرة طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات ورواه الدارقطني وقال ليس في رواته مجروح والباقي يأتي في الكتاب بحثا بحثا فالاول وهو كيفية الوجوب لحديث ثعلبة بن صعير العدوي وهو حديث مروي في سنن أبي داود والدارقطني ومسند عبد الرزاق وقد اختلف فيه في الاسم والنسبة والمتن فالاول أهو ثعلبة بن أبي صعير أو هو ثعلبة بن عبد الله ابن أبي صعير أو عبد الله بن ثعلبة بن صعير عن أبيه والثاني أهو العدوي أو العذري فقيل العدوي نسبة الى جده الاكبر عدي وقيل العذري وهو الصحيح ذكره في المغرب وغيره وقال أبو علي الغساني في تقييد المهمل العذري (١) بضم الذال المعجمة وبالراء هو عبد الله بن ثعلبة بن صعير أبو محمد حليف بني زهرة رأى النبي صلى الله عليه وسلم وهو صغير والعدوي تصحيف أحمد بن صالح والثالث أهو أدوا صدقة الفطر صاعا من تمر أو قمح عن كل رأس أو هو صدقة الفطر صاع من بر أو قمح على كل اثنين قال في الامام ويمكن أن يحرف لفظ رأس الى اثنين اه لكن تبعده رواية بين اثنين وهي من طرقه الصحيحة التي لا ريب فيها طريق عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن عبد الله بن ثعلبة قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس قبل يوم الفطر بيوم أو يومين فقال أدوا صاعا من بر أو قمح بين اثنين أو صاعا من تمر أو شعير عن كل حر وعبد صغير أو كبير وهذا سند صحيح وفي غير هذه من أين يجاء بالراء هذا على أن مقصود المصنف الاستدلال به على نفس الوجوب لا على قدر الواجب وهو حاصل على كل حال وسيأتي استدلاله في قدره بحديث آخر ومما يستدل به على الوجوب ما استدل به الشافعي رحمه الله على الافتراض وهو حديث ابن عمر في الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعا من تمر أو صاعا من شعير على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين فان حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية في كلام الشارع متعين مالم يقم صارف عنه والحقيقة الشرعية في الفرض غير مجرد التقدير خصوصا وفي لفظ البخاري ومسلم في هذا الحديث أنه عليه الصلاة والسلام أمر بزكاة الفطر صاعا من تمر أو صاعا من شعير قال ابن عمر فجعل الناس عدله مدين من حنطة ومعنى لفظ فرض هو معنى أمر أمر ايجاب والامر الثابت بظني انما يفيد الوجوب فلا خلاف في المعنى فان الافتراض الذي يثبتونه ليس على وجه يكفر جاحده فهو معنى الوجوب الذي نقول به غاية الامر أن الفرض في اصطلاحهم أعم من الواجب في عرفنا فأطلقوه على أحد جزأيه ومنه ما في المستدرك وصححه عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام أمر صارخا يطوف بمكة ينادي ان صدقة الفطر حق واجب على كل مسلم صغير أو كبير حر أو مملوك الحديث فان قلت ينبغي أن يراد بالفرض ما هو عرفنا للاجماع على الوجوب فالجواب أن ذلك اذا انقل الاجماع متواترا ليكون اجماعا قطعيا أو أن يكون من ضروريات الدين كالخمس عند كثير فأما اذا كان انما يظن الاجماع ظنا فلا ولذا صرحوا بأن منكر وجوبها لا يكفر فكان المتيقن الوجوب بالمعنى المعرف عندنا والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله وشرط الحرية ليتحقق التمليك) اذ لا يملك الا المالك ولا مالك لغير الحر فلا يتحقق منه الركن وقول الشافعي انها على العبد ويتحمله السيد ليس بذاك لان المقصود الاصلي من التكليف أن يصرف المكلف نفس منفعته لمالكه وهو الرب تعالى ابتلاء له لتظهر طاعته

من

وقوله (فاضلا عن مسكنه) قال في النهاية حتى لو كان له داران دار يسكنها وأخرى لا يسكنها ويؤاجرها أولا يؤاجرها يعتبر قيمتها في الغنى حتى لو كانت قيمتها مائتي درهم وجب عليه صدقة الفطر وقوله (وعبيده) يعني التي للخدمة فان التي تكون للتجارة فيها الزكاة وقوله (صغير أو كبير) صفتان لعبد ولا يجوز أن يكونا صفتين لحر وعبد لانه لا تجب صدقة الفطر عن ولده الكبير وفي الحديث بيان لوجوبها وسبب وجوبها وشرطها ومقدار الواجب وبيان من تجب عليه ومن تجب عنه وقوله (رواه ثعلبة ابن صعير العدوي أو صعير العذري) قال الامام حميد الدين الضرير رحمه الله العذري يعني بالعين والذال المعجمة أصح منسوب الى بني عذرة اسم قبيلة والعدوي منسوب الى عدي وهو جده وأهل الحديث يقولونه كنية أبي صعير العذري

(١) قول صاحب الفتح بضم الذال الخ هكذا في النسخ التي بيدنا ولعل الناسخ أسقط العين التي يناسبها الضم كما هو ظاهر اه مصححه

وقوله (لاصدقة الاعن ظهر غنى) أى صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما فى ظهر القلب وظهر الغيب (وهو) أى الحديث (حجة على الشافعى فى ايجابه على من يملك الزيادة على قوت يومه لنفسه وعياله) استدلالا بما ذكر فى آخر حديث ابن عمر رضى الله عنهما غنى أو فقير لانه محمول إما على ما كان فى الابتداء ثم انتسخ بقوله عليه الصلاة والسلام انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى وإما على الندب لانه قال فى آخره أما غنيكم فيزكيه الله وأما فقيركم فيعطيه الله أفضل مما أعطى وقوله (وقدر اليسار بالنصاب) ظاهر وقوله (ولا يشترط فيه النمو) أى لا يشترط أن يكون النصاب بحال نام لانها وجبت بالقدرة الممكنة والنمو انما يشترط (٣١) فيما يكون وجوبه بالقدرة الميسرة

واليسار لقوله عليه الصلاة والسلام لاصدقة الاعن ظهر غنى وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى قوله تجب على من يملك زيادة عن قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدر الغنى فى الشرع به فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة قال (يخرج ذلك عن نفسه) لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى الحديث (و) يخرج عن (أولاده الصغار)

من عصيانه ولذا لا يتعلق التكليف الا بفعل المكلف فاذا فرض كون المكلف لا يلزمه شرعا صرف تلك المنفعة التى هى فيما نحن فيه فعل الاعطاء وانما يلزم شخصا آخر لزم انتفاء الابتلاء الذى هو مقصود التكليف فى حق ذلك المكلف وثبوت الفائدة بالنسبة الى ذلك الآخر لا يتوقف على الايجاب على الاول لان الذى له ولاية الايجاد والاعدام تعالى يمكن أن يكلف ابتداء السيد بسبب عبده الذى ملكه له من فضله فوجب لهذا الدليل العقلى وهو لزوم انتفاء مقصود التكليف الاول أن يحمل ما ورد من لفظ على فى نحو قوله على كل حر وعبد على معنى عن كقوله

اذا رضيت على بنو قشير * لعمر الله أعجبنى رضاها

وهو كثير ويطرد بعد ألفاظ وهى خفى على وبعد على واستحال على وغضب على كلها بمعنى عنى هذا لو لم يجئ شئ من ألفاظ الروايات بلفظ عن كى لا ينافيه الدليل العقلى فكيف وفى بعض الروايات صرح بها على ما قدمناه بالسند الصحيح من حديث ثعلبة على أن المتأمل لا يخفى عليه أن قول القائل كلف بكذا ولا يجب عليه فعله يجرى النقيض فضلا عن انتفاء الفائدة بأدنى تأمل (قوله لقوله عليه السلام لاصدقة الاعن ظهر غنى) رواه الامام أحمد فى مسنده حدثنا يعلى بن عبيد حدثنا عبد الملك عن عطاء عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاصدقة الاعن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول وذكره البخارى فى صحيحه تعليقا فى كتاب الوصايا مقتصرا على الجملة الاولى فقال وقال النبى صلى الله عليه وسلم لاصدقة الاعن ظهر غنى وتعليقاته المجزومة لها حكم الصحة ورواه مرة مسندا بغير هذا اللفظ ولفظة الظهر مقحمة كظهر القلب وظهر الغيب فى المغرب (وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى قوله تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله) وما روى أحمد حدثنا عفان قال سألت حماد بن زيد عن صدقة الفطر فحدثنى عن نعمان بن راشد عن الزهرى عن أبى ثعلبة بن أبى صعير عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أدوا صاعا من قمح أو صاعا من بر شك حماد عن كل اثنين صغير أو كبير ذكر أو أنثى حر أو مملوك غنى أو فقير أما غنيكم فيزكيه الله وأما فقيركم فيرد الله عليه أكثر مما يعطى فقد ضعفه أحمد بالنعمان بن راشد وجهالة ابن أبى صعير ولو صح لا يقاوم ما رويناه فى الصحة مع أن ما لا ينضبط كثرة من الروايات المشتملة على التقسيم المذكور ليس فيها الفقير فكانت تلك رواية شاذة فلا تقبل خصوصا مع نبو عن قواعد الصدقات والحديث الصحيح عنها (قوله ويتعلق بهذا النصاب الخ)

كالزكاة على ما عرف فى الاصول وقوله (ويتعلق بهذا النصاب) يشير الى وجود نصب قيل وهى ثلاثة نصاب يشترط فيه النماء تتعلق به الزكاة وسائر الاحكام المتعلقة بالمال وقد تقدم بيانه ونصاب يجب به أحكام أربعة حرمة الصدقة ووجوب الاضحية وصدقة الفطر ونفقات الاقارب ولا يشترط فيه النماء لا بالتجارة ولا بالحول ونصاب يثبت به حرمة السؤال وهو ما اذا كان عنده قوت يومه عند بعض وقال بعضهم أن يملك خمسين درهما وقوله (يخرج ذلك) أى المقدار المذكور (عن نفسه لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى) والحر والمملوك صاعا من تمر أو صاعا من شعير فعدل الناس به نصف صاع من بر

(قوله ثم انتسخ بقوله صلى الله عليه وسلم انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى) أقول فيه بحث فان النسخ لا يثبت الا بتأخر تاريخ الذى يدعى أنه ناسخ ولم يعلم ثم أقول لم لا يجوز أن يراد بالصدقة الزكاة دفعا للتعارض وقدمر تظيره من الشارح (قوله وإما على الندب لانه قال فى آخره أما غنيكم فيزكيه الله وأما فقيركم فيعطيه الله أفضل مما أعطى) أقول ليس فيه ما ينفى الوجوب مع أن صدره فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث (قوله على ما عرف فى الاصول) أقول يعنى فى مباحث الامر (قوله قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى الحديث) أقول لفظة على فى قوله صلى الله عليه وسلم على الذكر والانثى بمعنى عن كما سيجىء

وقوله (لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه يقال زكاة الرأس وهي) أي الاضافة (امارة السببية) لان الاضافة للاختصاص وأقوى وجوهه اضافة المسبب الى سببه (٣٢) لحدوثه به فان قيل لو كانت الاضافة امارة السببية لكان الفطر سببا لاضافتها اليه يقال

لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانها تضاف اليه يقال زكاة الرأس وهي أمارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار أنه وقته ولهذا تتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم (ومماليكه) لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدى من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله

ومما يتعلق به أيضا وجوب نفقة ذوي الارحام وتقدم تحقيق هذا النصاب وحديث فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر قدمناه أول الباب (قوله والسبب رأس يمونه ويلي عليه) المفيد لسببية الرأس المذكور لفظ عن في قوله عن كل حر وعبد صغير أو كبير ذكر أو أنثى وكذا الفظ على بعد ما قامت الدلالة على أن المراد به معنى عن استفدنا منه أن هذه صدقة تجب على الانسان بسبب هؤلاء والقطع من جهة الشرع أنه لا يجب عن لم يكن من هؤلاء في مؤنته وولايته فانه لا يجب على الانسان بسبب عبد غيره وولده وفي رواية الدارقطني حديث ابن عمر قال في آخره ممن تمونون ولو مان صغيرا لله تعالى لا لولاية شرعية له عليه لم يجب أن يخرج عنه إجماعا فلزم أنهم السبب اذا كانوا بذلك الوصف والمصنف استدل عليه بالاضافة في قولهم زكاة الرأس وتعليله موقوف على كون هذا التركيب مسموعا من صاحب الشرع لان السببية لا تثبت الا بوضعه أو من أهل الاجماع وبما ذكر في ضمن تأويل الاضافة في قولهم زكاة الرأس أو صدقة الفطر بأنها الى الشرط لما أوجبه من تعدد الواجب عند اتحاد اليوم وتعدد الرأس فانه يقتضي اعتبار الشارع السببية للرأس وأورد عليه أنه معارض بتعدد الواجب مع اتحاد الرأس وتعدد الوقت باعتبار تكرر السنين فلو كان السبب الرأس لم يتكرر عند تكررها كالحج لما اتحد سببه وهو البيت لم يتكرر بتكرر السنين وأجيب بمنعه واسناده بتكرر الواجب مع اتحاد السبب وتكرر الوقت في الزكاة فان السبب فيها المال والجواب أن المال لم يعتبر سببا الا باعتبار النماء ولو تقديرا وانما متكرر نظرا الى دليله وهو الحول فكان السبب وهو المال النامي متكررا لانه بنماء هذا الحول غيره بالنماء الآخر في الحول الآخر بل الحق في الجواب أن المدعى أن تضاعف الواجب في وقت واحد عند تعدد شئ دليل سببية المتعدد وأين هو من التكرر في أوقات متكررة فالثابت هناك واجب واحد في الوقت الواحد مع الشئ الواحد فاني يكون هذا نقضا محوجا للجواب ثم بعد ذلك اثبات سببية شئ لهذا مثل الاستدلال بالدوران على علية شئ بلا فرق وهو غير مرضي عندنا في مسالك العلة فكذا يجب أن يكون هنا اذ لا فرق فالمعول عليه في اثبات السببية حينئذ ما سلكناه من افادة السمع ثم اعطاء الضابط بأنه رأس يمونه ويلي عليه يلزم عليه تخلف الحكم عن السبب في الجد اذا كانت نوافله صغارا في عياله فانه لا يجب عليه الاخراج عنهم في ظاهر الرواية ودفعه باد عاء انتفاء جزء السبب بسبب أن ولاية الجد منتقلة من الاب اليه فكانت كولاية الوصي غير قوي اذ الوصي لا يمونه الا من ماله اذا كان له مال بخلاف الجد اذا لم يكن للصبي مال فكان كالاب فلم يبق الا مجرد انتقال الولاية ولا أثر له كمشتري العبد ولا مخلص الا بترجيح رواية الحسن أن على الجد صدقة فطرهم وهذه مسائل يخالف فيها الجد الاب في ظاهر الرواية ولا يخالفه في رواية الحسن هذه والتبعية في الاسلام وجر الولاء والوصية لقرابة فلان (قوله فيلحق به) هذا بيان حكمة المنصوص يعني انما أمر الشارع بالاخراج عن هؤلاء لانهم في معناه بما قلنا لا أنه لحاق لافادة حكمهم اذ حكمهم ذلك منصوص عليه (قوله يؤدى من مالهم) الاب كالوصي وكذا يؤدى عن مماليك ابنه الصغير

صدقة الفطر وليس كذلك عندكم أجاب بقوله (والاضافة الى الفطر باعتبار أنه وقته) فكانت اضافة مجازية (ولهذا تتعدد) الصدقة (بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم) فعلم أن الرأس هو السبب دون الوقت فان قيل قد يتكرر بتكرر الوقت في السنة الثانية والثالثة وهلم جرا مع اتحاد الرأس ولو كان الرأس هو السبب لما كان الوجوب متكررا مع اتحاده أجيب بان الرأس انما جعل سببا بوصف المؤنة وهي تتكرر بمضي الزمان فصار الرأس باعتبار تكرر وصفه كالمتكرر بنفسه حكما فكان السبب هو التكرر حكما وقوله (والاصل في الوجوب رأسه) ظاهر وقوله (ومماليكه) بالجر يتناول العبد والمدبرين وأمهات الاولاد دون المكاتبين على ما سنذكره وقوله (فان كان لهم مال يؤدى من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وهو استحسان وقال محمد وهو قول زفر رحمهما الله وهو القياس لا يؤدى الا من مال نفسه ولو أدى من مال الصغير ضمن لانها زكاة في الشريعة كزكاة المال فلا تجب على الصغير ولانها عبادة والصغير ليس بأهل لوجوبها وجه الاستحسان أن الشرع أجراه مجرى المؤنة حيث أوجب على من الانسان من جهة غيره فأشبه النفقة ونفقة الصغير في ماله اذا كان له مال وكما يؤدى عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليك الصغير والمجنون في ذلك بمنزلة الصغير

قال (ولا يؤدى عن زوجته) وقال الشافعي يجب على الرجل أن يؤدى صدقة الفطر عن زوجته لقوله صلى الله عليه وسلم أدوا عمن تمونون وهو يمون زوجته ولنا ما ذكره في الكتاب ووجهه أنه صلى الله عليه وسلم ذكر المؤنة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل وليس عليه مؤنتها كاملة لانه لا يمونها في غير الرواتب كالمداواة وكذلك لا بد من الولاية وليس له عليها ولاية الا في حقوق النكاح (ولا) يؤدى (عن أولاده الكبار وان كانوا في عياله) بأن يكونوا فقراء زمنى لانه لا يستحق عليهم ولاية فصاروا كالاجانب وقوله (ولو أدى عنهم) ظاهر وهو استحسان والقياس أن لا يصح كما اذا أدى الزكاة بغير اذنها وجه الاستحسان أن الصدقة فيها معنى المؤنة فيجوز أن تسقط بأداء الغير وان لم يوجد الاذن صريحا وفي العادة أن الزوج هو الذي يؤدى عنها فكان الاذن ثابتا عادة بخلاف الزكاة فانها عبادة محضة لا تصح بدون الاذن صريحا (ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية) ولانه لا يمونه (ولا المكاتب عن نفسه لفقره) لانه مملوك مالا ومن كان كذلك ليس من أهل ملك المال وقد قررناه في التقرير على وجه لم نسبق اليه فليطلب ثمة (وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة) لانها لانعدم بالتدبير والاستيلاد وانما تختل المالية ولا عبرة بها ههنا لانه يؤدى عن نفسه وأولاده (٣٣) الصغار ولا مالية فيهم (ولا يخرج عن

لان الشرع أجراه مجرى المؤنة فأشبه النفقة (ولا يؤدى عن زوجته) لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة (ولا عن أولاده الكبار وان كانوا في عياله) لانعدام الولاية ولو أدى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم أجزأه استحسانا لثبوت الاذن عادة (ولا) يخرج (عن مكاتبه) لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما (ولا) يخرج (عن مماليكه للتجارة) خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكاة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكاة فيؤدى الى الثنى (والعبدين شريكين لا فطرة على واحد منهما)

من ماله وعند محمد لا يؤدى عن مماليكه أصلا والمجنون كالصغير (قوله لان الشرع أجراه مجرى المؤنة فأشبه النفقة) هذا دليل قولهما ونفقة الصغير اذا كان له مال في ماله فكذا هذا والاولى كون المراد نفقة الاقارب لان وجه قول محمد أنها عبادة والصبي ليس من أهلها كالزكاة وقد وجب اخراج الاب عنه فيكون في ماله فيقولان في جوابه هي عبادة فيها معنى المؤنة لقوله عليه السلام أدوا عمن تمونون اذ قد قبلنا هذا الحديث أو ما قدمناه من قوله عليه السلام ممن تمونون في حديث ابن عمر فألحقها بالمؤنة فكانت كنفقة الاقارب تجب في مال الصغير اذا كان غنيا لما فيها من معنى المؤنة وان كانت عبادة (قوله أجزأه استحسانا) وهو رواية عن أبي يوسف لانه العادة والثابت عادة كالثابت بالنص فيما فيه معنى المؤنة بخلاف ما هو عبادة محضة كالزكاة لا تسقط عنها الا باذنها صريحا اذ لا يتحقق معنى الطاعة والابتلاء الا به وفيه نظر فان معنى المؤنة لا ينفي ما فيه من معنى العبادة المتفرعة عن الابتلاء واختيار الطاعة من المخالفة فان ادعى أن ذلك تابع في صدقة الفطر منعناه وقد صرحوا بأن الغالب في صدقة الفطر معنى العبادة نعم ان أمكن أن يوجه هكذا بأن الثابت عادة لما كان كالثابت نصا كان أداؤه متضمنا اختيارها ونيتها بخلاف الزكاة فانها لا عادة فيها ولو قدر فيها عادة قلنا بالاجزاء فيها أيضا لكنها منتفية فيها تمام الوجه والا فلا (قوله فيؤدى الى الثنى) هو مكسور المثلثة مقصورا وأورد عليه أن الثنى عبارة عن تثنية الشئ الواحد وهو منتف لاختلاف الواجبين كما وسببا فانه في الفطر الرأس وفي الزكاة ماليتها الاهي نفسها

مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكاة على المولى) فهما حقان ثابتان في محلين مختلفين (فلا تنافي) بينهما فجاز اجتماعهما (وعندنا وجوبها على المولى بسبب العبد كالزكاة) فلو أوجبناها عليه أدى الى الثنى وهو لا يجوز لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا ثنى في الصدقة والثنى مكسور مقصورا أي لا تؤخذ في السنة مرتين فان قيل سبب الزكاة فيهم المالية وسبب الصدقة مؤنة رؤسهم ومحل الزكاة بعض النصاب ومحل الصدقة الذمة فاذا هما حقان مختلفان سببا ومحلا فلا يؤدى الى الثنى لان الثنى عبارة عن تثنية الشئ الواحد وهما شيآن فكانا كنفقة

(٥ - فتح القدير ثاني) عبيد التجارة مع الزكاة أجيب بأن الشرع بنى هذه الصدقة على المؤنة فقال أدوا عمن تمونون وهذه العبيد معدة للتجارة لا للمؤنة والنفقة التي يغرمها فيهم لطلب الزيادة منهم فتكون ساقطة العبرة بحكم القصد ألا ترى أن المضارب يملك هذا الانفاق وهو غير مأذون الا بالتجارة واذا سقطت المؤنة حكما في مال التجارة أشبه السقوط حقيقة ولو سقطت حقيقة بالاباق أو الغصب أو الكتابة سقطت الصدقة لعدم المؤنة فكذا هذا فعلم بهذا أن سقوط صدقة الفطر ههنا لزوال سبب الوجوب وهو المؤنة لا لتناف بين الواجبين وقوله (والعبدين شريكين لا فطرة على واحد منهما

(قوله لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا ثنى في الصدقة) أقول يجوز أن يقال على تسليم ثبوت الحديث المراد بالصدقة هي الزكاة المفروضة كما سبق من الشارح مثله دفعا للتعارض بينه وبين اطلاق حديث الفطرة (قوله ومحل الصدقة الذمة) أقول حتى لا تسقط بعروض الفقر بعد الوجوب (قوله أجيب بأن الشرع بنى الخ) أقول جواب بتغيير الدليل

لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما) وقد تقدم أن الولاية والمؤنة الكاملتين سبب ولم يوجدا وقوله (وكذا العبيد بين اثنين) يعني لا تجب الصدقة (عند أبي حنيفة (ع ٣) وقالا على كل واحد ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص) أي الكسور حتى لو كان بينهما

لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما (وكذا العبيد بين اثنين عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما (ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر)

ومحلا في الفطر الذمة حتى لا تسقط بعروض الفقر بعد الوجوب وفي الزكاة المال حتى تسقط به بأن هلك المال فلا ثنى على أنه لو كان لزم قبوله بعد لزومه شرعا بثبوته بالدليل الموجب للزكاة مطلقا والدليل الموجب للفطرة مطلقا وعدم ثبوت نافيه وقيل في الوجه غير ما ذكر المصنف وهو أن الانتفاء لانتفاء السبب لانه ليس رأسا أعد للمؤنة بل مين ضرورة بقائه فيحصل مقصوده من الربح في التجارة ولا يخفى أنه لم يقم الدليل سوى على أن السبب رأس يمونه الخ لا بقيد كونه أعد لأن يمان غاية ما في الباب أن الرأس الواحدة جعلت سببا في الزكاة باعتبار ماليتها وفي صدقة أخرى باعتبار معنى المؤنة والولاية عليه ولا مانع من ذلك (قوله لقصور الولاية والمؤنة) يعني أن السبب هو رأس عليه مؤنته لان المفاد بالنص من قوله ممن تمونون ممن عليكم مؤنته وليس على كل منهما مؤنته بل بعضها وبعض الشئ ليس اياه ولا سبب الا هذا فعند انتفائه يبقى على العدم الاصلي لا أن العدم يؤثر شيأ (قوله وقالا) هذا بناء على كون قول أبي يوسف كقول محمد بل الاصح أن قوله مع أبي حنيفة ثم أبو حنيفة مر على أصله من عدم جواز قسمة الرقيق جبرا ولم يجتمع لواحد ما يسمى رأسا ومحمد مر على أصله من جواز ذلك وأبو يوسف مع محمد في القسمة ومع أبي حنيفة في صدقة الفطر لان ثبوت القسمة بناء على الملك وصدقة الفطر باعتبار المؤنة عن ولاية لا باعتبار الملك ولذا تجب عن الولد ولا ملك ولا تجب عن الآبق مع الملك فيه ولو سلم فجواز القسمة ليس علة تامة لثبوتها وكلامنا فيما قبلها وقبلها لم يجتمع في ملك أحد رأس كامل وقد قيل ان الوجوب عند محمد على العبد وفيه نظر فانه لو كان لم يختلف الحال بين العبيد والعبد الواحد فكان يجب على سيدي العبد الواحد ولا يجب على سيد العبد الكافر كقول الشافعي وعن هذا قيل هو أعني عدم الوجوب على واحد من الشريكين في العبيد بالاجماع أي بالاتفاق ولو كان لهما جارية مشتركة فجاءت بولد فادعياه أو ادعيا القيط لا تجب عليهما عن الام فلنا وتجب عن الولد على كل منهما فطرة كاملة عند أبي يوسف لان البنوة ثابتة من كل منهما كملا اذ ثبوت النسب لا يتجزأ ولهذا لو مات أحدهما كان ولدا للباقي منهما وقال محمد عليهما صدقة واحدة لان الولاية لهما والمؤنة عليهما فكذا الصدقة لانها قابلة للتجزي كالمؤنة ولو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا أو ميتا فعلى الآخر صدقة تامة عندهما ولو كان له عبد آبق أو مأسور أو مغصوب مجحود ولا بينة فحلف الغاصب فعاد الآبق ورد المغصوب بعد يوم الفطر كان عليه صدقة ما مضى ويؤدى عن عبده المرهون اذا كان فيه وفاء يعني وله نصاب وعن أبي يوسف ليس عليه أن يؤدي حتى يفتكه فاذا افتكه أعطى لما مضى ويجب عليه فطرة عبده المستأجر والمأذون وان كان مستغرقا بالدين ولا تجب عن عبد عبده المأذون لانه اذا كان على المأذون دين لا يملك المولى عبده وان لم يكن فهو للتجارة فلو اشتراه المأذون للخدمة ولا دين عليه فعلى المولى فطرته فان كان عليه دين فعلى الخلاف في ملك المولى للاكساب وعدمه وفي العبد الموصى بخدمته على مالك الرقبة وكذا العبد المستعار والوديعة والجاني عمدا أو خطأ وما وقع في شرح الكنز والعبد الموصى برقبته لانسان لا تجب فطرته من سهم القلم ولو بيع العبد بيعا فاسدا فمر يوم الفطر قبل قبضه ثم قبضه المشتري وأعتقه فالفطرة على البائع وكذا لو مر يوم الفطر وهو مقبوض المشتري ثم استرده البائع فان لم يسترده وأعتقه المشتري

خمسة أعبد يجب على كل واحد منهما صدقة الفطر عن العبدين ولا تجب عن الخامس أبو حنيفة مر على أصله فانه لا يرى قسمة الرقيق جبرا فلا يملك كل واحد منهما ما يسمى عبدا ومحمد كذلك فانه يرى قسمة الرقيق جبرا وباعتبار القسمة يملك كل واحد منهما في البعض متكامل والحاق أبي يوسف بمحمد ههنا مخالف لما ذكره في المبسوط حيث قال فان كان بينهما عما ليك للخدمة فعلى قول أبي حنيفة لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عنهم وعند محمد يجب على كل واحد منهما الصدقة في حصته اذا كانت كاملة في نفسها ومذهب أبي يوسف مضطرب والاصح أن قوله كقول أبي حنيفة وعذره أن القسمة تبنى على الملك فأما وجوب الصدقة فيبنى على الولاية والمؤنة لا على الملك حتى تجب الصدقة فيما لا ملك له فيه كالولد الصغير وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شئ من هذه الرؤس كما تقدم ووجه قوله اذا كان كقول محمد هو ما ذكره في الكتاب (وهما يريانها وقيل هو بالاجماع) أي عدم وجوب الفطرة في العبيد بين اثنين باجماع علمائنا الثلاثة لانه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين قبل القسمة فلا تتم الرقبة لكل واحد من الشريكين

وقوله (ويؤدي المسلم الفطرة) أي صدقة الفطر (عن عبده الكافر)

لاطلاق ما روينا) من حديث ثعلبة في أول الباب وهو قوله عليه الصلاة والسلام أدوا عن كل حر وعبد (ولقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق) وهو رأس يمونه بولايته عليه (والمولى من أهله) أي من أهل الوجوب لا يقال اضمار قبل الذكر لان الشهرة قائمة مقام الذكر (وفيه خلاف الشافعي لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من أهله) أي من أهل الوجوب هو يستدل لاثبات هذا الاصل بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر على كل حر وعبد فان كلمة على للايجاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أدوا عمن تمونون فان الوجوب على من خوطب بالاداء وهم الموالي وكلمة على في حديث ابن عمر بمعنى عن كما في قوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون أي عن الناس (ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق) أما عندنا فظاهر لان المولى ليس بأهل للوجوب عليه ولا الاداء وأما عنده فلان تحمل المولى عن مملوكه يستدعي أهلية أداء العبادة والكافر ليس بأهل له والوجوب عنده باعتبار تحمل المولى الاداء عنه فاذا انعدم ذلك في حق المملوك لم يجب أصلا (ومن باع عبدا وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له) حتى اذا تم البيع فعلى المشتري وان انتقض فعلى البائع وقوله (معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق) قال الامام حميد الدين (٣٥) الضرير رحمه الله في شرحه هذا من قبيل اطلاق اسم الكل وارادة البعض لان مضى كل يوم الفطر ليس بشرط (وقال زفر على من له الخيار) لان سبب الصدقة الولاية الكاملة والولاية الكاملة لمن له الخيار لانه ان أجازه تم وان لم يجزه انفسخ (وقال الشافعي على من له الملك) وهو المشتري فان مذهبه ان خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشتري كخيار العيب كذا في النهاية (لانه) أي لان صدقة الفطر بمعنى التصدق (من وظائفه) أي الملك وما هو كذلك فانه على المالك (كالنفقة) فانها في مدة الخيار على المالك (ولنا أن الملك موقوف) يعني سلمنا أنها وظيفة الملك لكن الملك موقوف (لانه لو رد لعاد الى قديم ملك البائع ولو أجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد) وكل ما كان موقوفا فالمبتنى عليه كذلك لان التردد في الاصل يستلزم التردد في الفرع (بخلاف النفقة) فانها وان كانت تبتنى على الملك لكنها تثبت (للحاجة الناجزة) أي الواقعة في الحال (فلا تقبل التوقف) وهذا الجواب بطريق التنزل لا بحسب الواقع فانها لو كانت وظيفة الملك لما وجبت عليه عن نفسه وأولاده الصغار (وزكاة التجارة على هذا الخلاف) يعني اذا كان لرجل عبد للتجارة فباعه بعروض التجارة على أنه بالخيار فحال الحول والخيار باق فزكاته على من يصير الملك له أو على من له الخيار أو على من له الملك لان العروض بدل العبد وحولان الحول على البدل كحولانه على المبدل كذا نقل عن حميد الدين الضرير وقيل صورته رجلان لاحدهما عشرون دينارا ولآخر عرض يساويه في القيمة ومبدأ حولهما على السواء فني آخر الحول باع صاحب العرض عرضه من الآخر بشرط الخيار له أو للمشتري فازداد قيمة العرض في مدة الخيار قبل تمام الحول ثم تم الحول فان تقرر الملك للبائع يجب عليه بحصة الزيادة شيء وان تقرر للمشتري يجب عليه ذلك أيضا عندنا

لاطلاق ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس رضي الله عنهما أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من أهله وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من أهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق (ومن باع عبدا وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له) معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر رحمه الله على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي رحمه الله على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا أن الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع ولو أجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكاة التجارة على هذا الخلاف

أو باعه فالصدقة على المشتري لتقرر ملكه (قوله لاطلاق ما روينا) استدل بأمرين ثانيهما ضعيف عند أهل النقل فيبقى الاول سالما أما الحديث فهو ما رواه الدارقطني عن ابن عباس عنه عليه السلام أدوا صدقة الفطر عن كل صغير وكبير ذكر أو أنثى يهودي أو نصراني حر أو مملوك نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير وهو ضعيف بل عد في الموضوعات من قبل سلام الطويل فانه متروك مرمي بالوضع وقد تفرد بهذه الزيادة ولفظة مجوسي لم تعلم مروية وأما الآخر فان الاطلاق في العبد في الصحيح يوجبها في الكافر والتقييد في الصحيح أيضا بقوله من المسلمين لا يعارضه لما عرف من عدم حمل المطلق على المقيد في الاسباب لانه لا تزاحم فيها فيمكن العمل بهما فيكون كل من المقيد والمطلق سببا بخلاف ورودهما في حكم واحد وكل من قال بأن افراد فرد من العام لا يوجب التخصيص يلزمه أن يقول ان تعليق حكم بمطلق ثم تعليقه بعينه بمقيد لا يوجب تقييد ذلك المطلق بأدنى تأمل نعم اذا لم يمكن العمل بهما صير اليه ضرورة (قوله وأحدهما بالخيار) أو كان الخيار لهما ومر يوم الفطر والخيار باق تجب على من يصير العبد له فان تم

(قال المصنف ولنا أن الملك موقوف) أقول وهذا لا يكون جوابا عما قاله زفر رحمه الله والجواب عنه أن يقال وكذا الولاية موقوفة فيخرج الجواب حينئذ عما قاله زفر رحمه الله

﴿فصل فى مقدار الواجب ووقته﴾ (الفطرة نصف صاع من برأودقيق أوسويق أوزبيب أوصاع من تمر أوشعير) وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى والاول رواية الجامع الصغير وقال الشافعى من جميع ذلك صاع لحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

البيع فعلى المشترى وان فسخ فعلى البائع وقال زفر تجب على من له الخيار كيفما كان لان الولاية له والزوال باختياره فلا يعتبر فى حكم عليه كالمقيم اذا سافر فى نهار رمضان حيث لا يباح له الفطر فى ذلك اليوم لان انشاءه باختياره فلا يعتبر وقال الشافعى على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا أن الملك والولاية موقوف فان فيتوقف ما يبنى عليهما ألا يرى أنه لو فسخ يعود الى قديم ملك البائع ولو أجيز يستند الملك للمشترى الى وقت العقد حتى يستحق به الزوائد المتصلة والمنفصلة وزكاة التجارة على هذا بأن اشتراه للتجارة بشرط الخيار فتم الحول فى مدة الخيار فعندنا يضم الى من يصير له ان كان عنده نصاب فيزكيه مع نصابه ولو لم يكن فى البيع خيار ولم يقبضه المشترى حتى مضى يوم الفطر فقبضه فالفطرة على المشترى ولو مات قبل قبضه لا صدقة على واحد منهما لقصور ملك المشترى وعوده الى البائع غير منتفع به فكان كالآبق بل أشد ولو رده قبل القبض بخيار عيب أو رؤية بقضاء أو غيره فعلى البائع لانه عاد اليه قديم ملكه منتفعا به وبعد القبض على المشترى لانه زال ملكه بعد تمامه وتأكده

﴿فصل فى مقدار الواجب ووقته﴾ (قوله أودقيق أوسويق) أى دقيق البر وسويقه أما دقيق الشعير وسويقه فمعتبر بالشعير (قوله وهو رواية عن أبى حنيفة) رواها الحسن عنه وصححها أبو اليسر لما ثبت فى الحديث من تقديرها بصاع كما ستقف عليه عن قريب ودفع الخلاف بينهم بأن أبا حنيفة انما قال ذلك لعزة الزبيب فى زمانه كالحنطة لا يقوى لان المنصوص على قدر فيه لا ينقص عن ذلك القدر فيه نفسه بسبب من الاسباب (قوله لحديث أبى سعيد) اعلم أن الاحاديث والآثار تعارضت فى مقدار الحنطة ولا بأس بسوق نبذة منها لنطلع على الحال أما ما من طرفنا فسيأتى من كلام المصنف وأما ما من طرف المخالف لنا فحديث أبى سعيد كنا نخرج اذ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر عن كل صغير وكبير حر أو مملوك صاعا من طعام أو صاعا من أقط أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من زبيب فلم نزل نخرجه حتى قدم معاوية حاجا أو معتمرا فكلم الناس على المنبر فكان فيما كلم به الناس أن قال انى أرى أن مدين من سمراء الشام تعدل صاعا من تمر فأخذ الناس بذلك قال أبو سعيد أما أنا فلا أزال أخرجه كما كنت أخرجه رواه الستة مختصرا ومطولا ووجه الاستدلال بلفظة طعام فانها عند الاطلاق يتبادر منها البر وأيضا فقد عطف عليه هنا التمر والشعير وغيرهما فلم يبق مراده منه الا الحنطة ولانه أبى أن يخرج نصف صاع منه وقال لا أزال أخرجه كما كنت أخرجه فدل انه كان يخرج منه صاعا وأيضا وقع فى رواية الحاكم عنه صاعا من حنطة وأخرج الحاكم أيضا عن عياض بن عبد الله قال قال أبو سعيد وذكر عنده صدقة الفطر فقال لا أخرج الا ما كنت أخرجه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من تمر أو صاعا من شعير فقال له رجل أو مدين من قمح فقال لا تلك قيمة معاوية لا أقبلها ولا أعمل بها وصححه وأخرج أيضا عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر صاعا من تمر أو صاعا من بر الحديث وصححه وأخرج الدارقطنى عن مبارك بن فضالة عن أيوب الى ابن عمر أنه عليه السلام فرض على الذكر والانثى والحر والعبد صدقة رمضان صاعا من تمر أو صاعا من طعام وأخرج الطحاوى فى المشكل عن ابن شوذب عن أيوب يبلغ به الى ابن عمر فرض عليه السلام صدقة الفطر الى أن قال أو صاعا من بر قال ثم عدل الناس نصف صاع من بر بصاع مما سواه وأخرج الحاكم عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم حض على صدقة رمضان على كل انسان صاع من تمر أو صاع من شعير أو صاع من قمح وأخرج الدارقطنى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال أمرنا عليه السلام أن نعطى صدقة رمضان عن الصغير والكبير والحر

﴿فصل فى مقدار الواجب ووقته﴾ لما ذكر وجوب صدقة الفطر وشروطه ومن تجب عليه ومن تجب عنه شرع فى بيان ما يؤدى به صدقة الفطر وقدره وكلامه واضح وقوله (لحديث أبى سعيد الخدرى) روى عن مروان ابن الحكم أنه كتب الى أبى سعيد الخدرى يسأله عن صدقة الفطر فقال كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من الطعام أو صاعا من التمر أو صاعا من الشعير

﴿فصل فى مقدار الواجب ووقته﴾

والمملوك

ولنا ما رويناه ومذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أجمعين وما رواه محمول على الزيادة تطوعا

والمملوك صاعا من طعام من أذى برا قبل منه ومن أذى شعيرا قبل منه الحديث وأخرج أيضا عن كثير ابن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر وفيه أو صاعا من طعام وأخرج نحوه عنه عليه الصلاة والسلام من حديث مالك بن أوس بن الحدثان عن أبيه قال قال عليه الصلاة والسلام أخرجوا زكاة الفطر صاعا من طعام قال وطعامنا يومئذ البر والتمر والزبيب والاقط وأخرج الحاكم عن الحرث عن علي رضي الله عنه عنه عليه السلام في صدقة الفطر عن كل صغير وكبير حر أو عبد صاع من بر أو صاع من تمر (قال المصنف رحمه الله ولنا ما رويناه الخ) يريد ما تقدم من حديث عبد الله بن ثعلبة بن صعير وقد قدمنا بعض طرقه الصحيحة وأنه يفيد أن الواجب نصف صاع من بر والجواب عما أورد أما الاخير فالحرث لا يحتج به مع انه قد رواه الدارقطني على خلاف ذلك ففي روايته أو نصف صاع وروى عبد الرزاق والطحاوي عن علي قال صدقة الفطر على من جرت عليه نفقتك نصف صاع من بر أو صاع من شعير أو تمر فاندفع وأما ما يليه فضعيف جدا بعمر بن محمد بن صهبان متروك قاله النسائي والرازي والدارقطني وقال ابن معين لا يساوي فلسا وقال أحمد ليس بشيء فاندفع وأما ما يليه فضعيف جدا بكثير بن عبد الله مجمع على تضعيفه ونفس الشافعي قال فيه ركن من أركان الكذب فاندفع وأما ما يليه فمنقطع لان ابن سيرين لم يسمع من ابن عباس شيأ وقال أبو حاتم فيه حديث منكر وهم يضعفون بمثل هذا وأما ما يليه ففيه سفيان بن حسين اختلف فيه قال الدارقطني والاكثر على تضعيفه في الرواية عن الزهري وقد روى هذا الحديث عن الزهري وأما ما يليه فقال الطحاوي لا نعلم أحدا من أصحاب أيوب تابع ابن شوذب على زيادة البر فيه وقد خالفه حماد بن زيد وحماد ابن سلمة عن أيوب وكل منهما حجة عليه فكيف وقد اجتمعا وأيضا في حديثه ما يدل على خطئه وهو قوله ثم عدل الناس نصف صاع من بر بصاع مما سواه فكيف يجوز أن يعدلوا صنفا مفروضا ببعض صنف مفروض منه وانما يجوز أن يعدل المفروض بما ليس بمفروض اه لكن قد تابعه مبارك بن فضالة عن أيوب في رواية الدارقطني وهي التي تلي رواية الطحاوي فيما كتبناه مع عدم ذكر تلك الزيادة الموجبة للفساد لكن مبارك لا يعدل حماد بن سلمة فانه اختلف فيه ضعفه أحمد والنسائي ووثقه عفان ويحيى بن سعيد وقال أبو زرعة يدلس كثيرا فاذا قال حدثنا فهو ثقة والذي رأيته هكذا عن مبارك بن فضالة عن أيوب وأما ما يليه أعني رواية الحاكم عن ابن عمر ففيه سعيد بن عبد الرحمن ضعفه ابن حبان لكن وثقه ابن معين وأخرج له مسلم في صحيحه الا أنه مع ذلك كان يهم في الشيء كما قال ابن عدي وحديثه هذا عن ابن عمر يدل على الخطا فيه لا أعني خطأه هو بل الله أعلم بمنشئه مما اتفق عليه البخاري ومسلم عن ابن عمر فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر على الذكر والانثى والحر والمملوك صاعا من تمر أو صاعا من شعير فعدل الناس بمدين من حنطة فصرح بأن مدين من قمح انما عدله ابن عمر من تعديل الناس به بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم والا لرفعه وبنفس هذا رد البيهقي على ما رواه هو والدارقطني عن ابن عمر عنه عليه السلام أنه أمر عمرو بن حزم في زكاة الفطر بنصف صاع من حنطة أو صاع من تمر فقال كيف يصح ورواية الجماعة عن ابن عمر أن تعديل الصاع بمدين من حنطة انما كان بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما حديث أبي سعيد فرواية الحاكم فيه صاعا من حنطة ليست صحيحة وقد أشار اليها أبو داود حيث قال وذكر فيه رجل واحد عن ابن علية أو صاع من حنطة وليس بمحفوظ وذكر معاوية بن هشام نصف صاع من بر وهو وهم من معاوية بن هشام أو ممن رواه عنه اه وقال ابن خزيمة فذكر الحنطة في هذا الخبر غير محفوظ ولا أدري ممن الوهم وقول الرجل له أو مدين من قمح دال على أن ذكر الحنطة أول الخبر

(ولنا ما رويناه) يعني في أول الباب من حديث ثعلبة ابن صعير (وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم) قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله لم ينقل عن أحد منهم أنه لم يجوز أداء نصف صاع من بر (وما رواه محمول على الزيادة تطوعا)

خطأ اذلو كان صحيحا لم يكن لقوله أومدين من قمح معنى اه وأما بدون هذه الزيادة كما هو رواية الجماعة فدليل لنا فانه صريح فى موافقة الناس لمعاوية والناس اذذاك الصحابة والتابعون فلو كان عند أحدهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تقدير الحنطة بصاع لم يسكت ولم يعول على رأيه أحدا ذلا يعول على الرأى مع معارضة النص له فدل أنه لم يحفظ أحد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن حضره خلافه ويلزمه أن ماذكر أبوسعيد من قوله مع بعضهم من اخراج صاع من طعام لم يكن عن أمر النبى صلى الله عليه وسلم به ولا مع علمه أنهم يفعلونه على انه واجب بل إما مع عدم علمه أومع وجوده وعلمه بأن فعل البعض ذلك من باب الزيادة تطوعا هذا بعد تسليم أنهم كانوا يخرجون الحنطة فى زمانه عليه السلام وهو ممنوع فقد روى ابن خزيمة فى مختصر المسند الصحيح من حديث فضيل بن غزوان عن نافع عن ابن عمر قال لم تكن الصدقة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا التمر والزبيب والشعير ولم تكن الحنطة . ومما ينادى به ماعند البخارى عن أبى سعيد نفسه كنا نخرج فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفطر صاعا من طعام قال أبوسعيد وكان طعامنا يومئذ الشعير والزبيب والاقط والتمر فلو كانت الحنطة من طعامهم الذى يخرج لبادر الى ذكره قبل الكل اذفيه صريح مستنده فى خلاف معاوية وعلى هذا يلزم كون الطعام فى حديثه الاول مرادا به الاعم لا الحنطة بخصوصها فيكون الاقط ومابعده فيه عطف الخاص على العام دعا اليه وان كان خلاف الظاهر هذا الصريح عنه ويلزمه كون المراد بقوله لا أزال أخرجه الخ لا أزال أخرج الصاع أى كنا انما نخرج مما ذكرته صاعا وحين كثر هذا القوت الآخر فانما أخرج منه أيضا ذلك القدر وحاصله فى التحقيق أنه لم يرد ذلك التقويم بل أن الواجب صاع غير أنه اتفق أن مامنه الاخراج فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم كان غير الحنطة وانه لو وقع الاخراج منها لاخرج صاعا ثم يبقى بعد هذا كله مارواه الترمذى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث مناديا ينادى فى فجاج مكة ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم ذكر أوأنثى حر أو عبد صغير أو كبير مدان من قمح أوصاع مما سواه من الطعام وقال حسن غريب اه وهو مرسل فان ابن جريج فيه عن عمرو بن شعيب ولم يسمع منه وهو حجة عندنا بعد ثبوت العدالة والامانة فى المرسل ومارواه الحاكم عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث صارخا بمكة ان صدقة الفطر حق واجب مدان من قمح أو صاع من شعير أوتمر ورواه البزار بلفظ أوصاع مما سوى ذلك من الطعام صححه الحاكم وأعله غيره بيحيى ابن عباد عن ابن جريج ضعفه العقيلى وقال الازدى منكر الحديث جدا عن ابن جريج وهو يروى هذا الحديث عن ابن جريج ومارواه الدارقطنى عن على بن صالح عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر صائحا فصاح ان صدقة الفطر حق واجب على كل مسلم مدان من قمح أوصاع من شعير أوتمر وإعلال ابن الجوزى له بعلى بن صالح قال ضعفوه قال صاحب التنقيح هذا خطأ منه لانعلم أحدا ضعفه لكنه غير مشهور الحال عند أبى حاتم وذكر غيره أنه مكى معروف أحد العباد وكنيته أبو الحسن وذكر جماعة رووا عنه منهم الثورى ومعتمر بن سليمان وذكره ابن حبان فى كتاب الثقات وقال يعرف اه فلم يبق فيه الا الارسال وهو حجة بانفراده عند جمهور العلماء وعند الشافعى اذا اعتضد بمرسل آخر يروى من غير شيوخ الآخر كان حجة وقد اعتضد بما قدمناه من حديث الترمذى ومارواه أبوداود والنسائى عن الحسن عن ابن عباس أنه خطب فى آخر رمضان بالبصرة الى أن قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه الصدقة صاعا من تمر أوشعير أونصف صاع قمح الحديث رواته ثقات مشهورون الا أن الحسن لم يسمع من ابن عباس فهو مرسل فانه يعرف أهل الاصول بهم نحو هذا ومارواه أبوداود فى مراسيله عن سعيد بن المسيب فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر مدين من حنطة ورواه الطحاوى قال حدثنا المزنى حدثنا الشافعى عن يحيى بن حسان

ولهما فى الزبيب أنه والتمر يتقاربان فى المقصود وله أنه والبر يتقاربان فى المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما كله بخلاف الشعير والتمر لان كل واحد منهما يؤكل ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين البر والتمر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر أما دقيق الشعير فكالشعير

عن الليث بن سعد عن عقيل بن خالد وعبد الرحمن بن خالد بن مسافر عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر مدين من حنطة قال فى التنقيح اسناده صحيح كالشمس وكونه مرسلا لا يضر فانه مرسل سعيد ومراسيله حجة اه وقول الشافعى حديث مدين خطأ حمله البيهقى على معنى أن الاخبار الثابتة تدل على أن التعديل بمدين كان بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اه وحاصله أنه رجح غيره وان كان هو صحيحا وهو ليس بلازم بل القدر اللازم أن من قال ذلك كمعاوية أو حضر وقت خطبته لم يكن عنده علم من فرض النبى صلى الله عليه وسلم فى الحنطة وليس يلزم من عدم علم أولئك عنه عليه السلام عدمه عنه فى الواقع نعم قد يكون مظنة ذلك لكن ليس بلازم البتة بل يجب البقاء مع عدمه مالم ينقل وجوده منه عليه السلام على وجه الصحة فيجب قبوله وعلى أنه لا يبعد فان الأخبار تفيد أن فرضه فى الحنطة كان بمكة بارسال المنادى به وذلك انما يكون بعد الفتح ومن الجائز غيبته فى وقت النداء أو شغله عنه بخصوصا وهم انما كانوا فيها على جناح سفر آخذين فى أهبته ومما روى فيه مما يصلح للاستشهاد به ما أخرج الامام أحمد فى مسنده من طريق ابن المبارك عن ابن لهيعة عن محمد ابن عبد الرحمن بن نوفل عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنه وعنها قالت كنا نؤدى زكاة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مدين من قمح بالمد الذى يقتاتون به وحديث ابن لهيعة صالح للمتابعات سيما وهو من رواية امام عنه وهو ابن المبارك ثم قد روى عن الخلفاء الراشدين وغيرهم فأخرج البيهقى ورواه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا معمر عن عاصم عن أبى قلابة عن أبى بكر أنه أخرج زكاة الفطر مدين من حنطة وأن رجلا أدى اليه صاعا بين اثنين وهو منقطع وأخرج أبو داود والنسائى عن عبد العزيز بن أبى رواد عن نافع عن ابن عمر كان الناس يخرجون صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من شعير أو تمر أو سلت أو زبيب قال عبد الله فلما كان عمر رضى الله عنه وكثرت الحنطة جعل عمر نصف صاع حنطة مكان صاع من تلك الاشياء وأعل سنده بابن أبى رواد تكلم فيه ابن حبان ومتنه بما تقدم من أن التعديل بذلك انما كان فى زمن معاوية ودفع الاول بأن ابن أبى رواد ان تكلم فيه ابن حبان فقد وثقه ابن معين ويحيى بن سعيد القطان وأبو حاتم وغيرهم والموثقون له أعرف وأخرج الطحاوى عن عثمان أنه قال فى خطبته أدوا زكاة الفطر مدين من حنطة وأخرج أيضا هو وعبد الرزاق عن على قال على من جرت عليه نفقتك نصف صاع من بر أو صاع من شعير أو تمر وأخرج عبد الرزاق عن ابن الزبير قال زكاة الفطر مدان من قمح أو صاع من تمر أو شعير وأخرج نحوه عن ابن عباس وابن مسعود وجابر بن عبد الله وروى أيضا حدثنا معمر عن الزهرى عن عبد الرحمن عن أبى هريرة قال زكاة الفطر على كل حر وعبد ذكر أو أنثى صغير أو كبير فقير أو غنى صاع من تمر أو نصف صاع من قمح قال معمر وبلغنى أن الزهرى كان يرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صاحب الامام هذا الخبر الوقف فيه متحقق وأما الرفع فانه بلاغ لم يبين معمر فيه من حدثه فهو منقطع وأخرج أيضا عن مجاهد قال كل شئ سوى الحنطة ففيه صاع وفى الحنطة نصف صاع وأخرج نحوه عن طاوس وابن المسيب وعروة بن الزبير وسعيد بن جبير وأبى سلمة بن عبد الرحمن وأخرجه الطحاوى عن جماعة كثيرة وقال ما علمنا أحدا من الصحابة والتابعين روى عنه خلاف ذلك اه وكأن اخراج أبى سعيد ظاهر فلم يحترز عنه ولو تنزلنا الى ثبوت التكافؤ فى السمعيات كان ثبوت الزيادة على مدين منتفيا اذ لا يحكم بالوجوب مع الشك (قوله يتقاربان فى المقصود) وهو التفكه والاستحلاء وقوله يتقاربان فى المعنى هو لأن كلا

وقوله (ولهما فى الزبيب أنه) أى الزبيب (والتمر يتقاربان فى المقصود) وهو التفكه والاستحلاء فانه يشبه التمر من حيث انه حلو مأكول وله جسم كالتمر نوى وقوله (ومراده) أى مراد محمد أو صاحب القدورى من قوله أو دقيق أو سويق (ما يتخذ من البر أما دقيق الشعير فكعينه

والاولى أن يراعى فيهما) أى فى الدقيق والسويق (القدر والقيمة احتياطا) حتى اذا كانا منصوصا عليهما تؤدى باعتبار القدر وان لم يكونا فباعتبار القيمة وتفسيره أن يؤدى نصف صاع من دقيق البر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر وأما لو أدى منا ونصف من من دقيق البر ولكن تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر أو أدى نصفه من دقيق البر ولكن لا تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر لا يكون عاملا بالاحتياط وقوله (وان نص على الدقيق فى بعض الاخبار) يريد به ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أدوا قبل خروجكم زكاة فطركم فان على كل مسلم مدين من قمح أو دقيقه وقوله (ولم يبين ذلك فى الكتاب) أى مراعاة الاحتياط فيهما بالقدر والقيمة لم يبين محمد فى الجامع الصغير (٤٠) (اعتبار الغالب) فان الغالب أن قيمة نصف صاع من الدقيق تساوى نصف صاع من بر أو تزيد وان كان يتوهم أن لا يكون كذلك فى بعض الاوقات وهو وقت البذر فلذلك أمر بالاحتياط حتى ان وقع ذلك يزيد من الدقيق الى أن تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من البر (والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح) خلافا لبعض المتأخرين فانهم قالوا يجوز باعتبار العين فانه اذا أدى منوين من خبز الحنطة جاز لانه لما جاز الدقيق والسويق باعتبار العين فمن الخبز أولى لانه أنفع للفقير والصحيح الاول لانه لم يرد فى الخبز نص فكان بمنزلة الذرة والاصل أن ما هو منصوص عليه لا تعتبر فيه القيمة حتى لو أدى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر أو أكثر لم يجز لان فى اعتبار القيمة ابطال التقدير المنصوص عليه فى المؤدى وهو لا يجوز فأما ما ليس بمنصوص عليه فانه يلحق بالمنصوص باعتبار القيمة اذ ليس فيه ابطال ذلك (ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله) لان العلماء لما اختلفوا فى مقدار الصاع أنه ثمانية أرطال أو خمسة أرطال وثلث رطل فقدا تفقوا على التقدير بما يعادل بالوزن وذلك دليل على اعتبار الوزن فيه وروى ابن رستم عن محمد كيلا قال قلت له لو وزن الرجل منوين من الحنطة وأعطاهما الفقير هل يجوز من صدقته فقال لا فقد تكون الحنطة ثقيلة فى الوزن وقد تكون خفيفة فانما يعتبر نصف الصاع كيلا لان الآثار جاءت بالتقدير بالصاع وهو اسم للكيال وقوله (والدقيق أولى من البر) واضح قال (والصاع عند أبى حنيفة ومحمد ثمانية أرطال بالعراقى) اختلف العلماء فى الصاع فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله هو ما يسع فيه ثمانية أرطال بالرطل العراقى كل رطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم ونصف (وقال أبو يوسف رحمه الله خمسة أرطال وثلث رطل وهو قول الشافعى رحمه الله

والاولى أن يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق فى بعض الاخبار ولم يبين ذلك فى الكتاب اعتبار الغالب والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن أبى حنيفة رحمه الله وعن محمد رحمه الله أنه يعتبر كيلا والدقيق أولى من البر والدراهم أولى من الدقيق فيما يروى عن أبى يوسف رحمه الله وهو اختيار الفقيه أبى جعفر رحمه الله لانه أدفع للحاجة وأعجل به وعن أبى بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه أبعد من الخلاف اذ فى الدقيق والقيمة خلاف الشافعى رحمه الله قال (والصاع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية أرطال بالعراقى) وقال أبو يوسف رحمه الله خمسة أرطال وثلث رطل وهو قول الشافعى رحمه الله

منهما بتوكل كلام (قوله والاولى أن يراعى فيهما) أى فى الدقيق والسويق (القدر والقيمة جميعا احتياطا وان نص على الدقيق فى بعض الاخبار) وهو ما روى الدارقطنى عن زيد بن ثابت قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من كان عنده شئ فليتصدق بنصف صاع من بر أو صاع من شعير أو صاع من تمر أو صاع من دقيق أو صاع من زبيب أو صاع من سلت والمراد دقيق الشعير قال الدارقطنى لم يرو بهذا الاسناد غير سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث فوجب الاحتياط بأن يعطى نصف صاع دقيق حنطة أو صاع دقيق شعير يساويان نصف صاع بر وصاع شعير لا أقل من نصف يساوى نصف صاع بر أو أقل من صاع يساوى صاع شعير ولا نصف لا يساوى نصف صاع بر أو صاع لا يساوى صاع شعير (قوله ولم يبين ذلك) أى وجوب الاحتياط فيهما كما ذكرناه (فى الكتاب) يعنى فى الجامع الصغير اعتبار الغالب فان الغالب كون نصف صاع دقيق لا ينقص قيمته عن قيمة نصف صاع ما هو دقيقه بل يزيد حتى لو فرض نقصه كما قد يتفق فى أيام البدار كان الواجب ما قلنا (قوله هو الصحيح) احتراز عما قال بعضهم يراعى فيه القدر وهو أن يكون منوين من الخبز لانه لما روى القدر فيما هو أصله ففيه وانه يزداد ذلك القدر صنعة وقيمة أولى والصحيح الاول لما أن القدر لا يعرف الا من جهة الشرع ولم يرد الا فى المكيل والخبز ليس منه فكان اخراجه بطريق القيمة (قوله ثم يعتبر نصف صاع من بر من حيث الوزن عند أبى حنيفة) وجهه أن العلماء لما اختلفوا فى أن الصاع ثمانية أرطال أو خمسة وثلث كان اجماعا منهم أنه يعتبر بالوزن اذ لا معنى لاختلافهم فيه الا اذا اعتبر به وروى ابن رستم عن محمد انما يعتبر بالكيل حتى لو وزن أربعة أرطال فدفعها الى القوم لا يجزيه لجواز كون الحنطة ثقيلة لا تبلغ نصف صاع وان وزنت أربعة أرطال (قوله لانها أبعد عن الخلاف) أجيب بأن الخلاف فى الحنطة لثبوت الخلاف فى قدرها أيضا لكن فيه أنه أقل شبهة (قوله وقال أبو يوسف خمسة أرطال وثلث) والرطل زنة مائة وثلاثين درهما ويعتبر وزن ذلك بما لا يختلف كيله ووزنه وهو العدس والماش فاوسع ثمانية أرطال أو خمسة وثلثا من ذلك فهو الصاع كذا قالوا وعلى هذا يرتفع الخلاف

لقوله صلى الله عليه وسلم صاعنا أصغر الصيعان) وهذا أصغر بالنسبة الى ثمانية أرطال (ولنا ماروى) أنس وجابر رضى الله عنهما (أنه عليه الصلاة والسلام كان يتوضأ بالمدرطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال وهكذا كان صاع عمر رضى الله عنه) وكان قد فقد فأخرجه الحجاج وكان يمن على أهل العراق يقول فى خطبته يا أهل العراق يا أهل الشقاق والنفاق (٤١) ومساوى الاخلاق ألم أخرج لكم

لقوله عليه الصلاة والسلام صاعنا أصغر الصيعان ولنا ماروى أنه عليه السلام كان يتوضأ بالمدرطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال وهكذا كان صاع عمر رضى الله عنه وهو أصغر من الهاشمى وكانوا يستعملون الهاشمى قال (ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر) وقال الشافعى رحمه الله تعالى بغروب الشمس فى اليوم الاخير من رمضان حتى إن من أسلم أو ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيهما من مماليكه أو ولده له أنه يختص بالفطر وهذا وقته

الخلاف المذكور آنفا فى تقدير الصاع كيلا أو وزنا اذا تؤمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام صاعنا أصغر الصيعان) ولم يعلم خلاف فى قدر صاعه عليه السلام الا ما قاله الحجازيون والعراقيون وما قاله الحجازيون أصغر فهو الصحيح اذ هو أصغر الصيعان لكن الشأن فى صحة الحديث والله أعلم به غير أن ابن حبان روى بسنده عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قيل له يا رسول الله صاعنا أصغر الصيعان ومدنا أكبر الامداد فقال اللهم بارك لنا فى صاعنا وبارك لنا فى قليلنا وكثيرنا واجعل لنا مع البركة بركتين اه ثم قال ابن حبان وفى تركه انكار كونه أصغر الصيعان بيان أن صاع المدينة كذلك اه ولا يخفى أن هذا ليس من مواضع كون السكوت حجة لانه ليس فى حكم شرعى حتى يلزم رده ان كان خطأ والمعول عليه ما أخرجه البيهقى عن الحسن بن الوليد القرشى وهو ثقة قال قدم علينا أبو يوسف رحمه الله من الحج فقال انى أريد أن أفتح عليكم بابا من العلم أهمنى ففحصت عنه فقدمت المدينة فسألت عن الصاع فقالوا صاعنا هذا صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت لهم ما حجتكم فى ذلك فقالوا نأتيك بالحجة غدا فلما أصبحت أتانى نحو من خمسين شيخا من أبناء المهاجرين والانصار مع كل رجل منهم الصاع تحت ردائه كل رجل منهم يخبر عن أبيه وأهل بيته أن هذا صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظرت فاذا هى سواء قال فعيرته فاذا هو خمسة أرطال وثلث ونقصان يسير قال فرأيت أمرا قويا فتركت قول أبى حنيفة رحمه الله فى الصاع وروى أن مالكا نظره واحتج عليه بالصيعان التى جاء بها أولئك فرجع أبو يوسف الى قوله وأخرج الحاكم عن أسماء بنت أبى بكر أنهم كانوا يخرجون زكاة الفطر فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمد الذى يقتاتون به يفعل ذلك أهل المدينة كلهم اه وصححه (ولنا ماروى أنه عليه السلام كان يتوضأ بالمدرطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال) هكذا وقع مفسرا عن أنس وعائشة فى ثلاثة طرق رواها الدارقطنى وضعفها وعن جابر فيما أسند ابن عدى عنه وضعفه بعمر بن موسى والحديث فى الصحيحين ليس فيه الوزن وأما كون صاع عمر كذلك فأخرج ابن أبى شيبة حدثنا يحيى بن آدم قال سمعت حسن بن صالح يقول صاع عمر ثمانية أرطال وقال شريك أكثر من سبعة وأقل من ثمانية حدثنا وكيع عن على بن صالح عن أبى اسحق عن موسى بن طلحة قال الحجاجى صاع عمر بن الخطاب رضى الله عنه وهذا الثانى أخرجه الطحاوى ثم أخرج عن ابراهيم النخعى قال عيرنا صاعا فوجدناه حجاجيا والحجاجى عندهم ثمانية أرطال بالبغدادى وعنه قال وضع الحجاج قفيزه على صاع عمر قالوا كان الحجاج يفتخر باخراج صاع عمر وبتقدير تسليم ماروود أولا لا يلزم كون خمسة أرطال وثلث صاعه الذى هو أصغر بل الحاصل الاتفاق على أن صاعه كان أصغر الصيعان باعتبار انهم كانوا يستعملون الهاشمى وهو اثنان وثلاثون رطلا ثم الخلاف فى أن الاصغر ما قدره ثابت فلا يلزم صحة قول من قال تقديره أقل اذ خصمه ينازعه فى أن

صاع عمر ولذلك سمى حجاجيا وهو صاع العراق وقوله (وهو أصغر من الهاشمى) جواب عن أبى يوسف يعنى ان صح ما رويتم فهو ليس بحجة لانه أصغر من الهاشمى لان الصاع الهاشمى اثنان وثلاثون رطلا (وكانوا يستعملون الهاشمى) والنبى صلى الله عليه وسلم استعمل العراقى وقال صاعنا أصغر الصيعان وقوله (ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر) يعنى تعلق وجوب الاداء بالشرط فهو من تعلق المشروط بالشرط لا من تعلق الحكم بالسبب حتى اذا قال لعبده اذا جاء يوم الفطر فأنت حر فجاء يوم الفطر عتق العبد ويجب على المولى صدقة فطره قبل العتق بلا فصل لان المشروط يعقب الشرط فى الوجود (وقال الشافعى بغروب الشمس فى اليوم الاخير من رمضان حتى إن من أسلم أو ولد ليلة الفطر تجب عليه الفطرة عندنا وعنده لا تجب) وقوله (وعلى عكسه من مات فيهما من مماليكه أو ولده) أى عندنا لا تجب لعدم تحقق شرط وجوب الاداء وهو طلوع الفجر من يوم الفطر وعنده تجب لتحقق شرط وجوبه وهو غروب الشمس فى اليوم الاخير من رمضان وهو حى (له أنه) أى بوجوب الفطرة (يختص بالفطر) لما روى أن ابن عمر رضى الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان (وهذا وقته) أى وقت الفطر

(٦ - فتح القدير ثانى)

(قوله وقال صاعنا أصغر الصيعان) أقول وجمع الصيعان باعتبار تكثر أفراد الهاشمى

ولنا أن الاضافة للاختصاص والاختصاص الفطر باليوم دون الليل (والمستحب أن يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى) لانه عليه الصلاة والسلام كان يخرج قبل أن يخرج للمصلى ولان الامر بالاغناء كي لا يتشاغل الفقير بالمسئلة عن الصلاة وذلك بالتقديم (فان قدموها على يوم الفطر جاز) لانه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل فى الزكاة ولا تفصيل بين مدة ومدة

ذلك التقدير هو الذى كان الصاع الاصغر اذ ذاك ولا أعجب من هذا الاستدلال شئ والجماعة الذين لقيهم أبو يوسف لا تقوم بهم حجة لكونهم نقلوا عن مجهولين وقيل لا خلاف بينهم فان أبا يوسف لما حرره وجده خمسة وثلثا برطل أهل المدينة وهو أكبر من رطل أهل بغداد لانه ثلاثون استارا والبغدادى عشرون واذا قوبلت ثمانية بالبغدادى بخمسة وثلث بالمدنى وجدتم ماسواء وهو أشبه لان محمدا رحمه الله لم يذكر فى المسئلة خلاف أبى يوسف ولو كان لذكره على المعتاد وهو أعرف بمذهبه وحينئذ فالاصل كون الصاع الذى كان فى زمن عمر هو الذى كان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم قولا بالاستصحاب الى أن يثبت خلافه ولم يثبت وعند ذلك تكون تلك الزيادة التى فيما تقدم من رواية الدارقطنى وهى لفظ ثمانية أرطال ورطلان صحيحة اجتهادا وان كان فيمن فى طريقها ضعف اذ ليس يلزم من ضعف الراوى سوى ضعفها ظاهرا لا الانتفاء فى نفس الامر اذ ليس كل ما يرويه الضعيف خطأ وهذا التأييد بما ذكر من الحكم الاجتهادى بكون صاع عمر هو صاع النبى صلى الله عليه وسلم هذا ولا يخفى ما فى تضعيف واقعة أبى يوسف بكون النقل عن مجهولين من النظر بل الاقرب منه عدم ذكر محمد خلافه فيكون ذلك دليل ضعف أصل وقوع الواقعة لابى يوسف ولو كان راويها ثقة لان وقوع ذلك منه لعامة الناس ومشافهته اياهم بما يوهم شهرة رجوعه ولو كان لم يعمه محمد فهو علة باطنة (قوله ولنا أن الاضافة للاختصاص) يعنى اضافة صدقة الى الفطر والشافعى أيضا يقول كذلك لكن اضافة الصدقة الى الفطر انما تفيد اختصاص الفطر بها أما كون ذلك الفطر فطر اليوم لا فطر ليلته فلا دلالة لهذه الاضافة عليه فلا بد من ضم أمر آخر فيقال لما أفادت اختصاصها بالفطر وتعلقها به كان جعل ذلك الفطر الفطر المخالف للعادة وهو فطر النهار أولى من جعله الموافق لها لان فطر الليل لم يعهد فيه زكاة ولذا لم يجب فى فطر الليالى السابقة صدقة وقد يفرق بأن فطر آخر ليلة يتم به صوم الشهر ووجوب الفطرة انما كان طهرة للصائم عما عساه يقع فى صومه من اللغو والرفث على ما ذكره ابن عباس وذلك يتم بتعليقها بفطر ليلة شوال اذ به يتم الصوم بخلاف ما قبلها والله أعلم (قوله لانه عليه الصلاة والسلام كان يخرج الفطرة قبل أن يخرج الى المصلى ولان الامر بالاغناء كي لا يتشاغل الفقير بالمسئلة عن الصلاة) يتضمن هذا الكلام رواية فعله عليه السلام وقوله وكل ذلك فيما رواه الحاكم فى كتابه علوم الحديث فى باب الاحاديث التى انفرد بزيادة فيها راو واحد قال حدثنا أبو العباس محمد بن يعقوب حدثنا محمد بن الجهم السمرى حدثنا نصر بن حماد حدثنا أبو معشر عن نافع عن ابن عمر قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نخرج صدقة الفطر عن كل صغير وكبير حر أو عبد صاعا من تمر أو صاعا من زبيب أو صاعا من شعير أو صاعا من قمح وكان يأمرنا أن نخرجها قبل الصلاة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسمها قبل أن ينصرف الى المصلى ويقول أغنوهم عن الطواف فى هذا اليوم (قوله فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه أدى بعد تقرر السبب) يعنى الرأس الذى يمونه ويلى عليه (فأشبه تعجيل الزكاة) ينبغى أن لا يصح هذا القياس فان حكم الاصل على خلاف القياس فلا يقاس عليه وهذا لان التقديم وان كان بعد السبب هو قبل الوجوب وسقوط ما سيجب اذا وجب عما يعمل قبل الوجوب خلاف القياس فلا يتم فى مثله الا السمع وفيه حديث البخارى عن ابن عمر فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر الى أن قال فى آخره وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين وهذا مما لا يخفى على النبى صلى الله عليه وسلم بل لا بد من كونه باذن سابق فان

(ولنا أن) الصدقة أضيفت الى الفطر و (الاضافة للاختصاص والاختصاص الفطر باليوم دون الليل) اذ المراد فطر يضاد الصوم وهو فى اليوم دون الليل لان الصوم فيه حرام ألا ترى أن الفطر كان يوجد فى كل ليلة من رمضان ولا يتعلق الوجوب به فدل على أن المراد به ما يضاد الصوم وقوله (والمستحب) ظاهر

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الحسن بن زياد وخلف بن أيوب ونوح بن أبي مريم فان الحسن بن زياد يقول لا يجوز تعجيلها أصلا كالاضحية وقال خلف بن أيوب يجوز تعجيلها بعد دخول شهر رمضان لا قبله فانها صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وقال نوح ابن أبي مريم يجوز تعجيلها في النصف الاخير من رمضان لان بعضي النصف قرب الفطر الخاص فأخذ حكمه ومنهم من قال في العشر الاخير من رمضان ووجه الصحة ماذكره في الكتاب بقوله لانه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل في الزكاة وعن هذا قال في الخلاصة لو أدى عن عشر سنين أو أكثر جاز وقوله (وان أخروها عن يوم الفطر لم تسقط) يعني وان طالت المدة (وكان عليهم اخراجها) وقال الحسن تسقط بمضي يوم الفطر لانها قربة اختصت بيوم العيد فكانت كالاضحية تسقط بمضي أيام النحر (٤٣) ولنا ماذكره أن وجه القربة فيها

هو الصحيح وقيل يجوز تعجيلها في النصف الاخير من رمضان وقيل في العشر الاخير (وان أخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها) لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية والله أعلم

﴿كتاب الصوم﴾

قال رحمه الله (الصوم ضربان واجب ونفل والواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان

معقول لانها صدقة مالية وهي قربة مشروعة في كل وقت لدفع حاجة الفقراء وللاغناء عن المسئلة (فلا يتقدر وقت الاداء فيها) بل يجوز أن يتعدى الى غيره فلا تسقط بعد الوجوب الا بالاداء كالزكاة (بخلاف الاضحية) فان القربة فيها اراقة الدم وهي لم تعقل قربة ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الايام فيقتصر على مورد النص

الاسقاط قبل الوجوب مما لا يعقل فلم يكونوا يقدمون عليه الا بسمع والله سبحانه أعلم (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول خلف يجوز تعجيلها بعد دخول رمضان لا قبله لانه صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وعما قيل في النصف الأخير لا قبله وما قيل في العشر الاخير لا قبله وقال الحسن بن زياد لا يجوز التعجيل أصلا (قوله لان وجه القربة فيها معقول الخ) ظاهر وبه يبطل قول الحسن بن زياد انها تسقط كالاضحية بمضي يوم النحر والفرق ظاهر من كلام المصنف وما قيل من منع سقوط الاضحية بل ينتقل الى التصدق بها ليس بشئ اذ لا ينتفي بذلك كون نفس الاضحية وهو إراقة دم سن مقدر قد سقط وهذا شئ آخر وربما يؤخذ سقوطها بما بدئ الرأي من حديث ابن عباس المتقدم أول الباب حيث قال من أداها قبل الصلاة فهي صدقة مقبولة ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات لكن قد يدفع باتحاد مرجع ضمير أداها في المرتين اذ يفيد أنها هي المؤداة بعد الصلاة غير أنه نقص الثواب فصارت كغيرها من الصدقات على أن اعتبار ظاهره يؤدي الى سقوطها بعد الصلاة وان كان في باقي اليوم وليس هذا قوله فهو مصروف عنه عنده ﴿فرع﴾ اختلف في جواز اعطاء فطرة كل شخص الى أكثر من شخص فعند الكرخي يجوز أن يعطيها الجماعة وعند غيره لا يجزئ أن يعطيها الا لواحد ويجوز أن يعطى واحد صدقة جماعة والله أعلم

﴿كتاب الصوم﴾

هذا ثالث أركان الاسلام بعد لا اله الا الله محمد رسول الله شرعه سبحانه لفوائد أعظمها كونه موجبا شيئين أحدهما عن الآخر سكون النفس الامارة وكسر سورتها في الفضول المتعلقة بجميع الجوارح من العين واللسان والاذن والفرج فان به تضعف حركتها في محسوساتها ولذا قيل اذا جاعت النفس شبعت جميع الاعضاء واذا شبعت جاعت كلها وما عن هذا صفاء القلب من الكدر فان الموجب

ذكر محمد رحمه الله في الجامع الكبير كتاب الصوم عقيب كتاب الصلاة لان كلا منهما عبادة بدنية بخلاف الزكاة وأخره عن الزكاة ههنا لانه كالوسيلة للصلاة باعتبار ارتياض النفس ولكن لا على وجه يتوقف أمر الصلاة عليه وجودا أو جوازا كما كانت الطهارة كذلك فأخر عنها حطا لرتبة الوسيلة عن المقصود ولو قيل قدم الزكاة على الصوم لان الله تعالى قرن ذكر الصلاة بالزكاة في قوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة فكان الاقتداء بالكتاب أولى كان أسهل مأخذا ويحتاج ههنا الى معرفة تفسير الصوم لغة وشرعا ومعرفة سببه وشرطه وركنه وحكمه وفي كلامه اشارة الى أكثرها والفطن يكتفي بذلك قال (الصوم ضربان واجب ونفل) ذكر التقسيم قبل التعريف ليسهل أمر التعريف كذا في

﴿كتاب الصوم﴾

(قوله لان كلا منهما عبادة بدنية الخ) أقول كون الصوم عبادة بدنية باعتبار أنه ترك الاعمال البدنية (قوله حطا لرتبة الوسيلة عن المقصود) أقول أراد بالمقصود ههنا الزكاة يعني نظر ههنا الى كون الزكاة مقصودة فقدم على الصوم نظرا الى كونه وسيلة للصلاة (قال المصنف الصوم ضربان) أقول أي الصوم المعتد به شرعا الموعود له بالثواب

النهاية ومعناه أن حقيقة الصوم شرعا تنقسم الى فرض وواجب ونفل وتعريفها على وجه يشملها عسير فاذا ذكر أقسامها سهل الأمر تعريفها وكلامه واضح غير أنه أطلق الواجب في لفظ المختصر وأريد به الفرض والواجب وفي ذلك المحذور المعروف على مذهبنا ويمكن أن يقال أراد بالواجب الثابت عينا فيندفع المحذور وقوله (ولهذا يكفر جاحده) بضم الياء وفتح الفاء بلا تشديد ومعناه يحكم بكفر جاحده ومنه لا تكفر أهل قبلتك أي لا تدعهم كفارا وقوله (والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم) بناء على أن الامر للوجوب فكان الواجب أن يكون فرضا لكونه ثابتا بالكتاب كصوم رمضان وأجيب بأنه قد خص من الآية بالاتفاق المنذور الذي ليس من جنسه واجب شرعا كعيادة المرضى أو ما ليس بمقصود في العبادة كالنذر بالوضوء لكل صلاة والنذر بالمعصية فلما خصت هذه المواضع بقي الباقي حجة مجوزة لا موجبة قطعا كالآية المؤولة وخبر الواحد وفيه نظر لان من شرط التخصيص المقارنة والمخصص غير معلوم فضلا عن معرفة كونه مقارنا أولا ولان قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه خص منه المجانين والصبيان وأصحاب الاعذار ولم ينتف به عنه اثبات الفرضية وأقول في الجواب عن الاول ان الامر لتفريغ الذمة عما وجب عليه بالسبب فان كان السبب من الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت به فرضا وان كان من العبد يكون واجبا كما في المنذور فرقا بين ايجاب الرب وعبده ثم الامر الوارد من الشارع يكون لاداء ذلك وحينئذ لا يلزم أن يكون ليوفوا مفيدا للفرضية كما أفادها ليصمه لاختلاف السبب الموجب وهذا يغني عن الجواب عن الثاني

(قوله وتعريفها على وجه يشملها عسير) أقول كيف (٤٤) يعسر التعريف الشامل لها مع ظهور شمول التعريف الذي ذكره في آخر هذا الباب لجميعها ولعل معنى ما ذكره صاحب النهاية أن معرفة مقارنة النية للامساك التي من أجزاء التعريف موقوفة على التقسيم فان بعض الاقسام لا يتأتى فيه من التبييت وبعضها ليس كذلك على ما بين فتأمل (قوله وأريد به الفرض والواجب وفي ذلك المحذور المعروف على مذهبنا) أقول وهو الجمع بين الحقيقة والمجاز (قال المصنف لقوله تعالى وليوفوا نذورهم) أقول لم يتعرض للاجماع فيه فكأنه لم يثبت عنده ولذلك حكم بوجوبه قال ابن الهمام فان قيل خيل لم كان المنذور واجبا مع أن ثبوته بقوله تعالى وليوفوا نذورهم أجيب بأنه عام دخله الخصوص فانه خص النذر بالمعصية وبما ليس من جنسه واجب كعيادة المريض أو كان لكنه غير مقصود لنفسه بل لغيره حتى لو نذر الوضوء لكل صلاة لم يلزم فصارت ظنية كالآية المؤولة فتفيد الوجوب وقد علم مما ذكرنا شروط لزوم النذر وهي كون المنذور من جنسه واجبا لا لغيره على هذا تضافرت كلمات الاصحاب فقول صاحب المجمع تبعا لصاحب البدائع يفترض صوم رمضان وصوم المنذور والكفارة على غير ما ينبغي على هذا لكن الاظهر أنه فرض للاجماع على لزومه اه وفي أوائل كتاب السير من المحيط البرهاني والذخيرة الفرق بين الفريضة والواجب ظاهر نظرا الى الاحكام حتى ان الصلاة المنذورة لا تؤدى بعد صلاة العصر وتقضى الفوائت بعد صلاة العصر اه فظهر مما ذكر أن قوله لكن الاظهر أنه فرض للاجماع على لزومه ليس على ما ينبغي (قوله فان كان السبب من الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت به فرضا) أقول منقوض بالوتر فان سببه الوقت مع أنه واجب فتأمل وكذا صلاة العيدين (قوله وان كان من العبد يكون واجبا الخ) أقول الكفارات أسبابها فعل العبد وفرض كما نص عليه كالزيلعي وغيره لكن في الوقاية أن صوم الكفارة واجب ثم أقول قد تقرر في الاصول أن الحاكم هو الله تعالى سواء كان الحكم تكليفيا أو وضعيا فهو الجاعل فعل العبد سببا لا العبد ألا ترى أنه لا يصح النذر بما ليس من جنسه واجب ثم الفرق بين الفرض والواجب على ما أجمعوا عليه هو أن ما كان ثبوته بدليل قطعي فهو الفرض وما كان ثبوته بدليل ظني فهو الواجب فبعدما كان ثبوت النذر بالقطعي تتعين فرضيته ويكفر جاحده فليتأمل

والنذر المعين فيجوز صومه بنية من الليل وان لم ينو حتى أصبح أجزأه النية ما بينه وبين الزوال) وقال الشافعي لا يجزيه اعلم أن صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم

لكدورانه فضول اللسان والعين وباقيها وبصفائه تناط المصالح والدرجات ومنها كونه موجبا للرحمة والعطف على المساكين فانه لما ذاق ألم الجوع في بعض الاوقات ذكر من هذا حاله في عموم الاوقات فتسارع اليه الرقة عليه والرحمة حقيقتها في حق الانسان نوع ألم باطن فيسارع لدفعه عنه بالاحسان اليه فينال بذلك ما عند الله تعالى من حسن الجزاء ومنها موافقة الفقراء بتحمل ما يتحملون أحيانا وفي ذلك رفع حاله عند الله تعالى كما حكي عن بشر الحافي أنه دخل عليه رجل في الشتاء فوجده جالسا بعد وثوبه معلق على المشجب فقال له في مثل هذا الوقت ينزع الثوب أو معناه فقال يا أخي الفقراء كثير وليس لي طاقة مواساتهم بالثياب فأواسيهم بتحمل البرد كما يتحملون والصوم لغة الامساك مطلقا صام عن الكلام وغيره قال النابغة

وقد قيل في الجواب عنه إن العقل دل على عدم دخول المجانين والصبيان وأصحاب الاعذار فلا يكونون داخلين فلا يكون ثمة تخصيص (وسبب الاول) يعني الفرض (الشهر لانه يضاف اليه) والاضافة دليل السببية (٤٥) لما تقدم (ويتكرر بتكرره) فانه كلما دخل رمضان وجب صومه وذلك أيضا دليل السببية (وكل يوم سبب وجوب صوم ذلك اليوم) لان صوم رمضان بمنزلة عبادات متفرقة لانه تخلل بين يومين زمان لا يصلح للصوم لا قضاء ولا أداء وهو الليالي فصار كالصلوات وهذا اختيار صاحب الاسرار وفخر الاسلام وقال شمس الائمة السرخسي الليالي والايام في السببية سواء وقد عرف ذلك في الاصول وقوله (وسبب الثاني) أي المنذور المعين هو (النذر) وقوله (والنية من شرطه) أي من شروط الصوم بأنواعه (وسنبينه) أي سنبين شرط الصوم (وتفسيره) أي تفسير ذلك الشرط وأراد ببيان النية ما ذكره بعد هذا عند قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره وأراد ببيان تفسيره ما ذكره بقوله والنية لتعيينه لله تعالى لان النية عبارة عن تعيين بعض المحتملات فكان ما ذكره تفسير النية كذا ذكر في بعض الشروح

وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب لوجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه وتفسيره إن شاء الله تعالى

خيل صيام وخيل غير صائمة * تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما

وفي الشرع امساك عن الجماع وعن ادخال شئ بطنا له حكم الباطن من الفجر الى الغروب عن نية ونكرنا البطن ووصفناه لانه لو أوصل الى باطن دماغه شيأ فسد والى باطن فمه وأنفه لا يفسد وسيأتي الكلام في تعريف القدوري وذلك الامساك ركنه وسببه مختلف ففي المنذور والنذر ولذا قلنا لو نذر صوم شهر بعينه كرجب أو يوم بعينه فصام عنه جمادى ويوما آخر أجزأ عن المنذور لانه تعجيل بعد وجود السبب ويلغو تعيين اليوم لان صحة النذر ولزومه عما به يكون المنذور عبادة اذ لا نذر بغيرها والمتحقق لذلك الصوم لا خصوص الزمان ولا باعتباره وسبب صوم الكفارات أسبابها من الحنث والقتل وسبب القضاء هو سبب وجوب الاداء وسبب رمضان شهود جزء من الشهر ليلا أو نهارا وكل يوم سبب وجوب أدائه لانها عبادات متفرقة كتفرق الصلوات في الاوقات بل أشد لتخلل زمان لا يصلح للصوم أصلا وهو الليل وجمع المصنف بينهما لانه لا منافاة فشهود جزء منه سبب لكله ثم كل يوم سبب لصومه غاية الامر أنه تكرر سبب وجوب صوم اليوم باعتبار خصوصه ودخوله في ضمن غيره وشرط وجوبه الاسلام والبلوغ والعقل وشرط وجوب أدائه الصحة والاقامة وشرط صحته الطهارة عن الحيض والنفاس والنية وينبغي أن يزاد في الشروط العلم بالوجوب أو الكون في دار الاسلام ويراد بالعلم الادراك وهذا لان الحربي اذا أسلم في دار الحرب ولم يعلم أن عليه صوم رمضان ثم علم ليس عليه قضاء ما مضى وانما يحصل العلم الموجب باخبار رجلين أو رجل وامرأتين أو واحد عدل وعندهما الانتشرط العدالة ولا البلوغ ولا الحرية ولو أسلم في دار الاسلام وجب عليه قضاء ما مضى بعد الاسلام علم بالوجوب أو لا وحكمه سقوط الواجب ونيل ثوابه ان كان صوما لازما والا فالثاني وأقسامه فرض وواجب ومسنون ومندوب ونفل ومكروه تنزيها وتحريما فالاول رمضان وقضاؤه والكفارات للظهار والقتل واليمين وجزاء الصيد وفدية الاذى في الاحرام لثبوت هذه بالقاطع سندا ومتنا والاجماع عليها والواجب المنذور والمسنون عاشوراء مع التاسع والمندوب صوم ثلاثة من كل شهر ويندب فيها كونها الايام البيض وكل صوم ثبت بالسنة طلبه والوعد عليه كصوم داود عليه الصلاة والسلام ونحوه والنفل ما سوى ذلك مما لم تثبت كراهته والمكروه تنزيها عاشوراء مفردا عن التاسع ونحو يوم المهرجان وتحريما أيام التشريق والعيدين وسنعقد بذيل هذا الباب فروعا التفصيل هذه فان قيل لم كان المنذور واجبا مع أن ثبوته بقوله تعالى وليوفوا نذورهم أجيب بأنه عام دخله الخصوص فانه خص النذر بالمعصية وبما ليس من جنسه واجب كعيادة المريض أو كان لكنه غير مقصود لنفسه بل لغيره حتى لو نذر الوضوء لكل صلاة لم يلزم فصارت ظنية كالآية المؤولة ففيد الوجوب وقد علم مما ذكرنا شروط لزوم النذر وهي كون المنذور من جنسه واجب لا لغيره على هذا تضافرت كلمات الاصحاب فقول صاحب المجمع تبعا لصاحب البدائع يفترض صوم رمضان وصوم المنذور والكفارة على غير ما ينبغي على هذا لكن الاظهر أنه فرض للاجماع على لزومه ولا بد من النية في الكل والكلام في وقتها الذي يعتبر فيه فقلنا في رمضان والمنذور المعين والنفل تجزيه النية من بعد الغروب الى ما قبل نصف النهار في صوم ذلك النهار وفيما سوى ذلك من القضاء والكفارات والمنذور المطلق كنذر صوم يوم من غير تعيين لا بد من وجودها

(قوله وقد قيل في الجواب عنه ان العقل دل على عدم دخول المجانين والصبيان وأصحاب الاعذار الخ) أقول في دلالة العقل على عدم دخول أصحاب الاعذار من المرضى والمسافرين والحيض والنفساء بحث ظاهر (قوله وأراد ببيان النية ما ذكره بعد هذا الخ) أقول فيه بحث لان ذلك ليس من بيان النية في شئ بل الظاهر أن المراد به ما ذكره بقوله وهذا الضرب من الصوم يتأدى بمطلق النية الخ فليتأمل (قوله كذا ذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان

وقوله (وجه قوله فى الخلافية) أى فى المسئلة الخلافية وهى أن النية قبل الزوال تجزيه عندنا خلافا للشافعى (قوله صلى الله عليه وسلم لاصيام لمن لم ينو الصيام من الليل) والصيام مصدر كالقيام وقوله (ولانه لما فسد الجزء الاول) ظاهر وقوله (لانه متجزئ عنده) ذكر فى الوجيز الغزالى يجوز نية التطوع قبل الزوال وبعده قولان وهذا بشرط خلوه أول اليوم عن الاكل وروى أن ابن شريح من أصحابه لم يشترط ذلك (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعد ما شهد الاعرابى برؤية الهلال ألا من أكل فلا يأكل بقية يومه ومن لم يأكل فليصم) وهذا يقبل التأويل (وما رواه محمول على نفى الفضيلة والكمال أو معناه لم ينو أنه صوم من الليل) يعنى أن معنى قوله لاصيام لمن لم ينو الصيام من الليل لاصيام لمن لم ينو أن صيامه من الليل بل نوى ان (٤٦) صيامه من وقت النية قبل الصلة اذا تعقبت فعلا ومفعولا وأمكن تعلقها بكل واحد منهما فانها تتعلق بالفعل دون المفعول كما يقال أتيت فلانا من بغداد فان كلمة من تعلقت بالاتيان لا بالمفعول كذلك ههنا وأجيب بأنه كذلك لكنه يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه عملا بالنصوص قيل قوله فليصم يحتمل الصوم اللغوى فيحمل عليه عملا بالنصوص وأجيب بأنه لا يحتمل ذلك ههنا لانه لو كان كذلك لكان الاكل وعدمه سواء فلا فائدة فى قوله ومن لم يأكل وقوله (ولانه) دليل معقول ويجوز تقريره على هذا الوجه سلمنا أن ما رواه ليس بمحمول على شئ مما ذكرنا فيكون معارضا لما روينا فيصار الى ما بعده من الحجة وهو القياس وهو معنى لانه (يوم صوم) لان الصوم فيه فرض وكل ما هو يوم صوم (يتوقف الامساك فى أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل وهذا) أى توقف الامساك على ما ذكرنا (لان الصوم ركن واحد ممتد) يحتمل العادة والعبادة وكل ما هو كذلك يحتاج الى ما يعينه للعبادة وهو النية فانها شرطت (لتعيينه لله تعالى) فان وجدت من أوله فلا كلام وان وجدت فى أكثره جعلت كأنها وجدت من أوله لان بالكثرة تترجح جنبة الوجود على العدم فان الاكثر يقوم مقام الكل فى كثير من المواضع لذلك واذا كان كذلك لم يكن اقتران النية بحال الشروع شرطا

وجه قوله فى الخلافية قوله عليه الصلاة والسلام لاصيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثانى ضرورة أنه لا يتجزأ بخلاف النفل لانه متجزئ عنده ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعد ما شهد الاعرابى برؤية الهلال ألا من أكل فلا يأكل بقية يومه ومن لم يأكل فليصم وما رواه محمول على نفى الفضيلة والكمال أو معناه لم ينو أنه صوم من الليل ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك فى أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى

فى الليل وقال الشافعى لا تجزى فى غير النفل الا من الليل وقال مالك لا تجزى الا من الليل فى النفل وغيره والمصنف ذكر خلاف الشافعى (قوله وجه قوله فى الخلافية قوله صلى الله عليه وسلم لاصيام لمن الخ) استدل بالحديث والمعنى أما الحديث فاذكر من رواه أصحاب السنن الاربعة واختلفوا فى لفظه لاصيام لمن لم ينو الصيام من الليل يجمع بالتشديد والتخفيف بيت ولاصيام لمن لم يفرضه من الليل رواية ابن ماجه واختلفوا فى رفعه ووقفه ولم يرو مالك فى الموطا الا من كلام ابن عمر وعائشة وحفصة زوجى النبى صلى الله عليه وسلم والاكثر على وقفه وقد رفعه عبد الله بن أبى بكر رضى الله عنه عن الزهرى يبلغ به حفصة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يجمع قبل الفجر فلا صيام له ووقفه عنه على حفصة معمر والزبيرى وابن عيينة ويونس الايلى وعبد الله بن أبى بكر ثقة والرفع زيادة وهى من الثقة مقبولة ولفظ بيت عند الدارقطنى عن عائشة رضى الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام من لم يبيت الصيام قبل الفجر فلا صيام له قال الدارقطنى تفرد به عبد الله بن عباد عن الفضل بهذا الاسناد وكلهم ثقات وأقره البيهقى عليه ونظر فيه بأن عبد الله بن عباد غير مشهور ويحيى بن أيوب ليس بالقوى وهو من رجاله وقال ابن حبان عبد الله بن عباد البصرى يقلب الاخبار قال روى عنه روح بن الفرج نسخة موضوعة وأما المعنى فهو قوله ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فيه اذ الفرض اشتراطها فى صحة الصوم ولم توجد فى الاجزاء الاول من النهار فسد الباقى وان وجدت النية فيه ضرورة عدم انقلاب الفاسد صحيحا وعدم تجزى الصوم صحة وفسادا لا يقال لما لم يتجزأ صحة وفسادا وقد صح ما اقترن بالنية صح الكل ضرورة ذاك لان المحرم مقدم وهذا بخلاف النفل لانه متجزئ عندى لانه مبنى على النشاط وقد ينشط فى بعض اليوم أو نقول تتوقف الامساكات فى أول اليوم على وجود النية فى باقيه فى النفل اعتبارا له أخف حالا من الفرض حتى جازت صلاته قاعدا وراكبا غير مستقبل القبلة بخلاف الفرض ثم يدل على هذا الاعتبار ما أخرجه مسلم عن عائشة قالت دخل على النبى صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال هل عندكم شئ فقلنا لا فقال انى اذا صائم ثم أتى يوما آخر فقلنا يا رسول الله أهدى لنا حيس فقال أريه فلقد أصبحت صائما فأكل (قوله ولنا) حاصل استدلاله بالنص والقياس على النفل ثم تأويل

(قال المصنف ولانه يوم صوم الى قوله كالنفل) أقول هذا رد المختلف على المختلف اذ على مذهب الشافعى لا يلزم ذلك فى النفل على ما يجىء

فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلاة والحج لان لهما أركانا فيشترط قرانها بالعقد على أدائهما وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لابد من وجود النية في أكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى لا الى وقت الزوال فتشترط النية قبلها التحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم عندنا

مرويه بدليل يوجب ذلك أما النص فما ذكره وهو مستغرب والله أعلم به بل المعروف أنه شهد عنده برؤية الهلال فأمر أن ينادي في الناس أن يصوموا غدا رواه الدارقطني بلفظ صريح فيه ومارواه أصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني رأيت الهلال قال الحسن في حديثه يعني رمضان فقال أتشهد أن لا اله الا الله قال نعم قال أتشهد أن محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا محتمل لكونه شهد في النهار أو الليل فلا يحتج به واستدل الطحاوي بما في الصحيحين عن سلمة بن الاكوع أنه عليه الصلاة والسلام أمر رجلا من أسلم أن أذن في الناس أن من أكل فليصم بقية يومه ومن لم يكن أكل فليصم فان اليوم يوم عاشوراء فيه دليل على أنه كان أمر ايجاب قبل نسخه برمضان اذ لا يؤمر من أكل بامساك بقية اليوم الا في يوم مفروض الصوم بعينه ابتداء بخلاف قضاء رمضان اذا أفطر فيه فعلم أن من تعين عليه صوم يوم ولم ينوه ليلا أنه يجزيه نيته نهارا وهذا بناء على أن عاشوراء كان واجبا وقد منعه ابن الجوزي بما في الصحيحين عن معاوية رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول هذا يوم عاشوراء لم يفرض علينا صيامه فمن شاء منكم أن يصوم فليصم فاني صائم فصام الناس قال وبدليل أنه لم يأمر من أكل بالقضاء ويدفع بأن معاوية من مسلمة الفتح فان كان سمع هذا بعد اسلامه فانما يكون سمعه سنة تسع أو عشر فيكون ذلك بعد نسخه بايجاب رمضان ويكون المعنى لم يفرض بعد ايجاب رمضان جمعا بينه وبين الادلة الصريحة في وجوبه أي فريضته وان كان سمعه قبله فيجوز كونه قبل افتراضه ونسخ عاشوراء برمضان في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت كان يوم عاشوراء يوما يصومه قريش في الجاهلية وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصومه فلما قدم المدينة صامه وأمر بصيامه فلما فرض رمضان قال من شاء صامه ومن شاء تركه وكون لفظ أمر مشتركا بين الصيغة الطالبة ندبا وايجابا ممنوع ولو سلم فقولها فلما فرض رمضان قال من شاء الخ دليل أنه مستعمل هنا في الصيغة الموجبة للقطع بأن التخيير ليس باعتبار الندب لانه مندوب الى الآن بل مسنون فكان باعتبار الوجوب وكذا ما تقدم من الصحيحين من حديث سلمة بن الاكوع وأمره من أكل بالامساك فثبت أن الافتراض لا يمنع اعتبار النية مجزئة من النهار شرعا ويلزمه عدم الحكم بفساد الجزء الذي لم يقترن بها في أول النهار من الشارع بل اعتباره موقوفا الى أن ظهر الحال من وجودها بعده أولا فاذا وجدت ظهر اعتباره عبادة لا أنه انقلب صحيحا بعد الحكم بالفساد فبطل ذلك المعنى الذي عينه لقيام مارويناه دليلا على عدم اعتبار مشرعا ثم يجب تقديم مارويناه على مرويه لقوة ما في الصحيحين بالنسبة الى ما رواه بعدما تنا لما فيه من الاختلاف في صحة رفعه فيلزم اذ قدم كون المراد به نفي الكمال كما في أمثاله من نحو لا وضوء لمن لم يسم وغيره كثيرا والمراد لم ينو كون الصوم من الليل فيكون الجار والمجرور هو من الليل متعلقا بصيام الثاني لا بينوا أو يجمع فاصله لاصيام لمن لم يقصد أنه صائم من الليل أي من أخر أجزائه فيكون نفيا لصحة الصوم من حين نوى من النهار كما قال به الشافعي ولو تنزلنا الى صحته وكونه لنفي الصحة وجب أن يخص عمومه بما رويناه عندهم مطلقا وعندنا لو كان قطعيا خص بعضه خصص به فكيف وقد اجتمع فيه الظنية والتخصيص اذ قد خص منه النفل ويخص أيضا

(بخلاف الصلاة والحج) حيث يشترط اقتران النية بحال الشروع فيهما ولا يجعل الاكثر كالكل (لان لهما أركانا) مختلفة كالركوع والسجود والوقوف والطواف (فيشترط قرانها بالعقد على أدائهما) لئلا يخلو بعض الاركان عن النية وقوله (وبخلاف القضاء) جواب عما يقال لو كان الصوم ركنا واحدا امتدادا والنية المتأخرة فيه جائزة لذلك لم يكن في القضاء اشتراط النية من الليل ووجهه انما كان كذلك (لانه) أي الامساك (يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل) والمعنى بصوم اليوم ما تعلقت شرعيته بمجيء اليوم لا بسبب آخر من نحو القضاء والكفارة فيكون الصوم قد وقع عنه فلا يمكن جعله من القضاء الا قبل أن يقع منه وذلك انما يكون بنية من الليل وقوله (وبخلاف ما بعد الزوال) جواب عما يقال اذا كان ركنا واحدا امتدادا ينبغي أن يكون اقترانها بالقليل والكثير سواء ووجهه أن الاصل أن تكون النية مقارنة لحالة الشروع ولكن تركنا ذلك اذا قارنت الاكثر لقيامه مقام الكل ولم يوجد فيما بعد الزوال (فترجحت جنبة الفوات) وقوله (ثم قال في المختصر) أي مختصر القدوري اذا لم ينو حتى أصبح أجزأته النية (ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح) ووجهه ما ذكره في الكتاب وقوله (ولا فرق بين المسافر والمقيم) يعني في جواز النية قبل نصف النهار

خلافا لزفر رحمه الله لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل

بالقياس ثم الكلام في تعيين أصل ذلك القياس فجعله المصنف النفل ويرد عليه أنه قياس مع الفارق اذ لا يلزم من التخفيف في النفل بذلك ثبوت مثله في الفرض ألا يرى الى جواز النافلة جالسا بلا عذر وعلى الدابة بلا عذر مع عدمه في الفرض والحق أن صحته فرع ذلك النص فانه لما ثبت جواز الصوم في الواجب المعين بنية من النهار علم عدم اعتبار فرق بينه وبين النفل في هذا الحكم والقياس الذي لا يتوقف على ذلك قياس النية المتأخرة على المتقدمة من أول الغروب بجامع التيسير ودفع الحرج بيانه أن الاصل أن النية لا تصح الا بالمقارنة أو مقدمة مع عدم اعتراض ما ينافي المنوي بعدها قبل الشروع فيه فانه يقطع اعتبارها على ما قدمناه في شروط الصلاة ولم يجب فيما نحن فيه لا المقارنة وهو ظاهر فانه لو نوى عند الغروب أجزأه ولا عدم تخلل المنافي لجواز الصوم بنية يتخلل بينها وبينه الاكل والشرب والجماع مع انتفاء حضورها بعد ذلك الى انقضاء يوم الصوم والمعنى الذي لاجله صحت المتقدمة لذلك التيسير ودفع الحرج اللازم لو ألزم أحدهما وهذا المعنى يقتضي تجويزهما من النهار لزوم الحرج لو ألزمت من الليل في كثير من الناس كالذي نسيها ليلا وفي حائض طهرت قبل الفجر ولم تعلم الا بعده وهو كثير جدا فان عادتهن وضع الكرسف عشاء ثم النوم ثم رفعه بعد الفجر وكثيرا ممن يفعل كذا تصبح فترى الطهر وهو محكوم بثبوته قبل الفجر ولذا نلزمها بصلاة العشاء وفي صبي بلغ بعده ومسافر أقام وكافر أسلم فيجب القول بصحتها نهارا ونوهم أن مقتضاه قصر الجواز على هؤلاء أو أن هؤلاء لا يكثرون كثرة غيرهم بعيد عن النظر اذ لا يشترط اتحاد كمية المناط في الاصل والفرع فلا يلزم ثبوت الحرج في الفرع وهو المتأخرة بقدر ثبوته في الاصل وهو المتقدمة بل يكفي ثبوته في جنس الصائمين كيف والواقع أنه لم يعتبر المصحح الحرج الزائد ولا ثبوته في أكثر الصائمين في الاصل فكذا يجب في الفرع وهذا لان أكثر الصائمين يكونون مفيقين قريب الفجر فقوم لتهجدهم وقوم لسحورهم فلو ألزمت النية قبل الفجر على وجه لا يتخلل المنافي بينها وبينه لم يلزم بذلك حرج في كل الصائمين ولا في أكثرهم بل فيمن لا يفيق الا بعد الفجر وهم قليل بالنسبة الى غيرهم بخلاف المفيقين قبله اذ يمكنهم تأخير النية الى ما بعد استيفاء الحاجة من الاكل والجماع فتحصل بذلك نية سابقة لم يتخلل بينها وبين الشروع ما ينافي الصوم من غير حرج بهم فلما لم يجب ذلك علم أن المقصود التيسير بدفع الحرج من كل وجه وعن كل صائم ويلزم المطلوب من شرعية المتأخرة * واعلم أن هذا لا يخص الواجب المعين بل يجري في كل صوم لكن القياس انما يصلح مخصصا للخبر لا ناسخا ولو جرينا على تمام لازم هذا القياس كان ناسخا له اذ لم يبق تحته شئ حينئذ فوجب أن يحاذى به مورد النص وهو الواجب المعين من رمضان ونظيره من النذر المعين ولا يمكن أن يلغى قيد التعيين في مورد النص الذي رويناه فانه حينئذ يكون إبطالا لحكم لفظ بلا لفظ ينص فيه فليتأمل وانتظم ما ذكرناه جواب مالك أيضا فان قيل فمن أين اختص اعتبارها بوجودها في أكثر النهار وما رويتم لا يوجبه قلنا لما كان ما رويناه واقعة حال لا عموم لها في جميع أجزاء النهار احتمل كون اجازة الصوم في تلك الواقعة لوجود النية فيها في أكثره بأن يكون أمره عليه الصلاة والسلام الاسلمي بالنداء كان الباقي من النهار أكثره واحتمل كونها للتجويز من النهار مطلقا في الواجب فقلنا بالاحتمال الاول لانه أحوط خصوصا ومعنا نص يمنعها من النهار مطلقا وعضده المعنى وهو أن للاكثر من الشئ الواحد حكم الكل في كثير من موارد الفقه فعلى اعتبار هذا يلزم اعتبار كل النهار بلا نية لو اكتفى بها في أقله فوجب الاعتبار الآخر وانما اختص بالصوم فلم يجز مثله في الحج والصلاة لانه ركن واحد ممتد فبالوجود في أكثره يعتبر قيامها في كله بخلاف فهما فانهما أركان فيشترط قرانها بالعقد على أدائها والاخلت بعض الاركان عنها فلم يقع ذلك الركن عبادة والحمد لله ولا حول ولا قوة الا بالله (قوله خلافا لزفر) فانه يقول لا يجوز رمضان من المسافر والمريض الا بنية

(خلافا لزفر) فانه يقول امساك المسافر في أول النهار لم يكن مستحقا لصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية بخلاف امساك المقيم ولنا أن المعنى الذي لاجله جوز في حق المقيم اقامة النية في أكثر وقت الاداء مقامها في جميع الوقت لم يفصل بين المقيم والمسافر

(قوله ولنا أن المعنى الذي لاجله جوز في حق المقيم اقامة النية الخ) أقول لا يظهر مما ذكره جواب عن تمسك زفر الا بملاحظة انطوائه ذلك للفرق بين صوم رمضان وصوم القضاء على ما بين

قال (وهذا الضرب من الصوم الخ) أراد بهذا الضرب ما يتعلق بزمان بعينه على ما ذكر في أول الكتاب قوله (يتأدى بمطلق النية) أي بان يقول نويت الصوم (و بنية النفل) ظاهر (وبنية واجب آخر) بان ينوى عن كفارة أو غيرها قيل وهذا في صوم رمضان مستقيم فأما في النذر المعين فلا لانه يقع عما نوى من الواجب اذا كانت النية من الليل ذكره في أصول شمس الائمة وغيره فحينئذ قول المصنف وهذا الضرب لا يبقى على اطلاقه وأجاب شيخي شيخي العلامة عبد العزيز بأنه يمكن أن يقال موجب كلام المصنف أن يتأدى المجموع بالمجموع والبعض بالبعض والبعض بالمجموع لا أن كل فرد يتأدى بالمجموع فيظهر لكلامه وجه صحة (وقال الشافعي في نية النفل عابث) أي لا يكون صائما لا فرضا ولا نفلا (وفي مطلقها له قولان) في قول يقع عن فرض الوقت وفي قول لا يقع عنه وقوله (لانه بنية النفل) دليل على النفل أي انه بنية النفل (معرض عن الفرض) لما بينهما من المغايرة فصار كاعراضه بترك النية (فلا يكون له الفرض) ومن هذا يظهر وجه أحد قوليه في مطلق النية لانه لما يصير معرضا بهذه النية فيجوز ووجه القول الآخر أن صفة الفرضية قربة كاصل الصوم فكما لا يتأدى أصل الصوم الا بالنية فكذلك الصفة واذا انعدمت الصفة ينعدم الصوم ضرورة (٤٩) (ولنا أن الفرض متعين فيه) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا انسلخ شعبان فلا صوم الا رمضان وكل ما هو متعين في مكان (يصاب بأصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه) بأن يقال يا حيوان كما ينال باسم نوعه بان يقال يا انسان واسم علمه بأن يقال يا زيد لا يقال المتوحد في المكان انما ينال باسم جنسه اذا كان موجودا وفيما نحن فيه انما يوجد بتحصيله فكيف ينال باسم جنسه لان كونه معدوما لما لم يمنع أن ينال باسم نوعه بان نوى الصوم المشروع في الوقت لا يمنع أن ينال باسم جنسه دفعا للتحكم فان قيل ما ذكرتم يقتضي الاصابة بمطلق النية دون نية النفل أو واجب آخر لان المتوحد ينال باسم

وهذا الضرب من الصوم يتأدى بمطلق النية و بنية النفل و بنية واجب آخر وقال الشافعي في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا أن الفرض متعين فيه فيصاب بأصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل أو واجبا آخر فقد نوى أصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف

من الليل لانه في حقهما كالقضاء لعدم تعينه عليهما قلنا لا تفصيل فيما ذكرنا في الواجب المعين ثم هما انما خولف بهما الغير شرعا في التخفيف لا التغليظ وصوم رمضان متعين بنفسه على الكل غير أنه جاز لهما تأخيره تخفيفا للرخصة فاذا صاما وتركا الترخص التحقا بالمقيم (قوله وهذا الضرب) أي ما يتعلق بزمان بعينه من الواجب (يتأدى بمطلق النية و بنية النفل و بنية واجب آخر) وهذا الاطلاق لا يتم في المنذور المعين فانه يتأدى بالنية المطلقة و بنية النفل أما لو نوى واجبا آخر ككفارة يقع عما نوى وعلل بأن تعيين الناذر اليوم يعتبر في ابطال محليته لحق له وهو النفل لا محليته في حق حق عليه لان ولايته لا تتجاوز حقه وأورد عليه أن التعيين باذن صاحب الحق وهو الشارع فينبغي أن يتعدى الى حقه لاذنه بالزامه على نفسه وأجيب بأنه أذن مقتصرا على أن يتصرف في حق نفسه أعني العبد وأورد لما لم يتعد الى حق صاحب الشرع بقي محتملا لصوم القضاء والكفارة فينبغي أن يشترط التعيين ولا يتأدى باطلاق النية كالظهر عند ضيق الوقت أجيب بأن صوم القضاء والكفارة من محتملات الوقت وأصل المشروع فيه النفل الذي صار واجبا بالنذر وهو واحد فينصرف المطلق اليه وكذا نية النفل بخلاف الظهر المضيق فان تعيين الوقت بعارض التقصير بتأخير الاداء فلا يتعين الوقت بعده له بعدما كان غير متعين له (قوله كالمتوحد في الدار ينال باسم جنسه) علم من وجه قول الشافعي في اشتراط تعيين النية أن الثابت عن الشارع تعيين المحل وهو الزمان لقبول المشروع المعين ولازمه نفي صحة غيره وهذا لا يستلزم نفي لزوم التعيين عن المكلف لان إلزام التعيين ليس لتعيين المشروع للمحل بل ليثبت الواجب عن اختيار منه في أدائه لا جبرا وتعين المحل شرعا ليس علة لاختيار المكلف

(٧ — فتح القدير ثاني) جنسه لا باسم غيره فان زيدا لا ينال باسم عمرو أجاب بقوله (واذا نوى النفل أو واجبا آخر فقد نوى أصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة) لان الوقت لا يقبلها (فبقي الاصل) اذ ليس من ضرورة بطلان الوصف اذا لم يكن فصلا منوعا بطلان الاصل وأصل الصوم جنسه (وذلك كاف) وموضعه أصول الفقه وقد قررناه في الانوار والتقرير

(قوله بأن يقول نويت) أقول القول ليس بلازم في النية لكن يجوز أن يراد به ما يعم القول النفسي فتأمل (قوله لا أن كل فرد يتأدى بالمجموع الخ) أقول أنت خبير بأن المتبادر من ذلك الكلام في مثل هذا المقام أن يتأدى كل فرد بالمجموع ولك أن تقول هو كذلك ألا ترى أنه لو نوى الناذر بعدما أصبح في يوم التعيين عن واجب آخر يكون عن نذره وهذا القدر يكفي في تصحيح الاطلاق (قوله واذا انعدمت الصفة) أقول لانعدام النية (قوله ينعدم الصوم ضرورة) أقول فيه بحث فانها ليست بفصل منوع كما يجيء (قوله فلا صوم الا رمضان) أقول أي الا صوم رمضان على حذف المضاف (قوله دفعا للتحكم) أقول فيه بحث فان ما ذكره من الصوم المشروع في الوقت من قبيل تقييد النوع بما يخصه في شخص فلا يلزم التحكم (قوله دفعا للتحكم) قال في التقرير وهذا لانه وان لم يكن موجودا تحصيلا فهو موجود شرعا (قوله لان المتوحد ينال باسم جنسه لا باسم غيره) أقول ممنوع

(ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الرخصة) انما ثبتت (كي لا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند أبي حنيفة اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال) اذ القضاء لازم للحال فهو مؤاخذ به (٥٠) (وتخيره في صوم رمضان) لانه لا يلزمه ما لم يدرك عدة من أيام أخر حتى اذا مات قبل الادراك ليس عليه شئ وهذا الذي اختاره المصنف من التسوية بين المسافر والمريض مخالف لما ذكره العلمان في التحقيق فخر الاسلام وشمس الائمة فانهما قالا اذا نوى المريض عن واجب آخر فالصحيح أنه يقع صومه عن رمضان لان اباحة الفطر له عند العجز عن أداء الصوم فأما عند القدرة فهو والصحيح سواء بخلاف المسافر فان الرخصة في حقه تتعلق بعجز مقدر قام السفر مقامه وهو موجود وقال صاحب الايضاح وكان بعض أصحابنا يفصل بين المسافر والمريض وانه ليس بصحيح والصحيح أنهما يتساويان وهو قول الكرخي اختاره المصنف وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة (في نية التطوع) من المسافر (روايتان) في رواية ابن سماعة يقع عن الفرض لما ذكره في الكتاب (أنه ما صرف الوقت الى الاهم) وهو اسقاط واجب عليه وانما قصد تحصيل الثواب وهو في الفرض أكثر وفي رواية الحسن يقع عما نوى من النفل لان رمضان في حقه كشعبان في حق المقيم ونيته في شعبان تقع عما نوى نفلا كان أو واجبا فكذلك هذا وأما المريض اذا نوى عن التطوع فان صومه يقع عن الفرض وهو الظاهر وقال الناطفي اخراج قياس التسوية بين المريض والمسافر على رواية نوادر أبي يوسف يوجب أن يكون في المريض جائزا عن التطوع قال (والضرب الثاني ما يثبت في الذمة) والمراد من الثبوت في الذمة كونه مستحقا فيها من غير اتصال له بالوقت قبل العزم على صرف ماله الى ما عليه (كقضاء رمضان) وصوم كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد والحلق والمتعة وكفارة رمضان وكذلك النذر المطلق فاذا كان كذلك

ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الرخصة كي لا تلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالأهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احداهما أنه ما صرف الوقت الى الاهم قال (والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان والنذر المطلق وصوم الكفارة

ونية مطلق الصوم كذلك قولكم المتوحد ينال باسم جنسه كزيد ينال بياحيوان وبارجل قلنا ان أراد بقوله باحيوان زيد امثلا فهو صحيح وليس تطيره الا أن يريد بمطلق الصوم الذي هو متعلق النية صوم رمضان وحينئذ ليس هو محل النزاع لانه قصد صوم رمضان بذلك وان لم يرده بعينه به بل أراد فردا ينطلق عليه ذلك الاسم لم يخطر بخاطره سوى ذلك كما هو حقيقة ارادة المطلق مثل قول الأعمى يا رجلا خذ بيدي فليس هو ارادة ذلك المتعين فانه لم يقصده بل ما يطلق عليه الاسم سواء كان ذلك أو غيره فلزوم ثبوت ذلك بعينه يكون لا عن قصد اليه اذ الفرض أنه لم يقصده بعينه فيكون حينئذ جبرا لكن لا بد في أداء الفرض من الاختيار واختيار الاعم ليس اختيار الاخص بخصوصه واذا بطل في المطلق بطل في ارادة النفل وواجب آخر لان الصحة بهما انما هي باعتبار الصحة بالمطلق بناء على لغو الزائد عليه فيبقى هو وبه يتأدى بل البطلان هنا أولى لانه يمكن اعتبار قصد المتعين بقصد الاعم من جهة أنه قصد ما ينطلق عليه الاسم وهو منها بخلاف هذا اذ لم يتعلق به قصد تعيين ذلك المعين ثم اعتبار ذلك المطلق الذي في ضمنه بعد ما لغا مصابا به ذلك المعين مع تصريحه بأني لم أرد المطلق بل الكائن بقيد كذا جبر على ايقاعه وهو النافي للصحة فكيف يسقط صوم رمضان وهو ينادي ويقول لم أرده بل صوم كذا وأردت عدمه فانه مع ارادة عدمه اذا أراد صوما آخر يقع عن رمضان عندكم (قوله ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم) أي في أنه يتأدى رمضان منهما بالمطلقة ونية واجب آخر والنفل عندهما والوجه ظاهر من الكتاب (قوله وعند أبي حنيفة اذا صام المريض والمسافر) جمع بينهما وهو رواية عنه والحاصل أن اخراج أبي حنيفة المسافر اذا نوى واجبا آخر بلا اختلاف في الرواية وله فيه طريقان أحدهما أن نفس الوجوب وان كان ثابتا في حق المسافر لوجود سببه الا أن الشارع أثبت له الترخص بترك الصوم تخفيفا عليه للمشقة ومعنى الترخص أن يدع مشروع الوقت بالميل الى الاخف فاذا اشتغل بواجب آخر كان مترخصا لان اسقاطه من ذمته أهم من اسقاط فرض الوقت لانه لو لم يدرك عدة من أيام أخر لم يؤاخذ بفرض الوقت ويؤاخذ بواجب آخر وهذا يوجب أنه اذا نوى النفل يقع عن رمضان وهو رواية ابن سماعة عنه اذ لا يمكن اثبات معنى الترخص بهذه النية لان الفائدة في النفل ليس الا الثواب وهو في الفرض أكثر فكان هذا ميلا الى الاثقل فيلغو وصف النفلية ويبقى مطلق الصوم فيقع عن فرض الوقت والثاني أن انتفاء شرعية الصيامات ليس من حكم الوجوب فان الوجوب موجود في الواجب الموسع بل هو من حكم تعيين هذا الزمان لاداء الفرض ولا تعين في حق المسافر لانه مخير بين الاداء والتأخير فصار هذا الوقت في حقه كشعبان فيصح منه أداء واجب آخر كما في شعبان وهذا الطريق يوجب أنه اذا نوى النفل يقع عما نوى وهو رواية الحسن عنه وهاتان الروايتان اللتان حكاهما المصنف وأما

فلا يجوز الا بنية من الليل) لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء (والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال) خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعدما كان يصبح غير صائم انى اذا صائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في أول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي يجوز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجزئ

(لا يجوز الا بنية من الليل لكونه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء) وقوله (والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال) أي قبل انتصاف النهار سواء كان مسافرا أو مقيما (خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعدما كان يصبح غير صائم انى اذا صائم) عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل على نسائه ويقول هل عندكن من غداء فان قلن لا قال انى اذا صائم وقوله (ولان المشروع) ظاهر وقوله (على ما ذكرنا) اشارة الى قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل وقوله (ولو نوى بعد الزوال) ظاهر مما تقدم

اخراج المريض اذا نوى واجبا آخر وجعله كالمسافر فهو رواية الحسن عنه وهو اختيار صاحب الهداية وأكثر مشايخ بخارا لأن رخصته متعلقة بخوف ازدياد المرض لا بحقيقة العجز فكان كالمسافر في تعلق الرخصة في حقه بعجز مقدر وذكر فخر الاسلام وشمس الائمة أنه يقع عما نوى لان رخصته متعلقة بحقيقة العجز قيل ما قالاه خلاف ظاهر الرواية وقال الشيخ عبد العزيز وكشف هذا أن الرخصة لا تتعلق بنفس المرض بالاجماع لانه يتنوع الى ما يضر به الصوم نحو الحميات ووجع الرأس والعين وغيرها ومالا يضر به كالامراض الرطوبية وفساد الهضم وغير ذلك والترخص انما ثبت للحاجة الى دفع المشقة فيتعلق في النوع الاول بخوف ازدياد المرض ولم يشترط فيه العجز الحقيقي دفعا للحرج وفي الثاني بحقيقته فاذا صام هذا المريض عن واجب آخر أو النفل ولم يهلك ظهر أنه لم يكن عاجزا فلم يثبت له الترخص فيقع عن فرض الوقت واذا صام ذلك المريض كذلك يقع عما نوى لتعلقها بعجز مقدر وهو ازدياد المرض كالمسافر فيستقيم جواب الفريقين والى هذا أشار شمس الائمة حيث قال وذكر أبو الحسن الكرخي أن الجواب في المريض والمسافر سواء على قول أبي حنيفة رحمه الله وهذا سهو أو مؤول ومراده مريض يطيق الصوم ويخاف منه ازدياد المرض فهذا يدلك على صحة ما ذكرنا (قوله فلا يجوز الا بنية من الليل) ليس بلازم بل ان نوى مع طلوع الفجر جاز لان الواجب قران النية بالصوم لا تقديمها كذا في فتاوى قاضيخان (قوله لانه غير متعين) وقد قدمنا أن ثبوت التوقف انما كان بالنص وموردة كان الواجب المعين فعقل أن ثبوت التوقف بواسطة التعين مع لزوم النية واشتراطها في أداء العبادة اذ الظاهر أنه لا يخلى الزمن الذي وجبت فيه العبادة عن النية وكان هذا رفقا بالمكلف كي لا يتضرر في دينه ودفعا للحرج عنه على ما ذكرنا من تقريره وغير المعين لم يلزم من اعتبار خلوه عن النية للخلو الحالي عنها وهو الاصل أعني اعتبار الخلو للخلو الحالي ضرر ديني عليه لانه على التراخي فلا يأثم بعدم صحته لعدم النية فيه فلا موجب للتوقف لا يقال يتوقف في النفل وليس فيه الموجب الذي ذكرت بل مجرد طلب الثواب وهو مع اسقاط الفرض ثابت في كل يوم في حق هذه الصيامات فيجب التوقف فيها بالنسبة اليها بل أولى لانا نقول يمنع منه لزوم كون المعنى ناسخا للنص أعني قوله عليه الصلاة والسلام لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل اذ قد خرج منه الواجب المعين بالنص مقارنا للمعنى الذي عيناه وهو لا يتعداه فلو أخرج غير المعين أيضا مع أن النفل قد خرج أيضا بالنص بما ذكرت مما عقلت في اخراج النفل لم يبق تحت العام شئ بالمعنى الذي عينته وهو ممنوع ولازمه كون ما عينته في النفل ليس مقصود الشارع من شرعية الصحة في النفل بل مقصوده زيادة تخفيف النفل على تخفيف الواجب حيث اعتبر التوقف فيه لمجرد تحصيل الثواب كما هو المعهود في الصلاة حيث جازت نافلتها على الدابة وجالسا بلا عذر بخلاف فريضتها للمعنى الذي قلنا لا يقال ما علمتم به في المعين قاصر وأنتم تمنعون التعليل بالقاصرة لانا نقول ذلك للقياس لا لمجرد إبداء معنى هو حكمة المنصوص لانه اجماع والنزاع في المسئلة لفظي مبني على تفسير التعليل بما يساوي القياس أو أعم منه لا يشك في هذا وقد أوضحناه فيما كتبناه على البديع ومن فروع لزوم التبييت في غير المعين لو نوى القضاء من النهار فلم يصح هل يقع عن النفل في فتاوى النسفي نعم ولو أفطر يلزمه القضاء قيل هذا اذا علم أن صومه عن القضاء لم يصح بنية من النهار أما اذا لم يعلم فلا يلزم بالشروع كما في المظنون (قوله فانه يتمسك باطلاق ما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا صيام لمن لم ينو الصيام

عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا أن من شرطه الامساك في أول النهار وعندنا يصير صائما من أول النهار لانه عبادة قهر النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية بأكثره

﴿فصل في رؤية الهلال﴾ قال (وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان رأوه صاموا وان غم عليهم أكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا) لقوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد

(وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان) لان الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما قال عليه الصلاة والسلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار بأصابعه وخنس ابهامه في الثالثة (فان رأوه صاموا) كلامه واضح

من الليل وقد قدمنا الكلام فيه فارجع اليه ومن فروع النية أن الافضل النية من الليل في الكل ولو وجب عليه قضاء يومين من رمضان واحد الاولى أن ينوي أول يوم وجب علي قضاؤه من هذا الرمضان وان لم يعين الاول جاز وكذا لو كانا من رمضانين على المختار حتى لو نوى القضاء لاغير جاز ولو وجبت عليه كفارة فطر فصام أحدا وستين يوما عن القضاء والكفارة ولم يعين يوم القضاء جاز وهل يجوز تقديم الكفارة على القضاء قيل يجوز وهو ظاهر ولو وجب عليه قضاء رمضان سنة كذا فصام شهرا ينوي القضاء عن الشهر الذي عليه غير أنه نوى أنه رمضان سنة كذا أجزه قال أبو حنيفة رحمه الله يجزيه ولو صام شهرا ينوي القضاء عن سنة كذا على الخطا وهو يظن أنه أفطر ذلك قال لا يجزيه ولو نوى بالليل أن يصوم غدا ثم بدا له في الليل وعزم على الفطر لم يصح صائما فلو أفطر لا شيء عليه ان لم يكن رمضان ولو مضى عليه لا يجزيه لان تلك النية انتقضت بالرجوع ولو قال نويت صوم غد ان شاء الله تعالى فعن الحلواني يجوز استحسانا لان المشيئة انما تبطل اللفظ والنية فعل القلب ولو جمع في نية واحدة بين صومين نذر وعن قريب ان شاء الله تعالى واذا اشتبه على الاسير المسلم في دار الحرب رمضان تحرى وصام فان ظهر صومه قبله لم يجزه لان صحة الاسقاط لا تسبق الوجوب وان ظهر بعده جاز فان ظهر أنه كان شوالا فعليه قضاء يوم فلو كان ناقصا فقضاء يومين أو ذا الحجة قضى أربعة لمكان أيام النحر والتشريق فان اتفق كونه ناقصا عن ذلك الرمضان قضى خمسة ثم قال طائفة من المشايخ هذا اذا نوى أن يصوم ما عليه من رمضان أما اذا نوى صوم غد أداء لصيام رمضان فلا يصح الا أن يوافق رمضان ومنهم من أطلق الجواز وهو حسن

﴿فصل﴾ (قوله وينبغي للناس) أي يجب عليهم وهو واجب على الكفاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام) في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما وقوله في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فيه تساهل فان الترائي انما يجب ليلة الثلاثين لا في اليوم الذي هي عشيته نعم لو رؤي في التاسع والعشرين بعد الزوال كان كرؤيته ليلة الثلاثين بالاتفاق وانما الخلاف في رؤيته قبل الزوال من اليوم الثلاثين فعند أبي يوسف رحمه الله هو من الليلة الماضية فيجب صوم ذلك اليوم وفطره ان كان ذلك في آخر رمضان وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمستقبلة هكذا حكى الخلاف في الايضاح وحكاه في المنظومة بين أبي يوسف ومحمد فقط وفي التحفة قال أبو يوسف رحمه الله اذا كان قبل الزوال أو بعده الى العصر فهو لليلة الماضية وان كان بعد العصر فهو للمستقبلة بلا خلاف وفيه خلاف بين الصحابة روي عن عمر وابن مسعود وأنس رضي الله عنهم كقولهما وعن عمر رضي الله عنه في رواية أخرى وهو قول علي وعائشة رضي الله عنهما مثل قول أبي يوسف اه وعن أبي حنيفة ان كان مجراه أمام الشمس والشمس تتلوه فهو للماضية وان كان خلفها فللمستقبلة وقال الحسن بن زياد ان غاب بعد الشفق فللماضية وان كان قبله فللراهنة وجه قول أبي يوسف أن الظاهر أنه لا يرى قبل الزوال الا وهو لليلتين فيحكم بوجوب الصوم والفطر على اعتبار ذلك ولهما قوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فوجب سبق الرؤية على

(قال المصنف وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين) أقول قال ابن الهمام فيه تساهل فان الترائي انما يجب ليلة الثلاثين لا في اليوم الذي هي عشيته نعم لو رؤي في التاسع والعشرين بعد الزوال كان كرؤيته ليلة الثلاثين بالاتفاق اه فيه بحث لانه بدأ بالالتماس قبل الغروب كما هو العادة

وقوله (ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا) يوم الشك هو اليوم الاخير من شعبان الذي يحتمل أن يكون آخر شعبان أو أول رمضان (لقوله عليه الصلاة والسلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان الا تطوعا) وقوله (وهذه المسئلة على وجوه) ذكر المصنف خمسة ووجه الحصر أن من صام يوم الشك فاما أن يقطع في النية أو يتردد فيها فان كان الاول فلا يخلو (٥٣) إما أن يكون فيما عليه أو لا فان كان فيما عليه فاما أن يكون في الوقتي أو في غيره فالوقتي هو الوجه الاول وغيره هو الثاني وان كان في غير ما عليه فهو الثالث وان كان الثاني فاما أن يكون التردد في أصل النية أو في وصفها فالاول الرابع والثاني الخامس وهذا اذا لم يفرق بين ما يكون بناء أو ابتداء في التطوع والواجب الآخر وأما اذا فرق فالوجوه سبعة كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه والمصنف ذكر الوجهين لكنه لم يجعلهما مستقلين (فالاول أن ينوي رمضان وهو مكروه لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان الا تطوعا لا يقال لا يصام صيغة نفي وهو يقتضي عدم الجواز لانه بمعنى النهي لتحققه حسا وهو يقتضي المشروعية على ما عرف (ولانه تشبه بأهل الكتاب) يعني فيما فيه بر وذلك يوجب الكراهة كما تقدم وقوله (ثم ان ظهر) ظاهر

(ولا يصومون يوم الشك إلا تطوعا) لقوله صلى الله عليه وسلم لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان إلا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه أحدها أن ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه بأهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر أن اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر أنه من شعبان كان تطوعا وان أفطر لم يقضه

الصوم والفطر والمفهوم المتبادر منه الرؤية عند عشية آخر كل شهر عند الصحابة والتابعين ومن بعدهم بخلاف ما قبل الزوال من الثلاثين والمختار قولهما وهو كونه للمستقبل قبل الزوال وبعده الا أن واحدا لو رآه في نهار الثلاثين من رمضان فظن انقضاء مدة الصوم وأفطر عمدا ينبغي أن لا تجب عليه كفارة وان رآه بعد الزوال ذكره في الخلاصة هذا وتكره الاشارة الى الهلال عند رؤيته لانه فعل أهل الجاهلية واذا ثبت في مصر لزم سائر الناس فيلزم أهل المشرق برؤية أهل المغرب في ظاهر المذهب وقيل يختلف باختلاف المطالع لان السبب الشهر وانعقاده في حق قوم للرؤية لا يستلزم انعقاده في حق آخرين مع اختلاف المطالع وصار كما لو زالت أو غربت الشمس على قوم دون آخرين وجب على الاولين الظهر والمغرب دون أولئك وجه الاول عموم الخطاب في قوله صوموا معلقا بمطلق الرؤية في قوله لرؤيته وبرؤية قوم يصدق اسم الرؤية فيثبت ما تعلق به من عموم الحكم فيعم الوجوب بخلاف الزوال والغروب فانه لم يثبت تعلق عموم الوجوب بمطلق مسماه في خطاب من الشارع والله أعلم ثم انما يلزم متأخري الرؤية اذا ثبت عندهم رؤية أولئك بطريق موجب حتى لو شهد جماعة أن أهل بلد كذا رأوا هلال رمضان قبلكم بيوم فصاموا وهذا اليوم ثلاثون بحسابهم ولم يروه لا يباح لهم فطر غد ولا تترك التراويح هذه الليلة لان هذه الجماعة لم يشهدوا بالرؤية ولا على شهادة غيرهم وانما حكوا رؤية غيرهم ولو شهدوا أن قاضي بلد كذا شهد عنده اثنان برؤية الهلال في ليلة كذا وقضى بشهادتهما جاز لهذا القاضي أن يحكم بشهادتهما لان قضاء القاضي حجة وقد شهدوا به ومختار صاحب التجريد وغيره من المشايخ اعتبارا اختلاف المطالع وعورض لهم بحديث كريب أن أم الفضل بعثته الى معاوية بالشام قال فقدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل علي رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال يوم الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتموه فقلت رأيناه ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية رضي الله عنه فقال لكنا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه فقلت أولا تكتفي برؤية معاوية رضي الله عنه وصومه فقال لا هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم شك أحد رواته في تكتفي بالنون أو بالتاء ولا شك أن هذا أولى لانه نص وذلك محتمل لكون المراد أمر كل أهل مطلع بالصوم لرؤيتهم رواه مسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وقد يقال ان الاشارة في قوله هكذا الى نحو ما جرى بينه وبين رسول أم الفضل وحينئذ لا دليل فيه لان مثل ما وقع من كلامه لو وقع لنا لم نحكم به لانه لم يشهد على شهادة غيره ولا على حكم الحاكم فان قيل اخباره عن صوم معاوية يتضمنه لانه الامام يجاب بأنه لم يأت بلفظة الشهادة ولو سلم فهو واحد لا يثبت بشهادته وجوب القضاء على القاضي والله سبحانه وتعالى أعلم والاخذ بظاهر الرواية أحوط (قوله ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا) الكلام هنا

(قال المصنف ولا يصومون يوم الشك) أقول قال الامام العلامة الزيلعي في شرح الكنز ووقوع الشك بأحد أمرين إما أن يغم هلال رمضان أو هلال شعبان فيقع الشك انه أول يوم من رمضان أو آخر يوم من شعبان اه فيه بحث فانه اذا لم يغم هلال رمضان فلا شك واذا غم فقد حاء الشك منه فلا وجه لقوله بأحد أمرين وقوله أو هلال شعبان وجوابه اذا غم هلال شعبان تشتبه ليلة الثلاثين منه فيتحقق الشك في الليلتين الاخيرتين فليتأمل (قوله لانه بمعنى النهي الخ) أقول جواب لقوله لا يقال لا يصام صيغة نفي الخ

فى تصوير يوم الشك وبيان حكمه وبيان الاختلاف فيه أما الاول (١) فال هو استواء طرفى الادراك من النفى والاثبات وموجبه هنا أن يغم الهلال ليلة الثلاثين من شعبان فيشك فى اليوم الثلاثين أمن رمضان هو أو من شعبان أو يغم من ترجب هلال شعبان فأكملت عدته ولم يكن رؤى هلال رمضان فيقع الشك فى الثلاثين من شعبان أهو الثلاثون أو الحادى والثلاثون وبماذكرفيه من كلام غير أصحابنا ما اذا شهد من ردت شهادته وكأنهم لم يعتبروا ذلك لانه ان كان فى الصحو فهو محكوم بغلطه عندنا لظهور مقابله موهوم لا مشكوك وان كان فى غيم فهو شك وان لم يشهد به أحد وهذا لان الشهر ليس الظاهر فيه أن يكون ثلاثين حتى انه اذا كان تسعة وعشرين يكون مجيأ على خلاف الظاهر بل يكون تسعة وعشرين كما يكون ثلاثين تستوى هاتان الحالتان بالنسبة اليه كما يعطيه الحديث المعروف فى الشهر فاستوى الحال حينئذ فى الثلاثين أنه من المنسلخ أو المستهل اذا كان غيم فيكون مشكوكا بخلاف ما اذا لم يكن لانه لو كان من المستهل لرؤى عند الترائى فلما لم ير كان الظاهر أن المنسلخ ثلاثون فيكون هذا اليوم منه غير مشكوك فى ذلك وأما الثانى وهو بيان حكم صومه فلا يخلو من أن يقطع النية أو يرتدها وعلى الاول لا يخلو من أن ينوى به صوم رمضان أو واجب آخر أو التطوع ابتداء أو لا تفاق يوم كان يصومه أو أيام بأن كان يصوم مثلا ثلاثة أيام من آخر كل شهر وعلى الثانى وهو أن ينجمع فيها فاما فى أصل النية بأن ينوى من رمضان ان كان منه فان لم يكن منه فلا يصوم أو فى وصفها بأن ينوى صوم رمضان ان كان منه وان لم يكن منه فعن واجب كذا قضاء أو كفارة أو نذر أو رمضان ان كان منه والا فعن النفل والكل مكروه الا فى الترتد فى أصلها فانه لا يكون صائما والا فى النفل بلا اضجاع بل فى صورة قطع النية عليه سواء كان لموافقه صوم كان يصومه أو ابتداء واختلفوا فى الافضل اذا لم يوافق صوما كان يصومه قبل الفطر وقبل الصوم ثم فيما يكره تتفاوت الكراهة وتفصيل ذلك ظاهر من الكتاب وهذا فى عين يوم الشك فأما صوم ما قبله ففى التحفة قال والصوم قبل رمضان بيوم أو يومين مكروه أى صوم كان لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين الا أن يوافق صوما كان يصومه أحدكم قال وانما كره عليه الصلاة والسلام خوفا من أن يظن أنه زيادة على صوم رمضان اذا اعتادوا ذلك وعن هذا قال أبو يوسف يكره وصل رمضان بست من شوال وذكر قبله بأسطر عدم كراهة صوم يوم الشك تطوعا ثم قيده بكونه على وجه لا يعلم العوام ذلك كى لا يعتادوا صومه فيظنه الجهال زيادة على رمضان اه وظاهر الكافى خلافه قال ان وافق يعنى يوم الشك صوما كان يصومه فالصوم أفضل وكذا اذا صام كله أو نصفه أو ثلاثة من آخره اه ولم يقيد بكون صوم الثلاثة عادة وهو ظاهر كلام المصنف أيضا حيث حمل حديث التقدم على التقدم بصوم رمضان مع أنه يمكن أن يحمله عليه ويكره صومها لمعنى ما فى التحفة فتأمل وما فى التحفة أوجه وأما الثالث فقد علمت أن مذهبنا إباحته ومذهب الشافعى كراهته ان لم يوافق صومه وما له ومذهب أحمد وجوب صومه بنية رمضان فى أصح الروايتين عنه ذكره ابن الجوزى فى التحقيق ولنأت الآن على ماذكره المصنف من الاحاديث وغيرها مما يتعلق به استدلال المذاهب ليظهر مطابقتها لأى المذاهب * الاول حديث لا يصام اليوم الذى يشك فيه أنه من رمضان الا تطوعا لم يعرف قيل ولا أصل له والله أعلم وسيأتى ثبوت المقصود وهو اباحة الصوم بوجه آخر والله أعلم * الثانى لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين الا رجل كان يصوم صوما فيصومه رواه الستة فى كتبهم * الثالث ما أخرج الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بقى النصف من شعبان فلا تصوموا وقال حسن صحيح لا يعرف الا من هذا الوجه على هذا اللفظ ومعناه عند بعض أهل العلم أن يفطر الرجل حتى اذا انتصف شعبان أخذ فى الصوم * الرابع ماذكره من قوله قال عليه الصلاة والسلام من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم وانما ثبت موقوفا على عمار ذكره البخارى

(١) قوله قال هكذا فى عدة نسخ ولعله محرف عن فالشك كما هو ظاهر كتبه مصححه

تعليقا

لانه فى معنى المظنون والثانى أن ينوى عن واجب آخر

تعليقا عنه فقال وقال صلة عن عمار من صام يوم الشك الخ وأصل الحديث ما رواه أصحاب السنن الاربعة فى كتبهم وصححه الترمذى عن صلة بن زفر قال كنا عند عمار فى اليوم الذى يشك فيه فأتى بشاة مصلية فتنحى بعض القوم فقال عمار من صام هذا اليوم فقد عصى أبا القاسم ورواه الخطيب فى تاريخ بغداد فى ترجمة محمد بن عيسى بن عبد الله الادمى حدثنا أحمد بن عمر الوكيعى حدثنا وكيع عن سفيان عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال من صام اليوم الذى يشك فيه فقد عصى الله ورسوله ثم قال تابع الادمى عليه أحمد بن عاصم الطبرانى عن وكيع * الخامس ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين وهو فى الصحيحين وعند أبى داود والترمذى وحسنه فان حال بينكم وبينه سحاب فأكملوا العدة ثلاثين ولا تستقبلوا الشهر استقبالا * السادس ما فى الصحيحين مما استدل به الامام أحمد على وجوب صوم يوم الشك أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل هل صمت من سرر شعبان قال لا قال فاذا أفطرت فصم يوما مكانه وفى لفظ فصم يوما وفى الصحيحين أيضا قوله صلى الله عليه وسلم صم يوما وأفطر يوما فانه صوم داود وسرار الشهر آخره سمى به لاستسرار القمر فيه قاله المنذرى وغيره * واعلم أن السرار قد يقال على الثلاث الاخيرة من ليالى الشهر لكن دل قوله صم يوما على أن المراد صم آخرها لا كلها والا قال صم ثلاثة أيام مكانها وكذا قوله من سرر الشهر لافادة التبعيض وعندنا هذا يفيد استحباب صومه لا وجوبه لانه معارض بنهى التقدم بصيام يوم أو يومين فيحمل على كون المراد التقدم بصوم رمضان جمعا بين الادلة وهو واجب ما أمكن ويصير حديث السرر للاستحباب ولان المعنى الذى يعقل فيه هو أن يختم شعبان بالعبادة كما يستحب ذلك فى كل شهر فهو بيان أن هذا الامر وهو ختم الشهر بعبادة الصوم لا يختص بغير شعبان كما قد يتوهم بسبب اتصال الصوم الواجب به بخلاف حمل حديث التقدم على صوم النفل فيجعل هو الممنوع وصوم رمضان هو الواجب بحديث السرر فيكون منع النفل بسبب الاخلال بالواجب المفاد بحديث السرر لانه يؤدى الى فتح مفسدة ظن الزيادة فى رمضان عند تكرره مع غلبة الجهل وهو مكفر لانه كذب على الله تعالى فيما شرع كما فعل أهل الكتاب حيث زادوا فى مدة صومهم فيثبت بذلك ما ذهبنا اليه من حل صومه مخفيا عن العوام وكل ما وافق حديث التقدم فى منعه كحديث إكمال العدة فهو مثله فى وجوب حمله على صومه بقصد رمضان لان صومه تطوعا إكمال لعدة شعبان وحديث عمار بن ياسر وابن عباس رضى الله عنهم بتقدير تسليمه موقوف لا يعارض به حديث السرر والاولى حمله على ارادة صومه عن رمضان وكأنه فهم من الرجل المتنحى قصد ذلك فلا تعارض حينئذ أصلا وعلى هذا التقرير لا يكره صوم واجب آخر فى يوم الشك لان المنهى عنه صوم رمضان ليس غيرا ذلم يثبت غيره وهو ظاهر كلام الصحفة حيث قال أما المكروه فانواع الى أن قال وصوم يوم الشك بنية رمضان أو بنية متردده ثم ذكر صورته ثم قال وقد قام الدليل على أن الصوم فيه عن واجب آخر وعن التطوع مطلقا لا يكره فثبت أن المكروه ما قلنا يعنى صوم رمضان وهو غير بعيد من كلام الشارحين والكافى وغيرهم حيث ذكروا أن المراد من حديث التقدم التقدم بصوم رمضان قالوا ومقتضاه أن لا يكره واجب آخر أصلا وانما كره لصورة النهى فى حديث العصيان وحقيقة هذا الكلام على وجه يصح أن يكون معناه أن يترك صومه عن واجب آخر توقعا والا فبعد تأدى الاجتهاد الى وجوب كون المراد من النهى عن التقدم صوم رمضان كيف يوجب حديث العصيان منع غيره ولا فرق بين حديث التقدم وبينه فاوجب أن يحمل عليه وجب حمل الآخر عليه بعينه اذ لا فرق فى المعنى سوى تعدد السند هذا بعد حمله على السماع من النبى صلى الله عليه وسلم والله سبحانه أعلم (قوله لانه فى معنى المظنون) ولم يقل مظنون لان حقيقته تتوقف على تيقن الوجوب ثم

(قوله لانه فى معنى المظنون) لم يقل لانه مظنون لان حقيقة المظنون أن يثبت له الظن بعدو جوبه بيقين والحال أنه قد أداه فشرع فيه على ظن أنه لم يؤده ثم علم أنه أداه وأما ههنا فلم يثبت وجوبه بيقين فلم يكن مظنونا حقيقة الا أنه فى كل واحد منهما مما شرع مسقطا للواجب عنده لا ملزما كان كل منهما فى معنى الآخر (والثانى أن ينوى عن واجب آخر

(قوله لان حقيقة المظنون أن يثبت له الظن) أقول فيه تسامح وحقيقته الشئ الذى شرع فيه على ظن أنه لم يؤد الواجب والحال أنه أداه بعدو جوبه بيقين (قوله لا ملزما) أقول أى على نفسه

وهو مكروه أيضا لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام لا يصام الحديث (الا أن هذا دون الاول في الكراهة) لعدم استلزامه التشبه بأهل الكتاب وقوله (ثم ان ظهر) ظاهر وقوله (لانه منهي عنه) فيكون ناقصا وما في ذمته كامل فلا يتأدى الكامل بالناقص كالوصام يوم العيد عن واجب آخر وقوله (لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان) أي بحديث أبي هريرة رضي الله عنه لا تتقدموا على رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين انما هو (بصوم رمضان) لما سنذكروهو (لا يوجد بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى يلازم كل صوم) فان قيل فعلى هذا كان الواجب أن لا يكون صوم واجب آخر مكروها أجاب بقوله (والكراهية ههنا لصورة النهي) قال في النهاية الا انا أثبتنا الكراهة لتناول عموم نفي حديث آخر وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه الحديث وقال غيره من الشارحين لصورة النهي لا لحقيقة النهي لان النهي ورد في التقدم بصوم رمضان الا أنه لما كان مثل صوم رمضان في الفرضية أثبتنا فيه نوع كراهة (والثالث أن ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام إلا لمتطوعا (وهو) باطلاقه (حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء) بأن لا يكون موافقا لصوم كان يصومه في ذلك اليوم واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الا أن يكون صوما يصومه رجل فليصم ذلك (٥٦) الصوم وهذا نص على الجواز بناء وأجاب المصنف بقوله (والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل أوانه) وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو باطل والدليل على ذلك أن ما قبل الشهر وقت للتطوع لا لصوم الشهر فلا يتصور التقدم بالتطوع فان قيل صوم رمضان هو ما يقع فيه فكيف يتصور التقدم فيه أجيب بأن معناه أن ينوي الفرض قبل الشهر وهذا كما يقال مثلا قدم صلاة الظهر على وقتها فان معناه نواها قبل دخول وقتها فان قيل فما فائدة قوله عليه الصلاة والسلام يوم أو يومين وحكم الاكثر من ذلك كذلك أجيب بأن يوما ويومين ما وصل الى حد الكثرة فيجوز أن يتوهم بأن القليل معفو فيجوز كما في كثير من الاحكام فنفى ذلك وقوله (ثم ان وافق صوما) ظاهر وقوله (وان أفرده) يعني لم يوافق صوما يصومه قال محمد بن سلمة (الفطر أفضل احترازا عن ظاهر النهي

وهو مكروه أيضا لما روينا الا أن هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر أنه من رمضان يجزيه لوجود أصل النية وان ظهر أنه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتأدى به الواجب وقيل يجزيه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهية ههنا لصورة النهي والثالث أن ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل أوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم أفضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلاثة أيام من آخر الشهر فصاعدا وان أفرده فقد قيل الفطر أفضل احترازا عن ظاهر النهي

الشك في اسقاطه وعدمه وهو منتف لكن هذا في معناه حيث ظن أن عليه صوما (قوله وهو مكروه أيضا لما روينا) يعني لا يصام اليوم الذي يشك فيه الا تطوعا وقد عرفت أنه لا أصل له (قوله الا أن هذا دون الاول في الكراهة) لانه لم ينو رمضان الذي هو مثار النهي (قوله وهو الاصح) لان المنهي عنه وهو التقدم بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بل بصوم رمضان فقط وعلى هذا لا يكره أصلا الا أنه كره لصورة النهي أي النهي المحمول على رمضان فانه وان حمل عليه فصورته اللفظية قائمة فالتورع أن لا يحمل بساحتها أصلا وهذا يفيد أنها كراهة تنزيه التي مر رجعها الى خلاف الاولى لا غير لا لمعنى في نفس الصوم فلا يوجب نقصانا في ذاته ليمنع من وقوعه عن الكامل ولا يكون كالصلاة في الارض المغصوبة بل دون ذلك

(قوله لعدم استلزامه التشبه بأهل الكتاب) أقول فيه تأمل (قوله قال في النهاية الا انا أثبتنا الكراهة لتناول عموم نفي حديث آخر) أقول فيه بحث (قال المصنف التقدم بصوم رمضان الخ) أقول قال تاج الشريعة في شرح الهداية لان التقدم على الشيء بالشيء انما يكون من جنس ذلك الشيء فيكون التقدم على رمضان بصوم رمضان والمراد بالتقدم القصد والنية ولانه لا يمكن لهم غير ذلك فان قلت أي فائدة في تخصيص يوم أو يومين والحكم ثابت في الزيادة كذلك قلت يوم ويومان قليل وما زاد عليه كثير وان القليل عفو كما في كثير من الاحكام فنفى هذا التوهم اه قوله انما يكون من جنس ذلك الشيء ممنوع قال الله تعالى فقدموا بين يدي نجواكم صدقة ولو سلم فالصوم جنس واحد والفرضية والنفلية ليست فصلا منوعا كما صرح به الشيخ أكمل الدين في الدرس السابق بخلاف الصلاة (قوله والدليل على ذلك أن ما قبل الشهر وقت للتطوع لا لصوم الشهر فلا يتصور التقدم بالتطوع) أقول فيه بحث ولم لا يكفي الاتحاد الجنسي في صحة اطلاق التقدم (قوله أجيب بأن يوما ويومين الخ) أقول ويجوز أن يجاب بأن المحتمل هو التقدم بيوم أو يومين كما هو الواقع من الممارسين لعلم حساب النجوم وغيرهم من عوام المتفسفة وقد شاهدنا مي أتباع الشيخ ابن الوفاء ببلدتنا قسطنطينية حماها الله عن البلية

وقال نصير بن يحيى الصوم أفضل اقتداء بعلى وعائشة رضى الله عنهما فانهما كانا يصومانه) ويقولان لأن نصوم يوما من شعبان أحب الينا أن نفطر يوما من رمضان (والمختار أن يصوم المفتى بنفسه) احتياطا عن وقوع (٥٧) الفطر فى رمضان (ويفتى العامة بالتلوم)

وقد قيل الصوم أفضل اقتداء بعلى وعائشة رضى الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار أن يصوم المفتى بنفسه أخذا بالاحتياط ويفتى العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة * والرابع أن يضجع فى أصل النية بأن ينوى أن يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصومه ان كان من شعبان وفى هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى أنه ان وجد غدا غداء يفطر وان لم يجد يصوم والخامس أن يضجع فى وصف النية بأن ينوى ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب آخر وهذا مكروه لتردده بين أمرين مكروهين ثم ان ظهر أنه من رمضان أجزأه لعدم التردد فى أصل النية وان ظهر أنه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها وأصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه لما مر وان ظهر أنه من شعبان جاز عن نفله لانه يتأدى بأصل النية ولو أفسده يجب أن لا يقضيه لدخول الاسقاط فى عزيمته من وجه

ذلك على ما حققناه آنفا (قوله وقد قيل الصوم أفضل اقتداء بعائشة وعلى رضى الله عنهما فانهما كانا يصومانه) قال فى شرح الكنز لا دلالة فيه لانهما كانا يصومانه بنية رمضان وقال فى الغاية ردا على صاحب الهداية ان مذهب على رضى الله عنه خلاف ذلك ولعل المصنف ينازع فيما ذكره شارح الكنز لان المنقول من قول عائشة رضى الله عنها فى صومها الأن أصوم يوما من شعبان أحب الى من أن أفطر يوما من رمضان فهذا الكلام يفيد أنها تصومه على انه يوم من شعبان كى لا تقع فى افطار يوم من رمضان ويبعد أن تقصد به رمضان بعد حكمها بأنه من شعبان وكونه من رمضان احتمال والاولى فى التمسك على الافضلية حديث السرر فانه يفيد بعد الجمع الذى وجب على ما قدمناه الاستحباب لا الاباحة لكن بشرط أن لا يكون سببا للمفسدة فى الاعتقاد فلذا كان المختار أن يصوم المفتى بنفسه أخذا بالاحتياط ويفتى العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار حسما لمادة اعتقاد الزيادة ويصوم فيه المفتى سرا لئلا يتهم بالعصيان فانه أفتاهم بالافطار بعد التلوم لحديث العصيان وهو مشتهر بين العوام فاذا خالف الى الصوم اتهموه بالمعصية وقصة أبى يوسف صريحة فى أن من صامه من الخاصة لا يظهره للعامة وهى ما حكاه أسد بن عمرو قال أتيت باب الرشيد فأقبل أبو يوسف القاضى وعليه عمامة سوداء ومدرعة سوداء وخف أسود وزاكب على فرس أسود وما عليه شئ من البياض الا لحيته البيضاء وهو يوم شك فأفتى الناس بالفطر فقلت له أمفطر أنت فقال ادن الى فدنوت منه فقال فى اذنى أنا صائم وقوله المفتى ليس بقيد بل كل من كان من الخاصة وهو من يتمكن من ضبط نفسه عن الاضجاع فى النية وملاحظة كونه عن الفرض ان كان غدا من رمضان (قوله أجزأه لعدم التردد فى أصل النية) وعن بعض المشايخ لا يجزيه عن رمضان روى ذلك عن محمد وأصله ما ذهب اليه محمد من أنه اذا كبر ينوى الظهر والعصر على قول أبى يوسف يصير شارعا فى الظهر وعلى قول محمد لا يصير شارعا فى الصلاة أصلا لكن المسطور فى غير موضع لو نوى القضاء والتطوع كان عن القضاء عند أبى يوسف لانه أقوى وعند محمد عن التطوع لان النيتين تدافعتا فبقى مطلق النية فيقع عن التطوع ولابى يوسف ما قلنا ولان نية التطوع للتطوع غير محتاج اليها فلغت وتعينت نية القضاء فيقع عن القضاء وهذا يقتضى أن يقع عن

أى بالانتظار (الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة) أى تهمة الروافض ذكر فى الفوائد الظهيرية لا خلاف بين أهل السنة والجماعة أنه لا يصام اليوم الذى يشك فيه أنه من رمضان عن رمضان وقال الروافض يجب أن يصام يوم الشك عن رمضان وقيل معناه لو أفتى العامة بأداء النفل فيه عسى أن يقع عندهم أنه خالف رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث نهى عن صوم يوم الشك وهو أطلقه فيفتيهم بالافطار بعد التلوم نفيا لهذه التهمة (والرابع أن يضجع فى أصل النية) التضجيع فى النية الترديد فيها وكلامه ظاهر (والخامس أن يضجع فى وصف النية) وقوله (بين أمرين مكروهين) وهما صوم رمضان وواجب آخر فى هذا اليوم الا أن كراهة أحدهما وهو نية صوم رمضان أشد من الآخر وقوله (ثم ان ظهر) ظاهر وقوله (لشروعه فيه مسقطا) يعنى لا ملزما لان الكلام فيما اذا نوى عن واجب آخر على تقدير وعن فرض رمضان على تقدير فكان مسقطا للواجب عن ذمته وكذا قوله (وان نوى عن رمضان) ظاهر وقوله (لما مر) اشارة الى قوله لعدم التردد فى أصل النية

(قال المصنف ويفتى العامة بالتلوم الى وقت الزوال) أقول مشى على ما وقع فى المختصر والا فكان ينبغى أن يقول الى نصف النهار ويجوز أن يكون المراد مما فى الكتاب قرب وقت الزوال على حذف المضاف

وقوله (ومن رأى هلال رمضان وحده) ظاهر وهل يقبلها أولا لم يذكره فان كانت السماء مصحية وهو من المصر لم يقبل الامام شهادته لانه اجتمع ما يوجب القبول وهو العدالة والاسلام وما يوجب الرد وهو مخالفة الظاهر فترجح جانب الرد لان الفطر من كل وجه جائز بعذر كما في المريض والمسافر وصوم رمضان قبل رمضان لا يجوز بعذر من الاعذار فكان المصير الى ما يجوز بعذر أولى وقيد بقوله والسماء مصحية وهو من المصر لانها اذا كانت متغيمة أو جاء من خارج المصر تقبل شهادته على ما يذكر (ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط) فانها يطلق القضاء بردها شرعا كما في شهادة الفاسق وهي ههنا ممكنة لانه لما ساوى غيره في المنظر ظاهرا والنظر وحدة البصر ودقة المرئي وبعد المسافة فالظاهر عدم اختصاصه بالرؤية من بين سائر الناس ويكون غالطا فيورث شبهة عدم الرؤية (وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات) لان جهة العقوبة فيها راجحة ولهذا يجري فيها التداخل ولا تجب على المعذور والخاطئ على ما عرف في الاصول (ولو أفطر قبل أن يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه) أي في وجوب الكفارة فمن نظر الى أن المورث للشبهة وهو المذكور في الكتاب رد القاضي شهادته قال بوجوب الكفارة قبل الرد لانتفاء ما يورثها (٥٨) وتحقق الرمضانية لتيقنه بالرؤية ومن نظر الى أن يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه

قال (ومن رأى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته) لقوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وقد رأى ظاهرا وان أفطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي عليه الكفارة ان أفطر بالوقاع لانه أفطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فأورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو أفطر قبل أن يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو أكل هذا الرجل ثلاثين يوما لم يفطر الامع الامام

رمضان عند محمد لان التداخل لما أوجب بقاء مطلق النية حتى وقع عن التطوع وجب أن يقع عن رمضان لتأديته بمطلق النية ونظيره من الفروع المنقولة أيضا لو نوى قضاء رمضان وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وهو قول أبي يوسف وفي القياس وهو قول محمد يكون تطوعا لتدافع النيتين فصار كأنه صام مطلقا ووجه الاستحسان أن القضاء أقوى لانه حق الله تعالى وكفارة الظهار فيه حق له فيترجح القضاء ولو نذر صوم يوم بعينه فنوى النذر وكفارة اليمين يقع عن النذر عند محمد وفي هذه كلها ما ذكرناه من عدم بطلان مطلق النية عنده وصحة النذر لانه نفل في حد ذاته وهذا يقتضي أنه فرق بين الصوم والصلاة فانه لو بقي أصل النية في نية الظهر والعصر لكان شارعا في صلاة نفل وهو يمنعه على ما عرف في كتاب الصلاة من أنه اذا بطل وصف الفرضية لا يبقى أصل الصلاة عند محمد خلافا لابي حنيفة وأبي يوسف وهو مطالب بالفرق أو يجعل ما ذكرنا عنه في الصوم رواية توافق قولهما في الصلاة والله سبحانه أعلم (قوله وقد رأى ظاهرا) فصار شاهد الشهر وقد قال الله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولا فرق بين كون هذا الرجل من عرض الناس أو كان الامام فلا ينبغي للامام اذا رآه وحده أن يأمر الناس بالصوم وكذا في الفطر بل حكمه حكم غيره (قوله وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات) لانها التحقت بالعقوبات بدليل عدم وجوبها على المعذور والمخطئ (قوله اختلف المشايخ فيه) والصحيح أنه لا كفارة لان الشبهة

(قوله ولهذا يجري فيها التداخل) قال في التلويح حتى لو أفطر في رمضان مرارا لم يلزمه الا كفارة واحدة وكذا في رمضانين عند أكثر المشايخ (قال المصنف ومن رأى هلال رمضان) أقول قال في النهاية وفي البدائع اذا رأى الهلال وحده ورد الامام شهادته قال المحققون من مشايخنا لا رواية في وجوب الصوم عليه وانما الرواية أنه يصوم وهو محمول على الندب احتياطا قلت قال في التحفة يجب عليه وفي المبسوط عليه صومه وبعد منع الوجوب ظاهر اه ونحن نقول والمختار عند المصنف الوجوب لقوله في دليل الشافعي وحكما لوجوب الصوم عليه ولم ينقضه وقوله لان الوجوب عليه للاحتياط (قوله وهل يقبلها أولا لم يذكره الخ) أقول وفيه بحث فانه يذكره عقيب هذا الكلام بأبسط وجه وأبينه (قوله لانها اذا كانت متغيمة أو جاء من خارج المصر تقبل شهادته على ما يذكر) أقول على ما ذكره الطحاوي وهو خلاف ظاهر الرواية (قوله ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فانها يطلق القضاء بردها شرعا كما في شهادة الفاسق وهي ههنا ممكنة) أقول الضمير في قوله فانها راجع الى التهمة في قوله وهو تهمة الغلط والضمير في قوله بردها راجع الى الشهادة في قوله رد شهادته وقوله وهي راجع الى التهمة المذكورة (قوله ولا تجب على المعذور والخاطئ) أقول بل على المتعمد المتكامل جنايته فاعتبر في سببها كمال الجناية فتكون عقوبته فافهم والخاطئ كأن سبق الملحقه في المضمضة (قوله فكان يوم الفطر في حق الناس كافة) أقول يعني حكما (قال المصنف لقوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته) أقول ولعل الاظهر الاستدلال بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه

لان الوجوب عليه للاحتياط) لجواز وقوع الغلط كما روى أن عمر رضي الله عنه خرج في الناس يتفقدون الهلال فقال واحد الهلال يا أمير المؤمنين فأمر عمر رضي الله عنه أن يمسح وجهه بالماء ثم قال له أين الهلال قال فقدته فقال عمر رضي الله عنه لعل شعرة من شعرات حاجبك قامت فحسبتها هلالا (والاحتياط بعد ذلك في تأخير الافطار ولو أفطر) يعني بعد الثلاثين (لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده) وعملا بقوله عليه الصلاة والسلام وفطركم يوم تفطرون قال (واذا كان بالسماء علة (٥٩) قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال الخ) كلامه ظاهر وانما قال (غير مقبول) ولم يقل مردود لان حكمه التوقف قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا وقوله (وفي اطلاق جواب الكتاب) يعني القدوري وهو قوله قبل الامام شهادة الواحد العدل (يدخل المحدود في القذف بعد التوبة وهو ظاهر الرواية لانه خبر) أي ليس بشهادة ولهذا لم يختص بلفظ الشهادة (وعن أبي حنيفة أنها لا تقبل لانها شهادة من وجه) دون وجه من حيث ان وجوب العمل به انما كان بعد قضاء القاضي ومن حيث اختصاصه بمجلس القضاء ومن حيث اشتراط العدالة (وكان الشافعي في أحد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ماذكرنا) يعني قوله لانه أمر ديني (وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الواحد في هلال رمضان) قال ابن عباس جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني رأيت الهلال يعني هلال رمضان فقال أتشهد أن لا اله الا الله قال نعم قال أتشهد أن محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا وفيه دليل على قبول خبر الواحد كما ترى

لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تأخير الافطار ولو أفطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده قال (واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان أو امرأة حرا كان أو عبدا) لانه أمر ديني فأشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتأويل قول الطحاوي عدلا كان أو غير عدل أن يكون مستورا والعلة غيم أو غبار أو نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر ديني وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي في أحد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ماذكرنا وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان

قاعة قبل رد شهادته روى أبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال الصوم يوم نصومون والفطر يوم تفطرون فقام دليلا ما نعا من وجوب الكفارة فيما اذا أفطر الرائي وحده لان المعنى الذي به تستقيم الاخبار أن الصوم المفروض يوم يصوم الناس والفطر المفروض يوم يفطر الناس أعني بقيد العموم (قوله اعتبارا للحقيقة التي عنده) فالحاصل أن رؤيته موجبة عليه الصوم وعدم صوم الناس المتفرع عن تكذيب الشرع إياه قام فيه شبهة مانعة من وجوب الكفارة عليه ان أفطر لحكم النص من الصوم يوم يصوم الناس وعدم فطر الناس اليوم الحادي والثلاثين من صومه موجب للصوم عليه بذلك النص أيضا والحقيقة التي عنده وهو شهود الشهر وكونه لا يكون أكثر من ثلاثين بالنص شبهة فيه مانعة من وجوب الكفارة عليه اذا أفطر وعلى هذا الوقبل الامام شهادته وهو فاسق وأمر الناس بالصوم فافطر هو أو واحد من أهل بلده لزمته الكفارة وبه قال عامة المشايخ خلافا للفقيه أبي جعفر لانه يوم صوم الناس فلو كان عدلا ينبغي أن لا يكون في وجوب الكفارة خلاف لان وجه النفي كونه ممن لا يجوز القضاء بشهادته وهو منتف هنا (قوله لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول) أي في التي يتيسر تلقيها من العدول كروايات الاخبار بخلاف الاخبار بطهارة الماء ونجاسته ونحوه حيث يتحرى في خبر الفاسق فيه لانه قد لا يقدر على تلقيها من جهة العدول اذ قد لا يطلع على الحال في ذلك الامر الخاص عدل مع أنه لم يقبل خبر الفاسق بمفرده بل مع الاجتهاد في صدقه ولا يعسر في هلال رمضان ذلك لان المسلمين عامتهم متوجهون الى طلبه وفي عدولهم كثرة فلم تمس الحاجة الى قبول خبر الفاسق مع الاجتهاد فيه (قوله وتأويل قول الطحاوي الخ) المراد أن بهذا التأويل يرجع قوله الى احدى الروايتين في المذهب لا أنه يرتفع به الخلاف فان المراد بالعدل في ظاهر الرواية من ثبتت عدالته وان الحكم بقوله فرع ثبوتها ولا ثبوت في المستور وفي رواية الحسن وهي المذكورة تقبل شهادة المستور وبه أخذ الحلواني فصار بهذا التأويل أن الخلاف المتحقق في المذهب هو اشتراط ظهور العدالة أو الاكتفاء بالستر هذا وتقبل فيه شهادة الواحد على شهادة الواحد أما مع تباين الفسق فلا قائل به عندنا وعلى هذا تفرع ما لو شهدوا في تاسع عشري رمضان أنهم رأوا هلال رمضان قبل صومهم بيوم ان كانوا في هذا المصر لا تقبل شهادتهم لانهم تركوا الحسبة وان جاؤا من خارج قبلت (قوله والحجة عليه ما ذكرنا) من أنه أمر ديني (قوله وقد صح الخ) يعني به ما قدمناه من رواية أصحاب السنن الاربعة عن

(قوله لان الوجوب عليه للاحتياط) أقول يعني لا للتيقن بأنه رآه (قوله وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم وفطركم يوم تفطرون) أقول فيه شئ (قال المصنف لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول) أقول التقريب ليس بتام اذ ليس في التعليل ما يدل على عدم اعتبار قول المستور فتأمل (قوله ومن حيث اشتراط العدالة) أقول فيه شئ

ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلاثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد أنهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة قال (واذا لم تكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم) لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير أهل المحلة وعن أبي يوسف رحمه الله خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة

ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني رأيت الهلال فقال أتشهد أن لا اله الا الله قال نعم قال أتشهد أن محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا وهذا الحديث قد يتمسك به لرواية النوادر في قبول المستور لكن الحق أن لا يتمسك به بالنسبة الى هذا الزمان لان ذكره الاسلام بحضرته عليه الصلاة والسلام حين سأله عن الشهادتين ان كان هذا أول اسلامه فلا شك في ثبوت عدالته لان الكافر اذا أسلم أسلم عدلا الى أن يظهر خلافه منه وان كان إخبارا عن حاله السابق فكذلك لان عدالته قد ثبتت باسلامه فيجب الحكم ببقائها ما لم يظهر الخلاف ولم يكن الفسق غالبا على أهل الاسلام في زمانه عليه الصلاة والسلام فتعارض الغلبة ذلك الاصل فيجب التوقف الى ظهورها (قوله ثم اذا قبل الامام الخ) هكذا الرواية على الاطلاق سواء قبله لغيم أو في صحو وهو ممن يرى ذلك ولا يخفى أن المراد ما اذا لم ير الهلال ليلة الثلاثين ثم خص قول أبي حنيفة وفي الخلاصة والكافي والفتاوى أضافوا معه أبا يوسف ومنهم من استحسن ذلك في قبوله في صحو وفي قبوله لغيم أخذ بقول محمد فأما لو صاموا بشهادة رجلين فانهم يفطرون اذا صاموا ثلاثين ولم يروا ذكره في التجريد وعن القاضي أبي علي السغدي لا يفطرون وهكذا في مجموع النوازل وصحح الاول في الخلاصة ولو قال قائل ان قبلها في الصحو لا يفطرون أو في غيم أفطروا والتحقيق زيادة القوة في الثبوت في الثاني والاشتراك في عدم الثبوت أصلا في الاول فصار كالواحد لم يبعد (قوله بشهادة الواحد) متصل بثبوت الرمضانية لا بثبوت الفطر فهو معنى ما أجاب به محمد ابن سماعة حين قال له يثبت الفطر بشهادة الواحد فقال لا بل بحكم الواحد بثبوت رمضان فانه لما حكم الحاكم بثبوته وأمر الناس بالصوم فبالضرورة يثبت الفطر بعد ثلاثين يوما (قوله كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة) فانه تقبل شهادتها على النسب فيثبت به مع المؤيد عنده وعندهما مطلقا ثم يثبت استحقاق الارث بناء على ثبوت النسب وان كان لا يثبت الارث ابتداء بشهادتها وحدها ﴿فرع﴾ اذا صام أهل مصر رمضان على غير رؤية بل باكمال شعبان ثمانية وعشرين يوما ثم رأوا هلال شوال ان كانوا أكملوا عدة شعبان عن رؤية هلاله اذا لم يروا هلال رمضان قضوا يوما واحدا حملا على نقصان شعبان غير أنه اتفق أنهم لم يروا ليلة الثلاثين وان أكملوا عدة شعبان عن غير رؤية قضوا يومين احتياطا لاحتمال نقصان شعبان مع ما قبله فانهم لما لم يروا هلال شعبان كانوا بالضرورة مكملين رجب (قوله يوهم الغلط) الاولى أن يقال ظاهر في الغلط فان مجرد الوهم متحقق في البينات الموجبة للحكم ولا يمنع ذلك قبولها بل التفرد من بين الجم الغفير بالرؤية مع توجههم طالبين لما توجه هو اليه مع فرض عدم المانع وسلامة الابصار وان تفاوتت الابصار في الحدة ظاهر في غلطه كتفرد ناقل زيادة من بين سائر أهل مجلس مشاركين له في السماع فانها ترد وان كان ثقة مع أن التفاوت في حدة السمع أيضا واقع كما هو في الابصار مع أنه لا نسبة لمشاركيه في السماع بمشاركيه في التراثي كثرة والزيادة المقبولة ما علم فيه تعمد المجالس أو جهل فيه الحال من الاتحاد والتعدد وقوله لان التفرد لا يريد تفرد الواحد والا أفاد قبول الاثنين وهو منتف بل

وقوله (وصاموا ثلاثين يوما) يعني ولم يروا الهلال (لا يفطرون) ومبنى ما روى عن محمد ما تقرر أن الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت ابتداء كبيع الطريق والشرب وقوله (كاستحقاق الارث بناء على النسب) انما يصح على قولهما دون قول أبي حنيفة رحمهم الله وقوله (واذا لم تكن بالسماء علة) ظاهر

وقوله (ولا فرق بين أهل المصر) أى لا فرق فى عدم القبول اذا لم يكن بالسماء علة بين أهل المصر (ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوى أنه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه) أى الى ماذكره الطحاوى (الاشارة فى كتاب الاستحسان) ولفظه فان كان الذى شهد بذلك فى المصر ولا علة فى السماء لم تقبل شهادته ووجه الاشارة أن التقييد فى الرواية يدل على نفى ماعداه فكان تخصيصه بالمصر ونفى العلة فى عدم قبول الشهادة دليلا على قبولها اذا كان الشاهد (٦١) خارج المصر أو كان فى السماء علة

ولا فرق بين أهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوى أنه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة فى كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع فى المصر قال (ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر) احتياطا وفى الصوم الاحتياط فى الايجاب قال (واذا كان بالسماء علة لم يقبل فى هلال الفطر الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فأشبه سائر حقوقه والاضحى كالفطر فى هذا فى ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحى (وان لم يكن بالسماء علة لم يقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم) كما ذكرنا قال (ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثانى الى غروب الشمس) لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض الى أن قال ثم أتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل

(وكذا اذا كان فى مكان مرتفع فى المصر) تقبل وقوله (ومن رأى هلال الفطر) واضح وكذا قوله (واذا كان بالسماء علة) وقوله (وهو الاصح) احترازعما روى فى النوادر عن أبى حنيفة أنه كهلال رمضان لانه تعلق به أمر دينى وهو ظهور وقت الحج وقوله (لانه تعلق به نفع العباد) دليل الاصح وقوله (وان لم يكن بالسماء علة) يعنى فى هلال الفطر وقوله (كما ذكرنا) اشارة الى قوله لان التفرد بالرؤية فى مثل هذه الحالة الخ وقوله (ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثانى) قيل العبرة لاول طلوعه وقيل لاستنارته وانتشاره قال شمس الائمة الحلوانى الاول أحوط والثانى أرفق وقوله (والخيطان) يعنى أن الخيط الابيض هو أول ما يبدو من الفجر الصادق وهو المستطير أى المنتشر المعترض فى الافق كالخيط الممدود والخيط الاسود ما يمتد معه من غبش الليل وهو الفجر المستطيل والكاذب ذنب السرحان

المراد تفرد من لم يقع العلم بخبرهم من بين أضعافهم من الخلائق ثم عن أبى يوسف ان الذين يوجب خبرهم الحكم فى خصوص هذه الحالة خمسون اعتبارا بالقسامة وعن خلف خمسمائة يبلغ قليل فيخارى لا تكون أدنى من بلخ. فلذا قال البقالى الالف بخارى قليل والحق ماروى عن محمد وأبى يوسف أيضا أن العبرة لتواتر الخبر ومجيئه من كل جانب وهلال الفطر فى الصحو كرمضان وفى غيره بخلافه فلا يثبت الا باثنين أو رجل وامرأتين (قوله ولا فرق بين أهل المصر ومن ورد من خارج المصر) يعنى فى ظاهر الرواية وما عن الطحاوى من الفرق خلاف ظاهر الرواية وكذا ما يشير اليه كتاب الاستحسان حيث قال فان كان الذى يشهد بذلك فى المصر ولا علة فى السماء لم تقبل شهادته لان الذى يقع فى القلب من ذلك أنه باطل فان القيود المذكورة تفيد بمفهوماتها المخالفة الجواز عند عدمها (قوله لم يفطر) قيل معنى قول أبى حنيفة لا يفطر لا يأكل ولا يشرب ولكن لا ينوى الصوم والتقرب الى الله تعالى لانه يوم عيد فى حقه للحقيقة التى عنده ولا يخفى أن التعليل بالاحتياط ينافى تأويل قوله بذلك وقيل ان أيقن أفطر ويأكل سرا وعلى القول بأنه لا يفطر لو أفطر يقضى ثم منهم من قال لا كفارة عليه بلا خلاف ومنهم من حكى فى لزومها الخلاف بعد رد شهادته وقبله والصحيح عدم لزومها فيهما ولو شهد هذا الرجل عند صديق له فأكل لا كفارة عليه وان كان صدقه (قوله فأشبه سائر حقوقه) وعن هذا شرط العدد والحرية فى الرائى وأما لفظة الشهادة ففى فتاوى قاضيخان ينبغى أن تشترط كما تشترط الحرية والعدد وأما الدعوى فينبغى أن لا تشترط كما فى عتق الامة وطلاق الحرة عند الكل وعتق العبد فى قول أبى يوسف ومحمد وأما على قياس قول أبى حنيفة فينبغى أن تشترط الدعوى فى هلال الفطر وهلال رمضان اه وعلى هذا اذا كروا من أن من رأى هلال رمضان فى الرستاق وليس هنالك وال ولا قاض فان كان ثقة يصوم الناس بقوله وفى الفطر ان أخبر عدلان برؤية الهلال لا بأس بأن يفطر وا يكون الثبوت فيه بلا دعوى وحكم للضرورة أرأيت لو لم ينصب فى الدنيا امام ولا قاض حتى عصوا بذلك أما كان يصام بالرؤية فهذا الحكم فى محال وجوده (قوله لانه تعلق به نفع العباد) تعليل لظاهر الرواية وفى التحفة رجح رواية النوادر فقال والصحيح

شبهها بالخيطين أبيض وأسود وموضعه علم البيان واكتفى ببيان الخيط الابيض بقوله من الفجر عن بيان الاسود لان البيان فى أحدهما بيان فى الآخر

(قال المصنف ولا فرق بين أهل المصر ومن ورد من خارج المصر) أقول قال فى الكنز ولا عبرة لاختلاف المطالع قال الزيلعى فى شرحه والاشبه أن يعتبر لان كل قوم مخاطبون بما عندهم الى قوله هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اه ونحن نقول جواب قصة

وقوله (والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية) قيل هو منقوض طردا وعكسا أما عكسا فبأكل الناسي فان صومه باق والامساك فائت وأما طردا فبمن أكل قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر لما أن النهار اسم لزمان هو مع الشمس وكذلك في الحائض والنفساء فان هذا المجموع موجود والصوم فائت وأجيب عن الاول بمنع فوت الامساك لان المراد به الامساك الشرعي وهو موجود وعن الثاني بان المراد بالنهار النهار الشرعي وهو اليوم بالنص وهو قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض الآية وعن الحائض بان الحائض خرجت عن أهلية الاداء شرعا وقوله (والطهارة عن الحيض والنفاس شرط) المراد بالطهارة منهما عدمهما لا أن يكون المراد بها الاغتسال

﴿باب ما يوجب القضاء والكفارة﴾

لما فرغ من بيان أنواع الصوم وتفسيره شرع في بيان ما يجب عند ابطاله لانه أمر عارض على الصوم فناسب أن يذكر مؤخرا (واذا أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسيا لم يفطر والقياس أن يفطر وهو قول مالك رحمه الله لوجود ما يضاد الصوم) ووجود مضاد الشئ معدم له لاستحالة وجود الضدين معا (فصار كالكلام ناسيا في الصلاة وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم للذي أكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما أطعمك الله وسقاك) قيل هذا الحديث معارض للكتاب وهو قوله تعالى ثم أتموا الصيام فان الصيام امساك وقد فات فالآية تدل على بطلانه لان انتفاء ركن الشئ يستلزم انتفاءه لامحالة والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب تركه وأجيب بأن في الكتاب دلالة على أن النسيان معفو عنه لقوله تعالى ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا وسلم

(والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية) لانه في حقيقة اللغة هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع لورود الاستعمال فيه الا أنه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار أولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء

﴿باب ما يوجب القضاء والكفارة﴾

قال (واذا أكل الصائم أو شرب أو جامع نهارا ناسيا لم يفطر) والقياس أن يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلاة وجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي أكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما أطعمك الله وسقاك

أنه يقبل فيه شهادة الواحد لان هذا من باب الخبر فانه يلزم المخبر أولا ثم يتعدى منه الى غيره اه وأيضا فانه يتعلق به أمر ديني وهو وجوب الاضحية وهو حق الله تعالى فصار كهلال رمضان في تعلق حق الله به فيقبل في الغيم الواحد العدل ولا يقبل في الصحو الا التواتر (قوله والصوم هو الامساك الخ) نقض طرده بامساك الحائض والنفساء لذلك فانه يصدق عليه ولا يصدق الحد وبمن أمسك من طلوع الشمس كذلك بعد ما أكل بعد الفجر بناء على أن النهار اسم لما من طلوع الشمس الى الغروب وعكسه بأكل الناسي فانه يصدق معه الحد ولا يصدق الصوم الشرعي وهو الحد وهذا فساد العكس وجعل في النهاية امساك الحائض والنفساء مفسدا للعكس وجعل أكل الناسي مفسدا للطرد والتحقيق ما أسمعتك وأجيب بأن الامساك موجود مع أكل الناسي فان الشرع اعتبر أكله عدما والمراد من النهار اليوم في لسان الفقهاء وبالحيض والنفاس خرجت عن الاهلية للصوم شرعا ولا يخفى ما في هذه الاجوبة من العناية والحد الصحيح امساك عن المفطرات منوي لله تعالى باذنه في وقته وما قدمناه في أول الباب معناه وهو تفصيل هذا

﴿باب ما يوجب القضاء والكفارة﴾

(قوله ناسيا لم يفطر) الا فيما اذا أكل ناسيا فقيل له أنت صائم فلم يتذكر واستمر ثم تذكر فانه يفطر عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أخبر بأن الاكل حرام عليه وخبر الواحد حجة في الديانات فكان يجب أن يلتفت الى تأمل الحال وقال زفر والحسن لا يفطر لانه ناس (قوله فصار كالكلام ناسيا في الصلاة) وكترك النية فيه وكالجماع في الاحرام والاعتكاف ناسيا فان ذلك كله يفسد مع النسيان (قوله وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام الخ) في الصحيحين وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه

كريب أنه لم يأت بلفظ الشهادة ولو سلم فهو واحد لا يثبت بشهادته وجوب القضاء على القاضي وتفصيله في شرح ابن الهمام فراجعه وقال ابن الهمام وجه عدم اعتبار الاختلاف عموم الخطاب في قوله صوموا معلقا بمطلق الرؤية في قوله لرؤيته وبرؤية قوم يصدق اسم الرؤية فيصدق ما تعلق به من عموم الحكم فيثبت الوجوب بخلاف الزوال وأخيه فانه لم يثبت تعلق عموم الوجوب بمطلق مسماه في خطاب من الشارع والله أعلم اه وفيه تأمل

﴿باب ما يوجب القضاء والكفارة﴾

(قوله وأجيب بأن في الكتاب دلالة على أن النسيان معفو عنه لقوله تعالى ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا الخ) أقول فيه بحث

أو أخطأ فكان الحديث موافقا للكتاب فيعمل به ويحمل قوله تعالى ثم أتموا الصيام على حالة انتفاء الاتمام عمدا لان الاتمام فعل اختياري فيكون ضده المفوت له كذلك والنسيان ليس باختياري فلا يفوته (٦٣) فان قيل سلمنا ذلك لكن النص ورد في الاكل والشرب

واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلاة لان هيئة الصلاة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل ولو كان مخطئا أو مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي رحمه الله فانه يعتبره بالناسي ولنا أنه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلاة قال (فان نام فاحتلم لم يفطر)

وسلم قال من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه وحمله على أن المراد بالصوم اللغوي فيكون أمرا بالامساك بقية يومه كالحائض اذا طهرت في أثناء اليوم ونحوه مدفوع أولا بأن الاتفاق على أن الحمل على المفهوم الشرعي حيث أمكن في لفظ الشارع واجب فان قيل يجب ذلك للدليل على البطلان وهو القياس الذي ذكرناه قلنا حقيقة النص مقدم على القياس لو تم فكيف وهو لا يتم فانه لا يلزم من البطلان مع النسيان فيما له هيئة مذكرة البطلان معه فيما لا مذكر فيه وهيئة الاحرام والاعتكاف والصلاة مذكرة فانها تخالف الهيئة العادية ولا كذلك الصوم والنسيان غالب للانسان فلا يلزم من عدم عذره بالنسيان مع تلك عدم عذره به مع الصوم وثانيا بأن نفس اللفظ يدفعه وهو قوله فليتم صومه وصومه انما كان الشرعي فاتمام ذلك انما يكون بالشرعي وثالثا بأن في صحيح ابن حبان وسنن الدارقطني أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني كنت صائما فأكلت وشربت ناسيا فقال عليه الصلاة والسلام أتم صومك فان الله أطعمك وسقاك وفي لفظ ولا قضاء عليك ورواه البزار بلفظ الجماعة وزاد فيه ولا تفطر وفي صحيح ابن حبان أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال من أفطر في رمضان ناسيا فلا قضاء عليه ولا كفارة ورواه الحاكم وصححه قال البيهقي في المعرفة تفرد به الانصاري عن محمد بن عمرو وكلهم ثقات (قوله للاستواء في الركنية) الركن واحد وهو الكف عن كل منهما فتساوت كلها في أنها متعلق الركن لا يفضل واحد منها على أخويه بشئ في ذلك فاذا ثبت في فوات الكف عن بعضها ناسيا عذره بالنسيان وابقاء صومه كان ثابتا أيضا في فوات الكف ناسيا عن أخويه بحكم بذلك كل من علم ذلك الاستواء ثم علم ذلك الثبوت وان لم يكن من أهل الاجتهاد هذا ومن رأى صائما يأكل ناسيا ان رأى قوة تمكنه أن يتم صومه بلا ضعف المختار أنه يكره أن لا يخبره وان كان بحال يضعف بالصوم ولو أكل يتقوى على سائر الطاعات يسعه أن لا يخبره ولو بدأ بالجماع ناسيا فتذكر ان نزع من ساعته لم يفطر وان دام على ذلك حتى أنزل فعليه القضاء ثم قيل لا كفارة عليه وقيل هذا اذا لم يحرك نفسه بعد التذكر حتى أنزل فان حرك نفسه بعده فعليه الكفارة كما لو نزع ثم أدخل ولو جامع عامدا قبل الفجر وطلع وجب النزع في الحال فان حرك نفسه بعده فهو على هذا تطيره مالوا ولج ثم قال لها ان جامعتك فأنت طالق أو حرة ان نزع أو لم ينزع ولم يتحرك حتى أنزل لا تطلق ولا تعتق وان حرك نفسه طلقت وعتقت ويصير مراجعا بالحركة الثانية ويجب للامة العقر ولا حد عليهما (قوله فانه يعتبره بالناسي) بجامع أنه غير قاصد للجناية فيعذر بل هو أولى لانه غير قاصد للشرب ولا للجناية والناسي قاصد للشرب غير قاصد للجناية ولقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان الحديث وقد تقدم في الصلاة تخريجه والجواب عنه وأما الجواب عن الحاقه فما ذكره المصنف بقوله (ولنا أنه) أي عذر الخطأ والاكراه (لا يغلب وجوده) أما الاكراه فظاهر وكذا الخطأ اذ مع التذكر وعدم قصد الجناية الاحتراز عن الافساد قائم بقدر الوسع وقلما يحصل الفساد مع ذلك بخلاف حالة عدم التذكر مع قيام مطالبة الطبع بالمفطرات فانه يكثر معه الافساد ولا يلزم من كونه عذرا فيما يكثر وجوده مثله فيما

على خلاف القياس فكيف تعدى الى الجماع أجاب بقوله (واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية) يعني ثبت بالدلالة لا بالقياس لان كلا منهما نظير الآخر في كون الكف عن كل منهما ركنا في باب الصوم وقوله (بخلاف الصلاة) جواب عن قوله فصار كالكلام ناسيا في الصلاة وهو واضح وكذا قوله (ولا فرق بين الفرض والنفل) وقوله (ولو كان مخطئا) بأن كان ذاكرا للصوم غير قاصد للشرب فتمضمض فسبقه الماء فدخل حلقه (أو مكرها فعليه القضاء) عندنا (خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي) فان الناسي قاصد الشرب دون الخاطئ فاذا كان فعل القاصد معفوا ففعل غير القاصد أولى (ولنا أنه لا يغلب وجوده) أي الاعتبار فاسد لانه على خلاف القياس وكذا الالحاق بالدلالة لانه ليس في معنى النسيان فان النسيان غالب الوجود والخطأ والاكراه ليسا كذلك (ولان النسيان من قبل صاحب الحق) بخلاف غيره (فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلاة) فان المقيد اذا صلى قاعدا بعذر القيد قضى بخلاف المريض (فان نام فاحتلم لم يفطر

(قوله ويحمل قوله تعالى ثم أتموا الصيام على حالة انتفاء الاتمام) أقول فيه بحث (قوله والنسيان ليس باختياري فلا يفوته) أقول فيه بحث

لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم توجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة (وكذا اذا نظر الى امرأة فأمنى) لما بينا فصار كالمتفكر اذا أمنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا (ولو أدهن لم يفطر) لعدم المنافي (وكذا اذا احتجم) لهذا ولما روينا

لا يكثر ولان الوصول الى الجوف مع التذكر في الخطا ليس الا لتقصيره في الاحتراز فيناسب الفساد اذ فيه نوع اضافة اليه بخلاف النسيان فانه برمته مندفع اليه من قبل من الامساك حقه تعالى وتقدس فكان صاحب الحق هو المفوت لما يستحقه على الخلوص ولذا أضافه عليه الصلاة والسلام اليه تعالى حيث قال تم على صومك فانما أطعمك الله وسقاك وحقيقة هذا التعليل يقطع نسبته الى المكلف فلا يكون ملزما عليه شيأ اذ لم يقع من جهته تفويت فظهر ظهورا ساطعا عدم لزوم اعتبار الصوم قائما مع الخطا والاكراه لاعتباره قائما مع النسيان وصار مع الناسي كالمقيد مع المريض في قضاء الصلاة التي صليناها قاعدين حيث يجب القضاء على المقيد لا المريض وحكم النائم اذا صب في حلقه ما يفطر حكم المكره فيفطر * واعلم أن أبا حنيفة كان يقول أولا في المكره على الجماع عليه القضاء والكفارة لانه لا يكون الا بانتشار الآلة وذلك أمارة الاختيار ثم رجع وقال لا كفارة عليه وهو قولهما لان فساد الصوم يتحقق بالايلاج وهو مكره فيه مع أنه ليس كل من انتشرت آلته يجامع (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث لا يفطرن الصيام) رواه الترمذي ثلاث لا يفطرن الصائم الحجامة والقيء والاحتلام وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه وهو ضعيف وذكره البزار من حديث أخي عبد الرحمن وهو أسامة بن زيد بن أسلم عن أبيه مسندا وضعفه أيضا أحمد كابن معين لسوء حفظه وان كان رجلا صالحا وقال النسائي ليس بالقوي وأخرجه الدارقطني بطريق آخر فيه هشام بن سعد عن زيد بن أسلم وهشام هذا ضعفه النسائي وأحمد وابن معين ولينه ابن عدي وقال يكتب حديثه وقال عبد الحق يكتب حديثه ولا يحتج به لكن قد احتج به مسلم واستشهد به البخاري ورواه البزار أيضا من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يفطرن الصائم القيء والحجامة والاحتلام قال وهذا من أحسنها اسنادا وأصحها اه وفيه سليمان بن حبان قال ابن معين صدوق وليس بحجة وأخرجه الطبراني من حديث ثوبان وقال لا يروى عن ثوبان الا بهذا الاسناد تفرد به ابن وهب فقد ظهر أن هذا الحديث يجب أن يرتقي الى درجة الحسن لتعدد طرقه وضعف رواته انما هو من قبل الحفظ لا العدالة فالتضافر دليل الاجادة في خصوصه والمراد من القيء ما ذرع الصائم على ما سيظهر (قوله وكذا اذا نظر الى امرأة) بشهوة الى وجهها أو فرجها كرر النظر أولا يفطر اذا أنزل (لما بينا) أنه لم توجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن مباشرة وهو حجة على مالك في قوله اذا كرره فأنزل أفطر وما روى عنه عليه الصلاة والسلام لا تتبع النظرة النظرة فانما لك الاولى المراد به الحل والحرمة وليس يلزم من الحظر الافطار بل انما يتعلق بفوات الركن وهو بالجماع لا بكل انزال لعدم الفطر فيما اذا أنزل بالتفكر في جمال امرأة فانه لم يفطر وغاية ما يجب أن يعتبر معنى الجماع كالجماع وهو أيضا منتف لانه الانزال عن مباشرة لا مطلقا لما ذكرنا (قوله على ما قالوا) عادته في مثله افادة الضعف مع الخلاف وعامة المشايخ على الافطار وقال المصنف في التجنيس انه المختار كأنه اعتبرت المباشرة المأخوذة في معنى الجماع أعم من كونها مباشرة الغير أولا بأن يراد مباشرة هي سبب الانزال سواء كان مباشرة مما يشتهى عادة أولا ولهذا أفطر بالانزال في فرج البهيمة والميتة وليس مما يشتهى عادة هذا ولا يحمل الاستمناء بالكف ذكر المشايخ فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال فاعل اليد ملعون فان غلبته الشهوة ففعل ارادة تسكينها به فالرجاء أن لا يعاقب (قوله لهذا) أي عدم المنافي (ولما روينا) من حديث ثلاث لا يفطرن الصائم ومذهب أحد أن الحجامة تفطر لقوله عليه الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم رواه الترمذي وهو معارض بما روينا

(لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم توجد صورة الجماع ولا معناه) أما الاول فلعدم ايلاج الفرج في الفرج وأما الثاني فلعدم الانزال عن شهوة بالمباشرة أعني بمس الرجل المرأة (وكذا اذا نظر الى) وجه (امرأة) أو فرجها (فأمنى) أي أنزل المني لا يفطر (لما بينا) أنه لم يوجد الجماع صورة ولا معنى (فصار كالمتفكر) في امرأة حسناء اذا أمنى (وكالمستمني بالكف) يعني اذا عالج ذكره بكفه حتى أمنى لم يفطر (على ما قالوا) أي المشايخ وهو قول أبي بكر الاسكاف وأبي القاسم لعدم الجماع صورة ومعنى وعامتهم على أنه يفسد صومه قال المصنف في التجنيس الصائم اذا عالج ذكره بيده حتى أمنى يجب عليه القضاء هو المختار لانه وجد الجماع معنى قيل فيه نظر لان معنى الجماع يعتمد المباشرة على ما قلنا ولم توجد وأجيب بأن معناه وجد ما هو المقصود من الجماع وهو قضاء الشهوة وهل يحل له أن يفعل ذلك ان أراد الشهوة لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام ناكح اليد ملعون وان أراد تسكين ما به من الشهوة أرجو أن لا يكون عليه وبال (ولو أدهن أو احتجم لم يفطر لعدم المنافي) وقوله (لما روينا) يعني به قوله عليه الصلاة والسلام ثلاث لا يفطرن الصائم الحديث

(ولو اكتحل لم يفطر) وان وجد طعمه فى حلقه (لانه ليس بين العين والدماغ منفذ) فاذا وجد فى حلقه من طعمه انما هو أثره لا عينه فان قيل لو لم يكن بينهما منفذ لما خرج الدمع أجاب بأن الدمع يترشح كالعرق يعنى أنه داخل من المسام والداخل منها لا ينافى (كما اذا اغتسل بالماء البارد) فوجد برودة الماء فى كبده فان قيل هذا تعليل فى مقابلة النص وهو باطل وذلك لما روى معبد بن هوذة الانصارى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال عليكم بالاثمد المروح وقت النوم وليتقه الصائم أجيب بأن النبى صلى الله عليه وسلم ندب الى صوم عاشوراء والاكتحال فيه وقد أجمعت الامة على الاكتحال يوم عاشوراء فهو راجح على الاول (٦٥) (ولو قبل ولم ينزل لم يفسد صومه لعدم المنافى صورة ومعنى)

(ولو اكتحل لم يفطر) لانه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافى كما لو اغتسل بالماء البارد (ولو قبل لا يفسد صومه) يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافى صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هناك أدير على السبب على ما يأتى فى موضعه ان شاء الله (وان أنزل بقبلة أو لمس فعليه القضاء دون الكفارة) لوجود معنى الجماع ووجود المنافى صورة أو معنى يكفى لايجاب القضاء احتياطا أما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود (ولا بأس بالقبلة اذا أمن على نفسه) أى الجماع أو الانزال (ويكره اذا لم يأمن) لان عينه ليس بمفطر وربما يصير مفطرا بعاقبته فان أمن يعتبر عينه وأبيح له وان لم يأمن تعتبر عاقبته وكره له والشافعى أطلق فيه فى الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة الفاحشة مثل التقبيل فى ظاهر الرواية وعن محمد أنه كره المباشرة الفاحشة

وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم واحتجم وهو صائم رواه البخارى وغيره وقيل لأنس أكنتم تكرهون الحجامة للصائم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا الا من أجل الضعف رواه البخارى وقال أنس أول ما كرهت الحجامة للصائم أن جعفر بن أبى طالب احتجم وهو صائم فمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أفطر هذان ثم رخص عليه الصلاة والسلام فى الحجامة بعد للصائم وكان أنس يحتجم وهو صائم رواه الدارقطنى وقال فى رواته كلهم ثقات ولا أعلم له علة (قوله ولو اكتحل لم يفطر) سواء وجد طعمه فى حلقه أو لا لان الموجود فى حلقه أثره داخلا من المسام والمفطر الداخل من المنافذ كالمدخل والمخرج لا من المسام الذى هو خلل البدن للاتفاق فيمن شرع فى الماء يجد برده فى بطنه ولا يفطر وانما كره أبو حنيفة ذلك أعنى الدخول فى الماء والتلفف بالثوب المبلول لما فيه من اظهار الضجر فى اقامة العبادة لا لانه قريب من الافطار ولو بزق فوجد لون الدم فيه الاصح أنه لا يفطر وقيل يفطر لتحقق وصول دم الى بطن من بطونه وهو قول مالك وسنذكر الخلاف فيها (قوله بخلاف الرجعة الخ) أى لو قبل المطلقة الرجعية صار مراجعا وبالقبلة أيضا مع شهوة ينتشر لها الذكر تثبت حرمة أمهات المقبلة وبناتها (لان الحكم) وهو ثبوت الرجعة وحرمة المصاهرة (أدير على السبب) لانه يؤخذ فيهما بالاحتياط فتعدى من الحقيقة الى الشبهة فأقيم السبب فيه مقام المسبب أعنى الوطء (قوله أما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات) فكانت عقوبة وهى أعلى عقوبة للافطار فى الدنيا فتوقف لزومها على كمال الجناية ولو قال بالواو كانا تعليلين وهو أحسن ويكون نفس قوله تفتقر الى كمال الجناية تعليلا أى لا تجب لانها تفتقر الى كمال الجناية اذ كانت أعلى العقوبات فى هذا الباب ولانها تندرئ بالشبهات وفى كون ذلك مفطرا شبهة حيث كان معنى الجماع لا صورته فلا تجب (قوله لان عينه) ذكر على معنى التقبيل وفى الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل ويباشر وهو صائم وعن أم سلمة رضى الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبلها وهو صائم متفق عليه والمس فى جميع ما ذكرنا كالتقبيل (قوله مثل التقبيل) وروى أبو داود باسناد جيد عن أبى هريرة أنه عليه الصلاة والسلام

(٩ — فتح القدير ثانى) أبلغ منها وهى الجماع صورة ومعنى وقوله (ولا بأس بالقبلة اذا أمن على نفسه) اختلف المشايخ فى مرجع هذا الضمير فى قول محمد فقال بعضهم أراد به الامن عن الوقوع فى الجماع وقال بعضهم أراد به الامن من خروج المنى وقوله (ويكره اذا لم يأمن) واضح وقوله (والشافعى أطلق فيه فى الحالين) أى فى جواز القبلة فى حال أمنه على نفسه وعدمه (والحجة عليه ما ذكرنا) يعنى قوله لان عينه ليس بمفطر الخ (والمباشرة الفاحشة) وهى أن يعانقها متجردين ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها (مثل التقبيل فى ظاهر الرواية) يكره اذا لم يأمن ولا يكره اذا أمن (وعن محمد) وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة (أنه كره المباشرة الفاحشة) للصائم

(قوله اختلف المشايخ فى مرجع هذا الضمير فى قول محمد رحمه الله فقال بعضهم الخ) أقول فيه بحث فانه ليس فيه بيان مرجع الضمير

(لانها قلما تخلو عن الفتنة) وقوله (واختلفوا) يعني المشايخ (في المطر والثلج) فقال بعضهم المطر يفسد والثلج لا يفسد وقال بعضهم على العكس وقال عامتهم بافسادهما وهو الصحيح لحصول المفطر معنى و (لامكان الاحتراز عنه اذا آواه خيمة أو سقف ولو أكل لحما بين أسنانه فان كان قليلا لم يفطر

وان كان كثيرا يفطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة) ولو أكل القليل من خارج أفطر على ما يذكر فكذا اذا أكل من فمه (ولنا أن القليل تابع لاسنانه) لانه لا يمكن الاحتراز عنه فكان (بمنزلة ريقه) ولو ابتلع ريقه لم يفسد (بخلاف الكثير لانه لا يبقى بين الاسنان) فكان الاحتراز عنه ممكنا (والفاصل) ان كان (مقدار الحمصة) فهو كثير (وما دونها قليل) بخلاف قدر الدرهم في باب النجاسة فانه الفاصل بين القليل والكثير وهو داخل في القليل لانه أخذ من قدر موضع الاستنجاء وذلك القدر في الاستنجاء معفو بالاجماع حتى لم يفترض الاستنجاء واكتفى في اقامة سنة الاستنجاء بالحجر والمدر وهو لا يقلع النجاسة فصار قدر الدرهم معفوا في غير موضع الاستنجاء أيضا قياسا عليه وأما ههنا فقدر الحمصة لا يبقى في فرج الاسنان غالبا فلا يمكن الحاقه بالريق فصار كثيرا وقوله (وان أخرجه وأخذه بيده) ظاهر

لانها قلما تخلو عن الفتنة (ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر) وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان أنه لا يستطاع الاحتراز عنه فأشبه الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والاصح أنه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا آواه خيمة أو سقف (ولو أكل لحما بين أسنانه فان كان قليلا لم يفطر وان كان كثيرا يفطر) وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا أن القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل (وان أخرجه وأخذه بيده

سأله رجل عن المباشرة للصائم فرخص له وأتاه آخر فنهاه فاذا الذي رخص له شيخ والذي نهاه شاب وهذا يفيد التفصيل الذي اعتبرناه (والمباشرة كالتقبيل في ظاهر الرواية خلافا لمحمد في المباشرة الفاحشة) وهي تجردهما متلازقي البطنين وهذا أخص من مطلق المباشرة وهو المفاد في الحديث فجعل الحديث دليلا على محمد محل نظر اذ لا عموم للفعل المثبت في أقسامه بل ولا في الزمان وفهمه فيه من ادخال الراوي لفظ كان على المضارع وقول محمد هو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله لانها قلما تخلو عن الفتنة) قلنا الكلام فيما اذا كان بحال يأمن فان خاف قلنا بالكراهة والأوجه الكراهة لانها اذا كانت سببا غالبا تنزل سببا فأقل الامور لزوم الكراهة من غيره لاحظة تحقق الخوف بالفعل كما هو قواعد الشرع (قوله فأشبه الغبار والدخان) اذ ادخلا في الحلق فانه لا يستطاع الاحتراز عن دخولهما الدخول هما من الانف اذا طبق الفم وصار أيضا كبلل يبقى في فيه بعد المضمضة ونظيره ما في الخزانة اذا دخل دموعه أو عرقه حلقه وهو قليل كقطرة أو قطرتين لا يفطر وان كان أكثر بحيث يجد ملوحته في الحلق فسد وفيه نظر لان القطرة يجد ملوحتها فالاولى عندي الاعتبار بوجدان الملوحة لصحيح الحس لانه لا ضرورة في أكثر من ذلك القدر وما في فتاوى قاضيخان لو دخل دمعه أو عرق جبينه أو دم رعافه حلقه فسد صومه يوافق ما ذكرنه فانه علق بوصوله الى الحلق ومجرد وجدان الملوحة دليل ذلك (قوله اذا آواه خيمة أو سقف) يقتضي أنه لو لم يقدر على ذلك بأن كان سائرا مسافرا لم يفسد فالاولى تعليل الامكان بتيسر طبق الفم وفتحه أحيانا مع الاحتراز عن الدخول ولو دخل فمه المطر فابتلعه لزمته الكفارة ولو خرج دم من أسنانه فدخل حلقه ان ساوى الريق فسد والا لا ولو استشم الخياط من أنفه حتى أدخله الى فمه وابتلعه عمدا لا يفطر ولو خرج ريقه من فيه فأدخله وابتلعه ان كان لم ينقطع من فيه بل متصل بما في فيه كالخيط فاستشربه لم يفطر وان كان انقطع فأخذه وأعاده أفطر ولا كفارة عليه كما لو ابتلع ريق غيره ولو اجتمع في فيه ثم ابتلعه يكره ولا يفطر ولو اختلط بالريق لون صبغ ابريسم يعمله مخرجا للخيط من فيه فابتلع هذا الريق ذاكرا لصومه أفطر (قوله له حكم الظاهر) فالادخال منه كالادخال من خارجه ولو شد الطعام بخيط فأرسله في حلقه وطرفه بيده لا يفسد صومه الا اذا انفصل منه شئ (قوله ولنا أن القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه) فلا يفسد كما لا يفسد بالريق وانما اعتبر تابعا لانه لا يمكن الامتناع عن بقاء أثر تام من المأكل حوالي الاسنان وان قل ثم يجري مع الريق التابع من محله الى الحلق فامتنع تعليق الافطار بعينه فيعلق بالكثير وهو ما يفسد الصلاة لانه اعتبر كثيرا في فصل الصلاة ومن المشايخ من جعل

بل بيان مفعول آمن كما لا يخفى (قال المصنف لامكان الامتناع عنه اذا آواه خيمة أو سقف) الفاصل أقول قال ابن العز في تعليله نظر فانه قد لا يكون عنده خيمة ولا سقف ولو علل بامكان الاحتراز عنه بضم فه لكان أظهر اه وفيه تأمل (قال المصنف ولنا أن القليل تابع للاسنان بمنزلة ريقه) أقول الاظهر أن يقول تابع لريقه ولا يظهر التعليل بكونه تابعا لاسنانه لانه لا يبتلع اسنانه ليكون القليل تابعا لها وانما يبتلع ريقه

ثم أكله ينبغي أن يفسد صومه) لما روى عن محمد أن الصائم اذا ابتلع سمسمة بين أسنانه لا يفسد صومه ولو أكلها ابتداء يفسد صومه ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبي يوسف وعند زفر عليه الكفارة أيضا لانه طعام متغير ولابي يوسف أنه يعافه الطبع (فان ذرعه القيء لم يفطر) لقوله صلى الله عليه وسلم من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عامدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم فما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند أبي يوسف رحمه الله لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل

الفاصل كون ذلك مما يحتاج في ابتلاعه الى الاستعانة بالريق أولا الاول قليل والثاني كثير وهو حسن لان المانع من الحكم بالافطار بعد تحقق الوصول كونه لا يسهل الاحتراز عنه وذلك فيما يجري بنفسه مع الريق الى الجوف لا فيما يتعمد في ادخاله لانه غير مضطر فيه (قوله ثم أكله ينبغي أن يفسد) المتبادر من لفظة أكله المضغ والابتلاع أو الاعم من ذلك ومن مجرد الابتلاع فيفيد حينئذ خلاف ما في شرح الكنز أنه اذا مضغ ما أدخله وهو دون الحمصة لا يفطره لكن تشبيهه بما روى عن محمد رحمه الله من عدم الفساد في ابتلاع سمسمة بين أسنانه والفساد اذا أكلها من خارج وعدمه اذا مضغها يوجب أن المراد بالاكل الابتلاع فقط والا لم يصح اعطاء النظير وفي الكافي في السمسمة قال ان مضغها لا يفسد الا أن يجد طعمه في حلقه وهذا حسن جدا فليكن الاصل في كل قليل مضغه واذا ابتلع السمسمة حتى فسد هل تجب الكفارة قيل لا والمختار وجوبها لانها من جنس ما يتغذى به وهو رواية عن محمد (قوله ولابي يوسف أنه يعافه الطبع) فصار نظير التراب وزفر يقول بل نظير اللحم المنتن وفيه تجب الكفارة والتحقيق أن المفتي في الوقائع لا بد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس وقد عرف أن الكفارة تفتقر الى كمال الجناية فينظر في صاحب الواقعة ان كان ممن يعاف طبعه ذلك أخذ بقول أبي يوسف وان كان ممن لا أثر لذلك عنده أخذ بقول زفر رحمه الله ولو ابتلع حبة عنب ليس معها (١) تفروقها فعليه الكفارة وان كان معها اختلفوا فيه وان مضغها وهو معها فعليه الكفارة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام) أخرج أصحاب السنن الاربعة واللفظ للترمذي عنه عليه الصلاة والسلام من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه قضاء ومن استقاء عمدا فليقض وقال حديث حسن غريب لا نعرفه من حديث هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم الا من حديث عيسى بن يونس وقال البخاري لا أراه محفوظا لهذا يعني للغرابة ولا يقدح في ذلك بعد تصديقه الراوي فانه هو الشاذ المقبول وقد صححه الحاكم وكل على شرط الشيخين وابن حبان ورواه الدارقطني وقال رواته كلهم ثقات ثم قد تابع عيسى بن يونس عن هشام بن حسان حفص بن غياث رواه ابن ماجه ورواه الحاكم وسكت عليه ورواه مالك في الموطا موقوفا على ابن عمر ورواه النسائي من حديث الاوزاعي موقوفا على أبي هريرة ووقفه عبد الرزاق على أبي هريرة وعلى أيضا وما روى في سنن ابن ماجه أنه عليه الصلاة والسلام خرج في يوم كان يصومه فدعا بإناء فشرب فقلنا يا رسول الله ان هذا يوم كنت تصومه قال أجل ولكني قئت محمول على ما قبل الشروع أو عروض الضعف ثم الجمع بين آثار الفطر مما دخل وبين آثار القيء أن في القيء يتحقق رجوع شيء مما يخرج وان قل فلا عتبار به يفطر وفيما اذا ذرعه ان تحقق ذلك أيضا لكن لا صنع له فيه ولا لغيره من العباد فكان كالنسيان لا الاكراه والخطأ (قوله فلو عاد) أي القيء الذي ذرعه وجملته أنه إما أن ذرعه القيء أو استقاء وكل منهما إما ملء الفم أو دونه والكل إما أن خرج أو عاد أو أعاده فان ذرعه وخرج لا يفطر قل أو كثر لاطلاق ما رويناه وان عاد بنفسه وهو ذاكر للصوم ان كان ملء الفم فسد صومه عند أبي يوسف لانه خارج شرعا حتى انتقضت به الطهارة وقد دخل وعند محمد لا يفسد وهو الصحيح لانه لم توجد صورة الافطار وهو الابتلاع ولا معناه اذ لا يتغذى به فأصل أبي

وقوله (لانه طعام متغير) فصار كاللحم المنتن (ولابي يوسف أنه يعافه الطبع) أي يكرهه فصار من جنس ما لا يتغذى به كالتراب قال (فان ذرعه القيء) ذرعه القيء سبق الى فيه وغلبه فخرج وهو لا يفسد الصوم (لقوله عليه الصلاة والسلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء الحديث) وقاء واستقاء ممدودان يقال قاء ما أكل اذا ألقاه واستقاء وتقيأ تكلف في ذلك وكلامه واضح الا في مواضع نبه عليها وقوله (ويستوي فيه) أي في القيء الذي ذرعه وقوله (فلو عاد) يعني ما ذرعه

---

(١) قوله تفروقها بالضم قمع التمرة أو ما يلتزق به قمعها والجمع تفاريق كذا في القاموس قال في البحر وأراد بالتفروق ههنا ما يلتزق بالعنقود من حب العنب وثقبه مسدود تبه اه من هامش بعض النسخ

وعند محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان أعاده فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فتحقق صورة الفطر وان كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال وان أعاده فكذلك عند أبي يوسف لعدم الخروج وعند محمد رحمه الله يفسد صومه لوجود الصنع منه في الادخال (فان استقاء عمدا ملء فيه فعليه القضاء) لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان أقل من ملء الفم فكذلك عند محمد رحمه الله لاطلاق الحديث وعند أبي يوسف رحمه الله لا يفسد لعدم الخروج حكما ان عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان أعاده فعنه أنه لا يفسد لما ذكرنا وعنه أنه يفسد فألحقه بملء الفم لكثرة الصنع قال (ومن ابتلع الحصاة أو الحديد أفطر) لوجود صورة الفطر (ولا كفارة عليه) لعدم المعنى (ومن جامع في أحد السبيلين عامدا

يوسف في العود والاعادة اعتبارا الخروج وهو بملء الفم وأصل محمد فيه الاعادة قل أو كثر وان أعاد فسد بالاتفاق عند أبي يوسف للدخول بعد تحقق الخروج شرعا وعند محمد للصنع وان كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد بالاتفاق وان أعاده لم يفسد عند أبي يوسف رحمه الله وهو المختار لعدم الخروج شرعا ويفسد عند محمد لوجود الصنع وان استقاء عمدا وخرج ان كان ملء الفم فسد صومه بالاجماع لما روينا ولا يتأتى فيه تفريع العود والاعادة لانه أفطر بمجرد التقيء قبلهما وان كان أقل من ملء فيه أفطر عند محمد لاطلاق ما روينا ولا يتأتى فيه التفريع أيضا عنده ولا يفطر عند أبي يوسف وهو المختار عند بعضهم لكن ظاهر الرواية كقول محمد ذكره في الكافي ثم ان عاد بنفسه لم يفطر عند أبي يوسف فلا يتحقق الدخول لعدم الخروج وان أعاده فعنه روايتان في رواية لا يفطر لعدم الخروج وفي رواية يفطر لكثرة الصنع وزفر مع محمد في أن قليله يفسد الصوم جريا على أصله في انتقاض الطهارة بقليله (قوله وعند محمد لا يفسد) ذكرنا أنه الصحيح (قوله عادة) قيد به لانه مما يتغذى به فانه بحسب الاصل مطعوم فاذا استقر في المعدة يحصل به التغذي بخلاف الحصى ونحوه لكنه لم يعتد فيه ذلك لعدم الحل ونفور الطبع (قوله فكذلك عند أبي يوسف) تقدم أنه الصحيح (قوله فان استقاء عمدا) قيد به ليخرج ما اذا استقى ناسيا لصومه فانه لا يفسد به كغيره من المفطرات (قوله وعند أبي يوسف لا يفسد) صححه في شرح الكنز وعلمت أنه خلاف ظاهر الرواية أعني من حيث الاطلاق فيها وهذا كله اذا كان القيء طعاما أو ماء أو مرة فان كان بلغما فغير مفسد للصوم عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف اذا ملأ الفم بناء على قوله انه ناقض ويظهر أن قوله هنا أحسن من قوله ما بخلاف نقض الطهارة وذلك لان الافطار انما نيط بما يدخل أو بالقيء عمدا مانظرا الى أنه يستلزم عادة دخول شيء أولا باعتباره بل ابتداء شرع تنظيره بشيء آخر من غير أن يلحظ فيه تحقق كونه خارجا نجسا أو طاهرا فلا فرق بين البلغم وغيره حينئذ بخلاف نقض الطهارة ولو استقاء مرارا في مجلس ملء فيه لزمه القضاء وان كان في مجالس أو غدوة ثم نصف النهار ثم عشية لا يلزمه كذا نقل من خزانة الاكمل (قوله لعدم المعنى) أي معنى الفطر وهو ايصال ما فيه نفع البدن الى الجوف سواء كان مما يتغذى به أو يتداوى به فقصرت الجناية فانتفت الكفارة وكل ما لا يتغذى به ولا يتداوى به عادة كالحجر والتراب كذلك لا تجب فيه الكفارة ولا تجب في الدقيق والارز والجبن الا عند محمد رحمه الله ولا في الملح الا اذا اعتاد أكله وحده وقيل تجب في قليله دون كثيره ولا في النواة والقطن والكاغد والسفرجل اذا لم يدرك ولا هو مطبوخ ولا في ابتلاع الجوزة الرطبة وتجب لو مضغها وبلع اليابسة ومضغها على هذا وكذا يابس اللوز والبندق والفستق وقيل هذا ان وصل القشر أولا الى حلقه أما اذا وصل اللب أولا كفر وفي ابتلاع اللوزة الرطبة الكفارة لانها تؤكل كما هي بخلاف الجوزة فلذا افترقا وابتلاع التفاحة كاللوزة والرمانة والبيضة كالجوزة وفي

قوله (وقوله فان استقاء عمدا يشير الى أنه لو استقاء ناسيا لصومه لا يفسد صومه كما لو أكل ناسيا) أقول وبهذا الكلام يظهر ضعف ما ذكره الاتقاني أن ذكر العمد تأكيد لان الاستقاء استفعال من القيء وهو التكلف فيه ولا يكون التكلف الا بالعمد اه فتأمل

ابتلاع

فعليه القضاء) استدراكا للصلحة الفائتة (والكفارة) لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه

ابتلاع البطيخة الصغيرة والخوخة الصغيرة والهليلجة روى هشام عن محمد وجوب الكفارة وتجب بأكل اللحم النيء وان كان ميتة منتنا الا ان دود فلا تجب واختلف في الشحم واختار أبو الليث الوجوب فان كان قديدا وجبت بلا خلاف وتجب بأكل الحنطة وقضمها الا ان مضغ قمعة للتلاشي وتجب بالطين الارمني وبغيره على من يعتاد أكله كالمسمى بالطفل لا على من لم يعتده ولا بأكل الدم الا على رواية ولو مضغ لقمة ناسيا فتذكر فابتلعها قيل تجب وقيل لا وقيل ان ابتلعها قبل أن يخرجها الا ان أخرجها ثم ابتلعها وقيل بالعكس وصححه أبو الليث لانها بعد اخراجها تعاف وقبله تلذ وقيل ان كانت سخنة بعد فعليه لان تركها بعد الاخراج حتى بردت لانها حينئذ تعاف لا قبله فالحاصل أن المنظور اليه عند الكل في السقوط العيافة غير أن كلا وقع عنده أن الاستكراه انما يثبت عند كذا لا كذا (قوله فعليه القضاء استدراكا للصلحة الفائتة والكفارة) فلو كفر بالصوم فصام أحد واستين يوما عن القضاء والكفارة من غير تعيين يوم القضاء منها قالوا يجزيه وقد قدمناه وفي تصويره عندي ضرب اشكال لانه يفتقر الى النية لكل يوم فاذا كان الواقع نيته في كل يوم القضاء والكفارة فانما يصح بالترجيح على ما عرف فيما اذا نوى القضاء وكفارة الظهار أنه يقع عن القضاء على قول أبي يوسف وأبي حنيفة فانه ما يرجحان في مثله ورجحا في هذه القضاء بأنه حق الله تعالى بخلاف كفارة الظهار فانها يتوصل بها الى حق نفسه فيرجح القضاء هنا على كفارة الفطر بقوة ثبوته ولزومه بخلاف كفارة الفطر واذا كان كذلك فيقع اليوم الاول عن القضاء وما بعده عن الكفارة لانه لم يبق عليه قضاء فيلغو جمع القضاء مع الكفارة ولو كان الواقع نيته ذلك في اليوم الاول فقط فهكذا أو في الاخير فقط تعين الاخير للقضاء للغو جمع الكفارة اذ لم يبق عليه كفارة ولو وقع ذلك في أثناء المدة تعين اليوم الذي نوى كذلك للقضاء وبطل ما قبله وان كان تسعة وخمسين يوما لانقطاع التتابع في الكفارة فيجب عليه الاستئناف ولو جامع مرارا في أيام من رمضان واحد ولم يكفر كان عليه كفارة واحدة فلو جامع فكفر ثم جامع عليه كفارة أخرى في ظاهر الرواية وروى زفر عن أبي حنيفة انما عليه كفارة واحدة ولو جامع في رمضانين فعليه كفارتان وان لم يكفر للاول في ظاهر الرواية وعن محمد كفارة واحدة وكذا رواه الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله وعند الشافعي تتكرر في الكل لتكرر السبب ولنا اطلاق جوابه عليه الصلاة والسلام للاعرابي باعتاق رقبة وان كان قوله وقعت على امرأتي يحتمل الوحدة والكثرة ولم يستفسره فدل أن الحكم لا يختلف ولان معنى الزجر معتبر في هذه الكفارة بدليل اختصاصها بالعمد وعدم الشبهة بخلاف سائر الكفارات والزجر يحصل بكفارة واحدة بخلاف ما اذا جامع فكفر ثم جامع للعلم بأن الزجر لم يحصل بالاول ولو أفطر في يوم فأعتق ثم أفطر في آخر فأعتق ثم في آخر فأعتق ثم استحقت الرقبة الاولى أو الثانية لا شيء عليه لان المتأخر يجزيه ولو استحقت الرقبة الثالثة فعليه اعتاق واحدة لان ما تقدم لا يجزي عما تأخر ولو استحقت الثانية أيضا فعليه واحدة للثاني والثالث ولو استحقت الاولى أيضا فكذلك وهذا لان الاعتاق بالاستحقاق يلتحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وقد أفطر في ثلاثة أيام ولم يكفر بشيء فعليه كفارة واحدة ولو استحقت الاولى والثالثة دون الثانية أعتق واحدة للثالثة لان الثانية كفت عن الاولى والاصل أن الثاني يجزي عما قبله لا عما بعده ولو أفطروه ومقيم بعد النية فوجبت عليه الكفارة ثم في يومه سافر لم تسقط عنه ولو مرض فيه سقطت لان المرض معنى يوجب تغير الطبيعة الى الفساد يحدث أولا في الباطن ثم يظهر أثره فلما مرض في ذلك اليوم ظهر أنه كان المرخص موجودا وقت الفطر فمنع انعقاده موجبا للكفارة أو نقول وجود أصله شبهة وهذه الكفارة لا تجب معها أما السفر فبنفس الخروج المخصوص فيقتصر على

وقوله (اعتبارا بالاغتسال) يعني أنه اذا أدخل ولم ينزل وجب عليه الغسل فكذلك الكفارة فان قيل الكفارة تندرئ بالشبهات وانتفاء معنى الجماع وهو قضاء الشهوة يورث الشبهة والاغتسال يجب بالاحتياط فقياس أحدهما على الآخر لا يكون صحيحا فالجواب أنا نمنع انتفاء معنى الجماع لان قضاء الشهوة يتحقق دون الانزال والانزال شبع وليس بشرط ألا ترى أن من أكل لقمة وجبت عليه الكفارة وان لم يوجد الشبع والى هذا أشار بقوله (وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه) ولو جامع في الموضع المكروه فعن أبي حنيفة في وجوب الكفارة روايتان في رواية الحسن لا كفارة عليه

(قال المصنف استدراكا للصلحة الفائتة) أقول فان الحكيم أمر بأداء العبادة في هذا اليوم وأمره لا يخلو عن حكمة ومصلحة فاذا فوته في هذا اليوم يقضيه ليتدارك تلك الحكمة والمصلحة (قال المصنف اعتبارا بالاغتسال) أقول الاولى أن يعتبر بالحد الذي يندرئ بالشبهات اذ الاغتسال مما يجب بالاحتياط كما سبق (قوله فالجواب أنا نمنع الخ) أقول لم يأت بالجواب عن عدم صحة القياس فتأمل

(اعتبارا بالحد عنده) فانه لم يجعل هذا الفعل جنابة كاملة في ايجاب العقوبة التي تندرئ بالشبهات وهذه عقوبة تندرئ بالشبهات كالحد وفي رواية أبي يوسف عنه أن عليهما الكفارة وهو الاصح (لانها جناية متكاملة لقضاء الشهوة) انما يدعي أبو حنيفة النقصان في معنى الزنا من حيث إنه لا يحصل به إفساد الفراش ولا معتبر به في ايجاب الكفارة ولا يلزم من انتفاء ما هو عقوبة كاملة انتفاء ما فيه معنى العقوبة (ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة عليه (٧٠) أنزل أو لم ينزل) فان أنزل فعليه القضاء لانه فات صورة الكف فصار كالجماع فيما دون الفرج وقال الشافعي وجبت عليه الكفارة لان السبب للكفارة عنده الجماع المعدم للصورة وقد وجد ولنا أن الكفارة تعتمد الجناية الكاملة (وتكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد) ألا ترى أن الطباع السليمة تنفر عنها فان حصل به قضاء الشهوة فذلك لغلبة الشبق أو لفرط السفه فهو كمن يتكلف لقضاء شهوته بيده لا تتم جنايته في ايجاب الكفارة فكذا هذا وقوله (اعتبارا بماء الاغتسال) والمعنى أن هذه مؤنة أوقعها الزوج فيها فيتحملها عنها كثمن ماء الاغتسال (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أفطر في رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث كالذكور) قال الله تعالى ومن يقنت منكن (ولان سبب الكفارة جناية افساد الصوم لانفس الوقاع) لانه تصرف في ملكه (وقد شاركته في ذلك) فوجبت عليها كما وجبت عليه وهذا جواب عن قوله الاول وقوله (ولا يتحمل لانها عبادة أو عقوبة ولا يجري فيهما التحمل) جواب عن قوله الثاني (ولو أكل أو شرب ما يتغذى به أو يتداوى به فعليه القضاء والكفارة ظاهره وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بالنص على خلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة) بيانه أن الاعرابي جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تائبا نادما والتوبة رافعة للذنب بالنص ومع ذلك أوجب عليه النبي صلى الله عليه وسلم الكفارة فعلم أنها ثبتت على خلاف القياس وما كان كذلك لا يقاس عليه غيره

وانما ذلك شبع وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح أنها تجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة (ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة أنزل أو لم ينزل) خلافا للشافعي رحمه الله لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة وقال الشافعي رحمه الله في قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول تجب ويتحمل الرجل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والاناث ولان السبب جناية الافساد لانفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة أو عقوبة ولا يجري فيها التحمل (ولو أكل أو شرب ما يتغذى به أو يتداوى به فعليه القضاء والكفارة) وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره

الحال فلم يظهر المانع حال الفطر ولو أفطرت ثم حاضت أو نفست لا كفارة لان الحيض دم يجتمع في الرحم شيأ فشيأ حتى يتهيأ للبروز فلما برز من يومه ظهر تهيؤه ويجب الفطر أو تهيؤ أصله فيورث الشبهة ولو سافر في ذلك اليوم مكرها لا تسقط الكفارة عند أبي يوسف وهو الصحيح خلافا لزفر ولو جرح نفسه فرض مرضا مرخصا اختلف المشايخ والمختار لا تسقط لان المرض من الجرح وإنه وجد مقصورا على الحال فلا يؤثر في الماضي (قوله وانما ذلك شبع) أفاد تكامل الجناية قبله فبمجرد الايلاج حصل قضاء شهوة الفرج على الكمال والانزال شبع أكمل ولا تتوقف الكفارة عليه كما بالاكل تجب بلقمة لا بالشبع ولانه لما لم يشترط الانزال في وجوب الحد وهو عقوبة محضة تندرئ بالشبهات فلأن لا يشترط في وجوب الكفارة وفيها معنى العبادة التي يحتاط في اثباتها أولى فعدم الاشتراط على هذا ثابت بدلالة نص الحد (قوله تجب على المرأة) لو قال على المفعول به كان أفود اذ يدخل الملاط به طائعا وفي الكافي ان وطئ في الدبر فعن أبي حنيفة رحمه الله لا كفارة عليهما لانه لا يجعل هذا الفعل كاملا حتى لم يجب الحد ولا شبهة في جانب المفعول به اذ ليس فيه قضاء الشهوة وعنه أن عليه الكفارة وهو قولهما وهو الاصح لان الجناية متكاملة وانما ادعى أبو حنيفة النقصان في معنى الزنا من حيث انه لا يفسد الفراش ولا عبرة في ايجاب الكفارة به (قوله وفي قول يتحمل) يعني اذا كفر بالمال (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر) الله أعلم به وهو غير محفوظ وما في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام أمر رجلا أفطر في رمضان أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا علق الكفارة بالافطار فان قيل لا يفيد المطلوب لانه حكاية واقعة حال لا عموم لها فيجب كون ذلك المفطر بأمر خاص لا بالاعم فلا دليل فيه أنه بالجماع أو بغيره فلا متمسك به لاحد بل قام الدليل على أنه أريد جماع الرجل وهو السائل لمجيئه مفسرا كذلك برواية من نحو عشرين رجلا عن أبي هريرة رضي الله عنه قلنا وجه الاستدلال به تعليقها بالافطار في عبارة الراوي أعني أبا هريرة اذ أفاد أنه فهم من خصوص الاحوال التي يشاهدها في قضائه عليه الصلاة والسلام أو سمع ما يفيد أن ايجابها عليه باعتبار أنه افطار لا باعتبار خصوص الافطار فيصح التمسك وهذا كما قالوه في أصولهم في مسئلة ما اذا نقل الراوي بلفظ

(ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال) وهو الافطار صورة بايصال شئ الى الجوف ومعنى بقضاء الشهوة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر ولم يبين السبب المفطر ولما روى أن رجلا سأله فقال يا رسول الله أفطرت في رمضان فقال عليه الصلاة والسلام من غير مرض ولا سفر فقال نعم فقال أعتق رقبة ولم يسأله عما أفطر به فدل على أن الحكم لا يختلف ألا ترى أنه سأله عن حاله بالمرض والسفر لاختلاف حكم الحال (و) الجناية بالافطار على وجه الكمال (قد تحققت) فان قيل ماذكرتم يدل على عدم انحصار الكفارة في الوقاع ومدعاكم الجناية على وجه الكمال فلا مطابقة بين الدليل والمدلول أجيب بأن المقصود الاصلي هو ذلك وأما وجوب الجناية على وجه الكمال فثابت بمساعدة الخصم لكنه يقول على وجه خاص ونحن ننفيه وعورض بأن الكفارة بنفس الوقاع لان النبي صلى الله عليه وسلم (٧١) ما ألزم الكفارة الا في مقابلة ماسئل عنه من الوقاع والجواب أن تعلقها به إما أن يكون من حيث إنه وقاع أو من حيث إنه وقاع في نهار رمضان فان كان الاول فليس في الاصل بجناية فلا يستلزمها وان كان الثاني فهو مسلم وهو المطلوب لانه جناية بالافطار على وجه الكمال بجهة خاصة واذا كان غيره في معناه ألحق به دلالة لا قياسا وتمام تقريره مذكور في التقرير وقوله (وبايجاب الاعتاق تكفيرا) جواب عن قول الشافعي لارتفاع الذنب بالتوبة وتقريره لانسلم أن هذه الجناية ترتفع بالتوبة فان الشرع لما أوجب الاعتاق كفارة لهذه الجناية علم أنها غير مكفرة لها كجناية السرقة والزنا حيث لا يرتفعان بمجرد التوبة بل بالحد وقوله (والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا) يعني من حديث أبي هريرة (ولحديث الاعرابي) وهو مشهور ظاهر وقوله (بفرق) قد تقدم معناه وقوله (وهو) أي حديث الاعرابي (حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب) وهو ظاهر (وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه) بقوله عليه الصلاة والسلام صم شهرين متتابعين قال في النهاية ما معناه أن نسبة التخيير الى الشافعي ونفي التتابع الى مالك سهو بل الشافعي يقول بالترتيب كما تقول دل على ذلك كتبهم وكتب أصحابنا والقائل بعدم التتابع هو ابن أبي ليلى القائل بالتخيير احتج بحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أفطرت في رمضان فقال أعتق رقبة أو صم شهرين أو أطعم ستين مسكينا وقلنا حديث الاعرابي مشهور لا يعارضه هذا الحديث فيحمل على أن المراد به بيان ما به تتأدى الكفارة في الجملة لا التخيير واحتج القائل بنفي التتابع بالقياس على القضاء

ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال (والكفارة مثل كفارة الظهار) لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت وأهلكت فقال ماذا صنعت قال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال صلى الله عليه وسلم أعتق رقبة فقال لا أملك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم فقال أطعم ستين مسكينا فقال لا أجد فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يؤتى بفرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ما بين لابتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي فقال كل أنت وعيالك يجزيك ولا يجزي أحدا بعدك وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه

ظاهره العموم فانهم اختاروا اعتباره ومناوه بقول الراوي قضى بالشفعة للجار لما ذكرنا من المعنى فهذا مثله بلا تفاوت لمن تأمل ولان الحد يجب عليها اذا طاوعته فالكفارة أولى على نظير ما ذكرناه آنفا فتكون ثابتة بدلالة نص حدها (قوله ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الافطار) مأخوذ ذلك من الحديث الذي ذكره من أفطر رمضان الحديث وما ذكرنا من قول أبي هريرة رضي الله عنه وروى الدارقطني عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا أكل في رمضان فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعتق الحديث وأعله بأبي معشر وأخرج الدارقطني أيضا في كتاب العلل في حديث الذي وقع على امرأته عن سعيد بن المسيب أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أفطرت في رمضان متعمدا الحديث وهذا مرسل سعيد وهو مقبول عند كثير ممن لا يقبل المرسل وعندنا هو حجة مطلقا وأيضا دلالة نص الكفارة بالجماع تفيده للعلم بأن من علم استواء الجماع والاكل والشرب في أن ركن الصوم الكف عن كلها ثم علم لزوم عقوبة على من فوت الكف عن بعضها جزم بلزومها على من فوت الكف عن البعض الآخر حكما للعلم بذلك الاستواء غير متوقف فيه على أهلية الاجتهاد أعني بعد حصول العلمين يحصل العلم الثالث ويفهم كل عالم بهما أن المؤثر في لزومها تفويت الركن لا خصوص ركن (قوله وبايجاب الاعتاق الخ) جواب عن قوله في وجه مخالفة القياس لارتفاع الذنب بالتوبة وهو غير دافع لكلامه لانه يسلم أن هذا الذنب لا يرتفع بمجرد التوبة ولهذا يثبت كونها على خلاف القياس يعني القاعدة المستمرة في الشرع (قوله ولحديث الاعرابي) في الكتب الستة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال أتى رجل النبي صلى الله عليه وسلم

(قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم ما ألزم الكفارة الا في مقابلة ماسئل عنه من الوقاع) أقول في الحصر كلام حيث دل ما رواه من الحديثين على خلافه

(ومن جامع فيما دون الفرج فأنزل فعليه القضاء) لوجود الجماع معنى (ولا كفارة عليه) لانعدامه صورة (وليس في إفساد صوم غير رمضان كفارة) لان الافطار في رمضان أبلغ في الجناية فلا يلحق به غيره (ومن احتقن أو استعط أو أقطر في أذنه أفطر) لقوله صلى الله عليه وسلم الفطر مما دخل

قال هلكت قال ما شأنك قال وقعت على امرأتي في رمضان قال فهل تجد رقبة تعتقها قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا قال لا قال اجلس فأتي النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر فقال تصدق به قال على أفقر مني يا رسول الله فوالله ما بين لابتيها يريد الحرتين أهل بيت أفقر من أهل بيتي فضحك عليه الصلاة والسلام حتى بدت ثناياه وفي لفظ أنيابه وفي لفظ نواجذه ثم قال خذه فأطعمه أهلك وفي لفظ لابي داود زاد الزهري وانما كان هذا رخصة له خاصة ولو أن رجلا فعل ذلك اليوم لم يكن له بد من التكفير قال المنذري قول الزهري ذلك دعوى لا دليل عليها وعن ذلك ذهب سعيد بن جبير الى عدم وجوب الكفارة على من أفطر في رمضان بأي شئ أفطر قال لانتساخه بما في آخر الحديث بقوله كلها أنت وعيالك اه وجمهور العلماء على قول الزهري وأما رفع المصنف قوله يجزيك ولا يجزى أحدا بعدك فلم يرفي شئ من طرقه وكذا لم يوجد فيها لفظ الفرق بالفاء بل بالعين وهو مكتل يسع خمسة عشر صاعا على ما قيل قلنا وان لم يثبت فغاية الامر أنه أخر عنه الى الميسرة اذ كان فقيرا في الحال عاجزا عن الصوم بعد ما ذكر له ما يجب عليه كذا قال الشافعي وغيره والظاهر أنه خصوصية لانه وقع عند الدارقطني في هذا الحديث فقد كفر الله عنك ولفظ وأهلكت ليس في الكتب الستة لكن أخرج الدارقطني عن أبي ثور حدثنا معلى بن منصور حدثنا سفيان ابن عيينة عن الزهري عن حميد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هلكت وأهلكت الحديث قال تفرد أبو ثور عن معلى بن منصور عن ابن عيينة بقوله وأهلكت وأخرجه البيهقي عن جماعة عن الاوزاعي عن الزهري وفيه وأهلكت وقال ضعف شيخنا أبو عبد الله الحاكم هذه اللفظة وكافة أصحاب الاوزاعي رووه عنه دونها واستدل الحاكم على أنها خطأ بأنه نظر في كتاب الصوم تصنيف المعلى بن منصور فوجد فيه هذا الحديث دون هذه اللفظة وأن كافة أصحاب سفيان رووه دونها (قوله ومن جامع فيما دون الفرج) أراد بالفرج كلا من القبل والدبر فما دونه حينئذ التفخيذ والتبطين وعمل المرأتين أيضا كعمل الرجال جماع فيما دون الفرج لا قضاء على واحدة منهما الا اذا أنزلت ولا كفارة مع الانزال (قوله فلا يلحق به غيره) في لزوم الكفارة بافساده اذ القياس يمنع وكذا الدلالة لان افساد صوم غير رمضان ليس في معنى افساد صوم رمضان من كل وجه بل ذلك أبلغ في الجناية لوقوعه في شرف الزمان ولزوم افساد الحج النفل والقضاء بالجماع ليس الحاقا بافساد الحج الفرض بل هو ثابت ابتداء بعموم نص القضاء والاجماع (قوله أو أقطر في أذنه) سيقيده بما اذا كان دهنا (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الفطر مما دخل) روى أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا أحمد بن منيع حدثنا مروان بن معاوية عن رزين البكري قال حدثتنا مولاة لنا يقال لها سلمى من بكر بن وائل أنها سمعت عائشة رضي الله عنها تقول دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عائشة هل من كسرة فأتيته بقرص فوضعه على فيه فقال يا عائشة هل دخل بطني منه شئ كذلك قبلة الصائم انما الافطار مما دخل وليس مما خرج وجهالة المولاة لم يثبته بعض أهل الحديث ولا شك في ثبوته موقوفا على جماعة ففي البخاري تعليقا وقال ابن عباس وعكرمة الفطر مما دخل وليس مما خرج وأسنده ابن أبي شيبة فقال حدثنا وكيع عن الاعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس رضي الله عنهما قال الفطر مما دخل وليس مما خرج وأسنده عبد الرزاق الى ابن عباس رضي الله عنهما وقال انما الوضوء مما خرج وليس مما دخل والفطر في الصوم مما دخل وليس مما خرج وروى أيضا من قول علي رضي الله عنه قاله البيهقي

ومارويناحجة عليه لان القياس في مقابلة النص فاسد قال (ومن جامع فيما دون الفرج فأنزل فعليه القضاء الخ) أراد بالفرج القبل والدبر فكان ما دونه هو التفخيذ والتبطين والجماع فيه جماع معنى فأوجب القضاء وليس به صورة فلا كفارة عليه (وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة) لان الكفارة في إفطار صومه وجبت بالنص على خلاف القياس فلا قياس وليس غيره في معناه (لان الافطار في رمضان أبلغ في الجناية) لكونها جناية على الصوم والشهر جميعا وغيره جناية على الصوم وحده لان الوقت غير متعين لذلك (فلا يلحق به غيره) بخلاف الكفارة في الحج حيث يستوي فيها الفرض والنفل لان وجوب لحرمة العبادة وهما فيها سواء (ومن احتقن أو استعط) أي استعمل الدواء بالحقنة أو السعوط وهو الدواء الذي يصب في الانف وهما على بناء الفاعل (أو أقطر في أذنه) على بناء المفعول قال صاحب النهاية كذا وجدت بخط شيخي (أفطر لقوله عليه الصلاة والسلام الفطر مما دخل) وكلامه واضح

ولوجود معنى الفطر وهو وصول مافيه صلاح البدن الى الجوف (ولا كفارة عليه) لانعدامه صورة (ولو أقطر فى أذنه الماء أودخله لايفسد صومه) لانعدام المعنى والصورة بخلاف ماإذا دخله الدهن (ولو داوى جائفة أوآمة بدواء فوصل الى جوفه أودماغه أفطر) عند أبى حنيفة رحمه الله والذى يصل هو الرطب وقالا لايفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه أخرى كما فى اليابس من الدواء وله أن رطوبة الدواء تلاقى رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينتفها

وعلى كل حال يكون مخصوصا بحديث الاستقاء أوالفطر فيه باعتبار أنه يعود شئ وان قل حتى لايحس به كما ذكرنا من قريب (قوله ولوجود معنى الفطر) قد علمت أنه لايثبت الفطر الا بصورته أومعناه وقدمر أن صورته الابتلاع وذكر أن معناه وصول مافيه صلاح البدن الى الجوف فاقتضى فيما لوطعن برمح أورمى بسهم فبقى الحديد فى بطنه أوأدخل خشبة فى دبره وغيبها أواحتشت المرأة فى الفرج الداخل أواستنجى فوصل الماء الى داخل دبره لمبالغته فيه عدم الفطر لفقدان الصورة وهوظاهر والمعنى وهووصول مافيه صلاح البدن من التغذية أوالتداوى لكن الثابت فى مسئلتى الطعنة والرمية اختلاف وصحح عدم الافطار جماعة ولاأعلم خلافا فى ثبوت الافطار فيما بعدهما بخلاف ماإذا كان طرف الخشبة بيده وطرف الحشوة فى الفرج الخارج والماء لم يصل الى كثير داخل فانه لايفسد والحد الذى يتعلق بالوصول اليه الفساد قدر الحقنة قال فى الخلاصة وقلما يكون ذلك اه نعم لوخرج سرمه فغسله ثبت ذلك الوصول بلا استبعاد فان قام قبل أن ينشفه فسد صومه بخلاف ماإذا نشفه لان الماء اتصل بظاهر ثم زال قبل أن يصل الى الباطن بعود المقعدة لايقال الماء فيه صلاح البدن لانا نقول ذكروا أن ايصال الماء الى هنالك يورث داء عظيما لايقال يحمل قولهم مافيه صلاح البدن على مايحيث يصلح به وتندفع به حاجته وان كان قد يحصل عنده ضرر أحيانا فيندفع اشكال الاستنجاء لانا نقول قد علل المصنف ماإختاره من عدم الفساد فيما اذا دخل الماء أذنه أوأدخله بقوله لانعدام المعنى والصورة وذلك إفادة أنه لم يصل الى جوف دماغه مافيه صلاح البدن ولوكان المراد بما فيه صلاح البدن ماذكرت لم يصح هذا التعليل وبسطه فى الكافى فقال لان الماء يفسد بمخالطة خلط داخل الاذن فلم يصل الى الدماغ شئ يصلح له فلا يحصل معنى الفطر فلا يفسد فالاولى تفسير الصورة بالادخال بصنعه كما هوفى عبارة الامام قاضيخان فى تعليل ماإختاره من ثبوت الفساد اذا أدخل الماء أذنه لااذا دخل بغير صنعه كما اذا خاض نهرا حيث قال اذا خاض الماء فدخل أذنه لايفسد صومه وان صب الماء فيها اختلفوا فيه والصحيح هو الفساد لانه موصل الى الجوف بفعله فلا يعتبر فيه صلاح البدن كما لوأدخل خشبة وغيبها الى آخر كلامه وبه تندفع الاشكالات ويظهر أن الاصح فى الماء التفصيل الذى اختاره القاضى رحمه الله فعلى هذا فاعتبار مابه الصلاح فى تفسير معنى الفطر إما على معنى مابه فى نفسه كما أوردناه فى السؤال وبه يندفع تعليل المصنف لتعميم عدم الافساد فى دخول الماء الاذن فيصح التفصيل المذكور فيه ووجهه أنه لازم فيما لواحتقن بحقنة مضارة لخصوص مرض المحتقن أوأكل بعد الفجر وهو فى غاية الشبع والامتلاء قريبا من التخمة فان الاكل فى هذه الحالة مضر ومع ذلك يلزمه فضلا عن القضاء الكفارة وإما على حقيقة الاصلاح كما يفيده كلام الكافى والمصنف وعلى الاول يلزم تعميم الفساد فى الماء الداخل فى الاذن وعلى الثانى يلزم تعميم عدمه فيه هذا ولوأدخل الاصبع فى دبره أو فرجها الداخل لايفسد الصوم الا أن تكون مبلولة بماء أودهن على المختار وقيل يجب عليه الغسل والقضاء (قوله فوصل) أى الدواء (الى جوفه) يرجع الى الجائفة لانها الجراحة فى البطن (أودماغه) يرجع الى الآمة لانها الجراحة فى الرأس من أمته بالعصا ضربت أم رأسه وهى الجلدة التى هى مجمع

وقوله (وان داوى جائفة أو آمة) الجائفة اسم لجراحة وصلت الى الجوف والآمة اسم لجراحة وصلت الى الدماغ (والذى يصل هو الرطب) وانما قيد بالرطب لان فى ظاهر الرواية فرقا بين الدواء الرطب واليابس وأكثر مشايخنا على أن العبرة للوصول حتى اذا علم أن الدواء اليابس وصل الى جوفه فسد صومه وان علم أن الرطب لم يصل الى جوفه لم يفسد صومه عنده الا أنه ذكر الرطب واليابس بناء على العادة فاليابس انما يستعمل فى الجراحة لاستمساك رأسها به فلا يتعدى الى الباطن والرطب يصل الى الباطن عادة فلهذا فرق بينهما

(قال المصنف ولوأقطر فى أذنه الماء أودخله لايفسد صومه لانعدام المعنى والصورة) أقول فى الجواب عن الحديث

(ولو أقطر فى إحليله لم يفطر) عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكأنه وقع عند أبى يوسف أن بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج منه البول ووقع عند أبى حنيفة رحمه الله أن المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه (ومن ذاق شيأ بفمه لم يفطر) لعدم الفطر صورة ومعنى (ويكره له ذلك) لما فيه من تعريض الصوم على الفساد

(ولو أقطر فى إحليله لم يفطر عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب) ذكر قوله فى الاصل مع أبى حنيفة وذكره الطحاوى فى مختصره مع أبى يوسف وقال أبو سليمان الجوزجانى فى الاصل بعد ما ذكر قول محمد مع أبى حنيفة ثم إن محمدا شك فى ذلك فوقف وما ذكره لكل واحد من الجانبين ظاهر وانما توقف محمد لانه شك فى وجود المنفذ من الاحليل الى الجوف وتكلموا فى الافطار فى أقبال النساء فقيل هو على هذا الاختلاف وقيل يشبه الحقنة فيفسد الصوم بلا خلاف قيل وهو الاصح قوله (ومن ذاق شيأ بفمه) الذوق بالفم قوة منبثة فى العصب المفروش على جرم اللسان وإدراك الذوق بمخالطة الرطوبة اللعابية المنبعثة من الآلة المسماة بالملعبة بالمذوق ووصوله الى العصب وليس فى هذا المعنى ما يوجب الفطر لا صورة ولا معنى (ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد) بسبيل التسبب لان الجاذبة قوية اذا كان صائما فلا يأمن من أن تجذب شيأ منه الى الباطن

الرأس وحينئذ فلا تحرير فى العبارة لانه بعد ان أخذ الوصول فى صورة المسئلة يمتنع نقل الخلاف فيه اذ لا خلاف فى الافطار على تقدير الوصول انما الخلاف فيما اذا كان الدواء رطبا فقال يفطر للوصول عادة وقالا لا لعدم العلم به فلا يفطر بالشك وهو يقول سبب الوصول قائم وتقريره ظاهر من الكتاب وهو دليل الوصول فيحكم به نظرا الى الدليل اذ قد يخفى حقيقة المسبب بخلاف اليابس اذ لم يثبت دليل الوصول فيه لما ذكر فى الكتاب واذا حققت هذا التصوير علمت أن المذكور فى ظاهر الرواية من الفرق بين الرطب واليابس لا ينافى ما ذكره أكثر مشايخ بخارى كما يعطيه ظاهر عبارة شمس الائمة حيث قال فرق فى ظاهر الرواية بين الرطب واليابس وأكثر مشايخنا على أن العبرة للوصول حتى اذا علم أن اليابس وصل فسد وان علم أن الطرى لم يصل لم يفسد الا أنه ذكر الرطب واليابس بناء على العادة فانه لما بنى الفساد فى الرطب على الوصول نظرا الى دليله علم بالضرورة أنه اذا علم عدم الوصول لا يفسد لتحقق خلاف مقتضى الدليل ولا امتناع فيه فان المراد بالدليل الأمارة وهى مما قد يجزم بتخلف متعلقها مع قيامها كوقوف بغلة القاضى على بابه مع العلم بأنه ليس فى داره وانما الكلام فيما اذا لم يعلم خلاف مقتضاه فان الظن حينئذ يتعلق بثبوته فالقسمان اللذان ذكروهما لا خلاف فيهما والحصر فيهما منتف اذ بقى ما اذا لم يعلم يقينا أحدهما وهو محل الخلاف فأفسده حكما بالوصول نظرا الى دليله ونفياه (قوله ولو أقطر فى إحليله لم يفطر عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه) والافطار فى أقبال النساء قالوا أيضا هو على هذا الخلاف وقال بعضهم يفسد بلا خلاف لانه شبيه بالحقنة قال فى المبسوط وهو الاصح (قوله فكأنه وقع الخ) يفيد أنه لا خلاف لو اتفقوا على تشريح هذا العضو فان قول أبى يوسف بالافساد انما هو بناء على قيام المنفذ بين المثانة والجوف فيصل الى الجوف ما يقطر فيها وقوله بعدمه بناء على عدمه والبول يترشح من الجوف الى المثانة فيجتمع فيها أو الخلاف مبنى على أن هناك منفذا مستقيما أو شبه الحاء فيتصور الخروج ولا يتصور الدخول لعدم الدافع الموجب له بخلاف الخروج وهذا اتفاقى منهم على إناطة الفساد بالوصول الى الجوف ويفيد أنه اذا علم أنه لم يصل بعد بل هو فى قصبة الذكر لا يفسد وبه صرح غير واحد قال فى شرح الكنز وبعضهم جعل المثانة نفسها جوفا عند أبى يوسف وحكى بعضهم الخلاف ما دام فى قصبة الذكر وليس بشئ اه والذى يظهر أنه لا منافاة على قول أبى يوسف بين ثبوت الفطر باعتبار وصوله الى الجوف أو الى جوف المثانة بل يصح اناطته بالثانى باعتبار أنه يصل اذ ذاك الى الجوف لا باعتبار نفسه وما نقل عن خزانة الاكمل فيما اذا حشا ذكره بقطنة فغيبها أنه يفسد كاحتشائها مما يقضى ببطلان حكاية الاتفاق على عدم الفساد فى الافطار ما دام فى قصبة الذكر ولا شك فى ذلك ألا ترى الى التعليل من الجانبين كيف هو بالوصول الى الجوف وعدمه بناء على وجود المنفذ أو استقامته وعدمه لكن هذا يقتضى فى حشو الدبر وفرجها الداخل عدم الفساد ولا مخلص الا باثبات أن المدخل فيهما تجتذبه الطبيعة فلا يعود الامع الخارج المعتاد وهو فى الدبر معلوم لمن فعل ذلك بفتيلة دواء أو صابونة غيرأنا لا نعلم فى غيره أن شأن الطبيعة ذلك فى كل مدخل كالخشبة أو فيما يتداوى به لقبول الطبيعة اياه فتجتذبه لحاجتها اليه وفى القبل ذكرت لنا من تضع مثل الحصة لتستدبها فى الداخل تحرزا من الحبل أنها لا تقدر على اخراجها حتى تخرج هى بعد أيام مع الخارج والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله ويكره له ذلك) قيده

وقوله (لما بينا) اشارة الى التعريض وقوله (ومضغ العلك لا يفطر) أطلق محمد في الكتاب وهو يدل على أن الكل واحد والتفصيل المذكور في الكتاب ذكره المشايخ وقوله (الا أنه يكره) استثناء من قوله ومضغ العلك لا يفطر وقوله (ولانه يتهم بالافطار) يعني أن من رآه يتوهم أنه يأكل شيأ فيتهمه وقد قال علي رضي الله عنه إياك وما يسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره وقوله (ويكره) ظاهر والكراهة تستلزم عدم الاستحباب ولا ينعكس لان المباحات لا توصف بهما قال (ولا بأس بالكحل ودهن الشارب الخ) يجوز أن يكون الفاء منهما مفتوحا فيكونان مصدرين من كحل عينه كحلا ودهن رأسه دهنا اذا طلاه بالدهن ويجوز أن يكون مضموما ويكون معناه ولا بأس باستعمال الكحل والدهن فان قيل ما وجه تكرير مسئلة الكحل فانه قال ولو اكتحل لم يفطر ثم قال ولا بأس بالكحل ثم قال ولا بأس بالاكتحال أجيب بأن الاول وضع القدوري والثاني وضع الجامع الصغير والثالث وضع الفتاوى ولكل واحد منها فائدة فأما فائدة الاول فما استفيد من عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه أن لا يكون مكروها بل يجوز أن يكون مكروها ولا يفطر كما اذا ذاق بلسانه شيأ فالثاني نفي ذلك ثم قد يختلف حكمه بين الرجال والنساء كما في العلك فأعلم بالثالث أنهما لا يفترقان اذا لم يكن قصد الرجل الزينة

(قال المصنف لما فيه من التشبه بالنساء) أقول ينبغي أن يكون تعليلا للكراهة (قال المصنف وقد ندب النبي صلى الله عليه وسلم الى الاكتحال يوم عاشوراء) أقول قال ابن العز لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم في يوم عاشوراء غير صومه وانما الروافض لما ابتدعوا اقامة المأتم واظهار الحزن يوم عاشوراء لكون الحسين رضي الله عنه قتل فيه ابتدع جهلة أهل السنة اظهار السرور واتخاذ الحبوب والاطعمة والاكتحال ونحو ذلك وروا أحاديث موضوعة في الاكتحال والتوسعة على العيال فيه اه فيه أن حديث التوسعة رواه الثقات وقد قلد هذا القائل فيما قاله ابن تيمية وقد ردوا عليه ما قاله ولابن العراقي جزء خرج فيه حديث التوسعة من طرق

اذا كان لها منه بد) لما بينا (ولا بأس اذا لم تجد منه بدا) صيانة للولد ألا ترى أن لها أن تفطر اذا خافت على ولدها (ومضغ العلك لا يفطر الصائم) لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض أجزائه وقيل اذا كان أسود يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت (الا أنه يكره للصائم) لما فيه من تعريض الصوم للفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء (ولا بأس بالكحل ودهن الشارب) لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظورات الصوم وقد ندب النبي صلى الله عليه وسلم الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي

الحلواني بما اذا كان في الفرض أما في النفل فلا لانه يباح الفطر فيه بعذر وبلا عذر في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف أيضا فالذوق أولى بعدم الكراهة لانه ليس بافطار بل يحتمل أن يصير اياه وقيل لا بأس في الفرض للمرأة اذا كان زوجها سيئ الخلق أن تذوق المرقة بلسانها (قوله اذا كان لها منه بد) فان لم يكن بأن لم تجد من يمضغ له ممن ليس عليه صوم ولم تجد طعاما لا يحتاج الى مضغه له لا يكره لها (قوله لما بينا) من أنه تعريض للصوم على الفساد اذ قد يسبق شيء منه الى الحلق فان من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وفي الفتاوى يكره للصائم أن يذوق بلسانه العسل أو الدهن ليعرف الجيد من الردىء عند الشراء (قوله وقيل اذا لم يكن ملتئما) بان لم يمضغه أحد وان كان أبيض وكذا اذا كان أسود وان مضغه غيره لانه يتفتت وان مضغ والابيض يتفتت قبل المضغ فيصل الى الجوف واطلاق محمد عدم الفساد محمول على ما اذا لم يكن كذلك للقطع بأنه معلل بعدم الوصول فاذا فرض في بعض العلك معرفة الوصول منه عادة وجب الحكم فيه بالفساد لانه كالمتيقن (قوله الا أنه يكره) استثناء منقطع أي لكنه يكره للتعريض على الفساد وتهمة الافطار وعنه عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم وقال علي رضي الله عنه اياك وما يسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره (قوله لقيامه مقام السواك في حقهن) فان بنيتهن ضعيفة قد لا تحتمل السواك فيخشى على اللثة والسن منه وهذا قائم مقامه فيفعلنه (قوله لا يستحب) أي ولا يكره فهو مباح بخلاف النساء فانه يستحب لهن لانه سواكهن وقوله لما فيه من التشبه بالنساء انما يناسب التعليل للكراهة واذا وضع في غير موضع فيكون قد ترك تعليل الثاني والاولى الكراهة للرجال الا لحاجة لان الدليل أعني التشبه يقتضيها في حقهم خلافا عن المعارض (قوله ودهن الشارب) بفتح الدال على أنه مصدر وبضمها على اقامة اسم العين مقام المصدر وفي الامثلة بحبث من دهنك لحيتك بضم الدال وفتح التاء على هذه الاقامة (قوله ندب النبي الى الاكتحال الخ) أما ندبه الى صوم عاشوراء فأشهر من أن يبدى وقد ذكرنا من ذلك في أول كتاب الصوم أحاديث وأما ندبه الى الكحل فيه ففي حديثين روى أحدهما البيهقي عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما قال من اكتحل بالاثمد يوم عاشوراء لم يرمد أبدا وضعفه بجويبر والضحاك لم يلق ابن عباس رضي الله عنهما ومن طريق آخر رواه ابن الجوزي في الموضوعات عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اكتحل يوم عاشوراء لم ترمد عينه تلك السنة وقال في رجاله من ينسب الى

دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة

التنغيل وقد روى الترمذى عن أبى عاتكة عن أنس قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم قال اشتكت عينى أفأكتحل وأنا صائم قال نعم قال الترمذى واسناده ليس بالقوى ولا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا الباب شئ وأبو عاتكة مجمع على ضعفه وأخرج ابن ماجه عن بقية حدثنا الزبيدى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها قالت اكتحل النبى صلى الله عليه وسلم وهو صائم وظن بعض العلماء أن الزبيدى فى مسند ابن ماجه هو محمد بن الوليد الثقة الثبت وهو وهم وانما هو سعيد ابن أبى سعيد الزبيدى الحمصى كما هو مصرح به فى مسند البيهقى ولكن الراوى مدلسه قال فى التنقيح ليس هو بمجهول كما قاله ابن عدى والبيهقى بل هو سعيد بن عبد الجبار الزبيدى الحمصى وهو مشهور ولكنه مجمع على ضعفه وابن عدى فى كامله فرق بين سعيد بن أبى سعيد وسعيد بن عبد الجبار وهما واحد وأخرجه البيهقى عن محمد بن عبد الله بن أبى رافع قال وليس بالقوى عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يكتحل وهو صائم وأخرج أبو داود موقوفا على أنس عن عتبة بن أبى معاذ عن عبيد الله بن أبى بكر بن أنس بن مالك أنه كان يكتحل وهو صائم قال فى التنقيح اسناده مقارب قال أبو حاتم عتبة بن حميد الضبى أبو معاذ البصرى صالح الحديث فهذه عدة طرق ان لم يحتج بواحد منها فالمجموع يحتج به لتعدد الطرق وأما ما فى أبى داود عن عبد الرحمن بن النعمان بن معبد بن هودة عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أمر بالاثمد عند النوم وقال ليتقه الصائم فقال أبو داود قال لى يحيى بن معين هذا حديث منكر قال صاحب التنقيح ومعبد وابنه النعمان كالمجهولين اذ لا يعرف لهما غير هذا الحديث وعبد الرحمن بن النعمان قال ابن معين ضعيف وقال أبو حاتم صدوق ولا تعارض بين كلاميهما اذ الصدق لا ينفى سائر وجوه الضعف (قوله دون الزينة) لانه تعورف من زينة النساء ثم قيد دهن الشارب بذلك أيضا وليس فيه ذلك وفى الكافى يستحب دهن شعر الوجه اذا لم يكن من قصده الزينة به وردت السنة فقيد بانتفاء هذا القصد فكأنه والله أعلم لانه تبرج بالزينة وقد روى أبو داود والنسائى عن ابن مسعود كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكره عشر خلال ذكر منها التبرج بالزينة لغير محلها وسنورده بتمامه ان شاء الله تعالى فى كتاب الكراهية ومافى الموطا عن أبى قتادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان لى جمة أفأرجلها قال نعم وأكرمها فكان أبو قتادة ربما دهنها فى اليوم مرتين من أجل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم وأكرمها فانما هو مبالغة من أبى قتادة فى قصد الامتثال لامر رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحظ النفس الطالبة للزينة الظاهرة وذلك لان الاكرام والجمال المطلوب يتحقق مع دون هذا المقدار وفى سنن النسائى أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له عبيد قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن كثير من الارفاه فسئل ابن بريدة عن الارفاه قال الترجيل والمراد والله أعلم الترجيل الزائد الذى يخرج الى حد الزينة لا ما كان لقصد دفع أذى الشعر والشعث هذا ولا تلازم بين قصد الجمال وقصد الزينة فالقصد الاول لدفع الشين واقامة مابه الوقار واظهار النعمة شكرا لا فخرا وهو أثر أدب النفس وشهامتها والثانى أثر ضعفها وقالوا بالخضاب وردت السنة ولم يكن لقصد الزينة ثم بعد ذلك ان حصلت زينة فقد حصلت فى ضمن قصد مطلوب فلا يضره اذا لم يكن ملتفتا اليه (قوله وهو) أى القدر المسنون فى اللحية (القبضة) بضم القاف قال فى النهاية وماوراء ذلك يجب قطعه هكذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يأخذ من اللحية من طولها وعرضها أورده أبو عيسى يعنى الترمذى فى جامعه رواه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فان قلت يعارضه مافى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام أحفوا الشوارب وأعفوا اللحى فالجواب أنه قد صح عن ابن عمر راوى هذا

وقوله (لانه يعمل عمل الخضاب) يعنى وبالخضاب جاءت السنة لكن لحاجة غير الزينة والقبضة بضم القاف وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأخذ من لحيته من طولها وعرضها أورده أبو عيسى فى جامعه وقال من سعادة الرجل خفة لحيته وذكر أبو حنيفة رحمه الله فى آثاره عن عبد الله بن عمر أن عبد الله بن عمر كان يقبض على لحيته ويقطع ماوراء القبضة وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله

الحديث

وقوله (ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي) ذكر محمد في الاصل أنه لا بأس للصائم أن يستاك بالسواك الرطب ولم يذكر أن رطوبته بالماء أو بالرطوبة الاصلية التي تكون للاشجار ولا ذكر أنه بله بريقه أو بالماء (٧٧) وذكر في الجامع الصغير لا بأس بالسواك الرطب

(ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي للصائم) لقوله صلى الله عليه وسلم خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي يكره بالعشي لما فيه من ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد قلنا هو أثر العبادة واللائق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه أثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا

الحديث أنه كان يأخذ الفاضل عن القبضة قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يقبض على لحيته ثم يقص ما تحت القبضة ورواه أبو داود والنسائي في كتاب الصوم عن علي بن الحسن بن شقيق عن الحسين بن واقد عن مروان بن سالم المقنع قال رأيت ابن عمر رضي الله عنه يقبض على لحيته فيقطع ما زاد على الكف وقال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا أفطر قال ذهب الظمأ وابتلت العروق وثبت الاجر ان شاء الله تعالى وذكره البخاري تعليقا فقال وكان ابن عمر رضي الله عنه اذا حج أو اعتمر قبض على لحيته فما فضل أخذه وقد روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أيضا أسنده ابن أبي شيبة عنه حدثنا أبو أسامة عن شعبة عن عمر بن أيوب من ولد جرير عن أبي زرعة قال كان أبو هريرة رضي الله عنه يقبض على لحيته فيأخذ ما فضل عن القبضة فأقل ما في الباب ان لم يحمل على النسخ كما هو أصلنا في عمل الراوي على خلاف مرويه مع أنه روى عن غير الراوي وعن النبي صلى الله عليه وسلم يحمل الاعفاء على إعفائها من أن يأخذ غالبها أو كلها كما هو فعل مجوس الاعاجم من حلق لحاهم كما يشاهد في الهنود وبعض أجناس الفرنج فيقع بذلك الجمع بين الروايات ويؤيد ارادة هذا ما في مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام جزوا الشوارب وأعفوا اللحى خالفوا المجوس فهذه الجملة واقعة موقع التعليل وأما الاخذ منها وهي دون ذلك كما يفعله بعض المغاربة ومخنثة الرجال فلم يبحه أحد (قوله ولا بأس بالسواك الرطب) يعني للصائم سواء كانت رطوبته بالماء أو من نفسه بكونه اخضر بعد (قوله وقال الشافعي يكره) استدل بالحديث والمعنى فالحديث ما روى الطبراني والدارقطني عنه عليه الصلاة والسلام اذا صمتم فاستاكوا بالغداة ولا تستاكوا بالعشي فان الصائم اذا بيست شفتاه كانت له نورا يوم القيامة ورواه الدارقطني موقوفا على علي رضي الله عنه وفي الطريقين كيسان أبو عمر القصاب ضعفه ابن معين وقال عبد الله بن أحمد بن حنبل سألت أبي عن كيسان أبي عمر فقال ضعيف الحديث ذكره في الميزان وذكر حديثه هذا فيه والمعنى ما ذكره في الكتاب من أنه ازالة الخلوف المحمود الخ ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من خير خلال الصائم السواك أخرجه ابن ماجه من حديث عائشة رضي الله عنها والدارقطني وفيه مجالد ضعفه كثير ولينه بعضهم ولنا أيضا عموم قوله عليه الصلاة والسلام لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة اذ يدخل في عموم كل صلاة الظهر والعصر والمغرب للصائم والمفطر وفي رواية عند النسائي وصحيح ابن خزيمة وصححها الحاكم وعلقها البخاري عند كل وضوء فيعم وضوء هذه الصلوات ولنا أيضا في مسند أحمد عنه عليه الصلاة والسلام صلاة بسواك أفضل عند الله تعالى من سبعين صلاة بغير سواك فهذه النكرة وان كانت في الاثبات تعم لوصفها بصفة عامة فيصدق على عصر الصائم اذا استاك فيه أنها صلاة أفضل من سبعين كما يصدق على عصر المفطر فهذه خالية عن المعارض فان ما ذكره لا يقوم حجة أما الحديث فانه مع شذوذه ضعيف وأما المعنى فلا يستلزم كراهة الاستياك لانه بناء على أن السواك يزيل الخلوف وهو غير مسلم بل انما يزيل أثره الظاهر على السن من الاصفرار وهذا لان سببه خلو المعدة من الطعام والسواك لا يفيد شغلها بطعام ليرتفع السبب ولهذا

بالماء للصائم في الفريضة فكان تفسير الماذ كر في الاصل ويدل على الرطب بالرطوبة الاصلية بالالحاق ولهذا قال المصنف (ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء) لقوله صلى الله عليه وسلم خير خلال الصائم السواك من غير فصل بين الرطبين وبين الغداة والعشي وينتفي به ما قال أبو يوسف أن الرطب بالماء مكروه لما فيه من ادخال الماء في الفم وذلك لان ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة أكثر مما يبقى بعد السواك ثم لم يكره للصائم المضمضة فكذا السواك (وقال الشافعي رحمه الله يكره بالعشي لما فيه من ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف) قال صلى الله عليه وسلم فيما يحكيه عن ربه عز وجل الصوم لي وأنا أجزي به والخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك وما يكون محمودا عند الله فسبيله الابقاء كما في دم الشهيد والخلوف مصدر خلف فوه اذا تغيرت رائحته لعدم الاكل بالضم لا غير (قلنا هو أثر العبادة فاللائق به الاخفاء) فرارا عن الرياء (بخلاف دم الشهيد فانه أثر الظلم) فيحتاج الى الانتصاف من خصمه فلا بد من الاستبقاء وقوله (لما روينا) يعني من قوله عليه الصلاة والسلام خير خلال الصائم السواك

(قال المصنف واللائق به الاخفاء) أقول لا نسلم ذلك في الفرائض فان المسنون فيها الاظهار على ما قرر في مقامه

روى عن معاذ مثل ما قلنا روى الطبراني حدثنا ابراهيم بن هاشم البغوي حدثنا هرون بن معروف حدثنا محمد بن سلمة الحراني حدثنا بكر بن خنيس عن أبي عبد الرحمن بن عبادة بن نسي عن عبد الرحمن بن غنم قال سألت معاذ بن جبل أتسوك وأنا صائم قال نعم قلت أي النهار أتسوك قال أي النهار شئت غدوة وعشية قلت ان الناس يكرهونه عشية ويقولون إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك فقال سبحان الله لقد أمرهم بالسواك وهو يعلم أنه لابد بفي الصائم خلوف وان استاك وما كان بالذي يأمرهم أن يتنوا أفواههم عمدا ما في ذلك من الخير شئ بل فيه شر لامن ابتلى ببلاء لايجد منه بدا قال وكذا الغبار في سبيل الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام من اغبرت قدماه في سبيل الله حرمه الله على النار انما يؤجر عليه من اضطر اليه ولم يجد عنه محيصا فأما من ألقى نفسه في البلاء عمدا فماله في ذلك من الاجر شئ قيل ويدخل في هذا أيضا من تكلف الدوران تكثيرا للمشي الى المساجد نظرا الى قوله عليه الصلاة والسلام وكثرة الخطا الى المساجد ومن تصنع في طلوع الشيب لقوله عليه الصلاة والسلام من شاب شيبة في الاسلام انما يؤجر عليها من بلي بهما وفي المطلوب أيضا أحاديث مضعفة نذكر منها شيأ للاستشهاد والتقوية وان لم يحتج اليه في الاثبات منها ما رواه البيهقي عن ابراهيم ابن عبد الرحمن حدثنا اسحق الخوارزمي قال سألت عاصما الاحول أيستاك الصائم بالسواك الرطب قال نعم أتراه أشد رطوبة من الماء قلت أول النهار وآخره قال نعم قلت عمن رحمك الله قال عن أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال تفرد به ابراهيم بن عبد الرحمن الخوارزمي وقد حدث عن عاصم بالمناكير لايحتج به وروى ابن حبان في كتاب الضعفاء عن ابن عمر رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستاك آخر النهار وهو صائم وأعله بأبي ميسرة قال لايحتج به ورفعه باطل والصحيح عن ابن عمر رضي الله عنه من قوله قلنا كفى ثبوته عن ابن عمر مع تعدد الضعيف فيه مع تلك العمومات والله سبحانه أعلم ﴿فروع﴾ صوم ستة من شوال عن أبي حنيفة وأبي يوسف كراهته وعامة المشايخ لم يروا به بأسا واختلفوا فقيل الافضل وصلها بيوم الفطر وقيل بل تفريقها في الشهر وجه الجواز أنه قد وقع الفصل بيوم الفطر فلم يلزم التشبه بأهل الكتاب ووجه الكراهة أنه قد يفضي الى اعتقاد لزومها من العوام لكثرة المداومة ولذا سمعنا من يقول يوم الفطر نحن الى الآن لم يأت عيدنا أو نحوه فأما عند الامن من ذلك فلا بأس لورود الحديث به ويكره صوم يوم النيروز والمهرجان لان فيه تعظيم أيام نهينا عن تعظيمها فان وافق يوما كان يصومه فلا بأس به ومن صام شعبان ووصله برمضان فحسن ويستحب صوم أيام البيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر ما لم يظن الحاقه بالواجب وكذا صوم يوم عاشوراء ويستحب أن يصوم قبله يوما وبعده يوما فان أفرده فهو مكروه للتشبه باليهود وصوم يوم عرفة لغير الحاج مستحب وللحاج ان كان يضعفه عن الوقوف والدعوات فالمستحب تركه وقيل يكره وهي كراهة تنزيه لانه لاخلاله بالاهم في ذلك الوقت اللهم الا أن يسيء خلقه فيوقعه في محظور وكذا صوم يوم التروية لانه يعجزه عن أداء أفعال الحج وسيأتي صوم المسافر ويكره صوم الصمت وهو أن يصوم ولا يتكلم يعني يلتزم عدم الكلام بل يتكلم بخير لحاجته إن عنت ويكره صوم الوصال ولو يومين ويكره صوم الدهر لانه يضعفه أو يصير طبعا له ومبنى العبادة على مخالفة العادة ولا يحل صوم يومي العيد وأيام التشريق وأفضل الصيام صيام داود صم يوما وأفطر يوما ولا بأس بصوم يوم الجمعة منفردا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا تصوم المرأة التطوع الا باذن زوجها وله أن يفطرها وكذا المملوك بالنسبة الى السيد الا اذا كان غائبا ولا ضرر في ذلك عليه فان ضرره ضرر بالسيد في ماله وكل صوم وجب على المملوك بسبب باشره كالمنذور وصيامات الكفارات كالنفل الا كفارة الظهار لما يتعلق به من حق الزوجة كما ستعلم في الظهار ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾

﴿فصل﴾ (ومن كان مريضا فى رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه أفطر وقضى) وقال الشافعى رحمه الله لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك أو فوات العضو كما يعتبر فى التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضى الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه (وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه أفضل وان أفطر جاز) لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض فانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعى رحمه الله الفطر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم ليس من البر الصيام فى السفر ولنا أن رمضان أفضل الوقتين فكان الاداء فيه أولى

﴿فصل﴾ هذا الفصل فى العوارض وهى جرية بالتأخير * الاعذار المبيحة للفطر المرض والسفر والحبل والرضاع اذا أضر بها أو بولدها والكبر اذا لم يقدر عليه والعطش الشديد والجوع كذلك اذا خيف منهما الهلاك أو نقصان العقل كالامة اذا ضعفت عن العمل وخشيت الهلاك بالصوم وكذا الذى ذهب به متوكل السلطان الى العمارة فى الايام الحارة والعمل الحثيث اذا خشى الهلاك أو نقصان العقل وقالوا الغازى اذا كان يعلم يقينا أنه يقاتل العدو فى شهر رمضان ويخاف الضعف ان لم يفطر يفطر قبل الحرب مسافرا كان أو مقيما (قوله هو يعتبر خوف الهلاك) الظاهر من كلام أصحابهم أنه كقولنا وجه قولنا أن قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر يبيح الفطر لكل مريض لكن القطع بأن شرعية الفطر له انما هو لدفع الحرج وتحقق الحرج منوط بزيادة المرض أو ابطاء البرء أو فساد عضو ثم معرفة ذلك باجتهاد المريض والاجتهاد غير مجرد الوهم بل هو غلبة الظن عن أمارة أو تجربة أو باخبار طبيب مسلم غير ظاهر الفسق وقيل عدالته شرط فلو برأ من المرض لكن الضعف باق وخاف أن يمرض سئل عنه القاضى الامام فقال الخوف ليس بشئ وفى الخلاصة لو كان له نوبة حمى فأكل قبل أن تظهر يعنى فى يوم النوبة لا بأس به (قوله وقال الشافعى الفطر أفضل) والحق أن قوله كقولنا ولم يحك ذلك عنه انما هو مذهب أحمد رحمه الله والحديث الذى رواه فى الصحيحين وسنورده وقول الظاهرية انه لا يجوز الصوم لهذا الحديث ولقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر فجعل السبب فى حقه ادراك العدة فلا يجوز قبل السبب (قوله ولنا أن رمضان أفضل الوقتين) والصوم فى أفضل وقتى الصوم أفضل منه فى غيره فان قيل ان أردتم أنه أفضل فى حق صوم المقيم فلا يفيد وان مطلقا منعناه ونسنده بما روينا وتلونا قلنا نختار الثانى وجهه عموم قوله تعالى فى رمضان وأن تصوموا خير لكم وما رويتم مخصوص بسببه وهو ما روى فى الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام كان فى سفر فرأى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا قالوا صائم فقال ليس من البر الصيام فى السفر وكذا ما روى مسلم عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فى رمضان حتى بلغ كراع الغميم فصام الناس ثم دعا بقدح من ماء فشربه فقيل له ان بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة محمول على أنهم استضروا به بدليل ما ورد فى صحيح مسلم فى لفظ فيه فقيل له ان الناس قد شق عليهم الصوم ورواه الواقدى فى المغازى وفيه وكان أمرهم بالفطر فلم يقبلوا والعبرة وان كان لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لكن يحمل عليه دفعا للمعارضة بين الاحاديث فانها صريحة فى الصوم فى السفر ففى مسلم عن حمزة الاسلمى أنه قال يا رسول الله أجد فى قوة على الصيام فى السفر فهل على جناح قال عليه الصلاة والسلام هى رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه وفى الصحيحين عن أنس كنا نسافر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنا الصائم ومنا المفطر فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم وفيه ما عن أبى الدرداء خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعض غزواته فى حر شديد حتى ان أحدنا ليضع يده على رأسه من شدة الحر وما فينا صائم الا رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذه تدل على جواز الصوم

واضح وحاصله أن الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه الى ما يزداد بالصوم والى ما يخف به وما يخف به لا يكون مرخصا لاستحالة تجعلنا ما يزداد به مرخصا كخوف الهلاك لوجود ما هو الاصل فى الباب وهو المشقة فيه ومعرفة ذلك إما أن تكون باجتهاده بان يعلم من نفسه أن حماه زاد شدة أو عينه وجعاوا إما بقول طبيب حاذق مسلم والشافعى رحمه الله اعتبر خوف الهلاك أو فوات العضو كما فى التيمم وأما السفر بنفسه فرخص لانه لا يعرى عن المشقة فاذا كان مسافرا لا يضره الصوم فالصوم أفضل عندنا خلافا له هكذا نقلت هذه المسئلة فى كتب أصحابنا على خلاف ما وقعت فى كتب أصحاب الشافعى فان الغزالى رحمه الله ذكر أن الصوم أحب فى السفر من الافطار لتبرأ ذمته استدل الشافعى رحمه الله بقوله صلى الله عليه وسلم (ليس من البر الصيام فى السفر) روى جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فرأى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا قالوا صائم فقال ليس من البر الحديث (ولنا أن رمضان أفضل الوقتين) لان عدة من أيام أخر كالخلف

عن رمضان والخلف لا يساوى الاصل بحال

(ومارواه محمول على حالة الجهد) بفتح الجيم (٨٠) أى المشقة على ماذكرنا فى سببه آنفا وقوله (وان مات المريض أو المسافر وهما على حالهما) أى من المرض والسفر (لم يلزمهما القضاء) لان الله تعالى أوجب عليهما القضاء فى عدة من أيام أخر و(لم يدركا عدة من أيام أخر) وقوله (ولوصح المريض) ظاهر وقوله (وفائدته) أى فائدة لزوم القضاء (وجوب الوصية بالاطعام) بقدر الصحة والاقامة فاذا أوصى يؤدى الوصى من ثلث ماله لكل يوم مسكينا بقدر ما يجب فى صدقة الفطر وان لم يوص وتبرع الورثة جاز وان لم يتبرعوا لا يلزمهم الاداء بل يسقط فى حكم الدنيا (وذكر الطحاوى فيه) أى فى وجوب الوصية (خلافا بين أبى حنيفة وأبى يوسف و بين محمد رحمهم الله) فقال ولو زال عنه العذر وقدر على قضاء البعض دون البعض فانه يتطوان قضى فيما قدر ولم يفرط فيه ثم مات فلا يلزمه قضاء مابقى لانه لم يدرك من وقت قضائه الا قدر ما قضى وان لم يصم فيما قدر عليه حتى مات وجب عليه قضاء الكل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان ما قدر يصلح فيه قضاء اليوم الاول والذى بعده وهلم جرا فلما قدر على قضاء البعض فكأنه قدر على قضاء الكل ولم يصم وليس كذلك اذا صام فيما قدر لانه بالصوم تعين أن لا يصلح فيه قضاء يوم آخر وقال محمد لا يلزمه القضاء الا مقدار ما قدر عليه لانه ما أدرك الا ذلك فلم يلزمه غيره

ومارواه محمول على حالة الجهد (واذا مات المريض أو المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء) لانهما لم يدركا عدة من أيام أخر (ولوصح المريض وأقام المسافر ثم مات لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة) لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوى فيه خلافا بين أبى حنيفة وأبى يوسف وبين محمد

وثم مايدل على خلافه وهو مافى مسند عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهرى عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية الجمحى عن أم الدرداء عن كعب بن عاصم الاشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم ليس من امبر امصيام فى امسفر وهذه لغة بعض أهل اليمن يجعلون مكان الالف واللام الالف والميم وعن عبد الرزاق رواه أحمد فى مسنده ومافى ابن ماجه عن عبد الله بن موسى التيمى عن أسامة بن زيد عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صائم رمضان فى السفر كالمفطر فى الحضر وأخرجه البزار عن عبد الله بن عيسى المدنى حدثنا أسامة بن زيد به ثم قال هذا حديث أسنده أسامة بن زيد وتابعه يونس ورواه ابن أبى ذئب وغيره عن الزهرى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن أبيه موقوفا على عبد الرحمن ولو ثبت مرفوعا كان خروجه عليه الصلاة والسلام حين خرج فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأمر الناس بالفطر دليلا على نسخه اه واعلم أن هذا فى الصحيحين عن ابن عباس رضى الله عنهما خرج عليه الصلاة والسلام عام الفتح فى رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر قال الزهرى وكان الفطر آخر الامرين وقال ابن القطان هكذا قال يعنى البزار عبد الله بن عيسى وقال غيره أى غير البزار عبد الله بن موسى وهو أشبه بالصواب وهو عبد الله بن موسى بن ابراهيم بن محمد بن طلحة بن عبيد الله التيمى القرشى يروى عن أسامة بن زيد وهو لا بأس به اه وهذا مما يتمسك به القائلون بمنع الصوم لاغيرهم باعتبار ما كان آخر الامر فالحاصل التعارض بحسب الظاهر والجمع ما أمكن أولى من اهمال أحدهما واعتبار نسخه من غير دلالة قاطعة فيه والجمع بما قلنا من حمل ماورد من نسبة من لم يفطر الى العصيان وعدم البر وفطره بالكديد على عروض المشقة خصوصا وقد ورد ما قدمناه من نقل وقوعها فيجب المصير اليه خصوصا وأحاديث الجواز أقوى ثبوتا واستقامة مجيء وأوفق لكتاب الله تعالى قال الله تعالى بعد قوله سبحانه فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر فعلل التأخير الى ادراك العدة بارادة اليسر واليسر أيضا لا يتعين فى الفطر بل قد يكون اليسر فى الصوم اذا كان قويا عليه غير مستضر به لموافقة الناس فان فى الائتساء تخفيفا ولان النفس توطنت على هذا الزمان مالم تتوطن على غيره فالصوم فيه أيسر عليها وبهذا التعليل علم أن المراد بقوله فعدة من أيام أخر ليس معناه يتعين ذلك بل المعنى فأفطر فعليه عدة أو المعنى فعدة من أيام أخر يحل له التأخير اليها لا كما ظنه أهل الظواهر (قوله وحكى الطحاوى رحمه الله فيه خلافا بين أبى حنيفة وأبى يوسف وبين محمد) وهو أن عندهما يلزمه اذا صح وأقام يوما قضاء الكل فيلزم الايصاء بالجميع وعند محمد انما يلزمه قدر ما صح وأقام والصحيح الاتفاق فى القضاء وهو انما يلزمه قدر الصحة والاقامة وأن الخلاف انما هو فى النذر وهو ما اذا قال المريض لله على صوم شهر مثلا فصح يوما فعندهما يلزمه الكل والايصاء به وعند محمد رحمه الله قدر ما صح وجه الفرق لهما أن النذر هو السبب فى وجوب الكل فاذا وجد منه فى المرض ومات من ذلك المرض فلا شئ عليه فان صح صار كأنه قال ذلك فى الصحة والصحيح لو قاله ومات قبل ادراك عدة المنذور لزمه الكل فكذلك هذا بخلاف القضاء لان السبب هو ادراك العدة وحقيقة هذا الكلام المذكور فى النذر انما يصح على تقدير كون النذر بذلك غير موجب شيأ فى حالة المرض والا لزم الكل وان لم يصح لتظهر فائدته فى الايصاء بل هو معلق بالصحة وان لم يذكر أدوات التعليق تصحيحا لتصرف المكلف ما أمكن والنذر مما يتعلق بالشرط كقوله ان شفى الله مريضى فلله على كذا فينزل عند الصحة فيجب الكل ثم يعجز عنه لعدم ادراك العدة فيجب الايصاء كما لو

قال المصنف (وليس بصحيح) يعني أن الصحيح أن قولهما كقول محمد (وانما الخلاف في النذر) وهو أن يقول المريض لله علي أن أصوم شهرا فاذا مات قبل أن يصح لم يلزمه شئ وان صح يوما واحدا لزمه أن يوصي بجميع الشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لزمه بقدر ما صح لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله فصار كقضاء رمضان (والفرق لهما) بين قضاء رمضان والنذر ما ذكره في الكتاب (أن النذر سبب) وقد وجد والمانع وهو عدم صحة الذمة في التزام أدائه قد زال بالبرء واذا وجد السبب المقتضي وزال المانع يظهر الوجوب لا محالة وصار كصحيح نذر فمات قبل الاداء واذا ظهر الوجوب ولم يتحقق الاداء يصار الى الخلف وهو الفدية (وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة) وادراكها لم يتحقق بكماله بل بعضها تحقق (فيتقدر بقدره) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن القضاء يجب بما يجب به الاداء عند المحققين وسبب الاداء شهود الشهر فكذا سبب القضاء والثاني أن جزء السبب ليس له حكم كله فلا يكون لبعض السبب أثر في بعض الحكم والجواب عن الاول أن ذلك ليس فيما يتعلق به نفس الوجوب بل فيما يتعلق به تسليم الوجوب أو مثله وهو الخطاب وهذا من مزال الاقدام فلا تغفل وعن الثاني بأن جزء السبب لا يجوز أن يؤثر في كل الحكم والا لكان هو العلة فاذا فرضناه جزأ لا يكون جزأ هذا خلف باطل وأما أن يكون جزء السبب علة تامة لبعض الحكم فلا مانع عنه ألا ترى أن بالقدر والجنس يحرم الفضل والنسيئة وأحدهما يحرم النسيئة وكل ذلك قررناه في التقرير مستوفى قال (وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه) الصوم المذكور في كتاب الله ثمانية أربعة منها متتابعة وأربعة صاحبها فيها بالخيار أما المتتابع فصوم رمضان وكفارة القتل والظهار واليمين عندنا (٨١) وأما غيره فقضاء رمضان وصوم المتعة وكفارة الحلق وجزاء الصيد أما صوم رمضان فلا كلام لاحد في وجوب التتابع فيه وأما غيره فقد ضبطه المشايخ بأن كل ما شرع فيه العتق كان التتابع فيه واجبا وما لا فلا فيكون قضاء رمضان مما فيه لمن عليه الخيار ولان النص مطلق والعمل به واجب وفيه بحث من وجهين أحدهما أن القضاء يحكي الاداء والتتابع واجب في الاداء فكان مغنيا عن تقييد نص القضاء والثاني أن أبي

وليس بصحيح وانما الخلاف في النذر والفرق لهما أن النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدرها أدرك (وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه) لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب (وان أخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني) لانه في وقته (وقضى الاول بعده) لانه وقت القضاء (ولا فدية عليه) لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان له أن يتطوع

يجعل معلقا في المعنى على ما قلنا وأما قولهم السبب ادراك العدة فهل المراد أن ادراك العدة سبب لوجوب القضاء على المريض أو الاداء فصرح في شرح الكنز فقال في الفرق المذكور وسبب القضاء ادراك العدة فيتقدر بقدره وفي المبسوط جعله سبب وجوب الاداء وعلى ظاهر الاول ان سبب القضاء على ما اعترفوا بصحته هو سبب وجوب الاداء فيكون إدراك العدة سبب وجوب الاداء كما ذكره في المبسوط ويلزمه عدم حل التأخير عن أول عدة يدركها فان قال سبب وجوب الاداء لا يستلزم حرمة التأخير عنه قلنا فليكن نفس رمضان سبب وجوب الاداء على المريض اذ لا مانع من هذا الاعتبار سوى ذلك اللازم فاذا كان منتفيا لزم اذ هو الاصل ويلزمه الايصاء بالكل اذا لم يدرك العدة كما هو قول محمد على رواية الطحاوي (قوله ولا فدية عليه) وقال الشافعي رحمه الله عليه الفدية ان أخره بغير عذر لما روى أنه عليه

(١١ - فتح القدير ثاني) ابن كعب رضي الله عنه قرأ فعدة من أيام أخر متتابعات فهلا اعتبر تم قراءته مقيدة كما فعلتم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه في كفارة اليمين والجواب عن الاول أن الامر لو كان كما ذكرتم لما قال صلى الله عليه وسلم لمن سأله عن تقطيع قضاء رمضان ذلك اليك أرأيت لو كان على أحدكم دين فقضاه الدرهم والدرهمين ألم يكن قضاء قال نعم قال عليه الصلاة والسلام فالله أحق أن يعفو ويغفر فانه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بذلك وعن الثاني ما قيل أن قراءة أبي رضي الله عنه لم تشتهر اشتهار قراءة ابن مسعود فكان كخبر الواحد فلا يزاد به على كتاب الله قوله (لكن المستحب المتابعة) أي التتابع (مسارعة الى اسقاط الواجب وان أخر القضاء حتى دخل رمضان آخر صام الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه) خلافا للشافعي رحمه الله فانه يوجب مع القضاء لكل يوم طعام مسكين وروى ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما ويقول القضاء مؤقت بما بين رمضانين مستدلا بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تؤخر قضاء أيام الحيض الى شعبان وهذا بيان منها لآخر وقت ما يجوز التأخير اليه ثم يجعل تأخير القضاء عن وقته كتأخير الاداء عن وقته وتأخير الاداء لا ينفك عن موجب فكذا تأخير القضاء وهذا كما ترى ليس فيه ما يعول عليه لان تأخيرها القضاء الى شعبان قد يكون اتفاقيا ولو سلم ذلك فايجاب الفدية لا أصل له لانه لا فدية في الشرع على القادر على الاصل وبالتأخير لم يثبت العجز ولنا أن الله تعالى أمر بالقضاء مطلقا والامر المطلق لا يوجب الفور بل على التراخي ولهذا الوتطوع جاز بالاتفاق ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما

﴿فصل ومن كان مريضا﴾ (قال المصنف وفي هذه المسئلة السبب الخ) أقول أي سبب وجوب القضاء وهو الاتيان به لا سبب نفس الوجوب

وقوله (والحامل والمرضع) قال فى الذخيرة المراد بالمرضع ههنا الظئر لان الام لا تفطر اذا كان للولد أب لان الصوم فرض عليها دون الارضاع وقال شيخ شيخى عبد العزيز ينبغى أن يشترط يسار الاب أو عدم أخذ الولد ضرع غير الام وقوله (لانه إفطار بعذر) قيل نعم هو عذر ولكن لا فى نفس الصائم بل لاجل غيره ومثله لا يعتد به ألا ترى أنه لو أكره على شرب الخمر بقتل أبيه أو ابنه لم يحل له الشرب وأجيب بأن الحامل والمرضع مأمورة بصيانة الولد مقصودة وهى لا تتأتى بدون الافطار عند الخوف فكانت مأمورة بالافطار والامر بالافطار مع الكفارة التى بناؤها على الوجوب عن الافطار لا يجتمعان بخلاف الاكراه فانه ليس كل أحد مأمورا قصدا بصيانة غيره بل نشأ الامر هناك من ضرورة حرمة القتل والحكم يتفاوت بتفاوت الامر قصدا وضمنا وقوله (فيما اذا خافت على الولد الخ) يعنى اذا خافت الحامل أو المرضع على نفسها لا تجب الفدية بالاتفاق واذا خافت على ولدها فأفطرت وجب القضاء والفدية على أصح أقواله عندهم (هو يعتبره بالشيخ الفانى) فان الفطر حصل بسبب نفس (٨٢) عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فتجب الفدية كفطر الشيخ الفانى ولان فيه منفعة نفسها وولدها فبالنظر الى نفسها يجب القضاء وبالنظر الى منفعة ولدها تجب الفدية ولنا أن الفدية فيه ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يصح القياس (والفطر بسبب الولد ليس فى معناه لان الشيخ الفانى عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه أصلا) ألا ترى أنه لو كان له مال لم تجب على ماله ولم تتضاعف بتضاعف الولد فلا يلحق به دلالة أيضا وقوله (والشيخ الفانى) وصف بما بين المراد به بقوله (الذى لا يقدر على الصيام) وسمى فانيا إما لقربه الى الفناء أو لانه فنيت قوته ووجوب الفدية عليه مذهبنا وقال مالك رحمه الله لا تجب عليه الفدية لان الاصل وهو الصوم لم يجب عليه فلا يجب خلفه وقلنا السبب وهو شهود الشهر تناوله حتى لو تحمل المشقة وصام وقع عن فرضه وانما يباح له الافطار بعذر ليس بعرض الطحاوى الزوال حتى يصار الى القضاء كالمرض والسفر فوجبت الفدية كمن مات وعليه الصوم (والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية) قال أهل التفسير (معناه لا يطيقونه) فهو كقوله تعالى يبين الله لكم أن تضلوا فان قيل روى عن الشعبى رحمه الله أنه قال لما نزل قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية كان الاغنياء يفطرون ويفدون والفقراء يصومون بناء على أن فى بدء الاسلام كان الرجل مخيرا بين

(والحامل والمرضع اذا خافتا على أنفسهما أو ولديهما أفطرتا وقضتا) دفعا للحرج (ولا كفارة عليهما) لانه افطار بعذر (ولا فدية عليهما) خلافا للشافعى رحمه الله فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفانى ولنا أن الفدية بخلاف القياس فى الشيخ الفانى والفطر بسبب الولد ليس فى معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه أصلا (والشيخ الفانى الذى لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم فى الكفارات) والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين قيل معناه لا يطيقونه

الصلاة والسلام قال فى رجل مرض فى رمضان فأفطر ثم صح فلم يصم حتى أدركه رمضان آخر يصوم الذى أدركه ثم يصوم الذى أفطر فيه ويطعم عن كل يوم مسكينا ولنا اطلاق قوله تعالى فعدة من أيام أخر من غير قيد فكان وجوب القضاء على التراخى فلا يلزمه بالتأخير شئ غير أنه تارك للاولى من المسارعة وما رواه غير ثابت ففى سنده ابراهيم بن نافع قال أبو حاتم الرازى كان يكذب وفيه أيضا من اتهم بالوضع (قوله اذا خافتا على أنفسهما أو ولديهما) يرد ما وقع فى بعض الحواشى معزيا الى الذخيرة من أن المراد بالمرضع الظئر لوجوب الارضاع عليها بالعقد بخلاف الام فان الاب يستأجر غيرها وكذا عبارة غير القدورى أيضا تفيد أن ذلك للام وكذا اطلاق الحديث وهو ما روى أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وعن الحبلى والمرضع الصوم ولان الارضاع واجب على الام ديانة (قوله هو يعتبره) أى كلا من الحامل والمرضع (بالشيخ الفانى) فى حكم هو وجوب الفدية بافطاره بجامع أنه انتفع به من لم يلزمه الصوم غير أنه الولد فى الفرع قلنا القياس ممتنع بشرع الفدية على خلاف القياس اذ لا مماثلة تعقل بين الصوم والاطعام والالحاق دلالة متعذر لان الشيخ يجب عليه الصوم بالعمومات ثم ينتقل الى الفدية لعجزه عنه والطفل لا يجب عليه بل على أمه ولم ينتقل عنها شرعا الى خلف غير الصوم بل أجيز لها التأخير فقط رحمة على الولد الى خلف هو الصوم بخلاف الشيخ فانه لا قضاء عليه بل أقيمت الفدية مقام الصيام فى حقه وحاصل الدفع فيهما أنه اختلف الحكم فى الاصل والفرع فانه فى الاصل وجوب الفدية عوضا عن الصوم لسقوطه بها ولا سقوط فى الحامل (قوله ويطعم الخ) وعن

(قوله والامر بالافطار مع الكفارة الى قوله لا يجتمعان) أقول منقوض بحديث فليحنث وليكفر فتأمل فى الجواب (قال المصنف هو يعتبره بالشيخ الفانى) أقول قال ابن الهمام أى كلا من الحامل والمرضع اه والاظهر ارجاع الضمير الى محل النزاع (قال المصنف والولد لا وجوب عليه أصلا ألا ترى الخ) أقول يعنى أن الولد لا تجب عليه الفدية ولا يخفى عليك أن عدم الوجوب عليه أجلى من أن يحتاج الى مثل هذا التنوير (قوله لم تجب على ماله ولم تتضاعف) أقول يعنى أن الفدية لم تجب ولم تتضاعف (قوله كمن مات وعليه الصوم) أقول فيه نوع مصادرة فان جوازه فيه بطريق الالحاق بالشيخ الفانى كما يجىء (قوله فان قيل روى عن الشعبى الى قوله والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به) أقول

الصوم والفدية ثم نسخت بعد ذلك بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به أجيب بأن الآية ان وردت فى الشيخ الفانى كما ذهب اليه بعض السلف فظاهر وان وردت فى التخيير فكذلك (٨٣) لان النسخ انما ثبت فى حق القادر على

ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز (ومن مات وعليه قضاء رمضان فأوصى به أطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير) لانه عجز عن الاداء فى آخر عمره

الصوم فبقى الشيخ الفانى على حاله كما كان وقوله (ولو قدر على الصوم) يعنى بعد ما فدى (بطل حكم الفداء) وصار كأن لم يكن ووجب عليه الصوم فان قيل القدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا تبطل الخلف كالوقدر على الماء بعد ما صلى بالتيمم وههنا حصل المقصود وهو تفريغ الذمة عما وجب عليه أجيب بان القدرة ههنا على الاصل انما هى قبل حصول المقصود بالخلف لان دوام هذا العجز الى الموت شرط صحة هذا الخلف فان الشيخ الفانى هو الذى يزداد ضعفه كل وقت الى موته واليه أشار بقوله (لان شرط الخلفية استمرار العجز) وقوله (ومن مات وعليه قضاء رمضان) أى قرب منه لان الايصاء بعد الموت غير متصور وقوله (لانه عجز عن الاداء فى آخر عمره) استعمل الاداء فى موضع القضاء والعجز عن القضاء

الطحاوى أنه لا فدية عليه وهو مذهب مالك رحمه الله لانه عاجز عجزا مستمرا الى الموت فكان كالمريض اذا مات قبل أن يصح والمسافر قبل أن يقيم وهذه الآية منسوخة وعن سلمة بن الاكوع لما نزلت هذه الآية وعلى الذين يطيقونه فدية الآية كان من أراد أن يفطر ويفدى فعل حتى أنزلت الآية التى بعدها نسختها ولنا ما روى عطاء أنه سمع ابن عباس رضى الله عنه يقرأ وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين فقال ابن عباس رضى الله عنه ليست بمنسوخة وهى للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة لا يستطيعان أن يصوما فيطعمان مكان كل يوم مسكينا رواه البخارى وهو مروى عن على بن أبى طالب وابن عباس وابن عمر وغيرهم من الصحابة رضى الله عنهم ولم يرو عن أحد منهم خلاف ذلك فكان اجماعا وأيضا لو كان لكان قول ابن عباس رضى الله عنهما ليست بمنسوخة مقدما لانه مما لا يقال بالرأى بل عن سماع لانه مخالف لظاهر القرآن لانه مثبت فى نظم كتاب الله تعالى فجعله منفيا بتقدير حرف النفى لا يقدم عليه الا بسماع البتة وكثيرا ما يضمر حرف لا فى اللغة العربية فى التنزيل الكريم تالله تفتأ تذكر يوسف أى لا تفتأ وفيه يبين الله لكم أن تضلوا أى أن لا تضلوا رواسى أن تميد بكم وقال شاعر

فقلت يمين الله أبرح قاعدا * ولو قطعوا رأسى لديك وأوصالى

أى لا أبرح وقال

تنفك تسمع ما حييت بهالك حتى تكونه

أى لا تنفك ورواية الافقه أولى ولان قوله تعالى وأن تصوموا خير لكم ليس نصا فى نسخ اجازة الافتداء الذى هو ظاهر اللفظ هذا ولو كان الشيخ الفانى مسافرا فمات قبل الاقامة قيل ينبغى أن لا يجب عليه الايصاء بالفدية لانه يخالف غيره فى التخفيف لا فى التغليظ فانما ينتقل وجوب الصوم عليه الى الفدية عند وجود سبب التعيين ولا تعيين على المسافر فلا حاجة الى الانتقال ولا تجوز الفدية الا عن صوم هو أصل بنفسه لا بدل عن غيره فلو وجب عليه قضاء شئ من رمضان فلم يقضه حتى صار شيخا فانيا لا يرجى برؤه جازت له الفدية وكذا النذر بصوم الابد فضعف عن الصوم لاشتغاله بالمعيشة له أن يفطر ويطعم لانه استيقن أن لا يقدر على قضائه فان لم يقدر على الاطعام لعسرته يستغفر الله ويستقيله وان لم يقدر لشدة الحر كان له أن يفطر ويقضيه فى الشتاء اذا لم يكن نذر الابد ولو نذر يوما معينا فلم يصم حتى صار فانيا جازت الفدية عنه ولو وجبت عليه كفارة يمين أو قتل فلم يجد ما يكفر به وهو شيخ كبير عاجز عن الصوم أو لم يصم حتى صار شيخا كبيرا لا تجوز له الفدية لان الصوم هنا بدل عن غيره ولذا لا يجوز المصير الى الصوم الا عند العجز عما يكفر به من المال فان مات وأوصى بالتكفير جاز من ثلثه هذا ويجوز فى الفدية طعام الاباحة أكلتان مشبعتان بخلاف صدقة الفطر للتنصيص على الصدقة فيها والاطعام فى الفدية (قوله لان شرط الخلفية) أى شرط وقوع الفدية خلفا عن الصوم دوام العجز عن الصوم فخرج المتيمم اذا قدر على الماء لا تبطل الصلوات المؤداة قبل بالتيمم لان خلفية التيمم مشروط بمجرد العجز عن الماء لا بقيد دوامه وكذا خلفية الاشهر عن الاقراء فى الاعتداد مشروط بانقطاع الدم مع سن الاياس لا بشرط دوامه فلذا يجب الاعتداد بالدم اذا عاد بعد الانقطاع فى سن الاياس فى المستقبل أو فى العدة التى فرض عوده فيها حتى تستأنف للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف لا فى الانكحة المباشرة حال ذلك الانقطاع

الشيخ الفانى على هذا التقدير ليس من متناولات الآية الكريمة حتى يكون استدلالا بالمنسوخ فالاظهر اتمام الكلام بقوله فلا تتناول الآية الكريمة محل النزاع (قوله فبقى الشيخ الفانى على حاله) أقول كيف يبقى الشيخ الفانى على حاله وقوله تعالى وعلى الذين يطيقونه لم يتناوله على هذا التفسير (قال المصنف لان شرط الخلفية استمرار العجز) أقول فان قوله تعالى لا يطيقونه محمول على الاستمرار اذ لا تجب الفدية على المريض والمسافر

فصار كالشيخ الفانى ثم لابد من الايصاء عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وعلى هذا الزكاة هو يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق مالى تجرى فيه النيابة ولنا أنه عبادة ولابد فيه من الاختيار وذلك فى الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث

بحيث لا يرجى فى معنى الشيخ الفانى فيلحق به دلالة بالطريق الاولى لان عجز الميت ألزم (ثم لابد من الايصاء) لالزام الوارث فان لم يوص فللوارث أن يخرجه ولا يلزمه واذا أوصى أخرج عنه من ثلث المال مقدار صدقة الفطر (عندنا خلافا للشافعى) فى جميع ذلك أما خلافه فى المقدار فلان المقدار الواجب عنده مد وأما فى الباقى فلانه يعتبر هذا الدين بديون العباد بجامع أن كلا منهما حق مالى تجرى فيه النيابة فكما أن ديون العباد تخرج من جميع المال وان لم يوص فكذلك هذا (ولنا أنه عبادة وكل ما هو عبادة لابد فيه من الاختيار وذلك فى الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء) لان الصوم فعل مكلف به وقد سقطت الافعال بالموت فصار الصوم كأنه سقط فى حق الدنيا فكانت الوصية بأداء الفدية تبرعا بخلاف دين العباد فانه لا يسقط بالموت لان المقصود ثمة هو المال والفعل غير مقصود لحاجة العباد الى الاموال وكذلك الوصية بالزكاة واذا كان تبرعا (يعتبر من الثلث) وانما قال ابتداء لانها فى الآخرة تنوب عن الواجب على الميت

هذا هو الواقع من الحكم ومقتضاه كون الخلفية على الوجه الذى ذكرناه لا على ما ذكر فى النهاية (قوله وصار كالشيخ الفانى) الحاقا بطريق الدلالة لا بالقياس وجهه أن الكلام فى مريض عجز عن الاداء وعليه الصوم ولا شك أن كل من سمع أن الشيخ الفانى الذى لا يقدر على الصوم يجزى عنه الاطعام علم أن سبب ذلك عجزه عجزا مستمرا الى الموت فان الشيخ الفانى الذى علق عليه هذا الحكم هو الذى كل يوم فى نقص الى أن يموت فيكون الوارد فى الشيخ الفانى واردا فى المريض الذى هو تلك الصفة لافرق الا بأن الوجوب لم يسبق حال جواز الاطعام فى الشيخ الفانى الا بقدر ما يثبت ثم ينتقل والمريض تقرر الوجوب عليه قبله بادراك العدة وعجزه الآن بسبب تقصيره فى المسارعة الى القضاء ومعلوم أنه اذا كان الوجوب على التراخى لا يكون بذلك التأخير جانيا فلا أثر لهذا الفرق فى ايجاب افتراق الحكم * واعلم أنهم منعوا فى الاصول الالحاق بالشيخ الفانى بطريق الدلالة كما منعوه بطريق القياس لأن شرطه ظهور المؤثر وأثره غير أنه فى الدلالة لا يفتقر الى أهلية الاجتهاد بخلاف القياس وذلك منتف فى الشيخ الفانى فان ظهور المؤثر فيه وهو العجز انما يصلح لاسقاط الصوم وهنا مقام آخر وهو وجوب الفدية ولا يعقل العجز مؤثرا فى ايجابها لكنا نقول ذلك فى غير المنصوصة وكون العجز سببا لوجوب الفدية علة منصوصة لان ترتيب الحكم على المشتق نص على علية مبدإ الاشتقاق وان لم يكن من قبيل الصريح عندنا بل بالاشارة وقد قال تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية أى لا يطيقونه (قوله ثم لابد من الايصاء عندنا) أى فى لزوم الاطعام على الوارث (خلافا للشافعى رحمه الله وعلى هذا الزكاة) أى اذا مات من عليه دين الزكاة بأن استهلك مال الزكاة بعد الحول والعشر بعد وقت وجوبه لا يجب على وارثه أن يخرج عنه الزكاة والعشر الا أن يوصى بذلك ثم اذا أوصى فانما يلزم الوارث اخراجهما اذا كانا يخرجان من الثلث فان زاد دينهما على الثلث لا يجب على الوارث فان أخرج كان متطوعا عن الميت ويحكم بجواز اجزائه ولذا قال محمد فى تبرع الوارث يجزيه ان شاء الله تعالى كما اذا أوصى بالاطعام عن الصلوات على ما يذكر ويصح التبرع فى الكسوة والاطعام لا الاعتاق لان فى الاعتاق بلا ايصاء الزام الولاء على الميت ولا الزام فى الكسوة والاطعام وجه قول الشافعى ما فى الصحيحين عن ابن عباس رضى الله عنهما قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ان أمى ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله أحق وفى رواية جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها الحديث الى أن قال فصومى عن أمك وفى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام من مات وعليه صيام صام عنه وليه قلنا الاتفاق على صرف الاول عن ظاهره فانه لا يصح فى الصلاة الدين وقد أخرج النسائى عن ابن عباس رضى الله عنهما وهو راوى الحديث الاول فى سننه الكبرى أنه قال لا يصلى أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد وفتوى الراوى على خلاف مرويه بمنزلة روايته للناسخ ونسخ الحكم يدل على اخراج المناط عن الاعتبار ولذا صرحوا بأن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل منسوخا لان التعدية بالجامع ونسخ الحكم يستلزم ابطال اعتباره اذ لو كان معتبرا لاستمر ترتيب الحكم على وفقه وقد روى عن عمر رضى الله عنه نحوه أخرجه عبد الرزاق وذكره مالك فى الموطا بلاغا قال مالك ولم أسمع عن أحد من الصحابة ولا من التابعين رضى الله تعالى عنهم بالمدينة أن أحدا منهم أمر أحدا أن يصوم عن أحد ولا يصلى عن أحد اه وهذا مما يؤيد النسخ وانه الامر الذى استقر الشرع عليه آخرا واذا أهدر كون المناط الدين فانما يعلل

(والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ) فان النص الوارد بالفداء في الصوم غير معقول المعنى فالقياس أن يقتصر عليه لكن النص الوارد فيه يجوز أن يكون معلولا بعلة مشتركة بينه وبين الصلاة وان كنا لا نعقله والصلاة نظير الصوم بل أهم فأمر المشايخ بالفداء فيها احتياطا وموضعه الاصول وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قاله محمد بن مقاتل أولا انه يطعم عنه اصلاة كل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع فقال كل صلاة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو الصحيح لانه أحوط (٨٥) وقوله (ولا يصوم عنه الولي) احتراز عن قول الشافعي رحمه الله فانه يجوز ذلك في قول استدلالا بما روى عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات وعليه صيام صام عنه وليه وهو نص في الباب ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما (لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد) وتأويل حديث عائشة رضي الله عنها فعل عنه ما يقوم مقام الصوم من الاطعام ان أوصى بذلك وقوله (ومن دخل في صوم التطوع) ذكرناه في فصل القراءة من كتاب الصلاة وقوله (ثم عندنا) كأنه بيان لمبنى الاختلاف وهو أن الافطار بعد الشروع ليس بمباح بغير عذر عندنا وعنده مباح فاذا كان غير مباح كان بالافطار جانيا فيلزمه القضاء واذا كان مباحا لم يكن جانيا فلا يلزمه القضاء وقوله (والضيافة عذر) يعني على الاظهر وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها ليست بعذر لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي أحدكم فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل أي فليدع لهم ووجه الاظهر ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان في ضيافة رجل من الانصار فامتنع رجل من الاكل وقال اني صائم فقال عليه الصلاة والسلام انما دعا لك أخوك لتكرمه فأفطر واقض يوما مكانه ومن المشايخ من قال ان كان صاحب الدعوة رضي بمجرد حضوره ولا يتأذى بترك الاكل لا يفطر وان كان يتأذى يفطر ويقضي وقال في الذخيرة هذا كله اذا كان الافطار قبل الزوال فأما اذا كان بعد

والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلاة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح (ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي) لقوله صلى الله عليه وسلم لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد (ومن دخل في صلاة التطوع أو في صوم التطوع ثم أفسده قضاه) خلافا للشافعي رحمه الله له أنه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا أن المؤدى قربة وعمل فتجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي وجب القضاء بتركه ثم عندنا الايباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله صلى الله عليه وسلم أفطر واقض يوما مكانه

لوجوب الاداء عن الميت على الوارث بدين العباد فانه محل الاتفاق وليس هو الكائن في صورة النزاع فلا يجب على الوارث الا بالايصاء ثم اذا أوصى لا يجب عليه الا بقدر الثلث الا أن يتطوع وعلى هذا دين صدقة الفطر والنفقة الواجبة والكفارات المالية والحج وفدية الصيامات التي عليه والصدقة المنذورة والخراج والجزية وهذا لان هذه بين عقوبة وعبادة فما كان عبادة فشرط إجزائها النية ليتحقق أداؤها مختارا فيظهر اختياره الطاعة من اختياره المعصية الذي هو المقصود من التكليف وفعل الوارث من غير أمر المبتلى بالامر والنهي لا يحقق اختياره بل لما مات من غير فعل ولا أمر به فقد تحقق عصيانه بخروجه من دار التكليف ولم يمتثل وذلك يقرر عليه موجب العصيان اذ ليس فعل الوارث الفعل المأمور به فلا يسقط به الواجب كما لو تبرع به حال حياته وما كان فيها مع ذلك معنى العقوبة فلا يخفى أنه فات فيه الامران اذ لم يتحقق ايقاع ما يستشقه منه ليكون زاجرا له بخلاف ديون العباد فان المقصود من الامر بأدائها وصول المال الى من هو له ليدفع به حاجته وهذا اذا ظفر من له بجنسه كان له أخذه ويسقط عن ذمة من عليه فلزمت من غير ايصاء لتحقق حصول المقصود بفعل الوارث هنا وعن هذا قلنا لا يورث خيار الشرط والرؤية لانه رأى كان للميت بخلاف خيار العيب لانه جزء من العين في المعنى احتبس عند البائع واذا علمت ما ذكرنا علمت أن المقصود من حقوق الله تعالى انما هي الافعال اذ بها تظهر الطاعة والامتثال وما كان مالا بها منها فالمال متعلق المقصود أعني الفعل وقد سقطت الافعال كلها بالموت لتعذر ظهور طاعته بها في دار التكليف فكان الايصاء بالمال الذي هو متعلقها تبرعا من الميت ابتداء فيعتبر من الثلث بخلاف دين العباد لان المقصود فيها نفس المال لا الفعل وهو موجود في التركة فيؤخذ منها بلا ايصاء (قوله والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ) وجهه أن المماثلة قد ثبتت شرعا بين الصوم والاطعام والمماثلة بين الصلاة والصوم ثابتة ومثل مثل الشيء جاز أن يكون مثلا لذلك الشيء وعلى تقدير ذلك يجب الاطعام وعلى تقدير عدمها لا يجب فالاحتياط في الايجاب فان كان الواقع ثبوت المماثلة حصل المقصود الذي هو السقوط والا كان برا مبتدأ يصلح ماحيا للسيآت ولذا قال محمد فيه يجزيه ان شاء الله تعالى من غير جزم كما قال في تبرع الوارث بالاطعام بخلاف ايصائه به عن الصوم فانه جزم بالاجزاء (قوله هو الصحيح) احتراز من قول ابن مقاتل انه يطعم لكل صلاة يوم مسكينا لانها كصيام يوم ثم رجع الى ما في الكتاب لان كل صلاة فرض على حدة فكانت كصوم يوم (قوله ومن دخل في صوم التطوع أو في صلاة التطوع ثم أفسده قضاه) لا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله في وجوب القضاء اذا فسد عن قصد أو غير قصد بأن عرض الحيض للصائمة المتطوعة خلافا

(قوله وقوله ثم عندنا كأنه بيان لمبنى الاختلاف الخ) أقول فيه بحث

للشافعي رحمه الله وانما اختلاف الرواية في نفس الافساد هل يباح أولا ظاهر الرواية لا الا بعذر ورواية المنتقى يباح بلا عذر ثم اختلف المشايخ رحمهم الله على ظاهر الرواية هل الضيافة عذر أولا قيل نعم وقيل لا وقيل عذر قبل الزوال لا بعده الا اذا كان في عدم الفطر بعده عقوق لاحد الوالدين لا غيرهما حتى لو حلف عليه رجل بالطلاق الثلاث ليفطرن لا يفطر وقيل ان كان صاحب الطعام يرضى بمجرد حضوره وان لم يأكل لا يباح الفطر وان كان يتأذى بذلك يفطر واعتقادي أن رواية المنتقى أوجه وعلى اعتبار ذلك ينصب الكلام في خلافية الشافعي رحمه الله آخرا ويتبين وجه اختيارنا لها في ضمنه ان شاء الله تعالى وأحسن ما يستدل به للشافعي رحمه الله ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم يوما فقال هل عندكم شيء فقلنا لا قال فاني اذا صائم ثم أتانا يوما آخر فقلنا يا رسول الله أهدي لنا حيس قال أريني فلقد أصبحت صائما فأكل وفي لفظ فأكل وقال قد كنت أصبحت صائما فهذا يدل على عدم وجوب الاتمام ولزوم القضاء مرتب على وجوبه فلا يجب واحد منهما وروى أبو داود والترمذي والنسائي عن أم هانئ موقوفا الصائم المتطوع أمير نفسه ان شاء صام وان شاء أفطر وفي كل من سنده ومتنه اختلاف وتكلم عليه البيهقي رحمه الله وقال الشافعي أيضا صح أنه عليه الصلاة والسلام خرج من المدينة حتى اذا كان بكراع الغميم وهو صائم رفع اناءه فشرب والناس ينظرون وفي لفظ كان ذلك بعد العصر زاد مسلم عام الفتح وفيه دلالة التأخير قال الشافعي فلما كان له قبل أن يدخل في صوم الفرض أن لا يدخل فيه للسفر كان له اذا دخل فيه أن يفطر كما فعل عليه الصلاة والسلام فالتطوع أولى وحاصله استدلال بفطره في الفرض بعد الشروع الذي لم يكن واجبا عليه على اباحة فطره في النفل بعد الشروع الذي لم يكن واجبا عليه وهو استدلال حسن جدا ولنا الكتاب والسنة والقياس أما الكتاب فقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم وقال تعالى ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم الا ابتغاء رضوان الله فما رعوها حق رعايتها الآية سيقت في معرض ذمهم على عدم رعاية ما التزموه من القرب التي لم تكتب عليهم والقدر المؤدى عمل كذلك فوجب صيانته عن الابطال بهذين النصين فاذا أفطر وجب قضاؤه تفاديا عن الابطال وأما السنة فما أخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن عروة عن عائشة قالت كنت أنا وحفصة صائمتين فعرض لنا طعام اشتهيناه فأكلنا منه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فبدرتني اليه حفصة وكانت ابنة أبيها فقالت يا رسول الله انا كنا صائمتين فعرض علينا طعام اشتهيناه فأكلنا منه قال اقضيا يوما آخر مكانه وأعله البخاري بأنه لا يعرف لزميل سماع من عروة ولا ليزيد سماع من عروة وأعله الترمذي بأن الزهري لم يسمع من عروة فقال روى هذا الحديث صالح بن أبي الاخضر ومحمد بن أبي حفصة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وروى مالك بن أنس ومعمر بن عبيد الله(١) بن عمرو بن زياد بن سعد وغير واحد من الحفاظ عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها ولم يذكروا فيه عروة وهذا أصح ثم أسند الى ابن جريج قال سألت الزهري أحدثك عروة عن عائشة رضي الله عنها قال لم أسمع من عروة في هذا شيأ ولكن سمعنا في خلافة سليمان بن عبد الملك من ناس عن بعض من سأل عائشة رضي الله عنها عن هذا الحديث اه قلنا قول البخاري مبني على اشتراط العلم بذلك والمختار الاكتفاء بالعلم بالمعاصرة على ما مر غير مرة ولو سلم اعلاله واعلال الترمذي فهو قاصر على هذا الطريق فانما يلزم لو لم يكن له طريق آخر لكن قد رواه ابن حبان في صحيحه من غيرها عن جرير بن حازم عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين الحديث ورواه ابن أبي شيبة من طريق آخر غيرهما عن خصيف عن سعيد بن جبير أن عائشة وحفصة الحديث ورواه الطبراني في معجمه من حديث خصيف عن عكرمة عن ابن عباس أن عائشة وحفصة ورواه البزار من طريق غيرها عن حماد بن الوليد عن عبيد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن نافع عن ابن عمر قال أصبحت عائشة وحفصة رضي الله عنهما

الزوال فلا ينبغي له أن يفطر الا اذا كان في ترك الافطار عقوق الوالدين أو أحدهما

(١) قول صاحب الفتح ابن عمرو بن زياد هكذا في بعض النسخ وفي بعضها ابن عمر وابن زياد مضبوطا بالقلم بضم عين عمر ثم واو العطف بعدها ولحرر اه مصححه

(واذا بلغ الصبي أو أسلم الكافر في رمضان أمسكا بقية يومهما) قضاء لحق الوقت بالتشبه (ولو أفطرا فيه لا قضاء عليهما)

عنهما وحماد بن الوليد لين الحديث وأخرجه الطبراني من غير الكل في الوسط حدثنا موسى بن هرون حدثنا محمد بن مهران الجمال قال ذكره محمد بن أبي سلمة المكي عن محمد بن عمرو به (١) عن أم سلمة عن أبي هريرة قال أهديت لعائشة وحفصة رضي الله عنهما هدية وهما صائمتان فأكلتا منها فذكرتا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اقضيا يوما مكانه ولا تعودا فقد ثبت هذا الحديث ثبوتا لا مرد له لو كان كل طريق من هذه ضعيفا لتعددها وكثرة مجيئها وثبت في ضمن ذلك أن ذلك المجهول في قول الزهري فيما أسند الترمذي اليه عن بعض من سأل عائشة رضي الله عنها عن هذا الحديث ثقة أخبر بالواقع فكيف وبعض طرقه مما يحتج به وحمله على أنه أمر ندب خروج عن مقتضاه بغير موجب بل هو محفوف بما يوجب مقتضاه ويؤكده وهو ما قدمناه من قوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم كلام المفسرين فيها على أن المراد لا تحبطوا الطاعات بالكبائر كقوله تعالى لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي الى أن قال أن تحبط أعمالكم وكلام ابن عمر رضي الله عنه ظاهر في أن هذا قول الصحابة أو لا تبطلوها بمعصيتهما أي معصية الله ورسوله أو الابطال بالرياء والسمعة وهو قول ابن عباس رضي الله عنه وعنه بالشك والنفاق أو بالعجب والكل يفيد أن المراد بالابطال اخراجها عن أن تترتب عليها فائدة أصلا كأنها لم توجد وهذا غير الابطال الموجب للقضاء فلا تكون الآية باعتبار المراد دليلا على منع هذا الابطال بل دليلا على منعه بدون قضاء فتكون دليل رواية المنتقى على ما قدمناه من أنها إباحة الفطر مع ايجاب القضاء ولهذا اخترناها لان الآية لا تدل باعتبار المراد منها على سوى ذلك والاحاديث المذكورة لا تفيد سوى ايجاب القضاء الا ما كان من الزيادة التي في رواية الطبراني وهي قوله ولا تعودا وهي مع كونها متفردا بها لا تقوى قوة حديث مسلم المتقدم الاستدلال به للشافعي فبعد تسليم ثبوت الحجية يحمل على الندب وكذا حديث البخاري آخى النبي صلى الله عليه وسلم بين سلمان وأبي الدرداء فزار سلمان أبا الدرداء فرأى أم الدرداء متبذلة فقال لها ما شأنك قالت أخوك أبو الدرداء ليس له حاجة في الدنيا فجاء أبو الدرداء فصنع له طعاما فقال كل قال فاني صائم قال ما آكل حتى تأكل فأكل فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم فقال له سلمان نم فنام ثم ذهب يقوم فقال نم فلما كان من آخر الليل قال سلمان قم الآن فصليا فقال له سلمان ان لربك عليك حقا ولنفسك عليك حقا ولاهلك عليك حقا فأعط كل ذي حق حقه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال عليه الصلاة والسلام صدق سلمان وهذا مما استدل به القائلون بأن الضيافة عذر وكذا ما أسند الدارقطني الى جابر قال صنع رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما أتى بالطعام تنحى رجل منهم فقال عليه الصلاة والسلام مالك قال إني صائم فقال عليه الصلاة والسلام تكلف أخوك وصنع طعاما ثم تقول اني صائم كل وصم يوما مكانه فان كلا منهما يدل على عدم كون الفطر ممنوعا اذ لا يعهد للضيافة أثر في اسقاط الواجبات ولذا منع المحققون كونها عذرا كالكرخي وأبي بكر الرازي واستدلا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام اذا دعي أحدكم الى طعام فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل أي فليدع لهم والله أعلم بحال هذا الحديث وقول بعضهم ثبت موقوف على إبداء ثبت ثم لا يقوى قوة حديث سلمان والحاصل أن على رواية المنتقى تتظافر الادلة ولا يعارض ما استدل به الشافعي رحمه الله ما يثبتها على ما لا يخفى وأما القياس فعلى الحج والعمرة النفلين حيث يجب قضاؤهما اذا أفسدا (قوله واذا بلغ الصبي الخ) كل من تحقق بصفة في أثناء النهار أو قارن ابتداء وجودها طلوع الفجر وتلك الصفة بحيث لو كانت قبله واستمرت الافطار المتقدم وانما هو قضاء لحق الوقت بالتشبه ومعنى قول أبي حنيفة لا يحسن لها يقبح منها وترك القبيح شرعا من الواجبات وقوله (ولو أفطرا فيه) أي فيما بقي من يومهما (لا قضاء عليهما) (١) وقول صاحب الفتح عن أم سلمة في بعض النسخ عن أبي سلمة وحرره معجمه

وقوله (واذا بلغ الصبي أو أسلم الكافر) الاصل في هذا ان كل من صار في آخر النهار بصفة لو كان عليها في أوله لزمه الصوم فعليه الامساك كالحائض والنفساء يطهران بعد طلوع الفجر أو معه والمجنون يفيق والمريض يبرأ والمسافر يقدم بعد الزوال أو الاكل والمفطر عمدا أو خطأ أو مكرها أو أكل يوم الشك ثم تبين أنه من رمضان أو أفطر على ظن غروب الشمس أو تسحر على ظن عدم طلوع الفجر والامر بخلافه ومن لم يكن كذلك لم يجب عليه الامساك كما في حالة الحيض والنفاس ثم وجوب الامساك انما هو على قول بعض المشايخ وهو اختيار المصنف على ما يذكره عند قوله اذا قدم المسافر أو طهرت الحائض وقال الشيخ الامام الصفار الصحيح أنه على الايجاب لان محمدا رحمه الله ذكر في كتاب الصوم فليصم بقية يومه والامر للوجوب وقال في الحائض اذا طهرت في بعض النهار فلتدع الاكل والشرب وهذا أمر أيضا وقال بعضهم هو على الاستحباب ذكره محمد بن شجاع لانه مفطر فكيف يجب عليه الكف عن المفطرات وقال أبو حنيفة رحمه الله في الحائض طهرت في بعض النهار لا يحسن لها أن تأكل وتشرب والناس صيام وأجيب عن الثاني بأن هذا الامساك ليس على جهة الصوم حتى ينافي

لان الصوم غير واجب فيه) بل الامساك هو الواجب ولا قضاء الا للصوم (وصاما بعده) من الايام (لتحقق السبب) وهو شهود الشهر (والاهلية) بالاسلام والبلوغ (ولم يقضيا يومهما) يعني اذا أمسكا بقية النهار وانما قلت هذا لئلا يتكرر مع قوله لا قضاء عليهما وقوله (ولا ما مضى) أي لم يقضيا ما مضى من الايام قبل البلوغ والاسلام (لعدم الخطاب) لانه انما يكون عند الاهلية وكانت منتفية

لان الصوم غير واجب فيه (وصاما بعده) لتحقق السبب والاهلية (ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى) لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلاة لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية منعدمة عنده وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا زال الكفر أو الصبا قبل الزوال فعليه القضاء لانه أدرك وقت النية وجه الظاهر أن الصوم لا يتجزأ وجوبا وأهلية الوجوب منعدمة في أوله الا أن للصبي أن ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس من أهل التطوع أيضا والصبي أهل له

معه وجب عليه الصوم فانه يجب عليه الامساك تشبها كالحائض والنفساء يطهران بعد الفجر أو معه والمجنون يفيق والمريض يبرأ والمسافر يقدم بعد الزوال أو قبله بعد الاكل أما اذا قدم قبل الزوال والاكل فيجب عليه الصوم لما في الكتاب وكذا لو كان نوى الفطر ولم يفطر حتى قدم في وقت النية وجب عليه نية الصوم والذي أفطر عمدا أو خطأ أو مكرها أو أكل يوم الشك ثم استبان أنه من رمضان أو أفطر على ظن غروب الشمس أو تسحر بعد الفجر وقيل الامساك مستحب لا واجب لقول أبي حنيفة رحمه الله في الحائض تطهر نهارا لا يحسن أن تأكل وتشرب والناس صيام والصحيح الوجوب لان محمدا قال فليصم وقال في الحائض فلتدع وقول الامام لا يحسن تعليل للوجوب أي لا يحسن بل يقبح وقد صرح به في بعضها فقال في المسافر اذا أقام بعد الزوال اني أستقبح أن يأكل ويشرب والناس صيام وهو مقيم فبين مراده بعدم الاستحسان ولانه الموافق للدليل وهو ما ثبت من أمره عليه الصلاة والسلام بالامساك لمن أكل في يوم عاشوراء حين كان واجبا ولا يخفى على متأمل فوائد قيود الضابط وقلنا كل من تحقق أو قارن ولم نقل من صار بصفة الخ ليشمل من أكل عمدا في نهار رمضان لان الصيرورة للتحول ولو لامتناع ما يليه ولا يتحقق المفاد بما فيه (قوله لان الصوم غير واجب فيه عليهما) وقال زفر في الكافر اذا أسلم يجب عليه قضاء ذلك اليوم لان ادراك جزء من الوقت بعد الاهلية موجب كما في الصلاة وينبغي أن يكون جوابه في الصبي اذا بلغ كذلك ونحن نفرق بأن السبب في الصلاة الجزء القائم عند الاهلية أي جزء كان فتحقق الموجب في حقهما وفي الصوم الجزء الاول ولم يصادفه أهلا وعلى هذا فقولهم في الاصول الواجب الموقت قد يكون الوقت فيه سببا للمؤدى وظرفا له كوقت الصلاة أو سببا ومعيارا وهو ما يقع فيه مقدرا به كوقت الصوم تساهل اذ يقتضي أن السبب تمام الوقت فيهما وقد بان خلافه ثم على ما بان من تحقيق المراد قد يقال يلزم أن لا يجب الامساك في نفس الجزء الاول من اليوم لانه هو السبب للوجوب والا لزم سبق الوجوب على السبب للزوم تقدم السبب فالايجاب فيه يستدعي سببا سابقا والفرض خلافه ولو لم يستلزم ذلك لزم كون ما ذكروه في وقت الصلاة من أن السببية تضاف الى الجزء الاول فان لم يؤد عقيبه انتقلت الى ما يلي ابتداء الشروع فان لم يشرع الى الجزء الاخير تقررت السببية فيه واعتبر حال المكلف عنده تكلفا مستغنى عنه اذ لا داعي لجعله ما يليه دون ما وقع فيه (قوله على ما قالوا) اشارة الى الخلاف وأكثر المشايخ على هذا الفرق وهو أن الصبي كان أهلا فتوقف اما سكانه في حق الصوم في أول النهار على وجود النية في وقتها والكافر ليس أهلا أصلا فلا تتوقف فيقع فطرا فلا يعود صوما ومنهم من تمسك في التسوية بينهما بما في الجامع الصغير في الصبي يبلغ والكافر يسلم قال هما سواء فانه

قبلهما فان قيل انتفاء الاهلية في أول النهار لا يمنع وجوب القضاء فان المجنون اذا أفاق في يوم رمضان قبل الزوال والاكل ونوى الصوم يقع عن الفرض ولو أفطر وجب عليه القضاء مع أن الصوم لم يكن واجبا عليه وقت طلوع الفجر أجيب بأنا لا نسلم أن الوجوب لم يكن ثابتا عليه في ذلك الوقت بل الوجوب في حقه كان ثابتا الا أنه لم يظهر أثره عند الاستغراق فاذا لم يستغرق ظهر أثر الوجوب وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من عدم وجوب قضاء صوم ذلك اليوم الذي بلغ فيه الصبي أو أسلم فيه الكافر (بخلاف الصلاة) حيث يجب قضاؤها اذا بلغ أو أسلم لما ذكره في الكتاب وهو واضح (و) روى ابن سماعة (عن أبي يوسف أنه اذا زال الكفر أو الصبا قبل الزوال فعليهما القضاء) لما ذكره في الكتاب وهو نظير من أصبح ناويا للفطر ثم نوى قبل الزوال أن يصوم أجزأه ولا شك أن نية الفطر منافية للصوم لكنها منافية حكما لا حقيقة فلا تمنع نية الصوم قبل الزوال وكذا الكفر مناف للصوم حكما لا حقيقة وخلله ظاهر لان فيه مساواة الاهل لغير الاهل وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ومبناه كما ترى على التفرقة بدل بين من له الاهلية وفاقدها وأكثر المشايخ على التفرقة بينهما في النفل أيضا فالصبي اذا بلغ قبل الزوال ونوى صوم النفل صح والكافر اذا أسلم ونوى ذلك لم يصح وذكر في الجامع الصغير أنهما في صحة نية التطوع سواء فكان الاختلاف في النفل كالاختلاف في الفرض

وقوله (واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم أجزأه لان السفر لا ينافي أهلية الوجوب) لانها بالذمة الصالحة للوجوب وهو ثابت في حقه (ولا صحة الشروع) لانه لو صام صح (وان كان في رمضان) يعني المسافر الذي نوى الافطار (فعليه أن يصوم لزوال المرخص) وهو السفر (في وقت النية) لان فرض المسئلة فيما اذا قدم قبل انتصاف (٨٩) النهار قيل في كلام المصنف تكرار لان

(واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم أجزأه) لان السفر لا ينافي أهلية الوجوب ولا صحة الشروع (وان كان في رمضان فعليه أن يصوم) لزوال المرخص في وقت النية ألا ترى أنه لو كان مقيما في أول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا أولى الا أنه اذا أفطر في المسئلتين لا تلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح (ومن أغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء) لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه (وقضى ما بعده) لانعدام النية (وان أغمي عليه أول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة) لما قلنا وقال مالك لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف (ومن أغمي عليه في رمضان كله قضاه) لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجا

يدل على صحة نية كل منهما للتطوع (قوله واذا نوى المسافر الافطار) أي في غير رمضان بدليل قوله وان كان في رمضان ثم نية الافطار ليس بشرط بل اذا قدم قبل الزوال والا كل وجب عليه صوم ذلك اليوم بنية ينشئها (قوله ألا ترى الخ) يعني أن المرخص السفر فلما لم يتحقق في أول اليوم كان الخطاب متوجها عليه بتعين الصوم فلا يجوز له الفطر فيه بحدوث انشائه وقد يشكل عليه ما صح عنه عليه الصلاة والسلام مما قدمنا أنه خرج من المدينة عام الفتح حتى اذا كان بكراع الغميم وهو صائم رفع إناء فشرب اللهم الا أن يدفع بتجويز كون خروجه كان قبل الفجر وفيه بعد وأيضا قولهم ما لم يتحقق المرخص فالخطاب بالصوم عينا ممنوع لم لا يجوز أن يكون الخطاب بتعينه ان لم يحدث سفرا في أثناء اليوم فيجب الشروع قبله فاذا سافر في اثناء اليوم زال التعين لانه كان بشرط عدمه وهذا البحث مذهب بعض الفقهاء حكاه بعض شارحي كتاب مسلم والجمهور على تعين صومه * واعلم أن اباحة الفطر للمسافر اذا لم ينو الصوم فاذا نواه ليلا وأصبح من غير أن ينقض عزيمته قبل الفجر أصبح صائما فلا يحل فطره في ذلك اليوم لكن لو أفطر فيه لا كفارة عليه لان السبب المبيح من حيث الصورة وهو السفر قائم فأورث شبهة وبها تندفع الكفارة ويشكل عليه حديث كراع الغميم بناء على أن الصحيح أن فطره عنده ليس في اليوم الذي خرج فيه من المدينة لانه مسافة بعيدة لا يصل اليها في يوم واحد بل معنى قول الراوي حتى اذا كان بكراع الغميم وهو صائم أنه كان صائما حين وصل اليه ولا شك أنه صوم يوم لم يكن في أوله مقيما غير أنه شرع في صوم الفرض وهو مسافر ثم أفطر وتبين بهذا اندفاع الاشكال عن تعين الصوم في اليوم الذي أنشأ فيه السفر وتقريره على تعين صوم اليوم الذي شرع في صومه عن الفرض وهو مسافر والحاصل أنه ان كان بلوغه كراع الغميم في اليوم الذي خرج فيه أشكل على الاول وان كان فيما بعد أشكل على ما بعده ولا مخلص الا بتجويز كونه عليه الصلاة والسلام علم من نفسه بلوغ الجهد المبيح لفطر المقيم ونحوه ممن تعين عليه الصوم وخشي الهلاك والله أعلم (قوله في المسئلتين) هما اذا أنشأ السفر بعد الصوم واذا صام مسافرا ثم أقام (قوله لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجا) أي العقل ولهذا ابتلي به من هو معصوم من زوال العقل صلى الله عليه وسلم على ما قدمنا سلفناه في باب الامامة من كتاب

المسئلتين كليتهما في مسافر قدم المصر قبل الزوال في رمضان وأجيب بأن المسئلة الاولى في غير رمضان ورد بأن قوله لا ينافي أهلية الوجوب يأباه لانه لا يستعمل في غير الفرض وأجيب بأن معناه لا ينافي أهلية الثبوت وفيه بعد وبأن معناه المعنى المصطلح والصوم هو أن يكون نذرا معينا وصورته نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل انتصاف النهار فنذر أن يصوم ذلك اليوم ونواه أجزأه فكانت الاولى في غير رمضان والثانية فيه فلا تكرار وقوله (فهذا أولى) قيل في وجه الاولوية ان المرخص وهو السفر قائم وقت الافطار في تلك المسئلة ومع ذلك لم يبح له الافطار فلأن لا يباح في هذه المسئلة وهو ليس بقائم فيه أولى وقوله (في المسئلتين) يعني مسافرا أقام ومقيما سافر قال (ومن أغمي عليه في رمضان) الاغماء إما أن يكون مستغرقا أولا والثاني إما أن يحدث في أول ليلة أو في غيرها فان كان في غيرها سواء كان ليلا أو نهارا لا يقضي صوم ذلك النهار الذي حصل فيه أو في ليلته

(١٢ - فتح القدير ثاني) الاغماء وكذا اذا كان في أول ليلة لان الامساك موجود لاستحالة وكذا النية ظاهرا لان ظاهر حال المسلم في ليالي رمضان عدم الخلو عن النية والاول يقضيه كله لما ذكره من قوله (لانه نوع مرض الخ) وكلامه واضح

(قال المصنف واذا نوى المسافر الافطار) أقول أي في غير رمضان بدليل قوله وان كان في رمضان (قوله وبأن معناه المعنى المصطلح) أقول معطوف على قوله بأن المسئلة الاولى في قوله وأجيب بأن المسئلة الاولى في غير رمضان

وقوله (ومن جن رمضان كله) قال شمس الائمة الحلوانى المراد بقوله جن رمضان كله مايمكنه الصوم فيه ابتداء حتى لو أفاق بعد الزوال من اليوم الاخير من شهر رمضان لم يلزمه القضاء لان الصوم لايصح فيه كالليل هو الصحيح وقوله (هو يعتبره بالاغماء) يعنى من حيث إن الجنون مرض يخل العقل فيكون عذرا فى التأخير الى زواله لا فى الاسقاط كما فى الاغماء وقوله (ولنا) ظاهر

فيصير عذرا فى التأخير لا فى الاسقاط (ومن جن رمضان كله لم يقضه) خلافا للمالك هو يعتبره بالاغماء ولنا أن المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج (وان أفاق المجنون فى بعضه قضى ما مضى) خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا أن السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة

وقوله (هما يقولان لم يجب عليه الاداء) أى أداء ذلك البعض (لانعدام الاهلية) وكل من لم يجب عليه الاداء لم يجب عليه القضاء لان القضاء مرتب عليه (وصار كالمستوعب) فان المستوعب منه منع القضاء فى الكل فاذا وجد فى البعض منع بقدره اعتبارا للبعض بالكل (ولنا أن السبب قد وجد وهو الشهر) أى بعضه لان السبب لو كان كله لوقع الصوم فى شوال فكان تقدير الآية والله أعلم فمن شهد منكم بعض الشهر فليصم الشهر كله لان الضمير يرجع الى المذكور دون المضمر والمجنون الذى لم يستغرق جنونه الشهر قد شهد بعض الشهر فيصوم كله فان قيل يجوز أن يمنع من ذلك مانع وهو عدم الاهلية فيما مضى أجاب بأن الاهلية للوجوب بالذمة وهى كونه أهلا للايجاب والاستيجاب وهى موجودة لانها بالآدمية فان قيل لو كان ماذكرتم صحيحا لوجب على المستغرق أيضا

الصلاة (قوله ومن جن رمضان كله) قال الحلوانى المراد فيما يمكنه إنشاء الصوم فيه حتى لو أفاق بعد الزوال من اليوم الاخير لا يلزمه القضاء لان الصوم لا يصح فيه كالليل والذى يعطيه الوجه الآتى ذكره خلافه (قوله فيكون عذرا فى التأخير لا فى الاسقاط) رتبه بالفاء على كونه لا يزيل العقل بل يضعفه نتيجة له فحاصله لما كان غير مزيل لم يسقط فيتبادر منه أنه لو أزاله كان مسقطا وليس كذلك فان الجنون مزيل له ولا يسقط به من حيث هو مزيل له بل من حيث هو ملزم للحرج فكان الاولى فى التعليل التعليل بعدم لزوم الحرج فى إلزام قضاء الشهر بالاغماء فيه كله بخلاف جنون الشهر كله فان ترتيب قضاء الشهر عليه موجب للحرج وهذا لان امتداد الاغماء شهرا من النوادر لا يكاد يوجد وإلا كان ربما يموت فانه لا يأكل ولا يشرب ولا حرج فى ترتيب الحكم على ماهو من النوادر بخلاف الجنون فان امتداده شهرا غالب فترتيب القضاء معه موجب للحرج وقد سلك المصنف مسلك التحقيق فى تعليل عدم الزام القضاء بجنون الشهر حيث قال ولنا أن المسقط هو الحرج ثم قال والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج فأفاد تعليل وجوب قضاء الشهر اذا أغمى عليه فيه كله بعدم الحرج وهو فى الحقيقة تعليل بعدم المانع لان الحرج مانع لكن المراد أن انتفاء الوجوب انما يكون لمانع الحرج ولا حرج لندرة امتداد الاغماء شهرا وبسط مبنى هذا أن الوجوب الذى يثبت جبرا بالسبب أعنى أصل الوجوب لا يسقط بعدم القدرة على استعمال العقل لعدمه أو ضعفه بل ينظر فان كان المقصود من متعلقه مجردا يصال المال للجهة كالنفقة والدين ثبت الوجوب مع هذا العجز لان هذا المقصود يحصل بفعل النائب فيطالب به وليه وان كان من العبادات والمقصود منها نفس الفعل ليظهر مقصود الابتلاء من اختيار الطاعة أو المعصية فلا يخلو من كون هذا العجز الكائن بسبب عدم القدرة على استعمال العقل مما يلزمه الامتداد أولا يعتد عادة أو قد وقد فنى الاول لا يثبت الوجوب كالصبا لانه يستتبع فائدته وهى إما فى الاداء وهو منتف اذ لا يتوجه عليه الخطاب بالاداء فى حالة الصبا أو فى القضاء وهو مستلزم للحرج البين فانتفى وفى الثانى لا يسقط الوجوب معه بل يثبت شرعا ليظهر أثره فى الخلف وهو القضاء فيصل بذلك الى مصلحته من غير حرج رحمة عليه كالنوم فلو نام تمام وقت الصلاة وجب قضاؤها شرعا فعلما أن الشرع اعتبر هذا العارض بسبب أنه لا يمتد غالبا عدما اذ لا حرج فى ثبوت الوجوب معه ليظهر حكمه فى الخلف ثم لو نام يومين أو ثلاثة أيام وجب القضاء أيضا لان ذا نادر لا يكاد يتحقق فلا يوجب ذلك تغيير الاعتبار الذى ثبت فيه شرعا أعنى اعتباره عدما اذ لا حرج فى النوادر وفى الثالث أدرنا ثبوت الوجوب وعدمه على ثبوت الحرج إلحاقا له اذا ثبت بما يلزمه الامتداد واذا لم يثبت بما لا يعتد عادة فقلنا فى الاغماء يلحق فى حق الصوم بما لا يمتد وهو النوم فلا يسقط معه الوجوب اذا امتد تمام الشهر بل يثبت ليظهر حكمه فى

(قوله لان السبب لو كان كله لوقع الصوم فى شوال) أقول لان السبب يتقدم على المسبب (قوله والمجنون الذى لم يستغرق جنونه الشهر قد شهد بعض الشهر فيصوم كله) أقول يلزم القضاء على ظاهره أن يجب على الكافر الذى أسلم فى بعض الشهر صوم كله وكذا الصبى الذى بلغ فى بعضه فليتأمل (قوله أجاب بأن الاهلية للوجوب بالذمة وهى كونه الخ) أقول الذمة صفة بها صار الانسان أهلا للايجاب والاستيجاب كما صرح به فى باب المحكوم به من التلويح فنى كلام الشارح تسامح كما لا يخفى

أجاب بقوله (وفي الوجوب فائدة وهو) أي الفائدة بتأويل المذكور (صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في أدائه والمستوعب ليس كذلك لانه يحرج في الاداء فلا فائدة) في الوجوب لانه لو وجب لسقط بسبب الحرج بعد الوجوب فصار كالصبا لما كان ممتدا كان في الايجاب عليه حرج وهو مسقط فلا فائدة فيه والحاصل أن الوجوب في الذمة لا ينعدم بسبب الاغماء والصبا والجنون إلا أن الاغماء لا يطول عادة فلا يسقط القضاء والصبا يطول فيسقطه دفعا للحرج والجنون يطول (٩١) ويقصر فاذا طال التحق بالصبا واذا لم يطل التحق بالاغماء والطويل في الصوم أن يستوعب الشهر كله وفي الصلاة أن يزيد على يوم وليلة (ثم لا فرق بين) الجنون (الاصلي) وهو أن يبلغ مجنونا (والعارضي) وهو أن يبلغ عاقلا ثم يجن (قيل هذا) أي عدم الفرق بين الجنونين (ظاهر الرواية وعن محمد أنه فرق بينهما) فقال ان بلغ مجنونا ثم أفاق في بعض الشهر ليس عليه قضاء ما مضى لان ابتداء الخطاب يتوجه اليه الآن فصار كصبي بلغ وروى هشام عن أبي يوسف أنه قال في القياس لا قضاء عليه ولكني أستحسن فأوجب عليه قضاء ما مضى من الشهر لان الجنون الاصلي لا يفارق العارضي في شئ من الاحكام وليس فيه رواية عن أبي حنيفة واختلف فيه المتأخرون على قياس مذهبه والاصح أنه ليس عليه قضاء ما مضى كذا في المبسوط واليه أشار بقوله (وهذا) أي المروي عن محمد (مختار بعض المتأخرين) منهم الامام أبو عبد الله الجرجاني والامام الرستغفني والزاهد الصفار رحمهم الله وقوله (ومن لم ينو في رمضان) يعني أمسك عن المفطرات لكنه لم ينو (صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه) قالوا هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير ولا بد لها من تأويل لان دلالة حال المسلم فيه كافية لوجود النية كالمغمى عليه في رمضان يجعل صائما يوم أغمي عليه لان ظاهر حاله عدم الخلو عن النية وان لم يعرف منه

وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في أدائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله أنه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين (ومن لم ينو في رمضان كله لا صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه)

القضاء لعدم الحرج اذ لا حرج في النادر لان النادر انما يفرض فرضا ورب ما لم يتحقق قط وامتداد الاغماء شهرا كذلك وفي حق الصلاة بما يمتد اذا زاد على يوم وليلة لثبوت الحرج بثبوت الكثرة بالدخول في حد التكرار فلا يقضي شيأ وبما لا يمتد وهو النوم اذا لم يزد عليها لعدم الحرج وقلنا في الجنون في حق الصلاة كذلك على ما قدمناه في باب صلاة المريض لاتحاد اللازم فيهما وفي حق الصوم ان استوعب الشهر ألحق بما يلزمه الامتداد لان امتداد الجنون شهرا كثير غير نادر فلو ثبت الوجوب مع استيعابه لزم الحرج واذا لم يستوعبه بما لا يمتد لان صوم ما دون الشهر في سنة لا يوقع في الحرج وأيضا أنه يؤدي الى عدم وجوب القضاء اذ كان الجنون في الغالب يستمر شهرا وأكثر وهذا التقرير يوجب أن لا فرق بين الاصلي والعارضي وبين أن يفيق المجنون في وقت النية من آخر يوم أو بعده خلافا لما قاله الحلواني وان اختاره بعضهم ثم نقل المصنف عن محمد أنه فرق بينهما على ما هو في الكتاب وقدمنا في الزكاة الخلاف في نقل هذا الخلاف بفعل هذا التفصيل قول أبي يوسف وقول محمد عدم التفصيل وقيل الخلاف على عكسه وهو ما نقله المصنف ومنهم من أيد التفصيل بثبوت التفصيل شرعا في العدة بالاشهر والحيض بناء على أصلية امتداد الطهر وعارضيته فان الطهر اذا امتد امتدادا أصليا بأن بلغت الصغيرة بالسن ولم ترد ما فانها تعتد بالاشهر بعد البلوغ ولو بلغت بالحيض ثم امتد طهرها اعتدت بالحيض فلا تخرج من العدة الى أن تدخل سن الاياس فتعتد بالاشهر ولا يخفى على متأمل عدم لزومه فان المدار فيما نحن فيه لزوم الحرج وعدمه وفي العدة المتبع النص وهو يوجب ذلك التفصيل والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله وفي الوجوب فائدة) جواب عما قد يقال قولك الاهلية بالذمة ومرجع الذمة الى الآدمية يستلزم ثبوت أصل الوجوب على الصبي فقال هو دائر مع الذمة لكن بشرط الفائدة لانه يتلو الفائدة ولا فائدة في تحققه في حق الصبي لما ذكرنا من أنه عند العجز عن الاداء انما يثبت ليظهر أثره في القضاء لتحصل مصلحة الفرض رحمة ومنة وانما يكون ذلك فائدة اذا لم يستلزم ايجاب القضاء حرجا لانه حينئذ فتح باب تحصيل المصلحة أما اذا استلزمه فهو معدوم الفائدة ظاهرا لانه مقترن بطريق التفويت وهو الحرج وذلك باب العذاب لا الفائدة وان كان قد ثبت له الأفراد من العباد فان الفوائد الشرعية التي تستتبعها التكاليف انما تراعى في حق العموم رحمة وفضلا لا بالنسبة الى آحاد من الناس بخلاف ثبوته مع الجنون لانه يستتبع الفائدة أو نقول لا فائدة لانها في القضاء ولا يجب القضاء للحرج فلو ثبت الوجوب لم يكن لفائدة (قوله وتمامه في الخلافيات) اذا حققت ما قدمناه آنفا تحققت تمامه (قوله فعليه قضاؤه) قيل لا بد من التأويل لان دلالة حال المسلم كافية في وجود النية ألا ترى أن من أغمي عليه في

(قوله والحاصل أن الوجوب في الذمة لا ينعدم الخ) أقول يخالف ظاهر ما تقدم آنفا من قوله لو وجب لسقط (قوله واليه أشار بقوله وهذا أي المروي الخ) أقول تأمل في وجه الاشارة

وأولوا بأن يكون مريضا أو مسافرا أو متهتكا اعتاد الاكل فى رمضان فلم يصلح حاله دليلا على نية الصوم كذا ذكره فخر الاسلام وأرى أنه ليس بمحتاج الى التأويل لان حال المسلم دليل اذا لم يعرف منه كما فى المغنى عليه والفرض فى هذه المسئلة العلم بأنه لم ينو شيأ باخباره بذلك والدلالة انما تعتبر اذا لم يخالفها صريح (وقال زفر يكون صائما ولا قضاء عليه لان صوم رمضان يتأدى بدون النية فى حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى أى وجه أداه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير) وهكذا روى عن عطاء وأنكر الكرخى أن يكون هذا مذهبا لزفر وقال المذهب عنده أن صوم الشهر كله يتأدى بنية واحدة كما هو قول مالك وقال أبو اليسر هذا قول لزفر فى صغره ثم رجع عنه وانما قيد بالصحيح المقيم نفيا لما يجوز به صرف الامساك الى غيره لتعين الجهة واعترض بأن هبة النصاب فقيرا واحدا لا يجوز عنده على ما مر نفيا وجه مافى الكتاب وأجيب بأن معناه على قوله مذهبكم وبأن تأويله أن يكون الفقير مديونا فان دفع النصاب اليه جائز بالاتفاق ويجوز أن يقال أراد بالفقير الجنس فكان الدفع متفرقا (ولنا أن المستحق هو الامساك عبادة ولا امساك عبادة الا بالنية وفى هبة النصاب قد وجدت النية كما مر فى الزكاة (٩٢) ومن أصبح غير ناو للصوم فافطر) قبل الزوال أو بعده (فلا كفارة عليه عند أبى حنيفة

وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى عنده بغير النية) وقد أفسد المستحق عليه شرعا فتجب الكفارة كما لو نوى (وقال أبو يوسف ومحمد) وفخر الاسلام جعل هذا قول أبى يوسف خاصة (اذا أكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل) لكونه وقت النية (فصار كغاصب الغاصب) فان المالك اذا ضمنه فانما يضمنه لتفويت الامكان وتفويت امكان الشئ كتفويته لا يقال لا نسلم أن التضمين لتفويت الامكان لم لا يكون للاستهلاك أو للغصب نفسه من الغاصب لان الاستهلاك شرط التفويت ولا يضاف الحكم الى الشرط مع قيام صاحب العلة ولم يتحقق الغصب لانه ما أزال يده حقيقة فلم يكن الا للتفويت ووجه قول أبى حنيفة ظاهر مكشوف وأما ما قالا من تفويت الامكان فهو مستقيم فى غير ما يندرئ الا بالشبهات فى باب العدوان وقوله (واذا حاضت المرأة أو نفست) بضم النون أى صارت نفساء وكلامه واضح

وقال زفر رحمه الله يتأدى صوم رمضان بدون النية فى حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى أى وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا أن المستحق الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفى هبة النصاب وجد نية القربة على ما مر فى الزكاة (ومن أصبح غير ناو للصوم فأكل لا كفارة عليه) عند أبى حنيفة رحمه الله وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا أكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابى حنيفة رحمه الله أن الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية (واذا حاضت المرأة أو نفست أفطرت وقضت) بخلاف الصلاة لانها تحرج فى قضائها وقد مر فى الصلاة

ليلة من رمضان يكون صائما يومها وانما يقضى ما بعده بناء على أن الظاهر وجود النية منه فيها فلذا أول بأن يكون مريضا أو مسافرا أو متهتكا اعتاد الاكل فى رمضان ومن حقق تركيب الكتاب وهو قوله ومن لم ينو فى رمضان كله لا صوما ولا فطرا فعليه القضاء جزم بأن هذا التأويل تكلف مستغنى عنه بخلاف من أغمى عليه فان الاغماء قد يوجب نسيانه حال نفسه بعد الافاقة فينبنى الامر فيه على الظاهر من حاله وهو وجود النية الا أن يكون متهتكا يعتاد الاكل فيفتى بلزوم صومه ذلك اليوم أيضا لان حاله لا يصلح دليلا على قيام النية أما ههنا فانما علق وجوب القضاء بنفس عدم النية ابتداء لا بأمر يوجب النسيان ولا شك أنه أدرى بحالته نعم لو قال ومن شك أنه كان نوى أولا أمكن أن يجاب بهذه المسئلة بالبناء على ظاهر حاله كما ذكرنا (قوله فى حق الصحيح المقيم) قيد بهما لان المسافر والمريض لا بد لهما من النية اتفاقا لعدم التعين فى حقهما (قوله كما اذا وهب النصاب من الفقير) أى على مذهبكم فهو الزامى من زفر فان اعطاء النصاب فقيرا واحدا عنده لا يقع به عن الزكاة وثمرة الخلاف تظهر أيضا فى لزوم الكفارة بالاكل فيه عند زفر تجب مطلقا وعند أبى حنيفة لا تجب مطلقا وعندهما التفصيل بين أن يأكل قبل الزوال فتجب أو بعده فلا وهى المسئلة التى تلى هذه ومنهم من جعل محمدا مع أبى حنيفة (قوله ولابى حنيفة رحمه الله أن الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع) عنه لا افساد لانه يستدعى سابقة الشروع

(قوله وأولوا بأن يكون مريضا أو مسافرا أو متهتكا اعتاد الاكل فى رمضان الخ) أقول لا يستقيم خلاف زفر على هذا التأويل (قال المصنف ومن أصبح غير ناو للصوم) أقول قال فى الكافى وان أصبح غير ناو للصوم ثم نوى قبل الزوال ثم أكل فلا كفارة عليه وعن أبى يوسف انها تلزمه لان شروعه فى الصوم صح فكملت جنايته بالفطر ولهما أن ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم يعزم الصيام من الليل ينفى كونه صائما بهذه النية فالحديث وان ترك العمل بظاهره يبقى شبهة فى درء ما يسقط بالشبهات كمن وطئ جارية ابنه مع العلم بالحرمة لا يحد لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك اه فيحتاج أبو يوسف على ظاهر الرواية عنه ومحمد الى الفرق بين مسئلة الكتاب وهذه المسئلة (قوله لان الاستهلاك شرط التفويت الى قوله فلم يكن الا للتفويت) أقول يخالف لقوله وتفويت امكان الشئ كتفويته تأمل

وقوله (واذا قدم المسافر) قد قدمنا الاصل الجامع لهذه الفروع وكلامه كما ترى يشير الى اختياره وجوب الامساك اذ لو لم يكن كذلك لارتفع الخلاف فان الشافعي رحمه الله يقول بعدم الوجوب بناء على أن التشبه خلف والخلف لا يجب الا على من يجب الاصل في حقه كالمفطر متعمدا والمخطئ يعني الذي أكل يوم الشك ثم ظهر أنه من رمضان أو تسحر على ظن أنه ليل وكان الفجر طالعا الا الذي أخطأ في المضمضة ونزل الماء في جوفه فانه لا يفطر عنده قلنا لا نسلم أن التشبه خلف لان بعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل بل وجب قضاء لحق الوقت أصلا لان هذا الوقت معظم ولهذا وجبت الكفارة على المفطر فيه عمدا دون غيره (٩٣) وقد قال صلى الله عليه وسلم من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة ومن أدى فريضة فيه كان كمن أدى سبعين فريضة فيما سواه واذا كان معظما وجب عليه قضاء حقه بالصوم ان كان أهلا وبالامساك ان لم يكن واذا لم يكن خلفا لا يكون وجوبه مبنيا على وجوب الاصل (بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم) الامساك لتحقق المانع عنه وهو قيام هذه الاعذار فانها كما تمنع عن الصوم تمنع عن التشبه به أما في الحائض والنفساء فلان الصوم عليهما حرام والتشبه بالحرام حرام وأما في المريض والمسافر فلان الرخصة في حقهما باعتبار الحرج فلو ألزمنا التشبه عاد على موضوعه بالنقض قال (واذا تسحر وهو يظن أن الفجر لم يطلع) ومن أخطأ في الفطر بناء على ظنه فسد صومه ولزمه امساك بقية يومه ويجب عليه القضاء ولا تجب عليه الكفارة ولا يأثم به أما فساد صومه فلانتفاء ركنه بغلط يمكن الاحتراز عنه في الجملة بخلاف النسيان وأما امساك البقية فلقضاء حق الوقت بالقدر الممكن كما ذكرنا آنفا أو لنفي التهمة فانه اذا أكل ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق والتحرز عن مواضع التهم واجب بالحديث وأما القضاء فلانه حق مضمون بالمثل شرعا فاذا فوته قضاه كالمريض والمسافر وأما عدم الكفارة

(واذا قدم المسافر أو طهرت الحائض في بعض النهار أمسكا بقية يومهما) وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلا للزوم ولم يكن كذلك في أول اليوم هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا أو مخطئا ولنا أنه وجب قضاء لحق الوقت لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم قال (واذا تسحر وهو يظن أن الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع أو أفطر وهو يرى أن الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب أمسك بقية يومه) قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن أو نفيا للتهمة (وعليه القضاء) لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر (ولا كفارة عليه)

الا أن لابي يوسف أن يقول الثابت في الشرع ترتيبها على الفطر في رمضان اذ اسم الفطر لا يستدعي سابقة الصوم يقال أفطرت اليوم وكان من عادتي صومه اذا أصبح غيرنا وثم أكل سلمناه لكن الامساك الكائنة في وقت النية من النهار ليس لها حكم الفطر كما أن ليس لها حكم الصوم فيتحقق الفطر بالاكل اذا ورد عليها الا أن هذا يقتصر على ما اذا أكل قبل نصف النهار والذي أظنه أن الملحوظ لكل من أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله واقعة الاعرابي المروية في الكفارة لما كانت في فطر بما هو مشتهى حال قيام الصوم هل يفهم ثبوتها في فطر كذلك قبل الشروع ففهمه أبو يوسف رحمه الله وفهم أبو حنيفة عدمه اذ لا شك في أن جناية الافطار حال قيام الصوم أقبح منها حال عدمه فالزام الكفارة في صورة الجناية التي هي أغلظ لا يوجب فهم ثبوتها فيما هو دون ذلك خصوصا مع الاتفاق على عدم الغاء كل ما زاد على كونه فطرا جناية في صورة الواقعة للاتفاق على عدم الكفارة مع قيام الفطر لعدم الجناية في ابتلاع الحصى ونحوه وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن أصبح لا ينوي الصوم ثم نواه قبل الزوال ثم جامع في بقية يومه لا كفارة فيه وروى عن أبي يوسف أن عليه الكفارة وجه النفي شبهة الخلاف في صحة الصوم بنية من النهار وفي المنتقى فيمن أصبح ينوي الفطر ثم عزم على الصوم ثم أكل عمدا لا كفارة فيه عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف والكلام فيهما واحد (قوله وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلا) تقدم الكلام في هذا والمقصود هنا ذكر الخلاف والمراد بالمخطئ من فسد صومه بفعله المقصود دون قصد الافساد كمن تسحر على ظن عدم الفجر أو أكل يوم الشك ثم ظهر أنه الفجر ورمضان (قوله لانه وقت معظم) وتعظيمه بعدم الاكل فيه اذا لم يكن المرخص قائما وأصل ذلك حديث عاشوراء على ما ذكرناه قريبا فثبت به وجوب التشبه أصلا ابتداء لا خلفا عن الصوم (قوله وهو يرى) على البناء للمفعول من الرأي بمعنى الظن لا الرؤية بمعنى اليقين كقوله * رأيت الله أكبر كل شيء * أي علمته ولو صيغ منه للفاعل مراد به الظن لم يمتنع في القياس لكنه لم يسمع بمعناه الا مبنيا للمفعول قال

(قوله لا الذي أخطأ في المضمضة الخ) أقول يجوز أن يكون مراده كالمخطئ على مذهبكم (قوله لان هذا الوقت معظم ولهذا وجبت الكفارة على المفطر فيه عمدا) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى الوقت (قال المصنف كالمفطر متعمدا أو مخطئا) أقول فيه أن المخطئ كالناسي عنده وجوابه ظاهر

فلأن الجناية قاصرة لعدم القصد ويعضده ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه كان جالسا مع أصحابه فى رحبة مسجد الكوفة عند الغروب فى شهر رمضان فأتى بعس من لبن فشرب منه هو وأصحابه وأمر المؤذن أن يؤذن فلما رقى المئذنة رأى الشمس لم تغب فقال الشمس يا أمير المؤمنين فقال عمر بعشائك داعيا ولم نبعثك راعيا (ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير) فيه دلالة على لزوم القضاء وعدم الاثم وان جعلت الموضع موضع بيان ما يجب فى مثله دل على عدم الكفارة أيضا لان السكوت فى موضع الحاجة الى البيان بيان والجنف الميل فان قيل ما يدل عليه عبارة الكتاب هو ما يكون ظنا فما حكم الشك فى ذلك فالجواب أنه اذا شك فى طلوع الفجر لا تجب عليه الكفارة واذا شك فى غروب الشمس وجبت والفرق أنه متى شك فى غروب الشمس فأفطر فقد كمل الفطر على سبيل التعدى لانه كان متيقنا بالنهار شاكا بالليل واليقين لا يزول بالشك (٩٤) وفى طلوع الفجر بالعكس وفى كلام المصنف تصريح بذلك ولكنه قال ينبغى أن تجب الكفارة

لان فيه اختلاف المشايخ وقوله (والمراد بالفجر) ظاهر وقوله (ثم التسحر) السحر آخر الليل عن الليث قالوا هو السدس الاخير والسحور اسم لما يؤكل فى ذلك الوقت وقوله عليه الصلاة والسلام (فان فى السحور بركة) أى فى أكله والمراد بالبركة زيادة القوة على أداء الصوم ويجوز أن يكون المراد نيل زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين ثم تأخير أكل السحور مستحب فى مستحب فان نفس التسحر مستحب وتأخيره مستحب أيضا فكان التأخير مستحبا فى مستحب قال عليه الصلاة والسلام (ثلاث من أخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك) فان قيل ما وجه جعل تأخير السحور من أخلاق المرسلين وهو مخصوص بأهل الاسلام وبأمته عليه الصلاة والسلام فان النبى صلى الله عليه وسلم قال فرق ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكل السحور أجيب بأن المراد به الاكلة الثانية فانها كانت ما تجرى مجرى السحور فى حقهم ويجوز أن يقال لا منافاة بين الحديثين فان الاول يدل على أنه من أخلاق المرسلين والثانى يدل على أن أهل الكتاب ما كان لهم سحور وهذا غير الاول لجواز أن يكون أنبياؤهم يتسحرون

لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضى الله تعالى عنه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثانى وقد بيناه فى الصلاة (ثم التسحر مستحب) لقوله عليه الصلاة والسلام تسحروا فان فى السحور بركة (والمستحب تأخيره) لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث من أخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك

وكنت أرى زيدا كما قيل سيدا * اذا أنه عبد القفا واللهازم

فأريت بمعنى أظننت أى دفع الى الظن (قوله لان الجناية قاصرة) ليس هنا جناية أصلا لانه لم يقصد وقد صرحوا بعدم الاثم عليه اللهم الا أن يراد ان عدم تثبته الى أن يستيقن جناية فيكون المراد جناية عدم التثبت لا جناية الافطار كما قالوا فى القتل الخطا الاثم عليه فيه والمراد إثم القتل وصرح بأن فيه اثم ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت حال الرمى قال المصنف فى الجنايات شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى اللهم الا أن يدفع بأن ترك التثبت الى الاستيقان فى القتل ليس كتركه الى الاستيقان فى الفطر وأيضا المعنى الموجب للقول بثبوته فى القتل بترك التثبت الى تلك الغاية شرع الكفارة وهذا الدليل مفقود هنا اذ لا كفارة ولو لاه ولم نجسر على القول بذلك هنالك وحديث عمر رضى الله عنه رواه أبو حنيفة عن حماد ابن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى قال أفطر عمر رضى الله عنه وأصحابه فى يوم غيم ظنوا أن الشمس غابت قال فطلعت فقال عمر ما تعرضنا لجنف نتم هذا اليوم ثم نقضى يوما مكانه وأخرجه ابن أبى شيبة من طرق أقربها الى لفظ الكتاب ما عن على بن حنظلة عن أبيه قال شهدت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى رمضان وقرب اليه شراب فشرب بعض القوم وهم يرون الشمس قد غربت ثم ارتقى المؤذن فقال يا أمير المؤمنين والله ان الشمس طالعة لم تغرب فقال عمر رضى الله عنه من كان أفطر فليصم يوما مكانه ومن لم يكن أفطر فليتم حتى تغرب الشمس وأعاده من طريق آخر وزاد فقال له بعشائك داعيا ولم نبعثك راعيا وقد اجتهدنا وقضاء يوم يسير وانما قال له ذلك لان خطابه له من أعلى المئذنة رافعا صوته ليس من الادب بل كان حقه أن ينزل فيخبره متأدبا وحديث تسحروا فان فى السحور بركة رواه الجماعة الا أبا داود عن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تسحروا فان فى السحور بركة قيل المراد بالبركة حصول التقوى به على صوم الغد بدليل ما روى عنه عليه الصلاة والسلام استعينوا بقائلة النهار على قيام الليل وبأكل السحر على صيام النهار أو المراد زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين قال عليه الصلاة والسلام فرق ما بين صومنا وصوم أهل الكتاب أكلة السحر ولا منافاة فليكن المراد بالبركة كلا من الامرين والسحور

(قوله فيه دلالة على لزوم القضاء وعدم الاثم الخ) أقول ولكن قول المصنف لان الجناية قاصرة يؤذن بوجوده فتأمل فانه لا يبعد أن يقال المنفى هو جناية الافطار والذى أثبته المصنف هو جناية ترك التثبت كما سيجىء نظيره فى القتل الخطا من الجنايات أو يكون كلام المصنف مبنيا على التنزل (قوله واذا شك فى غروب الشمس وجبت) أقول يعنى فى رواية (قوله لانه كان متيقنا بالنهار شاكا بالليل واليقين لا يزول بالشك) أقول قوله متيقنا بالنهار أى أولا وقوله شاكا بالليل أى ثانيا وقوله واليقين لا يزول أى حكم اليقين

(الا أنه اذا شك فى الفجر) ومعناه تساوى الظنين (الافضل أن يدع الاكل) تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو أكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن أبى حنيفة رحمه الله اذا كان فى موضع لا يستبين الفجر أو كانت الليلة مقمرة أو متغيمة أو كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو أكل فقد أساء لقوله عليه الصلاة والسلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان أكبر رأيه أنه أكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الرأى وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله ولو ظهر أن الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا تتحقق العمدية (ولو شك فى غروب الشمس لا يحل له الفطر) لان الاصل هو النهار

ما يؤكل فى السحر وهو السدس الاخير من الليل وقوله فى النهاية هو على حذف مضاف تقديره فى أكل السحور بركة بناء على ضبطه بضم السين (١) جمع سحر فأما على فتحها وهو الاعرف فى الرواية فهو اسم للمأكول فى السحر كالوضوء بالفتح ما يتوضأ به وقيل يتعين الضم لان البركة ونيل الثواب انما يحصل بالفعل لا بنفس المأكول وحديث ثلاث من أخلاق المرسلين على الوجه الذى ذكره المصنف الله أعلم به والذى فى معجم الطبرانى حدثنا جعفر بن محمد بن حرب العبادانى حدثنا سليمان بن حرب حدثنا حماد ابن زيد عن على بن أبى العالية عن مورق العجلى عن أبى الدرداء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث من أخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور ووضع اليمين على الشمال فى الصلاة ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه موقوفا وذكر أن الدارقطنى فى الافراد رواه من حديث حذيفة مرفوعا بنحو حديث أبى الدرداء ومما دل على المطلوب مما فى الصحيح حديث البخارى عن سهل بن سعد قال كنت أتسحر ثم يكون لى سرعة أن أدرك صلاة الفجر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الصحيحين عن زيد بن ثابت قال تسحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قمنا الى الصلاة قلت كم كان قدر ما بينهما قال قدر خمسين آية (قوله الا أنه اذا شك) استثناء من قوله ثم التسحر مستحب وأخذ الظن فى تفسير الشك بناء على استعمال لفظ الظن فى الادراك مطلقا (قوله فصومه تام) أى ما لم يتيقن أنه أكل بعد الفجر فيقضى حينئذ (قوله وعن أبى حنيفة الخ) يفيد المغايرة بين هذه وبين تلك الرواية فان استحباب الترك لا يستلزم ثبوت الاساءة ان لم يترك بل يستلزم كون ذلك مفضولا وفعل المفضول لا يستلزم الاساءة ثم استدل على هذه الرواية بقوله عليه الصلاة والسلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك رواه النسائى والترمذى وزاد فان الصدق طمأنينة والكذب ريبة قال الترمذى حديث حسن صحيح فنقول المروى لفظ الامر فان كان على ظاهره كان مقتضاه الوجوب فيلزم بتركه الاثم لا الاساءة وان صرف عنه بصارف كان ندبا ولا إساءة بترك المندوب بل ان فعله نال ثوابه والا لم ينل شيأ فهو دائر بين كونه دليل الوجوب أو الندب فلا يصلح جعله دليلا على هذه الا أن يراد اساءة معها إثم والله أعلم (قوله فعليه قضاؤه) ولا كفارة (قوله وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال بالشك) والليل أصل ثابت بيقين فلا ينتقل عنه الا بيقين وصححه فى الايضاح * واعلم أن التحقيق هو أن المتيقن انما هو دخول الليل فى الوجود لا امتداده الى وقت تحقق ظن طلوع الفجر لاستحالة تعارض اليقين مع الظن لان العلم بمعنى اليقين لا يحتمل النقيض فضلا أن يثبت ظن النقيض فاذا فرض تحقق ظن طلوع الفجر فى وقت فليس ذلك الوقت محل تعارض الظن به واليقين ببقاء الليل بل التحقيق أنه محل تعارض دليلين ظنيين فى بقاء الليل وعدمه وهما الاستصحاب والامارة التى بحيث توجب ظن عدمه لا تعارض ظنين فى ذلك أصلا اذ ذلك لا يمكن لان الظن هو الطرف الراجح من الاعتقاد فاذا فرض تعلقه بأن الشئ كذا استحال تعلق آخر بأنه لا كذا من شخص واحد فى وقت واحد اذ ليس له الا طرف واحد راجح فاذا عرف هذا فاذا ثبت تعارض ظنين فى قيام الليل وعدمه فيتهاتران لان موجب تعارضهما الشك لا ظن واحد فضلا عن ظنين واذا تهاترا عمل بالاصل

وقوله (الا أنه اذا شك فى الفجر) ظاهر وقوله (وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه) هو الصحيح لان الليل هو الاصل فلا ينتقل عنه الا بيقين وأكبر الرأى ليس كذلك

(١) قوله جمع سحر هكذا فى النسخ والمشهور الموجود فى كتب اللغة أن جمع سحر أسحار والسحور بالضم الاكل فى السحر اه مصححه

وقوله (رواية واحدة) قال فى النهاية أى فعليه القضاء والكفارة لان النهار كان ثابتا وقد انضم اليه أكبر الرأى فصار بمنزلة اليقين وقد أشرنا اليه فى الجواب المذكور وانما قال رواية واحدة احترازا عما اذا كان أكبر رأيه أن الفجر طالع لان فيه روايتين كما ذكرنا آنفا وقوله (ومن أكل فى رمضان ناسيا) ظاهر (لان الاشتباه استند الى القياس) لان القياس الصحيح يقتضى أن لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه بالاكل ناسيا فاذا أكل بعده عامدا لم يلاق فعله الصوم فلا تجب عليه الكفارة وقوله (لانه لا اشتباه) يعنى اذا علم الحديث علم أن القياس متروك والمتروك لا يورث شبهة فلا شبهة وقوله (وجه الاول) يعنى عدم وجوب الكفارة (قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس) وهذا لان الشبهة الحكمية هى الشبهة فى المحل وهى التى تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده كما سيجىء فى كتاب الحدود والقياس دليل قائم (٩٦) ينفى حرمة الاكل الثانى سواء علم ذلك أو لم يعلم (كوطء الاب جارية ابنه) فانه لا يجب به الحد سواء كان الاب عالما بالحرمة أولا وقوله (ولو احتجم) صورته ظاهرة وقوله (لان الظن ما استند الى دليل شرعى) فان الحجامة كالفصد فى خروج الدم من العروق والفصد لا يفسد فكذا الحجامة لا يقال لم لا يجوز أن يكون كدم الحيض والنفاس فانه ليس فيه وصول شىء الى باطنه ولا قضاء شهوة ومع ذلك يفسد الصوم لان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس كالاستقاء فان قيل فلتكن الحجامة كذلك بقوله صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم والمحجوم أجيب بأنه صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم رواه ابن عباس رضى الله عنهما وروى أيضا أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم صائم بين مكة والمدينة فكان الحديث معارضا به فلا يثبت به شىء لا يقال ما رواه ابن عباس رضى الله عنهما حكاية فعل والقول راجح لان القول انما يكون راجحا اذا لم يكن مؤولا وهذا مؤول على ما يذكر

(ولو أكل فعليه القضاء) عملا بالاصل وان كان أكبر رأيه أنه أكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين أنهم لم تغرب ينبغى أن تجب الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار (ومن أكل فى رمضان ناسيا وظن أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمدا عليه القضاء دون الكفارة) لان الاشتباه استند الى القياس فتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة رحمه الله أنها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس فلا ينتفى بالعلم كوطء الاب جارية ابنه (ولو احتجم وظن أن ذلك يفطره ثم أكل متعمدا عليه القضاء والكفارة) لان الظن ما استند الى دليل شرعى

وهو الليل فحقق هذا وأجره فى مواطن كثيرة كقولهم فى شك الحدث بعد يقين الطهارة اليقين لا يزال بالشك ونحوه (قوله ولو أكل فعليه القضاء) وفى الكفارة روايتان ومختار الفقيه أبى جعفر لزومها لان الثابت حال غلبة ظن الغروب شبهة الاباحة لا حقيقتها ففى حال الشك دون ذلك وهو شبهة الشبهة وهى لا تسقط العقوبات هذا اذا لم يتبين الحال فان ظهر أنه أكل قبل الغروب فعليه الكفارة لا أعلم فيه خلافا والله سبحانه وتعالى أعلم وهو الذى ذكره بقوله ولو كان شاكا الى قوله ينبغى أن تجب الكفارة (قوله فعليه القضاء رواية واحدة) أى اذا لم يستبن شىء أو تبين أنه أكل قبل الغروب لان النهار كان ثابتا بيقين وقد انضم اليه أكبر رأيه وأورد لو شهد اثنان بأنها غربت واثنان بأن لا فأفطر ثم تبين عدم الغروب لا كفارة مع أن تعارضهما يوجب الشك أجيب بمنع الشك فان الشهادة بعدمه على النفى فبقيت الشهادة بالغروب بلا معارض فتوجب ظنه وفى النفس منه شىء يظهر بأدنى تأمل (قوله ومن أكل فى رمضان ناسيا) أو جامع ناسيا فظن أنه أفطر فأكل أو جامع عامدا لا كفارة عليه وعلى هذا لو أصبح مسافرا فنوى الاقامة فأكل لا كفارة عليه (قوله وان بلغه الحديث) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم من نسى وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه وتقدم تخريجه ففيه روايتان عن أبى حنيفة فى رواية لا تجب وصححه قاضيخان وفى رواية تجب وكذا عنهما ومرجع وجهيهما الى أن انتفاء الشبهة لازم انتفاء الاشتباه أولا فقولهما بناء على ثبوت اللزوم والمختار بناء على ثبوت الانفكاك لان ثبوت الشبهة الحكمية بثبوت دليل الفطر وهو القياس القوى وهو ثابت لم ينتف حتى قال بعض الائمة بالفطر وصرف قوله عليه الصلاة والسلام فليتم صومه الى الصوم اللغوى وهو الامساك وقال أبو حنيفة لولا النص لقلت يفطر وصار كوطء الاب جارية ابنه لا يحد وان علم بحرمتها عليه نظرا الى قيام شبهة الملك الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فانها ثابتة بثبوت هذا الدليل وان قام الدليل الراجح على تباين الملكين (قوله لان الظن ما استند الى دليل شرعى) يعنى فيما اذا لم يبلغه الحديث

(قوله وهى التى تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته) أقول الباء فى قوله بقيام الدليل للسببية (قوله والفصد لا يفسد فكذا الحجامة) أقول ممنوع قال الشيخ أبو الحسن على بن العز فى كتابه التنبيه على مشكلات الهداية والقائلون بأن الحجامة تفطر اختلفوا فى الفصد ونحوه والاصح أن ذلك مثل الحجامة (قوله أجيب بأنه صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم الخ) أقول القائلون بافطار الحجامة يقولون حديث ابن عباس رضى الله عنهما منسوخ مستدلين بما روى عن ابن عباس أيضا أنه احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم صائم

الحديث

وقوله (الا اذا أفتاه فقيه) يعني حينئذ لا تجب الكفارة والمراد به فقيه يؤخذ منه الفقه ويعتمد على فتواه في البلد هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة وبشر بن الوليد عن أبي يوسف وابن رستم عن محمد رحمهم الله (لان الفتوى دليل شرعي في حقه) فتصير شبهة (وان بلغه الحديث) وهو قوله صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم والمحجوم روى بالواو وبغيره بنصب المحجوم (واعتمده فكذلك عند محمد) لا تجب عليه الكفارة (لان قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي وعن أبي يوسف خلاف ذلك) يعني لا تسقط الكفارة (لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث) لجواز أن يكون مصروفا عن ظاهره أو منسوخا (وان عرف تأويله) وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بهما وهما معقل بن سنان مع حاجه وهما يغتابان آخر فقال أفطر الحاجم والمحجوم (٩٧) أي ذهب بثواب صومهما الغيبة وقيل انه غشي على المحجوم فصب الحاجم الماء في حلقه فقال عليه السلام أفطر الحاجم المحجوم أي فطره بما صنع به فوقع عند الراوي أنه قال أفطر الحاجم والمحجوم (تجب الكفارة لانتفاء الشبهة) لانها نشأت من الاعتماد على الظاهر وقد زال بمعرفة التأويل فان قيل لا نسلم أن منشأ الشبهة ذلك وحده بل قول الاوزاعي بذلك منشأ لها أيضا أجاب بأن قول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس فان الفطر مما يدخل لا مما يخرج بخلاف قول مالك في أكل الناسي لا يقال في عبارته تناقض لانه قال الا اذا أفتاه فقيه وفتواه لا تكون الا بقوله ثم قال وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة وأيضا الفتوى في هذا الباب لا تكون الا مخالفة للقياس فكيف تكون شبهة من غير الاوزاعي دونه لانا نقول ذلك بالنسبة الى

الا اذا أفتاه فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد رحمه الله تعالى لان قول الرسول عليه السلام لا ينزل عن قول المفتي وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي رحمه الله لا يورث الشبهة لمخالفته القياس (ولو أكل بعدما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيفما كان)

الحديث لان القياس لا يقتضي ثبوت الفطر مما خرج بخلاف ما لو ذرعه القيء فظن أنه أفطر فأكل عمدا فانه كالاول لا كفارة عليه فان القيء يوجب غالبا عود شيء الى الحلق لتردده فيه فيستند ظن الفطر الى دليل أما الحجامة فلا تطرق فيها الى الدخول بعد الخروج فيكون تعمدا أكله بعده موجبا للكفارة الا اذا أفتاه مفت بالفساد كما هو قول الحنابلة وبعض أهل الحديث فأكل بعده لا كفارة لان الحكم في حق العامي فتوى مفتيه (وان بلغه الحديث واعتمده) على ظاهره غير عالم بتأويله وهو عامي (فكذلك عند محمد) أي لا كفارة عليه لان قول المفتي يورث الشبهة المسقطة فقول الرسول عليه السلام أولى وعن أبي يوسف لا يسقطها (لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث) فاذا اعتمده كان تاركا للواجب عليه وترك الواجب لا يقوم شبهة مسقطة لها (وان عرف تأويله) ثم أكل (تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي) انه يفطر (لا يورث شبهة لمخالفته القياس) مع فرض علم الآكل كون الحديث على غير ظاهره ثم تأويله أنهما كانا يغتابان أو أنه منسوخ ولا بأس بسوق نبذة تتعلق بذلك روى أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى على رجل يحتجم في رمضان فقال أفطر الحاجم والمحجوم ورواه الحاكم وابن حبان وصححاه ونقل في المستدرك عن الامام أحمد أنه قال هو أصح ما روي في الباب وروى أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان والحاكم من حديث شداد بن أوس أنه مر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم زمن الفتح على رجل يحتجم بالبقيع لثمان عشرة خلت من رمضان فقال أفطر الحاجم والمحجوم وصححوه ونقل الترمذي في علله الكبرى عن البخاري أنه قال كلاهما عندي صحيح حديثي ثوبان وشداد وعن ابن المديني أنه قال حديث ثوبان وحديث شداد صحيحان ورواه الترمذي من حديث رافع بن خديج عنه عليه الصلاة والسلام قال أفطر الحاجم والمحجوم وصححه قال وذكر عن أحمد أنه قال انه أصح شيء في هذا الباب وله طرق كثيرة غير هذا وبلغ أحمد أن ابن معين ضعفه وقال انه حديث مضطرب وليس فيه حديث يثبت فقال ان هذا مجازفة وقال اسحق بن راهويه ثابت من خمسة أوجه وقال بعض الحفاظ متواتر قال بعضهم ليس ما قاله ببعيد

(١٣ - فتح القدير ثاني) العامي وهذا بالنسبة الى من عرف التأويل (ولو أكل بعدما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيفما كان) أي سواء بلغه الحديث أو لم يبلغه عرف تأويله أو لم يعرف أفتاه مفت أو لم يفت

فوجد لذلك ضعفا شديدا فنهى عن أن يحتجم الصائم وبأن ابن عباس رضي الله عنهما وهو راوي حديثنا كان يعد الحجام والمحاجم فاذا غابت الشمس احتجم بالليل على ما رواه أبو اسحق الجوزجاني فانه يدل على أنه علم نسخ الحديث وتمام التفصيل في مغني ابن قدامة فراجعه (قوله وان بلغه الحديث الى قوله واعتمده) أقول الضمير في قوله واعتمده راجع الى الحديث (قوله وقيل انه غشي الى قوله فقال النبي صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم المحجوم أي فطره الخ) أقول فيه نظر

ومن أراد ذلك فلينظر فى مسند أحمد ومعجم الطبرانى والسنن الكبرى للنسائى وأجاب القائلون بأن الحجامة لا تفطر بأمرين أحدهما ادعاء النسخ وذكروا فيه ما رواه البخارى فى صحيحه من حديث عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم احتجم وهو محرم واحتجم وهو صائم ورواه الدارقطنى عن ثابت عن أنس قال أول ما كرهت الحجامة للصائم أن جعفر بن أبى طالب احتجم وهو صائم فمر به النبى صلى الله عليه وسلم فقال أفطر هذان ثم رخص النبى صلى الله عليه وسلم بعد فى الحجامة للصائم وكان أنس يحتجم وهو صائم ثم قال الدارقطنى كلهم ثقات ولا أعلم له علة وما روى النسائى فى سننه عن اسحق بن راهويه حدثنا معتمر بن سليمان سمعت حميدا الطويل يحدث عن أبى المتوكل الناجى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى القبلة للصائم ورخص فى الحجامة للصائم ثم أخرجه عن اسحق بن يوسف الازرق عن سفيان بسند الطبرانى وسند الطبرانى حدثنا محمود بن محمد الواسطى حدثنا يحيى بن داود الواسطى حدثنا اسحق بن يوسف الازرق عن سفيان عن خالد الحذاء عن أبى المتوكل عن أبى سعيد الخدرى من قوله ولم يرفعه ولا يخفى أن كونه روى موقوفا لا يقدح فى الرفع بعد ثقة رجاله والحق فى تعارض الوقف والرفع تقدم الرفع لانه زيادة وهى من الثقة العدل مقبولة ثم دل حديث الدارقطنى على أنه كان فعله عليه الصلاة والسلام المروى بعد النهى وإلا لزم تكرر النسخ اذ كان الحاصل الآن بحديث الدارقطنى الاطلاق وعدمه أولى فيجب الحمل عليه ولفظ رخص أيضا ظاهر فى تقدم المنع بقى أن يقال النسخ أدنى حالة أن يكون فى قوة المنسوخ وليس هنا هذا أما حديث الدارقطنى فهو وان كان سنده يحتج به لكن أعله صاحب التنقيح بأنه لم يورده أحد من أصحاب السنن والمسانيد والصحيح ولم يوجد له أثر فى كتاب من الكتب الامهات كمسند أحمد ومعجم الطبرانى ومصنف ابن أبى شيبة وغيرها مع شدة حاجتهم اليه فلو كان لاحد من الائمة به رواية لذكرها فى مصنفه فكان حديثا منكرا لكن ما روى الطبرانى حدثنا محمود بن المروزى حدثنا محمد بن على بن الحسن بن شقيق حدثنا أبى حدثنا أبو حمزة السكرى عن أبى سفيان عن أبى قلابة عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم احتجم بعد ما قال أفطر الحاجم والمحجوم ولا معنى لقوله بعد ما قال الخ الا اذا كان المراد احتجم وهو صائم وكذا فى مسند أبى حنيفة عن أبى سفيان طلحة بن نافع عن أنس بن مالك قال احتجم النبى صلى الله عليه وسلم بعد ما قال الحديث وهو صحيح وطلحة هذا احتج به مسلم وغيره وكذا ما تقدم من ظاهر حديث النسائى يدفع ما ذكره صاحب التنقيح ولا نسلم تواتر المنسوخ وكذا حديث البخارى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم واحتجم وهو صائم وحديث الترمذى من حديث الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه احتجم وهو صائم وهو صحيح فان أعلا بانكار أحمد أن يكون سوى احتجم وهو محرم وقال ليس فيه صائم قال مهنا قلت له من ذكره قال سفيان ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن عطاء وطاوس عن ابن عباس رضى الله عنه ما قال احتجم عليه الصلاة والسلام وهو محرم وكذلك رواه روح عن زكريا بن اسحق عن عمرو عن طاوس عن ابن عباس رضى الله عنه مثله ورواه عبد الرزاق عن (١) معتمر عن ابن خثيم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنه مثله قال أحمد فهؤلاء أصحاب ابن عباس لا يذكرون صائما فليس بلازم اذ قد رواه عن غير هؤلاء من أصحاب ابن عباس عكرمة ومقسم ويجوز كون ما وقع فى تلك الطرق عن أولئك اقتصارا منهم على بعض الحديث يجب الحمل عليه اصحة ذكر صائم أو من ابن عباس رضى الله عنهما حين حدث به لكون غرضه اذ ذاك كان متعلقا بذلك فقط نفيا لتوهم كون الحجامة من محظورات الاحرام وإذا لم يكن ابن عباس رضى الله عنهما يرى بالحجامة بأسا على ما سنذكر وقول شعبة لم يسمع الحكم من مقسم حديث الحجامة للصائم يمنعه المثبت وأما رواية احتجم وهو محرم صائم وهى التى أخرجها ابن حبان وغيره عن ابن عباس فأضعف سندا

(١) قوله معتمر عن ابن خثيم هكذا فى بعض النسخ وفى بعضها معتمر بن خثيم بدون عن وليحرر اه مصححه

لان الفطر بها يخالف القياس والحديث مؤول بالاجماع (واذا جومعت النائمة أو المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة) وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا قضاء عليهما اعتبارا بالناسي والعذر هنا أبلغ لعدم القصد ولنا أن النسيان يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية

وأظهر تأويلا إما بأنه لم يكن قط محرما الا وهو مسافر والمسافر يباح له الافطار بعد الشروع كما اعترف به الشافعي رحمه الله فيما قدمناه وهو جواب ابن خزيمة أو أن الحجامة كانت مع الغروب كما قال ابن حبان انه روى من حديث أبي الزبير عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام أمر أباطيبة أن يأتيه مع غيبوبة الشمس فأمره أن يضع المحاجم مع افطار الصائم فحجمه ثم سأله كم خراجك قال صاعان فوضع عنه صاعا اه فلم ينهض شيء مما ذكرنا مخالفة لذلك الثاني التأويل بأن المراد ذهاب ثواب الصوم بسبب أنهما كانا يغتابان ذكره البزار فانه بعد ما روى حديث ثوبان أفطر الحاجم والمحجوم أسند الى ثوبان أنه قال انما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم والمحجوم لانهما كانا اغتابا وروى العقيلي في ضعفائه حدثنا أحمد بن داود بن موسى بصري حدثنا معاوية بن عطاء حدثنا سفيان الثوري عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال مر النبي صلى الله عليه وسلم على رجلين يحجم أحدهما الآخر فاغتاب أحدهما ولم ينكر عليه الآخر فقال أفطر الحاجم والمحجوم قال عبد الله لا للحجامة ولكن للغيبة لكن أعل بالاضطراب فان في بعضها انما منع ابقاء على أصحابه خشية الضعف فالمعول عليه الاول فبهذا يحصل الجمع واعمال كل من الاحاديث الصحيحة من احتجامه وترخيصه ومنعه ويدل على ذلك أن المروي عن جماعة من الصحابة الذين يبعد عدم اطلاعهم على حقيقة الحال من رسول الله صلى الله عليه وسلم لملازمتهم اياه وحفظ ما يصدر عنه منهم أبو هريرة رضي الله عنه فيما أخرجه النسائي عنه من طريق ابن المبارك أخبرنا معمر عن خلاد عن شقيق بن ثور عن أبيه عن أبي هريرة أنه قال يقال أفطر الحاجم والمحجوم وأما أنا فلو احتجمت ما باليت وما أخرج أيضا عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لم يكن يرى بالحجامة بأسا وما قدمناه عن أنس رضي الله عنه أيضا أنه كان يحتجم وهو صائم والحق أنه يجب أحد الاعتبارين لا بعينه من النسخ في الواقع أو التأويل (قوله والحديث مؤول بالاجماع) بذهاب الثواب فيصير كمن لم يصم وحكاية الاجماع بناء على عدم اعتبار خلاف الظاهرية في هذا فانه حادث بعد ما مضى السلف على أن معناه ما قلنا ويريد بالحديث قوله عليه الصلاة والسلام ما صام من ظل يأكل لحوم الناس رواه ابن أبي شيبة واسحق في مسنده وزاد اذا اغتاب الرجل فقد أفطر وروى البيهقي في شعب الايمان عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلين صليا صلاة الظهر والعصر وكانا صائمين فلما قضى النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة قال أعيدا وضوءكما وصلاتكما وامضيا في صومكما واقضيا يوما آخر قالا لم يا رسول الله قال اغتبتما فلانا وفيه أحاديث أخر والكل مدخول ولو لمس أو قبل امرأة بشهوة أو ضاجعها ولم ينزل فظن انه أفطر فأكل عمدا كان عليه الكفارة الا اذا تأول حديثا أو استفتى فقيها فأفطر فلا كفارة عليه وان أخطأ الفقيه ولم يثبت الحديث لان ظاهر الفتوى والحديث يصير شبهة كذا في البدائع وفيه لو دهن شاربه فظن أنه أفطر فأكل عمدا فعليه الكفارة وان استفتى فقيها أو تأول حديثا لما قلنا يعني ما ذكره فيمن اغتاب فظن أنه أفطر فأكل عمدا من قوله فعليه الكفارة وان استفتى فقيها أو تأول حديثا لانه لا يعتد بفتوى الفقيه ولا بتأويله الحديث هنا لان هذا مما لا يشتبه على من له شمة من الفقه ولا يخفى على أحد أن ليس المراد من المروي الغيبة تفطر الصائم حقيقة الافطار فلم يصر ذلك شبهة (قوله أو المجنونة) قيل كانت في الاصل المجبورة فصحفها الكتاب الى المجنونة وعن الجوزجاني قلت لمحمد كيف تكون صائمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فانه انتشر في الافق وعن عيسى بن أبان قلت لمحمد هذه المجنونة فقال لا بل المجبورة أي المكرهة قلت ألا نجعلها مجبورة فقال بلى ثم قال كيف

(لان الفطر بها يخالف القياس والحديث) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الغيبة تفطر الصائم (مؤول بالاجماع) بأن المراد به ذهاب الثواب فلم يوجد الدليل النافي للحرمة في ذاته فلا يكون شبهة بخلاف حديث الحجامة فان بعض العلماء أخذ بظاهره من غير تأويل وقوله (واذا جومعت النائمة أو المجنونة) أما صوم النائمة فظاهر وأما المجنونة فقد تكلموا في صحة صومها لانها لا تجامع الجنون وحكى عن أبي سليمان الجوزجاني رحمه الله قال لما قرأت على محمد رحمه الله هذه المسئلة قلت له كيف تكون صائمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فانه انتشر في الافق فمن المشايخ من قال كأنه كتب في الاصل مجبورة فظن الكاتب مجنونة ولهذا قال دع فانه انتشر في الافق وأكثرهم قالوا نأويله أنها كانت عاقلة بالغة في أول النهار ثم جنت فجامعها زوجها ثم أفاقت وعلمت بما فعل بها الزوج (وقال زفر والشافعي لا قضاء عليهما إلحاقا بالناسي لان العذر فيهما أبلغ لعدم القصد) ولنا أن الالحاق انما يصح أن لو كانا في معناه من كل وجه وليس كذلك لان النسيان يغلب وجوده فيفضي الى الحرج (وهذا) أي جماع المجنونة والنائمة (نادر) فالقضاء لا يفضي الى الحرج (ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية) لعدم القصد

﴿ فصل فيما يوجبه على نفسه ﴾ لما فرغ من بيان ما أوجب الله تعالى على العباد شرع في بيان ما يوجبه العبد على نفسه لأنه فرع على الأول ولهذا شرط أن يكون من جنس ما أوجبه الله وأن لا يكون واجبا بإيجاب الله (واذا قال لله علي صوم يوم النحر أفطر وقضى) وقال زفر والشافعي لا يصح نذره وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة لان هذا نذر بالمعصية (لورود النهي عن صوم هذه الايام) قال صلى الله عليه وسلم ألا لا تصوموا في هذه الايام الحديث والنذر بالمعصية غير صحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر في معصية الله (ولنا أن هذا نذر بصوم مشروع) لان الدليل الدال على مشروعيته وهو كونه كفا للنفس التي هي عدو الله عن شهواتها لا يفصل بين يوم ويوم فكان من حيث حقيقته حسنا مشروعا والنذر بما هو مشروع جائز وما ذكرتم من النهي فانما هو لغيره المجاور (وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى) لان الناس أضياف الله في هذه الايام واذا كان لغيره لا يمنع صحته من حيث ذاته ولقائل أن يقول الامساك في هذه الايام يستلزم ترك اجابة الدعوة البتة وترك الاجابة منهي عنه قبيح (١٠٠) فما يستلزمه كذلك والجواب انا لا نسلم ذلك فانه لو أمسك حمية أو لضعف أو لعدم ما يأكله لا يكون تاركا للاجابة فان قيل الامساك عبادة تستلزمه قلنا كان ذلك قولا بالوجه والاعتبار وعلى تقدير تسليم صحته فلنا أن نقول هذا الصوم من حيث انه ترك اجابة دعوة الله قبيح ومن حيث انه قهر للنفس الامارة بالسوء على وجه التقرب الى الله حسن (فيصح النذر لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه أداه كما التزمه) فان ما وجب ناقصا يجوز أن يتأدى ناقصا فان قلت سمى المصنف هذا النوع من القبيح مجاورا وهو على خلاف ما في كتب أصحابنا في أصول الفقه فاطبة فانهم سموه بالمتصل وصفا وأما المجاور جمعا مثل البيع عند أذان الجمعة قلت سؤال حسن والتفصي عن عهدة جوابه مشكل وتقريرنا كاف الى لتقريره فليطلب ثمة فانه من مباحث الاصول قال (وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين) هذه المسئلة على ستة أوجه والجميع مذكور في الكتاب ففي الثلاثة الاول وهي ما اذا لم ينو شيأ أو نوى النذر لا غير أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا بالاجماع وفي الواحد يكون يمينا بالاجماع وهو ما اذا نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا وفي الاثنين وهو أن ينويهما أو نوى اليمين لا غير يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف في الاول نذر وفي الثاني يمين ثم الوجوه الاربعة المتفق عليها ظاهرة وكفى بعدم المنازع دليلا وأما وجه الباقيين فلابي يوسف (أن النذر فيه) أي في هذا الكلام (حقيقة) لعدم توقفه على النية (واليمين مجاز) لتوقفه عليها واللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز فاذا نواهما والحقيقة مرادة فلا يكون المجاز مرادا واذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا تكون الحقيقة مرادة

﴿ فصل فيما يوجبه على نفسه ﴾ (واذا قال لله علي صوم يوم النحر أفطر وقضى) فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا أنه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه أداه كما التزمه (وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين) يعني اذا أفطر وهذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيأ أو نوى النذر لا غير أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف أن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعندنيتهما تترجح الحقيقة

وقد سارت بها الركاب دعوها فهذان يؤيدان كونه كان في الاصل المجبورة فصحف ثم لما انتشرت في البلاد لم يفد التغيير والاصلاح في نسخة واحدة فتركها لامكان توجيهها أيضا وهو بأن تكون عاقلة نوت الصوم فشرعت ثم جنت في باقي النهار فان الجنون لا ينافي الصوم انما ينافي شرطه أعني النية وقد وجد في حال الافاقة فلا يجب قضاء ذلك اليوم اذا أفاقت كمن أغمي عليه في رمضان لا يقضي اليوم الذي حدث فيه الاغماء وقضى ما بعده لعدم النية فيما بعده بخلاف اليوم الذي حدث فيه على ما تقدم فاذا جومعت هذه التي جنت صائمة تقضي ذلك اليوم لطرو المفسد على صوم صحيح والوجه من الجانبين ظاهر من الكتاب وقدمنا أول باب ما يوجب القضاء والكفارة في الفرق بين المكره والناسي ما يغني عن الاعادة هنا

﴿ فصل فيما يوجبه على نفسه ﴾ وجه تقديم بيان أحكام الواجب بإيجاب الله تعالى ابتداء على الواجب عند إيجاب العبد ظاهر (قوله فهذا النذر صحيح) رتبه بالفاء لانه نتيجة قوله قضى أي لما لزم القضاء كان النذر صحيحا (قوله لورود النهي عن صوم عن هذه الايام) وفي بعض النسخ عن صوم يوم النحر وهو الانسب بوضع المسئلة فانه قال لله علي صوم يوم النحر واسم الاشارة في النسخة الاخرى مشار به

﴿ فصل فيما يوجبه على نفسه ﴾ (قوله والتفصي عن عهدة جوابه مشكل) أقول يتفصى عنه بارتكاب المجاز في قوله مجاور (قوله وتقريرنا كاف الخ) أقول يعني شرحه لاصول البزدوي

الى معهود فى الذهن بناء على شهرة الايام المنهى عن صيامها وهى أيام التشريق والعيدين ويناسب النسخة الاولى الاستدلال بما روى فى الصحيحين عن الخدرى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيام يوم الاضحى وصيام يوم الفطر وفى لفظ لهما سمعته يقول لا يصح الصيام فى يومين يوم الاضحى ويوم الفطر من رمضان ويناسب النسخة الاخرى الاستدلال بما سيأتى من قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا تصوموا فى هذه الايام الخ والجواب أن الاتفاق على أن النهى المجرد عن الصوارف ليس موجبه بعد طلب الترك سوى كون مباشرة المنهى عنه معصية سببا للعقاب لا الفساد أما لغة فظاهر لظهور حدوث معنى الفساد وأما شرعا فكذلك بل لا يستلزمه فى العبادات ولا المعاملات لتحقق موجبه فى كثير منها أعنى المنع المنتهض سببا للعقاب مع الصحة كما فى البيع وقت النداء والصلاة فى الارض المغصوبة ومع العبث الذى لا يصل الى افساد الصلاة وكثير فعلم أن ثبوت الفساد ليس من مقتضاه بل انما يثبت لامر آخر هو كونه لامر فى ذاته فما لم يعقل فيه ذلك بل كان لامر خارج عن نفس الفعل متصل به لا يوجب فيه الفساد والا لكان ايجابا بغير موجب فانما يثبت حينئذ مجرد موجبه وهو التحريم أو كراهة التحريم بحسب حاله من الظنية والقطعية اذا عرف هذا فقد أثبتنا فى المتنازع فيه تمام موجب النهى حتى قلنا انه يصلح سببا للعقاب ولم يثبت الفساد لوفعل لعدم موجبه لعقلية أنه لامر خارج فتكون المعصية لاعتباره لا لنفس الفعل أولما فى نفسه فيصح النذر أثرا لتصور الصحة ويجب أن لا يفعل للمعصية فيظهر أثره فى القضاء لان الصحة بالانتهاض سببا للآثار الشرعية ومنها هذا وكم موضع يثبت فيه الوجوب ليظهر أثره فى القضاء لا الاداء لحرمته كصوم رمضان فى حق الحائض والنفساء والاستقراء يوجد لذلك كثيرا من ذلك فلم يخرج بذلك عن شئ من القواعد التحقيقية وغاية ما بقى بيان أن النهى فيه لامر خارج ولا يكاد يخفى على ذى لب أن الصوم الذى هو منع النفس مشتهاها لا يعقل فى نفسه سببا للمنع بل كونه فى هذه الايام يستلزم الاعراض عن ضيافة الله تعالى على ما ورد فى الآثار أن المؤمنين أضياف الله تعالى فى هذه الايام بقى أن يقال نذر بما هو معصية وهو منفى شرعا فلا وجود له فلا ينعقد أما الاولى فظاهرة وأما الثانية فلما فى سنن الثلاثة عن عائشة رضى الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين قلنا المراد نفى جواز الايفاء به نفسه لانفى انعقاده لما صرح به فى حديث النسائى عن عمران بن الحصين سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول النذر نذران فمن كان نذر فى طاعة الله فذلك لله ففيه الوفاء ومن كان نذر فى معصية الله فذلك للشيطان فلا وفاء ويكفره ما يكفر اليمين فايجاب الكفارة فى النص يفيد أنه انعقد ولم يبلغ وأن المنفى الوفاء به بعينه فكذا فى حديث عائشة رضى الله عنها فكان وزان قوله عليه الصلاة والسلام لا يمين فى قطيعة رحم مع أنها تنعقد للكفارة غير أن الانعقاد فيما نحن فيه يكون لامرين للقضاء فيما اذا كان جنس المنذور مما يخلو بعض أفراده عن المعصية كما نحن فيه فان الصوم وهو الجنس كذلك فيجب الفطر والقضاء فى يوم لا كراهة فيه وللكفارة ان كان لا يخلو شئ من أفراده عنها كالنذر بالزنا وبالسكر اذا قصد اليمين فينعقد للكفارة وهو محمل الحديث والا فيلغو ضرورة أنه لا فائدة فى انعقاده ومقتضى الظاهر أن ينعقد مطلقا للكفارة اذا تعذر الفعل وعليه مشى المشايخ قال الطحاوى رحمه الله لو أضاف النذر الى سائر المعاصى كقوله لله على أن أقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث اه وانما لا يلزم اليمين بلفظ النذر الا بالنية فى نذر الطاعة كالحج والصلاة والصدقة على ما هو مقتضى الدليل فلا تجزى الكفارة عن الفعل وبه أفتى السغدى وهو الظاهر عن أبى حنيفة رضى الله عنه وعن أبى حنيفة أنه رجع عنه قبل موته بسبعة أيام وقال تجب فيه الكفارة قال السرخسى وهذا اختيارى لكثرة البلوى به فى هذا الزمان قال وهو اختيار الصدر الشهيد فى فتاواه الصغرى وبه يفتى وعلى صحة النذر يصوم يوم النحر لكنه مخصوص بما ذكر الدليل عندهم يذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وعلى

ولهما أنه لاتنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض (ولو قال لله علي صوم هذه السنة أفطر يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وقضاها) لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لاتعرى عنها لكن يقضيها

هذا فاذكروا من أن شرط النذر كونه بما ليس بمعصية كون المعصية باعتبار نفسه حتى لاينعقد شئ من أفراد الجنس عنها واذا صح النذر فلو فعل نفس المنذور عصى وانحل النذر كالحلف بالمعصية ينعقد للكفارة فلو فعل المعصية المحلوف عليها سقطت وأثم (قوله ولهما أنه لاتنافي بين الجهتين) الكائنتين لهذا اللفظ وهو لله علي كذا جهة اليمين وجهة النذر (لانهما) أي اليمين والنذر (يقتضيان الوجوب) أي وجوب ما تعلقا به لا فرق سوى (أن النذر يقتضيه لعينه) وهو وفاء المنذور لقوله تعالى وليوفوا نذورهم (واليمين لغيره) وهو صيانة اسمه تعالى ولاتنافي لجواز كون الشئ واجبا لعينه ولغيره كما اذا حلف ليصلين ظهر هذا اليوم (فجمعنا بينهما كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض) حيث اعتبرت الاحكام الثلاثة لجهة التبرع البطلان بالشيوع وعدم جواز تصرف المأذون فيها واشتراط التقابض والثلاثة لجهة المعاوضة الرد بخيار العيب والرؤية واستحقاق الشفعة على ماسيأتي ان شاء الله تعالى بقي أن يقال يلزم التنافي من جهة أخرى وهو أن الوجوب الذي يقتضيه اليمين وجوب يلزم بترك متعلقه الكفارة والوجوب الذي هو موجب النذر ليس يلزم بترك متعلقه ذلك وتنافي اللوازم أقل مايقتضي التغاير فلابد أن لايرادا بلفظ واحد ونخبة ماقرر به كلام فخر الاسلام هنا أن تحريم المباح وهو معنى اليمين لازم لموجب صيغة النذر وهو ايجاب المباح فيثبت مدلولا التزاميا للصيغة من غير أن يراد هو بها ويستعمل فيه ولزوم الجمع بين الحقيقي والمجازي باللفظ الواحد انما هو باستعمال اللفظ فيهما والاستعمال ليس بلازم في ثبوت المدلول الالتزامي وحينئذ فقد أريد باللفظ الموجب فقط ويلزم الموجب الثابت دون استعمال فيه اليمين فلا جمع في الارادة باللفظ الا أن هذا يتراءى مغلطة اذ معنى ثبوت الالتزامي غير مراد ليس الا خطوره عند فهم ملزومه الذي هو مدلول اللفظ محكوما بنسبتي ارادته للمتكلم والحكم بذلك ينافيه ارادة اليمين به لان ارادة اليمين التي هي ارادة تحريم المباح هي ارادة المدلول الالتزامي على وجه أخص منه حال كونه مدلولا التزاميا فانه أريد على وجه تلزم الكفارة بخلفه وعدم ارادة الاعم تنافيه ارادة الاخص أعني تحريمه على ذلك الوجه فلم يخرج عن كونه أريد باللفظ معنى نعم انما يصح اذا فرض عدم قصد المتكلم عند التلفظ سوى النذر ثم بعد التلفظ عرض له ارادة ضم الآخر على فوره لكن الحكم وهو لزومهما لايخص هذه الصورة فلذا والله أعلم عدل صاحب البدائع عن هذه الطريقة فقال النذر مستفاد من الصيغة واليمين من الموجب قال فان ايجاب المباح يمين كتحريمه الثابت بالنص يعني قوله تعالى لم تحرم ما أحل الله لك الى أن قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم لما حرم عليه الصلاة والسلام على نفسه مارية رضي الله عنها أو العسل فأفاد أنه انما أريد باللفظ موجبه وهو ايجاب المباح وأريد بنفس ايجاب المباح الذي هو نفس الموجب كونه يمينا قال ومع الاختلاف فيما أريد به لاجمع يعني حيث أريد باللفظ ايجاب المباح من غير زيادة وبالايجاب نفسه كونه يمينا لاجمع في الارادة باللفظ بخلاف ماتقدم فانه متى أريد الالتزامي لم يرد به اليمين لزم الجمع في الارادة باللفظ اذ ليس معنى الجمع الا أنه أريد عند اطلاق اللفظ ثم لايخال أنه قياس لتعدية الاسم للتأمل وفيه أيضا نظر لان ارادة الايجاب على أنه يمين ارادته على وجه هو أن يستعقب الكفارة بالحلف وارادته من اللفظ نذرا ارادته بعينه على أن لايستعقبها بل القضاء وذلك تناف فيلزم اذا أريد يمينا وثبت حكمها شرعا وهو لزوم الكفارة بالحلف أنه لم يصح نذرا اذ لا أثر لذلك فيه (قوله ولو قال لله علي صوم هذه السنة) سواء أراده أو أراد أن يقول صوم يوم فجرى على لسانه سنة وكذلك

(قوله لانه يقتضيه لعينه) أقول لانه موضوع له

فى هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويتأتى فى هذا خلاف زفر والشافعى رحمهما الله للنهى عن الصوم فيها وهو قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا تصوموا فى هذه الايام فانها أيام أكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه

اذا أراد أن يقول كلاما جرى على لسانه النذر لزمه لان هزل النذر جد كالطلاق (أفطر يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وقضاها) ولو كانت المرأة قالته قضت مع هذه الايام أيام حيضها لان تلك السنة قد تخلو عن الحيض فصح الايجاب ويمكن أن يجرى فيه خلاف زفر فانه منصوص عنه فى قولها أن أصوم غدا فوافق حيضها لا تقضى وعند أبى يوسف تقضيه لانها لم تضفه نذرا الى يوم حيضها بل الى المحل غير أنه تفوق عروض المانع فلا يقدح فى صحة الايجاب حال صدوره فتقضى وكذا اذا نذرت صوم الغد وهى حائض بخلاف ما لو قالت يوم حيضى لا قضاء لعدم صحته لاضافته الى غير محله فصار كالاضافة الى الليل ثم عبارة الكتاب تفيد الوجوب لما عرف وقوله فى النهاية الافضل فطرها حتى لو صامها خرج عن العهدة تساهل بل الفطر واجب لاستلزام صومها المعصية ولتعليل المصنف فيما تقدم الفطر بها فان صامها أثم ولا قضاء عليه لانه أداها كما التزمها ناقصة لكن قارن هذا الالتزام واجبا آخر وهو لزوم الفطر تركه فتحمل إثمه ثم هذا اذا قال ذلك قبل يوم الفطر فان قاله فى شوال فليس عليه قضاء يوم الفطر وكذا لو قال لله على صيام هذه السنة بعد أيام التشريق لا يلزمه قضاء يومى العيدين وأيام التشريق بل صيام ما بقى من هذه السنة ذكره فى الغاية وقال فى شرح الكنز هذا سهو لان قوله هذه السنة عبارة عن اثنى عشر شهرا من وقت النذر الى وقت النذر وهذه المدة لا تخلو عن هذه الايام فيكون نذرا بها اه وهذا سهو بل المسئلة كما هى فى الغاية منقولة فى الخلاصة وفى فتاوى قاضيخان فى هذه السنة وهذا الشهر ولان كل سنة عربية معينة عبارة عن مدة معينة لها مبدأ ومختتم خاصان عند العرب مبدؤها المحرم وآخرها ذو الحجة فاذا قال هذه فانما يفيد الاشارة الى التى هو فيها فحقيقة كلامه أنه نذر بالمدة المستقبلة الى آخر ذى الحجة والمدة الماضية التى مبدؤها المحرم الى وقت التكلم فيلغو فى حق الماضى كما يلغو فى قوله لله على صوم أمس وهذا فرع يناسب هذا لو قال لله على صوم أمس اليوم أو اليوم أمس لزم صوم اليوم ولو قال غدا هذا اليوم أو هذا اليوم غد لزمه صوم أول الوقتين تفوته به ولو قال شهر لزمه شهر كامل ولو قال الشهر وجبت بقية الشهر الذى هو فيه لانه ذكر الشهر معينا فينصرف الى المعهود بالحضور فان نوى شهرا فهو على ما نوى لانه محتمل كلامه ذكره فى التجنيس وفيه تأييد لما فى الغاية أيضا ولو قال صوم يومين فى هذا اليوم ليس عليه الا صوم يومه بخلاف عشر ليال فى هذه السنة على ما سنبينه فى الحج ان شاء الله تعالى (قوله فى هذا الفصل) احتراز من الفصل الذى قبله وهو ما اذا عين السنة فانه لا تجب موصولة لان التتابع هناك غير منصوص عليه ولا ملتزم قصدا بل انما يلزم ضرورة فعل صومها فاذا قطعها باذن الشرع انتفى التتابع الضرورى بخلاف التتابع هنا فانه التزمه قصدا فاذا وجب القطع شرعا وجب توفيره بالقدر الممكن ولهذا اذا أفسد يوما من الواجب المتتابع قصدا كصوم الكفارات والمنذور متتابعا لزمه الاستقبال وفى المتتابع ضرورة كما اذا نذر صوم هذه السنة أو رجب لا يلزمه سوى ما أفسده غير أنه يأثم بذلك الافساد كما اذا أفسد يوما من رمضان وهو واجب التتابع ضرورة لا يلزمه قضاء غيره مع المأثم ولا يجب عليه قضاء شهر رمضان فى الفصلين أى هذه السنة أو سنة متتابعة لان هذه السنة والسنة المتتابعة لا تخلو عنه فايجابها ايجابه وغيره فيصح فى غيره ويبطل فيه لوجوبه بايجاب الله تعالى ابتداء (قوله وهو قوله صلى الله عليه وسلم) روى الطبرانى بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل أيام منى صائحا يصيح أن لا تصوموا هذه الايام فانها أيام أكل وشرب وبعال أى وقاع ورواه الدارقطنى من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث

الثانى فاما أن يشترط التتابع أولا فان شرطه فحكمه حكم المعينة وان لم يشترطه لم يجزه صوم هذه الايام ويقضى خمسة وثلاثين يوما خمسة للايام الخمسة وثلاثين يوما لرمضان وكلامه واضح ومبنى جواز صوم هذه الايام وعدم جوازه أن ما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا وما وجب ناقصا جاز أن يتأدى ناقصا

(قال المصنف فانها أيام أكل وشرب وبعال) أقول هو المباعلة وهو ملاعبة الرجل أهله

ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهى بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم قال (وعليه كفارة يمين ان أراد به يمينا) وقد سبقت وجوهه

هذيل بن ورقاء الخزاعى على جمل أو رق يصيح فى فجاج منى ألا إن الزكاة فى الحلق واللبة ولا تجلوا الا نفس أن تزهق وأيام منى أيام أكل وشرب وبعال وفى سنده سعيد بن سلام كذبه أحمد وأخرج أيضا عن عبد الله بن حذافة السهمى قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم على راحلة أيام منى أنادى أيها الناس انها أيام أكل وشرب وبعال وضعفه بالواقدى وفى الواقدى ما قدمناه أول الكتاب فى مباحث المياه وأخرج ابن أبى شيبة فى الحج واسحق بن راهويه فى مسنده قالا حدثنا وكيع عن موسى بن عبيدة عن منذر بن جهم عن عمر بن خلدة عن أمه قالت بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا ينادى أيام منى أيام أكل وشرب وبعال وفى صحيح مسلم عنه عليه الصلاة والسلام قال أيام التشريق أيام أكل وشرب وبعال زاد فى طريق آخر وذكر الله تعالى (قوله ولو لم يشترط التتابع) أى فى غير المعينة بأن قال لله على صوم سنة فعليه صوم سنة بالاهلة ولم يجزه صوم هذه الايام لان المنكرة اسم لاثنى عشر شهرا لا بقيد كون رمضان وشوال وذى الحجة منها فلم يكن النذر بها نذرا بها فيجب عليه أن يقضى خمسة وثلاثين يوما ثلاثين لرمضان ويومى العيد وأيام التشريق وهل يجب وصلها بما مضى قيل نعم قال المصنف رحمه الله فى التجنيس هذا غلط بل ينبغى أن يجزيه ولو قال شهرا لزمه كاملا أو رجب لزمه هو بهلاله ولو قال جمعة ان أراد أياما لزمه سبعة أيام أو يوما لزمه يوم الجمعة فقط وان لم يكن له نية تلزمه سبعة أيام لانها تذكر لكل من الامرين وفى الايام السبعة أغلب فى الاستعمال فينصرف المطلق اليه وفى كل موضع عين كما قدمنا ولو قال كل يوم خميس أو اثنين فلم يصمه وجب عليه قضاؤه فان نوى اليمين فقط وجب عليه الكفارة أو اليمين والنذر وجب عليه القضاء والكفارة فى افطار الخميس الاول أو الاثنين وما أفطر منهما بعد ففيه القضاء ليس غير لانحلال اليمين بالحنث الاول وبقاء النذر على الخلاف ولو أخر القضاء حتى صار شيخا فانيا أو كان نذر بصيام الابد فعجز لذلك أو باشتغاله بالمعيشة لكون صناعته شاقة له أن يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا على ما تقدم واذا لم يقدر على ذلك لعسرته يستغفر الله إنه هو الغفور الرحيم الغنى الكريم ولو لم يقدر لشدة الزمان كالحر له أن يفطر وينتظر الشتاء فيقضى هذا ويصح تعليق النذر كأن يقول اذا جاء زيد أو شفى فعلى صوم شهر فلو صام شهرا عن ذلك قبل الشرط لا يجوز عنه ولو أضافه الى وقت جاز تقديمه على ذلك الوقت لان المعلق لا ينعقد سببا فى الحال بل عند الشرط فالصوم قبله صوم قبل السبب فلا يجوز والمضاف ينعقد فى الحال فالصوم قبل الوقت صوم بعد السبب فيجوز ومنه أن يقول لله على صوم رجب فصام قبله عنه خرج عن عهدة نذره وأصل هذا ما قدمنا فى أول الصوم أن التعجيل بعد السبب جائز أصله الزكاة خلافا لمحمد وزفر رحمهما الله غير أن زفرا لم يجزه فيما اذا كان الزمان المعجل فيه أقل فضيلة من المنذور ومحمد ارحمه الله للتعجيل وعندنا يجوز ذلك بناء على أن لزوم المنذور بما هو قربة فقط وجواز التعجيل بعد السبب بدليل الزكاة فابتنى على هذا الغاء تعيين الزمان والمكان والمتصدق به والمتصدق عليه فلو نذر أن يصوم رجبا فصام عنه قبله شهرا أحط فضيلة منه جاز خلافا لهما وكذا اذا نذر صلاة فى زمان فضيل فصلاها قبله فى أحط منه جاز أو نذر ركعتين بمكة فصلاهما فى غيرها جاز أو أن يتصدق بهذا الدرهم غدا على فلان الفقير فتصدق بغيره فى اليوم على غيره أجزأه خلافا لزفر فى الكل ولو قال لله على صوم اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم فلان بعد ما أكل أو بعد ما حاضت لا يجب عليه شئ عند محمد وعند أبى يوسف يلزمه القضاء ولو قدم بعد الزوال لا يلزمه شئ عند محمد ولا رواية فيه عن غيره ولو قال لله على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان شكرا لله تعالى وأراد به اليمين

وقوله (والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية) يعني عنه ما بين النذر والشروع في الصوم وبين الشروع في الصوم والشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة فان في النذر يلزم القضاء وفي الشروع في الصوم لا يلزم وفي الصلاة يلزمه اذا أفسدها وحاصل الفرق بين النذر والشروع في الصوم أن الشروع احداث الفعل في الخارج وهو لا ينفك عن ارتكاب المنهي عنه وهو ترك اجابة الدعوة فيجب ابطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتنى عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلاة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة فتجب صيانة المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب القضاء في فصل الصلاة أيضا والاظهر هو الاول والله أعلم بالصواب

﴿ باب الاعتكاف ﴾

قال (الاعتكاف مستحب) والصحيح أنه سنة مؤكدة لان النبي عليه الصلاة والسلام واظب عليه

(ومن أصبح يوم النحر صائما ثم أفطر لا شئ عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر أن عليه القضاء) لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلاة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر الرواية أن بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتنى عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلاة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة فتجب صيانة المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب القضاء في فصل الصلاة أيضا والاظهر هو الاول والله أعلم بالصواب

﴿ باب الاعتكاف ﴾

قال (الاعتكاف مستحب) والصحيح أنه سنة مؤكدة لان النبي عليه الصلاة والسلام واظب عليه

فقدم فلان في يوم من رمضان كان عليه كفارة يمين ولا قضاء عليه لانه لم يوجد شرط البر وهو الصوم بنية الشكر ولو قدم قبل أن ينوي فنوى به الشكر لا عن رمضان بر بالنية وأجزأه عن رمضان ولا قضاء عليه واذا نذر المريض صوم شهر فمات قبل الصحة لا شئ عليه وان صح يوما تقدمت هذه المسئلة وتحقيقها ومن نذر صوم هذا اليوم أو يوم كذا شهرا أو سنة لزمه ما نكر رمنه في الشهر والسنة ولو نذر صوم الاثنين والخميس فصام ذلك مرة كفاه الا أن ينوي الابد ولو قال لله علي صوم يومين متتابعين من أول الشهر وآخره لزمه صيام الخامس عشر والسادس عشر وكل صوم أوجبه ونص على تفريقه فصامه متتابعا خرج عن عهدته وعلى القلب لا يجزيه ولو قال بضعة عشر يوما فهو على ثلاثة عشر أو دهرا فعلى ستة أشهر أو الدهر فعلى العمر ولو قال لله علي صوم مثل شهر رمضان ان أراد مثله في الوجوب له أن يفرق أو في التتابع فعليه أن يتابع وان لم تكن له نية فله أن يفرق رجل قال لله علي صوم عشرة أيام متتابعات فصام خمسة عشر يوما وقد أفطر يوما ولا يدري أي يوم هو قضى خمسة أيام ووجهه ظاهر بتأمل يسير (قوله ومن أصبح يوم النحر الخ) المقصود أن الشروع في صوم يوم من الايام المنهية كيومي العيدين والتشريق ليس موجبا للقضاء بالافساد بخلاف نذرها فانه يوجبه في غيرها وبخلاف الصلاة في الاوقات المكروهة فان افسادها موجب للقضاء في وقت غير مكروه هذا ظاهر الرواية وعن أبي يوسف ومحمد أن الشروع في صوم هذه الايام كالشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الشروع في الاوقات المكروهة ليس موجبا للقضاء كالشروع في صوم هذه الايام وجه الظاهر وهو التفصيل أن وجوب القضاء ينبني على وجوب الاتمام فاذا فوته وجب جبره بالقضاء ووجوب الاتمام بالشروع في الصوم في هذه الايام منتف بل المطلوب بمجرد الشروع قطعه لانه بمجرده مرتكب للنهي لصدق اسم الصوم الشرعي والصيام على مجرد الامساك بنية ولذا حنث به في يمينه لا يصوم وان لم يحنث به في يمينه لا يصوم صوما ولا يصير بمجرد التلفظ بلفظ النذر ولا بمجرد الشروع في الصلاة مرتكبا للنهي حتى يتوجه عليه طلب القطع لان المنهي الصلاة والصلاة عبارة عن مجموع أركان معلومة فما لم يفعلها لا تتحقق لان وجود الشئ بوجود جميع حقيقته فاذا قطعها فقد قطع ما لم يطلب منه بعد قطعه فيكون مبطلا للعمل قبل الامر بالابطال فيلزم به القضاء الا أن هذا يقتضي أنه لو قطع بعد السجدة لا يجب قضاؤها والجواب مطلق في الوجوب

﴿ باب الاعتكاف ﴾

قال القدوري (الاعتكاف مستحب) قال المصنف (والصحيح أنه سنة مؤكدة) والحق خلاف كل من

وجه تقديم الصوم على الاعتكاف وجه تقديم الوضوء على الصلاة وبين صفته قبل بيان تفسيره لانها أهم من حيث علم الفقه

(قال المصنف ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر) أقول العزم على المنهي عنه منهي عنه فكيف لا يكون مرتكبا للنهي (قوله لان ما شرع فيه لا يكون صلاة حتى يتم ركعة الى قوله فتجب الصيانة والقضاء بتركها) أقول قال العلامة ابن الهمام هذا يقتضي أنه لو قطع بعد السجدة لا يجب قضاؤها والجواب مطلق في الوجوب اه فتأمل

فان قيل المواظبة ثابتة من غير ترك فالت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعتكف في العشر الاخير من رمضان حين قدم المدينة الى أن توفاه الله أجيب بأنه عليه الصلاة والسلام لم ينكر على من تركه ولو كان واجبا لانكر فكانت المواظبة بلا ترك معارضا بترك الانكار وتفسيره لغة الاحتباس لانه من العكوف وهو الحبس ومنه قوله تعالى والهدى معكوفا وأما تفسيره شريعة فاذكره أنه اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف وهو مركب من ركنه وهو اللبث لانه ينبئ عنه لغة كما ذكرنا وبعض شرائطه وهو الصوم والنية أما النية فهي شرط في جميع العبادات وأما الصوم فهو شرط عندنا خلافا للشافعي هو يقول الصوم عبادة وهو أصل بنفسه وهو ظاهر وكل ما كان كذلك لا يكون شرطا لغيره والا لا يكون أصلا بنفسه فما فرضناه أصلا لا يكون أصلا هذا خلف باطل

﴿ باب الاعتكاف ﴾

(قوله أجيب بأنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر على من تركه الخ) أقول فان قيل ينتقض تعريف السنة به اذ الترك أحيانا مأخوذ فيه قلنا لما لم ينكر على التارك كان في حكم التارك اذ الترك كان لتعليم الجواز وعدم الانكار على التارك يفيد تعليم الجواز فيكون المراد مع الترك أحيانا عاكفون حقيقة أو حكما فليتأمل

في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة (وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف) أما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والنية شرط في سائر العبادات هو يقول إن الصوم عبادة وهو أصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره

الطريقين بل الحق أن يقال الاعتكاف ينقسم الى واجب وهو المنذور تنجيزا أو تعليقا والى سنة مؤكدة وهو اعتكاف العشر الاواخر من رمضان والى مستحب وهو ما سواهما ودليل السنة حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين وغيرهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف العشر الأواخر من رمضان حتى توفاه الله تعالى ثم اعتكف أزواجه بعده فهذه المواظبة المقرونة بعدم الترك مرة لما اقترنت بعدم الانكار على من لم يفعله من الصحابة كانت دليل السنية والا كانت تكون دليل الوجوب أو نقول اللفظ وان دل على عدم الترك ظاهرا لكن وجدنا ما يدل على الترك وهو ما في الصحيحين وغيرهما كان عليه الصلاة والسلام يعتكف في كل رمضان فاذا صلى الغداة جاء الى مكانه الذي اعتكف فيه فاستأذنته عائشة رضي الله عنها أن تعتكف فأذن لها فضربت فيه قبة فسمعت بها حفصة فضربت فيه قبة أخرى فسمعت زينب فضربت فيه قبة أخرى فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغداة أبصر أربع قباب فقال ما هذا فأخبر خبرهن فقال ما حملهن على هذا البر انزعوها فلا أراها فنزعت فلم يعتكف في رمضان حتى اعتكف في آخر العشر من شوال وفي رواية فأمر بخبائه فقوض وترك الاعتكاف في شهر رمضان حتى اعتكف العشر الاول من شوال هذا وأما اعتكاف العشر الاوسط فقد ورد أنه عليه الصلاة والسلام اعتكفه فلما فرغ أتاه جبريل عليه السلام فقال ان الذي تطلب أمامك يعني ليلة القدر فاعتكف العشر الآخر وعن هذا ذهب الاكثر الى أنها في العشر الآخر من رمضان فمنهم من قال في ليلة احدى وعشرين ومنهم من قال في ليلة سبع وعشرين وقيل غير ذلك وورد في الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام قال التمسوها في العشر الأواخر والتمسوها في كل وتر وعن أبي حنيفة أنها في رمضان فلا يدري أية ليلة هي وقد تتقدم وقد تتأخر وعندهما كذلك الا أنها معينة لا تتقدم ولا تتأخر هكذا النقل عنهم في المنظومة والشروح وفي فتاوى قاضيخان قال وفي المشهور عنه أنها تدور في السنة تكون في رمضان وتكون في غيره فجعل ذلك رواية وثمرة الاختلاف تظهر فيمن قال أنت حر أو أنت طالق ليلة القدر فان قال قبل دخول رمضان عتق وطلقت اذا انسلخ وان قال بعد ليلة منه فصاعدا لم يعتق حتى ينسلخ رمضان العام القابل عنده وعندهما اذا جاء مثل تلك الليلة من رمضان الآتي وليس ذكر هذه المسئلة لازما من التقرير وانما ذكرناها لانها مما أغفلها المصنف رحمه الله ولا ينبغي اغفالها من مثل هذا الكتاب لشهرتها فأوردناها على وجه الاختصار تتميما لامر الكتاب وفيها أقوال أخر قيل هي أول ليلة من رمضان وقال الحسن رحمه الله ليلة سبعة عشر وقيل تسعة عشر وعن زيد ابن ثابت ليلة أربع وعشرين وقال عكرمة ليلة خمس وعشرين وأجاب أبو حنيفة رحمه الله عن الادلة المفيدة لكونها في العشر الاواخر بأن المراد في ذلك الرمضان الذي كان عليه الصلاة والسلام التمسها فيه والسياقات تدل عليه لمن تأمل طرق الاحاديث وألفاظها كقوله ان الذي تطلب أمامك وانما كان يطلب ليلة القدر من تلك السنة وغير ذلك مما يطلع عليه الاستقراء ومن علاماتها أنها ليلة ساكنة لا حارة ولا قارة تطلع الشمس صبيحتها بلا شعاع كأنها طست كذا قالوا وانما أخفيت ليجتهد في طلبها فينال بذلك أجر المجتهدين في العبادة كما أخفى الله سبحانه الساعة ليكونوا على وجل من قيامها بغتة والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف) هذا مفهومه عندنا وفيه معنى اللغة اذ هو لغة مطلق الاقامة في أي مكان على أي غرض كان قال تعالى ما هذه التماثيل التي أنتم لها

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بالصوم) رونه عائشة رضي الله عنها (والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن الله تعالى شرع الاعتكاف مطلقا بقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد فاشتراط الصوم زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ لا يجوز والثاني أن الاعتكاف يتحقق في الليالي (١٠٧) والصوم فيها غير مشروع وفي ذلك تحقق

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون أقل من يوم

عاكفون ثم بين أن ركنه اللبث بشرط الصوم والنية وكذا المسجد من الشروط أي كونه فيه وهذا التعريف على رواية اشتراط الصوم له مطلقا لا على اشتراطه للواجب منه فقط مع أن ظاهر الرواية أنه ليس شرطا للنفل منه وعلى هذا أيضا اطلاق قوله والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي انما هو على تلك الرواية وهي رواية الحسن وليس هو على ما ينبغي لانه ان ادعى انتهاض دليله على الشافعي لزمه ترجيح هذه على ظاهر الرواية وليس كذلك (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الخ) روى الدارقطني والبيهقي عن سويد بن عبد العزيز عن سفيان بن حسين عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بصوم قال البيهقي هذا وهم من سفيان بن حسين أو من سويد وضعف سويدا لكن قال في الاكمال قال علي بن حجر سألت هشيما عنه فأثنى عليه خيرا فقد اختلف فيه وأخرج أبو داود عن عبد الرحمن بن اسحق عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت السنة على المعتكف أن لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج لحاجة الا لما لا بد منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع قال أبو داود غير عبد الرحمن بن اسحق لا يقول فيه قالت السنة وعبد الرحمن بن اسحق وان تكلم فيه بعضهم فقد أخرج له مسلم ووثقه ابن معين وأثنى عليه غيره وأخرج أبو داود والنسائي عن عبد الله بن بديل عن عمرو بن دينار عن ابن عمر أن عمر رضي الله عنه جعل عليه أن يعتكف في الجاهلية ليلة أو يوما عند الكعبة فسأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال اعتكف وصم وفي لفظ للنسائي فأمره أن يعتكف ويصوم قال الدارقطني تفرد به عبد الله بن بديل بن ورقاء الخزاعي عن عمرو وهو ضعيف الحديث والثقات من أصحاب عمرو لم يذكروا الصوم منهم ابن جريج وابن عيينة وحماد بن سلمة وحماد بن زيد وغيرهم والحديث في الصحيحين ليس فيه ذكر الصوم بل انى نذرت في الجاهلية أن أعتكف في المسجد الحرام ليلة فقال عليه الصلاة والسلام أوف بنذرك وفيهما أيضا عن عمر رضي الله عنه أنه جعل على نفسه أن يعتكف يوما فقال أوف بنذرك والجمع بينهما أن المراد الليلة مع يومها أو اليوم مع ليلته وغاية ما فيه أنه سكت عن ذكر الصوم في هذه الرواية وقد رويت برواية الثقة وتأيدت بمؤيد فيجب قبولها فالثقة ابن بديل قال فيه ابن معين صالح وذكره ابن حبان في الثقات والمؤيد ما تقدم من حديث عائشة رضي الله عنها الصحيح السند فان رفعه زيادة ثقة وما أخرج البيهقي عن أسيد عن عاصم حدثنا الحسين بن حفص عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنهما قالا المعتكف يصوم فقول ابن عمر رضي الله عنه بلزومه مع أنه راوي واقعة أبيه يقوي ظن صحة تلك الزيادة في حديث أبيه ومارواه الحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المعتكف صيام الا أن يجعله على نفسه وصححه لم يتم له ذلك ففيه عبد الله بن محمد الرملي وهو مجهول ومع جهالته لم يرفعه غيره بل يقفونه على ابن عباس رضي الله عنهما ويؤيد الوقف ما ذكره البيهقي بعد ذكره تفرد الرملي حيث قال وقد رواه أبو بكر الحميدي عن عبد العزيز بن محمد عن أبي سهيل بن مالك قال اجتمعت أنا وابن شهاب عند عمر بن عبد العزيز وكان على امرأته اعتكاف نذر

المشروط بدون الشرط وهو باطل فدل على أنه ليس بشرط وأجيب عن الاول بأن الامساك عن الجماع ثبت شرطا لصحة الاعتكاف بهذا النص القطعي وهو أحد ركني الصوم فألحق به الركن الآخر وهو الامساك عن شهوة البطن بالدلالة لاستوائهما في الحظر والاباحة كما ألحق الجماع بالاكل والشرب ناسيا في حق بقاء الصوم بالدلالة لهذا المعنى ثم لما ثبت وجوب الامساك على المعتكف عن الشهوتين لله تعالى كان صوما وعن الثاني بان الشروط انما تثبت بحسب الامكان فان من عليها صوم شهر متتابع لم ينقطع التتابع بعذر الحيض والصوم في الليالي غير ممكن وقوله (ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة) أي ليس فيه اختلاف الروايات فمعناه في جميع الروايات وقوله (وعلى هذه الرواية لا يكون أقل من يوم) يشير الى أنه لو صام رجل تطوعا ثم قال قبل انتصاف النهار على اعتكاف هذا اليوم لا يكون عليه شيء لان صومه انعقد تطوعا فتعذر جعله واجبا بنذر الاعتكاف

(قوله وأجيب عن الاول بأن الامساك الخ) أقول لو صح ما ذكره لكان الامساك عن شهوة البطن في الليل شرطا للاعتكاف كالامساك عن شهوة الفرج فيه ولكان الصوم شرطا لصحة الاحرام لما ذكره اذ لا رفث فيه بالنص فتأمل

في المسجد الحرام فقال ابن شهاب لا يكون اعتكاف الا بصوم فقال عمر بن عبد العزيز أمن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا قال فمن أبي بكر قال لا قال فمن عمر قال لا قال أبو سهيل فانصرفت فوجدت طاوسا وعطاء فسألتهما عن ذلك فقال طاوس كان ابن عباس رضي الله عنهما لا يرى على المعتكف صياما الا أن يجعله على نفسه وقال عطاء ذلك رأي صحيح اه فلو كان ابن عباس رضي الله عنهما يرفعه لم يقصره طاوس عليه اذ لم يكن يخفى عليه خصوصا في مثل هذه القصة وقول عطاء بحضوره ذلك رأي صحيح فعن ذلك اعترف البيهقي بأن رفعه وهم ثم لم يسلم الموقوف عن المعارض اذ قد ذكرنا رواية البيهقي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما أنهما قالا المعتكف يصوم فتعارض عن ابن عباس وقال عبد الرزاق أخبرنا الثوري عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال من اعتكف فعليه الصوم ودفع المعارضة عنه بأن يجعل مرجع الضمير في قوله الا أن يجعله الاعتكاف فيكون دليل اشتراط الصوم في الاعتكاف المنذور دون النفل ويخص حديث عبد الرزاق عنه به وكذا حديث عمر انما هو دليل على اشتراطه في المنذور والمهم لاشتراطه حديث عائشة المتقدم المرفوع وما أخرج عبد الرزاق عنها موقوفا قالت من اعتكف فعليه الصوم وأخرج أيضا عن الزهري وعروة قالا لا اعتكاف الا بالصوم وفي موطأ مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد ونافع مولى ابن عمر رضي الله عنهما قالا لا اعتكاف الا بالصوم لقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد فذكر الله تعالى الاعتكاف مع الصيام قال يحيى قال مالك والامر على ذلك عندنا أنه لا اعتكاف الا بصيام وكذا حديث عائشة المتقدم أولا من رواية سويد فهذه كلها تؤيد اطلاق الاشتراط وهو رواية الحسن وفي رواية الاصل وهو قول محمد أقل الاعتكاف النفل ساعة فيكون من غير صوم وجعل رواية عدم اشتراطه في النفل ظاهر الرواية جماعة ولا يحضرني متمسك لذلك في السنة سوى حديث القباب المتقدم أول الباب في الرواية القائلة حتى اعتكف العشر الاول من شوال فانه ظاهر في اعتكاف يوم الفطر ولا صوم فيه وفرعوا على هذه الرواية أنه اذا شرع ساعة ثم تركه لا يكون ابطالا للاعتكاف بل إنهاء له فلا يلزمه القضاء وعلى رواية الحسن يلزمه وحقق بعضهم أن لزوم القضاء على رواية الحسن انما هو للزوم القضاء في شرطه الصوم لا أن يكون الاعتكاف التطوع لازما في نفسه وانه يجوز ليلا فقط وعلى تلك الرواية لا يجوز الا أن يكون الليل تبعا للنهار فيجوز حينئذ * واعلم أن المنقول من مستند اثبات هذه الرواية الظاهرة هو قوله في الاصل اذا دخل المسجد بنية الاعتكاف فهو معتكف ما أقام تاركا له اذا خرج وفيه نظر اذ لا يمتنع عند العقل القول بصحته ساعة مع اشتراط الصوم له وان كان الصوم لا يكون أقل من يوم وحاصله أن من أراد أن يعتكف فليصم سواء كان يريد اعتكاف يوم أو دونه ولا مانع من اعتبار شرط يكون أطول من مشروطه ومن ادعاه فهو بلا دليل فهذا الاستنباط غير صحيح بلا موجب اذ الاعتكاف لم يقدر شرعا بكمية لا يصح دونها كالصوم بل كل جزء منه لا يفتقر في كونه عبادة الى الجزء الآخر ولم يستلزم تقدير شرطه تقديره لما قلنا وقول من حقق الوجه انما ذلك للزوم القضاء في شرطه بعيد عن التحقيق بحسب ظاهره فان افساد الاعتكاف لا يستلزم افساد الصوم ليلزم قضاؤه لجواز كونه بما لا يفسد الصوم كالخروج من المسجد وغاية ما يصح بأن يراد أنه لما فسد وجب قضاؤه فيجب لذلك استئناف صوم آخر ضرورة اشتراط الصوم له وهذا لا يقتضي أن لزوم القضاء للزومه في الصوم بل بالعكس فلا يلزم القضاء الا في منذور أفسده قبل إتمامه ومقتضى النظر أنه لو شرع في المسنون أعني العشر الأواخر بنيته ثم أفسده أن يجب قضاؤه تخريجا على قول أبي يوسف في الشروع في نفل الصلاة نادبا أربعا على قولهما ومن التفريعات أنه لو أصبح صائما متطوعا أو غيرنا والصوم ثم قال لله علي أن أعتكف هذا اليوم لا يصح وان كان في وقت يصح منه نية الصوم لعدم استيعاب النهار وعند أبي يوسف

وقوله (وفى رواية الاصل) قالوا هى ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة وقوله (لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا) يفهم منه الفرق بين من شرع فى الاعتكاف والصوم والصلاة متطوعا حيث لم يجب عليه شئ فى الاول لكونه غير مقدر ووجب عليه فى الآخرين لان الصوم مقدر بيوم والصلاة بركعتين وقوله (ثم الاعتكاف لا يصح الا فى مسجد الجماعة) هذا أيضا من شروط جوازه ومسجد الجماعة هو الذى يكون له امام ومؤذن أديت فيه الصلوات الخمس أولا (لقول حذيفة) بن اليمان (١٠٩) (لا اعتكاف الا فى مسجد جماعة و) روى الحسن (عن أبى حنيفة أنه لا يصح الا فى مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس) لما ذكر فى الكتاب وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى أفضل الاعتكاف أن يكون فى المسجد الحرام ثم فى مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم فى مسجد بيت المقدس ثم فى المساجد العظام التى كثر أهلها وقوله (أما المرأة فتعتكف فى مسجد بيتها) هذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا اعتكاف للرجال والنساء الا فى مسجد جماعة لان المقصود من الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وهو لا يوجد فى مساجد البيوت ولنا أن موضع الاعتكاف فى حقها الموضع الذى تكون صلاتها فيه أفضل كما فى حق الرجل وصلاتها فى مسجد بيتها أفضل فكان موضع الاعتكاف مسجد بيتها قال (ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان أو الجمعة) كلامه واضح الى قوله لانه يمكنه الاعتكاف فى الجامع فانه ان كان اعتكافه دون سبعة أيام اعتكف فى أى مسجد شاء وان كان سبعة أيام فصاعدا اعتكف فى مسجد الجامع فلم تتحقق الضرورة المطلقة للخروج

وفى رواية الاصل وهو قول محمد رحمه الله تعالى أقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المسامحة ألا ترى أنه يقعد فى صلاة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء فى رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفى رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا فى مسجد الجماعة لقول حذيفة رضى الله عنه لا اعتكاف الا فى مسجد جماعة وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يصح الا فى مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلاة فيختص بمكان تؤدى فيه أما المرأة فتعتكف فى مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه (١) (ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان أو الجمعة)

(قال المصنف وفى رواية الاصل وهو قول محمد أقله ساعة فيكون من غير صوم) أقول فيه بحث اذ لا مانع من اعتبار شرط يكون أطول من مشروطه

رحمه الله أقله أكثر النهار فان كان قاله قبل نصف النهار لزمه فان لم يعتكفه قضاه وهذا أوجه فيجب التعويل عليه والمصير اليه لما ذكرنا بقليل تأمل (قوله وفى رواية الاصل الخ) ذكر وجهه من المعنى وذكرنا آنفا وجهه من السنة وحمل صاحب التنقيح اياه على أنه اعتكف من تلقاء الفطر دعوى بلا دليل وما تمسك به من أنه جاء مصرحا فى حديث فلما أفطر اعتكف عليه لا له لان مدخول لما لا يلزوم لما بعده فاقتضى أنه حين أفطر اعتكف بلا تراخ (قوله لقول حذيفة رضى الله عنه الخ) أسند الطبرانى عن ابراهيم النخعى أن حذيفة قال لابن مسعود ألا تعجب من قوم بين دارك ودار أبى موسى يزعمون أنهم عكوف قال فلعلهم أصابوا وأخطأت أو حفظوا وأنسيت قال أما أنا فقد علمت أنه لا اعتكاف الا فى مسجد جماعة وأخرج البيهقى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال ان أبغض الامور الى الله تعالى البدع وان من البدع الاعتكاف فى المساجد التى فى الدور وروى ابن أبى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما أخبرنا سفيان الثورى أخبرنى جابر عن سعيد بن عبيد عن أبى عبد الرحمن السلمى عن على قال لا اعتكاف الا فى مسجد جماعة وتقدم مرفوعا فى رواية عائشة رضى الله عنها (قوله وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز الا فى مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس) قيل أراد به غير الجامع أما الجامع فيجوز وان لم يصل فيه الخمس وعن أبى يوسف أن الاعتكاف الواجب لا يجوز فى غير مسجد الجماعة والنفل يجوز وروى الحسن عن أبى حنيفة أن كل مسجد له امام ومؤذن معلوم وتصلى فيه الخمس بالجماعة وصححه بعض المشايخ قال لقوله عليه الصلاة والسلام لا اعتكاف الا فى مسجد له أذان واقامة ومعنى هذا ما رواه فى المعارضة لابن الجوزى عن حذيفة أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول كل مسجد له امام ومؤذن فالاعتكاف فيه يصح ثم أفضل الاعتكاف فى المسجد الحرام ثم مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ثم مسجد الاقصى ثم الجامع قيل اذا كان يصلى فيه الخمس بجماعة فان لم يكن ففى مسجده أفضل لئلا يحتاج الى الخروج ثم كل ما كان أهله أكثر (قوله أما المرأة فتعتكف فى مسجد بيتها) أى الافضل ذلك ولو اعتكفت فى الجامع أو فى مسجد حيها وهو أفضل من الجامع فى حقها جاز وهو مكروه وذكر الكراهة قاضيخان ولا يجوز أن تخرج من بيتها ولا الى نفس البيت من مسجد بيتها اذا اعتكفت واجبا أو نفلا على رواية الحسن ولا تعتكف الا باذن زوجها فان لم يأذن كان له أن يأتيها واذا أذن لم يكن له

(١) هنا زيادة فى بعض النسخ التى بأيدينا ونصها ولو لم يكن لها فى البيت مسجد تجعل موضعا فيه فتعتكف فيه اه كتبه مصححه

أما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها ولا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وأما الجمعة فلانها من أهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي رحمه الله الخروج اليها مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها أربعا وفي رواية ستا الا أربع سنة والركعتان تحية المسجد وبعدها أربعا أو ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسنتها توابع لها فالحقت بها ولو أقام في مسجد الجامع أكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا أنه لا يستحب لانه التزم أداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة (ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم

ولنا أن الدليل قد دل على أن الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع صحت الضرورة المطلقة للخروج اليها الا ان تركها صيانة للاعتكاف لا يجوز لكونه دونها في الوجوب لكونها واجبة بايجاب الله تعالى وهو واجب بايجاب العبد وليس للعبد اسقاط ما وجب بايجاب الله بايجابه وقوله (فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة) قيد بذلك لانه اذا كان ثمة ضرورة مثل أن يعتكف في مسجد فينهدم جاز له الخروج الى مسجد آخر لانه مضطر الى الخروج فكان عفوا وقوله (وهو القياس) لان ركن الاعتكاف هو اللبث في المسجد والخروج مفوت له فكان القليل والكثير سواء كالاكل في الصوم والحدث في الطهارة

أن يأتيها ولا يمنعها وفي الامة يملك ذلك بعد الاذن مع الكراهة المؤثمة قال محمد أساء وأثم (قوله فلحديث عائشة رضي الله عنها) روى الستة في كتبهم عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف يدني الي رأسه فأرجله وكان لا يدخل البيت الا لحاجة الانسان وتقدم في حديث عائشة رضي الله عنها أيضا (قوله الاعتكاف في كل مسجد مشروع) هذا على وجه الالزام على عمومه فان الشافعي يجيزه في كل مسجد وأما على رأينا فلا اذ لا يجوز الا في مسجد يصلى فيه الخمس بجماعة أو دونها اذا كان جامعا فلا يكون التمسك على العموم بقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد كما فعله الشارحون صحيحا على المذهب والحاصل أن الاعتكاف في غير الجامع جائز في الجملة بالاتفاق أو الزاما بالدليل فاذا صح فبه مد ذلك الضرورة مطلقة للخروج مع بقاء الاعتكاف وهي هنا متحققة نظرا الى الامر بالجمعة (قوله ويصلي قبلها أربعا) ينبغي جعل هذه الجملة عطفا على ادراكها من باب صافات ويقبضن وفالق الاصباح وجعل الليل سكنا بمعنى قابضات وجاعل فينحل الى أن يخرج في وقت بحيث يمكنه ادراكها وصلاة أربع أوست قبلها يحكم في ذلك رأيه وهذا يستلزم أن يجتهد في خروجه على ادراك السماع للخطبة لان السنة انما تصلى قبل خروج الخطيب (قوله والركعتان تحية المسجد) صرحوا بأنه اذا شرع في الفريضة حين دخل المسجد أجزأه عن تحية المسجد لان التحية تحصل بذلك فلا حاجة الى غيرها في تحققها وكذا السنة فهذه الرواية وهي رواية الحسن إما ضعيفة أو مبنية على أن كون الوقت مما يسع فيه السنة وأداء الفرض بعد قطع المسافة مما يعرف تخمينا لا قطعا فقد يدخل قبل الزوال لعدم مطابقة ظنه ولا يمكنه أن يبدأ بالسنة فيبدأ بالتحية فينبغي أن يتحرى على هذا التقدير لانه قلما يصدق الحزر (قوله وبعدها أربعا أو ستا على حسب الاختلاف) منهم من جعل قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن السنة بعدها أربع وقولهما ست ومنهم من اقتصر في الست على أنه قول أبي يوسف رحمه الله وقدمنا الوجه في باب صلاة الجمعة للفريقين (قوله وسنتها توابع لها) يعني فتتحقق الحاجة لها كما تحققت لنفس الجمعة فلا يكون بصلاتها في الجامع مخالفا لما هو الاولى وهو أن لا يقعد في الجامع الا قدر الحاجة التي جوزت خروجه والا فلو استمر هو فيه بغير حاجة لم يبطل اعتكافه لان خروجه كان مجوزا فلم يبطله ومقامه بعد الحاجة في محل الاعتكاف فلا يبطل الا أن الاولى أن يتم في مكان الشروع لان اتمام هذه العبادة في محل الشروع وهي عبادة تطول أحرز على النفس منه في محال مختلفة فان في هذا تروحا لها من كد التقيد بالعبادة في مكان واحد ولان الظاهر أنه اذا شرع في عبادة في مكان تقيد به حتى يتمها فيكون كالاخلاف بعد الالتزام (قوله ولو خرج من المسجد ساعة من ليل أو نهار) وتقييده في الكتاب الفساد

وهو الاستحسان لان فى القليل ضرورة قال (وأما الاكل والشرب والنوم يكون فى معتكفه)

عما اذا كان الخروج بغير عذر يفيد أنه اذا كان لعذر لا يفسد وعليه مشى بعضهم فيما اذا خرج لانهدام المسجد الى مسجد آخر أو أخرجه سلطان أو خاف على متاعه فخرج وحكم بالفساد اذا خرج لجنازة وان تعينت عليه أو لنفير عام أو لاداء شهادة والذى فى فتاوى قاضيخان والخلاصة أن الخروج عامدا أو ناسيا أو مكرها بأن أخرجه السلطان أو الغريم أو خرج لبول لجسه الغريم ساعة أو خرج لعذر المرض فسد اعتكافه عند أبى حنيفة رحمه الله وعلل قاضيخان فى الخروج للمرض بأنه لا يغلب وقوعه فلم يصر مستثنى عن الايجاب فأفاد هذا التعليل الفساد فى الكل وعن هذا فسد اذا عاد مريضا أو شهد جنازة وتقدم فى حديث عائشة النهى عنه مطلقا فأفاد أنه لو تعين عليه صلاة الجنازة أيضا يفسد الا أنه لا يأثم به كالخروج للمرض بل يجب عليه الخروج كما فى الجمعة الا أنه يفسد لانه لم يصر مستثنى حيث لم يغلب وقوع تعين صلاة الجنازة على واحد معتكف بخلاف الجمعة فانه معلوم وقوعها فكانت مستثناة وعلى هذا اذا خرج لانقاذ غريق أو حريق أو جهاد عم نفيره يفسد ولا يأثم وهذا المعنى يفيد أيضا أنه اذا انهدم المسجد فخرج الى آخر يفسد لانه ليس غالب الوقوع ونص على فساده بذلك قاضيخان وغيره وتفرق أهله وانقطاع الجماعة منه مثل ذلك ونص الحاكم أبو الفضل فقال فى الكافى وأما فى قول أبى حنيفة فاعتكافه فاسد اذا خرج ساعة لغير غائط أو بول أو جمعة فالظاهر أن العذر الذى لا يغلب مسقط للاثم لا للبطلان والا لكان النسيان أولى بعدم الافساد لانه عذر ثبت شرعا اعتبار الصحة معه فى بعض الاحكام ولا بأس أن يخرج رأسه من المسجد الى بعض أهله ليغسله أو يرجله كما تقدم من فعله عليه الصلاة والسلام وان غسله فى المسجد فى اناء بحيث لا يلوث المسجد لا بأس به وصعود المئذنة ان كان بابها من خارج المسجد لا يفسد فى ظاهر الرواية وقال بعضهم هذا فى حق المؤذن لان خروجه للاذان معلوم فيكون مستثنى أما غيره فيفسد اعتكافه وصحح قاضيخان أنه قول الكل فى حق الكل ولا شك أن ذلك القول أقيس بمذهب الامام وفى شرح الصوم للفقيه أبى الليث المعتكف يخرج لاداء الشهادة وتأويله أنه اذا لم يكن شاهد آخر فيتوى حقه ولو أحرم المعتكف بحج لزمه اذ لا ينافيه ولا يجوز له الخروج الا اذا خاف فوت الحج فيخرج حينئذ ويستقبل الاعتكاف ولو احتلم لا يفسد اعتكافه فان أمكنه أن يغتسل فى المسجد من غير تلويث فعل والا خرج فاغتسل ثم يعود (قوله وهو الاستحسان) يقتضى ترجيحه لانه ليس من المواضع المعدودة التى رجح فيها القياس على الاستحسان ثم هو من قبيل الاستحسان بالضرورة كما ذكره المصنف واستنباط من عدم أمره اذا خرج الى الغائط أن يسرع المشى بل يمشى على التؤدة وبقدر البطء تتخلل السكنات بين الحركات على ما عرف فى فن الطبيعة وبذلك يثبت قدر من الخروج فى غير محل الحاجة فعلم أن القليل عفو فجعلنا الفاصل بينه وبين الكثير أقل من أكثر اليوم أو الليلة لان مقابل الاكثر يكون قليلا بالنسبة اليه وأنا لا أشك أن من خرج من المسجد الى السوق للعب واللهو أو القمار من بعد الفجر الى ما قبل نصف النهار كما هو قولهما ثم قال يا رسول الله أنا معتكف قال ما أبعدك عن العاكفين ولا يتم مبنى هذا الاستحسان فان الضرورة التى يناط بها التخفيف هى الضرورة اللازمة أو الغالبة الوقوع ومجرد عروض ما هو ملجئ ليس بذلك ألا ترى أن من عرض له فى الصلاة مدافعة الاخبثين على وجه عجز عن دفعه حتى خرج منه لا يقال ببقاء صلاته كما يحكم به مع السلس مع تحقق الضرورة والالجاء وسمى ذلك معذورا دون هذا مع أنهما يجيزانه لغير ضرورة أصلا اذ المسئلة هى أن خروجه أقل من نصف يوم لا يفسد مطلقا سواء كان لحاجة أو لا بل للعب وأما عدم المطالبة بالاسراع فليس لاطلاق الخروج التيسير بل لان الله تعالى يحب الاناة والرفق فى كل شئ حتى طلبه فى المشى الى الصلاة وان كان ذلك يفوت بعضها مع الجماعة وكره الاسراع ونهى عنه وان كان محصلا لها كلها

وقوله (لان فى القليل ضرورة) بيانه أن المعتكف اذا خرج لحاجة الانسان لا يؤمر بان يسرع فى المشى وله أن يمشى على التؤدة فكان القليل عفوا والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل بينهما الاكثر من نصف يوم اعتبارا ببنية الصوم فى رمضان اذا وجدت فى أكثر اليوم جعلت كأنها وجدت فى جميع اليوم لان القليل تابع للاكثر

وقوله (لم يكن له مأوى الا المسجد) يعنى فى غالب أحواله ويلزم من ذلك أن يكون أكله فيه حينئذ وقوله (ولا بأس بأن يبيع ويبتاع) يعنى ما كان من حوائجه الاصلية وأما ما كان للتجارة فهو مكروه ألا ترى الى قوله (ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه) فاذا كان لغير المعتكف مكروها فاظنك بالمعتكف (١١٢) وقوله (ولا يتكلم الا بخير) يعنى أن التكلم بالشر فى المعتكف أشد حرمة منه فى غيره فكان من قبيل قوله تعالى فلا تظلموا فيهن أنفسكم فان الظلم وان كان حراما مطلقا لكنه قيده بالاشهر لانه فيها أشد حرمة وقوله (ويكره له الصمت) قيل معناه أن يندر أن لا يتكلم أصلا كما كان فى شريعة من قبلنا وقيل أن يصمت ولا يتكلم أصلا من غير نذر سابق وقيل معناه أن ينوى الصوم المعهود وهو الامساك عن المفطرات الثلاث مع زيادة نية أن لا يتكلم وهذا موافق للتعليل المذكور فى الكتاب بقوله (لان صوم الصمت ليس بقربة) فانه روى عن أبى حنيفة عن عدى بن ثابت عن أبى حازم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم الوصال وصوم الصمت فقال الراوى وهو زكريا بن أبى زائدة قلت لابى حنيفة ما صوم الصمت قال أن يصوم ولا يكلم أحدا فى يوم الصوم وقوله (يتجانب ما يكون مأثما) أى اثما متصل بقوله يكره له الصمت لا يقال فى عبارته تسامح لان قوله ولا يتكلم الا بخير يقتضى حصر أن يكون الكلام بخير وقوله يتجانب ما يكون مأثما يقتضى جواز التكلم بما هو مباح وذلك تناقض لانا نقول ما ليس بمأثم فهو خير عند الحاجة رضى اليه لان الخير عبارة عن الشئ الحاصل لما من شأنه أن يكون حاصلا له اذا كان مؤثرا والتكلم بالمباح عند الحاجة اليه كذلك

لان النبى عليه السلام لم يكن له مأوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة فى المسجد فلا ضرورة الى الخروج (ولا بأس بأن يبيع ويبتاع فى المسجد من غير أن يحضر السلعة) لانه قد يحتاج الى ذلك بأن لا يجد من يقوم بحاجته الا أنهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد محترز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم الى أن قال وبيعكم وشراءكم قال (ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت) لان صوم الصمت ليس بقربة فى شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون مأثما

فى الجماعة تحصيلا لفضيلة الخشوع اذ هو يذهب بالسرعة والعاكف أحوج اليها فى عموم أحواله لانه سلم نفسه لله تعالى متقيدا بمقام العبودية من الذكر والصلاة والانتظار للصلاة فهو فى حال المشى المطلق له داخل فى العبادة التى هى الانتظار والمنتظر للصلاة فى الصلاة حكما فكان محتاجا الى تحصيل الخشوع فى حال الخروج فكانت تلك السكنات كذلك وهى معدودة من نفس الاعتكاف لا من الخروج ولو سلم أن القليل غير مفسد لم يلزم تقديره بما هو قليل بالنسبة الى مقابله من بقية تمام يوم أو ليلة بل بما يعد كثيرا فى نظر العقلاء الذين فهموا معنى العكوف وأن الخروج ينافيه (قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن له مأوى الا المسجد) أى لحاجته الاصلية من الاكل ونحوه أما اذا باع أو اشترى لغير ذلك كالتجارة أو استكثار الامتعة فلا يجوز لان اباحته فى المسجد للضرورة فلا يجاوز مواضعها (قوله لان المسجد محرز عن حقوق العباد) فانه أخلص لله سبحانه وفى احضار السلعة شغله بها من غير ضرورة (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم) روى ابن ماجه فى سننه عن مكحول عن واثلة بن الاسقع أن النبى صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وشراءكم وبيعكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم واقامة حدودكم وسل سيوفكم واتخذوا على أبوابها المطاهر وجمروها فى الجمع اه قال الترمذى فى كتابه بعد روايته حديث لا تظهر الشماتة بأخيك فيعافيه الله ويبتليك عن مكحول عن واثلة هذا حديث حسن وقد سمع مكحول من واثلة وأنس وأبى هند الدارى ذكره فى الزهد ورواه عبد الرزاق حدثنا محمد بن مسلم عن عبد ربه بن عبد الله عن مكحول عن معاذ بن جبل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره وروى أصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشراء والبيع فى المسجد وأن ينشد فيه ضالة أو ينشد فيه شعر ونهى عن التحلق قبل الصلاة يوم الجمعة قال الترمذى حديث حسن والنسائى رواه فى اليوم والليلة بتمامه وفى السنن اختصره لم يذكر فيه البيع والشراء وروى الترمذى فى كتابه والنسائى فى اليوم والليلة عن أبى هريرة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من رأيتموه يبيع أو يبتاع فى المسجد فقولوا لا ربح الله تجارتك ومن رأيتموه ينشد ضالة فى المسجد فقولوا لا رد الله عليك قال الترمذى حديث حسن غريب ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وصححه وروى ابن ماجه فى سننه عنه عليه الصلاة والسلام خصال لا تنبغى فى المسجد لا يتخذ طريقا ولا يشهر فيه سلاح ولا ينبض فيه بقوس ولا ينثر فيه نبل ولا يمر فيه بلحم نىء ولا يضرب فيه حد ولا يتخذ سوقا وأعل يزيد بن جبيرة وقد قدمنا للمسجد أحكاما فى كتاب الصلاة تنظر هنالك (قوله ويكره له الصمت) أى الصمت بالكلية تعبدا به فانه ليس فى شريعتنا وعن على

(قال المصنف وفيه شغله بها) أقول أى من غير ضرورة (قال المصنف الى أن قال وبيعكم وشراءكم) أقول فتأمل كيف خص المعتكف من هذا العموم (قال المصنف لكنه يتجانب ما يكون مأثما) أقول فائدة هذا الكلام هو الاعلام بتناول الخير للمباحات أيضا

وقوله (ويحرم على المعتكف الوطء) يحتاج الى تأويل لان المعتكف انما يكون فى المسجد فلا يتهيأ له الوطء وأولوه بأنه جاز له الخروج للحاجة الانسانية فعند ذلك يحرم عليه الوطء لان اسم المعتكف لا يزول عنه بذلك الخروج وذكر فى شرح التأويلات أنهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم فى الجماع ثم يغتسلون فيرجعون الى معتكفهم فنزل قوله تعالى (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه) أى لان كل واحد من اللمس والقبلة (من دواعى الجماع اذهو) أى الجماع (محظور الاعتكاف كما أنه محظور الاحرام) فكانت الدواعى محرمة فان قيل الجماع يفسد الصوم كما أنه يفسد الاعتكاف أجاب بقوله (بخلاف الصوم لان الكف) أى عن الجماع (ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه) ولا زال فى تحقيقه اصطكت الركب وأقصى ما انتهى اليه القدر أن قالوا الوطء محظور الاعتكاف لان محظور الشئ ما نهى عنه بعد وجوده مما يفسده والوطء فى الاعتكاف كذلك لانه اللبث فى مسجد الجماعة مع الصوم والنية هذا حقيقته ثم نهى المعتكف أن يرتكب الوطء وهو معتكف بصريح قوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد مقصودا فتعدت الحرمة الى الدواعى لان الشبهات فى باب المحرمات ملحقة بالحقيقة كما قلنا فى الاحرام ان حقيقته التلبية باللسان والقلب ثم بعد ما وجد ذلك صار الوطء حراما بقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج فتعدت الحرمة الى الدواعى من اللمس والقبلة وأما الصوم فالوطء ليس بمحظوره على ما ذكرنا من تفسير المحظور فان ركن الصوم الكف عن الوطء ثبت بقوله تعالى ثم أتموا الصيام بعد قوله فالآن باشروهن الى قوله حتى يتبين لكم الخيط الابيض الآية وثبت اذ ذاك حرمة الجماع المفوت للركن وهو الكف (١١٣) بالنهى الثابت بالامر ضمنا لا مقصودا ضرورة بقاء الركن والضرورى لا يتعدى عن محله فبقيت الدواعى على ما كانت عليه من الحل واعترض بان ظاهر هذا الكلام يدل على أن النهى الضمنى لا يقتضى حرمة الدواعى والقصدى يقتضيها وهو منقوض بالنهى عن الوطء حالة الحيض فانه قصد الى ذلك بقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن ولم تحرم الدواعى وأجيب بأنها لم تحرم فيها لئلا يفضى الى الحرج بكثرة وقوع الحيض ويجوز أن يجاب أيضا بان مبنى الكلام على أن ما كان محظورا على ما

(ويحرم على المعتكف الوطء) لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد (و) كذا (اللمس والقبلة) لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظوره كما فى الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه (فان جامع ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا بطل اعتكافه) لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان (ولو جامع فيما دون الفرج فأنزل أو قبل أو لمس فأنزل بطل اعتكافه) لانه فى معنى الجماع حتى يفسد به الصوم

رضى الله عنه عن النبى عليه الصلاة والسلام قال لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم الى الليل رواه أبو داود وأسند أبو حنيفة عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم الوصال وعن صوم الصمت ويلازم التلاوة والحديث والعلم وتدريسه وسير النبى صلى الله عليه وسلم والانبياء عليهم الصلاة والسلام وأخبار الصالحين وكتابة أمور الدين (قوله لانه) أى كلا منهما (من دواعيه) فرجع ضمير دواعيه الوطء وضمير محظوره الاعتكاف وحاصل الوجه الحكم باستلزام حرمة الشئ ابتداء فى العبادة حرمة دواعيه وبعدم استلزامها حرمة الدواعى اذا كانت حرمته ثابتة ضمن ثبوت الامر للتفاوت بين التحريم الضمنى لضد مأمور به والقصدى ولا شك أن ثبوت ماله الدواعى عند ثبوتها مع قيام الحاجز الشرعى عنه ليس قطعيا ولا غالبا غير أنها طريق فى الجملة فحرمت للتحريم القصدى لما هى دواعيه لا الضمنى اذ هو غير مقصود بل المقصود ليس الا تحصيل المأمور به فكان ذلك غير ملحوظ فى الطلب الا لغيره فلا تتعدى الحرمة الى دواعيه اذا عرف هذا فحرمة الوطء فى الاعتكاف قصدى اذ هو ثابت بالنهى المفيد للحرمة

(١٥ - فتح القدير ثانى) عرفت من تفسيره هو الذى يتعدى والوطء حالة الحيض ليس كذلك هذا وليس وراء عبادان قرية وقوله (فان جامع ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا) يعنى أنزل أو لم ينزل (بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم) فان الليل ليس محلا له فان قيل الاعتكاف فرع عن الصوم والفرع ملحق بالاصل فى حكمه ولو جامع ناسيا فى نهار رمضان لم يفسد الصوم فكيف يفسد الاعتكاف أجاب بقوله (وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان) بخلاف الصوم فانه لا مذكر فيه فان قيل فكان الواجب أن يفسد بالاكل ناسيا كالجماع أجيب بأن حرمة الاكل ليست لاجل الاعتكاف بل لاجل الصوم حتى اختصت بوقت الصوم بخلاف الجماع فان حرمته لاجل الاعتكاف نصا فكان كالجماع فى الاحرام يستوى فيه القاصد وغيره (ولو جامع فيما دون الفرج فانزل أو قبل أو لمس فأنزل بطل اعتكافه لانه فى معنى الجماع ولهذا فسد به الصوم

(قوله ويجوز أن يجاب أيضا بأن مبنى الكلام على أن ما كان محظورا الخ) أقول فيه أن الشبهات ملحقة بالحقيقة فى باب المحرمات وهو لا يفرق بين المحظور على التفسير المذكور وغيره (قوله فان قيل الاعتكاف فرع عن الصوم الخ) أقول ولك أن تنازع فى الفرعية وكيف وهو مشروط به والمشروط أصل ثم ما ذكره لا يكون جوابا عن هذا التقرير

ولو لم ينزل لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع ولهذا لا يفسد به الصوم) فان قيل فهلا جعلت نفس المباشرة مفسدة من غير انزال لظاهر قوله تعالى ولا تباشروهن وتلك تتحقق في الجماع فيما دون الفرج أجيب بان المجاز وهو الجماع لما كان مرادا بطل أن تكون الحقيقة مرادة ولان الاعتكاف معتبر بالصوم فيها ونفسها لم تفسد الصوم فكذا الاعتكاف قال (ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام) أي ومن قال علي أن أعتكف عشرة أيام (تلزمه بلياليها متتابعة) أما لزومها بلياليها فلما ذكر (أن ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي) عرفا (يقال ما رأيتك منذ أيام والمراد بلياليها) واذا حلف لا يكلم فلانا شهرا أو عشرة أيام كان ذلك على الايام والليالي ألا ترى الى قصة زكريا عليه السلام حيث قال أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا وقال أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا والقصة واحدة وتأويله ما ذكرنا وقوله على سبيل الجمع يدفع ما يقال قد تقرر في أصول الفقه أن اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار خاصة والاعتكاف فعل ممتد فيجب أن يراد بالايام النهر دون الليالي والا لانتقض القاعدة ووجه ذلك أن العرف جار على ما ذكرنا حتى لو قال علي أن أعتكف يوما اختص ببياض النهار كذا في التحفة وأما التتابع فلما ذكر أن مبنى الاعتكاف على التتابع الخ (وان نوى الايام خاصة صحت نيته) قضاه

ولو لم ينزل لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم قال (ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام) لزمه اعتكافها بلياليها (لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رأيتك منذ أيام والمراد بلياليها وكانت (متتابعة وان لم يشترط التتابع) لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع (وان نوى الايام خاصة صحت نيته)

ابتداء لنفسه وهو قوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد ومثله في الاحرام والاستبراء قال تعالى فلا رفث الآية وقال عليه الصلاة والسلام لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة فتتعدى الى الدواعي فيها وحرمة الوطء في الصوم والحيض ضمني للامر الطالب للصوم وهو قوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل واعتزلوا النساء في المحيض فان مقتضاه وجوب الكف فحرمة الوطء تثبت ضمنا بخلاف الاول فان حرمة الفعل وهو الوطء هي الثابتة أولا بالصيغة ثم يثبت وجوب الكف عنه ضمنا فلذا يثبت سمعا حمل الدواعي في الصوم والحيض على ما مر في بابيهما (قوله ولو لم ينزل لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد) أورد لم يفسد وان لم ينزل بظاهر قوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون أجيب بأن مجازها وهو الجماع مراد فتبطل ارادة الحقيقة لامتناع الجمع وهو مشكل لانكشاف أن الجماع من مافسدات المباشرة لانه مباشرة خاصة فيكون بالنسبة الى القبلة والجماع فيما دون الفرج والمس باليد والجماع متواطئا أو مشككا فأيها أريد به كان حقيقة كما هو كل اسم لمعنى كلي غير أنه لا يراد به فردان من مفهومه في اطلاق واحد في سياق الاثبات وما نحن فيه سياق النهي وهو يفيد العموم فيفيد تحريم كل فرد من أفراد المباشرة جماع أو غيره هذا واذا فسد الاعتكاف الواجب وجب قضاؤه الا اذا فسد بالردة خاصة فان كان اعتكاف شهر بعينه يقضي قدر ما فسد ليس غير ولا يلزمه الاستقبال كالصوم المنذور به في شهر بعينه اذا أفطر يوما يقضي ذلك اليوم ولا يلزمه الاستئناف أصله صوم رمضان وان كان اعتكاف شهر بغير عينه يلزمه الاستقبال لانه لزمه متتابعا فيراعى فيه صفة التتابع وسواء أفسده بصنعه من غير عذر كالخروج والجماع والاكل الا الردة أو لعذر كما اذا مرض فاحتاج الى الخروج أو بغير صنعه كالحيض والجنون والاغماء الطويل وأما الردة فلقوله تعالى ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقوله عليه الصلاة والسلام الاسلام يجب ما قبله كذا في البدائع (قوله ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام) بأن قال بلسانه عشرة أيام مثلا (لزمه اعتكافها بلياليها وكانت متتابعة) ولا يكفي مجرد نية القلب وكذا لو قال شهرا ولم ينوه بعينه لزمه متتابعا ليله ونهاره يفتتحه متى شاء بالعدد لا هلاليا والشهر المعين هلالي وان فرق استقبل وقال زفر ان شاء فرقه وان شاء تابعه والحاصل أن عشرة أيام وشهرا يلحق بالاجارات والأيمان في لزوم التتابع ودخول الليالي فيما اذا استأجره أو حلف لا يكلمه عشرة أيام وبالصوم في عدم لزوم الاتصال بالوقت الذي نذر فيه والمعين لذلك عرف الاستعمال يقال ما رأيتك منذ عشرة أيام وفي التاريخ كتب لثلاث بقين والمراد بلياليها فيهما وقال تعالى آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال وقال في موضع آخر ثلاثة أيام والقصة واحدة وتدخل الليلة الاولى فيدخل قبل الغروب ويخرج بعد الغروب من آخر الايام التي عدها وانما يراد بياض النهار باليوم اذا قرن بفعل يمتد وذكر اليوم بلفظ الفرد فلهذا اذا نذر اعتكاف يوم لم يدخل الليل بخلاف الايام ولو نذر اعتكاف ليلة لا يلزمه شيء لعدم الصوم وعن أبي يوسف تلزمه بيومها ولو نوى بالليلة اليوم لزمه وعلى المرأة أن تصل

(قوله ولان الاعتكاف معتبر بالصوم) أقول تأمل فان حرمتها للاعتكاف بالنص فلا وجه لاعتباره بالصوم

لانه نوى الحقيقة) فان قيل الحقيقة منصرف اللفظ بدون قرينة أو نية فما وجه قوله لانه نوى الحقيقة قلت كأنه اختار ما ذهب اليه بعض أن اليوم مشترك بين بياض النهار ومطلق الوقت وأحد معنى المشترك يحتاج الى ذلك لتعيين الدلالة لا لنفس الدلالة وعلى تقدير أن يكون مختاره ما عليه الاكثرون وهو أنه مجاز فى مطلق الوقت فجوابه أن ذكر الايام على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة كما تقدم فيحتاج الى النية دفعا للصارف عن الحقيقة لا للدلالة عليها (١١٥) وقوله (ومن أوجب على نفسه اعتكاف يومين) ظاهر وقوله

لانه نوى الحقيقة (ومن أوجب على نفسه اعتكاف يومين يلزمه بليلتيهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا تدخل الليلة الاولى) لان المثنى غير الجمع وفى المتوسطة ضرورة الاتصال وجه الظاهر أن فى المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة والله أعلم

قضاء أيام حيضها بالشهر فيما اذا نذرت اعتكاف شهر فحاضت فيه ولا ينقطع التتابع به وعن لزوم التتابع قالوا لو أغمى على المعتكف أو أصابه عته أو لم استقبل اذا برأ لانقطاع التتابع حتى لو كان فى آخر يوم وفى الصوم لا يقضى اليوم الذى حدث فيه الاغماء ويقضى ما بعده فأفادوا أن الاغماء انما ينافى شرط الصوم وهو النية والظاهر وجودها فى اليوم الذى حدث فيه الاغماء فلا يقضيه والذى يظهر من الفرق أن يقال هو عبادة انتظار الصلاة والانتظار ينقطع بالاغماء فى الصلوات التى تجب بعد الاغماء بخلاف الامساك المسبوق بالنية الذى هو معنى الصوم (قوله لانه نوى حقيقة كلامه) لان حقيقة اليوم بياض النهار وهذا بخلاف ما لو أوجب على نفسه اعتكاف شهر بغير عينه فنوى الايام دون الليالى أو قلبه لا يصح لان الشهر اسم لعدد ثلاثين يوما وليلة وليس باسم عام كالعشرة على مجموع الآحاد فلا ينطلق على ما دون ذلك العدد أصلا كما لا تنطلق العشرة على خمسة مثلا حقيقة ولا مجازا أما لو قال شهرا بالنهار دون الليالى لزمه كما قال وهو ظاهر أو استثنى فقال شهرا الا الليالى لان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا فكأنه قال ثلاثين نهارا ولو استثنى الايام لا يجب عليه شئ لان الباقى الليالى المجردة ولا يصح فيها لمنافاتها شرطه وهو الصوم (قوله وقال أبو يوسف) فى النهاية كان من حقه أن يقول وعن أبى يوسف لا تدخل الليلة الاولى كما هو المذكور فى نسخ شروح المبسوط والجامع الكبير لما أن هذه الرواية غير ظاهرة عنه والدليل على هذا ما ذكره فى الكتاب فى حجته بقوله وجه الظاهر (قوله لان المثنى غير الجمع) فكان لفظه ولفظ المفرد سواء ثم فى لفظ المفرد بأن قال يوما لا تدخل الليلة الاولى بالاتفاق فكذا التثنية الا أن المتوسطة تدخل لضرورة الاتصال وهذه الضرورة منتفية فى الليلة الاولى (قوله أن فى المثنى معنى الجمع) ولذا قال عليه الصلاة والسلام الاثنان فما فوقهما جماعة ولو قال لليلتين صح نذره اذ ليس لليلتين خاصة بل نوى اليومين معهما ثم خص المصنف الرواية عن أبى يوسف فى المثنى وعنه فى الجمع مثل المثنى والوجه الذى ذكره لا ينتقض على رواية عدم ادخال الليلة الاولى فى الجمع أيضا (فروع) لو ارتد عقيب نذر الاعتكاف ثم أسلم لم يلزمه موجب النذر لان نفس النذر بالقربة قربة فيبطل بالردة كسائر القرب ونذر اعتكاف رمضان لازم فان أطلقه فعليه فى أى رمضان شاء وان عينه لزمه فيه بعينه فلو صامه ولم يعتكف لزمه قضاؤه متتابعا بصوم مقصود للنذر عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف وعن أبى يوسف أنه تعذر قضاؤه فلا يقضى وهو قول زفر ولا يجوز أن يعتكف عنه فى رمضان آخر باتفاق الثلاثة ولو لم يصم ولم يعتكف جاز أن يقضى الاعتكاف فى صوم القضاء والمسئلة معروفة فى الاصول وكل معين نذر اعتكافه كرجب ويوم الاثنين مثلا فمضى ولم يعتكف فيه لزمه قضاؤه فلو أخر يوما حتى مرض وجب الايصاء باطعام مسكين عن كل يوم للصوم لا للبث نصف صاع من بر أو صاع من غيره ولو كان مريضا وقت الايجاب ولم يبرأ حتى مات فلا شئ

(وقال أبو يوسف) قال فى النهاية كان من حقه أن يقول وعن أبى يوسف لما أن هذه الرواية غير ظاهرة عنه والدليل على هذا قوله بعده وجه الظاهر وقوله (لان المثنى غير الجمع) ظاهر ولما كان كذلك كان لفظ المثنى ولفظ المفرد سواء ولو قال على أن أعتكف يوما لم تدخل ليلته بالاتفاق فكذا فى التثنية الا أن الليلة الوسطى تدخل لضرورة اتصال البعض بالبعض الآخر وهذه الضرورة لم توجد فى الليلة الاولى فان قيل لما كان المثنى غير الجمع وجب أن لا يكتفى فى الجمعة بالاثنين سوى الامام وقد اكتفى كما تقدم فى باب الجمعة أجيب بأن الاصل ما ذكرت ههنا لان فيه العمل بأوضاع الوحدان والجمع الا أنى وجدت فى الجمعة معنى لم يوجد فى غيرها وهو أنها سميت جمعة لمعنى الاجتماع وفى الجماعة والتثنية كذلك فكانت التثنية فى تحقيق معنى الاجتماع كالجمع فاكتفيت بها (وجه ظاهر الرواية أن فى المثنى معنى الجمع) لاجتماع فرد وفرد فيه (فيلحق بالجمع احتياطا لامر العبادة) وفيه تلويح الى أنهما انما لم يلحقا المثنى بالجمع فى الجمعة لعدم الاحتياط فى ذلك لان الاحتياط فى الخروج عن عهدة ما عليه بيقين وذلك فى الالحاق غير يقين لان الجماعة شرط على حدة بالاتفاق وفى كون التثنية بمعنى الجمع تردد لتجاذب الفرد والجمع اذ هى بينهما وفى اشتراط الجمع لا تردد فى الخروج فكان شرطا وأما فى الاعتكاف ففى الحاقه بالجمع خروج عنها بيقين لان ايجاب ليلتين مع يومين أحوط من ايجاب يومين بليلة واحدة وهو ظاهر

﴿كتاب الحج﴾

(الحج واجب

عليه ولو صح يوما ينبغي أن يجري فيه الخلاف السابق في الصوم والنذر باعتكاف أيام العيدين والتشريق ينعقد ويجب في بدلها لان شرطه الصوم وهو فيها ممتنع فلو اعتكفها صائما أثم ولا يلزمه شئ آخر ومن نذر اعتكاف شهر بعينه كرجب فعجل اعتكاف شهر قبله عنه يجوز من غير ذكر خلاف في غير موضع وفي فتاوى قاضيخان قال يجوز عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا نذر أن يحج سنة كذا في سنة قبلها وكذا النذر بالصلاة في يوم الجمعة اذا صلاها قبلها وفي الخلاصة قال لله علي أن أصوم غدا أو أصلي غدا فصام اليوم أو صلى جاز عندهما خلافا لمحمد رحمه الله فجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف وأجمعوا أنه اذا نذر أن يتصدق بدرهم يوم الجمعة فتصدق يوم الخميس عنه أجزأه وكذا لو قال لله علي أن أصلي ركعتين في مسجد المدينة المنورة فصلاهما في مسجد آخر جاز(١) بلا فرق بين المضاف الى الزمان والمضاف الى المكان وقال زفر ان كان هذا المكان دون ذلك المكان لم يجزه وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول مثل ما عن زفر والخلاف في التعجيل مشكل ولعل ترك الخلاف أنسب للاتفاق على جواز التعجيل بعد السبب وكل منذور فانما سبب وجوبه النذر ولا تعتكف المرأة والعبد الا باذن السيد والزوج فان منعهما بعد الاذن صح منعه في حق العبد ويكون مسيأ في فتاوى قاضيخان وفي الخلاصة يكون آثما ولا يصح في حق الزوجة فلا يحل له وطؤها ولو نذر المملوك اعتكافا لزمه وللمولى منعه منه فاذا عتق يقضيه وكذا اذا نذرت الزوجة صح وللزوج منعها فان باتت قضت وليس للمولى منع المكاتب ويصح الاعتكاف من الصبي العاقل كغيره من العبادات ولا يبطل الاعتكاف بسباب ولا جدال ولا سكر في الليل ويفسد الاعتكاف الردة والاغماء اذا دام أياما وكذا الجنون كما تقدم ذكره قريبا فان تطاول الجنون سنين ثم أفاق هل يجب عليه أن يقضي في القياس لا كما في صوم رمضان وفي الاستحسان يقضي لان سقوط القضاء في صوم رمضان انما كان لدفع الحرج لان الجنون اذا طال فلما يزول فيتكرر عليه صوم رمضان فيحرج في قضائه وهذا المعنى لا يتحقق في الاعتكاف والله سبحانه وتعالى أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿كتاب الحج﴾

أخره عن الصوم لانه عبادة قهر النفس اذ ليس حقيقته سوى منع شهواتها ومحبوباتها التي هي أعظمها عندها كالاكل والشرب والجماع بخلاف غيره من الصلاة والحج وغيرهما فان حقيقتها أفعال هي غير ذلك ثم قد تحرم تلك الشهوات فيها كالصلاة وقد لا الا في البعض كالحج وشتان ما بين المقامين وأيضا فالحج يشتمل على السفر وقد يكون السفر مشتهاها لما فيه من ترويحها وتفريج الهموم اللازمة في المقام وأيضا فالحج وجوبه مرة في العمر بخلاف ما تقدم من الاركان كالصلاة والزكاة والصوم فكانت الحاجة اليها أمس ووجه آخر للائمة وهو أن شروط لزوم الحج أكثر من غيره وبكثرة شروط الشئ تكثر معاندانه وعلى قدر معاندات الشئ يقل وجوده وتقديم الاظهر (٢) وجوبا أظهر ﴿ وقد رأيت أن أتبرك في افتتاح هذا الركن بحديث جابر الطويل فانه أصل كبير أجمع حديث في الباب ثم نذكر مقدمة في آداب السفر والمقصود إعانة الاخوان على تحصيل المقاصد تامة فنقول ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم روى مسلم في صحيحه وغيره كابن أبي شيبة وأبي داود والنسائي وعبد بن حميد والبزار والدارمي في مسانيدهم عن جعفر بن محمد عن أبيه قال دخلنا على جابر بن عبد الله رضي الله عنه فسأل عن القوم حتى انتهى الي فقلت أنا محمد بن علي بن الحسين فأهوى بيده الى رأسي فنزع زري الاعلى ثم نزع زري

الاسفل

﴿كتاب الحج﴾

لما رتب العبادات المتقدمة ذلك الترتيب لمعان ذكرت عند كل كتاب تأخر الحج الى ههنا ضرورة لان ما بعده انما يكون من المعاملات أو غيرها والعبادة متقدمة والحج في اللغة القصد وفي الشريعة زيارة البيت على وجه التعظيم

﴿كتاب الحج﴾

(قوله وفي الشريعة زيارة البيت على وجه التعظيم) أقول فيه بحث اذ ليس كل زيارة البيت حجا فانه قد يزار في غير أشهر الحج ولا يسمى الزائر حاجا ثم ليس الحج مجرد الزيارة فان الوقوف بعرفة من أركانه

(١) قول صاحب الفتح جاز بلا فرق وقع في بعض النسخ اسقاط لفظ بلا ولا يستقيم الكلام باسقاطه كما هو ظاهر اه كتبه مصححه

(٢) قوله وجوبا كذا في جميع النسخ وجوبا بالباء الموحدة ولعل المناسب وجودا بالدال ليلائم ما قبله كذا بهامش بعض النسخ كتبه مصححه

الاسفل ثم وضع كفه بين ثديي وأنا يومئذ غلام شاب فقال مرحبا بك يا ابن أخي سل عما شئت فسألته وهو أعمى وحضر وقت الصلاة فقام في نساجة ملتحفا بها كلما وضعها على منكبيه رجع طرفاها اليه من صغرها ورداؤه الى جنبه على المشجب فصلى بنا فقلت أخبرني عن حجة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بيده فعقد تسعا فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مكث تسع سنين لم يحج ثم أذن في الناس في العاشرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حاج فقدم المدينة بشر كثير كلهم يلتمس أن يأتم برسول الله صلى الله عليه وسلم ويعمل مثل عمله فخرجنا معه حتى أتينا ذا الحليفة فولدت أسماء بنت عميس محمد بن أبي بكر رضي الله عنه فأرسلت الى النبي صلى الله عليه وسلم كيف أصنع فقال اغتسلي واستثفري بثوب وأحرمي فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين في المسجد ثم ركب القصواء حتى اذا استوت به ناقته على البيداء نظرت الى مد بصري بين يديه من راكب وماش وعن يمينه مثل ذلك وعن يساره مثل ذلك ومن خلفه مثل ذلك ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا وعليه ينزل القرآن وهو يعرف تأويله وما عمل به من شيء عملنا به فأهل بالتوحيد لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وأهل الناس بهذا الذي يهلون به فلم يرد رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهم منه شيأ ولزم رسول الله صلى الله عليه وسلم تلبيته قال جابر لسنا ننوي الا الحج لسنا نعرف العمرة حتى اذا أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثا ومشى أربعا ثم تقدم الى مقام ابراهيم عليه السلام فقرأ واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى فجعل المقام بينه وبين البيت فكان أبي يقول ولا أعلمه ذكره الا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الركعتين قل هو الله أحد وقل يا أيها الكافرون ثم رجع الى الركن فاستلمه ثم خرج من الباب الى الصفا فلما دنا من الصفا قرأ ان الصفا والمروة من شعائر الله ابدؤا بما بدأ الله به فبدأ بالصفا فرقي عليه حتى رأى البيت فاستقبل القبلة فوحد الله وكبره وقال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله وحده أنجز وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده ثم دعا بين ذلك قال مثل هذا ثلاث مرات ثم نزل الى المروة حتى اذا انصبت قدماه في بطن الوادي رمل حتى اذا صعدا مشى حتى أتى المروة ففعل على المروة كما فعل على الصفا حتى اذا كان آخر طواف على المروة قال لو استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي وجعلتها عمرة فمن كان منكم ليس معه هدي فليحل وليجعلها عمرة فقام سراقة بن جعشم رضي الله عنه فقال يا رسول الله ألعامنا هذا أم لأبد فشبك رسول الله صلى الله عليه وسلم أصابعه واحدة في الاخرى فقال دخلت العمرة في الحج مرتين لا بل لأبد أبد وقدم علي رضي الله عنه من اليمن ببدن النبي صلى الله عليه وسلم فوجد فاطمة رضي الله عنها ممن حل ولبست ثيابا صبيغا واكتحلت فأنكر ذلك عليها فقالت ان أبي أمرني بهذا قال فكان علي رضي الله عنه بالعراق يقول فذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم محرشا على فاطمة للذي صنعت مستفتيا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ذكرت عنه فأخبرته أني أنكرت ذلك عليها فقال صدقت صدقت ماذا قلت حين فرضت الحج قال قلت اللهم اني أهل بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان معي الهدي فلا تحل قال فكان جماعة الهدي الذي قدم به علي رضي الله عنه من اليمن والذي أتى به النبي صلى الله عليه وسلم مائة قال فحل الناس كلهم وقصروا الا النبي صلى الله عليه وسلم ومن كان معه هدي فلما كان يوم التروية توجهوا الى منى فأهلوا بالحج وركب رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم مكث قليلا حتى طلعت الشمس فأمر بقبة من شعر تضرب له بنمرة فسار رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تشك قريش الا أنه واقف عند المشعر الحرام كما كانت قريش تصنع في الجاهلية فأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزل بها حتى اذا زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له فأتى بطن الوادي فخطب الناس وقال إن دماءكم وأموالكم

عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ألا كل شئ من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع ودماء الجاهلية موضوعة وان أول دم أضع من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحرث كان مسترضعا في بني سعد فقتلته هذيل وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربانا ربا العباس بن عبد المطلب فانه موضوع كله فاتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقد تركت فيكم مالن تضلوا بعده ان اعتصمتم به كتاب الله وأنتم تسئلون عني فما أنتم قائلون قالوا نشهد أنك قد بلغت وأديت ونصحت فقال باصبعه السبابة يرفعها الى السماء وينكبها الى الناس اللهم اشهد اللهم اشهد ثلاث مرات ثم أذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيأ ثم ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى الموقف فجعل بطن ناقته القصواء الى الصخرات وجعل حبل المشاة بين يديه واستقبل القبلة فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا (١) حتى غاب القرص وأردف أسامة خلفه ودفع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد شنق للقصواء الزمام حتى إن رأسها ليصيب مورك رحله ويقول بيده اليمنى أيها الناس السكينة السكينة كلما أتى حبلا من الحبال أرخى لها قليلا حتى تصعد حتى أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان واحد وإقامتين ولم يسبح بينهما شيأ ثم اضطجع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى طلع الفجر فصلى الفجر حين تبين له الصبح بأذان واقامة ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فاستقبل القبلة فدعاه وكبره وهلله ووحده فلم يزل واقفا حتى أسفر جدا فدفع قبل أن تطلع الشمس وأردف الفضل بن العباس وكان رجلا حسن الشعر أبيض وسيما فلما دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم مرت به ظعن يجرين فطفق الفضل ينظر اليهن فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده على وجه الفضل فحول الفضل وجهه الى الشق الآخر ينظر فحول رسول الله صلى الله عليه وسلم يده من الشق الآخر على وجه الفضل وصرف وجهه من الشق الآخر ينظر حتى أتى بطن محسر فحرك قليلا ثم سلك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى حتى أتى الجمرة التي عند الشجرة فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة منها مثل حصى الخذف رمى من بطن الوادي ثم انصرف الى المنحر فنحر ثلاثا وستين بدنة بيده ثم أعطى عليا فنحر ما غبر وأشركه في هديه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها ثم ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأفاض الى البيت فصلى بمكة الظهر فأتى بني عبد المطلب وهم يسقون على زمزم فقال انزعوا بني عبد المطلب فلولا أن يغلبكم الناس على سقايتكم لنزعت معكم فناولوه دلوا فشرب منه وفي رواية أخرى قال نحرت ههنا ومنى كلها منحر فانحروا في رحالكم ووقفت ههنا وعرفة كلها موقف ووقفت ههنا وجمع كلها موقف قال ابن حبان في صحيحه حين روى هذا الحديث والحكمة في أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر بيده ثلاثا وستين بدنة أنه كانت له يومئذ ثلاث وستون سنة فنحر لكل سنة بدنة ثم أمر عليا بالباقي فنحرها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ وهذه المقدمة الموعودة ﴾ يكره الخروج الى الحج اذا كره أحد أبويه وهو محتاج الى خدمته لا إن كان مستغنيا والأجداد والجدات كالابوين عند فقدهما ويكره الخروج للحج والغزو لمديون ان لم يكن له مال يقضي به الا أن يأذن الغريم فان كان بالدين كفيل باذنه لا يخرج الا باذنهما وإن بغير اذنه فباذن الطالب وحده ويشاور ذا رأي في سفره في ذلك الوقت لا في نفس الحج فانه خير وكذا يستخير الله تعالى في ذلك وسننها أن يصلي ركعتين بسورتي قل يا أيها الكافرون والاخلاص ويدعو بالدعاء المعروف للاستخارة عنه عليه السلام اللهم إني أستخيرك بعلمك الخ أخرج الحاكم عنه عليه الصلاة والسلام من سعادة ابن آدم استخارة الله تعالى ومن شقوة ابن آدم تركه استخارة الله تعالى ثم يبدأ بالتوبة

(١) قوله حتى غاب القرص كذا في جميع نسخ مسلم قال عياض لعل صوابه حين غاب القرص اه قال النووي يحتمل أن قوله حتى غاب القرص بيان لقوله غربت الشمس وذهبت الصفرة فان هذه تطلق مجازا على مغيب معظم القرص فأزال ذلك الاحتمال بقوله حتى غاب القرص اه كذا بهامش نسخة المحقق العلامة الشيخ البحراوي حفظه الله اه مصححه

واخلاص النية وردّ المظالم والاستحلال من خصومه ومن كل من عامله ويجتهد فى تحصيل نفقة حلال فانه لا يقبل الحج بالنفقة الحرام مع أنه يسقط الفرض معها وان كانت مغصوبة ولا تنافى بين سقوطه وعدم قبوله فلا يثاب لعدم القبول ولا يعاقب فى الآخرة عقاب تارك الحج ولا بدله من رفيق صالح يذكره اذا نسى ويصبره اذا جزع ويعينه اذا عجز وكونه من الاجانب أولى من الاقارب عند بعض الصالحين تبعدا من ساحة القطيعة ويرى المكارى ما يحمله ولا يحمل أكثر منه الا باذنه ويجرّد سفره عن التجارة والرياء والسمعة والفخر ولذا كره بعض العلماء الركوب فى المحمل وقيل لا يكره اذا تجرد عن قصد ذلك وركوب الجمل أفضل ويكره الحج على الحمار والمشى أفضل من الركوب لمن يطيقه ولا يسىء خلقه ولا يماكس فى شراء الادوات ولا يشارك فى الزاد واجتماع الرفقة كل يوم على طعام أحدهم أحل ويستحب أن يجعل خروجه يوم الخميس اقتداء به عليه السلام والافيوم الاثنين فى أوّل النهار والشهر ويودّع أهله واخوانه ويستحلهم ويطلب دعاءهم ويأتيهم لذلك وهم يأتونه اذا قدم وروى الترمذى أن ابن عمر رضى الله عنهما قال لقزعة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول قال لقمان الحكيم ان الله اذا استودع شيأ حفظه وانى أستودع الله دينك وأمانتك وخواتيم عملك وأقرأ عليك السلام ويقول له من يودّعه عند ذلك فى حفظ الله وكنفه زوّدك الله التقوى وجنبك الردى وغفر ذنبك ووجهك الخير أينما توجهت وروى ابن السنى عن أبى هريرة عنه عليه السلام قال من أراد أن يسافر فليقل لمن يخلفه أستودعك الله الذى لا يضيع ودائعه واستحب جماعة من العلماء أن يشيع المسافر بالمشى معه والدعاء له وعن ابن عباس رضى الله عنه مشى معهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بقيع الغرقد حين وجههم ثم قال انطلقوا على اسم الله اللهم أعنهم وليتصدق بشىء عند خروجه من منزله وبعده فى ابتداء السفر وأقله سبعة فانه سبب السلامة واذا خرج من منزله فليقل اللهم انى أعوذ بك أن أضل أو أضل أو أزل أو أزل أو أظلم أو أظلم أو أجهل أو يجهل علىّ وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد الخروج الى سفر قال اللهم أنت الصاحب فى السفر والخليفة فى الاهل اللهم انى أعوذ بك من الضيعة فى السفر والكآبة فى المنقلب اللهم اقبض لنا الارض وهوّن علينا السفر وروى أبو داود عنه عليه السلام اذا خرج الرجل من بيته فقال باسم الله توكلت على الله لا حول ولا قوة الا بالله يقال له هديت وكفيت (١) ووقيت فيتنحى عنه الشيطان الحديث ومن الآثار من قرأ آية الكرسى قبل خروجه من منزله لم يصبه شىء يكرهه حتى يرجع قيل ولا يلاف قريش وروى الطبرانى أنه عليه السلام قال ما خلف أحد عند أهله أفضل من ركعتين يركعهما عندهم حين يريد سفرا فاذا بلغ باب داره قرأ انا أنزلناه فى ليلة القدر فاذا أراد الركوب سمى الله فاذا استوى على دابته قال ما رواه مسلم أنه عليه السلام كان اذا استوى على بعيره خارجا الى سفر كبر ثلاثا ثم قال سبحان الذى سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين وإنا الى ربنا لمنقلبون اللهم انا نسألك فى سفرنا هذا البر والتقوى ومن العمل ما ترضى اللهم هوّن علينا سفرنا هذا واطو عنا بعده اللهم أنت الصاحب فى السفر والخليفة فى الاهل اللهم انى أعوذ بك من وعثاء السفر وكآبة المنظر وسوء المنقلب فى المال والاهل واذا رجع قالهنّ وزاد فيهنّ آيبون تائبون عابدون لربنا حامدون واذا أتى بلدة فليقل اللهم انى أسألك من خيرها وخير ما فيها وأعوذ بك من شرها وشر أهلها وشر ما فيها واذا نزل منزلا فليقل رب أنزلنى منزلا مباركا وأنت خير المنزلين واذا حط رحله فليقل باسم الله توكلت على الله أعوذ بكلمات الله التامات كلها من شر ما خلق وذرأ وبرأ سلام على نوح فى العالمين اللهم أعطنا خير هذا المنزل وخير ما فيه واكفنا شره وشر ما فيه ويقول فى رحيله عنه الحمد لله الذى عافانا فى منقلبنا ومثوانا اللهم كما أخرجتنا من منزلنا هذا سالمين بلغنا غيره آمنين واذا أقبل الليل فليقل ما فى أبى داود كان عليه السلام اذا سافر فأقبل الليل قال يا أرض ربى وربك الله أعوذ بالله من شرك وشر ما فيك وشر ما يدب عليك

(١) قوله ووقيت كذا فى أكثر النسخ التى بأيدينا بالواو من الوقاية وهو المعروف من كتب الحديث كالترمذى وغيره ووقع فى بعض النسخ رقيت بالراء مكان الواو وهو تحريف اه كتبه مصححه

وأعوذ بالله من شر أسد وأسود ومن الحية العقرب ومن ساكن البلد ووالد وما ولد ومن حديث أبي هريرة رضي الله عنه كان عليه السلام اذا كان في سفر وأسحر يقول سمع سامع بحمد الله وحسن بلائه علينا ربنا صاحبنا وأفضل علينا عائذا بالله من النار رواه مسلم وزاد فيه أبو داود بحمد الله ونعمته ورواه الحاكم وزاد فيه يقول ذلك ثلاثا يرفع بها صوته وسمع بكسر الميم خفيفة أي شهد شاهد وقيل بفتحها مشددة أي بلغ سامع قولي هذا لغيره تنبيها على طلب الذكر والدعاء هذا والحج مفهوم لغوي وفقهي وسبب وشروط وأركان وواجبات وسنن ومستحبات ﴿فمفهومه﴾ لغة القصد الى معظم لا القصد المطلق قال

ألم تعلمي يا أم أسعد أنما * تخاطأني ريب الزمان لأكبرا
وأشهد من عوف (١) حلولا كثيرة * يحجون سب الزبرقان المزعفرا

أي يقصدونه معظمين إياه وفي الفقه قصد البيت لاداء ركن من أركان الدين أو قصد زيارته لذلك ففيه معنى اللغة والظاهر أنه عبارة عن الافعال المخصوصة من الطواف الفرض والوقوف في وقته محرما بنية الحج سابقا لا ناقوله أركانه اثنان الطواف والوقوف بعرفة ولا وجود للشخص الا بأجزائه الشخصية وماهيته الكلية انما هي منتزعة منها اللهم الا أن يكون ماذكروا مفهوم الاسم في العرف وقد وضع لغير نفس الماهية فيكون تعريفا اسميا غير حقيقي لكن الشأن في أن أهل العرف الفقهي وضعوا له الاسم لغير الماهية الحقيقية فان معرف ذلك حيث لا نقل عن خصوص ناقل للاسم الى ذلك هو ما يتبادر منه عند اطلاقه والمتبادر منه الاعمال المخصوصة لا نفس القصد لاجل الاعمال المخرج لها عن المفهوم مع أنه فاسد في نفسه فانه لا يشمل الحج النفل لتقييده بأداء ركن الدين فهو غير جامع والتعريف للحج مطلقا لينطبق على فرضه ونفله كما هو تعريف الصلاة والصوم وغيرهما ولانه على ذلك التقدير يخالف سائر أسماء العبادات السابقة من الصلاة والصوم والزكاة فانها أسماء للافعال كما يقال الصلاة عبارة عن القيام والقراءة والركوع والسجود الخ والصوم هو الامساك الخ وهو فعل من أفعال النفس والزكاة عند المحققين عبارة عن نفس أداء المال الذي هو فعل المكلف فليكن الحج أيضا عبارة عن الافعال الكائنة عند البيت وغيره كعرفة وقد اندرج فيما ذكرنا بيان أركانه ﴿وسببه﴾ البيت لانه يضاف اليه ﴿وشرائطه نوعان﴾ شرط الوجوب والاداء والثاني الاحرام والمكان والزمان المخصوص حتى لا يجوز شيء من أفعاله قبل أشهر الحج ومنهم من ذكر بدل الاحرام النية وهذا أولى لاستلزامه النية وغيرها على ما سيظهر لك ان شاء الله تعالى وشرط وجوبه الاسلام حتى لو ملك ما به الاستطاعة حال كفره ثم أسلم بعد ما افتقر لا يجب عليه شيء بتلك الاستطاعة بخلاف ما لو ملكه مسلما فلم يحج حتى افتقر حيث يتقرر الحج في ذمته دينا عليه والحرية والعقل والبلوغ والوقت أيضا فلا يجب قبل أشهر الحج حتى لو ملك ما به الاستطاعة قبلها كان في سعة من صرفها الى غيره وأفاد هذا قيدا في صيرورته دينا اذا افتقر وهو أن يكون مالكا في أشهر الحج فلم يحج والاولى أن يقال اذا كان قادرا وقت خروج أهل بلده ان كانوا يخرجون قبل أشهر الحج لبعد المسافة أو قادرا في أشهر الحج ان كانوا يخرجون فيها ولم يحج حتى افتقر تقرر دينا وان ملك في غيرها وصرفها الى غيره لا شيء عليه واقتصر في الينابيع على الاول فقال ولا يجب الا على القادر وقت خروج أهل بلده فان ملكها قبل أن يتأهب أهل بلده للخروج فهو في سعة من صرفها حيث شاء لانه لا يلزمه التأهب في الحال وما ذكرناه أولى لان هذا يقتضي أنه لو ملك في أوائل الاشهر وهم يخرجون في أواخرها جاز له اخراجها ولا يجب عليه الحج واعلم أن في المبسوط ما يفيد أن الوقت شرط الاداء عند أبي يوسف فانه نقل من اختلاف زفر ويعقوب أن نصرانيا لو أسلم وصبيا لو بلغ فيما قبل ادراك الوقت وأوصى كل منهما أن يحج عنه حجة الاسلام فوصيتهما باطلة عند زفر لانه لم يلزمهما

(١) قوله حلولا هكذا في معظم النسخ التي بيدنا باللام بين الحاء المهملة والواو وهو الصواب الموافق لما في الصحاح وغيره من كتب اللغة فني لسان العرب بعد أن ساق البيت والحلول الاحياء المجتمعة جمع حال مثل شاهد وشهود اه فما وقع في بعض النسخ من رسمها حولا بهمزة بعد المهملة تحريف فليحذر كتبه مصححه

على الأحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن ومالا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق آمنا)

بأن يحج عنه ما قبل ادراك الوقت وعلى قول أبي يوسف تصح لان سبب الوجوب قد تقرر في حقهما والوقت شرط الاداء وفيه نظر نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ﴿ واجباته ﴾ انشاء الاحرام من الميقات أو ما فوقه ما لم يخش الوقوع في محظوره لكثرة البعد ومد الوقوف بعرفة الى الغروب والوقوف بمزدلفة والسعي ورمي الجمار والحلق أو التقصير وطواف الصدر للآفاقي ﴿ وأما سننه ﴾ فطواف القدوم والرمل فيه أو في الطواف الفرض والسعي بين الميلين الاخضرين جريا والبيتوتة بمنى ليالي أيام منى والدفع من منى الى عرفة بعد طلوع الشمس ومن مزدلفة الى منى قبلها وغير ذلك مما ستقف عليه في أثناء الباب ﴿ وأما محظوراته فنوعان ﴾ ما يفعله في نفسه وهو الجماع وازالة الشعر وقلم الاظفار والتطيب وتغطية الرأس والوجه ولبس المخيط وما يفعله في غيره وهو حلق رأس الغير والتعرض للصيد في الحل والحرم وأما قطع شجر الحرم كما في النهاية منقولا فلا ينبغي عده فيما نحن فيه فان حرمته لا تتعلق بالحج ولا الاحرام (قوله على الأحرار الخ) وفي النهاية انما ذكر الاحرار وما بعده بلفظ الجمع مع أنه محلى باللام والمحلى يبطل فيه معنى الجمعية ولم يفرد كما أفرد في قوله الزكاة واجبة على الحر اخرا جا للكلام مخرج العادة في ارادة الجمعية اذ العادة جرت وقت خروجهم بالجماعة الكثيرة من الرفقاء بخلاف الزكاة فان الاخفاء فيها خير من الابداء قال تعالى وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم أولان الوجوب هنا أعم على المكلفين نظرا الى السبب فان سببه البيت وهو ثابت في حق الكل حتى قال بعض العلماء بالوجوب على كل صحيح مكتسب بخلاف الزكاة فان سببها النصاب النامي وهو يتحقق في حق شخص دون شخص فكانت ارادة زيادة التعميم هنا أوفق فلذا أتى بصيغة الجمع مع حرف الاستغراق اه وحاصل الاول أنه أراد معنى الجمع وان كان مع اللام والداعي الى ذلك اجتماع المكلفين في الخروج ولا يخفى أنه بلفظ الجمع لا يفاد معنى الاجتماع اذ ليس الاجتماع من أجزاء مفهوم لفظ الجمع ولا لوازمه بل مجرد المتعدد من الثلاثة فصاعدا ولذا لا يلزم في قولك جاءني الرجال اجتماعهم في المجيء فانتفى هذا الداعي ثم قوله ان الاخفاء في الزكاة أفضل يخالف ما ذكروه من أن الافضل في الصدقة النافلة الاخفاء والمفروضة كالزكاة الاظهار وأما الثاني فثبوت السبب في حق الكل ان كان باعتبار وجوده في الخارج فالنصاب أيضا ثابت لذلك لتحقق وجوده في الخارج وان كان باعتبار سببيته فلنا أن نمنع فان سببيته بموجبيته الحكم وهو لا يوجب الحكم في حق الكل بل في حق من اتصف بالشروط مع تحقق باقي الشروط التي يشترط وجودها في نفس الامر كما من الطريق لحقيقة الوجوب شرط سببية السبب للتأمل فكان كالنصاب بل محل الوجوب في الزكاة أوسع لان الشروط في الحج أكثر منها في الزكاة وتوسعة التفصيل مما يوجب التطويل وبالتأمل غنى عنه بعد فتح باب التأمل له فكان على هذا ارادة زيادة التعميم في الزكاة أولى ثم بعد تسليم كل ذلك فزيادة التعميم بالجمع المحلى باللام على المفرد المحلى باللام ممنوع على ما عرف من كلام المحققين من أن استغراق المفرد أشمل وان أريد بالاستغراق الاجتماع ففيه ما علمت مع أنه لا يصح ارادته على الوجه الثاني بأدنى تأمل (قوله اذا قدروا على الزاد) بنفقة وسط لا اسراف فيها ولا تقتير (والراحلة) أي بطريق الملك أو الاجارة دون الاعارة والاباحة في الوقت الذي قدمنا ذكره ولو وهب له مال ليحج به لا يجب عليه قبوله سواء كان الواهب ممن تعتبر منته كالاجانب أو لا تعتبر كالابوين والمولودين وأصله أن القدرة بالملك هي الاصل في توجيه الخطاب فقبول الملك لما به الاستطاعة لا يتعلق به (قوله فاضلا) حال من كل واحد من الزاد والراحلة (عن المسكن ومالا بد منه) يعني من غيره كفرسه وسلاحه وثيابه وعبد خدمته وآلات حرفه وقضاء ديونه والا فالمسكن أيضا مما لا بد منه الا أن يكون مستغنيا عن سكناه بغيره فانه يجب بيعه ويحج به لانه ليس

ثم انه فرض على كل حر بالغ عاقل صحيح اذا قدر على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن ومالا بد له منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق آمنا وانما عدل المصنف عن الافراد الى الجمع في قوله الاحرار الخ نظرا الى وقوعه فانه لا يتأدى الا بجمع عظيم

وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية (ولا يجب في العمر إلا مرة واحدة) لانه عليه الصلاة والسلام قيل له الحج في كل عام أم مرة واحدة فقال لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت

مشغولا بالحاجة بخلاف ما اذا كان يسكنه وهو كبير يفضل عنه حتى يمكنه بيعه والاكتفاء بما دونه ببعض ثمنه ويحج بالفضل فانه لا يجب بيعه لذلك كما لا يجب بيع مسكنه والاقتصار على السكنى بالاجارة اتفاقا بل ان باع واشترى قدر حاجته وحج بالفضل كان أفضل ومن نفقة عياله كسوتهم وعياله من تلزمه نفقته شرعا والعبد الذي لا يستخدمه والمتاع الذي لا يتهنه كالدار التي لا يسكنها يجب بيعه والحج به وفي فتاوى قاضيخان قال بعض العلماء ان كان الرجل تاجرا يملك ما لو دفع منه الزاد والراحلة لذهابه وإيابه ونفقة أولاده وعياله من وقت خروجه الى وقت رجوعه (١) ويبقى له بعد رجوعه رأس مال التجارة التي كان يتجر بها كان عليه الحج والا فلا وان كان حراثا فالشرط أن يبقى له آلات الحراثين من البقر ونحو ذلك اه والمسطور عندنا أنه لا تعتبر نفقته لما بعد إيابه في ظاهر الرواية وقيل يترك نفقة يوم وعن أبي يوسف نفقة شهر لانه لا يمكنه التكسب كما قدم فيقدر بالشهر هذا كله اذا كان آفاقيا فان كان مكيا أو داخل المواقيت فعليه الحج وان لم يقدر على الراحلة أما الزاد فلا بد منه صرح به في غير موضع فني قوله في النهاية عليه الحج وان كان فقيرا لا يملك الزاد والراحلة نظر إلا أن يريد اذا كان يمكنه تكسبه في الطريق ولذا اقتصر في الكتاب على الراحلة حيث قال وليس من شرط الوجوب على أهل مكة الراحلة لانهم لا تلحقهم مشقة زائدة فأشبه السعي الى الجمعة وفي الينابيع لا بد لهم من الزاد قدر ما يكفيهم وعيالهم بالمعروف (قوله وصفه بالوجوب) يعني القدوري (وهو فريضة محكمة) وقد اطرد من القدوري ذلك هنا وفي الزكاة والصوم وهو وان جاز مجازا عرفيا الا أن الشأن في السبب الداعي الى ترك الحقيقة اذ لا بد له من سبب كخفة لفظه بالنسبة الى الحقيقة ونحوه مما عرف في موضعه ولم يعرف هنا شيء منه ولفظ الحقيقة وهو الفرض أخصر من المجاز وأظهر في المراد وليس به ثقل ولا غيره اللهم الا أن يرى أن الواجب منقسم الى ما يثبت بقطعي وظني كما هو رأي بعض المشايخ فيكون مرتكا الحقيقة اذ الواجب حينئذ حقيقة فيهما (قوله الآية) العادة أنه اذا كان الاستدلال على المطلوب يتوقف على تمام الدليل السمعي وهو محفوظ معروف يذكر أوله ويقال الآية أو الحديث أو البيت اختصارا بالنصب على اضمار اقرأ وهو الوجه الظاهر لتبادره ويجوز رفعه بتقدير مبتدأ أو خبر أي المتلو ونحوه على تقدير الى آخر الآية مثلا ولا شك أن الاستدلال هنا يتم على المطلوب وهو الافتراض بالقدر المتلو فلا حاجة الى ذكر لفظ الآية اللهم الا أن يقال أراد بالحكم في قوله فريضة محكمة المؤكد المبالغ فالمدعى هو المجموع وهو حينئذ لا يتم الا بتمامها لان استفادة الضروب من التوكيد بذلك الى قوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين اذ بذلك يوقف على ابدال من استطاع من لفظ الناس المفيد لذكر الموجب عليهم مرتين خصوصا وفي ضمن العموم وعلى الايضاح بعد الابهام المفيد للتفخيم وكذا وضع من كفر مكان من لم يحج الى آخر ما عرف في الكشاف (قوله لانه عليه الصلاة والسلام الخ) كان يكفي لنفي التكرر كون الدليل المذكور وهو الآية الكريمة لا يفيده فلا موجب للتكرر لكن حاصله نفي الحكم الذي هو وجوب التكرر لنفي الدليل وهو وان كفى في نفي الحكم الشرعي لكن اثبات النفي يقتضي النفي أقوى فلذا أثبته بالدليل المقتضي له وهو قوله لانه عليه الصلاة والسلام قيل له الحج في كل عام الخ روى مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا أيها الناس قد فرض عليكم الحج فحجوا فقال رجل أكل عام يا رسول الله فسكت حتى قالها ثلاثا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم ثم قال ذروني ما تركتكم فانما هلك من كان قبلكم

وإنما (وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة) كما صنع بالزكاة وقدذكرنا وجهه هناك ويجوز أن يكون معناه ثابت أو لازم فان الوجوب يدل على ذلك (وفرضيته ثبتت بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية) يعني أنه حق واجب لله في رقاب الناس لا ينفكون عن عهدته الا بالاداء (ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عليه الصلاة والسلام قيل له) يعني لما نزلت هذه الآية وقال لهم يا أيها الناس حجوا البيت (الحج في كل عام أم مرة واحدة فقال لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت) لاضافته اليه يقال حج البيت والاضافة دليل السببية

---

(١) قوله ويبقى هكذا في النسخ التي بأيدينا باثبات الواو ولعل المناسب حذفها لان الفعل جواب لو كما هو ظاهر كتبه مصححه

(وانه لا يتعدد) البيت (فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند أبي يوسف) حتى ان أخر بعد استجماع الشرائط أثم رواه عنه بشر والمعلى (وعن أبي حنيفة ما يدل عليه) أي على الفور وهو ما ذكره ابن سماعة عنه أنه سئل عمن له مال أيحج به أم يتزوج فقال بل يحج به وذلك دليل على أن الوجوب عنده على الفور ووجه دلالته على ذلك أن في التزوج تحصين النفس الواجب على كل حال والاشتغال بالحج يفوته ولو لم يكن وجوبه على الفور لما أمر بما يفوت الواجب مع امكان حصوله في وقت آخر (١٢٣) لما أن المال غاد ورائح (وعند محمد

وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند أبي يوسف رحمه الله وعن أبي حنيفة رحمه الله ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة وجه الاول أنه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيه تضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل أفضل بخلاف وقت الصلاة لان الموت في مثله نادر

بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم فاذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم واذا نهيتكم عن شئ فدعوه فقوله لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم يستلزم نفي وجوب التكرر من وجهين لافادة لو هنا امتناع نعم فيلزمه ثبوت نقيضه وهو لا والتصريح بنفي الاستطاعة أيضا وقد روى مفسرا ومبينا فيه الرجل المبهم أخرج أحمد في مسنده والدارقطني في سننه والحاكم في المستدرك وقال حديث صحيح على شرط الشيخين من حديث سليمان بن كثير عن الزهري عن أبي سنان يزيد بن أمية عن ابن عباس ولفظه قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا أيها الناس ان الله قد كتب عليكم الحج فقام الاقرع ابن حابس فقال أفي كل عام يا رسول الله قال لو قلتها لوجبت ولم تستطيعوا أن تعملوا بها الحج مرة فمن زاد فتطوع ورواه من حديث سفيان بن حسين عن الزهري به وصححه (قوله وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب) وأما تكرر وجوب الزكاة مع اتحاد المال فلأن السبب هو النامي تقديرا وتقدير النماء دائر مع حولان الحول اذا كان المال معدا للاستنماء في الزمان المستقبل وتقدير النماء الثابت في هذا الحول غير تقدير نماء في حول آخر فالمال مع هذا النماء غير المجموع منه ومن النماء الآخر فيتعدد حكما فيتعدد الوجوب لتعدد النصاب (قوله وعن أبي حنيفة رحمه الله ما يدل عليه) وهو أنه سئل عمن ملك ما يبلغه الى بيت الله تعالى أيحج أم يتزوج فقال يحج فاطلاق الجواب بتقديم الحج مع أن التزوج قد يكون واجبا في بعض الاحوال دليل على أن الحج لا يجوز تأخيره وهو قول أبي يوسف وذكر المصنف في التجنيس أنه اذا كان له مال يكفي للحج وليس له مسكن ولا خادم أو خاف العزوبة فأراد أن يتزوج ويصرف الدراهم الى ذلك ان كان قبل خروج أهل بلده الى الحج يجوز لانه لم يجب الاداء بعد وان كان وقت الخروج فليس له ذلك لانه قد وجب عليه اه ولا يخفى أن المنقول عن أبي حنيفة مطلق فان كان الواقع وقوع السؤال (١) في غير أوان الخروج فهو خلاف ما في التجنيس والا فلا يفيد الاستشهاد المقصود ثم على ما أورده المصنف يأثم بالتأخير عن أول سني الامكان فلو حج بعده ارتفع الاثم ووقع أداء وعند محمد هو على التراخي وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله فلا يأثم اذا حج قبل موته فان مات بعد الامكان ولم يحج ظهر أنه آثم وقيل لا يأثم وقيل ان خاف الفوت بان ظهرت له مخايل الموت في قلبه فأخره حتى مات أثم وان فجأه الموت لا يأثم وصحة الاول غنية عن الوجه وعلى اعتباره قيل يظهر الاثم من السنة الاولى وقيل الاخيرة وقيل من سنة رأى في نفسه الضعف وقيل يأثم في الجملة غير محكوم بعين بل علمه الى الله تعالى وقد استدل على الفور بالمنقول والمعنى فالاول حديث الحجاج بن عمرو

والشافعي على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة) فكما أنها جازت في آخر وقتها يجوز الحج في آخر العمر من أشهر الحج وهذا الدليل لمحمد لانه يقول بجواز تأخير مكيف وهو أن لا يفوته بالموت فان فوته أثم وأما الشافعي فانه يقول لا يأثم بالتأخير وان مات فلم يكن عنده كوقت الصلاة (وجه الاول) يعني قول أبي يوسف (أن الحج يختص بوقت خاص) من كل عام وهو أشهر الحج وكل ما اختص بوقت خاص وقد فات عن وقته لا يدرك الا بادراك ذلك الوقت بعينه والا لا يكون مختصا به وذلك مدة طويلة يستوي فيها الحياة والممات (لان الموت في سنة واحدة) مشتملة على الفصول الاربعة المتضادة المزاج (غير نادر فيتضيق احتياطا) لا تحقيقا وانما قال ذلك لئلا يرد عليه أنه لو كان متضيقا لوجب أن يكون بعد العام الاول قضاء وليس كذلك فان التضيق اذا كان احتياطا لا يلزم ذلك والدليل على هذا توضيحه بقوله (ولهذا كان التعجيل أفضل) يعني بالاتفاق فان الاستدلال بالافضلية على الوجوب مما لا يكاد يصح وقوله (بخلاف وقت الصلاة) جواب عن قوله كالوقت في الصلاة وثمرة الخلاف لا تظهر الا في حق الاثم خاصة وأما أن الواقع في العام الثاني أداء كما في الاول وأن التطوع في العام الاول جائز فلا ينكره أحد وتمام هذا البحث موضعه أصول الفقه

(قوله فلم يكن عنده كوقت الصلاة) أقول التشبيه بوقت الصلاة لا يلزم أن يكون من جميع الوجوه كما لا يخفى

(١) قول صاحب الفتح في غير أوان الخروج فهو خلاف ما في التجنيس هكذا في بعض النسخ وسقط من بعضها لفظ غير وكتب عليه ما نصه قوله فهو خلاف ما في التجنيس قال في النهر وفيه نظر لظهور موافقته لما في التجنيس حيث كان السؤال أو ان الخروج اه كتبه مصححه

وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد حج عشر حجج ثم أعتق فعليه حجة الاسلام وأيما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات بأسرها موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف

(وانما شرطت الحرية والبلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد حج) ولو (عشر حجج ثم أعتق فعليه حجة الاسلام) والفرق بين الحج والصوم والصلاة أن الحج يحتاج الى الزاد والراحلة والعبد لا يملك من المال شيأ والصوم والصلاة ليسا كذلك وأن حق المولى في الحج يفوت في مدة طويلة فقدم حق العبد على حق الله تعالى بخلاف الصوم والصلاة وقوله (والعقل) لبيان اشتراط العقل

الانصاري من كسر أو عرج فقد حل وعليه الحج من قابل وهذا بناء على أن لفظة قابل متعارف في السنة الآتية التي تلي هذه السنة والا فهو أعم من ذلك فلا دليل فيه والثاني هو أن الحج لا يجوز الا في وقت معين واحد في السنة والموت في سنة غير نادر فتأخيره بعد التمكن في وقته تعريض له على الفوات فلا يجوز ولذا يفسق بتأخيره ويأثم وترد شهادته فحقيقة دليل وجوب الفور هو الاحتياط فلا يفيد فيه أن مقتضى الامر المطلق جواز التأخير بشرط أن لا يخلي العمر عنه وأنه عليه الصلاة والسلام حج سنة عشر وفرضية الحج كانت سنة تسع فبعث أبا بكر رضي الله عنه حج بالناس فيها ولم يحج هو الى القابلة أو فرض سنة خمس على ما روى الامام أحمد من حديث ابن عباس رضي الله عنه بعثت بنو سعد ابن بكر ضمام بن ثعلبة وافدا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له عليه الصلاة والسلام فرائض الاسلام الصلاة والصوم والحج قال ابن الجوزي وقد رواه شريك بن أبي نمر عن كريب فقال فيه بعثت بنو سعد ضماما وافدا في شهر رجب سنة خمس فذكر له صلى الله عليه وسلم فرائض الاسلام الصلاة والصوم والحج أو سنة ست فان تأخيره عليه الصلاة والسلام ليس يتحقق فيه تعريض الفوات وهو الموجب للفور لانه كان يعلم أنه يعيش حتى يحج ويعلم الناس مناسكهم تكميلا للتبليغ وليس مقتضى الامر المطلق جواز التأخير ولا الفور حتى يعارضه موجب الفور وهو هذا المعنى فلا يقوى قوته بل مجرد طلب المأمور به فيبقى كل من الفور والتأخير على الاباحة الاصلية وذلك الاحتياط يخرج عنها على أن حديث ابن عباس رضي الله عنه قد رواه أحمد وليس فيه ذكر تاريخ وأما بالتاريخ المذكور فانما وجدت معضلة في ابن الجوزي وقد رواه شريك بن أبي نمر عن كريب فقال فيه وذكر ما قدمناه قال صاحب التنقيح لا أعرف لها سندا والذي نزل سنة ست قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وهو افتراض الاتمام وانما يتعلق بمن شرع فيهما فتلخص من هذا أن الفورية واجبة والحج مطلقا هو الفرض فيقع أداء اذا أخره ويأثم بترك الواجب على نظير ما قدمناه في الزكاة سواء فارجع اليه وقس به (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد) روى الحاكم من حديث محمد بن المنهال حدثنا يزيد بن زريع حدثنا شعبة عن الاعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما صبي حج ثم بلغ الحنث فعليه أن يحج حجة أخرى وأيما أعرابي حج ثم هاجر فعليه أن يحج حجة أخرى وأيما عبد حج ثم أعتق فعليه أن يحج حجة أخرى وقال صحيح على شرط الشيخين والمراد بالاعرابي الذي لم يهاجر من لم يسلم فان مشركي العرب كانوا يحجون فنفى اجزاء ذلك الحج عن الحج الذي وجب بعد الاسلام وتفرد محمد بن المنهال برفعه بخلاف الاكثر لا يضر اذ الرفع زيادة وزيادة الثقة مقبولة وقد تأيد ذلك بمرسل أخرجه أبو داود في مراسيله عن محمد بن كعب القرظي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما صبي حج به أهله فمات أجزأ عنه فان أدرك فعليه الحج وأيما عبد حج به أهله فمات أجزأ عنه فان أعتق فعليه الحج وهذا حجة عندنا وبما هو شبيه المرفوع أيضا في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس قال احفظوا عني ولا تقولوا قال ابن عباس أيما عبد حج الخ وعلى اشتراط الحرية الاجماع والفرق بين الحج والصلاة والصوم بوجهين كونه لا يتأتى الا بالمال غالبا بخلافهما ولا ملك للعبد فلا يقدر على تملك الزاد والراحلة فلم يكن أهلا للوجوب فلذا لا يجب على عبيد أهل مكة بخلاف اشتراط الزاد والراحلة في حق الفقير فانه للتيسير لا الاهلية فوجب على فقراء مكة والثاني أن حق المولى يفوت في مدة طويلة وحق العبد مقدم باذن الشرع لافتقار العبد وغنى الله تعالى

لانه

وقوله (وكذا صحة الجوارح) لبيان اشتراط الصحة (لان العجز بدونها لازم) وقوله (والاعمى اذا وجد) يعنى أن الاعمى اذا ملك الزاد والراحلة فان لم يجد قائدا لا يلزمه الحج بنفسه وهل يجب الاحجاج بالمال عند (١٢٥) أبى حنيفة لا يجب وعندهما يجب وان وجد

وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقدم فى كتاب الصلاة وأما المقعد فعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يجب لانه مستطيع بغيره فأشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدى يؤدى بنفسه فأشبه الضال عنه ولا بثمن القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكترى به شق محمل أو رأس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا

لانه تعالى ما شرع ما شرع إلا لتعود المصالح الى المكلفين ارادة منه لافاضة الجود بخلاف الصلاة والصوم فانه لا يحرج المولى فى استثناء مدتهما (قوله وكذا صحة الجوارح) حتى ان المقعد والزمن والمفلوج ومقطوع الرجلين لا يجب عليهم الاحجاج اذا ملكوا الزاد والراحلة ولا الايصاء به فى المرض وكذا الشيخ الذى لا يثبت على الراحلة يعنى اذا لم يسبق الوجوب حالة الشيخوخة بان لم يملك ما يوصله الا بعدها وكذا المريض لانه بدل الحج بالبدن واذا لم يجب المبدل لا يجب البدل وظاهر الرواية عنهما يجب الحج على هؤلاء اذا ملكوا الزاد والراحلة ومؤنة من يرفعهم ويضعهم ويقودهم الى المناسك وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه وهى الرواية التى أشار اليها المصنف بقوله وأما المقعد الا أنه خص المقعد ويقابل ظاهر الرواية عنهما ما نسبه المصنف الى محمد بقوله فرق محمد فى هذه الرواية بين المقعد والاعمى واذا وجب على هؤلاء الاحجاج للزومهم الاصل وهو الحج بالبدن فيجب عليهم البدل فلو أحجوا عنهم وهم آيسون من الاداء بالبدن ثم صحوا وجب عليهم الاداء بأنفسهم وظهرت نفلية الاول لانه خلف ضرورى فيسقط اعتبار بالقدرة على الاصل كالشيخ الفانى اذا فدى ثم قدر وكذا من كان بينه وبين مكة عدو فأحج عنه فان أقام العدو على الطريق الى موت المحجوج عنه جاز الحج عنه وان لم يقم حتى مات لا يجوز لزوال العذر قبل الموت فيجب الاصل وهو الحج بنفسه والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ومقر قائده ففى المشهور عن أبى حنيفة لا يلزمه الحج وذكر الحاكم الشهيد فى المنتقى أنه يلزمه وعنهما فيه روايتان وذكر شيخ الاسلام أنه يلزمه عندهما على قياس الجمعة وان لم يجد قائدا لا يجب عليه فى قولهم وفى رواية أخرى لا يلزمه فرقا على احدى الروايتين بين الحج والجمعة بأن وجود القائد فى الجمعة غير نادر بخلافه فى الحج والمريض والمحبوس والخائف من السلطان الذى يمنع الناس من الخروج الى الحج كذلك لا يجب الحج عليهم وفى التحفة أن المقعد والزمن والمريض والمحبوس والخائف من السلطان الذى يمنع الناس من الخروج الى الحج لا يجب عليهم الحج بأنفسهم لانها عبادة بدنية ولا بد من القدرة بصحة البدن وزوال الموانع حتى تتوجه عليهم التكاليف ولكن يجب عليهم الاحجاج اذا ملكوا الزاد والراحلة وهو ظاهر فى اختيار قولهما ثم قال وأما الاعمى اذا وجد قائدا بطريق الملك أو استأجر هل عليه أن يحج ذكر فى الاصل أنه لا يجب عليه أن يحج بنفسه ولكن يجب فى ماله عند أبى حنيفة وروى الحسن عنه أنه يجب عليه أن يحج بنفسه اه وهو خلاف ما ذكره غيره عن أبى حنيفة وجه قولهما حديث الخثعمية ان فريضة الحج أدركت أبى وهو شيخ كبير لا يستمسك على الراحلة أفأحج عنه قال أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزى عنه قالت نعم قال فدين الله أحق ولنا قوله تعالى من استطاع اليه سبيلا قيد لا يجاب به والعجز لازم مع هذه الامور لا الاستطاعة فان قيل الاستطاعة ثابتة اذا قدروا على اتخاذ من يرفعهم ويضعهم ويقودهم بالملك أو الاستئجار قلنا ملاءمة القائد والخادم وحصول المقصود معه منهم من الرفق غير معلوم والعجز ثابت للحال فلا يثبت الوجوب عليهم بالشك على أن الاستطاعة بالبدن هى الاصل والمتبادر من قولنا فلان يستطيع عمل كذا

قائدا وقد عبر عنه المصنف بقوله (من يكفيه مؤنة سفره) لا يجب عند أبى حنيفة كما لا تجب الجمعة وعن صاحبيه فيه روايتان فرقا على احدى الروايتين بين الحج والجمعة وقالا وجود القائد الى الجمعة ليس بنادر بل هو غالب فتلزمه الجمعة ولا كذلك القائد الى الحج وقوله (وأما المقعد فعن أبى حنيفة رحمه الله) ظاهر الرواية عنه فى الزمن والمفلوج والمقعد ومقطوع الرجلين أن الحج لا يجب عليهم وان ملكوا الزاد والراحلة حتى لا يجب عليهم الاحجاج بما لهم لان الاصل لما لم يجب لم يجب البدل وهو رواية عنهما وروى الحسن عن أبى حنيفة (أنه يجب عليه لانه مستطيع بغيره فأشبه المستطيع بالراحلة) وقوله (وعن محمد) ظاهر وقوله (ولابد من القدرة) بيان لقوله اذا قدروا على الزاد والراحلة ويعنى به القدرة بطريق الملك أو الاستئجار بأن يقدر على (ما يكترى به شق محمل) بفتح الميم الاول وكسر الثانى أى جانبه لان للمحمل جانبين ويكفى للراكب أحد جانبيه والزاملة البعير يحمل عليه المسافر متاعه وطعامه من زمل الشئ حمله يقال لها بالفارسية سرباري وقوله (وقدر النفقة ذاهبا وجائيا) يعنى بعد الراحلة نفقة وسط بغير اسراف ولا تقتير

(قوله يقال لها بالفارسية سرباري) أقول فيه ان سرباري هو الحمل لا البعير

لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة

فليكن محمل ما في النص الا أن هذا قد يدفع بأن هذه العبادة تجري فيها النيابة عند العجز لا مطلقا توسطا بين المالية المحضة والبدنية المحضة لتوسطها بينهما على ما سيجيء تحقيقه في باب الحج عن الغير ان شاء الله تعالى والوجوب دائر مع فائدته على ما تحقق في الصوم فيثبت عند قدرة المال ليظهر أثره في الاحجاج والايصاء ومن الفروع أنه لو تكلف هؤلاء الحج بأنفسهم سقط عنهم ومعنى هذا أنهم لو صحوا بعد ذلك لا يجب عليهم الاداء لان سقوط الوجوب عنهم لدفع الحرج فاذا تحملوه وقع عن حجة الاسلام كالفقير اذا حج هذا وفي الفتاوى تكلموا في أن سلامة البدن في قول أبي حنيفة رحمه الله وأمن الطريق ووجود المحرم للمرأة من شرائط الوجوب أو الاداء فعلى قول من يجعلها من شرائط الوجوب اذا مات قبل الحج لا يلزمه الايصاء وعلى قول من يجعلها من شرائط الاداء يلزمه اه وهذا ظاهر في أن الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله لم يثبتا تنصيصا بل تخريجا أو أن كل طائفة من هؤلاء المشايخ اختار رواية واذا آل الحال الى اختلاف المشايخ في المختار من الروايتين أو تخريجهما فلنا نحن أيضا أن ننظر في ذلك والذي يترجح كونها شروط الاداء بما قلناه آنفا أن هذه العبادة مما تتأدى بالنائب الخ وعلى هذا فجعل عدم الحبس والخوف من السلطان شرط الاداء أولى ومن قدر حال صحته ولم يحج حتى أفعد أو زمن أو فلج أو قطعت رجلاه تقرر في ذمته بالاتفاق حتى يجب عليه الاحجاج وهنا قيد حسن ينبغي أن يحفظ وهو أن وجوب الايصاء انما يتعلق بمن لم يحج بعد الوجوب اذا لم يخرج الى الحج حتى مات فأما من وجب عليه الحج فحج من عامه فمات في الطريق لا يجب عليه الايصاء بالحج لانه لم يؤخر بعد الايجاب ذكره المصنف في التجنيس (قوله لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن السبيل) روى الحاكم عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس رضي الله عنه في قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قيل يا رسول الله ما السبيل قال الزاد والراحلة وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وتابعه حماد بن سلمة عن قتادة ثم أخرجه كذلك وقال صحيح على شرط مسلم وقد روى من طريق أخرى صحيحة عن الحسن مرسلا في سنن سعيد بن منصور حدثنا هشام حدثنا يونس عن الحسن قال لما نزلت ولله على الناس حج البيت قال رجل يا رسول الله وما السبيل قال زاد وراحلة حدثنا هشيم حدثنا منصور عن الحسن مثله حدثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن مثله ومن طرق عديدة مرفوعا من حديث ابن عمر وابن عباس وعائشة وجابر وعبد الله بن عمرو بن العاص وابن مسعود رضي الله عنهم وحديث ابن عباس رواه ابن ماجه حدثنا سويد بن سعيد عن هشام بن سليمان القرشي عن ابن جريج قال وأخبرنيه أيضا عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الزاد والراحلة يعني قوله من استطاع اليه سبيلا قال في الامام وهشام بن سليمان بن عكرمة بن خالد بن العاص قال أبو حاتم مضطرب الحديث ومحله الصدق ما أرى به بأسا وباقي الاحاديث بطرقها عمن ذكرنا من الصحابة عند الترمذي وابن ماجه والدارقطني وابن عدي في الكامل لا يسلم من ضعف فلو لم يكن للحديث طريق صحيح ارتفع بكثرتها الى الحسن فكيف ومنها الصحيح هذا وينبغي أن يكون قول المصنف شق محمل أو رأس زاملة على التوزيع ليكون الوجوب يتعلق بمن قدر على رأس زاملة بالنسبة الى بعض الناس وبالنسبة الى بعض آخرين لا يتعلق الا بمن قدر على شق محمل هذا الان حال الناس مختلف ضعفا وقوة وجلدا ورفاهية فالمرفه لا يجب عليه اذا قدر على رأس زاملة وهو الذي يقال له في عرفنا راكب مقتب لانه لا يستطيع السفر كذلك بل قد يهلك بهذا الركوب فلا يجب في حق هذا الا اذا قدر على شق محمل ومثل هذا يتأتى في الزاد فليس كل من قدر على ما يكفيه من خبز وجبن دون لحم وطبيخ قادرا على الزاد بل ربما يهلك مرضا بعد اومته ثلاثة أيام اذا كان مترفها معتادا اللحم والاغذية المرتفعة بل لا يجب على مثل هذا الا اذا قدر على ما يصلح معه بدنه وقوله عليه

وهذا (لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة)

وان أمكنه أن يكترى عقبة) أى ما يتعاقبان عليه فى الركوب فرسخا بفرسخ او منزلا منزلا (فلا حج عليه) لعدم الراحلة اذ ذاك فى جميع السفر وقوله (ويشترط أن يكون) أى ما يقدر به على الزاد والراحلة (فاضلا عن المسكن) (١٢٧) بيان لقوله فى أول البحث فاضلا وهو هناك منصوب على الحال من الزاد والراحلة وقيدا بالمسكن والخادم اشارة الى ما ذكره ابن شجاع اذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه وما أشبه ذلك يجب عليه أن يبيعه ويحج به وقوله (وأثاث البيت) يعنى كالفرش والبسط وآلات الطبخ (وثيابه) أى ثياب بدنه وفرسه وسلاحه (لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية) والمشغول بها كالمعدوم وقوله (وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره) قال الله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقوله (وليس من شرط الوجوب على أهل مكة) ظاهر (ولا بد من أمن الطريق) وهو أن يكون الغالب فيه السلامة وتوسط البحر عذر لان شرط وجوبه الاستطاعة ولا استطاعة بدون الامن ثم اختلف المشايخ فيه على قول أبى حنيفة أنه شرط نفس الوجوب أو شرط الاداء فمنهم من ذهب الى الاول لما مر أن الاستطاعة لا تثبت بدونه (وهو مروى عنه) ومنهم من ذهب الى الثانى (لانه عليه الصلاة والسلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير) وثمرة الخلاف تظهر فى وجوب الايصاء على من مات قبل الحج ولم يكن الطريق آمنا فعند الاولين لا تلزمه الوصية وعند الآخرين تلزمه

وان أمكنه أن يكترى عقبة فلا شئ عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة فى جميع السفر ويشترط أن يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم وأثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط أن يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة حق مستحق للمرأة وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا تلحقهم مشقة زائدة فى الاداء فأشبه السعى الى الجمعة ولا بد من أمن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروى عن أبى حنيفة رحمه الله وقيل هو شرط الاداء دون الوجوب لان النبى عليه الصلاة والسلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير

السلام الزاد والراحلة ليس معناه الا الزاد الذى يبلغه والراحلة كذلك وذلك يختلف بالنسبة الى آحاد الناس فكان المراد ما يبلغ كل واحد (قوله وان أمكنه الخ) العقبة أن يكترى الاثنان راحلة يعتقبان عليها يركب أحدهما مرحلة والآخر مرحلة وليس يلزم لما فى الكتاب وقد تقدم أن الشرط أن يملكها فى أشهر الحج أو وقت خروج أهل بلده ونقلنا ما فى الينابيع فارجع اليه (قوله وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولهم الراحلة) قدمنا فائدة اقتصاره على الراحلة وكلام صاحب النهاية والينابيع فارجع اليه (قوله ولا بد من أمن الطريق) أى وقت خروج أهل بلده وان كان مخيفا فى غيره وهو أن يكون الغالب فيه السلامة وما أفتى به أبو بكر الرازى من سقوط الحج عن أهل بغداد وقول أبى بكر الاسكاف لا أقول الحج فريضة فى زماننا قاله سنة ست وعشرين وثلثمائة وقول الثلجى ليس على أهل خراسان حج منذ كذا وكذا سنة كان وقت غلبة النهب والخوف فى الطريق وكذا أسقطه بعضهم من حين خرجت القرامطة وهم طائفة من الخوارج كانوا يستحلون قتل المسلمين وأخذ أموالهم وكانوا يغلبون على أماكن ويترصدون للحجاج وقد هجموا فى بعض السنين على الحجيج فى نفس مكة فقتلوا خلقا كثيرا فى نفس الحرم وأخذوا أموالهم ودخل كبيرهم بفرسه فى المسجد الحرام ووقعت أمور شنيعة ولله الحمد على أن عافى منهم وقد سئل الكرخى عمن لا يحج خوفا منهم فقال ما سلمت البادية من الآفات أى لا تخلو عنها كقلة الماء وشدة الحر وهيجان السموم وهذا ايجاب منه رحمه الله ومحمله أنه رأى أن الغالب اندفاع شرهم عن الحاج ورأى الصفار عدمه فقال لا أرى الحج فرضا منذ عشرين سنة من حين خرجت القرامطة وما ذكر سببا لذلك وهو أنه لا يتوصل الى الحج الا بارشائهم فتكون الطاعة سبب المعصية فيه نظر بل انما كان من شأنهم ما ذكرته ثم الاثم فى مثله على الآخذ لا المعطى على ما عرف من تقسيم الرشوة فى كتاب القضاء وكون المعصية منهم لا يترك الفرض لمعصية عاص والذى يظهر أن يعتبر مع غلبة السلامة عدم غلبة الخوف حتى اذا غلب الخوف على القلوب من المحاربين لوقوع النهب والغلبة منهم مرارا أو سمعوا أن طائفة تعرضت للطريق ولها شوكة والناس يستضعفون أنفسهم عنهم لا يجب واختلف فى سقوطه اذا لم يكن بد من ركوب البحر فقيل البحر يمنع الوجوب وقال الكرمانى ان كان الغالب فى البحر السلامة من موضع جرت العادة بركوبه يجب والا فلا وهو الاصح وسيحون وجيحون والفرات والنيل أنهار لا بحار (قوله ثم قيل هو) أى أمن الطريق تقدم الكلام فيه والقائل بأنه شرط الوجوب حتى لا يجب الايصاء ابن شجاع وقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله لان الوصول بدونه لا يكون الا بمشقة عظيمة فصار من الاستطاعة وهى شرط الوجوب والقائل بأنه شرط الاداء فيجب الايصاء القاضى أبو خازم لانه عليه السلام انما فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة حين سئل عنها فلو كان أمن

(قال المصنف لان النفقة حق مستحق للمرأة) أقول يعنى للمرأة مثلا والاظهر أن يقول مستحق لهم

قال (ويعتبر في المرأة أن يكون لها محرم تحج به) الاختلاف المار في أمن الطريق في كونه شرط الوجوب أو شرط الاداء ثابت في محرم المرأة والمحرم من لا يجوز له منا كحتها على التابيد بقرابة أو رضاع أو صهارة ولا يجوز للمرأة أن تحج اذا لم يكن لها محرم أو زوج اذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أيام شابة كانت أو عجوزا وان لم يكن لها محرم أو زوج لا يجب عليها التزوج للحج كما لا يجب على الفقير اكتساب المال لاجل الحج والزكاة (١٢٨) (وقال الشافعي لها أن تحج في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن من الفتنة بالمرافقة ولنا قوله

قال (ويعتبر في المرأة أن يكون لها محرم تحج به أو زوج ولا يجوز لها أن تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة مسيرة ثلاثة أيام) وقال الشافعي يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها

عليه الصلاة والسلام لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها) فضلا عن حصول الامن وعورض بأن المهاجرة تخرج الى دار الاسلام بدونهما والهجرة ليست من الاركان الخمسة فلأن تخرج الى الحج وهو منها أولى وأجيب بأن ذلك ضرورة الخوف على نفسها ألا ترى أنها اذا وصلت الى جيش من المسلمين في دار الحرب حتى صارت آمنة لم يكن لها بعد ذلك أن تسافر بدون المحرم فان قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم السبيل بالزاد والراحلة ولم يذكر المحرم أجيب بأن ذلك حجة من جعله شرط الاداء ومن جعله شرط الوجوب قال لم يذكره لان السائل كان رجلا فان قيل لا تسلم أن الفتنة تزداد بانضمام غيرها اليها فان المبتوتة اذا اعتدت في بيت الزوج بحيلولة ثقة جاز ولم يكن انضمامها اليها فتنة أجيب بأن انضمام المرأة اليها يعينها على ما تراود بمشاورتها وتعليم ما عسى تعجز عنه بفكرها وانما لم يكن في المعتدة كذلك لان الاقامة موضع أمن وقدرة على دفع الفتنة وفيه نظر لان مثلها لا يعد ثقة جوا

الطريق منها لذكره والا كان تأخيرا للبيان عن وقت الحاجة ولانه مانع من العباد ولا يسقط العبادة الواجبة كالقيد من الظالم * واعلم أن الاختلاف في وجوب الايصاء بالحج اذا مات قبل أمن الطريق فان مات بعد حصول الامن فالاتفاق على الوجوب تقدم لنا وجه آخر وهو المعول عليه يقتضي ترجيحه وأن عدم الخوف من السلطان والحبس من شروط الاداء أيضا فيجب على الخائف والمحبوس الايصاء * واعلم أن القدرة على الزاد والراحلة شرط الوجوب لا نعلم عن أحد خلافه وقالوا لو تحمل العاجز عنهما فحج ماشيا يسقط عنه الفرض حتى لو استغنى لا يجب عليه أن يحج وهو معلل بأمرين الاول أن عدمه عليه ليس لعدم الاهلية كالعبد بل للترفيه ودفع الحرج عنه فاذا تحمله وجب ثم يسقط كالمسافر اذا صام رمضان الثاني أن الفقير اذا وصل الى المواقيت صار حكمه حكم أهل مكة فيجب عليه وان لم يقدر على الراحلة فالثاني يستلزم عدم السقوط عنه لو أحرم قبل المواقيت كدويرة أهله لان احرامه لم ينعقد للواجب لعدم الوجوب قبل المواقيت فلا ينقلب له الا بتجديد كالصبي اذا أحرم ثم بلغ ولا يمكنه التجديد لان الاحرام انعقد لازما للنفل بخلاف الصبي على ما ذكر قريبا وبخلاف من أطلق النية فلم ينو الواجب لان احرامه حينئذ انعقد للواجب واطلاق الجواب يخالفه والاول يقتضي عدم ثبوت الوجوب الا بعد الفراغ لان تحقق تحمله لا يتحقق الا به لا بمجرد الاحرام ومع الفراغ لو ثبت الوجوب لم يكن أثره الا في المستقبل لا في المنقضي اذ لا يسبق فعل الواجب الوجوب فمن أحرم قبل الميقات لا ينتقض في سقوط الحج عنه واحد من الوجهين بخلاف من أحرم منه فانه ان لم ينتقض فيه الاول انتقض فيه الثاني وانما خصصنا الايراد بالفقير لانا نرى أن سلامة الجوارح شرط الاداء لا الوجوب على ما يجيء آنفا (قوله ويعتبر في المرأة) وان كانت عجوزا (أن يكون لها محرم) كابن أو عم وكما يشترط المحرم كذا يشترط عدم العدة وقالوا في الصبية التي لم تبلغ حد الشهوة تسافر بغير محرم فاذا بلغت لا تسافر الا به وينبغي أن يكون معنى هذا الاتعان على السفر ولا تستحب فانها غير مكلفة ما لم تبلغ وبلوغها حد الشهوة لا يستلزمه وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه رد المعتدات من النجف فان لزمتها العدة في السفر فان كان رجعيا لا يفارقها زوجها أو بائنا فان كان الى كل من بلدها ومكة أقل من مدة السفر تخيرت أو الى أحدهما سفر دون الآخر تعين أن تصير الى الآخر أو كل منهما سفر فان كانت في مصر قرت فيه الى أن تنقضي عدتها ولا تخرج وان وجدت محرما ما دامت العدة عنده خلافا لهما وان كانت في قرية أو مفازة لا تأمن على نفسها فلها أن تمضي الى موضع آخر آمن فلا تخرج منه حتى تمضي عدتها وان وجدت محرما عنده خلافا لهما وهذه المسئلة تأتي في كتاب الطلاق الا أنا ذكرناها هنا لتكون أذكر لمن يطالع الباب (قوله وقال الشافعي يجوز لها الخ) له العمومات مثل ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وقوله صلى الله عليه وسلم

(قوله وان لم يكن لها محرم الخ) أقول هذا على رأي من جعل المحرم شرط الوجوب وأما من جعله شرط الاداء فيوجب ذلك ذكره الزيلعي (قال المصنف ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تحجن امرأة الا ومعها محرم) أقول ظاهر الاستثناء يفيد عدم جواز الحج لهن مع أزواجهن اذا لم يكن محرم كما لا يخفى وجوابه أنه يعلم جواز معه بالدلالة

بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام لانه يباح لها الخروج الى ما دون السفر بغير محرم (واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها) وقال الشافعي له أن يمنعها

بجواب في حديث مسلم السابق ولحديث عدي بن حاتم أنه صلى الله عليه وسلم قال يوشك أن تخرج الظعينة من الحيرة تؤم البيت لا جوار معها لا تخاف الا الله تعالى قال عدي رأيت الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف بالكعبة لا تخاف الا الله تعالى رواه البخاري ولم يذكر لها زوجا ولا محرما والقياس على المهاجرة والمأسورة اذا خلصت بجامع أنه سفر واجب قلنا أما العمومات فقد تقيدت ببعض الشروط اجماعا كأمن الطريق فتقيد أيضا بما في الاحاديث الصحيحة كما في الصحيحين لا تسافر امرأة ثلاثا الا ومعها ذو محرم وفي لفظ لهما فوق ثلاث وفي لفظ للبخاري ثلاثة أيام فان قيل هذه عامة في كل سفر فانما تنتظم المتنازع فيه وهو سفر الحج بعمومه لكنه قد خص منه سفر المهاجرة والمأسورة فيخص منه سفر الحج أيضا قياسا عليه بجامع أنه سفر واجب ويصير الداخل تحت اللفظ مرادا السفر المباح قلنا لا يمكن اخراج المتنازع فيه لان في عينه نصا يفيد أنه مراد بالعام وهو ما رواه البزار من حديث ابن عباس حدثنا عمرو بن علي حدثنا أبو عاصم عن ابن جريج أخبرني عمرو بن دينار أنه سمع معبدا مولى ابن عباس رضي الله عنهما يحدث عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تحج امرأة الا ومعها محرم فقال رجل يا نبي الله اني اكتتبت في غزوة كذا وامرأتي حاجة قال ارجع فحج معها وأخرجه الدارقطني أيضا عن حجاج عن ابن جريج به ولفظه لا تحجن امرأة الا ومعها ذو محرم فثبت تخصيص العمومات بما روينا على أنهم خصوها بوجود الرفقة والنساء الثقات فيما روينا أولى وبه يظهر فساد القياس الذي عينوه لانه لا يعارض النص بل نقول الآية العامة لا تتناول النساء حال عدم الزوج والمحرم معها لان المرأة لا تستطيع النزول والركوب الا مع من يركبها وينزلها ولا يحل ذلك الا للمحرم والزوج فلم تكن مستطيعة في هذه الحالة فلا يتناولها النص وهذا هو الغالب فلا يعتبر ثبوت القدرة على ذلك في بعضهن ولو قدرت فالقدرة عليه مع أمن انكشاف شيء مما لا يحل لاجنبي النظر اليه كعقبها ورجلها وطرف ساقها وطرف معصمها لا يتحقق الا بالمحرم ليباشرها في هذه الحالة ويسترها ولانتفاء وجود الجامع فيهما فان الموجود من المهاجرة والمأسورة ليس سفرا لانها لا تقصد مكانا معينا بل النجاة خوفا من الفتنة فقطعها المسافة كقطع السابح ولذا اذا وجدت مأمنا كعسكر من المسلمين وجب أن تقر ولا تسافر الا بزوج أو محرم على أنها لو قصدت مكانا معينا لا يعتبر قصدها ولا يثبت السفر به لان حالها وهو ظاهر قصد مجرد التخلص يبطل عزيمتها على ما عرف في العسكر الداخل أرض الحرب ولو سلم ثبوت سفرها فهو للاضطرار لان الفتنة المتوقعة في سفرها أخف من المتوقعة في اقامتها في دار الحرب فكان جوازه بحكم الاجماع على أن أخف المفسدتين يجب ارتكابها عند لزوم احداهما فالمؤثر في الاصل السفر المضطر اليه دفعا لمفسدة تفوق مفسدة عدم المحرم والزوج في السفر في دار الاسلام وهو منتف في الفرع ولهذا يجوز مع العدة بخلاف سفر الحج تمنعه العدة فيمنعه عدم المحرم كالسفر المباح وأما حديث عدي بن حاتم فليس فيه بيان حكم الخروج فيه ما هو ولا يستلزمه بل بيان انتشار الامن ولو كان مفيدا للاباحة كان نقيض قولهم فانه يبيح الخروج بلا رفقة ونساء ثقات (قوله لانه يباح لها الخروج الى ما دون مدة السفر بغير محرم) يعني اذا كان لحاجة ويشكل عليه ما في الصحيحين عن قزعة عن أبي سعيد الخدري مرفوعا لا تسافر المرأة يومين الا ومعها زوجها أو ذو محرم منها وأخرجا عن أبي هريرة مرفوعا لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذي محرم عليها وفي لفظ لمسلم مسيرة ليلة وفي لفظ يوم وفي لفظ لابي داود بريدا وهو عند ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وللطبراني في معجمه ثلاثة أميال فقيل له ان الناس يقولون ثلاثة أيام فقال وهموا قال المنذري ليس في هذه تباين فانه يحتمل

والكلام فيها ولان جواب السند يناقض جواب المنع والاولى أن يقال هن ناقصات دين وعقل فلا يؤمن أن تخدع فتكون عليها في الافساد وتتوسط في التوطين والتمكين فتعجز هي عن دفعها في السفر وهذا المعنى معدوم في الحضر لامكان الاستغاثة وقوله (بخلاف ما اذا كان) متصل بقوله اذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أيام وهو واضح وكذا قوله وان وجدت محرما

(قوله فتعجز هي عن دفعها في السفر وهذا المعنى معدوم في الحضر لامكان الاستغاثة) أقول كيف تعجز عن الاستغاثة في السفر والمفروض خروجها في رفقة فليتأمل

(ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض) ألا ترى أنه لا يمنعها من صيام شهر رمضان والصلاة (والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له أن يمنعها) ولهذا كان له أن يحللها من ساعته وقوله (وان كان المحرم فاسقا) ظاهر (واذا بلغ الصبي بعدما أحرم أو عتق العبد)

لان في الخروج تفويت حقه ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له أن يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به (ولها أن تخرج مع كل محرم الا أن يكون مجوسيا) لانه يعتقد اباحة منا كحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا تأتي منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى أداء الحج واختلفوا في أن المحرم شرط الوجوب أو شرط الاداء على حسب اختلافهم في أمن الطريق (واذا بلغ الصبي بعدما أحرم أو عتق العبد فضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام) لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض (ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز) لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية أما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره والله أعلم

أنه صلى الله عليه وسلم قالها في مواطن مختلفة بحسب الاسئلة ويحتمل أن يكون ذلك كله تمثيلا لاقل الاعداد واليوم الواحد أول العدد وأقله والاثنان أول الكثير وأقله والثلاث أول الجمع فكأنه أشار أن مثل هذا في قلة الزمن لا يحل لها السفر مع غير محرم فكيف بما زاد اه وحاصله أنه نبه بمنع الخروج أقل كل عدد على منع خروجها عن البلد مطلقا الا بمحرم أو زوج وقد صرح بالمنع مطلقا ان حمل السفر على اللغوي في الصحيحين عن أبي معبد عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا لا تسافر المرأة الا مع ذي محرم والسفر لغة يطلق على ما دون ذلك وقد روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف كراهة الخروج لها مسيرة يوم بلا محرم ثم اذا كان المذهب اباحة خروجها ما دون الثلاثة بغير محرم فليس للزوج منعها اذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام اذا لم تجد محرما (قوله لان في الخروج تفويت حقه) وحق العبد مقدم على ما عرف وصار كالحج الذي نذرته له منعها منه (ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض) وان امتدت (والحج منها) كالصوم وهذا لان ملكه ملك ضعيف لا ينتهض سببا في ذلك بخلاف ملك العبد وانما لا يظهر في الحج المنذور لان وجوبه بسبب من جهتها فلا يظهر الوجوب في حقه فكان نفلا في حقه واذا أحرمت نفلا بغير اذنه فله أن يحللها وهو بأن ينهاها ويصنع بها أدنى ما يحرم عليها كقص ظفرها ونحوه وبمجرد نهيها لا يقع به التحليل كما لا يقع بقوله حللتك ولا يتأخر الى ذبح الهدى بخلاف الاحصار ولها أن تخرج مع كل محرم سواء كان بنسب أو رضاع أو صهر به مسلما أو كافرا أو عبدا الا أن يعتقد حل منا كحتها كالمجوسي أو يكون فاسقا اذ لا تؤمن معه الفتنة أو صبيا (قوله واختلفوا الخ) ثمرته تظهر في وجوب الوصية بالحج اذا مات مثلا قبل أمن الطريق أو هي قبل وجود المحرم أو نفقته على القول باشتراطها فمن قال ان ذلك شرط الوجوب يقول لا يجب الايصاء لان الموت قبل الوجوب ومن قال بأنها شرط الاداء قال يجب لان الموت بعد الوجوب وانما عذرت في التأخير وفي وجوب التزوج عليها بمن يحج بها ان لم تجد محرما وأما وجوب نفقة المحرم وراحلته اذا أبى أن يحج الا أن تقوم له بذلك وهو محل الاختلاف في وجوب نفقته عليها قال الطحاوي لا تجب وهو قول أبي حفص البخاري ما لم يخرج المحرم بنفقته لان الواجب عليها الحج لا احجاج غيرها وقال القدوري تجب لانها من مؤن حجها (قوله لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض) أورد عليه أن الاحرام شرط عندكم أجيب بأنه شرط يشبه الركن من حيث امكان اتصال الاداء فاعتبرنا شبه الركن فيما نحن فيه احتياطا في العبادة وقال الشافعي اذا بلغ قبل الوقوف أو عتق يقع عن الفرض وأصل الخلاف في الصبي اذا بلغ بالسن في أثناء الصلاة يكون عن الفرض عنده وعندنا لا (قوله لان احرام الصبي غير لازم)

يعني بعدما أحرم (فضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل) لعدم الخطاب وشرط الوجوب في حقهما (فلا ينقلب لاداء الفرض) واعترض بأن الاحرام شرط على ما ذكره كالطهارة والشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا ألا ترى أن الصبي اذا توضأ ثم بلغ بالسن فصلى بتلك الطهارة جازت صلاته فما بال الحج لم يجز بذلك الاحرام والجواب أن الاحرام عندنا انما يكون بالنية على ما سيأتي وبها يصير شارعا في أفعال الحج فصار كصبي توضأ وشرع في الصلاة وبلغ بالسن فنوى أن تكون تلك الصلاة فرضا لا تنقلب اليها (ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية) ولهذا لو تناول محظورا لم يلزمه شيء واذا كان كذلك جاز الفسخ والشروع في غيره (وأما احرام العبد فلازم) لكونه مخاطبا ولهذا لو أصاب صيدا كان عليه الصيام لانه صار جانيا على احرامه بقتل الصيد وهو لبس من أهل التكفير بالمال (فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره)

(قال المصنف ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض الخ) أقول هذا الدليل انما يصح اذا كان الوجوب على الفور ولعل لعدم هذا الخلاف بنائي لا ابتدائي

﴿فصل﴾ (والمواقيت التى لايجوز أن يجاوزها الانسان الاحرما خمسة لاهل المدينة ذوالحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام الجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم) هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء

لعدم أهلية اللزوم عليه ولذا لو أحصر الصبى وتحلل لادم عليه ولا قضاء ولا جزاء عليه لارتكاب المحظورات وفى المبسوط الصبى لو أحرم بنفسه وهو يعقل أو أحرم عنه أبوه صار محرما وينبغى أن يجرده ويلبسه ازارا ورداء والكافر والمجنون كالصبى فلو جن كافر أو مجنون فأفاق أو أسلم فجدد الاحرام أجزأهما وقيل هذا دليل أن الكافر اذا جن لايحكم باسلامه بخلاف الصلاة بجماعة وفى الذخيرة فى النوادر البالغ اذا جن بعد الاحرام ثم ارتكب شيأ من محظورات الاحرام فان فيه الكفارة فرق بينه وبين الصبى

﴿فصل فى المواقيت﴾ جمع ميقات وهو الوقت المعين استعير للمكان المعين كقلبه فى قوله تعالى هنالك ابتلى المؤمنون لزم شرعا تقديم الاحرام للآفاقى على وصوله الى البيت تعظيما للبيت واجلالا كما تراه فى الشاهد من ترجل الراكب القاصد الى عظيم من الخلق اذا قرب من ساحته خضوعا له فكذا لزم القاصد الى بيت الله تعالى أن يحرم قبل الحلول بحضرته اجلالا فان فى الاحرام تشبها بالاموات وفى ضمن جعل نفسه كالميت سلب اختياره والقاء قياده متخليا عن نفسه فارغا عن اعتبارها شيأ من الاشياء فسبحان العزيز الحكيم (قوله ولأهل نجد قرن) بالسكون موضع وجعله فى الصحاح محركا وخطئ بأن المحرك اسم قبيلة اليها ينسب أويس القرنى (قوله هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم) أما توقيت ماسوى ذات عرق ففى الصحيحين من حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت لاهل المدينة ذا الحليفة ولاهل الشام الجحفة ولاهل نجد قرن المنازل ولاهل اليمن يلملم هن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن أراد الحج والعمرة ومن كان دون ذلك فمن حيث أنشأ حتى أهل مكة من مكة وروى هن لهم والمشهور الاول ووجهه أنه على حذف المضاف التقدير هن لاهلهن وأما توقيت ذات عرق ففى مسلم عن أبى الزبير عن جابر قال سمعت أحسبه رفع الحديث الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مهل أهل المدينة الى أن قال ومهل أهل العراق من ذات عرق وفيه شك من الراوى فى رفعه هذه المرة ورواه مرة أخرى على ما أخرجه ابن ماجه عنه ولم يشك ولفظه ومهل أهل الشرق ذات عرق الا أن فيه ابراهيم بن يزيد الجوزى لايحتج بحديثه وأخرج أبو داود عن عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم وقت لاهل العراق ذات عرق وزاد فيه النسائى بقية وفى سنده أفلح بن حميد كان أحمد بن حنبل ينكر عليه هذا الحديث وأخرج عبد الرزاق عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم وقت لاهل العراق ذات عرق ولم يتابعه أصحاب مالك فرووه عنه ولم يذكروا فيه ميقات أهل العراق وكذلك رواه أيوب السختيانى وابن عون وابن جريج وأسامة بن زيد وعبد العزيز بن أبى داود عن نافع وكذا رواه سالم عن ابن عمر وابن دينار عن ابن عمر وأخرج أبو داود عن محمد بن على بن عبد الله بن عباس عن ابن عباس رضى الله عنهما قال وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهل المشرق العقيق قال البيهقى تفرد به يزيد بن أبى زياد عن محمد بن على وقال ابن القطان أخاف أن يكون منقطعا فان محمدا انما عهد يروى عن أبيه عن جده وقال مسلم فى كتاب التمييز لا يعلم له سماع من جده ولا أنه لقيه ولم يذكر البخارى ولا ابن أبى حاتم أنه يروى عن جده وذكرا أنه يروى عن أبيه وأخرج البزار فى مسنده عن مسلم بن خالد الزنجى عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهل المشرق ذات عرق وقال الشافعى أخبرنا سعيد بن سالم أخبرنى ابن جريج أخبرنى عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره مرسلا وفيه ولاهل المشرق ذات عرق قال ابن جريج ففلت لعطاء انهم يزعمون أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يوقت ذات عرق وأنه لم يكن أهل مشرق يومئذ فقال كذلك

وانما طريق خروجه من ذلك الاحرام أداء الافعال فسواء جدد التلبية أولم يجددها وهو باق على ذلك الاحرام فلا يجزيه عن حجة الاسلام

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر من يجب عليه الحج وذكر شروط الوجوب وما يتبعها شرع فى بيان أول أمكنة يبتدأ فيها بأفعال الحج وهى (المواقيت التى لايجوز أن يجاوزها الانسان الا محرما) والمواقيت جمع ميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان كما استعير المكان للوقت فى قوله تعالى هنالك الولاية والمواقيت خمسة كما ذكر فى الكتاب وقوله (هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء) قيل عليه كيف كان التوقيت لاهل العراق والشام ولم يكونوا مسلمين وأجيب بأنه عليه الصلاة والسلام علم بطريق الوحى ايمانهم فوقت لهم على ذلك

﴿فصل﴾ والمواقيت (قوله شرع فى بيان أول أمكنة) أقول زائد لاطائل تحته

وقوله (وفائدة التأقيت) واضح وقوله (على قصد دخول مكة) قيد بذلك لانه لو لم يقصد ذلك ليس عليه أن يحرم قال فى النهاية اعلم أن البيت لما كان معظما مشرفا جعل له حصن وهو مكة وحمى وهو الحرم وللحرم حرم وهو المواقيت حتى لا يجوز لمن دونه أن يجاوزه الا بالاحرام تعظيما للبيت والاصل فيه أن كل من قصد مجاوزة ميقات واحد حل له بغير احرام بيانه أن من أتى ميقاتا بنية الحج أو العمرة أو دخول مكة لحاجة لا يجوز دخوله الا بالاحرام لانه قصد مجاوزة ميقاتين ميقات أهل الآفاق وميقات أهل الحل والحيلة لمن أراد من الآفاقى دخوله بغير احرام أن يقصد بستان بنى عامر أو غيره من الحل فلا يجب الاحرام لانه قصد مجاوزة ميقات واحد وقوله (عندنا) اشارة الى خلاف الشافعى فان عنده أن الاحرام يجب عند الميقات على من أراد دخول مكة للحج والعمرة فأما من أراد دخولها لقتال فليس عليه الاحرام قولا واحدا لان النبى صلى الله عليه وسلم دخلها يوم الفتح بغير احرام وله فى الداخل للتجارة قولان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام (لا يجاوز أحد الميقات الا محرما

(قوله لانه قصد مجاوزة ميقاتين الخ) أقول ظاهر الحديث اطلاق النهى عن مجاوزة الميقات بغير احرام من غير تقييد به قصد مجاوزة ميقاتين وقصد دخول مكة كما لا يخفى

وفائدة التأقيت المنع عن تأخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقى اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجاوز أحد الميقات الا محرما

سمعنا أنه عليه السلام وقت لاهل المشرق ذات عرق ومن طريق الشافعى رواه البيهقى فى المعرفة وقال الشافعى رحمه الله ومن طريقه البيهقى أيضا أخبرنا مسلم بن خالد الزنجى عن ابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه قال لم يوقت النبى صلى الله عليه وسلم ذات عرق ولم يكن أهل مشرق حينئذ فوقت الناس ذات عرق قال الشافعى ولا أحسبه الا كما قال طاوس ويؤيده ما فى البخارى بسنده عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قال لما فتح هذان المصران أتوا عمر رضى الله عنه فقالوا يا أمير المؤمنين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حد لاهل نجد قرنا وهى (١) جور عن طريقنا وانا اذا أردنا قرنا شق علينا قال انظروا حذوها من طريقكم فحد لهم ذات عرق قال الشيخ تقى الدين فى الامام المصران هما البصرة والكوفة وحذوها ما يقرب منها قال وهذا يدل على أن ذات عرق مجتهد فيها لا منصوصة اه والحق أنه يفيد أن عمر رضى الله عنه لم يبلغه توقيت النبى صلى الله عليه وسلم ذات عرق فان كانت الاحاديث بتوقيته حسنة فقد وافق اجتهاده توقيته عليه الصلاة والسلام والا فهو اجتهادى (قوله وفائدة التأقيت المنع من التأخير لانه يجوز التقديم بالاجماع) على ما سنذكره وقد يلزم عليه أن من أتى ميقاتا منها لقصد مكة وجب عليه الاحرام سواء كان يمر بعده على ميقات آخر أم لا لكن المسطور خلافه فى غير موضع وفى الكافى للحاكم الصدر الشهيد الذى هو عبارة عن جمع كلام محمد رحمه الله ومن جاوز وقته غير محرم ثم أتى وقتا آخر وأحرم منه أجزأه ولو كان أحرم من وقته كان أحب الى اه ومن الفروع المذكورة اذا جاوز الى الجحفة فأحرم عندها فلا بأس به والافضل أن يحرم من ذى الحليفة ومقتضى كون فائدة التوقيت المنع من التأخير أن لا يجوز التأخير عن ذى الحليفة فان مروره به سابق على مروره بالميقات الآخر ولذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله أن عليه دما لكن الظاهر عنه هو الاول لما روى من تمام الحديث من قوله عليه الصلاة والسلام هن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن فمن جاوز الى الميقات الثانى صار من أهله أى صار ميقاتا له وروى عن عائشة رضى الله عنها انها كانت اذا أرادت أن تحج أحرمت من ذى الحليفة واذا أرادت أن تعتمر أحرمت من الجحفة ومعلوم أن لا فرق فى الميقات بين الحج والعمرة فلو لم تكن الجحفة ميقاتا لهما لما أحرمت بالعمرة منها فبفعلها يعلم أن المنع من التأخير مقيد بالميقات الاخير ويحمل حديث لا يجاوز أحد الميقات الا محرما على أن المراد لا يجاوز المواقيت هذا ومن كان فى بحر أو بر لا يمر بواحد من المواقيت المذكورة فعليه أن يحرم اذا حاذى آخرها ويعرف بالاجتهاد فعليه أن يجتهد فان لم يكن بحيث يحاذى فعلى مرحلتين من مكة (قوله أو لم يقصد) بأن قصد مجرد الرؤية والنزهة أو التجارة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجاوز أحد الميقات الا محرما) روى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا عبد السلام بن حرب عن خصيف عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يجاوز الوقت الا بإحرام وكذلك رواه الطبرانى وروى الشافعى فى مسنده أخبرنا ابن عيينة عن عمرو عن أبى الشعثاء أنه رأى ابن عباس رضى الله عنهما يرد من جاوز الميقات غير محرم ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا وكيع عن سفيان عن حبيب بن أبى ثابت عن ابن عباس رضى الله عنهما فذكره وروى اسحق بن راهويه فى مسنده اخبرنا فضيل بن عياض عن ليث بن أبى سليم عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال اذا جاوز الوقت فلم يحرم حتى دخل مكة رجع الى الوقت فأحرم وان خشى ان رجع الى الوقت فانه

(١) قوله جور هكذا هو بالجيم والراء فى صحيح البخارى وكذلك ضبطه القسطلانى وفسره بالمائل ووقع فى النسخ التى بيدنا تحريف هذا اللفظة والصواب ما هنا فليعلم اه كتبه مصححه

ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوى فيه الحاج والمعتمر وغيرهما (ومن كان داخل الميقات له أن يدخل مكة بغير احرام لحاجته) لانه يكثر دخوله مكة وفى ايجاب الاحرام فى كل مرة حرج بين فصار كأهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام لحاجتهم بخلاف ما اذا قصد أداء النسك لانه يتحقق أحيانا فلا حرج (فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز) لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وإتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله كذا قاله على وابن مسعود رضى الله عنهما والافضل التقديم عليها لان إتمام الحج مفسر به والمشقة فيه أكثر والتعظيم أوفر وعن أبى حنيفة رحمه الله انما يكون أفضل اذا كان بملك نفسه أن لا يقع فى محظور

يحرم ويهريق لذلك دما فهذه المنطوقات أولى من المفهوم المخالف فى قوله ممن أراد الحج والعمرة ان ثبت أنه من كلامه عليه السلام دون كلام الراوى ومافى مسلم والنسائى أنه عليه الصلاة والسلام دخل يوم الفتح مكة وعليه عمامة سوداء بغير احرام كان مختصا بتلك الساعة بدليل قوله عليه السلام فى ذلك اليوم مكة حرام لم تحل لاحد قبلى ولا لاحد بعدى وانما حلت لى ساعة من نهار ثم عادت حراما يعنى الدخول بغير احرام لاجماع المسلمين على حل الدخول بعده للقتال (قوله ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة) يعنى وجوب الاحرام من الميقات المتقدم على البقعة لتعظيم البقعة على ماقدمنا فى أول الفصل (قوله ومن كان داخل الميقات الخ) المتبادر من هذه العبارة أن يكون بعد المواقيت لكن الواقع أن لا فرق بين كونه بعدها أو فيها نفسها فى نص الرواية قال ليس للرجل من أهل المواقيت ومن دونها الى مكة أن يقرن ولا يتمتع وهو بمنزلة أهل مكة ألا ترى أن له أن يدخل مكة بغير احرام كذا فى كلام محمد وصرح بأن ذلك عند عدم قصد النسك أما اذا قصد وجب عليهم الاحرام قبل دخولهم أرض الحرم فيقاتهم كل الحل الى الحرم فهم فى سعة من دارهم الى الحرم وما يجاوزه من دارهم فهو أفضل وقال محمد بلغنا عن عمر رضى الله عنه أنه خرج من مكة الى قديد ثم رجع الى مكة قال وكذا المكى اذا خرج من مكة لحاجة فبلغ الوقت ولم يجاوزه يعنى له أن يدخل مكة راجعا بغير احرام فان جاوز الوقت لم يكن له أن يدخل مكة الا باحرام (قوله كذا قاله على وابن مسعود) روى الحاكم فى التفسير من المستدرك عن عبد الله بن سلمة المرادى قال سئل على رضى الله عنه عن قوله عز وجل وأتموا الحج والعمرة لله فقال أن تحرم من دويرة أهلك وقال صحيح على شرط الشيخين اه وقد روى من حديث أبى هريرة مرفوعا ونظر فيه وحديث ابن مسعود ذكره المصنف وغيره والله أعلم به ثم هذا خلاف ما تقدم من كون المراد ايجاب الاتمام على من شرع فى بحث الفور والتراخى أول كتاب الحج (قوله والافضل التقديم عليها) أى على المواقيت بخلاف تقديم الاحرام على أشهر الحج أجمعوا أنه مكروه كذا فى البنايع وغيره فيجب حمل الافضلية من دويرة أهله على ما اذا كان من داره الى مكة دون أشهر الحج كما قيد به فاضيخان وانما كان التقديم على المواقيت أفضل لانه أكثر تعظيما وأوفر مشقة والاجر على قدر المشقة ولذا كانوا يستحبون الاحرام بهما من الاماكن القاصية وروى عن ابن عمر أنه أحرم من بيت المقدس وعمران ابن حصين من البصرة وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه أحرم من الشام وابن مسعود من القادسية وقال عليه السلام من أهل من المسجد الاقصى بعمرة أو حجة غفر له ما تقدم من ذنبه ورواه أحمد وأبو داود بنحوه ثم هذه الافضلية مقيدة بما اذا كان يملك نفسه روى ذلك عن أبى حنيفة رحمه الله كما ذكره المصنف رحمه الله ثم اذا انتفت الافضلية لعدم ملكه نفسه هل يكون الثابت الاباحة أو الكراهة روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه مكروه فالحاصل تقييد الافضلية فى المكان بملك نفسه والمشهور فى الكراهة فى الزمان عدم تقيدها بخوف مواقعة المحظورات فعلى هذا التقدير المناسب التعليل للكراهة قبل أشهر

(قوله ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة الى قوله ومارواه) أقول فيه بحث (قوله وقال الشافعى الاحرام من الميقات أفضل لان الاحرام عنده من الاداء) أقول فينبغى أن لا يجوز التقديم عنده لانه يكون كتقديم التحريمة على الوقت فليتأمل

ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة) لانه شرط للحج بدليل أن من كان داخل الميقات يحرم من دويرة أهله وتعظيمها لم يختلف بالنسبة الى الحاج وغيره (فيستوى فيه الحاج والمعتمر وغيرهما) ومارواه الشافعى فمن خصوصياته عليه السلام كما قال فى خطبته يوم فتح مكة إن مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض وانها لم تحل لاحد قبلى ولا تحل لاحد بعدى وانما أحلت لى ساعة من نهار ثم عادت حراما الى يوم القيامة وقوله (ومن كان داخل الميقات) ظاهر والاصل أنه صلى الله عليه وسلم رخص للعطابين دخول مكة بغير احرام وكذلك قوله (فان قدم الاحرام) ظاهر قيل انما صغر الدويرة تعظيما للكعبة (كذا قاله على وابن مسعود) يعنى أن إتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله وروى عن ابن عباس مثله وقيل إتمامهما أن يفرد لكل واحد منهما سفرا كما قال محمد حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل (والافضل التقديم عليها لان الاتمام مفسر به والمشقة فيه أكثر والتعظيم أوفر) وقال الشافعى الاحرام من الميقات أفضل لان الاحرام عنده من الاداء وقوله (وعن أبى حنيفة) ظاهر

وقوله (ومن كان داخل الميقات فوقته) أى موضع احرامه (الحل الذى بين الميقات وبين الحرم) لا الحل الذى هو خارج الميقات (لانه يجوز احرامه من دويرة أهله) لما تلونا فلو كان المراد بالحل ما هو خارج الميقات لما جاز أن يحرم من دويرة أهله وحيث جاز له ذلك جاز أن يحرم من أى موضع شاء من الحل لان ما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد وقوله (ومن كان بمكة) ظاهر وقوله (لورود الاثر به) أراد به قوله وأمر أخا عائشة أن يعمرها من التنعيم

(ومن كان داخل الميقات فوقته الحل) معناه الحل الذى بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة أهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد (ومن كان بمكة فوقته فى الحج الحرم وفى العمرة الحل) لان النبى عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه رضى الله عنهم أن يحرموا بالحج من جوف مكة وأمر أخا عائشة رضى الله عنهما أن يعمرها من التنعيم وهو فى الحل ولان أداء الحج فى عرفة وهى فى الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر وأداء العمرة فى الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا أن التنعيم أفضل لورود الاثر به والله أعلم بالصواب

﴿باب الاحرام﴾

(واذا أراد الاحرام اغتسل أو توضأ والغسل أفضل) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام اغتسل لاحرامه

﴿باب الاحرام﴾

لما فرغ من ذكر المواقيت ذكر كيفية الاحرام الذى يفعل فى تلك المواقيت والاحرام لغة مصدر أحرم اذا دخل فى الحرم كأشتى اذا دخل فى الشتاء وفى عرف الفقهاء تحريم المباحات على نفسه لاداء هذه العبادة فان من العبادات ما لها تحريم وتحليل كالصلاة والحج ومنها ما ليس له ذلك كالصوم والزكاة (واذا أراد الاحرام اغتسل أو توضأ والغسل أفضل لما روى أنه عليه الصلاة والسلام اغتسل لاحرامه) وقوله (الا أنه) استثناء من قوله والغسل أفضل وكأنه يدفع ما يتوهم أن الغسل اذا كان أفضل وجب أن لا يقوم غيره مقامه

﴿باب الاحرام﴾

(قوله وقوله الا أنه استثناء من قوله والغسل أفضل) أقول فيه بحث بل هو استثناء منقطع من قوله لما روى الخ

الحج بكون الاحرام قبل وقت الحج وهو أشهر الحج كما علل به الفقيه أبو عبد الله وقيل فى الزمان أيضا التفصيل ان أمن على نفسه لا يكره قبل أشهر الحج والا كره ولا أعلمه مرويا عن المتقدمين فالاولى ما روى عن أئمتنا المتقدمين من اطلاق الكراهة وتعليلها انما يكون بما ذكرناه من كونه قبل أشهر الحج وكأنه أشكل على من خالف اطلاقهم التعليل بذلك ففصلوا والحق هو الاطلاق والتعليل بذلك بناء على شبه الاحرام بالركن وان كان شرطا فيراعى مقتضى ذلك الشبه احتياطا ولو كان ركنا حقيقة لم يصح قبل أشهر الحج فاذا كان شبيها به كره قبلها لشبهه وقربه من عدم الصحة فهذا هو حقيقة الوجه ولشبه الركن لم يجز لفائت الحج استدامة الاحرام ليقضى به من قابل (قوله ومن كان داخل المواقيت) أو فى نفس المواقيت (فوقته الحل) معلوم اذا كان داخل المواقيت الذى هو الحل أما اذا كان ساكنا فى أرض الحرم فميقاته كميقات أهل مكة وهو الحرم فى الحج والحل فى العمرة (قوله لان النبى عليه السلام أمر أصحابه) روى مسلم عن جابر رضى الله عنه قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أحللنا أن نحرم اذا توجهنا الى منى قال فأهللنا من الابطح وفى الصحيحين من قول عائشة رضى الله عنها يا رسول الله تنطلقون بحجة وعمرة وأنطلق بحج فأمر عبد الرحمن بن أبى بكر أن يخرج معها الى التنعيم فاعتمرت بعد الحج

﴿باب الاحرام﴾

حقيقته الدخول فى الحرمة والمراد الدخول فى حرمات مخصوصة أى التزامها والتزامها شرط الحج شرعا غير أنه لا يتحقق ثبوته شرعا الا بالنية مع الذكر أو الخصوصية على ما سيأتى واذا تم الاحرام لا يخرج عنه الا بعمل النسك الذى أحرم به وان أفسده الا فى الفوات فبعمل العمرة والا الاحصار فبذبح الهدى ثم لا بد من القضاء مطلقا وان كان مظنونا فلو أحرم بالحج على ظن أن عليه الحج ثم ظهر له أن لا حج عليه يمضى فيه وليس له أن يبطله فان أبطله فعليه قضاؤه لانه لم يشرع فسخ الاحرام أبدا الا بالدم والقضاء وذلك يدل على لزوم المضى مطلقا بخلاف المظنون فى الصلاة على ما سلف (قوله لما روى الخ) أخرج الترمذى عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه زيد بن ثابت أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم تجرد لاهلاله واغتسل وقال حديث حسن غريب قال ابن القطان انما حسنه ولم يصححه للاختلاف فى عبد الرحمن بن أبى الزناد والراوى عنه عبد الله بن يعقوب المدنى أجهدت نفسى فى معرفته فلم أجد أحدا ذكره اه لكن تحسين الترمذى للحديث فرع معرفته حاله وعينه وأخرج الحاكم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال اغتسل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لبس ثيابه فلما أتى ذا الحليفة صلى ركعتين ثم قعد على بعيره فلما استوى به أحرم بالحج وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه يعقوب بن عطاء ممن جمع أئمة الاسلام حديثه وأخرج أيضا عن ابن عمر رضى الله عنهما قال من السنة أن يغتسل اذا أراد أن يحرم وصححه على شرطهما وأخرجه ابن

فقال (الا أنه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها) روى أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أسماء قد نفست فقال مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج ومعلوم أن الاغتسال الواجب لا يتأدى مع وجود الحيض فكان لمعنى النظافة وكل غسل كان لمعنى النظافة يقوم الوضوء مقامه (كما في الجمعة) والعيدين (لكن (١٣٥) الغسل أفضل لان معنى النظافة فيه أتم ولانه

الا أنه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل أفضل لان معنى النظافة فيه أتم ولانه عليه الصلاة والسلام اختاره قال (ولبس ثوبين جديدين أو غسيلين ازارا ورداء) لانه عليه الصلاة والسلام ائتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد أفضل لانه أقرب الى الطهارة قال (ومس طيبا ان كان له) وعن محمد رحمه الله أنه يكره اذا تطيب بما تبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم

أبي شيبة والبزار وقول الصحابي من السنة حكمه الرفع عند الجمهور وينبغي أن يجامع زوجته ان كان مسافرا بها أو كان يحرم من داره لانه يحصل به ارتفاق له أولها فيما بعد ذلك وقد أسند أبو حنيفة رحمه الله عن ابراهيم بن المنتشر عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يطوف في نسائه ثم يصبح محرما ورواه مرة طيبت فطاف ثم أصبح بصيغة الماضي (قوله الا أنه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض) قد تقدم في حديث جابر الطويل فولدت أسماء بنت عميس محمد بن أبي بكر رضي الله عنهما فأرسلت الى النبي صلى الله عليه وسلم كيف أصنع فقال اغتسلي واستثفري بثوب وأحرمي ونحوه عن عائشة رضي الله عنها في صحيح مسلم ولفظها نفست أسماء بنت عميس بمحمد بن أبي بكر رضي الله عنهما بالشجرة وهو شاهد لاطلاقية الغسل للحائض بالدلالة اذ لا فرق بين الحائض والنفساء أو النفاس أقوى من الحيض لامتداده وكثرة دمه ففي الحيض أولى وفي أبو داود والترمذي أنه عليه السلام قال ان النفساء والحائض تغتسل وتحرم وتقضي المناسك كلها غير أن لا تطوف بالبيت واذا كان للنظافة وازالة الرائحة لا يعتبر التيمم بدله عند العجز عن الماء ويؤمر به الصبي ويستحب كمال التنظيف في الاحرام من قص الاظفار ونتف الابطين وحلق العانة وجماع أهله كما تقدم (قوله ولبس ثوبين الخ) هذا هو السنة والثوب الواحد الساتر جائز (قوله لانه عليه الصلاة والسلام ائتزر) في صحيح البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما انطلق النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة بعد ما ترجل وادهن ولبس ازاره ورداءه هو وأصحابه فلم ينه عن شيء من الاردية والأزر تلبس الا المزعفرة التي تردع على الجلد فأصبح بذي الحليفة راكب راحلته حتى استوت على البيداء أهل هو وأصحابه الحديث وائتزر بهمزتين أولاهما همزة وصل ووضع تاء مشددة مكان الثانية خطأ (قوله وهو قول مالك والشافعي) وكذا قول زفر (قوله ووجه المشهور) في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم وفي لفظ لهما كأني أنظر الى وبيص الطيب في مفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم وفي لفظ لمسلم كأني أنظر الى وبيص المسك في مفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يلبي وفي لفظ لهما قالت كان عليه السلام اذا أراد أن يحرم يتطيب بأطيب ما يجد ثم أرى وبيص الطيب في رأسه ولحيته بعد ذلك وللآخرين ما أخرج البخاري ومسلم عن يعلى بن أمية قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل متضمخ بطيب وعليه جبة فقال يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ما تضمخ بطيب فقال له عليه الصلاة والسلام أما الطيب الذي بك فاغسله ثلاث مرات وأما الجبة فانزعها

عليه الصلاة والسلام اختاره) أي آثره على الوضوء وضعف تركيبه لا يخفى على المتأمل (ولبس ثوبين جديدين أو غسيلين ازارا ورداء) وفي ذكر الجديد نفي لقول من يقول بكراهة لبس الجديد عند الاحرام والازار من الحقو والى الخصر والرداء من الكتف (لانه صلى الله عليه وسلم ائتزر وارتدى) أي لبس الازار والرداء ويدخل الرداء تحت عينه ويلقيه على كتفه الايسر ويبقى كتفه الايمن مكشوفا ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله فان فعل ذلك كره ولا شيء عليه وقوله (ولانه ممنوع) ظاهر وقوله (لانه أقرب الى الطهارة) لانه لم تصبه النجاسة ظاهر (ومس طيبا ان وجد) أي طيب كان في ظاهر الرواية (و) روى المعلى (عن محمد أنه يكره اذا تطيب بما تبقى عينه بعد الاحرام) كالمسك والغالية قال محمد كنت لا أرى بأسا بذلك حتى رأيت قوما أحضروا طيبا كثيرا ورأيت أمرا شنيعا فكرهته (وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام) قيل لانه اذا عرق ينتقل الى موضع آخر من بدنه فيكون ذلك بمنزلة التطيب ابتداء بعد الاحرام في الموضع الثاني يؤيده ما روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى أعرابيا عليه خلوق فقال اغسل عنك هذا الخلوق (ووجه المشهور حديث عائشة قالت كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم) وفيه نظر لجواز أن يكون ذلك الطيب مما لا يبقى أثره بعد الاحرام والمكروه ذلك والجواب أن من جملة حديث عائشة ولقد رأيت وبيص الطيب في مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الاحرام ولما كان ذلك معلوما من حديث عائشة رضي الله عنها اقتصر عن ذكره

والممنوع عنه التطيب بعد الاحرام والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال (وصلى ركعتين) لما روى جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه قال (وقال اللهم اني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني) لان أداءها في أزمنة متفرقة وأماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة وأداءها عادة متيسر قال (ثم يلبي عقيب صلاته)

ثم اصنع في عمرتك ما تصنع في حجك وعن هذا قال بعضهم إن حل الطيب كان خاصا به عليه السلام لانه فعله ومنع غيره ودفع بأن قوله للرجل ذلك يحتمل كونه لحرمة التطيب ويحتمل كونه لخصوص ذلك الطيب بأن كان فيه خلوق فلا يفيد منعه الخصوصية فنظرنا فاذا في صحيح مسلم في الحديث المذكور وهو مصفر لحيته ورأسه وقد نهى عن التزعفر لما في الصحيحين عن أنس رضي الله عنه أنه عليه السلام نهى عن التزعفر وفي لفظ لمسلم نهى أن يتزعفر الرجل وهو مقدم على ما في أبي داود انه عليه السلام كان يلبس النعال السبتية ويصفر لحيته بالورس والزعفران وان كان ابن القطان صححه لان ما في الصحيحين أقوى خصوصا وهو مانع فيقدم على المبيح وحينئذ فالمنع من خصوص الطيب الذي به في قوله أما الطيب الذي بك اذا ثبت أنه منهي عنه مطلقا لا يقتضي المنع عن كل طيب وقد جاء مصرحا في الحديث في مسند أحمد قال له اخلع عنك هذه الجبة واغسل عنك هذا الزعفران ومما يدل على عدم الخصوصية ما في أبي داود عن عائشة رضي الله عنها كنا نخرج مع النبي صلى الله عليه وسلم الى مكة فنضمد جباهنا بالسك المطيب عند الاحرام فاذا عرقت إحدانا سال على وجهها فيراه النبي صلى الله عليه وسلم فلا ينهانا وعن الشافعي أن حديث الاعرابي منسوخ لانه كان في عام الجعرانة وهو سنة ثمان وحديث عائشة رضي الله عنها في حجة الوداع سنة عشر ورؤى ابن عباس رضي الله عنهما محرما وعلى رأسه مثل (١) الرب من الغالية وقال مسلم بن صبيح رأيت ابن الزبير محرما وفي رأسه ولحيته من الطيب ما لو كان لرجل أعتد منه رأس مال قال المنذري وعليه أكثر الصحابة رضي الله عنهم قال الحازمي وما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن عمر رضي الله عنه وجد ريح طيب من معاوية وهو محرم فقال له عمر ارجع فاغسله فان عمر رضي الله عنه لم يبلغه حديث عائشة رضي الله عنها والا لرجع اليه واذا لم يبلغه فسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ثبوتها أحق أن تتبع وحديث معاوية هذا أخرجه البزار وزاد فيه فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحاج الشعث التفل وللاختلاف استحبوا أن يذيب جرم المسك اذا تطيب به مما ورد ونحوه (قوله والممنوع منه التطيب) لانه فعل المكلف والاحكام انما تتعلق به ولم يتطيب بعد الاحرام لكن هم يقولون هذا الممنوع منه بعد الاحرام وهنا منع آخر قبله عن التطيب بما يبقى عينه وحاصل الجواب منع ثبوت هذا المنع فان قسم على الثوب فهو في مقابلة النص لما ذكرنا من وروده به في البدن ولم يرد في الثوب فعقلنا أنه اعتبر في البدن تابعا والمتصل في الثوب منفصل عنه فلم يعتبر تبعا وهذا الان المقصود من استنان الطيب عند الاحرام حصول الارتفاق به حالة المنع منه على مثال السحور للصوم الا أن هذا القدر يحصل بما في البدن فيغني عن تجويزه في الثوب اذ لم يقصد كمال الارتفاق في حالة الاحرام لان الحاج الشعث التفل وقد قيل يجوز في الثوب أيضا على قولهما (قوله لما روى جابر) المعروف عن جابر رضي الله عنه في حديثه الطويل أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى في مسجد ذي الحليفة ولم يذكر عددا لكن في مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما كان عليه السلام يركع بذي الحليفة ركعتين وأخرج أبو داود عن ابن اسحق عن ابن عباس رضي الله عنهما قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حاجا فلما صلى في مسجده بذي الحليفة ركعتين أوجب في مجلسه ورواه الحاكم وصححه

اذا لبس قبل الاحرام وبقي على ذلك بعده فانه يكون ممنوعا ويكون كالملابس ابتداء حتى يلزمه الجزاء (لانه مباين عنه) فلا يكون تابعا وعن هذا اذا حلف لا يتطيب فدام على طيب كان بجسده لا يحنث وان حلف لا يلبس هذا الثوب فدام على لبسه حنث وحديث الاعرابي محمول على أنه كان على ثوبه لا على بدنه قال (وصلى ركعتين) أي اذا أراد الاحرام صلى ركعتين (لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه) وروى عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أتاني آت من ربي وأنا بالعقيق فقال صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل لبيك بحجة وعمرة معا ويقرأ فيهما ما شاء وان قرأ في الاولى بفاتحة الكتاب وقل يا أيها الكافرون وفي الثانية بفاتحة الكتاب وقل هو الله أحد تيسر كما يفعله عليه السلام فهو أفضل (قال) يعني محمدا (وقال) يعني الذي يريد الحج (اللهم اني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني) قال في النهاية وفي بعض النسخ لم يذكر قال الاول وألحقه بحديث جابر أي صلى النبي صلى الله عليه وسلم بذي الحليفة وقال أي النبي صلى الله عليه وسلم والصحيح هو الاول لانه هو المثبت في الكتب المتقنة عن الاساتذة وقوله (لان أداءها) أي أداء هذه العبادة تعليل لسؤال التيسير وقوله (ثم يلبي) يريد من أراد الحج (عقيب صلاته) ولا

(١) قوله الرب هو بالراء المضمومة والموحدة قال ابن الاثير في النهاية هو ما يطبخ من التمر وهو الدبس أيضا اه كتبه مصححه

اختلف الرواة فى وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابن عباس لبى دبر صلاته وقال ابن عمر لبى حين استوى على راحلته وذكر جابر أنه لبى حين علا البيداء وابن عمر رضى الله عنهما ردّ هذا فقال يكذبون فيها على رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما لبى حين استوى على راحلته وروى عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس رضى الله عنهما كيف اختلف الناس فى وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم وماج الامر واحدة فقال لبى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دبر صلاته فسمع ذلك قوم من أصحابه فنقلوا ذلك وكان القوم يأتونه أرسالا فلبى حين استوت به راحلته فسمع قوم فظنوها أول تلبيته فنقلوا ذلك ثم لبى حين علا البيداء فسمعه قوم آخرون فظنوها أول تلبيته فنقلوا ذلك وأيم الله ما أوجبها الا فى مصلاه فقلنا بان الاتيان بقول ابن عباس أفضل لانه أكد روايته باليمين والاتيان بقول ابن عمر جائز وقوله (وان كان مفردا بالحج) ظاهر وقوله (والتلبية أن يقول لبيك اللهم لبيك) وهو من المصادر التى يجب حذف فعلها لوقوعه مثنى واختلفوا فى معناه فقيل مشتق من ألب الرجل اذا أقام فى مكان فمعنى لبيك أقيم على طاعتك إقامة بعد اقامة لان التلبية ههنا للتكرير والتكرير يراد للتكثير وقيل مشتق من قولهم امرأة لبة أى محبة لزوجها فمعناه محبتى لك يارب وقيل من قولهم دارى تلب دارك أى تواجهها فمعناه انجاهى اليك مرة بعد أخرى والاول أنسب

لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام لبى فى دبر صلاته وان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن الاول أفضل لما روينا (فان كان مفردا بالحج ينوى بتلبيته الحج) لانه عبادة والاعمال بالنيات (والتلبية أن يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لاشريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لاشريك لك)

ولا يصليهما فى الوقت المكروه وتجزى المكتوبة عنهما كتحية المسجد وعن أنس رضى الله عنه أنه عليه السلام صلى الظهر ثم ركب على راحلته (قوله والاول أفضل) أى التلبية دبر الصلاة (لما روينا) من أنه عليه السلام لبى فى دبر صلاته اعلم أنه اختلفت الروايات فى اهلاله عليه السلام وروايات أنه عليه السلام لبى بعد ما استوت به راحلته أكثر وأصح فى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه السلام أهل حين استوت به راحلته قائمة وفى لفظ لمسلم كان عليه السلام اذا وضع رجله فى الغرز وانبعثت به راحلته قائمة أهل من ذى الحليفة وفى لفظ لمسلم أيضا عن ابن عمر رضى الله عنهما ما أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته مختصرا وأخرج البخارى عن أنس رضى الله عنه صلى النبى صلى الله عليه وسلم بالمدينة أربعا وبذى الحليفة ركعتين ثم بات حتى أصبح فلما ركب راحلته واستوت به أهل وكذا هو ظاهر حديث جابر الطويل المتقدم وأخرجه البخارى أيضا فى حديث آخر وأخرج مسلم عن ابن عباس وفيه ثم ركب راحلته فلما استوت على البيداء أهل بالحج فهذه تفيد ما سمعت وأخرج الترمذى والنسائى عن عبد السلام بن حرب حدثنا خصيف عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم أهل فى دبر الصلاة وقال حديث حسن غريب لا يعرف أحد رواه غير عبد السلام بن حرب قال فى الامام وعبد السلام بن حرب أخرج له الشيخان وخصيف قال ابن حبان فى كتاب الضعفاء كان فقيها صالحا الا أنه كان يخطئ كثيرا والانصاف فيه قبول ما وافق فيه الأثبات وترك ما لم يتابع عليه وأنا أستخير الله فى ادخاله فى الثقات ولذلك احتج به جماعة من أئمتنا وتركه آخرون وحاصل هذا الكلام أن الحديث حسن فان أمكن الجمع جمع والا ترجح ما قبله وقد أمكن بل وقع فيما أخرجه أبو داود عن ابن اسحق عن خصيف عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس رضى الله عنهما ما عجبت لاختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى اهلاله حين أوجب فقاله انى لأعلم الناس بذلك انما كانت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة واحدة فمن هناك اختلفوا خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حاجا فلما صلى فى مسجده بذى الحليفة ركعتيه أوجب فى مجلسه فأهل بالحج حين فرغ من ركعتيه فسمع ذلك منه أقوام فحفظته عنه ثم ركب فلما استقلت به ناقته أهل وأدرك ذلك أقوام وذلك أن الناس انما كانوا يأتون أرسالا فسمعناه حين استقلت به ناقته ثم مضى عليه السلام فلما علا على شرف البيداء أهل وأدرك ذلك أقوام فقالوا انما أهل حين علا على شرف البيداء وأيم الله لقد أوجب فى مصلاه وأهل حين استقلت به ناقته وأهل حين علا على شرف البيداء ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم اه وأنت علمت ما فى ابن اسحق فى أوائل الكتاب وصححنا توثيقه وما فى خصيف آنفا وانما جعله الحاكم على شرط مسلم لما عرف من أن مسلما قد يخرج عمن لم يسلم من غوائل الجرح والحق أن الحديث حسن فيجب اعتباره وبه يقع الجمع ويزول الاشكال (قوله فان كان مفردا نوى بتلبيته الحج) أى ان كان مفردا بالحج نواه لان النية شرط

(قوله وهو من المصادر التى يجب حذف فعلها لوقوعه مثنى) أقول الاظهر أن

(١٨ — فتح القدير ثانى) يقال يجب حذف فعلها للمبالغة والا فبدونها لا يجب حذف فعلها كقولك ضربت ضربتين وفى شرح الرضى ليس وقوعه مثنى من الضوابط التى يعرف بها وجوب حذف فعله سواء كان المراد بالتثنية التكرير كقوله تعالى فارجع البصر كرتين أى رجعا كثيرا مكررا أو كان لغير التكرير نحو ضربت ضربين أى مختلفين بل الضابط لوجوب الحذف فى هذا وأمثاله اضافته الى الفاعل أو المفعول ثم قال العلامة الرضى لابيان النوع احترازا عن قوله تعالى مكروا مكرهم وسعى لها سعيها اه كلام الرضى فى شرح الكافية

وقوله (ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها) هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود في صفة تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (ليكون ابتداء) أي غير متعلق بما قبله (لابتداء اذ الفتحة صفة الاولى) قيل مراده الحقيقة وهي المعنى القائم بالذات لا الصفة النحوية وتقديره ألبي أن الحمد والنعمة لك أي وأنا موصوف بهذا القول وقيل المراد به التعليل لانه يكون بتقدير اللام أي ألبي لأن الحمد وفيه بعد وقيل مراده أنه صفة التلبية أي ألبي تلبية هي أن الحمد لك وعلى هذا قيل من كسر الهمزة فقد عم ومن فتحها فقد خص وقوله (وهو) أي ذكر التلبية (اجابة لدعوة الخليل عليه السلام على ما هو المعروف في القصة) وهي ما روي أن الخليل عليه الصلاة والسلام لما فرغ من بناء البيت أمر بان يدعو الناس الى الحج فصعد أبا قبيس وقال ألا إن الله تعالى قد أمر ببناء بيت له وقد بني ألا فحجوه فبلغ الله صوته الناس في أصلاب آبائهم وأرحام أمهاتهم فمنهم من أجاب (١٣٨) مرة ومرتين وأكثر من ذلك على حسب جوابهم يحجون ويؤيد هذا قوله تعالى وأذن في الناس بالحج يأتوك رجالا فالتلبية اجابة لدعوة الخليل عليه السلام ولا فرق في ظاهر الرواية بين هذا اللفظ وغيره من الثناء والتسبيح والعربي والفارسي أما على قول أبي حنيفة فظاهر لتجويزه ذلك في تكبيرة الافتتاح وفرق محمد بينهما بأن غير الذكر ههنا وهو تقليد الهدى قام مقامه فكذلك غير العربية يقوم مقامها بخلاف الصلاة وبهذا فرق أبو يوسف أيضا بين الصلاة والتلبية ولكن العربية أفضل

وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لابتداء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه على ما هو المعروف في القصة (ولا ينبغي أن يخل بشيء من هذه الكلمات)

العبادات وان ذكر بلسانه وقال نويت الحج وأحرمت به لله تعالى لبيك الخ فحسن ليجتمع القلب واللسان وعلى قياس ما قدمناه في شروط الصلاة انما يحسن اذا لم تجتمع عزيمته فان اجتمعت فلا ولم نعلم الرواة لنسكه عليه السلام فصلا فصلا قط روى واحد منهم أنه سمعه عليه السلام يقول نويت العمرة ولا الحج (قوله بكسر الهمزة لا بفتحها) يعني في الوجه الاوجه وأما في الجواز فيجوز والكسر على استئناف الثناء وتكون التلبية للذات والفتح على أنه تعليل للتلبية أي لبيك لان الحمد والنعمة لك والملك ولا يخفى أن تعليق الاجابة التي لا نهاية لها بالذات أولى منه باعتبار صفة هذا وان كان استئناف الثناء لا يتعين مع الكسر لجواز كونه تعليلا مستأنفا كما في قولك علم ابنك العلم إن العلم نافعه قال الله تعالى وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم وهذا مقرر في مسالك العلة من علم الاصول لكن لما جاز فيه كل منهما يحمل على الاول لاولويته بخلاف الفتح ليس فيه سوى أنه تعليل وقول المصنف إنه صفة الاولى يريد متعلقا به والكلام في مواضع الاول لفظ لبيك ومعناها لفظها مصدر مثنى تثنية يراد بها التكثير كقوله تعالى ثم ارجع البصر كرتين أي كرات كثيرة وهو ملزوم النصب كما ترى والاضافة والناصب له من غير لفظه تقديره أجبتك اجابة بعد اجابة الى ما لا نهاية له وكأنه من ألب بالمكان اذا أقام به ويعرف بهذا معناها فتكون مصدرا محذوف الزوائد والقياسي منه إلباب ومفرد لبيك لب وقد حكى سيبويه عن بعض العرب لب على أنه مفرد لبيك غير أنه مبني على الكسر لعدم تمكنه هذا هو المشهور فيها وقيل ليس هنا اضافة والكاف حرف خطاب وانما حذفت النون لشبه الاضافة وقيل مضاف الا أنه اسم مفرد وأصله لبي قلبت ألفه ياء للاضافة الى الضمير كألف عليك الذي هو اسم فعل وألف لدى فردة سيبويه بقول الشاعر

دعوت لما نابني مسورا * فلبى فلبى يدى مسور

حيث ثبتت الياء مع كون الاضافة الى ظاهر الثاني أنها اجابة فقيل لدعاء الخليل على ما أخرج الحاكم عن جرير عن قابوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لما فرغ ابراهيم عليه السلام من بناء البيت قال رب قد فرغت فقال أذن في الناس بالحج قال رب وما يبلغ صوتي قال أذن وعلي البلاغ قال رب كيف أقول قال قل يا أيها الناس كتب عليكم الحج حج البيت العتيق فسمعه من بين السماء والارض ألا ترى أنهم يجيئون من أقصى الارض يلبون وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وأخرجه من طريق آخر وأخرجه

(قوله اذ الفتحة صفة الاولى) أقول أي المفتوح أو ذو الفتحة والمراد هو ما في حيزه (قوله وتقديره ألبي أن الحمد والنعمة لك) أقول لعل استقامته بتضمين التلبية معنى الذكر أي ألبي ذاكرا أن الحمد الخ أو بكونه مفعول ألبي والمعنى أجبتك بأن الحمد والنعمة لك بقي الكلام في كونه صفة للاولى اذ معناه للكلمة الاولى فينبغي أن يكون مراده أنه صفة لما أريد بالكلمة الاولى وهي غيره باء المتكلم في ألبي تأمل (قوله وقيل المراد به التعليل) أقول فيكون مجازا والعلاقة الاحتياج وعدم الاستقلال فان الصفة كما أنها محتاجة الى الموصوف كذلك التعليل بالنسبة الى المعلل ولا بعد فيه بل هذا المعنى أقرب من غيره فليتأمل (قوله وقيل مراده أنه صفة التلبية أي ألبي تلبية هي أن الحمد لك) أقول التلبية مضاف الى ضمير الخطاب فكيف تكون النكرة صفة للمعرفة (قوله وهو أي ذكر التلبية اجابة لدعوة الخليل صلى الله عليه وسلم) أقول ولك أن تقول كيف يجاب الخليل عليه الصلاة والسلام بلبيك اللهم الخ فانه لا يجاب به غير الله تعالى والجواب أن المراد اجابة لدعوة الله تعالى الصادرة عن لسان الخليل عليه صلوات الجليل فتأمل (قال المصنف اذ الفتحة صفة الاولى) أقول أي متعلق بها محتاج اليها فان التعليل محتاج الى المعلل

وقوله (فلا ينقص عنه) قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل لو قال اللهم ولم يزد عليه كان على الاختلاف الذى ذكرنا فى الشروع فى الصلاة فمن قال يصير به شارعا فى الصلاة قال يصير به محرما ومن قال لا فلا وقوله (ولو زاد فيها جاز) ظاهر وقوله (زادوا على المأثور)

لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه (ولو زاد فيها جاز) خلافا للشافعى رحمه الله فى رواية الربيع رحمه الله عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا أن أجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه قال (واذا لبى فقد أحرم) يعنى اذا نوى لان العبادة لا تتأدى الا بالنية الا أنه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها فى قوله اللهم انى أريد الحج (ولا يصير شارعا فى الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية)

غيره بألفاظ تزيد وتنقص وأخرج الازرقى فى تاريخ مكة عن عبد الله بن سلام لما أمر ابراهيم أن يؤذن فى الناس قام على المقام فارتفع المقام حتى أشرف على ما تحته الحديث وأخرج عن مجاهد قام ابراهيم عليه السلام على هذا المقام فقال يا أيها الناس أجيبوا ربكم فقالوا لبيك اللهم لبيك قال فمن حج البيت اليوم فهو ممن أجاب ابراهيم يومئذ (قوله لانه هو المنقول باتفاق الرواة) قيل لا اتفاق بينهم فقد أخرج البخارى حديث التلبية عن عائشة رضى الله عنها قالت إنى لأعلم كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبى لبيك اللهم لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك ولم تذكر ما بعده وأخرج النسائى عن عبد الله هو ابن مسعود مثله وأما التلبية على الوجه المذكور فى الكتاب فهو فى الكتب الستة من حديث ابن عمر قال وكان ابن عمر رضى الله عنهما يزيد فيها لبيك وسعديك والخير بيديك والرغباء اليك والعمل (قوله أن أجلاء الصحابة كابن مسعود الخ) ذكرنا زيادة ابن عمر آنفا وأخرجها مسلم من قول عمر أيضا وزيادة ابن مسعود فى مسند اسحق بن راهويه فى حديث فيه طول وفى آخره وزاد ابن مسعود فى تلبيته فقال لبيك عدد التراب وما سمعته قبل ذلك ولا بعده وزيادة أبى هريرة الله أعلم بها وانما أخرج النسائى عنه قال كان من تلبية النبى صلى الله عليه وسلم لبيك إله الخلق لبيك ورواه الحاكم وصححه وروى ابن سعد فى الطبقات عن مسلم بن أبى مسلم قال سمعت الحسن بن على رضى الله عنهما يزيد فى التلبية لبيك ذا النعماء والفضل الحسن وأسند الشافعى رحمه الله عن مجاهد مرسلا كان النبى صلى الله عليه وسلم يظهر من التلبية لبيك وساق المشهور قال حتى اذا كان ذات يوم والناس يصرفون عنه كأنه أعجبه ما هو فيه فزاد فيها لبيك إن العيش عيش الآخرة قال ابن جريج وحسبت أن ذلك يوم عرفة وتقدم فى حديث جابر الطويل ما يفيد أنهم زادوا بما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرد عليهم شيأ وأخرج أبو داود عنه قال أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر تلبيته المشهورة وقال والناس يزيدون لبيك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبى صلى الله عليه وسلم يسمع فلا يقول لهم شيأ فقد صرح بتقريره وهو أحد الادلة بخلاف التشهد لانه فى حرمة الصلاة والصلاة تفيد فيها بالوارد لانها لم تجعل شرعا لحالة عدمها ولذا قلنا يكره تكراره بعينه حتى اذا كان التشهد الثانى قلنا لا تكره الزيادة بالمأثور لانه أطلق فيه من قبل الشارع نظرا الى فراغ أعمالها (قوله واذا لبى فقد أحرم) لم يعتبر مفهومه المخالف على ما عليه القاعدة من اعتباره فى رواية الفقه وذلك لانه يصير محرما بكل شاء وتسبيح فى ظاهر المذهب وان كان يحسن التلبية ولو بالفارسية وان كان يحسن العربية والفرق لهما بين افتتاح الاحرام وافتتاح الصلاة مذكور فى الكتاب والاخرس يحرك لسانه مع النية وفى المحيط تحريك لسانه مستحب كما فى الصلاة وظاهر كلام غيره أنه شرط ونص محمد على أنه شرط وأما فى حق القراءة فى الصلاة فاختلفوا فيه والاصح لا يلزمه التحريك (قوله الا أنه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها فى قوله اللهم انى أريد الحج) قد يقال لا حاجة الى استنباط هذه الاشارة الخفية بل قد ذكرها نصا فان نظم الكتاب هكذا ثم يلبى عقيب صلاته

قال عبد الله بن مسعود أجهل الناس أم طال بهم العهد لبيك عدد التراب لبيك وأراد بالعهد عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزادوا فى رواية لبيك حقا حقا تعبدا ورقا لبيك عدد التراب لبيك لبيك ذا المعارج لبيك لبيك إله الخلق لبيك لبيك والرغباء اليك لبيك لبيك من عبد آبق لبيك وقوله (لان المقصود الثناء) ظاهر والجواب عن التشهد والاذان أن التشهد فى تعليمه زيادة التأكيد قال ابن مسعود كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فالزيادة تخل به بخلاف التلبية لانها للثناء من غير تأكيد فى تعليم نظمه فلا تخل بها الزيادة والاذان للاعلام وقد صار معروفا بهذه الكلمات فلا يبقى إعلاما بغيرها وليس فى المسئلة كبير خلاف فانه جعل المنقول أفضل فى رواية قال فى شرح الوجيز لا نستحب الزيادة على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم بل يكون مكروها ونحن لا ننكر هذا كذا فى الاسرار قال (واذا لبى فقد أحرم) من أراد الاحرام اذا نوى ولبى فقد أحرم ولا يصير شارعا لا بمجرد التلبية ولا بمجرد النية

أما الاول فلأن العبادة لا تتأدى الا بالنية الا أن القدورى لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها فى قوله اللهم انى أريد الحج وأما الثانى فلأنه عقد على الاداء أى على أداء عبادة تشتمل على أركان مختلفة وكل ما كان كذلك فلا بد للشروع فيه من ذكر يقصد به التعظيم سواء كان تلبية أو غيرها عربيا أو غيره فى المشهور كما ذكرنا أو ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدى فانه يقوم مقامه فى حصول المقصود وهو اظهار الاجابة للدعوة

خلافا للشافعي رحمه الله لانه عقد على الاداء فلابد من ذكر كما في تحريمة الصلاة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت أو عربية هذا هو المشهور عن أصحابنا رحمهم الله تعالى والفرق بينه وبين الصلاة على أصلهما أن باب الحج أوسع من باب الصلاة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال (ويتقي مانهى الله تعالى عنه من الرفث والفسوق والجدال) والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي

وقال الشافعي في أحد قوليه يصير شارعا بمجرد النية لانه التزام الكف عن ارتكاب المحظورات وكل ما كان كذلك يحصل الشروع فيه بمجرد النية كالصوم والجواب أنا لانسلم أنه في الاحرام التزم الكف بل التزم أداء الافعال والكف ضمني لانه من محظورات الحج بخلاف الصوم فان الكف فيه ركن فكان التزامه قصديا وقوله (ويتقي مانهى الله) ظاهر وقوله (فهذا نهي بصيغة النفي) انما قاله لئلا يلزم الخلف في كلام الشارع لوجوده من بعض وانما قال بحضرة النساء لان ذكر الجماع بغير حضرتهن ليس من الرفث روي عن ابن عباس أنه أنشد في احرامه

فان كان مفردا نوى بتلبيته الحج ثم ذكر صورة التلبية ثم قال فاذا ابى فقد أحرم (١) فلا يشكل أن المفهوم اذا ابى التلبية المذكورة وهي المقرونة بنية الحج فقد أحرم بالحج ثم لا يستفاد من هذه العبارة سوى أنه عند النية والتلبية يصير محرما أما أن الاحرام بهما أو بأحدهما بشرط ذكر الآخر فلا وذكر حسام الدين الشهيد أنه يصير شارعا بالنية لكن عند التلبية كما في الصلاة بالنية لكن عند التكبير ثم لم يذكر سوى أن بنية مطلق الحج من غير تعيين الفرض ولا النفل يصير شارعا في الحج وكان من المهم ذكر أنه هل يسقط بذلك فريضة الحج أم لا بد فيه من التعيين والمذهب أنه يسقط الفرض باطلاق نية الحج بخلاف تعيين النية للنفل فانه يكون نفلا وان كان لم يحج الفرض بعد وعند الشافعي اذا نوى النفل وعليه حجة الاسلام يقع عن حجة الاسلام لما روي أنه عليه السلام سمع شخصا يقول لبيك عن شبرمة فقال أحججت عن نفسك أو معناه قال لا قال حج عن نفسك ثم عن شبرمة قلنا غاية ما يفيد وجوب أن يفعل ذلك ومقتضاه ثبوت الاثم بتركه لا تحوله بنفسه الى غير المنوي من غير قصد اليه فالقول به اثبات بلا دليل بخلاف قولنا مثله في رمضان لان رمضان حكمه تعيين المشروع فيه فيحتاج بعد هذا الى مطلق نية الصوم لتتميز العبادة عن العادة فاذا وجدت انصرف الى المشروع في الوقت بخلاف وقت الحج لم يتعين للحج كوقت الصوم لما عرف بل يشبهه من وجه دون وجه فالمشابهة جاز عن الفرض بالاطلاق ولانه الظاهر من حال المسلم خصوصا في مثل هذه العبادة الشاق تحصيلها والمطلق يحتمل كلا من الخصوصيات فصرفناه الى بعض محتملا له بدلالة الحال وللمفارقة لم يجز عن الفرض بتعيين النفل وأيضا فالدلالة تعتبر عند عدم معارضة الصريح والمعارضة ثابتة حيث صرح بالضد وهو النفل بخلاف صورة الاطلاق اذ لا منافاة بين الاخص والاعم ﴿فروع﴾ اذا أبهم الاحرام بأن لم يعين ما أحرم به جاز وعليه التعيين قبل أن يشرع في الافعال والاصل حديث علي رضي الله عنه حين قدم من اليمن فقال أهللت بما أهل به رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه عليه السلام الحديث مر في حديث جابر الطويل فان لم يعين حتى طاف شوطا واحدا كان احرامه للعمرة وكذا اذا أحصر قبل الافعال والتعيين فتحلل بدم تعين للعمرة حتى يجب عليه قضاؤها لاقضاء حجة وكذا اذا جامع فأفسد ووجب عليه المضي في الفاسد فانما يجب عليه المضي في عمرة ولو أحرم مبهما ثم أحرم ثانيا بحجة فالاول لعمرة أو بعمرة فالاول لحجة ولو لم ينو بالثاني أيضا شيأ كان قارنا وان عين شيأ ونسيه فعليه حجة وعمرة احتياطا ليخرج عن العهدة بيقين ولا يكون قارنا فان أحصر تحلل بدم واحد ويقضي حجة وعمرة وان جامع مضى فيهما ويقضيهما ان شاء جمع وان شاء فرق وان أحرم بشيئين ونسي ما لزمه في القياس حجتان وعمرتان وفي الاستحسان حجة وعمرة حملا لامره على المسنون والمعروف وهو القران بخلاف ما قبله اذ لم يعلم أن احرامه كان بشيئين وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله خرج يريد الحج فأحرم لا ينوي شيأ فهو حج بناء على جواز أداء العبادات بنية سابقة ولو أحرم نذرا ونفلا كان نفلا أو نوى فرضا وتطوعا كان تطوعا عنده وكذا عند أبي يوسف في الاصح ولو لبى بالحج وهو يريد العمرة أو على القلب فهو محرم بما نوى لا بما جرى على لسانه ولو لبى بحجة وهو يريد الحج والعمرة كان قارنا (قوله خلافا للشافعي رحمه الله) في أحد قوليه وروي عن أبي يوسف رحمه الله كقوله قياسا على الصوم بجامع أنها عبادة كف عن المحظورات فتكفي النية لالتزامها وقسنا نحن على الصلاة لانه التزام أفعال لا مجرد كف

(قال المصنف فارسية كانت أو عربية) أقول التأنيث لكون الذكر في معنى العبارة (قال المصنف والفرق بينه وبين الصلاة على أصلهما) أقول أي في مجموع ما ذكر لا في كل واحد فان محمدا لا يحتاج الى الفرق في غير التلبية بالعربية

(١) قوله فلا يشكل هكذا هو في النسخ بالكاف واللام والكلام عليه مستقيم أي لا يلتبس ولا يخفى ولا حاجة الى أصلاح الفعل بشك باسقاط اللام كما وقع في بعض النسخ كتبه مصححه

والرفث الجماع أو الكلام الفاحش أو ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهو في حال الاحرام أشد حرمة والجدال أن يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره (ولا يقتل صيدا) لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم (ولا يشير اليه ولا يدل عليه) لحديث أبي قتادة رضي الله عنه أنه أصاب حمار وحش وهو حلال وأصحابه محرمون فقال النبي عليه الصلاة والسلام لاصحابه هل أشرتم هل دللتم هل أعنتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين قال (ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة (١) ولا خفين الا أن لا يجد نعلين فيقطعهما أسفل من الكعبين)

بل التزام الكف شرط فكان بالصلاة أشبه فلا بد من ذكر يفتتح به أو بما يقوم مقامه مما هو من خصوصياته وقد روى عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فمن فرض فيهن الحج قال فرض الحج الاهلال وقال ابن عمر رضي الله عنهما التلبية وقول ابن مسعود رضي الله عنه الاحرام لا ينافي قولهما كيف وقد ثبت عنه أنه التلبية كقول ابن عمر رواه ابن أبي شيبة وعن عائشة الاحرام الا لمن أهل أو لبى الا أن مقتضى بعض هذه الادلة تعين التلبية حتى لا يصير محرما بتقليد الهدى وهو القول الاخير للشافعي رحمه الله لكن ثمة آثارا أخر تدل على أن به مع النية يصير محرما تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى فالاستدلال بهذه على عدم صحة الاكتفاء بالنية صحيح ثم اذا لبى صلى على النبي المعلم للخيرات صلى الله عليه وسلم ودعا بما شاء لما روى عن القاسم بن محمد أنه قال يستحب للرجل الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بعد التلبية رواه أبو داود والدارقطني ويستحب في التلبية كلها رفع الصوت من غير أن يبلغ الجهد في ذلك كي لا يضعف والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بعدها الا أنه يخفض صوته اذا صلى على النبي صلى الله عليه وسلم وعن خزيمة بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا فرغ من التلبية سأل رضوان الله والجنة واستعاذ برحمته من النار رواه الدارقطني واستحب بعضهم أن يقول بعدها اللهم أعني على أداء فرض الحج وتقبله مني واجعلني من الذين استجابوا لك وآمنوا بوعدك واتبعوا أمرك واجعلني من وفدك الذين رضيت عنهم اللهم قد أحرم لك شعري وبشري ودمي ومخي وعظامي (قوله والرفث الجماع) قال الله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم (أو ذكر الجماع) ودواعيه (بحضرة النساء) فان لم يكن بحضرتهن لا يكون رفثا روى أن ابن عباس رضي الله عنهما أنشد

وهن يمشين بنا هميسا * إن يصدق الطير ننك لميسا

فقيل له أترفث وأنت محرم فقال انما الرفث بحضرة النساء وقال أبو هريرة رضي الله عنه كأنشد الاشعار في حالة الاحرام فقيل له ماذا فقال مثل قول القائل

قامت تريك رهبة أن تهضما * ساقا بخنداة وكعبا أدرما

والبخنداة من النساء التامة والدرم في الكعب أن يواري لحمه فلا يكون له نتوء ظاهر (قوله وهي في حالة الاحرام أشد) فانها حالة يحرم فيها كثير من المباحات المقوية للنفس فكيف بالمحرمات الاصلية (قوله والجدال أن يجادل رفيقه) وهو المنازعة والسباب وقيل جدال المشركين في تقديم الحج وتأخيره وقيل التفاخر بذكر آبائهم حتى ربما أفضى الى الحرب (قوله ولا يقتل صيدا الخ) يحرم بالاحرام أمور الاول الجماع ودواعيه الثاني ازالة الشعر كيفما كان حلقا وقصا وتنورا من أي مكان كان الرأس والوجه والابط والعانة وغيرها الثالث لبس المخيط على وجه لبس المخيط الا المكعب فيدخل الخف ويخرج القميص اذا اتشح به على ما سيأتي الرابع التطيب الخامس قلم الاظفار السادس الاصطياد في البر لما يؤكل لحمه ومالا يؤكل السابع الادهان على ما يذكر من تفصيله (قوله لحديث أبي قتادة) أخرج الستة في كتبهم عن أبي قتادة رضي الله عنه أنهم كانوا في مسير لهم بعضهم محرم وبعضهم ليس بمحرم قال أبو قتادة فرأيت حمار وحش فركبت فرسي وأخذت الرمح فاستعنتهم فأبوا أن يعينوني فاختلست سوطا من بعضهم

وهن يمشين بنا هميسا
إن يصدق الطير ننك لميسا
فقيل له أترفث وأنت محرم فقال انما الرفث ما كان بحضرة النساء ومعنى قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم لا تقتلوا الصيد وأنتم محرمون وقوله (ولا يشير اليه) الاشارة تقتضي الحضرة والدلالة تقتضي الغيبة وقوله (ولانه) أي المذكور من الاشارة والدلالة والاعانة (ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين) وهو حرام وقوله (ولا يلبس قميصا) ظاهر

(قال المصنف والفسوق المعاصي) أقول تفسير الفسوق بشعر أن يكون الفسوق جمع فسق كعلم وعلوم الا أن المناسب من حيث اللفظ والمعنى أن يكون مصدرا كالدخول

(١) في بعض نسخ المتن هنا زيادة ولا قلنسوة ولا قباء كتبه مصححه

لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يلبس المحرم هذه الاشياء وقال في آخره ولا خفين الا أن لا يجد نعلين فليقطعهما أسفل من الكعبين والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك الدون الناتئ فيما روى هشام عن محمد رحمه الله قال (ولا يغطي وجهه ولا رأسه) وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه الصلاة والسلام احرام الرجل في رأسه واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا

وشددت على الحمار فأصبته فأكلوا منه واستبقوا قال فسئل عن ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها قالوا لا قال فكلوا ما بقي من لحمها وفي لفظ لمسلم هل أشرتم هل أعنتم قالوا لا قال فكلوا وفيه دلالة تذكرها في جزاء الصيد ان شاء الله تعالى (قوله لما روى) أخرج الستة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال رجل يا رسول الله ما تأمرنا أن نلبس من الثياب في الاحرام قال لا تلبسوا القمص ولا السراويلات ولا العمائم ولا البرانس ولا الخفاف الا أن يكون أحد ليس له نعلان فليلبس الخفين وليقطع أسفل من الكعبين ولا تلبسوا شيأ مسه زعفران ولا ورس زادوا الا مسلما وابن ماجه ولا تنتقب المرأة الحرام ولا تلبس القفازين قيل قوله ولا تنتقب المرأة الحرام مدرج من قول ابن عمر رضي الله عنهما ودفع بأنه خلاف الظاهر وكأنه نظر الى الاختلاف في رفعه ووقفه فان بعضهم رواه موقوفا لكنه غير قادح اذ قد يفتي الراوي بما يرويه من غير أن يسنده أحيانا مع أن هنا قرينة على الرفع وهي أنه ورد افرادا النهي عن النقاب من رواية نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أخرج أبو داود عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المحرمة لا تنتقب ولا تلبس القفازين ولانه قد جاء النهي عنهما في صدر الحديث أخرج أبو داود بالاسناد المذكور أيضا أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم ينهى النساء في احرامهن عن القفازين والنقاب وما مس الورس والزعفران من الثياب ولتلبس بعد ذلك ما شاءت من ألوان الثياب من معصفر أو خز أو سراويل أو حلي أو قميص أو خف قال المنذري رجاله رجال الصحيحين ما خلا ابن اسحق اه وأنت علمت أن ابن اسحق حجة (قوله والكعب هنا) قيد بالطرف لانه في الطهارة يراد به العظم الناتئ ولم يذكر هذا في الحديث لكن لما كان الكعب يطلق عليه وعلى الناتئ حمل عليه احتياطا وعن هذا قال المشايخ يجوز للمحرم لبس المكعب لان الباقي من الخف بعد القطع كذلك مكعب ولا يلبس الجوربين ولا البرنس لكنهم أطلقوا جواز لبسه ومقتضى المذكور في النص أنه مقيد بما اذا لم يجد نعلين (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام احرام الرجل في رأسه واحرام المرأة في وجهها) رواه الدارقطني والبيهقي موقوفا على ابن عمر وقول الصحابي عندنا حجة اذا لم يخالف وخصوصا فيما لم يدرك بالرأي واستدل الشافعي أيضا بما أسنده من حديث ابراهيم بن أبي حرة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي وقصه خمروا وجهه ولا تخمروا رأسه وابراهيم هذا وثقه ابن معين وأحمد وأبو حاتم وأخرج الدارقطني في العلل عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن أبان بن عثمان بن عفان عن عثمان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخمر وجهه وهو محرم قال والصواب أنه موقوف وروى مالك في الموطأ عن القاسم بن محمد قال أخبرني الفرافصة بن عمير الحنفي أنه رأى عثمان بن عفان رضي الله عنه بالعرج يغطي وجهه وهو محرم ولنا قوله عليه السلام فيما أخرج مسلم والنسائي وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا وقصته راحلته وفي رواية فأقعصته وهو محرم فمات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اغسلوه بماء وسدر وكفنوه ولا تمسوه طيبا ولا تخمروا رأسه ولا وجهه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا أفاد أن للاحرام أثرا في عدم تغطية الوجه وان كان أصحابنا قالوا لو مات المحرم يغطى وجهه لدليل آخر نذكره ان شاء الله تعالى ورواه الباقون ولم يذكروا فيه الوجه فلذا قال الحاكم فيه تصحيف فان الثقات من أصحاب عمرو بن دينار على روايته عنه ولا تغطوا رأسه وهو المحفوظ ودفع بأن الرجوع الى

مسلم

وقوله (قاله فى محرم بوفى) هو الاعرابى الذى وقصته ناقته فى أخاثى الجرذان وهو محرم بفتح والوقص كسر العنق والاخاثى شقوق فى الارض والجرذان جمع جرذ وهو ضرب من العار فان قيل كيف يتمسك أصحابنا بهذا الحديث ومذهبنا على خلاف حكم هذا الحديث فى محرم يموت فى احرامه حيث يصنع به مايصنع بالحلال من تغطية رأسه ووجهه بالكفن عندنا خلافا للشافعى وهو يتمسك هناك بهذا الحديث أجيب بان الحديث فيه دلالة على أن للاحرام تأثيرا فى ترك تغطية الرأس والوجه فانه عليه السلام علل لترك التغطية بأنه يبعث ملبيا والحجة لنا فى تغطية رأس المحرم ووجهه اذا مات ماروى عطاء أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم مات فقال خمروا رأسه ووجهه ولاتشبهوه باليهود ولقائل أن يقول لو كان للاحرام تأثير فى ترك تغطية الرأس والوجه لما أمر بتخميرهما وقوله (ولان المرأة لاتغطى وجهها) ظاهر وقوله (وفائدة ماروى) يعنى احرام الرجل فى رأسه واحرام المرأة فى وجهها (الفرق فى تغطية الرأس) يعنى الفرق بين احرامى الرجل والمرأة بحيث يجوز للمرأة تغطية الرأس ولايجوز للرجل ذلك (١٤٣) لان يغطى الرجل وجهه فى الاحرام وقوله

قاله فى محرم بوفى ولان المرأة لاتغطى وجهها مع أن فى الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ماروى الفرق فى تغطية الرأس قال (ولايمس طيبا) لقوله عليه الصلاة والسلام الحاج الشعث التفل (وكذا لايدهن) لماروينا (ولايحلق رأسه ولاشعر بدنه) لقوله تعالى ولاتحلقوا رؤسكم الآية (ولايقص من لحيته) لانه فى معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث قال (ولايلبس ثوبا مصبوغا بورس ولازعفران ولاعصفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لايلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولاورس قال (الاأن يكون غسيلا لاينفض) لان المنع للطيب لاللون

مسلم والنسائى أولى منه الى الحاكم فانه كان يهم رحمه الله كثيرا وكيف يقع التصحيف ولامشابهة بين حروف الكلمتين ثم مقتضاه أن يقتصر على ذكر الرأس وهى رواية فى مسلم لكن فى الرواية الاخرى جمع بينهما فتكون تلك اقتصارا من الراوى فيقدم على معارضه من مروى الشافعى لانه أثبت سندا وفى فتاوى قاضيخان لابأس بأن يضع يده على أنفه ولايغطى فاه ولاذقنه ولاعارضه فيجب حمل التغطية المروية عمن ذكرنا من الصحابة على مثله يعنى على أنه صلى الله عليه وسلم انما كان يغطى أنفه بيده فوارت بعض أجزائه اطلاقا لاسم الكل على الجزء جمعا (قوله وفائدة ماروى الفرق) بين الرجل والمرأة (فى تغطية الرأس) أى احرامه فى رأسه فيكشفه واحرامها فى وجهها فتكشفه فنى جانبها قيد فقط مراد وفى جانبه معنى لفظ أيضا مراد وحديث الحاج الشعث التفل قدمناه من رواية عمر رضى الله عنه مما أخرج البزار والشعث انتشار الشعر وتغبره لعدم تعاهده فأفاد منع الادهان ولذا قال وكذا لايدهن لماروياه والتفل ترك الطيب حتى توجد منه رائحة كريهة فيفيد منع التطيب (قوله لقوله عليه السلام لايلبس المحرم الخ) تقدم فى ضمن الحديث الطويل قريبا (قوله الاأن يكون غسيلا لاينفض) أى لاتظهر له رائحة عن محمد وهو المناسب لتعليل المصنف بأن المنع للرائحة لاللون ألاترى أنه يجوز لبس المصبوغ بعفرة لانه ليس له رائحة طيبة وانما فيه الزينة والاحرام لايمنعها حتى قالوا يجوز للمحرمة أن تتحلى بأنواع الحلى وتلبس الحرير وهو موافق لما قدمناه من حديث أبى داود بخلاف المعتدة لانها منهية عن الزينة وعن محمد أيضا أن معناه أن لايتعدى منه الصبغ وكلا التفسيرين صحيح وقد وقع الاستثناء فى نص حديث ابن عباس فى البخارى فى قوله الا المزعفرة التى (١) تردع الجلد وقال الطحاوى حدثنا فهد وساقه

(قوله ولايمس طيبا) الطيب مالة رائحة طيبة (لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل) والشعث بالكسر نعت وبالفتحة مصدر وهو انتشار الشعر وتغيره لقلة التعهد والتفل من التفل وهو ترك الطيب حتى يوجد منه رائحة كريهة (وكذا لايدهن لماروينا) يعنى الحاج الشعث التفل قال (ولايحلق رأسه) المحرم لايحلق شعره مطلقا (لقوله تعالى ولاتحلقوا رؤسكم الآية) وهو بعبارته ينهى عن حلق الرأس وبدلالته عن حلق شعر البدن لان شعر الرأس مستحق الامن عن الازالة لكونه ناميا يحصل الارتفاق بازالته وهذا المعنى موجود فى شعر البدن فيلحق به دلالة وقوله (ولا يقص من لحيته) ظاهر وقوله (قضاء التفث) يعنى ازالة

الوسخ والورس صبغ أصفر وقيل نبت طيب الرائحة وفى القانون الورس شئ أحمر قانئ يشبه سحيق الزعفران وهو مجلوب من اليمن وقوله (لاينفض) أى لايوجد منه رائحة الورس والزعفران والعصفر وعن محمد أن لايتعدى أثر الصبغ الى غيره أولاتفوح منه رائحة الطيب والثانى مختار المصنف لانه قال (لان المنع للطيب لاللون) واعترض على المروى عن القدورى وهو ينقض على بناء الفاعل لانهم يقولون

(قوله لان المنع للطيب لاللون) أقول فان قلت مايقول المصنف فى تفسير محمد النقض بان لايتعدى الخ فان قوله لاللون يخالفه قلنا لعله يدعى أن المقصود من نفى التعدية نفى أن تفوح الرائحة فانه اذا لم يتعد لونه لاتفوح رائحته فليتأمل

(١) قوله تردع الجلد تردع من الردع وهو اللطخ بطيب أو زعفران أو غيره وفى نهاية ابن الاثير المزعفرة التى تردع على الجلد أى تنفض صبغها عليه اه والعين فى هذه المادة مهملة كما فى كتب الحديث واللغة وادغامها كما وقع فى بعض النسخ تحريف كتبه مصححه

وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا أن له رائحة طيبة قال (ولا بأس بأن يغتسل ويدخل الحمام) لان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم (و) لا بأس بأن (يستظل بالبيت والمحمل)

الى ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلبسوا ثوبا مسه ورس ولا زعفران الا أن يكون غسيلا يعني في الاحرام قال ابن أبي عمران ورأيت يحيى بن معين يتعجب من الحماني أن يحدث بهذا الحديث فقال له عبد الرحمن هذا عندي ثم ذهب من فوره فجاء بأصله فخرج هذا الحديث عن أبي معاوية كما ذكر الحماني فكتبه عنه يحيى بن معين قال وقد روى ذلك عن جماعة من المتقدمين ثم اخرج عن سعيد بن المسيب وطاوس والنخعي اطلاقه في الغسيل (قوله ولنا أن له رائحة طيبة) فبنى الخلاف على أنه طيب الرائحة أولا فقلنا نعم فلا يجوز وعن هذا قلنا لا يتعين المحرم لان الحناء طيب ومذهبنا مذهب عائشة رضي الله عنها في هذا ثم النص ورد بمنع المورس على ما قدمنا وهو دون المعصفر في الرائحة فيمنع المعصفر بطريق أولى لكن تقدم في حديث أبي داود قوله عليه الصلاة والسلام ولتلبس بعد ذلك ما شاءت من ألوان الثياب من معصفر الخ وكذا حديث ابن عباس رضي الله عنه حيث قال فلم ينه عن شئ من الاردية والازر تلبس الا المزعفرة التي تردع الجلد قلنا أما الثاني فقد ثبت تخصيصه فانه قد ثبت منع المورس فيمنع المعصفر بدلالته أي بفحواه بل التحقيق أنه لا تخصيص اذ لا تعارض أصلا لان النص لا يفيد أكثر من أن النهي كان وقع عن المزعفرة التي تردع وسكت عن غيرها وذلك أن قوله لم ينه الا عن المزعفرة التي تردع انما هو قول الراوي حكاية عن الحال وهو صادق اذا كان الواقع منه عليه السلام النهي عن المزعفرة من غير تعرض لغيرها بأن لم يكن المثير للجواب الا في المزعفر وليس في هذا أنه صرح باطلاق غيره فيكون حينئذ نص المورس ونحوه في المعصفر خاليين عن المعارض وليسا تخصيصا أيضا وأما الاول ففي موطأ مالك أن عمر رضي الله عنه رأى على طلحة بن عبيد الله ثوبا مصبوغا وهو محرم فقال ما هذا الثوب المصبوغ يا طلحة فقال يا أمير المؤمنين انما هو مدر فقال عمر رضي الله عنه أيها الرهط انكم أئمة يقتدي بكم الناس فلو أن رجلا جاهلا رأى هذا الثوب لقال ان طلحة بن عبيد الله كان يلبس الثياب المصبغة في الاحرام فلا تلبسوا أيها الرهط شيأ من هذه الثياب المصبغة اه فان صح كونه بمحضر من الصحابة أفاد منع المتنازع فيه وغيره ثم يخرج الازرق ونحوه بالاجماع عليه ويبقى المتنازع فيه داخلا في المنع والجواب المحقق ان شاء الله سبحانه أن نقول ولتلبس بعد ذلك الخ مدرج فان المرفوع صريحا هو قوله سمعته ينهى عن كذا وقوله ولتلبس بعد ذلك ليس من متعلقاته ولا يصح جعله عطفا على ينهى لكمال الانفصال بين الخبر والانشاء فكان الظاهر أنه مستأنف من كلام ابن عمر رضي الله عنهما فتخلو تلك الدلالة عن المعارض الصريح أعني منطوق المورس ومفهومه الموافق فيجب العمل به (قوله لان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم) أسند الشافعي رحمه الله الى عمر رضي الله عنه أنه قال ليعلى بن أمية اصبب على رأسي فقلت أمير المؤمنين أعلم فقال والله ما يزيد الماء الشعر الا شعثا فسمي الله ثم أفاض على رأسه ورواه مالك في الموطا بمعناه وفي الصحيحين ما يغني عن هذا وهو ما عن عبد الله بن حنين أن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال ابن عباس يغتسل المحرم وقال المسور لا يغتسل فأرسله ابن عباس الى أبي أيوب الانصاري رضي الله عنه فوجده يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب قال فسلمت عليه فقال من هذا قلت أنا عبد الله بن حنين أرسلني اليك عبد الله بن عباس يسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغتسل وهو محرم قال فوضع أبو أيوب يده على الثوب فطأطأ حتى بدا لي رأسه ثم قال لانسان يصب عليه اصبب فصب على رأسه ثم حرك أبو أيوب رضي الله عنه رأسه بيديه فأقبل بهما وأدبر ثم قال هكذا رأيته صلى الله عليه وسلم يفعل والاجماع على وجوب اغتسال المحرم من الجنابة ومن

المستحب

نفضت الثوب أنفضه نفضا اذا حركته ليسقط ما عليه والثوب ليس بناقض وأنكر هذه الرواية وقيل بل هي على بناء المفعول ولئن كانت كان اسنادا مجازيا (وقال الشافعي لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له) فلا يكون في معنى ما ورد به الحديث وهو الورس والزعفران ليلحق به وقلنا حديث الورس دليل في العصفر بالاولوية لانه فوق الورس في طيب الرائحة وهو مذهب عائشة وقوله (ولا بأس بأن يغتسل) ظاهر

(قوله بل هي على بناء المفعول) أقول فيه بحث (قوله كان اسنادا مجازيا) أقول كقولك أفدمني بلدك حق لي على فلان على ما حقق في كتب البلاغة

وقال مالك يكره أن يستظل بالفسطاط وما أشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس ولنا أن عثمان رضي الله تعالى عنه كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فأشبه البيت ولو دخل تحت أستار الكعبة حتى غطته ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لانه استظلال (و) لا بأس بأن (يشد في وسطه الهميان) وقال مالك رحمه الله يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا أنه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان (ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي) لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس قال (ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا أو هبط واديا أو لقي ركبا وبالاسحار)

المستحب الاغتسال لدخول مكة مطلقا وانما كره مالك رحمه الله أن يغيب رأسه في الماء لتوهم التغطية وقتل القمل فان فعل أطعم ويجوز للمحرم أن يكتحل بما لا طيب فيه ويجبر الكسر ويعصبه وينزع الضرس ويختتن ويلبس الخاتم ويكره تعصيب رأسه ولو عصبه يوما أو ليلة فعليه صدقة ولا شئ عليه لو عصب غيره من بدنه لعلة أو لغيره علة لكنه يكره بلا علة (قوله وقال مالك رحمه الله يكره أن يستظل) وبه قال أحمد رحمه الله وبقولنا قال الشافعي رحمه الله وذكر المصنف رحمه الله عن عثمان رضي الله عنه أنه كان يضرب له فسطاط في مسند ابن أبي شيبة حدثنا وكيع حدثنا الصلت عن عقبة بن صهبان قال رأيت عثمان رضي الله عنه بالابطح وإن فسطاطه مضروب وسيفه معلق بالشجرة اه ذكره في باب المحرم يحمل السلاح والظاهر أن الفسطاط انما يضرب للاستظلال واستدل أيضا بحديث أم الحصين في مسلم حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فرأيت أسامة وبلالا وأحدهما آخذ بخطام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة الحديث وفي لفظ مسلم والآخر رافع ثوبه على رأس النبي صلى الله عليه وسلم يظله من الشمس ودفع بتجويز كون هذا الرمي في قوله حتى رمى جمرة العقبة كان في غير يوم النحر في اليوم الثاني أو الثالث فيكون بعد إحلاله اللهم الا أن يثبت من ألفاظه جمرة العقبة يوم النحر وحينئذ يبعد ويكون منقطعا باطنا وان كان السند صحيحا من جهة أن رميها يوم النحر يكون أول النهار في وقت لا يحتاج فيه الى تظليل فالاحسن الاستدلال بما في الصحيحين من حديث جابر الطويل حيث قال فيه فأمر بقبة من شعر فضربت له بنمرة فسار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزلها الحديث ونمرة بفتح النون وكسر الميم موضع بعرفة وروى ابن أبي شيبة حدثنا عبدة بن سليمان عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن عامر قال خرجت مع عمر رضي الله عنه فكان يطرح النطع على الشجرة فيستظل به يعني وهو محرم (قوله ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه) يفيد أنه ان كان يصيب يكره وهذا لان التغطية بالمماسة يقال لمن جلس في خيمة ونزع ما على رأسه جلس مكشوف الرأس وعلى هذا قالوا لا يكره له أن يحمل نحو الطبق والاجانة والعدل المشغول بخلاف حمل الثياب ونحوها لانها تغطي عادة فيلزم بها الجزاء (قوله ولنا أنه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان) قد يقال الكراهة ليس لذلك بل لكراهة شد الازار والرداء بحبل أو غيره إجماعا وكذا عقده والهميان حينئذ من هذا القبيل فلنا ذاك بنص خاص سببه شبهه حينئذ بالمخيط من جهة أنه لا يحتاج الى حفظه وعن ذلك كره تخليل الرداء أيضا وليس في شد الهميان هذا المعنى لانه يشد تحت الازار عادة وأما عصب العصابة على رأسه فانما كره تعصيب رأسه ولزمه اذا دام يوما كفارة للتغليظ وقالوا لا يكره شد المنطقة والسيف والسلاح والتختم وعلى هذا فاقد منا من كراهة عصب غير الرأس من بدنه انما هو لكونه نوع عبث (قوله لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس) فلو جود هذين المعنيين تكاملت الجناية فوجب الدم عند أبي حنيفة رحمه الله اذا غسل رأسه بالخطمي فان له رائحة ملتذة وان لم تكن ذكية وفي قول أبي يوسف رحمه الله عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو

والهميان معروف وهو ما يوضع فيه الدراهم والدنانير وسئلت عائشة رضي الله عنها (١٤٥) هل يلبس المحرم الهميان فقالت استوثق في نفقتك بما شئت ولانه ليس في معنى لبس المخيط والمنهي عنه الاستمتاع بلبس المخيط ونوقض بشد الازار والرداء بحبل أو غيره فانه مكروه بالاجماع وليس في معنى لبس المخيط وبما اذا عصب العصابة على رأسه فانه مكروه فلو فعله يوما كاملا لزمه الصدقة وليس في معنى لبس المخيط وأجيب عن الاول بأن الكراهة فيه ثبتت بنص ورد فيه وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد شد فوق ازاره حبلا فقال ألق هذا الحبل ويلك وعن الثاني بان لزوم الصدقة انما هو باعتبار تغطية بعض الرأس بالعصابة والمحرم ممنوع من ذلك الا أن ما يغطيه جزء يسير يكتفى فيه بالصدقة وقوله (لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس) قيل لوجود هذين المعنيين تكاملت الجناية فوجب الدم عند أبي حنيفة اذا غسل رأسه بالخطمي فان له رائحة ملتذة وان لم تكن ذكية وفي قول أبي يوسف عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو كالاشنان ولكنه يقتل الهوام قال (ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا) المحرم يكثر التلبية في خمسة أوقات على ما ذكره في

لان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يلبون فى هذه الاحوال والتلبية فى الاحرام على مثال التكبير فى الصلاة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال (و يرفع صوته بالتلبية) لقوله عليه الصلاة والسلام أفضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية والثج إسالة الدم

كالاشنان يغسل به الرأس ولكنه يقتل الهوام (قوله كانوا يلبون الخ) فى مصنف ابن أبى شيبة حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن خيثمة قال كانوا يستحبون التلبية عندست دبر الصلاة واذا استقلت بالرجل راحلته واذا صعد شرفا أو هبط واديا واذا لقى بعضهم بعضا وبالاسحار ثم المذكور فى ظاهر الرواية فى أدبار الصلوات من غير تخصيص كما هو هذا النص وعليه مشى فى البدائع فقال فرائض كانت أو نوافل وخصه الطحاوى بالمكتوبات دون النوافل والفوائت فأجراها مجرى التكبير فى أيام التشريق وعزى الى ابن ناجية فى فوائده عن جابر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر اذا لقى ركبا وذكر الكل سوى استقلال الراحلة وذكره الشيخ تقى الدين فى الامام ولم يعزه وذكر فى النهاية حديث خيثمة هذا وذكر مكان استقلت راحلته اذا استعطف الرجل راحلته والحاصل أنا عقلنا من الآثار اعتبار التلبية فى الحج على مثال التكبير فى الصلاة فقلنا السنة أن يأتى بها عند الانتقال من حال الى حال والحاصل أنها مرة واحدة شرط والزيادة سنة قال فى المحيط حتى تلزمه الاساءة بتركها وروى الامام أحمد رحمه الله عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم من أضحى يوما محرما ملبيا حتى غربت الشمس غربت بذنوبه فعاد كما ولدته أمه وعن سهل بن سعد عنه عليه السلام ما من ملب يلبى الا لبى ما عن يمينه وعن شماله صححه الحاكم وهذا دليل ندب الاكثار منها غير مقيد بتغير الحال فظهر أن التلبية فرض وسنة ومندوب و يستحب أن يكررها كلما أخذ فيها ثلاث مرات و يأتى بها على الولاء ولا يقطعها بكلام ولو رد السلام فى خلالها جاز ولكن يكره لغيره السلام عليه فى حالة التلبية واذا رأى شيأ يعجبه قال لبيك إن العيش عيش الآخرة كما قدمناه عنه عليه السلام (قوله و يرفع صوته بالتلبية) وهو سنة فان تركه كان مسيأ ولا شئ عليه ولا يبالغ فيه فيجهد نفسه كى لا يتضرر على أنه ذكر ما يفيد بعض ذلك قال أبو حازم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم من التلبية الا أنه يحمل على الكثرة مع قلة المسافة أو هو عن زيادة وجدهم وشوقهم بحيث يغلب الانسان عن الاقتصاد فى نفسه وكذا العج فى الحديث الذى رواه فانه ليس مجرد رفع الصوت بل بشدة وهو ما أخرج الترمذى وابن ماجه عن ابن عمر رضى الله عنهما قال قام رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال من الحاج قال الشعث التفل فقام آخر فقال أى الحج أفضل يا رسول الله قال العج والثج فقام آخر فقال ما السبيل يا رسول الله قال الزاد والراحلة قال الترمذى غريب لا نعرفه الا من حديث ابراهيم بن يزيد الجوزى المكى وقد تكلم فيه من قبل حفظه وأخرجا أيضا عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل أى الحج أفضل قال العج والثج ورواه الحاكم وصححه وقال الترمذى لا نعرفه الا من حديث ابن أبى فديك عن الضحاك بن عثمان ومحمد بن المنكدر وهو الذى روى عنه الضحاك لم يسمع من عبد الرحمن بن يربوع وفى مسند ابن أبى شيبة حدثنا أبو أسامة عن أبى حنيفة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب عن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أفضل الحج العج والثج والعج التلبية والثج نحر الدماء وفى الكتب الستة أنه عليه السلام قال أتانى جبريل عليه السلام فأمرنى أن آمر أصحابى ومن معى أن يرفعوا أصواتهم بالاهلال أو قال بالتلبية وفى صحيح البخارى عن أنس قال صلى النبى صلى الله عليه وسلم بالمدينة الظهر أربعا والعصر بذى الحليفة ركعتين وسمعتهم يصرخون بهما جميعا بالحج والعمرة فى التلبية وعن ابن عباس رضى الله عنهما رفع الصوت بالتلبية زينة الحج وعنه خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين مكة والمدينة فمررنا بواد

وقوله (و يرفع صوته بالتلبية) المستحب عندنا فى الدعاء والاذكار الاخفاء الا اذا تعلق باعلانه مقصود كالاذان والخطبة وغيرهما والتلبية للاعلام بالشروع فيما هو من أعلام الدين فكان رفع الصوت بها مستحبا

قال (فاذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد الحرام) لما روى أن النبي عليه السلام كما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها أو نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص بأحدهما (واذا عاين البيت كبر وهلل) وكان ابن عمر رضي الله تعالى عنهما يقول اذا لقي البيت باسم الله والله أكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيأ من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن

فقال أي واد هذا قالوا وادي الازرق قال كأني أنظر الى موسى بن عمران واضعا اصبعيه في أذنيه له جؤارا الى الله بالتلبية مارا بهذا الوادي ثم سرنا الوادي حتى أتينا على ثنية فقال أي ثنية هذه قالوا هرشى أو لفت فقال كأني أنظر الى يونس على ناقة حمراء خطام ناقته ليف خلبة وعليه جبة له من صوف مارا بهذا الوادي ملبيا أخرجه مسلم ولا يخفى أنه لا منافاة بين قوله لا يجهد نفسه بشدة رفع صوته وبين الادلة الدالة على استحباب رفع الصوت بشدة اذ لا تلازم بين ذلك وبين الاجهاد اذ قد يكون الرجل جهوري الصوت عاليه طبعا فيحصل الرفع العالي مع عدم تعبه به والمعنى فيه أنهما من شعائر الحج والسبيل فيما هو كذلك الاظهار والاشهار كالاذان ونحوه ويستحب أن يصلي على النبي المعلم للخير صلى الله عليه وسلم اذا فرغ من التلبية ويخفض صوته بذلك (قوله فاذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد) يخرج من عموم ما في الصحيحين كان عليه السلام اذا قدم من سفر بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين قبل أن يجلس ثم يجلس للناس وذكر المصنف فيه نصا خاصا عنه عليه السلام ومعناه ما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أول شيء بدأ به حين قدم مكة أنه توضأ ثم طاف بالبيت وروى أبو الوليد الازرقي في تاريخ مكة بسنده عن عطاء مرسلا لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة لم يأو على شيء ولم يعرج ولا بلغنا أنه دخل بيتا ولا لهى بشيء حتى دخل المسجد فبدأ بالبيت فطاف به ولا يخفى أن تقديم الرجل اليمنى سنة دخول المساجد كلها ويستحب أن يقول اللهم اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك ويستحب أن يغتسل لدخول مكة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما كان لا يقدم مكة الا بات بذي طوى حتى يصبح ويغتسل ثم يدخل مكة نهارا ويذكر أنه عليه السلام فعله في الصحيحين ويستحب للحائض والنفساء كما في غسل الاحرام ويدخل مكة من ثنية كداء بفتح الكاف وبعد الالف همزة وهي الثنية العليا على درب المعلى وانما سن لانه يكون في دخوله مستقبل باب البيت وهو بالنسبة الى قاصد البيت كوجه الرجل بالنسبة الى قاصده وكذا تقصد كرام الناس واذا خرج فمن السفلى لما سنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله ولا يضره ليلا دخلها أو نهارا) لما روى النسائي أنه عليه السلام دخلها ليلا ونهارا دخلها في حجه نهارا وليلا في عمرته وهما سواء في حق الدخول لأداء ما به الاحرام ولانه دخول بلد وما روى عن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان ينهى عن الدخول ليلا فليس تقريرا للسنة بل شفقة على الحاج من السراق ويقول عند دخوله اللهم أنت ربي وأنا عبدك جئت لأؤدي فرضك وأطلب رحمتك وألتمس رضاك متبعا لامرك راضيا بقضائك أسألك مسألة المضطرين المشفقين من عذابك أن تستقبلني اليوم بعفوك وتحفظني برحمتك وتجاوز عني بمغفرتك وتعينني على أداء فرائضك اللهم افتح لي أبواب رحمتك وأدخلني فيها وأعذني من الشيطان الرجيم وكذا يقول عند دخول المسجد وكل مسجد وكل لفظ يقع به التضرع والخشوع ويستحب أن يدخل من باب بني شيبة منه دخل عليه السلام (قوله واذا عاين البيت كبر وهلل) ثلاثا ويدعو بما بدا له وعن عطاء أنه عليه السلام كان يقول اذا لقي البيت أعوذ برب البيت من الكفر والفقر ومن ضيق الصدر وعذاب القبر ورفع يديه ومن أهم الادعية طلب الجنة بلا حساب فان الدعاء مستجاب عند رؤية البيت (قوله ولم يعين محمد رحمه الله لمشاهد الحج شيأ من الدعوات لان توقيتها يذهب بالرقة) لانه يصير كمن يكرر محفوظه بل يدعو بما بدا له ويذكر الله كيف بدا له متضرعا (وان تبرك بالمأثور منها فحسن) أيضا ولنسق نبذة منها في مواطنها ان شاء

وقوله (فاذا دخل مكة) واضح
وقوله (وان تبرك بالمنقول منها) أي من الدعوات (فحسن) ومن المنقول أنه اذا وقع بصره على البيت يقول اللهم زد بيتك تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة وزد من شرفه وكرمه وعظمه ممن حجه أو اعتمره تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة باسم الله والله أكبر وعن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول اذا لقي البيت أعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر

وقوله (ثم ابتدأ بالحجر) ظاهر وقوله (واستلمه) يقال استلم الحجر تناوله باليد أو بالقبلة أو مسحه بالكف من السلمة بفتح

قال (ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل) لما روى أن النبي عليه السلام دخل المسجد فابتدأ بالحجر فاستقبله وكبر وهلل (ويرفع يديه) لقوله عليه السلام لا ترفع الايدى الا فى سبعة مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر قال (واستلمه ان استطاع من غير أن يؤذى مسلما) لما روى أن النبي عليه السلام قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه

السين وكسر اللام وهى الحجر وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وروى أن عمر رضى الله عنه فى خلافته أتى الحجر الاسود ووقف فقال أما إنى أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم استلمك ما استلمتك فبلغ مقالته عليا رضى الله عنه فقال أما إن الحجر ينفع فقال له عمر وما منفعته يا ختن رسول الله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله تعالى لما أخذ الذرية من ظهر آدم عليه السلام

الله تعالى أسند البيهقى الى سعيد بن المسيب قال سمعت من عمر رضى الله عنه كلمة ما بقى أحد من الناس سمعها غيرى سمعته يقول اذا رأى البيت اللهم أنت السلام ومنك السلام فحينا ربنا بالسلام وأسند الشافعى عن ابن جريج أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رأى البيت رفع يديه وقال اللهم زد هذا البيت تشريفا وتعظيما وتكريما وبرا ومهابة وزد من شرفه وكرمه ممن حجه أو اعتمره تشريفا وتعظيما وتكريما وبرا ورواه الواقدى فى المغازى موصولا حدثنى ابن أبى سبرة عن موسى بن سعيد عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه السلام دخل مكة نهارا من كداء فلما رأى البيت قال الحديث ولم يذكر فيه رفع اليدين (قوله ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل لما روى الخ) أما الابتداء بالحجر ففى حديث جابر الطويل المتقدم ما يدل عليه فارجع اليه ولانه لما كان أول ما يبدأ به الداخل الطواف لما قدمناه من قريب لزم أن يبدأ الداخل بالركن لانه مفتتح الطواف قالوا أول ما يبدأ به داخل المسجد محرما كان أو لا الطواف لا الصلاة اللهم الا ان دخل فى وقت منع الناس من الطواف أو كان عليه فائتة مكتوبة أو خاف فوت المكتوبة أو الوتر أو سنة راتبة أو فوت الجماعة فى المكتوبة فيقدم كل ذلك على الطواف ثم يطوف فان كان حلالا فطواف تحية أو محرما بالحج فطواف القدوم وهو أيضا تحية الا أنه خص بهذه الاضافة هذا ان دخل قبل يوم النحر فان دخل فيه فطواف الفرض يغنى كالبداءة بصلاة الفرض تغنى عن تحية المسجد أو بالعمرة فبطواف العمرة ولا يسن فى حقه طواف القدوم وأما التكبير والتهليل ففى مسند أحمد رحمه الله عن سعيد بن المسيب عن عمر أنه عليه السلام قال له انك رجل قوى لا تزاحم على الحجر فتؤذى الضعيف ان وجدت خلوة فاستلمه والا فاستقبله وكبر وهلل وعند البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه السلام طاف على بعير كلما أتى على الركن أشار اليه بشئ فى يده وكبر وعند أبى داود أنه صلى الله عليه وسلم اضطبع فاستلم وكبر ورمل وقال الواقدى حدثنى محمد بن عبد الله عن الزهرى عن سالم بن عمر عن ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما انتهى الى الركن استلمه وهو مضطبع برد ائه وقال باسم الله والله أكبر ايمانا بالله وتصديقا بما جاء به محمد ومن المأثور عند الاستلام اللهم ايمانا بك وتصديقا بكتابك ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم لا اله الا الله والله أكبر اللهم اليك بسطت يدى وفيما عندك عظمت رغبتى فاقبل دعوتى وأقلنى عثرتى وارحم تضرعى وجدلى بمغفرتك وأعذنى من مضلات الفتن (قوله ويرفع يديه) يعنى عند التكبير لافتتاح الطواف (لقوله عليه السلام لا ترفع الايدى الا فى سبعة مواطن) تقدم فى الصلاة وليس فيه استلام الحجر ويمكن أن يلحق بقياس الشبه لا العلة ويكون باطنهما فى هذا الرفع الى الحجر كهيئتهما فى افتتاح الصلاة وكذا يفعل فى كل شوط اذا لم يستلم (قوله واستلمه) يعنى بعد الرفع للافتتاح والتكبير والتهليل يستلمه وكيفيته أن يضع يده على الحجر ويقبله لما فى الصحيحين أن عمر رضى الله عنه جاء الى الحجر فقبله وقال انى لأعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبلك ما قبلتك وروى الحاكم حديث عمر رضى الله عنه وزاد فيه فقال على بن أبى طالب رضى الله عنه بلى يا أمير المؤمنين يضر وينفع ولو علمت تأويل ذلك من كتاب الله لعلمت انه كما أقول قال الله تعالى واذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى فلما أقروا أنه الرب عز وجل وأنهم العبيد كتب ميثاقهم فى رق وألقمه فى هذا الحجر وانه يبعث

(قال المصنف واستلمه ان استطاع) أقول قال ابن الهمام يعنى بعد الرفع للافتتاح والتكبير والتهليل يستلمه وكيفيته أن يضع يده على الحجر ويقبله ثم هذا التقبيل لا يكون له صوت وهل يستحب السجود على الحجر عقيب التقبيل فعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه كان يقبله ويسجد عليه بجبهته وقال رأيت عمر رضى الله عنه قبله وسجد عليه ثم قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ففعلته رواه ابن المنذر والحاكم وصححه الا أن الشيخ قوام الدين الكاكى قال وعندنا الاولى أن لا يسجد لعدم الرواية من المشاهير ونقل السجود عن أصحابنا الشيخ عز الدين فى مناسكه اه ونحن نقول لكن ما رواه لا يدل على هذه الكيفية

وقال لعمر رضى الله عنه انك رجل أيد تؤذى الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز عن أذى المسلم واجب قال (وان أمكنه أن يمس الحجر شيأ فى يده) كالعرجون وغيره (ثم قبل ذلك فعل) لما روى أنه عليه السلام طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه

يوم القيامة وله عينان ولسان وشفتان يشهدان وافاه فهو أمين الله تعالى فى هذا الكتاب فقال له عمر رضى الله عنه لا أبقانى الله بأرض لست بها يا أبا الحسن وقال ليس هذا الحديث على شرط الشيخين فانهما لم يحتجا بأبى هرون العبدى ومن غرائب المتون ما فى ابن أبى شيبة فى آخر مسند أبى بكر رضى الله عنه عن رجل رأى النبى صلى الله عليه وسلم وقف عند الحجر فقال انى لأعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ثم قبله ثم جج أبو بكر رضى الله عنه فوقف عند الحجر فقال انى لأعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبلك ما قبلتك فليراجع اسناده فان صح يحكم ببطلان حديث الحاكم لبعد أن يصدر هذا الجواب عن على رضى الله عنه أعنى قوله بل يضر وينفع بعد ما قال النبى صلى الله عليه وسلم لا يضر ولا ينفع لانه صورة معارضة لا جرم أن الذهبى قال فى مختصره عن العبدى انه ساقط وعمر رضى الله عنه انما قال ذلك أو النبى صلى الله عليه وسلم ازالة لوهم الجاهلية من اعتقاد الحجارة التى هى الاصنام ثم هذا التقبيل لا يكون له صوت وهل يستحب السجود على الحجر عقيب التقبيل فعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه كان يقبله ويسجد عليه بجبهته وقال رأيت عمر رضى الله عنه قبله ثم سجد عليه ثم قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ففعلته رواه ابن المنذر والحاكم وصححه ومار واه الحاكم عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد على الحجر وصححه يحمل على أنه مرسل صحابى لما صرح من توسط عمر الا أن الشيخ قوام الدين الكاكى قال وعندنا الاولى أن لا يسجد لعدم الرواية فى المشاهير ونقل السجود عن أصحابنا الشيخ عز الدين فى مناسكه (قوله وقال لعمر) فى رواية لابن ماجه عن ابن عمر قال استقبل النبى صلى الله عليه وسلم الحجر ثم وضع شفتيه عليه يبكى طويلا ثم التفت فاذا هو بعمر بن الخطاب يبكى فقال يا عمر ههنا تسكب العبرات (قوله وان أمكنه أن يمس الحجر شيأ فى يده) أو يمسه بيده (ويقبل ما مس به فعل) أما الاول فلما أخرج الستة الا الترمذى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم طاف فى حجة الوداع على راحلته يستلم الحجر بمحجنه لأن يراه الناس وليشرف وليسألوه فان الناس غشوه وأخرجه البخارى عن جابر الى قوله لأن يراه الناس ورواه مسلم عن أبى الطفيل رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت على راحلته يستلم الركن بمحجن معه ويقبل المحجن وههنا إشكال حديثى وهو أن الثابت بلا شبهة أنه عليه السلام رمل فى حجة الوداع فى غير موضع ومن ذلك حديث جابر الطويل فارجع اليه وهذا ينافى طوافه على الراحلة فان أجيب بحمل حديث الراحلة على العمرة دفعه حديث عائشة رضى الله عنها فى مسلم طاف عليه السلام فى حجة الوداع على راحلته يستلم الركن كراهية أن يصرف الناس عنه ومرجع الضمير فيه ان احتمل كونه الركن يعنى أنه لو طاف ماشيا لانصرف الناس عن الحجر كلما جاءه اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم يوقره أن يزاحم لكنه يحتمل كون مرجعه النبى صلى الله عليه وسلم يعنى لو لم يركب لانصرف الناس عنه لان كل من رام الوصول اليه لسؤال أو لرؤية لاقتداء لا يقدر لكثرة الخلق حوله فينصرف من غير تحصيل حاجته فيجب الحمل عليه لموافقة هذا الاحتمال حديث ابن عباس فيحصل اجتماع الحديثين دون تعارضهما والجواب أن فى الحج للآفاقى أطوفة فيمكن كون المروى من ركوبه كان فى طواف الفرض يوم النحر ليعلمهم ومشيه كان فى طواف القدوم وهو الذى يفيده حديث جابر الطويل لانه حكى ذلك الطواف الذى بدأ به أول دخوله مكة كما يفيده سوقه للناظر فيه فان قلت فهل يجمع بين ما عن ابن عباس وعائشة رضى الله عنهم

وقررهم بقوله تعالى ألست بربكم قالوا بلى أودع إقرارهم الحجر فمن يستلم الحجر فهو يجدد العهد بذلك الاقرار والحجر يشهد له يوم القيامة وقوله (انك رجل أيد) أى قوى والعرجون أصل الكباسة وقوله (واستلم الاركان) يعنى الحجر الاسود والركن اليمانى وانما جمعه باعتبار تكرر الاشواط وانما قلناه لانه ذكر فى الكتاب بعد هذا فانه لا يستلم غيرهما والمحجن بكسر الميم وفتح الجيم عود معوج الرأس كالصولجان

(قوله وانما جمعه باعتبار تكرر الاشواط) أقول أو أطلق الجمع على المثنى

وان لم يستطع شيأ من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله وصلى على النبي عليه الصلاة والسلام قال (ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه قبل ذلك فيطوف بالبيت سبعة أشواط) لما روى أنه عليه السلام استلم الحجر ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط (والاضطباع أن يجعل رداءه تحت إبطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر) وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال (ويجعل طوافه من وراء الحطيم) وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت أي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه أي منع وهو من البيت

وقوله (وان لم يستطع شيأ من ذلك استقبله وكبر وهلل) قيل يجعل باطن كفيه الى الحجر دون السماء ولا يجعل باطن كفيه الى السماء كما كان يفعل في سائر الادعية لان في حقيقة الاستلام يجعل باطن كفيه الى الحجر فكذا في البدل

وقوله (ثم أخذ عن يمينه) بيان لمبدإ الطواف وهو من الحجر فان افتتح من غيره لم يذكره محمد في الاصل واختلف المتأخرون فيه فقال بعضهم لا يجوز وهكذا ذكر في الرقيات ووجهه أن الامر بالطواف مجمل في حق البداءة فالتحق فعل النبي عليه السلام بيانا له فتفترض البداءة به وقال آخرون يجوز لان الامر بالطواف مطلق لكن السنة ما ذكر في الكتاب وانما قيد باليمين لانه لو أخذ عن يساره وهو الطواف المنكوس فطاف كذلك سبعة أشواط لا يعتد بطوافه عندنا ويعيده مادام بمكة وان رجع الى أهله قبل الاعادة فعليه دم وقال الشافعي يعتد بطوافه وقوله (وقد اضطبع رداءه) قال في المغرب الصواب بردائه وفي الصحاح انما سمي هذا الصنيع بذلك لابداء الضبعين وهو الناب أيضا

انما طاف راكبا لشرف ويراه الناس فيسألوه وبين ما عن سعيد بن جبير أنه انما طاف كذلك لانه كان يشتكي كما قال محمد أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان أنه سعى بين الصفا والمروة مع عكرمة فجعل حماد يصعد الصفا وعكرمة لا يصعد ويصعد حماد المروة وعكرمة لا يصعدها فقال حماد يا أبا عبد الله ألا تصعد الصفا والمروة فقال هكذا كان طواف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حماد فلقيت سعيد بن جبير فذكرت له ذلك فقال انما طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم على راحلته وهو شاك يستلم الاركان بمحجن فطاف بين الصفا والمروة على راحلته فمن أجل ذلك لم يصعد اه فالجواب بأن يحمل ذلك على أنه كان في العمرة فان قلت قد ثبت في مسلم عن ابن عباس انما سعى رسول الله صلى الله عليه وسلم ورمل بالبيت ليرى المشركين قوته وهذا لازم أن يكون في العمرة اذ لا مشرك في حجة الوداع بمكة فالجواب نحمل كلا منهما على عمرة غير الاخرى والمناسب حديث ابن عباس كونه في عمرة القضاء لان الاراءة تفيده فليكن ذلك الركوب للشكاية في غيرها وهي عمرة الجعرانة وسنسوقه بعد عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم في باب الفوات ان شاء الله تعالى وأما الثاني ففي الصحيحين واللفظ لمسلم عن نافع قال رأيت ابن عمر يستلم الحجر بيده ثم يقبل يده وقال ما تركته منذ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله وذكر في فتاوى قاضيخان مسح الوجه باليد مكان تقبيل اليد (قوله فان لم يستطع شيأ من ذلك) أي من التقبيل والمس باليد أو بما فيها (استقبله) ويرفع يديه مستقبلا بباطنهما اياه (وكبر وهلل وحمد الله وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم) ويفعل في كل شوط عند الركن الاسود ما يفعله في الابتداء (قوله ثم أخذ عن يمينه الخ) أما الاخذ عن اليمين ففي مسلم عن جابر لما قدم عليه السلام مكة بدأ بالحجر فاستلمه ثم مضى على يمينه فرمل ثلاثا ومشى أربعا وأما حديث الاضطباع ففي أبي داود عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه اعتمروا من الجعرانة فرملوا بالبيت وجعلوا أرديتهم تحت آباطهم ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى سكت عنه أبو داود وحسنه غيره وأخرج هو والترمذي وابن ماجه عن يعلى بن أمية طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم مضطبعا ببرد أخضر حسنه الترمذي وسمي اضطباعا افتعال من الضبع وهو العضد وأصله اضتباع لكن قد عرف أن تاء الافتعال تبدل طاء اذا وقعت إثر حرف اطباق وينبغي أن يضطبع قبل الشروع في الطواف بقليل ويجب حمل الرمل في حديث الجعرانة على فعل الصحابة بتقدير ذلك الجمع الذي قدمناه ويقول اذا أخذ في الطواف عند محاذاة الملتزم وهو ما بين الحجر الاسود والباب من الكعبة اللهم اليك مددت يدي وفيما عندك عظمت رغبتي فاقبل دعوتي وأقلني عثرتي وارحم تضرعي وجدلي بمغفرتك وأعذني من مضلات الفتن اللهم إن لك علي حقوقا فتصدق بها علي وعند محاذاة الباب يقول اللهم هذا البيت بيتك وهذا الحرم حرمك وهذا الأمن أمنك وهذا مقام العائذ بك من النار يعني نفسه لا إبراهيم عليه السلام أعوذ بك من النار فأعذني منها واذا أتى الركن العراقي وهو الركن الذي من الباب اليه قال اللهم اني أعوذ بك من الشك والشرك والشقاق والنفاق ومساوئ الاخلاق وسوء المنقلب في المال والاهل والولد واذا حاذى الميزاب قال اللهم اني أسألك ايمانا لا يزول ويقينا لا ينفد ومرافقة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم اللهم أظلني تحت ظل عرشك يوم لا ظل الا ظلك واسقني

لقوله عليه السلام فى حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التى بينه وبين البيت لا يجوز الا أنه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلاة

بكأس محمد صلى الله عليه وسلم شربة لا أظمأ بعدها أبدا واذا حاذى الركن الشامى وهو الذى من العراقى اليه قال اللهم اجعله حجا مبرورا وسعيا مشكورا وذنبا مغفورا وتجارة لن تبور ياعزيز ياغفور واذا أتى الركن اليمانى وهو الذى من الشامى اليه قال اللهم انى أعوذ بك من الكفر وأعوذ بك من الفقر وأعوذ بك من عذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات وأعوذ بك من الخزى فى الدنيا والآخرة وأسند الواقدى فى كتاب المغازى عن عبيد الله بن السائب المخزومى أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول فيما بين الركن اليمانى والاسود ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار * واعلم أنك اذا أردت أن تستوفى ما أثر من الادعية والاذكار فى الطواف كان وقوفك فى أثناء الطواف أكثر من مشيك بكثير وانما أثرت هذه فى طواف فيه تأن ومهلة لا رمل ثم وقع لبعض السلف من الصحابة والتابعين أن قال فى موطن كذا كذا ولا آخر فى آخر كذا ولا آخر فى نفس أحدهما شيأ آخر فجمع المتأخرون الكل لا أن الكل وقع فى الاصل لواحد بل المعروف فى الطواف مجرد ذكر الله تعالى ولم نعلم خبرا روى فيه قراءة القرآن فى الطواف وروى ابن ماجه عن أبى هريرة أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول من طاف بالبيت سبعا ولا يتكلم الا بسبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم محيت عنه عشر سيآت وكتبت له عشر حسنات ورفع له بها عشر درجات وسنذكر فروعا تتعلق بالطواف نذكر فيها حكم قراءة القرآن (قوله لقوله عليه السلام) فى الصحيحين واللفظ لمسلم عن عائشة رضى الله عنها قالت سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجر أمن البيت هو قال نعم قلت فما بالهم لم يدخلوه فى البيت قال ان قومك قصرت بهم النفقة قلت فما شأن بابه مرتفعا قال فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاؤا ويمنعوا من شاؤا ولولا أن قومك حديث عهد بكفر وأخاف أن تنكر قلوبهم لنظرت أن أدخل الجر بالبيت وأن ألزق بابه بالارض وفى سنن أبى داود والترمذى عن عائشة رضى الله عنها كنت أحب أن أدخل البيت وأصلى فيه فأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدى فأدخلنى فى الجر فقال صلى فى الجر اذا أردت دخول البيت فانما هو قطعة من البيت وان قومك اقتصروا حين بنوا الكعبة فأخرجوه من البيت قال الترمذى حسن صحيح وكان عبد الله بن الزبير هدمه فى خلافته وبناه على ما أحب عليه السلام أن يكون فلما قتل أعاده الحجاج على ما كان يحبه عبد الملك بن مروان قال عبد الملك لسنا من تخليط أبى خبيب فى شئ فهدمها وبناها على ما كانت عليه فلما فرغ جاءه الحرث بن أبى ربيعة المعروف بالقباع وهو أخو عمر بن أبى ربيعة الشاعر ومعه رجل آخر فحدثاه عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديث المتقدم فندم وجعل ينكت الارض بمخصرة فى يده ويقول وددت أنى تركت أبا خبيب وما عمل من ذلك ذكر السهيلى هذا وليس الجر كله من البيت بل ستة أذرع منه فقط لحديث عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ستة أذرع من الجر من البيت ومازاد ليس من البيت رواه مسلم (قوله لا يجوز) أى لا يحل له ذلك فتجب اعادة كله ليؤدى به على وجهه المشروع فان لم يفعل بل أعاد على الجر فقط ودخل الفرجتين جاز وان لم يفعل حتى رجع الى أهله فسيأتى فى باب الجنايات ان شاء الله تعالى ولو طاف ولم يدخل الفرجتين بل كان يرجع كلما وصل الى بابها فى الغاية لا يعتد عوده شوطا لانه منكوس اه وهو بناء على أن طواف المنكوس لا يصح لكن المذهب الاعتداد به ويكون تاركا للواجب فالواجب هو الاخذ فى الطواف من جهة الباب فيكون بناء الكعبة على يسار الطائف فتركه ترك واجب فانما يوجب الاثم فيجب اعادته مادام بمكة فان رجع قبل اعادته فعليه دم والافتتاح من غير الجر اختلف فيه المتأخرون قيل لا يجزيه لان الامر بالطواف فى الآية

وقوله (فى حديث عائشة) يعنى ماروى أن عائشة نذرت ان فتح الله مكة على رسوله صلى الله عليه وسلم أن تصلى فى البيت ركعتين فأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها وأدخلها الحطيم وقال صلى ههنا فان الحطيم من البيت الا أن قومك قصرت بهم النفقة فأخرجوه من البيت ولولا حدثان قومك بالجاهلية لنقضت بناء البيت وأظهرت قواعد الخليل عليه السلام وأدخلت الحطيم فى البيت وألصقت العتبة بالارض وجعلت لها بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت الى قابل لأفعلن ذلك ولم يعش ولم يتفرغ لذلك أحد من الخلفاء الراشدين حتى كان زمن عبد الله بن الزبير وكان سمع الحديث منها ففعل ذلك وأظهر قواعد الخليل عليه السلام وبنى البيت على قواعد الخليل بمحضر من الناس وأدخل الحطيم فى البيت فلما قتل كره الحجاج بناء الكعبة على ما فعله ابن الزبير فنقض بناءها وأعاده على ما كان عليه فى الجاهلية واذا كان الحطيم من البيت فلا بد من دخوله فى الطواف وباقى كلامه واضح

قال (ويرمل في الثلاثة الاول) قال ابن عباس لارمل في الطواف وانما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء وهو

لان فرضية التوجه ثبتت بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف أن يكون وراءه قال (ويرمل في الثلاثة الاول من الاشواط) والرمل أن يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا أضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه السلام وبعده قال (ويمشي في الباقي على هينته) على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله عليه السلام (والرمل من الحجر الى الحجر) هو المنقول من رمل النبي عليه السلام (فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل) لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له

يجعل في حق الابتداء فالتحق فعله عليه السلام بيانا وقيل يجزيه لانها مطلقة لا مجملة غير أن الافتتاح من الحجر واجب لانه عليه السلام لم يتركه قط (قوله لان فرضية التوجه) تقدم مثله في عدم جواز التيمم على أرض تنجست ثم جفت وتقدم البحث فيه بأن قطعية التكليف بفعل يتعلق بشيء لا يتوقف الخروج عن عهدته على القطع بذلك الشيء بل ظنه كاف للقطع بالتكليف باستعمال الطاهر من الماء ثم يخرج عن عهدية القطع باستعمال ما يظن طهارته منه ويجاب بأن الاصل عدم الانتقال عن الشغل المقطوع به الا بالقطع به غير أن ما لم يوجد فيه طريق للقطع يكتفى فيه بالظن ضرورة كحال الماء فانه لا يتيقن بطهارته الا حال نزوله من السماء وكونه في البحر وما له حكمه وليس يمكن كل أحد من تحصيل ذلك في كل تطهير بخلاف التوجه والتيمم والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله وكان سببه الخ) في الصحيحين عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهم قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه مكة وقد وهنتهم حمى يثرب فقال المشركون إنه يقدم غدا عليكم قوم قد وهنتهم الحمى ولقوا منها شدة فجلسوا مما يلي الحجر فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يرملوا ثلاثة أشواط ويمشوا بين الركنين ليرى المشركون جلدهم فقال المشركون هؤلاء الذين زعمتم أن الحمى قد وهنتهم هم أجلد من كذا وكذا وقال ابن عباس ولم يمنعهم أن يرملوا الاشواط كلها الا الابقاء عليهم اه ويعني بالركنين اليماني والاسود كما في أبي داود كانوا اذا بلغوا الركن اليماني وتغيبوا عن قريش مشوا ثم يطلعون عليهم فيرملون يقول المشركون كأنهم الغزلان قال ابن عباس فكانت سنة فعن هذا ذهب الحسن البصري وسعيد بن جبير وعطاء الى أنه لا رمل بين الركنين وذهب ابن عباس رضي الله عنهما فيما نقل عنه الى أنه لا رمل أصلا ونقله الكرماني عن بعض مشايخنا وفي الصحيحين عن أبي الطفيل قال قلت لابن عباس يزعم قومك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد رمل بالبيت وأن ذلك سنة قال صدقوا وكذبوا قلت ما صدقوا وكذبوا قال صدقوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد رمل وكذبوا ليس سنة إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم مكة فقال المشركون إن محمدا وأصحابه لا يستطيعون أن يطوفوا بالبيت من الهزال وكانوا يحسدونه فأمرهم عليه السلام أن يرملوا ثلاثا ويمشوا أربعا فأشار المصنف الى خلاف الفريقين بقوله ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعده وبقوله والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول أما أنه بقي الحكم بعد زوال السبب في زمنه عليه السلام وبعده فلحديث جابر الطويل أنه رمل في حجة الوداع وتقدم الحديث وكذا الصحابة بعده والخلفاء الراشدون وغيرهم وأخرج البخاري عن ابن عمر أن عمر قال مالنا وللرمل انما كنا راءينا به المشركين وقد أهلكهم الله ثم قال شيء صنعه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا نحب أن نتركه وأخرج أبو داود وابن ماجه عن زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر رضي الله عنه يقول فيم الرمل والكشف المناكب وقد أعز الله تعالى الاسلام ونفى الكفر وأهله ومع ذلك فلا ندع شيأ كنا نفعله على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما أنه من الحجر الى الحجر منقولا ففي مسلم وأبي داود والنسائي وابن ماجه عن ابن عمر قال رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحجر الى الحجر ثلاثا ومشى أربعا وأخرج مسلم والترمذي عن

أنه عليه السلام لما قدم مكة للعمرة عام الحديبية صدته المشركون عن البيت فصالحهم على أن ينصرف ثم يرجع في العام الثاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج فلما قدم في العام الثاني أخلوا له البيت ثلاثة أيام وصعدوا الجبل وطاف رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أصحابه فسمع بعض المشركين يقول لبعض أضناهم حمى يثرب فاضطبع رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمل وقال لاصحابه رحم الله امرأ أرى من نفسه قوة فاذا كان ذلك لاظهار الجلادة يومئذ وقد انعدم ذلك المعنى الآن فلا معنى للرمل قلنا ما ذكره ابن عباس هو سببه ولكنه صار سنة بذلك السبب وبقي بعد زواله روى جابر وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلاث الاول ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع وقوله (ويمشي في الباقي على هينته) أي على السكينة والوقار فعله من الهون (والرمل من الحجر الى الحجر) أي من الحجر الاسود الى الحجر الاسود (فان زحمه الناس في الرمل قام) يعني وقف ولا يطوف بدون الرمل في تلك الثلاث

قال (ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع) لان أشواط الطواف كركعات الصلاة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ماذكرنا (ويستلم الركن اليماني) وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله أنه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عليه السلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما (ويختم الطواف بالاستلام) يعني استلام الحجر قال (ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين أو حيث تيسر من المسجد) وهي واجبة عندنا وقال الشافعي رحمه الله سنة لانعدام دليل الوجوب

جابر مثله وفي مسند الامام أحمد عن أبي الطفيل عامر بن واثلة أنه عليه الصلاة والسلام رمل ثلاثا من الحجر الى الحجر وفي آثار محمد بن الحسن مرسلا أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن حماد عن أبي سليمان عن براهيم النخعي أن النبي صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الى الحجر فهذه تقدم على ذلك لانها مثبتة وذلك نافٍ وأيضا فانما في ذلك الاخبار عن الصحابة رضي الله عنهم والخبر عنه في هذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ما فسر المصنف الرمل به هو ما فسر به في المبسوط وقيل هو اسراع مع تقارب الخطا دون الوثوب والعدو هذا والرمل بالقرب من البيت أفضل فان لم يقدر فهو بالبعد من البيت أفضل من الطواف بلا رمل مع القرب منه ولو مشى شوطا ثم تذكر لا يرمل الا في شوطين وان لم يذكر في الثلاثة لا يرمل بعد ذلك (قوله ويستلم الحجر كلما مر به) ذكر في وجهه المعنى دون المنقول وهو إلحاق الاشواط بالركعات فما يفتتح به العبادة وهو الاستلام يفتتح به كل شوط كالتكبير في الصلاة وهو قياس شبه لاثبات استحباب شيء وفتح بابه قوله عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة لكن فيه المنقول وهو ما في مسند أحمد والبخاري وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف على بعيره كلما أتى على الركن أشار اليه بشيء في يده وكبر (قوله وان لم يستطع الاستلام) أي كلما مر (استقبل وكبر وهلل) ولم يذكر المصنف ولا كثير رفع اليدين في كل تكبير يستقبل به في كل مبدإ شوط فان لاحظنا ما رواه من قوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن ينبغي أن ترفع للعموم في استلام الحجر وان لاحظنا عدم صحة هذا اللفظ فيه وعدم تحسينه بل القياس المتقدم لم يفد ذلك اذ لا رفع مع ما به الافتتاح فيها الا في الاول واعتقادي أن هذا هو الصواب ولم أر عنه عليه السلام خلافه (قوله وعن محمد أنه سنة) هذا هو مقابل ظاهر الرواية في قوله وهو حسن في ظاهر الرواية ويقبله مثل الحجر وحديث ابن عمر من رواية الجماعة الا الترمذي لم أر النبي صلى الله عليه وسلم يمس من الاركان الا اليمانيين ليس حجة على ظاهر الرواية كما قد توهم اذ ليس فيه سوى اثبات رؤية استلامه عليه السلام للركنين ومجرد ذلك لا يفيد كونه على وجه المواظبة ولا سنة دونها غير أنا علمنا المواظبة على استلام الاسود من خارج فقلنا باستنانه فيكون مجرد حديث ابن عمر دليل ظاهر الرواية وكذا ما في مسلم عن ابن عمر ما تركت استلام هذين الركنين اليماني والحجر الاسود منذ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلمهما فانه لا يزيد على أنه رآه يستلمه فلم يتركه هو وذلك قد يكون محافظة منه على الامر المستحب وكذا ما عن ابن عمر أنه عليه السلام قال مسح الركن اليماني والركن الاسود يحط الخطايا حطا رواه أحمد والنسائي قال هذا ندب والمندوب من المستحب نعم ما في الدارقطني عن ابن عمر كان عليه السلام يقبل الركن اليماني ويضع يده عليه وأخرجه عن ابن عباس رضي الله عنهما وقال ويضع خده عليه ظاهر في المواظبة وأظهر منه ما عن ابن عمر كان عليه السلام لا يدع أن يستلم الحجر والركن اليماني في كل طوافه رواه أحمد وأبو داود وعن مجاهد من وضع يده على الركن اليماني ثم دعا استجيب له وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال وكل بالركن اليماني سبعون ألف ملك فمن قال اللهم اني أسألك العفو والعافية في الدنيا والآخرة ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار قالوا آمين ويستحب الاكثار من هذا الدعاء لانه جامع لخيرات الدنيا

وقوله (ويستلم الركن اليماني) واليمن خلاف الشأم لانها بلاد على يمين الكعبة والنسبة اليها يمني بتشديد الياء أو يمان بالتخفيف على تعويض الالف من احدى ياءي النسبة وقوله (حسن) أي مستحب وقوله (ثم يأتي المقام) أي مقام ابراهيم عليه الصلاة والسلام وهو الحجر الذي فيه أثر قدميه (وهي واجبة) أي الصلاة عند المقام واجبة (عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل الوجوب

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين والامر للوجوب (ثم يعود الى الحجر فيستلمه) لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما صلى ركعتين عاد الى الحجر والاصل أن كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال (وهذا الطواف طواف القدوم) ويسمى طواف التحية

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين والامر للوجوب) واعترض بوجهين أحدهما أن هذا الحديث لا أصل له في كتب الحديث والثاني أن حديث الاعرابي وهو أنه عليه السلام حين علم الاعرابي الصلوات الخمس وقال له هل علي غيرهن قال لا الا أن تطوع بعارضه وهو أقوى منه فكيف يفيد الوجوب وأجيب عن الاول بأن الراوي اذا كان عدلا فذلك لا يوجب القدح فيه وعن الثاني بأن حديث الاعرابي متروك الظاهر فانا أجمعنا على أن صلاة الجنازة وصلاة العيدين واجبة وليس في هذا الحديث بيانها ويحتمل أن يكون حديث الاعرابي قبل هذا الحديث وقوله (وهذا الطواف طواف القدوم) هذا الطواف له أربعة أسماء طواف القدوم وطواف التحية وطواف اللقاء وطواف أول العهد

والآخرة (قوله ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين) لم يعرف هذا الحديث نعم فعله عليه السلام لهما ثابت في الصحيحين وجميع كتب الحديث الا أن مفيد الوجوب من الفعل أخص من مطلق الفعل اذ هو يفيد المواظبة المقرونة بعدم الترك مرة وقد يثبت استدلالا بما يستقل باثبات نفس المطلوب فيثبتان معا وهو مما تقدم من حديث جابر الطويل أنه عليه السلام لما انتهى الى مقام ابراهيم عليه السلام قرأ واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى نبه بالتلاوة قبل الصلاة على أن صلاته هذه امتثالا لهذا الامر والامر للوجوب الا أن استفادة ذلك من التنبيه وهو ظني فكان الثابت الوجوب أي بالمعنى المصطلح ويلزمه حكمنا بمواظبته من غير ترك اذ لا يجوز عليه ترك الواجب وفي الصحيحين من حديث ابن عمر كان عليه السلام اذا طاف في الحج والعمرة أول ما يقدم فانه يسعى ثلاثة أطواف ويمشي أربعا ثم يصلي سجدتين وهو لا يفيد عموم فعله اياهما عقيب كل طواف وروى عبد الرزاق مرسلا أخبرنا منذل عن ابن جريج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي لكل أسبوع ركعتين وفي البخاري تعليقا قال اسمعيل قلت للزهري ان عطاء يقول تجزيه المكتوبة من ركعتي الطواف فقال السنة أفضل لم يطف النبي صلى الله عليه وسلم أسبوعا قط الا صلى ركعتين وقول شذوذ منا ينبغي أن تكونا واجبتين عقب الطواف الواجب لا غير ليس بشيء لاطلاق الادلة ويكره وصل الاسابيع عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وسنذكر تمام هذا في فروع تتعلق بالطواف ان شاء الله تعالى ويتفرع على الكراهة أنه لو نسيهما فلم يتذكرا الا بعد أن شرع في طواف آخر ان كان قبل اتمام شوط رفضه وبعد اتمامه لا لانه دخل فيه فيلزمه اتمامه وعليه لكل أسبوع منهما ركعتان آخرا لانه لو ترك الاسبوع الثاني بعد أن طاف منه شوطا أو شوطين واشتغل بركعتي الاسبوع الاول لأخل بالسنتين بتفريق الاشواط في الاسبوع الثاني لان وصل الاشواط سنة وترك ركعتي الاسبوع الاول عن موضعهما فان الركعتين واجبتان وفعلهما في موضعهما سنة ولو مضى في الاسبوع الثاني فأتمه لأخل بسنة واحدة فكان الاخلال باحداهما أولى من الاخلال بهما كذا في مناسك الكرماني ولو طاف بصبي لا يصلي ركعتي الطواف عنه ويستحب أن يدعو بعد ركعتي الطواف بدعاء آدم عليه السلام اللهم انك تعلم سري وعلانيتي فاقبل معذرتي وتعلم حاجتي فأعطني سؤلي اللهم اني أسألك إيمانا يباشر قلبي ويقينا صادقا حتى أعلم أنه لا يصيبني الا ما كتبت علي ورضني بما قسمت لي فأوحى الله اليه اني قد غفرت للذي يأتي أحدا من ذريتك يدعو بمثل ما دعوتني به الا غفرت ذنوبه وكشفت همومه ونزعت الفقر من بين عينيه وأنجزت له كل ناجز وأتته الدنيا وهي راغمة وان كان لا يريدها (قوله لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى ركعتين عاد الى الحجر) تقدم في حديث جابر الطويل وقوله والاصل الخ استنباط أمر كلي من فعله هذا وهو ظاهر الوجه ويستحب أن يأتي زمزم بعد الركعتين قبل الخروج الى الصفا فيشرب منها ويتضلع ويفرغ الباقي في البئر ويقول اللهم اني أسألك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء وسنعقد للشرب منها فصلا عند ذكر المصنف الشرب منها عقيب طواف الوداع نذكر فيه ان شاء الله تعالى ما فيه مقنع ثم يأتي الملتزم قبل الخروج الى الصفا وقيل يلتزم الملتزم قبل الركعتين ثم يصليهما ثم يأتي زمزم ثم يعود الى الحجر ذكره السروجي والتزامه أن يتشبث به ويضع صدره وبطنه عليه وخده الايمن ويضع يديه فوق

(قوله وأجيب عن الاول بأن الراوي اذا كان عدلا فذلك لا يوجب القدح فيه) أقول وسيجيء في أول أدب القاضي أيضا

وقوله (وهو سنة) ظاهر وقوله (وفيما رواه سماه تحية) جواب عن استدلال مالك بالحديث وهذا لان التحية في اللغة اسم لاكرام يبتدئ به الانسان على سبيل التبرع فلا يدل على الوجوب وان كان على صيغة الامر كما في قوله (١٥٥) أكرموا الشهود فان قيل قوله تعالى فحيوا بأحسن منها وارد بلفظ التحية ورد السلام واجب أجيب بأن المأمور به الاحسن وهو ليس بواجب سلمناه ولكن ذكر لفظ التحية وقع بطريق المشاكلة وقوله (وليس على أهل مكة) ظاهر وقوله (ثم يخرج الى الصفا) ظاهر وقال في التحفة تأخير السعي بين الصفا والمروة الى طواف الزيارة أولى لكونه واجبا فجعله تابعا للفرض أولى لكن العلماء رخصوا في اتيان السعي عقيب طواف القدوم لان يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة يوم شغل من الذبح ورمي الجمار ونحو ذلك فكان في جعله تابعا للسنة وهو طواف القدوم تخفيف على الناس وقوله (ثم ينحط) أي ينزل (نحو المروة ويمشي على هينته) أي على السكينة والوقار (فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين) روى جابر لما صعد النبي صلى الله عليه وسلم على الصفا قال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شئ قدير لا اله الا الله وحده أنجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرأ مقدار خمس وعشرين آية من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة فلما انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى التوى ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك أنت الاعز الاكرم وقوله (ويفعل كما فعل على الصفا) أي من التكبير والتهليل والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء لحاجته

(وهو سنة وليس بواجب) وقال مالك رحمه الله انه واجب لقوله عليه السلام من أتى البيت فليحيه بالطواف ولنا أن الله تعالى أمر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب (وليس على أهل مكة طواف القدوم) لانعدام القدوم في حقهم قال (ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته) لما روى أن النبي عليه السلام صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلاة يقدمان على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من أي باب شاء وانما خرج النبي صلى الله عليه وسلم من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان أقرب الابواب الى الصفا لا أنه سنة قال (ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا) لما روى أن النبي عليه السلام نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة أشواط

رأسه مبسوطتين على الجدار قائمتين (قوله وهو سنة) أي للآفاقي لا غير (قوله لقوله عليه السلام من أتى البيت فليحيه) هذا غريب جدا ولو ثبت كان الجواب بأن هناك قرينة تصرف الامر عن الوجوب وهو نفس مادة اشتقاق هذا الامر وهو التحية فانه مأخوذ في مفهومها التبرع لانها في اللغة عبارة عن اكرام يبدأ به الانسان على سبيل التبرع كلفظ التطوع فلو قال تطوع أفاد الندب فكذا اذا قال حيه بخلاف قوله تعالى فحيوا بأحسن منها لانه وقع جزاء لابتداء فلفظة التحية فيه من مجاز المشاكلة مثل جزاء سيئة سيئة وهذا هو الجواب الثاني في الكتاب وأما الجواب الذي تضمنه الدليل القائل ان الامر بالطواف لا يقتضي التكرار في قوله تعالى وليطوفوا وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع فلا يكون غيره كذلك فانما يفيد لو اقتضى في طواف القدوم الركنية بدعوى الافتراض لكنه ليس مدعاه (قوله ثم يخرج الى الصفا) مقدما رجله اليسرى حال الخروج من المسجد قائلا باسم الله والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك وأدخلني فيها وأعذني من الشيطان (قوله ويكبر ويهلل) وفي الاصل قال فيحمد الله ويثني عليه ويكبر ويهلل ويلبي ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو الله لحاجته وقدمنا من حديث جابر الطويل قوله فبدأ بالصفا فرقى عليه حتى رأى البيت فاستقبل القبلة فوحد الله وكبره وقال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير لا اله الا الله وحده أنجز وعده ونصر عبده وأعز جنده وهزم الاحزاب وحده ثم دعا بين ذلك قال مثل ذلك ثلاث مرات ومن المأثور أن يقول لا اله الا الله ولا نعبد الا اياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون ويرفع يديه جاعلا باطنهما الى السماء كالدعاء ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يدعو وفي البدائع الصعود على الصفا والمروة سنة فيكره تركه ولا شئ عليه ويقول في هبوطه اللهم استعملني بسنة نبيك وتوفني على ملته وأعذني من مضلات الفتن برحمتك يا أرحم الراحمين فاذا وصل الى بطن الوادي بين الميلين الاخضرين قال رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك أنت الاعز الاكرم يؤثر ذلك عن ابن عمر ويقول على المروة مثل ما قال على الصفا وأما أنه عليه السلام خرج من باب بني مخزوم فأسنده الطبراني عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من المسجد الى الصفا من باب بني مخزوم وأسند أيضا عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم الى أن قال ثم خرج من باب

قال (وهذا شوط واحد فيطوف سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة) ويسعى فى بطن الوادى فى كل شوط لمارويناوانما يبدأ بالصفا

الصفا وروى ابن أبي شيبة عن عطاء مرسلا أنه عليه السلام خرج الى الصفا من باب بنى مخزوم وأما عدد الاشواط ففى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنه ماقدم النبى صلى الله عليه وسلم مكة فطاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين وطاف بين الصفا والمروة سبعا هذا والافضل للفرد أن لايسعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم بل يؤخر السعى الى يوم النحر عقيب طواف الزيارة لان السعى واجب فجعله تبعا للفرض أولى من جعله تبعا للسنة وانما جاز بعد طواف القدوم رخصة بسبب كثرة ماعلى الحاج من الاعمال يوم النحر فانه يرمى وقد يذبح ثم يحلق بمنى ثم يجىء الى مكة فيطوف الطواف المفروض ثم يرجع الى منى ليبيت بها فاذا لم يكن من غرضه أن يسعى بعد طواف القدوم أخذا بالأولى فلا يرمل فيه لان الرمل انما شرع فى طواف بعده سعى ويرمل فى طواف الزيارة على ماسنذكر هذا وشرط جواز السعى أن يكون بعد طواف أو أكثره ذكره فى البدائع (قوله وهذا شوط) ظاهر المذهب أن كلا من الذهاب الى المروة والمجىء منه الى الصفا شوط وعند الطحاوى لافقيل الرجوع الى الصفا ليس معتبرا من الشوط بل لتحصيل الشوط الثانى ويعطى بعض العبارات أنه من الصفا الى الصفا لما ذكروا فى وجه الحاقه بالطواف حيث كان من المبدإ أعنى الحجر الى المبدإ (١) وعنده فى مراده من ذلك اشتباه وأيا ما كان فابطاله بحديث جابر الطويل حيث قال فيه فلما كان آخر طوافه بالمروة قال لو استقبلت من أمرى الحديث لا ينتهض أما على الاول فلان آخر السعى عند الطحاوى لاشك أنه بالمروة ورجوعه عنها الى حال سبيله فانه انما كان يحتاج الى الرجوع الى الصفا ليفتتح الشوط وقد تم السعى وعلى الثانى اذا كان الشوط الاخير صح أن يقال عند رجوعه فيه من المروة هذا آخر طوافه بالمروة لانه لا يرجع بعد هذه الوقفة بها اليها وان احتاج الى رجوعه الى الصفا لتتميم الشوط ومادفع به أيضا من أنه لو كان كذلك لكان الواجب أربعة عشر شوطا وقد اتفق رواة نسكه عليه السلام أنه انما طاف سبعة فوقوف على أن مسمى الشوط ما من الصفا الى المروة أو من الصفا الى الصفا فى الشرع وهو ممنوع اذ يقول هذا اعتباركم لا اعتبار الشرع لعدم النقل عنه عليه السلام فى ذلك وأقل الامور اذا لم يثبت عن الشارع تنصيص فى مسماه أن يثبت احتمال أنه كما قلتم وكما قلت فيجب الاحتياط فيه وذلك باعتبار قولى فيه ويقويه أن لفظ الشوط أطلق على ماحوا لى البيت وعرف قطعا أن المراد به ما من المبدإ الى المبدإ فكذا اذا أطلق فى السعى اذ لا منصص على المراد فيجب أن يحمل على المعهود منه فى غيره فالوجه أن اثبات مسمى الشوط فى اللغة يصدق على كل من الذهاب من الصفا الى المروة والرجوع منها الى الصفا وليس فى الشرع مايخالفه فيبقى على المفهوم اللغوى وذلك أنه فى الاصل مسافة يعدوها الفرس كالميدان ونحوه مرة واحدة ومنه قول سليمان بن صرد لعلى رضى الله عنه ان الشوط بطىء أى بعيد وقد بقى من الامور ماتعرف به صديقك من عدوك فسبعة أشواط حينئذ قطع مسافة مقدرة سبع مرات فاذا قال طاف بين كذا وكذا سبعا صدق بالتردد من كل من الغايتين الى الأخرى سبعا بخلاف طاف بكذا فان حقيقته متوقفة على أن يشمل بالطواف ذلك الشئ فاذا قال طاف به سبعا كان بتكريره تتميمه بالطواف سبعا فمن هنا افترق الحال بين الطواف بالبيت حيث لزم فى شوطه كونه من المبدإ الى المبدإ والطواف بين الصفا والمروة حيث لم يستلزم ذلك ﴿فرع﴾ اذا فرغ من السعى يستحب له أن يدخل فيصلى ركعتين ليكون ختم السعى كختم الطواف كما ثبت أن مبدأه بالاستلام كبدئه عنه عليه السلام ولا حاجة الى هذا القياس اذ فيه نص وهو ماروى المطلب بن أبى وداعة قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فرغ من سعيه جاء حتى اذا حاذى الركن فصلى ركعتين فى حاشية المطاف وليس بينه وبين الطائفين أحد رواه أحمد وابن ماجه وابن حبان وقال فى روايته رأيت

رسول

وقوله (وهذا شوط واحد فيطوف سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة) فيه اشارة الى نفى قول الطحاوى انه يطوف بينهما سبعة أشواط من الصفا الى الصفا وهو لا يعتبر رجوعه فلا يجعل ذلك شوطا آخر والاصح ماذكر فى الكتاب لان رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفقوا على أنه عليه الصلاة والسلام طاف بينهما سبعة أشواط وعلى ماقاله الطحاوى يصير أربعة عشر شوطا كذا فى المبسوط فان قيل ما الفرق بين الطواف والسعى حتى كان مبدأ الطواف هو المنتهى دون السعى أجيب بان الطواف دوران لا يتأتى الا بحركة دورية فيكون المبدأ والمنتهى واحدا بالضرورة وأما السعى فهو قطع مسافة بحركة مستقيمة وذلك لا يقتضى عوده على بدئه وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله ويسعى فى بطن الوادى وقوله (وانما يبدأ بالصفا) ظاهر

(قوله وقوله لما روينا اشارة الى قوله ويسعى فى بطن الوادى) أقول فيه بحث

(١) قول صاحب الفتح وعنده كذا فى جميع النسخ الحاضرة ولعل الظاهر وعندى بضمير التكلم فليحرر كذا بهامش نسخة العلامة الشيخ البحراوى حفظه الله

(ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن) عندنا (وقال الشافعي إنه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه أن يطوف بهما) ووجه الاستدلال بما ذكره أن مثله يستعمل للاباحة كما في قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء وما يستعمل للاباحة (ينفي الركنية والايجاب الا أنا عدلنا عنه) أي عن ظاهر الآية (في الايجاب) أي تركنا العمل بظاهرها في نفي الايجاب ولم يذكر ما أوجب العدول واختلف فيه الشارحون فمنهم من قال عملا (١٥٧) بما رواه لانه خبر واحد يوجب الايجاب

لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ابدؤا بما بدأ الله تعالى به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي رحمه الله إنه ركن لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه أن يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا أنا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روى كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت الآية

رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي حذو الركن الاسود والرجال والنساء يمرون بين يديه ما بينهم وبينه سترة وعنه أنه رآه عليه السلام يصلي مما يلي باب بني سهم والناس يمرون الخ وباب بني سهم هو الذي يقال له اليوم باب العمرة لكن على هذا لا يكون حذو الركن الاسود والله أعلم بحقيقة الحال (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام ابدؤا) اعلم أنه روي بصيغة الخبر أبدأ في مسلم من حديث جابر الطويل ونبدأ في رواية أبي داود والترمذي وابن ماجه ومالك في الموطأ وبصيغة الامر وهو المذكور في الكتاب وهو عند النسائي والدارقطني وهو مفيد الوجوب خصوصا مع ضميمة قوله عليه السلام لتأخذوا عني مناسككم فاني لا أدري لعلي لا أحج بعد حجتي هذه أخرجه مسلم فعن هذا مع كون نفس السعي واجبا والفتح من المروة لم يعتبر ذلك الشوط الى الصفا وهذا الان ثبوت شرط الواجب بمثل ما يثبت به أقصى حالاته وهو مما يثبت بالآحاد فكذا شرطه (قوله وقال الشافعي انه ركن الخ) قال الشافعي رحمه الله أخبرنا عبد الله بن المؤمل العابدي عن عمر بن عبد الرحمن بن محيصن عن عطاء بن أبي رباح عن صفية بنت شيبة عن حبيبة بنت أبي (١) تجزأة احدى نساء بني عبد الدار قالت رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بين الصفا والمروة والناس بين يديه وهو وراءهم وهو يسعى حتى أرى ركبتيه من شدة ما يسعى وهو يقول اسعوا فان الله كتب عليكم السعي ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا محمد بن بشر حدثنا عبد الله بن المؤمل حدثنا عبد الله بن أبي حسين عن عطاء عن حبيبة بنت أبي تجزأة فذكره وخطئ ابن أبي شيبة فيه حيث أسقط صفية بنت شيبة وجعل مكان ابن محيصن ابن أبي حسين قال ابن القطان نسبة الوهم الى ابن المؤمل أولى وطعن في حفظه مع أنه اضطرب في هذا الحديث كثيرا فأسقط عطاء مرة وابن محيصن أخرى وصفية بنت شيبة وأبدل ابن محيصن بابن أبي حسين وجعل المرأة عبدرية تارة ويمنية أخرى وفي الطواف تارة وفي السعي بين الصفا والمروة أخرى اه وهذا لا يضر بمتن الحديث اذ بعد تجويز المتقنين له لا يضره تخليط بعض الرواة وقد ثبت من طرق عديدة منها طريق الدارقطني عن ابن المبارك أخبرني معروف بن مشكان أخبرني منصور بن عبد الرحمن عن أخته صفية قالت أخبرتني نسوة من بني عبد الدار اللاتي أدركن رسول الله صلى الله عليه وسلم قلن دخلنا دار ابن أبي حسين فرأينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف الخ قال صاحب التنقيح اسناده صحيح والجواب أنا قد قلنا بموجبه اذ مثله لا يزيد على افادة الوجوب وقد قلنا به أما الركن فانما يثبت عندنا بدليل مقطوع به فاثباته بهذا الحديث

ومنهم من قال بأول الآية وهو قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فان الشعائر جمع شعيرة وهي العلامة وذلك يكون فرضا فأول الآية يدل على الفرضية وآخرها على الاباحة فعملنا بهما وقلنا بالوجوب لانه ليس بفرض عملا وهو فرض عملا فكان فيه نوع من كل واحد من الفرض والاستحباب وقيل بالاجماع لان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به وما روي ليس كذلك وقوله (ثم معنى ما روى) تأويل للحديث وقيل في قوله (كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت) نظرا لان الوصية للوالدين والاقربين كانت فرضا ثم نسخت فكان كتب دالا على الفرضية والجواب أن ذلك ليس بمجمع عليه بل قال بعضهم ليست بمنسوخة بل يجمع للوارث بين الوصية والميراث والمانع يكفيه ذلك فان قيل ما بال المصنف أعرض عن الاستدلال بحديثه فانه لكونه خبر واحد أدل على الوجوب من الركنية فالجواب أنه انما أعرض عنه لان راويه عبد الله بن المؤمل وهو ضعيف قاله النسائي

(قوله فمنهم من قال عملا بما رواه الخ) أقول فيه بحث أما أولا فلان قول المصنف ثم معنى ما روى كتب استحبابا يرد هذا القول وأما ثانيا فلان دلالة الآية لما كانت على الاباحة ودلالة الحديث على الوجوب فما الذي يرجح الثانية على الاولى الا أن يدعى التأخر أو الشهرة فتأمل (قوله فالجواب أنه انما أعرض عنه الخ) أقول فيه بحث

(١) قوله تجزأة قال في القاموس في مادة ج ز أ وحبيبة بنت أبي تجزأة بضم التاء وسكون الجيم صحابية اه فما وقع في بعض النسخ من رسمها شجرأة بالشين قبل الجيم وبالراء المهملة بعدها تحريف لا يعول عليه كتبه مصححه

قال (ثم يقيم بمكة حراما) لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله قال (ويطوف بالبيت كلما بدا له) لانه يشبه الصلاة

اثبات بغير دليل فحقيقة الخلاف فى أن مفاد هذا الدليل ماذا والحق فيه ماقلنا لأن نفس الشئ ليس الا ركنه وحده أو مع شئ آخر فاذا كان ثبوت ذلك الشئ قطعيا لزم فى ثبوت أركانه القطع لان ثبوتها هو ثبوته فاذا فرض القطع به كان ذلك للقطع بها وتقدم مثل هذا فى مسئلة قراءة الفاتحة فى الصلاة واذا تحققت هذا فجواب المصنف بتأويله بمعنى كتب استحبابا كقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية مناف لمطلوبه فكيف يحمل عليه بعض الادلة بل العادة التأويل بما يوافق المطلوب فكيف ولا مفيد للوجوب فيما نعلم سواه فنحن محتاجون اليه فى اثبات الدعوى فان الآية وهى فلا جناح عليه أن يطوف بهما وقراءة ابن مسعود رضى الله عنه فى مصحفه فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما لا يفيد الوجوب والاجماع لم يثبت على الوجوب بالمعنى الذى يقول به اذ ليس هو معنى الفرض الموجب فوائه عدم الصحة فالثابت الخلاف والفريقان متمسكهم الحديث المذكور فلا يجوز أن يصرف عن الوجوب مع أنه حقيقته الى ماليس معناه بلا موجب بل مع ما يوجب عدم الصرف بخلاف لفظ كتب فى الوصية للصارف هنالك * واعلم أن سياق الحديث يفيد أن المراد بالسعى المكتوب الجرى الكائن فى بطن الوادى اذا راجعته لكنه غير مراد بلا خلاف يعلم فيحمل على أن المراد بالسعى التطوف بينهما اتفق أنه عليه السلام قاله لهم عند الشروع فى الجرى الشديد المسنون لما وصل الى محله شرعا أعنى بطن الوادى ولا بسن جرى شديد فى غير هذا المحل بخلاف الرمل فى الطواف انما هو مشى فيه شدة وتصلب ثم قيل فى سبب شرعية الجرى فى بطن الوادى ان هاجر رضى الله عنها لما تركها ابراهيم عليه السلام عطشت فخرجت تطلب الماء وهى تلاحظ اسمعيل عليه السلام خوفا عليه فلما وصلت الى بطن الوادى تغيب عنها فسعت لتسرع الصعود فتنظر اليه فجعل ذلك نسكا اظهارا لشرفهما وتفخيما لأمرهما وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن ابراهيم عليه السلام لما أمر بالمناسك عرض الشيطان له عند السعى فسابقه فسبقه ابراهيم عليه السلام أخرجه أحمد وقيل انما سعى سيدنا ونبينا عليه السلام اظهارا للمشركين الناظرين اليه فى الوادى الجلد ومحل هذا الوجه ما كان من السعى فى عمرة القضاء ثم بقى بعده كالرمل اذ لم يبق فى حجة الوداع مشرك بمكة والمحققون على أن لا يشتغل بطلب المعنى فيه وفى نظائره من الرمى وغيره بل هى أمور توقيفية يحال العلم فيها الى الله تعالى (قوله ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بأفعاله) خلافا للحنابلة والظاهرية وعامة أهل الحديث فى قولهم انه يفسخ الحج اذا طاف للقدوم الى عمرة وظاهر كلامهم أن هذا واجب وقال بعض الحنابلة نحن نشهد الله أنا لو أحرمنا بحج لرأينا فرضا فسخه الى عمرة تفاديا من غضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن فى السنن عن البراء بن عازب رضى الله عنه خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه فأحرمنا بالحج فلما قدمنا مكة قال اجعلوها عمرة فقال الناس يا رسول الله قد أحرمنا بالحج فكيف نجعلها عمرة قال انظروا ما آمركم به فافعلوا فردوا عليه القول فغضب ثم انطلق حتى دخل على عائشة رضى الله عنها غضبان فرأت الغضب فى وجهه فقالت من أغضبك أغضبه الله قال ومالى لا أغضب وأنا آمر أمرا فلا أتبع وفى لفظ لمسلم دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو غضبان فقلت ومن أغضبك يا رسول الله أدخله الله النار قال أوما شعرت أنى أمرت الناس بأمر فاذا هم يترددون الحديث وقال سلمة بن شبيب لأحمد كل أمر لك عندى حسن الا خلة واحدة قال وما هى قال تقول بفسخ الحج الى العمرة فقال يا سلمة كنت أرى لك عقلا عندى فى ذلك أحد عشر حديثا صحاحا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتركها لقولك ولنورد منها ما فى الصحيحين عن ابن عباس رضى الله عنهما قدم النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه صبيحة رابعة مهلين بالحج فأمرهم

ويحيى بن معين والدارقطنى وقال أحمد أحاديثه منكرة

وقوله (ثم يقيم بمكة حراما) أى محرما (لانه محرم بالحج) لشروعه فيه وكل من كان كذلك (لا يتحلل قبل الاتيان بافعاله) وهذا لم يأت بها

أن يجعلوها عمرة فتعاظم ذلك عندهم فقالوا يا رسول الله أي الحل قال الحل كله وفي لفظ وأمر أصحابه أن
(١) يحلوا احرامهم بعمرة الا من كان معه الهدى وفي الصحيحين عن جابر رضي الله عنه أهل عليه السلام
وأصحابه بالحج وليس مع أحد منهم هدى غير النبي صلى الله عليه وسلم وطلحة الى أن قال فأمرهم النبي
صلى الله عليه وسلم أن يجعلوها عمرة الحديث وفيه قالوا ننطلق الى منى وذكر أحدنا يقطر يعنون الجماع
جاء مفسرا في مسند أحمد قالوا يا رسول الله أيروح أحدنا الى منى وذكره يقطر منيا قال نعم عاد للحديث
قبله فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما أهديت ولولا أن
معي الهدى لأحللت وفي لفظ فقام فينا فقال قد علمتم أني أتقاكم لله وأصدقكم وأبركم ولولا هديي لحللت كما
تحلون وفي لفظ في الصحيح أيضا أمرنا لما أحللنا أن نحرم اذا توجهنا الى منى قال فأهللنا من الابطح فقال
سراقة بن مالك بن جعشم يا رسول الله ألعامنا هذا أم للابد وفي لفظ أرأيت متعتنا هذه لعامنا هذا أم
للابد وفي السنن عن الربيع بن سبرة عن أبيه خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كان
بعسفان قال له سراقة بن مالك المدلجي يا رسول الله اقض لنا قضاء قوم كأنما ولدوا اليوم فقال ان الله عز
وجل قد أدخل عليكم في حجكم عمرة فاذا قدمتم فمن تطوف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة فقد حل إلا من
كان أهدى وظاهر هذا أن مجرد الطواف والسعي يحلل المحرم بالحج وهو ظاهر مذهب ابن عباس رضي
الله عنهما قال عبد الرزاق حدثنا معمر عن قتادة عن أبي الشعثاء عن ابن عباس قال من جاء مهلا بالحج
فان الطواف بالبيت يصيره الى العمرة شاء أو أبى قلت ان الناس ينكرون ذلك عليك قال هي سنة نبيهم صلى
الله عليه وسلم وان رغموا وقال بعض أهل العلم كل من طاف بالبيت ممن لا هدى معه من مفرد أو قارن
أو متمتع فقد حل إما وجوبا وإما حكما وهذا كقوله صلى الله عليه وسلم اذا أدبر النهار من ههنا وأقبل الليل
من ههنا فقد أفطر الصائم أي حكما أي دخل وقت فطره فكذا الذي طاف إما أن يكون قد حل وإما أن
يكون ذلك الوقت في حقه ليس وقت احرام وعامة الفقهاء المجتهدين على منع الفسخ والجواب أولا
بمعارضة أحاديث الفسخ بحديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم فمنا من أهل بالحج ومنا من أهل بالعمرة ومنا من أهل بالحج والعمرة وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالحج فأما من أهل بالعمرة فأحلوا حين طافوا بالبيت وبالصفا والمروة وأما من أهل بالحج أو بالحج والعمرة
فلم يحلوا الى يوم النحر وبما صح عن أبي ذر رضي الله عنه أنه قال لم يكن لاحد بعدنا أن يصير حجته عمرة إنما
كانت رخصة لنا أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم وعنه كان يقول فيمن حج ثم فسخها عمرة لم يكن ذلك
الا للركب الذين كانوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود وعنه وروى النسائي عنه باسناد
صحيح نحوه ولابي داود باسناد صحيح عن عثمان رضي الله عنه أنه سئل عن متعة الحج فقال كانت لنا
وليست لكم وفي سنن أبي داود والنسائي من حديث بلال بن الحرث عن أبيه قال قلت يا رسول الله
أرأيت فسخ الحج في العمرة لنا خاصة أم للناس عامة فقال بل لنا خاصة ولا يعارضه حديث سراقة حيث
قال ألعامنا هذا أم للابد فقال له للابد لان المراد ألعامنا فعل العمرة في أشهر الحج أم للابد لا أن المراد فسخ
الحج الى العمرة وذلك أن سبب الأمر بالفسخ ما كان الا تقريرا لشرع العمرة في أشهر الحج ما لم يكن مانع
سوق الهدى وذلك أنه كان مستعظما عندهم حتى كانوا يعدونها في أشهر الحج من أفجر الفجور فكسر
سورة ما استحكم في نفوسهم من الجاهلية من انكارها بحملهم على فعله بأنفسهم يدل على هذا ما في
الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال كانوا يرون العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور في الارض
ويجعلون المحرم صفرا ويقولون اذا برأ الدبر وعفا الاثر وانسلخ صفر حلت العمرة لمن اعتمر فقدم رسول
الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه لصبيحة رابعة مهلين بالحج فأمرهم أن يجعلوها عمرة فتعاظم ذلك عندهم
فقالوا يا رسول الله أي الحل قال الحل كله فلو لم يكن حديث بلال بن الحرث ثابتا كما قال الامام أحمد

(١) قوله يحلوا كذا في النسخ بأيدينا والذي في صحيح مسلم يحولوا فليحرر لفظ الحديث كتبه مصححه

قال عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة والصلاة خير موضوع فكذا الطواف الا أنه لا يسعى عقيب هذه الأطوفة فى هذه المدة لان السعى لا يجب فيه الاسرة والتنفل بالسعى غير مشروع ويصلى لكل أسبوع ركعتين وهى ركعتا الطواف على ما بينا

حيث قال لا يثبت عندى ولا يعرف هذا الرجل كان حديث ابن عباس هذا صريحا فى كون سبب الأمر بالفسخ هو قصد محو ما استقر فى نفوسهم فى الجاهلية بتقرير الشرع بخلافه ألا ترى الى ترتيبه الامر بالفسخ على ما كان عندهم من ذلك بالفاء غير أنه رضى الله عنه بعد ذلك ظن أن هذا الحكم مستمر بعد إثارة السبب اياه كالرمل والاضطباع فقال به وظهر لغيره كابى ذر وغيره أنه منقض بانقضاء سببه ذلك ومشى عليه محققو الفقهاء المجتهدين وهو أولى لو كان قول أبى ذر عن رأى لا عن نقل عنه عليه السلام لان الأصل المستمر فى الشرع عدم استحباب قطع ما شرع فيه من العبادات وابطالها بغيرها مما هو مثلها فضلا عما هو أخف منها بل يستمر فيما شرع فيه حتى ينهيه واذا كان الفسخ بنا فى هذا مع كون المثير له سببا لم يستمر وجب أن يحكم برفعه مع ارتفاعه ثم بعد هذا رأيت التصريح فى حديث سراقة بكون المسؤل عنه العمرة لا الفسخ فى كتاب الآثار فى باب التصديق بالقدر محمد بن الحسن قال أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا أبو الزبير عن جابر بن عبد الله الانصارى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال سأل سراقة بن مالك ابن جعشم المدلجى قال يا رسول الله أخبرنا عن عمرتنا هذه ألعامنا هذا أم للابد فقال للابد أخبرنا عن ديننا هذا كأنما خلقنا له فى أى شئ العمل فى شئ قد جرت به الاقلام وثبتت به المقادير أم فى شئ يستأنف له العمل قال فى شئ جرت به الاقلام وثبتت به المقادير وساق الحديث الى آخره فقول أحمد رحمه الله عندى أحد عشر حديثا الخ لا يفيد لان مضمونها لا يزيد على أمرهم بالفسخ والعزم عليهم فيه وغضبه على من تردد استشفاق لاستحكام نفرتهم من العمرة فى أشهر الحج ونحن لا ننكر ذلك وان كان حديث عائشة الذى عارضناه به يفيد خلافه وانما الكلام فى أنه شرع فى عموم الزمان ذلك الفسخ أو لا وشئ منها لا يمسه سوى حديث سراقة بتلك الرواية وقد بينا المراد به وأثبتناه مرويا وثبت أنه حكم كان لقصد تقرير الشرع المستحكم فى نفوسهم ضده وكذا عادة الشارع اذا أورد حكما يستعظم لاحكام ضده المنسوخ فى شر يعتنا يرد بأقصى المبالغات ليفيد استئصال ذلك المتمكن المرفوض كما فى الامر بقتل الكلاب لما كان المتمكن عندهم مخالطتها وعدها من أهل البيت حتى انتهوا فنسخ فكذا هذا لما استقر الشرع عندهم وانقشع غمام ما كان فى نفوسهم من منعه رجع الفسخ وصار الثابت مجرد جواز العمرة فى أشهر الحج والله سبحانه وتعالى أعلم بحقيقة الحال (قوله قال عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة) الا أن الله قد أحل فيه المنطق فمن نطق فلا ينطق الا بخير هذا الحديث روى مرفوعا وموقوفا أما المرفوع فمن رواية سفيان عن عطاء بن السائب عن طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما أخرجها الحاكم وابن حبان ومن رواية موسى بن أعين عن ليث بن أبى سليم عن عطاء عن طاوس مرفوعا باللفظ المذكور أخرجها البيهقى ومن رواية الباغندى يبلغ به ابن عيينة عن ابراهيم بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعا رواه البيهقى وقال ولم يصنع الباغندى شيأ فى رفعه لهذا الحديث فقد رواه ابن جريج وأبو عوانة عن ابراهيم بن ميسرة موقوفا وبهذا عرف وقفه ولا يخفى أن عطاء بن السائب من الثقات غير أنه اختلط فمن روى عنه قبل الاختلاط فحديثه حجة قيل وجميع من روى عنه روى بعد الاختلاط الا شعبة وسفيان وهذا من حديث سفيان عنه وأيضا فقد تابعه على رفعه من سمعت فيقوى ظن رفعه لو لم يكن من رواية سفيان عنه وأسنده الطبرانى من حديث طاوس عن ابن عمر رضى الله عنهما الا أعله الا عن النبى صلى الله عليه وسلم قال الطواف بالبيت صلاة فأقلوا فيه الكلام وسنذكر من رواية الترمذى

أيضا

وقوله (والصلاة خير موضوع فكذا الطواف) قيل الا أن طواف التطوع أفضل للغرباء وصلاة التطوع أفضل لاهل مكة لان الغرباء يفوتهم الطواف ولا تفوتهم الصلاة وأهل مكة لا يفوتهم الامران فعند الاجتماع الصلاة أفضل وقوله (والتنفل بالسعى غير مشروع) لانه ثبت بالنص مرة فالتكرار لا يكون الا بالقياس على الطواف ولا مجال له فيه

قال (فاذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس الخروج الى منى والصلاة بعرفات والوقوف والافاضة) والحاصل أن فى الحج ثلاث خطب أولها ماذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى فى اليوم الحادى عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر رحمه الله يخطب فى ثلاثة أيام متواليـة أولها يوم التروية لانها أيام الموسم ومجتمع الحاج ولنا أن المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ماذكرناه أنفع وفى القلوب أنجع (فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلى الفجر من يوم عرفة) لما روى أن النبى عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات (ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى أجزأه) لانه لا يتعلق بمنى فى هذا اليوم اقامة نسك ولكنه أساء بتركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم

أيضا (قوله فاذا كان قبل يوم التروية بيوم) وهو اليوم السابع من ذى الحجة ويوم التروية هو الثامن سمى به لانهم كانوا يروون إبلهم فيه استعدادا للوقوف يوم عرفة وقيل لان رؤيا ابراهيم كانت فى ليلته فتروى فيه فى أن ما رآه من الله أولا من الرأى وهو مهموز ذكره فى طلبة الطلبة وقيل لان الامام يروى للناس مناسكهم من الرواية وقيل غير ذلك وهذه الخطبة خطبة واحدة بلا جلوس وكذا خطبة الحادى عشر

(١) وأما خطبة عرفة فيجلس بينهما وهى قبل صلاة الظهر والخطبتان الاوليان بعده (قوله أولها يوم التروية) قلنا خلاف المروى عنه صلى الله عليه وسلم فانه روى عنه أنه خطب فى السابع وكذا أبو بكر وقرأ على رضى الله عنه عليهم سورة براءة رواه ابن المنذر وغيره عن ابن عمر رضى الله عنهما ولان تلك الايام أيام اشتغال على مالا يخفى فيكون داعية تركهم الحضور فيفوت المقصود من شرع الخطب (فكان ماذكرناه أنفع وفى القلوب أنجع) أى أبلغ (قوله فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى) ظاهر هذا التركيب اعقاب صلاة الفجر بالخروج الى منى وهو خلاف السنة والحديث الذى ذكره المصنف فى الاستدلال أخص من الدعوى ليفيد أن مضمونه هو السنة ولم يبين فى المبسوط خصوص وقت الخروج واستحب فى المحيط كونه بعد الزوال وليس بشئ وقال المرغينانى بعد طلوع الشمس وهو الصحيح لما عن ابن عمر رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح يوم عرفة وكأن مستند الاول ما فى حديث جابر أنه عليه الصلاة والسلام توجه قبل صلاة الظهر فانه لا يقال فى التخاطب لما بعد طلوع الشمس جئتك قبل صلاة الظهر ولا لما قبل الاذان ودخول الوقت وانما يقال اذا ذاك قبل الظهر أو أذان الظهر فانما يقال ذلك عرفا لما بعد الوقت قبل الصلاة لكن حديث ابن عمر رضى الله عنه صريح فيقضى به على المحتمل وفى الكافى للحاكم الشهيد ويستحب أن يصلى الظهر بمنى يوم التروية هذا ولا يترك التلبية فى أحواله كلها حال اقامته بمكة فى المسجد وخارجه الا حال كونه فى الطواف ويلبى عند الخروج الى منى ويدعو بما شاء ويقول اللهم إياك أرجو وإياك أدعو واليك أرغب اللهم بلغنى صالح عملى وأصلح لى فى ذريتى فاذا دخل منى قال اللهم هذا منى وهذا ما دللتنا عليه من المناسك فمن علينا بجوامع الخيرات وبما منت به على ابراهيم خليلك ومحمد حبيبك وبما منت به على أهل طاعتك فانى عبدك وناصيتى بيدك جئت طالبا مرضاتك ويستحب أن ينزل عند مسجد الخيف (قوله لما روى الخ) فى حديث جابر الطويل قال لما كان يوم التروية توجهوا الى منى فأهلوا بالحج فركب رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بهم الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم مكث قليلا حتى طلعت الشمس وأمر بقبة من شعر

فقال (فاذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس الخروج الى منى والصلاة بعرفات والوقوف والافاضة) والحاصل أن فى الحج ثلاث خطب أولها ماذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى فى اليوم الحادى عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر رحمه الله يخطب فى ثلاثة أيام متواليـة أولها يوم التروية لانها أيام الموسم ومجتمع الحاج ولنا أن المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ماذكرناه أنفع وفى القلوب أنجع (فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلى الفجر من يوم عرفة) لما روى أن النبى عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات (ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى أجزأه) لانه لا يتعلق بمنى فى هذا اليوم اقامة نسك ولكنه أساء بتركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم

أيضا (قوله فاذا كان قبل يوم التروية بيوم) وهو اليوم السابع من ذى الحجة ويوم التروية هو الثامن سمى به لانهم كانوا يروون إبلهم فيه استعدادا للوقوف يوم عرفة وقيل لان رؤيا ابراهيم كانت فى ليلته فتروى فيه فى أن ما رآه من الله أولا من الرأى وهو مهموز ذكره فى طلبة الطلبة وقيل لان الامام يروى للناس مناسكهم من الرواية وقيل غير ذلك وهذه الخطبة خطبة واحدة بلا جلوس وكذا خطبة الحادى عشر

(١) وأما خطبة عرفة فيجلس بينهما وهى قبل صلاة الظهر والخطبتان الاوليان بعده (قوله أولها يوم التروية) قلنا خلاف المروى عنه صلى الله عليه وسلم فانه روى عنه أنه خطب فى السابع وكذا أبو بكر وقرأ على رضى الله عنه عليهم سورة براءة رواه ابن المنذر وغيره عن ابن عمر رضى الله عنهما ولان تلك الايام أيام اشتغال على مالا يخفى فيكون داعية تركهم الحضور فيفوت المقصود من شرع الخطب (فكان ماذكرناه أنفع وفى القلوب أنجع) أى أبلغ (قوله فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى) ظاهر هذا التركيب اعقاب صلاة الفجر بالخروج الى منى وهو خلاف السنة والحديث الذى ذكره المصنف فى الاستدلال أخص من الدعوى ليفيد أن مضمونه هو السنة ولم يبين فى المبسوط خصوص وقت الخروج واستحب فى المحيط كونه بعد الزوال وليس بشئ وقال المرغينانى بعد طلوع الشمس وهو الصحيح لما عن ابن عمر رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح يوم عرفة وكأن مستند الاول ما فى حديث جابر أنه عليه الصلاة والسلام توجه قبل صلاة الظهر فانه لا يقال فى التخاطب لما بعد طلوع الشمس جئتك قبل صلاة الظهر ولا لما قبل الاذان ودخول الوقت وانما يقال اذا ذاك قبل الظهر أو أذان الظهر فانما يقال ذلك عرفا لما بعد الوقت قبل الصلاة لكن حديث ابن عمر رضى الله عنه صريح فيقضى به على المحتمل وفى الكافى للحاكم الشهيد ويستحب أن يصلى الظهر بمنى يوم التروية هذا ولا يترك التلبية فى أحواله كلها حال اقامته بمكة فى المسجد وخارجه الا حال كونه فى الطواف ويلبى عند الخروج الى منى ويدعو بما شاء ويقول اللهم إياك أرجو وإياك أدعو واليك أرغب اللهم بلغنى صالح عملى وأصلح لى فى ذريتى فاذا دخل منى قال اللهم هذا منى وهذا ما دللتنا عليه من المناسك فمن علينا بجوامع الخيرات وبما منت به على ابراهيم خليلك ومحمد حبيبك وبما منت به على أهل طاعتك فانى عبدك وناصيتى بيدك جئت طالبا مرضاتك ويستحب أن ينزل عند مسجد الخيف (قوله لما روى الخ) فى حديث جابر الطويل قال لما كان يوم التروية توجهوا الى منى فأهلوا بالحج فركب رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بهم الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم مكث قليلا حتى طلعت الشمس وأمر بقبة من شعر

وقوله (فاذا كان قبل يوم التروية بيوم) وهو اليوم السابع من ذى الحجة (خطب الامام) يعنى خطبة واحدة من غير أن يجلس بين الخطبتين بعد صلاة الظهر وكذلك فى الخطبة الثالثة التى تخطب بمنى وأما فى خطبة عرفات فيجلس بين الخطبتين وهى قبل صلاة الظهر وقوله (والحاصل أن فى الحج ثلاث خطب) ظاهر وقوله (فاذا صلى الفجر يوم التروية) وهو اليوم الثامن من ذى الحجة قيل انما سمى بذلك لان ابراهيم عليه الصلاة والسلام رأى ليلة التروية كأن قائلا يقول له ان الله يأمرك بذبح ابنك هذا فلما أصبح تروى أى تفكر فى ذلك من الصباح الى الرواح أمن الله تعالى هذا الحلم أم من الشيطان فمن ثمة سمى يوم التروية فلما أمسى رأى مثل ذلك فعرف أنه من الله تعالى فمن ثم سمى يوم عرفة ثم رأى مثله فى الليلة الثالثة فهم بنحره فسمى اليوم بيوم النحر وقيل انما سمى يوم التروية بذلك لان الناس يروون بالماء من العطش فى هذا اليوم ويحملون الماء بالروايا الى عرفات ومنى وانما سمى يوم عرفة به لان جبريل عليه السلام علم ابراهيم عليه الصلاة والسلام المناسك كلها يوم عرفة فقال له أعرفت فى أى موضع تطوف وفى أى موضع تسعى وفى أى موضع تقف وفى أى موضع تنحر وترمى فقال عرفت فسمى يوم عرفة وسمى يوم الاضحى به لان الناس يضحون فيه بقربانهم

(قوله أمن الله هذا الحلم أم من الشيطان) أقول قال السروجى وفيه بعد من جهة أن رؤيا الانبياء حق اه

(١) قوله وأما خطبة عرفة الخ عبارة الزيلعى الا خطبة يوم عرفة فانها خطبتان فيجلس بينهما اه كتبه مصححه

وقوله (ثم يتوجه الى عرفات) أى يتوجه من منى بعد صلاة الفجر يوم عرفة الى عرفات (فيقيم بها المارويناى) أنه عليه الصلاة والسلام راح الى عرفات (وهذا بيان الاولوية أما لو دفع قبله) أى قبل طلوع الشمس وهذا اضمار قبل الذكر وكان من حق الكلام أن يقول ثم يتوجه الى عرفات بعد طلوع الشمس حتى يصح بناء قوله وهذا أى التوجه بعد طلوع الشمس وقوله أما لو دفع قبله عليه قال بعض الشارحين تركه هذا القيد سهو من الكاتب وقوله (لانه) الضمير للشأن وقوله (لا يتعلق بهذا المقام) يعنى منى (حكم) من المناسك فيجوز الذهاب قبل طلوع الشمس الى عرفات للوقوف فيها وهو الركن الاعظم لا يقال لم لا يجوز أن يكون المكث نفسه الى طلوع الشمس من المناسك كالوقوف بالمزدلفة لان ذلك انما ثبت بدليل منقول ولم يوجد وقوله (وينزل بها) أى بعرفة (مع الناس لان الانتباذ) أى الانفراد (تجبر) وقوله (وقيل مراده) يعنى من قوله مع الناس (أن لا ينزل على الطريق) وقوله (واذا زالت الشمس) يعنى فى عرفات (يصلى الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة) يعنى قبل الصلاة ولفظ يبتدئ يشير الى ذلك

(قوله وهذا بيان الاولوية الخ) أقول وفى غاية السروجى قوله هذا بيان الاولوية يعنى أن التوجه الى عرفات بعد ما صلى الفجر بمنى أولى باقتداء النبى صلى الله عليه وسلم أما لو توجه اليها قبل أن يصلى الفجر بمنى أو بمكة ومر بمنى جاز لانه لا يتعلق بهذا اليوم نسك اه فاندفع ما ذكره الشيخ أكمل الدين بحذافيره وعجل

(قوله وقوله أما لو دفع قبله عليه) أقول قوله عليه متعلق بقوله بناء فى قوله حتى يصح بناء قوله الخ (قوله قال بعض الشارحين تركه هذا القيد سهو من الكاتب) أقول القائل هو الاتقانى

قال (ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها) لما رويناوهذا بيان الأولوية أما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال فى الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة فى الجمع أرجى وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كى لا يضيق على المارة قال (واذا زالت الشمس يصلى الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعلم فيها الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمى الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة

فضربت له بنمرة الحديث وذكر المصنف رحمه الله لهذا الحديث يفيد أن السنة عنده الذهاب من منى الى عرفة بعد طلوع الشمس وصرح به فى الايضاح وعن ذلك حمل فى النهاية مرجع ضمير قبله على طلوع الشمس ثم اعترضه بأنه كان من حق الكلام أن يقول قبل طلوع الشمس لانه لم يتقدم ذكر طلوع الشمس لكنه تبع صاحب الايضاح لان طلوع الشمس مذكور فى الايضاح متقدما اه ولا يخفى أن قوله ثم يتوجه الى عرفات متصل فى المتن بقوله حتى يصلى الفجر من يوم عرفة إما بناء على عدم توقيت وقت الخروج الى منى أو توفيته بما بعد صلاة الفجر كما هو مقتضى التركيب الشرطى كما قدمناه وقول المصنف وهذا بيان الاولوية يتعلق به شر حافر جع ضمير قبله البتة صلاة الفجر من يوم عرفة ولا شك أنه أخذ فى بيان حكم هذا الجواز والجواز متحقق فى التوجه قبل الصلاة كما هو متحقق فيه قبل الشمس والاساءة لازمة فى الوجهين فلا حاجة الى إلزامه أن مرجع الضمير طلوع الشمس ثم اعتراضه وقد استفيد من مجموع ما قلنا أن السنة الذهاب الى عرفات بعد طلوع الشمس أيضا ويقول عند التوجه الى عرفات اللهم اليك توجهت وعليك توكلت ووجهك أردت فاجعل ذنبى مغفورا وحجى مبرورا وارحمنى ولا تخيبنى واقض بعرفات حاجتى انك على كل شئ قدير ويلبى ويهلل ويكبر لقول ابن مسعود رضى الله عنه حين أنكر عليه التلبية أجهل الناس أم نسوا والذى بعث محمدا بالحق لقد خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فما ترك التلبية حتى رمى جمرة العقبة الا أن يخلطها بتكبير أو تهليل رواه أبو ذر ويستحب أن يسير على طريق ضب ويعود على طريق المأزمين اقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم كما فى العيد اذا ذهب الى المصلى فاذا قرب من عرفات ووقع بصره على جبل الرحمة قال سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر ثم يلبى الى أن يدخل عرفات (قال فى الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ) أى الانفراد عنهم (نوع تجبر والحال حال تضرع) ومسكنة (والاجابة فى الجمع أرجى) ولانه يأمن بذلك من اللصوص (وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كى لا يضيق على المارة) والسنة أن ينزل الامام بنمرة ونزول النبى صلى الله عليه وسلم بها لا نزاع فيه (قوله واذا زالت الشمس) ظاهر هذا التركيب الشرطى اعقاب الزوال بالاشتغال بمقدمات الصلاة من غير تأخير ويدل عليه حديث ابن عمر رضى الله عنهما فى أبى داود ومسند أحمد غدا عليه الصلاة والسلام من منى حين طلع الصبح فى صبيحة يوم عرفة حتى أتى عرفة فنزل بنمرة وهو منزل الامام الذى ينزل به بعرفة حتى اذا كان عند صلاة الظهر راح عليه الصلاة والسلام مهجرا فجمع بين الظهر والعصر ثم خطب الناس الحديث وظاهره تأخير الخطبة عن الصلاة وعن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر رضى الله عنه ما جاء الى الحجاج يوم عرفة حين زالت الشمس وأنا معه فقال الرواح ان كنت تريد السنة فقال هذه الساعة قال نعم قال سالم فقلت للحجاج ان كنت تريد السنة فاقصر الخطبة

وقوله (هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم) روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له فركب حتى أتى بطن الوادى فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر وقوله (ولنا مارويناه) اشارة الى قوله هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم (وفى ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر جلس أذن المؤذنون كما فى الجمعة وعن أبى يوسف أنه يؤذن قبل خروج الامام) من الفسطاط فاذا فرغ المؤذن خرج الامام لان هذا الاذان لاداء الظهر كما فى سائر الايام

يخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة كما فى الجمعة) هكذا فعله رسول الله عليه الصلاة والسلام وقال مالك رحمه الله يخطب بعد الصلاة لانها خطبة وعظ وتذكير فأشبه خطبة العيد ولنا مارويناه ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفى ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر جلس أذن المؤذنون كما فى الجمعة وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يؤذن قبل خروج الامام وعنه أنه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ماذكرنا لان النبى عليه الصلاة والسلام لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه أوان الشروع فى الصلاة فأشبه الجمعة قال (ويصلى بهم الظهر والعصر فى وقت الظهر بأذان واقامتين) وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلاتين وفيما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم صلاهما بأذان واقامتين ثم بيانه أنه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفود بالاقامة إعلاما للناس (ولا يتطوع بين الصلاتين) تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو أنه فعل فعل مكروها وأعاد الاذان للعصر فى ظاهر الرواية.

ويعجل الصلاة فقال عبد الله بن عمر رضى الله عنهما صدق رواه البخارى والنسائى رحمهما الله (قوله فيخطب خطبتين ويجلس بينهما كالجمعة) ثم قال المصنف (هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم) ولا يحضرنى حديث فيه تنصيص على خطبتين كالجمعة بل ما أفاد أنه خطب قبل صلاة الظهر من حديث جابر الطويل وحديث عبد الله بن الزبير من المستدرك وحديث أبى داود عن ابن عمر رضى الله عنهما يفيد أنهما بعد الصلاة وقال فيه فجمع بين الظهر والعصر ثم خطب الناس ثم راح فوقف على الموقف من عرفة وهو حجة لمالك فى الخطبة بعد الصلاة قال عبد الحق وفى حديث جابر الطويل أنه خطب قبل الصلاة وهو المشهور الذى عمل به الائمة والمسلمون وأعله هو وابن القطان حديث ابن عمر رضى الله عنه بابن اسحق نعم ذكر صاحب المنتقى عن جابر قال راح النبى صلى الله عليه وسلم الى الموقف بعرفة فخطب الناس الخطبة الاولى ثم أذن بلال ثم أخذ النبى صلى الله عليه وسلم فى الخطبة الثانية ففرغ من الخطبة الثانية وبلال من الاذان ثم أقام بلال فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر رواه الشافعى وهذا يقتضى أنه عليه الصلاة والسلام ساوق الاذان بخطبته فكأنها والله أعلم اذا كان الامر على ظاهر اللفظ كانت قصيرة جدا كتسبيحة وتهليلة وتحميدة بحيث كانت قدر الاذان ولا بعد فى تسمية مثله خطبة والخطبة الاولى الثناء كالتهليل والتكبير والتحميد والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والوعظ ثم تعليم المناسك التى ذكرها المصنف ثم ظاهر المذهب عندنا اذا صعد الامام المنبر جلس وأذن المؤذن كما فى الجمعة فاذا فرغ أقام وعن أبى يوسف رحمه الله يؤذن والامام فى الفسطاط ثم يخرج فيخطب قال فى المبسوط هذا ظاهر قوله الاول وروى الطحاوى عنه أن الامام يبدأ بالخطبة قبل الاذان فاذا مضى صدر خطبته أذنوا ثم يتم الخطبة بعده فاذا فرغ أقاموا وهذا على مساوقة ماروى الشافعى رحمه الله والصحيح أنه معهم لحديث جابر الطويل ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام خطب الناس وهو راكب على القصواء الى أن قال ثم أذن ثم أقام والوجه فى ذلك الحديث أن يحمل أذان بلال ذلك على الاقامة فيكون عليه الصلاة

(وعنه أنه يؤذن بعد الخطبة) قال بعض الشارحين وهذا أصح عندى وان كان على خلاف ظاهر الرواية لما صح من حديث جابر قال المصنف (والصحيح ماذكرنا) يعنى ظاهر الرواية (لان النبى صلى الله عليه وسلم لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذنون بين يديه) ووجه الصحة أن رواية جابر تقتضى الاذان بعد الخطبة وهذه الرواية تقتضيه قبلها فتعارضتا فصرنا الى مابعدهما من الحجة وهو القياس على الجمعة (ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه أوان الشروع فى الصلاة فأشبه الجمعة) قال (ويصلى بهم الظهر والعصر فى وقت الظهر) أى يصلى الامام بالقوم الظهر والعصر فى وقت الظهر (باذان واقامتين) أما نفس الجمع بين الصلاتين فلورود النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما وأما كونه باذان واقامتين فلما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام صلاهما باذان واقامتين وبيانه ماذكر فى الكتاب (ولا يتطوع بين الصلاتين) يعنى لا الامام ولا القوم

(قال المصنف ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها) أقول فلم يذكره فى قوله ويعلم الناس الوقوف الخ (قوله قال بعض الشارحين وهذا أصح عندى الخ) أقول القائل هو الاتقانى (قوله قال المصنف والصحيح ماذكرنا الخ) أقول المصنف جعل وجه الصحة هذه الرواية وعلى ماذكره الشارح يكون القياس فلا تطابق بين الشرح والمشروح

وقوله (خلافا لما روى عن محمد) فانه يقول لا يعيد الاذان لان الوقت قد جمعهما فيكتفى باذان واحد كما فى العشاء مع الوتر ووجه الظاهر ما ذكره (أن الاشتغال بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول) وقطع فور الاذان الاول يوجب اعادته للعصر لان الاذان للاعلام وكل صلاة أصل بنفسها الا أنه اذا جمع بينهما استغنيا عن الاعلام واذا قطع عاد حكمه الاصلى وقوله (فان صلى بغير خطبة) ظاهر وقوله (ومن صلى الظهر فى رحله) أى فى منزله (وحده صلى العصر فى وقته عند أبى حنيفة وقالا المنفرد وغيره سيان فى الجمع بينهما) ومبنى الاختلاف على أن تقديم العصر على وقته لاجل محافظة الجماعة أو لامتداد الوقوف فعنده للاول وعندهما للثانى لهما أن جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف بدليل أنه لا جمع على من ليس عليه الوقوف وأن الحاج يحتاج الى الدعاء فى وقت الوقوف فشرع الجمع لئلا يشتغل عن الدعاء والمنفرد وغيره فى هذه الحاجة سواء فيستويان فى جواز الجمع (ولابى حنيفة أن المحافظة على الوقت فرض بالنصوص) قال الله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وقال تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وكل ما هو كذلك لا يجوز تركه الا بدليل قطعى وذلك فيما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين مع وفور الصحابة من الجمع بالجماعة مع الامام فلا يجوز بدونه وقوله (والتقديم لصيانة الجماعة) جواب عن قولهما وتقريره لانسلم أن جواز الجمع بالتقديم لامتداد الوقوف بل لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا لان الموقف موضع واسع ذو طول وعرض فلا يمكنهم اقامة الجماعة الا بالاجتماع وانه يتعذر مرتين فى العادة فيعجلوا العصر لئلا تفوتهم فضيلة الجماعة لحق الوقوف لان الجماعة تفوت لا الى خلف وحق الوقوف يتأدى قبل وبعد ومعه اذ لا منافاة بين الوقوف والصلاة لان الوقوف لا ينقطع بالاشتغال بالصلاة كما لا ينقطع بالاكل والشرب والتوضى وغير ذلك وفى كلامه تسامح لانه جعل علة تقديم العصر تحصيل مقصود الوقوف حيث قال ولهذا قدم العصر على وقته وههنا جعل علته صيانة الجماعة فان كان المقصود من الوقوف صيانة الجماعة صح الكلام لكن ليس كذلك لان المقصود منه أداء أعظم أركنى الحج وان كان غير ذلك تناقض كلامه وتوارد علتان على معلول واحد بالشخص وذلك غير جائز ويمكن أن يجاب عنه بأن المقصود من الوقوف شيآن أحدهما عاجل والثانى آجل والاول هو امتداد المكث لاجل الدعا لمصالح دينه ودنياه والثانى أداء الركن وصيانة الجماعة فيجوز أن يكون تقديم العصر معللا لتحصيل مقصود الوقوف من حيث المقصود الاول ولصيانة الجماعة من حيث الثانى واذا اختلفت الجهة اندفع التناقض وتوارد العلتين والحاصل أنهم اتفقوا على أن المقصود منه للمكلف هو الامتداد فى المكث لاجل الدعاء ولكنهم اختلفوا فى وجود غيره فقال مائة غيره وفيه المنفرد والجماعة سواء وقال بل ثمة غيره وهو ماله من صيانة الجماعة وليس المنفرد فيه كالجماعة

خلافا لما روى عن محمد رحمه الله لان الاشتغال بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الاول فيعيده للعصر (فان صلى بغير خطبة أجزأه) لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال (ومن صلى الظهر فى رحله وحده صلى العصر فى وقته) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابى حنيفة رحمه الله أن المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا فى الموقف لما ذكرناه اذ لا منافاة

والسلام ساوق الاقامة بخطبة ثانية خفيفة قدر الاقامة تمجيدا وتسبيحا وفى حديث جابر رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام صلاهما باذان واقامتين ولم يصل بينهما شيأ وعنه قلنا لا يتطوع بين الصلاتين وما فى الذخيرة والمحيط من أنه يصلى بهم العصر فى وقت الظهر من غير أن يشتغل بين الصلاتين بالنافلة غير سنة الظهر بنا فى حديث جابر الطويل اذ قال فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيأ وكذا بنا فى اطلاق المشايخ رضى الله عنهم فى قولهم ولا يتطوع بينهما فان التطوع يقال على السنة (قوله خلافا لما روى عن محمد رحمه الله) وجه قوله أنه قد جمعهما وقت واحد فيكفيهما أذان واحد قلنا الاصل أن كل فرض بأذان تركنا فيما اذا جمع بينهما على وجه معين فعند عدمه يعود الاصل (قوله فرض بالنصوص) لقوله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا أى فرضا موقتا وفى حديث من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر (قوله والتقديم الخ) لا حاجة الى تعليل الجمع الوارد بأنه لصيانة الجماعة ابطالا لتعليلهما بل يكفى فى بيان أنه لا يجوز ارتكابه فى غير مورده من حالة الانفراد بيان ثبوته على خلاف القياس ثم انه يتراءى أن ما أبداه سببا للجمع مناف لما ذكره آنفا من قوله ولهذا أى لتحصيل مقصود الوقوف قدم العصر على وقته الا أن يدعى أن ذلك خرج على قولهما لا قوله

(قوله وفى كلامه تسامح الى قوله لان المقصود منه أداء أعظم ركنى الحج) أقول ولك أن تقول تعليل التقديم بتحصيل مقصود الوقوف خرج على مذهبهما فلا غبار (قوله وان كان غير ذلك تناقض كلامه الخ) أقول فيه بحث فانه انما يلزم التناقض والتوارد لو جعل كل منهما علة مستقلة للتقديم لا يجوز أن يكون جزء علة (قوله ولكنهم اختلفوا فى وجود غيره الى آخر قوله وقال بل ثمة غيره) أقول قوله اذ لا منافاة لا يناسب هذا الكلام اذ مفاده عدم توقف هذا المقصود على التقديم مطلقا (قوله وهو ماله من صيانة الجماعة الخ) أقول ولك أن تقول

(ثم عند أبي حنيفة الامام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته) واشتراط الامام للتغير (ولابي حنيفة أن التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج) وكل ما كان شرعه على خلاف القياس بالنص يقتصر على مورده (وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج) قال أبو حنيفة الاحرام شرط فيهما جميعا وقال زفر هو شرط في صلاة العصر وثمرته تظهر في حلال مكي صلى الظهر مع الامام ثم أحرم بالحج فصلى العصر معه أو المحرم بالعمرة صلى الظهر ثم أحرم فصلى العصر مع الامام لم يجزه العصر الا في وقتها عند أبي حنيفة وعند زفر تجوز (ثم لابد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية) لان الاحرام شرط جواز الجمع وشرط الشئ يسبقه وجواز الجمع يتحقق اذا زالت (١٦٥) الشمس مقارنا والمتقدم على أحد المتقارنين متقدم على الآخر (وفي) رواية (أخرى يكتفى بالتقديم على الصلاة لان المقصود هو الصلاة) قال (ثم يتوجه الامام الى الموقف) أي بعد الجمع بين الصلاتين يتوجه الامام الى الموقف (فيقف بقرب الجبل لان النبي صلى الله عليه وسلم راح الى الموقف عقيب الصلاة) وقوله (والجبل يسمى جبل الرحمة) ظاهر وقوله (بطن عرنة) وادبحذاء عرفات قيل رأى النبي صلى الله عليه وسلم فيه الشيطان فكان هذا نظير النهي عن الصلاة في الساعات الثلاث

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله الامام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر رحمه الله في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة رحمه الله أن التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لابد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام على وقت الجمع وفي أخرى يكتفى بالتقديم على الصلاة لان المقصود هو الصلاة قال (ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلاة) لان النبي عليه الصلاة والسلام راح الى الموقف عقيب الصلاة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم قال (وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة)

ثم ما عينه أولى لما ذكر من أنه لا منافاة أي بين الوقوف والصلاة فانه واقف بعرفة حال كونه نائما أو مغمى عليه فكيف لا يكون حال كونه مصليا وان أراد الوقوف المتوجه فيه الى الدعاء وكل ذلك فضيلة وامتداده وعدم تفريقه قلنا تفريقه بالنوم والحديث ليس بمكروه وترك الجماعة مكروه لانها واجبة أو في حكم الواجب على ما أسلفناه في باب الامامة وعدم خروج الصلاة عن وقتها فرض فاذا ثبت بلا مرد إخراجها في صورة فالحكم بأنه لتحصيل واجب أو ماهو قريب منه أولى من جعله لتحصيل فضيلة ولذا لم يختلف فيه مع الجماعة بخلافه مع الانفراد فيه اختلاف روى عن ابن مسعود رضي الله عنه منعه (قوله وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج) الحاصل أن جواز الجمع مشروط عند أبي حنيفة بالاحرام بالحج في الصلاتين جميعا وعندهما في العصر فقط وبالجماعة فيهما عنده وهذا قول زفر رحمه الله أيضا غير أنه يشترطهما في العصر ليس غير (قوله ولابي حنيفة رحمه الله) تقريره ظاهر وفي المبسوط وجه قول أبي حنيفة أن العصر في هذا اليوم كالتبع للظهر لانهما صلاتان أديتا في وقت واحد والثانية مرتبة على الاولى فكانا كالعشاء مع الوتر وينبغي أن يزاد بعد قوله صلاتان واجبتان قال ولما جعل الامام شرطا في التبع كان شرطا في الاصل بطريق الاولى ودليل التبعية لغيره أنه لا يجوز العصر في هذا اليوم الا بعد صحة الظهر حتى لو تبين لغيم أنهم صلوا الظهر قبل الزوال والعصر بعده لزمهم اعادة الصلاتين وكذا لو جدد الوضوء بين الصلاتين ثم ظهر أن الظهر صلى بغير وضوء لزمه اعادة الصلاتين (١) بخلاف الوتر فيما تقدم لا يعيده عند الامام والفرق أن الوتر أداؤه في وقته بخلاف العصر ولما كان في لزوم الاولوية خفاء اقتصر المصنف على ما ذكره (قوله عقيب انصرافهم من الصلاة) ظرف ليتوجه (لانه

اذا فات المقصود ينبغي أن يجتهد في تحصيل المقصود الاول حتى لا يخلو الوقوف عن مقاصده بالكلية فان ما لا يدرك كله لا يترك كله (قوله وشرط الشئ يسبقه الخ) أقول منقوض بالوضوء فانه شرط جواز الصلاة وشرط الشئ يسبقه وجواز الصلاة يتحقق اذا زالت الشمس مقارنا له مع أنه لا يلزم أن يتقدم الزوال (قال المصنف ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه) أقول في غاية السروجي عن طلحة بن عبد الله بن كريز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أفضل الايام يوم عرفة وافق يوم جمعة وهو أفضل من سبعين حجة في غير جمعة خرجه رزين بن معاوية في تجريد الصحاح بعلامة الموطا وفي مناسك النووي وقيل اذا وافق يوم عرفة يوم جمعة غفر لكل أهل الموقف اه قال ابن جماعة في مناسكه الكبير وسأل بعض الطلبة والدي رحمه الله تعالى فقال قد جاء أن الله تعالى يغفر لجميع أهل الموقف مطلقا فما وجه تخصيص ذلك بيوم الجمعة في هذا الحديث فأجابه بأنه يحتمل أن الله تعالى يغفر لجميع أهل الموقف في يوم الجمعة بغير واسطة وفي غير يوم الجمعة يهب قوما للقوم والله أعلم اه

---

(١) قوله بخلاف الوتر الى قوله بخلاف العصر هذه زيادة ثبتت في بعض النسخ وسقطت من غالبها اه مصححه

لقوله عليه الصلاة والسلام عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر قال (وينبغي للامام أن يقف بعرفة على راحلته) لان النبي عليه الصلاة والسلام وقف على ناقته (وان وقف على قدميه جاز) والاول أفضل لما بينا (وينبغي أن يقف مستقبل القبلة) لان النبي عليه السلام وقف كذلك وقال النبي عليه السلام خير المواقف ما استقبلت به القبلة (ويدعو ويعلم الناس المناسك) لما روى أن النبي عليه السلام كان يدعو يوم عرفة ماذا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وان ورد الآثار ببعض الدعوات وقد أوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة المناسك في عدة من المناسك

عليه الصلاة والسلام راح الى الموقف عقيب الصلاة) هو في حديث جابر * واعلم أن أول وقت الوقوف اذا زالت الشمس وعند الى طلوع فجر يوم النحر فالوقوف قبل ذلك وبعده عدم والركن ساعة من ذلك والواجب ان وقف نهارا يمتد الى الغروب أو ليلا فلا واجب فيه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام عرفة كلها موقف) روى من طرق عديدة من حديث جابر عند ابن ماجه قال عليه الصلاة والسلام كل عرفة موقف وارتفعوا عن بطن عرنة وكل المزدلفة موقف وارتفعوا عن بطن محسر وكل منى منحر الا ما وراء العقبة وفيه القاسم بن عبد الله بن عمر العمري متروك ومن حديث جبير بن مطعم وفيه وكل فجاج منى منحر ولم يستثن وكل أيام التشريق ذبح رواه أحمد عن سليمان بن موسى الاشدق عن جبير بن مطعم وهو منقطع فان ابن الاشدق لم يدرك جبيرا ورواه ابن حبان في صحيحه وأدخل فيه بين سليمان وجبير عبد الرحمن بن أبي حسين وكذا رواه الترمذي لكن قال البزار ابن أبي حسين لم يلق جبير بن مطعم قال وانما ذكرنا هذا الحديث لانا لا نحفظ عنه عليه الصلاة والسلام في كل أيام التشريق ذبح الا فيه فذكرناه وبينا العلة فيه اه وروى أيضا من حديث ابن عباس رضي الله عنهما فرواه الطبراني والحاكم وقال على شرط مسلم عنه مرفوعا عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر اه ومن حديث ابن عمر أخرجه ابن عدي في الكامل بلفظ حديث ابن عباس وفي سنده عبد الرحمن بن عبد الله العمري المضعف ومن حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه ابن عدي أيضا نحوه سواء وأعله ببزيد بن عبد الملك فثبت بهذا كله ثبوت هذا الحديث وعدم ثبوت تلك الزيادة أعني كل أيام التشريق ذبح للانفراد بها مع الانقطاع والاتفاق على ما سواها سوى ذلك الاستثناء (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف على ناقته) هو في حديث جابر الطويل فارجع اليه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام الخ) روى الحافظ أبو نعيم في تاريخ اصبهان من حديث محمد بن الصلت عن ابن شهاب عن نافع عن ابن عمر مرفوعا خير المجالس ما استقبل به القبلة وأما خير المواقف فالله سبحانه أعلم به وروى الحاكم في الادب حديثا طويلا وسكت عنه أوله عنه عليه الصلاة والسلام إن لكل شئ شرفا وان شرف المجالس ما استقبل به القبلة وأعلى بهشام بن زياد وعن ابن عمر يرفعه أكرم المجالس ما استقبل به القبلة وهو معلول بحمزة النصيبيني ونسب للوضع (قوله ويدعو) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان أكثر دعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت بيده الخير وهو على كل شئ قدير رواه أحمد والترمذي عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال خير الدعاء دعاء يوم عرفة وخير ما قلت أنا والنبيون من قبلي لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير وقبل لابن عيينة هذا ثناء فلم سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم دعاء فقال الثناء على الكريم دعاء لانه يعرف حاجته وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من مسلم يقف عشية عرفة بالموقف مستقبلا بوجهه ثم يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير مائة مرة ثم يقرأ قل هو الله أحد مائة مرة ثم يقول اللهم صل على محمد كما صليت على ابراهيم وآل ابراهيم انك حميد مجيد وعلينا معهم مائة مرة الا قال الله تعالى يا ملائكتي ما جزاء عبدي هذا سبحني وهللني وكبرني وعظمني وعرفني وأثنى علي وصلى على نبي اشهدوا يا ملائكتي أني قد غفرت له وشفعته في

(والمزدلفة) انما سميت بها لاجتماع الناس فيها ومنه قوله تعالى وأزلفنا ثم الآخرين أي جمعناهم وقيل من الازدلاف بمعنى التقرب ومنه قوله تعالى وأزلفت الجنة للمتقين أي قربت وسميت بها لاقتراب الناس الى منى بعد الافاضة من عرفات (ووادي محسر) بكسر السين وتشديدها هو بين مكة وعرفات وقوله (كالمستطعم المسكين) في تقديم الصفة فائدة وهي المبالغة في تحقيق المدفان التشبيه حينئذ انما يحصل بحالة الاستطعام وهي حالة الاحتياج وقوله (وان ورد الآثار ببعض الدعوات) عن علي أنه عليه الصلاة والسلام قال ان أكثر دعائي ودعاء الانبياء من قبلي عشية عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شئ قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح لي صدري ويسر لي أمري وأعوذ بك من وسواس الصدر وشتات الامر وفتنة القبر اللهم اني أعوذ بك من شر ما يلج في البحر وشر ما تهب به الرياح

بتوفيق الله تعالى قال (وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الامام) لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا (وينبغي أن يقف وراء الامام) ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفات كلها موقف على ماذكرنا قال (ويستحب أن يغتسل قبل الوقوف ويجتهد في الدعاء) أما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام وأما الاجتهاد فلانه صلى الله عليه وسلم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم (ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة) وقال مالك رحمه الله تعالى يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان

نفسه ولو سألني عبدي هذا لشفعته في أهل الموقف رواه البيهقي وهو متن غريب في اسناده من اتهم بالوضع وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال جاء رجل من الانصار الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كلمات أسأل عنهن فقال عليه السلام اجلس وجاء رجل من ثقيف فقال يا رسول الله كلمات أسأل عنهن فقال عليه السلام سبقك الانصاري فقال الانصاري إنه رجل غريب وان للغريب حقا فاذهب أنت فأقبل على الثقفي وساق الحديث الى أن قال ثم أقبل على الانصاري فقال ان شئت أخبرتك عما جئت تسألني وان شئت تسألني فأخبرك فقال لا يا نبي الله أخبرني عما جئت أسألك فقال جئت تسأل عن الحاج ماله وساق الحديث الى أن قال فاذا وقف بعرفة فان الله عز وجل ينزل الى سماء الدنيا فيقول انظروا الى عبادي شعثا غبرا اشهدوا أني قد غفرت لهم ذنوبهم وان كانت عدد قطر السماء ورمل عالج واذا رمى الجمار لا يدري أحد ماله حتى يتوفاه الله تعالى واذا قضى آخر طوافه بالبيت خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه رواه البزار وابن حبان في صحيحه واللفظ له وروى أحمد باسناد صحيح عن ابن عباس رضي الله عنهما كان فلان ردف النبي صلى الله عليه وسلم يوم عرفة فجعل الفتى يلاحظ النساء وينظر اليهن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن أخي ان هذا يوم من ملك فيه سمعه وبصره ولسانه غفر له * ومن مأثورات الأدعية اللهم اجعل لي في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح لي صدري ويسر لي أمري اللهم إني أعوذ بك من وساوس الصدر وشتات الأمر وعذاب القبر اللهم اني أعوذ بك من شر ما يلج في الليل وشر ما يلج في النهار وشر ما تهب به الرياح وشر بوائق الدهر اللهم اني أعوذ بك من تحول عافيتك وفجأة نقمتك وجميع سخطك وأعطني في هذه العشية أفضل ما تعطي أحدا من خلقك وكل حاجة في نفسه يسألها فانه يوم إفاضة الخيرات من الجواد العظيم وحديث كان عليه السلام يدعو ماد يديه كالمستطعم رواه البزار بسنده عن ابن عباس عن الفضل قال رأيت رسول الله عليه السلام واقفا بعرفة ماد يديه كالمستطعم أو كلمة نحوها وأعل بحسين بن عبد الله ضعفه النسائي وابن معين قال ابن عدي هو حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن العباس بن عبد المطلب الهاشمي وهو ممن يكتب حديثه فاني لم أر له حديثا منكرا جاوز المقدار وأخرجه البيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما رأيته عليه السلام يدعو بعرفة بداه الى صدره كالمستطعم المسكين (قوله وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الامام) وكلما كان الى الامام أقرب فهو أفضل وغسل عرفة تقدم في باب الغسل (قوله فاستجيب له الا في الدماء والمظالم) روى ابن ماجه في سننه عن عبد الله بن كنانة بن عباس بن مرداس أن أباه أخبره عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا لأمته عشية عرفة فأجيب إني قد غفرت لهم ما خلا المظالم فاني آخذ للمظلوم منه فقال أي رب ان شئت أعطيت المظلوم الجنة وغفرت للظالم فلم يجب عشية عرفة فلما أصبح بالمزدلفة أعاد الدعاء فأجيب الى ما سأل قال فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال فتبسم فقال له أبو بكر رضي الله عنه بأبي أنت وأمي إن هذه لساعة ما كنت لتضحك فيها فما الذي أضحكك أضحك الله سنك قال إن عدو الله ابليس لما علم أن الله قد استجاب دعائي وغفر لأمتي أخذ التراب فجعل يحثوه على رأسه ويدعو بالويل والثبور فأضحكني ما رأيت من جزعه ورواه ابن عدي وأعله بكنانة وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء كنانة بن عباس بن مرداس السلمي يروي عن أبيه وروى عنه ابنه منكر الحديث جدا فلا أدري

(قوله (الا في الدماء والمظالم) أي الا في حق الدم الذي وجب لبعضهم على بعض قصاصا وعجزوا عن استيفائه وفي حق المظلمة التي وجبت لبعضهم على بعض وعجزوا عن الانتصاف وقيل قد استجيب له في ذلك أيضا في المزدلفة وقوله (ويلبي في موقفه) يعني يستديم ذلك الى أن يرمي أول حصاة من جمرة العقبة (وقال مالك يقطعها كما يقف بعرفة لان التلبية اجابة باللسان والاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان) كتكبيرة الافتتاح في الصلاة

ولنا ما روى أن النبي عليه السلام ما زال يلبي حتى أتى جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير في الصلاة فيأتي بها الى آخر جزء من الاحرام قال (فاذا غربت الشمس أفاض الامام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا المزدلفة) لان النبي عليه السلام دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان النبي عليه السلام يمشي على راحلته في الطريق على هينته

التخليط في حديثه منه أو من أبيه ومن أيهما كان فهو ساقط الاحتجاج وذلك لعظم ما أتى من المناكير عن المشاهير ورواه البيهقي وفيه فلما كان غداة المزدلفة أعاد الدعاء فأجابه الله تعالى إني قد غفرت لهم قال فتبسم الحديث ثم قال وهذا الحديث له شواهد كثيرة وقد ذكرناها في كتاب الشعب فان صح بشواهده ففيه الحجة وان لم يصح فقد قال الله تعالى ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء وظلم بعضهم بعضا دون الشرك اه قال الحافظ المنذري وروى ابن المبارك عن سفيان الثوري عن الزبير بن عدي عن أنس ابن مالك قال وقف النبي صلى الله عليه وسلم بعرفات وقد كادت الشمس أن تؤب فقال يا بلال أنصت الناس فقام بلال رضي الله عنه فقال انصتوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنصت الناس فقال معاشر الناس أتاني جبريل آنفا فأقرأني من ربي السلام وقال ان الله عز وجل قد غفر لاهل عرفات وأهل المشعر وضمن عنهم التبعات فقام عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال يا رسول الله هذا لنا خاصة قال هذا لكم ولمن أتى من بعدكم الى يوم القيامة فقال عمر بن الخطاب كثر خيرنا وطاب وفي كتاب الآثار قال محمد أخبرنا أبو حنيفة رضي الله عنه قال حدثنا محمد بن مالك الهمداني عن أبيه قال خرجنا في رهط نريد مكة حتى اذا كنا بالربذة رفع لنا خباء فاذا فيه أبو ذر فأتيناه فسلمنا عليه فرفع جانب الخباء فرد السلام فقال من أين أقبل القوم فقلنا من الفج العميق قال فأين تؤمون قلنا البيت العتيق قال آلله الذي لا إله الا هو ما أشخصكم غير الحج فكرر ذلك علينا مرارا فحلفناله فقال انطلقوا الى نسككم ثم استقبلوا العمل وفي موطأ مالك عن طلحة بن عبيد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما رؤي الشيطان يوما هو أصغر ولا أدحر ولا أغيظ منه في يوم عرفة وما ذاك الا لما يرى من تنزل الرحمة وتجاوز الله عز وجل عن الذنوب العظام الا ما رؤي يوم بدر فانه قد رأى جبريل يزع الملائكة (قوله ولنا ما روى) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن الفضل ابن العباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة وقد قدمناه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وحلفه عليه فزاد فيه ابن ماجه فلما رماها قطع التلبية والوجه الذي ذكره المصنف من المعنى يقتضي أن لا يقطع الا عند الحلق لان الاحرام باق قبله والأولى أن يقول فيأتي بها الى آخر الأحوال المختلفة في الاحرام فانها كالتكبير وآخره مع القعدة لانها آخر الاحوال (قوله فاذا غربت الشمس أفاض الامام والناس معه على هينتهم) أخرج الامام أبو داود والترمذي وابن ماجه عن علي رضي الله عنه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال ثم أفاض حين غربت الشمس وأردف خلفه أسامة بن زيد وجعل يشير بيده على هينته والناس يضربون يمينا وشمالا فجعل يلتفت اليهم ويقول أيها الناس عليكم السكينة ثم أتى جمعا فصلى بهم الصلاتين جميعا فلما أصبح أتى قزح فوقف عليه صححه الترمذي وفي حديث جابر الطويل فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس الى أن قال ودفع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد شنق للقصواء الزمام حتى إن رأسها ليصيب مورك رحله وهو يقول بيده اليمنى أيها الناس السكينة السكينة كلما أتى جبلا أرخى لها حتى تصعد وأخرج مسلم أيضا عن الفضل بن العباس رضي الله عنهما وكان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عشية عرفة وغداة جمع للناس حين أفاض عليكم بالسكينة وهو كاف ناقته حتى دخل محسرا وهو من منى فقال عليكم بحصى الخذف فما في الصحيحين أنه عليه السلام كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص وفسر بأن العنق خطا فسيحة محمول على خطا الناقة لانها فسيحة في نفسها اذا لم تكن منقلة جدا (قوله ولان فيه اظهار مخالفة المشركين) فانهم كانوا يدفعون قبل الغروب على ما روى الحاكم في المستدرك عن المسور بن

(قوله ليس البر في ايجاف الخيل الخ) أقول الايجاف الاسراع وكذا الايضاع

فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه لانه لم يفض من عرفة والافضل أن يقف في مقامه كي لا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا بأس به لما روى أن عائشة رضي الله عنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم أفاضت قال (واذا أتى مزدلفة فالمستحب أن يقف بقرب الجبل الذى عليه المیقدة يقال له قزح) لان النبي عليه الصلاة والسلام وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله تعالى عنه ويتحرز في النزول عن الطريق كي لا يضر بالمارة فينزل عن يمينه أو يساره ويستحب أن يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة قال (ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء بأذان واقامة واحدة) وقال زفر رحمه الله بأذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما بأذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فأفرد بها لزيادة الاعلام (ولا يتطوع بينهما) لانه يخل بالجمع ولو تطوع أو تشاغل بشئ أعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي أن يعيد الاذان كما في الجمع الاول بعرفة الا أنا اكتفينا باعادة الاقامة

مخرمة قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفات فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فان أهل الشرك والأوثان كانوا يدفعون من هذا الموضع اذا كانت الشمس على رؤس الجبال كأنها عمائم الرجال على رؤسها وانا ندفع بعد أن تغيب الشمس وكانوا يدفعون من المشعر الحرام اذا كانت الشمس (١) منبطة وقال صحيح على شرط الشيخين قال وقد صح بهذا سماع المسور بن مخرمة من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا كما يتوهم رعاع أصحابنا أن له رؤية بلا سماع (قوله فان خاف الزحام فدفع قبل الامام) أي قبل الغروب (ولم يجاوز حدود عرفة) قيد به لانه لو جاوزها قبل الامام وقبل الغروب وجب عليه دم وحاصله أنه اذا دفع قبل الغروب وان كان لحاجة بأن تقدم بعيره فتبعه ان جاوز عرفة بعد الغروب فلا شئ عليه وان جاوز قبله فعليه دم فان لم يعد أصلا أو عاد بعد الغروب لم يسقط الدم وان عاد قبله فدفع مع الامام بعد الغروب سقط على الصحيح لانه تداركه في وقته وجه مقابله أن الواجب مد الوقوف الى الغروب وقد فات ولم يتدارك فيتقرر موجبه وهو الدم قلنا وجوب المد مطلقا ممنوع بل الواجب مقصودا النفر بعد الغروب ووجوب المد ليقع النفر كذلك فهو لغيره وقد وجد المقصود فسقط ما وجب له كالسعي للجمعة في حق من في المسجد وغاية الأمر فيه أن يهدر ما وقفه قبل دفعه في حق الركن ويعتبر عوده الكائن في الوقت ابتداء وقوفه أليس بذلك يحصل الركن من غير لزوم دم ولو تأخر الامام عن الغروب دفع الناس قبله لدخول وقته ويكثر من الاستغفار والذكر من حين يفيض قال الله تعالى فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله وقال تعالى ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس واستغفروا الله ان الله غفور رحيم (قوله لما روى أن عائشة) روى ابن أبي شيبة بسنده عنها أنها كانت تدعو بشراب فتفطر ثم تفيض فعله المصنف على أن فعلها كان لقصد التأخير لخفة الزحام ويجوز أنه كان للاحتياط في تمكن الوقت وفيه دليل على عدم كراهة صوم يوم عرفة بعرفة لمن يأمن على نفسه سوء خلقه وقزح غير منصرف للعلمية والعدل من قازح اسم فاعل من قزح الشئ اذا ارتفع وهو جبل صغير في آخر المزدلفة والمستحب أن يدخل المزدلفة ماشيا والغسل لدخولها (قوله ولنا رواية جابر) روى ابن أبي شيبة حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بجمع بأذان واحد واقامة ولم يسبح بينهما وهو متن غريب والذي في حديث جابر الطويل الثابت في صحيح مسلم وغيره أنه صلاهما بأذان واقامتين وعند البخاري عن ابن عمر رضي الله

وقوله (ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه) اشارة الى أنه لو جاوزها قبل الامام وقبل غروب الشمس وجب عليه الدم ولكن ان عاد الى عرفة قبل الغروب ثم دفع مع الامام منها بعد الغروب سقط عنه الدم وان عاد بعد الغروب لم يسقط قال (واذا أتى مزدلفة فالمستحب أن يقف بقرب الجبل الذى عليه المیقدة) كلامه واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه يدعو ويعلم وقوله (ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء بأذان واقامة) أي في وقت العشاء

(قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يدعو الخ) أقول فيه بحث بل هو اشارة الى قوله ليكون مستقبل القبلة اذ أولوية الوقوف وراء الامام كان معللا به وأما قوله لانه يدعو الخ فانه كان علة لاولوية الوقوف بقرب الامام

(١) قوله منبطة هكذا هو في بعض النسخ وفي بعضها منبسطة وليحرر لفظ الحديث كتبه مصححه

وقوله (ثم تعشى) أى أكل العشاء وقوله (ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع) أى بجمع المزدلفة (عند أبى حنيفة لان المغرب مؤخرة عن وقتها) وأداء الصلاة بعد خروج وقتها موافق للقياس لان القضاء مشروع فى جميع الصلوات فلا يجب مراعاة مورد النص فالنص وان ورد فى تأخير المغرب عند وجود الجماعة لكن لا يشترط فيه الجماعة وأما تقديم الصلاة على وقتها فخالف للقياس من كل وجه فيراعى لذلك فيه جميع ما ورد فيه النص وانما خص أبا حنيفة بالذكر لان الجماعة كانت شرطا عنده فى الجمع بعرفات وقوله (ومن صلى المغرب فى الطريق) أى فى طريق المزدلفة وحده (لم يجزه عند أبى حنيفة ومحمد وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال أبو يوسف يجزيه وقد أساء) وكذلك لو صلاها بعرفات وكذلك لو صلى العشاء فى الطريق بعد دخول وقتها (لابى يوسف أنه أداها فى وقتها) ومن أدى صلاة فى وقتها (لا تجب عليه اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا أن التأخير من السنة فيصير مسيأ بتركه ولهما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لاسامة رضى الله عنه فى طريق المزدلفة الصلاة أمامك

لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم أفرد الاقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند أبى حنيفة رحمه الله لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته قال (ومن صلى المغرب فى الطريق لم يجزه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر) وقال أبو يوسف رحمه الله يجزيه وقد أساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابى يوسف أنه أداها فى وقتها فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا أن التأخير من السنة فيصير مسيأ بتركه ولهما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لاسامة رضى الله عنه فى طريق المزدلفة الصلاة أمامك معناه وقت الصلاة

عنه أيضا قال جمع النبى صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء بجمع كل واحدة منهما باقامة ولم يسبح بينهما ولا على اثر واحدة منهما وفى صحيح مسلم عن سعيد بن جبير أفضنا مع ابن عمر رضى الله عنهما فلما بلغنا جمعا صلى بنا المغرب ثلاثا والعشاء ركعتين باقامة واحدة فلما انصرف قال ابن عمر هكذا صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا المكان وأخرج أبو الشيخ عن الحسين بن حفص حدثنا سفيان عن سلمة بن كهيل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى المغرب والعشاء بجمع باقامة واحدة وأخرج أبو داود عن أشعث بن سليم عن أبيه قال أقبلت مع ابن عمر من عرفات الى المزدلفة فلم يكن يفتر عن التكبير والتهليل حتى أتينا مزدلفة فأذن وأقام أو أمر انسانا فأذن وأقام فصلى المغرب ثلاث ركعات ثم التفت الينا فقال الصلاة فصلى العشاء ركعتين ثم دعا بعشائه قال وأخبرنى علاج بن عمرو بمثل حديث أبى عن ابن عمر رضى الله عنه فقيل لابن عمر فى ذلك فقال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا فقد علمت ما فى هذا من التعارض فان لم يرجح ما اتفق عليه الصحيحان على ما انفرد به صحيح مسلم وأبو داود حتى تساقطا كان الرجوع الى الأصل يوجب تعدد الاقامة بتعدد الصلاة كما فى قضاء الفوائت بل أولى لان الصلاة الثانية هنا وقتية فاذا أقيم للاولى المتأخرة عن وقتها المعهود كانت الحاضرة أولى أن يقام لها بعدها وينبغى أن يصلى الفرض قبل حط رحله بل ينيخ جماله ويعقلها وهذه ليلة جمعت شرف المكان والزمان فينبغى أن يجتهد فى احيائها بالصلاة والتلاوة والذكر والتضرع (قوله لما روى أنه عليه السلام الخ) لا أصل لهذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هو فى البخارى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه فعله وكذا أخرجه ابن أبى شيبة عنه ولفظه قال فلما أتى جمعا أذن وأقام فصلى المغرب ثلاثا ثم تعشى ثم أذن وأقام فصلى العشاء ركعتين وكيف يسوغ للمصنف أن يعتبر هذا حديثا حجة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مصرح بصدور تعدد الاقامة منه عليه السلام فى هاتين الصلاتين والمصنف من قريب يناضل على أنه صلاهما باقامة واحدة ولم يكن منه عليه السلام الا حجة واحدة فان كان قد ثبت عند المصنف الاول فقد اعتقد أنه صلاهما من غير تخلل عشاء بينهما باقامة واحدة فيستحيل اعتقاد الثانى والا لزم اعتقاد أنه تعشى ولا تعشى وأفرد الاقامة ولا أفردها وهذا لان رواية الحديث للاحتجاج فرع اعتقاد صحته (قوله لان المغرب مؤخرة عن وقتها) وأداء صلاة بعد وقتها على وفق القياس (قوله لم يجزه) الخارج من الدليل والتقرير صريحا أن الاعادة واجبة وهو لا يستلزم الحكم بعدم الاجزاء

(قوله ولهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لاسامة الى قوله وقال يا رسول الله أنصلى الصلاة أمامك) أقول قوله والا الصلاة أمامك مقول قال لاسامة (قوله يعنى وقت الصلاة الخ) أقول لا يلزم من هذا نفى كون ذلك الوقت وقته ألا ترى الى قول سبحان لمعاوية رضى الله عنه يوم الجمعة وقد بالغ فى الوعظ وقرب العصر فقال له معاوية الصلاة الصلاة أمامك فتأمل ثم اعلم أن قوله الصلاة أمامك مقول قول سبحان

بعضهم بأن معناه مكان الصلاة أمامك وهو مزدلفة فيكون من باب ذكر الحال وارادة المحل (وهذا) أى قول النبى صلى الله عليه وسلم (اشارة الى أن التأخير واجب) لانه لو لم يكن كذلك كان معناه القضاء بعد خروج الوقت وتفويت الصلاة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه عليه الصلاة والسلام فيجب النظر فى سببه فاما أن يكون اتصال السير أو امكان الجمع بين الصلاتين فى المزدلفة لا سبيل الى الاول لان مبله عليه الصلاة والسلام الى الشعب وقضاء حاجته بأباه فتعين الثانى فهما كان ممكنا لابصار الى غيره والامكان مالم يطلع الفجر فتجب الاعادة مالم يطلع وأما اذا طلع فقد فات الامكان فسقطت الاعادة واعترض بأن هذا الحديث من الآحاد فكيف يجوز أن يبطل به قوله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وأجاب شيخ شيخى العلامة بأنه من المشاهير تلقته الامة بالقبول فى الصدر الاول وعملوا به فجاز أن يزاد به على كتاب الله تعالى وأقول قوله تعالى ان الصلاة كانت الآية ونحوها ليس فيها دلالة قاطعة على تعيين الاوقات وانما دلالتها على أن للصلاة أوقاتا وتعيينها ثبت إما بخبر جبريل عليه الصلاة والسلام أو بغيره من الآحاد أو بفعله عليه الصلاة والسلام ومثل ذلك لا يفيد القطع فجاز أن يعارضه خبر الواحد ثم يعمل بفعله عليه السلام وهو أنه جمع بينهما بالمزدلفة ولا يجوز أن يكون قضاء فتعين أن يكون ذلك وقته وشكك عن أبى يوسف بان صلاة المغرب التى صلاها فى الطريق إما أن وقعت صحيحة أو لا فان كان الاول لا تجب الاعادة لا فى الوقت ولا بعده وان كان الثانى وجبت فيه وبعده لان ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضى الوقت وأجيب بأن الفساد موقوف يظهر أثره فى ثانى الحال كما مر فى مسئلة الترتيب قال (واذا طلع الفجر يصلى الامام بالناس الفجر بغلس) أى اذا طلع الفجر يوم النحر يصلى الامام بالناس الفجر بغلس والغلس

وهذا اشارة الى أن التأخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة فكان عليه الاعادة مالم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة قال (واذا طلع الفجر يصلى الامام بالناس الفجر بغلس) لرواية ابن مسعود

والاوجب الاعادة مطلقا بل لم تكن اعادة بل أداء فى الوقت وقضاء خارجه وحاصل الدليل أن الظنى أفاد تأخر وقت المغرب فى خصوص هذا اليوم ليتوصل الى الجمع بجمع وإعمال مقتضاه واجب مالم يلزم تقديم على القاطع وهو بايجاب أداء المغرب بعد الكون بمزدلفة مالم يطلع الفجر فاذا طلع الفجر انتفى امكان تدارك هذا الواجب وتقرر المأثم اذ لو وجب بعده كان حقيقة عدم الاجزاء فيما هو موقت قطعا وفيه التقديم الممتنع وعن ذلك قلنا اذا بقى فى الطريق طويلا حتى علم أنه لا يدرك مزدلفة قبل الفجر جاز له أن يصلى المغرب فى الطريق واذ قد عرفت هذا فلا تعليل ذلك الظنى بأن التأخير والتأخير للجمع لوجب أن الاعادة لازمة مطلقا لكن ما وجب لشئ ينتفى وجوبه عند تحقق انتفاء ذلك الشئ بقى الكلام فى افادة صورة ذلك الظنى وهو ما فى الصحيحين عن أسامة بن زيد قال دفع عليه السلام من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال ثم توضأ ولم يسبغ الوضوء فقلت له الصلاة فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فأسبغ الوضوء ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بعيره فى منزله ثم أقيمت الصلاة فصلاها ولم يصل بينهما شيأ اه وقوله الصلاة أمامك المراد وقتها وقد يقال مقتضاه وجوب الاعادة مطلقا لانه أداها قبل وقتها الثابت بالحديث فتعليله بأنه للجمع فاذا فات سقطت الاعادة تخصيص للنص بالمعنى المستنبط منه ومرجعه الى تقديم المعنى على النص وكلهم على أن العبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص لا يقال لو أجريناه فى اطلاقه أدى الى تقديم الظنى على القاطع لانا نقول ذلك لو قلنا بافتراض ذلك لكنا نحكم بالاجزاء ووجوب اعادة ما وقع مجزيا شرعا مطلقا ولا بدع فى ذلك فهو نظير وجوب اعادة صلاة أديت مع كراهة التحريم حيث يحكم باجزائها وتجب اعادتها مطلقا والله تعالى أعلم (قوله واذا طلع الفجر) أى فجر يوم النحر (قوله لرواية ابن مسعود رضى الله عنه) فى الصحيحين عنه ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الا لميقاتها الا صلاتين صلاة المغرب والعشاء بجمع وصلى ظلمة آخر الليل وفى بعض الشروح ناقلا عن الديوان آخر ظلمة الليل وهو أوفق لما نحن فيه على ما سيظهر قوله (رواية ابن مسعود)

(قوله وتفويت الصلاة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه صلى الله عليه وسلم) أقول يعنى بلا عذر والا فقد شغل صلى الله عليه وسلم يوم الخندق عن الصلاة ثم قضاها (قوله فيجب النظر فى سببه) أقول أى فى سبب وجوب التأخير (قوله لابصار الى غيره) أقول الضمير فى غيره راجع الى الجمع فى قوله أو امكان الجمع (قوله والامكان مالم يطلع الفجر) أقول يعنى والامكان ثابت مالم يطلع الفجر (قوله وتعيينها ثبت اما بحديث جبريل أو بغيره من الآحاد الخ) أقول بل بالنقل المواتر المستفيض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بل بنظم القرآن اذ افسر لوك الشمس بغروبها (قوله ثم يعمل بفعله عليه الصلاة والسلام) أقول المعلوم من فعله صلى الله عليه وسلم كون الوقت الذى صلى المغرب فيه وقته أيضا ولا يدل على كون وقته المعهود وقتا وما المطلوب الا ذلك (قوله وفى بعض الشروح ناقلا عن الديوان) أقول يعنى غاية البيان

قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الا لوقتها الا بجمع فانه عليه الصلاة والسلام جمع المغرب والعشاء وصلى صلاة الصبح من الغد قبل وقتها ولقائل أن يقول الدليل المنقول والمعقول اللذان ذكرهما المصنف غير مطابقين للمدلول أما المنقول فلانه بدل على أنه عليه الصلاة والسلام صلاها بغلس والمدلول قوله واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس وأما المعقول فلان تقريره في التغليس دفع حاجة الوقوف ودفع الحاجة يجوز التقديم كتقديم العصر بعرفة وتقديم العصر كان على وقته فيكون ههنا كذلك تصحيحا للتشبيه وهو خلاف المطلوب والجواب عن الاول أن الراوي عن ابن مسعود هو عبد الرحمن بن يزيد وقد روى البخاري عنه في صحيحه أنه قال خرجت مع عبد الله الى مكة ثم قدمنا جمعا فصلى الصلاتين ثم صلى الفجر حين طلع الفجر وقائل يقول لم يطلع الفجر وهذا يدل على أن المراد بقوله قبل وقتها قبل وقتها المستحب لان الظاهر أن الراوي لا يعمل على خلاف ما روى ويؤيده حديث جابر في الصحيحين فصلى الفجر حين تبين الصبح وعن الثاني بان معناه لما جاز تعجيل العصر على وقتها للحاجة الى الوقوف بعدها فلان يجوز التغليس بالفجر وهو في وقتها أولى وقوله (ثم وقف ووقف (١٧٣) معه الناس) ظاهر وقوله (حتى الدماء والمظالم) بالرفع أي حتى يدخل في المستجاب بان يرضى الخصوم بالازدياد في مثوباتهم حتى يتركوا خصوماتهم في الدماء والمظالم وقوله (وقال الشافعي إنه ركن) قال في النهاية ونسبة هذا القول اليه سهو وقع من الكاتب لما أنه ذكر في كتبهم أن الوقوف بالمزدلفة سنة وذكر في المبسوط الليث بن سعد رضي الله عنه مكان الشافعي وذكر في الاسرار عاقمة مكان الشافعي وذكر في فتاوى قاضيخان مالكا مكان الشافعي ويجوز أن يكون المصنف قد اطلع على نقل من مذهبه واستدل (بقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية) لان الله تعالى أمر بالذكر عند المشعر الحرام ولا يمكنه ذلك فيه الا بعد حضوره والوقوف فيه وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب (ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قدم ضعفة أهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك) لان ما هو ركن لا يجوز تركه لعذر وقوله (والمذكور فيما تلا الذكر) جواب عن استدلاله بالآية وتقريره أن المأمور به في الآية وهو الذكر ليس بركن بالاجماع فكذا ما كان وسيلة اليه وهو الحضور والوقوف وقوله (وانما عرفنا) ظاهر وقوله (لما روينا) يعني به قوله انه عليه الصلاة والسلام قدم ضعفة أهله بالليل فعلم من هذا الحديث أن المراد من تعليق تمام الحج في قوله عليه الصلاة والسلام من وقف معنا هذا الموقف الخ من حيث الكمال وهو الاتيان بالواجب لا من حيث الجواز

رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة (ثم وقف ووقف معه الناس ودعا) لان النبي عليه الصلاة والسلام وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رضي الله عنهما فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رحمه الله إنه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عليه الصلاة والسلام من وقف معنا هذا الموقف وقد كان أفاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح أمارة للوجوب غير أنه اذا تركه بعذر بأن يكون به ضعف أو علة أو كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا

الفجر يومئذ قبل ميقاتها بل يريد قبل وقتها الذي اعتاد صلاتها فيه كل يوم لانه غلس بها بينه لفظ البخاري والفجر حين بزغ الفجر وفي لفظ لمسلم قبل ميقاتها بغلس فأفاد أن المعتاد في غير ذلك اليوم الاسفار بالفجر وأخرجا أنه صلى بجمع الصلاتين جميعا وصلى الفجر حين طلع الفجر (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم الخ) تقدم في حديث جابر الطويل قوله فصلى الفجر حين تبين له الصبح بأذان واقامة ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فاستقبل القبلة فدعاه وكبره وهلله ووحده فلم يزل واقفا حتى أسفر جدا فدفع قبل أن تطلع الشمس الحديث وقول المصنف حتى روي في حديث ابن عباس الخ قالوا هو وهم وانما هو في حديث العباس بن مرداس ولو انجه أن يقال الحديث من رواية كنانة بن العباس بن مرداس فيصدق أنه من رواية ابن عباس اندفع لكن ابن عباس اذا أطلق لا يراد به الا عبد الله الملقب بالبحر رضي الله عنه (قوله وقال الشافعي إنه ركن) هذا سهو فان كتبهم ناطقة بأنه سنة وفي المبسوط ذكر الليث بن سعد مكان

(قوله أما المنقول فلانه يدل الخ) أقول فيه بحث (قوله لان ما هو ركن لا يجوز تركه لعذر) أقول منقوض بالركن الزائد كالاقرار في الأيمان (قال المصنف علق به تمام الحج) أقول لا يرد عليه ما سيجيء في فصل عقيب هذا الباب قوله صلى الله عليه وسلم فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه لان صدر الحديث يدل على الركنية وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة (قال المصنف وهذا يصلح أمارة للوجوب) أقول لعدم القطعية أولانه علق به تمام الحج لا الحج نفسه (قوله فعلم من هذا الحديث أن المراد من تعليق تمام الحج الخ) أقول فيه بحث اذ لا حاجة لنا الى ضم هذا الحديث لافادة أن المراد منه ما ذكره بل يفيده تعليق تمام الحج لا الحج نفسه على ما يفهم من تقرير المصنف

قال (والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر) لما رويناه من قبل قال (فاذا طلعت الشمس أفاض الامام والناس معه حتى يأتوا منى) قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى هكذا وقع في نسخ المختصر

الشافعي وفي الاسرار ذكر علقمة وجه الركنية قوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام قلنا غاية ما يفيد ايجاب الكون في المشعر الحرام بالالتزام لاجل الذكر ابتداء وهذا لان الامر فيها انما هو بالذكر عنده لا مطلقا فلا يتحقق الامتثال الا بالكون عنده فالمطلوب هو المقيد فيجب القيد ضرورة لا قصدا فاذا أجمعنا على أن نفس الذكر الذي هو متعلق الامر ليس بواجب انتفى وجوب الامر فيه بالضرورة فانتفى الركنية والايجاب من الآية وانما عرفنا الايجاب بغيرها وهو ما رواه أصحاب السنن الاربعة عن عروة بن مضرس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى يدفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهارا فقد تم حجه قال الحاكم صحيح على شرط كافة أهل الحديث وهو قاعدة من قواعد(١) أهل الاسلام ولم يخرجاه على اصلهما لان عروة بن مضرس لم يروعنه الا الشعبي وقد وجدنا عروة بن الزبير قد حدث عنه ثم أخرج عن عروة بن الزبير عن عروة بن مضرس قال جئت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالموقف فقلت يا رسول الله أتيت من جبل طيئ أكللت مطيتي وأتعبت نفسي والله ما بقي جبل من تلك الجبال الا وقفت عليه فهل من أدرك معنا هذه الصلاة يعني صلاة الصبح وقد أتى عرفة قبل ذلك ليلا أو نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه علق به تمام الحج وهو يصلح لافادة الوجوب لعدم القطعية فكيف مع حديث البخاري عن ابن عمر أنه كان يقدم ضعفة أهله فيقفون عند المشعر الحرام بالمزدلفة بليل فيذكرون الله ما بدا لهم ثم يرجعون قبل أن يقف الامام وقبل أن يدفع فمنهم من يقدم منى لصلاة الفجر ومنهم من يقدم بعد ذلك فاذا قدموا رموا الجمرة وكان ابن عمر يقول رخص في ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وما أخرج أصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقدم ضعفة أهله بغلس ويأمرهم أن لا يرموا الجمرة حتى تطلع الشمس فان بذلك تنتفي الركنية لان الركن لا يسقط للعذر بل ان كان عذر يمنع أصل العبادة سقطت كلها أو أخرت أما ان شرع فيها فلا تتم الا بأركانها وكيف وليست هي سوى أركانها فعند عدم الاركان لم يتحقق مسمى تلك العبادة أصلا (قوله والمزدلفة الخ) وهي تمتد الى وادي محسر بكسر السين المشددة قبلها حاء مهملة مفتوحة والمستحب أن يقف وراء الامام بقزح قيل هو المشعر الحرام وفي كلام الطحاوي أن للمزدلفة ثلاثة أسماء المزدلفة والمشعر الحرام وجمع والمأزمان بوادي محسر وأول محسر من القرن المشرف من الجبل الذي على يسار الذاهب الى منى سمي به لان فيل أصحاب الفيل أعيا فيه وأهل مكة يسمونه وادي النار قيل لان شمخصا اصطاد فيه فنزلت نار من السماء فأحرقته وآخره أول منى وهي منه الى العقبة التي يرمى بها الجمرة يوم النحر وليس وادي محسر من منى ولا من المزدلفة فالاستثناء في قوله ومزدلفة كلها موقف الا وادي محسر منقطع * واعلم أن ظاهر كلام القدوري والهداية وغيرهما في قولهم مزدلفة كلها موقف الا وادي محسر وكذا عرفة كلها موقف الا بطن عرنة أن المكانين ليسا مكان وقوف فلو وقف فيهما لا يجزيه كما لو وقف في منى سواء قلنا ان عرنة ومحسرا من عرفة ومزدلفة أولا وهكذا ظاهر الحديث الذي قدمنا تخريجه وكذا عبارة الاصل من كلام محمد ووقع في البدائع وأما مكانه يعني الوقوف بمزدلفة جزء من أجزاء مزدلفة الا أنه لا ينبغي أن ينزل في وادي محسر وروى الحديث ثم قال ولو وقف به أجزأ مع الكراهة وذكر مثل هذا في بطن عرنة أعني قوله الا أنه لا ينبغي أن يقف في بطن عرنة لانه عليه السلام نهى عن ذلك وأخبر أنه وادي الشيطان اه ولم يصرح فيه بالاجزاء مع الكراهة كما صرح به في وادي محسر ولا يخفى أن الكلام فيهما واحد وما ذكره غير مشهور من كلام الاصحاب بل الذي يقتضيه كلامهم عدم الاجزاء وأما الذي يقتضيه النظر ان لم يكن اجماع على عدم اجزاء الوقوف بالمكانين هو أن عرنة ووادي محسر ان كانا من مسمى عرفة

وقوله (لما رويناه من قبل) يعني به قوله عليه الصلاة والسلام والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر وقوله (هكذا وقع في نسخ المختصر) أي في نسخ مختصر القدوري

(١) قوله أهل الاسلام هكذا في النسخ ولعل لفظ أهل من زيادة الناسخ كتبه مصححه

وهذا غلط والصحيح أنه اذا أسفر أفاض الامام والناس لان النبي عليه الصلاة والسلام دفع قبل طلوع الشمس قال (فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف) لان النبي صلى الله عليه وسلم لما أتى منى لم يعرج على شئ حتى رمى جمرة العقبة وقال صلى الله عليه وسلم عليكم بحصى الخذف لا يؤذى بعضكم بعضا ولو رمى بأكبر منه جاز لحصول الرمى غير أنه لا يرمى بالكبار من الاحجار كى لا يتأذى به غيره (ولو رماها من فوق العقبة أجزأه) لان ما حولها موضع النسك والافضل أن يكون من بطن الوادي لما روينا

والمشعر الحرام يجزئ الوقوف بهما ويكون مكروها لان القاطع أطلق الوقوف بمسماهما مطلقا وخبر الواحد منعه في بعضه فقيده والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز فيثبت الركن بالوقوف في مسماهما مطلقا والوجوب في كونه في غير المكانين المستثنيين وان لم يكونا من مسماهما لا يجزئ أصلا وهو ظاهر والاستثناء منقطع هذا وأول وقت الوقوف بمزدلفة اذا طلع الفجر من يوم النحر وآخره طلوع الشمس منه فلا يجوز قبل الفجر عندنا والمبيت بمزدلفة ليلة النحر سنة (قوله وهذا غلط) هو كما قال وقد تقدم في غير حديث أنه عليه السلام أفاض حين أسفر قبل طلوع الشمس كحديث جابر الطويل وغيره فارجع الى استقرائها وعن محمد في حد اذا صار الى طلوع الشمس قدر ركعتين دفع وهذا بطريق التقريب وهو مروى عن عمر هذا حال الوقوف أما المبيت بها فسنة شئ عليه في تركه ولا يشترط النية للوقوف كوقوف عرفة ولو مر بها بعد طلوع الفجر من غير أن يبيت بها جاز ولا شئ عليه لحصول الوقوف ضمن المرور كما في عرفة ولو وقف بعد ما أفاض الامام قبل طلوع الشمس أجزأه ولا شئ عليه كالوقف بعد إفاضة الامام ولو دفع قبل الناس أو قبل أن يصلي الفجر بعد الفجر لا شئ عليه الا أنه خالف السنة اذ السنة مد الوقوف الى الاسفار والصلاة مع الامام (قوله فيرميها من بطن الوادي الخ) في حديث جابر الطويل فدفع قبل أن تطلع الشمس حتى أتى بطن محسر فحرك قليلا ثم سلك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى حتى أتى الجمرة التي عند الشجرة فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة وفي سنن أبي داود عن سليمان بن عمرو بن الاحوص عن أمه قالت رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمي الجمرة من بطن الوادي وهو راكب يكبر مع كل حصاة ورجل من خلفه يستره فسألت عن الرجل فقالوا الفضل ابن عباس وازدحم الناس فقال عليه السلام يا أيها الناس لا يقتل بعضكم بعضا واذا رميتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخذف وعن جابر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة بمثل حصى الخذف رواه مسلم وفي الصحيح عن ابن مسعود أنه رمى جمرة العقبة من بطن الوادي بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة فقيل له ان ناسا يرمونها من فوقها فقال عبد الله هذا والذي لا اله غيره مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة وفي البخاري عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا رمى الجمرة الاولى رماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ثم ينحدر أمامها فيستقبل القبلة رافعا يديه يدعو وكان يطيل الوقوف ويأتي الجمرة الثانية فيرميها بسبع حصيات يكبر كلما رمى بحصاة ثم ينحدر ذات اليسار مما يلي الوادي فيقف مستقبل البيت رافعا يديه يدعو ثم يأتي الجمرة التي عند العقبة فيرميها بسبع حصيات يكبر كلما رماها بحصاة ثم ينصرف ولا يقف عندها (قوله الا أنه لا يرمي بالكبار من الاحجار) أطلق في منع الكبار بعدما أطلق في تجويز الكبار بقوله ولو رمى بأكبر منها جاز فعلم ارادة تقييد كل منهما فالمراد بالاول الاكبر منها قليلا والمراد بالثاني الاكبر منها كثيرا كالصخرة العظيمة ونحوها وما يقرب منها ويجب كون المنع على وجه الكراهة وذلك لان مقتضى ظاهر الدليل منع الاكبر من حصى الخذف مطلقا وهو ما رويناه آنفا فلما أجازوا الاكبر قليلا ولو كان مثل حصاة الخذف علم أن الامر بحصى الخذف محمول على الندب نظرا الى تعليله بتوهم الاذى ويلزمه الاجزاء برمي الصخرات فيكون المنع منها منع كراهة لتوقع الاذى بها (قوله ولو رماها من فوق العقبة أجزأه)

(وهذا غلط) لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع قبل طلوع الشمس رواه جابر وابن عمر قالا ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام حتى اذا كادت الشمس تطلع دفع الى منى وأقول معنى قوله واذا طلعت الشمس اذا قربت الى الطلوع وفعل ذلك اعتمادا على ظهور المسئلة وقوله (فيبتدئ بجمرة العقبة) الكلام في الرمي في اثني عشر موضعا أحدها الوقت وهو يوم النحر وثلاثة أيام بعده والثاني في موضع الرمي وهو بطن الوادي يعني من أسفله الى أعلاه والثالث في محل الرمي اليه وهو ثلاثة جمرة العقبة ومسجد الخيف والوسطى والرابع في كمية الحصيات وهي سبعة عند كل جمرة والخامس في المقدار وهو أن يكون مثل حصى الخذف والسادس في كيفية الرمي وهو ما ذكره في الكتاب وقيل يأخذ الحصى بطرف ابهامه وسبابته والسابع مقدار الرمي وقد ذكره في الكتاب والثامن في صفة الرامي وهو أن يكون راكبا أو ماشيا والفرق بينهما والتاسع في موضع وقوع الحصيات والعاشر في الموضع الذي يؤخذ منه الحجر وهما مذكوران في الكتاب والحادي عشر فيما يرمى به وهو ما كان من جنس الارض والثاني عشر أنه يرمي في اليوم الاول جمرة العقبة لا غير وفي بقية الايام يرمي الجمار كلها وكلامه في الكتاب واضح

(ويكبر مع كل حصاة) كذا روى ابن مسعود وابن عمر رضى الله عنهم (ولو سبح مكان التكبير أجزأه) لحصول الذكر وهو من آداب الرمى (ولا يقف عندها) لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يقف عندها (ويقطع التلبية مع أول حصاة) لما روينا عن ابن مسعود رضى الله عنه وروى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند أول حصاة رمى بها جمرة العقبة

الا أنه خلاف السنة ففعله عليه السلام من أسفلها سنة لا لانه المتعين ولذا ثبت رمى خلق كثير فى زمن الصحابة من أعلاها كما ذكرناه آنفا من حديث ابن مسعود رضى الله عنه ولم يأمرهم بالاعادة ولا أعلنوا بالنداء بذلك فى الناس وكان وجه اختياره عليه السلام لذلك هو وجه اختياره حصى الخذف فانه يتوقع الاذى اذا رموا من أعلاها لمن أسفلها فانه لا يخلو من مرور الناس فيصيبهم بخلاف الرمى من أسفل مع المارين من فوقها ان كان (قوله ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر) تقدم الرواية عنهما آنفا وقدمناه أيضا من حديث جابر وأم سليمان وظاهر المرويات من ذلك الاقتصار على الله أكبر غير أنه روى عن الحسن بن زياد أنه يقول الله أكبر رغما للشيطان وحزبه وقيل يقول أيضا اللهم اجعل حجى مبرورا وسعيى مشكورا وذنبى مغفورا (قوله ولو سبح مكان التكبير أجزأه) وكذا غير التسبيح من ذكر الله تعالى كالتهليل للعلم بأن المقصود من تكبيره صلى الله عليه وسلم الذكر لا خصوصه ويمكن حمل التكبير فى لفظ الرواة على معناه من التعظيم كما قلنا فى تكبير الافتتاح فيدخل كل ذكر لفظا لا معنى فقط لكن فيه بعد بسبب أن المعروف من اطلاقهم لفظ كبر الله ونحوه ارادة ما كان تعظيما بلفظ التكبير فانه اذا كان غيره قالوا سبح الله ووحده أو ذكر الله فهذا المعتاد يبعد هذا الحمل (قوله ولا يقف عندها) على هذا تظافرت الروايات عنه عليه السلام ولم تظهر حكمة تخصيص الوقوف والدعاء بغيرها من الجمرتين فان تخايل أنه فى اليوم الاول لكثرة ما عليه من الشغل كالذبح والحلق والافاضة الى مكة فهو منعدم فيما بعده من الايام الا أن يكون كون الوقوف يقع فى جمرة العقبة فى الطريق فيوجب قطع سلوكها على الناس وشدة ازدحام الواقفين والمارين ويفضى ذلك الى ضرر عظيم بخلافه فى باقى الجمار فانه لا يقع فى نفس الطريق بل بمعزل منضم عنه والله أعلم (قوله ويقطع التلبية مع أول حصاة لما روينا عن ابن مسعود) يحتمل أن المراد لما ثبت لنا رفع روايته عن ابن مسعود أى لما اشتملت عليه روايتنا له وان لم يكن رواه فى هذا الكتاب وهذه عناية دعا اليها أنه لم يتقدم له رواية ذلك عنه فى الكتاب وقد تقدم فى حديث الفضل بن العباس فى بحث الوقوف بعرفة أنه عليه السلام لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة أخرجه الستة وقدمناه قبل ذلك من حديث ابن مسعود واقسامه عليه وفى البدائع فان زار البيت قبل أن يرمى ويحلق ويذبح قطع التلبية فى قول أبى حنيفة وعن أبى يوسف أنه يلبى ما لم يحلق أو تزول الشمس من يوم النحر وعن محمد ثلاث روايات رواية كأبى حنيفة ورواية ابن سماعة من لم يرم قطع التلبية اذا غربت الشمس من يوم النحر ورواية هشام اذا مضت أيام النحر وظاهر روايته مع أبى حنيفة وجه أبى يوسف أنه لم يتحلل له بهذا الطواف شئ فكان كعدمه فلا يقطعها الا اذا زالت الشمس لان أصله أن رمى يوم النحر يتوقت بالزوال فيفعل بعده قضاء فصار فوانه عن وقته كفعله فى وقته وعند فعله فيه يقطعها كذا عند فوانه بخلاف ما اذا حلق قبل الرمى لانه خرج عن احرامه باعتبار الغالب ولا تلبية فى غير الاحرام ولهما أن الطواف وان كان قبل الرمى والحلق والذبح لكن وقع به التحلل فى الجملة عن النساء حتى يلزمه بالجماع بعده شاة لا بدنة فلم يكن الاحرام قائما مطلقا ولم تشرع التلبية الا فى الاحرام المطلق ولو ذبح قبل الرمى وهو متمتع أو قارن يقطعها فى قول أبى حنيفة لا ان كان مفردا لان الذبح محلل فى الجملة فى حقهما بخلاف المفرد وعند محمد لا يقطع اذ لا تحلل به بل بالرمى والحلق

ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي أن يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة أذرع فصاعدا كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لان مادون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا أجزأه لانه رمى الى قدميه الا أنه مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ الحصى من أي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به

وقوله (فيتشاءم به) ولا يتبرك ببيانه في حديث سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه الصلاة والسلام ولم تصر هضابا تسد الافق فقال أما علمت أنه من يقبل حجه رفع حصاه ومن لم يقبل حجه ترك حصاه حتى قال مجاهد لما سمعت هذا من ابن عباس جعلت على حصياتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميته من كل جانب ثم طلبت فلم أجد بتلك العلامة شيأ من الحصى

(قوله ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر ابهامه ويستعين بالمسبحة) هذا التفسير يحتمل كلا من تفسيرين قيل بهما أحدهما أن يضع طرف ابهامه اليمنى على وسط السبابة ويضع الحصاة على ظهر الابهام كأنه عاقد سبعين فيرميها وعرف منه أن المسنون في كون الرمي باليد اليمنى والآخر أن يحلق سبابته ويضعها على مفصل ابهامه كأنه عاقد عشرة وهذا في التمكن من الرمي به مع الزحمة والوهجة عسر وقيل يأخذها بطرف ابهامه وسبابته وهذا هو الاصل لانه أيسر والمعتاد ولم يقم دليل على أولوية تلك الكيفية سوى قوله عليه السلام فارموا مثل حصى الخذف وهذا لا يدل ولا يستلزم كون كيفية الرمي المطلوبة كيفية الخذف وانما هو تعيين ضابط مقدار الحصاة اذ كان مقدار ما يخذف به معلوما لهم وأما مازاد في رواية صحيح مسلم بعد قوله عليكم بحصى الخذف من قوله ويشير بيده كما يخذف الانسان يعني عند ما نطق بقوله عليكم بحصى الخذف أشار بصورة الخذف بيده فليس يستلزم طلب كون الرمي بصورة الخذف لجواز كونه ليؤكد كون المطلوب حصى الخذف كأنه قال خذوا حصى الخذف الذي هو هكذا ليشير أنه لا تجوز في كونه حصى الخذف وهذا لانه لا يعقل في خصوص وضع الحصاة في اليد على هذه الهيئة وجه قربة فالظاهر أنه لا يتعلق به غرض شرعي بل بمجرد صغر الحصاة ولو أمكن أن يقال فيه اشارة الى كون الرمي خذفا عارضه كونه وضعا غير متمكن واليوم يوم زحمة يوجب نفي غير المتمكن (قوله ولو طرحها طرحا أجزأه) يفيد أن المروى عن الحسن تعيين الاولى وأن مسمى الرمي لا ينتفي في الطرح رأسا بل إنما فيه معه قصور فتثبت الاساءة به بخلاف وضع الحصاة وضعا فانه لا يجزي لانتفاء حقيقة الرمي بالكلية (قوله ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة) قدر ذراع ونحوه ومنهم من لم يقدره كأنه اعتمد على اعتبار القرب عرفا وضده البعد في العرف فما كان مثله يعد بعيدا عرفا لا يجوز وهذا بناء على أنه لا واسطة بين البعيد والقريب حتى إن ما ليس بعيدا فهو قريب وما ليس قريبا فهو البعيد ولعله غير لازم اذ قد يكون الشيء من الشيء بحيث يقال فيه ليس بقريب منه ولا بعيد والظاهر على هذا التعويل على القرب وعدمه فما ليس بقريب لا يجوز لا على القرب والبعد ولو وقعت على ظهر رجل أو محمل وثبتت عليه حتى طرحها الحامل كان عليه اعادتها ولو وقعت عليه فنبت عنه ووقعت عند الجمرة بنفسها أجزأه ومقام الرامي بحيث يرى موقع حصاه وما قدر به بخمسة أذرع في رواية الحسن فذلك تقدير أقل ما يكون بينه وبين المكان في المسنون ألا ترى الى تعليله في الكتاب بقوله لان مادون ذلك يكون طرحا (قوله ولو رمى بسبع جملة فهي واحدة) فيلزمه ست سواها والسبع وأكثر منها واحد (قوله ويأخذ الحصى من أي موضع شاء الا من عند الجمرة فانه يكره) يتضمن خلاف ما قيل أنه يلتقطها من الجبل الذي على الطريق من مزدلفة قال بعضهم جرى التوارث بذلك وما قيل يأخذها من المزدلفة سبعا رمى جمرة العقبة في اليوم الاول فقط فأفاد أنه لا سنة في ذلك ويجب خلافها الاساءة وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان يأخذها من جمع بخلاف موضع الرمي لان السلف كرهوه لانه المردود وقوله وبه ورد الاثر كأنه ماعن سعيد بن جبير قلت لابن عباس رضي الله عنهما ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه السلام ولم تصر

(قوله فقال أما علمت أن من يقبل حجه رفع حصاه ومن لم يقبل حجه ترك حصاه) أقول لك أن تقول أهل الجاهلية كانوا على الاشراك ولا يقبل عمل المشرك فبقي اشكال لم لم تصر هضابا

هضابا

وقوله (ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الارض عندنا) اعترض عليه بالفيروزج والياقوت فانهما من أجزاء الارض حتى جاز التيمم بهما ومع ذلك لا يجوز الرمي بهما حتى لم يقع معتدا بهما في الرمي وأجيب بأن الجواز مشروط بالاستهانة برميه وذلك لا يحصل

ومع هذا لو فعل أجزأه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب أو الفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال (ثم يذبح إن أحب ثم يحلق أو يقصر) لما روى عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال ان أول نسكنا في يومنا هذا أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من أسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد (والحلق أفضل)

يرميهما وقال الشافعي لا يجوز الرمي الا بالحجر اتباعا لما ورد به الاثر لعدم كونه معقولا وقلنا سلمنا أنه غير معقول ولكن المنصوص عليه فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر والاصل فيه فعل الخليل عليه الصلاة والسلام ولم يكن في الحجر له بعينه مقصودا وانما المقصود فعل الرمي إما إعانة للكبش أو لطرد الشيطان على حسب اختلاف الرواة فقلنا بأي شئ حصل فعل الرمي أجزأه ولا يرد الذهب والفضة ولا الجواهر لانه يسمى نثارا لا رميا قال (ثم يذبح إن أحب ثم يحلق أو يقصر) كلامه واضح

هضابا تسد الأفق فقال أما علمت أن من تقبل حجه رفع حصاه ومن لم يقبل ترك حصاه قال مجاهد لما سمعت هذا من ابن عباس رضي الله عنه جعلت على حصياتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم أجد بتلك العلامة شيأ (قوله ومع هذا الوفعل) وأخذها من موضع الرمي (أجزأه) مع الكراهة وماهي إلا كراهة تنزيه ويكره أن يلتقط حجرا واحدا فيكسره سبعين حجرا صغيرا كما يفعله كثير من الناس اليوم ويستحب أن يغسل الحصيات قبل أن يرميها ليتيقن طهارتها فانه يقام بها قربة ولو رمى بمتنجسة بيقين كره وأجزأه (قوله ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الارض) كالحجر والطين والنورة والكحل والكبريت والزرنيخ وكف من تراب وظاهر اطلاقه جواز الرمي بالفيروزج والياقوت لانهما من أجزاء الارض وفيهما خلاف منعه الشارحون وغيرهم بناء على أن كون المرمي به يكون الرمي به استهانة شرط وأجازه بعضهم بناء على نفي ذلك الاشتراط وممن ذكر جوازه الفارسي في مناسكه وقوله بخلاف ما لو رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا جواب عن مقدر من جهة الشافعي لو تم ما ذكرتم في تجويز الطين من كون الثابت معه فعل الرمي وهو المقصود من غير نظر الى ما به الرمي لجاز بالذهب والفضة بل وبما ليس من أجزاء الارض كاللؤلؤ والمرجان والجوهر والعنبر والكل ممنوع عندكم فأجاب بأنه بالذهب والفضة يسمى نثارا لا رميا فلم يجز لانتفاء مسمى الرمي ولا يخفى أنه يصدق اسم الرمي مع كونه يسمى نثارا فغاية ما فيه أنه رمي خص باسم آخر باعتبار خصوص متعلقه ولا تأثير لذلك في سقوط اسم الرمي عنه ولا صورته وأيضا فهو جواب قاصر اذ لا يعم ما ذكرنا مما ليس من أجزاء الارض اللهم الا أن يدعى ثبوت اسم النثار أيضا فيما باللؤلؤ والعنبر أيضا وهو غير بعيد وحينئذ يكون فيه ما ذكرنا من أنه يصدق اسم الخ ولو غير أصل الجواب الى اشتراط الاستهانة اندفع الكل لكنه يطالب بدليل اعتباره وليس فيه سوى ثبوت فعله عليه السلام بالحجار اذ لا اجماع فيه وهو لا يستلزم بمجرده التعيين كرميه من أسفل الجمرة لا من أعلاها وغيره ولو استلزمه تعين الحجر وهو مطلوب الخصم ثم لو تم نظرا الى ما أثر من أن الرمي رغما للشيطان اذ أصله رمي نبي الله اياه عند الجمار لما عرض له عندها للاغواء بالمخالفة استلزم جواز الرمي بمثل الخشبة الرثة والبعرة وهو ممنوع على أن أكثر المحققين على أنها أمور تعبدية لا يشتغل بالمعنى فيها والحاصل أنه إما أن يلاحظ مجرد الرمي أو مع الاستهانة أو خصوص ما وقع منه عليه الصلاة والسلام والاول يستلزم الجواز بالجواهر والثاني بالبعرة والخشبة التي لا قيمة لها والثالث بالحجر خصوصا فليكن هذا أولى لكونه أسلم والاصل في أعمال هذه المواطن الاما قام دليل على عدم تعينه كما في الرمي من أسفل الجمرة مما ذكرنا (قوله لقوله عليه السلام ان أول نسكنا الخ) غريب وانما أخرج الجماعة الا ابن ماجه عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى منى فأتى الجمرة فرماها ثم أتى منزله بمنى فنحر ثم قال للحلاق خذ وأشار الى جانبه الايمن ثم الايسر ثم جعل يعطيه الناس وهذا يفيد أن السنة في الحلق البداءة بيمين المحلوق رأسه وهو خلاف ما ذكر في المذهب وهذا الصواب (قوله فيقدم عليه الذبح) حتى يصير

(قوله وأجيب بأن الجواز مشروط بالاستهانة برميه الخ) أقول لا نسلم ذلك فانه قال في الغاية يجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الارض كالحجر والمدر والطين والمغرة والنورة والزرنيخ والاحجار النقية كالياقوت والزمرذ والبلخش ونحوها والملح الجبلي والكحل وقبضة من تراب وبالزبرجد والبلور والعقيق والفيروزج بخلاف الخشب والعنبر واللؤلؤ والذهب والفضة والجواهر أما الخشب واللؤلؤ والجواهر وهي كبار اللؤلؤ والعنبر فانها

 ليست من أجزاء الارض وأما الذهب والفضة فان فعلهما يسمى نثارا لا رميا اه ومثله في شرح الكنز للامام الزيلعي فاذا علمت ذلك علمت ما في كلام الشارح رحمه الله

لقوله عليه الصلاة والسلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق أكمل فى قضاء التفث وهو المقصود وفى التقصير بعض التقصير فأشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفى فى الحلق بربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق الكل أولى اقتداء برسول الله عليه الصلاة والسلام والتقصير أن يأخذ من رؤس شعره مقدار الانملة قال (وقد حل له كل شئ الا النساء) وقال مالك رحمه الله والاطيب أيضا لانه من دواعى الجماع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فيه حل له كل شئ الا النساء

كأن الحلق لم يقع فى محض الاحرام (قوله لقوله عليه السلام) فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال والمقصرين وفى رواية البخارى فلما كانت الرابعة قال والمقصرين وقوله ظاهر هو بفتح الهاء فعل ماض ومن لاشعر على رأسه يجرى الموسى على رأسه وجوبا لان الواجب شيآن اجراؤه مع الازالة فما عجز عنه سقط دون ما لم يعجز عنه وقيل استحبابا لان وجوب الاجراء للازالة لا لعينه فاذا سقط ما وجب لاجله سقط هو على أنه قد يقال بمنع وجوب عين الاجراء وان كان للازالة بل الواجب طريق الازالة ولو فرض بالنورة أو الحرق أو التنف وان عسر فى أكثر الرؤس أو قاتل غيره فنتفه أجزأ عن الحلق قصدا ولو تعذر الحلق لعارض تعين التقصير أو التقصير تعين الحلق كأن لبده بصمغ فلا يعمل فيه المقراض ومن تعذر اجراء الآلة على رأسه صار حلالا كالذى لا يقدر على مسح رأسه فى الوضوء لآفة قال محمد رحمه الله فيمن على رأسه قروح لا يستطيع اجراء الموسى عليه ولا يصل الى تقصيره حل بمنزلة من حلق والاحسن له أن يؤخر الاحلال الى آخر الوقت من أيام النحر ولا شئ عليه ان لم يؤخره ولو لم تكن به قروح لكنه خرج الى البادية فلم يجد آلة أو من يحلقه لا يجزيه الا الحلق أو التقصير وليس هذا بعذر ويعتبر فى سنة الحلق البداءة بيمين الحالق لا المحلوق ويبدأ بشقه الأيسر وقد ذكرنا آنفا أن مقتضى النص البداءة بيمين الرأس ويستحب دفن شعره ويقول عند الحلق الحمد لله على ما هدانا وأنعم علينا اللهم هذه ناصيتى بيدك فتقبل منى واغفر لى ذنوبى اللهم اكتب لى بكل شعرة حسنة وامح بها عنى سيئة وارفع لى بها درجة اللهم اغفر لى وللمحلقين والمقصرين ياواسع المغفرة آمين واذا فرغ فليكبر وليقل الحمد لله الذى قضى عنا نسكنا اللهم زدنا ايمانا ويقينا ويدعو لوالديه والمسلمين (قوله ويكتفى فى الحلق بربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق الكل أولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم) قال الكرمانى فان حلق أو قصر أقل من النصف أجزأ وهو مسئ ولا يأخذ من شعر غير رأسه ولا من ظفره فان فعل لم يضره لانه أوان التحلل وهذا كله مما يحصل به التحلل لانه من قضاء التفث كذا علله فى المبسوط وفى المحيط أبيح له التحلل فغسل رأسه بالخطمى أو قلم ظفره قبل الحلق عليه دم لان الاحرام باق لانه لا تحلل الا بالحلق فقد جنى عليه بالطيب وذكر الطحاوى لا دم عليه عند أبى يوسف ومحمد لانه أبيح له التحلل فيقع به التحلل * واعلم أنه اتفق كل من الائمة الثلاثة أبى حنيفة ومالك والشافعى رحمهم الله على أنه يجزى فى الحلق القدر الذى قال انه يجزى فى المسح فى الوضوء ولا يصح أن يكون هذا منهم بطريق القياس كما نفيده عبارة المصنف لانه يكون قياسا بلا جامع يظهر أثره وذلك لان حكم الاصل على تقدير القياس وجوب المسح ومحله المسح وحكم الفرع وجوب الحلق ومحله الحلق للتحلل ولا يظن أن محل الحكم الرأس اذ لا يتحد الاصل والفرع وذلك أن الاصل والفرع هما محلا الحكم المشبه به والمشبه والحكم هو الوجوب مثلا ولا قياس يتصور عند اتحاد محله اذ لا اثنينية وحينئذ فحكم الاصل وهو وجوب المسح ليس فيه معنى يوجب جواز قصره على الربع وانما فيه نفس النص الوارد فيه وهو قوله تعالى وامسحوا برؤسكم بناء إما على الاجمال والتحاق حديث المغيرة بيانا أو على عدمه والمفاد بسبب الباء إلصاق اليد كلها بالرأس لان الفعل حينئذ يصير متعديا الى الآلة بنفسه فيشملها

وتمام

وقوله (ظاهر بالترحم عليهم) أى كرر الترحم على المحلقين وروى نافع عن عبد الله ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين فقال والمقصرين وفى رواية أخرى كرر عليه الصلاة والسلام ثم قال فى الرابع والمقصرين وذلك دليل على أن الحلق أفضل وقوله (مقدار الانملة) قيل هذا التقدير مروى عن ابن عمر ولم يعلم فيه خلاف ومن لا شعر له أمر الموسى على رأسه لانه ان عجز عن الحلق والتقصير لم يعجز عن التشبه واختلفوا فى كونه واجبا أو مستحبا وقوله (لانه من دواعى الجماع) بعضده أن المعتدة يحرم عليها الطيب لهذا المعنى والجماع بدواعيه لا يحل حتى يطوف كالقبلة واللمس بشهوة ولما روت عائشة اذا حلق الحاج حل له كل شئ الا النساء وقالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه ولاحلاله قبل أن يطوف بالبيت وهذا لا شك فى تقديمه على القياس

(قوله واختلفوا فى كونه واجبا أو مستحبا) أقول وفى الغاية واجراء الموسى على رأس الاقرع واجب وهو المختار عندنا وعند مالك وفى المحيط وقيل سنة وعند الشافعى وابن حنبل مستحب اه

وهو مقدم على القياس ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال (ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا) خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إنه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا أن ما يكون محللا يكون جناية في غير أوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير أوانه بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق لابه قال (ثم يأتي مكة من يومه ذلك أو من الغد أو من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة أشواط)

وتمام اليد يستوعب الربع عادة فتعين قدره لأن فيه معنى ظهر أثره في الاكتفاء بالربع أو بالبعض مطلقا أو تعين الكل وهو متحقق في وجوب حلقها عند التحلل من الاحرام ليتعدى الاكتفاء بالربع من المسح الى الحلق وكذا الآخران واذا انتفت صحة القياس فالمرجع في كل من المسحة وحلق التحلل ما يفيده نصه الوارد فيه والوارد في المسح دخلت فيه الباء على الرأس التي هي المحل فأوجب عند الشافعي التبعيض وعندنا وعند مالك لا بل الالصاق غير أنا لاحظنا تعدي الفعل للآلة فيجب قدرها من الرأس ولم يلاحظه مالك رحمه الله فاستوعب الكل أو جعله صلة كما في فامسحوا بوجوهكم في آية التيمم فاقتضى وجوب استيعاب المسح وأما الوارد في الحلق فمن الكتاب قوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين رؤسكم من غير باء والآية فيها اشارة الى طلب تحليق الرؤس أو تقصيرها وليس فيها ما هو الموجب لطريق التبعيض على اختلافه عندنا وعند الشافعي رحمه الله وهو دخول الباء على المحل ومن السنة فعله عليه السلام وهو الاستيعاب فكان مقتضى الدليل في الحلق وجوب الاستيعاب كما هو قول مالك وهو الذي أدين الله به والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله وهو مقدم على القياس) يفيد أن ما استدل به مالك قياس وان لم يذكر أصله على ما ذكرنا من أنه قد يترك ذكره كثيرا اذا كان أصله ظاهرا أو له أصول كثيرة وهنا كذلك وحاصله الطيب من دواعي المحرم وهو الجماع فيحرم قياسا على المس بشهوة في الاعتكاف والاستبراء فأجاب بأنه في معارضة النص لكن قد استدل لمالك بحديث رواه الحاكم في المستدرك عن عبد الله بن الزبير قال من سنة الحج ان رمى الجمرة الكبرى حل له كل شئ حرم عليه الا النساء والطيب حتى يزور البيت وقال على شرطهما اه وقول الصحابي من السنة حكمه الرفع وعن عمر رضي الله عنه بطريق منقطع أنه قال اذا رميتم الجمرة فقد حل لكم ما حرم الا النساء والطيب ذكره وانقطاعه في الامام ولنا ما أخرج النسائي وابن ماجه عن سفيان عن سلمة بن كهيل عن الحسن العرني عن ابن عباس قال اذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شئ الا النساء فقال رجل والطيب فقال أما أنا فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يضمخ رأسه بالمسك أفطيب هو أم لا وأما ما في الكتاب فهو ما أخرج ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام اذا رمى أحدكم جمرة العقبة فقد حل له كل شئ الا النساء ورواه أبو داود بسند فيه الحجاج بن أرطاة والدارقطني بسند آخر هو فيه أيضا وقال اذا رميتم وحلقتم وذبحتم وقال لم يروه الا الحجاج بن أرطاة وفي الصحيحين عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها قالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم ويوم النحر قبل أن يطوف بالبيت بطيب فيه مسك وأخرجه مسلم عن عمرة عنها قالت طيبته عليه السلام لحرمه حين أحرم (١) ولحله قبل أن يفيض (قوله ولنا أن ما يكون محللا يكون جناية في غير أوانه كالحلق) يعني هذا هو الاصل لان التحلل من العبادة هو الخروج منها ولا يكون ذلك بركنها بل إما بما فيها أو بما هو محظور بها وهو أقل ما يكون بخلاف دم الاحصار لانه على خلاف الاصل للحاجة الى التحلل قبل أوان اطلاق مباشرة المحظور تحللا فان قيل يرد الطواف فانه محلل من النساء وليس من المحظورات أجاب بمنع كونه محللا بل التحلل عنده بالحلق السابق لابه غاية الامر بعض أحكام الحلق جناية في غير أوانه) أقول للشافعي أن ينازع فيه كيف وهو أول المسئلة (قال المصنف لان التحلل بالحلق السابق) أقول فيه بحث

(ولنا أنه قضاء شهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال) بالطواف وهذا الان دواعي الجماع ملحقة به في المحظورات كما في الاعتكاف وقبل الحلق وقوله (ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا) يعني اذا رمى جمرة العقبة لا يتحلل عندنا حتى يحلق وقال الشافعي يتحلل ويحل له كل شئ الا النساء (هو يقول إنه يتوقت بيوم النحر) وكل ما هو كذلك فهو محلل كالحلق (ولنا أن ما يكون محللا يكون جناية في غير أوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير أوانه) ونوقض بدم الاحصار فانه محلل وليس بمحظور الاحرام وأجيب بأن المراد ما كان محللا في الاصل ودم الاحصار ليس كذلك وانما صير اليه لضرورة المنع وقوله (بخلاف الطواف) جواب عما يقال الطواف محلل في حق النساء وليس بمحظور الاحرام وانما هو ركن وتقريره أن التحلل لم يكن بالطواف بل بالحلق السابق قوله (ثم يأتي مكة من يومه) يعني أول أيام النحر

(قوله لان دواعي الجماع ملحقة به الخ) أقول لا حاجة الى هذا بل ثبتت الحرمة بلفظ الحديث وهو قوله الا النساء فانه يعم لامثاله (قال المصنف ولنا أن ما يكون محللا يكون

(١) قوله ولحله كذا في صحيح مسلم وغيره بلام الجر وهو الصواب ووقع في بعض النسخ التي بأيدينا ومحله بميم وهو تحريف فليحذر اه كتبه مصححه

لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما حلق أفاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى ووقته أيام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق فكان وقتهما واحدا وأول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وأفضل هذه الايام أولها كما في التضحية وفي الحديث أفضلها أولها (فان كان قد سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده) لان السعي لم يشرع الا مرة

يؤخر الى وقته ولا يخفى أن ما ذكرناه آنفا من السمعيات يفيد أنه هو السبب للتحلل الاول وعن هذا نقل عن الشافعي أن الحلق ليس بواجب والله أعلم وهو عندنا واجب لان التحلل الواجب لا يكون الا به ويحملون ما ذكرنا على اضمار الحلق أي اذا رمى وحلق جمعا بينه وبين ما في بعض ما ذكرناه من عطفه على الشرط في رواية الدارقطني وقوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم وهو الحلق واللبس على ما عن ابن عمر وقول أهل التأويل انه الحلق وقص الاظفار وقوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين محلقين الآية أخبر بدخولهم محلقين فلا بد من وقوع التحليق وان لم يكن حالة الدخول في العمرة لانها حال مقدرة ثم هو مبني على اختيارهم فلا بد من الوجوب الحامل على الوجود فيوجد المخبر به ظاهرا وغالبا لتطابق الاخبار غير أن هذا التأويل ظني فيثبت به الوجوب لا القطع ولو غسل رأسه بالخطمي بعد الرمي قبل الحلق لزمه دم على قول أبي حنيفة رضي الله عنه على الاصح لان احرامه باق لا يزول الا بالحلق (قوله لما روى الخ) هذا دليل يخص يوم النحر بالافاضة لا أنه يفيد ما ذكره من أنه يفيض في أحد الايام الثلاثة فكان الاحسن أن يقدم عليه قوله وأفضل هذه الايام أولها ليكون دليل السنة ويثبت الجواز في اليومين الاخيرين بالمعنى وهو ما ذكره بقوله ووقته أيام النحر الخ وأما حديث أفضلها أولها فالله سبحانه وتعالى أعلم به ثم الحديث الذي ذكره أخرجه مسلم عن ابن عمر أنه عليه السلام أفاض يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر بمنى قال نافع وكان ابن عمر يفيض يوم النحر ثم يرجع فيصلي الظهر بمنى ويذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم فعله والذي في حديث جابر الطويل الثابت في مسلم وغيره من كتب السنن خلاف ذلك حيث قال ثم ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأفاض الى البيت فصلى الظهر بمكة ولا شك أن أحد الخبرين وهم وثبت عن عائشة رضي الله عنها مثل حديث جابر الطويل بطريق فيه ابن اسحق وهو حجة على ما هو الحق ولهذا قال المنذري في مختصره هو حديث حسن واذا تعارضا ولا بد من صلاة الظهر في أحد المكانين ففي مكة بالمسجد الحرام أولى لثبوت مضاعفة الفرائض فيه ولو تجشمنا الجمع حملنا فعله بمنى على الاعادة بسبب اطلع عليه يوجب نقصان المؤدى أو لا (قوله فكان وقتهما واحدا) يعني فكان وقت الذبح وقتا للطواف لا وقت الطواف فان الطواف لا يتوقت بأيام النحر حتى يفوت بفواتها بل وقته العمر الا أنه يكره تأخيره عن هذه الايام وحينئذ فوجه الاستدلال بالعطف أنه عطف طلب الطواف على الاكل من الاضحية الملزوم للذبح في قوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق فكان على الذبح اللازم ومن ضرورة جمع طلبهما مطلقا اطلاق الاتيان بكل منهما من حين يتحقق وقت أحدهما والذبح يتحقق وقته من فجر النحر فمنه يتحقق وقت الطواف والحاصل أن وقت الطواف أوله طلوع الفجر من يوم النحر لا من ليلته كما يقوله الشافعي لان ذلك وقت الوقوف ولا آخر له بل مدة وقته العمر الا أنه يجب فعله قبل مضي أيام النحر عند أبي حنيفة خلافا لهما بل ذلك عندهما السنة يكره خلافها وستأتي المسئلة ﴿ وهذه فروع تتعلق بالطواف ﴾ مكان الطواف داخل المسجد فلو طاف من وراء السواري أو من وراء زمزم أجزأه وان طاف من وراء المسجد لا يجوز وعليه الاعادة وفي موضع ان كانت حيطانه بينه وبين الكعبة لم يجزه يعني بخلاف ما لو

(قال المصنف ثم قال وليطوفوا فكان وقتهما واحدا) أقول كيف يكون واحدا وقد عطف الثاني على الاول بكلمة التراخي فتأمل قال ابن الهمام يعني فكان وقت الذبح وقتا للطواف لا وقت الطواف فان الطواف لا يتوقت بأيام النحر حتى يفوت بفواتها بل وقته العمر الا أنه يكره تأخيره عن هذه الايام وحينئذ فوجه الاستدلال بالعطف أنه عطف طلب الطواف على الاكل من الاضحية الملزوم للذبح في قوله تعالى فكلوا منها الآية فكان على الذبح اللازم ومن ضرورة جمع طلبهما مطلقا اطلاق الاتيان بكل منهما من حين يتحقق وقت أحدهما والذبح يتحقق وقته من فجر النحر فمنه يتحقق وقت الطواف والحاصل أن وقت الطواف أوله طلوع الفجر من يوم النحر لا من ليلته كما يقوله الشافعي لان ذلك وقت الوقوف ولا آخر له بل مدة وقته العمر اه فني قوله ومن ضرورة جمع طلبهما الخ بحث لانه عطف بكلمة التراخي

كانت حيطانه منهدمة والاول أصوب يعني وقع ذكر الحيطان في ظاهر الرواية لكنه اتفاقي لا معتبر المفهوم لما يفهم من التعليل في أصل المبسوط فأما اذا طاف من وراء المسجد فكانت حيطانه بينه وبين الكعبة لم يجزه لانه طاف بالمسجد لا بالبيت أرأيت لو طاف بمكة أكان يجزيه وان كان البيت في مكة أرأيت لو طاف بالدنيا أكان يجزيه من الطواف بالبيت لا يجزيه شيء من ذلك فهذا مثله اه ولا شك أن الطائف بمكة يقال فيه طائف بمكة وان لم تكن حيطان سور وكذا بالمسجد وهذا لان النسبة أعني نسبة الطواف الى الكعبة انما تثبت بقرب منها مناسب ولولا أن المسجد له حكم البقعة الواحدة وان انتشرت أطرافه لكان يناسب القول بعدم الاجزاء بالطواف في حواشيه تحت الابنية للبعد الذي قد يقطع النسبة اليه حتى إن من دار هناك انما يقال كان فلان يدور في المسجد كأنه يتأمل بقعه وأبنيته ولا يقال في العرف كان يطوف بالبيت وأول ما يبدأ به داخل المسجد الطواف محرما أو غير محرم دون الصلاة الا أن يكون عليه صلاة فائتة أو خاف فوت الوقتية ولو الوتر أو سنة راتبة أو فوت الجماعة فيقدم الصلاة في هذه الصور على الطواف كما لو دخل في وقت منع الناس الطواف فيه فان لم يكن محرما فطواف تحية وان كان بالحج فطواف القدوم ان كان دخوله قبل يوم النحر وان كان فيه فطواف الفريضة يغني عنه ولو نواه وقع عن الفرض وان كان بالعمرة فبطواف العمرة ولا يسن طواف القدوم له ولو نواه وقع عن العمرة وينبغي أن يكون قريبا من البيت في طوافه اذا لم يؤذ أحدا والافضل للمرأة أن تكون في حاشية المطاف ويكون طوافه من وراء الشاذروان كي لا يكون بعض طوافه بالبيت بناء على أنه منه وقال الكرماني الشاذروان ليس من البيت عندنا وعند الشافعي منه حتى لا يجوز الطواف عليه والشاذروان هو تلك الزيادة الملصقة بالبيت من الحجر الاسود الى فرجة الحجر قيل بقي منه حين عمرته قريش وضيقت ولا يخفى أن ما لم يثبت ذلك بطريق لا مرد له كثبوت كون بعض الحجر من البيت فالقول قولنا لان الظاهر أن البيت هو الجدار المرتفع قائما الى أعلاه وينبغي أن يبدأ بالطواف من جانب الحجر الذي يلي الركن اليماني ليكون ماراً على جميع الحجر بجميع بدنه فيخرج من خلاف من يشترط المرور كذلك عليه وشرحه أن يقف مستقبلا على جانب الحجر بحيث يصير جميع الحجر عن يمينه ثم يمشي كذلك مستقبلا حتى يجاوز الحجر فاذا جاوزه انفتل وجعل يساره الى البيت وهذا في الافتتاح خاصة واذا أقيمت الصلاة المكتوبة أو الجنازة خرج من طوافه اليها وكذا اذا كان في السعي ثم اذا فرغ وعاد بنى على ما كان طافه ولا يستقبل وكذا اذا خرج لتجديد وضوء ولا يكره الطواف في الاوقات التي تكره فيها الصلاة الا أنه لا يصلي ركعتي الطواف فيها بل يصبر الى أن يدخل ما لا كراهة فيه ويكره وصل الاسابيع وهو مذهب عمر وغيره وعند أبي يوسف رحمه الله لا بأس به بشرط أن ينفصل عن وتر منها ومع الكراهة لو طاف أسبوعا ثم شوطا أو شوطين من آخر ثم ذكر أنه لا ينبغي له أن يجمع بين أسبوعين لا يقطع الاسبوع الذي شرع فيه بل يتمه ولا بأس بأن يطوف منتعلا اذا كانتا طاهرتين أو يخفه وان كان على ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم كره له ذلك ولم يكن عليه شيء والركن في الطواف أربعة أشواط فما زاد الى السبعة واجب نص عليه محمد رحمه الله وسنذكر ما عندنا فيه وقيل الركن ثلاثة أشواط وثلثا شوط وافتتاح الطواف من الحجر سنة فلو افتتحه من غيره أجزأ وكره عند عامة المشايخ ونص محمد في الرقيات على أنه لا يجزيه فجعله شرطا ولو قيل إنه واجب لا يبعد لان المواظبة من غير ترك مرة دليله فيأثم به ويجزيه ولو كان في آية الطواف اجمال لكان شرطا كما قاله محمد رحمه الله لكنه منتف في حق الابتداء فيكون مطلق التطوف هو الفرض وافتتاحه من الحجر واجب للمواظبة كما قالوا في جعل الكعبة عن يساره حال الطواف انه واجب حتى لو طاف منكوسا بأن جعلها عن يمينه اعتد به في ثبوت التحلل وعليه الاعادة فان رجع ولم يعد فيه فعليه دم وفي الكافي للحاكم الذي هو جمع كلام محمد يكره له أن ينشد

الشعر فى طوافه أو يتحدث أو يبيع أو يشترى فان فعله لم يفسد طوافه ويكره أن يرفع صوته بالقرآن فيه ولا بأس بقراءته فى نفسه اه وفى المنتقى عن أبى حنيفة رحمه الله لا ينبغى للرجل أن يقرأ فى طوافه ولا بأس بذكر الله وصرح المصنف فى التجنيس بأن الذكر أفضل من القراءة فى الطواف وليس ينبو عما ذكره الحاكم لأن لا بأس فى الاكثر لخلاف الاولى ومنهم من فصل فى الشعر بين أن يعرى عن حمد أو ثناء فيكره والا فلا وقيل يكره فى الحالين كما هو ظاهر جواب الرواية والحاصل أن هدى النبى صلى الله عليه وسلم هو الافضل ولم يثبت عنه فى الطواف قراءة بل الذكر وهو المتوارث عن السلف والمجمع عليه فكان أولى وأما كراهة الكلام فالمراد فضوله الا ما يحتاج اليه بقدر الحاجة ولا بأس بأن يفتى فى الطواف ويشرب ماء ان احتاج اليه ولا يلبى حالة الطواف فى طواف القدوم ومن طاف راكبا أو محمولا أو سعى بين الصفا والمروة كذلك ان كان بعذر جاز ولا شئ عليه وان كان بغير عذر فعاد أم بمكة يعيد فان رجع الى أهله بلا اعادة فعليه دم لان المشى واجب عندنا على هذا نص المشايخ وهو كلام محمد وما فى فتاوى قاضيخان من قوله الطواف ماشيا أفضل تساهل أو محمول على النافلة لا يقال بل ينبغى فى النافلة أن تجب صدقة لانه اذا شرع فيه وجب فوجب المشى لان الفرض أن شروعه لم يكن بصفة المشى والشروع انما يوجب ما شرع فيه ولو طاف زحفا لعذر أجزأه ولا شئ عليه وبلا عذر عليه الاعادة أو الدم ولو كان الحامل محرما أجزأه عن طوافه الموقت فى ذلك الوقت فرضا كان أو سنة قيل الا أن يقصد حمل المحمول فلا يجزيه بناء على أن نية الطواف الواقع جزء نسك ليست شرطا بل الشرط أن لا ينوى شيأ آخر ولذا الوطاف طالبا لغريم أو هاربا من عدو لا يجزيه بخلاف الوقوف بعرفة وسنذكر الفرق ان شاء الله تعالى فى الفصل الآتى والحاصل أن كل من طاف طوافا فى وقته وقع عنه بعد أن ينوى أصل الطواف نواه بعينه أولا أو نوى طوافا آخر لان النية تعتبر فى الاحرام لانه عقد على الاداء فلا يعتبر فى الاداء فلو قدم معتمر وطاف وقع عن العمرة وان كان حاجا قبل يوم النحر وقع للقدوم وان كان قارنا وقع الاول للعمرة والثانى للقدوم ولو كان فى يوم النحر اذا طاف فهو للزيارة وان طاف بعد ما حل النفر فللصدر ولو كان نواه المتطوع قيل لان غير هذا الطواف غير مشروع فلا يحتاج الى نية التعيين ويلغو غيرها كصوم رمضان ويحتاج الى أصلها وتحقيقه أن خصوص ذلك الوقت انما يستحق خصوص ذلك الطواف بسبب أنه فى احرام عبادة اقتضت وقوعه فى ذلك الوقت فلا يشرع غيره كمن سجد فى احرام الصلاة ينوى سجدة شكر أو نفل أو تلاوة عليه من قبل تقع عن سجدة الصلاة لذلك الاستحقاق فكان مقتضى هذا أن لا يحتاج الى نية أصلا كسجدة الصلاة لكن لما كان هذا الركن لا يقع فى محض احرام العبادة الذى اقترن به النية بل بعد انحلال أكثره وجب له أصل النية دون التعيين لانه لم يخرج عنه بالكلية بخلاف الوقوف بعرفة ۞ واعلم أن دخول البيت مستحب اذ لم يؤذ أحدا ثبت دخوله عليه السلام اياه على ما أسلفناه فى باب الصلاة فى الكعبة وأنه دعا وكبر فى نواحيه وعن ابن عباس عنه عليه السلام من دخل البيت دخل فى حسنة وخرج من سيئة مغفورا له رواه البيهقى وغيره وينبغى أن يقصد مصلاه عليه السلام وكان ابن عمر رضى الله عنه اذا دخلها مشى قبل وجهه وجعل الباب قبل ظهره حتى يكون بينه وبين الجدار الذى قبل وجهه قريب من ثلاثة أذرع ثم يصلى يتوخى مصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت عائشة رضى الله عنها عجبا للمرء المسلم اذا دخل الكعبة كيف يرفع بصره قبل السقف يدع ذلك إجلالا لله تعالى وإعظاما مادخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما خلف بصره موضع سجوده حتى خرج منها وكان البيت فى زمنه على ستة أعمدة وليست البلاطة الخضراء بين العمودين مصلاه عليه السلام فاذا صلى الى الجدار يضع خده عليه ويستغفر ويحمد ثم يأتى الاركان فيحمد ويهلل ويسبح ويكبر ويسأل الله تعالى ما شاء ويلزم الادب ما استطاع بظاهره وباطنه وما تقوله العامة من

وقوله (والرمل ماشرع الامرة فى طواف بعده سعى) لان النبى صلى الله عليه وسلم انما رمل فى طواف العمرة وهو طواف بعده سعى وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب وانما لم يقل لما رو ينا لانه ذكر فيه وجه التمسك به للوجوب فكان قوله بينا أشمل وأعم من قوله روينا وقوله ولكن بالحلق السابق تقدم معناه وقوله (الا أنه أخر عمله فى حق النساء) جواب عما يقال اذا كان الحلق السابق محللا فكيف بقيت النساء محرمة وتقريره ان عمله تأخر فى حق النساء ليقع الطواف الذى هو ركن فى الاحرام لئلا يقع التهاون فى أمره وقوله (وهذا الطواف) أى طواف الزيارة (هو المفروض فى الحج) وقوله (ثم يعود الى منى) يعنى بعد طواف الزيارة (فيقيم بها لان النبى صلى الله عليه وسلم رجع اليها كما روينا) يعنى ما تقدم أن النبى عليه الصلاة والسلام لما حلق أفاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى وقوله (ولانه بقى عليه الرمى) ظاهر وقوله (ويقف عند الجمرتين) يعنى الجمرة الاولى والوسطى (فى المقام الذى يقف فيه الناس) وهو أعلى الوادى

والرمل ماشرع الامرة فى طواف بعده سعى (ويصلى ركعتين بعد هذا الطواف) لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف أو نفلا لما بينا قال (وقد حل له النساء) ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا أنه أخر عمله فى حق النساء قال (وهذا الطواف هو المفروض فى الحج) وهو ركن فيه اذ هو المأمور به فى قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر (ويكره تأخيره عن هذه الايام) لما بينا أنه موقت بها (وان أخره عنها لزمه دم عند أبى حنيفة رحمه الله) وسنبينه فى باب الجنايات ان شاء الله تعالى قال (ثم يعود الى منى فيقيم بها) لان النبى عليه الصلاة والسلام رجع اليها كما روينا ولانه بقى عليه الرمى وموضعه بمنى (فاذا زالت الشمس من اليوم الثانى من أيام النحر رمى الجمار الثلاث فيبدأ بالتى تلى مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمى التى تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمى جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها) هكذا روى جابر رضى الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله عليه الصلاة والسلام مفسرا ويقف عند الجمرتين فى المقام الذى يقف فيه الناس ويحمد الله ويثنى عليه ويهلل ويكبر ويصلى على النبى عليه الصلاة والسلام ويدعو بحاجته ويرفع يديه

(قال المصنف اذ هو المحلل لا بالطواف الخ) أقول للشافعى أن يمنعه ويستند بظاهر الاستثناء فى الحديث لكن فى شرح الكنز للزيلعى ما يصلح جوابا عنه وهو قوله والدليل على ذلك أنه لو لم يحلق حتى طاف بالبيت لم يحل له شئ حتى يحلق اه الا أنه يبقى احتمال كون كل منهما جزء علة فليتأمل

العمرة الوثنى وهو موضع عال فى جدار البيت بدعة باطلة لا أصل لها والمسمار الذى وسط البيت يسمونه سرة الدنيا يكشف أحدهم سرته ويضعها عليه فعل من لا عقل له فضلا عن علم (قوله ماشرع الا مرة فى طواف بعده سعى) لانه عليه السلام انما سعى فى طواف العمرة المفردة أعنى عمرة القضاء والعمرة التى قرن الى حجته فانه عليه السلام حج قارنا على ما تبين فى باب القران ان شاء الله تعالى (قوله لما بينا) ولم يقل لما روينا أعنى قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين لانه ذكر هناك وجه التمسك به للوجوب حيث قال والامر للوجوب فقوله لما بينا يشمل جميع المروى مع ماذكر من وجه الاستدلال (قوله اذ هو المأمور به فى قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق) على ذلك اجماع المسلمين (قوله كما روينا) يعنى من قريب من قوله ان النبى صلى الله عليه وسلم لما حلق أفاض الى مكة فطاف بالبيت الخ (قوله واذا زالت الشمس الخ) أفاد أن وقت الرمى فى اليوم الثانى لا يدخل الا بعد الزوال وكذا فى اليوم الثالث وسيتبين (قوله فيبتدئ بالتى تلى مسجد الخيف الخ) هل هذا الترتيب متعين أو أولى مختلف فيه ففى المناسك لو بدأ فى اليوم الثانى بجمرة العقبة ثم بالوسطى ثم بالتى تلى مسجد الخيف فان أعاد على الوسطى ثم على العقبة فى يومه فحسن لان الترتيب سنة وان لم يعد أجزأه وفى المحيط فان رمى كل جمرة بثلاث أثم الاولى بأربع ثم أعاد الوسطى بسبع ثم العقبة بسبع وان كان رمى كل واحدة بأربع أثم كل واحدة بثلاث ثلاث ولا يعيد لان للاكثر حكم الكل وكأنه رمى الثانية والثالثة بعد الاولى وان استقبل رميها فهو أفضل وعن محمد لو رمى الجمرات الثلاث فاذا فى يده أربع حصيات لا يدرى من أيتهن هن يرميهن على الاولى ويستقبل الباقيتين لاحتمال أنهما من الاولى فلم يجز رمى الاخريين ولو كن ثلاثا أعاد على كل جمرة واحدة ولو كانت حصاة أو حصاتين أعاد على كل واحدة واحدة ويجزيه لانه رمى كل واحدة بأكثرها اه وهذا صريح فى الخلاف والذى يقوى عندى استنان الترتيب لا تعينه والله سبحانه وتعالى أعلم بخلاف تعيين الايام كلها للرمى والفرق لا يخفى على محصل ولو ترك حصاة من البعض لا يدرى من أيتها أعاد لكل واحدة حصاة ليبرأ بيقين ولو رمى فى اليوم الثانى الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى وأعاد على الباقيتين حسن وان رمى الاولى وحدها جاز والله أعلم (قوله ويقف عندها) أى عند الجمرة بعد تمام الرمى لا عند كل حصاة وقوله هكذا روى جابر الذى فى حديث جابر الطويل انما هو التعرض لرمى جمرة العقبة ليس غير وغير ذلك لم يعرف فى حديث جابر وحديث ابن عمر الذى قدمناه من البخارى وهو قوله كان النبى صلى الله

وقوله عليه الصلاة والسلام (لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن) حديث مشهور والمواطن هى عند افتتاح الصلاة والقنوت فى الوتر وفى العيدين وعند استلام الحجر الاسود وعلى الصفا والمروة وبعرفات وجمع وعند المقامين عند الجمرتين وذكر الجمرتين يدل على أنه لا يقيم عند جمرة العقبة ويرفع يديه خلافا لمن نص عليه محمد رحمه الله وفى سائر الادعية لا يفعل كذلك لان الرفع ينافى السكينة والوقار فيسن فى موضع ورد فيه النص ويترك فى الباقى على أصل الدليل قال (فاذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد الزوال) يعنى اذا

زالت الشمس من اليوم الثالث من أيام النحر رمى الجمار الثلاث مثل ما رمى فى اليوم الثانى (وان أراد أن يتعجل النفر) أى الذهاب والخروج من منى (الى مكة) فى اليوم الثالث من أيام النحر فعل ذلك (وان أراد أن يقيم رمى الجمار الثلاث فى اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل فى يومين فلا أثم عليه ومن تأخر فلا أثم عليه) أى فمن تعجل فى اليوم الثانى والثالث من أيام النحر ومن تأخر الى اليوم الرابع فلا أثم عليه (لمن اتقى) وقوله لمن اتقى يتعلق بهما جميعا أى ذلك التخيير ونفى الاثم فى الحالين لاجل الحاج المتقى لئلا يتحاج فى قلبه شئ منهما فيحسب أن أحدهما يؤثم صاحبه فى الاقدام عليه وانما خص المتقى لانه هو الحاج عند الله فى الحقيقة وقوله (وفيه خلاف الشافعى) فانه ينقطع عنده خيار النفر بغروب الشمس من اليوم الثالث لان المنصوص عليه الخيار فى اليوم وهو يمتد الى غروب الشمس وقلنا الليل ليس بوقت لرمى اليوم الرابع فيكون خياره فى النفر ثابتا فيه كقبل الغروب من اليوم الثالث بخلاف ما بعد طلوع الفجر فى اليوم الرابع فانه وقت الرمى فلا يبقى خياره بعد ذلك

لقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدى إلا فى سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدى بالدعاء وينبغى أن يستغفر للمؤمنين فى دعائه فى هذه المواقف لقول النبى عليه الصلاة والسلام اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل أن كل رمى بعده رمى يقف بعده لانه فى وسط العبادة فيأتى بالدعاء فيه وكل رمى ليس بعده رمى لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة فى يوم النحر أيضا قال (فاذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كذلك وان أراد أن يتعجل النفر الى مكة نفر وان أراد أن يقيم رمى الجمار الثلاث فى اليوم الرابع بعد زوال الشمس) لقوله تعالى فمن تعجل فى يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى والافضل أن يقيم لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام صبر حتى رمى الجمار الثلاث فى اليوم الرابع وله أن ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له أن ينفر لدخول وقت الرمى وفيه خلاف الشافعى رحمه الله (وان قدم الرمى فى هذا اليوم) يعنى اليوم الرابع (قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند أبى حنيفة رحمه الله) وهذا استحسان

عليه وسلم اذا رمى الجمرة الاولى الخ يبين كيفية الوقوف وموضعه وأنه صلى الله عليه وسلم كان يطيل رافعا يديه فارجع اليه تستغن به عنه وعن حديث لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن مع زيادات أخر وقوله فى المقام الذى يقف فيه الناس تعيين لمحله وإفادة أنه لم يتغير بل الناس توارثوه فاهم عليه هو الذى كان وقال فى النهاية نقلا يريد بالمقام الذى يقوم فيه الناس أعلى الوادى والذى صرح به حديث ابن عمر أنه ينحدر فى الاولى أمامها فيقف وينحدر فى الثانية ذات اليسار مما يلى الوادى وكان ابن عمر يفعله فى حديث البخارى وفى البخارى أيضا عن سالم عن ابن عمر أنه كان يرمى الجمرة الدنيا بسبع حصيات يكبر على اثر كل حصاة ثم يتقدم فيسهل ويقوم مستقبل القبلة قياما طويلا يدعو ويرفع يديه ثم يرمى الجمرة الوسطى كذلك فيأخذ ذات الشمال فيسهل ويقوم مستقبل القبلة قياما طويلا فيدعو ويرفع يديه ثم يرمى الجمرة ذات العقبة من بطن الوادى ولا يقف عندها ويقول هكذا رأيته عليه السلام يفعل هذا وانما يرفع يديه حذاء منكبيه قيل يقف قدر سورة البقرة ومن كان مريضا لا يستطيع الرمى يوضع فى يده ويرمى بها أو يرمى عنه غيره وكذا المغمى عليه ولو رمى بحصاتين إحداهما النفسه والاخرى للاخر جاز ويكره ولا ينبغى أن يترك صلاة الجماعة مع الامام بمسجد الخيف ويكثر من الصلاة فيه أمام المنارة عند الاحجار (قوله فاذا كان من الغد) هو اليوم الثالث من أيام النحر وهو الملقب بيوم النفر الاول فانه يجوز له أن ينفر فيه بعد الرمى واليوم الرابع آخر أيام التشريق يسمى يوم النفر الثانى (قوله لما روى أنه عليه السلام الخ) وروى أبو داود من حديث ابن اسحق يبلغ به عائشة رضى الله عنها قالت أفاض رسول الله صلى الله عليه وسلم من آخر يوم حين صلى الظهر يعنى يوم النحر ثم رجع الى منى فمكث بها ليالى أيام التشريق يرمى الجمرة اذا زالت الشمس الحديث قال المنذرى حديث حسن رواه ابن حبان فى صحيحه (قوله وفيه خلاف الشافعى) فان عنده اذا غربت الشمس من اليوم الثالث ليس له أن ينفر حتى يرمى قال لان المنصوص عليه الخيار فى اليوم وانما يمتد اليوم الى الغروب وقلنا ليس الليل وقتا لرمى اليوم الرابع فيكون خياره فى النفر باقيا فيه كما قبل الغروب من الثالث فانه خير فيه فى النفر لانه لم يدخل وقت

رمى

(قوله فمن تعجل فى اليومين الثانى والثالث الخ) أقول لكن النفر يكون فى اليوم الثالث ويصدق تعجل فى يومين فتأمل قال ابن الهمام يوم النفر الاول هو اليوم الثالث من أيام النحر فانه يجوز أن ينفر فيه بعد الرمى واليوم الرابع وهو آخر أيام التشريق يسمى يوم النفر الثانى اه

وقوله (اعتبارا بسائر الايام) أراد بالايام اليومين أعنى الثانى والثالث لان رمى جمرة العقبة فى يوم النحر قبل الزوال جائز بلا خلاف وقوله (بخلاف اليوم الاول والثانى) يعنى الاول والثانى مما يرمى فيه الجمار الثلاث

وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت فى رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ولانه لما ظهر أثر التخفيف فى هذا اليوم فى حق الترك فلأن يظهر فى جوازه فى الاوقات كلها أولى بخلاف اليوم الاول والثانى حيث لا يجوز الرمى فيهما الا بعد الزوال فى المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقى على أصل المروى فأما يوم النحر فأول وقت الرمى فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعى رحمه الله تعالى أوله بعد نصف الليل لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص للرعاء أن يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت أصل الوقت بالاول والافضلية بالثانى وتأويل ما روى لليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمى يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند أبى حنيفة رحمه الله يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله عليه السلام ان أول نسكنا فى هذا اليوم الرمى جعل اليوم وقتا له وذها به بغروب الشمس وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا وان أخر الى الليل رماه ولا شئ عليه لحديث الدعاء وان أخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمى وعليه دم عند أبى حنيفة رحمه الله لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه قال (فان رماها را كبا أجزأه) لحصول فعل الرمى (وكل رمى بعده رمى فالافضل أن يرميه ماشيا والا فيرميه را كبا) لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشيا ليكون أقرب الى التضرع

رمى الرابع وهذا ثابت فى ليلته (قوله اعتبارا بسائر الايام) أى باقى الايام التى يرمى فيها الجمرات كلها وهما الثانى والثالث (قوله ومذهبه) أى مذهب أبى حنيفة رحمه الله (مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما) أخرج البيهقى عنه اذا انتفخ النهار من يوم النفر فقد حل الرمى والصدر والانتفاخ الارتفاع وفى سنده طلحة بن عمرو ضعفه البيهقى (قوله أولى) مما يمنع لجواز أن يرخص فى تركه ما لم يطلع الفجر فاذا طلع منع من تركه أصلا ولزمه أن يقيمه فى وقته ولا شك أن المعتمد فى تعيين الوقت للرمى فى الاول من أول النهار وفيما بعده من بعد الزوال ليس الا فعله عليه الصلاة والسلام كذلك مع أنه غير معقول فلا يدخل وقته قبل الوقت الذى فعله فيه عليه السلام كما لا يفعل فى غير ذلك المكان الذى رمى فيه عليه السلام وانما رمى عليه السلام فى الرابع بعد الزوال فلا يرمى قبله وبهذا الوجه يندفع المذكور لابى حنيفة لو قرر بطريق القياس على اليوم الاول لا اذا قرر بطريق الدلالة والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله بخلاف اليوم الاول) أى من أيام التشريق لا الرمى (والثانى) منهما فانهما الثانى من أيام الرمى والثالث منه (قوله فى المشهور من الرواية) احتراز عما عن أبى حنيفة رحمه الله قال أحب الى أن لا يرمى فى اليوم الثانى والثالث حتى تزول الشمس فان رمى قبل ذلك أجزأه وحمل المروى من قوله عليه السلام على اختيار الافضل وجه الظاهر ما قدمناه من وجوب اتباع المنقول لعدم المعقولية ولم يظهر أثر تخفيف فيها بتجويز الترك لينفتح باب التخفيف بالتقديم وهذه الزيادة يحتاج اليها أبو حنيفة وحده (قوله لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام رخص للرعاء أن يرموا ليلا) أخرجه ابن أبى شيبة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم فذكره ورواه أيضا فى مصنفه عن عطاء مرسلا ورواه الدارقطنى بسند ضعيف وزاد فيه وأبيحت لهم ثلاثا من النهار وحمله المصنف على الليلة الثانية والثالثة لما عرف أن وقت رمى كل يوم اذا دخل من النهار امتد الى آخر الليلة التى تلو ذلك النهار فيحمل على ذلك فالليالى فى الرمى تابعة للايام السابقة لا اللاحقة بدليل ما فى السنن الاربعة عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقدم ضعفاء أهله بغلس ويأمرهم أن لا يرموا الجمرة حتى تطلع الشمس وما روى البزار من

(قال المصنف فى الاوقات كلها أولى) أقول فيه بحث

(فى المشهور من الرواية) احتراز عما روى الحسن عن أبى حنيفة أنه ان كان من قصده أن يتعجل فى النفر الاول فلا بأس بأن يرمى فى اليوم الثالث قبل الزوال وان رمى بعده فهو أفضل وان لم يكن ذلك من قصده لا يجوز أن يرمى الا بعد الزوال وذلك لدفع الحرج لانه اذا نفر بعد الزوال لا يصل الى مكة الا بالليل فيحرج فى تحصيل موضع النزول ووجه الظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يرم فيه الا بعد الزوال وقوله (ثم عند أبى حنيفة) حاصله أن ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر الى طلوع الشمس وقت الجواز مع الاساءة وما بعده الى الزوال وقت مسنون وما بعد الزوال الى الغروب وقت الجواز من غير اساءة والليل وقت الجواز بالاساءة كذا فى مبسوط شيخ الاسلام (وعن أبى يوسف أنه يمتد) أى وقت الرمى فى اليوم الاول (الى وقت الزوال) لان الوقت يعرف بتوقيت الشرع والشرع ورد بالرمى قبل الزوال فلا يكون ما بعده وقتا له (والحجة عليه ما روينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام ان أول نسكنا فى هذا اليوم

وقوله (وبيان الافضل مروى عن أبي يوسف) يعني به ما حكى عن ابراهيم بن الجراح قال دخلت على أبي يوسف رضي الله عنه في مرضه الذي مات فيه ففتح عينيه وقال الرمي راكبا أفضل أم ماشيا فقلت ماشيا فقال أخطأت فقلت راكبا فقال أخطأت ثم قال كل رمي بعده وقوف فالرمي فيه ماشيا أفضل وما ليس بعده وقوف فالرمي فيه راكبا أفضل فقمت من عنده فما انتهيت الى باب الدار حتى سمعت الصراخ بموته فتعجبت من حرصه على العلم في مثل تلك الحالة والذي روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمار كلها راكبا فانما فعله ليكون أشهر للناس حتى يقتدوا به فيما يشاهدونه منه وقوله (ولو بات في غيره) أي في غير منى (متعمدا لا يلزمه شئ عندنا خلافا للشافعي) فانه قال ان ترك البيتوتة ليلة فعليه مدان وان ترك الليلتين فعليه مدان وان ترك ثلاث ليال فعليه دم وقاس ترك البيتوتة في وجوب الجزاء بترك الرمي ولنا (أنه وجب ليسهل عليه الرمي في أيامه) يعني أن المقصود من البيتوتة غيرها وهو أن يسهل عليه ما يقع في الغد من النسك وهو الرمي فلما لم تكن مقصودة لنفسها لم تكن من أفعال الحج فلم يوجب تركها جابرا كالبيتوتة بمنى ليلة العيد قال (ويكره أن يقدم الرجل ثقله الى مكة) الثقل بفتحتين متاع المسافر وحشمه والجمع أثقال والمحصب اسم موضع ويسمى الابطح وهو موضع ذو حصى بين مكة ومنى نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم قصدا وذلك

و بيان الافضل مروى عن أبي يوسف رحمه الله ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي عليه السلام بات بمنى وعمر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شئ عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه وجب ليسهل عليه الرمي في أيامه فلم يكن من أفعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال (ويكره أن يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي) لما روى أن عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قبله (واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب)

حديث الفضل بن العباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ضعفة بني هاشم أن يرتحلوا من جمع بليل ويقول أبني لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس وقال الطحاوي حدثنا ابن أبي داود قال حدثنا المقدمي حدثنا فضيل بن سليمان حدثني موسى بن عقبة أخبرنا كريب عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمر نساءه وثقله صبيحة جمع أن يفيضوا مع أول الفجر بسواد ولا يرموا الجمرة الا مصبحين حدثنا محمد بن خزيمة حدثنا حجاج حدثنا حماد حدثنا الحجاج عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه في الثقل وقال لا ترموا الجمار حتى تصبحوا فأثبتنا الجواز بهذين والفضيلة بما قبله وفي النهاية نقلا من مبسوط شيخ الاسلام أن ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر وقت الجواز مع الاساءة وما بعد طلوع الشمس الى الزوال وقت مسنون وما بعد الزوال الى الغروب وقت الجواز بلا اساءة والليل وقت الجواز مع الاساءة اه ولا بد من كون محل ثبوت الاساءة عدم العذر حتى لا يكون رمي الضعفة قبل الشمس ورمي الرعاء ليلا يلزمهم الاساءة وكيف بذلك بعد الترخيص ويثبت وصف القضاء في الرمي من غروب الشمس عند أبي حنيفة الا أنه لا شئ فيه سوى ثبوت الاساءة ان لم يكن لعذر (قوله وبيان الافضل مروى عن أبي يوسف رحمه الله) حكى عن ابراهيم بن الجراح قال دخلت على أبي يوسف رحمه الله في مرضه الذي توفي فيه ففتح عينيه وقال الرمي راكبا أفضل أم ماشيا فقلت ماشيا فقال أخطأت فقلت راكبا فقال أخطأت ثم قال كل رمي بعده وقوف فالرمي ماشيا أفضل وما ليس بعده وقوف فالرمي راكبا أفضل فقمت من عنده فما انتهيت الى باب الدار حتى سمعت الصراخ بموته فتعجبت من حرصه على العلم في مثل تلك الحالة وفي فتاوى قاضيخان قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله الرمي كله راكبا أفضل اه لانه روي ركوبه عليه الصلاة والسلام فيه كله وكأن أبا يوسف يحمل ما روي من ركوبه عليه السلام في رمي الجمار كلها على أنه ليظهر فعله فيقتدى به ويسئل ويحفظ عنه المناسك كما ذكر في طوافه راكبا وقال عليه الصلاة والسلام خذوا عني مناسككم فلا أدري لعلي لا أحج بعد هذا العام وفي الظهيرية أطلق استحباب المشي قال يستحب المشي الى الجمار وان ركب اليها فلا بأس به والمشي أفضل وتظهر أولويته لانا اذا حملنا ركوبه عليه السلام على ما قلنا يبقى كونه مؤديا عبادة وأداؤها ماشيا أقرب الى التواضع والخشوع وخصوصا في هذا الزمان فان عامة المسلمين مشاة في جميع الرمي فلا بأس من الاذى بالركوب بينهم للزحمة (قوله خلافا للشافعي) فانه واجب عنده ثم قيل يلزمه بتركه مبيت ليلة مد ومدان لليلتين ودم لثلاث (قوله لانه وجب) أي ثبت اذ هو سنة عندنا يلزم بتركه الاساءة على ما يفيده لفظ الكافي حيث استدل بان العباس رضي الله عنه استأذن النبي عليه الصلاة والسلام في أن يبيت بمكة ليالي منى من أجل سقايته فأذن له ثم قال ولو كان واجبا لما رخص في تركها لاجل السقاية اه فعلم أنه سنة وتبعه صاحب النهاية وبحديث العباس هذا استدل ابن الجوزي للشافعي على الوجوب وقال ولولا أنه واجب لما احتاج الى اذن وليس بشئ اذ مخالفة السنة عندهم كان مجانبا جدا خصوصا اذا انضم اليها الانفراد عن جميع الناس مع الرسول عليه الصلاة والسلام فاستأذن لاسقاط الاساءة الكائنة بسبب عدم موافقته عليه السلام مع مرافقته فانه أفظع منه حال عدم المرافقة بل هو جفاء لما فيه من اظهار المخالفة المستلزمة لسوء الادب

وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لاصحابه إنا نازلون غدا بالخيف خيف بنى كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بنى هاشم فعرفنا أنه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل فى الطواف قال (ثم دخل مكة وطاف بالبيت سبعة أشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر) ويسمى طواف الوداع وطواف آخر عهده بالبيت

وذلك أنه عليه الصلاة والسلام كان بيت بمنى على ما قدمناه من حديث عائشة رضى الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام مكث بمنى ليالى أيام التشريق يرمى الجمرة اذا زالت الشمس ونفس حديث العباس رضى الله عنه يفيده وما ذكره المصنف من أن عمر رضى الله عنه كان يؤدب على ترك المبيت بمنى الله سبحانه أعلم به ثم أخرج ابن أبى شيبة عنه أنه كان ينهى أن يبيت أحد من وراء العقبة وكان يأمرهم أن يدخلوا منى وأخرج أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما نحوه وأخرج أيضا عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كره أن ينام أحد أيام منى بمكة وأخرج فى تقديم الثقل عن الاعمش عن عمارة قال قال عمر رضى الله عنه من قدم ثقله من منى ليلة ينفر فلا حج له وقال أيضا حدثنا وكيع عن شعبة عن الحكم عن ابراهيم عن عمرو بن شرحبيل عن عمر قال من قدم ثقله قبل النفر فلا حج له اه يعنى الكمال (قوله وهو الابطح) قال فى الامام وهو موضع بين مكة ومنى وهو الى منى أقرب وهذا لا تحرير فيه وقال غيره هو فناء مكة حده ما بين الجبلين المتصلين بالمقابر الى الجبال المقابلة لذلك مصعدا فى الشق الايسر وأنت ذاهب الى منى مر تفعا من بطن الوادى وليست المقبرة من المحصب ويصلى فيه الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويهجع هجعة ثم يدخل مكة (قوله هو الاصح) يحترز به عن قول من قال لم يكن قصدا فلا يكون سنة لما أخرج البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال ليس المحصب بشئ انما هو منزل نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخرج مسلم عن أبى رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لم يأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أنزل الابطح حين خرج من منى ولكن جئت وضربت قبته فجاء فنزل وعن عائشة رضى الله عنها أنه قصده وليس بسنة لانه قصده لمعنى التسهيل روى الستة عنها قالت انما نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم المحصب ليكون أسمح لخروجه وليس بسنة فمن شاء نزله ومن شاء لم ينزله وجه المختار ما نقله المصنف وهو ما أخرجه الجماعة عن أسامة بن زيد قال قلت يا رسول الله أين تنزل غدا فى حجتك فقال هل ترك لنا عقيل منزلا ثم قال نحن نازلون بخيف بنى كنانة حيث تقاسمت قريش على الكفر يعنى المحصب الحديث وفى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن بمنى نحن نازلون غدا بخيف بنى كنانة حيث تقاسموا على الكفر وذلك أن قريشا وبنى كنانة تحالفت على بنى هاشم وبنى المطلب أن لا يناكحوهم ولا يبايعوهم حتى يسلموا اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى بذلك المحصب اه فثبت بهذا أنه نزله قصدا ليرى لطيف صنع الله به وليتذكر فيه نعمته سبحانه عليه عند مقايسة نزوله به الآن الى حاله قبل ذلك أعنى حال انحصاره من الكفار فى ذات الله تعالى وهذا أمر يرجع الى معنى العبادة ثم هذه النعمة التى شملته عليه الصلاة والسلام من النصر والاقتدار على اقامة التوحيد وتقرير قواعد الوضع الالهى الذى دعا الله تعالى اليه عباده لينتفعوا به فى دنياهم ومعادهم لا شك فى أنها النعمة العظمى على أمته لانهم مظاهر المقصود من ذلك المؤزر فكل واحد منهم جدير بتفكرها والشكر التام عليها لانها عليه أيضا فكان سنة فى حقهم لان معنى العبادة فى ذلك يتحقق فى حقهم أيضا وعن هذا حصب الخلفاء الراشدون أخرج مسلم عن ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانوا ينزلون بالابطح وأخرج عنه أيضا أنه كان يرى التحصيب سنة وكان يصلى الظهر يوم النفر بالمحصب قال نافع قد حصب رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده اه

وهو الأصح حتى يكون سنة وقوله (هو الاصح) احتراز عن قول ابن عباس ان النزول به ليس بسنة لكنه موضع نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفاقا والاصح عندنا أنه سنة ونزل فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم قصدا (على ما روى أنه قال لاصحابه بمنى إنا نازلون غدا بالخيف خيف بنى كنانة الخ) والخيف بسكون الياء المكان المرتفع وخيف بنى كنانة هو المحصب وقوله (ويسمى طواف الوداع) الوداع بفتح الواو اسم للتوديع كسلام وكلام

لانه يودع البيت ويصدر به (وهو واجب عندنا) خلافا للشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض تركه قال (الا على أهل مكة) لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا أنه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا

وعلى هذا الوجه لا يكون كالرمل ولا على الاول لان الاراءة لم يلزم أن يراد بها اراءة المشركين ولم يكن بمكة مشرك عام حجة الوداع بل المراد اراءة المسلمين الذين كان لهم علم بالحال الاول (قوله لانه يودع البيت) ولهذا كان المستحب أن يجعله آخر طوافه وفي الكافي للحاكم ولا بأس بأن يقيم بعد ذلك ماشاء ولكن الافضل من ذلك أن يكون طوافه حين يخرج وعن أبي يوسف والحسن اذا اشتغل بعده بعمل بمكة يعيده لانه للصدر وانما يعتد به اذا فعله حين يصدر وأجيب بأنه انما قدم مكة للنسك فحين تم فراغه منه جاء أوان الصدر فطوافه حينئذ يكون له اذ الحال أنه على عزم الرجوع ثم روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه اذا طاف للصدر ثم أقام الى العشاء قال أحب الي أن يطوف طوافا آخر كي لا يكون بين طوافه ونفره حائل لكن هذا على وجه الاستحباب تحصيلا لمفهوم الاسم عقيب ما أضيف اليه وليس ذلك بحتم اذ لا يستغرب في العرف تأخير السفر عن الوداع بل قد يكون ذلك والحاصل أن المستحب فيه أن يوقع عند ارادة السفر وأما وقته على التعيين فأوله بعد طواف الزيارة اذا كان على عزم السفر حتى لو طاف لذلك ثم أطال الاقامة بمكة ولو سنة ولم ينو الاقامة بها ولم يتخذها دارا جاز طوافه ولا آخر له وهو مقيم بل لو أقام عاما لا ينوي الاقامة فله أن يطوفه ويقع أداء ولو نفر ولم يطف يجب عليه أن يرجع فيطوفه مالم يجاوز المواقيت بغير احرام جديد فان جاوزها لم يجب الرجوع عينا بل له أن يمضي وعليه دم وله أن يرجع فيرجع باحرام جديد لان الميقات لا يجاوز بلا احرام فيحرم بعمرة فاذا رجع ابتدأ بطواف العمرة ثم بطواف الصدر ولا شيء عليه لتأخيره وقالوا الاولى أن لا يرجع ويريق دما لانه أنفع للفقراء وأيسر عليه لما فيه من دفع ضرر التزام الاحرام ومشقة الطريق (قوله لقوله عليه السلام) أخرج الترمذي عنه عليه السلام من حج البيت فليكن آخر عهده بالبيت الا الحيض فرخص لهن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال حسن صحيح وفي الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت الا أنه خفف عن المرأة الحائض لا يقال أمر ندب بقرينة المعنى وهو أن المقصود الوداع لانا نقول ليس هذا بصالح صارفا عن الوجوب لجواز أن يطلب حتما لما في عدمه من شائبة عدم التأسف على الفراق وشبه عدم المبالاة به على أن معنى الوداع ليس مذكورا في النصوص بل أن يجعل آخر عهدهم بالطواف فيجوز أن يكون معلولا بغيره مما لم نقف عليه ولو سلم فانما تعتبر دلالة القرينة اذا لم يفقهما ما يقتضي خلاف مقتضاها وهنا كذلك فان لفظ الترخيص يفيد أنه حتم في حق من لم يرخص له لان معنى عدم الترخيص في الشيء هو تحتيم طلبه اذ الترخيص فيه هو اطلاق تركه فعدمه عدم اطلاق تركه ومما يفيد أيضا أن الامر على حقيقته من الوجوب ما وقع في صحيح مسلم كان الناس ينصرفون في كل وجه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينصرفن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت فهذا النهي وقع مؤكدا بالنون الثقيلة وهو يؤكد موضوع اللفظ والله سبحانه أعلم (قوله وليس على أهل مكة) ومن كان داخل الميقات وكذا من اتخذ مكة دارا ثم بدا له الخروج ليس عليهم طواف صدر وكذا فائت الحج لان العود مستحق عليه ولانه صار كالمعتمر وليس على المعتمر طواف الصدر ذكره في التحفة وفي اثباته على المعتمر حديث ضعيف رواه الترمذي وفي البدائع قال أبو يوسف رحمه الله أحب الي أن يطوف المكي طواف الصدر لانه وضع لختم أفعال الحج وهذا المعنى يوجد في أهل مكة وفصل فيمن اتخذ مكة دارا بين أن نوى الاقامة بها قبل أن يحل النفر الاول فلا طواف عليه للصدر وان نواه بعده لا يسقط عنه في قول أبي حنيفة وقال

(وهو واجب عندنا خلافا للشافعي) فانه عنده سنة لانه بمنزلة طواف القدوم ألا ترى أن كل واحد منهما يأتي به الآفاقي دون المكي وما هو من واجبات الحج فالآفاقي والمكي فيه سواء (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف وأنه رخص للنساء الحيض) وذلك أيضا دليل الوجوب والا لم يكن لتخصيص الرخصة بالحيض فائدة والمكي والآفاقي في واجبات الحج سواء فيما اذا كانت العلة مشتركة وههنا ليست كذلك لان على هذا الطواف التوديع وليس بموجود في المكي ولا في حق من هو فيما وراء الميقات ولا في حق من اتخذ مكة دارا ثم بدا له أن يخرج لا يقال لو كان واجبا للوداع لوجب على المعتمر الآفاقي لان ركن العمرة هو الطواف فكيف يصير مثل ركنه تبعا له وقوله (لما قدمنا) يعني في موضعين من قوله عليه الصلاة والسلام وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين وقوله لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف أو نفلا

(قوله والا لم يكن لتخصيص الرخصة بالحيض فائدة) أقول وأنت خبير بأن ما له الاستدلال بمفهوم المخالفة ونحن لا نقول به

(ثم يأتي زمزم فيشرب من مائها) لما روى أن النبي عليه السلام استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم أفرغ باقي الدلو في البئر ويستحب أن يأتي الباب ويقبل العتبة (ثم يأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى أهله)

أبو يوسف يسقط عنه في الحالين الا اذا كان شرع فيه (قوله ويأتي زمزم) أي بعد تقبيل العتبة والتزام الملتزم فيشرب منه ويفرغ على جسده باقي الدلو ويقول اللهم اني أسألك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما وسنضم الى هذا ما تيسر من قريب ان شاء الله تعالى ثم ينصرف راجعا الى أهله مقهقرا واذا خرج من مكة يخرج من الثنية السفلى من أسفل مكة لما روى الجماعة الا الترمذي أنه عليه الصلاة والسلام كان يدخل من الثنية العليا ويخرج من الثنية السفلى (قوله لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام استقى الخ) الذي في حديث جابر الطويل يفيد أنهم نزعوا له كذا في مسند أحمد ومعجم الطبراني عن ابن عباس رضي الله عنه قال جاء النبي صلى الله عليه وسلم الى زمزم فنزعنا له دلوا فشرب ثم مج فيها ثم أفرغناها في زمزم ثم قال لولا أن تغلبوا عليها لنزعت بيدي وما رواه المصنف من أنه عليه الصلاة والسلام استقى بنفسه دلوا رواه في كتاب الطبقات مرسلا أخبرنا عبد الوهاب عن ابن جريج عن عطاء أن النبي عليه الصلاة والسلام لما أفاض نزع بالدلو يعني من زمزم لم ينزع معه أحد فشرب ثم أفرغ باقي الدلو في البئر وقال لولا أن يغلبكم الناس على سقايتكم لنزعت منها أحد غيري قال فنزع هو بنفسه الدلو فشرب منها لم يعنه على نزعها أحد وقد يجمع بأن ما في هذا كان بعقب طواف الوداع وما في حديث جابر رضي الله عنه ومامعه كان عقيب طواف الافاضة ولفظه ظاهر فيه حيث قال فأفاض الى البيت فصلى بمكة الظهر فأتى بني عبد المطلب يسقون على زمزم فقال انزعوا الحديث وطوافه للوداع كان ليلا كما رواه البخاري عن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بمكة الظهر والعصر والمغرب والعشاء وركد ركدة بالمحصب ثم ركب الى البيت فطاف به ولكن قد يعكر ما رواه الازرقي في تاريخ مكة حدثني جدي أحمد بن محمد بن الوليد الازرقي حدثنا سفيان بن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أفاض في نسائه ليلا فطاف على راحلته يستلم الركن بمحجنه ويقبل طرف المحجن ثم أتى زمزم فقال انزعوا فلولا أن تغلبوا لنزعت معكم ثم أمر بدلو فنزع له منها فشرب الحديث الا أن يحمل على أن أزواجه أفضن لطواف الافاضة ليلا فقضى معهن عليه السلام والله سبحانه أعلم

﴿فصل﴾ في فضل ماء زمزم تكثيرا للفائدة وترغيبا للعابدين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خير ماء على وجه الارض ماء زمزم فيه طعام طعم وشفاء سقم وشر ماء على وجه الارض ماء بوادي برهوت بقبة حضرموت كرجل الجراد يصبح يتدفق وتمسي لا بلال فيها رواه الطبراني في الكبير ورواته ثقات ورواه ابن حبان أيضا وبرهوت بفتح الباء الموحدة والراء وضم الهاء وآخره تاء مثناة وعن أبي ذر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم زمزم طعام طعم وشفاء سقم رواه البزار باسناد صحيح وطعم بضم الطاء وسكون العين أي طعام يشبع وعن ابن عباس رضي الله عنه كانا نسميها اشباعة يعني زمزم وكانا نجدها نعم العون على العيال رواه الطبراني في الكبير واسناده صحيح وعن ابن عباس رضي الله عنهما أيضا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ماء زمزم لما شرب له ان شربته تستشفي شفاك الله وان شربته لشبعك أشبعك الله وان شربته لقطع ظمئك قطعه الله وهي هزمة جبريل وسقيا الله اسمعيل رواه الدارقطني وسكت عنه مع أن شيخه فيه عمر بن حسن الاشناني تأثمه الذهبي في الميزان بسكوته مع أن عمر بن الحسن الاشناني القاضي أبا الحسين قد ضعفه الدارقطني وجاء عنه أنه كذبه وله بلايا قال وهو بهذا الاسناد باطل لم يروه ابن عيينة بل المعروف حديث جابر من رواية

وقوله (ويأتي زمزم) أي بعد تقبيل العتبة واتيانه الملتزم والصاقه خده بجدار الكعبة يأتي زمزم فيشرب من مائه ويصب منه على جسده ويقول اللهم اني أسألك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء

(قوله وقوله ويأتي زمزم أي بعد تقبيل العتبة واتيانه الملتزم والصاقه خده بجدار الكعبة) أقول فيحتاج ما في البداية من عطف اتيان الملتزم على اتيان زمزم بكلمة ثم الى تأويل ونص عبارته ثم يأتي زمزم فيشرب من مائها ثم يأتي الملتزم قال الزيلعي واختلفوا هل يبدأ بالملتزم أو بزمزم والاصح أنه يبدأ بزمزم اه (١) وظاهر كلام المصنف اختيار البداءة بالملتزم كما لا يخفى

(١) قول الحشي وظاهر كلام المصنف يعني بالمصنف صاحب العناية كما ترى كتبه مصححه

عبد الله بن المؤمل ودفع بان الاشنانى لم ينفرد به حتى يلزم الدارقطنى شرح حاله وقد سلم الذهبى ثقة من بين الاشنانى وابن عيينة ولهذا انحصر القدح عنه فيه لكن قد رواه الحاكم فى المستدرك قال حدثنا على بن حمشاد العدل حدثنا محمد بن هشام به وزاد فيه وان شربته مستعيذا أعاذك الله قال وكان ابن عباس رضى الله عنه اذا شرب ماء زمزم قال اللهم انى أسألك علما نافعا ورزقا واسعا وشفاء من كل داء وقال صحيح الاسناد ان سلم من الجارود وقيل قد سلم منه فانه صدوق وقال الخطيب فى تاريخه والحافظ المنذرى لكن الراوى محمد بن هشام المروزى لا أعرفه اه وقال غيره ممن يوثق بسعة حاله وهو قاضى القضاة شهاب الدين العسقلانى هو ابن حجر على بن حمشاد من الاثبات وهو بفتح الحاء المهملة أول الحروف ثم ميم ساكنة بعدها شين معجمة وشيخه محمد بن هشام ثقة والهزمة بفتح الهاء أن تغمز موضعا بيدك أو رجلك فيصير فيه حفرة فقد ثبت صحة هذا الحديث الا ما قيل ان الجارود تفرد عن ابن عيينة بوصله ومثله لا يحتج به اذا انفرد فكيف اذا خالف وهو من رواية الحميدى وابن أبى عمر وغيرهما ممن لازم ابن عيينة أكثر من الجارود فيكون أولى * واعلم أن الذى نحتاج اليه الحكم بصحة المتن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا علينا كونه من خصوص طريق بعينه وهنا أمور تدل عليه منها أن مثله لا مجال للرأى فيه فوجب كونه سماعا وكذا ان قلنا العبرة فى تعارض الوصل والوقف والارسال للواصل بعد كونه ثقة لا للاحفظ ولا غيره مع أنه قد صح تصحيح نفس ابن عيينة له فى ضمن حكايته حكاها أبو بكر الدينورى فى الجزء الرابع من المجالسة قال حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا الحميدى قال كنا عند سفيان بن عيينة فحدثنا بحديث ماء زمزم لما شرب له فقام رجل من المجلس ثم عاد فقال يا أبا محمد أليس الحديث الذى قد حدثتنا فى ماء زمزم صحيحا قال نعم قال الرجل فانى شربت الان دلوا من زمزم على أنك تحدثنى بمائة حديث فقال له سفيان اقعد فقعد فحدث بمائة حديث فبجميع ما ذكرنا لا يشك بعد فى صحة هذا الحديث سواء كان على اعتباره موصولا من حديث ابن عباس رضى الله عنه أو حكما بصحة المرسل لمجيئه من وجه آخر عما سنذكره أو حكما بأنه عن النبى عليه السلام بسبب أنه مما لا مدرك بالرأى وأعنى بالمرسل ذلك الموقوف على مجاهد بناء على أنه اذا كان لا مجال للرأى فيه بمنزلة قول مجاهد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى ما رواه سعيد بن منصور عن ابن عيينة فى السنن كذلك وأما مجيئه من وجه آخر فروى أحمد فى مسنده وابن ماجه عن عبد الله بن المؤمل أنه سمع أبا الزبير يقول سمعت جابر بن عبد الله يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ماء زمزم لما شرب له هذا لفظه عند ابن ماجه ولفظه عند أحمد ماء زمزم لما شرب منه وقال الحافظ المنذرى وهذا اسناد حسن وانما حسنه مع أنه ذكر له علتان ضعف ابن المؤمل وكون الراوى عنه فى مسند ابن ماجه الوليد بن مسلم وهو يدلس وقد عنعنه لان ابن المؤمل مختلف فيه واختلف فيه قول ابن معين فقال مرة ضعيف وقال مرة لا بأس به وقال مرة صالح ومن ضعفه فانما ضعفه من جهة حفظه كقول أبى زرعة والدارقطنى وأبى حاتم فيه ليس بقوى وقال ابن عبد البر سيئ الحفظ ما علمنا فيه ما يسقط عدالته فهو حينئذ ممن يعتبر بحديثه واذا جاء حديثه من غير طريقه صار حسنا ولا شك فى مجىء الحديث المذكور كذلك وأما العلة الثانية فمنتفية فان الحديث معروف عن عبد الله ابن المؤمل من غير رواية الوليد فانه فى رواية الامام أحمد هكذا حدثنا عبد الله بن الوليد حدثنا عبد الله ابن المؤمل عن أبى الزبير الخ فقد ثبت حسنه من هذا الطريق فاذا انضم اليه ما قدمناه حكم بصحته وفى فوائد أبى بكر بن المقرئ من طريق سويد بن سعيد المذكور قال رأيت ابن المبارك دخل زمزم فقال اللهم ان ابن المؤمل حدثنى عن أبى الزبير عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ماء زمزم لما شرب له اللهم فانى أشربه لعطش يوم القيامة وما عن سويد عن ابن المبارك فى هذه القصة أنه قال اللهم ان ابن المؤمل حدثنا عن محمد بن المنكدر عن جابر محكوم بانقلابه على سويد فى هذه المرة بل

المعروف

هكذا روى أن النبي عليه السلام فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي أن ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج

﴿فصل﴾ (فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها) على ما بينا (سقط عنه طواف القدوم) لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة (ولا شئ عليه بتركه) لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر (ومن أدرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد أدرك الحج) فأول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روى أن النبي عليه السلام وقف بعد الزوال وهذا بيان أول الوقت وقال عليه السلام من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر الوقت ومالك رحمه الله ان كان يقول ان أول وقته بعد طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس

وقوله (فهذا بيان تمام الحج) يعني الحج الذي أراد عليه الصلاة والسلام بقوله من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه كذا في المبسوط

﴿فصل﴾ لما ذكر أفعال الحج على الترتيب وأنها ألحق مسائل شتى من أفعال الحج في فصل على حدة (فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا) من أحكام الوقوف بعرفة (سقط عنه طواف القدوم) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وكذلك قوله ومن أدرك الوقوف بعرفة (ومالك رحمه الله تعالى كان يقول ان أول وقته بعد طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس) مستدلا بقوله عليه الصلاة والسلام الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه والنهار اسم للوقت من طلوع الشمس

المعروف في السند الاول * وهذه زيادات عن السائب أنه كان يقول اشربوا من سقاية العباس رضي الله عنه فانه من السنة رواه الطبراني وفيه رجل مجهول وعن جماعة من العلماء أنهم شربوه لمقاصد فحصلت فيهم صاحب ابن عيينة المتقدم وعن الشافعي أنه شربه للرمي فكان يصيب في كل عشرة تسعة وشربه الحاكم لحسن التصنيف ولغير ذلك فكان أحسن أهل عصره تصنيفا قال شيخنا قاضي القضاة شهاب الدين العسقلاني الشافعي ولا يحصى كم شربه من الائمة لامورنالوها قال وأنا شربته في بداية طلب الحديث أن يرزقني الله حالة الذهبي في حفظ الحديث ثم حججت بعد مدة تقرب من عشرين سنة وأنا أجد من نفسي المزيد على تلك الرتبة فسألت رتبة أعلى منها وأرجو الله أن أنال ذلك منه اه وجميع ما تضمنه هذا الفصل غالبه من كلامه وقليل منه من كلام الحافظ عبد العظيم المنذري والعبد الضعيف يرجو الله سبحانه شربه للاستقامة والوفاة على حقيقة الاسلام معها (قوله هكذا روى) روى أبو داود عن عمرو بن شعيب قال طفت مع عبد الله فلما جئنا دبر الكعبة قلت ألا تتعوذ قال أتعوذ بالله من النار ثم مضى حتى استلم الحجر وقام بين الركن والباب فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا وبسطها بسطا ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله ورواه ابن ماجه وقال فيه عن أبيه عن جده قال المنذري فيكون شعيب ومحمد قد طافا مع عبد الله اه وهو مضعف بالمثنى بن الصباح والمراد بعبد الله عبد الله بن عمرو بن العاص جد عمرو بن شعيب الاعلى صرح بتسميته عبد الرزاق في روايته بسند أجود منه وأما تعيين محل الملتزم فأسند البيهقي في شعب الايمان عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم قال ما بين الركن والباب ملتزم وأخرجه ابن عدي في الكامل عن عباد بن كثير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا ووقفه عبد الرزاق قال حدثنا ابن عيينة عن عبد الكريم الجزري عن مجاهد قال قال ابن عباس هذا الملتزم ما بين الركن والباب وكذا هو في الموطا بلاغا ولمثله حكم المرفوع لعدم استقلال العقل به هذا والملتزم من الاماكن التي يستجاب فيها الدعاء نقل ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال فوالله ما دعوت قط الا أجابني وفي رسالة الحسن البصري أن الدعاء مستجاب هناك في خمسة عشر موضعا في الطواف وعند الملتزم وتحت الميزاب وفي البيت وعند زمزم وخلف المقام وعلى الصفا وعلى المروة وفي السعي وفي عرفات وفي مزدلفة وفي منى وعند الجمرات وذكر غيره أنه يستجاب عند رؤية البيت وفي الحطيم لكن الثاني هو تحت الميزاب ويستحب أن يدخل البيت وقد قدمنا آدابه في الفروع التي تتعلق في الطواف فارجع اليها

﴿فصل﴾ حاصله مسائل شتى من أفعال الحج هي عوارض خارجة عن أصل الترتيب وهي تتلو الصورة السليمة وهي ما أفاده من ابتداء الحج بقوله فان كان مفردا نوى بتلبيته الحج الى أن قال فهذا بيان تمام الحج (قوله لما روى أن النبي عليه السلام وقف بعد الزوال) تقدم في حديث جابر الطويل وقال من

(وهو محجوج بما رويناه) أنه وقف بعد الزوال وكان مبينا وقت الوقوف بفعله عليه الصلاة والسلام فدل على أن ابتداء الوقوف بعد الزوال وقوله (ثم اذا وقف بعد الزوال) ظاهر (وقال مالك لا يجزيه الا أن يقف في اليوم وجزء من الليل) وذلك بأن تكون افاضته بعد الغروب واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وقلنا هذه الزيادة غير مشهورة وانما المشهور من فاته عرفة فقد فاته الحج وفيما (١٩٢) رويناه وهو قوله عليه الصلاة والسلام ساعة من ليل أو نهار دليل على أن بنفس

الوقوف في جزء من وقته يصير مدركا فكان حجة عليه وقوله (ومن احتاز بعرفات نائما أو مغمى عليه) ظاهر وقوله (والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن) جواب عما يقال الجهل يخل بالنية لاستحالة والاخلال بها اخلال بالحج لكونها شرطا وتقريره سلمنا أن الجهل يخل بالنية ولا نسلم أن الاخلال بها اخلال به وانما كان كذلك أن لو كانت شرطا لكل ركن وليس كذلك بل اذا كانت موجودة عند أصل هذه العبادة وهو الاحرام حقيقة أو دلالة استغني عنها عند وجود كل ركن اذا لم يكن ثمة صارف وانما قلنا اذا لم يكن ثمة صارف احترازا عما اذا طاف بالبيت هارب أو طالب غريم ولم ينو الطواف عن الحج فانه لم يجزه وان كانت النية موجودة عند الاحرام لان قصده الهروب أو اللحوق وذلك صارف له عن النية السابقة لانها لكونها

فهو محجوج عليه بما رويناه (ثم اذا وقف بعد الزوال وأفاض من ساعته أجزأه) عندنا لانه صلى الله عليه وسلم ذكره بكلمة أو وفانه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك لا يجزيه الا أن يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه (ومن احتاز بعرفات نائما أو مغمى عليه أو لا يعلم أنها عرفات جاز عن الوقوف) لان ماهو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلاة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن

أدرك عرفة الخ رواه الدارقطني عنه صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفات بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل وفي سنده مرجمة بن مصعب قال الدارقطني ولم يأت به غيره وفي ذكر الجملتين معا أحاديث أخر لم تسلم وأخرجه الاربعة مقتصرا على الجملة الاولى عن عبد الرحمن بن يعمر الديلي أن ناسا من أهل نجد أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بعرفة فسألوه فأمر مناديا ينادي الحج عرفة فمن جاء ليلة جمع قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج الحديث وما أظن أن في معنى الجملة الثانية خلافا بين الائمة فيحتاج الى اثباته ورواه الحاكم وصححه وعبد الرحمن هذا ذكره البغوي في الصحابة وروى له الترمذي والنسائي حديثا آخر في النهي عن المزفت وبه بطل قول ابن عبد البر لم يرو عنه غير هذا الحديث (قوله فهو محجوج عليه بما رويناه) حجة مالك الحديث الذي سنذكره من قوله عليه السلام الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه وتقدم من حديث عروة بن مضرس وليس فيه لفظ الحج عرفة وهو في حديث الديلي فمجموع هذا اللفظ يحصل من مجموع الحديثين وحاصل حجة المصنف أن فعله عليه السلام كان من الزوال وهو وقع بيانا لوقت الوقوف الذي دلت الاشارة على افتراضه في قوله تعالى فاذا أفضتم من عرفات وعليه أن يقال انما يلزم لو لم يثبت غير ذلك الفعل فأما اذا ثبت قول أيضا فيه يصرح بأن وقته لا يقتصر على ذلك القدر عرف به أن فعله كان بيانا لسنة الوقوف والاولى فيه ويثبت بالقول بيان أصل الوقت المباح وغيره فقول ابن عمر رضي الله عنهما للحجاج حين زالت الشمس الساعة ان أردت السنة مراد به السنة الاصطلاحية في عرف الفقهاء ألا ترى أنه لا يتعين الذهاب الى الموقف من ذلك الوقت بل لو أخره جاز (قوله وقال مالك رحمه الله لا يجزيه ان وقف من النهار الا أن يقف في اليوم وجزء من الليل) التحرير في العبارة أن يقال وقال مالك لا يجزيه ان وقف من النهار الا أن يقف معه جزأ من الليل وهذا لانه اذا لم يقف الا من الليل أجزأه عنده والحاصل أنه يلزم الجمع بين جزء من الليل مع جزء من النهار لمن وقف بالنهار وهو بأن يفيض بعد الغروب وملجؤه فعله صلى الله عليه وسلم ووجه الاستدلال به مثل ما قلنا معه في أن أول الوقت من الزوال ورد عليه هنا مثل ما أوردناه علينا من جهته هناك وهو أنه قد ثبت قول يفيد عدم تعين ذلك وبه يقع البيان كالفعل فتحمل الافاضة بعد الغروب على أنها السنة الواجبة وقبله على أنه الركن بالقول المذكور مع ترك الواجب (قوله لان ماهو الركن قد وجد وهو الوقوف) والمشي وان أسرع لا يخلو عن قليل وقوف على ما قرر في فنه والوقوف بمزدلفة على هذا يجزيه الكون بها ولو نائما أو مارا لا يعلم أنها مزدلفة (قوله وهي ليست بشرط لكل ركن)

فصل فان لم يدخل المحرم مكة الخ (قوله وكان مبينا وقت الوقوف بفعله) أقول فيه بحث اذ لا اجمال في الحديث الذي رواه مالك حتى يحتاج الى البيان فتأمل والحديث الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه الا (قوله وقلنا هذه الزيادة غير مشهورة الخ) أقول سبق من الشارح في الباب السابق وسيجيء في أول أدب القاضي أن مثل ذلك لا يضر اذا كان رجاله عدولا وأيضا استدل الاصحاب بهذا الحديث آنفا على مطلوبهم فتأمل ولعل الاولى في الجواب أن يخص حديث مالك بمن فاته الوقوف بعرفة نهارا والمعنى والله أعلم ومن فاته عرفة بليل وقد فاته نهارا دفعا للتعارض الواقع بينه وبين حديث الحج عرفة الخ فليتأمل

باقية بالاستصحاب ضعيفة تنصرف بصارف وقوله (ومن أغمي عليه فأهل عنه رفقاؤه) اتفق علماؤنا أن الاحرام يقبل النيابة حتى لو أمر انسانا أن يحرم عنه اذا أغمي عليه أو نام ففعل صح عندهم لانه شرط بمنزلة الوضوء وستر العورة وليس بنسك فاستقام النيابة بعد وجود نية العبادة منه وهو خبر وجه لحج البيت واختلفوا في أن عقد الرفقة استنابة كالاذن به أو لا فذهب أبو حنيفة الى أنه استنابة كالاذن به وقالا ليس باستنابة وصورة ذلك أن يحرم عنه الرفقاء نيابة مع أنهم أحرموا عن أنفسهم أيضا فيصير الرفيق محرما عن نفسه بطريق الاصالة ومحرما عنه أيضا بطريق النيابة كالاب يحرم عن ابن صغير معه فكان المحرم حكما في احرام النيابة هو المنوب لا النائب وعبادة النائب فيه كعبادة المنوب حتى لو أصاب النائب صيدا كان عليه الجزاء من قبل اهلاله عن نفسه وليس عليه من جهة اهلاله عن المغمى عليه شئ وفيه بحث من وجهين أحدهما أن الرفيق اذا كان محرما عن نفسه فباحرامه عن غيره يلزم تداخل الاحرامين والثاني أنهم شبهوا الاحرام بالوضوء في قبول النيابة وليس مثله لان الانسان اذا توضأ لا يكون غيره به متوضئا وان نوى التوضي عنه وههنا يصير غيره محرما باحرامه والجواب عن الاول أن التداخل انما يلزم أن لو كان المحرم هو النائب في الاحرامين من كل وجه وليس كذلك بل المحرم في احرامه النيابة هو المغمى عليه لا النائب على ما ذكرنا وعن الثاني أن التشبيه بالوضوء في أن كل واحد منهما شرط يحتمل النيابة ولكن النيابة في الوضوء بالتوضئة بان يجري الماء على أعضاء المنوب فيصح له أن يصلي بذلك الوضوء وفي هذا يتولى النائب الاحرام بنفسه ثم فائدة

(ومن أغمي عليه فأهل عنه رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا لا يجوز ولو أمر انسانا بأن يحرم عنه اذا أغمي عليه أو نام فأحرم المأمور عنه صح) بالاجماع حتى اذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز لهما أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا أمر غيره بذلك صريحا وله أنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه قال (والمرأة في جميع ذلك كالرجل) لانها مخاطبة كالرجل (غير أنها لا تكشف رأسها) لانه عورة (وتكشف وجهها)

الا أن يكون ذلك الركن مما يستقل عبادة مع عدم احرام تلك العبادة فيحتاج فيه الى أصل النية وعن هذا وقع الفرق بين الوقوف والطواف فانه لو طاف هاربا أو طالبا لهارب أو لا يعلم أنه البيت الذي يجب الطواف به لا يجزيه لعدم النية ولو نوى أصل الطواف جاز ولو عين جهة غير الفرض مع أصل النية لغت حتى لو طاف يوم النحر عن نذر وقع عن طواف الزيارة ولم يجزه عن النذر ولان الوقوف يؤدى في احرام مطلق فألغت النية عند العقد عن الاداء عنها فيه بخلاف الطواف يؤدى بعد التحلل من الاحرام بالحلق فلا يغني وجودها عند الاحرام عنها فيه وهذا الفرق لا يتأتى الا في طواف الزيارة لا العمرة والاول يعمهما (قوله ومن أغمي عليه فأهل عنه رفقاؤه جاز) الرفيق قيد عند بعضهم وليس بقيد عند آخرين حتى لو أهل غير رفقائه عنه جاز وهو الاولى لان هذا من باب الاعانة لا الولاية ودلالة الاعانة قائمة عند كل من علم قصده رفيقا

ذلك أنه (اذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز) عنده كما لو أمر به (لهما أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن لغيره به) وكل من كان كذلك ليس بمحرم لا محالة أما أنه لم يحرم بنفسه فظاهر وأما أنه لم يأذن لغيره فلان الاذن إما أن يكون صريحا أو دلالة وهو لم يصرح بالاذن اذ هو المفروض وما ثمة دلالة لانها تقف على العلم بجواز الاذن بالاحرام لانه اذا لم يعلم بجوازه لا يقدم عليه (وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا أمر غيره بذلك صريحا

(٢٥ — فتح القدير ثاني) ولابي حنيفة أن الاذن ثابت دلالة لانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه) وقد عجز عن مباشرة ما هو المقصود بهذا السفر وهو الاحرام فكان مستعينا بهم على تحصيله والاستعانة اذن بالاعانة لا محالة (فكان الاذن به ثابتا دلالة) وقوله (والعلم ثابت) جواب عن قولهما والدلالة تقف على العلم وتقريره أن العلم اذا كان شرط الدلالة فهو ثابت نظرا الى الدليل وهو عقد الرفقة والحكم يدار على الدليل فيثبت الاذن دلالة والدلالة تعمل عمل الصريح اذ لم يخالفها صريح فان قلت هذا حكم الاحرام فما حكم سائر المناسك قلت الاصح أن نيابتهم عنه في أدائه صحيحة الا أن الاولى أن يقفوا به وأن يطوفوا به ليكون أقرب الى أدائه لو كان مفيقا ومنهم من فرق فقال انما صحت النيابة في الاحرام لتحقق العجز وهو ليس بمتحقق في الافعال لانهم اذا أحضروه المواقف كان هو الواقف واذا طافوا به كان هو الطائف فان قلت هل لتقييد الاهلال بالرفقاء فائدة قلت اختلف فيه قال الشيخ أبو عبد الله الجرجاني كان يقول الخصاص لا يجوز احرام غير الرفقاء ثم رجع وقال الرفقاء وغيرهم في الجواز سواء لان هذا ليس من باب الولاية بل هو من باب الاعانة وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى والرفقاء وغيرهم في ذلك سواء قال (والمرأة في جميع ذلك كالرجل) المرأة في جميع مناسك الحج كالرجل لان الخطاب بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت يتناول الرجال والنساء فتفعل مثل ما يفعل الرجل الا أشياء ذكرها في الكتاب لا تكشف رأسها وتكشف وجهها

(قوله وهو عقد الرفقة) أقول فيه بحث

كان أولا وأصله أن الاحرام شرط عندنا اتفاقا كالوضوء وستر العورة وان كان له شبه الركن فجازت النيابة فيه بعد وجود نية العبادة منه عند خروجه من بلده وانما اختلفوا في هذه المسئلة بناء على أن المرافقة هل تكون أمرا به دلالة عند العجز عنه أولا فقالا لا لأن المرافقة انما تراد لأمور السفر لا غير فلا تتعدى الى الاحرام بل الظاهر منع غيره عنه ليتولاه بنفسه فيحرز ثواب ذلك ولان دلالة الانابة فيه انما تثبت اذا كان معلوما عند الناس وصحة الاذن بالاحرام عن غيره لا يعرفه كثير من المتفقهة فكيف بالعامي وهذا الوجه يعم منع الرفيق وغيره نصا والاول دلالة وله أن عقد الرفقة استعانة كل منهم بكل منهم فيما يعجز عنه في سفره وليس المقصود بهذا السفر الا الاحرام وهو أهمها ان كان مثلا يقصد التجارة مع الحج فكان عقد السفر استعانة فيه اذا عجز عنه كما هو في حفظ الامتعة والدواب أو أقوى فكانت دلالة الاذن ثابتة والعلم بجوازه ثابت نظرا الى الدليل الذي دل على جواز الاستنابة في الاحرام وهو كونه شرطا والشرط تجري فيه النيابة كمن أجرى الماء على أعضاء محدث فانه يصير بذلك متوضئا أو غطى عورة عريان فانه يصير بذلك محصلا للشرط وذلك أن الدليل الشرعي منصوب فيقام وجوده مقام العلم به في حق كل من كلف بطلب العلم ولذا لا يعذر بالجهل في دار الاسلام بخلاف من أسلم في دار الحرب فجهل وجوب الصلاة مثلا لا قضاء عليه فان قيل ينبغي أن يجردوه ويلبسوه الازار والرداء لان النيابة تظهر أن معناها ايجاد الشرط في المنوب عنه كالتوضئة لكن الواقع أن ليس معنى الاحرام عنه ذلك بل أن يحرموا هم بطريق النيابة فيصير هو محرما بذلك الاحرام من غير أن يجردوه حتى اذا أفاق وجب عليه الافعال والكف عن المحظورات من غير أن يحرم بنفسه فالجواب التجريد ولباس غير المخيط ليس وزان التوضئة التي هي الشرط اذ ليس ذلك الاحرام بل كف عن بعض المحظورات أعني لبس المخيط وانما الاحرام وصف شرعي هو صيرورته محرما عليه أشياء موجبا عليه المضي في أفعال مخصوصة وآلة ثبوت هذا المعنى الشرعي المسمى بالاحرام نية التزام نسك مع التلبية أو ما يقوم مقامها ونيابتهم انما هي بذلك المعنى في الشرط فوجب كون الذي هو اليهم أن ينووا ويلبوا عنه فيصير هو بذلك محرما كما لو نوى هو ولبى وينتقل احرامهم اليه حتى كان للرفيق أن يحرم عن نفسه مع ذلك واذا باشر محظور الاحرام لزمه جزاء واحد بخلاف القارن لانه في احرامين وهذا في احرام واحد لا تنقال ذلك الاحرام الى المنوب عنه شرعا * واعلم أنهم اختلفوا فيما لو استمر مغمى عليه الى وقت أداء الافعال هل يجب أن يشهدوا به المشاهد فيطاف به ويسعى ويوقف أولا بل مباشرة الرفقة لذلك عنه تجزيه فاختار طائفة الاول وعليه يشي التقرير المذكور واختار آخرون الثاني وجعله في المبسوط الاصح وانما ذلك أولى لا متعين وعلى هذا يجب كون الدليل الذي دل على جواز الاستنابة في الاحرام الذي أقيم وجوده مقام العلم به هو كون هذه العبادة أعني الحج عن نفسه مما تجري فيه النيابة عند العجز كما في استنابة الذي زمن بعد القدرة وأدركه الموت فأوصى به غير أنه ان أفاق قبل الافعال تبين أن عجزه كان في الاحرام فقط فصحت نيابتهم على الوجه الذي قلنا فيه ثم يجري هو بنفسه على موجبه فان لم يفق تحقق عجزه عن الكل فأجزاهم على موجبه غير أنه لا يلزم الرفيق بفعل المحظورات شيء عن هذا الاحرام بخلاف النائب في الحج عن الميت ولانه يتوقع افاقة هذا في كل ساعة وحينئذ يجب الاداء بنفسه لعدم العجز فنقلنا الاحرام اليه لا ناله ولم تنقل الاحرام اليه مع هذا الاحتمال لفانه الحج اذا أفاق في بعض الصور وهو أن يفيق بعد يوم عرفة لعدم العجز عن باقي الافعال مع العجز عن تجديد الاحرام للاداء في هذه السنة وما جعل عقد الرفقة أو العلم بحاله دليل الاذن الا كي لا يفوت مقصوده من هذا السفر بخلاف الميت انتفى فيه ذلك فانتفى موجب النقل عن المباشر للاحرام وذكر فخر الاسلام اذا أغمي عليه بعد الاحرام فطيف به المناسك فانه يجزيه عند اصحابنا جميعا لانه هو الفاعل وقد سبقت النية منه فهو كمن نوى الصلاة في ابتدائها ثم أدى الافعال ساهيا لا يدري ما يفعل أجزأه لسبق النية اه ويشكل

لقوله عليه السلام احرام المرأة فى وجهها (ولو سدلت شيأ على وجهها وجافته عنه جاز) هكذا روى عن عائشة رضى الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل (ولا ترفع صوتها بالتلبية) لما فيه من الفتنة (ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين) لانه مخل بستر العورة (ولا تحلق ولكن تقصر) لما روى أن النبى عليه السلام نهى النساء عن الحلق وأمرهن بالتقصير ولان حلق الشعر فى حقها مثلة كحلق اللحية فى حق الرجل (وتلبس من المخيط ما بدا لها) لان فى لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا أن تجد الموضع خاليا

عليه اشتراط النية لبعض أركان هذه العبادة وهو الطواف بخلاف سائر أركان الصلاة ولم توجد منه هذه النية والأولى فى التعليل أن جواز الاستنابة فيما يعجز عنه ثابت بما قلنا فتجوز النيابة فى هذه الافعال ويشترط نيتهم الطواف اذا حملوه فيه كما تشترط نيته الا أن هذا يقتضى عدم تعين حمله والشهود ولا أعلم تجويز ذلك عنهم فى المنتقى روى عيسى بن أبان عن محمد رحمه الله رجل أحرم وهو صحيح ثم أصابه عته فقضى به أصحابه المناسك ووقفوا به فلبث بذلك سنين ثم أفاق أجزأه ذلك عن حجة الاسلام قال وكذلك الرجل اذا قدم مكة وهو صحيح أو مريض الا أنه يعقل فأغمى عليه بعد ذلك فحمله أصحابه وهو مغمى عليه فطافوا به فلما قضى الطواف أو بعضه أفاق وقد أغمى عليه ساعة من نهار ولم يتم يوما أجزأه عن طوافه وفيه أيضا لو أن رجلا مريضا لا يستطيع الطواف الا محمولا وهو يعقل نام من غير عته فحمله أصحابه وهو نائم فطافوا به أو أمرهم أن يحملوه ويطوفوا به فلم يفعلوا حتى نام ثم احتملوه وهو نائم فطافوا به أو حملوه حين أمرهم بحمله وهو مستيقظ فلم يدخلوا به الطواف حتى نام فطافوا به على تلك الحالة ثم استيقظ روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنهم اذا طافوا به من غير أن يأمرهم لا يجزيه ولو أمرهم ثم نام فحملوه بعد ذلك وطافوا به أجزأه وكذلك ان دخلوا به الطواف أو توجهوا به نحوه فنام وطافوا به أجزأه ولو قال لبعض من عنده استأجرلى من يطوف بى ويحملنى ثم غلبته عيناه ونام ولم يمض الذى أمره بذلك من فوره بل تشاغل بغيره طويلا ثم استأجر قوما يحملونه وأتوه وهو نائم فطافوا به قال أستحسن اذا كان على فوره ذلك أنه يجوز فأما اذا طال ذلك ونام فأتوه وحملوه وهو نائم لا يجزيه عن الطواف ولكن الاحرام لازم بالامر قال والقياس فى هذه الجملة أن لا يجزيه حتى يدخل الطواف وهو مستيقظ ينوى الدخول فيه لكنا استحسنا اذا حضر ذلك فنام وقد أمر أن يحمل فطاف به أنه يجزيه وحاصل هذه الفروع الفرق بين النائم والمغمى عليه فى اشتراط صريح الاذن وعدمه ثم فى النائم قياس واستحسان استأجر رجالا فحملوا امرأة فطافوا بها ونووا الطواف أجزأهم ولهم الاجرة وأجزأ المرأة وان نوى الحاملون طلب غريم لهم والمحمول يعقل وقد نوى الطواف أجزأ المحمول دون الحاملين وان كان مغمى عليه لم يجزه لانتفاء النية منه ومنهم أما جواز الطواف فلان المرأة حين أحرمت نوت الطواف ضمنا وانما تراعى النية وقت الاحرام لانه وقت العقد على الاداء وأما استحقاق الاجر فلأن الاجارة وقعت على عمل معلوم ليس بعبادة وضعا واذا حملوها وطافوا ولا ينوون الطواف بل طلب غريم لا يجزيها اذا كانت مغمى عليها لانهم ما أتوا بالطواف وانما أتوا بطلب الغريم والمنتقل اليها انما هو فعلهم فلا يجزيها الا اذا كانت مفيقة ونوت الطواف (قوله لقوله عليه السلام احرام المرأة فى وجهها) تقدم فى باب الاحرام ولا شك فى ثبوته موقوفا وحديث عائشة رضى الله عنها أخرجه أبو داود وابن ماجه قالت كان الركبان يمرون بنا ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرمات فاذا حاذونا سدلت احدانا جلبابها من رأسها على وجهها فاذا جاوزونا كشفناه قالوا والمستحب أن تسدل على وجهها شيأ وتجافيه وقد جعلوا لذلك أعوادا كالقبة توضع على الوجه ويسدل فوقها الثوب ودلت المسئلة على أن المرأة منهية عن ابداء وجهها للاجانب بلا ضرورة وكذا دل الحديث عليه (قوله وتلبس من المخيط ما بدا لها) كالدرع والقميص والخفين والقفازين لكن لا تلبس المورس والمزعفر

ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين ولا تحلق ولكن تقصر وتلبس ما بدا لها من المخيط من القميص والدرع والخمار والخفين والقفازين ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع الا أن تجد الموضع خاليا ووجه جميع ذلك مذكور فى الكتاب

وقوله (ومن قلد بدنة تطوعا أو نذرا أو جزاء صيد) يعني صيدا قتله في احرام ماض (أو شيأ من الاشياء) كبدنة المتعة أو القران (وتوجه معها يريد الحج فقد أحرم لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد بدنة فقد أحرم) وهذا بناء على ما ذكرنا أن الاحرام عندنا لا ينعقد بمجرد النية بل لا بد من انضمام شئ آخر اليها كتكبيرة الافتتاح (١٩٦) في الصلاة وتقليد البدنة والتوجه معها الى الحج يقوم مقام التلبية (لان سوق الهدى في معنى التلبية في اظهار اجابة دعاء ابراهيم عليه السلام لانه لا يفعله الا من يريد الحج أو العمرة) قيل قوله واظهار الاجابة معطوف على اسم ان ان قرئ منصوبا وعلى محلها ان قرئ مرفوعا فهو دليل آخر على كون السوق في معنى التلبية وأقول هو من تمام الاول وتقريره المقصود من التلبية اظهار الاجابة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول ألا ترى أن من قال يا فلان فأجابته تارة تكون بلبيك وتارة بالحضور والامتثال بين يديه (فيصير به) أي بالسوق (محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام) فحصل الاجابة لبى أو لم يلب وإنما قال بدنة لان الغنم لا تقلد وهذا لان التقليد لئلا يمنع من الماء والعلف اذا علم أنه هدى وهذا فيما يغيب عن صاحبه كالابل والبقر والغنم ليس كذلك فانه اذا لم يكن معه صاحبه يضيع وقوله (فان قلدها وبعث بها) ظاهر وكانت الصحابة مختلفين في هذه المسئلة على ثلاثة أقوال فمنهم من قال اذا قلدها صار محرما ومنهم من قال اذا توجه في أثرها صار محرما ومنهم من قال اذا أدركها وساقها صار محرما فأخذنا بالمتيقن وقلنا اذا أدركها وساقها صار محرما لاتفاق الصحابة في هذه الحالة صلى

قال (ومن قلد بدنة تطوعا أو نذرا أو جزاء صيد أو شيأ من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد أحرم) لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد أحرم ولان سوق الهدى في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج أو العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد أن يربط على عنق بدنته قطعة نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجرة (فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما) لما روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت كنت أفتل قلائد هدى رسول الله عليه الصلاة والسلام فبعث بها وأقام في أهله حلالا (فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها) لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدى يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية ومجرد النية لا يصير محرما

والمعصفر (قوله أو جزاء صيد) إما بأن يكون عليه جزاء صيد في حجة سابقة فقلده في السنة الثانية أو جزاء صيد الحرم اشترى بقيمته هديا (قوله وتوجه معها يريد الحج) أفاد أنه لا بد من ثلاثة التقليد والتوجه معها ونية النسك ومافي شرح الطحاوي لو قلد بدنة بغير نية الاحرام لا يصير محرما ولو ساقها هديا قاصدا الى مكة صار محرما بالسوق نوى الاحرام أو لم ينو مخالف لما في عامة الكتب فلا يعول عليه ومافي الايضاح من قوله السنة أن يقدم التلبية على التقليد لانه اذا قلدها فربما تسير فيصير شارعا في الاحرام والسنة أن يكون الشروع بالتلبية يجب حمله على ما اذا كان المقلد ناويا (قوله لقوله عليه السلام من قلد بدنة الخ) غريب مرفوعا ووقفه ابن أبي شيبة في مصنفه على ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قال حدثنا ابن نمير حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال من قلد فقد أحرم حدثنا وكيع عن سفيان عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن عباس قال من قلد أو جلل أو أشعر فقد أحرم ثم أخرج عن سعيد بن جبير أنه رأى رجلا قلد فقال أما هذا فقد أحرم وورد معناه مرفوعا أخرجه عبد الرزاق ومن طريقه البزار في مسنده عن عبد الرحمن بن عطاء بن أبي لبيبة أنه سمع ابني جابر يحدثان عن أبيهما جابر بن عبد الله قال بينما النبي صلى الله عليه وسلم جالس مع أصحابه رضي الله عنهم اذ شق قميصه حتى خرج منه فسئل فقال واعدتهم يقلدون هديي اليوم فنسيت وذكره ابن القطان في كتابه من جهة البزار قال ولجابر بن عبد الله ثلاثة أولاد عبد الرحمن ومحمد وعقيل والله أعلم من هما من الثلاثة وأخرجه الطحاوي أيضا عن عبد الرحمن بن عطاء وضعف ابن عبد الحق وابن عبد البر عبد الرحمن بن عطاء ووافقهما ابن القطان وروى الطبراني حدثنا محمد بن علي الصائغ المكي حدثنا أحمد بن شبيب بن سعيد حدثني أبي عن يونس عن ابن شهاب أخبرني ثعلبة بن أبي مالك القرظي أن قيس بن سعد بن عبادة الانصاري رضي الله عنه كان صاحب لواء رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد الحج فرجل أحد شقي رأسه فقام غلامه فقلد هديه فنظر اليه قيس فأهل وحل شق رأسه الذي رجله ولم يرجل الشق الآخر وأخرجه البخاري في صحيحه مختصرا عن ابن شهاب بأن قيس بن سعد الانصاري وكان صاحب لواء رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد الحج فرجل اه (قوله أو لحاء شجرة) هو بالمد قشرها والمعنى بالتقليد افادة أنه عن قريب يصير جلد كهذا اللحاء والنعل في اليبوسة لارافة دمه وكان في الاصل يفعل ذلك كي لا تهاج عن الورود والكلا ولترد اذا ضلت للعلم بأنها هدى (قوله لما روى عن عائشة رضي الله عنها) أخرج الستة عنها بعث رسول الله

(قوله معطوف على اسم ان) أقول يعني في قوله لانه لا يفعله (قوله وقلنا اذا أدركها) أقول على رواية المبسوط والاولى أن يقول أو ادركها وفيه شئ

وقوله (فاذا أدركها وساقها أو أدركها) رتب بين السوق وعدمه لان الرواية قد اختلفت فيه شرط في المبسوط السوق مع اللحوق ولم يشترط السوق بعد اللحوق في الجامع الصغير والمصنف جمع بين الروايتين وقوله (فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام) أما اذا ساق الهدى فظاهر وأما اذا أدرك ولم يسق وساق غيره فلأن فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل وقوله (الا في بدنة المتعة) استثناء من قوله لم يصر محرما حتى يلحقها قال في النهاية ههنا قيد لابد من ذكره وهو أنه في بدنة المتعة انما يصير محرما بالتقليد والتوجه اذا حصلا في أشهر الحج فان حصلا في غير أشهر الحج لا يصير محرما ما لم يدرك الهدى ويسر معه هكذا في الرقيات لان تقليد هدى المتعة في غير أشهر الحج لا يعتد به لانه فعل من أفعال المتعة وأفعال المتعة قبل أشهر الحج لا يعتد بها فيكون تطوعا وفي هدى التطوع ما لم يدرك ويسر معه لا يصير محرما كذا في الجامع الصغير لقاضيخان وقوله (وجه القياس ما ذكرناه) يريد به قوله لم يوجد منه الا مجرد النية الخ ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (على الابتداء) احتراز عما وجب جزاء وقوله (لانه مختص بمكة) دليل كونه نسكا وقوله (ويجب شكرا للجمع بين أداء النسكين) بيان اختصاصه بمكة لان الجمع بين النسكين لا يكون الا بمكة فكان هدى المتعة مختصا بمكة (وغيره قد يجب بالجناية) بان أصاب صيدا قبل وصوله الى مكة وقوله (فان جلل بدنة أو أشعرها) التجليل إلباس الجل واشعار البدنة اعلامها بشئ أنها هدى من الشعار وهو العلامة وكلامه واضح

فاذا أدركها وساقها أو أدركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال (الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه) معناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان أن هذا الهدى مشروع على الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين أداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل (فان جلل بدنة أو أشعرها أو قلدها شاة لم يكن محرما) لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يكون من النسك في شئ وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدى وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة أيضا قال (والبدن من الابل والبقر)

صلى الله عليه وسلم بالهدى فأنا فتلت قلائدها بيدي من عهن كان عندنا ثم أصبح فينا حلالا يأتي ما يأتي الرجل من أهله وفي لفظ لقد رأيتني أفتل القلائد لرسول الله صلى الله عليه وسلم فيبعث به ثم يقيم فينا حلالا وأخرجا واللفظ للبخاري عن مسروق أنه أتى عائشة رضي الله عنها فقال لها يا أم المومنين ان رجلا يبعث بالهدى الى الكعبة ويجلس في المصر فيوصي أن تقلد بدنته فلا يزال من ذلك اليوم محرما حتى يحل الناس قال فسمعت تصفيقها من وراء الحجاب فقالت لقد كنت أفتل قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيبعث هديه الى الكعبة فما يحرم عليه ما أحل للرجل من أهله حتى يرجع الناس اه وفي الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال من أهدى هديا حرم عليه ما يحرم على الحاج فقالت عائشة رضي الله عنها ليس كما قال أنا فتلت قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي ثم قلدها ثم بعث بها مع أبي فلم يحرم عليه صلى الله عليه وسلم شئ أحله الله له حتى نحر الهدى وهذان الحديثان يخالفان حديث عبد الرحمن بن عطاء صريحا فيجب الحكم بغلطه والحاصل أنه قد ثبت أن التقليد مع عدم التوجه معها لا يوجب الاحرام وأما ما تقدم من الآثار مطلقة في اثبات الاحرام فقيدناها به حملا لها على ما اذا كان متوجها جمعا بين الادلة وشرطنا النية مع ذلك لانه لا عبادة الا بالنية بالنص فكل شئ روى من التقليد مع عدم الاحرام فما كان محمله الا في حال عدم التوجه والنية فلا يعارض المذكور شيئا منها وما في فتاوى قاضيخان لولبي ولم ينو لا يصير محرما في الرواية الظاهرة مشعر بأن هناك رواية بعدم اشتراطها مع النية وما أظنه الا نظر الى بعض الاطلاقات ويجب في مثلها الحمل على ارادة الصحيح وأن لا تجعل رواية (قوله فاذا أدركها وساقها أو أدركها) رتب بين السوق وعدمه لاختلاف الرواية فيه شرط في المبسوط السوق مع اللحوق ولم يشترطه في الجامع الصغير وقال في الأصل ويسوقه ويتوجه معه وهو أمر اتفاقي فلو أدرك فلم يسق وساق غيره فهو كسوقه لان فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل (قوله الا في هدى المتعة) استثناء من قوله لم يصر محرما حتى يلحقها يعني حين خرج على اثرها وان لم يدركها استحسانا وهنا قيد لابد منه وهو أنه انما يصير محرما في هدى المتعة بالتقليد والتوجه اذا حصلا في أشهر الحج فان حصلا في غيرها لا يصير محرما ما لم يدرك هديا ويسر معها كذا في الرقيات وذلك لان تقليد هدى المتعة قبل أشهر الحج لا عبرة به لانه من أفعال المتعة وأفعال المتعة قبل أشهر الحج لا يعتد بها فيكون تطوعا وفي هدى التطوع ما لم يدرك ويسر معه لا يصير محرما وذكر أبو اليسر مدم القران يجب أن يكون كالمتعة ووجه القياس ظاهر وحاصل وجه الاستحسان زيادة خصوصية هدى المتعة بالحج فالتوجه اليه توجه الى ما فيه زيادة خصوصية بالحج حتى شرط لذبحه الحرم ويبقى بسبب سوقه الاحرام فلما ظهر أثره في الاحرام بقاء أظهرنا له في ابتدائه نوع اختصاص وهو أن بالتوجه اليه مع قصد الاحرام يصير محرما بخلاف غيره لانه قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة ويذبح قبل مكة ولم يظهر له أثر شرعا في الاحرام

وقال الشافعي رحمه الله من الابل خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا أن البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا والله تعالى أعلم

أصلا (قوله وقال الشافعي الخ) هذا خلاف في مفهوم لفظ البدنة اما في أنه هل هو في اللغة كذلك أولا فقلنا نعم ونقلنا كلام أهل اللغة فيه قال الخليل البدنة ناقة أو بقرة تهدى الى مكة قال النووي هو قول أكثر أهل اللغة وقال الجوهري البدنة ناقة أو بقرة واما في أنه في اللغة كذلك اتفاقا ولكنه هل هو في الشرع على المفهوم منه لغة لم ينقل عنه أولا فقلنا نعم وقال الشافعي لا فاذا طلب من المكلف بدنة خرج عن العهدة بالبقرة كما يخرج بالجزور وعنده لا يخرج الا بالجزور له قوله عليه السلام من اغتسل يوم الجمعة ثم راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة الحديث متفق عليه فقول المصنف والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا غير صحيح بل هي أصح لانها متفق عليها ورواية الجزور في مسلم فقط ولفظه أنه عليه السلام قال على كل باب من أبواب المسجد ملك يكتب الاول فالاول مثل الجزور ثم صغر الى مثل البيضة الحديث بل الجواب أن التخصيص باسم خاص لا ينفي الدخول باسم عام وغاية ما يلزم من الحديث أنه أراد بالاسم الاعم في الاول وهو البدنة خصوص بعض ما يصلح له وهو الجزور لا كل ما يصدق عليه بقرينة اعطاء البقر لمن راح في الساعة الثانية في مقام اظهار التفاوت في الاجر للتفاوت في المسارعة وهذا لا يستلزم أنه في الشرع خصوص الجزور الا ظاهرا بناء على عدم ارادة الاخص بخصوصه بالاعم لكن يلزمه النقل والحكم باستعمال لفظ في خصوص بعض ما صدقاته مع الحكم ببقاء ما استقر له على حاله أسهل من الحكم بنقله عنه بسبب استعمال من الاستعمالات من غير كثرة فيه عند تعارض الحكمين ولزوم أحدهما مع أنه قد ثبت من لسان أهل العرف الذي يدعى نقله اليه خلافه في حديث جابر كنا ننحر البدنة عن سبعة فقيل والبقرة فقال وهل هي الا من البدن ذكره مسلم في صحيحه ﴿فرع﴾ اشترك جماعة في بدنة فقلدها أحدهم صار واما محرمين ان كان بأمر البقية وساروا معها ويستحب التجليل والتصدق بالجل لانه أعمل في الكرامة وهداياه عليه السلام كانت مجللة مقلدة وقال لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها والتقليد أحب من التجليل لان له ذكرا في القرآن الا في الشاة فانه ليس بسنة على ما ذكره المصنف رحمه الله

وقوله (والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا) يعني في موضع البدنة ولئن ثبتت تلك الرواية التي رواها قلنا التمييز من حيث الحكم بالعطف لا يدل على اختلاف الجنسية وكذا التخصيص باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال

﴿باب القران﴾

المحرم ان أفرد الاحرام بالحج فمفرد بالحج وان أفرد بالعمرة فاما في أشهر الحج أو قبلها الا أنه أوقع أكثر أشواط طوافها فيها أولا الثاني مفرد بالعمرة والاول أيضا كذلك ان لم يحج من عامه أو حج وألم بأهله بينهما إلماما صحيحا وان حج ولم يلم بأهله بينهما إلماما صحيحا فمتمتع وسيأتي معنى الالمام الصحيح ان شاء الله تعالى وان لم يفرد الاحرام لواحد منهما بل أحرم بهما معا أو أدخل احرام الحج على احرام العمرة قبل أن يطوف للعمرة أربعة أشواط فقارن بلا اساءة وان أدخل احرام العمرة على احرام الحج قبل أن يطوف للقدوم ولو شوطا فقارن مسيء لان القارن من يبني الحج على العمرة في الافعال فينبغي أن يبنيه أيضا في الاحرام أو يوجدهما معا فاذا خالف أساء وصح لتمكنه من أن يبني الافعال اذا لم يطف شوطا فان لم يحرم بالعمرة حتى طاف شوطا رفض العمرة وعليه قضاؤها ودم للرفض لانه عجز عن الترتيب وهذا بناء على ما تقدم من أنه لا طواف قدوم للعمرة هذا كلامهم في القارن ومقتضاه أن لا يعتبر في القران ايقاع العمرة في أشهر الحج ويشكل عليه ما عن محمد لو طاف في رمضان لعمرته فهو قارن ولكن لا دم عليه ان لم يطف لعمرته في أشهر

﴿ باب القران ﴾

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في بيان المركب وهو القران والتمتع الا أن القران أفضل من التمتع فقدمه في الذكر ﴿ اعلم ﴾ أن المحرم على أربعة أنواع مفرد بالحج وقد ذكرناه ومفرد بالعمرة وهو من ينوى العمرة بقلبه ويقول لبيك بعمرة ثم يأتي بأفعالها وقارن وهو من يجمع بين العمرة والحج في الاحرام فينويهما ويقول لبيك بحجة وعمرة ويأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج من غير تحلل بينهما ومتمتع وهو من يأتي بأفعال العمرة في أشهر الحج أو بأكثر طوافها ثم يحرم بالحج ويحج من عامه ذلك على وصف الصحة من غير أن يلم بأهله إلماما صحيحا والقران أفضل من هذه الاقسام عندنا (وقال الشافعي الافراد) أي إفراد كل واحد من الحج والعمرة باحرام على حدة (أفضل وقال مالك التمتع أفضل من القران لانه ذكر في القرآن) قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج (ولا ذكر للقران فيه) وللشافعي حديث عائشة انما أجرك على قدر نصبك وانما القران رخصة والافراد عزيمة والاخذ بالعزيمة أولى (ولان في الافراد زيادة الاحرام والسفر والحلق) فان القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي لهما تلبية واحدة ويحلق مرة واحدة والمفرد يؤدي كل نسك (١٩٩) بصفة الكمال والاخذ بصفة الكمال أولى (ولنا) ماروى الطحاوي في شرح الآثار أنه صلى الله عليه وسلم قال (يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معا

﴿ باب القران ﴾

(القران أفضل من التمتع والافراد) وقال الشافعي رحمه الله الافراد أفضل وقال مالك رحمه الله التمتع أفضل من القران لانه ذكر في القرآن ولا ذكر للقران فيه وللشافعي قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معا

﴿ باب القران ﴾

(قال المصنف القران أفضل من التمتع والافراد) أقول ثم المراد بالافراد يحتاج فيه الى البيان هل هو إفرادا لحجة أو العمرة أو افراد كل واحد منهما باحرام قال في النهاية المراد الثالث دون الاولين استدلالا بمواضع الاحتجاج فانه قال من جهة الشافعي رحمه الله لان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق وهذا لا يكون الا باحرام لكل واحد منهما وكذا روى عن محمد رحمه الله أنه قال حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل

الحج وسيأتيك تحقيق المقام ان شاء الله تعالى في باب التمتع (قوله القران أفضل الخ) المراد بالافراد في الخلافية أن يأتي بكل منهما مفردا خلافا لما روى عن محمد من قوله حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل عندي من القران أما مع الاقتصار على إحداهما فلا إشكال أن القران أفضل بلا خلاف وحقيقة الخلاف ترجع الى الخلاف في أنه عليه السلام كان في حجته قارنا أو مفردا أو متمتعا فالذي يهمنا النظر في ذلك ولنقدم عليه استدلال المصنف لنوفي بتقرير الكتاب ثم نرجع الى تحرير النظر في ذلك استدل للمخصوم بقوله عليه السلام القران رخصة ولا يعرف هذا الحديث وللمذهب بقوله صلى الله عليه وسلم يا أهل محمد أهلوا بحجة وعمرة معا رواه الطحاوي بسنده وسنذكره عند تحقيق الحق ان شاء الله ونقول اختلف الامة في احرامه عليه السلام فذهب قائلون الى أنه أحرم مفردا ولم يعتمر في سفرته تلك وآخرون الى أنه أفرد واعتمر فيها من التنعيم وآخرون الى أنه تمتع ولم يحل لانه ساق الهدى وآخرون الى أنه تمتع وحل وآخرون الى أنه قرن فطاف طوافا واحدا وسعى سعيا واحدا لحجته وعمرته وآخرون الى أنه قرن فطاف طوافين وسعى سعيين لهما وهذا مذهب علمائنا وجه الاول ما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فمنا من أهل بعمرة ومنا من أهل بحجة وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجة فهذا التقسيم يفيد أن من أهل بالحج لم يضم اليه غيره ولمسلم عنها أنه عليه السلام أهل بالحج مفردا وللبخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم أهل بالحج وحده وفي سنن ابن ماجه عن جابر رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم أفرد الحج وللبخاري عن عروة بن الزبير قال حج

عندي من القران فعلم بذلك أن الاختلاف الواقع فيه انما هو في أن الحج والعمرة كل واحد منهما على الانفراد أفضل أو الجمع بينهما أفضل وأما كون القران أفضل من الحج وحده فما لا خلاف فيه لان في القران الحج وزيادة وجعل نظير هذا الاختلاف اختلافهم في أن يصلي أربع ركعات بتحريمة واحدة أفضل أم بتحريمتين أفضل ولم ينقل فيه شيأ وانما قاله حزرا واستدلالا بمواضع الاحتجاج واطلاقهم أن القران أفضل من الافراد يرده لان ظاهره يرادبه الافراد بالحج وأيضا لو كان كما قاله لكان محمد مع الشافعي أو كلهم كانوا معه لان محمدا لم يبين أن قوله ما خلاف ذلك فيحتمل أن يكون مجمعا عليه اه أقول قوله لان محمدا لم يبين الخ ليس بسديد لان محمدا بينه بقوله عندي ثم قوله لكان محمد مع الشافعي يمكن أن يجاب عنه بأن يقال يجوز أن يكون معه على هذه الرواية (قوله وقارن وهو من يجمع بين العمرة والحج في الاحرام) أقول أو يدخل احرام الحج على احرام العمرة (قوله أي افراد كل واحد من الحج والعمرة باحرام على حدة) أقول وفيه بحث بل المراد افراد الحج

رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرتني عائشة أنه أول شيء بدأ به الطواف بالبيت ثم لم تكن عمرة ثم عمر مثل ذلك ثم حج عثمان فرأيته أول شيء بدأ به حين قدم مكة أنه توضأ ثم طاف بالبيت ثم حج أبو بكر فكان أول شيء بدأ به الطواف بالبيت ثم لم تكن عمرة ثم معاوية وعبد الله بن عمر ثم حججت مع أبي الزبير بن العوام وكان أول شيء بدأ به الطواف بالبيت ثم لم تكن عمرة ثم رأيت المهاجرين والانصار يفعلون ذلك ثم لم تكن عمرة ثم آخر من رأيت يفعل ذلك ابن عمر ثم لم ينقضها بعمرة ولا أحد ممن مضى ما كانوا يبدؤن بشيء حين يضعون أقدامهم أول من الطواف ثم لا يحلون وقد رأيت أمي وخالتي حين تقدمان لا تبدآن بشيء أول من البيت تطوفان به ثم لا تحلان فهذه كلها تدل على أنه أفرد ولم ينقل أحد مع كثرة ما نقل أنه اعتمر بعده فلا يجوز الحكم بأنه فعله ومن ادعاه فانما اعتمد على ما رأى من فعل الناس في هذا الزمان من اعتمارهم بعد الحج من التنعيم فلا يلتفت اليه ولا يعول عليه وقد تم بهذا مذهب الافراد وجه القائلين أنه كان متمتعا ما في الصحيحين عن ابن عمر تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأهدى فساق معه الهدى من ذي الحليفة فلما قدم مكة قال للناس من كان منكم أهدى فلا يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه ومن لم يكن أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليحلل ثم يهل بالحج وليهد ولم يحلل من شيء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه وعن عائشة تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم وتمتعنا معه بمثل حديث ابن عمر متفق عليه وعن عمران بن حصين تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم وتمتعنا معه رواه مسلم والبخاري بمعناه وفي رواية لمسلم والنسائي أن أبا موسى كان يفتي بالمتعة فقال له عمر قد علمت أن النبي صلى الله عليه وسلم قد فعله وأصحابه ولكني كرهت أن يظلوا معرسين بهن في الاراك ثم يروحون في الحج تقطر رؤسهم فهذا اتفاق منهما على أنه عليه السلام كان متمتعا وقد علمت من هذا أن الذين رووا عنه الافراد عائشة وابن عمر ورواعنه أنه كان متمتعا وأما رواية عروة بن الزبير فقوله في الكل ثم لم تكن عمرة يعني ثم لم يكن احرام الحج يفعل به عمرة بفسخه فانما هو دليل ترك الناس فسخ الحج الى العمرة لما علموا من دليل منعه مما أسلفناه في كتاب الحج والدليل عليه قوله ثم لم ينقضها بعمرة الخ ثم صرح في حديث ابن عمر السابق بأنه لم يحل حتى قضى حجه فثبت المطلوب وأما ما استدل به القائلون بأنه أحل من حديث معاوية قصرت عن رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشقص قالوا ومعاوية أسلم بعد الفتح والنبي عليه السلام لم يكن محرما في الفتح فلزم كونه في حجة الوداع وكونه عن احرام العمرة لما زاده أبو داود في روايته من قوله عند المروة والتقصير في الحج انما يكون في منى فدفعه بأن الاحاديث الدالة على عدم احلاله جاءت مجيأ متظافرا يقرب القدر المشترك من الشهرة التي هي قريبة من التواتر كحديث ابن عمر السابق وما تقدم في الفسخ من الاحاديث وحديث جابر الطويل الثابت في مسلم وغيره وكثير وسيأتي شيء منها في أدلة القران ولو انفرد حديث ابن عمر كان مقدما على حديث معاوية فكيف والحال ما أعلمناك فلزم في حديث معاوية الشذوذ عن الجم الغفير فاما هو خطأ أو محمول على عمرة الجعرانة فانه كان قد أسلم اذ ذاك وهي عمرة خفيت على بعض الناس لانها كانت ليلا على ما في الترمذي والنسائي أنه عليه السلام خرج من الجعرانة ليلا معتمرا فدخل مكة ليلا فقضى عمرته ثم خرج من ليلته الحديث قال فمن أجل ذلك خفيت على الناس وعلى هذا فيجب الحكم على الزيادة التي في سنن النسائي وهي قوله في أيام العشر بالخطأ ولو كانت بسند صحيح إما النسيان من معاوية أو من بعض الرواة عنه ونحن نقول وبالله التوفيق لاشك أن ترجح رواية تمتعه لتعارض الرواية عمن روى عنه الافراد وسلامة رواية غيره ممن روى التمتع دون الافراد ولكن التمتع بلغة القرآن الكريم وعرف الصحابة أعم من القران كما ذكره غير واحد واذا كان أعم منه احتمل أن يراد به الفرد المسمى بالقران في الاصطلاح الحادث وهو مدعانا وأن يراد به الفرد المخصوص باسم التمتع في ذلك الاصطلاح فعلينا أن ننظر أولا في أنه أعم في عرف الصحابة أولا وثانيا في ترجيح أي الفردين بالدليل والاول يبين في ضمن الترجيح وثم دلالات

أخر على الترجيح مجردة عن بيان عمومه عرفا أما الاول فما في الصحيحين عن سعيد بن المسيب قال اجتمع علي وعثمان بعسفان فكان عثمان ينهى عن المتعة فقال علي ما تريد الى أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم تنهى عنه فقال عثمان دعنا منك فقال علي اني لا أستطيع أن أدعك فلما رأى علي ذلك أهل بهما جميعا هذا لفظ مسلم ولفظ البخاري اختلف علي وعثمان بعسفان في المتعة فقال علي ما تريد الا أن تنهى عن أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رأى ذلك علي أهل بهما جميعا فهذا بين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مهلا بهما وسيأتيك عن علي التصريح به ويفيد أيضا أن الجمع بينهما تمتع فان عثمان كان ينهى عن المتعة وقصد علي اظهار مخالفته تقرير الما فعله عليه السلام وأنه لم ينسخ فقرن وانما تكون مخالفة اذا كانت المتعة التي نهى عنها عثمان هي القران فدل على الامرين اللذين عيناهما وتضمن اتفاق علي وعثمان على أن القران من مسمى التمتع وحينئذ يجب حمل قول ابن عمر تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم على التمتع الذي نسميه قرانا ولو لم يكن عنه ما يخالف ذلك اللفظ فكيف وقد وجد عنه ما يفيد ما قلناه وهو ما في صحيح مسلم عن ابن عمر أنه قرن الحج مع العمرة وطاف لهما طوافا واحدا ثم قال هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فظهر أن مراده بلفظ المتعة في ذلك الحديث الفرد المسمى بالقران وكذا يلزم مثل هذا في قول عمران بن حصين تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم وتمتعنا معه لو لم يوجد عنه غير ذلك فكيف وقد وجد وهو ما في صحيح مسلم عن عمران بن حصين قال لمطرف أحدثك حديثا عسى الله أن ينفعك به إن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين حج وعمرة ثم لم ينه عنه حتى مات ولم ينزل قرآن يحرمه وكذا يجب مثل ما قلنا في حديث عائشة تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى آخر ما تقدم لو لم يوجد عنها ما يخالفه فكيف وقد وجد ما هو ظاهر فيه وهو ما في سنن أبي داود عن النفيلي حدثنا زهير بن معاوية حدثنا أبو اسحق عن مجاهد سئل ابن عمر رضي الله عنهما كم اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مرتين فقالت عائشة رضي الله عنها لقد علم ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاثا سوى التي قرن بحجته وكذا ما في مسلم من أن أبا موسى كان يفتي بالمتعة يعني بقسميها وقول عمر رضي الله عنه له قد علمت أنه صلى الله عليه وسلم فعله وأصحابه أي فعلوا ما يسمى متعة فهو عليه السلام فعل النوع المسمى بالقران وهم فعلوا النوع المخصوص باسم المتعة في عرفنا بواسطة فسخ الحج الى عمرة ويدل على اعتراف عمر به عنه صلى الله عليه وسلم ما في البخاري عن عمر رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بوادي العقيق يقول أتاني الليلة آت من ربي عز وجل فقال صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل عمرة في حجة ولا بد له من امتثال ما أمر به في منامه الذي هو وحي وما في أبي داود والنسائي عن منصور وابن ماجه عن الاعمش كلاهما عن أبي وائل عن الصبي بن معبد التغلبي قال أهللت بهما معا فقال عمر هديت لسنة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم وروى من طرق أخرى وصححه الدارقطني قال وأصحها اسنادا حديث منصور والاعمش عن أبي وائل عن الصبي عن عمر وأما الثاني ففي الصحيحين عن بكر بن عبد الله المزني عن أنس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبي بالحج والعمرة جميعا قال بكر فحدثت ابن عمر فقال ابى بالحج وحده فلقيت أنسا فحدثته بقول ابن عمر فقال أنس رضي الله عنه ما تعدونا الا صبيانا سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول لبيك حجا وعمرة وقول ابن الجوزي ان أنسا كان اذ ذاك صبيا لقصد تقديم رواية ابن عمر عليه غلط بل كان سن أنس في حجة الوداع عشرين سنة أو احدى وعشرين أو اثنتين وعشرين سنة أو ثلاثا وعشرين سنة وذلك أنه اختلف في أنه توفي سنة تسعين من الهجرة أو احدى وتسعين أو اثنتين وتسعين أو ثلاث وتسعين ذكر ذلك الذهبي في كتاب العبر وقدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وسنه عشر سنين فكيف يسوغ الحكم عليه بسن الصبا اذ ذاك مع أنه انما بين ابن عمر وأنس في السن سنة واحدة أو سنة وبعض سنة ثم ان رواية ابن عمر عنه عليه السلام الافراد معارضة برواية عنه التمتع كما أسمعناك وعلمت أن مراده

بالتمتع القران كما حققته وثبت عن ابن عمر فعله ونسبته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما ذكرناه آنفا ولم يختلف على أنس أحد من الرواة فى أنه عليه السلام كان قارنا قالوا اتفق عن أنس ستة عشر راويا أنه عليه السلام قرن مع زيادة ملازمته لرسول الله صلى الله عليه وسلم لانه كان خادمه لا يفارقه حتى إن فى بعض طرقه كنت آخذ بزمام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى تقصع بجرتها ولعابها يسيل على يدى وهو يقول لبيك بحجة وعمرة معا وفى صحيح مسلم عن عبد العزيز وحميد ويحيى بن أبى اسحق أنهم سمعوا أنسا يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل بهما لبيك عمرة وحجا وروى أبو يوسف عن يحيى بن سعيد الانصارى عن أنس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لبيك بحجة وعمرة معا وروى النسائى من حديث أبى أسماء عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم أهل بالحج والعمرة حين صلى الظهر وروى البزار من حديث زيد بن أسلم مولى عمر بن الخطاب عن أنس مثله وذكر وكيع حدثنا مصعب بن سليم قال سمعت أنسا مثله قال وحدثنا ثابت البنانى عن أنس مثله وفى صحيح البخارى عن قتادة عن أنس اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أربع عمر فذكرها وقال عمرة مع حجة وذكر عبد الرزاق حدثنا معمر عن أيوب عن أبى قلابة وحميد بن هلال عن أنس مثله فهؤلاء جماعة ممن ذكرنا فلم تبق شبهة من جهة النظر فى تقديم القران وفى أبى داود عن البراء بن عازب قال كنت مع على رضى الله عنه حين أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليمن الحديث الى أن قال فيه قال فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم يعنى عليا فقال لى كيف صنعت قلت أهللت باهلال النبى صلى الله عليه وسلم قال فانى سقت الهدى وقرنت وذكر الحديث وروى الامام أحمد من حديث سراقة باسناد كله ثقات قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول دخلت العمرة فى الحج الى يوم القيامة قال وقرن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع وروى النسائى عن مروان بن الحكم كنت جالسا عند عثمان فسمع عليا يلبى بحج وعمرة فقال ألم تكن تنهى عن هذا فقال بلى ولكنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبى بهما جميعا فلم أدع فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لقولك وهذا ما وعدنا من الصريح عن على رضى الله عنه وروى أحمد من حديث أبى طلحة الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين الحج والعمرة ورواه ابن ماجه بسند فيه الحجاج بن أرطاة وفيه مقال ولا ينزل حديثه عن الحسن مالم يخالف أو ينفرد قال سفيان الثورى ما بقى على وجه الارض أحد أعرف بما يخرج من رأسه منه وعيب عليه التدليس وقال من سلم منه وقال أحمد كان من الحفاظ وقال ابن معين ليس بالقوى وهو صدوق يدلس وقال أبو حاتم اذا قال حدثنا فهو صالح لا يرتاب فى حفظه وهذه العبارات لا توجب طرح حديثه وروى أحمد من حديث الهرماس بن زياد الباهلى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرن فى حجة الوداع بين الحج والعمرة وروى البزار باسناد صحيح الى ابن أبى أوفى قال إنما جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الحج والعمرة لانه علم أن لا يحج بعد عامه ذلك وروى أحمد من حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرن الحج والعمرة فطاف لهما طوافا واحدا وروى أيضا من حديث أم سلمة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أهلوا يا آل محمد بعمرة فى حج وهو الحديث الذى ذكره المصنف فى الكتاب وفى الصحيحين واللفظ لمسلم عن حفصة قالت قلت يا رسول الله ما بال الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك قال انى قلدت هديى الحديث وهذا يدل على أنه كان فى عمرة يمتنع منها التحلل قبل تمام أعمال الحج ولا يكون ذلك على قول مالك والشافعى الا للقارن فهذا وجه الزامى فان سوق الهدى عندهما لا يمنع المتمتع عن التحلل والاستقصاء واسع وفيما ذكرنا كفاية ان شاء الله تعالى هذا ومما يمكن الجمع به بين روايات الافراد والتمتع أن يكون سبب روايات الافراد سماع من رواه تلبيته عليه السلام بالحج وحده وأنت تعلم أنه لا مانع من افراد ذكر نسك فى التلبية وعدم ذكر شئ أصلا وجمعه أخرى مع نية القران فهو نظير سبب الاختلاف فى تلبيته عليه

ولان فيه جمعا بين العبادتين فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله مع صلاة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكر والمقصد بما روى نفي قول أهل الجاهلية ان العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله أن يحرم بهما من دويرة أهله على ما رويناه من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى أن يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران أولى منه

السلام أكانت دبر الصلاة أو استواء ناقته أو حين علا على البيداء على ما قدمناه في أوائل باب الاحرام هذا وأما أنه حين قرن طاف طوافين وسعى سعيين فسيأتي الكلام فيه ولنرجع الى تقرير الترجيحات المعنوية التي ذكرها المصنف رحمه الله (قوله ولانه) أي القران (جمع بين العبادتين فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله مع صلاة الليل) وأنت تعلم أن الجمع بين النسكين في الاداء متعذر بخلاف الصوم مع الاعتكاف والحراسة مع الصلاة وانما الجمع بينهما حقيقة في الاحرام وليس هو من الاركان عندنا بل شرط فلا يتم التشبيه وأيضا علمت أن موضع الخلاف ما اذا أتى بالحج والعمرة لكن أفرد كلا منهما في سفرة واحدة يكون القران وهو الجمع بين احرامهما أفضل فلا فائدة للتشبيه تكون على تقدير أن الانسان اذا صام يوما بلا اعتكاف ثم اعتكف يوما آخر بلا صوم أو حرس ليلة بلا صلاة وصلى ليلة بلا حراسة يكون الجمع بينهما في يوم وليلة أفضل وهذا ليس بضروري فيحتاج الى البيان ولا يكون الا بسمع لان تقدير الأثوبة والافضلية لا يكون إلا به (قوله والتلبية الخ) دفع لترجيح الافراد بزيادة التلبية والسفر والحلق فقال (التلبية غير محصورة) يعني لا يلزم زيادتها في الافراد على القران لانها غير محصورة ولا مقدر لكل نسك قدر منها فيجوز زيادة تلبية من قرن على من أفرد كما يجوز قلبه (والسفر غير مقصود) الا للنسك فهو في نفسه غير عبادة وان كان قد يصير عبادة بنية النسك به فلا يبعد أن يعتبر نفس النسك الذي هو أقل سفرا أفضل من الاكثر سفرا لخصوصية فيه اعتبرها الشارع فان ظهر لنا عليها والا حكمنا بالافضلية تعبدا وقد علمنا الافضلية بالعلم بأنه قرن لظهور أنه لم يكن ليعبد الله تعالى هذه العبادة الواجبة التي لم تقع له في عمره الا مرة واحدة إلا على أكمل وجه فيها (والحلق خروج عن العبادة) فلا يوجب زيادته بالتكرر زيادة أفضلية ما لم يتكرر فيه كما قلنا فيما قبله (والمقصد بما روى) أي بالرخصة فيما روى القران رخصة لو صح (نفي قول أهل الجاهلية العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور) فكان تجويز الشرع اياها في أشهر الحج حتى لا يحتاج الى وقت آخر البتة رخصة اسقاط فكان أفضل فان رخصة الاسقاط هي العزيمة في هذه الشريعة حيث كانت نسخا للشرع المطلوب رفضه وأقل ما في الباب أن يكون أفضل لان في فعله بعد تقرر الشرع المطلوب اظهاره ورفض المطلوب رفضه وهو أقوى في الاذعان والقبول من مجرد اعتقاد حقيته وعدم فعله وهذا من الخصوصيات وكثير في هذا الشرح من فضل الله تعالى مثله اذا تتبع ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم (قوله وللقران ذكر في القرآن) جواب عن قول مالك للتمتع ذكر في القرآن ولا ذكر للقران فيه فقال بل فيه وهو قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله على ما رويناه من قول ابن مسعود (والحلق خروج عن العبادة) يعني فلا يؤثر فيها ليترجح به وقوله (والمقصد بما روى) يعني قوله عليه الصلاة والسلام القران رخصة (نفي قول أهل الجاهلية ان العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور) أي من أسوإ السيآت وليس المراد بالرخصة ما هو المصطلح لان القران عزيمة وانما المراد به التوسعة وذلك لان أشهر الحج قبل الاسلام كانت للحج فأدخل الله تعالى العمرة في أشهر الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء فكان اجتماعهما في وقت واحد توسعة على الناس فسماه رخصة ويجوز أن يراد بها المصطلح ويكون رخصة اسقاط كقصر الصلاة في السفر والرخصة في مثله عزيمة عندنا وقوله (وللقران ذكر في القرآن) جواب عن قول مالك (لان المراد بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله أن يحرم بهما من دويرة أهله على ما رويناه من قبل) يعني في فصل المواقيت وقوله (ثم فيه) أي في القران شروع في الترجيح بعد تمام الجواب فان قيل المأمور بالحج اذا قرن يصير مخالفا ولو كان القران أفضل لما كان مخالفا لانه أتى بالمأمور به مع زيادة أجيب بأنه مأمور

(قوله ويكون رخصة اسقاط الخ) أقول فيه بحث فانه لو حمل على رخصة الاسقاط لزم أن لا يثاب المفرد اذ لا تبقى العزيمة مشروعة اذا كانت الرخصة للاسقاط كما في ما ذكره من قصر الصلاة فليتأمل فان لك أن تقول نعم لم تبق مشروعة في حق القارن كالتعيين في السلم وتفصيله في الاصول (قوله شروع في الترجيح) أقول أي ترجيح القران على التمتع (قوله بعد تمام الجواب) أقول أي الجواب عن مالك (قوله فان قيل المأمور بالحج الخ) أقول معارضة لدليل أفضلية القران

بصرف النفقة الى عبادة تقع للآمر على الخلوص وهي إفراد الحج له وقد صرفها الى عبادة تقع للآمر وعبادة تقع لنفسه فكان مخالفا ولقائل أن يقول هل دخل في المأمور به نقص بالقران أولا فان كان الاول فليس القران أفضل وان كان الثاني فلا يكون مخالفا ويمكن أن يجاب عنه بأنه دخل نقص والقران الافضل الذي كان العبادتان فيه لشخص واحد لان فيه الجمع بين النسكين حقيقة وقوله (وقيل الاختلاف بيننا) يعني أن النزاع لفظي قال (وصفة القران أن يهل بالعمرة والحج معا من الميقات) كلامه واضح وقوله (وكذا اذا أدخل حجة على عمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط) يعني يكون قارنا في هذه الصورة أيضا لوجود الجمع بين الحج والعمرة وصورته أن يحرم بعمرة فيطوف لها أقل من أربعة أشواط ثم أحرم بحجة ولو طاف لها أربعة لا يصير قارنا بالاجماع وقوله (وان أخر ذلك) أي ذكر العمرة (في الدعاء والتلبية) بأن يقول اللهم اني أريد الحج والعمرة ولبيك (٣٠٤) بحجة وعمرة (لا بأس بذلك لان الواو للجمع) ولكن تقديم ذكرها فيهما جميعا أولى لان الله تعالى قدم ذكرها في قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج وكلمة الى للغاية (ولانه يبدأ بأفعال العمرة فكذا يبدأ بذكرها) وقوله (اعتبارا بالصلاة) يعني أن الذكر باللسان لم يكن شرطا فيها وانما الشرط أن يعلم بقلبه أي صلاة هي فكذلك هذا وقوله (فاذا دخل) يعني القارن بيان لكيفية العمل وقوله (والقران في معنى المتعة) يعني أن النص ورد بتقديم أفعال العمرة على أفعال الحج في التمتع والقران في معناه لان في كل منهما جمعا بين النسكين في سفر فيكون واردا فيه أيضا دلالة وقوله (عندنا) احتراز عن مذهب الشافعي فانه يتحلل عنده بالذبح وقيل ليس هذا بمشهور عن الشافعي وانما المشهور عنه أنه يتحلل برمي جمرة العقبة وقوله (ثم هذا مذهبنا) أي اتيان القارن بأفعال العمرة وأفعال الحج جميعا هو مذهبنا (وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا غير

وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله بناء على أن القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا قال (وصفة القران أن يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلاة اللهم اني أريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني) لان القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت الشئ بالشئ اذا جمعت بينهما وكذا اذا أدخل حجة على عمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم ومتى عزم على أدائهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه ولذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدأ بأفعال العمرة فكذلك يبدأ بذكرها وان أخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به لان الواو للجمع ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية أجزأه اعتبارا بالصلاة (فاذا دخل مكة ابتدأ فطاف بالبيت سبعة أشواط رمل في الثلاث الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه أفعال العمرة ثم يبدأ بأفعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة أشواط ويسعى بعده كما بينا في المفرد) ويقدم أفعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان

رضي الله عنه انما منعهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك وعلى ما قدمناه من الخلافية نفس ذكر التمتع ذكر القران لانه نوع منه فذكره ذكر كل من أنواعه ضمنا وقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج على هذا معناه من ترفق بالعمرة في وقت الحج ترفقا نائبة الحج وسماه متمتعا لما قلنا انها كانت ممنوعة عند الجاهلية في أشهر الحج تعظيما للحج بأن لا يشرك معه في وقته شئ فلما أباحها العزيز جل جلاله فيه كان توسعة وتيسيرا لما فيه من اسقاط مؤنة سفر آخر أو صبرا الى أن ينقضي وقت الحج فكان الآتي به متمتعا بنعمة الترفق بهما في وقت أحدهما (قوله وعنده طوافا واحدا الخ) فلما كان في الجمع بينهما نقصان أفعال بالنسبة الى إفراد كل منهما كان افراد كل منهما أولى من الجمع (قوله عقيب الصلاة) أي سنة الاحرام على ما قدمناه (قوله والقران في معنى التمتع) وعلى ما قلناه في قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج يفيد تقديم العمرة في القران بنظم الآية لا بالالحاق (قوله لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة) تقدم

(قوله وان كان الثاني لا يكون مخالفا) أقول لا نسلم ذلك فانه مأمور بصرف النفقة الى عبادة تقع للآمر خاصة ولم يفعل المأمور فصار مخالفا تأمل (قوله يعني أن النزاع لفظي) أقول مبني على نزاع معنوي (قوله لان الله تعالى قدم ذكرها) أقول ولكن قدم ذكر الحج في القران وهو قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة (قال المصنف لان ذلك جناية على احرام الحج) أقول هذا يوهم أنه لا يكون جناية على احرام العمرة وليس كذلك لانه لا يتحلل الا بالحلق بعد الذبح كالمتمتع الذي يسوق الهدي ولهذا يجب عليه دما نذكره محمد في المنتقى وتمام التفصيل في شرح الكنز للعلامة الزيلعي

ولنا أنه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله تعالى عنه هديت لسنة نبيك

غير مرة وتقدم من حديث ابن عمر الثابت في الصحيحين أنه قرن فطاف طوافا واحدا لهما ثم قال هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب المصنف بقوله ولنا أنه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك ثم حمل الدخول على الدخول في الوقت وذلك أن ظاهره غير مراد اتفاقا والا كان دخولها في الحج غير متوقف على نية القران بل كل من حج يكون قد حكم بأن حجه تضمن عمرة وليس كذلك اتفاقا بقي أن يراد الدخول وقتا أو تداخل الافعال بشرط نية القران والدخول وقتا ثابت اتفاقا وهو محتمله وهو متروك الظاهر فوجب الحمل عليه بخلاف المحتمل الآخر لانه مختلف فيه ومخالف للمعهود المستقر شرعا في الجمع بين عبادتين وهو كونه بفعل أفعال كل منهما ألا ترى أن شفعي التطوع لا يتداخلان اذا أحرم لهما بتحريمة واحدة وأنت خبير بأن هذا الجواب متوقف على صحة حديث صبي بن معبد على النص الذي ذكره المصنف والذي قدمناه من تصحيحه في أدلة القران انما نصه عن الصبي قال أهللت بهما معا فقال عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك وفي رواية أبي داود والنسائي عن الصبي بن معبد قال كنت رجلا أعرابيا نصرانيا فأسلمت فأتيت رجلا من عشيرتي يقال له هذيم بن ثرملة فقلت يا هناه إني حريص على الجهاد وإني وجدت الحج والعمرة مكتوبتين علي فكيف لي بأن أجمع بينهما فقال لي اجمعهما واذبح ما استيسر من الهدى فأهللت فلما أتيت العذيب لقيني سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان وأنا أهل بهما معا فقال أحدهما للآخر ما هذا بأفقه من بعيره قال فكأنما ألقي علي جبل حتى أتيت عمر بن الخطاب فقلت يا أمير المؤمنين اني كنت رجلا أعرابيا نصرانيا وإني أسلمت وإني حريص على الجهاد وإني وجدت الحج والعمرة مكتوبتين علي فأتيت رجلا من قومي فقال لي اجمعهما واذبح ما استيسر من الهدى وإني أهللت بهما جميعا فقال عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم اه وليس فيه أنه قال له ذلك عقيب طوافه وسعيه مرتين لاجرم أن صاحب المذهب رواه على النص الذي هو حجة وانما قصره المصنف وذلك أن أبا حنيفة رضي الله عنه روى عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم عن الصبي بن معبد قال أقبلت من الجزيرة حاجا قارنا فمررت بسلمان بن ربيعة وزيد ابن صوحان وهما منيخان بالعذيب فسمعاني أقول لبيك بحجة وعمرة معا فقال أحدهما هذا أضل من بعيره وقال الآخر هذا أضل من كذا وكذا فمضيت حتى اذا قضيت نسكي مررت بأمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فساقه الى أن قال فيه قال يعني عمر له فصنعت ماذا قال مضيت فطفت طوافا لعمرتي وسعيت سعيا لعمرتي ثم عدت ففعلت مثل ذلك لحجي ثم بقيت حراما أقضي كما يصنع الحاج حتى قضيت آخر نسكي قال هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم وأعاده وفيه كنت حديث عهد بنصرانية فأسلمت فقدمت الكوفة أريد الحج فوجدت سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان يريدان الحج وذلك في زمان عمر بن الخطاب فأهل سلمان وزيد بالحج وحده وأهل الصبي بالحج والعمرة فقالا ويحك تمتع وقد نهى عمر عن المتعة والله لأنت أضل من بعيره فساقه وفيه ما قدمنا من أن التمتع في عرف الصدر الاول وتابعيهم يعم القران والتمتع بالعرف الواقع الآن وأيضا المعارضة بين أقوال الصحابة ورواياتهم عنه عليه السلام الاكتفاء بطواف واحد وسعي واحد ثابتة فتقدم عن ابن عمر رضي الله عنه فعلا ورواية الاكتفاء بواحد وكذا من غيره وصح عن غير واحد عدمه فمن ذلك عن علي رضي الله عنه أخرج النسائي في سننه الكبرى عن حماد بن عبد الرحمن الانصاري عن ابراهيم بن محمد بن الحنفية قال طفت مع أبي وقد جمع الحج والعمرة فطاف لهما طوافين وسعى لهما سعيين وحدثني أن عليا رضي الله عنه فعل ذلك وحدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وحماد هذا إن ضعفه الازدي فقد ذكره ابن حبان في الثقات فلا ينزل حديثه عن الحسن وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رضي الله عنه حدثنا

الحج والركنان من عبادتين لا يتصور تأديهما في وقت واحد في حالة واحدة وحيث جاء الشرع بالقران دل على التداخل فكما وجد التداخل في الاحرام يجب أن يكون في الطواف والسعي أيضا موجودا نفيا للتحكم وعلى هذا النقر يكون معنى قوله فكذلك في الاركان أي في بقية الاركان وقوله (ولنا أنه لما طاف صبي بن معبد) ظاهر

وقوله (ولانه لاتداخل فى العبادات) منقوض بسجدة التلاوة فانها عبادة وفيها التداخل وأجيب بان المراد العبادة المقصودة والسجدة ليست كذلك وبأن التداخل فيها لدفع الحرج على خلاف القياس فلا يقاس عليها ولا يلحق بها الحج لانه ليس فى معناها فى وجود الحرج وقوله (والسفر للتوسل) جواب عن قوله حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة الخ لا يقال قوله

ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق بأداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لاتداخل فى العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان ألا ترى أن شافعى التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة فى وقت الحج قال (فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه) لانه أتى بما هو المستحق عليه وقد أساء بتأخير سعى العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شئ أما عندهما فظاهر لان التقديم والتأخير فى المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه أولى والسعى بتأخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف قال (واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة أو بقرة أو بدنة أو سبع بدنة فهذا دم القران)

والسفر للتوسل والتلبية للتحرم والحلق للتحلل وقع تكرارا فى دليل الخصم وفى الجواب عنه لتقدم ذكره فى أول الباب مرة لانه ذكر هناك باعتبار كون الافراد أفضل وههنا باعتبار إفراد الطواف والسعى فيحتاج الى الجواب عنه بالاعتبارين ومثله من التكرار ليس بمنكر وقوله (ومعنى ما رواه) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام دخلت العمرة فى الحج (دخل وقت العمرة) لما ذكرنا أنهم كانوا يجعلون أشهر الحج قبل الاسلام للحج فادخل الله وقت العمرة فى وقت الحج اسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء توسعة وقوله (وان طاف طوافين) ظاهر وقوله (والسعى بتأخيره) يعنى أن تأخير سعى العمرة (بالاشتغال بعمل آخر) كالاكل والنوم وان كان يوما (لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بطواف التحية) قال (واذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة أو بقرة أو بدنة أو سبع بدنة فهذا دم القران

منصور بن المعتمر عن ابراهيم النخعى عن أبى نصر السلمى عن على رضى الله عنه قال اذا أهللت بالحج والعمرة فطف لهما طوافين واسع لهما سعيين بالصفا والمروة قال منصور فلقيت مجاهدا وهو يفتى بطواف واحد لمن قرن فحدثته بهذا الحديث فقال لو كنت سمعته لم أفت الا بطوافين وأما بعده فلا أفتى الا بهما ولا شبهة فى هذا السند مع أنه روى عن على رضى الله عنه بطرق كثيرة مضعفة ترتقى الى الحسن غير أنا تركناها واقتصرنا على ما هو الحجة بنفسه بلا ضم ورواه الشافعى رحمه الله بسند فيه مجهول وقال معناه أنه يطوف بالبيت حين يقدم وبالصفا والمروة ثم يطوف بالبيت للزيارة اه وهو صريح فى مخالفة النص عن على رضى الله عنه وقول ابن المنذر لو كان ثابتا عن على رضى الله عنه كان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من أحرم بالحج والعمرة أجزأه عنهما طواف واحد وسعى واحد مدفوع بأن عليا رضى الله عنه رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما أسمعناك فوقعت المعارضة فكانت هذه الرواية أقيس بأصول الشرع فرجحت وثبت عن عمران بن الحصين أيضا رفعه وهو ما أخرج الدارقطنى عن محمد بن يحيى الازدى حدثنا عبد الله بن داود عن شعبة عن حميد بن هلال عن مطرف عن عمران بن حصين أن النبى صلى الله عليه وسلم طاف طوافين وسعى سعيين ومحمد بن يحيى هذا قال الدارقطنى ثقة وذكره ابن حبان فى كتاب الثقات غير أن الدارقطنى نسب اليه فى خصوص هذا الحديث الوهم فقال يقال إن يحيى حدث به من حفظه فوهم والصواب بهذا الاسناد أنه صلى الله عليه وسلم قرن الحج والعمرة وليس فيه ذكر الطواف ولا السعى ويقال انه رجع عن ذكر الطواف والسعى وحدث به على الصواب ثم أسند عنه به أنه عليه السلام قرن قال وقد خالفه غيره فلم يذكروا فيه الطواف ثم أسند الى عبد الله بن داود بذلك الاسناد أيضا أنه قرن اه وحاصل ما ذكر أنه ثقة ثبت عنه أنه ذكر زيادة على غيره والزيادة من الثقة مقبولة وما أسند اليه غاية ما فيه أنه اقتصر مرة على بعض الحديث وهذا لا يستلزم رجوعه واعترافه بالخطأ فكثيرا يقع مثل هذا وثبت عن ابن مسعود رضى الله عنه مثل ذلك أيضا قال ابن أبى شيبة حدثنا هشيم عن منصور بن زاذان عن الحكم عن زياد بن مالك أن عليا وابن مسعود رضى الله عنهما قالا فى القران يطوف طوافين ويسعى سعيين فهؤلاء أكابر الصحابة عمر وعلى وابن مسعود وعمران بن الحصين رضى الله عنهم فان عارض ما ذهبوا اليه رواية ومذهبا رواية غيرهم ومذهبه كان قولهم ورواياتهم مقدمة مع ما يساعد قولهم وروايتهم مما استقر فى الشرع من ضم عبادة الى أخرى أنه بفعل أركان كل منهما والله تعالى أعلم بحقيقة الحال (قوله فان طاف طوافين وسعى سعيين) أى والى

(قوله لانه ذكر هناك الخ) أقول جواب اقوله لا يقال قوله والسفر الخ (قال المصنف ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة) أقول بين لا حاجة الى تقدير الوقت هنا (قال المصنف وتقديم طواف التحية عليه) أقول قال الاتقانى ينبغى أن يكون المراد به طواف الزيارة والتفصيل فى شرحه فراجعه متأملا

لانه فى معنى المتعة لما تقدم والهدى منصوص عليه فيها) بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ولهذا عين الذبح ههنا وقال فى المفرد ثم يذبح ان أحب (والهدى من الابل والبقر والغنم على ما يذكر فى بابه) وأراد بالبدنة ههنا البعير وكأنه جواب عما يقال أنتم تقولون البدنة تطلق على البعير والبقرة فكيف قال ههنا بدنة أو بقرة وتقريره نحن لا ننكر جواز اطلاق البدنة على كل واحد من معنييه مفردا وههنا كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن المنصوص عليه هدى وهو اسم لما يهدى أى ينقل الى الحرم وسبع البدنة ليس كذلك ولهذا لو قال ان فعلت كذا فعلى هدى ففعل كان عليه ما استيسر من الهدى وهو شاة فالجواب أن القياس ما ذكرتم ولكن ثبت جواز سبع البدنة أو البقرة بحديث جابر رضى الله عنه قال اشتركنا حين كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى البقرة سبعة وفى البدنة سبعة وفى الشاة واحد وأما فى النذر اذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه وعلى تقدير التسليم فالفرق أن النذر (٢٠٧) ينصرف الى المتعارف كاليمين وبعض الهدى

لانه فى معنى المتعة والهدى منصوص عليه فيها والهدى من الابل والبقر والغنم على ما ذكره فى بابه ان شاء الله تعالى وأراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقرة على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة (فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة أيام فى الحج آخرها يوم عرفة وسبعة أيام اذا رجع الى أهله) لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد فى التمتع فالقران مثله لانه مرتفق بأداء النسكين والمراد بالحج والله أعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا أن الافضل أن يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدى فيستحب تأخيره الى آخر وقته رجاء أن يقدر على الاصل (وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز) ومعناه بعد مضى أيام التشريق لان الصوم فيها منهى عنه وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا أن ينوى المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا أن معناه رجعتم عن الحج أى فرغتم

بين الاسبوعين للحج والعمرة وبين سبعين لهما (قوله لانه فى معنى المتعة والهدى منصوص عليه فيها) فيلحق بها فيه دلالة لان وجوبه فى المتعة لشكر نعمة اطلاق الترفق بهما فى وقت الحج بشرطه على ما ذكر وعلى ما هو الحق مما قررناه ايجاب الهدى بالنص فى المتعة ايجاب فى القران وغيره وهو المسمى بالمتعة عرفا ويجب الدم بعد الرمى قبل الحلق فان حلق قبله لزمه دم عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله فان لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة أيام الخ) شرط اجزائها وجود الاحرام بالعمرة فى أشهر الحج وان كان فى شوال وكلما أخرها الى آخر وقتها فهو أفضل لرجاء أن يدرك الهدى ولذا كان الأفضل أن يجعلها السابع من ذى الحجة ويوم التروية ويوم عرفة وأما صوم السبعة فلا يجوز تقديمه على الرجوع عن منى بعد اتمام اعمال الواجبات لانه معلق بالرجوع قال تعالى وسبعة اذا رجعتم والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده فتقديمه عليه تقديم على وقته بخلاف صوم الثلاثة فانه تعالى أمر به فى الحج قال تعالى فصيام ثلاثة أيام فى الحج والمراد وقته لاستحالة كون أعماله ظرفا له فاذا صام بعد الاحرام بالعمرة فى أشهر الحج فقد صام فى وقته فيجوز فان قدر على الهدى فى خلال الثلاثة أو بعدها قبل يوم النحر لزمه الهدى وسقط الصوم لانه خلف واذا قدر على الاصل قبل تأدى الحكم بالخلف بطل الخلف وان قدر عليه بعد الحلق قبل أن يصوم السبعة فى أيام الذبح أو بعدها لم يلزمه الهدى لان التحلل قد حصل بالحلق فوجود الأصل بعده لا ينقض الخلف

ليس بهدى عرفا (فاذا لم يجد ما يذبح صام ثلاثة أيام فى الحج) أى فى وقته بعد أن أحرم بالعمرة والافضل أن يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة كما ذكر فى الكتاب (وسبعة اذا رجع الى أهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة وهذا النص وان ورد فى التمتع لكن القران فى معناه) كما مر غير مرة والمراد بالرجوع الى الاهل الفراغ من الحج من باب ذكر المسبب وهو الرجوع وارادة السبب وهو الفراغ (فكان الاداء بعد السبب فيجوز) ولقائل أن يقول ذكر المسبب وارادة السبب لا يصح فى المجاز كما عرف فى الاصول والجواب أنه اذا لم يكن مختصا والفراغ سبب مختص بالرجوع فيجوز فان قيل

لا مجاز الا بقرينة فما هى قلت اطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الاهل وقوله ثلاثة أيام فى الحج فكأنه قال وسبعة اذا رجعتم عما كنتم مقبلين عليه فيه قيل وفائدة الفذلكة نفى الاباحة التى تتوهم من كلمة الواو فى قوله وسبعة اذا رجعتم كما فى قولك جالس الحسن وابن سيرين

(قوله على كل واحد من معنييه) أقول كلمة كل ليست فى موضعها ثم الظاهر أن البدنة مشتركة بينهما اشتراكا معنويا فلا يكون واحد منهما معنى له (قوله ولكن ثبت جواز سبع البدنة أو البقرة بحديث جابر الخ) أقول فتكون السنة المشهورة ناسخة للكتاب (قوله قلت اطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الاهل) أقول فى صحة كون ما ذكره قرينة صارفة بحث (قال المصنف رجاء أن يقدر على الاصل) أقول قوله رجاء بالنصب على أنه مفعول له (قال المصنف لانه معلق بالرجوع) أقول ولك أن تقول برجوع المتمتع أو برجوع الناس الاول ممنوع يظهر ذلك من التأمل فى النظم والثانى مسلم ولا يفيد اذ المعنى وعليه صيام سبعة أيام وقت رجوعكم فان اذا للتوقيت ووقت الفراغ عن أعمال الحج وقت الرجوع للناس

وقيل معناه كاملة فى وقوعها بدلا من الهدى وكلامه واضح قوله (وقال مالك يصوم فيها) يعنى فى أيام التشريق دون يوم النحر لان الصوم فيه لا يجوز بالاتفاق وقوله (ولنا النهى المشهور) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا تصوموا فى هذه الايام وقد تقدم وفى التعرض بلفظ المشهور اشارة الى الجواب عما يقال النص يدل على مشروعية الصوم فى هذه الايام بقوله فى الحج فلا يجوز تقييده بغير أيام التشريق بالخبر لانه نسخ للكتاب وتقرير الجواب أن الخبر مشهور فيجوز التقييد به وقوله (أو يدخله النقص) يعنى لو لم يقيد به فلا أقل من أن يورث نقصا وما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا فلا يتأدى فيها (ولا يؤدى بعدها) أى بعد أيام التشريق (لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا) لان القياس لا مدخل له فى معرفة المماثلة بين اراقة الدم والصوم (والنص خصه) بدلا (بوقت الحج) فلا يجوز بعده وفيه بحث من أوجه أحدها أن البدل انما يجب اذا كان الاصل (٢٠٨) متصورا وههنا ليس كذلك لانه ان قدر على الهدى لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فكان كمسئلة النموس والثانى أن البدل انما يصار اليه عند العجز عن المبدل والعجز عنه انما يتحقق اذا مضى يوم النحر ولم يقدر عليه فكيف يجوز البدل عنه قبله والثالث أن الدم واجب عليه عندنا اذا فات صوم الثلاثة قبل يوم النحر وهو غير معقول لانه فات بنفسه وببدله فكيف يجب بعد ذلك والجواب أن الصوم بدل عن الهدى اذا لم يجده بعد ما أحرم بالعمرة بالنص وأصل من حيث انه موقت بوقت معين ولو كان بدلا من كل وجه كان كالبدل فى الاطلاق بعد أيام النحر لان حكم البدل حكم الاصل فى الاطلاق كالتيمم مع الوضوء فبالنظر الى أصالته جاز بغير تصور الاصل وقبل تحقق تمام العجز عنه وبالنظر الى البدلية يلزم الهدى اذا قدر عليه قبل التحلل فى يوم النحر للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف وأما وجوب الدم بعد مضى أيام النحر اذا لم يصم الثلاثة فبناء على الاصل قيل لان الدم هو به الاصل وليس مقيدا بأيام النحر لقوله تعالى فما استيسر من الهدى غير مقيد بوقت فيجوز ذبحه فى يوم النحر وفيما بعده وفيه بحث من وجهين أحدهما أن ذبح هدى المتعة موقت بايام النحر وهو على خلاف مقتضى هذا النص ولو لم يكن مقيدا لجاز قبل يوم النحر وليس كذلك

اذا الفراغ سبب الرجوع الى أهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز (فان فاته الصوم حتى أتى يوم النحر لم يجزه الا الدم) وقال الشافعى رحمه الله يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى كصوم رمضان وقال مالك رحمه الله يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وهذا وقته ولنا النهى المشهور عن الصوم فى هذه الايام فيتقيد به النص أو يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجوازا الدم على الاصل

كرؤية المتيمم الماء بعد الصلاة بالتيمم وكذا لو لم يجد حتى مضت أيام الذبح ثم وجد الهدى لان الذبح مؤقت بأيام النحر فاذا مضت فقد حصل المقصود وهو اباحة التحلل بلا هدى وكأنه تحلل ثم وجده ولو صام فى وقته مع وجود الهدى ينتظر فان بقى الهدى الى يوم النحر لم يجز للقدرة على الأصل وان هلك قبل الذبح جاز للعجز عن الاصل فكان المعتبر وقت التحلل (قوله اذا الفراغ سبب الرجوع) هذا تعيين للعلاقة فى اطلاق الرجوع على الفراغ فى الآية فذكر المسبب وأريد السبب وبه صرح فى الكافى لكن الشأن فى دليل ارادة المجاز ويمكن أن يكون الاجماع على أنه لو رجع الى مكة غير قاصد الاقامة بها حتى تحقق رجوعه الى غير أهله ووطنه ثم بدا له أن يتخذها وطنا كان له أن يصوم بها مع أنه لم يتحقق منه الرجوع الى وطنه بل الى غيره وانما عرض الاستيطان بعد ذلك القدر من الرجوع ثم لم يتحقق بعد صيرورتها وطنا رجوع ليكون رجوعا الى وطنه وعلى أنه لو لم يتخذ وطنا أصلا ولم يكن له وطن بل مستمر على السياحة وجب عليه صومها بهذا النص ولا يتحقق فى حقه سوى الرجوع عن الاعمال فعلم أن المراد به الرجوع عنها وقول المصنف فيكون أداء بعد السبب فيجوز على هذا معناه بعد سبب الرجوع وفيه نظر فان ترتب الجواز انما هو على وجود سبب الحكم لا سبب شىء آخر والحكم هنا وجوب الصوم وجوازه عن الواجب وسبب الاول وهو وجوب الصوم انما هو التمتع قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة أى كاملة فى كونها قائمة مقام الهدى عند العجز عنه والثانى مسبب عن نفس الاداء فى وقته بشرطه وهو العجز عن الهدى لما عرف من أن المأمور اذا أتى به كذلك يثبت له صفة الجواز وانتفاء الكراهة بنفس الاتيان به فلم يكن حاجة الى ذكره بل اذا أتى به بعد الفراغ قبل الرجوع فقد أتى به فى وقته بالنص فيجوز (قوله فيتقيد به) أى بالنهى المشهور عن صوم هذه الايام (النص) وهو قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام فى الحج لان المشهور يتقيد اطلاق الكتاب به فيتقيد وقت الحج المطلق بما لم ينه عنه (قوله أو يدخله النقص) أى يدخل الصوم النقص للنهى عنه فلا يتأدى

(قوله يعنى لو لم يقيد به الخ) أقول نص الكتاب فلا أقل من أن يورث النقص فى صوم هذه الايام (قوله وفيه بحث من أوجه أحدها أن البدل انما يجب اذا كان الاصل متصورا وههنا ليس كذلك الخ) أقول الاصل هو الذبح يوم النحر والبدل بدل عنه ولا شك فى كونه متصورا ومن أين ثبت وجوب كونه متصورا فى أوقات البدل (قوله فكيف يجوز البدل عنه قبله) أقول جاز بالنص فان قلت لا يصدق عليه حد البدل قلت بل يحكم بتحقق العجز يوم النحر بحكم الاستصحاب

والثانى أن الدم واجب اذا فاته صوم الثلاثة عن وقته فكيف عبر المصنف عنه بقوله وجواز الدم والجواب عن الاول أن هدى المتعة والقران يختص ذبحه بيوم النحر بدليل يقتضيه على ماسيأتى فى بابه ان شاء الله تعالى فلا يجوز قبله والمراد بالاصل المذكور فى الكتاب ماهو المعهود أن الشئ اذا وجب فى وقت معين ولم يقدر عليه المكلف به لم يسقط عن ذمته ويجوز أن يأتى به بعد ذلك فى أى وقت كان وههنا وجب ولم يقدر عليه فيأتى به فى أى وقت قدر عليه وعن الثانى أنه عبر عنه بالجواز نظرا الى الصوم فانه لا يجوز فى يوم النحر وهذا جائز فيه وفى غيره فعبر عنه بالجواز هذا الذى سنح لى فى هذا الموضع والله أعلم بالصواب (٢٠٩) وقوله (وعن عمر) اعتضاد لا يجاب

وعن عمر أنه أمر فى مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدى تحلل وعليه دما ن دم التمتع ودم التحلل قبل الهدى (فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف) لانه تعذر عليه أداؤها لانه يصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبى حنيفة رحمه الله أيضا والفرق له بينه وبين مصلى الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها أن الامر هناك بالتوجه متوجه بعد أداء الظهر والتوجه فى القران والتمتع منهى عنه قبل أداء العمرة فافترقا قال (وسقط عنه دم القران) لانه لما ارتفضت العمرة لم يرتفق بأداء النسكين (وعليه دم لرفض العمرة) بعد الشروع فيها (وعليه قضاؤها) لصحة الشروع فيها أشبه الحصر والله أعلم

به الكامل الذى هو مطلوب المطلق وهذا يرجع الى الاول لان دخول النقص انما يعرف بالنهى فهو المقيد وغاية ماهناك أن يكون تقييد النهى بعلة دخول النقص للنهى عنه فعلى هذا فالاولى ابدال أو باذ فيقال فيتقيد به النص اذ يدخله النقص هذا وأما مافى البخارى عن عائشة وابن عمر رضى الله عنهما أنهما قالا لم يرخص فى أيام التشريق أن يصمن الا لمن لم يجد الهدى قيل وهذا شبيه بالمسند قال الشافعى وبلغنى أن ابن شهاب يرويه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسلا وأخرج البخارى أيضا من كلام ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال الصوم لمن تمتع بالعمرة الى الحج الى يوم عرفة فان لم يجد هديا ولم يصم صام أيام التشريق فعلى أصلنا الوصح رفعه لم يعارض النهى العام لو وازنه فكيف وذلك أشهر وعلى أصلهم لا يخص ما لم يجزم برفعه وصحته والمرسل عندهم من قبيل الضعيف لو تحقق فكيف وانما ذكره الشافعى بلاغا وغيره موقوفا ولو تم على أصلهم لم يلزمنا اعتباره (قوله فقد صار رافضا لعمرته) أطلق فيه وفى كافى الحاكم قال محمد لا يصير رافضا لعمرته حتى يقف بعرفة بعد الزوال اه وهو حق لان ماقبله ليس وقتا للوقوف فجاز له بها كجاز له بغيرها (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يرفضها بمجرد التوجه لانه من خصائص الحج فيرتفض به كما ترتفض الجمعة بعد الظهر بالتوجه اليها عنده والصحيح ظاهر الرواية والفرق أن اقامة ماهو من خصوصيات الشئ مقامه انما هو عند كون ذلك الشئ مطلوبا مأمورا به وهنا القارن مأمور بضد الوقوف بعرفة قبل أفعال العمرة فهو مأمور بالرجوع ليرتب الافعال على الوجه المشروع فلا يقام التوجه مقام نفس الوقوف لانه على ذلك التقدير احتياطا لاثبات المنهى عنه بخلاف الجمعة على ماهو ظاهر من الكتاب وكذا اذا وقف بعد أن طاف ثلاثة أشواط فانه يرفض العمرة ولو كان طاف أربعة أشواط لم يصر رافضا للعمرة بالوقوف وأتمها يوم النحر وهو قارن وان لم يطف لعمرته حين قدم مكة بل طاف وسعى ينوى عن حجته ثم وقف بعرفة لم يكن رافضا لعمرته وكان طوافه وسعيه لها وهو رجل لم يطف للحج فيرمل فى طواف الزيارة ويسعى بعده وهذا بناء على ماتقدم من أن المأتى به اذا كان من جنس ماهو متلبس به فى وقت يصلح له ينصرف الى ماهو متلبس به وعن هذا

الدم بعد فوات الصوم وهو ظاهر وقوله (وذلك خلاف المشروع) يعنى أن المشروع أن يكون الوقوف مرتبا على أفعال العمرة وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبى حنيفة أنه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات قياسا على التوجه الى الجمعة ووجه الصحيح ماذكره فى الكتاب من الفرق بينهما وهو بين ووجه كونه منهيا عنه أن الله تعالى أمر بابتداء أفعال العمرة بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والامر بالشئ يقتضى كراهة ضده ولا كراهة الا بالنهى وقال الشافعى رحمه الله لا يكون رافضا لعمرته بناء على أن طواف العمرة يدخل فى طواف الحج عنده فلا يلزم عليه طواف مقصود للعمرة والفائدة تظهر فى وجوب الدم فعندنا يسقط عنه دم القران الذى هو نسك ويلزم عليه دم لرفض العمرة لان رفع الاحرام قبل أداء الافعال يوجب ذلك كما

فى الاحصار وعنده لا يجب عليه دم ويقضيها لصحة الشروع فيها والله أعلم

(قوله والجواب عن الاول الخ) أقول فيه أنه لا يكون جوابا عن البحث المورد على ذلك القائل (قوله فانه لا يجوز فى يوم النحر) أقول الاولى أن يقول بعد يوم النحر أو بعد أيام التشريق اذ الكلام فى عدم جوازه عندنا فيه وقوله وجواز الدم لدفع سؤال مقدر يعنى فكيف جاز بعده الدم وهو أيضا بدل عن الصوم والابدال لا تنصب الا شرعا فأجاب بان جوازه لكونه أصلا لا للبدلية (قوله ويقضيها لصحة الشروع فيها) أقول قوله ويقضيها عطف على قوله ويلزم عليه دم

﴿باب التمتع﴾

وجه تأخيره عن باب القران قد سبق هنالك فلا نعيده وكلامه واضح قال بعض الشارحين عرّف المصنف التمتع بقوله ومعنى التمتع الترفق الخ واعترض عليه بأنه غير مانع لدخول من ترفق بأداء نسكين في أشهر الحج في سفر واحد ومن ترفق به فيه في أشهر الحج في عامين وهما ليسا بمتمتعين فكان الواجب أن يقول هو الترفق بأداء النسكين في أشهر الحج في عام واحد في سفر واحد الخ والجواب أن ماذكره المصنف هو تفسيره وأما كون (٢١٠) الترفق في أشهر الحج من عام واحد فهو شرطه وسنذكره والالمام هو النزول يقال ألم بأهله اذا نزل وهو على نوعين صحيح وفاسد والاول عبارة عن النزول في وطنه من غير بقاء صفة الاحرام وهذا انما يكون في المتمتع الذي لم يسق الهدى والثاني ما يكون على خلافه وهو انما يكون فيمن ساقه فقوله إلماما صحيحا احتراز عن الالمام الفاسد فانه لا يمنع صحة التمتع عند أبي حنيفة وأبي يوسف على ما يأتي

﴿باب التمتع﴾

(التمتع أفضل من الافراد عندنا) وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الافراد أفضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية أن في التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهي إراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها (والمتمتع على وجهين متمتع بسوق الهدى ومتمتع لا يسوق الهدى) ومعنى التمتع الترفق بأداء النسكين في سفر واحد من غير أن يلم بأهله بينهما إلماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى (وصفته أن يبتدئ من الميقات في أشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة

قولنا لو طاف وسعى للحج ثم طاف وسعى للعمرة لا شئ عليه وكان الاول عن العمرة والثاني عن الحج وهذا كمن سجد في الصلاة بعد الركوع ينوي سجدة تلاوة عليه انصرف الى سجدة الصلاة والله سبحانه أعلم

﴿باب التمتع﴾

(قوله وجه الظاهر أن في التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القران) حقيقة هذا الوجه أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام جمع قارنا ومعلوم أن ما ارتكبه أفضل خصوصا في عبادة فريضة لم يفعلها الا مرة واحدة في عمره ثم رأينا المعنى الذي به كان القران أفضل متحققا في التمتع دون الافراد فيكون أفضل منه وذلك المعنى هو ما يلزم كونه جمعا بين العبادتين في وقت الحج من زيادة التحقق بالاذعان والقبول للمشروع الناسخ لشرع الجاهلية في المطلوب رفضه ثم هذا أرفق فوجب دم الشكر على أمرين أحدهما اطلاق الارتفاق بالعمرة في وقت الحج حتى خفت المؤنة بالنسبة الى لزوم انشاء سفر آخر للعمرة أو التأخير بعد قضاء الافعال لينشئ أخرى من أدنى الحل وهذا شكر على أمر دنيوي وثانيهما توفيقه للتحقق بهذا الاذعان الشرعي المطلوب تحقيقه واظهاره وجعله مظهرا له فانه أكمل من مجرد اعتقاد الحقية من غير تحقق به بالفعل وهذا يرجع الى أمر أخروي ولهذا تسمعهم يقولون تارة وفق لاداء النسكين ومرة ترفق بادائهما في سفر واحدة فزادت الفضيلة بشرعية هذا الدم لانه زاد في النسك عبادة أخرى شكر الاجبار النقصان متمكن فيه غير أن القران زاد عليه باستدامة الاحرام الى يوم النحر بهما والمسارعة الى احرام الحج فبالامرين يفضل على تمتع لم يسق فيه هدى حتى حل التحلل وبالثاني على التمتع الذي سيق فيه الهدى فوجب استدامة الاحرام فيه (قوله وسفره واقع لحجته الخ) جواب عن قوله لان سفره واقع لعمرته وهو ظاهر من الكتاب (قوله ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين) وينبغي أن يزاد في أشهر الحج ولم يقل أن يحرم بهما بل ذكر أداءهما فعلم أنه ليس من شرط التمتع وجود الاحرام بالعمرة في أشهر الحج بل أداؤها فيها أو أداء أكثر طوافها فلو طاف ثلاثة أشواط في رمضان ثم دخل شوال فطاف الاربعة الباقية ثم حج في عامه

﴿باب التمتع﴾

(قوله قال بعض الشارحين عرّف المصنف) أقول أراد الاتقاني (قوله واعترض عليه بأنه غير مانع لدخول من ترفق بادائهما والعمرة في غير أشهر الحج الخ) أقول المضاف مقدر أي لدخول عمل من ترفق الخ أو ترفق من ترفق وكذا في قوله ومن ترفق به فيه كما لا يخفى وقوله والعمرة الواو للعالية ثم أقول هذا التعريف غير جامع أيضا لعدم تناوله من ترفق بهما وقد ألم بينهما إلماما غير صحيح فان ترفقه ليس في سفر واحد مع أنه متمتع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وجوابه أن المراد في سفر واحد حقيقة أو حكما فتأمل ثم أقول هذا كان التعريف يصدق على القارن أيضا الا أن يقال ذلك ليس بمحذور (قوله فكان الواجب أن يقول هذا الترفق) أقول الظاهر أن يقول هو الترفق الخ (قوله والجواب أن ماذكره المصنف هو تفسيره الخ) أقول ان أراد ليس من لوازم التفسير المساواة ففيه مافيه وقوله وأما كون الترفق الخ فلا يفيد شيأ فان المعرّف يجامع ما انتفى فيه الشرط ولا يجامعه المعرّف فليتأمل (قوله فهو شرطه) أقول وكذا عدم الالمام بأهله شرط التمتع وقد تعرض له (قال المصنف وسفره واقع لحجته) أقول أي سفر المتمتع واقع لحجته مع أن السفر غير مقصود على ما أسلفه المصنف في القران (قال المصنف في سفر واحد من غير أن يلم بأهله) أقول أنت خبير بأن قوله في سفر واحد يغني عنه هذا القيد في الاحتراز

وقوله (ويحلق أو يقصر) قال شيخ الاسلام في مبسوطه هذا التخيير انما كان له اذا لم يكن شعره ملبدا أو معقوصا أو مضفرا وأما اذا كان ملبدا فانه لا يتخير لان التقصير لا يتهيأ الا بالقص وذلك متعذر فيتعين الحلق وقوله (وهذا هو تفسير العمرة) أي ليس لها طواف القدوم والصدر لان معظم الركن فيها هو الطواف وما هو كذلك لا يتكرر كالوقوف (٢١١) في الحج وقوله (وتتم به) أي تتم زيارة البيت

فيطوف لها ويسعى ويحلق أو يقصر وقد حل من عمرته) وهذا هو تفسير العمرة وكذلك اذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء وقال مالك لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم الآية نزلت في عمرة القضاء ولانها لما كانت لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج (ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف) وقال مالك رحمه الله كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال (ويقيم بمكة حلالا) لانه حل من العمرة قال (فاذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) والشرط أن يحرم من الحرم

كان متمتعا فتحرير الضابط للمتمتع أن يفعل العمرة أو أكثر طوافها في أشهر الحج عن احرام بها قبلها أو فيها ثم حج من عامه بوصف الصحة من غير أن يلم بأهله بينهما إلماما صحيحا والحيلة لمن دخل مكة محرما بعمرة قبل أشهر الحج يريد التمتع أن لا يطوف بل يصبر الى أن تدخل أشهر الحج ثم يطوف فانه متى طاف طوافا ما وقع عن العمرة على ما سبق من قبل ولو طاف ثم دخلت أشهر الحج فأحرم بعمرة أخرى ثم حج من عامه لم يكن متمتعا في قول الكل لانه صار حكمه حكم أهل مكة بدليل أنه صار ميقاته ميقاتهم وقولنا ثم حج من عامه يعني من عام الفعل أما عام الاحرام فليس بشرط بدليل ما في نوادر ابن سماعة عن محمد فيمن أحرم بعمرة في رمضان وأقام على احرامه الى شوال من قابل ثم طاف لعمرته في العام القابل ثم حج من عامه ذلك أنه متمتع لانه باق على احرامه وقد أتى بافعال العمرة والحج في أشهر الحج بخلاف من وجب عليه أن يتحلل من الحج بعمرة كفائت الحج فأخر الى قابل فتحلل بها في شوال وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا لانه ما أتى بأفعالها عن احرام عمرة بل للتحلل عن احرام الحج فلم تقع هذه الافعال معتدا بها عن العمرة فلم يكن متمتعا وهذا فائدة القيد الذي ذكرناه آخرا أعني قولنا عن احرام بها (قوله فيطوف لها ويسعى الخ) لم يذكر طواف القدوم لانه ليس للعمرة طواف قدوم ولا صدر وذكر من الصفة الحلق أو التقصير فظاهره لزوم ذلك في التمتع وليس كذلك بل لو لم يحلق حتى أحرم بالحج وحلق بمنى كان متمتعا وهو أولى بالتمتع ممن أحرم بالحج بعد طواف أربعة أشواط للعمرة على ما ذكرناه آنفا (قوله هكذا فعل الخ) أما أن أفعال العمرة ما ذكر غير الحلق أو التقصير فضروري لا يحتاج الى بيان وأما أن منها الحلق أو التقصير خلافا لمالك رحمه الله فيدل عليه ما قدمناه في بحث القران من حديث معاوية قصرت عن رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشقص ومعلوم أن التقصير عند المروة لا يكون الا في عمرة غير أن عند البخاري ومسلم قصرت أو رأيته يقصر عن رأسه فان كان الواقع الاول تعين كونها عمرة الجعرانة كما قدمناه وان كان الثاني لم يلزم وهو حجة على مالك رحمه الله (قوله وقال مالك كما وقع بصره على البيت) وعنه كما رأى بيوت مكة ولنا ما روى الترمذي عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام كان يمسك عن التلبية في العمرة اذا استلم وقال حديث صحيح ورواه أبو داود ولفظه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال يلبي المعتمر حتى يستلم الحجر (قوله ولهذا يقطعها الحاج الخ) انما تتم هذه الملازمة لو كان الرمي هو المقصود في الحج وهو ممنوع بل المقصود الوقوف والطواف فالصواب في التقرير على رأينا أن يقال كما لم تقطع التلبية في الحج قبل الشروع في الافعال كذا لا تقطع في العمرة قبله فبطل قولكم بقطعها قبل الطواف وعلى رأيه بطريق الالزام أن يقال كما أنها

بوقوع البصر على البيت ولان الطواف ركن في العمرة كطواف الزيارة في الحج فكما تقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك ههنا (ولنا) حديث ابن مسعود (أن النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر) الاسود وقوله (ولان المقصود هو الطواف) بيانه أن هذا الطواف نسك مقصود في هذا اليوم فكان كالرمي في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم فكما أن التلبية تقطع عند افتتاح الرمي تقطع عند افتتاح هذا الطواف بجامع أن كلا منهما أول نسك مقصود في يوم فان قيل فعلى هذا ينبغي أن يقطع المفرد بالحج التلبية اذا ابتدأ بطواف القدوم لانه أول نسك مقصود في هذا اليوم فالجواب أنا لا نسلم أنه مقصود لان المراد به ما يكون واجبا وطواف القدوم ليس كذلك سلمناه ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس لما روى أنه عليه السلام أردف الفضل من مزدلفة الى منى فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة قال (ويقيم بمكة حلالا) المتمتع اذا حل من عمرته يقيم بمكة حلالا (فاذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) ولكن ليس كل ما ذكرنا شرطا فلو أحرم قبل يوم التروية فهو أفضل لان فيه اظهار المسارعة والرغبة في العبادة ولانه أشق فكان أفضل وكذا لو أحرم من الحرم في غير المسجد جاز لما ذكره في الكتاب

(قوله ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول فيه بحث فانه اذا كان على خلاف القياس كيف يصير مقيسا عليه

وقوله (على ما بينا) أراد به ما ذكره في آخر فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل وقوله (وفعل ما يفعله الحاج المفرد) يعني خلافا لأنه لا يطوف طواف التحية لانه لما حل صار هو والمكي سواء ولا تحية للمكي و (يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا أول طواف له في الحج) وقوله (ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم بالحج طاف) يعني طواف القدوم (وسعى قبل أن يخرج الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه أتى بذلك مرة) ولا تكرار فيه ثم الرمل ههنا يسقط سواء رمل في طواف التحية أو لم يرمل ولهذا سكت عن ذكره فلم يقل طاف ورمل لان الرمل (٢١٢) انما شرع في طواف بعده سعي ولا سعي ههنا لانه وجد مرة وفي هذا الكلام دلالة على أن طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه فيه وقوله (وعليه دم التمتع) ظاهر وقوله (خلافا للشافعي) يعني أنه يقول لا يجوز صوم ثلاثة أيام حتى يحرم بالحج لقوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج (ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه) وهو الاحرام بالعمرة لانه طريق يتوسل به الى التمتع وأداء المسبب بعد تحقق السبب جائز وقوله (على ما بينا) اشارة الى ما ذكر في القران أن نفس الحج لا يصلح أن يكون ظرفا وقوله (وهذا أفضل) يعني من متمتع لم يسق الهدى وقوله (على ما روينا) يريد به قوله قالت عائشة رضي الله عنها كنت أفتل قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (لان له ذكرا في الكتاب) يريد قوله تعالى ولا الهدى ولا القلائد (ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بالتقليد والتوجه معه على ما سبق) في فصل قبيل القران والشروع أما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا (وفعل ما يفعله الحاج المفرد) لانه مؤد للحج الا أنه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا أول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد أتى بذلك مرة (وعليه دم التمتع) للنص الذي تلوناه (فان لم يجد صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع الى أهله) على الوجه الذي بيناه في القران (فان صام ثلاثة أيام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة) لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل عن الهدى وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه (وان صامها) بمكة (بعدما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا) خلافا للشافعي رحمه الله له قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا (والافضل تأخيرها الى آخر وقتها وهو يوم عرفة) لما بينا في القران (وان أراد المتمتع أن يسوق الهدى أخر وساق هديه) وهذا أفضل لان النبي صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة (فان كانت بدنة قلدها بمزادة أو نعل) لحديث عائشة رضي الله عنها على ما رويناه والتقليد أولى من التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدى والتوجه معه على ما سبق والاولى أن يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدى وهو أفضل من أن يقودها لانه صلى الله عليه وسلم أحرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه أبلغ في التشهير

(قوله حيث اعتبر رمله) أقول فيه بحث لمخالفته قوله آنفا سواء رمل أو لم يرمل وقوله وسعيه بحث فيه ابن الهمام ومأخذ ما نعلم وجوب كون السعي بعد طواف التحية نعم يجب كونه بعد الطواف الا أن الكلام في طواف مقيد بكونه طواف التحية فليتأمل (قوله وسعيه فيه) أقول فيه أن السعي بعد الطواف الا أن يكون في بمعنى عن كما قالوا في حصول صورة الشئ في العقل (قال المصنف وهذا أفضل) أقول قال الاتقاني أي المتمتع الذي يسوق الهدى أفضل من المتمتع الذي لا يسوق الهدى أو معناه سوق الهدى بعد الاحرام بالتلبية أفضل من الاحرام بتقليد البدنة وسوقها بعدها لي أولم يلب والمراد من المتمتع الذي أراد التمتع لانه قبل الاحرام لا يكون متمتعا اه ولا يخفى عدم ملاءمته لسياق الكلام وافضائه الى التكرار

لم تقطع في الحج الا عند الشروع في المقاصد وهو الوقوف عندنا يجب في العمرة أن لا تقطع الا عند الشروع في مقاصدها وهو الطواف (قوله والمسجد ليس بلازم) بل هو أفضل ومكة أفضل من غيرها من الحرم والشرط الحرم (قوله وفعل ما يفعله الحاج المفرد) الا الطواف التحية لانه في حكم أهل مكة ولا طواف قدوم عليهم (قوله ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم بالحج طاف) أي للتحية (وسعى قبل أن يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة) سواء كان رمل في طواف التحية أولا (ولا يسعى بعده لانه قد أتى بالسعي مرة) قيل هذا دليل على أن طواف التحية مشروع للمتمتع حتى اعتبر سعيه عقيبه اه ولا يخلو من شئ فان الظاهر أن المراد أنه اذا طاف ثم سعى أجزأه عن السعي لا أنه يشترط للاجزاء اعتباره طواف تحية بل المقصود أن السعي لا بد أن يترتب شرعا على طواف فاذا فرضنا أن المتمتع بعد احرام الحج تنفل بطواف ثم سعى بعده سقط عنه سعي الحج ومن قيد إجزاءه بكون الطواف المقدم طواف تحية فعليه البيان (قوله فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه) فالشرط فيها أن يكون محرما بالعمرة في أشهر الحج مثل ما ذكرناه في القران والى آخر ما ذكرناه فيه (قوله خلافا للشافعي) فانه لا يجزئه الا بعد احرام الحج (قوله لانه أداه بعد انعقاد سببه) لا شك أن سببه التمتع اللغوي الذي هو الترفق لترتيبه على التمتع في النص

الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال (وأشعر البدنة عند أبي يوسف ومحمد) رحمهما الله (ولا يشعر عند أبي حنيفة) رحمه الله (ويكره) والاشعار هو الادماء بالجرح لغة (وصفته أن يشق سنامها) بأن يطعن في أسفل السنام (من الجانب الايمن أو الأيسر) قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي صلى الله عليه وسلم طعن في جانب اليسار مقصودا وفي جانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم إعلاما وهذا الصنع مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما حسن وعند الشافعي رحمه الله سنة لانه مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج اذا ورد ماء أو كلأ أو يرد اذا ضل

ومأخذ الاشتقاق علة للمرتب والعمرة في أشهر الحج هي السبب فيه لانها التي بها يتحقق الترفق الذي كان ممنوعا في الجاهلية وهو معنى التمتع لا أن الحج معتبر جزء السبب بناء على ارادة التمتع في عرف الفقه لوجهين أحدهما جعل الحج غاية لهذا التمتع حيث قال فمن تمتع بالعمرة الى الحج فكان المفاد ترفق بالعمرة في أشهر الحج ترفقا غايته الحج والا كان ذكر التمتع ذكرا للحج من عامه فلم يحتج الى ذكره والثاني أنه على ذلك التقرير كان يلزم أن لا يجوز صوم الثلاثة الا بعد الفراغ كالسبعة لكنه سبحانه فصل بينهما بفعل الثلاثة في الحج أي وقته والسبعة بعد الفراغ فعلم أنه لم يعتبر في السبب المجوز للصوم تحقق حقيقة التمتع بالمعنى الفقهي بل الترفق بالعمرة في أشهر الحج لكن لا مطلقا بل المقيد بكونه غايته الحج من عامه لا على اعتبار القيد جزأ من السبب أو شرطا في ثبوت سببيته وإلا لزم ما ذكرنا من امتناع الصوم قبل الفراغ وهو منتف فكان السبب المقيد (١) لا يشترط قيده في السببية فاذا صام بعد احرام العمرة في أشهر الحج ثم رجع من عامه ظهر أنه صام بعد السبب وفي وقته بخلاف ما اذا لم يحج من عامه لانه لم يظهر وقوعه بعد المقيد ومثل هذا جائز اذا أمكن وقد أمكن وسببه تراخي القيد عنه في الوجود أما السبعة فان السبب وان تحقق بعد احرام العمرة لكن لم يجئ وقتها لان الايجاب معلق بالرجوع فالصوم قبله قبل وقته وان كان بعد السبب واعلم أن مقتضى هذا عدم الجواز قبل الفراغ من العمرة لان التمتع أعني الترفق بالعمرة لا يتحقق بمجرد الاحرام بها لكن الحكم هو الجواز بمجرد الاحرام كأنه لثبوت عدم القدرة على الخروج عن الاحرام بلا فعل وفيه إقناع الا أن يستلزم خلافه إحداث قول ثالث فيتم المراد (قوله الا اذا كانت لا تنقاد) أي للسوق وفي بعض النسخ لا تنساق (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم طعن الخ) قالوا لانها كانت تساق اليه وهو يستقبلها فيدخل من قبل رؤسها والحربة بيمينه لا محالة والطعن حينئذ الى جهة اليسار أمكن وهو طبع هذه الحركة فيقع الطعن كذلك مقصودا ثم يعطف طاعنا الى جهة يمينه بيمينه وهو متكلف بخلافه الى الجهة الاولى وهذا بناء على أنه عليه الصلاة والسلام أشعر من جهة اليمين واليسار وعلى أن صفته حالة الاشعار كان ماذكر فأما الاول فالذي في مسلم عن أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر بذي الحليفة ثم دعا ببدنه فأشعرها في صفحة سنامها الايمن وروى البخاري الاشعار فلم يذكر فيه الايمن ولا الايسر الا أن ابن عبد البر ذكر أنه رأى في كتاب ابن علية بسنده الى أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنه من الجانب الايسر ثم سلت الدم عنها وقلدها نعلين قال ابن عبد البر هذا منكر من حديث ابن عباس بل المعروف ما رواه مسلم وغيره عنه في الجانب الايمن وصحح ابن القطان كلامه لكن قد أسند أبو يعلى الى أبي حسان عن ابن عباس بطريق آخر أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنه في شقها الايسر ثم سلت الدم باصبعه الحديث وفي موطأ مالك عن نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما كان اذا أهدى هديا من المدينة يقلده بنعلين ويشعره في الشق الايسر فهذا يعارض ما في مسلم من حديث ابن عباس اذ لم يكن أحد أشد اقتفاء لظواهر فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابن عمر فلولا علمه وقوع ذلك من

في الاحرام بالتلبية أولى لانه الاصل والتقليد يقوم مقامه والعمل بالاصل أولى عند الامكان لا محالة ثم السوق في الهدى أفضل من القود لان النبي صلى الله عليه وسلم سيقت هداياه اذ أحرم بذي الحليفة بين يديه وقوله (قالوا والاشبه) يعني الى الصواب في الرواية (هو الايسر) وذلك أن الهدايا كانت مقبلة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرؤس وكان الرمح بيمينه لا محالة فكان يقع طعنه عادة أولا على يسار البعير ثم كان يعطف عن يمينه ويشعر الآخر من قبل يمين البعير اتفاقا فالاول لا قصد اليه فصار الامر الاصلي أحق بالاعتبار في الهدى اذا كان واحدا وقوله (ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج) أي لا ينفر ولا يطرد عن الماء والكلا (أو يرد اذا ضل

---

(١) قوله لا يشترط قيده في السببية كذا في بعض النسخ وفي بعضها لا يفيد قيده في السببية وكلاهما صحيح اه كتبه مصححه

وانه فى الاشعار أتم لانه ألزم) لان القلادة قد تحل وقد يحتمل أن تسقط منها والاشعار لا يفارقها (فمن هذا الوجه يكون سنة الا أنه عارضه جهة كونه مثلة) والمثلة هى أن يصنع بالحيوان ما يصير به مثلا وقيل هى ايلام ما وجب قتله أو أبيح قتله (فقلنا بحسنه ولابى حنيفة أنه) أى الاشعار (مثلة وانه) أى فعل المثلة (منهى عنه ولو وقع التعارض) بين كونه سنة وبين كونه مثلة (فالترجيح للمحرم) فان قيل النهى عن المثلة كان باحد والاشعار عام حجة الوداع والمتأخر ناسخ فأين التعارض أجيب بان عمران بن الحصين روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ما قام خطيبا الا نهانا عن المثلة فكان الاشعار (٢١٤) منسوخا فلا أقل من التعارض والترجيح للمحرم للاحتياط أو للاحتراز عن

وانه فى الاشعار أتم لانه ألزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا أنه عارضة جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولابى حنيفة أنه مثلة وانه منهى عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم واشعار النبى صلى الله عليه وسلم كان لصيانة الهدى لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه لابه وقيل ان أبا حنيفة كره اشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد قال (فاذا دخل مكة طاف وسعى) وهذا للعمرة على ما بينا فى متمتع لا يسوق الهدى (الا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية) لقوله صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفى التحلل عند سوق الهدى (ويحرم بالحج يوم التروية) كما يحرم أهل مكة على ما بينا (وان قدم الاحرام قبله جاز وما جعل المتمتع من الاحرام بالحج فهو أفضل) لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية فى حق من ساق الهدى وفى حق من لم يسق (وعليه دم) وهو دم التمتع على ما بينا

فعله صلى الله عليه وسلم لم يستمر عليه فوجه التوفيق حينئذ هو ما صرنا اليه من الاشعار فيهما جلا للروايتين على رؤية كل راء الاشعار من جانب وهو واجب ما أمكن وأما الثانى فلا نعلم صريحا فى وصفه كيف كان لكنه حمل على ما هو الظاهر اذ الظاهر من قاصدها الاتيان فعل فيها وهى تساق اليه ذلك والله أعلم بحليته كل حال (قوله لانه ألزم) لان القلادة قد تحل أو تنقطع فتسقط (قوله ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم) قد يقال لا تعارض فان النهى عنه كان باثر قصة العرنيين عقيب غزوة أحد ومعلوم أن الاشعار كان بعده فعلم أنه إما مخصوص من نص نسخ المثلة ما كان هديا أو أنه ليس بمثلة أصلا وهو الحق اذ ليس كل جرح مثلة بل هو ما يكون تشويها كقطع الانف والاذنين وسمل العيون فلا يقال لكل من جرح مثل به والاولى ما حمل عليه الطحاوى من أن أبا حنيفة انما كره إشعار أهل زمانه لانهم لا يهتدون الى إحسانه وهو شق مجرد الجلد لئلا يدمى بل يبالغون فى اللحم حتى يكثر الالم ويخاف منه السراية (قوله لان المشركين لا يمتنعون لابه) قد يقال هذا يتم فى إشعار عام الحديبية وهو مفرد بالعمرة لا فى إشعاره هديا بحجة الوداع لان المشركين كانوا (١) قد أجلوا قبل ذلك فى فتح مكة فى الثامنة ثم بعث عليا رضى الله عنه فى التاسعة يتلو عليهم سورة براءة وينادى لا يطوف بهذا البيت مشرك ولا عريان والجواب أن يراد تعرضهم للطريق حال السفر لنسائهم معهم بمال لسيد المسلمين (قوله وهذا ينفى التحلل عند سوق الهدى) يعنى لما كان المقصود من هذا الكلام وتقدم تخريجه اظهار التأسف على تأتى الاحلال ليشرح صدر أصحابه بموافقته لهم كما كان دأبه عليه السلام كان قوله لو استدركت ما فاتنى لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة أى مفردة لم أقرن معها الحج وتحللت يفيد أن التحلل لا يتأتى الا بما يتضمنه كلامه من افراد العمرة وعدم سوق الهدى فلو كان التحلل يجوز مع سوق الهدى لاكتفى بقوله لجعلتها عمرة وتحللت وانما احتاج الى هذا لانه لو استدل بأنه لما ساق الهدى امتنع عليه التحلل من العمرة كان معترفا بأنه عليه الصلاة والسلام جمع متمتعا والثابت عندنا أنه جمع قارنا على ما قدمناه (قوله وهذه الافضلية)

تكرار النسخ وقوله (واشعار النبى صلى الله عليه وسلم) جواب عما قال الشافعى انه مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو ظاهر وقوله عليه الصلاة والسلام (لو استقبلت من أمرى ما استدبرت) أى لو علمت أولا ما علمت آخرا (لما سقت الهدى) وقصة ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بان يفسخوا إحرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقا لمخالفة الكفرة وكانوا لا يفسخون ولا يحلقون ينتظرون رسول الله صلى الله عليه وسلم هل يحلق أولا فاعتذر النبى عليه الصلاة والسلام وقال لو استقبلت الخ وبين فيه أن سوق الهدى يمنعه عن التحلل ولولا ذلك لتحلل وقوله (ويحرم بالحج) ظاهر وقوله (على ما بينا) اشارة الى ما قال وعليه دم التمتع للنص الذى تلونا يعنى قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج

(قال المصنف فمن هذا الوجه يكون سنة) أقول فيه بحث يظهر لمن علم ما السنة (قال المصنف حتى يحرم بالحج) أى أقول قال الاتقانى برفع الميم لا النصب لان حتى ليست غاية لفساد المعنى اه وفيه بحث لان حتى لا يفارقها معنى الغاية سواء كانت جارة أو عاطفة أو ابتدائية على ما صرح به والظاهر أنه منصوب ولا يلزم الفساد فان مفهوم الغاية لو سلم اعتباره فلا يعارض المنطوق وعدم جواز تحلل المحرم بالحج الى وقت معلوم معلوم مما سبق فتأمل

(١) قوله قد أجلوا كذا هو فى بعض النسخ بالجيم بعد الهمز والمعنى عليه صحيح أى خرجوا عن مكة ورسمت فى بعض النسخ بالخاء المعجمة وقوله بعده لسيد المسلمين فى بعض النسخ لسيد المرسلين وكل صحيح كتبه مصححه

وقوله (واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين) يعني احرام العمرة واحرام الحج فان قيل التحلل منهما يقتضي قيام كل منهما عند الحلق ولو كان احرام العمرة باقيا عنده لزم القارن دمان اذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة وليس كذلك بل عليه دم واحد ولو كان الاحرام باقيا لزم قيمتان كما قبل الوقوف أجيب بان احرام العمرة باق للتحلل لا غير لان التحلل لا يتصور بدونه وأما بالنسبة الى ما عداه فليس ببا ق لان الله تعالى جعل غاية احرام العمرة الحج والمضروب له الغاية لا يبقى بعد وجودها الا لضرورة وهي

(واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين) لان الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما قال (وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة) خلافا للشافعي رحمه الله

أي أفضلية تعجيل المتمتع الاحرام بالحج (قوله فقد حل من الاحرامين) فيه دليل على بقاء احرام العمرة الى الحلق وأورد عليه في النهاية لو كان كذلك لزم القارن دمان اذا جنى قبل الحلق وقال علماؤنا اذا قتل القارن صيدا بعد الوقوف قبل الحلق لزمه قيمة واحدة ولو بقي بعد الوقوف لزمه دمان وأجاب بأن احرام العمرة انتهى بالوقوف ولم يبق الا في حق التحلل لان الله تعالى جعل الحج غاية احرام العمرة ولا وجود للمضروب له الغاية بعدها الا ضرورة وهي ما ذكرنا واذا لم يبق في حق غير ذلك لم تقع الجناية عليه اه قال في شرح الكنز وهذا بعيد فان القارن اذا جامع بعد الوقوف يجب عليه بدنة للحج وشاة للعمرة وبعد الحلق قبل الطواف شاتان اه ومانقله في النهاية انما هو قول شيخ الاسلام ومن تبعه وقد صرح به عنه بخصوصه في النهاية في آخر فصل جزاء الصيد وأكثر عبارات الاصحاب مطلقة وهي الظاهرة اذ قضاء الاعمال لا يمنع بقاء الاحرام والوجوب انما هو باعتبار أنه جناية على الاحرام لا على الاعمال والفرع المنقول في الجماع يدل على ما قلنا بل سنذكر عن الكتب المعتبرة عن بعضهم أن فيما بعد الحلق البدنة والشاة أيضا بالجماع وعن بعضهم البدنة فقط ونبين الاولى منهما ثم ان شيخ الاسلام قيد لزوم الدم الواحد بغير الجماع وقال ان في الجماع بعد الوقوف شاتين فلا يخلو من أن يكون احرام العمرة بعد الوقوف توجب الجناية عليه شيأ أو لا فان أوجبت لزم شمول الوجوب والافشمول العدم (قوله وليس لاهل مكة تمتع ولا قران) يحتمل نفي الوجود أي ليس يوجد لهم حتى لو أحرم مكي بعمرة أو بهما وطاف للعمرة في أشهر الحج ثم حج من عامه لا يكون متمتعا ولا قارنا ويوافقه ما سيأتي في الكتاب من قوله واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه لانه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا وذلك يبطل التمتع فأفاد أن عدم الالمام شرط لصحة التمتع فينتفي لانتفائه وعن ذلك أيضا خص القران في قوله بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان قالوا خص القران لان التمتع منه لا يصح لانه ملم بأهله بعد العمرة ويحتمل نفي الحل كما يقال ليس لك أن تصوم يوم النحر ولا أن تتنفل بالصلاة عند الطلوع والغروب حتى لو أن مكيا اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه أو جمع بينهما كان متمتعا أو قارنا آثما بفعله اياه ما على وجه منهي عنه وهذا هو المراد بحمل ما قدمناه من اشتراط عدم الالمام للصحة على اشتراطه لوجود التمتع الذي لم يتعلق به نهي شرعا المنتهض سببا للشكر ويوافقه ما في غاية البيان ليس لاهل مكة تمتع ولا قران ومن تمتع منهم أو قرن كان عليه دم وهو دم جناية لا يأكل منه وصح عن عمر رضي الله عنه أنه قال ليس لاهل مكة تمتع ولا قران وقال في التحفة ومع هذا لو تمتعوا اجاز وأساؤا وعليهم دم الجبر وسنذكر من كلام الحاكم صريحا اه ومن حكم هذا الدم أن لا يقوم الصوم مقامه حالة العسرة فاذا كان الحكم في الواقع لزوم دم الجبر لزم ثبوت الصحة لانه لا جبر الا لما وجد بوصف النقصان لا لما لم يوجد شرعا فان قيل يمكن كون الدم للاعتمار في أشهر الحج من المكي لا للتمتع منه

بالنسبة الى التحلل لا غير واذا كان كذلك لم تقع الجناية على احرام العمرة فلا يجب لاجله شئ كاحرام المفرد بالحج بعد الحلق فانه لا يبقى في حق سائر المحظورات ويبقى في حق الجماع ضرورة طواف الزيارة وقوله (وليس لاهل مكة تمتع ولا قران) اعلم أن أهل مكة ومن كان داخل المواقيت لا تمتع لهم ولا قران عند أبي حنيفة وأصحابه وإمامهم في ذلك علي وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم ولو تمتعوا جاز وأساؤا ولزمهم دم الجبر وقال الشافعي لهم التمتع والقران ولكن لا دم عليهم واستدل على ذلك بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فانه باطلاقه لا يفصل بين الآفاقي وغيره فان قيل ذلك لئن لم يكن اشارة الى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضي أن لا يكون لاهل حاضري المسجد الحرام تمتع أجاب الشافعي بأن ذلك اشارة الى الهدى المعلوم من قوله تعالى فما استيسر من الهدى ولاجل هذا قلت إنه لا دم عليهم ولنا

قوله تعالى ذلك لئن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ووجهه أن موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم وما ذكرتم من الهدى قريب لا يصلح ذلك حقيقة له والتمتع المفهوم من تمتع بعيد يصلح لذلك فيصار اليه لان العمل اذا أمكن بالحقيقة لا يصار الى المجاز

(قوله ولو تمتعوا جاز وأساؤا) أقول كذا قال صاحب تحفة الفقهاء وأما الذي يدل عليه كلام المصنف في هذا الباب فبطلان تمتعهم كما لا يخفى على الناظر المتأمل (قوله ووجهه أن موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم وما ذكرتم من الهدى قريب لا يصلح حقيقة له) أقول يجوز أن يكون من قبيل ألم ذلك الكتاب

وهذا فاش بين حنفية العصر من أهل مكة ونازعهم في ذلك بعض الآفاقيين من الحنفية من قريب وجرت بينهم شؤن ومعتمد أهل مكة ماوقع في البدائع من قوله ولان دخول العمرة في أشهر الحج وقع رخصة لقوله تعالى الحج أشهر معلومات قيل في بعض وجوه التأويل أي للحج أشهر معلومات واللام للاختصاص فاختصت هذه الاشهر بالحج وذلك بأن لا يدخل فيها غيره الا أن العمرة دخلت فيها رخصة للآفاقي ضرورة تعذر انشاء سفر للعمرة نظرا له وهذا المعنى لا يوجد في حق أهل مكة ومن بمعناهم فلم تكن العمرة مشروعة في أشهر الحج في حقهم فبقيت العمرة في أشهر الحج في حقهم معصية اه وفيه بعض اختصار والذي ذكره غير واحد خلافه وقد صرحوا في جواب الشافعي لما أجاز التمتع للمكي وقال في بعض الاوجه نسخ منع العمرة في أشهر الحج عام فيتناول المكي كغيره فقالوا أما النسخ فثابت عندنا في حق المكي أيضا حتى يعتمر في أشهر الحج ولا يكره له ذلك ولكن لا مدرك فضيلة التمتع الى آخر ما سنذكره ان شاء الله تعالى فانكار أهل مكة على هذا اعتمار المكي في أشهر الحج ان كان لمجرد العمرة فخطأ بلا شك وان كان لعلمهم بأن هذا الذي اعتمر منهم ليس بحيث يتخلف عن الحج اذا خرج الناس للحج بل يحج من عامه فصحيح بناء على أنه حينئذ انكار لمتعة المكي لا لمجرد عمرته فاذا ظهر لك صريح هذا الخلاف منه في اجازة العمرة من حيث هي مجردة عمرة في أشهر الحج ومنعها وجب أن يتفرع عليه ما لو كرر المكي العمرة في أشهر الحج وحج من عامه هل يتكرر الدم عليه فعلى من صرح بحلها له وأن المنع ليس الا لتمتعه لا يتكرر عليه لان تكرره لا أثر له في ثبوت تكرر تمتعه فانما عليه دم واحد لانه تمتع مرة واحدة وعلى من منع نفس العمرة منه وأثبت أن نسخ حرمتها انما هو للآفاقي فقط ينبغي أن يتكرر الدم بتكرر ها والله أعلم وانما النظر بعد ذلك في أولى القولين ونظر هؤلاء الى العمومات مثل دخلت العمرة في الحج وصريح منع المكي شرعا لم يثبت الا بقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام وهو خاص بالجمع تمتعا فيبقى فيما وراءه على الاباحة غير أن للآخر أن يقول دليل التخصيص مما يصح تعليله ويخرج به معه وتعليل منع الجمع المتبادر منه أنه يحصل الرفق ودفع المشقة الآتية من قبل تعدد السفر أو اطالة الاقامة وذلك خاص فيبقى المنع السابق على ما كان ويختص النسخ بالآفاقي والنظر بعد ذلك مجال والله سبحانه الموفق ثم ظهر لي بعد نحو ثلاثين عاما من كتابة هذا الكتاب أن الوجه منع العمرة للمكي في أشهر الحج سواء حج من عامه أولا لان النسخ خاص لم يثبت اذ المنقول من قولهم العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور لا يعرف الا من كلام الجاهلية دون أنه كان في شريعة ابراهيم عليه السلام أو غيره ولم يبق الا النظر في الآية وحاصله عام مخصوص فان قوله ذلك الخ تخصيص من تمتع بالعمرة الى الحج لانه مستقل مقارن واتفقوا في تعليله بأن تجويز ذلك للآفاقي لدفع الحرج كما عرف ومنعه من المكي لعدمه ولا شك أن عدم الحرج في عدم الجمع لا يصلح علة لمنع الجمع لانه اذا لم يحرج بعدم الجمع لا يقتضي أن يتعين عليه عدمه بل انما يصلح عدم الحرج في عدم الجمع أن يجوز له كل من عدم الجمع والجمع لانه كما لم يحرج في عدم الجمع لا يحرج في الجمع فحين وجب عدم الجمع لم يكن الا لامر زائد وليس هنا سوى كونه في الجمع موقعا العمرة في أشهر الحج ثم لا شك أن منع نفس العمرة في أشهر الحج للمكي متعين على الاحتمال الاول الذي أبديناه في قوله وليس لاهل مكة تمتع ولا قران الخ وهو أن العمرة لا تتحقق منه أصلا لانه اذا لم يتحقق منه حقيقة التمتع الشرعية لا يكون منعه من التمتع الا للعمرة فكان حاصل منع صورة التمتع اما لمنع العمرة أو الحج والحج غير ممنوع منه فتعينت العمرة غير أني رجحت أنها تتحقق ويكون مستأنسا بقول صاحب التحفة لكن الاوجه خلافه لتصريح أهل المذهب من أبي حنيفة وصاحبيه في الآفاقي الذي يعتمر ثم يعود الى أهله ولم يكن ساق الهدى ثم حج من عامه بقولهم بطل تمتعه وتصريحهم بأن من شرط التمتع مطلقا أن لا يلم بأهله بينهما الماما صحيحا ولا وجود للمشروط قبل وجود شرطه ولا شك أنهم قالوا بوجود الفاسد مع الاثم ولم يقولوا بوجود الباطل شرعا مع ارتكاب النهي كبيع الحر ليس ببيع شرعي ومقتضى كلام أئمة المذهب أولى بالاعتبار من

بالاتفاق فتكون الآية حجة عليه فان قيل فما الجواب عن استدلاله باطلاقه قلت لا اطلاق ثمة بل كلمتمن عامة خصت بقوله ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام

وقوله (ولان شرعهما) دليل معقول لما وتقريره شرع المتعة والقران لاجل الترفه (باسقاط إحدى السفرتين) وهو ظاهر والترفه بذلك في حق الآفاقي لان غيره لا يشق عليه هذا السفر لقربه حتى يترفه واعترض بوجهين أحدهما أن النص ان كان يقتضي ما ذكرتم على ما زعمتم لكن تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على النفي عما عداه والثاني أن الله تعالى شرع القران والمتعة ابانة لنسخ ما كان عليه أهل الجاهلية من تحريمهم العمرة في أشهر الحج والنسخ يثبت في حق الناس كافة ورجوع الاشارة الى ما ذكرتم ينافي ذلك وأجيب عن الاول بأن تخصيص الشئ بالذكر كما أنه لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا يدل على ثبوته له أيضا والاصل فيه العدم فيبقى الى أن يدل الدليل على خلافه وعن الثاني بأن النسخ ثابت عندنا في حق المكي أيضا حتى لو اعتمر في أشهر الحج جاز بلا كراهة ولكن لا يدرك فضيلة التمتع لان الامام قطع متعته كما قطع متعة الآفاقي اذا رجع بين النسكين الى أهله وفيه نظر لانه يستدل به على بطلان المتعة لا على عدم ادراك الفضيلة والصواب أن يقال لان متعته نقصت عن متعة الآفاقي بصيرورة دمه دم جبر وقوله (ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران) هذا راجع الى تفسير حاضري المسجد الحرام فعندنا هم (٣١٧) أهل مكة ومن كان داخل الميقات سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر أو لم يكن وعند الشافعي هم أهل مكة ومن حولها اذا لم يكن بينه وبين مكة مسيرة سفر كذا في مبسوط شيخ الاسلام وقوله (بخلاف المكي) متصل بقوله وليس لاهل مكة تمتع ولا قران يعني ليس له ذلك ما دام بمكة بخلاف ما (اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح) بلا كراهة

والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح

كلام بعض المشايخ وانما لم نسلك في منع العمرة في أشهر الحج مسلك صاحب البدائع لأنه بناه على أمر لم يلزم ثبوته على الخصم وهو قوله جاء في بعض الاوجه أن المراد للحج أشهر واللام للاختصاص وهذا مما للخصم منعه ويقول بل جاز كون المراد أن الحج في أشهر معلومات فيفيد أنه يفعل فيها الا في غيرها وهو لا يستلزم أن لا يفعل فيها غيره والله أعلم (قوله والحجة عليه) مدار احتجاج الشافعي على أن نسخ ترك العمرة في أشهر الحج عام في حق المكي وغيره ومعلوم شرعية الحج في حق الكل فجاز التمتع للكل وقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام لا ينفيه اذ مرجع الاشارة الى الهدى لا التمتع فثبت بذلك جواز المتعة لهم وسقوط الهدى عنهم قلنا بل مرجع الاشارة التمتع لوصلها باللام وهي تستعمل فيما لنا أن نفعله والتمتع لنا أن نفعله بخلاف الهدى فانه علينا فلو كان مراد الجيء مكان اللام بعلى فقيل ذلك على من لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام فان قيل شرع العمرة في أشهر الحج عام قلنا ممنوع بل ذلك على القول الذي رددناه وعلى تقديره أيضا لا يفيد لانا نجيز للمكي العمرة في أشهر الحج فان أريد المجموع من العمرة مع الحج من عامه وهو المعبر عنه بالتمتع بالعمرة الى الحج في النص فهو أول المسئلة ومحل النزاع ثم ان علمنا دليل التخصيص أعني قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام بكونه مما بأهله بين أدائهما فلم يكمل معنى الارتفاق في حق أهل مكة بشرعهما في أشهر الحج بخلاف الآفاقي فتقاصر عن ايجاب الشكر بارافة الدم بالنسبة الى الآفاقي فعدينا ه الى كل من أم أهله بين النسكين حتى اذا اعتمر الآفاقي في أشهر الحج ثم رجع الى أهله فأقام ثم حج من عامه لا يكون متمتعا وصار شرط التمتع المأذون فيه شرعا أن لا يلم بأهله بهذا المأخذ الا أن أبا حنيفة فرق بين كون العود مستحقا على الآفاقي بان كان ساق

(قال المصنف والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) أقول قال النسفي في تفسيره اختلفوا في المراد بحاضري المسجد الحرام فعند أبي حنيفة رحمه الله هم أهل المواقيت

 وهي ذو الحليفة والجحفة وقرن ويلملم وذات عرق فكل من كان من أهل هذه المواضع أو من أهل ما وراءها الى مكة فهو من حاضري المسجد الحرام لانه لم يكن من المسافرين حينئذ اه وفيه بحث لانه يلزم على هذا أن يكون كل من كان بينه وبين مكة أقصر من مدة السفر من حاضري المسجد الحرام وان كان مكانه دون الميقات كما هو مذهب الشافعي رحمه الله (قوله لكن تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على النفي عما عداه) أقول الاستدلال ليس بالمفهوم حتى يرد ما ذكره بل بمنطوق قوله تعالى لمن لم يكن فان اللام الاختصاصية تدل على النفي عمن كان من حاضري المسجد الحرام فتأمل وبعد ما كتبت هذا راجعت البدائع فوجدته قد استدل على المطلوب بهذا الوجه فشكرت الله تعالى (قوله والاصل فيه العدم) أقول غير مسلم ومن أين ثبت ذلك (قوله لان الامام قطع متعته) أقول أنت خبير بان قوله ان الامام قطع متعته ان كان صحيحا في نفسه يلزم بطلان المتعة ولا يصح ما قاله ولو تمتع واجاز وأساؤا وان لم يكن صحيحا فلا بد من بيان وجه عدم صحته وأنى له ذلك (قوله وفيه نظر لانه يستدل الخ) أقول لك أن تقول اضافة الفضيلة الى التمتع بيانية

لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي (واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه) لانه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روى عن عدة من التابعين

(لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي) قال المحبوبي هذا اذا خرج الى الكوفة قبل أشهر الحج وأما اذا خرج بعدها فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات وانما خص القران بالذكر لانه اذا خرج المكي الى الكوفة واعتمر لا يكون متمتعا على ما نذكره قوله (واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه) باتفاق أصحابنا (لانه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا) وقد تقدم تفسيره (وبذلك يبطل التمتع كذا روى عن) ابن عباس و (عدة من التابعين) وهذا لان حد التمتع ليس بصادق عليه حيث أنشأ لكل نسك سفرا من أهله والتمتع من يترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة

الهدى أولا فجعل الالمام عند استحقاق العود شرعا كعدمه وسيأتي واذا علمت هذا فمقتضاه مع ما قدمنا من الحق من أن التمتع باطلاق القرآن الكريم وألفاظ الصحابة يعم القران لانه تمتع للارتفاق بالعمرة في أشهر الحج اشتراط عدم الالمام للقران المأذون فيه أيضا فيقتضي في المكي اذا خرج الى الكوفة ثم عاد فأحرم بهما من الميقات في أشهر الحج ثم فعلهما أن لا يكون القران الشرعي المستعقب الحكم المعلوم من ايجاب الدم شكرا وهو خلاف ما ذكروه مما نص عليه المصنف بقوله بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة الخ فالوا خص المكي بالقران لانه لا تمتع له في مثل هذه الصورة لانه ملم بأهله بعد العمرة ولو ساق الهدى لان العود غير مستحق عليه ومقتضى الدليل ما أعلمتك بل ويقتضي أيضا بأدنى تأمل وجوب الدم جبرا على الآفاقي اذا عاد وألم ثم رجع وحج من عامه اذ كانوا أوجبوه على المكي اذا تمتع لارتكابه النهي وأنت علمت أن مناط نهيه وجود الالمام وهو ثابت في الآفاقي الملم والله سبحانه وتعالى أعلم وقوله (لان عمرته وحجته ميقاتيتان فكان كالآفاقي) قالوا يشير الى أن عدم صحة التمتع منه اذا كان بمكة لاخلاله بميقات أحد النسكين لانه ان أحرم بهما من الحرم أخل بميقات العمرة أو من الحل فبميقات الحج للمكي فيكره ويلزمه الرفض ولا يخفى أن ترك الاحرام من الميقات لا يوجب عدم صحة النسك المعين ألا ترى لو أن آفاقيا جاوز الميقات ثم أحرم بهما وفعلهما أنه يكون قارنا ويلزمه دم القران مع دم الوقت كما لو جنى على احرامه بل أولى اذا تأملت على أن المانع لو كان هذا لصح قران كل مكي بطريق أن يخرج الى أدنى الحل كالتنعيم فيحرم بعمرة ثم يخطو خطوة فيدخل أرض الحرم فيحرم بالحج لكن المنع عام وسببه ليس الا الآية والقران من التمتع وقد صرح به المصنف فقال في آخر الباب والقران منه أي من التمتع هذا ثم قيد المحبوبي قران المكي بأن يخرج من الميقات الى الكوفة مثلا قبل أشهر الحج أما اذا خرج بعد دخولها فلا قران له لانه لما دخلت أشهر الحج وهو داخل المواقيت فقد صار ممنوعا من القران شرعا فلا يتغير ذلك بخروجه من الميقات هكذا روى عن محمد وقد يقال انه لا تعلق به خطاب المنع مطلقا بل مادام بمكة فاذا خرج الى الآفاق التحق بأهله لما عرف أن كل من وصل الى مكان صار ملحقا بأهله كالآفاقي اذا قصد بستان بني عامر حتى جازله دخول مكة بلا احرام وغير ذلك وأصل هذه الكلية الاجماع على أن الآفاقي اذا قدم بعمرة في أشهر الحج الى مكة كان احرامه بالحج من الحرم وان لم يقم بمكة الا يوما واحدا فاطلاق المصنف حينئذ هو الوجه هذا وأما على ما قدمناه من البحث فلا يصح منه القران الجائز مالم ينقض وطنه بمكة للزوم اشتراط عدم الالمام فيه كالتمتع فان قرن لزمه دم كالوقرن وهو بمكة لما علمت من أن القران من ما صدقات التمتع بالنظم القرآني ويلزم فيه وجود أكثر أشواط العمرة في أشهر الحج لانه التمتع بالعمرة الى الحج في أشهر الحج ووجوب الشكر بالدم ما كان الا لفعل العمرة فيها ثم الحج فيها وهذا في القران كما هو في التمتع وما عن محمد فيمن أحرم بهما وطاف لعمرته في رمضان أنه قارن ولا دم عليه مراده القارن بالمعنى اللغوي اذ لا شك في أنه قرن أي جمع ألا ترى أنه نفى لازم القران بالمعنى الشرعي المأذون فيه وهو لزوم الدم ونفى اللازم الشرعي نفى الملزوم الشرعي والحاصل أن النسك المستعقب للدم شكرا هو ما تحقق فيه فعل المشروع المرتفق به الناسخ لما كان في الجاهلية وذلك بفعل العمرة في أشهر الحج فان كان مع الجمع في الاحرام قبل أكثر طواف العمرة فهو المسمى بالقران والا فهو التمتع بالمعنى العرفي وكلاهما التمتع بالاطلاق القرآني وعرف الصحابة وهو في الحقيقة اطلاق اللغة لحصول الرفق بهذا النسخ هذا كله على أصول المذهب وأما ما أعتقده مقتضى الدليل فسأذكره من قريب ان شا الله تعالى (قوله واذا عاد) الحاصل

(واذا ساق الهدى فالمامه لا يكون صحيحا) على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (بخلاف المكي) متصل بقوله واذا ساق الهدى فالمامه لا يكون صحيحا يعني الآفاقي اذا فعل ذلك لا يكون المامه صحيحا بخلاف المكي (اذا خرج الى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدى حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه) لان المراد بالعود هو ما يكون عن الوطن الى الحرم أو الى مكة وليس ههنا بوجود لكونه في الحرم أو في مكة فلا يتصور العود واذا ساق الهدى لا يكون متمتعا فلأن لا يكون (٢١٩) اذا لم يسق كان أولى وقوله (ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج) فيه ثلاثة مذاهب ذهب الشافعي الى أنه اذا أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج لا يكون متمتعا وان أدى الاعمال فيها وقال مالك هو متمتع وان لم يؤد فيها اذا كان التحلل عن احرام العمرة فيها وقلنا ان أدى أربعة أشواط فيها كان متمتعا والا فلا وجه قول الشافعي أنه لم يجمع بين النسكين في أشهر الحج لتقدم ركن العمرة عليها وهو الاحرام ووجه قول مالك أن الجمع بينهما موجود باعتبار الاتمام وهو التحلل فيها ولنا ما ذكر في الكتاب أن الاحرام شرط فجاز تقديمه كتقديم الطهارة على وقت الصلاة والاعتبار باداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل قبل اذا لم يعارضه نص فان ثلاث ركعات من الظهر ليس لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق برباعية الظهر قوله (فان طاف لعمرته قبل أشهر الحج) ظاهر مما ذكرناه قوله (وهذا) اشارة الى أنه لم يكن متمتعا وأراد بالنسك العمرة ومعناه أن نسك العمرة يفسد اذا جامع بعد ما طاف ثلاثة أشواط ولم يفسد بعد ما طاف أربعة أشواط فان طاف أربعة أشواط قبل أشهر الحج صار بحيث لا يفسد نسكه بالجماع فصار كأنه تحلل قبل أشهر الحج ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعا فكذا هذا وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على مالك لانه يعتبر الاتمام وهذا في حكم الاتمام في حق عدم الفساد فكذا في حق كونه غير متمتع (ولان الترفق انما يكون) باداء الافعال والمتمتع هو المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج) فلا بد أن توجد الافعال كلها أو أكثرها فيه حتى يكون متمتعا والجواب عن الشافعي يفهم من هذا لان الاحرام ليس من أفعال العمرة بل هو من الشروط

واذا ساق الهدى فالمامه لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يبطل لانه أداهما بسفرتين ولهما أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح إلمامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدى حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه فصح إلمامه بأهله (ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعا) لان الاحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج وانما يعتبر أداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل (وان طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعدا ثم جن من عامه ذلك لم يكن متمتعا) لانه أدى الاكثر قبل أشهر الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل أشهر الحج ومالك رحمه الله يعتبر الاتمام في أشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق بأداء الافعال والمتمتع المترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج

أن عود الآفاقي الفاعل للعمرة في أشهر الحج الى أهله ثم رجوعه وجه من عامه ان كان لم يسق الهدى بطل تمتعه باتفاق علمائنا وان كان ساق الهدى فكذلك عند محمد وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يبطل إلحاقا للعوده بالعدم بسبب استحقاق الرجوع شرعا اذا كان على عزم المتعة والتقييد بعزم المتعة لنفي استحقاق العود شرعا عند عدمه فانه لو بدا له بعد العمرة أن لا يحج من عامه لا يؤاخذ بذلك فانه لم يحرم بالحج بعد واذا ذبح الهدى أو أمر بذبحه يقع تطوعا ثم استدل المصنف عليه بقول التابعين وقول من نعلمه قاله منهم مطلق وظاهر أنهم أيضا أخذوه من قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام اذ لا سنة ثابتة في ذلك من رواياتهم روى الطحاوي عن سعيد بن المسيب وطاء وطاوس ومجاهد والنخعي أن المتمتع اذا رجع بعد العمرة بطل تمتعه وكذا ذكر الرازي في كتاب أحكام القرآن والذي يظهر من مقتضى الدليل أن لا تمتع لاهل مكة ولا قران وأن رجوع الآفاقي الى أهله ثم عوده وجه من عامه لا يبطل تمتعه مطلقا وهذا لان الله تعالى قيد جواز التمتع بعدم الالمام بالاهل القاطنين بالمسجد الحرام أي مكة ومن ألحق بأهلها بقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام فأفاد ما نعية الالمام عن التمتع وعليته لعدم الجواز بقيد كونه في مكة فتعدية المنع بتعدية الالمام الى ما بغير حاضري المسجد الحرام من الاهل تبتني على إلغاء قيد الكون بالمسجد الحرام واعتبار المؤثر مطلق الالمام وصحته تتوقف على عقلية عدم دخول القيد في التأثير وكونه طرديا والواقع خلافه للعلم بأن حصول الرفق التام بشرعية العمرة في أشهر الحج المتخلل مؤثر في ايجاب الشكر اذا حج في تلك الاشهر التي اعتمر فيها انما هو للآفاقي لا لحاضري المسجد الحرام القاطنين فيه لانهم لا يلحقهم من المشقة نحو ما يلحق الآفاقي بمنع العمرة في أشهر الحج بخلاف الآفاقي فكان فائدة شرعية العمرة فيها في حق الآفاقي هو الظاهر فناسب أن يخص هو بشرعية التمتع فكان قيد حضور الاهل في الحرم ظاهر الاعتبار في المنع من التمتع فلا يجوز إلغاؤه والله سبحانه أعلم (قوله ومالك يعتبر الاتمام في أشهر الحج) أي في كونه متمتعا اذا حج من

(قال وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة) لما ذكر أن المتمتع هو الذي يترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج احتاج الى أن يبين الاشهر فقال أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فان قلت هل للمتمتع اختصاص بذلك أو القارن أيضا لابد له أن يجمع بين النسكين في أشهر الحج قلت قال صاحب النهاية وجدت رواية في المحيط أنه لا يشترط لصحة القران ذلك قال في المنتقى رجل جمع بين حجة وعمرة أي أحرم ثم قدم مكة وطاف لعمرته في شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدى عليه قوله (كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير) انما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس لانه ما كان يفهم في عرفهم من اطلاق العبادلة الا هؤلاء الثلاثة وأما في عرف المحدثين فالعبادلة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله ابن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله بن مسعود منهم لانه كان تقدم موته (ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات) وفي هذا اشارة الى نفي قول مالك ان وقت الحج جميع الاشهر الثلاثة وهو مروي عن عروة بن الزبير استدلالا بقوله تعالى الحج أشهر معلومات وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة وفائدة ذلك انما تظهر في حق جواز تأخير طواف الزيارة الى آخر ذي الحجة فان قلت الحج يفوت بمضي عشر ليال وتسعة أيام فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج قلت هو متمسك أبي يوسف في غير ظاهر الرواية ولكنا نقول فوات الحج بطلوع الفجر من يوم النحر لان الوقوف وهو الركن الاعظم موقت بوقت مخصوص يفوت بفواته لا لأنه خرج وقت الحج ألا ترى أن طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله وهو ركن والركن لا يجوز أن يكون في غير وقته ولقائل أن يقول ان اعتبرتم الفوات يلزم أن لا يكون يوم النحر من وقت الحج وان اعتبرتم أداء الاركان وجب أن يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لان طواف الزيارة يجوز فيهما وحينئذ جاز (٢٣٠) أن يكون ذو الحجة الى آخره من وقت الحج كما قال مالك والحق أن يقال المعول في ذلك ما نقل

قال (وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة) كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضي الله تعالى عنهم أجمعين ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى الحج أشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله

عن العبادلة وغيرهم من الصحابة والتابعين أن أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة وفيه نظر لان المنقول عنهم وعشر من ذي الحجة بالتذكير وهو الليالي فلا يكون حجة في دخول يوم النحر في وقت الحج والجواب أن ذكر أحد العددين من الليالي والايام بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر كما تقدم في الاعتكاف فان قيل سلمنا ذلك لكن ما وجه دخول شوال وذي القعدة في وقته وأداء الحج ابن لا يصح فيهما أجيب بأن بعض أفعاله يصح فيهما ألا ترى أن الآفاقي اذا قدم مكة في شوال وطاف طواف القدوم وسعى بعده فان هذا السعي يكون السعي الواجب في الحج فانه لا يجب الا مرة واحدة ولو فعل ذلك في رمضان لم يجزه عن السعي الواجب في الحج وقوله (وهذا) أي ما روى عن العبادلة وما ذكرنا من المعقول (يدل على أن المراد من قوله تعالى الحج أشهر معلومات شهران وبعض الشهر الثالث لا كله) ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك ومن الشارحين من قال لفظ أشهر عام فيجوز أن يراد منه بعض وليس بشئ لان ما ينتهي اليه الخصوص اذا كان العام جمعا الثلاثة ولان الخصوص انما يكون باخراج بعض أفراد العام لا باخراج بعض كل فرد ومنهم من قال اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فان المراد بالجمع التثنية وردّ بأن ذلك عند عدم الالباس كما في هذا المثال ونحن فيه ملبس وأقول هو من باب ذكر الكل وارادة الجزء فان قلت فيكون مجازا فلا بد له من قرينة قلت سياق الكلام لانه قال الحج أشهر والحج نفسه ليس بأشهر فكان تقديره والله أعلم الحج في أشهر والظرف لا يستلزم الاستغراق فكان البعض مرادا وعينه ما روى عن العبادلة وغيرهم

(قال المصنف ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة) أقول فيه بحث لان طواف الافاضة يجوز في الحادي عشر والثاني عشر على ما سبق (قوله ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك) أقول أي كيفية دلالة لفظ الاشهر على شهرين وبعض الثالث لا كيفية دلالة ما روى عن العبادلة وما ذكر من المعقول (قوله والظرف لا يستلزم الاستغراق) أقول الاصوب أن يقال لا يجامع الاستغراق (قوله فكان البعض مرادا الخ) أقول فيه بحثان

وقوله (فان قدم الاحرام عليها) أى على أشهر الحج (جاز احرامه) عندنا (وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده) فلا يتحقق قبل أوانه فان قيل المذكور في الكتاب يدل على أنه لا يقع عن الحج والمدعى وقوعه احراما للعمرة فالجواب أن الاحرام اذا وجد ولم يصلح أن يكون للحج ينصرف الى ما يصلح له حذرا عن الالغاء كمن نوى صوم القضاء من النهار فانه يكون شارعا في النفل (وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت) فان قيل لو كان شرط المكروه أجيب بأن الكراهة ليست للتقديم على الوقت بل لئلا يقع في المحظور بطول الزمان وقوله (ولان الاحرام تحريم أشياء) أى يستلزمه كتحريم قتل الصيد ولبس المخيط وحلق الرأس ونحو ذلك (وايجاب أشياء) كالسعي والرمي وأمثالهما (وذلك (٢٢١) يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان) يعني الميقات لا يقال هذا كله تعليل في مقابلة النص وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال المهل بالحج في غير أشهر الحج مهل بالعمرة وفي ذلك دلالة على أنه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه لانا نقول هذا الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله قال (واذا قدم الكوفي بعمرة) هذه المسئلة على أربعة أوجه الاول هو ما ذكره في الكتاب بقوله (ثم اتخذ مكة دارا) يعني أقام بها بعد ما فرغ من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو في هذا الوجه متمتع والثاني ما ذكره ثانيا بقوله (أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك) وقال هو متمتع وهو ينصرف الى الوجهين جميعا وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا والثالث هو أن يخرج من مكة ولا يتجاوز الميقات حتى يحج من عامه

(فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه وانعقد حجا) خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم أشياء وايجاب أشياء وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان قال (واذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وحلق أو قصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع) أما الاول فلانه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج وأما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يكون متمتعا لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان وله أن السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيها فوجب دم التمتع

ابن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم وفي عرف غيرهم أربعة أخرجوا ابن مسعود وأدخلوا ابن عمرو ابن العاص وابن الزبير قاله أحمد بن حنبل وغيره وغلطوا صاحب الصحاح اذ أدخل ابن مسعود وأخرج ابن عمرو بن العاص قيل لان ابن مسعود تقدمت وفاته وهؤلاء عاشوا حتى احتيج الى علمهم ولا يخفى أن سبب غلبة لفظ العبادلة في بعض من سمي بعبد الله من الصحابة دون غيرهم مع أنهم نحو مائتي رجل ليس الا لما يؤثر عنهم من العلم وابن مسعود أعلمهم ولفظ عبد الله اذا أطلق عند المحدثين انصرف اليه فكان اعتباره من مسمى لفظ العبادلة أولى من الباقين ولو سلم أنه لا غلبة في اعتباره جزء المسمى فلا مشاحة في وضع الالفاظ ثم حديث ابن عمر أخرجه الحاكم وصححه وعلقه البخاري وحديث ابن عباس أخرجه الدارقطني وكذا أخرجه أيضا عن ابن مسعود وأخرجه ابن أبي شيبة أيضا وحديث ابن الزبير أخرجه الدارقطني عنه قال أشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجة ان هذه الاشهر ليست أشهر العمرة انما هي للحج وان كان عمل الحج قد انقضى بانقضاء أيام منى وعن أبي يوسف أنه أخرج يوم النحر عنها فهي شوال وذو القعدة وعشر ليال من ذي الحجة واستبعد باستبعاد أن يوضع لأداء ركن عبادة وقت ليس وقتها ولا هو منه وفائدة كونه من أشهر الحج تظهر فيما لو قدم المحرم بالحج يوم النحر فطاف للقدوم وسعى وبقي على احرامه الى قابل فانه لا سعي عليه عقيب طواف الزيارة لوقوع ذلك السعي معتدا به وأيضا لا يكره الاحرام بالحج فيه مع أنه يكره الاحرام بالحج في غير أشهر الحج وأيضا لو أحرم بعمرة يوم النحر فأتى بأفعالها ثم أحرم من يومه ذلك بالحج وبقي محرما الى قابل فحج كان متمتعا وهذا يعكر على ما تقدم ويوجب أن يوضع مكان قولهم وحج من عامه ذلك في تصوير التمتع وأحرم بالحج من عامه ذلك (قوله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز) لكنه يكره فقيل لانه يشبه الشرط لعدم اتصال الافعال والركن ولذا اذا أعتق العبد بعد ما أحرم لا يتمكن من أن يخرج بذلك الاحرام عن الفرض فالجواز للشبه الاول والكراهة للثاني وقيل هو شرط والكراهة للطول المفضي الى الوقوع في محظوره (قوله أما الاول) وهو ما اذا اتخذ مكة

(قال المصنف فان قدم الاحرام عليها جاز احرامه) أقول ومن تقرير الدليل يظهر وجه التفريع فانه شرط منفصل يتقدم على الحج لانه يكون يوم عرفة وما بعده فيجوز التقديم على وقته أيضا وهذا ليس كالتحريمة فانه شرط متصل (قوله فان قيل المذكور الخ) أقول يعني قوله لانه ركن عنده

ذلك وفيه أيضا متمتع ولم يذكره لان حكمه يعلم من الوجه الاول والرابع هو أن يخرج من مكة ويتجاوز الميقات ويعود الى أهله ثم حج من عامه ذلك وفي هذا الوجه ليس بمتمتع لانه ألم بأهله الماما صحيحا ومثله لا يكون متمتعا ولم يذكره مما تقدم وقوله (أما الاول) أى الوجه الاول وانما صار فيه متمتعا (لانه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج) من غير أن يلم بأهله الماما صحيحا ومثله متمتع (وأما الثاني فقيل هو بالاتفاق) ذكر الخصاف أنه لا يكون متمتعا على قول الكل ذكره في المحيط

وقول المصنف ملبس لانه قال فقيل هو بالاتفاق وهو يحتمل أن يكون فى كونه متمتعا وفى كونه لا يكون متمتعا والثانى هو المراد على ما ذكره الجصاص وروى الحاكم الشهيد عن أبى عصمة سعد بن معاذ أن ما ذكر فى الكتاب يعنى الجامع الصغير قول أبى حنيفة وعلى قولهما لا يكون متمتعا وهكذا ذكر الطحاوى لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية وهذا ليس كذلك لان نسكيه ميقاتيان لانه بعد ما جاوز الميقات حلالا وعاد يلزمه الاحرام من الميقات فكان كالمقيم بأهله ولابى حنيفة أن السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى أهله فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج والحاصل أن الاصل عنده أنه ما لم يصل الى أهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات وعندهما أن من خرج من الميقات بمنزلة من وصل الى أهله وانما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لان فائدة الخلاف تظهر فى حق وجوب الدم فقال وجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر ولهذا حل له التناول منه فيصار الى ايجابه باعتبار هذه الشبهة احتياطا وقوله (فان قدم بعمرة) أى باحرام عمرة (فأفسدها) بأن جامع امرأته قبل أعمال العمرة (وفرغ منها) يعنى مضى (وقصر) وتحلل (ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر فى أشهر الحج) أى قضى العمرة التى أفسدها (وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا عند أبى حنيفة) يعنى اذا كان خروجه الى البصرة فى أشهر الحج وأما اذا خرج قبل أشهر الحج واعتمر وحج (٢٢٢) من عامه ذلك فانه يكون متمتعا بلا خلاف كذا فى النهاية نافلا عن مبسوط شيخ الاسلام والفوائد الظهيرية وقال أبو يوسف ومحمد هو متمتع والوجه من الجانبين ما ذكره فى الكتاب وقوله (واذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لانها أتت بغير الواجب عليها) اذ الواجب عليها دم المتعة والاضحية ليست بواجبة وان كانت واجبة بان اشترت بنية الاضحية فذلك واجب آخر عليها غير ما وجب بالتمتع (وكذلك الجواب فى الرجل) وانما خصت المرأة لان السائلة كانت امرأة فوضعت المسئلة على ما وقع وانما لان الغالب من حالهن الجهل ونية التضحية فى هدى المتعة لا تكون الا عن جهل ثم لما لم يجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبحت دم المتعة الذى كان واجبا عليها ودم آخر لانها قد حلت قبل الذبح اتخذ

(فان قدم بعمرة فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند أبى حنيفة) رحمه الله (وقالا هو متمتع) لانه انشأ سفرا وقد ترفق فيه بنسكين وله أنه باق على سفره مالم يرجع الى وطنه (فان كان رجع الى أهله ثم اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا فى قولهم جميعا) لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقى بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة (ومن اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد مضى فيه) لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال (وسقط دم المتعة) لانه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين فى سفرة واحدة (واذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة) لانها أتت بغير الواجب وكذا الجواب فى الرجل (واذا حاضت المرأة عند الاحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر)

دارا حتى صار متمتعا بالاتفاق (وأما الثانى) وهو ما اذا اتخذ البصرة دارا (فقيل هو بالاتفاق) كالاول قاله الجصاص لانه ذكره فى الجامع الصغير من غير خلاف (وقيل هو قول أبى حنيفة) وفى قولهما لا يكون متمتعا قاله الطحاوى والمسئلة التى تأتى بعد هذه وهى ما اذا أفسد العمرة ترجح قول الطحاوى ومبنى الخلاف فيها على أن سفره الاول انتقض بقصد البصرة والنزول بها ونحوها كالطائف وغيره مما هو خارج المواقيت أو لا فعندهما نعم فلا يكون متمتعا فى الاولى لانه لم يترفق بالنسكين فى سفرة ويكون متمتعا فى الثانية وهى ما اذا أفسد العمرة ثم اتخذ البصرة دارا ثم قدم بعمرة قضاء وحج من عامه لان ذلك السفر انتهى بالفاسدة وهذا سفر آخر حصل فيه نسكين صحيحين وعنده لا فيكون متمتعا فى الاولى لحصولهما صحيحين فى سفرة ولا يكون متمتعا فى الثانية لانه لم يحصلهما صحيحين فى السفرة الواحدة وتقييدهم بكونه

(واذا حاضت المرأة عند الاحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر)

(قوله وقول المصنف ملبس لانه الخ) أقول لا إلباس فيه لظهور أن مراد المصنف هو الاول والاتفاق الذى ذكره الجصاص فى كونه متمتعا قال الامام فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمه الله فى كوفى أتى بعمرة فى أشهر الحج فطاف لها وسعى بين الصفا والمروة ثم حلق أو قصر ثم اتخذ مكة دارا أو أتى البصرة فاتخذها دارا ثم حج من عامه قال هو متمتع وذكر الطحاوى فى هذه المسئلة أن عند أبى يوسف ومحمد لا يصير متمتعا قال الجصاص وهذا سهو والصواب أنه بلا خلاف كما ذكر فى الكتاب وفى شرح الامام فاضيخان للجامع الصغير وأما الوجه الثالث اذا اعتمر فى أشهر الحج ثم رجع الى غير بلده الى البصرة أو الى الطائف ونحو ذلك ثم حج من عامه ذلك فهو متمتع وذكر الطحاوى أن هذا قول أبى حنيفة رحمه الله أما على قول أبى يوسف ومحمد لا يكون متمتعا وذكر الجصاص أن المذكور فى الكتاب قول الكل لا خلاف لهما فيه وهكذا فى شرح الصدر الشهيد ثم ذكر فى المحيط على ما نقله الشارح الآن المصنف اختار قول شراح الجامع الصغير فلا وجه للاعتراض عليه بأن قوله ملبس فتبصر والله الموفق (قوله لانها قد حلت قبل الذبح) أقول فيه بحث الا اذا فرض حلقها

لحديث عائشة رضى الله عنها حين حاضت بسرف

اتخذ البصرة ونحوها دارا انتفاقى بل لافرق بين أن يتخذها دارا أولا صرح به فى البدائع فقال فأما اذا عاد الى غير أهله بأن خرج من الميقات ولحق بموضع لاهله القران والتمتع كالبصرة مثلا واتخذ هناك دارا أولم يتخذ نوطن بها أولم يتوطن الخ واذا رجعت الى ماسمعت من قريب من أن من وصل الى مكان كان حكمه حكم أهله اذا كان قصده اليه زال الريب ﴿فروع﴾ لوعاد الى أهله بعد ماطاف لعمرته قبل أن يحلق ثم حج من عامه فهو متمتع لان العود مستحق عليه عند من جعل الحرم شرط جواز الحلق وهو أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله ان لم يكن مستحقا فهو مستحب كذا فى البدائع وذكر بعده بنحو ورقتين فيمن اعتمر فى أشهر الحج فقال وان رجع الى أهله بعد ماطاف أكثر طواف العمرة أوكله ولم يحل وألم بأهله محرما ثم عاد وأتم عمرته وحج من عامه فهو متمتع فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد له أنه أدى العمرة بسفرتين وأكثرها حصل فى السفر الاول وهذا يمنع التمتع ولهما أن الملمم لم يصح بدليل أنه يباح له العود بذلك الاحرام لا باحرام جديد فصار كأنه أقام بمكة ولوعاد بعد ماطاف ثلاثة أشواط ثم رجع فأتمها وحج من عامه كان متمتعا ولوأفسد العمرة ومضى فيها حتى أتمها ثم رجع الى أهله ثم عاد وقضاها وحج من عامه فهو متمتع لانه لما لحق بأهله صار من أهل التمتع وقد أتى به ولوأنه لما فرغ من الفاسدة لم يخرج أولم يجاوز الميقات حتى قضى عمرته وحج لا يكون متمتعا لانه حينئذ كواحد من أهل مكة حتى لوحج من عامه كان مسيأ وعليه لاساءته دم ولوخرج بعد اتمام الفاسدة الى خارج المواقيت كالطائف ونحوه مما لا أهله المتعة ثم رجع فقضى عمرته الفاسدة وحج من عامه فهو على الخلاف عنده ليس بمتمتع لانه على سفره الاول فكأنه لم يخرج من مكة حين فرغ من الفاسدة لزمه أن يقضيها من مكة لانه من أهل مكة فلما خرج ثم أحرم بها فقضاها صار ملما بأهله كما فرغ فيبطل تمتعه كالمكى اذا خرج ثم عاد فاعتمر ثم حج من عامه وعندهما متمتع لانتهاء سفره الاول فهو حين عاد آفاقى فعلهما فى أشهر الحج هذا اذا اعتمر فى أشهر الحج وأفسدها فأما اذا كان اعتمر قبل أشهر الحج وأفسدها وأتمها على الفساد فان لم يخرج من الميقات حتى دخل أشهر الحج فقضى عمرته فيها ثم حج من عامه فليس بمتمتع اتفاقا وهو كالمكى تمتع فيكون مسيأ وعليه دم فلوعاد الى غير أهله الى موضع لاهله المتعة ثم عاد باحرام العمرة ثم عاد فقضاها فى أشهر الحج ثم حج من عامه ففى قول أبى حنيفة هذا على وجهين فى وجه يكون متمتعا وهو ما اذا رأى هلال شوال خارج المواقيت وفى وجه لا يكون متمتعا وهو ما اذا رأى هلال شوال داخل المواقيت لان فى الوجه الاول أدرك أشهر الحج وهو من أهل التمتع وفى الثانى أدركته وهو ممنوع منه لانه لا يزول المنع حتى يلحق بأهله وعندهما هو متمتع فى الوجهين بناء على انقضاء السفرة الاولى بلحوقه بذلك الموضع فهو كما لوالحق بأهله هذا وكلام الاصحاب كله على أن الخروج الى الميقات من غير مجاوزة بمنزلة عدم الخروج من مكة لان أهل المواقيت فى حكم حاضرى المسجد الحرام حتى إنه ليس لهم تمتع ولا قران ويحل لهم دخول مكة بغير احرام اذا لم يريدوا النسك إلا ما ذكر الطحاوى أنه بمنزلة العود الى الاهل قال لوفرغ من عمرته وحل ثم ألم بأهله أوخرج الى ميقات نفسه ثم عاد وأحرم بحجة من الميقات وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاجماع لان العود الى ميقات نفسه ملحق بالاهل من وجه ولوخرج الى غير ميقات نفسه ولحق بموضع لاهله المتعة اتخذ دارا أولا توطن أولا ثم أحرم من هناك وحج من عامه يكون متمتعا عند أبى حنيفة لعدم الالحاق بالاهل من كل وجه وقالا لا يكون متمتعا اه والمعول عليه ماهو المشهور (قوله لحديث عائشة رضى الله عنها) فى الصحيحين عنها قالت خرجنا لا نرى الا الحج فلما كنا بسرف حضت فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أبكى فقال مالك أنفست قلت نعم قال ان هذا أمر كتبه الله على بنات آدم فاقضى مايقضى الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت حتى تطهرى وأخرجا عن جابر رضى الله عنه قال أقبلنا

لحديث عائشة حين حاضت بسرف) وهو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهى تبكى فقال مايبكيك لعلك نفست فقالت نعم فقال عليه الصلاة والسلام هذا شئ كتبه الله على بنات آدم دعى عنك العمرة أوقال ارفضى عمرتك وانقضى رأسك وامتشطى واصنعى جميع مايصنع الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت والاستدلال انما هو بقوله واصنعى جميع مايصنع الحاج وليس فيه مايدل على الاغتسال ولكن فيما روى أبو داود فى السنن باسناده الى عائشة قالت نفست أسماء بنت عميس بمحمد بن أبى بكر فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أبا بكر فأمرها أن تغتسل وتهل دليل على ذلك

(ولان الطواف فى المسجد) والحائض منهية عن دخوله (والوقوف فى المغازة) وليست بمنهية عنها فان قيل لا فائدة فى هذا الاغتسال لانها لا تطهر به مع قيام الحيض أجاب بقوله (وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا) للنظافة وقوله (ولا شئ عليها لطواف الصدر) أى لترك طواف الصدر (لانه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض فى ترك طواف الصدر) روت عائشة أن صفية بنت حيى حاضت فقال النبى عليه الصلاة والسلام عقرى حلقى انك لحابستنا أما كنت طفت يوم النحر قالت بلى قال عليه الصلاة والسلام فلا بأس انفرى فلما ثبت الرخصة للحائض والنفساء (٢٢٤) فى ترك طواف الصدر لم يجب بتركه شئ لان الاصل أن كل نسك جاز تركه بعذر لا يجب بتركه كفارة وعقرى وحلقى عند المحدثين فعلى ومعناه عقر جسدها وأصابها فى حلقها وجع وقوله (ومن اتخذ مكة دارا) ظاهر وقوله (بعد ما حل النفر الاول) يعنى اليوم الثالث من أيام النحر (لانه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك) لكن أصبح وهو مقيم فى رمضان ثم سافر لا يحل له أن يفطر فاما اذا اتخذ مكة دارا قبل أن يحل النفر الاول فلا يجب عليه طواف الصدر لانه صار كمقيم سافر قبل أن يصبح فانه يباح له الافطار وعلى قول أبى يوسف يسقط عنه طواف الصدر الا أن يكون عزم على الاقامة بعد ما افتتح الطواف لان وقت الطواف باق بعد ما حل النفر الاول وما بقى الوقت لا يصير دينا فى ذمته فسقط بالعارض المعتبر كالمرأة التى حاضت فى وقت الصلاة يلزمها قضاء تلك الصلاة

﴿باب الجنايات﴾

لما فرغ من بيان أحكام المحرمين بدأ بما يعتريهم من العوارض من الجنايات والاحصار والفوات وهى جمع جناية والجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بمال أو نفس والكنهم أعنى الفقهاء خصوها بالفعل فى النفوس والاطراف فاما الفعل فى المال فسموه غصبا والمراد ههنا فعل ليس للمحرم أن يفعله وانما جمع لبيان أنها ههنا أنواع (قوله واذا تطيب المحرم) التطيب عبارة عن لصوق عين له رائحة طيبة ببدن المحرم أو بعضو منه

ولان الطواف فى المسجد والوقوف فى المغازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا (فان حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شئ عليها لطواف الصدر) لانه عليه السلام رخص للنساء الحيض فى ترك طواف الصدر (ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر) لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعد ما حل النفر الاول فيما روى عن أبى حنيفة رحمه الله وروى عن البعض عن محمد رحمه الله لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك والله أعلم بالصواب

﴿باب الجنايات﴾

(واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة)

مهلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحج مفرد وأقبلت عائشة بعمرة حتى اذا كنا بسرف عركت عائشة حتى اذا قدمنا طفنا بالكعبة وبالصفا والمروة فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحل منا من لم يكن معه هدى قال فقلنا حل ماذا قال الحل كله فواقعنا النساء وتطيبنا ولبسنا ثيابنا ولبس بيننا وبين عرفة الا أربع ليال ثم أهللنا يوم التروية ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عائشة وهى تبكى فقال لها ما شأنك قالت شأنى أنى حضت وقد حل الناس ولم أحل ولم أطف بالبيت والناس يذهبون الى الحج الآن قال ان هذا أمر كتبه الله على بنات آدم فاغتسلى ثم أهلى بالحج ففعلت ووقفت المواقف حتى اذا طهرت طافت بالكعبة وبالصفا والمروة ثم قال قد حللت من حجتك وعمرتك جميعا قالت يا رسول الله انى أجد فى نفسى أنى لم أطف بالبيت حتى حججت قال فاذهب بها يا عبد الرحمن فأعمرها من التنعيم اه وقد يتمسك به من يكتفى لهما بطواف واحد وهو غير لازم ومعنى حللت من حجتك وعمرتك لا يستلزم الخروج منهما بعد قضاء فعل كل منهما بل يجوز ثبوت الخروج من العمرة قبل اتمامها ويكون عليها قضاؤها ألا ترى الى قولها فى الرواية الاخرى فى الصحيحين ينطلقون بحج وعمرة وأنطلق بحج فأقرها على ذلك ولم ينكر عليها وأمر أخاها أن يعمرها من التنعيم وهذا لانها اذا لم تطف للحيض حتى وقفت بعرفة صارت رافضة للعمرة وسكوته صلى الله عليه وسلم الى أن سألته انما يقتضى تراخى القضاء لا عدم لزومه أصلا (قوله ولان الطواف فى المسجد) يعنى ولا يحل للحائض دخوله والحاصل أن حرمة الطواف من وجهين دخولها المسجد وترك واجب الطواف فان الطهارة واجبة فى الطواف فلا يحل لها أن تطوف حتى تطهر فان طافت كانت عاصية مستحقة لعقاب الله تعالى ولزمها الاعادة فان لم تعده كان عليها بدنة وتم حجها والله سبحانه أعلم وأحكم

﴿باب الجنايات﴾

بعد ذكر أقسام المحرمين شرع فى بيان أحكام عوارض لهم وللمحرم الجناية فعل محرم والمراد هنا خاص منه وهو ما تكون حرمته بسبب الاحرام أو الحرم (قوله واذا تطيب) يفيد مفهوم شرطه أنه اذا شم الطيب

﴿باب الجنايات﴾

(قوله أو بعضو منه) أقول لعله تكرار لان قوله ببدن المحرم يغنى عنه ولذا لم يذكره فى قوله ولم يلتصق ببدنه الخ

فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم) وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب (وان طيب أقل من عضو فعليه الصدقة) لقصور الجناية وقال محمد رحمه الله يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى أنه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق

الطيب لا كفارة عليه اذ ليس تطييبا بل التطيب تكلف جعل نفسه طيبا وهو أن يلصق ببدنه أو ثوبه طيبا وهو جسم له رائحة طيبة والزعفران والبنفسج والياسمين والغالية والريحان والورد والورس والعصفر طيب وعن أبي يوسف رحمه الله القسط طيب وفي الخلاصي اختلافهم ولا فرق في المنع بين بدنه وازاره وفراشه وعن أبي يوسف رحمه الله لا ينبغي للمحرم أن يتوسد ثوبا مصبوغا بالزعفران ولا ينام عليه ثم ان لم يكن على المحرم شيء بشم الطيب والرياحين لكن يكره له ذلك وكذا شم الثمار الطيبة كالتفاح وهي مختلفة بين الصحابة كرهه عمر وجابر وأجازه عثمان وابن عباس ولا يجوز له أن يشد مسكا في طرف ازاره ولا بأس بأن يجلس في حانوت عطار ولو دخل بيتا قد أجمر فيه فعلق بثوبه رائحة فلا شيء عليه بخلاف ما لو أجمره هو قالوا ان أجمر ثوبه يعني بعد الاحرام فان تعلق به كثير فعليه دم والا فصدقة وكان المرجع في الفرق بين الكثير والقليل العرف ان كان والا فما يقع عند المبتلى وما في المجرد ان كان في ثوبه شبر في شبر فمكث عليه يوما يطعم نصف صاع وان كان أقل من يوم فقبضة يفيد التنصيص على أن الشبر في الشبر داخل في القليل وعلى تقدير الطيب في الثوب بالزمان ولا بأس بشم الطيب الذي تطيب به قبل احرامه وبقائه عليه ولو انتقل بعد الاحرام من مكان الى مكان من بدنه لا جزاء عليه اتفاقا انما الخلاف فيما اذا تطيب بعد الاحرام وكفر ثم بقي عليه الطيب منهم من قال ليس عليه بالبقاء جزاء ومنهم من قال عليه لان ابتداءه كان محظورا فكان كله محظورا فيكون لبقائه حكم ابتدائه بخلاف الاول والرواية توافقه في المنتقى هشام عن محمد اذا مس طيبا كثيرا فأراق له دما ثم ترك الطيب على حاله يجب عليه لتركه دم آخر ولا يشبه هذا الذي تطيب قبل أن يحرم ثم أحرم وترك الطيب (قوله فما زاد) يفيد أنه لا فرق في وجوب الدم بين أن يطيب عضوا قال في المبسوط كاليد والساق ونحوهما وفي الفتاوى كالرأس والساق والفخذ أو أزيد الى أن يعم كل البدن ويجمع المتفرق فان بلغ عضوا فدم والا فصدقة فان كان قارنا فعليه كفارتان للجناية على إحرامين ثم انما تجب كفارة واحدة بتطيب كل البدن اذا كان في مجلس واحد فان كان في مجالس فلكل طيب كفارة كفر للاول أولا عندهما وقال محمد عليه كفارة واحدة ما لم يكفر للاول وان داوى قرحة بدواء فيه طيب ثم خرجت قرحة أخرى فداواها مع الاولى فليس عليه الا كفارة واحدة ما لم تبرأ الاولى ولا فرق بين قصده وعدمه في المبسوط استلم الركن فأصاب يده أو فمه خلوق كثير فعليه دم وان كان قليلا فصدقة وهل يشترط بقاؤه عليه زمانا أولا في المنتقى ابراهيم عن محمد رحمه الله اذا أصاب المحرم طيبا فعليه دم فسألته عن الفرق بينه وبين لبس القميص لا يجب الدم حتى يكون أكثر اليوم قال لان الطيب يعلق به نفلت وان اغتسل من ساعته قال وان اغتسل من ساعته وفيه هشام عن محمد خلوق البيت والقبر اذا أصاب ثوب المحرم فحكه فلا شيء عليه وان كان كثيرا وان أصاب جسده منه كثير فعليه الدم اه وهذا يوجب التردد وفي الكافي للحاكم الذي هو جمع كلام محمد إن مس طيبا فان لزق به تصدق بصدقة فان لم يلزق به شيء فلا شيء عليه الا أن يكون ما لزق به كثيرا فاحشا فعليه دم وفي الفتاوى لا يمس طيبا بيده وان كان لا يقصد به التطيب * واعلم أن محمدا قد أشار الى اعتبار الكثرة في الطيب والقلة في الدم والصدقة قال في باب ان كان كثيرا فاحشا فعليه دم وان كان قليلا فصدقة كما صرح باعتبارهما في العضو وبعضه ووفق شيخ الاسلام وغيره بينهما بأنه ان كان كثيرا ككفين من ماء الورد وكف من الغالية وفي المسك ما يستكثره الناس ففيه الدم وان كان في نفسه قليلا وهو ما يستقله

فلو شم طيبا ولم يلتصق ببدنه من عينه شيء لم يجب عليه شيء ذكر أولا أن تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم الحاج الشعث التفل والتطيب يزيل هذه الصفة فكان جناية لكنها تتفاوت بتفاوت محل الجناية ففصل ذلك بقوله (فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم) وقوله فما زاد فصل في البين وقوله (وذلك مثل الرأس) ظاهر والفاصل في الارتفاق بين الكامل والقاصر العادة فان العادة في استعمال الطيب لقضاء التفث عضو كامل فتم به الجناية وفيما دونه في جنايته نقصان فتكفيه الصدقة

(قوله والتطيب يزيل هذه الصفة) أقول فيه كلام

ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد أن شاء الله ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدى ان شاء الله تعالى وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال (فان خضب رأسه بحناء فعليه دم) لانه طيب قال صلى الله عليه وسلم الحناء طيب وان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب رأسه بالوسمة لاشئ عليه لانها ليست بطيب وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا خضب رأسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا صحيح ثم ذكر محمد في الاصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير دل أن كل واحد منهما مضمون (فان ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة وقالا عليه الصدقة) وقال الشافعي رحمه الله اذا استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شئ عليه لانعدامه ولهما أنه من الاطمة الا أن فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رحمه الله أنه أصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب و يقتل الهوام و يلين الشعر و يزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة فتوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران

الناس فالعبرة لتطيب عضو به وعدمه فان طيب به عضوا كاملا ففيه دم والا فصدقة وانما اعتبر الهندواني الكثرة والقلة في نفسه والتوفيق هو التوفيق (قوله ونحن نذكر الفرق) أي بين حلق ربع الرأس وتطييب ربع العضو وهو ما ذكر قريبا وسنبه عليه عند ذكره وما في النوادر عن أبي يوسف ان طيب شاربه كله أو بقدره من لحيته فعليه دم تفريع على ما في المنتقى (قوله الا في موضعين) مواضع البدنة أربعة من طاف الطواف المفروض جنبا أو حائضا أو نفساء أو جامع بعد الوقوف بعرفة لكن القدوري اقتصر على الاول والاخير كأنه اعتمد على استعلام لزوم البدنة في الحائض والنفساء بالدلالة من الجنب لما ان الاحداث متساوية في الغلظ أو لانهما أغلظ ألا ترى أنهما يمنعان قربان الزوج بخلاف جنابتها (قوله الا ما يجب بقتل القملة والجرادة) فانه يتصدق بما شاء (قوله فان خضب رأسه بحناء) منونا لانه فعال لا فعلاء ليمنع صرفه ألف التأنيث (فعليه دم) وكذا اذا خضبت امرأة يدها لان له رائحة مستلذة وان لم تكن ذكية (قال عليه الصلاة والسلام الحناء طيب) رواه البيهقي وغيره وفي سنده عبد الله بن لهيعة وعزاه صاحب الغاية الى النسائي ولفظه نهى المعتدة عن التكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب وهذا اذا كان ما تعافان. كان نخينا فلبد الرأس ففيه دمان للطيب والتغطية ولا يخفى أن ذلك اذا دام يوما أو ليلة على جميع رأسه أو ربعه وكذا اذا غلف الوسمة (قوله وهذا صحيح) أي فينبغي أن لا يكون فيه خلاف لان التغطية موجبة بالاتفاق غير أنها للعلاج فلهذا ذكر الجزاء ولم يذكر الدم وعلى هذا فما في الجوامع ان لبد رأسه فعليه دم والتلبيد أن يأخذ شيأ من الخطمي والاس والصمغ فيجعله في أصول الشعر ليتلبد وما ذكر رشيد الدين البصروي في مناسكه من قوله وحسن أن يلبد رأسه قبل الاحرام للتغطية مشكل لانه لا يجوز استصحاب التغطية الكائنة قبل الاحرام بخلاف التطيب وفي سين الوسمة الاسكان والكسر وهو نبت يصبغ بورقه فان لم يغلف فلا شئ عليه كالغسل بالاشنان والسدر وعن أبي حنيفة فيه صدقة لانه يلين الشعر و يقتل الهوام (قوله فان ادهن بزيت) خصه من بين الادهان التي لا رائحة لها ليفيد بمفهوم اللقب نفي الجزاء فيما عداه من الأدهان كالشحم والسمن ولا بد على هذا من كونه عم الزيت في الحل فانه ذكر الحل كالزيت في المبسوط (قوله ولابي حنيفة أنه أصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب و يقتل الهوام الخ) لما كان الواجب الدم عينا باعتبار أن وضع المسئلة فيما اذا دهن كله أو عضوا لم يكتف بالتعليل بأنه أصل الطيب

وقوله (ونحن نذكر الفرق بينهما) هو قوله (ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل الخ وقوله (الا في موضعين) يعني اذا طاف طواف الزيارة جنبا واذا جامع بعد الوقوف بعرفة وقوله (الا ما يجب بقتل القملة والجرادة) يعني أن التصدق فيما عداهما مقدر بنصف صاع بل يتصدق بما شاء وقوله عليه الصلاة والسلام (الحناء طيب) قاله حين نهى المعتدة أن تختضب بالحناء (وان صار ملبدا) بان كان الحناء جامدا غير مائع (فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية) يعني اذا غطاه يوما الى الليل فان كان أقل من ذلك فعليه صدقة وكذا اذا غطى ربع الرأس أما اذا كان أقل من ذلك فعليه صدقة وقوله (باعتبار أنه يغلف رأسه) أي يغطيه والوسمة بكسر السين وهو أفصح وسكونها شجرة ورقها خضاب وقوله (وهذا) أي تأويل أبي يوسف بالتغليف (صحيح) لان تغطية الرأس توجب الجزاء وقوله (ثم ذكر محمد في الاصل) يعني في مسئلة الحناء (رأسه ولحيته واقتصر في الجامع الصغير على ذكر الرأس) خاصة وفي ذلك دلالة على أن كل واحد منهما مضمون وقوله (وان ادهن بزيت) يعني بزيت خالص أما المطيب بغيره فيجيء ذكره (فعليه دم) اذا بلغ عضوا كاملا وكلامه ظاهر وقوله (أنه أصل الطيب) فان الروائح تلقى فيه فيصير غالبة فصار كبيض الصيد في الاصالة يلزم بكسره الجزاء فكذا باستعماله

(قوله يعني اذا غطاه يوما الى الليل) أقول أو ليلا كاملا

وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه إنما هو أصل الطيب أو طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما أشبهه

الطيب إلحاقا بكسر بيض الصيد فان الواجب فيه قيمته فاحتاج الى جعله جزء علة في لزوم الدم ومن اكتفى بذلك كصاحب المبسوط فقصد الالحاق في لزوم الدم في الجزاء في الجملة احتجاجا على الشافعي فيما اذا استعمله في غير الشعر من بدنه فانه حكى خلافه ثم أعقبه بهذا الاستدلال وفيه نظر فانه ذكر وجه قول أبي حنيفة بعد حكاية قول الصاحبين في لزوم الصدقة وقول الشافعي وقال فيه فيجب باستعمال أصل الطيب ما يجب باستعمال الطيب ككسر بيض الصيد ومعنى كونه أصل الطيب أنه باق فيه الانوار كالورد والبنفسج فيصير نفسه طيبا (قوله وهذا الخلاف في الزيت البحت) أي الخالص (والحل البحت) هو بالمهملة الشيرج (أما المطيب منه) وهو ما ألقي فيه الانوار (كالزنبق) بالنون وهو الياسمين ودهن البان والورد (فيجب باستعماله بالاتفاق الدم) اذا كان كثيرا (قوله وهذا اذا استعمله) أي الزيت الخالص أو الحل لما لم يكن طيبا كاملا اشترط في لزوم الدم بهما استعمالهما على وجه التطيب فلو أكلهما أو داوى بهما شقوق رجليه أو أقطر في أذنيه لا يجب شئ ولذا جعل المتن الكفارة لينتفي الدم والصدقة بخلاف المسك وما أشبهه من العنبر والغالية والكافور حيث يلزم الجزاء بالاستعمال على وجه التداوي لكنه يتخير اذا كان لعذر بين الدم والصوم والاطعام على ما سيأتي وكذا اذا أكل الكثير من الطيب وهو ما يلزق بأكثره فعليه الدم وهذه تشهد بعدم اعتبار العضو مطلقا في لزوم الدم بل ذلك اذا لم يبلغ مبلغ الكثرة في نفسه على ما ذكرناه آنفا ثم الاكل الموجب أن يأكله كما هو فان جعله في طعام قد طبخ كالزعفران والأفاويه من الزنجبيل والدارصيني يجعل في الطعام فلا شئ عليه فعن ابن عمر أنه كان يأكل السكباج الاصفر وهو محرم وان لم يطبخ بل خلطه بما يؤكل بلا طبخ كالملح وغيره فان كانت رائحته موجودة كره ولا شئ عليه اذا كان مغلوبا فانه كالمستهلك أما اذا كان غالبا فهو كالزعفران الخالص لان اعتبار الغالب عدما عكس الاصول والمعقول فيجب الجزاء وان لم تظهر رائحته ولو خلطه بمشروب وهو غالب ففيه الدم وان كان مغلوبا فصدقة الا أن يشرب مرارا فدم فان كان الشرب تداويا تخير في خصال الكفارة وفي المبسوط فيما اذا اكتحل بكحل فيه طيب عليه صدقة الا أن يكون كثيرا فعليه دم ومافي فتاوى قاضيخان ان اكتحل بكحل فيه طيب مرة أو مرتين فعليه الدم في قول أبي حنيفة يفيد تفسير المراد بقوله الا أن يكون كثيرا أنه الكثرة في الفعل لا في نفس الطيب المخالط فلا يلزم الدم بمرة واحدة وان كان الطيب كثيرا في الكحل ويشعر بالخلاف لكن مافي كافي الحاكم من قوله فان كان فيه طيب يعني الكحل ففيه صدقة الا أن يكون ذلك مرارا كثيرة فعليه دم لم يحك فيه خلافا ولو كان لحكاه ظاهرا كما هو عادة محمد رحمه الله اللهم الا أن يجعل موضع الخلاف ما دون الثلاث كما يفيده تنصيصه على المرة والمرتين ومافي الكافي المرار الكثيرة هذا فان كان التكحل عن ضرورة تخير في الكفارة وكذا اذا تداوى بدواء فيه طيب فألزقه بجراحته أو شربه شربا وفي الفتاوى لو غسل باشنان فيه طيب فان كان من رآه سماه أشنانا فعليه الصدقة وان سماه طيبا فعليه الدم اه ولو غسل رأسه بالخطمى فعليه دم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصدقة لانه ليس طيبا لكنه يقتل الهوام وله منع نفي الطيب مطلقا بل له رائحة وان لم تكن ذكية فكان كالحناء مع قتله الهوام فتتكامل الجناية فيلزمه الدم وعن أبي يوسف ليس فيه شئ وأول ما اذا غسل به بعد الرمي يوم النحر لانه أبيح له حلق رأسه وعنه في أخرى أن عليه دمين للتطيب والتغليف قيل قول أبي حنيفة في خطمي العراق وله رائحة وقولهما في خطمي الشام ولا رائحة له فلا خلاف وقيل بل الخلاف

قوله (وهذا الخلاف في الزيت البحت) أي الخالص (والحل) أي دهن السمسم (أما المطيب منه كالبنفسج) وهو معروف (والزنبق) على وزن العنبر دهن الياسمين (وما شبههما) كدهن البان والورد (فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه) وهو ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما أشبهه) كالعنبر والكافور لأنها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وان كان على وجه التداوى

(قوله لانها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وان كان على وجه التداوى) أقول قال ابن الهمام اذا كان استعماله لعذر يتخير بين الدم والصوم والاطعام اه ونحن نقول وهو الصحيح كما سيجئ في آخر هذا الباب

(وان لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان كان أقل من ذلك فعليه صدقة) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا لبس أكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا وقال الشافعي رحمه الله يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر فيما دونه الجناية فتجب الصدقة

في العراق ولو غسل بالصابون أو الحرض لا رواية فيه وقالوا لا شئ فيه لانه ليس بطيب ولا يقتل (قوله وان لبس ثوبا مخيطا الخ) لا فرق في لزوم الدم بين ما اذا أحدث اللبس بعد الاحرام أو أحرم وهو لابسه فدام يوما أو ليلة عليه بخلاف انتفاعه بعد الاحرام بالطيب السابق عليه قبله للنص فيه ولولاه لأوجبنا فيه أيضا ولا فرق بين كونه مختارا في اللبس أو مكرها عليه أو نائما فغطى انسان رأسه ليلة أو وجهه حتى يجب الجزاء على النائم لان الارتفاق حصل له وعدم الاختيار أسقط الاثم عنه لا الموجب على ما عرف تحقيقه في مواضع والتقييد بثوب في قوله وان لبس ثوبا مخيطا ليس بمعتبر المفهوم بل لو جمع اللباس كله القميص والعمامة والخفين يوما كان عليه دم واحد كالايلاجات في الجماع لانه لبس واحد وقع على جهة واحدة وعلى القارن دمان فيما على المفرد فيه دم وكذا لو دام على ذلك أياما أو كان ينزعها ليلا ويعاود لبسها نهارا أو يلبسها ليلا للبرد وينزعها نهارا ما لم يعزم على الترك عند الخلع فان عزم عليه ثم لبس تعدد الجزاء وان كان كفر للاول بالاتفاق لانه لما كفر للاول التحق بالعدم فيعتبر اللبس الثاني لبسا مبتدأ وان لم يكن كفر للاول فعليه كفارتان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد كفارة واحدة بناء على أنه ما لم يكفر فاللبس على حاله فهو واحد بخلاف ما اذا كفر على ما قررنا وهما يقولان لما نزع على عزم الترك انقطع حكم اللبس الاول فتعين الثاني مبتدأ فالحاصل أن النزع مع عزم الترك يوجب اختلاف اللبسين عندهما وعنده التكفير ولو لبس يوما فأراق دما ثم دام على لبسه يوما آخر كان عليه دم آخر بلا خلاف لان الدوام على اللبس كابتدائه بدليل ما لو أحرم وهو مشتمل على المخيط فدام عليه بعد الاحرام يوما اذ عليه الدم * واعلم أن ما ذكرناه من اتحاد الجزاء اذا لبس جميع المخيط محله ما اذا لم يتعدد سبب اللبس فان تعدد كما اذا اضطر الى لبس ثوب فلبس ثوبين فان لبسهما على موضع الضرورة فعليه كفارة واحدة يتخير فيها وكذلك نحو أن يضطر الى لبس قميص فلبس قميصين أو قميصا وجبة أو اضطر الى لبس قلنسوة فلبسها مع عمامة وان لبسهما على موضعين موضع الضرورة وغيرها كالقلنسوة مع القميص في الوجه الاول والثاني كان عليه كفارتان يتخير في احداهما وهي ما للضرورة والاخرى لا يتخير فيها وهي ما لغيرها ومن صور تعدد السبب واتحاده ما اذا كان به مثلا حمى يحتاج الى اللبس لها ويستغني عنه في وقت زوالها فان عليه كفارة واحدة وان تعدد اللبس ما لم تزل عنه فان زالت وأصابه مرض آخر أو حمى غيرها وعرف ذلك فعليه كفارتان سواء كفر للاولى أو لا عندهما وعند محمد كفارة واحدة ما لم يكفر للاولى فان كفر فعليه أخرى وكذا اذا حصره عدو فاحتاج الى اللبس للقتال أياما يلبسها اذا خرج اليه وينزعها اذا رجع فعليه كفارة واحدة ما لم يذهب هذا العدو فان ذهب وجاء عدو غيره لزمه كفارة أخرى والاصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر الى اتحاد الجهة واختلافها لا الى ضرورة اللبس كيف كانت ولو لبس لضرورة فزالت فدام بعدها يوما أو يومين فدام في شك من زوال الضرورة ليس عليه الا كفارة واحدة وان تيقن زوالها فاستمر كان عليه كفارة أخرى لا يتخير فيها (قوله وان كان أقل من ذلك فعليه صدقة) في خزانة الاكمل في ساعة نصف صاع وفي أقل من ساعة قبضة من بر (قوله فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال) يتضمن منع قول الشافعي ان الارتفاق يتكامل بالاشتمال بل بمجرد الاشتمال ثم النزع في الحال لا يجد الانسان به ارتفاقا فضلا عن كماله وقوله في وجه التقدير باليوم (لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة) يفيد أنه

وقوله (وان لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم) حكم الليلة أيضا كذلك وقوله (ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس) لانه أعد لذلك قال الله تعالى سرابيل تقيكم الحر وهذا المعنى قد يمتد فيكون الارتفاق كاملا وقد يقصر فيصير ناقصا فلا بد من حد فاصل بين الكامل والقاصر ليتعين الجزاء بحسب ذلك فقدر باليوم أو الليلة (لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة) فان من لبس ثوبا يليق بالنهار ينزعه بالليل ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه بالنهار فاذا نزع دل على تمام الارتفاق فيجب فيه الدم وما دون ذلك تتقاصر الجناية فيه لنقصان الارتفاق فتجب الصدقة

(غير أن أبا يوسف أقام الاكثر مقام الكل) لان المرء قد يرجع الى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للناس فكان اللبث في أكثر اليوم ارتفاقا مقصودا ولكن هذا غير مضبوط فان أحوال رجوع الناس الى بيوتهم قبل الليل مختلفة بعضهم يرجع في وقت الضحى وبعضهم قبله وبعضهم بعده فكان الظاهر هو الاول وقوله (ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به) الاتشاح هو أن يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر وقوله (خلافا لزفر) هو يقول القباء مخيط فاذا أدخل فيه منكبيه (٣٢٩) صار لابسا للمخيط فان القباء يلبس هكذا

غير أن أبا يوسف رحمه الله أقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به أو ائتزر بالسراويل فلا بأس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف أنه اذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر أكثر الرأس اعتبارا للحقيقة (واذا حلق ربع رأسه أو ربع لحيته فصاعدا فعليه دم فان كان أقل من الربع فعليه صدقة) وقال مالك رحمه الله لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رحمه الله يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم

عادة وقلنا ما لبس لبس القباء لان العادة في ذلك الضم الى نفسه بادخال المنكبين واليدين لانه مأخوذ من القبو وهو الضم ولم يوجد (ولهذا يتكلف في حفظه) وعلى هذا الوزره ولم يدخل يديه في الكمين كان لابسا لانه لا يتكلف اذ ذاك في حفظه وانما أعاد قوله (والتقدير في تغطية الرأس) ليبنى عليه الفروع وقوله (ما بيناه) هو ما قال أو غطى رأسه يوما كاملا وقوله (ولا خلاف أنه اذا غطى جميع رأسه) ظاهر وقوله (يعتاده بعض الناس) كالاترالك والاكرادفانهم يغطون نصف رؤسهم بالقلانس الصغار ويعدون ذلك رفقا كاملا (وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتبارا للحقيقة) أي لحقيقة الكثرة اذ حقيقتها انما تثبت اذا قابلها أقل منها والربع والثلث كثير حكما لا حقيقة وقوله (واذا حلق ربع رأسه) ظاهر (وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل) عملا بظاهر قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم فان الرأس اسم للكل (وقال الشافعي يجب بحلق القليل)

لا يقتصر على اليوم بل لبس الليلة الكاملة كاليوم لجريان المعنى المذكور فيه ونص عليه في الاسرار وغيره (قوله غير أن أبا يوسف أقام الاكثر مقام الكل) كما اعتبره في كشف العورة في الصلاة وعن محمد في لبس بعض اليوم قسطه من الدم كثلث اليوم فيه ثلث الدم وفي نصفه نصفه وعلى هذا الاعتبار يجري (قوله لانه لم يلبسه لبس المخيط) لبس المخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتمال على البدن واستمساك فأيهما انتفى انتفى لبس المخيط ولذا قلنا فيما لو أدخل منكبيه في القباء دون أن يدخل يديه في الكمين انه لا شئ عليه وكذا اذا لبس الطيلسان من غير أن يزره عليه لعدم الاستمساك بنفسه فان زر القباء أو الطيلسان يوما لزمه دم لحصول الاستمساك بالزر مع الاشتمال بالخياطة بخلاف ما لو عقد الرداء أو شد الازار بحبل يوما كره له ذلك للشبه بالمخيط ولا شئ عليه لانتفاء الاشتمال بواسطة الخياطة وفي ادخال المنكبين القباء خلاف زفر ولا بأس أن يفتق السراويل الى موضع التكة فيأتزر به وأن يلبس المكعب الذي لا يبلغ الكعب اذا كان في وسط القدم لان الحاصل حينئذ هو الحاصل من قطع الخفين أسفل من الكعبين وقد ورد النص باطلاق ذلك بخلاف الجورب فانه كالخف فلبسه يوما موجب للدم (قوله ولو غطى بعض رأسه فالمروى عن أبي حنيفة اعتبار الربع) ان بلغ قدر الربع فدم يوما لزمه دم (اعتبارا بالحلق والعورة) حيث يلزم الدم بحلق ربع الرأس أو اللحية وفساد الصلاة بكشف ربع العورة وقوله (وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس) يصلح ابداء للجامع أي العلة التي بها وجب في حلق الربع الدم وهي الارتفاق به على وجه الكمال وان كان هناك أكمل منه ثابتة في تغطية البعض ولذا يعتاده بعض الناس وانما يعتاده تحصيلا للارتفاق والا كان عبثا واذا كان الجامع هذا فلا يصح اعتبار العورة أصلا لانتفاء هذا الجامع اذ ليس فساد الصلاة بانكشاف الربع لذلك بل لعدته كثيرا عرفا وليس الموجب هذا هنا ألا ترى أن أبا حنيفة لم يقل بافامة الاكثر مقام الكل في اليوم أو الليلة الواقع فيهما التغطية واللبس لان النظر هنا ليس الا لثبوت الارتفاق كاملا وعدمه وكذا اذا غطى ربع وجهه أو غطت المرأة ربع وجهها (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتبارا للحقيقة) ولم يذكر لمحمد قولا ونقل في البدائع عن نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله عين هذا القول ولم يحك خلافا في الاصل وهذا القول أوجه في النظر لان المعتبر الارتفاق الكامل واعتياد تغطية البعض دليل على تحصيله به لكن ذلك البعض المعتاد ليس هو الربع فان ما يفعله من نعلم من اليمانيين الذين يلبسون

وهو ثلاث شعرات وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق باسم الجنس يتأدى بأدنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم

(قوله لان المرء قد يرجع الى بيته) أقول فيه كلام (قال المصنف لانه لم يلبسه لبس المخيط) أقول لبس المخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتمال على البدن واستمساك فأيهما انتفى انتفى لبس المخيط (قوله وقوله يعتاده بعض الناس كالاترالك والاكراد فانهم يغطون رؤسهم بالقلانس الصغار ويعدون ذلك رفقا كاملا) أقول فيه كلام

ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فتتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وأرض العرب (وان حلق الرقبة كلها فعليه دم)

السرقوج بشدونه تحت الحنك تغطية البعض الذى هو الاكثر فان البادى منهم هو الناصية ليس غير ولعل تغطية مجرد الربع فقط على وجه يستمسك مما لم يتحقق الا أن يكون نحو جبيرة تشد وحينئذ ظهر أن ما عينه جامعا فى الحلق غير صحيح لان العلة فى الاصل حصول الارتفاق كاملا بحلق الربع بدليل القصد اليه على وجه العادة والثابت فى الفرع الاعتياد بتغطية البعض الذى هو الاكثر لا الاقل وهو الدليل على الارتفاق به فلم يتحد فى الاصل والفرع ولذا لم يعين المصنف رحمه الله فى الفرع سوى مطلق البعض فان عنى به الربع منعنا وجوده فى الفرع ومن فروع اعتبار الربع ما لو عصب المحرم رأسه بعصابة أو وجهه يوما أو ليلة فعليه صدقة الا أن أخذ قدر الربع ولو عصب موضعا آخر من جسده لا شئ عليه وان كثر لكنه يكره من غير عذر كعقد الازار وتخليل الرداء لشبه المخيط بخلاف لبس المرأة القفازين لان لها أن تستر بدنها بالمخيط وغيره فلم يكره لها ولا بأس أن يغطى أذنيه وقفاه ومن لحيته ما هو أسفل من الذقن بخلاف فيه وعارضه وذقنه ولا بأس أن يضع يده على أنفه دون ثوب وعلى القارن فى جميع ما تقدم أن فيه دما أو صدقة دمان أو صدقتان لما سنذكر (قوله ولنا أن حلق بعض الرأس الخ) هذا هو الفرق الموعود بين حلق الربع وتطييب الربع وقوله لانه معتاد صريح فى أن الحكم بحصول كمال الارتفاق بذلك البعض مستدل عليه بالقصد اليه على وجه الاعتياد وقد منا ما يغنى فيه ومن يفعله بعض الاتراك والعلوية فانهم يحلقون نواصيهم فقط وكذا حلق بعض اللحية معتاد بأرض العراق والعرب وبعض أهل المغرب الا أن فى هذا احتمال أن فعلهم للراحة أو للزينة فتعتبر فيه الكفارة احتياطا لان هذه الكفارة مما يحتاط فى اثباتها بدليل لزومها مع الاعذار وقوله لانه غير مقصود يعنى العادة أن كل من مس طيبا لقصد التطيب كما ورد أو طيب عم به يديه مسحا بل ويمسح بفضله وجهه أيضا بخلاف الاقتصار على بعضه فانما يكون غالبا عند قصد مجرد امساكه للحفظ أو للالقاء من غير قصد أو لغاية القلة فى الطيب نفسه فتتقاصر الجناية فيما دون العضو فتجب الصدقة ثم ما ذكر من أن فى حلق ربع الرأس أو اللحية دما من غير خلاف موافق لعامة الكتب وهو المصحح لما فى جامعى شمس الائمة وقاضيخان أن على قولهما فى الجميع الدم وفى الاقل منه الطعام وعن أبى يوسف أن فى حلق الاكثر الدم وعن محمد رحمه الله يجب الدم بحلق العشر لانه يقدر به الاشياء الشرعية فيقام مقام الكل احتياطا هذا فلو كان أصلع على ناصيته أقل من ربع شعرها فانما فيه صدقة وكذا لو حلق كل رأسه وما عليه أقل من ربع شعره وان كان عليه قدر ربع شعره لو كان شعر رأسه كاملا ففيه دم وعلى هذا يجئ مثله فيمن بلغت لحيته الغاية فى الخفة وفى المرغينانى حلق رأسه وأراق دما ثم حلق لحيته وهو فى مقام واحد فعليه دم آخر ولو حلق رأسه ولحيته وابطيه وكل بدنه فى مجلس واحد فدم واحد وإن اختلفت المجالس فلكل مجلس موجب جنايته فيه عندهما وعند محمد دم واحد وان اختلفت المجالس ما لم يكفر للاول وتقدم فى الطيب مثله اعتبره بما لو حلق فى مجلس ربع رأسه وفى آخر ربعا آخر حتى أتمها فى أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقا ما لم يكفر للاول والفرق لهما أن هذه جناية واحدة وان تعددت المجالس لاتحاد محلها وهو الرأس هذا فأما ما فى مناسك الفارسى من قوله وما سقط من شعرات رأسه ولحيته عند الوضوء لزمه كف من طعام الا أن تزيد على ثلاث شعرات فان بلغ عشر الزمه دم وكذا اذا خبز فاحترق ذلك غير صحيح لما علمت من أن القدر الذى يجب فيه الدم هو الربع من كل منهما نعم فى الثلاث كف من طعام عن محمد وهو خلاف ما فى فتاوى قاضيخان قال وان نتف من رأسه أو أنفه أو لحيته شعرات ففى كل

(ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد) فان الاتراك يحلقون أوساط رؤسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة والارتفاق الكامل تتكامل به الجناية كما تقدم (وتتقاصر فيما دونه) وفى قوله فتتكامل به الجناية اشارة الى دفع قول مالك فانه قال بحلق كل الرأس تتكامل الجناية فاشار الى أن الجناية تتكامل بالبعض أيضا وفى قوله وتتقاصر فيما دونه اشارة الى نفى قول الشافعى رحمه الله أنه يجب الجزاء بالقليل فأشار الى أن الجناية فى القليل قاصرة فكيف توجب الدم وأما حلق اللحية فهو متعارف فان الاكاسرة كانوا يحلقون لحى شجعانهم وكذلك الاخذ من اللحية مقدار الربع وما يشبهه معتاد بالعراق وأرض العرب فكان مقصودا بالارتفاق لحلق الرأس فألحق به احتياطا لايجاب الكفارة فى المناسك فانها مبنية على الاحتياط حتى وجبت بالاعذار بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود اذ العادة فى الطيب ليست فى الاقتصار على الربع فكان العضو والكامل فى الطيب كالربع فى الحلق فى حق الكفارة (وان حلق الرقبة كلها فعليه دم)

لانه عضو مقصود بالحلق (وان حلق الابطين أو أحدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فأشبه العانة) قيل اذا كان كل واحد من الابطين مقصودا بالحلق وجب أن يجب بحلقهما دمان وأجيب بان جنايات المحرم اذا كانت من نوع واحد يجب فيها ضمان واحد ألا ترى أنه اذا أزال شعر جميع بدنه بالتنور لم يلزمه الا دم واحد (ذكر في الابطين الحلق ههنا) يعني في الجامع الصغير (وفي الاصل) أي المبسوط (النتف وهو السنة) بخلاف العانة فان السنة فيها الحلق لما جاء في الحديث عشر من الفطرة منها الاستحداد وتفسيره حلق العانة بالحديد (وقال أبو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا فعليه دم) قيل قولهما بيان لقول أبي حنيفة رحمه الله لا أنه خالفهما في ذلك وانما خصا بالذكر لان الرواية محفوظة عنهما وقوله (أراد به) أي بقوله عضوا (الصدر والساق وما أشبه ذلك) مثل الفخذ والعضد فان قيل الجناية بالحلق انما تتكامل اذا كان العضو مقصودا بالحلق وما ذكرتم (٢٣١) ليس كذلك قلت هذا الذي ذكرت هو ما ذكر في المبسوط قال بعد ما ذكر حلق الرأس ثم الاصل بعد هذا أنه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق من بدنه قبل أوان التحلل فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فعليه صدقة ثم قال ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ولكن المصنف ذكر ما هو الموافق لرواية الجامع الصغير لفخر الاسلام نظرا الى أنه مقصود بالتنور أي ازالته بالنورة ولا فرق عند الائمة الاربعة في ازالة الشعر بين الحلق والنتف والتنور فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة وقوله (وان أخذ من شاربه) ظاهر وقيل الشارب عضو مقصود بالحلق فان من عادة بعض الناس حلق الشارب دون اللحية فكان الواجب تكامل الجناية بحلقه وأجيب بأنه مع اللحية في الحقيقة عضو واحد لاتصال البعض بالبعض فلا يجعل في حكم أعضاء متفرقة كالرأس فان من العلوية من عادته حلق مقدم الرأس وذلك لا يدل على أن كله ليس بعضو واحد

لانه عضو مقصود بالحلق (وان حلق الابطين أو أحدهما فعليه دم) لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فأشبه العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة (وقال أبو يوسف ومحمد) رحمهما الله (اذا حلق عضوا فعليه دم (وان كان أقل فطعام) أراد به الصدر والساق وما أشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فتتكامل بحلق كله وتقاصر عند حلق بعضه (وان أخذ من شاربه فعليه طعام (حكومة عدل) ومعناه أنه ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع تلزمه قيمة ربع الشاة

شعرة كف من طعام وفي خزانة الاكمل في خصلة نصف صاع (قوله لانه عضو مقصود بالحلق) يفعل ذلك كثير من الناس للراحة والزينة (قوله وان حلق الابطين أو أحدهما فعليه دم) المعروف هذا الاطلاق وفي فتاوى قاضيخان في الابط ان كان كثير الشعر يعتبر فيه الربع لوجوب الدم والا فالاكثر (قوله وقال أبو يوسف ومحمد) تخصيص قولهما ليس لخلاف أبي حنيفة بل لان الرواية في ذلك محفوظة عنهما وقوله أراد به الساق والصدر وما أشبه ذلك تفسير المراد بما هو أخص من مؤدى اللفظ ليخرج بذلك الرأس واللحية فان في الربع من كل منهما الدم بخلاف هذه الاعضاء والفارق العادة ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالحلق موافق لجامع فخر الاسلام مخالف لما في المبسوط ففيه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فصدقة ثم قال ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ومما هو مقصود حلق الرأس والابطين وهذا أوجه وقوله لانه مقصود بطريق التنور مدفوع بأن القصد الى حلقهما انما هو في ضمن غيرهما اذ ليست العادة تنوير الساق وحده بل تنوير المجموع من الصلب الى القدم فكان بعض المقصود بالحلق ثم كثيرا ما يعتاد دون تنوير الفخذ مع ما فوقه دون الساق وقد يقتصر على العانة أو مع الصلب وانما يفعل هذا للحاجة أما الساق وحده فلا فالحق أن يجب في كل منهما الصدقة واعلم أنه يجمع المتفرق في الحلق كما في الطيب (قوله فان أخذ من شاربه) أو أخذه كله أو حلقه (فعليه طعام هو حكومة عدل) بأن ينظر الى المأخوذ ما نسبته من ربع اللحية فيجب بحسابه فان كان مثل ربع ربعها لزمه قيمة ربع الشاة أو ثمنها فثمنها وهكذا وفي المبسوط خلاف هذا قال ولم يذكر في الكتاب ما اذا حلق شاربه وانما ذكر اذا أخذ من شاربه فعليه الصدقة فمن أصحابنا من يقول اذا حلق شاربه يلزمه الدم لانه مقصود بالحلق تفعله الصوفية وغيرهم والاصح أنه لا يلزمه الدم لانه طرف من اللحية وهو مع اللحية كعضو واحد واذا كان الكل عضوا واحدا لا يجب بما دون الربع منه الدم

(قال المصنف أراد به الصدر والساق) أقول تفسير للمراد بما هو أخص من مؤدى اللفظ ليخرج بذلك الرأس واللحية فان في الربع من كل منهما الدم بخلاف هذه الاعضاء والفارق العادة ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالحلق موافق لجامع فخر الاسلام مخالف لما في المبسوط ففيه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فصدقة

ولفظة الاخذ من الشارب تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق والسنة أن يقص حتى يوازي الاطار قال (وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا عليه صدقة) لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا أن فيه ازالة شئ من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة رحمه الله أن حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الابه وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم (وان حلق رأس محرم بأمره أو بغير أمره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم)

والشارب دون الربع من اللحية فتكفيه الصدقة في حلقه اه وما في الهداية انما يظهر تفريعه على قول محمد في تطييب بعض العضو حيث قال يجب بقدره من الدم أما على ما عرف من جادة ظاهر المذهب وهو أن ما لم يجب فيه الدم تجب فيه الصدقة مقدرة بنصف صاع الا فيما يستثنى فلا ثم على تقدير التفريع على قول محمد فالواجب أن ينظر الى نسبة المأخوذ من ربع اللحية معتبرا معها الشارب كما يفيده ما في المبسوط من كون الشارب طرفا من اللحية وهو معها عضوا واحدا لا أنه ينسب الى ربع اللحية غير معتبر الشارب معها فعلى هذا انما يجب ربع قيمة الشاة اذا بلغ المأخوذ من الشارب ربع المجموع من اللحية مع الشارب لا دونه واذا أخذ المحرم من شارب حلال أطعم ماشاء (قوله ولفظة الاخذ تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) يشير الى خلاف ما ذكر الطحاوي في شرح الآثار حيث قال القص حسن وتفسيره أن يقص حتى ينتقص عن الاطار وهو بكسر الهمزة ملتقى الجلدة واللحم من الشفة وكلام المصنف على أن يحاذيه ثم قال الطحاوي والحلق أحسن وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والمذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا أن السنة القص اه فالمصنف ان حكم بكون المذهب القص أخذا من لفظ الاخذ في الجامع الصغير فهو أعم من الحلق لان الحلق أخذ والذي ليس أخذا هو النتف فان ادعى أنه المتبادر لكثرة استعماله فيه منعناه وان سلم فليس المقصود في الجامع هنا بيان أن السنة هو القص أولا بل بيان ما في ازالة الشعر على المحرم ألا ترى أنه ذكر في الابط الحلق ولم يذكر كون المذهب فيه استنان الحلق فعلم أن المقصود ذكر ما يفيد الازالة بأي طريق حصلت لتعيين حكمه وأما الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام خمس من الفطرة الختان والاستحداد وقص الشارب وتقليم الاظفار ونتف الآباط فلا ينافي ما نريده بلفظ الحلق فان المراد منه المبالغة في الاستئصال عملا بقوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين أحفوا الشوارب وهو المبالغة في القطع وبأي شئ حصل حصل المقصود غير أنه بالحلق بالموسى أيسر منه بالمقصة وقد يكون بالمقصة أيضا مثله وذلك يخاص منها يصنع للشارب فقط فقول الطحاوي الحلق أحسن من القص يريد القص الذي لم يبلغ ذلك المبلغ في المبالغة فان عند أهل الصناعة قصا يسمونه قص حلاقة (قوله لانه لا يتوسل الى المقصود الابه) يفيد أنه اذا لم تترتب الحجامة على حلق موضع المحاجم لا يجب الدم لانه أفاد أن كونه مقصودا انما هو للتوسل به الى الحجامة فاذا لم تعقبه الحجامة لم يقع وسيلة فلم يكن مقصودا فلا يجب الا الصدقة وعبارة شرح الكنز واضحة في ذلك حيث قال في دليلهما ولانه قليل فلا يوجب الدم كما اذا حلقه لغير الحجامة وفي دليله أن حلقه لمن يحتجم مقصود وهو المعتبر بخلاف الحلق لغيرها فظهر لك أن التركيب الصالح في وجه قولهما عبارة شرح الكنز بخلاف تركيب الكتاب حيث قال الحجامة ليست بمحظورة فكذا ما يكون وسيلة اليها فانه يفيد نفي حظر هذا الحلق للحجامة اذ لا تفعل الحجامة الا للحاجة الى تنقيص الدم فلا يكون الحلق محظورا ولازم هذا ليس الا عدم وجوب الصدقة عينا بل يتخير بين ذلك والصوم وليس المقصود هذا بل لزوم الصدقة عينا بمعنى عدم دخول الدم في كفارة هذا الحلق خلافا لابي حنيفة وعدم الحظر لا يستلزمه وقوله في وجه قول أبي حنيفة رحمه الله (وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل) يريد أن هذا الموضع في حق الحجامة كامل (قوله وان حلق رأس محرم) الفاعل ضمير المحرم لان الضمائر في الافعال

وقوله (تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) هو المذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال عشرة من فطرتي وفطرة ابراهيم خليل الرحمن وذكر من جملتها قص الشارب وقوله (حتى يوازي الاطار) قال في المغرب إطار الشفة ملتقى جلدتها ولحمتها مستعار من إطار المنخل والدف قال (وان حلق موضع المحاجم فعليه دم) المراد بالمحاجم ههنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة بدليل ذكر اسم الموضع فلا يصح أن يكون جمع محجم بفتح الميم اسم موضع من الحجامة ودليلهما ظاهر وأما دليل أبي حنيفة ففيه اشتباه لانه جعل حلقه مقصودا ووسيلة وهما متنافيان وأجيب بأنه لم يقل بأن حلقه مقصود لذاته بل قال مقصود وما لا يتم المقصود لذاته الا به فهو مقصود وان كان لغيره فلا تنافي بينهما بقي الكلام في أن المراد بالمقصود أعم من أن يكون لذاته أو لغيره وقوله (عن عضو كامل) يعني أن هذا الموضع في حق الحجامة عضو كامل قوله (وان حلق) يعني المحرم (رأس محرم بأمره أو بغير أمره) الحالق والمحلوق رأسه إما ان يكونا حلالين أو محرمين أو الحالق حلال والمحلوق محرم أو بالعكس من ذلك فالاول لا كلام فيه والثاني على الحالق فيه صدقة سواء حلق بأمر المحلوق أو بغير أمره

خلافا للشافعي فيهما فانه يقول لاشئ على الحالق مطلقا لان الموجب هو الارتفاق وهو لا يتحقق بحلق شعر غيره ولا على المحلوق (اذا كان بغير أمره بان كان نائما لان من أصله أن الاكراه يخرج المكره من المؤاخذة بحكم الفعل والنوم أبلغ منه) لان القصد يفسد بالاكراه وينعدم بالنوم وقلنا في الحالق ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم وتناول محظورات الاحرام يوجب الجزاء سواء كان في بدنه أو في غير بدنه كما في نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا أن الجناية في شعره متكاملة فيلزمه فيه الدم وفي غيره الصدقة وفي المحلوق رأسه تقرر السبب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم والنوم والاكراه لا يصلحان مانعين لان المأثم ينتفي بهما دون الحكم قيل ذكر المصنف ههنا أن بحلق الشعر تحصل الزينة فتجب الكفارة وذكر في الديات من هذا الكتاب أن في شعر الرأس الدية لانه يفوت به منفعة الجمال وذلك تناقض لان الجمال هو الزينة وأجيب بأنه جمال من حيث الخلقة ولهذا يتكلف عادمه في ستره ويحصل بحلقه زينة ازالة الشعث والتفل واذا اختلفت الجهة زال التناقض وقوله (بخلاف المضطر) متصل بقوله حتما أي بخلاف المحرم المضطر الى حلق رأسه فانه اذا حلقه يتخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين وان شاء صام ثلاثة أيام (لان الآفة هنالك سماوية وفي صورة النزاع من العباد ثم المحلوق رأسه لا يرجع على الحالق بما وجب عليه من الدم) وقال بعض العلماء يرجع لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فكأنه أخذ هذا القدر من ماله وقلنا (الدم انما لزمه بما نال من الراحة

وقال الشافعي رحمه الله لا يجب ان كان بغير أمره بأن كان نائما لان من أصله أن الاكراه يخرج المكره من أن يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم أبلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هنالك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة

كلها مثل فان خضب رأسه بالحناء فان ادهن بزيت وان لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه للمحرم بعد ما صرح به في أول الباب اذ قال اذا تطيب المحرم ولهذا قال بعده وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في المحلوق رأسه الا أن تعيين المحلوق رأسه ينفي اختلاف الجواب غير مفيد والحاصل أنه إما أن يكونا محرمين أو حلالين أو الحالق محرما والمحلوق رأسه حلالا أو قلبه وفي كل الصور على الحالق صدقة الا أن يكونا حلالين وعلى المحلوق دم الا أن يكون حلالا ولا يتخير فيه وان كان بغير ارادته بأن يكون مكرها أو نائما لانه عذر من جهة العباد بخلاف المضطر فاذا حلق الحلال رأس محرم فقد باشر قطع ما استحق الأمن بالاحرام اذ لا فرق بين لا تحلقوا حتى تحلوا وبين لا تعضدوا شجر الحرم فاذا استحق الشجر نفسه الأمن من هذه العبارة استحق الشعر أيضا الأمن فيجب بتفويته الكفارة بالصدقة واذا حلق المحرم رأس حلال فالارتفاق الحاصل له برفع تفث غيره اذ لا شك في تأذي الانسان بتفث غيره بجده من رأى ثائر الرأس شعثها وسخ الثوب تفل الرائحة وماسن غسل الجمعة بل ما كان واجبا الا لذلك التأذي الا أنه دون التأذي بتفث نفسه فقصرت الجناية فوجبت الصدقة والمصنف أجرى الوجه الاول في هذا وقد يمنع بأن استحقاق الشعر الأمن انما هو بالنسبة الى من قام به الاحرام حالقا أو محلوقا فان خطاب لا تحلقوا للمحرمين فلذا خصصنا به الاول بقي أن المحرم اذا حلق رأس المحرم اجتمع فيه تفويت الامن المستحق والارتفاق بازالة تفث غيره وقد كان كل منهما بانفراده موجبا للصدقة فربما يقال تتكامل الجناية بهذا الاجتماع فتقتضي وجوب الدم على الحالق كما قال أبو حنيفة في الادهان بالزيت البحت حيث أوجب الدم لاجتماع أمور لو انفرد كل منها لم يوجبه كتليين الشعر وأصالته للطيب وقتل الهوام فتكاملت الجناية بهذه الجملة فوجب الدم وتقرير الخلاف مع الشافعي ظاهر من الكتاب فمبنى عدم الزام المحرم شيأ اذا كان غير مختار ما تقدم غير مرة في الصلاة والصوم من أن عدمه يسقط الحكم عنده وعندنا لا ومبنى عدمه عنده على الحالق مطلقا عدم الموجب أما ان كان حلالا فلأن الحلق غير محرم عليه وان كان محرما فكذلك لان الارتفاق لم يحصل له وهو الموجب عليه فان قيل قد باشر أمرا محظورا وهو اعانة المحلوق المحرم على المعصية إن كان باختياره وبغير اختياره أولى قلنا المعاصي انما هي أسباب لعقوبة الاحلال وليس كل معصية توجب جزاء في أحكام الدنيا الا بالنص وهو منتف في الحالق فنقول أما الحلال فألحقناه بقاطع شجر الحرم بجامع تفويت أمن مستحق مستعقب للجزاء والواجب اتباع الدليل لا بقيد كونه نصا وأما المحرم فلان المؤثر للجزاء في حقه هو نيل الارتفاق بقضاء التفث فان كان على وجه الكمال كان الجزاء دما والا فصدقة وقيدا الاضافة الى نفسه ملغى اذ لم يثبت اعتباره وعقلية استقلال ما سواه ثابتة والحاصل أن نفسه محل والمحل لا يدخل في التعليل والا

فصار كالمغرور) اذا ضمن العقر لا يرجع على الغار لانه فى مقابلة ما استوفاه من منافع البضع وقوله (وكذا اذا كان الحالق حلالا) هو الوجه الثالث من الاقسام العقلية وليس فيه على الحالق شئ بالاتفاق وفى المحلوق الخلاف المذكور وقوله (فى مسئلتنا) أراد به ما اذا كان الحالق محرما وقوله (فى الوجهين) أراد به ما كان بأمره أو بغير أمره وقوله (فان أخذ) يعنى المحرم (من شارب حلال أو قص أظافيره أطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا) يعنى قوله ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام وقوله (ولا يعرى عن نوع ارتفاق) اشارة الى الجواب عما قال الشافعى رحمه الله حلق رأس غيره والاخذ من شاربه بمنزلة أن يلبس غيره مخيطا فى عدم ارتفاقه فكما لا يجب فى الالباس عليه شئ فكذلك ههنا وذلك لان فى الحلق وأخذ الشارب ارتفاقا له لان الانسان يتأذى بتفث غيره وليس فى إلباس المخيط ذلك لكن التأذى بتفث غيره أقل من التأذى بتفث نفسه (فيلزمه الطعام) وقوله (وان قص) أى المحرم (أظافير يديه ورجليه) ظاهر وقوله (لان الجناية من نوع واحد) يعنى تسمية ومعنى أما تسمية فلأن الكل يسمى قصا وأما معنى فلأن الارتفاق من حيث القص وهو شئ واحد

فصار كالمغرور فى حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب فى حق المحلوق رأسه وأما الحالق تلزمه الصدقة فى مسئلتنا فى الوجهين وقال الشافعى رحمه الله لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال له أن معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا أن ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا أن كمال الجناية فى شعره (فان أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ما شاء) والوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتأذى بتفث غيره وان كان أقل من التأذى بتفث نفسه فيلزمه الطعام (وان قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم) لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل فى مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد فان كان فى مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله

امتنع القياس فالاصل الغاء المحال الا أن يدل على قصد تخصيص الحكم به دليل لا مرد له خصوصا اذا لم يتوقف عليه مناسبة المناسب فيتعدى من نفسه الى غيره اذا وجد فيه تمام المؤثر وقصورها ردها الى الصدقة وقد يقال مباشرة الفعل الذى به قضاء التفث ان كان جزء العلة ولو حكما بأن يأذن المحرم فى حلق رأسه لزم عدم الجزاء على النائم بحلق رأسه والا لزم الجزاء اذا نظر الى ذى زينة مقضى التفث فان اختير الثانى وادعى أن الارتفاق لا يحصل بمجرد رؤية كما قلنا بنفى الجزاء فى مجرد اللبس لذلك عكره ما لو فرض طولها يوما مع محادثته وصحبته واستنشاق طيبه ولو كان الى شئ لقلت باختيار الاول ونفى الجزاء عن النائم والمكره ولا يلزمنى هذا فى كل موضع كالصلاة وغيرها لان الفساد فيها مثلا علق بمجرد وجود الكلام مثلا وهنا قد فرض تعليق الجزاء بالارتفاق الكائن عن مباشرة السبب ولو حكما (قوله فصار كالمغرور) يعنى كما لا يرجع بالعقر على من غره بحرية من تزوج بها اذا ظهرت أمة بعد الدخول لان بدله وهو ما ناله من اللذة والراحة حصل للمغرور فيكون البدل الآخر عليه دون الغار كذلك لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق بغير اذن لان سببه اختص به (قوله فان أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ما شاء) أما فى الشارب فلا شك وأما فى قلم الاظافير فمخالف لما فى المبسوط فأصل الجواب فى قص الاظفار هنا كالجواب فى الحلق وفى المحيط أيضا قال عليه صدقة هذا وعن محمد رواية لا يضمن فى قص الاظفار * واعلم أن صريح عبارة الاصل فى المبسوط وفى الكافى للحاكم فى الحالق هكذا وان حلق المحرم رأس حلال تصدق بشئ واذا حلق المحرم رأس محرم آخر بأمره أو بغير أمره فعلى المحلوق دم وعلى الحالق صدقة اه وهذه العبارة انما تقتضى لزوم الصدقة المقدرة بنصف صاع فيما اذا حلق رأس محرم وأما فى الحلال فتقتضى أن يطعم أى شئ شاء كقولهم من قتل قملة أو جرادة تصدق بما شاء وارادة المقدرة فى عرف اطلاقهم أن يذكر لفظ صدقة فقط والله أعلم بحقيقة الحال ثم بعد التفصيل المذكور فى الحالق قال والجواب فى قص الاظفار كالجواب فى الحلق وان كان ما ذكرناه أنه مقتضى عرفهم فى التعبير واقعا فيكون ذلك التفصيل أيضا جاريا فى قص الاظفار فيصدق ما فى الهداية لانه فرض الصورة فى قلم أظفار الحلال (قوله فان قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم) لانه أكمل ارتفاق يكون بالقص وقص يد واحدة ارتفاق كامل ففيه الدم أيضا فقص الكل فى مجلس واحد كلبس كل الثياب وحلق شعر كل البدن فى مجلس لا يوجب غير دم واحد (فان كان فى مجالس فكذا عند محمد) أى دم واحد لان مبنى هذه الكفارة على التداخل حتى لزم المحرم بقتل صيد الحرم قيمة واحدة مع الجناية على الاحرام والحرم فأشبهت كفارة الفطر فى رمضان فى أنه اذا تكررت الجنايات بالفطر ولم يكفر لواحدة

(قوله بمنزلة أن يلبس غيره مخيطا فى عدم ارتفاقه فكما لا يجب عليه فى الالباس شئ فكذلك ههنا) أقول وجوابه أن الفارق ظاهر لان بمجرد لبس المخيط لا يلزمه شئ بل بدوامه يوما ولدوامه حكم الابتداء فيكون فى ابقائه عليه مقصرا بخلاف الحلق منها

وقوله (لان مبناها على التداخل) يعني أن المحرم اذا قتل صيد الحرم يكفيه قيمة واحدة وان كانت الجناية في حق الحرم والاحرام جميعا فكان مبناها على ذلك (فأشبه كفارة الفطر) وهما يقولان كفارة الاحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل أنها تجب على المعذور كالمكره والنائم والمخطئ والناسي والمضطر وبالنظر الى ذلك لا تتداخل فقلنا بتقييد التداخل باتحاد المجلس لانه اذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد والمحال مختلفة فرجحنا اتحاد المقصود بوجود الجامع وهو المجلس وأما اذا اختلفت (٢٣٥) المجالس فيترجح جانب اختلاف المحال

لان مبناها على التداخل فأشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تجب أربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا أو رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آي السجدة (وان قص يدا أو رجلا فعليه دم) اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق (وان قص أقل من خمسة أظافير فعليه صدقة) معناه تجب بكل ظفر صدقة وقال زفر رحمه الله يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو قول أبي حنيفة الاول لان في أظافير اليد الواحدة دما والثلاث أكثرها وجه المذكور في الكتاب أن أظافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه وقد أقمناها مقام الكل فلا يقام أكثرها مقام كلها

منها لزمه كفارة واحدة وان كفر للسابقة كفر للاحقة كذا هنا (قوله وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليه أربعة دماء ان قص في كل مجلس طرفا من أربعته لان الغالب فيه معنى العبادة) خرج الجواب عن كفارة الافطار فيتقيد التداخل باتحاد المجلس غير أنه لابد من اثبات هذه المقدمة والمثبت لها لزوم الكفارة شرعا مع الأعذار ومن المعلوم أن الاعذار مسقطة للعقوبات وعلى هذا فلا يخفى أن لازم ترجح معنى العبادة عدم التداخل لانه اللائق بالجود الا أن يوجبه موجب آخر كما أوجبه في آي السجدة لزوم الحرج لو لم يعتبر ولا موجب هنا والالحاق بآي السجدة في الكتاب انما هو في تقييد التداخل بالمجلس لا في اثبات التداخل نفسه والا كان بلا جامع لان موجبه في الاصل أعني آي السجدة لزوم الحرج وذلك لان العادة مستمرة بتكرار الآيات للدراية والدراسة والتدبر للاتعاظ المحاجة الى ذلك فلو لم يتداخل لزم الحرج غير أن ما تندفع هذه الحاجات به من التكرار يكون غالبا في مجلس واحد فتقيد التداخل به وليس سبب لزوم الحرج لولا التداخل هنا قائما اذ لا داعي لمن أراد قص أظفار يديه ورجليه الى تفريق ذلك في مجالس فلا عادة مستمرة في ذلك فلا حرج يلزم بتقدير عدم التداخل على تقدير قص كل طرف في مجلس فلا يثبت هذا الحكم الا أن يكون فيه اجماع وفي المبسوط لو قص احدى يديه ثم الاخرى في مجلس أو حلق رأسه ولحيته وابطه أو جامع مرارا قبل الوقوف في مجلس واحد مع امرأة واحدة أو نسوة فعليه دم واحد وان اختلفت المجالس يلزمه لكل مجلس موجب جنايته فيه عندهما وقال محمد عليه دم واحد في تعدد المجالس أيضا ما لم يكفر عن الاولى وتقدم نظيره في الطيب اعتبره بما لو حلق في مجلس واحد ربع رأسه ثم في مجلس آخر ربعه ثم ثم حتى حلق كله في أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقا ما لم يكفر للاول والفرق لهما أن الجناية في الحلق واحدة لاتحاد محلها وهو الرأس (قوله اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق) أي حلق الرأس واللحية لان حلق ربع غيرهما من الاعضاء انما فيه الصدقة فان قيل الحاق الربع من الرأس بكله بناء على أنه معتاد والمعتاد في قلم الاظفار ليس الاقتصار على طرف واحد فكيف هذا الالحاق مع انتفاء الجامع فالجواب أن الجامع انما هو كمال الارتفاق لا الاعتياد لانه لما كان قد يتردد في حصوله بحلق ربع الرأس أثبته بالعادة اذ القصد اليه

ويلزم لكل واحد دم عملا بالوجهين فان قيل الجنايات اذا كانت من جنس واحد لا تتعدد الكفارة كما اذا حلق رأسه في مجالس مختلفة فان عليه كفارة واحدة لذلك فالجواب أن ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل وكذا اختلافهما فمتى اتحدا الجميع لزمه كفارة واحدة بلا خلاف بينهم ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متعددة ومتى اتحد المقصود واختلف المحال فان اتحد المجلس تقوى جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة ومتى اختلف المجلس تقوى جانب الاختلاف وتعددت الكفارة فاذا عرفت هذا ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحاده ولا يلزم حلق الرأس عليه لان المحل متحد والمقصود كذلك بخلاف محل النزاع لان المحال فيه مختلفة ولا يشكل بحلق الابطين فان المقصود متحد والمحال مختلفة ولا يختلف الحال في اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحدا أو مختلفا لان ذلك لا رواية فيه ولئن كانت فثمة ما يوجب اتحاد المحال وهو التنوير فانه لو نور جميع البدن لم يلزمه الا كفارة واحدة وقد تقدم أن الحلق مثل التنوير وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك وقوله (وان قص يدا أو رجلا) ظاهر وقوله (وجه المذكور في الكتاب) أي القدوري (أن أظافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه) وكل ما هو كذلك لا يقام أكثره مقامه أما أنها أقل ما يجب الدم بقلمه فلانه انما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل وفي ذلك شبهة وليس بعد الشبهة الا شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بحال وقد أشار الى هذا التعليل بقوله (وقد أقمناها مقام الكل) وهو في موضع الحال أي انها أقل ما يجب الدم بقلمه حال كونها مقامة مقام الكل ففيها شبهة الكلية الى آخر ما ذكرنا وأما أن كل ما هو كذلك لا يقام أكثره مقامه فلما قال

(لانه يؤدى الى مالا يتناهى) لانه اذا أقيم الثلاثة مقام خمسة يقام الاثنان مقام الثلاثة ثم الظفر والنصف مقام الظفرين ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرا دفعا للتحكم والمراد بقوله الى مالا يتناهى الى ما يتعسر اعتباره لان الجسم عندنا أهل السنة والجماعة يتناهى الى الجزء الذى لا يتجزأ فلا بد له من تأويل وذلك ما قلنا (وان قص خمسة أظافير متفرقة) بالجر صفة للعدد كما فى قوله تعالى سبع بقرات سمان (من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد) بجامع أنه قص خمسة أظافير ولا تفرقة فى ذلك بين أن تكون من يد واحدة أو من يد ورجل (وبما اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما أن الدم انما يجب عند تكامل الجناية بنيل الراحة والزينة و) هذا ليس كذلك لانه (بالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد) فان من يأخذ شيأ من مقدم رأسه وشيأ من مؤخره فاذا جمع الجميع يصير مقدار الربع (واذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة) ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين (وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقا الا أن يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء) حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو أربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين الا أن يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء وقوله (وان انكسر ظفر المحرم) ظاهر وقوله (والآية نزلت فى المعذور) قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم مرّ بى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتناثر على وجهى فقال أيؤذيك هوامّ رأسك فقلت نعم فأنزل الله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فقلت ما الصيام يا رسول الله فقال ثلاثة أيام كما ذكر فى الكتاب ولولا تفسيره عليه الصلاة والسلام لقدرناه بستة أيام لانه لما تقدر الطعام بستة مساكين كان القياس أن يكون الصوم ستة أيام والحكم فى كل ما اضطر اليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم كذلك يجب عليه أحد الاشياء المذكورة قوله (وكذلك الصدقة عندنا) يعنى خلافا للشافعى فانه يقول لا يجزئه الطعام الا فى الحرم لان المقصود به الرفق بفقراء الحرم ووصول المنفعة اليهم وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه عبادة فى كل مكان

لانه يؤدى الى مالا يتناهى (وان قص خمسة أظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبى حنيفة وأبى يوسف) رحمهما الله تعالى (وقال محمد) رحمه الله (عليه دم) اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما أن كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقا الا أن يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء قال (وان انكسر ظفر المحرم وتعلق فأخذه فلا شئ عليه) لانه لا ينمو بعد الانكسار فأشبه اليابس من شجر الحرم (وان تطيب أو لبس مخيطا أو حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من الطعام وان شاء صام ثلاثة أيام) لقوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وكلمة أو للتخيير وقد فسرها رسول الله عليه السلام بما ذكرنا والآية نزلت فى المعذور ثم الصوم يجزيه فى أى موضع شاء لانه عبادة فى كل مكان وكذلك الصدقة عندنا لما بينا

على وجه العادة لمن يقصده ليس الا النيل الارتفاق لا أنها هى المناط للزوم الدم ولا شك أن أدنى كمال الارتفاق يحصل بقلم تمام يد وان كان فى اليدين أكمل وفى الكل أكمل من هذا فيثبت به الدم ولا يبالى بكونه غير معتاد (قوله لانه يؤدى الى مالا يتناهى) كلام خطابى لا تحقيقى أى كان يجب أن يقام أكثر الثلاثة أيضا كالظفرين ثم يقام أكثرهما وهكذا الى أن يجب بقطع جوهرين لا يتجزآن من ثلاثة ظفر واحد (قوله وبالقلم على هذا الوجه يتأذى) بخلاف ما قست عليه من الطيب والحلق فى مواضع متفرقة اذ يرتفق بهما متفرقين فانتفى الجامع قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل طرف أربعة وجب عليه لكل ظفر صدقة الا أن يبلغ ذلك دما فينقص ما شاء هذا وكل ما يفعله العبد المحرم مما فيه الدم عينا أو الصدقة عينا فعليه ذلك اذا عتق لا فى الحال ولا يبدل بالصوم (قوله أو لبس من عذر) بأن اضطر الى تغطية الرأس لخوف الهلاك من البرد أو للمرض أو لبس السلاح للحرب فعليه كفارة واحدة يتخير فيها بين أن يذبح شاة أو يطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من طعام أو يصوم ثلاثة أيام وان كان ينزعه ليلا ويلبسه نهارا ما لم يذهب العدو مثلا ويأتى غيره وتقدم لهذا زيادة تفصيل فارجع اليه (قوله وقد فسرها) أى فسر الكفارة المتخير فيها بقوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك بما ذكرنا وذلك فى حديث كعب بن عجرة فى الصحيحين قال حملت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتناثر على وجهى فقال ما كنت أرى الوجع بلغ بك ما أرى أو ما كنت أرى الجهد بلغ بك ما أرى أتجد شاة فقلت لا فقال صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع وفى رواية فأمره أن يطعم فرقا بين ستة أو يهدى شاة أو يصوم ثلاثة أيام وفسر الفرق بثلاثة أصوع وقوله فى الرواية الاولى أتجد شاة فى الابتداء محمول على أنه سأله هل تجد النسك فان وجده أخبره أنه مخير بينه وبين الخصلتين وان كان خلاف المتبادر كى لا تقع المعارضة بينه وبين الكتاب وهو قوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك والرواية الاخرى

وقوله (وأما النسك) يقال نسك لله نسكا ومنسكا اذا ذبح لوجهه ثم قالوا لكل عبادة نسك ومنه قوله تعالى قل ان صلاتي ونسكي والمراد به ههنا الهدى الذي يذبحه في الحرم بطريق الجزاء عما أتاثره من محظورات الاحرام كالطيب والحلق في حالة العذر وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق (لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان) كالاضحية وهدى المتعة والقران في أيام النحر (أو في مكان) كما في دماء الكفارات قال الله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة وذلك واجب بطريق الكفارة (وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان) وهو الحرم وليس المعنى بالاختصاص اراقة الدم لانه غير لائق بل المقصود هو التصدق باللحم بعد الذبح فعليه أن يتصدق بلحمه على فقراء الحرم وغيرهم عندنا وقوله (ولو اختار الطعام أجزأه) ظاهر وأبو يوسف نظر الى كفارة اليمين في القرآن فانه ذكر بلفظ الاطعام وهو يفيد الاباحة والى تفسير النبي عليه الصلاة والسلام فانه قال أطعم ستة مساكين ومحمد نظر الى قوله أو صدقة فانه اسم لما يتنفل عن التمليك بخلاف كفارة اليمين فان المذكور فيها الاطعام لا الصدقة

وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان أو مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام أجزأه فيه التغدية والتعشية عند أبي يوسف رحمه الله اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رحمه الله لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور

﴿فصل﴾ (فان نظر الى فرج امرأته بشهوة فأمنى لا شئ عليه) لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فأمنى (وان قبل أو لامس بشهوة فعليه دم) وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فأمنى ولا فرق بين ما اذا أنزل أو لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي أنه انما يفسد احرامه

﴿فصل﴾ قدم جناية الطيب ونحوها على جناية الجماع ودواعيه لان الطيب واللبس كانا وسيلة للجماع والوسائل تتقدم ولهذا قدم في هذا الفصل ذكر دواعي الجماع عليه (فان نظر) المحرم (الى فرج امرأته) أي الى داخل فرجها وهو موضع البكارة وانما يتحقق ذلك عند كونها منكبة (بشهوة فأمنى) أي أنزل المني (لا شئ عليه) من الكفارة (لان المحرم هو الجماع) وهو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة وهو الايلاج ومعنى وهو الانزال (ولم يوجد) ذلك (فصار كما لو تفكر فأمنى) فانه لا يجب عليه شئ لما قلنا (فان قبل أو لامس بشهوة فعليه دم) سواء أنزل أو لم ينزل على رواية الاصل (وفي الجامع الصغير) شرط الانزال حيث قال (اذا مس بشهوة فأمنى) ولهذا ذكر رواية الجامع الصغير (وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج) من الادخال بين الفخذين والسرة فان الفرج يراد به القبل والدبر فادونه يكون ما ذكرناه وروى عن الشافعي رحمه الله أنه اذا أنزل فسد احرامه

(قوله وأما النسك فيختص بالحرم) قال الله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة وهو واجب بطريق الكفارة فكان أصلا في كل هدى وجب كفارة في اختصاصه بالحرم وقوله لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان أو مكان يعطي أن القربة هنا تعلقت بالاراقة ولازمه جواز الاكل منه كهدى المتعة والقران والاضحية لكن الواقع لزوم التصدق بجميع لحمه لانه كفارة ثم لازم هذا بحسب المتبادر أنه لو سرق بعد ما ذبح يلزمه اقامة غيره مقامه لكن الواقع أن لا يلزمه ذلك وغيره فكان القربة فيه لها جهتان جهة الاراقة وجهة التصدق فللاولى لا يجب غيره اذا سرق مذبوحا وللثانية يتصدق بلحمه ولا يأكل منه (قوله وهو) أي الصدقة على تأويل التصدق (المذكور) في الآية قيل قول أبي حنيفة كقول محمد وقال أبو يوسف الحديث الذي فسر الآية فيه لفظ الاطعام فكان ككفارة اليمين وفيه نظر فان الحديث ليس مفسرا للمجمل بل انه مبين المراد بالاطلاق وهو حديث مشهور عملت به الامة فجازت الزيادة به ثم المذكور في الآية الصدقة وتحقق حقيقتها بالتمليك فيجب أن يحمل في الحديث الاطعام على الاطعام الذي هو الصدقة والا كان معارضا وغاية الامر أنه يعتبر بالاسم الاعم والله أعلم

﴿فصل﴾ قدم النوع السابق على هذا لانه كالمقدمة له اذ الطيب وازالة الشعر والظفر مهيجات للشهوة لما تعطيه من الراحة والزينة (قوله ولا فرق بين ما اذا أنزل أو لم ينزل) مخالف لما صحح في الجامع الصغير لقاضيخان من اشتراط الانزال قال ليكون جماعا من وجه موافق لما في المبسوط حيث قال وكذلك اذا لم ينزل يعني يجب الدم عندنا خلافا للشافعي في قول قياسا على الصوم فانه لا يلزمه شئ اذا لم ينزل بالتقبيل لكنا نقول الجماع فيما دون الفرج من جملة الرفث فكان منهيا عنه بسبب الاحرام وبالاقدام عليه يصير مرتكبا محظور احرامه اه وقد يقال ان كان الالزام للنهي فليس

﴿فصل﴾ فان نظر الى فرج امرأته (قال المصنف وعن الشافعي أنه انما يفسد احرامه) أقول يعني لا حكم في تلك الصور الا الفساد بالانزال فيفيد مجموع الامرين من الفساد بالانزال وعدم وجوب شئ عند عدم الانزال ويظهر أن كلمة انما في موقعها (قوله وروى عن الشافعي أنه اذا أنزل الخ) أقول على شرحه تكون كلمة انما في كلام المصنف زائدة كما لا يخفى

في جميع ذلك اذا أنزل واعتبره بالصوم ولنا أن فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج (وان جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده وعليه القضاء)

كل نهي يوجب كالرفث وان كان للرفث فكذلك اذ أصله الكلام في الجماع بحضرتهن وليس ذلك موجبا شيأ (قوله في جميع ذلك) ظاهره ارادة المس بشهوة والقبلة بشهوة والجماع فيما دون الفرج والمفاد حينئذ بالتركيب المذكور أعني قوله انما يفسد احرامه في جميع ذلك اذا أنزل أنه اذا أنزل يفسد احرامه واذا لم ينزل لم يلزمه دم وهذا انه لو أريد مجرد معنى الجملة الاولى وهو اذا أنزل يفسد كان لفظ انما لغوا اذ هذا المعنى ثابت مع الاقتصار على قوله وقال الشافعي يفسد في جميع ذلك اذا أنزل فالمعنى ماذكرنا وتحقيقه أنه قصر الصور المذكورة على حكم هو الفساد اذا أنزل وفيه تقديم وتأخير والاصل انما في جميع تلك الصور فساد الاحرام بالانزال وهو معنى قولنا الاحكم فيها الا الفساد بالانزال فيفيد مجموع الامرين من الفساد بالانزال وعدم وجوب شئ عند عدم الانزال لانه لم يجعل فيها حكما سوى ماذكر ثم مذهب الشافعي هو مجموع الامرين في قول بالصوم صالح لاثباتهما معا فيحمل عليه وعادتهم نصب الخلاف باعتبار قول ثم قصد المصنف اتباع ما في المبسوط والذي فيه ما علمت من قوله خلافا للشافعي في قول قياسا على الصوم فانه لا يلزمه شئ اذا لم ينزل ثم ذكر المصنف الفرق الذي ذكره وعلى المصنف على هذا أن يتعرض في تقرير المذهب للطرفين ويمكن تحميله لكلامه فالتعرض للاول بقوله (ولنا أن فساد الاحرام يتعلق بالجماع) يعني انما يتعلق به ثم استدل على هذا بعدم فساده بشئ من المحظورات بقوله (ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات) وتفصيله أن المعلوم أن سائرها لا يفسد بمباشرتها الاحرام والنص وردبه في الجماع بصورته فانه صلى الله عليه وسلم انما سئل عن الجماع ومطلقه ينصرف الى ماهو بالصورة الخاصة فيتعلق الجواب بالفساد بحقيقته ولو لاذلك النص لم نقل بأن الجماع أيضا مفسد ولان أقصى ما يجب في الحج القضاء وفي الصوم الكفارة فكانا متوازيين والكفارة في الصوم لا تجب بالانزال مع المس فكذا قضاء الحج وعدم وجوب القضاء حكم عدم الفساد فيثبت عدمه وهو المطلوب والتعرض للثاني بقوله (الا أن فيه معنى الاستمتاع الخ) وجهه أن مرجع ضمير فيه لفظ جميع ذلك والمراد به ماقلنا من المس بشهوة والتقبيل والجماع فيما دون الفرج لا بقيد الانزال كما يفيده لفظ النهاية والا لم يكن لقوله بعد ذلك اذا أنزل معنى وكان ينحل الى قولنا في المس بشهوة مع الانزال اذا أنزل فالحاصل من العبارة الى قوله فيما دون الفرج الا أن في المس بشهوة والتقبيل والوطء فيما دون الفرج استمتاعا بالمرأة أعم من كونه مع انزال أولا وذلك محظور احرامه فيلزم الدم بخلاف الصوم الذي قست عليه عدم لزوم شئ اذا لم ينزل والفساد اذا أنزل لان المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل المحرم فيه فيما دون الفرج الا بالانزال ثم انما يفسد عنده لان تحريمه بسبب كونه تفويتا للركن الذي هو الكف عن قضاء الشهوة من المرأة وقبله لم يوجد محرم أصلا بل الثابت فعل مكروه فلا يوجب شيأ بخلاف ما نحن فيه فان بالاستمتاع بلا انزال يحصل محظور الاحرام فيستعقب الجزاء ومع الانزال يثبت الفساد بالنص (قوله فسد حجه وعليه شاة) وكذا اذا تعددا لجماع في مجالس واحد لامرأة أو نسوة والوطء في الدبر كهو في القبل عندهما واحدى الروايتين عن أبي حنيفة وفي أخرى عنه لا يتعلق به فساد والاول أصح فان جامع في مجلس آخر قبل الوقوف ولم يقض به رفض الحجة الفاسدة لزمه دم آخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولو نوى بالجماع الثاني رفض الفاسدة لا يلزمه بالثاني شئ كذا في خزانة الاكمل وقاضيخان وقدمنا من المبسوط قريبا لزوم تعدد الموجب لتعدد المجالس عندهما

في جميع ذلك) يعني التقبيل بشهوة والمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج (واعتبر ذلك بالصوم) فانه انما يفسد بهذه الاشياء اذا أنزل لانه مواقعة معنى (ولنا) على أن الاحرام لا يفسد وأن الانزال ليس بشرط لوجوب الكفارة في هذه الصور (أن فساد الحج يتعلق بالجماع لانه لا يفسد بغيره من المحظورات) بالاجماع (وهذا ليس بجماع) فلا يتعلق به فساد الحج الا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك من محظورات الاحرام) لما تقدم أن دواعي الجماع ملحقة به (فيلزمه الدم) وقوله (بخلاف الصوم) جواب عن اعتباره بالصوم (لان المحرم فيه قضاء الشهوة) حيث كان ركنه الكف عنها وقضاؤها بدون الانزال فيما دون الفرج لا يتحقق (وان جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج) بأداء أفعاله (كما يمضي من لم يفسد حجه

(قال المصنف فلا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج) أقول أما في الفرج فيحصل بدونه

والاصل فيه ماروى أن رسول الله عليه السلام سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان فى حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم وقال الشافعى رحمه الله تجب بدنة

من غير هذا القيد وقال محمد يلزمه كفارة واحدة الا أن يكون كفر عن الاولى فيلزمه أخرى والحق اعتباره على أن تصير الجنايات المتعددة بعده متحدة فانه نص فى ظاهر الرواية على أن المحرم اذا جامع النساء ورفض احرامه وأقام يصنع مايصنعه الحلال من الجماع وقتل الصيد فعليه أن يعود حراما كما كان قال فى المبسوط لان بافساد الاحرام لم يصر خارجا عنه قبل الاعمال وكذا بنية الرفض وارتكاب المحظورات فهو محرم على حاله الا أن عليه بجميع ماصنع دما واحدا لما بينا أن ارتكاب المحظورات استند الى قصد واحد وهو تعجيل الاحلال فيكفيه لذلك دم واحد اه فكذا لو تعدد جماع بعد الاول لقصد الرفض فيه دم واحد ومايلزم به الفساد والدم على الرجل يلزم مثله على المرأة وان كانت مكرهة أو ناسية انما ينتفى بذلك الاثم ولو كان الزوج صبيا يجامع مثله فسد حجهما دونه ولو كانت هى الصبية أو مجنونة انعكس الحكم ولو جامع بهيمة وأنزل لم يفسد حجه وعليه دم وان لم ينزل فلا شئ عليه والاستمناء بالكف على هذا ثم اذا كانت مكرهة حتى فسد حجها ولزمها دم هل ترجع على الزوج عن ابن شجاع لا وعن القاضى أبى خازم نعم والقارن اذا جامع قبل الوقوف وقبل أن يطوف لعمرته أربعة أشواط فسد حجه وعمرته وعليه أن يمضى فيهما ويتمهما على الفساد وشاتان وقضاؤهما فلو جامع بعد ماطاف لعمرته أربعة أشواط فسد حجه دون عمرته واذا فسد الحج سقط دم القران لانه لم يجتمع له نسكان صحيحان وعليه دمان لفساد الحج وللجماع فى احرام العمرة لانه باق فيقضى الحج فقط ولذا لو أحرم بعمرة فأفسدها ثم أهل بحجة ليس بقارن لهذا (قوله والاصل الخ) روى أبو داود فى المراسيل عن يحيى بن أبى كثير حدثنا يزيد بن نعيم أو زيد بن نعيم شك فيه أبو توبة أن رجلا من جذام جامع امرأته وهما محرمان فسأل الرجل النبى صلى الله عليه وسلم فقال اقضيا حجكما وأهديا هديا قال ابن القطان لايصح فان زيد بن نعيم مجهول ويزيد بن نعيم بن هزال ثقة وقد شك أبو توبة فى أيهما حدثه به اه قلنا قد رواه البيهقى وقال انه منقطع وهو يزيد بن نعيم بلا شك وقوله منقطع بناء على الاختلاف فى سماع يزيد هذا من جابر بن عبد الله وفى صحبة أبيه فانه سمع من أبيه واختلف فى صحبة أبيه فمن قال انه صحابى وانه سمع من جابر جعله مرسلا وعليه مشى أبو داود فانه أورد هذا الحديث فى المراسيل ومن قال لم يسمع من جابر وليس لابيه صحبة يجعله منقطعا فانه لم يعلم سماعه من صحابى آخر وليس فى سند أبى داود انقطاع فانه رواه عن أبى توبة الربيع بن نافع عن معاوية بن سلام عن يحيى بن أبى كثير قال أخبرنى يزيد بن نعيم أو زيد بن نعيم وهذا سند متصل كله ثقات بتقدير يزيد ولا شك فيه فى طريق البيهقى فيحصل اتصاله وارساله وهو حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وروى ابن وهب بسند فيه ابن لهيعة عن يزيد بن أبى حبيب أن رجلا من جذام الحديث وفيه حتى اذا كنتما فى المكان الذى أصبتما فيه ما أصبتما فأحرما وتفرقا الحديث الى أن قال وأهديا وضعف بابن لهيعة ويشد المرسل والمذكور منه ماسوى الزيادة وروى بالزيادة عن جماعة من الصحابة فى مسند ابن أبى شيبة الى من سأل مجاهدا عن المحرم يواقع امرأته فقال كان ذلك على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال يقضيان حجهما ثم يرجعان حلالين فاذا كان من قابل حجا وأهديا وتفرقا من المكان الذى أصابها فيه وروى الدارقطنى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال فيه بطل حجه قال له السائل فيقعد قال لا بل يخرج مع الناس فيصنع مايصنعون فاذا أدركه من قابل حج وأهدى ووافقه على هذا ابن عباس وعبد الله بن عمرو بن العاص وصحح البيهقى اسناده عنهم وفى موطأ مالك من بلاغاته عن على وعمر وأبى هريرة رضى الله عنهم نحوه الا

والاصل فيه ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان فى حجتهما وعليهما الحج من قابل) ولا فرق فى ذلك بين أن يكون عامدا أو ناسيا أو هى نائمة أو مكرهة (وهكذا) يعنى مثل ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم (نقل عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم وقال الشافعى رحمه الله تجب بدنة

كالوجامع بعد الوقوف) والجامع تغلظ الجناية (والحجة عليه اطلاق مارويناه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام يريقان دما ذكره مطلقا فيتناول الشاة لانه متيقن فان قيل المطلق ينصرف الى الكامل والجزور كامل فينصرف اليه فالجواب أن المطلق ينصرف الى الكامل اذا لم يكن مايمنعه وهو ههنا موجود لان الجماع قبل الوقوف لما كان سبب الفضاء خف معنى الجناية لاستدراك المصلحة الفائتة بالقضاء فلو أوجبنا البدنة لزم ايجاب الجزاء الغليظ فى مقابلة جناية خفيفة وهو خلاف مقتضى الحكمة بخلاف ما اذا كان بعد الوقوف فان الجناية لم تخف لعدم وجوب القضاء فايجاب البدنة فى مقابلتها على مقتضى الحكمة والى هذا أشار المصنف رحمه الله بقوله ولان القضاء لما وجب الخ (وعن أبى حنيفة رحمه الله أن الجماع فى غير القبل منهما) أى من السبيلين وقيل من الرجل والمرأة (لا يفسده لتقاصر معنى الوطء) والهذا لم يوجب الحد ولا يجب المهر بالاجماع (٢٤٠) وفى رواية يفسده لانه كامل من حيث إنه ارتفاق وعندهما يفسده لانه يوجب الحد وقوله (وليس عليه أن يفارق امرأته) الاصل فيه أن الصحابة رضى الله عنهم قالوا اذا رجعا للقضاء يفترقان معناه يأخذ كل واحد منهما فى طريق غير طريق صاحبه فمالك رحمه الله أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال كما خرجا من بيتهما فعليهما أن يفترقا وقال زفر رحمه الله يفترقان من وقت الاحرام لان الافتراق نسك بقول الصحابة رضى الله عنهم ووقت أداء النسك بعد الاحرام وهذا المعنى ليس بشئ لان القضاء يحكى الاداء فما لم يكن نسكا فى الاداء لا يكون نسكا فى القضاء وقال الشافعى رحمه الله اذا قربا من المكان الذى جامعها فيه يفترقان لانهما لا يأمنان اذا وصلا الى ذلك الموضع أن تهيج بهما الشهوة فيواقعها والمصنف رحمه الله ذكر دليلنا على وجه هو دافع لاقوالهم وهو واضح ونقول مراد الصحابة رضى الله عنهم أنهما يفترقان على سبيل الندب إن خافا على أنفسهما الفتنة كما يندب الشاب الامتناع عن التقبيل فى حالة الصوم اذا كان لا يأمن على نفسه ماسواه (ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعى رحمه الله فيما اذا جامع قبل رمى جمرة العقبة) فان حجه يفسد لان احرامه قبل الرمى مطلق أى كامل حيث لا يحل له شئ مما هو حرام على المحرم والجماع فى الاحرام المطلق مفسد للحج كما اذا كان قبل الوقوف بخلاف ما بعد الرمى فانه قد جاء أوان التحلل وحل له الحلق الذى كان حراما على المحرم

اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق مارويناه ولان القضاء لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن أبى حنيفة رحمه الله أن فى غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان (وليس عليه أن يفارق امرأته فى قضاء ما أفسداه) عندنا خلافا لمالك رحمه الله اذا خرجا من بيتهما ولزفر رحمه الله اذا أحرما وللشافعى رحمه الله اذا انتهيا الى المكان الذى جامعها فيه لهم أنهما بتذاكران ذلك فيقعان فى المواقعة فيفترقان ولنا أن الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما بتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق (ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة) خلافا للشافعى فيما اذا جامع قبل الرمى

أن عليا قال فيه يفترقان حتى يقضيا حجهما (قوله اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف) بل أولى لان الجماع قبله فى مطلق الاحرام بخلافه بعده (قوله والحجة عليه مارويناه) يعنى لفظ الشاة وعلى ماخرجنا اطلاق لفظ الهدى وهو يصدق بالتناول على الشاة كان فى البدنة أكمل والواجب انصراف المطلق الى الكامل فى الماهية لا الى الاكمل وماهية الهدى كاملة فيها بخلاف السمك بالنسبة الى لفظ اللحم فان ماهية اللحم ناقصة فيه على ماستعرف ان شاء الله تعالى ثم بين المقامين فرق وهو وجوب القضاء فانه لا يجب الا ليقوم مقام الاول وهو معنى استدراك المصلحة فبعد قيامه مقامه لم يبق إلا جزاء تجميل الاحلال ويكفى فيه الشاة كالمحصر بل أولى لان الاحلال لم يتم بالجماع ولهذا يمضى فيه ولا يحل الا مع الناس غير أنه أخر المعتدبه الى قابل ثم لا تجب عمرة لعدم فوات حجه بخلاف المحصر (قوله فلا معنى للافتراق) وهذا الان الافتراق ليس بنسك فى الاداء فكذا فى القضاء فلم يكن أمر من روى عنه من الصحابة الامر بالافتراق أمر ايجاب بل أمر ندب مخافة الوقوع لظهور انه لا يصبر أحدهما عن الآخر لما ظهر منهما فى الاحرام الاول فكان كالشاب فى حق القبلة فى الصوم لانهما بتذاكران فيقعان لانه معارض بأنهما بتذاكران فلا يقعان لتذكرهما ما حصل لهما من المشقة للذة يسيرة ونحن نقول باستصحاب الافتراق لذلك (قوله ومن جامع بعد الوقوف بعرفة) يعنى قبل الحلق لانه سيذكر أن الجماع بعد الحلق فيه شاة هذا والعبد اذا جامع مضى فيه وعليه هدى وحجة اذا أعتق سوى حجة الاسلام وكل ما يجب فيه المال يؤاخذ به بعد عتقه بخلاف ما فيه الصوم فانه يؤاخذ به للحال ولا يجوز اطعام المولى عنه الا فى

(قوله فان قيل المطلق ينصرف الى الكامل) أقول وفى فتح القدير الواجب انصراف المطلق الى الكامل فى الماهية لا الى الاكمل وماهية الهدى كاملة فى الشاة بخلاف السمك بالنسبة الى لفظ اللحم فان ماهية اللحم ناقصة فيه على ماستعرف (قوله لان الجماع قبل الوقوف الخ) أقول فعلى هذا يكون الوجه الثانى من تتمة الاول ويغنى استقلال كل منهما

وقوله (لقوله عليه الصلاة والسلام) دليلنا ووجه ذلك أنه صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس المراد به التمام من حيث أداء الافعال بالاتفاق لبقاء بعض الاركان فكان المراد به التمام من حيث إنه يأمن من الفساد بعده لتأكد حجه بالوقوف ألا ترى أنه يأمن الفوات بعد الوقوف فكما يثبت حكم التأكد في الامن عن الفوات كذلك يثبت في الامن عن الفساد فان قيل لو كان كذلك لما وجبت البدنة لان الشئ بعد تمامه لا يقبل الجناية فلا يقتضي جزاء أجاب بقوله (وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما) وهو ما روى عنه أنه قال اذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم واذا جامع بعد الوقوف فحجته تامة وعليه بدنة وروى أنه قال لا تجب البدنة في الحج الا في موضعين من جامع بعد الوقوف بعرفة ومن طاف طواف الزيارة جنبا ولم يعرف له مخالف فجعل محل الاجماع وقيل مثله لا مدخل للرأي فيه فكان مسموعا وقوله (أو لانه) قيل انما ذكر بكلمة أو لكون أثر ابن عباس رضي الله عنهما غير مشهور فأتى بها ليكون متمسكا بأحدهما وفيه نظر لان المطلوب اثبات الوجوب وهو يثبت بخبر (٢٤١) الواحد لا يتوقف على الاشتهار ولعله أتى بأحد الجائزين فلا يسئل عن كيفيته وتقريره أن الجماع أعلى الارتفاقات لوفور لذته وكل ما كان كذلك يتغلظ موجبه لوجوب التطابق بين الموجب والموجب بمقتضى الحكمة قوله (وان جامع بعد الحلق فعليه شاة) ظاهر وقوله (ومن جامع في العمرة) بيان الجناية على احرام العمرة وهو واضح لكن يتوهم منه تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة فانه اذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة أربعة أشواط لم يجب عليه شئ فان فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب وأجيب بأن ذلك ليس من حيث التفضيل بل من حيث محل الجناية وذلك لان طواف الزيارة على الوجه

لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما أولانه أعلى أنواع الارتفاق فيتغلظ موجبه (وان جامع بعد الحلق فعليه شاة) لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة (ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة واذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط أو أكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته) وقال الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا أنها سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت (ومن جامع ناسيا كان كمن جامع متعمدا) وقال الشافعي رحمه الله جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية

الاحصار فان المولى يبعث عنه ليحل هو فاذا عتق فعليه حجة وعمرة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة فقد تم حجه) تقدم هذا الحديث وتقدم أنه عليه الصلاة والسلام علق التمام بالوقوف بعرفة والمزدلفة على ما أسلفناه ثم لا شك أن ليس التمام باعتبار عدم بقاء شئ عليه فهو باعتبار أمن الفساد والفوات وانما أوجبنا البدنة بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل وقع بأهله وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة رواه مالك في الموطا عن أبي الزبير المكي عن عطاء بن أبي رباح عنه وأسنده ابن أبي شيبة عن عطاء أيضا قال سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قضى المناسك كلها غير أنه لم يزر البيت حتى وقع على امرأته قال عليه بدنة ولانه لا قضاء هنا فيخف أثر الجناية بخلاف القضاء بخلاف ما قبل الوقوف وهو أرجح مما عن ابن عمر مما أخرجه ابن أبي شيبة عنه جاء رجل اليه فقال يا أبا عبد الرحمن اني رجل جاهل بالسنة بعيد الشقة قليل ذات اليد قضيت المناسك كلها غير أني لم أزر البيت حتى وقعت على امرأتي فقال عليك بدنة وحج من قابل فانه متروك بعضه وقال عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة فقد تم حجه بخلاف قول ابن عباس هذا ولو جامع مرة ثانية فعلى كل واحد شاة مع البدنة لانه وقع في حرمة مهتوكة فصادف احراما ناقصا فيجب الدم ولو جامع القارن بعد الوقوف لزمه بدنة لحجته وشاة لعمرته (قوله وان جامع بعد الحلق فعليه شاة) ما لم يكن جامع بعد ما طاف أربعة أشواط

(٣١ — فتح القدير ثاني) المسنون في الترتيب انما يؤتى به بعد التحلل بالحلق أو التقصير غاية ما في الباب أن حكمه تأخر في حق النساء لمعنى وهو وقوع الركن في الاحرام فقام أكثر أشواطه مقام كله بخلاف العمرة فان طوافها قبل التحلل فكان ارتكاب المحظور في محض الاحرام فيجب الدم ولهذا قلنا ان لم يحلق قبل طواف الزيارة وجامع بعد ما طاف لها أربعة أشواط وجب عليه الدم كما في طواف العمرة لذلك وقوله (وقال الشافعي رحمه الله تفسد في الوجهين) أي فيما اذا جامع قبل أن يطوف أربعة أشواط وبعده لانهما سيان في افساد الحج عنده فكذلك في العمرة لانها عنده فريضة كالحج وقوله (وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج) لو قال للاحرام كان أشمل ليتناول العمرة

(قوله قيل انما ذكر بكلمة أو لكون أثر ابن عباس رضي الله عنهما غير مشهور الخ) أقول فيه أن المستفاد من تلك الكلمة جواز التمسك بأثره مستقلا كما لا يخفى (قوله وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار) أقول وهذا مبني على الوجه الثاني من وجهي الاستدلال بأثره وأما على الوجه الاول فلا حاجة اليه فانه اذا حل محل الاجماع يكون من قبيل المشتهر

ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق فى الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس فى معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم والله أعلم

من طواف الزيارة فلا شئ عليه ولو كان لم يحلق حتى طاف للزيارة أربعة أشواط ثم جامع كان عليه الدم وذكر فى الغاية معزيا الى المبسوط والبدائع والاسبيجابى لو جامع القارن أول مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة فعليه بدنة للحج وشاة للعمرة لان القارن يتحلل من احرامين بالحلق الا فى حق النساء فهو محرم بهما فى حقهن وهذا مخالف لما ذكره فى الكتاب وشروح القدورى فانهم يوجبون على الحاج شاة بعد الحلق وذكر فيها أيضا معزيا الى الوبرى فى هذه المسئلة انما عليه بدنة للحج ولا شئ للعمرة لانه خرج من احرامها بالحلق وبقى فى احرام الحج فى حق النساء واستشكله شارح الكنز لانه اذا بقى محرما بالحج فكذا فى العمرة والذى يظهر أن الصواب ما فى الوبرى لان احرام العمرة لم يعهد بحيث يتحلل منه بالحلق فى غير النساء ويبقى فى حقهن بل اذا حلق بعد أفعالها حل بالنسبة الى كل ما حرم عليه وانما عهد ذلك فى احرام الحج فاذا ضم الى احرام الحج احرام العمرة استمر كل على ما عهد له فى الشرع اذ لا يزيد القران على ذلك الضم فينطوى بالحلق احرام العمرة بالكلية فلا يكون له موجب بسبب الوطء بل الحج فقط ثم يجب النظر فى الترجيح بين قول من قال بوجوب الشاة أو البدنة وقول موجب البدنة أوجه لان ايجابها ليس الا بقول ابن عباس والمروى عنه ظاهره فيما بعد الحلق فارجع اليه وتأمله ثم المعنى يساعده وذلك أن وجوبها قبل الحلق ليس الا للجناية على الاحرام ومعلوم أن الوطء ليس جناية عليه الا باعتبار تحريمه له لا الاعتبار تحريمه لغيره فليس الطيب جناية على الاحرام باعتبار تحريمه الجماع أو الحلق بل باعتبار تحريمه للطيب وكذا كل جناية على الاحرام ليست جناية عليه الا باعتبار تحريمه لها لا لغيرها فيجب أن يستوى ما قبل الحلق وما بعده فى حق الوطء لان الذى به كان جناية قبله بعينه ثابت بعده والزائل لم يكن الوطء جناية باعتباره لا جرم أن المذكور فى ظاهر الرواية اطلاق لزوم البدنة بعد الوقوف من غير تفصيل بين كونه قبل الحلق أو بعده ثم ذكر فيها أيضا فقال واذا طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة وقد قصر ثم جامع فليس عليه شئ وان لم يكن قصر فعليه دم فمن هنا والله أعلم أخذ التفصيل من أخذه ان كان اذ خفف الموجب بعد وجود أحدهما بعد الوقوف ولقائل أن يستشكله بأن الطواف قبل الحلق لم يحل به من شئ فكان ينبغى أن يجب الجزور وان كان سؤال ابن عباس وفتواه به انما كان فيمن لم يطف للعلم بأن فتواه بذلك لوقوع الجناية على احرام أمن فساده ولو كان قارنا أعنى الذى طاف الزيارة قبل الحلق ثم جامع قال فى البدائع عليه شاتان لبقاء الاحرام لهما جميعا وروى ابن سماعة عن محمد فى الرقيات فيمن طاف للزيارة جنبا ثم جامع قبل الاعادة قال محمد أما فى القياس فليس عليه شئ ولكن أبا حنيفة استحسن فيما اذا طاف جنبا ثم جامع ثم أعاد طاهرا أن يوجب عليه دما وكذلك قول أبى يوسف رحمه الله ووجه القياس أن الجماع وقع بعد التحلل لما عرف من أن الطهارة ليست بشرط لصحة الطواف ووجه الاستحسان أن بالاعادة طاهرا ينفسخ الطواف الاول عند بعض مشايخ العراق ويصير طوافه المعتبر هو الثانى لان الجنابة توجب نقصانا فاحشا فيتبين أن الجماع كان قبل الطواف فيوجب الكفارة بخلاف ما اذا طاف على غير وضوء يعنى ثم جامع ثم أعاده متوضئا لا شئ عليه لان النقصان يسير فلم ينفسخ الاول فيقع جماعه بعد التحلل كذا فى البدائع وفيه تأمل فان الانفساخ ان قال به بعض المشايخ فقد قال آخرون بعدمه وصحح فلم يلزم وعلى تقديره فوقوعه شرعا قبل التحلل انما موجبه البدنة لا مطلق الدم اللهم الا أن يقال انه قبله من وجه دون وجه وسنوجه عدم الانفساخ ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾

جعل النسيان غير مؤثر فى فساده كما فى الصوم وجعل الاكراه والنوم كالنسيان بناء على أن الاكراه لما أباح الاقدام وأعدم أصل الفعل مع كونه قاصدا كان النوم أولى لانتفاء القصد واذا انعدم الفعل لم يكن جناية (ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق فى الاحرام ارتفاقا مخصوصا) وهو أن يكون بعين الجماع لقوله تعالى فلا رفث الآية والرفث اسم للجماع (وهو لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس فى معنى الصوم) لوجود المذكر وهو حالة الاحرام (بخلاف الصوم) فانه لا مذكر له

(قوله وجعل الاكراه والنوم كالنسيان الخ) أقول كان المناسب لسياق كلامه أن يبين وجه الحاق الاكراه بالنسيان ولم يفعل

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان الجناية على الاحرام ذكر الجناية على الطواف الذي هو بعد الاحرام في فصل على حدة قوله (ومن طاف طواف القدوم محدثا) طواف القدوم محدثا معتد به عندنا وعليه صدقة (وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به) ولا يجبر بشئ (لقوله صلى الله عليه وسلم الطواف بالبيت صلاة) ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالصلاة وليس بين ذاتيهما من مشابهة لان ذات الطواف وهو الدوران مما ينتفي به ذات الصلاة فيكون المراد أن حكمه حكم الصلاة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة (ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم يكن فرضا بالآية ولا تجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لانها نسخ (ثم قيل هي سنة) وهو قول ابن شجاع (والاصح أنها واجبة) وهو قول أبي بكر الرازي (لانه يجب بتركها الجابر) وهو إما الدم على ما قال به بعض مشايخ العراق أو الصدقة كما ذكره في الكتاب وهو مروي عن محمد وكل ما كان يجب بتركه جابر فهو واجب (ولان الخبر يوجب العمل) دون العلم (فيثبت به الوجوب) دون الفرضية قال (فاذا شرع في هذا الطواف) دليل على وجوب الصلاة على تقدير كونها سنة وذلك لان الشروع في النفل ملزم في الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجبا (ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة من حيز النزاع فلا يؤخذ في الدليل والثاني أنه منقوض بالصلاة النافلة فانه اذا دخلها نقص تنجبر بسجدة السهو كما ينجبر الفرض بها ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها فليكن ههنا أيضا كذلك والجواب عن الاول أن ترك السنة يوجب نقصا وينجبر بالكفارة ألا ترى أن من أفاض من عرفات قبل الامام وجب عليه دم قال محمد رحمه الله لانه ترك سنة الدفع وعن الثاني بان الشرع جعل الجابر في الصلاة نوعا واحدا فلا مصير الى غيره وفي الحج جعله متنوعا فأمكن المصير الى ما تبين به رتبة النفل عن الفرض وهذا كله على رواية القدوري اختارها المصنف وأما على ما ذكره الطحاوي وشيخ الاسلام أنه اذا طاف طواف التحية محدثا فلا شئ عليه لانه لو ترك أصلا لم يجب عليه شئ فكذا اذا أتى به محدثا فلا يحتاج الى شئ من هذه التكلفات (ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه أدخل النقص في الركن) وادخال النقص في الركن

﴿فصل﴾ (ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة) وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به لقوله صلى الله عليه وسلم الطواف بالبيت صلاة الا أن الله تعالى أباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح أنها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع (ولو طاف طواف الزيارة محدثا فانه ليه شاة) لانه أدخل النقص في الركن

﴿فصل﴾ (قوله ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة) موافق لما في عامة النسخ وصرح به عن محمد ومخالف لما في مبسوط شيخ الاسلام قال ليس لطواف التحية محدثا ولا جنبا شئ لانه لو تركه لم يكن عليه شئ فكذا تركه من وجه والوجهان اللذان أبطل بهما المصنف كون الطهارة سنة أعني قوله لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل كافلان بابطاله ولما استشعر أن يقال على الاول لزوم الجابر مطلقا ممنوع وهو أول المسئلة فانا ننفيه في غير الطواف الواجب دفعه بتقرير أن كل ترك لا يخلو من كونه في واجب فان التطوع اذا شرع فيه صار واجبا بالشروع ثم يدخله النقص بترك الطهارة فيه غاية الامر أن وجوبه ليس بايجابه تعالى ابتداء فأظهرنا التفاوت في الحط من الدم الى الصدقة فيما اذا طاف محدثا ومن البدنة الى الشاة اذا طاف جنبا (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة) روى الترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الطواف بالبيت صلاة الا أنكم تتكلمون فيه فمن تكلم لا يتكلم الا بخير وجه الاستدلال أنه تشبيه في الحكم بدليل الاستثناء من الحكم في قوله الا أنكم تتكلمون فيه فمن تكلم فكأنه قال هو مثل الصلاة في حكمها الا في جواز الكلام

﴿فصل ومن طاف﴾ (قال المصنف ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق) أقول المأمور به في الآية هو طواف الزيارة على ما سبق لا ما يعم طواف القدوم فما وجه دلالته على عدم اشتراط الطهارة في طواف القدوم والجواب أنه يعلم منه ذلك بطريق الدلالة والاولوية فليتأمل (قوله قال فاذا شرع في هذا الطواف دليل الى قوله وفيه بحث من وجهين) أقول فيه بحث بل ما ذكره جواب ما عسى يورد ههنا من أن طواف القدوم سنة لو ترك لا يلزم شئ فأولى أن لا يلزم بترك الطهارة فيه وظهر بما ذكرنا أنه لا وجه لما قاله الشارح على تقدير كونها سنة اذ ليس بناء الكلام على مسنونية الطهارة بل على مسنونية الطواف ويندفع بحثه الاول فتأمل فانه كلام واه نشأ عن سهو متناه

فيصير ماسوى الكلام داخلا فى الصدر ومنه اشتراط الطهارة واستدل ابن الجوزى بما فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها أنها حاضت فقال لها عليه الصلاة والسلام افضى ما يقضى الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت فرتب منع الطواف على انتفاء الطهارة وهذا حكم وسبب وظاهر أن الحكم يتعلق بالسبب فيكون المنع لعدم الطهارة لا لعدم دخول المسجد للحائض ولنا فى الجواب عن الاول طريقان أحدهما ينتظم الجواب عن هذا وهو تسليم أنه تشبيه فى الحكم لكنه خبر واحد لو لم يلزم نسخه لاطلاق كتاب الله تعالى لثبت به الوجوب لا الافتراض لاستلزامه الاكفار بجحد مقتضاه وليس ذلك لازم مقتضاه بل لازمه التفسيق به فكيف ولو ثبت به افتراض الطهارة كان ناسخا له اذ قوله تعالى وليطوفوا يقتضى الخروج عن عهدته بالدوران حول البيت مع الطهارة وعدمها فجعله لا يخرج مع عدمها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز فرتبنا عليه موجبه من اثبات وجوب الطهارة حتى أثبنا تركها وألزمنا الجابر وليس مقتضى خبر الواحد غير هذا لا الاشتراط المفضى الى نسخ اطلاق كتاب الله تعالى ويؤيد انتفاء الاشتراط ماذكره الشيخ تقى الدين فى الامام روى سعيد بن منصور حدثنا أبو عوانة عن أبى بشر عن عطاء قال حاضت امرأة وهى تطوف مع عائشة أم المؤمنين فأتمت بها عائشة سنة طوافها وقال روى أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر عن شعبة قال سألت حمادا ومنصورا عن الرجل يطوف بالبيت على غير طهارة فلم يروا به بأسا وقد انتظم ماذكرناه الجواب عما أورده ابن الجوزى ثانيهما منع ذلك التقرير ونقول بل التشبيه فى الثواب لا فى الاحكام وقوله الا أنكم تتكلمون فيه كلام منقطع مستأنف بيان لاباحة الكلام فيه وجب المصير الى هذا لانه لو كان كما قالوا لكان المشى ممتنعا لدخوله فى الصدر وكأن الشيخ رحمه الله استشعر فيه منعا وهو أن يقال المشى قد علم اخراجه قبل التشبيه فان الطواف نفس المشى فحيث قال صلاة فقد قال المشى الخاص كالصلاة فيكون وجه التشبيه ماسوى المشى فلذا اقتصر على الاول لكن يبقى الانحراف مؤيدا للوجه الثانى فان قيل الاصح هو الاول لان الوجوب ثابت عندنا ولا بد له من دليل وحمله على الوجه الثانى ينفيه وما أورده ابن الجوزى ظاهر فيه والحديث المذكور يحتمله على الوجه الاول فوجب المصير اليه ويخص الانحراف أيضا باجماع المسلمين وباتفاق رواة مناسكه عليه السلام أنه جعل البيت عن يساره حين طاف ولاعتباره وجب ستر العورة فى الطواف فلو طاف مكشوف العورة لزم الدم ان لم يعده فالجواب لو كان الاول هو المعتبر لكان مقتضاه وجوب طهارة الثوب والبدن فيه لكنهم صرحوا بعدم وجوبها وفى البدائع أنها ليست بشرط بالاجماع فلا يفترض تحصيلها ولا يجب لكنه سنة حتى لو طاف وعلى ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم لا يلزمه شئ لكنه يكره اه فيحمل الحديث على أن التشبيه فى الثواب ويضاف ايجاب الطهارة عن الحدث الى ما أورده ابن الجوزى وايجاب ستر العورة الى قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان قال محمد رحمه الله ومن طاف تطوعا على شئ من هذه الوجوه فأحب الينا ان كان بمكة أن يعيد الطواف وان كان قد رجع الى أهله فعليه صدقة سوى الذى طاف وعلى ثوبه نجاسة هذا وماذكر فى بعض النسخ من أن فى نجاسة البدن كله الدم لا أصل له فى الرواية والله أعلم وقد يقال فلم لم تلحق الطهارة عن النجس بالطهارة عن الحدث وهو الاصل المنصوص عليه قياسا أو بستر العورة وليس هذا قياسا فى اثبات شرط بل فى اثبات الوجوب وقد يجاب بحاصل ما فى المبسوط من أن حكم النجاسة فى الثوب أخف حتى جازت الصلاة مع قليل النجاسة فى الثوب ومع كثيرها حالة الضرورة فلا يمكن بنجاسة الثوب نقصان فى الطواف وهذا يخص الفرق بطهارة الحدث دون الستر ثم أفاد فرقا بين الستر وبينه بأن وجوب الستر لاجل الطواف أخذا من قوله عليه السلام ألا لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان فبسبب الكشف يمكن

أفحش من ادخاله على الواجب (وان كان جنبا فعليه بدنة) وكلامه ظاهر وقوله (لان أكثر الشيء له حكم الكل) يعترض عليه بالمقدرات الشرعية كالصوم والصلاة ونحوهما فان الاكثر فيها لا يقوم مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه ونزيده ههنا بيانا وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس ذلك الا باقامة الاكثر مقام الكل فان الحج له فروض ثلاثة شرط وركنان وعند ما وقف فقد حصل منها اثنان وهو الشرط أعني الاحرام وأحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك وقوله (والافضل أن يعيد الطواف مادام بمكة) وجه ذلك أن فيه تحصيل الجبران بما هو من جنسه فكان (٢٤٥) أفضل وقوله (وفي بعض النسخ) يريد به نسخ المبسوط وقوله (ثم اذا أعاده) يعني طواف الزيارة وقوله (وان أعاده بعد أيام النحر) إن هذه للوصل وقوله (لا ذبح عليه) بناء على أن الطواف الاول وان كان بغير طهارة معتد به والا لزم الدم على قول أبي حنيفة بالتأخير فاذا كان معتدا به نقصان وقد أعاده لم يبق الا شبهة النقصان وهي نقصان الطواف بالحدث وهي لا توجب شيأ وقوله (وان أعاده وقد طاف جنبا) ظاهر وقوله (وان أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم) أي الشاة لان البدنة سقطت بالاعادة بالاتفاق وانما عاد الدم يلزمه على قول أبي حنيفة لتأخير الطواف عن أيام النحر على ما عرف من مذهبه أن من أخر نسكا عن وقته يجب عليه الدم وهذا الذي ذكره انما هو على اختيار أبي بكر الرازي رحمه الله في أن المعتد به من الطوافين اذا طاف الاول جنبا انما هو الثاني وأن الاول ينقسخ بالثاني اذ لو كان الاول لما لزمه دم التأخير لان الاول مؤدى في وقته بخلاف ما اذا طاف الاول محدثا فان المعتد به هو الاول لقلة النقصان فكان الثاني جابرا للنقصان الممكن فيه فان قيل فما تقول في معتمر طاف لعمرته في رمضان جنبا ثم أعاد طوافه في أشهر الحج وحج من عامه ذلك فانه لا يكون متمتعا قاله محمد رحمه الله في الكتاب ولو كان المعتد به هو الثاني لكان متمتعا أجيب بأن المعتمر لما طاف في رمضان وقع الامن عن فساد العمرة واذا أمن فسادها قبل وقت الحج لا يكون متمتعا فان قيل التحلل يحصل بالطواف الاول فيكون هو المعتد به أجيب بأن الاول مراعى لحكم التفاحش النقصان فيه فان أعاده انقسخ الاول واعتد بالثاني والا كان هو المعتد به في التحلل وقوله (ولو رجع الى أهله) ظاهر

فكان أفحش من الاول فيجبر بالدم (وان كان جنبا فعليه بدنة) كذا روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ولان الجنابة أغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف أكثره جنبا أو محدثا لان أكثر الشيء له حكم كله (والافضل أن يعيد الطواف مادام بمكة ولا ذبح عليه) وفي بعض النسخ وعليه أن يعيد والاصح أنه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا أعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان أعاده بعد أيام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان وان أعاده وقد طافه جنبا في أيام النحر فلا شيء عليه لانه أعاده في وقته وان أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة رحمه الله بالتأخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى أهله وقد طافه جنبا عليه أن يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدرا كله

نقصان في الطواف واشتراط طهارة الثوب ليس للطواف على الخصوص فلا يمكن بتركه نقصان فيه ولم يبين الجهة المشاركة للطواف في سببية المنع وأفادها في البدائع فقال المنع من الطواف مع الثوب النجس ليس لاجل الطواف بل لصيانة المسجد عن ادخاله النجاسة وصيانته عن التلويث فلا يوجب ذلك نقصا في الطواف فلا حاجة الى الجبر الا أنه نفى سببية الطواف بالكلية وقوله المنع من الطواف مع الثوب النجس اما أن يكون معناه انه لو كان منع لكان لصيانة المسجد أو أن المنع ثابت مع النجاسة ولذا تثبت الكراهة به الا أنه لا يبلغ الى الوجوب فلا ينتهض موجبا للجابر والله سبحانه أعلم ولم يكن في ظاهر الرواية تنصيص سوى على الثوب والتعليل يفيد تعميم البدن أيضا (قوله فكان أفحش) فان قيل لم اختلف الجابر في الفرض والنفل في الطواف دون الصلاة فالجواب أن الاصل أن يختلف الجابر باختلاف الجناية اعتبارا للمسبب على وزان سببه فلا يترك الا للتعذر الشرعي وقد أمكن في الحج لشرع الجابر فيه متنوعا الى بدنة وشاة وصدقة فاعتبر تفاوت الجابر بتفاوت الجناية وتعذر في الصلاة اذ لم يشرع الجابر للنقص الواقع سهوا الا السجود (قوله والاصح أنه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا) وانما لم يؤمر مطلقا كما هو تلك الرواية مع أن الطهارة في الطواف مطلقا واجبة لانه لم يتعين الطواف جابرا فان الدم والصدقة مما يجبر بهما فالواجب أحدهما غير عين واستحباب المعين أعني الطواف ليكون الجابر من جنس المجبور بخلاف ما اذا رجع الى أهله ولم يطف فان البعث بالشاة أفضل لان النقصان كان يسيرا وفي الشاة نفع للفقراء (قوله لا ذبح عليه وان أعاده بعد أيام النحر) إن هذه وصلية وعدم وجوب الشيء اذا أعاده بعد أيام النحر دليل أن العبرة للاول في الحدث والا لوجب عند أبي حنيفة رحمه الله دم للتأخير عن أيام النحر وقوله في فصل (١) الجنابة وان أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة بالتأخير أخذ منه

---

(١) قوله الجنابة بالباء الموحدة لا بالياء المثناة التحتية كما لا يخفى وقوله في الفصلين أي فصل الجنابة وفصل الحدث كذا بخط العلامة المحقق الشيخ البصراوي حفظه الله كتبه مصححه

ويعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة أجزأ لما بينا أنه جابر له الا أن الافضل هو العود ولو رجع الى أهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو أفضل لانه مخفف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة أصلا حتى رجع الى أهله فعليه أن يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء أبدا حتى يطوف (ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة) لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت وعن أبي حنيفة أنه تجب شاة الا أن الاول أصح (ولو طاف جنبا فعليه شاة) لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة (ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها فعليه شاة)

وقوله (الا أن الافضل هو العود) لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المجبور وهو الطواف وقوله (ولو رجع الى أهله) ظاهر

(قال المصنف ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة الى قوله ولو طاف جنبا فعليه شاة) أقول قال العلامة الزيلعي فان قيل فعلى هذا سوّيتم بين الواجب والنفل فانكم أوجبتم في طواف القدوم ما أوجبتم في طواف الصدر قلنا طواف القدوم يجب بالشروع فيه فاستويا اه ونحن نقول نعم الا أنه يجب بايجاب العبد فلا بد أن لا يسوّي بينه وبين ما يجب بايجاب الله تعالى على ما مر آنفا فتأمل

الرازي أن العبرة في فصل الجنابة للطواف الثاني وينفسخ الاول به وذهب الكرخي الى أن المعتبر الاول في الفصلين جميعا وصححه صاحب الايضاح اذ لا شك في وقوع الاول معتدا به حتى حل به النساء وتقرر ما علم شرعا باعتداده حال وجوده أولى واستدل الكرخي بما في الاصل لو طاف للعمرة جنبا أو محدثا في رمضان وجح من عامه لم يكن متمتعا ان أعاده في شوال أو لم يعده واعتذر عنه السرخسي في المبسوط بأنه انما لم يكن متمتعا لوقوع الامن له عن فساد العمرة فاذا أمن فسادها قبل دخول وقت الحج لا يكون بها متمتعا قال والطواف الاول كان حكمه مراعى لتفاحش النقصان فان أعاده انفسخ وصار المعتد به الثاني وان لم يعد كان معتدا به في التحلل كمن قام في صلاته ولم يقرأ حتى ركع كان قيامه ورکوعه مراعى على سبيل التوقف فان عاد فقرأ ثم ركع انفسخ الاول حتى ان من أدرك معه الركوع الثاني مدرك الركعة وان لم يعد فقرأ في الركعتين الاخريين كان الاول معتدا به وهذا بخلاف المحدث لان النقصان يسير فلا يتوقف به حكم الطواف بل بقي معتدا به على الاطلاق والثاني جابر للتمكن فيه من النقصان ولو طافت المرأة للزيارة حائضا فهو كطواف الجنب سواء اه وقول الكرخي أولى وجعل عدم التمتع في شاهده للامن عن فساد العمرة قبل أشهر الحج ليس بأولى من جعل الدم لتأخير الجابر لجعله كنفس الطواف بسبب أن النقصان لما كان متفاحشا كان تركه من وجه فيكون وجود جابره كوجوده أو نقول الواجب عليه فعل الطواف في أيامه خاليا عن النقص الفاحش الذي ينزل منزلة الترك لبعضه فباد خاله يكون موجدا لبعضه ووجب عليه البعض الآخر أعني صفة الكمال وهو تكامل الصفة وهو الطواف الجابر فوجب في أيام الطواف فاذا أخره وجب دم كما اذا أخر أصل الطواف (قوله ويرجع باحرام جديد) بناء على أنه حل في حق النساء بطواف الزيارة جنبا وهو آفاقي يريد مكة فلا بد له من احرام بحج أو عمرة وقيل يعود بذلك الاحرام حكاه الفارسي ثم اذا عاد فأحرم بعمرة يبدأ بها فاذا فرغ منها يطوف للزيارة ويلزمه دم لتأخير طواف الزيارة عن وقته وقد تقدم ولو طاف القارن طوافين وسعى سعيين محدثا أعاد طواف العمرة قبل يوم النحر ولا شيء عليه للجبر بجنسه في وقته فان لم يعد حتى طلع فجر يوم النحر لزمه دم لطواف العمرة محدثا وقد فات وقت القضاء ويرمل في طواف الزيارة يوم النحر ويسعى بعده استحبابا ليحصل الرمل والسعي عقيب طواف كامل وان لم يعد لا شيء عليه لانه سعى عقيب طواف معتد به اذ الحدث الاصغر لا يمنع الاعتداد به في الجنابة ان لم يعد فعليه دم للسعي وكذا الحائض (قوله ولو لم يطف طواف الزيارة أصلا الخ) وكذا اذا رجع الى أهله وقد ترك منه أربعة أشواط يعود بذلك الاحرام وهو محرم أبدا في حق النساء وكلما جامع لزمه دم اذا تعددت المجالس الا أن يقصد رفض الاحرام بالجماع الثاني وتقدم أوائل الفصل من ذلك شيء (قوله ومن طاف طواف الصدر الخ) ذكر في حكمه روايتين وفيه رواية ثالثة هي رواية أبي حفص أنه تجب عليه الصدقة لان طواف الجنب معتد به حتى يتحلل به الا أنه ناقص والواجب بترك طواف الصدر الدم فلا يجب بالنقصان ما يجب بالترك والجواب أن مناط وجوب الدم كمال الجناية وهو متحقق في الطواف مع الجناية فيجب به كما يجب بتركه واذا حققنا

وجوب

لان النقصان بترك الاقل يسير فأشبه النقصان بسبب الحدث فتلزمه شاة فلو رجع الى أهله أجزأه أن لا يعود

وجوب الدم بطواف القدوم جنبا ولا يلزم بتركه شئ أصلا لثبوت الجناية في فعله جنبا وعدمها في تركه فالمدار الجناية فان قلت ذكر الشيخ في الفرق بين لزوم الدم في طواف الزيارة محدثا والصدقة في طواف القدوم محدثا وان كان فيه ادخال النقص في الواجب بالشروع أنه اظهار التفاوت بين ما وجب بايجاب الله تعالى ابتداء وبين ما يتعلق وجوبه بايجاب العبد وهذا الفرق ثابت بين طواف القدوم والصدر فلم اتحد حكمهما فالجواب منع قيام الفرق فان وجوبه مضاف الى الصدر الذي هو فعل العبد كوجوب طواف القدوم بفعله وهو الشروع ولهذا لو اتخذ مكة دارا لم يجب لعدم فعل الصدر وفي المحيط لو طاف للعمرة جنبا أو محدثا فعليه شاة ولو ترك من طواف العمرة شوطا فعليه دم لانه لا مدخل للصدقة في العمرة (قوله يسير) لرجحان جانب الوجود بالكثرة وعن هذا ما ذكر من أن الركن عندنا هو الاربعة الاشواط والثلاثة الباقية واجبة لان تركها يجبر بالدم وانما يجبر به الواجب وهذا حكم لا يطلق به لانه محل النزاع اذ جبرها بالدم ممنوع عند من يخالف فيه وهم كثيرون بل جبرها به لاقامة الاكثر مقام الكل وسبب اختصاص هذه العبادة به على خلاف الصلاة والصوم اذ لا يقام الاكثر منهما مقام الكل قوله عليه السلام الحج عرفة ومن وقف بعرفات فقد تم حجه مع العلم ببقاء ركن آخر عليه وحكمنا لهذا بالامن من فساد الحج اذا تحقق بعد الوقوف ما يفسده قبله فعلمنا أن باب الحج اعتبر فيه شرعا هذا الاعتبار والطواف منه فأجرينا فيه ذلك وهذا هو الاوجه في اثبات الاقامة المذكورة وانما قلنا ان هذا الوجه أوجه لان الوجه الآخر غير منتهض وهو أن المأمور به الطواف وهو يحصل بمرة فلما فعله عليه السلام سبعا احتمل كونه تقديرا للكمال ولما لا يجزى أقل منه فيثبت المتيقن من ذلك وهو أنه شرط للكمال أو للاعتداد ويقام الاكثر مقام الكل كادراك الركوع يجعل شرعا ادراكا للركعة وكالنية في أكثر النهار للصوم تجعل شرعا في كله ولا يخفى أن المأمور به التطوف وهو أخص يقتضي زيادة تكلف وهو يحتمل كونه من حيث الاسراع ومن حيث التكثر فلما فعله عليه السلام متكثرا كان متنصصا على أحد المحتملين ثم وقوع التردد بين كونه للكمال أو للاعتداد على السواء لا يستلزم كون المتيقن كونه للكمال فانه محض تحكم في أحد المحتملين المتساويين بل في مثله يجب الاحتياط فيعتبر للاعتداد ليقع اليقين بالخروج عن العهدة وعلى اعتبار كونه للاعتداد يكون اقامة أكثر مقام كله منافيا له في التحقيق اذ كون السبع للاعتداد معناه أنه لا يجزى أقل منها واقامة الاكثر لازمه حصول الاجزاء بأقل من السبع فكيف يرتب لازما على شئ وهو منافٍ للملزوم ثم بتقديره فاثباته بالحاق مدرك الركوع والنية باطل أما ادراك الركعة بالركوع فبالشرع على خلاف القياس ولذا لم يقل باجزاء ثلاث ركعات عن الاربع قياسا وأما النية فبعد أنه من رد المختلف الى المختلف فانا نعتبر الامساكات السابقة على وجود النية متوقفة على وجودها فاذا وجدت بأن ينوي أنه صائم من أول النهار تحقق صرف ذلك الموقوف كله فقه تعالى فانما تعلقت النية بالكل لوجودها في الاكثر لا بالاكثر وكان سبب تصحيح تعلقها بالكل من غير قران وجودها بالكل الحرج اللازم من اشتراط قران وجودها للكل بسبب النوم الحاكم على ما أسلفنا ايضاحه في كتاب الصوم وليس ما نحن فيه كذلك هذا وأما الوجه الاول فهو وان كان أوجه لكنه غير سالم مما يدفع به وذلك أن اقامة الاكثر في تمام العبادة انما هو في حق حكم خاص وهو أمن الفساد والفوات ليس غير ولذا لم يحكم بأن ترك ما بقي أعني الطواف يتم معه الحج وهو مورد ذلك النص فلا يلزم جواز اقامة أكثر كل جزء منه مقام تمام ذلك الجزء وترك باقيه كما لم يجز ذلك في نفس مورد النص أعني الحج فلا ينبغي التعويل على هذا الحكم والله أعلم بل الذي ندين به أن لا يجزى أقل من السبع ولا يجبر بعضه بشئ غير أنا نستمر معهم في

وقوله (لان النقصان بترك الاقل يسير) انما كان كذلك لان جانب الوجود راجح

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء وقوله (أو أربعة أشواط منه) يعنى من طواف الصدر وقوله (ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة) يعنى لاظهار التفاوت بين ترك الاقل من طواف الصدر والاقل من طواف الزيارة والمراد بالصدقة ههنا هو أن يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة والحاصل أن أكثر طواف الصدر بمنزلة أقل طواف الزيارة فى وجوب الشاة واذا كان فى أكثره (٢٤٨) شاة فلابد أن يكون فى أقله صدقة قال (ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء)

ويبعث بشاة لما بينا (ومن ترك أربعة أشواط بقى محرما أبدا حتى يطوفها) لان المتروك أكثر فصار كأنه لم يطف أصلا (ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة) لانه ترك الواجب أو الاكثر منه ومادام بمكة يؤمر بالاعادة إقامة للواجب فى وقته (ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب فى جوف الحجر فان كان بمكة أعاده) لان الطواف وراء الحطيم واجب على ماقدمناه والطواف فى جوف الحجر أن يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد أدخل نقصانا فى طوافه فمادام بمكة أعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع (وان أعاد على الحجر) خاصة (أجزأه) لانه تلافى ماهو المتروك وهو أن يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهى الى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات (فان رجع الى أهله ولم يعده فعليه دم) لانه تمكن نقصان فى طوافه بترك ماهو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة (ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر فى آخر أيام التشريق طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند أبى حنيفة) رحمه الله (وقالا عليه دم واحد) لان فى الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفى الوجه الثانى ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف الا أنه يؤمر باعادة طواف الصدر مادام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا (ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فمادام بمكة يعيدهما ولا شئ عليه) أما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث وأما السعى فلانه تبع للطواف واذا أعاده ما لا شئ عليه لارتفاع النقصان (وان رجع الى أهله قبل أن يعيد فعليه دم) لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن اذ النقصان يسير

ما ذكر من المسئلتين والفرق بينهما واضح وفائدة نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة سقوط البدنة عنه وههنا أصل وهو أن كل من وجب عليه طواف وأتى به فى وقته وقع عنه سواء نواه بعينه أو لم ينوه أو نوى به طوافا آخر فالمحرم اذا دخل مكة فطاف ولم ينو شيأ أو نوى التطوع فان كان معتمرا وقع عن العمرة وان كان حاجا وقع عن طواف القدوم وان كان قارنا كان الطواف الاول للعمرة ثم مابعده للحج سواء نوى التطوع أو طوافا آخر وانما كان كذلك لان الاحرام قد انعقد لأدائه فاذا أتى به وقع عن المستحق ولم يتغير بنيته كما اذا سجد ينوى به تطوعا لم يتغير بنيته ووقعت السجدة عما هو مستحق عليه وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة الى قوله ومادام بمكة يؤمر بالاعادة وقوله (ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء) واضح وقوله (وأما السعى) يعنى انما يعيد السعى وان لم يفتقر الى الطهارة لعدم ورود ما ورد فى الطواف من النص فيه لكونه تابعا للطواف لانه لا يعد قربة بدون الطواف كن

النقرير على أصلهم هذا (قوله ويبعث بشاة) يعنى عن الباقى من طواف الزيارة وبشاة أخرى لترك طواف الصدر وهذا لان بعث الشاة لترك بعض طواف الزيارة لا يتصور الا اذا لم يكن طاف للصدر فانه لو طاف للصدر انتقل منه الى طواف الزيارة ما يكمله ثم ينظر فى الباقى من طواف الصدر ان كان أقله لزمه صدقة له والا فدم ولو كان طاف للصدر فى آخر أيام التشريق وقد ترك من طواف الزيارة أكثره كمل من الصدر ولزمه دمان فى قول أبى حنيفة دم لتأخير ذلك ودم آخر لترك كأكثر الصدر وان كان قد ترك أقله لزمه للتأخير دم وصدقة للمتروك من الصدر مع ذلك الدم وجملته أن عليه فى ترك الاقل من طواف الزيارة دما وفى تأخير الاقل صدقة وفى ترك الاكثر من طواف الصدر دم وفى ترك أقله صدقة ومبنى هذا النقل ما تقدم من أن طواف الزيارة ركن عبادة والنية ليست بشرط لكل ركن الا أنه يستقل عبادة فى نفسه فشرط له نية أصل الطواف دون التعيين فلو طاف فى وقته ينوى النذر أو النفل وقع عنه كما لو نوى بالسجدة من الظهر النفل لغت نيته ووقعت عن الركن وان توالى الاشواط ليس بشرط لصحة الطواف

(قال المصنف فان رجع الى أهله ولم يعده فعليه دم) أقول فى شرح الكنز ولو عاد الى أهله ولم يعد الطواف يلزمه دم فى الفرض لان ترك شوط منه يوجب الدم وهذا أولى لانه قريب من الربع وان كان فى الواجب ينبغى أن تجب فيه الصدقة على ماقدمناه اه فعلى هذا يكون الواجب فى قول المصنف ومن طاف الطواف الواجب بمعنى الفرض

وليس عليه فى السعى شئ لانه أتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا أعاد الطواف ولم يعد السعى فى الصحيح

كمن خرج من الطواف لتجديد وضوء ففعل ثم رجع بنى (قوله وليس عليه لترك السعى شئ) عطف على قوله فعليه دم والمراد ليس عليه لترك جابر السعى شئ أى لا يجب باعتبار مجرد السعى محدثا شئ لانه لا تجب الطهارة فيه بل الواجب فيه الطهارة فى الطواف الذى هو عقيبه وقد جبر ذلك بالدم اذ فوت وقدمنا أن شرط جواز السعى كونه بعد أكثر طواف والله أعلم ومافى البدائع من قوله لا يشترط له الطهارة لانه نسك غير متعلق بالبيت الا أنه يشترط أن يكون الطواف على طهارة من الجنابة والحيض الى أن قال والحاصل أن حصول الطواف على الطهارة عن الحيض والجنابة من شرائط جواز السعى تساهل وهذا بالاتفاق بخلاف ما اذا أعاد الطواف وحده ذكر فيه الخلاف وصحح عدم الوجوب وهو قول شمس الائمة والمحبوبى وذهب كثير من شارحى الجامع الصغير الى وجوب الدم بناء على انفساخ الاول بالثانى والا كانا فرضين أو الاول فلا يعتد بالثانى ولا قائل به فيلزم كون المعتبر الثانى فحينئذ وقع السعى قبل الطواف فلا يعتد به بخلاف ما اذا لم يعد فانه لا يوجب انفساخ الاول والجواب منع الحصر بل الطواف الثانى معتد به جابرا كالدم والاول معتد به فى حق الفرض وهذا أسهل من الفسخ خصوصا وهو نقصان بسبب الحدث الاصغر ومن واجبات الطواف ستر العورة والمشى وأن لا يكون منكوسا بأن يجعل البيت عن يمينه لا يساره وكلها واوان تقدم ذكرها لكن لا فصدا بل فى ضمن التعاليل أما الستر فلما تقدم من قوله عليه السلام ألا لا يطوفن بهذا البيت بعد العام مشرك ولا عريان وأما المشى فلان الراكب ليس طائفا حقيقة بل الطائف حقيقة مركوبه وهو فى حكمه اذ كان حركته عن حركة المركوب وطوافه عليه السلام راكبا فيما ركب فيه قدمنا ما روى فيه من كلام الصحابة أنه كان ليظهر فيقتدى بفعله وهذا عذر أى عذر فانه كان مأمورا بتعليمهم وهذا طريق ما أمر به فيباح له ونحن نقول اذا ركب من عذر فلا شئ عليه والا أعاده وان لم يعده لزمه دم وكذا اذا طاف زحفا ولو نذر أن يطوف زحفا وهو قادر على المشى لزمه أن يطوف ماشيا لانه نذر العبادة بوجه غير مشروع فلغت وبقى النذر بأصل العبادة كما اذا نذر أن يطوف للحج بلا طهارة ثم ان طاف زحفا أعاده فان رجع الى أهله ولم يعده فعليه دم لانه ترك الواجب كذا ذكر فى الاصل وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه اذا طاف زحفا أجزأه لانه أدى ما أوجب على نفسه كمن نذر أن يصلى فى أرض مغصوبة أو يصوم يوم النحر فانه يجب عليه أن يصلى فى موضع آخر ويصوم يوما آخر ولو صلى فى المغصوبة أو صام يوم النحر أجزأه وخرج عن عهدة النذر كذا هذا هكذا حكى فى البدائع وسوقه يقتضى أن المذكور فى شرح القاضى مخالف لما فى الاصل وليس كذلك الا لو صرح بنفى الدم وهو لم يذكر سوى الاجزاء ومافى الاصل لا ينفيه ولو كان خلافا كان مافى الاصل هو الحق لان الاصل أن العبادة متى شرع فيها جابر لتفويت شئ من واجباتها ففوت وجب الجبر وان كان لو لم يجبر صحت كالصلاة بالسجود فى السهو وبالاعادة فى العمد فقد قلنا كل صلاة أديت مع كراهة التحريم يجب اعادتها وباب الحج مما تحقق فيه ذلك فيجب الجبر أولا بجنسه اذا فوت واجبه فان لم يعد وجب الجابر الآخر وهو الدم بخلاف الصوم فانه لم يتحقق فيه جبر وبخلاف الصلاة فى الارض المغصوبة فان عدم حل الصلاة فيها ليس من واجبات الصلاة بل الواجب عدم الكون فيها مطلقا فى الصلاة وغيرها وأما جعل البيت عن يساره فاختلف فيه والاصح الوجوب بفعله عليه السلام كذلك على سبيل المواظبة من غير ترك فى الحج وجميع عمره مع ما ذكرنا أن ما فعله عليه السلام فى موضع التعليم يحمل على الوجوب الى أن يقوم دليل على عدمه خصوصا اقتران ما فعله فى الحج بقوله خذوا عنى مناسككم فعليه أن يعيد فان لم يعد حتى رجع الى أهله لزمه دم وأما الافتتاح من الحجر ففى ظاهر الرواية هو سنة يكره تركها وذكر محمد فى الرقيات لا يعتد بذلك الشوط الى أن يصل الى الحجر فيعتبر ابتداء الطواف منه وقدمنا فيما

وقوله (وليس عليه فى السعى شئ) معطوف على قوله فعليه دم وقوله (وكذا اذا أعاد الطواف ولم يعد السعى) يعنى ليس عليه شئ وقوله (فى الصحيح) احتراز عما قال بعض المشايخ اذا أعاد الطواف ولم يعد السعى كان عليه دم لانه لما أعاد الطواف فقد نقض الطواف الاول فاذا انتقض ذلك حصل السعى قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعى فيجب عليه الدم ووجه الصحيح وهو اختيار شمس الائمة السرخسى والامام المحبوبى والمصنف رحمهم الله أن الطهارة ليست بشرط فى السعى وانما الشرط فيه أن يكون على اثر طواف معتد به وطواف المحدث كذلك ولهذا يتحلل به فاذا أتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود فان أعاد تبعا للطواف فهو أفضل والا فلا شئ عليه

وقوله (ومن ترك السعي) ظاهر وقوله (ومن أفاض قبل الامام من عرفات فعليه دم) قال في النهاية كان من حق الرواية أن يقال ومن أفاض قبل غروب الشمس فعليه دم لما أن المحظور عليه الافاضة قبل غروب الشمس وأقول قوله هذا يستلزم ذلك لان الاستدامة اذا كانت واجبة الى غروب الشمس فالافاضة قبل الامام لا تكون الا قبل الغروب لان الظاهر أن الامام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة وقوله (بخلاف ما اذا وقف ليلا) متصل (٣٥٠) بقوله ولنا أن الاستدامة الى غروب الشمس واجبة فان قيل قوله عليه السلام من وقف بعرفة بليل أو نهار فقد أدرك الحج يقتضي أن لا يكون الامتداد شرطا لا في الليل ولا في النهار فكيف جعلتم شرطا في النهار دون الليل قلت ترك ظاهره في حق النهار بقوله صلى الله عليه وسلم فادفعوا بعد غروب الشمس فبقي الليل على ظاهره (وان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية) وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه يسقط عنه الدم لانه استدرك ما فاته لان الواجب عليه الافاضة بعد الغروب وقد أتى به فكان كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد الى الميقات وأحرم وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المتروك لا يصير مستدركا معناه أن المتروك سنة الدفع مع الامام وذلك ليس بمستدرك بعوده وحده لاستحالة واذا عاد قبل غروب الشمس حتى أفاض مع الامام بعد غروبها فقد اختلفوا فيه فمنهم من قال لا يسقط عنه الدم لان استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها فبقي عليه الدم ومنهم من قال يسقط لانه استدرك سنة الدفع مع الامام

(ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وجه تام) لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد (ومن أفاض قبل الامام من عرفات فعليه دم) وقال الشافعي رحمه الله لا شئ عليه لان الركن أصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شئ ولنا أن الاستدامة الى غروب الشمس واجبة لقوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب

سلف أنه ينبغي أن يكون واجبا اذ لا فرق بينه وبين جعل البيت عن يساره في الدليل وجعل البيت عن يسار الطائف واجب فكذا ابتداء الطواف من الحجر واجب البتة (قوله ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وجه تام) لان السعي من الواجبات عندنا وقد تقدم نصب الخلاف فيه مع الشافعي وغيره وأقمنا دليل الوجوب وأبطلنا ما جعله دليلا للركنية فارجع اليه في أثناء باب الاحرام قال في البدائع واذا كان السعي واجبا فان تركه لعذر فلا شئ عليه وان تركه لغير عذر لزمه دم لان هذا حكم ترك الواجب في هذا الباب أصله طواف الصدر وأصل ذلك ما روي عنه عليه السلام أنه قال من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للحيض فأسقطه للعذر وعلى هذا الزام الدم في الكتاب بترك السعي يحمل على عدم العذر وكذا يلزم الدم بترك أكثره فان ترك ثلاثة أشواط منه لزمه صدقة أي يطعم لكل شوط مسكينا نصف صاع من بر أو قيمته الا أن يبلغ ذلك دما فهو بالخيار وكما يلزم بتركه الدم فكذلك يلزم بركوبه فيه من غير عذر الا ان ركب لعذر وتقدم في الهداية أن في ترك الوقوف بمزدلفة لغير عذر دما لا لعذر (قوله ومن أفاض قبل الامام) قد تركنا مواضع من هذا الفصل لانها مفصلة واضحة في الكتاب فتراجع فيه ثم الأولى أن يقول قبل أن تغرب الشمس لانه المدار الا أن الافاضة من الامام لما لم تكن قط الا على الوجه الواجب أعني بعد الغروب وضع المسئلة باعتبارها وأشار في الدليل الى خصوص المراد بقوله ولنا أن الاستدامة الى غروب الشمس واجبة والحديث الذي ذكره وهو قوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس غريب ولا شهرة في أنه عليه السلام دفع بعد غروب الشمس ويمكن أن يقال كل ما وقع من قوله عليه السلام في الحج يحمل على الوجوب الا أن يقوم دليل خلافه لقوله عليه السلام خذوا عني مناسككم وأيضا ما تقدم من حديث الحاكم عن المسور خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أما بعد فان أهل الشرك كانوا يدفعون من هذا الموضع اذا كانت الشمس على رؤس الجبال مثل عمائم الرجال في وجوهها وانا ندفع بعد أن تغيب فان هذا السوق يفيد الوجوب بأدنى تأمل فيه ومسائل الافاضة قبل الغروب ذكرناها في بحث الوقوف بعرفة فارجع اليها تستغن عن اعادتها هنا وقوله في ظاهر الرواية يحترز به عما قدمناه هنالك من رواية ابن شجاع (قوله واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب) ذكر الكرخي أنه يسقط

(قوله فالافاضة قبل الامام لا تكون الا قبل الغروب) أقول يجوز أن يفيض بعد الغروب قبل الامام اذ لا يجب على الامام أن يفيض مع الغروب بحيث لا يتخلل بين افاضته والغروب زمان تامع أنه لا يلزم على ذلك المفيض بعد الغروب قبل الامام شئ ومقتضى ظاهر الكتاب أن يلزمه فليراد صاحب النهاية على حاله (قوله قلت ترك ظاهره الخ) أقول لا نسلم ذلك فان ادراك الحج غير مشروط بالاستدامة بل المشروط بها تمامه فليس ظاهره متروكا فتأمل (قوله أن المتروك سنة الدفع مع الامام) أقول بل واجب الدفع بعد الغروب وانما قال سنة الدفع لان وجوبه ثابت بها وقوله مع الامام بمعنى بعد الغروب على ما أسلفه

قال (ومن ترك الوقوف بالمزدلفة) قد تقدم أن الوقوف بالمزدلفة ورمي الجمار من الواجبات فاذا تركهما يجب عليه الدم لكن اذا ترك رمي الجمار في الايام كلها وهي أربعة أيام نحر خاص وتشريق خاص ويومان بينهما نحر وتشريق يكفيه دم واحد وقال بعض المشايخ يلزمه بترك رمي كل يوم دم لان الجنايات وان كانت جنسا واحدا لكن في مجالس مختلفة فكان كمن قص أظافير يديه ورجليه في مجالس مختلفة كما تقدم ووجه ما في الكتاب ماذكره فيه بقوله (لان الجنس متحد) وكل ما كان كذلك لا تتعدد فيه الكفارة (كما في الحلق) فانه ان حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد وان كان يلزم دم واحد لو اقتصر على حلق الرأس أو ربعه وقوله (والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي) جواب ما قال ذلك البعض من المشايخ أن المجالس مختلفة ووجه ذلك أن أيام الرمي كلها زمان واحد للرمي فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس (لانه لم يعرف قربة الا فيها) على خلاف القياس فلا يتحقق الترك مادام فيها كالتضحية في أيام النحر (فيرميها على التأليف) أي على الترتيب الذي شرع مادامت الايام باقية بخلاف قص الاظافير فان تركه ليس بموقت بزمان (٢٥١) فيتحقق فيه اختلاف المجلس (ثم بتأخيرها عن هذه الايام (يجب الدم) وهو شاة (عند أبي حنيفة خلافا لهما واذا ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام) فان قيل هذا بظاهره يدل على أنه اذا نفر النفر الاول يجب عليه دم لانه ترك رمي يوم وليس كذلك فانه مخير بين الاقامة والنفر وذلك آية التطوع فكيف يجب عليه دم أجيب بأن التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع فأما اذا طلع فقد وجب عليه الاقامة والرمي فلو ترك وجب عليه الدم فكان كالتطوع يخير فيه قبل الشروع ويجب بعده وقوله (ومن ترك رمي احدى الجمار) مبناه على أن ما كان نسك يوم فتركه يوجب الدم وما كان بعضه الاقل فتركه يوجب الصدقة فعلى هذا اذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه دم وان تركها في بقية الايام يلزمه صدقة وهذا اذا لم يقضه في أيام الرمي فأما اذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند أبي حنيفة رحمه الله وقوله (فكان المتروك أقل) يعني اذا ترك رمي احدى الجمار لان المتروك حينئذ سبع حصيات والمأتي به أربع عشرة حصاة وقوله (الا أن يكون المتروك أكثر من النصف) استثناء منقطع من قوله ومن ترك رمي احدى الجمار أي لكن اذا ترك أكثر من رمي احدى الجمار وبلغ المتروك أكثر من النصف مثل أن ترك احدى عشرة حصاة ورمى عشر حصيات (فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر) والاكثر يقوم مقام الكل وقوله (لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا) نصب رميا على التمييز لان فيه وظائف غيره كالذبح والحلق والطواف فلو اقتصر على قوله لانه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي وقوله (وكذا اذا ترك الاكثر منها) أي من جمرة العقبة وقوله (الا أن يبلغ دما) استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع يعني اذا بلغ قيمة ما تصدق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ (ينقص من الدم ماشاء) حتى لا يلزم التسوية بين الاقل والاكثر وقوله (لان المتروك هو الاقل) دليل قوله تصدق

(ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم) لانه من الواجبات (ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم) لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها ومادامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند أبي حنيفة خلافا لهما (وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم) لانه نسك تام (ومن ترك رمي احدى الجمار الثلاث فعليه الصدقة) لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك أقل الا أن يكون المتروك أكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر (وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم) لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها (وان ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع الا أن يبلغ دما فينقص ما شاء) لان المتروك هو الاقل فتكفيه الصدقة

يسقط لان الواجب الافاضة بعد الغروب وقد وجد وتقدم ما عليه وجوابه وأنه الحق فارجع اليه (قوله كما في الحلق) حيث يجب دم واحد بحلق شعر كل البدن في مجلس واحد لاتحاد الجناية باتحاد الجنس فكذا ترك رمي الجمار في كل الايام يلزمه به دم واحد (قوله والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي) وهو آخر أيام التشريق وهو اليوم الثالث عشر من ذي الحجة ولا يبقى في ليلة الرابع عشر بخلاف الليالي التي تلو الايام التي قبلها وتقدم بيان ذلك في بحث الرمي وقوله فيرميها على التأليف يعني على الترتيب كما كان يرتب الجمار في الاداء * واعلم أن اطلاق إلزام الدم والصدقة بترك الرمي على الاتفاق فيما اذا لم يقضه أما ان قضى رمي اليوم الاول في الثاني أو الثالث أو الثاني في الثالث فالايجاب على قول أبي حنيفة رحمه الله لا على قولهما لان تأخير النسك وتقديمه غير موجب عندهما شيأ (قوله الا أن يكون المتروك أكثر من النصف) بأن يترك احدى عشرة حصاة في غير اليوم الاول وأربع حصيات من جمرة العقبة في يوم النحر وتفاصيل مسائل الرمي ظاهرة من الكتاب وتقدم شئ منها في بحث الرمي فلا نعيده

(قوله وقوله الا أن يكون المتروك أكثر من النصف استثناء منقطع الخ) أقول فيه بحث

قال (ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر) هذا بناء على ما تقدم أن أبا حنيفة يوجب الدم بالتأخير خلافا لهما وقوله (وكذا الخلاف في تأخير الرمي) أي في تأخير رمي جمرة العقبة عن يوم النحر وتأخير رمي الجمار من اليوم الثاني الى الثالث أو من الثالث الى الرابع وقوله (وفي تقديم نسكه على نسكه) أي وكذا الخلاف في تقديم نسكه على نسكه (كالحلق قبل الرمي) سواء كان مفردا أو غيره (ونحر القارن) والمتمتع (قبل الرمي وحلق القارن) والمتمتع (قبل الذبح) وانما خص القارن بذلك لان المفرد اذا ذبح قبل الرمي أو حلق قبل الذبح فانه لا شيء عليه لان تأخير النسك لا يتحقق في حقه ههنا لكون الذبح غير واجب عليه فان قيل تقديم نسكه على نسكه يستلزم تأخير نسكه عن نسكه فكان في كلامه تكرار فالجواب أنه أراد بالتأخير ما يكون بحسب الايام وبالتقديم ما يكون بحسب الآنات في يوم واحد فلا تكرار (لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء) وهو ظاهر وكل ما هو مستدرك بالقضاء لا يجب فيه شيء غيره بالاستقراء في أحكام الشرع (ولابي حنيفة حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم) فان قيل ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه صلى الله عليه وسلم وقف للناس بمنى يسألونه فجاء رجل وقال نحرت قبل الرمي فقال عليه الصلاة والسلام افعل ولا حرج فما سئل عليه السلام عن شيء قدم أو أخر الا قال افعل ولا حرج وذلك دليل واضح على أن لا شيء في التقديم والتأخير فالجواب أنه متروك الظاهر لانه يدل على ترك القضاء أيضا ويجوز أن يكون السائل مفردا وتقديم الذبح على الرمي لا يوجب عليه شيأ كما ذكرنا وكذا غير ذلك مما ذكر ويجوز أن يكون مما ليس بمؤقت فلا يوجب التأخير فيه شيأ سلمناه ولكن يكون معارضا بما روينا من حديث ابن مسعود وقيل الصحيح أن راويه ابن عباس رضي الله عنهما فيصار الى ما بعده ما والقياس معنا على ما ذكر في الكتاب بقوله (ولان التأخير عن المكان رضي يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام) فان الحاج اذا جاوز الميقات بغير احرام ثم أحرم وجب عليه الدم (فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان) بجامع تمكن نقصان التأخير فيهما فان قيل معهما أيضا قياس وهو القياس على سائر ما يستدرك من العبادات بالقضاء فكان قياسكم في حيز التعارض فالجواب أن قياسنا مرجح بالاحتياط فان فيه الخروج عن العهدة بيقين وقوله (وان حلق في أيام النحر) ظاهر (قال المصنف رحمه الله ذكر محمد في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر) أنه لا شيء عليه (ولم يذكره في الحاج) اذا حلق خارج الحرم

(ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة وكذا اذا أخر طواف الزيارة) حتى مضت أيام التشريق (فعليه دم عنده وقالا لا شيء عليه في الوجهين) وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسكه على نسكه كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم ولان التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان (وان حلق في أيام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد) رحمهما الله تعالى (وقال أبو يوسف) رحمه الله (لا شيء عليه) قال رضي الله عنه ذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج

وارجع اليه (قوله وكذا اذا أخر طواف الزيارة) يعني عن أيام النحر بخلاف ما اذا أخر السعي عن طواف الزيارة حتى مضت أيام النحر لا شيء عليه لانه أتى به بعده (قوله كالحلق قبل الرمي الخ) وفي موضع ان رمى قبل أن يطوف ورجع الى أهله فعليه دم بالاتفاق وليس على الحائض لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر شيء بالاتفاق للعذر حتى لو طهرت في آخر أيام النحر ويمكنها أن تطوف قبل الغروب أربعة أشواط فلم تفعل كان عليها الدم لا إن أمكنها أقل منها ولو طاف قبل الرمي يقع معتدا به وان كان مسنونا بعد الرمي (قوله لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء الخ) ولهما أيضا من المنقول ما في الصحيحين أنه عليه السلام وقف في حجة الوداع فقال رجل يا رسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح قال اذبح ولا حرج وقال آخر يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي قال ارم ولا حرج فما سئل يومئذ عن شيء قدم ولا أخر الا قال افعل ولا حرج والجواب أن نفي الحرج يتحقق بنفي الاثم والفساد فيحمل عليه دون نفي الجزاء فان في قول القائل لم أشعر ففعلت ما يفيد أنه ظهر له بعد فعله أنه ممنوع من ذلك فلذا قدم اعتذاره على سؤاله والا لم يسأل أو لم يعتذر لكن قد يقال يحتمل أن الذي ظهر له مخالفة ترتيبه لترتيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فظن أن ذلك الترتيب متعين فقدم ذلك الاعتذار وسأل عما يلزمه به فبين عليه الصلاة والسلام في الجواب عدم تعينه عليه بنفي الحرج وأن ذلك الترتيب مسنون لا واجب والحق أنه يحتمل أن يكون كذلك وأن يكون الذي ظهر له كان هو الواقع الا أنه عليه السلام عذرهم للجهل وأمرهم أن يتعلموا مناسكهم وانما عذرهم بالجهل لان الحال كان اذ ذاك في ابتدائه واذا احتمل كلا منهما فالاحتياط اعتبار التعيين والاخذ به واجب في مقام الاضطراب فيتم الوجه لابي حنيفة ويؤيده ما نقل عن ابن مسعود

(قوله فكان في كلامه تكرار) أقول فيه بحث اذ لا يلزم التكرار لظهور أن المراد في تقديم نسكه على نسكه سوى ما ذكر أولا ولم يكتف بهذا مع امكان الاكتفاء بعمومه جميع ما ذكر ارادة التفصيل والتوضيح

(فقيل) انما لم يذكره لانه (بالاتفاق) في وجوب الدم (لان السنة جرت في الحج بأن يكون الحلق بمنى وهو من الحرم) فبتركه يلزم الجابر (والاصح أنه على الخلاف) عندهما يجب الدم وعند أبي يوسف لا يجب شئ ووجه الجانبين على ماذكر في الكتاب واضح وقوله (فالحاصل أن الحلق) يعني في الحج (يتوقت بالمكان والزمان) أي بيوم النحر والحرم (عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان) وانما قلنا يعني في الحج لان الحلق في العمرة لا يتوقت بالزمان بالاجماع فان قيل اذا كان مؤقتا بهما كان كالوقوف فينبغي أن لا يعتد به اذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة أو طاف بغير البيت فالجواب أن محل الفعل هو الرأس دون الحرم ولكنه جاز بالتأخير عن مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتأخير عن وقته بخلاف ماذكرتم من الوقوف والطواف فان محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالخروج عنهما يتبدل المحل فلا يجوز وجه قول (٢٥٣) أبي حنيفة على اختصاصه بالمكان قد علم من

قيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح أنه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما أن الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلاة فانه من واجباتها وان كان محللا فاذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم أما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان أصل العمرة لا يتوقت به

رضي الله عنه من قدم نسكا على نسك فعليه دم بل هو دليل مستقل عندنا وفي بعض النسخ ابن عباس وهو الاعرف رواه ابن أبي شيبة عنه ولفظه من قدم شيأ من حجه أو أخره فليهرق دما وفي سنده ابراهيم بن مهاجر مضعف وأخرجه الطحاوي بطريق آخر ليس ذلك المضعف حدثنا ابن مرزوق حدثنا الخصيب حدثنا وهيب عن أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مثله قال فهذا ابن عباس أحد من روى عنه عليه السلام افعل ولا حرج لم يكن ذلك عنده على الاباحة بل على أن الذي فعلوه كان على الجهل بالحكم فعذرهم وأمرهم أن يتعلموا مناسكهم ومما استدل به قياس الاخراج عن الزمان بالاخراج عن المكان وأما الاستدلال بدلالة قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية الآية فان ايجاب الفدية للحلق قبل أوانه حالة العذر يوجب الجزاء مع عدم العذر بطريق أولى فتوقف على أن ذلك التأفيت الصادر عنه عليه السلام بالقول كان لتعينه لا لاستنانه ونص المصنف على صور التقديم والتأخير يغني عن ذكر نالها وتخصيص القارن في قوله ونحر القارن قبل الرمي ليس بلازم بل المتمتع مثله وذلك لان ذبحه واجب بخلاف المفرد (قوله قيل هو بالاتفاق) أي الاتفاق على لزوم الدم للحاج لان التوارث من لدن النبي عليه السلام وجميع الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المسلمين جرى على الحلق في الحج في الحرم من منى وهو احدى النسكين (قوله فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان) وهو أيام النحر (والمكان) وهو الحرم (عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد بالمكان لا الزمان وعند زفر عكسه وهذا الخلاف في التضمين بالدم لا في التحلل) يعني أنه لا خلاف في أنه في أي مكان أو زمان أتى به يحصل به

قوله ولهما أن الحلق لما جعل محللا الخ وأما على اختصاصه بالزمان فلان الحلق للتحلل وهذا بالاتفاق وكل ما هو كذلك يوقت بالزمان كالطواف ووجه قول أبي يوسف أما على عدم اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله هو بقول الحلق غير مختص بالحرم الخ وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو أن الحلق الذي هو نسك في أوانه بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل أوانه فكما أن ذلك لا يختص بزمان فكذلك هذا ولو أردت أن تجعله دليلا للشقين قلت فكما أن ذلك لا يختص بزمان ومكان فكذلك هذا اذ لو كان مختصا بهما لما وقع معتدا به في غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة وقد عرفت جواب ذلك آنفا ووجه قول محمد أما على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولهما أن الحلق الخ وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل أبي يوسف على عدم اختصاصه بالزمان ووجه قول زفر أن التحلل عن الاحرام معتبر بابتداء الاحرام وابتداؤه موقت بالزمان حتى كره تقديم احرام الحج على أشهره دون المكان حتى جاز أن يحرم من حيث شاء قبل الميقات فكذلك التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان فلو أخر عن أيام النحر لزمه الدم ولو خرج من الحرم ثم حلق لم يلزمه شئ وقوله (وهذا الخلاف) أي ماذكرنا بين علمائنا في التوقيت (انما هو في حق التضمين بالدم وأما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق) وقوله (لان أصل العمرة لا يتوقت به)

(قال المصنف فالحاصل أن الحلق يتوقت) أقول يجوز أن يكون من قبيل علفتها تبنا وماء باردا فان التوقت لا يكون بالمكان بل بالزمان ويجوز أن يراد بالتوقت التعين مجازا (قوله فالجواب أن محل الفعل هو الرأس الخ) أقول فيه بحث فان محل الفعل في الذبح هو الهدى ولا يجوز في خارج الحرم كما سيجيء في باب الهدى ولعل قول المصنف وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين الخ يكفي مؤنة الجواب

أي بالزمان فان ركنها الطواف وهو غير موقت بزمان وفيه نظر لانها في أيام النحر مكروهة فكانت موقتة والجواب أن كراهتها فيها ليست من حيث انها موقتة بغيرها بل باعتبار أنه مشغول بأفعال الحج فيها فلو اعتمر فيها لربما أخل بشيء من أفعاله فكرهت لذلك وقوله (بخلاف المكان لانه موقت به) متصل بقوله غير موقت بالزمان واليه ذهب صاحب النهاية ويكون معناه لانه مؤقت به عند أبي حنيفة ومحمد بناء على ما تقدم من الاصح ويجوز أن يكون متصلا بقوله لان أصل العمرة لا يتوقت به أي بالزمان بخلاف المكان لانه أي أصل العمرة يتوقت به فلا حاجة الى تأويل (فان لم يقصر المعتمر الذي خرج من الحرم حتى رجع الى الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه في قولهم جميعا لانه أتى به في مكانه فلا يلزمه ضمان) ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التأخير عند أبي حنيفة رحمه الله وقوله (فان حلق القارن قبل أن يذبح) يعني اذا قدم القارن الحلق على الذبح (فعليه دمان عند أبي حنيفة دم للقران ودم بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد) وهو دم القران (ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا) أن التأخير عنده يوجب الدم خلافا لهما هذا تقرير المسئلة على ما عليه أصل رواية الجامع الصغير فان محمدا قال فيه قارن حلق قبل أن يذبح قال عليه دمان دم القران ودم آخر لانه حلق قبل أن يذبح يعني على قول أبي حنيفة وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له لانه قال عليه دم بالحلق في غير أوانه لان أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق وهذا كما ترى يشير الى أنهما دما جناية ولم يذكر دم القران (٢٥٤) وقال وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول يعني الذي يجب بالحلق في غير أوانه لانه لم يذكر أولا سواه ولم يذكر أيضا دم القران ومع عدم مطابقته فهو مناقض لقوله قبل هذا وقالا لا شيء عليه في الوجهين جميعا الى أن قال والحلق قبل الذبح وعلى هذا كان الحق أن يقول فعليه دمان عند أبي حنيفة دم للقران ودم بتأخير الذبح فكأنه سهو وقع منه أو من الكاتب ولا عيب في السهو على الانسان فان قيل قد وقع في عبارة بعض المشايخ دم القران واجب اجماعا ودم آخر بسبب الجناية على الاحرام لان الحلق لا يحل الا بعد الذبح واجب أيضا اجماعا ودم آخر عند أبي حنيفة بسبب تأخير الذبح عن الحلق فيجوز أن يكون المصنف بالحلق

بخلاف المكان لانه موقت به قال (فان لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا) معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه أتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه (فان حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان) عند أبي حنيفة رحمه الله دم بالحلق في غير أوانه لان أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا

التحلل بل الخلاف في أنه اذا حلق في غير ما توقت به يلزم الدم عند من وقته ولا شيء عليه عند من لم يوقته ثم هو أيضا في حلق الحاج أما المعتمر فلا يتوقت في حقه بالزمان بالاتفاق بل بالمكان عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف لابي يوسف ومحمد في نفي توقته بالزمان ما روي أنه عليه السلام قال اذبح ولا حرج لمن قال حلقت قبل أن أذبح فدل على أنه غير موقت به وتقدم الجواب عن هذا ولابي يوسف وزفر في نفي توقته بالمكان حلقه عام الحديبية بها وهي من الحل ولا فرق بين العمرة والحج في هذا الحكم بالاتفاق والجواب ما ذكر في الكتاب من أن بعض الحديبية من الحرم فيجوز كون الحلق كان فيه فلا حجة الا أن ينقل صريحا أن الحلق كان في البعض الذي هو حل مع ما روي أنه عليه السلام نزل بالحديبية في الحل وكان يصلي في الحرم فالظاهر أنه لم يحلق في الحل وهو بسبيل من أن يحلق في الحرم فيبقى التوارث الكائن في الزمان والمكان خاليا عن المعارض وكذا ما قدمناه آنفا من قول ابن عباس في الزمان ثم يلحق به المكان (قوله فان لم يقصر حتى رجع) متصل بقوله فخرج من الحرم وقصر غير أنه فصل بالتقرير ونقل الاصل الخلافي (قوله وان حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله دم

(قوله وفيه نظر لانها في أيام النحر مكروهة فكانت موقتة) أقول فيه أنها اذا كانت جائزة فيها لا تخرج من أن تكون وقتها (قوله وقوله بخلاف المكان الى قوله واليه ذهب صاحب النهاية ويكون معناه لانه موقت به عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بناء على ما تقدم من الاصح ويجوز أن يكون متصلا الخ) أقول أنت خبير بأنه ينبغي أن يكون المعنى على ما أفاده صاحب النهاية فان المصنف لما بين الاختلاف في توقت الحلق في الحج بالزمان والمكان أراد أن يبين حال توقته في العمرة بهما وعلى ما ذكره الشارح يبقى توقته بالمكان متروك الذكر هنا فتأمل (قال المصنف فان حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله دم بالحلق في غير أوانه الخ) أقول قال الاتقاني قد خبط صاحب الهداية لانه جعل الدمين جميعا هنا للجناية وجعل في باب القران أحدهما للشكر والآخر للجناية اه ولقائل أن يقول لا خبط اذ الواجب هناك دم الجناية على الاحرام بالحلق في غير أوانه وأما في تأخير الذبح فهو مرخص لا يجب به الدم عنده اذ الفرض أنه لم يقدر على الهدي ولهذا لم ينقل هناك الخلاف بين أئمتنا ولو كان الواجب دم جناية التأخير لكان لهما خلاف كما لا يخفى فان قلت فكذلك في الجناية على الاحرام قلت نعم ولكن بالكفارة كما في اليمين على المعصية وأما التأخير فانه لما كان محل الاختلاف كان أدون وأمره أهون فتأمل (قوله وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له) أقول بل مطابق له على رواية الصدر الشهيد (قوله ومع عدم مطابقته فهو مناقض الخ) أقول لا مناقضة اذ المنفي فيما سبق دم التأخير والذي أثبته هنا دم الجناية على الاحرام فتأمل (قوله ودم آخر الى قوله واجب أيضا) أقول

قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران من الجانبين وانما ذكر الآخر وأشار اليه بقوله وهو الاول وذكر المختلف فيه قلت يأباه قوله فيما تقدم وقالا لاشئ عليه في الوجهين فانه تصريح بأنهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شئ يتعلق بالكفارة أصلا على أنه مخالف لما هو الاصل في وضع هذه المسئلة وهو الجامع الصغير لمحمد رحمه الله فان قيل فعلى ماذكره محمد يجب أن يجب عليه ثلاثة دماء لان جناية القارن مضمونة بالدمين وهو اعتراض الامام المحبوبي فالجواب أن ما يجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان ولو قدم المفرد الحلق على الذبح لم يجب عليه شئ فلا يتضاعف على القارن

﴿ فصل ﴾ لما كانت الجناية على الاحرام بالصيد نوعا آخر فصل عما قبله في فصل على حدة (الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش في أصل الخلقة) فقوله الحيوان بمنزلة الجنس وقوله الممتنع وهو الذي يمنع نفسه عن قصده إما بقوائمه أو بجناحيه يخرج الحيوانات الاهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط وقوله المتوحش في أصل الخلقة يدخل (٢٥٥) فيه الحمام المسرول والطيبي المستأنس وتخرج الابل المتوحشة لان الاستئناس في الاول والتوحش في الثاني عارضي لا معتبر به وهو على نوعين بري وهو ما يكون مولده ومثواه في البر وبحري وهو ما يكون مولده ومثواه في الماء والاعتبار للمولد لانه الاصل فالبط والاوز بري لان مولدهما البر والضفدع بحري لان مولدها البحر (وصيد البحر حلال للمحرم) سواء كان مأكولا أو لم يكن (وصيد البر محرم عليه لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم) أي بين عدم دخولها في الآية لان حقيقة الاستثناء لا تتصور ولكنه لما كان عندنا بالبيان أنه لم يدخل استعار له (الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب) على ما ذكر في الكتاب وهي ستة وسيأتي العذر عن ذلك وسميت فواسق استعارة لخبثهن وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدائهن بالاذى ولما كان مشهورا جازت الزيادة به على الكتاب ولا فرق في الصيد بين المملوك والمباح والمأكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله

﴿ فصل ﴾ اعلم أن صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الى آخر الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في أصل الخلقة واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب فانها مبتدئات بالاذى والمراد به الغراب الذي يأكل الجيف هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله

بالحلق في غير أوانه لان أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق) هذا سهو من القلم بل أحد الدمين مجموع التقديم والتأخير والآخر دم القران والدم الذي يجب عندهما دم القران ليس غير الحلق قبل أوانه ولو وجب ذلك لزم في كل تقديم نسك على نسك دمان لانه لا ينفك عن الامرين ولا قائل به ولو وجب في حلق القارن قبل الذبح لوجب ثلاثة دماء في تفريع من يقول إن إحرام عمرته انتهى بالوقوف وفي تفريع من لا يراه كما قدمنا خمسة دماء لان جنايته على احرامين والتقديم والتأخير جنايتان فيهما أربعة دماء ودم القران

﴿ فصل ﴾ في جزاء الصيد (قوله اعلم أن صيد البر محرم الخ) أي قتله وان لم يأكله وأكله وان ذكاه المحرم وعن هذا لو اضطر محرم الى أكل الميتة أو الصيد يأكل الميتة لا الصيد على قول زفر لتعدد جهات حرمته عليه وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يتناول الصيد ويؤدي الجزاء لان حرمة الميتة أغلظ ألا ترى أن حرمة الصيد ترتفع بالخروج من الاحرام فهي موقتة بخلاف حرمة الميتة فعليه أن يقصد أخف الحرمتين دون أغلظهما والصيد وان كان محظورا الاحرام لكن عند الضرورة يرتفع الحظر فيقتله ويأكل منه ويؤدي الجزاء هكذا في المبسوط وفي فتاوى قاضيخان أن المحرم اذا اضطر الى ميتة وصيد فالميتة أولى في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والحسن يذبح الصيد ولو كان الصيد مذبوحا فالصيد أولى عند الكل ولو وجد صيد ولحم آدمي كان ذبح الصيد أولى ولو وجد صيدا وكلبا فالكلب أولى لان في الصيد ارتكاب المحظورين وعن محمد الصيد أولى من لحم الخنزير في هذا خلاف ماذكرناه من المبسوط (قوله وصيد البر الخ) ليس ماذكره تعريفا لصيد البر بل للبري من الاشياء ومرادا

قوله دم مبتدأ وقوله واجب خبره (قوله فانه تصريح بأنهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شئ يتعلق بالكفارة أصلا الخ) أقول لا نسلم ذلك بل المراد لا يجب شئ بسبب تأخير النسك اذ كان الكلام فيه (قوله لم يجب عليه شئ) أقول فيه بحث فانه انما لم يجب عليه شئ لانه لا جناية منه على احرامه لعدم توقت الحلق في حقه بكونه قبل الذبح وأما القارن فليس كذلك والاولى أن يقال في الجواب إنه لم يجن الا على احرام الحج لفراغه عن أفعال العمرة فيلزمه دم واحد فتأمل

﴿ فصل ﴾ اعلم أن صيد البر (قال المصنف وصيد البر ما يكون توالده الخ) أقول الموصول عبارة عن الصيد فلا يلزم عموم التعريف عن المعرف (قوله إما بقوائمه أو بجناحيه) أقول فيخرج مثل السمك (قوله أي بين عدم دخولها الى قوله استعار له) أقول ويجوز أن يكون استثنى بمعنى أظهر الاستثناء اذ يجوز أن يستثنى الله تعالى بوحي غير متلو فيظهره صلى الله عليه وسلم (قوله وسيأتي العذر عن ذلك) أقول لا يصلح ماذكره عذرا على ما سيشير اليه ويذكر العذر الصحيح ان شاء الله تعالى (قوله وقيل لخروجهن الخ) أقول فان الفسق بمعنى الخروج

قال (واذا قتل المحرم صيدا أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء الآية نص على ايجاب الجزاء وأما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل

تعريف البري مطلقا ثم الصيد مطلقا فيعرف منهما صيد البر وإذا أفرد بعده الصيد فقال والصيد هو الممتنع الخ فينتظم منهما تعريف صيد البر هكذا هو ما توالده ومثواه في البر مما هو ممتنع لتوحشه الكائن في أصل الخلقة فيدخل الظبي المستأنس ويخرج البعير والشاة المتوحشان لعروض الوصف لهما وكون ذكاة الظبي المستأنس بالذبح والاهلي المتوحش بالعقر لا ينافيه لان الذكاة بالذبح والعقر دائران مع الامكان وعدمه لا مع الصيدية وعدمها ويخرج الكلب لانه ليس بصيد سواء كان أهليا أو وحشيا لان الكلب أهلي في الاصل لكن ربما يتوحش وكذا السنور الاهلي ليس بصيد لانه مستأنس أما البري منه ففيه روايتان عن أبي حنيفة هذا والمعول عليه في كونه بريا وبحريا التوالد في البر والبحر لا مع كون مثواه فيه كظاهر عبارة الكتاب كذا في النهاية وعلى اعتباره لا يجب الجزاء بقتل كلب الماء والضفدع المائي لانه يعيش في البر وهو مائي المولد واختلف في أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط ففي المحيط كل ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم اه قال بعضهم كالسمك والضفدع والسرطان وكلب الماء وفي مناسك الكرماني الذي يرخص من صيد البحر للمحرم هو السمك خاصة والاصح هو الاول لان قوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه يتناول بحقيقته عموم ما في البحر وفي البدائع أما صيد البحر فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعا ما كولا أو غير ما كول واستدل بالآية وأما ما في الاصل من قوله والذي رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما طير البحر فلا يرخص فيه للمحرم فقد شرحه في المبسوط بما يفيد تعميم الاباحة وأن المراد ما يقابل المائي بالسمك فالضفدع جعله شمس الائمة في المبسوط من صيد البحر مطلقا وكذا قاضيخان وينبغي قبل الحكم بالحل بناء على أن مولده في البحر وان كان يعيش في البر تحقيق ذلك ومثله السرطان والتمساح والسلحفاة هذا ويستثنى من صيد البر بعضه كالذئب والغراب والحدأة وأما باقي الفواسق فليست بصيود وأما باقي السباع فالمنصوص عليه في ظاهر الرواية أنه يجب بقتلها الجزاء لا يجاوز شاة إن ابتدأها المحرم فان ابتدأ به الاذى فقتلها فلا شئ عليه وذلك كالاسد والفهد والنمر والصقر والبازي وأما صاحب البدائع ففسم البري الى ما كول وغيره والثاني الى ما يبتدئ بالاذى غالبا كالاسد والذئب والنمر والفهد والى ما ليس كذلك كالضبع والثعلب فلا يحل قتل الاول والاخير الا أن يصول ويحل قتل الثاني ولا شئ فيه وان لم يصل وجعل ورود النص في الفواسق ورودا فيها دلالة ولم يحك خلافا فيما ذكره حكما مبتدأ مسكوتا فيه ثم رأيناه رواية عن أبي يوسف قال في فتاوى قاضيخان وعن أبي يوسف الاسد بمنزلة الذئب وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيد الا الكلب والذئب اه وسنذكر ان شاء الله تعالى ما هو الاسعد بالوجه فيما يأتي هذا ولا فرق في وجوب الجزاء بين المباشرة والتسبيب اذا كان متعديا فيه فلو نصب شبكة للصيد أو حفر للصيد حفيرة فعطب صيد ضمن لانه متعد ولو نصب فسطاطا لنفسه فتعقل به ظبي أو حفر حفيرة للماء أو لحيوان مباح قتله كالذئب فعطب فيها لا شئ عليه وكذا لو أرسل كلبه على حيوان مباح فأخذ ما يحرم أو أرسله الى صيد في الحل وهو حلال فتجاوز الى الحرم فقتل صيد لا شئ عليه لانه غير متعد في التسبيب وكذا لو طرد الصيد حتى أدخله في الحرم فقتله فيه فلا شئ عليه ولا يشبه هذا الرمي يعني لو رمى الى صيد في الحل فأصابه في الحرم فان عليه الجزاء لانه تمت جنايته بالمباشرة قال الشهيد وهو قول أبي حنيفة فيما أعلم وفيه كلام نذكره في صيد الحرم ان شاء الله تعالى ولا ما لو انقلب محرم نائم على صيد فقتله يجب عليه الجزاء ذكره في المحيط لان المباشرة لا يشترط فيها (١) عدم التعدي ومثله الكلب

الدلالة فعلى القسمة العقلية أربعة أقسام إما أن يكون الدال والمدلول حلالين أو محرمين أو الدال حلالا والمدلول محرما أو بالعكس من ذلك والاول ليس مما نحن فيه والثاني على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا وفي الثالث على المدلول الجزاء دون الدال كذلك وفي الرابع عكسه وقال الشافعي رحمه الله لا شئ على الدال أصلا لان الجزاء يتعلق بالقتل بالنص (والدلالة ليست بقتل

قال المصنف فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم الآية) أقول قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام قال في تفسير المدارك قوله تعالى هديا حال من الهاء في به أي يحكم به في حال الهدى اه ونحن نقول ينبغي أن يكون حالا مقدرة أي صائرا هديا وقوله أو كفارة معطوف على جزاء وقوله طعام بدل من كفارة أو خبر مبتدا محذوف أي هي طعام وقوله صياما تمييز للعدل

(١) قوله عدم التعدي كذا في النسخ و يظهر أن الصواب حذف لفظ عدم اه كذا بخط العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه

فأشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رضي الله عنه وقال عطاء رحمه الله أجمع الناس على أن على الدال الجزاء

لو زجره بعد ما دخل الحرم وجب عليه الجزاء استحسانا ومثله لو أرسل مجوسي كلبا على صيد فزجره محرم فانزجر فقتل الصيد فعليه جزاؤه ولا يؤكل * واعلم أن الجزاء يتعدد بتعدد المقتول الا اذا قصد به التحلل ورفض احرامه في الاصل ولو أصاب المحرم صيدا كثيرا على قصد الاحلال والرفض لاحرامه فعليه لذلك كله دم وقال الشافعي عليه جزاء كل صيد لانه مرتكب محظور احرامه بقتل كل واحد فيلزمه موجب كل واحد كما لو لم يقصد رفض الاحرام وهذا لان قصده هذا ليس بشئ لانه لا يرتفض به الاحرام فوجوده كعدمه وقلنا ان قتل الصيد من محظورات الاحرام وارتكاب محظورات العبادة يوجب ارتفاضها كالصوم والصلاة الا أن الشرع جعل الاحرام لازما لا يخرج عنه الا بأداء الاعمال ألا ترى أنه حين لم يكن في الابتداء لازما كان يرتفض بارتكاب المحظور وكذا الامة اذا أحرمت بغير اذن سيدها والمرأة اذا أحرمت بغير اذن زوجها بحجة التطوع لما لم يكن ذلك لازما في حق الزوج كان له أن يحللها بفعل شئ من المحظورات فكان هو في قتل الصيد هنا قاصدا الى تحليل الاحلال لا الى الجناية على الاحرام وتحليل الاحلال يوجب دما واحدا كما في المحصر بخلاف ما اذا لم يكن على قصد الاحلال لانه قصد الجناية على الاحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزاء كل صيد وقد بينا أن جزاء الصيد في حق المحرم ينبني على قصده حتى ان ضارب الفسطاط لا يكون ضامنا للجزاء بخلاف ناصب الشبكة كذا في المبسوط ولو رمى الى صيد فتعدى الى آخر فقتلهما وجب عليه قيمتهما وكذا لو اضطرب بالسهم فوقع على بيضة أو فرخ فأتلفها لزماه جميعا وروى أن جماعة نزلوا بيتا بمكة ثم خرجوا الى منى فأمروا أحدهم أن يغلق الباب وفيه حمام من الطيور وغيرها فلما رجعوا وجدوها ماتت عطشا فعلى كل واحد منهم جزاؤها لان الآمرين تسببوا بالأمر والمغلق بالاغلاق ولو نفر صيدا فقتل صيدا آخر ضمنهما وكذا لو أرسل محرم كلبه فزجره آخر ضمن

(قوله فأشبه دلالة الحلال حلالا) كون المدلول حلالا اتفاقي والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا أو محرما فانه استحق الامن بحلوله في الحرم كما استحق الصيد مطلقا الامن بالاحرام فكما أن تفويت الامن المستحق بالحرم لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالاحرام لا يوجبه (قوله ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة) أي في باب الاحرام وتقدم تخريجه من الصحيحين وغيرهما وليس فيه هل دللتم بل قال عليه السلام هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها قالوا لا قال فكلوا ما بقي من لحمها وجه الاستدلال به على هذا أنه علق الحل على عدم الاشارة وهي تحصل الدلالة بغير اللسان فأحرى أن لا يحل اذا دله باللفظ فقال هناك صيد ونحوه قالوا الثابت بالحديث حرمة اللحم على المحرم اذا دل قلنا فيثبت أن الدلالة من محظورات الاحرام بطريق الالتزام لحرمة اللحم فيثبت أنه محظور احرام هو جناية على الصيد فنقول حينئذ انه جناية على الصيد بتفويت الامن على وجه اتصل قتله عنها ففيه الجزاء كالقتل وهذا هو القياس الذي ذكره المصنف بعد ذلك فلا يحسن عطفه على الحديث لان الحديث لم يثبت الحكم المتنازع فيه وهو وجوب الكفارة بل محل الحكم ثم ثبوت الوجوب المذكور في المحل انما هو بالقياس على القتل وعن هذا الوجه والقياس الآخر الذي سنذكره وهو إلحاق الدال بالمودع وقول عطاء أجمع

عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به (وقال عطاء) هو ابن أبي رباح تلميذ ابن عباس رضي الله عنهما (أجمع الناس على أن على الدال الجزاء) قال الطحاوي ولم يرو عن أحد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك اجماعا . ورد بأنه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ما ليس على الدال الجزاء وأجيب بأنه ليس بثابت ولئن كان حمل على ما اذا دل ولم يقتله المدلول فان الاجماع فيما اذا قتله فكان كلامه غير متعرض لمحل الاجماع

(قال المصنف فأشبه دلالة الحلال حلالا) أقول قال ابن الهمام كون المدلول حلالا اتفاقي والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا كان أو محرما فانه استحق الامن بحلوله في الحرم كما استحق الصيد مطلقا الأمن بالاحرام فكما أن تفويت الامن المستحق بالحرم لا يوجب الجزاء كذا تفويت المستحق بالاحرام لا يوجبه اه والوجه عندي أن قوله والذئب عطف تفسيري لكلب العقور ترجيحا لقول من قال المراد بالكلب العقور الذئب كما سيجيء ووجهه

(٣٣ - فتح القدير ثاني) أنه ليس بصيد فلا يحتاج الى الاستثناء فتأمل (قال المصنف ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رضي الله عنه) أقول أي في باب الاحرام وفيه أنه لا يدل على الجزاء الخ (قوله فانه يدل على أن الدلالة الخ) أقول المقصود بالاثبات انما هو وجوب الجزاء على هذا التفصيل الواقع في النظم لا مجرد كونه من محظورات الاحرام

(ولان الدلالة من محظورات الاحرام) والاقدام عليها يوجب الجزاء لامحالة (ولانه) أى الدلالة وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو (تفويت الامن من الصيد) أى الدلالة تفوت الامن من الصيد (لانه آمن بتوحشه) من الناس (وتواريه) عن أعينهم وبالدلالة يزول ذلك (فصارت كالاتلاف) وقوله (ولان المحرم) دليل آخر يتضمن الجواب عن قول الخصم فأشبه دلالة الحلال وتقريره أن المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض لانه عقد خاص يتضمن ذلك شرعا والدلالة مباشرة لخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق على الوديعة (بخلاف الحلال) فانه لم يلتزم شيأ (على أن فيه) أى فيما اذا دل الحلال على صيد الحرم (الجزاء على ماروى عن أبى يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالما بامكان الصيد) لانه اذا علمه لم يكن زوال الامن بدلالته فلا يكون فى معنى الاتلاف (وأن يصدقه فى الدلالة) ليكون فى معنى الاتلاف (أما اذا كذبه وصدق غيره فلا ضمان على المكذب) وفيه اشارة الى أن الضمان

ولان الدلالة من محظورات الاحرام ولانه تفويت الأمن على الصيد اذهو امن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بتركه ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على أن فيه الجزاء على ماروى عن أبى يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالما بامكان الصيد وأن يصدقه فى الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب (ولو كان الدال حلالا فى الحرم لم يكن عليه شئ) لما قلنا (وسواء فى ذلك العامد والناسى) لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف

الناس على أن على الدال الجزاء وليس الناس اذ ذاك الا الصحابة والتابعين يجب أن يحمل ما عن ابن عمر أن لا جزاء على الدال على دال لم يقع عن دلالته قتل دفعا لتوهم أن مجرد الدلالة موجبة للجزاء هذا وحديث عطاء غريب وذكره ابن قدامة فى المغنى عن على وابن عباس على أن قول الطحاوى هو مروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلافه فكان اجماعا يتضمن رد الرواية عن ابن عمر (قوله كالمودع) هذا هو القياس الآخر وتقريره التزم عدم التعرض للصيد بعقد خاص فيضمن ما تلف عن تركه ما التزمه كالمودع فانه التزم الحفظ كذلك فيضمن لو دل سارقا على الوديعة فسرقها بخلاف الحلال الذى قاس هو عليه لانه لم يلتزم عدم التعرض لصيد الحرم ولا للمسلم بعقد خاص بل بعموم حكم الاسلام وتركه ذلك يوجب استحقاق عذاب الآخرة فلهذا لو دل سارقا على مال مسلم أو نفسه فقتله تأخر جزاؤه الاعظم الى الآخرة ويعزر فى الدنيا من غير تضمين وان كانت جنايته أعظم من دلالة المحرم على الصيد (قوله لا ضمان على المكذب) يفيد لزوم الضمان على المصدق وفى الكافى لو أخبر محرما بصيد فلم يرمه حتى أبصره محرم آخر فلم يصدق الاول ولم يكذبه ثم طلب الصيد فقتله كان على كل واحد منهما الجزاء ولو كذب الاول لم يكن عليه جزاء ومن شرائطها أيضا أن يتصل بها القتل وأن يبقى الدال محرما الى أن يقتله الآخذ وأن لا ينفلت فلو انفلت ثم أخذه فلا شئ على الدال لانتهاء دلالته بالانفلات والاخذ ثانيا انشاء لم يكن عن عمل تلك الدلالة ولو أمره بقتله بعدما أخذه ينبغى أن يضمن وعلى هذا اذا أعاره سكينا ليقتله بها وليس مع الآخذ ما يقتله به أو قوسا أو نشابا يرميه به وقد قدمنا من روايات الحديث فى باب الاحرام عند مسلم هل أعنتم ولا شك أن اعارة السكين اعانة عليه وما فى الاصل من أنه لا جزاء على صاحب السكين حمل على ما اذا كان المستعير يقدر على ذبحه بغيرها وصرح فى السير بأن على صاحب السكين الجزاء وكذا الدال على قوس ونشاب من رآه ولا يقدر على قتله لبعده * واعلم أن صريح عبارة الاصل

فأخذه لا ضمان على الدال (والعامد والناسى فى وجوب الجزاء سواء) كانا قاتلين أو دالين (لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف) فى لقوله تعالى ومن قتله منكم وكل ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فالعامد فيه كالناسى

(قوله ولان الدلالة من محظورات الاحرام الخ) أقول جعل كل واحد من قولى المصنف ولان الدلالة الخ ولانه تفويت الامن الخ اشارة الى دليل مستقل على المطلوب ولا يخفى عليك وهنه فان الاقدام على محظور الاحرام لا يوجب الجزاء الذى نحن بصدد اثباته البتة فلا بد من بيان كون هذا المحظور فى معنى الاتلاف حتى يتم المرام ويؤيد كون الثانى من تتمة الاول ترك اللام التعليلية فيه فى كلام المصنف (قوله وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو تفويت الامن من الصيد) أقول أو تكون الدلالة فى تأويل أن مع الفعل (قوله والثالث أن يأخذه المدلول) أقول والاولى أن يقال أن يقتله المدلول

كما في غرامات الاموال فان قيل ليس هذا كغرامات الاموال ألا ترى أن رجلين لو اشتركا في اتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف القيمة وان اشتركا في قتل صيد كان على كل واحد منهما جزاء كامل فالجواب أن مناط الالحاق مدار به الاتلاف للضمان وقد وجدت والاتحاد في جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص القاطع لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا نص على التعمد وهو يخالف النسيان فالجواب أن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة من غير فصل بين عمد ونسيان وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم فان قيل فما فائدة قوله متعمدا أجيب بأنها التنبيه لان الدلالة قد قامت على أن صفة التعمد في القتل تمنع وجوب الكفارة فاعلم الله تعالى ههنا بأنها اذا وجبت في العمد فلأن تجب في الخطأ أولى (والمبتدئ والعائد) في وجوب الكفارة (سواء) لان العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت انتهاء في المرة الثانية فلو تخلف الحكم عنه بطلت فان قيل قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه جعل كل جزائه بالفاء انتقام الله فلا يكون له منه موجب سواه كما عرف فالجواب أن (٢٥٩) هذا متمسك ابن عباس وداود الظاهري

فأشبه غرامات الاموال (والمبتدئ والعائد سواء) لان الموجب لا يختلف (والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه أو في أقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير وان شاء صام) على ما ذكر

في الاعارة أنه لا جزاء على صاحب السكين ويكره له ذلك قال شمس الائمة في المبسوط أكثر مشايخنا يقولون تأويل هذه المسئلة أنه اذا كان مع المحرم القاتل سلاح يقتل به لانه متمكن من قتله فأما اذا لم يكن معه ما يقتل به ينبغي أن يجب الجزاء لان التمكن باعارته له والى هذا أشار في السير قال شمس الائمة والاصح عندي أنه لا يجب الجزاء على المعير على كل حال لوجهين حاصل الاول أن معنى الصيدية تلف بأخذ المستعير للصيد فأخذه قتل حكما ثم يقتله حقيقة واعارة السكين ليس باتلاف حقيقة ولا حكما بخلاف الدلالة فانه اتلاف لمعنى الصيدية من وجه حيث أعلم به من لا يقدر الصيد على الامتناع منه والثاني أن اعارة السكين تتم بالسكين لا بالصيد فانها صحيحة وان لم يكن صيدا اذ لا يتعين استعماله في قتل الصيد بخلاف الاشارة الى قتل الصيد فانها متصلة بالصيد ليس فيها فائدة أخرى سوى ذلك ولا يتم ذلك الا بصيد هنالك ولذا يتعلق وجوب الجزاء بها ولو أمر المحرم غيره بأخذ صيد فأمر المأمور آخر فالجزاء على الآمر الثاني لانه لم يمتثل أمر الاول لانه لم يأمره بالامر بخلاف ما لو دل الاول على الصيد وأمره فأمر الثاني فالثاني بالقتل حيث يجب الجزاء على الثلاثة وكذا الارسال فلو أرسل محرم محرما الى محرم يده على صيد فقتله المرسل اليه فعلى كل من الثلاثة الجزاء وعن أبي يوسف لو قال خلف هذا الحائط صيد فاذا صيد كثير فأخذه ضمن الدال كله فلو رأى واحدا فدل عليه فاذا عنده آخر فقتلهما المدلول كان على الدال جزاء الاول فقط كما لو دله على واحد تنصيصا والباقي بحاله ولو قال خذ أحد هذين وهو يراهما فقتلهما كان على الدال جزاء واحد وان كان لا يراهما فعليه جزاءان لانه بالامر بأخذ أحدهما دال على الآخر لما لم يعلم المأمور بهما (قوله فأشبه غرامات الاموال) من حيث ان الضمان يدور مع الاتلاف

في أن موجب العائد أن يقال له اذهب فينتقم الله منك ولكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا أو مستحقا به كما في قوله تعالى في باب الربا ومن عاد فأولئك أصحاب النار الآية وأما اذا لم يكن كذلك فعليه الجزاء عملا بدلالة النص وقوله (والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يقوم الصيد) يعني يقومه ذوا عدل من حيث انه صيد لا من حيث ما زاد عليه صنعة فاذا قتل المحرم بازيا معلما فعليه قيمته غير معلم وطوب بالفرق بينه وبين ما اذا قتله لغيره فانه يجب قيمته معلما وأجيب بان وجوب الجزاء باعتبار معنى الصيدية وهو التوحش والتنفر عن الناس وكونه معلما لا مدخل له في ذلك بل ينتقص به ذلك فلا يدخل

في الجزاء وأما وجوب القيمة في الاتلاف فباعتبار المالية وهي بالانتفاع وذلك يزداد بكونه معلما فيدخل في الضمان وانما قيد بقوله صنعة لانه اذا كانت الزيادة بأمر خلقي كما اذا كان طيرا يصوت فازداد قيمته لذلك ففي اعتبار ذلك في الجزاء روايتان في رواية لا يعتبر لانه ليس من معنى الصيدية في شئ وفي أخرى يعتبر لانه وصف ثابت بأصل الخلقة كالحمام اذا كان مطوقا وقوله (ثم هو) يعني القاتل (مخير في الفداء) ظاهر

(قوله فالجواب أن مناط الالحاق الى قوله ويبطل القياس) أقول فيه بحث لم يجز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم) أقول وبالقياس المار أيضا (قوله على أن صفة التعمد في القتل تمنع الخ) أقول مسلم في الآدمي ولكن قتل البهيمة سيما اذا كان مباح الاصل لا يشبهه فلا يكون خطؤه أولى بها كما لا يخفى (قوله ولكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا أو مستحقا به الخ) أقول لهما أن يقولا ما الدليل على هذا التقييد ولم لا يجوز أن يكون العود متعمدا يمنع وجوب الكفارة لعظم الذنب والحاق العائد بالمبتدئ بالدلالة كالحاق المخطئ بالمتعمد عندهما فان العائد أعظم جرما من المبتدئ ألا ترى أن الصغيرة بالاصرار تصير كبيرة (قال المصنف والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل) أقول فيه تسامح لظهور أن الجزاء ليس التقويم بل أحد الاشياء الثلاثة

وقال محمد والشافعي يجب في الصيد النظير فيماله نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبهه المقتول صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة رضي الله عنهم أوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله تجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وأشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي رحمه الله يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث إن كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد أو لكونه مرادا بالاجماع

غير مقيد بالعمد لا مطلقا فان هذا الضمان يتأدى بالصوم (قوله وقال محمد والشافعي الخ) ذكر في النهاية أن الخلاف في فصول الاول أن الواجب عندهما القيمة وعند محمد والشافعي النظير فيماله نظير الثاني أن الذي الى الحكمين تقويم المقتول فاذا ظهرت قيمته فالخيار الى القاتل بين أن يشتري بها هديا يهديه أو طعاما يتصدق به أو يصوم عن كل طعام مسكين يوما وعند محمد والشافعي الى الحكمين فاذا عينا نوعا لزمه اه وقال غيره الخيار في تعيين الهدي والاطعام والصيام الى الحكمين فاذا حكما بالهدي فالمعتبر فيما له مثل ونظير من حيث الخلقة ما هو مثله ففي الضبع شاة الخ والحاصل أن المشايخ اختلفوا في تعيين قول محمد حكى الطحاوي عنه أن الخيار الى الحكمين فان حكما عليه بالهدي نظرا القاتل الى نظيره من النعم من حيث الخلقة ان كان الصيد مما له نظير سواء كانت قيمة نظيره مثل قيمته أو أقل أو أكثر لا ينظر الى القيمة فيجب وان لم يكن له نظير كسائر الطيور تعتبر قيمته كما قالا وحكى الكرخي قول محمد أن الخيار الى القاتل غير أنه ان اختار الهدي تعين النظير فيماله نظير وعند الشافعي يجب النظير ابتداء من غير اختيار أحد وله أن يطعم ويكون الطعام بدلا عن النظير لا عن الصيد كذا في البدائع وعن زفر رحمه الله عدم جواز الصوم حالة القدرة على الهدي والاطعام قاسه على كفارة اليمين والظهار وهدي المتعة وقال حرف أو لا ينافي الترتيب كما في قطاع الطريق ودفع بأن شرط القياس عدم النص في الفرع والنص الكائن فيه يوجب التخيير بحقيقة أو وإعمالهما في موضع في مجازيهما الدليل لا يجوز اعتبارها كذلك في كل موضع لعدم الدليل فيها (قوله ففي الارنب عناق الخ) العناق الانثى من أولاد المعز والجدي الذكر وهما دون الجذع والجفر ما يبلغ أربعة أشهر من العناق والانثى جفرة بالجيم (قوله فلقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم) بناء على حمل المثل على المماثل في الصورة ولفظ من النعم بيان للجزاء أو للمثل والقيمة ليست نعما ولذا أوجب الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين المثل من حيث الصورة في موطا مالك أخبرنا أبو الزبير عن جابر أن عمر قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعنز وفي الارنب بعناق وفي اليربوع بجفرة وروى الشافعي حدثنا أن عمر وعثمان وعليا وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضوان الله عليهم قالوا في النعامة يقتلها المحرم بدنة من الابل وفيه ضعف وانقطاع فلذا قال عقيبه انما نقول ان في النعامة بدنة بالقياس لا بهذا الاثر لانه غير ثابت عند أهل العلم بالحديث اه لكن أخرج البيهقي عن ابن عباس قال في حمامة الحرم شاة وفي بيضتين درهم وفي النعامة جزور وفي البقرة بقرة وفي الحمار بقرة (وقال صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة) رواه أبو داود وعن جابر بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع أصيد هو قال نعم ويجعل فيه كبش اذا أصابه المحرم وأخرجه أيضا الحاكم عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد فاذا أصابه المحرم ففيه كبش مسن ويؤكل وقال صحيح ولم يخرجاه (قوله ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى) وهو المشارك

(قوله ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل) أقول قيل لا يتناول النص حينئذ شيأ من الصيود لانتفاء المماثلة بين الحيوانات صورة ومعنى في

فى الشرع كما فى حقوق العباد أو لكون المثل المعنوى مرادا بالاجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا والا لزم عموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وكلاهما غير جائز هذا ما قالوا واعترض بان المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه معنى ولا هو حقيقة فى أحدهما مجاز فى الآخر حتى يلزم ما ذكر ثم بل هو مطلق يتناولهما كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيدخل تحته المثل المطلق الصورى والمعنوى كما فى قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم دخل ماله مثل صورة ومعنى كما فى المثليات وما ليس له مثل الا معنى كالقيميات والجواب أن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالاثبات فهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق تحت كل فرد من أفراده المحتمل فلو كان دالا على ذلك لوجب النعامة عن النعامة وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية فى المطلق ومجاز فى غيره والمجاز ههنا مراد بالاجماع فلا يكون غيره مرادا وبمثل ذلك نقول فى الآية الاخرى أما على قول من يقول موجب الغصب القيمة وردّ العين مخلص فظاهر لان الموجب الاصلى أولى بالارادة وردّ العين ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردّه وأما على قول من يقول موجب الغصب ردّ العين وأداء القيمة مخلص فكذلك تكون القيمة ثابتة بالكتاب وردّ العين بالسنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح وجهد المقل دموعه وقوله (أو لما فيه من التعميم) دليل آخر يعنى فى اعتبار المثل معنى تعميم لانه يتناول ماله نظير وما ليس له نظير (وفى ضده) أى فى اعتبار المثل صورة (تخصيص) لتناوله ماله نظير فقط والعمل بالتعميم أولى لكون النص حينئذ أعم فائدة وقوله (والمراد بالنص) جواب عن قوله لان القيمة لا تكون نعما وتقريره أن المراد بالآية فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحشى لان المثل بمعنى القيمة على ما بيناه ومن النعم بيان لما قتل والمراد من النعم النعم الوحشى لان الجزاء انما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الاهلى وقد ثبت أن النعم كما يطلق على الاهلى فى اللغة يطلق على الوحشى قاله أبو عبيدة والاصمعى فان قيل

أو لما فيه من التعميم وفى ضده التخصيص والمراد بالنص والله أعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشى واسم النعم ينطلق على الوحشى والاهلى كذا قاله أبو عبيدة والاصمعى رحمهما الله والمراد بما روى التقدير به دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل فى أن يجعله هديا أو طعاما أو صوما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعى رحمهما الله الخيار الى الحكمين فى ذلك فان حكما بالهدى يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام أو بالصيام فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف لهما أن التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما فى كفارة اليمين ولمحمد والشافعى قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية ذكر الهدى منصوبا

فى النوع وهو غير مراد هنا بالاجماع فبقى أن يراد المثل معنى وهو القيمة وهذا لان المعهود فى الشرع فى اطلاق لفظ المثل أن يراد المشارك فى النوع أو القيمة قال تعالى فى ضمان العدوان فمن اعتدى عليكم

ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء فاذا كان الجزاء القيمة كيف يمكن أن يكون هديا بالغ الكعبة أجيب بان معناه اذا قوم فبلغت قيمته هديا بالغ الكعبة فالقاتل بالخيار بين الامور الثلاثة (وقوله والمراد بما روى) جواب عن قوله قال عليه الصلاة والسلام الضبع صيد وفيه شاة وعن أثر الصحابة يعنى أن ايجاب النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة رضى الله عنهم هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها اذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة وانما كان باعتبار التقدير بالقيمة الا أنهم كانوا أرباب المواشى فكان الاداء عليهم منها أيسر وهو تطير قول على رضى الله عنه فى ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة قال (ثم الخيار الى القاتل) يعنى اذا ظهر قيمة الصيد بحكم الحكمين وهى تبلغ هديا فالخيار (فى أن يجعله هديا أو طعاما أو صوما) الى القاتل (عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد والشافعى الخيار الى الحكمين) فى تعيين أحد الاشياء (فان حكما بالهدى يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام أو الصيام فعلى ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف) يعنى من اعتبار القيمة من حيث المعنى (لهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف (أن التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه) ليرتفق بما يختار (كما فى كفارة اليمين ولمحمد والشافعى قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية) ووجه ذلك أنه (ذكر الهدى منصوبا

(قوله دخل ماله مثل صورة ومعنى كما فى المثليات الخ) أقول المثلان هما الموجودان المشتركان فى جميع الصفات النفسية وهى التى لا يحتاج فى وصف الشئ بها الى تعقل أمر زائد عليه ويقابلها الصفات المعنوية (قوله لا بالنفى ولا بالاثبات) أقول كما بين فى الاصول (قوله والمجاز ههنا مراد بالاجماع الخ) أقول المعنى المجازى للفظ المثل يعم المثل الصورى والمعنوى فلا يلزم عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز (قوله وبمثل ذلك نقول فى الآية الاخرى الخ) أقول الآية دلت على ايجاب الضمان بالمثل صورة ومعنى فى غصب المثليات كما سيجىء فى كتاب الغصب وعلى ايجاب الضمان بالمثل معنى فى غصب القيميات اذا هلك العين المغصوب كما اعترف به هنا فانتظم لفظ المثل كليهما فورد الاعتراض وردّ العين أمر آخر ليس من ايجاب ضمان المثل فتأمل (قوله فان قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء الخ) أقول بل من الضمير فى به فان جزاء اما مبتدأ أو خبر والحال انما يكون من الفاعل أو المفعول به على الاشهر (قوله أجيب بأن معناه الخ) أقول لم يحصل مما ذكره الجواب عن السؤال والاولى أن يقال قوله تعالى هديا حال مقدرة أى صائرا هديا بواسطة الشراء به أو اعطائه بدلا عنه

تفسير لقوله يحكم به) فان ضمير به مبهم ففسره بقوله هديا فكان نصبا على التفسير وقيل أى التمييز فثبت أن المثل انما يصير هديا باختيارهما وحكمهما (أو مفعول لحكم الحكم) أى على أن يكون بدلا من الضمير محمولا على محله كما فى قوله تعالى قل انني هدانى ربى الى صراط مستقيم دينا قيما وفى ذلك تنصيص على أن التعيين (٢٦٢) الى الحكمين ثم لما ثبت ذلك فى الهدى ثبت فى الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل

ولانه عطفهما عليه (بكلمة أو) وهى للتخيير (فيكون الخيار اليهما) وفى توجيهه هذا الكلام اشكال لان ذكر الطعام والصيام بكلمة أو لا يفيد المطلوب الا اذا كان كفارة منصوبا على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوى وهى شاذة والشافعى لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث إنه كتاب ولا من حيث إنه خبر كما عرف فى الاصول وقوله (قلنا) جواب عن استدلالهما وتقريره أن الدليل انما يصح أن لو كان كفارة معطوفة على هديا وليس كذلك لاختلاف اعرابهما وانما هى معطوفة على قوله فجزاء بدليل أنه مرفوع (وكذلك قوله تعالى أو عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فى الآية دلالة اختيار الحكمين) فى الطعام والصيام واذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت فى الهدى لعدم القائل بالفصل (وانما يرجع اليهما فى تقويم المتلف) لا غير (ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه) رفقاله (ويقومان) أى الحكمان

لأنه تفسير لقوله تعالى يحكم به أو مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدى بدليل أنه مرفوع وكذا قوله تعالى أو عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما فى تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان

فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمراد الاعم منهما أعنى المماثل فى النوع اذا كان المتلف مثليا والقيمة اذا كان قيميا بناء على أنه مشترك معنوى والحيوانات من القيميات شرعا إهدارا للمماثلة الكائنة فى تمام الصورة فيها تغليبا للاختلاف الباطنى بين أبناء نوع واحد فما ظنك اذا انتفى المشاركة فى النوع أيضا فلم يبق الا مشاكلة فى بعض الصورة كطول العنق والرجلين فى النعامة مع البدنة ونحو ذلك فى غيره فاذا حكم الشرع باتفاء اعتبار المماثلة مع المشاكلة فى تمام الصورة ولم يضمن المتلف بما شاركه فى تمام نوعه بل بالمثل المعنوى فعند عدمها وكون المشاكلة فى بعض الهيئة انتفاء الاعتبار أظهر الا أن لا يمكن وذلك بأن لا يكون للفظ محمل يمكن سواه فالواجب اذا عهد المراد بلفظ فى الشرع وتردد فيه فى موضع يصح حمله على ذلك المعهود وغيره أن يحمل على المعهود ومانحن فيه كذلك فوجب المصير اليه وأن يحمل حكم الصحابة بالنظير على أنه كان باعتبار تقدير المالية أى بيان أن مالية المقتول كمالية الشاة الوسط لا على معنى أنه لا يجزى غيره بقى أن بين احتمال لفظ الآية لذلك وفيها قراءتان مشهورتان ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مرفوع منون مثل ما قتل من النعم برفع مثل والاخرى فجزاء مثل باضافة الجزاء الى مثل وهى اضافة بيانية فالمعنى واحد أى فجزاء هو مثل ما قتل ومضمون الآية شرط وجزاء حذف منه المبتدأ بعد فاء الجزاء أو الخبر تقديره فالواجب عليه جزاء مثل ما قتل أى قيمة ما قتل أو فعليه جزاء ومن النعم بيان لما قتل أو للعائد اليها أعنى المنصوب المحذوف أى ما قتله من النعم الوحشى والنعم يطلق عليه لغة كما يطلق على الاهلى فيتعلق بمحذوف لانه فى موضع الحال وقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم جملة واقعة صفة لجزاء الذى هو القيمة أو لمثل الذى هو هى لان مثلا لا تتعرف بالاضافة فجاز وصفها ووصف ما أضيف اليها بالجملة وهديا حال من ضميره وهو الراجع الى ما يجعل موصوفا منهما وهى حال مقدرة أى صائرا هديا به وذلك فى نفس الامر بواسطة الشراء بها أو غير ذلك وبالغ الكعبة صفة لان اضافته لفظية فتوصف به النكرة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما معطوفان على الجزاء لانهما مرفوعان وتمام مؤدى التركيب على هذا فالواجب عليه جزاء هو قيمة ما قتله من النعم الوحشى يحكم به أى بذلك الجزاء الذى هو القيمة عدلان حال كونه صائرا هديا بواسطة القيمة أو كفارة طعام مساكين الى آخرها أى الواجب أحد الامرين من القيمة الصائرة هديا ومن الاطعام والصيام المبنيين على تعرف القيمة فقد ظهر تأدى المعنى الذى ذهبنا اليه من لفظة الآية من غير زيادة تكلف فيها وكون الحال مقدرة كثير شهير وهو وان لم يلزم على تقدير المخالف فيها يلزم على تقديره فى وصفها وهو بالغ الكعبة فانه لا يصح حكمهما بالهدى موصوفا بلوغه الى الكعبة حال حكمهما به على التحقيق بل المراد يحكمان به مقدرا بلوغه فلزوم التقدير ثابت غير أنه يختلف محله على الوجهين ثم على كل تقدير لا دلالة للآية على أن الاختيار الى الحكمين بل الظاهر منها أنه الى من عليه فان مرجع ضمير المحذوف من الخبر أو متعلق المبتدا اليه أعنى ما قدرناه من قولنا فالواجب عليه أو فعليه والله جلت عظمته أعلم (قوله لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به) سماه تفسيرا لانه أزال الابهام عنه فى الجملة حتى

(قوله وقيل أى التمييز) أقول يعنى الاتقانى (قوله فلم يكن فى الآية دلالة اختيار الحكمين الخ) أقول فان قلت عدم الدلالة لا يستلزم الدلالة على العدم وقد بين الخصم ثبوت الاختيار فى الهدى فيثبت فى الآخرين بالاجماع المركب ولا يفيد ما ذكره بدون ابطال متمسكه قلت أشار اليه بقوله وانما يرجع اليهما فى تقويم المتلف

(فى المكان الذى أصابه) المحرم قال شيخ الاسلام وكذا يعتبر الزمان الذى أصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن والازمان وقوله (فان كان الموضع برا) ظاهر وقوله (وقيل يعتبر المثنى ههنا) فى جزاء الصيد (بالنص) وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل قال فى الكشاف عن قبيصة أنه أصاب ظبيا وهو محرم فسأل عنه عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم أمره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه والله ما علم أمير المؤمنين حتى سأل غيره فأقبل عليه ضربا وقال أتنمص الفتيا وتقتل الصيد وأنت محرم قال الله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا فأنا عمر وهذا عبد الرحمن وقوله (ويجوز الاطعام فى غيرها) يعنى سواء كان طعام الاباحة أو التمليك وقوله (والصوم يجوز فى غير مكة) يعنى بالاجماع وقوله (اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام) بأن يصيب كل مسكين (٢٦٣) من اللحم ما تبلغ قيمته نصف صاع من بر

فى المكان الذى أصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا يبتاع فيه الصيد يعتبر أقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفى والمثنى أولى لانه أحوط وأبعد عن الغلط كما فى حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص (والهدى لا يذبح الا بمكة) لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة (ويجوز الاطعام فى غيرها) خلافا للشافعى رحمه الله هو يعتبره بالهدى والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدى قربة غير معقولة فيختص بمكان أو زمان أما الصدقة قربة معقولة فى كل زمان ومكان (والصوم يجوز فى غير مكة) لانه قربة فى كل مكان (فان ذبح الهدى بالكوفة أجزأه عن الطعام) معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على الهدى يهدى ما يجزيه فى الاضحية لان مطلق اسم الهدى منصرف اليه وقال محمد والشافعى يجزى صغار النعم فيها لان الصحابة رضى الله عنهم أوجبوا عناقا وجفرة

سماه بعض تمييزا لكونه حالا وكل حال تكشف عن ابهام فى الجملة أعنى اعتبار أحوال ما هى له هذا ويقوم الصيد بما فيه من الخلقة لا بما زاده التعليم فلو كان بازيا صيودا أو حماما يجىء من بعيد قوم لا باعتبار الصيودية والمجىء من بعيد فاذا كان مملوكا كان عليه قيمته لمالكه يعتبر فيها ما يزيده التعليم وقيمته للجناية لا يعتبر فيها ذلك أما لو كان قيمته زائدة لحسن تصويته ففى اعتبارها روايتان فى رواية لا تعتبر لانه ليس من أصل الصيدية وفى أخرى تعتبر لانه ثابت بأصل الخلقة كالحمام المطوق أما فى الغصب فيضمن بما يشترى به فى البلد الا اذا كان المحرم من اللهو كقيمة الدبك لنقاره والكبش لنطاحه والتيس للعبه (قوله وقيل يعتبر المثنى) أى فى الحكم المقوم والذين لم يوجبوه حملوا العدد فى الآية على الاولوية لان المقصود به زيادة الاحكام والاتقان والظاهر الوجوب وقصد الاحكام والاتقان لا ينافيه بل قد يكون داعيته (قوله ونحن نقول الخ) وذلك أنه لما عين الهدى أحد الواجبات علم أن ليس المراد مجرد التصدق باللحم والا لحصل التصدق بالقيمة أو بلحم يشتريه بل المراد التقرب بالاراقة مع التصدق بلحم القربان وهو تبع مهم لمقصوده فلا ينعدم الاجزاء بفواته عن ضرورة فلذا لو سرق بعد الاراقة أجزأه بخلاف ما لو سرق قبلها أو ذبح بالكوفة فسرق لا يجزيه لان القربة هناك لا تحصل الا بالتصدق لاختصاص قربة الاراقة بمكان مخصوص أعنى الحرم ولا يتصدق بشىء من الجزاء على من لا تقبل شهادته له ويجوز على أهل الذمة والمسلم أحب ولو أكل من الجزاء غرم قيمة ما أكل (قوله واذا وقع الاختيار على الهدى يهدى ما يجزى فى الاضحية) حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول الا عناقا أو جملا كفر بالاطعام أو الصوم لا بالهدى ولا يتصور التكفير بالهدى الا أن تبلغ قيمته جذعا عظيما من الضأن أو ثنيا من غيره وهذا عند

قياسا على كفارة اليمين وكان من شرط تصدقه التفريق بخلاف ما اذا ذبح بمكة فانه اذا تصدق به بعد الذبح على فقير واحد جاز لان جوازه من حيث الهدى لا من حيث الصدقة وقوله (لان الاراقة لا تنوب عنه) أى لان الاراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدى حتى لو سرق المذبوح أو ضاع قبل التصدق به بقى الواجب عليه كما كان بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة وان سرق أو ضاع قبل التصدق به قال (واذا وقع الاختيار على الهدى) اذا اختار القائل الهدى (يهدى ما يجزيه فى الاضحية) وهو الجذع الكبير من الضأن أو الثنى من غيره عند أبى حنيفة (لان مطلق اسم الهدى ينصرف اليه) كما فى هدى المتعة والقران فانه ينصرف الى ما يجزئ فى الاضحية واعترض عليه بان اسم الهدى قد ينصرف الى غيره كما اذا قال ان فعلت كذا فثوبى هذا هدى فليكن فى محل النزاع كذلك وأجيب بان الكلام فى مطلق الهدى وما ذكرت ليس كذلك لان الاشارة الى الثوب قيدته بذلك (وقال محمد والشافعى يجزئ صغار النعم) قال فى النهاية وذكر فى المبسوط والاسرار وشروح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان قول أبى يوسف مثل قول محمد (لان الصحابة رضى الله عنهم أوجبوا عناقا وجفرة) فدل على جواز ذلك فى باب الهدى

(قوله وقال أتنمص) أقول بالصاد المهملة أى أتحتقرها وتطعن فيها (قوله وقوله لان الاراقة لا تنوب عنه الخ) أقول والاظهر عندى أن ضمير عنه عائد الى الطعام يعنى أن مجرد الاراقة بدون التصدق لا تنوب عن الاطعام وأما نفى نيابتها عن الهدى فقد علم من قوله والهدى لا يذبح الا بمكة

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فتعتبر قيمته (واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع (وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير يوما) لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية (فان فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء تصدق به وان شاء صام عنه يوما كاملا) لان الصوم أقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب أو يصوم يوما كاملا لما قلنا (ولو جرح صيدا أو نتف شعره أو قطع عضوا منه ضمن ما نقصه) اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد (ولو نتف ريش طائر أو قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة)

أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمه الله يكفر بالهدى وان لم يبلغ ذلك ومنهم من جعل قول أبي يوسف كقول محمد لان الصحابة أوجبوا عناقا وجفرة على ما ذكرناه من قريب وأبو حنيفة يقول المنصوص عليه الهدى ومطلقه في الشرع ينصرف الى ما يبلغ ذلك السن لانه المعهود من اطلاقه في هدى المتعة والقران والاضحية فيحمل عليه وانما يراد به غير ما ذكرنا مجازا فيتقيد جوازا عتباره بالقرينة كما لو قال ثوبي هدى لزمه الثوب لتقيد الهدى بذكره ولذا لو قال ان فعلت كذا فعلي هدى لزمه شاة ثم اذا اختار الهدى وبلغ ما يضحى به قال المصنف لا يذبح الا بمكة يريد الحرم مطلقا ولو ذبحه في الحل لا يجزيه من الهدى بل من الاطعام فيشترط أن يعطي كل فقير قدر قيمة نصف صاع حنطة أو صاع من غيرها فان كانت قيمة اللحم مثل قيمة المقتول أجزأه والا فيكمل ويجوز أن يتصدق بالشاة الواقعة هديا على مسكين واحد كما في هدى المتعة (قوله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام الخ) يتضمن جوابهما يعني أن المنفي وقوع الصغار هديا تتعلق القربة فيه بنفسه بمجرد الاراقة لا جوازها مطلقا بل نجيزها باعتبار القيمة اطعاما فيجوز كون حكم الصحابة كان على هذا الاعتبار في الصغار فمجرد فعلهم ذلك حينئذ لا ينافي ما ذهب اليه فلا ينتهض عليه وأما صيرورة ولد الهدى هديا فللتبعية كولد الاضحية (قوله عندنا) قيد بالظرف لنفي قول محمد انه يقوم النظير على ما ذكر لانه الواجب عينا اذا كان للمقتول نظير وقوله (لانه) راجع الى المتلف يعني المتلف (هو المضمون) فلا معنى لتقويم غيره لجبره ولو سلم أن النظير هو الواجب عينا عند اختيار الهدى لم يلزم منه وجوب تقويمه عند اختيار خصلة أخرى فكيف وهو ممنوع (قوله ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) ولا يمنع أن يعطيه أكثر ولو كان كل الطعام غيرا أنه ان فعل أجزأ عن اطعام مسكين نصف صاع وعليه أن يكمل بحسابه ويقع الباقي تطوعا بخلاف الشاة في الهدى بناء على أن أصل القربة قد حصلت بالاراقة واطعامه تبع متمم له (قوله ضمن ما نقصه) وان برأ وبقي له أثر وان لم يعلم أمات أو برأ ففي القياس يضمن ما نقص وفي الاستحسان يضمن قيمته احتياطا كمن أخرج صيدا من الحرم ثم أرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا تجب قيمته ولو قلع سن ظبي أو نتف شعر صيد فنبت مكانها أو ضرب عينها فابيضت ثم انجلت فلا شيء عليه عند أبي حنيفة وعليه صدقة عند أبي يوسف باعتبار ما وصل اليه من الالم وقد روي عن أبي يوسف أيضا اعتبار الالم في الجناية على العباد حتى أوجب على الجاني ثمن الدواء وأجرة الطبيب الى أن يندمل وفي مناسك الكرماني لو ضرب صيدا فمرض فانتقصت قيمته أو ازدادت ثم مات كان عليه أكثر القيمتين من قيمة وقت الجرح أو وقت الموت ولو جرحه فكفر ثم قتله كفر أخرى فلو لم يكفر حتى قتله وجبت عليه كفارة واحدة وما نقصته الجراحة الاولى ساقط وفي الجامع محرم بعمرة جرح صيدا غير مستهلك ثم أضاف

(قوله وقيل هو قول محمد يجب المثل الخ) أقول صاحب القيل هو حميد الدين الضرير ولكن أنكره الاتقاني بناء على ما في شرح مختصر الكرخي والايضاح وشرح الاقطع وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام من أنه يعتبر قيمة المتلف عند محمد رحمه الله

الى

وقوله (مالم يفسد) اشارة الى أنها اذا كانت مذرة فلا شئ عليه لانه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضية أن يصير صيدا وقوله (فان خرج من البيض فرخ ميت) هذه المسئلة لا تخلو إما أن علم أنه كان حيا ومات بالكسر أو علم أنه كان ميتا أو لم يعلم أن موته بسبب الكسر أولا فان كان الاول ضمن قيمته وان كان الثاني فلا شئ عليه وان كان الثالث (فالقياس أن لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة) وفي الاستحسان تجب عليه قيمة الفرخ حيا لما ذكر في الكتاب وتقريره البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي وكل ما هو معد ليخرج منه الفرخ الحي كسره قبل أوانه سبب لموت ذلك الفرخ وذلك اتلاف له والاتلاف يوجب الضمان وقوله (فيحال به عليه) أي بالموت على الكسر والباء صلة كان أصله يحال الموت على الكسر أي يضاف اليه فان قيل بيض النعامة كبطن الظبية ولو ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت الظبية كان عليه قيمتهما على ما يجيء فلم لا يكون عليه ههنا قيمة البيض والفرخ جميعا أجيب بان ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه سبب الفرخ ولهذا لا يجب الضمان اذا كانت البيضة مذرة فاذا وجب ضمان الفرخ لا يجب ضمان البيض وقوله (وعلى هذا) أي على القياس والاستحسان (اذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما) فان قيل قد تقدم أن ضمان الصيد يشبه غرامات الاموال

لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه (ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته) وهذا مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولانه أصل الصيد وله عرضية أن يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا مالم يفسد (فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا) وهذا استحسان والقياس أن لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وجه الاستحسان أن البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما

الى عمرته حجة ثم جرحه كذلك فمات منهما فعليه للعمرة قيمته صحيحا وللحج قيمته وبه الجرح الاول ولو كان جرحه ثم حل من عمرته ثم أحرم بالحج ثم جرحه ثانيا فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثاني وللحج قيمته وبه الجرح الاول ولو حل من العمرة ثم قرن ثم جرحه فمات فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثاني وللقران قيمتان وبه الجرح الاول ولو كان الاول مستهلكا بأن قطع يده والثاني غير مستهلك وباقي المسئلة بحالها فعليه للعمرة قيمته صحيحا للحال وللقران قيمتان وبه الجرح الاول ولو كان الثاني قطع يد أخرى فهي وما لو كان جرحا غير مستهلك سواء لانه لا يمكنه استهلاكه مرة ثانية (قوله لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع) يعني وكان كالاتلاف فهذا كالقياس الجاري في الدلالة مما قدمناه فان أدى الجزاء ثم قتله لزمه جزاء آخر وان لم يؤده حتى قتله فجزاء واحد (قوله عن علي وابن عباس رضي الله عنهم) قال عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال في بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه وروى ابن أبي شيبة عنه قال في كل بيضتين درهم وفي كل بيضة نصف درهم وروى ابن أبي شيبة عن ابن مسعود قال حدثنا ابن فضيل عن خصيف عن أبي عبيدة عن عبد الله قال في بيض النعام قيمته وقال عبد الرزاق أخبرنا أبو حنيفة عن خصيف به وأخرج ابن أبي شيبة مثله عن عمر منقطعا وأخرج نحوه عن مجاهد والشعبي والنخعي وطاوس وفيه حديث مرفوع رواه عبد الرزاق والدارقطني وهو ضعيف (قوله مالم يفسد) الاوجه وصله بكسر بيض نعامة أي ومن كسر بيض نعامة مالم يفسد أي في زمن عدم فسادها فعليه قيمته وما مصدرية تأتية عن ظرف الزمان وانما لم يجب في البيضة المذرة لان ضمان البيضة ليس لذاتها بل لعرضية الصيد وليست المذرة بعرضية أن تصير صيدا فانتفى بهذا ما قال الكرماني اذا كسر بيض نعامة مذرة وجب الجزاء لان لقشرتها قيمة وان كانت غير نعامة لا يجب شئ وذلك لان المحرم بالاحرام ليس التعرض للقشر بل للصيد فقط وليس للمذرة عرضية الصيدية (قوله والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه) يفيد أن هذا الحكم فيما اذا جهل أن موته من الكسر أولا فأما اذا علم أن موته قبل الكسر لا يجب فيه شئ لانعدام الاماتة ولا في البيض لعدم العرضية واذا ضمن الفرخ لا يجب في البيض شئ لان ما ضمانه لاجله قد ضمنه ولو أخذ البيضة فحضنها تحت دجاجة ففسدت لا يختلف الجواب ولو لم تفسد وخرج منها فرخ وطار لا شئ عليه وكذا لو نفر صيدا عن بيضه ففسد ضمنه إحالة للفساد عليه لانه السبب الظاهر ولا يخفى عليك اذا تذكرت أن التعليل المذكور كالتعليل في مسئلة الفأرة التي توجد في البئر ميتة لا يدرى متى وقعت حيث حكم أبو حنيفة باضافة موتها الى وقوعها في البئر ورتب عليها حكم البئر التي ماتت فيها فارة احالة على السبب الظاهر وهما قد خالفاه هناك ووافقاه هنا فبطلان بالفرق المؤثر لا كل فرق وعلى هذا لو جرح صيدا فغاب فوجده ميتا ان علم أنه مات بسبب آخر فعليه ضمان الجرح وان لم يعلم يجب الضمان احتياطا للسببية الظاهرة كمن أخرج صيدا من الحرم وأرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا تجب قيمته (قوله وعلى هذا) أي هذا الاصل وهو النسبة الى ما هو سبب ظاهر (اذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت الام فعليه ضمانهما) أما الام فظاهر

ومن ضرب بطن جارية فألقت جنينا ميتا وماتت كان عليه قيمة الجارية دون الجنين فكيف وجبت ههنا قيمة الجنين أجيب بان الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبني على الاحتياط فلا يجب في موضع الشك فأما جزاء الصيد فمبني على الاحتياط فرجح فيه شبه النفسية في الجنين ووجب الجزاء (وليس في قتل الفواسق الخمسة شئ لان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى بقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور وذكر الذئب في بعض الروايات) (٢٦٦) فقيل فيما اذا ذكر الكلب العقور فرادا الذئب أو يقال ان الذئب في معنى الكلب العقور وذكر المصنف رحمه الله في أول هذا الفصل الستة بناء على الرواية أو الدلالة وقوله (والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط) أي النجاسات مع غيرها أي يأكل الحب تارة والنجاسة أخرى وقع تكرارا لانه ذكره في أول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن أبي يوسف فكان مستغنى عن ذكره وقوله الذي يأكل الجيف خبر لا صفة فكان

(وليس في قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء) لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور وقال صلى الله عليه وسلم يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذئب أو يقال إن الذئب في معناه والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط

(قال المصنف الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور) أقول اتفقت الروايات على ذكر الفأرة في المستثنيات فلا وجه لتركها فيما سبق والجواب أنه انما لم يذكرها لانها ليست من الصيود فلا معنى لذكرها في سياق المستثنيات منها وليس في الحديث لفظ الاستثناء حتى يرد عليه شئ فتأمل (قوله وذكر المصنف في أول هذا الفصل الستة بناء الخ) أقول فكان الوجه أن لا ينص على الخمس كما لا يخفى والاولى أن يقال ذكر الذئب بعد الكلب العقور على سبيل العطف التفسيري ترجيحا من المصنف كون يعني المراد من الكلب العقور الذئب فان الكلب ليس من الصيود فلا حاجة الى استثنائه من الآية فليتأمل (قال المصنف والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف) أقول ولعل التخصيص المستفاد من التفسير لانه روى أبو داود عن الخدري رضي الله عنه سئل صلى الله عليه وسلم عما يقتل المحرم قال يقتل المحرم الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادي ويرمي الغراب ولا يقتله فلا بد من حمل الغراب المأمور بقتله على ما ذكره أبو يوسف والمنهي عن قتله على الغراب الغير الابقع وهو الذي يأكل الزرع لدفع التعارض (قوله وقع تكرارا لانه ذكره الى قوله فكان مستغنى عن ذكره) أقول فيه زيادة الخلط فلا يكون تكرارا محضا ثم أقول انه ذكر ذلك في هذا الباب

وأما الجنين فلان ضرب البطن سبب ظاهر لموته وقد ظهر عقيبه ميتا فيحال عليه (قوله وليس في قتل الغراب) لم يقل ليس في قتل المحرم الخ جزاء بل أطلق نفي الجزاء في قتلهن ليفيد أنه لا يستعقب جزاء في الحرم ولا في الاحرام فلهذا استدل بما يفيد اباحة قتلهن في الحرم وبما يفيد في الاحرام فالاول هو ما في الصحيحين من قوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور وفي لفظ لمسلم الحية عوض العقرب وقال فيه الغراب الابقع والثاني ما في الصحيحين عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح العقرب والفأرة والكلب العقور والغراب والحدأة وأخرجاه أيضا عن ابن عمر قال حدثتني احدى نسوة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يقتل المحرم فذكر الخمسة وزاد فيه مسلم والحية قال وفي الصلاة أيضا وروى أبو داود عن أبي سعيد الخدري سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يقتل المحرم قال يقتل الحية والعقرب والفويسقة والكلب العقور والحدأة والسبع العادي ويرمي الغراب ولا يقتله ولم يذكر فيه الترمذي السبع العادي وقال حديث حسن وحمل الغراب المنهي عن قتله هنا على غير الابقع وهو الذي يأكل الزرع كما ذكره المصنف وانما رميه لينفره عن الزرع وأخرج الدارقطني عن ابن عمر قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم المحرم بقتل الذئب والفأرة والحدأة والغراب وفيه الحجاج بن أرطاة ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه مقتصرا على الذئب وأخرج نحوه عن عمر وابن عمر وأخرج عن عطاء قال يقتل المحرم الذئب وكل عدو ولم يذكر في الكتاب وهذا ما قال المصنف وذكر الذئب في بعض الروايات وأخرج الطحاوي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو حديث مالك والليث الا أنه قال فيه والحية والذئب والكلب العقور وقال السرقسطي في غريبه الكلب العقور يقال لكل عاقر حتى اللص المقاتل (قوله وقيل المراد بالكلب العقور الذئب) وقيل المراد به الاسد أسنده السرقسطي عن أبي هريرة قال حدثنا محمد بن علي قال حدثنا سعيد بن منصور حدثنا حفص بن ميسرة عن زيد بن أسلم عن ابن سيلان عن أبي هريرة أنه قال الكلب العقور الاسد (قوله أو يقال إن الذئب في معناه)

موضع ضمير الفصل واحترز به عن الغراب الذي يأكل الزرع فانه يجب الضمان بقتله وقوله (لانه يبتدئ بالاذى) قيل لانه يقع على دبر الدابة وقيل فعلى هذا يكون في قوله في العقعق ولا يبتدئ بالاذى نظر لانه يقع على دبر الدابة (وعن أبي حنيفة أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما) أي من الكلب العقور وغير العقور (سواء) أما العقور فظاهر لانه ورد فيه الحديث وأما غيره فانما لم يجب فيه الجزاء لانه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة وقوله (لان المعتبر هو الجنس) يعني الحقيقة التي تسمى كلبا الافراد دون فرد وهذا لان هذا الجنس ليس بصيد وفيه نظر لانه يفضي الى ابطال الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقورا والجواب أنه ليس للقيد بل لاظهار نوع أذاه فان ذلك طبع فيه وقوله (لانها ليست بصيود) يعني أنها ليست بمتوحشة عن الآدمي بل هي طالبة له (وليست بمتولدة من البدن) يعني حتى تكون من باب قضاء التفث كالقملة (ثم هي مؤذية بطباعها) فلا يجب بقتلها شئ وقوله (ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى) يعني قوله لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن سماهما علة وان كانا في معنى علتين لانه ذكر في موضع السلب وفي موضع السلب تكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة في أن الحكم ينتفي بالجميع كما أنه ينتفي بانتفاء الواحدة

لانه يبتدئ بالاذى أما العقعق فغير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفأرة الاهلية والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لانهما لا يبتدئان بالاذى (وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شئ) لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي مؤذية بطباعها والمراد بالنمل السود أو الصغار الذي يؤذي وما لا يؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى

يعني فيلحق به دلالة ولا بد من تعيين ذلك الموجب للالحاق في الدلالة والذي يدور عليه كلامه هو كونهن مبتديات بالاذى وضم غيره الى ذلك مخالطتها يعني كونها تعيش بالاختطاف والانتهاب وسنذكر لهذا تماما ان شاء الله تعالى (قوله لان المعتبر في ذلك الجنس) وان كان وصفه بالعقور اعاء الى العلة لما روى أبو داود في المراسيل وذكر الكلب من غير وصفه بالعقور فعلم أن المراد الجنس والذي ذكر وصفه بالعقور به يراد به الكلب الوحشي لانه يكون عقورا مبتديا بالاذى فأفاد أنه وان كان صيدا الا شئ فيه لكونه عقورا ويكون ما في المراسيل تعميم النوع بنفي الجزاء لان أحد صنفيه مؤذ وهو الصيد والآخر ليس بصيد أصلا الا أن هذا يقتضي أن يكون بعض النوع الواحد وحشيا وبعضه لا فان استبعد ذلك وادعى أن كل نوع فطرته في الوحشية وعدمها شاملة لكل أفراده ثم يعرض لبعضها خلاف الطبع الاصلي من التوحش والاستئناس قلنا على التنزل نختار أن جنس الكلب غير وحشي وان وجد منه وحشي فالتوحش عارض له فاقتضى أن لا يجب بقتل شئ منه جزاء وفائدة التنصيص على وصف بخصوصه بنفي الجزاء أعني ما هو معروض التوحش دفع توهم أنه وحشي بالاصالة فيجب بقتله الجزاء وأنه لو كان وحشيا لم يكن فيه شئ لكونه عقورا على أن الحق جواز الانقسام وقولهم الفأرة الوحشية والاهلية يفيده وهذا كله اذا حكم بارادة حقيقة الكلب أما اذا قيل بأن المراد من الكلب العقور الذئب أو الاسد فلا اشكال حينئذ الا أنه يجب أن يحمل الاسد المحكوم عليه بأنه هو المراد بالكلب العقور على الاسد العادي عندهم لانهم يوجبون الجزاء بقتل الاسد اذا لم يصل ويدل على هذه الارادة ما ذكرناه من حديث الترمذي وأبي داود (قوله وكذا الفأرة الاهلية والوحشية) لوجود المبيح في الوحشية وهو فسقها والسنور كذلك في رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي رواية هشام عن محمد ما كان منه بريا فهو متوحش كالصيود يجب بقتله الجزاء (قوله وليست بمتولدة من البدن) احتراز عن القملة (قوله وما لا يؤذي لا يحل قتلها) وان كان لا يجب بقتلها الجزاء وهكذا الكلب الاهلي اذا لم يكن مؤذيا لا يحل قتله لان الامر بقتل الكلاب نسخ فتقيد القتل بوجود الايذاء (قوله للعلة الاولى) يعني كونها ليست بصيود ولا متولدة من البدن وهما وان كانا علتين للحكم الذي هو وجوب الجزاء لكن نفيهما معا علة لنفيه لان الحكم اذا كان يثبت بعلل شتى يكون نفيه معللا بعدم الكل اذ لو ثبت شئ منها لم ينتف وعن أبي يوسف في قتل القنفذ روايتان في رواية جعله نوعا من الفأرة وفي أخرى جعله كاليربوع ففيه الجزاء وفي الفتاوى لا شئ في ابن عرس خلافا لابي يوسف وأطلق غيره لزوم الجزاء في الضب واليربوع

وسيأتي العذر عن ذلك (قوله وقيل فعلى هذا الخ) أقول يعني الاتقاني (قوله لان هذا الجنس ليس بصيد) أقول فلا يحتاج الى الاستثناء من الآية (قوله وفيه نظر لانه الخ) أقول لو صح هذا النظر يلزم اعتبار مفهوم الصفة بل سائر المفاهيم (قال المصنف والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة) أقول يعني ليسا حكما من قبيل الخمسة المستثناة وانما أولنا به ليستقيم التعليل الذي ذكره بقوله لانهما الخ فتأمل (قوله كما أنه ينتفي بانتفاء الواحدة) أقول يعني اذا انحصرت علة الثبوت فيها أما اذا ثبت الحكم بعلل شتى فلو ثبت شئ منها لم ينتف الحكم

قيل ورقتين ونصف ورقة تخميننا وهو قوله الخمس الفواسق الى قوله وهي ستة

وقوله (ومن قتل قملة تصدق بما شاء) وقد أوضحه في الكتاب وليس الجزاء منحصرا في القتل بل الالقاء في الارض كالقتل سواء أخذها من رأسه أو من موضع آخر وقيل في القملتين والثلاث كف من حنطة وفي الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة

وقوله (شيأ يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا) قال في الجامع الصغير كتكسرة خبز وقول عمر رضي الله عنه (تمرة خير من جرادة) قصته أن أهل حمص أصابوا جرادا كثيرا في احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر رضي الله عنه أرى دراهمكم كثيرة يا أهل حمص تمرة خير من جرادة قال (ومن حلب صيد الحرم) اللبن من أجزاء الصيد لقوله تعالى نسقيكم مما في بطونه وكلمة من للتبعيض وقوله (كالسباع) أي سباع البهائم (ونحوها) أي سباع الطير وقوله (وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة) يعني أن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف فانه أهلي وليس بصيد فكان المراد ما يتكلب أي يشتد فيتناول الاسد والنمر والفهد والنمر وغيرها فكان كأن الله تعالى قال لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم الا ما كان مؤذيا ولو كان النص بهذه الصفة لم يتناول الا ما كان اللحم فكذا هذا (ولنا أن السبع صيد لتوحشه) وتنفره من الناس (وكونه مقصودا بالاخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه) وكل ما هو صيد يتناوله قوله تعالى لا تقتلوا الصيد فيجب الجزاء بقتله (والقياس على الفواسق ممتنع فيلزم

(ومن قتل قملة تصدق بما شاء) مثل كف من طعام لانها متولدة من التفث الذي على البدن (وفي الجامع الصغير أطعم شيأ) وهذا يدل على أنه يجزيه أن يطعم مسكينا شيأ يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا (ومن قتل جرادة تصدق بما شاء) لان الجراد من صيد البر فان الصيد مالا يمكن أخذه الا بحيلة وبقصده الآخذ (وتمرة خير من جرادة) لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة (ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة) لانه من الهوام والحشرات فأشبه الخنافس والوزغات ويمكن أخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا (ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته) لان اللبن من أجزاء الصيد فأشبه كله (ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء) الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة ولنا أن السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه والقياس على الفواسق ممتنع

والسمور والسنجاب والدلق والثعلب وابن عرس والارنب من غير حكاية خلاف في شيء (قوله لانها متولدة من التفث الذي على البدن) يفيد أن الجزاء باعتبار أنه قضاء التفث فيستفاد منه أنه لو لم يأخذها من بدنه بل وجدها قملة على الارض فقتلها لا شيء عليه * واعلم أن الالقاء على الارض كالقتل تجب به الصدقة ولو قال محرم لحلال ارفع هذا القمل عني أو دفع ثوبه اليه ففلى ما فيه من القمل فقتله كان على الآمر الجزاء وكذا اذا أشار الى قملة فقتلها الحلال كان عليه جزاؤها لان الدلالة موجبة في الصيد فكذا ما في حكمه كذا في التجنيس والقملتان والثلاث كالواحدة وفي الزائد على الثلاث بالغا ما بلغ نصف صاع وهذا اذا قتلها قصدا وكذا لو ألقى ثوبه في الشمس لقصد قتلها كان عليه نصف صاع بر ونحوه ولو ألقاه لا لقتل فماتت لا شيء عليه (قوله لان الجراد من صيد البر) عليه كثير من العلماء ويشكل عليه ما في أبي داود والترمذي عن أبي هريرة قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة أو عمرة فاستقبلنا رجل من جراد فجعلنا نضربه بسياطنا (١) وقسينا فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم كلوه فانه من صيد البحر وعلى هذا لا يكون فيه شيء أصلا لكن ظاهر عن عمر الزام الجزاء فيها في الموطأ أنبأنا يحيى بن سعيد أن رجلا سأل عمر عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب تعال حتى نحكم فقال كعب درهم فقال عمر انك لتجد الدراهم لتمرة خير من جرادة ورواه ابن أبي شيبة عنه بقصته ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم أن كعبا سأل عمر فذكر معناه وقال حدثنا محمد بن راشد عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سئل عن الجراد يقتله المحرم فقال تمرة خير من جرادة وتبع عمر أصحاب المذاهب والله أعلم وفي المحيط مملوك أصاب جرادة وهو محرم ان صام يوما فقد زاد وان شاء جمعها حتى تصير عدة جراد ثم يصوم يوما (قوله كالسباع ونحوها) فالسباع كالاسد والفهد والنمر والفيل ففي المحيط ان قتل خنزيرا أو قردا أو فيلا تجب القيمة خلافا لهما اه وقول العتابي الفيل المتوحش صيد ليس على ما ينبغي فان المستأنس يجب كونه صيدا أيضا لعروض الاستئناس كما قالوا في الظبي وحمار الوحش انهما صيد وان تألفا وغاية الامر أن يجري في الفيل المتألف روايتان كما أن في الطيور المصوتة روايتين ولكن المختار فيها أنها صيد والمراد بنحوها سباع الطير كالبازي والصقر معلما وغير معلم (قوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها) ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال داعيا على عتبة بن أبي لهب اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه سبع (قوله وكونه مقصودا بالاخذ) هذا زيادة قيد على ما قدمناه في معنى الصيد لم يذكره في تعريفه السابق

(١) قوله وقسينا هكذا في النسخ التي بيدنا والذي في سنن أبي داود وعصينا ولعله الانسب ولينظر اه مصححه

لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف أملك (ولا يجاوز بقيمته شاة) وقال زفر رحمه الله تجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بأكول اللحم

فيلزم إما فساد السابق أو هذا اللاحق (قوله لما فيه من ابطال العدد) العدد المنصوص هو الخمس فيلزم من الالحاق به قياسا أن يكون المستثنى شرعا أكثر من خمس فيبطل العدد أي ينتفي فائدة تخصيص اسمه دون غيره من الاعداد المحيطة بالملحق وغيره أو الاطلاق أعني ذكره باسم عام مثل أن يقول يقتل كل عاد منتهب وفيه نظر من وجوه أما أولا فان مثله يلزم في مفهوم الصفة فيقال مثلا لو جاز نكاح الامة الكتابية لم يبق لذكر المؤمنات في قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات فائدة وكذا في المقيد بالشرط وسائر المفاهيم المخالفة فما هو جوابكم عن هذا فهو بعينه جوابنا عن مفهوم العدد وأما ثانيا فان عدد الخمس قد تحقق عدم قصر الحكم عليه شرعا وفرغ من ذلك فانه قد ثبت النص على الذئب والحية أيضا في أحاديث لم ينص في صدرها على عدد بل قال يقتل المحرم كذا وكذا الى آخر ما رويناه من قريب فثبت عدم ارادة قصر ذلك الحكم على الخمس فانفتح باب القياس اذ حديث الفواسق تخصيص للآية ودليل التخصيص يعلل ويلحق بما أخرجه ما تخرجه العلة أيضا بالاتفاق وأما ثالثا فان المصنف رحمه الله جوز الحاق الذئب بطريق الدلالة وعلى تقديره يبطل أيضا العدد وكون الثابت دلالة ثابتا بالنص لا يخرج به الحال عن أنه بطل خصوص الخمس ويجيء فيه عين ما تقدم من أنه لو أراده لذكر عددا يحيط به معها فيقول ست من الفواسق سلمناه لكن الالحاق بالدلالة لا بد فيه على ما عرف من معنى جامع غير أنه لا يتوقف سوى على فهم اللغة دون أهلية الاجتهاد ولذا سماه كثير القياس الجلي ونسمية نحن الثابت بمعنى النص لغة واذا كان كذلك فلا بد من تعيينه فاعينوه من قولكم لانها مبتدئات بالاذى ونحوه أو غيره في الحاق الذئب فهو الذي يلحق باعتباره سائر السباع فان سميتم ذلك دلالة فهذا أيضا دلالة وأما رابعا فانا لم نخرجه بالقياس بل بالنص وهو ما قدمناه من حديث أبي داود والترمذي من قوله عليه السلام وكل سبع عاد وقال الترمذي حسن فان قيل نقول من الرأس يخرج بمجموع ما نص على اخراجه وهو الحية والعقرب والفأرة والكلب والغراب والذئب والحدأة والسبع العادي على أن المراد به في حالة اعتدائه وهو ما اذا صال على المحرم فانه حقيقة اسم الفاعل وبه نقول انه اذا صال فقتله فلا شيء عليه كما سنذكره ثم نمنع الالحاق لانه حينئذ ناسخ على أصولنا لانه مخصص لاشتراطنا المقارنة في المخصص الاول فما لم يقارن به يكون العموم مرادا فاذا أخرج بعضه بعد الحكم بارادة الكل كان نسخا لانه بعد تعلق الحكم بالفرد المخرج والتخصيص بيان عدم ارادة المخرج واذا كان ناسخا عندنا فلا يلحق اذ لا نسخ بالقياس قلنا لا نخرج بالقياس بل بالدلالة فان أخذتم في الجامع الدلالي كونها تعيش مخالطة بالاختطاف والانتهاب كما ذكر بعضهم منعنا أن الحكم باعتباره وأسندناه باخراج الذئب وهو لا يعيش مخالطا والحق أن الوجه المذكور يصلح الزاميا للخصم لان الدلالة عندهم وهي التي يسمونها مفهوم الموافقة يشترط فيها كون المسكوت أولى بالحكم من المذكور فهم منع الضرب من منع التأفيف ولا تظهر أولوية السباع باباحة القتل من الفواسق بل غايته المماثلة وأما اثبات منع قتلها على أصولنا ففيه ما سمعت ولعل لعدم قوة وجهه كان في السباع روايتان كما هو في المحيط حيث قال وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيود وعن أبي يوسف رحمه الله أن الاسد كالكلب العقور والذئب وفي العتابي لا شيء في الاسد وقال أبو حنيفة رحمه الله يجب وقدمنا من البدائع التصريح بحل قتل الاسد والفهد والنمر أول الباب من غير ذكر خلاف (قوله واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا) ظاهر تخصيصه بالعرف أنه يقع عليها لغة بطريق الحقيقة وعلى هذا التقدير يتم مقصود الشافعي رحمه الله فان الخطاب كان مع أهل اللغة ولم يثبت فيه تخصيص من الشرع بغير السبع بل ثبت استعماله فيه على ما سمعته عنه عليه السلام من قوله اللهم سلط عليه كلبا فافترسه سبع

لما فيه من ابطال العدد) وكذلك الالحاق بها دلالة لان الفواسق مما تعدو علينا وعلى مواشينا بالقرب منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق ليلحق بها واسم الكلب وان تناوله لغة لم يتناوله عرفا (والعرف أملك) أي أقوى وأرجح في هذا الموضع كما في الأيمان لبنائه على الاحتياط والاحتياط في ايجاب الجزاء وقوله (ولا يجاوز بقيمته شاة) الباء للتعدية وشاة مرفوع لكونه مسندا اليه ومعناه لا يجاوز بقيمة الذي لا يؤكل لحمه من الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية وروى الكرخي أنه ينقص من الدم (وقال زفر تجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بأكول اللحم) والجامع الضمان

(قوله والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق ليلحق بها) أقول وهذا يدل على امتناع القياس أيضا (قوله وقال زفر تجب قيمته الخ) أقول الظاهر ما قاله زفر رحمه الله لكون ظاهر الآية معه على ما مر تفسيرها وكل السباع لا يقاس على الضبع فان منها ما يباع بأعلى الاثمان كالفيل والاسد والببر ولا نسلم أن جلد كل منها لا يزداد على قيمة الشاة وجواب الاول يعلم من قوله لانه محارب الخ فتأمل

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الضبع صيد وفيه الشاة) فلما ورد الشرع بتقدير لا يزاد عليه برأي لان المقادير تعرف سماعا (ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده) اذ اللحم غير مأكول (لانه محارب) كما في بعض السباع والفيل يعلمه أهل الهند المحاربة بحيث يكسر العسكر وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر ولاجل معنى الايذاء فيه لان الايذاء معنى لا تقوم له شرعا فبقي اعتبار الجلد (ومن هذا الوجه لا يزاد (٢٧٠) على قيمة الشاة ظاهرا) وقوله (واذا صال السبع على المحرم) أي وثب (فقتله لا شئ عليه وقال زفر يجب الجزاء) عليه (اعتبارا بالحل) اذا صال على انسان فقتله الانسان فانه يجب قيمته وان قتله دفعا عن نفسه (ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال إنا ابتدأناه) علل الاهداء بالابتداء فدل على أن الدافع لا يجب عليه شئ والا لم يبق للتعليل فائدة واعترض بان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح الاستدلال وأجيب بان ذلك في خطابات الشرع أما في الروايات فيدل وفيه نظر لان قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع لانه في حيز الاستدلال به فلا يفيده والجواب أن الاستدلال انما هو بفعله وقوله رواية فيفيده وقوله (ولان المحرم ممنوع عن التعرض) استدلال بدلالة حديث الفواسق ووجهه أن قتلها أبيح دفعا للاذى الموهوم فلان يباح قتل السبع دفعا للاذى المحقق أولى فكان مأذونا بقتله من الشرع

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب مؤذ ومن هذا الوجه لا يزاد على قيمة الشاة ظاهرا (واذا صال السبع على المحرم فقتله لا شئ عليه) وقال زفر يجب الجزاء اعتبارا بالحل الصائل ولنا ما روى عن عمر أنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال إنا ابتدأناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان مأذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق فلان يكون مأذونا في دفع المتحقق منه أولى

فالاولى منع وقوعه على السباع حقيقة لغة ولفظ الكلب في دعائه عليه السلام مستعمل في المعنى المجازي العام أعني المفترس الضاري لا يقال ادعاؤنا أنه في كل السباع حقيقة هو دعوى أنه في كل مفترس ضار حقيقة والأفراد حينئذ أفراد المعنى الكلي فدار الامر بين كونه في العام مجازا كما قلتم أو مشتركا معنويا والاشتراك المعنوي أولى بالاعتبار عند التردد بينه وبين المجاز لانا نقول ذلك عند التردد وهو عند عدم دليل عدمه وتبادر النوع المخصوص المعروف عند اطلاق لفظ الكلب دليل عدمه اذ لو كان للمعنى الاعم لم يتبادر خصوص بعضها واذا تبادر خصوص بعضها كان ظاهرا في أن الوضع كان لذلك المعين فيجب اعتباره لذلك وان جاز عروض تبادر البعض بعينه لعروض شهرة وغلبة استعمال لان الظاهر هو الذي يجب المصير اليه لا المجوز الا أن يدل دليل عليه ويتحقق كذلك (قوله ولنا قوله عليه الصلاة السلام الضبع صيد وفيه شاة) وفي بعض النسخ سبع وليس بمعروف بل المعروف حديث جابر قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع أصيد هو قال نعم ويجعل فيه كبش اذا صاده المحرم رواه أبو داود وانفرد بزيادة فيه كبش والباقون رووه ولم يذكروها فيه ورواه الحاكم بهذه الزيادة عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد فاذا أصابه المحرم ففيه كبش مسن ويؤكل وهذا دليل أكله عند الخصم وسيأتي في موضعه والمصنف ان استدل بلفظ السبع فغير ثابت وان استدل بلفظ الضبع بناء على أنه سبع عندنا وغير مأكول تقديما للنهي عن أكل كل ذي ناب من السباع فنقول يجب حمله على أنه كان قدر المالية في وقت التنصيص والا تلزم المعارضة بينه وبين قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم على أن المراد قيمة ما قتل من النعم واذا كنتم قلتم في حديث جابر ان ما بين السنين في الزكاة من كونه مقدرا بشاتين أو عشرين درهما مع أنه ثابت في الصحيح من كتاب الصديق أن التقدير به كان لانه قدر التفاوت في ذلك الزمان لا أنه تقدير لازم في كل زمان فلان تقولوا مثله في هذا الحديث مع أنه لم يبلغ درجة ذلك الحديث في الصحة وكون ذلك مخلصا من المعارضة التي ذكرناها أولى وقوله في الوجه المعقول (ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب مؤذ) يعني لانه من هذا الوجه ساقط الجزاء مع أنه يخالف قوله قبله بأسطر (وكونه مقصودا بالاخذ إما بالجلد أو ليصطاد به أو لدفع أذاه) حيث زاد باعثا آخر معارض بعموم قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم أوجب قيمة المقتول مطلقا تعين قيمة مجرد جلده في بعض المقتول خروج عن مقتضاه مع أن أخذه لم ينحصر في طلب جلده كما ذكره هنا بل قد يكون لغرض أن يصطاد به كما ذكره قبله ومن هذا الوجه تجب قيمته (قوله وقال إنا ابتدأناه) هذا غريب لا يعرف وبتقدير ثبوته فانما يفيد عدم الجزاء اذا

(قوله وفيه نظر لان قول عمر رضي الله عنه في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع الخ) أقول والجواب أن عدم دلالة التخصيص على نفي الحكم عما عداه انما هو في كلام الله تعالى وكلام نبيه صلى الله عليه وسلم وأما كلام غيرهما فليس كذلك بل بمنزلة الروايات كما يعلم من الاصول وهذا هو مراد المجيب ولا شك في صحته (قوله والجواب أن الاستدلال انما هو بفعله الخ) أقول كيف يستدل بفعله ولا تعلق له بالمدعى

(ومع وجود الاذن منه لا يجب الجزاء حقا له) لسقوطه باذنه فان قيل الاذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء فان المحرم اذا حلق رأسه أو تطيب لعذر فهو مأذون من الشرع ولم يسقط الجزاء فالجواب ما يذكره بعد هذا بقوله (لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه) وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه الآية فكان فائدة الاذن دفع الحرمة لا غير وتقريره أن بقاء الجزاء مع اذن صاحب الحق ثابت بالنص فلا يقاس عليه غيره لا يقال فليلحق بطريق الدلالة لان الضرورة في الاصول ليست كالضرورة في حلق الرأس لان الاولى نادرة والثانية كثيرة (بخلاف الجمل الصائل لانه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد) ونوقض بالعبد صال بالسيف على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن لم يوجد من مالكه وأجيب بان العبد مضمون في الاصل بأنه آدمي حقا للعبد لاحقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه وغيره فاذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة أسقط حقه كما اذا ارتد وسقوط ماليته التي هي ملك المولى انما (٢٧١) كان في ضمن سقوط الاصل وهو نفسه فلا معتبر به كما اذا ارتد وقوله (وان اضطر المحرم) ظهر معناه مما ذكرناه آنفا وقوله (والمراد بالبط) يعني المذكور في القدوري البط (الذي يكون في المساكن) وهو الذي يكون طيرانه كالدجاج في البطء ويجوز ذبحه للمحرم والمسرول بالفتح حمام في رجليه ريش كأنه سراويل من سرولته اذا ألبسته السراويل وقوله (ونحن نقول الحمام متوحش) تقريره الحمام متوحش (بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه) وكل ما هو كذلك فهو صيد (والاستئناس عارض) جواب لمالك ومعناه الاعتبار للمعاني الاصلية دون العوارض وعورض بأن الحمام لا يحل بذكاة الاضطرار حتى لو رمى سهما الى برج الحمام فأصاب حماما مسرولا ومات قبل أن تدرك ذكاته لم يحل ولو كان صيدا حل

ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا أذن من صاحب الحق وهو العبد (وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء) لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل (ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي) لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لانه ألوف بأصل الخلقة (ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء) خلافا لمالك رحمه الله له أنه ألوف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه لبطء نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستئناس عارض فلم يعتبر (وكذا اذا قتل ظبيا مستأنسا) لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستئناس كالبعير اذا ند لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم (واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها) وقال الشافعي رحمه الله يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه

كان المبتدى السبع بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندهم ولا يمكن استناد عدم الوجوب فيه الى العدم الاصلي لان العدم الاصلي قد نسخ بايجاب الجزاء في الصيد على العموم فما لم يخرجه دليل صحيح فهو داخل في الحكم العام فالاوجه الاستدلال بحديث أبي داود الذي ذكر فيه السبع العادي والوجه الذي ذكره من الاستدلال بدلالة نص قتل الفواسق فانه أباحه لتوهم الأذى له أي للقاتل أو لابناء نوعه فمع تحقق الايذاء له نفسه أولى واذا ثبت الاذن من صاحب الحق سقط الضمان الا أن يقيد الاذن به فما لم يقيد الاذن بالضمان لا يجب فلذا قلنا بوجوب الجزاء اذا اضطر المحرم الى قتل الصيد لما كله عند عدم صياله لتقيد الاذن فيه بالكفارة وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية الآية (قوله بخلاف الجمل الصائل فانه لا إذن من صاحب الحق) فيضمنه له وطولب بالفرق بينه وبين العبد اذا صال بالسيف على انسان فقتله المصول عليه لا يضمنه مع أنه لا إذن أيضا من مالكه أجيب بأن العبد مضمون في الاصل حقا لنفسه بالآدمية لا للمولى لانه مكلف كسائر المكلفين من أقرانه ألا ترى أنه لو ارتد أو قتل يقتل واذا كان ضمان نفسه في الاصل له سقط بمبيح جاء من قبله وهو المحاربة وماليته المولى فيه وان كانت متقومة مضمونة له فهي تبع لضمان النفس فيسقط التبع في ضمن سقوط الاصل (قوله مسرولا) بفتح الواو أي في رجليه ريش كأنه سراويل (قوله الحمام متوحش بأصل الخلقة) والاستئناس عارض بخلاف البط الذي يكون في الحياض والبيوت فانه ألوف بأصل الخلقة (قوله لانه عامل لغيره)

وأجيب بان مدار صحة ذكاة الاضطرار هو العجز دون الصيدية ألا ترى أن البعير اذا ند حل بذبح الاضطرار وليس بصيد لوجود العجز عن ذكاة الاختيار والعجز في الحمام غير موجود لانه يأوي في الليل الى برجه وقوله (وكذا اذا قتل ظبيا) ظاهر قال (واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها وقال الشافعي رحمه الله) في أحد قوليه (اذا ذبحه المحرم لغيره حل لانه عامل له) حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص انتقل اليه ذلك الفعل كما في عامة النيابات فصار كأنه هو الذي ذبحه ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز له أن يأكله فكذا اذا ذبحه له المحرم

(قوله والثانية كثيرة) أقول واذا كان الثاني أكثر كان الى شرع الزاجر أحوج لتمتنع الناس (قال المصنف ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له) أقول منقوض بقوله صلى الله عليه وسلم فليقتص وليحنث ويجوز أن يقال ذلك على خلاف القياس (قال المصنف والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض) أقول وأما البط الذي يطير فهو صيد يجب الجزاء بقتله كذا في الكافي فيكونان من جنسين مختلفين والاشمل الوجود أو العدم

فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره وذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلقا بذبحه لانه حينئذ يكون عاملا له واذا كان متعلقا به بقي يحل على اطلاقه وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه أو لغيره حرام عليه عنده أيضا قولا واحدا قلت أرى أن يكون قوله لغيره يخدم الفعلين جميعا وتقديره يحل لغيره ما ذبحه المحرم لغيره وتخرج نفسه من ذلك لان التقييد في الروايات مقيد بالاتفاق فان قلت تعليله هذا لا يخلو إما أن يكون صحيحا أو لا فان كان الثاني لم تتم الدعوى وان كان الاول لزم أن يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا حل أكله للمحرم ان لم يدل عليه أو يشر اليه قلت التعليل صحيح ولكن لا يحل له لان الدلالة اذا كانت محرمة فالمباشرة لانتفاء عدم الدلالة وان انتقل الفعل الى غيره حكما (ولنا أن الذكاة فعل مشروع) بالاتفاق وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص قوله تعالى لا تقتلوا (٢٧٢) الصيد سماه قتلا دون الذبح أو الذكاة اشارة الى أنه لا يوجب الحل ونهاهم عنه وهو يدل على التحريم لعينه لكونه بمعنى النفي ونوقض بذبح شاة الغير بغير اذنه فانه حرام لا محالة فكان الواجب أن لا يقع ذكاة ولا يحل أكله وليس كذلك والجواب أن المصنف رحمه الله أشار الى الجواب عن هذا بقوله (وهذا لان المشروع) أي من الذبح (هو الذي قام مقام الميزين الدم واللحم تيسيرا) وبيانه أن الدم منجس للحيوان فلا بد من تميزه عن اللحم ليصلح للاكل وذلك أمر متعسر خفي وله سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبح فأقيم الذبح مقام الميزين الدم واللحم تيسيرا والذبح الذي قام مقامه معدوم ههنا لان المقيم لذلك هو الشرع ولم يقم ههنا حيث أخرج الصيد عن المحلية بالنسخ يعني بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما كما قال حرمت عليكم أمهاتكم فأخرجهن عن محلية النكاح بخلاف ذبح شاة الغير بغير أمره فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الاصول اخراجه

ولنا أن الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام الميزين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه

يقتضي ظاهرا أن اللام في لغيره يتعلق بذبحه لا بيحل ولفظ المبسوط وقال الشافعي لا يحل للمحرم القاتل ويحل لغيره من الناس يقتضي تعلقه بيحل وهو الحق عن الشافعي وهو أحد قوليه ويمكن توجيه التعليل على هذا الاعتبار بأنه لما لم يحل للقاتل وحل لغيره لم ينزله الشرع عاملا لنفسه بل لغيره فصار عاملا لغيره شرعا وان لم يقصد هو ذلك فانتقل فعله اليهم فحل لهم سواء ذبح لاجلهم أو لنفسه (قوله وهذا لان المشروع الخ) حاصله اثبات الملازمة بين المشروعية والاقامة مقام الميزثم نفي الثاني فينتفي الاول أعني المشروعية وهو المفاد بقوله فينعدم المشروع لانعدامه أي لانعدام الفعل الذي أقيم ونحن الى غير هذا الكلام أحوج في اثبات المطلوب فان حاصل هذا اثبات المقدمة القائلة وهذا فعل حرام وهي ان كانت من المسلمات بيننا وبين الشافعي لم يحتج اليه وان كانت ممنوعة عنده لا ينتهض المذكور مثبتا لها عليه فانه اذا منع الحرمة منع عدم الاقامة مقام الميز لكنها مسلمة ونحن نحتاج بعد تسليم حرمة الفعل الى أمر زائد فان مجرد حرمته لا يوجب حرمة اللحم مطلقا كالوذبح شاة الغير لا باذنه لا يصير لها حكم الميتة مع حرمة الفعل فيقال وهذا فعل حسي محرم فيكون ذلك لقبح اعتبر في عينه على ما هو الاصل عندنا في اضافة التحريم الى الافعال الحسية أنه يضاف القبح الى عينها لعدم المانع بخلاف الشرعية الا أن يقوم دليل على خلاف ذلك كما في ذبح شاة الغير ونعني بثبوت القبح لذاته مع أنه انما ذبح لغرض صحيح هو أن يأكله كون الشرع اعتبره قبيحا لعينه لانه جعله عبثا حيث أخرج الذابح عن الاهلية والمذبوح عن المحلية فصار فعلا في غير محله فكان عبثا باعتبار الشارع كما لو اشتغل عاقل بذبح حجر ونحوه فانه يعد مجنونا أو سخريه بخلاف شاة الغير فانه لم يثبت اخراجها عن محلية الذبح شرعا للاجنبي واخراجه عن الاهلية بالنسبة اليها فلم يعد عبثا شرعا واذا صار ذبح المحرم عبثا شرعا صار قبيحا لعينه فلا يفيد حكم الحل فيما كان محرم الاكل أعني الصيد قبل ذبحه بقي دليل الاخرابعين وذلك أن قوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما يفيدهما وقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم يفيد اخراج المحرم عن أهلية الذبح فقط وهذا لان الاول أضاف التحريم الى العين وهي تفيد المبالغة فان الاصل أن تضاف الاحكام الى أفعال المكلفين فاذا أضيفت الى العين كان اخراجا له عن محلية الفعل الذي هو متعلق الحرمة بالاصالة فانه جعل نفس هذا العين حراما ونفس الحرام لا يقرب منه فكان منعا عن الاقتراب منه نفسه وهذا

(قوله فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبوح يحل له ولغيره) أقول فان قيل مقتضى هذا التعليل أن لا يحل لغيره اذا كان ذلك الغير محرما لانه لما انتقل فعل الذابح اليه كان ذابحا وذبيحة المحرم تحرم عليه قلنا ذلك أمر حكمي لم تقع منه مباشرة حقيقة فلا يكون سببا للحرمة عليه (قوله وذلك لان التعليل انما يستقيم الخ) أقول ممنوع بل اذا تعلق بيحل يستقيم أيضا وكونه عاملا له انما هو في حكم الشرع فانه لما حرم عليه لم يجعله الشرع عاملا لنفسه بل لغيره فتأمل (قوله حرام عليه عنده أيضا قولا واحدا) أقول ممنوع بل اذا حل من الاحرام يحل له أيضا عنده صرح به الزيلعي (قوله ونهاهم عنه الى قوله بمعنى النفي) أقول اذا النهي في الافعال الحسية بمعنى النفي كما حقق في علم الاصول

وقوله (فان أكل المحرم الذابح من ذلك شيأ فعليه قيمته عند أبي حنيفة) قال الامام التمرتاشي اذا أكل بعد ما أدى الجزاء وأما اذا أكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما أكل في الجزاء وقوله (وقالا) ظاهر وقوله (فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط) يريد أن حرمة التناول باعتبار كونه ميتة وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الاهلية وذلك باعتبار الاحرام فكانت الحرمة (مضافة الى الاحرام) بهذه الوسائط فكان متناولا محظورا حرامه فيجب عليه الجزاء وظهر من هذا الجواب (٢٧٣) عما اذا ذبح الحلال صيدا في الحرم فأدى جزاءه ثم أكل منه فانه لا يلزمه شئ آخر لانه لم يتناول محظورا حرامه وانما وجب جزاء المحل وهو لا يتكرر فان استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فأدى جزاءه ثم شواه فأكله فانه تناول محظور احرامه ولم يلزمه شئ آخر أجيب بان وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه أصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى وقوله (فيما اذا اصطاده لاجل المحرم) يعني أن ينوي أن يكون الاصطياد له سواء أمره بذلك أو لم يأمره وقوله (تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم) يريد به ما روى عن طلحة أنه قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم فارتفعت أصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نائم في حجرته فقال فيم أنتم فذكرنا ذلك له (فقال عليه الصلاة والسلام لا بأس به)

(فان أكل المحرم الذابح من ذلك شيأ فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا ليس عليه جزاء ما أكل وان أكل منه محرم آخر فلا شئ عليه في قولهم جميعا) لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها الا الاستغفار وصار كما اذا أكله محرم غيره ولابي حنيفة رحمه الله أن حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار أنه محظور احرامه لان احرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافة الى احرامه بخلاف محرم آخر لان تناوله ليس من محظورات حرامه (ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا أمره بصيده) خلافا لمالك رحمه الله فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله صلى الله عليه وسلم لا بأس بأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده أو يصد له ولنا ما روى أن الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس به

اخراجه عن المحلية ولو قلنا ان اضافته الى العين يجب أن تكون مجازا عقليا لم يضرنا اذ العدول عن اضافته الى الفعل الى اضافته الى نفس العين سببه ما قلنا وأفاد الثاني أن التحريم بمعنى من جهة الذابح وهو الاحرام فأوجب اخراجه عن الاهلية والاحرام هو السبب في الامرين معا على التحقيق فلذا قال في المسئلة التي تلي هذه لان الاحرام هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية (قوله فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) يعني سواء أدى ضمان المذبوح قبل الاكل أو لا غير أنه ان أدى قبله ضمن ما أكل على حدته بالغا ما بلغ وان كان أكل قبله دخل ضمان ما أكل في ضمان الصيد فلا يجب له شئ بانفراده وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي لا رواية في هذه المسئلة فيجوز أن يقال يلزمه جزاء آخر ويجوز أن يقال يتداخلان وسواء تولى صيده بنفسه أو أمر غيره أو أرسل كلبه ولا فرق بين أن يأكل المحرم أو يطعم كلابه في لزوم قيمة ما أطعم لانه انتفع بمحظور احرامه (قوله فصارت حرمة التناول الخ) يعني أن حرمة التناول بواسطة أنه ميتة وكونه ميتة بواسطة خروجه عن الاهلية والصيد عن المحلية وثبوتهما معا بواسطة الاحرام فكان الاكل من محظورات احرامه بواسطة وسبب السبب سبب خصوصا وهذه حرمة يحتاط في اثباتها لما تقدم من شرع الكفارة مع العذر فيجب به الجزاء وبهذا التعليل استغنى الشيخ عن ايراد الفرق بين هذا وبين ما لو أكل الحلال من لحم ذبحه من صيد الحرم بعد أداء قيمته لان الاكل ليس من محظورات الحرم بل تفويته الامن الذي استحقه بحلوله في الحرم فقط وقد ضمنه اذ فوته فكان حرمته لكونه ميتة فقط وعن هذا ما في خزانة الاكمل لو شوى المحرم بيض صيد فعليه جزاؤه وللحلال أكله ويكره بيعه قبل ذلك فان باعه جاز ويجعل ثمنه في الفداء ان شاء وكذا شجر الحرم واللبن وكذا الوشوى جرادا أو بيضا ضمنه ثم ان أكله لا جزاء عليه ولا يحرم بخلاف الصيد (قوله خلافا لمالك فيما اذا اصطاده لاجل المحرم) يعني بغير أمره أما اذا اصطاد الحلال لمحرم صيدا بأمره اختلف فيه عندنا فذكر الطحاوي تحريمه على المحرم وقال الجرجاني لا يحرم قال القدوري هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي (قوله له قوله عليه الصلاة والسلام) الحديث على ما في أبي داود

(قوله أجيب بأن وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته الخ) أقول يوضحه أنه لا مجال في البيض أن يجعل ميتة اذ ليس محلا للذبح حتى يجري فيه ما قيل في ذبيحة

(٣٥ — فتح القدير ثاني) المحرم (قال المصنف له قوله صلى الله عليه وسلم لا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده أو يصد له) أقول قال الفاضل الطيبي في المشكاة فيه اشكال لان الظاهر يقتضي الجزم وغاية ما يتكلف فيه أن يقال انه عطف على المعنى فانه لو قيل مالا تصيدونه أو يصاد لكم لكان ظاهرا فيقدر هذا المعنى اه (قوله وقوله فيما اذا اصطاده لاجل المحرم الخ) أقول وفي فتح القدير يعني بغير أمره أما اذا اصطاد الحلال لمحرم صيدا بأمره اختلف فيه عندنا فذكر الطحاوي تحريمه على المحرم وقال الجرجاني لا يحرم قال القدوري هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي اه (قوله سواء أمره بذلك) أقول فيه بحث فانه على الوفاق لا على الخلاف كما يدل عليه كلام المصنف

وقوله (واللام فيما روى) يعني مالكا من قوله أو يصاد له (لام تمليك فيحمل على أن يهدى اليه الصيد دون اللحم) وهذا لان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اذا أهدى الصيد الى المحرم لا فيما اذا أهدى اليه اللحم لان اللحم لا يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم وبه نقول لانه ثبت أن الصعب بن جثامة الليثي أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء فرد عليه فلما رأى ما في وجهه قال إنا لم نرده عليك الا أنا حرم (أو يكون معنى أو يصاد له يصاد بأمره) واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع أو يصاد وحينئذ لا تمسك له بهذه الرواية لانه يقتضي الحل اذا صاد غيره لاجله لانه صار معطوفا على المغيا على الغاية ورواية كتب الحديث مثل سنن أبي داود والترمذي والنسائي (٢٧٤) بالالف هكذا وانما يصح له التمسك به على ما روى أو يصاد له ليصير معطوفا على الغاية

واللام فيما روى لام تمليك فيحمل على أن يهدى اليه الصيد دون اللحم أو معناه أن يصاد بأمره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث أبي قتادة رضي الله تعالى عنه وقد ذكرناه (وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها على الفقراء) لان الصيد استحق الأمن بسبب الحرم

وهي ضعيفة وقوله (قالوا) أي المشايخ (فيه) أي في شرط عدم الدلالة لاباحة الاكل (روايتان) في رواية يحرم وهو اختيار الطحاوي وفي رواية لا يحرم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني قال (وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال) اذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه (قيمته يتصدق بها على الفقراء) لما ذكر في الكتاب وهو واضح فان قيل الصيد كما استحق الامن بسبب الحرم فكذلك استحقه بسبب الاحرام فاذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي أن يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت وجوب الكفارتين وجه القياس صرح بذلك في الايضاح ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي أن حرمة الاحرام أقوى لان المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف

والترمذي والنسائي عن جابر لحم الصيد حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم هكذا بالالف في يصاد فعارضه المصنف ثم أوله دفعا للمعارضة أما المعارضة فيما روى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن محمد بن المنكدر عن عثمان بن محمد عن طلحة بن عبيد الله قال تذاكرنا لحم الصيد يأكله المحرم والنبي صلى الله عليه وسلم نائم فارتفعت أصواتنا فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فيم تتنازعون فقلنا في لحم الصيد يأكله المحرم فأمرنا بأكله أخرجه في الآثار وروى الحافظ أبو عبد الله الحسين بن خسرو البلخي في مسند أبي حنيفة عن أبي حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن جده الزبير بن العوام قال كنا نحمل الصيد صفيفا وكنا نتزوده ونأكله ونحن محرمون مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واختصره مالك في موطئه وأما التأويل فبوجهين كون اللام للملك والمعنى أن يصاد ويجعل له فيكون تمليك عين الصيد من المحرم وهو ممتنع أن يتملكه فيأكل من لحمه والحمل على أن المراد أن يصاد بأمره وهذا لان الغالب في عمل الانسان لغيره أن يكون بطلب منه فليكن محمله هذا دفعا للمعارضة وقد يقال القواعد تقتضي أن لا يحكم هنا بالمعارضة والترجيح لان قول طلحة فأمرنا بأكله مقيد عندنا بما اذا لم يدله المحرم ولا أمره بقتله على ما هو المختار للمصنف إعمالا لحديث أبي قتادة فيجب تخصيصه بما اذا لم يصد للمحرم بالحديث الآخر لدخول الظنية في دلالته وحديث الزبير حاصله نقل وقائع أحوال لا عموم لها فيجوز كون ما كانوا يحملونه من لحوم الصيد للتزود مما لم يصد لاجل المحرمين بل هو الظاهر لانهم يتزودونه من الحضر ظاهرا والاحرام بعد الخروج الى الميقات فالاولى به الاستدلال على أصل المطلوب بحديث أبي قتادة على وجه المعارضة على ما في الصحيحين فانهم لما سألوه عليه السلام لم يجب بحله لهم حتى سألهم عن موانع الحل أكانت موجودة أم لا فقال صلى الله عليه وسلم أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار اليها قالوا لا قال فكلوا اذا فلو كان من الموانع أن يصاد لهم لنظمه في سلك ما يسئل عنه منها في التفحص عن الموانع ليجيب بالحكم عند خلوه عنها وهذا المعنى كالصريح في نفي كون الاصطياد للمحرم مانعا فيعارض حديث جابر ويقدم عليه لقوة ثبوته اذ هو في الصحيحين وغيرهما من الكتب الستة بخلاف ذلك بل قيل في حديث جابر لحم الصيد الخ انقطاع لان المطلب بن حنطب لم يسمع من جابر عند غير واحد وكذا في رجاله من فيه لين وبعد ثبوت ما ذهبنا اليه بما ذكرنا يقوم دليل على ما ذكره المصنف من التأويل هذا

(قوله واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع الى قوله لانه صار معطوفا على المغيا على الغاية) أقول فينبغي أن يكون منصوبا الا أن يقال هو معطوف ويعارض على أن مع الفعل فلما حذف أن في المعطوف رفع كما في * ألا أيهذا الزاجري أحضر الوغى * أو يقال قد تهمل أن الناصبة حملا على أختها ما المصدرية كما في قراءة ابن محيصن لمن أراد أن يتم الرضاعة وقول الشاعر

أن تقرآن على أسماء ويحكما * مني السلام وأن لا تشعرا أحدا

على ما هو قول البصريين نص عليه ابن هشام في مغني اللبيب لكن الخصم يقول هو عطف على المجزوم على المعنى (قوله قلت وجوب الكفارتين ووجه القياس الى آخر قوله فاستتبع الاقوى الاضعف) أقول في قوله ووجه القياس بحث والوجه جواب القياس

ويعارض الكل حديث الصعب بن جثامة في مسلم أنه أهدى للنبي صلى الله عليه وسلم لحم حمار وفي لفظ رجل حمار وفي لفظ عجز حمار وفي لفظ شق حمار فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا أنا حرم فانه يقتضي حرمة أكل المحرم لحم الصيد مطلقا سواء صيد له أو بأمره أو لا وهو مذهب نقل عن جماعة من السلف منهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومذهبنا مذهب عمر وأبي هريرة وطلحة بن عبيد الله وعائشة رضي الله عنهم أخرج عنهم ذلك الطحاوي رحمه الله وقول الشافعي رحمه الله حديث أمالك وهو أنه أهدى له حمارا أثبت من حديث من قال إنه أهدى له من لحم حمار يعني فيكون رده امتناع تملك المحرم الصيد منع بأن الروايات كلها على ما ذكرنا أول الحديث تدل على البعضية ولا تعارض بين رجل حمار وعجزه وشقه على ما لا يخفى اذ يندفع بارادة رجل معها الفخذ وبعض جانب الذبيحة فوجب حمل رواية أهدى حمارا على أنه من اطلاق اسم الكل على البعض لما ذكرنا ولتعينه لامتناع عكسه اذ إطلاق الرجل على كل الحيوان غير معهود لا يطلق على زيد اصبع ونحوه لانه غير جائز لما عرف من أن شرط اطلاق اسم البعض على الكل التلازم كالرقبة على الانسان والرأس فانه لا انسان دونهما بخلاف نحو الرجل والظفر وأما اطلاق العين على الربيئة فليس من حيث هو انسان بل من حيث هو رقيب وهو من هذه الحيثية لا يتحقق بلا عين على ما عرف في التحقيقات أو هو أحد معاني المشترك اللفظي كما عده لا كثيرمنها ثم إن في هذا الحمل ترجيحا للاكثر أو لحكم بغلط تلك الرواية بناء على أن الراوي رجع عنها تبينا لغلطه قال الحميدي كان سفيان يقول في الحديث أهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لحم حمار وحش وربما قال يقطر دما وربما لم يقل ذلك وكان فيما خلا قال حمار وحش ثم صار الى لحم حتى مات وهذا يدل على رجوعه وثباته على ما رجع اليه والظاهر أنه لتبينه غلطه أولا قال الشافعي رحمه الله وان كان أهدى له لحما فقد يحتمل أن يكون علم أنه صيد له فرده عليه اه فان قيل ان التعليل ما وقع الا بالاحرام فلو كان كما ذكره الشافعي رحمه الله لقال بأنك صدته لاجلي قلنا كلام الشافعي رحمه الله يتضمن ذلك يعني علم أنه قد صيد لاجله وهو محرم فرده عليه معللا بالاحرام بسبب أنه يمنع من أكل ما صيد للمحرم وبه يقع الجمع بين حديث الصعب وحديثي أبي قتادة وجابر السابق على رأي من يقول يحرم على المحرم ما صيد لاجله أما على رأينا وهو ما تحته بغير هذا الشرط فلا يقع الجمع بينه وبين حديث أبي قتادة فانا قلنا انه يفيد عدم اشتراط أن لا يصاد لاجله على ما ذكرنا فاذا حمل حديث الصعب على أنه علم أنه صيد لاجله تعارضا فانما يصار الى الترجيح فيترجح حديث أبي قتادة بعدم اضطرابه أصلا بخلاف حديث الصعب فانه قال في بعض رواياته انه عليه الصلاة والسلام أكل منه رواه يحيى بن سعيد عن جعفر عن عمرو بن أمية الضمري عن أبيه أن الصعب بن جثامة أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم عجز حمار وهو بالجحفة فأكل منه وأكل القوم وما قيل هذه رواية منكرة فان في جميع الروايات أنه لم يأكل منها الا في هذه الرواية أحسن منه أن يجمع بعد ثبوت صحة هذه الرواية بأن الذي تعرضت له تلك الروايات ليس سوى أنه رده وعلل بالاحرام ثم سكت الكل على هذا القدر فمن الجائز أن يكون لما رده معللا بذلك بناء على ظن أنه صيد لاجله ذكر له أنه لم يصده لاجله فقبله بعد الرد وأكل منه وهذا جمع على قول من يشترط عدم الاصطياد لاجله وعلى قول لكل ما قال البيهقي بعد ما ذكر الرواية التي ذكرناها قال وهذا اسناد صحيح فان كان محفوظا فكأنه رد الحي وقبل اللحم اه الا أن هذا جمع بانشاء إشكال آخر وهو رد رواية أنه رد اللحم وهي بعد صحتها ثبت عليها الراوي ورجع عما سواها على ما قدمناه الا أن يدعى أنه عبر بالبعض عن الكل في رواية رد اللحم وفيه ما قدمناه وعلى كل حال ففي هذا الحديث اضطراب ليس مثله في حديث أبي قتادة فكان هو أولى فان قيل إن حديث أبي قتادة كان سنة ست في عمرة الحديبية وحديث الصعب كان في حجة الوداع فيكون ناسخا لما قبله قلنا أما أن حديث الصعب كان في حجة الوداع فلم يثبت عندنا وانما ذكره الطبري وبعضهم

قال صلى الله عليه وسلم فى حديث فيه طول ولا ينفر صيدها (ولا يجزيه الصوم) لانها غرامة وليست بكفارة فأشبه ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف فى المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه

ولم نعلم لهم فيه ثبتا صحيحا وأما حديث أبى قتادة فانه وقع فى مسند عبد الرزاق عنه قال انطلقنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية فأحرم أصحابه ولم أحرم فساق الحديث فنى الصحيحين عنه خلاف ذلك وهو ما روى عنه أن النبى عليه السلام خرج حاجا فخرجوا معه فصرف طائفة منهم أبو قتادة وقال لهم خذوا ساحل البحر حتى نلتقى الحديث ومعلوم أنه عليه السلام لم يحج بعد الهجرة الا حجة الوداع فكان بالتقديم أولى وعما يدل على ما ذهبنا اليه حديث البهزى أخرج الطحاوى عن عمير بن سلمة الضرير قال بينما نحن نسير مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ببعض أفناء الروحاء وهو محرم اذا حمار معقور فيه سهم فقدمات فقال عليه السلام دعوه فيوشك صاحبه أن يأتيه فجاء رجل من بهز وهو الذى عقر الحمار فقال يا رسول الله هو رميتى فشأنكم به فأمر النبى عليه السلام أبا بكر أن يقسمه بين الرفاق وهم محرمون وجه الاستدلال أن ترك الاستفصال فى وقائع الاحوال ينزل منزلة العموم فى المقال (قوله قال صلى الله عليه وسلم) روى الستة عن أبى هريرة رضى الله عنه قال لما فتح الله على رسوله صلى الله عليه وسلم مكة قام النبى صلى الله عليه وسلم فيهم فحمد الله عز وجل وأثنى عليه ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما أحلت لى ساعة من النهار ثم بقيت حرمتها الى يوم القيامة لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا تحل ساقطتها فقال العباس الا الاذخر فانه لقبورنا وبيوتنا فقال عليه السلام الا الاذخر والخلى بالمعجمة مقصورا الحشيش اذا كان رطبا واختلاؤه قطعه (قوله والواجب على المحرم الخ) حاصل ما هنا أن حرمة القتل ثابتة فى الصورتين غير أن سببها فى الاحرام وجوب الجزاء على موجبه فانه عبارة عن الدخول فى حرمة عبادة الحج أو العمرة بالتزام ما يمنع منه حال التلبس بها كالدخول فى حرمة الصلاة ومنه عدم التعرض للصيد فكان حكمة منعه والله سبحانه أعلم كونه يهيج النفس الى حالة تنافى حالة الاحرام التى هى التصور بصورة الموت والفاقة فان فيه ضراوة وحالة الاحرام ضراعة فقد ظهر أثرها أكثر من ظهوره فى سائر العبادات ألا ترى الى كشف الرأس والتلفف بثياب الموت فاذا قتله فقد جنى على العبادة حيث لم يجر على موجبها وجبر العبادة المحضة بعبادة محضة فدخله الصوم وأما فى الحرم فسببها ابقاء أمنه الحاصل له شرعا بسبب الاواء الى حمى الله تعالى فاذا فوته وجب الجزاء لتفويت ذلك الوصف الكائن فى المحل لا لجناية على عبادة تلبس بها والتزمها بعقد خاص بارتكاب محظورها فلا يدخله الصوم فيه كتفويت أمن كائن لمملوك رجل فى حالة لاستهلاكه لا يكون بصوم ونحوه بل جبر الامن الفائت بايجاب أمن للفقير عن بعض الحاجات أنسب لانه من جنس المجبور وعلى وفق هذا وقع فى الشرع الا أن مستحق هذا الضمان هو الله سبحانه فتجاذبه أصلان شبه الغرامات اللازمة لتفويت المحال وكونه حقا من حقوق الله تعالى فرتبنا على كل وجه مقتضاه محتاطين فى الترتيب المذكور فقلنا لا يدخله الصوم نظرا الى أنه ضمان محل ولا ضمان على الصبى لو قتل صيد الحرم ولو قتل الصيد حلال فى يد حلال صاده من الحرم وجب على كل واحد منهما ضمان كامل لتفويت كل الامن الواحد الثابت للصيد أحدهما بالاخذ والثانى بالقتل بعدما كان بمعرضية أن يطلقه وفى مثليهما من ضمان المتلفات قيمة واحدة على الآخذ واتفقوا هنا على رجوع الآخذ على القاتل أما على قول أبى حنيفة فظاهر لانه فى الاحرام يقول يرجع الآخذ على القاتل مع جنايته ليس ضمان محل فهنا أولى وهما منعا الرجوع هناك وأثبتاه هنا لانه ضمان محل من وجه وفى ضمان المحل يرجع على من يقرر

وقوله (ولا يجزيه الصوم) فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد الحرم فى جواز الصوم فى الاول دون الثانى بما حاصله أن الواجب على المحرم جزاء فعله ولهذا تعدد اذا قتل المحرم ان صيدا واحدا وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل من وصف الامن والصوم يجوز أن يقع جزاء الفعل لا بدل المحل فان قلت هذا ينافض ما ذكرت آنفا أنه يؤدى فى ضمن أداء جزاء الاحرام اذا قتل المحرم صيد الحرم لان بدل المحل لا يؤدى فى ضمن أداء جزاء الاحرام كما اذا قتل صيدا مملوكا فالجواب أن ما قلنا من الاستتباع انما كان فيما تكون الحرمتان لواحد وهو الله تعالى وما ذكرتم ليس كذلك لان ما وجب فيه بازاء الفعل لله تعالى وما وجب بازاء المحل وجب للعبد ولا يمكن أن يقضى بما لله ما للعبد لان افتقار العبد مانع بخلاف الاول وعورض بأنه لو كان بدل المحل لوجب على الصبى والمجنون والكافر اذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك وأجيب بأنه وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء حتى ان حلالا ان أصاب صيد الحرم فقتله فى يد حلال آخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لما أن كل واحد منهما متلف من جهة أحدهما بالاخذ المفوت للامن والثانى بالاتلاف حقيقة فلم يلزم على من ذكرتم نظرا الى الجزاء

وهل يجزيه الهدى ففيه روايتان (ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه اذا كان فى يده) خلافا للشافعى رحمه الله فانه يقول حق الشرع لا يظهر فى مملوك العبد لحاجة العبد ولنا أنه لما حصل فى الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا

الضمان واذا تأملت رأيت خصوص الاعتبار فى كل مسئلة من هذه بجهة دون الجهة الاخرى لانه اللائق فيها فتأمل مستعينا بالله تعالى ترشد ان شاء الله تعالى ثم يدخل جزاء صيد الحرم فى جزاء صيد الاحرام فلو قتل محرم صيد الحرم وجب عليه جزاء واحد على وفق جزائه للاحرام خاصة وتحقيق هذا المقام أن الثابت هنا حق واحد لله تعالى بسبب ارتكاب حرمة واحدة وذلك لان المتحقق أن الله تعالى حرم قتله ووضع لهذه الحرمة سببين حلوله فى الحرم ووجود الاحرام فأيهما وجدا استقل بآثارة الحرمة فاذا وجدا معا وهو الاحرام فى الحرم لم يتحقق سوى تلك الحرمة وثبوت الامن انما هو عن هذه الحرمة وعلمت أنها حرمة واحدة فههنا أمر واحد عن حرمة واحدة فقوت غير أن الله تعالى رتب على انتهاك الحرمة الكائن بالقتل حال كونها عن سبب الاحرام جزاء يدخله الصوم ودل النظر السابق حال كونها عن حلول الصيد فى الحرم على وجوب جزاء لا يدخله فاذا ثبتت الحرمة عن السببين جميعا بأن كان محرما فى الحرم ثم انتهكت بالقتل فيه تعذر فى الجزاء اللازم اعتباره فى الوجهين جميعا فلزم اعتباره على أحدهما فرأينا اعتباره على الوجه الذى اعتبره صاحب الشرع وهو ما اذا كان القتل مع الاحرام هو الوجه لانه أقوى السببين فعللنا بذلك وانما كان أقوى لان كونه سببا للضمان منصوص عليه بالنص القطعى قال تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم بخلاف الكون فى الحرم فان النصوص انما أفادت سببيته لحرمة التعرض ولم يصرح بلزوم الجزاء ذلك التصريح فظهر العلماء على أنه نفويت أمن مستحق كالقتل فى الاحرام فوجب الضمان على ذلك الوجه أعنى على وجه لا يدخل فيه الصوم وعليه تردد نورده فى جناية القارن والله سبحانه أعلم (قوله وهل يجزيه الهدى فيه روايتان) فى رواية لا فلا يتأدى بالاراقة بل لا بد من التصدق بلحمه بعد أن تكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد لا اذا كان دونه ولذا لو سرق المذبوح وجب أن يقيم غيره مقامه لانه لا مدخل للاراقة فى غرامات الاموال وفى أخرى يتأدى فتكون الاحكام المذكورة على عكسها وانما يشترط كون قيمة الهدى قبل الذبح قيمة المقتول لان الحق لله تعالى والهدى مال يجعل لله تعالى وارافة الدم طريق صالح شرعا لجعل المال له خالصا كالتصدق ألا ترى أن المضحى يجعل الاضحية خالصة له سبحانه بارافة دمها (قوله ومن دخل الحرم بصيد) أى وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعى رحمه الله فانه لو كان محرما وجب ارساله بمجرد الاحرام اتفاقا (قوله خلافا للشافعى) قاسه على الاسترقاق فان الاسلام يمنعه حقا لله تعالى ولا يرفعه حتى اذا ثبت حال الكفر ثم طرأ الاسلام لا يرتفع علم من هذا أن حق الشرع لا يظهر فى مملوك العبد بعد تقرر ملكه بطريقه تفضلا من الله تعالى لحاجة العبد وغناه وهذا كذلك وهذا ما ذكره المصنف وحاصله تقرير الجامع وترك المقيس عليه وتلخيصه مملوك للعبد بطريق صحيح فلا يظهر فيه حق الشرع وان كان يمنعه فى هذه الحالة اذا لم يكن تحقق كالاسترقاق وذلك فى اعتبار القياس أن تجعل ملك الصيد على الاسترقاق أو الصيد المملوك على المرقوق (قوله ولنا الخ) حقيقته أنه استدلال بالنص فيقدم على القياس تقريره هذا صيد الحرم وما كان كذلك لا يحل التعرض له بالنص فهذا لا يحل التعرض له بالنص أما الاولى فلانه ليس يراد بصيد الحرم الا ما كان حالا فيه وأما الثانية فلاطلاق النص المذكور من السنة ولم يوجد مثله فى الرق بل ثبت شرعا بقاؤه بعد الاسلام بل عداه الى أولاد الاماء من أزواجهن وان لم يتصف الزوج بالكفر قط ويمكن كون سر هذا الفرق التغليظ على من آمر بخالف لان الرق حكم هذه المخالفة بخلاف من لم يخالف وهو الصيد

اللحم مثل قيمة الصيد وان سرق المذبوح عاد الواجب كما كان والاخرى أنه يتأدى بها اذا كانت قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح لم يبق عليه شئ لان الهدى مال يجعل لله تعالى وارافة الدم طريق صالح لذلك شرعا كالتصدق ألا ترى أن المضحى يجعل الاضحية لله خالصة بارافة دمها فكذلك بالهدى وقوله (ومن دخل الحرم بصيد) قال فى النهاية وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعى رحمه الله فان فى الحرم لا يتوقف وجوب الارسال على دخول الحرم فانه يجب عليه الارسال بمجرد الاحرام بالاتفاق قال الشافعى رحمه الله الصيد الذى فى يده مملوكه وحق الشرع لا يظهر فى مملوك العبد لحاجته (ولنا أنه لما حصل فى الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم) وبين الملازمة بقوله (اذ صار) يعنى الصيد (من صيد الحرم) بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الامن (لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث طويل ولا ينفر صيدها

(قال المصنف خلافا للشافعى فانه يقول حق الشرع الخ) أقول ولا ينتقض ما ذكره الشافعى بالمحرم فان عليه أن يرسل الصيد عنده كما يجئ بعد سطرين لان ذلك لالتزامه باحرامه أن لا يتعرض للصيد لا لحق الشرع بمجرده فتأمل (قال المصنف اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن) أقول اذ دوام الامور المستمرة حكم الابتداء كذا قيل وفيه بحث

وقوله (فان باعه) ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وقوله (ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله) يشير الى أنه لو كان في يده فعليه أن يرسله بالاتفاق ولهذا قاس الشافعي صورة النزاع عليه بقوله (كما اذا كان في يده) وقوله (ولنا أن الصحابة) ظاهر وقوله (وبذلك جرت العادة الفاشية) فان الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم ارسالها وقوله (ولان الواجب) ترك التعرض) دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي ووجهه أن الواجب ترك التعرض وهو حاصل اذا لم يكن بيده (لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به) والتعرض بالامساك في الملك ليس بمناف لانه لو أرسله في المفازة فهو على ملكه فدل على أنه لا معتبر ببقاء الملك والا لزم الجزاء أرسل أو لم يرسل (وقيل اذا كان القفص في يده وجب عليه ارساله) لانه متعرض له بمسكه (لكن على وجه لا يضيع) بان يخليه في بيته لان اضاعة المال منهي عنها وقوله (فان أصاب حلال صيدا) ظاهر وقوله (ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما) احترازا عما أخذه المحرم فانه لا يملك الصيد والملك المحترم لا يبطل بالاحرام وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما بدليل أن الحلال اذا أخذ الصيد ثم أحرم فارسله ثم حل فوجده في يد غيره كان له الاخذ منه بخلاف ما اذا أخذ الصيد وهو محرم ثم أرسله ثم حل من احرامه فوجده في يد غيره لا سبيل له عليه واذا كان ملكا محترما وقد أتلفه المرسل وجب عليه ضمانه فان قيل سلمنا أنه ملكه ملكا محترما ولكن وجب اخراجه من الملك تركا للتعرض الواجب الترك أجاب بقوله (والواجب عليه ترك التعرض) لا الاخراج عن ملكه فاجاب (ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع عنه يده) بالارسال (كان متعديا) فيضمن (ونظير هذا الاختلاف الاختلاف في كسر المعازف) فانه

(فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما) لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام (وان كان فائتا فعليه الجزاء) لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه (وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم أو حلال) لما قلنا (ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله) وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه أن يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غيره أنه في ملكه ولو أرسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع قال (فان أصاب حلال صيدا ثم أحرم فأرسله من يده غيره يضمن عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالا لا يضمن) لان المرسل أمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله أنه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا أخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف

(قوله فان باعه) يعني بعد ما أدخله الحرم (رد البيع فيه ان كان قائما) ووجبت قيمته ان كان هالكا سواء باعه في الحرم أو بعد ما أخرجه الى الحل لانه صار بالادخال من صيد الحرم فلا يحل اخراجه بعد ذلك ولو تبايع الحلالان وهما في الحرم الصيد وهو في الحل جاز عند أبي حنيفة خلافا لمحمد لانه ليس بمتعرض يتصل به بساحل حكما وليس هو بأبلغ من أمره بذبح هذا الصيد بخلاف ما لو رماه من الحرم للاتصال الحسي (قوله ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه) قيد المسئلة به لانه لو كان في يده حقيقة وجب الارسال اتفاقا ولو هلك وهو في يده وجب الجزاء وان كان ماله كالجناية على الاحرام بعدم تركه فلذا اختلفوا فيما اذا كان القفص في يده هل يجب عليه تركه وان كان على وجه لا يضيع أولا بناء على كون الصيد في يد مكون القفص فيها ولهذا يصير غاصبا له بغصب القفص أو ليس فيها بل يكون القفص فيها ولذا جاز للمحدث أخذ المصحف بغلافه (قوله وبذلك جرت العادة الفاشية) من لدن الصحابة الى الآن وهم والتابعون ومن بعدهم يحرمون وفي بيوتهم حمام في أبراج وعندهم دواجن والطيور لا يطلقونها (وهي احدى الحجج) فدلت على أن استبقاء ما في الملك محفوظة بغير البيت ليس هو التعرض الممتنع (قوله ولا معتبر ببقاء الملك) أي لا يعتبر بقاء الملك جناية على الصيد والا لم يكن الواجب عليه الارسال لانه لا يفيد اخراجه عن ملكه بل كان الواجب عليه تمليكه والعادة الفاشية تنفيه (قوله وله أنه ملك الصيد بالاخذ حلالا لا ملكا محترما) حتى لو أخذه وهو حلال ثم أحرم فأرسله ثم وجده بعد الاحلال في يد شخص كان له أن يأخذه منه لانه ما أرسله عن اختيار كذا علل التمرتاشي فهذا يدل على أنه لو أرسله من غير احرام يكون اباحة أما لو كان صاده في احرامه ثم أرسله ثم حل فوجده في يد رجل فليس له أن يأخذه منه لانه ما ملكه بالاخذ في الاحرام والله أعلم (قوله والواجب عليه ترك التعرض) جواب عن قولهما المرسل آمر بمعروف

(قوله وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان البيع لم يجز الخ) أقول وهو أيضا اشارة الى قوله لانه تعرض للصيد بتفويت الامن فان قوله وكذلك اشارة الى رد البيع حال قيامه ووجوب الجزاء حال هلاكه (قال المصنف وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع) أقول ومنه يعلم أن ما يفعله الناس من اشتراء الطيور من الصيادين ثم اطلاقها منهي عنه لانها ملكه وتضييع الملك منهي

لاضمان فيه عندهما لانه آمر بالمعروف ناه عن المنكر وعند أبي حنيفة يجب الضمان لغيره وهو وقوله (وان أصاب محرم صيدا) ظاهر وقوله (فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد الآمن) والتعرض له من محظورات الاحرام الموجبة للجزاء (والقاتل مقرر لذلك) لانه كان بعد الاخذ متمكنا من الارسال وقد فات ذلك به وتقرر التعرض (والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا) فانهم يضمنون بما قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج على ما عرف (ثم يرجع الآخذ على القاتل) بما ضمن من الجزاء (وقال زفر لا يرجع) لان (٢٧٩) الآخذ انما أخذ بصنعه ومن أخذ

(وان أصاب محرم صيدا فأرسله من يده غيره لاضمان عليه بالاتفاق) لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما فصار كما اذا اشترى الحر (فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه) لان الآخذ متعرض للصيد الآمن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا (ويرجع الآخذ على القاتل) وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا أن الاخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه

فأجاب بأن الواجب الذي يجب الامر به ترك التعرض وذلك يحصل بتفويت يده الحقيقية لا مطلق يده فان ادعيا الثاني منعناه أو الاول سلمناه وذلك يحصل بارساله ولو في قفص (قوله ولنا أن الاخذ انما يصير سببا للضمان اذا اتصل به القتل) والمتوجه قبل قتله خطاب ارساله وتخليته (فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه) وان لم يفوت بهذا القتل يدا محترمة ولا ملكا فان المتعلق بهما ضمان يجب لذي اليد والملك ابتداء بدل ملكه ويده وهنا الواجب عليه ليس الا الرجوع بما غرمه لكونه السبب فيه فانه منوط بتفويته يدا معتبرة كما في غصب المدبر اذا قتله انسان في يد غاصبه فأدى الغاصب قيمته وهنا قد تحقق ذلك فانه فوت يدا معتبرة في حق التمكين بهما من اسقاط ما عليه من الارسال ودفع وجوب الجزاء فهو موزطه في ذلك واذا وجب الرجوع بنصف المهر على شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فالرجوع هنا أولى لان الشهود قرروا ما كان متوهم السقوط بعد تحقق الوجوب بسبب مباشرة الزوج باختياره والقاتل هنا هو الذي حقق سبب الوجوب على وجه لا يتوهم سقوط الواجب به لما عرف من أن مجرد الاخذ سبب لوجوب الارسال وانما يكون سببا للجزاء اذا اتصل به القتل وانما قال فيكون في معنى مباشرة علة العلة لان الاخذ ليس علة العلة فان العلة القتل والأخذ ليس علة للقتل ولا جزء علة ولا سببا بل القتل مستقل بسببية ايجاب الجزاء ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء لو رماه من بعيد قبل أن يأخذه فالاخذ قد يكون شرطا حسيا للقتل وقد لا يكون الا أن مباشرة الشرط في الاتلاف سبب للضمان كحفر البئر فانه شرط للوقوع والعلة ثقل الواقع وبهذا التقرير يسقط سؤالان كيف يرجع ولم يفوت يدا محترمة ولا ملكا وأيضا ان الشئ اذا خرج عن محلية الملك لا يضمن مستهلكه وان جنى من كان في يده فان قيل ما الفرق بين هذا وبين المسلم اذا غصب خمر الذمي فاستهلكه مسلم آخر في يده يضمن الآخذ للذمي ولا يرجع على المستهلك فالجواب أن اتحاد اعتقاد سقوط تقومها منع من رجوع المسلم على ذلك المسلم المستهلك هذا وقد أورد في النهاية كيف يرجع وهو قد لزمته كفارة تخرج بالصوم وهو انما يرجع بضمان يحبسه به فلا يجوز أن يرجع عليه بأكثر مما لزمه وأجاب بأن مثل هذا التفاوت

بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل الملك لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم كمسلم غصب خنزير ذمي فأتلفه في يد آخر فضمن الذمي الغاصب لم يرجع على المتلف بشئ (ولنا أن الاخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو) أي القاتل (بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون) قتله (في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان اليه) كغاصب الغاصب اذا أتلف المغصوب وضمنه الغاصب فان حاصل الضمان يستقر عليه واعترض بان الرجوع يستلزم تضمين ما ليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون والزام أكثر مما لزمه فان ما لزمه كفارة يفتي بها ويجزئه الصوم فيه وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به ويحبس عليه وذلك أكثر مما لزمه فلا يجوز وأجيب عن الاول بأن الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز أن يكون في مقابلة ازالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لان الآخذ كان متمكنا بيده من الارسال واسقاط الجزاء به عن نفسه وقد فوتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر اذا أتلفه انسان في يده فأدى الغاصب قيمته فانه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وان كان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وعن الثاني بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه اخر ثم الابن ضمن الأب رجع الأب على الغاصب ويحبسه وان كان هو لا يحبس فيما لزمه لابنه والجواب عما استشهد به زفر أن غاصب الخنزير لم تثبت له يد محترمة لان خروجه عن محلية التملك لاهانته بخلاف الصيد لان ذلك فيه لزيادة احترام في حق المحرم باحرامه لحرمة الآدمي فتثبت له يد محترمة فيه وان لم يثبت له ملك

قال (فان قطع حشيش الحرم) اعلم أن حشيش الحرم وشجره على نوعين شجر أنبته الانسان وشجر ينبت بنفسه وكل واحد منهما على نوعين لانه إما أن يكون من جنس ما ينبته الناس أولا يكون والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء والاول من الثانى كذلك وانما يجب الجزاء فى الثانى منه وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس ويستوى فيه أن يكون مملوكا للانسان بأن ينبت فى ملكه أولم يكن

(فان قطع حشيش الحرام أوشجرة ليست بمملوكة وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه) لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه الصلاة والسلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم فى هذه القيمة مدخل لان حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا أداها ملكه كما فى حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو أطلق له فى بيعه لتطرق الناس الى مثله الا أنه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما ذكره والذى ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات

لا يمنع كالاب اذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر فضمن الابن أباه فانه لا يحبسه وللاب أن يحبس من قتله فى يده ولا فرق بين ضمان يفتى به وضمان يقضى به فان زكاة السائمة تدخل تحت القضاء بخلاف زكاة سائر الاموال فحق الله تعالى اذا كان له طالب معين يكون له المطالبة واذا لم يكن لا تتعين المطالبة وهذا قد يوهم أن له الرجوع وان كفر بغير المال وقد صرح فى المنتقى بأنه انما يرجع اذا كفر بالمال ونقل عن أبى عبد الله الجرجانى أنه قال ولا فرق بين كون القاتل صبيا أو نصرانيا أو مجوسيا فى ثبوت الرجوع عليه وأصل المسائل كلها أن تفويت الامن على الصيد يوجب الجزاء والامن يكون بثلاثة أشياء باحرام الصائد أو دخوله فى أرض الحرم أو دخول الصيد فيه وأنه اذا تحقق التفويت لا يبرأ بالشك فلذا قلنا يجب الجزاء فى ارسال الحلال الصيد فى أرض الحل بعد ما أخرجه من أرض الحرم وبارسال المحرم إياه فى جوف البلد لانه لم يصر بهذا الارسال ممتنعا ظاهرا ولذا لو أخذه انسان حلال كره أكله اه (قوله فعليه قيمته) جعل جواب المسئلة ليفيد أنه لا يدخله الصوم وحاصل وجوه المسئلة أن النابت فى الحرم إما إذخر أو غيره وقد جف أو انكسر أو ليس واحد منها فلا شئ فى الاول وأما الثانى وهو ما ليس واحدا منها إما أن يكون أنبته الناس أولا فالاول لا شئ فيه أيضا سواء كان من جنس ما يستنبت عادة أولا والثانى وهو ما لا ينبته الناس بل نبت بنفسه إما أن يكون من جنس ما ينبتونه أولا فلا شئ فى الاول والثانى هو الذى فيه الجزاء فما فيه الجزاء هو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس ولا منكسرا ولا جافا ولا إذخرا ولا بد فى اخراج ما خرج عن حكم الجزاء من دليل فأشار المصنف الى أن الاذخر خرج بالنص وما أنبتوه بقسميه بالاجماع وأما الجاف والمنكسر ففى معناه فاعلم أن الالفاظ التى وردت فى هذا الباب الشجر والشوك والخلى فالخلى والشجر قدمناهما فى حديث أبى هريرة والشوك فى الصحيحين أيضا أنه عليه الصلاة والسلام قال يوم الفتح ان هذا البلد حرمه الله الى أن قال لا يعضد شوكه ولا ينفر صيده ولا يلتقط لقطته الا من عرفها ولا يختلى خلاها الحديث فالخلى هو الرطب من الكلا وكذا الشجر اسم للقائم الذى بحيث ينمو فاذا جف فهو حطب والشوك لا يعارضه لانه أعم يقال على الرطب والجاف فليحمل على أحد نوعيه دفعا للمعارضة وأما الذى نبت من غير أن ينبته الناس وهو من جنس ما ينبتونه فلا أدرى ما المخرج له غير أن المصنف علل اخراج أهل الاجماع ما ينبته الناس بأن انباتهم يقطع كمال النسبة الى الحرم فان صح أن يقال ان كونه من جنس ما ينبتونه يمنع كمال النسبة اليه ألحق بما ينبتونه والا فيحتاج الى وجه آخر والله أعلم هذا وكل ما جاز الانتفاع به فى الحرم جاز اخراجه ومن ذلك أحجار أرض الحرم وحصاها الا أن يبالغ فى ذلك فيحفر كثيرا يضر بالارض أو الدور فيمنع (قوله والفرق ما ذكره) أى الفرق

(قال المصنف فان قطع حشيش الحرم أوشجره وليس بمملوك ولا هو مما ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه الصلاة والسلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها) أقول قوله صلى الله عليه وسلم لا يختلى أى لا يقطع يقال خلاه واختلاه قطعه ثم بقى ههنا بحث لان الخلى اسم للنبات الرطب والحشيش اسمه اذا يبس فى الصحاح ولا يقال له رطبا حشيش وجوابه أنه مجاز على طريقة أعصر خمرا بقرينة وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه

حتى قالوا فى رجل نبت فى ملكه أم غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة أخرى لحق الشرع فقوله فان قطع حشيش الحرم الى أن قال فعليه قيمته اشارة الى هذا النوع الاخير لانه أضافه الى الحرم وقال وهو مما لا ينبته الناس وقوله (لا يختلى خلاها) أى لا يحصد رطب مرعاها ولا يقطع شوكها وقوله (لان حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام) لان المحرم ليس بممنوع من الاحتشاش والاحتطاب خارج الحرم وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لانها غرامة وليست بكفارة وقوله (بخلاف الصيد) يعنى أنه لا يجوز بيع صيد اصطاده محرم أو بيع صيد الحرم أصلا (والفرق ما ذكره) يريد قوله لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وقوله (والذى ينبته الناس عادة) متصل بقوله وهو مما لا ينبته الناس

وقوله (ومالا ينبت عادة اذا أنبته انسان) معطوف على قوله والذى ينبته الناس عادة يعنى مالا ينبته الناس عادة اذا أنبته انسان التحق بما ينبته الناس فكان غير مستحق الامن الحاقا بمحل الاجماع بجامع انقطاع كمال النسبة الى الحرم عند النسبة الى غيره بالانبات وقوله (ولو نبت بنفسه) يعنى الذى لا ينبت عادة لو نبت بنفسه (فى ملك رجل) قد ظهر مما ذكرناه آنفا واعترض عليه بوجهين أحدهما أن النبات يملك بالاخذ فكيف تجب القيمة بعد ذلك والثانى أن الحرم غير مملوك لأحد فكيف يتصور قوله وقيمة أخرى ضمانا لمالكه وأجيب عن الاول بأن قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار محمول على خارج الحرم وأما حكم الحرم فيخالفه لانه حرام التعرض بالنص كصيده وعن الثانى بأنه على قول من يرى تملك أرض الحرم وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وقوله (وما جف من شجر الحرم) بيان الاستثناء فى مطلع هذه المسئلة وهو ظاهر وقوله (لا بأس بالرعى لان فيه ضرورة) يعنى أن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ومنعهما عنه متعذر فتحققت الضرورة (ولنا مارويناه) يعنى قوله عليه السلام لا يختلى خلاها وانما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه فان قيل النص فى القطع لا فى الرعى أجاب بقوله (والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل) شفرة كل شئ حرفه ومشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به الزرع وقوله (وحمل الحشيش) يعنى سلمنا أن النص فى القطع لا فى الرعى لكن لا نسلم الضرورة لان حمل الحشيش (من الحل ممكن (٣٨١) فلا ضرورة) فان قيل ما بال الاذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه أجاب بقوله (بخلاف الاذخر) لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه وروى أن العباس رضى الله عنه لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر يا رسول الله فانه لقبورهم وبيوتهم فقال عليه السلام الا الاذخر وتأويله أنه عليه السلام كان من قصده أن يستثنى الا أن العباس سبقه بذلك أو كان أوحى الله اليه أن يرخص فيما يستثنيه

ومالا ينبت عادة اذا أنبته انسان التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه فى ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة أخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك فى الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام (ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر) وقال أبو يوسف رحمه الله لا باس بالرعى لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا مارويناه والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات

بين نبات الحرم اذا أدى قيمته حيث يصح بيعه ويكره لانه ملكه بسبب محظور وبين الصيد حيث لا يصح بيعه وان أدى ضمانه ماسيذكره من قوله لان بيعه حيا تعرض للصيد الى آخر ما يجىء (قوله فعلى قاطعه قيمتان) هذا على قولهما أما على قول أبى حنيفة فلا يتصور لانه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هى سوائب عنده على ماسيأتى ان شاء الله تعالى (قوله ولنا مارويناه) يعنى قوله عليه السلام لا يختلى خلاها أى لا يقطع خلاه واختلاه قطعه ولا يعضد شوكها والعضد قطع الشجر من حد ضرب فقد منع القطع مطلقا أعم من كونه بالمناجل أو المشافر فلا يحل الرعى والضرورة تندفع بحمل الحشيش من الحل ومشفر كل شئ حرفه ومن ذلك شفرة السيف حده وشفير الخندق والنهر والبئر حرفه ومشفر البعير شفته (قوله وبخلاف الكمأة) لانها ليست من جنس النبات لانه اسم لما يظهر على وجه الارض والكمأة

(٣٦ - فتح القدير ثانى) العباس فان قيل على هذا التقرير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا بعقارن فليخص الرعى بالقياس عليه قلت الاستثناء ليس بتخصيص ولئن سلمناه كان الاذخر مخصوصا بالضرورة وقد ذكرنا أن لا ضرورة فى الرعى وقوله (وبخلاف الكمأة) معطوف على قوله بخلاف الاذخر يعنى أنها ليست بداخلة فى المحرمات لانها ليست من جملة نبات الارض بل هى مودعة فيها

(قال المصنف وقيمة أخرى ضمانا لمالكه) أقول قال ابن الهمام هذا على قولهما أما على قول أبى حنيفة رحمه الله فلا يتصور لانه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هى سوائب عنده اه يعنى على ظاهر الرواية عنه وأما على رواية الحسن فقوله كقولهما وعليه الفتوى كما نصوا عليه (قوله ولنا مارويناه الى قوله وانما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه) أقول فأين قولهم مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع فلا يكون القطع بالمشافر فى معنى القطع بالمناجل حتى يلحق به ثم أقول بقى فى قوله ولنا مارويناه الخ بحث اذ الاولى أن يقال ولهما لان المخالف منا (قوله يعنى سلمنا أن النص فى القطع لا فى الرعى لكن لا نسلم الضرورة الخ) أقول حق هذا المنع هو التقديم وتقريره على الترتيب الطبيعى أن يقال لا نسلم الضرورة لان حمل الحشيش من الحل ممكن ولو سلم فاعتبارها فيما لا نص فيه ثم أقول أى حاجة الى اثبات الضرورة اذا لم يتناول النص الرعى (قوله وقد ذكرنا أن لا ضرورة فى الرعى) أقول وكذلك فى الاذخر اذ يجوز اتيانه من الحل

قال (وكل شئ فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان) كل ما على المفرد فيه دم مما تقدم من الجنايات فعلى القارن فيه دمان (دم لجنته ودم لعمرته وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على أن القارن عنده محرم باحرام واحد وعندنا باحرامين وقد مر ذلك من قبل) فان قيل احرام الحج أقوى لكونه

فرضا دون العمرة واذا اجتمع أمران في ايجاب حكم واحد وأحدهما أقوى من الآخر فان الحكم يضاف اليه ويجعل الاضعف كالمعدوم كما ذكرتم في المحرم اذا قتل صيدا لحرم فانه لا يجب عليه الا جزاء واحد لان حرمة الاحرام أقوى فالجواب أن ذلك الاصل صحيح ولكن ليس احرام الحج أقوى من احرام العمرة فان احرام العمرة على انفراده يحرم على المحرم بها جميع ما يحرم احرام الحج فكانا متساويين فلا يستتبع أحدهما الآخر فان قيل فعلى هذا يجب أن يختص وجوب الدمين على القارن بما اذا كان قبل الوقوف بعرفة فأما بعد الوقوف بها ففي الجماع يجب دمان وفي سائر المحظورات دم واحد لما أن احرام العمرة انما بقي في حق التحلل لا غير قلت بعد ذلك وان كان شيخ الاسلام ذكر مثل ما ذكرت ووجه البعد أن احرام العمرة بعد الفراغ من أفعالها لم يبق الا في حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف وبعده سواء وقوله (الا أن يتجاوز الميقات) استثناء من قوله فعليه دمان وقوله (خلافا لزفر) يعني أنه يقول عليه دمان لكل احرام دم كما في سائر المحظورات ولنا (أن المستحق عليه عند الميقات احرام واحد) ألا ترى أنه لو أحرم للعمرة عند الميقات ثم أحرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جائزا ولا شئ عليه مع أنه قارن أيضا (وبتأخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد

(وكل شئ فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لجنته ودم لعمرته) وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على أنه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال (الا أن يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة أو الحج فيلزمه دم واحد) خلافا لزفر رحمه الله لما أن المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتأخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد

تخلق في باطنها لا يظهر منها شئ وأيضا لا تنمو ولو قدر كونها نباتا كانت من الجاف (قوله وكل شئ فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لجنته ودم لعمرته وقال الشافعي دم واحد بناء على أنه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين) فالجناية عليهما مجتمعين كالجناية عليهما منفردين وأورد فلم يتحد اخلالا لحرمة الاحرام والحرم فيما اذا قتل المحرم صيد الحرم اذ كان عليه جزاء واحد أجيب بأن حرمة الاحرام أقوى من حرمة الحرم لانها توجب حرمات كثيرة غير الصيد بخلاف حرمة الحرم فاستتبعت أقوى الحرمتين الاخرى لان الاصل اذا اجتمع موجبان لحكم واحد اضافة الحكم الى أقواهما وجعل الآخر تبعا له كالعدم وهذا كالحافر مع الدافع والحافر للرقبة مع الجارح واحرام الحج مساو لاحرام العمرة فان جميع ما يحرم به يحرم بالآخر فلم يمكن الاستتباع فيجعل كل كأن ليس معه غيره كما لو جرح اثنان آخر فمات ويرد عليه ما ذكره المصنف في دفع ايجاب الشافعي البدنة على من جامع في العمرة بعد ما طاف أربعة أشواط قياسا على وجوبها اذا جامع في الحج بعد الوقوف بعرفة من أنها سنة ومنع اقتراضها فيجب عليه شاة اظهارا للتفاوت فأظهر التفاوت في الاجزية للتفاوت في المجني عليه فلو اتحد تبعا احرامي الحج والعمرة لم يصح ما ذكره واذا ظهر التفاوت جاز الاستتباع وان لم يبلغ الى درجة عدم الايجاب ألا ترى أن حرمة الحرم موجبة بانفرادها ما يوجبه الاحرام ومع ذلك ظهر التفاوت من وجه آخر ووقع الاستتباع وعند هذا فورد ما كنا وعدنا وهو أن قتل الصيد محرم واقع جناية على الاحرام فوجب الجزاء ان كان نفس انتهاك حرمة القتل وجب أن لا يتعدد لانه لا تعدد في الحرمة بل التعدد في السبب على ما حققناه في مسئلة قتل المحرم صيد الحرم وان كان الجناية على الاحرام والاحرام متعدد فيتعدد الجزاء وجب التعدد في قتل المحرم صيد الحرم لتعدد الجناية بتعدد المجني عليه وهو الاحرام والحرم اذ لا شك أن منع قتل الصيد فيه لاثبات الله تعالى له حرمة وجعله حماه والقتل فيه جناية على حرم الله وكون احدى الحرمتين فوق الاخرى لم يعرف في الشرع سببا لاهدار الحرمة وجعلها تبعا بل الاصل أن كل حرمة تستتبع موجبها سواء ساوت غيرها أو لا ومن المعلوم أن الوجوبات والتحريمات تتفاوت بالاكدية وقوة الثبوت ولم يسقط اعتبار شئ منها خصوصا وهذه الكفارة ظهر من الشارع الاحتياط في اثباتها حيث ثبتت مع النسيان والاضطرار في قتل الصيد فلا يجوز الاحتياط في اسقاطها الا لموجب لامر قبله كثبوت الحاجة الى تكرير السبب كثيرا كما قلنا في تكرير آية سجدة التلاوة وليس ذلك بلازم اذ لا حاجة متحققة في تكثير القتل مع الاحرام والحرم ليستلزم تعدد الواجب الحرج فيدفع بالتداخل لطفا ورحمة فيلزم التداخل والجواب منع الحصر لجواز كون الجزاء لادخال النقص في العبادة لا لكونه جناية والقارن بالجناية على الاحرامين مدخل للنقص في عبادتين بخلاف قتل المحرم صيد الحرم وذكر شيخ الاسلام أن وجوب الدمين على القارن اذا كانت الجناية قبل الوقوف في الجماع وغيره أما بعد الوقوف ففي الجماع يجب دمان وفي سائر المحظورات دم واحد وتقدم ما فيه (قوله لان المستحق عليه الخ) هذا وجه المذهب واقتصر عليه ولم

(قال المصنف الا أن يتجاوز الميقات بغير احرام) أقول استثناء منقطع لان ذلك ليس مما ذكره بل يذكره

واذا اشترك محرمان فى قتل صيد) واحد (فعلى كل واحد منهما جزاء كامل) وقال الشافعى رحمه الله عليهما جزاء واحد لان من أصله أن الاعتبار للمحل وعن هذا قال الدال الذى لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شئ والمحل ههنا واحد فلا يلزمه إلا جزاء واحد وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد ولنا أن كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة أما أنه يصير جانيا فلأن الفعل الذى لا

(واذا اشترك محرمان فى قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل) لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية (واذا اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد) لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة (واذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل) لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة (ومن أخرج ظبية من الحرم فولدت أولادا فماتت هى وأولادها

يذكر وجهه قول زفر لضعف كلامه فى هذه المسئلة وأما الصورة التى يجب بسببها على القارن دمان بسبب المجاوزة فهى فيما اذا جاوز فأحرم بحج ثم دخل مكة فأحرم بعمرة ولم يعد الى الحل محرما فليس كلاهما للمجاوزة بل الاول لها والثانى لترك ميقات العمرة فانه لما دخل مكة التحق بأهلها وميقاتهم فى العمرة الحل (قوله واذا اشترك محرمان الخ) ووجهها ظاهر من الكتاب وكذا الفرق بين اشتراك المحرمين فى قتل الصيد والحلالين فى صيد الحرم فارجع اليه ولو اشترك محرمون ومحلون فى قتل صيد الحرم وجب جزاء واحد يقسم على عددهم ويجب على كل محرم مع ما خصه من ذلك جزاء كامل وان كان معهم من لا يجب عليه كصبى وكافر يجب على الحلال بقدر ما يخصه من القسمة لو قسمت على الكل * واعلم أن قتل الحلالين صيد الحرم ان كان بضربة فلا شك فى لزوم كل نصف الجزاء أما اذا كان كل منهما ضربه ضربة فانه يجب على كل منهما ما نقصته ضربته ثم يجب على كل نصف قيمته مضروبا بضربتين لان عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفا بفعلهما فضمن كل منهما نصف الجزاء وعند الاختلاف الجزاء الذى تلف بضربة كل هو المختص باتلافه فعليه جزاؤه والباقى متلف بفعلهما فعليهما ما ضمانه كذا فى المبسوط (قوله فالبيع باطل) لا شك فى حقيقة البطلان ان باعه بعد الذبح لانه ميتة وأما اذا كان حيا فلا شك فيه اذا كان هو المشترى لانه محترم العين فى حقه لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما أضاف التحريم الى العين فيكون ساقط التقوم فى حقه كالخمر وهذا هو النهى الذى أراد المصنف بقوله لانه منهى التعرض واطلاق اسم النهى على التحريم اطلاق اسم السبب على المسبب وأنت علمت أن اضافة التحريم الى العين تفيد منع سائر الانتفاعات والكل مندرج فى مطلق التعرض وحاصله اخراج العين عن المحلية لسائر التصرفات فيكون تعليق تصرف ما بها عبثا فيكون قبيحا لعينه فيبطل وما ذكر من أنه اذا هلك بعد البيع فى يد المشترى فعليهما جزآن لانهما جنيا عليه صحيح اذا كان المتبايعان محرمين فان كان البائع حلالا اختص المشترى (١) وقوله ويضمن أيضا المشترى للبائع لفساد البيع قال وعلى هذا اذا وهب محرم صيدا من محرم فهلك عنده يجب عليه جزآن ضمانه لصاحبه لفساد الهبة وجزاء آخر حقا لله تعالى محله ما اذا كان البائع والواهب حلالين أما البيع فظاهر كذمى باع خمرا من مسلم فهلكت عنده يضمنها له فان قامت بينة على أنه أخذ هذا الصيد محرما فباعه يجب أن لا يضمن له لانه لم يملكه بهذا الاخذ فلا يجب الضمان بخلاف ما اذا أخذه حلالا ثم أحرم فباعه وأما الهبة فبعد أن يكون الواهب مالكا بالطريق الذى ذكرنا فيه تظر ولو تبايعا صيدا فى الحل ثم أحرما أو أحدهما ثم وجد المشترى به عيبا رجع بالنقصان وليس له الرد وقد قدمنا أنه اذا أصاب المحرم صيودا كثيرة على قصد التحلل والرفض للاحرام فعليه جزاء واحد لتناوله انقطاع الاحرام وان أخطأ وان لم يكن على وجه التحلل ورفض الاحرام فعليه لكل جزاء وعلى هذا سائر محظورات الاحرام (قوله ومن أخرج ظبية من الحرم) وهو حلال أو محرم

يقبل التجزئة اذا صدر من فاعلين يضاف الى كل واحد منهما كملا كما فى القصاص وكفارة القتل وأما أنه جناية تفوق الدلالة فلاتصاله بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية كانت الجناية متعددة وتعددها يوجب تعدد الجزاء لا محالة وقوله (واذا اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم) وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما تقدم غير مرة (واذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل) قال المصنف (لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن) والتعرض للصيد الآمن بالبيع باطل لخروجه عن محلية البيع بتحريم الشرع كخروجه عن محلية الذبح لذلك والبيع المضاف الى غير محله باطل (وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة) وبيع الميتة باطل لعدم المحل وقوله (ومن أخرج ظبية من الحرم) حلالا كان أو محرما (فولدت أولادا فماتت هى وأولادها

(قال المصنف واذا اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد) أقول فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وما اذا أخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم فانه يجب على كل واحد منهم جزاء كامل

قلنا ان ذلك جناية على الاحرام كما مر (قال المصنف ومن أخرج ظبية من الحرم) أقول وفى كتاب الغصب تفصيل متعلق بهذه المسئلة

(١) قول صاحب الفتح وقوله ويضمن لم يتضح من كلامه مرجع الضمير وكذا فى قوله قال ولعل فى العبارة سقطا فليحرر اه من خط العلامة البيراوى حفظه الله كتبه مصححه

فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا) يعني أن الصيد بعد الاخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهي بقاء استحقاقه للامن شرعا وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسري الى الاولاد أما اتصافه ببقاء الاستحقاق للامن شرعا فلأن الرد الى مأمنه واجب وأما أن كل ما اتصف (٣٨٤) بتلك الصفة صفته تلك تسري الى الاولاد فكما في الحربة والرق والكتابة وغيرها

ونوقض بولد المغصوبة فانها واجبة الرد الى مالكها وهذه صفة شرعية ولم تسر الى ولدها فان زوائد المغصوب غير مضمونة والجواب أن الصفة الشرعية تسري الى الاولاد اذا لم يكن مانع وصفة المغصوبية تمنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية ولان تصورها لا يتحقق في الاولاد لان الغصب ازالة اليد الحقة وهي في الأولاد لا تتحقق لعدم ثبوت يد عليها تزال بالغصب والله أعلم

(قوله وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسري الى الاولاد) أقول قوله صفته تلك مبتدأ وقوله تسري الى الاولاد خبره والضمير في قوله صفته راجع الى ما في قوله وكل ما (قوله ونوقض بولد المغصوبة فانها الخ) أقول الضمير في قوله فانها راجع الى المغصوبة (قوله وهذه صفة شرعية ولم تسر الى ولدها) أقول لانسلم ذلك فان ولدها واجب الرد أيضا ولهذا لو منع بعد طلب المالك ضمن وكذا اذا تعدى فيه والتفصيل في كتاب الغصب (قوله فان زوائد الغصب غير مضمونة) أقول لا يدل على عدم السراية (قوله لانها ليست بصفة شرعية) أقول أنت خبير بأنه انما يمنع سريان المغصوبية لا سريان وجوب الرد ولا يمكن أن يقال خلاصة الجواب منع وجوب كل صفة شرعية مستند الجواز أن يمنع منه مانع فيؤل ما ذكرتم الى الكلام على السند مما لا يخفى على المتأمل (قوله ولان تصورها لا يتحقق الخ) أقول عدم تصور المغصوبية لا يستلزم عدم تصور وجوب الرد الى المالك وفيه الكلام ثم اعلم أن قوله ولان تصورها معطوف على قوله لانها ليست بصفة شرعية

فعليه جزاؤهن) لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد (فان أدى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد) لان بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل والله أعلم

(قوله وهذه) أي كونها مستحقة الامن بالرد الى المأمن (صفة شرعية) فالتأنيث هو باعتبار الخبر مثل قولك زيد هي هدية اليك ولا يصح على اعتبار اكتساب الكون التأنيث من المضاف اليه لانه هنا عما لا يصح حذفه واقامة المضاف اليه مقامه لفساد المعنى لانه ضمير الطيبة ولا يصح الطيبة صفة شرعية بخلاف نحو شرقت صدر القناة من الدم والحاصل أن صفة استحقاق الامن صفة شرعية كالرق والحربة فتسري الى الولد عند حدوثه كسائر الصفات الشرعية فيصير خطاب رد الولد مستمرا واذا تعلق خطاب الرد كان الامساك تعرضا له ممنوعا فاذا اتصل الموت به ثبت الضمان بخلاف ولد المغصوب لان سبب الضمان الغصب وهو ازالة اليد ولم توجد في حق الولد حتى لو منع الولد بعد طلب المالك حتى مات ضمنه أيضا قالوا وهذا اذا لم يؤد ضمان الام قبل الولادة فان كان فعل لا يضمن الولد لان الولد حينئذ لا يسري اليه استحقاق الامن بالرد الى المأمن لانتفاء هذه الصفة عن الام قبل وجوده حتى لو ذبح الام والاولاد حل لانه صيد الحل ولكنه يكره ذكره في الغاية وكل زيادة في هذا الصيد كالسمن والشعر فضمانه عند موته على التفصيل المذكور والذي يقتضيه النظر أن التكفير أعني أداء الجزاء ان كان حال القدرة على اعادة أمنها بالرد الى المأمن لا يقع بذلك كفارة ولا يحل بعده التعرض لها بل حرمة التعرض لها قائمة وان كان حال العجز عنه بأن هربت في الحل عند ما أخرجها اليه خرج به عن عهدتها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها اذا متن وله أن يصطادها وهذا لان المتوجه قبل العجز عن تأمينها انما هو خطاب الرد الى المأمن ولا يزال متوجها ما كان قادرا لان سقوط الامن انما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجد فاذا عجز توجه خطاب الجزاء وقد صرح هو بأن الاخذ ليس سببا للضمان بل القتل بالنص فالتكفير قبله واقع قبل السبب فلا يقع الا نفلا فاذا ماتت بعد هذا الجزاء لزمه الجزاء لانه الآن تعلق به خطاب الجزاء هذا الذي أدين به وأقول يكره اصطيادها اذا أدى الجزاء بعد الهرب ثم ظفر بها الشبهة كون دوام العجز شرطا لجزاء الكفارة الا اذا اصطادها ليردها الى الحرم ﴿فروع﴾ غصب حلال صيد حلال ثم أحرم الغاصب والصيد في يده لزمه ارساله وضمان قيمته للمغصوب منه فلو لم يفعل بل دفعه للمغصوب منه حتى برأ من الضمان له كان عليه الجزاء وقد أساء وهذا الغريقال غاصب يجب عليه عدم الرد بل اذا فعل يجب به الضمان فلو أحرم المغصوب منه ثم دفعه اليه فعلى كل واحد منهما الجزاء الا ان عطب قبل وصوله الى يده ولو كان المغصوب منه اصطاده وهو حلال وأدخله الحرم يضمن الغاصب له على قول أبي حنيفة خلافا لهما ويلزم الجزاء برمي الحلال من الحرم صيدا في الحل كما يلزم في عكسه لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم يقال أحرم اذا دخل في أرض الحرم كأشأم اذا دخل في أرض الشأم كما يقال أحرم اذا دخل في حرمة الشئ فبعمومه يفيده وكذا ارسال الكلب وقدمنا في أول فصل الجزاء أن الحلال اذا رمى صيدا في الحل فأصابه في الحرم بأن هرب الى الحرم فأصابه السهم فيه أن عليه الجزاء والذي صرح به في المبسوط أنه لا يلزمه جزاء ولكن لا يحل تناوله لانه في الرمي غير مرتكب للنهي قال وهذه المسئلة هي المستثناة من أصل أبي حنيفة فان عنده المعتبر حالة الرمي الا في هذه المسئلة خاصة فانه اعتبر في التناول حالة الاصابة احتياطا لان الحل بالذكاة يحصل

قال صاحب النهاية رحمه الله لما ذكر باب الجنايات وأنواعها أعقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير احرام لان هذا من الجنايات أيضا الا أن هذا قبل الاحرام وما ذكره من باب الجنايات وما يتبعه بعد الاحرام ومطلق ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد الاحرام فكان كاملا في استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذا الباب فان قيل كان الواجب أن لا يجب على من جاوز الميقات بغير احرام شئ لان المحرم للاشياء الموجبة للكفارة هو الاحرام والاحرام غير موجود في ذلك الوقت فالجواب أن من جاوز (٢٨٥) الميقات بغير احرام ارتكب المنهي عنه

﴿ باب مجاوزة الوقت بغير احرام ﴾

(واذا أتى الكوفي بستان بني عامر فأحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شئ لبى أو لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى أو لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما اذا أفاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا أنه تدارك المتروك في أوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك على ما مر غير أن التدارك عندهما بعوده محرما لانه أظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده رحمه الله بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة أهله فاذا ترخص بالتأخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا أحرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا

يحصل وانما يكون ذلك عند الاصابة فاذا كان عندها الصيد صيد الحرم لم يحل وعلى هذا ارسال الكلب والله أعلم

﴿ باب مجاوزة الوقت بغير احرام ﴾

فصله عن الجنايات وأخره لان المتبادر من اسم الجنايات في كتاب الحج ما يقع جناية على الاحرام وهي ما تكون مسبوقة به وهذه الجناية قبله ولا تبادر أيضا ثم تحقيق ما تقع عليه هذه الجناية أمران البيت والاحرام لا الميقات فانه لم يجب الاحرام منه الا لتعظيم غيره فالحاصل أنه أوجب تعظيم البيت بالاحرام من المكان الذي عينه فاذا لم يحرم منه كان مخلا بتعظيمه على الوجه الذي أوجبه فيكون جناية على البيت ونقصا في الاحرام لانه لما وجب عليه أن ينشئه من المكان الاقصى فلم يفعل فقد أوجده ناقصا (قوله فان رجع الى ذات عرق) ليس بقيد بل بناء على الظاهر من أنه اذا تدارك بالرجوع فانما يرجع الى ميقاته الذي جاوزه والا فظاهر الرواية أنه لا فرق بين أن يرجع الى ميقاته أو الى ميقات آخر من مواقيت الآفاقيين وعن أبي يوسف ان كان الذي يرجع اليه محاذيا لميقاته أو أبعد منه فكميقاته والا لم يسقط الدم بالرجوع اليه والصحيح ظاهر الرواية لما قدمناه أن كلا من المواقيت ميقات لاهله ولغير أهله بالنص مطلقا بلا اعتبار المحاذاة والحاصل أن الآفاقي اذا وصل الى ميقات من مواقيت الآفاقيين فاما أن يكون بعد ميقات آخر في طريقه أولا فان كان جازه مجاوزته الى الميقات الاخير وان لم يكن وجب عليه الاحرام منه كالميقات الاخير فان لم يحرم حتى جاوزه فان عاد قبل استلام الحجر الى الميقات فلبى عنده سقط عنه دم المجاوزة اتفاقا وان لم يلب لا يسقط عند أبي حنيفة وعندهما يسقط وان لم يلب وعند زفر لا يسقط وان لبى فيه (قوله بخلاف الافاضة فانه لم يتدارك المتروك) لان الواجب عليه اذا وقف

ويمكن به في حجه نقصان ونقصانه يجبر بالدم الا اذا تدارك ذلك في أوانه بالرجوع الى الميقات ملبيا قبل أن يطوف (واذا أتى الكوفي بستان بني عامر فأحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت) وتخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفي والا فالرجوع اليه والى غيره من المواقيت سواء في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه قال ينظر ان عاد الى ميقات وذلك الميقات يحاذي الميقات الاول أو أبعد الى الحرم سقط عنه الدم والا فلا (وان رجع اليه لكن لم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان رجع محرما فلا شئ عليه لبى أو لم يلب وقال زفر رحمه الله لا يسقط لبى أو لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود) لان حق الميقات انشاء الاحرام والراجع اليه ليس بمنشئ (وصار كما اذا أفاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا أنه تدارك المتروك في وقته وذلك قبل الشروع في الافعال) وتدارك المتروك في أوانه يسقط الكفارة (بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك) لان المتروك هناك استدامة الوقوف الى غروب الشمس وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقي الكلام بينهم في أن التدارك هل يحصل بمجرد العود أو مع التلبية (عندهما بعوده محرما لانه أظهر حق الميقات) وهو المرور به محرما فانه اذا أحرم من دويرة أهله ومر به ساكتا صح (وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة أن يحرم من دويرة أهله) فاذا

أقول استعمل الوقت بمعنى مكان الاحرام مجازا (قوله بناء على ظاهر حال الكوفي) أقول من أنه اذا تدارك بالرجوع فانه يرجع الى ميقاته

أحرم منها صارت موضع احرامه فتشترط التلبية هناك فاذا لبى ثمة ثم سكت عند المرور بالميقات لاشئ عليه وليس الكلام فيه وانما الكلام فيما اذا ترخص بالتأخير الى الميقات فانه يجب قضاء حقه بانشاء التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى أحرم وراء الميقات ثم عاد فان لبى فقد أتى بجميع ماهو المستحق عليه فيسقط عنه الدم وان لم يلب فلم يأت بجميع ما استحق عليه والخلاف فى احرام الحج بعد المجاوزة كالخلاف فى احرام العمرة (٣٨٦) فى جميع ماذكرنا وقوله (ولو عاد بعدما ابتدأ الطواف) متصل بقوله وان رجع

اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته وحاصله أن مسئلة العود على ثلاثة أوجه فى وجه لا يسقط بالعود بالاتفاق وفى وجه يسقط به بالاتفاق وفى وجه على الاختلاف الذى ذكرناه وبيانه أن من دخل مكة يريد الحج أو العمرة لا يجوز له أن يتجاوز الميقات بغير احرام فان جاوز فاما أن يعود اليه أولا فان لم يعد وجب عليه الدم وان عاد فاما أن يعود قبل الاحرام أو بعده فان عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لانه أنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام وان عاد بعده فاما أن يعود بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر أو قبله فان عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطا معتدا به وذلك ينافى اسقاط الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار أنه مبتدئ من الميقات تقديرا أو بعد ما وقع منه شوط معتد به لا يتصور كونه مبتدئا وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر ليس أن المعتبر فى ذلك الشوط وان عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور وقوله (فان دخل البستان) ظاهر وقوله (القصق بأهله) يعنى على سواء نوى مدة الاقامة أولم ينو فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه شرط نية الاقامة خمسة عشر يوما وقوله (وقد مر من قبل) أراد به ماذكره فى فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه جميع الحل الذى بين المواقيت وبين الحرم

ولو عاد بعدما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق (وهذا) الذى ذكرنا (اذا كان يريد الحج أو العمرة فان دخل البستان لحاجة فله أن يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء) لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق بأهله والبستانى أن يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذى بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به (فان أحرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شئ) يريد به البستانى والداخل فيه لانهما أحرما من ميقاتهما

نهارا اما الكون بها وقت الغروب أو مدة الى الغروب على حسب اختلافهم على ما قدمناه وبالعود بعد الغروب لم يتدارك واحدا منهما أما ما نحن فيه فالواجب التعظيم بالكون محرما فى الميقات ليقطع المسافة التى بينه وبين مكة متصفا بصفة الاحرام وهذا حاصل بالرجوع محرما اليه وعلى هذا الوجه لا تجب التلبية فيه الا أن أبا حنيفة ألزم لسقوط الدم التلبية تحصيلا للصورة بالقدر الممكن وفى صورة انشاء الاحرام لابد من التلبية أو ما يقوم مقامها وكذا اذا أراد أن يجبره بخلاف ما اذا رجع محرما حتى جاوز الميقات فلبى ثم رجع ومر به ولم يلب يجوز لانه فوق الواجب عليه فى تعظيم البيت (قوله ولو عاد بعدما ابتدأ بالطواف) ولو شوطا (لا يسقط بالاتفاق) لان السقوط بالرجوع باعتبار مبتدإ الاحرام عند الميقات وهذا الاعتبار بعد الشروع فى الافعال يستلزم اعتبار بطلان ما وجد منه من الطواف ولا سبيل اليه بعد وقوعه معتدا به فكان اعتبارا ملزوما للفساد وملزوم الفاسد فاسد وكذا اذا لم يعد حتى شرع فى الوقوف بعرفة من غير أن يطوف لما ذكرناه بعينه (قوله وهذا اذا أراد الحج أو العمرة) يوهم ظاهره أن ما ذكرنا من أنه اذا جاوز غير محرم وجب الدم الا أن يتلافاه محله ما اذا كان الكوفى قاصد النسك فان لم يقصده بل قصد التجارة أو السياحة لا شئ عليه بعد الاحرام وليس كذلك بل يجب أن يحمل على أنه انما ذكره بناء على أن الغالب فى قاصدى مكة من الآفاقيين قصد النسك فالمراد بقوله اذا أراد الحج أو العمرة اذا أراد مكة وذلك أنه انما يريد بيان أن ما ذكره من لزوم الاحرام من الميقات انما هو على من قصد مكة أما من قصد مكانا آخر من الحل داخل الميقات فلا يجب عليه الاحرام منه لتعظيم مكة لان الاحرام منه لتعظيم مكة لا لتعظيم ذلك المكان ولا نفس الميقات ولذا قابل قوله وهذا اذا أراد الحج بقوله فان دخل البستان لحاجة الخ ثم موجب هذا الحل أن جميع الكتب ناطقة بلزوم الاحرام على من قصد مكة سواء قصد النسك أولا ويطول تفصيل المنقولات فى ذلك وقد صرح به المصنف فى فصل المواقيت حيث قال ثم الآفاقى اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة فعليه أن يحرم سواء قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجاوز أحد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوى فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ولا أصرح من هذا شئ بل ينبغى أن يعلم قصد الحرم فى كونه موجبا للاحرام كقصد مكة (قوله فان دخل البستان الخ) اعلم أن عند أبى يوسف أنه انما يجوز له المجاوزة بغير احرام اذا كان على قصد أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوما والا لم يجز بغير احرام لانه يبقى

الذى جاوزه (قوله وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر ليس أن المعتبر فى ذلك الشوط) أقول فيه بحث اذ الاستلام يكون أيضا قبل الابتداء بالطواف فلا دلالة للواو على الترتيب نعم لو كانت العبارة فاستلم لكان لما ذكره وجه

وقوله (ومن دخل مكة بغير احرام) معناه من دخل مكة بغير احرام فلزمه حجة أو عمرة (ثم خرج من عامه ذلك) وحج حجة الاسلام أو حجة أو عمرة فانها تنوب عما وجب عليه بدخوله مكة بغير احرام (وقال زفر لا يجزئه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر) فانه اذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الاسلام فانه لا يسقط بها المنذورة كذلك ههنا والجامع أن كل واحدة منهما واجبة بسبب غير

(ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت وأحرم بحجة عليه أجزأه) ذلك (من دخوله مكة بغير احرام) وقال زفر رحمه الله لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا أنه تلافى المتروك فى وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا أتاه محرما بحجة الاسلام فى الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا فى ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما فى الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثانى (ومن جاوز الوقت فأحرم بعمرة وأفسدها مضى فيهما وقضاهما) لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا أفسد الحج

على حكم السفر الاول ولذا يقصر الصلاة والاول أوجه للتأمل (قوله ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه) حاصل الاحكام الكائنة هنا أربعة أحدها أنه لا يجوز للآفاقى دخول مكة بغير احرام ثانيها أنه من دخلها بلا احرام يجب عليه إما حجة أو عمرة قال فى البدائع فان أقام بمكة حتى تحولت السنة ثم أحرم يريد قضاء ما وجب عليه بدخول مكة بغير احرام أجزأه فى ذلك ميقات أهل مكة فى الحج بالحرم وفى العمرة بالحل لانه لما أقام بمكة صار فى حكم أهلها فيجزيه احرامه من ميقاتهم اه وتعليله يقتضى أن لا حاجة الى تقييده بتحويل السنة ثالثها أنه اذا خرج من عامه ذلك الى الميقات وحج حجة الاسلام سقط ما وجب عليه بدخول مكة بلا احرام رابعها أنه اذا خرج بعد مضى تلك السنة لا يسقط وقول المصنف بحجة عليه أعم من كونها منذورة أو حجة الاسلام وكذا اذا أحرم بعمرة منذورة وقوله أجزأه من دخول مكة بغير احرام يعنى من آخر دخول دخله بغير احرام فانه لو دخلها مرارا بغير احرام وجب عليه لكل مرة حجة أو عمرة فاذا خرج فأحرم نفسك أجزأه عن دخوله الاخير لا عما قبله ذكره فى شرح الطحاوى قال لان الواجب قبل الاخير صار دينا فى ذمته فلا يسقط الا بالتعيين بالنية وفى المبسوط اذا دخل مكة بلا احرام فوجب عليه حجة أو عمرة فأهل به بعد سنة من وقت غير وقته هو أقرب منه قال يجزيه ذلك ولا شئ عليه لانه فى السنة الاولى لو أهل منه أجزأه عما يلزمه من دخولها (قوله اعتبارا بما لزمه بالنذر) أى اعتبارا لما لزمه بالدخول بغير احرام بما لزمه بالنذر وفى المنذور لا يخرجه عن عهدته الا أن ينويه عنه فكذا ما بالدخول (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك فى وقته الخ) معنى هذا الكلام أن الواجب عليه أن يكون محرما عند قصد دخول مكة من الميقات تعظيما للبقعة لا لذات دخول مكة من حيث هو دخولها فاذا لم يفعل ودخل هو بلا احرام وجب عليه قضاء حقها الذى لم يفعله وذلك بأن يدخلها على ذلك الوجه الذى فوته فاذا خرج الى الميقات فأحرم بحجة عليه وقدم مكة فقد فعل ما تركه وذلك لان وجوب أحد النسكين فيما اذا دخلها بلا احرام ليس الا لوجوب الاحرام الا أنه لما كان الاحرام لا يتحقق الا بأحدهما قلنا وجب عليه أحدهما فاذا خرج الى الميقات فأحرم بما عليه فقد فعل ما كان واجبا عليه بالدخول وهو الاحرام فى ضمن ما وجب عليه بسبب آخر وصار كما اذا أتاها محرما ابتداء بما عليه من حجة الاسلام من الميقات لم يلزمه شئ آخر لحصول المقصود فى ضمن ما عليه بخلاف ما اذا تحولت السنة فانه لما لم يقض حقها فى تلك صار بتفويته دينا عليه فصار تفويتا مقصودا محتاجا الى النية كما اذا نذر أن يعتكف هذا الرمضان فاعتكف فيه جاز وان لم يعتكفه لا يجوز أن يعتكفه فى رمضان الآتى لانه لما فاته المنذور المعين تقرر اعتكافه فى الذمة دينا فلا يتأدى الا بصوم مقصود لعود شرطه أعنى الصوم الى الكمال الاصلى فلا يتأدى فى ضمن صوم آخر ولقائل أن يقول لا فرق بين سنة المجاورة وسنة أخرى فان

سبب الاخرى فان ما وجب عليه بالدخول بمنزلة ما يجب عليه بالنذر فى أن الشروع ملزم كالنذر فكما لا تتأدى المنذورة بحجة الاسلام فكذا المشروع فيها (وصار) ذلك (كما اذا تحولت السنة) ثم حج حجة الاسلام فانه لا يقوم مقام ما لزمه بدخوله مكة بلا خلاف (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك فى وقته) وهو السنة التى دخل فيها مكة (لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام) لا غير على أى وجه كان وقد حصل ذلك (كما اذا أتاه محرما بحجة الاسلام فى الابتداء) فانه يجزئه عن حجة الاسلام التى نوى وعما لزمه بدخوله مكة (بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا فى ذمته) بمضى وقت الحج (فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما فى الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من سنة نذر فيها دون العام الثانى) فان قيل سلمنا أن الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن لا نسلم أن العمرة تصير دينا بالعدم توقتها بوقت معين فينبغى أن تسقط العمرة الواجبة بدخوله مكة بغير

احرام بالعمرة المنذورة فى السنة الثانية كما تسقط بها فى السنة الاولى أجيب بان تأخير العمرة الى أيام النحر والتشريق مكروه فاذا أخرها الى وقت مكروه صار كالفوت لها فصارت دينا قال (ومن جاوز الميقات) بغير احرام ذكر فى هذه المسئلة ثلاثة أحكام المضى فيها وقضاؤها باحرام من الميقات وسقوط الدم أما المضى فلان الاحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه الا باداء الافعال وأما القضاء

(قوله بالعمرة المنذورة) أقول الظاهر أنها زائدة

فلأنه التزم الاداء على وجه العصمة ولم يفعل وأما سقوط الدم فلأنه اذا قضاها باحرام من الميقات يجبر به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة من غير احرام فسقط عنه الدم كمن سها في

صلاته ثم أفسدها فقضاها سقط سجود السهو وقال زفر لا يسقط عنه الدم

وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام ثم أحرم بالحج وفاته الحج ثم قضاه فانه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر ونظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام وأحرم بالحج ثم أفسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فان دم الوقت يسقط عنه عندنا خلافا لزفر قال لان الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب عليه الدم بالتطيب أو لبس المخيط فانه لا يسقط عنه بفوات الحج (ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه) أي من الميقات (في القضاء وهو) أي القضاء (يحكي الفائت) أي يفعل مثل فعل ما فات وهو الاحرام من الميقات ابتداء فينعدم به المعنى الذي لاجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير احرام بخلاف غيره من المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه وقوله (واذا خرج المكي من الحرم الخ) ظاهر

﴿باب اضافة الاحرام الى الاحرام﴾

اضافة الاحرام الى الاحرام في حق المكي ومن بمعناه جناية وكذلك اضافة احرام العمرة الى احرام الحج في حق الآفاقي بخلاف اضافة احرام الحج الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله في باب على حدة (قال أبو حنيفة رحمه الله قبل

(وليس عليه دم لترك الوقت) وعلى قياس قول زفر رحمه الله لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام وأحرم بالحج ثم أفسد حجته هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا أنه بصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق (واذا خرج المكي يريد الحج فأحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة) لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى أو لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي (والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فأحرم ووقف بعرفة فعليه دم) لانه لما دخل مكة وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه (فان رجع الى الحرم فأهل فيه قبل أن يقف بعرفة فلا شيء عليه) وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي والله تعالى أعلم

﴿باب اضافة الاحرام الى الاحرام﴾

(قال أبو حنيفة رحمه الله

مقتضى الدليل اذا دخلها بلا احرام ليس الا وجوب الاحرام بأحد النسكين فقط ففي أي وقت فعل ذلك يقع أداء لان الدليل لم يوجب ذلك في سنة معينة ليصير بفواتها مأديا بقضي فيهما أحرم من الميقات فسك عليه تأدى هذا الواجب في ضمنه وعلى هذا اذا تكرر الدخول بلا احرام منه ينبغي أن لا يحتاج الى التعيين وان كانت أسبابا متعددة الاشخاص دون النوع كما قلنا فيمن عليه صوم يومين من رمضان فصام ينوي مجرد قضاء ما عليه ولم يعين الاول ولا غيره جاز وكذا لو كانا من رمضانين على الاصح فكذا نقول اذا رجع مرارا فأحرم كل مرة بنسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج عن عهدة ما عليه (قوله وليس عليه دم لترك الوقت) لان المراد بقوله وقضاها كون القضاء باحرام من الميقات وهذا نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بلا احرام ثم أحرم بالحج ومضى ففاته فتحلل بعمرة وقضاه من الميقات أو جاوز فأحرم بالحج فأفسده وقضاه من الميقات لا دم عليه (قوله هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات) كالتطيب والحلق اذا تطيب أو حلق في احرام نسك ثم أفسده وقضاه واجتنب المحظورات في القضاء لا يسقط عنه الدم فكذا هذا (ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت) فينجبر به وهذا لان النقص حصل بترك الاحرام من الميقات ويصير قاضيا حقه بالقضاء بخلاف ما ذكر لأن الكف عن محظور احرام فيه لا ينعدم به فعل محظور في آخر (قوله واذا خرج المكي) يعني الى الحل (يريد الحج) لانه لو خرج الى الحل لحاجة فأحرم منه ووقف بعرفة فلا شيء عليه كالآفاقي اذا جاوز الميقات قاصدا البستان ثم أحرم منه هذا واذا أحرم المكي للعمرة من الحرم فعليه دم ان لم يعد الى ميقاته على ما عرف (قوله لانه لما دخل الى مكة الخ) ظاهر مسئلة ذكرت في المناسك أن بدخول أرض الحرم يصير له حكم أهل مكة في الميقات وهي أن من جاوزه بغير احرام فأحرم بحجة ثم أحرم من الحرم بعمرة لزمه دمان دم لترك الميقات ودم لترك ميقات العمرة لانه في حق من صار من أهل مكة الحل اه ولم أر تقييد مسئلة المتمتع بما اذا خرج على قصد الحج وينبغي أن يقيد به وانه لو خرج لحاجة الى الحل ثم أحرم بالحج منه لا يجب عليه شيء كالمكي هذا وفي مجاوزة المرقوق مع مولاه بلا احرام ثم أذن له مولاه فأحرم من مكة دم يؤخذ به بعد العتق وان جاوزه صبي أو كافر فأسلم أو بلغ الصبي فلا شيء عليهما والله أعلم

﴿باب اضافة الاحرام الى الاحرام﴾

(قوله قال أبو حنيفة الخ) حاصل وجوه ما اذا أحرم المكي بعمرة فأدخل عليها احرام حجة ثلاثة إما أن يدخله

اذا أحرم المكى بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة) قيد بالمكى لان الآفاقى اذا أهل بالعمرة أولا وطاف لها شوطا ثم أهل بالحج مضى فيهما ولا يرفض الحج لان بناء أعمال الحج على أعمال العمرة صحيح فى حق الآفاقى الا أنه لو طاف لها أقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها الاكثر كان متمتعا لان المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل العمرة ولاكثر الطواف حكم الكل والقارن من يجمع بينهما وقيد بالعمرة لان المكى اذا أهل بالحج فطاف له شوطا ثم أهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرامه للحج قد تأكد وقبل التأكد كان يؤمر برفضها فبعده أولى وقيد بالشوط يعنى الواحد لانه اذا طاف لها أربعة أشواط لا خلاف فى رفض الحج وأما فى الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الاسلام بوجود الخلاف الذى ذكرا ذا طاف لها شوطا (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة أحب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لا بد من رفض أحدهما) بناء على ما تقدم من أن الجمع بين الحج والعمرة فى حق المكى غير مشروع فلا بد من رفض أحدهما حذرا من الاستدامة على غير المشروع (والعمرة أولى بالرفض لانها أدنى حالا) لكونه فرضا دونها (وأقل أعمالا) لان أعمالها الطواف والسعى لاغير (وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة) هذا اذا كان الحج فرضا (٢٨٩) وأما اذا كان تطوعا فيعلل بالوجهين الاخيرين

اذا أحرم المكى بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة أحب الينا وقضاؤها وعليه دم) لانه لا بد من رفض أحدهما لان الجمع بينهما فى حق المكى غير مشروع والعمرة أولى بالرفض لانها أدنى حالا وأقل أعمالا وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة وكذا اذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشئ من أفعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله

قبل أن يطوف فترتفض عمرته اتفاقا ولو فعل هذا آفاقى كان قارنا على ما أسلفناه فى باب القران أو يدخله بعد أن يطوف أكثر الاشواط فترتفض حجته اتفاقا ولو فعل هذا آفاقى كان متمتعا ان كان الطواف فى أشهر الحج على ما قدمناه أو بعد أن طاف الاقل فهى الخلافية عنده يرفض الحج لما يلزم رفض العمرة من ابطال العمل وعندهما العمرة لانها أدنى حالا اذ ليس من جنسها فرض بخلاف الحج وأقل اعمالا وهو ظاهر وأيسر قضاء لعدم توقيتها وقلة أعمالها ولو فعل هذا آفاقى كان قارنا على ما استوفيناه فى صدر باب القران وكل من رفض نسكا فعليه دم لما روى أبو حنيفة عن عبد الملك بن عمير عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر لرفضها العمرة بدم ولمضى المكى عليهما ولم يرفض شيأ أجزأه لانه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهى عنه بقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام يعنى التمتع وقد قدمنا أن القران داخل فى مفهومه وسماه المصنف نهيا باعتبار المعنى وهو عن فعل شرعى فلا يمنع تحقق الفعل على وجه المشروعية بأصله غير أنه يتحمل اثمه كصيام يوم النحر بعد أن يكون نذره ثم عليه دم لتمكن النقصان فى نسكه بارتكاب المنهى عنه فيه فهو دم جبر فلا يتناول منه شيأ أما ان كان المضى عليهما بعد أن أدخل الحج على العمرة قبل الطواف للعمرة أو بعد طواف الاقل فظاهر لانه قارن وان كان بعد فعل الاكثر فى أشهر الحج فكذلك لانه متمتع وليس لاهل مكة تمتع ولا قران فلو كان طواف الاكثر منه للعمرة فى غير أشهر الحج ففى المبسوط أن عليه الدم أيضا قال لانه أحرم بالحج قبل أن يفرغ من العمرة وليس للمكى

وقوله (وكذا اذا أحرم) يعنى رفض العمرة أحب لكن هذا بالاتفاق (لما قلنا) يعنى من الامور الثلاثة وفى عبارته تسامح لانه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو ملبس لا محالة وقوله (فان طاف للعمرة أربعة أشواط) ظاهر مما ذكر آنفا وقوله (ولا كذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما) اختلفت النسخ ههنا فى بعضها عندهما وفى بعضها عند أبى حنيفة وفى بعضها وكذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبى حنيفة بحذف كلمة لا من قوله ولا كذلك قال صاحب النهاية رحمه الله ذكر الامام مولانا حسام الدين الاخسيكتى رحمه الله والصواب وكذلك يعنى النسخة الاخيرة قال

 وهكذا أيضا وجدته بخط شيخى ولكل واحدة من هذه النسخ وجه أما وجه الاولى والثالثة فظاهر وأما وجه الثانية فهو أنه لدفع سؤال سائل وهو أن يقال لما أخذ الاكثر حكم الكل يكون الاقل معدوما حكما فينبغى أن يرفض العمرة عند أبى حنيفة حينئذ لانه لم يأخذ حكم الموجود فصار كأنه لم يطف للعمرة شيأ وهنالك يرفض العمرة كما مر فكذلك فى المعدوم الحكمى

وأيضا ما يذكر فى هذا الباب تضاعف الاحرام وفى الباب السابق الخلو عنه فكان بينهما أشد المقابلة فذكر عقيبه فى باب على حدة ولعل هذا الوجه أولى (قوله وأما اذا كان تطوعا فيعلل بالوجهين الاخيرين) أقول فيه بحث فان ما من جنسه واجب أعلى حالا مما ليس من جنسه واجب (قوله وقوله ولا كذلك اذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما الى قوله وهذا هو أحد الوجهين) أقول ويجوز أن تكون لا زائدة بقرينة السباق والسياق

فقال ليس كذلك لانه لما أتى بشئ من أفعال العمرة فقد تأكدت العمرة ولم يتأكد الحج أصلا فكان رفع غير المتأكد أسهل وهذا هو أحد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه والوجه الآخر هو ماذكره بقوله (ولان في رفض العمرة والحالة هذه) يعني والحال أنه أتى بشئ من أفعال العمرة (ابطال العمل) أي الطواف الذي أتى به (وفي رفض الحج امتناع عنه) والامتناع أهون من ابطال ماوقع معتدا به وقوله (وعليه دم بالرفض أيهما رفضه) يعني الحج عنده والعمرة عندهما (لانه تحلل قبل أوانه لتعذر المضي فيه) بكون الجمع بينهما غير مشروع (فكان في معنى المحصر) وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر لادم شكر على ماياتي فان قيل هلا لزمه دمان لحرمة كل واحد من الاحرامين دم أجيب بأنه غير ممنوع عن أحدهما بالنقصان حيثما تمكن وانما تمكن في أحدهما فلذلك لزمه دم واحد (الا أن في رفض العمرة قضاءها لاغير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة) أما الحج فلانه صح شروعه فيه ثم رفضه وأما العمرة فلانه في معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة بالحديث وقد تعذر التحلل بأفعالها ههنا لانه في العمرة والجمع بين العمرتين منهي فيجب عليه قضاء الحج والعمرة جميعا (وان مضى عليهما) يعني اذا لم يرفض المكي ومن بمعناه العمرة أو الحج ومضى عليهما وأداهما (أجزأه لانه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهي عنهما) أي عن احرام الحج واحرام العمرة جميعا قال صاحب النهاية وفي نسخة شيخي بخطه منهي عنها أي عن العمرة اذ هي المتعينة للرفض اجماعا فيما اذا لم يشتغل بطواف العمرة والكلام فيه لانها هي الداخلة في وقت الحج وبسببها وقع العصيان وقوله (والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ماعرف من أصلنا) أن النهي يقتضي المشروعية دون النفي في أصول الفقه قيل ذكر المصنف في أول المسئلة أن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع ثم ذكر ههنا أنه لا يمنع تحقق (٢٩٠) الفعل ومعناه كما قلنا أنه يقتضي المشروعية فكان التناقض في كلامه وأجيب بأنه أراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملا كما في حق الآفاقي وبه يندفع التناقض وقوله (وعليه دم) واضح قال (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى) اعلم أن اضافة الاحرام الى الاحرام أربعة أقسام بالقسمة العقلية ادخال احرام الحج على احرام العمرة وادخال احرام الحج على احرام الحج وادخال احرام العمرة على احرام العمرة وادخال احرام العمرة على احرام الحج وقدم ادخال احرام الحج على احرام العمرة على الاقسام الباقية لا لكونه أدخل في كونه جنابة ولهذا لم يسقط عنه الدم ولما فرغ من ذلك ذكر ادخال احرام الحج على احرام الحج مقدما على غيره لقوة حاله اذا كان أحدهما فرضا ثم ادخال احرام العمرة على احرام العمرة لاتفاقهما في الكيفية وكمية الافعال والاصل في ذلك أن الجمع بين احرامي الحج أو احرامي العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي يلزمه أحدهما ولا كلام ههنا مع الشافعي بناء على أن الاحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين وعندنا شرط للاداء لكن محمدا يقول هو وان كان شرطا للاداء الا أنه ماشرع الا للاداء فلا يتحقق الا على الوجه الذي يتصور فيه الاداء وأداء حجتين أو عمرتين معا غير متصور فلا يتصور الاحرام لهما كالتحريمة في الصلاة وهما يقولان الاحرام بالحج التزام محض في الذمة بدليل أنه يصح منفصلا عن الاداء والذمة تسع حججا كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة للصلاة لانها لاتصح منفصلة عن الاداء الا أنه لابد له من رفض أحدهما إما احترازا عن ارتكاب المنهي عنه وإما لان البقاء للاداء لالالتزام والجمع أداء غير متصور فبعد هذا قال أبو حنيفة اذا توجه الى أداء أحدهما صار رافضا للاخرى وقال أبو يوسف كما فرغ من الاحرامين يصير رافضا أحدهما وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا قتل صيدا قبل أن يتوجه الى أحدهما فانه على قول أبي حنيفة يلزمه قيمتان وعلى قول أبي يوسف يلزمه قيمة واحدة وكذلك اذا أحصر في هذه الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف اذا عرفت هذا نعود الى تطبيق مافي الكتاب على هذا الاصل فاذا أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى

وله أن احرام العمرة قد تأكد بأداء شئ من أعمالها واحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد أيسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لانه تحلل قبل أوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر الا أن في رفض العمرة قضاءها لاغير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج (وان مضى عليهما أجزأه) لانه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ماعرف من أصلنا (وعليه دم لجمعه بينهما) لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى

أن يجمع بينهما فاذا صار جامعا من وجه كان عليه الدم (قوله وله) أورد وجهين الثاني منهما دافع لما يتوهم مما أورده بعض الطلبة على الاول وهو أنه لما كان الاكثر كالكل في اعتبار الشرع لزمه أن الاقل ليس له حكم الوجود في اعتباره بل حكم العدم وهذا لانه ليس معنى الكل الا نفس الشئ فعدم اعتبار الاقل كالكل هو عدم اعتباره ذلك الشئ موجودا فيكون معتبرا عدما فيلزم اعتبار هذا البعض عدما اذ

(قوله فبعد هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا توجه الى أداء أحدهما صار رافضا للاخرى) أقول فيه بحث فانه لا يصير بمجرد التوجه الى عرفات رافضا كما بينه المصنف الا أن يقال المراد بالتوجه هو الشروع في الافعال

(فان حلق فى) الحجة (الاولى) ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى (لزمته الاخرى) لما ذكرنا أنه التزام محض (ولا شئ عليه) لان الاولى قد انتهت نهايتها (وان لم يحلق فى الاولى) وأحرم بحجة أخرى صار جامعا بين احرامى الحج فبعد ذلك إما أن يحلق للاولى فى هذه السنة أو يؤخر الحلق الى السنة الثانية فان حلق فقد تحلل عن الاولى ولكن جنى على الثانية بالحلق وان أخر فقد أخر الحلق فى الاولى عن

فان حلق فى الاولى لزمته الاخرى ولا شئ عليه وان لم يحلق فى الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر أو لم يقصر عند أبى حنيفة) رحمه الله (وقالا ان لم يقصر فلا شئ عليه) لان الجمع بين احرامى الحج أو احرامى العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا فى الاحرام الاول فهو جناية على الثانى لانه فى غير أوانه فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج فى العام القابل فقد أخر الحلق عن وقته فى الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يلزمه شئ على ما ذكرنا فلهذا استوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما

لا عبرة به الا اذا كان فى ضمن الكل اذ لا تصح العبادة ما لم تتم فصار فعل البعض كعدم فعل شئ واذا لم يفعل شيأ ثم أحرم بالحج يرفض العمرة فكذا اذا فعل الاقل وجوابه منع كون الاقل اذا لم يعتبر تمام الشئ فانه يعتبر عدما لجواز أن لا يعتبر عدما ولا كالكل بل يعتبر بمجرد وجوده عبادة منتهضا سببا للثواب بنفسه ان كان البعض يصلح عبادة بالاستقلال وبواسطة اتمامه ان لم يصلح مع ايجاب الاتمام وحينئذ هذا البعض إن كان من الاول فلا اشكال وان كان من الثانى فقد ثبت بمجرد وجوده اعتباره وتعليق خطاب الاتمام به وهو قوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم وفى رفض العمرة ابطاله فوجب اتمامه * ولنذكر تقسيما ضابطا لفروع الباب ثم ننتقل فى كلام المصنف فنقول الجمع إما بين احرامى حجتين فصاعدا كعشرين أو عمرتين كذلك أو حجة وعمرة الاول إما أن يجمع بينهما معا أو على التعاقب أو على التراخى فاما بعد الحلق فى الاول أو قبله وفى هذا إما أن يفوته الحج من عامه أو لا ففيما اذا أحرم بهما معا أو على التعاقب لزماه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد فى المعية يلزمه احداهما وفى التعاقب الاولى فقط واذا لزماه عندهما ارتفضت احداهما باتفاقهما ويثبت حكم الرفض واختلفا فى وقت الرفض فعند أبى يوسف عقيب صيرورته محرما بلا مهلة وعند أبى حنيفة اذا شرع فى الاعمال وقيل اذا توجه سائرا ونص فى المبسوط على أنه ظاهر الرواية وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جنى قبل الشروع فعليه دمان للجناية على احرامين ودم عند أبى يوسف رحمه الله لارتفاض احداهما قبلها اه ﴿ومن الفروع﴾ لو جامع قبل أن يسير أو يشرع على الخلاف لزمه دمان للجماع ودم ثالث للرفض فانه يرفض احداهما ويمضى فى الاخرى ويقضى التى مضى فيها وحجة وعمرة مكان التى رفضها ولو قتل صيدا فعليه قيمتان أو أحصر فدمان هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبى يوسف دم سوى دم الرفض واذا تراخى فأدخل بعد الحلق فى الاولى لزمته الثانية ولا يلزم رفض شئ ولا دم عليه ثم يتم أفعال الاولى ويستمر محرما الى قابل فيفعل الثانية وان أحرم بهما قبل الحلق ولا فوات لزمه ثم ان وقف يوم عرفة أو ليلة المزدلفة بالمزدلفة رفضهما وعليه دم الرفض وحجة وعمرة مكانهما ويمضى فيهما وهذا قولهما أما عند محمد فاحرامه باطل وانما يرفضهما لانه لو لم يرفضهما ووقف لهما كان مؤديا حجتين فى سنة واحدة وكذا فى ليلة المزدلفة لو لم يرفضهما وعاد الى عرفات فوقف يصير مؤديا لحجتين فى سنة واحدة وان كان بعد طلوع فجر النحر لم يرفض شيأ لان وقت الوقوف قد فات فلا يكون باستدامة الاحرام مؤديا لحجتين فى سنة فيتم أعمال الحجة الاولى ويقيم حراما ثم ان حلق فى الاولى لزمه دم الجناية على احرام الثانية اتفاقا وان لم يحلق بل استمر حتى حل من قابل لزمه دم لتأخير الحلق عنده خلافا لهما وهل يلزم دم آخر للجمع قيل فيه روايتان وقيل ليس الا رواية الوجوب وهو الاوجه وان أحرم بالثانية بعد ما فاته الحج وجب رفضها ودم وقضاؤها وقضاء عمرة لان فائت الحج وان تحلل بأفعال عمرة هو

وقته والتأخير عن الوقت مضمون فى قول أبى حنيفة ولهذا قال فى الكتاب (وعليه دم قصر أو لم يقصر) أى حلق أو لم يحلق وانما عبر عنه بالتقصير لان وضع المسئلة فى قوله ومن أحرم بالحج ثم أحرم يتناول الذكر والانثى فذكر أولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الافضل فى حق الرجال الحلق وفى حق النساء التقصير (وقالا ان لم يقصر فلا شئ عليه لان الجمع بين احرامى الحج أو احرامى العمرة بدعة) الى آخر ما ذكر فى الكتاب وهو واضح بعد التأمل فيما سبق لكن يرد عليه شئ وهو أن المذكور من مذهب محمد فى هذا الاصل أنه اذا جمع بين احرامين انما يلزمه أحدهما وهو المروى عن الامام التمرتاشى والفوائد الظهيرية وحينئذ ينبغى أن لا يلزمه دم وان قصر لعدم لزوم الآخر فاما أن يكون سهوا فى نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما وإما أن يكون عنه فى ذلك روايتان

(قوله فذكر أولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الافضل فى حق الرجل الحلق) أقول لا يفهم من تلك العبارة هذا التفضيل والاولى أن يقال ذكر تارة لفظ الحلق وتارة لفظ التقصير ايذانا بجواز كل منهما (قوله فاما أن يكون سهوا فى نقل مذهب محمد رحمه الله) أقول بأنه اذا جمع بينهما يلزمه أحدهما

محرم بالحج فيصير جامعا بين احرامي حجتين فيرفض الثانية * وأما الثاني وهو بعمرتين ففي المعية والتعاقب أعني بلا فصل عمل ما في الحجتين والخلاف فيما يلزم ووقت الرفض اذا لزم وفيما اذا طاف للاولى شوطا رفض الثانية وعليه دم الرفض والقضاء وكذا هذا ما لم يفرغ من السعي فان كان فرغ منه الا الحلق لم يرفض شيأ وعليه دم للجمع وهذه تؤيد رواية لزومه في الجمع بين الحجتين على الوجه الذي ذكرناه فان حلق للاولى لزمه دم واحد للجناية على الثانية ولو كان جامع في الاولى قبل أن يطوف فأفسدها ثم أدخل الثانية يرفضها ويمضي في الاولى حتى يتمها لان الفاسد معتبر بالصحيح في وجوب الاتمام ولو كانت الاولى صحيحة كان عليه أن يمضي فيها ويرفض الثانية فكذا بعد فسادها وان نوى رفض الاولى والعمل في الثانية لم يكن عليه الا الاولى ومن أحرم ولا ينوي شيأ فطاف ثلاثة أو أقل ثم أحرم بعمرة رفضها لان الاولى تعينت عمرة حيث أخذ في الطواف لما أسلفناه فحين أهل بعمرة أخرى صار جامعا بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية * وأما الثالث وهو بحجة وعمرة فاما أن يجمع بينهما المكي ومن بمعناه كأهل المواقيت ومن دونهم أو الآفاقي فان كان الاولين ففي الكافي للحاكم أنه لا يقرن بينهما ولا يضيف العمرة الى الحج ولا الحج الى العمرة فان قرن بينهما رفض العمرة ومضى في الحج وكذا أهل المواقيت ومن دونهم الى مكة قال وكذلك ان أحرم المكي أولا بالعمرة من وقتها ثم أحرم بالحج رفض عمرته فان مضى عليهما حتى يقضيهما أجزأه وعليه لجمعه بينهما دم فان طاف للعمرة شوطا أو ثلاثة ثم أحرم بالحج رفض الحج في قول أبي حنيفة وقالا يرفض العمرة وان كان طاف أربعة أشواط ثم أهل بالحج قال هذا يفرغ مما بقي من عمرته (١) ويفرغ من حجته وعليه دم لانه أهل بالحج قبل أن يحل عن العمرة وهو مكي ولا ينبغي لاهل مكة أن يجمعوا بينهما ولو كان كوفيا لم يكن عليه هذا الدم اه ولفظه أظهر في عدم رفض الحج منه في الرفض وصرح بذلك صاحب المبسوط شمس الائمة فقال لا يرفض واحدا منهما لان للاكثر حكم الكل فكأنه أحرم به بعد التحلل من العمرة واختار صاحب الهداية وقوم أنه يرفض الحج ان تعذر رفض العمرة ولو كان المكي أهل أولا بالحج فطاف شوطا ثم أهل بالعمرة رفض العمرة وان لم يرفضها وطاف لها وسعى وفرغ منها أجزأه وعليه دم لانه أهل بها قبل أن يفرغ من حجته وفي الكافي اذا خرج المكي الى الكوفة لحاجة فاعتمر فيها وحج من عامه لم يكن متمتعا وان قرن من الكوفة كان قارنا ألا ترى أن كوفيا لو قرن وطاف لعمرته في أشهر الحج ثم رجع الى أهله ثم وافى الحج فحج كان قارنا ولم يبطل عنه دم القران لرجوعه الى أهله كما يبطل عنه دم المتعة اه وحاصله أن عدم الالمام بالاهل شرط التمتع المشروع دون القران على ما أسلفنا نقله وقررناه بالبحث في باب التمتع من أن النظر يقتضي اشتراط عدم الالمام للقران كالمتعة * وان كان الثاني وهو الآفاقي فان جمع بينهما أو أدخل احرام الحج على احرام العمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط أو ان لم يطف شيأ فهو قارن وعليه دم شكر وهل يشترط في كون الجامع على أحد هذه الوجوه قارنا أن يؤدي طواف عمرته أو أكثره في أشهر الحج تقدم ما نقلناه من عدم اشتراط ذلك وتقدم معه ما أوردناه عليه وان أدخل فيه بعد أربعة فان كان فعلها في أشهر الحج من غير إلمام صحيح على ما تقدم في باب التمتع فهو متمتع ان حج من عامه والا فهو مفرد بهما وان أدخل احرام العمرة على احرام الحج فان كان قبل أن يطوف شيأ من طواف القدوم فهو قارن مسيء وعليه دم شكر وان كان بعد ما شرع فيه ولو قليلا فهو أكثر اساءة وعليه دم اختلف فيه فعند صاحب الهداية وفخر الاسلام أنه دم جبر فلا يأكل منه وعند شمس الائمة دم شكر وقولهم رفض العمرة في هذه الصورة مستحب يؤنس به في أنه دم شكر وكذا ان أهل بالعمرة بعرفة وان أهل بها يوم النحر وجب رفضها ان كان قبل الحلق اتفاقا والدم والقضاء وان كان بعده اختلف فيه والاصح وجوب الرفض ولو لم يرفض في الصورتين أجزأه ويجب عليه دم للمضي وكذا اذا أحرم بها بعد ما فاته الحج قبل أن يتحلل بأفعال العمرة يجب رفض العمرة وكل شيء رفضه يجب لرفضه دم وقضاؤه فان كان عمرة لم يلزمه

(١) قوله ويفرغ من حجته في بعض النسخ ويرفض حجته وتأمل وحرر كتبه مصححه

(ومن فرغ من عمرته الا التقصير فأحرم بعمرة أخرى فعليه دم) يعني بالاتفاق (لاحرامه قبل الوقت) لان وقته بعد الحلق الأول ولم يوجد (لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة) لا يحل التناول منه وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير بين فيها لزوم دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين وسكت محمد عن بيان وجوبه للجمع بين احرامي الحج في الجامع الصغير وأوجبه في مناسك المبسوط وقال بعض مشايخنا في ذلك روايتان وأما وجوبه في الجمع بين احرامي العمرة فذلك رواية واحدة وهذه المسئلة أيضا تدل على أن مذهب محمد في لزوم الاحرامين كمذهبهما والا لما لزم عنده شئ لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم أحدهما الا اذا أراد بالجمع ادخال الاحرام على الاحرام وان لم يلزم الا أحدهما فيستقيم وقوله (ومن أهل بالحج) أي رفع صوته بالتلبية (ثم أحرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا) لانه قرن بين النسكين (٢٩٣) (لكنه أخطأ السنة فيصير مسيأ) لان السنة

(ومن فرغ من عمرته الا التقصير فأحرم بأخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت) لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة (ومن أهل بالحج ثم أحرم بعمرة لزماه) لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه أخطأ السنة فيصير مسيأ (ولو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته) لانه تعذر عليه أداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة (فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف) وقد ذكرنا من قبل (فان طاف للحج ثم أحرم بعمرة قضى عليه ما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما) لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شئ واذا لم يأت بها وهو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر

في قضائها سوى عمرة وان كان حجة لزمه حج وعمرة أما الحجة فللقضاء وأما العمرة فلانه في معنى فائت الحج وهو يتحلل بها ثم يقضي الحج شرعا ولذا قلنا لو أحرم بالحجة في سنته لا عمرة عليه والله سبحانه وتعالى أعلم ولنرجع لنحل كلام المصنف رحمه الله (قوله فعليه دم لاحرامه قبل الوقت) لان وقته بعد الحلق ولم يذكر محمد دما في الجمع بين الحجتين في الجامع الصغير وذكره في الجمع بين العمرتين وأوجبه في المناسك من المبسوط فجعل بعض المشايخ فيه روايتين وذكر بعضهم أنه لا فرق وسكوته في الجامع ليس نفيا بعد وجود الموجب لان الموجب له في العمرتين وهو عدم المشروعية ثابت في الحجتين وما ذكر في الفرق من أنه في الحجتين لا يصير جامعا فعلا لانه لا يؤدي افعال الأخرى الا في سنة أخرى بخلاف العمرة فانه يؤدي الثانية في هذه السنة فيصير جامعا فعلا لا يتم لان كونه بحيث يتمكن من أداء العمرة الثانية لا يوجب الجمع فعلا فاستويا فالاوجه أنه ليس فيه الا رواية الوجوب (قوله وقد ذكرناه) يعني في باب القران (قوله والمراد بهذا الطواف) يعني في قوله فان طاف للحج (قوله وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح) فلا فرق في وجوب الدم بين الصورة الاولى والثانية غير أن الدم في الاولى دم القران للشكر اتفاقا وفي الثانية مختلف فيه ومختار المصنف وفخر الاسلام أنه دم جبر لانه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه لتقديم طواف القدوم واختار شمس الائمة السرخسي أنه شكر وان كان هو أكثر اساءة من الاول فان هذا الطواف لما لم يكن ركنا ولا واجبا أمكنه بناء أفعال العمرة فيصير باتيا أفعال العمرة على أفعال الحج فلا موجب للدم جبرا ولا نسلم بناءه من وجه بسبب تقديم بعض السنن ولو سلم منعنا كون هذا القدر من الوجه الاعتباري يوجب الجناية الموجبة للدم ولو قال قائل ان طواف القدوم ليس من أفعال الحج أصلا ولا من سنن نفس عبادة

ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج آخر الغايتين لكن لما لم يؤد الحج صح لان الترتيب وجد في الافعال وان فات في الاحرام فعليه تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج حتى (لو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة كان رافضا لعمرته لانه تعذر عليه أداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة) بل المشروع هو أن تكون أفعال الحج مبنية على أفعال العمرة وقوله مبنية نصب على الحال قال في النهاية والعامل فيها معنى الاشارة في هي فلذا كانت مقيدة بقيد سيجيء وفيه نظر (فان توجه اليها لم يكن رافضا) حتى لو بدا له فرجع من الطريق الى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارنا (وقد ذكرناه من قبل)

يعني في آخر باب القران حيث قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة الخ (فان طاف للحج) يعني طواف التحية (ثم أحرم بعمرة قضى عليهما) وتفسير المضي أن يقدم أفعال العمرة على أفعال الحج كما هو المسنون في القران (لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر) يعني قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي (فصح الاحرام بهما) وكلامه ظاهر

(قوله لان السنة ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج الى قوله لان الترتيب وجد في الافعال) أقول فيه بحث فانه استدل بالآية على كونه سنة والسنة ما استند الى النبي صلى الله عليه وسلم لا الى نظم القرآن فتأمل وقوله جعل الحج آخر الغايتين يعني المبدأ والمنتهى وقوله وجد في الافعال الاولى أن يقال وجد في الافعال (قوله والعامل فيها معنى الاشارة في هي الى قوله وفيه نظر) أقول فان هي ليست من أسماء الاشارة بل العامل فيها هو انتساب الخبر الى المبتدا كما صرح به

وقوله (هو الصحيح) احترازا عما اختاره شمس الائمة وقاضيخان والامام المحبوبي أن ذلك دم القران فيكون دم شكر وذكر الامام فخر الاسلام مثل ما ذكر في الكتاب لانه أخطأ السنة في بناء أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه فكان كقران المكي وقوله (ويستحب) ظاهر وقوله (ومن أهل بعمرة في يوم النحر) يعني قبل الحلق أو قبل طواف الزيارة لان حكم من أهل بها بعد ما حل من الحجة بالحلق يأتي ذكره كذا في النهاية والظاهر الاطلاق على ما ذكره وقوله (لزمته لما قلنا) يريد قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي وقوله (ويرفضها) قالوا معناه يلزمه الرفض لانه قد أدى ركن الحج وهو الوقوف فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه وقوله (وقد كرهت العمرة) وجه آخر في لزوم الرفض (على ما ذكر) اشارة الى ما يذكر في باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة أيام يكره فعلها فيها وقوله (وعمرة مكانها) أي قضاء للمرفوضة وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان الجمع بينهما مشروع فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الشروع في الصوم (٢٩٤) في يوم النحر حيث لا يلزمه القضاء اذا أفسده وهنا يلزم أجيب بأن مجرد الشروع في الصوم

فيه تحصل بالمعصية وهي ترك اجابة ضيافة الله تعالى فيؤمر بالافطار ولا يلزمه القضاء وأما بمجرد الاحرام للعمرة في هذه الايام فلا تحصل لان المعصية أداء أفعالها في هذه الايام فيلزمه القضاء لصحة الشروع (وان مضى عليها) أي على العمرة التي أحرم لها يوم النحر وفي بعض النسخ عليهما أي على الحج والعمرة (أجزأه) ودليله ظاهر وقوله (وعليه دم لجمعه بينهما إما في الاحرام) يعني ان كان احرام العمرة قبل التحلل بالحلق (أو في الاعمال الباقية) يعني اذا كان بعد الحلق وهذا يرشدك الى أن كلام المصنف على اطلاقه ليس بمقيد بما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية لانه اذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الاحرامين فلا حاجة الى قوله أو في الاعمال لا سيما وقد ذكر بكلمة أو وكذا قوله وقيل اذا حلق يدل على ذلك لان معناه يلزمه الرفض مطلقا (وقيل اذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل) قال الامام فخر الاسلام لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير وجوابه في الاصل تمشيته ظاهر ذلك أنه لا يرفضها (وقيل يرفضها احترازا عن النهي) يعني النهي عن العمرة في هذه الايام كما ذكرنا

هو الصحيح لانه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه (ويستحب أن يرفض عمرته) لان احرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها (وعليه دم) لرفضها (ومن أهل بعمرة في يوم النحر أو في أيام التشريق لزمته) لما قلنا (ويرفضها) أي يلزمه الرفض لانه قد أدى ركن الحج فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام أيضا على ما ذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها (وعمرة مكانها) لما بينا (فان مضى عليها أجزأه) لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام بأداء بقية أعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما (وعليه دم لجمعه بينهما) إما في الاحرام أو في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة أيضا وقيل اذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي

الحج بل هو سنة لقدوم المسجد الحرام كركعتي التحية لغيره من المساجد ولذا سقط بطواف آخر من مشروعات الوقت حتى لو لم يدخل المحرم بالحج مكة الا يوم النحر بعد الوقوف سقط استنانه بفعل طواف الافاضة وكذا المعتمر لا يسن في حقه لاغناء طواف العمرة عنه كما تسقط الركعتان باقامة الفريضة عند الدخول لحصول التحية تعظيما في ضمن الفرض ولو كان معتبرا سنة نفس العبادة تابعا لها لم يسقط بحال كما لم تسقط سنة الظهر بفعل الفرض فكان أظهر في الدفع لانه حينئذ لا يكون تقدمه موجبا بناء العمرة من ذلك الوجه أيضا وهذا الوجه الذي ذكرناه هو من كلامهم في توجيه سقوطه اذا لم يدخل المحرم مكة وتوجيه الى عرفات ويستلزم أن طواف القدوم لا يسن للقارن لانه يبدأ بطواف العمرة اذا دخل فيحصل المقصود في ضمنه فان قيل قد ذكرت فيما تقدم من الآثار ما يدل على أنه يطوف طوافين فلا تعارض بما ذكرت من المعنى قلنا فيلزم بطلان سقوطه فيما اذا لم يدخل مكة الا بعد الوقوف يوم النحر فالحاصل أن أحد الامرين لازم والحق أن دلالة الآثار على استنان طوافين للقارن لا يلزمه كون أحدهما للقدوم فادعاؤه أنه طواف القدوم ادعاء أمر زائد على مقتضى الدليل واعتقادي أن استنانه لا يقاع سعي الحج فان السعي لم يشرع الا مرتبا على طواف ومعلوم أنه رخص في تقديم السعي على يوم النحر فكان الثابت

(قوله والظاهر الاطلاق على ما ذكره) أقول يرشدك اليه قول المصنف إما في الاحرام أو في الاعمال الباقية (قوله لما بينا اشارة الى قوله لان الجمع بينهما مشروع) أقول والظاهر أنه اشارة الى قوله لصحة الشروع فيها (قوله أجيب بأن مجرد الشروع في الصوم الخ) أقول وان أردت زيادة التفصيل فراجع قبيل باب الاعتكاف من الهداية وشروحه (قال المصنف لان الكراهة لمعنى في غيرها) أقول لم يبين وجه الخلاص عن بناء أفعال العمرة على أفعال الحج (قوله فلا حاجة الى قوله أو في الاعمال لا سيما وقد ذكر بكلمة أو) أقول يجوز أن يذكره لتأكيد معنى الجمع حينئذ لا يكون قول الشارح لا سيما في محله (قوله لان معناه يلزمه الرفض مطلقا) أقول وفيه أنه لو كان المعنى ذلك لكان قوله وقيل يرفضها تكرارا فلا دلالة لقوله وقيل اذا حلق على ما ذكر بل دلالته على التقييد ظاهرة

(قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا رحمهم الله على هذا) القول وهو رفض العمرة ومعنى ماذكر في الاصل أنه لا يرفضها أي لا ترتفض من غير رفض وقوله (فان فاته الحج) يعني فائت الحج وهو من فاته الوقوف بعرفة اذا أحرم بحجة أو عمرة فانه يرفض التي أحرم بها أما اذا كانت عمرة فلان فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله وفائدته تظهر في حق لزوم الرفض اذا أحرم بحجة أخرى فعندهما يرفضها كي لا يصير جامعا بين احرامي الحج وعند أبي يوسف لا يرفضها بل يمضي فيها وقوله (على ما يأتيك) أراد به قوله لان فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة لا قوله من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة لان هذا غير مذكور هناك وقوله (فيصير جامعا) أي فائت الحج الذي أحرم بعمرة يصير جامعا (بين العمرتين) أفعالا فيجب أن يرفض العمرة التي أحرم بها كما لو أحرم بعمرتين وأما اذا كانت بحجة فانه يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه والله أعلم

قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا رحمهم الله تعالى على هذا (فان فاته الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة فانه يرفضها) لان فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة على ما يأتيك في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين وان أحرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه والله أعلم

﴿باب الاحصار﴾

(واذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من المضي جازله التحلل) وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدى شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا أن آية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع أهل اللغة

﴿باب الاحصار﴾

لما كان من الاحصار ما هو جناية على المحرم أعقبه باب الجنايات باب على حدة تقول العرب أحصر اذا منعه خوف أو عدو أو مرض من الوصول الى اتمام حجته أو عمرته واذا حبسه سلطان أو قاهر مانع يقولون حصر فالمحصر محرم ممنوع عن المضي الى اتمام أفعال ما أحرم لاجله (فاذا أحصر بعدو أو مرض فمنع من المضي جازله التحلل)

الثابت في الآثار بيان طريق تقديم سعي الحج للقارن وعن هذا قلنا في المتمتع اذا أحرم بالحج بعد الفراغ من العمرة أن يطوف طوافا يتنفل به ثم يسعى بعده للحج وليس هو طواف القدوم ثم يقتضي أن القارن لو لم يرد تقديم السعي لا يسن في حقه طواف آخر ولا يلزم من التزامه محال وغاية ما يلزم اذا دل دليل على استنان طوافين مطلقا أعني غير مقيد بقصد تقديم السعي كون تقديم السعي سنة للقارن ولا ضرر في التزامه (قوله قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا على هذا) أي على وجوب الرفض وان كان بعد الحلق وصححه بعض المتأخرين لانه بقي عليه واجبات من الحج كالرمي وطواف الصدر وسنة المبيت وقد كرهت العمرة في هذه الايام أيضا فيصير باتيا أفعال العمرة على أفعال الحج بلا ريب

﴿باب الاحصار﴾

هو من العوارض النادرة وكذا الفوات فأخرهما ثم إن الاحصار وقع له عليه الصلاة والسلام فقدم بيانه على الفوات والاحصار يتحقق عندنا بالعدو وغيره كالمرض وهلاك النفقة وموت محرم المرأة أو زوجها في الطريق وفي التجنيس في سرقة النفقة ان قدر على المشي فليس بمحصر والا فمحصر لانه عاجز ولو أحرمت ولا زوج لها ولا محرم فهي محصرة لا تحل الا بالدم لانها منعت شرعا آكد من المنع بسبب العدو وقال الشافعي رحمه الله لا احصار الا بالعدو (قوله لان التحلل شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة) من السبب المانع (وبالاحلال ينجو من العدو لا المرض) ولا يخفى أنه يرد على هذا بادئ النظر أن يقال ان قلت إنه لم يشرع الا للنجاة من السبب منعنا الحصر وان أردت انه من أسباب شرعيته لم يفد نفي شرعيته في محل النزاع فلذا جعل بعضهم هذا الوجه مبنيا على الاستدلال بالآية هكذا الآية وردت لبيان حكم احصاره صلى الله عليه وسلم وأصحابه وكان بالعدو وقال في سياق الآية فاذا أمنتم الى آخرها فعلم أن شرعية الاحلال في العدو كان لتحصيل الامن منه وبالاحلال لا ينجو من المرض ولا يكون الاحصار بالمرض في معناه فلا يكون النص الوارد في العدو واردا في المرض فلا يلحق به دلالة ولا قياسا لان شرعية

والشافعي رحمه الله حصر الاحصار في العدو وقال المريض ليس له أن يتحلل الا أن يكون شرط ذلك عند احرامه ولكنه يصبر الى أن يبرأ (لان التحلل بالهدى شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة) بالاحلال والنجاة بالاحلال لا تكون الا من العدو ولان ما به من المرض لا يزول بالتحلل بخلاف المحصر بالعدو فان ما ابتلي به يزول بالتحلل لانه يرجع الى أهله فيندفع عنه شر عدوه (ولنا أن آية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع أهل اللغة

فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو) واذا وردت فيه كانت دلالته على الاحصار بالمرض أقوى وفيه بحث من وجهين الاول كان من حق الكلام أن يقول باجماع أهل التفسير لان أهل اللغة لا تعلق لهم بورود الآية وسبب نزولها والثانى أنها نزلت فى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم وكان الاحصار بالعدو والجواب عن الاول أن معنا بدلالة اجماع أهل اللغة أجمعوا على معنى دل ذلك المعنى أن تكون الآية واردة فى الاحصار بمرض وعن الثانى بما قيل النصوص الواردة مطلقة يعمل بها على اطلاقها من غير حمل على الاسباب الواردة هى لاجلها وقوله (والتحلل قبل أوانه) استدلال بمعقول فيه شائبة التنزل كانه قال سلمنا أن آية الاحصار وردت فى الحصر بالعدو ولا فرق بين الاحصار والحصر لكن المرض ملحق به بالدلالة لان التحلل قبل أوانه (لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الاحرام والحرج فى الاصطبار على الاحرام مع المرض أعظم) لاستحالة لكثرة احتياجه مداواة ومداراة الى ما هو جناية على الاحرام وقوله (واذا جاز التحلل) يعنى اذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر

فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الاحرام والحرج فى الاصطبار عليه مع المرض أعظم واذا جاز له التحلل

التحلل قبل أداء الافعال بعد الشروع فى الاحرام على خلاف القياس فلا يقاس عليه (قوله فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو) أفاد هذا أن مراده بقوله وردت فى الاحصار بالمرض باجماع أهل اللغة أن اجماعهم على أن مدلول لفظ الاحصار المنع الكائن بالمرض والآية وردت بذلك اللفظ فيلزم اجماعهم على أن معناها ذلك الا بناف وهذا لان ذلك نقل عن الفراء والكسائى والاخفش وأبى عبيدة وابن السكيت والقتبى وغيرهم وقال أبو جعفر النحاس على ذلك جميع أهل اللغة ثم المقابلة فى نقله قولهم الاحصار بالمرض والحصر بالعدو ظاهر فى أن الاحصار خاص بالمرض والحصر خاص بالعدو ويحتمل أن يراد كون المنع بالمرض من ماصدقات الاحصار فان أراد الاول ورد عليه كون الآية لبيان حكم الحادثة التى وقعت للرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم واحتاج الى جواب صاحب الاسرار وحاصله كون النص الوارد لبيان حكم حادثة قد ينتظمها لفظا وقد ينتظم غيرها مما يعرف به حكمها دلالة وهذه الآية كذلك اذ يعلم منها حكم منع العدو بطريق أولى لان منع العدو حسى لا يمكن معه من المضى بخلافه فى المرض اذ يمكن منه بالمحمل والمركب والخدم فاذا جاز التحلل مع هذا فمع ذلك أولى الا أنه مناف لما ذكره المصنف من الوجه المعقول وهو قوله ولان التحلل انما شرع لدفع الحرج الآتى من قبل امتداد الاحرام والصبر عليه مع المرض أعظم فانه يفيد أن حكم التحلل مع المرض أولى منه مع العدو فلا يكون النص عليه مع المرض يفيده مع العدو بطريق الدلالة ولا تندفع المنافاة بقولنا ان هذا مذكور بطريق التنزل فى معنى الآية أى لو سلمنا أنها فى الاحصار بالعدو فيثبت فى المرض بطريق أولى لان المذكور على تقدير التسليم مدعى حقيقته وعلى تقديره يلزم ما ذكرنا والاولى ارادة الاول وهو محمل قول أهل اللغة الاحصار بالمرض لقوله تعالى للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله والمراد منعهم الاشتغال بالجهاد وهو أمر راجع الى العدو أو المراد أهل الصفة منعهم تعلم القرآن أو شدة الحاجة والجهد عن الضرب فى الارض للتكسب وقال ابن ميادة

وما هجر ليلى أن تكون تباعدت * عليك ولا أن أحصرت شغول

وليس هو بالمرض وفى الكشاف يقال أحصر فلان اذا منعه أمر من خوف أو مرض أو عجز وحصر اذا حبسه عدو عن المضى أو سجن ومنه قيل للمحبس الحصير وللملك الحصير هذا هو الاكثر فى كلامهم اه وفى نهاية ابن الاثير يقال أحصره المرض أو السلطان اذا منعه من مقصده فهو محصر وحصره اذا حبسه فهو محصور والمعارضة مع ذلك بين جواب الشيخين قائمة والاقرب حينئذ كلام المصنف لان الظاهر كون الآية تنتظم الحادثة لفظا ولو بعمومها وعلى التقدير انتفى نفى الشافعى الحاق المرض بالعدو وقصر افادة الآية على شرعيته للنجاة من العدو ثم وجدناه وافقنا فى الحديث روى الحجاج بن عمرو الانصارى أنه صلى الله عليه وسلم قال من كسر أو عرج فعليه الحج من قابل فذكر ذلك لابن عباس وأبى هريرة فقالا صدق رواه الخمسة قال الترمذى حديث حسن وفى شرح الآثار حدثنا فهد حدثنا على بن معبد بن شداد العبدى صاحب محمد بن الحسن قال حدثنا جرير بن عبد الحميد عن منصور عن ابراهيم عن علقمة قال لدغ صاحب لنا وهو محرم بعمرة فذكرناه لابن مسعود فقال يبعث بهدى ويواعد أصحابه موعدا فاذا نحر عنه حل وبه الى جرير عن الاعمش عن عمارة بن عمير عن عبد الرحمن بن يزيد قال قال عبد الله ثم عليه عمرة بعد ذلك وهذان يفيدان شرعيته لدفع أذى امتداد الاحرام مع الحابس عن الاعمال وقد يقال حديث من كسر غير مصرح بجواز الاحلال فيجوز كون المراد أنه اذا حبس بذلك حتى فاته الحج فعليه الحج من قابل فاذا قامت الدلالة على أن شرعيته للحابس مطلقا استفيد جواز ملن سرقت نفقته ولا يقدر على

(يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله لان دم الاحصار عنده غير موقت فيحتاج الى المواعدة ليعرف وقت الاحلال وأما عندهما فدم الاحصار في الحج موقت بيوم النحر فلا حاجة الى المواعدة فيه وانما يحتاج اليها في العمرة فاذا بعث فهو بالخيار ان شاء أقام بمكانه وان شاء رجع لانه لما صار ممنوعا من الذهاب يخير بين المقام والانصراف قال في النهاية انما قيد بقوله يذبح فيه ثم يتحلل لانه اذا ظن المحصر به ذبح هديه ففعل ما يفعل الحلال ثم ظهر أنه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظورات الاحرام لبقاء احرامه كذا ذكره الامام فاضيخان رحمه الله (وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان أو مكان على ما مر) فدم الاحصار لا يعرف قربة بدون أحد هذين (فلا يقع به التحلل) وقد عين الشارع المكان باشارة (قوله ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله فان الهدى اسم لما يهدى الى الحرم) والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدى موضع حله ثم فسر المحل بقوله ثم محلها الى البيت العتيق وليس المراد عين البيت لانه لا تراق فيه الدماء فكان المراد به الحرم وهذا واضح (وقال الشافعي رحمه الله لا يتوقت بالحرم لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف

المشي لا إن قدر كذا عن أبي يوسف ولا يبعد أن لا يجب المشي في الابتداء ويلزم بعد الشروع كالفقير اذا شرع في الحج والمرأة اذا مات محرمها في الطريق أو زوجها في غير محل اقامة ولا قريب منه وبينها وبين مكة أكثر من ثلاثة أيام على ما يعرف في باب العدة ان شاء الله تعالى وأما الذي ضل الطريق فهو محصر الا أنه يزول احصاره بوجود من يبعث معه هدى التحلل فانه به يذهب المانع اذ يمكنه الذهاب معه الى مكة فهو كالمحصر الذي لا يقدر على الهدى فيبقى محرما الى أن يحج ان زال الاحصار قبل فوات الحج أو يتحلل بالطواف والسعي ان استمر الاحصار حتى فاته الحج هذا اذا ضل في الحل أما إن ضل في أرض الحرم فعلى قول من أثبت الاحصار في الحرم اذا لم يجد أحدا من الناس له أن يذبح ان كان معه الهدى ويحل كذا ذكر والذي يظهر من تعليل منع الاحصار في الحرم تخصيصه بالعدو أما إن أحصر فيه بغيره فالظاهر تحققه على قول الكل والله أعلم وأحكم (قوله وواعد) الاحتياج الى المواعدة على قول أبي حنيفة لانه يجوز ذبح هدى الاحصار قبل يوم النحر أما على قولهما فلا حاجة لانهما عينا يوم النحر وقتا له وقوله ثم تحلل يفيد أنه لا يتحلل قبله حتى لو ظن المحصر أن الهدى قد ذبح في يوم المواعدة ففعل من محظورات الاحرام ثم ظهر عدم الذبح اذ ذاك كان عليه موجب الجناية وكذا لو ذبح في الحل على ظن أنه ذبح في الحرم وما أكل منه الذي معه ضمن قيمته يتصدق بها عن المحصر ان كان غنيا (قوله واليه) مرجع الضمير التوقت بالحرم المفهوم من قوله يذبح في الحرم مع قوله والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان أو مكان والآية وهي قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله إما في الاحصار بخصوصه أو فيه وفي غيره أو هو من عموم اللفظ الوارد على سبب خاص فيتناول منع الحلق قبل الاعمال في الاحصار وبعدها في غيره الى أن يبلغ الهدى محله وبين محله بقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق وعنها قلنا اذا لم يجد المحصر الهدى يبقى محرما حتى يجده فيتحلل به أو يتحلل بالطواف والسعي ان لم يجده حتى فاته الحج فان استمر لا يقدر على الوصول الى مكة ولا الى الهدى بقي محرما أبدا هذا هو المذهب المعروف ولو سرق الهدى بعد ذبحه لا شيء عليه فان لم يسرق تصدق به فان أكل منه الذابح ضمن قيمة ما أكل ان كان غنيا يتصدق به عن المحصر وعن أبي يوسف في المحصر ان لم يجد هديا قوم الهدى طعاما وتصدق به على كل مسكين نصف صاع أو يصوم مكان كل مسكين يوما فيتحلل به رواه عن عطاء قال في الامالي وهذا أحب الي قلنا هذا قياس يخالف النص في عين المقيس فلا يقبل وقال النمرتاشي ان لم يجد بقي محرما وقيل يصوم عشرة أيام ثم يتحلل وقيل ثلاثة أيام وقيل بازاء كل نصف صاع يوما ومن أحصر فوصل الى مكة لم يبق محصرا على قول الامام على ما سيأتي فان لم يقدر على الاعمال صبر حتى يفوته الحج ويتحلل بأفعال العمرة وقد ذكرنا أنه يجب أن يكون هذا في الاحصار بالعدو وكذا قيل لو قدم قارن فطاف وسعى لعمرته وحجته ثم خرج الى بعض الآفاق قبل الوقوف وأحصر فانه يبعث بهدى ويحل به ويقضي حجة وعمرة لحجته ولا عمرة عليه لعمرته مع انه طاف وسعى لحجته ولا يحل بذلك لان ذلك انما يجب بعد الفوات ولو أحصر عبد أحرم بغير اذن مولاه بعث المولى الهدى ندبا ولو كان أحرم باذنه اختلفت الرواية في وجوب بعث

الضمير التوقت بالحرم المفهوم من قوله يذبح في الحرم مع قوله والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان أو مكان

قلنا المراعى أصل التخفيف لانهايته) ولهذا لم يستحق التخفيف متى لم يجد الهدى بل يبقى محرما أبدا ولان نهايته لو كانت مراعاة لتحلل فى الحال كما قال مالك رحمه الله وليس كذلك باتفاق بيننا وبينه وقوله (وتجوز الشاة) ظاهر وذكر فى المحيط أنه اذا كان معسرا لا يجد قيمة شاة أقام حراما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج وقوله (وقال أبو يوسف عليه ذلك) أى الحلق (ولو لم يفعل لا شئ عليه لان النبى صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه بذلك) فان قيل هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبى عليه الصلاة والسلام فى الذى لا يفعل قربة دليل الوجوب فكيف اذا أمر غيره بذلك وحينئذ لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لا شئ عليه فأين دليله أجيب بان هذه المسئلة عن أبى يوسف فيها روايتان فى رواية يجوز وفى أخرى واجب والمصنف أورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل أبى حنيفة ومحمد يصلح دليلا لها وقوله (ولهما أن الحلق انما عرف قربة) يعنى أن كون الحلق قربة عرف بالنص بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ماورد فيه النص من الاوصاف ومن جملتها كونه (مرتبا على أفعال الحج) فلا يكون فى غير المرتب قربة وأما حلق النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف فيأمنوا جانبهم ولا يشتغلوا بمكيدة أخرى بعد الصلح قوله (وان كان) المحصر (قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احراميه فان بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى فى احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع فى حالة واحدة) لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه

قلنا المراعى أصل التخفيف لانهايته وتجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدى والشاة أدناه وتجزيه البقرة والبدنة أوسبعهما كما فى الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له أن يبعث بالقيمة حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لا شئ عليه لانه صلى الله عليه وسلم حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه رضى الله عنهم بذلك ولهما أن الحلق انما عرف قربة مرتبا على أفعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال (وان كان قارنا بعث بدمين) لاحتياجه الى التحلل من احرامين فان بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى فى احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع فى حالة واحدة

المولى وعدمه بل يجب على العبد عند العتق (قوله ولنا أن المراعى أصل التخفيف لانهايته) لم يذكر فى كلام الشافعى أنه اعتبر نهاية التخفيف لكن دعواه القائلة ان التوقيت يبطل التخفيف وحاصل الجواب أن يقال إن قلت ان المراعى نهاية التخفيف منعناه أو أصله فبالتوقيت لا ينتفى أصل التخفيف بالكلية لتيسر من يرسل معه الهدى عادة من المسافرين وأما الاستيضاح على كون المراعى أصل التخفيف بأنه لو لم يجد هديا يبقى محرما أبدا فلا يرد عليه لان الشافعى لا يقول به بل اذا لم يجده عنده فقومت شاة وسط فيصوم عن كل مد من قيمتها يوما وفى قول عشرة أيام كما فى العجز عن هدى المتعة عنده والجواب ماتقدم والمعول عليه التردد الذى ذكرناه (قوله اشارة الى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير) والا قال ثم احلق ونحوه فلما عدل الى المعنى الاعم استفدنا عدم تعين الحلق وقوله وهو قول أبى حنيفة ومحمد أطلقه عنهما وفى الكافى انما لا يحلق اذا أحصر فى الحل أما اذا أحصر فى الحرم فيحلق لان الحلق موقت بالحرم عندهما فعلى هذا كان حلقه صلى الله عليه وسلم لكونه فى الحرم لان بعض الحديبية من الحرم على ماقدمه المصنف ولما لم يقل المصنف فى جواب أبى يوسف عن حلقه صلى الله عليه وسلم لانه كان فى الحرم بل ان حلقه كان ليعرف بتشديد الراء أو بتخفيفها مبنيا للمفعول استحكام عزيمتهم على الانصراف أى ليعرف المشركين ذلك فلا يشتغلوا بأمر الحرب كان ظاهرا فى اعتقاده اطلاق الجواب فلا يجب عندهما الحلق سواء أحصر فى الحل أو الحرم (قوله لان التحلل منهما شرع فى حالة واحدة) أى ليس غير

(قوله فان قيل هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبى صلى الله عليه وسلم قال الخ) أقول قال علماء الاصول اذا نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم فعل فان كان سهوا أو طبعا أو خاصا به فلا يجب اجماعا وان كان بيانا لمجمل يجب اتباعه اجماعا وان كان غير ذلك فهل يجب اتباعه أم لا قال البعض من الشافعية نعم وقال الاكثرون لا وهو المختار اذا عرفت هذا عرفت أن قوله ان مجرد فعل النبى صلى الله عليه وسلم الخ يتطرق اليه المنع ثم ان أمره هذا لو كان للوجوب لما خالفه الصحابة على مانقل فى الصحاح (قوله أجيب بأن هذه المسئلة عن أبى يوسف الى قوله والمصنف أورد دليل رواية الوجوب الخ) أقول فيكون فى عبارة المصنف إلباس حيث يفهم منه أن الثانى من تتمة الاول وهو الظاهر وقوله عليه ذلك أى يستحب وقد استعمل عليه فى هذا المعنى فى فصل المحرمات من النكاح وقوله ولو لم يفعل لا شئ عليه قرينة لذلك

وسلم فى حجة الوداع فأهللنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا
وبالهدى الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له أن يتحلل أصلا فان قيل دم الاحصار قائم مقام الحلق فى التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد
عن الاحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدى واحد أجيب بجوابين أحدهما أن الحلق فى الاصل محظور الاحرام وانما صار قربة بسبب
التحلل فكان قربة لمعنى فى غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة تكفى لصلوات كثيرة وأما الهدى فانه شرع
للتحلل الا أنه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا جاز النذر به وما هو قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كأفعال الصلاة
والثانى أن الحلق محظور الاحرام وانما يصير قربة بسبب التحلل فان تكرر فلا يخلو إما أن يكون التحلل واقعا بالاول أو بالثانى فان وقع
بالاول كان الثانى لغوا وان وقع بالثانى كان الاول جناية فأما الذبح فليس بمحظور الاحرام فصح الجمع وقوله (ولا يجوز ذبح دم الاحصار
الا فى الحرم) انما أعاد هذه المسئلة ليجعلها توطئة لقوله و يجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة فى بيان أن دم الاحصار أعرف فى اختصاصه
بالمكان حيث لم يختلف فيه أصحابنا من اختصاصه بالزمان لانه مختلف فيه (٢٩٩) وقوله (اعتبارا بهدى المتعة والقران) تعليل

(ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا فى الحرم و يجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا
لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا فى يوم النحر و يجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) اعتبارا بهدى المتعة والقران
وربما يعتبر انه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابى حنيفة رحمه الله أنه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل
منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك و بخلاف
الحلق لانه فى أوانه لان معظم أفعال الحج وهو الوقوف ينتهى به قال (والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة
وعمرة) هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع فيها
والعمرة لما أنه فى معنى فائت الحج

قال صلى الله عليه وسلم فلا أحل حتى أحل منهما جميعا فى الصحيح (قوله وربما يعتبر انه الخ) أما اعتبارهما
اياه بالحلق فبجامع أنه محلل وهو الزامى فانهما لا يقولان بتوقت الحلق فى الحرم بل من حيث السنية
والملحق هنا عندهما اللزوم والالزامى لا يفيد فى المطلوب شيأ لانه لو اعترف الخصم بالخطا فى أحدهما
فقال أعترف بالخطا فى أحد الامرين من عدم توقيت الذبح بالزمان أو توقيت الحلق به لم يلزم خطؤه فى
محل النزاع عينا وأما اعتبارهما بهدى المتعة والقران فبجامع أنه هدى تتعلق القربة فيه بنفس الاراقة
وهو معارض بالقياس على سائر دماء الكفارات وهذا أولى لان الجامع فى قياسهما انما هو أثره فى توقته
بالمكان بسبب أنه اسم اضافى اذ معناه ما يهدى الى مكان وذلك المكان هو الحرم بالاتفاق والنص وهو قوله
تعالى ثم محلها الى البيت العتيق وتوقته بالزمان ليس معلولا لكونه هديا بل اتفق معه اتفاقا فاحكما شرعيا
لم يظهر تأثيره فيه فكان وصفا طرديا فى حق هذا الحكم فلا يعلل به بخلاف دماء الكفارات فان الكفارة
مؤثرة فى ستر الجناية وهذا كذلك فانه يمنع التأثيم فى مباشرة محظورات الاحرام كما أن ذلك يرفعه
ومعنى ستر الجناية مؤثر فى عدم التأخير ما أمكن ولازمه جوازه قبل يوم النحر وهو المطلوب مع أن قوله
تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى مطلق فلا ينسخ اطلاقه بما ذكراه لو صح (قوله هكذا روى
عن ابن عباس وابن عمر) وذكره الرازى عن ابن عباس وابن مسعود ثم ذكر وجهه من القياس وهو على

عدم جواز الذبح للمحصر بالحج الا فى يوم النحر وأما قوله (ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) فبالاتفاق فلا يحتاج الى تعليل (وربما يعتبر انه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل) فكما يجوز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح وقوله (ولابى حنيفة) ظاهر وقوله (بخلاف دم المتعة والقران) جواب عن اعتبارهما صورة النزاع بهما (لانه) أى دم المتعة والقران (دم نسك) وما هو دم نسك يختص بالزمان فكذا هذا وقوله (وبخلاف الحلق) جواب عن اعتبارهما الاخر وبيانه أن التحلل على نوعين تحلل فى أوانه وهو الذى يترتب على أفعال ما أحرم لاجله وتحلل قبل أوانه وهو ما ليس كذلك والاول لا بد له من التوقيت

بيوم النحر لان الركن الاصلى هو الوقوف بعرفة (وهو ينتهى به) أى بوقت الحلق لان وقته يمتد الى طلوع الفجر من يوم النحر فلا بد أن يقع
الحلق فى يوم النحر وأما الثانى فانه لا يتوقف على أداء الافعال فيجوز تقديمها لعدم الضرورة الداعية الى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه
من الثانى فكان قياسه على الاول قياسا مع وجود الفارق وهو باطل قال صاحب الاسرار قال الله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من
الهدى من غير اشتراط زمان فاشتراطه بالقياس نسخ قال (والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روى عن ابن عباس
وابن عمر رضى الله عنهم) قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل
والحديث عام فى الذى فاته الحج بفوات وقت الوقوف وفواته بالاحصار لان كل واحد منهما قد فاته عرفة فقلنا بوجوب العمرة وأما الحجة
فانها تجب قضاء لصحة الشروع فيها فان قيل العمرة فى فائت الحج للتحلل والتحلل ههنا حصل بالهدى فلا حاجة الى ايجاب العمرة

(قوله فلا يحتاج الى تعليل) أقول مع أن تعليله ظاهر وهو عدم توقت العمرة فلا يتوقت التحليل منه أيضا فضلا عن تحليل المحصر (قوله
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل) أقول قوله فليحل بعمرة يدل على أن
المراد هو فائت الحج بغير الاحصار اذ تحلل المحصر بالهدى لا بالعمرة فتأمل

قلنا هذا رأى فى مقابلة النص لما روى سالم عن ابن عمر رضى الله عنهم أنه كان يقول حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حبس أحدكم عن البيت طاف بالبيت وبالصفا والمروة ثم حل من كل شئ حتى يحج عاما قابلا وقوله (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) يدل على أن الاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضوان الله عليهم أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا) صح فى كتب الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء (ولان التحلل مشروع لدفع الحرج وهذا موجود فى احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما فى الحج وعلى القارن حجة وعمرتان أما الحج وإحداهما فلما بينا وأما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها (فان بعث القارن هديا

(وعلى المحصر بالعمرة القضاء) والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا أن النبى عليه السلام وأصحابه رضى الله عنهم أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود فى احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما فى الحج (وعلى القارن حجة وعمرتان) أما الحج وإحداهما فلما بينا وأما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها (فان بعث القارن هديا

فائت الحج وقد يورد عليه أن وجوب العمرة على فائت الحج انما هو للتحلل بها والمحصر يتحلل بالهدى فلا تجب العمرة عليه والجواب أن الهدى لتعجيل الاحلال قبل الاعمال وهذا لانه قد تحقق من الشرع أنه متى صح الشروع فى الاحرام انعقد لازما ولا يخرج عنه الا بأداء الافعال أى أفعال حج أو عمرة حتى انه اذا فاته ما أحرم به من الحج لم يسقط خروجه الا بأفعال هى أفعال عمرة واذا أحرم بالحج ينوى الفرض ثم ظهر له أنه كان أداه لزمه المضى فيه بخلاف الصلاة والصوم حيث لا يلزم بالشروع فيه مظنون الوجوب واذا أفسده وجب المضى فى الفاسد ولا يخرج عن عهدته الا بالافعال بخلاف سائر العبادات واذا صح شروع المحصر لا يتحلل بمقتضى ما ذكرنا الا بأفعال عمرة كفائت الحج فانه عجز عن الاتمام بعد الشروع فاذا لم يفعل وجب أن يحكم بوجوب قضائها رد ا الى ما عهد من أمر الحج فى الشرع وان الدم وجب عليه بتعجيل الاحلال قبل الاعمال وهو لا ينفى بقاء ذلك الواجب وعن هذا قلنا لو لم يحل حتى تحقق بوصف الفوات تحلل بالافعال بلا دم ولا عمرة فى القضاء ثم ما ذكرناه من وجوب الحجة والعمرة فى القضاء على المحصر هو فيما اذا قضاها من قابل فلو قضى الحجة من عامه لا تجب معها عمرة لانه لا يكون كفائت الحج كذا عن أبى حنيفة وعنه لا يحتاج الى نية التعيين اذ قضاها فى تلك السنة ذكرهما محمد فى الاصل وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه عليه حجة وعمرة فى الوجهين وعليه نية القضاء وهو قول زفر وعلى هذا الاختلاف والتفصيل ما اذا أحرمت المرأة بحجة تطوع فنعها زوجها وحللها ثم أذن لها بالاحرام فأحرمت من عامها أو تحولت السنة واذا قضاهما من قابل ان شاء قرن بهما وان شاء أفردهما * واعلم أن نية القضاء انما تلزم اذا تحولت السنة اتفاقا فيما اذا كان الاحصار بحج نفل أما اذا كان بحجة الاسلام فلا لانها قد بقيت عليه حين لم يؤدها فينوى حجة الاسلام من قابل (قوله لانها لا تتوقت) فلا يتحقق خوف الفوات قلنا خوف الفوات ليس هو المبيح للتحلل والا لم يجز التحلل لانه اذا فاته الحج يتحلل بأفعال العمرة وذلك لا يفوت فعلم أن التحلل انما أبيح لما قدمناه من ضرر امتداد الاحرام مع ظهور عجزه عن الاداء * ومن فروع الاحصار بالعمرة رجل أهل بنسك مبهم فأحصر قبل التعيين فعليه أن يبعث بهدى واحد ويقضى عمرة استحسانا وفى القياس حجة وعمرة لان احرامه ان كان للحج لزمه فكان فيه الاحتياط لكنه استحسن المتيقن وهو العمرة فتصير هى دينا فى ذمته وفيه نظر ولانه كان متمكنا من الخروج عن هذا الاحرام بأداء عمرة فكذا بعده وعن هذا أيضا قلنا لو جامع قبل التعيين لزمه دم الجماع والمضى فى أفعال العمرة وقضاؤها بخلاف ما لو كان عين نسكا فنسيه ثم أحصر لان هناك تيقنا بعدم نية الحج وهنا جاز كون المنوى كان الحج فيصل بهدى وعليه حجة وعمرة لهذا الاحتياط ولو أحرم بشيئين والباقى بحاله فأحصر بعث بهديين ويقضى حجة وعمرتين استحسانا وقد قدمنا هذه (قوله وعلى القارن حجة وعمرتان) يقضيهما بقران أو افراد وهذا اذا لم يقض فى سنة الاحصار وأما اذا زال الاحصار بعد التحلل بالذبح والوقت يسع لتجديد الاحرام والاداء ففعل فانما عليه عمرة القران على ما هو رواية الاصل (قوله فان بعث القارن هديا) الصواب المحصر مكان القارن وهذا غلط ظاهر فى النسخ

(قوله قلنا هذا رأى فى مقابلة النص الخ) أقول غرض المعترض أن قياسكم على فائت الحج لا يصح لوجود الفارق وقد حصل والحديث الذى رواه يدل على أن التحلل انما يكون فى المحصر بالعمرة وليس الامر كذلك الا أن يقال للحديث دلالتان وجوب العمرة على المحصر وكون التحلل بعد العمرة والنظم يدل على كون التحلل بالهدى فلا يعمل بالدلالة الثانية

اما

أحدهما أنه ذكر فان بعث القارن هديا ويجب على القارن بعث الهديين فانه لا يتحلل بالواحد لانه ذكر قبل هذا في هذا الباب فان كان قارنا بعث بدمين والثاني أن المصنف جمع بين روايتي القدوري والجامع الصغير وهذه المسئلة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج وأقول لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد فك النظم فقال فان بعث القارن هديا والهدى اسم لما يهدى الى الحرم سواء كان ذلك دمين أو دما واحدا أو ثوبا وكان ذكر أن الواجب عليه دمان وهما هدى القارن فكأنه قال فان بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ولا هو غلط في الكلام ولا من نسخه بل ربما لو قال فان بعث المحصر كان ملبسا في حق القارن ولو قال هديين كان غير فصيح لانه اسم لجنس ما يهدى فلا يثنى الا اذا قصد الانواع وليس بمقصود أو العدد وذلك معلوم مما تقدم فلهذا قال فان بعث القارن هديا (وواعدهم أن يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار) ثم إن ههنا وجوها أربعة بحسب القسمة العقلية لانه إما أن لا يدرك الحج والهدى أو يدركهما أو يدرك الهدى دون الحج أو بالعكس والكل مذكور في الكتاب ففي الوجه الاول (لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدى) لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الافعال وان توجه ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج (وان كان يدرك الحج والهدى لزمه التوجه) لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا أدرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه (وان كان يدرك الهدى دون الحج يتحلل) لعجزه عن الاصل (وان كان يدرك الحج دون الهدى جازله التحلل) استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدى وانما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله أنه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدى وجه الاستحسان أنا لو ألزمناه التوجه اضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدى يذبحه ولا يحصل مقصوده

أما أولا فلأن هذا الحكم لا يخص القارن فالحاجة الى بيانه مطلقا لا على خصوص القارن وأما ثانيا فلأن القارن انما يبعث بدمين (قوله فان كان لا يدرك الخ) حاصل وجوه المسئلة أنه اذا زال الاحصار بعد البعث فاما أن يكون بحيث يدرك الهدى والحج أو لا يدركهما أو يدرك الحج فقط أو الهدى فقط وهذا التقسيم على قول أبي حنيفة كما ذكره المصنف وذكر أحكام الاقسام وهي ظاهرة (قوله وان توجه ليحل بأفعال العمرة له ذلك) وله في هذا فائدة هي أنه لا يلزمه عمرة في القضاء فان قيل اذا كان المحصر قارنا ينبغي أن يجب عليه أن يأتي بالعمرة التي وجبت عليه بالشروع في القران لانه قادر عليها قلنا انه لا يقدر على أدائها على الوجه الذي التزمه وهو كونه على وجه يترتب عليها الحج اذ بفوات الحج يفوت ذلك (قوله لزمه التوجه) وليس له أن يتحلل بالهدى لان ذلك كان لعجزه عن ادراك الحج وقد قدر عليه فلا يجوز الخلف مع القدرة على الاصل (قوله وهو قول زفر) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (١) (قوله ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه فكذا على ماله) فانا رأينا الشرع في كثير من المواضع أنه أنزل المال كالنفس حتى أباح القتال دونه والقتل كالنفس وفي البدائع لانه اذا كان لا يقدر على ادراك الهدى صار كأن الاحصار زال عنه بالذبح فيحل به ولان الهدى قد مضى لسبيله بدليل أنه لا يجب الضمان على المبعوث معه بالذبح فصار كأنه قدر على الذهاب بعد ما ذبح عنه اه ولا يثلج الخاطر شيء من ذلك والافضل

(واذا أدرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه) وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفي الوجه الرابع جازله التحلل (وهذا التقسيم) يعني الوجه الرابع (لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح

(قوله وأقول لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد فك النظم فقال فان بعث القارن هديا) أقول هذا عذر بارد (قوله بل ربما لو قال فان بعث المحصر كان ملبسا في حق القارن ولو قال هديين كان غير فصيح لانه اسم لجنس ما يهدى فلا يثنى الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما الى قوله وانما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق الخ) أقول لكن لا يستقيم القسم الاول والثالث فيها لانه اذا زال الاحصار والعمرة غير موقتة كيف لا يدركها

(١) قول الفتح قوله ولو خاف على نفسه الخ هذا على ما في نسخ من الهداية وفي نسخ لا وجود لذلك اه كذا بخط العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه

وقوله (وحرمة المال كحرمة النفس) يعني كما أن خوف النفس كان عذرا له في التحلل فكذلك الخوف على ماله لكن الافضل أن يتوجه فان قلت هذا الذي ذكره المصنف أن حرمة المال كحرمة النفس مخالف لما قاله فخر الاسلام والاصوليون أن حرمة النفس فوق حرمة المال جاز أن يكون وقاية للنفس فاذا أكره بالقتل على اتلاف مال غيره جاز الاقدام عليه فالجواب أن حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك مبتذل فأني بمائل المالك المبتذل ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون اتلافه ظلما لقيام عصمة صاحبه فيه والى هذا أشار المصنف بكاف التشبيه فان المشابهة بين الشيئين لا تقتضي اتحادهما من جميع الجهات والا لارتفع التشبيه وقوله (وله الخيار) يعني على وجه الاستحسان لما جازله التحلل كان له الخيار (ان شاء صبر) الى أن ينحر عنه الهدى في المعاد فيتحلل (وان شاء توجه لاداء النسك) لزوال (٣٠٢) العجز (وهو أفضل لانه أقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا)

وحرمة المال كحرمة النفس وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان أو في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو أفضل لانه أقرب الى الوفاء بما وعد (ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا) لوقوع الامن عن الفوات (ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر) لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا أحصر في الحل (وان قدر على أحدهما فليس بمحصر) أما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل وأما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى والصحيح ما أعلمتك من التفصيل والله تعالى أعلم

لان سبب حكم الاحصار خوف الفوات وقد وقع الامن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة وعليه عند أبي حنيفة أربعة دماء دم لترك الوقوف بالمزدلفة ودم لترك رمي الجمار ودم لتأخير الطواف ودم لتأخير الحلق وعندهما ليس عليه لتأخير الطواف والحلق شئ فان قيل قد تقدم أن ازدياد مدة الاحرام يثبت حكم الاحصار كما في احصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه أجيب بأنه متمكن من التحلل بالحلق الا في حق النساء وان كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل وقوله (ومن أحصر بمكة) ظاهر وقوله (فلما بينا) يعني قوله ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا وقوله (وقد قيل في هذه المسئلة) يعني قوله ومن أحصر بمكة (خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف) وسلم وهو ما ذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف قال سألت أبا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم فقال لا يكون محصرا فقلت أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة يومئذ كانت دار الحرب وأما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال أبو يوسف وأما أنا فأقول اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال المصنف (والصحيح) من الرواية أن الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق أصحابنا واذا قدر على أحدهما لا يكون محصرا وهو معنى قوله (ما أعلمتك من التفصيل) والله أعلم

(قوله فان المشابهة بين الشيئين لا تقتضي اتحادهما الخ) أقول المساواة في الحرمة لا تستلزم الاتحاد من كل وجه فلا وجه لهذا التعليل بل الاولى أن يقول فان وجه الشبه يكون في المشبه به أقوى وأتم وهو به أشهر كما صرح به (قوله أجيب بأنه متمكن من التحلل بالحلق الا في حق النساء) أقول وأمر النساء هين

معنى الاحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب لان الاحصار احرام بلا أداء وفى الفوات احرام وأداء فلا جرم آثرنا خبره (قوله ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف) ظاهر وقوله (ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا) أى نافذا لازما لا يرتفع برافع فهو احتراز عن احرام الرقيق بغير اذن المولى واحرام المرأة فى التطوع بغير اذن الزوج فان للمولى والزوج أن يحللاهما وليس باحتراز عن الاحرام الفاسد كما اذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة أو أحرم مجامعا فان حكمه حكم الصحيح وقوله (لا طريق للخروج عنه الا باداء أحد النسكين) منقوض بالمحصر فان الهدى طريق له للخروج عنه كما تقدم وأجيب بانه بنى الكلام على ما هو الوضع ومسئلة الاحصار من العوارض ثبتت بالنص على خلاف القياس وقوله (كما فى الاحرام المبهم) أى المبهم من النسكين الحجة والعمرة بأن أبهم فى الاحرام وقال لبيك اللهم لبيك ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيأ فانه يصح احرامه ولا يخرج عنه الا باداء أحد النسكين لكنه يتعين فى المتيقن وهو العمرة لانها أقل أفعالا وأيسر مؤنة (وههنا عجز عن الحج) لفوات ركنه الاعظم (فيتعين عليه العمرة) فكان المناسبة بين الاحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الاحرام بأفعال العمرة

﴿باب الفوات﴾

(ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج) لما ذكرنا أن وقت الوقوف يمتد اليه (وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضى الحج من قابل ولا دم عليه) لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعى ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء أحد النسكين كما فى الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت فى حق فائت الحج بمنزلة الدم فى حق المحصر فلا يجمع بينهما

وسلم أحصر بالحديبية وهى من الحرم فقال ان مكة كانت يومئذ دار الحرب وأما اليوم فهى دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال أبو يوسف أما أنا فأقول اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر والاصح أن التفصيل المذكور قول الكل وفيه أن الحديبية من الحرم وهو خلاف ما ذكره البخارى أنها من الحل وما ذكره المصنف وغيره من مشايخنا أن بعضها من الحرم ولو صحت هذه الرواية فلا خلاف فى المعنى اذا لاحظت تعليل أبى حنيفة وبملاحظته أيضا يتضح ما ذكرنا من حمل منعه الاحصار بالحرم على ما بالعذر اذ لا يخفى امكان تحقق العجز عن الذهاب الى مكة بشدة المرض فى بعض الصور مع تحقق الاضرار ببقاء الاحرام مع المرض والله سبحانه أعلم ﴿تقسيم﴾ المتحلل قبل أعمال ما أحرم به إما محصر أو فائت الحج أو غيرهما وتحلل الاول فى الحال بالدم والثانى بأفعال العمرة والثالث بلا شئ يتقدمه وهو كل من منع من المضى شرعا لحق العبد كالمرأة والعبد الممنوعين لحق الزوج والمولى اذا أحرما بغير اذن فان للزوج والمولى أن يحللاهما فى الحال بلا شئ ثم على المرأة أن تبعث بهدى يذبح عنها فى الحرم وعلى العبد اذا أعتق هدى الاحصار وعليهما معا قضاء حجة وعمرة وسنذكر تمامه ان شاء الله تعالى فى المسائل المنثورة

﴿باب الفوات﴾

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل) رواه الدارقطنى من حديث ابن عمر وابن عباس فحديث ابن عمر فى سنده رجمة بن مصعب قال الدارقطنى ضعيف وقد تفرد به ورواه ابن عدى فى الكامل وضعفه بمحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى وضعفه عن جماعة وحديث ابن عباس فيه يحيى بن عيسى النهشلى ضعفه ابن حبان وأسند تضعيفه عن ابن معين وقال صاحب التنقيح روى له مسلم * واعلم أن الغرض من خصوص هذا المتن الاستدلال على نفى لزوم الدم فان ماسواه من الاحكام المذكورة لا يعلم فيها خلاف ووجهه أنه شرع فى بيان حكم الفوات وكان المذكور جميع ماله من الحكم والا نافى الحكمة وليس من المذكور لزوم الدم فلو كان من حكمه لذكره (قوله كما فى الاحرام المبهم) وهو أن لا يزيد فى النية على مجرد الاحرام ثم يلبى فانه يصح ولا يخرج عنه الا باداء أحد النسكين وله أن يعين ما شاء مما لم يشرع فى الطواف فاذا شرع قبل التعيين تعينت العمرة ولذا قلنا لو لم يعين حتى طاف أقل الاشواط ثم أحرم بعمرة مرفضها ولزمه حكم الرفض على ما ذكرنا فى اضافة الاحرام الى الاحرام لانه حينئذ صار جامعا بين عمرتين وقد أسلفنا فى الاحرام المبهم شيأ فى باب الاحرام والمراد بالصحيح فى قوله لان الاحرام بعدما انعقد صحيحا اللازم ليخرج به العبد والزوجة بغير اذن لا مقابل ما فسد (قوله ولا دم عليه)

وقوله (ولا دم عليه) يعنى عندنا خلافا للشافعى رحمه الله فانه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر وقلنا التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت فى حق فائت الحج بمنزلة الدم فى حق المحصر فلا يجمع بينهما ولا يقاس أحدهما على الآخر لان كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز عنه

(والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة أيام يكره فيها فعلها وهي يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق) لما روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولان هذه الايام أيام الحج فكانت متعينة له وعن أبي يوسف رحمه الله أنها لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو أداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع

وقال الحسن بن زياد عليه الدم كقول الشافعي ومالك رحمهما الله ولنا فيه ما ذكرنا من الحديث آنفا وهو حجة لان مسلما روى للنهشلي وما رواه مالك في الموطا عن عمر أنه قال لابي أيوب الانصاري حين فانه الحج اصنع كما يصنع المعتمر ثم قد حللت فاذا أدركك الحج من قابل فاحج وأهد ما استيسر من الهدى وكذا روى عنه أنه قال لهبار بن الاسود ومن معه حين فاتهم الحج وعن ابن عمر مثل ما عن أبيه رضي الله عنهما رواه الشافعي عنه فمحمول على الندب لما قدمنا من الحديث المرفوع أنه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به حين بيانه لحكم الفوات أو لم يعلم فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ وتأيد بما ذكره من المعنى في الكتاب وهو أن العمرة لفائت الحج جعلت شرعا شرط التحلل وكانت كالدم في المحصر فلا يجمع بينهما وقوله لان التحلل الخ المراد أن لزوم الدم على المحصر لكونه تعجل الاحلال قبل الاعمال وهذا قد حل بالاعمال فلا يجب عليه الدم لما يتخايل من ظاهر العبارة ليقال عليه مقتضاه أن لا يجب على المحصر عمرة في قضاء الحجة حينئذ (قوله لما روى عن عائشة) أخرج البيهقي عن شعبة عن يزيد (١) الرشك عن معاذة عن عائشة قالت حلت العمرة في السنة كلها الا أربعة أيام يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعد ذلك اه وهو يشير الى أن الكراهة كراهة تحريم وفي كلام المصنف ما يفيده وقال الشيخ تقي الدين في الامام روى اسمعيل بن عياش عن ابراهيم ونافع عن طاوس قال قال البحر يعني ابن عباس خمسة أيام يوم عرفة ويوم النحر وثلاثة أيام التشريق اعتمر قبلها أو بعدها ما شئت اه هذا وأما أفضل أوقاتها فرمضان وعن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال عمرة في رمضان تعدل حجة وفي طريق لمسلم تقضي حجة أو حجة معي وفي رواية لابي داود تعدل حجة معي من غير شك وكان السلف رحمهم الله يسمونها الحج الاصغر ❁ هذا وقد قدمنا في أوائل كتاب الحج الوعد بعدد عمراته عليه السلام فنقول قد اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم أربع عمرات كلهن بعد الهجرة ولم يعتمر مدة مقامه بمكة بعد النبوة شيأ وذلك ثلاث عشرة سنة وعن هذا ادعى من ادعى أن السنة في العمرة أن تفعل داخلا الى مكة لا خارجا بأن يخرج المقيم بمكة الى الحل فيعتمر كما يفعل اليوم وان لم يكن ذلك ممنوعا ثم المراد بالاربعة احرامهن فأما ما تم له منها فثلاث ولهذا قال البراء بن عازب اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم عمرتين قبل أن يحج فلم يحتسب بعمرة الحديبية كذا في الصحيحين وكلهن في ذي القعدة على ما هو الحق ❁ الاولى ❁ عمرة الحديبية سنة ست فصد بها فنحر الهدى بها وحلق هو وأصحابه ورجع الى المدينة ❁ الثانية ❁ عمرة القضاء في العام المقبل وهي قضاء عن الحديبية هذا مذهب أبي حنيفة وذهب مالك الى أنها مستأنفة لا قضاء عنها وتسمية الصحابة وجميع السلف اياها بعمرة القضاء ظاهر في خلافه وتسمية بعضهم اياها عمرة القضية لا ينفيه فانه اتفق في الاولى مقاضاة النبي صلى الله عليه وسلم أهل مكة على أن يأتي من العام المقبل فيدخل مكة بعمرة ويقيم بها ثلاثا وهذا الامر قضية تصح اضافة هذه العمرة اليها فانها عمرة كانت عن تلك القضية فهي قضاء عن تلك القضية فتصح اضافتها الى كل منهما فلا تستلزم الاضافة الى القضية نفي القضاء والاضافة الى القضاء يفيد ثبوته فيثبت مفيد ثبوته بلا معارض وأيضا الحكم الثابت فيمن شرع في احرام بنسك فلم يتمه لاحصار فحل أن يقضي وهذه تحتمل القضاء فوجب حملها عليه وعدم نقل أنه عليه السلام أمر الذين

كانوا

الآخر وعما يقدر عليه وقوله (والعمرة لا تفوت) أي لانها غير مؤقتة (وهي جائزة في جميع السنة) يدل على جوازها في أشهر الحج وقد اختلف السلف في ذلك وكان عمر ينهى عنها ويقول الحج في الاشهر والعمرة في غيرها أكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه اعتمر في ذي القعدة أربع عمرا الا التي اعتمر مع حجته وأما كراهتها في الايام الخمسة فهي مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا تكره وما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله (والاظهر من المذهب ما ذكرناه) يعني كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده

❁ باب الفوات ❁

(قوله وكان عمر رضي الله عنه ينهى عنها ويقول الخ) أقول أي يقول بعد النهي

(١) الرشك بكسر الراء وسكون المعجمة الكبير اللحية ولقب يزيد بن أبي يزيد الضبعي أحسب أهل زمانه أفاده القاموس كتبه مصححه

كانوا معه بالقضاء لا يفيد ذلك بل المفيد له نقل العدم لا عدم النقل نعم هو مما يؤنس به فى عدم الوقوع لان الظاهر أنه لو كان لنقل لكن ذلك انما يعتبر لو لم يكن من الثابت ما يوجب القضاء فى مثله على العموم فيجب الحكم بعلمهم به وقضائهم من غير تعيين طريق علمهم ﴿الثالثة﴾ عمرته التى قرنها مع حجته على ما أسلفنا اثباته من أنه صلى الله عليه وسلم حج قارنا أو التى تمتع بها الى الحج على قول القائلين بأنه حج متمتعا أو التى اعتمرها فى سفره ذلك على قول القائلين بأنه أفرد واعتمر ولا عبرة بالقول الرابع ﴿الرابعة﴾ عمرته من الجعرانة لما خرج صلى الله عليه وسلم الى حنين ودخل بهذه العمرة الى مكة ليلا وخرج منها ليلا الى الجعرانة فبات بها فلما أصبح وزالت الشمس خرج فى بطن سرف حتى جامع فى الطريق ومن ثمة خفيت هذه العمرة على كثير من الناس وأما أنهن كلهن فى ذى القعدة فلما ثبت عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهم لم يعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى ذى القعدة وأما ما فى الصحيحين من حديث أنس رضى الله عنه أنه قال اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أربع عمر كلهن فى ذى القعدة الا التى مع حجته عمرة من الحديبية أو زمن الحديبية فى ذى القعدة وعمرة من العام المقبل فى ذى القعدة وعمرة من الجعرانة حيث قسم غنائم حنين فى ذى القعدة وعمرة مع حجته فلا ينافيه لان مبدأ عمرة القران كان فى ذى القعدة وفعلها كان فى ذى الحجة فصح طريقا الاثبات والنفى وأما قول ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر أربعا احداهن فى رجب فقد قالت عائشة لما بلغها ذلك يرحم الله أبا عبد الرحمن ما اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة قط إلا وهو شاهد وما اعتمر فى رجب قط وأما ما رواه الدارقطنى عن عائشة خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمرة فى رمضان فقد حكم الحفاظ بغلط هذا الحديث اذ لا خلاف أن عمره كلها لم تزد عن أربع وقد عينها أنس وعدها وليس فيما ذكر شئ منها فى غير ذى القعدة سوى التى مع حجته وقد جمع بما ذكرناه من الوجه الصحيح فلو كانت له عمرة فى رجب وأخرى فى رمضان لكانت ستا ولو كانت أخرى فى شوال كما هو فى سنن أبى داود عن عائشة أنه عليه السلام اعتمر فى شوال كانت سبعا والحق فى ذلك أن ما أمكن الجمع فيه وجب ارتكابه دفعا للمعارضة وما لم يمكن الجمع فيه حكم بمقتضى الاصح والأثبت وهذا أيضا يمكن فيه الجمع بارادة عمرة الجعرانة فانه خرج الى حنين فى شوال والاحرام بها فى ذى القعدة فكان مجازا القرب هذا ان صح وحفظ والا فالمعول عليه الثابت والله أعلم ولما ثبت أن عمره صلى الله عليه وسلم كانت كلها فى ذى القعدة وقع تردد لبعض أهل العلم فى أن أفضل أوقات العمرة أشهر الحج أو رمضان ففى رمضان ما قدمناه مما يدل على الافضلية ولكن فعله لما لم يقع الا فى أشهر الحج كان ظاهرا أنه أفضل اذ لم يكن الله سبحانه وتعالى يختار لنبيه إلا ما هو الافضل أو أن رمضان أفضل بتنصيصه صلى الله عليه وسلم على ذلك وتركه لذلك لاقترانه بأمر يخصه كاشتغاله بعبادات أخرى فى رمضان تبتلا وأن لا يشق على أمته فانه لو اعتمر فيه لخرجوا معه ولقد كان بهم رحيما وقد أخبر فى بعض العبادات أن تركها لئلا يشق عليهم مع محبته له كالقيام فى رمضان بهم ومحبته لأن يسقى بنفسه مع سقاة زمزم ثم تركه كى لا يغلبهم الناس على سقايتهم ولم يعتمر عليه الصلاة والسلام فى السنة الا مرة وما ظنه بعضهم من حديث فى أبى داود عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر عمرتين عمرة فى ذى القعدة وعمرة فى شوال وليس المراد ذكر جميع ما اعتمر عليه السلام للعلم بأنه اعتمر أكثر فكان المراد ذكر أنه وقع له ذلك فى سنة يجب أن يحكم فيه بالغلط فانه قد تظافر قول عائشة وابن عباس وأنس وغيرهم على أنها أربع ومعلوم أن الأولى كانت فى ذى القعدة عام الحديبية سنة ست ثم لم يعتمر إلا من قابل سنة سبع سوى التى فى ذى القعدة عمرة القضاء ثم لم يخرج الى مكة حتى فتحها سنة ثمان فى رمضان ولم يعتمر فى دخوله فى الفتح ثم أخرج الى حنين فى شوال من تلك السنة ثم رجع منها فأحرم بعمرة فى ذى القعدة فتى اعتمر فى شوال والله سبحانه وتعالى

وقوله (والعمرة سنة) أى سنة مؤكدة وقوله (ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما فى فائت الحج وهذه أمارة النفلية) استشكل بالايمان وصلاة الجنازة فانهما فرضان وليسا بموقتين وبالصوم فانه يتأدى بنية غيره وهو فرض وأجيب بأنا قد قلنا ان كل ما هو غير موقت ونعنى بذلك ما هو غير مؤقت بوقت معين من أوقات العمر اذا وقع فيه انتفى الفرضية والايمان فرض دائم فلا يرد نقضا وصلاة الجنازة مؤقتة بوقت حضورها وان الكلام فيما يكون غير موقت وصوم رمضان ليس كذلك وأقول منشأ هذا الاستشكال الذهول عن كلام المصنف فانه جعل مجموع قوله ولانها غير مؤقتة بوقت (٣٠٦) وتتأدى بنية غيرها أمارة واحدة وأشار الى ذلك بقوله وهذه أمارة النفلية وحينئذ لا يرد عليه ذلك أما الايمان فلانه لا غير ثمة حتى يتأدى بنيته اذ هو لا يتنوع الى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة وأما صوم رمضان فلانه مؤقت بوقت معين وقوله (وتأويل ما رواه) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام العمرة فريضة (أنها مقدرة بأعمال كالحج أو لانها تثبت الفرضية مع التعارض فى الآثار) فان ما روى يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة واذا تعارضت الآثار لا تثبت الفرضية لانها لا تثبت الا بدليل مقطوع به فان قيل هو ثابت بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله عطف العمرة على الحج والحج فريضة وأمر بالاتمام والامر للوجوب أجيب بأن القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم والامر انما هو بالاتمام والاتمام انما يكون بعد الشروع ونحن نقول به وان كانت فى الابتداء سنة وقوله (وهى الطواف والسعى) ظاهر

(والعمرة سنة) وقال الشافعى رحمه الله فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما فى فائت الحج وهذه أمارة النفلية وتأويل ما رواه أنها مقدرة بأعمال كالحج اذ لا تثبت الفرضية مع التعارض فى الآثار قال (وهى الطواف والسعى) وقد ذكرناه فى باب التمتع والله أعلم

أعلم ولا علم الا ما علم (قوله والعمرة سنة) أى من أتى بها مرة فى العمر فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ما ثبت النهى عنها فيه الا أنها فى رمضان أفضل هذا اذا أفردها فلا ينافيه أن القران أفضل لان ذلك أمر يرجع الى الحج لا الى العمرة فالحاصل أن من أراد الاتيان بالعمرة على وجه أفضل فيها ففى رمضان أو الحج على وجه أفضل فيه فبأن يقرن معه عمرة (قوله وقال الشافعى رحمه الله فريضة) وقال محمد بن الفضل من مشايخ بخارى فرض كفاية وقيل هى واجبة وجه قول الشافعى رحمه الله ما رواه الحاكم فى المستدرك والدارقطنى عن زيد بن ثابت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج والعمرة فريضتان لا يضرك بأيهما بدأت قال الحاكم الصحيح عن زيد بن ثابت من قوله اه وفيه اسمعيل بن مسلم المكى ضعفوه قال البخارى منكر الحديث وقال أحمد حدث فنا حديثه ورواه البيهقى عن هشام بن حسان عن محمد ابن سيرين موقوفا وهو الصحيح وأخرج الدارقطنى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن رجلا قال يا رسول الله ما الاسلام قال أن تشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وأن تقيم الصلاة وتؤتى الزكاة وأن تحج وتعتمر قال الدارقطنى اسناده صحيح ورواه الحاكم فى كتابه المخرج على صحيح مسلم قال صاحب التنقيح الحديث مخرج فى الصحيحين ليس فيه وتعتمر وهذه الزيادة فيها شذوذ وفيه أحاديث أخر لم تسلم من ضعف أو عدم دلالة وأخرج الحاكم أيضا عن ابن عمر ليس أحد من خلق الله تعالى الا وعليه حجة وعمرة واجبتان على من استطاع الى ذلك سبيلا وعلقه البخارى وأخرج عن ابن عباس الحج والعمرة فريضتان على الناس كلهم الا أهل مكة فان عمرتهم طوافهم فليخرجوا الى التنعيم ثم ليدخلوها الحديث وقال على شرط مسلم وقال البيهقى قال الشافعى رحمه الله فى مناظرة من أنكر عليه القول بوجوب العمرة أشبه بظاهر القرآن لانه قرنها بالحج ولنا ما أخرجه الترمذى عن حجاج بن أرطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر رضى الله عنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هى قال لا وان تعتمر فهو أفضل قال الترمذى حديث حسن صحيح هكذا وقع فى رواية الكرخى ووقع فى رواية غيره حديث حسن لا غير قيل هو الصحيح فان الحجاج بن أرطاة هذا فيه مقال وقد ذكرنا فى باب القران ما فيه وأنه لا ينزل به عن كون حديثه حسنا والحسن حجة انفاقا وان قال الدارقطنى ان الحجاج بن أرطاة لا يحتج به فقد اتفقت الرواة عن الترمذى على تحسين حديثه هذا وقد رواه ابن جريج عن محمد بن المنكدر عن جابر وأخرجه الطبرانى فى الصغير والدارقطنى

(قوله وصلاة الجنازة موقتة الخ) أقول واذا استشكل بالجهاد اذا لم يكن النفير عاما لم يكن ما ذكره فى صلاة الجنازة جوابا كما لا يخفى (قوله وان الكلام فيما يكون غير موقت الخ) أقول فلا يكون كل واحد منهما أمارة مستقلة (قال المصنف أو لانها تثبت الفرضية مع التعارض فى الآثار) أقول وفى بعض النسخ اذ لا تثبت ولا يظهر له معنى صحيح وما قاله الاتقانى فى شرحه تعليل لقوله مقدرة بأعمال كالحج وهذا لان الاصل فى الدلائل المتعارضة الجمع بينها اذا أمكن اه فى غاية السفاهة فان عدم ثبوت الفرضية مع التعارض أمر وكون الاصل فى النصوص المتعارضة الجمع أمر آخر لا يصلح الثانى شرحا للاول كما لا يخفى على من تأمل

والدارقطني بطريق آخر عن جابر فيه يحيى بن أيوب وضعفه وروى عبد الباقي بن قانع عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج جهاد والعمرة تطوع وهو أيضا حجة وقول ابن حزم انه مرسل رواه معاوية بن اسحق عن أبي صالح ماهان الحنفي عنه عليه السلام وتضعيف عبد الباقي وماهان اعترضه الشيخ تقي الدين في الامام بأن عبد الباقي بن قانع من كبار الحفاظ وباقي الاسناد ثقات مع أن المرسل حجة عندنا وانما كلامنا على التنزل قال وتضعيف ماهان غير صحيح فقد وثقه ابن معين وروى عنه جماعة مشاهير وذكرهم وقد روى أيضا من حديث ابن عباس وفي سنده مجاهيل وروى ابن ماجه عن طلحة بن عبيد الله أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحج جهاد والعمرة تطوع وفيه عمرو بن قيس قال في الامام متكلم فيه اه وهذا القدر لا يخرج حديثه عن الحسن فلا ينزل عن مطلق الحجية وأخرج ابن أبي شيبة من حديث أبي أسامة عن سعيد بن أبي عروبة عن أبي معشر عن ابراهيم قال قال عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه الحج فريضة والعمرة تطوع وكفى بعبد الله قدوة فبعد إرخاء العنان في تحسين حديث الترمذي تعدد طرقه يرفعه الى درجة الصحيح على ما حققناه كما أن تعدد طرق الضعيف يرفعه الى الحسن لضعف الاحتمال بها وقد تحقق ذلك فقام ركن المعارضة والاقتراض لا يثبت مع المعارضة لان المعارضة تمنعه عن اثبات مقتضاه ولا يخفى أن المراد من قول الشافعي رحمه الله الفرض الظني وهو الوجوب عندنا ومقتضى ما ذكرناه أن لا يثبت مقتضى ما رويناه أيضا للاشتراك في موجب المعارضة فحاصل التقرير حينئذ تعارض مقتضيات الوجوب والنفل فلا يثبت ويبقى مجرد فعله صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعين وذلك يوجب السنية فقلنا بها والله سبحانه وتعالى أعلم ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم ﴿ فروع ﴾ وان استفيد شئ منها مما تقدم فانى لا أكره تكرارها فان تعدد المواقع يوسع باب الوجدان وهو المقصود احرام فائت الحج حال التحلل بالعمرة احرام الحج عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف رحمه الله يصير احرام عمرة وعند زفر المفعول أيضا أفعال الحج من الطواف والسعي لانه حين عجز عن الكل فانه يتحلل بما يقدر عليه الثابت شرعا التحلل بعد الوقوف لا قبله ولا تحلل الا بطواف بعد فوات وقت الوقوف فلو قدم محرم بحجة فطاف وسعى ثم خرج الى (١) الربذة مثلا فأحصر بها حتى فاته الحج فعليه أن يحل بعمرة ولا يكفيه طواف التحية والسعي في التحلل حتى لو كان قارنا والمسئلة بحالها لا يجب عليه قضاء عمرته التي قرنها لانه أداها وان كان قارنا ولم يطف شيأ حتى فاته يطوف الآن لعمرته لانها لا تفوت ويسعى ولا يقطع التلبية عندها وانما يقطعها اذا أخذ في الطواف الذي يتحلل به عن الاحرام في الحج ومن فاته الحج فمكث حراما حتى دخلت أشهر الحج من قابل فتحلل بعمرة ثم حج من عامه ذلك لا يكون متمتعا وهذا مما يدل على أن احرام حجه باق اذ لو انقلب احرام عمرة كان متمتعا اذ لا يمنع من التمتع تقدم احرام العمرة على أشهر الحج بعد أن أوقع أفعالها في أشهر الحج وليس لفائت الحج أن يحج بذلك الاحرام وان قلنا ببقائه احرام حج حتى لو مكث محرما الى قابل لم يفعل أفعال عمرة التحلل وأراد أن يحج ليس له ذلك لان موجب احرام حجه تغير شرعا بالفوات فلا يترتب عليه غير موجبه فلا يتمكن أبو يوسف في الاستدلال بهذا على صيرورته احرام عمرة ولا فرق في وجوب التحلل بعمرة بين كون الفوات حال الصحة أو بعد ما فسد بالجماع ولو فاته الحج فأهل بأخرى طاف للفائتة وسعى ورفض التي أدخلها لانه قبل التحلل بالعمرة جامع بين احرامي حجتين وعليه فيهما ما على الرافض ولو نوى بهذه التي أهل بها قضاء الفائتة لم يلزمه بهذا الاهلال شئ سوى التي هو فيها لان احرامه بعد الفوات باق ونية ايجاد ما هو موجود لغو فيتحلل بالطواف والسعي ويقضي الفائت فقط فلو كان أهل بعمرة رفضها أيضا لانه جامع بين عمرتين احراما على قول أبي يوسف وعملا على قولهما ولو أهل رجل بحجتين فقدم مكة وقد فاته الحج تحلل بعمرة واحدة لا بعمرتين لانه بالترك والشروع رفض احداهما والتحلل بالعمرة انما يجب لغير ما رفض وذلك واحدة

(١) الربذة بالذال المعجمة بعد الموحدة كما في كتب اللغة ومعجم ياقوت لا كما وقع في بعض نسخ الفتح من ضبطها بالدال المهملة فليحذر كتبه مصححه

لما كان الاصل في التصرفات أن تقع (٣٠٨) عن تصدر منه كان الحج عن الغير خليقا بأن يؤخر في باب على حدة * واعلم أن من صلى

﴿ باب الحج عن الغير ﴾

الاصل في هذا الباب أن الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روى عن النبي عليه السلام أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لأمته والعبادات أنواع مالية محضة كالزكاة وبدنية محضة كالصلاة ومركبة منهما كالحج والنيابة تجرى في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة

﴿ باب الحج عن الغير ﴾

ادخال اللام على غير غير واقع على وجه الصحة بل هو ملزوم الاضافة ولما كان الاصل كون عمل الانسان لنفسه لا لغيره قدم ما تقدم (قوله له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما عند أهل السنة والجماعة) لا يرادبه أن الخلاف بيننا وبينهم في أن له ذلك أو ليس له كما هو ظاهره بل في أنه ينجعل بالجعل أو لا بل يلغو جعله (قوله أو غيرها) كتلاوة القرآن والاذكار (قوله عند أهل السنة والجماعة) ليس المراد أن المخالف لما ذكر خارج عن أهل السنة والجماعة فان مالكا والشافعي رضي الله عنهما لا يقولان بوصول العبادات البدنية المحضة كالصلاة والتلاوة بل غيرها كالصدقة والحج بل المراد أن أصحابنا لهم كمال الاتباع والتمسك ما ليس لغيرهم فعبر عنهم باسم أهل السنة فكأنه قال عند أصحابنا غير أن لهم وصفا عبر عنهم به وخالف في كل العبادات المعتزلة وتمسكوا بقوله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وسعي غيره ليس سعيه وهي وان كانت منسوخة فصا لما في صحف ابراهيم وموسى عليهما السلام فحيث لم يتعقب بانكار كان شريعة لنا على ما عرف والجواب أنها وان كانت ظاهرة فيما قالوه لكن يحتمل أنها نسخت أو مقيدة وقد ثبت ما يوجب المصير الى ذلك وهو ما رواه المصنف وما في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته والملحة بياض يشوبه شعرات سود وفي سنن ابن ماجه بسنده عن عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يضحي يشتري كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوأين فذبح أحدهما عن أمته ممن شهد لله بالوحدانية وله بالبلاغ وذبح الآخر عن محمد وآل محمد ورواه أحمد والحاكم والطبراني في الاوسط عن أبي هريرة رضي الله عنه وأخرج أبو نعيم في ترجمة ابن المبارك عنه عن يحيى بن عبد الله عن أبيه سمعت أبا هريرة يقول ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين أقرنين أملحين موجوأين فلما وجههما قال إني وجهت وجهي الآية اللهم لك ومنك عن محمد وأمته باسم الله والله أكبر ثم ذبح ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم بنقص في المتن ورواه ابن أبي شيبة عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم أتى بكبشين أملحين عظيمين أقرنين موجوأين فأضجع أحدهما وقال باسم الله والله أكبر اللهم عن محمد وآل محمد ثم أضجع الآخر وقال باسم الله والله أكبر اللهم عن محمد وأمته ممن شهد لك بالتوحيد وشهد لي بالبلاغ وكذا رواه اسحق وأبو يعلى في مسنديهما وروى هذا المعنى من حديث أبي رافع رواه أحمد واسحق والطبراني والبزار والحاكم ومن حديث حذيفة بن أسيد الغفاري أخرجه الحاكم في الفضائل ومن حديث أبي طلحة الانصاري رواه ابن أبي شيبة ومن طريقه رواه أبو يعلى والطبراني ومن حديث أنس بن مالك رواه ابن أبي شيبة أيضا والدارقطني فقد روى هذا عن عدة من الصحابة وانتشرت مخرجوه فلا يبعد أن يكون القدر المشترك وهو أنه ضحى عن أمته مشهورا يجوز تقييد الكتاب به مما يجعله صاحبه أو تنظر اليه والى ما رواه

﴿ باب الحج عن الغير ﴾

(قوله وقلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير الخ) أقول وأنت خبير بأنه لا يسند السعي الى ذلك الغير اذا سعى أحد له فلم يحصل الجواب (قال المصنف والآخر عن أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ) أقول احترازا عن أمة الدعوة

الدارقطني

(لحصول المقصود) وهو ايصال النفع الى الفقراء وقوله (لا يحصل به) أي بفعل النائب وقوله (وهي المشقة بتنقيص المال) يعني أن المرء كما تلحقه المشقة عند فعله بنفسه تلحقه أيضا عند فعل غيره اذا كان بماله (والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر) وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين وكلنا المقدمتين ظاهرة فالحج لا يتعين بوقت معين فان لم يكن العجز دائما وقد أحج عن نفسه ثم زال عنه العجز كان قادرا على أصله في وقته وذلك يبطل النيابة فان قبل القدرة على الاصل تبطل (٣٠٩) الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل

لحصول المقصود بفعل النائب ولا تجزى في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو إتعاب النفس لا يحصل به وتجزى في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال ولا تجزى عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل أوسع ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه صلى الله عليه وسلم قال فيه حجي عن أبيك واعتمري وعن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن الحاج

الدارقطني أن رجلا سأله صلى الله عليه وسلم فقال كان لي أبوان أبرهما حال حياتهما فكيف لي ببرهما بعد موتهما فقال له صلى الله عليه وسلم إن من البر بعد الموت أن تصلي لهما مع صلاتك وتصوم لهما مع صيامك والى ما رواه أيضا عن علي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من مر على المقابر وقرأ قل هو الله أحد احدى عشرة مرة ثم وهب أجرها للاموات أعطي من الاجر بعدد الاموات والى ما عن أنس أنه سأله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انا نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وندعو لهم فهل يصل ذلك اليهم قال نعم إنه ليصل اليهم وانهم ليفرحون به كما يفرح أحدكم بالطبق اذا أهدي اليه رواه أبو حفص الكبير العكبري وعنه صلى الله عليه وسلم اقرؤا على موتاكم يس رواه أبو داود فهذه الآثار وما قبلها وما في السنة أيضا من نحوها عن كثير قد تركناه لحال الطول يبلغ القدر المشترك بين الكل وهو أن من جعل شيأ من الصالحات لغيره نفعه الله به مبلغ التواتر وكذا ما في كتاب الله تعالى من الامر بالدعاء للوالدين في قوله تعالى وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا ومن الاخبار باستغفار الملائكة للمؤمنين قال تعالى والملائكة يسبحون بحمد ربهم ويستغفرون لمن في الارض وقال تعالى في آية أخرى الذين يحملون العرش ومن حوله يسبحون بحمد ربهم ويؤمنون به ويستغفرون للذين آمنوا وساق عبارتهم ربنا وسعت كل شئ رحمة وعلما فاغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك إلى قوله وقهم السيآت قطعي في حصول الانتفاع بعمل الغير فيخالف ظاهر الآية التي استدلوا بها اذ ظاهرها أنه لا ينفع استغفار أحد لاحد بوجه من الوجوه لانه ليس من سعيه فلا يكون له منه شئ فقطعنا بانتفاء ارادة ظاهرها على صرافته فتتقيد بما لم يهبه العامل وهو أولى من النسخ أما أولا فلانه أسهل اذ لم يبطل بعد الارادة وأما ثانيا فلانها من قبيل الاخبار ولا يجري النسخ في الخبر وما يتوهم جوابا من أنه تعالى أخبر في شريعة ابراهيم وموسى عليهما السلام أن لا يجعل الثواب لغير العامل ثم جعله لمن بعدهم من أهل شريعتنا حقيقة مرجعه الى تقييد الاخبار لا الى النسخ اذ حقيقته أن يراد المعنى ثم ترفع ارادته وهذا تخصيص بالارادة بالنسبة الى أهل تلك الشرائع ولم يقع نسخ لهم ولم يرد الاخبار أيضا في حقنا ثم نسخ وأما جعل اللام في للانسان بمعنى على فبعيد من ظاهرها ومن سياق الآية أيضا فانها وعظ للذي تولى وأعطى قليلا وأكدى وقد ثبت في ضمن ابطالنا لقول المعتزلة انتفاء قول الشافعي ومالك رحمهما الله في العبادات البدنية بما في الآثار والله سبحانه هو الموفق (قوله لحصول المقصود) المقصود الاصلي من التكاليف الابتلاء ليظهر من المكلف ما سبق

المقصود بالخلف وهو حصول المشقة بتنقيص المال فالجواب أنا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الاصل والخلف وانما قلنا بأن الحج مركب من أمرين أحدهما يحتمل النيابة والآخر لا يحتملها فعملنا بأحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالآخر عند العجز فجوزناها لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر أن يكون العجز دائما المامر واعترض بأن كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فانه شرط لجواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر والجواب أن الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس فكل ما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ولا يلزم أن كل ما يشترط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر وقوله (وفي الحج النفل تجوز الانابة) ظاهر (ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه) يعني الامر (وبذلك تشهد الاخبار الواردة في هذا الباب) فانه صلى الله عليه وسلم قال للخثعمية حين قالت ان أبي شيخ كبير لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة أفيجزئ أن أحج عنه قال نعم حجي عن أبيك واعتمري (وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج) يعني المأمور

(قوله فالجواب أنا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الاصل والخلف) أقول مسلك الاصل والخلف طريق مسلوك للاصحاب اذا سلك هنا فما وجه سد الباب (قوله لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فانه شرط لجواز الخ) أقول ضمير فانه راجع الى العجز (قوله والجواب أن الدليل يستلزم المدلول الخ) أقول أي نوعه (قوله فانه صلى الله عليه وسلم قال للخثعمية الى قوله حجي عن أبيك) أقول قوله حجي عن أبيك واعتمري مقول قول النبي صلى الله عليه وسلم (قال المصنف ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه الخ) أقول قال الامام

(والآمر ثواب النفقة) وصار انفاق المأمور كانفاق الآمر بنفسه ولكن يسقط أصل الحج عن الآمر لانه عبادة بدنية حصل العجز عن فعله وكل ما كان كذلك قام الانفاق فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني فانه لما عجز عن الصوم قامت الفدية مقام الصوم فان قيل الفدية ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليها غيرها فالجواب أنه ملحق بها بطريق الدلالة فان الانفاق اذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلأن يقوم مقام ما هو مركب من البدني والمالي أولى قال شيخ الاسلام والى هذا القول مال عامة المتأخرين

والآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز أقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم

العلم الازلي بوقوعه منه من الامتثال بالصبر على ما أمر به تاركا هوى نفسه لاقامة أمر ربه سبحانه وتعالى فيثاب أو المخالفة فيعفى عنه أو يعاقب فتحقق بذلك آثار صفاته تعالى فانه تعالى اقتضت حكمته الباهرة وكمال فضله واحسانه أن لا يعذب بما علم أنه سيقع من المخالفة قبل ظهوره عن اختيار المكلف ثم من التكاليف العبادات وهي بدنية ومالية ومركبة منهما والمشقة في البدنية في تقييد الجوارح والنفس بالافعال المخصوصة في مقام الخدمة وفي المالية في تنقيص المال المحبوب للنفس وفيها مقصود آخر وهو استخلاص المحتاج والمشقة فيها ليس به بل بالتنقيص فكل ما تضمن المشقة لا يخرج عن عهدته الا بفعله بنفسه اذ بذلك يتحقق مقصود الابتلاء والاختبار فلذا لم تجز النيابة في البدنية لان فعل غيره لا يتحقق به الاشقاق على نفسه بمخالفة هواها بالصبر عليه وأما المالية فما فيه المشقة من أحد مقصوديها وهو تنقيص المال باخراجه لم تجز فيه النيابة ولا يقوم به غيره اذ لا بد من إذنه والواقع من النائب ليس الا المناولة للفقير وبه يحصل المقصود الآخر الذي هو من حيث هو لا مشقة به على المالك وعلى هذا كان مقتضى القياس أن لا تجري النيابة في الحج لتضمنه المشقتين البدنية والمالية والاولى لم تقم بالآمر لكنه تعالى رخص في اسقاطه بتحمل المشقة الاخرى أعني اخراج المال عند العجز المستمر الى الموت رحمة وفضلا وذلك بأن يدفع نفقة الحج الى من يحج عنه بخلاف حال القدرة فانه لم يعذره لان تركه فيها ليس الا لمجرد ايثار راحة نفسه على أمر ربه وهو بهذا يستحق العقاب لا التخفيف في طريق الاسقاط وانما شرط دوامه الى الموت لان الحج فرض العمر فحيث تعلق به خطابه لقيام الشروط وجب عليه أن يقوم هو بنفسه في أول أعوام الامكان فاذا لم يفعل أثم وتقرر القيام بها بنفسه في ذمته في مدة عمره وان كان غير متصف بالشروط فاذا عجز عن ذلك بعينه وهو أن يعجز عنه في مدة عمره رخص له الاستنابة رحمة وفضلا منه فحيث قدر عليه وقتا ما من عمره بعد ما استناب فيه لعجز لحقه ظهر انتفاء شرط الرخصة فلذا لو أحج عنه غير ملرض يرجى زواله أولا أو كان محبوسا كان أمره مراعى ان استمر بذلك المانع حتى مات ظهر أنه وقع عجزيا وان عوفي أو خلص من السجن ظهر أنه لم يقع عجزيا وظهر وجوب المباشرة بنفسه ولو أحج صحيح غيره ثم عجز لا يجزيه كذا في فتاوى قاضيخان وهو صحيح لانه أذن قبل وجود سبب الرخصة ولا يتخايل خلاف هذا مما في الفتاوى أيضا قال اذا قال رجل لله علي ثلاثون حجة فأحج عنه ثلاثين نفسا في سنة واحدة ان مات قبل أن يجيء وقت الحج جاز عن الكل لانه لم تعرف قدرته بنفسه عند مجيء وقت الحج فجاز وان جاء وقت الحج وهو يقدر بطلت حجة لانه يقدر بنفسه عليها فانعدم شرط صحة الاحجاج في هذه السنة وعلى هذا كل سنة تجيء وفيها المرأة اذا لم تجد محرما لا تخرج الى الحج الى أن تبلغ الوقت الذي تعجز عن الحج فيه فحينئذ تبعث من يحج عنها أما قبل ذلك فلا يجوز لتوهم وجود المحرم فان بعثت رجلا ان دام عدم وجود المحرم الى أن ماتت فذلك جائز كالمريض اذا أحج عنه رجلا ودام المرض الى أن مات * واعلم أن ما تقدم في أول كتاب الحج من كون شرط الاحجاج عن الفريضة مجيء الوقت وهو قادر فلا يحج حتى يعرض المانع ويدوم الى الموت فلو أوصى قبل الوقت فمات لا يصح وقدمنا من اختلاف زفر ويعقوب في نصراني أسلم أو صبي بلغ فمات قبل ادراك الوقت وأوصيا بحجة الاسلام أن الوصية باطلة على قول زفر لما قلنا وجائزة على قول أبي يوسف لان السبب تقرر في حقهما والوقت شرط الاداء وفيه

التمرتاشي في شرح الجامع الصغير قال السرخسي هذه المسئلة تدل على أن الصحيح من المذهب فيمن يحج عن غيره أن أصل الحج يكون عن المحجوج عنه ولا يسقط به فرض الحج عن الحاج وعن محمد للمحجوج عنه ثواب النفقة فأما الحج يكون عن الحاج وفي التفاريق عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مثله ولفظ الكتاب يوهم خلافه وفي الكفاية ظاهر رواية الاصل أن الحج عن المحجوج عنه وفي شرح بكر عن الحاج على قول علمائنا وقال الشافعي عن الآمر وفي زيادات برهان قبل عن المحجوج عنه واليه مال السرخسي رحمه الله وقيل عن الحاج واليه مال بكر ولكن لا يسقط عنه فرض الحج فيكون نفلا منه لان فرض الحج لا يتأدى الا بنية الفرض أو بمطلق النية ولم توجدا وانما وجدت النية عن الآمر اه قال الشارح أكمل الدين قال شيخ الاسلام الى هذا القول مال عامة المتأخرين اه وقال العلامة الزيلعي والصحيح الاول ولهذا لا يسقط به الفرض عن المأمور وهو الحاج اه

نظر

نظر أولا فى كونه شرط الاداء بل هو شرط الوجوب والسبب وان كان هو البيت لكن الموصى به ليس مطلق الحج ليلزم الورثة ان وسع الثلث بل الحج الفرض وقد تحققنا عدمه عليهما الى أن ماتا فقول زفر أنظر وفى البدائع لو كان فقيرا صحيح البدن لا يجوز حج غيره عنه لان المال شرط الوجوب فاذا لا مال لا وجوب فلا ينوب عنه غيره فى أداء الواجب ولا واجب حينئذ وهذا يؤيد ما ذكرناه والله سبحانه أعلم أما الحج النفل فلا يشترط فيه العجز لانه لم يجب عليه واحد من المشقتين فاذا كان له تركهما كان له أن يتحمل احداهما تقربا الى ربه عز وجل فله الاستنابة فيه صحيحا ثم إن وجوب الايصاء انما يثبت ابتداء اذا كان صحيح البدن عند أبى حنيفة رحمه الله فمن لم يكن صحيحا لم يتعلق به فلا يجب عليه الاحجاج وعندهما اذا كان له مال تعلق به وان كان زمنا أو مفلوجا على ما سلف من أن من الشرائط عنده صحة الجوارح خلافا لهما وأسلفنا فى أول كتاب الحج أن قولهما رواية الحسن عنه وأنها أوجه وذكرنا الوجه ثمة فليراجع ثم اختلف فى أن نفس الحج يقع عن الآمر أو عن المأمور فعن محمد عن المأمور بناء على أنه أقيم الانفاق على الحاج مقام نفس الفعل شرعا كالشيخ الفانى حيث أقيم الاطعام فى حقه مقام الصوم قالوا ان بعض الفروع ظاهرة فى هذا وسيأتى وعليه جمع من المتأخرين صدر الاسلام والاسبيجابى وقاضيخان حتى نسب شيخ الاسلام هذا لاصحابنا فقال على قول أصحابنا أصل الحج عن المأمور ومختار شمس الائمة السرخسى وجمع من المحققين أنه يقع عن الآمر وهو ظاهر المذهب ويشهد بذلك الآثار من السنة ومن المذهب بعض الفروع فمن الآثار حديث الخثعمية وهو أن امرأة من خثعم قالت يارسول الله ان فريضة الله فى الحج على عباده أدركت أبى شيخا كبيرا لا يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم متفق عليه فقد أطلق على فعلها الحج كونه عنه وكذا قوله للرجل حج عن أبيك واعتمر رواه أبو داود والنسائى والترمذى وصححه وأما الفروع فان المأمور لا يسقط عنه حجة الاسلام بهذه الحجة فلو كانت عنه لسقطت اذ الفرض أن حجة الاسلام تتأدى باطلاق النية وتلغو الجهة على ذلك التقدير وفيه تأمل ولم يستدل فى البدائع بعد حديث الخثعمية سوى باحتياج النائب الى اسناد الحج الى المحجوج عنه فى النية ولو لم يقع نفس الحج عن الآمر لم يحتج الى نيته * واعلم أن شرط الاجزاء كون أكثر النفقة من مال الآمر والقياس كون الكل من ماله الا أن فى التزام ذلك حرجا بينا لان الانسان لا يستصحب المال ليلا ونهارا فى كل حركة وقد يحتاج الى شربة ماء وكسرة خبز فى بغتة فأسقطنا اعتبار القليل استحسانا واعتبرنا الاكثر اذ له حكم الكل فان أنفق الاكثر أو الكل من مال نفسه وفى المال المدفوع اليه وفاء بحجه رجع به فيه اذ قد يبتلى بالانفاق فى مال نفسه لبغتة الحاجة ولا يكون المال حاضرا فيجوز ذلك كالوصى والوكيل يشترى لليتيم ويعطى الثمن من مال نفسه ثم يرجع به فى مال اليتيم وحينئذ لا يشكل ما فى الكافى للحاكم الشهيد لو قال أحجوا فلانا حجة ولم يقل عنى ولم يسم كم يعطى قال يعطى قدر ما يحج به وله أن لا يحج به اذا أخذه ويصرفه الى حاجة أخرى قال فى المبسوط لانه لما أمر بذلك انما جعل الحج عيارا لما أوصى له به من المال ثم أشار عليه أن يحج به عن نفسه فكانت الوصية صحيحة ومشورته غير ملزمة فان شاء حج وان شاء لم يحج اه والحاصل أنه انما أوصى له بمال يبلغ أن يحج به وفى غريب الرواية للسيد الامام ابن شجاع رجل أوصى بأن يحج عنه فحج عنه ابنه ليرجع فى التركة فانه يجوز كالدين اذا قضاه من مال نفسه ولو حج على أن لا يرجع لا يجوز عن الميت ويتخايل خلافه فى عيون المسائل قال اذا أوصى أن يحج عنه بعض ورثته فأجاز سائر الورثة وهم كبار جاز وان كانوا صغارا أو غيبا كبارا لم يجز لان هذا يشبه الوصية للوارث بالنفقة فلا تجوز الا باجازة الورثة اه فيحمل الاول على ما اذا أمره باقى الورثة بذلك والنفقة المشروطة ما تكفيه لذهابه وايابه لانه فى ذلك عامل للميت ولو توطن مكة بعد الفراغ خمسة عشر يوما بطلت نفقته فى مال الميت لانه توطن حينئذ لحاجة نفسه بخلاف ما اذا

أقام أقل فانه مسافر على حاله وقال بعض المشايخ اذا أقام أكثر من ثلاث فهي في مال نفسه لتحقق الحاجة الى الثلاث للاستراحة لا للاكثر قالوا هذا في زماننا اذ كان يقدر على الخروج متى شاء أما في زماننا فلا الا مع الناس فعلى هذا اذا كان مقامه بمكة أو غيرها لانتظار قافلته فنفقته في مال الميت وان كان أكثر من خمسة عشر يوما لانه لا يقدر على الخروج الا معهم فلم يكن متوطنا لحاجة نفسه فان أقام بعد خروجها فنفقته في مال نفسه فان بدا له بعد ذلك أن يرجع رجعت نفقته في مال الميت لانه كان استحق نفقة الرجوع في مال الميت فهو كالناشزة اذا عادت الى المنزل والمضارب اذا أقام في بلدته أو بلدة أخرى خمسة عشر يوما لحاجة نفسه لم ينفق من مال المضاربة فان خرج مسافرا بعد ذلك عادت فيه وقد روى عن أبي يوسف أنه لا تعود نفقته في مال الميت لانه في الرجوع عامل لنفسه لا للميت لكنا قلنا ان أصل سفره كان للميت فما بقي ذلك السفر بقيت النفقة كذا في المبسوط وذكر غير واحد من غير ذكر خلاف أنه ان نوى الاقامة خمسة عشر يوما سقطت فان عادت وان توطنها سواء قل أو كثر لا تعود وهذا يفيد أن التوطن غير مجرد نية الاقامة خمسة عشر يوما والظاهر أن معناه أن يتخذها وطنا ولا يحدث في ذلك حدا فتسقط النفقة ثم العود انشاء سفر لحاجة نفسه ولو بعد يومين فلا يستحق به النفقة على الميت والله سبحانه أعلم وصرح في البدائع بعد نقل الرواية عن أبي يوسف فقال وهذا اذا لم يتخذ مكة دارا فأما اذا اتخذها دارا ثم عاد لا تعود النفقة بلا خلاف ولو كان أقام بها أياما من غير نية الاقامة قالوا ان كانت اقامة معتادة لم تسقط وان زاد على المعتاد سقطت ولو تعجل الى مكة فهي في مال نفسه الى أن يدخل عشر ذي الحجة فتصير في مال الآمر ولو سلك طريقا أبعد من المعتاد ان كان مما يسلكه الناس ففي مال الآمر والا ففي مال نفسه ومادام مشغولا بالعمرة بعد الحج فنفقته في مال نفسه لانه عامل لنفسه فاذا فرغ عادت في مال الميت ولو كان بدأ بالعمرة لنفسه ثم حج عن الميت قالوا يضمن جميع النفقة لانه خالف الامر وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى وفي فتاوى قاضيخان لو ضاعت النفقة بمكة أو بقرب منها أو لم تبق بعض فنيت فأنفق من مال نفسه كان له أن يرجع في مال الميت وان فعله بغير قضاء لانه لما أمره بالحج فقد أمره بأن ينفق عنه ثم ذكر بعده بأسطر اذا قطع الطريق على المأمور وقد أنفق بعض المال في الطريق فمضى وحج وأنفق من مال نفسه يكون متبرعا فلا يسقط الحج عن الميت لان سقوطه بطريق التسبب بانفاق المال في كل الطريق ولا فرق في ذلك بين الصورتين سوى أنه قيد الاولى بكون ذلك الضياع بمكة أو قريبا منها لكن المعنى الذي علل به يوجب اتفاق الصورتين في الحكم وهو أن يثبت له الرجوع فان لم يرجع وتبرع به ان كان الاقل جاز والا فهو ضامن لماله والمراد بالنفقة ما يحتاج اليه من طعام ومنه اللحم وشرابه وثيابه وركوبه وثياب احرامه وليس له أن يدعو أحدا الى طعامه ولا يتصدق به ولا يقرض أحدا ولا يصرف الدراهم بالدنانير الا لحاجة تدعو الى ذلك ولا يشتري منها ماء الوضوء بل يتيمم ولا يدخل الحمام وفي فتاوى قاضيخان له أن يدخلها بالمتعارف يعني من الزمان ويعطي أجرة الحارس من مال الآمر وله أن يخلط دراهم النفقة مع الرفقة ويودع المال واختلف في شراء دهن السراج والادهان قيل لا وقيل يشتري دهنا يدهن به لاحرامه وزينا للاستصباح ولا يتداوى منه ولا يحتجم ولا يعطي أجرة الحلاق الا أن يوسع عليه الميت أو الوارث وقياس ما في الفتاوى أن يعطي أجرة الحلاق ولا ينفق على من يخدمه الا اذا كان ممن لا يخدم نفسه وله أن يشتري دابة يركبها ومحملا وقربة وإداوة وسائر الآلات ومهما فضل من الزاد والامتعة يرده على الورثة أو الوصي الا أن يتبرع به الوارث أو أوصى له به الميت وهذا لان النفقة لا تصير ملكا للحاج بالاحجاج وانما ينفق في ذهابه وايابه على حكم ملك الميت لانه لو ملكه لكان بالاستئجار ولا يجوز الاستئجار على الطاعات وعن هذا قلنا لو أوصى أن يحج عنه ولم يزد على ذلك كان للوصي أن يحج عنه بنفسه الا أن يكون وارثا أو دفعه الى وارث ليحج فانه لا يجوز الا أن يجيز الورثة وهم كبار لان هذا كالتبرع بالمال فلا يصح للوارث الا باجازة

قال (ومن أمره رجلان بأن يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة)

الباقين ولو قال الميت للوصي ادفع المال لمن يحج عني لم يجزله أن يحج بنفسه مطلقا واذا علم هذا فما في فتاوى قاضيخان من قوله اذا استأجر المحبوس رجلا ليحج عنه حجة الاسلام جازت الحجة عن المحبوس اذا مات في الحبس وللاجير أجرة مثله مشكل لاجرم أن الذي في الكافي للحاكم الشهيد أبي الفضل في هذه المسئلة قال وله نفقة مثله هي العبارة المحررة وزاد ايضاحها في المبسوط فقال وهذه النفقة ليس يستحقها بطريق العوض بل بطريق الكفاية لانه فرغ نفسه لعمل ينتفع المستأجر به هذا وانما جاز الحج عنه لانه لما بطلت الاجارة بقي الامر بالحج فيكون له نفقة مثله واذا أراد أن يكون ما فضل للمأمور من الثياب والنفقة يقول له وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقبضه لنفسك فان كان على موت قال والباقي مني لك وصية وفي الفتاوى لو حج المأمور بالحج ماشيا وأمسك مؤنة الكراء كان ضامنا مال الميت والحج لنفسه لانصراف الامر بالحج الى المتعارف وهو بالزاد والراحلة ولو أوصى أن يعطى بعيره هذا الى رجل يحج عنه فأكراه الرجل وأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشيا جاز عن الميت استحسانا وهو المختار لانه ملك أن يبيعه ويحج بثمنه فكذا علك أن يؤجره ولانه لولم علك ذلك كانت الاجرة له ولا يضمن كالغاصب ويقع الحج عن المأمور فيتضرر الميت به فوجب أن علك الاجارة نظرا للميت ثم يؤدي البعير الى الورثة لانه ملك مورثهم قال أبو الليث في النوازل وعندي أن الحج عن نفسه ويضمن نقصان البعير الا أن يكون الميت فوض اليه ذلك ألا ترى أن رجلا لو وكل رجلا بان يبيع بعيره عمانة فآجره عمانة لا يجوز فكذا هذا اه ولو أوصى أن يحج عنه فلان فمات فلان أوجعوا عنه غيره ولو اختلف المأمور والوارث أو الوصي فقال وقد أنفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لا يصدق ويضمن الا أن يكون أمر ظاهر يشهد على صدقه لان سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق في دفعه الا بأمر ظاهر يدل على صدقه ولو اختلفا فقال حججت وكذبه الآخر كان القول للمأمور مع يمينه لانه يدعي الخروج عن عهدة ما هو أمانة في يده ولا تقبل بينة الوارث أو الوصي أنه كان يوم النحر بالبلد الا أن يقيما على اقراره أنه لم يحج تطيره قال المودع دفعتها اليك بمكة وأقام رب الوديعة البينة أنه كان في اليوم الذي ادعى فيه الدفع بمكة بالكوفة لم تجز هذه الشهادة بخلاف ما اذا أقاما على اقراره أنه كان بالكوفة أما لو كان الحاج مدينا للميت وأمره أن يحج بماله الذي عليه وباقي المسئلة بحالها فانه لا يصدق الا ببينة لانه يدعي قضاء الدين وفي خزانة الاكمل القول له مع يمينه الا أن يكون للورثة مطالب بدين الميت فانه لا يصدق في حق غريم الميت الا بالحجة وفي فتاوى أهل سمرقند أوصى رجلا أن يحج عنه ولم يقدر فيه شيأ والوصي ان أعطى للحج في محمل احتاج الى ألف ومائتين أو راكبا لا في محمل يكفيه الاقل والاكثر يخرج من الثلث يجب الاقل لانه المتيقن ولو مرض الحاج عن غيره فليس له أن يدفع المال الى غيره ليحج به الا اذا قال له الدافع اصنع ما شئت فهذه فوائد مهمة لا يستغنى عنها قدمناها أمام ما في الكتاب تتميما وتكميلا لفائدته ولنرجع الى الشرح (قوله ومن أمره رجلان الخ) صور الابهام هنا أربعة أن يهل بحجة عنهما أو عن أحدهما على الابهام أو يهل بحجة من غير تعيين للمحجوج عنه أو يحرم عن أحدهما بعينه بلا تعيين لما أحرم به ففي الاولى قال هي عن الحاج ويضمن النفقة وفي الثانية قال ان مضى على ذلك الخ وحاصله أنه ما لم يشرع في الاعمال فالامر موقوف لم ينصرف الاحرام الى نفسه ولا الى واحد من الآمرين فان عين أحدهما قبل الوقوف انصرف اليهما والا انصرف الى نفسه وضمن النفقة وفي الثالثة قال في الكافي لا نص فيه وينبغي أن يصح التعيين هنا اجماعا لعدم المخالفة وفي الرابعة يجوز بلا خلاف ومبنى الاجوبة على أنه اذا وقع عن نفس المأمور لا يتحول بعد ذلك الى الآمر وأنه بعد ما صرف نفقة الآمر الى نفسه ذاهبا الى الوجه الذي أخذ النفقة

قال (ومن أمره رجلان) صورة المسئلة ظاهرة وذهب الشارحون الى أن الدليل غير مطابق للمدلول لان المدلول قوله (فهي) أي الحجة (عن الحاج ويضمن النفقة) ودليله لأن الحج يقع عن الآمر ولا مطابقة بينهما كما ترى ثم قال صاحب النهاية ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة لانه خالفهما وانما لا يضمن النفقة اذا وافق أمر الآمر

(قوله ثم قال صاحب النهاية الى قوله وتقدير الكلام ويضمن النفقة لانه الخ) أقول لا قرينة على هذا التقدير

(لان الحج) حينئذ (يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام) وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المأمور فكان هذا التعليل تعليلا لما اذا وقع الحج عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المأمور للآمر وتابعه على ذلك بعض الشارحين ولا إخال ذلك مقصود المصنف لانه قال بعد هذا (ويضمن النفقة ان أنفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه) فلو كان ذلك مراده كان هذا مستدركا وقال بعضهم زل فيه (٣١٤) أقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا الا مطابقة بين الدليل والمدلول ولا يوافق التعليل المدعى ونقل تقرير الكلام كما نقلنا ثم قال فأقول ليس الامر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع لكان أولى بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمدلول بأن يقال هي عن الحاج أي الحجة تقع عن الحاج وهو المأمور ويضمن النفقة لكل واحد منهما ان أنفق من مالهما لان الحج المؤدى في هذه يقع عن الآمر من وجه بدليل أن الحاج لا يخرج عن حجة الاسلام ولكن كل واحد من الآمرين أمر بان يخلص له الحج ولم يأمر بالاشتراك فلما نوى عنهما جميعا خالف الامر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذا كلامه ولا أزيد على الحكاية فليتأمل فيه وأقول بتوفيق الله تعالى في تقرير كلامه الحج يقع عن الآمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن ههنا ايقاعه عن الآمر لان الآمر شخصان كل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك وليس أحدهما أولى من الآخر فلا يقع عنهما ولا عن أحدهما فيقع عن المأمور لكن في كلامه إغلاق كما لا يخفى وهذا تعليل لقوله فهي عن الحاج وأما تعليل الآمر قوله ويضمن النفقة فذكور بعيد هذا فان قيل اذا وقع عن الحاج فليجعل عن أيهما شاء كما اذا أهل عن أبويه فان له أن يجعله عن أيهما شاء أجاب بقوله (ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك) أي بعد ما وقع لنفسه وبينه في الكتاب وهو واضح وقوله (وان أبهم الاحرام) ظاهر

لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن أبويه فان له أن يجعله عن أيهما شاء لانه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما أولهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا للثواب وهنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف أمرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان أنفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان أبهم الاحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الأولوية وان عين أحدهما قبل المضي فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه

له لا ينصرف الاحرام الى نفسه الا اذا تحققت المخالفة أو عجز شرعا عن التعيين اذا عرفنا هذا فلا اشكال في تحقق المخالفة اذا أحرم بحجة واحدة عنهما وهو غني عن الاطناب وما يتخايل من جعل الحجة الواحدة عن أبويه مضمحل بأن الكلام فيما اذا كان مأمورا يفعل بحكم الآمر على وزانه لا فيما اذا حج متبرعا فلا يتحقق الخلاف في تركه تعيين أحدهما في الابتداء فيحتمل التعيين في الانتهاء لان حقيقته جعل الثواب ونقول لو أمره كل من الابوين أن يحج عنه حجة الاسلام فأحرم بهما عنهما كان الجواب كالجواب المذكور في الاجنبيين فلا اشكال في أن مخالفة كل منهما فيما اذا أحرم بحجة عن أحدهما لم تتحقق بمجرد ذلك لان كلا منهما أمره بحجة وأحدهما صالح لكل منهما صادق عليه ولا منافاة بين العام والخاص ولا يمكن أن تصير للمأمور لانه نص على اخراجها عن نفسه بجعلها لاحد الآمرين فلا تنصرف اليه الا اذا وجد أحد الامرين الذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد لان معه ممكنة التعيين ما لم يشرع في الاعمال بخلاف ما اذا لم يعين حتى شرع وطاف ولو شوطا لان الاعمال لا تقع لغير معين فتقع عنه ثم ليس في وسعه أن يحولها الى غيره وانما جعل له الشرع ذلك في الثواب ولولا السمع لم يحكم به في الثواب أيضا ولا خفاء في أن احرامه بحجة بلا زيادة ليس فيه مخالفة أحد ولا تعذر التعيين ولا يقع عن نفسه لما قدمناه وأما الرابع فأظهر من الكل ولو أمره رجل بحجة فأهل بحجتين احداهما عن نفسه والاخرى عن الآمر فهو مخالف لتضمن الاذن بالحج مع كون نفقة السفر هي المحققة للصحة إفراد السفر للآمر فلو رفض التي عن نفسه جازت الباقية عن الآمر كأنه أحرم بها وحدها ابتداء اذ لا إخلال في ذلك المقصود بالرفض والحاج عن غيره ان شاء قال لبيك عن فلان وان شاء اكتفى بالنية عنه والافضل أن يكون قد حج عن نفسه حجة الاسلام خروجا من الخلاف وسنقرره ان شاء الله تعالى ويجوز احجاج الحر والعبد والامة والحرة وفي الاصل نص على كراهة المرأة في المبسوط فان أحج امرأته جاز مع الكراهة لان حج المرأة أنقص فانه ليس عليها رمل ولا سعي في بطن الوادي ولا رفع صوت بالتلبية ولا الحلق اه والافضل احجاج الحر العالم بالمناسك الذي حج عن نفسه حجة الاسلام وذكر في البدائع كراهة احجاج الصرورة لانه تارك فرض الحج والعبد لانه ليس أهلا لاداء الفرض عن نفسه فيكره عن غيره وليس للمأمور أن يأمر غيره بما أمر به عن

(قوله وقال بعضهم زل فيه أقدام الشارحين) أقول القائل هو الاتقاني (قوله ولا يمكن ههنا ايقاعه عن الآمر) أقول يعني لا يمكن أصلا وأراد الشارح بهذا الكلام الرد على الاتقاني فانه زعم أن الحج في هذه الصورة يقع عن الآمر من وجه

وقوله (لان الملتزم هنالك مجهول) معناه أن جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين وأما جهالة من له الحق فهي مانعة ألا ترى أن الاقرار بمجهول لمعلوم جائز دون عكسه (وجه الاستحسان أن الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا) بدليل صحة تقدمه على وقت الاداء وهو أشهر الحج (فاكتفى به) أي بالاحرام المبهم من حيث إنه شرط لان الشروط يراعى وجودها كيفما كان ألا ترى أن الانسان اذا توضأ للتبرد جازله أن يصلي به وحاصله أن المقصود الاصلي هو أداء الافعال والتعيين في ابتدائه ممكن لانه يقع على ما عين لا على الابهام بخلاف ما اذا أدى ثم عين فانه يقع على الابهام ابتداء ثم التعيين يرد على ما مضى واضمحل فلا يفيد شيأ قال (فان أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) رجل أمر رجلا أن يقرن عنه بضم الراء ففعل فالدم على المأمور (لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل) صدرت (منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد أن الحج يقع عن المأمور) وفيه نظر لجواز أن يكون المأخذ في كون الدم واجبا على المأمور كونه نسكا كسائر المناسك وسائر المناسك على المأمور فكذا هذا لا كونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين لانه مشترك الالزام من حيث انه (٣١٥) لو كان كذلك لوجب على الآمر لانه هو المنتفع بمنعة القران بسقوط حجة الاسلام عن ذمته مع فضيلة القران (وكذلك ان أمره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه وأذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا) يعني قوله لانه وجب شكرا الخ وانما قيد بقوله وأذنا له بالقران لانه اذا لم يأذنا له بذلك لا يجوز له أن يجمع بينهما لاجلهما فلو قرن كان مخالفا واعترض بأنه جعل جزاء الشرط قوله فالدم عليه ووجوبه عليه ليس بمقيد باذنهما فانه لو قرن بغير اذنهما فالدم واجب عليه أيضا وبأنه ان خالف عند عدم الاذن خالف الى ما هو خير وهو القران لانه أفضل عندنا والمخالفة الى خير غير ضائرة وأجيب بأنه

بخلاف ما اذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ما شاء لان الملتزم هنالك مجهول وههنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان أن الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا بخلاف ما اذا أدى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا قال (فان أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن المأمور (وكذلك ان أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذنا له بالقران) فالدم عليه لما قلنا

الآمر وان مرض في الطريق الا أن يكون وقت الدفع قيل له اصنع ما شئت فحينئذ يكون له أن يأمر غيره به وان كان صحيحا وفيه لو أحج رجلا يحج ثم يقيم بمكة جاز لان الفرض صار مؤدى والافضل أن يحج ثم يعود اليه (قوله بخلاف ما اذا لم يعين حجة أو عمرة) هذه هي الصورة الرابعة فيما ذكرناه من صور الابهام توهمها واردة عليه فدفع الايراد بالفرق لان الملتزم فيها مجهول دون الملتزم له وما نحن فيه قلبه وجهالة الملتزم لا تمنع لما عرف في الاقرار بمجهول لمعلوم حيث يصح ويلزمه البيان بخلافه بمعلوم لمجهول فانه لا يصح أصلا (قوله وإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) وهو المأمور لا في مال الآمر وقرن يقرن من باب نصر ينصر (لانه وجب شكرا للجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة قالوا ان هذه تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله من أن الحج يقع عن المأمور) وانما للآمر ثواب النفقة يسقط به الحج عن الآمر شرعا وقد يقال لا تلزم هذه الشهادة اذ لا شك أن الافعال انما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الآمر شرعا ووجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي ولان موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدي والصوم غير أن كل واحد يجب على تقدير وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم فكذا الآخر لان كليهما موجب واحد لهذا العمل (قوله وكذا اذا أمره واحد بأن يحج عنه والآخر أن يعتمر عنه وأذنا له في القران) يعني يكون الدم في ماله (لما قلنا) وقيد باذنهما له بالقران لانهما اذا أذنا له بذلك كان مما يوهم أنه ضرر مرضي فيكون عليهما بخلاف ما اذا لم يأذنا فانه زال الوهم بقوله وأذنا له بالقران وبأن خيرية القران انما هو بالنسبة الى الجامع بين النسكين لا الى الآمر ولهذا اذا كان مأمورا بالحج وقرن عنده أبو حنيفة مخالفا ولم يعتبر ذلك

(قال المصنف وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله) أقول قال ابن الهمام قد يقال لا تلزم هذه الشهادة اذ لا شك أن الافعال انما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الآمر شرعا ووجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي ولان موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدي والصوم غير أن كل واحد يجب على تقدير وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم وكذا الآخر لان كليهما موجب واحد لهذا العمل اه وفيه تأمل (قوله وفيه نظر الى قوله فكذا هذا الخ) أقول نعم الا أنه حينئذ يجب أن يكون من مال الآمر وقد يقال وجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي والافعال وجدت من المأمور حقيقة فلا تلزم هذه الشهادة (قوله ولهذا اذا كان مأمورا بالحج وقرن عنده أبو حنيفة رحمه الله مخالفا) أقول لان العمرة وقعت للمأمور اذ لم ينتظمها الامر فللآمر الحج الضمني والحج المفرد خير من الضمني فتأمل

(ودم الاحصار على الآمر) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف على الحاج) لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما أن الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة فعليه خلاصه (فان كان يحج عن ميت فأحصر فالدم في مال الميت) عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكاة

(ودم الاحصار على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف على الحاج) ووجههما على ماذكر في الكتاب واضح واعترض على قوله ان الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة بأن الآمر اذا أمر بالقران فهو الذي أدخل المأمور في عهدة الدم ولا يجب عليه وأجيب بأن دم القران نسك وقد دفع الآمر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها بخلاف دم الاحصار فانه ليس بنسك ولم يكن معلوما عند الآمر أيضا وقوله (لانه صلة) الصلة عبارة عن أداء ما لا يكون في مقابلته عوض مالي

(قوله وأجيب بأن دم القران نسك وقد دفع الآمر النفقة الى قوله بخلاف دم الاحصار) أقول فحينئذ يكون من مال الآمر والمنصوص خلاف ذلك

لو لم يأذن له فقرن عنهما كان مخالفا فيضمن نفقتهما لان افراد كل منهما أفضل من قرانهما بل لما قدمناه من أن أمر الآمر بالنسك يتضمن افراد السفر له به لمكان النفقة أعني تضمن الامر بانفاق ماله في جميع سفره ويستلزم زيادة الثواب وفي القران عدم افراد السفر فقلت النفقة ونقص الثواب فكان مخالفا هذا ولو كان واحد أمره بالحج فقرن عنه ضمن النفقة عند أبي حنيفة خلافا لهما لهما أن القران أفضل فقد فعل المأمور به على وجه أحسن فلا يكون مخالفا كالوكيل اذا باع بأكثر مما سمي له الموكل ولابي حنيفة أنه مأمور بانفاق المال لسفر مفرد للحج وقد خالف فيقع عن نفسه ويضمن كالو تمتع ولم يندفع بعد هذا قولهما انه خلاف الى خير فكان صحيحا اذ ثبت الاذن دلالة بخلاف التمتع فان السفر وقع للعمرة بالذات ولان الامر بالحج تضمن السفر له وقوع احرامه من ميقات أهل الآفاق والمتمتع يحرم بالحج من جوف مكة والاوجه ما في المبسوط من أن هذه العمرة لم تقع عن الآمر لانه لم يأمره بها ولا ولاية للحاج في ايقاع نسك عنه لم يأمره به ألا ترى أنه لو لم يأمره بشئ لم يجز أداؤه عنه فكذا اذا لم يأمره بالعمرة واذا لم تكن العمرة عن الميت صارت عن نفسه وصار كأنه نواها عن نفسه ابتداء وبمثله امتنع التمتع لعدم وقوع العمرة عن الميت وما اذا أمره بعمرة فقرن عند أبي حنيفة على ماذكر في البدائع أنه يضمن أيضا عنده كالحج اذا قرن عنده ولو أمره بالحج فقرن معه عمرة لنفسه لا يجوز ويضمن انفاقا فكذا هذا قال في المبسوط الا أنه ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه وان نوى العمرة عن نفسه لا يصير مخالفا ولكن يرد من النفقة بقدر حصة العمرة لانه مأمور بتحصيل الحج عنه بجميع النفقة فاذا ضم اليه عمرة لنفسه فقد حصل له ببعض النفقة وهو خلاف الى خير كالوكيل بشراء عبد بألف اذا اشتراه بخمسمائة قال شمس الائمة وليس هذا بشئ فانه مأمور بتجريد السفر للميت ثم ويحصل للميت ثواب النفقة فبتنقيصها ينقص الثواب بقدره فكان هذا الخلاف ضرر اعليه ولا أشكال أنه اذا بدأ بعمرة لنفسه يضمن للمخالفة ولا تقع الحجة عن حجة الاسلام عن نفسه لانها أقل ما يقع باطلاق النية وهو قد صرفها عنه في النية وفيه نظر ولو حج عن الميت ثم اعتمر لنفسه بعد الحج فعند العامة لا يكون مخالفا على قول أبي حنيفة ولو أمره بعمرة فقرن فهو على الخلاف بين الثلاثة الا أن على قولهما بقية ما بقي من الحج بعد أداء العمرة تكون نفقته فيه على نفسه لانه في ذلك عامل لنفسه ولو اعتمر ثم أحرم بالحج بعد ذلك عن نفسه لم يكن مخالفا لانه فعل ما أمر به وهو أداء العمرة بالسفر وانما فعل بعد ذلك الحج فاشتغاله به كاشتغاله بعمل آخر من التجارة وغيرها ونفقته مقدار مقامه للحج من ماله وروى ابن سماعة عن محمد اذا حج المأمور بالحج عن الميت فطاف لحجة وسعى ثم أضاف عمرة عن نفسه لم يكن مخالفا لان هذه العمرة واجبة الرفض فكانت كعدمها ولو كان جمع بينهما أي قرن ثم لم يطف حتى وقف بعرفة ورفض العمرة لم ينفعه ذلك وهو مع ذلك مخالف لانه لما أحرم بهما جميعا فقد صار مخالفا على ماذكرناه عن أبي حنيفة فوقعت الحجة عن نفسه فلا تحتمل النقل بعد ذلك برفض العمرة (قوله ودم الاحصار الخ) الدماء الواجبة في الحج إما دم الاحصار وهو على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف على المأمور فان كان المحجوج عنه ميتا ففي ماله عندهما ثم هل هو من الثلث أو من كل المال خلاف بين المشايخ وتقرير الوجه من الجانبين ظاهر من الكتاب فلا نطيل به ثم يجب عليه الحج من قابل بمال نفسه وإما دم القران وقد تقدم قالوا هذا ودم القران يشهدان لمحمد رحمه الله وقد تكلمنا في دم القران وأما كون حج القضاء من مال نفسه فلأنه لم يتم الافعال بسبب الاحصار وانما يقع ما هو مسمى

وقوله (وغيرها) يعني النذور والكفارات وقوله (لانه وجب حقا للمأمور) يعني بادخاله الامر في هذه العهدة دينا على الميت والدين محله جميع المال وقوله (لان الصحيح هو المأمور به) أي الحج الصحيح هو المأمور به دون الفاسد فاذا أفسده لم يقع مأمورا به فكان واقعا عن المأمور فيضمن ما أنفق على حجه من مال غيره ثم اذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت

وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمأمور فصار دينا (ودم الجماع على الحاج) لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار (ويضمن النفقة) معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المأمور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره أما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الامر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا (ومن أوصى بأن يحج عنه فأحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات أو سرقت نفقته وقد أنفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا يحج عنه من حيث مات الاول) فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج أما الاول فالمذكور قول أبي حنيفة رحمه الله أما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شئ والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصى اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند أبي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية

الحج عنه ولم يتحقق وإما دم الجناية كجزاء صيد وطيب وشعر وجماع ففي مال الحاج اتفاقا لانه هو الجاني عن اختيار والامر بالحج لا ينتظم الجناية بل ينتظم ظاهر اعدمها فيكون مخالفا في فعلها فيثبت موجبها في ماله ثم ان كان الجماع قبل الوقوف حتى فسد الحج ضمن النفقة للمخالفة وعليه القضاء لا يشكل كونه في مال نفسه وان كان بعده لا يفسد ولا يضمن النفقة ولو فاته الحج لا يضمن النفقة لعدم المخالفة فهو كالمحصر وعليه الحج من قابل بمال نفسه ولو أتم الحج الا طواف الزيارة فرجع ولم يطفه لا يضمن النفقة غير أنه حرام على النساء ويعود بنفقة نفسه ليقضي ما بقي عليه لانه جان في هذه الصورة أما لو مات بعد الوقوف قبل الطواف جاز عن الامر لانه أدى الركن الاعظم وإما دم رفض النسك ولا يتحقق ذلك اذا تحقق الا في مال الحاج ولا يبعد أنه لو فرض أنه أمره أن يحرم بحجتين معا ففعل حتى ارتفضت احداهما كونه على الامر ولم أره والله تعالى أعلم (قوله ومن أوصى بأن يحج عنه الخ) لا خلاف أن اطلاق الوصية بالحج اذا كان الثلث يحتمل الاحجاج من بلده راكبا ولم يكن الموصى حاجا عن نفسه مات في الطريق ولم يعين المكان الذي مات فيه أو مكانا آخر يوجب تعيين البلد والركوب وقد قدمنا في مقدمة الباب أنه لو حج المأمور ماشيا وأمسك مؤنة الكراء لنفسه يقع عن نفسه ويضمن النفقة فأما اذا كان الثلث لا يبلغ الا ماشيا فقال رجل أنا أحج عنه من بلده ماشيا جاز وعن محمد لا يجزيه ويحج عنه من حيث يبلغ راكبا وروى الحسن عن أبي حنيفة ان أحجوا عنه من بلده ماشيا جاز ومن حيث يبلغ راكبا جاز لان في كل نقصا من وجه زيادة من وجه آخر فاعتدلا ولو أحجوا من موضع يبلغ وفضل من الثلث وتبين أنه يبلغ راكبا من موضع أبعد يضمن الوصي ويحج عنه من حيث يبلغ الا اذا كان الفاضل شيأ يسيرا من زاد وكسوة لا يكون مخالفا كذا في البدائع هذا اذا لم يعين كيسة فان عين بأن قال أحجوا عني بألف أو بثلث مالي فان لم يبلغ من بلده جاء ما قلناه وان بلغ واحدة لزمت وان بلغ حججا كثيرة فاما مسئلة الالف فذكرها في المبسوط قال الوصي بالخيار ان شاء دفع عنه كل سنة حجة وان شاء أجر عنه رجالا في سنة واحدة وهو أفضل لان الوصية بالحج بمال مقدر كالوصية بالتصدق به وفي ذلك الوصي بالخيار بين التقديم والتأخير والتعجيل أفضل لانه بعد من فوات المقصود بهلاك المال وأما مسئلة الثلث فذكرها في البدائع وذكر الجواب على نحو مسئلة

لانه لما خالف في السنة الماضية بالافساد صار الاحرام واقعا عن المأمور والحج الذي يأتي به في السنة القابلة قضاء ذلك الحج فكان واقعا عن المأمور أيضا وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار ومما ذكرنا علم أن الدماء ثلاثة أنواع دم نسك كدم القران والتمتع ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه ودم مؤنة كدم الاحصار قال في المبسوط كل دم يلزم المحرم يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله لانه ان كان نسكا فاقامة المناسك عليه وان كان كفارة فالجناية وجدت منه وان كان دما بترك واجب فهو الذي ترك ما كان واجبا فلهذا كانت هذه الدماء عليه إلا دم الاحصار فانه في مال الامر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله وهو الجاني عن اختيار قال (ومن أوصى بان يحج عنه) صورة هذه المسئلة رجل له أربعة آلاف درهم أوصى بان يحج عنه فمات وكان مقدار الحج ألف درهم أفدفعها الوصي الى من يحج عنه فسرق في الطريق قال أبو حنيفة رحمه الله يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرق ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى وهكذا وقال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرقت الالف التي دفعها أولا بطلت الوصية وان بقي منها شئ يحج به لا غير لان تعيين الوصي كتعيين الموصي لكونه نائبا عنه ولو أفرزها الموصي ثم هلكت بطلت الوصية فكذلك هذا ولابي يوسف أن الوصية محل نفاذها الثلث

(ولابى حنيفة أن قسمة الوصى وعزله لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذى سماه الموصى لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل) وفى ذلك يحج من ثلث مابقى فكذا فى هذا هذا ما يتعلق بما يحج به وأما ما يتعلق بما يحج عنه من المكان فعلى الاختلاف المذكور فى الكتاب وهو أيضا واضح واعترض بان الحديث الذى استدل به لابى حنيفة ظاهره متروك لانه يقتضى أن يكون غير هذه الثلاثة من الاعمال منقطعا وليس كذلك لانها يثاب عليها وما هو كذلك لا يكون منقطعا وأجيب بان الاعمال كلها على ثلاثة أنواع أعمال عملها فمضت وأعمال لم يشرع فيها فهى بعد معدومة وأعمال شرع فيها ولم يتمها والطرفان لا يوصفان بالانقطاع أما الاول فلان الماضى لا يحتمل (٣١٨) الانقطاع لكن يحتمل البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك وكذلك الثانى لانه

ولابى حنيفة أن قسمة الوصى وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذى سماه الموصى لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث مابقى وأما الثانى فوجه قول أبى حنيفة رحمه الله وهو القياس أن القدر الموجود من السفر قد بطل فى حق أحكام الدنيا قال صلى الله عليه وسلم اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث الحديث وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان أن سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال صلى الله عليه وسلم من مات فى طريق الحج كتب له حجة مبرورة فى كل سنة واذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان وأصل الاختلاف فى الذى يحج بنفسه وبنى على ذلك المأمور بالحج

الالف نقلا عن القدورى الا أنه حكى فيها خلافا فقيل ان القاضى يعنى الاسبيجابى قد ذكر فى شرح الطحاوى أنه يحج عنه حجة واحدة من وطنه وهى حجة الاسلام الا اذا قال يحج بجميع الثلث قال وما ذكره القدورى أثبت لان الوصية بجميع الثلث وبالثلث واحدة لانه اسم لجميع السهم وذكرها فى المبسوط أيضا وأجاب بصرفه الى الحج اذا لم يقل حجة ولم يذكر خلافا فاقال لانه جعل الثلث مصروفا الى هذا النوع من القربة فيجب تحصيل مقصوده فى جميع الثلث كما لو أوصى أن يفعل بثلثه طاعة أخرى ولو ضم الى الحج غيره والثلث يضيق عن الجميع ان كانت متساوية بدئ بما بدأ به الموصى كالحج والزكاة وعن أبى يوسف تقديم الزكاة لان فيها حقين والحج والزكاة يقدمان على الكفارات والكفارات على صدقة الفطر وهى على النذر وهو والكفارات على الاضحية والواجب على النفل والنوافل يقدم منها ما بدأ به الميت وحكم الوصية بالعتق اذا لم يعين عن كفارة حكم النفل والوصية لآدمى كالفرائض أعنى المعين فان قال للمساكين فهو كالنفل ومن الصور المنقولة أوصى بحجة الفرض وعتق نسمة ولا يسعهما الثلث يبدأ بالحجة ولو أوصى بالحجة ولأناس ولا يسعهما الثلث قسم الثلث بينهم بالحصص يضرب للحج بأدنى ما يكون من نفقة الحج ثم ما خص الحج يحج به من حيث يبلغ لانه هو الممكن ولو أوصى لرجل بألف وللمساكين بألف وأن يحج عنه بألف وثلثه ألفان يقسم بينهم أثلاثا ثم ينظر الى حصة المساكين فيضاف الى الحجة فما فضل فهو للمساكين بعد تكميل الحج لان الصدقة تطوع والحج فرض الا أن يكون زكاة فيتحاصصون فى الثلث ثم ينظر الى الزكاة والحج فيبدأ بما بدأ به الميت ولو أوصى بكفارة افساد رمضان ولا يخرج من الثلث العتق ولم تجز الورثة يطعم ستين مسكينا هذا وأما ما يرجع الى تعيين الوطن فلا يخلو من أن يكون له وطن واحد أو أوطان فان اتحد تعين ومن فروعه ما عن محمد فى خراسانى أدركه الموت بمكة فأوصى

غير موجود وهذا لان الانقطاع عبارة عن تفرق أجزائه والماضى بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك وكذلك الذى لم يوجد بجميع أجزائه فتعين الذى شرع فيه ولم يتمه وأما جواب أبى حنيفة عما استدل به من الكتاب والسنة فهو أنه لا تعارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لان الكتاب مسوق لحكم الآخرة والخبر لحكم الدنيا فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له ثوابه من حيث حكم الآخرة كما اذا نوى الصوم فى رمضان وصامه الى نصف النهار ومات وجب عليه الايصاء بفدية صوم هذا اليوم كاملا من حيث حكم الدنيا وان كان هو مثابا فى الآخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم وكذلك اذا أدركه الموت فى خلال الصلاة وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه وكذا الجواب عن الحديث الذى رويا وقال فى النهاية ثم تأخير تعليلهما عن تعليل أبى حنيفة يحتمل أن يكون لكون قولهما مختار المصنف لما أن قولهما استحسان وقول أبى حنيفة قياس والمأخوذ فى عامة الصور حكم الاستحسان

(قوله واعترض بأن الحديث الذى استدل به الى قوله وما هو كذلك لا يكون منقطعا) أقول لا يتوجه هذا الاعتراض بعد ما قال أبو حنيفة رحمه الله ان المراد هو الانقطاع فى حكم الدنيا فان الثواب حكم أخروى فليتأمل (قوله فتعين الذى شرع فيه ولم يتمه) أقول وعلى هذا ففى استثناء العلم والولد تأمل ثم المراد ليس انقطاع نفس العمل اذ النبى صلى الله عليه وسلم ليس مبعوثا الا لبيان الاحكام بل انقطاع ثوابه يعنى أنه لا يتجدد له ثواب الا من هذه الثلاث وذلك حكم الآخرة ونظيره حديث الاعمال بالنيات فتأمل (قوله والماضى بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك) أقول الظاهر أن يقال والماضى وجد بجميع أجزائه الخ

أن يحج عنه يحج عنه من خراسان وما عن أبي يوسف في مكي قدم الى الري فحضره الموت فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من مكة أما لو أوصى أن يقرن عنه فانه حينئذ يقرن عنه من الري لانه لا قران لاهل مكة فيحمل عليه من حيث هو وان كانت له أوطان في بلدان يحج عنه من أقربها الى مكة ولو عين مكانا جاز منه اتفاقا وكذا اذا عين مكانا مات فيه فلو لم يعين مكان موته وقدمات في سفر إن كان سفر الحج فهو على الخلاف الذي ذكر في الكتاب بقوله وأصل الخلاف في الذي يحج عن نفسه يعني اذا مات في الطريق وأوصى أن يحج عنه وأطلق يلزم الحج من بلده عندهما الا إن عجز الثلث وعندهما من حيث مات ولو كان سفر تجارة حج عنه من بلده اتفاقا لان تعين مكان موته في سفر الحج عندهما بناء على أنه لا تبطل عبادة سفره من بلده الى محل موته فبالسفر منه يتحقق سفر الحج من بلده ولا عبادة في سفر التجارة ليعتبر البعض الذي قطع عبادة مع البعض الذي بقي فيجب انشاء السفر من البلد تحصيلا للواجب فان الخطاب يتوجه عليه وهو في بلده بالخروج الى الحج وهو العادة أيضا أن يخرج الانسان من بلده مجهزا فينصرف المطلق اليه ولهذا وافقا أبا حنيفة في الحاج الذي مات في الطريق فيما لو أقام في بعض البلاد في طريقه حتى تحولت السنة ثم مات فأوصى مطلقا أن يحج عنه من بلده لان ذلك السفر لما لم يتصل به الحجة التي خرج لها في تلك السنة لم يعتد به عن الحج اذا حصلنا على هذا (١) فلو أوصى على وجه انصرفت الى بلده ولم يعين مالا ففعل الواجب فأحجوا منها ومات في أثناء الطريق وقد أنفق بعضها أو سرقت كلها قال أبو حنيفة يحج عنه ثانيا من بلده من ثلث ما بقي وقالا من حيث مات وأما في جانب المال فقال محمد ينظر ان بقي من المدفوع شئ حج به والا بطلت الوصية وقال أبو يوسف ان كان المدفوع تمام الثلث كقول محمد وإن كان بعضه بكمل فان بلغ باقيه ما يحج به والا بطلت وقال أبو حنيفة من ثلث ما بقي ثم وثم الى أن لا يبقى ما يبلغ فحينئذ تبطل مثلا كان المخلف أربعة آلاف دفع الوصي ألفا فهلكت يدفع اليه ما يكفيه من ثلث الباقي أو كله وهو ألف فلو هلكت الثانية دفع اليه من ثلث الباقي بعدها هكذا مرة بعد مرة الى أن لا يبقى ما تلثه يبلغ الحج فتبطل وعند أبي يوسف يأخذ ثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا فانها مع تلك الالف ثلث الاربعة الآلاف فان كفت والا بطلت الوصية وعند محمد ان فضل من الالف الاولى ما يبلغ والا بطلت فالخلاف في موضعين فيما يدفع ثانيا وفي المحل الذي يجب الاحجاج منه ثانيا أما الاول فلمحمد أن تعيين الوصي كتعيين الموصى ولو عين الموصى مالا فهلكت بطلت الوصية فكذا اذا عين الوصي وأبو يوسف يقول محل الوصية الثلث فتعيين الوصي اياه صحيح وتعيينه فيه غير صحيح لان جميع الثلث محل الوصية فما بقي شئ منه يجب تنفيذ الوصية فيه وأبو حنيفة يقول المال ليس بمقصود للموصي بل مقصوده الحج به فاذا لم يفد هذا التعيين هذا المقصود صار كعدمه وما هلك من المال كان كأن لم يكن بمنزلة ما اذا هلك قبل هذا الافراز والوصية باقية بعد بالاحجاج مطلقا فينصرف الى ثلث الباقي اذا صار الهالك كأن لم يكن قبل الوصية فيكون محلها ثلثه وأما الثاني فبناء على أن السفر هل يبطل بالموت أو لا فقالا لا وهو استحسان وقال نعم وهو قياس وقوله في الاول أوجه وهما هنا أوجه له قوله عليه الصلاة والسلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له رواه مسلم وأبو داود والنسائي ولهما في أنه لم يبطل ما أخرجه الطبراني في الوسط وأبو يعلى والبيهقي في شعب الايمان عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج حاجا فمات كتب له أجر الحاج الى يوم القيامة ومن خرج معتمرا فمات كتب له أجر المعتمر الى يوم القيامة ومن خرج غازيا في سبيل الله فمات كتب له أجر الغازي الى يوم القيامة قال الحافظ المنذري رواه أبو يعلى من رواية محمد بن اسحق وبقية رواته ثقات وأنت قد سمعت هناك أن الحق في ابن اسحق أنه ثقة أيضا ثم ما رواه انما يدل على انقطاع العمل والكلام في بطلان القدر الذي وجد في حكم العبادة والثواب وهو وغيره وغير لازمه لان انقطاع العمل لفقد العامل

(١) قوله فلو أوصى الخ هكذا في الاصول وفي العبارة حزازة ولعلها من تحريف النساخ كذا بخط العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه

قال (ومن أهل بحجة عن أبويه يجزيه أن يجعله عن أحدهما) لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المأمور على ما فرقنا من قبل والله تعالى أعلم

لا يستلزم ما كان قد وجد في سبيل الله وقال تعالى وما كان الله ليضيع ايمانكم فيما كان معتدا به حين وجد ثم طرأ المنع منه وجواب أبي حنيفة أن المراد بعدم الانقطاع في أحكام الآخرة والانقطاع في أحكام الدنيا وهو الذي يوجبه هنا كمن صام الى نصف النهار في رمضان ثم حضره الموت يجب أن يوصي بفدية ذلك اليوم وان كان ثواب امساك ذلك اليوم باقيا ﴿فرع﴾ مات وترك ابنين وأوصى أن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فأنكر أحد الابنين واعترف الآخر فدفع من حصته مائة وخمسين لمن يحج بها ثم اعترف الآخر فان كان حج بأمر الوصي يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين لانه جاز عن الميت بمائة وخمسين وبقيت مائة وخمسون ميراثا بينهما وان حج بغير أمر الوصي يحج مرة أخرى بثلاثمائة (قوله ومن أهل بحجة عن أبويه فله أن يجعلها عن أحدهما) فاستفدنا أنه اذا أهل عن أحدهما على الابهام أن له أن يجعلها عن أحدهما بعينه بطريق أولى ومبناه على أن نيته لهما تلغو بسبب أنه غير مأمور من قبلهما أو أحدهما فهو متبرع فتقع الاعمال عنه البتة وانما يجعل لهما الثواب وترتبه بعد الاداء فتلغو نيته قبله فيصح جعله بعد ذلك لاحدهما أو لهما ولا اشكال في ذلك اذا كان متنفلا عنهما فان كان على أحدهما حج الفرض فاما أن يكون أوصى به أو لا فان أوصى به فتبرع الوارث عنه بمال نفسه لا يسقط عن المورث وان لم يوص فتبرع عنه بالاحجاج أو الحج بنفسه قال أبو حنيفة يجزيه ان شاء الله تعالى لقوله عليه السلام للخثعمية أرأيت لو كان على أبيك دين الحديث شبهه بدين العباد وفيه أنه لو قضى الوارث من غير وصية يجزيه فكذا هذا وغير ذلك من الآثار الدالة على أن تبرع الوارث مثل ذلك معتبر شرعا فان قيل فلما ذا قيد الجواب بالمشيئة بعد ما صح الحديث قلنا لان خبر الواحد لا يوجب اليقين بل الظن فما كان من الامور التي طريقها العمل لا يحتاج الى ذكر المشيئة فيه لان الظن طريقه فقد تطابقا وسقوط الفرض عن الميت بأداء الورثة طريقه العلم فانه أمر يشهد به على الله تعالى بعد القطع بشغل الذمة به فلهذا قيده به * واعلم أن فعل الولد ذلك مندوب اليه جدا لما أخرج الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام قال من حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرما بعث يوم القيامة مع الابرار وأخرج أيضا عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال من حج عن أبيه وأمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج وأخرج أيضا عن زيد بن أرقم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حج الرجل عن والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما وكتب عند الله برا هذا وقد سبق الوعد بتقرير مسئلة حج الصرورة عن الغير والصرورة يراد به الذي لم يحج عن نفسه فمنعه الشافعي رحمه الله لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة فقال من شبرمة قال أخ لي أو قريب لي قال حججت عن نفسك قال لا قال حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة رواه أبو داود وابن ماجه قال البيهقي هذا اسناد ليس في الباب أصح منه وعن هذا لم يجوز الشافعي النفل للصرورة قلنا هذا الحديث مضطرب في وقفه على ابن عباس ورفعه والرواة كلهم ثقات فرفعه عبدة بن سليمان قال ابن معين عبدة أثبت الناس في سعيد بن أبي عروبة وتابعه محمد ابن عبد الله الانصاري (١) ومحمد بن ميسر وأبو يوسف القاضي كلهم عن سعيد ووقفه غندر عن سعيد ورواه أيضا سعيد بن منصور حدثنا سفيان عن أيوب عن أبي قلابة سمع ابن عباس رجلا يلبي عن شبرمة فذكره موقوفا وليس هذا مثل ما ذكرناه غير مرة في تعارض الرفع والوقف من تقديم الرفع لانه زيادة تقبل من الثقة فان ذلك في حكم مجرد عن قصة واقعة في الوجود رواه واحد عن الصحابي يرفعه وآخر عن

نفسه

وقوله (على ما فرقنا من قبل) يريد به قوله لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما الخ والله أعلم

(١) محمد بن ميسر هكذا هو في بعض النسخ التي بيدنا وكذلك ضبطه في خلاصة أسماء الرجال بضم أوله وفتح المثناة التحتية والمهملة المشددة فليعلم كتبه مصححه

﴿باب الهدى﴾

(الهدى أدناه شاة) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الهدى فقال أدناه شاة قال (وهو من ثلاثة

نفسه فقط فان هذا يتقدم فيه الرفع لان الموقوف حاصله أنه قد ذكره ابتداء على وجه اعطاه حكم شرعي أو جوابا للسؤال ولا ينافي هذا كون ماذكر مأثورا عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم أما في مثل هذه وهي حكاية قصة هي أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع من يلبي عن شبرمة فقال له ما قال أو أن ابن عباس رضي الله عنهما سمع من يلبي عن شبرمة فقال له ذلك فهو حقيقة التعارض في شئ وقع في الوجود أنه وقع في ذلك الزمن أو في زمن آخر بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم أو غيره ونجوز أن يكون وقع في زمنه عليه السلام ثم وقع بحضرة ابن عباس سماعه رجلا آخر يلبي عن شبرمة فقال له من شبرمة فقال أخ أو قريب يعين ذلك فهو وان لم يمتنع عقلا لكنه بعيد جدا في العادة فلا يندفع به حكم التعارض الثابت ظاهرا طالبا لحكمه فيتهاتران أو يرجح وقوعه في زمن ابن عباس لان أحكام الحج كانت خفية في زمنه عليه الصلاة والسلام حتى وقع الخطأ في ترتيب أحكام كثيرة فسألوه عنها فقال رجل لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح وكثير وانما تركوا السؤال ابتداء ظنا منهم بأن لا ترتيب معينا في هذه فانها ليست أركانا لعلمهم أن الحج عرفة عنه عليه الصلاة والسلام والطواف بنص الكتاب فلما رأوا أن الذي فعله عليه الصلاة والسلام خلاف ذلك الترتيب فزعوا الى السؤال فعذرهم بالجهل في ذلك الوقت فأما حج الانسان عن غيره فأمر يأباه القياس فان العقل لا يقتضي جوازه اذا خلي والنظر في مقصود التكاليف على ما قدمناه أول الباب فلم يكن يقدم عليه ذلك الرجل بلا سؤال ثم يتفق أن النبي صلى الله عليه وسلم يطلع عليه فيخبره بالحكم بخلافه في زمن ابن عباس رضي الله عنهما فانه قد ظهرت الاحكام وعرف جواز النيابة باشتهار حديث الخثعمية وغيره بعلك الناس له وصح تكرار ذلك فهو مظنة أن يعلم أصل جواز النيابة فيفعل بلا سؤال فيكون قول ابن عباس رضي الله عنهما رأيا منه ولان ابن المفلس ذكر في كتابه أن بعض العلماء ضعف هذا الحديث بأن سعيد بن أبي عروبة كان يحدث به بالبصرة فيجعل هذا الكلام من قول ابن عباس ثم كان بالكوفة يسنده الى النبي صلى الله عليه وسلم وهذا يفيد اشتباه الحال على سعيد وقد عنعنه قتادة ونسب اليه تدليس فلا تقبل عنعنته ولو سلم فحاصله أمر بأن يبدأ بالحج عن نفسه وهو يحتمل الندب فيحمل عليه بدليل وهو اطلاقه عليه الصلاة والسلام قوله للخثعمية حجي عن أبيك من غير استخبارها عن حجها لنفسها قبل ذلك وترك الاستفصال في وقائع الاحوال ينزل منزلة عموم الخطاب فيفيد جوازه عن الغير مطلقا وحديث شبرمة يفيد استحباب تقديم حجة نفسه وبذلك يحصل الجمع ويثبت أولوية تقديم الفرض على النفل مع جوازه والذي يقتضيه النظر أن حج الصرورة عن غيره ان كان بعد تحقيق الوجوب عليه بملك الزاد والراحلة والصحة فهو مكروه كراهة تحريم لانه يضيق عليه والحالة هذه في أول سني الامكان فيأثم بتركه وكذا التنفل لنفسه ومع ذلك يصح لان النهي ليس لعين الحج المفعول بل لغيره وهو خشية أن لا يدرك الفرض اذا الموت في سنة غير نادر فعلى هذا يحمل قوله عليه الصلاة والسلام حج عن نفسك ثم عن شبرمة على الوجوب ومع ذلك لا ينفي الصحة ويحمل ترك الاستفصال في حديث الخثعمية على علمه بأنها حجت عن نفسها أولا وان لم يرو لنا طريق علمه بذلك فجمعا بين الادلة كلها أعني دليل التضييق عند الامكان وحديث شبرمة والخثعمية والله سبحانه أعلم

﴿باب الهدى﴾

هذا الباب تتعلق به الابواب السابقة فان الهدى إما للمتعة أو قران أو احصار أو جزاء صيد أو كفارة جناية أخرى فأخره عنها لان معرفة هدى المتعة والقران فرع معرفة المتعة والقران وكذا الباقي والمقصود أنه يتضمن حالات تستدعي سبق تصور مفهومات متعلقاتها وتصديقات بعض أحكام منها (قوله أدناه شاة) يفيد أن له أعلى وعندنا أفضلها الابل ثم البقر ثم الغنم (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام)

﴿باب الهدى﴾

لما كثر دور لفظ الهدى فيما تقدم من المسائل نكسا وجزاء ومؤنة احتاج الى بيان الهدى وما يتعلق به من المسائل ولما لم يخل وجوبه عن أحد هذه الاشياء أخر ذكره عن ذكر هذه الاشياء وكلامه واضح

أنواع الابل والبقر والغنم) لانه صلى الله عليه وسلم لما جعل الشاة أدنى فلابد أن يكون له أعلى وهو البقر والجزور ولان الهدى ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلاثة سواء فى هذا المعنى (ولا يجوز فى الهدايا الا ما جاز فى الضحايا) لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيختصان بمحل واحد (والشاة جائزة فى كل شئ الا فى موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فانه لا يجوز فيهما الا البدنة) وقد بينا المعنى فيما سبق (ويجوز الاكل من هدى التطوع والمتعة والقران) لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم أكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له أن يأكل منها المارويناوكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذى عرف فى الضحايا (ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا) لانها دماء كفارات وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أحصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدى ناجية الاسلمى قال له لا تأكل أنت ورفقتك منها شيأ

هذا بهذا اللفظ لا يعرف الا من كلام عطاء أخرجه الشافعى قال حدثنا مسلم بن خالد الزنجى عن ابن جريج عن عطاء أنه قال أدنى ما يهراق من الدماء فى الحج وغيره شاة وما فى البخارى من باب فمن تمتع بالعمرة الى الحج عن أبى جمرة نصر بن عمران الضبعى قال سألت ابن عباس عن المتعة فأفتانى بها وسألته عن الهدى فقال فيه جزور أو بقرة أو شاة أو شرك فى دم الحديث فخاص بهدى المتعة (قوله الا فى موضعين) تقدم ثالث وهو ما اذا طافت امرأة حائضا أو نفساء (قوله بعد الوقوف بعرفة) يعنى قبل الحلق على ما أسلفناه من أن الجماع بعده فيه شاة (قوله فيما سبق) يعنى قوله ولان الجناية أغلظ من الحدث وقوله (ولانه) يعنى الجماع (أعلى أنواع الارتفاقات) (قوله وقد صح) تقدم فى حديث جابر الطويل أنه عليه الصلاة والسلام أكل من الكل فانه قال فيه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت فى قدر فطبخت الحديث فارجع اليه ومعلوم أنه كان قارنا وكذا أزواجه على ما رجحه بعضهم وهدى القران لا يستغرق مائة بدنة فعلم أنه أكل من هدى القران والتطوع الا أنه انما أكل من هدى التطوع بعد ما صار الى الحرم أما اذا لم يبلغ بأن عطب أو ذبحه فى الطريق فلا يجوز له الاكل منه لانه فى الحرم تم القربة فيه بالاراقة وفى غير الحرم لا يحصل به بل بالتصدق فلابد من التصدق ليحصل المقصود ولو أكل منه أو من غيره مما لا يحل له الاكل منه ضمن ما أكله وبه قال الشافعى وأحمد وقال مالك لو أكل لقمة ضمنه كله وليس له بيع شئ من لحوم الهدايا وان كان مما يجوز له الاكل منه فان باع شيأ أو أعطى الجزار أجره منه فعليه أن يتصدق بقيمته وحيثما جاز الاكل للهدى جاز أن يؤكل الاغنياء أيضا (قوله ويستحب أن يتصدق على الوجه الذى عرف فى الضحايا) وهو أن يتصدق بثلثها ويهدى ثلثها وكل دم يجوز له الاكل منه لا يجب عليه التصدق بعد الذبح لتمام القربة به وجملة الكلام فيه أن الدماء نوعان ما يجوز لصاحبه الاكل منه وهو دم المتعة والقران والاضحية وهدى التطوع اذا بلغ محله وما لا يجوز وهو دم النذر والكفارات والاحصار وكل دم يجوز له الاكل منه لا يجب عليه التصدق به بعد الذبح لانه لو وجب لبطل حق الفقراء بالاكل وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه التصدق به بعد الذبح ولو هلك بعد الذبح لا ضمان عليه فى النوعين لانه لا صنع له فى الهلاك وان استهلكه بعد الذبح فان كان مما يجب عليه التصدق به يضمن قيمته للفقراء لتعديه على حقهم وان كان مما لا يجب لا يضمن شيأ لانه لم يتعد ولو باع اللحم يجوز له بيعه فى النوعين لقيام ملكه الا أن ما لا يجوز له أكله عليه التصدق بثمنه كذا فى البدائع (قوله وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الاربعة عن ناجية الخزاعى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بهدى وقال له ان عطب فانحره ثم اصبغ نعله فى دمه ثم خل بينه وبين الناس قال الترمذى حديث حسن صحيح وليس فيه لا تأكل أنت ولا رفقتك وقد أسند الواقدى فى أول غزوة الحديبية القصة بطولها وفيها أنه عليه الصلاة والسلام استعمل على هديه ناجية بن جندب الاسلمى وأمره أن يتقدمه بها قال وكانت

وقوله (وقد بينا المعنى فيما سبق) يريد به قوله بعد ذكر رواية ابن عباس رضى الله عنهما ولان الجناية أغلظ من الحدث وقوله ولانه أعلى أنواع الارتفاقات فتغلظ موجبه وقوله (ويجوز الاكل من هدى التطوع) يعنى للهدى والاغنياء اذا ذبح فى محله على ما نذكره وأما الفقراء فيجوز لهم الاكل من جميع الهدايا وقوله (وحسا من المرقة) أى شرب وقوله (ويستحب له أن يأكل منها) لانه لما لم يكن الجواز مستلزما للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب ولو ذكر الاستحباب أولا استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب اياه وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله انه عليه السلام أكل من لحم هديه وانما أنث الضمير فى منها للرجوع الى هدى المتعة والقران والتطوع وقوله (وكذلك يستحب أن يتصدق) ظاهر وقوله عليه السلام (لا تأكل أنت ورفقتك منها شيأ) انما نهاهم عن الاكل لانهم كانوا أغنياء

وقوله (ولا يجوز ذبح هدى التطوع) ظاهر ووجه الاستدلال بقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم أن الله تعالى عطف قضاء التفث على الاكل من بهيمة الانعام التى نحروها (وقضاء التفث مختص بيوم النحر) فيكون النحر كذلك

(ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران الا فى يوم النحر) قال العبد الضعيف (وفى الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح) لان القربة فى التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها فى غير يوم النحر وفى أيام النحر أفضل لان معنى القربة فى اراقة الدم فيها أظهر أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية (ويجوز ذبح بقية الهدايا فى أى وقت شاء) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا فى يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده ولنا أن هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال (ولا يجوز ذبح الهدايا الا فى الحرم) لقوله تعالى فى جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار أصلا فى كل دم هو كفارة ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال صلى الله عليه وسلم منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر (ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم) خلافا للشافعى رحمه الله لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة

سبعين بدنة فذكره الى أن قال وقال ناجية بن جندب عطب معى بعير من الهدى فخشيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالابواء فأخبرته فقال انحرها واصبغ قلائدها فى دمها ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك منها شيأ وخل بينها وبين الناس وأخرج مسلم وابن ماجه عن قتادة عن سنان بن مسلم عن ابن عباس أن ذؤيبا الخزاعى أبا قبيصة حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث بالبدن معه ثم يقول ان عطب منها شئ فخشيت عليه موتا فانحرها ثم اغمس نعلها فى دمها ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك وأعل بأن قتادة لم يدرك سنانا والحديث معنعن فى مسلم وابن ماجه الا أن مسلما ذكر له شواهد ولم يسم ذؤيبا بل قال ان رجلا وانما سمى ناجية ومن ذكر عن الاكل لانهم كانوا أغنياء قال شارح الكنز لا دلالة لحديث ناجية على المدعى لانه صلى الله عليه وسلم قال ذلك فيما عطب منها فى الطريق والكلام فيما اذا بلغ الحرم هل يجوز له الاكل منه أولا اه وقد أوجدنا فى هدى التطوع اذا ذبح فى الطريق امتناع أكله منه وجوازه بل استحبابه اذا بلغ محله والمعنى الذى ذكره المصنف فى أنها دماء كفارات يستقل بالمطلوب (قوله ولا يجوز ذبح الخ) الحاصل أن دم النذر والكفارات وهدى التطوع يجوز قبل أيام النحر ولا يجوز دم المتعة والقران والاضحية الا فيها ودم الاحصار يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف قبلها ولا يجوز عند محمد (قوله أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها الآية الى قوله ثم ليقضوا تفثهم) قد ينافى كون وقت الطواف وقت الذبح ما يفيد مثله وجه كون وقت الذبح وقت قضاء التفث فارجع تأمله وأما وجه الاختصاص فطريقه أن ينفى الجواز قبلها وبعدها بالاجماع وما ذكرناه يفيد كونه فيها فيلزم من مجموع ذلك الاختصاص بأيام النحر والمراد الاختصاص من حيث الوجوب على قول أبى حنيفة والا لو ذبح بعدها أجزأ الا أنه تارك للواجب وقبلها لا يجزئ بالاجماع وعلى قولهما كذلك فى القبلية وكونه فيها هو السنة حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلق لا شئ عليه عندهما وعنده عليه دم وتقدم تفصيل ذلك واذا عرفت هذا فاطلاق عدم الجواز فى قوله ولا يجوز ذبح هدى المتعة والقران الا فى يوم النحر فيه نوع ايهام (قوله ويجوز ذبح بقية الهدايا) وهى هدى الكفارات والنذر والاحصار على قوله والوجه ظاهر فى الكتاب (قوله ولا يجوز ذبح الهدايا الا فى الحرم) سواء كان تطوعا أو غيره قال تعالى فى جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فكان أصلا فى كل دم وجب كفارة وقال تعالى فى دم الاحصار ولا تحلقوا

﴿باب الهدى﴾

(قال المصنف ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران الا فى يوم النحر) أقول يعنى لا يجوز قبله فالقصر اضافى فانه لو ذبح بعده أجزأه الا أنه تارك للواجب وقبلها لا يجزئ بالاجماع أو المراد الاختصاص من حيث الوجوب عند أبى حنيفة رحمه الله وعلى قولهما كونه فيها هو السنة حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلق لا شئ عليه وعنده عليه دم واذا عرفت هذا فاطلاق عدم الجواز فى قوله ولا يجوز ذبح هدى المتعة

واعترض بأن ثم للتراخى فربما يكون الذبح قبل يوم النحر وقضاء التفث فيه وأجيب بأن موجب ثم فى التراخى يتحقق بالتأخير ساعة فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعده بساعة وليس كذلك وقوله (ولانه دم نسك) أى كل واحد منهما دم نسك ولهذا حل له التناول منه فيختص بالحرم كالاضحية وقوله (ويجوز ذبح بقية الهدايا) ظاهر والفجاج جمع الفج وهو الطريق الواسع بين الجبلين وقوله (ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم) يعنى بعد ما ذبحها فى الحرم

الخ فيه نوع ايهام (قوله وأجيب الى قوله فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز الخ) أقول غايته أن يثبت الاحتمال وقد علم بالدلالة أنه لا يكون الا يوم النحر فتعين لذلك

قال (ولا يجب التعريف بالهدايا) لان الهدى ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف بهدى المتعة فحسن لانه يتوقت بيوم النحر فعسى أن لا يجد من يمسكه فيحتاج الى أن يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر قال (والافضل فى البدن النحر وفى البقر والغنم الذبح) لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل فى تأويله الجزور وقال الله تعالى أن تذبحوا بقرة وقال الله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما أعد للذبح وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل فى الهدايا قياما أو أضجعها وأى ذلك فعل فهو حسن والافضل أن ينحرها قياما لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نحر الهدايا قياما وأصحابه رضى الله تعالى عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما الان فى حالة الاضطجاع المذبح أبين فيكون الذبح أيسر والذبح هو السنة فيهما قال (والاولى أن يتولى ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك) لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة فى حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقى عليا رضى الله عنه ولانه قربة والتولى فى القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع الا أن الانسان قد لا يهتدى لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال (ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطى أجرة الجزار منها)

رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وقال فى الهدايا مطلقا تم محلها الى البيت العتيق ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان فالاضافة ثابتة فى مفهومه وهو الحرم بالاجماع ويجوز الذبح فى أى موضع شاء من الحرم ولا يختص بمنى ومن الناس من قال لا يجوز الا بمنى والصحيح ما قلنا قال عليه الصلاة والسلام كل عرفة موقف وكل منى منحر وكل المزدلفة موقف وكل فجاج مكة طريق ومنحر رواه أبو داود وابن ماجه من حديث جابر فتحصل أن الدماء قسمان ما يختص بالزمان والمكان وما يختص بالمكان فقط (قوله ولا يجب التعريف بالهدايا) سواء أريد بالتعريف الذهاب بها الى عرفات أو التشهير بالتقليد والاشعار كل ذلك لا يجب وقوله (فعسى أن لا يجد من يمسكه) يشير الى الاول وقوله (فيكون مبناه على التشهير) الى الثانى (قوله والافضل الخ) أما نحر الابل فحديث جابر الطويل فيه فنحر ثلاثا وستين بيده الحديث وأما ذبح البقر والغنم ففى الصحيحين عن عائشة فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا قالوا ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وأخرج الستة حديث التضحية بالغنم بما يفيد الذبح ومن غريب سمعت حديث ذبحه عليه الصلاة والسلام الكبشين الاملحين وأما أنه نحر الابل قياما وأصحابه ففى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه مر برجل ينحر بدنة وهى باركة فقال ابعثها قياما مقيدة سنة محمد صلى الله عليه وسلم وفيهما أيضا عن أنس أنه صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بالمدينة أربعا والعصر بذى الحليفة ركعتين ونحن معه الى أن قال ونحر رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع بدنات قياما وأخرج أبو داود عن ابن جريج عن أبى الزبير عن جابر قال وأخبرنى عبد الرحمن بن سابط أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليد اليسرى قائمة على ما بقى من قوائمها وأبعد من قال هذا الحديث مرسل بل هو مسند عن جابر وان كان ابن جريج قال مرة عن عبد الرحمن بن سابط كما هو فى رواية ابن أبى شيبة عنه هذا وانما سن النبى صلى الله عليه وسلم النحر قياما عملا بظاهر قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها والوجوب السقوط وتحققه فى حال القيام أظهر (قوله نيفا وستين) ذكرنا آنفا من حديث جابر أنها ثلاث وستون والنيف من واحد الى ثلاث (قوله الا أن الانسان) عن أبى حنيفة نحرت بدنة قائمة فكدت أهلك (١) فثاما من الناس لانها نفرت فاعتقدت أن لا أنحر الابل بعد ذلك الا باركة معقولة وأستحسن يمن هو أقوى عليه منى وفى الاصل ولا أحب أن يذبحه يهودى ولا نصرانى فان ذبحه جاز ولا ينبغى أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره كأن يقول اللهم تقبل من فلان لقوله عليه الصلاة والسلام

وقوله (ولا يجب التعريف بالهدايا) أى الاتيان بها الى عرفات وقوله (على ما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به وقوله (والافضل فى البدن النحر) ظاهر وقوله (قيل فى تأويله الجزور) يعنى انحر الجزور وكلامه فى الباقى واضح وقوله (فنحر نيفا وستين) النيف بالتشديد كل ما كان بين عقدين وقد يخفف وعن المبرد أنه من واحدة الى ثلاث

(١) قوله فثاما الفثام ككتاب الجماعات من الناس كما فى القاموس وما فى بعض النسخ قياما بالقاف تحريف كتبه مصححه

لقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها واو بخطمها ولا تعط أجر الجزار منها (ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها) لانه جعلها خالصة لله تعالى فلا ينبغى أن يصرف شيأ من عينها أو منافعها الى نفسه الى أن يبلغ محله الا أن يحتاج الى ركوبها لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك (وان كان لها لبن لم يحلبها) لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه (وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن) ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كى لا يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته لانه مضمون عليه (ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره) لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات (وان كان عن واجب فعليه أن يقيم غيره مقامه) لان الواجب باق فى ذمته

والنضح الرش والبل ومنه ينضح ضرعها بكسر الضاد وقوله (ومن ساق هديا فعطب) ظاهر واعترض بأنه لم لا يكون كأضحية الفقير فان عينه تطوع ومع ذلك وجب عليه اعادته اذا ضلت الشاة المشتراة لها حتى لو اشترى غيرها ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحها وأجيب بأن ذلك فيما اذا أوجب الفقير بلسانه على نفسه فى كل واحدة من الشاتين بعد ما اشتراها للاضحية حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شئ بمجرد الشراء للاضحية قال فى فتاوى قاضيخان لو اشترى الفقير شاة للاضحية فماتت أو باعها لا تلزمه أخرى وكذا لو ضلت

جردوا التسمية ويكفى عن هذا أن ينويه أو يذكره قبل ذكر التسمية ثم يقول باسم الله والله أكبر كذا فى المبسوط (قوله لقوله عليه السلام لعلى) روى الجماعة الا الترمذى عن على رضى الله عنه قال أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وأقسم جلودها وجلالها وأمرنى أن لا أعطى الجزار منها شيأ وقال نحن نعطيه من عندنا وفى لفظ وأن أتصدق بجلودها وجلالها ولم يقل فيه البخارى ونحن نعطيه من عندنا وفى لفظ وأمره أن يقسم بدنه كلها لحومها وجلالها وجلودها فى المساكين ولا يعطى فى جزارتها منها شيأ قال السرقسطى جزارتها بضم الجيم وكسرها فبالكسر المصدر وبالضم اسم لليدين والرجلين والعنق وكان الجزارون يأخذونها فى أجرتهم (قوله لما روى) فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال له اركبها قال إنها بدنة قال اركبها قال فرأيته راكبها يساير النبى صلى الله عليه وسلم قال ابن العطار فى شرح العمدة لم نر اسم هذا المبهم وقد اختلف فى ركوب البدنة المهداة فعن بعضهم أنه واجب لاطلاق هذا الامر مع ما فيه من مخالفة سيرة الجاهلية وهى مجانبة السائبة والوصيلة والحامى وردّ هذا بأنه عليه السلام لم يركب هديه ولم يركبه ولا أمر الناس بركوب هداياهم ومنهم من قال له أن يركبها مطلقا من غير حاجة تمسكا باطلاق هذا وقال أصحابنا والشافعى رحمهم الله لا يركبها الا عند الحاجة حملا للامر المذكور على أنه كان لما رأى عليه السلام من حاجة الرجل الى ذلك ولا شك أنه فى واقعة حال فاحتمل الحاجة به واحتمل عدمها فان وجد دليل يفيد أحدهما حمل عليه وقد وجد من المعنى ما يفيده وهو أنه جعلها كلها لله تعالى فلا ينبغى أن يصرف منها شيأ لمنفعة نفسه فيجعل محل تلك الواقعة ثم رأينا اشتراط الحاجة ثابتا بالسنة وهو ما فى صحيح مسلم عن أبى الزبير قال سمعت جابر بن عبد الله رضى الله عنهما يسئل عن ركوب الهدى فقال سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا ألجئت اليها فالمعنى يفيد منع الركوب مطلقا والسمع ورد باطلاقه بشرط الحاجة رخصة فيبقى فيما وراءه على المنع الاصلى الذى هو مقتضى المعنى لا بعفهوم الشرط وفى الكافى للحاكم فان ركبها أو حمل متاعه عليها للضرورة ضمن ما نقصها ذلك يعنى ان نقصها شئ من ذلك ضمنه (قوله وينضح ضرعها) أى يرشه بالماء وهو بكسر الضاد المعجمة من باب ضرب (قوله لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات) أورد عليه لم لا يكون كأضحية الفقير فانها تطوع عليه واذا اشتراها للتضحية يتعين عليه للوعد ما لا يتعين على الغنى حتى ان الغنى اذا اشترى أضحية فضلت فاشترى أخرى ثم وجد الاولى فى أيام النحر كان له أن يضحى بأيهما شاء ولو كان معسرا فالواجب عليه أن يضحى بهما أجيب بان ذلك فيما اذا أوجب الفقير بلسانه فى كل من الشاتين بعد ما اشتراها للاضحية أما لو لم يوجب بلسانه فلا يجب عليه شئ بمجرد الشراء ذكره فى النهاية واستوضحه بمسئلة من فتاوى قاضيخان لو اشترى الفقير الاضحية فماتت أو باعها لا تلزمه أخرى وكذا لو ضلت * واعلم أن معنى

والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الاذن عند أبي حنيفة وعندهما هو أن يذهب أكثر من نصفها والعطب بفتحتين الهلاك ومعنى عطبت البدنة أي قربت الى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا بما قال أولا ومن ساق هديا فعطب لان ذلك في حقيقة العطب وهذا في الاشراف عليه والجزر بفتحتين اللحم الذي يأكله السباع وقوله (على ما تقدم) اشارة الى ماذكر قبيل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة

(وان أصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه) لان المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره (وصنع بالمعيب ماشاء) لانه التحق بسائر أملاكه (واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولا يأكل هو ولا غيره من الاغنياء) منها بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك أن يعلم الناس أنه هدى فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا الان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلا الا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود (فان كانت واجبة أقام غيرها مقامها وصنع بها ماشاء) لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه (و يقلد هدى التطوع والمتعة والقران) لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيلتزق به (ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات) لان سببها الجناية والستر أليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدى ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم والله أعلم

(قوله والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الاذن عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول التخصيص بالاذن لم يظهر لي وجهه وان قدر لفظ مثلا الا أن يقال وجهه وقوع العيب فيها غالبا (قال المصنف لان المعيب بمثله) أقول لفظ المثل مقحم (قوله وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا) أقول وبدون هذا التأويل لا تكرار أيضا اذ لم يذكر في الاول صبغ النعل بالدم وغيره كما لا يخفى (قال المصنف لان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلا) أقول فيه بحث لان مفهوم الشرط لا يعتبر عندنا (قال المصنف فان كانت واجبة أقام غيرها مقامها الخ) أقول كان الانسب أن يقال وان كانت بالواو

الايراد أنهم ذكروا في غير موضع مسئلة أضحية الفقير مطلقة عن الايجاب بلسانه فردها الى التقييد به لازم والا لم يكن له معنى لظهور عدم الوجوب بلا ايجاب من الشرع أو العبد ولو كانت هذه البدنة عن واجب كان عليه أن يقيم غيرها مقامها لان الواجب كان في ذمته شاة غير معينة وبشراء شاة للاسقاط لا تتعين عن ذلك الواجب ما لم تذبح عنه والذمة ما عنه يثبت في الآدمي أهلية الايجاب والاستيجاب (قوله وان أصابه عيب كبير) بان ذهب أكثر من ثلث الاذن مثلا على قول أبي حنيفة وعلى قول أبي يوسف ومحمد اذا ذهب أكثر من النصف على ما يعرف في كتاب الاضحية ان شاء الله تعالى (قوله واذا عطبت البدنة) أي قربت من العطب حتى خيف عليها الموت أو امتنع عليها السير لان النحر بعد حقيقة الهلاك لا يكون والحاصل أن المراد بالعطب الاول حقيقته وبالثاني القرب منه ذكره لبيان ما شرع فيه اذا بلغ هذه الحالة (قوله بذلك أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام) تقدم قريبا (قوله وفائدة ذلك) أي فائدة صبغ نعلها بدمها وضرب صفحتها به ليعلم أنه هدى (قوله جزرا للسباع) الجزر بفتحتين اللحم الذي تأكله السباع قال الشاعر

وتركته جزر السباع ينشنه * ما بين قلة رأسه والمعصم

وقال آخر

ان ينفعلا فلقد تركت أباهما * جزر الخامعة ونسر قشعم

(قوله وصنع بها ماشاء) من بيع وغيره (قوله ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها) أي بجنس الدماء الجابرة وهي دماء الجنايات فلا يقلد هدي الاحصار كما لا يقلد هدي الجنايات (قوله ومراده) يعني أن قوله يقلد هدي التطوع والمتعة والقران عام أريد به الخصوص وهو البدنة فيدخل البقر دون الشاء (قوله على ما تقدم) يريد ما ذكره قبل باب القران من قوله وتقليد الشاة غير معتاد ولم يذكر هناك عدم الفائدة التي هي عدم الضياع فان الغنم تضيع اذا لم يكن معها صاحبها ﴿ فروع من ظاهر الرواية من الاصل مشروحة في المبسوط ﴾ كل من وجب عليه دم من المناسك جاز له أن يشارك ستة نفر قد وجب الدماء عليهم وان اختلفت أجناسها من دم متعة وإحصار وجزاء صيد وغير ذلك ولو كان الكل من جنس واحد كان أحب الى فان اشترى بدنة للمتعة مثلا ثم اشترك فيها ستة بعد ما أوجبها نفسه خاصة لا يسعه ذلك لانه لما أوجبها صار الكل واجبا عليه قدر ما يجزي في هدي المتعة كان واجبا عليه وما زاد على ذلك وجب بايجابه وليس له أن يبيع شيأ مما أوجبه هديا فان فعل فعليه أن يتصدق بالثمن وان كان نوى أن يشترك معه فيها ستة نفر أجزأه لانه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء فان لم تكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى

من عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الابواب السالفة في فصل على حدة تكثيرا للفائدة ويترجموا عنه بمسائل منثورة أو مسائل متفرقة أو مسائل شتى أو مسائل لم تدخل (٣٢٧) في الابواب وصورة المسئلة أن يشهد قوم

﴿ مسائل منثورة ﴾

أهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم) والقياس أن لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما ووجه الاستحسان أن هذه شهادة قامت على النفي وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي وجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما للتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه

أشركه الستة جاز والافضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقين حتى تثبت الشركة في الابتداء واذا ولدت البدنة بعد ما اشتراها للهدية ذبح ولدها معها لانه جعلها لله تعالى خالصة والولد جزء منها ثم انفصل بعد ما سرى اليه حق الله تعالى فعليه أن يذبحه معها ولو باع الولد فعليه قيمته فان اشترى بها هديا فحسن وان تصدق بها فحسن اعتبارا للقيمة بالولد فان الافضل أن يذبح ولو تصدق به كذلك أجزأ فكذلك بالقيمة واذا مات أحد الشركاء فرضي وارثه أن ينحرها معهم عن الميت أجزأهم استحسانا وفي القياس لا يجزيهم لان الميت لم يوص به فقد انقطع حق القربة عن نصيبه فصار ميراثا وهذا التقرب بطريق الاتلاف وذلك لا يجوز عن الميت الا بامره كالعتق ولكنه استحسن فقال يجوز لان المقصود هو التصدق وتقرب الوارث بالتصدق عن الميت صحيح بلا ايصاء فكذا تقربه بابقاء ما قصد المورث بنصيبه باراقة الدم والتصدق به يكون صحيحا ولو كان أحد الشركاء كافرا أو ما لا يريد به اللحم دون الهدى لم يجزهم لان الاراقة واحدة فلا يتصور أن يجتمع فيها القربة وعدمها وأي الشركاء نحرها يوم النحر أجزأ عن الكل واذا غلط رجلان فذبح كل منهما هدى صاحبه أجزأهما استحسانا الا في القياس لان كلا غير مأمور من جهة الآخر فصار ضامنا لكنه استحسن فقال كل مأذون فيما صنع دلالة لان صاحب الهدى يستعين بكل أحد عادة فكان كالافصاح بالاذن ويأخذ كل منهما هديه من صاحبه وعن أبي يوسف كل منهما بالخيار بين أن يأخذ من صاحبه هديه وبين أن يضمنه فيشتري بالقيمة هديا آخر يذبحه في أيام النحر وان كان بعدها تصدق بالقيمة وجميع ما ذكرناه في الهدى منله في الاضحية ومن اشترى هديا فضل فاشترى مكانه آخر وأوجبه ثم وجد الاول فان نحرهما فهو أفضل وان نحر الاول وباع الثاني جاز لان الثاني لم يكن واجبا عليه وان باع الاول وذبح الثاني أجزأه الا أن تكون قيمة الاول أكثر فيتصدق بالفضل وهدى المتعة والتطوع في هذا سواء لانهما صارا لله تعالى اذ جعلهما هديا في الوجهين جميعا وان ساق بدنة لا ينوي بها الهدى قال ان كان سائقها الى مكة فهي هدى وأراد بهذا اذا قلدها وسائقها الان هذا لا يفعل عادة الا بالهدى فكان سوقها بعد اظهار علامة الهدى عليها بمنزلة جعله اياها بلسانه هديا

﴿ مسائل منثورة ﴾

من عادة المصنفين أن يذكروا عقيب الابواب ما شذ منها من المسائل فتصير مسائل من أبواب متفرقة فتترجم تارة بمسائل منثورة وتارة بمسائل شتى (قوله وشهد قوم) صورتها أن يشهدوا أنهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة كذا اليوم يكون يوم الوقوف منه العاشر وذكر للاستحسان أوجها أحدها أنها قامت على النفي أي نفي جواز الوقوف وما لا يدخل تحت الحكم وليس هذا بشئ لانها قامت على الاثبات حقيقة وهو

أنهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة كذا اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر وكلامه واضح لا يقبل الشرح

﴿ مسائل منثورة ﴾

(قال المصنف أهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم والقياس أن لا يجزئهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية الخ) أقول قال صدر الشريعة في شرحه للوقاية لفظ الهداية اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وقد كتب في الحواشي شهد قوم أن الناس وقفوا يوم التروية أقول صورة هذه المسئلة مشكلة لان هذه الشهادة لا تكون الا بأن الهلال لم ير ليلة كذا وهو ليلة يوم الثلاثين بل رؤي ليلة بعده وكان شهر ذي القعدة تماما ومثل هذه الشهادة لا تقبل لاحتمال كون ذي القعدة تسعة وعشرين وصورة المسئلة أن الناس وقفوا ثم علموا بعد الوقوف أنهم غلطوا في الحساب وكان الوقوف يوم التروية فان علم هذا المعنى قبل الوقت بحيث يمكن التدارك فان الامام يأمر الناس بالوقوف وان علم ذلك في وقت لا يمكن تداركه فبناء على الدليل الاول وهو امكان التدارك ينبغي أن لا يعتبر هذا المعنى ويقال قد تم حج الناس أما بناء على الدليل الثاني وهو أن جواز المقدم لا نظير له لا يصح الحج اه وفيه بحث فان الدليل الاول هو عدم امكان التدارك أصلا وفي الوقوف يوم التروية كان ممكنا في الجملة كما أشار اليه في الكتاب ولا يضر انسداد باب الامكان بأن لا يعلم ذلك الا بعد الوقت لسائح الحال قال في الجامع الصغير للامام قاضيخان لو تبين أنهم وقفوا يوم التروية لا يجزئهم وان لم يعلموا بذلك الا يوم النحر

وقوله (وكذا اذا شهدوا عشية عرفة) صورته أن الشهود شهدوا في الطريق قبل أن يلحقوا عرفات عشية عرفة وقالوا رأينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو التاسع فان كان الامام لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع أكثر الناس لا تسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لانهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صار كأنهم شهدوا بعد الوقت فلا تسمع وان كان يلحق الوقوف مع أكثر الناس ولكن لا يلحق الضعفة فان وقف جاز والافات الحج لانه ترك الوقوف مع العلم به والقدرة عليه لان المعتبر قدرة الاكثر دون الاقل (ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى) يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جاء يعيد الرمي في يومه فان اقتصر على رمي التي تركها أجزأه لانه أتى بأصل الرمي في وقته وانما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيأ وان أعاد الجمار الثلاث فحسن لما فيه من مراعاة سنة الترتيب وهذا نظير ما سبق أن الطائف اذا دخل الحطيم في طوافه لا ينبغي له ذلك فان أعاد على الحطيم وحده أجزأه وان أعاد الطواف كله كان حسنا (وقال الشافعي لا يجزئه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا) ترتيبا صار به الثاني كالجزء من الاول بدليل أنه اذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينهما فصار ترك الترتيب فيها كتقديم السعي على الطواف أو الابتداء بالمروة قبل الصفا بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا وينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال (ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن) لانه راعى الترتيب المسنون (ولو رمى الاولى وحدها أجزأه) لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف أو بدأ بالمروة قبل الصفا

رؤية الهلال في ليلة قبل رؤية أهل الموقف ثم هو يستلزم عدم جواز وقوفهم ولا حاجة الى الحكم بل الفتوى تفيد عدم سقوط الفرض فيخاطب به وعدم سقوطه هو المراد ههنا وصار كما لو رآه أهل الموقف كذلك ثم أخروا الوقوف ثانيها أن شهادتهم مقبولة لما ذكرنا لكن لا يستلزم عدم صحة الوقوف لعدم وقوعه في وقته بل قد وقع في وقته شرعا وهو اليوم الذي وقف فيه الناس على اعتقادهم أنه التاسع لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وعرفتكم يوم تعرفون وأضحاكم يوم تضحون أي أن وقت الوقوف بعرفة عند الله تعالى اليوم الذي يقف فيه الناس عن اجتهاد ورأي أنه يوم عرفة ثالثها أنها مقبولة لكن وقوفهم جائز لان هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه فلو لم يحكم بالجواز بعد الاجتهاد لزم الحرج الشديد وقد نفاه بفضله الغني عن العالمين وهذا الوجه يصلح بيانا لحكمة الدليل السمعي المذكور فيما قبله واذا كانت هذه الشهادة لا يترتب عليها عدم صحة الوقوف فلا فائدة في سماعها للامام فلا يسمعها لان سماعها يشهر ها بين عامة الناس من أهل الموقف فيكثر القيل والقال فيها وتثور الفتنة وتتكدر قلوب المسلمين بالشك في صحة حجهم بعد طول عنائهم فاذا جاؤا ليشهدوا يقول لهم انصرفوا لا نسمع هذه الشهادة قد تم حج الناس وهل يجوز وقوف الشهود روى هشام عن محمد أنه يجوز وقوفهم وحجهم قال محمد رحمه الله واذا كان من رأي الهلال وقف يوم عرفة يعني في اليوم الذي شهد لم يجز وقوفه وعليه أن يعيد الوقوف مع الامام لان يوم النحر جاز أن يكون يوم الحج في حق الجماعة ووقت الوقوف لا يجوز أن يختلف فيه فلا يعتد بما فعله بانفراده وكذا اذا أخر الامام الوقوف لمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز وقوف من وقف قبله فان شهد شاهدان بهلال ذي الحجة فردت شهادتهما لانه لا علة بالسماء فوقف بشهادتهما قوم قبل الامام لم يجز وقوفهم لانه أخره بسبب يجوز العمل عليه في الشرع فصار كما لو أخره للاشتباه (قوله بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن) يعني اذا ظهر لهم خطؤهم والكلام في تصوير ذلك ولا شك أن وقوفهم يوم التروية على أنه التاسع لا يعارضه شهادة من شهد أنه الثامن لان اعتقاده أنه الثامن انما يكون بناء على أن أول ذي الحجة ثبت باكمال عدة ذي القعدة واعتقاده التاسع بناء على أنه رؤي قبل الثلاثين من ذي القعدة فهذه شهادة على الاثبات والقائلون بأنه الثامن حاصل ما عندهم نفي محض وهو أنهم لم يروا ليلة الثلاثين من ذي القعدة ورآه الذين شهدوا فهي شهادة مقبولة لا معارض لها (قوله وكذا اذا شهدوا عشية عرفة) بأن شهدوا في الليلة التي هم بها في منى متوجهين الى عرفات أن اليوم الذي خرجنا به من مكة المسمى بيوم التروية كان التاسع لا الثامن ولا يمكنه الوقوف بأن يسير الى عرفات في تلك الليلة ليقف ليلة النحر بالناس أو أكثرهم لم يعمل بها ويقف من الغد بعد الزوال لأنهم وان شهدوا عشية عرفة لكن لما تعذر الوقوف فيما

بقي

(قوله فان اقتصر على رمي التي تركها الخ) أقول أي على رمي الجمرة التي تركها

ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا تتعلق بها البداءة قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب

بقي من الليل صار كشهادتهم بعد الوقت وان كان الامام يمكنه الوقوف في الليل مع الناس أو أكثرهم ولا يدركه ضعفة الناس لزمه الوقوف ثانيا فان لم يقف فات حجه لترك الوقوف في وقته مع القدرة عليه (قوله ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها) فلا يتعلق جواز رمي إحداها برمي أخرى هذا هو الاصل في القرب المتساوية الرتب ولولا ورود النص في قضاء الفوائت بالترتيب قلنا لا يلزم فيها أيضا بخلاف ترتيب السعي على الطواف لانه اعتبر تبعا حتى لا يشرع الا عقيب طواف وبخلاف المروة فان البداءة من الصفا قد ثبتت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ابدؤا بما بدأ الله به بصيغة الامر على ما قدمناه من تخريجه فالترتيب الواقع فعلا منه صلى الله عليه وسلم محمول على السنة اذ مجرد الفعل لا يفيد أكثر من ذلك وقد تضمن هذا التقرير متع ما قيل من قبل الشافعي ان رمي الجمار قربة واحدة بدليل لزوم دم واحد في ترك كلها قلنا اقامتها في أماكن مختلفة ظاهر في التعدد فيجب البقاء معه حتى يوجب الخروج عنه موجب وتماثل الاعمال لا يوجبه بل هي أولى بالتعدد من الاسابيع المتعددة من الطواف لانها تقام في محل واحد واتحاد الدم ليس للوحدة الحقيقية شرعا بل يثبت مع التعدد عند اتحاد الجنس في الجنايات رحمة وفضلا على ما عرف في شرب الخمر وزنا غير المحصن مرارا اذا ثبتت كلها يلزم موجب واحد فكذا الدم لان لزومه موجب جناية ولو سلم اعتبارها واحدة في حق حكم لا يلزم اعتبارها كذلك في حق كل حكم مع قيام التعدد الحقيقي بل في خصوص ذلك المحل هذا مع أن المعقول في محل اعتبارها واحدة وهو موضع الجناية الحكم بتداخلها فضلا وهو منتف في ترك الترتيب (قوله ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وهذا لانه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كالتزام التتابع في الصوم (وفي الاصل خيره بين أن يركب وبين أن يمشي وهذا) أعني ما في الجامع وهو قوله لا يركب حتى يطوف (اشارة الى الوجوب) وهو الظاهر لما قلنا وانما انتهى المشي بالطواف لانه منتهى اعمال الحج فان قيل فقد كره أبو حنيفة الحج ماشيا فكيف يكون صفة كمال قلنا انما كرهه اذا كان مظنة سوء خلق الفاعل له كأن يكون صائما مع المشي أو ممن لا يطيق المشي فيكون سببا للمأثم من مجادلة الرفيق والخصومة والاقلاش أن المشي أفضل في نفسه لانه أقرب الى التواضع والتذلل وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما كف بصره ما أسفت على شئ كأسفي على أن لم أحج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من حج ماشيا كتب له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل ما حسنات الحرم قال كل حسنة بسبعمائة لا يقال لا تطير للمشي في الواجبات ومن شرط صحة النذر أن يكون من جنس المنذور واجب على ما ذكرته في كتاب الصوم لانا نقول بل له نظير وهو مشي المكي الذي لا يجد الراحلة وهو قادر على المشي فانه يجب عليه أن يحج ماشيا ونفس الطواف أيضا ثم اختلف المشايخ في محل ابتداء وجوب المشي لان محمدا لم يذكره قيل من الميقات والاصح أنه من بيته لانه المراد عرفا ويدل عليه من الرواية ما عن أبي حنيفة لو أن بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي أن أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشي من بغداد ولو أحرم من بيته فالاتفاق على أنه يمشي من بيته وقد عرف من هذا أن لا فرق في الوجوب بين أن ينجز النذر أو يعلقه كان شفى الله مريضي أو قدم زيد فعلي حجة أو عمرة ولا فرق بين قوله لله علي أو علي حجة في الايجاب ولو قال على المشي

ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق جواز بعض البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا تتعلق بها البداءة قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب

فلا يتعلق جواز البعض ببعض ألا ترى أنه لو أعاد مرتبا كان مؤديا لا قاضيا بخلاف الصلوات فان النص فيها ناطق بأن من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز وقوله (لانه دونه) أي لان السعي دون الطواف يعني أحط منزلة من الطواف لان الطواف فرض كطواف الزيارة أو من جنس الفرض كطواف القدوم وأما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح أن يكون تابعا للطواف وقوله (والمروة عرفت منتهى السعي بالنص) وهو قوله عليه السلام ابدؤا بما بدأ الله به أراد به قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله (فلا تتعلق بها البداءة) قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا) أي ومن نذر أن يحج ماشيا وجب عليه أن لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح (وخير في الاصل) يعني المبسوط (بين الركوب والمشي) بعد النذر لان الحج ماشيا يكره وراكبا أفضل لكنه ورد فيه النص على ما ذكره فكان مخيرا وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لا يركب يعني رواية الجامع الصغير تقتضي ترك الركوب على سبيل

الوجوب لانه أخبر عنه بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع

(قوله لان الحج ماشيا يكره وراكبا أفضل لكنه ورد فيه النص الخ) أقول اذا ورد فيه النص كيف يكره

الى بيت الله ولم يذكر حجة ولا عمرة فحنث فعليه أحد النسكين حجة أو عمرة استحسانا وفي القياس لا شيء عليه وجه الاستحسان أنه قد تعورف ايجاب النسك بهذا اللفظ فكان كقوله على أحد النسكين فان جعلها حجة مشى فلم يركب حتى يطوف أو عمرة مشى حتى يحلق ولو قرنها بحجة الاسلام جاز فان ركب فعليه دم مع دم القران لانه ترك واجبا ولو نذر حجة ماشيا ثم أحرم من الميقات بعمرة تطوعا ثم أضاف اليها الحجة أجزأه ما لم يطف لعمرته وهو قارن ولو أحرم بعد ما طاف لعمرته لم يجز وعليه دم وكل من نذر وقال ان شاء الله تعالى متصلا لم يلزمه شيء * واعلم أن مقتضى الاصل أن لا يخرج عن عهدة النذر اذا ركب كما لو نذر الصوم متتابعا فقطع التتابع ولكن ثبت ذلك في الحج نصا فوجب العمل به وهو ما عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي الى البيت فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هديا رواه أبو داود وسنده حجة وما في رواية مسلم أنه قال صلى الله عليه وسلم فيها لتمش ولتركب ولم يزد في هذه الرواية على ذلك فمحمول على ذكر بعض المروي بدليل ما صرحت به الرواية الاخرى ثم اطلاق الركوب في الروايتين محمول على علمه بعجزها عن المشي بدليل ما في الرواية الاخرى لابي داود عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية وأنها لا تطيق المشي فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله لغني عن مشي أختك فلتركب ولتهد بدنة الا أنه عمل باطلاق الهدي من غير تعيين بدنة لقوة روايتها واذا عرف أن ايجاب النسك بنذر المشي الى بيت الله تعالى لتعارف ارادة ذلك عرف أنه مقيد بما اذا لم تكن له نية غيره فلو نوى به المشي الى مسجد المدينة المكرمة أو مسجد بيت المقدس أو مسجد غيرهما لم يلزمه شيء أما صحة نيته فلمطابقتها اللفظ اذ المساجد كلها بيوت الله تعالى واذا صحت لم يلزمه شيء لان سائر المساجد يجوز الدخول فيها بلا احرام فلا يصير به ملتزما للاحرام وقوله على المشي الى مكة أو الكعبة فهو كقوله الى بيت الله ولو قال على المشي الى الحرم أو المسجد الحرام لا شيء عليه عند أبي حنيفة لعدم العرف في التزام النسك به وقالا يلزمه النسك أخذا بالاحتياط لانه لا يتوصل الى الحرم ولا المسجد الحرام الا بالاحرام فكان بذلك ملتزما للاحرام كذا في المبسوط وقوله أو جه ان لم يكن عرف فان الالتزام للنسك بهذا اللفظ ليس مدلولا وضعيا بل عرفيا فكون التوصل في الخارج بالفعل الى المسجد الحرام ليس الا بالاحرام لا يوجب أن نفس اللفظ يفيده اذا تأملت قليلا وأما كون التوصل الى الحرم أيضا يستدعي الاحرام فليس بصحيح لانه لو لم يبنوا الآفاقي الامكانيين في الحرم لحاجة أو لاجازة الوصول اليه بلا احرام واتفقوا على أن لا لزوم لو قال الى الصفا أو المروة أو مقام ابراهيم عليه السلام مع أنه لا يتوصل اليها بالفعل الا بالاحرام شرعا فعرف أن المدار تعارف الايجاب باللفظ الخاص وكذا لو قال مكان المشي غيره والباقي بحاله لا يلزم كقوله علي الذهاب الى بيت الله أو الخروج أو السفر لا شيء عليه بخلاف قوله لله على أو على احرام حيث يلزم أحد النسكين وان لم يتعارف الايجاب به لافادته التزام الاحرام وضعا وكذا اذا قال علي الركوب أو الاتيان لا شيء فيه وكذا الشد والهرولة وكذا لو قال على المشي الى أستار الكعبة أو بابها أو ميزابها أو عرفات أو مزدلفة أو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم لعدم تعارف ايجاب النسك به وفي موضع الى الحجر الاسود الى مقام ابراهيم الى الركن يلزمه والى اسطوانة البيت أو زمزم لم يلزمه وما قدمناه آنفا في مقام ابراهيم من عدم اللزوم مذكور في المبسوط ولو قال على نصف حجة فعليه حجة عند محمد وعن أبي يوسف فيه روايتان وفي المبسوط لو قال ان فعلت كذا فأنا أحرم فان نوى به العدة فلا شيء عليه أو الايجاب لزمه اذا فعل ذلك حجة أو عمرة وان لم يكن له نية فالقياس أن لا يلزمه شيء وفي الاستحسان يلزمه للعرف في ارادة التحقيق لمثله للحال كقول المؤذن والشاهد أشهد ومثله ما ذكر فيه لو قال أنا أمشي الى بيت الله ان نوى العدة لا شيء عليه ولكن يندب الوفاء بالوعد وان نوى النذر كان نذرا وكذا اذا لم يكن له نية فهو نذر للعادة اه وهذا يتوقف على ثبوت العرف في النذر بذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

وفي الخلاصة لو قال أنا أحج لا حج عليه ولو قال ان دخلت فأنا أحج يلزمه عند الشرط كأنه علقه لان تعارف الايجاب به انما هو في التعليق ولو قال ان عافاني الله تعالى من مرضي هذا فعلي حجة فبرأ لزمته فاذا حج جاز ذلك عن حجة الاسلام الا أن ينوي غيرها لان الغالب أن يريد به المريض الذي فرّط في الفرض حتى مرض ذلك وفي بعض الكتب فرق بين قوله فعلي حجة حيث يلزمه حجة سوى حجة الاسلام الا أن يعني به ما وجب عليه وبين قوله فعلي أن أحج حيث يجزي عن حجة الاسلام الا أن ينوي غيرها وما ذكرناه قبل في الخلاصة ومنهم من حكى خلافا في مثله بينهما قال التزم حجة ثم حج من عامه حجة الاسلام سقط عنه ما التزم عند أبي يوسف خلافا لمحمد ومن نذر مائة حجة ونحوها اختلفوا فيه هل تلزمه كلها فيلزمه الايصاء بها أو يلزمه قدر ما عاش ففي الخلاصة نص على لزوم الكل وذكر غيره عن أبي يوسف ومحمد الثاني واختاره السرخسي وقبله شداد ألحق بما لو قال علي أن أحج سنة عشرين فمات قبلها لا يلزمه شيء وقد يعكر عليه ما عن أبي يوسف لو قال لله علي أن أحج وذلك في غير أشهر الحج فمات قبل أشهر الحج لزمته حجة والحق أن لزوم الكل للفرق بين الالتزام ابتداء واضافته ولو قال عشر حجج في هذه السنة لزمه عشر في عشر سنين ومن قال ثلاثين حجة ونحوها فأحج عنه ثلاثين رجلا في سنة جاز وكلما عاش الناذر بعد ذلك سنة بطلت منها حجة فعليه أن يحجها بنفسه لانه قدر عليها بنفسه فظهر عدم صحة احجاجها فان لم يحج لزمه الايصاء بقدر ما عاش من بعد الاحجاج ومن نذر أن يحج في سنة كذا فحج قبلها جاز عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقول أبي يوسف أقيس بما قدمناه في نذر الصوم فارجع اليه ولا بد من نية المنذور ان لم يكن قصده حجة الاسلام على ما ذكرنا في نذر المريض وما في المنتقى نذر أن يحج فحج ولا نية له فهو تطوع عن أبي يوسف وقال هشام عن حجة الاسلام لا يستلزم خلافا اذ لا خلاف في تأدي فرض الحج باطلاق النية عندنا وما عن أبي يوسف فيما اذا لم يكن عليه حجة الاسلام وما عن هشام فيما اذا كان عليه بالضرورة فقد اتفقا على أن لا ينصرف الى المنذور بلا نية ومن قال ان كلمت فلانا فعلي حجة يوم أكلمه فكلمه لا يصير محرما بها بل لزمته يفعلها متى شاء كما لو قال على حجة اليوم انما تلزمه في ذمته يحرم بها متى شاء ولو قال لرجل علي حجة ان شئت فقال شئت لزمته وكذا ان شاء فلان فشاء وهل تقتصر مشيئة فلان على مجلس بلوغه ذلك الخبر اختلف فيه والاصح أن لا تقتصر بخلاف تعليق الطلاق بمشيئته لان الطلاق يقبل التمليك اذا كان مملوكا للحالف فكان تمليكا من ذي المشيئة فاستدعى جوابه في المجلس لان التمليكات تستدعي جوابا في المجلس وليس ما نحن فيه من ذلك فانتفى موجب الاقتصار عليه ومن قال ان فعلت كذا فعلي أن أحج بفلان فان نوى أحج وهو معي فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج به وان نوى أن يحجه فعليه أن يحجه لان الباء للالصاق فقد ألصق فلانا بحجه وهذا يحتمل معنيين أن يحج فلان معه في الطريق وأن يعطي فلانا ما يحج به من المال والتزام الاول بالنذر غير صحيح والثاني صحيح لان الحج يؤدى بالمال عند اليأس من الاداء فكان هذا في حكم البدل وحكم البدل حكم الاصل فيصح التزامه بالبدل كما يصح التزامه بالاصل فاذا نوى الوجه الاول عملت نيته لاحتمال كلامه ولكن المنوى لا يصح التزامه بالنذر فلا يلزمه شيء وانما عليه أن يحج بنفسه خاصة وان نوى الثاني لزمه فاما أن يعطيه من المال ما يحج به أو يحجه مع نفسه ليحصل الوفاء بالنذر فان لم يكن له نية أصلا فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج فلانا الا ان لفظه في حق فلان يحتمل الوجوب وعدمه والمعين للوجوب فيه ليس الا النية وقد فقدت ولو كان قال فعلي أن أحج فلانا فهذا محكم والنذر به صحيح ومن نذر أن يطوف زحفا فطاف كذلك قيل لا يلزمه شيء كما لو نذر أن يصلي قاعدا وقيل عليه الاعادة فان رجع قبل أن يعيد فعليه دم وهذا أوجه لان الصلاة عهد شرعيتها قائما وقاعدا فعلا في الاختيار فالتزامها قاعدا التزام أحد صنفيها بخلاف الطواف النفل فالتزامه حالة القدرة على المشي كالتزام الصلاة إياه حالة القدرة على الركوع والسجود وسنذكر خاتمة في نذر الهدي والمجاورة وزيارة قبر النبي

(وهو الاصل) أى الموافق للقواعد لان من أوجب على نفسه شيأ على وجه الكمال لا تتأدى ناقصا والمشى فى الحج صفة كمال قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال كل حسنة بسبعمائة وروى عن ابن عباس أنه قال بعدما كف بصره ما تأسفت على شئ كتأسفى على أنى لم أحج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر فصار كما اذا نذر بالصوم متتابعا لا تتأدى متفرقا واعترض بوجهين أحدهما أن النذر لا يصح الا بما له نظير فى المشروعات المفروضة أو الواجبة وليس للمشى نظير والثانى (٣٣٢) أن أبا حنيفة رحمه الله كره المشى فى طريق الحج فما وجه ما ذكره فى الكتاب فانه يناقض ذلك

وأجيب عن الاول بأن له أصلا وهو أن المكى الفقير اذا لم يملك الزاد والراحلة وأمكنه المشى الى عرفات وجب عليه الحج ماشيا وعن الثانى بان أبا حنيفة ما كره المشى مطلقا وانما كره الجمع بين الصوم والمشى لانه اذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل والجدال منهى عنه فى الحج وقوله (وأفعال الحج تنتهى بطواف الزيارة) يريد بالافعال الاركان لا مطلق الافعال فان رمى الجمار وغيره من أفعال الحج وقوله (ثم قيل) يعنى أن محمدا لم يذكر فى شئ من الكتب من أى موضع يبدأ واختلف المشايخ فيه فقيل يبتدئ من حين يحرم وعليه الامام فخر الاسلام والامام العتابى وغيرهما (وقيل من بيته) وعليه شمس الائمة السرخسى ومال اليه المصنف وقال (لان الظاهر أنه هو المراد) يعنى أنه هو المتعارف والعرف معتبر فى النذر فاذا ثبت أنه واجب (فلو ركب أراق دما لانه أدخل نقصا فيه) يدل على ذلك ما روى عن عقبة بن عامر الجهنى أنه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ان أختى نذرت أن تحج ماشية حافية فقال فهى عليه السلام ان الله تعالى لغنى عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولتذبح لركوبها شاة وفى بعض الروايات ولترق دما وقوله (قالوا) يعنى المشايخ كأنه بيان التوفيق بين رواية الاصل ورواية الجامع روى الامام فخر الاسلام عن الفقيه أبى جعفر أنه قال (انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشى وأما اذا قربت والرجل ممن يعتاد المشى ولا يشق عليه ينبغى أن لا يركب) وقوله (ومن باع جارية محرمة) ظاهر

وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وأفعال الحج تنتهى بطواف الزيارة فيمشى الى أن يطوفه ثم قيل يبتدئ المشى من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر أنه هو المراد ولو ركب أراق دما لانه أدخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق عليه المشى واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشى ولا يشق عليه ينبغى أن لا يركب (ومن باع جارية محرمة قد أذن لها مولاها فى ذلك فللمشترى أن يحللها ويجامعها) وقال زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما اذا اشترى جارية منكوحة ولنا أن المشترى قائم مقام البائع

صلى الله عليه وسلم تسليما (قوله ومن باع جارية محرمة قد أذن لها الخ) الاصل أن العبد والامة اذا أحرم احدهما بغير اذن المولى فله أن يمنعه ويحلله بلا هدى وذلك بأن يصنع به أدنى ما يحرم عليه بالاحرام كقلم ظفره ونحوه وعليه بعد العتق هدى الاحصار وحجة وعمرة ان كان الاحرام بحجة وان أحرم باذن المولى كره له تحليله ولو حلله حل ولو أحصر فعلى المولى أن يبعث دم الاحصار ويتحلل لانه وجب عن احرام مأذون فيه فكان كالنفقة عليه وقد قدمنا فيه خلافا فى باب الاحصار واذا أحرم العبد أو الامة باذن المولى ثم باعهما نفذ البيع وللمشترى منعهما وتحليلهما وليس له الرد بالعيب خلافا لزفر قال ليس له ذلك فله الرد بالعيب وعلى هذا الخلاف اذا أحرمت الحرة بحج نفل ثم تزوجت فللزوج أن يحللها عندنا خلافا له وجه قوله ما ذكره المصنف بقوله (لان هذا عقد سبق ملكه) بنصب ملكه مفعولا لسبق أى سبق وجوده ملك المشترى فليس له أن ينقضه (كما اذا اشترى جارية منكوحة) ليس له أن يفسخ نكاحها لهذا المعنى بعينه فكذا هذا قلنا المشترى فى ملك الرقبة قائم مقام البائع ولم يكن للبائع ولاية ابطال النكاح وله التحليل وان كره فكذا المشترى الا أنه لا كراهة على المشترى لانها فى حق البائع بمكان خلف الوعد وهو منتف فى المشترى ثم فى أصل المسئلة خلاف الشافعى فعنده ليس للسيد التحليل بعد الاذن واتفقنا على أن ليس للزوج تحليل الزوجة اذا أحرمت بنفل باذنه وانما له ذلك اذا أحرمت بلا اذن فقاس الشافعى على ذلك بجامع الاذن فيسقط حقه وقياسا على ابطال عمل نفسه بجامع الرضا بواسطة الاذن هنا ونحن نمنع عمل الاذن فى السقوط مطلقا بل ان كان الثابت مجرد حق كما فى الزوجة فانه لا يملك منافعها وانما له حق فيها فيسقط بالاذن أما ان كان الثابت حقيقة الملك فلا اذ لا شك فى أن الملك لا يسقط به وانما عمله فى التبرع بمنافعه وذلك لا يلزم دائما فى المستقبل بل عمله فى رفع المخالفة والمشافهة فيما أتاه فمتى نهاه كان ذلك منتهى عمل الاذن لما قلنا انه لم يعمل فى دوام السقوط فى المستقبل وصار كالاذن فى استخدام العبد لغيره وكتبوئتها مع الزوج له فيهما الرد الى الاستخدام والمنع مما أذن فيه وهذا لانه لا دليل على أنه جل جلاله أسقط الملك وآثاره بالاذن بالاحرام فبقى على ما عهد له من اللوازم بل عهد أنه جل ذكره قدم حق العبد على حقه عند التعارض لفقره وغنى العزيز العظيم هذا واذا أحرمت الحرة بالفرض فليس له أن يحللها ان كان لها محرم عندنا فان لم يكن لها فله منعها فان أحرمت

(قوله فما وجه ما ذكره فى الكتاب) أقول التزم القربة بصفة الكمال

وقد كان للبائع أن يحللها فكذا المشترى الا أنه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد فى حق المشترى بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع أن يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشترى واذا كان له أن يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها (و) ذكر (فى بعض النسخ أو يجامعها) والاول يدل على أنه يحللها بغير الجماع بقص شعر أو بقلم ظفر ثم يجامع والثانى يدل على أنه يحللها بالمجامعة لانه لا يخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى أن يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله أعلم

فهى محصرة لحق الشرع فلذا اذا أراد الزوج تحليلها فانها لا تتحلل الا بالهدى بخلاف مالو أحرمت بنفل بلا اذن فله أن يحللها ولا يتأخر تحليله اياها الى ذبح الهدى بل يحللها من ساعته وعليها هدى لتعجيل الاحلال وحجة وعمرة لان هناك لا حق للزوج فى منعها لو وجدت محرما وانما تعذر عليها الخروج لفقد المحرم شرعا فلا تتحلل الا بالهدى وهنا قد تعذر الخروج لحق الزوج فكما لا يكون لها أن تبطل حقه ليس لها أيضا أن تؤخره كذا فى باب الاحصار من المبسوط والتحليل أن ينهاها ويفعل بها أدنى ما يحرم بالاحرام كقص ظفر وتقبيل أو معانقة وهو أولى من التحليل بالجماع لانه أعظم محظورات الاحرام حتى تعلق به الفساد فلا يفعله تعظيما لامر الحج ولا يقع التحليل بقوله حللتك بل بفعله أو بفعلها بأمره كالامتشاط بأمره لانه صلى الله عليه وسلم قال لعائشة امتشطى وارفضى عمرتك حين حاضت فى العمرة ولو جامع زوجته أو أمته المحرمة ولا يعلم باحرامها لم يكن تحليلا وفسد حجها وان علمه كان تحليلا ولو حللها ثم بدا له أن يأذن لها فأذن فأحرمت بالحج ولو بعد ما جامعها من عامها ذلك لم يكن عليها عمرة ولا نية القضاء ولو أذن لها بعد مضى السنة كان عليها عمرة مع الحج وقال زفر عليها العمرة فيهما ونية القضاء لانهما تقررا فى ذمتها برفض الحج فلا تخرج عن عهدتهما الا بهما مع نية القضاء فلو لم تتم لم تخرج عن العهدة وفى هذا الافرق بين عام الاحلال والعام القابل قلنا ان قلت بمجرد التحليل تقررا منعناه بل اللازم عين تلك الحجة ما لم يمض الوقت فاذا مضى بلا ايقاع فيه حينئذ لزمه مثلها وهو القضاء لانه أداء مثل الواجب وذلك لا يتحقق الا بعد خروج الوقت وصار كما اذا شرع فى صلاة فى وقتها ثم قطعها فيه ثم أداها فيه أيضا واذا كان اللزوم ما لم تتحول السنة عين الواجب لم تلزمه عمرة ولا ينوى القضاء وعن هذا قلنا لو حللها فأحرمت فحللها فأحرمت هكذا مرارا ثم حجت من عامها أجزأها عن كل التحللات تلك الحجة الواحدة ولو لم تحج بعد التحليلات الا من قابل كان عليها لكل تحليل عمرة هذا وقدمنا فى باب الاحصار أنه اذا كان الاحصار فى حجة الاسلام لا ينوى القضاء ولو تحولت السنة لانها باقية فى ذمته ما لم يؤدها ولم يخرج الوقت لتصير قضاء لان وقتها العمر والتضيق فى أول سنى الامكان لا ينفيه لما حققنا فى أول كتاب الحج من أن ذلك وجوب احتياط لا افتراض وقد أجمعوا أن بالاداء بعد التأخير بلا عذر وتحمل الاثم يقع أداء واذا أذن لأمته المتزوجة فى الحج فليس لزوجها منعها الان منافعها للسيد ❁ وهذه الخاتمة الموعودة وفيها ثلاثة مقاصد ❁ المقصد الاول فى ايجاب الهدى وما يتبعه ❁ يثبت لزوم الهدى بنذره تنجيزا وتعليقا ولا فرق بين قوله لله على أو على هدى لانه لا يكون الا لله ولا يلزم الا فيما يملك فلو قال ان فعلت كذا فهذا هدى لغير مملوك له ففعل لا شئ عليه الا أن يكون ذلك المشار اليه ابنه ففيه القياس والاستحسان على ما سنذكر فى نذر ذبح الولد وكذا لو قال ذلك لمملوك له فباعه ثم فعل ولو قال فهذا حر يوم أشتريه ففعل ثم اشتراه عتق ولو اشتراه قبل الفعل ثم فعل لا يعتق ولو قال ان فعلت فأنا أهدى كذا لزمه اذا فعل ويلزمه من اطلاق لفظ الهدى أمران جواز ما يجزى فى الاضحية من الشاة الضأن أو المعز أو الابل أو البقر الا أن ينوى بعيرا أو بقرة فيلزمه ذلك وأن لا يذبح الا فى الحرم فان كان فى أيام النحر فالسنة ذبحه بمنى والا ففى مكة وله أن يذبحه حيث شاء من أرض الحرم ولو قال على أن أهدى جزورا تعين الابل والحرم ولو قال جزور فقط جاز فى غير الحرم كمصر

قوله (وقد كان للبائع) يعنى على ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أن المولى اذا أذن للعبد فى الحج فليس له أن يحلله لانه أسقط حقه بالاذن فصار العبد كالحر الا أن المشترى له أن يحلله لان الاحرام لم يقع باذنه وقوله (بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع فسخه) جواب عن قياس زفر وانما لم يكن له أن يفسخ اذا كان باذنه لما أن النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به باذن المالك فلا يتمكن المالك من فسخه وان بقى ملكه لتعلق حق العبد به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن باذنه والمشترى قام مقامه بعد الشراء فكذلك لا يكون له حق الفسخ أيضا وأما ههنا فقد اجتمع فى الجارية حقان حق الله تعالى فى الاحرام وحق المشترى فى الاستمتاع فيقدم حق العبد لحاجته على حق الله تعالى لغناه وقوله (وذكر فى بعض النسخ) أى نسخ الجامع الصغير (أو يجامعها) يعنى قال فللمشترى أن يحللها أو يجامعها وباقى كلامه ظاهر وهذا آخر العبادات والله تعالى هو المعين على الاتمام

والشام لانه لم يذكر الهدى ولو قال بدنة فقط جاز البقرة والبعير حيث شاء الا أن ينوى معينا من البدن وعن أبي يوسف يتعين الحرم فرق بينه وبين الجزور بأن اسم البدن لا يذكر في مشهور الاستعمال الا في معنى المهداة ولو صرح بالهدى يتعين الحرم فكذا البدنة وظاهر المذهب خلافه الا أن يزيد فيقول بدنة من شعائر الله ويمنع أن فيه نقلا شرعيا أو عرفيا بل كل منهما مشترك فيها واذا ذبح الهدى في الحرم يتصدق به على مساكين الحرم وان تصدق به على غيرهم أيضا جاز لان معنى اسم الهدى لا يعين فقراء محل أصلا بل انما ينبئ عن النقل الى مكان وذلك هو الحرم اجماعا فتعين الحرم انما هو لافادة مأخذ اسم النقل ثم تعين المكان بالكتاب والاجماع فتعين فقراء الحرم قول بلا دليل وهذا لان القربة بالاهداء تتم بالنقل الى الحرم والذبح به تعظيما له ولذا لو سرق لم يلزمه غيره وبذلك انتهى مدلوله ويصير لحاوجه القربة فيه شئ آخر هو التصدق وفي هذا مساكين الحرم وغيرهم سواء وهل يجوز التصدق بالقيمة في الحرم في نذر الهدى كأن يقول هذه الشاة هدى في رواية أبي سليمان يجوز أن يهدى قيمتها وفي رواية أبي حفص لا يجوز وجه الاولى اعتبار النذر بما أمر الله جل ذكره به من الغنم والابل في الزكاة وجه رواية أبي حفص أن في اسم الهدى زيادة على مجرد اسم الشاة وهو الذبح فالقربة فيه تتعلق بالذبح ثم التصدق بعد ذلك تبع بخلاف الزكاة فان القربة انما تتعلق في الشاة بالصدقة وهو ثابت في القيمة فيجوز وليس الذبح ثابتا في قيمة الهدى فلا يجوز وهذا احسن ومن نذر شاة فأهدى مكانها جزورا فقد أحسن وليس هذا من القيمة لثبوت الاراقة في البدل الأعلى كالاصل وقالوا اذا قال لله على أن أهدى شاتين فأهدى شاة تساوى شاتين قيمة لم يجزه فلو عين الهدى مما لا يذبح فما يقبل النقل كالعبيد والقدور والثياب فقال ان فعلت فثوبي هذا هدى أو هذا القدر هدى أو هذا العبد جاز اهداء قيمته الى مكة أو عينه ويجوز أن يعطى لحمية البيت اذا كانوا فقراء وان تصدق به أو بقيمته في غير مكة كالكوفة ومصر جاز لان معنى القربة في الامتعة ليس الا التصدق وهو في حق أهل مكة وغيرهم سواء بخلاف الهدى مما يشرع ذبحه لان معنى القربة فيه بالاراقة ولم تعرف قربة الا في الحرم فيتعين الحرم وغاية ما فيه أنه نذر التصدق في مكان فتصدق في غيره وذلك جائز عندنا لان النذر بما هو قربة والقربة انما هي بالتصدق فينعقد النذر بمجرد التصدق وان كان مما لا ينقل كالدار والارض تتعين القيمة اذا أراد الايصال الى مكة وقوله فهذه الشاة هدى الى البيت أو مكة أو الكعبة موجب ولو قال الى الحرم أو المسجد الحرام على الخلاف في التزام المشى الى الحرم والمسجد الحرام عندهما موجب وعند أبي حنيفة لا وقوله هدى الى الصفا والمروة لا يجب اتفاقا على ما سبق في المشى فان قيل ينبغي أن يلزم هنا على قوله أيضا لان مجرد ذكر الهدى موجب فزيادة ذكر الحرم لا ترفع الوجوب بعد الثبوت بخلاف المشى الى الحرم لان مجرد قوله على المشى غير موجب بل مع ما يمشى اليه أجيب بأن اسم الهدى انما يوجب باعتبار ذكر مكة مضمرا بدلالة العرف فاذا نص على الحرم أو المسجد تعذر اضمار مكة في كلامه اذ قد صرح بمراده فلا يجب شئ به وقوله فثوبي هذا ستر للبيت أو أضرب به حطيم البيت ملزم استحسانا لانه يراد بهذا اللفظ هديه ولو قال كل مالي أو جميعه هدى فعليه أن يهدى ماله كله ويمسك منه قدر قوته فاذا أفاد مالا تصدق بقدر ما أمسك وأورد هذه المسئلة في كتاب الهبة أن الاصل فيما اذا قال مالي صدقة فقال في القياس ينصرف الى كل مال له وهو قول زفر وفي الاستحسان ينصرف الى مال الزكاة خاصة بخلاف ما اذا قال جميع ما أملك فمن المشايخ من قال ما ذكره هنا جواب القياس لان التزام الهدى في كل مال كالتزام الصدقة في كل مال والأصح الفرق بأن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى بلفظ الصدقة يختص بمال الزكاة فكذا ما يوجبه العبد على نفسه وهنا انما أوجب بلفظ الهدى وما أوجبه الله تعالى بلفظ الهدى لا يختص بمال الزكاة وفي نوادر ابن سماعة لله على أن أذبح ولم يقل صدقة لا شئ عليه وعندي فيه نظر لانه التزم بما من جنسه

واجب

واجب الا أن يقصد الذبح بنفسه ومن قال لله علي أن أنحر ولدي فني القياس لا شئ عليه وفي الاستحسان يلزمه شاة ولو كان له أولاد لزمه بعدد كل ولد شاة وكذا اذا نذر ذبح عبده عند أبي حنيفة وعند محمد يلزمه الشاة في الولد لا العبد وعند أبي يوسف لا يلزمه في واحد منهما ﴿المقصد الثاني في المجاورة﴾ اختلف العلماء في كراهة المجاورة بمكة وعدمها فذكر بعض الشافعية أن المختار استحبابها الا أن يغلب على ظنه الوقوع في المحذور وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وذهب أبو حنيفة ومالك رحمهما الله الى كراهتها وكان أبو حنيفة يقول انها ليست بدار هجرة وقال مالك وقد سئل عن ذلك ما كان الناس يرحلون اليها الا على نية الحج والرجوع وهو أعجب وهذا أحوط لما في خلافه من تعريض النفس على الخطر اذ طبع الانسان التبرم والملل من توارد ما يخالف هواه في المعيشة وزيادة الانبساط المخل بما يجب من الاحترام لما يكثر تكرره عليه ومداومة نظره اليه وأيضا الانسان محل الخطا كما قال عليه السلام كل بني آدم خطاء والمعاصي تضاعف على ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان صح والا فلا شك أنها في حرم الله أفحش وأغلظ فتنهض سببا لغلظ الموجب وهو العقاب ويمكن كون هذا هو محمل المروي من التضاعف كي لا يعارض قوله تعالى ومن جاء بالسيئة فلا يجزى الا مثلها أعني أن السيئة تكون فيه سببا لمقدار من العقاب هو أكثر من مقداره عنها في غير الحرم الى أن يصل الى مقدار عقاب سيآت منها في غيره والله أعلم وكل من هذه الامور سبب لمقت الله تعالى واذا كان هذا سجية البشر فالسبيل التزوح عن ساحته وقل من يطمئن الى نفسه في دعواها البراءة من هذه الامور إلا وهو في ذلك مغرور ألا ترى الى ابن عباس رضي الله عنهما من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم المحببين اليه المدعو له كيف اتخذ الطائف دارا وقال لأن أذنب خمسين ذنبا (١) بركبة وهو موضع بقرب الطائف أحب الي من أن أذنب ذنبا واحدا بمكة وعن ابن مسعود رضي الله عنه ما من بلدة يؤاخذ العبد فيها بالهمة قبل العمل الا مكة وتلا هذه الآية ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب أليم وقال سعيد بن المسيب للذي جاء من أهل المدينة يطلب العلم ارجع الى المدينة فانا نسمع أن ساكن مكة لا يموت حتى يكون الحرم عنده بمنزلة الحل لما يستحل من حرمها وعن عمر رضي الله عنه قال خطيئة أصيبها بمكة أعز علي من سبعين خطيئة بغيرها نعم أفراد من عباد الله استخلصهم وخلصهم من مقتضيات الطباع فأولئك هم أهل الجوار الفائزون بفضيلة تضاعف الحسنات والصلوات من غير ما يحبطها من الخطيئات والسيآت في الحديث عنه عليه السلام صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد الا المسجد الحرام وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة في مسجدي وفي رواية لأحمد عن ابن عمر سمعته يعني النبي صلى الله عليه وسلم يقول من طاف أسبوعا بالبيت وصلى ركعتين كان كعدل رقبة وقال سمعته يقول ما رفع رجل قدما ولا وضعها الا كتب الله له عشر حسنات وحط عنه عشر سيآت ورفع له عشر درجات وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه السلام من أدرك رمضان بمكة فصامه وقام منه ما تيسر كتب له مائة ألف شهر رمضان فيما سواها وكتب الله له بكل يوم عتق رقبة وبكل ليلة عتق رقبة وكل يوم حملان فرس في سبيل الله ولكن الفائز بهذا مع السلامة من احباطه أقل القليل فلا يبقى الفقه باعتبارهم ولا يذكر حالهم قيدا في جواز الجوار لان شأن النفوس الدعوى الكاذبة والمبادرة الى دعوى الملكة والقدرة على ما يشترط فيما تتوجه اليه وتطلبه وانها لأكذب ما يكون اذا حلفت فكيف اذا ادعت والله أعلم وعلى هذا فيجب كون الجوار في المدينة المشرفة كذلك فان تضاعف السيآت أو تعاظمها وان فقد فيها لمخافة السآمة وقلة الادب المفضي الى الاخلال بواجب التوقير والاجلال قائم وهو أيضا مانع الا للافراد ذوي الملكات فان مقامهم وموتهم فيها هي السعادة الكاملة في صحيح مسلم لا يصبر على لأواء المدينة وشدتها أحد من أمتي الا كنت له شفيعا يوم

(١) ركبة بضم فسكون كما في القاموس كتبه مصححه

القيامة أو شهيدا وأخرج الترمذي وغيره عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم من استطاع أن يموت بالمدينة فليمت فاني أشفع لمن يموت بها ﴿المقصد الثالث في زيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم﴾ قال مشايخنا رحمهم الله تعالى من أفضل المندوبات وفي مناسك الفارسي وشرح المختار أنها قريبة من الوجوب لمن له سعة روى الدارقطني والبزار عنه عليه السلام من زار قبري وجبت له شفاعتي وأخرج الدارقطني عنه عليه السلام من جاءني زائرا لا تعمله حاجة الا زيارتي كان حقا علي أن أكون له شفيعا يوم القيامة وأخرج الدارقطني أيضا من حج وزار قبري بعد موتي كان كمن زارني في حياتي هذا والحج ان كان فرضا فالاحسن أن يبدأ به ثم يثني بالزيارة وان كان تطوعا كان بالخيار فاذا نوى زيارة القبر فلينو معه زيارة المسجد أي مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه أحد المساجد الثلاثة التي تشد اليها الرحال في الحديث لا تشد الرحال الا لثلاثة مساجد المسجد الحرام ومسجدي هذا والمسجد الاقصى واذا توجه الى الزيارة يكثر من الصلاة والسلام على النبي صلى الله عليه وسلم مدة الطريق والاولى فيما يقع عند العبد الضعيف تجريد النية لزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم ثم اذا حصل له اذا قدم زيارة المسجد أو يستفتح فضل الله سبحانه في مرة أخرى ينويهما فيها الان في ذلك زيادة تعظيمه صلى الله عليه وسلم واجلاله ويوافق ظاهر ما ذكرناه من قوله عليه الصلاة والسلام لا تعمله حاجة الا زيارتي واذا وصل الى المدينة اغتسل بظاهرها قبل أن يدخلها أو توضأ والغسل أفضل ولبس نظيف ثيابه والجديد أفضل وما يفعله بعض الناس من النزول بالقرب من المدينة والمشي على أقدامه الى أن يدخلها حسن وكل ما كان أدخل في الادب والاجلال كان حسنا واذا دخلها قال باسم الله رب أدخلني مدخل صدق الآية اللهم افتح لي أبواب رحمتك وارزقني من زيارة رسولك صلى الله عليه وسلم ما رزقت أولياءك وأهل طاعتك واغفر لي وارحمني يا خير مسؤل وليكن متواضعا متخشعا معظما لحرمتها لا يفتر عن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مستحضرا أنها بلدته التي اختارها الله تعالى دار هجرة نبيه ومهبط الوحي والقرآن ومنبعا للايمان والاحكام الشرعية قالت عائشة رضي الله عنها كل البلاد افتتحت بالسيف الا المدينة فانها افتتحت بالقرآن العظيم وليحضر قلبه أنه ربما صادف موضع قدمه ولذا كان مالك رحمه الله ورضي عنه لا يركب في طرق المدينة وكان يقول أستحي من الله تعالى أن أطأ تربة فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحافر دابة واذا دخل المسجد فعل ما هو السنة في دخول المساجد من تقديم اليمين ويقول اللهم اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك ويدخل من باب جبريل أو غيره ويقصد الروضة الشريفة وهي بين المنبر والقبر الشريف فيصلي تحية المسجد مستقبلا الاسارية التي تحتها الصندوق بحيث يكون عمود المنبر حذاء منكبه الايمن ان أمكنه وتكون الحنية التي في قبلة المسجد بين عينيه فذلك موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما قيل قبل أن يغير المسجد وفي بعض المناسك يصلي تحية المسجد في مقامه عليه السلام وهو الحفرة قال الكرماني وصاحب الاختيار ويسجد لله شكرا على هذه النعمة ويسأله تمامها والقبول وقيل ذرع ما بين المنبر وموقفه عليه السلام الذي كان يصلي فيه أربعة عشر ذراعا وشبر وما بين المنبر والقبر ثلاث وخمسون ذراعا وشبر ثم يأتي القبر الشريف فيستقبل جداره ويستدبر القبلة على نحو أربعة أذرع من الاسارية التي عند رأس القبر في زاوية جداره وما عن أبي الليث أنه يقف مستقبل القبلة مردود بما روى أبو حنيفة رضي الله عنه في مسنده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال من السنة أن تأتي قبر النبي صلى الله عليه وسلم من قبل القبلة وتجعل ظهرك الى القبلة وتستقبل القبر بوجهك ثم تقول السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته الا أن يحمل على نوع ما من استقبال القبلة وذلك أنه عليه السلام في القبر الشريف المكرم على شقه الايمن مستقبل القبلة وقالوا في زيارة القبور مطلقا الاولى أن يأتي الزائر من قبل رجل المتوفى لا من قبل

رأسه فانه أتعب لبصر الميت بخلاف الاول لانه يكون مقابلا بصره لأن بصره ناظر الى جهة قدميه اذا كان على جنبه فعلى هذا تكون القبلة عن يسار الواقف من جهة قدميه عليه السلام بخلاف ما اذا كان من جهة وجهه الكريم فاذا أكثر الاستقبال اليه عليه السلام لا كل الاستقبال بكون استدباره القبلة أكثر من أخذه الى جهتها فيصدق الاستدبار ونوع من الاستقبال وينبغي أن يكون وقوف الزائر على ماذكرنا بخلاف تمام استدبار القبلة واستقباله صلى الله عليه وسلم فانه يكون البصر ناظرا الى جنب الواقف وعلى ماذكرنا يكون الواقف مستقبلا وجهه عليه السلام وبصره فيكون أولى ثم يقول في موقفه السلام عليك يارسول الله السلام عليك ياخير خلق الله السلام عليك ياخيرة الله من جميع خلقه السلام عليك ياحبيب الله السلام عليك ياسيد ولد آدم السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته يارسول الله إني أشهد أن لا اله الا الله وحده لاشريك له وأنك عبده ورسوله وأشهد أنك يارسول الله قد بلغت الرسالة وأديت الامانة ونصحت الأمة وكشفت الغمة فجزاك الله عنا خيرا جازاك الله عنا أفضل ماجازى نبيا عن أمته اللهم أعط سيدنا عبدك ورسولك محمدا الوسيلة والفضيلة والدرجة العالية الرفيعة وابعثه المقام المحمود الذي وعدته وأنزله المنزل المقرب عندك انك سبحانك ذو الفضل العظيم ويسأل الله تعالى حاجته متوسلا الى الله بحضرة نبيه عليه الصلاة والسلام وأعظم المسائل وأهمها سؤال حسن الخاتمة والرضوان والمغفرة ثم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم الشفاعة فيقول يارسول الله أسألك الشفاعة يارسول الله أسألك الشفاعة وأتوسل بك الى الله في أن أموت مسلما على ملتك وسنتك ويذكر كل ما كان من قبيل الاستعطاف والرفق ويجتنب الالفاظ الدالة على الادلال والقرب من المخاطب فانه سوء أدب وعن ابن أبي فديك قال سمعت بعض من أدركت يقول بلغنا أنه من وقف عند قبر النبي صلى الله عليه وسلم فتلا هذه الآية ان الله وملائكته يصلون على النبي الآية ثم قال صلى الله عليك وسلم يا محمد سبعين مرة ناداه ملك صلى الله عليه وسلم وعليك يافلان ولم تسقط له حاجة هذا وليبلغ سلام من أوصاه بتبليغ سلامه فيقول السلام عليك يارسول الله من فلان بن فلان أو فلان بن فلان يسلم عليك يارسول الله يروى أن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كان يوصي بذلك ويرسل البريد من الشام الى المدينة الشريفة بذلك ومن ضاق وقته عما ذكرنا ما اقتصر على ما يمكنه وعن جماعة من السلف الايجاز في ذلك جدا ثم يتأخر عن يمينه اذا كان مستقبلا (١) قبر ذراع فيسلم على أبي بكر رضي الله عنه فان رأسه حيال منكب النبي صلى الله عليه وسلم وعلى ماذكرنا يكون تأخره الى ورائه بجانبه فيقول السلام عليك ياخليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وثانيه في الغار أبا بكر الصديق جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ثم يتأخر كذلك قدر ذراع فيسلم على عمر رضي الله عنه لان رأسه من الصديق كرأس الصديق من النبي صلى الله عليه وسلم فيقول السلام عليك يا أمير المؤمنين عمر الفاروق الذي أعز الله به الاسلام جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ثم يرجع الى حيال وجه النبي صلى الله عليه وسلم فيحمد الله ويثني عليه ويصلي ويسلم على نبيه ويدعو ويستشفع له ولوالديه ولمن أحب ويختم دعاءه بآمين والصلاة والتسليم وقيل ماذكر من العود الى رأس القبر الشريف لم ينقل عن الصحابة ولا التابعين وأخرج أبو داود عن القاسم بن محمد قال دخلت على عائشة رضي الله عنها فقلت يا أم المؤمنين اكشفي لي عن قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه فكشفت عن ثلاثة قبور لا مشرفة ولا لاطئة مبطوحة ببطحاء العرصة الحمراء رواه الحاكم وزاد فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقدما وأبا بكر رأسه بين كتفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمر رأسه عند رجل النبي صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واذا فرغ من الزيارة يأتي الروضة فيكثر فيها من الصلاة والدعاء ان لم يكن وقت تكره فيه الصلاة ففي الصحيحين ما بين بيتي ومنبري روضة من رياض الجنة وفي رواية قبري ومنبري ويقف عند المنبر ويدعو ففي الحديث قواعد منبري

(١) قوله قبر ذراع في بعض النسخ قدر ذراع والقبر بكسر القاف والقدر بمعنى واحد كما في كتب اللغة كتبه مصححه

رواتب فى الجنة وعنه عليه السلام منبرى على ترعة من ترع الجنة وكان السلف يستحبون أن يضع أحدهم يده على رمانة المنبر النبوى التى كان عليه السلام يضع يده عليها عند الخطبة وهنالك الآن قطعة تدخل الناس أيديهم من طاقة فى المنبر اليها يتبركون بها يقال انها من بقايا منبره عليه الصلاة والسلام ويجتهد أن لا يفوته مدة مقامه صلاة فى المسجد فقد ثبت أن صلاة فى مسجده تعدل ألف صلاة فى غيره على ما قدمناه وهذا التفضيل مختص بالفرائض وقيل فى النفل أيضا ولعلنا قدمنا ما ينفيه فى كتاب الصلاة وقد اشتهر عنه عليه الصلاة والسلام ان أفضل صلاة الرجل فى منزله الا المكتوبة وهذا قاله وهو فى المدينة يشافه به الحاضرين عنده فى المسجد والغائبين ثم هو صلى الله عليه وسلم لم يؤثر عنه التنفل فى المسجد بل فى بيته من التهجد وركعتى الفجر وغيرها ولو كان كذلك لم يصل نافلة الا فى المسجد أو يكون ذلك هو الاكثر وخلافه قليل فى بعض الاحايين خصوصا ومن بيته الى المسجد نقل قدم واحدة وقد يقال أيضا ان ذلك انما هو فى حق الرجال لانه صلى الله عليه وسلم أمر المرأة التى سألته الحضور والصلاة معه أن تصلى فى بيتها مع أن الخروج لهن كان مباحا اذ ذاك وقد قدمنا تخريج هذا الحديث فى باب الامامة من كتاب الصلاة فعلم أن اطلاق الخروج لهن اذ ذاك كان ليتعلمن ما يشاهدنه من آداب الصلاة وحسن أداء الناس وغير ذلك من العلم ويتعودن المواظبة ولا يستثقلن الصلاة فى البيت وغير ذلك من المصالح والله أعلم ويستحب أن يخرج كل يوم الى البقيع بقيع الغرقد فيزور القبور التى بها خصوصا يوم الجمعة ويبكر كى لا تفوته صلاة الظهر مع الامام فى المسجد فقد كان صلى الله عليه وسلم يزوره وقال لام قيس بنت محصن لما أخذ بيدها فذهبا اليه ترين هذه المقبرة قلت نعم قال يبعث منها سبعون ألفا على صورة القمر ليلة البدر ويدخلون الجنة بغير حساب واذا انتهى اليه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين وانا ان شاء الله بكم لاحقون اللهم اغفر لاهل بقيع الغرقد اللهم اغفر لنا ولهم ويزور القبور المشهورة كقبر عثمان بن عفان رضى الله عنه وقبر العباس وهو فى قبته المشهورة وفيها قبران الغربى منهما قبر العباس رضى الله عنه والشرقى قبر الحسن بن على وزين العابدين وولده محمد الباقر وابنه جعفر الصادق رضى الله عنهم كلهم فى قبر واحد وعند باب البقيع عن يسار الخارج قبر صفية أم الزبير عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه قبر فاطمة بنت أسد أم على رضى الله عنهما ويصلى فى مسجد فاطمة بنت رسول الله بالبقيع وهو المعروف ببيت الاحزان وقيل قبرها فيه وقيل بل فى الصندوق الذى هو أمام مصلى الامام فى الروضة الشريفة واستبعده بعض العلماء وقيل ان قبرها فى بيتها وهو فى مكان المحراب الخشب الذى خلف الحجرة الشريفة داخل الدرابزين قال وهو الاظهر وبالبقيع قبة يقال ان فيها قبر عقيل بن أبى طالب وابن أخيه عبد الله بن جعفر بن أبى طالب والمنقول أن قبر عقيل فى داره وفيه حظيرة مستهدمة مبنية بالحجارة يقال ان فيها قبور من دفن من أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهن وفيه قبر ابراهيم ابن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مدفون الى جنب عثمان بن مظعون ودفن الى جنب عثمان بن مظعون عبد الرحمن بن عوف رضوان الله عليهم أجمعين وعثمان هذا أول من دفن بالبقيع فى شعبان على رأس ثلاثين شهرا من الهجرة ويأتى أحد يوم الخميس مبكرا كى لا تفوته جماعة الظهر بالمسجد فيزور قبور شهداء أحد ويبدأ بقبر حمزة عم النبى صلى الله عليه وسلم ويزور جبل أحد نفسه ففى الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أحد جبل يحبنا ونحبه وفى رواية لابن ماجه أنه على ترعة من ترع الجنة وأن عيرا على ترعة من ترع النار وعن ابن عمر رضى الله عنهما مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمصعب بن عمير فوقف عليه وقال أشهد أنكم أحياء عند الله فزوروهم وسلموا عليهم فوالذى نفسى بيده لا يسلم عليهم أحد الا ردوا عليه السلام الى يوم القيامة ويستحب أن يأتى مسجد قباء يوم السبت اقتداء به صلى الله عليه وسلم لانه كان يأتيه فى كل سبت راكبا وماشيا

متفق

﴿ كتاب النكاح ﴾

متفق عليه وهو أول مسجد وضع في الاسلام وأول من وضع فيه حجرا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان رضي الله عنهم وينوى زيارته والصلاة فيه فقد صح عنه صلى الله عليه وسلم أن الصلاة فيه كعمرة ويأتي في قباء بئر أريس التي تفل فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيها سقط خاتمه صلى الله عليه وسلم من عثمان رضي الله عنه فيتوضأ ويشرب ويزور مسجد الفتح وهو على قطعة من جبل سلع من جهة الغرب فيركع فيه ويدعو روى جابر أنه صلى الله عليه وسلم دعا فيه ثلاثة أيام على الاحزاب فاستجيب له يوم الاربعاء بين الصلاتين والمساجد التي هناك منها مسجد يقال له مسجد بني ظفر وفيه حجر جلس عليه النبي صلى الله عليه وسلم ويقال ما جلست عليه امرأة تريد الولد الا حبلت ويقال ان جميع المساجد والمشاهد المفضلة التي بالمدينة ثلاثون يعرفها أهل المدينة ويقصد الآبار التي كان صلى الله عليه وسلم يتوضأ منها ويشرب وهي سبعة منها بئر بضاعة والله أعلم

﴿ فصل ﴾ واذا عزم على الرجوع الى أهله يستحب له أن يودع المسجد بصلاة ويدعو بعدها بما أحب وأن يأتي القبر الكريم فيسلم ويدعو بما أحب له ولوالديه واخوانه وأولاده وأهله وماله ويسأل الله تعالى أن يوصله الى أهله سالما غانما في عافية من بليات الدنيا والآخرة ويقول غير مودع يا رسول الله (١) ويسأل ان شاء الله تعالى أن يرده الى حرمه وحرم نبيه في عافية وليكثر دعاءه بذلك في الروضة الشريفة عقيب الصلوات وعند القبر ويجتهد في خروج الدمع فانه من أمارات القبول وينبغي أن يتصدق بشيء على جيران النبي صلى الله عليه وسلم ثم ينصرف منتبا كاسفا متحسرا على فراق الحضرة الشريفة النبوية والقرب منها ومن سنن الرجوع أن يكبر على كل شرف من الارض ويقول آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده وهذا متفق عليه عنه صلى الله عليه وسلم كل شيء هالك الا وجهه له الحكم واليه ترجعون وليحذر كل الحذر مما يصدر من بعض الجهلة من اظهار التندم على السفر والعزم على عدم العود وقوله لغيره احذر أن تعود ونحو ذلك فهذا كله تعرض للمقت بل دليل عدم القبول والمقت في الحال واذا أشرف على بلده حرك دابته ويقول آيبون أيضا الخ وروى النسائي أنه عليه السلام لم ير قرية يريد دخولها الا قال حين يراها اللهم رب السموات السبع وما أظللن ورب الارضين السبع وما أقللن ورب الشياطين وما أضللن ورب الرياح وما ذرين فانا نسألك خير هذه القرية وخير أهلها وخير ما فيها ونعوذ بك من شرها وشر أهلها وشر ما فيها ويقول اللهم اجعل لي فيها قرارا ورزقا حسنا ويرسل الى أهله من يخبرهم ولا يبغتهم بمجيئه داخلا عليهم فانه نهى عن ذلك واذا دخلها بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين ان لم يكن وقت كراهة ثم يدخل منزله ويصلي فيه ركعتين ويحمد الله تعالى ويشكره على ما أولاه من اتمام العبادة والرجوع بالسلامة ويديم حمده وشكره مدة حياته ويجتهد في مجانبة ما يوجب الاحباط في باقي عمره وعلامة الحج المبرور أن يعود خيرا مما كان قبل ﴿ قال المصنف متع الله المسلمين بوجوده ﴾ وهذا تمام ما يسر الله سبحانه لعبده الضعيف من ربع العبادات أسأل الله رب العالمين ذا الجود العميم أن يحقق لي فيه الاخلاص ويجعله نافعا لي يوم القيامة انه على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير والآن أشرع بريا من الحول والقوة مفتتحا كتاب النكاح سائلا من فضله تعالى أن يمن علي بختم الربع الثاني واكمال مقاصده على وجه يرضاه ويرضى به عن عبده ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه عبده ورسوله صاحب الشرع القويم والصراط المستقيم (٢)

﴿ كتاب النكاح ﴾

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من أحكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع فأما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة وأما دواعي العقل فان كل عاقل يحب أن يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه وماذا غالبا الا ببقاء النسل وأما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما أعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها

﴿ كتاب النكاح ﴾

(قوله الا ببقاء النسل) أقول والنكاح طريقه (قوله ولا مزجرة فيها الخ) أقول ينتقض بالاكل والشرب

(١) قوله ويسأل ان شاء الله تعالى هكذا في الاصول ولا محل لذكر المشيئة مع سؤال الله كما لا يخفى فحرر كتبه مصححه

(٢) في نسخة المحقق العلامة البحراوي حفظه الله بعد هذا ما نصه هذا آخر الجزء الاول من تجزئة شيخ الاسلام مؤلفه نفعنا الله بعلومه وأعاد علينا من بركاته آمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وأول الجزء الثاني كتاب النكاح اه كتبه مصححه

هو أقرب الى العبادات حتى إن الاشتغال به أفضل من التخلى عنه لمحض العبادة على ما نبين ان شاء الله تعالى فلذا أولاه العبادات والجهاد وان كان عبادة الا أن النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فانه سبب لوجود المسلم والاسلام والجهاد سبب لوجود الاسلام فقط كذا قيل والحق أن الجهاد أيضا سبب لهما اذ نقل الموصوف من صفة الى صفة أعنى من الكفر الى الاسلام يصح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما فى ذلك لكن لا نسبة بينهما فى تحصيل ذلك فان ما يحصل بأنكحة أفراد المسلمين منه أضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل به أو الذمة دون اسلام أهل الدار فقدم للاكثرية فى ذلك وأما من أولى العبادات البيوع فنظرا الى بساطته بالنسبة الى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس أحد يعجز فى ابداء وجه تقديم معنى على معنى فان كل معنى له خصوصية ليست فى الآخر فالمقدم يعتبر ما لما قدمه ويسكت عما لما أخره والعاكس يعكس ذلك النظر وانما إبداء وجه أولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق وهو يستدعى النظر بين الخصوصيتين أيهما يقتضى أوأكثر اقتضاء للتقديم وقد يفضى الى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته ويستدعى تطويلا مع قلة الجدوى فالاقتصار فى ذلك أدخل فى طريقة أهل العلم والتحصيل ولا بد فى تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل أمور الامر الاول مفهومه لغة قيل هو مشترك بين الوطء والعقد اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء وقيل بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بأنه حقيقة فى الضم ولا منافاة بين كلاميهم لان الوطء من أفراد الضم والموضوع للاعم حقيقة فى كل من أفراده كانسان فى زيد لا يعرف القدماء غير هذا الى أن حدث التفصيل بين أن يراد به خصوص الشخص بعينه يعنى بجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الاعم بلفظ الاعم فيكون مجازا والا فحقيقة وكان هذه الارادة قلما تخطر عند الاطلاق حتى ترك الاقدمون تقدير ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا انسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ أكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوى حقيقة فيهما * واعلم أن المتحقق الاستعمال فى كل من هذه المعانى فى الوطء قوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح أى من وطء حلال لا من وطء حرام وقوله يحل للرجل من امرأته الحائض كل شئ الا النكاح وقول الشاعر

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا * وأخرى على خال وعم تلهف

وقوله * ومنكوحة غير مهورة * وقول الآخر

التاركين على طهر نساءهم * والناكحين بشطى دجلة البقرا

وفى العقد قول الاعشى

ولا تقربن جارة إن سرها * عليك حرام فانكحن أو تأبدا

وفى المعنى الاعم قول القائل

ضممت الى صدرى معطر صدرها * كما نكحت أم الغلام صبيها

أى ضمته وقول أبى الطيب

أنكحت صم حصاها خف يعملة * تغشرمت بى اليك السهل والجبلا

فدعى الاشتراك اللفظى يقول تحقق الاستعمال والاصل الحقيقة والثانى يقول كونه مجازا فى أحدهما حقيقة فى الآخر حيث أمكن أولى من الاشتراك ثم يدعى تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح دون الوطء ويحمل فهم الوطء منه حيث فهم على القرينة ففى الحديث الاول هى عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وان كان الولادة بالذات من الوطء وفى الحديث الثانى اضافة المرأة الى ضمير الرجل فان امرأته هى المعقود عليها فيلزم ارادة الوطء من النكاح المستثنى والا فسد المعنى

اذا كانت بأمر الشرع وان كانت بدواعى الطبع بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح فى اللغة عبارة عن الوطء ثم قيل للتزوج نكاح مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفى الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا الانعقاد وشرطه العام الاهلية بالعقل والبلوغ والمحل وهى امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعى وركنه الايجاب والقبول كما فى سائر العقود والايجاب هو المتلفظ به أولا من أى جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو فى حالة التوقان واجب لان التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتم الا بالنكاح وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفى حالة الاعتدال مستحب وفى حالة خوف الجور مكروه

اذ يصير يحل من المعقود عليها كل شئ الا العقد وفى الابيات الاضافة الى البقر ونفى المهر والاسناد الى الرماح اذ يستفاد أن المراد وطء البقر والمسبيات والجواب منع تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك فى المفهوم الشرعى الفقهى ولا نسلم أن فهم الوطء فيما ذكر مستند الى القرينة وان كانت موجودة اذ وجود قرينة يؤيد ارادة المعنى الحقيقى مما يثبت مع ارادة الحقيقى فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر الى القرينة ان عرف أنه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز والا فلا ونحن فى هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر فى وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وان كان مقرونا بما اذا نظر فيه استدعى ارادة ذلك المعنى ألا يرى أن ما ادعوا فيه الشهادة على أنه حقيقة فى العقد من بيت الاعشى فيه قرينة تفيد العقد أيضا فان قوله فلا تقربن جارتى نهى عن الزنا بدليل إن سرها عليك حرام فيلزم أن قوله فانكحن أمر بالعقد أى فتزوج ان كان الزنا عليك حراما أو تأبد أى توحش أى كن منها كالوحش بالنسبة الى الآدميات فلا يكن منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشى ولم يمنع ذلك أن يكون اللفظ فى العقد حقيقة عندهم فى هذا البيت اذهم لا يقولون بأنه مجاز فى هذا البيت وأما ادعاء أنه فى الحديث للعقد فيستلزم التجوز فى نسبة الولادة اليه لان العقد انما هو سبب السبب ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح لو كانا سواء فكيف والانسب كونه فى الوطء ليتحقق التقابل بينه وبين السفاح اذ يصير المعنى من وطء حلال لا من وطء حرام فيكون على خاص من الوطء والدال على الخصوصية لفظ السفاح أيضا فثبت الى هنا أنا لم نزد على ثبوت مجرد الاستعمال شيأ يجب اعتباره وقد علم ثبوت الاستعمال أيضا فى الضم فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من أفراده الوطء والعقد ان اعتبرنا الضم أعم من ضم الجسم الى الجسم والقول الى القول أو الوطء فقط فيكون مجازا فى العقد لانه اذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظى كان المجاز أولى مالم يثبت صريحا خلافه ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا نقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ أبو عمر الزاهد عن الكوفيين أنه الجمع والضم ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها أعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثانى فلا يصادف الثانى ما ينضم اليه فوجب كونه مجازا فى العقد ثم أفراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك الامر الثانى مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا والقيد الاخير لاخراج شراء الامة للتسرى والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له وإلا ورد عليه أن المقصود من الشراء قد لا يكون الا المتعة واعلم أن من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا ويجب أن يراد عرف أهل الشرع وهو معنى الاصطلاح الذى عبرنا به لا أن الشارع نقله فانه لم يثبت وانما تكلم به الشارع على وفق اللغة فلذا حيث ورد فى الكتاب أو السنة مجردا عن القرائن نحمله على الوطء كما فى قوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم حتى أثبتوا بها حرمة من زنى بها الاب على الابن وقول قاضيخان انه فى اللغة والشرع حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد وقول صاحب المجتبى هو فى عرف الفقهاء العقد بوافق ما بينا والمراد بالعقد مطلقا سواء كان نكاحا أو غيره مجموع ايجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كانا باللفظين المشهورين من زوجت أو تزوجت أو غيرهما مما سنذكر أو كلام الواحد القائم مقامهما أعنى المتولى الطرفين وقول الورشكى انه معنى يحل المحل فيتغير به وزوجت وتزوجت آلة انعقاده اطلاق له على حكمه فان المعنى الذى يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد وقد صرح باخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الامر الثالث سبب شرعيته تعلق البقاء المقدر فى العلم الازلى على الوجه الاكمل والا فيمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع الامر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر وأما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع

للبيع والانثى للنكاح الامر الخامس شرطه الذى لايخصه الاهلية بالعقل والبلوغ وينبغى أن يراد فى الولى لافى الزوج والزوجة ولافى متولى العقد فان تزويج الصغير والصغيرة جائز وتوكيل الصبى الذى يعقل العقد ويقصده جائز عندنا فى البيع فصحته هنا أولى لانه محض سفير وأما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن أحد الامر السادس ركنه وهو الخمس المقيد فى التعريف الامر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا فخرج الوطء فى الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الاشياء مما سيرد فى أثناء الكتاب الامر الثامن صفته فأما فى حال التوقان قال بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن أو يخاف الوقوع فى الحرام وفى النهاية ان كان له خوف الوقوع فى الزنا بحيث لايتمكن من التحرز الا به كان فرضا اه ويمكن الحمل على اختلاف المراد فانه قيد الخوف الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لايتمكن من التحرز الا به ولم يقيد به فى العبارة الاولى وليس الخوف مطلقا يستلزم ما ذهبه الى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضا والا فواجب هذا مالم يعارضه خوف الجور فان عارضه كره قيل لان النكاح انما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذى يعبد الله تعالى والذى يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح ويرجحان هذه المفاسد وقضيته الحرمة الا أن النصوص لاتفصل فقلنا بالشبهين اه وينبغى تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا فان بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم والا كره كراهة تحريم والله أعلم وفى البدائع قيد الافتراض فى التوقان بملك المهر والنفقة فان من تاقت نفسه بحيث لايمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم وصرح قبله بالافتراض فى حالة التوقان وأما فى حالة الاعتدال فداود وأتباعه من أهل الظاهر على أنه فرض عين على القادر على الوطء والانفاق تمسكا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن وداعة الهلالى ألك زوجة ياعكاف قال لا قال ولا جارية قال لا قال وأنت صحيح موسر قال نعم والحمد لله قال فأنت اذا من اخوان الشياطين إما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع وان من سنتنا النكاح شراركم عزابكم وأراذل موتاكم عزابكم ويحك ياعكاف تزوج قال فقال عكاف يارسول الله إنى لا أتزوج حتى تزوجنى من شئت قال فقال صلى الله عليه وسلم فقد زوجتك على اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميرى رواه أبو يعلى فى مسنده من طريق بقية وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا تكثروا فانى مكاثر بكم الامم يوم القيامة واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية للدليل الاول والاخير وتعليق الحكم بالعام لاينفى كونه على الكفاية لان الوجوب فى الكفاية على الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته فان كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية وقد عقلنا أن المقصود من الايجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعى وعدم انقطاعهم ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الامم رواه أبو داود وهذا يحصل بفعل البعض وأما حديث عكاف فايجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق فى حقه وقيل واجب على الكفاية لما أن الثابت بخبر الواحد الظن والآية لم تسق الا لبيان العدد المحلل على ماعرف فى الاصول وقيل مستحب وقيل انه سنة مؤكدة وهو الاصح وهو محمل قول من أطلق الاستحباب وكثيرا ما يتساهل فى اطلاق المستحب على السنة ونقل عن الشافعى رحمه الله أنه مباح وأن التجرد للعبادة أفضل منه وحقيقة أفضل ينفى كونه مباحا اذ لا فضل فى المباح والحق أنه ان اقترن بنية كان ذا فضل والتجرد أفضل لقوله تعالى وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين مدح يحيى عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة عليه لان هذا معنى الحصور وحينئذ فاذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم من أراد أن يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر رواه ابن ماجه وبقوله صلى الله عليه وسلم أربع من سنن المرسلين الحناء والتعطر

والسواك والنكاح رواه الترمذي وقال حسن غريب وبقوله صلى الله عليه وسلم أربع من أعطيهن فقد أعطى خير الدنيا والآخرة قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وبدنا على البلاء صابرا وزوجة لا تبغيه حوبا في نفسها وماله رواه الطبراني في الكبير والاوسط واسناد أحدهما جيد له أن يقول في الجواب لا أنكر الفضيلة مع حسن النية وانما أقول التخلي للعبادة أفضل فالاولى في جوابه التمسك بحال الله صلى الله عليه وسلم في نفسه وردته على من أراد من أمته التخلي للعبادة فانه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين أن نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قد سألوا أزواجه عن عمله في السر فقال بعضهم لا أتزوج النساء وقال بعضهم لا آكل اللحم وقال بعضهم لا أنام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه وقال ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكني أصلي وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني فرد هذا الحال رد المؤكد احتى تبرأ منه وبالجملة فالافضلية في الاتباع لا فيما يخيل للنفس أنه أفضل نظرا الى ظاهر عبادة وتوجه ولم يكن الله عز وجل يرضى لأشرف أنبيائه الا بأشرف الاحوال وكان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل أن يقرره على ترك الافضل مدة حياته وحال يحيى بن زكريا عليهما السلام كان أفضل في تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضي الله عنهما تزوجوا فان خير هذه الامة أكثرها نساء ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة أبناء النوع وتربية الولد والقيام بصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين وإعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحبسهن لكنايتهن مؤنة سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ولتكون هي أيضا سببا لتأهيل غيرها وأمرها بالصلاة فان هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف عن الجزم بأنه أفضل من التخلي بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس فيه بل في الاعتدال مع أداء الفرائض والسنن وذكرنا أنه اذا لم يقترن به نية كان مباحا عنده لان المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه وأقول بل فيه فضل من جهة أنه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول اليه مع ما يعلمه من أنه قد يستلزم أثقالا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب ووعد العون من الله تعالى لاحتسان حالته قال صلى الله عليه وسلم ثلاثة حق على الله عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف صححه الترمذي والحاكم أما اذا لم يتزوج المرأة الا لعزها أو مالها أو حسبها فهو ممنوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله إلا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله إلا فقرا ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه رواه الطبراني في الاوسط وقال صلى الله عليه وسلم لا تتزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ولا تتزوجوهن لاموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين فلأمة خرقاء سوداء ذات دين أفضل رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن زياد بن أنعم وعن معقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال الا أنها لا تلد أفأتزوجها فنهاه ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك ثم أتاه الثالثة فقال تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم رواه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه هذا ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لانه عبادة وكونه في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف والمختار أنه لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وفي البخاري عنها قالت زففنا امرأة الى رجل من الانصار فقال النبي صلى الله

(النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضى) لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة

عليه وسلم يا عائشة أما يكون معهم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذى والنسائى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا جلاجل له والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول) قدمنا أن النكاح فى عرف الفقهاء هو العقد وهذا بيان لان هذا العقد لم يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستعقبا لاحكامه فلفظ النكاح فى قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد أى ذلك العقد الخاص ينعقد حتى تتم حقيقته فى الوجود بالايجاب والقبول والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الاحكام وذلك بوقوع الثانى جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه والكلامان هما الايجاب والقبول فما قيل فى تعريف الايجاب انه اصدار الصيغة الصالحة لافادة ذلك العقد مع أنه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور بل ان الايجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الافادة بقيد كونها أولا والقبول هى بقيد وقوعها ثانيا من أى جانب كان كل منهما فاذكر فى الدراية وغيرها من قوله لو قدم القبول على الايجاب بأن قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح فى الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا يتصور تقديمه لان ما يقدم هو الايجاب كما صرح به فى النهاية هنا وصرح الكل به فى البيع وكان الحامل على جعله الاصدار وصل قوله بلفظين بقوله بالايجاب والقبول فأفاد آليتهما لهما فكانا خلافيهما والحق ما أعلمتك ووصلهما لبدال أو بيان يدفع به ما قد يتوهمه من لا يعرف معنى الايجاب والقبول فى العرف فيعم المقيد فأبدل منه لتخرج الكتابة فلو كتبا الايجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولى الطرفين أو ما يخص الحقيقة وليس هذا بحث بل اخبارات منسوق بعضها على بعض لافادة ما يتم به العقد فقال وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى وينعقد بلفظين أحدهما مستقبل لانه توكيل والواحد يتولى طرفى النكاح فينعقد بكلام الواحد كما ينعقد بكلام الاثنين ولا اشكال فى شئ من هذا وعرف من تعريف الايجاب والقبول بأنهما اللفظان الصالحان لافادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر المفعولين أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات على الغرض لان الحذف الدليل جائز فى كل لسان وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج فعن هذا قلنا اذا قالت زوجتك نفسى فقال قبلت أو قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القابل سفيرا ولا مفعول ولم يضفه الى الموكل نفذ عليه فى التجنيس رجل خطب لابنه الصغير امرأة فلما اجتمعا للعقد قال أبو المرأة لابى الزوج دادم برنى اين دختر را بهزار درم فقال أبو الزوج بذيرفتم يجوز النكاح على الاب وان جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لان الاب أضافه الى نفسه وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه بخلاف ما لو قال أبو الصغير تزوجت بنتى من ابنك فقال أبو الابن قبلت ولم يقل لابنى يجوز النكاح للابن لاضافة المزوج النكاح الى الابن بيقين وقول القابل قبلت جواب له والجواب يتقيد بالاول فصار كما لو قال قبلت لابنى وتطير الاول فى البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بألف ولم يقل منك فقال الآخر اشتريت صح ولزم وكذا لو قالت المرأة بالفارسية خويشتن خريدم بعد ما كانت بين فقال الزوج فروختم صح ولزم وان لم يقل منك (قوله يعبر بهما عن الماضى) مثل أنكحتك وزوجتك فيقول قبلت أو فعلت أو رضيت وفى الانعقاد بصرت لى وصرت لك خلاف وظاهر الخلاصة اختياره اذا اتصل به القبول ولو قالت عرستك نفسى فقبل ينعقد ثم بين أن الانعقاد به باعتبار أنه جعل انشاء شرعا فصار هو عنه لمعناه فيثبت المعنى عقيبه والمراد بقوله جعلت للانشاء شرعا تقريرا الشرع ما كان فى اللغة وذلك لان العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وانما اختيرت للانشاء لانها أدل

قال (النكاح ينعقد بالايجاب والقبول) قد ذكرت معنى الانعقاد فى كتاب البيوع على ما سيأتى وقوله (يعبر بهما) أى بلفظ وبين لان التعبير البيان قال الله تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون أى تبينون وانما اختير لفظ الماضى للانشاء وهو الكلام الذى ليس لنسبته خارج تطابقه أو لا تطابقه ليدل على التحقق والثبوت فكان أدل على قضاء الحاجة

على الوجود والتحقق حيث أفادت دخول المعنى فى الوجود قبل الاخبار فأفيد بها ما يلزم وجوده وجود اللفظ ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع فى ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا كما نص عليه فى قوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد الى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذى الهمزة أتزوجك فقالت زوجت نفسى انعقد وفى المبدوء بالتاء نحو تزوجنى بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لانه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الاول لانه لا يستخبر نفسه عن الوعد واذا كان كذلك والنكاح مما لا تجرى فيه المساومة كان للتحقيق فى الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للانشاء بل باعتبار استعماله فى غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال فى شرح الطحاوى لو قال هل أعطيتنيها فقال أعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فنكاح فيحمل قول السرخسى بالفارسية ميدهى ليس بشئ على ما اذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ولو قال باسم الفاعل فكذلك عن أبى حنيفة اذا قال جئتك خاطبا بنتك أو لتزوجنى ابنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا والانعقاد بقوله أنا متزوجك ينبغى أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء وقلنا ينعقد بلفظين وضع أحدهما للمستقبل يعنى الامر فلو قال زوجنى بنتك فقال زوجتك انعقد ومنه كونى امرأتى ينعقد اذا قبلت وفى النوازل قال زوجى نفسك منى فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح غير أن المصنف جعل الصحة باعتبار أنه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بأنها نفسها ايجاب فيكون قائما بهما فى فتاوى قاضيخان قال ولفظة الامر فى النكاح ايجاب وكذا فى الطلاق اذا قالت طلقنى على ألف فطلق كان تاما وكذا فى الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لى بنفس فلان هذا أو بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة وكذا لو قال هب لى هذا العبد فقال وهبت فى مسائل أخر ذكرها وهذا أحسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولا وهو صادق على لفظة الامر فليكن ايجابا ويستغنى عما أورد على تقرير الكتاب من أنه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس وجوابه بأنه فى ضمن الامر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل فى المجلس والظاهر أنه لا بد من اعتباره توكيلا والا بقى طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعت بلا جواب اذ جوابه ماذكره المصنف فى البيع بأنه توكيل والواحد يتولى طرفى العقد فى النكاح فصح دون البيع وحينئذ فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل فلذا قيل المثال الصحيح أتزوجك بألف فتقول قبلت على ارادة الحال وعرف من هذا أن شرط القبول فى النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعى رحمه الله وقد يوهم ماذكر فى المنية قال زوجتك بنتى بألف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر فقال نعم فهو قبول وقيل لا أن فيه خلافا وان كان المختار الصحة وقد يكون منشؤه من جهة أنه كان متصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا فى رجوعه فيحكم به أولا فقوله نعم بعده لا يفيد بعد فرض كون الفور شرط مطلقا والله سبحانه أعلم وصورة اختلاف المجلس أن يوجب أحدهما فيقوم الآخر قبل القبول أو يكون قد اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قيل لا ينعقد لان الانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكما فلو عقدا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة لا يجوز وان كانا فى سفينة سائرة جاز وستعرف الفرق فى البيع ان شاء الله تعالى ﴿فروع﴾ تزوج باسمها الذى تعرف به حتى لو كان لها اسمان اسم فى صغرها وآخر فى كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتى فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ولو قال زوجتك بنتى فاطمة الكبرى قالوا يجب أن لا ينعقد على احداهما ولو قال زوجت

(وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل أن يقول زوجني فيقول زوجتك) لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى (وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج

بنتي (١) فلانة من ابنك فقبل وليس لهما الا ابن واحد وبنت صح وان كان لهما ابنتان أو ابنان لا الا أن يسميا البنت والابن ولو زوج غائبة وكيل فان كان الشهود يعرفونها فذكر مجردا سمها جاز وان لم يعرفوها فلا بد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها أما لو كانت حاضرة متنقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لانها صارت معروفة بالاشارة وأما الغائبة فلا تعرف الا بالاسم والنسب وقيل يشترط في الحاضرة كشف النقاب وسنذكر وجه عدمه في الوكالة بالنكاح ان شاء الله تعالى وكذا الحال في تسمية الزوج الغائب وفي التجنيس له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتي عائشة ولم تقع الاشارة الى شخصها لا يصح فانه اذا لم يشر اليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم وفي النوازل قال أبو بكر خنثى مشكل زوج من خنثى مشكل برضا الولي فلما كبرا اذا الزوج امرأة والزوجة رجل جاز نكاحهما عندي لان قوله زوجتك يستوي من الجانبين وفي صغيرين قال أبو أحدهما زوجت بنتي هذه من ابنك هذا وقبل الآخر ثم ظهر أن الجارية غلام والغلام جارية جاز لذلك أيضا وقال العتابي لا يجوز وفي المنية زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وفي التجنيس رجل قال لامرأة بحضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضيت يكون نكاحا فانه نص في الجامع الكبير أنه لو قال للمطلقة طلاقا بائنا أو ثلاثا ان راجعتك فعبدي حر تنصرف الرجعة الى النكاح لان الرجعة قد يراد بها النكاح فينظر الى المحل والمحل هنا لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت الى النكاح وسيأتي الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى ثم قال وذكر في الاجناس لو طلق امرأة بائنا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فان هذا نكاح جائز وان لم يذكر مالا فليس بنكاح الا أن يجتمعا أنه أراد بذلك نكاحا فكان نكاحا فتبين بهذا أن ما ذكر في الكتاب محمول على ما اذا ذكر المال أو أقر أن الزوج أراد به النكاح اه وذكر في فتاوى قاضيخان عن بعضهم تفصيلا بين المبانة والاجنبية ففي المبانة يكون نكاحا وفي الاجنبية لا وسكت عليه وهو الاحسن فان التزوج بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها رجل وامرأة أقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتي وأنا زوجها أو قالت هو زوجي وأنا امرأته وقال الآخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما لان الاقرار اظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ولهذا لو أقر لانسان بمال كذا لا يصير مالكا له وكذا لو قالا أجزناه أو رضينا به بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه ولو قال الشهود جعلتماهذا نكاحا فقالا نعم انعقد لانه ينعقد بلفظ الجعل حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال أعطيتك ألفا على أن تكوني امرأتي فقبلت ثم قال زوج بنتك فلانة مني بكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا ينعقد في التجنيس كأنه لانه كالمضاف الى ما بعد الدفع ولا ينعقد بالمضاف لو قال زوجتكها غدا فقبل لا يصح فعدم صحة المعلق أولى وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلاف قوله ويجوز النكاح المعلق اذا كان على أمر مضى لانه معلوم للحال وعليه فرع ما لو قال خطبت بنتك فلانة لابني فلان فقال زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم أكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها من ابنك وقبل أبو الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من أحد صح النكاح لان التعليق بكائن للحال تحقيق وتنجيز واذا أضاف النكاح الى نصفها مثلا فيه روايتان والأصح عدم الصحة كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في المبسوط في موضع جوازه كالطلاق (قوله وينعقد الخ) حاصل الالفاظ المذكورة هنا أربعة أقسام قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف فيه من خارج المذهب وقسم فيه خلاف

وقوله (على ما نبينه) يعني في أول فصل الوكالة في النكاح وقوله (وينعقد بلفظ النكاح) بيان ألفاظ ينعقد بها النكاح (وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج) لانه ان انعقد بغيره مثل التمليك مثلا فاما أن ينعقد به من حيث إنه حقيقة أو من حيث إنه مجاز لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبة بينهما

(١) قوله فلانة يظهر أن الصواب حذفها تأمل وحرر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي حفظه الله كتبه مصححه

لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان الترويج للتلفيق والنكاح للضم ولاضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلا ولنا أن التمليك سبب لملك المتعة فى محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع

فى المذهب والصحيح الانعقاد وقسم فيه خلاف والصحيح عدم الانعقاد وقسم لا خلاف فى عدم الانعقاد به والاوجه أن ترتب على هذا الترتيب ليلى كل قسم ماهو أقرب اليه وهكذا فعل المصنف الا فى لفظ الوصية (القسم الاول) ماسوى لفظى النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتى لك بألف خلافا للشافعى وجوازه عندنا بطريق المجاز فان المجاز كما يجرى فى الالفاظ اللغوية يجرى فى الالفاظ الشرعية بلا خلاف وانما الكلام فى تحقق طريقه هنا فنفاه الشافعى بناء على انتفاء ما يجوز التجوز أما اجمالا فلانه لو وجد لصح أن يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال أنكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك كما يقال ملكتك نفسى أو بنتى مرادا به أنكحتك وليس فليس وأما تفصيلا فلأن الترويج هو التلفيق وضعا والنكاح للضم ولاضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك أحد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافه تأكيده وان صح هذا الوجه عنه كان معترفا بأنه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من أنه العقد الا أن يعنى فيما تقدم أنه فى لسان الشرع بناء على النقل (ولنا أن التمليك) أى معناه الحقيقى (سبب لملك المتعة فى محلها بواسطة) كونه سبب (ملك الرقبة و) ملك المتعة فى محلها (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وأما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرغ منه فى الاصول من أنه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا الا اذا كان المقصود من شرعية السبب شرعيته كالبيع لملك الرقبة وليس ملك المتعة الذى هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة والجواب عن الثانى منع أنه لا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة وقوله ولذا يفسد النكاح الخ قلنا فساده للزوم المنافاة بين كون أحدهما مالكا للكل الآخر وكون ذلك الآخر مالكا بحكم الزوجية لبعض ما علكه عليه ذلك الآخر بحكم ملك الرقبة على ما نبين ان شاء الله تعالى فى فصل المحرمات لا لعدم الضم والازدواج وللشافعى أيضا أنه كما خص النكاح باشتراط الشهادة اظهارا لخطره خص باللفظين النكاح والتزويج ولذا لم يرد غيرهما شرعا والجواب منعها بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص قال الله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى عطفا على المحللات فى قوله تعالى انا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك والاصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها وقوله تعالى خالصة لك من دون المؤمنين يرجع الى عدم المهر بقرينة إعقابه بالتعليل بنفى الحرج فان الحرج ليس فى ترك لفظ الى غيره خصوصا بالنسبة الى أفصح العرب بل فى لزوم المال وبقرينة وقوعه فى مقابلة المؤتى أجورهن فصار الحاصل أحللنا لك الازواج المؤتى مهورهن والتى وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهرا خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين أما هم فقد علمنا ما فرضناه عليهم فى أزواجهم من المهر وغيره وأبدى صدر الشريعة جواز كونه متعلقا بأحللنا قيدا فى احلال أزواجه له لافادة عدم حلهن لغيره صلى الله عليه وسلم وله أيضا أن الشهادة شرط فى النكاح والكناية لا بد فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها قال فى شرح الكنز قلنا ليست شرطا مع ذكر المهر وذكر السرخسى أنها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع أسد وكما اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة فانه ينصرف الى المجاز من غير نية ولان كلامنا فيما اذا صرح به ولم يبق احتمال اه ويشكل بأن الحكم بالمجاز يستدعى أمرين أحدهما انتفاء قرينة تدل على ارادة غير ذلك المعنى المجازى ولذا لو طلب الزنا من امرأة فقالت وهبت نفسى منك أو آجرت نفسى منك وقبل لا ينعقد والآخر وجود قرينة تفيد ارادة المعنى المجازى ولذا لو قال أبو البنت وهبت بنتى منك لتخدمك وقبل لا ينعقد هذا فى الحكم به أما فى جواز التجوز فقط فالشرط مع الاول الارادة

(لان الترويج للتلفيق) يقال لفقت بين ثوبين ولفقت أحدهما بالآخر اذا الاءمت بينهما بالخياطة (والنكاح للضم ولاضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلا) فلا مناسبة بينهما وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان (التمليك سبب لملك المتعة فى محلها) يعنى أن تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادفت محل المتعة لافضائه اليه (و) ملك المتعة (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وقيد بقوله فى محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهائم والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست بمحل لملك المتعة واعترض بان ملك الرقبة اذا ورد على ملك النكاح أفسده فكيف يثبت النكاح به وأجيب بان افساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطء لاستحالة بل من حيث ابطال ضرب مالكية لها فى مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وحينئذ لا منافاة بين ما يثبته وينفيه فجازت الاستعارة وقوله (وينعقد بلفظ البيع) يعنى بان تقول المرأة بعتك نفسى أو قال أبوها بعتك ابنتى بكذا وكذا بلفظ الشراء بان قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فأجابت بنعم أشار اليه محمد فى كتاب الحدود

هو الصحيح لوجود طريق المجاز

لا قرينتها وذلك لان اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لان نسبته اليه كنسبته الى غيره فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس إلا علاقة وضعه له أو ارادة ما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع فى الاستعمال فيه فالارادة لازمة فى المحلين غير أن الحكم من السامع بارادة المتكلم المعنى الحقيقى لا يفتقر الى نصب قرينة تفيد ارادته بل يكفى عدم قرينة تصرف عنه وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقم الدليل على مجازه بخلاف حكمه بارادة ما لم يوضع له حيث يفتقر الى دليل ارادته فان لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بأن أعلمهم به ولذا قال فى الدراية فى تصوير الانعقاد بلفظ الاجارة عند من يجيزه أولا يجيزه أن يقول آجرت بنتى ونوى به النكاح وأعلم به الشهود اه بخلاف ما اذا قال بعتك بنتى بحضرة الشهود فان عدم قبول المحل للمعنى الحقيقى وهو البيع للعربية يوجب الحمل على المجازى فهو القرينة فيكتفى بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها أمة احتيج الى قرينة زائدة فى البدائع لو قال لرجل وهبت أمتى منك فان كان الحال يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا أو معجلا ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال يدل على النكاح فان نوى وصدقه الموهوب له فكذلك وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة اه والظاهر أنه اذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من إعلام الشهود كما قدمناه لانه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره وقد رجع شمس الائمة الى التحقيق حيث قال ولان كلامنا فيما اذا صرح به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراط النية اذ عدم اللبس إنما يصلح لتعليل دعوى ظهورها وفهمها وأما الحالف لا يأكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بارادة المجازى نظرا الى تعذر الحقيقى وكونه متكلما واعيا وأما الهازل فريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم نعم قد يقال فى عقد المجانين لفظ الحقيقة بناء على كون الالجاء قرينة تصرف عن ارادة المعنى المجازى اذ غرضه ليس الا التخلص وذلك باجراء اللفظ فقط أو مريد احقيقته للتخلص وهى متعذرة اذ لا تصح هبة الحرة وبيعها والذى أقيم مقام المعنى فى قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة هو الحقيقة دون المجاز والله أعلم وأورد كيف ينعقد بالهبة وبه تقع الفرقة اذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط أما أولا فهو مشترك الالزام اذ يلزم مثله فى التزوج فانه يقع به الفرقة اذا نوى بقوله تزوجى والحق أن الهبة فيها علاقة السببية للملك فيتجوز بها غير أنه اذا أضاف الملك المتجوز عنه بالهبة اليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا وان أضافه الى الرجل صح نكاحا فظهر أن اختلاف الموجب فى هذا اللفظ الواحد ليس الا لاختلاف الاضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استعارتها للملك المغاير لملك الرقبة اذ لم يجئ الطلاق الا باعتبار استعارتها له (القسم الثانى) ما اختلفوا فى الانعقاد به والصحيح الصحة نحو بعت نفسى منك بكذا أو ابنتى أو اشتريتك بكذا فقالت نعم ينعقد (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول أبى بكر الاعمش وقوله (لوجود طريق المجاز) تعليل للصحيح وجهه ما قدمنا فى تقرير التمليك واختلف فى الانعقاد بلفظ السلم فقيل لا لان السلم فى الحيوان لا يصح وقيل ينعقد لانه ثبت به ملك الرقبة والمنقول عن أبى حنيفة أن كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم فى الحيوان ينعقد حتى لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسدا لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقى للفظ يفسد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما وفى لفظ الصرف فى شرح الكنز فيه روايتان وفى البدائع قيل لا ينعقد لانه وضع لاثبات ملك الدراهم والدنانير التى لا تتعين والمعقود عليه هنا يتعين وقيل ينعقد لانه يثبت به ملك العين فى الجملة وظاهر هذا أنهما قولان وكأن منشأهما الروايتان وأما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لانه فى معنى الاعارة قيل الاول قياس قولهما والثانى قياس قول أبى يوسف بناء على ثبوت الملك به فى العين وعنده

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول أبى بكر الاعمش انه لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس بمال ووجه الصحيح وجود طريق المجاز

(ولا ينعقد بلفظ الاجارة) فى الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة (و) لا بلفظ (الاباحة والاحلال والاعارة) لما قلنا (و) لا بلفظ (الوصية) لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت

لا وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الاجناس أنه لا ينعقد به وذكر شمس الائمة السرخسى فى كتاب الصلح ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز (القسم الثالث) لا ينعقد بالاجارة فى الصحيح احترازا عن قول الكرخى وجهه أن الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك وجه الصحيح على ما ذكروا أنها لا تنعقد الا موقتة والنكاح يشترط فيه نفيه فتضادا فلا يستعار أحدهما للآخر وقد يقال ان كان المتضادان هما العرضان اللذان لا يجتمعان فى محل واحد لزمكم مثله فى البيع لانه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق أن التوقيت ليس جزء مفهوم لفظ الاجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض غير أنه اذا وقع مجردا لا يعتبر شرعا على مثال الصلاة هى القيام الخ ولو وجدت بلا طهارة لا تعتبر ولا يقال ان الطهارة جزء مفهوم الصلاة ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا الى نفى السببية التى هى العلاقة فان الاجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالاعارة وهذا اذا جعلت المرأة مستأجرة أما اذا جعلت بدل الاجارة أو رأس مال السلم كأن يقال استأجرت دارك بابنتى هذه أو أسلمتها اليك فى كر حنطة ينبغى أن لا يختلف فى جوازه فانه أضاف اليها بلفظ تملك به الرقاب قال المصنف رحمه الله (ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت) وعن الطحاوى ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة فى الجملة وعن الكرخى ان قيد الوصية بالحال بأن قال أوصيت لك بينتى هذه الآن ينعقد للحال لانه به صار مجازا عن التمليك اه وينبغى أن لا يختلف فى صحته حينئذ والحاصل أنه اذا قيدت بالحال يصح أو بما بعد الموت بأن قال أوصيت لك بابنتى بعد موتى لم يكن نكاحا ولو قال أوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحا وعن الطحاوى ينعقد ثم كون الاضافة الى ما بعد الموت بيان للواقع فيما نحن فيه والا فمجرد الاضافة يستقل بعدم الصحة لو قال زوجتكها غدا لم يصح وحاصل الوجه أن الاضافة مأخوذة فى مفهوم الوصية وعدمها فى النكاح فتضادا ولا يتجوز بلفظ أحد الضدين عن الآخر بخلاف الهبة ليس جزء مفهوم اللفظ الاضافة الى ما بعد القبض بل هى تمليك العين بلا بدل ثم هو يتأخر فيما اذا كان الموهوب ليس فى يد الموهوب له لضعف سببيتها بسبب عدم العوض واذا لو كان فى يد الموهوب له تم الملك بنفس اللفظ (القسم الرابع) لا ينعقد بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المتعة فى كل منها فانتفى الجامع وهو المشار اليه بقوله لما قلنا ولا ينعقد بلفظ الاقالة والخلع لانهما لفسخ عقد ثابت ﴿فروع﴾ الاول كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد ويجب لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل ان دخل بها الثانى لو لقنت المرأة زوجت نفسى بالعربية ولا تعلم معناها وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون صح كالطلاق وقيل لا كالبيع كذا فى الخلاصة ومثل هذا فى جانب الرجل اذا لقنه ولا يعلم معناه وهذه فى جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع فالثلاثة الاول واقعة فى الحكم ذكره فى عتاق الاصل فى باب التدبير واذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان ينبغى أن يكون النكاح كذلك لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه وأما فى الخلع اذا لقنت اختلعت نفسى منك بمهرى ونفقة عدتى ففعلته ولا تعلم معناه ولا أنه لفظ الخلع اختلفوا فيه قيل لا يصح وهو الصحيح قال القاضى وينبغى أن يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة وكذا لو لقنت أن تبرئه وكذا المديون اذا لقن رب الدين لفظ الابراء لا يبرأ الثالث اذا سمى المهر مع الايجاب بأن قال تزوجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا أقبل المهر قالوا لا يصح ولا يشكل بأنه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية أو وجودها لانه ما أوجب النكاح الا بذلك القدر المسمى فلو صححناه اذا قبلت فى النكاح دون المهر لزمه مهر المثل وهو لم

وقوله (ولا ينعقد بلفظ الاجارة فى الصحيح) احتراز عن قول الكرخى انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح منفعة فى الحقيقة وان جعل فى حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض أجرا فى قوله تعالى فآتوهن أجورهن وذلك دليل على أنه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح أن الاجارة لا تنعقد شرعا الا مؤقتة والنكاح لا ينعقد الا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة فقال المصنف (لانه ليس بسبب لملك المتعة) لعدم إفضائها اليه (ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا) يعنى قوله ليس بسبب لملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال لا يوجب ملكا أصلا فان من أحل لغيره طعاما أو أباحه له لا يملكه فانما يتلفه على ملك المبيح (ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت) ولو صرح بلفظ النكاح الى ما بعد الموت لم يصح لان ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته

يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه مالم يلتزمه بخلاف ما اذا لم يسم من الاصل لان غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع أنه لازم فيلزمه ما التزمه ولو قالت قبلت النكاح ولم تزد على ذلك صح النكاح بما سمى وقد يخالفه ما فى المنتقى عبد تزوج على رقبته بغير اذن المولى فبلغه فقال أجيز النكاح ولا أجيز على رقبته يجوز النكاح ولها الاقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما فى الجامع أمة تزوجت بغير إذن المولى على مائة درهم فبلغه الخبر فقال أجزت النكاح على خمسين دينارا و رضى به الزوج جاز لان هذه مقرونة برضا الزوج فهى ملحقة باجازته والحق ما أعلمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وان خالف ما عن محمد الرابع ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب وصورته أن يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه أو تقول ان فلانا قد كتب الى يخطبنى فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسى من فلان لا ينعقد لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح و باسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما اذا انتفيا ومعنى الكتاب بالخطبة أن يكتب زوجينى نفسك فانى رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب الى الشهود مختوما فقال هذا كتابى الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز فى قول أبى حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول أبى يوسف ثم رجع وجوزه من غير شرط اعلام الشهود بما فيه وأصل الخلاف كتاب القاضى الى القاضى على ما سيأتى ان شاء الله تعالى قال فى المصفى هذا يعنى الخلاف اذا كان الكتاب بلفظ التزوج أما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجى نفسك منى لا يشترط اعلامها الشهود بما فى الكتاب لانها تتولى طرفى العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعدما أشهدهم عليه من غير قراءته عليهم ولا اعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضى بالنكاح وعنده تقبل و يقضى به أما الكتاب فصحيح بلا اشهاد وهذا الاشهاد لهذا وهو أن تتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا فى مبسوط شيخ الاسلام والكامل وأجمعوا فى الصك أن الاشهاد لا يصح مالم يعلم الشاهد ما فى الكتاب * واعلم أن ما نقله من نفى الخلاف فى صورة الامر لا شبهة فيه على قول المصنف والمحققين أما على قول من جعل لفظ الامر ايجابا كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار اعلامها اياهم بما فى الكتاب وأنه ان لم يعلمهم الكاتب بما فى الكتاب تكون من صور الخلاف وعلى هذا ما صدرنا به المسئلة الخامس ينعقد بالاشارة من الاخرس اذا كانت له اشارة معلومة السادس ينعقد بنقل الرسول عبارة المرسل اذا أجابت وسمع الشهود كلاميهما وسنفصله ان شاء الله تعالى فى فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال أتزوجك على أن تعطينى عبدك فأجابته بالنكاح انعقد موجبا المهر مثلها عليه ولا شئ له من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال اذا جاء فلان فقد زوجتك بنتى فلانة فقبل فجاء فلان لا ينعقد وكذا تعليق الرجعة اذ كل منهما إلزام والذى يجوز تعليقه بالشرط ما هو اسقاط كالطلاق والعتاق أو التزام كالنذر الا التعليق بالمشيئة اذا أبطل من له المشيئة فى المجلس على ما فى التجنيس فى رمز الفتاوى الصغرى وغيرها اذا قال تزوجتك ان شئت أو ان شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته فى المجلس فالنكاح جائز لان المشيئة اذا بطلت فى المجلس صار نكاحا بغير مشيئة كما قالوا فى السلم اذا بطل الخيار فى المجلس جاز السلم ثم قال لكن اذا بدأت المرأة أما اذا بدأ الزوج فقال تزوجتك ان شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشيئة بعد ذلك لان القبول مشيئة اه وهذا ناظر الى أن ما من جانب المرأة هو القبول سواء تقدم أو تأخر وما من جانب الرجل ايجاب تقدم أو تأخر وقد قدمنا قريبا أن الحق أن الاول ايجاب من أى جهة كان والثانى قبول كذلك ولعدم جواز تعليقه

بالخطر

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف) اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له

بالخطر امتنع خيار الشرط فيه فيبطل كما لو قال تزوجتك على أني بالخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال ان رضي أبي لا يجوز بخلاف من خطبت اليه ابنته فقال زوجتها فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما لان هذا تعليق بما هو موجود للحال ومثله تحقيق كذا أجاب بعض المشايخ وسنفصل الكلام في خيار الشرط والرؤية والعيب في باب المهر ان شاء الله تعالى التاسع اذا وصل الايجاب بتسمية المهر كان من تمامه حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح كما مر أة قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لا ينعقد لان أول الكلام يتوقف على آخره اذا كان في آخره ما يغير أوله وهنا كذلك فان مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك الى تعيين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله العاشر ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه أبو داود وجعل العتق بدل الرجعة وكذا ينعقد من المكره (قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور الخ) احتراز عن غير المسلمين اذ سيأتي أن أنكحة الكفار بغير الشهود صحيحة اذا كانوا يدينون بذلك وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي على السغدي ونقل عن أبواب الامان من السير الكبير أنه يجوز وان لم يسمعوا وعلى هذا جوزوه بالاصمين والنائمين والصحيح اشتراط السماع لأنه المقصود من الحضور وسيأتي تمامه أما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود قال المصنف (وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد) وظاهره أنه حجة عليه في الامرين اشتراط الاعلان وعدم اشتراط الاشهاد لكن المقصود أنه حجة في أصل المسئلة وهو اشتراط الاشهاد وانما زاد ذكر الاعلان تتميما لنقل مذهبه ونفى اشتراط الشهادة قول ابن أبي ليلى وعثمان البتي وأبي ثور وأصحاب الظواهر قيل وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود رواه الدارقطني وروى الترمذي من حديث ابن عباس البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير شهود ولم يرفعه غير عبد الأعلى في التفسير ووقفه في الطلاق لكن ابن حبان روى من حديث عائشة أنه صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له قال ابن حبان لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الاسلام ان حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به أعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية فيندفع به الايراد المعروف وهو لزوم الزيادة على الكتاب أو تخصيصه بخبر الواحد وجواب آخر وهو أنه خص منه المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ولو عدل الى النص في قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم فالجواب بأن الآخر مخصوص بالمشركة ونحوها * واعلم أن المشايخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين في الشهادة على ما ذكرنا وفي الاعلان واستدلوا للمالك في اثباته بالمنقول من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم أعلنوا بالنكاح رواه الترمذي وقال حسن غريب وبالمعقول وهو أن حرام هذا الفعل يكون سرا فضده يكون جهرا لتنتفي التهمة والذي يظهر أن هذا نصب في غير محل النزاع يظهر ذلك من أجوبتهم عن هذا الاستدلال وغيره وذلك أن كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب دلائل الاعلان وادعاء العمل بها باشتراط الاشهاد انما يحصل

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول) أما اشتراط الشهادة فلقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود واعترض بأنه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره من الآيات به وأجاب الامام فخر الاسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله (وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهادة) حتى لو أعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ولو أمر الشاهدين أن لا يظهرا العقد لم يصح لقوله عليه الصلاة والسلام أعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب أن الاعلان يحصل بحضور الشاهدين حقيقة وأما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له

(قوله وأجاب الامام فخر الاسلام بأن هذا حديث مشهور الخ) أقول فيه بحث (قوله ولو أمر الشاهدين أن لا يظهرا العقد لم يصح) أقول يعني عنده

(لعدم الولاية) والشهادة من باب الولاية واعترض بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء أو أبى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ الولاية لا مدخل لها في هذه

لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في أنكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الاهانة

الاعلان وكلام المبسوط حيث قال ولان الشرط لما كان الاظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا وذلك بشهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا وقول الكرخي نكاح السر ما لم يحضره شهود فاذا حضروا فقد أعلن قال

وسرك ما كان عند امرئ * وسر الثلاثة غير الخفي

صريح فيما ذكرناه فالتحقيق أنه لا خلاف في اشتراط الاعلان وانما الخلاف بعد ذلك في أن الاعلان المشترط هل يحصل بالاشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان اذ لا يضر بعد الاعلان التوصية بالكتمان أو لا يحصل بمجرد الاشهاد حتى يضر فقلنا نعم وقالوا لا ولو أعلن بدون الاشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الاشهاد وعنده يصح فالحاصل أن شرط الاشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر فكل اشهاد إعلان ولا ينعكس كما لو أعلنوا بحضرة صبيان أو عبيد (قوله لعدم الولاية) يعني القاصرة وهي ولايته على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لان ذلك يحتاج اليها الاداء وهذا تعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وان لم يكن من شرط هذه الشهادة الاداء فاذا لم يكن له ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة ولذا جازت شهادة المحدود في القذف لولايته على نفسه والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج الى الاداء لجحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما ممن كان العقد بحضوره جازت شهادتهما وان لم تكن صحة العقد كانت بحضورهما هذا ومذهب أحمد جواز شهادة العبد مطلقا واستبعد نفيها لانه لا كتاب ولا سنة ولا اجماع في نفيها وحكى عن أنس أنه قال ما علمت أحدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الامم يوم القيامة فكيف لا تقبل هنا وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الاخبار والذي ذكر من المعنى وهو أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له مما يمنع فانه لا تلازم عقلا بين تصديق مخبر في اخباره عما شاهده بعد كونه عدلا تقيا وبين كونه غير مملوك المنافع ولا شرعا لم يجوز أن يتلى عبد من عباد الله بالرق ويقبل اخباره كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل أداؤه ولذا جاز بعد وى الزوجين ولأداءهما وغاية ما يلزم فيه أنه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا ولم يصح له التصرف التحق بالجمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور وأما ما ذكره في المبسوط حيث قال ولان النكاح يعقد في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون في محافل الرجال عادة فكان حضورهما كلا حضور فحاصله أن اشتراط الشهادة انما هو لاظهار الخطر ولا خطر في احضار مجرد العبد والصبيان وكذا أهل الذمة في أنكحة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فشمل هذا الوجه نفي شهادة الكل وعلى اعتباره الأولى أن ينفي شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وان كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو وهذا الذي أدين الله به (قوله ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي له أن الشهادة من باب الكرامة) حقيقته الرجوع الى الوجه الاول القائل بأنها شرطت اظهارا للخطر وهو معنى التكرمة (والفاسق من أهل الاهانة) فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد

باحضاره

(قوله والجواب الى قوله انما كانت تعظيما) أقول فيه بحث

المال أو أجيب بأن الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا وانما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر أمر النكاح كاشتراط أصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ (لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام) قال المصنف (لانه لا شهادة للكافر على المسلم) يعني أنه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذي مر أنه ليس المراد به الاداء حتى تكون الولاية شرطا والجواب أنا قد ذكرنا أن الشهادة وصفة الشاهدين انما كانت تعظيما ولا تعظيم لشيء بسبب حضوره للكفار (ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافا للشافعي) ووعد المصنف ببيان ذلك في الشهادات ونحن تابعناه في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي هو يقول (الشهادة من الكرامة) لان في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة (والفاسق من أهل الاهانة) لجريمته ودليله يتم بأن يقول والفاسق ليس من أهل الكرامة ولكن عدل عنه الى ما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بأنه يستحق ما هو أعظم من ترك الاكرام وهو الاهانة

(ولنا أن الفاسق من أهل الولاية) على نفسه لان له أن يزوج نفسه وعبده وأمته ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره وكل من هو من أهل الولاية فهو من أهل الشهادة لان الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة ولا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة لانها متعدية الى غيره أجاب بقوله (وهذا) اشارة الى أنه من أهل الشهادة لكونه من أهل الولاية يعني (لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لم يحرم على غيره لانه من جنسه) كما أن أهل الذمة لهم ولاية على أنفسهم فلهم الولاية على غيرهم من أهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء على أن الفسق لا يخرج المرء من أهلية الشهادة على الاداء وفيه الالزام فلأن لا يخرج عنها على الانعقاد ولا إلزام فيه أولى (ولانه صلح مقلدا) كالحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء (٣٥٣) الراشدين قلما يخلوا واحد منهم عن

ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال (وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز)

باحضاره عارضه المصنف بقوله (ولنا أنه) أي الفاسق (من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة) تحليله من شرطية وضع فيها المقدم أسهل من تحليله من اقتراني كما سلكه بعض الشارحين فأطال أي لما كان من أهل الولاية كان من أهل الشهادة فهذه دعوى ملازمة شرعية وقوله وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمة أخرى لبيان الملازمة الاولى في حيز المنع كالاولى فعللها بقوله لانه من جنسه أي لان الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيد من اللفظ وحاصل هذا أن أحكام أفراد الجنس المتحد متحدة بحسب الاصل فكل مسلم يتعلق به من خطابات الاحكام ما يتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية على نفسه علم أنه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لاهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لانه كنفسه الا أن ثبوتها على غيره لا يتحقق الا برضاه وذلك بتوليته عليه واذا استشهده فقد استولاه ورضي به فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لاحد شطري ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فتجوز شهادته فيه أي سماعه أما الاداء فتوقف على فعل غيره وهو اجازة القاضي وأنت اذا تأملت هذا الوجه ظهر لك أنه لم يرد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فتثبت شهادته لعدم النافي والوجه السابق من اشتراط الشهادة لاظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه ينفيه لان مجرد احضار الفاسق ليس بتكرمة والحق أن هذا الوجه انما ينفي ما ذكرناه من احضار الفساق حال سكرهم على ما فرعوا من أنه اذا عقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقدين جاز وان كانوا بحيث ينسونه اذا صحوا وهو الذي دنا به آنفا أما من كان في نفسه فاسقا وله مروءة وحشمة فان احضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور فالحق صحة العقد بحضرة فساق لا في حال فسقهم والله أعلم (قوله ولانه صلح مقلدا) بكسر اللام المشددة وجه ثان ذكره المصنف في صحة شهادة الفاسق في النكاح وهو أنه صلح مقلدا أي سلطانا وخليفة (فيصلح مقلدا) بفتح اللام أي قاضيا (وكذا شاهدا) بالواو في نسخ وبالفاء في نسخ فعلى الاول هي ملازمة واحدة حاصلها أنه لما صلح للولاية الكبرى التي هي أعم ضررا ونفعا صلح للصغرى التي هي الأقل وهي القضاء والشهادة بطريق أولى بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن اظهارها بلفظة لما فانها دالة على وضع المقدم أن الخلفاء غير الاربعة

فسق (فيصلح مقلدا) أي قاضيا (فكذا شاهدا) لان الشهادة والقضاء من باب واحد وفي عبارته تسامح لانه يفهم منه أن تكون أهلية الشهادة مرتبة على أهلية القضاء وقد ذكر في كتاب أدب القاضي أن أهلية القضاء مستفادة من أهلية الشهادة ولو قال بالواو كان أحسن لا يقال يجوز أن يكون مرتبا على مقلدا بكسر اللام لان أهلية السلطنة ليست مستفادة من أهلية الشهادة لان عكسه كذلك والجواب أن معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي أعم ضررا فلأن لا يمنع عن ولاية عام الضرر أو خاصه أولى والترتيب على هذا الوجه غير خاف في الصحة ولو قال الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه وكانت الولاية قاصرة لكان أسهل تأتيا وينعقد بحضور المحدود

(٤٥ — فتح القدير ثاني) في القذف لانه (من أهل الولاية) على ما مر (فيكون من أهل الشهادة تحملا) لا أداء فان قلت النكتة المذكورة في الفاسق أولا تقتضي أن يكون للمحدود في القذف شهادة متعدية ولم تكن فكانت منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله (وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان) معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود في قذف بعد ما كان من أهل الولاية كالفاسق ويجوز أن يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته آنفا والطريق الذي ذكرته في الفاسق أسهل مأخذا قال (وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز

(قوله ولنا أن الفاسق الى قوله ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره) أقول فيه بحث (قال المصنف وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز

لان السماع) أي سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول (في النكاح شهادة) وهذا ظاهر لانا لا نريد من الشهادة على النكاح الا ذلك (ولا شهادة للكافر على المسلم) وهذا بالاتفاق (فكأنهم ما لم يسمعا كلام الزوج ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك) وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح (٣٥٤) شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها وكل ما شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها وبين المصنف المقدمة الاولى بقوله (لوروده على محل ذي خطر) وتقريره أن الشهادة في النكاح حال الانعقاد إما أن تكون لاثبات ملك المتعة عليها اما نة لخطر المحل أو لاثبات ملك المهر عليه والثاني منتف لان المهر مال ولا يجب الاشهاد على لزوم المال أصلا وأما المقدمة الثانية فلانا قد علمنا بالاستقراء أنه لا شئ يشترط في اثبات ملك المتعة عليها الا الشهادة فان الولي ليس بشرط عندنا واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الزمان شاهدين عليها وشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة

لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهم ما لم يسمعا كلام المسلم) أقول وكان الظاهر أن يستدلا على مطلوبهما بأن يقال لو جازت هذه الشهادة لجازت شهادة الكافر على المسلم والتالي باطل الا أنهما عدلا عنه (قال المصنف والشهادة شرطت على العقد) أقول يعني على اعتبار اثبات الملك عليها بسبب هذا العقد فلا يخالف هذا الكلام لقوله ان الشهادة شرطت في النكاح الخ فليتأمل (قوله وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت الخ) أقول ينبغي أن يصور تركيب الحجة بوضع هكذا الشهادة في النكاح شهادة شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها وكل شهادة شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها (قوله وأما المقدمة الثانية الخ) أقول فيه بحث فان حصر شرط اثبات ملك المتعة عليها في الشهادة مما لا تمس الحاجة اليه أصلا وليس ذلك مدلول المقدمة الثانية لا صريحا ولا التزاما ويكفي في اثبات المطلوب كون الشهادة من شرائطه كما لا يخفى على من يعرف تفصيل تركيب الحجة

لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهم ما لم يسمعا كلام المسلم ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها

السابقين ومن تبعهم باحسان كعمر بن عبد العزيز قلما خلوا من فسق مع عدم انكار السلف ولا يتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيره وعلى الثاني ملازمتان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وبين صلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والاول سبب للثاني في كل منهما فاعترض بأنه ذكر في أدب القاضي أن الامر بالعكس حيث قال لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة وأجيب بأن قوله فكذا شاهدا عطف على مقلدا بكسر اللام وان تخلل معطوف غيره كعمرو من قولك جاءني زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لا بكر ومسببيته عنه ظاهرة ولا مناقضة حينئذ وفيه نظر اذا العطف بالفاء يقتضي ترتب كل على ما قبله كما في جاءني زيد فعمرو فبكر ﴿فرع﴾ في فتاوى النسفي للقاضي أن يبعث الى شفعوي ليبطل العقد اذا كان بشهادة الفاسق وللحنفي أن يفعل ذلك على ما بين في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى وكذا لو كان بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث الى شافعي يزوجها منه بغير محلل ثم يقضي بالصحة وبطلان النكاح الاول يجوز اذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب اليه شيأ ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق ولا شبهة ولا خبث في الولد كذا في الخلاصة ثم قال قال الامام ظهير الدين المرغيناني لا يجوز الرجوع الى شافعي المذهب الا في اليمين المضافة أما لو فعلوا فقضى ينفذ (قوله لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم) ينتج لا سماع للكافر على المسلم لكنه عدل في النتيجة الى التشبيه فقال فصار كأنهم ما لم يسمعا كلام المسلم لان مراده من النتيجة نفي السماع المعتبر لا نفي حقيقته واذا انتفى الاعتبار صار وجوده كعدمه فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كأنهم ما لم يسمعا كلام المسلم وتمام هذا الدليل موقوف على أن صغرى القياس منعكسة كنفسها في خصوص هذه المادة لان المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعتبر فلو أن الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدوري وقدمنا أن ممن قال به السغدي والاسبيجابي لم يتم ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولانه المقصود بالحضور فلا يجوز بالاصمين على ما هو الاصح وعن اشتراط السماع ما قدمناه في التزوج بالكتابة من أنه لا بد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بان تقرأ المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول ان فلانا كتب الي يخطبني ثم تشهدهم أنها زوجته نفسها أما لو لم تزد على الثاني لا يصح على ما قدمناه في الفروع ولقد أبعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد الناظمين ونص في فتاوى قاضيخان عليه اذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط أن يسمعا معا كلامهما مع الفهم أما الاول فذكر في روضة العلماء أنه الاصح قال وبه أخذ عامة العلماء اه اذ لو سمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد وعن أبي يوسف ان اتحد المجلس جاز استحسانا والا فلا وعنه لا بد من سماعهما معا وأما الثاني فعن محمد لو تزوجها بحضرة هندين لم يفهما لم يجز وعنه ان أمكنهما أن يعبرا ما سمعا جاز والا فلا وحكى في فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل الظاهر عدم الجواز (قوله ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك) أي ملكه عليها (لوروده على محل ذي خطر) وهو

بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد

بضع أنثى ليست مملوكة له محللة من بنات آدم على وجه يقصرها على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وهذه من جلائل النعم وهو معنى مناسب لاشتراط احضار السامعين العقلاء اظهارا لتعظيم هذا العقد ليقع في محفل من المحافل وقد ظهر أثر ذلك بايجاب المال عليه دونها مع أن ملك المتعة مشترك فعلم أن اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس لملك كل منهما التمتع بكل والا لم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال فيما عهد من تقريرات الشرع في موضع ولا على اعتبار ملكهما الازدواج المشترك لانه ثبت تبعا لملك البضع ولا تشترط للتوابع والا وجب الاشهاد على شراء الامة للوطء فان ملكه من توابع ملك رقبتها واذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهي ذمية فيجوز بذميين فانه اظهار خطر بالنسبة اليها شرعا ولهذا لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته حتى لو أسلما بقي على الصحة (بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج) لان الشهادة اشترطت في العقد لذلك المعنى والعقد يقوم بهما فلا بد من سماعهما هذا وتقبل شهادتهما عليها اذا أنكرت لا عليه اذا أنكر وعند محمد لا تقبل الا أن يقولا كان معنا مسلمان وعنه لا تقبل مطلقا لاثباتها فعل المسلم ولا يثبت بشهادتهما ولو أسلما ثم أديا تقبل على كل حال عندهما لان سماعهما كلام المسلم معتبر وامتناع الاداء للكفر وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد الا اذا قالا كان معنا مسلمان عند العقد ولو كان الشاهدان ابنيها قبلا عليها فقط أو ابنيه فعليه فقط أو ابنيهما فلا يقبلان على واحد منهما كما لو كانا أجنبيين أو أحرسين سمعيين حيث يصح العقد بهما ولا أداء لهما لعدم البصر والتكلم والعدو ان على التفصيل فعدوا ها يقبلان عليها لا عليه وعدوا ها يقبلان عليه لا عليها وعدوا هما لا يقبلان مطلقا أما الانعقاد فيثبت بشهادة الاولاد والاعداء كيف كانوا وأما الاخوان بان زوج الاب ابنته بشهادة ابنيه فأنكر الزوج وادعاه الاب والبنت كبيرة أو المرأة فشهدا لا تقبل ولو كان الزوج هو المدعي والمرأة منكرة أو الاب قبلت هذا قول أبي يوسف وعند محمد تقبل وان كان المدعي الاب أو المرأة أيضا والاصل أن كل شيء يدعيه الاب فشهادتهما فيه باطلة وان لم يكن فيه منفعة له لشبهة الابوة عند أبي يوسف لثبوت منفعة نفاذ كلامه وقال محمد كل شيء للاب فيه منفعة بجد وادعاء فشهادة ابنيه فيه باطلة وكذا كل شيء وليه مما يكون خصما فيه كالبيع ونظائره ولم يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل اتفاقا لانها للاب قال الحاكم أبو الفضل في تفسيره يريد أن الشهادة تبطل في حال ادعائه من طريق التهمة وكذا في حال جحوده لوقوعها لغير خصم يدعي اه وفسر في المبسوط جحوده بان المراد عند جحوده ان كان الآخر جاحدا أيضا لا تقبل لعدم الدعوى فاما اذا كان الآخر مدعيا فمقبولة وان كان للاب منفعة فيها كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة بألف والمشتري يدعيه وهذا لان هذه منفعة غير مطلوبة للاب فلا تمنع من قبول شهادتهما وكذلك اذا قال لعبده ان كلمك فلان فأنت حر فشهدا بنا فلان أن أباهما كلمه جازت عند محمد سواء كان الاب جاحدا أو مدعيا وعند أبي يوسف لا تجوز الا أن يكون جاحدا ولو زوج الرجل بنته ثم شهد مع أخيها عليها بالرضا وهي تنكر لا تقبل لان الشهادة على فعل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان مما هو فيه خصم أو لا ﴿فرعان﴾ لو أقرا بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود اختلفوا فيه والاصح أنهما ان سميا المهر ينعقد نكاحا مبتدأ كذا في الدراية وقدمنا أنهما اذا أقرا به ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد الا ان قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم فينعقد لان النكاح ينعقد بالجعل قال قاضيخان وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل ان أقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحا وان أقرت أنه زوجها وهو أنها امرأته يكون نكاحا ويتضمن اقرارهما الانشاء بخلاف اقرارهما بماض لانه كذب كما قال أبو حنيفة اذا قال لامرأته لست لي امرأة ونوى به الطلاق

وقوله (بخلاف ما اذا لم يسمعا) جواب عن قياس محمد وزفر وتقريره أن الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد

(ومن أمر رجلا أن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها) بحضرة رجل واحد فلا يخلو إما أن يكون الاب حاضرا أو غائبا فان كان حاضرا (جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل) شاهدا لان المجلس متحد فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الآمر حكما لكون الوكيل في باب النكاح (سفيرا ومعبرا وان كان غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الاب مباشرا) مع عدم حضوره في مجلس المباشرة قال في النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان الاب يصلح أن يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة ممن المأمور الى الآمر حكما وانما يحتاج اليه في المسئلة الاخيرة وهي ما (اذا زوج ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز) بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها (وان كانت غائبة لم يجز) لان الشئ انما يقدر أن لو تصور تحقيقا وأقول أرى (٣٥٦) أنه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف وذلك لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح أن يكون شاهدا في نكاح أمره به لان الوكيل سفير ومعبر فكان الاب هو المزوج ولا يجوز أن يكون المزوج شاهدا واذا انتقل اليه المباشرة أيضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز أن يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وكل رجلا أن يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل واحد والعبد حاضر فانه لا يجوز مع امكان جعل العبد مباشرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين كالوباشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فانه يجوز وأجيب بان العبد لم يكن موكلا حتى تنتقل مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل على حاله مزوجا بخلاف ما اذا باشره المولى بحضرة العبد فان العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته اليه لان العقد التزوج لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا لعدم امكانه مباشرا لما قلنا أن الشئ انما يقدر أن لو تصور تحقيقا

قال (ومن أمر رجلا بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح) لان الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا (وان كان الاب غائبا لم يجز) لان المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لم يجز والله أعلم

يقع كأنه قال لانى طلقتك ولو قال لم أكن تزوجتها ونوى الطلاق لا يقع لانه كذب محض اه يعنى اذا لم يقل الشهود جعلتما هذا نكاحا والحق هذا التفصيل وفى الفتاوى بعث أقواما للخطبة فزوجها الاب بحضرتهم قيل لا يصح وان قبل عن الزوج انسان واحد لانه نكاح بغير شهود لان القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا لأن المتعارف هكذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لا يصير شاهدا وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لانه لا ضرورة فى جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم خاطبا فقط والباقى شهود (قوله ومن أمر رجلا أن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح) وكذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضورها مع واحد أو امرأتين أو وكيل المرأة بحضورها مع امرأتين جاز النكاح ثم انما تقبل شهادة المزوج اذا لم يقل أنا زوجتها بل يقول هذا زوجها وانما صح بحضور الواحد لان الوكيل فى النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل فاذا كان من يعبر عنه حاضرا والفرض أن العبارة تنتقل اليه كان مباشرا لان العبارة تنتقل اليه وهو فى المجلس وليس المباشر سوى هذا بخلاف ما اذا كان غائبا لان انتقال العبارة اليه حال عدم الحضور لا يصيره به مباشرا لانه مأخوذ فى مفهومه الحضور ضرورة فيقتصر أثره على عدم رجوع الحقوق الى الوكيل ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر لا يصح لان العبارة انما تنتقل الى مفيد الولاية وهو السيد وهو غائب فظهر من هذا التوجيه أن انزاله مباشرا مع حضوره جبرى لا يتوقف على ثبوت الحاجة الى اعتباره فاندفع ما أورد من أنه تكلف غير محتاج اليه فان الاب يصلح شاهدا فلا حاجة الى اعتباره مباشرا الا فى المسئلة الاخيرة فى الكتاب وهى ما اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضرة واحد لانها لا تصلح شاهدة على نفسها فأنزلت مباشرة ضرورة التصحيح ولو أذن السيد لعبده أو أمته فى التزوج فعقدا بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز للانتقال الى السيد لانهما وكيلان عنه والاصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لان الاذن فك الحجر عنهما فينصرف ان بعده بأهليتهما لا بطريق النيابة ومما ذكر فى مسئلة وكيل السيد يظهر أن ثبوت الصحة فيما اذا زوج السيد عبده أو أمته بحضورهما مع شاهد محل نظر لان مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما فى

(قال المصنف لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس الى قوله لان المجلس مختلف) أقول فيه بحث اذ الاظهر أن يقول بدل قوله لاتحاد المجلس لحضوره فى المجلس وبدل قوله لان المجلس مختلف لعدم حضوره فى المجلس (قوله لان المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الاب مباشرا الخ) أقول فيه بحث (قوله وأقول أرى أنه لا فرق الى قوله لان الاب اذا كان حاضرا الخ) أقول يؤيد كلام صاحب النهاية ما سيجئ فى الهداية فى باب المهر من أن الولى فى تزويج الصغيرة سفير ومعبر لا عاقد مباشر فراجعه (قوله لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته اليه لان العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل الخ) أقول هذا الكلام جار فى المسئلة السابقة أيضا

﴿ فصل فى بيان المحرمات ﴾ لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بنى آدم احتاج الى ذكرها فى فصل على حدة وأسباب حرمتهن تتنوع الى تسعة أنواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح أو عدة والشرك وملك اليمين والطلقات الثلاث وكل ذلك مذكور فى الكتاب (٣٥٧) (لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم أمهات اذ الام هى الاصل لغة

﴿ فصل فى بيان المحرمات ﴾ قال (لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء) لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم أمهات اذ الام هى الاصل لغة

التزوج مطلقا والاصح فى مسئلة وكيله ولذا خالف فى صحتها المرغينانى قال وقال أستاذى فيهما روايتان أى فى وكيل السد والسيد ﴿ فروع ﴾ اذا جحد أحد الزوجين النكاح فاما أصله أو شرطه ففى أصله لو جحده الزوج فأقامت بينة به أو على اقراره قبلت ولا يكون جحوده طلاقا ألا ترى أن الطلاق ينقص العدد وبارتفاع أصل النكاح لا نقص وأما انكار الشرط كانكار الشهادة فان كانت هى المنكرة بأن قالت تزوجنى بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح وان كان هو القائل ذلك فرق بينهما الا اقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرقة من قبله فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول والا فكله ونفقة العدة وهذا بخلاف انكاره أصل النكاح لان القاضى كذبه بالحجة فى زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا وهنا ما كذبه فى زعمه بحجة ولكن رجح قولها لمعنى هو أن الشرط تبع وقد اتفقا على الاصل والاتفاق على الاصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الاصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا فى حق نفسه ولذا فرق بينهما وكذا لو قال تزوجتها وهى معتدة أو مجوسية ثم أسلمت أو وأختها عندى أو ولها زوج أو أمة بلا اذن لان هذه الموانع كلها فى محل العقد والمحال فى حكم الشروط بخلاف ما لو ادعى أحدهما أن النكاح كان فى صغره بمباشرته لانه منكر لاصل النكاح معنى واذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل البلوغ فان دخل بها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل للدخول فى نكاح موقوف وان كان الدخول بعد البلوغ فهو رضا بذلك النكاح وبعد البلوغ لو أجاز العقد الذى عقده قبله جاز والتمكين من الدخول اجازة ولو كانت هى القائلة تزوجنى وأنا معتدة وما بعدها الى آخر الصور التى ذكرناها وهو ينكر فهى امرأته لما قلنا فى الشهادة والله سبحانه أعلم شهد شاهد أنه تزوجها أمس وآخر اليوم فهى باطلة فان النكاح وان كان قولا فمن شرائطه ما هو فعل وهو الحضور فكان كالافعال فى الاختلاف واختلاف الشهود فى المكان والزمان فى الافعال يمنع القبول ولان كلا شهد بعقد حضره واحد والله أعلم

﴿ فصل فى بيان المحرمات ﴾ المحلية الشرعية من شرائط النكاح وانما أفرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعا باسباب * الاول النسب فيحرم على الانسان فروعه وهم بناته وبنات أولاده وان سفلن وأصوله وهم أمهاته وأمهات أمهاته وآبائه وان علون وفروع أبويه وان نزلن فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات أولاد الاخوة والاخوات وان نزلن وفروع أجداده وجداته لبطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال * الثانى المصاهرة يحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وان نزلن وأمهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وان علون وان لم يدخل بالزوجات وتحرم موطوآت آبائه وأجداده وان علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وتحرم موطوآت أبنائه وأبناء أولاده وان سفلوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح * الثالث الرضاع يحرم كالنسب وسيأتى تفصيله فى كتاب الرضاع ان شاء الله تعالى * الرابع الجمع بين المحارم أو الاجنبيات كالامة مع الحرة السابقة عليها * الخامس حق الغير كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب * السادس عدم الدين السماوى كالمجوسية والمشركة * السابع التنافى كنكاح السيد أمته والسيدة عبدها (قوله اذ الام هى الاصل لغة) قال الله تعالى وعنده

من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم) ودلالته على حرمة الام ظاهرة وأما على حرمة الجدة فباعتبار أن الام فى اللغة هى الاصل كما يقال لمكة أم القرى فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز

﴿ فصل فى بيان المحرمات ﴾ (قال المصنف لقوله تعالى حرمت عليكم) أقول قال الله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفورا رحيما والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ان الله كان عليما حكيما الآية قال القاضى فى تفسيره قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ما سوى المحرمات الثمان المذكورة وخص عنه بالسنة ما فى معنى المذكورات كسائر محرمات الرضاع والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها اه (قوله وأسباب حرمتهن تتنوع الى تسعة أنواع الى قوله والجمع الخ) أقول فيه أن الجمع حرام كما يدل عليه نظم القرآن لا أنه سبب للحرمة (قوله وملك اليمين) أقول فيه بحث

أو ثبتت حرمتهن بالاجماع قال (ولا بنته) لما تلونا (ولا ببنت ولده وان سفلت) للاجماع (ولا بأخته ولا ببنات أخته ولا ببنات أخيه ولا بعمته ولا بخالته) لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال (ولا بأم امرأته التي دخل بها أو لم يدخل) لقوله تعالى وأمهات نسائكم من غير قيد الدخول (ولا ببنت امرأته التي دخل بها) لثبوت قيد الدخول بالنص

(أو ثبتت حرمتهن بالاجماع) وهذان المسلكان يسلكهما في كل ما فيه معنى الفرعية أيضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمات والخالات متفرقة كن أو غيرها تناولها النص بجهة عموم الاسم هذا ما يتعلق بالقرابة وتحرم أم امرأته ان كانت مدخولا بها أو لم تكن لقوله تعالى وأمهات نسائكم من غير قيد بالدخول وتحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وليس كونها في الحجر شرطا

(قوله في كل ما فيه معنى الفرعية) أقول فيه بحث فان اطلاق البنت على الفرع مطلقا ممنوع (قوله كالبنات) أقول حرمة البنات ثبتت بالنص

(١) قوله أعلون هكذا في النسخ والمناسب أعلين بالياء بالواو ولانه صفة آباء المجرور كما لا يخفى كتبه مصححه

أم الكتاب وسميت مكة أم القرى لان الارض دحيت من تحتها والحرم الخبائث فعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لان الام على هذا من قبيل المشكك (قوله أو ثبتت حرمتهن بالاجماع) أي ان لم يكن اطلاق الام على الاصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات والتحقيق أن الام مرادبها الاصل على كل حال لانه ان استعمل فيه حقيقة فظاهر والا فيجب أن يحكم بارادته مجازا فتدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لارادة ذلك في النص الاجماع على حرمتهن ولم يثبت عند المصنف اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الاولاد على الاجماع وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال وكذا الاستدلال في البنات فان بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار أن البنت يراد به الفرع فيتناولها النص حقيقة أو مجازا عند البعض وقوله عند البعض يريد اذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فانهم يجوزونه اذا كان في محلين وعلى ما أسمعناك من التقرير يتناولهن مجازا عند الكل ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الاولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الاخ والاخت ففي الاول لان الاشقاء منهن أولاد الجدات فتحريم الجدات وهن أقرب أولى وفي الثاني لان بنات الاولاد أقرب من بنات الاخوة (فرعان) الاول لبنت الملاعنة حكم البنت فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل وألحقها بالام لا يجوز للرجل أن يتزوجها لانه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنا بصريح النص المذكور لانها بنته لغة والخطاب انما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولا شرعيا (قوله لان جهة الاسم عامة) أي الجهة التي وضع الاسم مع اعتبارها فاسم الاخ مثلا وضع لذات باعتبار نسبتها الى أخرى بالمجاورة في صلب أو رحم والاحسن أن يقال باعتبار حاولها ما حلته من صلب أو رحم كي لا يقتصر على التوأم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ويدخل في العمات والخالات بنات الاجداد وان علوا لانهن أخوات آباء (١) أعلون وبنات الجدات وان علون لانهن أخوات أمهات عليات وفي بنات الاخ والاخت بناتهن وان سفلن (قوله ولا بأم امرأته دخل بها أو لم يدخل) اذا كان نكاح البنت صحيحا أما بالفاسد فلا تحرم الام الا اذا وطئ بنتها ويدخل في أم امرأته جداتها (قوله من غير قيد الدخول) عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور واليه رجع ابن مسعود بناء على أن تقييد المعطوف بصفة أو حال كما في الآية فان قوله من نسائكم حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه به لكنه يجوز ولا يمتنع ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علما فجعلا الدخول قيدا في حرمة أمهات النساء وتبعهم على ذلك بشر المريسي ومحمد بن شجاع ووجهه البناء على أن الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات منسوقة انصرف الى الكل وردبأن المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشئ الواحد معمولا عاملين وذلك أن النساء المضاف اليه أمهات مخفوض بالاضافة والمجرور بمن بها فلو كان الموصول وهو قوله اللاتي دخلتم بهن صفة لهما لزم ذلك وهذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط وأبطله في الكشاف بلزوم كون من مستعملا في معنيين متخالفين في اطلاق واحد

وهو

قال المصنف (لان ذكر الحجر) يعني في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم (خرج مخرج العادة) فان العادة أن تكون البنات في حجر زوج أمهاتها غالبا أي في تربيتها على وجه الشرط واستوضح ذلك بقوله (ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول) ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم فان الاباحة تتعلق بكل منهما تتعلق به الحرمة واعترض بأنه يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفي الحرمة (٣٥٩) بانتفاء أحدهما لان الشئ ينتفي بانتفاء الجزء

(سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال (ولا بامرأة أبيه وأجداده) لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء (ولا بامرأة ابنه وبني أولاده)

وهو البيان بالنسبة الى النساء المضاف اليهن أمهات والابتداء بالنسبة الى الربائب لانه المناسب فيهما قال الشيخ سعد الدين في حواشيه وما يقال ان الابتداء معنى كلي صادق على جميع معاني من فضرب من التأويل والتشبيه ثم قال نعم قد يستعمل في ايصال شئ فيتناول ايصال الامهات بالنساء لانهن والدات وبالربائب لانهن مولودات فحينئذ يصح جعل من نسائكم متعلقا بالامهات والربائب جميعا حالا منهما وفائدة ايصال الامهات بالنساء بعد اضافتها اليها في زيادة قيد الدخول لكن الاتفاق على حرمة أمهات النساء مدخولات كن أو غير مدخولات بأبي هذا المعنى فمن هنا جعل متعلقا بربائبكم فقط اه ويمكن أن يجعل حالا من النساء المضاف اليهن أمهات ومن الربائب الا أنه يستلزم جعل الحال من المضاف اليه وانما جوزه من جوزه بمسوغ من كون المضاف صالحا للعمل في الحال أو جزأ للمضاف اليه وزاد بعضهم شبه الجزء في صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف اليه نحو وملة ابراهيم حنيفا (قوله سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) وهو مذهب الجمهور وشرطه علي ورجع ابن مسعود الى قول الجمهور لان قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب اذ الغالب كون البنت مع الام عند زوج الام وهو المراد بالحجر هنا ولولا هذا لثبتت الاباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة وبالرجوع الى الاصل وهو الاباحة عند من لا يعتبر المفهوم لان الخروج عنه الى التحريم مقيد بقيد فاذا انتفى القيد رجع الى الاصل لا بدلالة اللفظ (قوله ولهذا) أي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في موضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فحيث خصه في موضع النفي بالذكر علمنا أنه المعتبر في اضافة الحرمة والا لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم أو فان لم تكونوا دخلتم بهن أو لسن في حجوركم جريا على العادة في اضافة نفي الحكم الى نفي تمام العلة المركبة أو أحد جزأيها الدائر وان صح اضافته الى نفي جزئها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال هذا ويدخل في الحرمة بنات الربيبة والربيب وان سفل لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والآباء لانه اسم خاص فلذا جاز التزويج بأم زوجة الابن وبنتها وجاز للابن التزوج بأم زوجة الاب وبنتها (قوله ولا بامرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) اعلم أن امرأة الاب والاجداد تحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشايخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على ارادة الوطء بالنكاح فان أريد من حرمة امرأة الاب والجد ما يطابقها من ارادة الوطء قصر عن افادة تمام الحكم المطلوب حيث قال ولا بامرأة أبيه وتصدق امرأة الاب بعقده عليها والا لم يفد الحكم في ذلك المحل فانما يصح على اعتبار لفظ النكاح في نكاح الآباء في معنى مجازي يعم العقد والوطء وذلك النظر في تعيينه ويحتاج الى دليل يوجب اعتبارها في المجازي وليس لك أن تقول ثبتت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطء بالاجماع لانه اذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان

فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلا على أن الحرمة غير متعلقة بالحجر وأجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا أو نفي العلة مطلقا لانتفي أحدهما والسكوت عن الآخر لا يقال لا يجري حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لانه لم يوجد فيه الجنسية أو لم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس أو يقال لم توجد علة الربا وليس بقوي * وتحرم امرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد بأحد الطريقين إما أن يكون المراد بالاب الأصل فيتناول الآباء الاجداد كما تتناول الام الجدات وإما بالاجماع وأما المراد بالنكاح ان كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الاولى * وتحرم امرأة الابن نسبا ورضاعا وبني أولاده

(قال المصنف لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم)

أقول قال الزيلعي يتناول منكوحة الاب وطأ وعقدا صحيحا وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والاجداد وان كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لانه نفي وفي النفي يجوز الجمع بينهما كما يجوز في المشترك أن يعم جميع معانيه في النفي اه وسيجئ في وصايا الهداية جواز الجمع بين معاني المشترك في النفي (قوله وإما بالاجماع) أقول فيه أن كون دلالة قوله تعالى على الجد بالاجماع لا معنى له (قوله وأما المراد بالنكاح) أقول يعني في قوله تعالى ما نكح

لقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الأب سواء دخل بها الابن أو لم يدخل لاطلاق النص على الدخول وأما حليلة ابن الابن فباعتبار أن المراد بالابن هو الفرع فكأنه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه أو بالاجماع فان قيل قوله تعالى من أصلابكم يأبى ذلك أجاب بان (ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة) والدليل على ذلك أن النبي انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقصته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد

ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبني بقوله ادعوهم لآبائهم ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة * وتحرم أم الرجل من الرضاعة وأخته منها لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هذا ما يتعلق بالرضاع * ويحرم أن يجمع الرجل بين الاختين بنكاح أو بملك يمين وطأ لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين على الاطلاق وسرى حكمهما الى كل امرأتين لو فرضت احداهما ذكرا حرمت الاخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان في النسب أو الرضاع

لقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة (ولا بأمه من الرضاعة ولا بأخته من الرضاعة) لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (ولا يجمع بين أختين نكاحا ولا بملك يمين وطأ) لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين

مرادا منه بلا شبهة فان الاجماع تابع للنص أو القياس عن أحدهما يكون ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم يثبت بذلك أن ذلك الحكم مراد من كلام الشارع اذا احتمله (قوله لقوله تعالى وحلائل أبنائكم) ان اعتبر الحليلة من حلول الفراش أو حل الازار تناولت الموطوءة بملك اليمين أو شبهة أو زنا فيحرم الكل على الآباء وهو الحكم الثابت عندنا كما تحرم المزني بها ومن ذكرنا للآباء على الابناء ولا تتناول المعقود عليها للابن أو بنيه وان سفلوا قبل الوطء والفرض أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل بكسر الحاء وقد قام الدليل على حرمة المزني بها للابن على الاب وهو ما سنذكره في موضعه فيجب اعتباره في أعم من الحل والحل ثم يراد من الابناء الفروع فتحرم حليلة الابن السافل على الجد الاعلى من النسب وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع وذكر الاصلاب في الآية لاسقاط حليلة المتبنى وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعي والمنقول عنهم أن ذكر الاصلاب لاحلال حليلة المتبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف (قوله ولا بأمه من الرضاعة) كل من ذكرنا أنه يحرم من أول الفصل الى هنا يحرم من الرضاع حتى لو أرضعت امرأة صبيا حرم عليه زوجة زوج الظئر الذي نزل لبنها منه لانها امرأة أبيه من الرضاعة ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لانها امرأة ابنه من الرضاعة وسنستوفي ذلك ان شاء الله تعالى في كتاب الرضاع (قوله ولا يجمع بين أختين نكاحا) أي عقدا (ولا بملك يمين وطأ) وهذان تمييزان لنسبة اضافية والاصل بين نكاح أختين ووطئهما مملوكتين ولا فرق بين كونهما أختين من النسب أو الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط واستدل بقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف بناء على أن التحريم المذكور أول الآية أضيف بواسطة العطف الى الجمع وهو أعم من كونه عقدا أو وطأ وعن عثمان رضي الله عنه اباحة وطء المملوكتين قال لانهما أحلتهما آية وحرمتهما آية أخرى وهما هذه وقوله تعالى وما ملكت أيمانكم فرجح الحل قيل الظاهر أن عثمان رضي الله عنه رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم يعتد بخلاف أهل الظاهر ويتقدر عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر الخ غريب وفي الباب أحاديث كثيرة منها ما في الصحيحين عن أم حبيبة قالت يا رسول الله انكح أختي الحديث الى أن قال انها لا تحل لي وحديث أبي داود عن الترمذي عن أبي وهب الجيشاني أنه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن أبيه فيروز

(قال المصنف وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني) أقول ويجوز أن يكون للتأكيد كقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه (قوله فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) أقول فيه أن الحديث ان لم يكن مشهورا لا يزاد به على الكتاب على ما تقرر في الاصول وان كان مشهورا يجوز نسخ الكتاب به فالحاجة الى جعل من أصلابكم احترازا عن التبني (قال المصنف ولا بملك يمين وطأ) أقول متعلق بوطأ المقدر بقرينة المذكور

* ومن له أمة فتزوج أختها جاز سواء كان وطئ الامة أولم يطأها لانه صدر من أهله وهو واضح (مضافا الى محله) لان الاخت المملوكة وطؤها من باب الاستخدام وهو لا يمنع نكاح الاخت ثم ان كان وطئ الامة لا يطؤها بعد ذلك وان لم يطأ المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة حكما فوطء الامة يكون جمعا بين الاختين بوطء أحدهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لو كان قائما مقام الوطء حتى تصير المنكوحة موطوءة حكما وجب أن لا يجوز هذا النكاح كي لا يصير جامعا بين الاختين وطأ كما قال به مالك وأجيب بان نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطأ بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطء (٣٦١) فلا يكون وطء الامة مانعا عن النكاح

(فان تزوج أخت أمته قد وطئها صح النكاح) لصدوره من أهله مضافا الى محله (و) اذا جاز (لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة موطوأة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوأة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطأ اذ المرقوقة ليست موطوأة حكما

(ولا يطأ المنكوحة) أيضا (للجمع) بينهما (الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب) كالبيع والتزويج لان ذلك الوطء قائم حكما حتى لو أراد أن يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطأ حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما ألا ترى أنه يحل لزوجها أن يغشاها فيصل له أن يطأ المنكوحة حينئذ لعدم الجمع وان لم يكن وطئ المملوكة جازله أن يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطأ اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما

الديلمي قال قلت يا رسول الله اني أسلمت وتحتي أختان قال طلق أيهما شئت قال الترمذي حسن غريب وصححه البيهقي وابن حبان ولفظ أبي داود اختر أيهما شئت (قوله فان تزوج أخت أمته قد وطئها صح النكاح) خلافا لبعض المالكية وجه قولهم أن المنكوحة موطوءة حكما باعترافكم فيصير بالنكاح جامعا وطأ حكما وهو باطل باعترافكم لانكم عللتم عدم جواز وطء الامة وان لم يكن وطئ المنكوحة بلزوم الجمع وطأ حكما وقد قلتم ان حكم وطء الامة السابق قائم حتى استحب له لو أراد بيعها أن يستبرئها وما قبل حالة صدور العقد لا يكون جامعا وطأ بل بعد تمامه فان ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع فان صدوره من أهله مضافا الى محله وان كان ليس جمعا في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان هو حكمه وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد في صفحات كلامهم مواضع علموا المنع فيها بمثله وقد يجاب بأن هذا اللازم بيده ازالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطء بعدها لقيامه اذ ذاك (قوله ولا يطأ الامة) الحاصل أنه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الامة على نفسه بسبب كبيع الكل أو البعض والهبة مع التسليم والاعتاق أو بالكتابة والتزويج وعن أبي يوسف لا تحل المنكوحة بالكتابة وعنه لو ملك فرجها غيره لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطئها لاحتمال كونها حاملا منه فعلى هذا لو حاضت بعد الوطء قبل التمليك حلت المنكوحة بمجرد التمليك وجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ومن هنا قال الشافعي ومالك وأحمد تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لان حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة الى اشتراط التحريم بسبب آخر وأجيبوا بأن حكم وطء المرقوقة قائم حتى لو أراد بيعها استحب له استبراؤها فبالوطء يكون جامعا وطأ حكما واطلاق الآية يمنعه هذا كلامهم وهو مصرح بما وعدناه آنفا وهذا اذا كان النكاح صحيحا بخلاف الفاسد الا اذا دخل بالمنكوحة فيه فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لانه وطء معتبر تترتب الاحكام عليه (قوله لان المرقوقة ليست موطوءة حكما) لان ملك اليمين لم يوضع للوطء بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بدعوة * فرع * لو اشترى أختين ليس له وطؤهما فان وطئ احداهما أو لمسها بشهوة لم يحل له وطء الاخرى حتى يحرم الموطوأة بسبب ولو وطئها أثم ثم لا يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب ولو باع احداهما أو وهبها أو زوجها ثم ردت اليه المبيعة أو رجع في الهبة أو طلقت المنكوحة وانقضت عدتها لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب

(قال المصنف فان تزوج أخت أمته قد وطئها صح النكاح) أقول وأنت خبير أن الظاهر كان أن يجب عليه تحريم الامة الموطوأة على نفسه بسبب من الاسباب عقيب نكاح أختها كي لا يلزم الجمع بينهما فليتأمل فانه يجاب عنه بأنهما وطآن حكميان لا معتبر بهما (قوله من

 باب الاستخدام) أقول لا الاستفراش (قوله كما قال به مالك رحمه الله) أقول فيه ان ذلك مذهب بعض المالكية (قوله فيصير جامعا بينهما وطأ حقيقة) أقول فيه شئ (قوله وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء) أقول فيه بحث فانه كان ينبغي أن يجب تحريم الموطوأة على نفسه عقيب النكاح بسبب من الاسباب كي لا يلزم الجمع فليتأمل فانهما وطآن حكميان في الحقيقة ولا يمنع الجمع فيهما (قوله لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما) أقول فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يجب الاستبراء على البائع قلنا ذلك ليس للاشتغال بل للحديث على ما فصله صدر الشريعة في آخر باب الكراهية

قوله (فان تزوج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) قيد بعقدتين لانه لو تزوجهما بعقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا يستحقان شيأ من المهر وقيد بقوله ولا يدرى أيتهما أولى لانه لو علم بذلك بطل نكاح الثانية وقوله (لان نكاح احداهما باطل بيقين) يعنى من كانت أخرى (٣٦٢) فى الواقع (ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ) يعنى الى تصحيحه فى احداهما بغير عينها (لعدم الفائدة) وهى حل القربان للزوج لانه لا يثبت مع الجهالة (أو للضرر) يعنى فى حقهما لان كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة (فتعين التفريق) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا كان لرجل أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق وأجيب بان الفارق تمكن الزوج ثمة من دعوى ثلاث منهن باعيانها لان نكاح كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه شئ من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح فى احداهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما وقوله (ولهما نصف المهر) يعنى بينهما نصفان (لانه وجب للاولى منهما) أما أنه وجب فلان الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة وأما أنه للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى وتقرير كلامه المهر للاولى منهما لما قلنا وليست احداهما لكونها أولى أولى (للجهل بالاولوية) وفى بعض النسخ بالاولية (فيصرف اليهما) وقوله (وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما) قال الفقيه أبو جعفر لا بد أن تدعى كل واحدة منهما أنها هى الاولى وأما اذا قالت لا ندرى المقضى أى النكاحين كان أولا يقضى لهما بشئ حتى يصطلحا لان الحق للمجهولة فلا بد من الدعوى أو الاصطلاح ليقضى لهما وصورة هذا الاصطلاح أن يقولا عند القاضى لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر فيقضى القاضى

(فان تزوج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) لان نكاح احداهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق (ولهما نصف المهر) لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أنها الاولى أو الاصطلاح لجهالة المستحقة

كما كان أولا (قوله فان تزوج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما الاولى فرق بينه وبينهما) هذا تفريع على حرمة الجمع وقيد بعقدتين اذ لو كانا فى عقدة واحدة بطلا يقينا وبعدم علم الاولية اذ لو علم صح النكاح الاول وبطل الثانى وله وطء الاولى الا أن يطأ الثانية فتحرم الاولى الى انقضاء عدة الثانية كما لو وطئ أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة وفى الدراية عن الكامل لو زنى باحدى الاختين لا يقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى حيضة وهذا مشكل والله سبحانه أعلم (قوله ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية) طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل وأجيب بامكانه هناك لا هنا لان نكاحهن كان متيقن الثبوت فله أن يدعى نكاح من شاء معينة منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوته (قوله ولا الى التنفيذ مع التجهيل) أى تنفيذ نكاحهما مع جهل المحللة منهما لانه تنفيذ الجمع بين الاختين أو تنفيذ نكاح احداهما مع تجهيله بأن ينفذ الاحد الدائر بينهما (لعدم الفائدة) وهو حل الاستمتاع اذ لا يقع الا فى معينة ولا حل فى المعينة (أو للضرر) عليه بالزامه النفقة وسائر الواجب مع عدم حصول المقصود وعليها بصيرورتها معلقة لا ذات بعل فى حق الوطء ولا مطلقة ولتضرر الاولى لو وقع تعيينه لغيرها وهى الصحيحة والثانية لو قوعها فى الوطء الحرام وفى هذا نظر اذ لا ضرر عليها فى الدنيا وهو ظاهر ولا فى الاخرة لعدم قصد التحانف لاثم ولو قال وللضرر بالاولى وان كان أولى لان كلا منهما لازم للتنفيذ مع التجهيل (فتعين التفريق) والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك فان وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء للحال أو بعده بهما فليس له بأى واحدة منهما شاء حتى تنقضى عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله تزوج التى لم تنقض عدتها دون الاخرى كى لا يصير جامعا وان بعده باحداهما فله أن يتزوجها فى الحال دون الاخرى فان عدتها تمنع من تزوج أختها (قوله ولهما نصف المهر) المسمى لهما بناء على أن التفريق قبل الدخول مع تساوى مهريهما جنسا وقدرا سواء برهنت كل واحدة منهما على أنها سابقة أو ادعته فقط أما لو قالتا لا ندرى السابقة منا لم يقض بشئ فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملا وفى النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل ويجب حمله على ما اذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا أما اذا اختلفا فيه فيتعذر ايجاب عقر اذ ليست احداهما أولى بجعلها ذات العقر من الاخرى لانه فرع الحكم بأنها الموطوءة فى النكاح الفاسد هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه اذا سمى فيه العقر بل الاقل من المسمى ومهر المثل ولو اختلفا جنسا أو قدرا قضى لكل واحدة بربع مهرها وان لم يكن فى العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وكل هذه الاحكام المذكورة بين الاختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم والتقييد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أى دعواها أنها الاولى أو يصطلحان بأن يقولا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على أخذه وما ذكره المشايخ يندفع به قول أبى يوسف انه لا شئ لهما لجهالة

قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها لقوله عليه الصلاة والسلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها) رواه ابن عباس وجابر كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه أنه رواه علي وأبو هريرة وابن عمر وأبو سعيد وعبد الله بن عمرو وأبو أمامة وجابر وعائشة وأبو موسى الاشعري وسمرة بن جندب (وهو مشهور) تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل فما فائدة التكرار لحكم واحد بصفتين مختلفتين في موضعين فان المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها هو أن لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت أخيها وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أختها أجيب بان شمس الائمة السرخسي قال ذكر هذا النفي من الجانبين إما للمبالغة في بيان التحريم أو لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان أن نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال (٣٦٣) ولقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح

(ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها وهذا مشهور تجوز الزيادة على الكتاب بمثله

المقضى لها فهو كما لو قال لاحد هذين عندي ألف لا يقضى بشئ لجهالة المقضى له وعن محمد أن عليه مهرا كاملا بينهما نصفان لان الزوج أقر بجواز نكاح احداهما فيجب مهر كامل وجوابه أنه يستلزم ايجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه فان ايجاب كماله حكم الموت أو الدخول (قوله ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) تكرار لغير داع الا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي فانه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليهما دون ادخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام في الصحيحين ويؤنسه حرمة نكاح الامة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر وغير هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يرد فيه على قول لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها انتهى في الصحيحين (قوله وهذا مشهور) أعني الحديث المذكور ثابت في صحيحي مسلم وابن حبان ورواه أبو داود والترمذي والنسائي وتلقاه الصدر الاول بالقبول من الصحابة والتابعين ورواه الجم الغفير منهم أبو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهم (فتجوز الزيادة به على الكتاب) يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم لا الزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع أن العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبنانه من الرضاعة فلو كان من أخبار الآحاد جاز التخصيص به أيضا غير متوقف على كونه مشهورا والظاهر أنه لابد من ادعاء الشهرة لان الحديث موقعه النسخ لا التخصيص لان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ناسخ لعموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم اذ لو تقدم لزم نسخه بالآية فلزم حل المشركات وهو منتف أو تكرار النسخ وحاصله خلاف الاصل بيان الملازمة أن يكون السابق حرمة المشركات ثم ينسخ بالعام

لانه قال وهذا مشهور (تجوز الزيادة على الكتاب بمثله) وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث يخصصه سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا أو لا وليست بمعلومة ويمكن أن يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ أخص فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لاسيما انه تطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تعالى ولا تنكحوا

المشركات نسخ عموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم بتقدير متأخر الثلاثة يتكرر النسخ فجاز أن ينسخ بخبر مشهور مما تناوله مما ذكرناه ولا بأس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتقنين ان كانت القواعد الاصولية على ذكر منك

(قال المصنف ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) أقول تكرار لغير داع الا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث فانه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليهما دون ادخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام ويؤنسه حرمة نكاح الامة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر (قوله سلمنا جواز الاصطلاح الخ) أقول فيه بحث فان الايراد الثاني لا يرد على المصنف بل على المورد نفسه حيث سلم أنه تخصيص (قوله لثلاثة يتكرر النسخ) أقول حتى لا يلزم حل المشركات المعلوم الانتفاء

(ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له أن يتزوج بالاخرى) لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع بحرم لما روينا من قبل (ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل) لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط أن يصور ذلك من كل جانب

وقوله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له أن يتزوج بالاخرى) ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحثنا فيه لان الجمع بين المرأة وعمتها محرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه ولا عليك أن تجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين كما قدمته وهو أولى وقوله (ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع) ظاهر وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع الحديث وقوله (ولا بأس بان يجمع بين امرأة) ظاهر ونسب في المبسوط قول زفر هذا الى ابن أبي ليلى وقوله (والشرط أن يصور ذلك من كل جانب) يعني كما كان في الاختين كذلك لان ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب أن يكون الفرع على وفاق الاصل وقد صح أن عبد الله ابن جعفر جمع بين امرأة على وبنته وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع

وهو وأحل لكم ما وراء ذلكم ثم يجب تقديرنا سخ آخر لان الثابت الآن الحرمة (قوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز له أن يتزوج بالاخرى) ثنى بعد ذكر ذلك الفرع بأصل كلي يتخرج عليه هو وغيره لحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك أن يتزوج كل من رجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة للاخرى أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للاخرى فيمتنع الجمع بينهما والدليل على اعتبار الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم وروى أبو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قريبتها مخافة القطيعة فأوجب تعدي الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة بفرض وصلها وهو ما تضمنه الاصل المذكور وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في اباحة الجمع بين غير الاختين وقد روي في خصوص العمتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين والخالتين وإن تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد (قوله والقرابة المحرمة للنكاح) أي بمقتضى آية المحرمات (محرمة للقطع) على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع القطع فلا يحل وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني أي انما حرمت للقطع فانه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي الى القطيعة فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية أعني حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم الى آخرها على الرجل وان كان في بعضها غير ذلك أيضا كمتاقاة الاحترام الواجب للامهات والعمات والخالات بالافتراش فيمكن ادراجه في القطيعة ولا شك أن الجمع أفضى اليه لاكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع أولى من حرمة الاقارب (قوله ولو كانت المحرمية بينهما) أي بين المرأتين (بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل) وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فلا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع أو امرأة وابنة أخ لها من الرضاع لانها عمتها أو امرأة وابنة أختها من الرضاع لانها خالتها من الرضاع (قوله لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع) يعني أن الموجب لاعتبار ذلك الاصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرمت عليه الاخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها أو الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه حتى لا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع أو عمة أو خالة وابنة أخ أو أخت من الرضاع وكذا كل محرمية بسبب الرضاع وكلاهما منتف في الربيبة وزوجة الاب فكان تحريم الجمع بينهما قولا لا بدليل وهذه أعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة أبيها مما اتفق عليه الائمة الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز أخرجه الدارقطني عن قثم مولى ابن عباس قال تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامرأة علي وذكره البخاري تعليقا قال وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأة علي وتعليقاته صحيحة قال ابن سيرين وكرهه الحسن مرة ثم قال لا بأس به وقد مناظرة بينا أنه لا بأس أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه أمها أو بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد بن الحنفية امرأة

قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وابنتها) لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة أولا وذكر الخلاف (وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة) فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه (ولنا أن الوطء سبب الجزئية) وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام أما أن الولد جزء من هو منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطء فانه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد (حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا) يقال ابن فلان وابن فلانة (فتصير أصولها (٣٦٥) وفروعها كأصوله وفروعه) وتصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لانها حينئذ جزء الواطئ أجاب بقوله (والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة) لانها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للتوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها فيهما وذلك خلف باطل وأما أن الاستمتاع بالجزء حرام فلأن أول الانسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بنته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثنى موضع الضرورة وهي امرأته

قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها) وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوأة

وزوج ابنه بنتها (قوله ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها) أي وان علت فتدخل الجدات بناء على ما قدمه من أن الام هي الاصل لغة (وابنتها) وان سفلت وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني وأجداده وان علوا وأبنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزاني فان أفضاها لا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن أبي يوسف قال أكره له الام والبنت وقال محمد التنزه أحب الى ولكن لا أفرق بينه وبين أمها وقد يقال اذا كان المس بشهوة تنتشر بها الآلة تحرم ما يجب القول بالتحريم اذا أفضاها ان لم ينزل وان أنزل فعلى الخلاف الآتي وان انتشر معه أو زاد انتشاره كما في غيره والجواب أن العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق في صورة الافضاء ذلك اذا لم يتحقق كونه في القبل ولا بد من كونها مشتهاة حالا أو ماضيا وعن أبي يوسف اذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياسا على المجبوز الشوهاء ولهما أن العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه كابراهيم وزكريا عليهما السلام وله أن يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما فتساويا والقصتان على خلاف العادة لا توجبان الثبوت العادي ولا تخرجان العادة عن النفي ولا تتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافا لما عن الاوزاعي وأحمد ووجهه ما تضمنه الجواب المذكور وبقولنا قال مالك في رواية وأحمد خلافا للشافعي ومالك في أخرى وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الاصح وعمران بن الحصين وجابر وأبي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثوري واسحق بن راهويه ولو ولدت منه بنتا بأن زنى ببكر وأمسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لانها بنته حقيقة وان لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه ولم تصر أمها أمهات أولاد لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فان المراد به الولد الذي يترتب عليه أحكام الشرع الا أن حكم الحرمة عارضه فيه قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعا والاتفاق على حرمة الابن من الزنا على أمه فعلمنا أن حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في أمر الفروج وبحرمة البنت من الزنا قال مالك في المشهور وأحمد خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف أخته من الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه فأولدوا بنتا فانها تحرم على الاخ والعم والخال والجد ووجهه ظاهر من الكتاب (قوله ولنا أن الوطء سبب الجزئية) اعلم أن الدليل يتم بأن يقال هو وطء سبب للولد

(قوله أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة) أقول فكان الانسب تقديمه على مسائل الجمع ولعل تأخيره لكونه مكان الاختلاف (قوله وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام) أقول النتيجة اللازمة من هذا القياس حرمة الاستمتاع بالولد وفروعه ليس الا والمطلوب يتضمن حرمة أصول كل منهما الآخر أيضا والصواب تركيب القياس الاستثنائي بحيث يعم الكل (قال المصنف ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد) أقول فان الولد جزء من الاب وهو جزء من الام أيضا متصل بها مختلط حتى يفصل منها بالمقاريض (قوله وكذا بين الوالدين بسبب الولد) أقول فيه بحث (قوله فان قيل لو كان الخ) أقول محل هذا السؤال كان عقيب بيان الكبرى كما لا يخفى (قوله بعد ما ولدت) أقول بل بعد الوطء وهذا أولى في اثبات المطلوب والعود على موضوعه بالنقض (قوله فهو الأصل في حرمة الجزء) أقول أي حديث آدم عليه السلام

والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنا (ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها)

فيتعلق به التحريم قياسا على الوطء الحلال بناء على الغاء وصف الحل في المناط وهو يعتبره فهذا منشأ الافتراق ونحن نبين الغاءه شرعا بأن وطء الامة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وأمته المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة فعلم أن المعتبر في الاصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا أو حراما ومارواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام غير مجرى على ظاهره أرأيت لو بال أو صب خمرا في ماء قليل مملوك له لم يكن حراما مع أنه يحرم استعماله فيجب كون المراد أن الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما وحينئذ نقول بموجبه اذ لم نقل بأثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ هذا الوضح الحديث لكن حديث ابن عباس مضعف بعثمان ابن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري والنسائي وأبو داود ليس بشيء وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن أبي فروة وهو متروك وحديث عائشة ضعف بأنه من كلام بعض قضاة أهل العراق قاله الامام أحمد وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة وقد استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء بناء على أن المراد بالنكاح الوطء إما لانه الحقيقة اللغوية أو مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وانما الفاحشة الوطء لا نفس العقد ويمكن منع هذا بل نفس لفظه الذي وضعه الشارع لاستباحة الفروج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء أي المعقود عليهن لهم بعد ما جعله الله قبيحا قبيح وقدمنا للمصنف اعتبار الآية دليلا على تحريم المعقود عليها للاب وقد روى أصحابنا أحاديث كثيرة منها قال رجل يا رسول الله اني زنيت بامرأة في الجاهلية أفأنكح ابنتها قال لا أرى ذلك ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها وهو مرسل ومنقطع وفيه أبو بكر بن عبد الرحمن ابن أم حكيم ومن طريق ابن وهب عن أبي أيوب عن ابن جريج أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المرأة فيفجر ولا يزيد على ذلك لا يتزوج ابنتها وهو مرسل ومنقطع الا أن هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات فالحاصل أن المنقولات تكافأت وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغلطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه بل من حيث هو يترتب على المصاهرة فحقيقة النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا وعضدا وساعدا يهمه ما أهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفى الصهرية وفائدتها أيضا اذ الانسان ينفر عن الزاني ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فأني ينتفع به فالمرجع القياس وقد بينا فيه الغاء وصف زائد على كونه وطأ وظهر أن حديث الجزئية واضافة الولد الى كل منهما كملا لا يحتاج اليه في تمام الدليل الا أن الشيخ ذكره بيانا لحكمة العلة يعني أن الحكمة في ثبوت الحرمة بهذا الوطء كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منهما كملا وهو ان انفصل فلا بد من اختلاط ما ولا يخفى أن الاختلاط لا يحتاج تحققه الى الولد والا لم تثبت الحرمة بوطء غير معلق والواقع خلافه فتضمنت جزأ (والاستمتاع بالجزء حرام) لقوله صلى الله عليه وسلم ناكح اليد ملعون (الا في موضع الضرورة وهي المنكوحة) والا لاستلزم البقاء متزوجا حرجا عظيما تضيق عنه الاموال والنساء واذا تضمنت جزأ صارت أمهاتها كأمهاته وبناتها كبناته فيحرم عليه كما تحرم أمهاته وبناته حقيقة أو نقول وهو الاوجه ان بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار وعند عدم العلوق غاية ما يلزم كون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالمالك المرفه (قوله ومن مسته امرأة بشهوة) أي بدون حائل أو بحائل رقيق تصل معه حرارة البدن الى اليد وقيل المدار وجود الحجم وفي مس الشعر وابانة ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ويشترط

الوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا يقال ولد عصيان أو عدوان والشيء اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة أصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم

وقوله (ومن مسته امرأة بشهوة) بيان أن الاسباب الداعية الى الوطء في اثبات الحرمة كالوطء في اثباتها قال الفقيه أبو الليث تأويل المسئلة اذا صدق الرجل المرأة أنها مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في أكبر رأيه أنها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي أن لا تحرم عليه أمها وبنتها فان قيل ذكر مسئلة الدواعي تكرار لان نفس الوطء الحرام اذا لم يوجب الحرمة عند الشافعي فلأن لا يوجبها دواعيه أولى أجيب بأنه انما كانت تكرارا أن لو كانت مصورة في الحرام فقط وليس كذلك بل هي في الحلال مثل أن مست أمة مولاها كذلك غير أنا لم نميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي في شمول العدم

(قوله فان قيل ذكر مسئلة الدواعي) أقول أي ذكر خلاف الشافعي فيها فان الاولوية في جانبه كما لا يخفى فني عبارته قصور

وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظرها الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما افساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به

كونها مشتهاة حالا أو ماضيا فلو مس عجوزا بشهوة أو جامعها ثبتت الحرمة وكذا اذا كانت صغيرة تشتهى قال ابن الفضل بنت تسع سنين مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس سنين فما دونها لا بلا تفصيل وبنت ثمان أو سبع أو ست ان كانت عبلة كانت مشتهاة والا فلا وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت بها حرمة المصاهرة وهذا ما وعدناه من قريب ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا أو ناسيا أو مكرها أو محفوظا حتى لو أيقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى بنته منها فقرصها بشهوة وهي ممن تشتهى يظن أنها أمها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة وذلك أن تصورها من جانبها بأن أيقظته هي كذلك فقرصت ابنه (١) من غيرها وقوله بشهوة في موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر في حد الشهوة من أن الصحيح أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو قول السرخسي وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى أن يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها وفرع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فأولج بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الام ما لم يزدد الانتشار ثم هذا الحد في حق الشاب أما الشيخ والعنين فحدها تحرك قلبه أو زيادة تحركه ان كان متحركا لا المجرد ميلان النفس فانه يوجد فيمن لا شهوة له أصلا كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ حتى لو مس وأقر أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه وكان ابن مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لانه لا يعتبر الا تحرك الآلة ثم وجود الشهوة ممن أحدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها في حق الحرمة وأقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بأن يصدقها أو يقع في أكبر رأيه صدقها وعلى هذا ينبغي أن يقال في مسه اياها لا تحرم على أبيه وابنه الا أن يصدقاه أو يغلب على ظنهما صدقه ثم رأيت عن أبي يوسف أنه ذكر في الامالي ما يفيد ذلك قال امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق بينهما ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر ان كان قبل الدخول ويرجع به الاب على الابن ان تعمد الفساد ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لانه وجب عليه الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر وتقبل الشهادة على الاقرار بالمس والتقبيل بشهوة ولو أقر بالتقبيل وأنكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الاصل والمنتقى يصدق وفي مجموع النوازل لا يصدق لو قبلها على الفم قال صاحب الخلاصة وبه كان يفتي الامام خالي وقال القاضي الامام يصدق في جميع المواضع حتى رأيته أفتى في المرأة اذا أخذت ذكر الختن في الخصومة فقالت كان عن غير شهوة أنها تصدق اه ولا اشكال في هذا فان وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة بخلاف ما اذا قبلها منتشرا فانه لا يصدق في دعوى عدم الشهوة والحاصل أنه اذا أقر بالنظر وأنكر الشهوة صدق بلا خلاف وفي المباشرة اذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما أعلم وفي التقبيل اذا أنكر الشهوة اختلف فيه قيل لا يصدق لانه لا يكون الا عن شهوة غالبا فلا يقبل (٢) الا أن يظهر خلافه بالانتشار ونحوه وقيل يقبل وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق أو على الفم فلا والارجح هذا الا أن الخد يتراءى الحاقه بالفم ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما تقام عليه البينة ان هذا المدعي تزوج أمها أو قبلها أو لمسها بشهوة على أن قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على ارادة القبلة على الفم ونحوه أو في اللمس فقط ان أريد غير الفم ونحوه والحاصل أن الدعوى اذا وافقت الظاهر قبلت والا ردت فيراعى الظهور وفي المحيط لو كان لرجل جارية فقال وطئتها لا تحل لابنه وان كانت في غير ملكه تحل لابنه ان كذبه لان الظاهر يشهد له (قوله وقال الشافعي لا تحرم) قيل عليه ان ثبوت خلافه

(له) في الحلال ما ذكر في الكتاب (أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما افساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال) وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول لان الملحق لا بد وأن يكون في معنى الملحق به

---

(١) قوله من غيرها قيد بذلك ليعلم ما اذا كان منها بالاولى اه نهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي حفظه الله كتبه معصمه

(٢) قوله الا أن يظهر الخ حتى هذا الاستثناء أن يذكر بعد قوله وقيل يقبل كما لا يخفى اه كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه معصمه

(ولنا أن المس والنظر سبب داع الى الوطء) والسبب الداعى الى الشئ يقام مقامه فى موضع الاحتياط وهذا لانا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء فى حرمة الابضاع ألا ترى أنه أقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها فى اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فأقمنا السبب الداعى مقام المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء ونوقض بان ماذكرتم ان كان صحيحا قام النظر الى جمال المرأة مقام الوطء فى ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا اليه والجواب أن النظر الى الفرج المحرم هو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو لا يحل الا فى الملك والظاهر من ذلك أنها لا تكون على هذه الحالة الا فى خلوة عن الاجانب فانظر بعد هذا فى أن النظر الى الجمال فى الحلال فى الملك وغيره خلاء وملأ هل يكون داعيا الى الوطء (٣٦٨) دعوة النظر اليه أولا لا أراك قائلا بذلك الا مكذبا * وعرّف المس بشهوة بان تنتشر الآلة يعنى اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس (أو تزداد انتشارا) اذا كانت منتشرة قبل ذلك وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول كثير من المشايخ قال فى الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حدّ الشهوة أن يميل قلبه اليها ويشتهى جماعها واختار المصنف قول شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام قال فى النهاية هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا أو عنينا فحدّ الشهوة أن يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك أو يزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازى لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتى بثبوت الحرمة فى الشيخ الكبير والعنين الذى ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة وهو أقرب الى الفقه وقوله (والمعتبر النظر) ظاهر (ولو مس فأنزل فقد قيل يوجب الحرمة) وبه كان يفتى شيخ الاسلام وتحقيق الاوزجندى ووجهه أن مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلافها والذى اختاره المصنف فى الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسى والامام فخر الاسلام وقد نص محمد فى باب اتيان المرأة فى غير مأتاها من الزيادات أن الجماع فى الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة (وهذا أصح لما تبين أنه) أى المس (بالانزال غير مفض الى الوطء) والمس المفضى اليه هو المحرّم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال هو أن الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى أن تبين بالانزال فان أنزل لم تثبت والا ثبتت لا أن يكون معناه أن حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال سقط ما ثبت من الحرمة لان موجب المصاهرة اذا ثبت لا يسقط أبدا

ولنا أن المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه فى موضع الاحتياط ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فأنزل فقد قيل إنه يوجب الحرمة والصحيح أنه لا يوجبها لانه بالانزال تبين أنه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المرأة فى الدبر

مستفاد من المسئلة السابقة بطريق أولى فلا حاجة الى نقله مرة أخرى أجيب بأن المس المتكلم فيه هنا مفروض فى الحلال وان كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه فى المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة وحينئذ لا بد من فرض كون الممسوس أمته على ما فى شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور اليها يعنى التى فيها خلاف الشافعى الامة يعنى أمته لانه إما أن يراد المنكوحة أو الاجنبية أو الامة لا سبيل الى الاول لان أم المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر والمس لا أن حرمتهما جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم فى المنكوحة الا فائدة التحريم فى الربيبة دون الام ولا سبيل الى الاجنبية لان الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعى (قوله والمعتبر النظر الى الفرج الداخل) وعن أبى يوسف النظر الى منابت الشعر محرّم وقال محمد أن ينظر الى الشق وجه ظاهر الرواية أن هذا حكم تعلق بالفرج والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه وان الاحتراز عن النظر الى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره اه ولقائل أن يمنع الثانى ويقول فى الاول قد تقدّم للمصنف فى فصل الغسل من أول الكتاب ما اذا نقل نظيره الى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر الى الخارج وهو قوله ولنا أنه متى وجب الغسل من وجه فالاحتياط فى الايجاب والموضع الذى نحن فيه موضع الاحتياط وقد يجاب بأن نفس هذا الحكم وهو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط فى الاحتياط ﴿فروع﴾ النظر من وراء الزجاج الى الفرج محرّم بخلاف النظر فى المرآة ولو كانت فى الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه ثبتت الحرمة ولو كانت على الشط فنظر فى الماء فرأى فرجها لا يحرّم كأن العلة والله أعلم أن المرئى فى المرآة مثاله لا هو وبهذا عللوا الحنث فيما اذا حلف لا ينظر الى وجه فلان فنظره فى المرآة أو الماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئى بخلاف المرآة والماء وهذا ينفى كون الابصار من المرآة ومن الماء بواسطة انعكاس الاشعة وإلا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما بخلاف المرئى فى الماء لان البصر ينفذ فيه اذا كان صافيا فيرى نفس ما فيه وان كان لا يراه على الوجه الذى هو عليه ولهذا كان له الخيار اذا اشترى سمكة رآها فى ماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة

قال (واذا طلق امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا لم يجزله أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق بائن) كالطلاق على مال (أو ثلاث جاز لانقطاع النكاح بالكلية) لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا يتمن إعماله وإعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية لينبت الحكم بقدر دليله (ولهذا الوطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا انا لانسلم انقطاع النكاح بالكلية فان (النكاح الاول قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع) عن الخروج (والفراش) وهو

(واذا طلق امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا لم يجزله أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا أن نكاح الاولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

وتحقيق سبب اختلاف المرقى فيه في فن آخر ثم شرط الحرمة بالنظر أو المس أن لا ينزل فان أنزل قال الازوجندي وغيره تثبت لان بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت والمختار لا تثبت كقول المصنف وشمس الائمة والبزدوي بناء على أن الامر موقوف حال المس الى ظهور عاقبته ان ظهر أنه لم ينزل حرمت والا لا والاستدلال واضح في الكتاب الا أن اقامة السبب اذا نيط الحكم بالمسبب انما تكون لخفاء المسبب والا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة والاولى ادعاء كون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد بالنظر واللمس نظرا الى أن الآثار جاءت بالحرمة في المس ونحوه وقد روي في الغاية السمعانية حديث أم هانئ عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من نظر الى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وفي الحديث ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وعن عمر أنه جرد جارية ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال أما انها لا تحل لك وهذا ان تم كان دليل أبي يوسف في كون النظر الى منابت الشعر كافيا وعن ابن عمر قال اذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها وعن مسروق أنه قال بيعوا جاريتي هذه أما اني لم أصب منها الا ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة (قوله لم يجزله أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وفي المبسوط لا تتزوج المرأة في عدة أختها من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن (وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق بائن جاز) وعلى هذا الخلاف تزوج أربع سوى المعتدة عن بائن وبقوله قال مالك وبقولنا قال أحمد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس ذكره سليمان بن يسار عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي وروى مذهبه عن زيد بن ثابت الا أن أبا يوسف ذكر في الامالي رجوع زيد عن هذا القول وكذا ذكره الطحاوي حكى أن مروان شاور الصحابة في هذا فاتفقوا على التفريق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شئ كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على أربع قبل الظهر ثم ان محل النزاع يتجاذبه أصلان الطلاق الرجعي وما بعد انقضاء العدة فقاس البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح اعمالا للقاطع وهو الطلاق البائن ويدل على انقطاعه أنه لو وطئها عالما بالحرمة حد وقسنا على الاول بجامع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية وهذا لانه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي الا قيام أحكامه لان لفظ تزوجت وزوجت تلاشى بمجرد انقضائه فقيامه بعده ليس الا قيام حكمه الراجع الى الاختصاص استمتاعا وامساكا وقد بقي الامساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فيبقى النكاح من وجه

صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد ثبت نسبه منه فان هذه كذلك ما دامت في العدة لانزاع في بقاء هذه الاحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام وقوله (والحد لا يجب) جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد ووجهه أنا لا نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق قال معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها ولم يجاوز الولد الزوج اذا أنكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا أنكر دليل على أنه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه اشارة الى أن الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال أن من

(٤٧ — فتح القدير ثاني) طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذلك باعتبار أن الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطء في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا ببقيامه في حق التزوج بالاخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين الاختين

(قوله كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد) أقول حتى لا يجوز لها أن تتزوج بغيره

واذا كان قائما من وجه حرم تزوج أختها وأربع سواها من وجه فتحرم مطلقا إلحاقا بالرجعي أو بما لا يحصى من الاصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم واباحة مع وجوب الاحتياط في أمر الفروج ويخص تزوج الاخت في عدة الاخت دلالة النص المانع من الجمع بين الاختين فانه علل فيه بالقطيعة وهي هنا أظهر وألزم فان مواصلة أختها في حال حبسها بلا استمتاع أغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع فان الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا أنكره ففيه دليل على أنه لو ادعى نسبه ثبت ويستلزم أن الوطء في عدة الثلاث ليس زنا مستعقبا لوجوب الحد والا لم يثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد وان سلم كما في عبارة كتاب الحدود ففاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما ستسمعه وانما قلنا ان أثر النكاح قائم من وجه (١) وبه يقوم هو من وجه وبه تحرم الاخت من وجه وبه تحرم مطلقا وفي المجتبى جواز نكاح الاخت في عدة الاخت يؤدي الى جمع مائه في رحم أختين لجواز العلوق بعد النكاح ويثبت في المعتدة النسب الى سنتين وهو ممتنع بالحديث اه يعني قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل بأختها بعده يلزم ما ذكر أيضا ﴿فروع﴾ الاول اذا أخبر المطلق عن المطلقة أنها أخبرته أن عدتها انقضت فاما تحتمله المدة أولا لا يصح نكاحه أختها في الثاني لانه لا يقبل قولها ولا قوله الا أن يفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق وفي الاول يصح نكاحه أختها سواء سكتت المخبر عنها أو صدقته أو كذبته أو كانت غائبة وقال زفر اذا كذبته لا يصح نكاحه أختها لانها أمينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها اذا أتت به ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ولنا أنه أخبر عن أمر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع الا في حقها فقلنا ببقاء النفقة بخلاف نكاح الاخت لا حق لها فيه فلا تقبل فيه ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعا بقيام العدة والفراش كالاختين المملوكتين بخلاف ما اذا ولدت فان من ضرورة القضاء بنسبه الحكم باسناد العلوق فيتيقن بكذبه ثم قال في الاصل هنا ان مات لم ترثه وكان الميراث للاخرى وذكر في كتاب الطلاق أن الميراث للاولى دون الاخرى ولكن وضع المسئلة فيما اذا كان مريضا حين قال أخبرتني أن عدتها انقضت وكذبته وانما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فأما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للاولى وان لم يخبر الزوج بها وفي كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها كما في نفقتها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في ابطال ارثها توضيحه أن بقوله ذلك أخبر أن الواقع يعني الطلاق صار بائنا فكأنه أبانها في صحته فلا ميراث لها ولو أبانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان عندهما يجوز جعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد ومتى كان الميراث للاولى فلا ميراث للثانية الثاني لو أعتق أم ولده لم يحل له تزوج أختها حتى تنقضي عدتها ويحل أربع سواها عنده وعندهما تحل الاخت أيضا قياسا على تزوج الاربع ولان حقيقة الملك لم تمنع فكيف بالعدة وانما هي أثره وأبو حنيفة يفرق بضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده ألا ترى أنه كان يتمكن من تزوجها قبله لا بعده حتى تنقضي فلو تزوج أختها بعد العتق كان مستلحقا نسب ولدي أختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الاربع سواها اذ غايته أنه جمع بين فرش الخمس ولا بأس به الثالث لزوج المرتدة اذا لحقت بدار الحرب تزوج أختها قبل انقضاء عدتها كما اذا ماتت لانه لا عدة عليها من المسلم للتباين فان عادت مسلمة فاما بعد تزوج الاخت أو قبله ففي الاول لا يفسد نكاح الاخت لعدم عود العدة وعند أبي يوسف تعود العدة وفي ابطال نكاح أختها عنه روايتان وفي الثاني كذلك عند أبي حنيفة

(١) قوله وبه يقوم هو من وجه سقطت هذه الجملة من بعض النسخ ولتحرر كتبه مصححه

قال (ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) خلافا للنفاة القياس استدلوا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله تعالى فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات (ولنا أن النكاح ما شرع الا لمثمرات مشتركة بين المتناكحين) يعني أنه كما يجب للزوج على الزوجة حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية فكان النكاح مشروعا لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء في التنافي بينهما واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين ولا تنافي حينئذ وأجيب بمنع اختلاف الجهة بان كون المرأة مالكة لجميع أجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة أيضا انما هو بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة ولقائل أن يقول المرأة بجميع أجزائها مالكة للعبد بجميع أجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه فجاز أن يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث أجزاؤهما فاختلفت الجهة وانتفى التنافي والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعه فانها تقدر على اتلافه بالاخصاء والجب من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا من حيث فرضته مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي وأما الجواب عما استدل به نفاة القياس من الآية فبأنها يعارضها قوله تعالى وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم خاطب الله تعالى الموالي بانكاح الاماء لا بنكاحهن فان قيل الآية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة فالجواب أن الموضع موضع بيان ما يحتجن اليه من أمر النكاح والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان

(ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) لان النكاح ما شرع الا لمثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة

لان العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد وعندهما ليس له تزوج الاخت وعودها مسلمة يصير شرعا لحاقها كالغيبة ألا ترى أنه يعاد اليها مالها فتعود معتدة (قوله ولا يتزوج المولى أمته) ولو ملك بعضها (ولا المرأة عبدها) وان لم تملك سوى سهم واحد منه وقد حكى في شرح الكنز الاجماع على بطلانه وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية (قوله لان النكاح ما شرع الا لمثمرات مشتركة بين المتناكحين) أي في الملك منها ما تختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل الا باذنها ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن عن غيره ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد في حق الاضافة (والمملوكية تنافي المالكية) فقد نافت لازم عقد النكاح ومنافي اللازم منافٍ للملزوم ولا وجه اذا تأملت بعد هذا التقرير لسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لان الفرض أن لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من تلك الامور على الخلوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه ولو اشترت زوجها أو شيأ منه فسد النكاح

(قال المصنف ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) أقول قال السروجي في شرحه لان مقتضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لاصلاح الاخلاق قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء

والاسترقاق يقتضي قهر السادات للعبد بالاستيلاء والاستهانة فيتعذر أن تكون زوجة لعبدها وسيدة لتنافي البابين اه ونحن نقول ما ذكره بالحقيقة تفصيل ما أجمله المصنف (قوله استدلوا بقوله تعالى الى قوله وقوله تعالى) أقول الآية الاولى والثانية في سورة النساء (قوله لا يحاب هذه الثمرات المشتركة بينهما الى قوله وبينهما منافاة) أقول لا يخفى عليك ما في تقريره من الخلل حيث يلزم منه أن لا يثمر النكاح ثمرات مشتركة بينهما لاستلزامه الجمع بين المتنافيين والاولى أن يقول فلو صح نكاح السيد أمته والسيدة عبدها كان المملوك المحض لشخص مالكا له وبينهما منافاة فليتأمل فان قلت بم يتخلص في النكاح عن هذا قلنا باختلاف الجهتين فانه ظاهر فيه ولا يمكن أن يرتكب ذلك في العبد وسيدته لان العبد مقهور محض لها للرق فلا يمكن أن يكون قاهرها فليتأمل (قوله واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين) أقول لان كونها مالكة بجهة ملك اليمين وكونها مملوكة بجهة ملك المتعة (قوله والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعه الخ) أقول فيه بحث فانها لو كانت مالكة منافع بضعه لجاز لها أن تمكن نفسها من عبدها حتى يطأها والمتلف فيما ذكره هو الجزء نفسه لا المنافع وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت استقلالا وأصالة على أن ذلك ليس بصحيح أيضا فانه تقرر في الاصول أن الرقيق ليس بمملوك في حكم الحياة والدم بل بمنزلة المبقى على أصل الحرية ولهذا يصح منه الاقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة قال في التلويح لان الحياة والدم حقه لاحتياجه اليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى اتلافهما اه (قوله فبأنها يعارضها قوله تعالى وأنكحوا الخ) أقول هذه الآية في سورة النور (قوله فان قيل الآية ساكتة عن بيان نكاحهن الخ) أقول غير المنطوق لا يعارض المنطوق على ما فصل في موضعه وهذا بعد تسليم ما ذكر وذلك أيضا فيه ما فيه

(ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب أى العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما تبين من بعد ان شاء الله تعالى

ويسقط المهر كالو دان عبدا ثم اشتراه سقط الدين لانه لا يثبت للمولى على عبده دين (قوله ويجوز تزويج الكتابيات) والاولى أن لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم الا للضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعى للمقام معها فى دار الحرب وتعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسبى وهى حبلى فيولد رقيقا وان كان مسلما والكتابى من يؤمن بنبى ويقر بكتاب والسامرية من اليهود أما من آمن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم أهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال فى المستصفى قالوا هذا يعنى الحل اذا لم يعتقدوا المسيح الها أما اذا اعتقدوه فلا وفى مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب اذا اعتقدوا أن المسيح اله وأن عزيرا اله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغى أن يجوز الاكل والتزوج اه وهو موافق لما فى رضاع مبسوط شمس الائمة فى الذبيحة قال ذبيحة النصرانى حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة أولا وموافق لاطلاق الكتاب هنا والدليل وهو قوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فسره بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذلك امتنع ابن عمر رضى الله عنه من تزوج الكتابية مطلقا لاندراجها فى المشركة قال تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى أن قال سبحانه عما يشركون قلنا وقد قيل ان القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا الا كلهم ويهود ديارنا يصرحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد وأما النصارى فلم أر إلا من يصرح بالابنية قبحهم الله لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل فى أهل الكتاب فأما من أطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك اذا ذكر فى لسان الشارع فلا ينصرف الى أهل الكتاب وان صح لغة فى طائفة بل وطوائف وأطلق لفظ الفعل أعنى يشركون على فعلهم كما أن من راءى بعمله من المسلمين فلم يعمل الا لاجل زيد يصح فى حقه أنه مشرك لغة ولا يتبادر عند اطلاق الشارع لفظ المشرك اراده لما عهد من اراده به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعى اتباع نبى ولا كتاب ولذلك عطفهم عليه فى قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين ونص على حلهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم أى العفائف منهن وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد أن المعنى أحل لكم المسلمات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم فان كن قد انقرضن فلا فائدة اذ لا يتصور الخطاب بحل الاموات للمخاطبين الاحياء وان كن أحياء ودخلن فى دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين بل ويدخل فى المحصنات المعطوف عليه وهو قوله تعالى والمحصنات من المؤمنات ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد فى عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف ثم المراد من ذكر مبعث الانسان على التخير لنطفته ألا ترى أن العفة ليست شرطا فى المؤمنات اتفاقا وان لم يدخلن فهو عين الدليل حيث أبيح نكاح الكتابيات الباقيات على ملتهن ولم يسلم فهى منسوخة أعنى ولا تنكحوا المشركات نسخت فى حق أهل الكتاب المتدينين وغيرهم بآية المائدة وبقى من سواهم تحت المنع ذكره جماعة من أهل التفسير لان سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شئ قط على أن تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير ارادة لا لغة ويدل على الحل تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم فمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر فقالوا نطلق يا أمير المؤمنين وانما كان غضبه لخلطة الكافرة بالمؤمن وخوف الفتنة على الولد لانه فى صغره ألزم لامه ومثله قول مالك تصير تشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع لا لعدم الحل ألا ترى الى قولهم نطلق يا أمير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة

ولا

(ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) قال المصنف (أى العفائف) فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر فانه فسرها بالمسلمات وليست العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة بدلالة الغرض ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم أى وأحل لكم المحصنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب فلا خفاء فى دلالته على الحل (ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما تبين من بعد) يعنى بعد أسطر حيث قال ويجوز تزويج الامة

(قال المصنف ويجوز تزويج الكتابيات) أقول أى تزوجها أو المراد تزويجها من نفسه (قال المصنف لقوله تعالى والمحصنات الآية) أقول هذه الآية فى سورة المائدة

(ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب) أي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في إعطاء الامان بأخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه (ولا) يجوز تزويج (الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من تعبد الصنم وغيرها واعترض بان أهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف أن اسم أهل الشرك يقع على أهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف جواز مستندا بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب

(قال المصنف لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات الآية) أقول هذه الآية في سورة البقرة في الحزب الثالث من الجزء الثاني (قوله واعترض بأن أهل الكتاب مشركون الى قوله والجواب) أقول وأجاب في الكشاف بأن آية البقرة منسوخة بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وسورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شئ قط (قوله قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله الآية) أقول هذه الآية في سورة التوبة

(ولا يجوز تزويج المجوسيات) لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال (ولا الوثنيات) لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن

ولا وقف الى زمنه وخطب المغيرة بن شعبة هندا بنت النعمان بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق الى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عميت فأبت وقالت أي رغبة لشيخ أعور في عجوز عمياء ولكن أردت أن تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمان بن المنذر فقال صدقت وأنشأ يقول

أدركت ما منيت نفسي خاليا * لله درك يا ابنة النعمان

فلقد رددت على المغيرة ذهنه * إن الملوك ذكية الاذهان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرمها ويسألها عن حالها فقالت في أبيات

فبينا نسوس الناس والامر أمرنا * اذا نحن فيهم سوقة نتنصف

فأف لدنيا لا يدوم نعيمها * تقلب تارات بنا وتصرف

قولها نتنصف أي نستخدم والمنصف الخادم فاذا كان الامر على ما قررناه فلا جرم أن ذهب عامة المفسرين الى تفسير المحصنات بالعفائف ثم ليست العفة شرطا بل هو للعادة أو لندب أن لا يتزوجوا غيرهن كما أشرنا اليه آنفا والائمة الاربعة على حل الكتابية الحرة وأما الامة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتي الخلاف فيها (قوله ولا يجوز تزويج المجوسيات) عليه الاربعة ونقل الجواز عن داود وأبي ثور ونقله اسحق في تفسيره عن علي رضي الله عنه بناء على أنهم من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه فأسري بكتابهم فنسوه وليس هذا الكلام شيئا لانا نعني بالمجوس عبدة النار فكونهم كان لهم كتاب أولا لا أثر له فان الحاصل أنهم الآن داخلون في المشركين وبهذا يستغنى عن منع كونهم من أهل الكتاب بأنه يخالف قوله تعالى انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا من غير تعقيب بانكار وعدهم المجوس يقتضي أنهم ثلاث طوائف وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان أخرجوا عن كونهم أهل كتاب يدل على اخراجهم الحديث المذكور وهو ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ابن القطان هو مرسل ومع ارساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيها قيس عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر الحديث الى أن قال بأن لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وفي سنده الواقدي وروى مالك في موطئه عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذكر المجوس فقال ما أدري ما أصنع في أمرهم فقال عبد الرحمن بن عوف أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة أهل الكتاب اه وسيأتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية ان شاء الله تعالى (قوله ولا الوثنيات) وهو بالاجماع والنص ويدخل في عبدة الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وفي شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده لان اسم المشرك يتناولهم جميعا وقال الرستغفني لا تجوز المناكحة بين أهل السنة والاعتزال (١) والفضلي ولا من قال أنا مؤمن ان شاء الله لانه كافر ومقتضاه منع مناكحة الشافعية واختلف فيها هكذا قيل يجوز وقيل يتزوج بنتهم ولا يزوجهم بنته ولا يخفى أن من قال أنا مؤمن ان شاء الله تعالى فانما يريد إيمان الموافاة صرح به بعضون الذي يقبض عليه العبد لانه اخبار عن نفسه بفعل في المستقبل أو استصحابه اليه فيتعلق به قوله تعالى ولا تقولن لشئ اني فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله وعلى هذا فيكون

---

(١) قوله والفضلي هو معطوف على الرستغفني كما هو ظاهر كذا بخط العلامة البحراوي

والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب في قوله تعالى ولتسمعن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيرا وفي قوله لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لامحالة وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان أربابا باشراك المشركين وسرى ذلك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان فان قيل اتخاذهم ذلك أربابا عين الشرك لامشبه به قلت فيه الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم أربابا حقيقة وانما كانوا يعظمونهم تعظيم الارباب فان قلت فما تقول في تأويل ابن عمر لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات باللاتي أسلمن من أهل الكتاب قلت لسنا نأخذ به لعرائه اذ ذاك عن الفائدة فان غير الكتابية أيضا اذا أسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة أنه تزوج يهودية وكذا عن كعب بن مالك قال (ويجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبي) الصابئات من صبأ اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية (٣٧٤) وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح أنهم جنس من أهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين وقوله (والخلاف المنقول فيه) يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه أن أنكحتهم صحيحة عنده خلافا لهما (محمول على اشتباه مذهبهم فكل أجاب بما وقع عنده) وقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرؤن الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليها ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذا لاخلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال به أبو حنيفة جازت منا كحتهم عندهما أيضا وان كانوا كما قالا فلا تجوز منا كحتهم عنده أيضا وحكم ذبيحتهم على هذا قال (ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له ما روى عن عثمان بن عفان قال تمسكوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ولنا ما روى ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم)

(ويجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرؤن بكتاب) لانهم من أهل الكتاب (وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم) لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل أجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم قال (ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا في حالة الاحرام) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روى أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطء

قوله ان شاء الله شرطا لا كما يقال انه لمجرد التبرك وكيف كان لا يقتضي ذلك كفره غير أنه عندنا خلاف الاولى لان تعويد النفس بالجزم في مثله ليصير ملكة خير من ادخال أدنى تردد في أنه هل يكون مؤمنا عند الموافاة أولا وأما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير أهل القبلة وان وقع الزاما في المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون وأقول وكذا القول بالايجاب بالذات ونفي الاختيار ﴿فرع﴾ تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزوج اليهودي نصرانية أو مجوسية والمجوسي يهودية أو نصرانية لانهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم فتجوز مناكحة بعضهم بعضا كأهل المذاهب من المسلمين وأجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار وطء المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الاطلاق في سبايا العرب كأوطاس وغيرها وهن مشركات والمذهب عندنا وعند عامة أهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فاما أن يراد الوطء أو كل منه ومن العقد بناء على أنه مشترك في سياق النفي أو خاص في الضم وهو ظاهر في الامرين ويمكن كون سبايا أوطاس أسلمن (قوله ويجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرؤن بكتاب) وان عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة بهذا فسرهم أبو حنيفة فبنى عليه الحل وفسراهم بعبدة الكواكب فبنيا عليه الحرمة وقيل فيهم الطائفتان وقيل فيهم غير ذلك فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم (قوله للمحرم والمحرمة أن يتزوجا حالة الاحرام) وفيه خلاف الثلاثة (وتزويج الولي المحرم مولاته على هذا الخلاف)

(قوله والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب الخ) أقول انما يصار الى ارتكاب المجاز في الآية لو كانت دلالة العطف على المغايرة أقوى من دلالتها على الاتحاد مع أن قوله تعالى ان الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء وقوله تعالى لقد كفر الذين قالوا ان الله ثالث ثلاثة وما من إله الا إله واحد يدل على أنهم مشركون وتقرير النهاية أوضح منه حيث قال علم من العطف أن معنى الاشراك صار مغلوبا فيهم ولم يلتفت لوجوده وفي فتح القدير المعهود من ارادة الشارع بالمشرك من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليهم في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب الآية (قوله فان قلت فما تقول في تأويل ابن عمر رضي الله عنهما) أقول فيه بحث فان تأويل ابن عمر رضي الله عنهما ليس في قوله تعالى والمحصنات من المؤمنات بل في قوله عز وجل والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب

تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح رواه الجماعة الا البخاري عن أبان بن عثمان بن عفان قال سمعت أبي عثمان بن عفان يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح زاد مسلم وأبو داود في رواية ولا يخطب وزاد ابن حبان في صحيحه ولا يخطب عليه وفي موطأ مالك عن داود بن الحصين أن أبا غطفان المري أخبره أن أباه طريفا تزوج امرأة وهو محرم فرد عمر ابن الخطاب نكاحه ولنا ما رواه الائمة الستة في كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنهما قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم زاد البخاري في جامعه في باب عمرة القضاء في كتاب المغازي وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف وله أيضا عنه ولم يصل سنده به قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة رضي الله عنها في عمرة القضاء وما عن يزيد بن الاصم أنه تزوجها وهو حلال لم يقو قوة هذا فانه مما اتفق عليه الستة وحديث يزيد لم يخرجه البخاري ولا النسائي وأيضا لا يقاوم ابن عباس حفظا واتقانا ولذا قال عمرو بن دينار للزهري وما يدري ابن الاصم أعرابي كذا وكذا لشئ قاله أنجعله مثل ابن عباس وما روى عن أبي رافع أنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما لم يخرج في واحد من الصحيحين وان روى في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة ولذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن قال ولا نعلم أحدا أسنده غير حماد عن مطر وما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال فنكر عنه لا يجوز النظر اليه بعدما اشتهر الى أن كاد أن يبلغ اليقين عنه في خلافه ولذا بعد أن أخرج الطبراني ذلك عارضه بأن أخرجه عن ابن عباس رضي الله عنه من خمسة عشر طريقا أنه تزوجها وهو محرم وفي لفظ وهما محرمان وقال هذا هو الصحيح وما أول به حديث ابن عباس بأن المعنى وهو في الحرم فانه يقال أنجد اذا دخل أرض نجد وأحرم اذا دخل أرض الحرم بعيد ومما يبعده حديث البخاري تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال والحاصل أنه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثي يزيد بن الاصم وأبان بن عثمان بن عفان وحديث ابن عباس أقوى منهما سندا فان رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا ويعضده ما قال الطحاوي روى أبو عوانة عن مغيرة عن أبي الضحى عن مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه وهو محرم قال ونقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج بروايتهم اه وهذا الحديث أخرجه أيضا البزار قال السهيلي انما أرادت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها وبقوة ضبط الرواة وفقههم فان الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وان تركناها تتساقط للتعارض وصرنا الى القياس فهو معنا لانه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع شئ من العقود بسبب الاحرام ولو حرم لكان غايته أن ينزل منزلة نفس الوطء وأثره في افساد الحج لا في بطلان العقد نفسه وأيضا لو لم يصح لبطل عقد المنكوحة سابقا لطرو الاحرام لان المنافي للعقد يستوي في الابتداء والبقاء كالطارئ على العقد وان رجحنا من حيث المتن كان معنا لان رواية ابن عباس رضي الله عنهما نافية ورواية يزيد مثبتة لما عرف أن المثبت هو الذي يثبت أمرا عارضا على الحالة الاصلية والحل الطارئ على الاحرام كذلك والنافي هو المبقي لانه ينفي طروا طارئا ولا شك أن الاحرام أصل بالنسبة الى الحل الطارئ عليه ثم ان له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفيا من جنس ما يعرف بدليله فيعارض الاثبات فيرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم هذا بالنسبة الى الحل اللاحق وأما على ارادة الحل السابق على الاحرام كما في بعض الروايات أنه صلى الله عليه وسلم بعث أبا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحرث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يحرم كذا في معرفة الصحابة للمستغفري فابن عباس مثبت ويزيد نافٍ فيرجح حديث ابن عباس بذات المتن لترجح المثبت على النافي ولو عارضه

قال أبو عيسى الترمذي حديث ابن عباس حسن صحيح فان قلت النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياسا على الوطء اذا كان الحديثان متعارضين قلت ما رواه محمول على الوطء أي لا يطأ ولا تمكنه المرأة أن يطأها كما هو فعل البعض وكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد

(قوله فان قلت النكاح مما تثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياسا على الوطء الخ) أقول اذا نزل منزلة الوطء نفسه يكون أثره في إفساد الحج لا في بطلان العقد (قوله قلت ما رواه محمول على الوطء الى قوله وهو فاسد) أقول مع أن القياس غير صحيح والقياس الصحيح معنا لانه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع شئ من العقود بسبب الاحرام قال الاتقاني قوله ما رواه محمول على الوطء أي لا يطأ المحرم ولا تمكنه المحرمة من نفسها للوطء ولا يخطب أي لا يلتمس الوطء اه ولا يلزم أن يكون ولا تنكح بالتاء لان المحرم يتناول المحرمة أيضا لكونه في تأويل من يحرم أو الشخص فتأمل

(ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت أو كتابية) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة

بأن كان نفي يزيد مما يعرف بدليله لان حالة الحل تعرف أيضا بالدليل وهي هيئة الحلال فالترجيح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوي لا بذات المتن وان وفقنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزوج في حديث ابن الاصم على البناء بها مجازا بعلاقة السببية العادية ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم إما على نهي التحريم والنكاح للوطء والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص أي لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها والعجب ممن يضعف هذا الوجه بأن التمكين من الوطء لا يسمى نكاحا مع أن اللازم الانكاح لا النكاح وأما استبعاده باختلاله عربية فليس بواقع لان غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وان كان غيره أكثر وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التأويل أو على نهي الكراهية جمعا بين الدلائل وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود الانكحة لان ذلك يوجب شغل قلبه عن الاحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لان المعنى المنوط به الكراهة وهو عليه الصلاة والسلام منزه عنه ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فيناوفيه كالوصال نهانا عنه وفعله (قوله ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت أو كتابية الخ) قيد الحر غير مفيد لان الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية فكان الصواب ابداله بالمسلم وعن مالك وأحمد كقوله وعنهما كقولنا له قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات الآية استفيد منها عدة أحكام عدم جواز نكاح الامة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز نكاح الامة مطلقا حين لا ضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الامة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما وعدم جواز الامة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في قوله من فتياتكم المؤمنات وأيضا اذا لم تجز الامة الا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق في حالة الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه لاطلاق المقتضى من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وأحل لكم ما وراء ذلكم فلا يخرج منه شيء الا بما يوجب التخصيص ولم ينتهض ما ذكروا حجة مخرجة أما أولا فالمفهوم ان أعنى مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الاصول وأما ثانيا فبتقدير الحجية مقتضى المفهوم بين عدم الاباحة الثابتة عند وجود القيد المبيح وعدم الاباحة أعم من ثبوت الحرمة أو الكراهة ولا دلالة للاعم على أخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة أقل فتعينت فقلنا بها وبالكراهة صرح في البدائع وأما تعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على أصول شتى أو لتعيين أحد فردي الاعم الذي هو عدم الاباحة وهو التحريم مرادا بالاعم فان عنوا أن فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ولكن وجود الوصف ممنوع اذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار أمه ان كانت حرة فحر أو رقيقة فرقيق وان أرادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لأن يقارنه الرق في الوجود لا إرقاقه سلمنا وجوده ومنعنا تأثيره في الحرمة بل في الكراهة وهذا لانه كان له أن لا يحصل الولد أصلا بنكاح الآيسة ونحوها فلأن يكون له أن يحصله رقيقا بعد كونه مسلما أولى اذ المقصود بالذات من التناسل انما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والالوهية وما يجب أن يعترف له به وهذا ثابت بالولد المسلم والحرية مع ذلك كمال يرجع أكثره الى أمر دنيوي وقد جاز للعبد أن يتزوج أمتين بالاتفاق

(ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت أو كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق) اذ الولد يتبع الام في الرق وما يثبت لضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية

(ولهذا) أى ولكونه ضررا عنده (جعل طول الحرة مانعا منه) أى تزوج الامة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة (وعندنا جواز نكاح الامة مطلقا) مسلمة كانت أو كتابية (لاطلاق المقتضى) وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله وأحل لكم ماوراء ذلكم وانتفاء المانع الذى هو أبداه وهو تعريض الجزء على الرق (لان فيه) أى فى الاقدام (٣٧٧) على نكاح الامة (امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لا ارقائه) لانه لم يوجد بعد وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لانه لا يحصل الاصل بالعزل برضا المرأة وبتزوج العجوز والعقيم فلان يكون له أن لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة أولى (ولا يتزوج أمة على حرة) سواء كان حرا أو عبدا وقال الشافعى يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضا الحرة وجه قول الشافعى أن تزوج الامة ممنوع لمعنى فى المتزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد فى حق العبد لانه رقيق بجميع أجزائه ووجه قول مالك أن المنع لحق الحرة فاذا رضيت فقد أسقطت حقها ولنا ماذكره محمد بن الحسن فى مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الرأى فى مقابلة النص غير معتبر فان قلت جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت أو كتابية باطلاق المقتضى على ماتلوتم فهلا جوزتم

ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضى وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقائه ولهذا أن لا يحصل الاصل فيكون له أن لا يحصل الوصف (ولا يتزوج أمة على حرة) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعى رحمه الله فى تجويزه ذلك للعبد

مع أن فيه تعريض الولد على الرق فى موضع الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة وكون العبد أبا لا أثر له فى ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان ولده حرا والمانع انما يعقل كونه ذات الرق لانه هو الموجب للنقص الذى جعله محرما لامع قيد حرية الاب فوجب استواء العبد والحر فى هذا الحكم لوضح ذلك التعليل أعنى تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج الامة عند الشافعى من عدم وجود طول الحرة شرط أن لا تكون جارية ابنه أى ملك الابن قال فى خلاصتهم لو أنه استولدها قبل النكاح صارت أم ولده فتزل ملك ولده منزلة ملكه وعندنا لا ملك للاب من وجه أصلا والا لحرمت على الابن (قوله ولا يتزوج أمة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة) أخرج الدارقطنى عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد اثنتان الحديث الى أن قال وتزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة وفيه مظاهر بن أسلم ضعيف وأخرج الطبرى فى تفسيره فى سورة النساء بسنده الى الحسن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تنكح الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قال وهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن أيضا مرسلا وكذا رواه ابن أبى شيبة عنه وأخرج عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج أخبرنى أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة وأخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه وأخرج ابن أبى شيبة عن على رضى الله عنه لا تنكح الامة على الحرة وأخرج عن ابن مسعود نحوه وأخرج ابن أبى شيبة حدثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين رضى الله عنهم تقوى الحديث المرسل لو لم يقل بحجيته فوجب قبوله ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وان اختلفت طرق اضافتهم فان الثلاثة أضافوه الى مفهوم قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية وذلك أن تزوج الامة على الحرة يكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقا وقوله (وهو حجة على الشافعى فى اجازة ذلك للعبد) يعنى حجة جبرا لانا أقمنا الدليل على جواز بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله ولانه يرى حجيته اذا اقترن بأقوال الصحابة وهنا كذلك فانه قد ثبت ذلك عن على وجابر فى الاطلاق كما بينا وكذا يرى حجيته اذا أفتى به جماعة من أهل العلم وهنا كذلك وهذا كله نص الشافعى فى الرسالة فانه قال وان لم يوجد ذلك يعنى تعدد المخرج نظر الى بعض ما يروى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا له فان وجدما يوافق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على أنه لم يرسل الا عن أصل يصح ان شاء الله وكذلك ان وجد عوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اه وبه يخص قوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم اذ قد أخرج منه ماقدمنا وفيه نظر فان اخراج المشركات والمجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد أو قياس وما قيل انه مخصوص منه الجمع بين الاختين فغلط لان قوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم

(٤٨ - فتح القدير ثانى) نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزناها هنالك لوجود المقتضى وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضى موجودا لكن المانع غير منتف

(قال المصنف ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه) أقول وفيه بحث لان ذلك لمفهوم الشرط عنده

وهو الذى أشار اليه المصنف بقوله (ولان للرق أثرا فى تنصيف النعمة على ما تقرر فى الطلاق فيثبت به حل المحلية فى حالة الانفراد دون حالة الانضمام) ولا علينا أن نقرره ههنا وتقريره أن الحل الذى ينبنى عليه عقد النكاح نعمة جديدة فى جانب الرجال والنساء جميعا وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج (٣٧٨) العبد ثنتين والحر أربعا فكذلك يتنصف برق المرأة لان الرق هو المنصف وهو

وعلى مالك فى تجويزه ذلك برضا الحرة ولان للرق أثرا فى تنصيف النعمة على ما تقرره فى كتاب الطلاق ان شاء الله فيثبت به حل المحلية فى حالة الانفراد دون حالة الانضمام (ويجوز تزويج الحرة عليها) لقوله صلى الله عليه وسلم وتنكح الحرة على الامة ولانهما من المحللات فى جميع الحالات اذ لا منصف فى حقها (فان تزوج أمة على حرة فى عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما) لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابى حنيفة رحمه الله أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود أن لا يدخل غيرها فى قسمها

لم يتناول الجمع ليتحقق اخراجه لانه مما قدم ذكره مع المحرمات ثم قال وأحل لكم ما وراء ذلكم أى ما وراء المذكورات فلم يتناوله أصلا واذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فاخراجه يستدعى تناولا يثبت اذ اضافة اخراجه الى تخصيص العلة التى ادعوا أنها مؤثرة لحرمة نكاح الامة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت أنه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها لان المعقول تأثير ذات الرق فى المنع عند عدم الضرورة ووجود الطول (قوله وعلى مالك فى تجويزه ذلك برضا الحرة) مالك رحمه الله يقول بحجية المرسل اذا صح طريقه الى التابعى لكنه علله باغاظة الحرة بادخال ناقصة الحال عليها فاذا رضيت انتفى ما لاجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى يخصص النص فان لم يكن منصوصا ولا موحى اليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ثم بتقدير جواز ذلك فتعليله بما ظهر أثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذى ظهر أثره فى الطلاق والعدة والقسم أولى فيكون المنع باعتبار التعليل به للتنصيف فى أحوال نكاح الامة ببيانه أن الحل الثابت فى النكاح نعمة وتبين أن الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل على أنه لو قيل بل نصف الحل أيضا وهو تنصيف القسم اذ يحرم عليه الاستمتاع بها فى غير ليلتها لا يمكن فيظهر أن حكم هذا الحديث لارادة تنصيف الاحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق وذلك أن لنكاحها حالتى انضمام الى نكاح حرة سابقة وانفراد عنه فالتنصيف اذا كان امكان الحالتين قائما بتصحيح نكاحها فى حالة دون حالة وتصحيح نكاح الحرة فى الحالتين حالة الانفراد والانضمام الى أمة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام الى الحرة لما فى اعتبار نقصها عن الحرة فى كثير من الاحكام من مناسبة ذلك ولا يبعد أن لزيادة غيظ الحرة زيادة معتبرة دخلا أيضا أما أصل غيظها فلا أثر له فانه يحصل بادخال الحرة أيضا على الامة وعلى هذا التقرير يندفع ما يورد من أن الانضمام يصدق على ما اذا أدخل الحرة أيضا على الامة فيلزم أن يفسد نكاح الامة بادخال الحرة عليها ويجاب بان الانضمام بقوم بالمتأخر لانه المنضم الى غيره ثم يتعلق بالمتقدم ومنهم من جعل منع ادخال الامة بالنص على خلاف القياس وتعليل الكرخى أن بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية وحق الحرية لا يجوز ابطاله بعد ثبوته فأما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوج حرة وأمة فى عقدة فيجتمع فى الامة محرم ومبيح فتحرم واعلم أن التعليل فى الاصل انما هو للقياس ويستدعى أصلا يلحق به منصوصا أو مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة (قوله فان تزوج أمة على حرة الخ) وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالبائن لان فى عدة الرجعى لا يجوز نكاح الامة اتفاقا وقولهما

يشملهما ولا يمكن اظهار هذا التنصيف فى جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلاث حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحال الواحدة لا تحتمل التجزى فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعى مانع عن العمل باطلاق المقتضى فتأمل فانه غريب (ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانهما من المحللات فى جميع الحالات لعدم المنصف فى حقها) فجاز العمل باطلاق المقتضى عند انتفاء المانع (فان تزوج أمة على حرة فى عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما) ووجه الجانبين على ما ذكره فى الكتاب ظاهر ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امرأة فى عدة أختها من طلاق بائن فانه ما لم يجوزاه كأبى حنيفة وقالوا فى الفرق لهما ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها فى عدة قول

(قوله وهو الذى أشار اليه المصنف بقوله ولان للرق أثرا فى تنصيف النعمة الخ) أقول فعلى هذا يكون مجموع الحديث وكون الرق منصفا دليلا واحدا على المطلوب وظاهر كلام المصنف خلافه (قوله وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف الى قوله فتأمل فانه غريب) أقول فيه بحث

أختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز وأما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكنه باعتبار ادخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل أن يقول نكاح الاولى قائم مادامت في العدة أولا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك المسئلة وقد نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرق آخر أضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره قال (وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والاماء) أو منهما اذا قدم الامة على الحرة (ولا يجوز أكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) نص على العدد (والتنصيص على العدد يمنع الزيادة (٣٧٩) عليه) وفيه بحث لان هذا معدول وهو

(وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والاماء وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج الا أمة واحدة لانه ضروري عنده

قول ابن أبي ليلى لان المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالاخت في عدة الاخت وإلا حرم ادخال الحرة عليها بل تزوج الامة على الحرة وهو منتف لا يقال تزوج عليها اذا تزوج وهي مبانة معتدة ولذا لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث وكذا جاز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ولابي حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها بعد فائما من وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لان الشبهة في الحرمات كالحقيقة احتياطا وأما جواز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل انما هو قولهما لا قوله ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه وأما مسئلة اليمين فانما لا يحنث فيها للعلم بان المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يدخل عليها شريكة في القسم ولان العرف أن لا يسمى متزوجا عليها بعد الابانة الا اذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة (قوله من الحرائر والاماء) أي جمعا وتفريقا الا أن في الجمع انما يجوز اذا آخر الحرائر (قوله وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) اتفق عليه الائمة الاربعة وجمهور المسلمين وأما الجواري فله ما شاء منهن وفي الفتاوى رجل له أربع نسوة وألف جارية أراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل آخر يخاف عليه الكفر وقالوا اذا ترك أن يتزوج كي لا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده كان مأجورا وأجاز الروافض تسعا من الحرائر ونقل عن النخعي وابن أبي ليلى وأجاز الخوارج ثماني عشرة وحكي عن بعض الناس اباحة أي عدد شاء بلا حصر وجه الاول أنه بين العدد المحلل بمثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع وجه الثاني ذلك الا أن مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر وكأن وجه الثالث العمومات من نحو فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ مثنى الى آخره تعداد عرفي له لا قيد كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثا ويخص الاولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا والاصل عدم الخصوصية الا بدليل والحجة عليهم أن آية الاحلال ههنا وهي قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء لم تسق الا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل لانه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة فكان ذكره هنا معقبا بالعدد ليس الا لبيان قصر الحل عليه أو هي لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا كيف وهو حال مما طاب فيكون قيدا في العامل وهو الاحلال المفهوم من فانكحوا ثم ان مثنى معدول عن عدد مكرر لا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا الى ما لا يقف وكذا ثلاث في ثلاثة ثلاثة ومثله رباع في أربعة أربعة فمؤدى التركيب على هذا ما طاب لكم اثنتين اثنتين جمعا في العقد أو على التفريق وثلاثا ثلاثا

وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا أنه عدد ولكن لا نسلم أن التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه السلام قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر أيضا مع أنه عليه السلام نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الاول أنه بحسب الاصل من الاعداد وان استعمل وصفا وعن الثاني بان معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع أو ثمانية عشر لما أن الواو للجمع أجيب بأن هذا الوهم هو الذي أوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين أفضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوة أو ازدياد هم عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية عشر نظرا الى معنى العدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام أحد هذه الاعداد قال الفراء لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الثقفي وبين ما زاد على الاربع من النسوة حين أسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن أحد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده الى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا (وقال الشافعي لا يتزوج الا أمة واحدة لانه) أي نكاح الامة (ضروري) في حق الحر (عنده) كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة

والحجة عليه ماتلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما فى الظهار (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين) وقال مالك يجوز لانه فى حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا أن الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر أربعا اظهارا لشرف الحرية قال (فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضى عدتها) وفيه خلاف الشافعى رحمه الله وهو نظير نكاح الاخت فى عدة الاخت

(والحجة عليه ماتلونا) يعنى قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء فان اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما فى الظهار فان آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول الامة المنكوحة (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه فى حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لانه يملك أصل النكاح بالاجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر فى حق النكاح لما ملكه كما أنه لا يملك المال ولهذا قال جاز له أن يتزوج بغير اذن مولاه كما أن له أن يطلق بغير اذنه (ولنا أن الرق منصف) على ماسيجىء فى الطلاق كما وعده المصنف (فيتزوج العبد اثنتين والحر أربعا اظهارا لشرف الحرية) وتملكه أصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب القسم ويتنصف قسمها وقوله (فان طلق الحر) ظاهر

(١) قوله بالاذن الموافق لما فى المصنف بغير اذن ولعله تحريف تأمل فالحاصل أن الصواب بلا اذن بدليل مابعده اه كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى حفظه الله كتبه مصححه

جمعا أو تفريقا وأربعا أربعا كذلك ثم هو قيد فى الحل على ماذكرنا فانتهى الحل الى أربع مخير فيهن بين الجمع والتفريق وأما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لان أقل ما يتصور بالواحدة فحاصل الحال أن حل الواحدة كان معلوما وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق فى ذلك وبه يتم جواب الفريقين أو نقول عرف حل الواحدة بقوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة فكان العدد على الوجه الذى ذكرنا محللا عند عدم خوف الجور ثم أفاد أن عند خوفه يقصر الحل على واحدة وانما لم يعطف بأو فيقال أو ثلاث أو رباع لانه لو ذكر بأو لكان الاحلال مقتصرا على أحد هذه الاعداد وليس بمراد بل المراد أن لهم أن يحصلوا هذه الاعداد ان شاؤا بطريق التثنية وان شاؤا بطريق التثليث وان شاؤا بطريق التربيع فانتفى بذلك صحة التسع والثمانى عشرة ويدل على الخصوصية ما روى الترمذى عن عبد الله بن عمر أن غيلان بن سلمة الثقفى أسلم وله عشر نسوة فى الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعا ومثله وقع لفيروز الديلمى وقيس ابن حارثة والمراد من قوله والتنصيص على العدد يمنع الزيادة العدد المذكور يعنى التنصيص على هذا العدد فكان اللام للعهد الذكرى أو الحضورى وانما كان هذا العدد يمنع الزيادة وان كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما فى قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حيث ألحق بها اليمين والنذر والعتق لوقوعه حالا قيدا فى الاحلال على ماقررنا وبه يندفع الايراد بأنه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا والحاصل أنه قد تمتنع معه الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلاة وقد لا ولا نحو سبعين مرة فى قوله تعالى استغفر لهم الآية وقد تمتنع الزيادة كما ذكرنا أو النقص فقط كما فى أقل الحيض وشىء من ذلك ليس لذات العدد بل لخوارج كمنع الزيادة هنا التقييد الحل وفى كل موضع يطلب السبب (قوله والحجة عليه ماتلوناه) وهو عموم ماطاب لكم من النساء مقتصرا على العدد المذكور وقوله اذ الامة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة والا فالمنكوحة تتناول فى الامة مع أن المراد هنا بالامة ليس الا الامة المنكوحة وفى كثير من النسخ المنكوحة على الصفة واعترض بان المراد الاستدلال بجواز تزوج الاماء أكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك وعلى ماقال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح فكان ينبغى أن لا يذكر المنكوحة أصلا والعناية به أن يراد المنكوحة بالقوة أى التى يريد أن ينكحها ينتظمها الخ (قوله لانه فى حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لان السبى لا يوقع الفرقة بين المسبى وزوجته فعلم أنه لا يملك الا من حيث هو مال ودليل أنه يملك أصل النكاح (١) بالاذن فلو كان مملوكا فى حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه وجواب الاول أن السبى أحد أسباب ملك الرقبة فجعله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة وجواب الثانى أن ملك أصل الشىء لا يمنع التنصيف اذا تحقق ما يوجبه كالامة تملك طلب أصل الوطء من زوجها ويتنصف قسمها (قوله ولنا أن الرق منصف) توضيح مراده أن الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى ان للمرأة المطالبة بالاستمتاع وقد نصف الرق للمرأة مالها من ذلك الحل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وأمة يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلما نصف رقها مالها وجب أن ينصف رقه ماله وللحر تزوج أربع وللعبد اثنتان بقى أن يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين فى

قال (فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله النكاح فاسد (وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع) لابي يوسف رحمه الله أن الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه

الاحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعي في اطلاق الزائد على الامة نظرا الى العموم في الحرائر والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الاحرار (قوله فان تزوج حبلى من زنا) من غيره (جاز النكاح) خلافا لابي يوسف وقول الشافعي رحمه الله كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول أبي يوسف أما لو كان الحبل من زنا منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملا من زنا منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطؤها عند الكل واذا جاز في الخلافية عندهما ولا يطؤها هل تستحق النفقة ذكر القرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول أوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان عذرها سماوي وهذا يضاف الى فعلها الزنا وعن محمد كقول أبي يوسف وكما لا يباح وطؤها لا يباح دواعيه وقيل لا بأس بوطئها ونقل عن الشافعي كأنه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطؤها في الحال مع احتمال العلوق فعلم أن العلوق من الزنا لا يمنع الوطء والا لمنع مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشئ لان الفرق بين المحقق والموهوم في الشغل الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن (قوله أن الامتناع في الاصل) يعني ثابت النسب حاصله قياس الحامل من الزنا على الحامل بثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليهما فعين علة الاصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله وهذا كذلك بدليل أنه لا يجوز اسقاطه وانه لا جناية منه فيمنع الملك واستدل المصنف رحمه الله بعموم وأحل لكم ما وراء ذلكم وحين علم أنه رد من قبل أبي يوسف أن هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج الى منع علته فقال لا نسلم أن علة المنع في الاصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي منتفية في الفرع اذ لا حرمة للزاني ومنهم من يزيد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام وقد يزاد أيضا فيقال فيصان عن سقيه ولما لم يجز الوطء لحرمة السقي لم يصح العقد لان كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح وهي زيادة توجب النقض انما يحتاج اليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطء ولم نقل به فيقال ان قلت لا يترتب مطلقا منعناه أو في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان والا لم يصح نكاح الحائض والنفساء الا أن أبا يوسف رحمه الله يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بأنه لو كان لحقه لجاز بأمره فالاولى تعليل المنع في الاصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المؤمنات وهو منتف في الحبلى من الزنا وقد يقال ان هذا الدفع مغالطة خيل أن حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق وليس كذلك فان معنى حرمته أن الشارع أثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه مادام قائما وحرمته لا تسقط باذنه في العقد الا أن هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وأما على ظاهر المذهب فلا فالمطرد ما ذكرنا (١) على ما هو رواية الحسن أنسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء * واعلم أن في سنن أبي داود عن رجل من الانصار يقال له نضرة بن أكثم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تزوجت امرأة على أنها بكر في ستر ها فدخلت عليها فاذا هي

قال (فان تزوج حبلى من الزنا) الحامل اذا تزوجت فاما أن يكون الحمل ثابت النسب أو لا فان كان الاول فالنكاح باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال أبو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها (وقال أبو يوسف النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل) أي في الحمل الثابت بالنسب انما كان (لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه) والحاصل أنه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بعلة حرمة الحمل

(١) قوله على ما هو رواية الحسن الى قوله واعلم هذه زيادة ثبتت في بعض النسخ فحررها كتبه مصححه

(ولهما أنها من المحللات بالنص) وهو قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص قلت لمكان قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله فان قيل لو كانت من المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها أجاب بقوله (وحرمة الوطء كي لا يسقي ماءه زرع غيره) وحرمة الوطء لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس وقوله (والامتناع في ثابت النسب) جواب عن قياس أبي يوسف وتقريره لانسلم أن فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو (لحق صاحب الماء ولا حرمة لماء الزاني) وقوله (فان تزوج حاملا من السبي) صورته أن تسبي الحربية حاملا فيريد السابي أن يتزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة وقوله (وان زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها) لوجود حده وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها ثلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه سبب الحرمة في

ولهما أنها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كي لا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني (فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد) لانه ثابت النسب (وان زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل) لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل

حبلى فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها والولد عبدك وفرق بيننا وقال اذا وضعت فحدوها وهو ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنا لقوله وفرق بيننا الا أن يحمل على تفريق الابدان فقط بان منعه من الخلوة بها الى أن تلد مع أن فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا الا أن يحمل على ارادة أنه يصير يخدمك وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو أولى لاستبعاد ارادة جعل الولد عبدا يبيعه الزوج بالنسبة الى مقابله لقلة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة ارادة التفريق عن المخالطة لا في العقد وهذا الان الظاهر أنه انما يكون بحيث يخدمه من غير ملك فيه اذا كان مع أمه عنده وهذا كله اذا ثبت هذا الحديث (قوله فالنكاح باطل) وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع (قوله لانها فراش لمولاها) لثبوت حد الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا أتت به فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء (قوله الا أنه غير متأكد الخ) جواب عما قد يقال لو كانت فراشا لم يجز تزويجها وهي حائل كما لا يجوز وهي حامل فأجاب بان فراشها غير متأكد ويتأكد باتصال الحبل بها منه فان الحبل مانع في الجملة وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فينتهض سببا للمنع بخلاف حالة عدمه واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان فظهر أن المانع ليس مطلقا بل المتأكد منه إما بنفسه وهو فراش المنكوحة أو بالحبل قالوا الفرش ثلاثة قوي وهي المنكوحة فلا ينتفي ولدها الا باللعان ومتوسط وهو فراش أم الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وضعيف لا يثبت نسب الولد منه الا بدعوة وهو فراش الامة التي لم يثبت لها أمومية الولد والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية بصريحه أن الامة ليست بفراش أصلا على ما ذكره في المسئلة التي تلي هذه وعلله

المحصنات من النساء فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها حائلا أيضا أجاب بقوله (الا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان) وكان فراشا ضعيفا (فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل) لان الحمل مانع في الجملة وكذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التأكد فان قيل اذا كان غير متأكد وينتفي الولد بالنفي من غير لعان وجب أن يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال لجاريته ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم أجيب بأن هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج أم ولده وهي حامل منه وانما يعدم يكون الحمل منه اذا أقر به وانما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد بالفاسد هنالك الباطل أيضا على ما ذكره فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمتين أهون أما في الحمل من الزنا فلأن الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر وأما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها

(قوله لان النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما) أقول فيه أنه لما لم يكن لصاحب الماء فينبغي أن يجوز النكاح (قوله لانها فراش لوجود حده وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه) أقول فينبغي التأويل في قوله لانها فراش

قال (ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح) لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا أن عليه أن يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح (فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء

(ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها) لعدم حد الفراش الذي ذكرناه (فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا أن عليه) أي على المولى أن (يستبرئها) قال الشارحون معنى عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المصنف فيقال انه أراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب (واذا جاز النكاح جاز للزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى) ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطء حراما فاذا احتمل ذلك ثبت التنزه (كما في الشراء) فان الموجب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح أورث ضعفا في السبب فيكون مستحبا

بعدم صدق حد الفراش عليها بقوله (فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة) فيلزم اما انحصاره في الفراش القوي والضعيف واما اعتبار الفرش الثلاثة في أم الولد والمنكوحة فأم الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها والحامل متوسط لنوع من التأكد فيمتنع وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الاوجه وأورد اذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة فان النسب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الامة جاءت باولاد ثلاثة فادعى المولى أكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم أجيب بان النفي دلالة انما يعمل اذا لم يكن صريح بخلافه وهنا كذلك اذ صورة المسئلة أن الحمل منه حيث قال لرجل زوج أم ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية وعلى هذا لو زوج أم ولده وهي حامل قبل أن يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا (قوله ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها) هذا تعليل للجواز بنفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيها بعينها فلذا لا يقتضي أن وجود الفراش مطلقا يمنع والا لمنع في أم الولد الحائل لان علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه أو بالتأكد لا مطلق الفراش ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة (قوله الا أن عليه أن يستبرئها) أي بطريق الاستحباب لا الحتم وليس استبراء المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المصنف وصرح الولوالجي بالاستحباب (قوله واذا جاز) يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى فان خلاف محمد في استبراء الزوج انما هو فيه ولذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله في قول محمد لا أحب له أي للزوج أن يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى هذا الخلاف فيما اذا زوجها المولى قبل أن يستبرئها فلو استبرأها قبل أن يتزوجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقا وقد وفق بعض المشايخ بان محمدا رحمه الله نفى الاستحباب وهما أثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهما على الاستحباب فلا نزاع فان لفظه في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وطئ جاريته ثم زوجها قال للزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها وقال محمد أحب له أن لا يطأها حتى يستبرئها اه وليس فيه استبراء المولى أصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قيل قوله تفسير لقول أبي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصريح قول المصنف لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا يخالفه ثم القياس المذكور لمحمد انما مقتضاه وجوب الاستبراء فان أصل قياسه الشراء وانما يتعدى بالقياس حكم الاصل وحكمه وجوب الاستبراء فان كان المصنف أخذه من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب وغاية الامر أن قوله أحب الى ظاهر في الاستحباب ودليله يوجب أن مراده الوجوب فاعتباره أولى لان الاستدلال بما لا يطابق الدعوى أبعد من اطلاق أحب أن يفعل كذا في واجب وكثيرا ما يطلق المتقدمون أكره كذا في التحريم أو كراهة التحريم وأحب مقابله فجاز أن يطلق في مقابله وهو الوجوب ثم لو أورد على محمد رحمه الله أن التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له أن يجيب بان ذلك في غير الفروج أما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلق الوجوب ومنه نفس أصل هذا القياس فان علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس الا توهم الشغل بالماء الحلال واعتبار استحداث الملك علة انما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف وان كان الاستدلال من عند

(قوله معنى عليه الاستحباب الخ) أقول أي معنى لفظ عليه الاستحباب دون الوجوب الا أنه سيجيء في باب نكاح أهل الشرك التصريح من الشراح بوجوب الاستبراء وجوبا ضعيفا

ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حبل زان والحكم بجواز النكاح في مثله أمارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محترم وان كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب وانما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب إما لان الخصم يقول به فكان نفيه أهم وإما ليتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء فيه واجب ومن تذكر ما سلف من المسائل يقطن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف استغناء عنها بما تضمن كلامه فيما سلف وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق وهو أن الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ والا لكان حكما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله (وكذا اذا رأى امرأة تزنى) ظاهر وقيل ينبغي أن لا تحل لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح وأجيب بأنه تعارض الاحتمالان احتمال وجود الحل وعدمه فعند ذلك رجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوى الاصالة هنا بعدم حرمة صاحب الماء قال (ونكاح المتعة باطل) صورة المتعة ماذكره في الكتاب (أن يقول الرجل لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال) أو يقول خذى مني هذه العشرة لاستمتع بك أياما أو متعيني نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يقل أياما وهذا عندنا باطل

ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل (وكذا اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها) والمعنى ماذكرنا قال (ونكاح المتعة باطل) وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

المصنف فهو المؤاخذ بعدم المطابقة (قوله ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ) أورد عليه أنه ممنوع فان الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنا ومجموع ماذكر فيه ثلاثة أجوبة جواب صاحب النهاية بأنه طرد لا نقض فان جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضى وهو قوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم الا أن الوطء هناك حرم لوجود الشغل حقيقة كي لا يسقى ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطء للحمل أما هنا لاحمل حقيقة فلو كان انما كان حكما وشرعا فكان جواز النكاح شرعا أمارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا أنه أمارة الفراغ عن حمل ثابت النسب أو نقول هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده واليه يرجع جواب صاحب النهاية اذا تأملت وهو الاولى أعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل اعتبارها أمارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة أما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا واختار الفقيه أبو الليث قول محمد رحمه الله لانه أحوط هذا وعند زفر لا يجوز لرجل أن يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على أصله وهو وجوب العدة للتزوج بعد كل وطء ولوزنا (قوله وكذا اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له وطؤها قبل أن يستبرئها عندهما وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها) وعند زفر لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلاث حيض لما قلناه عنه وقيل يكفي حيضة (قوله والمعنى) أي في حل وطء الزانية اذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد بعده (ماذكرنا) لهما من أن الصحة أمارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب وعند محمد الوطء يوجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشتراة (قوله ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة) خالية من الموانع (أتمتع بك كذا مدة) عشرة أيام مثلا أو يقول أياما أو متعيني نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يذكر أياما (بكذا من المال) قال شيخ الاسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت أن يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة أتمتع أو أستمتع اه يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفي الموقت الشهود وتعيينها ولاشك أنه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي أباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة متع للقطع من الآثار بأن المتحقق ليس الا أنه أذن لهم في المتعة وليس معنى هذا أن من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه أن يخاطبها بلفظ أتمتع ونحوه لما عرف من أن اللفظ انما يطلق ويراد معناه فاذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا أتمتع بك بل أوجدوا معنى هذا اللفظ ومعناه المشهور أن يوجد عقد على امرأة

(قوله الا على رحم فارغ عن شاغل محترم الخ) أقول فيه نوع مخالفة لما سبق آنفا حيث أجاب عن أبي يوسف رحمه الله في مسئلة نكاح الحامل من الزنا ويجوز أن يقال المراد احترامه لصاحب الماء (قوله لان نفيه يستلزم نفي الوجوب) أقول ممنوع كما لا يخفى (قوله وأجيب بأنه تعارض الاحتمالان) أقول ويجوز أن يجاب أيضا بانا قد اتفقنا على جواز النكاح الخ على ما مر ويدل على ذلك قول المصنف والمعنى ماذكرنا

(وقال مالك هو جائز) وهو الظاهر من قول ابن عباس (لانه كان مباحا) بالاتفاق (فيبقى الى أن يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة وبيان ذلك أنه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية عن على بن أبى طالب أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع بن سبرة قال أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام فخرجت مع ابن عم لى الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة عمى أحسن من بردتى فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فعلت تنظر الى شبابى والى بردته فقالت هلا بردة كبردة هذا أو شبابا كشباب هذا ثم آثرت شبابى على بردته فبت عندها فلما أصبحت اذا منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادى ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم أجمع الصحابة على أن المتعة قد انتسخت فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهر الان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح فان قيل أين الاجماع وقد كان ابن عباس مخالفا أجاب بقوله (٣٨٥) (وابن عباس صح رجوعه الى قولهم)

وقال مالك رحمه الله هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى أن يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم وابن عباس رضى الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع (والنكاح المؤقت باطل) مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين الى عشرة أيام

لايراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل الى مدة معينة ينتهى العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد مادامت معه الى أن أنصرف عنك فلا عقد والحاصل أن معنى المتعة عقد موقت ينتهى بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما عادة المتعة والنكاح الموقت أيضا فيكون النكاح الموقت من أفراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود وما يفيد ذلك من الالفاظ التى تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى ولم يعرف فى شئ من الآثار لفظ واحد ممن باشرها من الصحابة رضى الله عنهم بلفظ تمتعت بك ونحوه والله أعلم (قوله وقال مالك هو جائز) نسبته الى مالك غلط وقوله (لانه كان مباحا فيبقى الى أن يظهر الناسخ) هذا متمسك من يقول بها كابن عباس رضى الله عنهما (قلنا قد ثبت النسخ باجماع الصحابة رضى الله عنهم) هذه عبارة المصنف وليست الباء سببية فيها فان المختار أن الاجماع لا يكون ناسخا اللهم الا أن يقدر محذوف أى بسبب العلم باجماعهم أى لما عرف اجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هى للمصاحبة أى لما ثبت اجماعهم على المنع علم معه النسخ وأما دليل النسخ بعينه فما فى صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح وفى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر والتوفيق أنها نسخت مرتين قيل ثلاثة أشياء نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس فى الصلاة وقيل لا يحتاج الى الناسخ لانه صلى الله عليه وسلم انما كان أباحها ثلاثة أيام فبانقضائها تنتهى الاباحة وذلك لما قال محمد بن الحسن فى الاصل بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر فى غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وهذا لا يفيد أن الاباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة أيام ولذا قال ثم نهى عنها وهو يشبه ما أخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهنى قال أذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت أنا ورجل الى امرأة من بنى عامر كأنها بكرة عيطاء فعرضنا عليها أنفسنا فقالت ما تعطينى فقلت ردائى وقال صاحبى ردائى وكان رداء صاحبى أجود من ردائى وكنت أنا أشب منه فاذا نظرت الى رداء صاحبى أعجبها واذا

روى جابر بن زيد أن ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة (فتقرر الاجماع) وقيل فى نسبة جواز المتعة الى مالك نظر لانه روى الحديث فى الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن على عن أبيهما عن على بن أبى طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الانسية وقال فى المدونة ولا يجوز النكاح الى أجل قريب أو بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة وأقول يجوز أن يكون شمس الائمة الذى أخذ منه المصنف قد أطلع على قول له على خلاف ما فى المدونة وليس كل من يروى حديثا يكون واجب العمل لجواز أن يكون عنده ما

(٤٩ - فتح القدير ثانى) يعارضه أو يرجح عليه (والنكاح الموقت باطل مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين الى عشرة أيام) والذى يفهم من عبارة المصنف فى الفرق بينهما شيآن أحدهما وجود لفظ يشارك المتعة فى الاشتقاق كما ذكرنا آنفا فى نكاح المتعة والثانى شهود الشاهدين فى النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج أو النكاح وأن تكون المدة معينة

(قال المصنف قلنا ثبت النسخ بالاجماع) أقول قال ابن الهمام ليست الباء سببية فان المختار أن الاجماع لا يكون ناسخا الا أن يقدر محذوف أى بسبب العلم باجماعهم أى لما عرف أجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هى للمصاحبة أى لما ثبت أجماعهم على المنع علم معه النسخ اهـ ويجوز أن يريد بثبوت النسخ ثبوته العلمى (قوله فان قيل أين الاجماع وقد كان ابن عباس مخالفا الخ) أقول هذا نقل النسخ فلا تضر مخالفة ابن عباس قلنا نعم لكن مراد المصنف أن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعوا على نقله ولا يتم ذلك بمخالفته فليتأمل

وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة

نظرت الى أعجبتها ثم قالت أنت ورد اولك تكفيني فمكثت معها ثلاثا ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان عنده شئ من هذه النساء التي يتمتع بهن فليخل سبيلها فهذا مثله من حيث انه انما يدل على أن الاباحة أقامت ثلاثا لا أنها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من الناسخ وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيامة والاحاديث في ذلك كثيرة شهيرة وأما ظاهر الالفاظ التي تعطي الاجماع فما أخرجه الحازمي بسنده الى جابر خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غزوة تبوك حتى اذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا منهن وهن يظعن في رحالنا فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر اليهن وقال من هؤلاء النسوة فقلنا يا رسول الله نسوة تمتعنا منهن فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه وقام فينا خطيبا فحمد الله وأثنى عليه ثم نهى عن المتعة فتوادعنا ومثذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود اليها أبدا وابن عباس صح رجوعه بعد ما اشتهر عنه من اباحتها فما ذكر من رجوعه أن عليا قال له انك رجل تائه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وفي صحيح مسلم أن عليا رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال مهلا يا ابن عباس فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك ويدل على أنه لم يرجع حين قال له علي ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال ان ناسا أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة يعرض برجل فناداه فقال انك لجلف جاف فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد امام المتقين يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ابن الزبير فجرب نفسك فوالله لئن فعلتها لأرجمنك بأحجارك الحديث ورواه النسائي أيضا ولا تردد في أن ابن عباس هو الرجل المعرض به وكان رضي الله عنه قد كف بصره فلذا قال ابن الزبير كما أعمى أبصارهم وهذا انما كان في خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي فقد ثبت أنه مستمر القول على جوازها ولم يرجع الى قول علي فالاولى أن يحكم بأنه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه أنه قال انما كانت المتعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى اذا نزلت الآية الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام اه فهذا يحمل على أنه اطلع على أن الامر انما كان على هذا الوجه فرجع اليه أو حكاه وقد حكى عنه أنه انما أباحها حالة الاضطرار والعنت في الاسفار أسند الحازمي من طريق الخطابي الى المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس لقد سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال وما قالوا قلت قالوا

قد قلت للشيخ لما طال مجلسه * ياصاح هل لك في فتوى ابن عباس
هل لك في رخصة الاطراف آنسة * تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقال سبحان الله ما بهذا أفتيت وما هي الا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل الا للمضطر اه ولهذا قال الحازمي انه صلى الله عليه وسلم لم يكن اباحها لهم وهم في بيوتهم وأوطانهم وانما أباحها لهم في أوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنيه في حجة الوداع وكان تحريما تأبيدا لا خلاف فيه بين الائمة وعلماء الامصار الا طائفة من الشيعة (قوله وقال زفر هو جائز) يعني النكاح الموقت هو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح فصار كما اذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط أما لو تزوج وفي نيته أن يطلقها بعد مدة نواها صح ولا بأس بتزويج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل

(وقال زفر هو صحيح لازم) لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة

(قوله

ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت أو قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

(قوله ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني) ولذا لو قال جعلتك وكيلا بعد موتي انعقد وصية أو جعلتك وصيا في حياتي انعقد وكالة ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للضارب كان قرضا أو لرب المال كان بضاعة ولا يخفى أن على ما حققناه يكون الموقت من نفس نكاح المتعة فلا يحتاج الى غير ابداء الناسخ في دفع قول زفر هذا ومقتضى النظر أن يترجح قوله لان غاية الامر أن يكون الموقت متعة وهو منسوخ لكن نقول المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة وبتلاشي وأنا لا أقول به كذلك وانما أقول ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت فحقيقة إلغاء شرط التوقيت هو أثر النسخ وأقرب نظير الى هذا نكاح الشغار وهو أن يتزوج الرجلان كل مولية الآخر على أن يكون بضع كل مهرا لمولية الآخر صح النهي عنه وقلنا اذا عقد كذلك صح موجبا المهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لانا لم نقل به كذلك موجبا للبضعين مهرين بل على الغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النهي فقول زفر مثل هذا سواء وأما قياسه على ما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر فأصل منضم الى أصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد وكونه غير صحيح من حيث إنه انما عقد مؤبدا ولذا اذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر الى أن يطلقها بندفع بما ذكرنا مما يوجب أن أثر التوقيت في ابطاله موقتا لا في ابطاله مطلقا فان قلت فلو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد أولا واذا لم ينعقد هل يكون من أفراد المتعة فالجواب لا ينعقد به النكاح وان قصد به النكاح وحضره الشهود وليس من نكاح المتعة لانه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد وانما كان كذلك لانه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من أنه لا يفيد ملك المتعة كالاحلال قال فان من أحل لغيره طعاما أو أذن له أن يتمتع به لا يملكه وانما ينافيه على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك اه يعني انتفى طريق المجاز الذي بينا في أول كتاب النكاح والله سبحانه أعلم (قوله ولا فرق بين ما اذا طالت المدة أو قصرت) نفى لرواية الحسن عن أبي حنيفة أنهما اذا سميا مدة لا يعيشان اليها صح لتأبيده معنى قلنا ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت وقوله لانه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قدمناه من أن النكاح الموقت من أفراد المتعة هذا واذا ساق الكلام الى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل يبطل هو ناسب أن يقرن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح فاذا تزوج على أنه بالخيار أو هي صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالهزل لان الهازل قاصد للسبب غير راض بحكمه أبدا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقد أسلفنا تخريجه فشرط الخيار أولى أن لا يمنعه واذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطا فاسدا فيبطل وأما خيار الرؤية فحقيقته لا تتوقف على اشتراطه في موضع يثبت كالبيع بل اذا اشترى ما لم يره ثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية اجماعا فلا يتصور ثبوته فيه ولو فرض اشتراط خيار الفسخ اذا رآها كان شرطا فاسدا فيبطل وأما خيار العيب فلا يثبت لاحدهما في الآخر اذا وجده معيبا برص أو جذام أو رتق أو قرن أو عفل أو جنون أو مرض فالج أو غيره أيا كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما يأتي في بابه خلافا للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ولمحمد في الثلاثة الاخيرة اذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ لنا ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال للتي تزوجها فوجد بكشحها بياضا الحقي بأهلك وهذا من كنايات الطلاق بل لا يبعد عده من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء فعرف

فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة (والعبرة في العقود للمعاني) دون الالفاظ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقوله (ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت أو قصرت) احتراز عن قول الحسن بن زياد انهما ان ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لا يعيشان اليه كمائة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحا لانه في معنى التأبيد وهو رواية عن أبي حنيفة وجه الظاهر أن التأقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأبيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى عشرة أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا وأما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الاجارة

(ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى) لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل

أنه لا فسخ عن عيب وحجتنا أيضا قول ابن مسعود لا ترد الحرة عن عيب وعن علي قال اذا وجد بامرأته شيأ من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء أمسك والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن عمر أنه أثبت الخيار وحمله على خيار الطلاق بعيد فان ذلك ثابت لا يحتاج الى نقل اثبات عمر اياه وقول محمد أرجح فيما يظهر فان ماذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل انما هو في تخلص الرجل فأما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة الى التخلص ومأمورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد والكلام في المسئلة طويل الذيل في المبسوط وغيره يحتمل أطوار السنا بصددها اذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة وكذا الوشرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب أو من العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار له في الفسخ ومن هذا وكثيرا ما يقع لو تزوجها بشرط أنها بكر فاذا هي ثيب فلا خيار له بل ان شاء طلق وتثبت أحكام الطلاق قبل الدخول أو بعده (قوله ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحداهما لا تحل له) لرضاع أو قرابة محرمة (صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع) حيث لا يصح في العبد لان قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (قوله ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند أبي حنيفة وعندهما يقسم على مهر مثليهما) كان يكون المسمى ألفا ومهر مثل المحرمة ألفان والمحللة ألف فيلزم ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الاصل أن لها مهر مثلها بالغا ما بلغ والالف كلها للمحللة قال في المبسوط وهو الاصح على قول أبي حنيفة وماذكر في الزيادات فهو قولهما أن لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف ولو كان صح نكاحهما انقسمت الالف على مهر مثليهما اتفاقا (قوله وهي مسئلة الاصل) مثل هذا اللفظ يقصد به الاحالة على ذلك الكتاب لتتميم متعلقات المسئلة منه وحاصل المذكور لهما فيه أن المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما وكل ما قوبل بشيئين ولم يسلما فالازم حصة السالم بيان تقرر الكبرى شرعا ما لو اشترى عبدين بألف فاذا أحدهما مدبر أو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت احداهما دون الاخرى بل ما نحن فيه أولى فان المحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحد بوطئها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل وله منع كلية الكبرى بل المضموم الى المحللة إما محل أولا ففي الاول ينقسم وفي الثاني لا كما لو ضم حمارا أو حمارا فان الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك فان حكم النكاح الحل فالمحرمة ليست بمحل فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية وسقوط الحد عنده في وطء المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد وسنبين وجهه ان شاء الله تعالى في كتاب الحدود لا من حكم انعقاده والانقسام من حكم الانعقاد والانقسام في المخاطبتين للاستواء في الايجاب للمحللية فانهما لو أجابتا صح نكاحهما معا وانقسم عليهما هذا وقد ادعى أن ما في الزيادات من أنه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها من الالف قول أبي حنيفة فاستشكل بأنه فرع دخولها في العقد ودفع بأنه قولهما لا قوله في الاصح وقوله يجب مهر مثلها بالغا ما بلغ وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة لمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد فأما الانقسام للاستحقاق فباعتبار

قال (ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة) هذه المسئلة من الاصل أي من المبسوط وصورتها ظاهرة ومسئلة البيع تأتي في البيوع وقوله (وعندهما يقسم على مهر مثليهما) يعني اذا كان المسمى ألفا مثلا ينظر الى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما فما أصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج وما أصاب حصة الاخرى يثبت عليه لهما أنه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فانما يلزم اذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا الا أحدهما فلا يلزمه الا حصته كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فأجابت احداهما دون الاخرى ولابي حنيفة أن ضم ما لا يحل الى ما يحل في النكاح كضم الجدار الى المرأة فيه في أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمرأة فكذلك ههنا لان تحل بخلاف ما اذا خاطبهما بالنكاح لانهما قد استويا في الايجاب حتى لو أجابتا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل بالمساواة في الايجاب فان قيل اذا لم تكن محلا للنكاح أصلا ولم تدخل تحت العقد وجب أن يحد إن دخل بها ولا يحد عنده أجيب بأن عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد

الدخول

وقوله (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها) هذه المسئلة من الجوامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء بأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند أبي حنيفة ينفذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى وأما في الاملاك المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع وأما في الهبة والصدقة فعن أبي يوسف فيه روايتان في رواية ألحقها بالاشربة والانكحة من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول وفي أخرى ألحقها بالاملاك المرسلة وماذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح قالوا (القاضي أخطأ الحجة اذا الشهود كذبة) والخطأ في الحجة يمنع من النفوذ باطنا كما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار (ولابي حنيفة أن الشهود صدقة عند القاضي) لان الفرض (٣٨٩) أنه لم يطلع على شئ مما يجرحهم ومثل هذه الشهود هو الحجة المعتبرة في الشرع (لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة) لان ذلك أمر باطني لا يعلمه الا الله فلو اشترط ذلك للقضاء لما أمكن القضاء أصلا واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا (بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر) بالامارات فان قيل القضاء اظهار ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا أشار الى الجواب بقوله (بتقديم النكاح) يعني تقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كأنه قال أنكحتك اياه وحكمت بنكاحك ذلك (قطعا للمنازعة) فيحل لها أن يطأها لئلا تنازعه في طلب الوطء ثانيا وسألني بعض أذكياء المغاربة حين قدم مصر حاجا سنة سبع وأربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب فأجبته بقولهم هذا قطعا

(ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وأن تدعه يجامعها) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف أولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا يسعه أن يطأها وهو قول الشافعي لان القاضي أخطأ الحجة اذا الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولابي حنيفة أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة

الدخول في العقد فالتي تحل هي المختصة بذلك فالكل لها وقد يورد أيضا على قوله ان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ أن عدم الدخول في العقد يقتضي أجنبيتها عنه فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد ويجاب بأن وجوبه بالعذر الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد ويورد على قولهما أيضا كيف وجب لها حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد ولا يجتمع الحد والمهر ولا مخلص الا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد (قوله ومن ادعت عليه امرأة) لقب المسئلة أن القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند أبي حنيفة ظاهرا وباطنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاؤه العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة أو هي ادعت النكاح أو الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا زورا فقضى بالنكاح أو الطلاق نفذ ظاهرا فتطالب المرأة في الحكم بالقسم والوطء والنفقة وباطنا فيحل له وطؤها ان علم حقيقة الحال ولها أن تمكنه وقولنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاؤه يخرج ما اذا كانت معتدة الغير أو مطلقته ثلاثا فادعى أنه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على انشاء العقد فيه أما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطنا وابتان اذا ادعيا كذبا وجه المانعة أن القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطنا فلا يسعه أن يطأها اذا ادعى كذبا واذا كان مدعى عليه يطلقها وهو قول الشافعي وكالا تحل للثاني لا تحل للاول فيما اذا ادعت الطلاق الثلاث كذبا فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند أبي حنيفة تحل للثاني لا للاول لان القاضي يملك التطليق على الغير أحيانا بخلاف المعتدة وأختها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بأن ادعى أحد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذبا وبرهن زورا فقضى القاضي بفسخ البيع ويحل للبائع وطؤها لو كانت أمة وكذا لو ادعى بيع الامة منه ولم يكن باعها فقضى بها القاضي لمدعي الشراء حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر وأيضا القضاء إما امضاء لعقد سابق

للمنازعة فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطء فليطلقها فانه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطء لم يسبقه محلل فقلت نعني بالطلاق طلاقا مشروعا أو غير مشروع لا سبيل الى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة وإما منافي هذه المسئلة على فانه روى أن رجلا ادعى على امرأة تزوجها بغير يدي علي وأقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة انه لم يكن بتزويج أمير المؤمنين فزوجني منه فقال علي شاهداك زوجاك ولم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينهما من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور فان قيل هذا انما يتم اذا جعل قضاؤه بمنزلة انشاء العقد وذلك يقتضي أن يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود أجيب بأن بعض مشايخنا ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الائمة السرخسي وآخرين منهم قالوا انشاء النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لا تراعى

بخلاف الاملاك المرسلة لان فى الاسباب تزاحما فلا امكان

أو انشاء لا يصح الاول لعدم سابق ولا الثانى لانه لا ايجاب ولا قبول ولا شهود ولابى حنيفة أن القاضى مامور بما فى وسعه وانما فى وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد أن القاضى لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم ماذكر النفاذ باطنا اذ القدر الذى توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطنا اذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله (واذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ) فأفاد اختيار أحد شقى ترديدهما وهو أنه انشاء والمعنى أنه يثبت الانشاء اقتضاء للقضاء بتقديمه عليه وأفاد بذلك جوابهما عما أبطلا به هذا الشق من عدم الايجاب والقبول والشهود فان ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ولا يشترط للضمنيات مايشترط لها اذا كانت قصديات على أن كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود القضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو أوجه ولو أنهما أبطلا هذا الشق بعدم التراضى من الجانبين لم يندفع بذلك ولما كان المقتضى ماثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء الى تقديم الانشاء الا اذا افتقرت صحته الى نفاذه باطنا وليس مفتقرا اليه لثبوته مع انتفائه فى الاملاك المرسلة حيث يصح ظاهرا وباطنا زاد قوله (قطعا للمنازعة) يعنى أن المقصود من القضاء قطع المنازعة ولا تنقطع فيما نحن فيه الا بتنفيذه باطنا اذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة فى طلبها الوطء أو طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الانشاء فكأن القاضى قال زوجتكها وقضيت بذلك كقولك هو حر فى جواب أعتق عبدك عنى بألف حيث يتضمن البيع منه وذكر الشيخ أكمل الدين أن بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر وقال يمكن قطع المنازعة بأن يطلقها قال فأجبته ماتريد بالطلاق الطلاق المشروع أو غيره لا عبرة بغيره والمشروع يستلزم المطلوب اذ لا يتحقق الا فى نكاح صحيح قال شيخنا سراج الدين ليس بجواب صحيح اذ له أن يريد به الطلاق غير المشروع وكونه لا عبرة به فى كونه طلاقا صحيحا لا يضر اذ قد ثبت بذلك أن قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطنا فلا يجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو أن يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطنا حينئذ لانه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر أنه لم ينحصر والحق أن قطع المنازعة ينتهض سببا للتنفيذ باطنا فيما اذا كان هو المدعى لانها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما اذا كانت هى المدعية لما ذكر ففيه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ باطنا فى العقود والفسوخ والذى روى عن على رضى الله عنه وهو أن رجلا أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدى على فقضى على بذلك فقالت المرأة ان لم يكن لى منه بد يا أمير المؤمنين فزوجنى منه فقال شاهداك زوجاك يخص ما اذا انحصر قطع المنازعة فى التنفيذ باطنا فانه لو لم ينعقد باطنا لأجابها فيما طلبت لحقيقة التى عندها والاوجه أن يراد بالمنازعة فى قوله قطعا للمنازعة اللجاج المؤدى الى الضرر أعم من كونه عند القاضى أو لا فتناول ما اذا لج الاول فى طلبها باطنا بان يأتيها القصد جماعها كرها أو باسترضائها وذلك لعلمه بحقيقة الحال والحل الباطن وفى هذا بعد كونه منشأ مفسدة التقاتل والسفك لكونه عرضة له باطلاع الزوج عليه فيهج اجتماع زوجين على امرأة أحدهما سرا والآخر جهرا وكل من الامرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على المعنى الذى ذكرنا من الاعمية الا بالحكم بالنفاذ باطنا وثبوت الحرمة فى نفس الامر بفسخ القاضى فهم الصور ثم على المبتدئ بالدعوى الباطلة وأثباتها بالطريق الباطل إثم يأتى من إثم غير أن الوطء بعد ذلك فى حل وقول أبى حنيفة أوجه وقد استدل على أصل المسئلة بدلالة الاجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشترى مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وان كان فيه اتلاف ماله لانه ابتلى بأمرين فعليه أن يختار أهونهما وذلك مايسلم له فيه دينه (قوله بخلاف الاملاك المرسلة) أى

شرائطه التى يثبت بها لو كان مقصودا كما فى قوله أعتق عبدك عنى بألف درهم وهو الجواب عن سقوط الايجاب والقبول وقوله (بخلاف الاملاك المرسلة) أى المطلقة عن اثبات سبب الملك بأن ادعى ملكا مطلقا فى الجارية أو الطعام من غير تعيين بشراء أو ارث حيث لا ينفذ القضاء الا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل للقاضى له وطؤها (لان فى الاسباب تزاحما) فلا يمكن تنفيذه بيانه أن فى الاسباب كثرة ولا يمكن القاضى تعيين شئ منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وانما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه عن المدعى وذلك نافذ منه ظاهرا فأما أن ينفذ باطنا بمنزلة انشاء جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعى بخلاف النكاح فان طريقه متعين فى الوجه الذى قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه

المطلقة

﴿باب الاولياء والأكفاء﴾

(وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) رحمهما الله (في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف) رحمه الله (أنه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا) وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها

المطلقة عن تعيين سبب الملك بأن ادعى الملك في هذا الشيء ولم يعين سببا فان القضاء به قضاء بالبديس غير لتزاحم الاسباب أي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون بعض اذ لم تقم حجة بخصوصه بخلاف ما عين السبب فيه و وقعت الشهادة على تعيينه والله سبحانه أعلم

﴿باب الاولياء والاكفاء﴾

أولى الشرائط المتفق عليها غالبا الشرط المختلف فيه وهو عقد الولي والولي العاقل البالغ الوارث فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة الولاية في النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا وولاية اجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة وتثبت الولاية بأسباب أربعة بالقرابة والملك والولاء والامامة وافتتح الباب بالولاية المندوبة نفيا للوجوب بها لانه أمر مهم لاشتهار الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الاصحاب فيه واختلافها وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات روايتان عن أبي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا الا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب ورواية الحسن عنه إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح واختيرت للفتوى لماذا كر أن كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له وينبغي أن يقيد عدم الصحة المفتى به بما اذا كان لها أولياء أحياء لان عدم الصحة انما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فانه قد يتقرر لما ذكرنا أما ما يرجع الى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سيأتي ان شاء الله تعالى في فصل الكفاءة وعن أبي يوسف ثلاث روايات لا يجوز مطلقا اذا كان لها ولي ثم رجع الى الجواز من الكفء لا من غيره ثم رجع الى الجواز مطلقا من الكفء وغيره وروايتان عن محمد انعقاده موقوفا على اجازة الولي ان أجازه نفذ والا بطل الا أنه اذا كان كفأ وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت اليه و رواية رجوعه الى ظاهر الرواية فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفء وغيره هذا على الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسي وأما على ما ذكره الطحاوي من أن قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولي وكذا الكرخي في مختصره حيث قال وقال أبو يوسف لا يجوز الا بولي وهو قوله الاخير فلا ورجح قول الشيخين لانهما أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي والتعويل عليه حيث قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف الخ وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلاثا نفسها بغير كفء ودخل بها لا تحل للاول قالوا ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة فان المحلل في الغالب يكون غير كفء وأما لو باشر الولي عقد المحلل فانها تحل للاول واذا جاز من غير الكفء على ظاهر المذهب فللولي أن يفرق بينهما على ما ذكره في فصل الكفاءة ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد بعبارة النساء أصلا أصيلة كانت أو وكيلة (قوله لان النكاح) شروع في الاستدلال لقول الشافعي ومالك وهو أن النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض اليهن مخل بهذه المقاصد

﴿باب الاولياء والاكفاء﴾

أخر بيان الأولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كانا شرطي النكاح لان محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم وتحرير المذاهب على ما ذكره في الكتاب واضح وأما وجه من لم يجوزه بدون الولي كأبي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فما قال (لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها) لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لاسيما عند التوقان

﴿باب الاولياء والاكفاء﴾

(قوله لان محل النكاح) أقول دليل لقوله أخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات (قوله بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم) أقول ويجوز أن يقال بيان المحرمات مآله الى رفع الموانع والعدم له تقدم (قال المصنف وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) أقول أي بعقدها الدال على رضاها (قال المصنف وان لم يعقد عليها ولي) أقول ولم يأذن ولا يبعد أن يراد لم يعقد عليها تسببا ومباشرة تأمل

وهو مردود بما اذا أذن لها الولى كما اختاره محمد فان الخلل يتجبر به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وأيضا المدعى أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان الخلل فى العبارة والاعتذار بأن هذا التعليل تعليل أن لا يفوض اليهن أمر النكاح مطلقا من غير نظر الى أن يأذن الولى أو لا غير دافع لانتفاء المطابقة وأما وجه من جوزه فهو (أنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف فى المال ولها اختيار الازواج) بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف فان قلت لا نسلم أنها تصرفت فى خالص حقها بل فى حق تعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن بكفء فى رواية قلت لا فرق فى ظاهر الرواية فلا يرد عليه وأما على رواية الحسن عن أبى حنيفة فالجواب أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التى تترتب على النكاح من تملك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض من لحوق العار للاولياء فان قيل هذا استدلال بالرأى فى مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد أما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن نهى الولى عن العضل وهو المنع وانما يتحقق منه المنع اذا كان الممنوع فى يده وأما السنة فما روى فى السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فالجواب أن الآية مشتركة الالزام لانها نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على أنهن يملكنه وأن قوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن فى أنفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره (٣٩٢) وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها وأما الحديث فساقط الاعتبار لان ابن جريج سأل الزهرى عنه فلم يعرفه وفى رواية فأنكره

الا أن محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولى ووجه الجواز أنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف فى المال ولها اختيار الازواج

لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيختر من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن فصارت الانوثة مظنة قصور الرأى لما غلب على طبعهن مما ذكرنا فاستلزم هذا التقرير كون

(قوله وهو مردود بما اذا أذن لها الولى كما اختاره محمد رحمه الله) أقول قال ابن حجر فى شرح البخارى وتعقب بان اذن الولى لا يصح الا لمن ينوب عنه والمرأة لا تنوب عنه فى ذلك لان الحق لها ولو أذن لها فى انكاح نفسها صارت كمن علة أذن لها فى البيع من نفسها ولا يصح اه ولا يخفى عليك وهن هذا الكلام فان النكاح عقد على منافع البضع فتصيرهى بالاذن كالمأذون له بان يؤجر نفسه فتأمل قال الجلال المحلى الشافعى فى شرح المنهاج (لا تزوج المرأة نفسها) باذن من وليها ولا دون اذنه (ولا غيرها بوكالة) عن الولى ولا بولاية (ولا تقبل نكاحا لاحد) بولاية ولا بوكالة فطما لها عن هذا الباب اذ لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلا وقد قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء وتقدم حديث لا نكاح الا بولى وروى ابن ماجه حديث لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وأخرجه الدارقطنى باسناد على شرط الشيخين اه أقول فى قوله فطما لها الخ بحث (قوله وأيضا المدعى أن النكاح لا ينعقد الخ) أقول اذا تأملت أدنى تأمل ظهر لك أن هذا الوجه لا يغاير الاول فى المآل هكذا قيل ولكن لا يخفى عليك أن نفى الجواز بدون الولى أمر ونفيه بعبارتهن أمر آخر فالرد الاول يرد على أبى يوسف رحمه الله أيضا بخلاف الثانى (قوله لانتفاء المطابقة) أقول فيه بحث فانه ان أراد انتفاء المطابقة على تقرير المصنف فلا ضير وان أراد انتفاءها على ما وضعه المعلل فغير مسلم (قوله وأما وجه من جوزه فهو أنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله الخ) أقول أنت خبير بأن الخصم يمنع وينازع فى أهليتها لهذا التصرف ويقول لم يجعلها الشارع أهلا له وقوله لكونها عاقلة الخ لا يدل عليه فان العبد العاقل البالغ كذلك وهو محجور عن كثير من التصرفات وبين المال والبضع فرق (قوله قلت لا فرق فى ظاهر الرواية فلا يرد عليه) أقول أنت خبير بأن المنع متوجه الى الروايتين ظاهرها وغير ظاهرها ولا يقدح فى ذلك قوله ولهذا لا يجوز الخ فانه تنوير للسند والمنع بتمامه ألا ترى أن للولى حق الفسخ فى ظاهر الرواية فلو لم يتعلق به حق لما كان كذلك (قوله فان قيل هذا استدلال الى قوله وأما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن نهى الولى عن العضل وهو المنع الخ) أقول وهذا الاستدلال منهم انما يصح اذا كان الخطاب فى لا تعضلوهن للاولياء وهو ممنوع بل الخطاب للازواج كى لا يبقى الشرط بلا جزاء والتفصيل المشبع فى التفسير الكبير للامام فخر الدين الرازى (قوله وانما يتحقق منه المنع اذا كان الممنوع فى يده) أقول ان أراد اذا كان الممنوع فى يده شرعا فليس كذلك عند الخصم فان النهى عندهما يقتضى المشروعية على ما يجىء تفصيله فى البيع الفاسد الا أن يكون مرادهم الالزام وهو بعيد وان أراد غير ذلك فلا يفيده ولا يضرنا (قوله فالجواب أن الآية مشتركة الالزام) أقول ويرد أيضا أن واحدا من هذين الاستدلالين لا يدل على مطلوب الخصم من عدم الانعقاد بعبارتهن (قوله وان قوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن فى أنفسهن) أقول أى فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف وتزويجها نفسها من الكفء فعل بالمعروف فوجب أن يصح (قوله وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها) أقول فان الله تعالى أضاف النكاح اليهن اضافة الفعل الى فاعله والتصرف الى مباشره

ولان عائشة عملت بخلافه زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله عليه السلام الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا هذا هو الصحيح عند أهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين وصار الى المعقول وهو مروى عن عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وقوله (وانما يطالب الولى بالتزويج) جواب عما يقال اذا تصرفت فى خالص حقها فلم أمر الولى بالتزويج اذا طالبته وأى حاجة لها الى طلب التصرف من الولى فى خالص حقها ووجهه أنهم لما عاشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولى فى خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة اليها وقوله (ولكن للولى الاعتراض فى غير الكفء) يعنى اذا لم تلد من الزوج وأما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كى لا يضيع الولد عمن يربيه قال فى النهاية ولكن فى مبسوط شيخ الاسلام واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فعلم الولى بذلك فسكت حتى ولدت أولادا ثم بدا له أن يخاصم فى ذلك فله أن يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا فى حق النكاح فى حق البكر نصا بخلاف القياس قال كذا كان مكتوبا بخط شيخى وقوله (وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يجوز فى غير الكفء) يعنى لدفع ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة وهذا أقرب الى الاحتياط فليس كل ولى يحسن المرافعة الى القاضى ولا كل قاض يعدل وهو معنى قوله (لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما) يعنى ينعقد نكاحها عنده أيضا بلا ولى ولا يوقف على الاجازة

وانما يطالب الولى بالتزويج كى لا تنسب الى الوقاحة ثم فى ظاهر الرواية لا فرق بين الكفء وغير الكفء ولكن للولى الاعتراض فى غير الكفء وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز فى غير الكفء لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما

علة ثبوت الولاية فى النكاح الانوثة ولا شك أنه قاصر عن عموم الدعوى فانها لو عقدت باذن الولى لها فى رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم والوجه المذكور لا يشمله ونحن نمنع علية الانوثة ونهيها عن المباشرة ندب كى لا تنسب الى الوقاحة بل العلة ليست الا الصغر على ما سنبين والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ولا يناط الحكم بالانوثة اذ ليست ملزومة دائما ولا غالبا كما هو شأن المظنة ومجرد الوقوع أحيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولى رفعه وكون ولى يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم فى دفع العار المستمر عن نفسه فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل فى قليل فانتفت المظنة وبقى أنها تصرفت فى خالص حقها وهى من أهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها اختيار الازواج فلا تزوج ممن لا ترضاه ثم استشعر أن يورد عليه منع أنه خالص حقها والام يطالب الولى به فأجاب بأنه انما يطالب الولى به كى لا تنسب الى الوقاحة وهذا كلام على السند وهو غير مفيد الا لو ساوى وهو منتف فان له أدلة أخرى سمعية هى المعول عليها وهى قوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن نهى الاولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه وانما يتحقق المنع ممن فى يده الممنوع وهو الانكاح وما فى السنن عن عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة أنكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل حسنه الترمذى وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وأحاديث أخر فى ذلك والجواب أما الآية فمعناها الحقيقى النهى عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعوهن أن ينكحن أزواجهن اذا أريد بالنكاح العقد هذا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم فى أول الآية واذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن أى لا تمنعوهن حسابعد انقضاء العدة أن يتزوجن ويوافقها قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لانه حقيقة اسناد الفعل الى الفاعل وأما الحديث المذكور وما بمعناه من الاحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم الأيم أحق بنفسها من وليها رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطا والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا فى كتاب الامثال لابى عبيدة فى أمثال أكثم بن صيفى كل ذات بعل ستئيم يضرب لتحول الزمن بأهله وأنشد قول الاول

أفاطم انى هالك فتثبتى * ولا تجزعى كل النساء تئيم

وجه الاستدلال أنه أثبت لكل منها ومن الولى حقا فى ضمن قوله أحق ومعلوم أنه ليس للولى سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها أحق منه به فبعد هذا إما أن يجرى بين هذا الحديث وما رووا حكم المعارضة والترجيح أو طريقة الجمع فعلى الاول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف فى صحته بخلاف

(٥٠ — فتح القدير ثانى) (قوله ولان عائشة عملت بخلافه) أقول قال الشيخ الامام علاء الدين التركمانى فى كتابه المسمى بالجوهر النقى فى الرد على البيهقى ثم ان عائشة الراوية للحديث خالفته على ما سيذكره البيهقى فى هذا الباب وكذلك الزهرى أيضا روى الحديث ثم خالفه قال صاحب الاستذكار كان الزهرى يقول اذا تزوجت المرأة بغير اذن وليها جاز وهو قول الشعبى وأبى حنيفة وزفر اه (قوله وذلك يدل على نسخه) أقول بل يدل على ضعفه ووهنه (قوله لان السكوت انما جعل رضا فى حق النكاح) أقول سقوط حق الفسخ لم يكن لجعل السكوت رضا بل لئلا يضيع الولد عمن يربيه كما لا يخفى

الحديثين فانهما إما ضعيفان فحديث لانكاح الا ولي مضطرب في إسناده في وصله وانقطاعه وارساله
قال الترمذي هذا حديث فيه اختلاف وسمى جماعة منهم اسرائيل وشريك رووه عن أبي اسحق عن أبي
بردة عن أبي موسى الاشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه أسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن
أبي اسحق عن أبي بردة عن أبي موسى ورواه أبو عبيدة الحداد عن يونس بن أبي اسحق عن أبي بردة ولم
يذكر فيه عن أبي اسحق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه وقد روى شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن
أبي اسحق عن أبي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا اضطراب في ارساله لان أبا بردة لم يره صلى الله
عليه وسلم وشعبة وسفيان أضبط من كل من تقدم قال وأسنده بعض أصحاب سفيان عن سفيان ولا يصح
ثم أسند الى شعبة قال سمعت سفيان الثوري يسأل أبا اسحق أسمعت أبا بردة يقول قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لانكاح الا بولي قال نعم ولا يخفى أن هذا الكلام الرامي أما على رأينا فلا يضر الارسال وحديث
عائشة رضي الله عنها عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها
وقد أنكره الزهري قال الطحاوي وذكر ابن جريج أنه سأل عنه ابن شهاب فلم يعرفه حدثنا بذلك ابن أبي
عمران حدثنا يحيى بن معين عن ابن عاية عن ابن جريج بذلك وإما حسنان بناء على أن الاصح في الاول
وصله لان الوصل والرفع مقدمان على الوقف والارسال عند التعارض على الاصح وان كان شعبة
وسفيان أحفظ من غيرهما لكن حكاية شعبة تفيد أنهما سمعاه من أبي اسحق في مجلس واحد ظاهرا
وغيرهما سمعوه منه في مجالس وفي الثاني أن الثقة قد ينسى الحديث ولا يعد قادحا في صحته بعد عدالة من
روى عنه وثقته ولذلك نظائر أشهرها ما روى أن ربيعة ذكر لسهيل بن أبي صالح حديثا فأنكره فقال له
ربيعة أنت حدثتني به عن أبيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عني اللهم الا أن يقال هذا في
عدم التكذيب أما اذا كذبه بان يقول ما رويت ذلك فنصوا في الاصول على رده وفي حكاية ابن جريج
اعياء الى ذلك في رواية ابن عدي في الكامل اياها في ترجمة سليمان بن موسى حيث قال قال ابن جريج
فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك قال فأثنى
على سليمان خيرا وقال أخشى أن يكون وهم علي اه فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من أهل العلم
يفيد معنى نفيه بلفظ النفي وأما ضعفه به من أن عائشة رضي الله عنها راويته عملت بخلافه على ما في
الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن
من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يفتات عليه في بناته
فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير فقال ان ذلك بيد عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما كنت
لأرد أمرا قضيته فاستمرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فأول على معنى أنها أذنت في التزويج
ومهدت أسبابه فلما لم يتم الا العقد أشارت الى من بلي أمرها عند غيبة أبيها أن يعقد يدل على ذلك ما روى
عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال كانت عائشة رضي الله عنها تخطب اليها المرأة من أهلها فتشهد
فاذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها زوج فان المرأة لا تلي عقد النكاح وفي لفظ فان النساء
لا ينكحن أسنده البيهقي عنه وعلى كلا التقديرين فالتقدمة للصحيح وهو ما رواه مسلم وأبو داود
والترمذي والنسائي ومالك في الموطا وهو ما استدل به وعلى الثاني وهو إعمال طريقة الجمع فبأن
يحمل عمومه على الخصوص وذلك سائغ وهذا يخص حديث أبي موسى بعد جواز كون النفي للكمال
والسنة وهو محمل قولها فان النساء لا تلي ولا ينكحن في رواية البيهقي وبان يراد بالولي من يتوقف على
اذنه أي لانكاح الا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والامة والعبد أيضا لان النكاح
في الحديث عام غير مقيد وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو
ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفء والمراد

(ولا يجوز للولى اجبار البكر البالغة على النكاح) خلافا للشافعي رحمه الله الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير أمرها ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف فى المال

بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفء أو حكمه على قول من يصححه ويثبت للولى حق الخصومة فى فسخه كل ذلك سائغ فى اطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بينها على أنه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا أنكحت نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه أعلم فثبت مع المنقول الوجه المعنوى وهو أنها تصرفت فى خالص حقها وهو نفسها وهى من أهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الاولى (قوله ولا يجوز للولى اجبار البكر البالغة على النكاح) معنى الاجبار أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الاجبار أهو الصغر أو البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعى البكارة فابتنى عليه هذه ما اذا زوج الاب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ لم يجز للاب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله أنه ألحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة فى ثبوت ولاية اجبارها فى النكاح بجامع الجهل بامر النكاح وعاقبته ونحن نمنع أن الجهل بامر النكاح هو العلة فى الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة مع أن الجهل منتف لانه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن أن يقال لكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة ان وجدت على المختار بل تعليق الحكم فى الاصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن أهلية أن يرجع اليه فى رأى أو يلتفت اليه فى أمر ونهى وهذا الذى ظهر أثره فى التصرفات من البيع والشراء والاجارة والاقتضاء وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا على أن الخلاف فى الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة وظاهر كلام الفريقين هنالك أن ذلك لم يتحقق فى الشرع بعد ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا يعتبر أصلا بل المظنة والكلام فيها أهى البكارة أو الصغر فقلنا الصغر أما البكارة فمعلوم الغاؤها من الصريح والدلالة ونوع من الاقتضاء ومقصود الشرع أما الصريح ففى سنن أبى داود والنسائى وابن ماجه ومسند الامام أحمد من حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم وهذا حديث صحيح فانه عن حسين حدثنا جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس وحسين هو ابن محمد المروزى أحد المخرج لهم فى الصحيحين وقول البيهقى انه مرسل لرواية أبى داود اياه من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسلا ونقل ابن أبى حاتم عن أبيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه وابن علية عن أيوب عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبة الوهم فى الوصل الى حسين لانه لم يروه عن جرير غيره مردود أما أولا فبحجية المرسل الصحيح وأما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمان بن حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادى قال فبرئت عهدته يعنى حسينا وزالت تبعته ثم أسنده عنه قال ورواه أيوب عن سويد هكذا عن الثورى عن أيوب موصولا وكذلك رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب فزال الريب وصار الحاصل أن عكرمة قال مرة ان جارية بكرا أتت النبى صلى الله عليه وسلم فأرسل وذكر مرة أو مرارا الواسطة بينه وبين النبى صلى الله عليه وسلم ولا بدع فى ذلك قال ابن القطان حديث ابن عباس هذا صحيح وليست هذه خنساء بنت خذام التى زوجها أبوها وهى ثيب فكرهته فردّ النبى صلى الله عليه وسلم نكاحه فان هذه بكر وتلك ثيب اه على أنه روى أن خنساء أيضا

قال (ولا يجوز للولى اجبار البكر البالغة على النكاح) اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا (خلافا للشافعى) وهو مذهب ابن أبى ليلى له أن الصغيرة اذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة (ولهذا) أى ولكونها جاهلة بأمر النكاح (يقبض الاب صداقها بغير أمرها ولنا أنها حرة مخاطبة) لان الكلام فى الحرة البالغة وكل من كانت كذلك (لا يكون للغير عليها ولاية) وقوله (والولاية على الصغيرة) جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة وذلك لان الولاية على الصغيرة انما كانت (لقصور عقلها) وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها كالاجبار على الغلام فان كان صغيرا جاز لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف فى المال أى فى مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه

كانت بكرا أخرج النسائى فى سننه حديثها وفيه أنها كانت بكرا ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت أنكحنى أبى وأنا كارهة وأنا بكر فشكوت ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم الحديث لكن رواية البخارى ترجح قال ابن القطان والدليل على أنهما اثنتان ما أخرجه الدارقطنى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر أنكحهما أبوهما وهما كارهتان قال ابن القطان وتزوجت خنساء بن هويته وهو أبو لبابة بن عبد المنذر صرح به فى سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن أبى لبابة اه وهذا الحديث وان كان فيه اسحق بن ابراهيم بن جرير الطبرى وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الدمارى فقد رواه عنه أيضا أبو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعانى ووهم الدارقطنى الدمارى نفسه عن الثورى وصوب ارساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا وعلى كل حال يتم به المقصود الذى سقناه له وأخرج الدارقطنى عن شعيب بن اسحق عن الاوزاعى عن عطاء عن جابر أن رجلا زوج ابنته وهى بكر من غير أمرها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما فهذا عن جابر ووهم شعيبا فى رفعه قال والصحيح أنه مرسل وبه يتم مقصودنا إما لأنه حجة وإما لانا ذكرناه للاستشهاد والتقوية وأحاديث أخر رويت عن ابن عمر وعائشة وان تكلم فيها وأما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها باعتبار أنه خص الثيب بأنها أحق فأفاد أن البكر ليست أحق بنفسها منه فاستفادة ذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذى ذكرناه من رده ولو سلم فنفس نظم باقى الحديث يخالف المفهوم وهو قوله صلى الله عليه وسلم والبكر يستأمرها الخ اذ وجوب الاستئمار على ما يفيده لفظ الخبر منافى للاجبار لانه طلب الامر أو الاذن وفائدته الظاهرة ليست الا ليستعلم رضاها أو عدمه فيعمل على وفقه هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم لو عارضه والحاصل من اللفظ اثبات الاحقية للثيب بنفسها مطلقا ثم أثبت مثله للبكر حيث أثبت لها حق أن تستأمر وغاية الامر أنه نص على أحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كأنه قال الثيب أحق بنفسها والبكر أحق بنفسها أيضا غير أنه أفاد أحقية البكر باخراجه فى ضمن اثبات حق الاستئمار لها وسببه أن البكر لا تخطب الى نفسها عادة بل الى وليها بخلاف الثيب فلما كان الحال أنها أحق بنفسها وخطبتها تقع للولى صرح بايجاب استئماره اياها فلا يفتات عليها بتزويجها قبل أن يظهر رضاها بالخاطب ويعضد هذا المعنى الرواية الاخرى الثابتة فى صحيح مسلم وأبى داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطا الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها والايم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا على ما ذكرناه قريبا فانها صريحة فى اثبات الاحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان وذلك لما قلناه من السبب وبه تتفق الروايتان بخلاف ما مشوا عليه فانه اثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الايم لاعمال المفهوم مع أن باقى نفس رواية الثيب ظاهرة فى خلاف المفهوم على ما قررناه وصريح الرد الذى صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر فلا يجوز العدول عما ذهبنا اليه فى تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر لا بطريق الحمل والتخصيص ولا يدفعه قاعدة لغوية ولا أصلية وفى سنن النسائى عن عائشة رضى الله عنها أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها فقالت ان أبى زوجنى ابن أخيه ليرفع خسيسته وأنا كارهة فقالت اجلسى حتى يأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فارسل الى أبيها فجعل الامر اليها فقالت يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبى وانما أردت أن أعلم النساء ان ليس الى الآباء من الامر شئ وهذا يفيد بعمومه أن ليس له المباشرة حقا بتابل استصحاب وفيه دليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك أيضا وهو حديث حجة وما قيل هو مرسل ابن أبى بردة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فان سند النسائى قال حدثنا زياد بن أيوب عن على بن عراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ورواه ابن ماجه

وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها

حدثنا هناد بن السري حدثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه قال جاءت فتاة وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الاصل مع أن العرب انما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها وأما الدلالة فلا ولاية له أن يتصرف في أقل شئ من مال البكر البالغة الا باذنها وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها قسرا الى من هو أبغض الخلق اليها ويملكه رقها ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك فهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع وأما الاقتضاء فجميع ما في السنة من الصحاح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا إذنها كما في حديث أبي هريرة لا تنكح البكر حتى تستأذن الحديث وسيأتي لا يعقل له فائدة الا العمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذانها أن تخالف فلو كان الاجبار ثابتا لزم ذلك وعرى الامر بالاستئذان عن الفائدة بل لزمت الاحالة ولما لم يكن الاقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم إنه نوع منه فظهر ظهورا لا مرد له أن ايجاب استئذانها صريح في نفي اجبارها والولاية عليها في ذلك وأما تحقيق مقصود شرعية العقد فلأن المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى بينهما ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب أن لا يجوز لانه حينئذ عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهرا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يطرأ بعد العقد والله سبحانه أعلم (قوله وانما يملك الخ) يعني أن العادة جرت بقبض الآباء أصدقة الابكار ليجهزوهن بها مع أموال أنفسهم من غير معارضة البنات في ذلك لآبائهن ولاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الاذن منهن ثابتا دلالة نظرا الى ما ذكرنا فعن ذلك يبرأ الزوج بالدفع اليه الا أن يوجد نهيها صريحا لان الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها ومن فروع قبض الاب صداقها أنه لا يملك الا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا لا يملك قبض السود وبالعكس لانه استبدال ولا يملكه قال الحلواني هذا مذهب علمائنا وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك وهو أرفق بالناس وفي الفتاوى الصغرى وان قبض الضياع يعني بدل المسمى لا يجوز الا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رساتيقنا يأخذون بعض المهر ضياعا هذا اذا كانت كبيرة بكرا فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لانه بيع والاب يملك بيع مال بنته الصغيرة وفي النوازل وان كان في بلد يتعارفون قبض الضياع باضعاف قيمتها جاز لانه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة وللاب أن يطالب بالمهر وان كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها بخلاف النفقة لانها جزاء الاحتباس ووجوب المهر حكم نفس العقد والجد عند عدم الاب كالاب ولا يملك غيرهما قبض المهر ولا الام لا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة حتى لو قبضت الام بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الام كذا ذكر وفي جوامع الفقه زاد القاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت أو كبيرة الا اذا رزقت ولو طلب الاب مهرها أعني البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها يعني فلا تملك قبضه لانها خرجت عن حكم الابكار وقال الاب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الاب لان الزوج يدعي حادثا بلا بينة فان قال الزوج حلفه أنه لم يعلم أني دخلت بها قال الصدر الشهيد يحتمل أن يحلف وهو صواب لان الاب لو أقر بذلك صح اقراره في حق نفسه حتى لم يكن له أن يطالب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكان التحليف مفيدا قال ورأيت في أدب الخصاف أنه لا يحلف ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للاب ولا بينة غير أن الاب أقر أنه قبضه ان كانت البنت بكرا وقت الاقرار صدق أو ثيبا فلا لان اقراره حالة البكارة في حال ولايته قبضه بخلاف حال الثيوبة ولا يشكل عدم تصديقه حال الثيوبة اذا كانت كبيرة فلو كانت صغيرة صدق ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعته الى أبيك وأنت صغيرة وصدقه الاب لا يصح اقراره عليها اليوم ولها أن تأخذ المهر من الزوج وليس للزوج أن يرجع على الاب

وقوله (وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة) جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها ووجه ذلك أن الظاهر أن البكر تستحي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعث بها الى زوجها فكان ذلك اذنا دلالة (ولهذا لا يملك مع نهيها) لان الدلالة تبطل بصريح يخالفها

قال (واذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فهو اذن) لقوله صلى الله عليه وسلم البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا

لانه أقر باستحقاقه القبض الا ان قال عند قبض المهر أخذته منك على أن أبرأتك من صداقي بقي فحينئذ له أن يرجع عليه اذا أنكرت (قوله واذا استأذنها فسكتت الخ) ظاهر حكما ودليلا والمراد بالسكوت الاختياري فلو أخذها سعال أو عطاس أو أخذ فاها فخلصت فردت ارتد ولا فرق بين العلم والجهل في التجنيس حتى لو زوجها أبوها فسكتت وهي لا تعلم أن السكوت رضا جاز ولو تبسمت يكون اذنا في الصحيح وما حكاه بقوله وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا اختيار للفتوى وعن أبي يوسف في البكاء أنه رضا لانه لشدة الحياء وعن محمد ردّ لان وضعه لاظهار الكراهة والمعوّل عليه اعتبار قرائن الاحوال في البكاء والضحك فان تعارضت أو أشكل احتيط وعن هذا ما اعتبر بعضهم من أن دموعها ان كانت حارة فهو رد أو باردة فهو رضا لكنه اعتبار قليل الجدوى أو عديمه اذ الاحساس بكيفية الدمع لا يتهيأ الا لخد الباكي ولو ذهب انسان يحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا يطمئن به القلب الا أنه كذا ذكر وذكر شيخ الاسلام وغيره مسائل اعتبر السكوت فيها رضا منها هذه وضممت اليها ما تيسر وقد جمعتها في هذه الابيات تسهيلا لحفظها

سكوت بكر في النكاح وفي * قبض الابن صداقها إذن
قبض الممالك والمبيع ولو * في فاسد واذا اشترى قن
وكذا الصبي وذو الشراء اذا * كان الخيار له كذا سنوا
مولى الاسير يباع وهو يرى * وأبو الوليد اذا انقضى الزمن
وعقيب شق الزق أو حلف * ينفي به الاسكان اذ ضمنوا
وعقيب قول مواضع نمضي * أو وضع مال ذا له يرفو
وبلوغ جارية وزوجها * غير الابن بذا قد مننوا
وكذا الشفيع وذو الجهالة في * نسب شراه من به ضغن
واذا يقول لغيره فسكت * هذا متاعي بعه يا معن
واذا رأى ملكا يباع له * وتصرفوا زمنا فلم يدنوا

قولي سكوت بكر يشمل ما قبل النكاح وما بعده أعني اذا زوجها فبلغها فسكتت وقبض الممالك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به اذا قبضا بمرأى من الممالك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك وكذا المبيع ولو في بيع فاسد اذا قبضه المشتري بمرأى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع اياه الى استيفاء الثمن فليس له أن يسترده بل يطالب بالثمن وفي كتاب الاكراه لا يكون اذنا صحيحا في الفاسد واذا اشترى قن يعني اذا اشترى العبد شيأ بحضرة سيده فسكت كان اذنا قال الحلواني لكن نفس ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل ما بعده والصبي اذا اشترى أو باع بمرأى من وليه فسكت كالعبد وذو الشراء أي المشتري عبدا اذا كان له الخيار فرأى العبد يبيع أو يشتري فسكت سقط خياره لان الاذن فرع نفاذ البيع ومولى الاسير أي العبد الذي أسر اذا ظهر على دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه أحق به بالقيمة فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له أن يأخذه وأبو الوليد اذا سكت ولم ينفه حتى مضت أيام التهنئة على الخلاف في مقدار زمنه أهو الاسبوع أو مدة النفاس لزمه فلا ينتفي بعد والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب الحلف على أن لا أسكن

وقوله (واذا استأذنها الولي) ظاهر

قال (وان فعل هذا غير ولى) يعنى استأمر غير الولى (أو ولى غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به) لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة فى حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولى لانه قائم مقامه ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه (ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه

فلانا وفلان ساكن فيحنث فان قال عقبه اخرج فأبى لم يحنث وعقيب قول مواضع أى رجل واضع غيره على أن يظهر ابيع تلجئة ثم قال بدا لى أن أجعله بيعا نافذا يسمع من الآخر فسكت ثم عقد كان نافذا وعقيب وضع رجل متاعه بحضرته وهو ينظر اليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها ويضمن بتركه والشفيع اذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليما وذوا لجهالة أى مجهول النسب اذا بيع فسكت فهو اقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية الا ببينة زاد الطحاوى فى اعتبار سكوته رضا وقيل له قم مع سيدك فقام واذا يقول رجل لغيره بع متاعى فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة فلا يكون بيع فضولى وليس من فروع هذه مما فى الجوامع لو استأمر بنت عمه لنفسه وهى بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها واذا رأى ملكا له منقولا أو عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشترى وتصرف فيه زمانا سقط دعواه اياه ذكره فى منية الفقهاء وغيرها بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فانه لا يكون رضا واعترافا بأن لا حق له فيه عندنا خلافا لابن أبى ليلى والتى زدتها مسئلة الوديعة والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهورة لا المحصورة (قوله وان فعل هذا) أى الاستئذان (غير ولى) بأن كان الاب كافرا أو عبدا أو مكاتبا (أو ولى غيره أولى منه) كالاخ مع الاب (لم يكن) سكوتها ولا ضحكها (رضا) بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولى فأخرجه آخرا بقوله بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولى لانه قائم مقامه فيكون سكوتها عند استئذانه رضا وعن الكرخى يكفى سكوتها وان كان المستأمر أجنبيا لان استحياءها منه أكثر منه مع الولى قلنا السكوت فيه له ظاهر آخر وهو قلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الا للحاجة وهى تندفع باعتباره مع الاولياء لانهم هم المزوجون غالبا فكان اعتباره فى محل الحاجة بخلاف غيرهم اذ لا يعتبر المحتمل فى غير محل الحاجة وانما كان حاجة لانها لا تنطق فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها وهذا يقتضى أنه مع الاولياء أيضا محتمل على السواء وينافيه قوله لان جنبة الرضا فيه غالبة فكان الاولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا وقول المصنف ولو وقع كان محتملا ظاهر العبارة ولو وقع دلالة كان محتملا ان أراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان أراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لا بتقييد بحالة كون المستأمر وليا فان قيل يشكل على هذا الحكم المذكور اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذنها أن تسكت ونحوه من غير تقييد بكون المستأمر وليا قلنا بتقييد بالعرف والعادة وهى أن المستأذن للبكر ليس الا الولى بل لا يخلص اليها غيره (قوله ويعتبر فى الاستئمار) أى يعتبر فى كون السكوت رضا فى الاستئمار (تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها) إما باسمه كأزوجك من فلان أو فلان أو فى ضمن العام لا كل عام نحو من جيراني أو بنى عمى وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض بخلاف من بنى تميم أو من رجل لانه لعدم تسميته يضعف الظن ولو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح الصحة وينبغى تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا أو عرفته قبل ذلك (١) ولو زوجها بحضرتها بغير كف فسكتت لم يكن رضا فى قول محمد بن سلمة وهو قول أبى يوسف ومحمد قال الفقيه أبو الليث وهو يوافق قولهما فى الصغيرة (قوله ولا يشترط تسمية المهر) أى فى كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح الاول لان النكاح

وقوله (وان فعل هذا) يعنى الاستئمار والاستئذان (غير ولى) وهو الاجانب أو قريب ليس بولى بأن كان كافرا أو عبدا أو مكاتبا (أو ولى غيره أولى منه) كاستئذان الاخ مع وجود الاب (لا يكون رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا) وقوله (ولو وقع) أى السكوت دليلا (فهو) دليل (محتمل) يحتمل الاذن والرد (والاكتفاء بمثله) فى الدلالة (للحاجة ولا حاجة فى حق غير الاولياء) لانه فضولى أو فى حق ولى غيره أحق لعدم الالتفات الى كلامه (بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولى لانه قائم مقامه) وقوله (ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج) يعنى اذا استأمر فلا بد أن يسمى الزوج على وجه تعرفه أما اذا أبهم وقال انى أزوجك رجلا فسكتت لا يكون السكوت رضا (ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح) وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لا بد من تسمية المهر فى الاستئمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق فى القلة والكثرة وجه الصحيح ما ذكره أن للنكاح صحة بدونه فلا يحتاج الى ذكره

---

(١) قوله ولو زوجها الى آخر العبارة هذه زيادة ثبتت فى نسخة وسقطت من أخرى فحررها كتبه مصححه

(ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا) من كونه رضا وكان محمد بن مقاتل يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص فأما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لان الحاجة ههنا الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستئمار (٤٠٠) لا يكون ملزما لتمكنها أن ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت لكنا نقول هذا في معنى المنصوص لان لها عند الاستئمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف وقوله (ثم المخبر ان كان فضوليا) اعلم أن محل الخبر اذا كان في حقوق العباد فهو على ثلاثة أقسام ما فيه الزام محض كالبيوع والاشربة والاملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام أصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات وما أشبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتي نحن فيها واخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها فالاول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط فيه التمييز دون العدالة والثالث ان كان المبلغ رسولا أو وكيلا لم يشترط فيه العدالة لانه قائم مقام غيره فلو أخبر الغير بنفسه لم يشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا على ما يشترط فيه أحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة عند أبي حنيفة وعندهما هو تطير القسم الثاني في اشتراط أن يكون المخبر مميزا سواء كان عدلا أو لم يكن وموضع ذلك أصول الفقه

ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

صحة بدونه وصحح في شرح الوافي أن المزوج ان كان الاب أو الجد لا يشترط والا اشترط لان الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة تربو عليه فان سمى المهر أقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا اه والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشئ لان ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام في الكبيرة التي وجبت مشاورتها لها والاب في ذلك كالاجنبي لا يصدر عن شئ من أمرها الا برضاها غير أن رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا ومقتضى النظر أن لا يصح بلا تسمية المهر لها لجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة فما لم تعلم ثبوتها لا ترضى وصحة العقد بلا تسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب أن لا يتركه الا لما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه لتلك المصلحة فقد لا تختار ذلك والكلام في البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه من قول أبي حنيفة انما هو في الصغيرة أما الكبيرة فنفاذ تزويج الاب موقوف على رضاها كالوكيل غير أن سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية أو تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا أو لخوف الرد عليه مع عدمه فلا يثبت الرضا به وفي غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جنبة الرضا فاكتفى الاب المظنون على ما ذكرناه آنفا وقد يقال سكوتها اذا لم يسم لها الولي مهرا مع علمها بأنه يعتبر رضاها وينفذ العقد عليها تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر لكن يدفع بأن علمها بأن سكوتها رضا مع عدم التسمية بكل مهر هو محل النزاع فلا يلزم علمها وفي التجنيس في باب ما يكون رضا واجازة اذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ان وهبها يعني ان فوضها ينفذ النكاح وان زوجها بمهر مسمى لا ينفذ لانه اذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به واذا سمى مهرا فتمامه به أيضا اه وهو فرع اشتراط التسمية في كون السكوت رضا ويجب كون الجواب في المسئلة الاولى مقيدا بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر (قوله ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا) من أنها ان سكتت أو ضحكت بلا استهزاء أو بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا اه وقال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص وأما بعده فالحاجة الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لانه ليس في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستئمار ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت وعن أبي يوسف السكوت بعد العقد رد ذكره في البدائع قال وهو قول محمد والاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده فكما كان إذنا قبله لدلالته على الرضا وجب أن يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا أثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على أن الحق أنه ملزم في كل منهما غير أنه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن فان قيل بوجه قول ابن مقاتل ورواية أبي يوسف بالنص وهو رواية الائمة الستة عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال أن تسكت فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستئذان فالجواب أن الاتفاق

(قوله واخبار المولى بجناية عبده) أقول الاظهر أن يقول وجناية العبد

وله نظائر (ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول) لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة

على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع أنه متناول ظاهر النهي فعلم أن الاتفاق على أن المراد بالنهي المنع عن تنفيذ العقد عليها وابرامه قبل اذنها وانما الخلاف في أن الاجازة بعد العقد بماذا تكون فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق على أن المراد منه ما ذكرنا وعلى هذا فرعوا أنه لو استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لان العقد بطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما اذا زوج قبل الاستئذان اذ غالب حالهن اظهار النفرة عند فجأة السماع هذا والاوجه عدم الصحة لان ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم ترد على هذا لا يجوز النكاح للاخبار بأنها على امتناعها ﴿فروع﴾ ولو زوجها وليان مستويان كل من واحد فسكتت فعن محمد بطلا كما لو أجازتهما معا وهو القياس لان سكوتها رضا وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل ونقله في البدائع عن محمد فعنه حينئذ روايتان ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها ان أقواما يخطبونك أنا راضية بما تفعل فزوجها من الاول لا ينفذ عليها الا باجازة مستقبلة لان تقدير كلامه اذا رغبت عن فلان فان أقواما آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن الى ما يعم الاول وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل اني كرهت فلانة فطلقتها فزوجني بامرأة ترضاها فزوجه المطلقة لا يصح وكذا اذا باع عبدا ثم وكل رجلا بشراء عبد فاشترى له الاول لا يصح ولو زوجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الاصح وقولها غيره أحب الى قبل العقد رد بعده اذن لانه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك كذا في الواقعات وقولها ذلك اليك اذن وقولها أنت أعلم ليس باذن لانه تعريب قولها أو يقاربه بالفارسية تو بهدان ولو استأذنها فقالته لا يكون اذنا لانه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه وحقيقة تو بهدان أنت بالمصلحة أخبر أو بالاحسن أعلم وهذا اختيار الفقيه أبي الليث بخلاف قولها ذلك اليك فانه اذن لانه انما يذكر للتوكيل ولا يخفى أن مسئلة غيره أحب الى مشكلة ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لان ذلك انما يتم بعد الصحة وهي بعد الاذن (قوله وله نظائر) كاخبار الوكيل بالعزل والمأذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه واعتاقه اختيارا للفداء والشفيع ببيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الاحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب ان كان المخبر رسولا لا يشترط اتفاقا ولو فاسقا أو عبدا لانه قائم مقام المرسل فاخباره كاخباره وان فضوليا فعلى الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد أو عدالة الواحد فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه الا باثنين أو عدالة الواحد (قوله واذا استأذن الثيب) أي الكبيرة أما الصغيرة فلا استئذان في حقها أصلا كالبكر الصغيرة (فلا بد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور) ولا تكون المشاورة الا بالقول لانها طلب الرأي ثم هي مفاعلة فتقتضي وجوده من الجانبين وفي كل من الحكم والدليل نظر أما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول سلمنا أن المشاورة طلب الرأي لكن لا نسلم أنه يشترط في افادة الرأي فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة وحينئذ فكون المشاورة تستدعي جوابا باللفظ ممنوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة السابق لا تنكح الايم حتى تستأمر والامر يكون بالقول لا بغيره ومنع بما في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها وأجيب بأنه خرج عن حقيقته هنا بقرينة قوله واذنها صماتها ولم يوجد مثلها في الثيب فتجب

(ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور) وجه الاستدلال أن المشاورة من باب المفاعلة وهي تقتضي الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالاشارة الى الصواب وذلك لا يكون الا بالنطق (ولان النطق) في النكاح من الثيب (لا يعد عيبا) واذا لم يعد عيبا لم يكن بمعنى النطق في البكر لانه يعد منها عيبا واذا لم يكن في معناه لا يلحق به ولان السكوت صار رضا لتوفر الحياء فان عائشة لما أخبرت أن البكر تستحي قال عليه السلام سكوتها رضاها والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة

(قوله وذلك لا يكون الا بالنطق) أقول في الحصر كلام لجواز أن يكون بالاشارة والكتابة (قوله واذا لم يكن في معناه لا يلحق به) أقول في عدم لزومه وقيام السكوت مقامه (قوله ولان السكوت صار رضا لتوفر الحياء) أقول الظاهر أنه لا فرق بين ذينك التعليلين الا في العبارة ألا يرى الى قوله فيما يجيء فيعيبونها بالنطق فتستحي فليتأمل

(فلا مانع من النطق فى حقها واذا زالت البكارة بوثبة) وهو الوثوب من فوق (أو حيضة أو جراحة أو تعنيس) عنست الجارية وعنست عنوسا اذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج (فهى فى حكم الابكار) فى كون اذنها سكوتها (لانها بكر) اذ البكر هى التى يكون مصيبها أول مصيب وهذه كذلك مشتق من البا كورة وهى أول الثمار ومن البكرة وهى أول النهار وردّ بأنه لو كان كذلك لما تمكن من الردّ من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها زالة البكارة بالوثبة لانها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له أن يردها وأجيب بأن الردّ باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ولان النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا (لانها تستحى لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهى كذلك عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة) اذ الثيب من يكون مصيبها عائدا اليها مشتق من المثوبة وهى الثواب وانما سمى بها لانها مرجوع اليها فى العاقبة ومن المثابة وهو الموضع الذى يثاب أى يرجع اليه مرة بعد أخرى ومن التثويب وهو الدعاء مرة بعد أخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفى بسكوتها (ولابى حنيفة أن الناس عرفوها بكرا) وتقريره أن الشرع جعل السكوت رضا بعلة الحياء على ما روينا من حديث عائشة واذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها وههنا قد وجدت لما بينه بقوله ان الناس عرفوها بكرا (فيعيرونها) وفى بعض النسخ فيعيبونها (بالنطق) فتستحى (فتمتنع) من النطق وكانت العلة موجودة (فيكتفى بسكوتها كى لا تتعطل عليها مصالحها) واذا ظهر هذا سقط ما قيل فى هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه السلام الثيب تشاور وهو باطل لان هذا عمل بعلة منصوص عليها الا تعليل فى مقابلته فان قيل لا نسلم (٤٠٢) أن هذا عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص عليها حياء يكون من كرم الطبيعة وذلك أمر محمود وهذا الحياء حياء معصية فليس من أفراده حتى يدخل تحت النص أجيب بأن هذا الحياء أشد لان فى الاستنطاق باعتبار أنها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التافيف فيلحق به قوله (بخلاف ما اذا وطئت بشبهة) متصل بقوله فيكتفى بسكوتها يعنى أن من وطئت بشبهة (أو بنكاح فاسد) لا يكون اذنها سكوتها لعدم الحياء ثمة (لان الشرع أظهره حيث علق به أحكاما) من لزوم العدة والمهر واثبات النسب (أما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها) باقامة الحد عليها أو اصيرورته عادة بعد (لا يكتفى بسكوتها) فان قيل يجب أن يكتفى بسكوتها فى هاتين الصورتين أيضا لانها داخلة تحت اسم البكر فى لسان الشرع وهو قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة أجيب بأن هذا قول بعض المشايخ وهو ضعيف بعيد فان فى الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود أيضا ولا يكتفى بسكوتها بالاجماع فعرفنا أن المعتبر بقاء صفة الحياء

فلا مانع من النطق فى حقها (واذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهى فى حكم الابكار) لانها بكر حقيقة لان مصيبها أول مصيب لها ومنه البا كورة والبكرة ولانها تستحى لعدم الممارسة (ولو زالت) بكارتها (بزنا فهى كذلك عند أبى حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابى حنيفة أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كى لا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لان الشرع أظهره حيث علق به أحكاما أما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها

حقيقته وأصرح من هذا قوله فى حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها لكن يشكل عليه أن الحكم فى المذهب خلافه وهو النظر الثانى بل إما به كنعم أو رضيت أو بارك الله لنا أو أحسنت وبالدلالة كطلب المهر أو النفقة أو تمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استهزاء وحينئذ فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضا بخلاف الثيب لا بد فى حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والحق أن الكل من قبيل القول الا التمكين فيثبت بدلالة نص الزام القول لانه فوق القول (قوله واذا زالت بكارتها الخ) أى اذا زالت بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهو أن تصير عانسا أى نصفا لم تتزوج أو خرق استحاء أو عود أو حمل ثقيل تزوج كالابكار اتفاقا وكذا اذا فارقها الزوج لجب أو عنة أو طلقها قبل الدخول ولو

(قوله وهذه كذلك مشتق من البا كورة) أقول بالاشتقاق الكبير ثم ان الملائم لكلام المصنف أن يقول مشتق منه البا كورة ولعله أراد التنبيه على جواز القول فى الاشتقاق الكبير باشتقاق كل منهما من الآخر فتدبر (قوله مشتق من المثوبة) أقول اشتقاقا كبيرا (قوله على ما روينا من حديث عائشة رضى الله عنها) أقول روى ذلك قبل عشرة أسطر تخميناه وهو قوله فان عائشة رضى الله عنها لما أخبرت أن البكر تستحى قال صلى الله عليه وسلم سكوتها رضاها (قوله لان هذا عمل بعلة منصوص عليها الا تعليل فى مقابلته) أقول لا يخرج بكون العلة منصوصا عليها عن كونه تعليلا فى مقابلة النص كما لا يخفى على من نظر فى كتب الاصول ثم اذا خالف الدلالة العبارة فالتقدم للعبارة كما بين فى الاصول (قوله لان المنصوص عليها حياء يكون من كرم الى قوله فليس من افراده الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر أن ذلك أيضا من كرم الطبيعة ولو لا ما امتنعت عن الاظهار والاعلان ولا يجب عليها الحد بهذا المقدار (قوله فان قيل يجب أن يكتفى بسكوتها فى هاتين الصورتين أيضا) أقول يعنى فى صورة اقامة الحد وصورة صيرورته عادة

وقوله (لان السكوت أصل والرد عارض) بناء على أن السكوت عدم الكلام ولا شك في تقدمه على عروض الكلام (فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضى المدة) فانه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد (٣٠٤) بالسكوت بالاجماع لان السكوت أصل والرد عارض فكان القول قول من يدعي السكوت وقوله (ونحن نقول) ظاهر وحاصله أنه يعتبر الانكار المعنوي وزفر يعتبر الانكار الصوري وقوله (بخلاف) جواب عن قياس زفر ووجهه أن يجعل القول لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضي المدة فلهذا كان القول للساكت (وان أقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح) فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم أن السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة أجيب بأنها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعت المرأة على زوجها أنه قال للمسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فأقامت بينة أنه لم يقله يقبل ويفرق بينهما لان هذا مما يحيط به علم الشاهد لما أنه لو قاله لسمعه الشهود وان أقاما البينة قال الامام الترتاشي بينتها أولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو أقاما على أنها أجازت أو رضيت حين علمت حتى استووا في الاثبات ترجحت بينته لاثباته اللزوم

(واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها) وقال زفر رحمه الله القول قوله لان السكوت أصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه تؤرد عواه بالحجة

بعد الخلوة وهذه مما تختلف حكم الخلوة والدخول وكذا اذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لانها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لانها لم يصبها مصيب ولهذا لو أوصى لابكار بني فلان دخلت هذه ومنع بالجارية تباع على أنها بكر حيث ترد اذا وجدت زائلة البكارة ثوبة ونحوها فلو كانت بكرا لم ترد والجواب أن البكر يقال على من لم يصبها مصيب ومنه الباكورة لاول الثمار والبكرة لاول النهار وعلى العذراء وهي أخص أو هي من لم يصبها مصيب ومن أفراده قائمة العذرة فهو متواطئ وحمل على هذا الفرد في البيع المبني على المشاحة فترد لفوات العذرة وهي تلك الجلدة وعلى الاعم الاوسع في النكاح المبني على التوسعة وشدة التثبت حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الامر بخلاف البيع على أنه قد قيل اذا اعترف المشتري بأن زوالها ثوبة لا ترد ولان العادة ارادة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فيتقيد بها وأيضا لو أوصى لابكار بني فلان دخلت هذه وأيضا الاستحياء قائم وانها علة منصوصة فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص وفيه نظر اذ الاستحياء حكمة نص عليها لا يناط الحكم عليها لعدم انضباطها ولذا لو فرض أن استحياء من زالت بكارتها بزنا أشد من العذراء لا تزوج كالبكر وهذا لان الحكمة وان كانت هي المقصودة من شرع الحكم لا يناط بها اذا كان فيها مراتب متفاوتة أو خفاء في تحققها في بعض المحال ولا يناط الا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات الى الحكمة وجدت أو عدمت ولو اعتبر هنا حياء البكر لانه هو المنضبط اتحد الحاصل اذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم وان زالت بزنا مشهور أو وطء بشبهة أو نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا وان زالت بزنا غير مشهور فهو محل الخلاف فعندهما والشافعي تزوج كالثيب وعنده كالبكر وجه قولهما أنها ثيب حقيقة فان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة لانها جزاء عمله يعود اليه والمثابة الموضع الذي يرجع اليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من بنات فلان وله أنها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة أن يعلم زناها حياء من ظهوره وذلك أشد من حيائها بكرا من اظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه وبه يندفع جواب ما أورد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الايم حتى تستأمر والثيب يعرب عنها لسانها من أنه عام خص منه الثيب المجنونة والامة فيخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في المزنية ونفس المجيب صرح بعده في مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بأن الايم من لا زوج لها وان كانت بكرا بعد ما نقل قول محمد لو أوصى لأيامى بني فلان لا تدخل الابكار وصحح دخولهن كقول الكرخي اه والأولى أن الفرض أن الزنا غير مشهور ففي الزامها النطق اشاعة له فيعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة في هذه الصورة والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه وأيضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضا البكر ظاهرا كما هو في أمثاله لا في نفس الامر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها أهي بكر الآن ليكتفي بسكوتها أم لا بل اكتفى بالبناء على الاصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في ثيوبة بزنا لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ولذا قلنا لو ظهر لا يكفي سكوتها (قوله واذا قال الزوج بلغك الخ) صورتها ادعى على بكر بالغة أن وليها زوجها منه

(قوله أجيب بأنها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به الخ) أقول مخالف لما سيقوله المصنف في باب اليمين في الحج والصلاة من أن الشهادة على النفي غير مقبولة مطلقا أحاط به علم الشاهد أولا والاولى أن يجاب بمنع كون السكوت عدما على ما يجيء عن الشارح نقلا عن قاضيخان (قوله فان أقاما البينة قال الامام الترتاشي الخ) أقول وهكذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان

وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وستأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى

قبل استئذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا وقال زفر له لتمسكه بالاصل وهو عدم الكلام ونظير هذا الخلاف الخلاف فيما اذا قال سيد العبد ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده قول العبد وهذه العبارة أولى من قوله في المبسوط ان الخلاف في مسئلة النكاح بناء على الخلاف في مسئلة العبد اذ ليس كون أحدهما بعينه مبنى الخلاف في الآخر بأولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء ووجه قوله فيهما التمسك بالاصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من أن المشترى بالخيار اذا ادعى بعد مدة الخيار ردّ البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فان القول للبائع اتفاقا لتمسكه بالاصل والشفيع اذا قال علمت بالبيع أمس وطلبت الشفعة وقال المشترى بل سكت القول قول المشترى أما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له والمزوجة صغيرة من الولى غير الاب والجد اذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ أو حين بلغت وكذبها الزوج فان القول له وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر سواء كان ذلك الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر أو بحسب المعنى ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار واذا كان كذلك فقد ادعى بدعواه سكوتها اعلاك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكر والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الاصل فكانت هي متمسكة باصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي ردّ الوديعة والمودع ينكر فان القول لمدعي الرد وان كان مدعيا صورة لتمسكه بالاصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهرا لا لكونه أصلا بخلاف مسئلة الخيار لان العقد ثبت صحيحا في الاصل وقد لزم بمضي المدة ظاهرا فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر وكذا المزوجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما نفذ عليها حال صغرها يقينا والزوج ينكر ومثله الشفيع ثم ان أقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لانها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص يحاط بطرفيه أو هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت أن زوجها تكلم بما هو ردة في مجلس فأقامها على عدم التكلم فيه يقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا في الجوامع وان أقاما فبينتها أولى لاثبات الزيادة أعني الرد فانه زائد على السكوت ولو كان أقامها على أنها رضيت أو أجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم كذا في الشروح وعزاه في النهاية للتمرتاشي وكذا هو في غير نسخة من الفقه لكن في الخلاصة نقلا عن أدب القاضي للخصاف في هذه المسئلة لو أقام الاب أو الزوج البينة على الاجازة والمرأة على الرد فبينتها أولى فتحصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الاجازة به لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها بأمر زائد على السكوت مما لم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين في الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم أجزه بعد الدخول لم تصدق على ذلك الا ان كانت مكرهة فحينئذ القول لها لظهور دليل السخط دون الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزومه أيضا كذا في المبسوط ولو لم يكن للزوج بينة تذهب من عصمته من غير يمين تلزم به عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما عليها فان نكلت بقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وزيد عليها دعوى الامة أنها أسقطت مستبين الخلق فصارت أم ولد وجمعتها في هذين البيتين

نكاح وفيئة ايلائه * ورق ورجع ولاء نسب
ودعوى الاماء أمومية * فليس بها من يمين وجب

(وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وستأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى)

وسيأتي

قال (ويجوز نكاح الصغير والصغيرة) يجوز نكاح الصغير والصغيرة (اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو العصبة) على ترتيب العصبات في الارث وقال مالك وابن شبرمة الاب ليس الا حتى لو زوجهما الجد عند عدم الاب لا يجوز وقال الشافعي وليهما الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكرا وان كانت ثيبا فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ أو العم أو زوج الثيب الصغيرة الاب أو الجد كرها لا ينفذ النكاح (وجه قول مالك أن الولاية على الحرة) مع قيام المنافي (باعتبار الحاجة ولا حاجة) في الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما (غير أن ولاية الاب ثبتت نصا على خلاف القياس) فان أبا بكر زوج عائشة من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين وصح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس غيره عليه وهو الجد ولا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان الولد جزء الاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد وشفقته قد نقصت فلا يكون في معناه (قلنا لا) نسلم (٤٠٥) أن الولاية على الحر على خلاف القياس

(ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو العصبة) ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الاب والشافعي رحمه الله في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة أيضا وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا لانعدام الشهوة الا أن ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الابين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفء وجه قول الشافعي أن النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة فلأن لا يملك التصرف في النفس وانه أعلى أولى ولنا أن القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال فانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل

وسيأتي في الدعوى صورها والفتوى على قولهما فيها وقيل يتأمل القاضي في حال المدعي فان ظهر له منه التعنت قضى بقوله والا بقولهما وفي الغاية معزيا الى فتاوى الخاصي أنه لو ادعى رجل على آخر أنه زوجه بنته الصغيرة فأنكر يحلف عند أبي حنيفة وفي الكبيرة لا اعتبارا بالاقرار فيهما واستشكل على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الاقرار ألا ترى أن امرأة لو أقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فأنكرت فالاشبه أن يكون هذا قولهما (قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي) لقوله تعالى واللائي لم يحضن فأثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعا فبطل به منع ابن شبرمة وأبي بكر بن الاصم منه وتزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست نص قريب من المتواتر وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة (قوله والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة) فعنده لا يلي عليها أحد حتى تبلغ فتزوج باذنها وقد ذكرناها وجه قول مالك أن الولاية على الحرة انما تثبت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة الا أن ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس لان أثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست والجد ليس في معنى الاب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه ولذا يقدم وصي الاب عليه فيقتصر على مورد النص قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يراد لمقاصده ولا تتوفر

(بل هو موافق له لان النكاح يتضمن المصالح) من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة (ولا تتوفر الابين متكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل وقت فأثبتنا الولاية في حال الصغر احرازا للكفء) لكل من يتأتى منه الاحراز أبا كان أو غيره ووجه قول الشافعي أن الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته (ولهذا) أي ولقصور شفقته (لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة) لكونه وقاية للنفس (فلأن لا يملك التصرف في النفس وانه أعلى أولى ولنا أن) الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب لان (القرابة داعية اليه كما في الاب والجد) فان النظر فيهما لم يثبت الا من القرابة غاية ما في الباب أنه متفاوت كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها لكن ما في البعيدة من القصور يمكن التدارك فأظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا قد أوقعا خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير يمكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدي بأن يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقف ذلك كله الى وقت البلوغ

(قال المصنف والولي هو العصبة) أقول هذا جواب القياس أو المراد هو العصبة وما يلحق بهم لئلا يخالف لما سيجيء (قوله أو زوج الثيب الصغيرة الاب أو الجد كرها) أقول قوله كرها مستدرك فانه لو زوجها طوعا لا يجوز أيضا عنده فان اذنها قبل البلوغ غير معتبر (قوله لا ينفذ النكاح) أقول الظاهر لا ينعقد (قوله ولا يقاس عليه غيره) أقول لانه على خلاف القياس

فلا تفيد الولاية الالمزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأى لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأى بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر

الابين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فاثبات ولاية الاب بالنص بعلة احراز الكفء اذا ظفر به الحاجة اليه اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد وجه قول الشافعي أن التفويض الى غيرهما يخل بها لقصور شفقته لبعد قرابته ودلالة الاجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية وهو الاجماع على عدم ولايته في المال الابوصية وهو أدنى من النفس فسلبها في النفس أولى ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر واليتيمة الصغيرة التي لا أب لها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وفي الحديث أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر فردها صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستأمر وتأثير هذا الوصف أن مزوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس أولى أن لا تثبت ولنا قوله تعالى وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف ولا يقال ذلك بمفهوم الشرط لان الاصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فيهن فعند عدمه يثبت الجواز بالاصل الممهد لا مضافا الى الشرط ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة انها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن في الصداق وقالت في قوله تعالى في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن الآية نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية فهذه الآية أمر بتزويجهن من غيرهم أو تزوجهن مع الاقساط وزوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضي الله عنه من عمر بن أبي سلمة وهي صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بولاية ثبتت بالنبوة لانه صلى الله عليه وسلم لم يزوج بها قط ولو فعل لم يتزوج أحد الا عنه لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر أنه صلى الله عليه وسلم سأله عن تزوجه فذكر أنها ثيب فقال هلا بكرا الحديث ورأى على عبد الرحمن بن عوف الصفرة فقال مهيم قال تزوجت وسأله كم ساق لها والآثار في ذلك وجواز مشيرة عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة والمعنى أن الحاجة الى الكفء ثابتة لأن مقاصد النكاح انما تتم معه وانما يظفر به في وقت دون وقت والولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع أن أصل القرابة داعية الى الشفقة غير أن في هذه القرابة قصورا أظهرناه في اثبات الخيار لها اذا بلغت واذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم غيا المنع بالاستئمار وانما تستأمر البالغة وحديث قدامة تأويله أنه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ ألا ترى الى ما روى عن ابن عمر أنه قال والله لقد انتزعت مني بعد أن ملكتها وأما المال فانه يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حبا يفضي الى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه أو لغيره بالمحاباة ويخفى لتعذر احضاره لتداول الايدي عليه أو لحولته أو نسيانه أو التوى في العوض في المقايضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فاتتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة فتعذر اثبات الولاية وحاصله أن القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر مقتضاها في المال فاتتفت فيه وأمكن في النفس

ممكنا وقوله (وجه قوله) أي الشافعي (في المسئلة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأي) وتقريره أن الرأي أمر باطن والثيابة سبب لحدوثه (لوجود الممارسة) فتقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا (ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة) يعني أن المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة في الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولا نسلم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لان الرأي والعلم بلذة الجماع انما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها واذا لم تكن الثيابة سببا لحدوث الرأي لا تصلح مدارا وأما الصغر فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز أن يكون مدارا فكلما ثبت الصغر ثبتت الولاية

(قوله بخلاف المتناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالبا الخ) أقول أنت خبير بأنه لو تكرر النكاح يمكن التدارك بالتوقيف أيضا بالنسبة الى زوجها الذي بلغت تحت نكاحه بخلاف المال اذ لا يمكن فيه أصلا لتغيب من في يده المال

(قال المصنف ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة) أقول انما يثبت هذا الدليل ولاية انكاح الاب والجد وكان الاولى هو التعميم

(ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعنى من اطلاق الولى فى قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولى (قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل) وقوله (والترتيب فى العصبات) ظاهر وقوله (اعتبارا بالاب والجد) بجامع داعية القرابة (ولهما أن قرابة الاخ ناقصة) خصص الاخ ليعلم به حكم سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه أقرب الاولياء بعد الجد وقوله (فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى) يعنى أن وراء الكفاءة والمهر مقاصد أخرى فى النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم العصبة ولؤمها وتوسيع النفقة وتقتيرها وهذه المقاصد أهم من الكفاءة ولا يوقف عليها الا بجد بليغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقته ربما لا يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك وقوله (واطلاق الجواب فى غير الاب والجد يتناول الام والقاضى) يعنى فى اثبات الخيار عند البلوغ وأراد بالاطلاق قوله فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار

ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب فى العصبات فى ولاية النكاح كالترتيب فى الارث والابعد محجوب بالاقرب قال (فان زوجهما الاب والجد) يعنى الصغير والصغيرة (فلا خيار لهما بعد بلوغهما) لانهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ (وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء أقام على النكاح وان شاء فسخ) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما أن قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد (١) عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب فى غير الاب والجد يتناول الام والقاضى

فثبتت فيهما وهذا لما أثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد قبله من القاضى عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر أو عدم كفاءة وجه قوله فى الثيب الصغيرة أنها للمجاحة ولا حاجة لحدوث الرأى فى أمر النكاح لممارسته ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور أفاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة الى احراز الكفء والولاية عليها فى النكاح مع عدم الشهوة ليس الا لتحصيله ولا رأى حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم أهلية المشاورة حتى أخر جواز نكاحها الى البلوغ فكان حاصل هذا الكلام تناقضا فان سلب الولاية بعلة حدوث الرأى تصريح بحدوث الرأى وتأخير نكاحها لعدم أهلية المشاورة يناقضه فلزم كون المراد بالثيب فى الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة مالا يعتبر الا بعد البلوغ فاذا لم يحدث الرأى قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله ثبتت الولاية لتحقق الحاجة على ما ذكرنا فغدا ر الولاية الصغر قال المصنف (ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعنى من جواز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولى العصبة مطلقا بعدما كفينا مؤنة اثباته بما تقدم (قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل) بين الاب والجد وغيرهما من العصبات فى صورة الصغر أو لا روى عن على موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزى بلفظ الانكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم أمامة بنت عمه حمزة وهى صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت هذا (والترتيب فى ولاية النكاح كالترتيب فى الارث والابعد محجوب بالاقرب) فتقدم عصبة النسب وأولاهم الابن وابنه وان سفل ولا يتأتى الا فى المعتوهة وهذا قولهما خلافا لمحمد فانه يرى أن الاب مقدم على الابن وستأتى المسئلة وهل يثبت الخيار للام المعتوهة اذا أفاقت وقد زوجها الابن فى الخلاصة ولو زوجها الابن فهو كالاب بل أولى ثم الاب ثم الجد أبو الاب ثم الاخ الشقيق ثم لاب وذكر الكرخى أن الاخ والجد يشتركان فى الولاية عندهما وعند أبى حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف فى الميراث والاصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الاب كذلك الشقيق ثم أبناؤه ثم لأب ثم أبناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم أبناؤه ثم عم الجد لاب ثم أبناؤه وان سفلوا كل هؤلاء يثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر فى حال صغرهما وحال كبرهما اذا جنا مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز اذا كان جنونه مطبقا ولم يقدر أبو حنيفة فى الجنون المطبق قدرا على ما سنذكره فان أفاق فلا خيار له واذا زوجه أخوه فأفاق فله الخيار ثم المعتق وان كان امرأة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب واذا عدم العصبات هل يثبت لذوى الارحام يأتى (قوله وقال أبو يوسف) يعنى آخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع الى أن لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالاب والجد وهذا

(قال المصنف ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات) أقول فيه بحث لان هذا الحديث يدل على أن لا ينعقد نكاح المرأة بدون الولى فيكون حجة للشافعى علينا وجوابه أنه لما دلت الدلائل على جواز انكاح المرأة نفسها ولو بلا ولى يحمل هذا على النكاح بطريق الاجبار دفعا للتعارض

(١) عسى كلمة وقعت ههنا مجردة عن الاسم والخبر والتقدير عسى الخلل الى المقاصد يتطرق وأهل العربية يأبون ذلك كذا قال العينى فى كتاب الاجارات اه من هامش بعض النسخ كتبه مصححه

وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار للبنية اذا زوجها القاضي لان له الولاية في المال والنفس وكان في قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله (لقصور الرأي في أحدهما) يعني الام (ونقصان الشفقة في الآخر) يعني القاضي ألا ترى أن ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي أولى وقوله (ويشترط فيه) أي في فسخ النكاح بخيار البلوغ (القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل) بسبب قصور شفقة المزوج (ولهذا) أي لتمكن (٤٠٨) الخلل (يشمل) الفسخ (الذكر والانثى) لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية يمكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه

(قال المصنف ويشترط فيه القضاء) أقول قال ابن الهمام أي في الفسخ ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وباباه زوج الذمية التي أسلمت وهي طلاق خلافا لابي يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء في قوله

في خيار البلوغ والاعتاق * فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفء كذا ونقصان مهر * ونكاح فساده باتفاق
ملك احدى الزوجين أو بعض زوج * وارتداد كذا على الاطلاق
ثم جب وعنة ولعان * وإبا الزوج فرقة بطلاق
وقضاء للقاض في الكل شرط * غير ملك وردة وعتاق

وقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فاسد عند أبي يوسف فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده وقوله على الاطلاق احتراز عن قول محمد رحمه الله فانه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ وكل فرقة بطلاق اذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت الا في اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة كل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها ووجه الاحتياج الى القضاء بقوله لان الفسخ لدفع ضرر خفي وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه وليس بثابت فالاولى أن يقال لدفع ضرر غير محقق بل نظرا الى سببه وهو قصور القرابة المشعر بقصور الشفقة

هو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في أحدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير قال (ويشترط فيه القضاء) بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء

لان الولاية لم تشرع في غير موضع النظر واذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقد نفسه بعد البلوغ وقولهما قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم لان قرابة الاخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل في المقاصد وقد أظهر الشرع أثر هذا النقصان حيث منع ولايته في المال فيجب اظهاره في النفس اذ عدم أنه ناظر الى اظهار أثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة وهي صغيرة وقال لها الخيار (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار اذا كان المزوج القاضي للبنية لان ولايته أتم من ولاية العم لانها في النفس والمال جميعا وعما روي عن أبي حنيفة أنه لا خيار فيما اذا زوجت الام لان شفقتها فوق شفقة الاب ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشرا مرتبا (قوله ويشترط فيه) أي في الفسخ ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وباباه زوج الذمية التي أسلمت وهي طلاق خلافا لابي يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء في قوله

في خيار البلوغ والاعتاق * فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفء كذا ونقصان مهر * ونكاح فساده باتفاق
ملك احدى الزوجين أو بعض زوج * وارتداد كذا على الاطلاق
ثم جب وعنة ولعان * وإبا الزوج فرقة بطلاق
وقضاء للقاض في الكل شرط * غير ملك وردة وعتاق

وقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد فاسد عند أبي يوسف فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده لفساده وقوله على الاطلاق احتراز عن قول محمد فانه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ وكل فرقة بطلاق اذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت الا في اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة وكل حرمة توجب فرقة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها اه قوله فقد كفء كذا يعني في تزويج المرأة نفسها قوله قوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد فاسد عند أبي يوسف فالفرقة منه طلاق عندهما الخ أقول لك أن تقول اذا كان جائزا عندهما فالفرقة لماذا فتأمل قوله وفسخ عنده يعني أن هذا النكاح فاسد عنده فيكون فسخا عنده (قال المصنف وهو تمكن الخلل) أقول مخالف لما سيقول بعد أسطر بل لتوهم الخلل ويجوز أن يقال المراد تمكن الخلل المتوهم الا أنه لا يلائم قوله لدفع ضرر خفي فليتأمل

لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفأ والمهر تاما فرب ما ينكره الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام وأما خيار العتق فلدفع ضرر جلى وهو زيادة الملك عليها فان الزوج قبل عتقها كان يملك عليها اثنتين ويملك مراجعتها في قرأين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو أمر جلى ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها أن تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال فكان لها أن تدفع أصل الملك في ضمن مالها من دفع الزيادة واعترض بأن دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول وأجيب بأن هذا ليس بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب الالتزام للضرر المرضى فان الزوج حين تزوج الامة عالما لها بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضى غير ضائر بخلاف الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها برضى فكان ضائرا واذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره وقوله (٤٠٩) (ثم عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد

(ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت) شرط العلم بأصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار

خصهما بالذكر لان مذهب أبي يوسف لا يرد هنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج غير الاب والجد وحاصل ما ذكره هنا أمور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول أن خيار البلوغ في الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العتق والثاني أن خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث أن الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بان لها الخيار أو لم تكن أما اذا كانت عالمة فظاهر وأما اذا لم تكن فلانها لم تعذر بالجهل بالخيار (لانها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع

وقد يظهر خلافه مما هو أثر النظر من كون الزوج كفأ والمهر تاما والخيار ثابت لها في هذه الحالة كغيرها فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى أن فسخها لا يصادف محلا فاحتيج الى القضاء لالزامه بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة ترك النظر لا بحقيقته ولا بدع في خلو المظنة المعلل بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في عمله ببلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهينة تنزها يجوز له القصر ولان في سببه ضعفا وخلافا بين العلماء بخلاف خيار العتق فانه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالانثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها بخلاف العبد اذا أعتق فاعتبر خيارها دفعا لضرر زيادة تملكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج الى القضاء واعترض بان دفعها هذه الزيادة التابعة لاصل النكاح رفعه وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض الاصول لانه عكس المعقول لا يقال الشئ اذا كان تابعا للشئ باعتبار الوجود يكون متبوعا في النفي ولا يخفى أن كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع أن وجوده لازم وجوده فاستتباع الزيادة أصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل وفقه لانا نقول المراد أنه لا يجوز أن ينفي التابع اذا كان مستلزما لنفي المتبوع اللازم الثابت لتضمنه رفع الاقوى لغرض رفع الادنى والجواب أنه اذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون حينئذ رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه ملزومه وهو ثابت هنا وهو النص فالوجه في السؤال طلب حكمته مع أنه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره والجواب أن دفع ضررها يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها يثبت لنفسه حقا عليها فدفعها أولى ولانه رضي بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعا (قوله فتعذر) أي الامة المعتقة (بالجهل بثبوت الخيار) لها اذ كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم بخلاف الحرة لا تعذر به لانتفاء هذا المعنى في

(٥٢ - فتح القدير ثاني) والدار دار العلم) بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها على خيارها لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل وأما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار لها أما الاول فلان المولى ينفرد به وأما الثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع فكانت معذورة

(قوله لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفأ والمهر تاما الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يكن الزوج كفأ ولم يكن المهر تاما يحتاج الفرقة الى القضاء أيضا كما صرحوا به فينتقض كلا الدليلين على ما ذكره والجواب أن ذلك فيما اذا زوجت المرأة نفسها وأما اذا زوجها الاولياء فليس العقد بنافذ حتى يحتاج الى الفسخ وسيجيء في فصل الكفاءة (قوله لانه بعد العتق يستلزمها) أقول أي يستلزم الزيادة (قوله عالما لها بخيار العتق الخ) أقول خيار العتق ثابت بالنص (قوله وقوله ثم عندهما الى قوله خصهما بالذكر لان مذهب أبي يوسف الخ) أقول هذا مسلم الا أن الظاهر كان أن يذكر قوله عندهما عند قوله ويشترط فيه القضاء فيحتاج وجه تأخيره الى هنا الى نوع تأمل ولعل وجهه أن أبا يوسف يقول باشتراط وقوع الفسخ بالقضاء لانه قضاء في المجتهد فيه فينفذ ولا يلزم منه أن يرى خيار البلوغ (قال المصنف وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت) أقول فيه بحث

وقوله (ثم خيار البكر) تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى وتقريره أن من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره (مالم يقل رضيت أو يجئ منه) بالجزم (مايعلم أنه رضا) وان كانت جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت (اعتبار الهذه) الحالة بحالة ابتداء النكاح) فان الصغيرة البكر اذا أدركت واستؤمرت

(ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت أو يجئ منه مايعلم أنه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) اعتبار الهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج

حقها (قوله ثم خيار البكر يبطل بالسكوت) انما ذكره بعد ما قدم من قوله فسكتت فهو رضا لبيان أن كون سكوتها رضا فيما تقدم هو اذا كانت بكرا فان العبارة هنالك أعم من ذلك وليمهد الفرق بينها وبين الغلام والثيب حيث قال (ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت أو يجئ منه مايعلم أنه رضا) كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة ويحتمل كون دفع المهر رضا اذا لم يكن دخل بها أما ان كان دخل بها قبل بلوغه ينبغي أن لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لانه لا بد منه أقام أو فسخ (وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ مالم تقل رضيت أو يجئ منها مايعلم أنه رضا كالتمكين من الوطء وطلب المهر والمواجب (اعتبار الهذه الحالة) أي حالة ثبوت الاختيار (بحالة ابتداء النكاح) فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفي بسكوتها فكذا اذا ثبت لها الخيار للعلم بالنكاح وهي بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضي أن خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الخ (قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس) بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بان حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح أو مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف خيار البكر يمتد الى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء مال هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط فان فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة اذا كانت عالمة بالنكاح وعلى هذا قالوا ينبغي أن تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد اذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن وقيل لمحمد كيف وهو كذب وانما أدركت قبل هذا فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها أن تكذب كي لا يبطل حقها ثم اذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم الى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب وماذكر في بعض المواضع من أنها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغي أن يحمل على ما اذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وما قيل لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه وغاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وان كان عدم ذكره لا يبطل كون سكوتها رضا على الخلاف فان ذلك اذا لم تسأل عنه لظهور أنها راضية بكل مهر والسؤال يفيد نفي ظهوره في ذلك وانما يتوقف رضاها على معرفة كميته وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا كيف وانما أرسلت لغرض الاشهاد على الفسخ ولو اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ ولو زوج أمته الصغيرة ثم أعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالاب ولان خيار العتق يغني عنه والعبد الصغير اذا بلغ كذلك في الاصح الا أنه لا يتصور في حقه خيار العتق فيطلق ان شاء (قوله ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام) ووجهه ظاهر من

(قوله فان الصغيرة البكر اذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت الخ) أقول الاظهر أن يقول البكر البالغة اذا بلغها خبر نكاحها فسكتت كان رضا (قوله وقوله لانه ما ثبت دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة) أقول أنت خبير بأنه ينتهض دليلا على عدم امتداد خيار البكر الى آخر المجلس بل على عدم البطلان في حق الغلام أيضا لان صدقه يكون بانتفاء الزوج كما يظهر بأدنى توجه فالتخصيص بالثيب مما لا وجه له

الكتاب

ومالا يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء وقوله (بل لتوهم الخلل) دليل يشمل البكر والغلام وتقريره خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل وما يثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه فان الشئ لا يثبت مع منافيه غير أن سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خيارها الى ما وراء المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن الايجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه الله عن المحصلين خيرا وقوله (بخلاف خيار العتق) للفرق بينه وبين خيار البلوغ

بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا

وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق ثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار وكل خيار ثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس (كما في خيار المخيرة) فيكون القيام دليل الاعراض وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس أنه أشار لذلك بقوله غير أن سكوت البكر رضا يعني والرضا يسقط خيار البلوغ وخيار الاعتاق انما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا وقوله (ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) يعني سواء كان قبل الدخول أو بعده (لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها) والفائدة تظهر في شيئين أحدهما أنها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني أنهما لو تنا كحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات (وكذا بخيار العتق لما بينا) أنه يصح من الانثى

الكتاب والحاصل أنها اذا بلغت ثيبا فوقت خيارها العمر لان سببه عدم الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح وكذا الغلام وعلى هذا تطافرت كلماتهم وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدركة يبطل بالسكوت اذا كانت بكرا وان كانت ثيبا لم يبطل به وكذا اذا كان الخيار للزوج لا يبطل الا بصريح الابطال أو يجيء منه دليل على ابطال الخيار كما اذا اشتغلت بشئ آخر أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل اذ يقتضي أن الاشتغال بعمل آخر يبطله وهو تقييد بالمجلس ضرورة أن تبدله حقيقة أو حكما يستلزمه ظاهرا وفي الجوامع وان كانت ثيبا حين بلغها أو كان غلاما لم يبطل بالسكوت وان أقامت معه أياما الا أن ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا من الوطء أو التمكين منه طوعا أو المطالبة بالمهر أو النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها وفي الخلاصة لو أكلت من طعامه أو خدمته فهي على خيارها لا يقال كون القول لها في دعوى الاكراه في التمكين مشكل لان الظاهر يصدقها (قوله بخلاف خيار العتق) متصل بقوله لا يمتد الى آخر المجلس أي فيمتد خيار العتق الى آخر المجلس ووجه الفرق أن خيار العتق ثبت باثبات المولى لانه حكم العتق الثابت باثباته فاقتضى جوابا في المجلس كالتمليك في المخيرة وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ والعتق خمسة أوجه احتياجه الى القضاء ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثه الآخر وكذا الوطء بعد الفسخ قبل القضاء به بخلاف خيار العتق ينفسخ النكاح بمجرد فسخها ولا يبطل خيار العتق بالسكوت الى آخره ويبطل خيار البلوغ اذا كان من جهة المرأة وهي بكر بخلاف الغلام والثيب لان السكوت لم يجعل في حقهما رضا ويثبت خيار البلوغ لكل من الذكر والانثى بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم أعتقه لا خيار له لان خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر وخيار البلوغ لما ينشأ عن قصور الشفقة وهو يعمهما لا يقال الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار وما ثبت الخيار الا للحاجة لانا نقول لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق ان كان قبل الدخول بل يلزمه وهنا اذا قضى القاضي بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شئ وأما بعده فيلزمه كله لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث وفي الجوامع اذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق بائن وان نوى الثلاث فثلاث وهذا حسن لان لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق والرابع أن الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر في خيار العتق دون البلوغ والخامس أن خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس ولا يبطل خيار البلوغ في الثيب والغلام وتقبل شهادة المولين على اختيار أمتهما التي زوجاها نفسها اذا أعتقاها ولا تقبل شهادة العاصبين المزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لان سبب الرد قد انقطع في الاولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية اذ هو النسب وهو باق (قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) بل فسخ لا ينقص عددا الطلاق فلو جدد ابعده ملك الثلاث (وكذا بخيار العتق لما بينا)

(قوله ومالم يثبت باثبات الزوج الخ) أقول منقوض بخيار العتق على ما سيجيء بعد أسطر وكان الاصوب أن يقول ما ثبت باثبات الغير (قوله دليل يشمل البكر والغلام) أقول كما يشمل الثيب (قوله دون سكوت الغلام) أقول ودون سكوت الثيب أيضا (قال المصنف لانه يصح من الانثى) أقول ان أعيد الضمير الى الفرقة فهذا الكلام في الفرقة بخيار العتق مسلم دون ما نحن فيه لانه يفرق القاضي كما في الجب والعنة وان أرجع الى الخيار ففي التقريب كلام مع أنه منتقض بالجب والعنة والجواب أن الفسخ في خيار البلوغ يقع من المرأة ألا يرى أنه يجب أن تقول المرأة حين بلغت فسخت النكاح ويحكم القاضي بصحته بخلافه في الجب والعنة

بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذى ملكها وهو مالك للطلاق (فان مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر) وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان أصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولى اذا مات أحد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر فى التفويض الى هؤلاء (ولا) ولاية (لكافر على مسلم) لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان أما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجرى بينهما التوارث

من أنه يصح من الانثى ولا طلاق اليها ومن أنه يثبت باثبات المولى ولا طلاق اليه وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ (بخلاف خيار المخيرة) لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لانه انما ملكها ما يملكه وهو الطلاق ولو وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى بخلاف الطلاق قبل الدخول وهل يقع الطلاق فى العدة اذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول أى الصريح أو لا لكل وجه والأوجه الوقوع (قوله ولا ولاية لعبد) لان الولاية بانفاذ القول على الغير اذا كانت متعدية والقاصرة منتفية فى هؤلاء فالمتعدية أولى فان قيل صحة اقرار العبد تدل على ولايته القاصرة فالجواب أنها فى المعنى معلقة فى غير الحدود والقصاص وأما هما فمستثنيان عندنا والاجماع على نفى ولايته فى النكاح لعجزه والا فيمكن أن يقال روايته الحديث ولاية حيث كان إلزاما وكذا أمانه اذا كان مأذونا له فى القتال وشهادته بهلال رمضان وان أجيب عن هذه فالمشاحة ممكنة فى الاجوبة والأسلم جعل المراد بقوله ولا ولاية لعبد أى فى النكاح لان نفى الولاية مطلقا انه يستدل بعدم القاصرة على عدم المتعدية فلو أريد الاعم كان مستدلا ببعض الدعوى ولا المتعدية مطلقا اذ قد يشاح بأن له شيأ من المتعدية لولايته على زوجته الحرة فى أمور الزوجية كالمنع من الخروج والتمكين وطلب الزينة مع ما ذكرنا فانه يصدق فى الكل أنه عبد له ولاية على الغير لزمنة والمراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل سنة وقيل أكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى وفى التجنيس وأبو حنيفة رحمه الله لا وقت فى الجنون المطبق شيأ كما هو دأبه فى التقديرات فيفوض الى رأى القاضى وغير المطبق تثبت له الولاية فى حالة افاقته بالاجماع وقد يقال لا حاجة الى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا أو غير مطبق ويزوج حال افاقته عن جنون مطبق أو غير مطبق لكن المعنى أنه اذا كان مطبقا تسلب ولايته فتزوج ولا تنتظر افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب اذا فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر على ما اختاره المتأخرون فى غيبة الولى الاقرب على ما سنذكره (قوله ولهذا) أى لهذا الدليل (لا تقبل شهادته عليه) لانه لا سبيل له عليه (ولا يتوارثان) لان الوارث يخلف المورث فيما يليه ملكا ويدا وتصرفا والظاهر أن الوراثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولاية أخرى فنفى المتعدية ليس نفى الوراثة فليس نفيها بهذا الدليل وكما لا تثبت الولاية للكافر على مسلم فكذا لا تثبت لمسلم على كافر أعنى ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف فى المال قيل وينبغى أن يقال الا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا وقائله صاحب الدراية ونسبه الى الشافعى ومالك قال ولم ينقل هذا الاستثناء عن أصحابنا والذى ينبغى أن يكون مرادا ورأيت فى موضع معزوا الى المبسوط أن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء فأما الفسق فهل يسلب الاهلية كالكفر المشهور أن عندنا لا وهو المذكور فى المنظومة وعن الشافعى اختلاف فيه أما المستور فله الولاية بلا خلاف فانى

وقوله (بخلاف خيار المخيرة) ظاهر الى آخر المسئلة قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر فى التفويض الى هؤلاء أما الى الصبى والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفء وأما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى (ولا ولاية لكافر على مسلم) يعنى الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسية منها

وقوله (ولغير العصبات من الاقارب) يعنى كالاخوال والخالات والعمات (ولاية التزويج عند عدم العصبات) أى عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم أو لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبته من العصبات ثم عند أبى حنيفة بعد العصبات الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وأم ثم الاخت لاب والاخت لام ثم أولادهم ثم العمات والاخوال والخالات وأولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضى ومن نصبه القاضى اذا شرط تزويج الصغار والصغائر فى عهده ومنشوره أما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد لا ولاية لغير العصبات وقول أبى يوسف مضطرب ذكر مع أبى حنيفة فى كتاب النكاح ومع محمد فى كتاب الولاء وقوله (لهما ما روينا) يريد به قوله عليه السلام الانكاح الى العصبات عرف الانكاح باللام فى غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفء والصيانة الى العصبات (ولابى حنيفة أن هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة) فان قلت هذا تعليل فى مقابلة النص وهو لا يجوز أجيب بوجهين أحدهما أن معنى قوله الانكاح الى العصبات اذا وجدت العصبات والثانى أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة

(ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند أبى حنيفة) معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن أبى حنيفة وقول أبى يوسف فى ذلك مضطرب والاشهر أنه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما ثبتت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء اليها والى العصبات الصيانة ولابى حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة (ومن لا ولى لها) يعنى العصبة من جهة القرابة (اذا زوجها مولاها الذى أعتقها جاز) لانه آخر العصبات

الجوامع أن الاب اذا كان فاسقا فللقاضى أن يزوج الصغيرة من غير كفء غير معروف نعم اذا كان متهتكا لا ينفذ تزويجه اياها بنقص ومن غير كفء وستأتى هذه (قوله ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند أبى حنيفة معناه عند عدم العصبات) النسبية والسببية والحاصل أن الولاية تثبت أولا لعصبة النسب على الترتيب الذى قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب بالانفاق ثم بعد ذلك عند أبى حنيفة تثبت للام ثم للبنت اذا كانت أمها مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وأم ثم الاخت لاب ثم لولد الام يستوى ذكورهم واناثهم فى ذلك ثم أولادهم قال المصنف فى التجنيس معلما بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفى غاب الاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجتها أختها والام حاضرة يجوز ان لم يكن لها عصبة أولى من الاخت وليست الام أولى من الاخت من الاب لانها من قبل الاب والنساء اللواتى من قبل الاب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات باجماع بين أصحابنا وهى الاخت والعمة وبنت الاخ وبنت العم ونحو ذلك ثم قال المصنف هكذا ذكرها هنا وذكر فى غيره من المواضع أن الام أولى من الاخت الشقيقة لانها أقرب اه قيل هذا يستقيم فى الاخت لا العمة وبنت العم وبنت الاخ لانهن من ذوى الارحام وولايتهن مختلف فيها ومثل ما عن الشيخ نجم الدين النسفى منقول فى المصفى عن شيخ الاسلام خواهر زاده ومقتضاه تقدم الاخت على الجد الفاسد وبعد أولاد الاخوات العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات والجد الفاسد أولى من الاخت عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف الولاية لهما كما فى الميراث كذا فى المستصفى وقياس ما صحح فى الجد والاخ من تقدم الجد تقدم الجد الفاسد على الاخت ثم مولى الموالاة وهو الذى أسلم على يد أبى الصغيرة ووالاه لانه يرث فتثبت له ولاية التزويج ثم السلطان ثم القاضى اذا شرط فى عهده تزويج الصغائر والصغار ثم من نصبه القاضى وان لم يشرط فلا ولاية له فى ذلك وهذا استحسان وقال محمد لا ولاية لذوى الارحام ولا لمولى الموالاة وهو القياس ورواية الحسن عن أبى حنيفة (وقول أبى يوسف مضطرب فيه والاشهر أنه مع محمد) على ما فى الهداية وقال فى الكافى الجمهور أن أبا يوسف مع أبى حنيفة وفى شرح الكنز وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى أكثر الروايات (لهما ما روينا) يعنى من قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات أثبت لهم الجنس وليس من وراء الجنس شئ فيثبت لغيرهم فلا انكاح لغيرهم (قوله ولان الولاية انما ثبتت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء اليها) أى الى القرابة على تأويل الاقارب أو على المعنى المصدرى (والى العصبات الصيانة) عن ذلك لا الى غيرهم من ذوى الارحام لانهم ينسبون الى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك (ولابى حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة) اذ مطلقها باعث على الشفقة الموجبة لاختيار الكفء وذوو

(قوله ثم ذوو الارحام الخ) أقول ذوو الارحام هنا ليس على مصطلح الفرائض بل على معناه اللغوى فان البنت وبنت الابن من أصحاب الفروض وكذا الاخوات (قوله والثانى أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة) أقول القول باثباتها بطريق الدلالة مشكل وليس رأى النسوان كرأى الرجال فى الكمال وقد سبق

واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان ولى من لا ولى له

الارحام بهذه المثابة فانا نرى شفقة الانسان على ابنة أخته كشفقته على ابنة أخيه بل قد تترجح على الثانية ولا شك أن شفقة ذوى الارحام ليست كشفقة السلطان ولا من ولاه فكانوا أولى منهم وأما قولهما انما ثبتت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء اليها فالحصر ممنوع بل ثبوتها بالذات تحصيلا لمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفء لانها بالذات لحاجتها الى حاجتهم وكل من ذوى الارحام فيه داعية تحصيل حاجتها فثبتت له الولاية بهذا الاعتبار وان ثبتت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات الى ذلك وحاجته وستزداد وضوحا فى مسئلة الغيبة ويدل عليه اجازة ابن مسعود تزويج امرأة بنتها وكانت من غيره على الاصح وأما اثبات جنس ولاية الانكاح الى العصبات فى الحديث فانما هو حال وجودهم ولا تعرض له حال عدمهم بنفى الولاية عن غيرهم ولا اثباتها فأثبتناها بالمعنى وقصة ابن مسعود وأيضا لا شك أنه خص منه السلطان لانه ليس من العصبات لقوله السلطان ولى من لا ولى له أو بالاجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهذا الوجه على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفى وبجيبته وقوله فى قول محمد قياس وفى قول أبى حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد وبالمعنى الصرف لابى حنيفة يناقش فيه بان الاستحسان هو الذى يكون بالاثر لا القياس فان شرطه أن لا يكون فيه نص ويجاب بأنه على بابه والمراد أن ماذكره محمد من الحكم فى نفس الامر قياس يقابله الاستحسان الذى قال به أبو حنيفة وان محمدا ظنه خلافه من الاستحسان فاستدل بالحديث وقد ظهر أن لا متمسك له به وكان الاولى أن يجيب به المصنف وحاصل بحثه معارضة مجردة وهى لا تفيد ثبوت المطلوب (١) قبل الترجيح وقالوا العصبات تتناول الام لانها عصبة فى ولد الزنا وولد الملاعنة فتثبت لاهلها الا أن أقارب الاب مقدمون (قوله واذا عدم الاولياء) أى كل من العصبات وذوى الارحام ومولى الموالاة (فالولاية الى الامام والحاكم) أى القاضى بشرط أن يكتب ذلك فى منشوره فلو زوج الصغيرة مع عدم كتب ذلك فى منشوره ثم أذن له فيه فأجازه قبل لا يجوز وقيل يجوز على الاصح استحسانا ﴿فروع﴾ الاول ليس لولى الصغيرة ولاية تزويجها وان أوصى اليه الاب بالنكاح الا اذا كان الموصى عين رجلا فى حياته للتزويج فيزوجها الوصى به كالوكل فى حياته بتزويجها وان لم يعين انتظر بلوغها تأذن كذا قيل وليس بلازم لان السلطان يزوجها الا اذا كان الوصى قريبا فيزوجها بحكم القرابة لا الوصاية والا فالحاكم وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية وفى أخرى له التزويج لقيامه مقام الاب قلنا انما قام مقامه فى المال وقال مالك ان أوصى اليه فى التزويج جاز وهو رواية هشام عن أبى حنيفة الثانى لو زوج القاضى الصغيرة التى هو وليها وهى اليتيمة من ابنه لا يجوز كالوكيل مطلقا اذا زوج موكلته من ابنه بخلاف سائر الاولياء لان تصرف القاضى حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولى ذكره فى التجنيس معللا له بعلامة غريب الرواية للسيد الامام أبى شجاع والالحاق بالوكيل يكفى للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما مع انتفاء شرطه وكذا اذا باع مال يتيمه من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين والاوجه ماذكرنا بخلاف مالو نصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لانه نائب عن الميت لا القاضى الثالث اقرار الولى على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند أبى حنيفة الا ببينة أو يدرك الصغير فيصدقه معناه اذا ادعى الزوج ذلك عند القاضى وصدقه الاب وعندهما يثبت النكاح باقراره قال فى المضمرات عن أستاذه يعنى الشيخ حميد الدين ان الخلاف فيما اذا أقر الولى فى صغرهما فان اقراره موقوف الى بلوغهما فاذا بلغا وصدقاه ينفذ اقراره والا يبطل وعندهما ينفذ فى الحال وقال انه أشار اليه فى المبسوط قال هو الصحيح وقيل الخلاف فيما اذا بلغ الصغير وأنكر النكاح فأقر الولى أما لو أقر بالنكاح فى صغره صح اقراره كذا فى المغنى وفى مبسوط شيخ الاسلام اذا أقر الاب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق الا ببينة وان صدقه الزوج فى ذلك أو المرأة وعلى قولهما يصدق من غير بينة

فان

باعتبار الشفقة وكمال الرأى والقول بتوريث ذوى الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض ولكون التوريث مبنيا على الولاية قوله (واذا عدم الاولياء) يعنى على الوجه المذكور (فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولى من لا ولى له) أما الحاكم وهو القاضى فانما يملك الانكاح اذا كان ذلك فى عهده ومنشوره كذا فى فتاوى قاضيخان

(قوله والقول بتوريث ذوى الارحام) أقول الانسب لدليله أن يقول والقول بأنهم ذوو أرحام وتوريثهم مع القول بعدم النكاح الخ كما لا يخفى

(١) قوله قبل الترجيح كذا فى نسخ ووقع فى أخرى قبل التزويج وهو تحريف فليحذر كتبه مصححه

(واذا غاب الولى الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج) وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقاله صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع

فان قيل على من تقام البينة ولا تقبل الا على منكر يعتبر انكاره والمنكر هو الصبى ولا عبرة بانكاره والاب والزوج أو المرأة مقران قلنا ينصب القاضى خصما عن الصغير أو الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة اه كله من المصفى والذى يظهر أن قول من قال ان الخلاف فيما اذا بلغا فانكرا النكاح أما اذا أقر عليهما فى صغرهما يصح بالاتفاق أوجه واقرار وكيل رجل أو امرأة بتزويجهما واقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف فاما اقراره بنكاح أمته فنافذ اتفاقا الرابع فى النوازل امرأة جاءت الى قاض فقالت أريد أن أتزوج ولا ولى لى فللقاضى أن يأذن لها فى النكاح كما لو علم أن لها وليا وبمثله أجاب أبو الحسن السغدى وما نقل فيه من إقامتها البينة فخلاف المشهور وما نقل من قول حماد بن أبى حنيفة يقول لها القاضى ان لم تكونى قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد أذنت لك فالظاهر أن الشرطين الاولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفء وأما الشرط الثالث فمعلوم الاشتراط الخامس لا يملك الوصى ولا الاب تزويج عبد الصغير وكذا تزويج عبده من أمته كذا فى الاستحسان وهو قول محمد ويملكان تزويج أمته (قوله وقال زفر اذا غاب الولى الاقرب غيبة منقطعة لا يزوجها أحد حتى تبلغ) بناء على أنه على ولايته لان الولاية ثبتت حقاله على ما تقدم فى دليل محمد وقدمنا جوابه وقال الشافعى رحمه الله يزوجها السلطان لا الابعد وعندنا يزوجها الابعد لان هذه ولاية نظرية تثبت نظرا لليتيمة لحاجتها اليها ولا نظر فى التفويض الى من لا ينتفع برأيه وهذا لان التفويض الى الاقرب ليس لكونه أقرب بل لان فى الاقربية زيادة مظنة للحكمة وهى الشفقة الباعثة على زيادة اتقان الرأى للولية فحيث لا ينتفع برأيه أصلا سلبت الى الابعد اذ لو أبقينا ولاية الاقرب أبطلنا حقها وفاتت مصلحتها أما الولى فحقه فى الصيانة عن غير الكفء يكون مقتضيا لاثبات ولاية الفسخ اذا وقع بفعلها من غير كفء فلا يتوقف على اثبات ولاية التزويج له فحيث ثبتت فانما هى لحاجتها حقا لها ولو سلم ففوات حقه بسبب من جهته وهو غيبته على أن المقصود له لا يفوت اذ يخلفه فيه الولى الابعد لانه تلزمه فى نفى غير الكفء والاحتراس عن التلطخ بنسبته فتظافرا على مقصود واحد فوجب المصير الى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان ولانه لو سلبت ولايته بموته كان الابعد أولى من السلطان فكذا اذا سلبت بعارض آخر فالحاصل فى علة تقديمه على السلطان لا يختلف بالموت وغيره وقال صلى الله عليه وسلم السلطان ولى من لا ولى له وما يقال من أنه ينتفع برأيه بالرسول وبالكتاب وكتاب الخاطب اليه حيث هو خلاف المعتاد فى الغائب والخاطب فلا يفرع الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه ونظيره الحضانة والتربية يقدم فيه الاقرب فاذا تزوجت القريبة وثبت مظنة شغلها بالزوج صارت للبعدى وكذا النفقة فى مال الاقرب فاذا انقطع ذلك لبعد ماله وجبت فى مال الابعد (قوله ولو زوجها حيث هو فيه منع) جواب عن استدلال زفر على قياس ولايته حال غيبته بأنه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا فدل على أنه لم يسلب الولاية شرعا بغيبته أجاب بمنع صحة تزويجه قال فى المحيط لا رواية فيه وينبغى أن لا يجوز لانقطاع ولايته وفى المبسوط لا يجوز ولو سلم فلانها انتفعت برأيه وهذا تنزل ووجهه أن للابعد قرب التدبير وللاقرب قرب القرابة فنزلا منزلة وليين فى درجة واحدة فأيهما عقد جاز لانه أمس بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها ومعناه أن سلب الولاية انما كان لسلب الانتفاع برأيه فلما زوجها من حيث هو ظهر أنه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتا بل القائم مناط ثبوتها وفى شرح الكنز لا رواية فيه فلنا أن نمنع لانه لو جاز عقده حيث هو لاتى

قوله (واذا غاب الولى الاقرب) يعنى كالاب (غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه) كالجد (أن يزوج وقال زفر ليس له ذلك) وقال الشافعى يزوج السلطان لزفر أن ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقاله صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفء اليها والحق القائم بشخص لا يبطل بغيبته (ولهذا لو زوجها حيث هو جاز) بالاتفاق واذا كانت ولاية الاقرب فى غيبته قائمة لا يكون للابعد ولاية (ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه) وكلتا المقدمتين ظاهرة (ففوضناه) أى النظر (الى الابعد) وقوله (وهو مقدم على السلطان) اشارة الى جواب الشافعى (كما اذا مات الاقرب) فان الولاية لم تنتقل الى السلطان بموت الاقرب فكذا بغيبته وقوله (ولو زوجها حيث هو فيه) جواب عن قول زفر ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعنى لا نسلم جوازه

(قوله لزفر أن ولاية الاقرب قائمة لانها) أقول ضمير لانها راجع الى ولاية

وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد (والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل اليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة) وهو اختيار القدوري وقيل أدنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه وهذا أقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ (واذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أبوها) لانه أوفر شفقة من الابن ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كأبي الام مع بعض العصبات

الى مفسدة لان الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهي في عصمة غيره وما قالوه في صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لو كتب ليقدم رجلا في صلاة الجنازة فللابعد منعه ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه كما لو كان حاضرا وقدم غيره وقد استفيد مما ذكرنا أن الوليين اذا استويا كاخوين شقيقين أيهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا فان زوجها كل منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق أو وقعا معا بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح ولو زوجها أبوها وهي بكر بالغة بامرها وزوجت هي نفسها من آخر فأيهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا أدري الاول ولا يعلم من غيرها فرق بينها وبينهما وكذا لو زوجها وليان بامرها (قوله ولا يرد الخ) يفيد أنه لو حضر الاقرب بعد عقد الابعد لا يرد عقده وان عادت ولايته بعوده (قوله والغيبة المنقطعة أن يكون في موضع لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري) وعن أبي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان احداهما بالمشرق والاخرى بالمغرب وهذا رجوع الى قول زفر وانما ضرب هذا مثلا وعنه في رواية أخرى من بغداد الى الري وهكذا عن محمد وفي رواية من الكوفة الى الري ومن المشايخ من قال حد الغيبة المنقطعة أن يكون متحولا من موضع الى موضع فلا يوقف على أثره أو يكون مفقود الا يعرف خبره وقيل اذا كان في موضع يقع الكراء اليه دفعة واحدة فليست غيبة منقطعة أو بدفعات فمنقطعة وقيل أدنى مدة السفر لانه لا نهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام أبو علي النسفي وسعد بن معاذ وأبو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وأبو علي السغدي وأبو اليسر والصدر الشهيد قالوا وعليه الفتوى وقال الامام السرخسي في مبسوطه والاصح أنه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفء وعن هذا قال قاضيخان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة وهذا حسن لانه النظر وفي النهاية عليه أكثر المشايخ منهم القاضي الامام أبو بكر محمد بن الفضل وفي شرح الكنز أكثر المتأخرين على أدنى مدة السفر ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ والاشبه بالفقه قول أكثر المشايخ (قوله واذا اجتمع في المجنونة) جنونا أصليا بأن بلغت مجنونة أو عارضيا بأن طرأ الجنون بعد البلوغ (أبوها) أو جدها (مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أبوها) وقال زفر في العارضي لا يزوجها أحد لان الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء فلم لا ترجع عند وجود مناط الحجر بل هي أحوج الى الولاية بالجنون منها اليها بالصغر لان الحاجة اليها في الصغر لتحصيل الكفء وفي الجنون لذلك ولدفع الشهوة والممارسة وكذا المجنون يجتمع فيه أبوه وابنه أو جده على هذا الخلاف وعن أبي يوسف رواية أخرى أيهما من الاب والابن زوج جاز وهي رواية المعلى جعلهما في مرتبة ولا يعتد في الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة (قوله) في وجه قولهما (وهذه الولاية مبنية على العصوبة)

(قال المصنف فنزلا منزلة وليين متساويين) أقول قال ابن الهمام قد استفيد مما ذكره أن الوليين اذا استويا كاخوين شقيقين أيهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل فان زوجها كل منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق أو وقعا معا بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح اه

يعني اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر وقوله (وهو اختيار بعض المتأخرين) منهم القاضي الامام علي السغدي والقاضي الامام أبو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وأبي عصمة وسعد بن معاذ المروزي وقوله (لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ) يعني لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلدة لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة وقوله (لانه أوفر شفقة من الابن) بدليل أن ولاية الاب تعم النفس والمال والابن ليس له الولاية في المال (ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة) ألا ترى أن الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط وقوله (ولا معتبر بزيادة الشفقة) جواب محمد

وبدل على ذلك ما سيجيء في باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه أن ولاية الانكاح تثبت بالنص لكل من الاولياء كلا

﴿ فصل فى الكفاءة ﴾ (الكفاءة فى النكاح معتبرة) قال صلى الله عليه وسلم ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء

﴿فصل فى الكفاءة﴾ لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم أن عدمها يمنع الجواز أو يمكن الاولياء من الفسخ احتاج الى أن يذكرها فى فصل على حدة والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفء وهو النظير من كافأه اذا ساواه فهى معتبرة فى النكاح قال صلى الله عليه وسلم ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه جابر

بالنص السابق والابن هو المقدم فى العصوبة شرعا لانفراده بالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه ثم اذا زوج المجنونة أو المجنون الكبيرين أبوهما أو جدهما لا خيار لهما اذا أفاقا لتمام شفقتهما ولو زوج الرجل المجنون أو المرأة ابنهما فلا رواية فيه عن أبى حنيفة وينبغى أن لا يكون لهما خيار لانه يقدم على الاب والجد ولا خيار لهما فى تزويجهما فالابن أولى

﴿فصل فى الكفاءة﴾ الكفء المقاوم (١) ويقال لا كفاء له بالكسر ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولى اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولى وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء ومن تثبت له ثم أعقبه فصل الكفاءة (قوله معتبرة) قالوا معناه معتبرة فى اللزوم على الاولياء حتى ان عند عدمها جاز للولى الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء فههنا نظران فى اثبات حجيته ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه المذكور من معناها أما الاول فهو حديث ضعيف لان فى سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه أحمد الى الوضع وسيأتى تخريجه لكنه حجة بالتظافر والشواهد فمن ذلك ما روى محمد فى كتاب الآثار عن أبى حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لأمنعن (٢) فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث على أنه عليه الصلاة والسلام قال له يا على ثلاث لا تؤخرها الصلاة اذا أتت والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفأ وقول الترمذى فيه لا أرى اسناده متصلا منتف بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال فى سنده سعيد بن عبد الله الجهنى مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحى فلينظر فيه وما عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم وأنكحوا الاكفاء روى ذلك من حديث عائشة وأنس وعمر من طرق عديدة فوجب ارتفاعه الى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم وفى هذا كفاية ثم وجدنا فى شرح البخارى للشيخ برهان الدين الحلبى ذكر أن البغوى قال انه حسن وقال فيه رواه ابن أبى حاتم من حديث جابر عن عمرو بن عبد الله الاودى بسنده ثم أوجدنا بعض أصحابنا صورة السند عن الحافظ قاضى القضاة العسقلانى الشهير بابن حجر قال ابن أبى حاتم حدثنا عمرو بن عبد الله الاودى حدثنا وكيع عن عباد بن منصور قال حدثنا القاسم بن محمد قال سمعت جابرا رضى الله عنه يقول قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ولا مهر أقل من عشرة من الحديث الطويل قال الحافظ انه بهذا الاسناد حسن ولا أقل منه وأغنى عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال اذا كانت الكفاءة معتبرة فى الحرب وذلك فى ساعة ففى النكاح وهو للعمر أولى وذكر ما وقع فى غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة وخرج اليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم من أنتم قالوا رهط من الانصار فقالوا أبناء قوم كرام ولكنا نريد أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا ثم أمر حمزة وعليا وعبيدة بن الحرث الخ فأما قوله صلى الله عليه وسلم صدقوا فلم أره والذى فى سيرة ابن هشام عن ابن اسحق أنهم قالوا لهم أنتم أكفاء كرام ولكنا نريد بنى عمنا وفى رواية ما لنا بكم من حاجة ثم نادى مناديهم يا محمد أخرج الينا أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم قم يا حمزة وقم يا على الخ ونحن نقطع أن عدو الله لو برز للمسلمين يريد اطفاء نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج اليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين ولم يزده ذلك النسب الا بعدا نعم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة فينبغى أن يخرج اليه كفؤه فيها لان المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا وكلامه انما يفيد فى النسب وانما أجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك إما لعلمه بأنهم أشد

(١) قوله ويقال لا كفاء له كذا فى بعض نسخ الفتح ومثله فى كتب اللغة قال فى الاساس وتقول لا كفاء له بالكسر وهو فى الاصل مصدر وضع موضع المكافئ قال حسان * وروح القدس ليس له كفاء * أى مكافئ اه ووقع فى بعض النسخ سقط وتصحيف فليحذر كتبه مصححه

(٢) قوله فروج كذا فى بعض النسخ وفى بعضها تزوج وكلاهما صحيح لحرر الرواية كتبه مصححه

ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش

من الذين خرجوا اليهم أولا أولئلا يظن بالمطلوبين عجز أو جبن أو دفعا لما قد يظن أهل النفاق من أنه يضن بقرابته دون الانصار النظر الثانى لا يخفى أن الظاهر من قوله لا يزوجن الامن الاكفاء أن الخطاب للاولياء نهيا لهم أن يزوجوهن الامن الاكفاء ولا دلالة فيه على أنها اذا زوجت نفسها من غير الكفء يثبت لهم حق الفسخ فان قلت يمكن كون فاعل يزوجن المحذوف أعم من الاولياء ومنها أى لا يزوجهن مزوج هى لنفسها أو الاولياء لها فالجواب أن حاصله أنها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفء فاذا باشرته لزمتها المعصية ولا يستلزم أن للولى فسخه (١) الا المعنى الصرف وهو أنها أدخلت عليه ضررا فله دفعه وهذا ليس مدلول النص ولو علل نهيها التضمنى للنص بادخالها الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص وانما قلنا التضمنى لان النهى على هذا التقدير متعلق بهما وبالاولياء فبالنسبة اليهم انما يعلل بترك النظر لها وبالنسبة اليها بادخال الضرر على الولى وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ ولا يشكل على سامع أن فى قول القائل اذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللولى فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجهن أحد الامن الاكفاء نبوة للدليل عن المدعى فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار فى الشرع من غير تعرض لامر زائد على ذلك كما هو فى الكتاب فان قلت كون الشئ معتبرا فى الشرع لابد من كونه على وجه خاص أعنى معتبرا على أنه واجب أو مندوب قلنا نعم لكنه لم تقصد الخصوصية فان قلت فما هو قلنا مقتضى الادلة التى ذكرناها الوجوب أعنى وجوب نكاح الاكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه ثم لا يستلزم كونه أول كفء خاطب الا ما روى الترمذى من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفعلوه تكن فتنة فى الارض وفساد كبير ولولا أن شرط المشروع القطعى لا يثبت بظنى لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة ثم هذا الوجوب يتعلق بالاولياء حقا لهم وبها حقا لهم على ما تبين مما ذكرناه لكن انما تتحقق المعصية فى حقهم اذا كانت صغيرة لانها اذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم الا برضاها فهى تاركة لحقها كما اذا رضى الولى بترك حقه حيث ينفذ هذا كله مقتضى الادلة التى ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها وعلى اعتبارها يشكل قول أبى حنيفة فى أن الاب له أن يزوج بنته الصغيرة من غير كفء فان قلت خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهى قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشيا وزوجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشى وزوج أبو حذيفة بنت أخيه من مولاه وكل ذلك بعلم الصحابة وبعضه بفعل النبى صلى الله عليه وسلم فالجواب أن وقوع هذه ليس يستلزم كون تلك النساء صغائر بل العلم محيط بأنهن كبائر خصوصا بنت قيس كانت ثيبا كبيرة حين تزوجها أسامة وانما جاز لاسقاطهن حق الكفاءة هن وأولياؤهن هذا وفى اعتبار الكفاءة خلاف مالك والثورى والكرخى من مشايخنا لما روى عنه صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى انما الفضل بالتقوى قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة جمعا بين الادلة (قوله ولان انتظام الخ) يعنى أن المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر فى مدة العمر لانه وضع لتأسيس القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا يسر ما يسرك ويسوءه ما يسوءك وذلك لا يكون الا بالموافقة والتقارب ولا مقاربة للمنفوس عند مباعدة الانساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح اذا ورد ملك اليمين لها عليه وان كان معللا أيضا بعلة أخرى عامة للطرفين على ما مر فى فصل المحرمات فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا تترتب عليه مقاصده واذا كان اياه فسد فاذا كان طريقه كره ولم يلزم المولية اذا انفرد به الولى لظهور الاضرار بها

(ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة) والنكاح شرع لانتظامها ولا تنتظم بين غير المتكافئين (لان الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها) من جانبه (بخلاف جانبها لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش

﴿ فصل فى الكفاءة ﴾

(قال المصنف ولان انتظام المصالح بين المتكافئين) أقول قوله بين المتكافئين خبران فى قوله ولان

(١) الا المعنى الصرف كذا فى نسخة وفى أخرى الا لمعنى الضرر وحرر كتبه مصححه

(قوله

(واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللاولياء أن يفرقوا بينهما) دفعا لضرر العار عن أنفسهم (ثم الكفاءة تعتبر في النسب) لانه يقع به التفاخر

(قوله واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللاولياء) وان لم يكونوا محارم كابن العم (أن يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم) مالم يجئ من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة أو المخاصمة في أحدهما وان لم يقبض وكالتجهيز ونحوه كما لو زوجها على السكت فظهر عدمها بخلاف ما اذا اشترط العاقد الكفاءة أو أخبره الزوج بها حيث كان له التفريق أما اذا لم يشترط ولم يخبره فذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوجت نفسها ممن لا يعلم حاله فاذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لها الفسخ بل للاولياء أو زوجها الاولياء ممن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقه فاذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لهم الفسخ ولو أخبر بحريته أو شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ولا يكون سكوت الولي رضا الا ان سكت الى أن ولدت فليس له حينئذ التفريق وعن شيخ الاسلام أن له التفريق بعد الولادة أيضا وهذه الفرقة فسخ لا ينقص عددا الطلاق ولا يجب عندها شئ من المهر ان وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة لانها كانت واجبة ولا تثبت هذه الفرقة الا بالقضاء لانه مجتهد فيه وكل من الخصمين يتشبث بدليل فلا ينقطع النزاع الا بفصل القاضي والنكاح قبله صحيح يتوارثان به اذا مات أحدهما قبل القضاء هذا على ظاهر الرواية أما على الرواية المختارة للفتوى لا يصح العقد أصلا اذا كانت زوجت نفسها من غير كفء وهل للمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفء أن تمنع نفسها من أن يطأها مختار الفقيه أبي الليث نعم قال في التجنيس هذا وان كان خلاف ظاهر الجواب لان من حجة المرأة أن تقول انما تزوجتك على رجاء أن يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطأ بشبهة ورضا بعض الاولياء المستوين في درجة كرضا كلهم خلافا لابي يوسف وزفر لأنه حق الكل فلا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك قلنا هو حق لهم لكن لا يتجزأ فيثبت لكل منهم على الكمال كولاية الامان فاذا أبطله أحدهم لا يبقى لحق القصاص أما لو رضي الابعد كان للاقرب الاعتراض ولو زوجها الولي باذنها من غير كفء فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولي التفريق ولا يكون الرضا بالاول رضا بالثاني لان الانسان لا يبعد رجوعه عن خلة دنية وكذا لو زوجها هو من غير كفء فطلقها فتزوجت آخر غير كفء ولو تزوجته ثانيا في العدة ففرق بينهما لزمه مهران واستأنفت العدة وان كان قبل الدخول في الثاني وستأتي هذه المسئلة في باب العدة ان شاء الله تعالى (قوله ثم الكفاءة تعتبر في النسب) جميع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي مذكور في الكتاب وسيورده الا الكفاءة في العقل ذكره الولوالجي ولم يذكره هنا قال بعضهم لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة واختلف فيه فقيل يعتبر لانه يفوت بعدمه مقصود النكاح وقيل لا لأنه مرض ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر الا عند محمد في الثلاثة الاول أعني الجنون والجذام والبرص اذا كان بحال لا تطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد الا أن الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي وكذا في أخويه عنده ❁ فرع ❁ انتسب الى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك فان لم يكافئها به كقرشية انتسب لها الى قريش ثم ظهر أنه عربي غير قرشي فلها الخيار ولو رضيت كان للاولياء التفريق وان كافأها به كعربية ليست قرشية انتسب لها الى قريش فظهر أنه عربي غير قرشي فلا حق للاولياء ولها هي الخيار عندنا ان شاءت فارقته خلافا لزفر ولنا أنه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو أن يكون ابنها صالحا للخلافة فاذا لم تنل كان لها الخيار كشراء العبد على أنه كاتب فظهر خلافه وأيضا الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به ممن هو أفضل منها لا من مثلها فاذا ظهر خلافه فقد غرها وتبين عدم رضاها بالعقد فيثبت لها الخيار ولو كان هذا

قيل الحديث يدل على عدم الجواز ففي القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له قلت جاز أن يكون نهيا وهو يقتضي المشروعية عندنا (ثم الكفاءة) عندنا (تعتبر في) خمسة أشياء (النسب) والحرية والدين والمال والصنائع أما النسب فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري يقول لا تعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية بالحديث قال صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وقد تأيد ذلك بقوله تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم

(قوله قلت جاز أن يكون نهيا الخ) أقول لا يخفى أن هذا الجواب اعتراف بفساد النكاح فهو صلح من غير تراضي الخصمين لان النكاح الفاسد لا يفيد حكمه وهو الملك بخلاف البيع الفاسد فانه يفيد حكمه كما صرح به ابن الهمام في الفصل الثاني ثم لو صح ما ذكره لكان تزويج الاولياء من غير الاكفاء مشروعا منعقدا بعين ما ذكره وليس كذلك على ما يجيء تفصيله ولعل الاولى أن يجاب بأنه لما وقع التعارض بين النصوص الدالة على جواز النكاح بدون الولي وبين النصوص الدالة على عدم جوازه صرنا الى القياس على ما سبق تفصيله

(فقريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض) والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة

الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لانه لا يفوت عليه شئ من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها والتخلص منها بطريق يمكنه وهو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار ويحتاج بعد هذا الى فضل تقرير وفرق بين هذا وبين اثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل ان شاء الله تعالى (قوله فقريش بعضهم أكفاء لبعض) روى الحاكم بسند فيه مجهول فان شجاع بن الوليد قال حدثنا بعض اخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل الا حائكا أو حجاما ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبي الفضل الايلي وضعف بأنه موضوع وان عمران هذا يروي الموضوعات عن الأثبات وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعا الناس أكفاء قبيلة لقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى الا حائكا أو حجاما وضعف ببقية بن الوليد وهو مخيل ان عنعن الحديث ليس غير وبان محمد بن الفضل مطعون فيه ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي وعمر باللفظ الاول وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من أهل حران يروي المجاهيل وقد روي هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة وهو ضعيف اه كلامه وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه العرب بعضهم أكفاء لبعض اه وابن معدان لم يسمع من معاذ وفيه سليمان بن أبي الجون قال ابن القطان لم أجد له ذكرا وبالجملة فالحديث أصل فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر الى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك خصوصا وبعض طرقه كحديث بقية ليس من الضعف بذاك فقد كان شعبة معظما لبقية وناهيك باحتياط شعبة وأيضا فقد طرق الحديث الضعيف يرفعه الى الحسن ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينسب الا الى أب فوقه فهو عربي غير قرشي وانما سميت أولاد النضر قريشا تشبيها لهم بدابة في البحر (١) تدعى قرشا تأكل دوابه لانهم من أعظم دواب البر عزة ونفرا ونسبا وعلى هذا قال اللهبي

وقريش هي التي تسكن البحـ * ـر بها سميت قريش قريشا

وقيل لان النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبي سمي به لانه كان يقرش عن خلة الناس ليسد حاجاتهم بماله والتقريش التفتيش قال الحرث

أيها الناطق المقرش عنا * عند عمرو فهل لنا ابقاء

وقيل لانه خرج يوما على نادي قومه فقال بعضهم انظروا الى النضر كانه جمل قريش وقيل سميت بقريش ابن الحرث بن مخلد كان صاحب عيرهم فكانوا يقولون قدمت عير قريش وخرجت عير قريش ولهذا الرجل ابن يسمى بدرا وهو الذي حفر بئر بدر وسميت به وقيل لتجارتهم والقرش الكسب وقيل سميت به لان فهر بن مالك قيل ان اسمه قريش وانما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك وعلى هذا ينبغي أن لا يكون قرشيا الا من كان من أبناء فهر وقيل هو من الجمع والتقريش التجميع لان قصيا جمع بني النضر في الحرم من بعد تفرقهم وقيل لما نزل قصي الحرم فعل أفعالا جميلة فقيل له القرشي فهو أول من سمي به وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمعهما أب هو قصي والظاهر الاول ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي والتجمع كان من أبناء النضر وان كان القائل قال

أبوكم قصي كان يدعى مجمعا * به جمع الله القبائل من فهر

لانه ابن ابنه لانه ابن مالك بن النضر غير أن القافية انفقت كذلك والا فبعد نقل أن قصيا سمي مجمعا

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم (قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة

(١) قوله تدعى قرشا أي فسميت قريش بمصغره كما في القاموس فدابة البحر هي القرش مكبرا والتصغير في بيت اللهبي لاقامة الوزن كما هو ظاهر ولا عبرة بما وقع في بعض نسخ الفتح من اصلاح اسم الدابة قريشا بالتصغير كتبه مصححه

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل) والمراد بالموالى العتقاء لما كانت غير عرب فى الاكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالى بعضها أكفاء لبعض والعرب بعضها أكفاء لبعض (ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا) يعنى من قوله عليه السلام قريش بعضهم أكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم ألا يرى أن النبى صلى الله عليه وسلم زوج ابنته رقية من عثمان وكان من بنى عبد شمس وانما قال فى الموالى رجل برجل اشارة الى أن النسب لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين كما أشار اليه سلمان حين افتخرت الصحابة بالانساب وانتهى الامر اليه أبى الاسلام لا أب لى سواه قوله (وعن محمد كذلك الا أن يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة) كأنه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد كذلك الا أن يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة كأنه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة

لجمعه أولاد النضر عرف أن القرشيين من جمعهما النضر هذا وقريش عمارة تحتها بطون لؤى بن غالب وقصى وعدى ومنهم الفاروق رضى الله عنه ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضى الله عنه ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومى رضى الله عنه وهما فخذان وهاشم فخذ والعباس فصيلة وأعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قريش بطن يبطن وفى العرب قبيلة بقبيلة ونظم بعض الادباء ترتيب الطبقات فقال

قبيلة فوقها شعب وبعدهما * عمارة ثم بطن تلوه فخذ
وليس يؤوى الفتى الا فصيلته * ولا سداد لسهم ماله قذذ

وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال

اقصد الشعب فهو أكثر حيّ * عددا فى الجواء ثم القبيلة
ثم يتلوهما العمارة ثم الـ * ـبطن والفخذ بعدها والفصيلة
ثم من بعدها العشيرة لكن * هى فى جنب ماذكرنا قليلة

(قوله والموالى) هم العتقاء والمراد هنا غير العرب وان لم يسبهم رق لانهم لما ضاعوا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما ذكره ففى الحديث دليل على أنه لا يعتبر التفاضل فى أنساب قريش فهو حجة على الشافعى فى أن الهاشمى والمطلبى أكفاء دون غيرهم بالنسبة اليهم قالوا وزوج النبى صلى الله عليه وسلم بنته من عثمان وهو أموى وزوج أم كلثوم من عمر رضى الله عنه وهو عدوى وفيه نظر اذ قد يقول يجوز كونه لاسقاط حقه فى الكفاءة نظرا الى مصلحة أخرى لكنه يرى أنها شرط فى النسب فيلزمه ما ذكرنا وعلى أكثر أصحابه فى اعتبار الكفاءة فى النسب فى العجم وعلى محمد فى اعتباره الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين هذا ان قصد بذلك عدم المكافأة لا ان قصد به تسكين الفتنة وفى الجامع لقاضيخان قالوا الحسيب يكون كفأ للنسيب فالعالم العجمى كفء للجاهل العربى والعلوية لان شرف العلم فوق شرف النسب والحسب مكارم الاخلاق وفى المحيط عن صدر الاسلام الحسيب هو الذى له جاه وحشمة ومنصب وفى الينابيع والاصح أنه ليس كفأ للعلوية وأصل ما ذكره المشايخ من ذلك ما روى عن أبى يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو أعتق اذا أحرز من الفضائل ما يقابل به نسب الآخر كان كفأ له ولا يعتبر بالبلاد فى تتمة الفتاوى أن القروى كفء للمدنى (قوله وبنو باهلة الخ) استثناء من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض وباهلة فى الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس (١) بن عيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى والواحد عربى والاعرابى واحد الاعراب وهم أهل البدو وبنو باهلة (ليسوا بأكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة) لانهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الدسومات منها قال قائلهم

ولا ينفع الاصل من هاشم * اذا كانت النفس من باهله

(قوله ألا يرى أن النبى صلى الله عليه وسلم) أقول هذا التنوير لا يدل على تمام المدعى فان نسب عثمان رضى الله عنه من أشرف انساب قريش وان لم يبلغ رتبة بنى هاشم

---

(١) قوله ابن عيلان بعين مهملة كما فى كتب اللغة لا معجمة كما وقع فى النسخ فليعلم كتبه مصححه

وقوله (وأما الموالى) ظاهر وقوله (كما هو مذهبه فى التعريف) اى فى تعريف الشخص فى الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبى يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لابد من ذكر الجد وقوله (ومن أسلم بنفسه لا يكون كفأ لمن له أب واحد فى الاسلام) نقل فى النهاية عن الامام المحبوبى أن هذا فى الموالى وأما فى العرب فمن لا أب له فى الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كف ء لمن له آباء فى الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفأ لنسب آخر اذا كانا مسلمين وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ومفاخرتهم بالاسلام فمن كان له أب فى الاسلام يفتخر على من لا أب له فيه ولا يعده كفأ له (والكفاءة فى الحرية تظيرها) أى تظير الكفاءة (فى الاسلام (٤٢٢) فى جميع ماذكرنا) من الوفاق والخلاف فان العبد لا يكون كفأ لمن هى حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفأ لها والمعتق أبوه لا يكون كفأ لمن لها أبوان فى الحرية (لان الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر فى حكم الكفاءة) بسببه وروى عن أبى يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو أعتق اذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفأ له قال (وتعتبر أيضا فى الدين) أى وتعتبر أيضا الكفاءة فى الدين (أى فى الديانة) وهى التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان مطلق الدين هو الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام فى حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون الا فى الدين بمعنى الديانة (وهذا) أى اعتبار الكفاءة فى الديانة (قول أبى حنيفة وأبى يوسف لانه) أى الدين بمعنى الديانة (من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب) فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة أولى بالاعتبار وقوله (وأبو يوسف معه هو الصحيح) أى قران قول أبى يوسف مع أبى حنيفة حتى تكون الكفاءة فى الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية أخرى عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة فى الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفأ وقال فى شرح الجامع الصغير أراد به أعوان السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس

(وأما الموالى فمن كان له أبوان فى الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء) يعنى لمن له آباء فيه ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد فى الاسلام لا يكون كفأ لمن له أبوان فى الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف ومن أسلم بنفسه لا يكون كفأ لمن له أب واحد فى الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالى بالاسلام والكفاءة فى الحرية تظيرها فى الاسلام فى جميع ماذكرنا لان الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر فى حكم الكفاءة قال (وتعتبر أيضا فى الدين) أى الديانة وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه

قيل ولا ينفع الاصل من هاشم * اذا كانت النفس من باهله
وقيل اذا قيل للكلب يا باهلى * عوى الكلب من لؤم هذا النسب

ولا يخلو من نظر فان النص لم يفصل مع أنه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق وليس كل باهلى كذلك بل فيهم الاجواد وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسرى فى حق الكل (قوله وأما الموالى فمن كان له أبوان فى الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعنى لمن له آباء فيه ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد فى الاسلام لا يكون كفأ لمن له أبوان فيه لان تمام النسب بالاب والجد وألحق أبو يوسف الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف) أى فى الشهادات والدعاوى قيل كان أبا يوسف انما قال ذلك فى موضع لا يعد كفر الجد عيبا بعد أن كان الاب مسلما وهما قالا فى موضع يعد عيبا والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعا ان ذلك ليس عيبا فى حق العرب لانهم لا يعيرون بذلك وهذا حسن وبه ينتفى الخلاف ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة فلو زوجت نفسها فقال ولیها ليس هذا كفأ لم يفرق بينهما بل هم أكفاء بعضهم لبعض قال فى الاصل الا أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فانه يفرق بينهما لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضى مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين (قوله والكفاءة فى الحرية تظيرها فى الاسلام) يعنى أن من كان له أبوان حران كفأ من كان له آباء احرار ومن له أب واحد حر لا يكافئ من له أبوان حران ومن عتق بنفسه لا يكافئ من له أب حر وفى التجنيس لو كان أبوها معتقا وأمها حرة الاصل لا يكافئها المعتق لان فيه أثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت أمها حرة الاصل كانت هى أيضا حرة الاصل وفى المجتبى معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع واعلم أنه لا يبعد كون من أسلم بنفسه كفأ لمن عتق بنفسه (قوله وتعتبر أيضا فى الدين أى الديانة) فسر به ليعلم أن المراد به التقوى لا اتفاق الدين لان تفاصيله تعرف فى نكاح أهل الشرك ولا كونه مكافئا باسلام نفسه أو أبيه أو جده لانه مر قبلهما (قوله هو الصحيح) أى أن الصحيح اقتران قولى أبى

(قوله وقوله وأبو يوسف معه هو الصحيح) أقول لفظة وأبو يوسف معه ليست من قول المصنف فقوله وقوله وأبو يوسف معه فيه ما فيه (قوله هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية أخرى الخ) أقول قال ابن الهمام هو احتراز عما روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ورجحه السرخسى وقال الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة اه

(وقال محمد لا تعتبر) الكفاءة في الديانة (لانه من أمور الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا الا اذا كان يصفع) أي يضرب على قفاه بعرض الكف (ويسخر منه أو يخرج الى الاسواق سكران فيلعب به الصبيان) فانه لا يكون حينئذ (٤٢٣) كفأ لامرأة صالحة من أهل البيوتات

وقال محمد لا تعتبر لانه من أمور الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به قال (و) تعتبر (في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفأ لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن أبي يوسف أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهر ويعد المرء قادرا عليه بيسار أبيه فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال أبو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح (و) تعتبر (في الصنائع) وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

حنيفة وأبي يوسف فانه روى عن أبي حنيفة أنه مع محمد ورجحه السرخسي وقال الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية أخرى عن أبي يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال اذا كان الفاسق ذا مروءة كاعوان السلطان والمباشرين المكسة وكذا عنه ان كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفأ والا لا وحينئذ الاولى كون هو الصحيح احترازا عما روى عن كل منهما أنه لا يعتبر والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للاولياء فسخه وان كان من مباشري السلطان (قوله وقال محمد لا تعتبر الا اذا كان يسخر منه ويخرج سكران لانه من أحكام الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا) وفي كون هذا قاعدة مهدة نظر اذ لم يظهر وجه الملازمة والحق أنه قد وقد والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على أحكام الآخرة وعدمه على أنا لم نبن الا على أمر دنيوي وهو ما ذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه يعني يعيرها أشكالها ان كانت من بنات الصالحين وفي المحيط الفتوى على قول محمد وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية الموافقة لقول محمد عن أبي حنيفة ولو تزوجها وهو كفء في الديانة ثم صار داعرا لا يفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح (قوله وهو) أي اعتبار الكفاءة في المال هو (أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره في الكفاءة في الغنى عما نسبه الى قول أبي حنيفة ومحمد فان ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره وبين أن المراد من المهر ملك ما تعارفوا تعجيله وان كان كله حالا وفي المجتبى قلت في عرف أهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه ولم يبين المراد بملك النفقة واختلف فيه قيل المعتبر ملك نفقة شهر وقيل نفقة ستة أشهر وفي جامع شمس الائمة سنة وفي المجتبى الصحيح أنه اذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفأ ومعناه منقول عن أبي يوسف قال اذا كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها باليد ويكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفأ لها وفي غريب الرواية للسيد أبي شجاع جعل الاصح ملك نفقة شهر وفي الذخيرة ان كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفء والا لا يكون كفأ وان كانت فقيرة اه وفيه نظر ثم هذا اذا كانت تطيق النكاح فان كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفء وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها (قوله ويعد المرء قادرا بيسار أبيه) وأمه وجده وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الاب (قوله فأما الكفاءة في الغنى) يعني بعد ملكه للمهر والنفقة هل تعتبر مكافأته اياها في غناها قال معتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بأن الاصح أن ذلك لا يعتبر لان كثرة

قيل وعليه الفتوى (لانه مستخف به) أي بذلك الصفع (وتعتبر الكفاءة في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية) عن علمائنا (حتى ان من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفأ) أما المهر فلانه بدل البضع فلا بد من ايفائه وأما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه بها (والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا) ليس بمطالب به فلا يسقط الكفاءة وقوله (وعن أبي يوسف) هو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال الكفء هو الذي يقدر على المهر والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفء قلت فان كان يملك النفقة دون المهر قال يكون كفأ قال الصدر الشهيد في تعليله لان المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل ويعد قادرا على المهر بيسار أبيه وأمه وجده وجدته ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الاب لان الآباء في العادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة الدائرة وقوله (فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة) ظاهر

(قال المصنف فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا) أقول قال ابن الهمام في التفريع تأمل على أنا لم نبن الا على أمر دنيوي وهو ما ذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه اه ونحن نقول ان فساد التفريع لا يحتاج الى تأمل بل الواقع ابتناء أمر الدنيا على أمر الآخرة ألا يرى أن قبول الشهادة من أمور الدنيا ويبتنى على الديانة

وقوله (وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان) في رواية لا تعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفأ للعطار وفي رواية قال الموالي بعضهم أكفاء لبعض الا الحائك والحجام (وعن أبي يوسف أنه لا تعتبر الا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ) ووجه الروايتين ماذكره في الكتاب وهو واضح قال (واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها) اذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها (فللاولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها (٤٢٤) وقالا ليس لهم ذلك) قال المصنف (وهذا الوضع) أي وضع القدوري هذه المسئلة على هذا الوجه (انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه) فانه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض وأقول هذا انما يستقيم أن لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لو أذن لها الولي بالنكاح ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الاول وكذلك لو أكره السلطان امرأة وليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد الاول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما والوجه من الجانبين على ماذكره في الكتاب واضح وقوله (فأشبه الكفاءة) يعني في تعير الاولياء بكل واحد منهما واعترض بأن الشرع قد ندبنا الى رخص الصداق دون ترك الكفاءة وكذلك النبي صلى الله عليه وسلم لم يضع بناته في غير الاكفاء وزوجهن بأدنى الصداق فانه مازاد على أربع أواق ونش أي نصف أوقية ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لان الزيادة بقدر الشرف ولم يزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما والجواب بأن وجه الشبه ماذكرناه من تعير الاولياء وهو وصف مؤثر في الباب

وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان وعن أبي يوسف أنه لا تعتبر الا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها قال (واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة أن الاولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة

المال مذمومة وفي شرح الكنز لا معتبر بالمساواة في الغنى هو الصحيح وعن أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الاصول أن من ملكهما لا يكون كفأ للفائقة في الغنى وليس بشئ فنص على أن ما في الهداية غير رواية الاصول وكذا في الدراية قال وهذا القول منهما في غير رواية الاصول وفي كتاب النكاح لا تشترط القدرة الا على المهر والنفقة وفي بعض الشروح أنه خلاف ظاهر الرواية ولهذا لم يذكره في المبسوط عن الاوائل قال وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما صرح عن أبي يوسف بنفيه (قوله وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان) أظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفأ للعطار وهو رواية عن محمد وعنه في أخرى الموالي بعضهم أكفاء لبعض الا الحائك والحجام وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن أبي يوسف وأظهر الروايتين عن محمد فصار عن كل واحد منهما روايتان الظاهر عن أبي حنيفة عدم الاعتبار والظاهر عن محمد كذلك الا أن تفحش وهو الرواية عن أبي يوسف وفيما قدمناه من حديث بقية حيث قال فيه الا حائكا أو حجاما ما يفيد اعتبارهما في الصنائع لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي وهو أن الصناعات المتقاربة أكفاء كالبزار والعطار بخلاف المتباعدة وعد الخياط مع الدباغ والحجام والكناس قال فهؤلاء بعضهم أكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافا فكان ظاهرا في أن الظاهر من قول أبي حنيفة اعتبار الكفاءة واليه ذهب بعض الشارحين قال وكذا قال الشيخ أبو نصر بعد أن أثبت اعتبارها وعن أبي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع وانما قلنا لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي لان حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق الا بكونهما من صناعة واحدة وفي المحيط وغيره وههنا خساسة هي أخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكريا به تعاونا كان ذا مروءة ومال قيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمن أبي حنيفة لا تعد الدناءة في الحرفة منقصة فلا تعتبر وفي زمنهما تعد فتعتبر والحق اعتبار ذلك سواء كان هو المبنى أولا فان الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفأ للعطار بالاسكندرية لما هنالك من حسن اعتبارها وعدم عدها انقصا البتة اللهم الا أن يقترن به خساسة غيرها (قوله واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) فالثابت الزام أحد الامرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما فعن

(قوله وزوجهن بأدنى الصداق الخ) أقول ولك أن تقول ان بتبدل الازمان والاوقات تتغير الرسوم والعادات فلعل ذلك المقدار من المال كان يعد مهر المثل في تلك الاحوال فتأمل ثم كون بناته صلى الله عليه وسلم حين زوجهن صغائر غير ثابت (قوله وهو وصف مؤثر في الباب الخ) أقول انما يظهر تأثيره لو لم يكن خلافه منصوصا عليه والا يكون تعليلا في مقابلة النص فكان يجب التعرض له في الجواب

بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به (واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه) ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شئ كما في البيع

هذا ما في فتاوى النسفي لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر المثل لان الثابت لهم ليس الا أن يفسخ أو يكمل فاذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ * واعلم أن المدار على التسمية حتى لو سمت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها ثم قال المصنف (وهذا الوضع) أي قولنا اذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض وقال محمد مع أبي يوسف ليس لهم ذلك ومعناه يجب تسمية العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فانما يصح من محمد على اعتبار رجوعه الى ذلك لما أنه تقدم عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على اجازة الولي قال وهذه شهادة صادقة على رجوعه وأورد عليه أنه انما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لو أذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد وكذا لو أكره السلطان امرأة وليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الاكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الاول فلم يكن هذا الوضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما اه ولا شك أن قولنا اذا تزوجت ونقصت لا ينقض عند محمد عام في الصور على ما هو حال أسماء الشرط فباعتبار عمومه يكون شهادة صادقة وعليه مشى المصنف وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه أعم منها لا يكون شهادة وعليه مشى المعترض والاصل خلافه الا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا الصور المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وانما يجب هذا الحمل لان المذكور هنا هو المذكور في الجامع الصغير ورجوعه مروي أنه قبل موته بسبعة أيام وهو الذي يشير اليه قول المصنف وقد صح ذلك ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه (قوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما) ولزم عند أبي حنيفة سواء كان بغبن فاحش أو قليل وثبت المال كله في ذمة الصغير في الثانية لا في ذمة الاب سواء كان الاب موسرا أو معسرا فيقضيه من مال الصغير (وقالا لا يجوز الزيادة والنقص الا بما يتغابن فيه الناس) وعلى هذا الخلاف تزويج الاب ابنته من غير كفء ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة أما فيها فلا لما قالوا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد باطلا على قول أبي حنيفة على الصحيح ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق ظهر سوء اختياره ولان ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور ارادة مصلحة تفوق ذلك نظرا الى شفقة الابوة وما في النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فاذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح يعني بعد ما كبرت ان لم يكن يعرفه الاب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لانه انما زوج على ظن أنه كفء يفيد خلافه اذ يقتضي أنه لو عرفه الاب أنه يشرب به فالنكاح نافذ وهو بينا في ما قرر من أن الاب اذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفء والجواب أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلا يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الاب العاقد معروفا بمثله (قوله ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما) أي قولهما لا يجوز هل معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية والعقد صحيح فيزاد الى مهر المثل قيل بالاول وقيل بالثاني واختار المصنف الاول لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا يجب المال عوض نفسها ناقصا أو باطلا له بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور

وأما أن لا يكون بين المشبه والمشبه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه أحد من ذوي التحصيل وقوله (بخلاف الابراء بعد التسمية) جواب قولهما كما بعد التسمية وذلك لان الاولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما يعدونه ضربا من اللؤم في العادات وقوله (واذا زوج الاب ابنته الصغيرة) ظاهر وقوله (ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد) بيانه أن هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز عندهما الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لان المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها أصلا أو زوجها على خمر أو خنزير وهو قول بعض مشايخنا وقال آخرون معناه أن نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام والمصنف (لان الولاية مقيدة بشرط النظر) ولا نظر فيما اذا حط عن مهرها أو زاد عن مهره فيكون العقد باطلا كما اذا باع الاب بأقل من القيمة بغبن فاحش أو اشترى بأكثر منها بذلك

(ولهذا الايملك ذلك غيرهما ولابى حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر) تقريره النظر والضرر فى هذا العقد باطنان لكن النظر دليل يدل عليه (وهو قرب القرابة) الداعية اليه وهى موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا بأن النظر والضرر فى هذا العقد باطنان لان المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة فى الاختان والعرائس فيجوز أن يكون نظر الاب فى الحط والزيادة الى ذلك ويجوز أن لا يكون فكان النظر والضرر باطنين فأدير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هى المقصودة فى التصرفات المالية فلم يكن فى مقابلتها شئ يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر وأما فى غير الاب فالدليل الدال على النظر معدوم قوله (ومن زوج ابنته) نظير تلك المسئلة فى التزويج بضرر ظاهر وكلامه ظاهر

﴿فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها﴾ لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولى على المولى عليه ناسب أن يذكرها فى باب الاولياء فى فصل على حدة وقوله (وغيرها) أى غير الوكالة كنكاح الفضولى

ولهذا الايملك ذلك غيرهما ولابى حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفى النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية فهى المقصودة فى التصرف المالى والدليل عدمناه فى حق غيرهما (ومن زوج ابنته وهى صغيرة عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز) قال رضى الله (وهذا عند أبى حنيفة أيضا) لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

﴿فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها﴾

بالعقد بشرط لا يصح عقده اذ لم يجر على شرطه ولهذا الايملك البيع والشراء بغبن فاحش فى مالهما فايجاب المال عوض نفسها ناقصا أولى بعدم النفاذ واذا كان بحيث لو زوج أمتها بغبن فاحش لا يجوز فتزويجها كذلك أولى بعدم الجواز ولابى حنيفة أن النظر وعدمه فى هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار أمر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وادخال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر فى ضده فى هذا العقد وأمر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا يعتبر دليله فيعلق الحكم عليه ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية الى وفور الشفقة مع كمال الرأى ظاهرا بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة فى العصبات ونقصان الرأى فى الام وهذا معنى قوله والدليل عدمناه فى حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك وعلى هذا ابنى الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا مجيز له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفء وكذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار أو المجانة والفسق كان العقد باطلا على قول أبى حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح أما المال فهو المقصود فى التصرف المالى لا فى أمر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير فى المال فلذا لا يجوز تزويجه أمتهما بغبن فاحش لانه اضاعة ماله مالا ان المهر ملكهما ولا مقصودا خر باطن يصرف النظر اليه فلا يعول عليه ويدل على ذلك تزويج النبى صلى الله عليه وسلم فاطمة من على بأربعمائة درهم ولا شك فى أنه دون مهر مثلها لانها أشرف النساء فيلزم أن لا مهر أكثر منه بل لا وهو أقل منه أو أنها دون مهر مثلها والاول منتف فلزم الثانى وهذا موقوف على ثبوت أن تزويجه صلى الله عليه وسلم اياها كان قبل بلوغها والا لا يفيد وقد يقال اذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة أعنى قرابة الاب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لان المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك والجواب أن المظنة ما يغلب معها الحكمة ان لم تلزم فالمعروف بذلك حينئذ ليس مظنة والحاصل إما تخصيص العلة أو القول بأن العلة مجموع قرابة الاب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف فى جواز تخصيص العلة وعدمه ومسئلة تزويج الاب بنته من غير كفء عبدا أو غيره قدمناها والوجه من الجانبين واحد والله أعلم

﴿فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها﴾ من أحكام الولى والفضولى وبقى الرسول نذكره بعد إن شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير أنها تستفاد من الولى على نفسه أو غيره كانت ثانية للولاية الاصلية فأوردها ثانية فى التعليم لباب الاولياء ثم ذكر غيرها من الفضولى لتأخره عنهما لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الولى المجيز فنزل عقد الفضولى كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الاصل فى السبب غير أن ابتداءه بالولى إن نظر فيه الى أنه أقوى ناسب الابتداء به

(قال المصنف وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز) أقول ان قيل هذا مخالف لما سبق فى أول الفصل من أن الكفاءة من جانبها غير معتبرة قلنا فرق ما بين كفاءة وكفاءة فلعلهما يعتبران الكفاءة بالحرية من جانبها دون غيرها لان رقية الزوجة تستتبع رقية أولادها ألا ترى أن أبا حنيفة فرق بين الكفاءة فى الديانة وبينها فى غيرها على ما ذكره ابن الهمام فى شرحه هذا ولك أن تقول ما سبق فى أول الفصل هو مذهب أبى حنيفة ومذهبهما أنها معتبرة من جانبها أيضا وسينقل الشارح عن الكشانى فى آخر الفصل الثانى ذلك وفيه تأمل والله أعلم

(ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه) وقال زفر لا يجوز (واذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز) وقال زفر والشافعي لا يجوز لهما أن الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل

وان نظر الى أن عقد الفصل للوكيل أولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل (قوله ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه) الصغيرة بغير اذنها والبالغة باذنها فيقول اشهدوا أني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان أو زوجتها من نفسي (وقال زفر لا يجوز واذا أذنت المرة لرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز) وصورتها أن يقول اشهدوا أن فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني أن أزوجها من نفسي وقد فعلت ذلك فلو لم ينسبها الى الجد ولم يعرفها الشهود ففي التفاريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يطأها وفي النوازل قال لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية ألا ترى أنه لو قال تزوجت امرأة وكلتني لا يجوز وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة بتزويج نفسها وذكر الخصاف رجل خطب امرأة فأجابته وكرهت أن يعلم أولياؤها فجعلت أمرها في تزويجها الى الخاطب واتفقا على المهر فكره الزوج تسميتها عند الشهود قال يقول اني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت أمرها الي بأن أتزوجها فأشهدكم أني تزوجت المرأة التي أمرها الي على صداق كذا فينعقد النكاح قال شمس الائمة الحلواني الخصاف كبير في العلم وهو ممن يقتدى به وقال في التجنيس وذكر في المنتقى أن مثل هذا التعريف يكفي ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة مستقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر يجوز وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود والاول أقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لان الشرط ليس شهادة تعتبر للاداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ثم رأيت في التجنيس أنه هو المختار لان الحاضر يعرف بالاشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها وهذا كله اذا لم يعرفها الشهود أما اذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح اذا عرف الشهود أنه أراد المرأة التي يعرفونها لان المقصود من التسمية التعريف وقد حصل اه وبقولنا قال مالك وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور والظاهرية وقوله من نفسه احتراز عما لو وكلته أن يزوجها مطلقا فانه لو زوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو وكلت أجنبيا أو وكل امرأة بأن تزوجه فزوجته من نفسها لا يصح أيضا (لزفر والشافعي أن الواحد لا يتصور) على البناء للفاعل (أن يكون مملكا ومتملكا كما في البيع) لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضاد حكمي التمليك والتملك ويوافقه الاثر وهو ما روي عنه صلى الله عليه وسلم كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل (الا أن الشافعي يقول) على أحد الوجهين (في الولي ضرورة اذ لا يتولاه غيره) فلو منع من تولي شطريه امتنع أصلا لانه لو أمر غيره بتزويجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته اليه ككلامه هو بنفسه فلا فرق في التحقيق وهذا الاستثناء جاء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضا لانه لا يثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور أن يجبر تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذي يجيزه الشافعي من تولي الولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا ومملكا متملكا فلا يصلح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام أنه لا يصح أن يكون المباشر مملكا ومتملكا شرعا الا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه منتف اه لانتمسنا الحاجة الى ولاية الاجبار فالشافعي يجيز تزويج ابن العم بنت عمه البالغة من نفسه باذنها ضرورة فليتأمل الا أنه لا يجوز ذلك عند الشافعي أيضا الا في وجه أبعد كما صرح به في كتبهم

في معنى وهو أن الواحد لا يكون مملكا ومتملكا لشئ واحد في زمان واحد واستثنى الشافعي الولي لان مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلاثة وبناه على الضرورة

﴿فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها﴾ (قال المصنف الا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة الخ) أقول قال ابن الهمام هذا الاستثناء بناء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضا لانه لا يثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور أن يجبر تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذي يجيزه الشافعي من تولي الولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا ومملكا متملكا فلا يصلح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام أنه لا يصح أن يكون المباشر مملكا ومتملكا شرعا الا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه منتف اه لانتمسنا الحاجة الى ولاية الاجبار فالشافعي يجيز تزويج ابن العم بنت عمه البالغة من نفسه باذنها ضرورة فليتأمل الا أنه لا يجوز ذلك عند الشافعي أيضا الا في وجه أبعد كما صرح به في كتبهم

(ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر) وكل من هو كذلك لا يمتنع أن يكون مملكا ومتملكا لانه لا تمانع فى التعبير بأن يقول تزوجت بنت عمى فلانة على صداق كذا وانما التمانع فى الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهى لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر (بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين) أى شطرى الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضا مقام عبارتين (فلا يحتاج الى القبول) وقوله (وتزويج العبد والامة) ظاهر وقوله (وله مجيز) أى قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر أو وكيلا أو أصيلا وقوله (لأن العقد وضع لحكمه) بناء على أن المقاصد الاصلية هو الحكم والاسباب والعلل وسائل اليه (والفضولى لا يقدر على اثبات الحكم) والاجاز للناس تمليك أموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن قادرا كان كلامه لغوا (ولنا أن ركن التصرف) وهو قوله زوجت وتزوجت (صدر من أهله) وهو الحر العاقل البالغ (مضافا الى محله) وهو الانثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات (ولا ضرر فى انعقاده) لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة (فينعقد موقوفا فان رأى فيه مصلحة نفذه) والا أبطله

ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر والتمانع فى الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول قال (وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان أجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلا بغير رضاه) وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعى تصرفات الفضولى كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولى لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه

يرجع اليه لا امتناع فيه والذى فيه الامتناع لا يرجع اليه وللانتقال لكونه معبرا بعبارة الغير يكون ذلك العقد قام بأربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو فى الاثر * واعلم أنه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه أو اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى أن هذا على التشبيه والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلانة من نفسى يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول بعده وكذا ولى الصغيرين القاضى وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الاسلام خواهر زاده هذا اذا ذكر لفظا هو أصيل فيه أما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفى فان قال تزوجت فلانة كفى وان قال زوجتها من نفسى لا يكفى لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهى ما ذكرناه آنفا صريحة فى نفى هذا الاشتراط وصرح بنفيه فى التجنيس أيضا فى علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنت أخيه من ابن أخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفى ولا يحتاج الى أن يقول قبلت وكذا كل من يتولى طرفى العقد اذا أتى بأحد شطرى الايجاب يكفيه ولا يحتاج الى الشطر الآخر لان اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين (قوله فان كل عقد) كالبيع والاجارة ونحوهما (صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة) فاذا أجاز من له الاجازة ثبت حكمه مستندا الى العقد فسر المجيز فى النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا أو وكيلا أو أصيلا وقال فى فصل بيع الفضولى من النهاية الاصل عندنا أن العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد جازت وان لم يكن تبطل والشراء اذا وجد نفاذا نفذ على العاقد والا توقف بيانه الصبى اذا باع ماله أو اشترى أو تزوج أو زوج أمته أو كاتب عبده أو نحوه يتوقف على اجازة الولى فى حالة الصغر فلو بلغ قبل أن يجيزه الولى فأجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبى امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ماله محاباة فاحشة أو اشترى بأكثر من القيمة مالا يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ولو أجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق والعتاق اه وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولى اذ لا توقف فى هذه الصور وان قبل فضولى آخر أو ولى لعدم قدرة الولى على امضائها ولو أراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغى أن يقول وله مجيز ومن يقدر على انفاذه ليصح جواب المسئلة أعنى قوله انعقد موقوفا لان الصبى فى الصور المذكورة فضولى ولو قبل عقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على انفاذه وعلى هذا

(قوله بأن يقول تزوجت بنت عمى فلانة الخ) أقول هذا ليس من التزويج بالوكالة بل بالولاية (قال المصنف ولا ترجع الحقوق اليه الخ) أقول قال السروجى قوله ولا ترجع الحقوق اليه قلت تعليل صحيح لو سلم من النقض لا ولم يسلم فان الوكيل لو زوج موكله على عبد نفسه يطالب بتسليمه اه ويمكن أن يقال معنى كلام المصنف لا ترجع اليه الحقوق بمجرد كونه عاقدا وجعل عبد نفسه مهرا زائدا على العقد فتأمل

وقد يتراخى حكم العقد عن العقد (ومن قال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة فبلغها فأجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا أني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز

لا يكون العقد شاملا للبيعين لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته أن يقول أجنبي لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فأنت طالق فانه يتوقف على اجازة الزوج فان أجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت ودخلت بعد ها طلقت كذا في الجامع وفي المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج أجزت الطلاق علي فهو جائز ولو قال أجزت هذه اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الاجازة وعرف مما ذكرنا أن الصبي اذا تزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبي العاقل من أهل العبارة غير أنه محتاج الى رأي الولي فالصواب أن يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء ويندرج المخاطب في ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولي فان اسم العقد لا يتم الا بالشطرين أو ما يقوم مقامهما فعلى هذا قوله ومالا مجيز له أي ما ليس له من يقدر على الاجازة يبطل كما اذا كان تحته حرة فزوج الفضولي أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو زوجه معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة في دار الحرب أو اذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الامضاء حالة العقد لان دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليمكن تزويجه اليتيمة فكان كالمكان الذي في دار الاسلام ليس له حاكم ولا سلطان فانه أيضا يتعذر تزويج الصغائر فيه اللاتي لا عواصب لهن فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لا ينفذ أما اذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ولا يلزم على هذا المكاتب اذا تكفل بمال ثم أعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يؤخذ فيها بعد الحرية وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها وكذا اذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وكذا لو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية يصح لان كفالته التزام المال في الذمة وذمته قابلة للالتزام لكن لا يظهر للحال لحق المولى فاذا زال المانع بالاعتاق ظهر موجبه أما التوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما يعقدان بلفظ الاجازة والانشاء لا يستدعي عقدا سابقا ولذا لو قال لآخر أجزت أن تطلق امرأتي أو أن تعتق عبدي أو أن تكون وكيلي أو أن يكون مالي وصية كان توكيلا ووصية بخلاف غيرهما من التصرفات لو قال أجزت عتق عبدي أو أن تكون فلانة زوجتي أو أن يكون مالي لفلان لا يتم ذلك ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولي فقال ان ركن العقد وهو الايجاب والقبول صدر من أهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله وهو غير المحرمات والحال أنه لا ضرر في انعقاده على التوقف انما الضرر في ابرامه بدون اختيار من له الاجازة فوجب أن ينعقد موقوفا على الاجازة حتى اذا رأى من له الاجازة المصلحة فيه ينفذه والا يتركه فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد وما فيه مصلحة وهو توقفه على الاجازة عند ظهور (١) وجه وجود المصلحة له هو الثابت فكان تصرف الفضولي هذا من باب الاعانة على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكف والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذي قلناه لانه داخل في عموم فعل الخيرات (وقد يتراخى حكم العقد عن العقد) كما في البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشتري الى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه في الحال على عقد الفضولي لا يوجب بطلانه والاولى أن يقال عقد يرجى نفعه واستعقابه حكمه ولا ضرر في انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى اذا رأى الخ فقوله لا يقدر على اثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل اذا أيس من مصلحته وانما قلنا هذا الان قوله صدر من أهله مما يمنع ويقول الشافعي ان أريد أهل العقد في الجملة فمسلم ولا يفيد وان أريد هذا العقد الذي هو فيه فضولي فممنوع بل أهله من له ولاية اثبات حكمه (قوله ومن قال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة) يعني الغائبة من غير اذن سابق منها له (فبلغها الخبر فأجازت فهو باطل وان قال اخر اشهدوا أني قد زوجتها منه فقبل آخر فبلغها فأجازت جاز وان لم يقبل أحد لم يجز

وقوله (وقد يتراخى حكم العقد) جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم ينعدم بل تأخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار وقوله (ومن قال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة) ظاهر والفرق بين المسئلتين أن الاولى لا مجيز لها فلا تتوقف والثانية لها مجيز فتتوقف لما تقدم أن شرط التوقف وجود المجيز

---

(١) وجه وجود المصلحة كذا في الاصول ولعل لفظ وجود مزيد من النساخ كما هو ظاهر كتبه مصححه

وقوله (وهذا) أي مجموع ماذكر (قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا زوجت نفسها فبلغه) يعني بغير مجيز (فأجازه جاز) قوله (وحاصل ذلك) قال الامام المحبوبي ههنا ست مسائل ثلاث منها تقف على الاجازة بلا خلاف احداها أن الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي آخر أو قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فأجابه فضولي وقال زوجتها منك أو قالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلاث منها اختلاف احداها ماذكر أولا وهو قوله ومن قال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة والثانية أن تقول المرأة زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر والثالثة أن يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على اجازة الغائب وهو قول أبي يوسف أولا وعلى قوله آخرا يتوقف (هو يقول) في الفضولي من الجانبين (لو كان مأمورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا توقف) لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول

وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فأجازه جاز وحاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب وأصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين أو بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق

وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك) يعني يكون العقد باطلا اذا قالت اشهدوا أني قد تزوجت فلانا يعني الغائب من غير اذن سابق لها منه فبلغه الخبر فأجاز وان قال آخر اشهدوا أني قد زوجته منها فقبل آخر عن الغائب فبلغه فأجاز جاز وان لم يقبل أحد عن الغائب لم يجز وان أجاز (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) يعني هذا التفصيل وقال أبو يوسف فيهما يجوز اذا أجاز الغائب وان لم يقبل أحد وبقيت صورة ثالثة هي أن يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فضوليا من الجانبين ان قبل منه فضولي آخر توقف اتفاقا والا فعلى الخلاف فتحصل ست صور ثلاث اتفاقية وهي قول الرجل تزوجت فلانة أو المرأة تزوجت فلانا أو الفضولي زوجت فلانة من فلان وقبل آخر فيها وثلاث خلافية هي هذه اذا لم يقبل أحد ثم قال وحاصل الخلاف الخ يعني أصل هذا الخلاف اختلافهم في أن الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب أصيلا من جانب أو وكيلا أو وليا وقيده بعضهم بما اذا تكلم بكلام واحد أما اذا تكلم بكلامين فانه يتوقف بالاتفاق ذكره في شرح الكافي والحواشي ولا وجود لهذا القيد في كلام أصحاب المذهب بل كلام محمد على ما في الكافي للحاكم أبي الفضل الذي جمع كلام محمد مطلق عنه وأصل المبسوط خال عنه قال ويجوز للواحد أن ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين اذا كان وليا لهما أو وكيلا عنهما ولا يجوز ذلك اذا كان وليا أو وكيلا لاحدهما دون الآخر أو لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما وعبارة المبسوط أيضا كذلك وانما هو من التصرفات والظاهر أن منشأه ما نقل من المبسوط من أن أصل الخلاف في هذه الصور أن شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول أبي يوسف أولا وقال آخرا يتوقف فأخذ منه أن الفضولي لو تكلم بكلامين بأن قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق يعني لانه حينئذ عقد لا شطر وأن الخلاف فيما اذا تكلم بكلام واحد وقيده بعضهم قول الهداية والحق الاطلاق وبتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضوليا من الجانبين وقوله في الهداية في وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح في أن عدم توقف الشطر اتفاقي لان الالزام لا يقع الا بمتفق والا لم يصح فيخالف ما في المبسوط وهو الراجح لانه لا يعلم خلاف في أنه اذا أوجب أحد المتعاقدين في البيع أو النكاح فلم يقبل الآخر في المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق على أن شطر العقد لا يتوقف والا لجاز أن يقبل في مجلس آخر ويتم النكاح والبيع عند أبي يوسف وليس كذلك فالحق أن مبنى الخلاف في أن ما يقوم بالفضولي عقد تام أو شطره فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تمام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين (قوله هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين نفذ اتفاقا) وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع قيام كلامه مقام كلامين فاذا كان فضوليا من الجانبين يتوقف لانه لا فارق الا وجود الاذن وعدمه وأثره ليس الا في النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف وحاصله قياس صورة عدم الاذن على صورة الاذن في كونه عقدا تاما ويثبت بثبوته لازمه وهو التوقف بالغاء الفارق وقوله (وصار كالخلع) يعني من جانبه (والطلاق والاعتاق

(قوله وهذا أي مجموع ماذكر) أقول أو التفصيل المذكور (قوله والجامع احتياج الكل) أقول فيه بحث فان هذا الجامع يوجد في جل العقود ولا يتوقف

والاعتاق على مال ولهما أن الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع وأختاه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به (ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية

والاعتاق على مال) قياس على صور أخر هي ما اذا قال خلعت امرأتي أو طلقتها على ألف وهي غائبة فبلغها الخبر فأجازت جاز وكذا أعتقت عبدي على ألف فبلغه الخبر فأجاز جاز كالاولى ولهما أن القائم به شطر العقد وشطره لا يتوقف أما الثانية فبالاتفاق وأما الاولى فلانه شطر حالة الحضرة أي خطاب الحاضر وقبوله فكذا حالة الغيبة لانه لا فرق بحال الا أن يتكلم بكلامين حالة الغيبة وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما لان كون كلامي الواحد عقدا تاما هو أثر كونه مأمورا من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر وهذا لان العقد عبارة عن كلام اثنين يتبادلان بدلين وكلام الواحد ليس كلام اثنين الا حكما لانهم ماله أو ولايته له ولا اذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به فتضمن هذا التقرير منع كون الاذن ليس أثره الا في النفاذ بل تأثيره في النفاذ يستلزم تأثيره في كونه عقدا تاما وفي كون كلامه ككلامين لتوقف النفاذ على ذلك ولو سلم عدم تأثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما لان كون الكلام عقدا تاما لازم شرعي مساو للنفاذ ولا اذن للفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوي بخلاف الخلع وأختيه لانه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لانه تعليق الطلاق والعتق بقبولهما المال فيتم به اذ ليس عقدا حقيقيا ولذا لو كانت هي المخالعة بأن قالت خالعت زوجي على ألف لم يتوقف لانه من جانبها مبادلة وعورض بأنه لو كان تعليقا لما بطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول لكنه يبطل وليس لها أن تقبل بعده أجيب لا يلزم من كونه تعليقا أن لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله أنت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس وهذا مثله ﴿فروع﴾ للفضولي في النكاح أن يفسخه قبل الاجازة عند أبي يوسف حتى لو أجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول أبي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد ويفرق بأن حقوق العقد في البيع ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح هذا وتثبت الاجازة بأجزت ونحوه بلا خلاف وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا وأحسنت وأصبت على المختار واحتماله الاستهزاء لا ينفي ظهوره في الاجازة وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه وكذا اذا هنأه فقبل التهنئة لانه دليل الرضا وكذا اذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لعبده لان تمرده يقتضي حمله على ما يناسبه من المتاركة وسيأتي الكلام فيه ولو زوجه الفضولي أربعا في عقدة وثلاثا في عقدة فطلق واحدة من فريق كان اجازة لنكاح ذلك الفريق لان الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فأنكر ثم طلقها أو قالت لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح الصحيح لان دعواها لم يظن كونها كذبا وتمردا ليكون ظاهرا في المتاركة بخلاف ما لو باشره العبد بلا اذن سيده وقوله بالفارسية مال اينست اجازة على ما اختاره أبو الليث لانه يستعمل للاجازة ظاهرا ومثل ذلك في المرأة وقبول المهر اجازة وقبول الهدية ليس باجازة لانه لا يتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر (قوله ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) هذا شروع في مسائل الوكيل ولا تشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل وانما ينبغي أن يشهد على الوكالة اذا خيف جحد الموكل اياها وقوله لم يلزمه واحدة منهما يعني اذا لم يعينها الوكيل وكأنه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك أما اذا عينها فزوجه اياها مع أخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة ولو زوجه اياهما في عقدتين لزمته الاولى وتتوقف الثانية لانه فضولي فيه ولو أمره باثنتين في عقدة فزوجه واحدة جاز بخلاف ما لو أمره بشراء ثوبين في صفقة

قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك (فكذا عند الغيبة) لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف (وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين) فيصير ككلامين (وما جرى بين الفضوليين عقد تام) لوجود الايجاب والقبول فيتوقف (وكذا الخلع وأختاه) أي الطلاق على مال والاعتاق عليه (لانه تصرف يمين من جانبه) ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين يتم بالحالف فكان عقدا تاما وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء قوله (ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين) لا يخلو إما أن يكون التوكيل بامرأة معينة أو غيرها والثاني مسئلة الكتاب وهو على ما ذكره واضح

(قال المصنف ولهما أن الموجود شطر العقد) أقول يعني أن الموجود المعتبر شرعا هو شطر العقد وهذا يشمل ما اذا تكلم الفضولي بكلام واحد أو كلامين ايجاب وقبول فان قبوله غير معتبر شرعا كما في حالة الحضرة فكذا في الغيبة فيلغو فيلحق بالعدم والله أعلم

وكان أبو يوسف يقول أولا يصح نكاح احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المأمور ممتثل أمره فى احداهما ولا يبعد أن تكون احداهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه ثلاثا بغير عينها فالبيان الى الزوج قال شمس الائمة السرخسى وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح ومالا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت فى المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفى الاول وهو ان أمره أن يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها فى عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولى فيها وقوله (ومن أمره أمير) قيده بالامير وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبى وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن أميرا فزوجه الوكيل أمة أو حرة عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة إما اتفاقا واما لما قيل قيده بذلك لتظهر الكفاءة فانها من جانب النساء للرجال مستحسنة فى الوكالة عندهما وقيد بقوله أمة لغيره لانه لو زوجه أمة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة

وأشار اليه فى الدليل بقوله وعدم التهمة وأما اطلاق اللفظ فان لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والامة جميعا وقوله (وهو التزوج بالاكفاء) قال الكشانى دلت المسئلة على أن الكفاءة تعتبر فى النساء للرجال أيضا عندهما وكذا ذكره فى الاصل

فتعين التفريق (ومن أمره أمير بأن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبى حنيفة) رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة (وقالا لا يجوز الا أن يزوجه كفأ) لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء

لا يملك التفريق لان الجهالة فى البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده وليس فى النكاح كذلك فلا يعتبر الا ان قال لا تزوجنى الا امرأتين فى عقدة واحدة ثم أفاد وجه ما ذكر فى الكتاب بقوله ولا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى تنفيذ احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لانها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها اذ له أن يجيز نكاحهما أو نكاح احداهما ولا هو لازم مما ذكره بل اللازم عدم امكان تنفيذهما وتنفيذ احداهما مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب وكان أبو يوسف يقول أولا يصح نكاح احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج ثم رجع لانه انما يثبت فى المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط واذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر شيأ من فروعه فالوكيل اذا خالف الى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده وليس منه ما اذا أمره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح أصلا لان النكاح الفاسد ليس نكاحا لانه لا يفيد حكمه وهو الملك وأما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكمه بل للفعل اذ الم يتمحض زنا بخلاف البيع الفاسد فانه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه الى البيع الصحيح خلافا الى خير فيلزم وليس منه ما اذا وكله بالنكاح بألف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوبا من مال نفسه فانه لا ينفذ والنكاح موقوف على اجازة الزوج لانه خلاف الى ضرر لان الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لانه متبرع ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك الا بعد الدخول فهو بالخيار ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لانه لم يعلم فان فارقها بعد الدخول فلها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك بخلاف ما لو أمره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ولو أمره ببيضاء فزوجه سوداء أو على القلب أو من قبيلة فزوجه من أخرى أو بأمة فزوجه حرة لا يجوز ولو زوجه مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد جاز (قوله ومن أمره أمير أن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبى حنيفة رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا أن يزوجه كفأ) والتقييد بالامير مطلقا وان كان أمير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق أولى فحاصل المسئلة اذا أمره غير بتزويجه فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمة ولو زوجه أمة لغيره أو عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقا وقيل هو

(قوله وكان أبو يوسف الى قوله لانه ليس كالطلاق الخ) أقول الظاهر من تقرير تعليل أبى يوسف انه قاس حال ابتداء النكاح بحال بقائه لا النكاح بالطلاق فكان الاولى فى بيان ضعفه أن يفرق بين البقاء والابتداء وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت استقلالا (قوله ومالا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت فى المجهول الخ) أقول قال السروجى قلت يرد على هذه العلة بيع عبد من عبدين على أن المشترى بالخيار يأخذ أيهما شاء على ما يأتى فى أول البيع ان شاء الله تعالى اه ويجوز أن يقال جواز ما ذكر تم

قوله انما ثبت على خلاف القياس بالاستحسان لكونه فى معنى ما ورد به الشرع وهو منتف هنا (قال المصنف فتعين التفريق) أقول يعنى بينه وبين كل منهما قال ابن الهمام وهذا غير مطابق للدعوى لانها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق ولا يساويها اذ له أن يجيز نكاحهما أو نكاح احداهما ولا هو لازم مما ذكره بل اللازم عدم امكان تنفيذهما وتنفيذ احداهما مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب اه ويمكن أن يقال مراد المصنف فتعين التفريق اذا لم يجز تزويجهما ورده بقرينة سياق كلامه فليتأمل (قوله وإما لعلم جواز النكاح فيمن دونه بطريق أولى (قوله قال الكشانى دلت المسئلة الخ) أقول ان أراد دلت على اعتبارها فى الوكالة عندهما فسلم بالنظر الى دليلهما وان أراد مطلقا فممنوع

قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفء والله أعلم

قوله خلافا لهما ولو زوج وكيل المرأة المرأة غير كفء قيل هو على الخلاف وقيل الصحيح أنه لا يجوز اتفاقا والفرق لابي حنيفة رحمه الله أن المرأة تعير بغير الكفء فيتقيد اطلاقها به بخلاف الرجل فانه لا يعيره أحد بعدم كفاءة نسبه لانه مستفرش واطئ لا يغيظه دناءة الفراش أما لو كانت أمة للوكيل فلا يجوز للتهمة ولهذا لو وكل امرأة فزوجته نفسها أو وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز وكذا اذا زوج وكيل الرجل بنته أو بنت ولده أو بنت أخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة وإنما أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالاكفاء (قلنا العرف مشترك) أي الواقع من أهل العرف تزويجهم بالمكافئات وغير المكافئات فليس مختصا بتزويج المكافئات لينصرف الاطلاق اليه (أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا) للفظ اذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم اليه لفظ يقيده ولا يخفى ما في هذا الوجه وقولهم في الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة ينفيه اذ ليست العادة الا عرفا عمليا فالاولى الاول قال الاسبيجابي قولهما أحسن للفتوى واختاره الفقيه أبو الليث وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله (وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالمكافئة) اشارة الى اختيار قولهما لان الاستحسان مقدم على غيره الا في المسائل المعلومة والحق أن قول أبي حنيفة ليس قياسا لانه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في أي الاستحسانين أولى وفي وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ ان هذه المسئلة دلت على أن الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال اذ ظهر أن قولهما ليس بناء عليه بل على أن الظاهر أن الاستعانة لا تقصد الا لتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم لان كل أحد يقدر على ذلك هذا والوكيل بتزويج امرأة بعينها يملكه بالغبن اليسير اجماعا والفاحش عنده خلافا لهما والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا أن التهمة في حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن اضافة العقد الى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير بخلاف الشراء فانه يستغني فيه عنه فتمكنت تهمة أنه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله لموكله ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح الا أن يجيزه وكذا ان سمى للوكيل ألفا مثلا فزوجه بأكثر فان دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لان هذا الدخول ليس رضا لانه على اعتبار أن الوكيل لم يخالف اذ لم يعلم بخلافه بخلاف ما لو علم فدخل بها فان فارقها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل فان كان الوكيل أو الرسول ضمن المهر وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر لزم الوكيل أو الرسول نصف المهر وليس له أن يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لانه لما لم يمتثل صار فضوليا ولو كانت هي الموكلة وسمت ألفا مثلا فزوجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل ان أقر الزوج أن المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار ان شاءت أجازت النكاح بدينار وان شاءت ردته ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة عدة لها لانها لما ردت تبين أن الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة وان كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها فان ردت فباقي الجواب بحاله قال المصنف رحمه الله في التجنيس يجب أن يحتاط في مثل هذا الامر لانه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه أولاد ثم تنكر المرأة قد رماز وجهابه الوكيل ويكون القول قولها فترد النكاح وكذا هذا في سائر الاولياء اذا كانت المرأة بالغة وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل أصل المبسوط قال اذا أرسل الى المرأة رسولا حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا فهو سواء اذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا يسألك أن تزوجيه نفسك فأشهدت أنها زوجته نفسها وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فان ذلك جائز اذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بينة فان لم يكن أحدهما فلا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ولا يخفى أن مثل هذا بعينه في الوكيل ثم ذكر في الرسول فروعا كلها

(أو هو عرف عملي) أي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه أن العرف على نوعين لفظي نحو الدابة تقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل وعملي أي عرف من حيث العمل أي من حيث ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وأمثاله (فلا يصلح مقيدا) لاطلاق اللفظ لان اطلاق اللفظ تصرف لفظي والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه وقوله (وذكر) يعني محمدا (في وكالة الاصل) اشارة الى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قال المصنف قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا) أقول فيه بحث (قوله فلا يصلح مقيد الاطلاق اللفظ الى قوله والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الخ) أقول فيه بحث فان المقيد أيضا هو اللفظ غايته ان الباعث للتقييد شيء غيره ولا ينتفي بذلك اتحاد المحل كما لا يخفى على من يتأمل ثم كيف يصح أن يقال ان العرف العملي لا يصلح مقيدا وقد اتفقوا على أن المتبايعين اذا أطلقا الثمن ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة العرف على ما سيجيء

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكمه والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع (٤٣٤) إما بالتسمية أو بالعقد وله أسام المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف

﴿باب المهر﴾

(ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا) لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك

تجرى في الوكيل لا بأس بذكرها لفوائدها قال فان كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان أقر بذلك أو بينة والضمان لازم للرسول ان كان من أهل الضمان فان جحد ولا بينة بالامر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لانه مقر بأنه أمره بذلك وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح قال وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله على الوكيل المهر كله لان جحود الزوج ليس بفرقة وهذا يبين لك أن لا فرق في هذه الاحكام بين الرسول والوكيل ثم قال في المبسوط فقيل ان ما ذكر هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وهناك قول محمد وأبي يوسف الآخر بناه على أن قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا عنده فنفذ بالفرقة قبل الدخول وسقط نصف المهر وعلى قول محمد رحمه الله لا ينفذ باطنا فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لاقراره به وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية أن الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره للنكاح ليس طلاقا فلا يسقط به شئ بزعم الكفيل ووجه هذه أنه أنكر وجوبه عليه وهو عمل اسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يمكنه قال فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكني أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج ذلك جاز ولزم الزوج الضمان لان الاجازة كالاذن في الابتداء وان لم يجز لم يكن على الرسول شئ لان أصل السبب قد انتفى برده وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل والله أعلم

﴿باب المهر﴾

المهر حكم العقد فيتعقبه في الوجود فعقبه اياه في البيان ليحاذي بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي (قوله ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا) لا خلاف في ذلك (لان النكاح عقد انضمام) يعني ليس مأخوذا في مفهومه المال جزأ فيتم بدونه الا أن قوله عقد لا يستلزمه الا اذا لم يثبت في مفهومه زيادة شروط وهو منتف اذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ويرد حينئذ أن المهر أيضا واجب شرعا فيه فأجاب بأنه وجب شرعا حكما له حيث أفاده بقوله (فلا يحتاج الى ذكره) اذا لم يسم إبانة لشرف المحل أما أنه وجب شرعا فلقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم فقيد الاحلال به وأما اعتباره حكما فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فان رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم وأما أنه إبانة لشرفه فلعقلية ذلك اذ لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة والا لوجب تقديم تسميته فعلمنا أن البدل النفقة وهذا لاظهار خطره فلا يستتبان به واذن فقد تأكد شرعا باظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بالزام المهر فتحصل أن المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك فيثبت مهر المثل عند عدم تسمية مهر لها (قوله وكذا اذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها) أي فيصح النكاح (وفيه خلاف مالك) وجه قوله أن النكاح عقد

لا حد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله عز وجل فانكحوا والنكاح لغة لا ينبئ الا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص فان قيل المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه أجاب بقوله (ثم المهر واجب شرعا) يعني أن وجوبه ليس لصحة النكاح وانما هو لابانة شرف المحل (فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح) فان قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل قلت دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح (وكذا اذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا) أن النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين وقوله (وفيه) أي فيما اذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها (خلاف مالك) يعني أنه لا يجوز قال لانه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع بشرط أن لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط أن

(قوله فان مهر المثل يجب بالعقد الخ) أقول لا أدري لم خص مهر المثل بالذكر والحال أن وجوب المهر مطلقا مسمى كان أو مهر المثل من أحكام النكاح فكان الاولى هو الاجراء على العموم (قوله فان قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل) أقول أقيم الدليل عليها بأنه يلزم

لايكون مهرا والقياس على البيع يقتضى شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن مسعود فى المتعة كما سيجىء قلنا دلالة حديث ابن مسعود على جواز أن ينفى المهر كدلالته على جواز ترك ذكره لان مايكون عوضا يشترط ذكره فى العقد لايختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع (وأقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعى مايجوز أن يكون ثمنا فى البيع لانه حقها) شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا (فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ولامهر أقل من عشرة) انما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ماقبله فى الحديث وهو ما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ألا لايزوج النساء الا الاولياء ولايزوجن الا من الاكفاء ولامهر أقل من عشرة دراهم وفى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاقطع فى أقل من عشرة دراهم ولامهر أقل من عشرة دراهم وفيه بحث من أوجه الاول أنه خبر واحد فلايجوز تقييد اطلاق قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم به لانه نسخ الثانى أنه معارض بما روى أن عبد الرحمن بن عوف جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فأخبره أنه تزوج فقال عليه الصلاة والسلام كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال عليه الصلاة والسلام أولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة

خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة دراهم وثلث وبما روى أن امرأة قامت وقالت وهبت نفسى منك يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام لاحاجة لنا اليوم بالنساء فقال رجل لى حاجة زوجنيها يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام هل عندك شئ تصدقها فقال ماعندى الا ازارى فقال عليه الصلاة والسلام لافالتمس شيأ ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيأ فقال عليه الصلاة والسلام هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا قال عليه الصلاة والسلام زوجتكها بما معك من القرآن الثالث أن هذا الحديث متروك العمل فى حق الاولياء فيكون فى حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك وأما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض والجواب عن الاول أن التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قد علمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم لان الفرض بمعنى التقدير وكان المراد بأموالكم فى قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم مالا مقدرا وبين فى الحديث مقداره وهذا لان كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكذلك المهر وعن الثانى بأن الاحاديث تدل على مايجعل بالسوق اليها أما فى حديث عبد الرحمن فلانه مصرح به وأما فى الحديث الآخر فلانه أمر ذلك الرجل بالالتماس وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه وانما كلامنا فى الذى يثبت فى الذمة وعن الثالث بما ذكرنا أن عائشة عملت بخلافه ولو لم تعرف نسخه مافعلت ذلك فقام دليل النسخ فى الاولياء دون غيرها ولايلزم من ترك العمل بالذى قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم

(وأقل المهر عشرة دراهم) وقال الشافعى مايجوز أن يكون ثمنا فى البيع لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولامهر أقل من عشرة

معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لاثمن لايصح فكذا النكاح بشرط أن لامهر وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضا الا أنا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود فى المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على أن المهر اعتبر حكما شرعا والالتمام بدون التنصيص عليه اذ لاوجود للشئ بلاركنه وشرطه فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما واذا ثبت كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لايفسد النكاح بخلاف البيع لان الثمن ركنه فلايتم دون ركنه وبهذا ظهر أن ركن البيع بعت بكذا الايجرد قوله بعت هذا ويصح الرهن بمهر المثل لانه كالمسمى فى كونه دينا فان هلك وبه وفاء كانت مستوفية فان طلقها قبل الدخول لزمها أن ترد مازاد على قدر المتعة ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها أن تحبسه بالمتعة فى قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لانها خلفه والرهن بالشئ يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة وجه الآخر أنها دين آخر لانها ثياب وهى غير الدراهم والدليل عليه أن الكفيل بمهر المثل لايكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ماذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك هل تضمن تمام قيمته ففى قوله الاول لاضمان عليها لانها حبسته بحق وفى الآخر تضمن تمامه لانها غاصبة ولو هلك قبل منعها الاضمان عليها ولكنها فى قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفى قوله الآخر لها أن تطالبه بها (قوله وأقل المهر عشرة دراهم) فضة وان لم تكن مسكوكة بل تبرا وانما يشترط المسكوكة فى نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد وهذا عندنا وعند مالك ربع دينار وعند النخعى أربعون درهما وقال الشافعى وأحمد مايجوز ثمنا لانه حقها اذ جعل بدل بضعها ولذا تتصرف فيه ابراء واستيفاء (فيكون التقدير اليها) ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث

الزيادة على النص الا أن يكون المراد من دليل أقوى منه وفيه مافيه (قوله لان الفرض بمعنى التقدير) أقول فيه بحث (قوله وعن الثالث الى قوله ولو لم تعرف نسخه مافعلت ذلك الخ) أقول فى الملازمة كلام فانه كثيرا مايقع العمل من الصحابة بخلاف الحديث إما لعدم وصول الحديث اليه وإما لضعفه وإما لوجود معارض أقوى منه أو يتركان فيعمل بالقياس لكنه بالحقيقة كلام على السند الاخص

ولانه حق الشرع وجوبا اظهار الشرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة

قال فيه كم سقت اليها قال وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك أولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة وثلث وقيل النواة فيه نواة التمر وعن جابر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أعطى فى صداق امرأة ملء كفيه سويقا أو تمرا فقد استحل رواه أبو داود ولان قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم محصنين يوجب وجود المال مطلقا فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وأنتم تمنعونه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رضى الله عنه ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم رواه الدارقطنى والبيهقى وتقدم الكلام عليه فى الكفاءة فوجب الجمع فيحمل كل ما أفاد ظاهره كونه أقل من عشرة دراهم على أنه المعجل وذلك لان العادة عندهم كانت تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء الى أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيأ لها نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهرى وقتادة تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس أن عليا لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يدخل بها فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيأ فقال يا رسول الله ليس لى شئ فقال أعطها درعك فأعطاها درعه ثم دخل بها لفظ أبى داود ورواه النسائى ومعلوم أن الصداق كان أربعمائة درهم وهى فضة لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة قالت أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيأ رواه أبو داود فيحمل المنع المذكور على الندب أى ندب تقديم شئ ادخالا للمسرة عليها تألفا لقلبها واذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعا بين الاحاديث وكذا يحمل أمره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على أنه تقديم شئ تألفا ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهى امرأتك رواه أبو داود وهو محمل رواية الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فانه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات قيل لا تعارض ليحتاج الى الجمع فان حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن أرطاة وهما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده وهو ما عن على رضى الله عنه قال لا تقطع اليد فى أقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم رواه الدارقطنى والبيهقى وقال محمد بلغنا ذلك عن على وعبد الله بن عمر وعامر وابراهيم ورواه باسناده الى جابر فى شرح الطحاوى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا من المقدرات فلا يدرك الاسماعا لكن فيه داود الاودى عن الشعبى عن على وداود هذا ضعفه ابن حبان والحق أن وجود ما ينفى بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة فى السنة كثير منها حديث التمس ولو خاتما من حديد وحديث جابر من أعطى فى صداق امرأة ملء كفيه سويقا الحديث وحديث الترمذى وابن ماجه أنه صلى الله عليه وسلم أجاز نكاح امرأة على نعلين صححه الترمذى وحديث الدارقطنى والطبرانى عنه صلى الله عليه وسلم أدوا العلائق قيل وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من أراك وحديث الدارقطنى عن الخدرى عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يضر أحدكم بقليل ماله تزوج أم بكثيره بعد أن يشهد الا أنها كلها مضعفة ما سوى حديث التمس فحديث من أعطى فيه اسحق بن جبريل قال فى الميزان لا يعرف وضعفه (١) الاودى ومسلم بن رومان مجهول أيضا وحديث النعلين وان صححه الترمذى فليس بصحيح لأن فيه عاصم بن عبيد الله قال ابن الجوزى قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش الخطا فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن البيلمانى قال ابن القطان قال البخارى منكر الحديث ورواه أبو داود فى المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى فيه ضعف وحديث الخدرى فيه أبو هرون العبدى قال ابن الجوزى قال حماد بن زيد كان كذابا وقال السغدى مثله مع احتمال كون تينك النعلين تساويان عشرة دراهم وكون العلائق يراد بها النفقة والكسوة ونحوها الا أنه أعم من ذلك واحتمال التمس خاتما فى المعجل وان قيل انه خلاف الظاهر لكن يجب المصير اليه لانه قال فيه بعد زوجتكها بما معك من القرآن فان حمل على

وقوله (ولانه حق الشرع) أى المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم على ما عرف فى الاصول وكان ذلك لاظهار شرف المحل (فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة) لانه يتلف به عضو محترم فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى

(قوله لانه يتلف به عضو محترم فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى) أقول أنت خبير بأن هذا التعليل على تقريره لا يكون الزاما الا على النخعى القائل بأن أقل المهر أربعون درهما وليس الكلام معه بل مع الشافعى

(١) الاودى بالواو وقبل المهملة فى نسخة وفى أخرى الازدى بالزاى بدل الواو فحرر كتبه مصححه

(ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة) عندنا وقال زفر لها مهر المثل لان تسمية مالا يصلح مهرا كانعدامه ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فأما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير

(ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر لها مهر المثل لان تسمية مالا يصلح مهرا كانعدامه) كما فى تسمية الخمر والخنزير وهو القياس ووجه الاستحسان (أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة) إما باعتبار أن العشرة فى كونها صداقا لا تتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كما لو أضاف النكاح الى نصفها صح فى جميعها وأما حقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لان الرضا بما دون العشرة رضا بالعشرة وإما باعتبار أنها برضاها بما دون العشرة أسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه وقوله (ولا معتبر بانعدام التسمية) جواب عن قوله كانعدامه يعنى ليس هذا القياس صحيحا (لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير) فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضا بها لا محالة

تعليمه اياها مامعه أو نفى المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عد المحرمات وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له والا لم يقبل مالم يبلغ رتبة التواتر وهى قطعية فى دلالتها لانه نسخ للقطعى فيستدعى أن يكون قطعيا فاما اذا كان خبر واحد فلا فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من أن لزوم تقديم شئ أو ندبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن يبقى كون الحمل على ذلك إعمالا لخبر واحد لم يصح عند المحدثين فيستلزم الزيادة على النص به لانه يقتضى تقييد الاحلال بمطلق المال فالقول بأنه لا يحمل الا عمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وانه لا يجوز فان قيل قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم وما ملكت أيمانهم ثم ذلك المعين مجمل فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما أفاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على أنه فى الزوجات والمملوكين ما يكفى كلا من النفقة والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا وكون المهر أيضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله خالصة لك يعنى نفى المهر خالصة لك وغيرك قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير المصنف فى تقدير المهر قياس حاصله أن المهر حق الشرع بالآية وسببه اظهار الخطر للبضع على ما تقدم ومطلق المال لا يستلزم الخطر لحبة حنطة وكسرة وقد عهد فى الشرع تقدير ما يستباح به العضو بماله خطر وذلك عشرة دراهم فى حد السرقة فيقدر به فى استباحة البضع وهذا من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فان حكم الاصل ممنوع فانهم لا يقدرون نصاب السرقة بعشرة وأيضا المقدر فى الاصل عشرة مسكوكة أو ما يساويها ولا يشترط فى المهر ذلك فلو سمى عشرة تبرا تساوى تسعة مسكوكة جاز اللهم الا أن يجعل استدلالا على أنه مقدر خلافا للشافعى فى نفيه (قوله ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر لها مهر المثل) قياسا على عدم التسمية هكذا تسمية الاقل تسمية مالا يصلح مهرا وتسمية مالا يصلح مهرا كعدمها فتسمية الاقل كعدم التسمية وعدم التسمية فيه مهر المثل فتسمية الاقل فيه مهر المثل وقولنا استحسانا وله وجهان أحدهما أن العشرة فى كونها صداقا لا تتجزأ شرعا وتسمية بعض ما لا يتجزأ كله فهو كما لو تزوج نصفها أو طلق نصف تطليقة حيث ينعقد ويقع طلقة فكذا تسمية بعض العشرة والثانى وهو المذكور فى الكتاب حاصله أن فى المهر حقين حقها وهو ما زاد على العشرة الى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة وللانسان التصرف فى حق نفسه بالاسقاط دون حق غيره فاذا رضيت بما دون العشرة فقد أسقطت من الحقين فيعمل فيما لها الاسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه فايجاب الزائد بلا موجب فان قيل القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لانه معارضة قلنا ابطاله أن التشبيه المذكور إما فى الحكم ابتداء بان يدعى اندراج تسمية ما لا يصلح فى عدمها فثبوت الحكم فيه أعنى وجوب مهر المثل حينئذ بالنص والاجماع دون القياس وحينئذ يمنع الاندراج وإما فى الجامع وهو القياس ليثبت حكم الجامع فى محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته فى الفرع اذ قياس الشبه الطردى باطل ولا يعلم ما هو الا أن يعينه عدم القدرة على تسليم شئ اذ لا قدرة على تسليم العدم بوجه وحينئذ تمنع كلية الكبرى لان عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحشا وان عينه فوات الخطر الذى وجب لاجله المهر على ما قررتم قلنا فيجب ما يتحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب وأما إفساد المصنف بقوله ولا معتبر بعدم التسمية الخ يعنى لا

ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيأ (ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها أو مات عنها) لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه (وان طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى) لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية

نسلم أن كل مال يصلح مهرا يكون كعدم التسمية في ايجاب مهر المثل لان عدمها قصارا أن يكون لرضاها بغير مهر فانه قد يكون لطلبها مهر المثل لمعرفة أنه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لانها قد ترضى بعدمه تكرما على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد الى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع فيه ظهور ذلك والا لتركوا التسمية رأسا لان زيادة التسمية تكلف أمر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع أنه مختلف في كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل بل الظاهر أنها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الاصل فيه لكان أقرب مع أنه لم يمس المبنى ثم فرع على الخلاف فقال (ولو طلقها قبل الدخول) أي في صورة تسمية ما دون العشرة (فلها خمسة عند علمائنا الثلاثة) لان موجب هذه التسمية عشرة (وعنده المتعة) وفي المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا أو موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلذا تعتبر قيمته وقت القبض اه وعلم مما ذكر أن المراد ثوب بغير عينه أما لو كان بعينه فانها تملكه بنفس العقد كما ستعلم (قوله فلها المسمى ان دخل بها الخ) هذا اذا لم تكسد الدراهم المسماة فان كان تزوجها على الدراهم التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فانما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما ستعرف (قوله وبه يتأكد البدل) أي يتأكد لزومه فانه كان قبل لازما لكن كان على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة (قوله والشئ بانتهائه يتقرر) لان انتهاءه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن إلزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة ويعلم من هذا الدليل أن موتها أيضا كذلك فالاقتصار على موته اتفاق ولا خلاف للاربعة في هذه سواء كانت حرة أو أمة (قوله وان طلقها قبل الدخول والخلوة) أي بعد ما سمى (فلها نصف المهر) ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الآخر الى ملك الزوج وعندنا لا يبطل ملك المرأة في النصف الا بقضاء أو رضا لان الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فأولى أن لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو أعتق الزوج الجارية أي المهورة بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمرأة نفذ عتقه في نصفها عنده وعندنا لا ينفذ في شئ منها ولو قضى القاضي بعد عتقها بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد اذا أعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد ولو أعتقتها المرأة قبل الطلاق نفذ في الكل وكذا ان باعت أو وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي عندنا واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت

الجارية

المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر بأحد الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت أما الدخول فلانه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع (وبه) أي بتسليم المبدل (يتأكد تسليم البدل) وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن فان وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية أن يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية أن يسقط بتقبيل ابن الزوج أو الارتداد والعياذ بالله وبالدخول تأكد وأما الموت فلان النكاح ينتهي بنهايته حيث لم يبق قابلا للرفع (والشئ بانتهائه يتقرر وبتأكد فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه) الممكن تقريرها لوجود المقتضي وانتفاء المانع كالارث والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فان النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح وأما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ويعلم حكمه من قوله (فان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به

وقوله (والاقيسة متعارضة) جواب عما يقال ينبغي أن يسقط كل البدل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فيجب أن يسقط كل البدل كما اذا تبايعا تقايلا ووجهه أن الاقيسة متعارضة قياس يقتضي ذلك كما ذكرت وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لانه فوت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشترى اذا أتلف المبيع قبل القبض واذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص وفيه بحث من أوجه الاول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة والثاني أن التعارض اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما والثالث أن القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة لم يترك بل يعمل المجتهد بأيهما شاء وأجيب عن الاول بأن ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لاثبات الحكم بهما أو بأحدهما بل لبيان أن العمل بهما غير ممكن لتعارضهما أو لمخالفة كل منهما النص فصار كأنه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع (٤٣٩) الى القياس والمعقول فانا لو خلينا ومجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك أحد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الاخيرين فانه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى وقوله (وشرط أن يكون قبل الخلوة) فظهر معناه مما تقدم

والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط أن يكون قبل الخلوة

الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول كمن تزوج ببكر فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول بها فلا يوجب الا نصف المهر عند أبي حنيفة وعند محمد يجب كماله واختلفت الرواية عن أبي يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع أبي حنيفة (قوله والأقيسة متعارضة) جواب عن سؤال مقدر وهو أن الآية وهي قوله تعالى فنصف ما فرضتم عام في المفروض أعطى حكم التنصيف وقد خص منه ما اذا كان المفروض نحو الخمر وما اذا سمي بعد العقد الخالي عن التسمية فانه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز أن يعارضه القياس ان وجد وقد وجد وهو أن في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كاعتاق المشترى العبد المبيع أو اتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى أو يقال هو رجوع المبدل اليها سالما فكان كما اذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الاقيسة متعارضة فان مقتضى الاول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء أصلا فتساقطا فبقي النص على ما كان عليه فكان المرجع اليه وعلى هذا يسقط ما أورد من أن مقتضى العبارة أن المصير الى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لان ذلك في نص لا يعارضه القياس ومن أن القياسين اذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في أحدهما لان ذلك فيما اذا لم يكن عموم نص يرجع اليه لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لان تمام الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فتوجيه السؤال بأن النص قد خص وقياس الطلاق قبل الدخول على اتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب أن لا يجب شيء باطل لانه حينئذ نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص اذ لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء وليس ينسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض بآخر يمنعه من الاخراج وتقريره لا على أنه جواب سؤال يرد عليه ما ذكرنا أنه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص الا أن يكون قصد ذكر الواقع في نفس الامر (قوله وشرط) يعني القدوري في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول (أن يكون قبل الخلوة

(قال المصنف والاقيسة متعارضة) أقول مراده القياسان وهو جواب سؤال مقدر كأنه قيل من الاحكام الشرعية ما ثبت بالادلة الاربعة ومنها بثلاث منها وهو بها باثنين فهل يجوز أن يثبت هذا الحكم بالقياس أيضا كما يثبت بالنص فأجاب بأن الاقيسة متعارضة مع مخالفتها للنص أيضا فلا يمكن العمل بها فكان المرجع النص فقط فليتأمل هذا ما لاح لي (قوله لانه فوت ما ملكه الخ) أقول ان أراد أنه فوته عن نفسه فسلم ولكن لا يستقيم القياس باتلاف المبيع فان الواقع هنا ليس اتلاف البضع بل تسليمه الى صاحبه سالما وان أراد أنه أتلفه فقد عرفت حاله والاظهر جعل المقيس عليه اعتاق المبيع فليتأمل (قوله وفيه بحث من أوجه الاول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلا عن الاقيسة) أقول أي لا وجود له شرعا بحيث يترتب عليه الآثار بأن يعمل به ومورد السؤال ما يفهم من كلام المصنف من أنه لو لا تعارض القياسين لعمل بأحدهما وأنت خبير أن قوله فضلا عن الاقيسة محل بحث (قوله وأجيب عن الاول الخ) أقول المجيب صاحب النهاية (قوله غير ممكن لتعارضهما) أقول صورة (قوله أو لمخالفة كل منهما النص الخ) أقول هذا لا يدل عليه كلام المصنف (قوله هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار الخ) أقول وأحسن من هذا ما ذكره العلامة الزيلعي في شرح الكنز لو ثبت تخصيص النص بالمس والخلوة فراجعه

لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال (وان تزوجها ولم يسم لها مهرا أو تزوجها على أن لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها أو مات عنها) وقال الشافعي لا يجب شئ في الموت وأكثرهم على أنه يجب في الدخول له أن المهر خالص حقها فتمكن من نفيه ابتداء كما تمكن من إسقاطه انتهاء ولنا أن المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي.

قال (وان تزوجها ولم يسم لها مهرا) للمفوضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها مهر المثل اذا دخل بها أو مات عنها وكذا اذا ماتت وقال الشافعي لا يجب شئ في الموت وأكثر أصحابه على أنه يجب في الدخول له أن المهر خالص حقها فتمكن من نفيه ابتداء كما تمكن من اسقاطه انتهاء ولنا أن المهر وجوبا حق الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي) لان الاصل أن بلا في التصرف ما تملكه دون مالا تملكه

(قوله للمفوضة الخ) أقول قال الاتقاني المفوضة التي فوضت نفسها بلا مهر (قال المصنف له أن المهر خالص حقها الخ) أقول قال ابن الهمام لا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثر اه فيه تأمل

لانها كالدخول عندنا) في تأكد تمام المهر بها (قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ) الحاصل أن وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا سواء سكت عن المهر أو شرط نفيه أو سمى في العقد وشرط رد ها مثله من جنسه وصورة هذا تزوجها على ألف على أن ترد اليه ألفا صح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لان الالف بمقابلة مثلها فبقي النكاح بلا تسمية بخلاف ما لو تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز وتنقسم الالف على مائة دينار ومهر مثلها فما أصاب الدنانير يكون صرفا مشروطا فيه التقابض وما يخص مهر المثل يكون مهرا فان طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف أقل من عشرة يكمل لها عشرة ومن صور وجوبه أن يتزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم آخر لانه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا أن في الاضافة الى نفسه ان حكم لها بقدر مهر المثل أو أكثر صح أو دونه فلا الا أن ترضى واليها ان حكمت بمهر مثلها أو أقل جاز أو أكثر فلا الا أن يرضى والى الاجنبي ان حكم لها بمهر المثل جاز لا بالاقل الا أن ترضى ولا بالاكثر الا أن يرضى وكذا اذا تزوجها على ما في بطن جاريته أو أغنامه لا يصح بخلاف خلعها على ما في بطن جاريتها ونحوه يصح لان ما في البطن بعرضية أن يصير مالا بالانفصال وان لم يكن مالا في الحال والعوض في الخلع يحتمل الاضافة كالخلع بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله ومثله ما يخرجه نخله وما يكسبه غلامه (قوله أو مات عنها) وكذا اذا ماتت هي فانه يجب أيضا مهر المثل لورثتها (قوله وقال الشافعي) يعني في قول عنه (لا يجب في الموت شئ) للمفوضة وهو قول مالك في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا (قوله وأكثرهم) أي أكثر أصحابه (قوله له أن المهر خالص حقها فتمكن من نفيه ابتداء كما تمكن من اسقاطه انتهاء) أي بعد التسمية ولا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثر ولان عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة نفسها حبسها الميراث ولنا أن سائلا سأل عبد الله بن مسعود عنها في صورة موت الرجل فقال بعد شهر أقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمن نفسي وفي رواية فمن ابن أم عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله عنه بريئان أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الاشجعيين فقالا نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك هذا فسر ابن مسعود سرورا لم يسر مثله قط بعد اسلامه وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروى بفتحها هكذا رواه أصحابنا وروى الترمذي والنسائي وأبو داود هذا الحديث بلفظ أخصر وهو أن ابن مسعود قال في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثله هذا لفظ أبي داود وله روايات أخر بألفاظ أخر قال البيهقي جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح والذي روى من رد على رضي الله عنه له فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوي الا أبا بكر الصديق ولم ير هذا الرجل ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك وممن أنكر ثبوتها عنه الحافظ المنذري (قوله ولنا أن المهر وجب حقا للشرع) أي وجوبا بتداء حق الشرع لما قدمنا آنفا وانما يصير حقها في حالة

البقاء

(ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر أي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس وفرض الفريضة وأمر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضيه أيضا وذكر بكلمة على (وهذه المتعة واجبة) عندنا (رجوعا الى الامر) وغيره (وفيه خلاف مالك) فانها عنده مستحبة في جميع الصور لان الله تعالى سماها احسانا بقوله تعالى حقا على المحسنين وأجيب بأن ذلك مصروف الى التي لها مهر أو نصف مهر لئلا يعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد لقوله تعالى متعوا والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف الى المستحب والاولى أن يقال الامر وكلمة على في على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ومتاعا وحقا وكلمة على في قوله على المحسنين كلها تقتضي الوجوب وتأكيده فما أن تبطل ذلك كله لاجل لفظ الاحسان أو تؤوله لا أرى تعدل عن التأويل فتؤول بأن معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك احسانا منهم والله أعلم (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وملحفة وخمار) فان كانت من السفلة فمن وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم (وهذا التقدير) أي تقدير العدد (مروي عن عائشة وابن عباس) وذلك لان المرأة تصلي في ثلاثة أثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها كذلك وقوله (لقيامها مقام مهر المثل) قال في النهاية كان من حقه أن يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده الحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل أو نصفه وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه وقوله (والصحيح أنه يعتبر حاله) هو اختيار أبي بكر الرازي (عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره) أي على الغني بقدر حاله

(ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها) وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى أنه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح أنه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره

البقاء أي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعا حق أخذه فتتمكن حينئذ من الابراء لمصادفته حقها دون نفيه ابتداء عن أن يجب (قوله ثم هذه المتعة) أي متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد (واجبة) عندنا وعند الشافعي وأحمد وخصها احترازا عن غيرها من النساء فان المتعة لغيرها مستحبة الا لمن ستذكر وقوله (رجوعا الى الامر) هو قوله تعالى ومتعوهن عقيب قوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة أي ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف الى المطلقات قبل الفرض والمسيس بخلاف المدخول بها فان المتعة مستحبة لها فرض لها أو لا (قوله وفيه خلاف مالك) فمذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور الا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض الا أن تجيء الفرقة من جهتها في جميع الصور ووجه قوله تعليقه بالمحسن أعني الامر المذكور لقوله سبحانه عقيبه حقا على المحسنين وهم المتطوعون فيكون ذلك قرينة صرف الامر المذكور الى الندب والجواب منع قصر المحسن على المتطوع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضا فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفا للامر عن الوجوب مع ما انضم اليه من لفظ حقا وعلى (قوله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة) قدر بها لانها اللبس الوسط لانها تصلي وتخرج غالبا فيها وفي المبسوط أدنى المتعة درع وخمار وملحفة (وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس) ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وحيث قدروها به مع فهم

(قوله أن الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن) أقول قال القرطبي في تفسيره ان لفظة ما موصولة في قوله تعالى مالم تمسوهن (قوله وهو على الوجوب) أقول قوله هو راجع الى الامر يعني ان أمره على الوجوب (قوله لان الله تعالى سماها احسانا الخ) أقول والاحسان هو التطوع (قوله وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد الخ) أقول فيه أن للمجيب أن يقول المصروف الى التي لها مهر أو نصفه هو قوله تعالى حقا على المحسنين فقوله تعالى حقا مصدر مؤكد أي حق حقا فالمراد من ضمير حق تمتيع من سمي لها مهر لدفع التعارض ولا يتوجه عليه أن متاعا مصدر الخ (قوله ويزيدون على ذلك احسانا منهم) أقول فيه بحث فانه يوهم أن لا يجب على غير من يفعل ذلك وليس كذلك والاحسن أن يقال المراد الذين يحسنون الى أنفسهم بالمسارعة الى الامتثال أو الى المطلقات بالتمتيع وسماهم محسنين للمشارفة ترغيبا وتحريضا كذا في تفسير القاضي وقد ذكر العلماء غير ذلك أيضا (قال المصنف والمتعة ثلاثة أثواب الى قوله مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما) أقول تقييد اطلاق الآية لا يكون الا بالخبر المشهور ولا أقل فليتأمل (قوله قال في النهاية الى قوله فكذا فيما قام مقامه) أقول الى هنا كلام النهاية

(وعلى المقتر) أي على الفقير المقل بقدر حاله * ثم المتعة اما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض الاصلي ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فصار الى خلفه وهو المتعة فلا تزاد على نصف مهر المثل وان لم تكن فاما أن تكون مساوية له أو لا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص وان لم تكن فاما أن تكون أقل من خمسة دراهم أو لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلفه ولا مهر أقل من عشرة دراهم فلا متعة أقل من خمسة دراهم وان لم تكن فلها المتعة بالنص فان قيل نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيها تقييد له وهو نسخ فالجواب أن قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم دل على أن المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في مهر من يعتبر في مهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المجمل وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام لا مهر أقل من عشرة دراهم فكان معارضا لآية المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتأمل ان كان القواعد الاصولية على ذكر منك (وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية مهر فهي لها ان دخل بها أو مات عنها) بالاتفاق (وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول أبي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض) والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم

وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل (وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها أو مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) وعلى قول أبي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف بالنص

اللغة يعرف منه أن لفظ متعة لا يقال في اعطاء الدراهم بل فيما سواها من الاثاث والامتعة وهو المتبادر الى الفهم أيضا فلا تقدر بالدراهم وان لم يمتنع أن يقع على الدراهم أيضا لان الشأن في المتبادر من اللفظ وعن الشافعي تقديرها بثلاثين ولا باجتهاد الحاكم وانما يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالهما لان الاثواب معتبرة بحالهما على ما هو الاشبه بالفقه لان في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة وهو منكر بين الناس وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير اليه قول القدوري من كسوة مثلها وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فانها انما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلفه وهكذا في النفقة والكسوة فان كانت من السفل فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم واطلاق الذخيرة كونها وسطا لا بغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لا يوافق رأيا من الثلاثة الا عتبار بحاله أو حالها أو حالهما وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف وصححه عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقد يقال ان هذا يناقض قولهم ان المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لانها خلفه فان كانا سواء فالواجب المتعة لانها الفريضة بالكتاب العزيز وان كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الاقل الا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة وهذا كله نص الاصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها وهذا لان مهر المثل هو العوض الاصلي لكنه تعذر تنصيفه لجهالته فصار الى المتعة خلفا عنه فلا تجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لان أقل المهر عشرة ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لانه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك أجيب بأن النكاح الذي فيه التسمية بالمال أقوى من نكاح لا تسمية فيه وفي الاقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزاد بالطلاق قبل الدخول على نصفه ثم لا تجب المتعة الا اذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والايلاء واللعان والجب والعنة وردته وابائه وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة وان جاءت الفرقة من جهتها فلا تجب كردتها وابائها الاسلام وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وكما لا تجب المتعة بسبب مجيء الفرقة من قبلها لا تستحب لها أيضا لجنايتها ومقتضى هذا أن لا تستحب في خيارها فينبغي أن يقال لجنايتها أو رضاها به واستحباب المتعة لا يحاشيها بالطلاق وكذا الوفسخه بخيار البلوغ أو اشترى هو أو وكيله منكوحة أو باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة وفي كل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها وفي كل موضع تجب فيه يجب والواجب بالعقد هو المسمى أو مهر المثل ان لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه وقيل كله ثم يجب النصف بطريق المتعة (قوله وعلى قول أبي يوسف الاول) اشارة الى أن قوله الآخر كقولهما (قوله فيتنصف بالنص) يعني قوله تعالى فنصف

(قوله ولكن تعذر تنصيفه لجهالته الخ) أقول فيه بحث فانه اذا تعذر تنصيفه للجهالة كيف يعلم أنه زائد على نصف مهر المثل أو مساو أو ناقص فان ذلك فرع معلومية النصف ثم كيف يصار الى خلفه وقد عدم وزالت الجهالة قبل المصير الى الخلف فهذا خلف (قوله فالجواب أن قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم الى قوله فكان معارضا لآية المتعة) أقول فيه بحث فان الاشارة لا تعارض العبارة ولو سلم فلم لا يجوز أن يكون ايجاب المتعة المقدرة بما قدر بيانا لذلك المقدر المجمل في خصوص المفوضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها اذا طلقت قبل

(ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل) اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا أما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية وأما المفروض فبحكم التسمية وكان كما اذا سمى لها مهرا ثم زاد لها شيأ فانهما يلزمان على تقديري الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض وكان تعيينا له ومهر المثل لا ينتصف (فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا) يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم (الفرض في العقد) لانه هو المتعارف وقوله (وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر) فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق بأصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا ووعد المصنف أن يذكره في باب زيادة الثمن والمثمن فنحن نتبعه في ذلك وقوله (لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد) يعني بناء على ما ذكره أنه ينصرف الى المتعارف (وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه) عملا بظاهر قوله تعالى فنصف ما فرضتم من غير فصل

ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف قال (وان زادلها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة) خلافا لزفر وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى (و) اذا صحت الزيادة (تسقط بالطلاق قبل الدخول) وعلى قول أبي يوسف أولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه

ما فرضتم فانه يتناول ما فرض في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي فان لها أن ترفعه الى القاضي ليفرض لها اذا لم يكن فرض لها في العقد (قوله أن هذا الفرض تعيين لمهر المثل) وذلك لان هذا العقد حين انعقد كان موجبا لمهر المثل لان ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر وثبوت الملزوم لا يتخلف عنه ثبوت اللازم فاذا كان الثابت به لزوم مهر المثل لا يتنصف اجماعا فلا يتنصف ما فرض بعد العقد والفرض المنصف في النص أعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم يجب حينئذ حمله على المفروض في العقد بالضرورة لانا لما بينا أن المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وان الاجماع على عدم انتصافه لزم بالضرورة أن المتنصف بالنص ما فرض في العقد على أن المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق أنه أوجبه في العقد فيفيد لذلك نص ما فرضتم به ضرورة أن المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد وهذا من المصنف تقييد بالعرف العملي بعد ما منع منه في الفصل السابق حيث قال أو هو عرف عملي ولا يصلح مقيدا للفظ وقدمنا أن الحق التقييد به وفي الغاية والدراية لا يتناول غيره أي غير المفروض في العقد اذا المطلق لا عموم له وليس بشئ لان المطلق هو المتعرض لمجرد الذات فيتناول المفروض على أي صفة كانت سواء كان في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي عليه لو رافعته ليفرض لها فالصواب ما ذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وان الفرض لتعيين كميته ليمكن دفعه وهو لا يتنصف اجماعا فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا ولان غيره غير متبادر لندرة وجوده (فرع) لو عقد بدون التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد فلا شفعة فيها للشفيع لما قلنا أن المفروض بعده تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان مسمى في العقد ثم باعها به الدار فان فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر وان طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق (قوله لزمته الزيادة خلافا لزفر) والشافعي لانها لو صحت بعد العقد لزم كون الشئ بدل ملكه قلنا اللزوم ممنوع على تقدير الالتحاق بأصل العقد وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها والدليل على الصحة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فانه يتناول ما تراضيا على إلحاقه واسقاطه ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على ألف فان قبلت لزمت والا فلا لان هذه زيادة وقبولها شرط في اللزوم ويناسب هذه مسئلة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقدا في العلانية بأكثر منه إن اتفقا على أن العلانية هزل فالمهر مهر السر وان اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت فالقول لها هذا ان اتحد الجنس فان اختلف فانه ينعقد

الدخول والخلوة الصحيحة ولو سلم فلا دلالة في التي تلاها على عموم الاحوال والازمان فيتأتى التوفيق بحمل آية المتعة على حال الطلاق قبل الدخول فيما لم يسم فيه مهر على ما هو صريح الآية وما تلاه على ما عداه وعليك بالتأمل فان للكلام مجالا (قوله أما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد) أقول لم لا يجوز أن يكون تأكد وجوبه موقوفا على عدم التسمية بعد العقد فاذا تراضيا على تسمية المهر لا يبقى مهر المثل واجبا فليتأمل فانه يقال اصالة مهر المثل تعينه الا أن ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الاصالة للمسمى كما سيجيء بعد ثلاث ورقات (قوله وعندهما يختص بالمفروض الخ) أقول فيه تأمل فان المانع من التنصيف وهو القيام مقام مهر المثل غير موجود هنا والمقتضي وهو الالتحاق بأصل العقد موجود لكنهما يقولان المقتضي هو التسمية عند العقد وفيه بحث

على ما مر (وان حطت عنه من مهرها صح الحط) لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء (واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر) وقال الشافعي لها نصف المهر

بمهر المثل ولو عقد في السر بألف وأظهرا ألفين فكذلك ان اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر أو اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية الا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن مهرها السر وأقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقد في السر بألف ثم عقد في العلانية بألفين وأشهدا أن العلانية سمعة فالسر وان لم يشهدا قال الصدر الشهيد عند أبي حنيفة المهر مهر السر وعند محمد مهر العلانية وذكر القاضي الامام أبو يوسف مكان محمد وجعل محمدا مع أبي حنيفة قال لو تزوج امرأة بالف ثم جدد النكاح بالفي درهم اختلفوا فيه ذكر خواهرزاده أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا تلزم الالف الثانية وعلى قول أبي يوسف تلزمه الالف الثانية وذكر في المحيط قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وفي شرح الطحاوي لو تزوجها على ألف ثم ألفين لا يثبت الثاني خلافا لابي يوسف وعلل عدم الثبوت بانهما قصدا اثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة فاتفقت هذه النقول على أن قول أبي حنيفة عدم الثاني وعلى عكس هذا حكى الخلاف في الكافي للشيخ حافظ الدين قال تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على ألف ثم تزوجها في العلانية بألفين فمهرها ألف درهم ويكون هذا زيادة في المهر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف المهر هو الاول وهذا هو ظاهر المنصوص في الاصل وعليه مشى شمس الائمة أن عند أبي حنيفة المهر مهر العلانية قال في المبسوط اذا توافقا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثاني بعد الاول لغو والاشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمياه فيه وان لم يشهدا على ذلك فالذي أشار اليه في الكتاب المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا هذا عند أبي حنيفة فاما عند أبي يوسف ومحمد المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فاذكر فيه أيضا من الزيادة يلغو وعند أبي حنيفة العقد الثاني ان كان لغوا فاذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر منه سنا هذا ابني لما الغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعنده وان لغا صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق اه كلام شمس الائمة وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني قوله أشار في الكتاب الى أن المهر مهر العلانية هو والله أعلم باطلاق اعتبار العلانية في الاصل فان عبارته فيه اذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية فالتسمية في العلانية يشمل ما اذا أشهدا على أن العلانية هزل غير مقصود واذا لم يشهدا على ذلك وما اذا كان التسمية ليس في ضمن عقد بل مجردا ظهاره على ما هو عكس أول صور المواضعة ونبهنا عليه أو في ضمنه فما أخرجه الدليل خرج ويبقى الباقي ولا اختلاف في اعتبار الاول اذا أشهدا على هزلية الثاني أو اعترفا به مطلقا فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو في ضمن عقد ثان مرادا قطعا وظاهر هذا أنه لا خلاف فيه بينهم ولهذا والله سبحانه أعلم ذكر عصام أن عليه ألفين ولم يذكر خلافا وان ذكر في المحيط عنه أنه ذكر في كتاب الاقرار أنه لا تثبت الزيادة فاذا حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول أبي حنيفة البتة لانه وضع الاصل لافادة قوله وكأن القاضي الامام قاضيخان انما أفتى بأنه لا يجب بالعقد الثاني شيء الا اذا عنى به الزيادة في المهر لما علم أن علة اعتبار العلانية فيما اذا جددا ولم يشهدا كونه زيادة لكن الاوجه الاطلاق فان ذلك يقتضي أن يسأل الزوجان عن مرادهما قبل الحكم وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة الى ذلك لانه اذا كان الثابت شرعا جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادرا من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه بل يجب أنه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك نعم ويحال أيضا أنه يجب الالفان مع الالف السر فتجتمع عليه ثلاثة آلاف لان الاول قد ثبت وجوبه ثبوتا لا مرد له والمفروض له

كون

وقوله (على ما مر) يعني في المسئلة المتقدمة قال (واذا خلا الزوج بامرأته) هذا بيان أن الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي فانه يقول لها نصف المهر

لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها فى البدل اعتبارا بالبيع

كون الثانى زيادة فيجب بكماله مع الاول ومن ثم ذكر فى الدراية عن شرح الاسبيجابى جدد على ألف آخر تثبت التسميتان عند أبى حنيفة وعندهما لا تثبت الثانية وكذا لو راجع المطلقة بألف وفى النوازل عن الفقيه أبى الليث اذا جدد يجب كلا المهرين ووجه من نقل لزوم الثانى فقط اعتبار ارادة الاول فى ضمن الكلام الثانى لان الظاهر كون المقصود تغيير الاول الى الثانى والذى يظهر من الجمع بين كلام القاضى والاطلاق المتظافر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه اذا لم يشهد من حيث الحكم ومراد القاضى لزومه عند الله فى نفس الامر ولا شك انما يلزم عند الله تعالى اذا قصد الزيادة فاما اذا لم يقصد احتى كانا هازلين فى نفس الامر فلا يلزم عند الله شئ حتى لا يطالب به فى القيامة ويلزم ذلك فى حكم القاضى لانه يؤاخذه بظاهر لفظه الا أن يشهد على خلافه وما قيل من أنه لا يجب المهر الثانى الا اذا كانت قالت لا أرضى بالمهر الاول أو أبرأته ثم قالت لا أقيم معك بدون مهر فاما اذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثانى قريب من قول القاضى وحاصله اعتبار قرينة ارادة الزيادة واختلافهم فيما اذا كان التجديد بعد هبتها المهر الاول أنه هل يكون وجوب الثانى على الخلاف أو أن الاتفاق على عدم وجوبه غير بعيد اذ قد يخال كون الزيادة تستدعى قيام المزيد عليه وبالهبة انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثانى زيادة وهو المحقق لوجوبه وقد يقال انما يستدعى دخوله فى الوجود لا بقاءه الى وقت الزيادة فصلح منشأ للخلاف فى ثبوته على الخلاف أو عدم ثبوته بالاتفاق وفى الفتاوى امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم ان زوجها أشهد أن لها عليه كذا من مهرها تكاموا فيه والمختار عند الفقيه أبى الليث أن اقراره جائز اذا قبلت ووجهه فى التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما أمكن وقد أمكن بان يجعل كأنه زادها فى المهر وانما شرطنا القبول لان الزيادة فى المهر لا تصح الا بقبول المرأة اه والخلاف المشار اليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذى قبله لانه فى صورة هبتها المهر والقيد وهو قبول المرأة صحيح لا يخالف المنقول عن أبى حنيفة وذلك لان المنقول هو ما اذا جددا وعقدا ثانيا بأكثر مما يفيد اجتماعهما على الامر الثانى وذلك يفيد قبولها الثانى بلا شبهة بخلاف هذه الصورة فان المذكور فيها أن الزوج أقر أو أشهد ونحوه وهو لا يستلزم ذلك (قوله لان المعقود عليه) وهو منافع بضعها (انما يصير مستوفى بالوطء) ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء فلا يجب كمال المهر قبله (قوله ولنا أنها سلمت المبدل الخ) يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم (قوله اعتبارا بالبيع) والاجارة يعنى أن الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والاجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم اليه وان لم يستوف المشترى والمستأجر منفعة أصلا فكذا فى المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل أولى وأما قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فالمجاز فيه متحتم لانه ان حمل المس على الوطء كما يقول فهو من اطلاق اسم السبب على المسبب والاوجه أنه من اطلاق اسم المطلق على أخص بخصوصه وان حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب اذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن وبرجح الثانى موافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة أو نظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل رواه الدارقطنى والشيخ أبو بكر الرازى فى أحكامه وقد يقال يجب أن لا يعتبر هنا خلاف الاول مجاز الا مجاز يعم الحقيقة والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيها والا لزم أنه لو طلقها وقد وطئها بحضرة الناس وجب نصف المهر لانه طلقها قبل الخلوة والفرض أنها المراد بالمس فى النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة ويجاب بأن ثبوت الكمال فى الصورة المذكورة بالاجماع للاجماع على أنه حينئذ تسليم

(لان المعقود عليه) وهو منافع البضع (انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه) لان التأكد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطء ولم يوجد (ولنا أنها سلمت) وتقريره أن الواجب لا يكون الا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها فى البدل كما فى البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشترى وأما ما ذكر أن المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكن ذلك تسليم وليس فى قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك

(وان كان أحدهما مريضا أو صائما فى رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة) حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور

المبدل مع ادعاء الاجماع على وجوب كماله بالخلوة كما نقله الشيخ أبو بكر الرازى فى أحكامه حيث قال هو اتفاق الصدر الاول وحكى الطحاوى فيه اجماع الصحابة وقال ابن المنذر هو قول عمر وعلى وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم أجمعين وتوافقه قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض أوجب جميع المهر بالافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول فى الفضاء قاله الفراء وحينئذ فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذى هو معنى النص مخصوصا أخرج منه الصورة التى أوردناها والدليل على وجود المخصص الاجماع المذكور ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنى بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزوج قبل تمام الزنا والمهر المسمى بالنكاح لان هذا يزيد على الخلوة (قوله وان كان أحدهما مريضا) شروع فى بيان موانع صحة الخلوة وعبارة شرح الطحاوى فيه جامعة قال الخلوة الصحيحة أن يخلو بها فى مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الاعظم والسطح الذى ليس على جوانبه ستر وكذا اذا كان الستر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام انسان يطلع عليهما يراهما وأن لا يكون مانع من الوطء حسا ولا طبعا ولا شرعا اه ومن فصل الموانع ذكر منها الرتق والقرن والعذل وأن تكون شعراء أو صغيرة لا تطيق الجماع أو هو صغير لا يقدر عليه وقال بعضهم ان كان يشتهى وتتحرك آلته ينبغى أن يجب عليه كمال المهر واذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين أن يكون بصيرا أو أعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم فان كان صغيرا لا يعقل أو مجنونا أو مغمى عليه لا يمنع وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان وزوجته الأخرى مانعة اليه رجع محمد والجوارى لا تمنع وفى جوامع الفقه جارية تمنع بخلاف جاريته وفى شرح المجمع فى أمته روايتان والكلب العقور مانع وغير العقور ان كان لها منع أو له لا يمنع وعندى أن كلبه لا يمنع وان كان عقورا لان الكلب قط لا يعتدى على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها الى مكان خال فهى صحيحة ولا تصح الخلوة فى المسجد والحمام وقال شداد ان كانت ظلمة شديدة صحت لانها كالسارب وعلى قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له اذا كانت ظلمة شديدة والاوجه أن لا تصح لان المانع الاحساس ولا يختص بالبصر ألا ترى الى الامتناع لوجود الاعمى ولا ابصار للاحساس ولا تصح فى بستان ليس له باب وتصح فى محمل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وان كان نهارا والحجلة والقبة كذلك ولو كانا فى مخزن من خان يسكنه الناس فرد الباب ولم يغلقه والناس قعود فى وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت وان كانوا مترصدين لا تصح وهذه الموانع من قبيل الحسى ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند أبى الليث وتصح عند الفقيه أبى بكر وكذا لو كانت نائمة ولو عرفها هو ولم تعرفه هى تصح ﴿ فرعان ﴾ الاول لو قال ان خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر الثانى للزوج أن يدخل بزوجته اذا كانت تطيق الجماع من غير تقدير وقد قدر بالبلوغ وبالتسع * واعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء فى حق بعض الاحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى فى مدة العدة ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه فى الاحصان وحلها للاول والرجعة والميراث وحرمة البنات يعنى اذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعا واذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت فى العدة للاحتياط الواجب فى هذه الاحكام وفى شرح الشافى ذكر تزوج البنت على عكس هذا ففيه خلاف وأما فى حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والاشبه وقوعه لان الاحكام لما اختلفت فى هذا الباب وجب أن يقع احتياطا

(قوله

وقوله (وان كان أحدهما مريضا) بيان لما يكون مانعا عن الخلوة حسيا كان أو شرعيا وقوله (وقيل مرضه) حاصله أن المرض فى جانبها يتنوع بلا خلاف وأما المرض من جانبه فقد قيل إنه أيضا يتنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع أنواعه فى ذلك على السواء قال الصدر الشهيد هو الصحيح ووجهه ما قال المصنف مرضه (لا يعرى عن تكسر وفتور)

وقوله (وان كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار) اعترض عليه بأنه ينبغي أن لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان وأجيب بأن لزوم القضاء في التطوع عندنا لضرورة صيانة المؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعدو الى افساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان أثره عاما وقوله (وهذا القول في المهر هو الصحيح) أي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح وأما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو أنه لا يباح الافطار بغير عذر وحاصله أن المأخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن أبي حنيفة وهي أن صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمنعه عن الوطء شرعا لما فيه من ابطال العمل المؤثم وقوله (واذا خلا المجبوب) المجبوب (٤٤٧) هو الذي استؤصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب (بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة وقالا عليه نصف المهر لانه أعجز من المريض) لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع عن الخلوة فالجب أولى (بخلاف العنين) فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجود اسبب الى الوطء اذ الاصل السلامة في الوصف أيضا فيدار الحكم عليه (ولابي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق) لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها وأما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها كما تقدم (وعليها العدة في جميع هذه المسائل) يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة (احتياطا استحسانا لتوهم الشغل

وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا (وان كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله) لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله (واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة وقالا عليه نصف المهر) لانه أعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم أدير على سلامة الآلة ولابي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به قال (وعليها العدة في جميع هذه المسائل) احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه

(قوله وهذا التفصيل في مرضها) قال الصدر الشهيد وهو الصحيح (قوله وهذا القول) أي رواية المنتقى في حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها أما في حق جواز الافطار فالصحيح غيرها وهو أنه لا يباح الا بعذر وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثا أن رواية المنتقى في جواز الافطار بلا عذر ثم وجوب القضاء أقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبي حنيفة أنه يمنع لانه يمنعه الجماع ويجعله آثما لما فيه من ابطال العمل (قوله أدير على سلامة الآلة) يعطى أن خلوة الخصي صحيحة وهو كذلك بالاتفاق (قوله والعدة واجبة في جميع هذه المسائل) أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا الى التمكن الحقيقي وكذا في المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبي سليمان وذكر التمرتاشي ان علم أنه ينزل يثبت وان علم بخلافه فلا وعليها العدة والاول أحسن وعلم القاضي بأنه ينزل أو لا ربما يتعذر أو يتعسر قال العتابي تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهرا أو حقيقة فقيل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء وقوله (والعدة حق الشرع) ولذا لا تسقط لو أسقطاها ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد (والولد) أي وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره فلا يصدقان في ابطالها باتفاقهما على عدم الوطء (بخلاف المهر لانه مال فلا يحتاط في ايجابه) غير أن في وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملا

(قوله وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح الى قوله دفعا للضرر عنها هو الصحيح أما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو أنه لا يباح الافطار من غير عذر) أقول لعل هذا يجعل عذرا في اباحة الافطار فليتأمل في هذا المقام فانه لا يخلو عن الكلام (قوله فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله الخ) أقول فيه أنه لا يناسب القياس والاظهر عندي فلا يصدق واحد منهما في ابطال حق الغير وهو الشرع والولد

قوله (وذكر القدورى فى شرحه) أى شرح مختصر الكرخى وكلامه واضح قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعى تجب لكل مطلقة الا لهذه) التركيب على هذا الوجه هو الذى وقع فى النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى يقتضى أن لا تكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها الذى لها فى قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة ويقتضى أن لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها لها فى المبسوط والمحيط والحصر وزاد الفقيه وجامع الاسبيجابى ويقتضى أن لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعى لانه استثناها من الوجوب وذكر فى الحصر أنها واجبة عنده لهذه المستثناة أيضا واذا عرفت هذا فاعلم أن معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التى ذكرناها من قبل الا المطلقة (٤٤٨) واحدة وهى التى طلقها الزوج الخ وهو اختيار القدورى فانه ذكر فى شرحه أن

وذكر القدورى فى شرحه أن المانع ان كان شرعيا كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا) وقال الشافعى تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه أوحشها بالفراق الا أن فى هذه الصورة نصف المهر طريقه المتعة لان الطلاق فسخ فى هذه الحالة والمتعة لا تتكرر

(قوله وذكر القدورى فى شرحه) لمختصر الكرخى (أن المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة) فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين لعدم الشغل وما قاله قال به الترتاشى وفاضيخان ويؤيد ما ذكر العتابى الا أن الاوجه على هذا أن يخص الصغر بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة فى غيرهما واعلم أن المراد بوجوب العدة بالخلوة انما هو فى النكاح الصحيح أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول (قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهى التى طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا) وفى كل من الصدر والاستثناء اشكال أما الاول فان المطلقة قبل الدخول التى لم يسم لها مهرا داخلة فى عمومه والمتعة واجبة لها وأما الثانى فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر فى المبسوط والمحيط والمختلف والحصر أن المتعة تستحب لها وأجيب عن الاول أن الاستحباب مستعمل فى أعم من الوجوب يعنى أنه بالمعنى اللغوى أو هو عام مخصوص بالصورة السابقة وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها فكأنه قال وتستحب لكل مطلقة غير تلك وعن الثانى أنه قول القدورى تبعه فيه وفى بعض مشكلات القدورى المتعة أربعة أقسام واجبة وهى ما تقدم ومستحبة وهى التى طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهى التى طلقها بعد الدخول وقد سمى لها المهر والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهى التى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا الان نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة وقيل الصحيح أن هنا تغييرا وقع من الكاتب فذكر بعضهم أن فى بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ونقل فى الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد (قوله وقال الشافعى رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه) وعن أحمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك وجه قول الشافعى أنها فى المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص وأما فى المدخول بها فلان وجوب المتعة الواجبة فى صورة عدم التسمية للايحاش بالطلاق وما سلم لها من المهر ليس فى مقابلته بل فى مقابلة البضع فتجب دفعا للايحاش وأما التى لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر الثابت لها

المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة التى طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الا التى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة وأما الشافعى فله فى المستثناة قولان فى قوله القديم تجب وهو الذى ذكره صاحب الحصر وفى الجديد لا تجب وهو الذى ذكره فى الكتاب وهو أصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة أقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما أن تكون ملموسة أولا فان تكن فاما أن يكون مهرها مسمى أولا فان لم يكن فهى التى وجبت لها المتعة وان كان فهى المستثناة التى لا تستحب لها المتعة وان كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى أو لم يكن تستحب لها المتعة وعند الشافعى هى تنقسم الى واجبة والى غيرها واستدل له فى الكتاب بقوله

(لانها وجبت) وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة بقوله من الزوج لايحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب لكل من أوحشت به فالمتعة تجب لكل مطلقة لانها أوحشت بالفراق (الا أن فى هذه الصورة) يعنى المستثناة (نصف المهر يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ) معنى (فى هذه الحالة) لعود مالها اليها سالما وذلك يقتضى سقوط المهر كله كما فى فسخ البيع لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة (والمتعة لا تتكرر) فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن قولنا ان المهر عوض والمتعة خلف عنه والفائدة تظهر فى مسئلتين احداهما أن المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده تستحق لانها وجبت صلة بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية أن المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا للا يزيد الخلف على الاصل وعنده تزاد

ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل فى المفوضة) لوجود حد الخلف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة والحال أن العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم على ما عرف فى الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل ولا يعنى بالخلف الا ما يجب بعد سقوط شئ مضافا الى سبب ذلك الشئ كالتيمم مع الوضوء فثبت أنها خلف (والخلف لا يجامع الاصل) فالمتعة لا تجامع مهر المثل (ولا شيأ) متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله * واعلم أنه قيل فى توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية وبقوله شيأ منه نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية وفيه نظر لانه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله المتعة (٤٩) خلف عن مهر المثل فان قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس فى ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى أو بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب أن يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيأ منه المسمى وبعضه ومن هى من المتصلة كما فى قوله تعالى والمنافقون والمنافقات بعضهم من بعض أى بعضهم متصل ببعض فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا يجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا يجامع شيأ متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله ويكون قوله ولا شيأ منه ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم لا أنه من نتيجته لانه لم يذكر فى مقدماته لكنه لما كان متصلا به ألحق بحكمه ومعنى الاتصال بين

ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل فى المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيأ منه فلا تجب مع وجوب شئ من المهر وهو غير جان فى الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل (واذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها)

بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم بطريق المتعة أى بطريق ايجاب المتعة فى غيرها وهو جبر صدع الايحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة أخرى والا تكررت وقوله فسخ مجازا لانه وقع طلاقا حتى انتقص به عدد الطلاق لكنه كالفسخ من جهة أنه كالحالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالما اليها فلا يلزم كون ما ذكر على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لانه فسخ ثم يجب بطريق المتعة مخالفا لقول المحققين انه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله أيضا قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين خص منها تلك المطلقة بنص فنصف ما فرضتم جعله تمام حكمها وبه يحمل قوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات الى قوله فمتعوهن على غير المفروض لها العقلية أن نصف مهرها بطريق المتعة (قوله ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل فى المفوضة) بكسر الواو المشددة وقع به السماع لانها مفوضة أمر نفسها وليها والمزوج ويجوز فتحها أى فوضها وليها المزوج وهى التى زوجت بلا مهر مسمى وحاصله منع كون علة الوجوب فى الاصل وهى المفوضة الايحاش وأبطل مناسبته للعلية آخرا بقوله وهو غير جان فى الايحاش لانه باذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لانه أقرب الى فهم من علم أنه تعالى أسقط ما كان واجبا لها ثم أوجب لها شيأ آخر مكانه وعلم أن لا جناية فى الطلاق بل قد يكون مستحبا فى التى لا تصلى والفاجرة ولا سقوط فى المدخول بها مطلقا فلا تجب لانتفاء العلة المساوية ولا نسلم أن ما سلم للمدخول بها فى مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال فى قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم محصنين ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول غير أن بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين اما ان اللام للعهد الذكرى فى المطلقات التى لم يسم لهن مهرا لانهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن أو يراد بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها وأما غير المدخول بها المسمى لها فحصل الاتفاق وانما أثبتنا الاستحباب فى المدخولات لقوله تعالى أسكنوهن وأسكنوهن سراحا جميلا وهن مدخولات (قوله واذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر) أى صداقا فيه وانما قيد به لانه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقا

(٥٧ - فتح القدير ثانى) مهر المثل والمسمى أن كلا منهما يقع أمثالا لما هو المهر عند الله وبيان له كما عرف فى الاصول ويعضد هذا قوله فى آخر كلامه (فلا تجب مع وجوب شئ من المهر) لتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذى سنح لى فى حل هذا الموضع والله أعلم وقوله (وهو غير جان) جواب عن قوله أوحشها بالفراق وتقريره سلمنا أنه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن فى الايحاش جانيا لانه فعل ما فعل باذن الشرع (فلا تلحقه الغرامة) بوجوب المتعة (فكان) المتعة بتأويل المتاع (من باب الفضل) أى الاستحباب قال (واذا زوج الرجل ابنته)

(قال المصنف ولا شيأ منه) أقول لفظة من فى قوله منه هى الاتصالية أى ولا شيأ متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله (قال المصنف ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر) أقول أراد بالعقد المعقود عليه هو البضع قال ابن

واذا زوج رجلان كل منهما بنته أو أخته للآخر بشرط أن يزوجه الآخر بنته أو أخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما بهذا الشرط كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه وقال الشافعي النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك والاشتراك في هذا الباب مبطل للايجاب (ولنا أنه سمى مالا يصلح صداقا) وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل (كما اذا سمى الخمر والخنزير) وقوله (ولا شركة بدون الاستحقاق) جواب الخصم وبيانه أن البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (وان تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة أو على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين) يعني سواء كان عبدا أو حرا (لان ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا) لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه اذا استأجر شخصا على تعليم القرآن أو الاذان أو الاقامة جاز عنده (فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال حرية

وقال الشافعي بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا أنه سمى مالا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق (وان تزوج حر امرأة على خدمته اياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته) وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال

للاخرى أو معناه بل قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب فيه مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله يبطل العقد بالمنقول والمعقول أما الاول فحديث عمر رضي الله عنه أخرجه الستة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لا شغار في الاسلام والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي الى كل ولي يزوج موليته على أن يزوجه الآخر موليته كسيد الامة يزوج أمته على أن يزوجه الآخر موليته كذلك وأما الثاني فان كل بضع صداق حينئذ ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل والاطناب في تقريره مستغنى عنه والجواب عن الاول أن متعلق النهي والنفي مسمى الشغار وما خوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا تثبت النكاح كذلك بل نبطله فيبقى نكاحا سمي فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير فما هو متعلق النهي لم نثبته وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته أعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصلح مهرا فظهر أنا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناه ولم نوجب البضع مهرا وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبته اذ لا شركة بدون الاستحقاق وقد أبطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر نصفه فبقي كله منكوحا في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح بخلاف ما لو زوجت نفسها من رجلين فان بطلان الاشتراك فيه لم يستلزم بطلان النكاح وانما استلزمه عدم موجب التعيين لعدم الاولوية (قوله وان تزوج حر امرأة على خدمته شهرا أو سنة فلها مهر مثلها وقال محمد في الجامع لها قيمة خدمته سنة) ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول أبي يوسف فقال الهندواني ينبغي أن يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة وهو الاظهر والا لم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير (قوله وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين) أي وجهي

الهمام وانما قيدنا به لانه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقا للاخرى أو معناه بل قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف اه فعلى هذا كان الظاهر أن يقول ليكون كل من العقدين عوضا عن الآخر وقبله الزوج كما لا يخفى (قال المصنف وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز) أقول الاولى تأخير قوله باذن مولاه عن قوله على خدمته سنة

لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم (والتعليم ليس بمال) فلا يكون الابتغاء به مشروعا (وكذلك المنافع على اصلنا) لانها لا تبقى زمانين والتمول يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به مشروعا (وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد) كما في الاجارة (ولا كذلك الحر) وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعى الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح (لما فيه من قلب الموضوع) لان عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج (٤٥١) مخدوما لقوله عليه الصلاة والسلام

والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة و بخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه و بأمره و بخلاف رعى الاغنام لانه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير

حرية الزوج وعبديته (قوله وكذا المنافع على أصلنا) قصر النظر على هذه النكتة يوجب أن لا يصح تسمية شئ من المنافع وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الاعيان ما خلا خدمة الحر ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر وهذا موافق لما في جامع قاضيخان وشرح الشافي لنجم الدين عمر النسفي وما قال في البدائع لو تزوجها على سائر منافع الاعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه يعني أن تزرع هي أرضه ونحوها من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع أموال أو ألحقت بالاموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة اليها والحاجة في النكاح متحققة وامكان الدفع ثابت بتسليم محالها اذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح وفي الغاية معزيا الى المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير الى أنه لا يخدمها فاما لانه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة وإما أن يكون مراده اذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه وأنت اذا تأملت تعليل محمد رحمه الله وجوب قيمة الخدمة بان المسمى مال الا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما نفي ماليته بعدم استحقاقه في هذا العقد يحال المفيد أنه لو استحق تسليمه ألحق بالاموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لا تكاد تتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر ثم بعد هذا يجب أن ينظر فان لم يكن بامره ولم يجزه وجب قيمتها وان كان بأمره فان كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هي قيمتها أو لا تستدعي ذلك وجب تسليمها وان كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى تصير أحق بها لانه أجير وحد فان صرفته في الاول فكالاول أو في الثاني فكالثاني وقد أزال المصنف الريب (١) آخرا بقوله بخلاف خدمة حر آخر فانه لا مناقضة والحاصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز التزوج عليها وما لا لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة أو حر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الاجرة على ذلك كالاذان والامامة والحج وعند الشافعي يجوز أخذ الاجرة على هذه فصح تسميتها واختلفت الروايات في رعي غنمها وزراعة أرضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه وكون الاوجه الصحة لقص الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا انما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف (قوله و بخلاف رعي الاغنام الخ) يعني أنه لم يتمحض خدمة لها اذا العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح مالهما أي بأن يقوم كل بمصالح مال الآخر (على أنه ممنوع في رواية) في الدراية بخلاف رعي الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الاصل والجامع وهو الاصح يعني على أن يزرع لها أرضها و يجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا ألا يرى أن الابن اذا استأجر أباه للخدمة

النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا لها كون الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف (بخلاف خدمة حر آخر برضاه) فانه يصح أن يكون مهرا لانه يسلم فيه رقبته كالمستأجر ولا مناقضة فيه على أنه ممنوع في احدى الروايتين (و بخلاف خدمة العبد لانه يخدم المولى معنى حيث يخدمها باذنه وأمره) بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهر الانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال ويمكن أن يقال ذكر المصنف على المدعى دليلين أحدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني قوله ولان خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول وأخرى باعتبار الثاني (و بخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية) وفي عبارة المصنف تسامح لانه قال في الدليل ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على

أصلنا فان كان محمد داخلا في قوله ولنا فقوله (ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال) ينافض ذلك

(قوله لتضمنه تسليم رقبة العبد) أقول الذي هو المال (قوله ولا كذلك الحر) أقول فان رقبته ليست بمال (قوله وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم) أقول ويدل على ذلك اطلاق قوله ولا كذلك الحر

(١) قوله آخرا كذا في بعض الاصول وفي بعضها أولا والامر سهل كتبه مصححه

وان لم يكن داخلا كان المناسب ولهما دفعا للالتباس ويمكن أن يجاب عنه بأنه داخل بالنسبة الى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال في الآخر ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال عند العقد (الا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة) أي خدمة الحر (ليست بمال اذ لا تستحق فيه) أي لا تستحق الخدمة في النكاح (بحال) ولو كانت مالا لاستحقت لانه وجد المقتضي وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال وذكر بعض الشارحين أن سماعه في هذا المكان بكلمة أو هكذا أولا تستحق فيه بحال وهو حسن لمعنيين أحدهما أن يكون كل واحد من قوله لان الخدمة ليست بمال وقوله أولا تستحق بحال فيه دليل على وجوب مهر المثل ويكون الاول اشارة الى قوله ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني أن قوله اذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال الا بما ينفيه من وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو لا يتم لان المخصم أن يقول لا نسلم أنها لو كانت مالا لاستحقت فيه وقوله لانه وجد المقتضي وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال يقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا (٤٥٢) الى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمه اذ لقائل أن يقول

قوله وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن أن يجاب عنه بأنه أعاده تمهيدا لبيان التعليل بقوله (وهذا) أي وجوب مهر المثل (لان تقومه بالعقد للضرورة) أي لان تقوم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة الناس في العقود وهي انما تندفع بالتسليم الى المحتاج (فاذا لم يجب تسليمه في هذا العقد) لمكان التناقض (لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للاصل وهو مهر المثل) ولو قال فاذا لم يجز تسليمه كان أولى فتأمل قال (فان تزوجها على ألف) هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية على قسمين إما أن يتزوجها على مالا يتعين بالتعيين واما كالنقود أو على ما يتعين به كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين إما أن يكون الصداق مقبوضا لها أو لم يكن وكل واحد

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم يجب تسليمه بالعقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للاصل وهو مهر المثل (فان تزوجها على ألف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة)

لا يجوز ولو استأجره للرعي والزراعة يصح اه ﴿فروع﴾ واذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها كأن يقول أعتقتك على أن تزوجيني نفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهي بالخيار في تزوجه فان تزوجته فلها مهر مثلها خلافا لابي يوسف له الحديث الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم تزوج صفية وجعل عتقها صداقها قلنا نص كتاب الله تعالى يعين المال فانه بعد عد المحرمات أحل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال قال الله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين الآية وقول الراوي ذلك كناية عن عدم المهر يعني أنه أعتقها وتزوجها ولم يكن شئ غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وغاية ما فيه أن ما ذكرناه محتمل لفظ الراوي فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب وان أبت أن تتزوجه ألزمناها بقيمتها ولو كانت الجارية أم ولد فأعتقها على ذلك فأبت قال أبو حنيفة لا يجب عليها قيمتها الان رقها غير متقوم عنده ولو قالت لعبدها أعتقتك على أن تتزوجني بألف أو على أن تعطيني ألفا فقبل عتق فان أبى تزوجها فعليه قيمة نفسه وان تزوجها بألف قسم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها فما أصاب الرقبة فهو قيمته وما أصاب المهر فهو لها ويتنصف بالطلاق قبل الدخول (قوله فان تزوجها على ألف) حاصل وجوهها اذا تزوجها على مسمى فاما أن يكون من الدراهم أو الدنانير أو المكيل أو الموزون غير المعين بخلاف المعين منهما فانه كالعرض

(قوله ويمكن أن يجاب الى قوله ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة الخ) أقول فكان المناسب حينئذ أن يقول وكذا المنافع على أصلهما لئلا يلزم الالتباس ولعل الاولى أن يقال محمد متفق معهما في سلب المالية عن الخدمة قبل العقد وانما ثبتت لها المالية بالعقد وهما لا يثبتان لها المالية بمجرد العقد بل بالتسليم بعده فان الضرورة انما تندفع به فاندفع المناقضة والمخالفة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله والمعنى الثاني أن قوله اذ لا تستحق فيه بحال لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال الخ) أقول ولو جعل قوله وهذا اشارة الى وجه دلالة قوله اذ لا تستحق فيه بحال على عدم المالية لاندفع ما ذكره ثم المراد من نفي مالية الخدمة نفي تقومها على ما يدل عليه تشبيهه بتسمية الخمر والخنزير وقوله لان تقومه الخ فليتأمل (قال المصنف وهذا لان تقومه بالعقد) أقول أي لان تقوم المسمى وهو الخدمة (قوله وهذا أي وجوب مهر المثل) أقول وعندي هو اشارة الى وجه دلالة قوله اذ لا تستحق الخ على عدم المالية لمكان التناقض (قوله فاذا لم يجب تسليمه في هذا العقد الى قوله ولو قال فاذا لم يجز تسليمه كان أولى) أقول وانما قال لم يجب اشارة الى أنه لو كان مالا متقوما لوجب تسليمه في عقود المعاوضة (قوله كالنقود الخ) أقول وسائر الموزونات والمكيلات اذا كانت في الذمة (قوله كالعروض والحنطة) أقول اذا أشير اليهما حيث جعلا مهرا (قوله اما أن يكون الصداق مقبوضا لها) أقول كلا أو بعضا

منهما على وجهين إما أن تهب المرأة الكل أو البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو ألف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة درهم لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه بنصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة هذه الالف كهبة ألف أخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع (وكذا اذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيأ آخر في الذمة) غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت (فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع أحدهما على الآخر بشئ وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم له المهر بالابراء) وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه (فلا تبرأ) المرأة (عما يستحقه) وجه الاستحسان أن ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء (ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود) لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر لك على ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الآخر الجارية جاريتك ولي عليك ألف درهم لزمه المال لحصول المقصود وان كذب في السبب وهو بيع الجارية (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره أو وهبت (٤٥٣) الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع

لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيأ آخر في الذمة لعدم تعينها (فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ) وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وجه الاستحسان أنه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت) اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق بأصل العقد ولابي حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح

وإما من العروض أو الحيوان معينا أو في الذمة ففي الاول ان وهبت الكل أو نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا أو قبله لم يرجع بشئ خلافا لزفر أو بعد قبض نصفه لم يرجع بشئ خلافا لهما وقال لا يرجع بنصف المقبوض كائنا ما كان من النسبة حتى لو كانت وهبته أقل من النصف وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض وعنده يرجع الى تمام نصف الصداق وفي الثاني لا يرجع بشئ مطلقا قبضت أو لم تقبض وأوجب زفر رجوعه بنصف قيمة العرض وجه

واحد منهما على صاحبه بشئ عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل) فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عندنا عليها بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض (ولان هبة البعض) الذي لم يقبضه (حط) والحط يلتحق بأصل العقد فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة (ولابي حنيفة أن مقصود الزوج) وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض (قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق) كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما اذا باعت من زوجها وقوله (والحط) جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك أن الحط انما يلتحق بأصل العقد اذا كان العقد عقد مغابنة يحتاج الى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحط والنكاح ليس كذلك

(قوله وهو ألف درهم) أقول يعني مثلا (قال المصنف لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه) أقول لان ما قبضته ليس عين ما جعل مهرا فانه وصف في الذمة ومقبوضها عين (قوله لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه بنصف الصداق بالنص) أقول قوله بالطلاق متعلق بقوله يستوجب وضمير فانه راجع الى الطلاق (قول لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ الخ) أقول وبالله أستعين لا شك أن التي وهبتها هي التي قبضتها ألا ترى أنها لو وهبتها للاجنبي فلا دامت عينها باقية ولم يعوض عنها لها الرجوع فلو لم تكن متعينة في الهبة لم يكن الامر كذلك لكن الالف التي قبضتها ليست عين ما جعل مهرا لكونه وصفا في الذمة والالف التي قبضتها عين فليتأمل فانه يمكن توجيه كلام الشارح بما قلناه أيضا ويؤيد ذلك ما ذكره في شرح قول المصنف ولهذا لم يكن لها دفع شئ آخر فتدبر ثم اعلم أن قوله بالهبة متعلق بقوله لم يصل (قوله ووجه ذلك أن الحط الى قوله يحتاج الى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحط والنكاح ليس كذلك الخ) أقول فيه تأمل فانه يجوز أن يكون الحط لكون المسمى زائدا على مهر المثل والزيادة لكونه ناقصا عنه نعم ليس المقصود من عقد النكاح التجارة والاسترباح

ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض (ولو كان تزوجها على عرض فقبضته أولم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشئ) وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شئ آخر مكانه

الاتفاقية في الاول أن المقبوض ليس نفس المهر لانه وصف في الذمة بل مثل تقع به المقاصة فظهر أن الواصل اليه غير ما يستحقه بالطلاق أعني نصف المهر ألا ترى أن لها أن تمسك ما أخذته منه وتعطيه غيره اذا طلقها قبل الدخول بعد القبض وتقرير المصنف ناظرا الى أن الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست الا معينة ويدل على أنها ليست عين الواجب كونها لها أن تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق ووجه قول زفر في ثاني شقي الاول أن الواصل اليه وان كان نفس الدين لكن وصل اليه بسبب غير الطلاق وهو الابراء وهو مسبب عن الابراء وغيره مسبب عن الطلاق لما عرف من أن اختلاف الاسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا أصله حديث لحم تصدق به على بريرة فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل اليه عين ما يستحقه فصارت كالاولى ووجه الاستحسان أن المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالابراء فحين حصل الطلاق لم يؤثر شيأ لعدم مصادفته شغل الذمة بالمهر وهو محل أثره لانه انما يؤثر في شغل الذمة بالاسقاط فلو أوجب شيأ آخر كما قال انه يرجع عليها بخمسمائة عين لكان ذلك غير موجبه في محله وصار كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله ثم حل الاجل لا يجب شئ آخر واذا تأملت هذا التقرير سقط عندك ما تكلف في دفع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالاعيان لانها تقبل التغير بتغير صفاتها بخلاف الاوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك لاستحالة قيام الصفة بالصفة وهو دفع فاسد لان ثبوت التغير شرعا لا يتوقف على ذلك انما هو اعتبار شرعي وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية ثم يمكن حمل قوله في الكتاب انه وصل اليه عين ما يستحقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر الخ عليه أي عين ما يستحقه ذاتا لا من حيث هو بسبب الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فانه لم يؤثر شيأ حينئذ وجه قولهما في قبض النصف الحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الاصح يعني لو قبضت الكل ثم وهبته له يرجع بنصفه ولا يخفى أن الملازمة تحكم فان رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل ولا البعض بل لانه لم يصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على أن الطلاق قبل الدخول أعاد نصف الصداق الى قديم ملك الزوج فيظهر أن الصداق الدين بذلك مشترك بينهما يعني يتبين ذلك والا فحال الهبة كان كله ملكها ظاهرا فاذا قبضت النصف انصرف الى حقها كمكيل أو موزون بين اثنين وهو في يد أحدهما وقبض صاحبه نصفه كان المقبوض حقه فاذا أبرأه بعد ما قبضت النصف من الباقي أو الكل كان الواصل اليه عين ما يستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه فظهر أن الحاقهما البعض بالكل بوصف طردي غير مؤثر وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب وقوله (والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح) يؤيده أنها لو حطت حتى بقي أقل من عشرة صح ولا تستحق غيره وتسمية ما دون العشرة في أصل العقد لا تصح وقيد بالنكاح لانه يلتحق في البيع بأصل العقد ووجه الفرق أن البيع عقد مغابنة ومبادلة مال بمال ومرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق بأصل العقد ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه وقوله (ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق) بأصل العقد (حتى لا تتنصف) استيضاح لعدم الالتحاق وهو مشكل فان عدم التحاق الزيادة بأصل العقد هو الدافع لقول المانعين لها لو صحت

(قوله وقوله ولهذا أي ولان حقه عند الطلاق الخ) أقول بل هو اشارة الى التعيين المعلوم من سياق الكلام

بخلاف ما اذا كان المهر دينا و بخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه بدل ولو تزوجها على حيوان أو عروض فى الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين فى الرد

كان ملكه عوضا عن ملكه فاذا لم تلتحق بقى ابطالهم ذلك بلا جواب فالحق أنها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ وانما لا تتنصف لان الانتصاف خاص بالمفروض فى نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف اليها على ما مر وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به ولان وجه الحاقها بالبيع وهو أنه قد يكون خاسرا أو زائدا مضرا بالمشترى فيرد الى العدل يجرى فى النكاح وخسرانه أنه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة اليه فان تزوجها مع نقصها عن مهر مثل أخواتها مثلا يعقب الندم لها وزيادته تعقب الندم له وجه قول زفر فى العرض المعين وهو أحد قولى الشافعى فى الجديد واختاره أكثر أصحابه أن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره من أن السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه كما لو تزوج على عبد الغير فأبى سيده ووجه الاستحسان أن الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك اليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلا ذمتها ليؤثر وجوب تفريغها منه عليها على نحو ما سلكت فى التقرير السابق وحمل كلام الكتاب هنا عليه سهل مما تقدم (قوله بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا) أى دراهم واخوتها فان الواصل اليه حينئذ ليس عين ما تستحقه لعدم تعينها و بخلاف ما اذا باعت من زوجها العرض المذكور فانه وان وصل اليه عين ما يستحقه لكنه بدل والسالم يبدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذى كان فى ملكه فكأنه لم يصل اليه شئ ولو كان العرض أو الحيوان فى الذمة فكذلك الجواب أى لا يرجع عليها بشئ قبضت أو لم تقبض أما اذا لم تقبض فتقرير ه تقرير ه دينا وأما ان قبضته ثم وهبته فلان المقبوض فيه متعين للرد بالطلاق فليس لها أن تمسكه وتدفع غيره بخلاف المقبوض من الدراهم وانما وقعت هذه المفارقة لان الاصل أن لا يثبت العرض فى الذمة للجهالة ولذا لا يثبت فى المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت فى النكاح لجرى التساهل فى العوض فيه لانه غير المقصود منه فاذا عين بالتسليم يصير كأن العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه اذا استحق كما لو كان معينا فى الابتداء فيعطى حكمه و يتأتى خلاف زفر فى هذه أيضا لما عرف من أصله وهو اشتراط وصوله اليه من الجهة المستحقة وما ذكر فى الغاية قال زفر فى الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله فى تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة الا أن تكون روايتان فيما تعين * واذ قد انجر الكلام الى شئ مما يتعلق بأمهار العرض المعين فهذه فوائد تتعلق به كلها من المبسوط فنقول لا يثبت فيه خيار الرؤية فلو تزوجها على شئ بعينه لم تره فأتاها به ليس لها رده و يثبت فيه خيار العيب فلها رده اذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص عن القيمة قدرا لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير أما خيار الرؤية فلعدم الفائدة فى اثباته اذ الفائدة فى اثباته التمكن من اعادة العوض الذى قوبل بالمسمى كالمرأة فى النكاح وهذا يحصل فى البيع لانه ينفسخ بالرد بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المرأة بل غاية ما يجب به رد المسمى فيه قيمته والقيمة أيضا غير مرئية وأما خيار العيب فلثبوت فائدته وهى الرجوع بقيمته صحيحا لان السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحا ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فتجب قيمته كالعبد المغصوب اذا أبق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل يجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته وكذا لو استحق هذا اذا كان العيب قائما وقت العقد فان تعيب فى يد الزوج قبل التسليم يسيرا فليس لها غيره وعن زفر لها الخيار أو فاحشا فما يفعل الزوج فلها الخيار أن تضمنه قيمته يوم تزوجها أو تأخذه وتضمن الزوج النقصان لانه أتلف جزأ من الصداق

(بخلاف ما اذا كان المهر دينا) وهى المسئلة الاولى حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن فى نصف المقبوض لعدم التعين ولهذا لو دفعت مكانه شيأ آخر جاز (و بخلاف ما اذا باعت) يعنى الصداق العرض من زوجها (لانه وصل اليه بدل) وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر (ولو تزوجها على حيوان) يعنى مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقه (أو عروض فى الذمة) بأن قال على ثوب هروى بين جنسه ونوعه فانه حينئذ يجب الوسط مما سمى ويثبت دينا فى الذمة فيشبه النقود (فكذلك الجواب) يعنى اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشئ قبضت أو لم تقبض (لان المقبوض متعين فى الرد) يعنى أنها لو قبضته تعين عليها رده بعينه وكل ما كان المقبوض منه متعينا فى الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف السبب غير معتبر وان كانت قبله فقد وصل اليه حقه وهو براءته عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف السبب

(قوله فلذلك يرجع عليها بنصف المهر) أقول أى بقيمته

وهذا لان الجهالة تحملت فى النكاح فاذا عين فيه يصير كأن التسمية وقعت عليه

ولو أتلفه ضمنه فاذا أتلف بعضه لزمه قدره وعن أبى حنيفة اذا اختارت أخذه لا تضمنه النقصان واما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير أنها لا تضمنه النقصان اذا اختارت أخذه واما بفعل الصداق نفسه ففى ظاهر الرواية هو كالعيب السماوى لان فعله بنفسه هدر وعن أبى حنيفة أنه كتعييب الزوج واما بفعلها فتصير قابضة له كله واما بفعل أجنبى فيجب ضمانه النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغيير بين أن تأخذه وتضمن الجانى نقصانه أو تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجانى وليس لها أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لانه لا صنع منه بذلك هذا كله اذا دخل بها أو مات عنها فان طلقها قبل الدخول فهو فى حق النصف كما فى الكل لو طلقها بعد الدخول فلو تعيب فى يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ففى السماوى ان شاء ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعذر ردها اياه كما قبضه وان شاء أخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان والتعيب بفعل الصداق كالسماوى وكذا بفعلها لانه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها واذا كان بفعل أجنبى فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الاصل بالطلاق وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضه وكذا اذا تعيب بفعل الزوج لان الزوج بعد تسليمه كالاجنبى فى ايجاب الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق فلو كان انما تعيب فى يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج أن يأخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد فى النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان فى يدها فى هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بأمر سماوى لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان بفعل أجنبى فالارش كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها ووقع فى مختصر الحاكم أبى الفضل أن التعيب فى يدها قبل الطلاق وبعده فى الحكم سواء قال شمس الائمة فى المبسوط وهو غلط بل الصحيح فى كل فصل ما ذكرنا فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه الزوج لم يثبت نسبه لان الاستيلاد فى ملك المرأة غير صحيح الا أن الحد يسقط عنه للشبهة لان الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع فى يد البائع وعليه العقر وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين والعقر بدله فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية أم ولد للزوج لعدم ثبوت نسب ولدها منه ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية ويسعى للمرأة فى نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامنا لانه ما صنع فى الولد شيأ انما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما للملك وان ماتت الجارية عند المرأة أو قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيأ * واذ قد انجز الكلام فى الزيادة فى المهر فلنستوفه وحاصله من المبسوط أن الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن وانجلاء بياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة وذلك كله يسلم لها اذا دخل بها أو مات عنها لانه علك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة فأما اذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة أو متصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانها فى حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير عقابلتها شئ من الثمن عند القبض وأما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها

وقوله (وهذا لان الجهالة) اشارة الى شيئين الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى أن المقبوض متعين فى الرد وتقرير الجهالة تحملت فى النكاح وكل ما تحمل فى النكاح لا ينافى النكاح فالجهالة لا تنافى النكاح فاذا شرط ذلك فى العقد صح ولا بد من تعيين ليتحقق الايفاء عند الحاجة اليه فاذا عين بالقبض صار كأن التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشئ ان وهبته له وعدم ولاية الاستبدال ان لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير

في قول أبي حنيفة وفي قولهما تتنصف مع الاصل وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند أبي حنيفة وعندهما يدور الكسب مع الاصل وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري وعندهما هو للبائع لهما أن الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون كالولد فكما لا يسلم لها اذا بطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل لانفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت أو لا فاذا انفسخ سبب الملك في الاصل لا يبقى سببا لملك الزيادة وحقيقة الوجه لابي حنيفة أن سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الاصل بل ملك الاصل يصير شرطا فسبب ملك الاصل مثلا قبول عقد النكاح وفي الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو اما احتطاب العبد أو اجارته نفسه أو قبوله الهبة وهذه الاسباب لا تنفسخ بالطلاق غير أن المكتسب اذا لم يكن أهلا للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب وبطلان ملكه في الاصل لا يتبين أنه لم يخلفه في الملك بذلك السبب وليس الكسب كالزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسري اليه ملك الاصل لا أن يكون مملوكا بسبب حادث ألا يرى أن ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وان قبض مع الاصل ولو قبضت الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصف بالطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة فحدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول فاما أن تكون غير متولدة أو متولدة من العين وهي إما منفصلة أو متصلة فان كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها ورد نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها وان لزمها رد الاصل أو بعضه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الاصل بعيب يبقى الكسب سالما له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة وان كانت متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها وانما للزوج في الطلاق نصف قيمة الاصل وفي ردتها جميع قيمته يوم دفع اليها في ظاهر المذهب وعلى قول زفر يتنصف الاصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق أو الكل اذا جاءت الفرقة من قبلها فبقي ذلك الحق الى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا اذا قبضها المشتري وازدادت زيادة منفصلة فان البائع يسترد ها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الاصل وعند ردتها يسترد منها الاصل مع الزيادة لان الردة تفسخ السبب من الاصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بفساد البيع وفيه يثبت الرد في الاصل والزيادة أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الاصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ويتعذر نصف الزيادة بتعذر نصف الاصل وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها والتنصيف عند الطلاق انما يثبت في المفروض في العقد وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكما اذ لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصفها تعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة في المبيع تمنع رد الاصل بالعيب اذا كانت حادثة بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فانها لا تمنع الواهب من الرجوع في الاصل لان الهبة عقد تبرع فاذا رجع في الاصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الاصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض فأما البيع والنكاح فمعاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الاصل بقيت الزيادة سالمة بلا

قال (واذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة) قد تقدم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امرأة على ألف على أن لا يخرجها من البلدة (أو على أن لا يتزوج عليها) أو على أن يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسدا لان فيه المنع عن الامر المشروع (فان وفى بالشرط فلها المسمى) لانه سمى ما صلح مهرا (وقد تم رضاها به) وان لم يوف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل (٤٥٨) أكثر من الالف (لانه سمى ما لها فيه نفع) حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل

(واذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى) لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به (وان تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها) لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف (ولو تزوجها على ألف ان أقام بها وعلى ألفين ان أخرجها فان أقام بها فلها الالف وان أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند أبي حنيفة وقالا الشرطان جميعا جائزان) حتى كان لها الالف ان أقام بها والالفان ان أخرجها وقال زفر الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من ألف ولا يزاد على ألفين وأصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله

عوض وهي جزء من الاصل ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة واذا تعذر تنصف الاصل وجب عليها رد نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه ولما كان الصداق انما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض وان كانت متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذا والزيادة المنفصلة سواء انما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضه وعند محمد وزفر يتنصف الاصل بزيادته لان النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فانه يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لان المتصلة كزيادة السعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها الزيادة السعر فكذا في الصداق بخلاف الموهوبة فان الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لان الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري الى الزيادة واذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الاصل لانه لا ينفصل عنها بخلاف قبضها الصداق فانه قبض ضمان لحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الاصل فيسري الى الزيادة كالبيع ولهما أن هذه الزيادة حدثت في ملك صحيح لها فتكون سالمة لها بكل حال كالمنفصلة واذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الاصل لما قال محمد والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لانها تملك لا عوضا عن مال والمتصلة في الصلات تمنع رد الاصل كالموهوب وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى ان المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الاصل فالمتصلة أولى أن تمنع فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة وأما اذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فانه يتنصف الاصل مع الزيادة لان بالطلاق صار رد الاصل مستحقا عليها فيسري ذلك الى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق (قوله واذا تزوجها الخ) المسئلة صورتان الاولى أن يسمي لها مهرا ويشترط لها معه ما لها فيه نفع كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضرتها

المخاطرة في التسمية الثانية لانها لا تدري أن الزوج يخرجها أو لا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المرأة إما جميلة في نفس الامر وإما قبيحة غير أن الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف لم يذكر وجوه الاقوال وأحالها على باب الاجارة على أحد الشرطين ولم يذكر هناك هذه المسئلة وانما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجيء ان شاء الله تعالى

(قوله لانه سمى ما لها فيه نفع) أقول هذا تعليل لقوله فلها مهر مثلها

ضرتها والثانية أن يسمى لها مهرا على تقدير وآخر على تقدير آخر أما الاولى فحكمها ظاهر فى الكتاب وهو أنها ان وفى لها فليس لها الا المسمى والا فلها مهر مثلها فان كان مهر مثلها اقدر المسمى أو أقل لا تستحق شيأ آخر وقال زفر ان كان ماضم الى المسمى مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فوانه والا فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذا بمنع التسليم اذا شرط لها فى العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم وقال الامام أحمد اذا فات ثبت لها الخيار فى الفسخ لانها لم تتزوجه الا على ملك المرغوب فيه فصار كما اذا باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه ولقوله صلى الله عليه وسلم أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج وجواب زفر أن ايجاب التسليم ليس للتقوم فى المضموم بل لعدم رضاها بالالف الا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل وجواب الثانى أن ذلك فى الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا وهذه الشروط تمنع التزوج والتسرى لو وجب الجرى على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر عدمها فى خيار الفسخ بل ان وفى تمت التسمية لرضاها بها والا لا تتم لعدم الرضا وفساد العقد ليس لازما لعدم تمام التسمية ولا لعدمها رأسا اذ ليس ذكرها من الاركان ولا الشروط بخلاف البيع فان قيل ما استدللتم به لا يمس محل النزاع لان مقتضى الشرط المذكور أن لا يتزوج ما دامت تحته مختارا لعدم دخول خيار الفسخ فى يديها وأين عدم التزوج مختارا الأمر من تحريمه شرعا فالجواب أن الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلا لا يتصور الا على ارادة كونه شرط ترك الحلال أو فعل الحرام اذ لو أحل حقيقة بأن ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا واذا عارضه وجب حمل الأحقية المذكورة فيما روى على ما من الحق فى نفسه وهو المراد به ضد الباطل وهو أعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب عينا بقى أن يقال اذا ظهر عدم رضاها بالالف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية ولا نظيره للقطع بأنها ليست مفوضة بل انما رضيت بتسمية صحيحة معينة وقد قالوا اذا سمى للبكر عند استئذانها مهرا فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر وافرا ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهى مصرحة بنفيه وكون مهر مثلها أصلا لا يستلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوضة أو تصرح بالرضا به والا فقد لا ترضى بمهر المثل تسمية فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب أن تختار كما اذا زوجت نفسها من غير كفء فانه ينعقد ثم يثبت للولى خيار الفسخ وأما ما ذكر من حمل لفظ أحق فى الحديث على ما ذكر فبلا موجب لان ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لانه لا يحرم التسرى بهذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختارا لأحب الامرين اليه وهو صحبة الزوجة ولهذا لو تسرى لا تقول فعل محرما وهو أدنى من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله وأما الثانية فكأن يتزوجها على ألف ان أقام بها أو على أن لا يتسرى أو على أن يطلق ضرتها أو ان كانت مولاة أو ان كانت أعجمية أو ثيبا وعلى ألفين ان كان اضدادها فان وفى بالاول أو كانت أعجمية ونحوه فلها الالف والا فمهر المثل لا يزاد على ألفين ولا ينقص عن ألف عند أبى حنيفة وكذا ان قدم شرط الالفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى أو لابناء على أنه لا خطر فيها وكذا فى المسئلة الاولى لان بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقالا الشرطان جائزان فلها الالف ان أقام بها والالفان ان أخرجها وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد على الألفين وجه قول أبى حنيفة أنه لا خطر فى التسمية الاولى بل هى منجزة بخلاف الثانية فهى معلقة فاذا وجد شرطها بأن أخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى وقد كان ذلك المسمى الاول ثابتا لان المنجز لا يعدم بوجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة ووجه قولهما أنهما معلقان فلا يوجد فى كل تقدير سوى مسمى واحد ووجه قول زفر أنه لا تعليق أصلا بل هما منجزان لان ما يضم مع المال انما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أصل هذا أن الضمان الاصلي عند أبي حنيفة مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم تصح للجهالة وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى وانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والاعتاق على مال على هذا الوجه فان الاوكس في ذلك متعين ومافي الكتاب واضح وانما قال في مهر المثل

قال المصنف ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أقول قال الزيلعي وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا الالف وكذا لو تزوجها على ألف أو على ألفين ومنشأ الخلاف أن البدل الاصلي هو مهر المثل عنده وانما يعدل عنه عند صحة التسمية وعندهما المسمى هو الاصلي ولا يصار الى مهر المثل الا اذا فسدت التسمية من كل وجه ولم يمكن ايجاب المسمى اه وسيصرح المصنف في بيان اختلاف الزوجين في المهر حيث نقل دليل أبي حنيفة ومحمد أن مهر المثل هو الموجب الاصلي في باب النكاح

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فاذا أحدهما أوكس والآخر أرفع فان كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الاوكس وان كان أكثر من

ففسد للجهالة وأصلها في الاجارات وستزداد هناك وضوحا ان شاء الله تعالى واعلم أنه نقل عن الدبوسي لو تزوجها على ألف ان كانت قبيحة وألفين ان كانت جميلة يصحان بالاتفاق لانه لا خطر في التسمية الثانية لان أحد الوصفين ثابت في نفس الامر جزما غير أن الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطرا بالنسبة الى الوقوع وعدمه واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقا فيما اذا تزوجها بألف ان كانت مولاة أو ليست له امرأة وبألفين ان كانت حرة الاصل أو له امرأة أخرى لكن الخلاف منقول فيهما والاولى أن تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما واعلم أنه لو كان تزوجها على ألف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد بخلاف ما تقدم من كذا وأن يطلق فلانة فانه مالم يطلقها لم تطلق وفي المبسوط لو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبدا فقد بذلت البضع والعبد والزوج بذل الالف وشرط الطلاق فيقسم الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء كان نصف الالف ثمنا للعبد ونصفها صداقا لها واذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل بها فلها ان كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها الا ذلك وان كان أكثر فان وفى بالشرط فطلق فليس لها الا الخمسمائة وان أبى أن يطلق لم يجبر عليه لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شئ ولها كمال مهر مثلها ولو كان تزوجها على ألف وطلاق فلانة على أن ترد عليه عبدا وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة البضع والعبد والشيآن متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخرين فان كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق صداقا لها فاذا طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلته نصف العبد ونصف البضع وان لم يكن العوض مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة ولو استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد ونصف قيمة العبد أيضا لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق العبد أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف وههنا المسئلة التي تجاذبها بابا الشفعة والنكاح وهي ما اذا تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الالف حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع وان تفاوتا تفاوتا وهذا بالاتفاق ثم هل تثبت الشفعة لجار هذه الدار فيها مثلا عند أبي حنيفة لا وعندهما نعم اعتبارا البعض المبيع بالكل وهو يقول ما ثبت في ضمن شئ يعطى له حكم المتضمن لا حكم نفسه والبيع ههنا في ضمن النكاح اذا العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ولا شفعة في الدار التي يتزوج عليها فكذا في هذه ولو اعتبر البيع أصلا فسد لانه نكاح في ضمن بيع فيفسد البيع لانه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطا فيه وفي فتاوى الخاصي من علامة النون رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا على أن تدفع اليه هذا العبد فانه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لانها بذلت البضع والعبد بازاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة المبدل فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لانها باعته بشئ مجهول ويصير الباقي مهرا لها وذكر في علامة الواو قال لامرأة أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا فاجابته بالنكاح جاز بمهر المثل ولا شئ له من العبد أما أنه لا شئ له من العبد فلان هذا شرط فاسد وأما جواز النكاح فلانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اه وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها اذ مقتضى هذا أنه تمام مهر المثل بخلاف الاول (قوله ولو تزوجها على هذا العبد أو هذا العبد) أو على هذه الالف أو هذا العبد أو على ألف أو ألفين (فان كان مهر مثلها أقل من أوكسهما) أو مثله (فلها الاوكس) الا أن يرضى الزوج بدفع الارفع فهو لها الا أن ترضى بالاوكس (وان كان أكثر من

ارفعهما)

(أذهو الاعدل) لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشئ لا تقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لانها

أرفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله (فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع) لهما أن المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد أمكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة أن الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا أن مهر المثل اذا كان أكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان أنقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب بالطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة (واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء أعطاها ذلك وان شاء أعطاها قيمته) قال رحمه الله معنى هذه المسئلة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف

أرفعهما) أو مثله (فلها الارفع) الا أن ترضى بالاوكس (وان كان) مهر مثلها (بينهما) أي فوق الاوكس ودون الارفع (فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع) فلو كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقا وكثير على أن منشأ هذا الخلاف الخلاف في الواجب الاصلي في النكاح فعنده مهر المثل لانه أعدل اذ هو قيمة البضع لانه متقوم بحالة الدخول بخلاف المسمى فانه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل اليه الا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بادخال كلمة أو وعندهما الواجب الاصلي المسمى فلا يعدل عنه الى مهر المثل الا اذا فسدت من كل وجه وهو منتف اذ يمكن ايجاب الاوكس لانه متيقن قياسا على مالو خالعها على هذا العبد أو هذا أو أعتقه على هذا العبد أو هذا فانه يجب الاوكس فيهما اتفاقا وهذا ان كان منقولا عنهم فلا كلام فيه وان كان تخريجا فليس بلازم لجواز أن يتفقوا على أن الاصل مهر المثل ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة فعنده فسدت لادخال أو فصير الى مهر المثل وعندهما لم تفسد لان المتردد بينهما لما تفاوتا ورضيت هي بأيهما كان فقد رضيت بالاوكس فتعين دون الارفع اذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالاوكس واذا تعين ما لها لم يصر الى مهر المثل لان المصير اليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة وصار كالخلع على ألف أو ألفين والاعتاق بان قال أعتقتك على هذا العبد أو هذا وقبل فانه يجب الاوكس فيهما وهو يفرق بان تعين الاوكس في هاتين ضرورة أن لا موجب فيهما في حق البدل وانما يجب فيهما بالتسمية وان لا يلغو كلامهما بالكلية ولا ضرورة هنا لان للنكاح موجبا أصليا فاذا لم يتعين أحدهما تردد فيه لا يلزم الالغاء اذ يصان بتصحيحه بمهر المثل وهذا بخلاف مالو خيرها بان قال على أيهما بالخيار تأخذ أيهما شاءت أو على أني بالخيار أعطيك أيهما شئت فانه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة أما ما نحن فيه فلانها لو أرادت أخذ الارفع فامتنع تحققت المنازعة اذ ليس الرجوع الى قول أحدهما بأولى من الآخر بخلاف التخيير اذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع أحد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لاحدهما جاز وبخلاف مالو أقر له بألف أو ألفين حيث يتعين له الالف لانه لم يوقع ذلك في انشاء معاوضة بل ذكر أن ذمته مشغولة بأحد المالين والاصل براءة الذمة وهو في شك في اشتغالها بالالفين لم يجزم بهما فلا يلزمانه بخلاف الالف فانه لم يشك فيها ولو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة الى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة والا فالمؤجلة وعندهما لها المؤجلة لانها أقل ولو على ألف حالة أو ألفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان بالاقل فله وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل عليه (قوله والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ) وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الاوكس تحكم صرح به في الدراية فالمحكم في الطلاق قبل الدخول في التحقيق ليس الا متعة مثلها (قوله واذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ) المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان

تقبلهما وقوله (الا أن مهر المثل) جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلاث ووجهه انه كذلك الا أن مهر المثل (اذا كان أكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان أنقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة) فعلمنا برضاهما وقوله (والواجب بالطلاق قبل الدخول) جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الارفع فيما يجب فيه الارفع مهرا لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه أن الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة (ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة) قال (واذا تزوجها على حيوان غير موصوف) صورة المسئلة أن يقول تزوجتك على حمار أو فرس قال المصنف (معنى هذه المسئلة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف) يريد أنه لم يقل جيد أو وسط أو ردي ء الى غير ذلك من أوصافه ورد بأن الفرس والحمار نوع لا جنس وأجيب بأنه يجوز أن يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شئ وعلى كل ما أشبهه ويرد عليه قوله أما اذا لم يسم الجنس بأن تزوج على دابة لا تجوز

التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شئ وعلى كل ما أشبهه ولم تصح به التسمية

(قوله لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى) أقول فيه أن التسمية فاسدة فكيف يجب نصف المسمى

بأن يتزوجها على فرس أو حمار أما اذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط له لاختلاف معاني الاجناس

فاذا كان عرضا أو حيوانا فامامعين كهذا العبد أو الفرس أو الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها ان كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا اليه الا أنه أضافه الى نفسه كعبدي والا فلها أن تأخذه بشرائه لها فان عجز عن شرائه لزمه قيمته ولو استحق نصف الدار خيرت في النصف الباقي في يدها ان شاءت ردته بالعيب الفاحش وهو التشقيص في الاملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار وان شاءت أمسكته ورجعت بقيمة نصفها ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة ولو ولدت الامة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيرا وان كان فاحشا فلها ان شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيأ وان شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فاذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لانه أتلف أمانة في يده فان كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وان لم يكن أجاب في الكافي الحاكم بأن عليه تمام ذلك قال شمس الائمة وهو غلط فقد بين في الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان ولكن ان كان يسيرا فلا خيار لها وان كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ولا اشكال في الثوب المعين في ثبوت الصحة غير أنه اذا زاد فقال هذا الثوب الهروي ولم يكن هرويا فليس لها غيره وعلى قول أبي يوسف لها قيمة ثوب هروي وسط وعلى قول زفر لها الخيار بين أن تأخذه أو تطلب قيمة الهروي الوسط لانها وجدته على خلاف شرطه ولكنا نقول المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه وسنقرره ان شاء الله تعالى وإما غير معين فلا يخلو إما أن يكون مكيلا أو موزونا أو غيرهما فان لم يعين الجنس بأن قال حيوان ثوب دار لم يصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لانه انما يتحقق في الافراد المماثلة وذلك باتحاد النوع بخلاف الحيوان الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة أيضا والدار التي تحتها ما يختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل أولى وان عينه بأن قال عبد أمة فرس حمار بين صحت التسمية وان لم يصفه وينصرف الى بيت وسط من ذلك وكذا باقيها وهذا في عرفهم أما البيت في عرفنا فليس خاصا بما بين فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي أن يجب بتسميته مهر المثل كالدار وتجبر على قبول قيمته لو أتاها بها ويقولنا قال مالك وأحمد خلافا للشافعي له أن عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع ولنا أنه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان ثبت في ذلك بالذمة أصلها ايجاب الشرع مائة من الابل في الدية وفي الجنين غرة عبد أو أمة في الذمة وليس فيها معلوم الا الوسط من الاسنان الخاصة وسر هذا الشرع عدم جريان المشاحة في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضي جهالة الوصف فيه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ألا يرى أن الشرع أوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره في بعض الصور بأن لم يكن من أقاربها من تزوج وعلم لها مهر فانه يحتاج الى تقويم وتخمين بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لان جهالته في الصفة وجهالة مهر المثل جهالة جنس فتصحيح التسمية أولى (قوله وشرطنا أن يكون الخ)

(قوله والحق أن يقال أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم) أقول فيه بحث فان كلا من العبد والجارية جنس عند الفقهاء وليس نوعا باصطلاح غيرهم بل أخص منه كما لا يخفى

جواب

وقوله (ولنا أنه معاوضة مال بغير مال) معناه ان في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة أما معنى المعاوضة فظاهر وأما معنى التزام المال ابتداء يعني بغير عوض فلانه معاوضة مال بغير مال وكان كالدية والاقارير حيث يلزم فيهما أيضا مال من غير أن يكون في مقابلته عوض مالي فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد بأصل الجهالة في مثله لان الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقارير فان من أقر لانسان بشئ صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة (وشرطنا أن يكون المسمى مالا) معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير (وذلك) انما يتصور (عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط له حينئذ لاختلاف معاني الاجناس) فانه اذا قال على دابة لم يجد نوعا يتوسط فيلزمه

قوله (وبخلاف البيع) جواب عن قوله مالا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى فى النكاح ووجهه أن (مبناه على المضايقة والمماكسة) أى المنازعة لانه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد بأصل الجهالة (أما النكاح (٤٦٣) فمبناه على المسامحة) فلا يفسد بالجهالة مالم

وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة أما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت أصلا فى حق الايفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما (وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه) ووجهه أن هذه جهالة الجنس اذ الثياب أجناس ولو سمى جنسا بأن قال هروى يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب فى ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا

جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح حينئذ الاقرار فى كونه التزام مال ابتداء ينبغى أن يصح تسمية حيوان كما يصح الاقرار بشئ ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالا له وسط وطرفان فقال شرطنا ذلك رعاية لجانبى المرأة والزوج اذ جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفى الجهالة أصلا لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع أنه المورد الشرعى أعنى ايجاب الشرع للوسط فى حيوان الزكاة رعاية لجانبى الفقراء وأرباب الاموال وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ولا يتعدى الاحكم الاصل ولو أسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالالحاق بالدية والغرة ومهر المثل استغنى عن هذا السؤال وجوابه (قوله وانما يتخير الزوج) جواب عن سؤال مقدر أن ماذكرتم يقتضى وجوب الوسط والحكم عندكم وجوب أحد الامرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها أجاب لما كان الوسط لا يعرف الا بتقويمه صارت القيمة أصلا من احد المسمى كأنها هو فهى أصل من وجه فتجبر على قبول أى أتاها به وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال اذا كان الحكم ذلك صار كأنه تزوجها على عبد أو قيمته وفيه يجب مهر المثل لان هذا التقرير انما أفاد أن الاصل العبد عينا والقيمة مخلص ألا يرى الى التشبيه فى قولنا كأنها هو وفى المبسوط بعد أن قال لكون المهر عوضا راعينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قال ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء والرخص ويختلف ذلك بحسب الاوقات وهو الصحيح وانما قدر أبو حنيفة فى العبيد السود بأربعين دينارا وفى العبيد البيض بخمسين لما كان فى زمانه (قوله وان تزوجها على ثوب الخ) تقدم الكلام فيه (قوله وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب) بأن ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من أنها تجبر على أخذ القيمة كما على أخذ الثوب وجعل ظاهر الرواية احترازا عما عن أبى حنيفة يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر وعما عن أبى يوسف أنه ان ذكر الاجل مع ذلك تعين الثوب لان موصوفه اذا كان مؤجلا يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا فى السلم وان لم يؤجل تخير الزوج وعبارته فى المبسوط فان عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة اذا أتاها بها وعلى قول أبى يوسف ان ذكر الاجل الى آخر ما ذكرناه ثم قال وزفر يقول الثوب يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لانه بالمبالغة فى ذكر صفته يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هنالك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا فى الذمة فاستوى ذكر الاجل وعدمه وأجاب بأن قال لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة فى الذمة لا يجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا أن الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا اه وظاهره ترجيح قول أبى يوسف وقد يقال بل حاصل الصورة سلم والعبد رأس ماله والثياب المؤجلة المسلم فيه ولا يخفى ترجيح قول زفر اذ لم يندفع قوله ان اشتراط الاجل ليس من حكم ثبوته فى الذمة وهو ظاهر وأما المكيل

تفحش وقوله (وانما يتخير) متعلق بقوله والزوج مخير ومعناه أن لكل واحد من الوسط والقيمة جهة أصالة أما القيمة فلان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت أصلا فى حق الايفاء وأما الوسط فلان التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المرأة على القبول بأيهما أتى وقوله (وان تزوجها على ثوب غير موصوف) يعنى لم يذكر نوعا منه وقوله (اذ الثياب أجناس) يعنى أنها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها وقوله (وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب) معنى المبالغة فيه هو أن يوصله الى حد يجوز فيه عقد السلم وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم وعن أبى يوسف انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم وجه الظاهر ما ذكره أنها ليست من ذوات الامثال بدليل أن مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد (وكذا اذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه) مثل أن يقول تزوجتك على

كرحنطة أو من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته (وان سمى جنسه وصفته لا يخير) بل يجبر على الوسط (لان الموصوف منهما يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا) حالا أو مؤجلا ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه

قوله (وان تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لان شرط قبول الخمر شرط فاسد) معناه أن قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك الخمر وهذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية أصلا وذلك لا يفسده فهذا أولى (بخلاف البيع) لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة الى رد قياس مالك النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عينا بهما وقلنا لما لم تصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال أي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم تمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل قال (فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل) صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم أن محمدا مع أبي يوسف في ذوات الامثال في أن الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع أبي حنيفة في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل أن المعتبر هو الاشارة عند أبي حنيفة في الفصول كلها والتسمية عند أبي يوسف في الفصول كلها والاشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد والمصنف قدم دليل أبي يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل أبي حنيفة وقال فيه

(قوله وحاصل اختلافهم أن محمدا مع أبي يوسف الخ) أقول قال العلامة الزيلعي هذا الكلام لا يكاد يصح أبدا لان محمدا لم يعلق الحكم بكونه من ذوات الامثال أو من ذوات القيم ولم يعتبر هذه الجهة أصلا وانما اعتبر كون المسمى من جنس المشار اليه أم لا فان كان من جنسه تعلق بالمشار اليه وان كان من خلافه تعلق بالمسمى سواء كان من ذوات الامثال أو من ذوات القيم اه ألا ترى أنه اذا تزوجها على هذه الشاة فاذا هو خنزير أو هذه الجارية فاذا هو غلام تعتبر التسمية عند محمد لاختلاف الجنس واذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو متنجس يعتبر الاشارة ويوجب مهر المثل لاتحاد الجنس وان أردت زيادة التفصيل انظر الى الكافي والزيلعي

(وان تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل (فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة وقالا لها مثل وزنه خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف تجب القيمة)

والموزون فان سمى جنسه كعلى اردب قمح أو شعير دون صفته فكغيره من ثبوته واجبارها على قبول القيمة وان وصفه كحنطة خالية من الشعير صعيدية أو بحرية لا يخير الزوج بل يتعين المسمى لان الموصوف منهما يثبت في الذمة صحيحا حالا كالقرض ومؤجلا كما في السلم وعن أبي حنيفة لا تجبر على القيمة فيما اذا لم يسم الصفة أيضا لان صحة التسمية انما توجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا نعين الوسط (قوله وان تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) وبه قال الثلاثة وقالوا في رواية عن كل منهم يفسد النكاح لامتناع العوض اذ المسمى يمنع عوضا آخر وهو يمتنع التسليم في حق المسلم قلنا امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية وفسادها لا يزيد على اعتبارها عدما مع اشتراط قبوله والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد بخلاف البيع يفسد بالاول لانه ركنه وبالثاني لان الشرط الفاسد يصيره ربا لأن الشرط زيادة خالية عن العوض في أحد الجانبين ولا ربا في النكاح (قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر) أو على هذا العبد فاذا هو حر فعند أبي حنيفة لها مهر مثلها فيهما وقال أبو يوسف لها مثل وزن الخمر خلا وقيمة الحر المشار اليه لو كان عبدا وقال محمد بقول أبي حنيفة في الحر وبقول أبي يوسف في الخمر وذكر الحاكم أن قول أبي يوسف الاول في الحر كقولهما وظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مباني الخلاف لانه خص أبا يوسف بما حاصله أنه سمى لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلي والعبد قيمي والخمر مثلي ثم قال وأبو حنيفة يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق أنه لا خلاف بينهم فيه ففي الايضاح لا خلاف بينهم أن المعتبر المشار اليه ان كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمسمى وفي اشارات الاسرار قال هذا الخلاف يفشأ من أصل مجمع عليه الى آخر معنى ما ذكرنا وما نذكر ولان هذا الاصل متفق عليه في البيوع والاجارات وسائر العقود وتفصيله من الكافي قال هذه المسائل مبنية على أصل وهو أن الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا والمشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لانها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى لان المعاني أحق بالاعتبار وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا أنهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه أي يتبع الذات ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ولو اشتراه على أنه أحمر فاذا هو أخضر ينعقد لاتحاده والشأن في التخريج على هذا الاصل فأبو يوسف يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان أحدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم حينئذ بالمسمى وكان

(لكونها) يعني الاشارة (أبلغ في المقصود وهو التعريف) لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشئ ويحصل بها كمال التمييز لان الاشارة الى الشئ وارادة غيره ممتنعة وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له وأخر دليل محمد وكأنه أشار الى اختيار مذهبه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين احداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصح أن يكون مشارا اليه اشارة حسية والثانية أن المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده أمرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والمذكاة والذكر والانثى في غير الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما أكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فان الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحدة في الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه والجارية والعبد فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية والاشارة في العقد فان كان المسمى والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان التسمية هنالك لا تدل على ماهية أخرى وانما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار اليه لانه هو المشار اليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وان كانا من جنسين فالمعتبر هو المسمى لان التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه في استحقاق أن يكون مرادا ولا يكون تابعا له لان المقتضى لعدم شئ لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية أبلغ في التعريف اذا كانا من جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذاتا مشارا اليه من غير دلالة على حقيقته هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل وأزيدك بيانا وهو أن كل موضع دلت التسمية فيه على معنى يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت عاد حر العدم الواسطة وكذا في الميتة والذكية والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفع (٤٦٥) لا يلزم أن يكون خمرا لجواز أن يكون

لابي يوسف أنه أطعمها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وأبو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف فكأنه تزوج على خمر أو حر ومحمد يقول الاصل أن المسمى اذا كان من جنس المشار اليه وكان الاشارة تبين وصفه كأنه قال عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر ومحمد يقول العبد مع الحر جنس واحد اذ معنى الذات لا يفترق فيهما فان منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا فالعبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل فأما الخل مع الخمر فجنسان اذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل فالحكم فيه كما قال أبو يوسف وأبو حنيفة يقول لا تأخذ الذاتان حكم الجنسين الا بتبدل الصورة والمعنى لان كل موجود من الحوادث موجود بهما وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحدا الجنس فالعبرة للاشارة فيهما والمشار اليه غير صالح فوجب مهر المثل اه

عصيرا وكذا اذا ارتفع كونها جارية لا يلزم أن تكون عبدا لجواز أن تكون حرة

(قوله ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له) أقول فان من قال هذه الكلبة طالق لامرأته أو هذا الحمار حر لعبده يقع الطلاق والعتاق واطلاق الكلبة والحمار تجوز (قوله احداهما

(٥٩ - فتح القدير ثاني) أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي) أقول أي بلا اعتبار الوجود الخارجي لا بلا اعتبار صفة مطلقا فلا ينافي كلامه هنا لما سيذكره في كتاب البيع ويدل على ما ذكرنا قوله بعد أسطر وانما يدل على صفة فتأمل (قوله وبالذات الخ) أقول في قوله والاشارة تعرف الذات لا في قوله موجود في المشار اليه اذ لفظ الذات فيه بمعنى نفس الحقيقة من حيث هي بدون الصفة (قوله فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والذكية والذكر والانثى في غير الانسان) أقول والمالية في العبد وحل الانتفاع في الذكية من الاحكام دون الاوصاف الا أن في الذكر والانثى كلاما لا يخفى (قوله والمعنى كالاسكار الخ) أقول عطف على الصفة (قوله والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق) أقول أي في استحقاق الارادة (قوله لانه هو المشار اليه الخ) أقول لم يظهر مما ذكره وجه ترجيح جانب الاشارة على جانب التسمية فان دلالة التسمية على ذات موصوفة بصفة كما أن المشار اليه ذات موصوفة بصفة (قوله لولا الصفة) أقول التي في المشار اليه (قوله ولم تعتبر الصفة) أقول التي تدل عليها التسمية (قوله تعرف الماهية) أقول التي هي الاصل (قوله فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت عاد حر العدم الواسطة) أقول فيه بحث لجواز أن يكون جارية كما يجوز أن تكون عبدا اذا ارتفع كونها جارية ويجوز أن يجاب عنه بأن يقال المراد ارتفاع الصفة فقط مع بقاء الذات والموصوف وهو في العبد هو الانسان الذكر وفي الميتة هي الشاة وكذا في الذكر والانثى منها وفي الخل ماء العنب وفي الجارية هو الانسان الانثى فليتأمل (قال المصنف لابي يوسف أنه أطعمها مالا وعجز عن تسليمه فتجب القيمة) أقول قال ابن الهمام ظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مباني الخلاف لانه خص أبا يوسف بما حاصله سمى لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلي والعبد قيمي والخل مثلي ثم قال وأبو حنيفة رحمه الله يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق أنه لا خلاف بينهم فيه اه أضاف المصنف في كتاب البيع هذا الاصل الى محمد واستدل به على مسئلة وفاقية فالاضافة اليه تدل على التخصيص والاستدلال على الوفاقية يدل على الاتفاق والظاهر هو الثاني والتخصيص يجوز أن يكون للتخريج فليتأمل (قال المصنف ومحمد يقول الاصل أن المسمى اذا كان من جنس المشار اليه)

وعلى هذا اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة لانه يعتبر الاشارة والاشارة الى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا وكأنه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان ووجه أبي يوسف ظاهر وكذا وجه محمد لانه في الجنس الواحد تعتبر الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل والمصنف ذكر في دليل أبي حنيفة قوله لانه مسمى بناء على ما ذكرنا أن الاشارة أبطلت العبد الثاني وقوله (ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل) اعترض عليه بما قال قبل هذا ولو تزوجها على ألف ان أقام بها الى ان قال وان أخرجها فلها مهر المثل وبما قال في (٤٦٦) الزيادات أن الرجل اذا تزوج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباها ثم ان لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها وهذا يدل على أن ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل وأما الحر فلم يستحق أصلا وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود

يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل للمشار اليه وليس بتابع له والتسمية أبلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فاذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والحر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد (فان تزوجها على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة) لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل (وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر عبدا) لانه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته (وقال محمد) وهو رواية عن أبي حنيفة (لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد) لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل

وغاية الامر أن يكون سمى الحر خلا والحر عبدا تجوزا وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق و يعتق فظهر أن لا اختلاف بينهم في الاصل بل في اختلاف الجنس واتحاده فلزم أن ما ذكر في بعض شروح الفقه من أن الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام انما هو على قول أبي يوسف وعند محمد المختلفين بالمقاصد وعند أبي حنيفة هو المقول على متحدي الصورة والمعنى ثم لا يخفى أن اللائق كون الجواب على قول أبي يوسف وجوب القيمة أو عبد وسط لان الغاء الاشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل انه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا أي على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل أو على هذا الحر فاذا هو عبد أو على هذه الميتة فاذا هي ذكية فلها المشار اليه في الاصح عند أبي حنيفة وان روى عنه مهر المثل وقد مر على أصله وبالاصح عن أبي حنيفة قال أبو يوسف فأوجب الذكية ومامعها وأوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الخمر فرعي على أصله وأبو يوسف خالف أصله واعتذر عنه بانه جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احداهما وبطلت الاخرى فاعتبرت الصحة وصارت الاخرى كأن لم تكن وكذا خالف أبو حنيفة الاصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل ووجهه بأنه يقول الموجب الاصلي مهر المثل وانما اعتبرنا الاشارة هناك ليجب ولو اعتبرناها هاهنا لا يجب فلا تعتبر ليجب مهر المثل لانه هو الاصل (قوله فان تزوجها على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها عند أبي حنيفة الا الباقي اذا ساوى عشرة) فان لم يساو عشرة كملت العشرة (لانه مسمى ووجوب المسمى) المستحق بأصل العقد (وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر) لو كان (عبدا) لانها ما رضيت الا بهما وتعذر تسليم أحدهما

أقول هذا الاصل متفق مجمع عليه لكن أبا يوسف يقول العبد المسمى والخل المسمى مال صالح لجعله مهرا والحر والخمر لا يصلحان فكانا جنسين في المهر وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الذات والمعنيان الخلية والخمرية والرقية والحرية يتصور اثباتهما لذات واحدة على التعاقب فلم يتصورا اختلاف الجنس باختلاف المعنيين وباقي التفصيل في شرح الكافي فعلى هذا اذا تزوجها على هذه الجارية فاذا هي غلام ينبغي أن تعتبر التسمية عند أبي حنيفة لاختلاف الجنس عنده أيضا كما سيجيء في البيع بخلاف تقرير المصنف فتجب فعليك بالتأمل والتتبع (قوله وجب تمام مهر المثل عنده الخ) أقول وكذا عند أبي حنيفة فلا وجه للتخصيص ظاهرا (قوله يجب العبد وتمام مهر المثل) أقول لانعدام رضاها بالباقي (قوله اعترض عليه بما قال قبل هذا الخ) أقول كيف ينتقض به ولا وجوب للمسمى فيه من حيث انه مسمى لفساد التسمية الثانية تأمل (قوله وهذا يدل على أن ذكر المسمى) أقول والانسب أن يقول وجوب المسمى (قوله وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح الخ) أقول جواب عن السؤال الثاني لان شرط عدم الاخراج فاسد لا يستحق بالنكاح ويرد عليه أنه اذا كان مستحقا فلم لا يجبر على ايفائه (قوله يوجب فوات رضاها) أقول بالالف (قوله وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن الخ) أقول فيه بحث فان اتمام التعليل بقيد لم يذكره أولا يعد انقطاعا ذكره الشارح في السلم فراجعه

فتجب القيمة وقال محمد لها الباقي وتمام مهر مثلها ان لم يبلغ الباقي مهر المثل وهو رواية عن أبي حنيفة فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزاد عليه فيتحد بقول أبي حنيفة لانهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فاذا كان أحدهما حرا ولم يبلغ الباقي مهر المثل تم مهر المثل دفعا للضرر عنها فهنا مقامان لهما مقام اختلافهما فيه وهو تعيين الواجب مع الباقي ومقام اتفاقهما فيه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولهما فيه الالحاق بالمسئلة السابقة أعني ما اذا تزوجها على ألف وأن لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لانها لم ترض بذلك القدر فقط وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه والجواب الفرق بأن الفائت في السابقة لم يستحق بأصل العقد مدفوع بأن لا أثر لاستحقاق مستحق خاص بأصل العقد في دفع استحقاق غيره ولزوم مهر المثل فيما ليس الا لعدم رضاها بذلك القدر تسمية اذ لم ترض الا بالكل غير أن الفائت هنالك لما لم يتقوم صير الى مهر المثل وهنا يتقوم بمعنى يقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته وعلى هذا يترجح قول أبي يوسف من حيث الوجه وقد يجاب بأن جبر الفائت هنالك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به أما هنا فهي المقصرة في الفحص عن حال المسميين فانه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لان عدم الاخراج وطلاق الضرة انما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى هذا وقد خرجت هذه المسئلة على ما يليها من الاصل الذي ذكرناه فعند أبي حنيفة تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو واذا الغا تسمية أحد العبدين صار كأنه تزوجها على عبد فليس لها غيره وعند أبي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الاشارة الى الحر فاعتبر تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم أحدهما فوجبت قيمته ومحمد يقول الامر كما قال أبو حنيفة أن تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر الى مهر المثل لدفع الضرر ولا جواب الا بما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت ان تم والا فالاوجه قول أبي يوسف وكونها مقصرة بذلك ممنوع اذ العادة مانعة من التردد في أن المسمى حر أو عبد وقريب من هذا ما لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فاذا هي تسعة ليس لها غير التسعة وحكم محمد بها كما قال أبو حنيفة ان ساوت مهر مثلها أو زادت والا كمل لها مهر مثلها وفي فتاوى الخاصي من علامة العين تزوجها على هذه الاثواب العشرة فاذا هي أحد عشر فان كان مهر مثلها مثل أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى لان المهر احدى العشرتين أجودهما أو أردؤهما فصار كما اذا تزوج على أحد هذين العبدين أما اذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى فرق بين هذا وبين ما اذا تزوجها على هذه الاثواب العشرة الهروية فاذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعا لان في الاولى المنطوق به الثوب المطلق والثوب المطلق لا يجب مهرا ألا ترى أنه لو تزوجها على ثوب مطلق يجب مهر المثل وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وهذا يجب مهرا وشرح العبارة الاولى أن التزوج انما وقع على عشرة وحين وجدت أحد عشر فلا بد أن تشتمل غالبا على عشرة هي أجود الاحد العشر وعشرة هي أردأ الاحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردأها أو أجودها وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة فيحكم مهر المثل فاذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الاحد عشر لرضاها بالنقصان وان كان بين العشرة التي هي الاردأ والعشرة التي هي الاجود تعين أعني مهر المثل كما لو كان بين أوكس العبدين وأجودهما وان كان أقل من أردإ العشرتين أو مثلها تعين العشرة الرديئة كما لو كان أقل من أوكس العبدين أو مثله هذا قياس قوله وأما قياس قولهما فصحت التسمية وتعين أردؤهما مطلقا كما عينا أوكس العبدين كذلك وشرح عبارة التسعة أنه اذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكأنه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط بخلاف ما اذا وصفها بالهروية لان المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل تسميته غير أن مقتضى الاصل أن

فلو لم يجب لها الى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه أما ههنا فيمكن الوقوف على ما أشار اليه قبل النكاح بالتفحص فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها

(قوله فلو لم يجب لها الخ) أقول الزائد على الالف

قال (واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله (هو يعتبره بالبيع الفاسد) يعني أن القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا أصليا فاذا اعترض الفساد يرجع الى الموجب الاصلي (ولنا أن المستوفى) أي من منافع البضع بهذا العقد هو (ليس بمال) وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى به ليس بمتقوم (وانما يتقوم بالتسمية) والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي أن لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب (لانعدام التسمية) أي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت هل هذا الا تناقض لانك أسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه وهي ان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة يجب شمول الوجود قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا انتقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضة فان المستوفى هناك أيضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد وقوله (بخلاف البيع) جواب عن (٤٦٨) قول زفر وهو واضح

(قوله لكون كل واحد منهما موجبا أصليا الخ) أقول هذا الكلام لا يفيد الالزام على أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الموجب الاصلي عندهما المسمى كما سبق (قوله ولنا أن المستوفى أي من منافع البضع بهذا العقد الخ) أقول أي العقد الفاسد الذي سمي فيه المهر والا فالنكاح الفاسد اذا لم يسم فيه مهر يجب مهر المثل لها بالغا ما بلغ على ما صرحوا به (قوله هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم الخ) أقول يشير الى أنه معدولة حتى يوجد ايجاب الصغرى (قال المصنف لعدم صحة التسمية) لانك أقول أي من كل وجه وهذا التعليل على هذا التقرير يختص بمذهب أبي حنيفة والا فعندهما الموجب الاصلي هو المسمى الا أن لا تصح التسمية أصلا فيعدل الى مهر المثل وقد مر فيما سبق (قال المصنف لانعدام التسمية) أقول أي تسمية الزيادة على المسمى قال ابن الهمام لعدم التسمية أي لانها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطة حقها في الزيادة الى تمامه حيث لم تسم تمامه الى آخر ما ذكره فراجعه فانه مفيد جدا (قوله ولا بد من تقوم المستوفى الخ) أقول لا يخفى عليك مناقضة آخر كلامه لاوله فان المستفاد من أوله أنه غير متقوم لا في نفسه ولا بالتسمية لبطلانها ومن آخره أنه متقوم في نفسه بدون التسمية مع أنه حصر تقومها أولا في كونه بالتسمية فليتأمل فانه يجوز أن يقال انه قصر اضافي بالنسبة الى تقومه في نفسه بحسب عرف التجار ألا يرى أنه لا يتقوم في الزنا ولا كذلك البيع ويجوز أن يقال مراده في الاول انه غير متقوم في عرف التجار كالبيع فلا يناقض لآخره أو المراد أنه غير متقوم بتنصيص الشارع كما هو الظاهر من تقريره وفيه بحث (قوله فصرنا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة) أقول قوله هو راجع الى مثل في قوله في مثل هذا العقد (قوله قلت هي صحيحة من وجه دون وجه الخ) أقول فعلى هذا يكون التعليل مختصا بأبي حنيفة والا فعندهما اذا صحت التسمية من وجه لا يصار الى مهر المثل كما سبق غير بعيد الا أن يقال ذلك في النكاح الصحيح فليتأمل (قوله وانما قيدت المستوفى الخ) أقول لا يفيد ذلك التقييد في دفع الانتقاض اذ المنتقض هو الكبرى وهي على حالها

(واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها) لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع (وكذا بعد الخلوة) لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء (فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى) عندنا خلافا لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا أن المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيستقدر بدله بقيمته

يتخير فيه بين عينه وقيمته والله أعلم (قوله واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) وهو كتزوج الاخت في عدة الاخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الامة على الحرة فان كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها أو لم يخل لان المهر لا يجب في النكاح الفاسد الا بالدخول وانما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لان التمكن منها فيه منتف شرعا بخلاف الصحيح فانه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لان الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطء شرعا وحسا فان دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة اذا امتنع الرد ونحن نقول المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية وأورد عليه لزوم التناقض

لانك أسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه فان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة فشمول الوجود وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال فاسدة من حيث انها وجدت فى عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا نقصت لانضمام رضاها والحق أن هذه التسمية ليست الا فاسدة وقد صرح المصنف ببطلانها اذ ليس معنى فساد التسمية الا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه فى عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها وبفسادها وجب المصير الى مهر المثل لانه القيمة للبضع شرعا وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية أى لانها لم تسمها فكانت راضية بالحط مسقطة حقها فى الزيادة الى تمامه حيث لم تسم تمامه واذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير فى العقد الفاسد الى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا وبين زفر رحمه الله غير أنه يوجبه بالغا ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا فوجه الاستدلال أن يقال سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت باسقاط بعض حقها وتركت باقى المقدمات لانه لا حاجة اليها بل لا تصح لان قوله انما يتقوم بالتسمية ان أراد فى النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل وان أراد فى الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل غير أنه اعتبر حطها فان قيل لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجبوا المسمى اذا زاد على مهر المثل فالجواب أنا لو أوجبناه فاما لانه مسمى وقد بطل وامالرضاها ومجرد الرضا بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به لان به لا يدخل فى ملك الآخر بل بالقبض بخلاف الرضا بالحط لانه اسقاط فيتم بالواحد وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفر رحمه الله بما فى الترمذى وغيره من قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل الحديث فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فكان وجوب مهر المثل أصلا فى كل نكاح فاسد هذا بعد ما فيه مما قدمناه فى باب الاولياء والاكفاء ﴿فروع﴾ لا يصير محصنا بهذا الدخول الا عند أبى ثور وأجمعت الامة على أنه لا يكون محصنا فى العقد الصحيح الا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا بخلاف ما اذا تكرر وطء الابن لجارية الاب وادعى الشبهة فانه يلزمه بكل وطء مهر والاصل أن الوطء فى غير الملك ان كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وان كان بشبهة ملك لا يتعدد بتعدده ففى جارية الاب وجارية الزوجة اذا وطئها الزوج الثابت فى حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفى جارية الابن اذا وطئها الاب والمكاتبة اذا وطئها السيد والزوجة فى النكاح الفاسد أو فى النكاح الصحيح اذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلاقها الثابت فى حقهم شبهة الملك وتقرر الوطء فى الملك لا يتعدد به المهر فكذا فى شبهته وأما اذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين لم يذكره فى الكتاب وكان الشيخ برهان الدين والدى يقول يتعدد المهر لانه فى النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الاب فى حق الابن ولو وطئها بعد التفريق فى النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة ولو زنى بامرأة فتزوجها وهو مخالطها ثم أتم الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا الساقط عنه الحد حين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وان طلقها فى الحال لان هذا أكثر من الخلوة وفى الخلاصة فى الجنس الخامس من فصل المهر لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة هل يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر قيل ان كانت الطلقات الثلاث جملة واحدة فظن أنها لم تقع فهو ظن فى موضعه فيلزمه مهر واحد وان ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهذا ظن فى غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر وفى نوادر هشام عن محمد رحمه الله اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد وان استحق نصفها فعليه نصف المهر وفى آخر حدود خواهر زاده الصبى اذا زنى بصبية فعليه المهر وان أقر بذلك لا مهر عليه واذا زنى الصبى ببالغة مكرهة فعليه المهر وان دعته الى نفسها لا مهر عليه ولو دعت صبية صبيا عليه المهر وكذا لو دعت أمة

وقوله (وعليها العدة) يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكر أن الخلوة فيه لا تقوم مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله (الحاقا للشبهة بالحقيقة) أي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه (في موضع الاحتياط) وكان قوله (وتحرزا عن اشتباه النسب) تفسيرا للاحتياط بطريق العطف (ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت) وقال زفر يعتبر من آخر الوطآت حتى اذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية وقوله (هو الصحيح) (٤٧٠) احتراز عن قول زفر وقوله (لانها تجب باعتبار شبهة النكاح) يعني من حيث

(وعليها العدة) الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق (ويثبت نسب ولدها) لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها)

صبيا والمراد من المهر العقر (قوله وعليها العدة) يعني اذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لانها لا تقام مقام الوطء في النكاح الفاسد وينبغي أن لا يجب عليها الاحداد في الاصل فيما اذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهر لها لانه دخل بها بشبهة النكاح لان خبر الواحد حجة في المعاملات فيصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر قال في الكتاب وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تتقي في عدتها ما تتقي المعتدة بنحو قضى (١) رضي الله عنه ولان الاحداد لاظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لان وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولانها النفقة التي كانت واجبة بأصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن لها عليه نفقة مستحقة ههنا لتبقى ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لانه هو المستوفي للبدل ولو كانت هذه أخت امرأته حرمت عليه امرأته الى انقضاء عدتها (قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح) احترازا عن قول زفر لانها انما تجب باعتبار شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق أو بالافتراق بالمتاركة اذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع الا بما قلنا ولا تتحقق المتاركة الا بالقول بأن يقول تاركتك أو خليت سبيلك أو خليتها أو تركتها أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر قال الشيخ الامام فخر الدين قاضيخان هذا في المدخول بها أما في غيرها فبتفرق الابدان بأن لا يعود اليها ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك الا بحضور الآخر وعلم غير المتارك ليس شرطا لصحة المتاركة على الاصح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا روى ذلك عن أبي يوسف واختار الصفار قول زفر حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطآت قبل التفريق انقضت العدة وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق أو المتاركة لم تنقض ويجب أن يكون هذا كله في القضاء أما فيما بينها وبين الله تعالى فاذا علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا ينبغي أن يحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قدمناه من نقل العتابي وفي الفتاوى لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد (قوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء والاقامة) أي اقامة العقد مقام الوطء (باعتباره) وهذا جواب عن قياسهما على الصحيح وذكر في الاصل تزوجت الامة بغير اذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو

وجود ركنه من الايجاب والقبول (و) شبهة النكاح (رفعها بالتفريق) وقوله التفريق في موضعين يشير الى أنه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فان لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض فاما أن يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما واما أن يكون وضع المسئلة فيما اذا رفعا حكمهما الى الحاكم وقوله (ويثبت نسب ولدها) ظاهر مما تقدم قوله (وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد) وقال أبو حنيفة وأبو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد (لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره) أي اقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أن النكاح داع الى الوطء والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليله هذا اشارة الى فساد قياس أبي حنيفة وأبي يوسف قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها) اعلم أن مهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبل أبيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن أبي ليلى يعتبر بأمها وقوم أمها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر

(قوله تفسيرا للاحتياط بطريق العطف) أقول فيه شئ

(١) هكذا بياض ببعض النسخ وكتب عليه انظر من القاضي اه كتبه مصححه

لقول ابن مسعود لها مهر مثل نسائها الاوكس فيه ولا شطط وهن أقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه (ولا يعتبر بأمها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها) لما بينا فان كانت الام من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها (ويعتبر فى مهر المثل أن تتساوى المرأتان فى السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر) لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوى أيضا فى البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة (واذا ضمن الولى المهر صح ضمانه) لانه من أهل الالتزام وقد أضافه الى ما يقبله فيصح

ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يجعل خلافا قال شيخ الاسلام تأويل هذا أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة قال فى الغاية قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الاحوط فى النسب من وقت التفريق أيضا لا من وقت النكاح لان العدة للنسب قال شارح الكنز هذا وهم لانهم انما اعتبروها من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد اقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولا قل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما فى الصحيح ولا ينافى ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا يرى أنها لو جاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهى معه ثبت نسبه ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق لا غير ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه ويجب المهر والعدة فى رواية عن أبى يوسف وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر وان لم يخل بها لا يلزمه الولد اه والحاصل أنه يعتبر من وقت التفريق اذا وقعت فرقة وما لم تقع فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف (قوله لقول ابن مسعود لها مهر مثل نسائها) قاله فى المفوضة وقدمنا تخريجه وقوله (وهن أقارب الاب) ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء على أن الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لان الانسان من جنس أبيه ولذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان أبوه قرشيا وعلى هذا كان الاولى اسقاط الواو فى قوله ولان الانسان من جنس قوم أبيه ليكون وجه كون الاضافة المذكورة تعين كونهن أقارب الاب ظاهرا وهذا لان جعله وجها مستقلا يصح الا أنه حينئذ لا يكون الدليل الاول مستلزما للمطلوب لان مجرد اضافة النساء اليها لا يستلزم كون النساء المضافة أقارب الاب بل كما يصح أن يقال لعماتها وأخواتها نساؤها يصح أن يقال لخالاتها أيضا وأخواتها لامها فانما يرجح جهة ارادة الأب المقدمة المذكورة (قوله ويعتبر فى مهر المثل أن تتساويا فى الجمال) يعنى بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وأدبا وكمال خلق وعدم ولد وفى العلم أيضا فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لا يعتبر مهرها لان البلدين تختلف عادة أهلهما فى المهر فى غلائه ورخصه فلو زوجت فى غير البلد الذى زوج فيه أقاربها لا يعتبر مهورهن وقيل لا يعتبر الجمال فى بيت الحسب والشرف بل فى أوساط الناس وهذا جيد وقالوا يعتبر حال الزوج أيضا أى بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها فى المال والحسب وعدمهما فان لم تكن واحدة من قوم الاب بهذه الصفات فاجنبية موصوفة بذلك وفى الخلاصة ينظر فى قبيلة أخرى مثلها أى مثل قبيلة أبيها وعن أبى حنيفة لا يعتبر بالاجنبيات ويجب حمله على ما اذا كان لها أقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل وفى المنتقى يشترط أن يكون المخبر عن مهر المثل رجلين أو رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه وفى شرح الطحاوى مهر مثل الامة على قدر الرغبة (قوله واذا ضمن الولى المهر صح ضمانه) بقيد كون الضمان فى الصحة أما فى مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه فى مرض موته ويشمل ولى الصغيرة اذا زوجها وضمن عنه وولى الصغيرة اذا زوجها وضمن لها وقوله

بالقرابات من جهة النساء وانما قول ابن مسعود (لها مهر مثل نسائها وهن أقارب الاب) لانه أضاف اليها وانما يضاف الى أقارب الأب لان النسب اليه ولان قيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ألا ترى أن الام قد تكون أمة والابنة تكون قرشية تبعا لابيها (ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها) بان يكون أبوها تزوج بنت عمه فان أمها وخالتها تكون من قبيلتها وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه وقوله (ويعتبر فى مهر المثل) ظاهر وقوله (باختلاف الدار) أى البلد وحاصله أن مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن السن وقت التزوج (واذا ضمن الولى المهر صح ضمانه) يعنى اذا زوج الولى ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح (لانه من أهل الالتزام وقد أضاف الضمان الى ما يقبل الضمان) وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه فان قلت يجوز أن يكون مراده ان الولى زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمرأة قلت ينبو عنه قوله ثم المرأة بالخيار وان كانا فى الصحة سواء

من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب باللفظ صريحا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمرأة أن تطالب الوكيل بالمهر مالم يضمن وقوله (ثم المرأة بالخيار) ظاهر وقوله (ويصح ابراؤه) أي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي (ويملك قبضه) أي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وقوله (وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة) جواب عما يقال ان الاب يملك قبض الصداق أيضا كالوكيل يملك قبض الثمن فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز هنالك فكذلك في الاب وقوله (وللمرأة أن تمنع نفسها) أي اذا تزوج امرأة على مهر فاما أن يكون المهر كله معجلا أو مؤجلا أو بعضه معجلا وبعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما أن دخل بها أو لم يدخل فان لم يدخل بها فللمرأة أن تمنع نفسها (حتى تأخذ المهر ولها أن تمنعه عن اخراجها) الى السفر (ليتعين حقها في البدل) وهو المهر (كما تعين حقه في المبدل) وهو البضع

(ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها) اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا أدى على الزوج ان كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت المزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند أبي حنيفة ومحمد ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار أنه عاقد ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال (وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها) أي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل

(قوله ذكر في باب الوليمة من شرح الطحاوي أن الاب اذا زوج الصغير امرأة الخ) أقول قال صاحب المنظومة في باب فتاوى مالك رحمه الله ومنكح الابن الصغير يغرم صداقه حين الصبي معدم وفي شرحه زوج ابنا له صغيرا امرأة بمهر معلوم والابن فقير فالمهر على الاب عنده وعندنا لا الا أن يضمن الاب اه يعني

(ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها) هو على التقدير الثاني وقوله (ويرجع الولي اذا أدى على الزوج ان كان بأمره) يفيد أن الزوج أجنبي أو في حكمه كولده الكبير وهذا لانه لا يرجع اذا أدى عن ابنه الصغير فيما اذا زوجه وضمن عنه للعرف بتحمل مهور الصغار اللهم الا أن يشهد أنه دفع ليرجع في أصل الضمان (قوله ثم المرأة بالخيار في مطالبتها) يعني اذا بلغت (زوجها) يعني اذا كان بالغا وان لم يكن بالغا فانما لها مطالبة أبيه ضمن أو لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة وذكرنا أنه اذا أدى لا يرجع مالم يشهد على اشتراط الرجوع في أصل الضمان ولا يخفى أن هذا مقيد بما اذا لم يكن للصغير مال هذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من أنه يضمن الاب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف اطلاق شرح الطحاوي وذكر في المصفى جوابه فقال قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال انما ينفك عن ايفاء المهر في الحال فلم يكن من ضرورة الاقدام على تزويجه ضمان المهر عنه فهذا هو المعول عليه وان ضمن الوصي يرجع مطلقا فلو لم يؤد الاب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين أخذها من تركته وبين مطالبة زوجها فان اختارت التركة فأخذت أجزأ الباقي الورثة الرجوع في نصيب الصغير وقال زفر ليس لهم الرجوع لان هذه الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه اذ لا يعتبر اذنه ولو أذن وعن أبي يوسف كقوله فيما ذكره الولوالجي قلنا بل صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الاب عليه فاذن الاب اذن منه معتبر واقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته بخلاف ما اذا أدى عنه في حياته لان تبرع الآباء بالمهور معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون وكذا يرجعون اذا أدى في مرض موته والمجنون كالصبي في جميع ذلك لانه مولى عليه سواء كان الجنون أصليا أو طارئا وانما صح ضمان وليها اذا كان أبا أو جدا مع أنه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لان الولي في النكاح وان باشر سفير كالوكيل به بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لانه مباشر فترجع الحقوق اليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب ويتسلم المبيع ويصح تأجيله وابراؤه من الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا مقتضى فان قيل لا نسلم عدم رجوعها اليه في النكاح ألا يرى أن له المطالبة بمهرها أجاب المصنف بقوله (وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار أنه عاقد) لانه معتاد ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها اذا نهته صريحا أما اذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فان له القبض بعد بلوغه دون الصبي ثم لا يشترط احضار الزوجة لقبض الاب مهرها عندنا خلافا لزفر وأبي يوسف في قوله الاخير وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافا وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها في باب الاولياء والاكفاء فارجع اليها ومما لم نذكره هنالك لو قبض الاب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ان كانت بكرا لم يصدق الا ببينة لان له حق القبض وليس له حق الرد وان كانت ثيبا صدق لان حق القبض ليس له فاذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمودع اذا قال رددت الوديعة (قوله وللمرأة أن تمنع نفسها من الدخول بها ومن أن يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل)

(فصار كالبيع) في أن البائع له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين (وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أي المعجل منه لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف أبي يوسف

يعني ولا يتعين حقها الا بالتسليم وهذا التعليل لا يصح الا في الصداق الدين أما العين كالو تزوجها على عبد بعينه فلا لانها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه وقوله (أي المعجل منه) يتناول المعجل عرفا وشرطا فان كان قد شرط تعجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه فبعضه وان لم يشترط تعجيل شئ بل سكتوا عن تعجيله وتأجيله فان كان عرف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه الى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تحتبس الا الى تسليم ذلك القدر قال في فتاوى قاضيخان فان لم يبينوا قدر المعجل ينظر الى المرأة والى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما اذا شرط تعجيل الكل اذ لا عبرة بالعرف اذا جاء الصريح بخلافه ومثل هذا في غير نسخة من كتب الفقه فما وقع في غاية البيان من اطلاق قوله فان كان يعني المهر بشرط التعجيل أو مسكوتا عنه يجب حالا ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس بواقع بل المعتبر في المسكوت العرف هذا وللاب أن يسافر بالبكر قبل ايفائه في الفتاوى رجل زوج بنته البكر البالغة ثم أراد أن يتحول الى بلد آخر بعياله فله أن يحملها معه وان كره الزوج فان أعطاها المهر كان له أن يحبسها (قوله وليس له حق الاستيفاء) كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه ايفاء فكما أن له استيفاء منافع البضع وعليه ايفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها ايفاء منافع بضعها وحينئذ فقد يقلب هذا الدليل فيقال ليس لها حق استيفاء المهر قبل ايفاء منافع البضع والجواب أن هذا وقع في تعليل حبسه اياها الان ثبوته له للاستيفاء فعلى هذا كل منهما لو طولب بايفاء ما عليه كان له الامتناع الى استيفاء ماله ويستلزم تمانع الحقوق وفوات المقصود مثلا لو طالبها بايفاء الدخول فقالت حتى أستوفي المهر فكان له أن يقول لا أوفيه حتى أستوفي منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا والصواب أن هذا التعليل بعد الالحاق بالبيع وأن البضع كالمبيع والمهر كالثمن لكنك علمت أن في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا ومثله لا يتأتى في النكاح اذا كان المهر عبدا معينا مثلا ولا في معية الخلوة لاطلاق الجواب بان لها الامتناع الى أن تقبض هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولي منعها عن الزوج الى أن يعطي المهر ولو زوجها غير الاب والجد كالام وهي صغيرة ليس له أن يسلمها الى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض فان سلمها فالتسليم فاسد وترد الى بيتها لانه ليس للام ولاية ابطال حقها كذا في التجنيس في رمز واقعات الناطفي ولو ذهبت الصغيرة الى بيته بنفسها كان لمن كان أحق بامساكها قبل التزوج أن يمنعها حتى يعطيه ويقبضه من له ولاية القبض لان هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من أهل الرضا ﴿فرع﴾ اذا كان يسكن في بيت الغصب لها أن تمتنع من الذهاب اليه فيه ولا تسقط به نفقتها (قوله ولو كان المهر كله مؤجلا) مدة معلومة أو قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه بخلاف ذلك في البيع وبخلاف المتفاحشة كالى ميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا (ليس لها أن تمنع نفسها) قبل الحلول ولا بعده

تصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أي المعجل منه لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف أبي يوسف

بتأخير حقه الى أن يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن أولا ليس من موجبات البيع لاحالة ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم أحد البدلين أولا فلم يكن المشتري راضيا بتأخير حقه في المبيع الى أن يوفي الثمن وقوله (لاسقاطها حقها بالتأجيل) فاطلاقه يشير الى أنه ليس لها المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية أما قبل الحلول فظاهر وأما بعده فلان هذا العقد ما أوجب حق الحبس فلا ينبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند أبي حنيفة ومحمد فلان لا يكون لها ذلك بعده أولى

وفي شرح الكافي الصغير اذا زوجه أبوه فللمرأة أن تطالب الاب بالمهر وان لم يضمنه باللفظ ذكره في شرح الطحاوي والتتمة اه وظن بعضهم المخالفة بين ما في المنظومة وما نقله الكافي من اطلاق شرح الطحاوي والظاهر أن ما أجمله وأطلقه الكافي هو ما فصله الشارح

 أكمل الدين في النقل فلا تتوجه حديث المخالفة حينئذ (قوله فاله موجب النكاح عند الاطلاق الخ) أقول يعني عن التعجيل والتأجيل (قوله تسليم المهر أولا عينا كان أو دينا) أقول ممنوع فان صاحب الغاية نقل عن المحيط أنه ان كان المهر عينا يتقابضان كما في بيع المقايضة ثم أقول ان كان المراد بالدين في قوله أو دينا هو الدراهم والدنانير كما هو الظاهر فلا يقاس حال شرط التأجيل على حال الاطلاق

قوله (وان دخل بها) يعنى فى الوجه الاول (فكذلك الجواب عند أبى حنيفة) يعنى للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان الدخول برضاها أما اذا كانت مكرهة أو صبية أو مجنونة فلا يسقط حقها فى الحبس بالاتفاق (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها) ان كانت (برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغير رضاها لم يسقط حقها بالاتفاق (ويبتنى على هذا استحقاق النفقة) تستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحقها عندهما لانها ناشزة (لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر) وتسليمه ينتفى حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وقوله (وله أنها منعت منه) جاز أن يكون منافضة وتقريره أنا لا نسلم أن المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة فانها منعت منه (ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف فى البضع المحترم) واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز أن يكون معارضة وتقريره أنها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف فى البضع المحترم والتصرف فيه لا يخلى عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح (٤٧٤) وقوله (والتأكيد بالواحدة) أى بالوطأة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها جميع المهر وهو واضح

وان دخل بها فكذلك الجواب عند أبى حنيفة وقالا ليس لها أن تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها فى الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله أنها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف فى البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جنايتين يدفع كله بهما ثم اذا جنى جنايته أخرى وأخرى يدفع بجميعها واذا أوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفى قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة

لان هذا العقد ما أوجب لها حق الحبس فلا يثبت بعده وكذا لو أجلته بعد العقد مدة معلومة (لاسقاطها حقها بالتأجيل) كما فى البيع اذا أجل الثمن ليس له منع المبيع الى غاية القبض (وفيه خلاف أبى يوسف) فيما رواه المعلى عنه لان موجب النكاح تسليم المهر أولا فلما رضى بتأجيله كان راضيا بتأخير حقه لعلمه بموجب العقد بخلاف البيع فان تسليم الثمن أولا ليس من موجباته كما فى المقايضة واختار الولوالجى الفتوى به وهذا اذا لم يشترط الدخول فى العقد قبل الحلول فان شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق (قوله وان دخل بها) قبل الايفاء راضية وهى ممن يعتبر رضاها (فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله) أى لها حبس نفسها حتى تستوفى المهر خلافا لهما وأجمعوا أنه لو دخل بها كارهة أو صغيرة أو مجنونة فبلغت وصحت وزال الاكراه يكون لها حبس نفسها بعده (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها) لا تسقط حقها فى حبس نفسها عنده خلافا لهما (قوله واذا أوفاها مهرها) أو كان مؤجلا (نقلها الى حيث شاء) من بلاد الله وكذا اذا وطئها برضاها عندهما (وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى) واختاره الفقيه أبو الليث قال ظهير الدين المرغينانى الاخذ بكتاب الله أولى من الاخذ بقول الفقيه يعنى قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم وأفتى كثير من المشايخ بقول الفقيه لان النص مقيد بعدم المضارة بقوله تعالى ولا تضاروهن بعد أسكنوهن والنقل الى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى أسكنوهن

دليل مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله ولا تضاروهن (وفى قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة) سئل أبو القاسم الصفار عن يخرجها من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذلك تبوئة وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس بتبوئة

(قوله فان قلت فان سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا الخ) أقول وفى الغاية فى الواقعات تزوجها على مهر فأرادت منع نفسها حتى تأخذ المهر كله ليس لها فى عرفنا لان البعض معجل والبعض مؤجل فى عرفنا والمعروف كالمشروط وينظر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر وكم يكون المؤجل منه فيقضى بالعرف الا أن يشترط تعجيل الكل فى العقد وهكذا فى فتاوى قاضيخان وغيره وفى الاسبيجابى ان كان المهر معجلا أو مسكوتا عنه فانه يجب حالا لان النكاح عقد معاوضة وقد تعين حقه فى الزوجة فوجب أن يتعين حقها وذلك بالتسليم اه ثم أقول فظهر أن جواب الشارح موافق لما ذكره الاسبيجابى ومخالف لسائر الكتب

قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا فى المهر) هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف (٤٧٥) اما أن يكون فى حياتهما أو تختلف الورثة بعد مماتهما أو يكون بعد موت أحدهما فان كان فى حياتهما فاما أن يكون قبل الطلاق أو بعده وكل ذلك على وجهين إما أن يكون الاختلاف فى أصل التسمية أو فى مقدار المسمى أما اذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد الفرقة بعد الدخول أو بعد موت أحدهما فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها أو ورثتها والقول قول الزوج أو ورثته فى الزيادة فى قول أبى حنيفة ومحمد وكلامه فى تحرير المذاهب ظاهر وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا فى تفسير قول أبى يوسف ان المراد به ما يكون دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر أقل من عشرة دراهم والاصح أن مراده أن يدعى شيأ قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ فى البيع أيضا اذا اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة فالقول قول المشترى الا أن يأتى بشئ مستنكر وليس فى الثمن تقدير شرعا وقوله (لا يصار اليه) أى الى مهر المثل

قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا فى المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله فى نصف المهر وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف القول قوله قبل الطلاق وبعده الا أن يأتى بشئ قليل) ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابى يوسف أن المرأة تدعى الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا أن يأتى بشئ يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقويم منافع البضع ضرورى فمتى أمكن ايجاب شئ من المسمى لا يصار اليه ولهما أن القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلى فى باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا فى مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ

من حيث سكنتم مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها وأطرافه والقرى القريبة التى لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر وقال بعض المشايخ اذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان رجلا مأمونا له نقلها (قوله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا) الاختلاف فى المهر إما فى أصله أو فى قدره وكل منهما إما فى حال الحياة أو بعد موتهما أو موت أحدهما وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله فان اختلفا فى حال الحياة فى قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكم مهر المثل فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه وان لم يكن من جهة أحد بأن كان بين الدعويين تحالفا ويعطى مهر المثل هذا قول أبى حنيفة ومحمد على تخريج الرازى وعلى تخريج الكرخى يتحالفان فى الفصول كلها ويحكم مهر المثل وقال أبو يوسف القول للزوج مع يمينه فى الكل الا أن يأتى بشئ قليل وفسر المصنف وجماعة بأن يذكر ما لا يتعارف مهرا لها وقوله (هو الصحيح) احترازعن قول من قال أن يذكر ما لا يصلح مهرا شرعا أعنى أن يذكر ما دون العشرة لانه ذكر هذا اللفظ فى البيع فيما اذا اختلفا فى الثمن بعد الهلاك فالقول للمشترى الا أن يأتى بشئ مستنكر وليس فى الثمن تقدير شرعى وقد يقال ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر أما هنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا ويجاب بأن المستنكر شرعا داخل فى المستنكر عرفا فان ما يستنكر شرعا يستنكر عرفا ولا عكس فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة فصار الحاصل من قولنا ان ما يستنكر مطلقا لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفا أو شرعا ولانه لو كان شرعا لم يتحقق لانه اذا ادعى خمسة كملت عشرة ولغا كلامه لان العشرة فى كونه مهرا شرعا لا يتجزأ وتسمية بعض ما لا يتجزأ شرعا كتسمية كله فلا يتصور حينئذ أن يأتى بالمستنكر وليس هذا بشئ لان عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لانه مما يستنكر فقد تصور ورجح الوبرى تفسير هؤلاء البعض بأنه ذكر فى الرجوع عن الشهادة لو ادعى أنه تزوجها على مائة وهى تدعى ألفا ومهر مثلها ألف وأقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند أبى يوسف لانه لولا الشهادة لكان القول قوله ولم تجعل المائة مستنكرا فى حقها يعنى مع أن تسمية العشرة مستنكرة فيمن قيمتها عشرة أمثالها وان اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور فى تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه على ما فى الاصل والجامع الصغير وقال أبو يوسف القول للزوج الا أن يأتى على ما مر ولا خلاف بينهم فى أن القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف فى غير موضع وكما يفيده قول المصنف فى التعبير عن أبى يوسف الا أن يأتى بشئ يكذبه الظاهر فمتى كون القول له لانتفاء الظاهر معه وانما اختلفوا لاشتباه الظاهر هنا أنه مع من فقال مع من يشهد له مهر المثل لان الغالب فى المسمى فى الانكحة أن لا يكون أقل منه وهذا أوجه من قول المصنف لانه الموجب الاصلى لان كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا وقال أبو يوسف مع من يشهد له الاصل براءة الذمة وانما اعتبر الشاهد هنا مهر المثل لانه القيمة الضرورية للبضع اذ كان ليس مالا وانما يتقوم اظهارا لشرفه فيتقدر بقدر الضرورة

(قال المصنف ولهما الى قوله لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلى فى باب النكاح) أقول هذا مخالف لما سبق قبل ورقة فراجعه ويجىء فى أول فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال أن مهر المثل هو الموجب الاصلى

وقوله (وهو قياس قولهما) أى قول أبى حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر لان عند أبى يوسف القول قول الزوج فى جميع الصور وقوله (لان المتعة موجبه بعد الطلاق) أى موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول (كمهر المثل قبله) أى قبل الطلاق (فتحكم) المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله وقوله (ووجه التوفيق) أى بين رواية الجامع الكبير وبين روايتى المبسوط والجامع الصغير وهو واضح وقوله (فالقول قوله) يعنى مع اليمين لان الاصل فى الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضى عليه بألفى درهم كما لو أقر لان النكول اقرار (وان كان ألفين أو أكثر (٤٧٦) فالقول قولها) أى مع يمينها الان الزوج يدعى عليها الحط وهى تنكر فان نكلت يقضى

ثم ذكر ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله فى نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر فى الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبه بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق أنه وضع المسئلة فى الاصل فى الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ فى العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها فى الجامع الكبير فى العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور فى الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور فى الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا فى حال قيام النكاح أن الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها ألفا أو أقل فالقول قوله وان كان ألفين أو أكثر فالقول قولها وأيهما أقام البينة فى الوجهين تقبل وان أقاما البينة فى الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفى الوجه الثانى بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب ألف وخمسمائة

بألف درهم لانها أقرت بالحط وان حلفت يقضى لها بألفى درهم ألف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف وألف باعتبار مهر المثل وفائدة هذا أنه يخير الزوج فى هذا الالف ان شاء أعطى الدراهم وان شاء أعطى الدنانير (وأيهما أقام البينة فى الوجهين) أى فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمرأة (تقبل وان أقاما البينة فى الوجه الاول) وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للزوج (تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفى الوجه الثانى) وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للمرأة تقبل (بينته لانها تثبت الحط) والاصل فى هذا أن البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهرا (وان كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا) لان الزوج يدعى عليها الحط عن مهر المثل وهى تنكر والمرأة تدعى عليه الزيادة وهو ينكر وينبغى أن يقرع القاضى بينهما فى البداية لاستوائهما فان نكل الزوج يقضى بألف وخمسمائة كما لو أقر بذلك صريحا وان نكلت المرأة وجب المسمى ألف لانها أقرت بالحط وان حلفا جميعا وجب ألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما يقضى بألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لامكان التعارض ونص محمد فى هذا

وهى فيما اذا لم يتيقن بثبوت مسمى وهنا تيقناه وهو ما أقر به الزوج فيكون القول له ويحلف على نفى دعواها وصار كالاختلاف فى قدر المسمى فى الاجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار الى تحكيم أجرة المثل لان تقوم المنافع ضرورى فلم يصر اليه حيث أمكن المصير الى المسمى فكان القول لمن يدعى الاقل فكذا هذا وهما يقولان تقومه شرعا اظهارا للخطر يوجب الرجوع اليه عند التردد فى المسمى لا ينفيه بل هو أحق من التقوم الذى يثبت بسبب المالية لان ذلك يقبل الابطال بخلاف هذا وأما القصار ورب الثوب اذا اختلفا فى الاجرة فليس لعمله موجب فى الاجر بدون التسمية ليصار الى اعتباره والنكاح موجب فهو أشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب فى المقدار مما ذكر وفيه تحكم قيمة الصبغ وأما قوله تيقنا التسمية وهى ما أقر به الزوج فليس بذاك بل المتيقن أحدهما غير عين وهو لا ينفى الرجوع اذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء بأحدهما عينا (قوله ثم ذكر هنا) أى فى الجامع الصغير أن القول للزوج فى نصف المهر اذا طلقها قبل الدخول وكذا فى الاصل وفى الجامع الكبير تحكم المتعة وقد قدمناه ووجه التوفيق ظاهر من الهداية وحاصله يرجع الى وجوب تحكيم المتعة الا فى موضع يكون ما اعترف به أكثر منها فيؤخذ باعترافه ويعطى نصف مهر المثل ووجه ما ذكر أن المتعة موجبه بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل وقد يمنع بأن المتعة موجبه فيما اذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج ويحلف على نفى دعواها الزائد وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف ولهذا قيل فى المسئلة روايتان لكن ما ذكر فى جواب قول أبى يوسف آنفا يدفعه (قوله وشرح قولهما) اذا ادعى ألفا وهى ألفين ومهر مثلها ألف أو أقل فالقول له مع يمينه بالله ما تزوجها على ألفين فان حلف لزمه ما أقر به تسمية أى لا يتخير فيها بين أن يعطيها دراهم أو قيمتها ذهبا وان نكل لزمه ألفان مسمى لان النكول اقرار أو بذل على الخلاف وكلاهما يقتضيه تسمية وان كان مهر

(قوله لان النكول اقرار) أقول عند أبى يوسف ومحمد فلا يناسب قول أبى حنيفة والاظهر أن يقال اقرار أو بذل (قوله فان نكل الزوج يقضى بألف وخمسمائة) أقول بل يقضى بألفين على ما عرف أن أيهما نكل لزمه دعوى الآخر

الفصل أن بينة المرأة أولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لانه أيهما إنكارا وان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات (هذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلاثة) على قول أبي حنيفة ومحمد وهو أن يكون مهر المثل شاهدا له أو شاهدا لها أو كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل لانهما اتفقا على أصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلفا تعذر التسمية فيحكم مهر المثل قيل قول أبي بكر أصح لان تحكيم المهر ليس لايجاب مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى أن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه (ولو كان الاختلاف في أصل المسمى) بان ادعى أحدهما التسمية وأنكر الاخر كان القول قول من ينكر التسمية و (يجب مهر المثل بالاجماع) المركب أما عندهما فلانه الاصل في التحكيم وأما عند أبي يوسف فلانه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا (ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما) بين الحي وورثة الميت (فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) في الاصل والمقدار في الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول

هذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما

مثلها ألفين أو أكثر فالقول لها مع يمينها بالله ما تزوجته على ألف وان نكلت فلها ما أقر به تسمية لاقرارها به وان حلفت فلها ما ادعت قدر ما أقر به تسمية لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لان يمينها الدفع الحط الذي يدعيه هو ثم وجوب الزائد بحكم أنه مهر المثل وأيهما أقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه هو تسمية فان أقاما فبينتها أولى في الوجه الاول لاثباتها الزيادة وبينته في الثاني لاثباتها الحط ونص محمد في هذا أن بينتها أولى لاثباتها الزيادة كالفصل الاول كذا في جامع قاضيخان وجه الاول أن الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل وانما أثبتت بينتها تعين هادراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة بخلاف الظاهر وهو الحط فهي المثبتة للزيادة بطريق الاصالة فكانت أكثر اثباتا من المثبتة للوصف وان كان مهر مثلها بين الدعويين ألفا وخمسمائة فان لم يكن لهما بينة تحالفا وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وما وقع في النهاية من أن الزوج اذا نكل يلزمه ألف وخمسمائة كأنه غلط من الناسخ وان حلفا يجب مهر المثل قدر ما أقر به تسمية والزائد يخير فيه فان أقام أحدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى وان أقاما هاتها تترافى الصحيح لاستوائهما في الاثبات والدعوى ثم يجب مهر المثل ويخير فيه كله لان بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل بخلاف التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق وذكر قاضيخان أنه كفصل التحالف هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا أن على تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك والاحسن أن يقال يتحالفان ثم يعطى مهر المثل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وبالتحالف ينتفي يمين كل دعوى صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فيجب حينئذ مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازي أولى لانا لا نحتاج الى مهر المثل للايجاب بل ليتبين من يشهد له الظاهر فيكون القول له مع يمينه فلا حاجة الى التحالف ويقرع في التحالف للابتداء استحبابا ولو بدأ بأيهما كان جاز وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبدأ بيمين الزوج لانه كالمشتري والمهر كالثمن وفي المتبايعين يبدأ بيمين المشتري واليه ذهب الاسبيجابي (قوله ولو كان الاختلاف في أصل المسمى) في حال الحياة بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر (يجب مهر المثل بالاجماع) ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق (لانه هو الاصل عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تعذر القضاء بالمسمى لان القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار الى مهر المثل واستشكل كون مهر المثل هو الاصل عند محمد بل هو مع أبي يوسف في أن المسمى هو الاصل على ما صرح هو به في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أو كس وما ذكر من ايجابه مع أبي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد أشرنا الى أنه ليعرف من معه الظاهر بناء على أن العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل الا نادرا لكنا منعنا في تلك المسئلة اختلافهم في أن الاصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه ولا ينتفي بذلك الخلاف فلا يشكل على هذا كون الاصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند أبي حنيفة بل الاولى أن يعلل للكل به والمسئلة اتفاقية (قوله ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) أي بحال قيام النكاح في الاصل والمقدار ومن كان القول له لو كان حيا يكون القول

(قال المصنف هذا تخريج الرازي وقال الكرخي الخ) أقول وصحح في النهاية تخريج أبي بكر وفي شرح تاج الشريعة قول الكرخي أصح (قال المصنف ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع) أقول الظاهر شاهد لمدعي التسمية عند أبي يوسف فلم لا يكون القول قوله عنده (قوله كالجواب في حياتهما في الاصل) أقول أي في أصل التسمية

والمتعة قبله وفى المقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ألا ترى الى مسئلة المفوضة اذا مات أحدهما وعنده القول قول الزوج أو ورثته لما تقدم (ولو كان الاختلاف بعد موتهما فى المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبى حنيفة ولا يستثنى القليل) خلافا لابى يوسف فانه يستثنيه كما تقدم (وعند محمد الجواب فيه كالجواب فى حالة الحياة) يحكم مهر المثل وهو قياس قول أبى حنيفة لكنه تركه استحسانا لما ذكره وان كان الاختلاف بعده وتهما فى أصل التسمية فعند أبى حنيفة القول قول من أنكره لا يحكم مهر المثل وقوله (لما بينه من بعد) اشارة الى دليل أبى حنيفة فى المسئلة التى تلى هذه المسئلة قال (واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شئ لورثتها عند أبى حنيفة وقالا لورثتها المهر فى الوجهين معناه) أى معنى قوله لورثتها المهر فى الوجهين (المسمى فى الوجه الاول) وهو ما اذا سمى (ومهر المثل فى الوجه الثانى) وهو

ولو كان الاختلاف بعد موتهما فى المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبى حنيفة ولا يستثنى القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب فى حالة الحياة وان كان فى أصل المسمى فعند أبى حنيفة القول قول من أنكره فالحاصل أنه لا يحكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما بينه من بعد ان شاء الله قال (واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شئ لورثتها عند أبى حنيفة وقالا لورثتها المهر فى الوجهين) معناه المسمى فى الوجه الاول ومهر المثل فى الوجه الثانى أما الاول فلان المسمى دين فى ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم أنهما ماتا أولا فيسقط نصيبه من ذلك وأما الثانى فوجه قولهما أن مهر المثل صار دينا فى ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات أحدهما ولابى حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فيمهر من يقدر القاضى مهر المثل

لورثته وفى الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ولهذا يجب فى المفوضة مهر المثل بعد موت أحدهما بالاتفاق (قوله ولو كان الاختلاف بعد موتهما فى المقدار فالقول لورثة الزوج عند أبى حنيفة) كأبى يوسف حال الحياة الا أن أبا حنيفة لم يستثن القليل وهذا السقوط مهرا لمثل بعد موتهما عند أبى حنيفة (وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب فى حال الحياة وان كان فى أصل المسمى فعند أبى حنيفة القول لمن أنكره) ولا يقضى بشئ وعندهما يقضى بمهر المثل وبه قال مالك والشافعى وأحمد وعليه الفتوى لكن الشافعى يقول بعد التحالف وعندنا وعند مالك وأحمد لا يجب التحالف (قوله على ما بينه) يعنى فى المسئلة التى تليها من غير فصل وهى ما اذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا ثبت ذلك بالبينة أو بتصادق الورثة فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج هذا اذا علم أن الزوج مات أولا أو علم أنهما ماتا معا أو لم تعلم الاولية لان المهر كان معلوم الثبوت فلم يتيقن بسقوط شئ منه بموت المرأة أولا لا يسقط وأما اذا علم أنها ماتت أولا فيسقط منه نصيب الزوج لانه ورث دينا على نفسه فعلم بهذا أن المستثنى منه المحذوف فى قوله الا اذا علم الخ هو هذه الصور الثلاث التى ذكرناها كذا فى النهاية والصواب أن المستثنى منه جميع الصور لان التقدير فلورثتها أن يأخذوا ذلك فى جميع الصور الا فى صورة العلم بموتهما قبله لان المستثنى منه هو العام ولو كان الصور الثلاث مستثنى منها كان أخذ الورثة انما هو فى بعض الثلاث لا كلها (قوله وان لم يسم لها مهرا فلا شئ لورثتها عند أبى حنيفة وقالا لهم مهر المثل) واستدل أبو حنيفة فى الكتاب فقال أرأيت لو ادعى ورثة على ورثة عمر مهرا أم كلثوم بنت على أكنت أقضى فيه بشئ وهذا اشارة الى أنه انما لا يقضى به عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضى الوقوف على مقداره وأيضا يؤدى الى

(قوله والمتعة قبله) أقول يعنى بعد الطلاق (قال المصنف ولابى حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما) أقول فيه اشارة الى أنه انما لا يقضى به عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضى الوقوف على مقداره وطريق آخر تكرر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فالشبه الاول لا يسقط أصلا والشبه الثانى يسقط بموتهما وموت أحدهما فقلنا يسقط بموتهما اعمالا للشبه الاول ولا يسقط بموت أحدهما اعمالا للشبه الثانى توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضى أن لا يقضى به وان كان العهد قريبا قال ابن الهمام وما قبله أوجه ثم قال وقال مشايخنا هذا اذا لم تسلم نفسها فان سلمت ثم وقع الاختلاف فى حال الحياة أو بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد أن تقترى بما تعجلت والا حكمنا عليك بالمتعارف فى المعجل ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا اه (قال المصنف فيمهر من يقدر القاضى مهر المثل) أقول لم يجوز أن يعرف ذلك بالتصادق أو بالبينة كما فى الوجه الاول

أنه استدل فقال أرأيت لو ادعى ورثة على على ورثة عمر مهرا أم كانوم أكنت أقضى فيه بشئ وهذا الان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تفادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضى الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن العهد متقادما بأن لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضى بمهر مثلها وللمشايخ طريق آخر وهو أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب فى مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت أحدهما وباعتبار الشبه الثانى يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تأكد بالموت وقوله (ومن بعث الى امرأته شيأ) ظاهر وقوله (فالقول قوله) أى مع يمينه فان حلف والمتاع قائم فللمرأة أن ترد وترجع بما بقى من المهر وان كان هالكا لم ترجع وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وان الظاهر أنه يسعى فى اسقاط الواجب وقوله (وقيل ما يجب عليه) انما قيد بالوجوب لانه اذا بعث الخف والملاءة كان له أن يحتسبه من المهر لان ذلك لا يجبه عليه وقوله (وغيرهما) قيل كمتاع البيت

(ومن بعث الى امرأته شيأ فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله) لانه هو المملك فكان أعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر أنه يسعى فى اسقاط الواجب قال (الا فى الطعام الذى يؤكل فان القول قولها) والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فأما فى الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيرهما ليس له أن يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه والله أعلم

تكرر القضاء به لان النكاح القديم قد يكون مشهورا وهو مما يثبت بالتسامع فيدعى ورثة ورثة الورثة على ورثة ورثة الورثة به فلو قضى به ثم تأخر العصر فادعى الورثة الذين وجدوا بعد ذلك برمان به أيضا يقضى به أيضا ثم وثم فيفضى الى ما قلنا أما اذا لم يتقادم فيقضى بمهر المثل وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الاول لا يسقط أصلا وللشبه الثانى يسقط بموتهما أو موت أحدهما فقلنا يسقط بموتهما إعمالا لشبه النفقة ولا يسقط بموت أحدهما إعمالا لشبه المسمى توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضى أن لا يقضى به وان كان العهد قريبا وما قبله أوجه وقال مشايخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف فى حال الحياة أو بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد أن تقرى بما تعجلت والا حكمنا عليك بالمتعارف فى المعجل ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا (قوله ومن بعث الى امرأته شيأ ثم قال من حقك وقالت هدية فالقول له لانه المملك فكان أعرف بجهة التمليك) الا فيما يكون مهيأ للاكل لان الظاهر يتخلف عنه فيه والقول انما هو قول من يشهد له الظاهر والظاهر فى المتعارف مثله أن يبعثه هدية والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والمشوى والفواكه التى لا تبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ فأما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله واذا حلف والمرسل قائم ان كان من غير جنس حقها ولم يرض بها بيعه بالصداق يأخذه وان كان هالكا لا ترجع بالمهر بل بما بقى ان كان يبقى بعد قيمته شئ ولو بعث هو وبعث أبوها له أيضا ثم قال هو من المهر فللاب أن يرجع فى هبته ان كان من مال نفسه وكان قائما وان كان هالكا لا يرجع وان كان من مال البنت بأذنها فليس لها الرجوع لانه هبة منها وهى لا ترجع فيما وهبت لزوجها وفى فتاوى أهل سمرقند بعث اليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت اليه ثم فارقها وقال بعثتها اليك عارية وأراد أن يسترده وأرادت هى أن تسترد العوض فالقول قوله فى الحكم لانه أنكر التمليك واذا استرده تسترد هى ما عوضته هذا والذى يجب اعتباره فى ديارنا أن جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف فى ذلك كله أن يرسله هدية والظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له الا فى نحو الثياب والجارية وفيما اذا بعث الاب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذى ذكر فى فتاوى أهل سمرقند وكذا البنت فيما اذا أذنت فى بعثه تعويضا هذا اذا كان بعثها عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر أنه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان قائما والله سبحانه أعلم (قوله فالقول قوله) أى مع يمينه (قوله وقيل ما يجب الخ) بخلاف الخف والملاءة لا تجب عليه اذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها الا فيما سنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى ويجب عليه الخف والملاءة لأمتها ثم كون الظاهر يكذبه فى نحو الدرع والخمار انما ينفى احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة ﴿فروع﴾ زوج بنته وجهزها ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية وقالت تمليكا أو قال الزوج ذلك بعد موتها الى ورثته منه وقال الاب عارية قيل القول للزوج ولها لان الظاهر شاهد به اذ العادة دفع ذلك اليها هبة واختاره السغدى واختار الامام السرخسى كون القول للاب لان ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الاول ان كان العرف ظاهرا بذلك كما فى ديارهم كما ذكره فى الواقعات وفتاوى الخاصى وغيرهما وان كان العرف مشتركا فالقول للاب وقيل ان كان الرجل

(قوله فقال أرأيت لو ادعى ورثة على على ورثة عمر رضى الله عنهما الخ) أقول المهر فى تلك القصة مسمى وأبو حنيفة رحمه الله متفق معهما فى صورة كونه مسمى فى أنه يأخذه ورثة الزوجة فما تقريب هذا التعليل هنا (قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله وأن الظاهر أنه يسعى الخ) أقول والظاهر أنه اشارة الى مجموع الدليلين

ممن مثله يجهز البنات تمليكا فالقول للزوج والافله ولو أبرأت الزوج من المهر أو وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وأنكر الزوج فالقول له وقيل ينبغي أن يكون القول للورثة لان الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق وانما كان لها وهم يدعونه لأنفسهم والزوج ينكر فالقول له وفي البدائع في كتاب النفقات أعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج الا أن تقيم هي البينة لان التمليك منه وفي الخلاصة أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها اذا انقضت عدتها فلما انقضت أبت ان شرط في الانفاق التزوج يعني كان يقول أنفق عليك بشرط أن تتزوجيني يرجع زوجت نفسها أولا لانه رشوة والصحيح أنه لا يرجع لو زوجت نفسها وان لم يشترط لكن أنفق على هذا الطمع اختلفوا والاصح أنه لا يرجع اذا زوجت قاله الصدر الشهيد وقال الشيخ الامام الاصح أنه يرجع عليها اذا زوجت نفسها منه أولا لانه رشوة واختاره في المحيط وهذا اذا دفع الدراهم اليها للنفقة على نفسها أما اذا أكل معها فلا يرجع بشيء اه ولم يذكر ما اذا أبت أن تتزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحا الا ما قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده أنه يرجع اذا لم تتزوجه وحكى في فتاوى الخاصي فيما اذا أنفق بلا شرط بل للعلم عرفا أنه ينفق للتزوج ثم لم تتزوج به خلافا منهم من قال يرجع لان المعروف كالمشروط ومنهم من قال لا قال وهو الصحيح لانه انما أنفق على قصده لا شرطه وفيها ادعت على زوجها بعد وفاته أن لها عليه ألفا من مهرها تصدق في الدعوى الى مهر مثلها في قول أبي حنيفة لان عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له مهر المثل كان القول قوله مع يمينه وفي النوازل اتخذت لابويها ما تما فبعث الزوج اليهما بقرة فذبحتها وأطعمتها أيام المأتم فطلب قيمتها فان اتفقا أنه بعث بها اليها وأمرها أن تذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له أن يرجع عليها لانها فعلت باذنه من غير شرط القيمة وان اتفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله أن يرجع وان اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لان حاصل الاختلاف راجع الى شرط الضمان وهي منكرة ﴿تتمة﴾ فيها مسائل ﴿الاولى مسئلة تعورف ذكرها في باب المهر مع أن الجواب المذكور فيها انما يتعلق بالميراث فأحببنا الاتباع ونذكر المهر زيادة فيها تزوج ثنتين في عقدة وواحدة في عقدة وثلاثا في عقدة ومات قبل أن يدخل بواحدة منهن وقبل أن يبين المتقدمة نكاحا من غيرها فميراث الزوجات وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن والثمن مع الولد أو ولد الابن بينهن على أربعة وعشرين سبعة للتي تزوجها وحدها اتفاقا والباقي نصفه للثنتين ونصفه للثلاث عند أبي حنيفة وقالا ثمانية أسهم من الباقي للثنتين وتسعة للثلاث على اختلاف تخريجهما وانما قلنا المسئلة من أربعة وعشرين لان نكاح الواحدة صحيح على كل حال لانه ان تقدم فظاهر وكذا ان توسط لانها تكون ثالثة ان وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث وكذا اذا تأخر لبطلان نكاح أحد الفريقين فتقع هي ثالثة أو رابعة ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال ثم نقول ان صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث وان صح مع الثلاث فلها ربعه فنحتاج الى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر أو نقول مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة وبينهما مباينة فضربنا أحدهما في الآخر فصار اثني عشر فيكون لها الثلث في حال أربعة والربع في حال ثلاثة فثلاثة ثابتة بيقين والرابع يجب في حال دون حال فينصف الشك فيه فينكسر فيضعف فيصير أربعة وعشرين أو يضرب مخرج النصف وهو اثنان في اثني عشر فصار أربعة وعشرين ثم نقول للتي تزوجها وحدها سبعة من أربعة وعشرين لان لها الثلث في حال ثمانية والربع في حال ستة فستة ثابتة بيقين ووقع الشك في سهمين لانهما يسقطان في حال ويثبتان في حال فيثبت أحدهما ويضم الى ستة صار لها سبعة وما بقي تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة أربعة عندهما على اختلاف تخريجهما أما أبو يوسف فيعتبر المنازعة فيقول لا منازعة للثنتين

في السهم السابع عشر لانهما لاتدعيان الا ثلثي الميراث ستة عشر فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لانهن يدعين ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر فبقي ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية وأما محمد فيعتبر الاحوال فيقول ان صح نكاح الثنتين فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وهو حال التقدم على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما ثلثاه وان لم يصح فلاشيء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية والثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر لان الواحدة ترث معهن وان لم يصح فلاشيء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قولنا الحامع الحاء والعين مع العين أي لمحمد الاحوال ويعقوب المنازعة وعند أبي حنيفة نصف مابقي للثنتين ونصفه الآخر للثلاث لان الفريقين في علة الاستحقاق سواء لان كل فريق يستحق في حال وهو ما اذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التأخير فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين كذا هنا فللنصف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية وأربعين أو نضرب مخرج النصف وهو اثنان في أربعة وعشرين فيصير ثمانية وأربعين للواحدة من ذلك أربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فنطلب بين السهام والرؤس الاستقامة أو الموافقة أو المباينة فتستقيم أربعة عشر على الواحدة ولا تستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلاث ولا موافقة بين ذلك أيضا فحصل معنا اثنان وثلاثة فنطلب بين الرؤس والرؤس الاحوال الاربعة التداخل والتماثل والتوافق والتباين فوجدناها متباينة فنضرب ثلاثة في اثنين أو على العكس فيحصل ستة فنضرب بها في ثمانية وأربعين فتصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريق معرفة مالكل أن تضرب ما كان له في هذه الستة كان للواحدة أربعة عشر فتضرب بها في ستة يحصل لها أربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثنتين أحد وخمسون ولكل من الثلاث أربعة وثلاثون فان قيل ماذكر أبو حنيفة مشكل لانه يعطي الثنتين مالا تدعيانه أجيب بأنهما انما لا تدعيانه اذا استحقت الواحدة ذلك السهم فأما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء هذا الاختلاف في الارث أما المهور فالزوج ان كان حيا يؤمر بالبيان جبرا والقول قوله في الثلاث والثنتين أيهن الاول لان نكاح أحد الفريقين صحيح في نفس الامر والزوج هو الذي باشر العقود فان قال لا أدري الاول حجب عنهن الا الواحدة لانه أقر بالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحري وان مات أحد الفريقين والزوج حي فقال هن الاول ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الاخر وان كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته أو عند موته لاحد الفريقين ذلك فهو الاول ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد والدخول بهن لا يؤثر في البيان اذا لم تعلم السابقة في الوطء وأما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمي لها بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما يتران على أصلهما في اعتبار المنازعة والحال وأبو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال ما فضل من الواحدة هنالك بين الفريقين نصفان لا تفاوت فيه لانهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما فأما هنا فالثنتان لا تدعيان النصف الزائد على المهرين والثلاث يدعينه فسلم لهن وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما أو نقول أكثر ما لهن ثلاثة مهور بأن يكون السابق نكاح الثلاث وأقل ما لهن مهران بأن يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك في مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلاث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر

واحد ومحمد يقول ان صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وأما الثنتان فلهما مهران ان صح والا فلا شئ لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر وعلى الفريقين كذلك لان الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث أوجب لهن مهرا وميراثا والعدة مما يحتاط فيها فان كان الزوج دخل بهن ولم يعرف الاول من الآخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا أعني أربعة أشهر وعشرا يستكمل فيها ثلاث حيض ﴿المسئلة الثانية﴾ تزوج امرأة وابنتيها في ثلاثة عقود ولا تدري الاولى منهن ومات قبل الوطء والبيان فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح احداهن ليس غير لانه ان تزوج الام أولا لم يصح نكاح بنتها أو البنت فكذلك ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال أبو حنيفة للام النصف من كل من المهر والميراث وقال أبو يوسف ومحمد يقسم بينهن أثلاثا ولو كان تزوج الام في عقدة والبنتين في عقدة كان الكل للام بالاتفاق للتيقن ببطلان نكاحهما تقدم أو تأخر عن الام للجمع بين الاختين في عقدة ولو كان تزوج امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان المهر والميراث بينهن أثلاثا اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول والاصل أن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستويا في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الاصل لكنه يقول الام لا يزاحمها الا احدى البنتين لاتيقنا ببطلان نكاح احدى البنتين والابنتان في النصف استوتا لانه ليست احداهما بتعيين جهة البطلان أولى من الاخرى ﴿المسئلة الثالثة﴾ قال لاجنبية كلما تزوجتك فأنت طالق فتزوجها في يوم ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة فهي امرأته وعليه مهران ونصف مهر ووقع عليه تطليقتان على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه لما تزوجها أولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر فلما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطء عن شبهة في المحل اذ الطلاق غير واقع عند الشافعي بناء على أن هذا التعليق عنده لا يصح ووجبت العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت أخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى فان من تزوج معتدته البائن وطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة خلافا لمحمد في ايجابه نصف المهر وبقية عدتها التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهرين ونصف مهر فاذا دخل بها وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعا فلا يجب بالوطء شئ فاذا تزوجها ثالثا لا يصح النكاح لانه تزوجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح وعلى قول محمد بالتزوج الاول والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعده مهر كامل وبالتزوج والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه أيضا مهر ونصف وكذا بالتزوج الثالث فكان الواجب على قوله أربعة مهور ونصف مهر وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعا بالوطء عقيب النكاح الثاني لان الطلاق الثاني لم يقع على مدخول بها وعندهما لما كان الدخول في الاول دخولا في الثاني كان الطلاق عقيب الثاني عقيب الدخول ولا يخفى عليك أن الدخول الاول لم يكن في نكاح بل ليس الا وطأ بشبهة فاقتضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطء في عدة وان كانت تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطء بشبهة اذا كان مسبوقا بطلاق ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما وأربعة مهور ونصف على قول محمد وتخريج ذلك على الاصل المذكور لكل فقول محمد يلزمه أربعة مهور ونصف على الاصل المذكور له آنفا ظاهر وأما وجه ما ذكرنا عندهما فلأنه بالنكاح الاول والدخول بعده يجب مهر ونصف وبالنكاح الثاني طلقت بائنا ولها مهر كامل لانه طلاق بعد الدخول على قولهما ومهرا آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعا لان الطلاق بائن وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر وبالدخول بعده مهرا آخر فصارت خمسة مهور ونصفا ثلاثة بالدخول ثلاث مرات ونصف مهر بالتزوج الاول ومهران بالتزوجين

الاخيرين

﴿فصل﴾ لما ذكر أحكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات أحكام النكاح في حق الكفار (واذا تزوج النصراني نصرانية) قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي وأقول يجوز أن يكون أطلقه ليتناول المستأمن أيضا (وذلك في دينهم) أي النكاح بغير مهر في دينهم (جائز) والواو للحال (فليس لها مهر) وان أسلما (وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا) أي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين (٤٨٣) (عند أبي حنيفة) ووافقاه في الحربيين وأما في الذمية فان دخل بها أو مات عنها فلها مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في الحربيين أيضا وقال (الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال) لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم (وهذا الشرع وقع عاما) لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات (فيثبت الحكم على العموم) وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح الابتغاء بالمال على العموم وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم وقالا أهل الحرب لم يلتزموا أحكام الاسلام وهو ظاهر ولا يكون الحكم عليهم الا بالالزام ولا إلزام الا بالولاية وقد انقطع الولاية بتباين الدارين (بخلاف أهل الذمة لانهم التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات) لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربا فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا أنهم لم يلتزموا لكن ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار (ولابي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا) في الديانات كالصوم والصلاة (وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات) أيضا كبيع الخمر والخنزير (وولاية الالزام بالسيف والمحاجة) وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة (فانا أمرنا بأن نتركهم ومايدينون فصاروا كأهل الحرب)

﴿فصل﴾ (واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب) وهذا عند أبي حنيفة وهو قولهما في الحربيين وأما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها أو دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين أيضا له أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف أهل الذمة لانهم التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربا والزنا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا أمرنا بأن نتركهم ومايدينون فصاروا كأهل الحرب

الاخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما

﴿فصل﴾ لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار (قوله واذا تزوج نصراني) المراد اذا تزوج ذمي كتابي أو مجوسي على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر ولو أسلما أو رفع أحدهما الينا أو ترافعا وهذا اذا لم يدينوا مهر المثل بالنفي وكذا الوتر وجها على دم لانهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه وهذا لانهم لا يتمولون الميتة حتف أنفها بخلاف الموقوذة وكذا في الحربيين (هذا مذهب أبي حنيفة وبه قالا في الحربيين) أي لو أسلما أو ترافعا (أما في الذمية فلها عندهما مهر مثلها ان دخل بها أو مات أحدهما والمتعة ان طلقها قبل الدخول) لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه وبهذا قال زفر في الحربيين أيضا لان الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها غير أنه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من أهلها فتمحض معاملة في حقه (ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين الاحكام) وليس لنا عليهم ولاية الالزام لتباين بخلاف أهل الذمة فانهم التزموها في المعاملات وولاية الالزام ثابتة فنعزره اذا زنى وننهاه عن الربا ونحكم بفساده والنكاح منها ولذا تجري عليهم أحكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية مناعنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم لعموم الخطاب حتى اذا ترافعا الينا نقضي عليهما بما لزمهما حال كونهم محاربا وانا انما أخرنا الوجوب ليظهر عند امكان إلزامهم أثره (قوله ولابي حنيفة) حاصله منع المقدمة القائلة انهم التزموا أحكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين بعقد الذمة ما يعتقدون خلافه منها الا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم كذا في بعض كتب الفقه وفي بعضها ماذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي فيحمل أحدهما من تدين بحرمتهن ومحمل الآخر من لا يتدين بحرمتهن كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمر بالزامهم

﴿فصل﴾ اذا تزوج (قوله لما ذكر أحكام النكاح الخ) أقول الظاهر أن يقول أحكام المهر لكن مراد الشارح بأحكام النكاح المهر أيضا (قوله واذا تزوج النصراني نصرانية الى قوله ليتناول المستأمن أيضا) أقول ولو قال اذا تزوج الكافر كافرة لكان أعم وأشمل (قوله وذلك في دينهم أي النكاح بغير مهر الخ) أقول ولعل الاولى أن يجعل ذلك اشارة الى مجموع ماذكر من النكاح على الميتة وعلى غير مهر ويجوز أن يجعل قوله بغير مهر متناولا للنكاح بالميتة أيضا

فى عدم الالتزام وانقطاع الولاية وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قولهما كالزنا والربا ووجهه أن الزنا حرام فى جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه (والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد) ألا حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ (وقوله فى الكتاب) أى قول محمد فى الجامع الصغير (وقد قيل فى الميتة والسكوت روايتان) يعنى عن أبى حنيفة فى رواية يجب مهر المثل كما قالا وفى رواية (٤٨٤) لا يجب شئ وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى فرق وأما على الرواية الاخرى وهو رواية الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفى والسكوت وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفى العوض يكون العوض مستحقا لها وأما الميتة فانها ليست بمتقومة عند أحد فكان التزوج عليها كالنفى وهو مختار فخر الاسلام من الروايتين ووجه الرواية الاخرى أن أحد المالين يتدين بتقومها لم تدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم ومايدينون فيجب حكم الشرع (والاصح أن الكل على الخلاف) عنده لا يجب شئ وعندهما يجب مهر المثل وقوله (فان تزوج الذمى ذمية) ظاهر وقوله (وهذا كله) أى كل ماذكروه وما كانا معينين أو غير معينين (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر المثل فى الوجهين) أى فى المعين وغير المعين (وقال محمد لها القيمة فى الوجهين وجه قولهما) انما جمع بين قولهما وان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال أبو يوسف فيهما بمهر المثل وقال محمد فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما يتفقان فى أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير (أن القبض مؤكد للملك فى المقبوض) ولهذا ينصف والا

بخلاف الزنا لانه حرام فى الاديان كلها والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله فى الكتاب أو على غير مهر يحتمل نفى المهر ويحتمل السكوت وقد قيل فى الميتة والسكوت روايتان والاصح أن الكل على الخلاف (فان تزوج الذمى ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبلها الخمر والخنزير) ومعناه اذا كانا بأعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير أعيانهما قبلها فى الخمر القيمة وفى الخنزير مهر المثل وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر المثل فى الوجهين وقال محمد لها القيمة فى الوجهين ووجه قولهما أن القبض مؤكد للملك فى المقبوض

بل نتركهم ومايدينون فصار أهل الذمة أولى من أهل الحرب بذلك لان المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بهدمها والمانع فى أهل الذمة المنعة الشرعية وأمرنا بتقريرها بخلاف الربا لانه مستثنى من عقودهم قال صلى الله عليه وسلم ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وروى معناه القاسم بن سلام بسنده فى كتاب الاموال عن أبى المليح الهذلى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح أهل نجران فكتب لهم كتابا وساقه وفيه ولا نأكلوا الربا فمن أكل منهم الربا فذمتى منهم بريئة وفى مصنف ابن أبى شيبة بسنده الى الشعبى كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم نصارى أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له وهو مرسل وهو حجة عندنا واذا امتنعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الاسلام الا المستثنى فبعد الاسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرطا لبقائه والذى يقتضيه النظر أن الاستدلال على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات ان تم تم المطلوب لزفر هنا لان الامر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضى سوى أن لا يتعرض لهم مالم يرضوا بحكمنا أو يسلموا وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعا فى ذمتهم وحالة الاسلام وان كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا تمنع القضاء بالتقرر فى الذمة أول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم (قوله وقد قيل فى الميتة والسكوت) عن المهر (روايتان) بخلاف نفيه صريحا فى ظاهر الرواية لها مهر المثل وذكر الكرخى أنه لا فرق على قياس قول أبى حنيفة بين السكوت والنفى ووجهه مافى المبسوط أن تملك البضع فى حقهم كتملك المال فى حق المسلمين فلا يجب العوض فيه الا بالشرط وجه الظاهر أن النكاح معاوضة فما لم ينص على نفى العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لانها ليست مالا عندهم فذكرها لغو وصحح المصنف أن الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر (قوله فان تزوج ذمى ذمية على خمر أو خنزير بأعيانهما ثم أسلما أو أسلم أحدهما) قبل قبض الصداق المذكور فليس لها الا الخمر أو الخنزير (وان كانا بغير أعيانهما) وأسلما قبله (فلها فى الخمر القيمة وفى الخنزير مهر المثل) وهذا التفصيل مذهب أبى حنيفة (وقال أبو يوسف لها مهر المثل فى الوجهين) وهو قول الائمة الثلاثة (وقال محمد لها القيمة فى الوجهين) وهو قول أبى يوسف الاول ولما اشترك قولهما فى عدم ايجاب عين الخمر والخنزير اذا كانا بأعيانهما جمع بينهما فى دليله فقال (وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك فى المقبوض) المعين ولهذا لو هلك قبل القبض أو تعيب عيبا فاحشا يهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله ان كان مثليا

(قوله وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه) أقول ضمير عليه راجع الى النكاح (قوله وأما على الرواية الاخرى وهو رواية الاصل الى قوله كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفى العوض يكون العوض مستحقا لها) أقول فانه اذا باع بلا تسمية ثمن ينعقد البيع فاسدا ويملك بالقبض وتجب القيمة على ماصرحوا به فى فصل أحكام البيع الفاسد (قوله ووجه قولهما) أقول مبتدأ وخبره يجىء بعد أسطر وهو قوله أن القبض مؤكد للملك فى المقبوض الخ (قوله لانهما يتفقان فى أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير)

الصداق بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شئ الا بالرضا أو القضاء واذا مر يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا تجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده والمؤكد للملك شبيه بالعقد لافادته ما لم يكن (فيمتنع القبض (بسبب الاسلام) كما لو كان ابتداء التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا للشبهة العقد بحقيقته في المحرمات (وصار كما اذا كانا بغير أعيانهما) لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير أعيانهما في افادة ما لم يكن والقبض فيما اذا كانا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما فكذلك فيما اذا كانا بأعيانهما كالعقد (واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا) (٤٨٥) ووجه محمد ظاهر ووجه قول أبي حنيفة (أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) ولو هلك هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك (وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك) أي الانتقال (لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة) وأما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر والخنزير وقوله (بخلاف المشتري) متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين الخ يعني بخلاف ما اذا باع الذمي الخمر أو الخنزير أو اشترى ثم أسلم قبل القبض فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ

فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير أعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا أنه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض

والا فقيمته وبعد القبض يهلك من مال المرأة ويتنصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض اذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف الا بقضاء أو تراض على ما أسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر وكذا الزوائد تتنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا (فيكون له شبه بالعقد) لثبوت أثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالاسلام كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد الحاقا للشبهة العقد بحقيقته في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض (واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد) فامتنع فقد افترقا (فقال أبو يوسف لو كانا مسلمين وقت العقد) فعقدا على الخمر والخنزير (يجب مهر المثل) فكذا اذا كانا مسلمين وقت القبض (ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض) تجب القيمة لامتناع اعطاء مثل الخمر (قوله ولابي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) قبل القبض ببدل وبغير بدل فقبضه ليس موجبا للملك ولا لملك التصرف فيه فليس مؤكدا بل ناقلا لمجرد الضمان من الزوج الى المرأة في الهلاك (وذلك) أي انتقال الضمان (لا يمتنع بالاسلام) لان موجبه صورة اليد وصورتها لا تمتنع بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره والذمي اذا غصب منه الخمر والخنزير ثم أسلم له أن يسترده من الغاصب فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر فيخلله أو يريقه والخنزير فيسيبه فان كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منعنا كونه مؤكدا وان كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الاسلام اياه وفي الاسرار ولئن سلمنا أن القبض مؤكد للملك فلا نسلم أن الاسلام يمنع تأكد الملك بدليل أن من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان الملك فيه واه لجواز أن يهلك العبد عنده قبل التسليم اليه وبالتسليم اليه يتقرر الملك وهذا التسليم لا يمتنع بالاسلام وان كان فيه تأكد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد وان كان في سقوطه تأكد ملك الخمر فعلم أن الاسلام لا يمنع تأكد الملك (قوله بخلاف المشتري) متصل بقوله يتم بنفس العقد أي أن الملك في الصداق

أقول فان قيل فانهما يتفقان في عدم التفرقة بين الخمر والخنزير أيضا فلم يتعرض له قلنا لان دليلهما الاتفاقي لا يلزم منه ذلك فتأمل ثم اعلم أن قوله لانهما يتفقان الخ تعليل لقوله انما جمع بين قولهما الخ (قوله الا بالرضا أو القضاء) أقول يعني بالقضاء بالاعادة اليه (قال المصنف فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد) أقول قال ابن الهمام أي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد وليس يريد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض اه ولعل الاولى أن يقال أطلق العقد وأراد تسميتها في العقد كما يمتنع تسميتها فيه حيث لا يوجب حكمها ووجه الاولوية ظاهر (قوله والقبض فيما اذا كانا بغير أعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما فكذلك الخ) أقول لا يخفى عليك ما في هذه العبارة وكان الاولى أن يقول والقبض فيما اذا كانا بأعيانهما يمتنع فكذلك الخ (قوله ثم أسلم قبل القبض) أقول يعني أسلم البائع أو المشتري (قوله فانه لا يجوز له القبض الخ) أقول لا يترتب لقبض المشتري حكمه وهو الملك فانه ان كان الذي أسلم هو البائع يلزم من ترتبه عليه تمليك

العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وقوله (واذا تعذر القبض فى غير المعين) ظاهر وقوله (ولو طلقها الخ) يعنى قول أبى حنيفة فى المعين لها نصف العين وفى غير المعين فى الخمر لها نصف القيمة وفى الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل فى كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند أبى يوسف لها المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال

﴿باب نكاح الرقيق﴾

لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع فى بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع (لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما) أما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه وأما العبد ففيه خلاف مالك فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق بسبب النكاح ومن ملك شيأ ملك سببه الموصل اليه

واذا تعذر القبض فى غير المعين لا تجب القيمة فى الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول فى الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ومن أوجب القيمة أوجب نصفها والله أعلم

﴿باب نكاح الرقيق﴾

(لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما) وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح

المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف المشترى لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه والقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والاسلام مانع منه فلذا لو باع الذمى الخمر والخنزير أو اشتراهما ثم أسلم ينفسخ البيع لامتناع افادة ملك فيها مع الاسلام وخص التصرف فى المهر قبل القبض من النهى عن بيع ما لم يقبض بالاجماع وظن بعض الفضلاء أن قوله فى النهاية ولان ضمان المبيع فى يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فقبض المشترى ناقل لضمان الملك وضمان المهر فى يد الزوج ليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافى قول الهداية وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وهو غلط وانما معناه أن بالهلاك فى يد البائع يعود الى ملكه فاذا هلك على ملكه لا يضمن لاحد شيأ بل يسقط الثمن وهذا معنى قولهم يهلك المبيع فى يد البائع بالثمن وأما هلاك المهر فى يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها فى يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب ولهذا صرح فى النهاية به بعد قوله يهلك على ملكها بأن قال ولهذا وجب لها القيمة (قوله ولو طلقها قبل الدخول بها) فى المعين لها نصفه عند أبى حنيفة وفى غير المعين فى الخمر لها نصف القيمة وفى الخنزير المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لانه أوجب القيمة فتتنصف وعند أبى يوسف وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف والله أعلم

﴿باب نكاح الرقيق﴾

الرقيق العبد ويقال للعبيد لما فرغ من نكاح الاحرار المسلمين شرع فى بيان نكاح الارقاء والاسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم أولاد نكاح الارقاء ثم أولاد نكاح أهل الشرك وأما ما تقدم من فصل النصرانى فانما هو فى المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فأردفه تتمة له (قوله لا يجوز نكاح العبد الا باذن سيده) أى لا ينفذ فانه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك ورواية عن أحمد

الخمر والاسلام مانع وان كان المشترى يلزم تملكه (قال المصنف فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه) أقول قال الزيلعى قال فى الغاية يرد عليه ما لو اشترى ذمى دارا من ذمى بخمر أو خنزير وشفعها مسلم يأخذها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم يجعل قيمة الخنزير كعينه ولم يجب ثمنه بشئ والجواب أن قيمة الخنزير انما تكون كعينه أن لو كان بدلا عن الخنزير كما فى مسئلة النكاح أما اذا كان بدلا عن غيره فلا وفى مسئلة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة وانما صير اليها للتقدير بها لا لغير فلا يكون لها حكم عينه اه ولك أن تقول كذلك فيما نحن فيه بدل عن منافع البضع وانما صير اليها للتقدير وما بها فليتأمل لجوابه يظهر من تقرير قاضيخان فى شرح الجامع الصغير (قال المصنف ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال) أقول قال الاتقانى ذكر الضمير الراجع الى الخمر على تأويل الشراب اه وفى القاموس الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة وقد يذكر

﴿باب نكاح الرقيق﴾

(قوله لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح الى قوله وغيرهم الخ) أقول فيه أن نكاح غيرهم سيجىء فى باب على حدة وما ذكر قبيل هذا مما يتعلق بمهر الكفار كان على سبيل الاستطراد (قوله أما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى الخ) أقول قد سبق من الشارح فى باب المحرمات أن السيدة تملك منافع بضع عبدها فما وجه الاقتصار على الامة هنا

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما (وكذا المكاتب) لان الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا (و) كذا (المدبر وأم الولد) لان الملك فيهما قائم (واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه)

وما نسبه الى مالك في الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقرير وجهه المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بأن من ملك رفع شئ ملك وضعه وتمنع يملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك اثباته شرعا على نفسه ولذا ملك التطبب ولم يملك أكل السم وادخال المؤذي على البدن والاوجه ببانهما بان ملكه الطلاق لانه من خواص الآدمية فكذا النكاح ويجاب بما سنذكر والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والعاهر الزاني وفي الحديث أيضا في السنن عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل (ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما) أما في العبد فتشتغل ماليته بالمهر والنفقة وأما في الامة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وهذا تصرف في ماله بالافساد فلا ينفذ الا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب الى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح فالطلاق ازالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح لا يقال يصح الاقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع أن فيه اهلاكه فضلا عن تعييبه لانا نقول هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع أمرا ونهيا كالصلاة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيرها الا فيما علم اسقاط الشارع اياه عنه كالجمعة والحج ثم هذه الاحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد أخرجه عن ملكه في ذلك الذي أدخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد وأعاظم العيوب (وكذا المكاتب) ليس له أن يتزوج الا باذن المولى (لان الكتابة) انما (أوجبت فك الحجر) في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق (ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لانه من باب الاكتساب) بتحصيل المهر والنفقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الاب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الامة لا العبد لانه تنقيص للمالية وأما شريك العنان والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الامة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يملكون وانما لم يجز تزويج المكاتبة نفسها لما ذكره (قوله وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا) من بقاء ذات المكاتب على الرق والاكتساب الذي أوجبت الكتابة اطلاقه له ما لا يوجب خللا في ذاته المملوكة والاكتساب بالنكاح انما يكون بتمليك جزء منها لغير السيد اذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالارش ولان هذه المنفعة لا تزول ملكها بعد صحته الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وافضائها الى زوال ملك الرقبة لجواز التعجيز والرد الى الرق فترد مملوكة البضع للغير فتمتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد (قوله وكذا المدبر) والمدبرة لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن أم الولد يعني لو تزوج أم ولده فجاءت بولد من الزوج فان حكمه حكم أمه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه وأما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه محمدون ❁ فرع مهم للتجار ❁ ربما يدفع لعبده جارية يتسرى بها ولا يجوز للعبد أن يتسرى أصلا أذن له مولاه أو لم يأذن لان حل الوطء لا يثبت شرعا الا بملك اليمين أو عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه في عقد النكاح (قوله واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه

وقال هذا حديث حسن (ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما) ولهذا اذا اشترى عبدا أو أمة فظهر من زوجا جاز له أن يرده وليس لهما تعييب أنفسهما رعاية لحق المولى (فلا يملكانه بدون إذنه) وفي هذا التعليل جواب لما لك فان الطلاق ازالة العيب ولا يلزم من جواز ازالة العيب جواز تعييبهما أنفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما وأما على قول أبي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب فكيف جاز ذلك وأجيب بأن الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيها فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه الاصول وقوله (وكذا المكاتب) ظاهر وقوله (لما بينا) يعني قوله لانه من باب الاكتساب وقوله (فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لما عرف في الاصول أن ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها مالية الرقبة

(قوله وأما على قول أبي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب الخ) أقول تفصيله في باب خيار العيب

واستدل المصنف بقوله (لان هذا دين وجب في رقبته) وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في الرقبة وكل دين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه أما أنه وجب فلتحقق المقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من جهته وأما أنه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن أصحاب الدين كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه وقوله (دفعا للمضرة عن أصحاب الدين) يعني النساء وقوله (فليس هذا باجازة لانه) أي قوله طلقها أو فارقها (يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة) ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة واذا احتمل الامرين رجحنا جهة المتاركة لانه أليق بحال العبد المتمرد وقوله (أو هو) أي الرد (أدنى) لانه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع (فكان الحمل عليه أولى) فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهي الافتيات على رأي المولى (وان قال طلقها تطليقة) رجعية أو تطليقة (تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة) فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال أو تزوج أربعا من النساء لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النساء لا يكون الا بعد الحرية أجيب بان ما كان أصلا في اثبات الاهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الاصول وفي اثبات الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس بأصل في اثبات الاهلية له

لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن أصحاب الدين كما في دين التجارة (والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه) لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما (واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هذا باجازة) لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى فكان الحمل عليه أولى (وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة) لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة

حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه وقوله يباع فيه أي ان لم يفده المولى وتقريره أنه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه أما وجوبه فللمقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للاذن وأما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن أرباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والحاصل أن الدين انما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته حتى أذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم أن يقتضوا من نفسه فعلى هذا يكون الاذن دفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير أنه ان فداه المولى حصل المقصود والمقتضى لذلك دفع المضرة عن أرباب الديون واذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد أخرى لانها تجب شيأ فشيأ واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا تزوج عبده من أمته لا يجب عليه مهرها ولا للسيد ومنهم من قال يجب ثم يسقط لان وجوبه لحق الشرع والأولون يقولون لا فائدة لهذا الوجوب لانه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى (قوله والمدبر والمكاتب يسعيان) اذا أذن لهما المولى فتزوجا ثم امتنع عن الاداء عنهما يسعيان (لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك) وكذا معتق البعض وابن أم الولد فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما الا ان يعجز المكاتب فيرد في الرق فانه حينئذ يباع في المهر (قوله واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال له طلقها أو فارقها فليس ذلك باجازة) تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل أن يقول رضيت أو أجزت أو أذنت والدلالة أن يسوق اليها المهر أو بعضه وسكوته لا يكون اجازة وثم ألفاظ اختلف فيها وألفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها فمثل قوله هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت أو بارك الله لك فيها أو أحسنت أو أصبت أو لا بأس بها اختلف فيها قال الفقيه أبو القاسم ليس شئ منها اجازة واختار الفقيه أبي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد أنه اجازة ما لم يعلم أنه قاله استهزاء اذا عرف هذا فمسئلة الكتاب وهو ما اذا قال طلقها لا شك أن مقتضى حقيقة اللفظ فيها الاجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك أن افتيات العبد على سيده تمرد بمباشرة سبب تعيبه عليه يستوجب به زجره وبه فارق الفضولي المحض فانه معين والاعانة تنتهض سببا

(قوله وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب الى آخر قوله وتقريره) أقول لا يخفى عليك أن قوله فيتعلق برقبته في معرض النتيجة يأبى عما ذكره كل الاباء ولا يصلحه ما ذكره والاولى أن يقال أراد بالرقبة ذمة العبد مجازا فلا يلزم المصادرة ويستقيم الكلام ويسجى من الشارح تفسير الذمة بالرقبة في باب نكاح أهل الشرك

لامضاء

(ومن قال لعبده تزوج هذه الأمة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند أبي حنيفة وقالا يؤخذ منه اذا عتق) وأصله أن الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر

لامضاء تصرفه وعدم إلغائه ولذا لو قال للفضولي طلقها كان اجازة على ماهو الاوجه وان قلنا أول المسئلة في العبد انه فضولي في الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد له عند عمله بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستعماله فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا في قصد الرد مالم يعلم قصد الاجازة لظاهر يقترن به أو نص آخر مثل أن يقول طلقها تطليقة تملك عليها الرجعة أو أوقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذي يملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته بخلاف قوله طلقها فانه قد يقال للمتاركة العقد الفاسد طلاق مجازا فصلحت هذه المسئلة متمسكا لابي القاسم ومن قال بقوله والجواب أن لفظ الطلاق المجرد يستعمل كثيرا في المتاركة في العقد الفاسد فكان ذكر مذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو أحسنت الخ فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل الظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقته فعل الجاهلين واذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم أتتخذنا هزوا أعوذ بالله أن أكون من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهومه يفيد الاجازة ولا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح واذا لم يستعمل المقيد أعني قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة عليها أو أوقع عليها الطلاق في المتاركة جعل اجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه مالم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصنف لم يوجهه الا بان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح أفاد أنه يثبت اقتضاء فورد عليه طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفر عن يمينك بالمال أو تزوج أربعا الا يعتق مع أن كلا منهما لا يكون الا بعد الحرية وأجيب بأن اثبات الشرائط التي هي أصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للتحقق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لنبوته تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعيب مال الغير فقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لا اثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والمملوكية شرط العتق وقوله أعتق عبدك عني بألف يثبت به تحويل المملوكية اليه لا أصلها في العبد ومملوكيته في العبد أمر زائد على مملوكيته وعلى تقرير نا لا يحتاج الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو أذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان أجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فأجاز ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولي فأذن له مولاه في التزوج فأجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بعد أن باشر بلا اذن فالمشتري الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث أما اذا كانت أمة فتزوجت بلا اذن ثم مات المولى فورثها من يحل له وطؤها بطل لطريان الحل الناقد على الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطؤها كأن ورثها جماعة أو امرأة أو ابن المولى وقد كان الاب وطئها توقف على اجازة الوارث وعلى هذا قالوا في أمة تزوجت بغير اذن مولاها فوطئها الزوج فباعها المولى للمشتري الاجازة لانه لا يحل له وطؤها لان وطء الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد فحلها للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل البات على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع وأصله أن الموقوف على اجازة انسان يحتمل الاجازة من غيره وعنده لانه انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثاني قلنا انما يتوقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثاني منه في ذلك فالحاصل أنه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله (قوله تزوج هذه الامة) التقييد بالامة والاشارة اتفاقي فان الحكم المذكور جار في الحرة وغير المعينة (قوله وأصله) أي أصل الخلاف الاختلاف في أن الاذن للعبد بالنكاح

وقوله (ومن قال لعبده تزوج هذه الامة) صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهر ان وتقييده بالاشارة والامة اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الاماء كذلك وينبني على هذا الاصل المذكور حكمان أحدهما ما ذكره أنه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني أنه اذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند أبي حنيفة لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجهه من الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف ما تزوج امرأة في الماضي وكان تزوج صحيحا أو فاسدا حنث في يمينه كذا في المبسوط

وقوله (كما في البيع) يعني أنه اذا أمره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد وقوله (على هذه الطريقة) يريد طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل فالعذر لابي حنيفة أن مبنى الايمان على العرف (ومن زوج عبدا مأذونا له مدبونا امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء) اذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر

بقوله (ووجهه) وتقريره لان المقتضى موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء مقصودا بالابطال منتف واذا تحقق المقتضى وانتفى المانع ثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المانعية انما تتحقق بذلك وأما اذا كان ضمنيا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محلية النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لامر ذله لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك (وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فمهر مثلها اسوة للغرماء) واذا كان أكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر الى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض

ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله أن اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة (ومن زوج عبدا مأذونا له مدبونا امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها) ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما ذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا أنه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لامر ذله فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فمهر مثلها اسوة للغرماء

ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يختص الصحيح والاتفاق على أن الاذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى أن التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فألحقاه بالتوكيل بالنكاح لان علة الاصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح ولهذا الوحلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد في المستقبل الحلف على الاعفاف وذلك بالصحيح بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد في الماضي العقد وألحقه بالبيع بجامع أن بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعميم واجراء اللفظ على اطلاقه فينبني على هذا أنه يباع في المهر في الفاسد اذا دخل بها فيه عنده وعندهما لا وأنه لا يجوز له تزوج أخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن لم ينته به (قوله ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة) أي طريقة اجراء اللفظ على عمومه (ممنوعة) والطريقة الاخرى أن العبد في النكاح مبقى على الحرية لانه من خواص الآدمية والحاجة الى اذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكأنه قال له اذا تزوج اشغل رقبتك بمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة صحيحة لما سيذكر من ملك السيد انكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لانه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريقة الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بأن الأيمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فبطل ما يقال الاعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحلف عليه والله أعلم ❁ فروع ❁ الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلاثا ثم أذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند أبي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند أبي يوسف الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان يعجز ويرد في الرق وعند الشافعي يفسد للحال لملك زوجته شأ منه ولذا يصح اعتاقها اياه وبدل الكتابة لها وقلنا لم تملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا يفسد النكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة وأما العتق فيه يبرأ عن بدل الكتابة أولا ثم يعتق الثالث اذا غر عبده بحرية أمة فتزوجها على أنها حرة فولدت فالولد عبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر (قوله ومن زوج عبدا مأذونا له مدبونا امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء) اذا كان النكاح بمهر المثل أو أقل فلو زوجه منها بأكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء

(قوله أن مبنى الايمان على العرف) أقول قد سبق في فصل الوكالة بالنكاح أن العرف العملي لا يصلح مقيدا للفظ (قال المصنف والمرأة أسوة للغرماء) أقول في القاموس الاسوة بالكسر وتضم القدوة وما يأتسى به الحزين الجمع أسى بالكسر وبضم اه وأنت خبير بأن هذا المعنى لا يناسب المقام فان المرأة تأخذ معهم لا قبلهم (قوله وتقريره لان المقتضى موجود وهو ولاية المولى كدين الخ) أقول فيه مسامحة اذ المقتضى هو التزويج بولاية المولى وولاية المولى مصححة التزويج لكن المراد مقتضى صحة النكاح (قوله لان محلية النكاح بالآدمية) أقول لا بالمالية (قوله وحق الغرماء لا يلاقيها) أقول وانما يلاقي المالية (قوله بل يؤخر) أقول أي الزائد

قال (ومن زوج أمته) وأت للرجل منزلا وبوأته منزلا أي هيأته ومكنت له فيه ومن زوج أمته (فليس عليه أن يبوئها) أي يهيئ لها بيتا للزوج يبيت اليها (لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها) وانما يقال ذلك لتحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله أن حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال الكثير فله أن يبوئها وأن لا يبوئها وأن يستخدمها بعد التبوئة لكنه يسقط نفقتها لما أشار اليه بقوله (لان النفقة تقابل الاحتباس) فان قيل انتفاء الاحتباس انما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق أجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بوأها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك قوله (ذكر تزويج المولى) يعني ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى (عبده وأمته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا أن للمولى اجبارهما على النكاح) ومعنى الاجبار أن المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ

(ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها) لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له (فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا) لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال (ذكر تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما) وهذا يرجع الى مذهبنا أن للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي لا اجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة

كدين الصحة مع دين المرض وهذا الوجود المقتضى وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع وما يخال من أنه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم يلزمه بطلان حقهم في مقداره اذا كان مهر مثلها أو أقل لخصوص أمر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا في نفس الامر فكان ضمنيا فلا يعتبر في اثباته ونفيه الا حال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت أسوة غرماء الصحة لما ذكرنا (قوله ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها) وكذا اذا زوج أم ولده ومدبرته وان شرط الزوج التبوئة لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوئة أن يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوئة وعند الشافعي وأحمد يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا وعند مالك يسلمها للزوج ليلة بعد ثلاث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلاث والتبوئة ابطال له فيكون ابطال الحق الاعلى بالادنى وإقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوئة بل بمجرد اطلاق وطئه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وهذا القدر ثابت فانتفاء القسم كذلك اثبات بلا دليل لا يقال لما ملك منافع بضعها لزمه تسليمها لانا نقول التسليم بالتخلية والتبوئة أمر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها واذا بوأها ثم بدا له أن يردها الى خدمته كان له ذلك وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما أعادها سقطت فان قلت ما الفرق بين أن يشترط الزوج التبوئة فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوئة وبين أن يشترط الحر المتزوج بأمة رجل حرية أولاده حيث يلزم في هذه الحالة وتثبت حرية ما يأتي من الاولاد وهذا أيضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب أن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار بخلاف اشتراط التبوئة فان بتعليقها لا تقع هي عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل أن المعلق هنا وعد يجب الايفاء به غير أنه ان لم يف به لم يثبت متعلقه أعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة تجب لها نفقة العدة ولو لم تكن مبوأة من الابتداء أو طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه مملوكه لا على الاب (قوله قال) أي صاحب الهداية (ذكر) أي محمد (تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما) أي لم يشترطه (وهذا يرجع الى مذهبنا) لان المذهب (ان للمولى اجبارهما) أي أن يعقد لهما فينفذ عليهما عملا ورضيا أولا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف (وعند الشافعي لا اجبار في العبد) بل في الامة (وهو رواية) ذكرها (عن أبي حنيفة) صاحب الايضاح والطحاوي عن أبي يوسف وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان أحدهما أن ما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالاجنبي وكتزويجه مكاتبه ومكاتبته بخلاف أمته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما أنه لا يفيد اذ

وقوله (لان فيه تحصينه عن الزنا الذى هو سبب الهلاك أو النقصان) يعنى أنه اذا احتدر بما يقع الحقه هلكا أو جار حافى الاول هلاك ماله وفى الثانى نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حد فى الزنا فله أن يرده فيملك الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك أو النقصان وليس المناط فى جواز إنكاح الامة جبرا تملك منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك (٤٩٣) منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها والولى يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها

فكان التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز فى المكاتب والمكاتبة ولم يجز أجاب بقوله (بخلاف المكاتب والمكاتبة) فان الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تمليكهما اليد (التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما) وههنا فرع لطيف وهو أن المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبنى على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى أدت بدل الكتابة فعتقت بقى النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهى صغيرة والصغيرة ليست من أهل الاجازة قال فى النهاية وهذه من ألطف المسائل وأعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة فى حال رقها ولم يعتبر فى حالة العتق لما ذكرنا من الفرق (ومن زوج أمته) فماتت قبل الدخول بها فان ماتت حتف أنفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها أجنبى فكذلك وان قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة لا مهر عليه للمولى

لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا أن الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذى هو طريق الهلاك أو النقصان به فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما قال (ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند أبى حنيفة وقالا عليه المهر لمولاها) اعتبارا بموتها حتف أنفها وهذا لان المقتول ميت بأجله فصار كما اذا قتلها أجنبى

للعبد التطليق فى الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه المقتضى لتمكنه من اصلاحه ودفع أسباب الهلاك والنقصان عنه وفى تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنا الذى هو طريق الهلاك أو النقصان به أو فى ماليته لتعيبه وأما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وأنها علة مساوية ينتفى بانتفائها الحكم فباطل لانها منتقضة طردا فى الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولى لا يملكه من موليته ويملك تزويجها وأما نفى الفائدة فظاهر لا انتفاء بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين أحدهما أن عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثانى أن حشمة السيد فى قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله فكان الظاهر وجود الفائدة لانفيها وأما الحاقه بالمكاتب والمكاتبة فمع الفارق لانهما التحقا بالاحرار فى التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما وعن هذا استطرقت مسئلة نقلت من المحيط هى أن المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبنى على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى أدت فعتقت بقى النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهى صغيرة والصغيرة ليست من أهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها فى حال رقها ولم يعتبر بعد العتق هكذا تواردها الشارحون والذى يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازته بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من أنه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فأعتقه نفذ لانه لو توقف فاما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولى مجبر وانما التوقف على انها العقد الكتابة وقد زال فبقى النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبى اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل أن يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبى لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته اذ لا نفاذ فى حالة الصبا أو عدم أهلية الرأى بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل أن الصغير والصغيرة ليسا من أهل العبارة بخلاف البالغ وسيأتى زيادة فى ذلك وأما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ وقدرة ابطال ما أمضاه سيده شئ فيكون منتفيا فضعيف لان المراد والله علم على شئ من المال لسياقه فى مقابلة ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون والقطع بأنه يملك الطلاق وهو شئ ليس بمال (قوله ومن زوج أمته ثم قتلها الخ) السيد فى

تزويجه

(قوله فانه اذا اشترى عبدا قد حد فى الزنا الخ) أقول فيه تأمل فان قوله فانه اذا اشترى الخ يدل على أن المحدودية فى الزنا عيب سواء كان جارحا أولا (قوله وليس المناط فى جواز انكاح الامة جبرا تملك منافع بضعها الخ) أقول مخالف لما سبق فى فصل المحرمات وقد نبهنا فى أول الباب (قوله فكان التعليل به فاسدا) أقول ولو قيل مراد الشافعى أنه يملك منافع البضع مع البضع نفسه لا يرد عليه ما ذكره

وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل فى أحكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا فى حق المهر (وان قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها فلها المهر) خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وبقتل المولى أمته والجامع ما بيناه ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة فى حق أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها بخلاف قتل المولى أمته لانه معتبر فى حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه

تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفى تزويج أمته هو المستحق له فلو قتلها قبل الدخول سقط عند أبى حنيفة عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه وقالا لا يسقط والاتفاق على عدم سقوطه بقتلها اياها بعد الدخول وبقتل أجنبى وقتل المولى زوجها وموتها حتف أنفها لهما أن المقتول ميت بأجله ولو ماتت حتف أنفها لم يسقط بل يتقرر بالموت اذ به ينتهى العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتلها اياها بعد لزومه كقتل الاجنبى إياها ولابى حنيفة أنه منع المبدل قبل التسليم والتسلم فيجازى بمنع البدل اذا كان من أهل المجازاة كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول أو قبلت ابن الزوج والقتل وان كان موتا لكنه جعل فى أحكام الدنيا اتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد أحلها له وقد ثبتت أحكامه كذلك فى حق المولى حتى لزمته الكفارة فى الخطأ وانما سقطت الدية والقود للاستحالة ولهذا لو كانت الامة رهنا عند انسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها له ولو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبيا زوج أمته وصيه مثلا قالوا يجب أن لا يسقط فى قول أبى حنيفة بخلاف الحرة الصغيرة اذا ارتدت يسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها أما الامة فلا رواية فى ردتها واختلف المشايخ قيل لا يسقط لان المنع وهو المسقط لم يجئ ممن له الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المهر يجب أولا لها ثم ينتقل الى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف اليه وحاصل الخلاف الاختلاف فى وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقى وجوبه السابق على حاله (قوله وان قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها فلها مهر مثلها) يستحقه ورثتها (خلافا لزفر) ولم يحك خلاف زفر فى المبسوط بل خلاف الشافعى وهو قول له وله قول آخر بالسقوط وانما قيده بالحرة لان فى قتل الامة نفسها روايتين عن أبى حنيفة فى رواية لا يسقط كالحرة بل أولى لان المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع البدل وهو قولهما وقول مالك وقول للشافعى وفى رواية يسقط وهو مذهب الشافعى لان فعل المملوك يضاف الى مالكه فى موجبه ولذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها أو فدائها المولى فكان فى الحكم كقتل المولى لها والاوجه ماذكر فى وجه قول من قال من المشايخ فى ردتها بالسقوط وهو أن المهر يجب أولا لها ثم ينتقل الى المولى وفائدة الاولية ماذكر أنه اذا كان عليها دين قضى ولم يعط المولى الا ما فضل لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى أمته على قول أبى حنيفة (والجامع) بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها (ما بينا) من منع المبدل قبل التسليم ولنا أن جناية المرء على نفسه هدر فى أحكام الدنيا انما يؤاخذ بها فى الآخرة ولذا قال أبو حنيفة ومحمد فى قاتل نفسه انه يغسل ويصلى عليه ولم يعتبراه باغيا على نفسه بخلاف ردتها فانها معتبرة فى أحكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فيسقط بها المهر بخلاف قتل المولى أمته لانه اعتبر فى أحكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها أما الامة فمهرها ملك المولى فكأنه فعل ابطال الحق نفسه وهو يملكه كمن قال لغيره اقتل عبدى فقتله لا يجب عليه قيمته ولو قال الحر اقتلنى فقتله كان على القاتل الدية لانه فى الاول مبطل لحق نفسه وفى الثانى مبطل لحق الورثة واستشكل بالحرة يقتلها وارثها لا يسقط المهر أجيب بأنه صار محرما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا

فالا المقتول ميت بأجله عند أهل الحق فلا فرق بين الصور الثلاث (وله أن المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة) تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفى قوله يجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارتضعت من أم زوجها أو المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من أهل المجازاة ونوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم ينافى الصغر المجازاة وأجيب بأن ترك مجازاة الصغيرة انما يكون على أفعال غير محظورة والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل أنها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس وقوله (والقتل فى أحكام الدنيا) جواب عن قولهما لان الميت مقتول بأجله (فان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وقتل المولى أمته لما بينا من الجامع) أنه منع المبدل قبل التسليم وقوله (ولنا أن جناية المرء) ظاهر وقوله (حتى تجب الكفارة عليه) يعنى اذا قتلها خطأ وكذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين

قال (واذا تزوج أمة فالاذن فى العزل الى المولى) عند أبى حنيفة وعن أبى يوسف ومحمد أن الاذن فى العزل اليها لان الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفى العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما فى الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة

حق نفسه فى المهر (قوله واذا تزوج أمة فالاذن فى العزل الى المولى عند أبى حنيفة) العزل جائز عند عامة العلماء وكرهه قوم من الصحابة وغيرهم لما فى مسلم من حديث عائشة رضى الله عنها عن (١) جدامة بنت وهب أخت عكاشة قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أناس فسألوه عن العزل قال ذلك الوأد الخفى وكذا ذكر شعبة عن عاصم عن (٢) زرعة وصح عن ابن مسعود أنه قال هو الموؤدة الصغرى وصح عن أبى أمامة أنه سئل عنه فقال ما كنت أرى مسلما يفعله وقال نافع عن ابن عمر ضرب عمر على العزل بعض بنيه وعن عمر وعثمان أنهما كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز ففى الصحيحين عن جابر كنا نعزل والقرآن ينزل وفى مسلم عنه كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا وفى السنن عن أبى سعيد الخدرى أن رجلا قال يا رسول الله ان لى جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث أن العزل هو الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه وفى صحيح مسلم عن جابر قال سأل رجل النبى صلى الله عليه وسلم فقال ان عندى جارية وأنا أعزل عنها فقال صلى الله عليه وسلم ان ذلك لا يمنع شيأ أراده الله تعالى قال فجاء الرجل فقال يا رسول الله ان الجارية التى كنت ذكرتها لك قد حملت فقال صلى الله عليه وسلم أنا عبد الله ورسوله فهذه الاحاديث ظاهرة فى جواز العزل وقد روى عن عشرة من الصحابة على وسعد بن أبى وقاص وزيد بن ثابت وأبى أيوب وجابر وابن عباس والحسن بن على وخباب بن الأرت وأبى سعيد الخدرى وعبد الله بن مسعود وروى أيضا عن ابن عباس وحديث السنن يدفع حديث جدامة وهو وان كان فى السنن فهو حديث صحيح وان وقع فيه اختلاف على يحيى بن أبى كثير فقيل فيه عن محمد ابن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر وقيل فيه عن أبى مطيع بن رفاعة وقيل عن رفاعة وقيل عن أبى سلمة عن أبى هريرة فان الطرق كلها صحيحة وجاز أن يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق لكن بقى أنهما اذا تعارضا يجب ترجيح حديث جدامة لانه مخرج عن الاصل أعنى الاباحة الاصلية الا أن كثرة الاحاديث تدل على اشتهار خلافه وقد اتفق عمر وعلى رضى الله عنهما أنها لا تكون موؤدة حتى تمر عليها النارات السبع أسند أبو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعة عن أبيه قال جلس الى عمر وعلى والزبير وسعد فى نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذاكروا العزل فقالوا لا بأس به فقال رجل منهم انهم يزعمون أنها الموؤدة الصغرى فقال على لا تكون موؤدة حتى تمر عليها النارات السبع حتى تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما ثم تكون لحما ثم تكون خلقا آخر فقال عمر صدقت أطال الله بقاءك وفيه خلاف ما عن على وعمر من المنع المتقدم ثم فى بعض أجوبة المشايخ الكراهة وفى بعضها عدمها ثم على الجواز فى أمته لا يفتقر الى اذنها وفى زوجته الحرة يفتقر الى رضاها وفى منكوحته الامة يفتقر الى الاذن والخلاف فى أنه للسيد أو لها وهى هذه المسئلة وفى الفتاوى ان خاف من الولد السوء فى الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها ثم فى بعض نسخ الهداية وقال أبو يوسف ومحمد وهو الموافق لما ذكر الصدر الشهيد والعتابى وفى بعضها وعن أبى يوسف ومحمد وهى النسخة الصحيحة لانه لم يذكر الخلاف فى ظاهر الرواية بل ذكر الجواب فى الجامع الصغير أنه لو لاها من غير حكاية خلاف وبقرينة قوله فى وجه قول أبى حنيفة وجه ظاهر الرواية ووجه المروى عنهما أن الوطء حقها حتى ان لها المطالبة به وفى العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة

وجه

قال (واذا تزوج أمة فالاذن فى العزل الى المولى) فى هذه المسئلة دلالة على جواز العزل وسئل ابن مسعود عنه فقال لا بأس به ولو أن الله تعالى أخذ ميثاق نسمة فلو ألقيتها فى صخرة تخلق فيها وروى أبو سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله وهو على ثلاثة أقسام عزل عن أمته المملوكة له ولا اذن فيه الى أحد وعزل عن المرأة الحرة والاذن فيه اليها وهذان بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفى تعيين الاذن اختلاف كما ذكره فى الكتاب وهو واضح

(١) جدامة بضم الجيم بعدها دال مهملة كما فى القاموس لا معجمة كما فى بعض النسخ كتبه مصححه

(٢) هكذا زرعة بالراء بعد الزاى فى بعض النسخ وفى بعض آخر زمعة بالميم بدل الراء ولعله رر كتبه مصححه

(وان تزوجت باذن مولاها) أوزوجها مولاها (ثم أعتقت فلها الخيار) ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا أو عبدا وقال الشافعي ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روى أن عائشة لما أرادت أن تعتق مملوكين لها متنا كحين سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وأمرها بالبداءة بالغلام قال وانما أمرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا أن عائشة أعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم (ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين) الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله سها فسجد فالشافعي محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أن بريرة خيرها

(وان تزوجت باذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا) لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فيملك رفع أصل العقد دفعا للزيادة (وكذلك المكاتبة) يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرآن وطلاقها ثنتان

وجه الظاهر أن حقها في نفس الوطء قد تأدى بالجماع فان قضاء الشهوة به وأما سفح الماء فانما فائدته الولد والحق فيه لمولاها لانه عبده ومستفاده فيشترط اذنه ثم اذا عزل باذن أو بغير اذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه أم لا قالوا ان لم يعد اليها أو عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وان لم يبل لم يحل كذا روى عن علي لان بقية المني في ذكره يسقط فيها ولذا قال أبو حنيفة فيما اذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه اعادة الغسل وفي فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان في سعة من نفيه وان كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل ولو كان الزوج عنينا قالوا الخصومة للمولى أولها على الخلاف وهل يباح الاسقاط بعد الحبل يباح مالم يتخلق شئ منه ثم في غير موضع قالوا ولا يكون ذلك الا بعد مائة وعشرين يوما وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة (قوله واذا تزوجت أمة باذن مولاها) أوزوجها هو برضاها أو بغير رضاها (ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا) أما اذا زوجت نفسها بغير اذنه ثم أعتقها فسيأتي أنه ينفذ النكاح بالاعتاق ولا خيار لها (والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا) فلا خيار لها وهو قول مالك ومنشأ الخلاف الاختلاف في ترجيح احدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة أكان حين أعتقت حرا أو عبدا وفي ترجيح المعنى المعلل به أما الاول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواها القاسم ولم تختلف الروايات عن ابن عباس أنه كان عبدا وثبت في الصحيحين أنه كان حرا حين أعتقت وهكذا روى في السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة ترجيح أنه كان حرا وذلك أن رواة هذا الحديث عن عائشة ثلاثة الاسود وعروة والقاسم فاما الاسود فلم يختلف فيه عن عائشة انه كان حرا وأما عروة ففيه روايتان صحيحتان احداهما أنه كان حرا والاخرى أنه كان عبدا وأما عبد الرحمن بن القاسم

رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروى أيضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود يسمى مغيثا فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمرها أن تعتد فأنى يكون الشافعي به محجوجا قلت روى البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد أن بريرة أعتقت وزوجها حر واذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بان المثبت أولى من النافي فليطلب ثمة وقوله (ولانه يزداد الملك) دليل معقول وقد تقدم بيانه وورد بان عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك اذا كان الزوج حرا وأجيب بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما سيجيء فيلزم عليها

الزيادة اذا أعتقت وان كان حرا ولانسلم أن أمره عليه السلام بالبداءة بالغلام لذلك وانما كان لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانها لو أعتقتهما معا ثبت الخيار أيضا عنده وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء ألا ترى أن الزوج ان أعسر حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد (وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم أعتقت) كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا أو عبدا لزيادة الملك عليها (وقال زفر لا خيار لها) لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم

(قوله قال وانما أمرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار) أقول يعني قال الشافعي وانما أمرها الخ (قوله وقد تقدم بيانه) أقول في باب الاولياء والاكفاء

(وان تزوجت أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح)

فعنه أيضا روايتان صحيحتان احداهما أنه كان حرا والاخرى الشك ووجه آخر من الترجيح مطلقا لا يختص بالمروى فيه عن عائشة وهو أن رواية خبرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا يحتمل كون الواو فيه للعطف لا للحال وحاصله أنه إخبار بالامرين وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال أن يراد بالعبد العتيق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع في العرف والذي لا مرد له من الترجيح أن رواية كان حرا أنص من كان عبدا لما قلناه وتثبت زيادة فهي أولى وأيضا فهي مثبتة وتلك نافية للعلم بأنه كان حالته الاصلية الرق والنافي هو المبقي والمثبت هو المخرج عنها وأما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي وغيره عينوه بعدم الكفاءة وهو ضعيف فان ثبوتها انما يعتبر في الابتداء لا في البقاء ألا ترى أنه لو أعسر الزوج في البقاء أو انتفى نسبه لا يثبت لها الخيار وأصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لانها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها وهذا من ردّ المختلف الى المختلف فان الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكأنه اعتماد على اثبات الاصل المختلف فيه وأورد أنه دفع ضرر باثبات ضرر وهو رفع أصل العقد وأجيب بأنها لا تتمكن الا به مع أنه رضي به حيث تزوج أمة مع علمه بأنها قد تعتق ثم انه استضعف بان عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بان لا يطلقها أصلا الى الموت فلا ضابط لذلك وتارة يعلله منصوصة وهي ملكها بضعها روى أبو بكر الرازي بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لها حين أعتقت ملكت بضعك فاختاري وروى ابن سعد في الطبقات أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبي عبيد عن عامر الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما أعتقت قد عتق بضعك معك فاختاري وهذا مرسل وهو حجة وأخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما عتقت اذهبي فقد عتق بضعك معك وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر الا التنبيه على ثبوت اختيارها نفسها وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال لها ملكت نفسك فاختاري فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة واذن فالواجب أن تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار لحكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاه ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها حرا أو عبدا وفيما اذا كانت مكاتبة عتقت باداء الكتابة بعد ما زوجها سيدها برضاها أو غيره وخالف زفر في المكاتبة وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب واستدل بان العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو صح لزم أن سيد الامة لو زوجها برضاها ومشاورتها في ذلك أن لا خيار لها وليس بصحيح والاوجه في استدلاله أن النص لم يتناولها وهو قوله عليه الصلاة والسلام ملكت بضعك فاختاري اذ المكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق وأجيب بالمنع لان ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وانما كانت مالكة لأكسابها ولقائل أن يقول ان قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس معناه الا منافع بضعك اذ لا يمكن ملكها العين وملكها الاكسابها تبع لملكها المنافع نفسها وأعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص وترجح قول زفر وفي المبسوط لو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة بأن ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند أبي يوسف لانها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها وقال محمد لا خيار لها لان بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقص الملك بعارض الرق فاذا عتقت عاد الملك الى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها (قوله وان تزوجت أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح) أي نفذ بمجرد العتق ولا فرق بين الامة والعبد في هذا الحكم وانما فرضها في الامة ليترتب عليها المسئلة التي تليها تفريعا وعن زفر أنه يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته

(وان تزوجت أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح)

بعد

ولا خيار لها) أما صحة النكاح فلوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من أهله لكونهما من أهل العبارة وانتفاء المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال وأما عدم الخيار فلأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خص الامة بالذكر لبيني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها لا تتأتى في حق العبد ويجوز أن يكون تخصيصه بالامة لتفريع مسئلة الخيار عليها لانها تختص بالاماء دون العبيد وقوله (فان كانت تزوجت بغير اذنه) ظاهر وانما قال في صورة المسئلة بان المسمى ألف ومهر المثل مائة ليعلم أن المسمى وان زاد على مهر المثل (٤٩٧) فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق

لانها من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال (ولا خيار لها) لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق (فان كانت تزوجت بغير اذنه على ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى) لانه استوفى منافع مملوكة للمولى (وان لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها) لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى

بعد بطلان ولايته واذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة اذ لا واسطة وصار كما اذا اشترت ثم عتقت فانه يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم امكان القسمين ولنا أن الامة والعبد من أهل العبارة واذا صح اقرارهما بالديون ويطالبان بعد العتق وأهلية العبارة من خواص الآدمية وهي مبقاة فيهما على أصل الحرية (وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال) بالعتق وحاصل هذا أنه نافذ من جهتها ويجب أن ينفذ من جهة المولى مادام حقه فاذا زال بقي النفاذ من غير جهة توقف وأما البطلان فيما ذكر فليس لما قال بل للزوم تحول حكم العقد الواحد فانه انعقد موجبا للملك للمولى ولو نفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها وأورد على التعليل النقض بصور هي ما لو تزوج بغير اذن مولاه ثم أذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز ما صنع وما اذا زوج فضولي شخصا ثم وكله توقف على اجازة الفضولي بعد الوكالة وما اذا زوج ولي أبعد مع وجود الاقرب ثم غاب الاقرب أو مات فتحولت الولاية الى المزوج توقف على اجازة مستأنفة منه وكذا سيد المكاتبة الصغيرة اذا زوجها بلا اذنها توقف على اجازتها فاذا أدت وعتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقبلة من السيد مع أنه المزوج أجيب عن الاول والثاني بأن الاذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة الى ما يستقبل من وقتهما فلا يعملان فيما قبلهما وكان مقتضى هذا أن لا يجوز بالاجازة أيضا الا أنا استحسناه وعن الثالث بأن الابعد لم يكن وليا حين زوج ومن ليس وليا في شئ لا يتأتى في عواقبه ويحكم الرأي فيه بل يتوانى اتكالا على رأي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح ظاهرا فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا ليثبت كونه أصلح قال في الفوائد الظهيرية وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع يعني سيد المكاتبة الصغيرة وقد يفرق بأن الولي الابعد انما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأي الاقرب أما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأي الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه ووعدناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ (قوله ولا خيار لها) لان النفوذ بعد العتق وخيار العتق إنما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لدفع زيادة الملك فلا تتحقق زيادة الملك لذلك وأورد ينبغي أن يثبت لها الخيار لان بالاستناد يظهر أن النفاذ قبل العتق والجواب أن الشئ يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار بعده (قوله فان كانت تزوجت بغير اذنه على ألف ومهر مثلها مائة) نص على زيادة المسمى على مهر المثل والجواب على التفصيل ان دخل بها قبل العتق

وكان ينبغي أن يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة لان مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله (والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى) للمولى ان أعتقها بعد الدخول والامة ان أعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لان المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرا ألا ترى أن الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك

(قوله لتفريع مسئلة الخيار عليها) أقول يعني قوله ولا خيار لها (قوله وكان ينبغي الى قوله لا الزائد على قيمة ملكه) أقول فيه بحث فان المرأة تأخذ ما تأخذه بدل منافع البضع أيضا فما وجه أخذ المرأة ما زاد اذا لم تكن قيمة البضع من وجه فليتأمل (قوله

(٦٣ - فتح القدير ثاني) وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله والمراد الخ) أقول والاظهر عندي أن قوله والمراد الخ جواب عما عسى يقال ينبغي أن يجب هنا مهر المثل عند أبي حنيفة لانه الاصل عنده على ما مر والتسمية غير صحيحة لعدم صحة النكاح من الابتداء وهو زمان وجود التسمية (قوله فان قيل كيف يستند الجواز) أقول المراد من الجواز النفاذ (قوله لان المانع من الجواز هو الملك الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الملك مانع عن النفاذ ابتداء لحق المولى ولا يمنع استناد رعاية لحقه أيضا حيث يستحق حينئذ المسمى وهو أكثر على ما فرض وفيه شئ لا يخفى جوابه أما الشئ فهو كونه أقل (٣) وأما الجواب فهو أنه (قوله اذا حرمت حرمة غليظة) أقول بأن طلقها اثنتين

وتزوجت بغير اذن المولى فدخل بها أعتقها المولى لا تحمل على زوجها الاول باعتبار أن العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق أجيب بأن ماذكرته قياس فان القياس هو أن يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد الا أنهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لو جب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يجدي لان المانع من الاستناد على ماذكر من المسائل لم يزل والاولى أن يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك وانما هو الحاجة الى الصيانة (٤٩٨) عن الاضرار بالمولى فمتى أعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف الخ وأجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بان امتناع حلها على زوجها الاول انما كان لان الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي والمستوفى بالوطء متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله وان لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها ولو استندا الجواز الى أصل العقد يجب أن يكون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى أعتقها أجيب بأن حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت هو الامة وزمان العقد هو المولى فلما كان المستحق زمان الثبوت هو الامة امتنع استناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث تكون يثبت قال (ومن وطئ أمة ابنه) ومن وطئ جارية ابنه (فولدت منه ولدا فهي أم ولده وعليه قيمتها دون المهر) وانما قال (ومعنى المسئلة أن يدعيه الاب) لان محمدا لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير

ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد قد انعقد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا (ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه) ومعنى المسئلة أن يدعيه الاب

فالمهر للسيد لانه استوفى منافع مملوكة له أو بعده فلها لانه استوفى منافع لها وكان يتبادر أن في الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية حينئذ فكان دخولا في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى في منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها لان الزيادة انما تثبت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها والثابت بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا أعتقت ووطئها يجب المسمى لها لانه يصح بصحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذلك العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب معه لا يقال فيجب أن يكون المهر في الوجهين لها لانه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لانا نقول الاستناد يظهر أثره في القائم لا في الفائت ومنافع البضع فائتة وحين فاتت فاتت على ملك المولى فكان بدلها له وقد يورد فيقال لو استند الى أصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها حتى أعتقها وهو معزل عن صورة المسئلة فانها النفاذ بالعتق وبه تملك منافعها بخلاف النفاذ بالاذن والرق قائم هذا اذا كانت الامة كبيرة فان كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر وعندنا يتوقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا أجاز جاز فاذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ الا اذا كان المجيز أباها أو جدها وقد منا في باب الاولياء أنه يستغني بخيار الادراك عن خيار العتق لانه المنجز (قوله ولهذا) أي الاتحاد بالاستناد (لم يجب مهر آخر) أي مهر المثل (بالدخول في نكاح موقوف) وقد ذكرناه (قوله ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فهي أم ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة أن يدعيه الاب) وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا فان كان الاب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ولو أفاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة أشهر تصح استحسانا لا قياسا ولو كانا من أهل الذمة الا أن ملتهما مختلفة جازت الدعوة من الاب ويشترط أيضا كون الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى الدعوة فلو حبلت في غير ملكه أو نفيه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك ولا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لاب كالاب ولا تصح دعوة الجد لام اتفاقا وشرط دعوة الجد لاب أن

(قوله وتزوجت بغير اذن المولى) أقول أي تزوجت بزوج آخر (قوله والمستوفى بالوطء متلاش الخ) أقول اذا كان المستوفى بالوطء متلاشيا فكيف يلزم باعتبار مهر كامل للمولى اذا كان الوطء قبل الاعتاق ولعل الاولى أن يقال النكاح منصوص في التحليل فيراعى وجوده على وجه الكمال كما قالوا في قبض المهر والرهن وما ثبت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فتأمل (قوله لان المستحق زمان الثبوت الخ) أقول أي ثبوت النكاح ونفاذه

(ووجهه أن للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء) لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولد الرجل من كسبه فكلوا من أموالهم وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء (فله ولاية تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء) فان قيل لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجبت عليه القيمة كما في الطعام أجاب بقوله (غير أن الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه) ولهذا لا يجبر الولد على اعطاء الجارية والده للاستيلاد لكونه غير ضروري (فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة) فان عورض بأن الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة أو حق الملك كما في المكاتبة وليس شيء من ذلك بموجود (٤٩٩) أجاب بقوله (ثم هذا الملك يثبت

ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير أن الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك أو حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين أن الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة قال (ولو كان الابن زوجها اياه فولدت منه لم تصر أم ولده ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر) لانه صح التزوج عندنا

تكون حال عدم ولاية الاب لموت أو جنون أو رق أو كفر وأن تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو أثبت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما قلنا في الاب (قوله ووجهه) أي وجه هذا المجموع (أن للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى إبقاء نفسه) لما سنذكر فكذا الى صون نسله لانه كنفسه اذ هو جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس أشد منها الى حفظ النسل (فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة) ويحل له الطعام عند الحاجة اليه ولا يحل له وطء جارية ابنه عند الحاجة اليه كذا عند الائمة الاما نقل عن مالك بن أنس وابن أبي ليلى ويجبر الابن على الانفاق عليه دون دفع الجارية اليه للتسري فللحاجة جازله التملك ولقصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصودا الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها في الجمال أي ما يرغب به في مثلها جمالا فقط وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهرا لان الثاني للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادته عليه خلافا لزفر والشافعي فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبيل الوطء شرط لصحة الاستيلاد عندنا وعنده قبيل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطء قلنا لازم كون الفعل زنا ضياع الماء شرعا فاو لم يقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي والا فلا لزوم فظهر أن الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن أو غيره تجب حصة الشريك الابن أو غير من العقر وقيمة باقيها اذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك يكفي لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك في باقيها حكما له لا شرطا ثم مقتضى قوله أن لا تجب قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن في قول تجب ولا يحد قاذفه اتفاقا لان شبهة الخلاف في أن الملك ثبت قبل الايلاج أو بعده تسقط احصانه (قوله ولو كان الابن زوجها) أي زوج أمته (اياه فولدت منه لا تكون أم ولد للاب ولا قيمة

تكون حال عدم ولاية الاب لموت أو جنون أو رق أو كفر وأن تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو أثبت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما قلنا في الاب (قوله ووجهه) أي وجه هذا المجموع (أن للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى إبقاء نفسه) لما سنذكر فكذا الى صون نسله لانه كنفسه اذ هو جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس أشد منها الى حفظ النسل (فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة) ويحل له الطعام عند الحاجة اليه ولا يحل له وطء جارية ابنه عند الحاجة اليه كذا عند الائمة الاما نقل عن مالك بن أنس وابن أبي ليلى ويجبر الابن على الانفاق عليه دون دفع الجارية اليه للتسري فللحاجة جازله التملك ولقصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصودا الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها في الجمال أي ما يرغب به في مثلها جمالا فقط وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهرا لان الثاني للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادته عليه خلافا لزفر والشافعي فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبيل الوطء شرط لصحة الاستيلاد عندنا وعنده قبيل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطء قلنا لازم كون الفعل زنا ضياع الماء شرعا فاو لم يقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي والا فلا لزوم فظهر أن الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن أو غيره تجب حصة الشريك الابن أو غير من العقر وقيمة باقيها اذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك يكفي لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك في باقيها حكما له لا شرطا ثم مقتضى قوله أن لا تجب قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن في قول تجب ولا يحد قاذفه اتفاقا لان شبهة الخلاف في أن الملك ثبت قبل الايلاج أو بعده تسقط احصانه (قوله ولو كان الابن زوجها) أي زوج أمته (اياه فولدت منه لا تكون أم ولد للاب ولا قيمة

قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح) يعني الاستيلاد إما (حقيقة الملك أو حقه) على ما ذكرنا (وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه) لانه بعد ما علق الولد احتاج الاب الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب ولا ثبوت له بدون ذلك فتقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط واذا قدم كان الوطء واقعا في ملكه (فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد) فانه يسقط الاحصان بهذا الوطء ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه وقاساه بالجارية المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العقر (والمسئلة معروفة) يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها أن الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطا له وعنده بعده حكما له والذي ذهبنا

اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على أن استيلاد الاب جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطء في الملك حتى لو خلا عنه أصلا لم يصح كما في جارية الاجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق وعورض بأن الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك وذلك يدل على أن الملك لم يثبت سابقا على الوطء وبأنه اذا وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله لما وجب وبأنه اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد وأجيب عن الاولى بأنا نقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكما وفي تلك المسئلة نوع من الملك القائم فلا يحتاج الى تقديمه وعن الثانية بأن اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود هنا وعن الثالثة بأن تقدم الملك اجتهادي فكان فيه شبهة يندرئ بها الحد (ولو كان الولد زوج جاريته اياه) أي أباه (فولدت لم تصر أم ولده ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لانه صح التزويج عندنا)

وقال الشافعي لا يصح لان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزويجه اياها كالمولى اذا تزوج أمة من كسب مكاتبه لان حق الملك في مال ولده أظهر ألا يرى أن استيلاده

جارية الابن صحيح واستيلاد المولى أمة مكاتبه غير صحيح ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة (فمن المحال أن يملكها الاب بوجه) من الوجوه والما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل (وكذا يملك) الابن (من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه الا أنه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولده ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملك أخوه فيعتق عليه قال (واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل فسد النكاح) وقال زفر رحمه الله لا يفسد وأصله أنه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور

خلافا للشافعي خلوها عن ملك الاب ألا يرى أن الابن ملكها من كل وجه فمن المحال أن يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا أنه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولده ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملك أخوه فيعتق عليه قال (واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل فسد النكاح) وقال زفر رحمه الله لا يفسد وأصله أنه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور

عليه للابن وعليه المهر له والولد حر) وهذا لانه صح النكاح له خلافا للشافعي لان عنده لا يجوز تزوج الاب جارية الابن ومبنى الخلاف فيه أن الثابت للاب في جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزويجه اياها كأمة مكاتبه والامة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه واستدل عليه بأنه أي الابن يملك من التصرفات فيها ما لا يبقى معه ملك الاب ولو قال ما لا يجامعه ملك الاب كان أولى فلا يكون للاب فيها ملك من وجه فهذه التصرفات هي وطؤه اياها وانفراده بتزويجها واعتاقها من غير أن يضمن للاب شيأ فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الاب من كل وجه واذا ثبتت هذه الاحكام اجماعا لزم كون المراد بما رواه الامام أحمد أنت ومالك لابيك اثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح ألا يرى أن الواهب يملك التزوج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد وأصل الحديث في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان والدي يحتاج الى مالي قال أنت ومالك لأبيك وروى لولدك ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم وأما ما روى فيه من حديث عائشة عنه صلى الله عليه وسلم ولد الرجل من كسبه من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم فتعلقه بمجرد الاكل فان قيل لا نسلم أن حل الوطء وما معه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك في أم الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم اجزائهما عن الكفارة قلنا بل هما مما لو كان من كل وجه وعدم الاجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصانا في رقهما لا في ملك السيد * واعلم أن المجاز لا بد منه في التركيب لانه أضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لانه حقيقة الاضافة في مثله ثم أضافه مع الابن للاب باللام المفيدة للملك في مثله والعطف عطف مفرد ولا يمكن حقيقة الملك في الابن فلزم في المال أيضا نفي حقيقة الملك والا كانت اللام لمعنيين مختلفين في اطلاق واحد بقي تعيين المعنى المجازي أهو حق الملك أو حق التملك فقد يقال حق الملك أقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب اليها أولى ولكن الاحكام التي ذكرناها تمنع حق الملك لانه ملك من وجه وهي تمنعه واذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا تصير به أم ولد للاب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لانه ملكه أخوه فيعتق عليه وما عن زفر أنها تكون أم ولده لانها لما كانت أم ولده بالفجور فأولى بالحل بعيد صدوره عنه فان أمومية الولد فرع لملك الامة وملكهما ينافي النكاح وانما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح (قوله واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل فسد النكاح) وكذا اذا كانت الامة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه (وقال زفر لا يفسد وأصل الخلاف ان العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون ولاؤه له ولو نوى به الكفارة تسقط عنه وعنده يقع عن المأمور لانه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المأمور

(قوله ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه الخ) أقول ليس فيما ذكر ما يدل على نفي حق الملك الا أن يقال حق الملك يستدعي نوع ملك والا فلا يكون حق ملك بل حق التملك ولنا

وقوله (أعتق طلب التمليك منه) تقديره أعتق عبدك الذي هو لك في الحال عند بيعك إياه بطريق الوكالة عني فيكون أمرا باعتاق عبد الآمر عنه وقوله أعتقت يكون بمعنى قوله بعته منك وأعتقته عنك فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق الا عن المأمور بالاتفاق فلا يكون المقتضى أقوى من التصريح به أجيب بأن الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا كبيع الاجنة في أرحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها فان قيل وجب أن لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين أحدهما أن الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح والثاني أن الملك ههنا كما ثبت بزول حكما للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء اذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لان الملك كما ثبت زال أجيب عن الاول بأن الشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم (١ ٥٠) لازم وعن الثاني بأن الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الائمة وأبي طاهر الدباس سلمنا أن الملك يثبت للوكيل لكن انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله (لانه) يعني أبا يوسف (يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا للتصرفه) أي لتصرف الآمر لما أن تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا باسقاط اعتبار القبض لانه شرط وقد أمكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان يمكن باسقاط الشرط أولى فصار (كما اذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه) ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب بعوض أو بغيره (ولهما أن الهبة من شرطها

ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالالف ثم أمره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله أعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين (ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا للتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي

ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء) والمقتضى هو تصحيح كلامها صونا له عن اللغو اذ لا مانع منه بخلاف ما لو قال لعبده أعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق المخاطب تصحيحا لكلام السيد لان الحرية أصل للتكفير بالمال وأصل الشيء لا يكون تبعا لفرعه ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك لا يقال ملك الآمر غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك أولا له لانا نقول الملك ملزوم للانفساخ فاذا ثبت ثبت ألا ترى أن من قال لامرأته أنت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسئلة الوكيل لعدم ثبوت الملك أولا له بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد يهب يقع الملك لمولاه ابتداء وان وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل حالة ثبوته ومثله لا يوجب الفسخ اذ لم يخلص ثبوته له ليخلص ثبوت اللازم (فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالالف وأمره باعتاقه عنه وقوله أعتقت تمليكا منه) ضمنيا للاعتاق الصريح الواقع جوابا * واعلم أنه لو صرح بالبيع فقال بعتك وأعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمنا في هذه المسئلة ولا يثبت صريحا كبيع الاجنة في الارحام وهذا لان الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشروط العتق الاهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المأمور فاذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم الا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه (قوله ولو قالت) ما تقدم كان اذا (١) ذكر ما لا مع الامر فلو اقتصر

القبض بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصح الهبة الا مقبوضة (فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء) وقوله (لانه فعل حسي) يعني أنه ليس من جنس القول فلا يمكن أن يكون ثابتا في ضمن قوله أعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات وأما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل حسي والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعي فيصح أن يثبت في ضمنه

(قوله تقديره أعتق الى قوله بطريق الوكالة عني) أقول قوله بطريق الوكالة متعلق بقوله أعتق (قوله فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق الا عن المأمور) أقول لانتفاء القبول (قال المصنف ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح) أقول فان قيل لم يقدموا البيع في هذه المسئلة فان ذكر الثمن لا يلزم في انعقاد البيع قلنا المقصود تصحيح التصرف واذا لم يذكر الثمن ينعقد البيع فاسدا على ما صرحوا به (قوله وقد أمكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن) أقول القبول ركن زائد يوجد البيع بدونه كما في البيع بالتعاطي

(١) الضمير في قوله ذكر واقتصر مذكر باعتبار الشخص فان الذاكر والمقتصر في هذه المسئلة هي المرأة كما لا يخفى كتبه مصححه

قوله (وفي تلك المسئلة) أي مسئلة الامر بالاطعام (الفقير ينوب عن الآمر في القبض) كالفقير في باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه (أما العبد فلا يقع (٥٠٢) في يده شئ) لان الاعتاق اتلاف للملك وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب في التقرير

وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض أما العبد فلا يقع في يده شئ لينوب عنه

﴿باب نكاح أهل الشرك﴾

(واذا تزوج الكافر بلا شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) وهذا عند أبي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا أنه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الاول

على قوله أعتقه عني ففعل المأمور فعند أبي يوسف يقع عن الآمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع أنه لا قبض هنا منه وعندهما عن المأمور وحاصل وجههما أن فيه شرطا لا يمكن اثباته اقتضاء وهو القبض لانه فعل حسي غير القول والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول ففعل اليد الذي هو الاخذ لا يتصور أن يتضمنه فعل اللسان ويكون موجودا بوجوده بخلاف القول فانه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مراده معه وهذا ظاهر وقول أبي اليسر قول أبي يوسف أظهر لا يظهر بخلاف ما قاس عليه لان الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه أما العبد فلا يقع في يده شئ بالعتق ليمكن اعتباره قابضه نيابة أو لا بل بالعتق تتلف ماليته والله أعلم

﴿باب نكاح أهل الشرك﴾

لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبتيه من الاحرار والارقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين أو غيرهم وهو المراد بأهل الشرك إما تغليبا وإما ذهابا الى أن أهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقد قدمناه في فصل المحرمات وإما اطلاقا للمشركين عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله رب العزة والكبرياء عن ذلك وقدمنا أنه انما أعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميما لباب المهر تبعا * واعلم أن كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح اذا تحقق بين أهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة حيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام ويجب الحكم بصحته وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك لا تصح أنكحتهم بناء على تناول الخطاب العام اياهم مع ملزومية أنكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم قال ولو قلنا انها شرط فاذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي أن يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة قال فينبغي أن يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح وما لا ففاسد ولنا قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح وأسلم فيروز على أختين فقال له صلى الله عليه وسلم اختر احداهما وأسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم أمسك أربعا الحديث ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتوارثون الاسلام الى أن توفي صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء ولم ينقل قط أن أهل بيت جددوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لقضت العادة بنقله فعلم أنه قول باطل (قوله واذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه وهذا عند أبي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين) أي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر (الا أنا لا نتعرض لهم قبل الاسلام أو المرافعة الى الحكام) فالواو بمعنى أو (وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الاول) وهو النكاح بلا شهود

﴿باب نكاح أهل الشرك﴾

لما ذكر باب نكاح الرقيق للمناسبة التي ذكرناذكر من هو أدون منزلة وأخس منهم رتبة وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم (واذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) قيد بعدة كافر لانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في أهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته ويجوز أن يصور بأن أشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم (وهذا عند أبي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا أنه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الاول) وهو التزوج بغير شهود

﴿باب نكاح أهل الشرك﴾

(قوله لما ذكر باب نكاح الرقيق الى قوله وأخس منهم رتبة الخ) أقول قال الله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك (قوله وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم) أقول بل المراد من أهل الشرك الكافر مطلقا بطريق التغليب لعموم الاحكام المذكورة (قوله وفيه نظر لان كلامنا الخ) أقول النظر مدفوع بما قلنا (قوله ويجوز أن يصور الخ) أقول ويمكن أن تصور ذلك بأن تكون كتابية تحت مسلم فطلقها فتزوجها مشرك لا كتاب له في عدته وذلك في دينه جائز فانه فاسد (قوله بأن أشركت بعد الطلاق الخ) أقول فان قيل حينئذ تكون مرتدة لا يجوز نكاحها قلنا لا يضر لنا غايته أن يكون عدم جوازه معللا بعلتين

(كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني) وهو التزوج في عدة كافر آخر (كما قال زفر) قال زفر (الخطابات) كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ونحوه (عامة كما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا) كما تركناهم وعبادة الصنم اعراضا (لا تقريرا فاذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق) عملا بقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم (ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها) فان مالكا وابن أبي ليلى يجوزانه (ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات) ولكنا لا نتعرض لهم لكان عقد الذمة فاذا ترافعا أو أحدهما أو أسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم وأما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا نفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة أن حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة إما أن يكون للشرع أو للزوج لا سبيل الى الاول (لانهم لا يخاطبون بحقوقه) ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني (لانه لا يعتقده) لان هذا الوضع على ذلك الفرض وكأن النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وهو صدور الركن من أهله مضافا الى محله وانتفاء المانع (بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم) فان المانع متحقق

وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء (والشهادة ليست شرطا فيها) ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح (وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة)

(كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة أن الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة

(كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني) وهو ما في عدة كافر (كما قال زفر لزفر أن الخطابات عامة على ما مر) في الفصل الذي بذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها (وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق) لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولهما وهو الفرق أن نكاح المعتدة مجمع على بطلانه عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر هنالك أيضا من أن مذهبهما ان أهل الذمة التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات وهذا تقييد له حيث أفاد أنهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقا (قوله ولابي حنيفة أن الحرمة) أي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة (لا يمكن اثباتها حقا للشرع) أي الشارع (لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت) الكتابية (تحت مسلم) طلقها فانه تجب العدة حقا له (لانه يعتقده) فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها (واذا صح النكاح) حال صدوره (فحال المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها) بل في ابتداء العقد لصحته (وكذا العدة لا تنافيها) أي لا تنافي حالة بقاء العقد (كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة) حيث يثبت

(قوله كما مر من قبل) أقول في فصل بذيل باب المهر (قال المصنف فاذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة) أقول قال تاج الشريعة أي العدة باقية حالة المرافعة أما اذا كانت العدة منقضية لا يفرق بالاجماع اه فيه بحث فانه اذا انعقد فاسدا انقلب جائزا على ما علم من أصل زفر في البيع الفاسد وغيره (قال المصنف ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها) أقول قال الزيلعي والخلاف في صحة نكاحهم في العدة بناء على أن العدة تجب عندهما وعنده لا تجب حتى لا يثبت له الرجعة ولا يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وقيل تجب عنده لكنها لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء اه وأنت خبير بأنه لا يظهر وجه عدم ثبوت النسب على القول الاول (قال المصنف لانهم لا يخاطبون بحقوقه الخ) أقول قال ابن الهمام وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه انما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا أتت به بعد الطلاق لاقل من ستة أشهر وبه قالت طائفة من المشايخ وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيامه وجوبه على السيد اه وأشار المصنف الى هذا أيضا في تتمة التعليل لكنهم صرحوا في باب المحرمات أنه مستحب لا واجب فليتأمل ثم في قوله لأقل من ستة أشهر بحث (قال المصنف لأنه لا يعتقده) أقول قال الاتقاني أي لا يعتقد الكافر العدة وتذكير الضمير على تأويل الاعتداد اه والاحسن أن يقال الضمير راجع الى وجوب العدة المدلول عليه بسياق الكلام (قال المصنف واذا صح النكاح فحالة المرافعة الخ) أقول قال الزيلعي وفي النهاية معزيا الى المبسوط أن الاختلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة أو الاسلام والعدة غير منقضية وأما اذا كانت المرافعة والاسلام بعد انقضاء العدة لا يفرق بالاجماع اه وفي كلام المصنف وكذا العدة الخ اشارة الى ذلك (قوله بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم الخ) أقول يلزم على ما اختاره الشارح أن تكون المشركة تحت المسلم

يجب عليها العدة صيانة لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم وهذا كما ترى يشير الى أن العدة لا تجب عن الكافر وهو الاصح وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم الشروط ولا تنافي العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه أو خامسة ثم أسلم أحدهما أو ترافعا فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار ان لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة واذا أسلم وجب (٥٠٤) التعرض به والتفريق وكذلك بالمرافعة وأما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على

ما ذكرنا أن الحرمة إما أن تكون للشرع أو للزوج الخ وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول مشايخ العراق ان له حكم الفساد عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء وقوله (الا أن المحرمية) جواب عن هذا التشكيك ووجهه أن المحرمية (تنافي بقاء النكاح) كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة (فيفرق) بينهما (بخلاف العدة لانها لا تنافيه) كما مر (ثم باسلام أحدهما يفرق بينهما) بالاتفاق (و) كذلك (بمرافعة أحدهما) وطلب حكم الاسلام عندهما لان اسلام أحدهما كاسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع أحدهما يكون كرفعهما لانه برفعه انقاد لحكم الاسلام كما اذا أسلم وأما عند أبي حنيفة فلا يفرق برفع أحدهما

(فاذا تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما) لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافا لهما

وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع زوجها وحرمتها عليه وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه انما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا أتت به بعد الطلاق لاقل من ستة أشهر وبه قالت طائفة من المشايخ وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الامة في حال قيام وجوبه على السيد وقيل الاليق الاول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون به وفيه نظر لان تركهم تحرزا عن الغدر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا وإياه كالكفر تركوا وإياه وهو الباطل الاعظم ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز أن يقال لا تجب واذا علم من له الولد بطريق آخر وجب الحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح ومجيئها به لاقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلتحق به وهم لم ينقلوا عن أبي حنيفة ثبوته ولا عدمه بل اختلفوا أن قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك أو لا فلا فلنا أن نقول بعدمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة وفي المبسوط أن الخلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة أو الاسلام والعدة قائمة أما اذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالاجماع ثم هنا نظران الاول مقتضى توجيه أبي حنيفة أن الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الاصول من أن الاتفاق على أنهم مخاطبون بها في أحكام الدنيا والمسئلة ليست محفوظة عن المتقدمين وانما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفريعاتهم كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم أسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك والعراقيون على أنهم مخاطبون بالكل وانما قلنا انه خلافه لان النكاح من المعاملات وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على أنهم مخاطبون باحكام النكاح غير أن حكم الخطاب انما يثبت في حق المكلف ببلوغه اليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق أهل الذمة دون أهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني أن نفي أبي حنيفة العدة هنا انما هو فيما اذا كانوا يعتقدون عدمها ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها أن لا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام لانه حين وقع كان باطلا فيلزم في المهاجرة لزوم العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة وتعليل النفي هنالك بقول المصنف لانها وجبت اظهارا لخطر النكاح السابق ولا خطر لملك الحربي بالاباية قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح اذا سبي الزوجان معا وسنذكره تتمة (قوله فاذا تزوج مجوسي أمه أو ابنته) أو مطلقته ثلاثا أو جمع بين خمس أو أختين في عقدة (ثم أسلما) أو أحدهما (فرق بينهما) اجماعا (لان نكاح المحارم) ومامعه (له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا) يعني في قوله في المسئلة التي قبلها

(قوله وهذا كما ترى يشير الى أن العدة لا تجب عن الكافر الخ) أقول يعني قوله ان الحرمة لا يمكن اثباتها الى قوله بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم ثم أقول أنت خبير بأن قوله وكذا العدة الخ يشير الى وجوبها فالمصنف جمع بين القولين حيث جعل أول التعليل بتعليل البعض وآخره بتعليل البعض الآخر كذا في النهاية وقد سنح لخاطري قبل أن أراه ولله المنة (قوله وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين الخ) أقول لكن صرح الشارح وغيره في باب المحرمات بأن استبراء السيد ليس بواجب بل مستحب وان لفظة على بمعنى الاستحباب الا أن يقال التشبيه بالاستبراء ليس الا في عدم منع النكاح دون الوجوب فليتأمل (قوله أو للزوج الخ) أقول فيه أن هذا غير محتمل هنا

والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده أما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما (ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة) لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه (وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر) لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه

ان أهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا وهذه الانكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها وعلى ما حققناه من أن الكفار إما مخاطبون بالكل كقول العراقيين أو بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على أن له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الاحكام في دارنا فتجعل نازلة في حقهم اذ ليس في وسع المبلغ سوى اشاعته دون أن يوصله الى كل واحد غير أنا تركناهم ومايدينون بأمر الشرع فاذا أسلما أو أسلم أحدهما وجب التفريق وأما على ما اختاره القاضي أبو زيد واتباعه وجعله المصنف وغيره الصحيح من أن له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يسقط احصانه بالدخول فيه حتى لو أسلم فقذفه انسان يحد خلافا للمشايخ العراق القدوري وغيره فانهم لا يوجبون النفقة والاحصان بناء على أن الخطاب غير نازل في حقهم لانكارهم مع عدم ولاية الالزام فلان المحرمية تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل وأنت علمت أن هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي أن يكون هو الوجه المختار وانما يصح ذلك في الحربيين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولانه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة المحرمية كما ذكرناه وأما اذا ترافعا فعلى الاعتبارين يفرق بينهما لانهما رضيا بحكم الاسلام فالقاضي كالحكم وأما مرافعة أحدهما فقالا كذلك يفرق كاسلام أحدهما وعند أبي حنيفة لا فرق بين اسلام أحدهما ورفعه لان باسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاده (واعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى) بخلاف مرافعة أحدهما ورضاه فانه لا يتغير به اعتقاد الآخر فبقي الامر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض والاوجه تخريج الخلاف في مرافعة أحدهما على الخلاف في أنه حين صدر كان باطلا عندهما لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فاذا انتقد أحدهما لحكم الاسلام كان كاسلامه وعنده كان صحيحا ورفع أحدهما لا يرجعه على الآخر في ابطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة هذا كله بعد الاسلام أو المرافعة أما اذا لم يكن أحدهما فلا تفريق الا في قول أبي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين أنه يفرق اذا علم ذلك لما روى أن عمر كتب الى عماله أن فرقوا بين المجوس ومحارمهم أجيب بأنه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من وقت الفتوحات الى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الاجماع وفي الغاية معزيا الى المحيط لو طلبت المطلقة ثلاثا التفريق يفرق بينهما وكذا في الخلع يعني اذا اختلعت من زوجها الذمي ثم أمسكها فرفعته الى الحاكم فانه يفرق بينهما لان امساكها ظلم وما أعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم وكذا في المطلقة الثلاث لانهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وان لم يعتقدوا خصوص عدد وفي النهاية لو تزوج أختين في عقدة ثم فارق احداهما ثم أسلم أن الباقية نكاحها على الصحة حتى أقر اعليه اه وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق أن يفرق لوقوع العقد فاسدا ووجب التعرض بالاسلام (قوله ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة) أما المسلمة فظاهر لانها لا تكون تحت كافر وأما الكافرة فلانه مقتول معنى وكذا المرتدة لا تزوج أصلا لانها محبوسة للتأمل ومناط المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم

لان الآخر قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر (اذ لا يتغير به اعتقاده) بل يعارضه بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم اذ الاسلام يعلو ولا يعلى وأما اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع (لان مرافعتهما كتحكيمهما) ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له أن يفرق بينهما فالقاضي أولى بذلك لعموم ولايته وقوله (ولا يجوز أن يتزوج المرتد) واضح وقوله (بل لمصالحه) يريد به السكنى والازدواج والتوالد والتناسل

(قال المصنف اذ لا يتغير به) أقول ذكر ضمير المرافعة على تأويل الرفع

وقوله (فان كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه) قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر أى كافر كان وأجيب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت (٥٠٦) المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بولد وقوله (والشافعي يخالفنا فيه)

(فان كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه) لان فى جعله تبعا له نظرا له (ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابى) لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح (واذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الاسلام فان أسلم فهى امرأته وان أبى فرق القاضى بينهما

يشرع الالهى فكان أحق بالمنع من منع تزوج المرأة عبدها وبالعكس (قوله فان كان أحد الزوجين مسلما فالولد على دينه) يتحقق من الطرفين فى الاسلام العارض بأن كانا كافرين فأسلمت أو أسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق أو بعده فى مدة يثبت النسب فى مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل اسلام أحدهما فانه باسلام أحدهما صار ذلك الولد مسلما هذا اذا كانا فى دار واحدة أما لو تباينت دارهما بأن كان الاب فى دار الاسلام والولد فى دار الحرب أو على العكس فانه لا يصير مسلما باسلام أبيه وسنذكرها فى السير فى فصل من باب المستأمن ان شاء الله تعالى وأما فى الاسلام الاصلى فانه انما يتحقق بأن تكون الام كتابية والاب مسلم فجاءت به فهو مسلم وحينئذ لا حاجة الى التنصيص على هذه المسئلة بقوله وكذلك اذا أسلم أحدهما الخ فانها داخلة فى عموم الاولى ومن أفرادها وهذه اجماعية فقسنا عليها ما اذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا أما أو أبا فحكمنا بأن الولد كتابى بجامع الانظر للولد فى الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالاحكام من حل الذبيحة والمناكحة وفى الاخرى بنقصان العقاب اذ الكتابية أخف شرا من المجوسية فيثبت الولد كذلك و يتبعه فى الاحكام (والشافعي يخالفنا فيه) أى فيما اذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما اذا كان الاب كتابيا والام مجوسية انه مجوسى فى أصح قوليه وبه قال أحمد تغليبا للتحريم وقوله الآخر انه كتابى تبعا لابيه وبه قال مالك لان الانتساب الى الاب ولو كانت الام كتابية والاب مجوسيا فهو تبع له قولا واحدا فلا تحل منا كحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسيا مطلقا وقوله للتعارض أى تعارض الالحاقين أى الالحاق بأحدهما يوجب الحرمة وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالالحاق بالمجوسى (ونحن بينا الترجيح) بالقياس بجامعه وهذه الاحكام انما تثبت تبعا والمقصود الاصلى اثبات ديانته على وجه النظر له على ما بيناه وأيضا قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه الحديث جعل انتفاءهما ناقلا له عن الفطرة فاذا لم ينتفيا بقى على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب الى أصل الفطرة كذا قيل ولا يخفى ما فيه وأما ما قيل فى ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بأن ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له اذا تأملت * واعلم أن التعارض هنا تجوز فان ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكمهما وليس هنا الا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير آخر فلما اشتركا مع المعارضة فى ترجيح أحدهما بالقول به سمى تعارضا والا فالتعارض تقابل الحجتين على السواء وليس هنا حجة فضلا عن حجتين (قوله واذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) سواء كان كتابيا أو غيره اذ لا يصح تزوج الكافر مطلقا مسلمة ولو وقع عوقب وعوقبت أيضا ان كانت عالمة بحاله والساعى بينهما أيضا امرأة أو رجلا ولا يصير به ناقضا لعهده ان كان ذميا فلا يقتل خلافا لمالك قاسه على ما اذا جعل نفسه طليعة للمشركين بجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الذمة أن لا يفعله قلنا كلزام المسلم بالاسلام أن لا يفعل محظوره و بفعله لا يصير شرعا ناقضا لايمانه فبفعل الذمى ما التزم بعقد الذمة أن لا يفعله لا يصير ناقضا لامانه وقتل الطليعة لانه محارب معنى ولو أسلم بعد النكاح لا يقران عليه ولا يلحقه اجازة لانه وقع باطلا وقال فى اسلام الرجل وتحته مجوسية لان كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بها بل غير الكتابية فلهذا فرضها فى المجوسية وحاصل المسئلة أنه اذا أسلم أحد الزوجين

أى فى جعل الولد تبعا للكتابى (للتعارض) جعله تبعا للكتابى يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسى يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم (ونحن بينا الترجيح) وهو قوله لان فيه نوع نظر فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن أين تقوم الحجة قلنا ترجيحنا يدفع التعارض وترجيحه يرفعه بعد وقوعه والدفع أولى من الرفع لان كم من واقع لا يرفع قال (واذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) أطلق الكفر فى قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع كافر أى كافر كان وقيد الزوجة بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح

(قوله وأجيب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الخ) أقول هذا الحكم يستفاد من قوله وكذا اذا أسلم أحدهما بطريق الدلالة كما لا يخفى ولا يبعد أن يقال محل المسئلة ما اذا تزوج الكافر بالمسلمة بالقهر والغلبة كما وقع فى الفتن التتارية عليهم لعائن الله تترى (قوله اذ الكفر ملة واحدة الخ) أقول فيه بحث فان ذلك عندنا وأما عنده فمحل شتى والتفصيل فى باب المرتدين من الكافى وغيره على أن اثبات المدعى لا يتوقف عليه حتى يعلل به فانه لا يمكن أن يقال أحدهما خير من الآخر حتى يترجح به

اللذين

وقوله (كما في الطلاق) يريد أن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضاء العدة وقوله (الى انقضاء ثلاث حيض) ليس بصواب لان العدة عنده بالاطهار وقيل معناه وكان الشافعي يقول ينبغي أن يتأجل عندكم الى انقضاء ثلاث حيض ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق وما لم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء (ولنا أن المقاصد) بالنكاح (قد فاتت) وتقريره باسلام المرأة أو زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لابد له (٥٠٧) من سبب فاما أن يكون هو الاسلام أو كفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان كفر من بقي على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فوتها بقاء فلابد من أمر آخر غيرهما (فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد به) ان أسلم أو يثبت ما يصلح لذلك وهو الاباء فان الاباء عنه صالح لسلب النعم واذا أضيف الفوات اليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء وفي كلام المصنف نوع اغلاق لانه يلزم عليه أن يقال فوات المقاصد يصلح سببا ينبني عليه الفرقة فلا حاجة الى

وكان ذلك طلاقا عند أبي حنيفة ومحمد وان أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان أسلمت فهي امرأته وان أبت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا) وقال أبو يوسف لا تكون الفرقة طلاقا في الوجهين أما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم الا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق ولنا أن المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب يبقى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام

الذين هما مجوسيان أو الزوجة منهما مجوسية والزوج كتابي أو الزوجة من الكتابيين أو الزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصر الاسلام اذا كان بالغا أو صبيا يعقل الاديان لان ردته معتبرة فكذا اباؤه والنكاح قائم فان أبى فرق بينهما وان كان الصبي مجنونا عرض على أبويه وينبغي أن يكون معنى هذا أن أي الابوين أسلم بقي النكاح لانه يتبع المسلم منهما وان لم يكن مجنونا لكنه لا يعقل الاديان بعد انتظر عقله لانه غاية معلومة بخلاف الجنون هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف فاختلف المشايخ في اباء الصبي قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته عنده وقيل يعتبر وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وان لم يدخل بها لان النكاح كان قائما ويتقرر بالموت وقال الشافعي لا يعرض على المصر لانه تعرض منهي عنه بل ان كان الاسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكده وان كان بعده تأجل الى انقضاء ثلاثة اطهار وقول المصنف ثلاث حيض لا يتأتى على مذهبه في العدة فان لم يسلم تزوجت قلنا اعتبارا بانقضاء العدة قبل الفرقة واضافة انقطاع النكاح الى الاسلام لا تطيره في الشرع ولا أصل يلحق به قياسا بجامع صحيح ولا سمعي يفيد بل الثابت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة ولنا أنه لا يدعى سبب تضاف الفرقة اليه والاسلام عاصم قال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم كتابية ولانه يرجع الى اسلام المسلم لانه الذي به حصل الاختلاف وكفر المصر لا يمنع والا لم يصح النكاح من الاصل فلم يبق الا اباء الاسلام لانه يصلح قاطعا فأضفنا انقطاع النكاح اليه فكان هو المناسب وفي الموطا عن ابن شهاب الزهري أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الاسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبر أما نفس الكلام معه تخييرا لا يمتنع ولانه استعلام حكم شرعي هل نزل بالمرأة أو لا ثم تأبيد ما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة أن عمر فرق بين نصراني وبين نصرانية بايائه عن الاسلام وذكر أصحابنا أن رجلا من تغلب أسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب فقال له أسلم والا فرقت بينكما فأبى ففرق بينهما وظهر حكمه بينهم ولم ينقل خلاف أحد له (قوله وكان ذلك) يعني تفريق القاضي عند اباء الزوج (طلاقا) بائنا والحاصل أن أبا يوسف

(قوله ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة الخ) أقول فيه بحث فانه يقول اذا حاضت بعد اسلام من أسلم منهما ثلاث حيض انقضت عدتها فيحل لها التزوج بمن شاءت صرح به الزيلعي في شرح الكنز فلا يصح أن يقال المدة لم تعتبر للعدة (قوله ولنا أن المقاصد بالنكاح قد فاتت وتقريره باسلام المرأة أو زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح الخ) أقول أنت خبير بأن فوات المقاصد حصل قبل العرض فكيف يكون الاباء سببا له ثم ليت شعري ما الحاجة الى توسيط فوات المقاصد فانه لو ورد في سبب الفرقة ابتداء لاستقام الكلام والظاهر أن مراد المصنف بالفوات المذكور هو الفرقة والالف واللام في الفرقة للعهد فليتأمل فان ذلك بعيد غاية البعد ألا يرى الى قول المصنف لتحصل المقاصد بالاسلام (قوله فلابد من أمر آخر غيرهما) أقول يجوز أن يقال السبب هو اختلاف الدين المستلزم لذل المسلم في الكتابي وفي غيره هو الاختلاف في ذلك الدين فليتأمل (قوله واذا أضيف الفوات اليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء) أقول الفوات مقدم على الاباء فكيف يكون المتأخر سببا للمتقدم

العرض لكن اذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل أزال عنك الشبهة ولما فرغ من البحث مع الشافعي شرع فيه مع أبي يوسف في أن الفرقة في الوجهين لا تكون طلاقا ووجه قوله ماذكره (أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان) على معنى أنه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا تكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك أحد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية ولهما أن الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح باحسان كما في الجب والعنة وقوله (مع قدرته عليه بالاسلام) زيادة تأكيد وأرى أن تركه كان أفضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة وقوله (أما المرأة فليست بأهل للطلاق) واضح وقوله (فأشبه الردة والمطاوعة) بفتح الواو يعني أنها اذا ارتدت والعياذ بالله أو مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها وقوله (واذا أسلمت المرأة في دار الحرب) ظاهر وقوله (والعرض على الاسلام متعذر) من باب عرضت الناقة على الحوض من القلب الذي لا يشجع عليه الا أفراد البلغاء وقوله (فأقنا شرطها) أي شرط الفرقة (وهو مضي الحيض) الثلاث ان كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر ان لم تحض (مقام سبب الفرقة)

أو تثبت الفرقة بالاباء وجه قول أبي يوسف أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما أن بالاباء امتنع الزوج عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند اباتها (ثم اذا افترق بينهما باباتها فلها المهر ان كان دخل بها) لتأكده بالدخول (وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة (واذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها) وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فأقنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب

لا يفرق بين التفريق في الصورتين فيجعله فسخا لا ينقص شيأ من عدد الطلاق وأبو حنيفة ومحمد يجعلان الفرقة باباء الزوج طلاقا وباباء المرأة فسخا لابي يوسف أن الفرقة بسبب يشترك فيه يعني الاباء فانه ممن أسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام أو هو على معنى أنه يمكن تحققه من كل منهما فاذا وجد منه لا يكون طلاقا فانه لو وجد منها ولا يكون طلاقا والفرض وحدة السبب فصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والمحرمية بالرضاع فانهما يشتركان فيه بمعنى أنه يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا ولهما أنه فات الامساك بالمعروف فوجب التسريح باحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقا اذ كان نائبا عمن اليه الطلاق لانه انما ينوب عنه فيما اليه التفريق به والذي اليه الطلاق وأما المرأة فالذي اليها عند قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ فاذا أبت ناب القاضي منابها فيما اليها التفريق به فلا تكون الفرقة الا فسخا فالقاضي نائب منابهما فيهما بخلاف ما قاس عليه من الملك والمحرمية فان الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي وأما خيار البلوغ فان ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل الى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون النكاح انعقد من الاصل فالوجه في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا وبخلاف ردته أيضا على قول أبي حنيفة لان الفرقة فيها للتنافي أي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء ولذا لا يحتاج في ذلك كله الى حكم الحاكم وانما احتيج اليه في خيار البلوغ لانه لدفع ضرر خفي والضرر في هذه جلي ولا يحتاج اليه في الاباء فعلم أن الاباء غير مناف للنكاح ﴿فرع﴾ يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبي بعد التفريق عليهما مادامتا في العدة أما في الاباء فلأن الفرقة بالطلاق وأما في الردة فلان الحرمة بالردة غير متأبدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فانها متأبدة لانعدامها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة (قوله واذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض) ان كانت ممن تحيض والا فثلاثة أشهر فان أسلم الآخر قبل انقضاء هذه المدة فهما على نكاحهما وان لم يسلم حتى انقضت

(قوله ووجه قوله ماذكره أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان الخ) أقول الاولى أن يقرر هكذا هذه الفرقة فرقة بسبب يشترك فيه الزوجان قال ابن الهمام على معنى أنه يتحقق منهما وهو الاباء أو يكون المراد أن الاباء يشترك فيه فانه ممن أسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام اه الا أن قوله كالفرقة بسبب الملك يعين المعنى الاول ويجوز أن يقال الملك نسبة يشترك فيه المنتسبان (قوله وقوله مع قدرته عليه بالاسلام زيادة تأكيد وأرى أن تركه كان أفضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة) أقول انما ذكر ذلك لاظهار أن تفريق القاضي هنا بالطريق الاولى حيث ينحل بمقدوره بالامساك بمعروف بخلاف العنين والمجبوب فليتأمل

قال فى النهاية وهو تفريق القاضى عند إباء الزوج الاسلام وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الاباء وقوله (كما فى حفر البئر) يعنى فى قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى فعل الواقع فى البئر التى حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لا تعدى فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشى وقد تعذرت كذلك لان المشى فى الطريق مباح لا محالة فأضيف الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم تعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة (٥٠٩) من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه

كما فى حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعى يفصل كما مر له فى دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هى المسلمة فكذلك عند أبى حنيفة خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى (واذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى قال (واذا خرج أحد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما) وقال الشافعى لا تقع (ولو سبى أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع) وقال الشافعى وقعت فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبى عندنا وهو يقول بعكسه

انقضت وقعت الفرقة ثم قال المصنف (واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية) بأن كان الذى أسلم هو الزوج (فلا عدة عليها وان كانت هى المسلمة فكذلك عند أبى حنيفة خلافا لهما) قال (وسيأتيك) يعنى فى مسئلة المهاجرة فالحاصل أنه لا عدة بعد البينونة عند أبى حنيفة فى الصورتين وعندهما اذا كانت هى المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الائمة وكأنه أخذه من قول محمد فى السير فيما اذا أسلمت المرأة فى دار الحرب بعد ان ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلاث حيض أخرى بعد الثلاث الاول وهى فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت فى العدة فى الثلاث الحيض الاواخر ثم قال محمد وينبغى فى قياس قول أبى حنيفة أن لا يكون عليها عدة وأما الطحاوى فقد أطلق وجوب العدة عليها حيث قال ومن أسلمت امرأته فى دار الحرب الى أن قال فاذا حاضتها بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ثم علل الحكم المذكور فقال وهذا أى توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لانه لابد من سبب تضاف اليه الفرقة والاسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لانه يرجع الى اسلام المسلم ولانه منقوض كما ذكرنا وكذا كفر المصر فليس الا الاباء وهو متعذر فى دار الحرب فأضيف الى شرط البينونة وذلك لان سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة وللاضافة الى الشرط عند تعذرها الى العلة نظير فى الشرع وهو حافر البئر فى الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة تقل الواقع وقوله والعرض على الاسلام الوجه فيه وعرض الاسلام عليه فهو من باب القلب ونظيره فى اللغة عرضت الناقة على الحوض وخرق الثوب المسمار بنصب المسمار (قوله واذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) ظاهر (قوله واذا خرج أحد الزوجين الينا مسلما وقعت البينونة) حكم المسئلة لا يتوقف على خروجه مسلما بل وذميا كما سنذكر (قوله فالحاصل أن السبب الخ) اختلف فى أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما فقلنا نعم وقال الشافعى لا وفى أن السبى هل يوجب الفرقة أم لا فقلنا لا وقال نعم وقوله قول مالك وأحمد فيتفرع عليه أربع صور وفاقيتان وهما لو خرج الزوجان الينا معا ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقا ولو سبى أحدهما تقع الفرقة عنده للسبى وعندنا للتباين وخلافيتان احداهما اذا خرج أحدهما الينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا عندنا تقع فان كان الرجل حل له التزوج بأربع فى الحال وبأخت امرأته التى فى دار الحرب اذا كانت فى دار الاسلام وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التى فى دار الحرب الا فى المرأة تخرج مراغمة لزوجها

تعد لانه فى غير ملك الحافر وموضعه أصول الفقه ثم المرأة اذا كانت مسلمة فهى كالمهاجرة على ما سيأتى حكم المهاجرة واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق (ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها) عندنا (والشافعى يفصل كما مر له فى دار الاسلام) من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة فى الحال وان كان بعده بعد انقضاء العدة ولنا أن هذه الحيض لاجل الفرقة لا العدة فتستوى فيها المدخول بها وغيرها وهذا لان الزوج فى صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز أن يعتبر السبب فى الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضى الحيض وأما ههنا فالفرض أنه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها (واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة لها) بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت فى حقها وقوله (وان كانت هى المسلمة) ظاهر وقوله (فلأن يبقى أولى) لان البقاء أسهل من الابتداء فكم من شئ يتحمل فى النكاح حالة البقاء وان لم يتحمل فى الابتداء ألا ترى أن المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء قال (واذا خرج أحد الزوجين الينا) صورة المسئلة ظاهرة والحاصل كذلك

(قوله قال فى النهاية وهو تفريق القاضى عند اباء الزوج الاسلام وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الاباء) أقول الاباء سبب لحكم القاضى بالفرقة كالشهادة العادلة فى القضاء بالحقوق فالفرقة حقيقة بتفريق القاضى (قوله ولنا أن هذه الحيض الى قوله فيستويان فيها) أقول فيه تأمل

وتقرير دليله أن التباين أثره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة كالحربي إذا دخل دارنا بأمان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فان ولايته انقطعت ولم تؤثر في الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم وقوله (أما السبي (٥١٠) فيقتضي الصفاء السابي ولا يتحقق) الصفاء له (الا بانقطاع النكاح ولهذا) أي ولان السبي يقتضي الصفاء (يسقط الدين عن ذمة المسبي) لاثبات المذهب (ولنا أن المصالح لا تنتظم مع التباين حقيقة وحكما) وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لاثبات المذهب

له أن التباين أثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء السابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح فشابه المحرمية

أي بقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمرافعة والاخرى ما اذا سبي الزوجان معا فعنده تقع الفرقة والسابي أن يطأها بعد الاستبراء وعندنا لا تقع لعدم تباين دارهما وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها الى دار الاسلام بانت من زوجها بالتباين ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لانها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين اذ لا تمكن من العود والزوج من أهل دار الاسلام فلا تباين يريد في الصورة الاولى اذا أخرجها الرجل قهرا حتى ملكها تحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الاسلام حكما وجه قوله أن تباين الدارين (أثره في انقطاع الولاية) أي ولاية من في دار الحرب عليه ان كان خارجا الينا وولاية من في دارنا عليه ان كان لاحقا دار الحرب بحيث تنعذر الالزام عليه (وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء السابي) والصفاء هنا بالمد أي الخلوص (ولا يتحقق) صفاؤه له (الا بانقطاع النكاح ولهذا) أي لثبوت الصفاء بالسبي (يسقط ما على المسبي من دين) ان كان لكافر عليه لعدم احترامه فكذا يسقط حق الزوج الحربي وهذا لان الصفاء موجب لملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق به وصار سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه عن جميع أملاكه فانها تذهب ويؤيده من المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عز الظهران حين أتى به العباس وزوجته هند بمكة وهي دار حرب اذ ذاك ولم يأمرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم ابن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الامان لزوجها وذهبت فجاءت به ولم يجددا نكاحهما وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنها أظهر وأشهر فانها هاجرت الى المدينة وتركته بمكة على شركه ثم جاء وأسلم بعد سنين قيل ثلاث سنين وقيل ست وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الاول فهذه كلها نقوض لما علل به واستدل الشافعي أيضا على اثبات علته بأن قوله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن وقد علم أن منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يحضن فقد استثنى المسبيات مع أزواجهن من المحرمات فظهر أن السبي يوجب الفرقة وقوله كالحربي المستأمن ظاهره أنه أصل قياس وفرعه الخارج الينا مسلما من دار الحرب أو ذميا والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سبيهما فهو من قبيل تعليل الحكم العدمي بالمعنى العدمي وعلى هذا فالسوق لاثبات الفرع لكن الظاهر أن المراد نفي تأثير التباين في اللفظ هكذا لا يؤثر في الفرقة لتخلفه في المستأمن الخ (قوله ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح) التي شرع النكاح لها لان الظاهر أن الخارج الينا مسلما أو ذميا لا يعود والكائن هناك لا يخرج الينا فكان التباين منافيا له فكان اعتراضه قاطعا كاعتراض المحرمية بالرضاع وتقبيل ابن الزوج بشهوة مثلا لما

(قوله فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله) أقول لو انقطعت الولاية لما جرى بينهما التوارث (قوله وهذا لابطال دليل الخصم) أقول فيه تأمل فان ذلك أيضا لاثبات مذهبه أن التباين ليس سببا للفرقة ولا تعلق له بدليل الخصم والجواب أن كون التباين سبب الفرقة من مقدمات دليل المسئلة المذكورة في المتن فانه كبراه فابطاله ابطال الدليل (قال المصنف وأما السبي فيقتضي الصفاء) أقول هذا الكلام من الشافعي يخالف لما ذكره في تعليل عدم جواز اجبار العبد على النكاح على ما فصل في النهاية وشرح الكنز وغيرهما (قوله وقوله أما السبي الخ) أقول هو مبتدأ وخبره بعد سطرين وهو قوله لاثبات المذهب (قال المصنف ولنا الخ) أقول قوله أن مع التباين حقيقة وحكما اشارة الى الجواب عن قياسه على الحربي المستأمن وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة معارضة وقوله ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله الخ مناقضة يعني ان أردت أنه يقتضي الصفاء في محل عمله فسلم ولكن لا نسلم أنه لا يتحقق الا بانقطاع النكاح والسند ظاهر وان أردت أنه يقتضي الصفاء في محل عمله وفي محل النكاح أيضا فغير مسلم

نافته

وقوله (والسبي يوجب ملك الرقبة) لرد دليل الخصم وتقريره السبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو زوج أمته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالمحرم وغيره سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع وقوله (وصار) أي صار السبي (كالشراء) من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة وقوله (ثم هو) أي السبي (يقتضي الصفاء) أي سلمنا أن السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك ليس محل عمله لان ذلك من خصائص الانسانية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة (٥١١) وهي من محل عمله لانها هي الرقبة

والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع

نافته كان اعتراضها قاطعا ثم شرع بفسد تعيين السبي علة فقال (والسبي يوجب ملك الرقبة) يعني يمنع أن يكون موجبا غير ذلك وإذن فاقتضاء ملك الرقبة لزم السبي تبعا لملكها وما لا فلا وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح الا اذا ورد على خال عن مملوكيته أو ما لكيته وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشترى فهو كسائر أسباب الملك من الشراء والهبة والارث وزوال أملاك المسبي لثبوت رقه والعبد لا ملك له في المال بخلاف النكاح فانه من خصائص الآدمية فيملكه اذا ابتدأ وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه وانما توقف في الابتداء على انه لما يستلزم من تنقيص ماليته وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي الحربي ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه لانه انما يبقى ما كان وهو حين وجب كان في ذمته لاشتغالها لمالية رقبته ولا يمكن أن يثبت بعد الرق بالسبي الا شاغلا لها فيصير الباقي غيره ولذا لو كان المسبي عبد امديونا كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي نص عليه محمد في المأذون فان قيل بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ولذا يثبت الدين باقراره به ولا يباع فيه أجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك وانما لا يطالب باقراره لان اقراره لا يسري في حق المولى حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعا معاينة بيع فيه وأما ما استدل به من قصة أبي سفيان فالحق أن أبا سفيان لم يكن حسن الاسلام يومئذ بل ولا بعد الفتح وهو شاهد حنينا على ما تفيده السير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون لا ترجع هزيمتهم الى البحر وما نقل أن الازلام حينئذ كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج الى هوازن بحنين وانما حسن اسلامه بعد ذلك رضي الله عنه والذي كان اسلامه حسنا حين أسلم هو أبو سفيان بن الحرث وأما عكرمة وحكيم فانما هربا الى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم وأما أبو العاص فانما ردها عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد روى ذلك الترمذي وابن ماجه والامام أحمد والجمع اذا أمكن أولى من اهدار أحدهما وهو بحمل قوله على النكاح الاول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على اساءته وقيل قوله ردها على النكاح الاول لم يحدث شيأ معناه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والجباء وهو تأويل حسن هذا وما ذكرناه مبنيا وعلى النكاح الاول ناف لانه مبني على الاصل وأيضا يقطع بأن الفرقة وقعت بين زينب وبين أبي العاص بمدة تزيد على عشر سنين فانها أسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا صلى الله عليه وسلم زوجته خديجة وبناته ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مرارا وولدت وروي أنها كانت حاملا فأسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة وروعها هبار بن الاسود بالرمح واستمر أبو العاص بن الربيع على شركه الى ما قبيل الفتح فخرج تاجرا الى الشام فأخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هربا ثم دخل بليل على زينب

وفي المستأمن من جواب عن قوله كالحربي المستأمن أو المسلم المستأمن وكان قد احترز بقوله وحكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع

(قوله ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي الخ) أقول قال ابن الهمام وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها الى دار الاسلام بانت من زوجها بالتباين ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لانها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين اذ لا تمكن من العود والزوج من أهل دار الاسلام فلا تباين يريد في الصورة الاولى اذا أخرجها الرجل قهرا حتى ملكها يتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الاسلام حكما اه ثم أقول وفي كلام ابن الهمام أعني قوله وأما حكما فلانها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الاسلام حكما بحث فتأمل ثم على تقرير ابن الهمام ينبغي أن يكون مراد الشارح أن كمل الدين لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي وخرجا معها الى دار الاسلام أو قبلها (قوله وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي من محل عمله لانها هي الرقبة) أقول فيه بحث بل الذمة وصف في الانسان على ما بين في الاصول ثم لو صح ما ذكره يلزم أن يسقط الدين اذا كان المسبي عبدا وليس كذلك نص عليه الزيلعي وغيره

(واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة) أي تركت أرض الحرب الى أرض الاسلام وخرجت مسلمة أو ذمية على قصد أن لا ترجع الى ما هاجرت عنه أبدا (جاز لها أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية

(واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز لها أن تتزوج ولا عدة عليها) عند أبي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية

فأجارته ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردوا اليه ماله فاحتمل الى مكة فأدى الودائع وما كان أهل مكة أبضعوا معه وكان رجلا أمينا كريما فلما لم يبق لاحد عليه علقة قال يا أهل مكة هل بقي لاحد منكم عندي مال لم يأخذه قالوا لا جزاك الله عنا خيرا فقد وجدناك وفيا كريما قال فاني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله والله ما منعني من الاسلام عنده إلا تخوف أن تظنوا أني انما أردت أن آكل أموالكم فلما أداها الله اليكم وفرغت منها أسلمت ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وماذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين أو ثمان سنين أو ثلاث سنين فانما ذلك من حين فارقته بالابدان وذلك بعد غزوة بدر وأما البينونة فقبل ذلك بكثير لانها ان وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهي مكية فأكثر من عشر هذا غير أنه كان حبسها قبل ذلك الى أن أسر فيمن أسر ببدر وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوبا على ذلك قبل ذلك فلما أرسل أهل مكة في فداء الاسارى أرسلت زينب في فدائه قلادة كانت خديجة أعطتها اياها فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم رق لها فردها عليها وأطلقه لها فلما وصل جهزها اليه صلى الله عليه وسلم لانه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند اطلاقه واتفق في مخرجها اليه ما اتفق من هبار بن الاسود وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ووجب تأويل رواية على النكاح الاول كما ذكرنا * واعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تتصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين أن الله تعالى لم يبعث نبيا قط أشرك بالله طرفة عين والولد يتبع المؤمن من الابوين فلزم أنهن لم تكن احداهن قط الا مسلمة نعم قبل البعثة كان الاسلام اتباع ملة ابراهيم عليه السلام ومن حين وقع البعثة لا يثبت الكفر الا بانكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ومن أول ذكره صلى الله عليه وسلم لأولاده لم تتوقف واحدة منهن وأما سبايا أوطاس فقد روى أن النساء سبين وحدهن وفي رواية الترمذي تفيد ذلك عن أبي سعيد الخدري قال أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم لكن بقي أن يقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها أو مع زوج وأما المشتراة متزوجة فخارجة بالاجماع فوجب أن يبقى ما سواها داخلا تحت العموم على الاباحة والجواب أن المسبية مع زوجها تخص أيضا بدليلنا وبما ذكره وتبقى المسبية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن فالجواب منع وجود التباين لان المدعى علة منه هو التباين حقيقة وحكما وهو يصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ميراثه والكائن في دارنا ممنوعا من الرجوع وهذا منتف في المستأمن واذا كفانا ما ذكرنا بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالما عن المعارض فوجب اعتباره ودليل السمع أيضا وهو قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن وجه اقتضائي وهو قوله تعالى فلا ترجعوهن (قوله واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة) أي تاركة الدار الى أخرى على عزم عدم العود وذلك بان تخرج مسلمة أو ذمية هذه المسئلة حكم آخر على بعض

(قوله ولو مات وجبت العدة الخ) أقول لا نسلم ذلك فان الحربي لا يلتزم أحكام الاسلام وأيضا اعتقاده وجوب العدة غير معلوم

(وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها) وعن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول أنه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا

ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد عن أبي حنيفة لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع أيضا احتياطا كأم الولد اذا حبلت من مولاها لا يزوجها حتى تضع (و) روى أبو يوسف والحسن بن زياد (عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها) لانه لا حرمة للحربي فجزؤه أولى (كما في الحبلى من الزنا) فانه لا حرمة لماء الزاني قيل والاول أصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه أن الحمل من الغير يمنع الوطء مطلقا وثابت النسب محترم فيمنع النكاح أيضا دون غيره

ما تضمنه موضوع المسئلة التي قبلها لانها كانت اذا خرج أحد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة وهذه اذا كان الخارج منهما المرأة ووقعت الفرقة اتفاقا فاهل عليها عدة فيها خلاف عند أبي حنيفة لا فتتزوج للحال الا أن تكون حاملا فتتربص لا على وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع وعندهما عليها العدة ثم اختلفا لو خرج زوجها بعد ما هي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال أبو يوسف لا يقع عليها وقال محمد يقع والاصل أن الفرقة اذا وقعت بالتنافي لا تصير المرأة محلا للطلاق عند أبي يوسف وعند محمد تصير وهو أوجه الا أن تكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على ما بيناه وغرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها في تزوجها اذا أسلم الى زوج آخر عند أبي يوسف وعند محمد يحتاج اليه وجه قوله ما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الاصابة والدخول الى دار الاسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالاجماع لان الفرقة في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا هنالك وهذا على ما اخترناه من أن أصلهما أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات غير أن شرطه البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه بخلاف أهل دارنا منهم ولابي حنيفة أن العدة انما وجبت اظهارا لخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربي بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي ولا تمسكوا بعصم الكوافر بعد قوله ولا جناح عليكم أن تنكحوهن فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة وأمر أن لا يتمسك بعصم الكوافر جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقدة نكاحهن الموجودة في حال كفرهن وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع كي لا تختلط المياه واستغنينا به عن ابطاله بأن الشرع أبطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لانها أثره حيث حكم بمنافاته لماله الأثر فان لقائل أن يمنع الملازمة ويقول لا نسلم أن منافاة الشئ تنافي أثره الا اذا كان جهة المنافاة ثابتة في الاثر أيضا وهو منتف لانه في النكاح عدم انتظام المصالح والعدة لا ينفيها عدم انتظام المصالح بل تجامعه مدة بقائها الى أن تنقضي فيجب أن تثبت لوجوبها بلا مانع لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للازواج المهاجرين فلهم أن يتزوجوا أربعا وبأخت الكائنة هنالك لعدم اعتبار عصم الكوافر في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فانها يتمسك بعقدتها حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها فجاز أن تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا أوطاس فانه دل على أن من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطؤها قبل تربص واذا وجب عليها تربص وهي حرة كان عدة اجماعا لعدم القائل بالفصل وحينئذ فابطاله الوجوب للخطر لا يفيد اذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فانه أفاد أن لا يخلى فرج المدخول بها عن الامتناع الى مدة غير أنه اعتبر مدة الاستبراء أقصر كما هو دأب الشرع في اظهار التفاوت بين الحرة والامة في مثله (قوله وان كانت) يعني المهاجرة (حاملا لم تتزوج حتى تضع) وقدمنا أنه عند أبي حنيفة لا بطريق العدة وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا وجه الظاهر أن حملها ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطا وانما قال احتياطا لان مجرد كونه ثابت النسب انما يقتضي ظاهرا أن لا توطأ لان به يصير ساقيا ماءه زرع غيره فتعدية المنع الى نفس التزوج بلا وطء للاحتياط فقط لان به يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطأ ولهذا لم يجز عنده تزوج الاخت في عدة الاخت والخامسة

(قوله لانه لا حرمة للحربي فجزؤه أولى) أقول فيه أن جزء إما مسلم أو ذمي كأمها فلا يكون مساويا للحربي فضلا عن الاولوية

قال (واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام) والعياذ بالله (وقعت الفرقة) بينهما سواء كان دخل بها أو لم يدخل وعند الشافعي ان لم يدخل بها فكذلك وان دخل بها لكن تنقضي ثلاث حيض بناء على ما ذكرناه من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة (بغير طلاق) حتى لا ينتقص عدد الطلاق (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق) وان كانت من المرأة فهي بغير طلاق (هو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه) يعني قوله امتنع عن الامساك بالمعروف (وأبو يوسف مر على ما أصلناه في الاباء) وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج (وأبو حنيفة فرق) بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة باباء الزوج طلاقا دون الردة (ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح (٥١٤) لكونها منافية للعصمة) لانها تبيح النفس والمال وتبطل الملك والنكاح (والطلاق) ليس بمناف للنكاح لانه (رافع) له بعد تحققه مسببا عنه والمسبب عن الشئ الرافع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقا (بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف) وليس بمناف للنكاح (فيجب التسريح بالاحسان على ما مر) واعترض بوجهين أحدهما أن الردة لا تنافي ملك العين بل يصير موقوفا فاذا بان ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني أن الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول أن ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء

قال (واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وأبو يوسف مر على ما أصلناه في الاباء وأبو حنيفة فرق بينهما ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر

في عدة الاربع (قوله واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة) في الحال (بغير طلاق) قبل الدخول أو بعده وبه قال مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي وأحمد في أخرى قبل الدخول هو كذلك وأما بعده فيتوقف الى انقضاء العدة فان جمعهما الاسلام قبل انقضائها يستمر النكاح والا تبين الفراق من وقت الردة قلنا هذه الفرقة للتنافي فان الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الاسلام فانه غير منافي للعصمة هذا جواب ظاهر المذهب وبعض مشايخ بلخ وسمرقند أفتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص بأكبر الكبائر وعامة مشايخ بخارى أفتوا بالفرقة وجبرها على الاسلام وعلى النكاح مع زوجها الاول لان الحسم بذلك يحصل ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا وتعزر خمسة وسبعين ولا تسترق المرتدة مادامت في دار الاسلام في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر عن أبي حنيفة تسترق وهذا الكلام في الفرقة وأما كونها طلاقا فاتفق الامامان هناء على أنها من جهة الزوج والمرأة فسخ وقال محمد هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على أصله في الاباء وكذا أبو يوسف وفرق أبو حنيفة بين الردة والاباء وجه قول محمد اعتباره بالاباء (والجامع ما بيناه) وهو أن بالاباء امتنع عن الامساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه وقيل ما بيناه مما حاصله أن سبب الفرقة فعل من الزوج اباء أو ردة (وأبو يوسف مر على ما أصلناه في الاباء) وهو أنه سبب يشترك فيه (وأبو حنيفة فرق) بأن الردة منافية للنكاح لانها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه وأملاكه ومنها ملك النكاح كذا قرر والحق أن منافاتها العصمة الاملاك تبع لمنافاتها لعصمة النفس اذ بتلك المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا تقع البينونة بمجرده بل بأمر زائد عليه أو عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس الا الفسخ بخلاف الفرقة بالاباء فانها ليست للمنافاة ولذا بقي النكاح ما لم يفرق القاضي لانها فرقة بسبب فوات ثمرات النكاح فوجب رفعه لارتفاع ثمرانه اللاتي من قبل الزوج فالقاضي يأمره بالامساك بمعروف بالاسلام أو التسريح باحسان فاذا امتنع ناب عنه وفي الشروح من تقرير هذا الفرق أمور لا تمس المطلوب وكذا قوله في الهداية والطلاق رافع لان الرافع يجامع المنافي بالضرورة نعم هو أعم يثبت مع المنافي ومع الطلاق فلا

(قال المصنف والجامع ما بيناه) أقول من أنه امتنع عن الامساك بالمعروف الا أنه لا يجري هنا بتمامه لعدم توقف الفرقة هنا على القضاء (قوله لانها تبيح النفس والمال وتبطل الملك الخ) أقول وفيه بحث فان ملكه للمال لا يبطل بل يتوقف والظاهر أن المراد بالعصمة عصمة النفس فذلك اشارة الى ما مر من أن النكاح ما شرع الا لمصالحه والمصالح لا تنتظم بينهما لكونه مستحق القتل فتأمل ويجوز أن يكون مراده بالابطال ما يعم الزوال الموقوف (قال المصنف ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح الخ) أقول تصوير القياس من الشكل الثاني هكذا الردة تمنع ابتداء النكاح لمنافاتها اياه ولا شئ من الطلاق كذلك بل هو رافع له فلا شئ من الردة بطلاق ويجوز تصويره من الشكل الاول (قال المصنف والطلاق رافع) أقول يعني الطلاق رافع كلما وجد بخلاف الردة فانها كما ترفع تدفع وتمنع الابتداء (قوله مسببا عنه الخ) أقول مستغنى عنه في اتمام الدليل مع أنه محل كلام ويتم الدليل بأن يقال الردة منافية لابتداء النكاح ولا شئ من الطلاق كذلك بل يرفع بعد وجوده فلا شئ من الردة بطلاق (قوله لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة) أقول يعني في العدة

فيه سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني أن وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور أثره وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة أمكن ظهور أثره وكان معتبرا بخلاف المحرمية فان المحلية غير متصورة أبدا فلا يمكن ظهور أثره وعن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لان تباين الدارين منافي النكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من أحكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبي حنيفة لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية ببقاء محلها لانها في دار الاسلام الا أن تباين الدارين كان مانعا من وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال أبو يوسف يقع الطلاق لان العدة باقية (٥١٥) عنده وقوله (ولهذا تتوقف الفرقة)

ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة (ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة) لان الفرقة من قبلها قال (واذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما) استحسانا وقال زفر يبطل لان ردة أحدهما منافية وفي ردتهما ردة أحدهما ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ

يقع به فرق ولا دخل له فيه (ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها) ونفقة العدة أيضا (ونصفه ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها لا النفقة العدة لان الفرقة من جهتها وان لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة (قوله واذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا) هذا اذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فان لحق فسد للتباين والقياس وهو قول زفر والائمة الثلاثة تقع الفرقة لان في ردتهما ردة أحدهما وهي منافية للنكاح (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الانكحة) ولما لم يأمروهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردتهم وقعت معا اذ لو جعلت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد وعلمنا من هذا أن الردة اذا كانت معا لا توجب الفرقة * واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة أما جميعهم فلا لان الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم اذا كان كل رجل ارتد مع زوجته فحكم الصحابة بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهرا لا حملا عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى وهذا لان الظاهر أن قيم البيت اذا أراد أمرا تكون قرينته فيه قرينته هذا والمذكور في الحكم بارتداد بني حنيفة في المبسوط منعهم الزكاة وهذا يتوقف على نقل أن منعهم كان لجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقال أبي بكر رضي الله عنه اياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم اذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه والله أعلم وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة وذلك لان جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما الى أن يموتا بقتل أو غيره والاوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فانه من غير تعيين بني حنيفة ومانعي الزكاة قطعي ثم لم يؤمروا بتجديد الانكحة الى آخر

توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء وقوله (ثم ان كان الزوج) ظاهر وقوله (ولا نفقة) متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها لا الى ما يليه لان المسلمة اذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لا يجب النفقة على زوجها حينئذ لا بترتب أحد في عدم وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير مدخول بها وقوله (لان الفرقة من قبلها) يعني فكانت كالناشزة ولا نفقة لها وقوله (وان ارتدا معا) واضح ووجهه ما روي أن بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة وبعث اليهم أبو بكر الصديق الجيوش فأسلموا ولم يأمرهم بتجديد الانكحة والصحابة متوافرة فدل ذلك على الاجماع يترك به القياس

فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة أجاب بقوله (والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ) فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وانما يجعل في الحكم كأنه وجد جملة واحدة

(قال المصنف ولهذا تتوقف الفرقة) أقول أي لكون الاباء مفوتا للامساك لا منافيا للنكاح بخلاف الارتداد (قوله والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء) أقول وقد سبق دليل عدم التنافي ابتداء في هذا الباب الا أن هذا الجواب منقوض بالمعتدة فان العدة تنافي النكاح ابتداء ولا تنافيه بقاء على ما مر في أوائل الباب (قوله لان تباين الدارين مناف للنكاح) أقول بتكرر المنافي يخرج العود من حيز التصور ولعل الاولى أن يقال باللحاق يلحق بالاموات وطلاق الميت غير واقع (قوله أن بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة) أقول جاحدا افتراضها (قوله فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة) أقول وكان الكلام فيه (قوله فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء) أقول كما في الغرقى والحرقى

ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد معا فسد النكاح بينهما لا صرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها

ماذكرنا (قوله ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معا فسد النكاح) لان ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كانشائها الآن حال اسلام الآخر حتى ان كان الذى عاد الى الاسلام هو الزوج فلا شئ لها ان كان قبل الدخول وان كانت هى التى أسلمت فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان دخل بها فلها كل المهر فى الوجهين لان المهر يتقرر بالدخول دينا فى ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة ﴿فروع﴾ الاول نصرانية تحت مسلم تمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبى يوسف خلافا لمحمد وجه قوله أن الزوج قد ارتد والمجوسية لا تحل للمسلم فاحداثها ما تحرم به كالردة فقد ارتدا معا فلا تقع الفرقة ولابى يوسف أن الزوج لا يقر على ذلك بل يجبر على الاسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده وهذا ما عرف أن الكفر كله ملة واحدة فلا انتقال من كفر الى كفر لا يجعل كانشائه فصار كما لو تهودا فان الفرقة تقع فيه بالاتفاق ومحمد يفرق بأن انشاء المجوسية لا تحل للمسلم فاحداثها كالارتداد بخلاف اليهودية ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقة ولو تهودت لا تقع فافترقا * الثانى يجوز نكاح أهل ملل الكفر بعضهم بعضا فيتزوج اليهودى مجوسية ونصرانية لان الكل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم كأهل المذاهب ثم الولد على دين الكتابى منهم * الثالث اذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع أو اختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات فعند أبى حنيفة وأبى يوسف ان كان تزوجهن فى عقدة واحدة فرق بينه وبينهن أو فى عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر وقع به الجمع أو الزيادة على الاربع باطل

﴿باب القسم﴾

لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الاحرار والارقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع فى حكمه الذى لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك لانه انما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه والقسم بفتح القاف مصدر قسم والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل بينهن أيضا وحقيقته مطلقا ممتنعة كما أخبر سبحانه وتعالى حيث قال ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وقال تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم بعدا حلال الاربع بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فاستفدنا أن حل الاربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه فعلم ايجابه عند تعددهن وأما قوله صلى الله عليه وسلم استوصوا بالنساء خيرا فلا يخص حالة تعددهن ولانهن رعية الرجل وكل راع مسؤل عن رعيته وانه فى أمرهم يحتاج الى البيان لانه أوجبه وصرح بأنه مطلقا لا يستطاع فعلم أن الواجب منه شئ معين وكذا السنة جاءت مجملة فيه روى أصحاب السنن الاربعة عن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك يعنى القلب أى زيادة المحبة فظاهره أن ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة اجماعا وكذا ما روى أصحاب السنن الاربعة والامام أحمد والحاكم من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل أى مفلوج ولفظ أبى داود والنسائى فمال الى احداهما على الاخرى فلم يبين فيما ذا وأما ما فى الكتاب من زيادة قوله فى القسم فالله أعلم بها لكن لا نعلم خلافا فى أن العدل الواجب فى البيتوتة والتأنيس فى اليوم والليلة وليس المراد أن يضبط زمان النهار فيقدر ما عاشر فيه احداهما فيعاشر الاخرى بقدره بل ذلك فى

(ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد) أى بعد ارتدادهما (فسد النكاح لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها) على ما تقدم ثم ان كانت المرأة هى التى أسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شئ لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد اسلام الآخر كانشاء الردة والله أعلم

﴿باب القسم﴾

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع فى حقهن فى باب على حدة لكن اعتراض ما هو أهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين الى أمر الفروج وغيرهما أوجب تأخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين أنصباءهم ومنه القسم بين النساء

وقد وقع في أكثر النسخ (واذا كان للرجل امرأتان) بتذكير كان مع اسناده الى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه واضح وقوله (ولا فصل فيما روينا) يعني بين البكر والثيب (والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا) من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث والحاصل أن الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب وفي تفضيل الجديدة على القديمة فنفى المصنف الاول بقوله ولا فصل فيما روينا والثاني بقوله لاطلاق ما روينا وما رواه محمول على التفضل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث أم سلمة أنه عليه السلام قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن ونحن نقول للزوج أن يبتدئ بالجديدة ولكن بشرط أن يسوي بينهما (ولان القسم من حقوق النكاح) كالنفقة ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة للمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك في طرف الرجل المجبوب والخصي والعنين والغلام الذي لم يحتلم اذا دخل بامرأته يجب عليهم القسم

﴿باب القسم﴾

(واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين أو احداهما بكرا والاخرى ثيبا) لقوله عليه الصلاة والسلام من كانت له امرأتان ومال الى احداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك

البيتوتة وأما النهار ففي الجملة (قوله واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما) التقييد بحرتين لاخراج ما اذا كانت احداهما أمة والاخرى حرة لالاخراج الامتين ثم ظاهر العبارة ليس بجيد فانه يعطى أنهما اذا لم يكونا حرتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح لكن معنى العدل هنا التسوية لا ضد الجور فاذا كانتا حرتين أو أمتين فعليه أن يسوي بينهما وان كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما أي لا يسوي بل يعدل بمعنى لا يجور وهو أن يقسم للحرة ضعف الامة فالابهام نشأ من اشتراك اللفظ (قوله والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا) وهو معنى قوله لا فصل فيما ذكرنا فكان الاولى أن يقال لما ذكرنا يعني من قوله ولا فصل الخ يعني أن ما رويناه يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة وكذلك ما تلونا من الآية فنحتج به وعند الشافعي أنه يقيم عند البكر الجديدة أول ما يدخل بها سبعا يخصها بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلاثا الا ان طلبت زيادة على ذلك فحينئذ يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روي عن أنس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله أخرجه الدارقطني عنه وروى البزار من طريق أيوب السختياني عن أبي قلابة عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا وللثيب ثلاثا وعنه قال من السنة اذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا ثم قسم واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم رواه الشيخان في الصحيحين وفي صحيح مسلم عن أم سلمة لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها أقام عندها ثلاثا ثم قال انه ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت لك وان سبعت لك سبعت لنسائي وهذا دليل استثناء الشافعي ما ذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة ان طلبت زيادة على الثلاث ولانها لم تألف صحبته وقد يحصل لها في أول الامر نفرة فكان في الزيادة ازالتها ولنا ما روينا من غير فصل وما تلونا وما ذكرنا من المعنى وهو قوله (ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك) فلا تفاوت بينهن في القسم وأما المعنى الذي علل به فمعارض بأن تخصيص القديمة به أولى لان الوحشة فيها متحققة وفي الجديدة متوهمة وازالة

﴿باب القسم﴾

(قال المصنف وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسم بين نسائه) أقول فيه بحث فان فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدل على الوجوب وقد صرحوا بأن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم فكيف يصح الاستدلال بهذا على وجوب القسم وتتمة الحديث لا تدل على الوجوب أيضا والا يلزم أن تجب التسوية في الوطآت والقبلات لانها مما يملك ويمكن أن يقال المواظبة المدلول عليها بقوله كان يعدل تدل على الوجوب (قال المصنف ولا فصل فيما روينا) أقول قال الاتقاني أراد به الحديثين المذكورين قبل هذا ولكن هذا تكرار من صاحب الهداية بلا فائدة لان عدم الفصل فيما رواه يعلم من قوله لاطلاق ما رويناه وما كان يحتاج الى ذكرهما جميعا اه وجوابه لا يخفى فانه استدل أولا على المسئلة المذكورة في المختصر ثم بين أن الجديدة والقديمة سواء واستدل عليه أيضا وكلاهما محل الخلاف بيننا وبين الشافعية لكن كان الاولى أن يقول لما ذكرنا من أنه لا فصل الخ بدل قوله لاطلاق ما روينا

والاختيار فى مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة فى البيتوتة لا فى المجامعة لانها تبتنى على النشاط

تلك النفرة تمكن بأن يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولم تنحصر فى تخصيصها * واعلم أن المروى ان لم يكن قطعى الدلالة فى التخصيص وجب تقديم الآية والحديث المطلق لوجوب التسوية وان كان قطعيا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فانه لا يعارض مارويناوتونا لان مقتضاهما العدل واذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فانا نراه لم ينحصر فى التسوية بل يتحقق مع عدمها العارض وهو رق احدى المرأتين حتى كان العدل أن يكون لاحداهما يوما وللاخرى يومين فليكن أيضا بتخصيص الجديدة الدهشة بالاقامة سبعا ان كانت بكرا وثلاثا ان كانت ثيبا لتألف بالاقامة وتطمئن هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية الحرتين والمجنونة التى لا يخاف منها والمريضة والعجوزة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التى يمكن وطؤها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلة الاتهن وكذلك يستوى وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصبى الذى دخل بامرأته ومقابليهم قال مالك ويدور ولى الصبى به على نسائه لان القسم حق العباد وهم من أهله وصح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استأذن نساءه أن يمرض فى بيت عائشة فأذن له (قوله والاختيار فى مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه) ان شاء يوما يوما وان شاء يومين يومين أو ثلاثا ثلاثا أو أربعا أربعا واعلم أن هذا الاطلاق لا يمكن اعتباره على صراحته فانه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن اطلاق ذلك له بل ينبغى أن لا يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو أربعة أشهر واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة وأظن أكثر من جمعة مضارة الا أن ترضى به والله أعلم (قوله والتسوية المستحقة فى البيتوتة لا فى المجامعة لانها تبتنى على النشاط) ولا خلاف فيه قال بعض أهل العلم ان تركه لعدم الداعية والانتشار فهو عذر وان تركه مع الداعية اليه لكن داعيته الى الضرة أقوى فهو مما يدخل تحت قدرته فان أدى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية * واعلم أن ترك جماعها مطلقا لا يحل له صرح أصحابنا بأن جماعها أحيانا واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والالزام الا الوطأة الاولى ولم يقدروا فيه مدة ويجب أن لا يبلغ به مدة الايلاء الا برضاها وطيب نفسها به هذا والمستحب أن يسوى بينهن فى جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة وكذا بين الجوارى وأمهات الاولاد ليصنهن عن الاشتهاء للزنا والميل الى الفاحشة ولا يجب شئ لانه تعالى قال فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم فأفاد أن العدل بينهن ليس واجبا هذا فأما اذا لم يكن له الا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة أو السرارى اختار الطحاوى رواية الحسن عن أبى حنيفة أن لها يوما وليلة من كل أربع ليال وباقيها له لان له أن يسقط حقها فى الثلاث بتزوج ثلاث حرائر فان كانت الزوجة أمة فلها يوم وليلة فى كل سبع وظاهر المذهب أن لا يتعين مقدار لان القسم معنى نسبى وايجابه طلب ايجاده وهو يتوقف على وجود المتنسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر أن يبيت معها ويصحبها أحيانا من غير توقيت والذى يقتضيه الحديث أن التسوية فى المكث أيضا بعد البيتوتة ففى السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضا على بعض فى القسم فى مكثه عندنا وكان قل يوم الا وهو يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة منا من غير مسيس حتى يبلغ الى التى هو فى يومها فيبيت عندها وعلم من هذا أن النوبة لا تمنع أن يذهب الى الاخرى لينظر فى حاجتها ويمد أمورها وفى صحيح مسلم أنهن كن يجتمعن فى بيت التى يأتيها والذى يظهر أن هذا جائز برضا صاحبة النوبة اذ قد تضيق لذلك وتنحصر له ولو ترك القسم بأن أقام عند احداهن شهرا مثلا أمره القاضى بأن يستأنف العدل لا بالقضاء فان جار بعد ذلك أو جمعه عقوبة كذا قالوا والذى يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمى وله قدرة

وقوله (والاختيار فى مقدار الدور الزوج) ظاهر

(قال المصنف لان المستحق هو التسوية دون طريقه) أقول ذكر الضمير الراجع الى التسوية لكونها مصدرا أو كونها بمعنى العدل أو باعتبار كونها المستحق

وقوله (بذلك ورد الاثر) يعنى ماروى عن على أنه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن أحد خلافه فهل محل الاجماع وقوله (ولان حل الامة أنقص من حل الحرة) يدل عليه أنه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها وموضعه أصول الفقه (فلا بد من اظهار النقصان فى الحقوق) لان الحكم يثبت بقدر دليله (والمكاتبة والمدبرة (٥١٩) وأم الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم)

(وان كانت احداهما حرة والاخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث) بذلك ورد الاثر ولان حل الامة أنقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان فى الحقوق والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال (ولا حق لهن فى القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها) وقال الشافعى القرعة مستحقة لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه الا أنا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة (وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها الصاحبتها جاز) لان سودة بنت زمعة رضى الله عنها سألت رسول الله عليه الصلاة والسلام أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة رضى الله عنها

على ايفائه (قوله وان كانت احداهما حرة والاخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر) قضى به أبو بكر وعلى رضى الله عنهما وبالقضاء عن على احتج الامام أحمد وتضعيف ابن حزم اياه بالمنهال بن عمرو وبابن أبى ليلى ليس بشئ لانهما ثبتان حافظان واذا كانت الامة مدبرة رجل أو مكاتبته أو أم ولده فهى كالامة لقيام الرق فيهن (قوله ولا حق لهن فى القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعى القرعة مستحقة لما روى) الجماعة من حديث عائشة (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه) فمن خرج سهمها خرج بها معه مختصرا ومطولا بحديث الافك قلنا ذلك كان استحبابا بالتطييب قلوبهن وهذا لان مطلق الفعل لا يقتضى الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب وذلك أنه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى ترجى من تشاء منهن وتؤوى اليك من تشاء وممن أرجأ سودة وجويرية وأم حبيبة وصفية وميمونة ذكره الحافظ عبد العظيم المنذرى وممن آوى عائشة والباقيات رضى الله عنهن ولانه قد يشق باحداهما فى السفر وبالاخرى فى الحضر والقرار فى المنزل لحفظ الامتعة أو لخوف الفتنة أو يمنع من سفر احداهما كثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها فى السفر للسفر بخروج قرعتها الزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافى للحرج وأما قول المصنف ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة اذ لا يلزم من أن له أن لا يسافر بأحد أن يكون له أن يختص واحدة بالسفر بها لان فى ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وهذا لان اللازم التسوية وهو أنه اذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الاخرى كذلك لا على معنى وجوب أن يبيت عند كل واحدة منهما دائما فانه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالى وانفرد لم يمنع من ذلك (قوله وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها الصاحبتها جاز) هذا اذا لم يكن برشوة من الزوج بأن زادها فى مهرها لتفعل أو تزوجها بشرط أن يتزوج أخرى فيقيم عندها يومين وعند الخاطبة يوما فان الشرط باطل ولا يحل لها المال فى الصورة الاولى فله أن يرجع فيه وأما اذا دفعت اليه أو حطت عنه مالا ليزيدها فظاهر أنه لا يلزم ولا يحل لهما ولها أن ترجع فى مالها (قوله لان سودة بنت زمعة) بفتحتين (سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها الخ) هذا يقتضى أنه طلقها قال محمد بلغنا

فيكون لهن الثلث من القسم كالامة وقوله (ولا حق لهن فى القسم حالة السفر) هذا الكلام يشتمل على ثلاث مسائل احداها أن القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعى مستحقة والثانية أنه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات أن يحتسبن تلك المدة أو لا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التى كانت معه فينبغى أن يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية فى وقت استحقاق القسم عليه وفى حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة أن بعضهن ان رضيت بترك قسمها الصاحبتها جاز

(قوله وهذه بناء على الاولى) أقول فيه بحث فانهم صرحوا أنه لو أقام عند واحدة منهن شهرا فى الحضر ورافعته الاخرى لم يؤمر بقضاء ما مضى وانما يؤمر أن يسوى بينهما فى المستقبل فكيف يصح قوله وهذه بناء وقوله ولكنا نقول الخ فليتأمل (قال المصنف فكذا له أن يسافر بواحدة منهن) أقول فى صحة التفريع كلام (قال المصنف لان سودة بنت زمعة رضى الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها) أقول قد صرحوا أن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم فلا يصح قياس الواجب على غير الواجب فليتأمل لجواز أن يكون جعلها اياه لعائشة رضى الله عنها لعدم وجوب القسم

(ولها أن ترجع فى ذلك) لانها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط والله أعلم

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسودة بنت زمعة اعتدى فسألته بوجه الله أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة لأن تحشر يوم القيامة مع أزواجه والذى ورد فى الصحيحين لا يتعرض له بل انها جعلت يومها لعائشة رضى الله عنها والذى فى المستدرك يفيد عدمه وهو عن عائشة قالت قالت سودة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله يومى لعائشة فقبل ذلك منها قالت عائشة رضى الله عنها ففيها وفى أشباهها أنزل الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح الآية وقال صحيح الاسناد ويوافق ما فى الكتاب ما رواه البيهقى عن عروة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة فلما خرج الى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت والله مالى الى الرجال من حاجة ولكنى أريد أن أحشر فى أزواجك قال فراجعها وجعل يومها لعائشة اه وهو مرسل ويمكن الجمع بأنه صلى الله عليه وسلم كان طلقها طلقة رجعية فان الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة فمعنى قول عائشة رضى الله عنها فرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم خافت أن يستمر الحال الى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فانه انما ذكر فى الكتابات اعتدى والواقع بهذه الرجعى لا البائن وفرع بعض الفقهاء أنها اذا وهبت يومها له فله أن يجعله لمن شاء من نسائه واذا جعلته لضرتها المعينة لا يجوز له أن يجعله لغيرها لان الليلة حقها فاذا صرفته لواحدة تعين وفرعوا اذا كانت ليلة الواهبة تلى ليلة الموهوبة فسم لها الليلتين متواليتين وان كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالى لها الليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والاظهر عندى أن ليس له ذلك الا برضا التى تليها فى النوبة لانها قد تتضرر بذلك (قوله ولها أن ترجع) قال بعض علماء الحنابلة ليس لها المطالبة به فانه خرج مخرج المعاوضة يعنى عن الطلاق وقد سماه الله تعالى صلحا يعنى قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق ولو مكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تأخير الضرر الى أكمل حالتيه ولم يكن صلحا بل من أقرب أسباب المعاداة والشريعة منزهة عن ذلك اه وهو انما يفيد عدم المطالبة بما مضى فيه وبه نقول اذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الاعراض أما فيما بعده فلانه لم يجب فكيف يسقط فان قيل يلزم ثبوت الضرر والمعاداة قلنا لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها ولا ما صالحته عليه فاذا أتلفت ما دفعت به المكروه عنها فله أن يفعل ما كان يريد فعله ويحصل الخلاص والله سبحانه أعلم ﴿فروع نختم بها كتاب النكاح﴾ لا يجوز أن يجمع بين الضرائر الا بالرضا ويكره وطء احداهما بحضرة الاخرى فلها أن لا تجيبه اذا طلب وله أن يمنعها من أكل ما يتأذى من رائحته ومن الغزل وعلى هذا له أن يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كان يتأذى برائحة الحناء المخضر ونحوه وله ضربها بترك الزينة اذا كان يريدها وترك الاجابة وهى طاهرة والصلاة وشروطها الا أن تكون ذمية فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا ويضربها على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء فى حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتى لها وهو غير عالم ومالم تقع حاجة الى الاستفتاء له أن يمنعها عن الخروج الى مجلس العلم والا أن يكون أبوها زمنا وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان أو كافرا فان عليها أن تعصى الزوج فى المنع ولو كان له أم شابة تخرج الى الوليمة والمصيبة أو لغيرهما لا يمنعها ابنها مالم يتحقق أن خروجها للفساد فحينئذ يرفع الامر الى القاضى فان أذن له بالمنع منعها القيام مقامه والله أعلم

وان رجعت فى ذلك فكذلك وكلامه واضح وقوله (لانها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط) توضيحه أن الاسقاط انما يكون فى القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير أن يرجع متى شاء لما قلنا فكذا هذا والله تعالى أعلم

﴿تم الجزء الثانى من فتح القدير ويليه الجزء الثالث وأوله كتاب الرضاع﴾

(فهرست الجزء الثانى من شرح فتح القدير على الهداية)

صحيفة		صحيفة	
٢	باب زكاة الزروع والثمار	٣٠٤	عدد عمرانه عليه السلام
١٤	باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز	٣٠٨	باب الحج عن الغير
٢٩	باب صدقة الفطر	٣٢١	باب الهدى
٣٦	فصل فى مقدار الواجب ووقته	٣٢٧	مسائل منثورة
٤٣	كتاب الصوم	٣٣٣	خاتمة تشتمل على ثلاثة مقاصد
٥٢	فصل فى رؤية الهلال		المقصد الاول فى ايجاب الهدى وما يتبعه
٦٢	باب ما يوجب القضاء والكفارة	٣٣٥	المقصد الثانى فى المجاورة
٧٩	فصل ومن كان مريضا فى رمضان الخ	٣٣٦	المقصد الثالث فى زيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم
١٠٠	فصل فيما يوجبه على نفسه	٣٣٩	فصل واذا عزم على الرجوع الى أهله يستحب له أن يودع المسجد الخ
١٠٥	باب الاعتكاف	٣٣٩	كتاب النكاح
١١٦	كتاب الحج	٣٥٧	فصل فى بيان المحرمات
١١٨	مقدمة يكره الخروج الى الحج اذا كره أحد أبويه الخ	٣٦٨	فروع النظر من وراء الزجاج الى الفرج محرم الخ
١٣١	فصل والمواقيت التى لا يجوز أن يجاوزها الانسان الا محرما خمسة الخ	٣٩١	باب الاولياء والاكفاء
١٣٤	باب الاحرام	٤١٧	فصل فى الكفاءة
١٨٠	وهذه فروع تتعلق بالطواف	٤٢٦	فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها
١٨٩	فصل فى فضل ماء زمزم	٤٣٤	باب المهر
١٩١	فصل فان لم يدخل المحرم مكة الخ	٤٨٠	تتمة فيها مسائل المسئلة الاولى تزوج ثنتين فى عقدة واحدة فى عقدة وثلاثا فى عقدة الخ
١٩٨	باب القران	٤٨٢	المسئلة الثانية تزوج امرأة وابنتيها فى ثلاثة عقود الخ
٢١٠	باب التمتع	٤٨٢	المسئلة الثالثة قال لاجنبية كلما تزوجتك فأنت طالق الخ
٢٢٤	باب الجنايات	٤٨٣	فصل واذا تزوج نصرانى نصرانية على ميتة الخ
٢٣٧	فصل فان نظر الى فرج امرأته بشهوة الخ	٤٨٦	باب نكاح الرقيق
٢٤٣	فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة	٥٠٢	باب نكاح أهل الشرك
٢٥٥	فصل فى جزاء الصيد	٥١٦	باب القسم
٢٨٥	باب مجاوزة الوقت بغير احرام		
٢٨٨	باب اضافة الاحرام الى الاحرام		
٢٩٥	باب الاحصار		
٣٠٣	باب الفوات		

﴿ تمت ﴾

الجزء الثالث

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿ تنبيه ﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

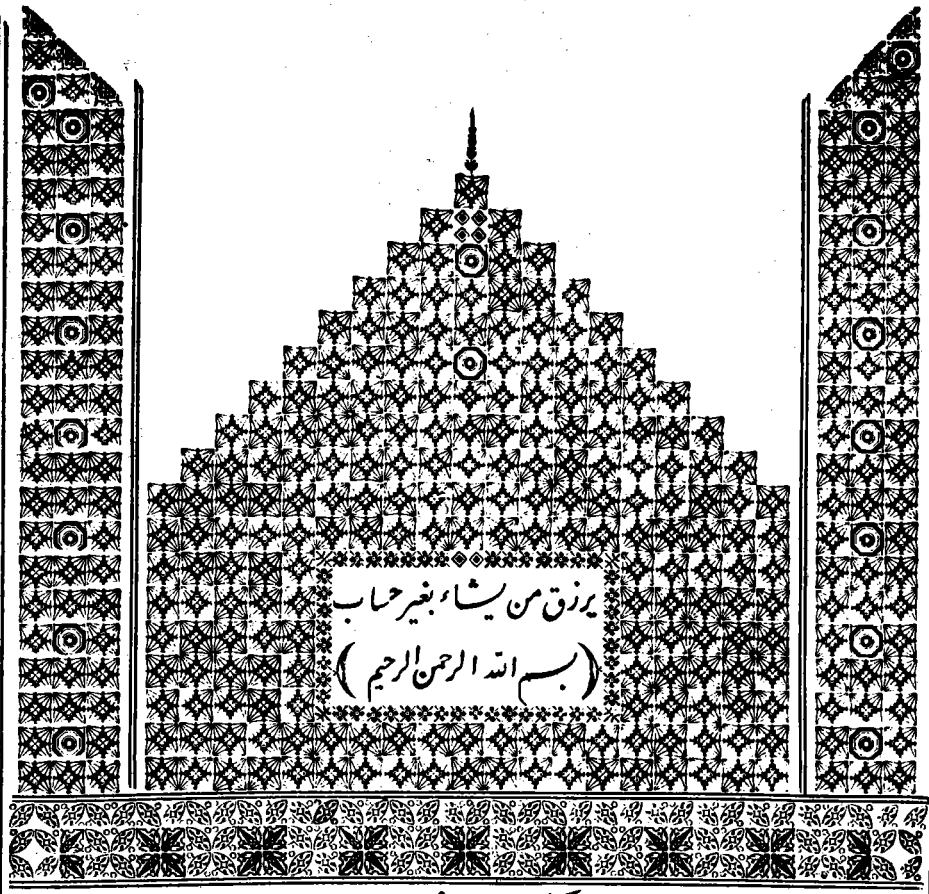
(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

﴿ الطبعة الاولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٦ هجرية

(بالقسم الادبي)



كتاب الرضاع

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلاة والسلام

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا فى ابتداء نشأته الا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهى من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره الى آخر أحكامه فصل وكان ينبغى أن يذكره فى المحرمات لكنه أفرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق أنه ذكر فى المحرمات ما تتعلق المحرمية به وانما ذكرهنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها أربع لغات والرضع الخامسة وأنكر الاصمعى الكسر مع الهاء وفعله فى الفصيح من حد علم يعلم وأهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السلولى يذم علماء زمانه * وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها * ثم فصل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رحمه الله انما ألفه بعض أصحابه ونسب اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد أبو الفضل فى مختصره المسمى بالكافى مع التزامه ايراد كلام محمد رحمه الله فى جميع كتبه محذوفة التعاليل وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك فى كتاب النكاح وهو فى اللغة مص اللبن من الثدى ومنه قولهم لئيم راضع أى رضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفى الشرع مص الرضيع اللبن من ثدى الآدمية فى وقت مخصوص أى مدة الرضاع المختلف فى تقديرها (قوله قليل الرضاع وكثيره سواء اذا تحقق فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وبه قال مالك أما لو شك فيه بان أدخلت الحلمة فى فم الصغير وشكت فى الارتضاع لا تثبت

الحرمة

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع فى فصل المحرمات وأتى بكتاب له على حدة لما ان له أحكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق فى حرمة المصاهرة وكان الاعلاق أمر خفى وله سبب ظاهر أقيم مقامه وهو الوطء كذلك نشور العظم وانبات اللحم أمر خفى وله سبب ظاهر وهو الارضاع فأقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدى وفى الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدى مخصوص وهو ثدى الآدمية فى وقت مخصوص على ما ذكر بعد (وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) عندنا وقال الشافعى لا يثبت الرضاع الا بخمس رضعات يكتفى الصبى بكل واحدة منها

(قوله وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية الخ) أقول يعنى شبهة الجزئية

لاتحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

الحرمة بالشك وهو كما لو علم ان صبية أرضعتها امرأة من قرية ولا يدرى من هى فتزوج رجل من اهل تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا أرضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبنه احتياطا وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات فى خمسة أوقات متفاصلة عرفا وعن أحمد رحمه الله روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم فى حديثين صدره حديث عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان وآخره عن أم الفضل بنت الحرث قالت دخل اعرابى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيتى فقال يا رسول الله انى كانت لى امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الاولى انها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان وأخرج ابن حبان فى صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول شارح فى قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت فى كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع وأملجته أرضعته وملج هوامه رضعها وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن أن يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة فى المصتين فاصله لا تحرم المصتان ولا الاملاجتان فنفى التحريم عن اربع فلزم أن يثبت بخمس وهذا ليس بشئ أما أولا فلأن مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات فى أوقات وأما ثانيا فلأن المصة غير الاملاجة فان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى أنه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها وعلى هذا فالتحقيق انه لا يتأتى حديثا واحدا الان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفى تحريم الاملاج نفى تحريم لازمه فليس الحاصل من لا تحرم الاملاجتان الا لا تحرم لازمهما أعنى المصتين فلو جمعا فى حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان فلزم أن لا يصح أن يراد الا المصتان لا الاربع فان قلت فقد ذكرت آنفا حديثا واحدا فى صحيح ابن حبان من روايه ابن الزبير عن أبيه رضى الله عنه قلت يجب كون الراوى وهو الزبير أراد أن يجمع بين ألفاظه صلى الله عليه وسلم التى سمعها منه فى وقتين كأنه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال أيضا لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان وقيل بطريق آخر وهو انه نافى لمذهبنا فيثبت به مذهبه لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر وداود وأبو عبيد وهؤلاء أئمة الحديث قالوا المحرم ثلاث رضعات اللهم الا أن لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة الى وجه قول الشافعي رحمه الله وذلك أن الذى أثبت به مذهبه ما فى مسلم عن عائشة رضى الله عنها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفى النبى صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن قالوا وهذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرؤها وهو لا يستقيم الا على ارادة نسخ الكل والا لزم ضياع بعض القرآن الذى لم ينسخ وعدمه كما عن الروافض والا لوجب أن يتلى خمس رضعات الخ فدار الامر بين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغى أن يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعدمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تثبته الصحابة رضى الله عنهم واذا بطل التمسك به وان كان اسناده صحيحا لانقطاعه باطنا وثبت نفى تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلاث وما روى عنها انه كان فى صحيفة تحت سريرى فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت داجن فأكلتها لا ينفى ذلك النسخ يعنى كان مكتوبا ولم يغسل بعد للقرب حتى دخلت

لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم وأما ان يكون منحصرا فى خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من أصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة كان فيما أنزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أدل على المطلوب

قال المصنف (لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة الحديث) أقول الاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة

ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن

الدواجن والافالقرآن لاتجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون وماقيل ليكن نسخ الكل ويكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا مما لاجواب عنه فليس بشئ لان ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج الى دليل والافالاصل ان نسخ الدال يرفع حكمه وأما ماتطربه من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا ماعلم بالسنة والاجماع لم يثبت به واذا احتاج الى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه مستأنف وماذكره أولا قد سمعت مافيه فحينئذ تمسكهم فى الثلاث أظهر من تمسكه فى الخمس ونحن الى جوابه أحوج فكيف لايعتبر نعم أحسن الادلة له حديث عائشة رضى الله عنها فى مسلم وغيره قالت جاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبى حذيفة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إنى أرى فى وجه أبى حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم أرضعى سالما خمسا تحرمى بها عليه الاان مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل فى مسند الشافعى رحمه الله مخالفالها على مافيه والجواب ان التقدير مطلقا منسوخ صرح بنسخه ابن عباس رضى الله عنهما حين قيل له ان الناس يقولون ان الرضعة لاتحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال آل أمر الرضاع الى أن قليله وكثيره يحرم وروى عن ابن عمر ان القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير رضى الله عنه يقول لابأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فهذا اما أن يكون ردا للرواية لنسخها أولعدم صحتها أولعدم اجازته تقييدا طلاق الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وهذا ماقال المصنف رحمه الله ومارواه مردود بالكتاب أومنسوخ به ثم الذى يحرم به فى حديث سهلة أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد ان يشبع سالما خمس شبعات فى خمسة أوقات متفاصلات جائعا لان الرجل لايشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فأين تجد الآدمية فى ثديها قدر مايشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان معدودة خمس مصات ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد أن تحلب له شيأ مقداره خمس مصات فيشربه والافهو مشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر أيضا كما سيأتى بيانه والله أعلم (قوله ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم) تقدم فى استدلال ابن عمر رضى الله عنهما وأما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب فحديث فى الصحيحين مشهور (قوله ولأن الحرمة وان كانت لشبهة البعضية) جواب سؤال هو ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشوء الكائن عنه وذلك لايتحقق بأدنى شئ أجاب بأن ذلك حكمة لانه خفى والاحكام لاتتعلق بها لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لابد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشوء فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشوء على خمس مشبعات بل واحدة تفيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تأخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق ان الرضاع وان قل يحصل به نشوء بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة منهم على وابن مسعود وأسند الرواية عنهما به النسائى وابن عباس رضى الله عنهما وجمهور التابعين هذا و لاولى أن يقال للبعضية لان الحرمة لشبهة البعضية واقامة السبب مقام المسبب انما هى حرمة المصاهرة أما فى الرضاع فحقيقة الجزئية بالبن هى المحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن فى الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها أى مايؤول الى الجزئية وينبغى أن يكون الرضاع الموجب

لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لانسخ بعده ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب من غير فصل يعنى فى الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لاتجوز على ماعرف (قوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية) دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر تقديره تحريم الرضاع باعتبار انشار العظم وانبات اللحم وليس ذلك فى القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع

(قوله لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لانسخ بعده) أقول قال الرافعى فى شرح الوجيز وحمل ذلك على قراءة حكمهما انتهى يعنى قولها وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على قراءة الحكم وبه يندفع ماذكره الشارح

وقوله (ومارواه) جواب عن استدلال الخصم بأن مارويتم اما مردود بالكتاب لان العمل به أقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله أومنسوخ ان كان بعده والانشار بالراء الاحياء وفي التنزيل ثم اذا شاء أنشره ومنه لارضاع الاما أنشر العظم وأنبت اللحم أي قواه وشدته كأنه أحياه ويروى بالزاى كذا في المغرب قوله (وينبغي ان يكون في مدة الرضاع) ظاهر وقوله لان الحول حسن للتحول من حال الى حال) باعتبار حولان الحول الموجب لتغيير الطباع ولابد من الزيادة على الحولين لما تبين يعني في وجه قول أبي حنيفة فتقدر أي الزيادة به أي بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ووجه الاستدلال ماذكره (٥) انه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقوله (عليه السلام لارضاع بعد حولين ولابي حنيفة رحمه الله هذه الآية) يعني قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا (ووجهه ماذكره ان الله تعالى ذكر شيئين) يعني الحمل والفصال (وضرب لهما مدة) وهو قوله تعالى ثلاثون شهرا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان علي ألف درهم وخمسة أقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المنقص في أحدهما يعني الحمل وهو حديث عائشة الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز أجيب بأن الكتاب مأول فان عامة أهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للدينين متنازعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ويؤيده ماروى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فجيء بها الى عثمان فشاور في رجمها فقال ابن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابي حنيفة رحمه الله هذه الآية ووجهه انه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بأن قال أجلت الدين

فتعلق الحكم بفعل الارضاع وماروه مردود بالكتاب أومنسوخ به وينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما تبين (ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان) وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر ثلاثة أحوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولابد من الزيادة على الحولين لما تبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لارضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا أنه قام المنقص في أحدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لابد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم

للتحريم في مدة الرضاع على ما تبين في المسئلة التي تليها وهي قوله (ثم مدة الرضاع) التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم (ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وقال زفر ثلاثة أحوال وعن مالك رحمه الله سنتان وشهر وفي أخرى شهران وفي أخرى مادام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لاحد له للاطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمس عشرة سنة وقال آخرون الى أربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين (قوله لان الحول حسن الخ) هذا وجه قول زفر رحمه الله وحاصله انه لابد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالثلاثة وهذا هو المراد بقوله لما تبين أي في دليل أبي حنيفة رحمه الله ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لارضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس برفعه هكذا الارضاع الا ما كان من حولين وظاهر ان المراد نفي الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ اه وكذا وثقه أحمد رحمه الله والعجلي وابن حبان وغير واحد وروى موقوفا على ابن عباس رضي الله عنهما بلا ريب وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلي والدارقطني على عمر وأظهر الادلة لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابي حنيفة رحمه الله هذه الآية ووجهه انه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بأن قال أجلت الدين

قال المصنف (لما تبين فيقدر به) أقول بعد ثلاثة أسطر (قوله فلم تكن دلالة الكتاب الخ) أقول بل لاحتمال لتلك الدلالة والا يلزم التغيير المستحيل فلا يصح الاستدلال

واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه ولانه لابد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل تغير ابقاء لحياته وذلك أى التغير بزيادة مدة يتعود الصبى فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا هو الذى وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنة كما فى العنين وقدرناه بأدنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع فان غذاء الجنين كان غذاء أمه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لان غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام أخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لابد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء لستة أشهر فلابد من ستة أشهر وقوله والحديث محمول يعنى قوله عليه السلام لارضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق وأبهم المصنف الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من لارضاع بعد حولين لايستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفى استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع فى حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لاتستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله عليه السلام لارضاع لنفى الجنس وعينه قد توجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه أى وعلى

والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب

الذى لى على فلان والدين الذى لى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكمالها الكل أو على شخص فيقول لفلان على ألف درهم وعشرة أقفزة الى سنة فصدقه المقر له فى الاجل فاذا مضت السنة يتم أجلهما جميعا الا انه قام المنقص فى أحدهما يعنى فى مدة الحمل وهو قول عائشة رضى الله عنها الولد لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل وفى رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لايقال الاسماعا لان المقدرات لايهتدى العقل اليها وسنخرجه فى موضعه ان شاء الله تعالى وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم الولد لايبقى فى بطن امه أكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير ان هذا يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا فى اطلاق واحد فى مدلول ثلاثين وفى أربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقى والمجازى بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شيئين لاينفى كونه كذلك وهو الممتنع والا لم يمتنع لانه مما من جمع الا بالنسبة الى شيئين واشكال آخر وهو ان أسماء العدد لا يجوز بشئ منها فى الآخر نص عليه كثير من المحققين لانها بمنزلة الاعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة عشر ضعف ثمانية بلا تنوين وممن ذكره صاحب النهاية فى فصل المشيئة من كتاب الطلاق الا أنه يقتضى ان نحو عشرة الا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فاخرج ثم اسند الى ثمانية وهو قول طائفة من الاصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما اذا كان استثناء من عدد منهم شمس الائمة وفخر الاسلام والقاضى أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه فى الاصول ويمكن أن يستدل لابى حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية بناء على أن المراد من الوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فان الفائدة فى جعله نفقتها من حيث هى ظئر أو جه منها فى اعتباره ايجاب نفقة الزوجة لان ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولان نفقتها لاتختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر ويكون حينئذ أجرة لها لان النفقة لها باعتبارها ظئرا غير زوجة لاتكون الا أجرة لها واللام من لمن أراد متعلق بيرضعن أى يرضعن للآباء الذين أرادوا اتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن فى الحولين واذا كانت لها ومن وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان أظهر فى تقييد الاجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة لحولين وغاية مايلزم أنه كان مقتضى الظاهر ان يقال وعليه أو وعليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا اليه وان النسبة الى الآباء والحاصل حينئذ يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالاجرة وهذا لايقتضى ان انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الاجرة بالارضاع ثم يدل على بقائها فى الجملة قوله تعالى فان أرادا فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعاقب الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين فأين الدليل على انتهائها بستة أشهر بعدهما بحيث لو أرضع بعدها لايقع التحريم وماذكر فى وجه زيادتها لايفيد سوى أنه اذا أريد الفطام يحتاج اليها ليعود فيها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة فأما انه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الادلة ولاشك ان الشرع لم يحرم

الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب يعنى قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين اطعامه بدليل قوله تعالى بعده فان أرادا فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضى ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا أثر

(قوله واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك) أقول يعنى اذا لم تكن دلالتها عليه قطعية (قوله وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه) أقول امكان الاثبات لايكون الا بامكان الحمل على ذلك المعنى وذلك ممنوع

قال (واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به

اطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليهما فجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عنده عن اللبن بمرة فليست الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع فكان الاصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا أولى بالبطلان وهو ظاهر وحينئذ فقوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد منه قبل الحولين فانه موضع التردد في أنه يضر بالولد أولا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث انه فطام بل ان كان فمن جهة أخرى فتمنعه العمومات المانعة من ادخال الضرر على غير المستحق له

(قوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) فطم أولم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم أبدا للاطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها فكانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أخيها أن ترضعه خمسا لحديث سهلة المتقدم والجواب ان هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين نفيدا تفاقهم عليه فمنها ما قدمناه في استدلالهما من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان من حولين وقدمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لانه قد ثبت هو بنيه بعده وما في الترمذي من حديث أم سلمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث حسن صحيح وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم وأنشر العظم يروى بالراء المهملة أي احياه ومنه قوله تعالى ثم اذا شاء أنشره وبالزاي أي رفعه وبزيادة الجم يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال يا عائشة من هذا قلت أخي من الرضاعة فقال يا عائشة انظرن من اخوتكن فان الرضاعة من المجاعة يعني اعرفن اخوتكن لخشية أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر فان قلت عرف من أصلكم ان عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة روته عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون رضاع الكبير محرما قلنا المعنى انه اذا لم يعرف من الحال سوى انه خالف مرويه حكمنا بأنه اطلع على ناسخه في نفس الامر ظاهر الان الظاهر انه لا يخطئ في ظن غير الناسخ ناسخا الا قطعا فلو اتفق في خصوص محل بأن عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله ذلك الدليل لا شك انه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لان ذلك ما كان الا لاحسان الظن بنظره فأما اذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه وفي الموطا وسنن أبي داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سأل أبا موسى الاشعري فقال اني مصصت من امرأتي من ثديها لبنا فذهب في بطني فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله ابن مسعود انظر ما تفتي به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان في حولين فقال أبو موسى لا تسألوني عن شئ ما دام هذا الحبر بين أظهركم هذه رواية الموطا فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعما أفتاه بالحرمة لا يكون الا لذكره الناسخ له أو لتذكره عنده وغير عائشة من نساء النبي صلى الله عليه وسلم يأبين ذلك ويقلن لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ولعل سببه ما تضمنه مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس

الرضا في ازالة المحرم شرعا

(قوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) سواء فطم أولم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن أبي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل الحولين أو قبل ثلاثين شهرا عند أبي حنيفة ثم أرضعته امرأة قبل ان تمضي عليه مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تشبثا بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا روى ان أبا موسى الاشعري سئل عن رضاع الكبير فأوجب الحرمة ثم أتوا عبد الله ابن مسعود فسألوه عن ذلك فقال أترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ أبا موسى قال لا تسألوني عن شئ ما دام هذا الحبر بين أظهركم وقد اتفقت الصحابة على هذا

(قوله والكبير لا يسمى رضيعا الخ) أقول قد سبق ان الرضاع في اللغة مص اللبن من الثدي مطلقا ولا نسلم انه يقتضي رضيعا بل راضعا ويطلق على الكبير في اللغة الراضع يقال لئيم راضع أي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن

ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة فقيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي قال (ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب) للحديث الذي روينا (الا أم أخته من الرضاع

عورتها بشفتيه فيمكن بان ذلك خصوصية وقيل سببه أن عائشة رجعت وفي الموطا عن ابن عمر جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال كانت لي وليدة فكنت أصيبها فعمدت امرأتي اليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت دونك قد والله أرضعتها قال عمر أوجعها وأت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير (قوله ولا يعتبر الفطام قبل المدة) حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم الا في رواية عن أبي حنيفة انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا رضع فيها رواها الحسن عنه وفي واقعات الناطفي الفتوى على ظاهر الرواية انها تثبت ما لم تمض اقامة للظنة مقام المئنة فان ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء (وهل يباح الارضاع بعد المدة قيل لا لانه جزء الآدمي فلا يباح الانتفاع به الا للضرورة) وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي وأهل الطب يثبتون للبن البنت أي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد ولا يخفى ان حقيقة العلم متعذرة فالمراد اذا غلب على الظن والا فهو معنى المنع (قوله ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب للحديث الذي رويناه) وهو بهذا اللفظ (قوله الا أم أخته من الرضاع) يصح اتصال قوله من الرضاع بكل من الام والاخت وبهما من جهة المعنى فالاول أن يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحل له والثاني أن يكون له أخت من الرضاعة لها أم من النسب تحل له اذا لم تكن هي المرضعة والثالث أن يرضع الصبي والصبية امرأة ولاخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع يحل للصبي تلك الام أما من جهة الصناعة فانما يتعلق بالام حالا منه لان الام معرفة فيجيء الجار والمجرور حالا منه لا متعلقا بمحذوف وليس صفة لانه معرفة أعني أم أخته بخلاف أخته لانه مضاف اليه وليس فيه شيء من مسوغات مجيء الحال منه ومثل هذا يجيء في أخت ابنه ولو قال أخت ولده كان أشمل فالاول له ابن من النسب له أخت من الرضاعة بأن ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لابيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته والثاني له ابن من الرضاع بأن ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل أخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت أخته لابيه من الرضاعة وعلل استثناء الاول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة في أم أخته من النسب بكونها أمه أو موطوءة أبيه وكذا في تعليله اخراج أخت ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليله حرمة أخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ أمها حرمت عليه وانما اقتصر على هذا بناء على انها ليست بنته لوضوح الشق الآخر فأفاد بالتعليلين ان المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب ليفيد انه اذا انتفى في شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد ثبت كذلك الانتفاء في صور أخرى الاولى أم النافلة من الرضاع بأن أرضعت نافلتك أجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتا أو حليلة الابن الثانية جدة ولدك من الرضاع بأن أرضعت ولدك أجنبية لها أم يجوز تزوجك بالام لانها ليست أمك وزاد بعضهم أم العم من الرضاع وأم الخال من الرضاعة وكذا عمة ولدك لانها من النسب أخت لك وليست أختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها أن تتزوج بابن أختها من الرضاع وبأخي ولدها وبأبي حفيدها منه وبجدود لدها منه وخاله ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل وقد جمعت في قوله

قال (ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب لما روينا) من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح وقوله (الا أم أخته من الرضاع) جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التي كانت أمها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التي كانت أمها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امرأة واحدة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج أم أخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضيعا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب

(قوله جاز أن يتعلق بالاخت الخ) أقول يعني بحسب المعنى والا فهو بحسب الصناعة حال من الام

فانه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز) أن يتزوج أم أخته (من النسب) لانها تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ أمها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى فى الرضاع (وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لما ويناوذكر الاصلاب فى النص لاسقاط اعتبار التبنى

يفارق النسب الرضاع فى صور * كأم نافلة وجدة الولد
وأم عم وأخت ابن وأم أخ * وأم خال وعمة ابن اعتمد

واستشكل الحاق أم العم وأم الخال بأنهما اما أن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جده من الرضاع وكلاهما محرم فى النسب الا ان أراد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه وبالخال منه من رضع مع أمه وله أم أخرى من النسب أو الرضاع فحينئذ يستقيم ولقائل أن يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أو رضعت عمه من النسب وخاله ثم قالت طائفة هذا الاخراج تخصيص للحديث أعنى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه أحال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا فى الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شئ منها من مسمى تلك فكيف تكون مخصصة وهى غير متناولة ولذا اذا خلا تناول الاسم فى النسب جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما أن يتزوج بنت الآخر وان كانت أخت ولده من النسب وأنت اذا حققت مناط الاخراج أمكنك تسمية صور أخرى والاستثناء فى عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعا أعنى قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا أم أخته الخ وعلى هذا فالاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتى عددناهن آنفا كما فى آية المحرمات وما بعدهن فيها محرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان من كانت اما من الرضاعة أو بنتا أو أختا أو بنت أخ الخ تحرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاعة قول بلا دليل بل الدليل يفيد خلافها وهو قيد الاصلاب فى الآية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفى ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع لصلاحيته لذلك فكان لاخراجهما أيضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث المذكور يفيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع فان قلت فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية قلت الجواب ان الجزئية المعتبرة فى حرمة الرضاع هى الجزئية الكائنة عن النشوء وانبات اللحم لا مطلق الجزئية وهذه ليست الجزئية الكائنة فى حرمة المصاهرة اذ لا إنبات للحم من المنى المنصب فى الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقنة أشبه منه بالمشروب حيث يخرج كما هو شيأ فشيأ حتى لا يبقى منه شئ ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المنى ولدا فلا يبقى منه فى المرأة شئ استحال الى جوهرها (قوله وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) أى كما لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاب فى آية المحرمات يخرجهما أجيب بانها نزلت لاسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجته بقى ان يقال فمن أين يثبت تحريمهما ويجاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم

وقوله (لاسقاط اعتبار التبنى) فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما فى الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع أو لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى فى الاسقاط أجيب بأن حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة

على ما بيناه (ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه ويصير الزوج الذى نزل لها منه اللبن بالمرضعة) وفى أحد قولى الشافعى لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضى الله عنها اليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة

من النسب وقد علمت ما فى الجوابين ومن فروعه ما فرع لطيف وهو رجل زوج أم ولده من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت الى الرضيع الذى كان زوجها فأرضعته حرمت على زوجها لان الصغير صار ابنا له فلو بقى النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة (قوله على ما بيناه) أى فى فصل المحرمات (قوله ولبن الفحل) هو من اضافة الشئ الى سببه (يتعلق به التحريم) يعنى اللبن الذى نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد يتعلق به التحريم بين من أرضعته وبين ذلك الرجل بأن يكون أبا للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه أبوها ولا لاخوته لانهم أعمامها ولا لآبائه لانهم أجدادها ولا لاعمامه لانهم أعمام الاب ولا لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابناء أولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فنها أولى فلا تتزوج أباها لانه جده ولا امها ولا أخاها لانه خالها ولا عمها لانها ابنت بنت أخيه ولا خالها لانها ابنت بنت أخته ولا أبناءها وان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم اخوتها لامها ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما بنتا لا يحل لرجل ان يجمع بينهما لانهما أختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت برجل وهى ذات لبن لآخر قبله فأرضعت صبية فانها ربيبة لاثانى وبنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثانى ولو كان المرضع صبيا حل له تزوجه ببناته هذا ما لم تلد من الثانى فاذا ولدت من الثانى فان أرضعت رضيعا فهو ولد للثانى وان حبلت من الثانى وهى ذات لبن من الاول فما لم تلد اللبن من الاول والرضيع به ولد له عند أبى حنيفة رضى الله عنه تثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد رحمه الله ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين وقال أبو يوسف ان علم أن اللبن من الثانى بامارة كزيادة فهو ولد الثانى والا فهو ولد الاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثانى غالبا فهو للثانى وان استويا فلهما وبقول أبى حنيفة قال الشافعى رضى الله عنه فى الجديد وقد حكى الخلاف هكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند أبى حنيفة رضى الله عنه وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا أنسب بقول محمد رحمه الله فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم درلها فأرضعت به صبية فان لو لد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس ابن الفحل ليكون هو أباها كما لو لم تلد من الزوج أصلا ونزل لها لبن فانه لا يثبت بارضاعها تحريم بين ابن زوجها ومن أرضعته لانها ليست بنته لان نسبته اليه بسبب الولادة منه فاذا انتفت انتفت النسبة فكان كلبن البكر ولبن الزنا كالحلال فاذا أرضعت به بنتا حرمت على الزانى وآبائه وأبنائه وأبناء أبنائهم وان سفلوا وفى التجنيس من علامة أجناس الناطفى عن الشيخ أبى عبد الله الجرجانى كان يقول فى الدرس لا يجوز للزانى ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا لابيه ولا لاجداده ولا لاحد من أولاده وأولادهم ولم الزانى ان يتزوج بها كما يجوز له ان يتزوج بالصبية التى ولدت من الزانى لانه لم يثبت نسبها من الزانى حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء الزانى وأولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين اللبن واذا ثبت هذا فى حق المتولدة من الزنا فكذا فى حق المرضعة بلبن الزنا قال فى الخلاصة وكذا لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لابن الزانى تحرم على الزانى كما تحرم بنتها عليه من النسب وذكر الوبرى ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة ما لم يثبت النسب فحينئذ تثبت من الاب وكذا ذكر الاسبيجابى وصاحب الينابيع وهو أوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك فى الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون اللبن اذ ليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع التغذى بخلاف الولد

والتغذى

وقوله (ولبن الفحل) من باب اضافة الشئ الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله (عليه السلام لعائشة ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة) دليل واضح على ذلك فان عائشة ارتضعت من امرأة أبى القعيس وكان اسم أخى أبى قعيس أفلح فلما كانت تلك المرأة أما لها كان زوجها أبا لها وأخو الزوج عما لها لامحالة وروى انها قالت يارسول الله إن أفلح أخا أبى القعيس دخل على وأنا فى ثياب فضل فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما أرضعتنى المرأة لا الرجل فقال عمك من الرضاعة وذلك لا يكون الا باعتبار لبن الفحل

(قوله وكان اسم أخى أبى قعيس أفلح) أقول أفلح أخو أبى قعيس على ما يشهد عليه كتب الاحاديث وغيرها

ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه فى موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشئ فى اثبات الحكم اما ان يكون مثل ذلك أودونه لامحالة وههنا لوارتضع الصبى من ثندوة الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف تثبت بارتضاع اللبن بسببه ولاتثبت من اللبن الحاصل من نفسه أجيب بأن افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذى لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لايوجد فى ارضاع الرجل فان ماينزل من ثندوة الرجل لايتغذى به الصبى ولايحصل به انبات اللحم وهو نظير وطء الميتة فى انه لايوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختار واهذه العبارة وهى (١١) ملبسة فانها توهم ان المراد به ماينزل من ثندوته ليعلم ان المراد ماينزل من المرأة بسبب الولادة أو الحمل من زوجها حتى لو نزل لها اللبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك لبن المرأة خاصة لا لبن الفحل وان كانت تلك المرأة تحت زوجها وليس حمل الوطء فى الاحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لايحل للزانى هذا ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء أولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزانى وقوله (ويجوز ان يتزوج الرجل) واضح وقوله (وكل صبيين اجتمعا) غلب الصبى على الصبية كما فى القمرين للشمس والقمر على ثدى واحدة أى ثدى امرأة واحدة لانهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لايثبت التحريم كما سيجىء وهذا الان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية

ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه فى موضع الحرمة احتياطا (ويجوز أن يتزوج الرجل باخت أخيه من الرضاع) لانه يجوز أن يتزوج باخت أخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له أخت من أمه جاز لاخيه من أبيه أن يتزوجها (وكل صبيين اجتمعا على ثدى واحدة لم يجز لاحدهما أن يتزوج بالاخرى) هذا هو الاصل لان أمهما واحدة فهما أخ واخت (ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التى أرضعت) لانه أخوها (ولا ولد ولدها) لانه ولد أخيها (ولا يتزوج الصبى المرضع أخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة

والتغذى لايقع الابما يدخل من أعلى المعدة لامن أسفل البدن كالحقنة فلا انبات فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب أثبت الحرمة منه وبه يستدل على ابطال قول ضعيف الشافعى انه لاتثبت الحرمة من الزوج ونقل عن بعض الصحابة رضى الله عنهم لانه لاجزئية بين الرجل وبين من أرضعته زوجته ولانه لو نزل للرجل لبن فارتضعته صغيرة حلت له فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه ولنا النظر المذكور وماروى عن عائشة رضى الله عنها فى الصحيحين ان أفلح أخا أبى القعيس استأذن على بعد ما نزل الحجاب وقلت والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وان أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى وانما أرضعتنى امرأة أبى القعيس فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله ان الرجل ليس هو أرضعنى ولكن أرضعتنى امرأته فقال ائذنى له فانه عمك تربت يداك وفى رواية تربت يمينك الى غير ذلك من الاحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث يتضاءل معها ذلك المعقول على انه قد قيل انه لاينغذى الولد به واما لبن الرجل فسيذكره المصنف رحمه الله واذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزانى على الزانى كما ذكرنا فعدم حرمتها على من ليس اللبن منه أولى بخلاف ما فى الخلاصة ولانه يخالف المسطور فى الكتب المشهورة اذ يقتضى تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى وتقدم البحث فى دلالة حديث يحرم من الرضاع مايحرم من النسب على حرمة الربيبة من الرضاع (قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة اليه احتياطا) كالمصاهرة وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال ان البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع فأثبتت حرمة الابنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد (قوله وكل صبيين) يريد صبيا وصبية فغلب المذكر فى التثنية كالقمرين وهو أحد أسباب التغليب كالخفة فى العمرين فان عمر أخف من أبى بكر ولوثنى نحو أبى بكر فعند البصريين يكون بتثنية المضاف فيقال أبوا بكر والكوفيون يثنون الجزأين فيقولون أبوابكرين والشهرة كالأقرعين للاقرع بن حابس وأخيه (قوله ولا يتزوج المرضعة) بفتح الضاد تورث ويجوز كونها فاعلا فينصب أحد ومفعولا فيرفع

(قوله لابد وان يكون من الولد الذى أرضعته معرفا باللام) أقول وأنت خبير بانه يصح المعنى بدون جعل الولد معرفا باللام فان امرأة اذا

دون الانعام وقوله (ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التى أرضعت) قال فى النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب أحد على المفعولية من ولد التى على طريق الاضافة وهذا هو الاصل من النسخ وفى نسخة أخرى ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التى أرضعت بعكس الاولى فى الفاعلية والمفعولية وهذا أيضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخى ونسختان أخريان لستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل فى المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ماذكرنا ولكن هذان التقديران لابد وان يكون من الولد الذى أرضعته معرفا باللام وكلامه ظاهر

وقوله (واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) فسر محمد الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال أبو يوسف ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا واو غير أحدهما يكون رضاعا وقوله (خلافا للشافعي) فان عنده إذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في حب الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة هو يقول انه موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونحن نقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطا أجيب بأن التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم تثبت المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة وكان الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما ترى متناقض (١٢) لانه نفى التعارض وأثبت الترجيح للفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع أمر حكمي فما لم يكن في الحكم موجودا لا مدخل له فيه سلمناه ولكن تعارض ضربا ترجيح أحدهما راجع الى الذات والآخر الى الحال والاول أولى وموضعه الاصول ويؤيد ما ذكرنا ما اذا وقع قطرة من الدم أو الخمر في حب من الماء نجسه وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر وما دونه في حكم القليل فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت موجودة معه وقوله (واذا اختلط اللبن بالطعام) واضح وقوله (لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا) يعني سواء كان غالبا أو مغلوبا أما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا

واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم) خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين (وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم) وان كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما

وما في الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي أرضعته رضع مع المرضعة أو كان سابقا بالسن بسنين كثيرة أو مسبوقا بارتضاعها بأن ولد بعدها بسنين وكذا لا يتزوج أخت المرضعة لانها خالته (قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله) فان الاصح عنده انه إذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع أو جامد واعتبر مالك رضي الله عنه في جميع ذلك ان يكون اللبن مستهلكا (قوله هو) أي الشافعي رضي الله تعالى عنه (يقول انه) أي اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه وعلى ما هو الاصح فرجع الضمير القدر المحرم (موجود فيه حقيقة) فيستلزم حكمه من التحريم (قوله ونحن نقول) حاصله القياس على اليمين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لان الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لا عدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الاصل والفرع لانه في الاصل حرمة شرب اللبن بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع حل الشرب والبقي غير أنه يترتب عليه حرمة النكاح وحينئذ للشافعي رحمه الله ان يقول بل هناك فارق وهو بناء الايمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبنا الا ان يقال مخلوطا فيقيدونه واما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن المئنة هذا اذا اختلط بالماء أما لو اختلط بالطعام فهي المسئلة التي ذكرها عقيب هذه وقولهما فيها كقولهم في الاختلاط بالماء وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار اما ان طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق (لهما أن

العبرة

أرضعت صبية ثم جاءت من المرضعة بفتح الضاد ولد لا يجوز لتلك المرأة أن تتزوج ولد مرضعتها (قوله فسر محمد رحمه الله الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة الخ) أقول فيه ان وضع المسئلة في الاختلاط بالماء لا بالدواء فلا يلائم هذا التفسير هنا بخلاف ما فعله صاحب النهاية (قوله ولا ترجيح الا بعد التعارض) أقول لا يتجه ذلك عليه بعد ما بين مراده بالتعارض بتفسيره فانه نبه انه لا يريد به التعارض المصطلح وكأنه يقول انما ترجح الحرمة ان لو لم يكن لدليل انتفاء الحرمة رجحان على دليلها فليتأمل (قوله لان الحقيقة الخ) أقول أي الحقيقة المجردة عن الحكم الا أن الخصم ينازع فيه (قوله وموضعه الاصول) أقول في باب المعارضة والترجيح (قوله ويؤيد ما ذكرنا) أقول يعني قوله الحقيقة لا تعارض الحكم

وقوله (فصار كالمغلوب) فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اما مالم يكن مغلوبا او يكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب أن هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم فى قول أبى حنيفة ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبى كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذى بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذى الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا

أن العبرة للغالب كما فى الماء اذا لم يغيره شئ عن حاله ولابى حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع له فى حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذى بالطعام اذ هو الاصل (وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم) لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم (وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتبارا للغالب كما فى الماء (واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبى يوسف رحمه الله) لان الكل صار شيأ واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر فى بناء الحكم عليه (وقال محمد) وزفر (يتعلق التحريم بهما) لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشئ لا يصير مستهلكا فى جنسه لاتحاد المقصود وعن أبى حنيفة فى هذا روايتان

العبرة للغالب فصار كالماء اذا لم يغيره شئ عن حاله ولابى حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود) وهو التغذى وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن ونشؤه منه فقد اجتمع فى جوفه ما ينبت واحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب فى القصعة اما عند رفع اللقمة الى فيه فأكثر الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن ان غلب وأثبتنا الحرمة ثم قال المصنف ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح احترازا من قول من قال من المشايخ ان عدم اثبات أبى حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو اذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة اما معه فيحرم اتفاقا لان تلك القطرة اذا دخلت الجوف أثبتت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذى حينئذ بالطعام والتغذى مناط التحريم (قوله فان اختلط) أى اللبن بالدواء حاصله انه كالماء لان اللبن اذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصد ان الدواء لتنفيذه وعلى هذا اذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أو جر بذلك أم استعط (قوله واذا اختلط اللبن بلبن شاة فان كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير اياه) أو لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لان لبن الشاة لما لم يكن له أثر فى اثبات الحرمة كان كالماء فيعتبر الغالب ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا (قوله واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند أبى يوسف رحمه الله) وبه قال الشافعى وقال محمد تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وعن أبى حنيفة روايتان رواية كقول أبى يوسف ورواية كقول محمد وجه قول أبى يوسف جعل الاقل تابعا للاكثر ووجه قول محمد ان الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شئ منهما تبعا للآخر فيثبت التحريم من كل منهما استقلالا قال

والدواء يخلط به ليقويه على الوصول الى ما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوى الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه يحرم قلت النظر ههنا الى المقصود فان كان غالبا كان القصد الى التغذى به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوى واللبن لتسوية الدواء يلوح الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا قال (واذا اختلط اللبن بلبن شاة) * صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل أبى يوسف فى المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب فى البحر ووجه قول محمد وزفر ان الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشئ لا يصير مستهلكا فى جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضى اختلاف المقصود والمقصود هنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين فى المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن أبى حنيفة فى هذا روايتان فى رواية قوله كقول أبى يوسف وبه قال الشافعى فى قول وفى رواية كقول محمد وزفر

(قوله فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما الخ) أقول يريد المصنف انه يصير كالمغلوب حقيقة فى أنه غير موجود لكونه غير مقصود حكما وحاصله قياس محل الخلاف بمحل الوفاق وجعل الكاف زائدة لا يفيد لانه ان أريد أنه مغلوب حقيقة فظاهر انه ليس كذلك وان أريد أنه مغلوب حكما من حيث انه ليس بمقصود فمعنى التشبيه أيضا يؤول اليه (قوله لان وصول قطرة منه يحرم) أقول الاظهر أن يقول بدله لان اللبن

وأصل المسئلة في الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشربه فهو على هذا الاختلاف عند أبي يوسف لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لان الشئ يتكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا وقوله (واذا نزل للبكر لبن) ظاهر قوله (واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي) قيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم تبق محلا لها حتى تتعدى الى غيرها * ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما انه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما بأن كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في نهار زوج فان لهذا الزوج ان يدفن ويتيمم الميتة لانه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته وقوله وأما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطء انما تثبت بملاقاته بمحل الحرث لتثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا

وأصل المسئلة في الايمان (واذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم) لاطلاق النص ولانه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية (واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم) خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما أما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا المحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

(وأصل المسئلة في الايمان) اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بينا وقال شارح عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث ولا يخفى انه انما يكون أصلا للخلاف اذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف الى قول محمد حيث أخر دليله فان الظاهر ان من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر وأصله ان السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر (قوله واذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء) وعليه الاربعة الا في رواية عن الشافعي رحمه الله ورواية عن أحمد لانه نادر فأشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل اذا وجد وسنذكر له تتمة (قوله واذا حلب لبن امرأة بعد موتها فأوجر به صبي تعلق به التحريم) وبه قال مالك وأحمد (خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الحرمة الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا) أي لعدم المحلية (لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب الجزئية) وحاصله الغاء الفارق بين الاجماعية وهي ما اذا كانت حية والخلافية وهي ما اذا كانت ميتة وهو موتها لان حياتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم الخ وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لان مانعيته ان أضيفت الى انتفاء محليتها مطلقا للحكم منعناه لثبوت بعضها كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة وتيممها لانها محرمه أم زوجته وأيضا بالنسبة الى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لانهما أختان أو بالنسبة الى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره في افادة المانعية بل يفسدها انتفاء الحكم مطلقا فان بين المانعية بان الحكم وهو حرمة النكاح يثبت أولا فيها ثم يتعدى قلنا ان أردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل ذلك عند اتفاق محليتها حينئذ مع ان الحرمة انما تثبت في الكل معا شرعا والتقدم في الامر ذاتي لا زماني فاذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة اذ فيه تكثير الاعوان على المفاصد والسكن وبالموت تنجس فان أريد عينا منعناه بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبي حنيفة وقد أسلفنا توجيهه بأن التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه انه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وأبو يوسف ومحمد انما قالا لا تنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كما لو حلب في اناء نجس وأوجر به الصبي تثبت الحرمة وان أريد التنجس منعناه لما ذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق قسرا بفتح الواو والسعوط صبه في الانف ويقال أوجرته ووجرته (قوله اما الحرمة في الوطء) جواب عن

هو المقصود ثم يمنع ذلك في الجواب اذا كان مغلوبا (قوله وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة الخ) أقول ولك أن تقول لو صح هذا الدليل يلزم أن لا تثبت الحرمة عنده فيما لو حلب قبل الموت وأوجر بعده الا أن يقال يثبت بالاسناد وفيه بحث

قياسه

(وقوله واذا احتقن باللبن) قال فى النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض داواه بالحقنة واحتقن الصبى غير صحيح لعدم قدرته على ذلك فى مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر فى تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر فى استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر (قوله وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة) بيانه ان الله تعالى خلق اللبن فى الاصل لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر الاطعمة والاشربة فى ابتداء حاله

(واذا احتقن الصبى باللبن لم يتعلق به التحريم) وعن محمد انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد فى الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك فى الدواء فأما المحرم فى الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد ذلك فى الاحتقان لان المغذى وصوله من الاعلى (واذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبيا لم يتعلق به التحريم) لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة

قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو ان سبب الحرمة فى الرضاع الانبات والنشوء بواسطة التغذى وفى حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة فى الرضاع لانها واقعة فى ارتضاع لبن الميتة (قوله واذا احتقن) قال فى المغرب الصواب حقن اذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز عندهم قال فى النهاية لكن ذكر فى تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد ان منع البناء للمفعول على ما فى المغرب لعدم التعدى واذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لان ما فى تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعدية الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبى فى عبارة الهداية حيث قال واذا احتقن الصبى بل الى الحقنة وهى آلة الاحتقان والكلام فى بنائه للمفعول الذى هو الصبى ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف كجلس فى الدار ومر بزيد وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا فى كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا يثبت بالاقطار فى الاحليل والاذن والجائفة والآمة كذا أطلقه بعضهم ونص آخرون على انه اذا وصل الى الجوف ثبتت الحرمة وبعضهم ذكر انه روى عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة وجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك فى الواصل من السافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار فى الاحليل غاية ما يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبى وكذا فى الاذن لضيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالفطر باقطار الدهن فى الاذن لسريانه فيصل الى باطنه ولا يمنعه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وان حصل به رفق من ترطيب ونحوه والمفسد فى الصوم لا يتوقف عليه كما فى الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا (قوله واذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبية لم يتعلق به تحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة) وقد ذكر فى بعض الحكايات انه اتفق لرجل ارضاع صغير فان صح فهو من خوارق العادات لا ينبغى الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم أنه لو نزل لبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم ويحكم بأنه ليس لبنا كما لو نزل للبكر ماء أصفر لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا تثبت الحرمة بخلاف الرجل لان الحكم

ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا فى النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة اذا تأملت لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذى يكون اذونا لاصموخا فى غير الآدمى مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف وهو دليل على ان ما فى الآدمى فى الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك

(قوله قال فى النهاية صوابه الى قوله فى استعمال الفقهاء) أقول الى هنا كلام النهاية (قوله فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة) أقول لانه هو المربى لا الذكور (قوله لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذى يكون أذونا لاصموخا فى غير الآدمى مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف) أقول قوله مما هو ثابت خبر لكن وقوله هو راجع الى الولود قال ابن خلكان فى ترجمة يزيد بن المفرغ العرب تقول كل سكاء تبيض وكل شرقاء تلد السكاء التى لا أذن لها والشرقاء التى لها أذن طويلة والضابط عندهم فيه ان كل حيوان له أذن ظاهرة فانه يلد وكل حيوان ليست له أذن ظاهرة فانه يبيض (قوله وهو دليل على ان ما فى الآدمى فى الذكر ليس بلبن) أقول فى دلالة ما ذكره عليه بحث الا أن يراد الدلالة الظنية الضعيفة ومثلها يوجد فيما نقله من النهاية أيضا ثم اعلم ان قوله هو راجع الى الاستقراء

(واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم) لانه لاجزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها (واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا (ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها

(واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لاجزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها) وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسمعيل البخاري صاحب الاخبار كان يقول تثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى في زمان الشيخ أبي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فانك لست هنالك فابى ان يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسئلة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخارا قال (واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) فأما الكبيرة فان حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لانها ربيبة لم يدخل بامها (ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) ان تعمدت الفساد أو لم تتعمد (لان الفرقة جاءت من قبلها) قبل الدخول بها

لازم دائما بأنه ليس بلبن (قوله واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لانه لاجزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها) اعلم أن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فان الوطء ابتذال وامتهان وإرقاق ولهذا روى عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته ولا يحسن صدوره من مستفيد جزء نفسه وحياته لمفيدها اذا كان الرضيع صبيا بالنسبة إلى المرضعة تكرمة لها وجعلت في الشرع أماله بسبب ان جزأها صار جزأه كما ان الام من النسب كذلك اذ جزؤه جزؤها وجزؤه الآخر جزء الاب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فانما خلقها لابتذال الآدمي لها على انحاء الابتذال المأذون فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفي آية أخرى فمنها ركوبهم ومنها يأكلون وهو سبحانه مالك الاشياء والحكيم على الاطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بل ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على الآدمي وجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الاكرام والاحترام فلم تعتبر الشاة أم الصبي والا لكان الكبش أباه والاختية فرع الامية وكذا سائر الحرم بعدها انما تثبت بتبعية الامية حتى الابوية فانه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الاب من النسب لان جزأه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن انما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل انما يصل من أسفل والتغذي لبقاء الحياة والجزء لا يكون الا مما يصل من الاعلى الى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجته عن ارضاع لبن هو سبب فيه أثبت لهو بة الرجل الابوة وحين لا أم ولا أب فلا اخوة ولا تحريم ونقل ان الامام محمد بن إسمعيل البخاري صاحب الصحيح أفتى في بخارى بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه أعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الاحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير ومولده مولد الشافعي فانهما معا ولدا في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة وهو عام خمسين ومائة (قوله واذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه صار جامعا بين الام والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لانها أم امرأته والعقد على البنت يحرم الام وأما الصغيرة فان كان الابن الذي ارضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كانت حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لانه صار ابنا لها وان كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الاول جاز له أن يتزوجها ثانيا لانتفاء ابوته لها الا ان كان دخل بالكبيرة فيتأبد أيضا لان الدخول بالام يحرم البنت وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة ان لم يكن دخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الارضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط باضافة الفرقة اليها يعرف منه ان الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء اضافة الفرقة اليها وان كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها ان لم تكن مجنونة ونحوها وأما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في اسقاط حقها لعدم خطابها بالاحكام وصار كما لو قتلت مورثها فانها ترثه ولا يكون

قتلها

وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجئ من قبلها) فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تنصف الفرقة اليها أجاب بقوله (والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها) الا ترى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشئ من المهر ولم يوجد الفعل منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها ولم يلزم ان كلما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها أمر أخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الابوين أسقط حقها (ويرجع به) أي بما أدى من نصف مهر الصغيرة (على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد) بأن قصدت بالارضاع افساد النكاح (وان لم تتعمد) بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا (فلا شئ عليها وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها في الوجهين) جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لان من أصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاسطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبب (والصحيح ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر) بتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حدا تشتهى (وذلك يجري مجرى الاتلاف) في ايجاب الضمان (لكنها مسببة في ذلك) بالتأكيد لا مباشرة (اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا) لان وضعه لتربية الصغير لا لافساد النكاح وانما ثبت الافساد باتفاق الحال لتأديته الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا أولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتفاق لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وايجاره وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان ما يفوت به المبدل يفوت به البدل أيضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة في تأكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا أن الارضاع إفساد النكاح لكن إفساده

(ولصغيرة نصف المهر) لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها (ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد وان لم تتعمد فلا شئ عليها وان علمت بأن الصغيرة امرأته) وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه إما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال

قتلها موجبا لحرمانها شرعا ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة في القامها الثدي مختارة فصار كمن ألقى حية على انسان فلسعته ضمن لان اللسع لها طبع فأضيف اليه وأورد عليه ما لو ارتد أبوا صغيرة منكوحة ولحقا بدار الحرب بانت من زوجها ولا شئ لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر أجيب بأن الردة محظورة في حق الصغيرة أيضا على ما مر واضافة الحرمة الى ردتها التابعة لردة أبويها بخلاف الارتضاع لاحاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر وهل يرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد يرجع به عليها والا لا يرجع وتعمده بأن تعلم قيام النكاح وان الرضاع منها مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع أو الهلاك عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لا يرجع والقول قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لانه لا يعرف الا من جهتها وعن محمد انه يرجع في الوجهين ما اذا قصدت الفساد وما اذا لم تقصده والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لانها أي الكبيرة وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك أي تأكد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنونه

(قوله واعترض عليه الى قوله ولا يقضى لها بشئ من المهر الخ) أقول لو صح ما ذكر تم يلزم أن يقضى لها بالمهر هنا بطريق الاولى (قوله والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها الخ) أقول فيه بحث والاصوب لا يسقط حقها ويجوز أن يقال الضمير في قوله من جهتها وحقها راجع الى المرأة الكبيرة دون الصغيرة اذ لا فعل منها شرعا لعدم اعتباره فليتأمل (قوله وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج) أقول قوله هو راجع الى ما وقوله بتقبيل متعلق بقوله شرف (قوله اذا بلغت حدا تشتهى) أقول يعني الصغيرة المرضعة قال المصنف (لكنها مسببة فيه إما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح الخ) أقول كيف يكون ذلك وجها لظاهر الرواية عن محمد وأصله ان المسبب كالمباشر فتأمل قال الاتقاني ما كان يحتاج المصنف الى كلمة الاستدراك بين امتهان وخبرها لانه لا يصح أن يقال ان زيدا لكنه منطلق وهذا لان قوله مسببة وقع خبرا ان في قوله لانها وان أكدت الخ اه وأنت خبير بان مسببة خبر لكن وخبر ان محذوف أي ليست بمباشرة (قوله أولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه الى قوله وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه) أقول

ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر أيضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر أجاب بقوله الا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه أي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد وقصدت به الفساد وأما اذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به لكن (١٨) قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مأمورة

بذلك أي بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها أجاب بقوله وهذا منا اعتبارا لجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد وكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به

أولان إفساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد أما اذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم

نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة لان القائم الذي شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي وهذا ظاهر غير ان المصنف بين كونها مسببة بأن فعل الارضاع ليس موضوعا لافساد النكاح بل لتغذية الصغير وتربيته وانما يثبت الفساد باتفاق صيرورتهما اما وبنتا تحت رجل وإنما لان افساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من ان وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبرا للايحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه ولا يخفى أن هذا التردد بعينه يجري في مباشرة العلة بأن يقال الارتضاع ليس بافساد النكاح وضعا والافساد ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه الخ وليس هو مسببا فالمعول عليه في كونه سببا ما بيناه واذا كانت مسببة يشترط فيه أي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبيب الهلاك فان كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه أو في غيره ضمنه التعدي فيه وانما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينتهض على محمد اذا كان من أصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه مسبب فيشترط التعدي وهو لا يلتزم اشتراط التعدي فيه وانما ينهض الاستدلال على أن المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما اذا قتل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضي على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص او الدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا أرضعت أجنبيتان لهما ابن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم يغرما شيأ وان تعمدتا الفساد وأجيب بالفرق بأن فعل الكبيرة هناك مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هنا لك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما بخلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بأن قيل فأرضعتهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما ابن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لان كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج (قوله وهذا منا اعتبارا لجهل الخ) جواب سؤال هو ان الجهل بالاحكام في دار الاسلام عندكم ليس

الضمير في لانه راجع الى النكاح أيضا وقوله هو في قوله هو ملك راجع الى النكاح أيضا وقوله بل هو ناظر الى قوله ليس بسبب وضمير سقوطه راجع الى

المهر قال المصنف (الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول لا نسلم ان طريقه عذرا

طريق المتعة لان المتعة انما تجب في الطلاق قبل الدخول اذا لم توجد التسمية وهنا التسمية موجودة ولهذا يجب نصف المهر ولانه لو وجب بطريق المتعة لا بسبيل الزام المهر لوجب ثلاثة أثواب لان نصف المهر انتهى ونحن نقول مراد المصنف ان وجوب نصف المهر مثل وجوب المتعة في كونه على خلاف القياس بالنص لا انه متعة كما فهمه المعترض (قوله والمتعة تجب بالنص ابتداء) أقول يعني لا بالعقد

(ولا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات وانما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) وقال مالك رحمه الله تثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد انه ذبيحة المجوسى ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك فى باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل

عذرا فقال هذا منا اعتبارا الجهل لدفع قصد الفساد الذى هو المحظور الدينى لا لدفع الحكم الذى هو وجوب الضمان غير انه اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدى كما قلنا والتعدى به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما أجنبية معا أو على التعاقب حرمتا فلو كن ثلاثا فارضعتهن بأن ألقمت ثنتين ثديها وأوجرت الاخرى ما حلبته حرمن أو على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امرأته لانهن حين ارتضعتا حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن فى عصمته سواها ولو كن أربعا فارضعتهن معا أو واحدة ثم الثلاث معا حرمن وكذا لو ارضعتهن على التعاقب لانها حين أرضعت الاخريين لم يكن فى نكاحه غيرهما ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتهما الكبيرة على التعاقب بقى نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس فى نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما ولو أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا منه لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبرى الثانية ان ابتدأت بارضاع الصغرى الثانية بانتا منه أو بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت يحرم الام ثم أرضعت الثانية وليس فى نكاحه غيرها (قوله ولا يقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن أحمد واسحق والشافعى بأربع نسوة والذى فى كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدى الاجنبية والوجه المذكور فى الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهى أمر دينى يثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسى فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك فى ضمنه وكم من شئ يثبت ضمنا بطريق لا يثبت بمثلها قصدا ولحديث عقبة بن الحرث فى الصحيحين انه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فقال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال فاعرض عنى فتنحيت فذكرت ذلك له قال وكيف وقد زعمت ان قد أرضعتكما وعقبة هذا يكنى أبا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الامة وروى مطولا فى الترمذى وفيه فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت أرضعتكما وهى كاذبة فاعرض عنى قال فأتيته من قبل وجهه فقلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد أرضعتكما دعها عنك ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك فى باب النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والاملاك لا تزال الا بشهادة رجلين أو رجل

وقوله (ولا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال أجنبيات كن أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر وقال الشافعى تقبل شهادة أربع منهن وقال مالك تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعى ان الرضاع يكون بالثدى ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر اليه وعنده ان شهادة أربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوى المحارم يحل لهم النظر الى ثديها ووجه قول مالك ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد انه ذبيحة المجوسى فانه ينبغى للمسلم أن لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا أن يحبس الثمن عن البائع ولنا ما ذكره فى الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(قوله ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك الخ) أقول فيه تأمل

وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمر الدنيا والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الطلاق ﴾

وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مما وكيته محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا تستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد وأما الحديث فكان للتورع ألا يرى انه أعرض عنه في المرة الاولى وقيل في الثانية أيضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاخبار وجوب التفريق لاجابه به من أول الامر اذ الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسئلة بعد ذلك ففيه تقرير على المحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور اطمئنان نفسه بخبرها لا من باب الحكم وكونها كاذبة جفاء على ما قيل لا ينفي اطمئنان النفس بخبرها بل قد يكون معه لان بعض البلاهة يقارنها بحسب الغالب عدم الخبث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا القدر لا في الجنون وقد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه أحد من الرجال قلنا لا نسلم فان المحارم من الرجال يطلعون عليه وأيضا الرضاعة لا تتوقف على القام الثدي لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروي عن عمر رضي الله عنه مثل قولنا وفي المحيط لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية (فروع) قال لامرأته هذه أمي من الرضاعة أو أختي أو بنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك بأن قال أخطأت أو نسيت ان كان بعد ان ثبت على الاول بان قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال قبل أن يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي والنكاح باق لان مثله انما يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ماذكرنا ومثل هذا في الاقرار بالنسب وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمنع بخلاف ما اذا ثبت بعد التروي فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ولو أقرت المرأة بذلك وأنكر هو ثم قالت اخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي يحلف الزوج على العلم في قول وعلى البتات في قول ولو تزوجها قبل أن تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو أقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا أقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها أن تزوج نفسها منه انتهى وكان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل التروي والله أعلم

﴿ كتاب الطلاق ﴾

لما فرغ من النكاح وبيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي أحكام الرضاع شرع يذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب أحكامه وأيضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا أن ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشأنه ثم ثنى بالاخف وأيضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في الوجود باحكامه ويتلوه الطلاق فأوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان أي التطليق أو هو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل فعله بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال أطلقت بعيري وأسيري وفيه من التفعيل طلقت امرأتي يقال ذلك إخبارا عن أول طلقة أوقعها فان قاله ثانية فليس

فيه

﴿ كتاب الطلاق ﴾

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا أخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بألفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه

﴿ كتاب الطلاق ﴾

(قوله لما كان الطلاق متأخرا الخ) أقول كان الانسب للشارح أن يبين وجه تأخيره عن الرضاع بأنه سبب الحرمة المؤبدة دون الطلاق فقدم الاشد لكنه نظر الى ان الارضاع من تتمات النكاح فتأمل (قوله وفي عرف الفقهاء الخ) أقول لعله منقوض بالفسخ فان القاضي اذا فسخ النكاح يكون في بعض المواد طلاقا وفي بعضها فسخا واللفظ واحد فليتأمل

فيه الا التأكيد أما اذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق أو كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ا ل ق على ما سيأتي وغيرهما كقول القاضي فرقت بينهما عند إباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في إبائهما وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله في محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ومشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لا دخل له في حقيقته والتعريف لمجردها * وركنه نفس اللفظ * وأما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى وشرعه رحمة منه سبحانه وتعالى * وشرطه في الزوج أن يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفي الزوجة ان تكون منكوحته أو في عدته التي تصلح معها محلا للطلاق وضبطها في المحيط فقال المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ تحقق العدة دونهما كالعرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا أن تلحق الخلوة بالوطء فكأنها هو وفيه تساهل ثم يقتضي ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج فانه لا فائدة حينئذ في اعتباره لانه لا يتوقت بغاية ليفيد الطلاق فائدته وأما في الفسخ بغيرها فالمصرح به في العدة من خيار العتق والبلوغ أنه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كأنه لم يكن وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر وعلى هذا اذا سبي أحد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لان المسبي ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية وان كانت المرأة فكذلك لحلها للسابي بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة أحدهما مسلما أو ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية وان كانت المرأة فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما وان كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يد اذ لا يد للحربي وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فاسلم أحدهما أو صار ذميا فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض فاذا حاضتها وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لان المصر منهما كأنه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرق بينهما بإباء الآخر فانه يقع عليها طلاقه وان كانت هي الآبية مع ان الفرقة هنالك فسخ وبه ينتقض ما قيل اذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض أيضا بالمرتد يقع عليها طلاقه مع ان الفرقة بردته فسخ خلافا لابي يوسف رحمه الله ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها في العدة واختلف في محليتها للطلاق لو هاجرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال في المبسوط وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد فأما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعني فأعتقته فحكى الخلاف في هاتين المسئلتين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسئلة الثانية ولو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها فهو على هذا الخلاف وما ذكر من انه لا عدة على الحربية في دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد في السير فيما اذا أسلمت امرأة الحربي وهما في دار الحرب حيث يتأخر وقوع الفرقة بينهما الى مضي ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر فاذا مضت وقعت الفرقة قال محمد وعليها ثلاث حيض أخرى وهي فرقة بطلاق ولهذا

وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح أو عدته التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل وأقسامه ما يذكره

لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء وقوله تعالى ياأيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأمثالهما وأقسامه ثلاثة حسن وأحسن وبدعي على ماذكره في الكتاب وهو ظاهر

﴿باب طلاق السنة﴾ أقول فيكون ذكر التداعي استطرادا (قال المصنف الطلاق على ثلاثة أوجه) أقول قال العلامة النسفي في الكنز الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح انتهى فيه بحث لانه منقوض بالفسخ قال العلامة الزيلعي في شرحه وهذا في الشريعة وقوله شرعا يحترز به عن رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثاق وقوله بالنكاح يحترز به عن العتق لانه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لايثبت ذلك القيد بالنكاح وفي اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقا يقال أطلق الفرس والاسير ولكن استعمل في النكاح بالتفعيل وفي غيره بالافعال ولهذا في قوله لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لايحتاج فيها الى النية وبتخفيفها يحتاج اه

(باب طلاق السنة) قال (الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعي

يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للايلاء الا ان المدة أقيمت مقام ابائه بعد العرض فلذا يقع عليها طلاقه * وأما وصفه فهو أبغض المباحات الى الله تعالى على ماروى أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان أبغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا وهو لايستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا ولم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه وغايته ما فيه انه مبغوض اليه سبحانه وتعالى ولم يترتب عليه ما ترتب على المكروه ودليل نفي الكراهة قوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم أمره سبحانه وتعالى أن يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لايباح الا لكبر كطلاق سودة أو ريبة فان طلاقه حفصة لم يقترن بواحد منهما واما ماروى لعن الله كل ذواق مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ماروى من قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ولايخفى ان كلامهم فيما سيأتي من التعاليل يصرح بأنه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما وانما أبيح للحاجة والحاجة ماذكرنا في بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع والاصح حظره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الاوقات أعني أوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر في رواية لابي داود ما أحل الله شيأ أبغض اليه من الطلاق وان الفعل لاعموم له في الزمان غير ان الحاجة لاتقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة المبيحة أن يلقى اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز أو يتضرر باكراهه نفسه على جماعها فهذا اذا وقع فان كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها في عصمته بلا وطء أو بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها أو لم ترض هي بترك حقها فهو مباح لان مقلب القلوب رب العالمين وأما ماروى عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه فقال أحب الغنى قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأي منه ان كان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضي الله عنهم كطلاق عمر رضي الله عنه ام عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة واحدة فقال لهن أنتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فأنتن طلاق فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا وأما اذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره والله سبحانه وتعالى أعلم * وأما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن * وأما محاسنه فنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان أكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكايد وافشاء سر الازواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلاثا لان النفس كذوبة ربما يظهر عدم الحاجة اليها أو الحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليجرب نفسه في المرة الاولى فان كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة والا أمكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عادت النفس الى مثل الاول وغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر أيضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة الاوقد جرب وفقه في حال نفسه وبعدد الثلاث تبلى الاعذار * وأما أقسامه فما أفاده المصنف بقوله (الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعي) اعلم ان الطلاق سني وبدعي والسني من حيث العدد ومن

(قوله ولانه أبعد من الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها فى العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة فى حقهن فلا يتكامل ضررا لايحاش وقوله (ولا خلاف لاحد فى الكراهة) أى فى عدم الكراهة يعنى لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق وقوله (لان الاصل فى الطلاق هو الحظر) لانه قطع النكاح الذى هو سنة فيكون محظورا وقوله (والاباحة لحاجة الخلاص) الضرورة التخليص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله عليه السلام فى حديث ابن عمر وهو ما روى البخارى وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء وأشار به الى قوله تعالى وطلقوهن لعدتهن قال ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق خير بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثانى بدعة لما فعل ذلك كذا فى بعض الشروح وليس هذا شرح ما فى الكتاب وانما شرحه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر

فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد فى الكراهة (والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة اطهار) وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل فى الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما

حيث الوقت والبدعى كذلك فالسنى حسن وأحسن (فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه) ولا فى الحيض الذى قبله ولا طلاق فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتى (ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما أسند ابن أبى شيبة عن ابراهيم النخعى ان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وقال محمد بلغنا عن ابراهيم النخعى (ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه أبعد عن الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة للتدارك حيث يمكنه التزوج بها فى العدة أو بعدها دون تخلل زوج آخر (وأقل ضررا بالمرأة) حيث لم تبطل محليتها بالنسبة اليه فان سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضررا لايحاش (ولا خلاف لاحد فى الكراهة) انها واقعة أو لا بل الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك ولما ذكرنا من قلة ضرره ذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن واعلم ان السنى المسنون وهو كالمندوب فى استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة فى نفسه ليثبت له ثواب فعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضا أو ثلاثا فمنع نفسه من الطهر الى الطهر الآخر والواحدة نقول انه يثاب لكن لا على الطلاق فى الطهر الخالى بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو أوقع واحدة فى الطهر الخالى من غير أن يخطر له داعية ذلك الايقاع سميناه طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعدتهى أسبابها وقيام داعيتها وهذا كما ترى استمر على عدم الزنا من غير أن يخطر له داعيته وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعيته وطلب النفس له وتهيؤه له وكف تجافيا عن المعصية أثيب (قوله والحسن طلاق السنة) وأنت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة قال (وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة اطهار) سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لانه المخاطب بايقاعه كذلك ويجب على الغائب اذا أراد أن يطلق أن يكتب اذا جاءك كتابى هذا وأنت طاهرة فأنت طالق وان كنت حائضا فاذا طهرت فأنت طالق وقال مالك هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل فى الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى الدارقطنى من حديث معلى بن منصور حدثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراسانى حدثهم عن الحسن قال حدثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله

حين طلق امرأته وهى حائض ما هكذا أمرك الله تعالى

(قوله حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة فى حقهن) أقول فيه مخالفة لما سبق فى اثبات خيار العتق فى باب نكاح الرقيق على ما فصل فى الشروح قال المصنف (والحسن هو طلاق السنة) أقول تخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له اذ الاحسن أيضا هو طلاق السنة

انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا و يطلقها لكل قرء تطليقة (وقوله ولان الحكم يدار على دليل الحاجة) بيانه أن الاصل فى الطلاق الحظر كما قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز أمر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالى عن الجماع مقامه وكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار (وقوله ثم قيل) اختلف المشايخ فى هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة

واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف والاظهر أن يطلقها كما طهرت لان محمدا قال فى الاصل واذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض * وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا فى طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق و بانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا

ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى أن يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر أن يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا فى طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا)

عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فأمرنى فراجعتها فقال اذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية أعله البيهقى بالخراسانى قال أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به ورد بانه رواه الطبرانى حدثنا على بن سعيد الرازى حدثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصى حدثنا أبى حدثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر وكذلك قال أبو حاتم وقيل لابى زرعة الحسن لقى ابن عمر قال نعم وأما اعلال عبد الحق اياه بعلى بن منصور فليس بذاك ولم يعله البيهقى الا بالخراسانى وقد ظهرت متابعته ولان الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها فى زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج الى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح لحسن الظاهر وطريق اعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر و يعالجها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدر أوقع أخرى فى الطهر الآخر كذلك فان قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم اذا أوقع الثلاثة فى ثلاثة اطهار فقد مضت من عدتها حيضتان ان كانت حرة فاذا حاضت حيضة انقضت وان كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت و وقع عليها ثنتان (قوله ثم قيل الاولى أن يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة) عليها وقال المصنف والاظهر أى الاظهر من قول محمد حيث قال اذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت و رجحه بانه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول أقل ضررا فكان أولى وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله (قوله وطلاق البدعة) ما خالف قسمى السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة فى الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وفى كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الامامية لا يقع بلفظ الثلاث ولا فى حالة الحيض لانه بدعة محرمة وقال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد وفى أمره

قال المصنف (احترازا عن تطويل العدة) أقول لا يقال ماذكر موهوم لا يعارض المحقق الذى هو تطويل العدة لانه لا تطويل للعدة هنا لانها ثلاث حيض كاملة ولم يزد عليها شئ بخلاف ما اذا طلقها حائضا فان الحيض الذى وقع فيه الطلاق لا يحتسب من العدة مع انه من جنسها أو يحتسب فيكمل بالرابعة ولا يتجزأ فيتكامل كما صرح به فى كتب الاصول وعلى هذا فتطويل العدة فى غاية الظهور قال المصنف (وطلاق البدعة ان يطلقها) أقول قال ابن الهمام طلاق البدعة ما خالف قسمى السنة وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة فى الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو اه يعنى الطهر الذى أوقع فيه الطلاق

صلى

صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض
وأما بطلانه في الثلاث فينتظمه ما سيأتي من دفع كلام الامامية وقال قوم يقع به واحدة وهو مروي
عن ابن عباس رضي الله عنهما وبه قال ابن اسحق ونقل عن طاوس وعكرمة انهم يقولون خالف السنة
فيرد الى السنة وفي الصحيحين ان أبا الصهباء قال لابن عباس ألم تعلم ان الثلاث كانت تجعل واحدة على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من امارة عمر قال نعم وفي رواية لمسلم ان ابن عباس
قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث
واحدة فقال عمر ان الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم وروى
أبو داود عن ابن عباس قال اذا قال أنت طالق ثلاثا بمرة واحدة فهي واحدة وروى ابن اسحق عن
عكرمة عن ابن عباس مثل ذلك وقال الامام أحمد حدثنا سعيد بن ابراهيم قال أنبأنا أبي عن محمد بن اسحق
قال حدثني داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته
ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها
ثلاثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلاثا
وفي غيرها واحدة لما في مسلم وأبي داود والنسائي ان أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال أما
علمت ان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس بل كان
الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأبي بكر وصدرا من امارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال أجيزوهن عليهم هذا لفظ أبي داود وذهب
جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين الى أنه يقع ثلاث ومن الادلة في ذلك ما في مصنف
ابن أبي شيبة والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا قال اذا قد
عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي سنن أبي داود عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاءه رجل
فقال انه طلق امرأته ثلاثا قال فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ثم قال أيطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم
يقول يا ابن عباس يا ابن عباس فان الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك وبانت منك
امرأتك وفي موطأ مالك بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس اني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى
علي فقال ابن عباس طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفي الموطأ أيضا
بلغه ان رجلا جاء الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي ثمانا تطليقات فقال ماقيل لك فقال قيل لي
بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الاجماع على هذا الجواب وفي سنن أبي داود وموطأ
مالك عن محمد بن اياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها
فجاء يستفتي فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى
تنكح زوجا غيرك قال فانما كان طلاقي اياها واحدة فقال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك
من فضل وهذا يعارض ما تقدم من ان غير المدخول بها انما تطلق بالثلاث واحدة وجميعها يعارض
ما عن ابن عباس وفي موطأ مالك مثله عن ابن عمر وأما امضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة
الصحابة له مع علمه بانها كانت واحدة الا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ هذا ان كان على
ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم كذلك لعلمهم بانا طته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فانا نرى الصحابة
تتابعوا على هذا الامر ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك أبدا فمن ذلك
ما أوجدنا له عن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وروي أيضا عن عبد الله بن عمرو بن العاص
وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي تسعا وتسعين فقال له
ابن مسعود ثلاث تبينها وسائرهن عدوان وروى وكيع عن الاعمش عن حبيب بن ثابت قال جاء رجل

وقال الشافعي رحمه الله كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم

الى علي بن أبي طالب فقال اني طلقت امرأتي ألفا فقال له علي بانت منك بثلاث واقسم سائرهن على نسائك وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبي يحيى قال جاء رجل الى عثمان بن عفان فقال طلقت امرأتي ألفا فقال بانت منك بثلاث وأسند عبد الرزاق عن عبادة بن الصامت ان أباه طلق امرأته ألف تطليقة فانطلق عبادة فسأله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة وسبع وتسعون عدوانا وظلما ان شاء عذبه الله وان شاء غفر له وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء أو عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلاث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل أما أولا فاجماعهم ظاهر فانه لم ينقل عن أحد منهم انه خالف عمر رضي الله عنه حين أمضى الثلاث وليس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة ألف ان يسمى كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتي واما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذين توفي عنهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبي هريرة رضي الله عنه وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا بايقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بأن الثلاث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن أنس بانها ثلاث أسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر ان يصير كبيع أمهات الاولاد أجمع على نفيه وكن في الزمن الاول يبعن وبعد ثبوت اجماع الصحابة رضي الله عنهم لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة إذا طلق ثلاثا مع ظهور الفرق بأن مخالفته لا تحتمل مخرجا عن الابطال لمخالفته الاذن والمكلفون وان كانوا أيضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا أجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان مقدما بأمر الشرع على ذلك الظاهر فلنا أن لا نشتغل معه بتأويل وقد يجمع بما ذكرناه من الاطلاع على الناسخ أو العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته هذا وان حمل الحديث على خلاف ظاهره مدفوع لمعارضة اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما أوجدنا لك من النقل عنهم واحدا واحدا وعدم المخالف لعمر في امضائه وظاهر حديث ابن مسعود رضي الله عنه فتأويله ان قول الرجل أنت طالق أنت طالق أنت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التأكيد في ذلك الزمان ثم صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر رضي الله عنه ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل في تأويله ان الثلاث التي يوقعونها الآن انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فأمضاه عمر رضي الله عنه واما حديث ركانة فنكر والاصح ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما أراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه قال أبو داود وهذا أصح * واما المقام الثالث وهو كون الثلاثة بكلمة واحدة معصية أولا فحكي فيه خلاف الشافعي رحمه الله استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روي ان عويمرا العجلاني لما لاعن امرأته وقال كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلاثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رضي الله عنه امرأته شهباء ثلاثا لما هنئته بالخلافة

وقال الشافعي كل طلاق مباح) يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده أيضا قال في تعليله (لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم) وهو وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا

قال المصنف (كل الطلاق مباح) أقول من حيث انه طلاق

لان المشروعية لاتجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق فى حالة الحيض حرام أجاب بقوله (بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها الا الطلاق) وكذلك يقول المحرم فيما اذا طلقها فى طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس أمر العدة عليها لايدرى أهى حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالاقراء ثم قال لا أعرف فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة بل الكل مباح * (ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم فى جميع الاديان (والدنيوية) لما فيه من المسكن والازدواج واكتساب الولد وكل ماهو كذلك ينبغى أن

والمشروعية لاتجامع الحظر بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها الا الطلاق ولنا أن الاصل فى الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث وهى فى المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة فى نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها

بعد موت على رضى الله عنه ولان الطلاق مشروع والمشروعية لاتجامع الحظر ألا ترى انه لو طلق نساءه الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلاثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لانه يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها الا الطلاق وبخلافه فى الطهر الذى جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة أهو بالاقراء أو الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان لم يطلقها فلزم ان لا طلاق شرعا الا كذلك لانه ليس وراء الجنس شئ وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا بمرة واحدة وكان يتبادر ان لا يقع شئ كما قال الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى فى غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وامكان التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوله والمشروعية فى ذاته لاتنافى الحظر الى آخره على مانبين ولنا أيضا ماقدمناه من قول ابن عباس رضى الله عنهما للذى طلق ثلاثا وجاء يسأل عصيت ربك وماقدمناه من مسند عبد الرزاق فى حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث فى معصية الله تعالى وكذا ماحدث الطحاوى عن ابن مرزوق عن أبى حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحرث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمى طلق امرأته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله فأثم وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا ومارواى النسائى عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يارسول الله ألا أقتله وأما مافى بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف وحينئذ فيجب حمل ماروى عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثا انهم قالوا ثلاثا للسنة وأيضا لنا ماذكر المصنف من أن الاصل فى الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والادلة السمعية التى ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد التى قد تعرض فى الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد قدمنا أن الحاجة باطنة فانيط الحكم بالحل على دليلها وهو الاقدام عليه فى زمن الرغبة فاذا طلقها فى كل طهر طلقة حكم بالحاجة الى الثلاث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهى ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فأجاب بمنع انتفائها

لايجوز وقوعه فى الشرع الا أنه أبيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث فان قيل فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار * أجاب بقوله (وهى) أى الحاجة (فى المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها) وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح فى الطهر الثانى والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور أجاب بقوله (والحاجة فى نفسها باقية) يعنى لاحتمال أن تكون سيئة الاخلاق بذية اللسان فيسد على الزوج باب امكان التدارك مع صفائه عن عروض

الندم قال نفر الاسلام وعلى هذا يجوز أن يباح الثلاث جملة لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى الطلاق مرتان فانه يدل على أنه مفرق ويجوز أن يراد قوله عليه السلام لابن عمر ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا الحديث

قال المصنف (ولنا ان الاصل فى الطلاق هو الحظر) أقول قال الكاكى فان قال انه مأمور به فانى يكون محظورا قلنا الامر به لاينفى الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع فى محظور فوقه كالحنث فى اليمين وقطع الصلاة الى آخر ماذكره اه قوله كالحنث فى اليمين يعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير منه ثم ليكفر عن يمينه وقوله وقطع الصلاة يعنى لادراك الجماعة

(قوله والمشروعية فى ذاته) جواب عن قوله والمشروعية لاتجامع الحظر ووجهه أن المشروع لذاته لايجوز أن يكون محظورا لذاته أما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى فى غيره كما ذكرنا من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافى اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلاة فى الارض المغصوبة وقد قررناه فى التقرير وكذا ايقاع الثنتين فى الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لاحاجة الى الجمع بين الثلاث وقوله (واختلفت الرواية) ظاهر قال (والسنة فى الطلاق من وجهين أحدهما فى الوقت والآخر فى العدد فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها) وهى أن لايزيد على الواحدة وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو مايكون نصف حاشيتيه (والسنة فى الوقت فى المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه) لما ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى دليلها (وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة) فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيأ فالرغبة فيها باقية سواء كان فى حالة الحيض وفى حالة الطهر فلم يخرج طلاقها عن السنى فى أى وقت كان

والمشروعية فى ذاته من حيث انه ازالة الرق لاتنافى الحظر لمعنى فى غيره وهو ماذكرناه وكذا ايقاع الثنتين فى طهر واحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية فى الواحدة البائنة قال فى الاصل انه أخطأ السنة لانه لاحاجة الى اثبات صفة زائدة فى الخلاص وهى البينونة وفى الزيادات أنه لايكره للحاجة الى الخلاص ناجزا (والسنة فى الطلاق من وجهين سنة فى الوقت وسنة فى العدد فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها) وقد ذكرناها (والسنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه) لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها فى حالة الطهر والحيض)

بالكلية لما قررناه فى جواب ما لا من ان الحاجة قد تتحقق الى فطام النفس على وجه يامن ظاهرا عروض الندم وطريق دفعها حينئذ الثلاث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهنا به (قوله والمشروعية فى ذاته) جواب عن قوله مشروع فلا ينافى الحظر يعنى ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه فى ذاته ازالة الرق لما قدمنا من ان النكاح نوع رق فلا ينافى الحظر لغيره وهو ماذكرنا من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنيوية فجاز اثبات مشروعيته فى ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب أحكامه مع استعقاب استحقاق العقاب اذا لم يكن مسوغ للحظر الحالى كالصلاة فى الارض المغصوبة والوجه فى تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولاينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا أحسن من قوله مشروع فى ذاته الخ اذا تأملت لان هذا التفصيل هو الواقع فى نفس الامر وسيصرح به فى وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى طلاق الحامل حيث قال ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة (قوله وكذا ايقاع الثنتين فى الطهر الواحد بدعة لما قلنا) من انه لاحاجة الى الزيادة على الواحدة (قوله واختلفت الرواية فى الواحدة البائنة قال فى الاصل) يعنى أصل المبسوط وهو الكافى للحاكم أبى الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لاحاجة فى الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفى الزيادات لايكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذه ان أبا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب نجويز أن يكون أبو ركانة طلق امرأته قبل الدخول أو انه أخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره اذ ذاك والخلع لايكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روى عن أبى حنيفة ان الخلع لايكره حالة الحيض (قوله والسنة فى الطلاق من وجهين فى الوقت والعدد فالسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) وهى أن يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا ففى التى خلا بها أولى أن يكون معصية ولايخفى ان الاستواء بينهما مطلقا ممنوع فان السنة من حيث العدد فى المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وان يلحقها باخريين عند الطهر ولا يتصور ذلك فى غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر (قوله والسنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة) وكأنه عم المدخول بها فى التى خلا بها فانها أيضا يجب مراعاة السنة فى طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذى لاجماع فيه ولا فى الحيض الذى قبله فلزم فى التخلص من البدعة فى المدخول بها مراعاة السنتين فلو أخل باحداهما لزمت

المعصية

(قوله وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو مايكون نصف حاشيتيه) أقول قوله هو راجع الى العدد

(خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها) وقوله ولنا واضح * وعورض بان ماذكرتم تعليل فى مقابلة النص فان قوله عليه السلام لابن عمر انما السنة أن تستقبل الطهر باطلاقه يدل على أن الطلاق فى حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة لخصوص السبب وأجيب بان الخصوص لم يثبت لخصوص السبب بل لقوله عليه السلام لعمر مره فليراجعها (وان كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) يعنى ان أشكل عليكم حكم اعتدادهاتين الطائفتين فحكمهن هذا وقوله (واللائى لم يحضن) مبتدأ خبره محذوف أى واللائى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر وقوله (والاقامة فى حق الحيض خاصة) قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض أصحابنا ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال شمس الائمة ظن بعض أصحابنا ان (٢٩) الشهر فى حق التى لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر فى حق التى تحيض وليس كذلك بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التى تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاق السنة وهذا لان المعتبر فى حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا تصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفى الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين أحدهما ماذكره صاحب النهاية ان الشهر لما أقيم مقام الحيض فاذا أوقع الطلاق فى أى شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق فى الحيض فكان حراما كما فى حالة الحيض والثانى ماذكره بعض الشارحين أن الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكتفى باقامة شهر

خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض مالم يحصل مقصوده منها وفى المدخول بها تتجدد بالطهر قال (واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى) لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض الى أن قال واللائى لم يحضن والاقامة فى حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء فى حقها بالشهر

المعصية وانما لزم تمام الان المراعى فى تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وزمان تجددها هو الطهر الخالى عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذى جومعت فيه أما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية وأما الطهر الذى جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة وأما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة مالم يذقها فطلاقها فى حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز أن يطلقها فى حال الطهر والحيض جميعا خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها بجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جواب بالفرق وهو قوله الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قلت هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا أمرك الله فالجواب ان الاشارة من قوله هكذا الى طلاقه الخاص الذى وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال فى رواية فى هذا الحديث فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها (قوله واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر) أى بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وسبع (أو كبر) بأن كانت المرأة آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أو لالهما بان بلغت بالسن ولم ترد ما أصلا (فأراد أن يطلقها طلاق السنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) أى لم يحضن بعد فيما مضى لان لم تقلب معنى المضارع الى المضى فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها وأيضا نص على ان الاشهر عدة بقوله تعالى فعدتهن ثلاثة أشهر والعدة فى ذوات الحيض ليس الا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فانه فى ذوات

احد مقام ثلاث حيض لان الحيض أكثره عشرة أيام ومدته ثلاث حيض تحصل فى شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفى الملزوم وأجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكن أقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشئ لا يجوز أن يكون فى معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه فى انقضاء العدة والاستبراء خاصة ألا ترى ان الطلاق بعد الجماع فى ذوات الاقراء حرام وفى الآيسة والصغيرة

قوله (وأجيب بأن الخصوص لم يثبت الى قوله بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه مره فليراجعها) أقول فان الرجعة تكون فى العدة ولا عدة على غير المدخول بها قال المصنف (واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر) أقول قوله أو كبر يعنى بان كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أو لا تحيض بأن كانت حاملا قال المصنف (فأراد أن يطلقها للسنة الخ) أقول هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وسيجىء بعد سطور بدليله الخاص (قوله والثانى ماذكره بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام والجواب عن الثاني ان الشرع أقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها العدة وهي انما تكون في ثلاثة أشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم تقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم تظهر لي فائدة هذا الاختلاف وماذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم لما أجمعوا على ان في الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر في ثلاث حيض انما كان لتحقق عدد الثلاث لا لذات الطهر على ماذكر في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه ليس بشئ كما ترى لان الزام الحجة على أحد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم قال (ثم ان كان الطلاق في أول الشهر) اذا كان ايقاع الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت أو ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق بين طلاق السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة (وهي مسئلة الاجارات) على ماسيأتي ان شاء الله تعالى قال (ويجوز أن يطلقها) أي أو كبر الآيسة أو الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) قال شمس الائمة الحلواني وكان شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل وأما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لان الافضلية لا تنافي الجواز

وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

(قوله لكان محرما كما في ذوات الاقراء) أقول سواء كان مع الطهر كما قاله ذلك البعض أولا (قوله وماذكره صاحب النهاية الى قوله ليس بشئ) أقول قوله وماذكره مبتدأ وقوله ليس بشئ خبره (قوله ويجوز أن يطلقها أي الآيسة والصغيرة أقول والاظهر ان

وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن لا تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا ههنا بشهر ولان الرغبة تعتبر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة

أو كبر (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) وبه قالت الائمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر وفي المحيط قال الحلواني هذا في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر ولا يخفى ان قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان (قوله ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها) أي في التي لا تحيض من صغر أو كبر (والكراهة) أي كراهة الطلاق في الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض أو بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا كبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ أن لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما ولما كان ظاهرا ان يقال قد علمتم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه آنفا بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع أجاب بقوله والرغبة الخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه بل انتفى سبب من أسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا الا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطء وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور تساقطتا فبقي الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان للرغبة سببين عدم الوطء مدة تتجدد الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطء غير معلق فعدم المدة فقط بالوطء القريب عدم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن أن يقال ينبغي أن يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قيل من التعليل بعدم توهم الحبل وادعاء ان الكراهة في ذوات الحيض باعتباره فانه تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر في العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها بأن لم يظهر حملها فتصبر لامر الله فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها فيه فظهر ان التعليل باشتباه وجه العدة لا أثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جومعت في الطهر وعدمه الا بتجويز أنها حملت أولا وهذا لا يختلف معه الحال التي ذكرنا من اعتدادها لا يقال انه على أصل الشافعي من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وان رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤيته ثلاثا الا اذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل ولم يظهر بل وعلى أصلنا لا تانع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ما تراه فهو استحاضة مع تجويز الحبل لا يتيقن بان ما رأته حيض أو استحاضة وهي حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها الظهر الحبل لانا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطئت في الطهر الذي يليه طهر الطلاق فلو اعتبر ما نع من الوطء فيه أيضا خصوصا في آخره والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لعروض الندم بظهور

(ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها) أي في التي نحن فيها من الآيسة أو الصغيرة (والكراهية) أي كراهية الطلاق بعد الجماع (في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة) فلا يدري ان انقضاءها يكون بوضع الحمل أو بانقضاء المدة

ما ذكره بيان حاصل المعنى والا فالضمير راجع الى من لا تحيض لصغر أو كبر قال المصنف (ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها الخ) أقول قد سبق في باب المهر انه تجب العدة في الخلوة صحيحة كانت أو فاسدة في التي لا تحيض أو لا لتوهم الشغل قال المصنف (لان عند ذلك يشتبه وجه العدة) أقول قال ابن الهمام هذا تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر في العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها فتصبر الى أمر الله فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها اه وسنح هذا للخاطر الفاتر قبل النظر الى هذا المقام من الشرح ثم قال الشارح والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وشتان حاله وحال أمه

(قوله والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذى ذكر) جواب قول زفر ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل فى الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له فى ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق أصلا أو لا يتكرر كما تقدم وانما المدخل فى ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفى الحكم الشرعى الدائر على الدليل وهو الفصل (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) واضح وقوله (وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) يعنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أى لاطهار عدتهن فنى ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفى حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها فى حقهن كالاقراء فى حق ذوات الحيض والشهر فى حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهو طهر واحد حقيقة وحكما ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق بها فصار كالممتد طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات فيه ولهما ان الزوجية والشهر دليل الحاجة كما فى حق الآيسة والصغيرة وهذا أى كون الشهر دليلا فى حق الحامل كما فى حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة (والحكم يدار على دليلها) فاذا وجد وجدما أبيح لاجله الطلاق فيكون مباحا وقوله (بخلاف الممتد طهرها) جواب عن قياس قول محمد بالفرق بان هناك لا يصلح الشهر أن يكون علما لان العلم على الحاجة فى حقها الطهر أى تجدده وهو موجود فيها فى كل زمان لانه يمكن أن تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض

والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذى ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب فى وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لانه لا يؤدى الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيه لامكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع (ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد) وزفر (لا يطلقها للسنة الا واحدة) لان الاصل فى الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر فى حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما فى حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم فى حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها فى كل زمان ولا يرجى مع الحبل

الحبل لامكان الولد وشتان حاله وحال أمه (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدى الى اشتباه وجه العدة) ان اعتبر حاظرا ولانه زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق لانه اتفق انها قد حبلت أحبه أو سخطه فبقى آمنا من غيره فيرغب فيه لذلك أو لكان ولده منها لانه يتقوى به الولد فيقصد به نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها بل الرغبة فى الوطء لكل من الامرين (قوله ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة) وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصرى (ولان الاصل فى الطلاق الحظر وقد ورد الشرع باحلال الثلاث مفرقا على فصول العدة فى ذوات الحيض) وورد باقامة الاشهر مقام الحيض فى الصغيرة والآيسة فصح الالحاق فى تفريقها على الاشهر (والشهر فى حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها) وفيها لا يفرق الطلاق على الاشهر فكذا الحامل وقول محمد رحمه الله قول الائمة الثلاثة (ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة) وقدمنا

(قوله وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق الخ) أقول مستعينا بالله تعالى تأثير ذلك الاصل ان لا يقع الطلاق الا حيث انها يوجد دليل الحاجة اليه فلما انتفى الدليل عقيب الوطء لم يجز الطلاق فيه فلا بد من زمان يتحقق فيه ذلك وهو الشهر والاولى أن يحمل قوله والرغبة وان كانت تفتر الخ على منع وجود الرغبة فيه فانها وان انتفت من الجهة التى ذكرها فقد وجدت من جهة أخرى فليتأمل (قوله وقد سقطت جهة الرغبة الخ) أقول اذا سقطت جهة الرغبة واباحة الطلاق كان الاقدام عليه فى زمان تجددها لا يباح الطلاق فيه وهو معنى وجوب الفصل (قوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة يعنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أى لاطهار عدتهن فنى ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفى حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها فى حقهن كالاقراء فى حق ذوات الحيض) أقول قال ابن العميد الاتقانى والاصح عندى مذهب محمد لان الله تعالى أوجب تفريق الطلاق على فصول العدة فى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهنا فى مدة الحبل لا يعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الاشهر فلهذا يقدر استبراء الحبل بوضع الحمل لا بالشهر اه قال المصنف (ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها) أقول لا يقال هذا مخالف لما مر فى الدرس السابق من ان دليلها هو الاقدام عليه فى زمان تجدد الرغبة لان الظاهر ان الاسناد مجازى

قال (واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له أن يراجعها) أما الوقوع فلأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ماذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول العدة عليها

(واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ماذكرناه فلا ينعدم مشروعيته (ويستحب له أن يراجعها) لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ

أنها لا تنتفي مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم والتفريق على أوقات الرغبة وهي الاطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس الا الحيض لانها العدة لا الاطهار عندنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرط دلالته كونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتور لا يكون عادة الا بعد زمان وحين رأينا الشرع فرقها على الاطهار وجعل الايقاع أول كل طهر جائزا علمنا انه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان الى مثله من أول طهر يليه وذلك في الغالب شهر فأدرنا الاباحة على الشهر وعلى هذا فالتفريق على الاشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لاقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالاثبات فيهما أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لانها محل النص على تعلق جواز الايقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك وعلى هذا التقرير سقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله من أنه تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن لما بيناه من الغاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة الى الحكم على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الاقراء وانما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنه المتقدم ان من السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء وأريد بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جماع وهذا لان لزوم التفريق طريقه ان مفهوم طلقوهن أوجدوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عمومين عموم طلاقهن لانه جنس مضاف وكذا عدتهن فقد أحل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتهن وجميعه بفم واحد حرام فكان المراد تفريقه على الاطهار أو مايقوم مقام ما يستلزمها وهذا غير لازم لان الفعل انما يدل على المصدر النكرة فالمعنى أوجدوا طلاقا عاريهن لعدتهن أي لاستقبالها وأيضا فلفظ فصول العدة غير مذكور في النصوص انما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسبة خاصة اليها اتفق انه ثلثها اتفاقا وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتها كذلك وان لم يتفق ان نسبته بالثلث وعلى هذا يقوى بحث شمس الائمة ان الشهر من فصول عدة الحامل غير انا لا نعلق به اباحة الايقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان يتجدد فيه الرغبة عند مسبوقيته بذلك القدر من الزمان (قوله واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الامامية ونقل أيضا عن اسمعيل بن علية من المحدثين وهذا (لان النهي عنه لمعنى في غيره) يعني أن النهي الثابت ضمن الامر أي قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو المراد بالامر في قوله صلى الله عليه وسلم ماهكذا أمرك الله وقوله وهو ماذكرنا أي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الايقاع عاص باجماع الفقهاء (ويستحب له أن يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين مر ابنك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع) فيندفع به قول نافي الوقوع (والحث على الرجعة والاستحباب المذكور انما هو قول بعض المشايخ) وكأنه عن قول محمد

نقل صاحب النهاية عن شيخه ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أي لاطهار عدتهن أو الامر المذكور في قوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها لما انه كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعه في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهي قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرف في الاصول وأما الاستحباب فلقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد كان طلقها في حالة الحيض (وهذا) الحديث (يفيد الوقوع) باقتضائه (والحث على الرجعة) بعبارته قال المصنف (ثم الاستحباب قول بعض المشايخ) ووجهه ان أدنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا وجوب

(قوله وهو ماذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة) أقول ولعل الاولى أن يقال يعني من كونه زمان النفرة فان المصنف عمل به

 عدم جوازه في زمان الحيض كما مر قبل أسطر (قوله وقال بعض الشارحين المراد بالنهي الخ) أقول يعني تاج الشريعة (قوله بقرينة ان الرجعة حق له) أقول بل حق لله تعالى فان الرجوع عن المعصية مما أوجبه الله تعالى على عباده

على الانسان فيما هو حقه (والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر) قيل الامر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه

وأجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار كأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بذلك فثبت الوجوب ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر فتجب عليه المراجعة وقوله (ورفعا للمعصية) معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع أثره أي أثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا الضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة وقوله (قال) يعني القدوري (فاذا طهرت) يعني بعد المراجعة (وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها) قال المصنف (وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة) ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ماذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وماذكره في الاصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر انه عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر

والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا الضرر تطويل العدة قال (فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها قال وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الاولى قال أبو الحسن) الكرخي (ماذكره قول أبي حنيفة وماذكر في الاصل قولهما) ووجه المذكور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تجزأ فتتكامل ووجه القول الآخر ان أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

رحمه الله في الاصل وينبغي له أن يراجعها فانه لا يستعمل في الوجوب (والاصح أنه واجب) كما ذكر المصنف (عملا بحقيقة الامر) فان حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم واعلم أن قول الشافعية ان لفظ الامر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة الندبية والموجبة حتى يصدق الندب مأمور به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب اذ لا يلزم من قوله مر أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فاذا لم يتعين يثبت كونه مطلوبا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب وأما عندنا فسمي الامر الصيغة الموجبة كما أن الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وان كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه لا النبي صلى الله عليه وسلم لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مر ابنك على وجوبين صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه والقائلون بالاستحباب ههنا انما بنوه على أن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب أن ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز ايجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الامر بقاء ما هو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا يصلح بحثا يوجب الوجوب لكن لا يفيد أن ماذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع ان محمدا في الاصل انما قال لفظا يدل على الاستحباب ومرجع هذا الكلام الى انكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحا بل ذلك بحث فاذا تحقق النقل اندفع وقوله والاصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية اما لتأويلها بالعصيان أو هو للطلاق في الحيض (قوله واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها) هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الاصل ولفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة أخرى راجعها وذكر الطحاوي ان له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي ماذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وماذكره في الاصل قولهما والظاهر أن ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب أبي حنيفة الا أن يحكى الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد وماذكره الطحاوي رواية عن أبي حنيفة وهو وجه للشافعية (ووجه المذكور في الاصل) وهو ظاهر المذهب لابي حنيفة من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له أن يطلقها فيطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ماذكره الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا رواه مسلم واصحاب

(قوله ومن قال لامرأته) اعلم ان من قال لمدخول بها أنت طالق ثلاثا للسنة فاما أن تكون من ذوات الاقراء أو الاشهر وكل واحد منهما على وجهين إما أن يذكر ذلك ولا نية له أو نوى شيأ فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر وكذا رأس كل شهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشئ لا يراد به ولنا ان اللام فيه أي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية

كان مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لاجماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلاث دفعة أو في حالة الحيض مذهب أهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من طلق امرأته ألفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك

(ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لاجماع فيه (وان نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى) سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان

وأصحاب السنن والاولى أولى لانها أكثر تفسيرا بالنسبة الى هذه الرواية وأقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال يمسكها حتى تطهر ان استصحاب الرجعة أو ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي أوقع فيه وهو المفهوم من كلام الاصحاب اذا تؤمل فعلى هذا اذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزأ أي ليس لجزئها على حدته حكم في الشرع والاولى أن يقول ولا يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها اذ لا يتصور حيضة الا الثانية فلغا بعض الاولى ووجه ما ذكره الطحاوي ان أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن أبي حنيفة انه اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع ما لو أخذ يدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لانه بصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا يقع الا الاولى ثم في أول كل طهر بعد حيضة تقع أخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك الى أبي حنيفة انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا اذا وقعت الرجعة بالقول أو بالمس أما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له ان يطلقها أخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر جامعها فيه وان حبلت فعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها اخرى حتى يمضي من وقت الطلاق شهر وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر له ان يطلقها لان العدة الاولى سقطت والطلاق عقب الجماع في الطهر انما لا يحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وظهر الحبل هذا في تخلل الرجعة فاما لو تخلل النكاح بان كان الاول بائنا فقيل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا وقيل في تخلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا والاوجه انه على اختلاف الرواية عنه (قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) فان نوى ذلك فأطهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر أخرى وان كان جامعها لم يقع شئ حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي يقع الثلاث للحال لانه لا بدعة

(قوله فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر) أقول وان نوى ذلك كان أظهر قال المصنف (لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لاجماع فيه) أقول قال ابن الهمام وجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فوؤداه ثلاثا في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ما قررنا اه ولك ان تقول وقت السنة للطلاق الثلاث ثلاثة اطهار لا جماع فيها وذلك ما قال المصنف فليتأمل (قوله فاذا صح الوقوع صح الايقاع الخ) أقول فيه بحث

أجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا (وان كانت آيسة أو من ذوات الاشهر) ولم تكن له نية (وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى (٣٦) لان الشهر في حقها دليل الحاجة) على ما بينا قبل هذا ان الشهر في حقها قائم

وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه و ينتظمه عند نيته (وان كانت آيسة أو من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة و بعد شهر أخرى و بعد شهر أخرى) لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلاث

عنده ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الاشهر يأتي ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وان كانت حائضا ثم لا يقع شيء الا أن يتزوجها مرة أخرى فتقع الثانية فان تزوجها أيضا وقعت الثالثة ووجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار لتقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فؤداه ثلاث في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ما قررنا وأما لو صرفه عن هذا بنيته فأراد الثلاث فانه يصح خلافا لزفر قال فانه بدعة ضد السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا اى وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل أى لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث بخلاف ما لو صرح بالاوقات فقال أنت طالق ثلاثا أوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في مثله للوقت أظهر منها للتعليل فيصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ أوقات وكذا اذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند رأس الشهر حائضا أو طاهرة لان رأس الشهر اما أن يكون زمان حيضها أو طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنيته الثلاث عند رأس كل شهر مع العلم بان رأس الشهر قد تكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا معا أو أحدهما

(قوله وان كانت) أي امرأته أي التي قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة (آيسة أو من ذوات الاشهر) التي هي فصول العدة عندهم فيتناول الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وقعت الساعة واحدة وبعد كل شهر أخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا) من أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (قوله وان نوى أن تقع الساعة ثلاث وقعن عندنا) خلافا لزفر (لما قلنا) من أنه سني وقوعا فيصح منويا وقائل أن يقول ينبغي أن تقع الثلاث في الحال متتابعة لان هذه يجوز أن يطلقها عقيب جماعه فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما وجهتم به ذلك وهو أن الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب تو الي الثلاث في الوقوع كما لو مسها بشهوة. وقال أنت طالق ثلاثا للسنة على ما مر عن أبي حنيفة حيث تقع الثلاث متتالية لان وقت كل واقع منها وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب أن لا ينحصر حل طلاقها ثلاثا بطلقات متفرقة في أن يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته أن يكون أولى و ينعطف بهذا البحث على ما تقدم أيضا

(قوله بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة الخ) اذا قال أنت طالق للسنة ولم يذكر ثلاثا وقعت واحدة في

قال المصنف (و ينتظمه عند نيته) أقول قال ابن الهمام ويكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث انتهى وعلى تقرير الشارح أكمل الدين اللام للوقت على كل حال (قوله أجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة الخ) أقول يعني ان قوله أنت طالق ثلاثا فيه جهتان البدعية والسنية فان تكلمه بهذا الكلام يقصد الحال ايقاع الثلاث جملة بدعة وحرام واتصافه بكونها ايقاعا للثلاث سني عرف بالسنة والوقوع به ليس فيه جهة الحرمة والبدعة فكان أشبه بالسنة المرضية (قوله لم يقع الساعة) أقول اذا لم ينو ذلك

فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلاث بخلاف ما اذا ذكر ثلاثا لان الثلاث مذكور صريحا فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ان نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن وأحسن فالاحسن أن يطلقها في طهر لا جماع فيه والحسن أن يطلق الثلاث في ثلاثة اطهار فاذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال أنت طالق ثلاثا للسنة أو طلاقا للسنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل

انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث

الحال ان كانت في طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها أو حائضا لم يقع شئ حتى تطهر فتقع واحدة لان اللام فيه للاختصاص أي الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلاثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى في أوقات طلاق السنة ومن ضرورة وقوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلاثا جملة اختلف فيه فذهب المصنف وفخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى أنه لا يصح وانما يقع به واحدة في الحال وذهب القاضي أبو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام الى أنه يصح فتقع الثلاث جملة كما تقع مفرقة على الاطهار لان السنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما اذا صرح بلفظ الثلاث وحققه بعضهم بان التطليقة المختصة بالسنة مستحب وهو ما عرف وبدعي وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن أحدهما بالنهي فايهما نواه صح فاذا نوى البدعي صح لانه محتمل كلامه ومختار المصنف أوجه لان مع نية الجملة لا تكون اللام للوقت مفيدة للعموم وما وقع الثلاث الا عن ضرورة تعميمها بالوقوع لان مجرد طالق لا تصح فيه نية الثلاث على ما سيأتي ان شاء الله تعالى فاذا فقد تعميم الاوقات لم يبق ما يصلح لايقاع الثلاث فلا تعمل نية جملتها وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعي فايهما نواه صح ان أرادوا أنه اذا نوى الطلاق العام الذي هو أحد القسمين صح منعناه لان طالقا لا يراد به الثلاث أصلا بلا خلاف في المذهب على ما سيأتي لعدم احتماله اياه فلا يراد به وان أرادوا أنه اذا نوى فردا من الطلاق البدعي أو المستحب صح فمسلم ولا يفيد وقوع الكل وليس ثم موجب آخر لغرض أن اللام ليست لعموم الوقت ليس غير وأورد عليه بعض الشارحين منع أن تعميم الاوقات يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على أنه اذا قال أنت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلاث لما سيعرف من أنها بطلاق واحد تكون طالقا كل يوم وكذا بطلاق في وقت من أوقات السنة تصير به طالقا في جميع أوقاتها المستقبلة وهذا غير مطابق للمتنازع فيه لان الكلام فيما اذا نوى بقوله أنت طالق للسنة تعميم أوقات السنة بالوقوع لا فيما اذا لم تكن له نية وقد ذكرنا أنه اذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم تقع به واحدة بلا نية ولو نوى فيه تجدد الواقع في الايام عملت نيته فيقع الثلاث في ثلاثة أيام نعم هذا يصلح اشكالا على صحة وقوع الثلاث مفرقا على الاطهار في هذه المسئلة ومفرقا على الايام في المسئلة الموردة بناء على ما ذكرنا من أن طالقا لا يقبل التعميم والسنة على ما قرر المصنف لوقتها فيفيد تعميم الوقت لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع في العدد بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب أنها طالق في جميع أوقات السنة المستقبلة وفي

على التفريق على الاطهار كما ترى ونقل قاضيخان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله سبب اختيار المصنف عدم الوقوع جملة والله أعلم

(قوله فيفيد تعميم الوقت) أقول يعني اذا نوى ذلك (قوله وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف) أقول فيه ان زيدا مثلا موجود اليوم واليوم الذي قبله وهكذا فالظرف لوجوده متكرر وليس لوجوده تكرر (قوله وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء) أقول ان شئت تمام تحقيق الكلام وتبيين المرام فراجع كتب الاصول وانظر مباحث الاقتضاء قال المصنف (ومن ضرورته تعميم الواقع فيه) أقول قال الاتقاني ولنا فيه نظر لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه ألا ترى انه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لا تقع الا طلقة واحدة عندنا خلافا لزفر مع أن الوقت عام كما ترى من لفظ اليوم ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى ولك ان تقول وزان ما ذكرته وزان قولنا زيد موجود كل يوم فيحمل على استمرار الطلاق الواحد اذا لم تكن له نية بخلاف قولنا انت طالق للسنة فانه يفيد اختصاص الطلاق لاوقات السنة اذا أريد تعميم الوقت والطلاق المستمر لا يختص بوقت السنة بل يوجد كل وقت فلا مجال للحمل عليه بل يحمل على المتجدد فاللام في قوله تعميم الوقت للعهد يعني وقت السنة ومن ضرورة تعميم وقت السنة تعميم الواقع فيه فليتأمل

﴿فصل﴾ (ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم) لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار

كل الايام فلم يوجب تعميم طالق فى عدد الطلاق ولا يحتمله فلا يحتمل حينئذ التعميم فلا تصح نيته وسنذكر ماذكرمن وجه تصحيحه فى فصل اضافة الطلاق ان شاء الله تعالى *(فروع)* ألفاظ طلاق السنة على مارو ى بشر عن أبى يوسف للسنة وفى السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والاسلام وأحسن الطلاق واجمله أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية لان كل ذلك لا يكون الا فى المأمور به ولو قال طالق فى كتاب الله أو بكتاب الله أو معه فان نوى طلاق السنة وقع فى أوقاتها والا وقع فى الحال لان الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج الى النية ولو قال على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء فان نوى السنة دين وفى القضاء يقع فى الحال لان قول القضاة والفقهاء يقتضى الامرين فاذا خصص دين ولا يسمع فى القضاء لانه غير ظاهر ولو قال عدلية أو سنية وقع عند أبى يوسف للسنة ولو قال حسنة أو جميلة وقع فى الحال وقال محمد فى الجامع الكبير وقع فى الحال فى كليهما لان هذه الصفات جاز أن توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتأخر فيقع فى الحال واعتبر أبو يوسف الغالب وباقى هذا الفصل تشبيه الطلاق ولو قال طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث فى الحال يقع لانها محتمل كلامه وكذا الواحدة فى الحيض والطهر الذى فيه جماع وان لم تكن له نية فان كان فى طهر فيه جماع أو فى حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته وان كانت فى طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض أو يجامعها فى ذلك الطهر

﴿فصل﴾ (قوله ولا يقع طلاق الصبي) وان كان يعقل (والمجنون والنائم) والمعتوه كالمجنون قيل هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وقيل العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وهذا يؤدى الى ان لا يحكم بالعته على أحد والاول أولى وما قيل من يكون كل من الامرين منه غالبا معناه يكثر منه وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذلك وهذا (لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون) والذى فى سنن الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله وضعفه وروى ابن أبى شيبة بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما لا يجوز طلاق الصبي والمجنون وروى أيضا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه انه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخارى أيضا عن على رضى الله عنه والمراد بالجواز هنا النفاذ وروى البخارى أيضا عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له أهلية التصرف وأدرناها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل الا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعى تمام العقل ليحكم به التمييز فى ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبنى الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان

﴿فصل﴾ لما ذكر طلاق السنة لانه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع فى بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون)

﴿فصل﴾ قال المصنف

والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون فظاهر وأما الصبي فلأن المراد به ما هو المعتدل منه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة (والنائم عديم الاختيار) في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه (وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار) لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار (بخلاف الهازل فانه مختار) فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك ألا ترى ان من أراد أن يقول لامرأته اسقني فقال أنت طالق وقع وان لم يكن مختارا لحكمه لكونه مختارا في التكلم (ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته) أي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه والمخبر عنه اذا كان كذبا فيما لا خبار عنه لا يصير صدقا وقوله في حال أهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقرير حجته أن المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار أهونهما واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته أن يتخلص عما أوعد به من القتل أو الجرح وقوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود وأما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد والهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره أجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب أما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلا فكان اختيار الهازل أيضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار أحدهما بالآخر جائزا

(وطلاق المكره واقع) خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل

الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر رضي الله عنهما جواز طلاق الصبي ومراده العاقل ومثله عن الامام أحمد والله أعلم بصحة هذه النقول (قوله وطلاق المكره واقع) وبه قال الشعبي والنخعي والثوري (خلافا للشافعي) وبقوله قال مالك وأحمد فيما اذا كان الاكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروي عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار أهونهما عليه غير انه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير لهذا في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا تأثير للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة بل اما حكم الدنيا واما حكم الآخرة والاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والاعم وروى محمد باسناده عن صفوان بن عمر والطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا والا ذبحتك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وروى أيضا عن عمر رضي الله عنه انه قال

(ولنا انه قصد ايقاع الطلاق) أقول اى قصد التكلم بما هو موضوع لايقاع الطلاق كذا قيل وفيه بحث (قوله والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة الخ) أقول وأيضا لو أريد ذلك لكان الطلاق البدعي حلالا وليس كذلك (قوله والمخبر عنه اذا كان كذبا) أقول اى غير واقع (قوله لا يصير صدقا) أقول اى واقعا (قوله فانه اذا لعلة فيه) أقول اى في الطلاق (قوله فكانا متساويين) أقول اى من تلك الجهة

(وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي عدمه) والوجه من الجانبين على ماذكر في الكتاب واضح خلافا لمن في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم وأطلق الزوال مجاراة للخصم لم يضره ذلك واعترض بوجهين أحدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجر له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة أولى لان الزجر والعقوبة

هنالك أتم وأجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وأمكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكانت جهة اباحته تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب وأما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شئ فيجعل راجعا عما أقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين أحدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا وأما غيره فهو ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا أكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق وأكد ذلك بقوله (حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه) لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان في الصداع أثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك وأجيب بأن الاضافة الى علة العلة انما

(وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه

أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة وأما الوجه القائل ان الاكراه لا يزيل الخطاب فيما أكره فيه حتى يباح مرة ويفترض ويحرم أخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل أو وجب الاقدام عليه اذا كان تلفظا ولا يلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الاكراه أحكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعتها ليسهل حفظها في قولي

يصح مع الاكراه عتق ورجعة * نكاح وايلاء طلاق مفارقي
وفيء ظهار واليمين ونذره * وعفو لقتل شاب عنه مفارقي

وهذا في الاكراه على غير الاسلام والا فبالاكراه على الاسلام تتم أحد عشر لان الاسلام يصح معه

(قوله وطلاق السكران واقع) وكذا عتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وما في بعض نسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس مذهبا لاصحابنا لانه اذا قال نويت به أو ذكر كناية من الكنايات مثل أنت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكر الذي يصح به التصرفات ان يصير بحال بحيث يحسن ما يستقبحه الناس أو يستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي في الاصح وأحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وأبو ثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه ان أقل ما يصح التصرف معه وان كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح أو مظنته وليس له ذلك وهو أسوأ حالا من النائم لانه إذا أوقظ يستيقظ بخلاف السكران وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له والا صحت ردته ولا تصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم فرعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه

(قوله ليس فيه امكان انفصال) أقول يعني نظرا الى نفسه وان كان الانفصال تطرا الى الاكراه وحالة الاضطرار لا يضر ذلك بخلاف السفر فانه نظرا الى نفسه ليس بمعصية بل كونه معصية انما هو بالنظر الى الغير (قوله واما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شئ فيجعل راجعا عما أقر به الخ) أقول اذا جعل مع زوال عقله غير زائل العقل زجرا فلم يجعل مع عدم رجوعه راجعا فان ذلك ليس بمناسب للزجر

في الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه فادرنا عليه واعتبرنا أقواله وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فأفتى المزني بحرمتها وافتى أسد بن عمرو بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شأنها فيهم فلما ظهر من أمرها من الفساد كثيرا وفشا عاد مشايخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها وهذا الوجه من الجانبين يفيد ان الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة الى آخره وبه يبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تميزه الرجل من المرأة والعجب ما صرح به في بعض العبارات من ان معه من العقل ما يقوم به التكليف اذ لا شك ان على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص وان كان قبل سكره يستلزم ان يكون مخاطبا في حال سكره اذ لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا وبدلالات النصوص والاجماع فانه لما ألحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحدود والقصاص حتى حد وقتل اذا قذف وقتل فلأن يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق أولى وانما لم يعتبر اقراره بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجبه راجعا عما أقر به عقيبه وعدم صحة ردته لان صريح النص ما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو أثبتناه في أصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب اكفاره التشديد فيما يوجبه ولان الاكفار والحالة هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط في الاكفار بل يحتاط في عدمه ولان ركنها الاعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم اكفار الهازل لانه أيضا لا يعتقد ما قاله من الكفر هزلا والواقع اكفاره لانا نقول اكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لان زائل العقل لا يوصف بأنه مستخف بشيء وفي جعل الفقه لان ابقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل تقتضي بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وادخال الآفة قصدا ينبغي أن نقول يقع فان عبد العزيز الترمذي قال سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قالا ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الضرورة مبيحة فكان محمل هذا ما قلنا وعن ذلك قلنا اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة أعني الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل الى المعلول الاخير ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة له في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخص فلم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق به التشديد لاضافة زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا الوشر بها مكرها أو لاساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الائمة الثلاثة وبه قال بعض مشايخنا وفخر الاسلام وكثير منهم على انه يقع لان عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول أحسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب في زواله بسبب محظور وهو منتف والحاصل ان السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والاشربة الاربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها مختارا اعتبرت عباراته وأما

تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما اذا جن

وقوله (وطلاق الاخرس واقع) ظاهر وقوله (وطلاق الامة ثنتان) أنث الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر ووجه الاستدلال له بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ماهو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله قال الله تعالى ولقد كرمنا بني آدم الآية ومعنى الآدمية في الحر أكمل اصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة وخلوصه عن معنى المالية التي تجعل المملوك في قرن البهائم ملزوزا (فكانت مالكيته أبلغ) فان قلت الدليل (٤٣) أخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا والدليل

يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت (ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان) ووجه الاستدلال أنه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتان فلم تبق اللام للجنس فان قيل يجوز أن يكون المراد بها الامة تحت عبد عملا بالحديثين أجيب بأنه يفضي الى أن يكون الهاء في وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصا لها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر أو عبد بالاتفاق فيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام يكون المراد بالامة الامة تحت حيث عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابة لا تجدي في مقام الاستدلال

(وطلاق الاخرس واقع بالاشارة) لانها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى (وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا) وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان

من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ويفتي بقول محمد لان السكر من كل شراب محرم (قوله وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت مفهومة فكانت كالعبارة) في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه سواء قدر على الكتابة أولا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك أدى الى موته جوعا وعطشا وعريانا ثم رأينا أن الشرع اعتبرها منه في العبادات ألا ترى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا لما أجمله الاخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والاخرس فيها كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء وسنفصله ان شاء الله تعالى موصولا بكنايات الطلاق (قوله وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بالرجال والعدة بالنساء) فان كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين وان كان حرا وهي أمة لا تحرم عليه الا بثلاث ونقل أن الشافعي لما قال عيسى بن أبان له أيها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلاثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت أوقع أخرى فلما أراد أن يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة وبقول الشافعي قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما له ما روى عنه صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء فابل بينهما واعتبار العدة بالنساء من

(قوله فان قلت الدليل أخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا الخ) أقول فيه ان حال العبد علم من قوله ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكان مالكيته أبلغ وأكثر فان الافعل يقتضي التشريك في أصل الفعل (قوله لكان لبعض الاماء) أقول يعني لا يكون لكل الاماء (قوله أجيب بانه يفضي الى قوله فيكون تخصيصا لها الخ) أقول مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا مطلقا وعند الشافعية أيضا اذا كان في مقابلة المنطوق وهنا كذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم العدة بالنساء (قوله والجواب ان ذلك خطابة) أقول أي ما ذكره الخصم في وجه الاستدلال من انه يجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة

ولان حل المحلية نعمة فى حقها والرق أثر فى تنصيف النعم الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان وتأويل ماروى ان الايقاع بالرجال (واذا تزوج العبد امرأة) باذن مولاه وطلقها (وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته) لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

حيث العدد فكذا ما قوبل به تحقيقا للمقابلة فانه حينئذ أنسب من أن يراد به الايقاع بالرجال ولانه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وفى موطا مالك أن نفيعا مكاتبا كان لام سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كان تحته امرأة حرة فطلقها تطليقتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يأتى عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت بخلاف مارواه وما مهد من معنى المقابلة لانه فرع صحة الحديث أو حسنه ولا وجد له حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف وقال الحافظ أبو الفرج بن الجوزى موقوف على ابن عباس وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطا موقوف عليه وعلى عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابى والالزام انما يكون بعد الاستدلال لان حقيقته نقض مذهب الخصم بما لا يعتقده الملزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون الا اذا كان ما نقض به مما يعتقده صحيحا وهو منتف عنده فى مذهب الصحابى فهو فى مذهبه وفى معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما روينا فان قلت قد ضعف أيضا ما رويتم بأنه من رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا أولا تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم وثانيا بأن ذلك التضعيف ضعيف فان ابن عدى أخرج له حديثا آخر عن المقبرى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ عشر آيات فى كل ليلة من آخر آل عمران وكذا رواه الطبرانى ثم منهم من ضعفه عن أبى عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وأبى حاتم والبخارى تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس قال ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمى مشايخنا بجرح فاذن ان لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ومما يصحح الحديث أيضا عمل العلماء على وفقه وقال الترمذى عقيب روايته حديث غريب والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفى الدارقطنى قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغنى عن صحة سنده انتهى والله أعلم (قوله ولان حل المحلية نعمة) تزيد بزيادته ولذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله (والرق أثر فى تنصيف النعمة) فى الشرع كما عرف (الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان) يعنى يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقه اياها لكن العقدة لا تتجزأ فكملت كالطلقة والحيضة فى حقها ثم لو تم أمر مارواه كان المراد به ان قيام الطلاق بالرجال لانه لو كان احتمالا للفظ مساويا للتأييد بما روينا فكيف وهو المتبادر الى الفهم من ذلك اللفظ كما هو فى قولهم الملك بالرجال (قوله واذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح يثبت للعبد) لان ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على أصل الحرية الا أنه يحتاج فى ابتداء تملكه اياه الى اذن المولى لانه لم يشرع بلا مال فى حق الابتداء والبقاء فى حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث تؤخذ هى فيه وفى ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه اياه فاذا التزمه حتى ثبت له الملك كان ليه دفعه لا الى غيره وفى سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رضى الله عنهما جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم رجل فقال

(ولان حل المحلية) أى حل أن تكون المرأة محل النكاح نعمة فى حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة فى حقها يتنصف بالرق فان للرق أثرا فى تنصيف النعم فى الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنتين فكذا فى حق النساء فانها لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضى أن لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا أى طلقة ونصف طلقة تنقيصا لحل المحلية (الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان) ومذهبنا قول على وابن مسعود وقوله (وتأويل ماروى) يعنى قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره خاصة أجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة فى الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك بقوله الطلاق بالرجال (واذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد) لكونه من خواص الآدمية والعبد مبقى فيها على أصل الحرية فكان يجب أن يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو قلنا به تضرر المولى فيه فتركناه لاجله

﴿ باب ايقاع الطلاق ﴾

(الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي) لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة

يارسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما انما الطلاق لمن أخذ بالساق ورواه الدارقطني أيضا من غيرها والله أعلم ﴿فرع﴾ الوكيل بالطلاق اذا لم يكن بحال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا أو رجعيا فلو وكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة واذا انقضت عدتها ينعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله أعلم بالصواب

﴿ باب ايقاع الطلاق ﴾

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الاولية السني والبدعي واعطاء لبعض أحكام تلك الكليات وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات فان المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لاعطاء أحكامها هكذا أو مضافة الى بعض المرأة واعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي منزل منزلة تفصيل يعقب اجمالا فظهر ان المراد باب بيان أحكام ما به الايقاع والوقوع لا أنه أراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجا (قوله فالصريح قوله أنت طالق الخ) ظاهر الحل يفيد ان لا صريح سوى ذلك وليس بمراد فسيذكر منه التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كانت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لاشعار الكاف بعدم الحصر وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بانه ما اجتمع فيه طلق بصيغة التفعيل لا الافعال الا أن يقال الوقوع بالمصدر لتأوله بطالق (قوله فكان صريحا) فان ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا صريح فان لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الالفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق دون غيره الا أن في قوله في تعليل عدم افتقارها الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لان الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا قلنا المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لا استعمالهما شرعا مرادا هو بهما (قوله وانه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكمين كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية) أما الاول فقيد بما اذا لم يعرض عارض تسمية مال أو ذكر وصف على ما سيأتي وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله تعالى والمطلقات يتربصن فعلم أن الصريح يستعقبها للاجماع على أن المراد بالبعولة في الآية المطلقون صريحا حقيقة كان أو مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا

بعلا

﴿ باب ايقاع الطلاق ﴾

لما فرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال (الطلاق) أي التطليق (على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي) لكون هذه الالفاظ صريحة والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ورد بأنه قال أحق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه وأجيب بان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة وهي لا تترك الا بدليل

﴿ باب ايقاع الطلاق ﴾

قال المصنف (ولا تستعمل في غيره) اقول أي غالبا بقرينة قوله لغلبة الاستعمال فيندفع التدافع بين كلاميه

وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جارية بالخيار له وللمشترى

بالنص (ولا يفتقر الى النية) لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة

بعلا حقيقة فلا حاجة الى اثباته فى ذلك وأما قولهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ثم ايراد ان حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا الا مجازا وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك بل قد يقال أيضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بمعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع فى البيع الذى فيه خيار شرط للبائع فان معناه رد المبيع عن أن يخرج عن ملكه عند مضى المدة بفسخ السبب فى الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا به بعد تأثير السبب كما فى رد المشترى المبيع بالعيب يعنى الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث آخر على ان كونه فى الاول حقيقة مما يمنعه الخصم ويدل عليه أيضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فانه أعقبه الرجعة التى هى المراد بالامساك وهو الانسب بقول المصنف وانه يعقب الرجعة بالنص وذلك لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل فدل على ابقاء النكاح بعد الرجعى وهو المطلوب الآخر وأما الثانى وهو كونه لا يفتقر الى النية فنقل فيه اجماع الفقهاء الا داود فانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا هذا احتمال يعزب اخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوى ام لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال فى وقائع الاحوال كالعموم فى المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة اطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيأ أصلا يقع لا أنه يقع وان نوى شيأ آخر لما ذكر أنه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل فى رواية كما سيذكر ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما بمعناه أو النسبة الى الغائبة كما يفيده فروع هو انه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوى طلاقا لا تطلق وفى متعلم يكتب نافلا من كتاب رجل قال ثم وقف وكتب امرأتى طالق وكلما كتب قرن الكتابة بالتلفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال لقوم تعلمت ذكرا بالفارسية فقولوه معى فقال زن من بسه طلاق فقالوه لم يحكم عليهم بالحرمة وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيأ آخر كذا نقل من فتاوى المنصورى وما فى الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسى من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أو لا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضى عدم الخلاف فى الوقوع فى مسئلة الذكر وفيها فى الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل وطلاق الرجل الذى أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع وفى النسفى قال أبو حنيفة لا يجوز الغلط فى الطلاق وهو ما اذا أراد أن يقول اسق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين وقال أبو يوسف لا يجوز الغلط فيهما وفى الخلاصة أيضا قالت لزوجها اقرأ على اعتدى أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا فى القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينو وهذا يوافق ما فى المنصورى ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسئلة التلقين بالعربية والذى يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى وقوله فيمن سبق لسانه واقع أى فى القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالعتاق يدين بخلاف الهازل لانه مكابر باللفظ

فانه لم يثبت الملك فيها للمشترى ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع (ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه) والصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى النية وقوله (وكذا اذا نوى الابانة) معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة يعنى ان لم ينو شيأ

قال المصنف (لغلبة الاستعمال) أقول قال ابن الهمام لا يخفى عليك ان الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال فى غيره والغلبة فى مفهومها الاستعمال فى الغير قليلا ففيه تدافع للتقابل بين الغلبة والاختصاص انتهى يجوز أن يكون المراد فيما سبق ولا يستعمل فى غيره غالبا بقرينة كلامه الثانى كما أشرنا اليه (قوله وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه) أقول وأيضا يستعمل الرد فى الوديعة والعارية ولا زوال ملك فيهما (قوله وقوله وكذا اذا نوى الابانة) معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة أقول فيكون فى كلامه تسامح حيث جعله معطوفا على قوله وانه يعقب الرجعة مع انه معطوف على محذوف وهو قوله ان لم ينو شيأ

وكذا اذا نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل أن يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن كان أسلم وموضعه أصول الفقه وقوله (فيرد عليه) يعني (٤٦) قصده وتقريرا لحجة لانه قصد تقديم ما أخر الشرع الى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في

لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن أبي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص

فيستحق التغليظ وسيذكر في أنت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني اللفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل أنه اذا قصد السبب عالما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده الا ان أراد ما يحتمله واما أنه اذا لم يقصده أو لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم وفسر بأمرين أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع انه قاصد للسبب عالم بحكمه فالغاؤه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر أن يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله بلى والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده اليه فهذا تشريع لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاسباب التي لم تقصد وكيف ولا فرق بينه وبين الناسي عند العليم الخبير من حيث انه لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه وانما لا يصدقه غير العليم وهو القاضي وفي الحاوي معزوا الى الجامع الاصغر ان أسد اسئل عمن أراد أن يقول لزينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما أما التي سماها فلانه لم يردها وأما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح وأما ما روي عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه (قوله وكذا اذا نوى الابانة) أي بالصريح يقع رجعيا وتلغو نيته (لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة) عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك (فيرد عليه) لانه استعجل ما أخر الشرع كما ترد ارث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه (قوله ولو نوى الطلاق) أي بقوله أنت طالق (عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر) الا أن يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله (ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى) لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة

قتل المورث وأصله بقرة بني اسرائيل (ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة (لم يدين في القضاء) أي لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تديينا وكلته الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفيف وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه في ذلك (ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله) اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا (ولو نوى به) أي بقوله طالق (الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو) قيل أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فان الطلاق ليس برفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن (عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخليص) فكان معناه أنت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره أما اذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة

(قوله جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة) أقول التقييد بعدم ارادة البينونة يقتضي دليلا (قوله وهو قيل أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل الخ) أقول فعلى هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل ثم أقول لكن الاولى من جهة المعنى هو ان يعود الى المرأة أي هي غير مقيدة بالعمل لاحساوه وظاهرا ذهو ليس بقيد محسوس وأما شرعا فلان المرأة لا يجب عليها العمل

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال

بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ وعن أبي حنيفة يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص فكانه قال أنت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال أنت طالق من هذا العمل صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه يظن انه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه قليلا وكل ما لا يدينه القاضي اذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لا يسعها أن تدينه لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر (قوله ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها) أي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه أي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية ❁ فروع ❁ لو قال لها يا مطلقة بالتشديد أو يا طالق وقع ولو قال أردت الشتم لم يصدق لان النداء استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذا كان يمكنه اثباته بذلك اللفظ بخلاف قوله يا ابني لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية أبي سليمان وهو حسن وينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقا ثم ناداها به لا تطلق وقد روى وكيع عن ابن أبي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة ابن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الطيبة فقالت ما قلت شيأ فقال هات ما أسميك به فقالت سمني خلية طالق قال فأنت خلية طالق فجاءت الى عمر فقالت له إن زوجي طلقني فجاء زوجها فقص القصة فأوجع عمر رأسها وقال له خذ بيدها وأوجع رأسها ولو قال طلقتك أمس وهو كاذب كان طلاقا في القضاء ولو قال فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها الى أبيها أو أمها أو أختها أو ولدها وامرأته بذلك الاسم والنسب فقال عنيت أخرى أجنبية لا يصدق في القضاء بخلاف الاقرار لفلان بن فلان اذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لا يلزمه الاعطاء ويحلف ما له عليه هذا المال لا ما هو فلان بن فلان ولو قال هذه المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في ابطال الطلاق عن المعروفة الا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بالطلاق أو على اقرارهما به قبل ذلك أو تصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال امرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق امرأته الا بالنية وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال ان خرجت من البلدة قبل ان أقضيك حقك فامرأتي فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق اذا خرج قبله ولو قال لاحدى نسائه يا زينب فأجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت المجيبة ولو قال أردت زينب طلقتها هذه بالاشارة وتلك بالاقرار هذا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فانما يقع على التي قصدها ذكره في البدائع ولو قال أنت زينب فقالت عمرة نعم فقال اذن أنت طالق لا تطلق ولو قال عليك الطلاق أو لك اعتبرت النية ولو قال قولي أنا طالق لا تطلق حتى تقولها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح احداهما فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال احدا كما أو احدى امرأتي طالق ويقع أيضا بالتهجي كانت ط ا ل ق وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م اذا نوى صرح بقيد النية في البدائع ولا يقع بأطلقك الا اذا غلب في الحال ولو قالت أنا طالق فقال نعم طلقت ولو قاله في جواب طلقني لا تطلق وان نوى ولو قيل له ألست طلقتها فقال بلى طلقت أو نعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فان أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما ايجاب المنفي ولو قال خذي طلاقك فقالت أخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلقك الله أطلقها في النوازل مرة ثم أعادها وشرط النية وهو الحق وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك ويقع به في القضاء ولا يصدق الا اذا أشهد على ذلك قبل التكلم بان قال امرأتي تطلب

(ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا) واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية

(ولا يقع به الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التمييز

منى الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا ويصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق أولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلوانى ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى ولو قال نساء أهل الدنيا أو الرى طوالق وهو من أهل الرى لا تطلق امرأته الا ان نواهار واه هشام عن أبى يوسف وعليه الفتوى وعن محمد روايتان ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه فى الاصح وفى نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهى فيه تطلق ونساء أهل القرية منهم من ألحقها بالدار ومنهم من ألحقها بالمصر ولو قال طلاقك على لا يقع ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل تطلق رجعية نوى أو لا وقيل لا يقع وان نوى وقيل فى قول أبى حنيفة يقع وفى قولهما لا يقع فى واجب و يقع فى لازم وقيل بل فى قول أبى يوسف يرجع فى ذلك كله الى نيته وقيل يقع فى واجب للتعارف به وفى الثلاثة لا يقع وان نوى لعدم التعارف وفى الفتاوى الكبرى للخاصى المختار انه يقع فى الكل لان الطلاق لا يكون واجبا أو ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت الا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق وهذا يفيد ان ثبوته اقتضاء و يتوقف على نيته الا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء فى صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى ان قصده وقع والا فانه قد يقال هذا الامر على واجب بمعنى ينبغى ان أفعله لانى فعلته فكأنه قال ينبغى ان أطلقك وقد تعورف فى عرفنا فى الحلف الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا يريد ان فعلته لزم الطلاق و وقع فيجب أن يجرى عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت كذا فأنت طالق وكذا تعارف أهل الارياف الحلف بقوله على الطلاق لا أفعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لانه ترخيم وهو غلط اذ الترخيم اختيارا فى النداء وفى غيره انما يقع اضطرارا فى الشعر ولو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث ان نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم أنو لا يصدق اذا كان فى حال مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد والا صدق ومثله بالفارسية تو بسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة فان عنى به الطلاق وقع والا فلا لانه نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لاجل فلانة لان أفعل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما اذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته فقال لها ذلك فانه يقع وان لم ينو وكذا لو قال أنت أزنى من فلانة لا يحد لانه ليس صريحا فى القذف وعن محمد فيمن قال لامرأته كونى طالقا أو اطلقى يقع لان قوله كونى ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس أمرا بل كناية عن التكوين وكينونتها طالقا يقتضى ايقاعا قبل فيتضمن ايقاعا سابقا وكذا قوله اطلقى ومثله قوله للامة كونى حرة (قوله ولا يقع به) أى بالصريح المقيد بالالفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقة طلقتك لا تطلق (الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) لان الصريح مطلق لان منه المصدر وبه يقع الثلاث بالنية (وقال الشافعى يقع ما نوى) وهو قول الائمة الثلاثة وزفر وقول أبى حنيفة الاول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لان الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو يحتمله اتفاقا (ولهذا) أى ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير (صح قران العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز) وحاصل التمييز ليس الا تعيين أحد محتملات اللفظ و يدل عليه حديث ركانة انه أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتى البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال والله ما أردت الا واحدة فردها النبى صلى الله عليه وسلم عليه وأيضا اذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن

وهو

وقوله (ولا يقع به) من كلام القدورى متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق أى لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة (الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك وقال الشافعى يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق) لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه (ولهذا) أى لكونه محتمل لفظه (يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير) وكل ما هو محتمل اللفظ تصح نيته

قال المصنف (ويكون نصبا على التفسير) أقول أى نصبا على التمييز وفى التلويح فى مبحث الامر لانسلم انه تفسير بل تغيير الى ما يحتمله مطلق اللفظ ولهذا قالوا اذا قرن بالصيغة ذكر العدد فى الايقاع يكون الوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لامرأته طلقتك ثلاثا أو واحدة وقد ماتت قبل ذكر العدد لم يقع شئ انتهى

ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا الطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا (واذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فان لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلاث)

وهو كناية ففي الصريح الاقوى أولى (قوله ولنا انه نعت فرد) قيل غير مستقيم لان الكلام ليس في المرأة الموصوفة انها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان والثلاث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته وتحرير التقرير أن أنت طالق اذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن ان الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فاما أن يكون أثبته اقتضاء تصحيحا لاخباره فلا يتجاوز الواحدة اذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك أو نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لا يصار اليه الا بموجب نقل وهو منتف لان جعله موقعا لا يستلزم نقله لان باثباته اقتضاء يحصل المقصود ويعترض بالقطع بتخلف لازم الاخبار اذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل وبه يندفع ما قيل انه اخبار من وجه انشاء من وجه بل هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم انه انما نقله الى انشاء ايقاع الواحدة فجعله موقعا به ما شاء استعمال في غير المنقول اليه الا أن ينقل ان الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم انما يتفرع عن ارادة الاستعمال اللغوي ونقله الى الانشاء ببانه لانه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على ان المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد أصلا بل يختلف بالكيفية وبين ما يعقبه الرجعة شرعا وما لا لا في الكمية وحينئذ يتفق كلامهم هنا وفي البيع حيث جعل المصنف بعت انشاء حيث قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلاث في مطلقة وطلقتك لانه صار انشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثا لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره أي طلاقا أي تطليقا ثلاثا كما ينصب في الفعل مصدر غيره مثل أنبتكم من الارض نباتا أو يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقها وطلقي نفسك لان المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح ارادته منه لانه لا نقل فيه الى ايقاع واحدة هذا ونقض بطالق طلاقا فانه يصح ارادة الثلاث مع ان المنتصب هو مصدر طالق ويدفع بأن طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فصح أن يراد به الثلاث على ارادة التطليق به معمولا لفعل محذوف تقديره طالق لاني طلقتك تطليقا ثلاثا بقي انه يرد ارادة الثلاث بانت الطلاق وهو صفة المرأة والجواب انه اذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطليق فيصح نية الثلاث ونوقض بأنه لا يجوز في طالق عند ارادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليك التطليق وجاز في المصدر وقد يدفع بانه لو أريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ما ذكرت انه لو صح أن يراد اسم المفعول صحت ارادة الثلاث والفرض ان صريح اسم المفعول كانت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد هو به فالجواب ان الذي لا يقبله هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ما التزمنا الجواب به والذي يراد بطالق ليس للانشاء فتأمل ويدل على انه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر في الصحيحين انه طلق امرأته في الحيض فلم يستفسره النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلاث منه لاستفسره يدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد في سنن

والضد لا يحتمل الضد وقوله (وذكر الطالق) جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له وقوله (والعدد الذي يقرن به) جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح وقوله (واذا قال أنت الطلاق) واضح

قال المصنف (ولنا انه نعت فرد) أقول فيه نظر لان قوله نعت فرد لا يناسب المقام لان الكلام في عدم صحة نية الطلقتين بالطلاق لا في عدم صحة نية المرأتين به فتأمل كذا قال الزيلعي والظاهر ان مراد المصنف سد باب قابلية نية الثلاث عن هذا اللفظ من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالاولوية فليتأمل قال المصنف (معناه طلاقا ثلاثا) أقول وانتصابه بفعل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لاني طلقتك ثلاثا

ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أى عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان فى حق الحرة فعدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحيد يراعى فى ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى بمعزل منهما

أبى داود انه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال والله ما أردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يمضى حكم المحتمل حتى يستفسر عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل بحقائقها لانها يراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يسأله كما لم يسأل ابن عمر ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسأله وانما احتملت حقائقها أعنى معنى البينونة التى تفيده البتة كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصح أن يراد كل من النوعين غير انه اذا لم يكن له نية ثبت الاخف للتيقن (قوله ووقوع الطلاق باللفظة الثانية) يعنى طالق الطلاق وبالثالثة وهى طالق طلاقا وما فى الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا لم يكن الا بالمصدر وبلغو طالق فى حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان الواقع هو العدد والا يشكل فانه حينئذ يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان وهو باطل فى الحرة لما عرف وهذا يقوى المروى عن أبى حنيفة انه لا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وان لم يذكر الا فى المنكر (قوله وأما وقوعه باللفظة الاولى) وهى الطلاق (فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أى عادل فصار كقوله أنت طالق) ويرد انه اذا أريد به طالق يلزم أن لا تصح فيه نية الثلاث وسنذكر جوابه (قوله ولا يحتاج فيه الى النية) أى فى أنت الطلاق الى نية لانه صريح فى غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم يغلب استعماله فيه وقول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا فى طالق الصريح فيثبت له حكم طالق لا يقال فيلزم فى سائر الكنايات انها صرائح لانا نمنع انها مستعملة فى الطلاق بل فى معانيها الحقيقية على ما سيتحقق ولذا أوقعنا بها البائن فان قيل فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح فى طالق ويحتمل أن يراد على حذف مضاف أى ذات طلاق وعلى هذا التقدير تصح ارادة الثلاث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا أوجه ان شاء الله تعالى مما قيل انه وان أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلاث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا ذاته التى هى هواء مضغوط فاذا فرض ان معناه الذى أريد به ليس الا ما لا تصلح ارادته منه فكيف يراد به ذلك الذى لا يصح ويمكن أن يراد به انها عين الطلاق ادعاء وتصح معه أيضا ارادة الثلاث وعليه قول الخنساء * فانما هى اقبال وادبار * يعنى الناقة لا على ان المراد مقبلة ومدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا تصح خلافا لزفر والشافعى الا أن تكون المرأة أمة لهما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث قلنا نية الثلاث لم تصح باعتبار انها كثرة بل باعتبار انها فرد من حيث انه تمام جنس واحد بخلاف الثنتين فى الحرة لانه عدد محض وألفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى

وقوله (فصار بمنزلة قوله أنت طالق) اعترض عليه بان قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث كما لم تصح فى أنت طالق وأجيب بأن نية الثلاث انما لا تصح فى طالق لانه نعت فرد كما تقدم وأما الطلاق فهو مصدر فى أصله وان وصف به فلم يخرج جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث وبقية كلامه واضح

(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق)

فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنها وقد ذكر الطحاوي انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة وأما المحلى فيقع به الثلاث قال الجصاص هذه التفرقة لا يعرف لها وجه الا على الرواية التي رويت عن أبي حنيفة في أنت طالق طلاقا ان تكون واحدة وان نوى ثلاثا لان المصدر ذكر للتأكيد ونفي المجاز لا للايقاع أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفي المغني لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى أبي يوسف ما قول القاضي الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقي يا هند فالرفق أيمن * وان تخرقي يا هند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال أبو يوسف هذه مسئلة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها فأتى الكسائي فسأله فأجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطا بعيدا عن معرفة مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية وأساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله أهل الثبت من هذه المسئلة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف أصلا ولا للرشيد ولعل أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في النصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد بفتوى فدفعها الى فقرأتها عليه فقال ما قول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقي يا هند فالرفق أيمن * وان تخرقي يا هند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلاث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلاثا منصوبا يقع ثلاث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء حال فيبقى قوله أنت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلاثا منصوبا على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال أنت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلاث تفسير لما وقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة أما الرفع فلان أل في الطلاق إما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل أي المعتد به واما للعهد الذكري أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث فعلى العهدية يقع الثلاث وعلى الجنسية واحدة وأما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث اذ المعنى حينئذ فأنت طالق ثلاثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فانما يقع ما نواه هذا ما يقتضيه اللفظ وأما الذي أراده الشاعر فالثلاث لانه قال بعده

فبيني بها ان كنت غير رفيقة * وما لامرئ بعد الثلاث مقدم

انتهى وتخرقي بضم الراء مضارع خرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ولا يخفى ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة ان كان ثلاثا وأما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر بقي أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذكري وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر انه أراده كما أفاده البيت الاخير فجواب محمد بناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) تقدم انه اذا أراد

وقوله (ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى) فان لم تكن موطوءة لغا الثاني وان كانت موطوءة (يصدق) ويقع طلقتان رجعيتان

قوله ومضارع خرق بكسرها كذا في النسخ والذي في كتب اللغة ان المضارع المضموم للماضي المضموم كتبه مصححه

(لان كل واحد منهما صالح للايقاع) بتقدير المبتدا في الثاني كما لو قال أنت طالق وطالق (ولو أضاف الطلاق الى جملتها) مثل قوله أنت طالق لان التاء ضمير المرأة وذكر هذا وان كان قد علم مما قبله تمهيد الذكر ما بعده (أو الى

لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها (واذا أضاف الطلاق الى جملتها أو الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق) لانه أضيف الى محله وذلك (مثل أن يقول أنت طالق) لان التاء ضمير المرأة (أو) يقول (رقبتك طالق أو عنقك) طالق أو رأسك طالق (أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) لانه يعبر بها عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم وياوجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر

بطالق طلاقا أو الطلاق ثنتين لا يصح فأفاد هنا انه لو أراد هما بالتوزيع صح ووجهه بقوله (لان كلا منهما صالح للايقاع فكانه قال أنت طالق وطلاق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها) وهذا منقول عن أبي يوسف والفقيه أبي جعفر ومنعه فخر الاسلام لان طالقا نعت وطلاقا مصدره فلا يقع الا واحدة وكذا في أنت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعدده وصحة الارادة به الا باهدار لزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهر ان الاولى في التشبيه أن يقال فصار كقوله أنت طالق طلاق لا طالق وطلاق وان صح الآخر من جهة المعنى (قوله وان أضاف الطلاق الى جملتها أو الى ما يعبر به عن الجملة وقع) ومثل المضاف الى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى أن الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورقبتك الخ والتحقيق ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع أو بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو أحد الاقوال في أنت انه برمته ضمير أو التاء وان عماد أو ان واللواحق حروف تدل على خصوص المراد (قوله أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) هذه أمثلة ما يعبر به عن كل الانسان وذكر استيعابا لانتهائها وأما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج أن يركبن السروج وضعفه وأين لفظ ذات الفرج من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة طلاقا للبعض على الكل (قوله رأس القوم) أي أكبرهم (وياوجه العرب) يعني يا أوجههم وبه يندفع ما أورد ان الاستدلال به فاسد لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الرأس منه لان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى ياوجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لانه عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم ياوجه العرب يا أيها العرب اه ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم بعض فاثبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجههم أي أشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك أي ذاته الكريمة وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق أو اثنا بخير مادام رأسك سالما يقال مراد به الذات أيضا (قوله ومن هذا القبيل الدم) يعني في رواية تطاق ويراد به الكل وهي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح ورواية كتاب العتق لا تصح فانه

قوله لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدا في الثاني) أقول حينئذ كان الاليم للمصنف أن يقول فكانه قال أنت طالق أنت طالق ثم أقول فان قيل كيف يصح تقدير المبتدا في الثاني وهو منصوب لانه قد لا يلتفت الى الاعراب خصوصا في العامي قال المصنف (أو الى ما يعبر به عن الجملة) أقول يعني الى الجزء الذي يعبر به عن جملة الانسان من حيث هو انسان فلا يرد اليد والعين لان التعبير فيهما من حيث انه تاجر وجاسوس فليتأمل والتفصيل في مباحث البيان في المطول قبيل الاستعارة (قال المصنف ويقال فلان رأس القوم وياوجه العرب) أقول والكلام وان كان على التشبيه الا انه يعلم منه جواز استعارة الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه الا انه لا يدل هذا على جواز ارادة الشخص نفسه من الرأس المضاف الى ضمير المخاطب كما في سيد القوم وسيدك والاظهر أن يستدل بقولهم أمرى حسن مادام رأسك سالما وقولهم في الدعاء يعيش رأسك وقوله تعالى ويبقى وجه ربك

ولو قال يدك طالق أو رجلك لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والسن والظفر لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون حالا محله فاذا أضيف اليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع فان قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح اذا أضيف اليه ثم يسري الى الكل أجاب بقوله بخلاف ما اذا أضيف اليه النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان (وفي الطلاق الامر على القلب) يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء وقوله (٥٣) (ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله)

(وكذلك ان طلق جزأ شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك) طالق لان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة (ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق) وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه تفضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا أضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا أضافه الى ريقها أو ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صح عدم الوقوع (قوله وكذلك ان طلق جزأ شائعا) يعني يقع عليها كنصفها وربعها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة (قوله ولو قال يدك طالق أو رجلك) وهذا يقابل معنى الاول أي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر لا يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر أو آلى أو أعتق إصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لا تصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف (قوله لهما) حاصله قياس مركب نتيجة الاول انه أي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فحمل صغرى ويضم اليها وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع (قوله ولنا الخ) حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلا للحل

ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي اتباع لا محالة فاذا ورد عليها ما دخل الاتباع كما في شراء تلك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكرا للتبع وأما ذكر التبع فلا يكون ذكرا للاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال أردت اضمار صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني اذا قال لها رأسك طالق وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد أن نقول بانها لا تطلق ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد أن نقول بأنها تطلق

(قوله كالاصبع والشعر والظفر) أقول فعلى هذا يكون قول المصنف وظفرها رد المختلف الى المختلف (قوله أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال أردت اضمار صاحبها طلقت) أقول يمكن أن يدعى مثل ذلك في لعن الله الفروج كما جاء مصرحا به في بعض الروايات وكذا في قوله تعالى فتحرير رقبة وغيره وقيل تأنيث الفعل يأبى عن تقدير المضاف ولا يخفى عليك ان التأنيث بناء على اكتسابه اياه من المضاف اليه والشرط موجود لان الاخذ يسند الى اليد أيضا (قوله وانما الكلام من حيث الحقيقة) أقول يعني بدون الاضمار

واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن (وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت) طالقا (تطليقة واحدة) لان الطلاق لا يتجزأ وذكر بعض مالا يتجزأ كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا

واذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف (والاظهر انه لا يصح) أي الايقاع بكل واحد منهما لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لو قال ظهرك أو بطنك على كظهر أمي لا يكون مظاهرا (وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة) لانه ذكر بعض مالا يتجزأ وهو الطلاق اذ نصف التطليق أو ثلثه غير مشروع وذكر بعض مالا يتجزأ كذكر الكل كما عفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا أقام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزأ وجب اكماله والا لزم ابطال الدليل (وكذا الجواب في كل جزء سماه) والنصف كالربع والثمن والسدس وغيرها (لما بينا) انه لا يتجزأ

لكونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه أي تسليمها نفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أو لا ثم يثبت الحل تبعا له حكما لهذا الحكم والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك و يرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من أجزاء الهوية لان المنع خطاب ولا يتعلق بالاجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في ذلك بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبها كما أراد عز قائلا في قوله عز قائلا ذلك بما قدمت يداك أي قدمت وعناه صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما أخذت حتى ترد وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالاضافة اليها لان الطلاق مبني على العرف ولذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدري به لا يقع ولا مناقشة في هذا انما الخلاف في ان ما يملك تبعا هل يكون محلا لاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل فاما على مجاز في الكل لا اشكال انه يقع يدا كان أو رجلا بعد كونه مستقيما لغة أو لغة قوم (قوله واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن) وكذا لو قال ظهرك علي أو بطنك على كظهر أمي أي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى الظهر مقحم فيه أما لو كان فيهما عرف في ارادة الكل بهما ينبغي أن يقع ولذا لا يقع بالاضافة الى البضع وما في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلواني تصحيف انما هو بعضك أو نصفك وفي الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندي فيه نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لان البضع بمعنى الفرج أيضا ويقع في الفرج دون البضع لجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك وهذا ان حقيقة الامر أن يقال يقع بالاضافة الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا يتصور التعبير به هذا وقد يقال على المصنف ان كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب ان لا يقع بالاضافة الى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان فيجب أن لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه وأيضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذ لم يشترط في الوقوع به النية والصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك (قوله وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة) وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن أو قال جزء من ألف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لا يقع به لان بعض الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفى ان المراد بغيره ما ليس اياه والا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل وتصرفه ما أمكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن للمذكور جزء كان كذكر كله تصحيحا كالعفو

(قوله

(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف تطليقتين تطليقة) فثلاثة انصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير قال فخر الاسلام انما أورد يعني محمد اهذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد نصفته لا يكون الا نصفين فالقول بالثلاثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلقات واستعمل في ذلك ثلاثة انصاف تطليقتين باعتبار ماذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات ومن الناس من قال لا يقع شئ لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول يقع واحدة لان ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله أنت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما أراد (٥٥) أو مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها أنت طالق ثلاثة ارباع تطليقتين لم تطلق الا ثنتين ولم نقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا وأجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح بين فان الاجزاء التي أوقعها هناك وهي ثلاثة أرباع موجودة في التطليقتين لان ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام عن ظاهره وههنا الاجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلاثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ماذكرنا (ولو قال أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع طلقتان) وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلاثة انصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلاثة لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلاثة انصاف تطليقة ثلاث طلقات لاستحالة

(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا) لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا

(قوله ولو قال لها أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة) وقيل ينبغي أن لا تقع الثالثة لان في ايقاعها شكا لأن ثلاثة انصاف تطليقتين يحتمل ماذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان الطلقتين اذا انتصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفنا طلقتين ونصفنا كلا من طلقتين والثاني هو الموجب للاربعة الانصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين (قوله ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل) وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي والعتابي وعرف منه انه لو قال نصفي تطليقة يقع واحدة (وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا) والثلاث كالجمع اختصارا للمتعاطفات فكأنه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة اذ ليس للشئ الا نصفان فيقع ثنتان اتجه لان نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثاها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلاث لان النكرة اذا أعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فأوقع من كل تطليقة جزأ ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من أخرى وعلى هذا لو قيل يقع ثلاث اذا قال نصف طلقة وثلثاها وسبعة أثمانها لم يبعد الا ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت أجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه أضاف الاجزاء الى واحدة نص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشايخ ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين

(قوله وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول فينبغي أن تكون المسئلة خلافية (قوله لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل الخ) أقول فيه انه لا يعقل كون ثلاثة انصاف جزأ لشئ الا أن يكتفى بجزئية النصف

(ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند أبي حنيفة وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث) وقال زفر في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

وكذا ما زاد الى ثمان فان زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ بين ولفظ الاشراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال أشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلاث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شئ فينقسم الثلاث بينهن نصفين قسمة واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الاولى فلا يمكنه أن يرفع شيأ مما أوقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه أن يسوي الثانية بها بايقاع الثلاث عليها ولانه أوقع الثلاث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشراك في كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما وقد ورد استفتاء فيمن قال لزوجته أنت طالق ثلاثا وقال لاخرى أشركتك فيما أوقعت عليها والثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما وبعدان كتبنا تطلق الثلاث ثلاثا ثلاثا قلنا ان وقوعهن على الثالثة باعتبار انه أشركها في ست وفي المبسوط أيضا لو قال لامرأتين أنتما طالقتان ثلاثا ينوي ان الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلاثا وكذا لو قال لاربع أنتن طوالق ثلاثا ينوي ان الثلاث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلاثا (قوله أنت طالق من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان) وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقالا في الاولى وهي قوله من واحدة الى ثنتين وما بين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلاث وما بين واحدة الى ثلاث يقع ثلاث وقال زفر في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى ما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلاثا ثم قال المصنف في قول زفر وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط واعلم ان زفر لا يدخل الحدين لا الاول ولا الثاني والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة الى وحتى لانها المنتهى فوجه ما ذكر المصنف باستعمال الغاية في الحد أي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو البيع مثلا فلا يدخل الحدان فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه أبي حنيفة حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر انما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للاصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلاث لان الغاية لا تدخل تحت المغيا فألزمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل اعماله ليبين انه غير متروك الظاهر لا القياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل للقياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى أبي حنيفة ما نسب الى الاصمعي غير انه قال له في الالزام كم سنك فقال له زفر ما بين ستين الى سبعين فقال له أبو حنيفة سنك اذا تسع سنين وهذا بعيد اذ يبعد ان يجيب فيما بين واحدة الى

ثلاث

قال (ولو قال أنت طالق من واحدة قوله لغا آخر كلامه) أقول يعني قوله من واحدة الى واحدة قولهما أولا تدخلا وهو قول زفر أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبي حنيفة والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد وجه قول زفر ان غاية الشئ لا تدخل فيه والا لم يكن غاية كما في المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروى ان أبا حنيفة بحجه حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن أنت ابن تسع سنين فتحير وروى فخر الاسلام ان الاصمعي هو الذي بحجه على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامرأته أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين يكون ابن تسع سنين فتحير زفر واستحسن في مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شئ وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشئ الواحد حدا ومحدودا لغا آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي أنت طالق

ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام فى العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم الى مائة ولابى حنيفة ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سنى من ستين الى سبعين أو ما بين ستين الى سبعين ويريدون ماذكرناه يعنى الاكثر من الاقل أو الاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى فى قوله من واحدة الى ثنتين وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضا لان الاكثر فيه الثلاث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر الثنتان وليس بشئ لان قوله لان الاكثر فيه يعنى فى الطلاق وليس الكلام فى الاكثر فى الطلاق وانما الكلام فى الاقل والاكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما فى قوله من واحدة الى ثلاث وقوله سنى من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما فى قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا يسقط الاعتراض وقوله (وارادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم الى مائة وهو ظاهر

قوله (وأجيب بأنه يتمشى الى قوله والاقل من الاكثر ثنتان) أقول فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحد الى اثنتين عند أبى حنيفة رحمه الله وليس كذلك (قوله وانما الكلام فى الاقل والاكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه) أقول لانسلم ذلك الا يرى انه لو قال من واحدة الى عشر يقع ثنتان عند أبى حنيفة رحمه الله والمسئلة فى شرح الكنز للزيلعى وفتح القدير (قوله وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد الخ) أقول فيه بحث فانه اذا تخلل بينهما شئ يراد الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل فلا وجه للتخصيص الذى ذكره الشارح ولا يلائمه قول المصنف فانهم يقولون سنى من ستين فليتأمل (قوله معناه اذا لم يكن بينهما ذلك) أقول لابد لذلك من دليل ولم يذكر من طرف أبى حنيفة رحمه الله

وقوله (ثم الغاية الاولى) جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس أن لا تدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لا بد أن تكون موجودة لانه أوقع الثانية ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هذا الحائط ووجه ذلك انه قياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها وأما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا انه لا بد من وجودها (٥٨) لضرورة الثانية ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة

ولم يضطر فيه الى الاولى لوقوع الثانية وأجيب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث واشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر

ثم الغاية الاولى لا بد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

بطالق واحدة كذا هنا يجب أن يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة وأورد اذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة أجيب بأن ثانية لغو فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله هنا من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر في ايقاع الثانية فلا يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى فان قيل لفظ ما بين هذا وهذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما ووقوعهما فيقع الثلاث والجواب ان ذلك في المحسوسات اما ما نحن فيه من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا فني من الستين الى السبعين يصدق اذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك القدر بقي أن يقال ان هذا ان انتهض عليهما لا ينتهض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان ما بين انما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل من حيث هي ما بين الواحدة والثلاث فلا احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلاث ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار مؤدى أجزاء لفظه وهي لا توجب الا دخول ما بين الحدين ولا مخلص الا بادعاء ان العرف أفاد ان مثله يراد به ذلك في أي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر (قوله بخلاف) جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا الجزئ الحائط بالفرق بان التطليقة الثانية واقعة ولا وجود لها الا بوقوع الاولى فوقعت ضرورة بخلاف الغاية في البيع فانها لم تدع ضرورة الى ادخالها في المغيا فبقيت الغايتان خارجتين وأنت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلاثة ليس الا بقضية اللفظ ومسئلة البيع لاظهار ان اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبي حنيفة ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى آخره فاقتضى في من واحدة الى ثلاث وقوع ثنتين لانهما الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخلاف بعت من هذا الحائط الى هذا الحائط لان التعارف انما وقع في الاعداد نحو من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ونحوه فبقي اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فان العرف أعطى ان قضيته عدم وقوع الثانية ﴿فرعان﴾ لو قال من واحدة الى عشرة يقع ثنتان عند أبي حنيفة وقيل يقع ثلاث لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بألف وطلقها ثلاثا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة نقل عن أبي يوسف بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن في الغاية (قوله ولو نوى واحدة) أي في من واحدة الى ثلاث وفي ما بين واحدة الى ثلاث اذا كان فيه عرف الغاية (قوله لانه خلاف الظاهر) وفيه تخفيف عليه

(قوله ولا بد من وجودها الخ) أقول اذا كانت الطلقة الاولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغي أن يقع بهذا الكلام واحدة عنده (قوله وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا الخ) أقول لم لا تثبت الطلقة الاولى اقتضاء ويلغو كلام العاقل ينبغي أن تأمل فيه ولعل وجهه صون فعله عن الكراهة فان ايقاع الطلقتين معا مكروه كما سبق (قوله وسيجيء نظيره في رأس الورقة الثانية وتفصيله ان صون كلامه عن الالغاء وصون فعله عن الكراهة تعارضا فبقي الاصل وهو عدم الاقتضاء (قوله في ايقاع الطلاق بالاتفاق) أقول يعني منا ومن زفر (قوله ولو نوى في قوله من واحدة الى ثنتين الخ) أقول فيه بحث فانه اذا قال من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين تقع واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله قضاء وديانة فما وجه هذا الكلام ويجوز أن يقال مراده يصدق عندهما وفي أشباههما يصدق عنده وعندهما فليتأمل فان بيانه قول المصنف لما ذكرنا بما بين يأبى عن هذا

(ولو قال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهى واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب) فيما بينهم ان واحدة فى ثنتين اثنان (ولنا ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى زيادة المضروب) لان الغرض به ازالة كسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة فى ثنتين واحدة ذات جزأين وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها) كما لو قال أنت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة (فان نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث لانه يحتمله لان

(ولو قال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهى واحدة) وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب أثره فى تكثير الاجزاء لا فى زيادة المضروب وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها (فان نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث) لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما فى قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لان كلمة فى تأتى بمعنى مع كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثانى (ولو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون أربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه

(قوله ولو قال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب) عالما بعرف الحساب (فهى واحدة) ففيما اذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة وقال زفر والحسن بن زياد يقع ثنتان بعرف الحساب وهو قول مالك والشافعى فى وجه اذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب فلو كان ممن يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال أحمد وعندنا يقع واحدة بكل حال وجه قول زفر ان عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر فقوله واحدة فى ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثنتين فى ثنتين ثنتين مرتين فكأنه قال طالق أربعا فيقع الثلاث فالالزام بانه لو كان كذلك لم يبق فقير فى الدنيا لا معنى له أصلا لان ضربه درهمه مثلا فى مائة ألف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندى درهم فى مائة فهو كذب وان كان على الانشاء بجعلته فى مائة لا يمكن لانه لا يتجعل بقوله ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشئ (قوله أثره فى تكثير المضروب لا فى زيادة العدد) والطلقة التى جعل لها أجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى ان هذا لا معنى له بعد قولنا ان عرف الحساب فى التركيب اللفظى كون أحد العددين مضعفا بعدد الآخر فان العرف لا يمنع والفرض انه تكلم بعرفهم واراده فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها (قوله فان نوى واحدة وثنتين) بقوله واحدة فى ثنتين وهى مدخول بها وقعت ثلاثة لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها أنت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين واراد معنى لفظة مع بها ثابت كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى وفى الكشاف ان المراد فى جملة عبادى وقيل فى أجساد عبادى ويؤيده قراءة فى عبدى فهى على حقيقتها على هذا ولا يخفى ان تأويلها مع عبادى ينبو عنه وادخلى جنتى فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالاوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ويتجاوز عن سيآتهم فى أصحاب الجنة وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله فى الاقرار بان قال له على عشرة فى عشرة وادعى الخصم الجميع أى مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضى انه ما أراد الجميع أما لو أراد معنى الظرف لغا ولم يقع الا المذكور أولا فتى

يعنى فى قوله ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى زيادة المضروب

الواو للجمع والظرف يجمع المظروف) وقوله (ولو كانت غير مدخول بها) واضح (وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث) سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن (لان كلمة فى تأتى بمعنى مع كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى) عند بعض أهل التأويل وهذا لان أحد العددين لا يصلح أن يكون ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له (ولو نوى الظرف تقع واحدة) لان الطلاق معنى فقهى لا يصلح أن يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثانى (ولو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب) والضرب تضعيف أحد العددين بقدر ما فى العدد الآخر كالاربعة فى الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات (فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون أربعا بعرف الحساب (لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه)

قال المصنف (كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى) أقول أنت خبير بأنه لا مانع هنا عن حمل فى على الظرفية بل هى الظاهرة قال ابن الهمام ولا يخفى ان تأويله مع ينبو عنه وادخلى جنتى فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالاوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ويتجاوز عن سيآتهم فى أصحاب الجنة انتهى

(ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة يملك الرجعة وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) والطول يستعمل فى القوة وقوة الشئ انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك فى البائن دون الرجعى فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال أنت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف صح تعليله بالطول أجيب بأنه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية أقوى من التصريح لكونها دعوى الشئ ببينة وموضعه علم البيان وأقول هذه خطابة لاتكاد تنهض فى مقام الاستدلال وقيل يجوز أن يكون عنده فى هذه المسئلة روايتان وهذا أقرب (وقلنا الابل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع فى الاماكن كلها) فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ماوراءه (ولو قال أنت طالق بمكة أوفى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد وكذا لو قال أنت طالق فى الدار لان الطلاق لايتخصص بمكان دون آخر)

(ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة يملك الرجعة) وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا الابل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع فى الاماكن كلها (ولو قال أنت طالق بمكة أوفى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد وكذلك لو قال أنت طالق فى الدار) لان الطلاق لايتخصص بمكان دون مكان

واحدة فى ثنتين واحدة وفى ثنتين فى ثنتين ثنتان اتفاقا لان الطلاق لايصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثانى (قوله ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة رجعية وقال زفر بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) وأورد عليه انه لو قال طالق طلقة طويلة أوعريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة هنا بالطول أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحا فيوقع به الرجعى وكناية فيوقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصريح كما فى كثير الرماد لانه أبلغ من جواد لانه اثبات الجود له ببينة أعنى كثرة الرماد وانه تعليل على مذهبنا الزاما كانه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بأن قال طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بالاولى لما قلنا وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية فى صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكاة مع ان الزكاة لاتسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك أوان عنه فى المسئلة روايتين كما جوزه فى الكافى لان بعض المشايخ قال فى دليله لانه وصفه بالطول ولو قال أنت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لاتحصل البينونة عنده بأحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكأنه قال كالجبل لكن مقتضى هذا أن لايقتصر على قوله لانه وصفها بالطول بل يقول لانه وصفها بالطول والعرض (قوله قلنا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع فى كل الدنيا وفى السموات) ثم هو لايحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعى وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها الى مكان وهو لايحتمل ذلك أصلا فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشى انه انما مد المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال ولا يصلح صاحب الحال فى التركيب الا الضمير فى طالق (قوله ولو قال أنت طالق بمكة أوفى مكة طلقت فى الحال) وكذا فى الدار وان لم يكن فى مكة ولا الدار وكذا فى الظل والشمس والثوب كالمكان فلو قال طالق فى ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال أنت طالق وأنت مريضة وان قال عنيت اذا لبست واذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة أوفى مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء (قوله لان الطلاق لايختص بمكان دون مكان) المعنى ان الطلاق لايتصور ان يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق المعنى بعد رفع القيد الشرعى معدوم فى الحال وقد جعل الشارع لمن له التخلص بلفظ وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود أمر معدوم حتى اذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضع شرعيا لا لزوما عقليا والزمان والافعال هما الصالحان لذلك لان كلا منهما معدوم فى الحال ثم يوجد أو قد يوجد فتعين التعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذى هو عين ثابتة فلا يتصور الا ناطة به ولو أناط به قبل وجوده فالمناط انما هو

قال المصنف (لانه وصف الطلاق بالطول) أقول قال الزيلعى لايقال انه لو صرح بالطول لايكون بائنا عنده فكيف يمكن ايقاع البائن عنده بهذا القول لانا نقول الكناية أقوى من الصريح فجاز أن يختلف ألا يرى ان قولهم فلان كثير الرماد أبلغ فى الوصف بالكرم من قولهم جواد ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن تقع به البينونة عنده بخلاف ما اذا وصفه بالطول لانه لايستعظم بما ذكره فى الكافى وجاز أن يكون له روايتان وفى الغاية يحتمل أن يستفاد من قوله من ههنا الى الشام وجوده المبالغة فى الطول أى بالطول الكثير فحذفت الصفة كقوله تعالى يأخذ كل سفينة غصبا أى كل سفينة صحيحة أوصالحة أوسليمة انتهى وفى قول صاحب الكافى ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض بحث لان العرض غير مذكور فى دليله على ماذكر فى هذا الكتاب

وقوله (وان عنى به) ظاهر وقوله (عند تعذر الظرفية) انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على أن يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقاربة أى لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قال شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط

وان عنى به اذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر وكذا اذا قال أنت طالق وأنت مريضة وان نوى ان مرضت لم يدين فى القضاء (ولو قال أنت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) لانه علقه بالدخول ولو قال أنت طالق فى دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

﴿فصل﴾ فى اضافة الطلاق الى الزمان (ولو قال أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر) لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وذلك بوقوعه فى أول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص فى العموم وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر

وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان فى الاضافة والتعليق يكون مستقبلا أما الحال فانما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق وأما اضافته الى ماض خال عنه فليس فى وسعه فيلغو ويصير أنت طالق فيقع به فى الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك فى أثره الشرعى لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا يمكن اعتباره شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال فى دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل) أى بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط لمقاربة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه أعنى الظرف وكذا اذا قال فى لبسك أو فى ذهابك وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا أو غيره حتى لو قال فى مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلى

﴿فصل فى اضافة الطلاق الى الزمان﴾ ذكر فى باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع أى ما به الايقاع على ما قدمناه الى مضاف وموصوف ومشبه وغيره معلق بعد خول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذى هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والمظن نوع والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدها تترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة فوضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلى فصار صنفا وقيل للواضع صنف العلم أى جعله صنفا فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وان صح أيضا فيهم وعلم بما ذكرنا انها تباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ما ذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب (قوله ولو قال أنت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد) لان جميعه هو مسمى الغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لانه خلاف الظاهر (وقوله لانه نوى التخصيص فى العموم) تنزيل للاجزاء

﴿فصل فى اضافة الطلاق الى الزمان﴾ ذكرهنا فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه اضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط (ولو قال أنت طالق غدا) على ماذكره فى الكتاب واضح وقوله (نوى التخصيص فى العموم وهو) أى العموم (يحتمل التخصيص) فكان من محتملات كلامه نيته المحتمل صحيحة فيصدق ديانة (لكنه مخالف للظاهر) لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقائل أن يقول العام ما يتناول أفرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من أجزائه لا من أفراده وحينئذ لا يكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة

﴿فصل فى اضافة الطلاق﴾ قال المصنف (لانه نوى التخصيص فى العموم) أقول فيه تجوز والمراد نوى الجزء من الكل فنزل الاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غد انكرة فى سياق الاثبات فلا تعم (قوله لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار) أقول وهذا لا يوافق كلام المصنف والموافق له أن يقول اسم لجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس كما قاله الاتقانى

(ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذى تفوه به) فيقع فى الاول فى اليوم وفى الثانى فى الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثانى فى الفصلين

(ولو قال أنت طالق اليوم غدا) ظاهر واعترض بانه لم لا يجعل غدا ظرفا لطلاق آخر وأجيب بأنه يحتاج الى تقدير أنت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه فى غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم فى الصورة الثانية وهى قوله أنت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم أجيب بأن ايقاع الثانية فيها يفضى الى المكروه وهى ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها فيكون الثانى لغوا

(قوله أجيب بأن ايقاع الثانية فيها يفضى الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها الخ) أقول وهذا يجرى فى الصورة الاولى أيضا

منزلة الافراد والافلفظ غدا نكرة فى الاثبات فليس من صيغ العموم (قوله ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يقع فى أول الوقتين الذى تفوه به) أما الاول فلانه نجزه فلا يرجع متأخرا الى وقت فى المستقبل وأورد عليه انه لم لم يعتبر لاضافة أخرى لا الاضافة عين ما نجز والجواب ان اعتبار كلامه ابقاعا للحاجة وهى مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لمراعاتها وقوع أخرى فانها اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت بالعطف بان قال أنت طالق اليوم وغدا أو أول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لانها طالق فى الغد وآخر النهار بطلاقها فى اليوم وأول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الاول بالآخر فلم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز فظهر انه مضاف لا انه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع ومانحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم ايقاع فى الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما للتنافى واعتبار المعلق أولى لان فى اعتباره الغاء كلمة واحدة وهى لفظة اليوم وفى اعتبار المنجز الغاء كلمات وهى قوله اذا جاء غد لانه لم يقع الفرق فى الجوابين بأنه لم يتوقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال المغير الشرطى ولم يتوقف فكان تنجيزا مع اتصال المغير الاضافى فان قيل لم لم يجعل الثانى ناسخا أجيب بأن النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخيره وأما الثانى وهو قوله طالق غدا اليوم فلانه وقع مستقيما مضافا وبعد ما صح مضافا الى غد لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطليقة أخرى وانما وصفها بتطليقة واحدة لانها لزمت اضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثانى ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مستبد فى نفسه متراخ وهو منتف هنا فان قلت فما وجه المسئلة اذا وسطت الواو فالجواب اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغدا أو فى ليلك ونهارك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها فى أول الوقتين تكون طالقا فى آخرهما ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلا نية فان نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك وان قدم المتأخر كطالق غدا واليوم أو فى نهارك وليلك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار فعن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا صحيحا والواو فى عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما فى الاولى بما بعدها فصار الحاصل أنت طالق غدا وأنت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق كل يوم فعندنا زفر يقع ثلاث فى ثلاثة أيام لانه موقع فى كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا فى كل يوم يحصل بايقاعه فى هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه فى طالق غدا واليوم يقع واحدة مشكل لان كل يوم اما أن يتعين اليوم وغدا وبعد غد الى آخر الزمان فتقع واحدة أو قلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال أنت طالق أبدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان يطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته وفى هذه المسئلة ما قدمناه من البحث أول كتاب الطلاق فى أنت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه ان صحة نية الثلاث اما باعتبار اضمار التعليق كأنه قال طالق كل يوم تطليقة أو باضمار فى كأنه قال فى كل يوم ولو قال فى كل يوم

(ولو قال أنت طالق في غد) على ماذكره في الكتاب ظاهر وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه وقوله (ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه) قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وهنا صادفتها فيدين قضاء وديانة ألا ترى ان من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن أن يجاب عنه بعد معرفة أن في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقته وغد يقتضيه وهو حقيقته بدليل قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين

آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه لا استيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل والمرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة بها في هذه الآية لان نصرة الله اياهم في الآخرة دائمة وأما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكل ما هو حقيقة في أحدهما فهو مجاز في الآخر واذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه أصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد

(ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة وقالا لا يدين في القضاء خاصة) لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لا صومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذين الدهر وفي الدهر (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شئ) لانه أسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق

طلقت ثلاثا في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر وفرقوا بأن في للظرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع (قوله ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند أبي حنيفة وقالا لا يصدق في القضاء خاصة) ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لهما انه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نيته آخره ولهذا أي ولانه وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في أول جزء منه اتفاقا عند عدم النية وهذا وهو كون وصفها بالطلاق في جميع الغدا وصيرورته بمنزلة غدا لان حذف لفظة في مع ارادتها واثباتها سواء فاذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي اثباته كذلك ولابي حنيفة ان ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها أعم من كونه متصلا بجزء آخر أو كله أولا وانما يعرف خصوص أحدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وأكلت في يوم يعرف عدمه لامدلول اللفظ فاذا نوى جزأ من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لان ذلك الجزء من أفراد المتواطئ بخلاف ما اذا لم يذكر ووصل الفعل اليه بنفسه فان المفاد حينئذ عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخا وبعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري وفي عمري فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ومثل قوله في غد قوله في شعبان مثلا فاذا قال طالق في شعبان فان لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب وان نوى آخر شعبان فهو على الخلاف (قوله ولو قال أنت طالق أمس) أو في الشهر الذي خرج (وقد تزوجها اليوم لم يقع شئ) باجماع الفقهاء لانه أسند الطلاق الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله انكار الطلاق

معرفة ما ذكرناه (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شئ لانه أسنده الى حالة معهودة) أي معلومة (منافية لمالكية الطلاق) لانها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي أضاف اليه الطلاق

قال المصنف (وهذا لان حذف في الخ) أقول أي كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غدا (قوله قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر الخ) أقول الظاهر ان كونه خلاف الظاهر غير مسلم عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (حيث وصفها بهذه الصفة) أقول تنبيه ليس بدليل اذ لا ينكره الخصم فلا مصادرة (قوله فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب) أقول اذا كان الاستيعاب معنى مجازيا في غد ينبغي ان لا يتعين الجزء الاول اذا لم يكن له نية فان المجاز يحتاج الى النية كما لا يخفى

(فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق) أو تخلقي (ولانه أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح) فكأنه قال ما كنت أمس في قيد نكاحي واذا أمكن ذلك صير اليه لكونه موضوعاله دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان بقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) فيكون تكرارا وأيضا قوله أنت طالق موضوع للاخبار لغة ولانسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم إما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق أو هو محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا أفضى اليه منعه صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غير من الازواج) يعني ان هذه المرأة اما أن تكون مطلقة زوج آخر أولا فان كان الثاني جعل قوله أنت طالق أمس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج (ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا) وهذا على الوجه الاول واضح أيضا وأما على الوجه الثاني فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيره من الازواج وأما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه وقوله (ولو قال أنت طالق قبل ان أتزوجك) ومابعده واضح

كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور

فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ولانه يمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة) لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شئ) لانه أسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم أو يصح إخبارا على ما ذكرنا

فيلغو فكان كقوله أنت طالق قبل ان أخلق ولانه حين تعذر تصحيحه انشاء أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح أي طالق أمس عن قيد النكاح اذ لم تنكحي بعد أو عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للعينة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الا لتعذره والصارف عنه الى محله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الاولى إما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ أو لبقائه متوقفا الى انقضاء العدة كقول المحققين و يشهد لهم انهم قالوا اذا قال كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى لبقاء المحلية في المطلقة رجعية لقيام العدة بعود القيد لانه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأته احدا كما طالق احدا كما طالق حيث يقع واحدة و يحمل على الاخبار ثانيا أو التأكيد الا أن يقصد التجديد لان الايقاع في المنكر ليس غالبا ولا الداعي الى تكثير الطلقات من اللجاج والبغضاء بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجود فيه لان تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء في الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متأخري الشافعية وهي ان طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا بوقوع الطلاق وحكم أكثرهم انها لا تطلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ولو وقوع الثلاث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ونقول أيضا ان هذا تغيير لحكم اللغة لان الاجزية تنزل بعد الشرط أو معه لا قبله ولحكم العقل أيضا لان مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فبقي الطلاق جزاء الشرط غير مقيد بالقبلية ولحكم الشرع لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي الى رفعها فيتفرع في المسئلة المذكورة وقوع ثلاث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلاثا وقع من فيزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو ولو كان قال ان طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك (قوله ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شئ لانه أسنده الى حالة منافية فصار كقوله اذا طلقتك وأنا صبي أو نائم) أو مجنون وكان جنونه معهودا فان لم يكن معهودا طلقت للحال لانه أقر بطلاقها وأسنده الى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الاضافة (أو يصح إخبارا على ما ذكرناه) من كونه إخبارا

(ولو تزوجها اول من أمس وقع الساعة لانه ما أسنده الى حالة منافية) وهو واضح عن

وقوله (كما في قوله ان لم آت البصرة) يعني كما اذا قال لها أنت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك هنا (وموتها بمنزلة موته) يعني يقع الطلاق بموتها قبيل موته أيضا وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على أن يطلقها ما لم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله أنت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو ان في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه

(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت) لانه أضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا أي وقت الحياة (ولو قال أنت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح

عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم (قوله ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت) باتفاق العلماء لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان قال تعالى فاصا الكلام عيسى عليه السلام وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حيا أي مدة دوامي حيا فصار حاصل المعنى اضافة طلاقها الى زمان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف اليه فيقع فلو قال موصولا أنت طالق بر حتى لو قال متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا ثم وصل قوله أنت طالق قال أصحابنا بر ووقعت واحدة وقال زفر ثلاث ولو قال أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لانها تقتضي عموم الافراد لا عموم الاجتماع فان لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك وان قال زمان لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة أشهر لان لم تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلما للاستقبال غالبا فان لم تكن له نية لا يقع في الحال وانما يراد بحين ستة أشهر لانه أوسط استعمالا نه اذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى تؤتي أكلها كل حين باذن ربها وأربعون سنة كما في قوله عز ذكره هل أتى على الانسان حين من الدهر والزمان كالحين لانهما سواء في الاستعمال (قوله ولو قال أنت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) باتفاق الفقهاء لان الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق الا باليأس عن الحياة لانه متى طلقها في عمره لم يصدق انه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو انه طلقها واليأس يكون في آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدروا المتقدمون بل قالوا تطلق قبيل موته فان كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار والا لا ترثه وقوله وهو الشرط يعني العدم (قوله كما في ان لم آت البصرة) اعطاء نظير والمراد ان كل شرط بان منفي حكمه كذلك وهو أن لا يقع الطلاق أو العتاق اذا علق به الا بالموت لما ذكرنا وزاد قيدا حسنا في المبتغى بالغين المعجمة قال اذا قال لامرأته ان لم تخبريني بكذا فأنت طالق ثلاثا فهو على الابد اذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى ومن ثمة قالوا لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال ان لم تدخلي البيت معي فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لان مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات (قوله وموتها بمنزلة موته هو الصحيح) احترز به عن رواية النوادر انها لا تطلق بموتها لانه قادر على أن يطلقها وانما عجز بموتها وصار كقوله ان لم أدخل الدار فأنت طالق يقع بموته لا بموتها وجه الظاهر ان الوجه السابق ينتظم موتها وموته بخلاف تلك المسئلة فان بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع أما الطلاق فانه يتحقق اليأس منه بموتها واذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الفرض ان الوقوع في آخر جزء لا يتجزأ فلم يله الا الموت وبه تبين

قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال

(ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) أقول اذا قال لها أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك فاما ان نوى شيأ أو لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع فى الحال وان نوى الشرط وقع فى آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثانى فقد اختلف فيه العلماء قال أبو حنيفة لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين سكت الزوج

(ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبى حنيفة وقالا تطلق حين سكت) لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم

واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب

فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما فى قوله متى شئت ولابى حنيفة أن كلمة اذا تستعمل فى الشرط أيضا قال قائلهم

(قوله ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبى حنيفة وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم) وهو ابن أحمر أو حرى بن ضمرة

(واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب)

يعنى أخاه الصغير وما قيل انه لعنترة العبسى غلط عند أهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لعنترة أخ اسمه جندب أصلا وانما له أخ من أمه اسمه شيبوب ثم لم تكن أمه بحيث تؤكل اياه شدادا حيسا لانها أبعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقبل البيت المذكور

هل فى القضية أن اذا استغنيتم * وأمنتم فانا البعيد الاجنب
واذا الشدائد بالشدائد مرة * أشبهتكم فانا المحب الاقرب
واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب
هذا وجدكم الصغار بعينه * لا أم لى ان كان ذاك ولا أب
عجب لتلك قضية واقامتى * فيكم على تلك القضية أعجب

واعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثانى ادعى ويدعى وأيضا تنظيره لها بمتى غير صحيح لانها لا تتمحض للوقت أبدا وهما مبنيان على ان قوله للوقت يعنى المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه بل المنقول لهما انه لا يسقط عنها معنى الوقت المجرد فى المجازاة فأورد الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لهما حاجة أن يبينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتهما فى اثبات الاجتماع ليكون دفعا ظاهرا لقول الكوفيين (قوله ولابى حنيفة انها تستعمل للشرط أيضا) يعنى الشرط المجرد عن معنى الظرفية والا لا يفيد وهذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله * واذا تصبك خصاصة فتجمل * حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء واما على انها مجاز عنده فى الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضى فى دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على أن لا يشرب من دجلة حيث صرفاها الى الشرب بالآنية وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج أبو حنيفة الى الفرق لانه جزم هناك انها بالمعنى الحقيقى لا هنا وفرقه ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه أعم من ذلك ومن الشرب اغترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك أى للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضى الوقوع فى الحال وهو مناف لحكم المجاز

لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص فى أمر مترقب أى منتظر لاستحالة وبقوله

واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب

لافادته فى أمر كائن فى الحال وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله (ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام) كما فى قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما فى إن (ولابى حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل) فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر فى نصيحة ابنه

(قوله ولابى حنيفة رحمه الله ان كلمة اذا مشتركة الى قوله واستدل على ذلك بقول الشاعر الخ) أقول وفيه ان ما ذكره على تقدير تسليم صحته لا يدل على الاشتراك فانه يجوز أن يكون استعماله فى الآخر مجازا والحمل عليه أولى من الاشتراك على ما علم وسيجىء بعد سطور

واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل
فان أريد به الشرط لم تطلق فى الحال وان أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال

وأنت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع وأما كونها مجازا فى جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل فى آحاد المجاز فكونه كثيرا استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا أراد معنى الشرط أن لا يصدقه القاضى بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهورها فى الظرف فراده خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء والبيت المذكور له قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصى جبيلا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها

أجبيل ان أبالك كارب يومه * فاذا دعيت الى المكارم فاعجل
أوصيك ايصاء امرئ لك ناصح * ظن بريب الدهر غير معقل
الله فاتقه وأوف بنذره * واذا حلفت عمارياً فتحلل
والضيف تكرمه فان مبيته * حق ولا تك لعنة للمنزل
واعلم بأن الضيف مخبر أهله * بمبيت ليلته وان لم يسئل
ودع القوارص للصديق وغيره * كى لا يروك من اللئام العزل
وصل المواصل ما صفا لك ودّه * واحذر حبال الخائن المتبذل
واترك محل السوء لا تحلل به * واذا نبا بك منزل فتحول
دار الهوان لمن رآها داره * أفراحل عنها كمن لم يرحل
واستأن حلمك فى أمورك كلها * واذا عزمت على الندى فتوكل
واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل
واذا هممت بأمر شر فائتد * واذا هممت بأمر خير فاعجل
واذا أتتك من العدو قوارص * فافرص لذاك ولا تقل لم أفعل
واذا افتقرت فلا تكن متخشعا * ترجو الفواضل عند غير المفضل
واذا تشاجر فى فؤادك مرة * أمران فاعمد للأعف الأجمل
واذا لقيت القوم فاضرب فيهم * حتى يروك طلاء أجرب مهمل
واذا رأيت الباهشين الى الندا * غبرا أكفهم بقاع ممحل
فأعنهم وايسر بما يسروا به * واذا هموا نزلوا بضنك فانزل

وقد استعمل الشاعر اذا فيها للشرط فى اثنى عشر موضعا بالجزم ودخول فاء الجزاء ومعقل من عقلت الناقة بالعقل يريد عقلى بريب الدهر غير ممنوع وتجمل أى أظهر جميلا ولا تظهر جزعا وقيل كل الجميل المجمول وهو الشحم المذاب وأين هذا من الاول فى التأديب وفى المنتقى لو قال اذا طلقتك فأنت طالق واذا لم أطلقك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها طلاقان لانه لما مات قبل التطليق حنث فى اليمين الثانية فيقع عليها طلاق وهذا الطلاق يصلح شرطا فى اليمين الاولى لانه وقع بكلام وجد بعد اليمين الاولى فحنث فى اليمينين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم أطلقك فأنت طالق واذا طلقتك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا فى اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا فى الثانية لانه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية فالشروط تراعى فى المستقبل لا الماضى ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول أبى حنيفة أما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير فى الاولى للوجه الاول بعينه وفى الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث فى قوله اذا لم أطلقك فأنت طالق وكذا لو لم

واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهى ليست موضع اذا فكانت بمعنى ان واستدل على جانب الظرفية اكتفاء بدليلها واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة (فان أريد به الشرط لم تطلق فى الحال وان أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال

(قوله ووجه ذلك أن اصابة الخصاصة من الامور المترددة الخ) أقول فيه كلام قال المصنف (واذا تصبك خصاصة فتجمل أقول الجزم فى قوله تصبك يدل على أنه للشرط

بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية البتة أما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة) معناه قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قبل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا أن يجعل هذا القدر مستثنى

بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك) وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا يمكن أن يكون مخرجا للامر عن يدها والا لزم أن يكون الشئ الواحد علة للضدين والجواب ماقررناه في التقرير فليطلب ثمة

(ولو قال لها أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق) واضح وأوله بقوله (موصولا) لانه اذا قال ذلك مفصولا وقعتا قياسا واستحسانا لانه واجد الزمان الخالي عن التطليق

يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا طلقتك فأنت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل أن يفرغ منه وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير أنت طالق اذا تزوجتك قبل أن أتزوجك وقلبه أنت طالق قبل أن أتزوجك اذا تزوجتك واذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك ففي الصورتين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند أبي يوسف وعندهما لايقع والاصل ان الطلاق اذا أضيف الى وقتين أحدهما يقبله والآخر لاصح مايقبله وبطل مالا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقبل واذا ظرفان وقبل لايقبل الطلاق واذا تقبله فأضيف اليها ولهما في الفرق بين الثالثة وماقبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأنه قال عند التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك فلا يقع أولان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله (بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انها للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك) اعترض عليه بأن وقوع الشك في الشرطية والظرفية يوجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب أن تحرم تقديما للحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا وأجيب بأن هذا متروك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاز فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا الاتترجح الحرمة وان كان مبنى الصلاة على الاحتياط لان الشك لايوجب شيأ انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة أما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله سبحانه أعلم واعلم ان ماذكره المصنف يشكل لانه سيذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية وحينئذ فمقتضى الوجه في المشيئة أن على قولهما لايخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض عراه وأما اذا عرفت بأن استفسر فقال أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما ولايخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال أردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وأما في مسئلة الطلاق أعني قوله أنت طالق اذا لم أطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لايصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما من محتملاتهما مع ان في الثاني تشديدا على نفسه (قوله ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة) المنجزة فقط حتى لو كان قال أنت طالق ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلاث (معناه انه قال ذلك موصولا به) فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا (والقياس أن يقع المضاف أيضا فيقعان ان كانت مدخولا بها) فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده (وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف) لان اليمين انما تعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا الا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار مايمكنه تحقيق البر فيه من الزمان

(اصله

أصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى (ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت) لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد

(أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته) بر عندنا خلافا لزفر فالمراد بالاصل هنا النظير لا أصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر (قوله ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار) وهو ظاهر (ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره) والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والافعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري نفسك يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها أو نهارا دخل الامر في يدها الى الغروب لانه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه الى أن يتعين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة له لغو اذ لا يحتمله (والطلاق من هذا القبيل) فيقع ليلا تزوجها أو نهارا كذا في تمامة النسخ وفي الاصل التزوج من هذا القبيل قيل كانه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولانه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء قال في الايمان لو قال يوم أكلم فلانا فامرأتي طالق فهو على الليل والنهار الى أن قال والكلام لا يمتد ولان ذكر الفعل انما يستقيم من غير تأويل في أتزوجك لا في أنت طالق ولان ذكر القران في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنته اليوم أقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشئ واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول أعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لان المقصود بذكر الظرف افادة وقوعه فيه بخلاف المضاف اليه فانه وان كان مظروفا أيضا لكنه لم يقصد بذكر ذلك الظرف بل انما ذكر المضاف اليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف أهو الحقيقي أو المجازي أولى من اعتبار ما لم يقصده في استعلام حاله الا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب أعني ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما يمتد نحو أمرك بيدك يوم يبر فلان أو لا يمتد كانت حر يوم يقدم وطالق يوم أتزوجك فعللوا بامتداد المضاف اليه وعدمه والمحققون ارتفعوا عن ذلك الايهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار ويشبه كونه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف اليه وهو ما يختلف فيه المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كانت حر يوم يسر فلان ﴿فروع﴾ قال أنت طالق الى شهر تطلق اذا انقضى شهر وأوقعه أبو يوسف للحال أو قبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد لشهر مقتصرا وقال زفر مستندا أو قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستندا عند أبي حنيفة وقالا مقتصرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند أبي حنيفة تعتبر من أول الشهر ولو كان وطئها في الشهر يصير مراجعا ان كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلاثا أو وطئها في الشهر غرم العقر وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا وكذا اذا طلقها بائنا أو ثلاثا أو خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلاث والبائن

وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالنزع والنزول وقوله (ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فانت طالق) ههنا ثلاثة ألفاظ النهار والليل واليوم أما النهار فللبياض خاصة وأما الليل فللسواد خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية وأما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فيرجح أحد معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها الصحة أن يقال لبست يوما أو ركبت يوما أو سكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا أليق به وان كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت أو قدمت أو دخلت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف

(قوله فيرجح أحد معنييه الخ) أقول فيه ان هذا على تقدير الاشتراك

قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الآية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان أو نهارا وقوله (والطلاق من هذا القبيل) يعني انه من قبيل ما ليس يمتد فينتظم الليل والنهار يشير الى أنه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه لتميز المضاف بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة وكذلك اذا قيل عبدي حر اوامرأتي طالق يوم يقدم فلان وأمرك بيدك أو اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقدومه ليلا كان أو نهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار

والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة

﴿فصل﴾ (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوى الطلاق

ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الثلاث بالاستناد وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثا ولو مات زيد قبل تمام الشهر لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال أنت طالق قبل موتي أو قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شئ وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو قولهما بعد الموت وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض أما اذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق أو آخر عبد أملكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات أو ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفي الزوجة الاخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا تلزمها العدة إذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وإن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابي حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال إن كان في الدار زيد فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت في الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلا فأشبه سائر الشروط في احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة إلا أن الطلاق لا يقع في الحال لانا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت والموت يعرفه فتفارق من هذا الوجه الشرط وأشبه الوقت في قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر وقع أول شعبان اتفاقا ولو قال لهما أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت احداهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

﴿فصل﴾ فيه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد (قوله ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقها ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوى الطلاق

لاتحاد المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الاول وفي اعتبار عامة المشايخ انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف المضاف اليه في مسئلة يوم أكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد أجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود (ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه) وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها فهي

﴿فصل﴾ لما كانت اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل أخر متنوعة وكان حقها أن تذكر في مسائل شتى (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت

(قوله يلحقه الوعيد ليلا كان الخ) أقول يعني الفرار

﴿فصل﴾ ومن قال لامرأته

وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى) لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطء كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح (والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة) وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما في الابانة والتحريم وقلنا لا نسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى انها الممنوعة عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد (قوله ولهذا) أي لانها مملوكة (سميت منكوحة) أي وارادا عليها ملك النكاح (بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها) قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لاتحدا في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل فكذا الملزوم فانه اذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع مالم يقل منك أو عليك وأجيب بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره مادامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلا بد من ذكر منك أو عليك تعيينا للجهة

فهي طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

فهي طالق وبقولنا قال أحمد وقال الشافعي ومالك يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح أي الملك الذي بوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالته فيصح مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازالتهما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عند أكثر أصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نية كالاضافة اليها والمختار عندهم ان على الزوج حجرا من جهتها حتى انه لا ينكح أختها وأربعا سواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نية ولا يخفى انه يندفع ما أورده على الاول بالنكتة الاخيرة اذ يقال تتميما للاول وانما احتاج الى نية في الاضافة اليه لانه غير متعارف (قوله ولنا) تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد فيحل الطلاق محلهما وهي محلهما دونه فالاضافة اليه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيان انها المحل انها هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو في المال كالمهر وهو بدل

قال المصنف (لان ملك النكاح مشترك) أقول أي الملك الذي بوجبه النكاح قال المصنف (والطلاق وضع لازالتهما) أقول قال ابن الهمام الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهى وفيه ان الظاهر انه راجع الى الملك والحل (قوله وكذلك النكاح) أقول اى ملك النكاح (قوله ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما الخ) أقول هذا لا يدل على الاشتراك الذي أراده فان المملوك كالمبيع يذكر في عقد البيع ولا اشتراك (قوله في عقد النكاح والطلاق) أقول قوله والطلاق تكرار لبعد العهد قال المصنف (ولنا ان الطلاق لازالة القيد) أقول كما ينبئ عنه لفظ الطلاق كما سبق ذلك في باب ايقاع الطلاق قال المصنف (وهو فيها دون الزوج) أقول قيل ان الزوج مقيد من جهتها أيضا حتى لا يتزوج أختها ولا أربعا سواها وجوابه مذكور في شرح الكنز للزيلعي ولك ان تقول لو كان الزوج مقيدا من جهتها لكان ازالته في يدها وليس كذلك مع انه كلام على السند على ما يعلم من كلام الشراح (قوله لان ملك النكاح له عليها الخ) أقول واذا كان الملك له عليها فرفعه يكون باضافته الى المملوك كما في الاعتاق فان العتق إذا أضيف الى المولى يلغو اجماعا (قوله ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد) أقول لعلها مغالطة فان المهر والنفقة في مقابلة ملك منافع بضعها فلو ملكت منافع الزوج أيضا لا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص واحد وموضع الغلط قوله في مقابلة النكاح فليتأمل والاولى أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكية وذا غير جائز كما يأتي نظيره بعد سطور

وقوله (ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشئ) ظاهر وقوله (ولا فرق بين المسئلتين) يعني بين قوله أنت طالق واحدة أو لا وبين قوله أنت طالق واحدة أو لا شئ في حق التشكيك في الايقاع أو في حق الوضع وقوله (ولو كان المذكور ههنا) أي في الجامع الصغير (قول الكل فعن محمد روايتان) لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في أنه لا يقع شئ فكان عند محمد أيضا لا يقع شئ ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال أنت طالق واحدة أو لا شئ ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله (له) أي لمحمد (انه أدخل الشك) ظاهر

(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشئ) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شئ ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أولا لانه أدخل الشك في أصل الايقاع فلا يقع ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد

قال المصنف (ولا فرق بين المسئلتين) أقول يعني به فرقا يثبت به حكم مخالف لحكم المسئلة الاخرى على ما هو مصطلح الفقهاء في لفظ الفرق (قوله قيل لو كان الزوجان في الابانة) أقول والظاهر أن يقال في الوصلة (قوله وأما الزوج فله ملك على غيرها) أقول يعني على غيرها من النساء (قوله وقوله ولا فرق بين المسئلتين الى قوله في حق التشكيك) أقول ظاهره لا يلائم كلام محمد رحمه الله فان التشكيك عنده في تينك المسئلتين انما هو في العدد دون الايقاع الا أن يقال المراد وجودا وعدما (قوله وذلك يستلزم ورود الروايتين) أقول يعني في كل من المسئلتين قال المصنف

ملكه لامور ترجع الى نفسها فهي المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج بالكتابية ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل احتباسه اياها والحل الذي يثبت لها تابع للحل الذي يثبت له فانه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق بل الحل أثره حسب ما حققناه في باب ايقاع الطلاق من انه المنع الشرعي الخ والثابت أثر النكاح ويرجع الى ما تقدم من ان الثابت تبعا هل يكون محلا للطلاق بخلاف الابانة لانها أي افظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت اضافتها الى كل منهما عاملة بحقيقتها وبخلاف الضريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملا بحقيقته وسيأتي تمامه في الكنايات وأما الهجر عن أختها وخامسة فليس موجب نكاحها بل حجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لاحكم النكاح ولهذا لو تزوجها مع أختها معا أو ضم خامسا معا لا يجوز (قوله ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشئ) وكذا طالق أو غير طالق وطالق أولا وبه قالت الائمة الاربعة قال المصنف هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد في كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال أنت طالق واحدة أو لا شئ أو ثلاثا أو لا شئ انما لا يقع عليها شئ عند أبي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية (ولا فرق بين المسئلتين) وهما طالق واحدة أو لا وواحدة أو لا شئ وخص الخلاف في الاصل بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبي حنيفة لكن صاحب الاجناس نقل ذكره معه في الجرجانيات ولو كان المذكور هنا قول الكل بسبب انه لم يذكر خلافا فعن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لانه صرح بخلاف قول محمد في مسئلة أو لا شئ فدل على وفاقه في هذه المسئلة وهي مسئلة أولا واذ لا فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في أو لا شئ وخلافه هناك رواية في مسئلة أولا (قوله له) أي لمحمد في ايقاعه به واحدة على هذه الرواية انه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق) يقع به واحدة (بخلاف قوله أنت طالق أولا) أو طالق أو غير طالق فانه لا يقع به بالاتفاق (لانه أدخل الشك في أصل الايقاع ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد) واستدل على هذا بآثار اجماعية منها انه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث لانها حينئذ بانت بطالق لا الى عدة فلم تبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه لو قال أنت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شئ ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل

(وبقي قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أولا لانه أدخل الشك في أصل الايقاع) أقول كأنه لم يتلفظ بالعدد ولا يلزم منه أن يكون لمحمد خلاف في القاعدة القائلة ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد مطلقا على ما ظن بل خلافه فيما اذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم الغاء كلام العاقل مطلقا فليتأمل

ومنها

وقوله (ولهما) أى ولابى حنيفة وأبى يوسف (ان الوصف) يعنى أنت طالق (متى قرن بالعدد) مثل أن يقول أنت طالق واحدة اواثنتين أوثلاثا (كان الوقوع بذكر العدد) واطلق العدد على الواحد مجازا من حيث انه أصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا فى الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل فى الواحد تداخلا فى الايقاع فكان تطير قوله أنت طالق أولا وهنالك لايقع شئ بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله (ألاترى) وهو واضح وقوله (على مامر) أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد. (وقوله فللاجتماع بين المالكية والمملوكية) قد تقدم تقريره مستوفى وقوله (فلان ملك النكاح ضرورى) بيانه أن ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وماهو كذلك فهو ضرورى فاذا طرأ عليه الحل القوى وهو ملك اليمين ينفى الحل الضرورى لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغى أن لاينتفى الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرأ عليه لاحل قوى ولا ضعيف أجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا

ألاترى انه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف لغا ذكر الثلاث وهذا لان الواقع فى الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على مامر واذا كان الواقع ما كان العدد نعته كان الشك داخلا فى أصل الايقاع فلا يقع شئ (ولو قال أنت طالق مع موتى أومع موتك فليس بشئ) لانه أضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافى الاهلية وموتها ينافى المحلية ولابد منهما (واذا ملك الرجل امرأته أوشقصا منها أوملكت المرأة زوجها أوشقصا منه وقعت الفرقة) للمنافاة بين الملكين أما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية وأما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضرورى ولاضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى النكاح

ومنها لو ماتت قبل العدد واحدة أوثلاث لم يقع شئ وقوله وهذا لان الواقع فى الحقيقة هو المنعوت بالعدد وهو المحذوف) أى طالق تطليقة واحدة أوثلاثا أوتطليقا ثلاثا كما قرره فى أول الباب أما على الانشاء فلا وقد رجع المصنف الى طريقة الانشاء فى الفصل الذى قبل هذا فى مسئلة أنت طالق أمس وقد تزوجها أول من أمس فارجع اليه والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ماذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد عند ذكره لا الوصف (قوله ولو قال أنت طالق مع موتى أومع موتك فليس بشئ لانه أضاف الطلاق الى حالة منافية له) وهو موته وموتها لان موته ينافى الاهلية وموتها ينافى المحلية ولابد من الاهلية فى الموقع والمحلية فى الموقع عليها وانما كان حالة موت أحدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع الطلاق يستدعى حال استقراره أوالمعنى على تعليقه بالموت وان كان حقيقة مع القران ألاترى انه لو قال أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل (قوله واذا ملك الرجل امرأته أوشقصا منها) أى سهما بان كان تزوج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أوسهما منها أو وهبها أو ورثها أو ملكت المرأة زوجها أوشقصا منه بأن تزوجت الحرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منه أوسهما منه أووهبه لها أوورثته (وقعت الفرقة) بينهما فسخا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح أما فى ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فيها وقد تقدم تقريرهذا فى فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه وأما فى ملكه اياها فلان ملك النكاح ضرورى لان اثباته على الحرة لحاجة بقاء النسل فكان ملك النكاح فى الاصل مع المنافى وهو حرية المملوكة للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الاقوى به فيرتفع الاضعف الضرورى للاستغناء عنه وهذا ظاهر فى ملك الامة كلها وأما فى ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الحل لانه سببه احتياطا وهذا بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لايقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لاينع بقاء النكاح

(قوله وقوله على مامر أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد) أقول والظاهر انه اشارة الى مامر فى باب ايقاع الطلاق (قوله بيانه الى قوله فاذا طرأ عليه الحل القوى وهو ملك اليمين الخ) أقول ولقائل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الآدمى على خلاف القياس أيضا فانه خلق مملكا فالكبرى ممنوعة والحق أن مراد المصنف غير ماذكره فليتأمل ولو قال وهو على خلاف القياس لحاجة الناس لكان سالما (قوله فقام مقامه تيسيرا) أقول الاولى احتياطا

(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه) يعني من حيث العدة لانها أثر من آثاره فلا يجب مع وجود المنافي والا لكان ملك النكاح باقيا من وجه (ولا من كل وجه) يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه

(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ) لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هناك حتى حل وطؤها له (ولو قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة) لانه علق التطليق بالاعتاق أو العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة

(قوله ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه) كما في ملك البعض (ولا من كل وجه) كما في ملك الكل (وكذا اذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد يقع) وانما قلنا وعن محمد لانه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما اذا أعتقته أما اذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة هناك عليها يعني منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجه اياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله في الكافي قال لو زوجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان) وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغي عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هناك أيضا قائمة غير انها لا تظهر في حقه وجه قول أبي يوسف ان الفرقة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المرأة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فاجتنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا يثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما اذا ملكته بل اجراه في الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهي ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه فقال في المبسوط وقيل هذا قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعني فأعتقته فحكى الخلاف في الصورتين (قوله وان قال) أي الزوج لها (وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق) إذ هو السبب (حقيقة بالاعتاق أو العتق لان اللفظ) أعني العتق (ينتظمهما) أي ينتظم الاعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها أثره ومعنى الانتظام ههنا صحة ارادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمعنى المجازي في إطلاق واحد والاعتاق معنى مجازي للعتق من استعارة اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله في لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبني كلامك زيدا وأما على التجويز الآخر وهو ان يراد العتق الذي هو أثر فشكل لانه قاصر وانما يعمل في المفعول المتعدي وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن

يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي وقوله (لا عدة هناك) يعني في حق مولاها الذي كان زوجها أي لا يظهر أثر عدتها بدليل حل وطئها وأما العدة في نفسها فواجبة حتى انه لو أعتقها ليس لها أن تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها قال (واذا قال لها وهي أمة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق أو العتق) وهذا الكلام يحتاج الى بيان أنه تعليق مع عدم شئ من أدواته وانه تعليق التطليق المذكور دون الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق أو العتق اما أنه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور يعني بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا وأما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه أمرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته وأشار الى ذلك

التعليق

بقوله والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف فى الاصول وأما انه تعليق التطليق بالاعتاق أو العتق فلما قال لان اللفظ ينتظمهما أى يتناولهما على سبيل البدل أما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما أن العتق لما لم يتصور فى غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق أو العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقى عليه شئ وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ماذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين أحدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى الاعتاق فما وجه الشق الثانى من الترديد والثانى أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قيل لها وهى أجنبية أنت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجهه النظر الى لفظة العتق ليتبين أثره فيما اذا قال لها أنت طالق مع عتقك فى عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة فى الكتاب وعن الثانى أن العدول عن معنى القران الذى هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف فى ذلك تنجيزا أو تعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك

والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين بقى شئ وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر كما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ماذكرنا من معنى الشرط

التعليق إلا بالاعتاق فقط والوجه الثانى هو أن لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال المذكور فى الكافى للحافظ الدين والعجب مما نقل فى جوابه من قول من قال ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الاعمال وأيضا كان الوجه ان يقول المصنف بالاعتاق والعتق بالواو لا بأو وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفى الريب عنه كما فى الآية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كانت حقيقتها خلافه فيصار اليه بموجب وقد تحقق وهو إناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق أو العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للمتأخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق فأظهر هذا تقرير المصنف وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار فى الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل الوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو ضد الرق ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر ولا ينبغى زواله على وجود الآخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهى حالة زوال الرق فلا توجب التطليقتان حرمة غليظة فى الحرة فيملك الرجعة وهذا ينبنى على أحد القولين فى ان المعلول مع العلة يقترنان فى الخارج أو يتعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول فى الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروج مع عن المقارنة وأطبق العقلاء على ان الشئ زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت ان المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس هو علة فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده وسنذكر ما عندنا فى العلة والمعلول وأورد على هذا ما لو قال لاجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يأتى فيه التقرير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها وأجيب بأنه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا لزم بذكر حروفه أعنى ان ونحوه بأن قال ان تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين ومرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصريح قبل النكاح بخلاف ما بعده ولقائل ان يقول الدليل انما قام على ملكه اليمين المضافة الى الملك فتتعلق بما يوجب معناها كيفما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال فى الدراية هذا الجواب لم يتضح لى فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار

(واذا قال اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد) حرمت حرمة غليظة (لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) كما في المسئلة المتقدمة واعلم أن دليل محمد على ماذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وأنا اذكره بتوضيح تبعا للمصنف قال (لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى) معنى يعني على وجه التعليق (حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى) فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكمهما أيضا (والعتق يقارن الاعتاق لانه علته) والحكم لا يتأخر زمانا عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة شرعية أو عقلية (أصله الاستطاعة مع الفعل) كما عرف (فيكون التطليق مقارنا للعتق) لان التطليق مقارن للاعتاق على ماذكرنا والاعتاق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرنا انه علته لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله (فتطلق بعد العتق) فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشئ مقارن لذلك الشئ فكيف يقع بعده واذا كان العلتان والمعلولان معا فكما أن الاعتاق صادفها وهي أمة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة وظهر من هذا جميع ماذكره وقد ذكر لمحمد أيضا ان قوله أنت حرة أوجز من قوله أنت طالق ثنتين وهما أي الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم أوجزهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب الا أن قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم أوجزهما

(ولو قال اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) عليها لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ماقال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه (قوله ولو قال أي لامرأته الامة اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) ولم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمن بل على رواية الشيخ أبي حفص وجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط (والعتق يقارن الاعتاق لانه علته أصله الاستطاعة مع الفعل) الذي يقام بها فيقترنان في الخارج (فيكون التطليق الذي هو السبب مقارنا للعتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة) ثم رد المصنف قول محمد بقوله (والاوجه الى ماقال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان) أي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ماصادفها عليه العتق وهي أمة فتحرم وحقيقة محل الغلط في تقرير قول محمد من جعل العتق شرطا على مايعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط يعني فلا ينعقد التطليق سببا الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسبما ينزل العتق وهي أمة فتحرم حرمة غليظة واذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر أحدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعتاق مندوبا فلتعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متأخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتأخر فيه الى القبض للحظر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الغد التطليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه في البين اعلم ان العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول فذهبت طائفة الى ان المعلول يعقبها بلا فصل والجمهور

قال المصنف (فتطلق بعد العتق) أقول قيل أي معه كما ان المراد بقوله مع عتق مولاك اياك أي بعد عتق مولاك أو المراد البعدية الذاتية فليتأمل

﴿فصل﴾ فى تشبيه الطلاق ووصفه (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث) لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم

والجمهور على انهما معا فى الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها والا بقى الفعل بلا قدرة والذى نختاره التعقيب فى العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر فى الخارج غير انه لسرعة إعقابه مع قلة الزمن الى الغاية اذ كان آنيا لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن مؤثرا والله أعلم وثانيها ان المعلق كالمرسل عند الشرط فكان المولى والزوج أرسلا عنده فيسبق وقوع الاوجز وأنت حرة أو جزمن أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما وثالثها لما تعلقا بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لاقترانهما وجودا ولان الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعلق بشرط واحد يقتضى أن يصادفها على الحالة التى صادفها عليها العتق وهى الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فيبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشئ زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ما قبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضى قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل فى أول آن يعقبه لانه نزول حكم فبطل ما قبلهما ورفع الاثر فى البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعا أخر الى غاية يناسب التأخير اليها أعنى القبض الذى له شبه بالعقد على ما عرف فى الفصل الذى يلى باب المهر اما ما نحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تأخير ثبوته اليها كما هو فى البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة فى تأخيره بل هو مخل بالاحتياط فبطل الاول

﴿فصل﴾ فى تشبيه الطلاق ووصفه (قوله ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث) طعن على محمد فى لفظ السبابة اذ الاسم الشرعى المسبحة وأجيب بان فى بعض النسخ السباحة وبانه ورد أيضا فى رواية ابن عباس رضى الله عنهما فى صفة طهوره صلى الله عليه وسلم أدخل السبابتين فى أذنيه كما قدمناه فى كتاب الطهارة وبأن الاعلام لا توجب تحقق معانيها فى مسمياتها وهذا منتف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعى الى الشفيع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ والاولى كون الاسم الشرعى المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامى ابن عباس عنه فالاولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها الى التصحيف وان كانت هى أيضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغة فى فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح وأما سباح فانما هو من سبح فى الماء سباحة ثم شرع فى الوجه فقال (لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم) يعنى لفظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى أما لفظا فلان التى يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معانى الاجزاء نحو أهكذا عرشك يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد هنا وفى الحديث فقوله أنت طالق هكذا تشبيه بالعدد المشار اليه وهو العدد المفاد كميته بالاصابع المشار اليه بذا بخلاف كذا الكناية فانها لم تقصد فيها معانى الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس أو غيره كما فى الخبر يقال للعبد أتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ثم ميز هذه ليس الا ما يبين الجنس لا الكمية لانها وضعت لقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما

﴿فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه﴾ ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنويعه فى فصل على حدة لكونه تابعا (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم) لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما

﴿فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه﴾ قال المصنف (اذا اقترنت بالعدد المبهم) أقول اعترض بأن الذى يكنى به عن العدد المبهم هو لفظ كذا لا هكذا والتفصيل فى شرح ابن الهمام ويؤيد ما ذكره عنونة الفصل بقوله فى تشبيه الطلاق

قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لاقضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار بقوله أنت طالق (واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة) وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول بها لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال أنت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه ألا ترى ان البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به

(قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا) وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض (فان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بثنتين فهي ثنتان) وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله بالسبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة وأجيب بانه جاء في الحديث السبابة روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فتوضأ فادخل اصبعيه السبابتين أذنيه فمسح بابهاميه ظاهر أذنيه وبالسبابتين باطن أذنيه رواه الطحاوي في شرح الآثار وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد وقوله (والاشارة تقع بالمنشورة منها) ظاهر وقوله (ولنا انه وصفه) أي وصف الطلاق (بما يحتمله ألا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به) ولو لم يكن من محتملا نه لم يحصل به

فليس هذا استعمالا عربيا وهذا هو غلط المعنى (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ) عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلاثين متفق عليه (وان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف) في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة فالذي يثبت بالنية منه أن تكون الاصابع الثلاث منشورة فقط حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر وقيل ان أشار بظهورها بأن جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصنف ولا يخفى ان قوله بالابهام والسبابة والوسطى ليس بقيد (قوله ولو لم يقل هكذا) يعني قال أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم وعرفت ان الصواب أن يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم (قوله واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك وأحمد لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله وهبتك على أن يثبت ملكك قبل القبض أو طالق على أن لا رجعة لي عليك ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصريح بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل يلزم ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بطالق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها وأجيب بأن عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ بائن ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملا نه فاذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه وقد فرض بطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا تكون عاملة بلا لفظ بل ربما يعطى هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس كذلك وان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تغيير ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المصنف هنالك ورد عليه أن تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب أن يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق

(فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين) واعترض عليه بأنه لو كان محتملا لها لجاز نيتها فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة اذا نوى وليس كذلك وأجيب بأن النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله أنت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة وورد بأنه تسليم لدليل الخصم ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع وأجيب بأن الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ أقوى فى اعتبار الشرع من النية بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغير به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا لثلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله (ومسئلة الرجعة ممنوعة) أى لانسلم انه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان فى قوله ان لا رجعة تصريحا بنفى المشروع وفى مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا (٧٩) فيلزم منها نفى الرجعة ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا أفاده شيخ شيخى العلامة وقوله (فتقع واحدة بائنة) يعنى فيما اذا قال أنت طالق بائن (اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) أى فى باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا وقوله (تطليقتان بائنتان) يعنى عندنا وقياس قول الشافعى تطليقتان رجعيتان وقوله (لان هذا الوصف) يعنى قوله بائن أو البتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى بتة تطليقة أخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله أنت طالق أنت بائن وكان ينبغى أن يكون

فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع (وكذا اذا قال أنت طالق أخبث الطلاق) لانه انما وصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة فى الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق (أو أسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة) لان الرجعى هو السنى فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى حالة حيض فلا بد من النية

لا وصف لطالق لكن ذلك منتف لانه اذا عناها وصفا للمرأة تقع ثنتان وهو ما ذكره المصنف بقوله ولو عنى بأنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان على ان التركيب خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو أمكن أن يقال الايقاع ببائن وصفا لها وطالق قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعى كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة فى وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق يجرى فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان (قوله وكذا اذا قال أنت طالق أخبث الطلاق) معطوف على أنت طالق بائن فى الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيأ أو نوى ثنتين والثلاث بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبأخبث الطلاق أخرى يقع ثنتان وانما وقع البائن لانه أى الطلاق انما وصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح فى الحال فى البائن ومؤجلا بالانقضاء فى الرجعى وأفعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه أخبث مما يثبت به مؤجلا أعنى الرجعى فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق أو أسوأه أو أشره أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه وأطوله وأعرضه وأعظمه كلها مثل أخبثه وسنذكر جواب انه لم لم يقع ثلاث وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعى هو السنى فيكون البدعى وطلاق الشيطان هو البائن وفى عبارته تساهل اذ ليس الرجعى هو السنى بل أعم لانه لو طلقها فى الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى الحيض كما تكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال أقبح الطلاق فعند أبى يوسف

أحدهما رجعيا عملا بقوله أنت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثانى يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثانى بائنا وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثانى بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى أن الاول يقع رجعيا فان أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان أراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح وقوله (وكذا اذا قال أنت طالق أخبث الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن فى الاحكام الاربعة وهى قوله فتقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ولو نوى الثلاث فثلاث ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أخبث الطلاق واحدة أخرى يقع تطليقتان

قوله (وأجيب بأن الفرق الى قوله بدليل انه لو قال أنت طالق الخ) أقول هذا مبنى على بقاء قوله أنت طالق على خبريته كما قاله البعض قوله (وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا الخ) أقول وفيه بحث والظاهر ان اطلاق البائن عليه من باب التغليب ووجه المجاز عدم ظهور أثر الرجعى

وكذا الجواب فى قوله أخبث الطلاق أو أشره أو أشده أو أكبره أو أسوأه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة فى الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف بأثره فصار كانه قال أنت بائن فان قيل أخبث وأشد ونحوهما أفعل التفضيل فيقتضى فاحشا وأخبث والفاحش هو البائن والاخبث منه هو الثلاث فينبغى أن تقع الثلاث به نوى أو لم ينو أجيب بان أفعل قد يكون لاثبات أصل الوصف من غير زيادة كقوله الناقص والاشج أعدلا بنى مروان وهو مشهور سمى للاضافة بالمعنى الثانى وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذى يبتنى عليه أقوالهم وهو أيضا واضح

وعن محمد انه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق فى حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك (وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها به فى توحده (ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كالف أو ملء البيت فهى واحدة بائنة الا أن ينوى ثلاثا) أما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض أما الرجعى فيحتمله وانما تصح نية الثلاث لذكره المصدر وأما الثانى فلانه قد يراد بهذا التشبيه فى القوة تارة وفى العدد أخرى يقال هو كالف رجل ويراد به القوة فتصح نيته الامرين وعند فقدانها يثبت أقلهما وعن محمد انه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فصار كما اذا قال أنت طالق كعدد ألف

رجعى لاحتماله القبح الشرعى والطبيعى بأن يطلقها فى وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكر وكأنه الطهر الخالى عن الجماع فيجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية أو يراد وقت تتفتى نفرة الطباع فيه عن الطلاق وعند محمد بائن حملا له على المنهى عنه (قوله وعن محمد انه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا) لما ذكرنا فى وجه الرواية عن أبى يوسف (قوله وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فتحصل باثبات زيادة الوصف البينونة (وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان التشبيه فى توحده) يعنى يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذى هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد فى الثقل أو العظم فيثبت المشتهر قضية للفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه وبين الله تعالى أما القاضى فلا يصدقه فيها (قوله ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كالف أو ملء البيت فهى واحدة بائنة الا أن ينوى ثلاثا أما الاول) وهو قوله أشد الطلاق (فلانه وصفه بالشدة) فان قيل بل بالاشدية فيجب وقوع الثلاث وكذا كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق أجيب بان أفعل يراد به أيضا الوصف كقولهم الاشج والناقص أعدلا بنى مروان أى عادلا هم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال ولا يخفى ان الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن كالجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والاوجه ان هذا الاحتمال يجعل ظاهرا لحرمة الثلاث فيصار الى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية ثم قوله (وانما تصح نية الثلاث لذكره المصدر) فان المعنى طالق طلاقا هو أشد الطلاق والحاصل ان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذى هو الطلاق (قوله وأما الثانى وهو قوله كالف فقد يراد به التشبيه فى القوة) كما يقال زيد كالف رجل أى بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم وقد يراد به التشبيه فى العدد فيصير كالموزن على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث اتفاقا فتصح نية كل من الامرين وعند فقدانها يثبت أقلهما وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد ألف ومعلوم ان التشبيه بالعدد ليس له معنى فى خصوص الكمية والا لقال أنت طالق ألفا اذ لا معنى لقوله ألف تشبه هذه الالف فانه يستقيم فى الكثرة أى طالق عددا كثيرا ككثرة الالف والكثرة التى تشبه كثرة الالف ما يقاربها فلا بد ان يزيد على اثنين فيقع الثلاث قلنا كون التشبيه به فى القوة أشهر فلا يقع الآخر الا بالنية بخلاف عدد الالف وعلى هذا الخلاف مثل ألف اما لو قال واحدة كالف فهى واحدة بائنة بالاجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبى يوسف رجعية واختاره امام الحرمين من

قال المصنف (أما الاول فلانه وصفه بالشدة) أقول فيه اشارة الى أن الاشد بمعنى الشديد قال المصنف (لذكره المصدر) أقول يعنى تقديرا اذ المعنى طالق طلاقا أشد الطلاق قال المصنف (يقال هو كالف ويراد به القوة) أقول فيه ان قوة الالف أن لا تحل حتى تنكح زوجا غيره

وأما الثالث فلان الشئ قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند أبي حنيفة انه متى شبه الطلاق بشئ يقع بائنا أي شئ كان المشبه به ذكر العظم أولم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند أبي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والافلا أي شئ كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والافهو رجعي وقيل محمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف وبيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة ومثل الجبل

الشافعية لان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب وعند محمد يقع الثلاث وهو قول الشافعي وأحمد لانه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة وفي قياس قول أبي حنيفة واحدة بائنة لان التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة كما مر اما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد وعنه في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث والفرق له بين هذا وبين قوله كألف ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور ولو قال كثلاث فهي واحدة بائنة عند أبي يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث وهذا ضعيف لانه تشبيه العدد بالعدد في خصوص الكمية وفيه ماذكرناه آنفا وفي كافي الحاكم لو قال أنت طالق أكثر الطلاق فهي ثلاث لا يدين فيها اذا قال نويت واحدة اه ولو أضافه الى عدد معلوم النفي كعدد شعر بطن كفي أو مجهول النفي والاثبات كعدد شعر ابليس أو نحوه تقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف بعارض كعدد شعر اسافي أو ساقك وقد تنورا لا يقع لعدم الشرط (قوله وأما الثالث) هو قوله ملء البيت فلان الشئ قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الاقل وهو ظاهر (قوله ثم الاصل) الاصل انه اذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع عليك أو علي اني بالخيار وان كان يوصف به فاما ان لا ينبئ عن زيادة في أثره كقوله أحسن الطلاق أسنه أجله أعدله خيره أكمله أتمه أفضله فيقع به رجعيا وتكون طالقا للسنة في وقت السنة وان نوى ثلاثا فهي ثلاث للسنة وفي مختصر الطحاوي لو قال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت طالقا وعليك رجعتها حائضا كانت أو غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة قال وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف انها طالق تطليقة للسنة كما لو قال أنت طالق أحسن الطلاق أو بنئ كاشده وأطوله يقع به بائنا وأما تشبيهه فكلهم على انه بائن عند أبي حنيفة أي شئ كان المشبه به كرأس ابرة وكحبة خردل أو كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند أبي يوسف ان ذكر العظم فكذلك والا فرجعي أي شئ كان المشبه به ولو كان عظيما لان التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن والا فرجعي ذكر العظم أولا وبيان الاصول في مثل رأس ابرة عند أبي حنيفة بائن وعند أبي يوسف رجعي الا أن يقول كعظم رأس ابرة فحينئذ هو بائن وعند زفر رجعية وفي كالجبل بائن عند أبي حنيفة وزفر رجعي عند أبي يوسف الا أن يقول كعظم الجبل ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل وقول محمد قيل مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف هذا كله عند عدم النية أما لو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لان الواقع بها بائن والبينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وفي شرح الكنز كالثلج بائن عند أبي حنيفة وعندهما ان أراد به بياضه فرجعي

وقوله (وبيانه في قوله مثل رأس الابرة) يقع به واحدة بائنة عند أبي حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبي يوسف وقيل مثل عظم رأس الابرة يقع به واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقوله (مثل الجبل) يقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وزفر ومحمدان كان مع أبي حنيفة

قال المصنف (ثم الاصل عند أبي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشئ يقع بائنا أي شئ كان المشبه به ذكر العظم أولم يذكر) أقول قال الامام التمرتاشي لان الشئ قد يشبه بغيره لعظمه وقد يشبه لحقارته والحقير مكروه عادة والبائن مكروه فيكون عبارة عن البائن انتهى فيه ان الشكل الثاني لا ينتج اذا لم يختلف مقدمتاه في الكيف مع أن الحقير قليل الاثر عادة والرجعي كذلك فيكون عبارة عن الرجعي قال المصنف (لما مر ان التشبيه الخ) أقول قبل ثمانية اسطر قال المصنف (وعند أبي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والافلا أي شئ كان المشبه به)

وقوله (مثل عظم الجبل) يقع به واحدة بائنة بالانفاق اما عند أبي حنيفة فلوجود التشبيه واما عند ابي يوسف فلذكر العظم واما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل في الطلاق قبل الدخول ﴾ لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله أحكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل (اذا قال لغير الملموسة أنت طالق ثلاثا وقعن) وقال الحسن البصري يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبين بها الا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع به شئ كما لو قال أنت طالق طالق طالق ولنا

ماذكر في الكتاب وهو لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا يعني قبل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الخ وانما يقدر المصدر محذوفا لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شئ يحتمل التعدد والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة والالزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة

مثل عظم الجبل (ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة) لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن أبي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

﴿ فصل ﴾ في الطلاق قبل الدخول (واذا طلق رجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها) لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه فلم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة

وان أراد به برده فبائن اه وهذا يقتضي ان أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الامر طول وعرض) فهو البائن أيضا (وعن أبي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو) وفي الكافي للحاكم لو قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وان نواها لان الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان للشئ الواحد فكأنه قال طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث (قوله ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة الخ) أراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه وطلاق الشيطان والبدعة وأشده كألف وملء البيت ومثل رأس ابرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانها كلها بوائن والبينونة تتنوع الى خفيفة وغليظة وكذا ذكر الصدر الشهيد وقال العتابي الصحيح انه لا تصح نية الثلاث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانه نص على التطليقة وانها تتناول الواحدة ونسبه الى شمس الائمة ورجح بأن النية انما تعمل في المحتمل وتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلاث

﴿ فصل ﴾ في الطلاق قبل الدخول لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الاصل لان الاصل حصول غرض الشئ بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالاصل على ما بالعوارض (قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا) أي تطليقا ثلاثا على ما بيناه في الفصل وفي باب ايقاع الطلاق ان الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق

أقول قال ابن الهمام وفي شرح الكنز للزيلعي كالثلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان أراد به بياضه فرجعي وان أراد به برده فبائن انتهى وهذا يقتضي ان أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه انتهى يثبت

وأنت خبير باحتياج صحة التفريع بقوله وكذا الخ الى توجيه

﴿ فصل في الطلاق قبل الدخول ﴾ قال المصنف (لان الواقع مصدر محذوف) أقول فيه تسامح والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته (قوله لدلالة الوصف عليه) أقول يعني بطريق الاقتضاء (قوله والالزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع) أقول قيل ان أريد الزيادة وقوعا فلا نسلم ذلك لان الواقع ثلاث لا غير كما اذا قال للمدخول بها أنت طالق الفا وان أريد الزيادة لفظا فلا نسلم كونه محذورا

(فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لان كل واحدة ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة (وكذا اذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة) لما ذكرنا انها بانت بالاولى (ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا) لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل (وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا) لما بينا

يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره وبه دفع قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد انه يقع عليها واحدة لبينونتها بالطلاق ولا يؤثر العدد شيأ ونص محمد قال إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وان دخل بها أو لم يدخل سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين ولا ينافي قول الانشاء ان يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع على ذكر العدد وكونه وصفا لمحذوف أما لو قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات فانه يقع الثلاث عند الكل (قوله وان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية) وذلك كقوله أنت طالق طالق طالق لانه ليس في آخر الكلام ما يغير أوله حتى يتوقف أوله فلم يقع بطالق الاول شئ فان قيل لو قال بالواو طالق وطالق وطالق أو طالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع ان الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق اذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلاثا وحكمهما مختلف لان في التفريق تبين بواحدة فينبغي أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد قلنا الجمع الذي يبان التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المغير له كلفظ ثلاثا ونحوه وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات في معنى العامل أعم من كونه على وجه المعية وعلى تقدم بعض المتعاطفات بها في تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتب اللفظي وعكسه أفراده ولا دلالة للاعم على الاخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكرا مغيرا لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ولان الحكم يتوقف الصدر يتوقف على الحكم بأنها في التركيب للمعية واذا علمت انها لا تتعرض الا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذي هو المعية بعينه وليس هو بأولى من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالاولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب فاندفع ما قيل لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها اذا قال أنت طالق احدى وعشرين ووقوع الثنتين في قوله لها أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب ايجاب الواو المعية بل لانه أحصر ما يلفظ به اذا أراد الايقاع بهذه الطريقة وهو مختار في التعبير لغة وان لم يكن مختارا في احدى وعشرين شرعا الا ان الشرع لم ينف حكمه اذا تكلم به وذكر شمس الائمة في المسئلتين خلاف زفر فلا يقع عنده الا واحدة لوجود العطف فيسبق الواقع الاول أما لو قال أنت طالق احدى عشر فانه يقع الثلاث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها اذا قال لها أنت طالق ثلاثا ان شئت فقالت شئت واحدة وواحدة وواحدة لان تمام الشرط بآخر كلامها ولم يتم الشرط لا يقع الجزاء واعلم ان شمس الائمة حكى بين أبي يوسف ومحمد خلافا في نحو أنت طالق وطالق وطالق ان عند أبي يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد بعد فراغه منه لجواز ان يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجح في أصوله قول أبي يوسف أنه ما لم يقع الطلاق لا يفوت المحل فلو يتوقف وقوع الاولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلاث حال التكلم بها ولا يخفى ان النظر الى تعليل محمد يجوز ان يلحقه مغير يفيد

وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحدا يقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا تقع الثانية اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها وهي مبانة كما لو قال أنت طالق واحدة وواحدة (ولو قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا لما بينا) أنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد

(قوله ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا الخ) أقول ولك ان تقول لم لا يجوز أن يكون من قبيل قوله صلى الله عليه وسلم فنكاحها باطل باطل باطل واحتمال كونها جملا لا يجدي نفعا اذ الطلاق لا يثبت بالشك مع أن الحذف في خلاف الاصل والملتزم بخيال المسلم أن لا يجتمع الثلاث في وقت ثم فائدة ما قلنا تظهر في المدخولة فتأمل قال المصنف (اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره) أقول سيأتي في هذه الصحيفة أمثلته

(وهذه) أى هذه المسائل الثلاث وهى قوله أنت طالق واحدة فمائت قبل قوله واحدة وكذا لو مائت قبل قوله ثنتين أو مائت قبل قوله ثلاثا (توافق ماقبلها) وهو قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن (من حيث الدليل) وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا أن الحكم اختلف لما أن ذكر العدد الذى هو الواقع فى هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهى ميتة فلم يقع الطلاق أصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهى منكوحته حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار فى الصورتين للعدد لا للوصف (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة) اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير فاذا (٨٤) قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال

أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبنى على أصلين ذكرهما المصنف فى الكتاب أحدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثانى ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس فى وسعه فالقبلية فى قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلا تقع الثانية والبعدية فى قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها فى الماضى وايقاع الاولى فى الحال غير ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال أيضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة فى الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان) لان كلمة مع للقران وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لان الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لامحالة

وهذه تجانس ماقبلها من حيث المعنى (ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة) والاصل انه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءنى زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولا كقوله جاءنى زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق فى الماضى ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس فى وسعه فالقبلية فى قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلا تقع الثانية والبعدية فى قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها فى الماضى وايقاع الاولى فى الحال غير ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال أيضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة فى الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان) لان كلمة مع للقران وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لان الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لامحالة

ان المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فان مقتضاه انما هو انه اذا ألحق تبين عدم الوقوع واذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالاول وهذا لا ينفيه أبو يوسف فلا خلاف فى المعنى بينهما (قوله وهذه) أى المسائل الثلاث (تجانس ماقبلها من حيث المعنى) وهو فوات المحل عند الايقاع فلا يقع شئ غير ان فوائه فى هذه بالموت فلا يقع شئ كما لو قال أنت طالق ان شاء الله فمائت قبل ان يقول ان شاء الله لا يقع عليها شئ وفيما قبلها بالطلاق فيقع الاول دون ما بعده (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل فيه انه اذا ذكر شيئين ودخل بينهما ظرفا ان قرنها بهاء الكناية) أى أضيفت كلمة الظرف الى ضمير الاول كانت صفة للمذكور آخرا كجاءنى زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها بل أضيفت الى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للاول بالضرورة ولانها حينئذ خبر عنه أما اذا قرن بها ارتفع عمرو المتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدا وحينئذ القبلية فى واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة فى اللفظ أعنى المضاف اليها لفظة قبل فلا يلحقها الثانية وفى قبلها واحدة صفة للاخيرة لانها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف بمضمونها واحدة الاولى فقد أوقع واحدة موصوفة بقبلية أخرى لها ولا يقدر عليه اذ لم يكن فى الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيقترنان فيقعان واذا كان

قبل واحدة أو بعدها واحدة تقع واحدة لان الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لامحالة وفى قوله بعدها واحدة صفة للثانية تبين بالاولى وتلغو الثانية لفوات المحلية (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة وقعت ثنتان) لان كلمة مع للقران فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقا لمراده فوقعا معا وعن أبى يوسف فى قوله معها انها تقع واحدة لان الكناية تستدعى سبق المكنى عنه وجودا وذلك فى الطلاق بالوقوع

قال المصنف (وهذه تجانس ماقبلها من حيث المعنى) أقول قال ابن الهمام وهو فوات المحل عند الايقاع انتهى وهذا مبنى على أن يكون ماقبلها اشارة الى ما فى حيزفان فرق الطلاق (قوله توافق ماقبلها الى قوله من حيث الدليل) أقول قوله من حيث الدليل متعلق بقوله توافق قوله (وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد) أقول المراد من الذكر المذكور أى العدد المذكور

وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى (ولو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبى حنيفة وقالا تقع ثنتان ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين) بالاتفاق لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتتعلق جملة كما اذا نص على الثلاث أو آخر الشرط

كان الظرف لفظة بعد فى واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد أوقع واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى وهو معنى قبلية أخرى لها ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق للوجود على الموجود فيقترنان بحكم ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيقعان وفى واحدة بعدها واحدة أوقع واحدة موصوفة ببعدية أخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها وأما اذا قال واحدة معها واحدة أو مع واحدة فلا فرق فى الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثانى تحقيقا لمعناها وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تستدعى سبق المكنى عنه قلنا وقد وجد وهى واحدة التى هى مرجع الضمير اذ قد سبق لفظها غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق الحكم الذى هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان عنى سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوما

فى فتى علق الطلاق بشهر * قبل ما بعد قبله رمضان

وصوره ثلاث لانه اما أن يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما ففى الجمع كالبيت يلغى قبل بعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع فى شوال وفى نحوه ثلاث صور أخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان يتخلل بينهما بعد كما فى البيت وقد عرفت حكمه أولا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو فى شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع فى ذى الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان يتخلل بينهما قبل قلب البيت وحكمه انه يلغى بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع فى شعبان أولا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو فى شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع فى جمادى الآخرة (قوله وفى المدخول بها) يعنى ان ما ذكرناه من التفصيل فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو فى غير المدخول بها أما فى المدخول بها فيقع ثنتان فى الوجوه كلها أى فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة واستشكل فى واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد فى الزيادات نحو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى وقول النبى صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم قبل ان يتخللها نار جهنم وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشئ قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لاستحالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن (قوله ولو قال لها) أى لغير المدخول بها ظاهرا ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند أبى حنيفة وقالا تقع ثنتان) ولو قدم الجزاء فقال أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق أى لجمع المتعاطفات مما قبلها وما بعدها فى الحكم سواء كان عاملا كجاء زيد وعمرو أولا كزيد وعمرو وبكر جاؤا مطلقا أى بلا قيد معية أو ترتب بل أعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة فى التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثنتين وكما اذا أخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التفريق اللفظى لا أثر له لانه فى حال التكلم يتعلق الطلاق لا فى حال التطليق تنجيزا بخلاف قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة وواحدة لانه فى حال الايقاع ولا موجب لتوقف الاول فيقع اما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم

بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى قال (ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة) أقول اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط أو أخره فان كان الثانى كما اذا قال أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال أبو حنيفة يقع واحدة (لهما ان الواو للجمع المطلق) وقد دخلت بين الاجزية فيجمع بينهما فيتعلقن جميعا وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا لان الجمع بالواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو أخر الشرط فان تأخيره لا يغير موجب الكلام

قال المصنف (وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها) أقول قال ابن الهمام واستشكل فى واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكر فى الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشئ قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لاستحالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن انتهى وفيه تأمل

وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثانى لاتقع الا واحدة كما اذا انجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحققه فى الخارج لايمكن الا بأحد الوجهين وعلى اعتبار الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثانى لاتقع الا واحدة كما اذا انجز بهذه اللفظة بان قال لها أنت طالق واحدة و واحدة فانه لايقع الا واحدة بالاتفاق فكان فى الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب و بانت بالاولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لايحتمل الترتيب

ينزلن كذلك فيقع الكل ولو سلم التعاقب فى التعلق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل بايمان تتخللها أزمنة كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم بعد زمان قال ان دخلت فأنت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصنف كما اذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن و يقعن (قوله وله ان الجمع المطلق) الذى هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو فى الاستعمال ان يراد من حيث هو فى ضمن القران أو الترتيب وهذا لانه لايراد فى الاستعمال الخاص الاعم الا من حيث هو فى ضمن أحد أخصائه وعلى الاعتبار الثانى وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لايقع الا واحدة كما اذا انجز الثلاث بالواو لغير المدخول بها يقع واحدة لملاحظة هذا الاعتبار و يلغو ما بعدها لفوات المحل فهكذا هذا لانه حينئذ يكون المراد ان دخلت فأنت طالق واحدة و بعدها واحدة أخرى و بعدها أخرى و يفوت المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل ولا تتعين لاحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لابد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقريرا لاصول ان الاول تعلق قبل الثانى لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثانى بواسطته والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذى وقع عليه التعلق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثانى بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا منهما جملة مستقلة فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس منها شئ بواسطة شئ فينزلن جميعا عند الشرط و بخلاف ما اذا تقدم الجزاء لان تأخر الشرط موجب لتوقف الاول لانه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة ونقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فأنت طالق واحدة بل ثنتين فدخلت يقع ثلاث ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة وأجيب بأن لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثانى بدل الاول ولا يمكن فى الطلاق فيتعلق الاول و يصح تعلق الثانى لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كأنه أعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعله يمينين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا انجز لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولهما أرجح وقوله تعلق الثانى بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه الى الشرط وان أريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثانى لم يلزم كون نزوله علة النزوله اذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم فى التعلق وليس نزوله علة لنزوله بل اذا تعلق الثانى بأى سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقريرا لمصنف رحمه الله أقرب ولا يرد عليه مسئلة الايمان فان قيل قوله لايقع الزائد بالشك يدفع بأنه لاشك فى تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذى يراد بالواو و يقتضى كما قررناه ان وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر فان معناه ان دخلت فأنت طالق واحدة و بعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخرا لابعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متأخر بخلاف الترتيب الذى اتفق فى الايمان فانه ليس الشرط فى الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف ما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فأنت طالق وأنت على كظهر أمى و والله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مول ولو قال لاجنبية ان تزوجتك فأنت طالق وأنت على كظهر أمى و والله لا أقربك أربعة أشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والله

قوله (وقع على الترتيب و بانت بالاولى) أقول لعل المراد انه يحتمل ذلك فلا يقع بالشك حتى لايخالف آخر كلامه اوله

ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه أبو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح (وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال)

لا أقربك وأنت علي كظهر أمي وأنت طالق فتزوجها وقع الكل أما عندهما فلا اشكال وأما عنده فلسبق الايلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق (قوله ولو عطف بحرف الفاء) فقال أي لغير المدخول بها ان دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت (فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فليكن عنهما (وذكر الفقيه أبو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح) لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدهما وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لابي حنيفة وهذا لانه يصير المعنى ان دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى ولو عطف بثم وأخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط لانها للتراخي وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكأنه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف ليتعلق فكذا هنا واذا وقع الاول بقيت محلا فتقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الا روان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها وان قدم الشرط فقال ان دخلت فأنت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخول بها تعلق الاول ووقعت الثانية والثالثة وان لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث والوجه بعد معرفة الاصل ظاهر وعندهما تعلق الكل بالثاني قدمه أو أخره الا ان عند وجود الشرط يقع الثلاث ان كانت مدخولا بها وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره فأثر التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلا بان قال ان دخلت فأنت طالق واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لانه انما تعلق الاول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه (قوله وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل في الكلام لانه وضع للافهام فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلا بالنسبة لما وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه وانما لم يعرف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال (وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية) الى آخره لاشتهار انها ضد الصريح وحين عرفه علم ان الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع انه يؤخذ رسمها من تعليله حيث قال انها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده به أما اذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فان القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء فانه ينصرف الى ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فانها مما يحكم بارادة مقتضاها شرعا كما في البيع بالدراهم المطلقة فانه ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا اذا أطلق الصرورة نية الحج ينصرف الى نية الحج الفرض والحاصل ان النية باطنة والحال ظاهرة في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في انكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه الله سبحانه اذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المصنف لا يقع بها الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع أما في نفس الامر فلا يقع الا بالنية مطلقا ألا ترى ان أنت طالق اذا قال أردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته اذا كان نواه

وقوله (ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافا له (وذكر الفقيه أبو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح) قال (وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها انه لا يجب العمل بها الا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال

لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته (ثم الكناية على ضربين)

لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته قال (وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة) أما الاولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتدادا نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا أولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث

(قوله لانها غير موضوعة للطلاق) بل موضوعة لما هو أعم منه أو من حكمه والاعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلا مما صدقاته ولا يتعين أحدهما الا بمعين والمعين في نفس الامر هو النية وبالنسبة الى القاضي دلالة الحال فان لم تكن فدعواه ما أراد وانما قلنا أعم منه ومن حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من انها لم يرد بها سوى الثلاث الرجعية اعتدي استبرئي أنت واحدة الطلاق أصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح وعلى هذا فقول المصنف بل تحتمله وغيره تساهل لان محتملات اللفظ تستعمل فيها وسنشير الى انه لم يرد بها الطلاق ونقرره والجواب ان المراد تحتمله متعلقا لمعناها أو واقعا عنده فتدخل الثلاث الرجعية (قوله وهي) أي الكنايات (على ضربين) هذا تقسيم للكنايات وهي تنقسم أولا بحسب ما هي كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وماذكره المصنف هي القسمة الثانية أما الاولى فتنقسم الى ما هو كناية عن حكم الطلاق والى ما عن تفويضه الثاني لفظان اختاري وأمرك بيدك لا يدخل في يدها الا بنية الطلاق فلا يقع الا بقولها بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي والاول ما سواهما وينقسم الى ما يقع به البائن وهو ماسوى الالفاظ الثلاثة وسنذكر ما فيه والى ما يقع به الرجعي وهي الالفاظ الثلاثة اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع به الا واحدة أما الاولى أي كون الاولى وهي كلمة اعتدي كناية فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى فان نوى الاول تعين ويقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما اذا قاله بعد الدخول أما قبله فهو مجاز عن كوني طالقا باسم الحكم عن العلة لان المسبب عن السبب لا يدان شرطه اختصاص المسبب بالسبب والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد اذا عتقت ويجاب بأن ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالاصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص واعلم انه كما يجب كونها مجازا عن كوني طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في المدخول بها اذا كانت آيسة أو صغيرة ومافي النوادر من ان وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة يعني أنه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس واستحسان لان علية البينونة في غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه القياس أصلا نعم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي أعم من رجعي وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل يتعين الاخف لعدم الدلالة على الزائد عليه وأما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئيه لاني طلقتك أو لاطلقك يعني اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثاني لا فلا بد من النية ولا يخفى انها أيضا قبل الدخول مجاز عن كوني

(قوله لانها غير موضوعة) أقول أي غير متعينة فيه بدليل بل تحتمله وغيره قال المصنف (فيقتضي طلاقا سابقا) أقول يعني ان كان بعد الدخول وان كان قبله يكون مستعارا عن الطلاق لانه سببه في الجملة وان لم يكن سببا له في هذه الحالة قال المصنف (وتحتمل الاستبراء ليطلقها) أقول يعني اذا علم خلوه من الولد قال المصنف (لان قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر) أقول قوله مقتضى يعني في الاولين وقوله مضمر يعني في الثالثة

طالقا

ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب قال (وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كانت ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة

طالقا كاعتدى وكذا فى الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه وأما الثالثة وهى أنت واحدة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه فكأنه قاله يعنى اذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله لظهور ان مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندى أو فى قومك مدحا وذما فقد ظهر ان الطلاق فى هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى كما هو فى اعتدى استبرئى رحمك لانه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء ومضمر فى واحدة ولو كان مظهرا لايقع الا واحدة فاذا كان مضمرا وانه أضعف منه أولى ان لا يقع الا واحدة وفى واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلاث لانها صفة للمصدر المحدود بالهاء فلا يتجاوز الواحدة واعتراض بعضهم على قوله يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف أى تطليقة واحدة بأن فيه تكلفا غير محتاج اليه بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقط لانه لا يدفع احتماله لما ذكر المصنف والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع فى طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر القائل

* فأنت طلاق والطلاق عزيمة * الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع اذهبن فأنتن الطلاق أو طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعين الثانى (قوله ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح) احتراز عما قال بعضهم ان رفع الواحدة لايقع شئ وان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها حينئذ نعت للمصدر أى أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وان سكن احتيج الى النية وجه الصحيح ان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة عليه ولان الرفع يجوز لكونه نعتا للطلقة أى أنت طلقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر أى أنت متكلمة كلمة واحدة وهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لاتلتزم التكلم العرفى على صحة الاعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ولذا ترى أهل العلم فى مجارى كلامهم لايقيمونه (قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة فان نوى الثلاث كانت ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة) وفى هذا الاطلاق نظر بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى الثلاث فقد ذكر فى أنا برئ من طلاقك يقع رجعى إذا نوى بخلاف ما إذا قال من نكاحك قاله ابن سلام وفى الخلاصة اختلف فى برئت من طلاقك إذا نوى والاصح يقع رجعيا والاوجه عندى ان يقع بائنا لان حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الايقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الايقاع أصلا وبذلك صار كناية فاذا أراد الاول وقع وصرف الى احدى البينونتين وهى التى دون الثلاث وكذا فى قوله الطلاق عليك يقع بالنية وفى وهبتك طلاقك إذا نوى يقع رجعيا وكذا قالوا فى بعتك طلاقك إذا قالت اشتريت من غير بدل ثم فى الهبة إذا لم تكن نية تطلق فى القضاء ولو قال نويت ان يكون فى يدها لايصدق وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت نفسها فى ذلك المجلس طلقت والافهى زوجته هذا إذا ابتدأ الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لى طلاقى تريد أعرض عنه فقال وهبت لايقع وان نوى لانه جواب فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع إذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته ويقع رجعيا فى خذى طلاقك وأفرضتك وكذا فى قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعى

وقوله (ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ) يعنى سواء قال أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون فقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للطلقة أما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ تكون صفة شخصها وقيل هو قول محمد وعند أبى يوسف يقع فى الاحوال كلها لان نية الطلاق تعرب عن الغرض وان أخطأ فى الاعراب وان أسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح ان الكل سواء (لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب) والثانى هو بقية الكنايات وهى المذكورة فى الكتاب (اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة) أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره

الا أن يكون فى حال مذاكرة الطلاق فان القاضى يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية وأما جواز نية الثلاث فلان الواقع بها اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولا تصالها وجهان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فيتعدد المقتضى بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى بمعزل عن ذلك قال المصنف (سوى) يعنى القدورى (بين ألفاظ الكنايات) فى وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق وليس على اطلاقه بل انما ذلك (فيما لا يصلح ردا) فلا بد من بيان وبين بقوله (والجملة فى ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهى حالة الرضا وحال مذاكرة الطلاق) بان تسأله عن ذلك (وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا) وهو سبعة أخرجى اذهبى اعزبى قومى تقنعى استترى تخمرى أما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجى اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبى واعزبى وقومى واما تقنعى فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى الرد فيه هو أن ينوى واقنعى بما رزقك الله منى من أمر المعيشة واتركى سؤال الطلاق واشتغلى بالتقنع الذى هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استترى وتخمرى لانهما من الستر والخمار (وما يصلح جوابا لا ردا) ثمانية ألفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى والخمسة الاولى تصلح للسب والشتيمة أيضا اذا عرف هذا ففى حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية بتعيين أحد المحتملين والقول قوله فى انكار النية مع يمينه وفى حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء فى قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر

وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وانت حرة وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج) لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال (الا أن يكون فى حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق فى القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا أن ينويه) قال رضى الله عنه (سوى بين هذه الالفاظ وقال ولا يصدق فى القضاء اذا كان فى حال مذاكرة الطلاق) قالوا (وهذا فيما لا يصلح ردا) والجملة فى ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهى حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففى حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية فالقول قوله فى انكار النية لما قلنا وفى حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا فى القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبى اخرجى قومى تقنعى تخمرى

(قوله وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك) بوصل الهمزة (وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وأنت حرة) وأعتقتك مثل أنت حرة (وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى) بالغين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة والزاى (واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره) وتقرير المحتملات غير خاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من أشياء وهى هيئة الناقة اذا أريد اطلاقها للرعى وهى ذات رسن فألقى الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كى لا تعقل به اذا كان مطر وحافشبه بهذه الهيئة الاطلاقية اطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والاجارة والاستئجار وصار كناية فى الطلاق لتعدد صور الاطلاق وفى وهبتك لاهلك إذا نوى يقع وان لم يقبلوها لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن ردتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهى البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها فى ثبوت البينونة والحقى باهلك مثله فى صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لا بيك أو لابنك مثله بخلاف الاجانب (فلا بد من النية) أى فى الحكم بوقوع الطلاق (الا ان يكون فى حالة مذاكرة الطلاق) وهو حال سؤالها الطلاق أو سؤال أجنبى (فيقع فى القضاء) وان قال أردت غير الطلاق (ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه) ويستثنى منها اختارى لما ذكر وأمرك بيدك قال المصنف (سوى) أى القدورى (بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذاكرة الطلاق فى القضاء) اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الائمة فى المبسوط والمشايخ كفخر الاسلام وغيره (قالوا وهذا) أى كونه لا يصدق اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق انما هو (فيما لا يصلح ردا) أما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استأنف تقسيما ضابطا فقال الاحوال هنا ثلاثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وهى ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق أى التطليق ويصلح رده وما يصلح جوابا ولا يصلح رده وما يصلح جوابا وشتما ففى

قال المصنف (وأمرك بيدك) أقول لا يخفى عليك ان قوله أمرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المقام ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم انه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالا نعوذ بالله تعالى

ومايجرى هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الافيما يصلح للطلاق ولايصلح للرد والشتم كقوله اعتدى واختارى وأمرك بيدك فانه لايصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن أبى يوسف

حالة الرضا يصدق فى الكل إذا قال لم أرد الطلاق لانه لاظاهر يكذبه وفى حالة المذاكرة للطلاق لايصدق فيما يصلح جوابا الا ردا كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدى استرى اختارى أمرك بيدك ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجى اذهبى افلحى تقول العرب افلح عنى أى اذهب عنى اغربى قومى تقنعى ومرادفها كاسترى وتخمرى ومعنى الرد فى هذه أى اشتغلى بالتقنع الذى هو أنفع لك من القناع وكذا أخواه ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفى حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا وشتيمة لاردا كخلية برية بتة بتلة حرام ومايجرى مجراه اذ يحتمل خلية من الخير برية منه بتة بتلة أى مقطوعة عنه ولايصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدى اختارى أمرك بيدك استرى وعرف مما قدمنا ان اختارى أمرك بيدك لايقع بهما الطلاق الا بايقاعها بعده وانما هما كنايتان عن التفويض حتى لايدخل الامر فى يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم فى الاحوال قسمان حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا يتصور سؤالها الطلاق الا فى احدى الحالتين لانهما ضدان لاواسطة بينهما فتحرير التقرير ان فى حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فى الكل انه لم يرد الطلاق وفى حالة الرضا المسؤل فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا انه لم يرده وفى حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا أو ردا انه لم يرد به الا السب أو الرد ولايصدق فيما يصلح جوابا فقط وفى حالة الغضب المسؤل فيها الطلاق يجتمع فى عدم تصديقه فى المتمحض جوابا سببان المذاكرة والغضب وكذا فى قبول قوله فيما يصلح ردا لان كلا من المذاكرة والغضب يستقل باثبات قبول قوله فى دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسبب ينفرد الغضب باثباته فلا تتغير الاحكام وحينئذ فالاولى أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدى الغضب والمذاكرة (قوله وعن أبى يوسف الخ) الحق أبو يوسف بالتى تحتمل السب ألفاظا أخرى وهى لامالك لى عليك لاسبيل لى عليك خليت سبيلك فارقتك فهذه أربعة الفاظ ذكرها الولوالجى وذكرها العتابى خمسة لاسبيل لامالك خليت سبيلك الحقى بأهلك حبلك على غاربك وفى الايضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الائمة ذكر خمسة هى هذه الا انه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتتم ستة ألفاظ ووجه احتمالها السب ان لامالك لى يعنى أنت أقل من ان تنسبى الى بالملك ولاسبيل لى عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقى بأهلك وحبلك على غاربك أى أنت مسيئة لايشتغل أحد بتأديبك اذ لاطاقة لاحد بعمارستك وفى رواية جامع فخر الاسلام والفوائد الظهيرية ان أبا يوسف ألحقها بالثلاث التى لايدين فيها فى الغضب كالايدين فى المذاكرة وهى اعتدى اختارى أمرك بيدك وفى شرح مختصر الكرخى قال أبو حنيفة لاسبيل لى عليك تقنعى استرى اخرجى اذهبى قومى تزوجى لانكاح لى عليك يدين فى الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب يبعد الانسان عن الزوجة فيه وكذا فى حال ذكر الطلاق وهذا لان لاسبيل لى عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقى وانتقلى كالحقى ولا رواية فى اعرتك طلاقك ظاهرة وعن أبى يوسف يقع خلافا لمحمد وفى النوازل عن أبى حنيفة يصير الطلاق فى يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق ان شاءت كما كان للزوج ولو قال طلاقك على لا يقع أصلا وروى الحسن عن أبى حنيفة لو قال وهبتك لابيك أو لابنك أو للازواج فهو طلاق لان المرأة

ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم انما يستتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ السبعة المتقدمة وقوله (ومايجرى هذا المجرى) يريد به مثل اغربى واسترى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك يعنى أقسام الكنايات لاحتمال الرد أو السب الافيما يصلح للطلاق ولايصلح للرد والشتم وهو ثلاثة ألفاظ اعتدى واختارى وأمرك بيدك فانه لايصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق

في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب

ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاختك أو خالتك أو عمتك أو لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فقال اذهبي فبيعي ثوبك لا يقع عند أبي يوسف خلافا لزفر لان اذهبي يعمل فيه نية الطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابي يوسف ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحه خلاف المنوى ومن الكنايات تنحي عني واختلف في لم يبق بيني وبينك عمل قيل يقع اذا نوى وقيل لا ومثله لم يبق بيني وبينك شيء وفي أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع بالنية الا أن يقول خذي أيها شئت ثم عن محمد في رواية أسد يقع ثلاث وقال ابن سلام أخاف أن يقع ثلاث لمعاني كلام الناس كأنه يريد ان مراد الناس بمثله اسلكي الطرق الاربعة والا فاللفظ انما يعطى الامر بسلوك أحدها والاوجه أن يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتأخرون في وهبتك طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في أبحتك طلاقك وان نوى أو صفحت عنه ولا بأحببت طلاقك أو رضيته أو هويته أو أردته وان نوى وأما طال بلا قاف فأطاق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق أما في أحدهما فيقع قضاء أسكنها أو لا وفيه أيضا النظر المذكور لانه ايقاع بلا لفظ له ولا لاعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه وهذا البحث يوجب أن لا يقع به أصلا وان نوى ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتهجي كانت طال ق لانه ليس طلاقا ولا كناية لان موضوعها يحتمل أشياء وأوضاع هذه المسميات هي حروف ولذا لو قرأ آية السجدة تهجيا لا يجب السجود لانه ليس قرآنا ولا مخاص الا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والا كتفاء فيه بكون اللفظ دالا عليه وضعا أو عرفا وحينئذ يقع بالتهجي في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا بطال بلا قاف وفي قوله لآخر اجعل اليها طلاقها أو أخبرها به أو بشرها طلقت في الحال لان الحال لا يتحقق قبل المحول ومنها أنت على كالميتة أو الدم أو لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامرأته هذه عمتي أو خالتي أو محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك فاصر عليه فرق بينهما ولو قال مزحت أو كذبت أو وهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحسانا والقياس أن يفرق مطلقا ولا يصدق لانه أقر بالتحريم وجه الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا في هي أمي وله أم معروفة وان لم يكن لها نسب معروف ومثلها ولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هي أختي واختلف في لست لي بامرأة وما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع عند أبي حنيفة وقالا لا ان نفى النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم أتزوجك أو والله ما أنت لي بامرأة أو لو سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا وله انها تحتمله أي لست لي بامرأة لاني طلقتك فيصح نفيه كما في لا نكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين علم انه أراد النفي عن الماضي لا في الحال لان الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في انشاء النفي في الحال وقوله لم أتزوجك بجحود لا يحتمل الانشاء اذ الطلاق لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف انه أراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب النافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها يقع عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست أو ما أنت امرأتي أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية وألغياه ويتصل بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا أو عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به أو لم ينو وكذا

وعن أبي يوسف انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أنو الطلاق وصدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه أربعة ألفاظ وقيل خمسة ألفاظ خامسها الحق بأهلك ألحقها أبو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل أن يكون معناه لانك أقل من أن تنسبي الى ملكي أو أنسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك في المضجع لنفرتك وعدم نظافتك والحق بأهلك لانك أوحش من أن تكوني خليلتي

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح

اذا كتب على لوح أو حائط أو أرض أو في كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوي فيه كالكلام المكنى لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب مثله لتجربة الخط فان كان صحيحا بين نيته بلسانه وان كان أخرس بين نيته بكتابته هذا اذا لم يكن خطابا أو رسالة فان كان على رسم كتب الرسالة بان كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق أو أنت حر أو اذا وصل اليك كتابي فأنت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال أنت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة بخلاف ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فأنت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ما سوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل اليها لا يقع فمبني على ان الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا تكون كتابا وفيه نظر وما قيل من انه لو محا أكثر ما قبله فأرسله لا يقع أبعد من الاول اذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثرة الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ولو كتب اليها أما بعد أنت طالق ان شاء الله تعالى ان كان موصولا بكتابته لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فترة ثم كتب ان شاء الله يقع الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة وفيها معزوا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر أو أمر غيره حين كتب ولم يعمل هو فأتاها الكتابان طلقت تطليقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب وأما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتان قضاء لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكل ما ذكرناه ثابت في حق الاخرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف ذلك منه بان يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك أو شك كنا فيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المصنف أحكام الاخرس في هذه في آخر الكتاب (قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق) والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى أريد هو بها ليدفع بأن كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفى بالاتفاق على ان الواقع طلاق والثاني بالنص فان قيل النص انما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منعناه لان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن أحق بردهن أعم من الطلاق الصريح وغيره لان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أعني نص الافتداء لما عرف من ان الافتداء لا يتحقق الا بالبينونة والا يذهب ماله ولا يفيد والحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال أو ثلاثا واستدل المصنف بقوله ولنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا أثبتها بقوله الحاجة ماسة الى اثبات

قال (ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا) وهو مذهب عامة الصحابة (وقال الشافعي يقع بها رجعي) وهو مذهب عمر وابن مسعود (لان الواقع بها طلاق) واحد (لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية) والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد (والطلاق يعقب الرجعة كالصريح) فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا

(ولنا ان تصرف الابانة صدر عن أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية) وكل ما صدر من أهله كذلك كان صحيحا لامحالة اما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام فى الاهل وأما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق وأما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف أحدهما قوله (كى لاينسد باب التدارك) والثانى قوله (ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد) وقوله (باب التدارك) أى تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا فى النهاية وفى هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثانى فان جعلت الثانى تفسير الاول بالعطف فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لايستقيم على مذهبه واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى أن يفسر قوله

ولنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء فى الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كى لاينسد عليه باب التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد

الابانة كى لاينسد عليه باب التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بأن المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجته لانه لو أبانها بالثلاث عصى ولو طلقها رجعيا ربما تتراءى له مصلحة فى الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدى الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينسد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له أمكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والاوجه فى هذه العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلاث بكلمة حرام وتفريقها على ماذكر كذلك فلزم ان تشرع له الابانة على هذه الصفة يعنى شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كى لا يقع فى الرجعة بغير قصد منه بأن تفجأه المرأة فتقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريدها فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كى لا تفوت هذه المصلحة ودفع بأن هذه مصلحة وثبوت التمكن من إعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع ان الانسان محل التغير مصلحة أخرى أكيدة إذ كثيرا ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة أكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب إلا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة بيسير من الاحتراس من فجأتها مقبلة ونحوه فكان اعتبار منع الابانة أجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الاخرى فان أردت تخصيص نص اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالاقتداء نصا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب الندم لتركها بعد الرجعة حتى تنقضى العدة أو تفريق الثلاث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة فى أوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا سبب تحقق الحاجة إلى الابانة من الفطام هذا ولا يخفى ان المعنيين أعنى عدم انسداد باب التدارك و باب

كى لاينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح وأما الوجه الثانى فتفسيره ماذكره صاحب النهاية ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الابانة قد صدر من أهله الخ فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف ابانة فلابد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من أهله والجواب ان هذا الدليل يدل على أن الابانة التى يمكن بها التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها لابد منها وهو لا يمكن أن تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين أن تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة الرجعة

قال المصنف (ولنا ان تصرف الابانة الخ) أقول ولابد فى هذا المقام من المراجعة الى ماذكره العلامة ابن الهمام ليتجلى عليك غياهب الاوهام (قوله وأما المحلية فثابتة) أقول كما فى الخلع والطلاق على مال بالاتفاق (قوله دال على ولاية الابانة بوجهين الخ) أقول وانت خبير انه لا يستقل واحد من ذينك الوجهين باثبات المطلوب فالوجه عدهما وجها واحدا كما لا يخفى (قوله فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه الخ) أقول فيه بحث فانه لا حاجة الى جعل الكلام الزاميا ولو صح ماذكره يلزم فساد النكتة لامحالة اذ لزوم المطلوب من المجموع فتأمل (قوله ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة الى قوله فلابد من اثباته الخ) أقول فيه بحث اذ يعلم ذلك من

وقوله (وليست كنايات على التحقيق) جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكناية عن الطلاق الصريح انما تكون كالصريح في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها (وقوله والشرط تعيين أحد نوعي البينونة) جواب عن قوله ولهذا يشترط النية وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ماذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد وقوله (وانتقاص العدد) جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ماهو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لامنافاة

وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد اثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلاث فيها التنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الرجعة اذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لاجلب المصلحة والوجه في الاستدلال أن يقال لما أثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد أثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان أي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه وأيضا لفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بفم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وأيضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم منه مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك وحين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة ثبت أيضا اخراج الواحدة البائنة بلا مال لان شرع الايقاع به هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلاث شرعا به تحليفه صلى الله عليه وسلم أبا ركانة حين طلقها البتة انه ما أراد الا واحدة وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها يعني لا تردد في المراد للقطع بأن معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد وكذا البت والبتل القطع والتردد انما هو في متعلقها أعني الوصلة وهي أعم من وصلة النكاح والخيرات والشر فاذا تعين بالنية عمل بحقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة اليه أو الى غيره من الرجال فاذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما أطلق عليه كناية مجازا للتردد في ذلك المتعلق الذي به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لانها بتعدد المعنى وقد تكون حقيقة فيها وقد حقق في نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل ليعبر منه إلى طول القامة وكثرة الاضياف فالوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق وتحقيقه أنه مشترك معنوي من قبيل المشكك فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما والوجه أن يقول انها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو بالبينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة أعني التمليك فهو مجاز عن رد ذلك على ماقدمناه وقياس الباقي سهل وبهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هي معنى اللفظ الدائر في الافراد وهي متنوعة الى غليظة وهي المترتبة على الثلاث وخفيفة كالمترتبة على الخلع فأيهما أراد صح ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ

بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا

وقوله (وانما تصح نية الثلاث) جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلاث في قوله أنت بائن مثلا كما لا تصح في قوله انت طالق لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن

قوله وليست كنايات الخ (قوله وتقريره ان الكناية عن الطلاق) أقول قيل بل تقريره لا نسلم انها كنايات عن الطلاق حقيقة فانها عوامل في حقائقها فاطلاق الكناية عليها مجاز وفي ظاهر تقرير الشارح قبول كونه كناية عن الطلاق الصريح وفيه ما فيه ويجوز أن يجاب عما ذكر لا فساد في ذلك فان الامر كذلك لكنه مجاز على ما ينادي عليه كلامه (قوله وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ماذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة الخ) أقول فيه بحث فان المستفاد من كلامه ان البينونة النكاحية تحصل لا محالة بحقيقة كلامه والتردد في الغليظة والخفيفة وليس كذلك ولو صح لحصلت البينونة الخفيفة في حالة الرضا بلا نية لانها الادنى المتيقن بل مراد المصنف من أحد نوعي البينونة عن وصلة النكاح فالنوع الآخر البينونة عن غيرها فليتأمل (قوله كما لا تصح في قوله أنت طالق لانه عامل بنفسه) أقول فيه ان عدم صحة النية ليس لكونه عاملا بنفسه بل لعدم قابلية الطلاق الذي هو صفة المرأة كذلك كما سبق

(ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل) يعني في أوائل باب ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا الخ وقوله (وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي) وقال نويت بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيأ لم يقع شئ نوى بالاولى طلاقا والاخير وقع (٩٦) ثلاث نوى بالثانية طلاقا والاخير وقعت واحدة نوى بالاولى حيضا والاخير وقعت ثلاث نوى بالثانية حيضا والاخير وقعت ثنتان نوى بالثالثة حيضا والاخير وقعت واحدة نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا والاخير وقعت ثلاث نوى بالاخريين طلاقا والاخير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا والاخير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا والاخير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا والاخير وقعت ثلاث نوى بالاولى والثالثة حيضا والاخير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق بالاول

(ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل) (وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء) لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له (وان قال لم أنو بالباقي شيأ فهي ثلاث) لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شئ لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاولين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

الطلاق شرعا وانتقاص عدده هو بتعدد وقوع ذلك اللازم واستكماله في ذلك وبارسال لفظ الثلاث بل معنى وقع الطلاق وقع اللازم الشرعي لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما أسلفناه في فاتحة كتاب الطلاق فارجع اليها فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل وتقرير المصنف أن الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعي وينتقض به وهو بناء على انه غيره وأنت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها في الفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لا بد أن يستعقب في غير الفسخ النقصان والاتفاق على ان الثابت بالكناية ليس فسخا فلزمه نقصان العدد (قوله ولا تصح نية الثنتين) أي بالكنايات عندنا خلافا لزفر وقد بيناه من قبل في باب ايقاع الطلاق في التطليق بالمصدر (قوله ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي) هذه المسئلة تحتمل وجوها أن ينوي بكل من هذه الالفاظ طلاقا أو بالاولى طلاقا والاخير أو بالاولى حيضا والاخير أو بالأوليين طلاقا والاخير أو بالاولى والثالثة حيضا والاخير وقعت ثلاث نوى بالاولى والثالثة حيضا والاخير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا والاخير وقعت ثلاث نوى بالاخريين طلاقا والاخير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا والاخير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا والاخير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا والاخير وقعت ثلاث نوى بالاولى والثالثة حيضا والاخير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق بالاول

(قال المصنف حال مذاكرة الطلاق) أقول قد ظهر مما ذكر ان حالة مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال وهو خلاف ما افتتحوه من انها حال سؤالها أو سؤال الاجنبي طلاقها بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجردا بتداء الايقاع (قال المصنف فتعين الباقيان) أقول من قبيل اطلاق الجمع على المثنى

وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية انما يصدق مع اليمين لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول الامين مع اليمين

بالاول طلاقا و بالباقى تربصا بالاشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التأكيد كانت طالق طالق طالق لا قضاء لانه خلاف الظاهر وعلمت ان المرأة كالقاضى لا يحل لها أن تمكنه من نفسها اذا علمت منه ما ظاهره مخالف لمدعاه وقد ظهر مما ذكر ان حال مذاكرة الطلاق لا تقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من انها حال سؤالها أو سؤال أجنبى طلاقها بل هى أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع ثم على هذا لقائل أن يقول لما ذاكرة التى تصير الكناية معها ظاهرة فى الايقاع انما هى سؤال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للايقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر فى قصد الايقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بايقاع الطلاق مرة فان الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا فى الايقاع حتى لا يقبل قوله فى عدم ارادته بالكناية (قوله وفى كل موضع يصدق الزوج فى نفى النية انما يصدق مع اليمين الخ) قدمنا بيانه ونقله من الكافى للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين والاقرب انه لنفى التهمة أصله حديث تحليف ركانة المتقدم ﴿ فروع ﴾ طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنة صارت بائنة وقال محمد لا تكون الا رجعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا تكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلاثا ولمحمد فى الاول ان جعله الواحدة الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه قلنا يملك البائن لما ذكرناه قريبا لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فاذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان مالكا لاصله ووصفه وملك الحاق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولى واعلم ان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحق الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع أنت طالق يقع الطلاق عندنا خلافا للشافعى ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت فأنت بائن ينوى الطلاق ثم أبانها فدخلت فى العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعنى الخلع ثم قال تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن أبى سعيد الخدرى عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة وهنا القيد الحكمى باق لبقاء أحكام النكاح وانما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف فى المحل كالحيض ولهذا لحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع وأما عدم لحوق البائن البائن فلامكان جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضرورى حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغى أن يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لانها ليست ثابتة فى المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فتجعل انشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلناه لانه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا حين صدر وأورد عليه ان مثله لازم فى أنت طالق أنت طالق فلزم أن لا يلحق الصريح أجيب بأنه لا احتمال فيه لان أنت طالق متعين للانشاء شرعا ولو قال أردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفى مسئلتنا لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذى وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق وقد عرف من استدلالهم الذى أطبقوا عليه ان المراد من البائن الذى لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لانه هو الذى ليس ظاهرا فى انشاء الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق أنت طالق وأنت بائن

(وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية انما يصدق مع اليمين لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول الامين مع اليمين) والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

ولانهم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن الا اذا كان كناية لان الصريح أعم من البائن لانه مالا يحتاج الى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا والكناية ما يحتاج اليها غير انه لا يقع بها فى غير الالفاظ الثلاثة اعتدى استبرئى رحمك أنت واحدة الا بائن وفى الخلاصة نقلا من الزيادات الذى يلحق البائن لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وان لم يكن رجعيا وقوله الذى يلحق البائن لا يكون رجعيا لانه لا يتصور لان البينونة السابقة تمنع الرجعة التى هى حكم الصريح غير المقيد بابانة ماذكر من انه اذا أبانها ثم قال لها أنت طالق بائن يلغو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء وما زاد فى تعليل الالغاء فى هذه المسئلة فى الحاوى من قوله يلغو تصحيحا لكلامه لا معنى له وعلى مجرد الالغاء اقتصر فى الخلاصة ومحله ماذكرنا وعلى هذا فما وقع فى حلب من الخلاف فى واقعة وهى ان رجلا أبان امرأته ثم طلقها ثلاثا فى العدة الحق فيه انه يلحقها لما سمعت من ان الصريح وان كان بائنا يلحق البائن ومن ان المراد بالبائن الذى لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجبه الوجه وفى الحقائق لو قال ان فعلت كذا فكل الله على حرام ثم قال هكذا لامر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين ينبغى أن يقع آخر وقال هذا ينبغى أن يحفظ ﴿ تتمة ﴾ فى الشهادة على الطلاق من الكافى للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله فى كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لان البينة تكذبهما ولو شهدا انه طلق احدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة ولو شهدا انه طلق إحداهن بغير عينها ألزمناه الايقاع على احداهن استحسانا وفى القياس هو كالاول ولو شهد شاهد على طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبى حنيفة وعندهما تجوز على طلقتين وتأتى هذه فى الهداية فى باب الاختلاف فى الشهادة واذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضى أن يضعها على يد عدل حتى تأتى بالآخر لا يفعل ويدفعها الى زوجها فان كان الطلاق بائنا وادعت ان بقية الشهود بالمصر وشاهد عدل فان أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى ينظر ما تصنع فى شاهدها الآخر فهو حسن وان دفعها للزوج لا بأس به ولو شهد أحدهما انه طلقها ثلاثا والآخر انه قال أنت على حرام ينوى الطلاق فهى باطلة وكذا لو شهد أحدهما انه طلقها ان دخلت الدار وانها دخلت والآخر انه طلقها ان كلمت فلانا وانها كلمته وكذا ان اختلفا فى ألفاظ الكنايات وكذا فى مقادير الشروط التى علق عليها فى التعليق والارسال ومقادير الاجعال وصفاتها وفى اشتراطها وحذفها واذا شهد انه قال ان دخلت فلانة الدار فهى طالق وفلانة معها والآخر انه قال وحدها وقد دخلت فقط فلانة تطلق وحدها لانهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد واحد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا اذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة أو واحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف والاصل عنده انها فى العطف تصح فى المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مرادفه بخلاف البائن فلذا لا تقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لان الذى شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمرادفها وسيأتى هذا الاصل فى باب الاختلاف فى الشهادة ولو شهد انه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على انه سمى الاولى فقط جازت على الاولى ولو شهد انه قال طالق الطلاق كله والآخر على انه قال بعض الطلاق لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهد انه قال طالق والآخر انه أقر بالطلاق جازت وكذا ان اختلفا فى الوقت أو المكان أو الزمان بان شهد انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها فى ذلك اليوم بالكوفة فهى باطلة لتيقن كذب أحدهما ولو شهد بذلك فى يومين متفرقين بينهما من الايام قدر ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة جازت شهادتهما ولو شهدا اثنان انه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخر انه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت احدى البينتين فقضى بها ثم جاءت

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة وأخره لان الاصل تصرف المرء لنفسه ﴿فصل في الاختيار﴾ هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله

﴿باب تفويض الطلاق﴾

﴿فصل﴾ في الاختيار (واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها) لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع

الاخرى لم يلتفت اليها واذا قال الرجل لامرأتيه أيتكما أكلت هذا فهي طالق فجاءت كل بيبنة انها أكلته تطلقان جميعا وان جاءت احداهما ببينة فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها وان كانتا أكلتا لم تطلقا

﴿باب تفويض الطلاق﴾

﴿فصل في الاختيار﴾ لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الامر باليد وبلفظ المشيئة (قوله اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق) يعني ينوي تخييرها فيه (أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك) وان طال يوما أو أكثر ولم يتبدل بالاعمال (فان قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم) قال ابن المنذر واختلفوا في الرجل يخير زوجته فقالت طائفة أمرها بيدها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها روينا هذا القول عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أجمعين وفي أسانيدها مقال وبه قال جابر بن عبد الله وقال به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وفيه قول ثان وهو ان أمرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وبه نقول ويدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستأمري أبويك وحكى صاحب المغني هذا القول عن علي فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن علي لم تستقر فقد روى عنه كقول الجماعة ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم وأين من نقل عنهم من التابعين القول الاول ممن نقل عنهم الثاني وقوله في أسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلي الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهي ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها ألا ترى الى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن واسرحكن سراحا جميلا (قوله ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جوابا في المجلس) أورد

ان فيه قياسا واستحسانا القياس يقتضي أن لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لا يملك شيأ لا يملك تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فجعل محل الاجماع وقوله (ولانه تمليك) دليل معقول على أن الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس أن لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد يتأبد لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة والمصنف جعله كالبيع في كونه تمليكا ثم لا يخلو اما أن يكون البيع مما يتأبد أو مما لا يتأبد فان كان الاول بطل

﴿باب تفويض الطلاق﴾

(قال المصنف ينوي بذلك الطلاق) أقول أي تفويض الطلاق فالمضاف محذوف (قوله وهو مخالف لما ذكر الخ) أقول يجوز أن يكون ما ذكره المصنف وجه الاستحسان فلا مخالفة بينهما حينئذ

القياس أعني قياس المصنف التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ماذكره صاحب النهاية ثم فرق بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي أن يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي أن يكون الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا وأورد على ذلك شبها أحدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على أنه وكيل عدم الاقتصار على المجلس وبملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلق وطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث وأجاب عن الاول بما حاصله أن تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز أن يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية

كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره (وأقول) التمليك هو الاقرار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقرار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية أن التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم ان المرأة اما أن تختار زوجها أو نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شئ وقال علي رضي الله عنه تقع تطليقة رجعية كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يقع في ذلك شئ قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فهي واحدة بائنة لكن عندنا وهو قول علي لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يقع ثلاث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم

لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر

لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشئ مملوكا كله لاكثر من واحد في زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وأيضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد على انه يحنث وهو يقتضي أن تكون نائبة عنه لا مالكة وأيضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقها اثم على نفس الفعل ولا خلف في عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مخلف ان لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك الفعل هكذا ولزوم انتفاء الملك بالتمليك في الاعيان لا في ملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كملا وهو الاقتصاص ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد والمنع مذكور في الزيادات لصاحب المحيط وأما المديون فوكيل وانما وقع عمله في الابراء لرب الدين باعتبار أمره وثبت أثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته وفي هذا نظر نجريه في تطليقها نفسها بأن يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتفاء لازمه لان للدائن أن يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال في الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس ان كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان هذا التمليك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التمليكات ولكونه تمليكا يتم بالمملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى ان بعته فقد أجزته والولايات لتضمنها إذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضي أن لا يصح الرجوع والعزل فيهما فلا حاجة اليه لهذا المعنى لابتنائه على ماذكرنا

(قوله أعني قياس المصنف التخيير على البيع لانه الخ) أقول ضمير لانه راجع الى التخيير قال المصنف (لان ساعات المجلس) أقول هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لها كما لا يخفى قوله (وهو لا يصح) أقول ولك ان تمنع ذلك في الافعال قوله (وقع في ضمن صحة وكالته الخ) أقول أي في ضمن عمله للموكل بحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الابراء بخلاف الاختيار فلا يتجه حينئذ ما أورده الشارح فليتأمل (قوله والجواب عن الثانية الخ) أقول فيه بحث اذ ماذكره يجر الى ان يوجد التمليك والتملك ولا يحصل الملك للتملك كما لا يخفى (قوله قالت عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم) لم يكن التخيير الذي فيه الكلام وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا يرى الى قوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ففي صحة النقل كلام وسيجيء زيادة كلام متعلق بالمقام

اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لابد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره (فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة) والقياس أن لا يقع بهذا شئ وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن (ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك) لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع

لكن إذا كان الملك يثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التي يثبت الملك عندها وانما خالفها بما ذكرنا وباعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة واعلم ان الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق أما لو قال طلقي نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره واذا فوض وهي غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في ذلك اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت يخرج الامر من يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس وليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس لانه بمعنى اليمين إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق (قوله اذ مجلس الخ) لو كان يتحدثان فأخذا في الاكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الاكل فلو انتقلا الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لان العطش قد يكون شديدا يمنع التأمل ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهودا بخلاف ما لو أكلت ما ليس قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج قسرا فانه يخرج الامر من يدها لظهور الاعراض به ووجه بأن في الاقامة انها يمكنها مما نعته في القيام أو تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الاعراض وكذا إذا خاضت في كلام آخر قال تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره أفاد انه اعراض عن الاول (قوله ثم لابد من النية) أي نية الطلاق في قوله (اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها) بالاقامة على النكاح وعدمه (ويحتمل تخييرها في غيره) من نفقة أو كسوة فاذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه أما إذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم أنو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا إذا كانا في غضب أو شتيمة واذا لم يصدق في القضاء لا يسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل (قوله والقياس ان لا يقع بها شئ) لان التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة لو قال اخترت نفسي منك أو اخترتك من نفسي ناويا لا يقع الا انا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضي الله عنهم (قوله ولانه بسبيل الخ) ظاهره انه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وانما يقتضي جواز اقامتها مقامه في الفراق ولا تلاقي بينهما بل يقتضي ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس (قوله ثم الواقع بها بائن) روي عن زيد بن ثابت انه ثلاث وبه أخذ مالك في المدخول بها وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن عباس وابن مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعي وأحمد وثبت عن علي رضي الله عنه ان الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة وأنت علمت انه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم اخراج الطلاق بما دل على البينونة من الالفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها

(وقوله ولابد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها) قال في النهاية هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما تقع عند ذكر النفس

في أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في أحد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح وقوله (حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل) قيل هذا اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها أما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله (ولا تعيين مع الابهام) يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلابد من التعيين ولا تعيين مع الابهام وقوله (ولو قال اختاري نفسك) ظاهر وقوله (فيتضمن اعادته) أي اعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ما أمرتني باختياره وهو النفس وقوله (وكذا لو قال اختاري اختيارة بيان ما يقوم مقام النفس في التفسير (لان الهاء) أي التاء (في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد) لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة (ويتعدد أخرى) بان قال لها اختاري نفسك بما شئت أو بثلاث (فصار مفسرا من جانبه) بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد

قال (ولابد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل) لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم الآخر ولا تعيين مع الابهام (ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة) لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته (وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت) لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار مفسرا من جانبه

نفسها إذا اختارتها لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة والا لم تحصل فائدة التخيير اذا كان له ان يراجعها شاءت أو أبت وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روي عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود ثم هو غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث في قوله اختاري وان نواها بخلاف التفويض بقوله أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل أي بائن ونحوه لان الوقوع مقتضى نفس الالفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة وفيه نظر لانتفاء اجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلاث قولا بكمال الاستخلاص (قوله ولابد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها) يعني أو ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة وكذا إذا قالت اخترت أبي وأمي أو الازواج أو أهلي بعد قوله اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهر وكذا أهلي لان الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلي انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج الحقي بأهلك بخلاف قولها اخترت قومي أو ذا رحم محرم لا يقع وينبغي ان يحمل على ما اذا كان لها أب أو أم اما إذا لم يكن ولها أخ ينبغي أن يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين وانما اكتفى بذكر هذه الاشياء في أحد الكلامين لانها ان كانت في كلامه تضمن جوابها اعادته كأنها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة في اللفظ العامل في الايقاع فالحاجة معه ليس الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها تمت علة البينونة فتثبت بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم إذ لفظه حينئذ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره وأيضا الاجماع انما هو في المفسر من أحد الجانبين والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا لامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلا كاسقني وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الاول وخروج الامر من يدها في الثاني ولو قالت اخترت نفسي أو زوجي لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها الفاء على ان تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة (قوله وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ) يعني ان ذكر الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها فلو لم تزدهي على اخترت وقعت بائنة ووجهه بأن الهاء فيها للوحدة واختيارها

قال المصنف (لانه عرف بالاجماع) أقول أي لان وقوع الطلاق بلفظ الاختيار قال المصنف (وهو في المفسرة) أقول أي وقوع الطلاق بذلك اللفظ

وقوله (ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي) ظاهره ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة (ولو قال اختاري فقالت أنا اختار نفسي فهي طالق والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد) يعني ان أرادت الاستقبال (أو يحتمله) ان لم ترده (فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي) فانه لا يقع الطلاق بهذا (وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال اني مخبرك بأمر فلا تجيبني حتى تستأمري أبويك ثم أخبرها بالآية فقالت أفي هذا أستأمر أبوي لابل اختار الله ورسوله والدار الآخرة واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال) والحقيقة يمكن أن تكون مرادة (كما في كلمة الشهادة) فان الرجل اذا قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال أشهد بكذا فلا يصار الى المجاز

(ولو قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج) لان كلامها مفسر ومانواه الزوج من محتملات كلامه (ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق) والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد أو يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل أختار الله ورسوله اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة وأداء الشاهد الشهادة

نفسها هو الذي يتعدد مرة بأن قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة ويتعدد أخرى بأن قال لها اختاري اختاري اختاري أو اختاري نفسك بثلاث تطليقات أو بما شئت فقالت اخترت يقع الثلاث فلما قيد بالوحدة ظهر انه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسرا فالزام التناقض بأنه أثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو ثلاثا ونفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع مندفع لانه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختيارة أو أهلي ونحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر وأما خصوص لفظ المفسر فمعلوم الالغاء واعتبار المفسر أعم منه حتى بقرينة غير لفظية يوجب ما ذكرنا من الوقوع بلا لفظ صالح ولو اختارت زوجها لا يقع شئ وعن علي تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعده علينا شيأ رواه الستة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعده بفيد عدم وقوع شئ (قوله فقالت أنا أختار نفسي) المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كاختار نفسي سواء ذكرت أنا أولا. ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت أنا أطلق حيث لا تطلق وكذا لو قال لعبده أعتق رقبتك فقال أنا أعتق لا يعتق وجه الاستحسان حديث عائشة في الصحيحين عنها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني ذاكر لك أمرا ولا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمري أبويك وقد علم ان أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال لي يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها الى قوله أجرا عظيما فقلت ففي هذا أستأمر أبوي فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت وفي لفظ مسلم بل اختار الله ورسوله واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا لا يقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس هذا المتكلم فيه بل انهن لو اخترن أنفسهن يطلقهن لان المقصود بالاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه في الحال وقول المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال) هو أحد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله للحال خاصا أو مشتركا كالفظ يراجع هنا ارادة أحد مفهوميه أعني الحال بقرينة بكونه

(قوله يعني ان أرادت الاستقبال أو يحتمله ان لم ترده) أقول فيه تأمل فانه إذا لم يرد الاستقبال كيف يحتمل الوعد ولعل الاولى أن يقال مجرد وعد ان وضعت للاستقبال فقط على ما ذهب اليه بعضهم أو يحتمله ان كانت مشتركة قوله (بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها الى آخر الحديث) أقول فيه بحث لقد مر وجهه ولك أن تقول لا تمس الحاجة في تصحيح التعليل الى جعل ما وقع في الحديث التخيير الذي فيه الكلام قال المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال) أقول أراد الحقيقة بحسب الوضع العرفي الطارئ على ما فاوا في اسمي الفاعل والمفعول فلا يخالف ما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فان ذلك بحسب الوضع الاصلي

(بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر) إذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه (ولا كذلك أختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها) لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان أحد معنيي المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة الحال به اذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل (وأقول) بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصولي أو وظيفة البيان وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم وأهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لان الاشتراك مخل بالفهم على ما عرف قال (ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولا يحتاج الى نية الزوج (وقالا تطلق واحدة) وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه

بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها أنا أختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا في قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ولا يحتاج الى نية الزوج (وقالا تطلق واحدة) وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه

اخبارا عن أمر قائم في الحال وذلك يمكن في الاختيار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار كما في الشهادة وكلمة الشهادة بخلاف قولها أطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن أمر قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في زمن واحد وهو محال وهذا بناء على ان الايقاع لا يكون بنفس أطلق لانه لا تعارف فيه وقدمنا انه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار (قوله ولا يحتاج الى نية الزوج) ولا الى ذكر نفسها ذكره في الدراية لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق وهو التعدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى لو قال لم أنو لم يلتفت اليه ويفرق بينهما لعدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وان كرر وما في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بألف ينوي الطلاق فاشترط النية مع المال والتكرار فضلا عن أحدهما وهذا ما عرف أن الاحوال شروط لكن في شرح الزيادات لقاضيخان

قال المصنف (لانه ليس حكاية عن حالة قائمة الخ) أقول فان قيل لو صح ذلك لزم أن لا يكون أشهد في كلمة الشهادة وأداء الشاهد مرادا به الحال لذ لا يمكن أن يكون حكاية عن حالة قائمة فان الشهادة خبر يكون على مواطأة قلب قلنا هو حكاية عما في حيز أشهد لو من قولنا لا اله الا الله مع الاعتقاد لمضمونه وذلك القول وان كان موجودا بعد أشهد الا أن الاعتقاد القلبي وهو العمدة لما وجد حين التلفظ بلفظ أشهد وجزؤه الاخير يوجد عقيبه بلا فصل عد حالا على ما ذكر في أثناء التكلم على حديث المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا فراجعه (قوله ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه) أقول الاولى أن يعلل بعدم التغاير ولزوم مغايرة الحكاية المحكي وأما ما ذكره فلو صح يلزم أن لا تصح الحكاية عن الحالة المستقبلة هف ويمكن أن يؤول تعليله بما قلنا ومراده ان الحكاية على أي وجه كانت تقتضي وجود المحكي على ذلك الوجه ان حالا فحالا وان استقبالا فاستقبالا (قوله وهذا كما ترى ليس بدافع الخ) أقول لا يخفى ان جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل وبمثله الكتب مشحونة بل لنا أن نقول قول المصنف ولان هذه الصيغة الخ اشارة الى منع المقدمة القائلة في وجه القياس ان هذا مجرد وعد الخ مع السند فجواب صاحب النهاية حاصله ان ما ذكر كلام على السند الاخص فان تقريره يتكفل ببيان أخصية السند كما لا يخفى على المتأمل (قوله وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه) أقول فيه بحث فان المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك انه بحث لغوي وهم من أئمة اللغة يعتمد عليهم في نقلها لا كونها حقيقة ومجازا فليتأمل

اذا الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام فالاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد وكأنها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ماصار الى بالكلمة الاولى والذى صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفى ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولابى حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان فان القوم اذا اجتمعوا فى مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وانما الترتيب فى فعل الاعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخرا وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه (١٠٥) الكلام الذى هو للترتيب وهو الاولى

اذا الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجرى مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا فى حق الاصل لغا فى حق البناء (ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلاث فى قولهم جميعا) لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث فمع التأكيد أولى (ولو قالت قد طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة

لو كرر فقال أمرك بيدك أمرك بيدك أو فأمرك بيدك أو وأمرك بيدك بالفاء أو بالواو فقالت اخترت نفسى وقال الزوج لم أنو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه وتحقق فى المسئلة خلاف بين المشايخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابى وغيرهما وشرط أبو معين النسفى النية مع التكرار كقاضيخان ومنهم من استشهد بما استشهد به فى لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو فى القضاء ولا يخفى بعده فى مسئلة الجامع الكبير لان ذكر المال ظاهر فى ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضى اذا أنكر ارادة الطلاق وأما ما فى الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما فى نفس الامر أى يشترط للوقوع ثبوت النية فى نفس الامر لان الاصل ان اثبات أجوبة المسائل من قوانا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة الى نفس الامر وليس كل ما يشترط فى نفس الامر يشترط للقضاء غير انا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضى من انه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنوه فالقول قوله لانتهاض الوجه به لان تكرار أمره بالاختيار لا يصيره ظاهرا فى الطلاق لجواز أن يريد اختارى فى المال واختارى فى المسكن ونحوه وهو كاعتدى اعتدى حيث يصدقه فى انكار نية الطلاق لامكان ارادة اعتدى نعم الله ومعاصيك ونعمى وما فى البدائع لو قال اختارى اختارى اختارى فاختارت نفسها فقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقيتين التأكيد لم يصدق لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقى طلاقا ظاهرا ومثله فى المحيط ظاهر وقال فى الكافى فى مسئلة الكتاب قيل لابد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغى ان حذف النية فى الجامع الصغير كذلك (قوله ان ذكر الاولى وما يجرى مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب) يعنى هو فى نفسه بقيد الفردية والنسبة المخصوصة فان بطل الثانى فى خصوص هذا المحل لاستحالته فى المجتمع فى الملك أعنى الثلاث التى ملكتها بقوله اختارى ثلاث مرات اذ حقيقة الترتيب فى أفعال الاعيان كما يقال صام وحج لم يجز ابطال الآخر فيجب اعتباره (قوله والكلام للترتيب) ذكر فى المبسوط لابى حنيفة وجهين أحدهما ان الاولى نعت لمؤنث فاستدعى مذكورا يوصف به والمذكور ضمنا الاختيارة فكأنها قالت اخترت الاختيارة أو المرة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلاثا والآخر انها أتت بالترتيب

وأختاها واذا لغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد أيضا لان الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا لغا فى حق الاصل لغا فى حق البناء واذا لغا فى حقهما بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث وفيه نظر من وجهين أحدهما انه أطلق الكلام على الاولى أو الوسطى أو الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثانى ان الاولى اسم لفرد سابق فكان الافراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه والجواب عن الاول ان أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز أن يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثانى بان كلا من ذلك صفة والصفة ما دلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب أصل والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم الا بالذات

التى لزمتها الفردية فى الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا (ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلاث فى قولهم جميعا) وهو واضح (ولو قالت قد طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة) يعنى فى جواب من قال اختارى

(قوله قالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب الى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا) أقول آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب وفى أوله اعتراف بعدم صحته فليتأمل فانه لا يوافق المشروح أيضا ولا يدفعه ما ذكر فى معرض الجواب عن أبى حنيفة رحمه الله قال المصنف (والكلام للترتيب) أقول اشارة الى الجواب عن قولهما قال المصنف (ولان الاختيارة للتأكيد) أقول فيه تأمل

(فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ) يعني قولها قد طلقت نفسي أو اخترت بتطليقة (يوجب الانطلاق) أي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة أشار الى الجواب بقوله (فكأنها اختارت نفسها بعد العدة) فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون وقوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان المرأة انما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فيملك الابانة لا غير والاصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل أيضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا تتناول أكثر من الواحدة وانما تكون بائنا لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس (وان قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة) قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا بالقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه أضعف من الطلاق فان آخر الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق أقوى وههنا لم يكن أضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز أن يقع قولها اخترت جوابا له

(فهي واحدة يملك الرجعة) لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة (وان قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة) لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص

لا فيما يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وهذا تم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما ان كان لا يفيد الترتيب الخ لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منهما مدلوله ليس أحدهما تبعا للآخر حتى اذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء وهو الافراد واذا لغا بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع ولذا اختار الطحاوي قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون أحد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضرورته فينتفي التبعي بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقيا أو اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل أبي حنيفة رحمه الله بأن الترتيب ثابت في اللفظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فصدق وصفها بالاولى والوسطى الى آخره باعتبار ان قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت لفظتك الاولى أو كلمتك الاولى ولا معنى له أصلا بعد فرض اهدار وصف الطلاق به وأبعد من هذا من رام الدفع عنه بأن المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمته قط بل بكلماتها مريدة بها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت اختيارة أو الاختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لزم كله (قوله فهي واحدة يملك الرجعة) وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية وجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وابقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به اليها والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به لانها لا تملك الا ما ملكت ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت الرجعي أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعته فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا لاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شيء الا عند زفر وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد (قوله لكن بتطليقة) قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقي نفسك أجيب بأن

(قوله قال الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب) أقول كيف يكون غلطا من الكاتب وقد علل بما علل به والجواب أن مرادهم ما وقع في بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل

﴿ فصل في الامر باليد ﴾ أخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم اذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل قال في النهاية الا أن هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع

عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شئ وفي الامر باليد كذلك فينبغي أن لا يصح قياسا كما في الاختيار الا اذا ثبت انه اذا قال أمري منك بيدك أو أمرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع (واذا قال لامرأته أمرك بيدك ينوي بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث) وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلاثة أما الاول فقد بينه

﴿ فصل ﴾ في الامر باليد (وان قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث) لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد

آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له ﴿ فروع ﴾ قال أنت طالق ان شئت واختاري فقالت شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختاري اختاري اختاري بألف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلا شئ والثالثة بألف لانها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشروط وكذا لو قالت اخترت نفسي اختارة أو واحدة أو بواحدة ولو قالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة تطلق ثلاثا بألف على قول أبي حنيفة وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شئ ان قالت اخترت الاولى أو الوسطى) وبألف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحدة فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى أو الثانية وقعتا بلا شئ أو الثالثة بانت بألف ولو قال اختاري واختاري واختاري بالعطف بألف فالالف مقابل بالثلاث للعطف فلو قالت اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شئ لان الواحدة لو وقعت وقعت بثلث البدل ولم يرضه ولو قالت اخترت الاولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بألف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلث الالف ولو قال لها اختاري من ثلاث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبي حنيفة لا غير لان من للتبعيض وعندهما تملك ان تطلق نفسها ثلاثا لانها للبيان وهي معروفة

﴿ فصل في الامر باليد ﴾ قدم التخيير لتأيده باجماع الصحابة والامر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلاث فانها تصح ههنا لا في التخيير واعلم ان التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحته قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لانه يملك تطليقها فله ان يملكه بكل لفظ يفهم التفويض منه ولفظ اختاري نفسك يفيده فعلى هذا انما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأيده باجماع الصحابة رضي الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه وان لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحا وانما افترق البابان في القياس والاستحسان في الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملك به المملك إذ لا يكون ما في ملكه أوسع مما في ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان فان ايقاعها بلفظ اخترت نفسي يصح في جواب أمرك بيدك كما يصح في اختاري وأما الايقاع بلفظ أمري بيدي ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا تحم حول الحمى وتترك النزول مخافة (قوله وان قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثا) أي ينوي التفويض في ثلاث (فقالت اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد) وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلاثا والوقوع مبني على صحته جوابا فأفاده بقوله لكونه أي الامر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلاق نفسك فانه تمليك كالتخيير ولا يصلح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شئ الا عند زفر رحمه الله وجواب شمس الائمة بان الاختيار

﴿ فصل في الامر باليد ﴾ (قوله كالحكم في التخيير في المسائل) أقول يعني من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما تقدم سوى نية الثلاث وما اذا قالت اخترت نفسي بتطليقة في جواب الامر باليد على ما ذكره المصنف (قوله الا اذا ثبت انه اذا قال أمري منك بيدك أو أمرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع) أقول فيه بحث فانه اذا ثبت ما ذكره لا يفيد أيضا اذ مخالفة القياس في التخيير من حيث ان المرأة تطلق بقولها اخترت نفسي في جواب التخيير ولا يملك الزوج تطليقة بذلك اللفظ فيكون ما في ملكها أوسع مما في ملك مملكها وذلك كذلك هنا اذ تطليقها نفسها يكون هنا أيضا بلفظ الاختيار ولو قالت في الجواب أمري بيدي لا تطلق فليتأمل

بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين فى القوة والضعف فجاز أن يقع جوابا له وأما كيفية الدلالة على الثلاثة فلان الواحدة صفة الاختيارة (فصارت كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة) أى باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهى فى الاولى الاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هى الاختيارة فعبر عنها بمفهومها وبذلك أى بقولها اخترت نفسى بمرة واحدة يقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الى اختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض اليها ذلك (ولو قالت) يعنى فى جواب قوله لها أمرك بيدك (قد طلقت نفسى واحدة أو اخترت نفسى بتطليقة فهى واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف) فوجب اثباته على حسب ما دل عليه المذكور السابق وهو فى الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها وفى الثانية التطليقة لدلالة (١٠٨) طلقت عليها ولا يتوهم التكرار فى قوله وهى فى الاولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة

للاختيارة لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف وكأنه قال وهو فى الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فتكون فى الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا أنها تكون بائنة لان أمرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض فى البائن ضرورة انه ملكها أمرها فقوله فى البائن خبران وتقريره التفويض حصل فى البائن لضرورة انه ملكها أمرها أو أن تمليكه اياها أمرها يقتضى البينونة لكون الامر باليد من ألفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة يعنى البينونة فى التفويض مذكورة فى ايقاع المرأة كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسى بتطليقة فى جواب اختارى وبين قولها ذلك فى جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع فى الاول رجعيا كما تقدم وفى الثانى بطلقت بائنا كما ذكره وهل هذا الا دليل على أن ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار القياس فيه أن لا يقع به الطلاق وان نوى الزوج الا أنا استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما هو فى مجرد الطلاق لا فى البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق

لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث (ولو قالت قد طلقت نفسى بواحدة أو اخترت نفسى بتطليقة فهى واحدة بائنة) لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو فى الاولى الاختيارة وفى الثانية التطليقة الا أنها تكون بائنة لان التفويض فى البائن ضرورة ملكها أمرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة فى التفويض مذكورة فى الايقاع

أضعف من لفظ الطلاق ولذا لو قالت طلقت نفسى فأجازه مبتدأ جاز ولو قالت اخترت نفسى لا يتوقف ولا يقع وان أجازه ولا يملك هو الايقاع به فصلح الاقوى جوابا للاضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الاقوى يصلح جوابا للاضعف بلا عكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا أو مساويا وفرق قاضيخان فى شرح الزيادات بان قولها اخترت مبهم وقوله طلقنى نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقريرا لا كتفاء بالتفسير فى أحد الجانبين ثم أفاد الثانى بقوله (والواحدة) أى التى نطقت بها (صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر ان يقول باختيارة واحدة لانه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على انه وجب وقوع الثلاث لو صرحت بقولها اختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فان الاختيارة ليست الا المرة من الاختيار وإذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الاختيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلاث ويقال فى العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة وأعرضت عنه مرة واحدة وما لا يحصى من هذا لا يراد به الا بلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والاعراض منتهاه وأورد بعضهم انه ينبغى ان يقع به طلقة واحدة لان بواحدة يحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل أمرها بيدها فى التطليق فقولها اخترت نفسى بواحدة يحتمل كلا من كون ارادة الموصوف طلقة أو اختيارة فاذا نوتها أو لم تكن لها نية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل اللفظى قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت فى قولها اخترت نفسى بواحدة بخلاف ما اذا أجابت بطلقت نفسى بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها

(قوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين فى القوة والضعف) أقول فيه ان التخيير مؤيد بالاجماع فيكون أقوى (قوله أى باختيارة واحدة بدليل ما بعده) أقول تعليل لتفسيره (قوله لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف الخ) أقول فيه تأمل الا أن يقال يفهم ذلك من التفصيل والمقابلة (قوله لكون الامر باليد الخ) أقول محل بحث والاصوب أن يقول والام تملك أمرها (قوله والاجماع انما هو فى مجرد الطلاق لا فى البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق) أقول فيه بحث ألا يرى الى ما قاله المصنف من ان الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها يثبوت اختصاصها بها

الوارد فى كلامهما عن موجبه بخلاف الامر باليد لانه من ألفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما نقلناه عن صاحب النهاية فى أول هذا الفصل (وانما تصح نية الثلاث فى قوله أمرك بيدك دون اختارى لانه يحتمل العموم والخصوص) قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شئ قال الله تعالى والامر يومئذ لله أراد به الاشياء كلها واذا كان الامر اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم (بخلاف قوله اختارى لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل) يعنى فى فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع وقوله (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل) حتى لو اختارت نفسها فى الليل لا يقع الطلاق (وان ردت الامر فى يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد) لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر وقال زفر رحمه الله هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول وجعل الثانى أمرا مبتدأ

وانما تصح نية الثلاث فى قوله أمرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختارى لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر فى يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد) لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر وقال زفر رحمه الله هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول وجعل الثانى أمرا مبتدأ

بطلقت نفسى بواحدة حيث يقع واحدة بائنة واختارت نفسى بواحدة حيث يقع ثلاث وانما كان التطليقة بائنة لان التفويض انما يكون فى البائن لانها به تملك أمرها وانما تملكه بالبائن لا بالرجعى واذا علم ان الامر باليد مما يراد به الثلاث فاذا قال الزوج نويت التفويض فى واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلاثا فى الجواب يحلف انه ما أراد به الثلاث (قوله وقد حققناه من قبل) أى فى فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع (قوله ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل الى آخره) حاصله ان قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان فى حكمين أحدهما انها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثانى عدم ملكها فى الليل وفى اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا تملك طلاق نفسها غدا أى نهارا وتملكه ليلا والفرق مبنى على انه تمليك واحد فى اليوم وغدا وتمليكان فى اليوم وبعد غد وجعله زفر رحمه الله فى الكل تمليكا واحدا فى اليوم وبعد غد فلم يثبت الخيار بعد الغد اذا رد ته اليوم قياسا على طلقى نفسك اليوم وبعد غد حيث يقع الطلاق واحدا فكذا يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت واذا وقع تصير به طالقا فى جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضى طلاقا آخر أما الامر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير ان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر فى قصد تقييد الامر المذكور بالاول وتقييد أمر آخر بالثانى والا لم تكن لهذه الطفرة معنى واذا كان كذلك يصير لفظ يوم مفردا غير مجموع الى ما بعده فى الحكم المذكور لانه صار عطف جملة أى أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد ولو قال أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فانه لم يفصل بينهما يوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع فى التمليك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك فى يومين وفى مثله تدخل الليلة المتوسطة استحسانا لغويا وعرفيا على ان على ما روى ابن رستم من انه اذا قال أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا يمتنع قياسه وأيضا فى طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم فى الغد لانها طالق فيه أيضا بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فان الاتفاق على أن لا خيار لها فى الغد فلم يلحق به من كل وجه

لا يحتمل التأقيت فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد وغيره وأما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين غير متصل أحدهما بالآخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فيوقت بالاول وجعل الثانى أمرا مبتدأ كأنه قال وأمرك بيدك بعد غد

(قوله قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شئ الخ) أقول قبل هذا خلط بين الكلامين المتدافعين وهل هذا الا حبط والجواب ان مراده بقوله اسم عام يتناول كل شئ هو التناول على سبيل البدل وارادة الاشياء كلها من قوله تعالى والامر يومئذ لله بواسطة الالف واللام الاستغرافية والمراد من قوله صلح اسما لكل فعل صلح اطلاقه لكل فعل

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك فان ردت الامر فى يومها لا يبقى الامر فى يدها فى غد) لان هذا أمر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد بهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال أمرك بيدك فى يومين وعن أبى حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار فى الغد فكذا اذا اختارت زوجها بر د الامر لان التخيير بين الشيئين لا يملك الا اختيار أحدهما

وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل فى التمليك المضاف الى اليوم وغدا لانه يقتضى دخول الليل فى اليوم المفرد لذلك المعنى أعنى انه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع (قوله وعن أبى حنيفة فى مسئلة أمرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الامر فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا) رواه أبو يوسف عنه ووجهه ان المرأة لا تملك ردا يقاع الزوج لو نجز فكذا لا تملك رد الامر لانه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالايقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها فى الغد ومقتضى هذا ان لها أن تختار نفسها فى اليوم الذى ردت فيه أيضا فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها فى اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الامر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك مغيا شرعا بأحد الامور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شئ أو بفعل ما يدل على الاعراض أو اختيارها زوجها فاذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الايقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بهذه الى الاجماع على خلاف القياس مع ان توقيته فى الجملة ثابت شرعا كما فى الاجارة والاوجه تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثانى ان توقيتها ليس بمدة معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية اذ قد يمتد يوما ويوما أو أكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة وأما تقريره بأن التخيير بين أمرين انما له اختيار أحدهما فكما انها اذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التى هى مبنى جوازا ختيارها نفسها أعنى ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد انما يرتد شطر التمليك وقد قلنا ان هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور فى رواية أبى يوسف على اختيارها زوجها ولا شك انها لا تتعرض لما له الرد فيمكن حمل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض أولا أطلق ويكون هذا اعطاء لنفس هذا الحكم ويكون هو مستندا مفرعا فى الذخيرة حيث قال لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبى يقع لازما فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن أصحابنا وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة فى الامر باليد حيث صرح فى الرواية انه لا يرتد بالرد وفى الكتاب انه يرتد أعنى فى قوله أمرك بيدك اليوم وغدا وان ردت الامر فى يومها لا يبقى الامر فى يدها فان المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم وحقيقته انتهاء ملكها وهناك المراد أن تقول رددت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع فى ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد ونقلوا انه يرتد بالرد ووفقوا بانه يرتد بالرد عند التفويض وأما بعده فلا يرتد كما اذا أقر بمال لرجل فصدقه ثم رد اقراره لا يصح وحاصله انه كالابراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط أو التمليك أما الاسقاط فظاهر وأما التمليك فقال تعالى وان تصدقوا خير لكم سمى الابراء تصدقا ومما وقع فى هذا الباب من المناقضة ما ذكر فى الفصول لو قال لامرأته أمرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الامر من يدها وقال فى موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق بائنا ووفق بان الخروج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع) معناه ليس للمرأة أن ترد الامر باليد الذى صدر من زوجها بان تقول لا أقبل كما انه ليس لها أن ترد الايقاع الذى أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا فى الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غدا وقوله (وجه الظاهر) ظاهر وكذا

(قوله معناه ليس للمرأة أن ترد الامر باليد الخ) أقول هذا لا يدل على انه ليس لها أن ترد اذا اختارت زوجها والكلام فيه فليتأمل

قوله (وعن أبي يوسف أنه اذا قال أمرك بيدك اليوم) قال شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة (١١١) وجعل قاضيخان هذه الرواية أصل الرواية ولم يذكر خلاف أحد وقوله (وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) ظاهر مما قدمناه في آخر فصل اضافة الطلاق واليه أشار بقوله وقد حققناه من قبل وقوله (فيتوقت به) أي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه (واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر) لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس (وقد بيناه) يعني في فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فائدة لان المرأة اذا لم تقم من مجلسها يوما أو أكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي أن يقتصر على المجلس

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم (وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضائه وقته (واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر) لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

(قال المصنف لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة) أقول قال ابن الهمام منقوض بالوكيل فانه أيضا يتصرف برأي نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي تصرف لنفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض الى الاجنبي تمليك وهو لا ينصرف لنفسه انتهى وفيه بحث (قوله وهذا يقتضي الخ) أقول يعني قوله هنا والتمليك يقتصر على المجلس

أكر ترا بزنم فأمرك بيدك ثم طلقها بائنا أو خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر بيدها ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة اضافته كما في المسئلة الآتية اذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان وسيأتي الكلام فيها (قوله وعن أبي يوسف انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران) حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غدا لانه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج قال السرخسي وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والاصل استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص أبي يوسف الا لانه مخرج الفرع المذكور واعلم انه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلا فلا تغفل عنه لانه أثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بأمر آخر كقوله أمرك بيدك اليوم حيث يمتد الى الغروب فقط بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم انما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الاصل في أنت طالق غدا وفي غد وفي جامع التمرتاشي أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لانها أوقات مترادفة فصار كقوله أمرك بيدك أبدا فيرتد بردها مرة وعن أبي حنيفة ثلاثة أمور لانها أوقات حقيقة (قوله واذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان صح) ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم وهذا أيضا مما يفارق به سائر التمليكات فانها لا تصح اضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لانه انما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الاعيان كما تقدم وقد يخرج على انه في معنى التعليق فان قيل يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال أمرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثا للسنة أو ثلاثا اذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلاثا للحال ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيأ بطل لان قوله فطلقي نفسك ثلاثا تفسير للامر والامر باليد يحتمل الثلاث أما لا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر باليد يقتضي الملكية والامر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال فلا تثبت الملكية ولهذا لو قال أمرك بيدك ونوى السنة أو التعليق لا يصح فاذا ألحقه بما كان تفسيرا يثبت ما يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق فالجواب أن معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التخيير للتعليق لانه ليس من أفراده ولا متعلقا به بعد ما ذكر ان قوله فطلقي نفسك ثلاثا للسنة أو اذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا بلا لفظ ثم لو لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعني في آخر فصل اضافة الطلاق وانما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير ممتد لما حققناه هنالك من ان المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لانه المقصود (قوله واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

وبينهما تناف (ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك) أى الذى سمعت فيه (وان كانت لا تسمع) لغيبة أو لصمم (فمجلس علمها) وبلوغ الخبر اليها الان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فأنت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له وأجيب بأن التمليك الذى هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها فى المدة التى وقتها فلو بطل الامر ببقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم أيضا وأما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء

ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم فى حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ فى عمل آخر على ما بيناه فى الخيار

المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهى جالسة فالخيار باق لان التعليق حينئذ لازم فى حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حتى يعتبر مجلسهما جميعا فان أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز اذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول يعنى الى مجلس آخر ومرة بالاخذ فى عمل آخر على ما بيناه فى الخيار يعنى فى قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الى آخره

أى فى أول فصل الاختيار والذى ذكره هناك هو ان التمليك يستدعى جوابا فى المجلس ولم يستدل على انه تمليك واستدل هنا عليه بقوله لان المالك هو الذى يتصرف برأى نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذى يتصرف لنفسه والا فالوكيل يتصرف برأى نفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض الى الاجنبى تمليك وهو لا يتصرف لنفسه وسنحقق ما ذكر فى ذلك لينتفع الوكيل فى المشيئة ان شاء الله تعالى وقدمنا ما فى قوله يستدعى جوابا فى المجلس فالصواب اسناد الاقتصار على المجلس الى اجماع الصحابة حيث قالوا لها فى المجلس (قوله ثم ان كانت تسمع) أى تسمع لفظه بالتخيير (اعتبر مجلسها ذلك) أى مجلس سماعها (وان كانت لا تسمع فمجلس علمها) على ما ذكرناه (لان هذا تمليك بفيه معنى التعليق) أما انه تمليك فلما تقدم من انها عاملة لنفسها واما ان فيه معنى التعليق فلان الايقاع وان كان من غير الزوج الا أن الوقوع مضاف الى معنى من قبل الزوج فكأنه قال ان طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت التفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق والظاهر ان كلها مما يمكن ترتيبها على التمليك فصحة التوقيت على انه تمليك منفعة وقدمنا ان الحاقه بالعارية أقرب ثم من صور التوقيت ما يوجب التوقف على ما وراء المجلس كان يقول أمرك بيدك شهرا أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذى تحقق فى الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الامر بناء عليه لانه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا انه لا يحتاج الى القبول وأما اقتصاره على المجلس فى التفويض المطلق فتقدم قول المصنف انه تمليك وهو يستدعى جوابا فى المجلس وتقدم ان الجواب الذى يستدعيه التمليك فى المجلس القبول وليس الكلام فيه بل امتداده فى تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه باجماع الصحابة فان قلت قد وقع فى كلام بعضهم ان تطليقها نفسها قبول قلنا لا يتم اذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه له أما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتمليك لانه لو ثبت يلزم بلا قضاء ولا رضا فقد ظهر ان جميع الآثار

(قوله وبينهما تناف) أقول وبالله المستعان ان فى قول المرأة اخترت نفسى مثلا فى جواب التفويض جهتين جهة كونه جوابا بالقبول الزوج وجهة كونه ملكا له فان الذى يملكها الزوج هو هذا يصح القبول فان كان التفويض مطلقا اعتبر كونه جوابا فلا بد منه فى المجلس واذا قيد بالوقت اعتبر كونه ملكا ولم يقتصر على المجلس توفيرا للجهتين حظهما فليتأمل ولا يمكن تأويل كلام الشارح بما ذكرنا لما أسلفه فى أوائل فصل الاختيار (قوله وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فأنت طالق) أقول الاصوب أن يقول ان طلقت أو اخترت نفسك فأنت طالق والا فعلى ما ذكره الشارح اذا قالت فى الجواب أردت طلاقا فينبغى أن تطلق الا أن يكون مراده الارادة المقارنة للفعل وتلك لا تكون الا بتلفظها بالطلاق (قوله يشتمل على معنييهما) أقول يعنى التمليك والتعليق (قوله فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين الخ) أقول هذا لا يدل على الاقتصار على المجلس اذ يجوز أن يتأبد كما فى البيع فان حكمه متأبد ولا مخلص الا بما ذكرنا

ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأى بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ فى عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى أن يوجد ما يقطعه أو ما يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله مالم تأخذ فى عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل (ولو كانت قائمة فجلست فهى على خيارها) لانه دليل الاقبال فان القعود أجمع للرأى (وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت) لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضى الله عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر فى غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبى يوسف رحمه الله (ولو قالت ادع أبى أستشيره أو شهودا أشهدهم فهى على خيارها) لان الاستشارة تتحرى الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض (وان كانت تسير على دابة أو فى محمل فوقفت فهى على خيارها وان سارت بطل خيارها) لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها

يصح ترتيبها على جهة الملك هنا ولا حاجة الى اعتبار جهة التعليق وقولهم كأنه قال اذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن اجراؤه فى الوكالة كأنه قال اذا بعت متاعى فقد أجزت بيعك والولاية كأن الامام قال له اذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا والاعتبارات التى لا أثر لها كثيرة فى دائرة الامكان (قوله وقوله) أى قول محمد رحمه الله تعالى (مالم تأخذ فى عمل آخر يراد به انه عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه) فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادعوا لى أبى أستشيره أو الشهود وما أشبهه مما هو عمل الفرقة من غير أن تقوم فى التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله فى قوله اختارى وطلقى نفسك وأنت طالق ان شئت وكذا اذا قال لاجنبى أمر امرأتى بيدك أو طلقها اذا شئت أو ان شئت أو أعتق عبدى اذا شئت بخلاف قوله بعه ان شئت لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت أو اه تنشطت أو اختضبت أو جامعها يبطل وذكر المرغينانى ان لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما اذا أقيمت كرها وقيل اذا لم تنتقل لم يبطل واذا انتقلت ففيه روايتان ولو نامت وهى قاعدة أو كانت تصلى المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت الى الشفع الثانى بطل الا فى سنة الظهر عن محمد وهو الصحيح ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقنى بلسانك فطلقت نفسها طلقت لان قولها لم لا تطلقنى ليس ردا فتملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لان قولها لم الخ كلام زائد فينبدل به المجلس وفيه نظر لان الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الاول وافاضته فى غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق (قوله والاول أصح) أى ما ذكر فى الجامع الصغير أصح مما ذكر فى غيره وهو الاصل لان من حزبه أمر قد يستند لاجل التفكر لان الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود فى حق القائم ولانه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للمجالس (قوله وان سارت بطل) قيل لو اختارت نفسها مع سكونه والدابة تسير طلقت لانها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أولا ولو كانت راكبة فنزلت أو تحولت الى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها وفى المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره فى النهاية لانه والحالة

وقوله (ويخرج الامر من يدها) ظاهر وقوله (وليس للتقدير به) أى باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقوله قول محمد فى الجامع الصغير وقوله (ولو كانت قائمة فجلست) ظاهر وقوله (والاول) أى رواية الجامع الصغير (أصح) لان من حزبه أمر قد يستند للتفكر لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله (ففيه روايتان عن أبى يوسف) فى رواية الحسن عنه لا تبطل وفى رواية الحسن بن أبى مالك عنه تبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه قيل خص أبا يوسف بالذكر وان احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقلا عنه وقوله (ولو قالت ادع أبى أستشيره) ظاهر

وقوله (والسفينة بمنزلة البيت) يعنى انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر

﴿ فصل فى المشيئة ﴾ قد تقدم وجه تقديم الاختيار و بعده السؤال عن تقدم الامر باليد والمشيئة دورى فيسقط (ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن) سواء طلقت جملة أو متفرقة وقوله (لان قوله طلقى) (١١٤) ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى (وان قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت ولو قالت قد اخترت نفسى لم تطلق) والفرق بينهما ماذكره فى الكتاب ان الابانة من ألفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح ألا ترى انه لو قال أبنتك ينوى الطلاق أو قالت أبنت نفسى فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق مافوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض فى الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه أى فى الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعة انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما أن يبطل الاصل لاجل مازيد فيه من الوصف أو يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل أولى فيصار اليه كما لو قالت فى جواب طلقى نفسك تطليقة طلقت نفسى تطليقة بائنة

(والسفينة بمنزلة البيت) لان سيرها غير مضاف الى راكبها ألا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

﴿ فصل فى المشيئة ﴾ (ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لان قوله طلقى معناه افعلى فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلاث و ينصرف الى واحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة أمة لانه جنس فى حقها (وان قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت ولو قالت قد اخترت نفسى لم تطلق) لان الابانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى انه لو قال لامرأته أبنتك ينوى به الطلاق أو قالت أبنت نفسى فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض فى الاصل الا أنها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد و يثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسى تطليقة بائنة

هذه كالسفينة (قوله والسفينة كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها) بل الى غيره من الريح ودفع الماء فيما له جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل يتبدل المجلس وعن أبى يوسف ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

﴿ فصل ﴾ فى المشيئة (قوله ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) سواء أوقعتها بلفظ واحد أو متفرقا وانما صح ارادة الثلاث (لان قوله طلقى نفسك معناه افعلى فعل التطليق) فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير أن العموم فى حق الامة ثنتان وفى حق الحرة ثلاث وقد تقدم (قوله وان قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت) أى رجعيا ولو قالت اخترت نفسى لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه التى تستعمل فى ايقاعه كناية فقد أجابت بما فوض اليها بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت أبنت نفسى توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسى فهو باطل ولا تلحقه اجازة وانما صار كناية باجماع الصحابة رضى الله عنهم فيما اذا جعل جوابا للتخيير غير انها زادت وصف تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف و يثبت الاصل لا يقال قد صح جوابا للامر باليد لانا نقول الامر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص اجماعهم على التخيير وهذا لان قوله أمرك بيدك ليس معناه الا انك مخيرة فى أمرك الذى هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير بمرادفه للعلم بأن خصوص اللفظ ملغى بخلاف طلقى لانه وضع لطلب الطلاق لا التخيير بينه و بين عدمه ثم اذا أجابت باخترت نفسى خرج الامر من يدها باشتغالها بما لا يعنيها فى ذلك الامر وعن أبى حنيفة انه لا يقع بجوابها

﴿ فصل فى المشيئة ﴾

(قوله لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى) أقول انما ابتدأ به لان بابنت ماذكر فيه المشيئة مما لم يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد وبه أيضا يظهر وجه ذكر هذه المسئلة وأمثالها فى هذا الفصل فليتأمل (قوله فكان الابتداء فيه بمسئلة الخ) يعنى و يذكر مالم يذكر فيها المشيئة بعدها على سبيل التبع والاستطراد (قوله لانها وضعت لقطع وصلة النكاح) أقول فيه بحث (قوله وألفاظ الطلاق توافق مافوض اليها لكونه الخ) أقول ضمير لكونه راجع الى ما

وقوله (وينبغي أن تقع تطليقة رجعية) انما قال هكذا تفسيرا لكلام محمد فانه قال طلقت ولم يتعرض لشئ آخر وأرى انه مستغنى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل وقوله (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لان الابانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح (وعن أبي حنيفة انه لا يقع شئ بقولها أبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها) حيث كان المفوض الطلاق وما أتت به الابانة وهما متغايران لاستحالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن أبي يوسف انها تطلق طلاقا بائنا لان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا (١١٥) هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول أعني ظاهر الرواية (وان قال لها طلقي نفسك) ظاهر وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احداهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فأنت طالق جاز أن يكون معنى طلقي ضرتك ان أردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما وجوده متردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها أمر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا وأجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق ضرتها أعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما أن يكونا من باب المشيئة أولا والمآل شمول التمليك أو شمول التوكيل أو التحكيم الباطل

وينبغي أن تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شئ الا أنه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن أبي حنيفة انه لا يقع شئ بقولها أبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق (ولو قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه) لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

بابنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت وصار كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال ثلاثا فطلقت ألفا لا يقع شئ والجواب انها خالفته فيهما في الاصل في الاولى ظاهر وكذا في الثانية لان الايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا بخلاف ما نحن فيه لانها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذ الوصف تابع واعلم ان المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيهما في الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غير اذ لو أوقعت على الموافقة أعني الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والالف والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافا فانظر الى انه الاصل في الايقاع والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ليس له ان يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع) وكذا قوله لاجنبي طلقها أو قول أجنبي لها طلقي فلانة لانها عاملة فيه لغيرها وكذا المديون في ابراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما [illegible] والتوكيل استعانة فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئ ذمتك اذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر وان عدم الرجوع أيضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على انه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى ترتيبه على معنى التعليق المستخرج لانه يمكن مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية وأما الاقتصار على المجلس فبالاجماع على خلاف

(قوله وقوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية انما قال هكذا الى قوله ويثبت الاصل) أقول قيل بل لا وجه له لان ظاهر عبارة ينبغي بناء في نص عبارة يلغو (قوله وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب) أقول اذا كان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة والجواب ان الطلاق اذا أطلق لا يكون رجعيا

(وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في أي وقت شئت (واذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده) وله أن يرجع عنه لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج أن يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل

القياس (قوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) وكذا اذا شئت واذا ما شئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول أبي حنيفة في إذا أنها عنده بمنزلة ان فلا تقتضي بقاء الامر في يدها وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمل شرطا وان تعمل ظرفا والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وصار كما اذا قال في أي وقت شئت ولانها انما تملك ما ملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبهذا يتضح ان هذا اضافة للتمليك لا تنجيز ومن فروع ذلك انها اذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع اذ ذكر المشيئة ويقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا في أول باب ايقاع الطلاق ما يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى (قوله واذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله) أي للقائل (أن يرجع لان هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم) وله أن يرجع ولا يقتصر والوكيل أن يفعله بعد المجلس بخلاف قوله لها طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والاول) وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة (سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه) وكيلا كان أو مالكا (يتصرف عن مشيئته) فصار كما اذا قال له بع عبدي هذا ان شئت لا يقتصر وله الرجوع أجيب بان ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في انه اذا أثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وان كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غيره معتبر ذلك امتثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك ويبقى الاذن والتصرف بمقتضى مجرد الاذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه اشكال لان البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهي تقبل التعليق وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والرد والى هنا تم من المصنف اناطة وصف التمليك مرة بانه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ومرة بانه عامل لنفسه بخلافه ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأي والمشيئة واحدا فان العمل بالرأي العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ في مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أي باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الاصوبية في متعلقها بل هي والارادة يخصصان الشيء بوقت وجوده والاول نقضناه بالوكالة وهو مندفع بأن العامل برأيه هو الذي لا يغلبه على رأيه ما يقيده في فعل ولا ترك والوكيل وان كان بوكالة عامة مطلقة معه ما يغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل اذا لم يفعل فانه اذا وكله فرضي كان واعدا

(قوله والحكم قد يتأخر لمانع) أقول الظاهر أن يقال والحكم قد يختلف وقد سبق ان في الامر باليد معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس

بفعل

وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بعه ان شئت فان ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل الى التمليك (ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته) لا يقال قد بينا آنفا أن الوكيل أيضا يتصرف بمشيئته لانا نقول المشيئة نوعان مشيئة تفتقر اليها الحركة الارادية وهى ثابتة فى كل متحرك بها ومشيئة أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة فى التوكيل مع جهة حظر رفعها قوله طلقها إيقاعا للفعل الموكل والثانية انما تكون فى الملاك وقد فوضها اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما أمكننى تلخيصه من كلام المشايخ ولقائل أن يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى فى هذه الصورة وأقول اذا بنى الكلام على ما قد ثبت ان التمليك اقرار شرعى على محل التصرف والتوكيل اقرار شرعى على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول فى طلاق الضرة على ما مر ثم أقول والوكيل فى الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور أن (١١٧) يكون الشخص رسولا الى نفسه

بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله (ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة) لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة وقالا تقع واحدة) لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هى فى المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث

بفعل ما استعان به فيه فاذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فانها لا تعد مخلفة بترك الطلاق اذا لم يقسرها عليه قاسر شرعى فظهر ان الوكيل ليس عاملا برأى نفسه مطلقا والثانى بأمر المديون بابراء نفسه وقدمنا ما فى جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض الى الاجنبى فانه قطعا ليس بتطليق زوجة غيره عاملا لنفسه والثالث أقرب والله أعلم فالمعول عليهما (قوله وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة لانها لما ملكت ايقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت) كالزوج نفسه (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تقع واحدة لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج ألفا) وكقولها طلقت نفسى واحدة وواحدة وواحدة فى هذه المسئلة وأبنت نفسى فى جواب طلقى نفسك وطلقت نفسى وضرتى وقول العبد فى جواب أعتق نفسك أعتقت نفسى وفلانا حيث يقع ثلاث فى الاولى ورجعى فى الثانية والثالثة وتطلق هى ويعتق هو دون من قرناه (ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها مبتدئة) فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا يخرج الجواب عما بعد الاولى من الصور لامتثالها بدأ ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر ووجهها فى أبنت نفسى ان معناه طلقت نفسى بائنا والباقى ظاهر وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاول أى ان الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكما اذا صرح بما الثلاث فى ضمنه فيثبت

كان قوله طلقى نفسك تمليكا وأما قوله طلقى ضرتك وقوله لاجنبى طلق امرأتى فيحتملان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثانى فى طلاق الضرة فتأمله فلعله مخلص وقوله (والطلاق يحتمل التعليق) جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق أجيب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قال (وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا) هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها فى ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة وأما الثانية فوجه

قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقى نفسك وطلقها وضرتها وكما تقدم فيما اذا قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدما للمطابقة فى أصل الطلاق فيكون كقولها طلقت نفسى منك ممتثلة ويلغو قولها ثلاثا (ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها) ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقى نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهب أهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما أجيب بأن ذلك فى العشرة الموجودة أو المتصورة وأما الثلاث ههنا فمعدوم

(قوله يترتب عليها استحسان الفعل وتركه) أقول ضمير تركه راجع الى الفعل (قوله والاولى ثابتة فى الوكيل الى قوله والثانية انما تكون فى الملاك) أقول فيه ان الظاهر ان الثانية أيضا ثابتة للوكيل ولهذا لا يجوز بيع المسلم خمرا لمذمى وكالة عنه (قوله سقط هذا الاعتراض) أقول فيه بحث فان الاقرار فى المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضا فكيف يكون تمليكا (قوله وان ذكرها كان تمليكا) أقول كيف يكون تمليكا والاقرار على محل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجد (قوله أجيب بأنه اعتبر التوكيل الخ) أقول فيه ان الاول

والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا وقعت واحدة وقد أتت بغير ما فوض اليها اذ الثلاث غير الواحدة على ما ذكرت أجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشئ فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما أوقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة (وقوله وان أمرها بطلاق يملك الرجعة) ظاهر وكذا قوله ان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت الثلاث اذ الشرط لابد له من جزاء فاما ان يكون متقدما عليه أو بقدر مثله متأخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث ولم توجد بمشيئة الواحدة وكذا عكسه عند أبي حنيفة لان الشرط مشيئة الواحدة ومشيئة الثلاث ليست مشيئة للواحدة كما أن ايقاع الثلاث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلاثا ووجه قولهما ظاهر

اما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض اليها فلغت (وان أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج) فمعنى الاول أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها أتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا أو رجعيا (وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ) لان معناه ان شئت الثلاث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط

القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه وكذا هي في المسئلة الاولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلاثا ملكتها بجميع أجزائها (أما ههنا فلم تملك الثلاث) لانه انما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوض اليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الآمر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انها ملكت الواحدة وهي شئ بقيد الوحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فانها بقيد ضده وهذا معنى قوله الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا تركيب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث أما ههنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستقيم ايرادا ووقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تكن بايقاعها موافقة لما ملكها فاعترض بأن مذهب أهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها وأجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف نحو الطلاق وأنت تعلم ان هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلا بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه أن يقال فوض اليها الثلاث والواحدة ليست اياها فلا تكون مفوضة اليها فايراد مثله الزام بمجرد الاصطلاح وغاية ما يلزم بعد التزامه ان المصنف عبر عما ليس اياه بلفظ غير مجازا (قوله ولو أمرها بطلاق يملك رجعتها فطلقت بائنا أو أمرها بالبائن فطلقت رجعيا وقع ما أمر به ومعنى الاول أن يقول طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها أتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فاجتها بعد ذلك الى أصل الايقاع) لا الى ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا أو مخالفا لا عبرة به لان الوقوع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا كله ان المخالفة ان كانت في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض واحدة فطلقت ثلاثا على قول أبي حنيفة أو فوض ثلاثا فطلقت ألفا وتقدم تخريج أبنت على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا الخ) تقدم انه اذا قال طلقي نفسك ثلاثا تملك أن تطلق نفسها واحدة واثنتين وثلاثا فلو انه زاد قوله ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شئ لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلاث معلقا بشرط هو مشيئتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا واحدة وتقدم انها لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبي حنيفة

قابل للتعليق بخلاف الثاني فكيف يعتبر به (قوله والواحد الموجود الخ) أقول من أين ثبت وجوده وهل الكلام الا فيه ثم ان تعليل المصنف بقوله لان الثلاث اسم لعدد مركب الخ يدل على تغايرهما مطلقا كما لا يخفى والاولى أن يقال وتقع مراده المغايرة اللغوية لا ما اصطلح عليه المتكلمون قال المصنف (أما ههنا لم تملك الثلاث) أقول الزوج أيضا لا يملك الا الالف فلا بد من الفرق

(ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الامر) وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغى أن يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثانى انه اذا قال شئت طلاقك أى بلفظ صريح الطلاق ينبغى أن لا يحتاج الى النية وأجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس فى كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشيئة فيكون شائيا بمشيئتها لا بطلاقها لا يقال كلامها مبنى على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو ما يبتنى عليه وعن الثانى بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا (وقوله اذا المشيئة تبنى عن الوجود) قيل لان المشيئة فى الاصل مأخوذة من الشئ وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة أوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها فى اللغة عبارة عن الطلب قال عليه الصلاة والسلام الحمى رائد الموت أى طالبه فان قيل ذهب علماؤنا فى أصول الدين الى أن الارادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد

(ولو قال لها طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند أبى حنيفة) لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كايقاعها (وقالا تقع واحدة) لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما أن ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال الزوج شئت ينوى الطلاق بطل الامر) لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس فى كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل فى غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشيئة تبنى عن الوجود بخلاف قوله أردت طلاقك لانه لا يبنى عن الوجود

وتقع واحدة عندهما فلو زاد قوله ان شئت فالخلاف على ما هو عليه فأبو حنيفة يقول مشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام فى تحقيق ذلك (قوله ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة) منها (وهى قد أتت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى لانه ليس فى كلام الرجل ذكر الطلاق ولا فى كلامها) لانها لم تقل شئت طلاقى ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها لفظا بل بمجرد النية والنية لا تعمل فى غير المذكور الصالح للايقاع ولا فى المذكور الذى ليس بصالح للايقاع به نحو اسقنى (حتى لو كان قال شئت طلاقك ينويه وقع لان المشيئة تبنى عن الوجود) لانها من الشئ وهو الموجود (بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لانه لا يبنى عن الوجود) بل هى طلب لنفس الوجود عن ميل وغاية الامر ان المشيئة والارادة فى صفة العباد مختلفان وفى صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقا فلا يدخلهما وجود أى لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا ما أراده لان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لا لذات الارادة لانها ليست المؤثرة للوجود لان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للمقدور المعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة تؤثر على وفق الارادة غير انه لا يتخلف شئ عن مراده تعالى لما قلنا فى المشيئة بخلاف العباد وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال شاء الله بخلاف أحب الله طلاقك أو رضيه لا يقع لانهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت الارادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام نعم فرق بين الطلبين انه فى الكلام طلب تكليفى وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامى تكليفا دائما كما فى الطلب المعبر عنه بكن ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الافعال وإذ قد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون فرق أبى حنيفة بين

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغى أن يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ) أقول اذا كان الطلاق مذكورا صريحا فى كلام المرأة (قوله لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو الخ) أقول كونه لغوا لهذا السبب لا يوجب أن لا يكون الطلاق مقدرا فى كلامها وان يلغو ما يبتنى عليه ولو صح ما ذكره من التفريع لزم أن يلغو قوله شئت اذا أتت المرأة فى كلامها بصريح لفظ الطلاق (قوله وعن الثانى الى قوله فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا) أقول مخالف لما فى حيز قيل بعد سطر (قوله بخلاف الارادة فانها فى اللغة عبارة عن الطلب) أقول فان قيل اذا كان الارادة بمعنى الطلب يلزم أن لا تستلزم الوجود مطلقا كما فى أوامر الله تعالى قلنا الطلب الذى هو مدلول الامر طلب تكليفى والارادة طلب تكوينى وبينهما فرق وقد يكون مدلول بعض الاوامر طلبا تكوينيا أيضا كما فى قول الله تعالى كن

(وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد) لما ذكرنا ان المأتى به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق و يبطل الامر (وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت) لان التعليق بشرط كائن تنجيز (ولو قال لها أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس) أما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق

المشيئة والارادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى بقي الشأن في كون المشيئة تنبئ عن الوجود في حق العباد للاشتقاق من الشئ وهو الموجود فيه نظر فان الشئ وان وقع على غير الاعيان الا ان كونه في مفهومه الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الارادة نسبت الى ما لا يعقل بخلاف المشيئة كما ذكر شمس الائمة لا أثر له الا ولم يكن مجازا عقليا أو مجازا لغويا في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشيئة أيضا الى ذلك أنشد ابن السكيت في اصلاح المنطق

يا مر حباه بحمار عفرا * اذا أتى قربته لما يشا
* من الشعير والحشيش والما *

وهو من شواهد قصر الممدود فتوجيهه أن يعتبر العرف فيه يعني بكون العرف العام انه الشئ الموجود والمشيئة منه بان يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشئ الكائن مصدرا لشاء فانه يقال شاء شيأ على ارادة الحاصل بالمصدر ثم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي فعناه أوجدته عن اختيار بخلاف أردت كذا مجردا يفيد عرفا عدم الوجود وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته ولو قال شائي طلاقك ناويا للطلاق فقالت شئت وقع ولو قال أريدك أو اهويك أو أحبك أو ارضيه ينوي الطلاق فقالت أردته أحببته هويته رضيته لا يقع بخلاف ما لو قال ان أردت أو أحببت الى آخرها فقالت أردت أو أحببت الى آخرها فانه يقع وان لم ينو لانه تعليق لا يفتقر الى النية وهو كقوله ان كنت تحبيني يتعلق باخبارها فاذا قالت أحببت وقع

(قوله وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى) كشئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء أو لامر كائن كشئت ان كان أبي في الدار وهو فيها طلقت لان التعليق بأمر كائن تنجيز قيل يلزم عليه انه لو قال هو كافر ان كنت فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله أن يكفر وهو منتف أجيب بأن من المشايخ من قال بكفره فاللازم حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن أبي يوسف يفرق بان هذه الالفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا جعل تعليق كفره بأمر في المستقبل فكذا اذا جعله بما ض تحاميا عن تكفير المسلم والاوجه أن الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود الشرط متكلما بقوله هو كافر حقيقة (قوله ولو قال أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت) بأن قالت لا اشاء لا يكون ردا ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس أما كلمة متى فانها لعموم الاوقات كأنه قال في أي وقت شئت وانما لم يرتد بردها لانه لم يملكها في الحال شيأ بل أضافه الى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد يقال ليس هذا تمليكا في حال أصلا لانه صرح بطلاقها معلقا بشرط مشيئتها فاذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه وانما يصح ما ذكر في لفظ طلقي نفسك اذا شئت لانها تتصرف بحكم

وقوله (وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي) ظاهر وقوله (لان التعليق بامر كائن تنجيز) قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك وأجيب بان بطلان الثاني ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم وقوله (ولو قال لها أنت طالق اذا شئت الخ) واضح

وأما كلمة اذا واذا ما فهما ومتى سواء عندهما وعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقدم من قبل (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا) لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا أن التعليق ينصرف الى الملك القائم (حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شئ) لانه ملك مستحدث (وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة) لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا

الملك بخلاف ما لو قالت طلقت نفسي في هذه المسئلة فانه وان وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت ايجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير ان المشيئة تقارن الايجاد ثم لا تملك طلاق نفسها الامرة واحدة لانها تم الازمان لا الافعال بخلاف كلما (قوله وأما كلمة اذا واذا ما فهي كمتى عندهما) فما كان حكم المتى يكون حكم اذا (وعند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت اذا تستعمل للشرط) المجرد عن معنى الزمان كما تقدم (لكنها تستعمل للوقت) أيضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله أنت طالق اذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق الا بيقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق الا بالموت وفي أنت طالق اذا شئت صار الامر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس الا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها نعم لو صرح فقال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس كما اذا قال أنت طالق ان شئت فانه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفي التهمة على نحو ما تقدم انه اياه أراد وقوله وقدم يعني في فصل اضافة الطلاق هذا والوجه في تقريره غير هذا وهو ان قوله اذا شئت يحتمل انه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وانه أضافه الى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى اذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بان قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان أو مضافا لما قال المصنف من ان الامر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لان معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد باذا انه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى وقد صرح آنفا في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لانه انما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط أو المضاف اليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه وعلى هذا فقولهم في قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق بمباشرة الشرط تجوزا بالتطليق عنه بان تقول شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وانما يصح كلامهم في قوله طالق نفسك كلما شئت (قوله الا أن التعليق الخ) جواب عن مقدر هو ان موجب كلما تكرار الافعال أبدا ومقتضاه انها اذا طلقت نفسها ثلاثا وعادت اليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضا وليس لها ذلك أجاب بأنها وان كانت كذلك لكن التفويض انما ينصرف الى الملك القائم لا الى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدوم فلو انصرف اليه انصرف الى عدم الملك فاذا فرض ان المملوك قدر معين لزم ان باستغراقه تكرارا ينتهي به التفويض وذلك القدر هو الثلاث فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر وعادت الى الاول ملكت ثلاث تطليقات أيضا خلافا لمحمد فان عنده انما تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم (قوله وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا) بالاتفاق لانها لعموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جمعا وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة وعنده لا يقع شئ بناء على ما تقدم من أن ايقاع الثلاث ايقاع الواحدة عندهما خلافا له

وقوله (فلا يخرج بالشك) يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك وقوله (وقدم من قبل) يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت) ظاهر وقوله (فلا تملك الايقاع جملة وجمعا) قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسي ثلاثا والجمع أن تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة هذا هو الظاهر

(ولو قال أنت طالق حيث شئت) ظاهر فان قيل اذا لغا ذكر المكان بقي قوله أنت طالق شئت فينبغي أن يقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة أجيب بان حيث وأين تفيدان ضربا من التأخير وحرف الشرط أيضا يفيد ضربا من التأخير فيشتركان في تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا مجازا عن حرف ان وأما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا أو متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن كلمة اذا أو متى أجيب بأن جعلهما مجازا عن ان أولى لما انها لمحض الشرط فكانت أصلا في الباب والاعتبار بالاصل أولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان وأما اذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره أي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال أنت طالق غدا أو عموما كما لو قال أنت طالق في أي وقت شئت قال (وان قال أنت طالق كيف شئت) اختلف علماؤنا فيما اذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أولا فقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من ان ينوى الزوج شيأ أو لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيئتها فذاك وان اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شئ وقوع لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شاءت أو قعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث لانه فوض التطليق اليها على أي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الاصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال أنت طالق ان شئت أو حيث شئت أو أين شئت ولابي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف أصبحت أي على أي وصف

(ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره عموما وخصوصا (وان قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة) ومعناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته أما اذا أرادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب

(قوله ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء ويتقيد بالمجلس ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لان كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس) أورد عليه انه اذا لغا المكان صار أنت طالق شئت وبه يقع للحال كقوله أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازا عن الشرط لان كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو خير من الغائه بالكلية فأورد عليه فلم يبطل بالقيام وفي أدواته ما لا يبطل به كمتى واذا أجيب بان الحمل على إن أولى لانها أم الباب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام واعترض في بعض شروح المنار بأنه لما جعل مجازا عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة أولى انتهى فان أراد بالمعنى الحقيقي الزمان كمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى لحيث وأين بل معناهما المكان وان أراد معنى الظرفية مطلقا فليس معناهما أصلا بل اسم الظرف اصطلاح مبني على تشبيه الزمان والمكان بالاوعية للامتعة وهي الظروف لغة (قوله فوجب اعتباره عموما) كما في أنت طالق في أي وقت شئت (وخصوصا) في أنت طالق غدا (قوله ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت) ان كانت غير مدخول بها طلقة بائنة وخرج الامر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة وان كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت أو لا ثم ان قالت شئت بائنة أو ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهي رجعية لانه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج بالصريح ونيته لا تعمل في جعله بائنا ولا ثلاثا ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره في الاصل ويجب أن تعتبر مشيئتها حتى لو شاءت ثلاثا أو بائنة ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصلين أما على أصله فلانه أقامها مقام نفسه في اثبات الوصف لان كيف للحال والزوج لو أوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلاثا عند أبي حنيفة فكذا المرأة عند هذا التفويض تملك جعل ما وقع كذلك وأما عندهما فكذا تملك ايقاع البائن والثلاث لانه تفويض أصل الطلاق اليها على أي وصف شاءت كذا في الكافي وهذا الذي ذكرنا من

قال المصنف (لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته) أقول أطلق المشيئة في جانبها فذهب بها ثبت وجود الطلاق والارادة في جانبه حيث لا يقع بها الطلاق وكذا الكلام في قوله اما اذا أرادت ثلاثا فليتأمل فانه لم يتنبه الشراح لهذه الدقيقة فقالوا وان اختلفا بأن شاءت بائنة

من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله والا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سؤال مشهور وهو ان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب أن تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين أحدهما وقد روى عن الطحاوي ان للمرأة أن تجعل الطلاق بائنا أو ثلاثا في قول أبي حنيفة قال صاحب النهاية نافلا عن الفوائد الظهيرية وقد (١٢٣) راجعت الفحول في جواب هذا

التخيير (قال رضي الله تعالى عنه وقال في الاصل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثا) وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على أي صفة شاءت فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الاحوال أعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله ووجود الطلاق بوقوعه

وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبي حنيفة أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شئ (وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت) يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة والحاصل ان أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل صفته وعندهما يتعلقان معا بمشيئتها وما قيل ان العتق لا كيفية له يتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا ومنجزا على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقا مما يأتي من الزمان ومقيدا به (قوله فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها) لانه لو لم يتعلق أصله بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفا البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيئتها وقد كان كل وصف بمشيئتها هذا خلف وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله أنت طالق تنجيز لاصل الطلاق جاعلا صفته على مشيئتها ومن ضرورة اثبات أصله اثبات وصف الرجعة فكان في نفس كلامه هذا مخصصا بعض الاوصاف من عمومها بقي أي الامرين أولى تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التي هي تنجيز أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقا للمحافظة على حقيقة العموم والنظر في ترجيح الاول لان تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقا لانه لا يكاد يثبت وأما ما رجح به في الكافي من أن بتقدير قولهما يبطل الاستيصاف والكلام يحمل على التخصيص دون التعطيل فانما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف ولا يخفى أن معنى الاستخبار هنا غير مراد أصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئتها كقوله تعالى أفلا ينظرون الى الابل كيف خلقت أي ينظرون الى كيفية خلقها فان قلت فلم لم يعتبر كيف شرطا وهو أحد استعماليها فيترجح قولهما لان تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ فالجواب لا يجوز لان شرط شرطيتها اتفاق فعلي الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع أصنع وما قيل في توجيه قولهما ان غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض فليس أحدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء في الاصلية والفرعية فاذا تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر فحاصله ذكر مبنى آخر غير ما تقدم من ضرورية تعلق الاصل على ما ذكرنا وهو ضعيف اذ المبنى ليس الا التلازم فما يثبت لاحدهما يثبت للآخر ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك

الاشكال فما فرع سمي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل أن يقول لا مناسبة لهذا التفويض لعامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا ممتنع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر توضيحه ان المتأخر الى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة انما حصل بكلمة كيف لان قوله أنت طالق ليس فيه شئ منه وهي لا تعلق لها بالاصل أصلا فيكون منجزا أصل الطلاق ومفوضا لوصفه الممتنع وتفويض وصف الشئ مبهما قبل وجود الاصل يمتنع الا ان في غير المدخول بها الاثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيئتها وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشيئة بعد وقوعه وقوله (وعلى هذا

الخلاف العتاق) يعني اذا قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة ولا حال للعتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب (قال في الاصل هذا قول أبي حنيفة) لان ما أورده في الاصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة لا غير فذكره ليتبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل

(قوله وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق الخ) أقول فيه بحث (قوله وهي مشتركة بين الكم والكيف) أقول فيه بحث (قوله وهو ان المفوض ههنا ممتنع الخ) أقول فيه ان التفويض هنا على سبيل التعميم لكل صفة فكون المفوض ممتنعا لا يفيده

(وان قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ماشاءت) ذكر في أصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسعه أن يطلقها ثلاثا أجيب بانه يجوز أن يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها وقوله (لانهما يعني كم وما يستعملان للعدد فقد فوض اليها أي عدد شاءت) فان قيل هذا

(وان قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ماشاءت) لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها أي عدد شاءت (فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا) لان هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال (وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ولا تطلق ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت) لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس

في كم مسلم وأما في ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى مادمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك أجيب بان جانب العدد مرجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى المرأة أمر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت مع مولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به أولى (فان قامت عن المجلس بطل الامر) لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس (وان ردت الامر كان ردا لان هذا أمر واحد) اذ ليس فيه ما يدل على التكرار قيل هو احتراز عن كلما وكل ما هو

فالتقرير ما قررناه (قوله ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ماشاءت) واحدة أو ثنتين أو ثلاثا و يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق بخلاف مسئلة كيف شئت على قوله وهذا الان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد اذ ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شئ مالم تشأ والقياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا كما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن أبي حنيفة انه يباح لها في التخيير ووجهه ماذكره في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو ثنتين على قول أبي حنيفة لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو فرقت خرج الامر من يدها بخلاف ما لو أوقع الزوج ذلك وعلى هذا فما في أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها لا يحتاج الى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر من اطلاق العدد وارادته وماشئت تعميم العدد فتقريره تقريره وأوردان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو مادام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت أجيب بأنه معارض بالمثل بان يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد بان التفويض تمليك مقتصر على المجلس مالم يكن موقتا وانما يكون لو كانت معتبرة بمعنى العدد ولانه المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدام ثم (ان ردت الامر) بان قالت لا أطلق (كان ردا) لان هذا أمر واحد بخلافه بكلما وقوله (خطاب في الحال) احتراز عن اذا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال (قوله وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين) بالاتفاق واختلفوا في الثلاث فلا تطلق عند أبي حنيفة ثلاثا وبه قال الشافعي وأحمد وتطلق عندهما ان شاءت (لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز) أي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة ليغفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا نحو أكلت من الرغيف (فيحمل على تمييز الجنس) محافظة على عموم ما أي بيان الجنس

امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا قيل وهو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار (وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند أبي حنيفة وقالا لها أن تطلق ثلاثا لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز) يعني للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم

بخلاف

قال المصنف (وهو خطاب في الحال) أقول احتراز عن اذا ومتى يعني ان هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل

كما اذا قال كل من طعامي ماشئت أو طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما وفيما استشهد به ترك التبعيض بدلالة اظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال من شئت كان على هذا الخلاف والله تعالى أعلم بالصواب

بخلاف ما لو حملت على التبعيض يعني فيكون بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الاعداد منه وان كان لا يتصور في الطلاق عددا الا الثلاث فذاك شرعا أما في الامكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وان كان حكمه في الشرع المنع فالمعنى طلقي نفسك العدد الذي هو الثلاث دون سائر الاعداد وعلى قولهما يكون التفويض في الثلاث خاصة فصحة تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم في طلقي نفسك ثلاثا (كما لو قال كل من طعامي ماشئت) له أكل الكل (وطلق من نسائي من شاءت) فشئن كلهن له أن يطلقهن بخلاف ما اذا حملناها على التبعيض فانه حينئذ يبطل عموم ما (ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة في التبعيض) اذا دخل على ذي ابعاض والطلاق منه (وما للتعميم فيعمل بهما) بمن في معناها في مثله وبما في عموم مخصوص ضرورة اعمال من في معناها في مثله بخلاف حمل من على البيان فان ضابطه صحة وضع الذي مكانها وصله بعد خولها مع ضمير منفصل مثاله فاجتنبوا الرجس من الاوثان أي الرجس الذي هو الاوثان ولا يحسن هنا طلقي نفسك ماشئت الذي هو الثلاث فان ما موصول معرفة فلا بد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العدد فانحل الى طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي شاءته أو تشاؤه وانه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء انما هو في الثلاث وانما تملك أن تطلق نفسها واحدة لانها جزء ما ملكته بالتفويض كقوله طلقي نفسك ثلاثا لها أن تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم نبوة اذ المعنى طلقي نفسك عددا شئته على ان ما نكرة موصوفة بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد في العدد مزيل من ابهامه ﴿فروع﴾ قال أنت طالق ثلاثا الا أن تشائي واحدة فشاءت واحدة طلقت واحدة وقال محمد لا يقع شئ لان معناه ان لم تشائي واحدة فأنت طالق ثلاثا فاذا شاءت واحدة لا يقع شئ ولابي يوسف انه أثبت لها مشيئة الواحدة فاذا شاءتها تقع ولو قال طلقها ان شاء الله وشئت وأنت طالق ان شاء الله وفلان أو ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة من فلان شئ لانه عطف على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا أو متى شئت لان حين للوقت ولو قال ان شئت فأنت طالق اذا شئت أو متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الاحوال لانه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في أي وقت شاءت فاذا شاءت في المجلس صار كأنه قال أنت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لامرأتيه اذا شئتما فأنتما طالقان فشاءت احداهما أو شاءتا طلاق احداهما لا يقع لان الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال لاثنين ان شئتما فهي طالق ثلاثا فشاء أحدهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع شئ لان الشرط مشيئتهما الثلاث بخلاف ما لو قال لهما طلقاها ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلاث لان كل واحد ينفرد بايقاع الثلاث فيصح ايقاعه لبعضها ولو قال ان شئت فأنت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الاولى ان نوى الزوج والا فلا لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك أي كلاهما مملوكان لي فأيهما نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وأبيت أو ان شئت ولم تشائي لم تطلق أبدا لانه جعل المشيئة والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضا كما لو قال ان دخلت أو لم تدخلي أما لو أخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائي فأنت طالق لا تطلق أبدا ولو قال أنت طالق ان شئت وان أبيت فان

والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا (كما اذا قال كل من طعامي ماشئت أو طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن) من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحدة عام وبالنسبة الى الثلاث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحدة لانه ليس بعام أجيب بانه يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لا يهمل أحدهما (وفيما استشهد به ترك التبعيض) بدليل خارجي (وهو اظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة) فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك (حتى لو قال من شئت كان على الخلاف) قيل ثم انها ان طلقت

شاءت يقع وان أبت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت أو أبيت وفي طالق ان أبيت أو كرهت طلاقك فقالت أبيت تطلق ولو قال ان لم تشائي طلاقك فأنت طالق فقالت لا أشاء لا تطلق لان لفظ أبيت لايجاد الفعل الذي هو الاباء وقد وجد وأما لفظ لم تشائي فللعدم لا للايجاد وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا اشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت وفي أنت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف ولو قال لها طلقي نفسك وقال لها آخر اعتقي عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الآمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق لا يبطل خيارها في الطلاق وعنه لو قال لها أنت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس قول أبي حنيفة ان كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشيئة من طلاق الاصل لو قال ان شئت فأنت طالق غدا فالمشيئة اليها للحال بخلاف أنت طالق غدا ان شئت فان المشيئة اليها في الغد وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشيئة اليها في الغد في الفصلين وقال زفر المشيئة للحال فيما وذكر في الامالي الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف على العكس وفي المنتقى برواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة إذا قال أنت طالق غدا ان شئت أو أنت طالق ان شئت غدا لها المشيئة غدا وقالا ان قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال وان أخرها فلها المشيئة غدا وفرع على هذا لو قال اختاري غدا ان شئت أو اختاري ان شئت غدا أو أمرك بيدك غدا ان شئت أو أمرك بيدك ان شئت غدا فالمشيئة في الغد في الحالين عند أبي حنيفة وكذا إذا قال طلقي نفسك غدا ان شئت أو طلقي نفسك ان شئت غدا أو ان شئت فطلقي نفسك غدا لم يكن لها أن تطلق نفسها الا في الغد عنده وقالا ان قدم المشيئة فلها ان تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد أنت غدا طالق ان شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا انما لها المشيئة في الغد بخلاف قوله ان شئت فانت طالق غدا فان لها المشيئة في مجلسها لان في الثاني علق بالمشيئة طلاقا مضافا الى غد ولو علق بالمشيئة طلاقا منجزا تعتبر المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها فكذا اذا علق بها طلاقا مضافا وفي الاول بدأ باضافة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فتراعى المشيئة في ذلك الوقت وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة ان في الفصلين تراعى المشيئة في غد وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالا ولو قال لها أنت طالق اذا شئت ان شئت أو أنت طالق ان شئت إذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت وعند أبي يوسف ان أخر قوله ان شئت فكذلك وان قدمه تعتبر المشيئة في الحال فان شاءت في المجلس تطلق نفسها بعد ذلك اذا شاءت ولو قامت من المجلس قبل ان تقول شيأ بطل وقال شمس الائمة فيما قدمنا من ان ان شئت فانت طالق اذا شئت هنا مشيئتان الاولى على المجلس والاخرى مطلقة اليها معلقة بالمؤقتة فمتى شاءت بعد هذا طلقت قال وان لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ولا فرق بين ان يقول ان شئت الساعة أو لم يذكر الساعة ولو قال أنت طالق وطالق وطالق ان شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شئ لانه ما شاء الثلاث وكذا لو قال شئت أربعا ولو قال أنت طالق ان شئت واحدة وإن شئت اثنتين فقالت شئت وقع الثلاث ولو قال اخرجي ان شئت ينوي به الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلاث ولو قالت طلقني طلقني طلقني بلا واو فطلق فان نوى واحدة فهي واحدة وان نوى ثلاثا فثلاث ولو قالت لزوجها تريدان أطلق نفسي فقال الزوج نعم فقالت طلقت يتطرق ان نوى الزوج التفويض وقع وان نوى الرد يعني طلقي ان استطعت لا يقع

نفسها ثلاثا لا يقع شئ عند أبي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذا التي فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقدمر والله أعلم

(باب

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق والشرط والمركب متأخر عن المفرد واليمين فى الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر يمايدل على معنى الشرط فهو فى الحقيقة شرط وجزاء سمى يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق فى الشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق أو على العموم كقوله كل امرأة اتزوجها فهى طالق وهو قول عمر

روى ذلك عنه فى الظهار وقال الشافعى لا يصح وهو قول ابن عباس واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح

﴿ باب الايمان فى الطلاق ﴾

(واذا أضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح

﴿ باب الايمان فى الطلاق ﴾

اليمين فى الاصل القوة قال الشاعر

ان المقادير بالاوقات نازلة * ولا يمين على دفع المقادير

أى لا قوة وسميت احدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الاخرى وسمى الحلف بالله يمينا لافادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه ولا شك فى افادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الامر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يمينا (قوله واذا أضاف الخ) استعملها فى المفهوم اللغوى والا فالمثال لا يطابق لانه تعليق لا اضافة (قوله وقال الشافعى لا يقع) ونقل عن على وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم وبه قال أحمد وقال مالك ان خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة صح وان عم مطلقا لا يجوز إذ فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والاوزاعى وابن أبى ليلى أما لو قال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى فانه يصير مظاهرا مع العموم لان الحرمة ترتفع بالتكفير وعندنا الفرق بين العموم وذلك الخصوص الا ان صحته فى العموم مطلق يعنى لا فرق بين ان يعلق بأداة الشرط أو بمعناه وفى المعينة يشترط ان يكون بصريح الشرط فلو قال هذه المرأة التى أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا تؤثر فيها الصفة أعنى أتزوجها بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه طالق بخلاف قوله ان تزوجت هذه فانه يصح ولا بد من التصريح بالسبب فى المحيط لو قال كل امرأة أجتمع معها فى فراش فهى طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا كل جارية أطؤها حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لان العتق لم يضف الى الملك ولو قال نصف المرأة التى تزوجنيها طالق فزوجه امرأة بأمره أو بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على انها طالق لم تطلق لانه تعذر جعله بدلا أو شرطا وكذا لو اشترى عبدا على انه حر لم يعتق ومذهبنا مروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر تمسك الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل ملك وعنده طريق أخرى عن على رضى الله عنه رفعه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه جويبر وهو ضعيف وأخرج أبو داود والترمذى عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذى حسن وهو

﴿ باب الايمان فى الطلاق ﴾

(قوله لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا الخ) أقول وفى أكثر التفويضات يقع الطلاق بعبارة النساء منجزا (قوله عبارة عن تعليقه بأمر يمايدل الخ) أقول الباء فى يما متعلق بتعليقه بعد ما تقيد بقوله بأمر فلا يلزم تعلق حرفين من جنس واحد بمعنى واحد بفعل واحد ولك ان تمنع اتحاد المعنى فان الثانى للاستعانة أو للملابسة والاول للالصاق (قوله واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم

لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما انه خطب امرأة فأبى أولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فعلى هذا لا يتوجه ما ذكره المصنف فى معرض الجواب من قوله الحديث محمول على التنجيز إذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقا منجزا حتى يسألوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والحق ان ما فى الكتاب اشارة الى ما أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك والجواب عن حديث عبد الله منع صحته فليتأمل

ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ماهو كذلك لايشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة ليست به لة في الحال عندنا كما عرف في الاصول (والملك متيقن به عنده) أي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهر لان

ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما (واذا أضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق) وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط

أحسن شئ روى في هذا الباب وأخرج الدارقطني عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا قال طلق ما لا يملك وأخرج أيضا عن أبي ثعلبة الخشني قال قال عم لي اعمل لي عملا حتى أزوجك ابنتي فقلت ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا ثم بدا لي ان أتزوجها فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فانه لا طلاق الا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لي سعدا وسعيدا ولنا ان هذا تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء وما ظن ما نعا من أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو وذلك لان النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المطلوب أما الطلاق فمحظور وانما شرع للحاجة بتباين الاخلاق غلط لان الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تدعو الى تزوجها مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لحاجتها وغلبتها عليه فيوسسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاما لها عن مواقع الضرر فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضي وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلا مانع بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر والجواب عن الاحاديث المذكورة أما ما قبل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق اما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقا وذلك عند الشرط (والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري أنه قال في رجل قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل أمة أشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر أوليس قد جاء الاطلاق قبل نكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف (وغيرهما) تصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله مأثور عن السلف يعطي أنه مأثور عن غيرهما أيضا أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري والاسود وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل مذهبنا

(والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما) كمكحول وسالم بن عبد الله (واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط) لان الاصل بقاء الشئ على ما كان وهو استصحاب الحال لا يقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه

قال المصنف (ولنا ان هذا تصرف يمين) أقول اضافة بيانية أي تصرف هو يمين (قوله وهو منقوض الخ) أقول في توجيه النقض ما لا يخفى (قوله وتحقيقه انهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى قوله فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فيه بحث مرت الاشارة اليه

أيضا عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبي سليمان وشريح رحمة الله عليهم أجمعين وأما الحديثان الاخيران فلا شك في ضعفهما قال صاحب تنقيح التحقيق انهما باطلان ففي الاول أبو خالد الواسطي وهو عمر بن خالد قال وضاع وقال أحمد وابن معين كذاب وفي الاخير علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الاحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والاوزاعي فاقيل لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لان الترجيح فرع صحة الدليل أولا كيف ومع عدم تقدير الصحة لا دلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه فان قيل لا معنى لحمله على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فاذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيرها بقي لهم بعد ذلك ان يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا فلا يخرج عن تناول النص بل هو طلاق تأخر عمله الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث اجماعا ومما يؤيد ذلك ما في موطأ مالك ان سعيد بن عمر بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته ان هو تزوجها فقال القاسم ان رجلا جعل امرأته عليه كظهر أمه ان هو تزوجها فأمره عمر إن هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا والكل واحد والخلاف فيه أيضا وكذا في الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصح فتى تزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بأن قال اذا بلغت فزوجته طالق وتعليق البالغ طلاق الاجنبية بغير الملك قلنا لا بد أولا من بيان المراد بقولنا هو طلاق أو ليس به اذ لا شك في أنه لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار وحينئذ نقول لا اشكال في أن كون الشيء سببا شرعا للثبوت حكم في محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعا أعني أن يعتبر الشرع انه اتصل به سببا للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فان سببيته ليست الا بايجابه الحكم في محل حلوله ملزوما للحكم فيحل حيث حل ولا ريب في أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بانه لم يعن أنت طالق الآن بل اذا كان كذا فانت طالق اذ ذاك لا الآن فاذا كان ذلك ارتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبته في الحال غير انه جعل له خيارا أن يفسخ ان لم يوافق غرضه رفقابه وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل يحقق سببيته في الحال لو تأملت هذا التركيب وأما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فان افتقاره في التصرف الى المحل انما هو عند قصد التنجيز فيه للحال ومانحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر أعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه الا انه لما كان الحنث أحد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية وهما معا يتوقفان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور قيامه عنده فيما اذا قال للمنكوحة ان دخلت الدار فأنت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه اياه مع تيقن قيامه أحرى وذلك في المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك وبهذا حصل الجواب عن الاخير أعني تعليقه في الاجنبية بغير الملك ولهذا رأينا الشرع صحح قوله للامة اذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة فظهر ان قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمري ان جل هذه المقاصد

اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الايجاز وطلاوة الالفاظ وقوله وقع عقيب النكاح يفيد ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله أنت طالق مع نكاحك اذ لا يثبت الشئ منتفيا ومرجع ضمير أثره تصرف يمين وهو اضافة بيانية أى تصرف هو يمين وكذا هو فى قوله وهو قائم بالمتصرف أى فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمة الحالف فى ذلك كاف وقول مالك انه سد على نفسه باب النكاح قلنا فاذا يلزم اذ قد يكون علم مصلحة فى ذلك دينا لعلمه بغلبة الجور على نفسه أو دنيا لعدم يساره ولنفسه لحاج فيوئسها على انه يتصور تزوجه عندنا بان يعقد له فضولى ويجيز هو بالفعل كسوق الواجب اليها أو الوطء واعلم ان مقتضى ما ذكر كون المضاف لا ينعقد سببا فى الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سببا فى الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة المضيف الايقاع بخلاف المعلق فان قصده البر فكان هذا المعنى المعقول صارفا للفظ عن قضيته ولا يعرى عن شئ مع ان نحو أنت طالق غدا واذا جاء غد واحد فى قصد الايقاع وهم يجعلون اذا جاء غد تعليقا غير سبب فى الحال والآخر سببا فى الحال وأما قولهم انه ينزل سببا عند الشرط كانه عند الشرط أوقع تنجيزا فالمراد الايقاع حكما ولهذا اذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم أهليته

﴿ فروع ﴾ فى المنتقى ان تزوجت فلانة فهى طالق وان أمرت من يزوجنيها فهى طالق فأمر انسانا أن يزوجها منه طلقت لانهما يمينان احداهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت فلانة وان أمرت من يزوجنيها فهى طالق فأمر انسانا أن يزوجها منه طلقت لان اليمين واحدة والشرط شيآن وقد وجدا بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تحل اليمين وكذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحدا لا تطلق لانه بعض الشرط فان أمر بعد ذلك رجلا فقال زوجنى فلانة وهى امرأته على حالها طلقت لاكمال الشرط ولو قال ان تزوجت فلانة أو أمرت انسانا أن يزوجنيها فهى طالق فأمر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لانه حنث بالامر قبل تزويج المأمور فاشبه حلت اليمين بلا وقوع شئ فلا يحنث بتزوجه بعده وعن أبى يوسف اذا قال ان تزوجت فلانة أو خطبتها فهى طالق فخطبها فتزوجها لا تطلق قال فى الكتاب لانه حنث بالخطبة فهذا يدل على أن اليمين منعقدة وهو رد على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط أحدهما واحدهما بعينه صالح والآخر لا فانه نص على الحنث حتى لو تزوج قبل الامر فى المسئلة التى قبلها وقبل الخطبة فى هذه المسئلة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بألف فقبلت طلقت وفى فوائد شمس الائمة الحلوانى لو قال ان تزوجت فلانة فهى طالق ان تزوجت فلانة فتزوج فلانة لا تطلق فان طلقها ثم تزوجها تطلق ووجهه انه اعتراض الشرط على الشرط كقوله ان تزوجتك فأنت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين رجل له مطلقة فقال ان تزوجتها فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأته ان تزوجت عليك ما عشت فحلال الله على حرام ثم قال ان تزوجت عليك فالطلاق على واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الاولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها الى أيتهما شاء هذا فى النوازل قال فى المحيط وفيه نظر وينبغى أن لا تطلق فى اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب الطلاق بالتزويج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغى أن يقع باليمين الاولى طلاق احداهما يصرف الى أيتهما شاء ولان اليمين الاولى لما انصرفت الى الطلاق صار كانه قال زنوا طلاق ومن قال ذلك وله امرأتان يقع على أحداهما انتهى وفى نظره نظر أما قوله وينبغى أن لا تطلق فى اليمين الثانية الخ فبناء على ان التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح وأنت قد علمت ما فى ذلك من الاختلاف وان المختار وقوع الطلاق والمذكور فى النوازل بناء عليه وأما قوله وينبغى أن يقع باليمين الاولى طلاق احداهما الخ فليس بصحيح لان حلال الله عام استغراقى لا بدلى فيشمل الزوجتين معا

(قوله فيصح يمينا) يعني عندنا على ما مر (أو ايقاعا) يعني عند الشافعي فان عنده كونه طلاقا معلق لا التطليق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه (ولا تصح اضافة الطلاق الا أن يكون الحالف مالكا) للمحلوف عليه (أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لابد أن يكون ظاهرا) أي غالب الوجود (والظهور بأحد هذين) الامرين أما أن الجزاء لابد أن يكون ظاهرا (فليكون مخيفا

فيصح يمينا أو ايقاعا (ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه (فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) لان الحالف ليس بمالك ولا أضافه الى الملك أو سببه ولابد من واحد منهما

فقد حرمهما وزن وبر اطلاق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يتناول الواحدة فقد أوقع الطلاق على واحدة مبهمة فاليه تعيينها واذا قال كل امرأة أتزوجها طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة اليه (قوله فيصح يمينا أو ايقاعا) أي فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لانه لا يعمل عندنا في الحال أو ايقاعا عند الشافعي لانه عنده سبب في الحال (قوله ولا تصح اضافة الطلاق الا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه الى ملكه لان الجزاء لابد أن يكون ظاهر الوجود) أي ظاهرا وجوده عند الفعل وقوله وهو القوة أي على الامتناع هنا (قوله والظهور بأحد هذين) لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود فتعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي الخاص وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله للاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق حين صدر لا يصح جعله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر لا خافته لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط لا يقال لم لم يكن الامر فيه موقوفا على العاقبة ان تزوجها ظهر كونه يمينا والا فهو على الاحتمال الى أن يموت أحدهما لانا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فانه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا تتحقق يمين في الوجود الا بلفظ آخر ومعنى الاخافة هنا اخافة لزوم نصف المهر ان تزوجها لانه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد أورد على هذا قوله اذا حضت فأنت طالق فانه يمين مع انه لا حمل فيه ولا منع باخافة وأجيب بأن العبرة للغالب لا للشاذ (قوله والاضافة الى سبب الملك) يعني التزوج (بمنزلة الاضافة اليه) وقال بشر المريسي لا يصح لان الملك يثبت عقيب سببه فاذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أولى وأله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتي بخلاف ما اذا علقه بنفس الملك فانه حينئذ يتقدم الملك والجواب ما قال محمد حمل الكلام على الصحة أولى من الغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب فتقدير قوله ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا الا أن يجعل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وهو بعيد اذ ليس هذا موضعه بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه انهم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يعتبر تمام الكلام مضمرا تصحيحا والتقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع به كما قال به ابن أبي ليلى لان اليمين مذموم في الشرع أو غير مطلوب فلا يحتال في تصحيحه وهذا ينافي ذلك الجواب ويكفي في جواب ابن أبي ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يخفى ورود أن يقال اما أن يراد بالسبب المسبب أو حقيقته والاول تصحيح

(فيكون مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة) فان الحامل على الحمل أو المنع اللذين عقد اليمين لاجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط وأما ان ظهوره بأحد هذين الامرين فلانه اذا انعدم ما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين أعني الحمل أو المنع (والاضافة الى سبب الملك) كقوله ان اشتريتك فانت حر (بمنزلة الاضافة الى الملك) كقوله ان ملكتك فانت حر (لانه) أي الجزاء (ظاهر عند سببه) يعني سبب الملك (قوله فان قال لاجنبية) تفريع على ما مهد من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز أن يقدر تزوجتك حتى يؤل معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق صيانة عن الالغاء وأجيب بأن فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى مذمته كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولئن كان فقد يقع فيما يكون محمودا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فأنت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا أو مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر احط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان أما الاول فظاهر لان التزوج أعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه أصول الفقه

(قوله وفيه نظر لان التعليق الى قوله والصواب ان يقال) أقول فيه بحث

(قال وألفاظ الشرط) عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسماء ولم يورد أحد حرفا في الشرط وضعا وهو لو قال في النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عملها لفظا ومعنى فانها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب أن يقال قد تقدم أن التعليق يمين تعقد للحمل أو المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشئ لامتناع غيره في الماضي فانى له مدخل في ذلك وقوله (لان الشرط مشتق من العلامة) قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة وأشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو أن تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم وقوله (وهذه الالفاظ مما تليها الافعال) يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه ألفاظ الشرط ودليله لان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ مما يليها الافعال وهذا أيضا مسلم لكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح

وألفاظ الشرط إن وإذا وإذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما) لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها أفعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا أنه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر

اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابن أبي ليلى وعلى الثاني يرد ما قال بشر المريسي والاولى أن يدفع ما قال ابن أبي ليلى بأنه لا طريق الى تحقيق تلك الارادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا الايحسن المذكور في الكتاب أيضا بل الاولى أن يقال الاضافة الى سبب الملك مراد بها الاضافة الى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله ﴿ فروع ﴾ لو قال ان تزوجتك فأنت طالق قبله ثم نكحها بوقعه أبو يوسف لانه علقه بالنكاح وذكر معه وقتا لا يقدر على ايقاعه فيه فلغا ذكر الوقت وبقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كالملفوظ عند الشرط ولو قال وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لا تطلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان تزوجتماني امرأة فهي طالق ثلاثا فزوجاه امرأة بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى ملك النكاح لان تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح ولو قال رجل لاجنبية مادمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق أما اذا قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها تطلق (قوله وألفاظ الشرط الخ) ومن جملتها لو ومن وأي وأيان وأين وانى وجميعها تجزم الا لو واذا وقيل يجزم بها اذا زيد بعدها ما والمشهور انه انما يجزم بإذا في الشعر وكذا بلو قال لو يشأ طار به ذو ميعة * (قوله لان الشرط مشتق من العلامة) يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال تعالى فقد جاء اشراطها أي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط (قوله فتكون علامات) أي يكون وجود الافعال علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء فالحاصل ان معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء أي تدل على ذلك بالذات والافكل من هذه لو لفظ لو أيضا كذلك في الجملة فانه لما كان كذلك كان المفاد بها امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لاكرمتك فيعرف ان ذلك الفعل اذا وجد استلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا فجميع الادوات تفيد الوجود للوجود الا ان لما لما كانت أدخل حيث وضعت لافادة ان الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام فخصت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده ينافيه أعني التعليق على ما على خطر الوجود لانها أفادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليمين ولعدم حصوله لم تذكر لما وان كان لو قال لو دخلت الدار فأنت طالق تعلق الطلاق كما ذكره التمرتاشي ويروى عن أبي يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الاصلي ولا المشهور ولذا قال بعضهم لا يتعلق وفي الحاوي في فروعنا لو قال أنت طالق لو تزوجتك تطلق اذا تزوجها وقد ورد في قوله وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية الآية فذهب بعض النحويين

قال المصنف (لان الشرط مشتق من العلامة) أقول يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال الله تعالى فقد جاء أشراطها أي علاماتها (قوله فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه) أقول فيه بحث فان ما ذكره المصنف بيان وجه التسمية

قال رضي الله تعالى عنه (ففي هذه الالفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين) لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه

النحويين الى تجويزه وأكثر المحققين انها ليست الا للتعليق في الماضي وأجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا لعدم حصول معنى اليمين في التعليق بلم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذي أضيفت اليه ﴿فروع﴾ قال أنت طالق لولا دخولك أو ولولا أبوك أو ولولا مهرك لم يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقت بالامس لولا كذا واعلم ان موضع وجوب الفاء لا يتحقق التعليق الا بها الا أن يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في انه حينئذ هو الجواب أو يضمر الجواب بعده والمتقدم دليله وأما الفقيه فنظر من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب فاذا قال ان دخلت الدار أنت طالق وقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه وعن أبي يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء كما في قوله * من يفعل الحسنات الله يشكرها * ودفع بما اذا أجاب بالواو فانه يتنجز ويلغو الشرط مع انه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح وتحمل الواو على الابتداء وفيه ضعف لان واو الابتداء لا تستعمل الا في أول كلام ومواضع الفاء جمعت مفاريدها في بيت هو هذا

طلبية واسمية وبجامد * وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وأحببت ذكر بعض زيادة على ذلك وايضاحه ليفهم فنظمتها في ثلاثة أبيات وهي هذه

تعلم جواب الشرط حتم قرانه * بفاء اذا ما فعله طلبا أتى
كذا جامدا أو مقسما كان أو بقد * وربوسين أو بسوف ادر يافتى
أو اسمية أو كان منفي ما وان * ولن من بحد عما حددناه قد عتى

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط بان قال أنت طالق فان دخلت لا رواية فيه فيمكن أن يقال يتنجز لان الفاء فاصلة ويمكن أن يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق وقياس المذكور في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ الا أن ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق اذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا يوجبه الا في محله فلا أثر له هنا ولو قال أنت طالق ان تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند أبي يوسف لا لان ذكره بيان لارادته التعليق ولو قال أنت طالق دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لان ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي أتزوجها طالق أما في المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب ولو قال أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي انها بمعنى اذا استدلا بقوله تعالى يمنون عليك أن أسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا وقول محمد أولى اذ لا أصل لجعلها كاذا وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما ولو قال أنت طالق وان دخلت الدار طلقت بكل حال لان الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه تقديره ان لم تدخلي وان دخلت وان هذه هي الوصلية ويقع في الحال بقوله أنت طالق اذ دخلت وبقوله ادخلي الدار وأنت طالق يتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل اذا لقيت ألفا وأنت طالق لا تطلق حتى تؤدي (قوله ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط) واذا تم وقع

وقوله (الافى كلما فانها تقتضى تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار) فيه نظر من وجهين أحدهما انه عد كلمة كل من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين فان من قال كل امرأة أتزوجها فهى

(الافى كلما فانها تقتضى تعميم الافعال) قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار قال (فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شئ) لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر) لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور

طالق فتزوج امرأة طلقت ولو تزوج أخرى طلقت كذلك فكان الواجب أن يقول فى الاستثناء الافى كل وكلما والثانى انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم فى كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التى طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هى باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثانى ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم فى الافعال انما يكون بتجدد الافعال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهى الى الثلاث فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شئ لان الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شئ منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء ينتفى الكل وفيه خلاف زفر وسيجئ (ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت فى امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر) وهو غير محصور

الحنث فلا يتصور الحنث مرة أخرى الا بيمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس وقال بعضهم فى متى انها تفيد التكرار كقوله

متى تأته تعشو الى ضوء ناره * تجد خير نار عندها خير موقد

والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى أن أى وقت تأتى تجد ذلك ففى متى خرجت فأنت طالق المفاد ان أى وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق فى وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو أفادت التكرار وان مع لفظ أبدا مؤدى لفظ متى بانفراده فاذا قال ان تزوجت فلانة أبدا فهى طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا أجاب أبو نصر الدبوسى ومن غرائب المسائل ما فى الغاية من قال لنسوته من دخل منكن فهى طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول أضيف الى جماعة فيراد به عمومه عرفا مرة بعد أخرى واستشهد له بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا أفاد العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد وبما ذكر محمد فى السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل بان العموم فى الاول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع اليه ضميره من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر وعموم الثانى بدلالة الحال وهو ان مراده التشجيع وكثرة القتل قيل والاولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد فى كل مرة فقد أفادت اذا التكرار لعموم الاسم الذى نسب اليه فعل الشرط والاوجه ان العموم بالعلة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء فى الاول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به وفى المحيط وجوامع الفقه لو قال أى امرأة أتزوجها فهى طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث تم بعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم أى امرأة أتزوجها بعموم الصفة (قوله الافى كلما فانه يتكرر) ومن لطف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقى عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق ان الشرط فى الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر الا ان الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها وفى الاولى اقتضى تكريره بتكرر طلاقه ولا يقال طلقها اذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان احداهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق (قوله ومن ضرورة التعميم التكرار) أورد فى كل عموم ولا تكرار فانه لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فتزوج فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق وأما الوقوع على امرأة أخرى بتزوجها فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط وأجيب بان المراد تعميم الافعال والتكرار من ضرورته لانه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الامثال من واحد (قوله ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة) أبدا لان الشرط ملك يوجد فى

(قوله انما هى باعتبار ما يليها الخ) أقول أى بالذات أو بواسطة اسم (قوله قد انتهت اليمين) أقول فى كلمة كل أيضا

قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين (ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق) لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا (وان وجد في غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شئ) لانعدام المحلية (وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة) لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه

في المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه وعن أبي يوسف في المنتقى اذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأة طلقت فان تزوجها ثانيا لا تطلق الا مرة واحدة ولو قال ذلك لمعينة كلما تزوجتك أو تزوجت فلانة تكرر دائما واستوضحه بما اذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك الا مرة واحدة والحاصل ان كلما عند أبي يوسف انما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما اذا نسب فعلها الى منكر فان قلت بينهما فرق فان كلا يقتضي عموم الاسماء وعموم الافعال يثبت ضرورة وكلما يقتضيه في الافعال وعموم الاسماء يثبت ضرورة فاذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر بنفسه وبقيت فيما سواه من الاسماء وفي كلما اذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الافعال المماثلة سواء تعلقت بما تعلق به الاول أولا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الاسماء ضرورة ولا حاجة بنا الى النظر الى سببه اذ المقصود انه يثبت العموم في الافعال والاسماء فصار الحاصل كل تزوج لكل امرأة وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا على ما قرروا في تركب القوم دوابهم وجعلوا أصابعهم في آذانهم فلزم بالضرورة انها اذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسئلتين ويدفع بان انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتف لان دائرة عموم الافعال أوسع لان كثيرا من أفراده ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب (قوله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا إذا قال لعبده ان دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق في الحال ولا بد من تقييد عدم البطلان بما إذا زال الملك بما دون الثلاث اما إذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سيأتي ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين الى آخرها في الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافا لزفر كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند أبي حنيفة خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما وفائدة الخلاف فيما إذا جاء تائبا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شئ عنده وينقص عندهما (قوله وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق) وعلى هذا لو قال ان لم تدخلي اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له وان كانت متمسكة بالاصل وهو عدم الدخول ولو قال ان لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فقالت لم يجامعني وقال فعلت فالقول له مع انها متمسكة بظاهرين عدم الجماع وحرمته في الحيض الداعية الى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضرهنا ما في النكاح لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قوله خلافا لزفر لهذا أيضا فهذا أصل كلي بخلاف ما لو قال وهي في طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لها ان كانت طاهرة لانه يريد ابطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف اليه أما الاول فلان المضاف سبب في

قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) اذا قال لها أنت طالق ان دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل اليمين لما مر أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء أيضا باق لبقاء المحل وهو المرأة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في بقائه يمينا واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق فهي البقاء أولى اذ البقاء أسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما أن يوجد الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط أو في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين أما وقوع الطلاق فلأن الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شئ لانعدام المحلية (وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح

(قوله ولم تطلق فلانة) ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج فى قولها حضت وأما اذا صدقها فانه يقع وقوله (كما قبل فى حق العدة والغشيان) اما قبولها فى العدة فبان تقول قد انقضت أو لم تنقض وأما فى الغشيان فيحتمل معنيين أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوجت (١٣٦) بزوج آخر ودخل بى الزوج الثانى والثانى أن يقبل قولها فى حق حل الجماع

(فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هى ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما فى الدخول وجه الاستحسان انها أمينة فى حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل فى حق العدة والغشيان لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها

الحال وأما الثانى فلان الوقت وقت طلاق السنة بالفرض (قوله فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها) عليه الاربعة رحمهم الله تعالى وعن أحمد لا يقع وتختبرها النساء بادخال قطنة فى فرجها فى زمان قالت ذلك ودفع بأنها أمينة مأمورة باظهار ما فى رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن تحريم كتمانها أمر بالاظهار وفائدة الامر بالاظهار ترتيب أحكام الطهر وهو فرع قبوله مع ان ادخال القطنة لا يوصل الى علم ولا ظن لجواز أخذ دم من الخارج تحملت به (قوله ولم تطلق فلانة) هذا اذا كذبها أما اذا صدقها طلقت فلانة أيضا وكذا فى جميع نظائره (قوله كما قبل فى حق العدة) أى انقضائها حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت عدتى انقطع حق الرجعة أو قالت لرجل آخر انقضت عدتى من فلان والمدة تحتمله جازله تزوجها اذا غلب على ظنه صدقها (والغشيان) أى حل الوطء وحرمته فلو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل أو قالت للمطلق ثلاثا تزوجت بثلاث وغشينى حلت له لا يقال اما أن تكون حاضت أولا فعلى الاول يقع عليهما وعلى الثانى لا يقع على واحدة منهما لانا نقول المنظور اليه فى حقها شرعا الاخبار به لانها أمينة وفى حق ضرتها حقيقته وشهادتها على ذلك شهادة فرد وإخبارها به لا يسرى فى حقهما مع التكذيب ولا بعد فى أن يقبل قول الانسان فى حق نفسه لا غيره كاحد الورثة اذا أقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه الا أن يصدقه الباقون والمشترى اذا أقر بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا أخبرت بالحيض وهو قائم أما بعد الانقطاع فلا لانه ضرورى فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت حيضة حيث يقبل قولها فى الطهر الذى يلى الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها ولا يقع لانها أخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا أخبرت فى الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع وهذا لانها جعلت أمينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأته اذا حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا أن يصدقهما فان صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلاثا فقال ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق احداهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن أربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق واحدة أو ثنتين وان صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان

وحرمته بقولها انا طاهر أو حائض وقوله (لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها) وفيه بحث وهو انها لا تخلو من الحيض وعدمه والآل شمول طلاقهما أو شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض فى حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشئ موجودا وعدوما فى حالة واحدة وهو محال وأجيب بأن الشرع أثبت بقولها حضت فى هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اختلاف اقتضائهما وليس ذلك ببدع فى الشرع فانه رتب على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضى أحدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه أمر خفى لا يطلع عليه وانما الكلام فى الامر الدال عليه وهو قولها حاضت وليس ثمة اختلاف فى مقتضى وجوده وعدمه

(قوله والآخر العدم) أقول عن محل وجودا لحل مثلا (قوله بخلاف ما نحن فيه) أقول فانه يقتضى عدم الحيض عما وجد فيه فى حق طلاق الضرة وعتاق العبد

(وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله فى نار جهنم فأنت طالق وعبدى حر فقالت أحبه أو قال ان كنت تحبينى فأنت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلقت هى ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها) لما قلنا ولا يتيقن بكذبها لانها الشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففى حق غيرها بقى الحكم على الاصل وهى المحبة (وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام) لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا (فاذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت) لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء

حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما يثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حضنا لا يثبت حيض كل واحدة الا فى حق نفسها الا أن يصدقها فيثبت فى حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض نظر فان كانت المكذبة واحدة طلقت هى وحدها لتمام الشرط فى حقها لان قولها مقبول فى نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها فى غيرها فلم يتم الشرط فى الغير وان كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا فى حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا (قوله وكذلك اذا قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله الى قوله لما بينا) يريد انها أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فأما هنا فكذبها متيقن فكيف نحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط أجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها فجاز أن تحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب فى الحال على تمنى الخلاص منه بالعذاب ولو قال ان كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب وقال محمد لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل فى المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يبطل الخلفية قلنا بل عدم امكان الوقوف على ما فى قلبها أوجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفى الظهيرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان أمكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته أنت طالق ان كنت أنا أحب كذا ثم قال لست أحبه كاذبا فهى امرأته فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل السرخسى هذا بانه ان لم يعلم ما فى قلبها فانه يعلم ما فى قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا اذ القلب متقلب لا يثبت على شئ فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام انما تناط بالامور الظاهرة لا الخفية كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قلبه واعلم ان التعليق بالمحبة انما يفارق التعليق بالحيض فى انه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى وفى الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة ﴿فرع﴾ فى الجامع الاصغر قال الفقيه أبو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيأ من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لان الزوج فى الغالب لا يريد الا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال لزوجها ان كنت أنا قرطبان فأنت طالق تطلق وان قال أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط (قوله فكان حيضا من الابتداء) ويجب على المفتى أن يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان

وقوله (وكذا لو قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلا ووجهه أنه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله (وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها) ظاهر وقوله

حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيا وقوله وإذا قال إذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت وقوله (في حديث الاستبراء) يريد به ما قاله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة أراد به كمال الحيض وهو إنما يكون بانتهائه بانقطاع الدم إذا كان أيامها عشرة أيام وبالانقطاع والغسل أو ما يقوم مقامه إذا كانت أيامها دون العشرة وقوله (وإذا قال أنت طالق اذا صمت يوما) ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت صوما فحكمه كذلك (بخلاف ما اذا قال اذا صمت) فانها اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب قال (ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة) هذه المسئلة لا تخلو عن أوجه ان علم أن الغلام ولدته أولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شئ بعده وان علم ان الجارية ولدت أولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر أيهما أول لزمه في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلاثا وترك وطء امرأة يحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه وقوله (والعدة منقضية بيقين لما بينا) يريد قوله لانها لو ولدت الغلام أولا الخ) وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل

(ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها) لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكالها بانتهائها وذلك بالطهر (وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم) لان اليوم إذا قرن بفعل يمتد يراد به بياض النهار بخلاف ما إذا قال إذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه (ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل) لانها لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية أولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شئ آخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى أن يؤخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

المعلق بالحيض عتقا فجني العبد أو جني عليه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر فانه اذا استمر ثلاثة أيام يصح النكاح ويعتبر في العبد جناية الاحرار ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها (قوله ولو قال لها ان حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر) أي يحكم بطهرها عن هذا افترق الحال بين ان حضت حيضة فأنت طالق وان حضت حيث لا يكون الاول بدعيا لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا في ذمتها وأما بالعشرة فبمجرد الانقطاع (قوله لان الحيضة بالهاء هي الكاملة) عن هذا قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزأ خلافا لزفر في قوله تطلق بحيض خمسة أيام لليقين بالنصف قلنا هذا نصف أقصى مدته لان نصف الدور ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض واذا قال لطاهرة أنت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لان اليمين يقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناول الماضي بخلاف قوله أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق اذا حاضت فلا ينتظر الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار) اذ لم يقل اذا صمت يوما أو شهرا فيتعلق بما يسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة فيقع به وان قطعته بعده وكذا اذا صمت في يوم أو شهر لانه لم يشرط كماله بخلاف ما اذا قدره بمعيار كاذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه وتطير اذا صمت يوما اذا صمت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه مقدر بمعيار واذا صليت صلاة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة واذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري أيهما الاول) لانه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شئ لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع وان اختلفا فالقول للزوج لانه منكر للزيادة وتقرير المسئلة واضح من الكتاب وما عن الشافعي من انه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معا قيل ينبغي أن لا يعول عليه لانه مستحيل عادة غير انه ان تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالاقراء ولو ولدت غلاما وجاريتين ولا يدري أولهم وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه

(وان قال لها ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى) وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا في غير الملك فلا يقع أو وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع) أو وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذهما في حكم الطلاق كشئ واحد ولنا ان صحة الكلام بأهلية المتكلم

لان الغلام ان كان أولا أو ثانيا تطلق ثلاثا واحدة به وثنتين بالجارية الاولى لان العدة لا تنقضي مابقي في البطن ولد وان كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الاولى ولا يقع بالثانية شئ لان اليمين بالجارية انحلت بالاولى ولا يقع بالغلام شئ لانه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالاقل قضاء وبالاكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لانه اذا كان الغلامان أولا وقعت واحدة بأولهما ولا يقع بالثاني شئ ولا بالجارية الاخيرة لانقضاء العدة وان كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث وواحدة ولو قال ان كان حملك غلاما فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان حملك اسم جنس مضاف فيعم كله فلم يكن الكل جارية أو غلاما لا يقع كما في قوله ان كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله ان كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فطالق فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال ان كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث وفي الجامع لو قال ان ولدت ولدا فأنت طالق فان كان الذي تلدينه غلاما فطالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في المقيد وهو قول مالك والشافعي (قوله وان قال لها ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف) حاصل مبنى الخلاف انه اذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو ان دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر رحمه الله عند كل منهما وقياسه فيما اذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل ان جاء زيد وعمرو فأنت طالق فان الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق الا أن يجئ كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسئلة اذا حضتما فأنتما طالقان وجعله في شرح الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذاك لان تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فانهم لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعدد بالقوة وجه قول زفر اعتبار الاولى من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده اذهما في حكم هذا الطلاق كالشئ الواحد لتوقفه على كل منهما (ولنا ان صحة الكلام بأهلية المتكلم) وانما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الاهلية قيام الملك في الحال وكون الشرط الملك ليصير الجزاء في الاول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا الى ظهور الاستصحاب ومتيقنه في الثاني فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الاخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل فاذا تمت لا يحتاج في بقائها الى ذلك لان بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة وانما يحتاج اليه لوقوع الحنث والحنث لا يثبت الا عند الاخير فلا يشترط الملك الا عنده وهذا ما وعده المصنف في أوائل الباب وأما الشرطان فتحققهما حقيقة بتكرار أداتهما وهو على وجهين بواو وبغيره أما الثاني فكقوله ان أكلت ان لبست فأنت طالق لا تطلق ما لم تلبس ثم تأكل فتقدم المؤخر وهذا الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط وصورته في الجامع قال كل امرأة أتزوجها ان كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير ان كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها طالق واستغنى عن الفاء بتقديم الجزاء فالكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال وأصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي ان أردت ان أنصح لكم ان كان الله يريد أن يغويكم المعنى ان كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم

وقوله (ان كلمت أبا عمرو) على ماذكره في الكتاب واضح سوى ألفاظ نذكرها وقوله (في حق الطلاق كشئ واحد) يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا (ولنا ان صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين (بأهلية المتكلم)

(قوله ولنا ان صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الى

الا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة

وهي قائمة به فتكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا أو مانعا وحالة تمام الشرط للنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فانت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يضر

نعمى ان أردت ان أنصح لكم وقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها فالجواب أحللنا لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبي ان أراد النبي فالمعنى ان أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها قيل ويحتمل تأخر ارادته لانها كالقبول فالمعنى ان وهبت مؤمنة نفسها للنبي فان أراد النبي أي قبل أحللناها ووجه المسئلة انه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزاء لعدم العطف وان روى عن محمد في غير رواية الاصول انه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط في موضعه وهو رأي امام الحرمين من الشافعية لان الاصل عدم التقدير الا بدليل والكلام في موجب اللفظ ولا الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزاء للاول لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من اضمار الحرف لانه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شئ آخر فكان قوله ان أكلت مقدما من تأخير لانه في حيز الجواب المتأخر والتقدير ان لبست فان أكلت فأنت طالق وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التحيز في مثل ان دخلت الدار أنت طالق وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف من لزوم اضمار الفاء يجب أن لا يعكس الترتيب وفي التجريد لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ان كلمت فلانا لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الاول فان طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا وهي في العدة طلقت انتهى وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا اذا قال ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتني فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكانه قال ان سألتني ان وعدتك ان أعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى ومن الحنابلة من قيد ذلك بما اذا كان الشرط باذا فان كان بان تطلق لوجودهما كيف كان لان المعروف في ذلك اذا لا إن وأما الاول فاذا قال أنت طالق اذا قدم فلان واذا قدم فلان أو ذكر بكلمة ان أو متى فأيهما قدم أولا يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر لان قوله أنت طالق اذا قدم فلان عين تام لوجود الشرط والجزاء والشرط الثاني لاجزاله فاذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه أي تعلق جزاؤه بعينه به كانه قال واذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة فلذا لو قدما معا لم يقع الا طلاق واحد وكذا اذا خلل الجزاء بين الشرطين فقال ان قدم فلان فأنت طالق واذا قدم فلان أيهما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط الثاني شئ الا أن ينوي أن يقع عند كل واحد تطليقة فتقع أخرى عند الثاني وان أخر الجزاء فقال اذا قدم فلان واذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدما لانه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصارا شرطا واحدا فلا يقع الا بوجودهما لانه لو وقع بأولهما صار عطفا على اليمين كالاول لا على الشرط فقط فان نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فأما اذا عطف بلا أداة شرط كان المجموع شرطا واحدا كما في مسئلة الكتاب الا أن ينوي وقوع الطلاق بأحدهما لانه نوى اضمار كلمة الشرط كذا في شرح الزيادات ﴿ تنبيه ﴾ يشترط في صحة الشرط الاتصال كالاستثناء وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفي الجامع لو قال ان دخلت ان دخلت فأنت طالق يتعلق استحسانا وقال الكرخي ينبغي أن لا يتعلق على قوله لان الثاني لغو كقوله حر حران شاء الله تعالى على قوله والجواب انه تأكيد بخلاف حر حران لان التأكيد بلفظه لا يكون بالواو فانما يشاكله حر حران شاء الله ولا يعتق فيه وأجمعوا ان السكوت والعطف لا يمنعان العطف

قوله ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق الخ) أقول تفريع المصنف صحة اليمين على اشتراط الملك عند التعليق لا يطابق لما ذكره الشارح فليتأمل (قوله وحالة تمام الشرط) أقول معطوف على قوله حالة التعليق

وقوله (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا) مسئلة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق أما عند محمد فلعدم الهدم وأما عندهما وان وجد الهدم فبالدخول في الدار يقع الثلاث لان الثلاث معلقة بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا لتحققه (وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شئ وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ) اذ لم يقيد تطليقات في ملك دون ملك فلا يتقيد (قوله وقد بقي احتمال وقوعها) أي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر (فتبقى اليمين) فاذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك) بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط أو حاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين للمنع أو الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك

(وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه هي طالق ما بقي من الطلاق) وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه وأصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم ما دون الثلاث فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى (وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شئ) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا أبانها لان الجزاء باق لبقاء محله

مادام في المجلس كذا في الذخيرة لان العطف غير مغير بل مقرر بخلاف الشرط والاستثناء واذا تعقب الشرط أجزية ليست ايمانا تامة ذكرناه من قريب قيد الكل واذا قال أنت طالق وعبده حران كلمت فلانا يتعلق كل منهما به وعن هذا اذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثا وأربعا ان دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث (قوله وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا وطلقها ثنتين الخ) فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث أما عند محمد فلان الباقي واحدة بها يكمل الثلاث وأما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة ملكه ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية وانما تظهر فيما اذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت الى الاول ثم وجد الشرط فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة غليظة وعندهما لا اذ علك بعد الوقوع ثنتين (قوله وسنبينه بعد) ونحن نبينه هنالك ان شاء الله تعالى (قوله ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك) لما قدمنا ان معنى اليمين

واذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال ان حضت فانت طالق لانه لا يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا وأجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادرا وانما هو آت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب أن يقال الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور وقوله (بخلاف ما اذا أبانها)

يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث أي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهي مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسئلة الظهار فان هذه المرأة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي فطلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار وأجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني الا أنها ان دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث انما لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار

(قوله وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط الخ) أقول فيه سوء ترتيب (قوله وفيه نظر) أقول وفي نظره نظر فان عدم الانحصار فيما لا يخرج أمثالها عن حيز الندرة أيضا اذ لا يحلف بامثالها في الاغلب فليتأمل

(ولو قال لامرأته اذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا ولو ان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر) وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فأنت حرة (وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه أوجب المهر في الفصل الاول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد) وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم أولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع والله تعالى أعلم بالصواب

(قوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا) ظاهر وقوله (في الفصل الاول) يعني اذا لم يخرجه وقوله (لوجود الجماع بالدوام عليه) معناه انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي وقوله (ولا دوام للادخال) معناه ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له وقوله (وجب العقر) قال في ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير وقوله (لوجود المساس) اشارة الى أن هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبي يوسف وأما دوام المساس فهو موجود بالاجماع وعن هذا قيل ينبغي أن يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة

انما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الاخافة والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لانه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها الى الاول لانه عقد يعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقيد الاطلاق به بدلالة حال المتكلم أعني ارادة اليمين وأيضا بوقوع الثلاث خرجت عن المحلية له وانما تحدث محليتها بعد الثاني فصارت كالمرتدة تحدث محليتها بالاسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فجعلت خمارا أو بستانا لا يقع اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده ان دخلت فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لان محليته بالرق ولم تزل بالبيع وبخلاف ما اذا طلقها تنتين والمسئلة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت اليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لانه وان كان استفاد حلا جديدا بملك جديد يملك به الثلاث لان عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها اليه وأورد بعض أفاضل أصحابنا انه يجب ان لا يقع الا واحدة كقول زفر لقولهم المعلق طلقات هذا الملك والفرض ان الباقي من هذا الملك ليس الا واحدة فكان كما لو طلق امرأته تنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فانما تقع واحدة لانه لم يبق في ملكه سواها والجواب ان هذه مشروطة والمعنى ان المعلق طلقات هذا الملك الثلاث مادام ملكه لها فاذا زال بقي المعلق ثلاثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق فاذا نجز تنتين زال ملك الثلاث فبقي المعلق ثلاثا مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها وهذا ثابت في تنجيز التنتين فيقع والله أعلم وبخلاف ما لو قال ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لان الظهار تحريم الفعل لا الحل الاصلي الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح أما الطلاق فتحريم الحل وقد فات بتنجيز الطلقات (قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرجه في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر أي العقر بهذا اللبث بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا إذا قال لامته إذا جامعتك) فأنت حرة عتقت بالتقاء الختانين فاذا مكث بعده لا يجب عليه عقرها وعن أبي يوسف انه أوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر (وجه الظاهر ان الجماع ادخال وليس له دوام) حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لانه وجد الادخال الا ان الحد لم يجب لشبهة الاتحاد أي فيه شبهة انه جماع واحد وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر الى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد وإذا امتنع الحد وجب المهر لان التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد أو مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسئلة رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبي حنيفة خلافا لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد ان الدوام ليس

﴿فصل فى الاستثناء﴾ (واذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق)

يتعرض للبضع على ما مر فلم يوجد سبب مستأنف للرجعة بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فانه يصير مراجعا بالاجماع وعن محمد لو ان رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة فان لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الادخال لان دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم

﴿فصل فى الاستثناء﴾ هو بيان بالا أو احدى أخواتها ان ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع حدا اسميا لمفهوم لفظ استثناء اصطلاحا على انه متواطئ وعلى انه حقيقة فى الاخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره يراد الكائن بعض الجنس فى المتصل ويقيد بغيره فى المنقطع والاوجه كون الخلاف فى ان الاحقيقة فى الاخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس أيضا بالتواطئ والاشتراك اللفظى فانه أفيد بخلاف معنى لفظ استثناء فانه لا طائل تحته بل لا حاجة اليه والحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما فى منع الكلام من اثبات موجبه الا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسئلة ان شاء الله لمشابهتها الشرط فى منع الكل وذكر أداة التعليق وانكنه ليس على مهيعة لانه منع لا الى غاية والشرط منع الى غاية تحققه كما يفيده أكرمنى تميم ان دخلوا ولذا لم يورده فى بحث التعليقات ولفظ الاستثناء اسم توقيفى قال تعالى ولا يستثنون أى لم يقولوا ان شاء الله وللمشاركة فى الاسم أيضا اتجه ذكره فى فصل الاستثناء وانما يثبت حكمه فى صيغ الاخبار وان كان انشاء ايجاب لا فى الامر والنهى لو قال اعتقوا عبدى بعد موتى ان شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه ولو قال بع عبدى هذا ان شاء الله كان للمأمور بيعه قيل لان الايجاب يقع ملزما فيحتاج الى ابطاله بالاستثناء وذكره ليس الا ذلك والامر لا يقع ملزما لقدرته على عزله فلا حاجة الى الاستثناء ليجب اعتبار صحته وعن الحلوانى كما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا برفعه لو قال نويت صوم غد ان شاء الله له أداؤه بتلك النية وهل الشرط فى صحته تصحيح حروفه وان لم يسمعه أو ان يسمعه يجرى فيه الخلاف المتقدم فى القراءة فى الصلاة (قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله الخ) وكذا اذا قال ان لم يشأ الله أو ما شاء الله أو فيما شاء الله أو الا أن يشاء الله أو ان شاء الجن أو الحائط وكل من لم يوقفه على مشيئة لم يقع إذا كان متصلا فلا يفتقر إلى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكى عندنا فيه خلاف قال خلف يقع وقال أسد لا يقع وهو الظاهر من المذهب لان الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت أبا يوسف فى النوم فسألته فقال لا يقع فقلت له قال أرأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع قلت لا قال كذا هذا وكذا إذا لم يدر ما هو إن شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدرى ان السكوت رضا يمضى به العقد عليها وفى خارج المذهب خلاف فى النية قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به واعلم ان ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه ان تطلق واحدة رجعية لان الغيب هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ولا شك فى أنت طالق المذكور فصار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفيا أى مدة مشيئة الله فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لا يخلو عن نظر وانما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الاظهر كونها المصدرية الظرفية ليترجح تعليقه بالمشيئة لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولا اسميا ثم لا يقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بتساوى استعمالها وأخبر لانه أراد الظرف اما إذا لم يكن نية فينبغى ان يقع وعلمت انه لا يحتاج الى نية أما لو قال ان شاء زيد فهو

﴿فصل فى الاستثناء﴾ الاستثناء هو التكلم بالباقى بعد الثنيا وألحقه بفصل التعليق لتأخيهما فى كونهما بيان التغيى ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسئلة إن شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق فى أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع أول الكلام أو باعتبار ان الله تعالى سمى ذلك استثناء قال ولا يستثنون واختلفوا فى ان قوله ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال أو للتعليق فذهب أبو يوسف إلى الاول ومحمد إلى الثانى والى هذا اشار المصنف فى باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال أو تعليق وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هنالك ان شاء الله تعالى (وإذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق)

﴿فصل فى الاستثناء﴾ (قوله ان كل واحد منهما يمنع أول الكلام) أقول منعا لا الى غاية بخلاف الشرط فانه يمنع الى غاية

لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه

تعليك منه معتبر فيه مجلس علمه فان شاء فيه طلقت والا خرج الامر من يده وكذا الأن يشاء زيد او يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو الأن يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم ويعتبر فى ذلك كله اخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لان المشيئة واخواتها أمر باطن وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه كذا فى شرح الجامع وكذا إذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال طالق بمشيئة الله تعالى و إرادته ومحبته ورضاه لا يقع لانه معنى التعليق إذ الباء للالصاق والكاف فى التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان أضاف الاربعة وما بعدها بالباء الى العبد كان تعليكا وان قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو باذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع فى الحال سواء أضافه اليه تعالى أو الى العبد لانه يراد به فى مثله التنجيز عرفا وإن قال بحرف اللام يقع فى الوجوه كلها سواء أضافه الى الله تعالى أو الى العبد لانه تعليل للايقاع كقوله طالق لدخولك الدار وان قال بحرف فى ان أضافه اليه تعالى لا يقع فى الوجوه كلها إلا فى قوله طالق فى علم الله تعالى فانه يقع فى الحال لان فى بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع الا فى العلم لانه يذكر للعلوم وهو واقع ولانه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقا بأمر موجود فيكون تنجيزا ولا يلزم القدرة لان المراد منها هنا التقدير وقد يقدر شيأ وقد لا يقدره حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع فى الحال كذا فى الكافى والاوجه أن يراد العلم على مفهومه وإذا كان فى علمه تعالى انها طالق فهو فرع تحقق طلاقها وكذا نقول القدرة على مفهومها ولا يقع لان معنى أنت طالق فى قدرة الله تعالى أى فى قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه يقال للفاسد الحال فى قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه فى الحال وفيه أيضا وان أضاف الى العبد بنى كان تعليكا فى الاربع الاول وما معناها من الهوى والرؤية تعليقا فى الستة الاواخر ولا يخفى ان ما ذكره فى التنجيز بقوله فى علم الله يأتى فى قوله فى ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشأ الله لم يقع شئ لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثانى باطل لانه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان فى تصحيحه ابطاله ولو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشأ فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة فى اليوم لطلقها فيه فيثبت انه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى عز وجل والمسئلتان مذكورتان فى النوازل وقال فى المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشأ فى اليوم فطالق ثلاثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا ووجهه ما بينا وقال لو لم يقيد باليوم فى اليمينين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثا بلا فصل وقد ظن انه مخالف مسئلة النوازل والجواب ان مسئلة المنتقى تعليق الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبل الموت اذ لو شاء الله تعالى التطليقتين لاوقعهما الزوج وفى مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله اياهما فلا يقعان أبدا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق الخ) غريب بهذا اللفظ ومعناه مروى أخرج أصحاب السنن الاربعة من حديث أيوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائى ولفظ الترمذى فلا حنث عليه وأخرجه أحمد والنسائى وابن ماجه وقال الترمذى حديث حسن غريب وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر موقوفا ولا نعلم أحدا رفعه غير أيوب السختيانى وقال اسمعيل بن ابراهيم كان أيوب أحيانا يرفعه وأحيانا لا يرفعه اه وهذا كله غير قادح فى الرفع لما قدمنا فى نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع

(القوله عليه السلام من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه)

واعلم

(ولانه أتى بصورة الشرط) أى بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقته

ولانه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول)

واعلم أن مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله والاستدلال بالحديث المورد فى اليمين لا يتم فى مجرد أنت طالق ان شاء الله وسنبين ان شاء الله ذلك فى كتاب الايمان وأما ما أخرج ابن عدى فى الكامل عن اسحق بن أبى يحيى الكعبى عن عبد العزيز بن أبى رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى أو لغلامه أنت حر ان شاء الله تعالى أو على المشى الى بيت الله ان شاء الله فلا شئ عليه وهو معلول باسحق هذا نقل تضعيفه عن الدارقطنى وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما وأخرج الدارقطنى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه ضعفه عبد الحق بحميد وتعدد طرق الضعيف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التعدد لا يكفى (قوله ولانه أتى بصورة الشرط) أى بحرفه دون حقيقته لان مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعا أو منتفية قطعا فلا تردد فى حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعنى من حيث الصورة (وأنه اعدام) أى التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط (قوله والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل) يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى حتى يلج الجمل فى سم الخياط وقال

اذا شاب الغراب أتيت أهلى * وعاد القار كاللبن الحليب

وعند أبى يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى وقد نقل الخلاف بين أبى يوسف ومحمد على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء فى موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الابطال وفى شرح المجمع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاجتنبه بخلاف قوله ان شاء الله فأنت طالق وفيما اذا جمع بين عينين فقال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق يعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار يقع وعلى الابطال الى الكل لعدم الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا أو دخلت الدار لا يقع ولو أدخله فى الايقاعين فقال أنت طالق وعبدى حر ان شاء الله ينصرف الى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع أما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال وأما عند أبى يوسف فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين يتعلقان به وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفى فتاوى قاضيخان الفتوى على قول أبى يوسف الا أنه عزى اليه الابطال فتحصل أن الفتوى على انه ابطال (قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول) أى اذا سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بحشاء أو تنفس وان كان له منه بد بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللفصل اللغو تطلق ثلاثا فى قوله أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله عند أبى حنيفة خلافا لهما لان التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله وثلاثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثا وعلى هذا الخلاف عبده حر وحر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التأكيد وقياسه اذا كرر ثلاثا بلا واو أن يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف التفسيرى انما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح وحر لقوله حر تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال أنت طالق وطالق

الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله ليست كذلك لثبوتها قطعا أو انتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعنى من حيث الصورة (والتعليق اعدام) أى اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلا (فيكون اعداما من الاصل) فكان ابطالا للكلام (ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط) لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال (فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء أوذكرا للشرط بعده رجوعا عن الاول

(قوله ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا) أقول فيه تأمل الا ان يكون الكلام مبنيا على أزلية تعلقات صفات الله تعالى على ما هو مذهب قدماء أهل السنة (قوله وما هو كذلك) أقول أى الذى أتى فيه بحرف الشرط قال المصنف (فيكون اعداما من الاصل) أقول قال ابن الهمام يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى اه

وفيه بحث فان أبا يوسف استدل بهذا أيضا على مذهبه كما سيجىء فى كتاب الاقرار

وطالق ان شاء الله طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق أربعا ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس لغوا لانه يثبت به تكميل الاول ولو قال ثلاثا بوائن أو البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثلاث لغو وعن محمد يصح هذا ويتراءى خلاف في الفصل بالذكر القليل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا أكلم فلانا أستغفر الله ان شاء الله هو مستثن ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو أراد أن يحلف رجلا ويخاف أن يستثني في السر يحلفه ويأمره أن يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله أو غيره من الكلام والاوجه أن لا يصح الاستثناء بالفصل بالذكر ولو كان بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله أو أراد أن يقول فسدت انسان فاه ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلا برفعه صح وعن هشام سألت محمدا عمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وهو يريد أن يستثني فأمسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة يعني اذا لم يستثن بعد التخلية ولا يكتفى بذلك الفصل واشتراط الاتصال قول جماهير العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس جوازه الى سنة وعنه أبدا وقال سعيد بن جبير الى أربعة أشهر وعن الحسن البصري تقيد بالمجلس وهو قول الاوزاعي استدلالا بحديث سليمان عليه السلام لأطوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاما فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي الى آخره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا جميعا قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يختلى خلاها الحديث فقال له العباس رضي الله عنه الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في أسرى بدر لا يفلت أحد منهم الا بفداء أو ضربة عنق فقال ابن مسعود الا سهيل بن البيضاء فقال الا سهيل بن البيضاء وما أجيب به عن هذين بأنه كان على جهة النسخ دفع بأنه بالاوهي تؤذن باتصال ما بعدها بما قبلها وليس بلازم لان المقصود الرفع بنفس لفظ القائل ايذانا بأنه وافق الشرع المتجدد وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الاولى مدلول عليه بها كأنه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه أبو داود فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب بأن كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلف انه لا يحلف على يمين فيرى غيرها خيرا منها الا أتى الذي هي خير وكفر عنها فحين رأى ان عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه ومنها اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق فلا حنث عليه والجواب انه محمول على الاتصال بالعرف العملي لان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة من حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم يوجبه أيضا اللوازم المذكورة في الاصل من انه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا اقرار بمال ولا ما لا يحصى من اللوازم الباطلة وبذلك أخاف أبو حنيفة المنصور حين وشي به أعداؤه اليه بأنه يرد رأي جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما معناه إن مخالفته فيما تحصين الخلافة عليك ومنع خروج المخالفين لك من الخروج عليك والاجاز لهم أن يستثنوا اذا خرجوا من عندك ومذهب الشافعي كذهبنا في أنه اذا قال متصلا بقوله طالق أو حر ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك وأحمد في ظاهر الرواية عنه يتنجزان لانه علقهما بشرط محقق لانه لو لم يشأ الله كلا من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به ويوضحه انه اذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره وان أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما وان أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال والحجة لنا ما روينا ومن المعنى والجواب عن متمسكه انه لم يعلقه بمحقق لانه لا يمكن الاطلاع على ما في

فيكون الاستثناء أوذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول قال رضي الله تعالى عنه (وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى) لان بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء (وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثنتين طلقت واحدة)

مشيئة الله تعالى ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى وقوله فقد حكمت الشريعة الى آخره ليس على اطلاقه إذ التعليقات من نحو أنت طالق ان قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالاجماع وما نحن فيه من هذا القبيل (قوله فيكون الاستثناء أوذكر الشرط الخ) إنما نوعه لما ذكرنا انه على قول محمد استثناء وعلى قول أبي يوسف تعليق على أحد وجهي النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان دخلت فلله علي ان أتصدق بمائة مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لان من الامثال ما ليس به حقيقة ولان المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه ايجاب المال قال وبه نأخذ الا ان يريد الايجاب على نفسه (فروع) طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا اشكال في ان القول قوله وكذا اذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للامام محمود البخاري ولو شهدا عليه بأنه طلق أو خالعها بغير الاستثناء أو قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء ففي المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الاسلام الاوزجندي لا يسمع دعوى الاستثناء اذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده أعتقتك أمس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي الفتاوى النسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقني فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك أنت طالق ان دخلت فقالت طلقني منجزا القول قوله وفي الفتاوى الصغرى اذا ذكر الجعل لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الاسلام أبي الحسن ان مشايخنا أجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق ان لا يصدق الزوج الا ببينة لانه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي ان يتطر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يؤخذ بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقا له وان عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغي ان لا يؤخذ بقول المانع لغلبة الفساق في هذا الزمان ولو طلق فشهد اثنان انك قد استثنيت وهو غير ذاكر ان كان بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول وسعه الاخذ بشهادتهما والا لا يأخذ بها (قوله وكذا اذا ماتت) معطوف على قوله واذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق وقوله والموت ينافي الى آخره جواب عن مقدر هو ان الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى لو قال لها أنت طالق أو طالق ثلاثا فماتت قبل الوصف أو العدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق أجاب بأن الموت ينافي الموجب فيبطل به وينافي الاستثناء فلا يبطل به (قوله بخلاف ما لو مات الزوج) قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم ارادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق وقول من قال يحتمل كذبه على الرجل في ذلك أو أن يبدو له فيتركه ليس بشيء لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فجعله هذا اذا كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له غير اللجاج (قوله ولو قال الا ثنتين طلقت واحدة) وعن أبي يوسف لا يصح

خرج بالاستثناء من ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل وإذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق أجاب بقوله (والموت ينافي الموجب دون المبطل) يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت بأن تموت قبل تمام قوله أنت طالق بطل وأما المبطل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لان مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه (بخلاف ما إذا مات الزوج) بعد قوله أنت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما تعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني أطلق امرأتي واستثنى (وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة) وفي ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز الاكثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب

(قوله وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد أوذكر الشرط يعني على قول أبي يوسف) أقول مخالف لما أسلفه آنفا الا ان يكون اشارة الى النقل الآخر عنهما ثم أقول ولا يبعد ان يقال الظاهر ان المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه وذكر الشرط في سائر الشروط

(والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء (هو الصحيح) احترازعن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شئ ليصير متكلما به وصار فالملفظ اليه

عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان أو كثيرا أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده (ولا يصح استثناء الكل من الكل) مثل ان يقول عشرة إلا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شئ (ليصير متكلما به وصار فالملفظ اليه) فبقي كلامه الاول كما كان ويقع الثلاث وقد ظن بعض أصحابنا ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك لما أنه أبطل استثناء الكل في الوصية مع أن الوصية تحتمل الرجوع وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ وأما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله أنت طالق عشرة الا تسعة لما انه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف لكنه

الاستثناء لانه استثنى الاكثر وهو قول طائفة من أهل العربية وبه قال أحمد قالوا لم تتكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لادليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي الخلص هكذا استقر الاستعمال القرآني على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وماذكرتم من التأويل في الآية ممنوع ولو سلم مع مافيه ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادي كلكم جائع الا من أطعمته يا عبادي كلكم عار الا من كسوته ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم عدم صحة استعماله ألا ترى انه لم يسمع له مائة الا ثمانية وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعمالها وهذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقي بعد المستثنى وقولهم اخراج عن الصدر الى آخره تجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانها تستدعي سبق الدخول فان اعتبار الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء لان تناول اللفظ بعلة وضعه لتمام المعنى وهي قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا ويلزم أن لا يصح في نحو قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم حينئذ اما أن يكون كاذبا في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع أو في الاستثناء ان كان هو المنتفي أو غالطا في أحدهما ويستحيلان في حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم ثم هل يكون مرادا بالصدر أعني العام أو الكل ثم أخرج ثم حكم على الباقي أو أريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والاقرينته خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلمه بالباقي أي حكمه عليه وحققنا في الاصول ان معنى القول الاول انه أريد عشرة وحكم على سبعة في قوله على عشرة الا ثلاثة فارادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم والاقوى المذهب الآخر بزيادة تكلف ثم ماذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلاثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضي الباقلاني على ان التحقيق ان قوله هو أحد المذهبين كما حققناه في الاصول بل مراده ماذكره المصنف من قوله اذ لا فرق بين قول القائل علي درهم وعشرة الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز من قول من قال اخراج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الاخبار ماذكرنا ونسب الى الشافعية والله أعلم فانهم مصرحون بأنه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا أو قالوه على تأويله بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفي اثبات يوجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلاثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك في انه بحسب الظاهر لا حقيقة للاسنادين فيها والا كان تناقضا وحينئذ فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الثاني فيجب حمل المرجوح عليه كما هو لكل معارضة ترجح فيها أحد المتعارضين فظهر انه لم يحكم في الصدر الا على سبعة (قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل) قيل لانه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز ودفع بانه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية

قوله وذكر المصنف في زياداته ان استثناء الكل من الكل الى قوله وان كان هو استثناء من الكل) أقول دليله مذكور في الشروح

وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى أعلم بالصواب

لكنه لا يجوز فيه أيضا لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء فعلم انه لغيره وهو ما ذكر في الكتاب من انه حينئذ لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا للتكلم بالباقي بعد النفيا لا لنفي الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على نفي انه لنفي الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيده وما حكي عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر أو مساويه كعبيدي احرار الا مالكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضيخان وزيادات المصنف فلو قال نسائي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن وفي البقالي لو قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبي حنيفة وعندهما يقع ثنتان وعن أبي يوسف واحدة وهو قول زفر فكان أبا حنيفة يرى توقف صحة الاولى الى ان يظهر انه مستغرق أولا وهما يريان اقتصار صحته على الاولى وزفر يرى اقتصاره على الاولى والثانية وقول أبي حنيفة أوجه لان الصدر متوقف على الاخراج ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه اخراج شيء ولو قال واحدة وثنتين الا ثنتين أو ثنتين وواحدة الا ثنتين يقع الثلاث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه في الاولين اخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما ينصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخيرة منها وكما قيدنا بطلان المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر أو مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فان كان صح فانه ذكر في فتاوى الوالوالجي لو قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه إذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلاثا الا ثنتين الا واحدة كان الواقع ثنتين لانك أسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة ثم أسقطت من الساقط من الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار الباقي ثنتين فقد أخرج من الثلاث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم أخرجهما من الثلاث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على ان الثلاث المستثناة من الثلاث لم تبطل بل تتوقف الى أن يظهر استثناء منها فيصح أولا فيبطل والله أعلم وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته ومن فروعها المعروفة له على عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا أربعة الا ثلاثة الا ثنتين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين وأربعا الا ثلاثا يقع الثلاث ذكره القدوري وأصله ان الاستثناء تصرف في اللفظ أولا ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال أنت طالق أربعا الا ثلاثا تقع واحدة أو عشرة الا تسعة طلقت واحدة أو خمسا الا واحدة يقع الثلاث وفي المنتقى طالق ثلاثا وثلاثا الا أربعا فهي ثلاث عند أبي حنيفة وزفر لانه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند أبي يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال ستا الا أربعا وما ذكر شيخ الاسلام انه ينوى فان قال عنيت ثنتين من الثلاث الاول وثنتين من الثلاث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن فانون الاستثناء ولم يذكر النية كذلك الحلواني في هذه المسئلة ولا في

وقوله (وانما يصح اذا كان موصولا به) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكنايته تنجيزا وتعليقا كلا وجزأ شرع فى بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكر إذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه عن بيان حكم من به الاصل وهو الصحة (واذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته وهذا) يسمى طلاق الفار والاصل فيه ان من أبان امرأته فى مرض موته بغير رضاها وهى ممن ترثه ثم مات عنها

﴿ باب طلاق المريض ﴾

(واذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته طلاقا بائنا فمات وهى فى العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعى رحمه الله لا ترث فى الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض

المنتقى ولو قال طالق ثلاثا الا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان فان مات قبله طلقت واحدة فى رواية ابن سماعة عن أبى يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح وفى رواية أخرى ثنتان وما قيل ان هذه الرواية تناسب أصل أبى يوسف يعنى فى منع اخراج الاكثر فمما لا ينبغى لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية وجه الصحيح انه وقع الشك فى الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة

﴿ فرع ﴾ اخراج بعض التطليقة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال طالق ثلاثا الا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول أبى يوسف ثنتان لان التطليقة لا تتجزأ فى الايقاع فكذا فى الاستثناء فكأنه قال الا واحدة والجواب ان فى الايقاع انما لا يتجزأ لمعنى فى الموقع وهو لم يوجد فى الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا

﴿ باب طلاق المريض ﴾

لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزأ شرع فى بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضرورى اذ لا شك ان فهم المراد من لفظ المرض أجلى من فهمه من قولنا معنى يزول بحاوله فى بدن الحى اعتدال الطبائع الاربع بل ذلك يجرى مجرى التعريف بالاخفى (قوله فى مرض موته) احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم مات وهى فى العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان فى الرجعى يرثها وترثه فى العدة وان طلق فى الصحة لقيام النكاح قال ابن المنذر أجمع أهل العلم ان فى طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان فى العدة وأجمعوا انه لو طلقها فى الصحة فى كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرثه الآخر وبالعدة لانها لا ترثه اذا مات بعد انقضائها خلافا لمالك فى قوله ترث وان تزوجت بعشرة أزواج ولابن أبى ليلى فى قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول أحمد ويعرف من تقييد الارث بالعدة انه لو طلق امرأته التى لم يدخل بها فى مرض مات فيه لا ترث لانها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لانه تعلق حقها بماله اذا مرض هو اذ ذاك حتى لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكا وقت الطلاق لا ترث وان أسلمت فى العدة قبل موته أو عتق لا ترث أما لو قال فى مرضه اذا أسلمت فأنت طالق بائنا ترثه لانه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة أشهر فعند أبى يوسف ترث وعندهما لا ترث بناء على ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضى به العدة عنده خلافا على انه حادث فى العدة ممن زنا فلا يثبت نسبه منه ويتيقن بوضعه

﴿ باب طلاق المريض ﴾ (قوله وتعليقا كلا وجزأ) أقول لعل مراده تطليقها نصف تطليقة أو ثلثها أو ما أشبه ذلك (قوله لانه إذا كان برضاها لا ترثه الخ) أقول فيه انه إذا طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج فى مرضه ترث وليس ذلك أقل من الرضا فليتأمل فى الفرق وليس لك ان تقول المراد تطليق نفسها فى صحته لانه صرح فى الغاية انها اذا طلقت نفسها ثلاثا فى مرض موته (قوله وحكم الفرار كما يثبت الى قوله فانه يرثها) أقول كيف يرث ولا عدة فى جانبه ولا قيام للنكاح بوجه من الوجوه فلا امكان وسيجىء ما يقويه بعد أسطر

براجة

وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في حق ارثها عنه

براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فترث وعندهما لا يحمل على الزنا وان قالته بل على انه من زوج آخر بعد عدة الاول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وستأتي المسئلة في ثبوت النسب (قوله وهي السبب) أي الزوجية هي السبب في الارث وقد انقطعت بالبينونة وكذا لا يرثها اذا ماتت في العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين وبمذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة ونقله أبو بكر الرازي عن علي وأبي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد ابن ثابت ولم يعلم عن صحابي خلافه وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن أبي سليمان والحرث العكلي لنا الاجماع والقياس أما الاجماع فلان عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ بن زياد الكلبية وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في العدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان اجماعا وقال ما اتهمته ولكن أردت السنة وهذه الرواية أليق مما روى عن عثمان انه قال حين ورثها فر من كتاب الله وقد ذكر عن عبد الرحمن انه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير في خلافه لو كنت انا لم أورثها أراد به لعدم علمي اذ ذاك بان الحكم الشرعي في حقها ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فيه فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقرير لم يكن اجماعا لانه كان سكوتيا وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء اذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه والحكم في ذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس في مسئلة العول وقول المالكية كان قضاء عثمان بعد العدة معارض بقول الجمهور انه كان فيها وأما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله أو تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لانه سبب الموت ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بعد الاجماع وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده أو لم يقصده ولم يخطر له وأما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث وصورته هكذا قصد ابطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده ولما اختلف خصوص الثابت في الاصل والفرع فانه في الاصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل في طريق الآمدي بمناسب غريب اذ لم يشهد له أصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل أعني القاتل وأما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة الامكان وهو ببقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لا بد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انها اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم ان بقاءه اما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها والمصنف لم يعين لقياسه أصلا في الالحاق بل قال قصد ابطال حقها فيرد عليه قصده دفعا للضرر ومثله لا يفعل الا اذا كان هناك أموال شتى يمكن الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل المورث ويمكن انها اعتبر أصوله كل من ألزم ضررا بطريق غير مباح فانه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية

وهو الطلاق (ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب إرثها منه في مرض موته) وهو ظاهر (والزوج قصد إبطال هذا السبب) بالطلاق وهو أيضا ظاهر (فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أي عمل الطلاق (إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها) فان قيل ان كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده أجاب بقوله (وقد أمكن) يعني انما يصح توريثها منه اذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما وقد أمكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح أربعة سواها فجاز أن يبقى في حق إرثها منه دفعا للضرر عنها

قال المصنف (ولنا ان الزوجية سبب ارثها) أقول أي سبب تعلق حقها بماله والا فظاهره مصادرة قال المصنف (فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أقول أي عمل الطلاق المفهوم من السياق ويجوز ارجاع الضمير الى الابطال مرادا به الطلاق مجازا على سبيل الاستخدام

بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلا وقوله (والزوجية في هذه الحالة) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها إذا ماتت ومعناه أن الزوج إذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا ماتت إما لانه لم يتعلق حقه بمالها وإما لانه

رضي بحرمانها عن الارث حيث أقدم على الطلاق وإما لانه لم يكن النكاح

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به (وان طلقها ثلاثا بأمرها أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه) لانها رضيت بابطال حقها

سبب ارثها في مرض موته غير جيد لانها سبب ارثها عند موته عن مرض أو فجأة والوجه أن يقول الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد الخ (قوله بخلاف ما بعد الانقضاء) أي انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث اذا لم يعهد بقاء شئ من آثار النكاح بعدها على انه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبي بن كعب ان امرأة الفار ترث ما دامت في العدة وبه يحمل قول أبي بكر الصديق ترث مالم تتزوج أي مالم تقدر على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة أي مالم تقدر عليه (قوله والزوجية الخ) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها أي الزوجية في هذه الحالة أي حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فابانت نفسها بأن ارتدت حينئذ يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لانها لا تقتل (قوله فتبطل في حقه) برفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها إذا ماتت بخلاف ما إذا أبانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفي سهو لانه حينئذ ينعكس الغرض إذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارثه منها لبطلت ولكنها ليست بسبب فلا تبطل واذا لم تبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به أحد (قوله فان طلقها ثلاثا بأمرها) ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها بائنا بأمرها ولهذا عطف قوله أو قال لها اختاري فاختارت نفسها عليه فان هذا القدر انما يثبت طلقة بائنة وكذا إذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما في الاولى فللامر منها بالعلة واما في الاخريين فلانهما باشرا العلة اما في التخيير فظاهر لانه تمليك منها واما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شراء الطلاق ومباشرة آخر وصفي العلة كمباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتيه في مرض موته وقد دخل بهما طلقا أنفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لانها لم تباشر علة الفرقة لا الاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضرتها لا طلاق نفسها لخروج الامر من يدها لاشتغالها بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها وان طلقتا احداهما بأن طلقت نفسها وطلقتها ضرتها او وجد ذلك معا طلقت ولا ترث لانه وجد في حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لانه أقوى أو كل يصلح علة وقد تزلا معا فيضاف الى كل كأن ليس معه غيره ولو قال في مرضه طلقا أنفسكما ان شئتما فطلقت احداهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى

(قوله واما لانه رضي بحرمانه الخ) أقول هذا الوجه أعم من الاول إذ يحتمل ان يكون الطلاق في مرض موتها أيضا (قوله فتبطل في حقه قال في النهاية بالنصب الخ) أقول أنت خبير انه على تقدير النصب يكون المعنى فلا تبطل الزوجية وذلك ليس بصحيح والا كان ينبغي ان يرثها وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال ان النكاح لم يكن قائما بوجه من الوجوه ويجوز ان يقال المعنى على تطلق تقدير النصب فيبطل الارث بعد تحقق سببه أي الزوجية في تلك الحالة ليست سببا له حتى يلزم المحذور الذي هو بطلان الارث بعد تحقق سببه فالضمير راجع الى الارث وفيه تكلف

والتأخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها (وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا)

تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها التعلق التفويض بمشيئتهما خلافا لزفر كأنه قال طلقا أنفسكما ان شئتما طلاقا بخلاف ما تقدم فانه لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك فلو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلامان منهما معا بانتا وورثتاه لان كلا باشرت بعض العلة هذا كله بشرط المجلس لانه تمليك ولو قال في مرضه أمرك بيدك كما فهو تمليك منهما فلا تنفرد احداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء الا أنهما اذا اجتمعتا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئتما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما في شيئين فاذا اجتمع رأيهما في شيء صح كما لو وكل رجلين ببيع عبدين فباع أحدهما وهنالك فوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عدما قبل الشرط ولو قال طلقا أنفسكما بألف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بألف معا أو متعاقبا بانتا بالف ويقسم على مهريهما لان الالف مقابل بالبضعين لا يعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوجهما عليه ولم يرثا لان الفرقة لا تقع الا بالتزام المال والتزام كل عدة لانه شراء الطلاق فكان فعل كل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتا احداهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مأمورتان بطلاقهما فقد أتتا ببعض ما أمر تا به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه طلاق ببدل فشرطه اجتماع رأيهما بخلاف المأمورتين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تمليك بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي (قوله والتأخير) أي تأخير عمل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بابطاله ولذا لو حصلت الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لا ترث الا أن يكون أبوه أمره بذلك فقربها مكرهة لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو فارقته في مرضها بخيار العتق أو البلوغ ورثها لانها لم تكن قبلها ولذا لم تكن طلاقا وفي الينابيع جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه وأورد ينبغي أن لا يرثها أصلا لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة أجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه أبقينا النكاح في حق الارث دفعا للضرر عنه أوردا لقصدها ابطال حقه كمستعجل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث امرأة الفار اذا مات بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية أكره على طلاقها الثلاث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث (قوله ولو قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام) هاتان مسئلتان ما اذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل المرض وما اذا أنشأ طلاقها ثلاثا في مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بمال أو أوصى لها بوصية فعند أبي حنيفة لها الاقل من الميراث ومن كل من الوصية

وكذلك إذا اختارت نفسها لانه دليل الرضا بالفرقة وبالخلع قد التزمت المال لتحصل لها الفرقة وهو أدل على الرضا بها وقوله (وان قال لها في مرضه) في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند أبي حنيفة ويجب ما أقر وأوصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول أبي حنيفة

قال زفر (والميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية) واذا زال المانع يعمل المقتضى عمله (وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا (١٠٤) على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فانعدمت التهمة) واستوضح ذلك بقوله ألا ترى وقوله

(وهي سبب التهمة) أي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما في حقيقة الزوجية (والحكم) وهو عدم صحة الاقرار والوصية (يدار على دليل التهمة ولهذا يدار) الحكم المذكور (على النكاح والقرابة) حيث لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثارا له على غيره ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فأقامه الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من أسباب التهمة (ولا عدة في المسئلة الاولى) لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشئ مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان (ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة) جواب عن قولهما ألا ترى انه يقبل شهادته لها وهو واضح

الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما أوصى وما أقر به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جاز له أن يتزوج أختها فانعدمت التهمة ألا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال رضي الله عنه

والمقر به في الفصلين وقال زفر لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين وقالا في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول أبي حنيفة لزفر ان المانع من صحة الوصية والاقرار الارث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبار موجبهما قلنا ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة غير انهما قالا انما هي ثابتة في الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة به باطن فأدير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل على ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع أن ما ينتفي بالتهمة من جواز الشهادة ثابت في الاولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت أجنبية وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وان تزوج بآخر من وقت التصادق ولابي حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة أيضا نظرا الى تقدم النكاح المفيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير ولما لم يظهرا ما تصادقا عليه الا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الاحكام اذ لم تجر العادة بالتواضع للتزوج بأختها أو هي بغيره أو لدفع الزكاة أو للشهادة فلذا صدقا فيها لا في حق الورثة وهذه التهمة انما هي في الزائد فينتفي ثم ما تأخذه انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو توى شئ من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شئ من التركة ولو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان دينا لكان لها ذلك ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها ان ما تأخذه دين ولو أقر بفساد نكاحها أو خلعها أجنبي في مرضه ترث وفي جوامع الفقه وكذا لو قال كنت جامعت أمك أو تزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر والقرابة أي قرابة الولاد فلا تقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي أن يتطرا ان كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة في الاقرار لها والوصية وان كان ذلك في حال المطايبة ومبالغتها في خدمته ينبغي أن لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت لك امرأة غيري أو تزوجت على فقال كل امرأة لي طالق فانه قال قيل الاولى بحكم الحال ان كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وان لم يكن كذلك لا يقع قال السروجي فمقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هنالك أن تحكم هنا اه وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت على ونحوه واذا اقترن بالمشاجرة اما

(ومن كان محصورا أو في صف القتال) فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه أو قتل) واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر أو اذا دخلت الدار أو اذا صلى فلان الظهر أو اذا دخل فلان الدار

أما هنا فلا اذ الايصاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر في ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والا لم يوص لها ظاهرا والحاصل ان الظاهر بذلك الايصاء التواضع على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل أهل الحيل ذلك للاغراض (قوله ومن كان محصورا الخ) الحاصل ان مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كما تكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصا أو في سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق أو انكسرت وبقي على لوح أو افترسه سبع فبقي في فمه بخلاف ما اذا كان محصورا في حصن أو في صف القتال أو محبوسا للقتل أو نازلا في مسبعة أو في مخيف من العدو أو راكب سفينة دون ما قلنا والمرأة في جميع ذلك كالرجل فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرناه من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد فانه يرثها على ما بيناه آنفا والحامل لا تكون فارة الا في حال الطلق وقال مالك اذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة قلنا المناط ما يخاف منه الهلاك ولا يخاف منه الا في الطلق وتوجهه بالمرض قيل ان لا يقدر أن يقوم الا بأن يقام وقيل اذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادى فصحيح والا فمريض وضعف بان المريض جدا لا يعجز أن يتكلف لهذا القدر وقيل أن لا يقدر أن يمشي الا أن يهادى وقيل أن لا يقوم بحوائجه في البيت كما تعتاده الاصحاء وان كان يتكلف والذي يقضيها فيه وهو يشتكي لا يكون فارا لان الانسان قلما يخلو عنه فأما من يذهب ويجيء ويحم فلا وهو الصحيح فأما اذا أمكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح انه صحيح هذا في حق الرجل أما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك والافكالصحيح وبه كان يفتي برهان الائمة والصدر الشهيد وقيل ان كان لا يرجى برؤه بالتداوي فكالمريض والافكالصحيح وقيل ما كان يزداد أبدا لا ان كان يزداد تارة ويقل أخرى ولو قرب للقتل فطلق ثم خلي سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمريض ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالى بكونه بغيره واعلم ان قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار يقتضي الحاق حالة الطلق للحامل والمبارزة بحال الصحة الا أن يبرز لمن علم انه ليس من أقرانه فالاولى أن يعلق ما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الموت غالبا كما ذكره في المريض على ان غالبا متعلق بالخوف وان لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتأمل وأما في حال

يخاف منه الهلاك غالبا أن يكون صاحب فراش وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالاصحاء وكلامه واضح وقوله (ولهذا أخوات تخرج على هذا) منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا أخذها الطلق فهي كالمريضة ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك وقوله (وقوله اذا مات في ذلك الوجه) بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض الا أنه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يرى ان لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) كلامه فهمه واضح سوى ألفاظ نذكرها

فأنت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول فى المرض ورثت الا فى قوله اذا دخلت الدار) وهذا على وجوه اما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الاجنبى أو بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين إما ان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض او كلاهما فى المرض أما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق أو بفعل الاجنبى بان قال اذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط فى المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق فى حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا فى المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه وأما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو كانا فى المرض والفعل مما لها منه بد أو لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق أو بمباشرة الشرط فى المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها وأما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط فى المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث

(قوله فأنت طالق) يعنى طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله (وكانت هذه الاشياء) يعنى وجدت تامة لا تحتاج الى خبر وقوله (يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا) يظهر بمسئلتين إحداهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع أن طلاق المجنون غير واقع فدل على أنه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث وقوله (والفعل مما له منه بد أو لا بد له منه يصير فارا) قيل عليه ينبغى أن لا يصير فارا فى التعليق بالفعل الذى لا بد له منه اذا كان التعليق فى الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا فى مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا ترث وأجيب بان الاضطرار فى جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه لكن اضطر الى أكل مال الغير أو الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة المحل تكفى لايجاب الضمان

فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرض فقاله الشافعية ولم أره لمشايخنا (قوله فأنت طالق) أى طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعى والله الموفق (قوله اما أن يعلق الطلاق الخ) ضبطه اما أن يعلقه بفعل أحد أولا الثانى التعليق بنحو مجيء الغد والاول اما بفعل نفسه أو غيره وهو اما المرأة أو أجنبى والكل على وجهين اما ان يكون التعليق ووقوع الشرط فى المرض أو الشرط فقط ففى التعليق بفعل الاجنبى ومجيء الوقت ان كانا فى المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق فى حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان ايقاعا فى المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعنى يسلم قول زفر انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ولو حلف بعد التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع فى الاول وحنث فى الثانى ولانه لم يكن فارا بالتعليق فى الصحة وبعده لم يوجد منه صنع فى وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبى ومجيء الوقت فلا يكون ظالما واما فى التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال وان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان فى المرض أو بمباشرة الشرط ان كان التعليق فى الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار فى جانب الفاعل لا ينفى الضمان كمن اضطر الى أكل مال الغير أو أتلفه نائما أو مخطئا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره الى ابطاله يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار ولا فرار مع عدم القصد وقوله (وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد) ربما يعطى ان المنظور اليه فى اثبات حكم الفرار إذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار إلا ان يكون التعليق فى المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه فى حالتى كون التعليق فى المرض أو الصحة وعلى الثانى لا يستقيم النظر الى التعليق فى اثبات الفرار لانه ليس فى حال تعلق حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار جاء منه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بورود أسباب الموت ولانه لاضطراره الى الشرط يفعله فكان حال التعليق راضيا بالشرط بل انما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط فى المرض والفعل مما لها منه بد ككلام

وقوله (لانها راضية بذلك) يعني صار كأنه طلقها بسؤالها لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط فان قيل لانسلم ذلك فان أحد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع أن الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضا أجيب بأن حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة بشبهة العدوان فانه روى عن عمر وعثمن وعلى وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضا لشبهة الرضا ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضا المرأة فيكفي ذلك لنفي حكم الفرار وقوله (أو في العقبي) راجع الى صلاة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها أول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم وكان الفهم في النظر الى الاول أسبق وقوله (فكذلك الجواب عند محمد) أي لاترث المرأة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان ينعدم رضاها اذ فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر وقد بينا ان هناك لاترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا مناقضة من جانب زفر لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالمنجز فكان أبقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار وقوله (لان الزوج الجأها الى المباشرة) أي الى جعل فعلها الذي لابد لها منه علة لاسقاط حقها

لانها راضية بذلك وان كان الفعل مما لابد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الابوين ترث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار وأما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال أنه لا ميراث لها وان كان مما لابد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج ألجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كأنها آلته كما في الاكراه قال (واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه ترث لانه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة أبطلت أهلية الارث اذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الاهلية

زيد لم ترث وقوله (لانها راضية بذلك) أي بالطلاق اذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط أورد عليه ما لو قال أحد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط اذ لم يكن مضطرا الى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الاعتاق فانها موضوعة فيما اذا كان أحد الشريكين قال ان لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لانه مضطر الى فعل الشرط وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا وأجاب في الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بماله شبهة الرضا ولا كذلك الضمان وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى لنفي حكم الفرار (وان كان الفعل مما لابد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الابوين) ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة (قوله كما في الاكراه) بأن أكره انسانا على اتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن وينتقل الفعل اليه فكذا هنا وكفعل القاضي فانه ينتقل الى الشاهدين حتى يضمنان اذا رجعا لانه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق وفي مبسوط خفر الاسلام الصحيح ما قاله محمد (قوله فلا يصير الزوج فارا) يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص انما يتحقق شرعا بالابانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق الا في مرض موته وقد ظهر خلافه أو نقول هو بطلاقه فار لكن الفرار انما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة (قوله لو طلقها) أي بائنا ثلاثا أو غيره في مرضه وهذا لانه فرع على هذا الطلاق نفسه مسئلة المطاوعة وقال انها ترث ولا يتفرع ارثها عليه الا اذا كان بائنا لانها اذا طاوعته بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعته حال قيام النكاح (قوله لم ترث) بخلاف النفقة فانها بالردة تسقط ثم بالاسلام تعود لانها معتدته

(قوله وقوله او في العقبى راجع الى صلاة الظهر) أقول وأيضا راجع الى كلام الابوين (ولو طلقها فارتدت) أي لو طلقها ثلاثا أو بائنا فانه ان لم يظهر أثر الثلاث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسئلة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البينونة واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة

وقوله (لان المحرمية لا تنافي الارث) يعني بل تنافي النكاح كما في الام والاخت وقوله (وهو) يعني الارث هو (الباقي) وقوله (فتكون راضية ببطلان السبب) أي سبب الارث وهو النكاح (قوله وقال محمد لا ترث) قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانين وكان آخر المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين أجيب بأن اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم أبدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما أن الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها وكان ملحقا بفعل لا بد لها منه (وقد بينا الوجه فيه) أي في الفعل الذي لا بد لها منه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة وقوله (وان آلى وهو صحيح) ظاهر (قوله وقد ذكرنا وجهه) يريد قوله ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الخ فان قيل لا نسلم ان الايلاء تطير تعليق الطلاق بمجيء الوقت ان كان التعليق في الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلاء بالفيء فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه أنشأ الايلاء في المرض وهنا لم ترث فكذلك ههنا وكان تطيرا من وكل وكيلا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشأه فكذلك ههنا أجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله (في جميع الوجوه) يعني سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بد أو لم يكن والباقي واضح والله أعلم

لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعا) وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه (وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء أيضا في المرض ورثت) لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال (والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه) لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال (وكل ماذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة) وقد بيناه والله تعالى أعلم بالصواب

(قوله لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي) بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لان المحرمية لا تنافي الارث بل تثبت معه كما في الام والبنت فانما تنافي النكاح خاصة فيبقى الارث لعدم المزيل فرجع ضمير وهو الباقي الارث (قوله في حال قيام النكاح) أي حالة المرض (قوله فتكون راضية ببطلان السبب) وهو النكاح وذلك رضا ببطلان المسبب (قوله لتقدمها عليها) أي لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها بالطلاق السابق عليها (قوله وقد بينا الوجه فيه) وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة أي مباشرة الشرط ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل والاوجه كونه قوله بعد ذلك لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه الخ لان الاول ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض وما ذكرناه ذكره في صورة ما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه فان القذف كان في الصحة واللعان في المرض وقوله (اذ هي ملجأة الى الخصومة) ظاهر في ان الملحق بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها أي مطالبتها بموجب القذف لانه به يندفع العار ولو جعل لعانها صح أيضا اذ هي ملجأة اليه من قبله اذ لعانه يلجئها الى لعانها لا يقال هو أيضا ملجأ الى لعانه من قبلها لان الالجاء في الكل يعود اليه لانه ألجأها الى الخصومة وأثرها لعانه فكان لعانه منسوبا الى اختياره فهي وان باشرت آخر جزأي مدار الفرقة وهو ما تمسك به محمد يعني لان لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها اليه وقيل في وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله ولا يخفى انه سبب بعيد ثم قيل على الاول ان سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان وأجيب بأنه المفضي للقاضي الى الحكم والحكم لا يستند الا الى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة (قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت) كأنه قال في صحته اذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق بائن فمضت في مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو علق في صحته بأمر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارا وأورد عليه ان الايلاء في الصحة ليس مثل التعليق بمجيء الوقت بل تطير ما لو وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه متمكن من عزله فاذا لم يعزله كان فارا كذا هنا هو متمكن من ابطال الايلاء في المرض بالفيء فاذا لم يفعل ينبغي أن يكون فارا أجيب بالفرق بأنه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفيء باللسان لا يجوز اذا كان الايلاء في حال الصحة بل اذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل (قوله في جميع الوجوه) أي سواء كان الطلاق بسؤالها أولا أو كان التعليق بفعلها أو بفعله والفعل مما لها منه بد أو لم يكن لا يستثنى من عمومه الا قيام العدة فانه مشروط فيهما جميعا ❁ فروع ❁ قال صحيح

(قوله الا بضرر يلزمه) أقول وهو وجوب الكفارة عليه

لموطوءته احدا كما طالق ثلاثا ثم بين فى مرضه فى احداهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده كما لو أنشأ فجعل انشاءه فى حق الارث لتهمة ولو ماتت احداهما قبله ثم مات تعينت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمى فانتفت التهمة عنه كما لو علق فى صحته بمجىء رأس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث بخلاف ما قبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق فى صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط فى المرض فان كان له امرأة أخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا يراجعها الا امرأة واحدة لان احداهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما فى الاستحقاق ولو ماتت التى بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو أنشأ فى مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى كذا هنا ولو كانت له امرأة أخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التى بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم تزد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فلا تستحق الا النصف حتى لو كان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة الارباع للمرأة الاخرى لاننا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها فى الربع فكان للعينة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهى منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فيتنصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احداهما لاقل من سنتين فهو ليس ببيان ويبقى الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وذا لا يصلح بيانا فلا يكون بيانا بالشك اذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد أمر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التى لم تلد بلا عن بينه وبين التى ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التى ولدت بحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التى ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف أجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم أعن عند الايقاع أحدا ولكن أريد بالمبهم التى ولدت لا يحد لانه قذف منكوحته لان الطلاق يقع وقت التعيين ولا بلا عن أيضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بكون الوطء منه ضرورة والوطء بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التى ولدت للنكاح فان نفى الولد لا عن ولا ينقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احداهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطأها لا يصلح بيانا ووطء صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين أما علوق الاخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الاقل تنقضى بوضع الحمل ان كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الاكثر بعدها أكثر من ستة أشهر لتيقننا ان علوق صاحبة الاكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الاقل وقبل الولادة هى حامل وعدة الحامل تنقضى بوضع الحمل وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الاقل بالحيض لاحتمال ان وطء صاحبة الاكثر كان بعد ولادة صاحبة الاقل واذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا وان أقر الزوج بوطء صاحبة الاقل أولا طلقت صاحبة الاكثر باقراره ولا يصدق فى صرف الطلاق عن صاحبة الاقل فطلقتا كمن قال لزينب طالق ولها امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيتها طلقتا وان ولدت كل واحدة لاكثر من سنتين من وقت

﴿باب الرجعة﴾

(واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل

الايقاع و بين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الاولى تكون بيانا للطلاق في الاخرى فاذا ولدت الاخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها الى غيرها وصار كما اذا وطئ احداهما ثم الاخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا وثبت نسب الولدين أما ولد الاولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها قبل علوق الاولى وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لانا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة وهذا لانه يحتمل انه وطئها قبل ولادة الولد الاول ولم يصل الماء الى رحمها لانسداده فاذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء اليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث لان تلك الحال حال نزول الثلاث والشئ في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطا فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لانا جعلناه معلقا حال قيام النكاح والله أعلم من الكافي

﴿باب الرجعة﴾

وجه المناسبة في إعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر والرجعة تتعدى ولا تتعدى يقال رجع الى أهله ورجعته الى أهله أي رددته وقال الله تعالى فان رجعك الله الى طائفة منهم ويقال في مصدره أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء وربما قالوا الى الله رجعانك (قوله رجعية) الرجعي تطليق المدخول بها ما دون الثلاث بلا مال أو ما دون الثنتين ان كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف والمشبه أو ببعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات وأما تقييده بالالفاظ الثلاثة فلما قدمناه من كنايات رجعية غيرها فما فقد شيأ من هذه فليس برجعي كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لانها لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة والموصوف والمشبه مستدرك كان على ما في النهاية وغيرها (قوله لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف) بعد قوله اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فاذا بلغن أجلهن) والمراد ببلوغ الاجل قرب انقضاء العدة أي فقرب انقضاء عدتهن للاجماع على ان لا رجعة بعد الانقضاء ففي الآية دليل على قيام النكاح لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لان الامر مطلق في التقديرين وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لانه تعالى جعله أحق مطلقا أي هو الذي له حق الرجعة وان أبت هي وأبوها وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا لغيره لانه له ولغيره وهو أحق منه وفي اشتراط العدة اذ لا يكون بعدها بعلا وهو مما يدل على قيام النكاح أيضا وقد منا في باب ايقاع الطلاق ان اطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لان الرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وان لم يكن زال بعد يقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتأيد ارادة حقيقة البعل بجعل الرجعة امساكا في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو نقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد الى الحالة الاولى وهي كونها بحيث لا تحرم بعد مضي العدة فلا اشكال حينئذ أصلا

(قوله

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا أخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أفصح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم والثانية أن لا يكون بمقابلته مال والثالثة أن لا يستوفي الثلاثة من الطلاق والرابعة أن تكون المرأة مدخولا بها والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع

(قوله ولها شرائط الى آخر قوله والخامسة أن تكون العدة قائمة) أقول وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف الاشرط المدخولية

ولابد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك ألاترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة فى العدة لانه لاملك بعد انقضائها (والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتى) وهذا صريح فى الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال (أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) وهذا عندنا

(قوله ولابد من قيام العدة لان الرجعة) امساك على الوجه الذى كان أولا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولاملك بعد العدة ليستدام وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الاطلاق بالنسبة الى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة الى قيام العدة وعدمها أجاب بان اشتراط قيامها ضرورى لما قلنا (قوله وهذا صريح) ألفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك فى حال خطابها وراجعت امرأتى فى حال غيبتها وحضورها أيضا ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك وفى المحيط مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان فهذه يصير مراجعا بها بلا نية وفى بعض المواضع يشترط فى رددتك ذكر الصلة فيقول الى أو الى نكاحى أو الى عصمتى ولا يشترط فى الارتجاع والمراجعة وهو حسن اذ مطلقه يستعمل لضد القبول والكنايات أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على ارادته باعتبار الميراث واختلفوا فى الامساك والنكاح والتزوج فلو تزوجها فى العدة لا يكون رجعة عند أبى حنيفة وعند محمد هو رجعة وعن أبى يوسف روايتان قال أبو جعفر وبقول محمد نأخذ وفى البنابيع عليه الفتوى وكذا فى القنية وجه قول أبى حنيفة ان تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما فى ضمنه قلنا نحن لا نعتبره باعتبار ما فى ضمنه بل باعتبار لفظ التزوج مجازا فى معنى الامساك وفى الذخيرة لو قال راجعتك بمهر ألف درهم ان قبلت صح والا فلا لانها زيادة فى المهر فيشترط قبولها وفى المرغينانى والحاوى قال راجعتك على ألف قال أبو بكر لا تجب الالف ولا تصير زيادة فى المهر كما فى الاقالة (قوله ولا خلاف فيه بين الائمة) كأنه لم يعتبر أحد قولى مالك خلافا فانه ذكر فى الجواهر فى حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما فى نكاح الهازل (قوله أو يقبلها أو يلمسها بشهوة) يحتمل كون الشهوة قيدا فى اللمس لا فيهما لانه أفرد النظر الى الفرج بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك فى القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفى المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد التقبيل فى الكتاب وأما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول أبى حنيفة وفى البدائع وهو قول محمد المرجوع اليه وفى بعض المواضع بكره التقبيل واللمس بغير شهوة فدل انهما لا يكونان رجعة وفى الخلاصة أجمعوا على انه لو مكنها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم فى الاستدلال ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح أى يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها فى القبلة لان القبلة مطلقا يختص حكمها به بخلاف اللمس والنظر فانهما لا يختصان به الا اذا كانا عن شهوة لما يذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منها رجعة هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها أو منه فى كونه رجعة اذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا فان كان اختلاسا منها بان كان نائما مثلا لا بتمكينه أو فعلته وهو مكره او معتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة ان على قول أبى حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لابى يوسف انتهى وعن محمد كقول أبى يوسف وذكر ان أبا يوسف مع أبى حنيفة وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة لا فرق فى ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها أو منه وكذا اذا أدخلت فرجه فى فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك فى مدة الخيار ينفسخ البيع وأبو يوسف فرق بأن اسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما اذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط وعن

(و) ألفاظ (الرجعة أن يقول راجعتك) ان كان فى حضرتها (أو راجعت امرأتى) فى الغيبة بشرط الاعلام أو فى الحضرة أيضا أو يقول رددتك أو أمسكتك أو يقول أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد فى جواز الرجعة بالقول وأما بالفعل مثل أن (يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) فهى صحيحة (عندنا

(قوله بشرط الاعلام) أقول فيه ان الاعلام مستحب ليس بشرط كما سيجىء

وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح) لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه فكان الوطء حراما كما في ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بيناه وهو اشارة الى قوله ألا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وقوله (وسنقرره) اشارة الى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها الخ وقوله (والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة) جزء الدليل وقوله (كما في اسقاط الخيار) دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها سقط الخيار كما اذا اسقط بالقول بل هنا أولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل (١٦٢) وهو البيع أما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال والدفع أسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى أن يعينه فقال (والدلالة) أي الدليل (فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح) فتقع دلالة وقوله (خصوصا في الحرة) لبيان ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح وأما في الامة فيحل به وبملك اليمين أيضا (بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب) والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة (والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها) وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة) اذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين اشهدا علي بأني قد راجعت امرأتي (وان لم يشهد صحت الرجعة اي

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة)

أبي يوسف أيضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها هذا اذا صدقها الزوج في الشهوة فاذا أنكر لا تثبت الرجعة وكذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة الا عند زفر وأبي يوسف في رواية وتكره المسافرة بها ككراهة خروجها من المنزل وعن أبي حنيفة لا تكره ويأتي الكلام في ذلك (قوله مع القدرة) احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان (قوله لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ) الحاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل قلنا بالاول وقال بالثاني وعلى هذا ينبني حل الوطء وحرمته فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعنده انشاء النكاح من وجه واستبقاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطا وعلى هذا ينبني ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول له لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة (قوله على ما بيناه) يعني قوله ألا ترى انه يسمى امساكا (قوله وسنقرره) أي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا انها أي الزوجية قائمة الى آخره وهناك نتكلم عليه (قوله كما في اسقاط الخيار) يحصل بالفعل المختص بالملك كمن باع أمته على أنه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى لان البيع معه يزيل الملك إلى ثلاثة أيام والطلاق يزيله إلى ثلاث حيض فكان أضعف في زوال الملك من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر اجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك وإسحق ان أراد به الرجعة فهو رجعة (قوله خصوصا في الحرة) فانه لا سبب لحلها فيها مطلقا الا النكاح بخلاف الامة فانه يحل فيها بأمرين (قوله وغيرهما) كالخاتنة والشاهد على الزنا (قوله فلو كان)

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه الخ) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التقرير (قوله والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة) أقول ظاهره استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف لكن لك أن تقرره على هذه الصورة الرجعة استدامة الملك وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلا عليه (قوله فلا يحتاج الى رفع الطلاق الخ) أقول بل هو باق حكما ولهذا يملكها بعده بالطلقتين اذا لم تتزوج بآخر (قوله بل يحتاج الى دفع ما) أقول وهو انقضاء العدة على تلك الحال (قوله لولاه) أقول أي لولا دفعه (قوله لزال) أقول يعني النكاح (قوله وهذه الافاعيل تختص به الخ) أقول استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف

وقال الشافعي في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك) وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح و يجعله شرطا على الرجعة (لهما قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الاشهاد) وهو قوله تعالى فأمسكوهن بمعرف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها وقوله (ولانه) أى الرجعة بمعنى الرجوع أو على تأويل المذكور (استدامة للنكاح) كما تقدم والاستدامة انما هي حالة البقاء (والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء) بالاتفاق فكانت (كالني في الايلاء) في ان (١٦٣) الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء (الا أنها) أى الشهادة (مستحبة لزيادة الاحتياط كي لا يجرى التناكر فيها) أى في الرجعة (وما تلاه) يعنى من قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم (محمول عليه) أى على الاستحباب دفعا للتناكر فكان الامر للارشاد الى ما هو الاوفق به كما في قوله تعالى وأشهدوا إذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث قال أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا (وهو) أى الاشهاد (فيها) أى في المفارقة (مستحب) فكذا في الرجعة واعترض بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأجيب بأن ذلك فيما اذا حكم على احدى الجملتين المقارنتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعقبهما جملة أخرى تعلقت بهما واحدا هما تقتضى تعلقها بهما من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين (ويستحب أن يعلمها) بالرجعة لانه لو لم يعلمها ربما تقع المرأة في المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها و يطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها الذي أوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم أجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال

وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الني في الايلاء الا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجرى التناكر فيها وما تلاه محمول عليه ألا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب و يستحب أن يعلمها

أى النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها الان مقصوده الطلاق وهذا التعميم يفيد ان النظر الى دبرها لا يكون رجعة و به صرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطء في الدبر أشار القدورى الى أنه ليس برجعة والفتوى على انه رجعة إذ هو مس بشهوة و زيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها وأنكرت له الرجعة ولو قال لم أدخل بها لا رجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط و إضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب انه يراجع بالقول وفي الينابيع الرجعة سنية و بدعية فالسنية بالقول (قوله وهو قول مالك) المذكور في كتبهم انها تصح بلا اشهاد وانه مندوب إليه وكذا في شرح الطحاوى كقولنا فكان ماذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب إلى الشافعي قوله غير معمول به عند أصحابه فانه قال في البسيط وفي الجديد للشافعي الاشهاد مستحب وفي الروضة لهم ليس بشرط على الاظهر (قوله ولنا اطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الاشهاد) كقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقوله فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى و بعولتهن أحق بردهن وقوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها وهذه النصوص ساكتة عن قيد الاشهاد فاشتراطه اثبات بلا دليل وما تلى فليس بدليل عليه إذ الامر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ثم أمر بالاشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالاشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله وأشهدوا ذوى عدل منكم واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازى كالندب فاذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم ان يراد به ذلك أيضا بالنسبة إلى الآخر والا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازى وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضا بالنسبة إلى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه إلا بانتهاض الاصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الاصول ومع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد ان

(قوله فكانت عاصية و زوجها أو قعها فيه مسيئا الخ) أقول من قبيل حذف الموصول

وقعت فى المعصية لان التقصير جاء من جهتها (واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها فى العدة فان صدقته فهى رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه أخبر عما لا يملك انشاءه فى الحال) وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضى أن لا تصح الرجعة وان صدقته أيضا (الا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبى حنيفة وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وقدمر فى كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له (١٦٤) قد انقضت عدتى) فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج أو بعد مكث فان كان الثانى

كى لا تقع فى المعصية (واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها فى العدة فصدقته فهى رجعة وان كذبته فالقول قولها) لانه أخبر عما لا يملك انشاءه فى الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبى حنيفة رحمه الله وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وقدمر فى كتاب النكاح (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة رحمه الله) وقالا تصح الرجعة لانها صادقت العدة اذهى باقية ظاهرا الى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى يقع الطلاق ولابى حنيفة رحمه الله انها صادقت حالة الانقضاء لانها أمينة فى الاخبار عن الانقضاء فاذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل اصلا (قوله كى لا تقع فى المعصية) قيل عليه لا معصية بدون علمها بالرجعة ودفع بأنها اذا تزوجت بغير سؤال تقع فى المعصية لتقصيرها فى الامر واستشكل من حيث إن هذا ايجاب للسؤال عليها واثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها وليس السؤال الا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان اعلامه إياها إذ هو أيضا لمثل ذلك فاذا كان مستحبا لانه تصرف فى خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحبا لانها فى النكاح كذلك ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهى امرأة الاول دخل بها (٣) الاول أو لا (قوله واذا انقضت العدة الخ) هنا مسئلتان الاولى اذا لم يظهر رجعتها فى العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الانشاء أما الاولى فاما ان تكون المرأة أمة أو حرة وكل منهما اما ان تصدقه أو تكذبه ففى الحرة ان صدقته تثبت الرجعة لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى وان كذبته لا تثبت لانه أخبر والخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه ومجرد دعوى ملك فى وقت لا يملك انشاءه فيه لا يجوز قبولها مع انكار المدعى عليه الا ببينة بخلاف ما إذا كان ذلك فى وقت يمكنه فيه انشاؤه كان يقول فى العدة كنت راجعتك أمس تثبت وان كذبته لانه ليس متهما فيه لتمكنه من ان ينشئه فى الحال أو يجعل ذلك انشاء ان كانت الصيغة تحتمله فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق للملك الانشاء وبعد ما بلغه العزل لو أخبر ببيعه سابقا وكذبه المالك لا يقبل قوله إلا ببينة لانه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تحلف المرأة إذا كذبته بل تذهب الى حالها بلا يمين عند أبى حنيفة وهى احدى الاشياء الستة التى لا يمين فيها عنده وفى الامة اذا كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند أبى حنيفة خلافا لهما وان صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى واختلف فى قول أبى حنيفة والصحيح انه كقولهما وستأتى أوجه الاقوال فى الكتاب فانه فصل بين قوله للمرة وبين قوله للامة بالمسئلة الثانية وهى اذا قال قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول وأما المسئلة الثانية فان قالت مجيبة انقضت عدتى مفصولا تثبت الرجعة اتفاقا لانها متهمة فى ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ولو قيل وجب احالته على أقرب حال

قال المصنف (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول قال الزيلعى وابن الهمام تستحلف المرأة هنا بالاجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها اه فيه بحث لان الرجعة صحت عندهما فعلام تستحلف المرأة وجوابه ان المراد انهما لو قالا كما قال أبو حنيفة رحمه الله من عدم صحة الرجعة ونظير ذلك فى المزارعة فراجعها (قوله والاخبار يقتضى سبق المخبر عنه الخ) أقول الظاهر سبق المخبر به والا فالمخبر عنه هو العدة وليس سبقه من المقصود فى شئ ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتى فى تأويل حصل الانقضاء أو يقال المراد سبق المخبر عنه متصفا بالمخبر به

(٣) صوابه الثانى اذ لا رجعه مع عدم دخوله قاله العلامة البحراوى كتبه مصححه

التكلم

(واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها) وهي في العدة فاما أن يصدقه المولى والامة أو يكذباه أو يصدقه المولى وتكذبه الامة أو بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثاني لم تصح بالاتفاق الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة (فالقول قولها عند أبي حنيفة وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك) له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له وكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج أمته من فلان (وهو) أي أبو حنيفة (يقول حكم الرجعة يبتني على بقاء العدة) وانقضائها وكل ما يبتني على ذلك يبتني على قول من يكون القول قوله في ذلك لكونه أمينا (والقول في العدة قولها) فحكم الرجعة يبتني على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج اظهوره وذلك لانه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها فاني يكون له اقرارا بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك وكان الفرق بينا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله (ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى) لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهي منكرة (وكذا عنده في الصحيح لانها مقتضية العدة في الحال) بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها أي عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة

(واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى) لان بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة

التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف اليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن وان قالت موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى ان هذا مقيد بما اذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة الا اذا ادعت انها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لانه أنشأها حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا مالم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتي لحقها طلقة أخرى وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لانها أمينة في الاخبار شرعا فوجب قبول اخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق في قوله طالق مع انقضاء عدتك وعلى هذا لو اتفق ان خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة ومسئلة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده قيل والاصح انه يقع لانه مؤاخذ به لاقراره بالوقوع في حق نفسه ولا يخفى ان هذا انشاء وليس باخبار ليكون اقرارا فاذا ظهر انه أنشأ في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع نعم لو عرف ان مقتضى الفقه كون ايقاعه وجد في حال الانقضاء فلج وقال لا أعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لانه مقر على نفسه والاوجه فيما اذا ادعى صحيته ان طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر في الاخبار والانشاء يحتمله لتقدم الطلاق الاول وراجعتك بالعكس فان لم يسلم هذا فالتعويل على المنع وتستحلف المرأة هنا بالاجماع على ان عدتها كانت منقضية حال اخبارها والفرق لابي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده انه لم يراجعها في العدة ان الزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بذلها لا يجوز ثم اذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة (قوله واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول لها عنده وقالا للمولى لانه أقر بما هو خالص حقه) وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين اقراره عليها بالنكاح واقراره بأن الزوج راجعها في العدة لانه ينفرد بانكاحها حال غيبتها وعدم اذنها فيقبل اقراره عليها بخلاف اقراره بتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول ان حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الاخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا فكذا فيما ينبني عليها وفيه نظر اذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه لها فيما ينبني عليها الا اذا وقع لازما لوجود قولها في العدة قولا أي بأن تدعي فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازما لذلك لان كون القول قولها فيها ما ثبت الا لاجل ان القول لها في المستلزم لا لمعنى تقتضيه فيها وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فانها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها وانما ادعى في حال كونه لا ملك له عليها انه راجعها قبل الانقضاء وهي منكرة ان يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها (قوله ولو كان على القلب) بأن كذبه المولى وصدقته

(وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها) لانها أمينة في ذلك اذهي العالمة به (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل) لان الحيض لامزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الاوقات

فالقول للمولى بالاتفاق وقوله في الصحيح احتراز عما في البنابيع انه على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يقضي بشئ حتى يتفق المولى والامة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة الا اذا اتفقا اذ يستحيل أن لا يقضي بالرجعة ولا بعدمها وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لابي حنيفة انها منقضية العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا كذبته وصدقه المولى لانه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله عليها (قوله وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها أمينة في ذلك اذ هي العالمة به) دون غيرها أي بالانقضاء ولذا يقبل قولها اني حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد ولو قالت ولدت يعني قد انقضت عدتي بالولادة لا يقبل قولها الا ببينة أو قالت أسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فللزوج أن يطلب يمينها على انها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق في هذا بين الحرة والامة (قوله أو يمضي عليها وقت صلاة) أي بأن يخرج وقتها الذي طهرت فيه فتصير دينا في ذمتها فان كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير وان كان في أوله لم يثبت هذا حتى يخرج لان الصلاة لا تصير دينا الا بذلك وعلى هذا لو طهرت في وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر (قوله بخلاف ما اذا كانت كتابية) فانه لا يتوقع في حقها امارة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لان الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها فبمجرد الانقطاع وان كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها (قوله وتنقطع اذا تيممت وصلت) أي فرضا أو نفلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى (قوله حتى يثبت به من الاحكام) برفع يثبت لان حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد بالاحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى ولا يشكل عليه انه لا يحل لها التزوج بآخر بالاتفاق لان التيمم وان قام مقام الغسل هو أضعف منه والاحتياط في التزوج عدم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيها رجل في شبهة (قوله ولهما انه ملوث غير مطهر) أي حقيقة لا شرعا كذا في الدراية ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للاوهام مستعينا في ذلك بالملك العلام مصليا على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول هذا البحث له ثلاثة موارد في الفقه أولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز الفرائض المتعددة

قوله (وان قالت قد انقضت عدتي) ظاهر والضمير فيه راجع الى الانقضاء قال (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) كلامه واضح وقوله (بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة) يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلاة دينا في ذمتها وهو من أحكام الطاهرات وقوله (واذا تيممت وصلت) أطلق الصلاة لتناول المكتوبة وغيرها وقوله (حتى يثبت به من الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحة الصلاة وسجدة التلاوة

بتيمم واحد عندنا خلافا له وهو مبني على أن التيمم طهارة مطلقة أولا فقال انها ضرورية تثبت ضرورة أداء المكتوبة به فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فاتفق أئمتنا في جوابه على أنها مطلقة تعمل عمل الماء ما بقي شرطه وصرح في النهاية في تقريره بان التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كالماء الا أنه بالماء مقدر الى وجود الحدث وهنا الى شيئين الحدث والماء ثانيها باب الامامة في مسئلة اقتداء المتوضئ بالمتيمم فافترقوا فيها فقال محمد هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضئ به وقالا مطلقة فيجوز وثالثها هنا فافترقوا أيضا الا أنهم عكسوا كلمتهم فتراءى لمحمد وجهان من المناقضة أحدهما قوله في الامامة ضرورية بعد ما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من أنها مطلقة والثاني ان بعد ما قال في الامامة انها ضرورية قال هنا مطلقة ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما هناك مطلقة وهنا ضرورية ملوثة وكثير من الشارحين يأخذ في تقرير قولهما انه لا يزيل الحدث بيقين ولهذا عند رؤية الماء انما يصير محدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا والجواب انه لا شك ان في التيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وفيه أيضا انه ملوث في نفسه مغبر لا يطهر أي لا ينظف فمعنى الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية أحد الامرين من وجود الحدث أو الماء ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تفويتها وتكثير للخيرات عند عدم الماء اكراما لهذا النبي الكريم صلى الله عليه وسلم وأمته ولذا كان من الخصائص وهذا لا يفيد الاخلال بمعنى الاطلاق اذ حاصله انه بيان سبب شرعيته والمشروع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وانما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء وأما كونه ملوثا ومغبرا فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع الا للضرورة المتحققة من الحاجة الى الاداء مع عدم الماء تكريما لنبينا محمد صلى الله عليه وسلم فذكر التلويث وعدم تطهيره في نفسه ذكر سبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة اذا علمت هذا فقولهم مع الشافعي انها مطلقة أي تزيل الحدث ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به لينتفي به قصر الصحة به على فرض واحد لا ينافي قولهم انها ضرورية على ما سمعت فمن قال انها مطلقة في موضع وقال في آخر انها ضرورية لم يكن مناقضا أصلا وقول من ذكر في تقريره انه لا يرفع بيقين حاصله انه فرق بينه وبين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف في أن الحدث أمر حقيقي أو مجرد مانعية فعلى الاول لا يرفعه الا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد غير أن الراجح هو الظن والثاني لما قدمنا في باب التيمم من الحديث والمعنى وهو انه لم يقدر أحد على اثبات ان الحدث وصف حقيقي قائم بالاعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية وعلى هذا فلا اشكال في ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه اذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعي فله أن يقطع ذلك الاعتبار الى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء والدليل المجيب الى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها نفسها حدثا ثم النظر في وجه تعيين كل منهم احدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذي عينه فيه فاما وجه تخصيص محمد فهو انه رأى وجوب الاحتياط في الموضعين فالاحتياط في اقتداء المتوضئ بالمتيمم أن لا يصح ولا يعلل هذا الا بجهة الضرورة فاعتبرها فيقول لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء ولا تثبت الا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة الى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوي على الضعيف وفي الرجعة الاحتياط في انقطاعها ولا يعلل الا بجهة الاطلاق فاعتبرها هنا وهما لما عكسا الحكم في الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما بد والباقي بعد هذا انما هو النظر في الترجيح في الخلافين في الحكم وعندي ان قولهما في الاقتداء أحسن من قول محمد

وقوله (والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) يعنى ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم أما قراءة القرآن فلانها ركن الصلاة وأما المسجد فلانه مكان للصلاة وأما سجدة التلاوة فهى من توابع القراءة فانه يجوز أن تقرأ فى صلاتها آية السجدة ولقائل أن يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تتحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب أن لا تنقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة والجواب ان الضرورى متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضى المدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته وأما الجواب عن

والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة (واذا اغتسلت ونسيت شيأ من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو انقطعت) قال رضى الله تعالى عنه وهذا استحسان والقياس فى العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل

وقول محمد فى الرجعة أحسن من قولهما لان الضعف الكائن فى طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر فى شئ من الاحكام عندنا فعلمنا انه شئ له فى نفسه فيجوز اقتداء المتوضئ به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط فى ذلك واجب هذا ولقائل أن يقول ان اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشرة يرده الدليل وهو قوله تعالى ثلاثة قروء فخلوه عن اشتراطه فاشتراطه لانقضاء العدة يرده النص فان أجيب بان تعين الانقضاء منتف لفرض انه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بان هذا الاعتبار الزائد لا يجدى قطع هذا الاحتمال لا فى الواقع ولا شرعا لانها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد ان قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولو راجعها بعد هذا الغسل الذى قلنا انه به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته وكذا الكلام فى التيمم فليس جواب المسئلة فى الحقيقة الا مقيدا هكذا اذا انقطع لاقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها وتجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة اذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته وان عاودها ولم يتجاوزها لاحكام المذكورة بالعكس والله أعلم (قوله والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) لذخول دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه وكذا اللمس لانه قد يحتاج الى مس المصحف للقراءة فى الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة اتقان وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب فى الصلاة (قوله وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة) قال فى المبسوط وهو الصحيح فان فسادها قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ولو تيممت وقرأت أو مست المصحف أو دخلت المسجد قال الكرخى تنقطع به الرجعة لان صحة هذه حكم من أحكام الطاهرات وقال الرازى لا تنقطع به (قوله وان كان أقل من عضو انقطعت) وذلك كنحو الاصبع كذا فى المحيط والينابيع وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل (قوله والقياس فى العضو الى قوله والقياس فيما دون العضو) الحاصل أن الحكم

جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة فى باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى (واذا اغتسلت ونسيت شيأ من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو كاصبع ونحوه انقطعت) قال المصنف وهذا استحسان اعلم أن محمدا لم يذكر فى كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه وروى انه عند أبى يوسف فى العضو فما فوقه فان القياس أن تنقطع الرجعة لانها غسلت أكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكأنها أصاب الماء جميع البدن وفى الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه فالقياس أن تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان أن تنقطع لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمصنف أشار الى ذلك بقوله والقياس فى العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس أبى يوسف وبقوله والقياس فيما دون العضو أن لا تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ وهو اشارة الى قول محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه بأن منعت قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا إشارة إلى استحسان محمد وقال (بخلاف العضو الكامل

(قوله والجواب ان الضرورى الخ) أقول فيه بحث فانه لو صح ما ذكره لم يستقم قوله فى المسئلة الآتية ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فان انقطاع الرجعة هناك لانقضاء العدة ليس الا ويلزمه حل التزوج فليتأمل

لانه لايتسارع اليه الجفاف) فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة) وهذا اشارة الى استحسان أبي يوسف فانظر حذق المصنف في هذا الادراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا (وعن أبي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل) والواو بمعنى أو لان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة (و) في رواية أخرى (عنه) وهو رواية الكرخي عن محمد (هو) أي كل واحد منهما (بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا) فان المضمضة والاستنشاق سنتان عند مالك والشافعي وكان الاحتياط في انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الاعضاء) فانه لاخلاف لاحد في فرضيته قال (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه ثم طلقها وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة) فله ذلك ولا معتبر بقوله لم أجامعها لانه ظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه (لقوله عليه السلام الولد للفراش) الحديث (وذلك) أي جعل الحمل منه (دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا) لانه لا يتصور بدونه

لانه لايتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمة الله تعالى عليه هو بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا

الثابت في العضو ومادونه استحسان فالقياس في العضوان تنقطع لان للاكثر حكم الكل وفي بعض العضو أن لا تنقطع لانها لم تخرج الى حكم الطاهرات ولا يخفى تأتي كل من القياسين في كل من العضو ومادونه فيقتضي أن يتعارض في كل منهما قياسان قياس أن للاكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها ومبنى وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثاني إذ حاصله اعتبار ظهور عدم اصابة الماء لشيء وعدمه فاذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة واذا ظهر ثبوت الاصابة انقطعت غير ان ظهور الترك يتحقق في العضو لا في الاقل على ان كون ان للاكثر حكم الكل قياسا ممنوع بل انما يحكم به في مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها لا انه مطرد شرعا مهد ثم وجه التفصيل المذكور ان مادون العضو يتسارع الجفاف اليه بعد اصابة الماء غير بعيد وبتقديره تنقطع الرجعة فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا ولم يجز لها ان تتزوج بآخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا في أمر الفروج حتى انها لو تيقنت عدم اصابة الماء بأن علمت قصدها الى اخلاء ذلك الموضع عن الاصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فان احتمال جفافه بعد الاصابة بعيد فيه جدا لان الغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الاعضاء في غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع (قوله وعن أبي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو) الواو بمعنى أو اذ ترك كل بانفراده كترك عضو وعنه وقول محمد كترك مادون العضو (قوله لان في فرضيتهما) أي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا ولو بقي أحد المنخرين لم تنقطع الرجعة (قوله ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه) قبل الطلاق ثم طلقها (وقال لم أجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور أن يكون منه بان تأتي به لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش) واذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئا وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لاقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع اياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة مادامت في العدة وهذا لعدم تعلق حق أحد بسبب اقراره ذلك بخلاف مالو أقر بعين في يد غيره لانسان ثم اشتراها ثم استحقت فأخذت منه قبل أن يقضي بها للمقر له ثم وصلت الى يده بسبب من الاسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وان كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له وبخلاف مالو قال في عبد انسان انه حر الاصل أو أعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وبحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه فالحاصل أن تكذيب الشرع اقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب في اللازم فينتفيان واذا انتفى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما وعاد حقه في الرجعة بخلاف اقراره بما يثبت به حق الغير فان تكذيب الشرع يقصره على حق نفسه

قال المصنف (بمنزلة مادون العضو) أقول يجوز أن يحمل على تقدير المضاف أي بمنزلة ترك مادون قال

المصنف (لان في فرضيته اختلافا) أقول اى فرضية غسله في الغسل ان أرجع ضمير هو الى الفم والانف وان أرجع الى المضمضة والاستنشاق فلا حاجة بنا الى تقدير المضاف بل في قوله بمنزلة مادون العضو أي غسل مادون العضو وان ارجع الى الترك أي ترك المضمضة والاستنشاق فالمقدر هو الترك

(و إذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه) انه لم يجامعها (بتكذيب الشارع) وفيه بحث من وجهين أحدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم أجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه أقر بقوله لم أجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو أقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت إليه أمر بالتسليم إلى المقر له وان صار مكذبا شرعا وأجيب عن الاول بأن الدلالة من الشارع والصريح من العبد دون دلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق (١٧٠) ههنا باقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه

واذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة قال (فان خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة) لان تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول

الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغرماء به وقوله (ألا ترى) توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء (فلأن يثبت به الرجعة) التي ليست فيها جهة العقوبة (أولى) وقوله (وتأويل مسئلة الولادة) ظاهر (فان خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا) على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو وعلى رواية الجامع الصغير وأرخى سترا بالواو والاول أصح (ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه) فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول أجاب بقوله

فيبقى لازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب في اقراره بالحرية وثبت الحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق فان قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وان كان لزوما شرعيا لان تخلفه يبطل اعتبار الشرع اياه لازما وقد فرض اعتباره لازما فالجواب ان الامتناع في اللزوم العقلي أما الشرعي فقد يحكم الشرع باللزوم على تقدير فتقتصر الملازمة عليه وهنا كذلك فانه حين أقر بالعين لفلان ثبت ان فلانا أحق بها من غيره فاذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق في اقراره بانه لفلان ثبت انه ليس لفلان بالنسبة الى المستحق فقط وانه له بالنسبة الى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه (قوله ألا ترى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان) أي الوطء الذي يثبت بتكذيب الشرع اياه والاحصان له مدخل في ايجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى (قوله وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق) أي في مدة تصلح بان تلد لستة أشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا (قوله وأغلق بابا) المناسب أو أغلق بابا كما فعل في ارخى لا بالواو لان كلا منهما تفصيل للخلوة لاستقلاله باثباتها لا مباينا لها (قوله لان تأكد الملك بالوطء) اذ بعدمه تبين بالطلاق لا الى عدة وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار مبطلا حق نفسه من الرجعة (قوله ولم يصر مكذبا شرعا الخ) جواب عما قد يقال انه هنا أيضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا انزالا له واطئا شرعا فمنع كونه بناء على ذلك شرعا أو على ما يستلزمه بل هو بناء على تمام تسليم المبدل وهو بضعها بالتخلية التي هي وسعها ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس هو فعلها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبهما والعدة يحتاط في اثباتها لان انقضاءها يستلزم حلها للازواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في ابطالها فتصير العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها فلم تقم الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك وقول امام الحرمين ان العدة تستدعى سببا في الشغل مردود بالآيسة والصغيرة ولو قال جامعتها كان له الرجعة وان كذبته المرأة في الوطء (قوله بخلاف الفصل الاول) يتصل بقوله لم يصر مكذبا شرعا وعنى به ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم أجامعها حيث جعله واطئا حكما لان الرجعة تبنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لانه

(ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض) ومعناه انما يصير لانسب مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطء وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وبقدر المسلم اليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب (بخلاف الفصل الاول) لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب

(قوله والصريح يفوق الدلالة) أقول الدلالة اذا عملت عملها لا يعارضها الصريح فضلا عن أن يكون فوقها وما نحن فيه كذلك

(فان راجعها بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) يعني وان كان لا يملكها (ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) أي الرجعة السابقة (لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة) ولاحتمال المدة (فان الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده) لان فيما بعده يكون الوطء حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني الا الى عدة لان الفرض عدم الوطء قبله لانه أنكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة قال (فان قال لها اذا ولدت فأنت طالق) ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا فاما أن يكون بين الولدين ستة أشهر أو لا فان كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني وما ثم دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا يثبت به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (وان كان أكثر من سنتين) ان للوصل أي لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في أقل من سنتين وبين أن تكون أكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى

(فان راجعها) معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها (ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام (فان قال لها اذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أنت بولد آخر فهي رجعة) معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين اذ لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليه بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث) لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق

لانسب بلا ماء فتثبت (قوله معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) أي ثم طلقها ثم راجعها لانه لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق صحت أي ظهر صحتها (قوله لان على اعتبار الثاني) وهو انزاله واطئا بعد الطلاق وحينئذ فالصلف في العبارة أن يقول لان على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه في عدم الوطء اذ المؤدى على عبارته هكذا على اعتبار انزاله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم وتحصيل المقصود من هذه يتكلف بعد توهم خطئها (قوله والمسلم لا يفعل الحرام) فان قيل والظاهر منه أيضا أنه لا يكذب فالجواب لا بد من أحد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكذبة (قوله وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين) ان فيه للوصل فأفاد ان قوله بعد ستة أشهر معناه أي فصاعدا أقل من سنتين أو أكثر وان كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان الثاني يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لان امتداد الطهر لا غاية له الا الاياس وبه يصير مراجعا بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وفي أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول دون الثاني فان هذا الاحتمال سقط هنا لانهما اذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة بخلاف ما اذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فانهما حينئذ من بطن واحد اذ لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة لانها بالوطء الكائن بعد الطلاق (قوله وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة) وهو ان يكون بين كل ولدين ستة أشهر فان كان أقل فهما توأمان فيقع طلقتان بالاولين لا غير اذ بالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن تقع تطليقة واحدة بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شئ ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع تنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شئ واذا كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة (وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق) على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الخ

(قوله وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين) أقول أي لا يملك الرجعة

وقوله (والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) التشوف خاص فى الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشئ جلوته ودينار مشوف أى مجلو وهو أن تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها وقوله (اذ النكاح قائم بينهما) يدل عليه ان التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لى طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما بينهما لجاز أن يسافر بها كالتى فى نكاحه وليس كذلك على ماذكره أجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فانه نزل فى الطلاق الرجعى بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أى لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها

(والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه) معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا له أن يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخى عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها

الطلاق لوجود شرطه ودخلت فى العدة وبالولد الثانى صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطء حادث فى العدة فيصير به مراجعا وقوله وبالثانى صار مراجعا معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثانى طلقة ثانية لان اليمين بكلما المقتضية للتكرار ودخلت فى العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ماذكرنا وتقع الثالثة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطء فى النفاس وهو محرم لان النفاس لا يلزم له كمية خاصة فجاز أن يكون غير معتد وجاز أن لا ترى شيأ أصلا على ماتقدم فى الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء (قوله تتشوف) التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشئ جلوته ودينار مشوف أى مجلو وهو أن تجلو وجهها وتصقله (قوله اذ النكاح قائم بينهما) وكذا جميع أحكامه من التوارث ولو قال كل امرأة لى طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فانها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن نزلت فى الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أى يبدو له أن يراجعها والحرمتها بهذا النص لم تجعل رجعة لان الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام قيل ولا دلالة لها الان الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها أو ردعليه ان التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وان نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلنا وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها الى مادونه لان الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج وكما يكره السفر بها تكره الخلوة اذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدى الى تطويل العدة عليها وذلك حرام وقال السرخسى انما تكره الخلوة اذا لم يأمن غشيانها اذ يصير مراجعا لها بغير اشهاد وهو مكروه ومقتضى هذا انه اذا أمن لا يكره وان كراهة الخلوة حينئذ تنزيهية ولم يلتفت شمس الائمة الى التعليل باحتمال النظر الذى يصير به مراجعا كأنه لبعده جدا حيث كان انما هو النظر الى داخل الفرج وقيل أن يقع مع الخلوة حتى ان الانسان يكون مع زوجته التى هى فى عصمته سنين لا يقع له هذا النظر الا ان تعمده فصدا حالة الجماع لكن الوجه الذى ذكره المصنف وهو قوله لان تراخى عمل المبطل يعنى الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته أى لحاجة الزوج الى المراجعة

فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة أجيب بان الاخراج منهى عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله (ولان تراخى عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخى عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج الى المراجعة ولا حاجة له اليها فلا تراخى اما ان التراخى كذلك فقد علم مما تقدم وأما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر لان كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهى فى العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه وأجيب بانه انما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا أريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل آخرا الى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة أيضا يثبت بالتبيين كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين أن المبطل عمل فاذا عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب فى قوله اذا حضت فأنت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقدير احين لم يرد الرجعة فكما أنه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك النكاح

وقوله (على ماقدمنا) يعنى فى أوائل الباب حيث قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة (والطلاق الرجعى لايحرم الوطء وقال الشافعى رحمه الله يحرمه لان حل الوطء بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها) بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت أجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا فى الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى أى ثبوته نظرا له يوجب استبداده به أى بالرجعة بتأويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبدادا للزوج بالرجعة (واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء) اذ الدليل الدال على الاستبداد

معناه الاستحباب على ماقدمناه (والطلاق الرجعى لايحرم الوطء) وقال الشافعى رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها الا ان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع أخر عمله الى مدة اجماعا أو نظرا له على ماتقدم والله أعلم بالصواب

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾ (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها فى العدة وبعد انقضائها) لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله

فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة أى العدة ظهر انه لاحاجة الى الرجعة فتبين ان المبطل عمل الابانة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت بأجنبية كما يقتضى قصر كراهة المسافرة على تقدير ما اذا لم يراجعها بعد ذلك فى العدة كذلك يقتضى حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضى أنه لو راجعها ظهرت حاجته وان المبطل لم يعمل أصلا فيتبين ان الخلوة والمسافرة لم يكونا بأجنبية والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب واحتيج الى عدة مستأنفة والاوجه تحريم السفر مطلقا لاطلاق النص فى منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ماتقدم ولزوم ظهور ان الخلوة بأجنبية غير ضائر اذ حالة تحققها كانت زوجة يباح معها شرعا ما يباح من الزوجة (قوله وذلك) يعنى استبداده به (يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه) أى دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه أى ينافى الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى رضا المرأة واذنها والشهود والولى عند من يوجبه احتياطا ومما يدل على بقاء الزوجية فى الرجعى من كل وجه ماقدمنا فى أول الباب من النصوص فارجع اليه (قوله والقاطع الخ) جواب عن قول الشافعى الزوجية زائلة لوجود القاطع قلنا نعم وجد ولكن أخر عمله اجماعا لان الاجماع على أن الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد أن عمله وهو القطع مؤخر أو نقول تأخر عمله نظرا للزوج على ماتقدم من ان حق الرجعة ثبت نظرا له والله سبحانه أعلم

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾ لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعى ذكر ما يتدارك به غيره (قوله لان حل المحلية) تركيب غير صحيح والصحيح أن يقال لان حل المحل باق أو لان المحلية باقية وهذا لان المحلية هى كون الشئ محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى لحل كونها محلا (قوله لان زواله) مرجع الضمير

وهو ماذكرنا من القياس ينافى أن تكون الرجعة انشاء لان الزوج لايستبد به والاستدامة لاتتحقق الا فى القائم وكانت الزوجية قائمة وقوله (والقاطع) جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لاينافى قيام الزوجية لانه أخر عمله الى مدة اجماعا أو نظرا له على ماتقدم يعنى قوله يثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذى فيه الخيار تأخر عمل البيع فى اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعى ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات فى فصل على حدة (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها فى العدة وبعد

انقضائها لان حل المحلية) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات (باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة) لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له على ماذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله وردبأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدمه الاصلى اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها فى العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل فى مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل فى مقابلته باطل

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾ قال المصنف (فينعدم قبله) أقول وتذكير الضمير الراجع الى الطلقة لتأويله بالطلاق

أجاب بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه أي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور وأقول كما ذكرت اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق وأما انه ملزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمراد بقوله تعالى فان طلقها الطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل (والثنتان في الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها) والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

الحل وضمير فينعدم للزوال (قوله ومنع الغير) جواب عن مقدر والمتبادر من العبارة ان يقال ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استشكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا · وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا يشتبه النسب (ولا اشتباه في اطلاقه) أي اطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لان الماء ماؤه فلذلك جاز الاجماع على اطلاقه وأطلق وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص أعني الاجماع لان الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم اطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من اطلاقه وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه لم يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع وبسطه أن العدة بعلة الحاجة الى دفع الاشتباه فوجود الحاجة الى الدفع مقتض لثبوت العدة المانعة من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها الا أنه وجد المقتضى للعدم لان العلة لا تؤثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم أعني وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن اما بعلة أخرى اما أن يكون اظهار الخطر المحل اذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليعز على الراغب بخلاف مالو أطلق مطلقا كما أظهر خطره مرة أخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوه أو لم يطلع عليها أو هي فيهما تعبد محض ولم يمكن اخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفي غيرهما معلل بما قلنا فليست العدة مطلقا تعبدية (قوله وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ) لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها أو غير مدخول بها الصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآها ان ينقله فضلا عن ان يعتبره لان في نقله اشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال ومما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد كفار مخالفه (قوله والمراد) أي المراد بقوله تعالى فان طلقها (الطلقة الثالثة) لانه ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها أي الثالثة هذا قول الجمهور وذهبت طائفة الى ان الثالثة هي قوله أو تسريح باحسان فان أبا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة فقال في قوله أو تسريح باحسان كذا في المبسوط وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه عقبها بقوله فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار فان الثاني ذكر شرطا لاعطاء حكم الثالثة والاول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله أن يقال شرعها

(قوله أجاب بقوله ومنع الغير في العدة الى قوله انما الاشتباه انما يكون الخ) أقول هذا أيضا من قبيل التعليل في مقابلة النص والاولى أن يقال خص منه المطلق بالاجماع قال المصنف (وان كان الطلاق ثلاثا) أقول لم يقل ثلاثة لتأويل الطلاق بالطلقات ثلاثا

لحل المحلية) لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزأ فكملت على ما عرف وانما يجب أن يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول (والزوجية المطلقة) أي الكاملة (انما تثبت بنكاح صحيح) وانما يشترط الدخول بها إما باشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو ان يحمل النكاح في قوله تعالى حتى تنكح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيدا والتأسيس أولى من التأكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمة وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير القرظي ثم طلقها فأتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي وانى نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وانما معه مثل الهدبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وقد روى بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في كتب الاصول وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ إطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثمة

لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج أو يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر روى بروايات

ثلاثا ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك بقوله الطلاق مرتان وبعدهما اما امساك بمعروف أو تسريح بثالثة باحسان فان طلقها الثالثة اختيار الاحد الامرين الجائزين له فحكمه ان لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فتحصل ان كليهما مراد به الثالثة (قوله لحل المحلية) فيه ما سبق (قوله ثم الغاية) أي غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي أمة ثم ملكها أو ثلاثا لحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطؤها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها (قوله والزوجية) مطلقا وكذا الزوج مطلقا انما يثبت بنكاح صحيح لان المطلق ينصرف الى الكامل أولانه المتبادر عند اطلاقه خصوصا اذا كان مضافا الى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضي لان المراد في الاول التحصن والاعفاف وهو لا يحصل الا بالصحيح وفي الثاني صدق الاخبار وهو يحصل بالتزوج فاسدا ولذا حنث في يمينه لم يتزوج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوج (قوله وشرط الدخول ثبت باشارة النص الخ) ولا يخفى ان على تقدير حمله على الوطء انما يثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق (قوله حملا للكلام على الافادة دون الاعادة) يعني ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العقد لان اسم الزوج يتضمن اعادته لدلالته عليه التزاما بخلاف ما اذا حملناه على الوطء وان كان حينئذ مجازا بالنسبة الى المرأة اذ هو حال نسبته اليها يراد به التمكين من حقيقته لا حقيقته فان المجاز في الكلام أكثر من الاعادة هذا الوجه على العموم ووجه آخر على رأينا وهو ان في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فان حقيقته الوطء والزوج في الاجنبي مجاز باعتبار الاول وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح في التمكين والزوج حينئذ حقيقة (قوله أو يزاد على النص بالحديث المشهور) هذا انما يتصور اذا أريد بلفظ تنكح في النص العقد لا على ارادة الوطء فيه (قوله يروى بروايات) روى الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الاول قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الاول وروى الجماعة الا أبا داود عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فأبت طلاقي فتزوجت بعده بعبد الرحمن

قال المصنف (والزوجية المطلقة) أقول جعل الاطلاق قيدا للزوج دون النكاح ليتمشى على كلا وجهي شرط الدخول فليتأمل قال المصنف (وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة) أقول قال الزيلعي هكذا ذكر الاصحاب وفيه نظر فان النكاح المنسوب الى المرأة يراد به العقد لتصورها منها دون الوطء لاستحالته منها ويمكن أن يقال يجوز نسبته اليها مجازا كما يقال زانية مجازا بالتمكين منه وهذا أقرب من حمله على العقد لان في حمله على العقد مجازين أحدهما ان النكاح حقيقة للوطء ومجاز للعقد وفيه حمله عليه والثاني ان فيه تسمية الاجنبي زوجا باعتبار ما سيؤل اليه وفيه حمل اللفظ على الاعادة أيضا وفي حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء اليها فكان أولى انتهى وفيه بحث لان التمكين من الوطء لا يوجب الوطء ولا يلازمه الا أن يقال المراد التمكين المقارن للفعل وفيه ما فيه ولا يبعد ان يقال قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره من قبيل عيشة راضية على الاسناد المجازي

ولاخلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضى لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبى المراهق فى التحليل كالبالغ) لوجود الدخول فى نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه

ابن الزبير بفتح الزاى لا غير وانما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أتريدين أن ترجعى الى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك وفى لفظ فى الصحيحين انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفى لفظ البخارى كذبت والله يا رسول الله انى لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد أن ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان كذلك لم تحلى له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا وأنت تزعمين ما تزعمين فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب وهو فى الموطا هكذا أنبأنا مالك عن المسور بن مخرمة بن رفاعة القرظى عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموال طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة ووقع فى معجم الطبرانى عكس ما فى الصحيح عن عائشة رضى الله عنها كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن ابن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بنى قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال والله يا تميمة لا ترجعى الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره قال لم يروه عن أبى اسحق الا سلمة أبو الفضل (قوله ولا خلاف لاحد فيه) أى من أهل السنة أو المراد الخلاف العالى سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسى وداود الظاهرى والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه (قوله لا ينفذ) لمخالفته الحديث المشهور قال الصدر الشهيد ومن أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى وهذا لان شرعية ذلك لاغاظة الزوج حتى لا يسرح فى كثرة الطلاق وعومل بما يبغض حين عمل أبغض ما يباح (قوله والشرط الايلاج) بقيد كونه عن قوة نفسه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة المحل فلو أولج الشيخ الكبير الذى لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها الا ان انتعش وعمل والصغير الذى لا يجامع مثله أولى لانه لا يجد لذة أصلا بخلاف من فى آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان فانها تحل به وخرج المجبوب الذى لم يبق له شئ يولج فى محل الحل أى فى محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل وفى المبسوط فى رواية أبى حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبى أو دونه ودخل الخصى الذى مثله يجامع فيحلها وفى التجريد لو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند أبى يوسف خلافا لمحمد وفى الخلاصة لو كان مسلولا وجامعها حلت عند أبى يوسف خلافا لزفر والحسن ويشترط كونه فى المحل بيقين حتى لو جامعها وهى مفضاة لا تحل لما لم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها فطلقها زوجها ثلاثا فوطئها هذا الزوج فأفضاها لا يحلها وان كان يوطأ مثلها حلت وان أفضاها (قوله دون الانزال) خلافا للحسن البصرى لا تحل عنده حتى ينزل الثانى حملا للعسيلة عليه ومنع بأنها تصدق معه ومع الايلاج وانما هو كمال وفى مسند أحمد انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هى الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع تثبت فيه الا ان فى سنده ابن عبد الملك المكى مجهول (قوله وهو الشرط بالنص) فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره حلت بدخول الصغير الذى لا يجامع مثله لكنها لا تحل به لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ أيضا وسواء كان حرا أو عبدا

(ولاخلاف لاحد فيه) أى فى اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل هو قول بشر المريسى وقوله (غير معتبر) لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا (إذا قضى القاضى به) أى بقول سعيد بن المسيب (لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة فيه) أى فى الدخول والكمال قيد لا يثبت إلا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهى تصغير العسلة وهى كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهى تحصل بالايلاج وكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال (ومالك يخالفنا فيه) أى فى اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو إنما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبى المراهق كالبالغ فى افادة التحليل (والحجة عليه ما بيناه) ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه

وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلته ويشتهى وانما وجب الغسل عليها الالتقاء الختانين وهو سبب لنزول الماء والحاجة الى الايجاب في حقها أما الاغسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) لان الغاية نكاح الزوج (واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله (فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول) لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح

تزوج باذن المولى لا بغير اذنه عاقلا أو مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما أو ذميا في الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج (قوله وفسره) أي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهى الجماع وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين ولا تنس ما أسلفناه في باب الاولياء والاكفاء من اشتراط كون الزوج كفأ على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول أبي يوسف وهو المختار للفتوى في زماننا وعلى هذا لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله (قوله ووطء المولى لا يحلها) لزوجها لما قدمناه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجا (قوله بشرط التحليل) أي بأن يقول تزوجتك على أن أحللك أو تقول هي ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له أما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجورا لقصده الاصلاح والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة بن عامر وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في علله الكبرى عن الليث بن سعد ما أراه سمع من مشرح ابن عاهان ولا روى عنه ودفع بأن قوله في الاسناد قال لي أبو مصعب مشرح يرد ذلك ورواه الدارقطني معنعنا عن أبي صالح كاتب الليث عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط وأبوه عثمان بن صالح المصري ثقة أخرج له البخاري ومشرح وثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين أنه وثقه والعلة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره قال الزيلعي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وظاهره انه اعتراض ثم جوابه أما الاعتراض فمنشؤه عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك انهم لا يطلقون اسم الحرام الا على منع ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب وأما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك وقد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطى كلامه من تسمية المنع الثابت بظني حراما (قوله وهذا) أي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان

وقوله (فسره) أي المراهق (في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الخ) وهو ظاهر قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) اذا طلق امرأته ثنتين وهي أمة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج (ولو تزوجها بشرط التحليل) بان قال تزوجتك على ان أحللك أو قالت المرأة ذلك (فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له) فان محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو أضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لافساده (فان طلقها) يعني الذي شرط التحليل (بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح

لانه فى معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما فى قتل المورث (واذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثانى مادون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله

عمومه وهو المحلل مطلقا غير مرادا جماعا والاشمل المتزوج تزويج رغبة (قوله لانه فى معنى الموقت) والموقت فى معنى المتعة أو هو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا يحلها وتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا للحل ولانه ملعون وعقد النكاح نعمة ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ويؤيده ما فى مستدرك الحاكم جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول قال لا النكاح رغبة كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه قلنا كونه فى معنى الموقت ممنوع اذ تعيين نهايته الوطء لا يستلزم تعيين وقته لان الوطء قد يكون فى ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يحكمون بحلها للاول لصدقه مع ثبوت الحرمة (قوله لانه استعجل) حاصله ان المفسد وهو التوقيت منتف لانه ليس بتوقيت والغرض وهو حله له يتخلف لانه استعجله بطريق محظور كقاتل المورث الا ان هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا ثم اعترض عدمه مغيا بنكاح زوج غيره فعند وجود الغاية ينتهى المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للاول البتة ومن الحيل إذا خافت ان لا يطلقها المحلل ان تقول زوجتك نفسى على ان أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر بيدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم إلى انه يصح الشرط أيضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه ونقل عن أبى حنيفة رحمه الله فى روضة الزندويستى ذلك وهذا مما لم يعرف فى ظاهر الرواية ولا ينبغى أن يعول عليه ولا يحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك انه شرط فى النكاح لا يقتضيه العقد والعقود فى مثله على قسمين منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الاصل ولا شك ان النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وان لا يجبر على الطلاق نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة وما أورده السروجى من ان الثابت عادة كالثابت نصا فى غير محل كلامهم لانه لا يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون بما هو معروف بين الناس متداول انما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهورا به وهنا قول آخر وهو انه مأجور وان شرط لقصد الاصلاح وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الاجر على ذلك هذا ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لأمكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان تعلق اللعن به إذا كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الامر شرط أولا لان المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير فى فعل الفاعل أو المفعول فلو أراد تعليق اللعن به مرة إذا شرط لقال المحل من أحلها بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وان لم يكن فيه تكثير (قوله ويهدم الزوج الثانى الطلقة والطلقتين) يعنى إذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده فى صورة المسئلة بالحرة لوضعها فى هدم الطلقة والطلقتين ولا يتحقق فى الامة

لانه فى معنى الموقت) كأنه قال التحليل صحة النكاح كما تقدم (وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا) ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما أخره الشرع) لان النكاح عقد العمر فيقتضى الحل على الاول بعد موت الثانى فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل (فيجازى بمنع مقصوده كما فى قتل المورث) وذكر فى روضة الزندويستى ان أبا حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا لم يطلقها الثانى بعد وطئه اياها يجبره القاضى على ذلك وتحل للزوج الاول اذا طلقها الثانى برأيه أو بأمر القاضى اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد فى غيره من الكتب (واذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثانى التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث) يعنى انه يجعل ذلك الباقى من الملك الاول كان لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جمعا أو فرادى (عند أبى حنيفة وأبى يوسف) وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر

(قوله لان النكاح عقد العمر فيقتضى الحل للاول بعد موت الثانى) أقول وفيه شئ

الاهدم

وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلاث) لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

(وقال محمد) وزفر والشافعي (لا يهدم) ويبقى الزوج مالكا بما بقي من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران ابن حصين وأبي هريرة فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد بأن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها لان المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا انتهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث (ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له) ووجه الاستدلال ان أهل الحديث أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني وكان المراد بالمحلل الزوج الثاني

الاهدم طلقة واحدة لا لانه لا هدم في الامة أصلا (قوله وقال محمد لا يهدم) والمسئلة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه اعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس وقال ما تقول في هذا قال يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث واسأل ابن عمر قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس وروى البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر في نحوه قال هي عنده على ما بقي ونحوه عن علي ونقل عن أبي بن كعب وعمران ابن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه (قوله لانه غاية للحرمة) أي لان الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له أي مطلقا لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون أي الزوج منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت أي ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلاث فلا يكون منهيا قبلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج أو قبل اصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات قلنا قد عملنا بالنص وجعلناه منهيا للحرمة في صورة الحرمة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا قلنا به وتركتم أنتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا وجه الاستدلال انه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت تقدم آنفا أن محل الحديث الشارط للحل للعلم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلا بد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا شارط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل الجديد شرعا لانه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه قيل لا شك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمعنى حينئذ لعن الله مثبت الحل إذا شرط الحل فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظ من التركيب المذكور بل كله مضمر ففيه حينئذ دليل على ان الزوج مثبت الحل وتعليق اللعنة به إذا شرطه وبه يندفع ما قدمناه ويظهر ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محمله لعنة المحلل إذا شرطه لان المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا من انه لا بد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ما قيل انه لما جعل محللا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها وأجيب بأنه يثبته فيها بدلالته لانه لما كان محللا في الغليظة ففي الخفيفة أولى وأيضا بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا لان صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل في التعليل لانه لو دخل لانسد باب القياس لان محل الاصل غير محل الفرع وأورد عليه ان ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لان الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال أجيب ان لم يقبل المحل أصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه بأن يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين وما صلح سببا لاصل الشئ صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللا ومفهومه لا يزيد على انه مثبت لمجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال وهو انه محل ابتدأ فيه الحل لاستيفاء الزوج ماله من الطلقات قبله وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي الائمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الاسرار ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها وقد يستدل

سماه محللا وهو المثبت للحل (واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها اذا كان في غالب ظنه أنها صادقة) لانه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله

على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم أتريدين أن تعودي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته فغيا عدم العود بالذوق فعنده ينتهي عدمه ويثبت هو والعود هو الرجوع الى الحالة الاولى وهي ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات وليس بشئ لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تحلل زوج أتريدين أن تعودي الى فلان صدق حقيقته وان كان العود لا الى ما يملك به ثلاثا فالحاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود إلى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانتفاء اشتراط عموم وجه التشبيه (قوله فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي) في النهاية انما ذكر اخبارها هكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق في كل حال وعن السرخسي لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد وفي التفاريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ما تزوجت أو ما دخل بي صدقت اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها واستشكل بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغي أن لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو محرما او كان العقد بغير شهود ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله ان دخل بها انتهى من قائله ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الفتاوى في باب الباء لو قالت بعد ما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر وقال الزوج الاول تزوجت بزوج آخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لاني جامعت أمها ان صدقته المرأة لا تحل للزوج الاول وان كذبته تحل كذا أجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يمر بي لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها هل تحل للاول قلت يبني الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وعن الفضلي لو قالت تزوجني فاني تزوجت غيرك فطلقني وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا أن تكون أقرت بدخول الثاني كأنه والله أعلم يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على انكار ما اعترفت به ولذا قال الا أن تكون أقرت بدخول الثاني فانه لم يقبل قولها فانها حينئذ تكون مناقضة صريحة وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحنث فأفتيت المرأة بوقوع الثلاث وخافت ان أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعد ما يفارقها بسفر وتأمره اذا حضر بتجديد العقد قال نعم ديانة (قوله لانها معاملة) أنث الضمير وان كان مرجعه وهو النكاح مذكرا لتأنيث خبره وفي غير نسخة لانه على الاصل (وقول الواحد فيهما مقبول) كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات ولذا يقبل قول الاماء والعبيد في الهدية (قوله وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله) أفاد أن تصديقها اذا

(سماه محللا وهو المثبت للحل) ثم الحل الذي يثبت به اما ان يكون الحل السابق أو حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني وبالضرورة يكون غير الاول والاول حل ناقص وكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلاث فان قيل سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي ان يكون ذلك في المطلقة ثلاثا لامرين أحدهما ما ذكره المصنف ان محمله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلاثا والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فيصرف الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة فالجواب انا قد ذكرنا لقوله وهو محمله معنيين أحدهما ما ذكرت وليس بمرضي والثاني ان محمله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول فان الحل وان كان قبل ذلك ثابت لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج الثاني على الاطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثاني (واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي) على ما ذكره في الكتاب ظاهر

(قوله فالجواب انا قد ذكرنا لقوله وهو محمله الخ) أقول وكان يمكن له ان يجيب بأن شرط الحل متمش في غير المطلقة ثلاثا فانا نقول يثبت بالزوج الثاني الحل الجديد للزوج الاول فيملكها بثلاث تطليقات (قوله وحينئذ يندفع الامر الاول) أقول فيه بحث

وقع

واختلفوا فى أدنى هذه المدة

وقع فى قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك (قوله وسنبينها فى العدة) قال فى النهاية وقعت هذه الحوالة غير رابحة لانه لم يذكرها فى العدة ولا فى غيرها وأجاب بعضهم بانه لم يقل فى العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد فى عدة غير هذا الكتاب ومثل هذا مما يقضى العجب من تسطيره فى الاوراق ممن هو من أهل العلم ولا توفيق الا بالله واذا لم يعرف بيانها فى الكتاب تعين تعيينها فى الشرح وذكر نبذة من الخلاف اختلف العلماء فى أقل ما تصدق اذا ادعت انقضاء العدة بالاقراء فقال أبو حنيفة لا تصدق فى أقل من ستين يوما ان كانت حرة وقالا أقلها تسعة وثلاثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلاث حيض فى شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة أهلها انها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلى فقد انقضت عدتها قال له على رضى الله عنه قالون ومعناه بالرومية احسنت ومذهب الشافعى رحمه الله انها اثنان وثلاثون ولحظتان ان وقع الطلاق فى الطهر وسبعة وأربعون يوما ولحظة ان وقع فى الحيض وقال أبو ثور سبعة وأربعون وقال مالك فى الجواهر أربعون وقال اسحق بن راهويه وأبو عبيد ان كان لها اقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها تصدق على ما يشهد به والا لا تصدق فى أقل من ثلاثة أشهر وقالت الحنابلة تسعة وعشرون يوما ان قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين وما أحسن قول اسحق وأبى عبيد وهذا لان العادة ان الشهر الواحد لا يشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة اذا أخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ألا ترى ان الوصى اذا قال أنفقت عليه مائة فى يوم لا يصدق وان احتمل صدقه بان تكرر هلال المشترى فى اليوم أو لا يرى ان الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الاقراء فى الآيسة والصغيرة قدر العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر بخلاف ما اذا أشهد بما دون العادة فانه حينئذ يثبت ان هذا من النادر وهذا هو المذكور فى وجه قول أبى حنيفة رأيت ان قول اسحق ومن معه أولى به فان لم يؤخذ بهذا ينبغى ان لا يعدل عن قول أبى حنيفة وتخريجه على قول محمد ان يجعل مطلقا فى أول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج الى ثلاثة اطهار بخمسة وأربعين يوما كل طهر بخمسة عشر وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن زياد ان يجعل مطلقا فى آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاث حيض بثلاثين يوما اعتبارا للاكثر وطهرين بثلاثين يوما ثم يحتاج الى مثلها فى حق الزوج الثانى وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد أقله أربعون يوما الطهر الذى وقع الطلاق فى أوله والمتخلل ثلاثون وحيضتان بعشرة وتخريج قولهما أن يجعل مطلقا فى آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبارا لاقله ثم يحتاج الى مثلها فى حق الزوج الثانى وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه احد وعشرون يوما حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوما ومثله للثمانى وزيادة طهر يعنى اذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن يتزوجها لا يجوز حتى يحتسب مع المدتين

وثلاثين يوما لانها أمينة أخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها وأما تخريج قول أبى حنيفة فيجعل كأنه طلقها فى أول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق فى الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه بأقله وحيضها خمسة لان من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض أو يمتد الى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فثلاثة اطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوما فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها فى آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق فى آخر الطهر أقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظرا لها يقدر حيضها بأكثر المدة نظرا للزوج وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون

وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوما وقوله (وسنبينها فى باب العدة) قال فى النهاية وقعت هذه الحوالة حوالة غير رابحة لانه لم يذكرها فى باب العدة ولا فى غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى أما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة فكان ينبغى أن يقول وعد غير منجز وأما المعنى فلانه لم يقل فى باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزا فى باب العدة من كتاب آخر وأقول الاول ظاهر والثانى خلاف الظاهر والله أعلم

قال في النهاية ذكر في الاسرار الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فيبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج في وقته ثم أدنى درجة منه في الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجيء وكان أدنى منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولي إيلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في أن الابانة فيهما موقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لا يستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه أن يكون صادرا من أهل الطلاق عند أبي حنيفة أو من أهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة أربعة أشهر فصاعدا وركنه أن يقول والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه أو يقول ان قربتك فعبدي حر وأمثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقه بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبر فيه شيء ومن هذا قيل المولى هو من لا يخلو عن أحد المكروهين لا تلزمه

﴿ باب الايلاء ﴾

طهر آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والفرض ان عدة الاول انقضت بأول الطهر لزم ما قلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر بخمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين وهذا الان المرئي في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده وكون ما بعده حيضا موقوف على تقدم طهر تام وهو ما قلنا هذا في حق الزوج الاول ثم يحتاج في الثاني الى ستين على ما سمعت على التخريجين وعند أبي يوسف تصدق في حق الاول في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما عنده لان مدته أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثره بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة اطهار ويحتاج في حق الثاني الى ثلاث وثلاثة أيضا وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران ويحتاج في حق الزوج الثاني الى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أطهار هذا في حق الحرة وأما في حق الامة فتخريجه على المذاهب غير خاف والله الموفق

﴿ باب الايلاء ﴾

تحريم الزوجة بأربعة طرق الطلاق والايلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح في وقته ثم أولاه الايلاء لانه أقرب اليه في الاباحة لانه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق ان تحريمها ليس الا بالطلاق في الحال أو الى انقضاء العدة غير أن ثبوته بأسباب الاصل والاشهر منها الابتداء به تنجيزا أو تعليقا فقدم ثم أولى الايلاء لانه لا يلزمه به المعصية اذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس بخلاف الظهار واللعان فانهما لا ينفكان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لانه أيضا لا يستلزمها لجواز أن تسأله لا لنشوز بل لقصد التخلي للعبادة أو لعجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره وانما قدم الايلاء عليه مع اشتراكهما في عدم استلزام المعصية والانفكاك عنها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والايلاء لغة اليمين والجمع الالايا قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه * وان بدرت منه الالية برت

وفعله آلى يولي ايلاء كتصريف أعطى وفي الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان وهو أولى من قوله في الكنز الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر لان مجرد الحلف يتحقق في نحو قوله ان وطئتك فلله علي ان أصلي ركعتين أو أغزو ولا يكون بذلك موليا لانه ليس مما يشق في نفسه وان تعلق اشقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل بخلاف ان وطئتك فعلي حج أو صيام أو صدقة فالمولى حينئذ من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه وهو أولى من قولهم من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو ان قربتك فعبده حر أو فلانة طالق وأما ركنه فهو الحلف المذكور وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر والاول بالزوجية والثاني باهلية الطلاق عنده وعندهما بأهلية الكفارة فيصح ايلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا أقربك فان قربها

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية (فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة) لان الكفارة موجب الحنث

لا تلزمه كفارة وان مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما أما لو آلى بما هو قربة كان قربتك فعلي حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كان قربتك فعبدي حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر وألفاظه صريح وكناية فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فلو ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لا غيظنك لأسوأنك لا أدخل عليك لأجمعن رأسي ورأسك لأضاجعنك لأقربن فراشك فلا يكون ايلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لفظان لا أجامعك لا أنيكك وهذه كنايات تجري مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا بالحقيقة والاوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثاني ما ذكر وفي البدائع الاقتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والدنو كناية وكذا الأبيتن معك في فراش ويخالفه ما في المنتقى لا أنام معك ايلاء بلا نية وكذا لا يمس فرجي فرجك في الذخيرة وفي جوامع الفقه ما يخالفه قال لا يمس جلدي جلدك لا يصير موليا لانه يمكن أن يلف ذكره بشيء وفي المرغيناني يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة الى النية وهو فرع أن يراد به ذلك ولا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفي التحفة لو قال أنا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب في الشرع وان عنى به الايجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه أوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال أنت علي مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لانه شبهها بها في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا وقائل أن يقول الايلاء الحلف الخ وقوله أنت على مثل امرأة فلان أو أنا مول ليس فيه صيغة حلف انشائية ولا تعليقية لان معنى الحلف قوله والله لا أقربك ونحوه أو ان قربتك وليس قوله أنت مثلها اياه ولا محققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولا حقا الا أن هذا جواب الرواية صرح به الحاكم أبو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى أشركتك في ايلاء هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلي يمين أو كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله أنا منك مول معناه أنا منك حالف ومعلوم ان انعقاد اليمين بقوله احلف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله أنا حالف وكذا التشبيه المذكور يؤل اليه ولو قال لا وطئنك في الدبر أو فيما دون الفرج لم يصر مولیا خلافا لمالك رحمه الله ولو قال لا جامعتك الا جماع سوء سئل عن نيته فان قال أردت الوطء في الدبر صار مولیا وان قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على نحو التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم تكن له نية وان قال أردت دون ذلك فهو مول (قوله ولزمته الكفارة) ليس حكم المولى مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولى المذكور في قوله اذا قال الرجل والله الخ لما عرف أن المولى قد لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا كفارة في خصوص هذا الحنث لانه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء والمراد الجماع لانه في الاصل الرجوع وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله الجديد كقولنا لان وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي الزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والاخروي أعني المغفرة وسقوط

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث) وقال الشافعي لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة في الآخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا

(قوله واذا قال الرجل لامرأته) أقول أي الغير الحائضة (قوله أو قال والله الخ) أقول يعني لامرأته سواء كانت حائضة او طاهرة (قوله وقال الشافعي) أقول في القديم

(وسقط الايلاء) لان اليمين ترتفع بالحنث (وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح

الكفارة وثبوت أحدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية اذا حنث الحالف فيها وتوبة فان التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها عما لا لاطلاق قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه قال قتادة خالف الحسن الناس (قوله وسقط الايلاء) باجماع العلماء على معنى انه لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق آخر لان اليمين تحل بالحنث (قوله وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي) لم يقل الشافعي تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم وبه قال مالك وأحمد ورجح بأن الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثابت بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم وجه دفعه في الكنايات غير انه يستدعي سببا والسبب هنا انه وقع للتخلص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه سبيل من أن يردها الى عصمته ويعيد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع ورود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها باثباته ثم الخلاف في موضعين أحدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعندنا يوقف المضي ويوقف الى أن يفيء أو يطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء لتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل الجمل لتفصيل مجمل قبلها وغيره فان كانت للاول نحو فقد سألوا موسى أكبر من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من أهلي ونحو توضأ فغسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب بل التعقيب الذكري بأن ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كجاء زيد فقام عمرو وكل من التعقيبين جائز الارادة في الآية المعنوي بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا أي بعد الايلاء والذكري فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم أن يتربصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع بهذا المعرض فيصح كون المراد فان فاؤا أي رجعوا عما استمروا عليه بالوطء في المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكري أو بعدها تعقيبا على التربص فان الله غفور لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة أو غفور للحنث في اليمين ان كان برضاها لغرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه فنظرنا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح أحد الجائزين وهو كون الفيء في المدة اما باعتبار ان الاصل توافق القراءتين شاذتين كانتا أو احداهما ماشاذة فتنزل تفسيرا للمراد بالاخرى واما باعتبار انها تستقل باثبات كونه في المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها أعم من كونها فيها أو بعدها بناء على انها حجة عندنا وان أبى الخصم ورد المختلف الى المختلف يتم اذا أثبت الاصل ولا شك ان القراءة الشاذة انما يقرؤها الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية أخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامر بين كونها قرآنا أو خبرا عن صاحب الوحي وذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المفاد بها الجواز الفيء في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في ان له ان يفيء بعدها وتحل يمينه اذا لم يفيء فيها أو لا بل بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا يتمكن من الفيء أثناء والقراءة المذكورة لا تنفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء على هذه القراءة ان يفيء في المدة أو يثبت الطلاق بتطليقه أو تطليق القاضي على الخلاف هذا هو المفاد بقوله

(وسقط الايلاء) على معنى انه لو مضت أربعة أشهر لا يقع الطلاق (لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) لان معنى الايلاء عندنا ان مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة ولكنه توقف بعد المدة على ان يفيء اليها أو يفارقها فان أبى أن يفعل (تبين بتفريق القاضي) بينهما وكان التفريق تطليقة بائنة (لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح

تعالى

(كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها) وهو الوطء في المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة) تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع بائنا (وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت) وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعند المحدثين هم أربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة وأما اذا وطئها

كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة

تعالى فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على ما عرف من التأويل لان التربص مأخوذ في كل قسم منه نقيض الآخر أي وان عزموا الطلاق فلم يفيؤا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة أن لا في ء الا في المدة الثاني ان مضى المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون الا بطلاقه أو بطلاق القاضي لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم تتصور العزم عليه ولان النص يشير الى انه مسموع وهو قوله فان الله سميع عليم والوجه الذي ذكره المصنف وحاصله الحاق المولى بالعنين في حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجامع أنه امتنع عن الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم فمعنى فان عزموا الطلاق فان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان عليم بما استمروا عليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندرج في هذا جواب الثاني وعن الاخير بأن العنين ليس بظالم فناسبه التخفيف عليه ولذا كان أجله أكثر والمولى ظالم لمنع حقها فيجازى بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء موقع فقد كان في الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع مؤجلا أو نقول جاز ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق انما هي رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ أنت طالق الآلة التي يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ ألا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بعد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون ظالما بذلك وهو بوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم لانا نقول ذلك في الحكم فاما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها أحيانا ليعفها فان أبى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقي أن يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا فان الآية وان صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود لما أفادت ان لا في ء بعد المدة لزم انتفاء قولكم من الزامكم بأحد الامرين من الفيء أو الطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بأمر واحد وهو الطلاق وهذا التقرير هو محمل استدلال المصنف حيث قال ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة والا فظاهره انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة بقراءة أخرى الى آخر

فقد سقط حقها وأجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء وأما في الديانة فلم يسقط وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك (ولان الايلاء كان طلاقا في الجاهلية) على الفور بحيث لا يقر بها الشخص بعد الايلاء أبدا (فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة) فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقه أو تفريق القاضي

(قوله وأجيب بان حقها سقط بالجماع الخ) أقول والظاهر ان لها حقا في الجماع في كل أربعة أشهر مرة لا أقل يؤيده قصة عمر رضي الله عنه حين سمع من تلك المرأة ما سمع فسأل حفصة رضي الله عنها كم تصبر المرأة عن زوجها الخ على ما فصل في الغاية (قوله وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه) أقول كيف لا يحكم وقد

وقع الطلاق بلفظه السابق حين آلى لمنع حقها ديانة فان الطلاق لا يختص بالديانة غايته انه يترتب على ما يتعلق لها نعم يرد على الشافعي لان المفرق عنده هو القاضي فليتأمل والتفصيل في شرح الزيلعي وغيره ويفهم ذلك من قول الشارح أيضا لان معنى الايلاء عندنا الخ تأمل (قوله فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقه او تفريق القاضي) أقول وفيه تأمل

ماذكرنا واحتج أيضا بآثار وهي مارواه الدارقطني قال حدثنا أبو بكر الميموني قال ذكرت لاحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ماسنذكره مما يوافق مذهبنا قال لا أدري ماهو قد روى عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن أبي ثابت عن طاوس عن عثمان وما روى مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق فان مضت الاربعة الاشهر توقف حتى يطلق أو يفيء وما روى البخاري عن ابن عمر بسنده انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا تحل بعد ذلك الاجل الا أن يمسك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى وقال أي البخاري قال لي اسمعيل بن أبي أويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال اذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال أدركت بضعة عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول يوقف المولي وقال بعضهم روى سهيل بن أبي صالح عن أبيه قال سألت اثني عشر رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر قلنا الآثار الاربعة الأول معارضة أما الاول فبما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ان عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا أولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذلك فان حال رجاله لا يعرف الى حبيب وهو أيضا أعضله ولا يعلم ان طاوسا أخذ عن عثمان فهو منقطع وأما الثاني فبما أخرج عبد الرزاق أنبأنا معمر عن قتادة أن عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وكل منهما مرسل فان رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وهما متعاصران وتوفي قتادة سنة سبع عشرة أو ثمان عشرة ومائة على اختلاف الاقوال وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غير واحد سنة ثماني عشرة وقيل سنة أربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل ست عشرة فاعتدلا في هذا القدر ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظم الحفظ والاتقان والمحافظة على الاداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من المثبت لمحمد قال عبد الرزاق عن معمر جاء رجل الى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت عنها أعظم مما دخلت ورأيت حمامة أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ورأيت أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه وأما التي خرجت أصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسأل وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى وفي تراجمه العجائب من حفظه وأما الثالث والرابع فبما أخرجه ابن أبي شيبة قال حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس وابن عمر انهما قالا اذا آلى فلم يفيء حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم اخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضا ولم يبق الا قول من قال بان أصح الحديث ماروى في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف وقدمنا في كتاب الصلاة انه تحكم محض لانه اذا كان الغرض ان المروي على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفته الا كونه لم يكتب في خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك وقول البخاري أصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره غيره وقال المحققون ان ذلك يتعذر الحكم به وانما يمكن بالنسبة الى صحابي وبلد فيقال اصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه وعن أبي هريرة الزهري عن سعيد ابن المسيب عنه وأصح أسانيد الشاميين الاوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة وأصح أسانيد

(فان كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) لانها كانت موقتة به (وان كان حلف على الابد فاليمين باقية) لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة (فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة أخرى) لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم

اليمانيين معمر عن همام عن أبي هريرة ونحو ذلك وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اقتحام هذه فان في خصوص الوارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك نعم قد يكون الراوي المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكثر احاطة بأفراد متونه واعلم بعادته في تحديثه وعند تدليسه ان كان وبقصده عند ابهامه وارساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة أما في فرد معين فرض ان غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط أو ارفع سمعه منه فأتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته بكون ذلك مقدما عليه في روايته بمعارضه ما هو الاحض تحكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الا خرا الا بالملازمة وأثرها الذي يزيد به على الآخر انما هو بالنسبة الى مجموع متونه لا بالنسبة الى خصوص متن وحينئذ فناهيك بسعيد بن جبير وقد روى عن ابن عمر وابن عباس خلافه وأما رواية الشافعي عن سليمان فحاصلها ان قول جماعة من الصحابة كذلك وكذا ما ذكر عن سهيل ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال والفقه كما أسمعناك ممن ذكروا وكون من ذهب الى خلاف المروي عنهم أفقه وأعلى منصبا ونحن قد أخرجنا ما قلناه عن الاكابر مثل عثمان وعلي بناء على ترجيح ما عارضنا به وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم ممن أخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركابه حين ركب وقال هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس فيما قدمنا وكذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخرج الدارقطني عن ابن اسحق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقول اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهو أملك برجعتها ما دامت في عدتها وابن اسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال آلى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال اذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول واخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبي سلمة وهذا ترجيح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع مجردا لمضي يترجح على قول مخالفه لانه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لانه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا انه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لانهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل على انه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لاحد الفريقين أصلا (قوله وان كان حلف على الابد) هو ان يصرح بلفظ الابد أو يطلق فيقول لا أقربك مقتصرا الا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا لانه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع الى اليمين وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا (قوله الا أنه لا يتكرر) استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر فانه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضي أربعة أشهر أخرى اذا كانت لم تنقض عدتها بعد وبه قال أبو سهل الشرغي وعليه مشى المرغيناني وصاحب المحيط لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا اذا صرح بلازومه والمختار قول الكرخي انه لا يقع الا اذا تزوجها وعليه مشى في البدائع وتحفة الفقهاء وشرحي الاسبيجابي

وقوله (فان كان حلف) يعني اذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو إما ان كان حلف على أربعة أشهر أو على الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه أبو سهل الشرغي يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر فكأنه قال كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن ألا ترى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بانت فدل انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب (فان عاد فتزوجها) بعد البينونة بمضي أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها (عاد الايلاء فان وطئها) في المدة (والا وقعت تطليقة أخرى بمضي أربعة أشهر أخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن

وقوله (ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشي (فان تزوجها ثانيا) وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه أما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء وأما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء والاول أظهر (عاد الايلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى ان لم يقربها فيما بينا) ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق (فان وطئها كفر عن يمينه) أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق (وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية) فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر (وقدم من قبل) أي في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها وكذا لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليا الا عند زفر وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لاطلاقها ووجود الحنث قال (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا)

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج (فان تزوجها ثانيا عاد الايلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى ان لم يقربها لما بيناه) (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقدم من قبل (واليمين باقية) لاطلاقها وعدم الحنث (فان وطئها كفر عن يمينه) لوجود الحنث (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا)

والجامع لان وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الاول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد ايلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الاشهر جزاء لظلمه وليس للبانة حق الوطء فلا ينعقد الايلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم البر فيه بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزا ثم مضت مدة الايلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الايلاء لصدوره في حال يتحقق به ظلمه فيكون اذا صح بمنزلة تعليق البائن والبائن المعلق يلحق البائن المنجز في العدة على ما أسلفناه في ذيل الكنايات وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبي سهل انه كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق وذلك لان قوله والله لا أقربك أربعة أشهر انما صار بمنزلة قوله اذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق اذا انعقد إيلاء شرعيا مستعقبا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر وانعقاده إيلاء انما يكون حال كونه ظالما لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن ظالما كان الثابت مجرد اليمين على ترك قربانها وهو أعم من الايلاء فلا يستلزمه فيبقى يمينا دون ايلاء فلا يصير كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق فيوفر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك أبدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت أربعة أشهر لا تطلق ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرار النكاح في الايلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء (قوله ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) أطلق في ذلك وكذا في الكافي وقيده في النهاية والغاية تبعا للتمرتاشي والمرغيناني بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فأما ان كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق ومثله لو آلى من زوجته مؤبدا ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الايلاء فان مضت له أربعة أشهر وهي في العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شيء فان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء ويعتبر ابتداؤه من وقت التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله فلو تزوجها في العدة احتسب به قال في شرح الكنز وهذا الا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه انتهى فالاولى اعتبار الاطلاق كما في الهداية (قوله لتقيده بطلاق هذا الملك) لان الغرض منه المنع وذا إنما يحصل ببطلان حل يخاف بطلانه ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديدا بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم على وزان ما قدمناه في مسئلة التنجيز وهو ما اذا علق طلاقها بالدخول مثلا ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فهذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كتلك وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء حتى لو مضت أربعة أشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الايلاء المؤبد لا يعود الايلاء خلافا له ولو بانت بالايلاء مرة أو مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت اليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة الهدم وقدمت (قوله فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) وقال به الائمة

(قوله بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق الخ) أقول قوله لان الايلاء تعليل لقوله بطل الخ

مثل أن يقول والله لا أقربك شهرا وهو وضع المبسوط أو قال لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن موليا وقال ابن أبي ليلى هو مول ان تركه وطأها أربعة أشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول أبو حنيفة أولا فبلغه فتوى ابن عباس لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر أطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله فالجواب ان فتوى (١٨٩) ابن عباس وقع في المقدرات والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعا ولم يرد عن أحد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لا تقييدا وتقريره والله أعلم للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ترك الاول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء وقوله (ولان الامتناع عن قربانها) دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقريره أن الامتناع عن قربانها أي عن قربان من آلى منها زوجها شهرا في أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وعثله أي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي أربعة أشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين فانه بمضي أربعة أشهر لا يقع شئ والضمير في فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله وعثله ويجوز أن يكون راجعا الى أكثر المدة ولو

لقول ابن عباس لا ايلاء فيما دون أربعة أشهر ولان الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

الائمة الاربعة وأكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحماد وابن أبي ليلى واسحق يصير موليا في قليل المدة وكثيرها فان تركها أربعة أشهر بانت بطلقة لاطلاق الآية في ذلك فانه لم يقيد الايلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص وأطلق الحلف وكان أبو حنيفة أولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس لما صح عنده فتواه بخلافه أخرج ابن أبي شيبة حدثنا علي ابن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال اذا آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء وأخرج البيهقي عنه قال كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فوقت الله عز وجل أربعة أشهر فان كان أقل من أربعة أشهر فليس بايلاء وأخرج ابن أبي شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبي ولا شك ان ظاهر الآية كقول من قال بانه إيلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على النص اذ هو تقييد لاطلاق الحلف في كونه إيلاء فلا يجوز الا أن يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكر وهو ان المولى من لا يقدر على القربان في المدة الا بشئ يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر والا فنحن لا نقول به اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فاثبات كون الاقل أربعة أشهر به مصادرة (قوله لان الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع الخ) قيل هو بناء على انه أراد بالاقل من أربعة أشهر شهرا فان وضع المسئلة في الاصل اذا حلف لا يقربها شهرا والا فالاقل من الاربعة لا يستلزم كون الامتناع الا في بعض المدة مطلقا لا في أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر وقيل لفظ أكثر مقحم وبعد ذلك التقريب ظاهر وقيل أراد بالاكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لانها أكثر من المدة المحلوف عليها ولا اشكال حينئذ لان المانع غير موجود في جميعها في جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه في الكافي قال وانما يصح ان لو قال في أكثر المدتين انتهى ووجهه ان أفعل التفضيل يلزم في اضافته الى شئ كونه بعض ما أضيف اليه ولذا امتنع يوسف أحسن أخوته وخواص البشر أفضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التي هي المراد بالاكثر بعض المدة المضاف اليها لاستحالة كون الاربعة بعض ما هو أقل منها فلزم في صحته أن يقول أكثر المدتين يعني المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهي أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرهما ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان أحسن وأسلم (قوله وشهرين بعد هذين الشهرين) إلى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا في

قال المصنف ولان الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في أكثر المدة كان أشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره (ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع) وهو الواو (فصار كجمعه بلفظ الجمع) كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فتكون يمينا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة (ولو مكث يوما أو ساعة ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

(قوله فكان مسموعا) أقول أي محمولا على السماع (قوله وعثله أي بمثل هذا الحلف) أقول والاظهر ارجاع الضمير الى الامتناع

لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ) والاصل في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل حكم المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الاولى وأما اذا فات أحد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون موليا لفوات الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضافا الى (١٩٠) الاول بقوله بعد الشهرين الاولين أربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل

مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف النفي صار ايجابا آخر وصارا أجلين وتداخلا كما لو قال والله لا أكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين تنقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا لايمان كثيرة فان من قال والله لا أكلم فلانا شهرا ولا أدخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر واحد تنتهي الايمان كلها فكذلك ههنا اذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الايلاء بغير شئ يلزمه فلا يصير موليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم يفرد مدة الثانية بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا

فلو

(لم يكن موليا) لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع

حكم المسئلة الاولى بل قيد في الثانية فقط ولفظ يوما في الثانية ليس قيدا لافرق بين مكثه يوما أو ساعة وقيل تكرير اليمين في مجلس أو مجالس وبينهما أقل من يوم تنجيز عند أبي حنيفة وأبي يوسف فقيد بمكنه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان أثبات المذهب نصوا على أن قوله والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكى في قوله والله لا أفعل فذكروا ان ظاهر الرواية أنهما يمينان وفي نوادر ابن سماعة بمين واحدة وفي المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينا واحدة استحسانا وفرع في الدراية في آخر الباب من غير ان يعزوه والله لا أقربك مرارا في مجلس واحد تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضا قياسا وهو قول محمد وزفر وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا أقربك شهرين ولم يزد على ذلك لا يكون موليا أيضا لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد أو بساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين فالحاصل من حلفيه الحلف على شهرين و يوم أو ساعة على حسب الفاصل والاصل في جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء و يمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر و يتحد الحنث وقلبه وتعدد البر بتعدد المدة لانه بتعدد الايلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع ومالم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد اسم الله أو تكرار حرف لا داخلة على المدة ومن زاد السكوت لم يحتج إليه لان الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده في التجريد عن أبي حنيفة رحمه الله إذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم مثال تعدد هما إذا جاء غد فوالله لا أقربك إذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك اما أنهما يمينان فلتعدد الذكر واما انهما ايلاآن فلتعدد المدة فان تركها أربعة أشهر من اليوم الاول برئ في الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر برئ في الثانية وطلقت أيضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان أطلق لزومهما في الكافي ولو قربها في الغد لزمته كفارة واحدة لان الغد لم ينعقد عليه الايمان واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين وتظيره في النوازل قال والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك أربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الاشهر إلا انه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين أعني قوله والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان

(قوله أربعة أشهر الا يوما) أقول فيه بحث (قوله يلزمه بالقربان كفارتان) أقول فيه نظر اذ لا يعقل وجه لزوم الكفارتين فان لكل من اليمينين مدة على حدة لا تداخل بين مدتيهما حتى يلزم الكفارتان الا أن يراد بالقربان قربانان في مدتي اليمينين فليتأمل فانه مع بعده لا يساعده كلام ما في الشروح (قوله في مدة الايلاء) أقول أي اللغوي

(ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما لم يكن موليا) خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة أشهر الا بشئ يلزمه

فلو قربها في الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الآخرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد توارد شروح الهداية من النهاية وغاية البيان على الخطا عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها في الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا في الاربعة الثانية ولو كان أطلق فقال والله لا أقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين باخرى إذا كانت في العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف ما مضى في الكتاب في تأبيد اليمين فان الايلاآت هنالك تنزل متعاقبة بواسطة تأبيد اليمين الواحدة فجاء الخلاف في انه هل ينعقد الايلاء الثاني في العدة أولا ومن منعه قال لا يبتدأ الايلاء الا في حال يكون بالمنع ظالما أما هنا فالايلاآت الثلاثة صرح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة إلا إذا تزوجها فيقع بحكم تأبيد اليمين إذا مضت أربعة أشهر من وقت التزوج ومثال اتحادهما والله لا أقربك أربعة أشهر أولا أقربك شهرين وشهرين وفي الكافي في نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا أقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فائدة فان بتكليمهما معا لم تحل اليمين بل لو كلمت أحدهما بعد هما بانت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر فان علة التعدد فيما بعد هذه بعينها في هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها أربعة أشهر من اليوم الاول بانت بتطليقة فاذا مضى يوم آخر بانت بأخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفي هذا المثال تظر لان الحلف بالله وقع جزاء الشرط متكررا فيلزم تكرره ولا يشكل بأنه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والا لزم ان لا حلف عند الشرط الاول أيضا ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا أقربك بكلما دخلت فوالله لا أقربك وكذا لو قال كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فان قربتك يتعدد برا وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بعضها واحدة بائنة ولا يتصور حنثه الا مرة واحدة لتعذر وقوع شئ آخر بعد الثلاث ونحوه كلما دخلت فعبدي حر فان قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال في المجلس إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو ايلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر من غير ان يزيد لفظ أخرى أو نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في الخلافيات لو قال والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك في ثلاثة مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان في مجلس واحد فان أراد به التكرار فاليمين واحد والايلاء واحد وان لم ينو شيأ أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى اذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد فلا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلاث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء (قوله لم يكن موليا) أي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقي بعد يوم القربان أربعة أشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان أربعة أشهر وقعت تطليقة (قوله اعتبارا بالاجارة) وهو ما اذا قال أجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا

(ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يقول يصرف الاستثناء الى آخرها كما لو قال آجرت داري هذه سنة الا يوما فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر الا بشئ يلزمه) وهذا ليس بصادق على ما نحن فيه

لانه يمكنه القربان اذا المستثنى يوم منكر) فلم من يوم يمر عليه بعد يمينه الا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شئ يلزمه ولا يجوز صرفه الى آخر السنة لانه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى آخر السنة لتصحيحه أى لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شئ يلزمه بالاخراج من الكوفة) ولا يشكل بمن له اربع نسوة وقال والله لا يقربهن فانه يصير موليا منهن ان لم يقربهن جميعا أربعة أشهر بن عندنا خلافا لزفر مع ان له أن يطأ كل واحدة منهن الى أن يأتي على الثلاث من غير شئ يلزمه لما أن الحنث لا يتعلق (١٩٢) باجزاء المحلوف قبل أن يأتي بالكل كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الاربع له ان

يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على أربع نسوة بنفي القربان موليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شئ يلزمه لا يمنع صحة الايلاء لانه انما صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الاخيرة فقط بل بقربانهن جميعا وأما وقوع الطلاق في الايلاء فباعتبار البر وذلك انما يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا بانقضى المدة كذا في النهاية

وههنا يمكنه لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا) لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا) لانه يمكنه القربان من غير شئ يلزمه بالاخراج من الكوفة

قال في الصورة المذكورة سنة الانقصان يوم يكون موليا صرفاله الى الآخر وبما اذا أجل الدين (قوله وههنا يمكنه) لان المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضي أربعة أشهر من غير شئ يلزمه اعتبارا ليوم الوطء اليوم المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا تتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الآخر وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا أكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء أيضا يكون من المغايظة (قوله صار موليا لسقوط الاستثناء) مع ان الباقي من السنة الثانية مدة الايلاء ولو أطلق بان قال لا أقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما أقربك فيه لا يكون موليا أبدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعا أبدا وكذا لو أطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة مضت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت أربعة أخرى لم يقربها فيها وقعت أخرى فاذا تزوجها مضت أربعة أخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة أقل من أربعة أشهر (قوله ولو قال وهو بالبصرة) اذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه أو زمان معين وهو في غيرهما ان كان بينهما قدر أربعة أشهر كان موليا على ما فرع قاضيخان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر ففيئوه باللسان ولم يعتبر امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان في أقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فلف لا يدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في أقل من أربعة أشهر فيقربها وان كان بينهما أقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن أحمد وهو قول ابن أبي ليلى فانه

يكون

قال المصنف (ولا كذلك اليمين) أقول قال ابن الهمام فيه ان قوله والله لا أكلم زيدا سنة الا يوما يعين مع أنه ينصرف الى اليوم الآخر وجواب صاحب النهاية بان المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء أيضا يكون عن المغايظة انتهى وقال تاج الشريعة ونحن نقول في الفرق بين اليمينين ان الاستثناء لو انصرف الى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لانه اما أن يقربها فيلزمه الكفارة أو لا يقربها فيلزمه مكروه الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر ولا كذلك اليمين انتهى ولعل مراده انه لما تعارض جهتا المغايظة ولزوم أحد المكروهين فمقتضى الاولى صرف اليوم الى آخر السنة ومقتضى الاخرى خلافه تساقطا وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير فليتأمل (قوله لانه انما صار موليا مع امكان القربان الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل بمن له اربع نسوة الخ

(قال ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف أبي يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شئ

يكون موليا فان تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة وينبغي أن يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا أقربك الا في المحرم وهو في شوال أو حتى تفطمي ولدك والى مدة الفطام أقل من أربعة أشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من أن المولى من لا يمكنه القربان في الاربعة الاشهر الا بشئ يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون أقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها أربعة أشهر وبالضرورة انهم لا يلتزمون ذلك الا أن يجعل هذا أصلا ممهدا في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من أربعة أشهر بدليله من أقوال الصحابة فتعلل به الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم أو رد على هذا الاصل لو قال والله لا أقربكن لاربع نسوة فانه مول فاذا تركهن في المدة طلقن ولو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شئ فثبت ان امكان القربان بغير شئ لا يمنع صحة الايلاء أجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون موليا منهن وعدم لزوم شئ لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بأدنى تأمل (قوله ولو حلف بحج الخ) بان يقول ان قربتك فعلي حج أو عمرة أو صدقة أو صيام أو هدى أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين أو فأنت طالق أو هذه لزوجة أخرى أو فعبدي حر أو فعلي عتق لعبد مبهم فهو مول أما لو قال فعلي صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى أن يمضي ذلك ثم يطؤها بلا شئ يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلاة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانها مما يلزم بالنذر وتقدم أول الباب ما يجاب به عنه ويجب صحة الايلاء فيما لو قال فعلي مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو المذكورة أول الباب فان قلت ينبغي في الصلاة في بيت المقدس أن يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لو لزم من نذر الصلاة في بيت المقدس أن لا يسقط الا بالصلاة فيه لكن المذهب ان له أن يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أو مالي هبة في المساكين لا يصح الا أن ينوي التصدق به ولو قال فكل مملوك أشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف وهو رواية عنهما وكذا لو قال فكل امرأة أتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف ولو قال كل امرأة أتزوجها من أهل الاسلام يصير موليا وعلى هذا لو قال لا أقربك حتى أعتق عبدي أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلا شئ بان لا يشتري عبدا ولا يتزوج وبتقديم الغاية قلنا لم يمكنه الا بضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل لمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى أموت أو تموتي أو أقتلك أو تقتليني أو أبينك وان كانت توجد في المدة لكنها تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدي أو أطلق فلانة كان موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف) أي في ثبوت الايلاء بالحلف بعتق عبده المعين فان ضمير فيه لعتق عبده وهو المعين لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه

قال (ولو حلف بحج أو بصوم) لما فرغ من بيان اليمين بالله في الايلاء شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بان يعلق قربانها بحج أو صوم أو صدقة او طلاق أو عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح

وقوله (البيع موهوم) يعني لان الاصل عدم مايحدث (فلا يمنع المانعية فيه) أي في الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شئ فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شئ وقوله (وان آلى من المطلقة الرجعية)

وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع (وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا) لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية (ولو قال لاجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك (وان قربها كفر) لتحقق الحنث

(قوله البيع موهوم) أي غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا يجد مشتريا في المدة فتمضي قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتثالها أيضا لكن امتثالها واجب والوجوب طريق الوجود بخلاف امتثال المشتري واذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شئ ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطئها قبله فان كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطء بغير شئ وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو ابانتها ثم تزوجها (قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا) باتفاق الائمة الاربعة بخلافه من البائنة فان كانت من ذوات الاقراء فلاحتمال امتداد طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الايلاء ممتدا الى مابعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب أن العبرة في المنصوص عليه لمعنى النص لا لمعنى النص والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه في أول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الايلاء ألا ترى انه يثبت الايلاء وان أسقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار بناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق يعني اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا الحصر يقتضي انه لولا هذا صح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية فالاسناد اليه أولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل واحد نقض الالمانع فالحق ان الظلم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما (قوله لان هذا الكلام في مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية) وهي كونها من نسائنا في الايلاء والظهار قال تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما ما عرف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة الى سبب الملك صحيحة وكذا في الايلاء

ظاهر واعترض بأن الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لاقضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردري بأن الحكم في المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نسائه وكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية (ولو قال لاجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية) إذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا (فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان قربها كفر) لتحقق الحنث والظهار

(قوله لان الاصل عدم مايحدث) أقول فيه بحث اذ الاخراج من الكوفة أيضا كذلك (قوله وأجاب العلامة شمس الائمة الكردري) أقول وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمهما الله ثم أقول يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف فالاظهر اسناد الاجابة الى المصنف كما هو دأبه في أمثاله

إذا اليمين منعقدة في حقه (ومدة ايلاء الامة شهران) لان هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة (وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدران يصل إليها في مدة الايلاء ففيؤه ان يقول بلسانه فئت إليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء)

والظهار فاذا قال ان تزوجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فأنت علي كظهر أمي لانه لا ينعقد الايلاء والظهار الا عقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها (قوله اذا اليمين منعقدة في حقه) أي في حق الوطء لان انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا ألا ترى انها تنعقد على ما هو معصية (قوله كمدة العدة) أي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رحمهما الله تستوي مدة ايلاء الحرة والامة والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربص هو أجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وأيضا تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ وهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلاء والاوجه الاستواء لعموم نص الايلاء لان الامة من نسائنا ولان ضربها ايلاء لعذر الزوج ورفقا جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فأخرت عقوبته الدنيوية بظلمه الى انقضاء أربعة أشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والامة (قوله وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع) لا فرق بين كون عدم القدرة للمرض أو للعب كما أنه في حقها لا فرق بين كون المانع مرضها أو الرتق أو القرن ومن الناس من منع ايلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجب أو العنة أو كان أسيرا في دار الحرب أو لكونها ممتنعة أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضي بينهما لشهادة الطلاق الثلاث ففيؤه باللسان بأن يقول فئت اليها أو رجعت عما قلت أو راجعتها أو ارتجعتها أو أبطلت ايلاءها واختلف في الحبس صحح النبي بالسان بسببه في البدائع وفي شرح الطحاوي لو آلى وهي مجنونة أو وهو محبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر الأن السلطان يمنعه أو العدو لا يكون فيؤه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على امكان الوصول الى السجين بأن تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في النبي بالسان وبظلم يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيأ وقيل لا وهو أوجه ثم هذا ان كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضي أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز عرض أو بعد مسافة أو حبس أو جب أو أسر ونحو ذلك أو كان عاجزا حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيؤه باللسان خلافا لزفر في غير الاخيرة فان العجز ثابت وهو المدار قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيؤه الا بايفاء حقها بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الايلاء بأذى اللسان ففيؤه الذي هو توبته بتطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء مؤبدا وهو مريض فبانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبي حنيفة ومحمد وصح عند أبي يوسف وهو الاصح على ما قالوا الان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في الوطء فلا يعود حكم الايلاء فيه وهما يقولان ان ذلك بتقصير منه فانه كان عليه النبي بالسان قبل مضي المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعيا بان كان محرما

وحرمته ألا ترى انه لو قال والله لأشربن الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا (ومدة ايلاء الامة شهران) وقال الشافعي مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء (ولنا ان هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة) وقوله (وان كان المولى مريضا) هذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها انه آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلائه صحيحا مقدارا يستطيع فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك وفيؤه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في أول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء يجوز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع والثاني انه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عندنا

(قوله فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع) أقول وليس هذا كالمتيمم في هذا الحكم فانه مسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا

(وقال الشافعي لا في ء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا) لان الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر (ولنا انه آذاها بذكر المنع) لان الزوج إذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع إذ لا حق لها فيه حينئذ وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه أن تجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل إذا كان المولى مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها إذ ليس لها حق (١٩٦) في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردري وقد ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول كتاب البيوع والثالث انه آلى وهو مريض وقدر على الجماع في المدة وفيؤه بالجماع سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول أو لم يفئ أما إذا لم يفئ فظاهر وكذلك إذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المولى إذا كان مريضا حال الايلاء لا نسلم ان الاصل في فيئه الجماع لما ذكرنا آنفا انه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين ان قصده في الابتداء لم يكن الامنع الحق بالجماع والاصل في الفيء حينئذ الجماع ولكن في الطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل (وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته) لانه يحتمل وجوها لامتياز بعضها عن بعض الا بالارادة (فان قال أردت الكذب فهو كما قال) لا يقع طلاق ولا يكون بالنية ايلاء ولا ظهارا (لانه نوى حقيقة كلامه) لان المرأة كانت حلالا له فقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه تطر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف إليه ولا ينصرف الى غيره الا بقرينة أو نية لان الحقيقة لا تحتاج الى شئ من ذلك (وقيل لا يصدق في القضاء) ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلاء (لانه يمين ظاهرا) لكونه تحريم الحلال كما ذكره

وقال الشافعي لا في ء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيؤه بالجماع) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف (واذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته فان قال أردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا

والى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا فالفيء بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن أبي يوسف لان الاحرام مانع من الجماع شرعا فثبت العجز فكان فيؤه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف وهذا لانه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله وقال الشافعي لا في ء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا) وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لانه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فان أراد بقوله لو كان فيئا لكان حنثا لان الفيء لا يكون الا بالجماع فلو كان فيئا لكان بالجماع فكان حنثا لزم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى فان فاؤا الا وجب تعين كون الفيء الجماع لان معناه فان رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول وبعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ما قاله والحق ان مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا ولو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الايلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لان يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق (قوله وصار فيؤه بالجماع) حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق وهذا لان المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم اذا رأى الماء (قوله سئل عن نيته) هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول أبي بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن علي وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك ان الحرام ثلاثة الا أن مالكا قال ينوي في غير المدخولة ويروى عن علي رضي الله عنه التوقف وفيه نحو احد عشر مذهبا غير ما ذكرنا (قوله لانه نوى حقيقة كلامه) اذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم انه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشئ وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف اليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف الى اليمين والجواب ان هذه حقيقة أولى فلا تنال الا

(قوله اذ لا حق لها فيه) أقول لسقوطه بعذر وهو عدم قدرة الرجل أو عدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بعذر (قوله لا نسلم ان الاصل في فيئه الجماع) أقول يمكن أن يستدل على المقدمة الممنوعة بقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم فان وعد المغفرة انما يكون اذا حنث وذلك بالجماع فانهم اتفقوا على ان وعد المغفرة على الفيء لا الايلاء كما سبق

(وان قال أردت الطلاق) فان لم ينو شيأ من العدد أو نوى واحدة أو ثنتين (فهي واحدة بائنة وان نوى الثلاث فثلاث) لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها (وان قال أردت الظهار فهو ظهار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ليس بظهار) نقله شمس الأئمة السرخسي عن النوادر لمحمد ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا (ولهما أنه أطلق الحرمة) وهي تحتمل أنواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق (وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالايلاء اما اذا أراد التحريم (فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا) لقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم واما اذا لم يرد شيأ فلان الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات لان في الايلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة في الايلاء لا تثبت في الحال مالم تنقض أربعة أشهر وفي الظهار تثبت في الحال واذا أريد به الطلاق وقع بائنا ويحرم الوطء والايلاء لا يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجيء الكلام فيه في الايمان ان شاء الله تعالى (ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية) قال أبو بكر الاسكاف وأبو جعفر الهندواني وأبو بكر بن سعيد قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله تعالى أعلم

(وان قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا أن ينوي الثلاث) وقد ذكرناه في الكنايات (وان قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) لان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله أعلم بالصواب

بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق في القضاء قاله شمس الائمة السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لانه يمين ظاهرا لان تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى أن قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلا يصدق في القضاء في نيته خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكر والاول قول الحلواني وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث (قوله الا أن ينوي الثلاث) ولا تصح نية الثنتين الا في الامة خلافا لزفر والزهري ومر في الكنايات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال أنت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان فكملت الثلاث (قوله وان قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف كذا ذكره القدوري وليس مذكورا في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي وانما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد انه ظهار اذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه (قوله ولهما انه أطلق الحرمة الخ) حاصله ان الحرمة أعم من الحرمة التي هي ظهار أولا والاعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء (قوله وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) ونص في المحيط انه خلاف قول محمد حيث قال فان نوى اليمين أولم ينو شيأ كان يمينا وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية هكذا قال محمد ومن مشايخ بلخ من قال تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح في هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذلك حلال المسلمين ثم على قول محمد رحمه الله اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحنث بأي ذلك وجد فاذا تناول شيأ من الطعام أو الشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين أن يتناول قليلا أو كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية واذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين (قوله ومن المشايخ) هم المتأخرون لما ظهر من العرف في ذلك حتى لو قال لامرأته ان تزوجتك فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي أنا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو مكنته حنثت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاقها غير ناو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق

فى القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغينانى لا أقول لا تشترط النية لكن يجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله أنت على حرام أو حرمتك على أو لم يقل على أو أنت محرمة على أو لم يقل على أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسى عليك ويشترط قوله عليك فى تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله أنت معى فى الحرام بمنزلة قوله أنت على حرام وفى الفتاوى لو قال لامرأته أنت على حرام أو حلال الله على حرام فهو على ثلاثة أوجه اما ان كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة ان كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة تلزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندى والامام مسعود الكشانى يقع واحدة وعليه البيان قال فى الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندى ان الاشبه ما فى الفتاوى لان قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف فى الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما فى قوله احداكن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ثم قال لامرئ آخر ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغى أن يقع كما لو قال معلقا دون الاول ❁ فروع ❁ تتعلق بالايلاء لو قال لا قربتك ما دمت امرأتى فأبانها ثم تزوجها لم يصر موليا ويقربها بلا حنث ولو قال ان قربتك فعلى ان أنحر ولدى صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزم فيه شئ عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروى عن أبى يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعى وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن المولى ووطئها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا أقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت أربعة أشهر بن جميعا وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثلاث يمكنه بغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكأنه قال ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا منهن فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطء كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا أقرب احداكن جعلنا موليا من واحدة وقال زفر مول من الاربع حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب احداهن بانت واحدة منهن وعلى الزوج ان يعينها وعند بن كلهن لان قوله احداكن واحدة منكن سواء ولو قال لا أقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا هذا قلنا احداكن لا تعم لانه معرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احداهن على درهم واما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجتيه والله لا أقرب احدا كما فضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل مضى المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجيء الغد وبين قبل الغد واذا بين بعد المدة وتعينت المبانة ثم مضت أربعة أشهر أخرى فعند أبى يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما وله انه آلى من احداهما لا منهما واحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفى المحيط لو قال أنتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ما يحنث بوطئها ولو قال والله لا أقربكما لا يحنث الا بوطئهما والفرق ان هتك حرمة اسمه تعالى لا تتحقق الا بوطئهما وفى قوله أنتما على حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون موليا عند أبى حنيفة وروى أبو يوسف عنه انه يبطل ايلاؤه واذا اختلفا فى التى مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك التى هو بعد مضى المدة فالقول لها لانها ادعى التى هو فى حالة لا يملكه فيها والله سبحانه الموفق

❁ باب

﴿ باب الخلع ﴾

أخر الخلع عن الايلاء لمعنيين أحدهما ان الايلاء لتجرده عن المال كان أقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني ان مبنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو في الشريعة عبارة عن أخذ مال من المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على قول أبي حنيفة

ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتي بيان ثمرة الخلاف (اذا تشاق الزوجان) أي تخاصما وصار كل منهما في شق أي جانب (وخافا أن لا يقيما حدود الله) أي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بأن تفتدي المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به) أي فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت سمي الله تعالى ما أعطته فداء من فداء من الاسر اذا استنقذه لما أن النساء عوان عند الازواج بالحديث وكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداء (فاذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة) روى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ باب الخلع ﴾

(واذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة

﴿ باب الخلع ﴾

هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة ملاحظة الملابسة كل الآخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن وفي الشرع أخذ هذا المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم هو ازالة ملك النكاح ببدل ولابد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا والا لجرى فيه الخلاف في أنه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعي مما صدقات المفهوم اللغوي لان النزع مطلقا أعم من كون متعلقه أمرا حسيا أو معنويا كقيد النكاح بمقابلة شيء أو لا لم يبعد ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل أصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته في مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلاشك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة وعندهما هو يمين من الجانبين وستأتي ثمرة الخلاف (قوله اذا تشاق الزوجان) أي تخاصما (وخافا) أي علما كقوله

ولا تدفنني في الفلاة فانني * أخاف اذا ما مت ان لا أذوقها

أي اعلم وحدود الله تعالى ما حدده من المواجب التي أمر أن لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لا أنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال لا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال واباحة الاخذ منها مشروطة بمشاقتها فهو معتبر شرطا في ذلك (قوله فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزني الى أن الخلع غير مشروع أصلا وقيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته وخاف أن لا يوفيها حقها او ان لا توفيه حقه ومنعته اذا كرهها هو وقال قوم لا يجوز الا باذن السلطان روى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن وقالت الحنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق

(قوله والخلع نشوز) أقول أي مبنى الخلع (قوله فقدم ما بالرجل الخ) أقول ولانه لا يحصل الفرقة بالايلاء الا بعد مدة بخلاف الخلع فكان نسبة الايلاء الى الخلع نسبة الطلاق الرجعي الى البائن (قوله وحكمه وقوع الطلاق البائن) أقول يعني عندنا (قوله انه من جانب المرأة معاوضة الخ) أقول ويمين من جانب الزوج قال المصنف (واذا تشاق الزوجان) أقول قال ابن الهمام هذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لا انه شرط معتبر المفهوم وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال لا بأس واباحة الاخذ مشروطة بمشاقتها اه وفيه نوع تأمل (قوله فاذا فعلا ذلك) أقول وقال الرجل خالعتها وقبلت المرأة

ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن الا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة

لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذى أخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهرى يقول ذلك وجه قول المزنى ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ أجيب بأنه متوقف على العلم بتأخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثانى ولان هذا النهى متعلق بما اذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو أراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة فى تلك الصورة أعنى صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبنى على تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح اذا أمكن والترجيح يثبت للحرم على المبيح لان فيه الاحتياط وهو هنا فى تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما فى ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما فى لا صلاة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار وايجابا كقوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والا فنفس كونه عاما لا يقتضى التقدم لعين مفهومه بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل الجواب القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ماذكر المصنف بقوله كرهه ان يأخذ يعنى كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبى فى جوابهم تأويل الآية فى الحل والحرمة لا فى منع وجوب المال وتملكه لان الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان المعارضة تنفى القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ماذكرنا وسيأتى ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى

وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعى فى القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطنى عنه وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها قالوا ذكر الله تعالى الطلاق فى أول الآية وفى آخرها والخلع بينهما وروى نافع مولى ابن عمر انه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها الى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا وأعلمنا فهؤلاء أربعة من الصحابة فان ربيع وعمها صحابيان قالوا بذلك ويستدل عليه أيضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان الى أن قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعنى الثالثة المفاد شرعيتها بقوله تعالى أو تسريح باحسان على ما أسلفناه من التقرير فى فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق أربعا والثانى منتف وأيضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك فى الافتداء قلنا أما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا موجب كون الواقع فى الواقع أحد الجائزين بعينه وهو أنه فسخ أو طلاق فلا يفيد وأما الآية فبالنظر الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما أفاد شرعية

(ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات) فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع (والواقع بالكناية بائن) فاذا قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط أجاب بقوله (الا أن ذكر المال أغنى عن النية ههنا) وقد قيل فى بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية (ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة)

الثلاث و بين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح وأخذ منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقا هو الثالثة أو لا فتعين أخذها من خارج البتة وهذا أوجه من قولهم بين الثالثة بعوض و بغيره لانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعت ولانه يقتضى أن لا يشرع الخلع الا بعد ثنتين بل انما نص على شرعية الثلاث و بين حكما آخر هو جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك وأما ما ذكروه عن عثمان فبتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة وأصل هذا ما روى من حديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة فسمى الحيضة عدة رواه أبو داود والترمذى والحاكم وصححه ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم فى خلع امرأة ثابت بن قيس بأنها طلقة على ما فى البخارى انه قال له اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعنى العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الايجاد والاعدام فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذى تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع ان ربيع بنت معوذ جاءت هى وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها فى زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها أو عدتك عدة المطلقة وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول أربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابى يتبع أقضية النبى صلى الله عليه وسلم وآى الاحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار أهلا للاجتهاد بل قد بعضهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فانهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ما قال فاعتداء فليس فى المعنى الا قول صحابيين لان المقصود قول أهل الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفى العدة وكونه فسخا وهو ممنوع بما روى عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى مالك عن أم بكرة الاسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعا الى عثمان رضى الله عنه فأجاز ذلك وقال هى طلقة بائنة الا ان تكون سميت شيأ فهو على ما سميت ولا نعرفه فيه الا أن جهان لم يعرفه الامام أحمد فرد الحديث لذلك وهو جهان أبو يعلى أو أبو العلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطى يعد فى أهل المدينة تابعيا روى عن سعيد بن أبى وقاص وعثمان بن عفان وأبى هريرة وأم بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذى وغيرهما وقال ابن حبان فى الثقات هو جد جدة على بن المدينى فهى ابنة عباس بن جهان روى له ابن ماجه حديثا واحدا فى الصوم عن أبى هريرة لكل شئ زكاة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا صرح أصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلى رضى الله عنهم ثم يعارضه قول غيره بل والمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسند ابن أبى شيبة حدثنا على بن هاشم عن ابن أبى ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعى عن علقمة عن ابن مسعود رضى الله عنه قال لا تكون طلقة بائنة الا فى فدية أو ايلاء وروى عن على أيضا وتقدم ما رويناه عن عثمان وقال عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن داود بن أبى عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابى وان اتفق غيره نادرا فعن ثقة هكذا تتبعت مراسيله وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع طلقة بائنة وكذا ما أخرجه الدارقطنى وسكت عليه وابن عدى وأعله بعباد بن كثير الثقفى من ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق أهل الشأن لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة فى نفس الامر فجاز أن يقوم دليل الصحة فى نفس الامر مع الضعف فى الظاهر وههنا نظر على أصولنا وهو ان

قوله جهان هو كعثمان كما فى القاموس ووقع فى أسماء الرجال جهمان بتقديم الهاء وقال بضم الجيم وفتح الهاء والذى فى القاموس هو الموافق للنسخ كتبه مصححه

ابن عباس رضى الله عنهما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما فى البخارى عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه فى دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ان ابن عباس قال بانه فسخ وعمل الراوى عندنا بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ اللهم الا ان يثبت رجوعه كما قالوا والله أعلم به والجواب أن بتقدير ان ثابتا طلقها امتثالا لامره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام فى مسئلة أخرى فحينئذ ما يأتى من تسمية الراوى له خلعا حيث قال وكان أول خلع فى الاسلام يعنى أول طلاق بمال لان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امتثل قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصريح الذى لا يقاومه النقل التقديرى ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا الى النظر فى المعنى أفاد ما قلناه فمن ذلك ماذكره المصنف رحمه الله بقوله (ولانه) أى الخلع (من الكنايات) حتى لو قال خلعتك ينوى الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لان حقيقة الخلع لا تتحقق إلا به وقد قدمنا فى الكنايات انها عوامل بحقائقها والنكاح قائم بالرجعى فلم يخلع ثم لم يخرج عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا يقتضى خروجه عن حاله وأيضا هذه فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقا لانه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار إذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن اتمامه معنى وأيضا ملك النكاح ضرورى لانه وارد على الحرمة فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفى هذا الملك فى حق الفسخ وأما وجه من قال لابد من اذن الامام فلم أره ويظهر ان قوله تعالى فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرعه مشروطا بالخوف الأئمة والحكام اذهم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا فرع الترافع اليهم وان كان خطاب فلا تأخذوا للأزواج فهو غير مستغرب فى القرآن ان يكون خطابان يتلو أحدهما الآخر والمخاطبون بأحدهما غيرهم بالآخر والجواب ماذكرنا من قصة الربيع من الموطا يفيد ان الخلع وقع دون علم عثمان رضى الله عنه به ولم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فأفاد عدم فهمهما ذلك فيكون المراد من الآية اذن الأئمة من تمكينهم من الخلع اذا خافوا عليهما عدم القيام بالواجب فيما اذا ارتفعوا اليهم لانه لابد من الترافع اليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم يمنعونهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وتبين حينئذ انه ليس مباحا لقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات هن المنافقات رواه الترمذى وفيه وفى أبى داود عنه صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس بها لم ترح رائحة الجنة لا بالحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع وأما وجه من قال انه رجعى فذكر بعضهم فيه ما لا حاصل له ولا غبار على الوجه المذكور فى الكتاب فيه وهو انها انما بذلت المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الافتداء لذلك والا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذى شرع لاجله ولانه معاوضة والزوج قد ملك المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلابد من ان تملك نفسها حكما لها تحقيقا لها كما فى جانبه والله سبحانه أعلم (قوله الا ان ذكر المال) استدراك مما يتوهم لزومه على قوله انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا أنكرها يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق فى لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع فى عدم النية عند ذكر المال بأن يقول بارأتك على ألف أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف وعند عدمه يصدق فى انكارها قضاء فى الخلع والمبارأة لا فى لفظ الطلاق

قوله (وان كان النشوز من قبله) يقال نشزت المرأة على زوجها فهى ناشزة اذا استعصت عليه وأبغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهى كراهة كل واحد منهما صاحبه (يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى وان أردتم (٣٠٣) استبدال زوج مكان زوج وآتيتم

(وان كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا) لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيأ ولانه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال (وان كان النشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها) وفى رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لاطلاق ماتلوناه بدأ ووجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا

والبيع لانهما صريحان ذكره فى الكافى فأجاب بأن ذكر المال يغنى عنها اذ هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انه لا يستحقه الا بسببه (قوله وان كان النشوز من قبله كره له ان يأخذ منها شيأ) لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيأ نهى عن الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ما قيل من ان ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشئ اذ لا معارضة فى التحريم فان اطلاق نفى الجناح فى آية المطلقة مقيد بالمشاقة فان الآية هكذا ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيأ الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهى فى الآية الاخرى مقيد بانفراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض فى حرمة الاخذ على انه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفى امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقا ليفتدى مالها فى مقابلة خلاصها من الشدة التى هى فيها معه ذلك وقال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعى على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراما الا انه لو أخذ جاز فى الحكم كما ذكره المصنف آخرا أى يحكم بصحة التملك وان كان بسبب خبيث وعلله بقوله (لان مقتضى ماتلوناه) يعنى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (شيآن الجواز حكما) يعنى الصحة والنفاذ فى القضاء فانه ذكره مشبها بأخذ الزيادة وقد قال فيها جاز فى القضاء (والاباحة وقد ترك فى حق الاباحة لمعارض) وهو قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الآية فبقى معمولا به فى الباقى أى الجواز فى القضاء لا يقال الجواز هو الاباحة ويتلازمان وجودا وعدما لانا نقول ان معنى الاباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ومعنى الجواز من جاز أى مر وبعد فهو النافذ شرعا أى الصحيح وهو المعتبر سببا لترتب الآثار الشرعية فهو أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كما فى كل نهى عن أمر شرعى لم يقم فيه دليل شرعى على انه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم وهنا كذلك فالاخذ حرام فى حال عدم نشوزها وان كان برضاها ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كما فى البيع فيما قلنا حيث ملك بسبب ممنوع لا يقال النهى هنا عن أمر حسى فيعدم وجوده شرعا فيخرجه عن انتهاضه سببا مفيدا لحكم الملك كالنهى عن الزنا لان ذلك مقتضاه اذا لم يدل الدليل على ان النهى لغيره لا لعينه وهنا دل على انه لزيادة الايحاش ولقائل أن يقول اذا ترك فى حق الاباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لان دلالته على النفاذ ليس الا دلالة التزامية للاباحة لان دلالته المطابقية على الاباحة اذ هى المعنى المطابق لنفى الجناح ويلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فاذا ارتفعت الاباحة ارتفعت بلازمها الا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا يظهر قول الظاهرية (قوله لاطلاق ماتلوناه بدأ) أى أولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعنى بطريق دلالته لا عبارته فان عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولا شك ان فى مشاقتهما مشاقته فاذا كان له أن يأخذ ما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاقة منه فأخذه ذلك فيما لا مشاقة منه فيه أولى (قوله ووجه الاخرى قوله عليه السلام فى امرأة ثابت الخ) تقدم ذكر الحديث من رواية البخارى وليس فيه

احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا) فان قيل النهى ورد عن فعل حسى وهو الاخذ ومثله يقتضى عدم المشروعية ثم هو مؤكد بتواكيد هى قوله أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف الجواز مع الكراهة أجيب بأن النهى وان ورد عن فعل حسى ولكنه لمعنى فى غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية فى نفسه كما فى قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسى والى هذا أشار بدليله الثانى وهو قوله ولانه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال (وان كان النشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وفى الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لاطلاق ماتلوناه بدأ) أى أولا يعنى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره (ووجه الرواية الاخرى) أى رواية القدورى وهى رواية كتاب الطلاق فى الاصل (قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا) وقصتها

ما روى ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعتب على ثابت فى دين ولا خلق ولكنى أخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضى اياه فقال أترددين اليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا

(قوله فقالت لا أعتب) أقول العتب المؤاخذة والغضب من باب ضرب ومنه هذا الحديث

(وكان النشوز منها) بمار ويناه من الحديث فكان قوله أما الزيادة فلا ينفي اباحة أخذ الفضل على ما نذره واذا انتفى الاباحة كان مكروها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا أخذوا النشوز منه لان مقتضى ما تلونا) من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (شيآن الجواز حكما) أي جواز أخذ الزيادة في القضاء (والاباحة) أي اباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله وفرقوا بين العبارتين بأن كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الاباحة أيضا واذا انتفت الاباحة ثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة (وقد تركنا) يعني ما تلونا غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية (فبقي معمولا في الباقي) وهو الجواز وفيه بحث من وجهين أحدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهية الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ منها وهو غير ناشز أولى أن لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا أخذ وهو ناشز قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تأخذوا منه شيأ والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة لا يعارض

وقد كان النشوز منها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء) وكذلك اذا أخذوا النشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيآن الجواز حكما والاباحة وقد تركنا العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

ذكر الزيادة وقد روي مرسلة ومسندة فروى أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء وأقرب الاسانيد سندا عبد الرزاق قال أخبرنا ابن جريج عن عطاء قال جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال أترددين عليه حديقته التي أصدقك قالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا وأخرجه الدارقطني كذلك وقال وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح وأخرج عن أبي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم أترددين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فأخذها وخلى سبيلها اه قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الاسلام لا أطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أترددين عليه حديقته قالت نعم فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الامام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الانصارية وزاد فيه وكان ذلك أول خلع في الاسلام فقد علمت انه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لان المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا اذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الاول أو بمسند كان حجة وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب وفي اسم أبيها عبد الله بن أبي ابن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل ان الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته انها اختلعت من زوجها بكل شئ تملكه فخوصم في ذلك الى عثمان بن عفان فأجازه وأمره بأخذ عقاص رأسها فادونه وذكر أيضا عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع ان عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها من كل شئ لها ومن كل ثوب حتى نقبتها وروى ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبي كثير وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا يأخذ منها فوق ما أعطاها ورواه وكيع عن أبي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن أبيه عن علي انه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وقال طاوس لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن

(قوله أولى أن لا يكون مباحا الخ) أقول فيه بحث اذ ما ذكره من الاولوية غير ظاهر (قوله قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تأخذوا منه شيأ) أقول قال ابن الهمام فيه نظر لان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اه أقول ممنوع بل نخوف كل منهما أن لا يقيم حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد فانه اذا نشزت المرأة فقط يجوز أن يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية وكذا اذا نشز الرجل فتأمل

(وان طلقها على مال) مثل أن قال أنت طالق بألف درهم أو على ألف درهم (فقبلت وقع الطلاق ولزم المال) لان هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل اما أهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لامحالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم فيه متعلق بالقبول وأما أهلية المرأة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله كذا في بعض الشروح (واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا) انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها (ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع) اذا خالع المسلم امرأته على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شئ للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شئ له والطلاق رجعي أما الاشتراك في وقوع الطلاق فانه علقه بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم يكن من الالفاظ الثلاثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شئ عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه لالزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا الزام غيره لعدم الالتزام به

(وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص (وكان الطلاق بائنا) لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقا للمساواة قال (وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شئ للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا) فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شئ عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى إيجاب المسمى للاسلام ولا الى إيجاب غيره لعدم الالتزام

لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به أجيب اذا خص منه شئ أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا لنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيأ فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصا لا يقال أخذ الزيادة أيضا غير متناول المطلقة لانها في نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزهما لانا نقول تثبت اباحة أخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق أولى كما بينا وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من أن يزداد الحمل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله أعلم (قوله ولو طلقها الخ) صورته أن يقول أنت طالق على ألف أو بألف أما لو قال وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق أي غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة أو أمة اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل المقدر القبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والمعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء والى هنا يتم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس وزاد في النهاية قوله ولو قلنا بتعليقه بالاداء كانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله أنت طالق على ان تدخلي الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان أديت فأنت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه أو الجانبين فليست هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك واعلم ان تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرده هو فيما يتحقق فيه التحقيق اما فيما يحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا يصح مطلقا وقال الفقيه أبو جعفر ينوي الزوج ان أراد به التحقيق دون السوم يصح وهو المختار للفتوى (قوله لما بينا) يعني قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها (قوله وهي النفس) أنث ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر أعني النفس (قوله وان بطل العوض في الخلع الخ) حاصله انه اذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل

(بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا) فانه يلزم عليها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لانها سمت (٢٠٦) مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب أو أعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وان أداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله (وبخلاف ما اذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه) أي في العبد (متقوم) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب (وما رضي بزواله مجانا) فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة (أما ملك البضع في حالة الخروج ففير متقوم على ما يذكر) بعيد هذا بقوله (والفقه) فلا يلزمها شئ وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع وانما عتق المكاتب اذا أدى الخمر المسماة لان في الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفي قوله على خمر تلويح الى أنه لو كاتب على ميتة أو دم فالكتابة باطلة حتى لو أدى لم يعتق ولا تجب القيمة وقوله (وبخلاف النكاح) للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شئ (لان البضع في حالة الدخول متقوم) ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال (والفقه) ما ذكره وهو واضح

بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا أما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فأما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال

فاما ان يكون موقعا بلفظ الخلع أو الطلاق ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهي دون الثلاث وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد وفيهما معا لا يجب شئ للزوج وجه الحكم الشامل ان ملك النكاح في الخروج غير متقوم ولهذا لا يلزمه شئ في الطلاق اجماعا واباحة الافتداء ليس وضعا لتقومه شرعا والا لتعينت القيمة ولو بالنوع كمهر المثل فاذا سمي غير المتقوم في غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا وجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لانه من خلع النعل والثوب والقميص وقدمنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فما أفاد حقيقته منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا وما لا فرجعي ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة على ما سلف فانما يقع به رجعي ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة ولو لاثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيها كقول مالك وأحمد والشافعي يخالفنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما أسلفناه فيها وقال هنا ان الواقع بائن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوما حالة الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفي كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له الا المال قيل هو قياس قول أصحابنا وهو صحيح وفي جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شئ لانه مال لا تستحقه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة (قوله بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا) فيرجع عليها فعند أبي حنيفة ترد مهرها وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شئ له (قوله وبخلاف ما اذا كاتب أو أعتق على خمر) ونحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتب على ميتة أو دم فان الكتابة حينئذ باطلة حتى لو أدى الميتة أو الدم لا يعتق وههنا فاسدة فلو أدى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه (لان ملك المولى فيه متقوم) ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي كتمنه ابتداء (وما رضي بزواله مجانا) لانه لو رضي لنجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه ولا ايجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل في موضع لزومه تجب قيمة المبدل ولقائل أن يقول ان عنى بكون العبد متقوما عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعا ممنوع وان عنى امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع بان الشرع قوم أو لا بيع أو هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج (قوله والفقه فيه) أي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج (انه) أي البضع (شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض فاما الاسقاط فنفسه شرف) أي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية (فلا حاجة الى ايجاب المال) اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه

(قوله لانها سمت مالا) أقول تعليل لقوله يلزم عليها رد المهر

قال (وما جاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع) كل ما جاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس (لان ما يصلح أن يكون عوضا للمتقوم أولى ان يصلح عوضا لغيره) ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضية أن يصير مالا بالانفصال لكنها (٢٠٧) بالنظر الى ذلك تكون في معنى الاضافة أو التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والاضافة فكذلك العوض الآخر وأما الخلع فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شئ فلا شئ له لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا (فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شئ فلا شئ له عليها لانها لم تغره بتسمية المال) لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره (وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شئ ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة) أي أي جهالة كل واحد منهما ويجوز أن يكون معناه لجهالة المسمى وان كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة (ولا الى قيمة البضع أعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج) كما تقدم (فتعين ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه)

قال (وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا في الخلع) لان ما يصلح عوضا للمتقوم أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم (فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شئ فلا شئ له عليها) لانها لم تغره بتسمية المال (وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شئ ردت عليه مهرها) لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع أعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه

(قوله وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا في الخلع) ولا ينعكس كليا فالصادق ببعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا والبعض لا كالاقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وما في بطن جاريتها يجوز وله ما في بطونها ولا يجوز مهرا بل يجب مهر المثل والفرق ان ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المآل فكان تعليقا بالانفصال من البطن وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذا الآخر أعني المال ولا يقبله ما يقابل المال هنالك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطونها شئ حالة الخلع فلا شئ له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لا له لانها غير غارة اذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا اذ ظهر لجواز كونه ريحا أو ميتة فلا يلزمها شئ ويصح التأجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح جاز المجهول والى الاجل المجهول المستدرك الجهالة وعلى هذا الاصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوته بها أو خدمة الاجنبي لان هذه تجوز مهرا وفي الخلاصة قالت طلقني على ان أؤخر مالي عليك فطلقها فان كان للتأخير غاية معلومة صح به التأخير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على أن تبرئه عن الكفالة التي كفل بها لها عن فلان فالطلاق بائن انتهى كأنه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا تسقط بل تتأخر بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال أو مطالبتها اياه به (قوله أولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم) وهو البضع حالة الخروج بخلافه حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث (قوله لانها لم تغره بتسمية المال) لان ما في يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا أو كان ومثل هذا قولها على ما في بيتي أو ما في بيتي من شئ وليس فيه شئ لا يلزمها شئ لان الشئ يصدق على غير المال فان كان فيه شئ حال قولها فهو له كله ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب وقوله (لا وجه الى ايجاب المسمى) أي ما سمته المرأة وهو المال (وقيمته للجهالة) قيل عليه

(قوله لكنها بالنظر الى ذلك) أقول إشارة الى قوله بعرضية أن يصير مالا قال المصنف (ردت عليه مهرها) أقول قال ابن الهمام قيل عليه يجب أن يلزمه ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب أحمد والجواب الجهالة الفاحشة توجب الفساد ولان كون أقل ما هو مال درهما ممنوع اه وأنت خبير بان كون أقل ما هو مال درهما مذكور ومصرح به في كتاب الاقرار

وقوله (ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم) واضح وقوله (وكلمة من ههنا للصلة) اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان أو درهم يجب أن لا يجب عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قوله أخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام وإذا لم تكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم واعترض بأن ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قولها دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا أيضا ويكون تقديره (٢٠٨) خالعني على الدراهم واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد

فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضر لانه اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب وعن الثاني لانسلم انه لا معهود ثم بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها (فان اختلعت على عبدلها آبق على انها بريئة من ضمانه) يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شيء عليها (لم تبرأ

(ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم) لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه (فان اختلعت على عبدلها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ

يجب ان يلزمها ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب أحمد رحمه الله والجواب ان الجهالة توجب الفساد ولان كون أقل ما هو مال درهما ممنوع (قوله لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة) فان قيل هذا في قولها دراهم ظاهر أما في الحلي فينبغي أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام الى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغي أن يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدية فاما ان أمكن اعتبار كونها المراد وهو كذلك هنا فان قولها على ما في يدي أفاد كون المسمى مظروفا بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظة من وقعت بيانا ومدخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى وليس الذكر كالانثى للعهد لتقدم ذكره في قوله ما في بطني محررا وان كان يخالفه في كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه في وليس الذكر كالانثى لان المراد بلفظ ما فيه متعين لان المنذور للبيعة انما هو الذكور لانه لا يكون للجنس الا عند امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس في لا أشتري العبيد لامكان الاستغراق في النفي دون لأشترين العبيد لعدم الامكان فيحنث بشراء عبد واحد بالاول ولا يبر بشراء عبد في الثاني بل بشراء ثلاثة وبهذا التقرير تبين لك ان من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف ألا ترى الى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذي موضعها موصولا بعد خولها حال كونه خبر المبتدا الذي هو ضمير المبهم هكذا ما في يدي الذي هو الدراهم كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان لصدق الرجس الذي هو الاوثان اللهم الا أن يكون له في لفظ الصلة اصطلاح وما قيل ان تعين الثلاثة فيما اذا لم يكن في يدها شيء لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة دفع بأنه فرع تقوم البضع في الخروج وهو ممنتف وفيه نظر لان المراد انه لما لزم المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترما فالظاهر أن يراد ببدل اسقاط المالك عنه ما هو معتبر والدرهم الواحد وان صدق عليه الجنس الذي صار اليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملا لا دلالة بالمعين المذكور كما انه يحمل على الفرد بمعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره (قوله على انها بريئة) يعني ان

(قوله وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين) أقول فيكون له في لفظه اصطلاح (قوله ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض الخ) أقول تقدم في آخر فصل المشيئة ان من في قوله طلقي نفسك من ثلاث ما شئت للتبعيض عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يصح الكلام بدونه (قوله لان قوله دراهم يجوز أن يكون بدلا الخ) أقول ويصح فاجتنبوا الرجس من الاوثان على البدلية (قوله واللام اذا دخل الجمع الخ) أقول اعتراض ثان (قوله والجواب عن الاول الخ) أقول اذا كان مراد المعترض عدم صحة ما ذكر تفريعا على تلك الضابطة من كون كلمة من للصلة دون التبعيض مع انها حقيقة فيه كما تقدم لم يتوجه هذا الجواب (قوله وعن الثاني بانا لا نسلم انه لا معهود ثمة بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها) أقول وأنت خبير بان هذا المقدار من التعيين لا يكفي في المعهودية ألا ترى انهم لم يكتفوا في معهودية الذكر في قوله تعالى وليس الذكر كالانثى بأن ما في بطنها معهود بل ضموا الى ذلك كونه محررا فليتأمل

وجدته

وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لاتقتضيه العقدة فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة أجيب بأن العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شئ وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستفحشة لكونها تنتظم أنواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضا أجيب بأن استحقاق التسليم فوق استحقاق السليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشئ للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله (وعلى هذا النكاح) يعني اذا تزوج امرأة على عبد آبق على أنه بري من ضمانه لم يبر أو عليه تسليم عينه الخ (واذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) وكلامه واضح

وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت) لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح (واذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) لانها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال

وجدته سلمته والا فلا شئ عليها (قوله وعليها تسليم عينه الخ) هذا فرع صحة التسمية وانما صحت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انه اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا يفضي الى المنازعة في القيمة فتدفع وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت و وجب تسليمه ان رضي سيده والا فقيمته وهذا بطريق أولى لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى بخلاف البيع لان مبناه على المشاحة فالعجز يفضي اليها وهو لم يشرع الا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه وبخلاف ما اذا خالعته على دابة وعلى أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لان الجهالة متفاحشة لاختلاف الاجناس فلا يمكن ايجاب شئ مسمى بعينه ولا قيمته بخلاف ما نحن فيه لانه يمكن تسليمه أو قيمته وغاية الامر أن يكون كتسمية عبد وسط فاذا صحت التسمية أوجبت تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لانه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه يصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب أصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان وجوب مطلق الشئ يقتضي كماله لان المعيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلي هو العيب فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه أو نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشرط فيه عدمها وهو المطلق لا غيره بخلاف أصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي أخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الائمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج عالما بذلك أن لا يجب له شئ كما قدمنا في الخل المعين اذا ظهر خمرا وهو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته (قوله فطلقها واحدة) أي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شئ (قوله فعليها ثلث الالف) وبه قال الشافعي وعن مالك تقع بالالف وعند أحمد تقع بغير شئ والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلثه فأثبته بقوله ان الباء تصحب الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والاخلا بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن الغرض ان لا تبرع بشئ منه لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الامر يكون طلب الجملة بعوض طلب كل جزء منه بكل جزء منه لكن يبقى فيه أنه انما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسؤل فيقع بغير شئ وهو وجه قول الامام أحمد فاذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره

طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف)

(قوله ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب) أقول فان الاصل هنالك باق فيجوز العقد

(وان قالت طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شئ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة (وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء) واذا كان معاوضة انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض (ولابي حنيفة ان كلمة على للشرط) أي تستعمل للشرط مجازا (قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ) أي بشرط عدم الاشراك بالله (ومن قال لامرأته أنت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا) ويجوز المجاز ماذكره المصنف انه استعير للشرط لانه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم (واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ماذهبتم اليه مجاز وماذهبنا اليه مجاز آخر وليس أحد المجازين بأولى من الآخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز أن يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازا أقرب الى حقيقته والمجاز الاقرب الى الحقيقة أولى على ما عرف في الاصول (قوله على ما مر) أراد به قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض على (واذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ) غير مبني على سؤالها (فوقع وله الرجعة)

(وان قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شئ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الألف) لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة

بيع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلثها يجوز باعتبار انه تحصيل بعض المقصود كذا هذا بل أولى فان مقصودها الاصلي ملكها نفسها بقطع ملكه غير أنها ذكرت احدى صورتي ذلك وهو الثلاث بعد علمها بحصة كل منها فاذا انتهى بواحدة تحصيل أصل المقصود في صورة أخرى فهو أولى بجوازه بحصتها بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الاعبد الثلاثة بألف كل واحد بثلثها فقبل في واحد لا يجوز على قول أبي حنيفة فانه لما نع وهو تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد الى الردىء في الصفقة ليروجوا الردىء فالقبول في بعضها الحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت في واحدة لا يقع شئ ولا يجب شئ لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه لم يرض بها الا وان يكون بازائها ألف ولم يوجد منه بعد الايجاب ما يدل على الرضا ولو قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها ثلاثا متفرقة في مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفي الذخيرة قالت طلقني ثلاثا على ألف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمته بازاء الحرمة الغليظة وفي المرغيناني لو قال أنت طالق أربعا بألف فقبلت طلقت ثلاثا بألف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الامر باليد عن أبي يوسف لو قالت طلقني أربعا بألف فطلقها ثلاثا فهي بالالف ولو طلقها واحدة فبثلث الالف (قوله وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط) يبين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفي النهاية لا يتم تعليل أبي حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارة للشرط لهما أن يقولا لم صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها لمعنى الباء بل استعارتها لمعنى الباء أولى لان حقيقتها الالزام بالاتفاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم أكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما في المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق أن يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقعت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على رأسي وهو محمل اطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو قوله يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ أي بشرط ذلك ونحوه أنت طالق على أن تدخلي الدار وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على ألف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على أن أنصرك أو أعطيك أو أشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصلح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا تنقسم أجزاؤه

(قوله فكانت المناسبة بينهما) اقول أي بين على والشرط (قوله وبين الشرط والجزاء) أقول أي جنسهما

(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء) لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لانها ما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى (ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله أنت طالق بألف) ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا

على أجزاء مقابله كما لو قالت ان طلقتني ثلاثا فلك ألف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلا بشيء بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما في بألف فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا إذ الشرط لا تتوزع أجزاؤه على أجزاء المشروط بل بمجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك ولا يحتاط في اللزوم إذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما في المشترك لا ينفيه اذ غايته انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة أعني كون مدخولها جسما محسوسا أو غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد أما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك أن الاشتراك واقع وليس الا دليله على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازي اللزوم ليس باولى من القلب وكون ذلك قول أهل العربية لا يرجحه لان أهل الاجتهاد هم أهل العربية وغيرها وأحد من الكل لا ينقل عن الواضع ان المعنى الحقيقي كذا بل ليس حكمهم به الا بناء على ما رأوه متبادرا عند الاطلاق لاهل اللسان ونحن أوجدنا تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر هذا ولو تنزلنا الى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة أعني الاستعلاء كان في المجازي أعني اللزوم وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة الى آخر ما قلناه بعينه (قوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف) تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه (قوله ولو قال أنت طالق الى قوله ولا بد من القبول) لو قال أنت طالق بألف أو على ألف أو خلعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف أو على ألف يقع على القبول في مجلسها وهو يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها إذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها اما تعليقه بالقبول فلان الباء للمعاوضة وقدمنا ان في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا اشكال وعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو اما القبول أو الاداء ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول أو الاداء بعد لزوم ارادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا ما هو أبلغ من هذا وهو لو قال أنت طالق على ان تعطيني ألفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما لو قال إذا أعطيتني أو اذا جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلافه مع على حتى إنه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مثله في مسئلة على ان تعطيني دون ان أعطيتني الا أن يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بألف لها عليه وذلك لانه يقال على ان تعطيني منك كذا ويراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أي حتى يقبلوا للاجماع على ان بقبولها

وقوله (ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا) ظاهر (ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بألف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وقوله لان معنى قوله بألف بعوض يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين (والعوض لا يجب بدون قبوله) ظاهر (وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده) يحتاج الى أن يضم اليه وبوجوده يكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في أول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها

(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع الطلاق ولا شئ عليها عند أبي حنيفة وكذا لو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبلا واذا لم يقبلا لا يقع الطلاق والعتاق) ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين أحدهما ان المرأة أو العبد اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند أبي حنيفة ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على المرأة والعبد المال والثاني انهما اذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لم يقعا (لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك علي درهم بمنزلة قولهم بدرهم) والخلع معاوضة فتحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال كأنه قال أنت طالق في حال ما يجب لي عليك ألف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة رحمه الله أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدا وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا (لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال) بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض

(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شئ عليهما عند أبي حنيفة) وكذا اذا لم يقبلا (وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل) واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال

ينتهي الحرب معهم هذا ثم في قوله ان أعطيتني يشترط الاعطاء في المجلس لوقوع الطلاق وفي قوله إذا أو متى أعطيتني لا حاجة الى الاعطاء في المجلس وهذا يبين ان معنى المعاوضة ملاحظ وان ذكر بصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلانه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدأت قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا اضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها إذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره ﴿فرع﴾ قال لاجنبية أنت طالق على ألف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول الا بعد التزوج ولم يحك خلافا في جوامع الفقه وغيره جعل هذا قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت والحق قول أبي حنيفة لانه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده (قوله ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف) أو قالت هي أو العبد طلقني أو أعتقني ولك ألف ففي ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولا شئ له قبلا أو ردا وفي الثاني يقع اذا أجاب ولا شئ له وقالا لا يقع شئ ما لم يقبلا فاذا قبلا وقع ولزمهما المال لهما ان هذا الكلام يقع لقصد المعاوضة حتى ان قوله للخياط خطه ولك درهم وللعمال احمله ولك درهم يفيدها ويلزم المسمى المعلوم بارادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لاحاطة العلم بارادته وطريقة افادة اللفظ لذلك ان تجعل الواو للحال فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه في حال وجوب الالف لي عليك أو لك علي ولا يتحقق هذا الحال الا بقبوله فعنده يثبت شرط الطلاق إذ الاحوال شروط فيقع عقيبه ولزم المال فان قيل انما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا قلنا الخلع أيضا معاوضة وله ان قوله وعليك وقولهما ولك ألف جملة تامة والاصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود ولذا لو قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال الا بقرينة تفيد مشاركتها فيه كما في قوله ان دخلت فأنت طالق وعبدي حر فان العتق يتعلق أيضا بالدخول لان قوله وعبدي حر وان كان تاما الا انه في حق التعليق قاصر لان الخبر الاول لا يصلح خبرا له بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه أن يقول وضرتك ان كان غرضه التعليق لان خبر الاول يصلح خبرا له ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال ومع عدم اللزوم فالكرام يأبون قبول بدلهما أشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فلا بد فيها من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصر الزم اذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف

(قوله والخلع معاوضة الخ) أقول أي من جهة المرأة فيه بحث اذ قد سبق في أول الباب ان الخلع يمين من الجانبين عندهما الا أن يكون الكلام الزاميا (قوله لهما ان هذا الكلام الى قوله والخلع معاوضة) أقول كون الخلع معاوضة مسلم الا أن الكلام في كون هذا التصرف خلعا فيكون (قوله فتحمل الواو على معنى الباء) أقول فيه بحث (قوله ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال الى قوله ولا يكون ذلك الا بعد قبولها الخ) أقول اذا الاحوال شروط (قوله ولابي حنيفة رحمه الله الخ) أقول قال ابن الهمام فالواو باقية على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الايقاع عطف أخرى هي دعوى المال عليهما ابتداء انتهى محصل كلامه ان المال في الصورتين لا يلزم الا بالاقرار أو البينة وهما منفردان هنا اذ القبول ليس باقرار

(بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه) أي دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا (ولو قال أنت طالق على ألف على اني بالخيار أو على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت) طلقت فالخيار باطل (اذا كان للزوج وجائزا اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلاث بطل الطلاق وان أجازت) الطلاق أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق (ولزمها الالف عند أبي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرفين) يعني ايجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين أما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ وأما من جانبها فلان قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين الزوج تتم بقبول المرأة فأخذ

قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ (ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع) ألا ترى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه وأما في جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ أجيب بان كونه شرط يمين لا يمنع أن يكون تمليكا في نفسه كمن قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر انه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال

بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه (ولو قال أنت طالق على ألف على اني بالخيار أو على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلاث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف) وهذا عند أبي حنيفة (وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها ألف درهم) لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها

فيكون الزوج بعد الايقاع عطف أخرى هي دعوى مال عليهما ابتداء وفي قولهما ولك ألف ايجاب صلة مبتدأة وعدا منهما والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل بخلاف قوله اذا لي ألفا وأنت حر لان أول كلامه غير مفيد حكما معتبرا الا بآخره اذ لا معنى لامره بأداء ثمن غير موجب والقرينة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه أما هنا فأول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر وكذا منها لانه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره واعلم ان جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الانشاء وهو ممتنع على ما ذكروه في الاصول فيجب أن يكون واو الاستئناف وحينئذ ان ادعى انها حقيقة فيه تبادر اليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال الى دليل والجواب ان احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا فلا يلزم بالشك على انا نمنع كون جملة أنت طالق انشائية وكذا أنت حر وقدمنا في باب ايقاع الطلاق الدلالة على انها خبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع اليه (قوله فقبلت) أي الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار (فالخيار باطل اذا كان للزوج) فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال (وهو جائز اذا كان للمرأة) فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضي الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال (فان ردت الخيار في الايام يبطل) الطلاق ولزوم المال (وهذا) التفصيل كله (عند أبي حنيفة) ولا يخفى ان العبارة الجيدة أن يقال فان ردت اختيار الطلاق بأن قالت لا أختار الطلاق وعبارة قاضيخان فان ردت الطلاق (وقالا الخيار في الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها) وعليها المال (وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد) لانه لم يشرع الا في عقد لازم كالبيع والكتابة (لا للمنع من الانعقاد والتصرفان أعني ايجابه وقبولها) لا يحتملان الفسخ من الجانبين) أي لا منه ولا منها (لانه في جانبه يمين) اذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال (وفي جانبها شرطه) أي شرط هذه اليمين بتأويل الحلف فاذا قبلت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين

(قوله فقبلت طلقت فالخيار باطل اذا كان للزوج) أقول العبارة المرتبة هكذا فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وطلقت والا فقوله جائز عطف على باطل فتأمل كيف يكون المعنى فالاصوب تأخير طلقت عن قوله للزوج حتى لا يلزم المحذور (قوله فان يمين الزوج تتم الخ) أقول في حق ترتب الاثر (قوله أجيب بان كونه شرط يمين الخ) أقول فيه بحث فانه اذا باع العبد فما ذكره من الصورة بالخيار يعتق العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أو لا لوجود شرط اليمين وذلك مراده بعدم قبول شرط اليمين الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط اذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب الالف عليها وظاهر ان وجوبه بعد سقوط الخيار وهذا ما آل كلام الشارح آخرا فليتأمل

ولابى حنيفة ان الخلع فى جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ماوراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما فى جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ماوراء المجلس ولا خيار فى الايمان وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى) ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه أما البيع فلا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

(وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق) يعنى يصح الخيار من العبد اذا خيره المولى فى الاعتاق على مال كما يصح الخيار فى الخلع من جانب المرأة (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه) فانه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه (والاقرار به) أى باليمين على تأويل الحلف أو المذكور (لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته) أى لصحة اليمين (بدونه) أى بدون الشرط (أما البيع فلا يتم الا بالقبول) ولهذا يملك الرجوع قبل القبول (فالاقرار به) أى بالبيع (اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه) عن الاقرار وهو غير مسموع

واذا بطل انبرم ما شرط فيه (وله ان الخلع فى جانبها بمنزلة البيع) يعنى معاوضة (ولذا صح رجوعها) عنه اذا ابتدأت قبل أن يقبل هو (ولا يتوقف على ماوراء المجلس) بالاتفاق بيننا حتى لو قامت فقبل هو أو قامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدئ لا يصح ولو ذكرنه بصريح الشرط فى الكافى للحاكم أبى الفضل اذا قالت ان طلقتنى ثلاثا فلك على ألف فان فعل فى المجلس فله الالف وان فعله بعده فلا شئ له (وفى جانبه يمين) كما قالا (حتى لا يصح رجوعه) بعد قوله أنت أو هى طالق على كذا أو بكذا (ويتوقف على ماوراء المجلس) فلا يبطل الا أن ينقضى مجلس خطابها أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل ويصح تعليقه واضافته حتى لو قال اذا جاء غد فقد خالعتك على ألف أو فقد طلقتك على ألف وقبلت فى الغد فى مجلس علمها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ولا يصح القبول قبل الايجاب (ولا خيار فى الايمان) فبطل خياره ويصح فى البيع فيصح خيارها وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته فى نفسه ألا ترى انه لو قال ان بعتك هذا فعبدى حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار بخلاف ما لو قال ان دخلت فأنت طالق على انك بالخيار لا يصح لانه خيار فى الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار فى البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته فى البيع لدفع الغبن فى الاموال والغبن فى النفوس أضر والحاجة الى التروى فيه أكثر فانه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبدا وهذا المعنى يقف عليه كل لغوى بعد علمه بشرعيته فى البيع فكان بدلالة النص (قوله وجانب العبد فى العتاق) أى على مال (كجانبها فى الطلاق) فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال أنت حر على ألف على انك بالخيار ثلاثة أيام ❁ فرع ❁ من صور تعليق الخلع أن يقول ان دخلت الدار فقد خالعتك على ألف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع ذكره فى علامة السين من التجنيس لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا يفيد أن قبولها قبل الشرط وفى الوجيز اذا قال اذا قدم فلان فقد خالعتك على ألف واذا جاء غد الخ كان القبول اليها بعد مجئ الوقت وقدوم فلان (قوله فالقول قول الزوج) أى مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك أمس على ألف اقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه والموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف فى وجود الشرط وهى تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر غير مناقض اذ لم يقتض انكاره القبول رجوعه عن شئ مما أقر به والقول للمنكر بخلاف قوله بعتك فانه اقرار بقبول المشترى اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما أقر به فلا يقبل حتى لو كان قال لها بعتك طلاقك أمس فلم تقبلى فقالت بل قبلت كان القول قولها وقوله لعبده أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وبعتك أمس نفسك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة أخوات فى كتب محمد رحمه الله تعالى هى قال لها قد طلقتك واحدة بألف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بألف فطلقتنى واحدة فلك ثلثها القول للمرأة مع يمينها فان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع أو قالت اختلعت بغير شئ فالقول قولها والبينة

قال (والمبارأة كالخلع) المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع (كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمبارأة النفقة والسكنى

مادامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا (عند أبي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة) فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشئ في قول أبي حنيفة وفي قولهما ترجع عليه بار بعمائة ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشئ وان كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشئ من المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع

قال (والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة

بينة الزوج أما اذا اتفقا انها سألته أن يطلقها ثلاثا بألف وقالت طلقتني واحدة وقال هو ثلاثا فالقول قوله ان كانا في المجلس ألا ترى انه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤالها الثلاث بألف كان له الالف فغاية هذا أن يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله وان كان في غير ذلك المجلس لزمها الثلاث وان كانت في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا الثلث الالف وان قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف فطلقتني واحدة فلا شئ لك يعني على قول أبي حنيفة وقال هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكيها فالقول قولها على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وان قالت سألتك ثلاثا بألف فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره فقال بل الثلاث فيه فالقول لها وان قالت سألتك أن تطلقني أنا وضرتي على ألف فطلقتني وحدي وقال طلقتهما معك وقد افترقا عن ذلك المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق بإقراره وكذا ان قالت فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس وفي مسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه وهو انه اذا خلع امرأتيه على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجهما عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بألف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس أيضا لزمها أيضا حصتها لا أن الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعد ما افترقوا فلا شئ له واذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فاقامت بينة فشهد أحدهما بالالف والآخر بألف وخمسمائة أو اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحدهما به بالف والآخر بالف وخمسمائة والزوج يدعي ألفا وخمسمائة جازت شهادتهما على ألف وان ادعى ألفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما اذا اختلفا في جنس الجعل أيضا الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول لها عندنا وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان

(قوله والمبارأة كالخلع) بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب وهو أن يقول بارأتك على ألف وتقبل وقوله (يسقطان كل حق الى آخره) مقيد بالمهر والنفقة الماضية اذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما وان كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى الا ان اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لانها حق الشرع واطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيأ في الخلع اولا وليس كذلك وجملته انهما اما أن لا يسميا شيأ بان يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيأ أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر فان لم يسميا شيأ ففيه ثلاث روايات احداها الا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه ان لم يكن مقبوضا والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر وهو الصحيح على قول أبي حنيفة سواء كان قبل الدخول أو بعده مقبوضا كان أو لا حتى لا ترجع عليه بشئ ان لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها به ان كان مقبوضا كله والخلع قبل الدخول

عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما واما اذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة

(قوله كلاهما يسقط الخ) أقول كلاهما مبتدأ (قوله والنفقة الماضية) أقول المفروضة (قوله سوى الصداق) أقول بالانفاق

لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه

وهذا لان المال مذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة ان المراد الانخلاع منه وان سمى المهر فان كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان مقبوضا في القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفا رجع بالف وخمسمائة وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضيخان قيل وينبغي ان لا يجب الا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لا يجب عليها رد شئ منه وسيأتي وكما اذا سمى بعض المهر فانه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغي أن يجب كل المسمى بالشرط لان المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير انه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشتراط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف الى تمامه فاذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وان لم يكن مقبوضا في القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لانه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشئ لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب لها ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سمى بعض المهر بان خالعها على عشرة مثلا والمهر ألف فان كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها وان كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستمائة مائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين لانه عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغي ان يرجع بمائة وان لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشره بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شئ منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا جئنا الى الخلافية (وجه قول محمد رحمه الله ان هذه معاوضة) وأثر المعاوضة ليس الا في وجوب المسمى لا في اسقاط غيره وصار كما اذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر (ولابي يوسف ان المبارأة من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين وانه مطلق) في كل دين الا أنا (قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض) فان الغرض المبارأة من متعلقاته أما الخلع فانما يقتضي فصلا وانخلاعا وحقيقته تتحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الخلع صلح وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح

لمحمد ان هذا معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب آخر او عين في يده لا يسقط بهما شئ من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت من حقوق النكاح (ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة) والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر (وانه) أي لفظ البراءة على ما قيل أو على تأويل المذكور (مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض) وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتقييد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام (ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل) وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل ولا أصل الا بالنكاح وحقوقه لازمة له وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح (كالمبارأة فيعمل بالاطلاق كما في المبارأة في النكاح وأحكامه وحقوقه) قولا بكمال الفصل ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به وانما تجب بعده شيأ فشيأ فتمام

(قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني شرح تاج الشريعة (قوله ونفقة العدة لم تكن واجبة الخ) أقول جواب سؤال

فتمام تحقق مقصوده بجعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والاعادة على موضوعه بالنقص لان لفظه ولفظ المبارأة يفيدا طلاقها ماذلك فى المبارأة كما قال أبو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه فانه اذا انخلع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال بان ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بواجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه مايدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح على أن على رواية الحسن عن أبى حنيفة أن الطلاق على مال كالخلع يسقط به مايسقط بالخلع وبخلاف دين آخر لان شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا وبخلاف نفقة العدة فانها ليست من مواجب النكاح بل بحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرط اسقوطها فى الخلع سقطت باعتبار ما تستحقه وقت الخلع والباقى سقط تبعا فى ضمن الخلع أما لو لم تسقطها حتى انخلعت ثم اسقطت لا تسقط لاسقاطها حينئذ قصدا لما لم يجب فانها انما تجب شيأ فشيأ بخلاف ذلك الاسقاط الضمنى وأما السكنى فلما كانت فى غير بيت الطلاق معصية لا يصح اسقاطها بحال الا ان أبرأته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة فى بيت نفسها أو انها تعطى الاجرة من مالها فانه يصح حينئذ التزامها ذلك وفى القنية الابراء وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قيل ماسبق هو الصحيح وماذكره فى القنية يبطل بالابراء بعد الخلع فانه لا يصح لكن فى الينابيع لو أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوى انتهى بخلاف الابراء منها حال قيام النكاح لان الابراء من النفقة المستقبلة لا يصح هذا واقائل أن يقول الوجه الاول يقتضى سقوط المهر بالطلاق على مال والثانى يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه يفيد انطلاقها أى المرأة وانطلاقها عن الزوج يوجب مثله فى حقه وتحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بمواجب النكاح كما قلنا فى الخلع بعينه فالذى يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن أبى حنيفة فى الطلاق على مال أنه أيضا يسقط المهر كالخلع والا فالحال ماعلمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء أى بأن قال بعتك نفسك بألف فقالت اشتريت اختلف المشايخ فى انه على قول أبى حنيفة رضى الله عنه كالخلع والمبارأة أولا وصحح فى الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمبارأة وترجيح قول محمد رحمه الله تعالى بانه عقد معاوضة فلا يزداد على ماتراضيا عليه واللفظ وان كان ينبئ عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضيا به فكيف يسقط غيره ذهول عن التحقيق فانه إذا أنبأ عن الانفصال فى متعلقات النكاح واقتضى ذلك ان تسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضى على اثبانه بمال فقد وقع التراضى على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة ﴿تنبيه﴾ لا يسقط المهر بخلع الاجنبى بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبى فى اسقاط حقها ذكره شمس الأئمة وكذا الامة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع فى بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وأم الولد والمدبرة فى الاذن يؤديان من كسبهما ﴿فروع﴾ اذا شرط ابدال الخلع البراءة من نفقة الولد وهى مؤنة الرضاع ان وقتا ذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفى المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم يبين المدة وترضع حولين اه بخلاف الفطيم وفى الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشرا بنفقته صح الخلع ويجب ذلك وان كان مجهولا يعنى قدر النفقة وهذا لما علمت ان الجهالة غير المتفاحشة متحملة فى الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان يأخذ قيمة النفقة منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبى إلا ان اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وان كانت الكسوة

(ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها) لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه أي في هذا الخلع (لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث) والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر في شيء (بخلاف النكاح) فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض

قال (ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها) لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق ماله ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والاول أصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط

مجهولة وسواء كان الولد رضيعا أو فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها به على امساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في امرأة اختلعت من زوجها بمالها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به إذا ولدته إلى سنتين جاز فان مات أو لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا إذا ماتت هي عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات أو مت فلا شيء علي فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح في الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينتظر الى مثل امساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح ولو خالعته على نفقة ولده عشرا وهي معسرة فطالبته بنفقته يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتماد لا على ما أفتاه بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بمالها عليه من المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثله لو خالعها على عبدها الذي لها عنده أو متاعها ثم ظهر ان ليس في يده شيء وقع على مهرها فان لم تكن قبضته سقط وان قبضته ردته أو مثله أو قيمته ولو خالعها بمهرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع بائنا مجانا ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم انه لا مهر لها وقع رجعيا مجانا (قوله لم يجز عليها) يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صرح بأن الاصح وقوعه تعين أن المراد الثاني وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لانه في معنى التبرع بمالها (قوله بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول) فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه أعطى المتقوم من ماله بمتقوم (قوله ولهذا يعتبر خلع المريضة) متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقدمنا في أول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث (قوله ونكاح المريض الخ) متصل بانه متقوم حال الدخول (قوله والاول أصح) نص عليه في المنتقى ووجهه ما ذكر من انه تعليق بقبول الاب وقد وجد الشرط وما ذكر في وجه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كأنه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل من ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة الاولى ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من الاب بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل واحد

(قوله وقع الطلاق بغير بدل) أقول فكذا هذا

(وان خالعها على ألف على انه) أي الاب (ضامن فالخلع واقع والالف عليه) أي على الاب ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى تكفل عنها أحد ووجه ذلك ماذكره (ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح) لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شئ يقابل البدل في ملكه (فعلى الاب أولى) وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذا التصرف من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك أولى وفيه تأمل فان التصرف في مال الصغير انما يؤثر في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك وكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر أو نفع محض كقبول الهبة على ماقيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها أولى فان قلت على ماذكرت من كون الاجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شئ يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على الاجنبي كما يصح على ماله عليه لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شئ كالعبد وليس كذلك قلت تحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لا يقال في الخلع أيضا تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شئ بخلاف العتق (قوله ولا يسقط مهرها) يعني وان كان الخلع يسقطه (لانه لم يدخل تحت ولاية الاب) لانه ليس من النظر وولايته تظر به وقوله (وان شرط الالف) يعني ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بأن تعقل العقد وتعبر عن نفسها (فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه) أي في هذا القبول (روايتان) في رواية يصح لان هذا نفع محض للصغيرة لان الصغيرة تتخلص من عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط خفر الاسلام وفيه تظر وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة

(ون خالعها على ألف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب أولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب (وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لانها ليست من أهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

من كل أحد هذا اذا قبل الاب فان قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ وان قبل أبوها أو أجنبي روى هشام عن محمد رحمه الله انه يقع وروى الهندواني عن محمد انه لا يقع ولو بلغت فأجازت جاز (قوله على انه) أي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها (فالخلع واقع) سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه أو ألف مثلا (فيجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب) وانه يملك التصرف في نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والابضاع (أولى) بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب مثلها في انه لم يحصل لها شئ بخلاف العبد فانه حصل ماذكرناه والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا أن البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها (ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب) فاذا بلغت تأخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن أو ترجع هي على الاب ولا يرجع هو على الزوج ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن قيمته (قوله وان شرط) أي لو شرط الزوج الالف عليها (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بان تكون مميزة وهي أهلية المرأة لقبول بدل الخلع ان شرط بان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب

(قوله وان خالعها على انه) أي الاب ضامن الخ أقول فيه بحث فان المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجود الشرط كما تقدم وهنا لم يوجد الشرط لان وجوده بوجود الالف ولم يوجد بقبوله وجوابه ان هذا مثل الخلع على ما في يدها فان الاب لم يكن غارا له اذ الجهل ليس بعذر تأمل ومن المعلوم انه لا يجب في مال الهاشمي في أمثاله (قوله كما يصح على ماله عليه) أقول ضمير عليه راجع الى العبد (قوله وفيه تظر) أقول لعل وجهه ان النكاح من عوالي النعم على ما تقدم فكيف يكون نزواله نفعا محضا بل غايته الامر ان يكون مشوبا بالنفع والضرر دائرا بينهما (قوله وذلك مما لا يحتمل النيابة) أقول وقد مر جوابه

(وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر) لوجود الشرط وهو القبول وليست من أهل الغرامة (وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين) في رواية يصح وفي أخرى لا يصح ووجه الروايتين ماذكرناه آنفا (وان ضمن الاب المهر) أي التزم بمعنى اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته (وهو ألف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا) لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير ملموسة وكان المهر ألفا فأضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكأنه خالعها على خمسمائة صريحا (وفي القياس يلزمه الالف) بحكم الضمان واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو ألف درهم اذا صح لا يخلو من أحد الامرين اما أن تكون مدخولا بها أولا فان كانت فلها على الزوج جميع

المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان ألف درهم وان لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب ألف درهم بحكم الضمان في القياس وأما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذي ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم تقبض المهر وأما اذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود (وأصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيأ (فالقياس أن يجب عليها خمسمائة) للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة وسلامته لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التي التزمتها (وفي الاستحسان لا شئ عليها) لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شئ زائد على ذلك وأما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الالف وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وقوله (زائدة) بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في النهاية وقال هكذا أفاد شيخي مرارا والله أعلم

(وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر) وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين (وان ضمن الاب المهر وهو ألف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف وأصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شئ عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة اذ البينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال ألا ترى الى بينونتها بدونه فيما اذا سمت خمرا ونحوه وان قبله الاب بدونه عنها ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يصح لانه نفع محض اذ تتخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة وفي أخرى لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح (قوله وكذا ان خالعها) أي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قلنا آنفا فان قبلت وقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تأويل المسئلة أن يخالعها على مال مثل مهرها أما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب إياه صحيح ثم يتطرق ان كان مهرها ألفا والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف وأصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه وجب له عليها ألف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقي عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شئ لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضيخان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب أن يقول اذا خلعها على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فانه اذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير أنها تفق انه مثل المهر ولا أثر لذلك والحكم فيه اذا كان قبل الدخول وجب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا

(قوله فان كانت فلها على الزوج الخ) أقول أي ان كانت مدخولا بها (قوله وان لم تكن الخ) أقول أي ان لم تكن مدخولا بها

وسلامته لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشئ كما قدمناه في التقسيم واذ قد وقع الكلام في خلع الاجنبي فلا بد من ذكر بعض منه واعلم ان الاجنبي اذا خاطب الزوج فاما أن يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه اياه أو برسله أو يضيفه الى غيره فان أضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدي هذا أو الفي هذه أو على ألف علي أو على اني ضامن ففعل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبوله بل يكفي الامر منه لان الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت نفسك مني فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح ان أراد به التحقيق دون السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبي وسيد الامة المنكوحة لعبد أو حر فانه اذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الامة حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها إلا ان السيد التزم خصوص الاول فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر في حق السيد فتباع فيه الا أن يفديها واذا بيعت ان كان عليها دين بدئ به لان دين الخلع أضعف أما لو خلعها على رقبتها وهي تحت عبد صح فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق وان أرسله بان قال على ألف أو على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى أحد فان قبلت لزمها تسليمه أو قيمته ان عجزت وان أضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل أضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتي على عبدك لان العبد أضيف اليه ولو كان الزوج قال لها خالعتك على عبد فلان أو قالت هي اخلعني على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد ولو قالت اخلعني على ألف علي ان فلانا ضامن فأجاب فالخلع معها لانها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله ولو وكلت من يخلعها بالف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد في الخلع ترجع الى من عقد له لا الى الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه وان أدى يرجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه ففائدة أمرها به الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فأدى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بأمره فان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك انكاحه بغير أمره والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا ﴿ فروع ﴾ تتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وعند مالك والشافعي وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله نساني طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التي يقع بها الرجعي مثل اعتدي استبرئي رحمك أنت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله لهم ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت في العدة ويروى عن ابن عباس ولنا ما رواه أبو يوسف باسناده في الامالي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وحديثهم لا أصل له ذكره سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف امرأة قالت خلعت نفسي منك بألف ثلاث مرات فقال الزوج رضيت أو أجزت كان ثلاثا بثلاثة آلاف ولو خلع أمته على رقبتها وزوجها عبد ومدبر ومكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها أي ملكها الزوج به فيبطل النكاح ومتى بطل النكاح بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه بطل البدل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حرة أمتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على

رقبتها وهي الصغرى لانه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا في الصغرى لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فتقسم الصغرى على مهريهما لانه جعلها بدلا عن طلاقهما فما أصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما أصاب الصغرى بقي للمولى ولو خلع كلا منهما على رقبة الاخرى طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شئ من البدل امرأة لها ابناعم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال لها غيره ومانت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها ومانت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفان ﴿قاعدة﴾ في الطلاق على مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما اذ ليس أحدهما بصرف البدل اليه أولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة لانها انما تلتزمه لتملك نفسها فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بالف أو قال على انك طالق غدا بالف أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغدا أخرى بغير شئ الا أن يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة الى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف اليهما ألا ترى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة فاذا جاء غد تقع أخرى لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شئ لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجئ الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائنة أو بغير شئ على انك طالق غدا أخرى بألف يقع في الحال واحدة مجانا وغدا أخرى بألف لتعذر الصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا أن في قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال طالق ثلاثا للسنة بألف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني أخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع أخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه أعلم ﴿فروع﴾ لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه يبرأ كل عن صاحبه وقال خواهر زاده هذا احدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الصحيح فان لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا الا اذا شرطا في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي أعني رد ها المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كأنه قال طلقي نفسك بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكي عنه من رد ها ما ساقه اليها من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يجعل كأنه قال طلقتك بائنا فهذا مذكور في غير موضع ذكر في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما اذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بأن قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرء تملك الطلاق بأمر الزوج بخلاف اشتري نفسك لانه أمر بالخلع الذي هو معاوضة اذا لم يكن البدل مقدرا فان قدره بأن قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقبل الزوج بعد وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر ما لا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقبل

الزوج خلعت وفى رواية كتاب الوكالة يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح وأما الجواب عن
الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا
بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه
الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا أن ينوى خلافه ويدل على هذا ما فى المنتقى قال
أبو يوسف اذا قال لها اختلعى نفسك فقالت قد خلعت نفسى لا يكون خلعا الا على مال الا أن ينوى
بغير مال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك ينوى به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن
المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تصادقا على عدم النية ومما يوجب حمله على مجرد
الطلاق التصريح بنفى المال كما اذا قال اختلعى منى بغير شئ فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفى
المال نقله عن محمد الفضلى والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لاجنبى
اخلع امرأتى لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعى على مال أو بما
شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحوه أجزت فرق بين
هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعى نفسك منى بألف والباقى بحاله حيث يتم والفرق ان التعويض فى
المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا مفقود فى الثانية
فلو لم يصح انما لا يصح لمضادة الحقوق وحقوق الخلع لا ترجع الى الوكيل اذ القنها اختلعت منك بالمهر
ونفقة العدة بالعربية وهى لا تعلم معناه أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح والاصح انه لا يصح
لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه
اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبيه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا
ما تقع قال أبرئينى من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت أبرأتك من كل حق يكون للنساء على
الرجال فقال فى فوره طالقتك وهى مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه
فلها النفقة ما دامت فى العدة لانها لم تكن لها حقا حال الخلع فقد ظهر ان تسمية كل حق لها عليه وكل
حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ ذاك وبعض الشافعية لا يصحح هذا للجهالة وهذا
عندنا عموم لا اجمال ولو تزوجها على ألف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على ألف أخرى ثم اختلعت
منه على مهرها لم يبرأ الزوج الا من الثانى دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكيل لامرأته
فى خلعها فخلعها على ألف فأنكرت التوكيل فان كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل
وان لم يكن ضمن فان صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع
الطلاق لانه ظهر أن الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقة بألف قال الصفار
يقع الطلاق ضمن له المهر أو لا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال أبو بكر الاسكاف هذا والخلع
سواء وعليه الفتوى ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل اليه فى أن يطلقها أو يمسكها فقال الزوج
لا أمسكها بل أطلقها فقال الرسول أبرأتك من جميع ما لها عليك فطلقها فانكرت المرأة الابراء والرسول
يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها أو وكالتها اياه لذلك وقع وهى على حقها وان لم يدع فان كان الرسول قال
أبرأتك من حقها عليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها
وان لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهى على حقها وهذه فى أمر الحكمين لما كان سبب الخلع
المشاقة وجب ذكر أمر الحكمين فيه وهو منصوص عليه فى كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان
خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ضمير يريدا
للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين أيضا وقيل الضميران للزوجين والاولى أن يكون الحكمان
من أهليهما كما ذكر الله تعالى وانما كان أولى لانهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما وبه قال

﴿ باب الظهار ﴾

الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من أهليهما الا أن لا يوجد من أهليهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح وأحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وأبي نور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول الاوزاعي واسحق وروي عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرئ من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه وفي أحكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع أمرها الى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها وأيهما كان أظلم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالعنين والمجبوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما أن يجمعا ولا ان يفرقا بغير أمرهما ومازعم اسمعيل المالكي من ان أبا حنيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكمين اخبار بالنفي لعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال ان الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية لقبول قولهما عليهما والحكمان عضيان أمر الزوجين فاذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب اذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكل ما ورد عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم ينصوا على انه جائز بغير رضا الزوجين وهذا لانه غير جائز لهما ان يطلقا امرأة الغير بغير اذنه ولا ان يدفعا مالا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للزوج في مالها قال تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه والحكمان انما بعثا للصلح وليعلما ظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه فاذا لم يقبل أعلما الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ومصلحان في حال اذا فوض الامر اليهما وقول من قال انهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روي عن علي رضي الله عنه شاهدا في ذلك

﴿ باب الظهار ﴾

مناسبته بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه أكمل في باب التحريم اذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقائه والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح أن يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاغراض فيقال ظاهرت أي قابلت ظهرك بظهره حقيقة واذا غايظته أيضا وان لم تدابره حقيقة باعتبار ان المغايظة تقتضي هذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار انه يقال قوى ظهره اذا نصره وظاهر من امرأته واظهر وتظاهر واظاهر وظهر وتظهر اذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمي وظاهر بين ثوبين اذا لبس أحدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهر الثوب وغايته ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا أيضا وانما عدي بمن مع انه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكظهر أمي أي كبطنها بعلاقة المجاورة ولانه عموده لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكاح وقيل خص الظهر لان اتيان المرأة من ظهرها كان حراما فاتيان أمه من ظهرها

قد تقدم وجه ترتيب المحرمات المتقدمة في أول كل باب منها ويحتاج الى وجه تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه أقرب الى الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحته يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقا فبنسب أو رضاع أو مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر فلانة وهي بأم المزني بها أو ابنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمرأة من نسائنا وركنه قوله لامرأته أنت علي كظهر أمي أو ما قام مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء أصل الملك الى غاية الكفارة

﴿ باب الظهار ﴾

(قوله وانما قيد بقوله اتفاقا الى قوله فانه لا يكون مظاهرا) أقول في الخانية خلافه (قوله وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار الخ) أقول فيه بحث فتأمل ثم قوله وهو النشوز بناء على الغالب احرم

أحرم فكثر التغليظ وفي الشرع هو تشبيه الزوجة أو جزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهرية وزاد في النهاية قيد الاتفاق احترازا عما لو قال أنت علي كظهر فلانة وفلانة أم من زنى بها أو بنتها لم يكن مظاهرا وسنذكر ما هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لا يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لانه كان الاصل في استمالهم وشرطه في المرأة كونها زوجة وفي الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطء ودواعيه الى وجود الكفارة واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع تجب بالظهار والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة أو المغلب فيها معنى العبادة ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو مسائل فيكون دائرا بين الحظر والاباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل سبب وجوبها العود والظهار شرط ولفظ الآية يحتملهما وهي قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الى آخره فيمكن حمل ترتيبها عليهما أو على الاخير لكن اذا أمكن البساطة صير اليها لانها الاصل بالنسبة الى التركيب فلذا قال في المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء والظهار شرط وهو بناء على ان المراد من لفظ العود في الآية العزم على الوطء واعترض بأن الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على انه العزم على اباحة الوطء بناء على ارادة المضاف في الآية أي يعودون الضد مما قالوا أو لتدارك نزل القول منزلة المقول ورد عليه ما يرد على ما قبله وهذا بناء على عدم صحة ارادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود للحديثين اللذين رووهما فان ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره ويرد ان بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط حتى لو أبانها أو ماتت بعد العزم لا كفارة عليه قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا أراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا كما نقول لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند الشافعي رحمه الله هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها ورد بان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن طلاقها جناية وأيضا فقد يكون الامساك عن طلاقها لسعي في أمر الكفارة وتحصيلها أو للتروي في طلاقها أو التكفير فلا يكون مجرده بعد الظهار جناية فلا ينتهض سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترفع الا بالكفارة لا بملك ولا بزوج ثان حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر أو كانت أمة وملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيهما وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضي أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان أبى ضربه ولا يضرب في الدين ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكناية وستأتي وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي أوس ابن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى الغرض فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد فقال يصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فيطعم ستين مسكينا قلت ما عنده شيء يتصدق به قال فاني سأعينه بعرق من تمر قلت يا رسول الله وانا سأعينه بعرق آخر قال قد أحسنت قال فاذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك قال والعرق ستون صاعا رواه أبو داود وقيل هو مكتال يسع ثلاثين صاعا

(اذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح) و بيان ذلك ان أحدهم في الجاهلية اذا أراد أن يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا أحسن في الذكر ولا أستر من الظهر مع اصابة المعنى الذي أرادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما أمرني به فقال أنت علي كظهر أمي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع الي فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوقع علي فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيراني فاستعرت ثيابا فلبستها وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني اليه فجعلت أشكو الى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه قال أنزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله الى آخر آيات الظهار ثم قال مر يه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله ثم قال مر يه أن يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مر يه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله فقال إنا سنعينه بعرق فقلت وأنا أعينه بعرق أيضا فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال علماؤنا المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف وقال الشافعي المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار (قوله وهذا) اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة و بيانه ان الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا

واذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء إذا حرم حرم دواعيه كي لا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام

قال أبو داود وهذا أصح وفي الحديث ألفاظ أخر ورواه ابن ماجه وغيره (قوله اذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي فقد حرمت عليه) وعند محمد للظاهر أن يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا اذا قال أنت مني كظهر أمي أو أنت عندي أو معي وكذا اذا قال أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى ألحق لفظ المشيئة لا يثبت فلو قال أنت على كظهر أمي ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ولو قال ان شاء فلان فالمشيئة اليه (قوله وهذا) أي ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة (لانه) أي الظهار (جناية) كبيرة محضة (لكونه منكرا من القول وزورا) بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة (قوله ثم الوطء اذا حرم حرم دواعيه) تفيد هذه العبارة ان هذا هو الاصل اذ طريق المحرم محرم وعلى هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وفي حديث عائشة رضي الله عنها كان يأمرني أن أتزر فيباشرني وأنا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق

قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة (ثم الوطء اذا حرم حرم دواعيه كي لا يقع فيه كما في الاحرام) وقال الشافعي لا تحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس في القرآن كناية عن الجماع وأجاب صاحب الاسرار بأن التماس حقيقة في المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز (بخلاف الحائض والصائم) حيث لا تحرم الدواعي فيهما (لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي أفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام) وسيأتي في كتاب الكراهية فان قيل لما كثر وجودهما كان ادعى الى شرع الزاجر من الظهار فلم انعكس الامر أجيب بأن أوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن أوقات الطهر والافطار أكثر فلما كثرت أوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة في الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع و بفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر

(قوله وقال الشافعي لا تحرم الدواعي) أقول أي في قول (قوله وأجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة في المس باليد) أقول الاولى ترك قوله باليد فان المس لا يختص بها فيكون عاما للجميع من التقبيل وغيره

(فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى ولا يعود حتى يكفر) لقوله عليه السلام للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه

الفرق شرعا بين هذه الامور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضى الفرق تحريم الدواعى فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهرى والاوزاعى والنخعى وقول الشافعى ورواية عن أحمد لان حرمة الوطء نصا بقوله تعالى من قبل أن يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره أو تحليلها كما قال الشافعى وأحمد فى قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعى فى الصوم والحيض لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعى وعن كثرة وقوع الضدين الطاهرين فى كثرة وجود الجماع ينتفى لزوم شرع الزاجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعى بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لانكثر بالنسبة الى كل شخص فاستقر على الاصل وتقدمه فى الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم فى حرمة الدواعى فيه لا فى الصوم بأن الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وقرر بما حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت فى ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهى لما كان الثانى أقوى بسبب ان النهى تناوله مقصودا فتعدى الى الدواعى بخلاف الثابت فى ضمن الامر فانه لم يتعلق به نهى أصلا بل طلب شئ يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتأديته إلى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد إلى دواعيه فافترق الحال بينهما و بين الاستبراء والاحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهى قال تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ولا رفث ولا فسوق نفى مستعار النهى لتأكيده وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقال تعالى فى الاخيرين فاعتزلوا النساء فى المحيض ثم أتموا الصيام ولما كان هذا يقتضى عدم حرمة الدواعى لان المذكور فى الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المأمور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضى حرمة الدواعى فى الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهى حتى انهم لم يمتثلوا للنهى عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الا منهيا عنه وهو صحيح لان النهى للنفس طلب الترك عدل إلى ماذكر والتحقيق ان الدواعى منصوص على منعها فى الظهار والمذكور فى وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وماذكر أما كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل أن يتماسا الموجب فيه للعمل على المجاز لامكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من أفراد التماس فكل من القبلة واللمس والجماع افراد التماس فيحرم الكل بالنص وظهر فساد قول المخالف والله سبحانه أعلم (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها فى ضوء القمر وفى لفظ بياض ساقيها قال فاعتزلها حتى تكفر ولفظ ابن ماجه فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن لا يقربها حتى يكفر قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب ونفى كون هذا الحديث صحيحا رده المنذرى فى مختصره بأنه صححه الترمذى ورجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذى عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب وأما ذكر الاستغفار فى الحديث فالله أعلم به وهو فى الموطا من قول مالك ولفظه قال مالك فمن يظاهر ثم يمسها قبل أن يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك أحسن ما سمعت (قوله فلو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه) لانه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور

(فان وطئها قبل أن يكفر استغفر الله ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى) أى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطء حتى يكفر لما روى ان سلمة بن صخر البياضى قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتى ثم أبصرت خلخالها فى ليلة قمراء فواقعتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ماذكره بقوله (ولو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه

قال وهذا اللفظ) هذا اشارة الى قوله أنت على كظهر أمي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق أو الايلاء أو قال لم أنو به شيأ يكون ظهارا (لانه) أي كونه طلاقا (منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به) لان في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك (ولو قال أنت على كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة) اللام في المحللة

قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه (ولو نوى به الطلاق لا يصح) لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به (واذا قال أنت على كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه (وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة) لانهن في التحريم المؤبد كالام (وكذلك اذا قال رأسك على كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك أو بدنك) لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي (قوله وهذا اللفظ) أي قوله أنت على كظهر أمي (لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق) أو الايلاء أو قال لم أنو شيأ لانه صريح فيه وانما اليه اتباع للمشروع لا تغييره وهذا بيم ما قلنا وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال أردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفي صحة ارادته به احتاج الى الجواب ويصلح ما تقدم من قوله وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره أن يكون جوابا وهو كلفظ أنت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح أن يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة (قوله ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة) اللام فيهما للعهد أي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لانهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما (قوله وهذا المعنى) يعني تشبيه المحللة بالمحرمة (يتحقق في التشبيه بعضو لا يحل النظر اليه) على التأبيد لما كان الظهار كلاما تشبيهيا مشتملا على المشبهة والمشبه بها وجب اعطاء ضابطهما ففي المشبهة أن تذكر هي أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الاول وفي المشبه بها أن تذكر هي أو عضو منها لا يحل النظر اليه على التأبيد الا أن مع ذكرها ينوى كما سيأتي اذا عرفت هذا فعبارته أعني قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها الى قوله مثل أخته وعمته وأمه من الرضاع ليست جيدة لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال أنت على أو رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أو نصفك أو ثلثك أو سدسك كظهر أمي أو خالتي أو أم زوجتي أو كفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتها كان مظاهرا ولو قال يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أمي أو فرجها الى آخر ما ذكرنا لم يكن مظاهرا لانتفائه من جهة المشبهة ولو قال أنت على أو رأسك الى آخر ما قلنا كيد أمي أو جنبها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها لان هذه الاشياء مما يجوز النظر اليها ومسها بغير شهوة وكذا لو قال يدك أو رجلك الخ على كيدها أو كرجلها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من الجهتين واذا أحكمت ملاحظة الاصلين أخرجت فروعا كثيرة عن تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج أمي فرجك كفخذ أمي يكون ظهارا بطنك كفرجها لا يكون ظهارا ووجه الاعتبار في المشبهة بكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه في الطلاق لان المحرمة هنا كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك وفي المشبه بها بكون العضو مما لا يحل النظر إليه من المحرمة ما ذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه في أول هذا البحث (قوله لانهن) أي أخته وعمته وأمه من الرضاع

(قوله لان في ذلك تغيير موضوع الشرع) أقول وعدم كونه ايلاء يعلم من قوله لان فيه تغيير موضوع الشرع قال المصنف (وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر) أقول قال ابن الهمام مقتضى العبارة أن لا يحل النظر الى اخته وغيرها وليس كذلك وانما المعنى بجزء لا يحل النظر اليه اه فاستعمل من بمعنى ما ومن في من محارمه للتبعيض قال الاتقاني أي اذا شبه في امرأة بمن لا يحل للرجل النظر الى هذه الاشياء الظهر والبطن والفرج والفخذ على التأبيد من سائر المحارم اه فعلى هذا تخلو الصلة عن العائد الا أن يقال المضاف مقدر أي لا يحل النظر الى أعضائها المعهودة قال المصنف (على التأبيد) أقول قال تاج الشريعة احترز به عن المطلقة ثلاثا ولو كذلك كل من كانت حلالا ثم حرمت عليه مثل أم امرأته اه لكن اذا شبهها بها يكون مظاهرا

في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله أنت على كظهر عمتك أو أختك لان حرمتهما ليست على التأبيد
بل موقتة بانقطاع عصمته لها ثم المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لايمكن زواله فان المجوسية محرمة
على التأبيد ولو قال كظهر مجوسية لايكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التأبيد باعتبار دوام الوصف
وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرهما لايقال يرد على اشتراط تأبد الحرمة مالو
ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى أنت على مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد
التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التأبيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن
قوله لها أنت على كظهر أمي لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظهار فيها باعتبار خصوص
وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال
أنت على مثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبه بامرأة محرمة عليه في الحال
وهي ممن تحل له في حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأة لهازوج أو مجوسية أو مرتدة لم يكن
مظاهرا لان النص ورد في الام وهي محرمة على التأبيد وقد علمت أن هذه كنايات فلا تكون ظهارا
ولا إيلاء إلا بالنية وبعد اشتراط تأبيد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها شرطه في النهاية لتخرج أم
المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بهما لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه
فمنهم من قال عند أبي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد
ينفذ خلافا لابي يوسف ومنهم من قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على
نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس
كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها أولا بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أولا وعدم تسويغ الاجتهاد
لوجود الاجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت
المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم
بخلافه ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال لو قبل امرأة أو لمسها
بشهوة ثم شبه امرأته بابنتها لايكون مظاهرا عند أبي حنيفة ولايشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص
عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر أختي من لبن الفحل لايصير مظاهرا من
غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التأبيد كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها مع ان في حرمتها
عموم نص يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وقوله صلى الله عليه وسلم ليلج عليك أفلح فانه عمك من
الرضاعة لكن ذلك خص منه ماذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت أختية بنت الفحل من غير
التي أرضعته بالالتزام ومثله مارأيت لو شبهها بامرأته الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف
مع ان أبا يوسف يرى تأبد حرمتها لتسويغ الاجتهاد أما ان أراد من أرضعها ما نفس الفحل بان نزل له
لبن فلا اشكال لكنه بعيد من عادتهم في اطلاقه ولانه لا أختية هنالك أصلا ومما يشكل ماذكره
في الدراية أيضا نقلا عن شرح القدوري رحمه الله زنى أبوه بامرأة أو ابنه فشبهها بامها أو ابنتها يصير
مظاهرا عند أبي يوسف رحمه الله ولاينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له وعند محمد لايصير مظاهرا وينفذ
حكم الحاكم وهذا مشكل لان غاية أم مزنية الاب والابن أن تكون كأم زوجة الاب والابن ولاتحرم
أم زوجة الاب على الابن ولا أم زوجة الابن على الاب فليس التشبيه هنا بمحرمة ولو شبه بظهر أبيه
أو قريبه أو بظهر أجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج أبيه أو قريبه قال في المحيط ينبغي أن يكون
مظاهرا لان فرجهما في الحرمة كفرج أمه وفي كافي الحاكم رحمه الله المرأة لاتكون مظاهرة من
زوجها من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي أنت على كظهر أبي أو أنا عليك كظهر
أمك لايصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن أبي يوسف عليها كفارة يمين وقال الحسن بن زياد هو

(ولو قال أنت على مثل أمي أو كامي احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة وحده وعن أبي يوسف فيه روايتان احداهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة

(ولو قال أنت على مثل أمي أو كامي يرجع الى نيته) لينكشف حكمه (فان قال أردت الكرامة فهو كما قال) لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام (وان قال أردت الظهار فهو ظهار) لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية (وان قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال أنت علي حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى وان عنى به التحريم لاغير فعند أبي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به (ولو قال أنت على حرام كامي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى) لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له

ظهار وقال محمد ليس بشئ وهو الصحيح وفي شرح المختار حكي خلاف أبي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي الينابيع والروضة كالاول قال هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهرا منهما (قوله ولو قال أنت على مثل أمي) هنا ألفاظ أنت أمي مثل أمي كامي حرام كظهر أمي ففي أنت أمي لا يكون مظاهرا وينبغي أن يكون مكروها فقد صرحوا بأن قوله لزوجته يا أخية مكروه وفي حديث رواه أبو داود عن أبي تميمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته يا أخية فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل أن معنى النهي هو انه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن أن يقال هو ظهار لان التشبيه في قوله أنت أمي أقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ أخية في يا أخية استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لابد في كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ومثله أن يقول لها يا بنتي أو يا أختي ونحوه وفي مثل أمي أو كامي ينوي فان نوى الطلاق وقع بائنا كقوله أنت علي حرام وان نوى الكراهة أو الظهار فكما نوى كما في الكنايات وأفاد انه كناية في الظهار فعلم ان صريحه يكون التشبيه بعضو وان لم يكن له نية فليس بشئ عندهما وهو ظهار عند محمد رحمه الله وجه قوله ان المعنى الشرعي لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير انه عدل عنه فيما اذا كان له نية شئ يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي فصحت الارادة وجعل على بمعنى عندي في الكرامة وذلك ان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كامي فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه ولهما أن يمنعا كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل بل اذا كان التشبيه به ابتداء ففيما اذا كان التشبيه بكلها يبقى مجملا في حق جهة التشبيه فما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشئ خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد اليها ولا لفظ صريح فيها وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه وان نوى به التحريم لاغير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما وكذا غيره فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه أي أداته فان الكلام في مثل أمي وكامي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقة وقد

(ولو قال أنت على حرام كامي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى) لانه يحتمل الوجهين

قال المصنف (فالتشبيه بجميعها أولى) أقول فيه بحث فان في الجميع ما يحل النظر اليه كالوجه وغيره قال المصنف (لان كاف التشبيه) أقول أي أداته فان الكلام في مثل أمي وكامي جميعا واحد قال المصنف (تختص به) اقول المراد كثرة استعمالها فيه فلا يرد شئ

(وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما) يعني قوله ليكون الثابت أدنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه يختص به (وان قال أنت على حرام كظهر أمي ونوى طلاقا أو ايلاء لا يكون الا ظهارا عند أبي حنيفة) وكذا اذا لم ينو شيأ كذا في المبسوط (وقالا هو على ما نوى) ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيهما الجامع الصغير (لان التحريم يحتمل) ونية المحتمل صحيحة (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف يكونان جميعا) يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره فصار بمنزلة قوله لزينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم وقال لي امرأة أخرى وإياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر وضعفه شمس الأئمة السرخسي بأن الطلاق ان وقع بقوله أنت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله أنت على حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين وأجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم تكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار و يصدق في ارادة الطلاق لاعترافه به وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني مبسوط شمس الأئمة (ولابي حنيفة أن قوله أنت على كظهر أمي صريح في الظهار) ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية (فلا يحتمل غيره من الطلاق) والايلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير وقوله أنت على حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر (فيرد التحريم اليه) أي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل على المحكم

وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما (وان قال أنت على حرام كظهر أمي ونوى به طلاقا أو ايلاء لم يكن الا ظهارا عند أبي حنيفة وقالا هو على ما نوى) لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه

نوى ما لا ينافيه فان الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوى في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام وعند أبي يوسف ايلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى به المنوى وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الايلاء ولان الايلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وأمور أخر أما السبب وهو الظهار نفسه فكبيرة محضة والايلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترن به وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الاطعام بستين مسكينا أو صيام ستين يوما والامور الاخر هي أن حرمتها في الايلاء لا تثبت في الحال فانه وان حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر عادت بلا ايلاء في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء مؤبدا وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتعدى الى الدواعي ثم لا يحل منها شئ آخر حتى يكفر أولا ولو طلقها ثلاثا والباقي بحاله تعود بالظهار ولا تحل مالم يكفر وكذا لو ملكها بان كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد لا تحل مالم يكفر ومنهم من قال الاصح انه حينئذ ظهار عند الكل لانه تحريم مؤكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما ينطبق على قوله أنت على حرام كامي وليس الكلام فيه بل في مجرد أنت كامي وفي أنت على حرام كامي فانما له محتملان الطلاق والظهار لا البر لتصريحه بالحرمة فأيهما أراد ثبت فان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار وههنا يتجه المذكور آنفا عن فاضيخان أنه ينبغي أن لا يختلف في كونه ظهارا لانه تحريم مؤكد بالتشبيه (قوله والوجهان بيناهما) يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين ومن جهة محمد ما ذكرنا وفي أنت على حرام كظهر أمي خلاف فعنده لا يكون الا ظهارا سواء نوى طلاقا أو ايلاء أو لم ينو شيأ (وقالا هو على ما نوى) ظهارا أو طلاقا أو ايلاء وان لم تكن له نية فظهار (لان التحريم يحتمل كل ذلك) فان نوى الطلاق أو الايلاء يكون قوله بعده كظهر أمي تأكيدا له لا مغيرا (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا) معه لانه يقع باتا بانت حرام ولا يمكن اثبات الظهار بعده بكظهر أمي (وعند أبي يوسف يكونان) فقيل لا بلفظ حرام اذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظ وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لانه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته كما اذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت الاخرى يقع عليهما في الاخرى باعترافه وفي المعروفة بصريح اللفظ في القضاء فانه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا يقتضي ان وقوع الطلاق والظهار فيما اذا قال عنيت الطلاق عنده انما هو في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع ما نوى وفي شرح الكنز ولو نوى الايلاء ينبغي أن يكون ايلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التنافي (قوله وقد عرف في موضعه) يعني المبسوط ولابي حنيفة أنه أي لفظ كظهر أمي صريح

قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل في المملوكة تابع) بدليل انه لو اشترى أمة فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشترى ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها (ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة) وعورض بان الامة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون محلا ابتداء كما لو ظاهر من امرأته (٢٣٢) وهي أمة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمية في النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فتبقى إلى أن توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب ما لم تتزوج بزوج آخر (فان تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) لانه صادق في التشبيه وقت التصرف (لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول وقوله (والظهار ليس بحق من حقوقه) أي حقوق النكاح جواب سؤال تقريره الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي أن يكون الظهار موقوفا على الاجازة يوقف اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب وتقريرا لجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح الظهار على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح أمر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكر من القول وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع (بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه) أي الاعتاق (من حقوق الملك) لكونه منهيا للملك ومتمما له (ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) وكلامه فيه واضح

قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة (فان تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) لانه أضاف

في الظهار محكم فيه ولفظ حرام محتمل فيرد اليه اذا قرن معه (قوله حتى لو ظاهر من أمته) موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الامة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا أن النص يتناول نساءنا بقوله تعالى من نسائهم والامة وان صح اطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الاطلاق لا تستلزم الحقيقة لان حقيقة اضافة النساء الى رجل أو رجال انما تتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه وحرمة بنت الامة الموطوءة ليس لان أمها من نسائنا مرادة بالنص بل لانها بنت موطوءة وطأ حلالا عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا على انه لو أريد بالنساء هناك ما تصح به الاضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات والمجازي أعني الاماء بعموم المجاز لامكن الاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الاماء كثبوته في الزوجات أما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضا ليثبت بطريق الدلالة لان الاماء لسن في معنى الزوجات لان الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يثبت مع عدمه في الامة المجوسية والمواضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ولان القياس ان لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذب سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للامة فيه فيبقى في حقها على أصل القياس ولان الظهار كان طلاقا فانتقل عنه الى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق في الامة وليس هذا الوجه بشيء للتأمل (قوله لانه صادق في التشبيه وقت التصرف) والتشبيه انما انعقد سببا للتحريم المغياحين كان كذبا محضا فلا يتوقف بقي ان يقال فليتوقف على الاجازة كما يتوقف نكاحها على الاجازة فان أجازت ظهر انه كان التشبيه الممتنع أجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه لان عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الاجازة بخلاف اعتاق المشتري العبد من غاصب العبد لان الاعتاق حق من حقوق الملك يعني يثبت بالملك حتى ان يعتق اذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه وان كان لو قاله لزمه حكمه فاذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق (قوله ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) بلا خلاف (لانه أضاف

(قوله فالابتداء والبقاء فيه سواء) أقول فيه بحث نعم كل ما يكون محلا لحكم ابتداء يكون محلا له بقاء وأما عكسه ففيه مسلم وما ذكر من حديث الحرمية لا يفيده (قوله لا تزول الا بالكفارة الخ) أقول وهل معنى محلية الظهار بقاء الا هذا

وقوله (بخلاف الايلاء منهن) يعني أن يقول لهن والله لا أقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

﴿فصل في الكفارة﴾ لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه الى نهايته ذكر في هذا الفصل ما ينهى تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليها بالفاء وانما كان ذلك والله أعلم لان الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة إباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة لان سببها لابد وان يكون أمرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول وضم الى ذلك العود عما قال لكونه بعض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لا يطأها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب أن المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت إنهاء للحرمة

الظهار اليهن فصار كما اذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم ﴿فصل في الكفارة﴾ قال (وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال (وكل ذلك قبل المسيس) وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه

الظهار اليهن فكان كاضافة الطلاق اليهن يطلقن جميعا وانما الخلاف في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي تتعدد بتعددهن أي كل من أراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والنخعي والزهري والثوري وغيرهم وقال مالك وأحمد كفارة يمين واحدة وروى ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الايلاء قلنا الكفارة لوضع الحرمة وهي متعددة بتعددهن وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر في مجلس أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول الاول تأكيدا فيصدق قضاء فيما لا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار فيما بينه وبين الله تعالى وأورد لما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار وماهو الا تحصيل الحاصل أجيب بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه ولتيمنه وهذا لا يدفع سؤال تحصيل الحاصل الا أن يلتزم أن يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في أسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات ﴿فروع﴾ لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي وأحمد كالايلاء وهي رواية البرامكة عن أبي حنيفة والاول رواية الاصل لنا قوله تعالى والذين يظاهرون منكم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من أهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى محرما مؤبدا وهو غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على رأيكم اذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة والغاء قيد الايمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالغائه في اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وما أجيب من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انها تفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة ومادفع به من أن افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها لتتعين به أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة لتقع عبادة والا فلماذا والفرق بين الظهار والايلاء على قول أبي حنيفة حيث أجاز ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء أمران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا ثم كفر إن كفر في يوم الاستثناء لم يجز ولو ظاهر يوما أو شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فأنت علي كظهر أمي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال أنت علي كظهر أمي في رجب ورمضان وكفر في رجب أجزأه عنهما ولو ظاهر فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالافاقة خلافا لاحد وجهين للشافعية ﴿فصل في الكفارة﴾ (قوله عتق رقبة) أي اعتاقها فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة

﴿فصل في الكفارة﴾ قال المصنف (للنص الوارد فيه) أقول أي في الظهار أو الكفارة بتأويل التكفير أو ترتيب الكفارة المعلوم من السياق

الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر

والمراد بقوله (عتق رقبة) اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة ألا ترى انه لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها وقوله (من كل وجه) متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال فى الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذى لم يؤد شيأ صح عن الكفارة ولو أعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف من وجهين أحدهما انه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا أى عبدا وأجيب عنه بأن الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة والثانى ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشئ فتذكره باعتبار المعنى الثانى وقوله (والشافعى يخالفنا) أى لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة فى الكفارة (لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق) وقوله (وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى وتقريره أن قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى

وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا لا قال (وتجزى فى العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير) لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هى عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعى يخالفنا فى الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة

مقارنا للموت المورث لا يجزيه عنها (قوله وكذا فى الاطعام) يعنى يجب كونه قبل المسيس كأخويه والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فانه وألحقه بهما وحاصله عقلية ان الكفارة منهية بالتنصيص على ايجادهما قبل التماس وهذا كفارة مثلهما فيجب كونه قبل التماس وما قدمنا روايته من الحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلق من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كله يتراءى انه زيادة على اطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لانه تعالى قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ثم أطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو أريد التقييد فى الاطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه بالاطلاق بعد ما نص على تكرير القيد مع التخصيص غير مكتف به لتقييده فى التحرير قرينة على قصد الاطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على ارادة تكرره مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالخصلة الاولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالاخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو أعاد معها بعدهما فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالاطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر فى ارادة انفراده عنهما بمعنى الاطلاق فلا يتخرج على القواعد الا ان تحقق فيه اجماع فى عصر من الاعصار والثابت فيه الآن قولان عن الشافعى وروايتان عن أحمد لا نا نقول الثابت بالنص افتراض الاطعام شرط الحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد والالحاق بالخصلتين فى وجوب التقديم لا فى اشتراطه للحل والاصل وان كان الافتراض فالمتعدى الى الفرع منه الوجوب لا يقال حينئذ يختلف الحكم فى الاصل والفرع لا نا نقول الوصف الذى زاد به الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان الحكم هو الايجاب غير أنه ان كان ثبوته قطعيا سمى فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل وعما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الاطلاق فى ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التى ظاهر منها فى خلال الصوم يستأنف ولو قربها فى خلال الاطعام لا يستأنف لان الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق فى الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهما حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة (قوله من كل وجه) متصل بالمرقوقة فلذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذى لم يؤد شيأ وعن ذلك يصح اعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه (قوله الكفارة حق الله تعالى) المشهور بناء الخلاف على ان المطلق هل يحمل على المقيد أولا فعندنا نعم وعندنا لا الا فى حكم واحد فى حادثة

قال المصنف (وكذا فى الاطعام) أقول بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فانه سيجىء من المصنف فى تعليل جواز قربان المظاهر منها فى أثناء الاطعام ما يخالفه قال المصنف (فلا بد من تقديمها على الوطء) أقول وهذا على سبيل الاستحباب حتى لو جامع فى خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف واحدة كذا فى شرح تاج الشريعة وفيه ما فيه (قوله وأجيب عنه بان الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة) أقول فى المغرب وأما ذات مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رق له اذا رحمه وهو مرقوق له ثم حذفت الصلة كما فى المندوب والمأذون آخر ما قال

(ثم مقارفته المعصية) أي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر (يحال به الى سوء) اعتقاده و (اختياره) ولقائل أن يقول مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما في الزكاة والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه أيضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم أخرجهم عن المصرف قال (ولا تجزئ العمياء) أي لا يجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان أو أنثى وكلامه ظاهر والضابط في تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى أعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما اذا أعتق نصف رقبة فجامعها ثم أعتق النصف الآخر لم يجز وان أعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا أعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز أيضا وقوله وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا أعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك لان قيام الشخص بمنافعه وقوله (ويجوز الاصم) واضح وقوله (لان قوة البطش بهما) يفيد ان ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطع أكثر اصابع كل يد كقطع جميعها

ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره (ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان أصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم وهو الاخرس لا يجزيه (ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين) لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل) لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع

واحدة لانه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشئ لا يكون نفسه مطلوبا ادخاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها وللكلام في تحقيق هذا الاصل فن غير هذا ولو تنزلنا الى أصلهم لم يلزم من التضييق في كفارة الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بيانا في المطلق وتقريرما في الكتاب ان الكفارة وهي الاعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله اذ الاعتاق يتعلق به ويتحقق أثره وهو العتق كالزكاة والجواب ان هذا لا يعارض اطلاق النص الا اذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك لجواز ان يأذن الله تعالى في الاحسان والتمليك تصدقا على الكافر بالامور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكاة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الاديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليه مع ان المقصود منها التقرب الى الله تعالى فلولا ان مقصود القربة الى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلا ولا يزيد الفرض على كونه قربة اليه تعالى الا يكونه مأمورا به ولا يظهر لوصف المأمور به أثر في منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافي معنى القربة ولولا النص الذي يخص الزكاة لقلنا بجواز دفعها الفقراء أهل الذمة وهذا لان التقرب بنفل الفاعل يحصل لا بخصوص محل فعله وهو انما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالاسلام شكرا لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من رقبة الرق لا لغير ذلك ثم اقترافه هو الكفر اسوء اختيار منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا ويدخل في الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف في اعتاق المرتدة لانها لا تقتل واعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه عن الكفارة واعتاق المستأمن يجزيه (قوله ولا تجزئ العمياء الخ) الاصل أن يكون المعتق كامل الرق مقرونا بالنية وجنس ما يبتغى من المنافع بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم يعتبروا فوات الزينة على الكمال مع انهم اعتبروه في الديات فألزموا بقطع الاذنين الشاخصتين تمام الدية وجوزوا هنا عتق مقطوعهما اذا كان السمع باقيا ومثله فيمن حلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت وما علموا به في جعل العنين والخصي والمجبوب من الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك يعلل به في فوات الزينة على الكمال لان باعتبار ذلك

(قوله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها الخ) أقول ولعل هذا خبر مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب (قوله ثم أعتق النصف الآخر لم يجز) أقول حق العبارة فانه لا يجوز (قوله كما تقدم) أقول في أول الصحيفة

وقوله (والذي يجن ويفيق يجزيه) يعني اذا أعتقه في حال افاقته (ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد) لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة (لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا) فانه اذا ثبت فيه شئ من القوة الحكمية زال في مقابلته شئ من الضعف الحكمي وقوله (فأشبه المدبر) استدلال بما لا يقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (والكتابة لا تنافيه) دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لاستحالة ولم يزل رقه بها لان الشئ لا يزول الا بمنافيه والكتابة لا تنافي الرق (فانه) أي عقد الكتابة أو ذكره باعتبار الخبر (فك الحجر) اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون أجاب بقوله الا أنه أي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه أي من جانب المولى وقوله (ولو كان مانعا) جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق عن الكفارة لكنه اذا أعتقه عن واعادته الكفارة (ينفسخ) قبل الاعتاق (مقتضى الاعتاق اذ هو) أي عقد الكتابة (يحتمل الفسخ) فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير ولها اكساب

(والذي يجن ويفيق يجزيه) لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن أبي حنيفة أنه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف أمومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان أعتق مكاتبا لم يؤد شيأ جاز خلافا للشافعي له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق

لا يصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر فعن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه ويجوز الرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء والغشواء والبرصاء والرمداء والخنثى لا مقطوع اليدين أو الرجلين أو احدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة ويجوز من خلاف أما مقطوع ابهامي اليدين فلما في الكتاب ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الابهامين من كل يد لان الاكثر كالكل ويجوز مقطوع إصبعين غير الابهام من كل يد لاسقاط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق لان المنافع كلها في حقه فائتة لان الانتفاع بها انما هو بالعقل وأما الذي يجن ويفيق فيجزي عتقه أطلقه في الهداية والمراد إذا أعتقه في حال افاقته وفي الاصم روايتان وما ذكر في الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين فيحمل رواية النوادر الاصم الذي ولد أصم وهو الاخرس فانه لا يسمع أصلا ولا يتكلم ويحمل ظاهر الرواية الذي اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا أعتق عبدا حلال الدم قضي بدمه عن ظهاره ثم عفي عنه لم يجز وفي التجنيس من علامة عيون المسائل اذا أعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى ويخاف عليه يجوز وان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرهما الا كغيرهما من الاصابع وأيضا ترتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة البطش ليست لازمة ولا عنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها (ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد) ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيأ لا الذي أدى بعض الكتابة والشافعي منعه وألحق المكاتب بالمدبر وأم الولد بجامع انه استحق العتق بجهة الكتابة فأشبه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو أولى بعدم الاجزاء منهما فانه لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبره وأم ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية فدل انه أنقص رقا منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام لنا في المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب أحمد بناء على جواز بيعه عندهما خلافا لنا وفي أم الولد على وجه الاثبات لنفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا ولو لا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يتبين نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما أيضا تعليق العتق بموت السيد ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه

أجاب بقوله (الا أنه يسلم له) أى للمكاتب (الاكساب والاولاد لان العتق فى حق المحل) يعنى المكاتب (بجهة الكتابة) واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو عتق بأداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة والدلالة انما تتحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل

اذ هو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق فى حق المحل بجهة الكتابة أو لان الفسخ ضرورى لا يظهر فى حق الولد والكسب (وان اشترى أباه أو ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) وقال الشافعى لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتى فى كتاب الايمان ان شاء الله وان أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر

واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهذا هو الثابت فى المدبر وأم الولد لثبوت العتق فى حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما أوجبت فك الحجر فى المكاسب وذا لا يمكن نقصانا فى الرق اذ المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه من كتابته شئ رواه أبو داود المراد به كامل فى العبودية والرق وانما يستبد المولى بفسخه لانه يبدل فانعقد لازما على المولى بخلاف الاذن فى التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب فى كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك أعم من محل الرق ألا يرى ان الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالامتعة والحيوان غير الآدمى ففى العبد رق فى رقبته وملك يحاذيه فيها وتتعدى الى غيرها من منافعه واكسابه والكتابة أوجبت الفك فى حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق ولكن العتق انما يعتمد الرق لانه لو دار مع الملك ثبت فى غير الآدمى أيضا فكان حينئذ كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المزحزح (قوله الا أنه يسلم له الاكساب الخ) جواب عما قد يقال عتقه حيث وقع انما يقع شرعا بجهة الكتابة وان عين السيد جهة التكفير بدليل انه يسلم له الاكساب والاولاد فعلم انه بجهة الكتابة أجاب بوجهين الاول أن العتق فى المكاتب واحد والاعتاق من جانب المولى تختلف جهاته ففيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع الى المولى جعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشئ وجعل هبتها فى حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفى حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبالى باختلاف السبب ففى مسئلة الزوج نفس حقه ليس الا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالى بكونه عن سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس الا عتقه عند الاداء وقد حصل عينه الثانى انفساخ الكتابة ضرورى اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مانع يحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر فى حق جواز التحرير للتكفير لا فى حق الاكساب والاولاد لانه لا دلالة على الرضا فيهما فيعتق فى حقهما مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والالتقرر بدل الكتابة اذ تسليم المبدل يوجب تقرر البدل (قوله وان اشترى أباه أو ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) هذا فى الشراء أما لو ورث أحدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه ولو وهب له أو أوصى له صح الحاصل انه اذا دخل فى ملكه بصنع منه ان نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فأنت حر ونوى كون العتق وقت دخوله عن الكفارة لا يجوز

العتق بجهة الكتابة لانه لا يختلف لا فى ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين (أو لان الفسخ ثبت ضرورة صحة الاعتاق) فلا يظهر فى حق الاولاد والاكساب وقوله (وان اشترى أباه أو ابنه) واضح

(قوله وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضا المكاتب الخ) أقول فصار لهذا العتق سببان اعتاق مقيد من المولى وعقد الكتابة وحق العبد فى ان لا يبطل ما ثبت بهذا العقد وقد حصل حكم العلة وهو العتق وهو غير منجز فيضاف الى كل واحد من السببين كملا كأن ليس معه غيره كواحد قتل جماعة فانه يقتل بهم ويصير كل واحد مستوفيا حقه بصفة الكمال (قوله فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لا يختلف) أقول ضمير لانه راجع الى العتق (قوله وجعل الاعتاق للتكفير) أقول كيف يجعل عتقه بجهة الكتابة وهو معلق باداء البدل والمفروض انه لم يؤد شيأ والتعويل عندى على الجواب الثانى ومحصوله الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة والثابت هناك هو الاول فانها لم تنفسخ فى حق الاولاد والاكساب وعليك بمراجعة سائر الشروح تزدد بصيرة فيما قلنا (قوله وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين) أقول قوله هو راجع الى الاعتاق وقوله نظرا تعليل لقوله وجعل الاعتاق ولقوله فجعل العتق الخ

وقوله (بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا) يعني أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه يصير حرا مدينا بناء على أن الاعتاق عندهما الايتجزأ أجيب بانه انما لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة (ولابي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) لتعذر استدامة الملك فيه (ثم يتحول اليه بالضمان) ما بقي منه فكان في المعنى اعتاق عبد لا شيأ ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تملك بادا الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق وكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما ذكره فيما يليه أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستندا ويلزم النقصان المانع (فان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه جاز لانه أعتقه بكلامين) فلا محظور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع أجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه أعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم أعتق ما بقي ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفا الى الكفارة بالضمان لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كانه أعتق عبدا الا قدر النقصان وقوله (وهذا) أي جعله اعتاقا بكلامين (على أصل أبي حنيفة) في تجزي الاعتاق (أما عندهما فالاعتاق لا يتجزأ فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين) وعلى هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي

وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة (فان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) لانه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للاضحية فأصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبي حنيفة أما عندهما فالاعتاق لا يتجزأ فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين (وان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة) لان الاعتاق يتجزأ عنده وشرط الاعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص

ولو نواه وقت اليمين جاز (قوله وضمن قيمة باقيه) يعني أعتق ذلك الباقي أيضا (لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) بناء على تجزئ الاعتاق وعدمه عندهما لا يتجزأ فاعتاق نصفه اعتاق كله غير أن المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية على العبد حتى يكون اعتاقا بعوض ولو كان المعتق معسرا لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود انه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده يتجزأ فانما أعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كام الولد بل أشد لان عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير فصار كانه أعتق عبدا الا شيأ منه بخلاف المسئلة التي بعد هذه فانه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فيجوز كمن أضجع شاة ليذبحها أضحية فأصابت السكين عينها فاعورت فان قيل الملك في المضمون يثبت مستندا الى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو اذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك انما يثبت مستندا في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز ولا يخفى ان التعيب ضرورة اقامة المأمور به ليس كالتعيب بصنعه مختارا حتى انه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه فكان المشترك أولى بالاجزاء من العبد المختص لان مالك النصف لا يقدر على عتقه الا بطريق عتق نصفه فحاله أشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل بسبب اقامة الواجب وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما أطلق له العتق مرة وعمرات كان لازمه انه اذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع وعن هذا بحث بعضهم انه يجب الاجزاء في الصورتين فان النقص في الاول أيضا حصل بسبب العتق كالثاني والعمد وعدمه سواء لانه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطأ ولان الملك

ظاهرة الا أنه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بان أى اعتاق وجد بعده هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغى أن لا يجوز عن الكفارة وأجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثانى فصار اعتاق نصف العبد كان لم يكن وكأنه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك قال (واذا لم يجد الظاهر ما يعتق) (٢٣٩) اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم

واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق) أما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما أوجبه الله والصوم فى هذه الايام منهى عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل (فان جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبى حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه

بالضمان يستند فيظهر ملكه فى الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية وأجاب عن قولهم انما يستند فى حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكميا فسواء وجد فى ملكه بين اعتاق نصفه واعتاق باقيه أو فى ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافى كمال الرقبة منع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا تستلزم منافاة الاجزاء الا اذا كان فى غير ملكه لانه أهدر لحصوله بسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع فى ملك غيره وضمنه كان مشتريا الناقص رقا معنى فعتقه عن الكفارة بخلاف ما اذا وقع فى ملكه حيث يتحقق فيه الاهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم اعتاقه فيه أهدر كان كأنه أعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان فى ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان اذا كان فى ملك غيره فلم يقع عن الكفارة (قوله واعتاق النصف حصل بعده) فان قيل كل اعتاق بعد هذا وان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثانى وبطل اعتاق ذلك النصف لان الشرط للحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم بذلك المسيس ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفى معه عتق النصف لان المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت الى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع بجميع رقبة (قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق الخ) فى الخزانة لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وقال الشافعى والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان الماء مأمور بامساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازى فى أحكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس أهله بخلاف الخادم وفى الاسبيجابى يعتبر الاعسار واليسار وقت التكفير أى الاداء وبه قال مالك وقال أحمد والظاهرية وقت الوجوب وللشافعى أقوال كالقولين وثمنها يعتبر أغلظ الحالين (قوله فكفارته صوم شهرين) ان صامهما بالاهلة أجزأه وان كانتا ثمانية وخمسين يوما وان صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف (قوله فان جامع التى ظاهر منها) كونها المظاهر منها قيد فى لزوم الاستقبال على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فانه لو جامع زوجته الاخرى ناسيا لا يستأنف عنده أيضا كما لو أكل ناسيا لان حرمة الاكل والجماع للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص

شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام لغير الاهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا ان أدخل فى صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره فى الكتاب وهو واضح (فان جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يستأنف) وانما قيده بالتى ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطأ يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق وانما قيد فى جماع التى ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق وأما ذكر العمد فيه فى الليل فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان فى الوطء بالليل سواء فعرف ان الاختلاف

فى وطء لا يفسد الصوم لابى يوسف ان هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط أى التتابع هو الشرط فى كون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعنى الاستئناف تأخير الكل عنه وتأخير البعض أهون من تأخير الكل

(قوله بان أى اعتاق الى قوله فهو اعتاق الخ) أقول قوله أى اعتاق اسم ان وقوله فهو اعتاق خبر ان

(ولهما ان الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص) وهذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون معناه ان النص يقتضى شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثانه من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه (وهذا الشرط) أى الشرط الثانى وهو الخلو عنه (ينعدم به) أى بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثانى أن يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التى ظاهر منها قبل الكفارة والحكم فى ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستئناف وهذا أولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا الخ والجواب عن قوله انه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد فى النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى قطع التتابع وفى العمد لعدم القائل بالفصل (وان أفطر يوما منها بعذر) كسفر أو مرض (أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة) وهذا احتراز عما اذا أفطرت المرأة فى كفارة القتل أو الافطار بعذر الحيض فانها لا تستأنف لانها معذورة عادة اذ لا تجد

شهرين متتابعين لاحيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق فى آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته قوله (وان ظاهر العبد) ظاهر

ولهما ان الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف (وان أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف) لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة (وان ظاهر العبد لم يجز فى الكفارة الا الصوم) لانه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال (وان أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه) لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه (واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا (ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير

فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التى ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها فبالجماع ناسيا فى أثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم فى حق الكفارة على وزان ما قلنا فى الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق كون المجموع قبل التماس وكون السبب النسيان لا أثر له فى نفى هذا الواقع وعدم افساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده ليلا بكونه عامدا ليس بقيد بل جماعها اليه ليلا عامدا أو ناسيا سواء لان الخلاف فى وطء لا يفسد الصوم (قوله وان أفطر يوما منها بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال) بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض فى كفارة القتل أو الفطر فى رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض ولو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لانها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست فى صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت فى خلال صوم كفارة اليمين فانها تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها (قوله لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه) أو قعه تعليلا لقوله وان أطعم المولى عنه أو أعتق فأفاد ان معناه انه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر اذ لا بد من

(قوله قبل المسيس) أقول أى جنسه (قوله خاليا عن المسيس) أقول أى جنسه (قوله والشرط الثانى من ضرورة الاول الى قوله فينعدم المشروط) أقول كون الثانى من ضرورة الاول لا يقتضى أن لا يوجد الثانى بدونه كما فى اللازم العام الاختيار

(قوله ويجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان به الخ) أقول وفيه انه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطى الكفارة فينتفى المشروط أيضا (قوله لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه الخ) أقول ان أرادا تحادهما ذاتا فليس كذلك لعموم الاخلاء وان أرادا الاستلزام فلا يفيده وعندى ان الاخلاء من ضرورة التقديم وان المراد بالمسيس ما يطلب حله لا جنس المسيس ثم لما بدأ المظاهر بالتكفير علم انه طلب أن يقع كل مسيسه بعده مباحا فالذى وقع فى خلاله كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من البداءة بالتكفير فلم يخل عنه ولم يوجد الشرط واذا استأنف وأخلى عنه يوجد الشرط بالنسبة الى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليتأمل (قوله وترك العود الى الكفارة) أقول قوله الى الكفارة متعلق بقوله ترك العود (قوله والجواب عن قوله انه الى قوله فلا يتعدى الى قطع التتابع) أقول لا يقال صحة هذا الكلام تستلزم أن يقطع التتابع اذا وطئ غير المظاهر منها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان وقد صرح بخلافه أنفا لان هذا الكلام وارد سندا لمنع استلزام عدم فساد الصوم انتفاء قطع التتابع فلا يصح أن يقال لو صح اذ حاصله لم لا يجوز أن يكون من المواضع التى يقتصر فيها النص على مورده لورود على خلاف القياس فليتأمل

وقوله (أوقيمة ذلك) أى من غير الاعداد المنصوصة مطلقا وأما فى الاعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة اذا كانت أقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر أو شعير لا يجوز اذ الاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان فى القيمة أكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه وانما الاعتبار له فى غيره وقوله (فى حديث أوس ابن الصامت) هو أخو عبادة بن الصامت وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهى المجادلة التى نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم وأما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور فى كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا فى المبسوط وذكر فى المغرب سلمة بن صخر البياضى وما ذكره المصنف موافق لما أورده الامام المستغفرى فى معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر الليثى وقوله (فيعتبر بصدقة الفطر) يعنى فى المقدار ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطى فقيرا منا من حنطة ومنا آخر فقيرا آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الاطعام المعتاد للمساكين وأما فى صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله (أوقيمة ذلك) ظاهر

أوقيمة ذلك) لقوله عليه السلام فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أوقيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه فى الزكاة (فان أعطى مناً من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز)

الاختيار فى أداء ما كلف به أو معناه ان العبد أمره ففعل ذلك فانه يتضمن تمليكه ثم اعتاقه عنه واطعامه واعلم ان للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات الا كفارة الظهار لانها تتعلق بها حق الزوجة (قوله واذا لم يستطع الصيام) أى لمرض لا يرجى زواله أو كبر (قوله أوقيمة ذلك) أى من غير ما نص عليه فلو دفع منصوصا عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز الا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا مثاله دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف صاع بر أو صاعا من البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لان الاعتبار فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك فى الاعتبار لزم ابطال التقدير المنصوص عليه فى كل صنف وهو باطل ثم اذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذى دفعه لهم فان لم يجدهم باعيانهم استأنف فى غيرهم لا يقال لو كساعشرة مساكين فى كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه اذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الاطعام مع ان كلا منهما منصوص عليه قلنا المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير انها لا تتحقق الا بالثوب فلما لم يصب كل ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة أعنى الكسوة أصلا لانه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر اذ لا كسوة الا بثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص (قوله فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر) وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبرانى فى حديث أوس بن الصامت قال فأطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا أملك ذلك الا أن تعينى فأعانه النبى صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا وأعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه انه كان برا لان التمر والشعير يجزى منه صاع وقدمنا عن أبى داود من طريق ابن اسحق عن معمر بن عبد الله ابن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام فى حديث أوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فانى سأعينه بعرق من تمر قالت امرأته يا رسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال أحسنت قال فيه والعرق ستون صاعا وأخرج عنه أيضا الحديث بهذا الاسناد الا انه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا أصح لانه لو كان ستين لم يحتج الى معاونتها أيضا بعرق آخر فى الكفارة وأخرج أبو داود عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة فى انه كان المخرج تمرا أو برا والله تعالى أعلم وأما الذى فى حديث سلمة بن صخر البياضى قال فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذى بعثك بالحق لقد بتنا وحشيين ما أملك لنا طعاما قال فانطلق الى صاحب صدقة بنى زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها الحديث أخرجه أحمد وأبو داود ويكفى ما أثبتناه فى صدقة الفطر من ان الواجب من البر نصف صاع اذ لا قائل بالفرق فى كمية المخرج

(قوله أى من غير الاعداد) أقول مراده المعدودات (قوله فلا يجوز أداؤها قيمة اذا كانت أقل قدرا) أقول وأما اذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يجىء نظيره (قوله تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز) أقول قوله لا يجوز يعنى لا يجوز فى الاعداد المنصوصة (قوله لانه لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه وانما الاعتبار له فى غيره) أقول ضمير له راجع الى المعنى وضمير غيره راجع الى المنصوص

وقوله (لحصول المقصود اذا الجنس متحد) يعنى من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر وأما اذا اختلف الجنس كما اذا أطعم خمسة مساكين فى كفارة اليمين بطريق الاباحة وكساخمسة مساكين والكسوة أرخص من الطعام لم يجز لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالاطعام ألا ترى ان الاباحة فى أحدهما تجوز دون الآخر واستشكل بما اذا أعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة لايجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق وأجيب بانه انما لايجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة والشركة فى كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره) ظاهر وقوله (فان غداهم وعشاهم) بكلمة الواو لا بأو لان التغدية وحدها أو التعشية وحدها لاتجزى قال فى المبسوط المعتبر فى التمكين أكلتان مشبعتان إما الغداء والعشاء وإما غدا آن أو عشا آن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله اذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لايجوز وقوله (قليلا أكلوا أو كثيرا) يعنى ان

المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان أحدهم شبعان اختلف المشايخ فيه فنهم من قال بجوازه لانه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لايجوز لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما أشبعهم وقوله (وقال الشافعى) متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لايجوز فى الكفارة الا التمليك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر (وهذا) أى عدم جواز الاباحة (لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة فى التمكين من الطعم) لانه جعل الغير طاعما (وفى الاباحة ذلك) أى التمكين (كافى التمليك) فيتأدى الواجب بكل واحد منهما أما بالتمكين فلمراعاة عين النص واما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملك منه فاما أن يطعمه أو يصرفه الى حاجة أخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه أما الواجب فى الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى وآتوا الزكاة وفى صدقة الفطر الاداء لقوله عليه السلام أدوا عمن تمونون وهو التمليك حقيقة

لحصول المقصود اذا الجنس متحد (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) لانه استقراض معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه (فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما أكلوا أو كثيرا) وقال الشافعى لايجزئه الا التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولما أن المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة فى التمكين من الطعم وفى الاباحة ذلك كما فى التمليك أما الواجب فى الزكاة الايتاء وفى صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة

فى الصدقات الواجبة (قوله لان الجنس متحد) وهو جنس هذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقه نصفى عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول أبى حنيفة فان الجنس وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر وهو ان المأمور به اعتاق رقبة ونصف رقبتين لسار رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيها لايمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك فى البدنة شرعا (قوله فان غداهم وعشاهم جاز) لان المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم ان كان خبز برفى سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين بعد اتحاد الستين فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن أبى حنيفة فى كفارة اليمين لو قدم بين يدى عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأهم وان لم يبلغ ذلك الا صاعا أو نصف صاع فان كان أحدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لايجوز لان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة (قوله وهو حقيقة فى التمكين من الطعم) الطعم بالضم الطعام لايقال الاتفاق على جواز التمليك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا معما أو فى حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لاتمنع العمل بالحقيقة كما فى حرمة الضرب والشتم مع التأفيف كذا هذا فلما نص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذى هو سبب لدفع كل الحاجات التى من جملتها الاكل أجوز

(قوله وأما اذا اختلف الجنس الى قوله لم يجز الخ) أقول وأما اذا كان مثله قيمة أو أكثر فيجوز بطريق أداء القيمة قال المصنف (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) أقول قال العلامة لزيلعى ثم فى ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الآمر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن ابى يوسف أنه يرجع ويجعل قرضا لانه أدناهما ضررا اه وبهذا تبين ان تعليل المصنف للمسئلة بقوله لانه استقراض معنى ليس كما ينبغى لعدم انتهاضه على ظاهر الرواية والاولى أن يعلل بقوله لانه طلب التمليك منه معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليتأمل قال المصنف (وفى الاباحة ذلك كما فى التمليك) أقول كان الظاهر ان يقول وذلك هو الاباحة فيستلزمه التمليك

وقوله (ولو كان فيمن عشاهم صبي) ظاهر وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه وأما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني و عند ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له الى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى اليه بخلاف كفارة أخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولا يمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير بأتم من هذا (وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك كثيرة تتجدد في يوم واحد) فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته في يوم تنتهي حاجته الى الطعام ولا تتجدد الا بتجدد الايام و (بخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص) وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالخاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة

قال المصنف (ولو كان فيمن عشاهم الخ) أقول مسئلة كتاب الايمان ذكرها (٣٤٣)

(ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزئه) لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام (وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه وان أعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه) لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزئه وقد قيل يجزئه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

فانه حينئذ دافع لحاجة الاكل وغيره (قوله وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه) وقال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزيه وهو قول أكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وبتكرار الحاجة في مسكين واحد لا يصير هو ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز وأصحابنا أشد موافقة لهذا الاصل ولذا قالوا في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب عن رمية واحدة مع ان تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد أولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان بتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما وتمامه موقوف على أن ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة أو حكما ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير اليه الا بموجب فان قلت المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو قلت هو الحاجة بكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا أن الظاهر انما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء (قوله وهذا) أي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان اطعام الطاعم

بسبيل التفريع وان لم تكن مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القدوري لكن كان ينبغي أن يقول فيمن غداهم وعشاهم أو يقول فيهم أو يقول لو كان أحدهم فطيما لان العشاء وحده لا يعتبر كذا في شرح الاتقاني قال المصنف (وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه وان أعطاه في يوم واحد لم يجزه) أقول اختار في الاولى لفظ الاطعام وفي الثانية لفظ الاعطاء ليعلم حال التمليك في الاولى والاباحة في الثانية بطريق الاولى قال المصنف (والحاجة تتجدد في كل يوم) أقول يفهم منه تعليل المسئلة الثانية (قوله وقوله وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يومه) أقول الاظهر جعله اشارة الى مجموع ما ذكر من المسئلتين لئلا يلزم التفكك قال المصنف (فقد قيل لا يجزئه) أقول وذكر في المحيط وهو الصحيح كذا في النهاية واليه يشير قول المصنف وان أعطاه في يوم واحد لان الاعطاء هو التمليك وفي التلويح ما يخالف ذلك لكن لا تعويل عليه قال المصنف (لان الحاجة الى التمليك تتجدد) أقول قال ابن الهمام وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا ان الاول أحوط ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما أقيم مقام الشئ اعتبرت فيه أحكام ذلك الشئ اه ولك أن تقول اقتصاره على توجيه هذا القول لانفهام وجه القول الاول بحيث يتضمن جواب وجه الثاني عما قدمه تأمل قال المصنف (لان التفريق واجب بالنص) أقول ولك أن تقول العدد أيضا منصوص عليه فينبغي أن لا يجوز اطعام مسكين واحد ستين يوما ويمكن أن يجاب بان نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ فيعلم ان المقصود تعدد الحاجة وبه يتعدد المسكين الواحد حكما فليتأمل

(وان قرب التى ظاهر منها فى خلال الاطعام) لانه تعالى ماشرط فى الاطعام أن يكون قبل المسيس الا أنه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى فى غيره لا يعدم المشروعية فى نفسه (واذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من برلم يجزه الا عن واحدة منهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطعم ذلك عن افطار وظهار أجزأه عنهما) لان بالمؤدى وفاءبهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرق فى الدفع ولهما ان النية فى الجنس الواحد لغو وفى الجنسين معتبرة

أما لو كانت المرات تمليكات فى اليوم الواحد اختلف فيه قيل لا يجوز أيضا الا عن يومه ذلك وصححه فى المحيط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم فى ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف اليه بعده فى يومه اطعام الطاعم فلا يجوز كما لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغنى بخلاف الدفع فى كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليهما فان قيل لو كسا مسكينا واحدا عشرة أثواب فى عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس ولا يمكن تعليق الحكم فى الثوب بغير الحاجة اليه فأقيم مضى الزمان مقامها لانها به تتجدد وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئه لان التمليك لما أقيم مقام حقيقة الاطعام وفرغ من ذلك نظر اليه من حيث انه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع أولا هالكا بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو هالك بالنسبة الى دافع آخر وكفارة أخرى وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة اذ الحال قيامها وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا أن الاول أحوط ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل بجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما أقيم مقام الشئ اعتبرت فيه أحكام ذلك الشئ وأما ما نعتقده فعدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو فى اليوم الثانى لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه (قوله وان قرب التى الخ) الحاصل أنه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربها فى خلاله لم يستأنف لانه تعالى ماشرط فيه أن يكون قبل المسيس ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وان كانا فى حادثة واحدة بعد أن يكونا فى حكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس بيانه انه لو قدر على العتق أو الصيام فى خلال الاطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فلو جوز للعاجز عنهما القربان قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمفضى الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذى لا يرجى زواله أمر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل يثبت الاستصحاب فالاولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص ولا يعلل بما ذكر لمعنى فى غيره (قوله لمعنى فى غيره) هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام بتخلل الوطء (قوله عن ظهارين) سواء كانا من امرأة أو امرأتين (قوله له الخ) حاصل الوجه أنه وجد المقتضى للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضى للاجزاء عنهما صرف الكمية التى تجزى عن كفارتين الى المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضى وانما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها فى الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها فى الجنس الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر فبقى نية مطلق الظهار وبمجردها لا يلزم أكثر من واحد وكون

قوله (وان قرب التى ظاهر منها فى خلال الاطعام) واضح وقوله (والمنع لمعنى فى غيره) يعنى توهم القدرة على الاعتاق لا يعدم المشروعية فى نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة فى الاوقات المكروهة قال (واذا أطعم عن ظهارين) واذا أطعم المظاهر عن ظهارين (ستين مسكينا كل مسكين صاعا من برلم يجزه الا عن واحدة منهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطعم ذلك عن افطار وظهار أجزأه عنهما) اتفاقا (له أن بالمؤدى وفاءبهما) اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من برفى الصاع وفاءبهما لا محالة (والمصروف اليه محل لهما) لان الفقير لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلة والنية معينة (فيقع عنهما كما لو اختلف السبب) يعنى أطعم ذلك عن افطار وظهار (أو فرق فى الدفع ولهما ان النية فى الجنس الواحد لغو) لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والفرض عدمها فلغت النية

قال المصنف (الا انه يمنع من المسيس قبله) أقول فيه بحث قال المصنف (وقال محمد يجزئه عنهما) أقول قال الاتقانى وعندى قول محمد أقوى وبين وجه الترجيح فراجع شرحه قال المصنف (ولهما ان النية فى الجنس الواحد لغو) أقول المدفوع لا نسلم ذلك فان من وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق عنهما أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء كما يجئ بعد أسطر

(واذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدنى المقادير وبالمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة) فانه يقع عن احداهما بالاتفاق (بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن كل ظهار وجب لسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي أن يقع عنهما والثاني انه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا حل وطء التي عينها وأجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين لافيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدر المحل فصحت نيته فأما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح عن الظهارين قدر ما يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا

واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدنى المقادير فبالمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز) لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة (وان أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين وقال الشافعي له أن يجعل ذلك عن أحدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له أن يجعل عن أحدهما بعد ما أعتق عنهما نخروج الامر من يده

المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع أدنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع أو كانا جنسين وقد يقال اعتبارها للحاجة الى التمييز وهو محتاج اليه في أشخاص الجنس الواحد كما في الاجناس وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرح به من انه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التي عينها ومن الصور ظن انه ظاهر منها فأعتق ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب فهنا أيضا يجب أن لا يلغو لثبوت الغرض الصحيح في نية الظهارين وهو حلهما معا أجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلهما في الاطعام مائة وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق وهذا يصير أصل الجواب تسليم وجود المقتضى وادعاء المانع وهو رجوع وانقطاع عن الطريق الاول اذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر الى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة باعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على أن وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة الى كفارة أخرى فهو كمحتاج آخر بالنسبة اليها فما دفع الامع قيام الحاجة بالنسبة الى كفارة أخرى (قوله وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) هذا اذا كانت الرقبة مؤمنة فان كانت كافرة صح عن الظهار لان الكافرة لا تصلح كفارة للقتل فتعينت للظهار (قوله في الفصلين) هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه (قوله لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر واذهاب أثر تلك الجناية (جنس واحد) ولذا حمل المطلق منهما على المقيد في الاخرى (قوله نخروج الامر من يده) فانه وقع نفلا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده

عند عدم التفريق فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو أعطى ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا وقوله (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار) ظاهر وقوله (كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) جواب الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر نخروج الامر من يده (وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين) يعني في متحد الجنس ومختلفه (وقال الشافعي له أن يجعل عن أيهما شاء في الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر (جنس واحد) والنية في الجنس الواحد غير مفيد فبقي نية أصل الكفارة ولو نوى أصل الكفارة كان له ان يجعل ذلك عن أيهما شاء

قال المصنف (والمؤدى يصلح كفارة واحدة) أقول فيجب القول به نظرا للفقراء ولكن يخرج عن العهدة بيقين (قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما ان كل ظهار وجب الخ) أقول الظاهر ان المضاف مقدر أي كل كفارة ظهار (قوله وأجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين لافيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد) أقول فيه بحث فان لك أن تقول انهما جنسان لاختلاف السبب والخطاب كظهرين نعم قد يتحد السبب مع تعدد الكفارة كما اذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد على ما تقدم قبيل الفصل ولا يمكن ذلك في الظهرين فتأمل (قوله فأما اطعام ستين مسكينا الخ) أقول فيه بحث فانه لم لا يكفي التفرق الحكمي بنية التوزيع كما كفى التعدد الحكمي فيما اذا أطعم مسكينا واحدا ستين يوما فليتأمل

ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو) قيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد وكان لغوا واذا لغت صار كأنه أعتق رقبة عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز وله ان يصرفها الى أيهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق في القتل و لظهار واحد أجاب بقوله (واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب) فان القتل يخالف الظهار لامحالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنسين المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال (نظير الاول) يعني الجنس المتحد (اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد) بناء على ما ذكرنا من الغاء نية التوزيع وبقاء أصل النية اذا الجنس متحد (ونظير الثاني) يعني الجنس المختلف (اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التمييز) فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما اذا الجنس مختلف

واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لابد منه والا لا يقع عن واحد منهما وأجيب بأنا لا نسلم اتحاد الجنس لانه يختلف باختلاف الخطاب والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من أول الشهر الخ

ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التمييز والله أعلم

امكان ان يجعله عن احداهما لانه بعد ما وقع على وجه لا ينقلب الى غيره (قوله فتلغو) واذا لغت بقي نية مطلق الظهار فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقها في الابتداء (قوله واختلاف الجنس الخ) لما اختلفت باختلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد ما به الاختلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف وما لا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين أعني الوقتين حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بالدلوك وهو من يوم غيره من آخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للايام كلها بليليها فكل يوم وان كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وخصوص اليوم فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضائه الى تعيين يوم السبت مثلا أو يوم الاحد وشرط في الصلوات فان تعذر عليه معرفة يومي الظهرين ينوي أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه ان لم يكن ساقط الترتيب وقد أسلفناه في باب شروط الصلاة وكذا شرط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي عما على من الرمضان الاول أو الثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما ولو نوى ظهرا وعصرا أو ظهرا وصلاة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الرجحان بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع عن الظهر عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ترجيحا بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد أصلا للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل وعند أبي يوسف يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو عن حجة الاسلام اتفاقا عند أبي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلق النية وبه تتأدى حجة الاسلام والله أعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كأنه صام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء أقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه عن النذر لانه نفل في أصله وقدمنا هذا في كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد شروعه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع اليه فليكن هذا رواية عنه فيه هذا ومما يعكر على الاصل الممهد ما عن أبي يوسف في المنتقى لو تصدق عن يمين وظهار فله ان يجعله عن أحدهما استحسانا والله الموفق

قد تقدم وجه المناسبة فى أول الظهار واللعان فى اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب أيضا لان اللعن من جانب الرجل وهو متقدم وفى الشريعة شهادات تجرى بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل امرأته فذفا يوجب الحد فى الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجرى اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التى تجرى بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغنا من اللعان قال (واذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها ولهذا لا يجرى بين المملوكين (والمرأة ممن يحد قاذفها) حتى لو لم تكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجرى بينهما (أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان) فان قيل اللعان يجرى بين الاعميين والفاسقين وليسا من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها (٣٤٧) ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا فى جانب الرجل أيضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجرى وان كانت ممن يحد قاذفها أجيب عن الاول بانهما من أهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كذا فى شرح الطحاوى والجامع الصغير لقاضيخان وعن الثانى بانه انما يشترط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا اللعان لان اللعان قائم فى حقه مقام حد القذف وهو يقتضى احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم

﴿ باب اللعان ﴾

قال (اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)

﴿ باب اللعان ﴾

هو مصدر لاعن سماعى لا قياسى والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد يقال منه التعن أى لعن نفسه ولاعن اذا فاعل غيره ومنه رجل لعنة بفتح العين اذا كان كثير اللعن لغيره وبسكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال

والضيف أكرمه فان مبيته * حق ولا تك لعنة للنزل

وفى الفقه هو اسم لما يجرى بين الزوجين من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمى ذلك به لوجود لفظ اللعن فى الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب وهو أيضا موجود فيه لانه فى كلامها وذلك فى كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سيذكر وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد فى الاجنبية وركنه ذلك المفهوم وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتى وأهليه من كان أهلا للشهادة (قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا) بأن يقول أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يا زانية هذا مذهب الجمهور وفى المشهور عن مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتى ويحيى بن سعيد واستضعف بأن الكل رمى بالزنا وهو السبب فلا فرق (قوله وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها على المسلم فلا يجرى اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان أحدهما مملوكا أو صبيا أو مجنونا أو محدودا فى قذف وأورد انه يجرى بين الاعميين والفاسقين مع انه لا أداء لهما ودفع بأنهما من أهله الا انه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان يفصل بين نفسه وامرأته فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الاعمى لا يلاعن (قوله ممن يحد قاذفها) فلو كانت لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد

(قوله ثم لقب الباب باللعان الخ) أقول تسمية للكل باسم جزئه (قوله وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغنا من اللعان) أقول وفى الكفاية لا تقع الفرقة بنفس اللعان حتى لو طلقها فى هذه الحالة طلقة بائنة يقع وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح اه (قوله وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا فى جانب الرجل أيضا) أقول قال العلامة الزيلعى هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزانى لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجرى بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها ليثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلا يمنع اه قال العلامة الامام كمال الدين بن الهمام والحاصل ان المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه والله أعلم اه (قوله لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز الخ) أقول وكذا المحدود فى القذف

والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حقه ومقام حد الزنا فى حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس

وليس له أب معروف أو زنت فى عمرها ولو مرة أو وطئت وطأ حراما بشبهة ولو مرة لا يجرى اللعان وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط فى جانب الرجل أيضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجرى اللعان أيضا وان كانت هى ممن يحد قاذفها وأجاب فى النهاية بان اللعان فى حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصانها قاذفها لا يكون موجبا شيأ لاحد القذف ولا اللعان أما قذف الرجل عند عدم احصانه فموجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم احصانه عن موجبه فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه اذ الحد أصل اللعان فكان فى معنى اللعان قال فى شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزانى لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجرى بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلا ى معنى يمتنع اه الحاصل ان المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه (قوله والاصل) أى ان الاصل فى اشتراط أهلية الشهادة فيهما واشتراط كونهما مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها ان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة وانه قام مقام حد القذف فى حقه أى قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا فى حقها ان كان صادقا (قوله عندنا) قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعى اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات وهو الظاهر من قول مالك وأحد ممن كان أهلا لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو أهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا أو عبدا وعن مالك وأحد رواية كقولنا وجه قوله قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم فى اليمين والشهادة تحتمل اليمين ألا ترى انه لو قال أشهد بنوى اليمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المفهوم فى الشرع عدم قبول شهادة الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرر الشهادة فى موضع بخلاف اليمين فانه معهود فى القسامة ولان الشهادة محلها الاثباتات واليمين للنفى فلا يتصور تعلق حقيقتهما بامر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين وهذا التقرير يقتضى فى حل مذهبه أن يقال أيمان مؤكدة بأيمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عندنا لامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم أثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفى اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين بصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا أنفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له أصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازى لها ولو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وهذا صارف

والذين يرمون المحصنات الآية ولما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة اذ دخل أنصارى فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء ائت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك والا تجلد على ظهرك فقال الصحابة الآن يجلد هلال ابن أمية فتبطل شهادته فى المسلمين فثبت ان موجب القذف فى الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا فى آية اللعان فوجدنا ها دالة على ان الاصل فى اللعان ان يكون شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حق الرجل ومقام حد الزنا فى حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل فى الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل أنها شهادات عن أكدت بالايمان نفيا للتهمة

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا تأكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد في الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الاقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة أجيب بأن الحد زاجر والاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف (٣٤٩) يجري كجريانه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة أو في كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف أجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة أجيب بأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لانه لا مطلق لانه صار بد لا عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على أن ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لابد أن يكونا من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد أن تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا

عن المجاز وما توهم صار فاما ذكر غير لازم قوله قبول الشهادة لنفسه وتكرر الاداء لا عهد بهما قلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لا يجاب الحكم لا عهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاب والاعدام والحكم كيفما أراد شرعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له أيضا شرعية ذلك ابتداء ثم هما أقرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل أربعا بدلا عما عجز عنه من اقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا ثبت عند عدمها أعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله أنه لا اله الا هو فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب شهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما ما هو الثابت بالايمان وهو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بهما لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما وأما قوله اليمين للنفي الى آخره فمحله ما اذا وقعت في انكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بأمر نفي أو اثبات وهنا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على أمر واحد يخبر به فان هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن أحدهما مؤكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط أهلية الشهادة وعدمها (قوله قائمة مقام حد القذف في حقه) أي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا ألا يرى انه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لا يجزيه لعان واحد لهن بل لابد من أن يلاعن كلا منهن على حدة ولو كن أجنبيات فقذفهن حد واحد لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة ويتعذر اجتماع الكل في كلمة (قوله ويجب بنفي الولد) هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية أو نفى نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه

لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي اللعان ايمان مؤكدات بالشهادة فمن كان أهلا لليمين كان أهلا للعان قال (اذا ثبت هذا نقول) يعني اذا ثبت ان الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان نقول (لابد أن يكونا المتلاعنان من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد ان تكون المرأة ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من الاحصان ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها) كما إذا نفى أجنبي نسب ولد عن أبيه المعروف فانه يكون قذفا للمرأة فكذلك هذا

(قوله سبب الهلاك) أقول وكذا في جانبها (قوله أجيب بان اللعان قائم الى قوله فلا يرد عليه الاجنبيات) أقول فيه بحث اذ الظاهر ان حكم نسائه في الابتداء كان حكم الاجنبيات فيتوجه السؤال ويجيء بعد ثلاثة أسطر

(ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به) وقال الشافعى لا يصير بنفى الولد قاذفا لها مالم يقل وإنه من الزنا لجواز ان يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذى ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفا مالم يقل ولد من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام والقياس ما قاله الا اناتركناه لضرورة فى اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها أو عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه زنا أو وطء عن شبهة فاكتفى بنفى الولد حتى ينتفى عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة فى حق الاجنبى (ويشترط طلبها) بموجب القذف (لانه حقها) لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها (فلابد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتى بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب) وفى نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب أى سبب اللعان أى علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا واما اذا أكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة فى أنها لم تزن ولا يجرى

ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة كما اذا نفى أجنبى نسبه عن أبيه المعروف وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها كسائر الحقوق (فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتى بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

أجنبى فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا فى شرح الكنز (قوله ولا يعتبر احتمال الخ) جواب عن مقدر تقديره ان النفى ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا أجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته إلا من هذا الفراش القائم فاذا انتفاء عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان قذفا ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقى فيه احتمال كونه فى نفس الامر عن غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبة أمه الى الزنا به ثم شبهه بما اذا نفى أجنبى نسبه عن أبيه المعروف يعنى فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح بخلاف ما فى المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابنى ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفى ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفى النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعى ثم قال وأجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذى ولدته من زوجك لا يصير قاذفا مالم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعى الا أنا تركناه لضرورة فى اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه إما لانه لم يقربها أو عزل عنها عزلا بينا ولا يدرى من أين هو يعنى فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة فى حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح فى الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال فى تقريره قوله فى الكتاب ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما فى نفى أجنبى نسبه عن أبيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعى كما فى النهاية ثم أورد صورة الاجنبية مقيسا له عليه فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه فى جوابه بل ذكر فى جوابه الفرق الذى ذكره فى النهاية بين قوله لاجنبية و بين قوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره فى الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرهما وما فى كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر فى جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغى أن يكون كذلك هنا يعنى فى نفى نسب ولده من زوجته أجيب عنه بأنا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التى بيناها قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنا بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررناه فانه يستلزمه (قوله ويشترط طلبها) وبه قالت الائمة الثلاثة لانه أى اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفى الولد فان الشرط طلبه لاحتياجه الى نفى من ليس ولده عنه (فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) فيحد وعند الشافعى اذا امتنع حده حد القذف وكذا اذا

لاعن اللعان بعد ذلك واما النسخة الاخرى فقيل انها معتبرة على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر ألا ترى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل فى القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال أراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس

(قوله فانه لا يصير قاذفا) أقول مخالف لما مر آنفا

(ولولا عن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى (فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه (واذا كان الزوج عبدا أو كافرا أو محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه

لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه والاوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع الشين وهذا اذا اعترف بالقذف فلو أنكر فأقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفي الجامع لو مات الشاهدان أو غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما وفي بعض نسخ القدوري أو تصدقه فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وجه قول الشافعي ان الواجب بالقذف مطلقا الحد بعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم الا أنه يمكن من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجة باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفعه به يحد ومثله في المرأة اذا لم تلاعن بعد ما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه فاذا امتنعت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله قلنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم الى قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات أي فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف ان فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيرا فأفاد ان الواجب في قذف النساء اللعان فاما أن يكون ناسخا أو مخصصا لعموم ذلك العام للاجماع على أنه ليس بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الثابت في قذف الزوجات انما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن ايفائه بل تحبس لايفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه لا يعاقب ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام وهو مخصص أول وللعلم بتأخره على ما رووا انه صلى الله عليه وسلم قال للذي قذف امرأته ائت بأربعة شهداء والا حد في ظهرك فنزلت آية اللعان ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحد لجواز كونه الحبس واذا قام الدليل على أن اللعان هو الواجب وجب حمله عليه قيل والعجب من الشافعي لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا فاسقا وأعجب منه انه عين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحد عن نفسه وأوجب به الرجم الذي هو أغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها لنكولها بامتناعها عن اللعان قلنا هو أيضا من ذلك العجب فان كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد مما يندفع بها مع أنه غاية ما يكون بمنزلة الاقرار مرة ثم ان عنده هذه الشبهة أثرت في منع ايجاب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو أغلظ الحدود وأصعب اثباتا وأكثر شروطا وفي كافي الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحد هي وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج (قوله أو كافرا) صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هي فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه (قوله فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات) يعني الحد ولا تحرير في هذا الكلام الا أن يكون الموجب الاصلي هو الحد في حق العموم وقد جعل له أن يسقطه باللعان

(ولولا عن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص) وهو قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله وقوله (الا أنه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى) بناء على أن اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن كأنه استشعر أن يقال المتلو من النص لا يدل على المبدوء به فقال الا أنه يبتدأ به وقوله (فان امتنعت) ظاهر (واذا كان الزوج عبدا أو كافرا) بان كانا كافرين فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الاسلام (أو محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته) لانه ليس من أهل الشهادة (فيصار الى الموجب الاصلي) (وهو) حد القذف (الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية) فانه كان هو المشروع أولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرائط فاذا عدمت صير الى الاصل

وقوله (وان كان) هو (من أهل الشهادة) ظاهر وقوله (والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك) قيل وهذا الحديث لم يوجد له أصل فى كتب الحديث ولكن أبو بكر الرازى ذكره فى شرحه لمختصر الطحاوى باسناده عن عبد الباقى الى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قيل كفى بأبى بكر الرازى لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى (ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد) لان امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها أيضا وهى محدودة فى القذف درأ للحد أجيب بان المانع عن الشئ انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضى لانه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف فى نفسه موجب الحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة فى قذفه بطل المقتضى فلا يجب الحد لانه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونقض عما لو قذف عبد امرأته وهى مملوكة أو مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من أهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لان القذف يوجبه وأجيب بان فى العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درأ للحد وليس كذلك المحدود فى قذف مجنونين

(وان كان من أهل الشهادة وهى أمة أو كافرة أو محدودة فى قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لانعدام أهلية الشهادة وعدم الاحصان فى جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل فى ذلك قوله عليه السلام أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته إذ هو ليس من أهله

كما قال الشافعى وأما على ما قررنا من ثبوت نسخها فى قذف الزوجات فلا يكون للمعدوجود فى قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير اليه فيهن لانه مصير الى غير حكمه والدليل ينفيه والحق فى التقرير أن يقال النص انما نسخ حكم الحد فى حق من كان من أهل الشهادة من الازواج لا فى كل زوج لان لفظة الناسخ ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم تفيد ذلك فيبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلا فيعمل بمقتضاه (قوله وان كان) أى الزوج (من أهل الشهادة) وهى ليست من أهلها أو من أهلها الا أنها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت فى عمرها فلا حد ولا لعان وهو ظاهر فيما اذا كانت لا يحد قاذفها أما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا أنها ليست من أهل الشهادة بان تكون عفيفة محدودة فى قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان أهلا للعان بان كان أهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا (قوله والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لا لعان بينهم) أخرج ابن ماجه فى سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراسانى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك وأخرجه الدارقطنى عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصى عن عمرو بن شعيب وأخرجه بالطريق الاول أيضا وقال وتابعه يعنى تابع عثمان بن عطاء الخراسانى يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف وروى عن الاوزاعى وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وأنت علمت أن الضعيف اذا تعددت طرقه كان حجة وهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد بروايه الامامين اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذى ذكرناه من أنه شهادات الى آخره (قوله ولو كانا محدودين فعليه الحد) لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا وهى محدودة فى قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجبه بخلاف قذف المحدودة اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها أجنبى يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة أو الامة أجنبى لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو

(قوله قيل هذا الحديث الخ) أقول القائل هو الاتقانى (قوله يجب عليه الحد) أقول كيف يجب الحد والمقذوفة غير محصنة بخلاف قذف المحدودة فى القذف فانه لا ينافى الاحصان (قوله لان له شهادة بعد العتق) أقول فعلى هذا ينبغى أن لا يحد الزوج القاذف اذا كان عبدا وهى محدودة فى قذف مع انه يحد الا انه كلام على السند الاخص صرح به ابن الهمام

(وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) والاصل فيه ماتلوناه من النص وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه أقطع للاحتمال وجه ماذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال (واذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما)

مجنونين وعند الشافعي وغيره يلاعن في الكل لان كل من هو من أهل اليمين فهو أهل له الا اذا كان أحدهم صغيرا أو مجنونا قيل عليه كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها فكان ينبغي أن تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي أن ينتفي اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد والجواب أن القذف يوجد أولا منه وهو مقتض للعان ان كان أهلا للشهادة والحد ان لم يكن وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع الا بعد وجود المقتضي لان مفهوم المانعية يقتضي ذلك اذ حقيقته نسبته الى المقتضي بالمنع ولا وجود لمقتضي اللعان فلا تعتبر المانعية من جهتها اللعان والحد انما يسقط بما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فان قذف الزوج موجب للحد (قوله وصفة اللعان الخ) ظاهر في تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي أن يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح الا بعد وجود شهادته ولهذا يبتدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان يمين لا شهادة ويجوز تقديم احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب ومقتضاه لزوم الاعادة كقول الشافعي لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب اعادته وبه قال مالك وهو الوجه لان النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة عنها بقوله ويدرأ عنها العذاب أن تشهد ولان الفاء دخلت على شهادته على وزان ماقلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه عقب جملة الافعال للقيام الى الصلاة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة

﴿فروع﴾ قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني ويحد للاول ليسقط اللعان ولو طلبت اللعان أولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو زنيت قبل أن أتزوجك فهو قذف في الحال فتلاعن وقال مالك والشافعي يحد ومافي خزانة الاكمل من أنه يلاعن في قوله زنيت قبل أن أتزوجك ويحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردتها ولو أسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم أبانها يسقط اللعان ولو أكذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف مالو أكذب نفسه بعد اللعان (قوله لانه أقطع للاحتمال) أي لاحتمال ان يضمر مرجعا للضمير الغائب غيرها بخلاف الخطاب وتقول هي أيضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا والاولى ان يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التعن (قوله اذا انضمت إليه الاشارة انقطع الاحتمال) يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لا أن المراد ان انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها (قوله لا تقع الفرقة) حتى لو مات أحدهما قبل تفريق

قوله (وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي) صفة اللعان على ماذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد انه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا

قال المصنف (وتقول في الخامسة غضب الله عليها) أقول قال الزيلعي وانما خصت المرأة بالغضب لان النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب اه في الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير

(وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نفي الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) ووجه الاستدلال (ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أي على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل وقوله (قول ذلك الملاعن) يريد به عويمرا العجلاني فانه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان أمسكتها هي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها

أجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روى انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء (ثم اذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين)

وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها هي طالق ثلاثا فانه بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

القاضي ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما انسانا حد للقذف أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطأها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر وبقية الأئمة لا ينفذ (قوله بالحديث) يشير به الى حديث المتلاعنان لا يجتمعان أبدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علته وسيأتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا مستلزما لوقوع الفرقة بمجرد لعانه قيل وينبغي على هذا أن لا تلاعن المرأة أصلا لانها ليست زوجة والتمسك بما روى زفر انما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان أحدهما وهذا لان حقيقته حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذر ارادتها وأقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهملة فاعتبرناه وبه نقول وليس بلازم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انهما لا يأتلفان بعد اللعن فليس بقاطع في ذلك بل ولا ظاهر بل يجوز حدوث الالفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فات الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان كما فيما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته أمره القاضي بالتسريح أو التكفير الا أن الظلم هنا لا ينتهي بكل من الامرين بل بأمر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لدفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بامه وما أخرجاه أيضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغا من لعانهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله

(قوله يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نفي الاجتماع) أقول هذا دليل آخر غير ما ذكره المصنف كما لا يخفى (قوله وهو تنصيص الخ) أقول يعني نفي الاجتماع كالتنصيص فان نفي الاجتماع يستلزم الافتراق (قوله ووجه الاستدلال الى قوله ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل) أقول فيه بحث فان زفر يقول ثبت التسريح بنفس التلاعن الا أن يحمل كلامهما على المنع والسند يعني عليه لانسلم ان ثبوت الحرمة يستلزم ثبوت الفرقة كما في الظهار بل يستلزم فوات الامساك بالمعروف واذا حمل على ما ذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظة أيضا لعدم وفاء ما تقدمه بالمطلوب فتأمل قال المصنف (دل عليه قوله عليه السلام) أقول فيه بحث فان الثابت منه صلى الله عليه وسلم تقرير الملاعن على قوله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا (قوله أجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر الخ) أقول الذي في كتب الحديث ان قوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو قبل سؤاله المهر ولا يكون الجواب قبل السؤال قال المصنف (لان فعل القاضي انتسب اليه) أقول فعله هو التفريق المقرون بالحرمة وذلك هو معنى البائن وسيجيء وجه آخر في باب العنين

وقوله (وهو خاطب اذا أكذب نفسه عندهما) مسئلة مبتدأة (وقال أبو يوسف هو) أى الثابت باللعان (تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) نص على التأبيد وهو ينافى عوده خاطبا (ولهما أن الاكذاب) أى الاقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين إما حقيقة بمباشرتهما اللعان أو مجازا باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شئ بعد الاكذاب أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان

(وهو خاطب اذا أكذب نفسه) عندهما وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نص على التأبيد وله ما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان

عليه وسلم وهو الذى عنى المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن الى آخره لكن الصواب ما علمت ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه أبو داود وقال فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا قال البيهقى قال الشافعى ان عويمرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان فى السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط وتفريق النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر تفريق حكم لا لفرقة الزوج وقول الزهرى وسهل فكانت سنة المتلاعنين أى الفرقة قال البيهقى والذى يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود فى سننه عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قصة هلال بن أمية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من أجل انهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله يا رسول الله مالى قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها فدل تفريقه صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضى الله عنهما من أجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيه انه محرم حتى يكون ترك الانكار فيه حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات اليه ويجاب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لان السكوت يفيد تقريره وانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى المفاسد لانه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه أو تأخيره الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضى حتى ظن حلها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان دفع بأن المدة التى يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا اذ الفرض أن بمجرد الفراغ عندنا يأمره القاضى ان يطلق فان أبى طلق هو والموت فى مثلها أندر نادر قلنا ولو كان لا يجوز لانه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا وأيضا فحديث ابن عمر فانه قال فيه فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى أمضى ذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع أو تقع واحدة ثم هو أولى من حديث ابن عباس لانه رفع امضاءه صلى الله عليه وسلم الطلاق وذلك انما يكون بعفهم اعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم (قوله وهو خاطب الخ) يعنى اذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد أو لم يحد صار خاطبا من الخطبة يحل له تزوجها خلافا لابى يوسف ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا فى الغاية ولو أكذب نفسه قبل اللعان تطرفان لم يطلقها قبل الاكذاب حد أيضا وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لان اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة ولا يجب الحد لان قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف اكذاب نفسه بعد اللعان لان حده حينئذ للقذف الذى تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانه أخذ حكمه من اللعان ولذا يحد شهود الزنا اذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته الى الزنا وعلى هذا لو قال يا زنية أنت طالق ثلاثا

(قوله لانهما يكونان متلاعنين) أقول الاظهر أن يقول وكونهما متلاعنين الخ (قوله وجب عليه الحد) أقول يعنى بكلمات اللعان كما يجىء (قوله فبطلت أهلية اللعان الخ) أقول بطلان أهلية اللعان انما يكون باقامة الحد عليه لا بوجوبه فقط والاصوب طرح لفظة الاهلية من البين فليتأمل ويجىء بعد سطور ما يفهمك ما قلت وما غير الشارح الاقول المصنف فى تعليل قول القدورى فان عاد الزوج وأكذب نفسه الخ الا ان وضع المسئلة هناك فيما اذا أكذب نفسه بعد اقامة الحد عليه وهنا ليس كذلك وبهذا يظهر انه لا تكرار

(ولو كان القذف بولد نفى القاضى نسبه وألحقه بأمه)

لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهى زوجة ثم بانت ولو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية حد ولا تحل له بالكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا أجنبيا بعده فحدت أو قذف هو أجنبيا فحد أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلا للشهادة لارتفاع السبب الذى لاجله افترق المتلاعنان وهو على ما قالوا انه كى لا يتكرر اللعان بان يقذفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة فى العمر أو يخلو القذف عن الموجب فى الدنيا فبخروج أحدهما عن الاهلية وقع الامن من ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة واذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسخا ويلزم على قول أبى يوسف أنه لا يتوقف على تفريق القاضى لان الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف فى كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار وأولى فاذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضى واستدلوا بالحديث المذكور فى الكتاب وروى الدارقطنى بسنده من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لا يجتمعان أبدا وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازى فى ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح اسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم انهما لا يفترقان بمجرد اللعان للتأمل فهو حجة على الشافعى على مقتضى رأيه وأخرجه الدارقطنى أيضا موقوفا عن على وابن مسعود قالا مضت السنة المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وروى عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ورواه ابن أبى شيبة موقوفا على عمر وابن عمر وابن مسعود أجاب المصنف بقوله ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعنى ان الحكم فى هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفة الموضوع فهى القضية المسماة بالمشروطة ولم يبق بعد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالاكذاب لنفسه لثبوت النسب ان كان القذف بنفى الولد ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزوماتها شرعا فينتفى الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت نقيضه وهو حل الاجتماع وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمناه من أن ارادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن فى الخارج وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الاكذاب اذا ارتفع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الاكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود فى الخارج ولكن بقى النظر فى أى الاحتمالين أرجح وأظن ان الثانى أسرع الى الفهم والله أعلم وأما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمنع حصول الانتظام فقد منا منعه وما ذكره بعضهم من أن سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعونا أو مغضوبا عليه فما أبعده عن الفقه اذ لا شك فى بقاء اسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذى الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح (قوله ولو كان القذف بولد نفى القاضى نسبه وألحقه بأمه) شرط هذا الحكم أن يكون العلوق فى حال يجرى بينهما فيه اللعان حتى لو علق وهى كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فنفى نسب ولدها لا ينتفى ولا تلاعن لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ولان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع والله أعلم وفى الذخيرة لا يشرع اللعان بنفى الولد فى المجبوب والخصى ومن لا يولد له ولد لانه لا يلحق به الولد وفيه نظر لان المجبوب ينزل بالسحق و يثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان فى القذف بنفى الولد فى نكاح فاسد وعند الشافعى وأحمد يجب اللعان به وكذا فى نفيه من وطء بشبهة وعند أبى يوسف فيهما الحد واللعان لانه يلحقهما بالنكاح الصحيح وفى الذخيرة قذفها بنفى ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبى به فحد

(ولو كان القذف بولد نفى القاضى النسب من الاب وألحقه بامه)

وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفى الولد وكذا فى جانب المرأة (ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر فى اللعان الامرين ثم ينفى القاضى نسب الولد ويلحقه بامه) لما روى أن النبى عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفى الولد فيوفر عليه مقصوده

الاجنبى يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفى بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه (قوله وصورة اللعان) أى فى القذف بنفى الولد (قوله لما روى انه صلى الله عليه وسلم نفى نسب ولد امرأة هلال) قيل انه غلط فانه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفى ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذى أتت به فانها حملت من الوطء الذى قذفها به والحديث فى البخارى وأبى داود تختلف ألفاظهما وتتفق عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى ذلك بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى جئت اهلى عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعينى وسمعت بأذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى سبحانه وتعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلوا اليها فجاءت فتلا عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الآية وذكرهما وأخبرهما ان عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا وقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب فقال والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى الله عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم قيل لها اشهدى فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقى الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومى فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضى أن لا يثبت لها عليه سكنى ولا قوت من أجل انهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان جاءت به أصيهب أو أريصح أثيبج ذانئ الاليتين حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به فجاءت به أورق الى آخر الاوصاف الثانية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان لى ولها شان قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك أميرا على مصر ويدعى لاب هذه فى لفظ أبى داود وفى رواية أخرى سائر اليوم لا أفضح قومى وفى مسلم والنسائى عن أنس ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لامه وكان أول رجل لاعن فى الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظروها فان جاءت به أبيض سبطا قضيء العينين فهو لهلال بن أمية وان جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فأنبئت انها جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهذا وما قبله يدل على انها كانت حاملا وقطع نسب الولد الذى تأتى به وفى سنن النسائى أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلانى وامرأته وكانت حبلى وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضا وقال زوجها ما قربتها منذ عفا النخل وعفار النخل انها كانت لا تسقى بعد الابار بشهرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فجاءت بولد على الوجه المكروه

وصورة اللعان فى ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الخ) وهو ظاهر (وقوله ولان المقصود من هذا اللعان نفى الولد) حيث كان القذف به (فيوفر عليه) أى على الزوج (مقصوده

(قوله فيوفر عليه أى على الزوج مقصوده) أقول وعندى ان مرجع الضمير ين اليار زين هو اللعان والاضافة لادنى ملابسة

فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا) لنفيه فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه (وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الاب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه (لانه) أي نفي الولد (ينفك عنه) أي عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلا بد أن يصرح القاضي بنفي النسب عنه رواه بشر عن أبي يوسف (فان عاد الزوج وأكذب نفسه) بعد اللعان (حده القاضي لاقراره بما يوجب الحد عليه) قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه اذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى (٣٥٨) ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه كان موجبا اللعان والقذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب اللعان هناك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها باكذاب نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان اكذب نفسه فلو قال أنت طالق ثلاثا ثلاثا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلاث وانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحته ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط (وقوله وحل له أن يتزوجها) تكرار لقوله وهو خاطب اذا أكذب نفسه عندهما ويجوز أن يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله (وكذلك ان قذف غيرها فحده) يعني جاز له أن يتزوجها وقوله (لما بينا) يريد به قوله لانه لما حد لم يبق أهلا للعان

فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره (فان عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) لاقراره بوجوب الحد عليه (وحل له أن يتزوجها) وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم (وكذلك ان قذف غيرها فحده) لما بينا

وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهد عويمر بن الحرث العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وأنكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرأيتهما تلاعنان قائمين عند المنبر ثم ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم فيها الا خيرا فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت أمه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي وحدثني غير الضحاك بن عثمان ان عويمرا فساق الحديث الى أن قال ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك بن سحماء وشهد عويمر بن الحرث وشريك بن السحماء أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسبه مناسب في قصة هلال الى شريك اليه أيضا في قصة عويمر قيل ويجمع بينهما بأنهما واقعتان وفي النفس منه شئ وفي الصحيحين أيضا في قصة هلال عن ابن عباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجد عند أهله فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تعارض (قوله فيتضمنه القضاء الخ) أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق (قوله وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق الخ) أي لا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لانه أي التفريق باللعان (قوله ينفك عنه) أي عن نفي الولد كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى نسب أم الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به (قوله فلا بد من ذكره) حتى لو لم يقله لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الحي الى النسب ولو ترك بنتا ولها ان فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس له ان الان يعير بانتفاء نسب أمه كأبيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها (قوله فان عاد الزوج فأكذب نفسه) أي بعد اللعان ونفي الولد (قوله وهذا عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد على ما سبق (قوله وكذلك ان قذف غيرها الخ) على

قال المصنف (فان عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) أقول في النهاية اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف اه يعني بعد القذف قبل اللعان (قوله قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها) أقول لا معنى لهذا الكلام بعد تقييد المسئلة بقوله بعد اللعان (قوله بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها) أقول وأما اذا أكذب نفسه قبل التطليق واللعان فانه يحد اذ حينئذ يثبت قذفه سببا للحد لتعذر اللعان من جهته ولا مجال لذلك المقال اذا أكذب بعد التطليق لان المقصود باللعان لما حصل كأنه حصل نفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان وبعبارة أخرى تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصير الى الموجب الاصلي كما سبق وفي الاكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالحلف فلا يصار الى الاصل (قوله تكرار لقوله) أقول وفيما قدمنا في أول هذا الورق ما ينبهك على انه لا تكرار

(وكذا اذا زنت فحدت) له ان يتزوجها (لانتفاء أهلية اللعان من جانبها) فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما مارجا فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك أنى تبقى محللا للتزوج أجيب بان معنى قوله حدت جلدت وتصوير المسئلة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد قال (واذا قذف امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبيا) لعدم احصانهما لان من شرطه البلوغ والعقل (فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم الاهلية) لكونه غير مخاطب (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت الا بالصريح فكذلك اللعان (وفيه خلاف الشافعى) هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق (ولنا ان الاشارة لا تعرى عن الشبهة) لكونها محتملة (والحدود تندرئ بالشبهات) واللعان فى معنى الحد وقوله (واذا قال الزوج ليس حملك منى) ظاهر والضمير فى قوله بقيام الحمل عنده للقذف

(وكذا اذا زنت فحدت) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها (واذا قذف امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) لانه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا اذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا) لعدم أهلية الشهادة (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه يتعلق بالصريح لحد القذف وفيه خلاف الشافعى وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها (واذا قال الزوج ليس حملك منى فلا لعان بينهما) وهذا قول أبى حنيفة وزفر لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفى الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر فى الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا فى الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال ان كان بك حمل فليس منى والقذف لا يصح تعليقه بالشرط

وزان ماقدمنا فى زوال الاهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا (قوله وكذا اذا زنت فحدت) قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل يمجردان ترنى تخرج عن الاهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال أهلية الشهادة بطرو الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضى عنها فى حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع فى حال الاهلية ليبطل أثر من الحرمة (قوله ولو قذفها وهى صغيرة أو مجنونة) قذفا مقتصرا (فلا لعان) وكذا لو أسند القذف وهى ممن يحد قاذفها فى الحال بان قال زنيت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفا فى الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فانه يقتصر (قوله لانه) أى اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز ولا شهادة للاخرس فى الاموال فههنا أولى وكذا اذا كانت خرساء لا لعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أو لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة (قوله وفيه خلاف الشافعى) ومالك والظاهرية فيلاعن بالاشارة عندهم اعتبروه بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته وقالوا ان أمامة بنت أبى العاص اصمتت فقيل لها فلان كذا ولفلان كذا فأشارت أى نعم فرأوا أنها وصية قلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فتجوز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يندرئ بها بخلاف غيره فانه يثبت معها (قوله وهذا قول أبى حنيفة وزفر) وبه قال أحمد والثورى والحسن البصرى والشعبى وابن أبى ليلى وابو ثور وبقولهما قال مالك وأبو حنيفة أولا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ) يعنى وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوى عن أبى يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعى لحديث هلال بن أمية أنه صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ما تفيده القصة التى ذكرناها (قوله يصير كالمعلق) كانه قال ان كان فى بطنك ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يلزمه الحد فكذا ما بمعناه وان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة يظهر انه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق اذ فى كل موقوف شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته فهو كالشرط فى حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات وبثبوت الشبهة امتنع لعانها حاملا عندنا لان الحمل وان ترتب عليه أحكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا

وقوله (والقذف لا يصح تعليقه بالشرط) انما كان كذلك لان القذف مما لا يحلف به لافضائه الى ابقائه الى زمان وجود الشرط فى ذمة الحالف وفى ذلك احتيال لاثبات ما يندرئ بالشبهات

(وان قال لهازنيت وهذا الحمل من الزنا) ظاهر وقوله (وقد قذفها حاملا) روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال وفى رواية احيمر قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التى سبقت لكان لى ولها شان (ولنا ان نفى الولد حكم من أحكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله) أى قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة فان قيل بل تترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله أجيب بان اللعان فى حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات

والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر فى الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفى الولد منها لئلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة (والحديث) أى حديث هلال (محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) بدليل ما روينا انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحى وقوله (واذا نفى الرجل ولدا مر أنه عقيب الولادة أو فى الحالة التى تقبل التهنئة) قال فى النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر وقوله (يصح نفيه فى مدة النفاس) يعنى اذا كان حاضرا (ولابى حنيفة انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتأمل) لئلا يقع فى نفى الولد مجازفا (وأحوال الناس فى ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه) أى على عدم النفى وهو قبوله التهنئة

(وان قال لهازنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا (ولم ينف القاضى الحمل) وقال الشافعى ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحى (واذا نفى الرجل ولدا مر أنه عقيب الولادة أو فى الحالة التى تقبل التهنئة وتباع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب هذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه فى مدة النفاس) لان النفى يصح فى مدة قصيرة ولا يصح فى مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه أثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو يمتنع عن النفى

يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفى الحمل بل بالزنا قال وجدت شريك بن سحماء على بطنها بزنى بها وقوله صلى الله عليه وسلم انظروا فان جاءت به كذا الى آخره ما قدمنا فانظره كان إما العلمه صلى الله عليه وسلم بحملها من طريق الوحى أو لان اللعان تأخر حتى ظهر الحمل وكذا أنكر أحمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزى على أن كون لعانهما كان قبل الوضع معارض فقد قدمنا فى الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد أنه كان بعد وضعها وهو قوله فقال صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذى ذكر زوجها انه وجده عند أهله فلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل بأحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف (قوله ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه) أى على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونه نفخا أو ماء وقد أخبرنى بعض أهلى عن بعض خواصها انها ظهر بها حبل واستمر الى تسعة أشهر ولم يشك فيه حتى تهيأ لها بتهيئة ثياب المولود ثم أصابها طلق وجلست الدابة تحتها ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفى كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد وأما توريثه والوصية به وله فلا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل وأما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى وأما رد الجارية المبيعة بالحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفى البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب أما عند أبى حنيفة فظاهر وأما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له حكم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب (قوله واذا نفى الرجل) الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفى الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق أن لا يقبل التهنئة أو لا يسكت عندها وهذا من المواضع التى اعتبر فيها

(قوله روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال الى آخر الحديث) أقول الاصيهب تصغير الاصهب وهو الذى يضرب شعره الى الحمرة والاريصح تصغير الارصح وهو قليل لحم الفخذين وحمش الساقين أى دقيقهما بالحاء المهملة المفتوحة (قوله وان جاءت به اسود جعدا جماليا الحديث) أقول الجمالى بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل قال المصنف (لتمكن الاحتمال قبله) أقول أى قبل الولادة وتذكير الضمير لكونها فى تأويل أن مع الفعل قال المصنف (والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) أقول فيه بحث لان أحكامه عليه السلام محمولة على نصب الشرع الا أن يقوم دليل على كونها من الخصائص كما تقرر فى الاصول

أوسكوته عند التهنئة فان ذلك اقرار منه أن الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة أومضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه قدره بسبعة أيام لان في هذه تستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالرأي لا يجوز وذكر في الشامل انه روى عن أبي حنيفة انه يقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الاول (ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين) فيجعل كأنها ولدته الآن فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة (قوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد) ظاهر (والاقرار بالعفة سابق على القذف) جواب سؤال تقديره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه أكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الولد فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة

ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال (واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني يثبت نسبهما) لانهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) لانه أكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولا حد لانه قادر بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة

فيها السكوت رضا وقد أوردناها منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس دعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه أن يقع أعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند أبي حنيفة ولو وقع بعده ان كان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان غائبا على ما سيذكر ثم لم يعين لها مقدارا في ظاهر الرواية وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة تقديرها بثلاثة أيام وروى الحسن عنه سبعة لانها أيام التهنئة وضعفه السرخسي بان نصب المقادير بالرأي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها أثر الولادة وكان القياس أن لا يجوز النفي الا على فور الولادة كقول الشافعي الا أنا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لان النفي يحتاج اليه كي لا يقع في نفي ولده أو استلحاق غير ولده وكلاهما حرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزلت آية الملاعنة أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه أبو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم من ادعى أبا في الاسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة إذا طالت لا يجوز النفي فجعلا القصيرة مدة النفاس لانه أثر الولادة ولذا أحكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلاة والصوم والقربان فكانهما فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة أصلا لانها للتأمل والناس مختلفون فيه والاحوال أيضا تختلف في إفادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله أو أمن على دعاء المهنئ أو سكوته عند تهنئته أو ابتياعه متاع الولادة أو مضي ذلك الوقت وقد يقال ان اعتبار مضي ذلك الوقت وما قبله لجواز النفي لم يخرج عن التعيين فينافيه قوله لا معنى للتعيين أصلا انتهى (قوله وإن كان غائبا) ما تقدم كان إذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن أبي يوسف إن قدم قبل أن تمضي مدة الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين يوما وإن قدم بعدها فليس له أن ينفيه أصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الاربعين عند أبي حنيفة ومحمد وذكر في غير رواية الاصول عن أبي يوسف اذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه (قوله لانهما توأمان) هما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر (قوله وحد الزوج لانه أكذب نفسه بدعوى الثاني) وعلى هذا في أولاد ثلاثة أقر بالاول والثالث ونفى الثاني (قوله والاقرار بالعفة) وهو

سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

﴿باب العنين وغيره﴾

مايتضمنه الاعتراف بالاول (سابق على القذف) بنفي الثاني حقيقة (فصار كأنه قال هي عفيفة) ثم قذفها لا يقال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفي الثاني فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني وذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمي والحد لا يحتاط في إثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا الا الحكمي هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ ﴿فروع﴾ لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه لانه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستنائه عنه فلا ينتفي الحي لانه لا يفارقه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش ويثبت النفي تبعا له إن أمكن ولا يلاعن عند أبي يوسف لان القذف أوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما وجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ولداي لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه للتصريح بالرجوع ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحدان القاضي نفى أحدهما وذلك نفي للنوأمين فليسا ولديه من وجه فلم يكن قاذفا لهما مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن أبي حنيفة أن في امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر بالاول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه ولو نفى الاول والثالث وأقر بالثاني يحدّ وهم بنوه وكذا في ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم أقر به يلاعن ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل كمن قال يده أو رجله مني واعلم ان ولد الملاعنة إذا قطع نسبه من الاب وألحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله إليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب إذا كان المدعى ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الاياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه والله أعلم

﴿باب العنين وغيره﴾

لما ذكر أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهما ممن به مرض له نسبة إلى النكاح والعنين من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن إذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن إذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين أن تقوم آلته أو لم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر أو الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها

(فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن) ولا يكون ذلك اكذابا (فكذلك هذا)

﴿باب العنين وغيره﴾

لما فرغ من وجوه أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عن إذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن إذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين أن تقوم آلته أو لم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر أو الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها

وما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به وإلا علم أنه عنين لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لان التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا وإلا فلا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لانه حكمه وفي المحيط آلته قصيرة لا يمكن إدخالها إلى داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا

(واذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود ولان الحق ثابت لها فى الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما

كالزرقم كالمحبوب (قوله أجله الحاكم سنة) أى من وقت الخصومة ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعد ما أجله بنى المتولى على التأجيل الاول (قوله هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود) أما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق حدثنا معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى العنين أن يؤجل سنة قال معمر وبلغنى ان التأجيل من يوم يخاصم وهكذا أخرجه ابن أبى شيبة حدثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه الحديث ورواه ابن أبى شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة زاد فى لفظ وقال ان أتاها وإلا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن أبى حنيفة قال حدثنا إسمعيل بن مسلم المكى عن الحسن عن عمر ابن الخطاب ان امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة وأما حديث على رضى الله عنه فرواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رواه ابن أبى شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطنى وروى ابن أبى شيبة عن المغيرة بن شعبة انه أجل العنين سنة وأخرج ابن أبى شيبة عن الحسن والشعبى والنخعى وعطاء وسعيد ابن المسيب رضى الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة (قوله فلابد من مدة معرفة لذلك) أى معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية فى أصل الخلقة فقدرناها بالسنة لانها معرفة لذلك لانه ان كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل بأحد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو أردأ الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه فى الفصل المضاد له فيه أو من كيفيتين فيتم فى مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال (قوله فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك بآفة أصلية) وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لآفة أصلية فى الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وأيضا مآله حكم العنين المسحور ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين وبمضى السنة يفرق بينهما اذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الاصلية لغرض العلم بأنه يصل الى غيرها من النساء فالحق ان التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للاصلية ومضى السنة مع عدم الوصول موجب لذلك أو هو عدم إيفاء حقها فقط بأى طريق كان والسنة جعلت غاية فى الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد مضى السنة أجلنى يوما لا يجيبه الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة غاية فى ابلاء العذر وقال لبيد لابنته حين حضرته الوفاة

تمنى ابنتاى أن يعيش أبوهما * وهل أنا الا من ربيعة أو مضر

فيه العنين فان كان عضوه يؤل الى النقصان وينزوى علم انه لا عنة فيه وان كان لا يؤل ولا ينزوى علم انه عنين كذا فى شرح الكافى قال ابن الهمام لو اعتبر هذا لزم أن لا يؤجل سنة لان التأجيل ليس الا ليعرف انه عنين على ما قالوا ولا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لابد منه لانه حكمه اه

والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) وهو قول عمر وعلى وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الامصار كأبى حنيفة وأصحابه والشافعى وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رضى الله عنهم (ولان حقها ثابت فى الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة أصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة) لان العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع (فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما) وقيل ينبغى ان يقدر السنة شمسية أخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما ذكره

قال المصنف (فلابد من مدة معرفة لذلك) أقول وعن الهندوانى يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس

ولابد من طلبها لان التفريق حقها (وتلك الفرقة تطليقة بائنة) لان فعل القاضي أضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة

فقوما وقولا بالذي قد علمتما * ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر
الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

(قوله ولابد من طلبها) هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فان كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة وان كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف لها وعند أبي حنيفة لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل وقيل محمد مع أبي يوسف وقد مرت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنينا ينتظر بلوغه لان الصبا أثر في عدم الشهوة قال قاضيخان الغلام الذي بلغ أربع عشرة سنة اذا لم يصل الى امرأته ويصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا خاصم عنه وليه يؤجل لسنة لان الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه وليه فانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والا نصب القاضي عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فان نكلت لم يفرق والا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته فأنكره يريه رجلا فان أمكن علمه به بالحس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم يتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ألا ترى انها لو أقرت بعد الفرقة انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة بعد هذا البحث وهو ان التفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان بثبوت النسب منه يثبت انه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين أو المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى به اذا بلغت واذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل لخفاف مائه لم يكن لها طلب الفرقة (قوله وتلك الفرقة تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردي على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان الفرقة بسببه عندنا أيضا طلاق (قوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) أي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لانه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه لانه فرقة بعد التمام فلا يقبلها كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية أبي حنيفة عن عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدار

(ولابد من طلبها لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي أضيف الى الزوج وكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) يعني بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم (وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة) وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما الاولى فلفوات المقصود وهو الوطء واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم

(قوله يعني بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم) أقول ولعل الشافعي ينازع في التمام

(ولها كمال مهرها ان كان خلا بها) فان خلوة العنين صحيحة (ويجب العدة) لما بينا من قبل هذا اذا أقر الزوج انه لم يصل اليها (ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه) لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة (ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر أجل سنة) لظهور كذبه (وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت) لانه لا فائدة في التأجيل (والخصي يؤجل كما يؤجل العنين) لان وطأه مرجو (واذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت) لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة

الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله ففي الاصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز تأميلها برأه ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ في أكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب (قوله هذا) أي هذا الذي ذكرنا من أنها اذا طالبته بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها في هذا النكاح وان تصادقا انه وصل اليها في نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطئها في نكاح ثم أبانها ثم تزوجها ثانيا ولم يصل اليها لها المطالبة بالفرقة فان اختلفا وادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب (قوله وان نكل أجل سنة) سواء جعل النكول اقرارا أو بذلا فكأنه أقر بعدم الوصول إليها (قوله وان كانت بكرا) يعني إذا نكل وكانت بكرا وقت النكاح لا يستحلف بل تراها النساء فان قلن هي بكر أجل سنة من غير احتياج الى الاستحلاف والنكول ليتقن كذبه وقوله فان قلن خرج على ما هو الاولى من اراءتها لامرأتين ثم جعلهما جمعا والا فالواحدة العدلة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان أحوط وطريق معرفة أنها بكر ان تدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج فان دخلت من غير عنف فهي ثيب والا فبكر أو تكسر وتسكب في فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب تثبت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها لان البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة باصبعه ونحوه فيحلف انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان نكل أجله سنة ثم فرق بينهما ان لم يصل اليها ثم اذا أجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما اذا اختلفا قبل التأجيل ان كانت بكرا نظر اليها فان قلن بكر خيرت للحال بين الاقامة والفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر النكاح وان كانت ثيبا في الاصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له فان حلف استقر النكاح ولو نكل أجل وخيرت بعده وفي موضع تخيير يعتبر المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعونة القاضي ولو مكرهة لزم النكاح لانه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام واذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها فان أبى فرق بينهما كذا ذكره محمد في الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا تحتاج الى القضاء كخيار المخيرة (قوله لانه لا فائدة في التأجيل) لانه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصي لان آلته قائمة وانما سلت خصياه أو وجئ والموجوء الذي رض خصياه قال لي بعض أهل المباشية انه تمرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يحبسان الى فوق الى أن يرتفعا الى ظهره فلا يعودان ويكون نشيطا كثير الجماع الا أنه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين (قوله واذا أجل العنين سنة فقال الخ) قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل

ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم (ويجب العدة) لتوهم الشغل احتياطا استحسانا (لما بينا) يعني في باب المهر هذا اذا أقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وأنكرته (فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة) حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة (والاصل في الجبلة السلامة) وكان الظاهر شاهد له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة (ثم ان حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر النساء اليها فان قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب يحلف الزوج) لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة (فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة) ثم كيف يعرف انها بكر أو ثيب قالوا يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة فتصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر قوله (وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال) ظاهر

(قوله اذا حبس في العنة الى قوله لانه يعن يمينا وشمالا) أقول العنة بضم العين وقوله لانه يعن أي يعن ذكره يمينا وشمالا

قوله (وان قالت هي ثيب حلف الزوج) حاصله ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير (فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول) أي لتأيد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين (فان حلف لا تخير) لبطلان حقها (وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه) يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها) وكذلك اذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي قبل أن تختار شيأ بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك موقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت أو أقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة أمر القاضي الزوج أن يطلقها فان أبى فرق القاضي بينهما كما مر قال (وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية وهي ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم (وتحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة أيام التأجيل أيام أخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها (ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه) أي عن (قوله المرض فلم يكن في معنى أيام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من أيام أخر وعليه فتوى المشايخ وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه اذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر منه لم يحتسب عليه

(وان قالت هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت) لتأيدها بالنكول (وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه) وقد ذكرناه (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها الان السنة قد تخلو عنه

بالاختلاف قبله فلا نعيده ﴿فرع﴾ الخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فان وصل اليها والا أجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء أعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها وان لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة (قوله هو الصحيح) صححه أيضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسي وقاضيخان وظهير الدين من اعتبارها شمسية وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة وما ضربت السنة الا للتوصل الى صلاح الطبع ورفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الاول ان الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وأهل الشرع انما يتعارفون الاشهر والسنين بالاهلة فاذا أطلق السنة انصرف الى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوما وعن الحلواني السنة الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت في نسخة ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الا جزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب الى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى اليه وكذا قول الراوي عن عمر في المرأة التي أتت اليه فأجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يرد حينئذ الا ما بالاهلة هذا الذي تعرفه العرب وأهل الشرع على أن الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي يوارد عليه العرف فان والله سبحانه أعلم (قوله وتعتبر بأيام الحيض) أي تحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة (قوله ولا تحتسب بمرضه ومرضها) هكذا مطلقا وعن أبي يوسف اذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه فكذا النصف من كل شهر وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف وفي رواية ان ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية ان مدة الكثرة سنة وفي رواية أكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فان حج أو غاب هو احتسب عليه لان العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد احرامه فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت لا يحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء الى السجن لم يحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا أمهله شهري الكفارة ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة

وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شئ من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد رحمه الله ان مرض أحدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض (وإذا كان بالزوجة عيب) أي عيب كان (فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق) بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع أي لانسداده ليس لها خرق الا المبال (والقرن) بسكون الراء قال في المغرب وهو إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم تمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك قال لانها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا أما حسا في الرتق والقرن وأما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري إلى الاولاد (والطبع مؤيد بالشرع) قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد

(واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلاة والسلام فر من المجذوم فرارك من الاسد

(قوله واذا كان بالزوجة عيب الخ) الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابة وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه وفي المبسوط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المرأة ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة الجنون والجذام والبرص وقال الشافعي رحمه الله لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الفسخ إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة وهو قول مالك وأحمد وقال الزهري وشريح وأبو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والآخر على البناء للمفعول فيقال حذم وجن اذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال أجذم ولا أجن ولا مجن وثلاثة من أسماء المفعولين من أفعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة

ولقد نزلت فلا تظني غيره * مني بمنزلة المحب المكرم

والفعل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله والرتق الالتحام والرتقاء هي الملتحمة والقرن في الفرج اما غدة غليظة أو عظم يمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة أقيسة في بعضها اما النص فما روي انه صلى الله عليه وسلم رد بالعيب قال للتي رأى بكشحها وضحا أو بياضا الحقي بأهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع ينفر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو المباعدة والفرار فانه جنس الفسخ قال النبي صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ويجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن أبي هريرة قال صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا أما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحق بأهلك من كنايات الطلاق وأما الثاني فظاهره غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه وبثاب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه وأما القياس فتخلف فيه جزء المقتضى أو شرطه فان المقتضي لفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري فيه المشاحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لوازمهما حتى أجزناه على عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة أصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل وعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزلا بالبيع لم ينفذ

قال المصنف (قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد) أقول قال الزيلعي لا حجة له فيه لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس مرادا جماعا لانه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه اه فيه بحث اذ لم يذكره الشافعي دليلا على انه يوجب الخيار بل على كونه منفورا عنه شرعا كما أنه منفور عنه طبعا

(ولنا أن فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ) حتى لا يسقط شئ من مهرها فاختلاله بهذه العيوب أولى قيل فيه ضعف لان النكاح موقت بحياتهما (وهذا) أى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ (لان الاستيفاء من الثمرات) وفوت الثمرة لا يؤثر في العقد ألا ترى انه لو لم يستوف لبخر أو ذفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل أما في الجذام والبرص والجنون فظاهر وأما في الباقين فبالشق أو الفتق وقوله عليه السلام فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روى أنه عليه السلام قال لها الحقي بأهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روى عن عمر أنه أثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروى عن علي وابن مسعود (واذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لها الخيار) لانه تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق (ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج وإنما يثبت في الجب والعنة لانهما

ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل (واذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله أعلم بالصواب

وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز أن يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غايته ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات القروح الفاحشة والبخر الزائد وحينئذ قول محمد ان وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود للوجه الاخير بخلافه هو إذا وجدها كذلك لانه يتمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق ووجه دفعه ودفع قول الزهري ومن معه انتظمه دفع أقيسة الشافعي ومن معه (قوله ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ) فاختلاله بهذه العيوب أولى أن لا يوجب الفسخ ونظر فيه بأن النكاح موقت بحياتهما (قوله وهذا) أى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من كل وجه على الكمال والمستحق التمكن أى التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا (قوله لانهما مخلان بالمقصود) فان قيل جعل في المسئلة التي قبلها الاستيفاء للوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخير في الفسخ بالجب وهذا تدافع أجيب بأن الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار

الخش

قال المصنف (ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ) أقول وفيه نظر لان النكاح موقت بحياتهما كما سيجيء (قوله الحديث محمول على الفرار بالطلاق) أقول فيه بحث قال المصنف (لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) أقول فان قيل جعل في المسئلة التي قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخير في الفسخ بالجب وهذا تدافع أجيب بان الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الخش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصود به فيما اذا كانت لانها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره اه وقال الشيخ أكمل الدين هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة اه ونحن نقول فيه بحث لان المصنف صرح في أول الباب ان الحق ثابت لها في الوطء

يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) وهو الوطء لان شرعية النكاح لاجل الوطء (وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا) فان قيل قد جعل المصنف الوطء فيما إذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم عن ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة والله أعلم

العدة لما كانت أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبها الذكر وجوه التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة أيام أقراء المرأة وفي الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكدا بالدخول أو الخلوة أو الموت

﴿ باب العدة ﴾

(واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض

الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة النفرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيما اذا كانت به لانها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره وعلى ما قررناه لا حاجة الى ذلك بل هو مطرد لا يختلف والله تعالى أعلم

﴿ باب العدة ﴾

لما ترتبت العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا أو وردها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان وأحكام العنين وهي في اللغة الاحصاء عددت الشيء عدة أحصيته احصاء وتقال أيضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي أن يزاد وشبهته بالجر عطفا على النكاح والتربص الانتظار أي انتظار انقضاء المدة بالتزوج لحقيقته ترك لزم شرعا للتزوج والزينة في مدة معينة شرعا ولا شك ان سببها النكاح أو شبهته وزوال ذلك شرط فالاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة قالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعي الكف عنها وينبني على ذلك ان العدتين اذا وجبتا من رجلين تتداخلان وتنقضيان بمدة واحدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغي ان يقال في التعريف هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لانها لزومات والا فالتربص فعلها والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلا وعلى هذا فقيل في حكمها انه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح لان الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزوجه باختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك انه معنى كونه هو أيضا في العدة لان معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج الى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة أيضا غير ان اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصه ولزم مما ذكر أن لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه (قوله اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) وليس رجعيا في بعض النسخ وشمل طلاق الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل هو بناء على انها فسخ والحق انها بتداء لما تقدم في باب الخلع من المنقول إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثرا في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة اقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره وخلافا لابن عباس في قوله عدة الملاعنة تسعة أشهر (قوله وهي حرة ممن تحيض) يعني ممن تحقق حيضها ولم تبلغ الاياس سواء كانت تحيض أولا حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الاياس فتعتد بالاشهر بخلاف ما لو لم ترشيأ أو رأت أقل من ثلاثة أيام فانها تعتد بالاشهر (قوله أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة

وهو أي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة إلى أجل ينقضي وعند الشافعي هو كف المرأة نفسها عن أفعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه قال (واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه إذ الرجعة لا تكون إلا في المدخول بها (أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد (وهي حرة ممن تحيض

﴿ باب العدة ﴾

(قوله عند زوال ملك المتعة) أقول أو شبهته (قوله وهو أي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة) أقول أليس وقوع الفرقة هو نفس زوال ملك المتعة وهل زال ملك المتعة في الطلاق الرجعي ولك أن تقول نعم زال بطريق التبين وقد سبق في باب الرجعة قبيل فصل ما يحل به المطلقة (قوله وركنها حرمات ثابتة الخ) أقول أي حرمة الازدواج والخروج كما سيجيء في هذا الباب من ذلك الكتاب فيكون التعريف بالتربص تعريفا باللازم (قوله ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه) أقول المتبادر في أمثاله هو التوزيع فلا يغني ما ذكره عنه مع ان قوله أو رجعيا غير موجود في أكثر النسخ

فعدتها ثلاثة اقراء) لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهى فى معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعى الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك

(قوله فعدتها ثلاثة اقراء) مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها فى مدة ثلاثة اقراء لان الحرمات تتعلق فى مدة الاقراء فكان الاصل ان ينتصب لانه ظرف زمان معرب واقع خبرا عن اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتبر فيه الاطلاق المجازى أعنى اطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى ان سبب العدة مأخوذ منه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا وانما تركه المصنف لشهرة ان الطلاق قبل الدخول لا تجب فيه العدة قال الله تعالى إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها (قوله والفرقة اذا كانت الخ) لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق فى حكم العدة والدليل السمعى لا يتناول الا الطلاق ألحقه بالجامع وهو أن وجوبها فى محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال فى معنى الطلاق يعنى يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح الى أن تحيض عند الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفى أن تجب لغيره أيضا وقد أفاد المصنف فيما سيأتى انها أيضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه فقد يجتمعان كما فى مواضع وجوب الاقراء وقد ينفرد الثانى كما فى صور الاشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يؤسف عليها اذ لا إلف ولا مودة فيه (قوله والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعى الاطهار) وقول الشافعى قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وأبى بن كعب ومعاذ بن جبل وأبى الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وأبى موسى الاشعرى وزاد أبو داود والنسائى معبدا الجهنى وما ذكرناه انه قول العبادلة بناء على أنه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل وممن رواه عنه الطحاوى وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة وأسند الطحاوى الى قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فعارض روايتهم عن زيد أيضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسنان ابن حى والبصرى ومقاتل وشريك القاضى والثورى والاوزاعى وابن شبرمة وربيعة والسدى وأبو عبيد واسحق واليه رجع أحمد وقال محمد بن الحسن فى موطئه حدثنا عيسى بن أبى عيسى الخياط المدنى عن الشعبى عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق انما يصح منهم اذا كانت الحيض لا الطهر الا اذا كان طلقها فى الحيض فأما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع فى الحيضة الثالثة والطلاق فى الطهر هو المعروف عندهم فعليه ينبنى قولهم (قوله اذ هو من الاضداد) استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة أهل الاصول والفقه من عدم النجوز باسم الضد فى الضد وقد وضع بعض أهل العقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين واما على طريقة أهل الادب فيجوز لغرض تلميح أو تهكم كما يقال للجبان أسد أو تفاؤل كالبصير على الاعمى الا أنها بمعزل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها وأما فى خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى أنه لم يعم انما الخلاف فى تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل المصنف وهو محل النزاع ولو استدل عليه بتضاد المفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان أحسن لا يقال استدلاله على أنه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة فى متعددا اشتراكه لفظا لجواز

(قوله واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة) أقول غير مطابق للمشروح

والحمل على الحيض أولى لامعان أحدهما العمل بلفظ الجمع يعني القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه أن أقل الجمع ثلاثة وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع في طهر وهو السنة ثم هو محسوب عن الاقراء

والحمل على الحيض أولى إما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا أو لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه الصلاة والسلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق ببيانا به (وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر)

التواطئ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد لانا نقول انما وافق من جعل تعميم المشترك على منع تعميمه انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد كل من الحيض والطهر فتعتد بمضي ثلاثة اطهار وثلاث حيض انما يمتنع اذا أريد تحقيقهما في زمن أحدهما (قوله والحمل على الحيض أولى) ادعى الحقيقة في محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي يجمع على قروء واما بمعنى الحيض فانما يجمع على اقراء دعوى لا دليل عليها وكونه وقع في شعر الاعشى كذلك حيث قال

أفي كل عام انت جاشم غزوة * تشد لاقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفي الحي رفعة * لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أي من اطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم دعي الصلاة أيام اقرائك لا يوجبه فقد روى أبو داود والنسائي قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش فانظري فاذا أتاك قرؤك فلا تصلي فاذا مر قرؤك فتطهري وصلي وقال الراجز

يارب ذي ضغن وضب فارض * له قروء كقروء الحائض

يريد كحيض الحائض فان المعنى ان عداوته تجتمع فتهيج كدم الحائض على أنه قد قيل في بيت الاعشى ان المراد نفس الزمان أي زمان الطهر فان القرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء يعني بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لانه بناء على أن اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنته له لاقتضائه وقوعه في وقت العدة وقراءة لقبل عدتهن في صحيح مسلم تنفيه اذ أفادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال في التاريخ باجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه ويؤيده ما قال الطحاوي أن النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب ابن عمر أن الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا بناء على ما بيناه عنه من خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا وتمسكهم بتأنيث العدد في قوله تعالى ثلاثة قروء وهو يقتضي تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض فلو أريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشيء لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تأنيث حقيقي يؤنث عدده اذا أضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا أضيف الى المؤنث وفي العربية اذا كان المعدود مؤنثا واللفظ مذكرا أو بالعكس فوجهان ومانحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنثا وهو الحيض فحين أضيف الى المذكر أنث وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه الاول قوله عملا بلفظ الجمع أي العدد فانه جمع معنى لا صيغة أو يريد الجمع الصيغي المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكميته أعني لفظ قروء المقيدة بثلاثة فانه منقطع عنه احتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي اللازمة من حمله على الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع في الطهر والازم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال

(قوله عند من يقول بالاطهار) أقول يعني عند الشافعي (قوله ولفظ الثلاثة في قوله مع ثلاثة قروء الخ) أقول فيه بحث فان التعرض للفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع الى هنا فالاولى أن يفسر لفظ الجمع في كلام المصنف بالثلاثة فانه جمع معنى وان لم يكن صيغة والا فالجمع يطلق على فردين وبعض كما في قوله تعالى الحج أشهر معلومات

فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا أيضا مما عرف في الاصول وقد قررناه في الانوار والتقرير بخلاف ما لو أريد بالقروء الحيض فانه يكمل ثلاثا والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل أو حائل وهو أي التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق إنما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر إلى الحيض فيلحق ببيانا به أي فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا (وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر)

نقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم الآية (وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية (وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن (وان كانت أمة فعدتها حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزأ فكملت فصارت حيضتين واليه أشار عمر بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا (وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف) لانه متجزأ فأمكن تنصيفه عملا بالرق (وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر) لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لان الرق منصف

لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن (وكذا التى بلغت بالسن) أى خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى واللائى لم يحضن عطف اللائى لم يحضن على اللائى يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفى هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل فى العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا

تحتسب بالطهر الذى وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعى الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق فى الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة فتثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقته أصلا لا يقال قد أريد بالعدد غير كميته المفادة به فى قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلا ثمانون أو مائة الثانى قوله ولانه أى الحيض هو المعرف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذى يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد به لم تحض عادة ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال فى السبايا حتى يستبرئن بحيضة ولم يقل بطهر الثالث هو قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم فى باب الطلاق تخريجه وأسند الشافعى حدثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبى طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضى الله عنه قال ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض فشهرين أو شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطنى والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل فى الكمية فيلتحق قوله تعالى ثلاثة قروء للاجمال الكائن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة أشهر اذ لا شك فى أن الاعتداد بالاقراء أصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه وتعالى المصير اليه بعدم الحيض دل ان الحيض هو المراد بالاقراء فى الآية وكونه بعدم الطهر بعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال يقابله الظهور اذ الظاهر تعليق المصير الى الخلف بعدم عين ما شرع أصلا لا بعدم شئ آخر يستلزمه فكان الاصل أن يقال واللائى يئسن من القروء فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم انه لافادة انه هو ﴿ فرع ﴾ تنقضى عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطئها وهى معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها فى هذه العدة لا يقع ويحل له نكاح أختها (قوله وان كانت لا تحيض) لصغر بان لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه وأقله تسع على المختار أو كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا قد علمنا عدة التى تحيض فالتى لا تحيض لا ندرى ما عدتها فأنزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم فى عدة التى لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة أشهر وقيل ان ارتبتم فى الدم الذى تراه من بلغت سن الاياس أهو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر ثم قال المصنف وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعنى قوله تعالى واللائى لم يحضن يعنى التى

قال المصنف (لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية) أقول لا يخفى عليك ان المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتى لم تحض لصغر هو آخر الآية لا ما ذكره فليتأمل

(وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن

وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمس عشرة سنة على قولهما وسبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة ومالك ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر أيضا ثم ان وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بأشهر هلالية اتفاقا وان وقع في أثناء الشهر اعتبر كلها بالايام فلا تنقضي الا بتسعين يوما عند أبي حنيفة وعندهما بكل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان بالاهلة والله أعلم ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغر أو كبر في الاعتداد بثلاثة أشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان آخرها أعني قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التي لم تحض لصغر كما انه المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل ان من كان طهرها أصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر أو هي مراهقة أو لم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع أو سبع والاول أصح وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر وينبغي على هذا أن تحتسب بالاشهر التي وقفت ليظهر حبلها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وغاية الامر انها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في أثناء الاشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض هذا وممن ذكر انها تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت عادتها وهو مما يلغز فيقال مطلقة شابة ترى ما يصلح حيضا في كل شهر وعدتها بالاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت عادتها جاز كونها أول كل شهر أو آخره فاذا قدرت بثلاثة أشهر علم انها حاضت ثلاث حيض بيقين بخلاف التي لم تنس فانها ترد الى أيام عادتها فجاز كون عادتها أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث واعلم ان اطلاقهم في الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح الا فيما اذا طلقها أول الشهر أما لو طلقها بعد ما مضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبغي أن يعتبر ثلاثة أشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي ضلت عادتها ثلاثة أشهر ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى ان القائل الاول قوله مبني على أنه يراها الحرمات أو التربص الواجب فان قلت وعلى تقدير كونها مضي المدة أليس أن فيها يجب أن لا تتزوج فلا بد أن يتعلق خطاب نهي التزوج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الائمة لا يستلزم انتفاء قول الاول يخاطب الولي بان لا يزوجها فالجواب لا يلزم فانا اذا قلنا بانها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لوفعل (قوله وان كانت حاملا) يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وان كانت أمة وأطلق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه وسنبين ذلك في مسئلة الصغير وفي المنتقى اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس

وقوله (فان كانت أمة) ظاهر وقوله (وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة (٢٧٤) أشهر وعشرا) نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج واستدل عليه بما روى ان المتوفى عنها زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كانت إحداكن فى الجاهلية إذا توفى عنها زوجها قعدت فى شر أحلاسها فى بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهى الحول والقصرى وهى أربعة أشهر وعشر وان الاولى هى العدة الكاملة وإن الثانية رخصة (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لما عرف غير مرة أن الرق منصف (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وهو مذهب عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وكان على يقول تعتد بأبعد الاجلين إما بوضع الحمل وإما بأربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد لان قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن الآية يقتضى الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بانفسهن يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا (وقلنا قال عبد الله ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعنى سورة يا أيها النبى إذا طلقتم النساء الى آخرها نزلت بعد التى فى سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى وأولات الاحمال متأخر عن قوله يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا فى ذوات الاحمال (وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج)

وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التى فى سورة البقرة وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج

انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين وفى الخلاصة كل من حبلت فى عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها زوجها اذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور (قوله وان كانت) أى المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف وقد تقدم توجيهه فى فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزأ فكملت وثبوت الزيادة لضرورة التكميل واجب لان فيه تحقيق الواجب على ما تقدم آنفا (قوله واليه أشار عمر) أى الى ان تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت الى آخره أخرج عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن عمرو ابن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفى يقول أخبرنى رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لو استطعت ان أجعلها حيضة ونصفا فعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعى فى مسنده وابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو ابن دينار بيا فى سند عبد الرزاق ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله لانه كان يتكلم فى ذات الاقراء والعدة بالاشهر لا تكون الا لمن أيس منها فمشورة الرجل فى غير محل الحكم المذكور وأما اذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لانه منجزئ فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة وأم الولد فى الطلاق والفسخ كالامة (قوله وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) سواء كانت مدخولا بها أو لا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها عبد أو حر حاضت فى هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ورخصة الاربعة الاشهر والعشرة الايام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لازواجهم الآية والجمهور على نسخها بآية الاشهر أعنى ما كان من وجوب الايصاء والايقاف الى الحول وقال الاوزاعى أربعة أشهر وعشر ليال فلو تزوجت فى اليوم العاشر جاز أخذا من تذكير العدد أعنى العشر فى الكتاب والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوج أربعة أشهر وعشرا فيجب كون المعدود الليالى والا لانثه قلنا الاستعمال فى مثله من ذكر عدة الليالى يدخل ما بازائها من الايام على ما عرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالى فيقال لسبع خلون مثلا ويراد كون عدة الايام كذلك وان كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ما تقدم ثم ابتداء المدة من وقت الموت وعن على رضى الله عنه من وقت علمها حتى لو مات فى سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشرا انقضت عدتها بذلك عند الجمهور وعنده رضى الله عنه لا تنقضى العدة حتى تمر عليها من حين علمت لان عليها الاحداد ولا يمكنها اقامته الا بالعلم قلنا قصاراه أن تكون كالعالمة ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على أن المقصود الاصلى منها عدم التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سيذكر ووجوبها على الكتابية تحت المسلم يؤيده (قوله وان كانت) أى المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حرة كانت أو أمة كالمطلقة والمتاركة فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن وكان على

رضى

(واذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها أبعد الاجلين) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

رضى الله عنه يقول لابد من الوضع والاربعة أشهر وعشر وهو قول ابن عباس لان هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا يوجبها عليها فيجمع احتياطا وفى موطا مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا فى المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال أبو سلمة اذا وضعت ما فى بطنها فقد حلت وقال ابن عباس آخر الاجلين فقال أبو هريرة رضى الله عنه أنا مع ابن أخى يعنى أبا سلمة فأرسلوا كريبا مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فأخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحى من شئت وفى الترمذى انها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوما وأخرج البخارى عن ابن مسعود قال أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا أيها النبى اذا طلقتم النساء والطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا اذا اختلفوا فى شئ اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الظالم منا وقيل هى مشروعة فى زماننا وقد ورد بلفظ الملاعنة أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه بلفظ من شاء لاعنته لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة أشهر وعشر وأخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل فى مسند أبيه عن أبى بن كعب رضى الله عنه قلت للنبى صلى الله عليه وسلم وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن المطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها زوجها فقال هى المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها وفيه المثنى بن صباح وهو متروك وقول عمر رواه فى الموطا عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التى توفى عنها زوجها وهى حامل فقال اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الانصار ان عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد حلت وفيه رجل مجهول وفى الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الارقم انه دخل على سبيعة بنت الحرث الاسلمية فسألها عن حديثها فأخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بنى عامر ابن لؤى وكان ممن شهد بدرا فتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل فلم تنشب أن وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بنى عبد الدار فقال مالى أراك متجملة لعلك ترجين النكاح والله ما أنت بناكحة حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر قالت فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتانى انى قد حللت حين وضعت حملى وأمرنى بالتزوج ان بدا لى وكما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضى العدة الا بوضع الكل فلو وضعت ولدا وفى بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أفتانى أنى قد حللت حين وضعت يرد قول من قال من السلف لا تحل حتى تنقضى مدة نفاسها كانهم أخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحى من شئت رتب الاحلال على التعلى فيتراءى توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح فى ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت (قوله واذا ورثت المطلقة فى المرض) يتعلق بالمطلقة أى ورثت التى طلقت فى المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا وماتت وهى فى العدة (فعدتها أبعد الاجلين) أى الابعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت أربعة أشهر وعشر ولم تحض لها ثلاث حيض بان امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تحيض وان مكثت سنين ما لم تدخل سن الاياس فتعتد بالاشهر اذا عرفت

قال (واذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها أبعد الاجلين) عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بائنا أو ثلاثا أبعد الاجلين أن تعتد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشرا ولم تحض كانت فى العدة ما لم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لا تنقضى عدتها حتى تتم المدة (عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض وأما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

لابي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق) لان الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث أجاب بقوله الا أنه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على توريثها (لافي حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه) لما تقدم (ولهما أنه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة) و بيان الملازمة بقوله (احتياطا) بيانه أنا إنما أعطيناها الميراث (٢٧٦) باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت أو باعتبار إقامة العدة مقام أصل النكاح حكما إذ لابد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة أولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فألزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله (ولو قتل على ردته) جواب عما استدل به أبو يوسف فقال ألا ترى ان المرتد اذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك أيضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بأبعد الاجلين فلا ينتهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك ماذكره في الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الارث لانها عنده مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق فيلزمها الميراث إلى وقت الردة وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا هنا ز واله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت فأجاب بمنع حكم الاصل أولا فقال لانسلم انه لا يلزمها عدة الوفاة بل تلزمها اليه أشار الكرخي وماذكرت من مذهبك فهو على الخلاف

لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح في الوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر

هذا فمن فسر أبعد الاجلين بانها تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصرا ذ لا يصدق الا اذا كانت الاربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض وحقيقة الحال انه لابد من أن تتربص آخر الاجلين وهذا الحكم ثابت في صور احداها هذه والثانية اذا قال لزوجتيه أو زوجاته احداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الاجلين ولو بين في احداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة أم الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا وسنفصلها ان شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة أو ثلاثا أما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته ودخلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفاة وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق (قوله لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض حكما له وانما تلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت وليس فليس وانما بقي في حق الارث) لاجماع الصحابة ردا لقصده السيء عليه وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعي لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فتجب عدة الوفاة فيه (قوله فيجمع بينهما) أي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانه انقطع بالوفاة حقيقة وبالموت حكما أما الاول فبفرض المسئلة انه أبانها قبل الموت و باعتباره يجب عدة الطلاق وأما الثاني فباعتبار قيام النكاح عند الموت فان توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة لكن بقي قول أبي يوسف ان اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم أن يبقى في حق العدة وجوابه ان الارث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقي النكاح شرعا في حق الارث فلان يبقى في حق العدة أولى مع ان الاصل ان الشيء انما يثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا (قوله ولو قتل على ردته الخ) جواب عن مقيس عليه مقدر لابي يوسف وهو انه لو ارتد زوج المسلمة فمات أو قتل على ردته ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا هنا ز واله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت فأجاب بمنع حكم الاصل أولا فقال لانسلم انه لا يلزمها عدة الوفاة بل تلزمها اليه أشار الكرخي وماذكرت من مذهبك فهو على الخلاف

(قوله أو باعتبار اقامة العدة الخ) أقول فيه تأمل فانها الا تنتهي بالموت وانها موجودة في طلاق الصحيح اذا مات قبل انقضاء العدة (قوله لانها عنده مسلمة) أقول ضمير عنده راجع الى الموت

وقوله (فاذا عتقت الامة فى عدتها) ظاهره واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغى أن لا تتحول العدة فى الرجعى أيضا لانها عند الزوال أمة ولهذا تعتد من وقت الطلاق وأجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ولهذا تحولت بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق قوله (وان كانت آيسة) ظاهر وقوله (واذا رأت على العادة) يعنى ان رأت دما سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميدانى يقول اذا رأت دما سائلا كما كانت تراه فى زمان حيضها فهو حيض وان رأت بلة يسيرة لم تكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله (لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح) قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازى فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم بايأسها فأما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم بايأسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضا

(قوله وأجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال الى قوله فلم تتحول العدة بالعتق) أقول لا يقال ايرد هذا الجواب قول المصنف لقيام النكاح من كل وجه لان ذلك بالتبين اذا راجع وأما اذا لم يراجع فالمبطل بعمل عمله من وقت وجوده وقدمر فى باب الرجعة

(فاذا عتقت الامة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وان أعتقت وهى مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها) الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت (وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى

فيلزمها الجمع بين المدة والحيض فلا يصح به الالزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض اتفاقى فالفرق أن تورثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعا قائما الى الموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذ لا ترث المسلم الكافر فيلزم العلم باعتبار استناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبارا للردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان غير أنه زال به اسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة (قوله فاذا عتقت الامة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه) أى بعد الطلاق الرجعى فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها والعدة فى الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض كذا فى الكافى ووضع فى شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال والطلاق فى الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث فى الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم الا أن يجعل ابقائه الحكمى حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت اجماعية لكن هى خلافية وبقولنا قال الشافعى فى الاظهر وأحمد واسحق والحسن والشعبى والضحاك وقال مالك وأبو ثور لا تكمل عدتها فى الرجعى والبائن وعن الزهرى وعطاء وقتادة تكمل فلا بد من اثبات اعتبار بقائه كابتدائه وجه قول مالك ان بمجرد الطلاق تم سبب عدة الاماء وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وبتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة فى كمية مخصوصة فالنكاح سبب للعدة عند الطلاق فقط لا بقيد كمية خاصة اذ لا يعقل تأثير النكاح فى خصوص كمية بل فى مطلق التربص تعرفا وتأسفا وتقديرا لكمية لحكمة أخرى سنذكرها فى عدة النكاح الفاسد وحينئذ سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهى أربعة صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت فى أثنائها انتقلت الى حيضتين فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى أربعة أشهر وعشر (قوله وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور) يمكن كون كان تامة يعنى اذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور (قوله ثم رأت الدم) بعد انقضاء الاشهر أو فى خلالها (انتقض ما مضى من عدتها) وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرح به وبندرج فى اطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذى ذكره فى الكتاب بقوله (لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا) وعلله بأن شرط الخلفية أى خلفية الاعتداد بالاشهر عن الحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى فاذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه حينئذ ظاهر فى انه ذلك المعتاد وعود العادة يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بأن تراه سائلا كثيرا جعله احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيدوه أيضا بأن يكون أحمر أو أسود فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضا ومنهم من لم يتصرف فيه فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها

اذا كانت عادتها قبل الاياس أصفر فرأته كذلك أو علقا فرأته كذلك كان حيضا مظهرا عدم انقضاء العدة بالاشهر ثم أطلق المصنف انتقاض العدة والاستئناف فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الاياس بمدة أولا وذكر في المحيط أن في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه واياسها على هذه أن تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن وعليه أكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الرومیات بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين وبه قال الصفار وقال أبو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم تصبر ستين سنة وتعتد ولو كانت عادة أمها وأخواتها انقطاعه قبل الستين تأخذ بعادتهن وبعد الستين لا تأخذ بعادتهن وقال الاقطع فاذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا كالدم الذي تراه الصغيرة التي لا يحيض مثلها وهذه العبارة تفيد أنه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس وكذا العبارة القائلة اذا بلغت المقدر يعني وانقطع حيضها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا انما يقتضي ان يكون عند بلوغ المقدر مع الانقطاع يحكم به شرعا وقيل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين اذا لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا رأته فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل كذا نقله بعضهم وهو يفيد كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير وأما على رواية عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير قالوا ولو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين وفي بعض العبارات ما يفيد أن عدم الانتقاض اذا حكم القاضي بالاياس ويقيد الانتقاض بعدم حكمه به ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد في العجوز الكبيرة اذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض ثم نقل قول ابن مقاتل انها محمولة على ما اذا لم يحكم باياسها أما اذا انقطع وحكم باياسها وهي ابنة سبعين سنة أو نحوه فرأت الدم لا يكون حيضا وقال بعده بخطوط وطريق القضاء أن يدعي أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان الصدر الشهيد يفتي بأنها لو رأت بعد ذلك دما يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاشهر وان كانت رأته بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الانكحة قضى القاضي بجواز النكاح أو لم يقض ثم ذكر الخلاف صريحا مبنيا على ما قلناه من مجموع النوازل أن الآيسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ رحمهم الله إلا إذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح يكون جائزا ولا يشترط القضاء وفي المستقبل العدة بالحيض انتهى فتحصل في المسئلة أقوال على التقدير وعدمه وهي تنتقض إذا رأته قبل انقضاء الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قدر أقل مدة الاياس أو لا حكم بالاياس أو لا وهو ظاهر مختار المصنف من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا تنتقض كذلك اذا رأته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها فلا يبطل فلا تنتقض الانكحة قضى بالاياس أو لا وهو قول الشهيد تنتقض اذا لم يكن قضى باياسها كما قلنا لا تنتقض ان كان حكم باياسها وهو بان يدعي فساد النكاح فيحكم بصحته وبانقضاء العدة وتنتقض اذا لم يكن حكم بالاياس والقول الصحيح المصحح في النوازل انتقض في المستقبل فلا تعتد الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المصنف هو الصحيح احترازا عن كل قول يخالف اطلاق الانتقاض مطلقا كان أو مفصلا ومبنى مختاره على

وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يومئ وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل وأجيب بان البدلية اما أن تعتبر في الصلاة أو في الطهارة وكلاهما غير صحيح أما الاول فلان الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء وكذلك الصلاة بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض الشيء لا يكون بدلا عن كله وأما الثاني فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما قال

(ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور) تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة

اشتراط تحقق الاياس الخلفية الاشهر بالنص وان تحقق الياس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات ولا شك في الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا أعلم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ اليأس أنه يقتضي ذلك ولا شك ان اليأس من مقولة الادراك فانه ليس الا اعتقادان الشيء لا يقع أبدا أما انه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا ولذا قد يتحقق الياس من الشيء ثم يوجد وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت أيست من كذا ثم وجدته فانما يستدعي سببا له وكونه بأن ينعدم الحيض ويعتد وينتفي مخايل وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف فيه وعلى هذا إذا رأته بعد الاياس لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر لوقوعه معتبرا لوجود شرطه وبقي النظر بعد ذلك في انه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صححه في مجموع النوازل أو لا ينتقض فيما يستقبل أيضا كقول الصفار وغيره وهو ينبني على النظر فيما يترجح في هذا المرئي بعد الاياس أهو حيض أم دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالاياس وعدمه إذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات في المستقبل والوجه يقتضي الاختلاف في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع في سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون وعدم مخايل كونه امتداد الطهر ولا يجوز في المستقبل الا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الاياس تحقق حكمه وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه والله سبحانه أعلم واما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الاياس اذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعا والمسئلة نصية لا قياسية نص تعالى على تعليق الاعتداد بالاشهر عند الاياس وقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الاياس فثبت الاعتداد بالاقراء بالنص (قوله ولو حاضت حيضتين ثم أيست) بأن بلغت سن الاياس عند الحيضتين وانقطع أو انقطع عندهما في سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكر الفقيه وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور انها تستأنف العدة بالشهور وأورد عليه ان المتوضئ إذا سبقه الحدث في الصلاة ولا ماء يتيمم ويبني وكذا لو صلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء وهما بدلان أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع ان يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء ورفع الثاني بالتراب ولا الايماء خلف عن الاركان لانه موجود فيها وزيادة ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للعذر وبقي البعض على حاله وبعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فانما تكون الخلفية بشيء آخر (قوله والمنكوحة نكاحا فاسدا) وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بأنها متزوجة فان كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لانه زنا واذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها وبه يفتى كذا في الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتي زفت الى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى

(قوله اذا عجز عن الركوع والسجود يومئ الخ) أقول يعني بعد ما صلى أولها بركوع وسجود (قوله فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما الخ) أقول يعني أن المراد بالجمع هو اكمال أحدهما بالآخر وليس ذلك بموجود في الطهارتين فانه لم يجمع بينهما في رفع حدث واحد بل رفع الحدث الاول بالماء والثاني بالتراب نعم اجتمعا في صلاة واحدة (قوله وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض) أقول قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية (قوله عالما بحرمتها عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول يعني انه فاسد عنده خلافا لهما فانه باطل عندهما وسيجيء في الحدود

عدتهما الحيض فى الفرقة والموت) لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعى حيضة واحدة) لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء

(عدتهما الحيض فى الفرقة والموت جميعا لانها) أى لان عدتها (للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح) اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة (والحيض هو المعرف) ولا تفرقة فى ذلك بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب أن يكتفى بحيضة واحدة أو شهر كما فى الاستبراء وليس كذلك أجيب بانها انما كانت ثلاث حيض احتياطا للشبهة بالحقيقة فان أحكام العقد الفاسد أبدا يؤخذ من حكم الصحيح كما فى البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوجاء فيه ولذلك يثبت أجر المثل دون المسمى كذلك وههنا أيضا لم تثبت عدة الوفاة لو جاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار التأسف لفوات نعمة النكاح والنعمة فى النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح فى اعتبار مدة العدة احتياطا (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعى حيضة واحدة) وهو مروى عن ابن عمر قال عدتها أثر ملك اليمين (لانها تجب بزواله وكان كالاستبراء) ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة

الاشتباه (قوله عدتهما الحيض فى الفرقة) الكائنة بتفريق القاضى أو عزم الواطئ على ثرك وطئها (والموت) أى موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ومطلق اسم الزوج انما يقع على المتزوج بنكاح صحيح فالعدة فى حقهما للتعريف لا لاظهار خطر النكاح باظهار التأسف على زواله غير ان الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذى هو ثابت فى الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما فى الاستبراء وانما وجبت فى الصحيح ثلاثا لان المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به أو استحاضة معه عندنا وغاية الامر انه مخالف للعادة بخلاف ما اذا تكرر فى الاشهر فانه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة الى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له ألا ترى انه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد (قوله واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض) فان لم تحض فثلاثة أشهر يعنى اذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا فى عدته فان كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل فى الاول وفى الثانى والثالث لا يجب عليها عدة من المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدرى أيهما أول فاما أن يعلم ان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كأن ما كان ذلك من يوم الى شهرين وأربعة أيام أو يعلم انه شهران وخمسة أيام فصاعدا أو لا يعلم كم بينهما ففى الاول تعتد بأربعة أشهر وعشر لانه ان كان موت المولى أولا فلا عدة منه لانه *ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهى حرة موجب لاربعة أشهر وعشر وان كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ثم موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا لتغيرها لانها تختص بفرقة الرجعى فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت فى الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشرا وشهرين وخمسة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر وفى الثانى يجب أن تعتد بأبعد الاجلين يعنى تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض لان السيدان كان مات أولا ثم مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات أولا فعدتها شهران وخمسة أيام ثم موت السيد بعدها يوجب عليه *ثلاث حيض لانه بعد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بان تعتد بأكثر ما يلزمها وفى الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذى ذكرناه وعند أبى حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر فقط لاحتمال ان الزوج هو المتأخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل بأقوى الدليلين ولا يخفى انه مشترك الالزام (قوله وقال الشافعى حيضة واحدة) وهو قول مالك وأحمد وقولهم قول ابن عمر وعائشة وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهرى والاوزاعى واسحق انها تعتد بأربعة أشهر وقولنا قول عمر وعلى وابن مسعود وعطاء والنخعى والثورى وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجلى وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من أمرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على

ولنا انها وجبت بزوال الفراش فأشبه عدة النكاح ثم اما منافيه عمر فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض (ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر) كما في النكاح (واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها)

الاول هكذا تربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص في الطلاق وهذا أرجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر واجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعدية حكم الاصل وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لا انه مقتضاه فان أثر العلة فيه وفي كل قياس إنما هو في تعدية حكم الاصل لا في غيره بنفي ولا اثبات ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما عينوه فسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب أحدهما بعض موجب الآخر وحينئذ يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الاصل بنفي ولا اثبات فاذا كان في الفرع جامعان بلا مانع أحدهما يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا أن يقال بجوز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي حينئذ مقتضاه وفيه كلام في الاصول ومن اختاره شرط كون العلة أمرا عدميا والمحققون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيأ وما وقع في الفقه بما ظاهره التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس الا ذلك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس أي يبقى على عدمه الاصلي لانه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما إذا كان موجب أحدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين متظافران على اثبات ذلك البعض وينفرد أحدهما باثبات أمر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر (قوله واما منافيه عمر رضي الله عنه) روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عيسى ابن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن أبي كثير ان عمرو بن العاص أمر أم الولد إذا عتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب إلى عمر فكتب يحسن رأيه فأما انه قال في الوفاة كذلك فالله أعلم وليس يلزم من القول بثلاث حيض في العتق من شخص قوله به في الوفاة ألا يرى الى ما ذكرناه من عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من عمر وفهو منقطع وهو عندنا غير ضار اذا كان قبيصة ثقة وقد أخرج ابن أبي شيبة عن الحرث عن علي وعبد الله قالا ثلاث حيض إذا مات عنها يعني أم الولد وأخرجه عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف الا أن غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله والمتحقق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا (قوله واذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل) احترازا عما إذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرف ذلك ان تضع لاقل من ستة أشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد وان وضعته لستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشرا اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون

(ولنا انها أثر زوال الفراش) لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما واما منافيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود (وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح) وقوله (واذا مات الصغير عن امرأته) ظاهر

وقوله (كالحادث بعد الموت) يعني بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بأن يأتي لا كثر من سنتين قال في النهاية والاول أصح وتفسير قيام الحبل عند الموت أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية (ولهما قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج أو من غيره في عدة الطلاق أو الوفاة وقوله (ولانها مقدرة) دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بعدة وضع الحمل في أولات الاحمال فصرت المدة أو طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهي واضحة وبين الاولى بقوله (لشرعها) أي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف على ما مر وفيه بحث لان الضمير في قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة في أولات الاحمال أو اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعى عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم من ان لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل أن لا يكون له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في أولات الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان أعم من المدلول كان أتم فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبارا للعدم كما عرف

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولانها مقدرة بعدة وضع الحمل في أولات الاحمال فصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه

ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لان التقدير للحدوث بأكثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس الا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة إلى تأخير الحكم بالحدوث إلى السنتين (قوله وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبي يوسف إذ لم يحك في الظاهر خلاف ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام وهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فانها هي رواية عنه وكذا قال شمس الأئمة وعن أبي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر انتهى واذا قال أبو يوسف في المطلقة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منفي النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانها هي رواية شاذة وهو قول مالك وأحمد وهي رواية عن أبي حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق أما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير ساقط لاقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعته كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند أبي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما إذا لم يعلم فانه وان لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لانه شبهة فيقع الخلاف في انها بالوضع أو بالاشهر وحاصل متمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير هكذا حمل منفي النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير (ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) من غير فصل بين كونه منه أو من غيره (ولانها) أي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت (مقدرة بوضع الحمل في أولات الاحمال لا للتعرف فراغ الرحم لشرعها) أي لشرع عدة الوفاة (بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى) وهو قضاء حق النكاح (يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه) كما يتحقق في الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه انه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا لخطره متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ودليل الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ما ذكروه من صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفي الحكم لنفي العلة

قال المصنف (لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر) أقول والظاهر انها لو كانت للتعريف يثبت المطلوب أيضا الا انه بنى الكلام على الواقع ان قيل المراد عن ماء المطلق قلنا الماء فيه هنا قال المصنف (لكن لقضاء حق النكاح) أقول يعني المغلب ذلك (قوله لان الحامل لا تحيض عندنا) أقول ولان عدتها ليست بالاشهر (قوله ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل الخ) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضا

وقوله (بخلاف الحمل) جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني إنما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والتزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح بآية التربص (فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل) لانها عدة أولات الاحمال بالنص (فافترقا) أي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فان قيل إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد ألزمناها العدة بالشهور ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت

بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور (واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق) لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها (واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان

المساواة وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك ولاثبات الفراغ ليتمكن من النكاح وقد منا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان فالاولى عدم التعرض للمنع ويكفي كون العدة مطلقا للقضاء فانه إذا ثبت أمر للاعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للمنع أيضا واعلم ان قول أبي حنيفة ومحمد في المسئلة التي استبعدنا بها قول أبي يوسف أعني المطلقة إذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضي من ستة أشهر تلي الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث الى أقرب زمانه (قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة إذ ذاك والفرض ان الحمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالاشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا يتوقف فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال الاحمال حالة الفرقة (قوله ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حبل بعد موته) بأن جاءت بولد لاقل من سنتين مع حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمي والواقع الا أن يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التأمل لا معنى للايراد المجاب عنه بما ذكر أصلا (قوله ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) أي في الحادث بعد الموت وغيره لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه أي مقام العلوق في موضع التصور لان الشئ إنما يقدر تقديرا اذا أمكن تصوره تحقيقا (قوله واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل) لانه مسمى الاسم في ثلاثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان (قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة) من أجنبي أو من الزوج ووافق الشافعي في أحد

المساواة وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك ولاثبات الفراغ ليتمكن من النكاح وقد منا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان فالاولى عدم التعرض للمنع ويكفي كون العدة مطلقا للقضاء فانه إذا ثبت أمر للاعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للمنع أيضا واعلم ان قول أبي حنيفة ومحمد في المسئلة التي استبعدنا بها قول أبي يوسف أعني المطلقة إذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضي من ستة أشهر تلي الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث الى أقرب زمانه (قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة إذ ذاك والفرض ان الحمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالاشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا يتوقف فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال الاحمال حالة الفرقة (قوله ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حبل بعد موته) بأن جاءت بولد لاقل من سنتين مع حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمي والواقع الا أن يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التأمل لا معنى للايراد المجاب عنه بما ذكر أصلا (قوله ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) أي في الحادث بعد الموت وغيره لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه أي مقام العلوق في موضع التصور لان الشئ إنما يقدر تقديرا اذا أمكن تصوره تحقيقا (قوله واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل) لانه مسمى الاسم في ثلاثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان (قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة) من أجنبي أو من الزوج ووافق الشافعي في أحد

بقوله (ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان) أي الحمل (كالقائم عند الموت حكما) تبعا لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى أقرب الاوقات وكان ابتداء عدتها بالاشهر لا محالة (ولا يثبت النسب في الوجهين) يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده (لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق) فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش أجاب بقوله (والنكاح يقام مقامه) أي مقام الماء (في موضع التصور) وقوله (واذا طلق الرجل امرأته) ظاهر قال (واذا وطئت المعتدة بشبهة) اذا وجبت على المرأة عدتان فاما ان تكونا من رجلين أو من رجل واحد فان كان الثاني كما إذا طلقها ثلاثا فتزوجها في العدة ووطئها أو وطئ المطلقة ثلاثا وقال ظننت انها تحل لي أو طلقها بألفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين تتداخلان وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجئ أو من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطئها ثانيا وفرق بينهما تتداخلان عندنا

(قوله وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى زوجها) أقول يعني كالمتوفى عنها زوجها

ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطء الثانى إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطء الثانى ثلاث حيض أيضا والحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثانى خاصة وان لم تكن رأت شيأ فليس عليها الا ثلاث حيض وهى تنوب عن ست حيض (وقال الشافعى لا تتداخلان لان المقصود من العدة العبادة أى عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل فى العبادات كالصومين فى يوم واحد) فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل فى الصوم فكذا فى العدة (ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فيتداخلان) وقوله (ومعنى العبادة تابع) جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة فى العدة تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الآية وقال ولا يخرجن الآية وموجب النهى التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالحرفيمن حلف لا يشرب هذا الماء وهو صائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا ولميمينه بخلاف الصوم فان ركنه الكف لقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل ولن يجتمع الامساك فى يوم واحد واستوضح المصنف تبعية العبادة بقوله (ألا ترى انها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف) يعنى عن الخروج والعبادة لا يتحقق أداؤها بدون ركنها واعترض بأنها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا ان المقصود (٢٨٤) ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل والالجاز التداخل فى اقراء عدة واحدة لحصول

ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية) وهذا عندنا وقال الشافعى لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين فى يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع ألا ترى انها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف

قوله فيما إذا كان الواطئ المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصور منها التى زفت إلى غير زوجها والموطوءة للزوج بعد الثلاث فى العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أو فى العدة إذا قال ظننت انها تحل لى والتى طلقها بالكناية ثم وطئها فى العدة أو كانت فى عدة فوطئها آخر بشبهة أو فى عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففى هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك وعدمه قول الشافعى وأحمد رحمهم الله ومافى الغاية من ان الشبهة فى المطلقة الطلاق الثلاث فى الفعل والشبهة فى الفعل لا يثبت النسب بالوطء وان قال ظننت انها تحل لى واذا لم يثبت النسب لا تجب به العدة سيأتى دفعه فى كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل المرئى عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة

المقصود ونفى ضرر تطويل العدة عنها وأجيب عن الاول بأن الصبية التى تحتمل الوطء والآيسة تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء لان العدة يكتفى فى ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة صيانة للماء الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم فى نفسه كماء الاولى الثانى وعن الثانى بأنا لا نسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض فى حصول المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال واردا عليه

(قوله والدليل على ان معنى لعبادة الى قوله وموجب النهى التحريم) أقول مأخوذ من شرح تاج الشريعة لكنه مؤاخذ ثم أقول بل موجبه كف النفس عن المنهى عنه على ما حقق فى الاصول الا أن يكون مراده موجبه فى تينك الآيتين لدليل يدل عليه وهو ماذكره المصنف فليتأمل (قوله فان ركنه الكف لقوله تعالى الخ) أقول يعنى انه مأمور به وكل ماهو كذلك فهو عبادة فيكون كفا (قوله لكن لا نسلم جواز التداخل الخ) أقول لا وجه لهذا المنع بعد ما بين المقدمة الممنوعة بالدليل ولك أن تقول فى العبادة والمراد هو النقض الاجمالى (قوله وأجيب عن الاول بان الصبية التى تحتمل الوطء الخ) أقول ما تقول فى الصغيرة التى لا تحتمله فانه تجب العدة اذا خلا بها زوجها عند أكثر المشايخ (قوله وعن الثانى بانا لا نسلم الملازمة الخ) أقول مقابلة المنع بالمنع اذا حمل على ظاهره (قوله وفيه نظر لان المصنف الخ) أقول والصحيح فى الجواب أن يقال المقصود من العدة هو التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا بخلاف ما اذا تكرر فانه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد فليتأمل

الاولى فعليها حيضتان تمامها وتحتسب بهما من عدة الثانى وللآخر أن يخطبها إذا انقضت عدتها من الاول لانها فى عدته ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها إذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضى عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثانى حتى تنقضى عدتها منه وكذا ان كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبنى على ان ركن العدة ماذا فعند الشافعى كف النفس عن المحرمات فى مدة معينة فاذا وجب كف عنها فى مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات ألا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين فى يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا ان الركن نفس تلك المحرمات الكائنة فى تلك المدة ويمكن اجتماع محرمات فى الشئ الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه فى زمان واحد بأسباب مختلفة كحرمة النحر المحلوف على عدم شربها نهار الصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستأنف الكلام ونقول لاشك انه يثبت عند تمام سبب العدة أمور هى حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج فى مدة معينة تنتهى هذه المحرمات بانتهائها ووجوب التربص فى تلك المدة أيضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع أن هذا الوجوب لابد أن يثبت لازما للحرمة بأدنى تأمل ومتعلق الوجوب ليس الافعل المكلف والتربص وان كان الانتظار فهو من أفعال النفس فان أردنا تعيينه لم نر أنسب به من كونه ترك تلك المحرمات الى انقضاء المدة وترك الشئ لا يخرج عن كونه كف النفس عنه أو حبسها فمن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق وحينئذ يكون حاصل يتربصن نهيا عن تلك الامور لانه طلب الكف عنها كما جعلوا قوله تعالى وذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم أن لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة الا عند علمها بالسبب اذ التكليف بالمقدور لا قدرة بدون العلم فيحكم بهذه المقدمة وهى أن الحكم انما يثبت فى حق المكلف باعتبار علمه بالسبب والمقدمة القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهى بانتهائها لزم أنها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت فى حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب فى أصل الوجوب على ما عرف أو علمت ثم لم تكف أى لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى أن تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف بل الدليل على ذلك تحققها فى حق من لا تصح العبادة منه ولا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة فى الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما فى ذات الاقراء وقد لا كما فى الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك المحرمات ولاشك أن العدة تطلق على كل من تلك الامور أما على التربص ففى قولنا وجبت العدة ونحوه وأما على نفس المدة ففى نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكر أيضا وأما على نفس المحرمات فبفرض دعوانا انها الركن لكن الشأن فى بيان أن مسمى لفظ العدة فى الشرع ماذا فالذى يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة أشهر انه نفس المدة الخاصة التى تعلقت المحرمات فيها وتقيدت بها الا المحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لا أنه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه وأما قوله تعالى أجلهن أن يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب أجله فاذا بلغن أجلهن فالاجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة فى الدين ثم الثابت بمضى هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتهما ولا دليل فيه

وقوله (والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور) ظاهر قال فى المبسوط لو تزوجت فى عدة الوفاة فدخل بها الثانى ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر ويحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضا قال (وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق) ابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق (وفى الوفاة عقيب الوفاة) لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة (فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب) فان لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت (ومشايخنا) يريد علماء بخارا وسمرقند (يفتون فى الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة) لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشئ أو يتواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج أختها أو أربعا سواها وقال فى الذخيرة اختيار مشايخ بلخ أنه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق يعنى حتى لا يتزوج باختها وبأربع سواها جزاء له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه (والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق) بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما ومشايخنا

(والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتداخل بقدر الامكان (وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق وفى الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون فى الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة (والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق)

أيضا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا فى التربص وأما وصف العدة بالوجوب فى قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضى أن المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم الحقيقى الاظاهرا وذلك لو لم يعارضه النظم القرآنى فتلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التى تعلقت فيها الحرمات عند الكل وحينئذ نقول لا يلزم بناء الخلاف فى تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة وذلك لان العدة حينئذ تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لا أن تداخلها تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاء لازما لتداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف عن كون المبنى ماهو والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحققه على وجه العبادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب كونه وجب ايجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع أنه لم تتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على انه عبادة نعم هو له عرضية أن يصير عبادة فان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتسابا لله وقصدا لطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى لا أنه يجب ايقاعه كذلك لما ذكرنا (قوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) فلو لم ترفيها دما يجب أن تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض (قوله وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق) لان سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدموا ان سببها النكاح والطلاق شرط وان الاضافة فى قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى أن يقال لان عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة (قوله ومشايخنا يفتون فى الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوج أختها أو أربعا سواها واذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغى أن يتحرى به محل التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدى حيث قال ماذكر محمد يعنى من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند الطلاق اليه أما اذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر فلا يصدقان فى الاسناد قال محمد وعلى هذا اذا فارقها زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهى لا تعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغى أن لا يحل له التزوج باختها وأربع سواها وعرف أن تقييده بالاقرار يفيد أن الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغى أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وأن سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء انما هو اذا صدقته أما اذا كذبته فى الاسناد فلا وكذا اذا قالت لا أدرى والحكم فى الفصول الثلاثة على قول المشايخ ان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق فى الاسناد ثم المراد من قوله

أوعزم الواطئ على ترك وطئها) والعزم أمر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول تركت وطأها أو ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه (وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب) للعدة اذ لو لم يطأ لم تجب عليها العدة (ولنا ان كل وطء وجد في العقد) وتقريره القول بالموجب وهو أن يقال سلمنا ان الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطآت التي توجد بالعقد الفاسد (بمنزلة وطأة واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد) واذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة تترتب عليها العدة الا بالتفريق أو العزم لانه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطآت آخرها

أوعزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجرى مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين) لانها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب

ومشايخنا مشايخ بخارا وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب فان كان غائبا فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة واذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته ولو جعل أمر امرأته بيدها ان ضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب ينبغي أن تكون من وقت الضرب ولو طلقها وأنكر فأقامت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء (قوله أوعزم الواطئ) بأن أخبرها انه ترك الوطء فان الاخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه أما آخر الوطآت لا يعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون الا بالقول كقوله تركتك وما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها اما عدم المجيء فلا اذ الغيبة لا تكون متاركة لانه لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لا يكون متاركة (قوله ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجرى مجرى الوطأة الواحدة) لاستناد الكل أي كل الوطآت (الى حكم عقد واحد) وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أي لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر ذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطء أي وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للازواج فاذا تزوجت ظهر ان ذلك كان آخر الوطآت وان كان وطئها بعد ذلك عاد هذا التقدير فنقول ان تركها حتى حاضت ثلاث الخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركه احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لا تحتسب بها (ولان التمكن) من الوطء (على وجه الشبهة) بسبب ذلك العقد (أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومسيس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره) أي في غير الواطئ وهو حلها للازواج والخفي لا يعرف الحكم واذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة مادام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك الا بالتفريق أو المتاركة صريحا فلا تثبت العدة الا عندهما واختار أبو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمناه في باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو الوجه انها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى انما الشرط كونها بعد الترك في القضاء (قوله فالقول قولها مع اليمين) لابد أن يكون محل هذا ما اذا كذبها مع كون المدة

وتجريد هذه النكتة العدة لا تثبت الا بآخر وطأة وآخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فالعدة لا تثبت الا بالتفريق أو العزم أما أنها لا تثبت الا بآخر وطأة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم وأما ان آخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله (ولان التمكن على وجه الشبهة) دليل آخر وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة وكل أمر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء واذا قام مقامها فهما كان التمكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطآت اذ التمكن باق بعد كل وطأة فرضت فلا بد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فيتعين آخر الوطآت فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطء أمر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطء ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت قد أشار الى الجواب بقوله (ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره) أي غير الواطئ وهو الذي يريد أن يتزوجها وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها ولا خفاء في مفهوم كلام المصنف في النكتتين ولم أجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خاطري أبو عذره وجهد المقل دموعه وقوله (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي) ظاهر

(قوله أما أنها لا تثبت الا بآخر وطأة الى قوله فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول فيه بحث قال المصنف (مع جواز وجود غيره) أقول بالنسبة الى الموطوءة فانها لا تعلم الآخر حتى تتربص هكذا قيل وفيه بحث اذ مر آنفا ان معنى العبادة تابع في العدة فاذا حاضت ثلاث حيض بعد الوطء ينبغي أن يجوز تزوجها بزوج آخر لتعين آخر الوطء فتأمل

وقوله (فتحلف كالمودع) يعني اذا قال هلكت الوديعة أو قال رددتها وأنكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه أمين وما على الامين الا اليمين قال واذا (طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا) قال في النهاية هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني أولا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة ووجه قول محمد ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة فان قيل فعلام يجب عليها اكمال العدة الاولى أجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا أنه لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى (كما لو اشترى أم ولده) أي منكوحته التي ولدت منه (ثم أعتقها) فانه يجب عليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة ألا ترى انه لا يجوز أن يتزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضا فوجبت حقا للفساد وهما يعتبران من الاعتاق أيضا ويلزمها الاحداد وأما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد (ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره) أي والحال انه بقي أثره أي أثر الوطء الاول (وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة) بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض) الذي كان بالدخول (مناب القبض) أي الدخول (المستحق في هذا النكاح) فاذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الطلاق بائن بالشراء أجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم أن يساويه من جميع الوجوه ألا ترى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله (فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول) تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر على ما ذكره واضح وقوله (وجوابه ما قلنا) اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الخ

فتحلف كالمودع (واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى) لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها أصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا

تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما لانه اذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا (قوله كالمودع) اذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعي الرد مع ان عليه اليمين اذا كذبه وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج أخبرتني بان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها الا أن يبين ما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج باختها لانه أمر ديني يقبل قوله فيه (قوله واذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها (طلاقا بائنا دون الثلاث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وقال زفر نصف المهر أو المتعة ان لم يكن سمي فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الاولى وقال محمد لها نصفه أو المتعة وعليها اتمام العدة الاولى لزفر ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بالطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير ان اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه (قوله كما لو اشترى أم ولده) أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه ينفسخ النكاح

قال المصنف (كما لو اشترى أم ولده) أقول أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه ينفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق يظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لانها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليه الاحداد الى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيها شيء من الحيضة الاخرى لانها عدة أم الولد أعتقت (قوله تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله الخ) أقول في دلالته على ما ذكره تأمل بل دلالته على انه كذلك حكما الا أن يريد بالتشبيه هذا المعنى

قال (واذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها

بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر غير أن هنا تجب عليها عدة أخرى لانها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الاحداد الى أن تذهب عدة النكاح وهى حيضتان من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقى من الحيضة الاخرى لانها عدة أم ولد أعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولد منه أو لا ولد لها منه فانه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل فى حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فاذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها تمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعهما وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو كان تزوجها قبل أن تحيض فى العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة من الطلاق وفى ذلك اشتباه النسب وفساد كبير ولهما ان الوطء قبض وهى مقبوضة فى يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقى أثره هذا القبض بقيام العدة اذ هى أثره فاذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو فى يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال وجب على هذا أن يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن ما جعلنا النكاح الثانى قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل فى حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه فى حق جميع الاحكام والا كان اقامة فى حق ترك الاحتياط لان الاحتياط فى انقطاع الرجعة ألا يرى ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع ان الخلوة قائمة مقام الدخول فى تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول فى ذينك الحكمين اقامته مقامه وثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسائل المبنية على هذا الاصل وهو ان الدخول فى النكاح الاول دخول فى الثانى أولا وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهى فى العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا أولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها فى العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطء فى الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة فى الفاسد حتى لا يجب عليها العدة بها ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها فى الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها فى المرض فى عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول هل يكون فارا أم لا ورابعها لو تزوجت بغير كفء ودخل بها ففرق القاضى بينهما بطلب الولى ثم تزوجها هذا الرجل فى العدة بمهر وفرق القاضى بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثانى كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثانى وعليها اتمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسادسها تزوجها صغيرة فدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعها تزوجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وثامنها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وتاسعها تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة فأعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول (قوله واذا طلق الذمى الذمية) أو مات عنها (فلا عدة عليها) فلو تزوجها مسلم أو ذمى فى فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب فى معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم أو مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده

(واذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها

وكذا اذا خرجت الحربية الينا) مراغمة على نية أن لا تعود الى دار الحرب أبدا يقال راغم فلان قومه إذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي إذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا والآخر على حربه فقد زالت الزوجية ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا لاحسن حالاتها (فان تزوجت جاز عند أبي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم) يعني كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك (وقد بيناه في كتاب النكاح) يعني في باب نكاح أهل الشرك (وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها) في دار الحرب (لعدم تبليغ أحكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله (ولان العدة حيث وجبت) دليل معقول وتقريره العدة حيث

وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك وقوله (الا أن تكون حاملا) يجوز أن يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لا حق له (الا أن تكون امرأته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب) والحمل الثابت النسب يكون مانعا من احتماله ألا ترى أن أم الولد اذا كانت حاملا لا يزوجها مولاها واذا كانت حائلا جازله ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن ولقائل أن يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا أن تكون حاملا وهذا كله عند أبي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة) أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول أبي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم أن تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا أن تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن أبي حنيفة انه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول أصح

(قوله وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة) ليس بقيد بل المعتبر أن تصير بحيث لا تمكن من العود إما بخروجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لا عدة عليها (فان تزوجت جاز الا أن تكون حاملا) وعنه لا يطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء (وقالا عليها) أي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة (وعلى الذمية العدة أما الذمية فالخلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح) أي الاختلاف المشبه وهو عين المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح أهل الشرك واذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز الى آخره أو المراد كلا من الاختلافين (وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة) لمسلمة في دار الاسلام (لو وقعت بسبب آخر) غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق (وجبت العدة فكذا بسبب التباين) وانما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولو لم يخص بها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك (قوله بخلاف ما اذا هاجر الزوج) مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار مسلما أو ذميا (وتركها) فانه لا عدة عليها هنالك إجماعا حتى جاز له أن يتزوج أختها أو أربعا سواها كما دخل دار الاسلام (لعدم تبليغ الاحكام) لها في دار الحرب لا لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح أهل الشرك انها حق الآدمي فتخاطب بها وقوله (وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات

(قوله وانما قيد المصنف بقوله مسلمة الخ) أقول انما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الاولى قال المصنف (ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة) أقول ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله أمنع من احتماله) أقول فلا يلزم من منع الحمل منع الاحتمال (قوله والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله الخ) أقول فيه بحث والاصوب التشبث بقوله تعالى وأولات الاحمال الآية فان المراد أولات الاحمال عند الفرقة ولا فرقة في الزنا ثم الحديث لا يدل على نفي النكاح بل يدل على نفي الوطء (قوله والاول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح الخ) أقول قد تقدم في فصل المحرمات من كتاب النكاح ان امتناع النكاح في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للحربي فينبغي أن يجوز

﴿فصل﴾ لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة وأبته والمبتوتة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلاث وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة بتطليقة بائنة (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) وهو ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها وأصل الحد المنع يقال أحدت المرأة إحدادا فهي محدة منعت نفسها وحدت تحد حدادا (أما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا) وفي وجه الاستدلال به اشكال لان (٣٩١) مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها

﴿فصل﴾ قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا وأما المبتوتة فذهبنا

المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظني وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء في المطلقات فالحق البائن بالطلاق قياسا يقيده بما بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا تجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لان التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ولا إشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة وان لم يجب كمال المهر وان اعترفا بعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق إبطال حق غيرهما وتقدمت هذه في باب المهر وان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة كغيرها لانها ترد إلى أيام عادتها فان نسيت عادتها اعتدت بثلاثة أشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما أن يكون الطلاق أو الموت في غرة الشهر أو في أثنائه ففي الاول يعتبر ثلاثة أشهر في الطلاق وأربعة في الوفاة بالاهلة وفي الثاني قال أبو حنيفة تعتبر الايام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن أبي يوسف روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله

﴿فصل﴾ لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما يجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من أصل وجوبها (قوله وعلى المبتوتة) يعني ويجب بسبب التزوج على المبتوتة وأصله المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الاقارب وهل يباح قال محمد في النوادر لا يحل الاحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي انها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه (قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم الخ) في الصحيحين من حديث زينب بنت

زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة وكان تقرير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد أربعة أشهر وعشرا فكان هذا حينئذ إخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان إخبار الشارع آكد من الامر وهذا أنسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار

واجبا بالخبر معارضا للكتاب أجيب بان المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روى عن ابن مسعود (وأما) وجوب الاحداد على (المبتوتة فذهبنا

﴿فصل﴾ وعلى المبتوتة (قوله وخضابها بعد وفاة زوجها) أقول الاولى أن يقال بعد فراق زوجها يعم المبتوتة (قوله وقال في النهاية يمكن أن يقال الى قوله وهذا أنسب ما وجدت في الشروح) أقول ان أراد اتحاد النفيين فظاهر انه ليس كذلك وان أراد الاستلزام فعلى تقدير تسليمه لا ضرورة في جعل الاستثناء من اللازم ثم أقول لو صح ما ذكره لا طرد في أمثاله وليس كذلك (قوله فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وهو مذموم الخ) أقول ولك أن تقول المذموم هو التأسف على فوت النعم الدنيوية المحضة ونعمة النكاح ليست كذلك فانها من أسباب النجاة في المعاد والدنيا

وقال الشافعي لاحداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفي بعدها الى عماته وقد أوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته

أبي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت إنما أصنع هذا لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا والحميم القريب وقد روى بلفظ آخر ووقع فيه مفسرا هكذا المتوفى أبوها أبوسفيان وفي لفظ البخاري فيه فوق ثلاثة أيام ولا يخفى انه لا دليل فيه على إيجاب الاحداد لان حاصله استثناؤه من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه وما قيل من أن نفي حل الاحداد نفي الاحداد فاستثناؤه استثناء من نفيه وهو إثباته فيصير حاصله لا احداد الا من زوج فانها تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الاخبار يفيده على ما عرف ومن أن نفي حل الاحداد إيجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الايجاب فيكون إيجابا لان الاصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم اذ يمنع كون نفي حل الشئ الحسي نفيا له عن الوجوب لغة أو شرعا ليتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له عن الحل ولو سلم فوجود الشئ في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب وأيضا استثناء الاحداد من إيجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالاول فلذا قال ظهير الدين وما قالوا بما فيه ثلج الفؤاد وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري إلى أنه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما أخرجه أبوداود في مراسيله عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها وعلى من سواه ثلاثة أيام والحق ان الاستدلال بنحو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا فان فيه تصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوما بارادة الاخبار بوجود فعلها منه بطريق الحمل لظهور إرادته في حديث آخر ولم يخف أن الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة إلى المكلف لا بالنسبة إلى ثبوته شرعا مثلا اذا قال الجداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا إذا قال الجداد ثابت شرعا فانه أعم ومن الادلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا إذا طهرت نبذة من قسط أو اظفار فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون الشئ اليسير والقسط والاظفار نوعان من البخور رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وإزالة كراهته وحديث أم سلمة في الصحيحين أيضا قالت جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها بضم الحاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قالت زينب كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيأ حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشئ الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بناء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل أي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر أو نحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش ما تفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الافتضاض الانقاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه والاول أحسن

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا احداد عليها) أي على المبتوتة لانه لاظهار التأسف وهو في الموت لصبره

وقال الشافعي لاحداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفي بعدها الى عماته وهذا قد أوحشها بالابانة فلا تأسف على فوته)

ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب) رونه أم سلمة ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله (ولانه وجب) دليل معقول ويجوز أن يكون بيانا الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره أن النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتأفيف فان قيل ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها الطلب الخلاص منه فكيف تتأسف فالجواب أن الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقص صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الازواج أيضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله (والحداد ويقال الاحداد) تعريف للحداد وكان موضعه أول الكلام وأتى بالجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوجع اشارة الى أن العذر هو التداوي لا الزينة

ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها (والحداد) ويقال الاحداد وهما لغتان

على صحبتها الى الموت بخلاف ابتدائه لطلاقها ثلاثا فانه موحشها وخلعه لانها راغبة فيه لكن سؤالها قلنا في محل النزاع نص وهو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السروجي حديثا واحدا وعزاه للنسائي هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب والله أعلم به ويجوز كونه في بعض كتبه وأما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث أبي داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فبأي شيء أمتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك فغير الطعن في اسناده لا يفيد المقصود فانه في معتدة عن وفاة ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في المحل أيضا اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التي هي من أسباب النجاة في المعاد والدنيا فانه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا في هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يدافع عن أداء الواجب وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضا عند قوله وفيه وجهان الى آخره لكن ظاهره انه ذكر على أنه علة أخرى والتحقيق انه حكمة لان المنضبط فوات ما قلناه بخلاف ما هو دواعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد في محل ثبت معه ذلك الحكم ففي المبتوتة ان فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التأسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم كون وجوبه تبعا للعدة بالنص أو معللا بالآخر فقط لكن منع بأن المراد بقوله تعالى لكيلا تأسوا الآية الأسى مع الصياح والفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا (قوله والحداد ويقال الاحداد) فمن الاول يقال حدت المرأة تحد من باب نصر ومن باب ضرب أيضا حدادا فهي حاد ومن الثاني يقال أحدت

(قوله ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها) أقول فيقتضي أن يجب الحداد على المطلقة الرجعية في العدة والجواب لان كونها معتدة متردد غير متبين ما دامت في المدة فاذا انقضت ولم يراجعها ظهر ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده والمدة عدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال (قوله ويجوز أن يكون بيانا الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة) أقول فيه بحث (قوله ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الخ) أقول ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الاعلى زوجها يدل على انه لفوات الزوج فليتأمل

(أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الامن عذر وفى الجامع الصغير الامن وجع) والمعنى فيه وجهان أحدهما ماذكرناه من اظهار التأسف والثانى ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كى لا تصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم وقد صح أن النبى عليه السلام لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال والدهن لايعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الامن عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن خافت وجعا فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) لما روينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران) لانه يفوح منه رائحة الطيب

محدادا فهى محد (قوله ان تترك الطيب) ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه (قوله وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم) تقدم (قوله والدهن لايعرى عن نوع طيب) إما فى ذاته أو فى المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته وقد وقع للزيلعى مخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف انه صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال والدهن فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال وأما الدهن فغريب وهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لايعرى عن نوع طيب فألحقه الحاقا (قوله قال الامن عذر) لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا مؤكدا عن الكحل التى اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها وكذا قال المصنف فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء فى حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها ان زوجها توفى وكانت تشتكى عينها فتكتحل بكحل الجلاء فأرسلت مولاة لها الى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه الا من أمر لابد منه يشتد عليك فتكتحلى بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على صبرا فقال ماهذا يا أم سلمة فقلت انما هى صبر يا رسول الله فقال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه أحمد وغيره لكن أمها مجهولة وتمتشط باسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره فى المبسوط وأطلقه الائمة الثلاثة وقد ورد فى الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهى ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر وممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة نعم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل وأجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا فى غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعى الا لضرورة لحصول الزينة به وأجازه الامامان والظاهرية (قوله لعذر) كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلى والمعنى المعقول من النص فى منع المصبوغ ينفيه وقد صرح بمنع الحلى فى الحديث على ماسنذكره ولم يستثن من المصبوغ فى الحديث السابق الا العصب فشمل منع الاسود (قوله لانه يفوح الخ) يفيد انه اذا كان خلقا لا رائحة له يجوز وفى الكافى قال اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغى تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره إما بيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها ان كان لها وروى مالك وأبو داود والنسائى عن أم سلمة قالت قال النبى صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل هذا لفظ أبى داود والممشق المغرة ولا تلبس العصب عندنا وأجاز الشافعى رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلف الحنابلة فيه وفى تفسيره فى الصحاح العصب ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك وفى

(قوله روى عن أم سلمة رضى الله عنها الى قوله فقال صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا) أقول فان قيل مقتضى الحديث أن لا يجوز بعذر كما هو مذهب الظاهرية لا يجوزون الاكتحال ولو من وجع للحديث قلنا الجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها قال الكمال الدميرى فى شرح منهاج النووى زاد عبد الحق فيه انها قالت يا رسول الله انى أخشى أن تفقأ عينها قال وان انفقأت اه فهذا يدل على ماذهب اليه الظاهرية الا أن يقال بعدم صحته وفيه تأمل

المغنى

ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها لان المرأة ان كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها (وهى ممنوعة عن النكاح) مادامت فى عدة الوفاة أو الطلاق (فتجتنبها كى لا تصير ذريعة) أى وسيلة (الى الوقوع فى المحرم) وهو النكاح (وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال) روى عن أم سلمة رضى الله عنها أنها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتى توفى وقد اشتكت عينها أفنكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا ما وقوله (والمراد الدواء) يعنى ينبغى أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب

قال (ولاحداد على كافرة) هذا بيان من لايجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم أما الكافرة وهي الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه أشار الى ذلك قوله عليه السلام لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر وأما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في أثنائها استطرادا وهو ظاهر وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاصل هو الاباحة في الزينة لاسيما في النساء

قال (ولاحداد على كافرة) لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا على صغيرة) لان الخطاب موضوع عنها (وعلى الامة الاحداد) لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال (وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد)

قال المصنف (ولاحداد على كافرة) أقول قال ابن الهمام ولاحداد عندنا على كافرة ولاصغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعي ومالك رحمهما الله لانه يجب بموت الزوج فيهم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند موت الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لايجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولذا شرط الايمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كما تم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة كما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لايصح شرعا ولاخطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتين (قوله وعلى الامة الحداد) يعني اذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس في الاحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو لزمها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها كي لا يفوت حقه في استخدامها وحق العبد مقدم على حق الشرع باذنه لفناء قال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة فالجواب انها لم تفت لقيام الحل والكفاية غاية الامر انه ثبت على وجه أحط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا أثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات ما فيها من انها سبب لصونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد وبهذا التقرير يندفع اشكال انه لا يتوب الادنى وهو هذا الحل عن الاعلى والتفصي عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة الا أنه لم يظهر لكونها حلالا حتى لو أعتقها ظهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لان لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة (قوله وليس في عدة أم الولد من وفاة سيدها أو اعتاقها حداد) وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا

المغنى الصحيح انه نبت يصبغ به الثياب وفسرت في الحديث بأنها ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وجعله الظاهرية كالاحمر والاخضر (قوله ولاحداد على كافرة) لاحداد عندنا على كافرة ولاصغيرة ولامجنونة خلافا للشافعي ومالك لانه يجب لموت الزوج فيهم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند موت الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لايجوز لها تركه ولا يخاطب هؤلاء به ولذا شرط الايمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كما تم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة كما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لايصح شرعا ولاخطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتين اه في قوله فلا بد فيه من خطاب التكليف بحث لانه لم يجز أن يكون للاولياء

قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فان قيل قد ذكر المصنف ان وجوب الحداد لاظهار التأسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما وكان ينبغي أن يجب الحداد عليهما للوجه الثاني أجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وأرى ان قوله والاباحة الاصلية اشارة الى الجواب

عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما أحد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة) لقوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله (ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى أن قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض أن تذكر شيأ تدل به على شئ آخر وقد فسره ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله أكننتم في أنفسكم أي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أي وطأ لانه مما يسر إلا أن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن أي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل) الذي كانت فيه وقت المفارقة إلا إذا اضطرت بخوان خافت سقوطه أو يغار فيه على نفسها أو مالها أو أخرجها أهل المنزل بان كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائبا أو لا تقدر على الاجرة (والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها)

لانهن ما فاتهن نعمة النكاح (والاصل الاباحة) أي اباحة الزينة وهذا لان بالاعتاق يزول الرق الذي هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر وأورد عليه انه فوات علة معينة وقدم المصنف للاحداد علة أخرى وهو كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منهما يستقل وهذه موجودة هنا فينبغي أن يجب الحداد وأجيب بأن كونهما ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علته بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعيف جدير وفي النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسئلة الاستبراء (قوله ولا بأس بالتعريض في الخطبة) أراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولا فضائه الى عداوة المطلق والتعريض أن يذكر شيأ يدل به على شئ لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم به يقول اني أريد أن أتزوج أو وددت أن يتيسر لي امرأة صالحة وقال القاسم يقول انك على كريمة واني فيك لراغب وإن الله لسائق اليك خيرا أو نحو هذا وأخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا أن تقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو أن نجتمع وليس في هذا تصريح بالتزوج والنكاح ونحوه انك لجميلة أو صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول اني أريد أن أنكحك أو أتزوجك وسبك الآية ولا جناح عليكم فيما عرضتم به أي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن أو أكننتم أي أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أي نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سرا لانه سبب السر الذي هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور في الكتاب غريب الا أن تقولوا قولا معروفا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا في السر والاستدراك يتعلق بالمحذوف الذي أبرزناه صورته وهو فاذكروهن والله أعلم (قوله وبعض الليل) يخصه من التعليل قوله وقد يمتد الى أن يهجم الليل وقد روى عن محمد المتوفى عنها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل قال الحلواني هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي وقدم قبله ما ينفي اختيار صحتها

اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها (وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت) لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها

وهو قوله لان نفقتها عليها وعسى لا تجد من يكفيها مؤنتها فتحتاج الى الخروج لنفقتها غير ان أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى ويعرف من التعليل أيضا انها اذا كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها أن تخرج لزيارة ونحوها ليلا ولا نهارا والحاصل أن مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها (قوله أما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية) اشتملت على نهي الازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن أو لحاجتهم الى المساكن وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهين أبلغ لانه أوقع بلفظ الخبر الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعي وبه أخذ أبو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وأن تكون بذية اللسان على احمائها وقول ابن مسعود أظهر من جهة وضع اللفظ لان الا أن غاية والشيء لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعي أبدع وأعذب في الكلام كما يقال في الخطابيات لا ترتني الا أن تكون فاسقا ولا تشتم أمك الا أن تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا يخرج اظهار عذوبته عن غرضنا (قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا) لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي ابطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار في ابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد وصححه في جامع قاضيخان وهذا كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكتري بيت الزوج وأما أن يحل لها الخروج فلا والحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع فان علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج أفتاها بالحل وان علم قدرتها أفتاها بالحرمة (قوله ولهذا) أي لان البيت المضاف اليها هو الذي تسكنه لو زارت أهلها والزوج معها أو لا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها لذلك فتعتد (قوله وقال صلى الله عليه وسلم) تأييد للاستدلال بالكتاب بأن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما أخرج أصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري انها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته ان ترجع الى أهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أرجع الى أهلي فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة أو في المسجد ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر بي فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان أرسل الي فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك في الموطأ وابن حبان في صحيحه وأخرجه الحاكم عن إسحق بن سعيد بن كعب

أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هو نفس الخروج قاله إبراهيم النخعي وبه أخذ أبو حنيفة فيكون معناها إلا أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي عليه السلام إلا كافر ولا يزني أحد إلا أن يكون فاسقا (وقيل هي الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن) قاله ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف وقال ابن عباس هي نشوزها وان تكون بذية اللسان تبذو على أحماء زوجها وقوله (وأما المتوفى عنها زوجها) واضح وقوله (وقال صلى الله عليه وسلم للتي قتل زوجها) هي فريعة بنت مالك بن أبي سنان اخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها جاءت الى

رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت أن تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها أعيدي المسئلة فاعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب أجله يعني لا تخرجي

اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله (وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه (ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من سترة بينهما ما لم لا بأس به) لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرجها هو ويتركها (وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها في غير مصر فان كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت الى مصرها) لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وان كانت مسيرة ثلاثة أيام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن)

ابن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هذا حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن إسحق وهو أشهرهما وإسحق بن سعد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن إسحق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بأن الحديث صحيح فان سعيد بن إسحق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما ولا يضر الثقة ان لا يروي عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به وأما ما روى الدارقطني انه صلى الله عليه وسلم أمر المتوفى عنها زوجها ان تعتد حيث شاءت فقال فيه لم يسنده غير أبي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز أيضا ضعيف وعطاء ابن المسيب مختلط وأبو بكر بن مالك أضعفهم فلذلك أعله الدارقطني به وذكر الجمع أصوب لاحتمال أن تكون الحنابة من غيره انتهى كلامه (قوله وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ) أي فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل للعذر صار الثاني كالاول فلا تخرج منه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها مستبدة في أمر السكنى حتى ان أجرة المنزل ان كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه الا أن لا تجد الكراء وتجد ما هو بلا كراء فلها أن تتحول إليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة إلى صحن الدار التي فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع إليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة عن الدار وتبيت في أي بيت شاءت منها (قوله ثم لا بد من سترة بينهما) يعني اذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد كي لا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا هذا في الوفاة اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا بأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفي به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا أن يكون فاسقا فحينئذ تخرج لانه عذر والاولى أن يخرجها هو وكذا في كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج الاولى أن يخرجها هو ولعل المراد انه أرجح فيجب الحكم به كما يقال اذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى وبرادما قلنا وهذا لانهم علموا أولويته خروجه بأن مكنها واجب لا مكنه ومتى انتقلت فتعيين المكان اليه كما ذكرنا آنفا (قوله واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة أو غيرها) المقصود اذا سافر بها فطلقها فاما رجعيا أو بائنا في

(قوله وعلى ان الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز الخ) أقول كان المرخص خروجها لطلب المعاش والخروج للسؤال عما يهمها من أمر دينها غير ذلك فان المذهب ان الزوج يضرب المرأة على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتي لها وهو غير عالم فليتأمل ذكره ابن الهمام في آخر القسم (قوله ورعاية الواجب أولى) أقول بل رعاية الواجب واجب

الرجعي

اما أن يكون بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام أو دونها اما اذا كان ثلاثة أيام فظاهر لان المضى الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان أقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر فى العدة تعين ذلك عليها وان كان الثانى فلا يخلو اما أن يكون بينها وبين المقصد أيضا ثلاثة أيام أو أقل فان كان ثلاثة أيام فهى بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولى أو لم يكن لان المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج لان وضع المسئلة فى الخروج الى مكة وغالب طرقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج قيل وينبغى أن تختار أقرب الجانبين وهى فى هذه المسئلة كانى أسلمت فى دار الحرب لها أن تهاجر من غير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها فهذه فى المفازة كذلك وقال المصنف (الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج) وان كان أقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا تكون منشئة سفرا ولا سائرة فى العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف فى الكتاب هذا الشق اعتمادا على أنه يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان أحدهما أقل تعين وقوله (الا أن يكون طلقها أو مات عنها فى مصر) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعنى أن لها الخيار فى ذلك الا اذا كانت المفارقة فى مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل أن تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا وقوله

معناه إذا كان الى المقصد ثلاثة أيام أيضا الا ان المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج قال (الا ان يكون طلقها أو مات عنها زوجها فى مصرها فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل ان تعتد) لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة تمنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففى العدة أولى

الرجعى تتبع زوجها حيث مضى لان النكاح قائم وان كان بائنا أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فان شاءت مضت الى المقصد وان شاءت رجعت سواء كانت فى مصر أولا معها محرم أولا لانه ليس فى ذلك انشاء سفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح اذا مست الحاجة اليه بمحرم وبغيره الا أن لرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج كذا فى الدراية واطلاق المصنف يقتضى انه اذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه أما ان كان مدة سفر فظاهر لان المضى الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما ان كان ما دونها فترجع أيضا لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر فى العدة تعين عليها ذلك كذا فى النهاية وهو أوجه (قوله ومعناه اذا كان الى المقصد ثلاثة أيام) فصاعدا فاذا كان دونها الى المقصد لا تخير بل يتعين عليها الذهاب الى المقصد (قوله الا أن يكون) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت أى فى جميع الاحوال الا فى حال يكون طلقها أو مات عنها فى مصر فانها لا تخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبى حنيفة سواء كان معها محرم أولا وحاصل وجوه المسئلة اما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتخير والاولى الرجوع على ما فى الكافى وعلى

(وهذا عذر) اشارة الى نكتة أخرى هى أن التربص على المعتدة فى منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره وأذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضى وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابى حنيفة ان العدة تمنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره فى الكتاب وهو واضح

(قوله واذا مضت كانت مسافرة) أقول فى الاغلب زوالا فيجوز أن لا يكون بين مصرها ومكة مدة السفر فالاولى أن يعال بما يشمل تلك الصورة (قوله لان نفس الخروج مباح بالاتفاق) أقول فيما اذا كان فى مصر وكان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر الا ان الامام أبا حنيفة رحمه الله يقول هو بناء على الخروج الاول لانه انشاء للخروج وفيما نحن فيه لم يكن منشئة للسفر فتدبر (قوله وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة أخرى الخ) أقول يعنى سلمنا انه ليس بمباح لكنه يرخص لها بعذر فان قيل المباح فى كلام المصنف حينئذ بمعنى المرخص بعذر فلا فرق بين النكتتين لاتحادهما معنى قلنا لا نسلم انه بمعنى المرخص فانه اذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر وكانت فى مصر يباح لها أن تخرج وترجع الى مصرها فتحمل الاولى ذلك فتأمل

لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب

(ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة أشهر من يوم تزوجها) أي من وقت تزوجها الان اليوم قرن بفعل غير معتد فيكون بمعنى الوقت يعني من

غير زيادة ولا نقصان (فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله) أي قبل الطلاق

﴿ باب ثبوت النسب ﴾

(ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة أشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر) اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منهما من وقت الطلاق فكان العلوق قبله

ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لانها باختيار مقابله منشئة سفرا دون اختياره فان كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون في مفازة أو مصر فان كانت في مفازة فان شاءت مضت وان شاءت رجعت بمحرم أولا لان ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج والاولى أن تختار الرجوع لما قلنا وان كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لان ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى بخلاف المفازة فان كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة في العدة وقالا تخرج وهو قول أبي حنيفة أولا وقوله الآخر أظهر لهما انها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لان أصل الخروج مطلق لها اجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد ومتى قلنا لها أن تخرج الى مادون السفر بلا محرم فاذا بطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة اذ الغريب يؤذى ويهان فأشبه المفازة وله ان تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة أولى ومادون السفر انما أبيح مع قيام العدة باعتبار انه ليس بخروج لانه بناء على الخروج الاول لا لان أصل الخروج مباح وهي هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم واذا تناوله لم يسقط بالمحرم لانه لا ترتفع به حرمة الخروج بسبب العدة وفي البدائع لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للاقامة أقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا خلاف وكذا ان وجدت عند أبي حنيفة ومثله في المحيط وفيه البدوي طلق امرأته فأراد نقلها الى مكان آخر في الكلا والماء فان لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك وان تضررت فله ذلك اذا الضرورات تبيح المحظورات والله سبحانه أعلم

﴿ باب ثبوت النسب ﴾

أعقبه العدة لان مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر في الحال أي في حال معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة (قوله ومن قال ان تزوجت فلانة أو امرأة فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها) لا أقل ولا أكثر (فهو ابنه وعليه المهر) يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يعتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فأفاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه لا بزمان وان لطف كما قيل لانه لا يتخلل بينهما آن خال بل أول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما

﴿ باب ثبوت النسب ﴾

قال المصنف (ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق الخ) أقول وفي الوقاية من قال لها ان نكحتها فهي طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اه وقال العلامة صدر الشريعة في تعليلها لانه لا يبعد ان الزوج والزوجة وكلا بالنكاح فالوكيلان انكحاها في ليلة معينة والزوج وطئها في تلك الليلة ووجد العلوق ولا يعلم ان النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر فلا بد من الحمل على المقارنة على ان الزوج ان علم انه لم يكن على هذه الصفة وانه لم يطأها في تلك الليلة فهو قادر على اللعان فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الامكان اهـ وفيه بحث وكيف يقدر واللعان لا يتم به ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية حققناه وهي مطلقة عقيب النكاح (قوله قرن بفعل غير معتد) أقول يعني التزوج (قوله فهو ابنه) أقول كان الظاهر فهو ولده ولعل ذكر الابن على سبيل التفاؤل

(في حالة النكاح) فان قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب ألا ترى ان نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لا يثبت لذلك أجاب بقوله والتصور ثابت بأن يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم أجاب بقوله (والنسب يحتاط في اثباته) يعني وان كان نادرا لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا

في حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته وأما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به

حققناه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها وطأ وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية أثر النكاح أعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها إذا جاءت به فان هذا لا يكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير فاضيخان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله أثره لا يتأتى مقتضاه ان تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر وقد عينوا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل لانا نقول انما لم يثبتوه في الاقل لان العلوق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح وأما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان نفيهم النسب فيما اذا جاءت به لا كثر من ستة أشهر في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه ينافي الاحتياط في اثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة أشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل أكثر منهما وربما تمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركناه ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري أي الاحتمالين أبعد الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد أو احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جني وأما لزوم المهر كملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطئا حكما فعليه المهر وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحمل قد يكون بادخال

النادر هذا إذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما أن يكون منه أو من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر وحالة الولد الى

أبعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن أبي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول

(قوله وبدون ذلك لا يثبت النسب) أقول أشار بقوله ذلك الى الوطء (قوله وأما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب الى قوله ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم الخ) أقول وأنت خبير بان تعيين وقت الطلاق وتمييزه من وقت النكاح سيما بعد شهور وليس بينهما تخلل زمان مما يتسمر على حذاق المؤقتين بل يتعذر فليتدبر (قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر الخ) أقول فانه كان مبنيا على النكاح فاذا بطل بطل

وقوله (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية) ظاهر وقوله (ويحمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك) قيل عليه ينبغي أن يصير مراجعا لان الوطء ههنا حلال فأحيل العلوق الى أقرب الاوقات وهي حالة العدة فتثبت به المراجعة وأجيب بان في ذلك حمل أمره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد بالفعل وأحيل العلوق الى ماقبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب أن يقول لا يصير مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق وقوله (لان العلوق بعد الطلاق) اذ الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين (٣٠٢) والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح قيل لا يلزم أنه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الفرض فيما اذا لم تتزوج لانا نقول الفرض انه لم يطأها في العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف وأجيب بانه نعم كذلك الا أن الحكم ببقاء نكاح الاول عند الاحتمال أسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به قال في النهاية والى هذا أشار فخر الاسلام في مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام للسؤال والصواب في الجواب أن المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم تضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال لانا اذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقي الولد ضائعا فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما هو في معناه

(و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بانقضاء عدتها) لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر (وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة) وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة) لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا

الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس وهو رواية أبي يوسف مهر ونصف أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فللدخول انتهى وعبارة أبي يوسف في الامالي على مانقله الفقيه أبو الليث ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة لا تأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهرة في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بأنه مقارن له أو للنكاح فأقل الامر كونه قبله أو لا مشتبه ذلك وضمير به في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب واعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا ماذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ماذكر مطلقا ومنسوبا وقد مناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال مايطؤها عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكلا لمخالفته لصريح المذهب وأيضا الفعل واحد وقد انصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف مالو قال ان تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح أبي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهما الحد ويجب مهر المثل وقالوا يجب عليهما قال قد كنت أفتيت بالوجوب على الحلف وهو الظاهر من مذهب أصحابنا ومن مال اليه لم يكن مخطئا ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن أصحابنا وان حرمت عليه بالثلاث فلم يبق بنكاح ولا عدة ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب (قوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين أو أكثر) ولو عشرين سنة أو أكثر (مالم تقر بانقضاء عدتها) فان أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول أبي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن

(قوله وفيه نظر لانه لا يصح الخ) أقول الظاهر ان حاصل كلام المجيب دفع التعارض بين مقتضى بقيام الحالة الى أقرب الاوقات وأبعدها فأورث التردد والشك فان الاشهاد في المراجعة مستحب لئلا يقع التناكر وليس من السنن التي يستحق تاركها حرمان الشفاعة فلا يتعين به الحالة الى الابعد فليتأمل (قوله لانا نقول الفرض انه لم يطأها في العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة الخ) أقول الازدواج لا يكون الا بشهود فيكون أمره معلوما مشهورا بخلاف الوطء لانه يخفى ويستر فلا يعلم الا بدليله فليتأمل (قوله وفيه نظر الى قوله بل هو التزام للسؤال) أقول لان تمام الدليل احتاج الى مقدمة أجنبية

(والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لأقل من سنتين) لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياط (فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام قال (الا ان يدعيه) لانه التزمه وله وجه بأن وطئها بشبهة فى العدة

قال (والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه) اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والازدياد أكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل (فلا يكون منه لان وطأها حرام) وقوله (الا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت يعنى انه ان ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله (لانه التزمه) أى التزم النسب عند دعواه (وله وجه شرعى بان وطئها بشبهة فى العدة) والنسب يحتاط فى اثباته فيثبت

بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا فى المطلقة البائنة والمتوفى عنها زوجها اذا ادعت بعد أربعة أشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه أما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر وأما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق فى عدة الرجعى لانتفاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها معتدة الطهر بان امتد الى ما قبل سنتين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بأنها اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء فى العدة للمطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان فى العصمة كما يحتمل انه كان فى العدة والحالة الحادث الى أقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر آخر والظاهر الوطء فى العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة أرجح من اضافة الحادث الى الزمن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة فى الرجعة ومخالفة العادة أيضا فيها اذ معتاد الناس فى الرجعة أن يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو كونها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض انها لم تكن أقرت بانقضاء العدة ومالم تقر بذلك ومالم يظهر تزوجها فالظاهر انها فى العدة ولان فيه انشاء نكاح وابقاء الاول أسهل وأخف (قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين) لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب (وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة ووطؤه بعد البينونة حرام قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوى والاقطع والرواية التى تجىء بعد هذا فى الكتاب أيضا وهى قوله وأكثر مدة الحمل سنتان فان فيها ألحقت السنتان بأقل من السنتين حتى انهم أثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات فأما قوله ان لفظ الحديث الى آخره فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد فى البطن أكثر من سنتين وهذا لا يقتضى انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق أن يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه أن يحمل على تقرير قاضيخان المتقدم من انه يجعل العلوق فى حال الطلاق لانه حينئذ قبل زوال الفراش (قوله الا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق أى لم يثبت فى حال من الاحوال الا فى الحال التى هى دعوله لانه التزمه وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة فى العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر الاشتراط فى رواية الامام السرخسى فى المبسوط والبيهقى فى الشامل وذلك ظاهر فى ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما فى كتاب الحدود من ان النسب لا يثبت من المبانة بالوطء فى العدة ونص فى التبيين ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه فى كتاب الحدود وأجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشىء لان المراد من المذكور هناك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطأ بشبهة والمعتدة عن ثلاث لا تكون أبعد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بان يقال ينبغى أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور فى الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطئ المطلقة ثلاثا والبائنة بالطلاق على مال فجعل هذا

قال المصنف (لان وطأها حرام) أقول والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب الحرام

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه يثبت منه النسب الى سنتين لانها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة) وبيان الاحتمال ماقيل ان الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حملت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها (٤٠٣) الى سنتين وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد

لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصارت كأنها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب (ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر) لانا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال (فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء) أقرت به أو لم تقر (وهو) أي حكم الشرع (في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله) فلو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي مضي أربعة أشهر وعشر مالم يكن الحبل ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين عندنا خلافا للثلاثة ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك والجواب سيأتي عند قوله الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين) لانها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله

حكم وطء المطلقة ثلاثا اذا جاءت به مطلقا فيثبت عنده فيجب أن لا ينتقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير أن توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد وهو رواية بشر عن أبي يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر وقال أبو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شئ لهما ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وحينئذ أخذت ما لا تستحقه لانها منقضية العدة فترده وأبو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لاقل والباقي لاكثر ذكره محمد وفي شرح التكملة تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة أشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لانه ولد النكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطأها حلال ولا يلزمه الا بالدعوة ولا فرق بين أن تكون الطلقة بائنة أو رجعية وان طلقها ثنتين ثبت نسبه الى سنتين لان وطأها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وان لا تصور وطؤها بملك اليمين واعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بأحد أمور أن يكون هناك اما شهادة بالولادة أو اعتراف من الزوج بالحبل أو حبل ظاهر كما سيجئ عن قريب (قوله فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ) قيل هو مستدرك لان الحبل دليل انه يجامع مثلها ومنعه ليس بشئ لانه ان كان باعتبار ان الحبل يكون بلا جماع فلا شك

قال المصنف (فان كانت المبتوتة صغيرة) أقول وفي البت لاقل منهما والا لا لحدوثه الا بادعائه حملا على انه وطئه في العدة الا في المطلقة ثلاثا والمختلعة اذ لا شبهة في الحمل كذا في لطائف الاشارات لابن قاضي سماونة تأمل في هذه العبارة فانها غير ماذكره المصنف (قوله وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا أقرت الخ) أقول فيه شئ بل الظاهر أن يقول انما قال ولم تقر لانها لو أقرت بانقضاء العدة بالاشهر ثم جاءت بولد لتسعة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق قال المصنف (ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة) أقول بخلاف الكبيرة فان لانقضاء عدتها جهة أخرى كما يجئ

وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا فى آخر العدة وهى الثلاثة الاشهر ثم تأتى به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها وفى الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها مابين الوفاة وبين السنتين) وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا أقرت بالانقضاء كما بينا فى الصغيرة الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه) لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار (وان جاءت به لستة أشهر لم يثبت) لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده

انه لا يكون الا بالبلوغ وبعيد أن لا تحتمل البالغة الجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت فاما قبل الدخول أو بعده فان كان قبله فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يثبت لان الفرض أن لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق لتلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر فان أقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها للتيقن بكذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند أبى حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا وعند أبى يوسف يثبت الى سنتين فى الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى لاحتمال انه وطئها فى آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت ادعت حبلا فهى كالكبيرة من حيث انها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها فى الطلاق الرجعى لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه اياها فى آخر الطهر وجه قول أبى يوسف انها يحتمل كونها حاملا لفرض انها فى سن يجوز فيه بلوغها لانه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فأشبهت الكبيرة فى احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتى به الى سنتين واعلم ان قياس ماقدمه فى الكبيرة المبتوتة من انها إذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت أن يقول الى أقل من سنتين هنا وجه قولهما وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة فى الشرع فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء وهو فى الدلالة فوق اقرارها بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها فغاية الامر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها ولو أقرت بالانقضاء بعد الاشهر للثلاثة ثم جاءت به لاكثر من ستة أشهر أو لستة أشهر لا يثبت فكذلك هنا فلزم أن لا يثبت حتى تأتى به لاقل من تسعة أشهر أما إذا كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها كالكبيرة لان باقرارها بالحبل حكم ببلوغها (قوله ويثبت نسب ولد المتوفى عنها مابين وفاة زوجها وبين سنتين وقال زفر إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه) ولستة أشهر لا يثبت فوجهه كوجههما فى الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هى انقضاء أربعة أشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما إذا جاءت به لاقل على ماعرف ويمنع تعين الجهة الواحدة فى حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل فتستمر مالم تعترف بالحبل (قوله وإذا اعترفت) ظاهر وتقدمت غير مرة

ولدت لاقل من تسعة أشهر ثبت النسب والا فلا (وعند أبى يوسف يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا فى آخر العدة وهى ثلاثة أشهر ثم تأتى به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها وفى الكبيرة سواء) لانها أعرف بأمر عدتها فيحكم باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين فى الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى وقوله (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها) ظاهر وقوله (الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى) حاصله ان فى كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الاصل ولكن الاصل فى الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذى بنى عليه أيضا وذلك لان الاصل فى الكبيرة الاحبال فلم يعتبر فى حقها تعين جهة العدة بالاشهر والاصل فى الصغيرة عدم الاحبال فلذلك اعتبرنا فى حقها تعين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل فى الكبيرة أيضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك فى حق غير المنكوحة فأما النكاح فلا يعقد

وقوله (وهذا اللفظ) اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة (باطلاقه) حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى (يتناول كل معتدة) يعني كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن (٣٠٦) بالاشهر أو بالحيض قيل ذكر المرغيناني وقاضيخان أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة الا أن يؤول كل معتدة غير الآيسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ان الآيسة اذا أقرت بانقضاء العدة مفسرة بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا قال (واذا ولدت المعتدة ولدا) اذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة مالم يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان الا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو تعين المرأة لملاء الزوج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة (وهو) أي قيام الفراش (ملزم للنسب) فلا حاجة الى اثباته (و) انما (الحاجة الى تعيين الولد) وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح أو بظهور الحبل أو اقرار الزوج

وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة (واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة الا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان الا أن يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد انه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح

وانما لم يثبت اذا أتت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الاقرار وان كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لانهن أمينات شرعا في إخبارهن عن عدتهن فاذا أخبرن لزم الى أن يتحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول باطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق و وفاة ومما يشمل أيضا الآيسة اذا ولدت بعد الرجعي أو البائن فهي كذوات الاقراء يثبت نسب ما تأتي به الى أقل من سنتين في البائن وأكثر منها في الرجعي مالم تقر بانقضاء العدة فان أقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا لان مطلق اقرارها يحمل على الاقراء لما بطل اليأس هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضيخان ان الآيسة تعتد بالاشهر واذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق الى سنتين سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني (قوله واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة الا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان) أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة واطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الاسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الائمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائنا فقال لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقا بائنا ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان ونحوه فعل صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل الا بمؤيد الى قوله حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن اذا كذبها الزوج الى آخر ما ذكره واتفقوا على قيد انكار الزوج وكذا لو وقع انكار الولادة والحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ورث بذلك ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لانها موجبة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك أي فيما اذا كان حبل ظاهر أولا أو اعتراف من الزوج أولا وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم ولا يفسق كالو شهد رجلان أو رجل وامرأتان وفي جامع قاضيخان وعلى هذا الخلاف كل ما لا يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على انه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال انه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش واذا تقرر أن النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الائمة ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف انما هو بعد الموت و بالطلاق البائن وبقولهما قال أحمد وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان وجه قولهما ان الفراش قائم بقيام العدة (وهو) أي الفراش (ملزم للنسب) فيما تأتي به كما قبل الطلاق (والحاجة الى) شهادة المرأة لـ(تعيين الولد) فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المصنف على

هذا

(قوله واذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه الخ) أقول وكذا معتدة الوفاة ثم ان انكار الورثة كانكار الزوج

ولابى حنيفة القول بالموجب يعنى سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة (لانها تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى لايصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ماذا كان النكاح قائما أو الحبل ظاهرا أو الاعتراف به من الزوج صادرا (لان النسب اذذاك ثابت قبل الولادة) فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك (يثبت بشهادتهما) قيل لايحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال وأجيب بان النظر لايلزم بل اذا دخلت بينهما بينون الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز أداء الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين أو رجل وامرأتين منهم (فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم (أما فى حق النسب) بالنسبة الى غيرهم (فهل يثبت أولا قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة) كما ذكرنا وهم عدول (يثبت لقيام الحجة) ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لايشترط لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم لاقرارهم وما يثبت تبعا لايراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندى مع السلطان فى حق الاقامة

ولابى حنيفة ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ماذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتهما (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة فى الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما فى حق النسب هل يثبت فى حق غيرهم قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لاتشترط لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لايراعى فيه الشرائط

هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش (وله ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل) فصارت أجنبية والفراش المنقضى ليس بحجة ليصلح مؤيد الحجة الضعيفة أعنى شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة الى اثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشيتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها فى وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعا بخلاف ماذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لان النسب ثابت قبل الولادة تلما فى البطن وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا وكذا قيام الفراش يؤيد شهادة القابلة به وقولهما لايطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما اذا دخلت المرأة بحضرتهم بينا يعلمون انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولدته وفيما اذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا وبهذا يندفع ماقد أورد من ان شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل والحاصل ان حقيقة محل الخلاف ان شهادة المرأة الواحدة فيما لايطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفى للاثبات أو لابد أن تتأيد بمؤيد فالوجه أن يجعل الاستدلال عليه ولهما فيه قوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه فانه يتناول الواحدة لانه جنس وأما الوجه الذى ذكراه فتمامه بالغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفعه بأنه لايلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه اطلاق الحديث والمعروف منه مارواه ابن أبى شيبة عن الزهرى مرسلا مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لانه مرسل وانما قلنا انه مرسل لان قول الراوى مضت السنة انما يكون حكمه الرفع اذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطنى عن محمد بن عبد الملك الواسطى عن الاعمش عن أبى وائل عن حذيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وان كان بين ابن عبد الملك والاعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدايني فقد تظافرا وقوى ماهو حجة به ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت فى قولهم جميعا وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما فى حق ثبوت النسب من الميت ليظهر فى حق الناس كافة قالوا اذا كانوا أى الورثة من أهل الشهادة بان يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين ويطالب غريم الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة أى فى مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لايشترط هو الصحيح لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم ولايراعى للتبع شرائطه اذا ثبت اصالة وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة

(قوله لان النسب اذذاك ثابت) أقول هذا قاصر والاولى أن يضم الى هذا قولنا أو الفراش قائم ليعم صورة قيام النكاح (قوله أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم الخ) أقول الظاهر أن لايقيد الورثة هنا بهذا القيد فانه اذا كان المصدق رجلا واحدا أو امرأة واحدة ثبت نسبه فى حق الارث وموضع التقييد يجىء فى كلام المصنف قال المصنف (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة) أقول أى أقر بها ويشهد لذلك قول المصنف باقرارهم قال المصنف (فهو ابنه الخ) أقول الظاهر انه ولده

(قوله واذا تزوج الرجل امرأة) ظاهر (قوله واللعان انما يجب بالقذف) جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما أضيف اللعان الى القذف مجردا عنه (فان ولدت) المرأة (ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح) واعترض بوجهين أحدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني أن الظاهر شاهد له أيضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث أن تضاف الى أقرب الاوقات وأجيب عن الاول (٣٠٨) بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكر فيكون القول قولها وعن الثاني بأن النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها يتأيد بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي أن لا تحرم فان قيل يجب أن تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود أجيب بالفرق بينهما من وجهين أحدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لاحتمالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز أن يكون الحمل من الزنا والثاني أنه وان أقر بالحرمة الا أن الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل

(واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه (وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت) لان الفراش قائم والمدة تامة (فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن) لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه (فان ولدت ثم اختلفا فقال

لا يثبت النسب الا في حق المقرين منهم والله أعلم (قوله واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح وان جاءت به لاكثر منها ثبت ولا اشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت وكذا اذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال انه تزوجها واطئا لها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته وهذا من المصنف خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفى نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الانزال الطلاق وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لاهناك لحمل أمرها على الصلاح اذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فتزوجت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبة فساد اليها لجواز كون عدتها انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لان معنى السؤال وجد المقتضي وهو الامكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما يثبت هنا وأنت علمت أن الوجه ان ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الامكان مع الاحتياط (قوله فان جحد الولادة) يعني فيما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا وأيضا يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان بل اللعان انما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو نفيه فانه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه وان اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي (قوله وان ولدت ثم اختلفا فقال

تزوجتك

قال المصنف (واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها) أقول لفظ يوم مستغنى عنه قال المصنف (واللعان انما يجب بالقذف) أقول القذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو نفيه قال المصنف (فانه يصح بدونه) أقول وان اتفق هنا وقوعه في ضمنه قال المصنف (لان الظاهر يشهد لها) أقول وانما لم يقبل لانها تدعي صحة النكاح لانها اذا كانت حبلى من الزنا يصح النكاح في الصحيح (قوله واعترض بوجهين أحدهما ان المرأة الخ) أقول هذا الاعتراض معارضة والثاني معارضة أيضا ثم قوله ان المرأة تسند العلوق يعني تسند العلوق من الزوج (قوله وأجيب عن الاول بأنه معارض الخ) أقول يعني فبقي دليلنا سالما عن المعارض (قوله ترجح المثبت) أقول أي مثبت النسب (قوله فان نكاح الحبلى فاسد) أقول ان كان من النكاح فبالاجماع وان كان من الزنا فعند بعض أئمتنا كما سبق لكنه صحيح في الصحيح فتى التأييد ما يخفى (قوله فان قيل ويجب الخ) أقول معارضة وكان الاولى أن يأتي بدليل عدم التحريم أولا

وقوله (ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف) يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة وقوله (واذا قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق) ظاهر وقوله (فيما يبتنى عليها وهو الطلاق) يعني ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (ولابي حنيفة ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباتها بشهادتها ضمنا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل أن يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشئ لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشئ إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله (وان كان الزوج قد أقر بالحبل) يعني اذا أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها إذا ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا في المسئلة الاولى (ولهان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة) ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا يرشدك الى ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند انفراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الاولى فتلمح منه جواب الاعتراض هنالك

الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو اباته) لان الظاهر شاهد لها انها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تطلق) لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها (وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة

تزوجتك لاربعة أشهر وقالت لستة أشهر فالقول لها لان الظاهر شاهد لها وهو انه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو اضافة الحادث وهو النكاح هنا الى أقرب الاوقات لانه اذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع أن ظاهرها متأيد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد ان كان الولد من زوج أو حبل من زنا وان صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفي لانه لا يلزم منه تزوجها حاملا بثابت النسب ليكون اقرارا بالفساد كما اذا تزوجها بلا شهود لجوازه وهي حامل من زنا فانه صحيح على الصحيح ولان الشرع كذبه حيث أثبت النسب والشرع اذا كذب الاقرار يبطل (قوله ولم يذكر) أي محمد (الاستحلاف) أي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الاشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لان الخلاف واقع في النكاح والنسب (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة) والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقر هو به (لم تطلق عند أبي حنيفة) ولكن يثبت النسب وقالا تطلق أيضا لان شهادتها حجة في ذلك أي في ثبوت ولادتها للحديث السابق واذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير يتبين ان قوله ولانها لما قبلت في الولادة الى آخره ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الاول وصارت كثبوت الامومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما اذا قال ان كان بأمتي هذه حمل فهو مني فولدت بعد هذا القول لاقل من ستة أشهر فانكر ولادتها فشهدت بها امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما اذا جاءت زوجته بولد فقال ليس

(قوله وانما دعواها حنثه الخ) أقول هما يقولان أيضا انها تدعي الحنث والشاهد يثبته كما يعلم من تعليلهما المسئلة الثانية فحينئذ ينبغي أن يقرر كلام الامام بغير ما قرره الشارح ولا يحمل كلامه على تعليلين (قوله والحنث ليس من ضرورات الولادة) أقول مطلقا أو في هذا اليمين والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع (قوله فلا تظهر في حق الطلاق) أقول بل تظهر في حق الضمنيات المختصة (قوله ولقائل أن يقول كلامنا الى قوله والشئ اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه) أقول للشرع ولاية قد يثبت أمرا في حق بعض الاشياء ولا يثبتها في حق بعضها وله نظائر لا تحصى (قوله فتلمح منه جواب الاعتراض هنالك) أقول أشار الى ما تقدم ثمانية أسطر تخميناه وهو قوله ولقائل أن يقول كلامنا في الطلاق المعلق

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل

مني ولا أدري أولدتيه أم لا فشهدت بالولادة امرأة فانه يجب اللعان الا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محدودا فيحد للقذف ولابي حنيفة انها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست بحجة كذلك الا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد ولانه حكمه اللازم شرعا أما اللعان فانما يثبت بالقذف وان اتفق انه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فاخبره مسلم انه ذبيحة مجوسي قبل في الحرمة ولا يثبت نجس الذابح وكقوله اذا حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان ويمكن جعل هذا اشكالا على أبي حنيفة فان طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها لازمه الشرعي ولازمه الجعلي المنفك وهو حنثه وسيأتي الفرق ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه (وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة) للعلم بأن الحبلى تلد بعده ولانه أقر بأنها مؤتمنة في إخبارها بالولادة حيث أقر بأنها حامل فيقبل قولها في رد الامانة كما اذا علق بحيضها فقالت حضت فاذن ظهر الفرق الدافع للاشكال المذكور وهو ان التعليق ان كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد الاقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاما للتصديق بها عند إخبارها به واعترافا بأنها مؤتمنة فيه وان لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند انكاره الى الحجة (قوله وأكثر مدة الحمل سنتان) وعند الشافعي ومالك أربع سنين وعن الليث ثلاث سنين وعن الزهري سبع سنين واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل أخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث وأخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس أفي حديث عن عائشة انها قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة كل بطن في أربع سنين ولا يخفى ان قول عائشة رضي الله عنها مما لا يعرف الا سماعا وهو مقدم على المحكي عن امرأة ابن عجلان لانه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق اليه الخطأ بخلاف الحكاية فانها بعد صحة نسبتها الى مالك والمرأة يحتمل خطؤها فان غاية الامر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع في ان الاربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز انها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ووجود الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ولقد أخبرنا عن امرأة انها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادراك الطلق حين جلست القابلة تحتها أخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيأ فشيأ الى ان انضمر بطنها وقامت عن قابلتها عن غير ولادة وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روي ان عمر رضي الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه فلما رآه الرجل قال ولدي ورب الكعبة فانما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل) أي بقدر ظل مغزل حال الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال ورواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل أي ولو بدور فلكة مغزل والمعنى هو ما في الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة قالته سماعا لان العقل لا يهتدي الى معرفة المقادير وانما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه

(قوله

(وأقله ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة أشهر) وهذا تأويل أخرجه ابن عباس ذكره في المبسوط فقال روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال تعالى وفصاله في عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة أشهر فدرأ عثمان الحد عنها وأثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقرير الذي ذكرهنا في تأويل الآية مخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلاثين شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم أظهر المنقص في حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعا ثم أصاب منهما للفصال عامان بقوله تعالى وفصاله في عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة أشهر وأجيب بأن استدلاله هناك انما كان بالنظر الى الآية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى (٣١١) وجاز ان تكون الآية نظرا الى ذاتها

(وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي يقدر الاكثر بأربع سنين والحجة عليه ما روينا والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه) لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى أقرب وقته فلا بد من دعوة. وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا

(قوله وأقله ستة أشهر) ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا مع تفسير الفصال في الآية الاخرى بكونه في عامين فيلزم كون الفاضل للحمل ستة أشهر وأورد عليه انه مخالف لما قرره لابي حنيفة في الرضاع من ان هذه المدة مضروبة بتمامها للكل من الحمل والفصال غير ان المنقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة قلنا قد منا هناك انه غير صحيح لما يلزم من انه راد بلفظ الثلاثين في الطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار اضافتين فلعله رجع الى الصحيح وأجيب بأن هذا تأويل ابن عباس رضي الله عنهما ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فنقل بعضه لينبه به عليه وهو ما روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله في عامين فلم يبق للحمل الا ستة أشهر فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد عنها فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان اجماعا وهذا صحيح في نفسه ومفيد لقطعية ارادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المصنف (قوله ومن تزوج أمة فطلقها) أي بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل ان تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه أي ثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيد بالبعد الدخول وواحدة لانه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة أشهر منذ فارقها لانه لا عدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف (قوله والا) أي وان لم تجيء به لاقل بل لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه الا ان يدعيه (قوله لانه في الوجه الاول) وهو ما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق

مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل (وقال الشافعي يقدر الاكثر بأربع سنين) واحتج على ذلك بحكايات مثل محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقي في بطن أمه أربع سنين وكذلك هرم بن حيان فسمي هرما لذلك والضحاك ابن مزاحم هكذا فسمي ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم (والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضي الله عنها والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه) أي الى مقدار مدة ما في الرحم وقوله (ومن تزوج أمة فطلقها) يعني بعد الدخول (ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه في الوجه الاول) يعني اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر

(ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء) لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما (وفي الوجه الثاني) يعني ما اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء (ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى أقرب الاوقات) وأقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف (هذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا

(قوله انما كان بالنظر الى الآية الاولى) أقول يعني قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا (قوله وههنا بالنظر اليها والى الاخرى) أقول يعني قوله تعالى وفصاله في عامين (قوله وجاز أن تكون الآية نظرا الى ذاتها مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل) أقول تأملنا فلم يتضح لنا اندفاع المخالفة فانه جعل هنا كون المدة المذكورة في الآية الكريمة مضروبة بمجموع الحمل والفصال أمرا مقررا ثم عمد الى الآية الاخرى فعين بها ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل ثم لا يمكن أن يراد بكلام واحد معنيان متقابلان في اطلاق واحد كما لا يخفى قال المصنف (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم الخ) أقول لفظ يوم مستغنى عنه

أما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء

سابقا على الشراء وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء اذ لا يظهر عدتها في حقه لانها معتدته والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضي بالعلوق من أقرب الاوقات لان فيما زاد عليه شكا وأقرب الاوقات ستة أشهر واعتبارها في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة حرمة غليظة فلا يحلها الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء بالعلوق من أقرب الاوقات لانه قضاء عليه ما بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من أبعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرهما على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لاقل من ستة أشهر من الشراء وان كانت بائنا ثبت الى أقل من سنتين بعد كونه لاقل من ستة أشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم أعتقها فولدت لاكثر من ستة أشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب الا أن يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق ما زادها الا بعدا منه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك ولو جاءت به لاقل من ستة أشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وان كان لاكثر من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة أشهر مذ باعها فعند أبي يوسف لا يثبت النسب وان ادعاه الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا ولو أسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه لاعن ويقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لعان لكن العلوق حادث والاصل في الحوادث ما قلنا وكذا حرتحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل احداها ما لو قال لامرأته احدا كما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت احداهما لاكثر من ستة أشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ذكره في الزيادات وثانيتها ما لو قال لها اذا حبلت فأنت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل وثالثتها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى أقرب الاوقات لثبتت هذه الاحكام أعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما

قال المصنف (أما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق) أقول قال الاتقاني فيه ابهام لانه ربما يظن ظان ان الطلاق اذا كان واحدا بائنا لا يثبت النسب فيه الى سنتين وليس كذلك لان النسب في البائن يثبت الى سنتين من وقت الطلاق وان لم يدع اه ولا يخفى عليك ان المراد هو أن المعتبر في الطلاق البائن وقت الشراء فانه اذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فجاءت بولد يحكم له وان

تضاف

جاءت لتمامها لا يحكم وان مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر وأما اذا كان الطلاق ثنتين فالمعتبر مضى المدة من وقت الطلاق لا من وقت الشراء فليتأمل فان ذلك يفهم من كلام المصنف

واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد الى أقرب الاوقات فحينئذ كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة فان قيل وجب ان تنكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم أجيب بأنه وجب ان لا تنكشف تمسكا بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة الطلقة الثالثة في الحرائر والحرم أقوى

هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق

(ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي أم ولده) لان سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وإنما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى وقوله (ومن قال لغلام هو ابني) واضح واعترض بأنه ينبغي ان لا يكون لها

(ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده) لان الحاجة الى تعيين الولد و يثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع (ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه) وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس أن لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد و بالوطء عن شبهة و بملك اليمين فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية و بكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها) لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث والله أعلم

﴿ باب الولد من أحق به ﴾

(واذا وقعت الفرقة بين الزوجين

تضاف الى أقرب الاوقات اذا لم تتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى أما اذا تضمنت فلا فتى عوّلت على ما قلنا ثم استقريت المسائل وجدت الامر عليه ففي ثبوت الطلاق في الصورتين الاوليين ابطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول (قوله فهي أم ولده) بالاجماع لان سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة حجة في ذلك بالاجماع أي باتفاق أصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى (قوله يرثانه الخ) فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع الى ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشئ ثبت بلازمه الشرعي وان لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية (قوله وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بحرية الاصل وانها أم الولد) واذا ثبت كونها حرة هي أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم ببقيامه ما لم يتحقق زواله (قوله فلا ميراث لها) قال التمرتاشي ولكن لها مهر المثل لانهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم (قوله لا في استحقاق الارث) فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث مفقود من أحد

﴿ باب الولد من أحق به ﴾

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد (قوله واذا وقعت الفرقة الخ) هو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها لحقت أولا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهي أحق

المراث في الاستحسان أيضا لان هذا النكاح يثبت له اقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث وأجيب بأن النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض وردبانا لانسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضى انما يثبت لتصحيح المقتضى لا محالة والمقتضى ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بأن يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولد أم الولد فلم يفتقر ثبوت النسب إلى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال فيه المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن ان تكون أم ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لانحتاج الى بيان (واذا وقعت الفرقة بين الزوجين

(قوله وردبأنا لانسلم الخ) أقول صاحب الرد هو الاتقاني

فالام أحق بالولد لما روى ان امرأة قالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم أبوه انه ينزعه منى فقال عليه السلام أنت أحق به مالم تتزوجى ولان الام أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع اليها أنظر واليه أشار الصديق بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون (والنفقة على الاب) على ماذكر (ولا تجبر الام عليه) لانها عست تعجز عن الحضانة

به وما اذا لم تكن أهلا للحضانة بان كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وأبت الام أن تربى الا بأجر وقالت العمة أنا أربى بغير أجر فان العمة أولى هو الصحيح (قوله فالام أحق بالولد) بالاجماع وان كانت كتابية أو مجوسية لان الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (قوله لما روى ان امرأة) فى سنن أبى داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنكحى رواه الحاكم وصححه وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا أراد بجده محمدا كان مرسلا واذا أراد به عبد الله كان متصلا فالم ينص عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله وحجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية (قوله ولان الام أشفق عليه) لابداء الحكمة خصوص هذا الشرع وانما كانت أشفق عليه لانه كان جزأ لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه والرجل أقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه اذا لم يكن هو له مال وجعل عندها وقوله واليه أشار الصديق الخ يشير الى ما فى موطأ مالك حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رضى الله عنه فركب يوما الى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته اياه فأقبلا حتى أتيا أبا بكر فقال عمر هذا ابنى وقالت المرأة ابنى فقال أبو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقى وزاد ثم قال أبو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله والدة عن ولدها وفى مصنف ابن أبى شيبة حدثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبى الافلح فتزوجت فجاء عمر فأخذ ابنه فأدركته شموس أم ابنة عاصم الانصارية وهى أم جميلة فأخذته فترافعا الى أبى بكر فقال خل بينها وبين ابنها فأخذته ولابن أبى شيبة أيضا عن عمر انه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى أبى بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه (قوله والنفقة على الاب على ماذكر) أى فى باب النفقة وهذا ان كان حيا فان كان ميتا فعلى ذى الرحم الوارث على قدر المواريث (قوله ولا تجبر) يعنى اذا طلبت الام فهى أحق به وان أبت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعى وأحمد والثورى ورواية عن مالك وفى رواية أخرى وهو قول ابن أبى ليلى وأبى ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره أبو الليث والهندوانى من مشايخنا لان ذلك حق الولد قال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو الوجوب والمشهور عن مالك لا تجبر الشريفة التى لا عادة لها بالارضاع وتجبر التى هى ممن ترضع فان لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدى غيرها أجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى واذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على

(قوله الا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه) أقول وفيه ان غير ذى الرحم المحرم لا يلزم أن يكون أجنبيا وجوابه لا يخفى

حالة

(فان لم تكن له أم) بأن ماتت أو تزوجت بأجنبي فانها كالمعدومة حينئذ (فأم الام وان بعدت) لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي اليه بأم فهي أولى ممن تدلي بأب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يجب ولده حتى الحبارى فان لم تكن له أم الام بالتفسير المار فأم الاب أولى من الاخوات لانها من الامهات وهذه الولاية بالامومة (ولهذا) أي ولكون الجدة من الامهات (تحرز ميراث الامهات السدس ولانها أوفر شفقة للولاد) أي لاجل الولاد (فان لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث) وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والاخت أقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال في كتاب الطلاق والخالة أولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلى به فان الخالة تدلى بالام وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل في تفسير قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته وقوله (وتقدم الاخت لاب وأم) ظاهر ومعناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة قال في النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق ألا ترى ان الاخ لاب وأم مقدم في العصوبة على الاخ لاب بسبب

(فان لم تكن له أم فأم الام أولى من أم الاب وان بعدت) لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات (فان لم تكن أم الام فأم الاب أولى من الاخوات) لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها أوفر شفقة للولاد (فان لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات) لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة أولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته (وتقدم الاخت لاب وأم) لانها أشفق (ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب) لان الحق لهن من قبل الام (ثم الخالات أولى من العمات) ترجيحا لقرابة الام (ويتزلن كما نزلنا الاخوات) معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام

حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى أن تعجز عنه لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان اليها محتاجا هذا لفظه فأفاد أن قول الفقيهين جواب الرواية وأما قوله تعالى فسترضع له أخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت أحق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر (قوله فان لم تكن) أي لم تكن له أم تستحق الحضانة بان كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فام الام أولى من كل أحد وان علت وعن أحمد أم الاب أولى وان استضعف بان أم الام تدلي بالام وهي المقدمة على الاب فمن يدلي بها ولادا أحق ممن يدلي به فان لم تكن للام أم فأم الاب أولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة أو الخالة أولى منها وعن مالك الخالة أولى من الجدة لاب لما في الصحيحين ان عليا وجعفرا الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي أنا أحق بها هي ابنة عمي وقال زيد بنت أخي وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلي أنت مني وأنا منك وقال لجعفر أشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد أنت أخونا ومولانا ورواه أبو داود وقال فيه انما الخالة أم ورواه اسحق بن راهويه وقال بعد قوله وأما أنت يا زيد فأخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة أو غيره الا أن السياق أفاد ارادة الاول فيبقى أعم من كونه في ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق به من كل من سواها ولا دلالة على الثاني والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها أحق من أحد بخصوصه أصلا ممن له حق في الحضانة فيبقى المعنى الذي عيناه بلا معارض وهو ان الجدة أم ولهذا تحرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولاد ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم تكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين وأولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة أولى من غيرها والتي لام أولى من الاخت لاب وبعد الاخت لاب الخالة وفي رواية كتاب الطلاق الخالة أولى من الاخت لاب لانها تدلي بالام وذلك بالاب وفي رواية كتاب النكاح الاخت لاب أولى من الخالة اعتبارا القرب القرابة وتقديم المدلي بالام على المدلي بالاب عند اتحادهم رتبة ما قربا فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة ثم الى الخالة لام ثم لاب ثم العمات

قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها أصلا بخلاف قرابة الاب في استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة الام

(قوله فان لم تكن له أم الام بالتفسير المار) أقول يعني المار بأسطر وهو قوله فان لم تكن له أم بان ماتت أو تزوجت بأجنبي الخ

قال (وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها) كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا أي قليلا ويتطر إليه شزرا أي نظر المبغض فلا نظر له اذذاك (الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قائم مقام أبيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد) كالعم اذا تزوج بأم الولد (لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه) في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وأم فأصلحهم دينا وورعا أحق به لان ضمه إليه أنفع لانه يتخلق باخلاقه فان تساووا فأكبرهم سنا أحق به لان حقه أسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به كذا في المبسوط غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع إلى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روى عن محمد وذكر التمرتاشي فان لم يكن واحد من العصبة تدفع إلى الاخ لام عند أبي حنيفة ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة تحضنه وقوله (والام والجدة أحق بالغلام) واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر ان المعنى واحد وهو ظاهر

(ثم العمات يتنزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لما روينا ولان زوج الام اذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال (الا الجدة اذا كان زوجها الجد) لانه قام مقام أبيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة (ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية) لان المانع قد زال (فان لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيبا) لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة (والام والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والاب أقدر على التأديب والتثقيف

على هذا الترتيب ثم الى خالة الام لاب وأم ثم لام ثم لاب ثم الى عماتها على هذا الترتيب وخالة الام أولى من خالة الاب عندنا ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين أن أولاد الاخوات لاب وأم أحق من الخالات والعمات وان الاخت لام أحق من ولد الاخت الشقيقة وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلي الى من له حق الحضانة وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية (قوله لما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما لم تتزوجي والنزر القليل والشزر نظر البغض ولو ادعى الاب أن الام تزوجت وأنكرت فالقول لها ولو أقرت بالتزوج الا أنها ادعت الطلاق وعود حقها فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقربه الزوج (قوله فاختصم) المقصود انه اذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانتزاع من النساء أخذه الرجال وأولاهم أقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بالقرب ولذلك اذا استغنى عن الحضانة كان الاولى بحفظه أقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه أي في الفرائض وأولى العصبات الاب ثم الجد أبو الاب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما أولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ولا تدفع الصغيرة اليهم لانهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام واذا لم يكن للصغيرة عصبة تدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم إلى الخال لاب وأم ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة رحمه الله في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولا تدفع الانثى اليه ولو كان في المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الامساك الكل من الكافي واذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كاخوة وأعمام فأصلحهم أولى فان تساووا فأسنهم وفي الفتاوى الصغرى فان لم يكن عصبة فالى ذوي الارحام على الترتيب (قوله حتى يأكل الخ) الذي في الاصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضمه المصنف الى ما تقدم وفي نوادر ابن رشيد ويتوضأ وحده وذكر شمس الائمة انه لا بد من أن يستنجي وحده انه لا بد منه ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء

تمام

(قوله وان لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم الرجال) أقول يعني فاختصم فيه الرجال

وقوله (اعتبار الغالب) يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستحيي وحده وقوله (يحتاج الى معرفة آداب النساء) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها (والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ يحتاج الى التحصين) بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة (والاب فيه أقوى وأهدى) لان للرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وروى هشام عن محمد أنها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة

والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب (والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض) لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه أقوى وأهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة (ومن سوى الام والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني) لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال (والامة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد) لانهما حرتان أوان ثبوت الحق (وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما) عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى (والذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر)

تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة والا لم يقدر على تمام الطهارة (قوله والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين) وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لا ما قيل انه يقدر بتسع لان الاب مأمور بان يأمره بالصلاة اذا بلغها وانما يكون ذلك اذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر ان كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع والا فلا (قوله وعن محمد رحمه الله انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة) وهي رواية هشام عنه وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن أبي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة ليبنى عليها أخذ الاب وثبوت حرمة المصاهرة قالوا بنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا (قوله ومن سوى الام والجدة) يعني الجدتين من قبل الام والاب (قوله لانها لا تقدر على استخدامها) شرعا وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب انما يحصل بالاستخدام (بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا) ولذا جاز ان تؤاجرها قال الحاكم الجليل الشهيد فان كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث أحبت في مكان لا يخوف عليها (قوله والامة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد) وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه أحق به منها وان كان حرا كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى أعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي أمة فالولد لمولاها وهو أولى به من الاب لانه مملوكه وكذا إذا كان الزوج حرا ولم يفارق أمه فالمولى أحق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين أمه للنهي عن ذلك ذكره في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان ولدت بعده فهي أولى به لدخوله تحت الكتابة (قوله ويخاف) بالرفع استئنافا وفي بعض النسخ أو يخف بالجزم عطفا على يعقل وتمنع ان تغذيه الخمر أو لحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب أيضا على معنى الى ان يخاف مثله في قوله لالزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا الواو وقال الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وأبي

الى الصيانة وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه أبو الليث حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين وقيل إذا بلغت ست سنين أو سبع أو ثمان ان كانت عبلة وقوله (ومن سوى الام والجدة) يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات أو الخالات أو العمات فانها تترك عندهن الى أن تبلغ حدا تشتهى على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدتين ولاية الاستخدام (ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا أعتقها مولاها وأم الولد اذا أعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان أوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية أحق بولدها المسلم) بأن كان زوجها مسلما (مالم يعقل الاديان أو يخاف) بالرفع على الاستئناف وبالجزم عطفا على يعقل (أن يألف الكفر) لان الدفع اليها قبل ذلك انظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه

قال المصنف (أو يخاف أن يألف الكفر) أقول قال ابن الهمام وروى بالنصب أيضا على معنى الى أن يخاف مثله في قولك لالزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا في الواو اه والموجود في نسختنا هو أو

للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده (ولاخيار للغلام والجارية) وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا وأما الحديث فقد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الا نظر بدعائه عليه السلام أو يحمل على ما اذا كان بالغا

نور وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم وحاصله ان الانظر للصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التنبل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا (قوله ولاخيار للغلام) يعني إذا بلغ السن الذي يكون الاب أحق به كسبع مثلا أخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان وعند أحمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار أحدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عادوا اختار الاول أعيد اليه هكذا أبدا قال في المغني وهذا لم يقل به أحد من السلف والمعتوه لا يخير ويكون عند الام (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) أخرج الاربعة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت إليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر وأجاب عن الحديث بوجهين أحدهما انه صلى الله عليه وسلم دعا ان يوفق لاختيار الانظر على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته ان تسلم فجاآ بابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب هنا والام هنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى أبيه وفي لفظ آخر انه أسلم وأبت امرأته ان تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فأقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعوا ها فمالت الصبية الى أمها فقال صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى أبيها فأخذها وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة وأخرج ابن ماجه والنسائي في سننه عن اسمعيل بن ابراهيم ابن علية رضي الله عنهم حدثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة أن أبوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافر فقال اللهم اهده فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين اختلف في انه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روى من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد ابن سلمة عن أبيه عن جده أن أبويه اختصما فيه رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون ولو صحت لا ينبغي ان يجعل خلافا لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فانهم ثقات وهو وأبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وأفاد ان المراد بقوله عن أبيه عن جده جد أبيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره صلى الله عليه وسلم مع دعائه فيجب بعده صلى الله عليه وسلم اعتبار مظنة الانظرية وهو فيما قلنا ثانيهما انه كان بالغا بدليل الاستقاء من بئر أبي عنبة ومن دون البلوغ لا يرسل الى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالبا ونحن نقول إذا بلغ فهو مخير بين

فان اختار الاب لا يمنع من الزيارة وان اختار الام فعلى الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة (لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) غلاما بين الابوين روى رافع بن سنان انه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى أبيها فأخذها (ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة) أي الخفض والراحة وكلامه واضح ولكن قوله (أو يحمل على ما اذا كان بالغا) فيه نظر لان المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما إذا كان بالغا والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما روينا وما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر فأول المصنف رحمه الله الاول بقوله قلنا قد قال عليه السلام الخ والثاني بقوله أو يحمل على ما إذا كان بالغا

﴿ فصل ﴾ (وإذا أرادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) لما فيه من الاضرار بالاب (الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا

ان ينفرد بالسكنى وبين ان يكون عندأيهما أراد اللهم الا أن يبلغ سفيها مفسدا فحينئذ يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا أن يتطوع أما الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه وان بلغت ثيبا فلها ان تنفرد بالسكنى الا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللاب ان يضمها اليه وكذا الاخ وللعم الضم إذا لم يكن مفسدا وإن كان فحينئذ يضعها القاضي عند امرأة ثقة ولهذا صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا على ما تقدم من قصة عمر مع أبي بكر وما أسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا بين أبيه وأمه فاختار أمه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى أمه وهي في الواقع أحق بحضانته فأحب تطييب قلب الاب من غير مخالفة للشرع فخيره يدل عليه ما تقدم انه لم يراجع أبا بكر الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان أبا بكر كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وان خالف رأي المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه أول الباب

﴿ فصل ﴾ اذا ثبت حق الحضانة للام فأرادت أن تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد ايفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلدة التي تريد الخروج اليها بلدها وقد وقع العقد فيها أولا ففي الاول ليس للاب منعها وان بعدت كالكوفة من الشام الا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذمي وان كانت هي حربية ولو كان كلاهما مستأمنا جاز لها ذلك لانه لما عقد النكاح به فالظاهر انه يقيم به غير انه اذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها المتابعة أو تابعته بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت الاولاد غيبا بأن تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له أولادا فخرج بهم إلى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم اليها فان أخرجهم باذنها ليس عليه أن يجيء بهم اليها ويقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه أن يجيء بهم اليها وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه أو عقد فيه وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكره المصنف الا أن تخرج الى مصر قريب بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد أمكنه أن يبيت في أهله أو قريته كذلك وكان العقد في قرية لانه كالانتقال من حارة إلى حارة وإن لم يكن العقد في قرية بل مصر فليس لها اخراجه إلى القرية القريبة هذا فيما بين الاب والام أما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل بالولد إلى مصرها لانه لم يكن بينهما عقد وكذا أم الولد اذا أعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وأم الولد ولنتكلم على فصول الكتاب (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم) في مسند ابن أبي شيبة حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الازدي عن عبد الرحمن بن الحرث بن أبي ذباب أن عثمان رضي الله عنه صلى بمنى أربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلي صلاة المقيم وانى تأهلت منذ قدمت مكة ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله وانما أتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدي (ولهذا يصير الحربي به ذميا) ظاهره ان بالتزوج يصير الحربي ذميا ودفع في الكافي بانه خلاف المصرح به بل لا يصير الحربي بالتزوج في دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود وانما ذلك في الحربية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما وانما يصح بحمل الحربي على ارادة

﴿ فصل ﴾ لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى القرى وغيره في فصل على حدة (واذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من المصر) فذلك على أربعة أقسام إما أن تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه وإما أن تخرج الى ما ليس وطنها ولم يقع فيه العقد واما أن تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما أن تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي الاقسام العقلية فان اتفق أمر ان جميعا بأن تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر في الكتاب وقوله (لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا) دليل المستثنى وقوله (ولهذا يصير الحربي) أي الشخص الحربي ذكرا كان أو أنثى (به) أي بالتزوج في بلدة (ذميا)

﴿ فصل ﴾ واذا أرادت المطلقة)

قال في النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف ذكر في السير وذكر أيضا في سير سائر الكتب اذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع وأجيب بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤول الى أن يقال انه بالتزوج في بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه انه بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فعاد المحظور وان لم يجعل متعلقا بذلك يتقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال في محل البحث فلا يليق ذلك بمثل المصنف وغيره بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز أن يقال لا حاجة الى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربي صفة لشخص كما قدرنا في أول البحث وحينئذ يراد به الحربية ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا الى كونه ملبسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكر ههنا وجه القياس لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لا سيما اذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكر في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام

المقام كتزوج الحربية للذمي الا ان قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك وأجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما وأقول ان ثبت في حربي يتزوج في بلد المسلمين أن يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح وأما في عكس هذه المسئلة وهي أن تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها أن تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات وأما القسم الآخر وهو ما اذا كان وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية (قوله والحاصل) ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لابد من وصف آخر هو شرط فيه أيضا وهو ان لا ينتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فانى يتسنى لها الانتقال اليها والجواب ان مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجا الينا ووقعت الفرقة فيما بينهما فأرادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا والباقي ظاهر لا يجوز

وان أرادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وقد ذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول أن التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا أصح والحاصل انه لابد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت أما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك

الشخص الحربي فيصح مرادا به الحربية ويجوز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لو ساق الكلام له وفي النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل قوله وان أرادت الخروج بقوله فهو منهم وما ذكرهنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا لا حاجة الى تكلف توجيهه بما قلنا و بغيره وتحميل المصنف اياه مع أنه لا يصح لان مرجع الضمير ان كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوج المرأة الحربية على صيرورته من أهلها والحال ان صيرورتها كذلك لامر يخصها لا يوجد في حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته (قوله أشار في الكتاب) أي القدوري وقيل المبسوط والاول أولى لانه معتاد المصنف ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا أن تخرج بها الى وطنها يفيد ان غيره داخل في الحظر والذي وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق أي من الاصل وفي العكس وهو ما اذا أرادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات (قوله كما يوجب البيع التسليم في مكانه) أي اذا كان المبيع في ذلك المكان لا مطلقا فان في الفتاوى من باع شعيرا والشعير في القرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء تسلمه في مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم (قوله تفاوت) أي بعد وفي عكسه وهو أن ينتقل من المصر الى القرية

(قوله ويجوز أن يقال لا حاجة الى قوله لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا) أقول ولا يخفى عليك ما فيه مع انه مخالف لما ذكره المصنف في وجه ما في مختصر القدوري ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا فتأمل في جوابه (قوله وأقول ان ثبت في الحربي الخ) أقول فيه تأمل (قوله وفيه نظر لان الحربية بالتزوج الخ) أقول فيه ان الفرض وقوع العقد في دار الحرب فكيف يتمشى النظر

لما فرغ من بيان حق الحضانة للولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشئ بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية أصل النسب فيقدم عليه (٣٢١) والنسب أقوى من الملك لان النفقة

﴿ باب النفقة ﴾

قال (النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها) والاصل فى ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام فى حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس

لا يجوز وان كانت القرية قريبة الا اذا وقع العقد فيها وهى قريتها فحينئذ لها ذلك ذكره فى شرح الطحاوى وفى شرح البقالى ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا والاول هو المنصوص ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى الذى هو كلام محمد اذا كان أصل النكاح فى رستاق وله قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بهم من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض ما لم يكن ذلك بقطعه عن أبيه اذا أراد أن ينظر اليه من يومه واذا أرادت أن تخرجه من مصر جامع الى قرى ان كانت قريبة منها فليس لها ذلك الا أن يكون النكاح وقع فى تلك القرى وفيه أيضا وليس للمرأة أن تشترى لولدها وتبيع وان كانت أحق به الا أن تكون وصية والله أعلم

﴿ باب النفقة ﴾

النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت أو من النفاق وهو الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشرى أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفى ونفد وفى الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير بأسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هى الاصل فى ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل فى ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل هى الزوجات وقيل هى المطلقات والاول هو الظاهر وقال تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى خطبته بعرفة فى حجة الوداع كما قدمناه فى ضمن حديث جابر الطويل فى الحج فاتقوا الله فى النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفى الصحيحين ان هند ابنت عتبة قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى الا ما آخذ من ماله بغير علم فقال صلى الله عليه وسلم خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك والاحاديث كثيرة فى الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبى رحمه الله من قوله ما رأيت

على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزأ منه وكذا على الوالدين قال (النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله) قال فى النهاية هذا الشرط ليس بلازم فى ظاهر الرواية فانه ذكر فى المبسوط وفى ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال فى الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها (والاصل فى ذلك) أى فى وجوب النفقة (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته) أمر بالانفاق والامر للوجوب (وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أى بالوسط وقال الزجاج فى تفسيره بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على

للوجوب (وقوله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع) أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا وأن لا يأذن فى بيوتكم لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح (و) ان (لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس

أقول النفقة فى الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات) ونوفض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هي على الراهن وأجيب بأن الرهن محبوس بحق الراهن أيضا وهو كونه موفيا عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة

على المرتهن (وهذه الدلائل) يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة (لا فصل فيها فيستوي المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما) هذا لفظ القدوري قال المصنف (وهذا) أي اعتبار حالهما في ذلك (اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره) أي تفسير قول الخصاف وهو على أربعة أقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين أو معسرين أو الزوج موسرا والزوجة معسرة أو بالعكس من ذلك ففي الاول تجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج يأكل الحلوى والحمل المشوى والباجات والمرأة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين ولم يذكر المصنف القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال له تكلف ان تطعمها خبز البر وباجة أو باجتين كي لا يلحقها الضرر ولم يرد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال وقال وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر في ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات

أحدا جبر على نفقة أحد يجب تأويله والله أعلم بصحته (قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره) أي لمنفعة ترجع الى غيره كان نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تجملت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما أخذت أما لو أنفق عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه فان لم يقر بأن الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبي يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما أيضا لانه ممنوع عن وطئها ولو أقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عندهما وحل وطئها وتقدم أصله في المحرمات والله أعلم (قوله أصله العامل في الصدقات) والمفتي والوالي والقاضي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن أو لا ولو غنيات وقوله اذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطا لازما في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطالب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة أيضا وان كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن أبي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ أبي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو انه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضي ببطلان حقه حيث ترك النقل فلا يسقط حقها (قوله وعليه الفتوى) اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة انه الصحيح ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والاعسار في اعسارهما وانما يظهر الخلاف في الاختلاف كما اذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب في الاول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية يجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسر وكأنه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى حينئذ ان يقول فان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه انه يصلح ردا لاعتبار حاله فقط يعني اذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما فيلزم اعتبار حالهما ويورد عليه ان حديث هند

(قوله فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة) أقول يعني القاضي يفرض لها نفقة

(وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي) وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا والدليل عليه (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته) ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله أعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وأمره بالانفاق فلا مصير الى غيره وجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما (قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان) روى البخاري باسناده الى عائشة رضي الله عنها أن هند ابنت عتبة قالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها) ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بأن المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به فاذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف (وهو) أي اعتبار حالهما هو (الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة) يعني على كفايتها نظرا الى حال الزوج وأجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله (ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب ان ينفق بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن ان زادت كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز وقوله (ومعنى قوله بالمعروف الوسط) اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله تعالى وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له اعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى ان لا يزاد على ما في وسعه ان كانت حالتها تقتضيه ووجه كونه جوابا انه اذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب (قوله وبه) أي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك (يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف

وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد

خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسر معسرة كانت أولا فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز وأفاد المصنف دفع هذا بقوله وأما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في قدر ما يجب لها والحديث أفاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث أفاد اعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بأن يكون الواجب عليه أكثر مما اذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم الا أن يقال يجوز علمه صلى الله عليه وسلم بأن زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث ينجه بالنسبة الى هذه الآية أما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا أن هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انها ليست مسلوكا بها مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر أو ان قوله متاعا بالمعروف الآية يقيده بالقدرتين أي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف أن لا يدفع للفائقة ما يدفع للدنية (قوله وهو الواجب) أي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما وقد يقال لا يمشي على جميع أقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في أوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط وأما في يسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هي وسط في اليسار وأما في اعسارهما فيجب أيضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان

(وقوله والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد) أقول لا يبعد ان يدعى شهرته (قوله فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين الخ) أقول من تأمل في كلام المصنف تبين له عدم مطابقة هذا الشرح للشروح فانه ينادي على ان لا معارضة بينهما

لان ماوجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا) لانها مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير قد يكون اضرارا قال (وان امتنعت من تسليم نفسها) ان امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المعجل أولا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فطالبة أحدهما لا يسقط الآخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج

لان ماوجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه (وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت (وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله) لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما بينا

اعسارهما غاية في الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله أو حالهما لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله صلى الله عليه وسلم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك لعساره وعند غاية اعسارها واعساره المعروف دون التوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مأدوما (قوله لان ماوجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه) لانه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله أو حالهما في النفقة ففي الكسوة مثله واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في العسرة كذا في الاصل وأشار شيخ الاسلام الى أن القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد في الزيادات ومن المتأخرين من قال ينظر الى زيه الا في العلوية والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي وان فعله فاتاه عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا أن يخبره بذلك عدلان انهما علما ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين فان أخبراه من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما فان أقامت البينة انه موسر فأقام الزوج انه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم (قوله حتى تعود الى منزله) يفيد ان النشوز المستعقب لسقوط النفقة ما أخوذ فيه خروجها عن منزله والتحرير ان المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان بعد خروجها أو امتنعت عن أن تجيء الى منزله ابتداء بعد ابائه معجل مهرها أو عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تسأله أن يحولها الى منزله أو يكتري لها منزلا فان كانت سألته في ذلك لتنتفع بملكها فأبى فمنعته الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن في أرض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي الفتاوى للنسفي لو كان بسمرقند وهي بنسف فبعث اليها أجنبيا ليحملها اليه فأبت لعدم المحرم لها النفقة (قوله لا يستمتع بها) أي لا توطأ وصرح في الذخيرة بأن المراد من الاستمتاع الوطء وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى أن تصير الى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج أو الاب واختلف فيها فقيل أقلها سبع سنين وقال العتابي اختيار مشايخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف

الموانعة منه نفسها وهذه كذلك وانما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا أو كرها فلا تبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها فالجواب انا لا نسلم أنها لم تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور وقوله (بخلاف ما اذا امتنعت) متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها) أي لا توطأ (فلا نفقة لها) سواء كانت في منزل الزوج أو لم تكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع (لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح) وهو الجماع أو دواعيه (ولم يوجد) لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعهن تفخيذا أو غيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة

البنية

(قوله مستحق بالنكاح وهو الجماع) أقول الاظهر الموافق لما ذكر في أواخر باب العنين ان يقول وهو التمكن من الجماع

وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة

البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا أما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فرجع الضمير للوالدات فلا يتناول الصغائر وأما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحقها ولم ينص على من يستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن ألا ترى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه وأما حديث جابر فقوله صلى الله عليه وسلم فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ونقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك أو طريقه ولو سلم فالانفاق على أن عومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة أجنبية فاستحقاقها النفقة إما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره الحاقا للملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة أو لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج أعني الوطء أو دواعيه أو لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا أن يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه وهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على أحد الاوجه التي ذكرناها وسنوردها وجها وجها وأيضا عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضا عوضا والا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على ألف وعبد لان الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت أيضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيأ فشيأ ولو كانت جزأ من العوض لزم جهالة أحد العوضين فانما تجب بحادث شيأ فشيأ وهو الاحتباس نظرا الى بقائه وهذا طريق المصنف وعلى هذا يجب أن يقول النفقة في المرقوقة أيضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملته الوطء ان أمكن للملك وهذا حق ألا يرى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لانتقاضه بالناشزة وأما الثاني فهو العلة لظهور أثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما لم نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام الثلاثة لكون مبرأ فلما أثبتنا المناسبة بظهور الاثر لم يبق الا صورة السبر وانما هو في الحقيقة اثبات علية ما عيناه بظهور أثره وابطال ما عينوه هذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها فان لهن النفقة ولا احتباس للوطء وأجيب بأن المعتبر في ايجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بأن يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فانها لا تكون مشتهاة أصلا فلا تجامع فيما دون الفرج حتى ان كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل اذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وهذا على من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لانها اذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج نعم هنا شيء وهو ان قولنا الصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل معناه لا تشتهى للوطء أو لا تطيق الوطء فان كان الاول فالملازمة حقة وان كان الثاني فان ثبت التلازم بين عدم الاطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك والا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الاطاقة مطلقا

(وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين) وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغير والكبير فيها سواء كالمملوكة (ولنا ان المهر عوض عن الملك) لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة عوضا لئلا يجتمع عوضان (عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة)

(قوله وهذا الان وجوبها بسبب الحاجة الخ) أقول فعلى هذا لا يكون عوضا عن الملك

(وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله) لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين (واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها) لان فوت الاحتباس منها اما لمماطلة وان لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا

ولا من واحد ممن يطيق الوطء والظاهر ان من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة وان لم تطقه من خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها نفقة وفي خزانة الفقيه أبي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة اذا لم يكن لها عليه مهر واذا اغتصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج اذا لم يكن معها زوجها والامة اذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمرأة اذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة (قوله وان كان صغيرا الخ) ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بان كانا صغيرين لا يطيقان ولو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب وفي الذخيرة لا نفقة لها وأكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا تستحق النفقة وعن هذا قلنا اذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ولا يخفى امكان عكس الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فتجب الى آخره والتحقيق ان النفقة لا تجب الا لتسليمها الاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرين وتجب في الكبيرة تحت الصغير (قوله وعن أبي يوسف لها النفقة) أي في صورتي حبسها وغصبها لانه لا منع من جهتها واختاره السعدي والفتوى على الاول وهو قول محمد لان النفقة عليه عوضا عن احتباسه اياها غير أنه اذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فتجب مع فواته فاذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن تقديرا قائما فات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره مالو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الاجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر وان لم يكن من جهة الآجر بخلاف مالو حبس هو ظلما أو في حق يقدر على ايفائه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الاسلام أو طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وان لم يكن له تعمد فيه (قوله وكذا الخ) أي لا نفقة لها اذا حجت مع محرم بخلاف ما اذا حجت مع الزوج فان لها النفقة اتفاقا (قوله لان اقامة الفرض عذر) قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت انما يجعل باقيا تقديرا اذا كان الفوات من جهته ثم اذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بان يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لان هذه الزيادة لحقها بازاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه (قوله لما قلنا) أي من أن نفقة الحضر هي المستحقة وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة

والزوج كبيرا قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها وأكثر ما يكون في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب وقوله (واذا حبست) ظاهر وقوله (والفتوى على الاول) يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمغصوبة فيما مضى وقوله (لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا) بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لا لمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا يجب النفقة وقوله (وكذا اذا حجت مع محرم) يعني بدون الزوج لا تجب النفقة (لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر) وكلامه واضح وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه (قوله

(قوله وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب) أقول وفيه بحث اذ لا نسلم انه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة وانما تستحقها ان لو وجد فيها شرط استحقاق النفقة ولم يوجد

(فان مرضت فى منزل الزوج فلها النفقة) والقياس ان لانفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبى يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لاتجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفى لفظ الكتاب مايشير اليه (قال ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها) والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر فى بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

(قوله ويمسها) أى ويمسها استمتاعا ويدخل فى مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ماذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعى والاستئناس والله أعلم (قوله قالوا هذا حسن وفى لفظ الكتاب اشارة اليه) وهو قوله وان مرضت فى منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولايخفى ان اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم فى منزله على ماقدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها فى منزله وقدمنا انه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبى يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهو الاصح تعليقها بالعقد الصحيح مالم يقع نشوز فالمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبى يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ماهو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعى وهو ظاهر الرواية قال فى الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لايستطاع جماعها وفى شرح الطحاوى اذا كبرت ولاتطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة وقال الحلوانى قالوا إذا مرضت مرضا لايمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لاتسقط وهذا تقييد للاول قال فى الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها أو لاقبل الدخول أو بعده تجب وفى الاقضية لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء تجب وفى الجامع الكبير سواء أصابتها هذه العوارض بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف لانفقة للرتقاء والمريضة التى لايمكن وطؤها قبل أن ينقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى أهلها أما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لايردها الى أهلها انتهى كلامه من الخلاصة وبه يظهر لك ماحكيناه فيمن اختار قول أبى يوسف ثم عن أبى يوسف فى التى مرضت فى منزله اذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها (قوله وتفرض على الزوج النفقة الخ) قال المصنف والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولايخفى على متأمل ان التكرار ليس بلازم أصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ماتقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضى ولا جوازه له ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل مافى الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تمكن هى من التناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة تفرض اذا طلبت فأفاد ماقلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذى يلى الانفاق الا اذا ظهر عند القاضى مطله فحينئذ تفرض النفقة ويأمره أن يعطيها التنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا فى الخلاصة وقيد اليسار ائره فى المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفى الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر فى الفرض الاصلح والايسر ففى المحترف يوما يوما أى عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لايقدر على تحصيل نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على ان عليه أن يعطيها معجلا ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذى يلى ذلك المساء لتتمكن من الصرف فى حاجتها فى ذلك اليوم وان كان

وقوله (فان مرضت فى منزل الزوج) على ماذكره فى الكتاب ظاهر وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على مانبين وقوله (وفى لفظ الكتاب) يعنى القدورى (مايشير اليه) وهو قوله فان مرضت فى منزل الزوج فانه يشير الى أنها سلمت نفسها الى منزل الزوج فمرضت فيه وقوله (ويفرض على الزوج النفقة) لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا فى الخادم الذى يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة أو لم تكن مملوكة لها لاتستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لايستوجبه كالقاضى اذا لم يكن له خادم لايستحق كفاية الخادم فى بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها تستحق

ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لابد لها منه (ولا يفرض لاكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد

تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة أو من الصناع الذين لا ينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله له أن يمتنع من اعطاء الزائد وفي الاقضية يفرض الادام أيضا أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الادام الا اذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك الى عرفهم ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول عليه لانه مؤنة الجماع ولقائل أن يقول عليها كاجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها منه نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وان لم يتقاصا وتفرض الكسوة كل ستة أشهر الا اذا تزوجها وبنى بها قبل أن يبعث اليها الكسوة فان لها أن تطالبه بها قبل مضي ستة أشهر والكسوة كالنفقة في انه لا يشترط مضي المدة وللزوج أن يرفع الى القاضي ليأمرها بلبس الثوب لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك لم يكفها فتجدد لتبين خطئه في التقدير وان تخرقت لخرق استعملها لا يفرض لها أخرى ولو سرقت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقي منها شئ في الشهر الآخر أيضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي أدب القاضي للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته ويسرته ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكره محمد أصلا قال السرخسي لم يوجب محمد الازار لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسه في البيت فالقاضي ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع بهودي وملحفة زطية وخمار سابوري أرخص ما يكون مما يدفئها في الشتاء وعلى الموسر درع بهودي أو هروي وملحفة دينورية وخمارا بريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم فذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا أن القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف أما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه وينبغي أن يكون لها فراش على حدة ولا يكتفى بفراش واحد لهما لانها قد تنفرد في الحيض والمرض وفي الاثر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا أرسل ثوبا فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له فان أقاما البينة على اقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة أو قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة (قوله ووجهه ان كفايتها الخ) ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه قال

وقوله (ولا يفرض لاكثر من خادم واحد) ظاهر

بعضهم

وقال أبو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى أحدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استدين عليه) وقال الشافعي يفرق

بعضهم المملوك فلو لم يكن لا تستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو لغيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الاشراف وبوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال في أدب القاضي فرض ما تحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا أخبز ولا أعجن ولا أعالج شيأ من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج أن يأتي بمن يكفيها عمل ذلك وقال الفقيه هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن اذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح وقالوا ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره أيضا ان شاء الله تعالى (قوله وقال أبو يوسف تخادمين) وهكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب (قوله ولانه لو تولى) أي الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا فيمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الاقضية لو قال الزوج أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن أبي يوسف في رواية أخرى اذا كانت فائقة في الغنى زفت اليه مع خدم كثيرا استحقت نفقة الكل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي (قوله خلافا لما قوله محمد رحمه الله) وهو انه اذا كان لها خادم يفرض لها لانها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا وجه الظاهر انها بحيث تكتفي بخدمة نفسها وانما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه الا حالة اليسار لان المعسر انما يلزمه أدنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالهما وانه عند اعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا تجب لها نفقته لان استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها الى نفقة الخادم انما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغازي اذا شهد الوقعة بلا فرس وأغنى غناء الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله أعلم ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه خادمين أو أكثر اتفاقا وفي التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهري فأنفق عليهم فقالت لا أجعلها من المهر لانك استخدمتهم فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لانه بأمرها (قوله ومن أعسر بنفقة امرأته الخ) بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبي سليمان والظاهرية ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاف الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج وبقول الشافعي قال مالك وأحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال ثم اعلم ان ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا أما اذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها

وقوله (وقالوا) يعني المشايخ (ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم) واليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة وقوله (وهو أدنى الكفاية) يعني تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الادام دون الخبز وأعلى الادام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن وقوله خلافا لما قاله محمد) يعني ما قاله محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا وقوله لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية دليل الاصح (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استدين عليه) أي اشتري الطعام نسيئة على ان تقضي الثمن من مال الزوج (وقال الشافعي يفرق

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول أقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

نفقة فرفعت الامر الى القاضي فكتب القاضي الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الامام أبو الحسن السغدي نعم اذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة في هذا الجواب نظر والصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه والصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الامام الاستروشني فتكون الشهود علمت مجازفتهم فلا يقضى بها كما ذكر ظهير الدين واعلم أن الفسخ اذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق اثبات عجزه بمعنى فقره ليجيء ما قال وهو أن تتعذر النفقة عليها قال القاضي أبو الطيب من الشافعية اذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ قال في الحلية وهو وجه جيد فلا يلزم مجيء ما قال ظهير الدين (قوله لانه عجز الخ) استدلوا بالمنقول والمعقول أما المنقول فما في سنن النسائي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وساق الحديث الى أن قال وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني ولدك يقول اطعمني الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني حدثنا أبو بكر الشافعي حدثنا محمد بن بشر بن مطر حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني أو طلقني الحديث وقال الدارقطني حدثنا حماد بن أحمد السماك وعبد الباقي ابن قانع واسمعيل ابن علي قالوا أخبرنا أحمد بن علي الخزان حدثنا اسحق بن ابراهيم البارودي حدثنا اسحق بن منصور حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وقال سعيد بن منصور في سننه حدثنا سفيان عن أبي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته صلى الله عليه وسلم وغايته أن يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقا وأما المعقول فالقياس على الجب والعنة بل أولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت وأيضا منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها أولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا أعسر بنفقته (قوله ولنا) المنقول والمعنى أما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة أن تكون دينا في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانظار بالنص وأما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان التأخير أولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا نفقة المملوك تصير دينا على المالك ويخص المملوك أن في الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على

لانه عجز عن الامساك بالمعروف) فيلزمه التسريح باحسان فان أبى ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة بل أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق (ولنا ان حقه) بالتفريق (يبطل) اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتأخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفى في الزمان الثاني (والاول أقوى في الضرر) فيتحمل أدنى الضررين لدفع الاعلى وقوله (وفوت المال وهو تابع) جواب عن القياس على الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع فان قيل لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه أجاب بأن فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قال المصنف (وفائدة الامر بالاستدانة الخ) أقول وسيجيء له فائدة أخرى بعد سطور

انها

احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج (واذا قضى القاضى لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته ثم لها نفقة الموسر) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار

أنها لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضى عليه وأما المروى عن سعيد بن المسيب فى قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوى كان زيد بن ثابت يقول المرأة فى الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث خفاله على النصف من الرجل قال ربيعة بن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع إصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثا قال ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربعا من أصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوى لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن أبى هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته والا فقد روى عن سعيد كقولنا فاضطرب المروى عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر وأما المروى عن أبى هريرة مرفوعا عند النسائى والدارقطنى فلا شك فى أن رفعه غلط وانما هو من قول أبى هريرة روى البخارى فى صحيحه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة ما ترك غنى وفى لفظ ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة اما أن تطعمنى واما أن تطلقنى ويقول العبد أطعمنى واستعملنى ويقول الولد أطعمنى الى من تدعنى قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبى هريرة فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس فى قول أبى هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطع لا يجبر على الفراق بل يحبس على أحد الامرين عينا وهو الاتفاق فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبى صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطنى كان معناه الارشاد الى ما ينبغى مما يدفع به ضرر الدنيا مثل وأشهدوا إذا تبايعتم يعنى ينبغى أن يبدأ بنفقة العيال والا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا وأما ما تقدم من رواية الدارقطنى عن أبى هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبى هريرة الذى سبق ذكره من رواية النسائى ورواية ذكره ابن القطان فى الوهم والايهام (قوله احالة الغريم على الزوج) أى وان لم يرض الزوج وفى التحفة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهى ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهى أنها لا تسقط بموت أحدهما فى الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وفى شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسرا وأخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الاخ بالاتفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس الابن أو الاخ ان امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب (قوله ثم لها نفقة اليسار) هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة فى وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض فان ما ذكره أول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخى ولو كان فرض على قدر حاله وحالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها أن

احالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج) واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعى ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى فى فصلين مجتهد فيهما فى التفريق بالعجز عن النفقة وفى القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الاتفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض فأمضاه فالصحيح أنه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس فى فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضى لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته ثم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار

وقوله (وماقضى به) جواب عما يقال ينبغي ان لا يتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقريره ماقضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيأ فشيأ وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة (٣٣٢) بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لان ما لا يكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير وكذلك حكم عكس هذه المسئلة وقوله (واذا مضت مدة) ظاهر وقوله (على ما مر من قبل) يريد قوله لان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي أن تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب أجيب بانها صلة من وجه وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح فيها بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض (وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة) وما كان أمرها بالاستدانة عليه (ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض) وانما قيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لانه اذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لان القاضي لما أمرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض

وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها (واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شئ لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض (وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة) وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض

تطالبه بأن يزيد في الفرض ولو كان على قدره كان للزوج أن ينقص (قوله وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب) لان النفقة تجب شيأ فشيأ في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره وقد زال فنزول بزواله (قوله لم ينفق عليها) بأن غاب عنها أو كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقتها لا تثبت دينا في ذمته الا بقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينا اذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي تصير دينا عليه الا ان كانت أكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الاصح (قوله لانها صلة) أي من وجه (قوله وليست بعوض) أي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح أمر المعيشة والاستئناس هي عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وأمور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد لتقيم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها أو اصطلحا لان ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ أصلا وهذا حق وقد تقدم الوجه وقوله في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على تردد ها بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد فأقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل أن يقول ينبغي أن تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والافلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة مع حبسها (قوله وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت) هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما وأطلقه فشمل ما اذا كان القاضي أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاف والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد انه اذا كان أمرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيته له وهو القاضي فكان كاستدانته أي الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط (قوله لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت) فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكدا للاستحقاق

غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد أجيب بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة أن يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا

وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه (وان أسلفها نفقة السنة) أي عجلها (ثم مات لم يسترجع منها شئ وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي فهو للزوج) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شئ منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لا يسترجع منها شئ لانه يسير فصار في حكم الحال (واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها) ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل

للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي أن يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا أثر الموت في سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان أقوى في ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحياة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها ﴿فرع﴾ ابراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض مهما يتجدد الشهر فالم يتجدد لم يتجدد الفرض ومالم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو أبرأته بعد ما مضى أشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر (قوله وما بقي للزوج) فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق لان العدة قائمة في مونه كذا في الاقضية (قوله ولا رجوع في الصلات بعد الموت) بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر أن يؤخذ منه ويعطى لمن يلي بعده من القضاة (قوله وعن محمد) وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلهذا وضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد ولذا لو قبضت نفقة أشهر فمات أحدهما والباقي شهر فأقل لا يرجع بشئ وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وهل يقاس على الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط (قوله فنفقتها دين عليه) أي اذا قضى القاضي بها فيباع فيها فاذا اشتراه ممن علم به أو لم يعلم ثم علم فرضي ظهر السبب في حقه أيضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة بعد أخرى الا في دين النفقة لانها تتجدد شيأ فشيأ على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري واما اذا لم يعلم المشتري بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه (قوله باذن المولى) لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم

بسقوطها بعد القضاء بالموت قال في الايضاح انها وان صارت دينا عليه لكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض وقوله (وقال الشافعي) ظاهر وقوله (وجوابه قد بيناه) اشارة الى ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع قال (وان أسلفها نفقة السنة) يعني اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات أو ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشئ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحتسب لها بنفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (لانه يسير فصار في حكم الحال) يعني اذا أخذت النفقة الواجبة في الحال لا تسترد بالموت فكذا لا تسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله (واذا تزوج العبد حرة) ظاهر قال شمس الائمة السرخسي فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى بيع ثانيا وليس في شئ من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجودها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يؤاخذ المولى بشئ فات محل الاستيفاء وكذا اذا قتل

وقوله (فى الصحيح) احتراز عن قول الكرخى انها تكون فى قيمته قال الشيخ أبو الحسن القدورى الصحيح أن نسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة فى دين لم يسقط بالموت لا فى دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب (وان تزوج الحرامة فبوأها) ظاهر وقوله

(فلا نفقة لها لعدم الاحتباس) قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل صداقها فينبغى أن لا تسقط وأجيب بأن الحرة اذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه وأما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج وقوله والتبوئة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضى على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير الجواب التبوئة غير لازمة (على مامر فى النكاح) أى فى باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بوأها ثم بدا له أن يستخدمها كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح وقوله (ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها) ظاهر (وأم الولد فى هذا) أى فى عدم وجوب النفقة (والمدبرة كالامة) ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهى كالحرة فلا تحتاج الى التبوئة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها (لصيرورتها أخص بنفسها وبمنافعها بعقد الكتابة بحضرتها ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة ﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان النفقة شرع فى بيان السكنى قال (وعلى الزوج أن يسكنها فى دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا أن تختار ذلك) لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى

فى الصحيح لانه صلة (وان تزوج الحرأمة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة) لانه تحقق الاحتباس (وان لم يبوئها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلى بينها وبينه فى منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر فى النكاح ولو خدمته الجارية أحيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وأم الولد فى هذا كالامة والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ (وعلى الزوج ان يسكنها فى دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا ان تختار ذلك) لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى

الصحة ولو دخل بها طوعا بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشئ لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا أو مكاتبا أو ولد أم ولد لا يباع بالنفقة لعدم جواز البيع الا أن المكاتب اذا عجز يباع حينئذ لانه حينئذ قبل النقل هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لان أمه ان كانت أمة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك ولا على مولاه لان ولده أجنبى منه وكذا المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام فى كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه (قوله فى الصحيح) احتراز عما ذكر الكرخى انها تنتقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ أبو الحسين القدورى هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها فى معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة فى دين لا يسقط بالموت (قوله وان تزوج الحرأمة) قيد الحر اتفاقى لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب فى عدم وجوب النفقة قبل التبوئة وانما خصه بالذكر ليعلم النفى فى الباقى بطريق الاولى فانه اذا لم تجب على الحر الذى هو أدخل فى أهلية وجوب المال عليه يلزم ان لا تجب على من ذكر (قوله لعدم الاحتباس) أى من الزوج والمنع من السيد وان كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها نفسها لحقها كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك (قوله والتبوئة غير لازمة على ما مر فى النكاح) فى باب نكاح الرقيق ولا شك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التى تتجدد على ملكه فاذا بوأها فقد ترك حقه مادام لم يسترددها واسترداد ها بعد ذلك ليس رجوعا فيما أسقط بل طلب حقه فيما يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا فكلما استردها سقطت فاذا رجع فبوأها وجبت ولو خدمت المولى أحيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد (قوله والمدبرة وأم الولد فى هذا) أى فى وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة (كالامة) ولم يذكر معهما المكاتبة لانها فى استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة

﴿فصل﴾ (قوله ليس فيها أحد من أهله) واما أمته فقيل أيضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه محتاج الى استخدامها فى كل وقت فاذا أفردها فى بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطؤها

﴿فصل﴾ وعلى الزوج ان يسكنها فى دار مفردة

مقرونا بالنفقة واذا وجب حقالها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها (وان كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها) لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل (وله ان يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها) لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في أي وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار والدوام لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح

بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة (قوله مقرونا بالنفقة) في قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وكذلك قرأ ابن عباس والسكنى بالملك أو الاجارة أو العارية واجبة اجماعا (قوله ليس له أن يسكنه معها) قيل الا أن يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله اسكانه معها (قوله ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها) اقتصر على الغلق فأفاد انه وان كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الاجانب والذي في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله ان أخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها أن تطلب بيتا ولو شكت انه يضربها أو يؤذيها ان علم القاضي ذلك زجره وان لم يعلم سأل من جيرانه فان لم يوثق بهم أو كانوا يميلون اليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضي على خبرهم (قوله لما فيه) أي المنع من المكالمة (من قطيعة الرحم) في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع وفيه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرحم شجنة من الرحمن قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته والشجنة بكسر الشين وضمها قال أبو عبيد قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة الوصلة (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة) ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولهما فانه قال في الفتاوى للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة وفي رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا أراد أبوها أو قريبها أن يجيء اليها على هذا الجمعة والسنة انتهى وقوله هو الصحيح احتراز عما ذهب اليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن أبي يوسف في النوادر تقييد خروجها بأن لا يقدر على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليهما مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد اختار بعض المشايخ منعهما من الخروج اليهما وقد أشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول أبي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي ان يأذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف أما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروج الابوين فانه أيسر ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو محتاج الى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تغضبه مسلما كان الاب أو كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت

مقرونا بالنفقة) حيث قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم (واذا وجب السكنى حقالها فليس له أن يشرك غيرها فيها لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع) وكلامه واضح وقوله (وهو الصحيح) احتراز عن قول محمد ابن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر

قال المصنف (وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين الخ) أقول وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام قال ابن الهمام وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان قال في فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا الى آخر ما قاله

(واذا غاب الرجل وله مال فى يد رجل يعترف به و بالزوجية فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجة الغائب و ولده الصغار و والديه وكذا اذا علم القاضى ذلك ولم يعترف به) لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر بأن حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول فى حق نفسه لاسيما ههنا فانه لو أنكر أحد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم فى اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم فى اثبات حقوق الغائب

كانا عاصيين وتمنع من الحمام فان أرادت أن تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه وان لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلاة ان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكرها له أن يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى أن يأذن لها أحيانا وان لم يأذن فلا شئ عليه ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة وفى الفتاوى فى باب القراءة المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج فى حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان أعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذن الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان أو فحلا وكذا أبوها المجوسى والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنتا عشرة سنة ولا تكون المرأة محرما لامرأة وحيث أبحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما لا يكون داعية الى نظر الرجال وللاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه فيه قاضيخان قال فى فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف فى منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها فى النسائى والترمذى وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء أمتى رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد ورواه استثناء النفساء والمريضة رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة أو نفساء وفى سندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الافريقى وهو مختلف فيه قال أحمد ليس بشئ قال ابن حبان يروى الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذرى وفيما قاله نظر لم يذكره البخارى فى كتاب الضعفاء وكان يقوى أمره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطنى ليس بالقوى ووثقه يحيى بن سعيد وروى عياش عن يحيى بن معين ليس به بأس وقال أبو داود قلت لاحمد بن صالح أيحتج به يعنى عبد الرحمن بن زياد فقال نعم (قوله يعترف به و بالزوجية) فى حق الزوجة كان ينبغى أن يزيد قوله و بالنسب فى الولد والوالد لانه رتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجة الغائب و ولده الصغار و والديه (قوله وكذا اذا علم القاضى ذلك) أى كلا الامرين اما لو علم أحدهما احتاج فى القضاء بالدفع اليهم الى اقرار من عنده أو عليه فى الصحيح دون البينة (قوله واقرار صاحب اليد مقبول فى حق نفسه لاسيما هنا) فانه أولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما فى يده أو عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات حق الاخذ لها مما فى يده أو عليه اذا كان دينا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولاسيما مركب من لا النافية للجنس ومنفيها وهو سى ومعناه المثل قال الشاعر

(قوله لتعين طريق اثبات الحق) أقول أى عند القاضى (قوله لعدم اثباته الخ) أقول أى لعدم امكان اثباته

فاياكم

واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكون ما أقر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحضر صاحب الدين غريما للغائب أو مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعى على الغائب فان القاضى لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة والدين وأجيب بأن أمر القاضى فى حق الغائب انما هو للنظر له وفى الامر بالانفاق على المرأة ذلك ابقاء لملكه وليس فى قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضى ان يأمر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذى لا يحتمل أولى وكذا اذا كان المال فى يده مضاربة لانه أمانة من وجه وكذا اذا كان دينا

وقوله (وهذا) أى ماذكرنا من جواز فرض القاضى النفقة اذا كان المال من جنس حقها فى النفقة دراهم أو دنانير أو طعاما أو كان ثيابا من جنس حقها فى الكسوة أما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالانفاق اما عند أبى حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب بل بالطريق الاولى وأما عندهما ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط فى جواز البيع فلا يقضى على الغائب لعدم ذلك قال (ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب) من عنده المال اذا اعترف به وبالزوجية ينظر القاضى فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة وأخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء نفقتها فان اتفق ذلك كان الزوج مخيرا فى اخذ ايهما شاء من المرأة والكفيل وكلامه واضح

واذا ثبت فى حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال فى يده مضاربة وكذا الجواب فى الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها أما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب وأما عندهما فلانه ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لانه لا يعرف امتناعه قال (ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبى حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج

فايا كم وحية بطن واد * هموس الناب ليس لكم بسى

أى بمثل ولا شبيه وهو واحد سيان من قولك هما سيان وأصله سوى قلبت الواو ياء اما لسكونها بعد كسرة أولاجتماعها مع الياء وسبق احداهما بالسكون فان جررت ما بعد ما كزيد مثلا فى قولك أكرمنى القوم لاسيما زيد فهو على أن سيا مضاف الى زيد وما زائد مقحم كقوله

كل ماحى وان أمروا * واردوا الحوض الذى وردوا

وان رفعته فعلى أن سيا يضاف الى ما وهو موصول اسمى حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذى هو زيد وجاز كونه مضافا مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففى كلا الوجهين خروج عن الاصل فى الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفى الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما أوسع من حذف المبتدا مع ما ينضم اليه من كونه فى خصوص ذلك الموقع وقد يقال زيادة ما فى نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع فتكافآ وأما نصب ما بعد ما فقال ابن الدهان صاحب الغرة لا أعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن معط فى فصوله فى المستثنى بلا سيما سوى الجر والرفع وذكر بيت امرئ القيس

ألا رب يوم لك منهن صالح * ولا سيما يوم بدارة جلجل

بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روى النصب فيه أيضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل مجموع لا سيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذى يقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذلك الحكم باثبات ما هو أبلغ منه فاذا قلت أكرمنى القوم لا سيما زيد فقد أثبت له ما بلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف احدى الياءين فقيل الاولى لانها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى وقيل الثانية لانها لام والاعلال فى اللام أولى (قوله واذا ثبت فى حقه) باقراره ان حق الاخذ لها مما فى يده (تعدى الى الغائب ضرورة) أورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو بمديون للغائب معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضى عليه بالدفع الى صاحب الدين وأجيب بأن القضاء يتبع النظر للغائب ففى الامر بالانفاق نظر له بابقاء ملكه الثابت بالنكاح وابقاء ما هو فى معنى نفسه أعنى قرابة الولاد وليس فى قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير (قوله فانه لا يباع على الحاضر) حتى

(٤٣ — فتح القدير ثالث)

(قوله وأجيب بأن أمر القاضى الى قوله بازالة ملكه) أقول وفيه اعتراف باحتياج ما ذكر فى مقام التعليل الى ضميمة ليستم (قوله بالانفاق عليها بالبينة الخ) أقول فيه بحث لما تقدم آنفا ان طريق اثبات الحق هنا منحصر فى اقراره والجواب ان مراده بالبينة هو اقرار المودع (قوله وهذا أى ماذكرنا من جواز فرض القاضى النفقة الخ) أقول للزوجة أو الولد أو الوالدين على تقدير اعتراف المودع أو المضارب أو المدين بكلا الامرين أو علم القاضى بذلك وهذا معنى قول المصنف كله كما لا يخفى (قوله امتناعه المشروط) أقول قوله المشروط صفة الامتناع

(ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء) يعني زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه أما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ماذكره في الكتاب وقوله (لانه مجتهد فيه) قيل لان الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سيأتي وقوله (ولو لم يعلم القاضي بذلك) متصل بقوله وكذا اذا علم القاضي بذلك وقوله (و) لو (لم يكن) يعني الرجل (مقرا به) متصل بقوله يعترف به وبالزوجية وقوله (فاقامت البينة على الزوجية) يعني في الصورتين اذا كان ثمة وديعة ولكن ينكر الزوجية أو أقامتها ليفرض القاضي نفقة فيما اذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضي بالزوجية وكلامه ظاهر وقوله (في هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها) من تلك الاقاويل ماذكروه من قولهم اذا جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما والمال في يده فقد كان أبو حنيفة يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل (٣٣٨) بينتها ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضي ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجب الى شئ من ذلك لان هذا قضاء على الغائب وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وأما قول أبي حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها الى ذلك وهو المذكور في الكتاب وان كان للغائب دين أو وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يأمر أولا بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا ونظر الغائب في البداءة بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين

ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب قال (ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء) ووجه الفرق هو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي اعانة لهم أما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فأقامت البينة على الزوجية أو لم يخلف مالا فأقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي فيه لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان أقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها

لو امتنع عن أداء الدين وعنده أموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره أن يبيع هو ويقضي فان لم يفعل حبسه أبدا حتى يبيع لان البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع (قوله ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة) ثم اذا جاء الغائب فهو على حجته في اعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعا أصله حديث هند امرأة ابي سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان للغائب مال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية أطلق الاخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل ايفاء والايفاء لا يمتنع بسبب الزوجية ألا ترى ان من أقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الايفاء منه اجابه الى ذلك (قوله الا لهؤلاء) وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويستدرك عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب (قوله فنفقتهم انما تجب بالقضاء) لاشك ان الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه ان ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة فلا يعين عليه قول الوجوب الا القضاء به فينتفي تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفي الكافي لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالانفاق من الوديعة أولا لانه أنظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة (قوله وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها) منها قول أبي

قال المصنف (ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب) أقول وفي غاية البيان ولم يحتل بها ولا أبرأته منها اه وفيه بحث الا أن يراد الابراء في صورة الاختلاع قال المصنف (اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء) أقول قال تاج الشريعة يعني ان الاداء انما يجب به أما نفس الوجوب فثابت عندنا اه حنيفة والافليس للقاضي ايجاب ما لم يكن أوجبه الشرع لانه يكون قد شرع وليس ذلك لغير رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله وفيه نظر سيأتي) أقول يعني سيأتي بعد ورقتين ولعل وجه النظر انها ثابتة بالدليل القطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فخلاف الشافعي رحمه الله لا يعتد به كخلاف ابن المسيب في التحليل بالنكاح وخلاف الشافعي في حل متروك التسمية عامدا وسيصرح الشارح ان الآية دليل قطعي في ذلك في العتاق قال المصنف (ولو لم يعلم القاضي الخ) أقول ولو علم القاضي بالزوجية دون المال واعترف المودع بالمال دون الزوجية ينبغي ان يفرض النفقة ولم أر بعد عين المسئلة (قوله يعني في الصورتين) أقول بل ذلك في الصورة الاولى وأما اقامتها في الصورة الثانية فيجيء أيضا عقيبه (قوله ومنها ما اذا لم يكن للزوج الخ) أقول فيه تسامح والمراد ظاهر

﴿فصل﴾ (واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا) وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا أما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع

حنيفة أولا إذا جحد المديون أو المودع الزوجية تسمع بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى بيتا في يد انسان انه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع الى انها لا تقبل منه وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها اذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ثم رجع الى قولهما وقول زفر في ذلك متقرر ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف فقوى عمل القضاة لحاجة الناس الى ذلك ﴿فروع﴾ في الفتاوى امرأة قالت ان زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة قال أبو حنيفة ليس لها ذلك وقال أبو يوسف آخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه الفتوى فلو علم انه يمكث في السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر وعن أبي يوسف أيضا لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كل شهر أو ما بقي النكاح بينهما صح وقال أبو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا أو بائنا والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لان العدة من أحكام النكاح

﴿فصل﴾ (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة) وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة إذ لا يمنونة عنده بغير ذلك (الا ان تكون حاملا) فان في بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من سبيل فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وأمرها ان تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة ابن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه أيضا وقال فيه ان أبا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على انه أوقع واحدة هي تمام الثلاث وأمر لها الحرث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة الا ان تكوني حاملا فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد أبو داود في هذا باسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبي ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك الا ان تكوني حاملا وفي شرح الكنز نسبه الى مسلم لكن الحق ما علمت وفي رواية لمسلم ان أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب ان شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث

فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة) وهي التي طلقها الزوج ثلاثا أو طلقها بعوض وان كانت واحدة (الا اذا كانت حاملا أما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء) كما تقدم (وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس الخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقوله (لانا عرفناه) أي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل

(فصل) واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة قال المصنف (اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم) أقول فيه ان الزوجية زائلة عند الشافعي رحمه الله لوجود القاطع على ما مر في آخر باب الرجعة (قوله والدليل على انه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغياة الخ) أقول فيه ان مفهوم الغاية غير معتبر عند الحنفية على ما سيصرح به الشارح في كتاب البيع وان صرح غيره بخلافه والاولى أن يستدل برجوع الضمير الى المطلقات فان سياق النظم فيهن الا أن يكون المراد الالزام

وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضى الله عنه فانه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندرى صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضى الله عنهم (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها

ضد كل من هذه الامور أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكرهم انه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوى امرأة ولا كون الراوى اعرابيا فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى فى اعتداد المتوفى عنها زوجها فى بيت زوجها مع انها لاتعرف الا فى هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانها تعرف بذلك الخبر وبخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته ثم قد ظهر لها من الفقه ما أفاد علما وجلالة قدر وهو ما فى صحيح مسلم من ان مروان أرسل اليها قبيصة بن أبى ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امرأة سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بينى وبينكم القرآن قال الله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فأى أمر يحدث بعد ذلك فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابى وحده وهو اعرابى فجزمنا ان رد عمر وغيره لخبرها ليس الا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له وقد استقر الحال عليه بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بين السلف الى ان روت فاطمة رضى الله عنها هذا الخبر مع ان عمر رده وصرح بالرواية بخلافه فى صحيح مسلم عن أبى اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالسا فى المسجد الاعظم ومعنا الشعبى فحدث الشعبى بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فأخذ الاسود كفا من حصا فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لاتترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لاندرى حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فقد أخبر ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى ولا ريب فى أن قول الصحابى من السنة كذا رفع فكيف إذا كان قائله عمر رضى الله عنه وفيما رواه الطحاوى والدارقطنى زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وقصارى ما هنا ان تعارض روايتها بروايته فأى الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور حدثنا أبو معاوية حدثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضى الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير فى ديننا بشهادة امرأة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصرح بهذا ما فى مسلم من قول مروان سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا فى المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفى الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة ألم ترى الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت فقال ألم تسمعى الى قول فاطمة فقالت أما انه لا خير لها فى ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة اعلم بأحوال النساء فقد كن يأتين الى منزلها ويستفتين منه صلى الله عليه وسلم وكثر وتكرر وفى صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت لفاطمة ألا تتقى الله تعالى تعنى فى قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضى اسمعيل حدثنا نصر بن على حدثنى أبى عن هرون عن

وقوله (وصار كما اذا كانت حاملا) اعترض عليه بأن الحائل لو كانت كالحامل فى وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل فى النص فائدة وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه وبيانه ان الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء وكان يشتبه بأن الحامل أيضا تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة فى جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن وقوله (ولاندع كتاب ربنا) يريد به قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به أما الاسكان فانه قد يملك اسكانها فى غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من غير ملكه وكان تقديره والله أعلم ما تلاه ابن مسعود وأنفقوا عليهن من وجدكم وقوله (سنة نبينا) يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة وقوله (ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة ابن زيد) هو زوج فاطمة الراوية فان أسامة كان اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شئ فى يده وقالت عائشة تلك المرأة فتنت العالم أى برواياتها هذا الحديث وقوله (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) ظاهر

محمد بن اسحق قال أحسبه عن محمد بن ابراهيم ان عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما أخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على أحمائها وكثر الشر بينهم فأخرجها عليه الصلاة والسلام لذلك ويفيد ثبوته عن عائشة ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة وأعظم متتبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في أبي داود من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يدابن أم مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه وكذا هو والله أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه أبو داود في سننه عنه وممن رده زوجها أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن أبي هرمز عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن أسامة بن زيد يقول كان أسامة اذا ذكرت فاطمة شيأ من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى هذا مع انه هو الذي تزوجها بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حتى بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بأن ذلك غلط منها أو لعلمه بخصوص سبب جوازا نتقالها من اللسن أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضا ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله الميسر وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب قال أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فأنكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل أن تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن إبراهيم أن ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة وأخرج الدارقطني عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلاثا لها النفقة والسكنى قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع أو كان عن الليث عن أبي الزبير وحرب بن أبي العالية أيضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وقفه على جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر ان جابرا على قول فاطمة وقدمنا عاذكرنا بيان المعارض والطعن وأما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها انه طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته وفي بعضها ان خالد ابن الوليد ذهب في نفر فسألوه صلى الله عليه وسلم وفي بعض الروايات سمى الزوج أبا عمرو بن حفص وفي بعضها أبا حفص بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والاسود بن يزيد وممن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فان قيل هذا العذر بتقدير ثبوته انما أسقط تلك السكنى والحال انه صلى الله عليه وسلم قال لها لا نفقة لك ولا سكنى قلنا ليس علينا أولا أن نشتغل ببيان العذر عما روت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولمروى عمر في تركه كائنا ما هو في نفسه ما كان الا أن الاشتغال بذلك حسن حملا لمرويها على الصحة ونقول فيه ان عدم السكنى كان لما سمعت وأما عدم النفقة فلان زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند أحد سوى الشعير الذي بعث به اليها فطالبت هي أهله على ما في مسلم من طريق انه طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال صلى الله عليه وسلم لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف مالا عند أحد وليس يجب لك على أهله شيء فلا نفقة لك على أحد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه صلى الله عليه وسلم فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا فوقع انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد

ألا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيأ فشيأ ولا مال له بعد الموت فلا يمكن ايجابها فى مال الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة بأى فرقة كانت لان القرار فى البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فأما النفقة فواجبة لها فتسقط بمعصية من قبلها وأما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام فى مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا أخرجت للحبس من بيت العدة وأما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة (وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) والفرق ماذكره فى الكتاب وهو واضح قال فى النهاية وهذا الذى ذكرنا كله فى الطلاق البائن والطلقات الثلاث وأما المعتدة بالطلاق الرجعى اذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهى مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعى لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة لسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن

وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم ان المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية انما هى فى البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية فى غير المطلقات أو فى الرجعيات كان التقدير أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم انه لا معنى حينئذ لجعل غاية إيجاب الانفاق عليها الوضع فان النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت أولا وضعت حملها أولا بخلاف ما إذا كانت فى البوائن فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل فى تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فانه عام فى المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر (قوله ألا يرى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على ان وجوبها لحق الشرع عبادة فانها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وأنت اذا أنعمت النظر فيما ذكرنا فى باب العدة فى مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه (قوله وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية) احترز به عما يجىء من قبل الزوج مطلقا وعما يجىء من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيهما والحاصل ان الفرقة اما من قبله أو قبلها ففى الاول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أو جبه بعد الخلوة ويشكل على ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه فى باب اللعان فى الحديث من انه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته أو ابنائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر أو ابائه الاسلام اذا أسلمت هى أو ارتد هو فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان بمعصيته لا تحرم هى النفقة وأما الثانى فاما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو ابائها اذا أسلم هو وهى وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهة تجب لانها حبست نفسها بحق لها أو عذرت شرعا فيه ولها السكنى فى جميع الصور لان القرار فى منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها (قوله بخلاف المهر بعد الدخول) يعنى انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية (قوله وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها) لان العين الردة هنا لان الفرقة لم تجىء بسببها فهى وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق

وقوله (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها)

﴿فصل﴾ (ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه فى نفقة الزوجة)

الثلاث سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط والعياذ بالله بالردة فانما تسقط فى هذه الردة اذا أخرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة كما أشار إليه المصنف فى التعليل أو اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست أو لحقت فعادت الى الاسلام ورجعت الى بيتها عاد استحقاقها للنفقة وما ذكر فى الجامع من قوله ولو عادت إلى بيتها مسلمة أو مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر فى الذخيرة لو عادت إلى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى ووفق بحمل المذكور فى الجامع على ما إذا حكم بلحاقها وما فى الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو أسلمت وعادت إلى منزله لا تجب لها نفقة لانها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها إلى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها وردتها فى عدة الطلاق الرجعى سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح فى الرجعى وفى شرح الطحاوى الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت إلى حال لا نفقة لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده فلو طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فأخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان أعادها الى بيت الزوج تأخذ النفقة ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فأراد أن يبوئها مع الزوج فى العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة وأورد عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل فى العدة فانها تعود نفقتها وأجيب بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذه وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل فى سن الاياس فتعتد بثلاثة أشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشئ معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال أن يمتد الطهر بها واذا لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتى فى العصمة الا أن تكون مفروضة ولو أبرأته عن النفقة فى المستقبل وهى زوجة لم يصح ولو أبرأته عنها فى عقد الخلع صح لان الابراء فى الخلع ابراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز وأما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشئ قبل وجوبه لا يجوز ثم القول قول المطلقة فى انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وأنفق عليها الى سنتين فان قالت بعدهما كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وأنا حائل لم أحض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذبك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضى الى قوله ويأمره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل فى سن الاياس فتعتد بثلاثة أشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلاثة أشهر وقال الفضلى لا تنقضى عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبلها فينفق عليها حتى تنقضى عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفى الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة أشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا فى المحيط اه من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيها رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثانى فحضر الزوج الاول فرق بينها وبين الزوج الثانى ولا نفقة لها على الزوج الاول حتى تنقضى عدة الثانى فان طلقها وهى فى عدة الثانى لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثانى ما دامت فى عدة الثانى فاذا انقضت عدة الثانى تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا فى الاقضية وفى الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر فى المحيط وتأويله اذا تزوجت فى بيت العدة أما اذا خرجت فلا

﴿فصل﴾ (قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد) قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب إما غنى او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام أربعة الاول أن يكون

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع فى بيان نفقة الاولاد نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره) فى ظاهر الرواية وقد روى عن أبى حنيفة ان النفقة على الاب والام أثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر

الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لان الحكم ترتب على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما فى السارق والزانى وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس ولا يجوز أن يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر فى وجوب النفقة اذهو السبب الجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضى اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاد فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز أن يقال استدل بالآية على نفى مشاركة أحد فى نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفى المشاركة فى نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذا النفقة الثابتة بهما واذا انتفى الاشتراك فاما أن يثبت على الاب أو على غيره لا سبيل الى الثانى فتعين الاول

لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب

الاب غنيا والاولاد كبار فاما إناثا وذكور فالاناث عليه نفقتهن الى أن يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له أن يؤاجرهن فى عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عمى أو شلل اوذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلوانى و رأيت فى موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها أحد على الاطلاق فى الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتى وان لم يكونوا عاجزين لانفقة لهم الثانى ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما أن يكون لهم مال أولا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى أن يبلغ الذكر حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته وليس له فى الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين كما فى سائر أملاكه وان كان لهم مال فاما حاضر أو غائب فان كان حاضرا فنفقتهم فى مالهم لا يجب على الاب شئ منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان أراد أن يرجع فى مالهم ينفق باذن القاضى فى ذلك فلو أنفق بلا امره ليس له الرجوع فى الحكم الا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له فى الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له أن يرجع الثالث أن يكون الاب فقيرا فان كانوا أغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا أغنياء فكذلك أيضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والاب أيضا عاجز عن الكسب فالخصاف قال يتكفف الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم فى بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والدوان علا فى دين ولده وان سفل الا فى النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك وكذا الوعدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ورجع على الاب اذا أيسر وفى جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد أو الام أو الخال اوالعم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا أيسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له أم موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له أب الا انها ترجع فى الاول ومانقل ابن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وأم موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما فى ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها على الجد وحده لجعله كالاب وبه قال الشافعى وفى نفقات الشهيد خلع امرأته وغاب عنها فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الام الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجعان عليه اذا كان بأمر الحاكم قال القاضى هذا اذا كانت الغيبة منقطعة (قوله لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وجه الاستدلال انه أوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولاد له لما عرف من أن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدا الاشتقاق علة له فاذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى وحين ثبتت نفقته بطريق أولى تبين ان نفقة الوالدة هى نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها فى الخدمة والتربية والرضاع حتى ان اللبن الذى هو مؤنته انما يستحيل لبنا من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما يحتاجه المحتاج اليه لكفايته وقد تقدم فى الكتاب ما يشير الى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وان كانت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى فى الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة

(قوله ويجوز أن يقال استدل بالآية الخ) أقول يأبى عن الحمل على ذلك قوله فيما سيأتى أما الولد فلاطلاق النص فقال

(قوله لا يقبل الاشتراك) أقول فيه تأمل

(وان كان الصغير رضيعا فليس على الام أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة) فكما أنه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب أو الوجوب اذا لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على ثدى غيرها وهو الذى أشار اليه المصنف بقوله أما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبى عن الضياع أو هو محمول على الوجوب عليها تديينا حتى لا يجوز استئجارها على الارضاع اذا كانت فى عصمته أو عدته على ما ذكره فى الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان بمعنى الامر وجب أن يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فى المطلقات وأوجب ايتاء أجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفى ذلك ابطال عمل احدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن فى معناها وهى المطلقة الرجعية

(وان كان الصغير رضيعا فليس على أمه ان ترضعه) لما بينا ان الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل فى تأويل قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه أما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبى عن الضياع قال (ويستأجر الاب من ترضعه عندها) أما استئجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا أرادت ذلك لان الحق لها (وان استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز) لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا أقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الاجر عليه وهذا فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا فى المبتوتة فى رواية وفى رواية أخرى جاز استئجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى انه باق فى حق بعض الاحكام (ولو استأجرها وهى منكوحته أو معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز) لانه غير مستحق عليها (وان انقضت عدتها فاستأجرها) يعنى لارضاع ولدها (جاز) لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية (فان قال الاب لا استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هى أحق) لانها أشفق فكان نظرا للصبى فى الدفع اليها

فقال هى الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزؤه فكان كنفسه (قوله وليس على الام ان ترضعه) يعنى فى الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذى سنذكره (قوله وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم) أى عدم الجبر بيان الحكم قضاء يعنى انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضى عليه وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضى عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع (قوله وذلك) أى عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فاذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدى غيرها أجبرت على ارضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلوانى أن ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدى ترك اجبارها الى التلف والى الاول مال القدورى والسرخسى وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته (قوله معناه اذا أرادت ذلك لان الحق لها) أى التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم وقد قدمنا من اختيار الفقيه ابى الليث الهندوانى والسمرقندى انها تجبر على الحضانة وفى كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه ثم لا يلزم المرضعة ان تمكث فى بيت الام الا ان يشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان أو تحمل الصبى معها اليه أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبى الى أمه (قوله وجه الاولى) لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا فى المبتوتة فى رواية بعد قوله وهذا يعنى عدم الاستئجار فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لان النكاح قائم والا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها فى الحكم والوجه وأيضا ربما يكون تأخير ذكر وجهه للايماء الى انه المختار عنده وكذا ظاهر اطلاق القدورى المعتدة فى قوله أو معتدته وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم اذ من عادته تأخير وجه القول المختار والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه فى فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن وكذا لا يجوز استئجارها للارضاع (قوله وان انقضت عدتها فاستأجرها)

رواية واحدة والمبتوتة فى رواية اذا كانت فى العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح

(قوله وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب الخ) أقول الامر للايجاب والتقييد لابد له من دليل والاصل هو الوجوب فى القضاء

وقوله (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه فى دينه) بأن أسلم الابن بنفسه والاب كافر أو على العكس لما ان اسلام الصبى العاقل وارتداده صحيح (كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته فى دينه أما الولد فلا طلاق ما تلونا) يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية (ولانه جزؤه فيكون فى معنى نفسه) وكفره لا يؤثر فى نفقة نفسه فكذا فى نفقة جزئه (وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه) يعنى وجوب النفقة (بازاء الاحتباس الثابت به) أى بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة والكتابية موجود والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز ان يكون الكفر مانعا كما فى استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافى وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها وأقول لو استدل على نفقة الزوجة أيضا باطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الآية كان أسهل تأتيا لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد فى سبب النفقة فانه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله فى قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله (فى جميع ما ذكرنا) أى من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير الى عمومه بوقوعه فى سياق النفى سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دورا أو عقارا أو ثيابا قال فى الذخيرة اذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل فى نفقة الانسان أن يكون فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا واعترض بان نفقة المرأة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية وقد تحقق فى نفقة المرأة أمر ضرورى فيتغير وذلك لان نفقة المرأة فى مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى

﴿فصل

(وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه واليه الاشارة بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده أى بالزامه لها أكثر من أجرة الاجنبية (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه فى دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته فى دينه) أما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون فى معنى نفسه وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفى جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال أما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا

اعلم أن حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا ألزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع داعية حنو الوالدة ظاهر فى عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه اذا امتنعت فاذا أقدمت عليه بالاجر وهى منكوحة أو معتدة عن رجعى أو مطلقا على ما هو الاوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجر يستحق فى مقابلة فعل الواجب ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استأجرها لارضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ومقتضاه أن لا يجوز بعد العدة أيضا كما قبلها وهذا لان الوالدات فى قوله تعالى والوالدات يرضعن أعم من البائنات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها والمانع من أخذ الاجرة والاستئجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع بأجر وغاية ما يقال ان الارضاع من نفقته وهى على الاب لا الام ويدفع بأن هذه النفقة أوجبها الذى له ولاية الايجاب على الام بعد ان أوجب رزقه لها بادرار الثدى فلم يبق منها سوى الفعل الاختيارى فأوجب عليها باقامة ثديها وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور أعنى يرضعن أولادهن والحق انه أوجب عليها مقيدا بايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففى حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشئ فتقوم الاجرة مقامه (قوله وفى جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبى مال) وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب أن يبيعه وينفقه عليه وكذا يعطى منه أجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاحتباس ذلك له ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها محتبسة لغرض الآخر فنفقتها عليه وان كانت غنية أما الولد فنفقته للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم والله أعلم

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد (ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه أما الابوان فلقوله تعالى (وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا) قيل نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة ياسعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان أحب ولدها اليها فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشي عليها فأتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكا اليه ذلك فنزلت هذه الآية (وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويترك ما كان سببا له في تلك المعيشة يموت من الجوع) وقد قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم (٣٤٧) حسن المصاحبة بأن يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا وكلامه واضح وقوله (لما تلونا) أراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه أولا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك فاعتبره بذي الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا تجب على الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة

﴿فصل﴾ (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه) أما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فانزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا وأما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سبب لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله أولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا

﴿فصل﴾ (قوله وعلى الرجل) أي الموسر (قوله وأجداده) يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا وفي جداته جداته لابيه وجداته لامه وان علون وقوله اذا كانوا فقراء يوافق باطلاقه قول السرخسي حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في ايكاله الى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى ولا تقل لهما أف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي الغني (قوله نزلت في الابوين الكافرين) بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من أناب الي ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعرى وينقلب هو في النعم الا أن محملها على غير الحربيين فأما الآباء الحربيون وان كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم الى قوله انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بينها وبين آية الابوين عموم وخصوص من وجه فيتصادقان في الابوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة في غير الحربيين وآية النهي في غير الابوين فتعارضا في الابوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح ولقائل أن يقول النهي انما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين واخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الابوين الحربيين اللذين لم يتحقق منهما قتال ولا مظاهرة على اخراج ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لان الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والاخراج منه وأيضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا أيضا حربيون (قوله وأما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات) ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ أعني

﴿فصل﴾ (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده الخ) أقول لم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه أولا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي الرحم المحرم ووجه الفرق مذكور في العناية وغيرها واختار المصنف ما ذكره السرخسي كما سيجيء بعد سطور قال المصنف (وأما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات) أقول فيه نظر لنا ولهما النص وفيه نظر فانهم في مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ (قوله لو وقعت المساواة الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين) ظاهر وقوله (لانانهينا عن البر فى حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين وأجيب بأن العمل باطلاقه يفضى الى التعارض المفضى الى الترك الممتنع فحمل ذلك على أهل الذمة وهذا على أهل الحرب وقوله (ولاتجب على النصرانى نفقة

أخيه المسلم) من فروع قوله ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه فى الفرق بينهما بأن النفقة متعلقة بالارث يعنى فى غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعنى قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلا قوله دوام ملك اليمين أعلى فى القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضى الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى ولان الانفاق صلة لاحياء حقيقة وصلة العتق صلة لاحياء حكما ولا شك فى ان الاحياء الحقيقى أعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره بأن يسأل الناس أو يره أحد من غير سؤال فان الهلاك جوعا فى العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر وأما الحاجة الى الاعتاق فانها لاتندفع الا من جانبه وأما كون الاحياء الحقيقى أعلى من الحكمى فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا قال (ولايشارك الولد فى نفقة أبويه أحد) بلا

(ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد) أما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها الحق له مقصودا وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء فى معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه لكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لاتجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانانهينا عن البر فى حق من يقاتلنا فى الدين (ولاتجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم) وكذا لاتجب على المسلم نفقة أخيه النصرانى لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق فى الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى فى القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا فى الاعلى أصل العلة وفى الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا (ولايشارك الولد فى نفقة أبويه أحد)

لفظ الابوين الذى هو مرجع الضمير فى قوله وصاحبهما فى الدنيا معروفا وفيه نظر فانهم فى مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فان أراد الحاقهم بالقياس فلا حاجة بل لا ينبغى أن يعلل بأنهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم فى جوده ويلحق بهم الاجداد ويعتبره فى عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم اياه فى عموم المجاز فى الامان ليدخل الاجداد مع ان الامان يحتاط فى اثباته وقوله ولهذا يقوم الجد الخ قيامه مقامه فى الوراثة وولاية الانكاح والتصرف فى مال ولد الولد هذا ولو قال انهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لان مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الابوان (قوله أما الزوجة الخ) عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها انه حيث أضاف ايجاب النفقة الى العقد فهو اضافة الى العلة البعيدة وأن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا (قوله فكما لا يمتنع الخ) الاحسن أن يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لان عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على انفاقه على نفسه محل نظر أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا أمره بالمعروف من ذلك (قوله ولاتجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم) اظهار لبعض صور ذلك الكلى وهو قوله ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وقوله لان النفقة أى نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعنى بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وسيأتى الكلام عليه (قوله فاعتبرنا فى الاعلى) وهو دوام ملك اليمين (أصل العلة) وهو القرابة المحرمة (وفى الادنى) وهو النفقة (العلة المؤكدة) بالتوارث وهذا فى الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعنى انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث وشرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملكه رقبة القريب فوقه فى القطيعة فأوجب رفعها

(قوله فحمل ذلك على أهل الذمة الخ) أقول فيه ان أم سعد لم تكن ذمية ثم سيجىء فى كتاب السير ما يخالفه ظاهرا (قوله و بالمعقول) أقول فيه ان ذلك ليس دليلا آخر بل لاظهار حكم تعليق الشارع ايجاب النفقة بالقرابة المحرمية مقيدا بالارث وعتق القريب بها بلا قيد

لان لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ولا تأويل لهما فى مال غيره ولانه أقرب الناس اليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه وهى على الذكور والاناث بالسوية فى ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما

بلا مؤكد بخلاف مالم يبلغ مبلغه فى القطيعة فانه لم يرفعه حينئذ الا مؤكد وماقيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والارث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم والحق فى الجواب ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لامن يثبت له ميراث بقيد كونه فى صورة وجوب النفقة عليه لايقال هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذمى لانا نقول بل هو اثبات الحكم فى محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الاصلى لا أن نفيه مضاف الى اللفظ (قوله لان لهما تأويلا فى مال الولد) يفيد أنه ملكهما (بالنص) وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسيأتى فى باب الوطء الذى يوجب الحد وأخرج اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رضى الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنه الترمذى فان قيل هذا يقتضى أن له ملكا ناجزا فى ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه والبيهقى عنها مرفوعا ان أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وأموالهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه مؤول أنه تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولد ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شئ مع وجوده (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبى حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث أثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين كما فى الميراث قياسا على نفقة ذوى الارحام وبه قال الشافعى وأحمد والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث ولهذا ثبت فى الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع اعتباره اولا فيجرى فيه الخلاف السابق بين شمس الائمة السرخسى والحلوانى وعن أبى يوسف قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الاب اليه كى لا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف بطنه وقال الشاعر

* كلوا فى بعض بطنكم تعفوا * وفى الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفى نفقات الحلوانى قال فيه روايتان فى رواية كما قلنا وفى رواية انما تجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا أو به زمانة يحتاج الى الخدمة اما اذا كان صحيحا فلا قال فى المحيط فعلى هذا الفرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه ثم الاصل فى نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وان سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليهما مع اشتراكهما فى الميراث واذا كان للفقيه ولد وابن ابن موسران فالنفقة على الولد لانه أقرب واذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وان كان الميراث بينهما لقرب البنت فاذا استويا فالنفقة عليهما الا أن يترجح أحدهما بمرجح وهما وارثان واذا كان له ولد ابن وولد بنت

الولاد المستندة الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية كما تقدم فان قلت لامنافاة بين الآيتين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضى ان يشارك الجد الابن كما ان قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التأويل فى مال الولد بالاجماع صار غنيا به والغنى لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن وقوله (ولانه أقرب الناس اليهما) أى الولد أقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما أولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان أقرب فهو أولى بالاستحقاق له وعليه وهى على الذكور والاناث بالسوية فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة ان النفقة بين الذكور والانثى أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الارحام ووجه الظاهر ماذكره فى الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التأويل وحق الملك لهما فى مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث فقوله (وهو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن

(قوله قلت الى قوله والغنى لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن) أقول فكان المآل الى التقييد بالحديث فان الاجماع لا يصلح مقيدا

(والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا أو أعمى) لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب

فهما سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا إذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهي على الولد لاستوائهما في القرب ويترجح الولد باعتبار التأويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس علي نفقته وقال الاب أنا معسر ذكر في المنتقى ان القول للاب والبينة بينة الابن (قوله والنفقة لكل ذي رحم محرم) أي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لامن الاخبار بالجار والمجرور نائبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال أحمد على كل وارث محرما كان أو لا وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام وجهه انه يجعل الاشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضارة لالايجاب النفقة فلا يبقى دليلا على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يختص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب وجه قول أحمد أنه تعالى علقها بالوارث فقيد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة أجيب بادعاء شهرتها واستدل على الاطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول امك وأباك وأختك وأخاك ثم ادناك ادناك ومارواه أحمد وأبو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يارسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ثم الاقرب فالاقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل عن أهلك شيء فلذوي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثاني لا يفيد وجوب النفقة أصلا لانه جواب قول السائل من أبر وهو لا يستلزم كونه سؤالا عن البر المفروض لجواز كونه سؤالا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الاول وليس هذا معارضا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينفي أن يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لا يقول بمفهوم الصفة على أن لقائل أن يلزمهم ان الوارث اريد به القريب عند من عبر به عنه خصوصا على رأيكم وهو أن كل قريب وارث لتوريثكم ذوي الارحام مع قولكم ان المراد به أهلية الارث في الجملة حتى قالوا اذا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اللهم الا أن يثبت قولنا نقطع بأن ايجاب النفقة لوجوب الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص هي على المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لان التحريم انما يثبت للوصل وهو الظاهر لما تقرر انه سبب التحريم في المحرمات من القرائب لان الافتراش اما عدم وصل أو يؤدي اليه (قوله فان القادر على الكسب غني بكسبه) وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا أخذ في البالغ الذي تجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قال والابن الزمن البالغ ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر الموسر على نفقة أحد من قرابته اذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على

(قوله فان ذلك للاشارة الى البعيد) أقول لا الى القريب الذي هو التحرز عن المضارة على ما فسر به أيضا

الكسب

وقوله (يجب ذلك) يعني النفقة (على قدر الميراث ويجبر عليه) أي على الانفاق أما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لاب وأم وعلى أخيه لام أسداسا بحسب ميراثهما فأما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وأم خاصة لان ميراث الولد له عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وأم ولا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كان نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة أما نفقة الابنة فلما بينا وأما نفقة الاب فلان الوارث ههنا الاخ لاب وأم خاصة لان الاخ لاب وأم يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه أحد من الاخوة فلا بد من ان يجعل كالمعدوم فاذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وأم والاخ لام أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك وهذا كله اذا كان الميراث قيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم وأما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذي الرحم المحرم الذي لم يرث لا على غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذي يحرز الميراث لان النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره في الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث أجيب بان نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه بخلاف الخال فان صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) كلامه ظاهر وقوله (ووجه الفرق) يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الاب والثلث على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه فكذا في النفقة على الصغير وأما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما أثلاثا فكذلك نفقته وقوله أخماسا على قدر الميراث يعني ثلاثة الاخماس من الميراث تكون للاخت لاب وأم والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل

قال (ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه) لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث) لان الميراث لهما على هذا المقدار قال العبد الضعيف هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد أثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات أخماسا على قدر الميراث

الكسب الا في الولد خاصة أو في الجد أبي الاب اذا مات الولد فاني أجبر الولد على نفقته وان كان صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يشد قول شمس الائمة السرخسي بخلاف الحلواني على ما قدمناه (قوله لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) بطريق انه يفيد علية مأخذ الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها مثاله اذا كان له أخ شقيق أو لاب وأخت شقيقة أو لاب فالنفقة عليهما أثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان ميراثهما منه كذلك ولو كانا لام وجبت عليهما نصفين كارثهما ولو كان معهما أخ لابوين أو لاب أو عصبة أخرى فالثلثان على العاصب ولو كان أخ لاب وأخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب وعلى هذا فقس (قوله ووجه الفرق) أي بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن (قوله فاختص بنفقته) لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ فانه ليس للاب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم (قوله على الاخوات المتفرقات) بان تكون أخت شقيقة وأخرى لاب وأخرى لام اخماسا ثلاثة اخماسها على الشقيقة وخمس على التي لاب وخمس على التي لام لان ميراثهن منه كذلك

(قوله أجيب بان نفقة ذي الرحم) الخ أقول في الجواب قصور فان وجوب النفقة معلق بالقرابة المحرمة الموروثة وليس ذلك بموجود في الخال مع وجود ابن العم فالاظهر أن يقال ليس المراد الارث بالفعل فان ذلك بعد موت المنفق

وقوله (غير ان المعتبر) استثناء من قوله وفي غير الوالد تعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو ان لا يكون محروما وفي كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر أهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) راجع الى قوله المعتبر أهلية الارث وقوله (ولا بد من اعتباره) أي اعتبار الارث بأن يكون أهلا لا محرزا ولهذا

غير ان المعتبر أهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير) لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة

قلنا لا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ولا عكسه وقوله (ولا تجب على الفقير) ظاهر وقوله (بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا) قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته (أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم) اذا كان معتملا ينفق من كسب يده وقوله (والفتوى على الاول) يعني ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم إذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلان لا يشترط ههنا وهي مؤنة من كل وجه أولى ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر أبي يوسف يشترط نصاب الزكاة ثم قال في الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى ان انتقص منه درهم لا يجب

بواسطة الرد عليهن (قوله غير ان المعتبر أهلية الارث) هذا هو الجواب الذي أسلفناه وقدمنا تقريره وايضاحه أن حقيقة الوارث غير مرادة فانه لمن قام به الارث بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت ارادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم أو عمة فان النفقة حينئذ على العم لاشتراكهما في المحرمية واحراز العم الميراث في الحال لو مات فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والخال أثلاثا على العمة الثلث ويجعل المعسر كالميت والحاصل ان قوله أهلية الميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم أما اذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم واذا اتفقوا في المحرمية والارث في الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر ارثهم كأن ليس معهم غيرهم (قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب) أي بنصاب الزكاة على ما روى عن أبي يوسف وعن محمد روايتان احداهما بما يفضل عن نفقته شهرا والاخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه أربعة دوانق وجب عليه الدانقان للقريب ومحمل الروايتين على حاجة الانسان ان كان مكتسبا ولا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي وان لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه ومال السرخسي الى قول محمد في الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدى بتيسير الاداء وتيسير الاداء موجودا اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد أرفق ومال الولوالجي الى قول أبي يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيتقدر به وقال في الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكاة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة (قوله والفتوى على الاول) أي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر الا أن النفقة لما كانت حق الآدمي نفسه تعتبر مجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى بسبب الآدمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من التيسير ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر أن يكون له قدر نصاب فاضل تجب عليه النفقة فاذا أنفق ولم يبق له شيء سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد

قال المصنف (لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة) أقول لا كما روى عن أبي يوسف هكذا قيل لكن في شرح الكنز للامام الزيلعي ان اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبي يوسف رحمه الله لانه هو المعتبر في وجوب المواساة عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر اه (قوله وهي مؤنة من كل وجه أولى) أقول فيه بحث فانها صدقة أيضا على ما دل عليه الاخبار الصحيحة وجوابه ان المراد أن شرعيتها للمؤنة ولا ينافي كونها عبادة بالنية بخلاف صدقة الفطر وسيجيء من المصنف في كتاب الحجر أيضا انها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا

(وان كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقوله (وقدبينا الوجه فيه) يريد ما تقدم من قوله ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء الى قوله ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم وقوله (واذا باع أبوه متاعه) ظاهر وقوله (وكذا الاتملك الام فى النفقة) مخالف لما ذكر فى الاقضية وما ذكره القدورى من جواز البيع للابوين فاما ان يكون فى المسئلة روايتان فى رواية الاقضية والقدورى تملك الام البيع كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وهما فى استحقاق النفقة على السواء واما

(واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقدبينا الوجه فيه (واذا باع أبوه متاعه فى نفقته جاز) عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهذا استحسان (وان باع العقار لم يجز) وفى قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك فى حال حضرته ولا يملك البيع فى دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام فى النفقة ولابى حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب ألا ترى ان للوصى ذلك فالاب أولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم أصلا فى التصرف حالة الصغر ولا فى الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له أن يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه (وان كان للابن الغائب مال فى يد أبويه وأنفق منه لم يضمنا) لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد أخذا جنس الحق

وهذا يجب أن يعول عليه فى الفتوى (قوله واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ اذا قدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم اذا احتاجوا (قوله وقدبينا الوجه فيه) عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء وهو قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم (قوله وان باع العقار لم يجز) ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا أو مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا (قوله لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ) وقرر فى النهاية وجه القياس بأن ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبى رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشيد ليس معتبرا فى انقطاع ولاية الاب نعم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد أو يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قالا فى جواب أبى حنيفة هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف فى باب الحجر (قوله وكذا الاتملك الام فى نفقتها) مع انها مساوية للاب فى استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضى أن يحكم به مع عموم ولايته (قوله ولابى حنيفة) حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصى فلان يملكه الاب أولى لان الوصى يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عند الثمن وهو جنس حقه فيأخذ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع لكن نقل فى الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدورى

ان يكون ما فى الاقضية والقدورى ما قولا بأن الاب هو الذى يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر وقوله (ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب) اعترض عليه بأنه كذلك لكن الفرض انه يبيعه لنفقته وانما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ وأجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق لا تتغير تلك الحقيقة اذ لا تأثير للعزيمة فى تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض وقوله على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم

(قوله من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر) أقول ألا ترى الى قول المصنف بخلاف غير الاب من الاقارب قال

المصنف (ولابى حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب) أقول قال الامام الزيلعى وفى المسئلة نوع اشكال وهو أن يقال اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ اجماعا فالمانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل اه جواب الاشكال الاول ظاهر فانهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الانفاق والبيع بقصد الانفاق وجواب الثانى يظهر من تقريرا لا كمل فتأمل فيه (قوله لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض) أقول فيه بحثان الاول انه اذا وجب بفرض القاضى واذنه فى الاستدانة ينبغى أن لا يجوز البيع على ما قرره والظاهر خلافه

(وان كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن) لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا أمره القاضي لان أمره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به (واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال (الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه) لان القاضي له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة والله تعالى أعلم بالصواب

في شرحه فانه أضاف البيع اليهما فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان وجه رواية الاقضية ان معنى الولاية يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الانفاق فتأويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها أما بيعها بنفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ (قوله فأنفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن) أي في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفي النوادر لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رفقة في سفر أغمي على أحدهم أو مات فأنفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا سألهم محمد فذكروا له ذلك فقال محمد لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وأنفق في تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد مأذون مات مولاه في بلد بعيدة فأنفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ في مسجد له أوقاف ولا متولي له فقام رجل من أهل المحلة في جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحسانا (قوله فظهر الخ) يعني اذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه للابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما (قوله فمضت مدة سقطت) هذا اذا طالت المدة فأما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضي مأمور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كل ما مضى سقط لم يمكن استيفاء شئ ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات (قوله لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة) وعن هذا ما قدمناه من انه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسرقت أو هلكت كان عليه أخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضي تلك المدة لم ينتف الاعتياض عنها (قوله الا أن يأذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط) وان كان في نفقة ذوي الارحام لما ذكر في الكتاب وما ذكره في زكاة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محمله في نفقة الاقارب ما اذا أذن القاضي في الاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا الى وفاء الدين أما اذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لاتصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به وقيل محمله ما اذا قصرت المدة بان تكون شهرا فأقل والله سبحانه أعلم

وقوله (لانه ملكه بالضمان) يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متبرعا بمال نفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي يعني أنها لا تسقط بمضي المدة لانها تجب مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى وقوله (الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه) استثناء من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه إذا أذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم أيضا كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها ولو أمر الغائب بالاستدانة صار دينا في ذمته لا يسقط بمضي المدة فكذا إذا أذن القاضي بذلك وإذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر مائة فمضت المدة وفي يدها منه شئ لم يحتسب للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حوسب به وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى تفرغ المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم

فصل

﴿فصل﴾ جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب أصحابنا ان الانسان لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق واما في الدواب فيفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالانفاق عليها وفي غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتى به أيضا الا انه إذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوج والمملوك في ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن في الاجبار على البيع زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الاحوال وأما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تأخيرا وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى (وعن أبي يوسف أنه يجبر) وهو قول الشافعي وقاساه على الرقيق والاصح ما قلنا يعني من عدم الجبر

﴿فصل﴾ (وعلى المولى ان ينفق على عبده وأمته) لقوله صلى الله عليه وسلم في المماليك انهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله (فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) لان فيه نظر اللجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك (وان لم يكن لهما كسب) بان كان عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها (أجبر المولى على بيعهما) لانهما من أهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا و بخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه و بين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ (قوله وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبي والاولى أن يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير اذن القاضي و بغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا أنفق فيما على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان أنفق أحدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه و بغير أمر القاضي فهو متطوع كذا في الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل في يده أمة ان هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة ادعت الامة أو جحدت ويضعها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذي كانت في يده اه ولو ان عبدا صغيرا في يد رجل فقال لغيره هذا عبدك أودعته عندي فأنكر يستحلف ما أودعه ثم يقضي بنفقته على من هو في يده لانه أقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه في يد نفسه والقول له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث أبي ذر أنه صلى الله عليه وسلم قال هم اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل و يلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم ورواه أبو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوهم ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رضي الله عنه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم رواه أحمد والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله فاذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله أعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد (قوله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) على أنفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه الا اذا نهاه عن الكسب أما اذا كان عاجزا عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد اذا أبى أن ينفق عليه (قوله بأن كان عبدا زمنا) يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن أن يؤاجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كعين البناء وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام تبونه هنا أولى وكذا اذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها ان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الانفاق أو البيع بخلاف المدبر والمدبرة وأم الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدروا على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء ولو أعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس بينهما محرمية وان كان عصبة له كابن العم (قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ) ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضي على ترك الانفاق عليها الان لان اجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من أهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من أهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة ألا ترى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح ان يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء والله تعالى أعلم

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له في انه اسقاط بنى على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل إما افسادا في الملك أو تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق ومن محاسنه انه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه أهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية وتفسيره في اللغة القوة يقال عتق الفرخ إذا قوى وطار عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة والولاية والقضاء وأسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي في دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول أبي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا مالكا ملك اليمين وركنه ما ثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما يبدل أو بغيره وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها

(١) قوله خشاش كذا في بعض النسخ وأيده في النهاية قال والخشاش بالكسر الحشرات وقد يفتح وفي الحديث ان امرأة الخ وسرده الى أن قال ويروى بالحاء المهملة وهو يابس النبات وهو وهم كتبه مصححه اليه

﴿ كتاب العتاق ﴾

(الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ايما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال (العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه)

في الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له ويعتمد أهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون آثما معاقبا بحبسه ما عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث امرأة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي أطلقتها تأكل من (١) خشاش الارض ولا هي أطعمتها وذكر المصنف انه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان يعني ما تقدم من رواية أبي داود لا تعذبوا خلق الله ونهى عن اضاعة المال وهو ما في الصحيحين من انه صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ما ذكر انه يكره في غير الحيوان أن لا ينفق عليها يعني كالاملاك من الدور والزروع فانه يؤدي الى ضياع المال وعن أبي يوسف انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله وغايته ما فيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب أحدهما من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للآبي اما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك ﴿ فروع ﴾ وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان أو لا مثاله أوصى بعبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو أوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله أوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو ان يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعا وكذا لو أوصى بنخل لواحد وبثمرها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي التبن والحنطة ان بقي من ثلث ماله شئ فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما وأقول ينبغي أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب القليل ألا يرى الى قولهم في السمسم اذا أوصى بدهنه لواحد وبثجيره لآخر فان النفقة على من له الدهن لعدم عدما وان كان قد يباع وينبغي أن يجعل كالحنطة والتبن في ديارنا لان الكسب يباع لعلف البقر وغيره وكذا أقول فيما عن محمد ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ونفقة المبيع قبل أن يقبض قيل على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع مادام في يده ويجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل ان اتفقا على ذلك والله سبحانه أعلم

﴿ كتاب العتاق ﴾

اشترك كل من الطلاق والاعتاق في انه اسقاط الا أنه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع وأما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا فقد ميزت أنواع الاسقاطات باسماء لينسب اليها مع اختصار وتسرى اضافة البعض الى الكل وهذا على ظاهره قولهما وعلى قوله بتأويل الاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا أنه قدم الطلاق وان كان غير مندوب

اليه على العتق المندوب اليه وصلاله بمقابله وهو النكاح ولانه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به أوهو من بيان أحكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لانه في بيان أنه يملكه على أي وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن فان الرق أثر الكفر فالعتق ازالة أثر الكفر وهو احياء حكمي لا ثر حكمي لموت حكمي فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كأنه لم يكن له روح قال تعالى أومن كان ميتا فأحييناه أي كافرا فهديناه ثم أثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب أهليته لما نأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع أيضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الاكبر فقوبل احياؤه معنى باحيائه معنى أعظم احياء كما وردت به الاخبار عن سيد الاخيار منها الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج أخرجه الترمذي في الايمان والنذور ورواه ابن ماجه في الاحكام والباقون في العتق وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار وزاد أبو داود وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزي مكان عظمين منها عظما من عظامه وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لانه ظهر ان عتقه بعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك أحد في عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيق لقوة سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها القوة تأثيرها وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال

على آلية عتقت قديما * وليس لها وان طلبت مرام

يعني قدمت وانها لا ترام بحيل وبعده

بأن الغدر قد علمت معدّ * علي وجارتي مني حرام

المعنى انه حلف من قديم انه لا يغدر ولا يزني بجارته وكذا تقول عتقت اذا سبقت وذلك لفضل القوة والعتق أيضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه في الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكريم يعني الحسيب وقيل قالت أمه لما وضعته هذا عتيق من الموت وكان لا يعيش لها ولد وكل هذه المفهومات ترجع الى زيادة قوة في معانيها وقيل هو اسم العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تفاؤلا له بالحسب المنيف أو بعدم الموت واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قاله في المبسوط والعتق في الشرع خلوص حكمي يظهر في الآدمي عما قدمناه ثابتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن أن يكون هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوي وعن هذا قال في الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المفسر هو بها لغة أعم من كونها في البدن أو ما يرجع الى

شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لا يصح لانه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم

معنى آخر ولذا أطلقوه في المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع الى معان مختلفة الا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية وهو التحرير اثبات الحرية وهي الخلوص يقال طين حر للخالص عما يشوبه ومنه يقال أرض حرة لا خراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد أنت طالق مع عتق مولاك اياك وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب الى الله تعالى وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد يكون الاقرار بحرية عبد انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل به الى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة وكذا زوال يده عنه بأن هرب من مولاه الحربي الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره وهو نفسه ركن الاعتاق اللفظي الانشائي وشرطه أن يكون العتق حرا بالغا عاقلا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم في تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجد بلا اختيار ومن الكافر بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو أعتقه يذهب الى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد والقربة ما يكون خالصا لله عز وجل فتحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والندب والاباحة والتحريم هذا وفي عتق العبد الذمي ما لم يخف ماذكرنا أجر لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه وأما ما عن مالك انه اذا كان أغلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم أفضلها أغلاها بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين لانه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه وأما ما يقال في عتق الكافر ماذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقادات وإلفها فلا يرجع عنها ولذا نشاهد الاحرار بالاصالة منهم لا يزدادون الا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته نعم الوجه الظاهر في استصحاب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين وأما تفريغه للتأمل فيسلم فهو احتمال والله أعلم (قوله ولا ملك للمملوك) عن هذا قلنا ان مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه أحمد وكان عمر اذا أعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل والجمهور ما عن ابن مسعود انه قال لعبده يا عمير اني أريد أن أعتقك عتقا هنيا فأخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الاثرم (قوله وكذا اذا قال الصبي الخ) وكذا اذا قال المجنون اذا أفقت فهو حر لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الاهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) روى أبو داود والترمذي

الاعتاق لانه قال والبلوغ لان الصبي ليس من أهله والصبي من أهل العتق ألا ترى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من أهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك أيضا قوله لان المجنون ليس بأهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله (ولهذا) أي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله لانه لما أسند الى حالة منافية الاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس بأهل لقول ملزم يعني لان الصبا يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل لا نسلم ذلك بل هو أهل له ألا ترى ان صبيا لو أقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا تسمع دعواه أجيب بأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد واقراره مؤكد

كتاب العتاق

قال المصنف (شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في ملكه) أقول لك أن تقول بعد قوله في ملكه لا يحتاج الى شرط الحرية والجواب ان اشتراط الحرية مقصود بالافادة ولذلك لم يكتف بمعلوميته ضمنا

(واذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر او قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو) لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وان كان فى الاخبار فقد جعل انشاء فى التصرفات الشرعية للحاجة كما فى الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عنيت به الاخبار الباطل أو انه حر من العمل صدق ديانة) لانه يحتمله

والترمذى فى الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذى حديث حسن صحيح وهو أحسن شئ روى فى هذا الباب وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة (قوله لان هذه الالفاظ صريح فيه) أى الالفاظ التى تستعمل لانشاء الاعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق بأى صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الاصح وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرر عتيق معتق ولو فى النداء كيا حر يا عتيق فانه هكذا حر والمولى كقوله هذا مولاى أو يا مولاى يعتق وان لم ينو والمصدر العتاق عليك وعتقك على ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر ولو قال أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية ذكره فى جوامع الفقه فعلى هذا لا بد من اصلاح ضابط الصريح ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لا ان نوى غيره الا فى القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع اذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغى أن يكون هذا اذا لم يكن هازلا فان كان هازلا فانه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وان نوى غيره وهو الكذب هزلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافى من قوله ذكر محمد بن الحسن عن أبى يوسف عن اسمعيل بن مسلم المكى عن الحسن عن أبى الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا فى ذلك فانه يقتضى وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر يعنى محمدا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعية فى الصريح فك الرقبة ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لذلك القائل اليس سواء فك الرقبة أن تعين فى عتقها وقوله تصح حرا اضافة للعتق وتقوم حرا وتفعد يعتق فى الحال ولو قال أنت حر النفس عتق فى القضاء وان قال فى أفعالك وأخلاقك لا يعتق هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة وقال أما أنا أرى أن يعتق اذا أراد به الحرية وعن أبى يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد رحمه الله وبأدنى تأمل يظهر ان لا فرق بين هاتين العبارتين فى المعنى فاذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن أحمد انه صريح واستبعد (قوله لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا) على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك امارة الوضع فوافق قول الايضاح وغيره حيث قالوا الصريح ما وضع له والوضع يغنى عن النية (قوله فأغنى عن النية) يعنى انه لا يشترط النية لثبوت العتق أما نية عدمه بأن ينوى به شيأ آخر فعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء على ما سيذكر (قوله والوضع) أى وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجئ فيه الخلاف فى وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الذى عين الواضع صيغته للدلالة على مضى حدثه الى شئ ليفيد الاخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لاثبات أمر لم يكن وضع آخر له والحاصل أن الحاجة قائمة الى اثبات هذه المعانى عند النطق ولا بد من دفعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة فى ذلك هذه الالفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لان أهل اللغة أيضا يثبتون هذا المعنى أعنى تحرير العبد والاماء ببعض هذه الالفاظ فقوله فقد جعل انشاء فى التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ولا شك

وقوله (واذا قال لعبده أو أمته أنت حر) قال فى المبسوط الالفاظ التى يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية التى يحصل بها العتق صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء اما صيغة الخبر فان يقول قد أعتقتك أو حررتك وأما صيغة الوصف فان يقول أنت حر وأنت عتيق وأما المنادى فان يقول يا حر يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاى الخ

(ولا يدين قضاء) لانه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق) لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور وهذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له فيما أخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف

انه الشارع ويفيده قوله كما في البيع أيضا وحينئذ فيجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقريره وكذا في الطلاق والعتاق وقد قدمنا في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا لاخباره قبله وكلام الكافي في العتق أيضا مثله وهو يقتضي انه على خبريته لم يجعل انشاء أصلا وعلى هذا قرره المصنف في الطلاق ولفظه في البيع يخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان المراد مشتبها والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو ما اذا كان الخطاب لعبد أو بالاشارة كقوله هذا حر فانه يعتق به أيضا والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعا جديدا فلم يكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحا لاخباره كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير النداء أما في النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعا بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك نفسك أو بعتك نفسك منك فانه يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا أنه اذا أوجبه لآخر يتوقف على قبوله واذا أوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد أما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول (قوله ولا يدين لانه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال عنيت انه كان حرا في وقت فانه يتطرق ان كان العبد من السبي دين وان كان مولدا لا يدين كذا في الغاية ﴿فروع﴾ في البدائع دعا عبده سالما فأجابه آخر فقال أنت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى انما يعتق الذي عناه ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم لانه لا مخاطب هنا الا سالم وفيه قال لعبد انت حر وأول وجته أنت طالق ان نوى العتق والطلاق وقع لانه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا أنها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتقف على النية ولو قال أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار حرا في شئ صار حرا في كل الاشياء (قوله وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع أولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد أي في مسئلة يا ابني ثانيها فيما اذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد او آزاد وناداه يا حر انه يعتق فقال لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وهذان معا يفيدان أن عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقا له ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا ضمنا فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعا تصحيحا للكلام وهذا يفيد ان ثبوتها اقتضاء تصحيحا لاخباره الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا أخي حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الاعتاق قيدا آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادى يمكن اثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل لمجرد اعلامه باستحضاره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو خلق من مائه كان ابنا له قبل النداء لا به ﴿فرع﴾ في جوامع الفقه قال لعبد غيره يا حر اسقني ثم اشتراه يعتق قيل هذا نقض للقاعدة أجيب بأنه يمكن اثباته حال النداء بأن أعتق عبد غيره فأجاز المولى فانه يعتق (قوله لان مراده الاعلام) أي اعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه وهذا ظاهر اذا كان علميته

وقوله (وسنقرره من بعد) أراد به قوله في مسئلة يا ابني على ما سيجيء وقوله (الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له يا حر (قوله وكذا عكسه) يعني بأن ناداه بقوله يا حر وكان لقبه آزاد وقوله (فيعتبر اخبارا عن الوصف) قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف وأجيب بأنه اذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف وكان النداء اخبارا بأن المنادى موصوف بهذه الصفة

وقوله (وسيأتيك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف فى تجزى الاعتاق على ماذكره وقوله وقد بيناه يعنى فى الطلاق وقوله وكذا قوله لامته قد أطلقتك) يعنى ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الارسال تخلية السبيل بخلاف قوله طلقتك فانها لاتعتق لانه صار صريحا فى الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتى بيانه وقوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفى لليد وكانه قال لايد لى عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان تزول اليد ويبقى الملك كما فى المكاتب بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بأن قال لاملك لى عليك ونوى العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك أو لازما له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم وان كان الثانى فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما فى المكاتب على ماذكرنا ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه (٣٦١) فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى أن يسلم

(وكذا لو قال رأسك حر أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لامته فرجك حر) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر فى الطلاق وان أضافه الى جزء شائع يقع فى ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان أضافه الى جزء معين لايعبر به عن الجملة كاليد والرجل لايقع عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والكلام فيه كالكلام فى الطلاق وقد بيناه (ولو قال لاملك لى عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق) لانه يحتمل انه أراد لاملك لى عليك لانى بعتك ويحتمل لانى أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا الا بالنية قال (وكذا كنايات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكى ولاسبيل لى عليك ولارق لى عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفى السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلابد من النية وكذا قوله لامته قد أطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن أبى يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال لا سلطان لى عليك ونوى العتق لم يعتق)

(قوله وتفسيره فى اللغة الخ) أقول أى تفسير العتاق بمعنى العتق ففيه استخدام اذا كان المراد من لفظه معنى الاعتاق كما لايخفى (قوله ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربى الخ) أقول لم تزل يد الحربى عنه فى هذه الصورة بل عتقه لامر آخر كما سيجىء فى كتاب السير وزوال يده عنه فيما اذا هرب من دارهم أو ظهر عليها كما يجىء أيضا (قوله وشرطه كون المعتق حرا) أقول فيه استخدام أيضا (قوله ألا ترى أن صبيا لو أقر بالرق لزمه) أقول لعل المراد الصبى الذى كان فى يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه والا فالصبى المعبر عن نفسه فى يد نفسه كما ستقف عليه

له معاومة فيكون قصد غيره استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا أن يريده فيعتق حينئذ (قوله أو قال لامته فرجك حر) خص الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لايعتق لانه لايعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك على حرام ينوى العتق لاتعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفى لسانك حر يعتق لانه يقال هو لسان القوم وفى الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفى الدبر والاست الاصح انه لايعتق لانه لايعبر به عن البدن وفى العتق روايتان والاولى ثبوت العتق فى ذلك حر لانه يقال فى العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكروهو ذكرهم (قوله وسيأتيك الاختلاف فيه) عند أبى حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهى مسئلة تجزى الاعتاق الآتية (قوله ولو قال لاملك لى عليك) شروع فى الكنايات والحاصل ان ما ليس بصريح من الالفاظ منها ما يقع العتق به اذا نواه ومنها ما لايقع به شىء وان نواه فالاول نحو لاملك لى عليك لاسبيل لى عليك خرجت من ملكى لارق لى عليك خليت سبيلك ولاحق لى عليك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقوله لامته اطلقتك أو انت حر أو قال لعبده انت حر عتق فى الجميع ان نوى

فى كتاب الشهادات (قوله فالجواب انه ليس بملزوم الى قوله فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق) الى أن يسلم أقول قال المحشى الشهير بيعقوب باشا فيه كلام فانه لايجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والاعتاق فان زوال اليد لازم للاعتاق فان قلت الاعتاق ازالة الملك عند أبى حنيفة قلت نعم لكنه ازالة مخصوصة ولو سلم فلا يتضح الكلام على قولهما وليس فى المسئلة خلاف مسموع بل الصواب فى الجواب أن يقال ان اللفظ المستعمل فى حق العبد انما يحمل على العتق مجازا اذا كان أصل معناه منافيا للعبدية سواء كانت المنافاة بسبب العتق أو بسبب آخر فلاحتمال العتق يحمل عليه مع النية كما فى لاسبيل لى عليك وأما اذا لم يكن منافيا كما فى لايد لى عليك فلا لعدم الضرورة فتأمل اه وفيه بحث فان الحصر المستفاد من قوله انما يحمل على العتق الخ ممنوع لابد له من دليل وكيف لايمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تشديد عليه ثم بقى فى جواب الشارح بحث من وجه آخر بان يقال وكذا زوال السبيل ليس بلازم لزوال الملك فان الملك يزول بالبيع قبل تسليم المبيع والثمن والبائع يسبيل من حبس المبيع الى أن يسلم الثمن وجوابه أن السبيل المضاف لازم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتأمل

لان السلطان عبارة عن اليد وسمى السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق (ولو قال هذا ابنى وثبت على ذلك عتق)

ولو قال أنت لله او جعلتك لله خالصا روى عن أبى حنيفة انه لا يعتق وان نوى لان الاشياء كلها لله بحكم التخليق وعنهما انه يعتق لان الخلوص لا يتحقق الا بالعتق والثانى نحو أن يقول لعبده بنت منى ولامته بنت عنى أو حرمت على أو أنت برية أو بائن او بتة او اخرجى أو اغربى أو استتري أو تقنعى أو اذهبى أو اختارى فاختارت نفسها لانه يثبت العتق بها وان نواه وكذا طلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر وكذا اذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى وفى المغنى اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لان التشبيه للمشاركة فى بعض المعانى وقد تحقق ذلك وقال بعض المشايخ يعتق اذا نوى كقوله لامرأته انت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا ان نوى الايلاء (قوله لان السلطان عبارة عن اليد) قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد انه التحقق لا التساهل والتجوز فانه قال وسمى السلطان به لقيام يده فانه يقتضى أن المعنى الحقيقى الاصلى للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما تسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ثم قيل هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس كل سلطان فى القرآن هو الحجة واليد فاذا قال لا سلطان لى عليك فانما نفى الحجة واليد ونفى كل منهما لا يستدعى نفى الملك كالمكاتب بخلاف نفى السبيل لانه نفى الطريق والطريق المسلوك لا يراد حقيقة هنا فجعل كناية عن الملك لان الطريق ما يتوصل به الى غيره والملك فى العبد يتوصل به شرعا الى انفاذ التصرفات فاذا صح جعله كناية عنه عتق اذا أراده بخلاف السلطان فانه اليد فنفيه نفى اليد وهو غير مستلزم نفى الملك كما فى المكاتب فلو جعل كناية عن العتق وفيه ازالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وانه لا يجوز وكذا لا حجة لى عليك واعلم ان بعض المشايخ مال انه يعتق بالنية فى لا سلطان لى عليك وبه قال الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ انه ليس ببعيد وعن الكرخى رحمه الله فنى عمرى ولم يتضح لى الفرق بين نفى السلطان والسبيل ومثل هذا الامام لا يقع له مثل هذا الا والمحل مشكل وهو به جدير أما أولا فان اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة فاذا قيل له سلطان أى يد يعنى الاستيلاء وقد صرح فى الكافى بان السلطان يراد به الاستيلاء واذا كان كذلك كان نفيه نفى الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد بنفى السبيل بل أولى بادنى تأمل وأما ثانيا فالمانع الذى عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع اذ غاية الامر أن يكون المعنى المجازى أوسع من الحقيقى ولا بدع فى ذلك بل هو ثابت فى المجازات العامة فان المعنى الحقيقى فيها يصير فردا من المعنى المجازى كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازى أعنى العتق أو زوال الملك فالذى يقتضيه النظر كون نفى السلطان من الكنايات (قوله وثبت على ذلك) قيل هذا قيد اتفاقى لا معتبر ولذا لم يذكره فى المبسوط وذكر فى الينابيع الثبات ليس بلازم وفى النهاية رأيت بخط شيخى وفى شرح القدورى لابى الفضل أراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفى أصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق وبوافقه ما فى المحيط وجامع شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنبية ولد مثلها المثله هذه بنتى ثم تزوجها بعد ذلك جاز أم على ذلك أم لا قالوا هذا فى معروفة النسب أما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والاجاز قال فى المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب لا العتق لان ثبوت النسب

وقوله (لان للمولى على المكاتب سبيلا) يعنى من حيث المطالبة بدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق قال (ولو قال هذا ابنى) ومن قال لعبده الذى يولد مثله ليس له نسب معروف هذا ابنى (وثبت على ذلك) ثبت النسب فيعتق عليه

قال المصنف (لان للمولى على المكاتب سبيلا الخ) أقول منافض لقوله لأنه يحتمل نفى السبيل بالبيع والكتابة

ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز ذكره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاى أو يا مولاى عتق) أما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة فى الدين والأعلى والأسفل فى العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة والعبد نسب معروف فانتفى الاول والثانى والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة والاضافة الى العبد تنافى كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتى لما بينا ولو قال عنيت به المولى فى الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لمخالفته الظاهر واما الثانى فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال ياحر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ

يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوج بمن أقر ببنتيتها وفى مختصر الكرخى اذا أقر فى مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال ليس بينى وبينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فان المال كله للموصى له ولا شئ للمقر له لان المريض بجحده ما أقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابنى هل تصير أمه أم ولده اذا كانت فى ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب وقيل تصير أم ولد فى الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير أم ولده وان كان مجهوله حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولده وهذا أعدل (قوله اذا كان يولد مثله لمثله) يعنى اذا كان مثله فى السن يجوز شرعا أن يكون ابنا لمثل المدعى فى السن هذا هو المراد وحاصله اذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتى لو كان المدعى أبيض ناصعا والمقول له اسود حالك أو بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب (قوله وان كان ينتظم الناصر) قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر فى قوله تعالى حكاية عن زكريا وانى خفت الموالى من ورائى (قوله فتعين الاسفل فالتحق بالصريح) أورد عليه شارح انه مشترك استعمل فى معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقولهم المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم على انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادى أنا عنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على أن المراد الاسفل ولا تعتبر ارادة الناصر ونحوه وهذا فى غاية المكابرة اه والجواب ان قوله استعمل فى معان فلا يكون مكشوف المراد ان أراد دائما منعناه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك فى بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفى غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ومنعه ان المولى لا يستنصر بعبده لا يلائم ما أسنده به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا حزبه أمر لا يستدعى للنصر عبده بل بنى عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فأين دعاؤه اياهم لذلك من كونهم ينصرونه وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية فطغا قلمه فنقول هذا الصريح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى انما قاله بعد قوله عما هو ملحق بالصريح فى ارادته العتق فأثبت حكمه ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضى والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة واعلم ان فى المسئلة خلافا ذهب بعض المشايخ انه لا يعتق فى هذا مولاى الا بالنية وانه بين الصريح والكناية

صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاقى وقوله (لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب) لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه (واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر الحقيقة) وسيجئ بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاى) ظاهر وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو يستعمل فى ثلاثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير أما مجيئه بمعنى الناصر فكما فى قوله تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم وأما بمعنى ابن العم فكما فى قوله تعالى وانى خفت الموالى من ورائى وقوله (والثالث نوع مجاز) يعنى الموالاة فى الدين لان المولى مشتق من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشرقى والمغربى من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه

كذا فى بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير وقوله (فالتحق بالصريح) يعنى بدلالة الحال فى المحل وهو كونه عبدا

(قوله كذا فى بعض الشروح) أقول يعنى شرح تاج الشريعة

وقوله (واما الثانى) يعنى به قوله يامولاى وقوله (بخلاف ماذكر) يعنى قوله ياسيدى يامالكى لانه ليس فيه مايختص بالعتق معناه ان معنى قوله يامولاى يامن لى عليه ولاء العتاقة حيث تعين الاسفل مرادا فيثبت بهذا القول مايختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضى سابقة العتق بخلاف قوله ياسيدى يامالكى فان معناه يامن له السيادة والملك على ولم يثبت به شئ يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله (ولو قال يا ابنى أو يا أخى لم يعتق) فرق بينهما وبين قوله ياحر فى وقوع العتق به دونهما لان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقق ذلك الوصف فى المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما هو فى قوله ياحر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته فى الحال (على مابينا) يعنى فى قوله لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى الخ واذا كان بوصف لايمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لايمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لايكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يعتق فيهما) أى فى قوله يا ابنى يا أخى والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة الفاظ فى ظاهر الرواية ياحر ياعتيق يامولاى وفى رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابنى ويا أخى والاعتماد على الظاهر وقوله (ولو قال يا ابن) ظاهر قال (وان قال لغلام ثبوت لايولد مثله لمثله) اذا قال لعبده وهو أكبر سنا منه (هذا ابنى عتق عند أبى حنيفة وقالا لايعتق) وهو قول أبى حنيفة أولا (وهو قول الشافعى)

وقال زفر رحمه الله لايعتق فى الثانى لانه يقصد به الاكرام بمنزله قوله ياسيدى يامالكى قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ماذكره لانه ليس فيه مايختص بالعتق فكان اكراما محضا (ولو قال يا ابنى أو يا أخى لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى للانه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف فى المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما فى قوله ياحر على مابيناه واذا كان النداء بوصف لايمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لايمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لايكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام وروى عن أبى حنيفة رحمه الله شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لايعتق لان الامر كما أخبر فانه ابن أبيه وكذا اذا قال يا بنى أو يا بنية لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة والامر كما أخبر (وان قال لغلام لايولد مثله لمثله هذا ابنى عتق عند أبى حنيفة رحمه الله) وقالا لايعتق وهو قول الشافعى

(قوله وقول زفر لايعتق فى الثانى) وهو يا مولاى الا بالنية وبقوله قال الشافعى ومالك وأحمد لانه يراد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدى يامالكى أفاد انهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وهكذا فى ياسيد وقد قيل انه يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق فى ياسيدى لا فى ياسيد والمختار انه لايعتق فيهما الا بالنية (قوله بخلاف ماذكر) وهو ياسيدى يامالكى لانه ليس فيه مايختص بالعتق فى الحال ولا بعد العتق لانه لايصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة لفرض ان المتكلم حر غير عبد فتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازى الذى هو العتق لجواز أن يريد مجازا آخر هو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية فقلنا اذا نوى ياسيدى العتق عتق أما اذا لم تكن له نية صيرنا الى الاخف الذى هو الاكرام لان زوال الملك لايثبت مع الاحتمال بلا نية بخلاف يامولاى لانه بحقيقته فى الاسفل يثبت العتق بعد انتفاء الحقائق الاخر بالنافى (قوله ولو قال يا ابنى أو يا أخى لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى بطلوبيته حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقه كما سلف وان لم يمكن تجرد للاعلام والبنوة لايمكن اثباتها من جهة العتق الا تابعا لوتخلق من ماء غيره ولا تثبت لثبوت النسب وعلى هذا فينبغى أن يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فعتق وفى نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله لو قال لعبده ياعمى ياخالى أو يا أبى ياجدى أو يا ابنى أو لجارية يا عمتى يا خالتى أو يا أختى أو لعبده يا أخى لايعتق فى جميع ذلك ووجهه على وجه يدفع واعلم انه اذا كان المقصود من النداء استحضار الذات الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتا له مع النداء والا لا شك ان الابنية لايمكن اثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره فقول المصنف لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لافائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لاتثبت الابنية الا بذلك التخليق من ذلك الماء لا باللفظ وهذا على ان ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خبرا صريحا بخلاف ماتضمنه النداء بالوصف وعلى هذا فقد مناتقريره فى ياحر مساهلة لعدم اختلاف الجواب فان الثابت الحرية فان قرر ثبوتها اقتضاء الخبر الضمنى أو اثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود وأما الرواية عن أبى حنيفة التى ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمنى بتحقق وصف الابنية غيرانه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد لمثله وعدم العتق اذا كان معلوم النسب (قوله لهم ان هذا كلام محال) أى معناه الحقيقى محال فيرد فيلغو نفسه واذا عد اغوا لم يوجب حكما أصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو

وأصل هذه المسئلة ان المجاز خلف عن الحقيقة فى الحكم عندهما وفى التكلم عند أبى حنيفة على ماعرف فى الاصول وقد قررناه فى التقرير فقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة لامكان أن يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال اعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق وقال أبو حنيفة تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابنى كلام صحيح فى محله من مبتدا وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكت لان البنوة اذا ثبتت فى المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لامحالة فيحمل على ذلك تصحيحا لكلامه بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله أعتقتك قبل أن أخلق ملزوما لقوله أنت حر من حين ملكت لان الاول يقتضى عدم ورود الملك عليه والثانى يقتضى وروده البتة والشئ لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين) جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش فى الصورة المذكورة لان القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك على خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق فى الوصف وهو الارش (حتى وجب على العاقلة فى سنتين) بلفظ التثنية كذا فى النهاية وذلك المال الذى هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فاهو مسبب لا يمكن

رحمه الله لهم انه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولابى حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة فى المملوك سبب لحريته إما اجماعا أو صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز فى اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة فى المملوك والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز على ماعرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له فى المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال فى الوصف حتى وجب على العاقلة فى سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما أمكن اثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه

ثبوت العتق كما انه لما لغا قوله أعتقتك قبل أن أخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على ان شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الاصل فان المجازى ليس محلا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مثلا مبتدأ وخبرا ومن سعد بانتهاض وجهه فى المبنى سعد بهذا الفرع ونحوه وبه يعرف ان استدلال المصنف كله فى غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب للعتق وانه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الاصل أى الحقيقى فتحرير محل النزاع أن تقول اتفقوا على ان المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به والاصل أن لا يصار الى المجاز الا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر واختلفوا فى جهة الخلفية فعندهما الخلفية بينهما فى الحكم يعنى ان الحكم الذى يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابنى خلف عن الحكم الذى يثبته نفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند أبى حنيفة فى التكلم يعنى نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابنى مستعملا فى الحرية خلفا عن هذا ابنى مستعملا فى ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول أوجه وان كان معنى الاخر صحيحا لانهم لم يحكموا خلافا سوى فى جهة الخلفية وعلى ماقيل يكون فيها وفى الاصل أيضا انه نفس اللفظ الذى هو المجاز فى الاستعمال الحقيقى أو اللفظ الذى يؤدى ذلك المعنى المجازى بطريق الحقيقة وقال فخر الاسلام فى تحرير قول أبى حنيفة يشترط صحة الاصل من حيث انه مبتدأ وخبر موضوع للايجاب بصيغته فاذا وجد وتعذر الحمل بحقيقته الى آخر ماذكره ولاشك ان صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقى انما

اثباته وما يمكن اثباته ليس بسبب وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو أما الحقيقة فظاهرة وأما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم للارش الذى هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك وقوله (أما الحرية لا تختلف) معناه الحرية التى جعلنا قوله هذا ابنى وهى الحرية من حين ملك مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها (فأمكن جعله) أى جعل قوله هذا ابنى (مجازا عنه) أى عن الحرية على تأويل العتق أو المذكور

قال المصنف (لهم انه كلام محال فيرد فيلغو) أقول يرد عليه هذا أسد الا أن يقولوا فرق بين افادة الحكم الشرعى وغيره والكلام المحال لا يفيد الاول فليتأمل قال المصنف (والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز) أقول نعم الا ان اعتباره مشكل هنا فانه فى الاستعارة الا أن يجعل مثل زيد أسد مجازا وجوابه فى التلويح

ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لابن لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

هو في هذا ابني للاكبر منه أما في هذا حر فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل لهما مرة بأنه لابد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلابد من امكانه والا استحال لان الموقوف على المحال محال ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس السماء وشرب ما في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الاولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة خلف عن البر ولما أمكن البر في الاولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم تنعقد فرأينا الخلف يعتمد قيامه امكان الاصل وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود أولى من غيره وأجيب عن الاول بأن توقفه على فهم الموضوع له على انه غير مراد لينتقل عنه الى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج وتجيب عن الثاني ان تلك الخلفية بين حكمين شرعيين ومعنى خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر امتثال الاول وهذا فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالكفارة في الحالف على المس والتيمم للوضوء فلا يتصور شرعا خلف استحال أصله لانه لا تعلق اذ ذاك ولم تجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وحينئذ ظهر انه لا ملازمة بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا وظهر مما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث ان هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع ولم يعلم من جهة أهل اللسان انهم اشترطوا في ذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز وهو لا يحتاج شيأ سوى الى ادراك الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لنفسه بل لتستعلم العلاقة فانه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات فاشتراط امكان وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز زيد أسد فانه وزان هذا ابني للاكبر منه فان معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الانسان أسدا والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته ومافرق به من ان هذا مستعار بجملته بخلاف هذا أسد لان المجاز في نسبته دون الالفاظ ممنوع واذا ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق يتجوز به فيه تعين نوى أو لم ينو اذ لا مزاحم كما لا يلغى كلام العاقل ومانحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق علي من حين ملكته استعمالا للاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا دخل في الوجود عتق ديانة وقضاء والا فقضاء ولا تصير أمه بذلك أم ولده بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لانه لا طريق فيه الى المجاز فلغا ضرورة وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخر لهما وهو إذا كان قال لآخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فانه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقي بل لتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع ايجاب المال به مطلقا فلغا ضرورة بخلاف مانحن فيه لان الحرية لا تختلف ذاتها حاصلة عن لفظ حر أو لفظ ابني فأمكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو وقوله (ولو قال هذا أبي الخ) جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف أيضا فعند أبي حنيفة

(ولو قال هذا أبي أو امي ومثله لابن لمثلهما فهو على الخلاف) وهو الاظهر وقوله (لما بينا) يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني (ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف) والوجه ما تقدم (وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك) من بنوة أو حرية (الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة) في كلامه (فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب) وهذا يشير الى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أو أبي عتق وقد ذكره بعض الشارحين (بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة

ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بينا) اما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في المملوك سبب الحرية الخ فكذلك ههنا الاخوة في الملك توجب العتق واما وجه رواية عدم العتق فلقوله في مسئلة الجد لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وكذلك ههنا الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب أو الام لانها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بأن قال هذا أخي فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا أخي لابي أو لامي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد أخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة أيضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني أجيب بأن البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة (ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل هو على الخلاف وقيل هو) أي عدم العتق (بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى) لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما

ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح

يعتق وأما لو قال لعبده الصغير هذا جدي فأجاب عنه أولا بأنه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق وأنه لا يعتق اتفاقا وهو ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب ولا وجود له في اللفظ (قوله ولو قال هذا أخي) أي لعبده (لا يعتق في ظاهر الرواية) وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن وجه الروايتين ما بيناه فوالة وجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف منه وجه هذه وهو أن الاخوة سبب لعتق المملوك وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الى آخر ما ذكر ونظيره هنا ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب أو الام ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ولان الاخوة تقال لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب الا بدليل حتى لو قال من أبي أو من أمي أو من النسب عتق اذا عرف هذا فلا شك في صحة الاصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لانه أيسر كما قررناه في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء الا بالنية فان أجيب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخي فانه لا يعتق به ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من أبي ونحوه عتق وبأن العتق بعلة الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو دار بينهما كان المجاز أولى وأن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي بلا خلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا أخي بأنه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لا يستعمل للاكرام عادة وهذا يقوى ما أوردناه في هذا ابني فلا يخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا أخي وهي ما نقلها المصنف (قوله ولو قال لعبده هذا ابني) وكذا اذا قال لامته هذا ابني لا يعتق وان كان يولد مثله لمثله لان الاول مجاز عن عتق في المذكر لانه لجهة البنتية حقيقة والثاني عنه في الانثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل يتنزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره ولئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع ان الاتفاق على منعه اللهم الا أن يعتبر المجاز عقليا في نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والياء حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالاشارة بالبنتية الى مسمى الياء عن نسبته اليه بالعتق فيتعين الاول وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي أراده بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه هنا مع المسمى جنسان لان الذكر والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى أعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لان الثابت ذكر

(قوله أجيب بان البنوة الخ) أقول فيه ان الاخوة حقيقة في المجاورة في صلب أو رحم على ما صرحوا مجازا في غيرها

قوله (وان قال لامته أنت طالق أو بائن) ظاهر الى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا تثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذى هو اسقاط محض وتقرير الجواب الاعتاق أيضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما وأما الاحكام فليست بواردة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق ازالة المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله (ولهذا) أى ولكون العتق محتملا لفظه (يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه) لان مبنى المجاز على المناسبة والشئ لا يناسب شيأ الا والشئ الآخر يناسبه وانما قال على ما قاله مشايخهم لان المنصوص

عن الشافعى لفظة الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية (ولنا أنه نوى مالا يحتمله كلامه) لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوى وطار عن وكره وفى الشرع أيضا كذلك لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيا فيقدر والطلاق فى اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم أطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك فى الشرع لان المنكوحة لم تزل مالكيته فانها قادرة الا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين اثبات القوة الشرعية فى محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة فى محلها مناسبة ولا خفاء أن الاول أقوى والادنى لا يصلح أن يكون مستعارا للاعلى على ما مر ذكره ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف مستعمل الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلا وكل ما كان هو أقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقته لا عما هو فوقه وهذا الان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين فى الحقيقة هو فى أحدهما أقوى منه فى الآخر وأنت ترى الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتدعى ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وأنت تريد ان تلحق جرأته وقوته بجرأة الاسد

(وان قال لامته أنت طالق أو بائن أو تخمرى ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعى رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله له أنه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح فى حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين فى اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيا فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول أقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع فى المتنازع فيه وانساغ فى عكسه

(قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح) كأنت مطلقة والطلاق والكناية كما لو قال لامته أنت على حرام أو بائن أو بتلة أو بتة أو بنت منى أو خلية أو برية وحبلك على غاربك واخرجى وقومى واذهبى واغربى واختارى فاختارت نفسها وتفنعى أو قال ذلك لعبده أو قال له طلقتك لا يعتق فى ذلك كله وان نوى بخلاف ما تقدم من قوله أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعى يعتق فى ذلك كله اذا نوى وعن أحمد روايتان احداهما كقولنا والاخرى كقوله (قوله لان بين الملكين) أى ملك الرقبة وملك النكاح (موافقة) (قوله اذ كل منهما الخ) حاصله انها اثبات للمشابهة بين الملكين أعنى ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما أما الاول فان النكاح فى حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأبيد له كما فى البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم لملك المنفعة أعنى الاجارة ويستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الاجارة وأما الثانى فان كلا من التصرفين اسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه وأما الاحكام التى هى ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الاموال وهى معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فان هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هى السبب وانما امتنعت بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة فى حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا يسلب أهليتها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاول للمناسبة وهى مشتركة لانها انسبة بين الطرفين فاذا ناسب الشئ غيره ناسبه الآخر (قوله ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه) أى ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ

مستعمل فى المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المسمى الشرعى كما لو قال اسقنى ينوى به العتق أو الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا يسوغ استعماله فيه لان مسوغ استعمال اللفظ فى المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه والاول منتف وكذا الثانى لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعانى المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة الحاصل معنى قوله كل لفظ وجد بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبره فلمتكلم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه انه استعمل اللفظ باعتبار جزئى من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه فى ذلك الجزئى أو نقل اعتباره والثابت عنه فى علاقة المشابهة أن يكون فى وصف خارج ظاهر فى المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه فى المتجوز به فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا فى المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص والا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره الى ما ليس هو فيه فللاول لا يجوز التجوز بأسد للابخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما والثانى وجب أن لا يكون المعنى المشترك فى محل المجاز أكثر منه فى محل الحقيقة اذا عرف هذا فنقول الاعتاق انما هو اثبات تلك القوة التى فصلنا فروعها للعلم بعدم ملك تلك الامور قبله والاصل فى اضافة عدم الشئ أن يكون الى عدم المقتضى لا الى قيام المانع لان عدمه هو الاصل فى عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى ولو سلم فالاصل عدم المقتضى فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت ودعواه أنه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضى ملكا أما عقلا فظاهر وشرعا لم يثبت بل انما يثبت شرعا دور ان ذلك الملك مع الحرية فلتكن هى السبب الشرعى والطلاق لازالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا الان ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ولا مناسبة بين ازالة المانع فى محل ليعمل الملك القائم عمله وبين اثبات الملك الزائل لمحل لعلاقة تجوز التجوز وهى أن تكون مختصة بالمتجوز عنه أى ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه فى محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته فى العتق أكثر وأوفر منه فى الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق يقتضى كون الطلاق هو الاكثر اسقاطا وأشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب فى المسبب بخلاف قلبه فانه المسبب فى السبب وهو ممنوع الا إن اختص والا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة وما قيل ليس سببا أيضا بدليل أن الامة لو كانت متزوجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة انما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها ألا يرى ان البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا آخر يمكن أن يقال أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة فعن هذا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك أو ملكتكها أو وهبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعت نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت تحتمل معانى وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم ومنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكنايته والتحقيق فى مثل الاول أن يقال انه ملحق بالصريح كما فى مولاى من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين فألحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازى وهذا بناء على ان الصريح يخص الوضعى والا فيجعلان صريحا

وقوته فتدعى الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوى على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق دون عكسه والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب ان فى الاولى منع المناسبة واظهار السند بأن الاعتاق اثبات والطلاق رفع فأنى يتناسبان وفى الثانى تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق أقوى وهو ينافى الاستعارة

(قوله والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب أن فى الاولى منع المناسبة واظهار السند بأن الاعتاق اثبات) أقول بعد ما تبين بالدليل الذى نقله من الشافعية ان الاعتاق اسقاط لا وجه لهذا المنع والسند ثم يضيع التعرض على هذا الكون الاول أقوى

وقوله (واذا قال لعبده أنت مثل الحر) اطلاقه يشير الى أنه نوى العتق أولم ينو لم يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك وقوله (عرفا) يجوز أن يراد به العرف العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم اوخط أوجود أوغيرها ويجوز أن يراد به العرف الخاص فان بعض أهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة وقوله (ولو قال ما أنت الا حر الخ) ظاهر

﴿فصل﴾ لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كارث قريبه وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن أمه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائي واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أوغيره فان قيل الضمير في مثله يعود الى من كما في قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار أبي سفيان فهو آمن وأمثاله فلا يكون حجة أجيب بأن وقوعه جزاء لقوله من ملك ينبو عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيأ فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطفه بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحمله ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثال له وان

(واذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق) لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية (ولو قال ما أنت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لانه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

﴿فصل﴾ (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أوغيره

وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا (قوله ولو قال ما أنت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الاصول وقد بيناه في الاصول وانه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا واما كونه اثباتا مؤكدا فلورود بعد النفي بخلاف الاثبات المجرد (قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميعه) وهذا يقتضي أنه لا ينوى كما لو قال رأسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسئلة منقولة في نوادر ابن سماعة لو قال رأسك حر عتق اذا نواه وفي نوادر هشام قال أبو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي الهارونية لو رآها تمشي فقال هذه مشية حر أو تكلم فقال هذا كلام حر لم تعتق الا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبي يوسف وقال الحسن بن زياد من قول نفسه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال حسبك حر أو أصلك حر وعلم أنه من سبي لا يعتق لانه صادق وكذا لو قال أبواك حران وفي نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال استك حر كان حرا وكذا ذكرك حر وتقدم

﴿فصل﴾ أعقب العتق الاختياري بالاضطراري (قوله وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه وضعفه البيهقي والنسائي بسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من أرسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره

﴿فصل﴾ ومن ملك ذا رحم محرم (قوله وولد الامة من مولاها) أقول فيه شئ فان العتق بدعوة المولى كما لا يخفى (قوله والرحم في الاصل وعاء الولد الى قوله ومنه ذو الرحم) أقول فيه شئ (قوله أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول المراد عدم صحة كونه دليلا لا نفي صحة الحديث

والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والاخوة ومايضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق أو الاستدلال به ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا مارويناه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه

وان لم يحتج به في الصحيح وأما الحديث الثاني وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فأخرجه أصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أبو داود وغيره انفرد به عن الحسن عن سمرة قال وقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد وقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ماتقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لايضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر موقوفا وروى من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلي باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلا زوج ابن أخيه مملوكته فولدت أولادا فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي أولادا فأراد أن يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط أن ابن عباس قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يارسول الله اني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته واني أريد أن اعتقه فقال صلى الله عليه وسلم فان الله قد اعتقه (قوله والشافعي الخ) وبقولنا قال أحمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قول أكثر العلماء وفي الغاية روى ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن ابن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولادة والاخوة والاخوات لاغير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لايعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لايجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لاتمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد أحصاهم وعدهم عدا وكلهم آتيه يوم القيامة فردا ثبت به أن الابنية تنافي العبدية فاذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فارواه والتعقيب حاصل اذ العتق يعقب الشراء وانما أثبتناه الملك ابتداء لان العتق لايحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لافائدة في اثباته لاستعقاب البينونة

(قوله له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) في الولاد (ينفيه القياس) على غير القريب من العبيد وعلى سائر الاملاك اذ لاتخرج عن ملك مالكها من غير رضا واختيار (أو لايقتضيه) القياس ولاينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الامن لايعتد بخلافه والاخوة ومايضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق أي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال أي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كابناء الاعمام والعمات وأبناء الاخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ماهو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني أشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلان قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية وأما الثاني فلانا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الخلية وامتناع التكاتب فكذا في هذا الحكم (قوله ولنا مارويناه) فيضم معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه)

قوله (والشافعي يخالفنا في غيره) أي في غير الولاد واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لايقتضيه وكل ماينفيه القياس لايلحق به شيء آخر بالقياس وكل مالايقتضيه لايدخل غيره فيه بالاستدلال أي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وههنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة ومايضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا مارويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه

(قوله وكل ماينفيه القياس لايلحق به شيء آخر بالقياس) أقول ولا يبعد أن يعكس فيقال كل ماينفيه القياس لايلحق به بدلالة النص وكل مالايقتضيه لايدخل غيره بالاستدلال أي بالقياس

أما انه ملك ذلك فبالاجماع وأما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها أي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاستدل به ولم يخطر ببالنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الذلين وهو ذل النكاح فلان تصان عن أعلاهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعنا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لا محالة ولا فرق بين أن يكون المالك مسلما أو كافرا وكذلك المملوك لعموم العلة (٣٧٢) وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان أوجبت العتق

أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار اليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الاعتاق أيضا أجيب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الوراثة لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما يبنى عليه وانما قال أو كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق فانه لو أعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم انفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا أعتقا لم ينفذ وأما اذا ملك ذا رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق أيضا لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم (قوله التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم بالالتزام أيضا بالاستقراء الا اذا تركا هذا الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من أهله لما عرف في موضعه وكذا اذا أعتق المسلم عبدا حربيا في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله

وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

كما في الولاد (وهذا) أعني كونه قرابة مؤثرة في المحرمية (هو المؤثر في الاصل) وهو قرابة الولاد يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ولو سلم فغاية ما صنع انه أرانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الاصل باخرى متعدية الى ما لم يتعد اليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد ظهر أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو أدنى الذلين فلان يؤثر في دفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص أيضا يدل على تعيينه وهو مار وينا فانه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف وهذا يفيد الغاء ما عيناه وقول المصنف (حتى وجبت النفقة) الزام مختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقا وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوي قد يصل وكثيرا ما يرسل ومعلوم أنه اذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة وغاية الامر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا عملت الصحابة على وفقه وأنت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بالاشبه ولا أثر له ولو كان صحيحا عنده فالمعنى الذي ظهر أثره في جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع (قوله والافتراض عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكاتب فقال عليه العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد مما تنتظم كتابته بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الجزئية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع أجزائه على أن عن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الاخ وهو قولهما فلنا ان نمنع والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار انه تعليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد

ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا لاينحصر تعلقه بقوله أو كافرا وقوله (والمكاتب اذا اشترى أخاه) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد وتقريره لانسلم انه لايتكاتب عليه بل قد روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الاخ أيضا ولئن سلمنا فانما لايتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق لانه عبد ما بقي عليه درهم وانما ألحق بالملك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لاقدرة له على الاعتاق لايعتق عليه لان فرض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد أجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كما كان مقصودا بالكتابة لكونه يتغير بالرق فكذلك رق الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا للمقصود العقد وأما حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه وقوله وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه) جواب نقض اجمالي تقريره لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي أخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما من أصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبي جعل أهلا لهذا العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة قال

ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لايتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا للمقصود العقد وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الاخ أيضا وهو قولهما فلنا أن نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق) لوجود ركن الاعتاق من أهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل (وان أضاف العتق الى ملك أو شرط صح كما في الطلاق) أما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلانه اسقاط

(قوله ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا في دار الاسلام) وكذا لافرق بين ما اذا كان العبد مسلما أو كافرا في دار الاسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمية وقيد بقوله في دار الاسلام لانه لاحكم لنا في دار الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه في دار الحرب لايعتق خلافا لابي يوسف وعلى هذا الخلاف اذا أعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الايضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا أعتقه وخلاه قال في المختلف يعتق عند أبي يوسف وولاؤه له وقالا الولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة القياس أن لايعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب ولا تجري عليه أحكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال أبو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب وهنا نص على انه داخل هنالك بعد ان كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة المورثة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين (قوله وعتق المكره والسكران واقع) في المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لايزيل الا الرضا والعتق لايتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق (قوله اما الاضافة الى الملك) كان يقول ان ملكتك أو ملكت عبدا ونحوه فهو حر (ففيه خلاف الشافعي)

(ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى) ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من أهله مضافا الى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين يعني الشيطان والصنم وقوله (وعتق المكره) واضح وقد تقدم في الطلاق (وان أضاف العتق الى ملك) بأن يقول لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر (صح كما في الطلاق) وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار فأنت حر فكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه وأما التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط

(قوله لأن المكاتب ليس له ملك تام الخ) أقول فيه بحث فان للمكاتب أن يكاتب كما سيجيء في كتاب المكاتب فلو صح هذا الكلام يلزم أن لايجوز فليتأمل

فيجرى فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف فى موضعه (واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق) لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها) اذ هو متصل بها (ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع

(يجرى فيه التعليق) بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعى بوجه آخر وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف فى الاصول (واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد طائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله) روى ابن عباس رضى الله عنهما ان عبدين من الطائف خرجا فأسلما فاعتقهما النبى صلى الله عليه وسلم (ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء) وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لانه فى البقاء من الامور الحكمية دون الجزائية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود أسبابها وقوله (وان أعتق حاملا) ظاهر

أى وحده فان مالكا وافقنا فيه وكذا عن أحمد وفرق بينه وبين الطلاق اذ لم يجوز اضافته الى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا فى ذلك (قوله فيجرى فيه التعليق) لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعى رحمه الله انما الخلاف فى انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبنى على انعقاد المعلق سببا فى الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط (قوله واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق) سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما أولا وقيد بالخروج لانه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق وبقولنا قالت الائمة الثلاثة وقال الاوزاعى اذا خرج سيده مسلما رد اليه وعند الظاهرية اذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم أجاب بأنا لم نقل بهذا الا لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهى بعد الخندق بدهر وبدعوى نسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك فى اتجاه الايراد وهو مما يصلح دليلا لنا وفى الجواب ما لا يخفى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف) أخرج أبو داود فى الجهاد والترمذى فى المناقب عن على رضى الله عنه واللفظ لابى داود قال خرج عبدان بكسر العين الى النبى صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة فى دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم اليهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدى فى غزوة الطائف من كتاب المغازى جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدتهم واحدا واحدا أبو بكرة ووردان والمنبعث والازرق ومحسن النبال وابراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق كل هؤلاء أعتقهم صلى الله عليه وسلم فلما أسلمت ثقيف تكلموا فى هؤلاء أن يردوا الى الرق فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله لا سبيل اليهم وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدى عن أبى بكرة أنه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفى مراسيل أبى داود فلما أسلموا اليهم رد النبى صلى الله عليه وسلم الولاء اليهم وفيه مجهول وأخرجه البيهقى مرسلا وقال ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال لا أولئك عتقاء الله وردا لى كل رجل ولاء عبده (قوله ابتداء) احتراز عن بقاء الرق فانه يبقى بعد الاسلام بعد ثبوته بطريقه (قوله عتق حملها) باجماع الاربعة ولو استثناه لا يصح كما استثناه جزء منها خلافا لاحمد واسحق والنخعى والشعبى وعطاء وابن سيرين وقولهم مروى عن ابن عمر وأبى هريرة وقال أبو يوسف اذا خرج أكثر الولد فأعتقت لا يعتق هو لانه كالمنفصل فى حق الاحكام حتى تنقضى به العدة ولو مات وهو فى هذه الحالة ورث بخلاف ما اذا

(قوله فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود أسبابها) أقول الكلام فى عتقهم بالخروج الينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقهم فليتأمل

واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة وأجيب بأنه لما أعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الام بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الامة واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط على ما سيجيء وقوله (واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز) قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي أن يتوقف العتق الى أن يبلغ الحمل الى حد يكون من أهل القبول وهو أن يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد وأجيب بان ذلك في صريح الشرط وأما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على وكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في

ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا (ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال) اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر منه لانه أدنى مدة الحمل قال (وولد الامة من مولاها حر) لانه مخلوق من مائه

مات قبل خروج الاكثر (قوله ثم اعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور خلافا للظاهرية فانهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق أمه تبعا له ولا يجوز بيع الام إذا عتق ما في بطنها ويجوز هبتها والفرق ان استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة (قوله لما فيه من قلب الموضوع) واما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس وقد يقال هذا انما يرد نقضا لو كان عتق أم الولد تبعا لعتق ابنها بالنص وهو ممنوع اذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقية رقه وليس كذلك لانه يعلق حرا فلا يرد نقضا أصلا ليحتاج الى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس وسنذكر أنه انما يعتق اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من حين أعتقه (قوله والقدرة عليه) أي على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه (قوله على ما مر في الخلع) الحوالة غير رائجة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبي أن العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك أي شيء نفيس ولا يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لان ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لا يصح بطريق الكفالة لانه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل فلذا لو قال للامة أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منه عتق بلا شيء لانه لا يجب له على أمته شيء بسبب غيرها (قوله لاقل من ستة أشهر منه) أي من وقت العتق فلو جاءت به لستة أشهر فصاعدا منه لا يعتق الا أن يكون حملها وأمين جاءت بأولهما لاقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر أو تكون هذه الامة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق حينئذ فيعتق لانه كان محكوما بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع ما لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له أب حرا لانه

طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه يقتضي أنه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه والاولى أن يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلا للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال أو يحمل حالة على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء وقوله (على ما مر في الخلع) قال في النهاية هذه حوالة غير رائجة ويحتمل أن يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير فان في شروحه فرق بين الخلع والاعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة

المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله وكان في مقابلة شيء يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري وقوله (وانما يعرف قيام الحبل) واضح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله (منه) أي من وقت العتق قال (وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه

(قوله واعترض عليه بانه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة) أقول الانسب لتمشية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة قال المصنف (ولو أعتق الحمل على مال صح) أقول قال في الكافي ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمته أعتقت ما في بطنك على ألف درهم عليك فقبلت اه وفيه بحث قوله قوله لما فيه الخ مؤخر عن محله كتبه المصحح

فيعتق عليه هذا هو الاصل) يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء (ولا معارض له فيه) أي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماء آن له بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين ويرجح جانب الام بامورمنها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول أرجح لا محالة ومنها ان الولد مادام جنينا فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا أما حسا فانه يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها وأما شرعا فلانه يعتق بعتقها وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به عليه وقوله (والمنافاة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف (٣٧٦) الولد من المولى فانه للمولى أي جانب اعتبر وقوله (والزوج قد رضي به) جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا كالمولاها يتضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوج الامة عالما بأن الولد رق به وفيه نظر لان العلم يكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله (بخلاف ولد المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح) على ماذكرنا (فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) وانما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله (والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك) والله تعالى أعلم

فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح جانب الام باعتبار الحضانة أولاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الولد مارضي به (وولد الحرة حر على كل حال) لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمومية الولد والكتابة والله تعالى أعلم

حرا وان لم يكن تكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة أشهر لا شئ عليه لانه عبده كذا ذكر (قوله فيعتق عليه) التحقيق أنه يعلق حرا الا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يقتضيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع بأن ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائها بيقين بخلاف الرجل ولانه لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي عن الاب ويثبت النسب منها بالزنا وبعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الاب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض أولاستهلاك مائه بمائها لانه في موضعه ويزداد قوة منها لامنه أو ترجح بالحضانة والتربية أولانه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعتقها ويستثنى من بيعها والزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه فتجب قيمته (قوله كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما فالرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى أو حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه مالم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه فأول ما يؤخذ الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالانسان

(قوله وفيه نظر لان حق الحضانة الخ) أقول قال المحشي الشهير بيعقوب باشا أجيب بان حق الحضانة حق ثابت للام سواء كانت قبل الولادة أو بعدها فيجوز أن يكون مرجحا لجانب الام والكلام في ترجيحه فيتم كما لا يخفى اه وفيه شئ قال المصنف (فيعتق عليه) أقول قال ابن الهمام الولد يعلق حرا فانه يجب القطع بأن ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا لا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين اه ولو أجريت العبارة على ظاهرها لم يتفرع على ماسبق كما لا يخفى قال المصنف (هذا هو الاصل) أقول أي كون الولد مخلوقا من ماء الوالدين يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وان كان يقع خلافه قليلا كعيسى وآدم عليهما السلام فلا يرد انه كيف يكون هذا هو الاصل مع ترجيح جانب الام فليتأمل (قوله جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض الخ) أقول لا بد انافي التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر (قوله وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته) أقول ولا يخفى عليك انه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته

أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم (واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وقالا يعتق كله وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي) يعني اذا كان المعتق واحدا أو موسرا ان كان العبد مشتركا وأما اذا كان معسرا فلك الساكت باق كما كان حتى جاز له أن يبيع ويهب على ما يجيء وكل ما لا يتجزأ (فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله) قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لانه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى أن اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق (٣٧٧) عن المحل كله أم لا عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل (لهم أن الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق) لان المحل لا يخلو عن أحدهما فازالة أحدهما توجب اثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالانفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق لانه اذا تجزأ فاما أن يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شيء أو يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق (فصار) الاعتاق (كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد) في عدم التجزي فان قلت قد تقدم أن الاعتاق عند الشافعي اسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا اثباتا

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

(واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله) وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم أن الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك أو هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة

بالانسان وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فبين بهما أنه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الانسي مع الحمار الوحشي يؤكل واذا تولد بين الوحشي والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولا اختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الكمية في شخص فهما كاملان في القن ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته والحاصل أن الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا والله سبحانه أعلم

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة الى بيان أحكامه أمس منها الى ما يندر وجوده وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله (قوله واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة) وتعتبر قيمته في الحال والاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه وسيجيء أنه اذا امتنع

(٤٨ - فتح القدير ثالث) للعتق قلت يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم أن الاعتاق الخ (ولابي حنيفة أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك) وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف (أو هو) أي الاعتاق (ازالة الملك) لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق ليلزم عدم التجزي (لان الملك حقه) أي حق المعتق (والرق حق الشرع) لان الكافر لما استنكف أن يكون عبد الله جازاه الله فصيره عبد عبده (أو حق العامة) لان الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

(قوله أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه الخ) أقول أولا لأن إعتاق الكل أفضل وأكثر ثوابا أولا لأنه أكثر وقوعا (قوله حتى جاز له أن يبيع ويهب) أقول يعني عبده (قوله أو يثبت بعضه) أقول أي بعض العتق (قوله أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الخ) أقول قوله وهو راجع الى الملك

(وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره) وهذا كما ترى بناء الكلام على أحد أمرين كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك والملك متحيز فالاعتاق كذلك وانما قلنا بانه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ماهو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما تكون على ماهو حقه وحقه الملك فولايته انما تكون على الملك وأما أن الملك متحيز فذلك بالاجماع لكنه تعلق به أمر غير متحيز وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تحيزه ولا تحيزه علته لجواز الصلاة فانه أمر غير متحيز تعلق بمتحيز وهو الاركان وكذلك الطهارة أمر غير متحيز تعلق بمتحيز وهو غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تحيزها ولا علتها وهي ارادة الصلاة هذا تقرير أحد الامرين وتقرير الآخر الاعتاق ازالة الملك والملك متحيز فالاعتاق ازالة متحيز وازالة المتحيز متحيز وبيان ذلك ماذكرناه وهذا أسهل مأخذا ثم اذا تحيز الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية (والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة (لان الاضافة) أي اضافة الاعتاق (الى البعض توجب ثبوت المالكية) للعبد (٣٧٨) (في الكل) باعتبار العتق لأنه لا يتحيز أ (و بقاء الملك في بعضه يمنعه) عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق فانه لا يتحيز أفقد اجتمع في العبد مايوجب ثبوت المالكية في الكل ومايوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى ويجوز أن يكون معناه اذ هو أي معتق البعض مالك يدا لاجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز أن يكون معناه اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول أبي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة (فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق) فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز أجاب بقوله (غير أنه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى أحد) والاسقاط لا الى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لأنها انما تتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ (بخلاف الكتابة المقصودة) فانها اسقاط من المولى الى المكاتب اقدارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال و يفسخ وفي بعض النسخ

وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره والاصل أن التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ماوراءه ضرورة عدم التجزي والملك متحيز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله و بقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لارقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير أنه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال و يفسخ

عن السعاية فعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا وانما صار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر أن هذا اذا عين مقدارا كربع حر ونحوه فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة أسداسه وقوله عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق أي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا أو كان لشريكين والمعتق موسر أما اذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فان القائل العتق أو الاعتاق يتجزأ لم يرده بالمعنى الذي يريده به قائل انه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك أو ازالته ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه أو الاعتاق

(قال المصنف وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف الخ) أقول أي التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يدخل الخ فحكم التصرف من اضافة الصفة الى الموصوف (قوله لان الاعتاق تصرف الى آخر قوله فولايته انما تكون على الملك) أقول فيكون الاعتاق هنا مجازا في الازالة التي هي سببه كما لا يخفى حيث لم يوجد اثبات العتق ولا هو يقدر عليه (قوله ولا علتها) أقول لم يعد الحمار جريا على مذهب الكوفيين (قوله وتقرير الآخر الاعتاق الخ) أقول فالاعتاق حينئذ على حقيقته (قوله باعتبار العتق لانه لا يتجزأ) أقول فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده (قال المصنف لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله) أقول فيه بحث فان اللازم كما قرره آنفا خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه ويكفي في اثبات المطلوب بلا كان بعضه مملوكا وبعضه غير مملوك كان كالمكاتب

وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فأثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفى القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد

بل الخلاف فى التحقيق ليس الا فيما يوجبه الاعتاق أولا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزيء موجبه غير أن زوال الرق لا يثبت الا عند زوال الملك عن الكل شرعا لحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وغسلها متجزئ وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هى قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وانكاح بنته ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه فى بعضه شائعا فقطع بعدم تجزيه والملك متجزئ قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض ويوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقى وحينئذ فينبغى أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولا زوال الملك أو الرق لانه محل النزاع والوجه منتهض لابى حنيفة أما المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحقه الملك أما الرق ففى الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالاعتاق زوال الملك أولا ثم يزول الرق شرعا اتفاقا اذا زال لا الى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا لكان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة ازالة الملك لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا ازالة الملك كيفما كان وأما السمع فما فى الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق أفاد تصور عتق البعض فقط وقول أيوب لا ندرى أشىء قاله نافع أو هو شىء فى الحديث لا يضر اذ الظاهر بل الواجب أنه منه اذ لا يجوز ادراج مثل هذه من غير نص قاطع فى افادة أنه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يوجب فى الحديث علة قادحة وكذا ما رواه البخارى أيضا عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا فى مملوك فخلاصه عليه فى ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه أى لا يغلى عليه الثمن أفاد عدم سراية العتق الى الكل بمجرد عتق البعض والا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر وأما ما روى لهما من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له فى مملوك أو شركا له فى عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفى لفظ فقد عتق كله فانما يقتضى عتق كله اذا كان له مال يبلغ قيمته وليس مدعاهما ذلك بل أنه يعتق كله بمجرد اعتاق بعضه كان له مال أو لا فقد أفادت الاحاديث أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وان وردت فى العبد المشترك واستدل أيضا بدلالة الاجماع وهو أن المعتق اذا كان معسرا لا يضمن بالاجماع ولو كان اعتاق البعض اعتاقا للكل واتلافا له لضمن مطلقا كما اذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضاء فانه يضمن موسرا كان أو معسرا لكن قد يقال فى هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق فى قوله عليه السلام فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم فى قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروى عن على وعمر بخلاف ما قيل ان قول عمر قولهما فقد أسند الطحاوى الى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها وكان بينى وبين أمى وأخى الاسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال اعتقوا أنتم فاذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم فيه أعتق والا ضمنكم أثبت لعبد الرحمن الاعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت فى العبد اعتاقهما وانما فلنا ذلك لان الرق لا يتجزأ ولا عند أحد فلزم المطلوب وهو أن النازل بالاعتاق بالذات زوال الملك واذا ثبت ذلك لزم فى اعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر أى يزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها واذا ظهر أن ما زال بالاعتاق هو الملك والرق ثابت فى كله

لانه اسقاط لا الى أجل بعنى بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى أجل وهو وقت أداء البدل وقوله (وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص ووجهه أنا لم نثبت العتق فى الكل لامكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهى الكتابة يصار اليها وليس فى الطلاق والعفو ذلك (فأثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم وأما الاستيلاد فهو متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاد متجزئا لاطرد فى القنة أيضا أجاب بأنه انما لم يتجزأ فى القنة لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كأنه استولد جارية نفسه لا أن الاستيلاد عنده غير متجز

(قوله وهو وقت أداء البدل) أقول فيه بحث والظاهر وهو وقت العجز (قوله حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله) أقول ولو مات المدبر عتق من ثلث ماله

(واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما فى الوجهين وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله

ولازمه شرعا أن لا يبقى فى الرق لزم أن يسعى العبد فى باقى قيمته لاحتباس مالية الباقى عنده ومالم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله الا أنه يخالفه فى أنه لو عجز لا يرد الى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا الى مالك صدقة عليه به وانما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعى وهو تضمينه قسرا بخلاف المكاتب فان عتقه فى مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه وعلى هذا ما اذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيأ من قيمة الولد لانه ما صنع فى الولد شيأ ولانه لم يثبت حق الشريك فى الولد لانها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها والاعتراض بأنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشئ لان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه واذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكروا من الحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لانه ان أريد الحاق ازالة الرق بها فى عدم التجزى فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ زوالا أو الحاق ازالة الملك بها فيه ففير صحيح لانهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزأ وأقصى ما يمكن فى تقريره أن يجعل الحاقا لزوال الملك لا الى مالك فى عدم التجزى بان ينتزل ويدعى أن التجزئ زوال الملك الى مالك لا الى غير مالك الحاقا بالامور المذكورة فان فى الطلاق زوال ملك لا الى مالك وفى العفو زوال حق لا الى مستحق آخر والاستيلاد زوال ملك كذلك أعنى ملك بيعها وهبتها والجواب أولا أنه الحاق بلا جامع لان عدم التجزى فى الاصول لعدم التصور اذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ولا اسقاط نصف حق القتل فان القتل بثبوت حقه لا نصفه فمعه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزى فيها لان الزوال لا الى مالك بل لأثر لكون الزوال الى مالك أولا اليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف (وليس فى الطلاق والعفو حالة متوسطة) أى ليس فيهما الا زوال كليهما أو بقاؤهما (فاثبتناه فى الكل) أى فأثبتنا زوال الملك فى الكل (ترجيحا للحرم) وهو الحرمة فانه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به وأما الاستيلاد فتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وانما كمل فى القنة لانه لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزى ضرورة (قوله واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) أى زال ملكه عنه (فان كان) المعتق (موسرا فشريكه بالخيار ان شاء أعتق نصيبه) منجزا أو مضافا وينبغى اذا أضافه أن لا تقبل منه اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية فى الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغى أن يضاف الى مدة تشاكل مدة الاستسعاء (وان شاء ضمن المعتق) قيمته اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه له (وان شاء استسعى العبد) فيها (فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما فى الوجهين) أى فى الاعتاق والسعاية (وهذا) كله (عند أبى حنيفة رحمه الله) هكذا ذكر فى الاصل وذكر فى التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعى وأن يكاتبه وهو يرجع الى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاجره مجبرا ويدل على أن الكتابة فى معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته ان كان من النقدين

قال (واذا كان العبد بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه عتق) وكلامه واضح ونوقش مناقشة لفظية وهى أن أبا حنيفة لا يثبت عنده شئ من العتق فما وجه صحة قوله عتق وأجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق فى كل العبد وقوله (فالولاء بينهما) يشير الى أن الاختلاف فى صفة السبب بان يكون اعتاق أحدهما ما عجال واعتاق الآخر بدونه لا ينافى ثبوت الولاء بينهما جميعا

لا يجوز الا أن يكون قدرا يتغابن الناس فيه لان الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الا كثر وكذا لو صالحه على عوض أكثر وان كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين أولى لانه أنظر ولو لم يكن له ولى انتظر بلوغه ليختار قيل هذا فى موضع ليس فيه قاض فان كان فى موضع فيه قاض نصب القاضى له قيما يختار التضمين أو الاستسعاء وليس للولى اختيار العتق لانه تبرع بمال الصبى وكذا لو كان مكان الصبى مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما الا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فان له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتداء واذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لانهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى وان لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى لان كسبه مملوك للمولى فى هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الاعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمى يجب نصف قيمته صحيحا وقلبه لو كان أعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لانه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والاعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فأيسر لا ضمان ولو اختلفا فى قيمته يوم أعتقه فان كان العبد قائما نظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لان العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره وكذلك ان أراد أن يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا فى قيمته فى ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فقال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر تنظر الى حاله يوم ظهر العتق إما لانه كالمنشئ للعتق فى الحال أو لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان فى الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعى اليسار فيما مضى وان كان معسرا فى الحال فالظاهر شاهد لمن يدعى العسرة فيما مضى وهو كالمستأجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا فى جريان الماء فى المدة يحكم الحال ولو تصادقا على أن العتق كان سابقا عليه فى مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق فى انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد أنه ان قضى القاضى له بالضمان أو رضى به المعتق فليس له أن يستسعى الغلام بعد ذلك والا فله قيل ما ذكر فى الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل فى المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل أن يختار شيأ فلو رثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذى أوجب الخيار للمورث ثابت للورثة فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه بادا الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان يملك بالادا الى المورث وان اختاروا الاعتاق أو الاستسعاء فالولاء فى هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه فى ذلك الذكور من أولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس لهم ذلك الا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء قال فى المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذى تقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء

وقوله (لهما في الثاني) يعني أن يسار المعتق يمنع السعاية (قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر) والقياس فيه أحد الامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان أو معسرا لانه باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لانه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصائد في أرضه فاحترق شئ من ملك جاره ولكنهما تركا القياس بالحديث المروى رواه نافع عن ابن عمر ومثله روى عروة عن عائشة ووجه الاستدلال أنه (قسم والقسمة تنافي الشركة) ووجه قول أبي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزى الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة

(قال المصنف لهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام الى قوله تنافي الشركة) أقول وأجاب صاحب الكافي بأن في الحديث بيان أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لا ينفي وجوب السعاية على العبد لوصف التجيز وفائدة القسمة في نفي الضمان لو كان فقيرا اه واعترض عليه ابن الهمام بأن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التي تفيد بها تلك الافادة وأجاب صاحب العناية أيضا بأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه (انه) الشرط والمعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة اه وفيه بحث (قوله ولكنهما تركا القياس الخ) أقول ويمكن أن يقال تركا القياس لتعارض أيضا فليتأمل وفي الكافي فعملا بالقياس في الحالين ليكون عملا بهما

(قوله ولكنهم خلفاء الورثة يقومون مقامه وليس للورث أن يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة ولو مات الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيأ فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق مالم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له أن يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا تمليك للحال وهو غير محل له وفي جامع قاضيخان لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته في قول أبي حنيفة رحمه الله بل يسقط لان الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ به لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس (قوله وقالا ليس له) أي الساكت (الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق) قال المصنف (وهذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزى الاعتاق) عنده (وعدمه) عندهما فيسعى وهو حر مديون وتقدم بيانه (والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع) لهما فيه أن جميع النصوص التي ظاهرها تجزى الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه في ماله وقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا في الصحيحين وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم من أعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث أبي المليح عن أبيه أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك وأجاز عتقه رواه أحمد وأبو داود وزاد رزين في ماله وفي لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوي قولهما ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة واستدل لابي حنيفة رحمه الله بقوله

وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا أن العبد فقير فيستسعيه

(أنه) أى الساكت (احتبست) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه) وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره (كما اذا هبت الريح فألقت ثوب انسان فى صبغ غيره فانصبغ به فان لصاحب الصبغ أن يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا لما قلنا الا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين غيره غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختيارى لكنه تصرف فى ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره وأورد عليه أنه معارضة للمنصوص بالتعليل فانها أوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفى الاستسعاء عند نفى الاعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضا بالدليل وهو ماذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح وأجاب والتحقيق فى ايراده أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار لتضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الاعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب وقد أجيب أيضا بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضى الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافى الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشئ اذ لا أثر لتعدد الشرط ووحدته فى اختلاف حكم القسمة وفى الكافى جعل فائدة القسمة نفى الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفى الضمان لو كان فقيرا تفيد نفى الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التى تفيد بها تلك الافادة فان قيل فمن أى وجه أفادت القسمة نفى الشركة فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا فى أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن أن يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذ كان على خلاف الدليل الظاهرى وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضى قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا أو معسرا فلا يجوز تضمين المعتق فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين فى صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفى القصر وبقى جوازه ولا يخفى ان فى هذا تقليل معارضة الدليلين لانه فى قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه فى نفى أصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما أمكن وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس اذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء انما هو فى غير ما اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف فى المحل أما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب كالشروع فى صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب اتعابا للآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ماذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس فى صورة الاعسار بناء على أنه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك فى أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة والاتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت مالية باقى العبد كمن هدم جدار غيره فانهدم جدار غيره فالحق أن القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفى المسئلة قول الثورى والليث أن الساكت بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن ولا سعاية أصلا وسبب هذا

وقوله (لما قلنا) يريد به قوله (وله أنه احتبست مالية نصيبه وقوله (الا أن العبد فقير فيستسعيه) قيل عليه اذا سعى فالقياس أن يرجع على المعتق لانه هو الذى ورطه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما سعى وأجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد والعبد انما سعى فى بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد بخلاف المرهون فان سعايته ليست فى بدل رقبته بل فى الدين الثابت فى ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين فى ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما فى معير الرهن فان قيل ماذكر من وجه أبى حنيفة فانما هو قياس فى مقابلة النص وهو باطل أجيب بان النبى عليه الصلاة والسلام قسم على وجه الشرط لانه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافى الاستسعاء عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ماذكرنا من وجه أبى حنيفة

(قوله أجيب بان النبى صلى الله عليه وسلم الخ) أقول فيه بحث

وقوله (ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب) هذا هو ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن قد روى استثناءه وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق

ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي وأما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذا الاعتاق يتجزأ عنده

وكذا حال المعتق في يساره واعساره فان قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفي ما ذهب اليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود وقوله (لان به) أي بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق والساكت (بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه) وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من اتمام قصده وايصال بدل حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله (ثم التخريج على قولهما ظاهر) يعني اذا علم أن هذه المسئلة مبنية على حرفين أي أصلين بقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانتفت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن يعتق على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للاصل الثاني فلو رجع لكان عليه السعاية (والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته) للاصل الاول (وأما التخريج على قوله فخيار الاعتاق) للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزئا كان ملكه في الباقي قائما فجاز اعتاقه

القول إعلالهم لفظ السعاية في حديث أبي هريرة قال النسائي أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن أبي عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبي عروبة يعني في ذكر السعاية قال وبلغني أن هماما روى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة وقال عبد الرحمن بن مهدي أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطني سمعت أبا بكر النيسابوري يقول ما أحسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن أبي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعلا الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم وأحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابي اضطرب سعيد بن أبي عروبة في السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر في الستة عنه عليه السلام من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن أبي عروبة من الأثبات في قتادة وليس هو بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد أخرجه الشيخان في صحيحيهما وحسبك بذلك يعني برفعهما الاستسعاء وفي المسئلة مذاهب أخر ضعيفة مثل أنه لا يعتق شئ أصلا ولو باذن الشريك وأنه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته وأن له التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي وأنه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين (قوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت) وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن (لا يسار الغنى) أي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ (لان بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع في تحقيق مقصودهما فوجب وهذا في الحقيقة تعليل للنص والا فصريح النص أوجب الضمان عند مجرد تملك قيمة الحصة لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه (قوله ثم التخريج على قولهما) أي تخريج تفصيل المسئلة على قولهما (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار) فلم يكن الضمان منقولا اليه عما وجب على العبد بل هو شئ واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزي فكان اعتاق بعضه اعتاق كله ويسعى في حالة اعساره حرا مديونا وأما التخريج على قول أبي حنيفة فاثباته خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي اذا الاعتاق منجز عنده فلا يعتق الباقي

وأما التضمين فلأن المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل أن يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الاصلين أما على الاصل الثاني فظاهر وأما على الاصل الاول فلان التجزي ان لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له والجواب أن الحرفين مبني المسئلة من حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة على انا نقول ان التجزي أن لم يوجب الضمان من حيث هو تجزي يوجبه من حيثية أخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة وقوله (والاستسعاء) معطوف على قوله والتضمين وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الاصل الثاني (ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك) أي أخذ القيمة (بالاستسعاء) بناء على الاصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل (ولانه ملكه بأداء الضمان ضمنا فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي ان شاء) وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب

والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء أعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته أولا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه

بعتق المعتق نصيبه (والتضمين) بالجر أي وخيار التضمين للمعتق (لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك) من الوصية والصدقة والاجارة والاعارة والامهار والاستخدام ونحو ذلك (مما سوى الاعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاد والكتابة وقوله (والاستسعاء) بالجر عطفا على التضمين أي واثبات خيار الاستسعاء (لما بينا) من أنه احتبس مالية نصيبه عنده وانما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت لانه ملكه بأداء الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب اذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فانه يرجع على القاتل لانه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا الغاصب ولانه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه وقوله (ضمنا) جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك الى ملك فأجاب بأن ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لانه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا (والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان) غايته أن بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء (و) أما (في حال اعسار المعتق ان شاء أعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا) من احتباس ملكه (والولاء له) أي للساكت أي مشتركا بينه وبين المعتق (في الوجهين) أي في الاعتاق والاستسعاء (ولا يرجع المستسعى) على المفعول أي العبد (على المعتق بشيء باجماع بيننا) خلافا لابن أبي ليلى فانه يرجع عنده على المعتق اذا أيسر وانما لا يرجع بالاتفاق أما على قوله فانه يسعى لفكاك رقبته وأما على قولهما فلانه ان لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء على المعتق اذا كان معسرا (بخلاف) العبد (المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي دينا على الراهن فلذا يرجع على المعتق) اذا أيسر وتظير الاول ما اذا أعتق أمته على أن تتزوجه فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو أعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض اذا أعتق عبده فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض

 فكيف قبل ذلك وتقريره أن ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر وقوله (والولاء للمعتق في هذا الوجه) يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله احتبست مالية نصيبه وقوله (ولا يرجع المستسعى على المعتق) ظاهر وقد قدمناه جوابا للسؤال

(قوله وقد قدمناه جوابا للسؤال) أقول أراد ما تقدم في ذلك الورق وهو قوله قيل عليه الى قوله وأجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان

قوله (وقول الشافعي في الموسر) بيان لموضع خلاف الشافعي فانه ذكر في أول الباب مطلقا فاحتاج الى أن يبينه ههنا وقوله (ولا راض به) أي بالاعتاق لان الرضا انما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق ولا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا وقوله

وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتنى السعاية على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لانه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في أحد شيئين

موقوف عنده (وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب) وهذا قول للشافعي (وجهه) عنده (أنه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا لاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا لاعتاق الكل لانه اضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا نختار أن يستسعى) قوله غير جان الخ قلنا لا يفتقر الى الجناية بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار وقد يتمسك له بما روى من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق ورق ما رق ويدفع بأنها كما قال أهل الشان ضعيفة مكذوبة ولو ثبت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لامتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد والحق أنه لا يحتاج اليها بل بقوله عتق منه ما عتق كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر ان لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والملك هو المطلق للتصرف والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والا استسعى غير مشقوق عليه يوجب استسعاءه عند اعساره ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمنا * واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى ان اختار ذلك وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والاوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا أو عدم تقرره وهو الاولى واذا لم يقرر ولا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا بطل حقه مجانا جبرا بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية في الشرع ثابت كما في العبد المرهون اذا أعتقه سيده المعسر ولان الشرع اضطره الى فكاك رقبته حيث حكم وله ولاية الايجاد والاعدام بنفاذ عتق ذلك القدر وأن لا يقر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والاعسار واختاره المزني من أصحابه (قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة) وعتق (وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار) العبد بذلك (مكاتبا له) أي في حكم المكاتب (ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه) ان شاء أو يعتقه (لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان) في دعواه عتق الشريك (أو صادقا لانه مكاتبه) ان كان صادقا (أو مملوكه) ان كان كاذبا (فلهذا يستسعيانه) أما في الصدق فظاهر وأما في الكذب فلتمكن الانسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه بأكسابه (ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه) أي حق كل منهما (في الحالين) حال يسار الآخر واعساره (في أحد شيئين) السعاية أو التضمين الا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير

(فتعين ما عيناه) يعني عتق ما عتق ورق ما رق (وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يفتقر في وجوده الى الجناية) كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا (بل ينبني على احتباس المالية) وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وأمثاله في شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح الا ما نبه عليه قوله (بالعتق) أي بالاعتاق وقوله (في زعمه) أي في زعم كل واحد منهما وقوله (فيصدق) يعني كل واحد منهما في حق نفسه وقوله (لانه مكاتبه) أي على تقدير الصدق وقوله (أو مملوكه) يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما تيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله أعتق الشريك يكون مقرا بأن العبد صار مكاتبا باعتبار تجزي الاعتاق عند أبي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة عين وذلك أيضا جائز وقوله (لان حقه في الحالين) أي لان حق المولى في حال اليسار والاعسار (في أحد شيئين) أي التضمين أو الاستسعاء

وقوله (وقد تعذر التضمين لانكار الشريك) اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فانه لما أنكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لان ما آله اليه

(قوله وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما الخ) أقول ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده لا يقال وضع المسئلة فيه ألا ترى الى قوله شهد فان الشهادة هي الاخبار الذي يكون عن مواطأة قلب لانه لو سلم أن معناها ما ذكرته فالقاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر قال ابن الهمام بعد (٣٨٧) تقرير جواب الشارح وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أي تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضي لو سألهما فأجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقا معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخران كانا موسرين ولا يستسعى العبد لانه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لو احدهما (لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته) وانما يدعي الضمان على صاحبه (لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا أن الدعوى لم تثبت عليه لانكاره والبراءة من

لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا أن الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه

عين وفي الاعسار حقه في أحدهما عينا وهو السعاية وهذا (لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أي عند أبي حنيفة (وقد تعذر التضمين لانكار الشريك) الاعتاق وشهادة الآخر ليست ناقلة عليه لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر انه أعتق لم تقبل للمعنى الثاني فانهما يثبتان لانفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما وانما أثبتنا ما أثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا الشهادته (فتعين السعاية) وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي لان المستسعى كالمكاتب وأورد أن التضمين غير متعذر لانه لما أنكر يحلف فان نكل جاز التضمين وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذي أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لان المآل الى السعاية وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أي تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضي لو سألهما فأجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقا معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخران كانا موسرين ولا يستسعى العبد لانه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا اه ففي قوله وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما الخ بحث لان الصدق ليس مطابقة الحكم الا عتقاد بل للواقع والاقدام على اليمين بناء على الاعتقاد تأمل (قوله أنه أعتقه صاحبه يحلف الخ) أقول من أين علم أنه يحلف فانه يجوز أن ينكل والنكول بذل عند أبي حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه والجواب أنه يحلف على الحاصل بأنه ليس له على حق التضمين فليتأمل

وقوله (على ما بيناه) يريد به قوله لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا كذا فى النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه أو مملوكه (ولو قال أحد الشريكين ان لم يدخل (٣٨٨) فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا

عتق النصف وسعى لهما فى النصف وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لكن عند أبى حنيفة لا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد خلافا لهما فى استحقاق النصف الباقى على السواء وعند أبى يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعى الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى فى ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر يدعى الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له فى حصته (وقال محمد رحمه الله يسعى فى جميع قيمته) بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى فى نصف قيمته للموسر منهما لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده أيضا يمنع وجوب السعاية وجه قول محمد فيما اذا كانا معسرين أن المقضى عليه بسقوط حقه فى السعاية وهو الحانث بسقوط

(وان كانا معسرين سعى لهما) لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر (وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسعى للمعسر منهما) لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما (ولو قال أحد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يسعى فى جميع قيمته) لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضى بشئ للجهالة كذا هذا

السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه) بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره (وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا) لفرض أن المعتق معسر وقوله (على ما بيناه) أى من أن العبد مملوكه أو مكاتبه الا أن عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون (وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله) أى يثبته (لصاحبه) حيث ادعى أنه هو الذى أعتق والعتق لا يتجزأ أى لا يثبت به الا ما لا يتجزأ أصلا من زوال الرق (وهو) أى صاحبه (يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما) فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذ بيت المال (قوله ولو قال أحد الشريكين) فى عبد (ان لم يدخل فلان) يعنى العبد (الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخلها غدا فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر) بينهما (وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) على تفصيل يقتضيه مذهب أبى يوسف وهو أنه انما يسعى فى النصف لهما اذا كانا معسرين فلو كان أحدهما موسرا يسعى فى الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لاحد والبه أشار المصنف بعد هذا بقوله ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق فانما جمع بينه وبين قول أبى حنيفة فى أنه لا يجب الا النصف (وقال محمد يسعى فى جميع قيمته) لهما ان كانا معسرين وبنصفه للموسر ان كان أحدهما معسرا ولا يسعى فى شئ ان كانا موسرين وهذه على وزان المسئلة السابقة أعنى اقرار كل منهما أنه هو الذى أعتق وهناك اذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى الا للموسر فكذا هذا وهذا لان الذى يأخذ السعاية أبدا يكون هو الساكت والآخر معتق فاذا كان أحدهما موسرا فانه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى انزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وانما حقه فى تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك فى أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول الى شئ مطلقا كما لو كانا موسرين فان كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية (قوله لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول) وهو الذى تحقق شرطه الذى علق عليه عتق العبد (ولا يمكن القضاء على المجهول) ولا التوزيع لانه يؤدى الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذى لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته واعطائه لغير مستحقه وهو الذى وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع فى المعين فلم ينافه التوزيع (فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فانه لا يقضى بشئ للجهالة) فكذا لا يقضى

بسقوط

منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضاء عليه (فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضى) عليه (بشئ للجهالة كذا هذا

ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق (ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لان المقضى عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفى العبد الواحد المقضى له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول (واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر

بسقوط شئ لذلك واذا لم يحكم بسقوط شئ وجب الكل (قوله ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشيوع) أى شيوع النصف الذى عتق فى نصيب الشريكين (وبتوزيعه) عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط المولين فلا جهالة فى المقضى عليه وانما تلزم لو قضى على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعين فى نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما فى كتاب التحرى عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعن فى ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن ويسعى كل واحدة فى تسعة أعشار قيمتها وصار (كما اذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر) فى الثانى (أو البيان) فى الاول فان العتق يوزع عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى فى قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعى فى أنه يقرع بينهما فى قول وفى قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة فى الثانى واسقاط جميع حق المستحق فى الاول واسقاط بعضه للضرورة أولى وقيل ان الجهالة فى المقضى عليه لا تمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما بدليل أن من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر المتيقن به وان كان المقضى عليها منهن مجهولة لكن لما كان المقضى له معلوما جاز القضاء كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عبدين الخ) يريد أن يفرق بين السابقة وهى ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وهذه وهى ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما ان دخل فلان غدا فعبدى حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان فعبدى حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (لم يعتق واحد منهما) ولا شئ منهما فى قول الكل (لان المقضى عليه) بعتق عبده وهو أحد المولين (مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء) ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث أحد المالكين لان كلا منهما يزعم أنه يبيع عبده وزعم المشترى فى العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا فى ملكه عتق عليه أحدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضى عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذا الذى فى مثل قوله ان لم يدخل فعبدى حر بخلاف ان لم يكن دخل فانه يستعمله المعارى فى الدخول وعدمه فى الماضى لتحقيق الدخول فيه وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل فى الماضى وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن أبى يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق (قوله واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما) بعقد واحد بأن خاطب البائع الاب والآخر معا بأن قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا (عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه) فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيأ ولو كان موسرا سواء علم الشريك أنه ابن

ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع) جواب عن قوله المقضى عليه مجهول فان قيل فى التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق أجيب بأن ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لا تالو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه وأما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى وقوله (ويتأتى التفريع فيه) قد أمضيناه فى أثناء الكلام وقوله (ولو حلفا على عبدين) ظاهر وكذلك قوله واذا اشترى الرجلان الا ما تذكره

قوله (ولا ضمان عليه) أي على الاب وقوله (وكذا لو ورثاه) يعني بالاتفاق وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فماتت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه أو امرأة (٣٩٠) لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوج ها فماتت المرأة صار غلاما مهما ميراثا بين زوجها وأبيها

(ولا ضمان عليه) علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم (وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار هذا كما اذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه وله أنه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا

الآخر أو لم يعلم ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك أبيه ان شاء وان شاء أعتقه (وهذا عند أبي حنيفة) وأجمعوا أنهما لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث أعني قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شركا له الخ يفيد كون العتق اختياريا (وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة) معا (أو صدقة أو وصية وعلى هذا) الخلاف أيضا (اذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعتقه ان اشترى نصفه) أما لو حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراؤه كله (لهما أنه) أي الاب (أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق) الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب اعتاق (وصار كما اذا كان العبد بين أجنبيين فاعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أن لا يكون برضا من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا بافساد نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا أذن له باعتاقه صريحا وعلم مما ذكر أن المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان إعتاقه يثبت اختيارا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه عتق نصيبه فان له أن يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضا بالعتق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الايجاب في البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا قلنا لا شك أن له تأديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلزمه بالزامه اياه فخلفه عليه أن لا يضربه ظلم منه فلا يصح أن يقال ان لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي أنه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب بخلافه وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لانه ضرر والعاقل لا يرضى به ولان وضعه لاثبات ملكه لازواله فمدفوع بالضرورة لان من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بأنه رضا منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه وللعاقل في ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الاجر لا يقال رضا الاب بالشراء رضا بالاعتاق والرضا بالاعتاق رضا بالضمان وأبو حنيفة رحمه الله يثبته اذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لانا نقول كونه رضا بالضمان لا يوجب امكان تضمين الآخر له الا اذا لم يكن رضا باعتاقه كما ذكرنا وأما ايراده على قولهما هكذا الاعتاق لا يتجزأ على قولهما فاعتاق

(قوله لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر) أقول الظاهر أن يقال لانه اذا حلف بعتقه بعد أن اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر الخ ولم توجد هذه العبارة في النسخ التي رأيناها ولا بتمنها أو ما يفيد معناها

البعض

وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بحاله (وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب) لانه مارضي بافساد نصيبه (وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا الاخيار له ويضمن الاب نصف

البعض اعتاق الكل ولا يمكن إعتاق الكل الا بتملك نصيب الآخر ولا يملك الا بالضمان والجواب أنه تملك ضمني فلا توجه له هنا (قوله وهذا ضمان افساد) جواب عما يقال كونه رضي باعتاق شريكه لا يوجب اسقاط الضمان كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه أن الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد أحد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانها له ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لان وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه وضمان اتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان ما يملكه لله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك فصح أن يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم في هذا الافساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا أثم به أما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان اتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالابنية وعدمها وروى عن أبي يوسف أنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن الاب أو غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان المسقط لحقه في التضمين مباشرته لسبب اسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما اذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور في الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فانه ليس له أن يضمن الآكل اذا علم مستقيم أيضا وانما قلنا على خلاف القياس لان القياس أن لا يختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار ألا يرى ان من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا فان قلت قد أسلفت أن القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمين للاتلاف قلنا قد حكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الامر لفرض ورود النص على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفي عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع أو صلاته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع اليه (قوله وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه مارضي بافساد نصيبه) لان دلالة ذلك ما كان الا قبوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه (وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة) وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده (وقالا الاخيار له) أي للاجنبي بل يتعين التضمين على ما مر من أن

وقوله (وهذا ضمان إفساد) يجوز أن يكون جوابا عما يقال انما كان الرضا مسقطا للضمان أن لو كان ضمان افساد وأما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما اذا استولد أحد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذا الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك ووجه الجواب أنه ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روى عن أبي يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط به الضمان وقوله (ولا يختلف الجواب بين العلم) أي بالقرابة (وعدمه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان الحكم يدار على السبب) أي العلة (كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بحاله) والسبب قد وجد بما مر وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا لم يكن عالما بها في حكم الضمان لان الرضا لا يتحقق الا اذا كان عالما بها وقوله (وان بدأ الاجنبي) ظاهر مما تقدم وكذلك

قوله (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر) وانما قيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن الساكت بالاجماع وقوله (والوجه قد ذكرناه) اشارة الى قوله لهما انه أبطل وله أنه رضى قال (واذا كان العبد بين ثلاثة تفرد بره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان) أى أراد الان مريد الضمان انما هو الساكت والمدبر دون المعتق فكان المراد بالجمع التثنية أو أطلق الجمع بطريق التغليب (فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبد ان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما ذكر فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهى ثلثا قيمة القن وهى ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق ثلث الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب الساكت مع ثلث الستة التى يضمنه اياها (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا) قوله (وأصل هذا) ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الخ وقوله (غير أن له أن يضمن المدبر) بيان حصر الضمان على المدبر

قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن اذا كان موسرا) ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيأ عنده والوجه قد ذكرناه (واذا كان العبد بين ثلاثة تفرد بره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذى دبره أول مرة ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به ببيع وهبة على ما مر فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل

يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة) للبائع (وقالا ان كان موسرا يضمن ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه) وهو أنه لما باعه منه فقد رضى بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع (قوله واذا كان العبد بين ثلاثة تفرد بره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر) فاراد كل من الساكت وهو الذى لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله (فاراد وا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر) ثلث قيمة العبد قنا وليس له أن يضمن المعتق شيأ واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد ان شاء على وزان ما تقدم فيما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبى حنيفة (وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) أعنى ثلثه قنا (وهذا) كله (عند أبى حنيفة وقالا العبد كله للذى دبره أولا ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا) الخلاف (أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب العتق) اذ هو عتق مضاف (فيكون معتبرا به ولما كان) التدبير (متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين) حيث امتنع على كل منهما البيع وما فى معناه من الهبة والوصية والصدقة والامهار فثبت لكل منهما (١) خمس خيارات (أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت) وهو الثالث الذى لم يعتق ولم يدبر (سببا ضمان) أحدهما (تدبير المدبر) الذى أفسد عليه ما أفسد (و) الآخر (عتق هذا المعتق) فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه الى الحرية بالسعاية أو التضمين (غير أن) الساكت (له تضمين المدبر) ليس غير (ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل) فى الضمان لان به يعتدل جانبا الضامن والمضمون له فانه

(قال المصنف غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة) أقول يعنى ثبت ضمان المعاوضة فى ضمن ضمان الافساد لا يقال اذا كان ضمان معاوضة ينبغى أن لا يختلف باليسار والاعسار كما فى سائر المعاوضات لأنه ضمان افساد يتضمن ضمان المعاوضة ولا معتبر بالضمنيات فليتأمل لما

---

(١) قوله خمس خيارات كذا فى النسخ والمعدودستة اه من هامش نسخة العلامة البحراوى

بعد ما كان الاعتاق أيضا سبب ضمان وتقريره ذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جناية واتلاف والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلانه يضمن ما أتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب الضمان موجبا لملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما أتلفه وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية وأما أن الاصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح (ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبرا فاكتسب عنده الغاصب كسبا ثم أبق فلم يرجع من إباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسئلة في آخر باب النهي من أصول الفقه لشمس الائمة السرخسي وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند أداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى وقوله (لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين) قال الامام جلال الدين ابن المصنف هذا غير مستقيم وكذا قوله لابد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند ذلك مدبر وأقول للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب كما أن من فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسئلة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الايجاب الاول في كل واحد من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل منهما حرا من وجه عبدا من وجه فكان الثابت كالمكاتب فكذا ههنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار انها تنفسخ بمقتضى الاعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي

حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال

لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله فحيث أمكن هذا لا يعدل عنه (ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) خلافا للشافعي حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية ما في قاضيخان لو غصب عبدا فأبق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده أكسابا ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند أداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال مع أن اقراره بالاتلافات مؤخر الى ما بعد العتق واذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لانه ممكن (لكونه) أي نصيب الساكت (قابلا للنقل من ملك الى ملك) في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة (لانه) أي العبد (عند ذلك مدبر) وفي بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف هو غير مستقيم لانه عند

(قال المصنف لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير) أقول أي قبل ثبوت حكم التدبير فان ملكه بتضمين الساكت يستند الى ذلك الوقت (قوله فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل الى قوله كان أولى) أقول هذا يخالف لما يجيء في كتاب الغصب فراجعه مع أنه يهدم ما شيدوه في بيان نفي ثبوت حق تضمين الساكت للعتق عن أساسه لان بناءه على عدم امكان ضمان المعاوضة في المدبر فتدبره وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد على ما سيجيء في كتاب الغصب وما ثبت بالضرورة لا يعدو موضعها فليتأمل (قال المصنف لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين الخ) أقول قال الاستاذ مولانا جلال الدين ابن المصنف قوله لانه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الاصلين غير صحيح وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بحر ولا مكاتب وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا تنفسخ هذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند الاعتاق مدبر ولا يقبل النقل من ملك الى ملك اه ولك أن تقول كلام المصنف مبني على التشبيه فانه مشبه بهما على الاصلين في عدم قبول النقل (قوله وأقول للساكت حق الاستسعاء الى قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الاعتاق فكذا تنفسخ بالتراضي) أقول هكذا وجد في بعض النسخ الا أن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ الخ محل بحث فتأمل فيه

وقوله (على ما قالوا) اشارة الى أن فيه اختلافا قال بعضهم نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وماشا كله ومنفعة الاجارة وماشا كلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل الفتوى على الاول وقوله (ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان) يعني أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله أن يضمن (٣٩٤) قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا فان نصيبه بعد تدبيره كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين أحدهما أنه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والثاني أنه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على ما في الكتاب ان أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك أن المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل فكذلك من قام مقامه وأما المعتق فلما قام مقام الساكت بأداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق أيضا تلك الولاية

مقام

فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين

الاعتاق ليس حزا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد (فلهذا يضمن) الساكت (المدبر) ليس غير (ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما أفسد عليه نصيبه مدبرا) فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما أفسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا لشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يتملكه بالضمان (قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثيها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة (قوله على ما قالوا) طريقته في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا أن الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فاتت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا حسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا وان بقيت الرقبة (قوله ولا يضمنه) أي لا يضمن المدبر المعتق (قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت) وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا (لان ملكه فيه) أي في ثلثه قنا (يثبت مستندا) الى وقت التدبير (وهو ثابت من وجه) وهو بالنظر الى حال أداء الضمان (دون وجه) وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير (فلا يظهر في حق التضمين) بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق واستشكل بما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا أجيب بأنه لما انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا المعتق أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله ان الملك المستند لا ينتهض سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه

(قوله وبالوجه الثاني يندفع ما قيل الى قوله يضمن للساكت قيمة نصيبه الخ) أقول كلامه هذا يتضمن الاعتراف بقصور الوجه المذكور في الكتاب عن افادة المدعى سالما عن الارتياب ولك أن تقول المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان الافساد لانه لما لم يكن ثابتا من وجه لم يكن الاعتاق اتلافا محضا للملك فيغلب جانب عدم الافساد والجناية على جانب الوجود بخلاف استسعاء العبد فانه ضمان الاحتباس لا ضمان الافساد على ما مر

والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية

مقام الساكت الذى لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه أن يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم مقامه وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه أعنى ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام أحد ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بان الكلام فى أن الملك المستند لا ينتهض سببا لضمان مفسده كالمعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر فى نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيأ بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمنه فكذا من صار الملك له وقام مقامه * واعلم أنه لو لم يعتق المعتق الا بعد أداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا علموا والوجه على هذا أن يقال فى أصل التعليل ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان لم يدفع الوارد أيضا لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا ويحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود السؤال بعتق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا وأورد الطيبة على هذا أنه ينبغى أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا الا قنا ولذا قلنا فى وجه كون ثلثى الولاء له لانه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم الا بمنع كون الثلث الذى ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا الان ظهور الملك الآن لا بوجبه والتدبير يتجزأ وذكرهم اياه فى وجه كون ثلثى الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفى فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان وانما لم يكن ولاؤه لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لا تملك (قوله والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فان أحد ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والآخر تملكه باداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان افساد لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبرا ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه وفى النهاية وغيرها فى قوله والولاء بين المعتق والمدبر أى بين عصبة المدبر والمعتق لانه انما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضيخان وهو غلط لان العتق المتجزئ يوجب اخراجه الى الحرية بتنجيز أحد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر اياه من حين وجوده كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فانه لا تتأخر حريته بأقيه الى موته كما قدمناه أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قبله أو كان مكاتبا الشريكين فدبره أحدهما تقيد فى نصيبه وبقى نصيب الآخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعاية عند أبى حنيفة لان نصيب الآخر على حاله عنده وأما ما فى الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية الا بعد عجزه عند أبى حنيفة لان الكتابة تتجزأ عنده وعندهما عتق كله والولاء له لان حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى الى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق اذا كان موسرا واستسعاء العبد مختارا أو جبرا باجارته فهو يحقق ما قلنا من أنه (١) لا يبقى فيه الرق الى أن يؤدى السعاية والله أعلم (قوله واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما الخ) يعنى أن ما ذكرناه الى هنا قول أبى حنيفة فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا الشريكه المدبر (وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا) فيضمن ثلثى قيمته لشريكه (ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك) لانه أمكن على ما ذكرنا (فأشبه الاستيلاد) أى ما اذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه

وقوله (والولاء بين المعتق والمدبر) أى بين عصبة المدبر (أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فان قيل لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء أيضا لانه أدى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا أجيب بأن ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيأ بمقابلة ما ضمن وأما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله (لانه ضمان تملك) أى لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد (بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية) وهو يختلف باليسار والاعسار

(قوله وقوله والولاء بين المعتق والمدبر أى بين عصبة المدبر) أقول فيه بحث

(١) قوله لا يبقى هكذا فى النسخ ولعل الصواب حذف لا النافية فليتأمل كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى كتبه مصححه

واعترض بأن قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار أردتم به مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلا أو أتلف ملكا من أملاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان أو معسرا والثاني تحكم وأجيب بأن المراد الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس قال (وان كانت جارية بين رجلين) اذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوما) أي ترفع عنها الخدمة يوما (وتخدم المنكر يوما عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة) كلها (لاسبيل عليها) يعني للمقر بالاستسعاء (لهما أنه لما لم يصدقه) وتقريره أن المقر لو أقر على نفسه بالاستيلاد صح فاذا أضافه الى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما اذا أقر المشتري على البائع انه أعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كأنه أعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن للمنكر تضمين المقر لانه ما أقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية (فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا أسلمت) تخرج الى

والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال (واذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها) لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا أسلمت

موسرا كان أو معسرا (بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد) لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالاعسار واليسار واردا فيه (والولاء كله) على قولهما (للمدبر وهو ظاهر) لان العتق كله من جهته * واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الافساد في الاعتاق لا ينافي ضمان التملك لانهما حيث قالا ان العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت اليه والا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه وحينئذ يجب أن يقال ضمان الاعتاق وان كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس (قوله واذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما) أي لا تخدم فيه أحدا (ويوما تخدم المنكر) ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فانه ان لم يتمكن من تضمينه ان كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لانه لما كان متمكنا من افساده باعتاقه اعتبر اقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك ان كان المقر عليه معسرا فان كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لانه معترف بأن لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لانكاره ولا بينة له وقال محمد ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لابي يوسف ولا ينبغي مثله أن يفعل الا أن يقرن بالبيان فيقال في قوله الاول مثلا والا أوهم أن ينسب اليه الآن ما ليس هو قائلا به واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف الاول والصواب أن لا خدمة له عليها بل بمجرد اقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها الى الحرية وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا في النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا اللائق بقول أبي حنيفة وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها أي تأخذ جنايتها ممن جنى عليها لتستعين بها وعلى قول أبي حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق أحدهما صاحبه (قوله لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كأنه هو استولدها كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق) حتى لو اشتراه عتق عليه واذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فانه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر أيضا امتنع عليه الاستخدام

(قوله كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع) أقول قوله قبل البيع متعلق بقوله أقر

العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر (ولابي حنيفة أن المقر لو صدق) تقريره موقوف على مقدمة هي أن الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما أن يكون صادقا في اقراره أو كاذبا فان كان الاول (كانت الخدمة كلها للمنكر) وان كان الثاني (كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى وقوله (والاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها يعني أنه لما أقر بأمومية الولد والاقرار بها يتضمن الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا أقر بنسب صغير لرجل فكذبه المقر له ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وان كانت أم ولد بينهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية أم الولد غير متقومة عنده) خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى منها أنه اذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى ومنها أنها اذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا ويستسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها أنه اذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيأ عنده خلافا لهما

ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد (وان كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها) لان مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى

لانه يدعي الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندهما ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليها فان المنكر أخذ حصته والمقر يبرئها منه ويدعي أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كأم ولد النصراني اذا أسلمت لما امتنع باسلامها مقاصد الملك عليه ولم يمكن اخراجها عن ملكه مجانا للاضرار به وجب أن تعتق بالسعاية (قوله ولابي حنيفة) وعلمت أن أبا يوسف معه (أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين) لان المقر إما صادق فيكون جميع خدمتها له لانها أم ولده وهو مستحق خدمتها أو كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بأمومية الولد اقرار بالنسب (وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) بنفسه حكما نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا لاقراره على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه (قوله وان كانت أم ولد بينهما) بأن ادعى كل منهما أنها أم ولده (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها) وان كان معسرا سعت للساكت فيه وأصل الخلاف في تقوم أم الولد فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة (وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل) ذكرها المصنف في كفاية المنتهى احداها هذه والثانية أم الولد اذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيأ لشريكه عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا بلغ حدا يستسعى فيه مثله ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين اذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما ومنها الوغصب أم الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الحر حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع

(قوله والاقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد) أقول فان قيل الاعتاق أيضا لا يرتد قلنا نعم والانقلاب فيه أيضا غير مسلم بل المقر مؤاخذ باقراره فليتأمل (قال المصنف فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) أقول لا يقال التشبيه من بعض الوجوه كامتناع البيع لانه لا يتفرع عليه حينئذ قوله فيمتنع الخدمة (قوله منها أنه اذا مات أحدهما الخ) أقول سيجيء في آخر الباب أن بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله ففي تفريع هذه المسئلة على التقوم كلام

وجه قولهما أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر ألا ترى أن أم ولد النصراني اذا أسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع أما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة رحمه الله أن التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر

يضمن عنده كما يضمن الصبي الحر بذلك لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه أن يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصهما من الثمن (قوله وجه قولهما) وهو قول الجمهور (أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداما) وكذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتقت وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس إلا مكنة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها الغرماء المولى أو ورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجتها الدفع حاجته كي لا يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها لا يوجد في المدبر فلهذا افترقا في السعاية وعدمها (وهذا) أي الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه (دلالة التقوم) لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا بثبوت حق الحرية ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم ألا يرى أن أم ولد النصراني اذا أسلمت سعت له وهذا آية التقوم في أم الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصراني فاذا ثبت التقوم في احداهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت أمه أم ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثاني اجماع مركب وأيضا ثبتت ماليتها فلا تخرج عنها الا بمقتض وحق الحرية الطارئ بالاستيلاد ليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتهما فيه (قوله غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات) منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقي منفعة من ثلاث فحصتها ثلث القيمة (بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع) فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنا وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف وقد بيناه في الكلام على قيمة المدبر في مسئلة عبدين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر (قوله ولابي حنيفة) الحاصل أن ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم الملك بعضها أعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والاجارة تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز مالا متقوما لا بالملك وان ثبت معه والآدمي وان صار مالا متقوما بعد ان لم يكن في الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا أحرز للتمول وأم الولد اذا أحرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان أول تملكها كان للتمول لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرناه وهذه المقدمة تقبل المنع أعني انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بأن يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابه أنه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الاحراز في حق التقوم كالمنتفي ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها لغريم أو وارث وان لم تخرج من الثلث أو لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان مالا متقوما في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كالمدبر لما لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالا غير أنه موصى به واذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد حيث

(قال المصنف وهذا هو دلالة التقوم) أقول فيه بحث لان أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوم ثم اعلم أن في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة كما سيجيء في كتابة العبد المشترك من العناية وغيرها

لوطء لا يكون الا بملك اليمين عند عدم النكاح (ألا ترى أن أم ولد النصراني اذا أسلمت عليها السعاية) ولولا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بأن بيعها يمتنع وذلك دليل على عدم التقوم أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر وقوله (غير أن قيمتها) بيان لمقدار القيمة وهو واضح (ولابي حنيفة أن التقوم بالاحراز) للتمول ولا احراز للتمول في أم الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله (لا للتقوم) معناه للتمول وكذلك في قوله (والاحراز للتقوم تابع) أي ليس بمقصود لانه اذا حصنها واستولدها ظهر أن احرازها للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله (ولهذا لا تسعى لغريم) جاز أن يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني أنه لو كان مقصودا لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل فكذلك الملزوم وجاز أن يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم وقوله (بخلاف المدبر) جواب عن قولهما كما في المدبر يعني

بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب وانما يتعلق به حق الغرماء وقوله (وهذا) اشارة الى الفرق بين أم الولد وبين المدبر وبيانه (أن السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف فى حرمة المصاهرة) وكان ذلك يقتضى سقوط الملك والتقوم جميعا (الا أنه لم يظهر عمله فى حق) زوال (الملك ضرورة الانتفاع) كما لم يظهر فى زوال (٣٩٩) ملك النكاح لذلك ولا ضرورة فى اسقاط

وهذا الان السبب فيها متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف فى حرمة المصاهرة الا أنه لم يظهر عمله فى حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب فى اسقاط التقوم وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفى أم ولد النصرانى قضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

ثبت التقوم فى المدبر ورد عليه لو كان متقوما جاز بيعه فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته والجواب عن الزام التقوم بأم ولد النصرانى بمنع تقومها والزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة اذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فأنزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم لأنه فى أصله بمقابلة ما ليس بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم فالامور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس فى محلها من تلك الضرورة أو نقول هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتنى على اعتقادهم كما فى مالية الخمر أو ان ملكه لما احتبس عند ها المعنى من جهتها كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه لابى حنيفة وأما قوله فى الكتاب (وهذا الان السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الاثبات اذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعنى أن حكمة اسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها وبين مولاها الحر الى آخر ما ذكر فى المصاهرة كما أشار اليه عمر حيث قال كيف تبيعونهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه أن تنجز حريتها لكن انعقد الاجماع على عدمه فبقى فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الاجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام أعتقها ولدها بهذا الطريق وهو أنه يدل على تنجز العتق لكن الاجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقى فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم فان قيل فالتدبير أيضا كذلك أى سبب فى الحال للعتق لما ذكر فى بابه فيجب أن ينتفى تقوم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد فالجواب أن ثبوت سببية التدبير فى الحال على خلاف القياس فى سائر التعليقات لضرورة هى أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره فى حرمة البيع خاصة لا فى سقوط التقوم بل يبقى فى حق سقوط التقوم على الاصل يعنى فتتأخر سببيته لسقوط التقوم الى ما بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المصنف وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه الزام التناقض وذلك أن كلامه فى سقوط التقوم لام الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم فى أم الولد ثابت فى الحال وسبب سقوطه فى المدبر متأخر الى ما بعد الموت كما بينا

﴿ باب عتق أحد العبدين ﴾

هذا أيضا من عتق البعض غير أن الاول فى بعض الواحد وهذا الكلام فى بعض المتعدد فنزل الاول من

التقوم فعمل فيه السبب وأما فى المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف وقوله (وامتناع البيع فيه) جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر الا أنه انما امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله (وفى أم ولد النصرانى) جواب عما قاسا عليه وقوله (قضينا بتكاتبها عليه) ليس المراد به حقيقة التكاتب ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه بأداء القيمة كانت فى معنى المكاتبة وانما فعلنا هكذا (دفعا للضرر عن الجانبين) أما فى حق أم الولد فلئلا تبقى تحت يد نصرانى وهى مسلمة وأما فى حق النصرانى فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هى فى معنى المكاتبة كان ما أداته فى معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه فى الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان تكاتبهما لم يقتض تقوم أم ولد النصرانى فاطرد ما قلنا والله أعلم

﴿ باب عتق أحد العبدين ﴾

لما فرغ من بيان عتق بعض العبد بين عتق أحد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحد كما حر) ولم يسم كلا منهم باسم الفعل الذى اتصف به من كونه خارجا ودخلا وثابتا (٤٠٠) يؤمر المولى بالبيان مادام حيا لانه هو المجمل فيرجع فى البيان اليه ويعتق الذى عينه

﴿باب عتق أحد العبدين﴾

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحد كما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذى أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك الا فى العبد الآخر فانه يعتق ربعه)

هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول فى عتق بعض ماهو بعض لهذا وهو الواحد (قوله ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر) وهو الباقى من الاعبد الثلاثة (فقال) المولى (أحد كما حر) فالمسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يبين العتق قبل الموت والثانى أن يموت المولى قبل بيانه وهى مسئلة الكتاب والثالث أن يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول اذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان وللعبد مخاصمته فى ذلك فاذا بين العتق فى الثابت وهو العبد الذى لم يخرج بالكلام الاول عتق وبطل الكلام الثانى لانه حينئذ جمع بين حر وعبد وقال أحد كما حر انشاء فى المبهم الدائر بينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشائيته وصار خبرا بأن أحدهما حر وهو الثابت (١) فلا يفيد فى الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه فى المعين والعتق المبهم لا ينزل فى المعين فصار بيانه فى الثابت كأنه انشاء لان العتق فيه بعد ما أعتق الاحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثانى ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان أجيب بأن البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق الاول فى المعين به لا يكون بالعتق الاول فقط لانه عتق مبهم وهو غير المعين يكون انشاء ومن حيث ان المولى يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على انشاء العتق يكون اظهارا فعلى تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال ويؤمر ببيان الكلام الثانى ويعمل ببيانه وان بدأ ببيان الكلام الثانى فقال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق ويؤمر ببيان الاول فايهما بينه من الخارج والثابت عمل به وان قال عنيت بالكلام الثانى الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان حال وجوده كان رقيقين وان لم يبين المولى شيأ حتى مات أحد العبيد فالموت بيان أيضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول والخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثانى لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثانى لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل أمر ببيان الاول فان عنى به الخارج عتق الثابت أيضا بالايجاب الثانى وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثانى لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان فهى مسئلة الكتاب واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت واختلف فى الداخل ومذهب أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يعتق نصفه أيضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الارباع مع قوله ما بعدم تجزى الاعتاق والجواب أن قولهما بعدم تجزيه اذا وقع فى محل معلوم أما اذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهى مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل أن عدم التجزى عند الامكان والانقسام هنا ضرورى ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق منه البعض الذى ذكر لا يقر فى الرق بل يسعى فى باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن أن نقول يعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى فى ذلك القدر فيتحد

الحاصل

﴿باب عتق أحد العبدين﴾

(قوله ثلاثة أرباعه) أقول فاعل عتق

(١) قوله فلا يفيد فى الخارج هكذا فى النسخ ولعل الظاهر فلا يفيد فى الداخل تأمل اه من هامش نسخة العلامة البحراوى

أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالايجاب الثانى ربعا آخر لان الثانى دائر بينه وبين الداخل وهو الذى سماه فى الكتاب آخرا فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفيه فما أصاب المستحق بالاول لغا وما أصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو أريد هو بالثانى يعتق نصفه ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالاول وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وفضيته التنصيف وانما نزل الى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

الحاصل على قولهما وقول أبى حنيفة غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده وعندهما يسعون وهم أحرار اذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجانا الا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقى الى أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما وردّ على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى أحد كما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل أحد كما لا يؤدى معنى كلا كما وقد يدفع عنه هذا بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما للضرورة التى اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه فى الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله أعتقت نصفك فكما يقع اعتاق النصف اعتاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل أنه لا موجب أصلا لخروجهما عن أصلهما وموافقة أبى يوسف أبا حنيفة فى عتق نصف الداخل لا توجب موافقته فى التجزى ووجه الاتفاقية ماذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف) اذ لا مرجح (غير أن الثابت استفاد بالايجاب الثانى ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما) لكن نصف الثابت شاع فى نصفيه فما أصاب منه المعتق بالاول لغا وما أصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولانه لو أريد الثابت بالثانى يعتق نصفه) الباقى ولو أريد الداخل لا يعتق منه شئ فعتق نصفه فى حال ولم يعتق منه شئ فى حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة الارباع وجه المذكور لمحمد فى الداخل أن الايجاب الثانى دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل (قوله وهما يقولان) حاصله أن اصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه فى كله ونصفه شائعا معتق فما أصاب منه هذا النصف لغا وما أصاب القن عتق فلغا ربعه وهذا المعنى منتف فى النصف الذى أصاب الداخل وقد علمت آنفا أن محمدا لم يوافق على هذا التوجيه وتقدم له أيضا أن الايجاب الثانى صحيح فى حالة وهى أن يريد بالكلام الاول الخارج غير صحيح فى حالة أخرى وهى أن يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شئ أصلا فانتصف الثابت به فأصاب كلا ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت هذا ظهر أن المذكور فى وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف أصلا بل أصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين * واعلم أن قولهم يريد الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل أن يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه

أتاسا الى بنى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا أن يكون لله تعالى فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وأن يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا تجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف وعلى هذا مسائل أصحابنا فان قيل ما بال أبى حنيفة فى الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال أجيب بأنه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال فى موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذى نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لا بد أن تتفلك لهما ئدى أو تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح

(قوله يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار) أقول يعنى أن الكلام فى المستمر على الاشكال

قال (فان كان القول منه فى المرض قسم الثلث على هذا)

وللشافعى فى أصل المسئلة قولان فى قول يقرع بينهم وفى الاصح يقوم الوارث مقام المولى فى البيان وعند أحمد يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبديه أحدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا أن يقول كنت نويته عند التلفظ لنا فى تأصيل اعتبار الاحوال ما روى أنه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فقضى النبى صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله فى اعتبار غير موجب فى اعتبار فقضى بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه الجماعة الا البخارى وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا وقد علمت أن ما صح سنده جاز أن يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه قالوا هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا الا ان ظهر كذا وأما مقتضاء العادة بخلافه فانها قاضية بنفى أن واحدا يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شئ قليل ولا كثير وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك ليأخذوا غلتهم أو يكون وقع له ذلك فى غنيمة ان كان مع الفرض الذى فرضناه من عدم شئ قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضا مما تقضى العادة بنفيه لانه أندر نادر فكان مستحيلا فى العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا فى المتفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلطه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأما ما قيل أنها واقعة حال فلا تعم فليس بشئ لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ارتكابه وتقرر الحكم به والا لقتل يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الاحوال من قصة الخثعميين بلا فرق وكذا نحوه من أوجه ضعيفة وحقيقة الوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب على نفى مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران ولذلك أجمع على عدم الاقراع عند تعارض البينتين للعمل بأحدهما وعلى عدمها أيضا عند تعارض الخبرين ونحن لا ننفى شرعية القرعة فى الجملة بل نثبتها شرعا لتطييب القلوب ودفع الاحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا الا أنه ربما يتسارع الضغائن الى من يخصها من بينهن فكان الاقراع لتطييب قلوبهن وكذا اقراع القاضى فى الانصباء المستحقة والبداية بتحليف أحد المتحالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل أنها انما تستعمل فى المواضع التى يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك والا فهو كان أحق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله أعلم فأما أن يتعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم فى سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدى الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم يقع فى كل منهم منه شئ فاذا جمع الكل فى واحد فقد حرم الآخر بعض حقه بخلاف ما اذا وزع فانه ينال كلا شيئا وأما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم فى العشرة المالكين لعشر جوار اذا أعتق أحدهم جاريته ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى فى تسعة اعشارها ففيه اصابة المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقها (قوله فان كان هذا القول منه فى المرض قسم الثلث على هذا) لان العتق فى المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز

هذا اذا كان فى الصحة (فان كان القول منه فى المرض) فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته

فيجعل أولا كل رقبة على أربعة أسهم (لحاجتنا الى ثلاثة الارباع) فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع أحدا وعشرين وثلثاه أربعة عشر لامحالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في الاربعة وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم فكانت سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة (٤٠٣) فان قيل ينبغي أن يعتقوا ولا

وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة ويعتق من البافيين من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج مامر (ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه)

الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما على قول محمد فستة وذلك (لانا نجعل كل رقبة على أربعة) وانما نجعل كل رقبة على أربعة (لحاجتنا الى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه) من أربعة (ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة) خارجة من الثلث فلا بد من كون سهمان الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال أحدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت الى ثلاثة أسباعه وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع وأما قول محمد فانما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتق من مستحق ثلاثة الارباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق منه نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة وعلى قولهما يعتق ثلثه الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف (قوله ولو كان هذا في الطلاق) يعني قال لزوجتين له احدا كما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احدا كما طالق (وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه) ووجب لها ثلاثة أرباعه (ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه) ووجب لها خمسة أثمانه (ومن مهر الداخلة ثمنه) ووجب لها سبعة أثمانه فألزمهما محمد رحمه الله المناقضة فان سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع

سعاية عليهم أصلا أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزأ أجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزأ اذا صادف محلا معلوما أما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى موضعها (قوله ولو كان هذا) أي ولو كان هذا الكلام (في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) وهي مسئلة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن في الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب الثاني

(قوله فان قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا الخ) أقول قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه وقوله لان الاعتاق لا يتجزأ لا يفيده فان كل واحد منهم يكون عندهما حينئذ حرا مديونا يسعى في دينه فليتأمل فانه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية للخلاص من الرقية ألا ترى الى وجه الفرق عند أبي يوسف حيث جعل كلا من العبدين محلا للعتق والى قولهم بالتجزي في الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لكونه محلا للاجتهاد فيه (قوله أجيب بأن الاعتاق الخ) أقول ورد هذا الجواب في فتح القدير فراجعه ان شئت (قوله لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة الخ) أقول الشئ اذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم الاعتاق عندهما أن يسري ولا يتجزأ يظهر ذلك بملاحظة ما ذكراه في تعليل عدم تجزي الاعتاق

(فقيل هذا قول محمد) فلا يكون حجة عليهما لان عندهما يسقط ربعه (وقيل هو قولهما أيضا) فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت فى العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق الى أيهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثانى صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة فى الطلاق فتردد بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية لان الخارجة اذا كانت مرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثانى وان كانت الثابتة هى المرادة بالايجاب الاول كانت أجنبية فيلغو الايجاب الثانى فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فيصح الايجاب الثانى من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن وأما التفريعات فمنها ما ذكرنا فى أول البحث اذا كان المولى والعبيد أحياء ومنها اذا كان المولى حيا ومات أحد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل أما الخارج فلأن الكلام الاول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت (٤٠٤) فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام الثانى أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطلت مزاحمة الثابت

قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما أيضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها فى الزيادات

هذا عندهما وأما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا وأما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثانى صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات الداخل قبل المولى أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت فان أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضا لانه ظهر أنه كان عبدا عند الايجاب الثانى وبطل مزاحمة الداخل بموته وان أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال الامام فخر الاسلام فى شرح الزيادات هذا عند محمد فأما عندهما فيجب أن يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثانى صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثابت الثانى لان المضموم اليه حر هذه تفريعات العتاق وأما تفريعات الطلاق فمنها أن الزوج اذا كان حيا والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثانى وله الخيار فى تعيين الثابتة أو الداخلة بالثانى وان أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثانى وان أوقع الطلاق الثانى على الداخلة كان له الخيار فى تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الاول ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حى طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر وان مات الداخلة كان مخيرا فى الاخريين بالكلام الاول فان أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة فان مات الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر فى مسئلة العتاق ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والاولين نصفين نصفه للداخلة لانه

(قوله كانت أجنبية الخ) أقول اذا الكلام فى الطلاق قبل الدخول ولا عدة عليها حينئذ

(ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أومات أوقال له أنت حر بعد موتى عتق الآخر)

الثابت أما على قول أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزى الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثانى بالنسبة اليه أيضا بخلاف الطلاق لانه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثانى فيه دائرا بين كونه موجبا السقوط النصف وكونه غير موجب شيأ بخلافه فى العتق وأما على قول أبى يوسف وهو لا يقول بتجزى الاعتاق فلان الثابت دائر بين أن يكون حرا وبين أن يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ماذكرنا لابى حنيفة ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبى حنيفة فيصير بذلك مكاتبا فى الايجاب الثانى انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف أحدهما لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد رحمه الله ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدور ما يجب اعتباره وحال صدور الايجاب الثانى لم يكن فى الثابت عتق أصلا ويجاب بأنه انما يجب الاعتبار حال صدوره اذا كان لتعرف حكمه اذ ذاك ونحن انما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق آخر وهو أن الكلام الاول يعتبر تعليقا فى حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق أما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا فى حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثانى مترددا بين أن يوجب أولا يوجب شيأ فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمنا واحدا هذا ولا يخفى أن تخصيص أبى يوسف فى الفرق بما ذكر يقتضى أنه لا يقول بتجزى الاعتاق فى الاعبد فيقوى به ماذكرنا من سقوط ذلك السؤال (قوله ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أومات أوقال له) أى لاحدهما (أنت حر بعد موتى عتق الآخر) المقصود ذكر ما يقع به البيان فى العتق المبهم ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعى ومالك وعند أحمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا أن يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق أصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت أن يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذى قلته أو يقول أنت حر بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق أما اذا اقتصر على قوله أنت حر ثم قال أردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيأ عتق هو والآخر معا لان هذا عتق آخر نازل بغير الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا أو بشرط الخيار لاحدالمتبايعين بيعا صحيحا أو فاسدا مع قبض ودونه فى الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أولا ولذا عتق الآخر بالمساومة فى صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده ما ستبقاء ملكه فى الذى تصرف فيه فيقع بيانا لعتق الآخر وحكما كما اذا مات أحدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختيارا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء فى الآخر بموت قرينه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذى مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحى وما يقع به البيان فى العتق المبهم المنجز يقع به فى المعتق المبهم المعلق كان قال اذا جاء زيد فأحدكما حر فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقى وفرق بين البيان الحكمى والصريح فان الحكمى قد رأيت أنه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال أنت حر ان دخلت هذه الدار أو هذه ثم عين احداهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراهما

لا يرجحها الا احدى الاولين والنصف الآخر بين الاولين لان احداهما ليست بأولى به قال (ومن قال لعبديه أحدكما حر) كلامه على ما ذكر فى الكتاب واضح

(قوله لا يرجحها الا احدى الاولين) أقول يعنى الثابتة

خلا أن قوله لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت أورد عليه مالو قال لامتيه احدى هاتين ابنتي أو أم ولدي وماتت احداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية وأجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع الى بيان المولى وأما الانشاء فلا يصح الا في الحي وأما في مسئلتنا فانما تتعين أحدهما للحرية اذا مات الآخر لان البيان قائم بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا لان قوله أحدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر الى هذا يكون البيان انشاء ومن حيث ان العتق (٤٠٦) لا يعدوهما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع المال ان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة وقوله (وكذا اذا استولد احداهما) يعني اذا وطئ احداهما فعلقت منه لانها صارت أم ولد له فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احداهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة وقوله (للمعنيين) يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته (ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه و) البيع (المطلق) عن الخيار (و) البيع (بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشئ (والمعنى ماقلنا) وهو أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين الآخر له (والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن أبي يوسف) روى ابن سماعة عن أبي يوسف اذا ساوم أحدهما كان بيانا يعني لتعين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة وقوله (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع) قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تأكيدا لان محمدا رحمه الله ذكر في الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض

لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احداهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ماقلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك

ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت فأنت حر ثم قال له مع آخر أحدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب أو رهن أو آجر يكون بيانا ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بيانا (قوله لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع) أي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه (وللعتق من كل وجه) أي ولم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت (فتعين الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير) قصد (استبقاء الانتفاع) به مدة حياته وان يعتقه بعد موته (والمقصودان) يعني الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت (ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فيتعين له الآخر دلالة) (قوله وكذا اذا استولد احداهما) أي اذا وطئ احداهما فعلقت لانها صارت أم ولد له فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبر وقصد ابقائها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطء بالمعلق لان الوطء غير المعلق ليس بيانا عند أبي حنيفة كما سنذكر واستشكل على تعين الآخر بموت أحدهما مالو اشترى أحد العبدين وسمى ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع أن بالموت لم تبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق ومالو قال لامتيه احدى هاتين بنتي أو أم ولدي ثم ماتت احداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الاول بالفرق بأن عند اشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعييب فانما تعين للبيع وهو حي لا ميت ولا يتعين العتق بالاشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بأنه ليس ايقاعا بصيغته بل اخبار ويجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله (لاطلاق جواب الكتاب) يريد الجامع الصغير وقوله (والمعنى ماقلنا) أي من أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق (قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك) روى عن محمد في

(قال المصنف لاطلاق جواب الكتاب) أقول مجرد الاطلاق لا يكفي لانه يصرف الى الكمال فالمآل الى ملاحظة المعنى (قوله ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة) أقول يعني في الأصول (قوله قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تأكيدا لأن محمدا الخ) أقول يعني انما ذكره تبعا لمحمد لا لانه شرط

عتق الآخر ولان البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد (وكذلك اذا قال لامرأتيه احدا كما طالق ثم ماتت احداهما لما بينا) أن الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له (وكذا لو وطئ احداهما لما بين) في المسئلة التي بعد هذه (ولو قال لامتيه احدا كما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة) لا ملك فيها فالوطء لا يحل فيها فاذا وطئ احداهما جعل مستبقيا الملك فيها ليقع الوطء محللا حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق (ولابي حنيفة رحمه الله أن الملك قائم في الموطوأة) أي في التي توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطؤها حلالا أما أن الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكرة (وهي) أي الموطوأة (٤٠٧) غير منكرة بل هي (معينة) فلا يكون الايقاع فيها

وكذلك لو قال لامرأتيه احدا كما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذلك لو وطئ احداهما لما بينا (ولو قال لامتيه احدا كما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق) لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوأة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوأة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه الا أنه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة

الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر قالوا ذكره الاقباض توكيد لا الشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك ولان المساومة اذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل في طريق الملك أولى أن يعينه (قوله وكذلك لو قال لامرأتيه احدا كما طالق ثم ماتت احداهما) يعني تطلق الحية (لما قلنا) في العتق من عتق الباقي بموت أحدهما لعدم محلية العتق (وكذا لو وطئ احدى المرأتين تطلق الاخرى لما بينا) في مسئلة الامتين التي تليها (قوله ولو قال لامتيه احدا كما حرة ثم جامع احداهما) ولم تعلق (لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد أما لو علقت عتقت الاخرى اتفاقا ولو قال احدا كما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق (وقالا تعتق) وبه قال الشافعي ومالك في رواية (لهما أن الوطء لا يحل الا في ملك) واحداهما ليست في الملك لعتق احداهما بذلك الكلام ولذا لو قتلهما انسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء احداهما مبينا للمستبقى للملك (فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق) المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احدا كما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال طالق بائن أو ثلاثا فوطئ إحداهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا للطلاق الاخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ذكره في النوادر وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في الزيادات لا يثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعا حتى قال يحل وطؤهما ولهذا لو وطئ بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى وانما يملك البدل بملك الاصل وهذا لان العتق في المنكرة أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافيها الان المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمبهمة أحدا دائرين ما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط

واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلا وأما أن الملك اذا كان قائما كان الوطء حلالا فظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤهما على مذهبه) وهذا في غاية الدقة ويلوح منه سيما التحقيق (الا أنه لا يفتى به) قيل لان المنكرة التي يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك أبي حنيفة الاحتياط وأرى أنه لا يفتى به لئلا يتخذ مغمزا لابي حنيفة بترك الاحتياط فان قيل العتق إما أن يكون نازلا أولا فان كان غير نازل كانا هما لا للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز وطؤهما أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني (ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به) أي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول (أو يقال نازل) أي العتق نازل (في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله) كالبيع فان المنكر يقبله بأن يشتري أحد العبدين على أن المشتري بالخيار فيهما فانه يصح (والوطء) لا تقبله المنكرة لانه (يصادف المعينة) اذ هو أمر حسي لا يقع الا في المعين ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا في الاخرى

(قال المصنف لان الايقاع في المنكرة) أقول أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة كما لا يخفى (قوله فظاهر لا يحتاج الى البيان) أقول فيه بحث فان الملك باق في المكاتبة ولا يحل وطؤها وقد مر في الدرس السابق أن مثلها في حكم المكاتب وبالجملة فما ذكره محتاج الى البيان ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فافهم (قوله فكذا هذا) أقول فلا يلزم الاهمال

بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك فى الموطوأة صيانة للولد أما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته ان طلقتك فأنت طالق أو لامته ان دخلت فأنت حرة فان له وطأهما قبل الشرط لقيام الملك فى الحال فقولهما احداهما حرة ان أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه ولا يفيد لان الوطء انما يقع فى المعينة فوطؤهما لم يقع فى محل الحرمة فحل فاذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء احداهما دليلا على تحريم الاخرى بعتقها وانما يلزم اذا كان الحلال وطء احداهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزم حل وطئهما لوقوعه فى معينة والمطلقة هى المبهمة فاذا أجيب عنه بتقييد حلهما بما اذا لم تتعين احداهما للطلاق وبمجرد وطء احداهما تتعين الاخرى فتحرم بخلافه فى العتق عاد أول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء بيانا فى الطلاق يجب أن يكون بيانا فى العتق لان الملك فى الزوجتين المعينتين قائم وانما المطلقة هى المبهمة ولا جواب له سوى أن الدال فى الاصل أعنى الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفى الاخرى اذا كان الواجب اخراج إحداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد فان طلبه يفيد استبقاء من هو منهما كى لا يضيع حاله ووطء المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذى وضع له عقدها لا وطء الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا فيكفى فى دليلهما أن يقال وطء احداهما دليل استبقائها كالوطء فى الطلاق المبهم وفى وجه قوله منع دلالته والفرق بما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وحل وطئهما ثم القول بأنه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يحل وطؤهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع فى الاصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز ايجاب أحد أشياء كما فى خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها الا واحدا لانه لو عها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولا يعلم خلاف فى ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق إحداهما لا يعدوهما فنفى وطئهما وطء المحرمة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف أخذه أرش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء وغرامة قيمة مملوكين كذلك أيضا وانما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما ينتصف لان احداهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف فى الضمان ثم ما هو قيمة للولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة أمة اذ ليست كل منهما حرة فى نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما وقولهم وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطؤهما غير صحيح اذ لا تعليق بل تنجيز أمور فى الشرع بتعيين محله ولو كان يمينا محضا لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الأيمان وهنا يجبر على البيان الذى هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع فى المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما بحل وطء احداهما ❁ فروع ❁ من البيان لو قال لامتيه احداكما حرة ثم قال لم أعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم أعن هذه الاخرى عتقت الاولى فتعتقان لان قوله لم أعن هذه اقرار بعتق الاخرى فقد أقر بعتقهما وكذا هذا فى الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين على ألف فقيل له أهو هذا فقال لا لم يجب للآخر شئ والفرق أن البيان فى الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه فى انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال أمة وعبد من رقيقى حران ومات قبل البيان فان كان له أمة وعبدان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثه ويسعون فى

فان قيل فكيف وقع بيانا فى الطلاق أجاب بقوله (بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك فى الموطوءة صيانة للولد أما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما أن يكون المصنف اختار جوازه أو يحمل على المخلص المعروف فى أصول الفقه وقد قررناه فى التقرير أو فى تقرير

(قال المصنف لان المقصود الاصلى من النكاح الخ) أقول وهذا هو الجواب أيضا فى الوطء المعلق (قال المصنف فلا يدل على الاستبقاء) أقول الا اذا كان الوطء معلقا

قال (ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة) كلامه على ماذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم أرقاء وأما جواب الكتاب ففي

(ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد) لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام أول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا

الباقي ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثا عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الام) وتسعى في قيمة نصفها (ونصف الجارية) وتسعى في النصف (والغلام عبد) لان كل واحدة من الام والجارية تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولا فعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعا للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فاذا عتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد أمه قنة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه أولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة أنه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوي بأن محمدا كان أولا مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت (١) الغلام أولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم أرقاء وأن جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدرى الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية أولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام أولا عتقت تبعا للام وأما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام أولا وترق في الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده اذا كان في طرف واحد كان القول قول من أنكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فأنت حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا للشك في شرط العتق فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا وأما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة أو بنتها لوجود الشرط وقد عرف أن الامة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز أن يدعي رجل حسبة اذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليله صرح بأن الام تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر

فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام أولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها واما بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان في طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فأنت حر فمضى الغد ولم يدر أنه دخل الدار أم لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا وأما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات

(قوله القول فيه قول من ينكر) أقول ضمير فيه راجع الى الشرط

(١) قوله الغلام هكذا في عدة نسخ ومثله في شرح الزيلعي وهو الصواب فما وقع في بعض النسخ من ابداله بالجارية تحريف من الناسخ كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه مصححه

وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول فى حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيأ والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة فى حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر فى حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه فى كفاية المنتهى

مع يمينه فأفاد أن ذلك فى صورة دعوى الام وهى غير هذه الصورة التى فى الكتاب * واعلم أن ما ذكر فى النهاية من ترجيح ما فى الكيسانيات حقيقته ابطال قول أبى حنيفة وأبى يوسف مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدلاله بأن الشرط الكائن فى طرف واحد الخ قد ينظر فيه بأن ذلك فى الشرط الظاهر لا الخفى ولهذا قيد فى المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فأنت حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبينى الخ فيمكن أن تكون الولادة من الامور التى ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما فى الجامع (قوله وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين) بالله ما يعلم أن الغلام ولد أولا (لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية) معا (لان دعوى الام حرية الصغيرة) تثبت فى ضمن دعواها حرية نفسها لانها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها فى الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله فى حق حريتهما فعتقتا (فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيأ) من الحرية لنفسها (وباقى المسئلة بحاله) يعنى ولدتهما فادعت الام تقدم الغلام وأنكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة فى الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية أو انابة وهما منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغى أن تثبت حرية بنتها لانه لازم له فالاقرار بحريتها اقرار بحرية الاخرى أجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقا بوجود الشرط لجواز كونه بذلا لما لية تها من المولى ليترك الحلف أو اقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبأن النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل ما يقرك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا (قوله ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقى بحاله ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا) فى أن دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة فى حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى (قوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا فى كفاية المنتهى من الوجوه الباقية) وهى ما اذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أولا أو اتفقوا على أن ولادة الجارية أولا فلا يعتق أحد فى الثانى ويعتق كل الام والجارية فى الاول وبهما تتم الاوجه للمسئلة ستة * (فرع) * فى المحيط لو قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين أما الام فلانها تعتق فى حال دون حال وهو رواية وفى عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لانها تعتق فى حال وترق فى حالين بأن كانت ولادة احدى الجاريتين أولا وأما الغلام فانه

أحدهما أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا وهو المذكور فى الكتاب أولا وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الام والجارية ويستسعيان فى النصف والغلام رقيق لما ذكر فى الكتاب * والثانى أن تدعى الام أن الغلام هو المولود أولا وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور فى الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكره فى الكتاب * والثالث أن تدعى الام أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيأ وهو المذكور فى الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكره أيضا فيه * والرابع أن تدعى الجارية وهى كبيرة والام ساكتة أن الغلام ولد أولا وهو المذكور فى الكتاب رابعا بجوابه ووجهه * والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هى التى ولدت أولا والجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق * والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا والجواب أن الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لانه قد انفصل عن الام فى حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف لم يذكرهما فى الكتاب لظهورهما

قال (واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه) الشهادة على طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق أحد عبديه كذلك عندهما وعند أبي حنيفة هي باطلة الا أن تكون في وصية استحسانا على ماذكره (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وانما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده (٤١١) ومن حقوق الشرع عندهما وجه قولهما أنه لا

قال (واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يكون في وصية) استحسانا ذكره في كتاب العتاق (وان شهدا أنه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق احداهن) وهذا بالاجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك) وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة

يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين أولا وورق في حال بان ولدت الغلام أولا وأما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لان اصابة الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا عتق تبعا للام لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلا بد من الغاء احدى الجهتين فألغينا اصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصابة بعتق أنفسهما لانهما أقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام أولا لا يعتقان بعتق أنفسهما وان كانت ولادة الجارية أولا تعتق الاخيرة بعتق نفسها فتثبت لهما حرية في حال دون حال فيثبت نصفه بينهما وقال أبو عصمة ينبغي أن يعتق من كل ثلاثة أرباعها لان الغلام لو كان أولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين أولا ثم الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول أبي عصمة وقال هو الذي يوافق ما تقدم (قوله واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة الا أن تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق) أي عتاق الاصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقا في صحته أو مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد (قوله وأصل هذا) أي أصل هذا الخلاف (أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد) مطلقا لا في حرية الاصل ولا في الحرية العارضة على ماهو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين أن الدعوى عنده ليست شرطا في حرية الاصل بل في العارضة فقط (وعندهما تقبل) بلا دعوى (والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وان أنكرت الامة العتق لا يلتفت الى انكارها وتعتق لانها متهمة وكذا على طلاق احدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان أنكرت ويجبر على أن يوقع على أحداهن (قوله والمسئلة معروفة) وجه قولهم أن المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لا يحتاج الى قبول ولا يرتد اقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل وأقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا تكفي شهادة الواحد لانه وان كان أمرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال ماليته ماله فلذا اشترط في الشهادة عليه اثنان ولابي حنيفة أن العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته أو هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به على

يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز أن يحلف به ويصح ايجابه في المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع ووجه قوله أن الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق أمة هي أخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق أجيب عن الاول بأن خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم تقع الحاجة الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بأن فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجبه لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها بالمحرمية ألا ترى أنه جاز له أن يزوجها ويبدل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج

(قوله وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول وكذا العفو عن القصاص وابراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهما من حقوق العبد (قوله ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته) أقول وكذا عتق الامة وتحريم الفرج من الثمرات

واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم تتحقق فى مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى أما فى الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا فى الشهادة لانها ليست بشرط فيها

الخصوص فى الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص فى الحقيقة ولا يكون ثبوت اللازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حرمة فرجها التى هى حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقهما من العتق فوجب أن يشترط دعواها فان قيل الفرق انهما متهمة لرغبتها فى صحبة مولاها حتى نقول لو كان العبد أيضا متهما قبلت بلا دعواه وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص فى طرف حتى لو أنكر العتق لا يلتفت الى انكاره قلنا نفرض الكلام فيما اذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أولا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى فى اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولا أو ثانيا فان حول التقرير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى أما حقه سبحانه فما ذكرتم وأما حق العبد فلانه يصير به مالكا لاكساب نفسه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ قوله فى الشهادة وانكاح بنته وحصول الميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى وان لم يحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا ألا يرى أن العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما فى دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع فى العتق الحقان فلحق الله تعالى قلنا لا يمنع التناقض فى حرية الاصل ولا فى الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضا ورد عليه أيضا عتق الامة فان فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه وأيضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوتها لانه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانهما يتعارضان لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى فى حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضى أن لا يثبت والحق أن المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح ما ثبت شرعا الاحتياط فى أمره وتوكيده وأمر الفروج محتاط فيه فالاحتياط أن لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شئ آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة والطلاق وبين عتق العبد لان حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضى لنفى الدعوى ليس من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى وهو ما يقول ان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لانه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتتضمن شهادته دعواه وأما حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائبا عنه وهذا القدر يحصل به المقصود فان المثبت فى الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيه مالو أنكر العبد العتق ولا تهمة وحينئذ يجب الترجيح ويترجح حقه سبحانه وتعالى ولا يقال المقرر ترجح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفى معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا أثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد سابقا عليه وانما فيه أنه يثبت على رغمه (قوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا تتحقق فى مسئلة الكتاب) أى الجامع الصغير وهى ما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لانه عتق المجهول (والدعوى من المجهول لا تتحقق) وانما تتحقق من المعين فتنتفى المطابقة بين الدعوى والبينة

وعندهما

واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله (واذا كان دعوى العبد شرطا عنده) الى آخر المسئلة وقوله (لان الدعوى من المجهول لا تتحقق) قيل عليه اذا دعى ذلك وجب أن تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه فدعواهما دعوى غير صاحب الحق وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين

(قوله لان الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين) أقول يمكن أن تكون الدعوى أيضا كذلك

وقوله (ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه) كصورة نقض على قول أبي حنيفة لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم تسمع البينة ههنا ووجه دفعه ماذكر بقوله (لانه انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) يعني قوله له أن الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطؤهما ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق اذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك أيضا حق الله فوجب أن تستغني الشهادة فيه عن الدعوى والجواب أن لازم عتقهما من أعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن أن تكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ وقوله (أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته) بيان قوله الا أن تكون في وصية استحسانا وقوله (لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف أحدهما أن التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية (والخصم في الوصية انما هو الموصى) لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا (وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث) فتقبل الشهادة والثاني أن العتق يشيع بالموت فيهما (٤١٣) لانه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن

ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ولان العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا

البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما (فصار كل واحد منهما خصما متعينا) ولم يذكر وجه القياس وهو أن المقضى له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم

وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما (قوله ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه الخ) جواب عما قد يقال اذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي أن تقبل على عتق احدى أمتيه والواقع أنها لا تقبل عنده أجاب بأنه انما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا (فشابه الطلاق) وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى لذلك فكذا هذا (والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الامة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الامة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الاوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فان وطء الاخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبتت تحريما مؤجلا بانقضاء العدة وأما الامة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطأها مملوكا له وانما منع منه خبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك الوطء فيه ما فيه (قوله وهذا كله اذا شهدا بعتق أحد العبدين في صحته أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا

(قوله والجواب ان لازم عتقهما الخ) أقول فيه أن الكبيرة هو الزنا وليس ذلك لازم العتق ففي عبارته تسامح (قال المصنف وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل الخ) أقول قال ابن الهمام والمريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج الى اعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم

الخصم المدعى اه وانما قيد بما قيد به ليتعين المدعى في حياته فافهم (قال المصنف لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) أقول قال صدر الشريعة الدليل الاول مشكل لان المنازع فيه ما اذا أنكر المولى تدبير أحد عبديه أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبد ان يريد ان اثباته فكيف يقال ان المدعى هو المولى أو نائبه والدليل الثاني يوجب أن الشهادة بعتق أحد عبديه بغير وصية ان أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اه ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وان كان منكرا صورة الا أنه نزل مدعيا معنى لان نفع العتق يعود اليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث فنزل الوارث أو الوصي مدعيا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وبأن في هذه المسئلة روايتين نظرا الى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية فباعتبار أنه ليس بوصية لا تقبل الشهادة وباعتبار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة هذا ما لاح لي في ذلك المقام وقال ابن الهمام ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة الا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه يعني الوصي ان كان الورثة منكرين أو الورثة ان كان الوصي منكرا فقيل فيشكل

ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحد كما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع هو الصحيح والله أعلم

على تدبيره في صحته أو في مرضه) لتكون شهادتهما بعتق هو وصية وهو المستثنى في أول المسئلة وقدمنا أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحسانا لان عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى واذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصى لان تنفيذ الوصية من حقوق الموصى فهو الخصم المدعى فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصى أو الوارث بخلاف حالة الحياة فان الخصم في اثبات العتق ليس هو السيد لانكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الموصى كان كلا من العبدين وهما معينان وفي حالة الحياة لا تصح خصومتهما لانه لم يعتق منهما شئ والمعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة الا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو وارثه يعني الوصى ان كان الورثة منكرين أو الورثة ان كان الوصى منكرا فقيل فيشكل مالو كان كل من الوصى والوارث منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا وأيضا قوله وأديا الشهادة في مرض موته الخ يفيد أنها تقبل في حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لا باعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لان المدعى العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعني المبهم والحاصل أن انزاله مدعيا لا يكون الا بعد موته وأما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت لعدم المدعى ولا مخلص الا بتقييده بما اذا كان المريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج الى اعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعى (قوله ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحد كما حر) لا رواية فيه عن أبي حنيفة واختلف المشايخ في تفريعها على قوله (فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية) لاسنادهما العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا تقديرا (وقيل تقبل) لان العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال لجواز أن يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى باحداهما وتبعه صاحب الكافي وقال هو الاصح ولقائل أن يقول شيوع العتق الذي هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله أحد كما حر ولا مثبت له الا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو أثبتت الشهادة بصحة خصومتهما وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور واذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه ❁ فروع ❁ شهدا أنه حر رأمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه وسماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر في هذه لانها كشهادتهما على عتق احدى أمتيه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان معينا لما أوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما أن القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف مالو شهدوا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد

(ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحد كما حر) قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لا تقبل لانه ليس بوصية) حتى يكون الخصم هو الموصى وهو معلوم وقال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضي قبول الشهادة والله أعلم

مالو كان كل من الوارث والوصى منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفا ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا اه

منهما فى قول أبى حنيفة لانه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تتحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية

﴿ وهذا فصل فى الشهادة على العتق ﴾ اذا ادعى العبد العتق وأقام شاهد الا يحال بينه وبين المولى وفى الامة اذا قالت شاهدى الآخر حاضر يحال ولو أقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر فى أمر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذ فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا أقام شاهدا واحدا * شهدا بعتق عبده واختلفا فى الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشهادة فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة أو ازالة الملك كذا فى المبسوط فيحمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما فى اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مؤدى اللفظين واحدا وضعا ولا يخفى أن التعليل الذى علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من أن العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضى أنهما اذا اختلفا فى أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل ولو اختلفا فى الشرط الذى علق به العتق فأحدهما جعله كلام زيد والآخر الدخول مثلا لم يجز اذ لا يتمكن القاضى من القضاء بواحد من الشرطين ولو اتفقا على أنه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فأيهما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل فى الاحكام وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالين أو أكثرهما ولو كان المولى يدعى أقل المالين والعبد ينكر عتق لاقرار المولى بحريته ولا شئ عليه لا كذا به أحد شاهديه وهو الذى يشهد له بالاكثر وان ادعى العتق بألف درهم وخمسمائة وأحدهما يشهد بألف والآخر بألف وخمسمائة قضى عليه بألف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان العبد عتق باقرار المولى وانما تقوم على المال ومن ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له شاهد بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضى بألف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سيأتى فى الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهدا أنه أعتقه ان كلم زيدا والآخران إن دخل فأيهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ولو تعارضت بينتا العبد والمولى فى مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال ان أديت الى ألفا فأنت حر وأنه أداها وأقام المولى أنه انما قال اذا أديت الى ألفين الخ فالعبد حر ولا شئ عليه لانه أثبت ببينته تنجيز الحرية فيه ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة فى بينة المولى قال فى الاصل ولو باعه نفسه بألف فأداها من مال المولى كان حرا وللمولى أن يرجع عليه بمثلها قال فى المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا بأداء المال وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدى مسروقا أو مغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى وان كان مستحقا عليه فيقع عن الوجه المستحق فى الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان فى ابطال الحكم ولا فى ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلفا من ماليته على المولى اذ قد اعترفا بالرجوع أنهما أتلفا ماليته على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى كان أعتقه ان شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضى والمعتق لا يعتق وان شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

(ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فى ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثانى حرية العبد من الوقت الذى شهدوا به وان لم يكن ثمة مدع لذلك ويتبين به أن الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيأ بشهادتهم وأنه أخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثانى فان العبد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعى العتق والله أعلم

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

الحلف بالكسر مصدر حلف سماعى وله مصدر آخر أعنى حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق

على حلفة لا أشتم الدهر مسلما * ولا خارج من فى زور كلام

وقال امرؤ القيس

حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما ان من حديث ولا صال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا فى السببية عن المنجز قدمه عليه ولما جرى المصنف على أن يولى التصرف الذى يصح تعليقه الحلف به كما فعل فى الطلاق ولم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون أضبط لاحكام التصرف الواحد حيث يجتمع فى بابه ولا تتفرق أحكامه فى الابواب أولى العتق الحلف به واعلم أن بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازه فى العتق روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحيح مطرد فيهما (قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حر ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) أى ذلك المملوك الذى اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا أن يكون اضافة الى الملك قدره ليرده اليه بقوله لان التنوين فى يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها اللفظ اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من يكون فى ملكى يوم الدخول حر وهذا فى الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا مملوك فصار كأنه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول معنى بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فأنت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى ملكه لا صريحا ولا معنى وعدول المصنف الى لفظ وقت عن لفظ يوم فى قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما فى ملكه لانه أضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان فى اللفظ انما أضيف الى لفظ اذا المضافة للدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد يوم وقت الدخول وهو وان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذى فيه الدخول تقييدا لليوم به لكن اذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا فى الاستعمال الفصيح كنحو ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ولا يلاحظ فيه شئ من ذلك فانه لا يلاحظ فى هذه الآية وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون وله نظائر كثيرة فى كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ اذ لم يذكر الا تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له أعنى التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير فى أقوال أهل العربية فى بعض الالفاظ لا تخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان فى ملكه عبدين حلف فبقى فى ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفى بعض النسخ

لما

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما كان المعلق قاصرا فى السببية أخر التعليق عن التنجيز قوله (ومن قال اذا دخلت الدار) ظاهر واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما أضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك أجيب بأنه وجدت الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لى يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم توجد الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة وقوله (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

(قوله واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق الخ) أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة

قال (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) وهذا اذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال العبد الضعيف وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها

لما بينا أي من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم (قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ) بل قال اذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لان قوله كل مملوك لي يختص بالحال والجزاء حرية المملوك في الحال يتعلق في الحال بمملوك أي المملوك في الحال حريته هي الجزاء فلما دخل الشرط عليه تأخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي حالا أن المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب اليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أي لاختصاص من جرت معنى متعلقها اليه به أي بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص باء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهي أثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه بأثرها في الحال والاثبت الاثر بلا مؤثر هذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لي حر العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مؤجرين والاماء ولو كن حوامل أو أمهات أولاد والمدبرون وأولادهم ولا يدخل المكاتب خلافا لزفر لانه مملوك من وجه اذ هو حر يدا ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع أن طائفة من الاصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك ولا الجنين الا أن يعنيهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول أبي يوسف الا أن ينويهم وسواء كان على العبد التاجر دين أولا وفي قول محمد يعتقون نواهم أولا عليه دين أولا وعلى قول أبي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال عنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما دل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل ولا يخفى أن التعليل يرشد الى أن عتق ما هو في ملكه مع هذه النية انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مالكي كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي الوجهين تخصيص العام فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مالكي لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فان الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص (قوله ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) سواء ولدته لستة أشهر من وقت القول أو أقل أما اذا ولدته لستة أشهر فلان اللفظ أي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من وجهه وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده فجاز أن لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم يقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر أن مدة الحمل لا تكون الا أكثر من ستة أشهر وأما اذا ولدته لاقل من ستة أشهر فلان اليقين لوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما ينصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا لامه كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى

وقوله (لان قوله كل مملوك لي للحال) قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء وقوله (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر) ظاهر ومعناه أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر في الكتاب وقوله (وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل) فيدخل الحمل تبعا بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وأمهات الأولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء

(قوله كل مملوك لي يومئذ الى قوله فهو حر) أقول قالوا المبتدأ اذا تضمن معنى الشرط يدخل في خبره الفاء نحو كل رجل يأتيني فله درهم فههنا كذلك فتأمل (قوله قيل لأن اللام للاختصاص) أقول صاحب القيل تاج الشريعة وفي كلامه تأمل

(وان قال كل مملوك لي أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف) لا الذي اشتراه بعده وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فان أملكه للحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود وقوله لان قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبران ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية

(وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف) لان قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث)

بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للحامل والدليل على أنه لم يعتبر في الشرع نفسا مملوكة أنه لا يجزئ عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره قال المصنف رحمه الله وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الانثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على ان لفظة مملوك اما الذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث وأما ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك (قوله وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد) يعني أن بعد غد ظرف لخبر لا الملكه (أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك واحد) في الصورتين (فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف) دون المشتري ولفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل لجاء لا ظرف ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال وكذا لفظ أملك للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كاسناده الى متوقع واقتضائه طلبا على ما عرف في النحو وهذا أحد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال أملك وان كان حقيقة في الاستقبال الا أنه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا يقال أملك كذا درهما فكان كالحقيقة في الحال والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا أن مذهب النحاة ليس الا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف انه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة في المعنيين اه فترك النظر الى قول المصنف ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة وهذا صريح في أنه في الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كابي علي الفارسي وغيره واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لا يراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال وأما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبي حنيفة فكان ينبغي أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة أي المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو أسافر وأتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة واذا ثبت أنه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال (قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر) مطلق لا يصح

وهذا التقرير بخالف رواية النحو وهي أنه مشترك بين الحال والمستقبل وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح أحدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد هنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم وأقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل في أحد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مدبر) مطلق (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وان مات عتقا من الثلث) مشتركين فيه

(قوله وقال بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني

(وقال أبو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناوهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مرادا على أصلنا (ولهما أن هذا ايجاب عتق وايصاء) أما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر وأما انه ايصاء فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك (ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة) أي المتربصة (والحالة الراهنة) أي الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمرتهن (٤١٩) محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها كذا في الشروح ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها

وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما أن هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها

بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن أبي يوسف في النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر وهذا لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب المسئلة فأوجب المروي عن أبي يوسف وأيضا لو لم يرد به الحال فقط فاما أن يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك أو استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذا لم في الحال والمستحدث عند ملكه لانه حينئذ في المعنى كل مملوك لي أو سأملكه مدبر وكذا اذا أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم أو ملكه الى غد خلافا لابي يوسف فان على قوله لا يتناول الا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه الى سنة أو شهر أو الى أن أموت أو أبدا لزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو أن يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولا زمه ما ذكرنا وعرف من هذا أن صور التراكيب ثلاثة أقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك أملكه الى سنة ونحوه وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غدا ففي قول محمد رحمه الله يعتق في الغد من كان في ملكه والمستحدث خلافا لابي يوسف وقول محمد أقيس بمسئلته يومئذ بقليل تأمل (قوله ولهما أن هذا) أي مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح (ايجاب عتق وايصاء) لان حاصل التدبير ايجاب للعتق مضافا الى ما بعد الموت وهذا هو الايصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء اللذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة أي الحابسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة أيضا للاتفاق على أنه لو أوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو أوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به لدخوله حينئذ تحت الحال المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك أملكه أولى حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فافترقا وعلى هذا

(قوله ليصير الايجاب مضافا الى الملك الخ) أقول فيه تأمل

قوله (والايجاب انما يصح مضافا الى الملك) معطوف على قوله وفى الوصايا معنى لا أن يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهو أن يقال ينبغى أن لا يتناول الايجاب أصلا لا فى الحال ولا فى المآل لان التناول انما يكون مضافا الى الملك

والايجاب انما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذى يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهى حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لى أو كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

أو الى سببه وليس أحدهما فى حقه بموجود فأجاب بأن تناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالى وقوله (ولا يقال انكم جعتم بين الحال والاستقبال) اشارة الى جواب أبى يوسف ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة على ذلك فى طرفى الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافى بين طرفى كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق فى الحال أو كونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان فى ملكه وما يوجد بعد الموت وأما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان أسهل تأتيا وأسلم من الاعتراض والله أعلم

وانما اعتبر فى الوصية دخول كل ما فى الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال عند الموت كل عبد لى حر فيعتق ما دخل فى ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد أملكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هى جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل فى الحال ولما كان هذا الاينفى استعمال اللفظ فى معنييه أعنى لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف وأجاب بأن الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضى فى الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو أمكن أن يقال ان لفظه أوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند مونه من قوله كل عبد لى حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا وانما يحتاج اليه عند مونه فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لانها لم تتناول الا الحال ولا المقدرة لتأخر تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا مطلقا ولا مقيدا كان دافعا للاشكال

﴿فروع من تعليق العتق﴾ قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا أن يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا نزول الا بتسليمه الا أن يكون المشترى تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا فى المبسوط وحقيقة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق فى حال زوال الملك كما لا يثبت فى حال تقرر زواله ولو قال لعبده ان دخلت فأنت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول فى غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعى لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله فى الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فأنت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبينا مثله فى الطلاق ولو دخل احداهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت أنت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذى هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن فى غير ملكه أنت حر اذا كلمت فلانا لان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد فى غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فأنت حر بعد موتى فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح

(قوله ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين الخ) أقول المراد هو الجمع بينهما فى لفظ أملكه أو مملوك لى بجهتين مختلفتين على ما هو مذهب العراقيين (قوله فيدخل تحته ما كان فى ملكه وما يوجد بعد الموت الخ) أقول يبقى الا الكلام فى دخولهما تحته فان أملكه للحال وكذا مملوك لى فان قيل يدخل الملك المستحدث بأن يراد باللفظ المجتمع فى الملك عند الموت قلنا حينئذ يكون كل منهما مدبرا مطلقا على ما صرحوا وهو منتف

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شئ على شئ يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما أخر هذا الباب لكون المال غير أصل فى باب العتق (ومن أعتق عبده على مال) أى مال كان من عروض أو حيوان أو غيرهما (مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم) أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بألف (فقبل العبد عتق) ساعة قبوله لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط أداء الالف كما لو قال ان أديت الى ألفا لانا نقول انها (٤٢١) انما تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك فى الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل لما قيل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال (وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه) فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها أحدها أن العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان ما بذله من العوض فى مقابلة ما ليس بمال وليس بشئ لان المولى يملكه فكان ما بذله فى مقابلة المال والثانى العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الى نفسه لكونه مبقى على أصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى فى ذاته بالاعتاق أو ببيع نفسه منه فكان ما بذله فى مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان فى بعض الشروح وهذا أيضا ليس بشئ لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله فى مقابلة مال عند المولى والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به فى يده شئ من المال غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهى ليست

﴿ باب العتق على جعل ﴾

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه

الا فى الملك أو مضافا اليه واذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبى حنيفة فيسعى فى قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شئ لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط فى غير ملكه ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال أحد كما حر أو قال هذا أو هذا عتق عبده عند أبى حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا أن ينويه ومثله وأصله مر فى الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد أنه اذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال أحد كما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر أو لا وهذه مسئلة فى الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار فى شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لان فلانا فى هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما فان جحد الأب جازت شهادتهما لانهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وان ادعاه أبوهما فعند أبى يوسف هى باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه فى النكاح والله أعلم

﴿ باب العتق على جعل ﴾

أخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخر الخلع فى الطلاق لان المال فى هذين البابين من الاسقاط غير أصل بل الاصل عدمه فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل والجعل ما يجعل للانسان على شئ يفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبط جميعها بالكسر فى الصحاح وفى غيره من غريب الحديث للقتبى ودبوان الادب للفارابى بالفتح فيكون فيه وجهان (قوله ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بألف أو بعتك نفسك بألف أو وهبتكها على أن تعوضنى ألفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء

﴿ باب العتق على جعل ﴾

(قوله لانه مال فلا يملك المال) أقول هذا الدليل على المقصود اذا المدعى انه لا يملك نفسه بعد أداء البدل (قوله وهذا أيضا ليس بشئ) أقول قوله ليس بشئ ليس بشئ فان المراد أنه لم يحصل فى يده شئ من المال على ما هو الشأن فى معاوضة المال بالمال وكونه مالا بالنسبة الى مولاه لا يفيد ذلك (قوله والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا) أقول ضمير لكونه راجع الى العقد

بمال لاستحالة فكان مابذله فى مقابلة مالیس بمال بل ماهو قوة شرعية وهذا أقرب منهما واذا ثبت أنه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما فى البيع فاذا قبل صار حرا وان رد أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ماشرط دينا عليه حتى تصح الكفالة به لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لاتصح به الكفالة لانه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف القياس اذ القياس ينفى أن يستوجب

ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما فى البيع فاذا قبل صار حرا وماشرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق على ماعرف واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة

بعوض وبلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض فى الحال كما فى البيع وكما اذا طلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه فى العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان فى ملكه حكما للمعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول فى مجلسه ذلك ان كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده أو أعرض اما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده واذا صار دينا على حر صحت الكفالة به وعليه ماذكر فى الاصل أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيأ فليس على المولود من ذلك المال شئ لانه ليس على الوارث من دين المورث شئ ولو كانت أعطته فى حال حياتها كفيلا بالمال الذى أعتقها عليه جاز لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لاتصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافى لثبوته بالشرع لضرورة حصول المعتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل والمنافى هو الرق فانه ينفى أن يكون للمولى على مرقوقه دين ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو مالا يخرج المديون عنه الا باداء أو ابراء ممن له وبدل الكتابة يسقط بدونهما بأن عجز نفسه وكما تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ماشاء بدا بيد لانه دين لايستحق قبضه فى المجلس فيجوز أن يستبدل به كالاثمان ولاخير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام (قوله واطلاق لفظ المال) أى فى قوله على مال ينتظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وان لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أو حمار أو عبد لان الجهالة يسيرة فتحتمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل المصنف كونه معاوضة مال بما ليس بمال بأن العبد لا يملك نفسه يعنى الحاصل له فى مقابلة المال ليس مالا لان نفسه بالنسبة اليه ليس مالا لانه مبقى على أصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تأخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد وفيها يغتفر ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط فى تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما فى المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو أدى اليه العبد أو العرض فاستحق ان كان بغير عينه فى العقد فعلى العبد مثله وقد علمت أن القيمة فى مثله مخلص وان كان معينا بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم أنه لو اشترى

ولما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد الى الكفالة وقوله (واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد) يعنى فى قوله ومن أعتق عبده على مال وقوله (فشابه النكاح) يعنى اذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان دينا فى الذمة هنا كما جاز ذلك فى تلك العقود (وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس) كما اذا أعتقه على مائة قفيز حنطة (ولا يضره جهالة الوصف) بأن لم يقل انها جيدة أو رديئة ربيعية أو خريفية فان جهالة الوصف لاتمنع صحة التسمية لكونها يسيرة

قال المصنف (واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه الخ) أقول قال تاج الشريعة يريد به النوع بأن قال فرس او حمار انتهى يعنى يريد المصنف بقوله والحيوان النوع بان قال الخ لكن بقى ههنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الهمام فى شرحه حيث قال ويلزمه الوسط من تسمية الحيوان والثوب شيأ بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى وأنت خبير بأن جواب هذا البحث يظهر من التأمل فى كلام المصنف ألا ترى الى قوله اذا كان معلوم الجنس

(ولو علق عتقه بأداء المال صح) لان هذه الصيغة أعني قوله ان أديت الى ألف درهم فأنت حر صيغة التعليق فيتعلق عتقه بأداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى (٤٢٣) أن يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط وقوله (من غير أن يصير مكاتبا) يعني لا تثبت أحكام المكاتبة بين حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من أكسابه ولو كاتب أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها ولو حط المال أو أبرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله (ومراده التجارة) يعني من الترغيب في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاختيار (دون التكدي) لانه يدنئ المرء ويخسه وقوله (وفي سائر الحقوق) يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما أشبهها وقوله (أنه) يعني المولى (ينزل قابضا بالتخلية) برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب أو الحبس وقوله (اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا) احتراز عن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه وقوله (ولهذا لا يتوقف على قبول العبد) توضيح لكونه تصرف يمين وقوله (ولا جبر على مباشرة شروط الايمان) متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله (لانه لا استحقاق) تقريره لا جبر الا باستحقاق ولا استحقاق (قبل وجود الشرط) ولهذا يمكنه البيع قبل الاداء

قال (ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أديت الى ألف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة (وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط

شيأ بعد الغير صح البيع فكذا هنا الا أن في البيع اذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا في المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى أعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة أو على ألف وقال العبد على مائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثبات الزيادة أو لانه يثبت حق نفسه ببينته ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالاداء وهي التي تلي هذه المسئلة أعني قوله ان أديت الى ألفا فأنت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه أما هنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى فان أقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لا منافاة بين البينتين لانه يجعل كان الامرين كانا فأي الشرطين أتى به العبد يعتق ولان البينتين للالزام وفي بينة العبد معنى الالزام أتم فانها اذا قبلت عتق العبد باداء خمسمائة وليس في بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال هكذا فاعرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال قلت لك أمس أنت حر ان شئت ولم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشتري لان القائل أقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما أقر به (قوله ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أديت الى ألفا فأنت حر ومعنى صح قوله أي التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين في خلافية زفر والكتابة ليست صريحا في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد مأذونا ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضي أن يتمكن شرعا من الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذونا لانه الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المتحققين بصفة أنهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط (قوله وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها أن ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو مد يده أخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم أن يحكم بأنه قبض هذا إذا كان العوض

وقوله (بخلاف الكتابة) متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله (لانه) أى لان عقد الكتابة (معاوضة والبدل فيها واجب) فكان الجبر بعد الاستحقاق (ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ) كما ذكرنا (ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ) بان يقول ان أديت الى ألفا فأنت طالق (حتى) لو طلقها بهذه الصفة (كان باثنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد) فانه ما تحمل المشقة فى اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة أصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك للمولى لانه قبل الاداء عبده وهو وما فى يده لمولاه أجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذى بيناه ثبت شرط صحته اقتضاء (٤٢٤) وهو أن يصير العبد أحق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء

وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مالا قبل الكتابة فانه يصير أحق بذلك المال حتى لو أدى ذلك عتق كذا فى النهاية وغيره منسوبا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته والثانى أن حصول شرط صحة الشئ عبارة لا يقتضى صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب فى الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها وهى معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة

(قوله لأن البدل والمبدل الخ) أقول فيه أن المبدل هو ثبوت القوة الحكمية كما سبق وليس ذلك ملك المولى ولا تمس الحاجة فى تتميم السؤال الى كون المبدل فى ملكه بل يكفى حصوله بسببه ومن جهته فليتأمل (قوله ملك للمولى) أقول يعنى رقبة وتصرفا (قوله وفيه نظر من وجهين الى قوله فلا بد من اثباته) أقول يكفى فى اثباته ما ذكر المصنف ولم يتم ما عورض به لتوجه المنع الى قوله كلاهما عند الاداء ملك المولى وسنده أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقا على الاداء بطريق الاقتضاء فيندفع النظر الثانى أيضا فان مراد المجيب أنه يجوز أن تحصل الصحة مع شرطها كما لا يخفى فليتأمل (قوله ولعل الصواب فى الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها) أقول كيف يكون قائما فيها وليس للمولى ولاية التصرف فى ماله ويجوز اشتراء شخص ماله بماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صرح به فى المرابحة والتولية وغيرهما وفى التعليق ليس كذلك (قوله فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول فيه بحث اذ لا كلام لاحد فى صحة العتق على مال وانما النزاع فى الاجبار على القبض ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الاجبار ولا يفيد الاولوية بالطريق فالمآل الى ما نقل عن شيخ الاسلام كما لا يخفى على أولى الافهام (قوله فلا بد من اثباته) أقول يكفى فى اثباته ما ذكره المصنف

بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ حتى كان باثنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول

صحيحا أم لا لو كان خمرا أو مجهولا جهالة فاحشة كما لو كان قال له ان أديت الى كذا خمرا أو ثوبا فأنت حر فأدى ذلك لا يجبر على قبولهما أى لا ينزل قابضا الا ان أخذه مختارا وأما عدم العتق فى قوله ان أديت الى ألفا فجعت بها فأنت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة ولذا ان كان قال ان أديت الى ألفا أحج بها يجبر على القبول لان الاداء اتمام الشرط والحج وقع مشورة وقال زفر لا يجبر على القبول أى لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان أخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على أن يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيأ بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا أتى به أما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم أن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا حف بما يقتضيها كقوله ان أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره فى الدراية مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة فى مبسوط شمس الأئمة وذكر أن هذا هو المذكور فى نسخ أبى سليمان وفى نسخ أبى حفص لا يكون مكاتبا وله بيعه لانه تعليق بشروط وهو أن يؤدى المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية أبى سليمان أنه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعانى لا للالفاظ واستشهد لابى حفص بما لو قال ان أديت الى ألفا فى هذا الشهر فلم يؤده فيه وأداه فى غيره لا يعتق اتفاقا وأجيب بأنه ليس فى هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التأمل (قوله ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على

دفع المال فينال العبد شرف الحرية) من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهو معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا فى الطلاق اذا قال ان أديت الى ألفا فأنت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تأخر هذا الاعتبار الى وقت أدائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ماذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد أجيب بأن هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا بتم ان أريد بالمبدل العتق أما ان أريد به الاعتاق الذى هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بأدائه وان أنزل مكاتبا كما أن المكاتب لا يعتق بأداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيفما قرر فأما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر السيد اذ يمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه أداء مال وتسرى الحرية الى المولود اللامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف مالو كان عبدا الان رق الولد وحريته تابعة لامه والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه أى على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التى بعضها يقتضى اعتباره تعليقا وبعضها يقتضى اعتباره معاوضة الا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها الا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفا فان له أن يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وانزاله قابضا اذا أتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التى هى الكتابة فى صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفى يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حط عنى مائة فحط المولى عنه مائة وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر أنه لا موقع لها اذ الفرق بعد تحقق الابراء فى الموضعين يكون والابراء لا يتصور فى هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب ففى وجوب قبول ما أتى به خلاف عند أبى يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف فى أنه يجب أن يقبله ويعد قابضا ووجه قول محمد أن وجوب القبول وانزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف فى الايمان بالطلاق وقول أبى يوسف عندى أوجه لان الكتابة التى تبطل بالبيع هى القائمة عنده وأنت علمت أن انزاله مكاتبا انما هو فى الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعا فتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها ومنها وجوب القبول اذا أتى بالمال السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق مالم يؤد فى ذلك المجلس فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ فى عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى أو اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدى بخلاف المكاتب التاسعة أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة أنه اذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه

(قوله ويعتق) لعل صوابه ولا يعتق لعدم وجود شرط العتق وهو الاداء للمولى كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوى

وقوله (فعلى هذا) أى على العمل بالشبهين (يدور المعنى الفقهى وتخريج المسائل) المتعارضة يعنى أن قوله ان أديت الى ألف درهم فأنت حر ألحق فى بعض الاحكام بمحض التعليق وهى ماذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق فى بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود عملنا بالشبهين شبه التعليق فى حالة الابتداء وشبه المعاوضة فى حالة الانتهاء كما فى الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم تجز فى المشاع واشترط القبض فى المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة فى العقار ويرد بالعيب ولو أدى البعض يجبر على القبول لان الذى أتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على (٤٢٦) قبول الكل ثبت فى البعض كما فى الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو استحسان وماذكر فى مبسوط شيخ الاسلام انه لايجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث انه عتق بما أداه الى المولى وانما يعتق باداء الجميع فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس الا أنه باداء البعض لايعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى البعض الباقى لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض ولو أدى ألفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق أما الرجوع عليه بألف أخرى

فعلى هذا يدور الفقه وتخريج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو أدى البعض يجبر على القبول الا انه لايعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى الباقى ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفى قوله اذا أديت لايقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى

كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب الحادية عشرة لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فأداه بعده اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ماسيذكر بخلاف الكتابة لايعتق باداته لانه ملك المولى الا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فانه حينئذ يصير به أحق من سيده فاذا أدى منه عتق (قوله ولو أدى البعض يجبر على القبول الا أنه لايعتق) لان شرط العتق أداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وأدى الباقى فانه لايعتق كما ذكرنا فى المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض مايجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء فى ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به يتحقق شرط العتق الذى هو حق العبد وليس أداء البعض كذلك الا اذا كان فى ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان فى هذه المسئلة خلاف وماذكره المصنف هو المذكور فى الايضاح وذكر شيخ الاسلام أنه لايجب قبوله كما ذكرنا وذكر فى شرح الطحاوى أن عدم وجوب قبوله قول أبى يوسف وأنه القياس والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن أداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه ومما تقدم يعلم أن السيد لو خطفه منه قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من أداء المشروط (قوله ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه) بمثلها أما العتق فلوجود الشرط وهو أداء الالف حتى يعتق لو كانت ألفا مغصوبة الا انه لايجب عليه قبول المغصوبة وأما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها اضافة المصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق وهذا وجبه النظر فى الغرض وهو أن يعتقه باداء ألف يحدث حصولها له فيملك مالم يكن ماله وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى (قوله ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس) فلو اختلف المجلس بأن قام العبد أو أعرض

مثلها فلان الالف التى أداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا تحصل المقصود باداته لان مقصوده أن يحثه على الاكتساب او ليؤدى من كسبه فيملك المولى مالم يكن فى ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك وأما أنه عتق فلوجود شرط الحنث لما أن كون الالف مستحقة لايمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان وأداه (ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس) وهذا ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه لايقتصر عليه كما فى التعليق بسائر الشروط وجه الظاهر ماذكره بقوله لانه يخير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد اذا قال أنت حر ان شئت فان قيل قد تقدم أنه يصير مأذونا له فى التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس أجيب

(قوله وماذكر فى مبسوط شيخ الاسلام الى قوله هو القياس) أقول فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الاخذ به أولى ثم قوله وماذكر مبتدأ وخبره قوله هو القياس

بان الاذن يكون فى صورة اذا أديت أومتى أديت فان الاداء فيهما لا يقتصر على المجلس و يجوز أن يقال لا تنافى بينهما لجواز أن يكون ماذونا بالتجارة و يقتصر الاداء على المجلس و يتجر فيه و يؤدى المال قبل الافتراق بالابدان (ومن قال لعبده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف درهم بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا أنه لا يجب المال لقيام الرق

أو أخذ فى عمل آخر ثم أدى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس فى كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتهما عليه لا يتوقف فى أى وقت أدى عتق وعن أبى يوسف أن ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بأن ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء فى مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير فى أى وقت شاء ويجاب بأنه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى أن معنى كونه ضرورة الفعل أن تحقيق الفعل بدونه لا يمكن فلا يثبت مدلولا أصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده أى وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب أن يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر فى حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء ﴿فرع﴾ قال ان أديتما الى ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق أداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام فى المعاوضات ولذا لو أدى أحدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط أداؤهما فلا يتم بأحدهما فان قال المؤدى خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى لأؤديها اليك عتقا لان أداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو أداؤهما ولو أدى عنهما أجنبى لا يعتقان لانه ليس أداءهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمؤدى أن يرجع على المولى لانه أدى ليعتقا ولم يحصل مقصوده فان قال أؤديها اليك على أنهما حران أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدى بالمال على السيد اما المعتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبى ولو قالا هما أمرانى أن أؤديها اليك فقبلها عتقا لانه رسول عنهما (قوله ومن قال أنت حر بعد موتى على ألف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف) فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب فى عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر فى مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة تؤخر وجوده الى وجود المضاف اليه وهو هنا ما بعد الموت ولو أمكنت اضافة فى البيع ونحوه وجب فيه أيضا كون قبول البيع يتأخر الى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لانه ايجاب للتدبير فى الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق فى المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا عتق بعد الموت لا يلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا الفائدة فى تعليقه بالقبول الا يظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فأنت مدبر وصار كما اذا علق تدبيره بدخوله الدار وأورد أن قوله أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حر بعد موتى على ألف فينبغى أن يشترط فى مسئلة الكتاب القبول فى الحال أجيب بان مسئلة الكتاب تصرف عين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفى الايمان يعتبر اللفظ وليس فى قوله أنت مدبر على ألف اضافة لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفى النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر فى الحال فى أنت مدبر على ألف لانه قابل الألف فى التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت فى أنت حر بعد موتى على ألف لانه قابلها بحقيقة الحرية وحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول

(قوله أجيب بأن الاذن الى قوله لا يقتصر على المجلس) أقول الاقتصار على صورة اذا ومتى لا يلائم ظاهر تقرير المصنف فانه وضع المسئلة فى ان حيث قال وذلك مثل أن يقول ان أديت الخ

بعد الموت ولا يخفى أن التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت فى كل من قوله أنت مدبر أو أنت حر بعد موتى بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الاضافة التى هى التدبير لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق واعلم انه روى عن أبى حنيفة فى نوادر بشر ابن الوليد اذا قال أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه فاذا مات المولى وهو فى ملكه وقال قبلت أداء الألف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان فى أن القبول بعد الموت وروى عن أبى يوسف فيها ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن أبى يوسف فى الاملاء اذا قال ان مت فأنت حر على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين فى أن القبول حالة الحياة الا انه اختلف كلامه فيهما فى لزوم المال وذكر السرخسى عن ابن سماعة عن محمد لو قال أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر فى الجامع فى مسئلة أنت حر بعد موتى على ألف أن القبول بعد الموت فقد سوى بينهما فى هذه الرواية فى أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فما ذكرنا عنه كذلك وحينئذ فاقبل انهم أجمعوا انه لو قال أنت حر على ألف بعد موتى فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب أن يجعل قول أبى يوسف فى قوله اذا مت فأنت حر على ألف أن القبول فى حالة الحياة رواية فى أنت حر بعد موتى على ألف ان القبول فى حالة الحياة بل أولى لان هناك الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول فى الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى أن الاعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن أبى يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فأنت مدبر وهذا لان المولى ما رضى بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر فى ذلك ولا مانع شرعى منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما فى المكاتب وان لم يستحق عليه بسبب غيره على أن المروى عن أبى يوسف ومحمد فى المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وحينئذ يكون حرا فالحاصل تأخر وجوب المال الى زمن حريته فلا يلزم ما ذكرمن ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة وزاد غيره أو الوصى أو القاضى ان امتنعوا الا أن الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصى لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فأنت حر فدخل لا يعتق واذا أعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولذا لو أعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بأن الميت ليس أهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بأن الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولذا الوجن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بأن هناك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة فى المحل وهو خروجه عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو فى ملك غيره ولا يخفى أن هذا ليس دافعا للسؤال وهو أن ما علل به من فوات أهلية المعلق لا أثر له وما ذكر من خروج المحل عن محلية عتقه ان أراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر فى عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد أنه علل بما لا أثر له فأجاب المجيب بابداء علة أخرى أو مانع وقال هذا جواب هذا السؤال والصواب فى الجواب أن المصنف حيث علل بأن الميت ليس أهلا للاعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده أنه ليس أهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار أجنبيا عنه وانما لزم خروجه

وقوله (قالوا) يعني المشايخ (لا يعتق في مسئلة الكتاب) أي الجامع الصغير وهي قوله أنت حر بعد موتي على ألف درهم (وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث) أو الوصي أو القاضي (لان الميت ليس بأهل للاعتاق) في ذلك الوقت قال المصنف (وهذا) أي قولهم لانه لا يعتق مالم يعتقه الوارث (صحيح) بناء على أنه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وأهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف

قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس بأهل للاعتاق وهذا صحيح قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين)

الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال أنت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما أورده شارح فقال ينبغي أن يعتق حكما لكلام صدر من الاهل في المحل وان كان الميت ليس أهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال أهليته ثم استدل على ذلك بأن القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى أن بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط أن يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل أعتقه القاضي ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له نعم يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم أمرهم بالاعتاق ان كان بسبب انه لا سائبة فلو بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلم لم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذا يجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم به ونه لان القبول لا يعتبر بعده بل بتقييده وما تقدم من نوادر بشر من قول أبي حنيفة فاذا مات المولى وقال قبلت أداء الالف عتق ظاهر في عدم تأخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل به ذلك الشارح أيضا مع أن في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتأخرين من قال ينبغي أن لا يعتق مالم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا أصح فانه يفيد بعد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله أنت حر المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول أثره بعد موته الا أنه يبقى عليه اشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال أنت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا أثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسيأتي لبعضهم فرق في الباب بعده (قوله ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين مثلا) أو أقل أو أكثر (فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه) أي على العبد (قيمته عند أبي حنيفة في قوله الاخر وهو قول أبي يوسف وفي قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين) أما العتق فلانه جعل الخدمة وهي معلومة اذ هي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبولها كما في غير من المعاوضات لانه صلح عوضا لان المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسئلة أخرى وهي ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فكذا عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكره في الكتاب ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس

التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو أنه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال أنت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حر بعد موتي على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي أن يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول أيضا فيه أجيب بان هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله أنت مدبر على ألف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط

القبول بعده وفي مسئلة الكتاب أضاف الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) أي ومن قال لعبده أنت حر على أن تخدمني أربع سنين (فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وهو قول أبي حنيفة الاول عليه قيمة خدمته أربع سنين

(قوله أجيب بأن هذا يمين الخ) أقول التدبير ليس بيمين على ما سيجيء عن المصنف الاشارة اليه ويفصله الشارح في الدرس الآتي

أما العتق فلان الخدمة فى مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق) وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم فى الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلحت صداقا مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم (فصار كما اذا أعتقه على ألف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى وهى أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما (٤٣٠) وبقيمة الجارية عنده وهى) أى مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية اذا استحقت

أما العتق فلانه جعل الخدمة فى مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا أعتقه على ألف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى وهى أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى معروفة ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شئ على الآمر) لان من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم علىّ ففعل لا يلزمه شئ ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم علىّ ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبى فى الطلاق جائز وفى العتاق لا يجوز

(معروفة) فى طريقة الخلاف وذكر فى الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك وجه قول محمد أن الخدمة بدل مالیس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا فى المبنى ولقائل أن يقول هذا مناقض لما قال المصنف فى أول الباب من أنه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب أن الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه لما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بأى مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى مولاه وشابه بذلك بيع عبد

بأولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائى ولم يقل أحد انه ترجع الورثة فى موت المولى بعين الخدمة قيل لان الناس يتفاوتون فى الاستخدام وقيل بل الخدمة هى المعتادة من خدمة البيت لكن لان الخدمة منفعة وهى لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعى وزفر أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل مالیس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم عمد ثم استحقت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا ووجه قولهما أنها بدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدا أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة الى السيد حيث أخذ مالا فى مقابلة اخراجه مالا عن ملكه نعم هنا ملاحظة أخرى وهى اعتبار ما أخذ فى مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفى الامر الثابت فى نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما اذا باع عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لانه مبادلة مال بمالیس بمال ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد وعندهما بقيمة ثلاثة ارباع رقبته وعلى هذه النسبة قس وعلى هذا لو أعتق ذمى عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول فان أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا فى المعاوضة أما لو كان قال ان خدمتنى أربع سنين أو سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو أعطاه مالا عوضا عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتنى وأولادى فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق (قوله ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجنيها) وفى بعض النسخ زيادة لفظ علىّ قبل على أن تزوجنيها وليس فى عامة النسخ وهى أدل منه على ايجاب المال على

المتكلم بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله (وكذا بموت المولى) يعنى أن موت المولى فى هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على) لم يذكر فى بعض النسخ علىّ اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر فى بعضها للتأكيد والمسئلة ظاهرة

وقوله (وقدقررناه من قبل) يعني في الخلع في مسئلة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والفرق أن الأجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت به له شيء أصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز وقوله (ولو قال أعتق أمتك عني بألف درهم والمسئلة بحالها) أي قال على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه (قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ماذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (٤٣١) وفيه شبهتان احداهما أن هذا البيع فاسد

وقدقررناه من قبل (ولو قال أعتق أمتك عني على ألف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه) لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاه على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه أن ما أصاب قيمتها ساقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

المتكلم وان كان كذلك مع تركها أيضا فاذا عتق فاما أن تزوجه أولا ولا يلزمها تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شيء أصلا لان حاصل كلامه أمره المخاطب باعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليها عنها وعن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها وأما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية وهي ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج والتزوج وغير ذلك من الشهادات والقضاء ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض وان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب قيمتها ساقط منه وما أصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان مهرها ألفا وقيمتها ألفا سقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقوله وقدقررناه من قبل يعني ماذكر في خلع الأب ابنته الصغيرة حيث قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكنه لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح (قوله ولو قال أعتق أمتك عني على ألف درهم) على أن تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل أي أعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على ما بيناه فما أصاب قيمتها أداه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها وجب لها عليه وانما وجب للمأمور حصة قيمته هنا لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاه على ما عرف في الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن أخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي أن يفسد لانه ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجب اما عدم

لانه بيع بما يخصها من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانه ادخال صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية أن البيع اذا كان فاسدا ويجب فيه العوض تجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي وأجاب الامام شمس الائمة السرخسي عن الاولى بأن الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض وأدنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية

بان البيع مندرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله (فلو زوجت نفسها منه) يعني في المسئلتين (لم يذكره محمد) في الجامع الصغير وجوابه ان ما أصاب قيمتها ساقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما أصاب مهر مثلها كان مهرا للامة في الوجهين

(قوله وقوله وقدقررناه من قبل الخ) أقول وقد سبق في فصل ومن ملك ذا رحم محرم أنه حوالة غير رابحة فراجع الى الشرح ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى ماذكره في الخلع والى ماذكره في ذلك الفصل فانه بين صحة تحمل الاجنبي بدل الطلاق في الخلع وعدم صحة تحمله بدل العتاق في الفصل فتامل (قوله تصير قابضة نفسها الخ) أقول فاعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف

﴿ باب التدبير ﴾

(اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح فى التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

وقوع العتق لانه من جهة الآمر وهو لم يقبضها والمبيع فى البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمأمور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض فى البيع الفاسد وجبت كلها أجيب بأنه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا فى البيع ضمنا له فلا يرا عى من حيث هو مستقلا ولا يفسد به ولا يخفى أنه يمكن ادعاؤه فى كل صفقة فى صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المصنف لم يذكره يعنى محمدا فى الجامع الصغير وقوله فى الوجه الاول يعنى الذى لم يذكر فيه لفظ عنى والوجه الثانى هو ماذكر فيه وقوله فى الوجهين يعنى ماذكر فيه عنى ومالم يذكر اذا وجت نفسها وقد بيناه من قبل

﴿ باب التدبير ﴾

لما فرغ من بيان العتق الواقع فى حال الحياة شرع فى بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا أحسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما أن التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها الى ههنا ثم التدبير لغة النظر فى عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت فى المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا أو معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى فى التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب أن يقال ملكه متزلزل اذ لا شك فى أنه مالك شرعا لكنه يعرض أن يزول بتعجيزه نفسه وغاية الامر أن بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفى حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبالغ والعقل فلا يصح تدبير الصبى والمجنون وفى المبسوط فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد أو المكاتب اذا أعتقت فكل مملوك أملكه حر فعتق فذلك مما ولو كاعتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد أضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك أملكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فذلك لا يعتق عند أبى حنيفة وقالا يعتق وماذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو فى تدبير المالك أما الوكيل فلا فى المبسوط لو قال لصبى أو مجنون دبر عبدى ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره فى العتق والطلاق واذا قد انجر الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدى فدبره أحدهما جاز ولو جعل أمره فى التدبير اليهما بأن قال جعلت أمره اليكما فى تدبيره فدبره أحدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا يتفرد به أحدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء ألا ترى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبراه فى هذا الفصل وليس له ذلك فى جعل الامر اليهما كذا فى المبسوط (قوله اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح فى التدبير فانه أى التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فأفاد أن كلما أفاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلاثة أقسام الاول مايكون بلفظ اضافة كبعض ماذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتى والثانى مايكون بلفظ التعليق كان مت أو اذا مت أو متى مت أو حدث بى حدث أو حادث فأنت حر وتعورف الحدث والحادث فى الموت وكذا أنت حر مع موتى أو فى موتى فانه تعليق العتق بالموت بناء على أن مع وفى تستعار فى معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال أنت مدبر بعد موتى يصير مدبرا فى الحال لان المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان

هذا

﴿ باب التدبير ﴾

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع فى الحياة ظاهر المناسبة والتدبير فى اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفى الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بألفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك أو أنت مدبر أو دلالة كقوله اذا مت فأنت حر أو أنت حر مع موتى أو فى موتى وكقوله أوصيت لك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو بثلث مالى وحكم التدبير

﴿ باب التدبير ﴾

قال المصنف (لان هذه الالفاظ صريح) أقول يعنى غير الاول أو غلب الصريح على غيره

(ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية) كما فى الكتابة

هذا وأنت حر بعد موتى سواء وكذا أعتقتك أو حررتك بعد موتى والثالث ما يكون بلفظ الوصية كأوصيت لك برقبتك أو بنفسك أو بعتقك وكذا اذا قال أوصيت لك بثلث مالى فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفى الكافى أنت حر أو مدبر أو عتيق يوم يموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لانه قرن به ما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا لجواز أن يموت ليلا يعنى فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت صرائح لانها استعملت فى الشرع كذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أم الولد فهى معتقة عن دبر منه ذكره فى المبسوط ثم تورث بلا شبهة فى هذا المعنى ولو قال أنت حر بعد موتى وموت فلان فليس بمدبر مطلقا لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم أن يبيعوه وان مات فلان أولا يصير مدبرا مطلقا فليس له أن يبيعه خلافا لزفر لانه كما لو قال اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى فكلمه أو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتى فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتى ان شئت ينوى فيه فان نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ أبو بكر الرازى يقول الصحيح أنه لا يعتق هنا الا باعتاق من الورثة أو الوصى بمثل ما تقدم فى الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعده الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال أعتقوه بعد موتى ان شاء وهو نظير ما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة فى نوادره وكذا بيوم وفى الايضاح اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصى فللوارث أن يعتقه تنجيزا أو تعليقا والوصى لا يملكه الا تنجيزا ولو أعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة والذى ينبغى أن يفصل فى التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو بمضى زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضى ليخبر عتقه ثم فى ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد فى مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهذا مشيئته فى حياته بمجلس التفويض اليه اذا كان بهذا اللفظ وعن أبى يوسف لا يتوقف به لأنه فى معنى الوصية ولا يشترط فى الوصية القبول فى المجلس وفى الاصل لو قال بعد موتى بيوم لم يكن مدبرا وله أن يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضى يوم بعده فان مات لم يعتق فى الوقت الذى سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازى ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا أخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث فى ذلك الزمان عرفنا أن مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه وأما فى مسئلة المشيئة فانها تتصل مشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم أشكل على ما تقدم فى مسئلة أنت حر بعد موتى بألف فان زمن القبول كزمن المشيئة فانه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته لا يقال ينبغى أن يجعل العبد فى هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت لحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بأنه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول أسهل من رفعه ثم ادخاله فى ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته ثم لا شك أن هذه المسئلة أقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم فى أنت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل أولى لان مجىء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهى من مواضع النص على أنه لا يعتق الا باعتاقهم (قوله ثم لا يجوز بيعه) أى المدبر المطلق وهو الذى علق

أنه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما فى الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه وسعى فى ثلثيه

وقال الشافعي يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره

عتقه بطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز فيجوز استخدامه واجارته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرش جنايتها وعلله المصنف فيما يأتي بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولانه هذه التصرفات وانما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى في جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه ما منع الا رقبة واحدة وأما ما استهلكه فدين في رقبته يسعى فيه وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت أجيب بأن الوصية بالنسبة الى المعدوم تعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم بعينهم فبطل بموت أحدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصي كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت (قوله وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته) للمنقول والمعنى أما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم أرسل بثمنه اليه وفي لفظ أعتق رجل من الانصار غلاما له عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فأعطاه فقال اقض دينك وأنفق على عيالك ولحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة وروى أبو حنيفة بسنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفي موطأ مالك بسنده الى عائشة أنها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو أخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبروني عن امرأة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سألتها ماذا أردت قالت أردت أن تموتي حتى أعتق قالت فان لله علي أن تباعي من أشد العرب ملكة فباعتها وأمرت بثمنها فجعل في مثلها وروى الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك أن الحر كان يباع في ابتداء الاسلام على ما روي أنه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحاب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير زوال الرق عنه ثم رأينا أنه صح عن ابن عمر رضي الله عنهما لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطني رفعه وصححه وقفه وأخرج الدارقطني أيضا عن علي بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال المدبر من الثلث وضعف ابن ظبيان والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها وانما يعارضه لو قال صلى الله عليه وسلم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم

(وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات) من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما (وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بلا خلاف (ولان التدبير وصية) حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برقبته لانسان (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث) رواه نافع عن ابن عمر (ولانه) أي التدبير (سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت) فلا بد له من سبب (ولا سبب غيره) ثم اما أن يكون سببا في الحال أو بعد الموت لا جائز أن يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تأخير السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين أن يكون سببا في الحال واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت

قال المصنف (وكما في المدبر المقيد) أقول سيجيء جوابه بعد اثني عشر سطرا تخميننا (قوله ثم اما أن يكون الخ) أقول غير ترتيب المصنف فقدم المؤخر وأخر المقدم

وأقول قوله (ثم جعله سببا فى الحال أولى) يدل على أن جعله سببا فى الحال وان كان المذهب عند أصحابنا ليس بمتعين فيحمل ماذكره هنالك على غير الاولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سببا بعد الموت أو اختار جوازه باجتهاده وجعل ماذهب اليه الاصحاب أولى فان قيل فى التدبير تعليق وليس فى التعليق شئ من السبب ثابتا فى الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعى كما فى سائر التعليقات أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط واعلم أن فى كلام المصنف غموضا لا ينكشف على وجه التحصيل الا بزيادة بيان فلا بد منها فنقول المانع هو ما ينتفى به الشئ مع قيام مقتضيه وكل ما ينافى اللازم ينافى الملزوم واذا ظهر هذا فلنا القياس يقتضى أن تكون سائر التعليقات أسبابا فى الحال لكن المانع عن السببية فى الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لان اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذى هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذى هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه أشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن أن يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق يمينا تمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين بعقد للحمل كما فى قول الرجل ان لم تدخلى الدار فأنت طالق وقد نص فى الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه يقتضى الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين الا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفى والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين أو ليس بيمين فان كان يمينا وجب أن لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله (٤٣٥) بخلاف سائر التعليقات اذ السائر بمعنى الباقى قلت ليس بيمين لتعلق عتقه بأمر كائن واستقامة اطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة ان لم يكن اليمين أخص من التعليق ويرد عليه أنت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بأمر كائن وليس بسبب فى الحال والجواب أنه اضافة لا تعليق وقوله (وأمكن تأخير السببية الى زمان الشرط) لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه تأخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الايجاب حينئذ وأما سائر التعليقات فتأخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بأن قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط اذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الاهلية كما ذكرتم فى صورة المجنون وأما اذا كان فلا نسلم أن الاهلية اذ ذاك غير شرط

ثم جعله سببا فى الحال أولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وأمكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا

الاختلاط بجزء المولى كما فى أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضى الله عنه لا يصلح لمعارضة حديث جابر وأيضا ثبت عن أبى جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوسا يقولان عن جابر فى الذى أعتقه مولاه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فأمره أن يبيعه فيقضى دينه الحديث فقال أبو جعفر شهدت الحديث عن جابر انما أذن فى بيع خدمته رواه الدارقطنى عن عبد الغفار بن القاسم الكوفى عن أبى جعفر وقال أبو جعفر هذا وان كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك ابن أبى سليمان العزرمى وهو ثقة عن أبى جعفر انتهى قلوتم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه وان كان متشيعا فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن على زين العابدين بأنه شهد

(قوله وأقول قوله ثم جعله الخ) أقول أنت خبير بأن المعتبر ما ساق اليه الدليل لا دلالة اللفظ والدليل يدل على التعيين فيجب حمل الاولوية على الوجوب ألا يرى الى قوله فلا يمكن تأخير سببية الى زمان بطلان الاهلية ولعلها انما قال أولى ولم يقل يجب لئلا ينتقض الدليل الاول بسائر التعليقات فليتأمل فيكون هذا الكلام من المصنف متضمنا للاعتراف بعدم تمام ما قرره فى الفرق بين أم الولد والمدبر وفيه ما لا يخفى (قوله اذ السائر بمعنى الباقى) أقول ولك أن تقول فى باب عتق البعض السائر هنا بمعنى الجميع صرح بمجيئه بهذا المعنى الجوهرى (قوله والجواب أنه اضافة لا تعليق) أقول وكذا أنت حر مع موتى أو فى موتى أو اذا مت وجوابه أنه لما كان أضافة الى الموت كان فى حكم المعلق به فأخذ حكمه فان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية بقى الكلام فى أنه لم لا يكون هذا الكلام سببا حال وجوده ومع أنه أولى على ما دل عليه الدليل الاول (قوله فرق آخر بين التدبير الخ) أقول صرح فى كتب الاصول فى مواضع من جملتها فصل مفهوم المخالفة من التلويح بأن الاضافات أسباب فى الحال فينتقض الدليل بها

وقوله (ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال) فرق آخر بينهما وتقريره التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة فى الحال لان الموصى يجعل الموصى له خلفا فى بعض ماله بعد موته كالوراثة فانها سبب خلافة فى الحال واعترض بأنه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان الجرح قبلها أو بعدها وجاز البيع لان الموصى يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا

ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفى البيع وما يضاهيه ذلك قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وان كانت أمة وطئها وله أن يزوجها) لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات

عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا أن ذلك فى وصية لم تكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح فى موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله (وابطال السبب لا يجوز) تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفى البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والاعهار ذلك أى ابطال سبب الحرية فلا يجوز قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره) التدبير لا يثبت الحرية فى الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لى فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وان كانت أمة وطئها وله أن يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت

حديث جابر وأنه انما أذن فى بيع منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوى الحديث وقال ابن العز قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد أو أن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى فى تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص آخر يمنع من العمل باطلاقه وأنت اذا علمت أن الحر كان يباع للدين ثم نسخ وأن قوله فى الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوى فعلا جزئيا لا عموم لها وان قوله أعتق عن دبر أو دبر أعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذى دبر مقيدا أنه أعتق عن دبر منه وأن ما عن ابن عمر موقوف صحيح وحديث أبى جعفر مرسل تابعى ثقة وقد أقمنا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد أنه قول جمهور السلف علمت قطعا أن المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروى عن عائشة رضى الله عنها لجواز كون تدبيرها كان مقيدا ولانه أيضا واقعة حال لا عموم لها فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضى الله عنهما محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله أو غلطه وأما المعنى الذى أبطل به الشافعى منع بيعه فما ذكر فى الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما فى سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز فظهر أنه على اعتبار شبهى التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا أى اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكر المصنف بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولا سبب غيره أى غير قوله أنت حر المعلق فى اذا مت أو المضاف فى بعد موتى فاما أن يجعل سببا فى الحال أو بعد الموت وجعله سببا فى الحال أولى لانه حال وجوده بخلاف ما بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمى فاضافة السببية اليه حال وجوده أولى فهذا وجه أولوية السببية فى الحال ووجه آخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعنى لابد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يبطلها بخلاف الجنون لان المجنون أهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه أو وهب له وقبل وليه وزواله كما لو أتلف شيأ فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد أبواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط ليزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون أهل لذلك بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سببا بعد موته فلزمت سببيته فى الحال والا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا فى الحال لانها أيمان واليمين فى مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر وأنه يضاد وقوعهما ووقوعهما هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط

(قوله والجواب عنهما جميعا أن ذلك فى وصية لم تكن على وجه التعليق الخ) أقول أنت خبير بأن عامة الوصايا على سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وتبطل بالقتل (قوله والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك) أقول فيه ما لا يخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع فان التدبير ليس اعتاقا فى الحال وكونه اعتاقا فى المآل مسلم لكن هل يمتنع به البيع أو لا هو محل النزاع

(فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله عنهم

لما ذكرنا وأمكن فى التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال واذا انعقدت سببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فأنت حر فانه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لامحالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجيء الغد بعد وجود أشراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما أما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بأن الكلام فى الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على أن كون التعليق بمثل مجيء الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح وأجيب أيضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو أن التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة ويرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارته لا بعنايته وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة أى الوصية المذكورة وهى الوصية له برقبته خلافة كالوارثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فأنت حر وأنت حر بعد موتى وبين قوله أعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف أعتقوه وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لان حاصله أن الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاخرى سواء ولا مخلص الا أن تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحا بالموت أو أضيف وكون ذلك فى الشرع يقتضى ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق أن الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك (قوله فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا أول الباب ولان التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته (قوله وولد المدبرة مدبر) فيعتق بموت سيد أمه والمراد ولد المدبرة المطلق أما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفى بعضها ولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان الولد يتبع أمه لا أباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا أو أمة فولدها عبد سواء كان أبوه حرا أو عبدا مدبرا أو لا ثم المراد الولد الذى كانت حاملا به وقت التدبير أو الولد الذى حملت به بعد التدبير أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها أما الذى كان حملا فبالاجماع كالو أعتقها وهى حامل وأما الذى حملت به بعده ففى قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهرى والبصرى وشريح ومسروق والثورى ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد وللشافعى فيه قولان قال المصنف وعلى هذا اجماع الصحابة يعنى الاجماع السكوتى فانه روى عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضى الله عنهم ولم يروعن غيرهم خلاف ولا يخفى أن سريان التدبير الى

(فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا) يعنى من حديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو قوله عليه الصلاة والسلام وهو حر من الثلث (ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت) ولا نعنى بالوصية الا ذلك والحكم يعنى العتق غير ثابت فى الحال لانه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثى رقبته وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله (وولد المدبرة مدبر) هذه هى النسخة الصحيحة ووقع فى بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر اما أن يكون من أمة أو غيرها فالاول رقيق لمولاها والثانى يتبع الام فى التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة رضى الله عنهم وخوصم الى عثمان رضى الله عنه فى أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف

(وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة (فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث

الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه اشكال مما ذكر من طرف الشافعي ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لانها تدعي حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره في المبسوط في باب الشهادة في التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة أشهر كان مدبرا والا لا ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولدته لاقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية ولو دبر أحدهما ما في بطنها بأن قال ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر أنت حرة بعد موتي فولدت لاقل من ستة أشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير أمه وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من الاول ولاقل منهما من تدبير الام فالولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام باعتبار انه كالجزء وفي هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذي دبر الام وأما الام فنصفها مدبر للذي دبرها وللآخر الخيار بين أن يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا وبين أن يستسعيها فتعتق الام بضمان والولد المدبر بلا ضمان لان الضمان انما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك ألا ترى أنها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة ولانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها واذا دبر ما في بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها وذكر في كتاب الهبة من الاصل اذا أعتق ما في بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل في المسئلة روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز عتقه ولو أعتقه جازت هبتها لان بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأما بعد عتقه فغير مملوك فلم تتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توأمان وتيقنا بوجود أحدهما حال التدبير في البطن ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعد هذا لاقل من ستة أشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة أيضا تبعا للام فاذا أدت عتقا جميعا وان مات المولى قبل أن تؤدي عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولد أن يسعى فيما على الام لانه دخل في الكتابة فان مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير أو باداء الكتابة فيختار الانفع له فان كان خروج من الثلث عتق ولا شيء عليه لان مقصوده حصل ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقا لم تعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكانه قال أنت مثل الحرة أو المدبرة (قوله وان علق التدبير بموته على صفة) مثل أن يقول ان مت من مرضي هذا أو سفري هذا

وقوله (فان علق التدبير بموته) بيان للمدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول ان مت من مرضي أو سفري أو مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو أن المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت أن صفة كونه يمينا يمنع عن السببية وأما اذا كان أمرا كائنا لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي أي وقت ينعقد اذا انعقد بعد الموت فليس بمحل أهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب أنه موقوف فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ وان عاش بطل التدبير

ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه فى الغالب لانه كالكائن لا محالة

أو مرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السببية لم تنعقد فى الحال للتردد فى تلك الصفة هل تقع أولا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم ان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعنى من الثلث لانه ثبت حكم التدبير له فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فاذذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فاما ما قبل آخر جزء من حياته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وان برئ من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذى علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال أنت حر قبل موتى بشهر ومضى شهر فانه بعد مضى الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه أجيب بأنه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غد وأنه لا يثبت حقا للعبد للحال فكذا هنا ولو قال اذا مت أو قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على أى وجه كان وعلى قول أبى يوسف ليس مدبرا لانه علقه بأحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه بأحد الامرين يمنع كونه عزيمة فى أحدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر أحسن لان التعليق فى المعنى بمطلق موته لانه لا تردد فى كون الكائن أحد الامرين من الموت قتلا أو غير قتل فهو فى المعنى مطلق الموت كيفما كان وروى الحسن عن أبى حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت فأنت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشئ آخر بعده ثم اذا مات فنى القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فأنت حر وفى الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا فى المبسوط (قوله ومن المقيد) أى ومن التدبير المقيد (أن يقول ان مت الى سنة أو الى عشر سنين) فأنت حر فان مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة أو العشر لم يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات فى رأس السنة يعتق لان الغاية هنا لو لاها تناول الكلام ما بعدها لانه تنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فتكون للاسقاط ومنه أنت حر قبل موتى بشهر أو بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول أبى حنيفة يستند العتق الى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضى الشهر قبل موته (قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها فى الغالب لانه كالكائن لا محالة) فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة وقال قاضيخان على قول أصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره فى الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تأبيد معنى وهو كالخلاف فى النكاح المؤقت لو سمى مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تأبيد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والمصنف كالمناقض فانه فى النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير ۞ فروع كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عنه بدل الكتابة للاستغناء عن أداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شئ من بدل الكتابة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد سقط ثلث بدل الكتابة أيضا اعتبارا للجزء

(ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا) يعنى قوله لتردد فى تلك الصفات (بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه فى الغالب لانه كالكائن لا محالة) وهذا الذى ذكره رواية الحسن عن أبى حنيفة فى المنتقى وذكر الفقيه أبو الليث فى نوازله لو أن رجلا قال لعبده أنت حر ان مت الى مائتى سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيد وله أن يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم أنه لا يعيش الى تلك المدة فصار كأنه قال ان مت فأنت حر ثم لو مات قبل السنة فى الاول أو قبل عشر سنين فى الثانى عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط فى المدبر المقيد والله أعلم

(قول الكمال لانه تنجيز عتقه) لانه أى الكلام بدون الغاية يفيد تنجيز عتقه بعد الموت مطلقا كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوى

بالكل وقياسا على مالو كاتبه أولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة لانه لو أدى جميع بدل الكتابة فى حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد ولو كاتب أم ولده صح ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه ولهما طريقان أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا فى المكاتب والبدل بمقابلته وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شئ له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلاثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة ألا يرى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز أن لا يموت المولى قبله واذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشئ من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شئ عنه بخلاف مالو كاتبه أولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا لشئ من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر أن التدبير وصية برقبته له وهى عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو أوصى بعبد لانسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية فى قيمته ولا ثمنه من مال الموصى وفى اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف مالو كاتبه أولا ثم دبره لان حقه عند التدبير أحد الشيئين اما بدل الكتابة ان أدى أو مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول أبى حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى فى جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى فى ثلثى قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزأ وقد تلقاه جهتا حرية فيختار أيهما شاء وعند أبى يوسف يسعى فى الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا أقل المالين وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلثى بدل الكتابة لان ثلثها سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر أبو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند أبى حنيفة يتخير بين أن يسعى فى ثلثى قيمته أو ثلثى بدل الكتابة وعندهما يسعى فى أقلهما عينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم مات يسعى الولد فيما عليها لانه مولود فى كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فأدى أحدهما المال كله لم يرجع على أخيه بشئ لانه ما أدى عنه شيأ انما أدى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما أو كليهما أداء من مال الام ومثله لو كاتب عبدين مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم مات وترك أحدهما ولدا ولده فى كتابته من أمته فعليه أن يسعى فى جميع بدل الكتابة لانه قائم مقام أبيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلذا كان عليه السعاية فى جميع بدل الكتابة

﴿ باب الاستيلاد ﴾

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد فى استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير أنسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه والاستيلاد مصدر استولد أى طلب الولد وهو عام أريد به خصوص وهو طلب ولد أمته أى استلحاقه أى باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة فى الام وأصله استولاد ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا

لما فرغ من بيان التدبير شرع فى بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد وأم الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة فى الصفات الغالبة (اذا ولدت الامة من (٤٤١) مولاها فقد صارت أم ولده لا يجوز بيعها) ولا هبتها (ولا تمليكها لقوله صلى الله عليه وسلم) لما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له ألا تعتقها (أعتقها ولدها أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع) لان الحديث وان دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل ولدت أمته منه فهى معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتنجيز بالحديث الثانى ولا يقال محلية البيع معلومة فيما يقين فلا ترتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها

﴿ باب الاستيلاد ﴾

(اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولده لا يجوز بيعها ولا تمليكها) لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفى عرف الفقهاء أخص من ذلك وهى الامة التى ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها (قوله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولده) يعنى اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما ثبوته ففى العبارة قصور وذلك لانه لا يريد أنها اذا ولدت منه صارت أم ولد بالمفهوم اللغوى بل بالاصطلاح الفقهى ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها بل اذا مات ولم يخرج عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مدينا مستغرقا وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء الا من لا يعتد به كبشر المريسى وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه أبو داود وقال الحاكم على شرط مسلم وأخرج النسائى عن زيد العمى الى أبى سعيد الخدرى كنا نبيعهن فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم وأعله العقيلى بزيد العمى وقال النسائى زيد العمى ليس بالقوى ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلى وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضى الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما فى حديث أبى داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت مغفل امرأة من خارجة قيس عيلان وذكر البيهقى أنه أحسن شئ روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا قالت قدم بى عمى فى الجاهلية فباعنى من الحباب بن عمرو أخى أبى اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين فى دينه فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله انى امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بى عمى المدينة فى الجاهلية فباعنى من الحباب بن عمرو أخى أبى اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لى امرأته الآن والله تباعين فى دينه فقال عليه الصلاة والسلام من ولى الحباب قيل أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال أعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علىّ فأتونى أعوضكم قالت فاعتقونى وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم منى غلاما ولا يخفى أن هذا الا يدل على أنها تعتق بمجرد موته بل على أنه سألهم أن يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام بل يفيد أنها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعى فى ذلك من أنها اعتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به لهم نعم يحتمل أن يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقى وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل الصلاة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه ويعينه فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال يعنى فى مارية القبطية رضى الله عنها أعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أعتقها ولدها وطريقه معلول بأبى

﴿ باب الاستيلاد ﴾

(قوله الاستيلاد طلب الولد) أقول يعنى طلب الولد مطلقا وخص بطلب ولد أمته (قوله فأم الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة فى الصفات الغالبة) أقول والا فأم

 الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب ثم قوله كالصغيرة يعنى باستعمال الصغيرة فى الذنوب (قوله وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها) أقول الضمير فى قوله فرفعتها راجع الى قوله محلية فى قوله لا يقال محلية البيع الخ

بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبد الله بن عباس وبسند ابن ماجه رواه ابن عدى فى الكامل لكن أعله بابن أبي سبرة فقط فانه يرى أن حسينا ممن يكتب حديثه وأخرج ابن ماجه أيضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرة بعد موته ورواه الحاكم فى المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا توثيق لحسين بن عبد الله ورواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن أبي أويس حدثنا أبي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم قال أيما أمة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا أن يعتقها قبل موته ورواه أحمد عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت منه أمته فهى معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة فى هذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذا قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال فى كتابه وقد روى باسناد جيد قال قاسم بن أصبغ فى كتابه حدثنا محمد بن وضاح حدثنا مصعب بن (١) سعد أبو خيثمة المصيصى حدثنا عبد الله بن عمرو هو الرقى عن عبد الكريم الجزرى عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ومن طريق ابن أصبغ رواه ابن عبد البر فى التمهيد ومما يدل على صحة حديث أعتقها ولدها ما قال الخطابى ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفى بيعهن تفريق واذا ثبت قوله أعتقها الخ وهو متأخر الى الموت اجماعا وجب تأويله على مجاز الاول فيثبت فى الحال بعض مواجب العتق من امتناع تملكها وروى الدارقطنى عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهى حرة ثم أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار وأعله ابن عدى بعبد الله بن جعفر بن نجيح المدينى وأسند تضعيفه عن النسائى وغيره ولينه هو وقال يكتب حديثه ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبرى حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه وأخرجه أيضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم (٢) القسملى وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذى رفعه وقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطنى وعندى أن الذى أسنده خير ممن وقفه وأخرج مالك فى الموطأ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهى حرة وهكذا رواه سفيان الثورى وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا وأخرج الدارقطنى من حديث عبد الرحمن الافريقى عن سعيد بن المسيب أن عمر أعتق أمهات الاولاد وقال أعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقى وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع عما قلنا ولا شك فى ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد فى الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن فى دين وعدم مخالفة أحد لعمر حين أفتى به وأمر فانعقد اجماع الصحابة على عدم بيعهن فهذا يوجب أحد الامرين اما أن ما كان من بيع أمهات الاولاد فى زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوى كنا نفعل فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه الرفع لكن ظاهر الانقطاع فاذا قام دليل فى خصوص منه على عدمه وجب اعتباره وإما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابى بكر رضى الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها

(١) سعد هكذا فى بعض النسخ وفى بعضها أسعد بألف وليحرر اه مصححه

(٢) القسملى هكذا فى بعض النسخ ومثله فى خلاصة أسماء الرجال مضبوطا بفتح القاف والميم بينهما مهملة ساكنة وما وقع فى بعض النسخ من السلمى تحريف فليحذر كتبه مصححه

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهن لا في حقهم حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته

بحروب مسيلمة وأهل الردة ومانعي الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر أربعين سنة ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها وأيا ما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فأما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك ومما يدل على ثبوت ذلك الاجماع ما أسنده عبد الرزاق أنبأنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الاولاد أن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن فقلت له فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحب الي من رأيك وحدك في الفرقة فضحك على * واعلم أن رجوع علي رضي الله عنه يقتضي أنه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع أم الولد فقال يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان أبو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها لما حبلت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له أن يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى أن يثبت المزيل (قوله ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين) اللذين خلق منهما (قد اختلطا) وهو جزؤهما بحيث لا تمييز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية أوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل أم ولده فقد بقي أثرها شرعا واليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال اشترى ابني أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر بردها وقال أبعدما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الا أن السبب يضعف بالانفصال (فأوجب حكما مؤجلا الى الموت) ولما ورد على هذا التقرير أن مقتضاه أن المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له انه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها أجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب الى الرجال أي الى الآباء لا الى الامهات (فكذا الحرية) التي تبتنى على النسب بالحاء المهملة لا بالجيم تثبت للنساء في حق الرجال لان النسب اليهم فتفرع عليه أن الحر لو تزوج أمة فولدت له ثم اشتراها صارت أم ولده تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فلو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الامومة بدونه فلو ولدت أمة لرجل بزنا ثم ملكها لا تكون أم ولده فلا تعتق بموته وأورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل أمة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب أجيب بأنه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت دون نسب والحق أن ثبوت الامومة في نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب وأما ثبوته ظاهرا في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار به وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد أم ولده المزوجة (قوله وبثبوت عتق الخ) يعني قد ثبت مما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا أن يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا

في حرمة المصاهرة) وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان الجزئية توجبه واستتم بقائلين به أجاب بقوله (الا أن بعد الانفصال) يعني أن الولد انما يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال (تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت) فتعاضد المنقول بالمعقول في اثبات الحكم المؤجل الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك أجاب بقوله (وبقاء الجزئية حكما) ومعناه أن بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب لان الولد ينسب اليه والام أيضا بواسطة الولد يقال أم ولد فلان (فكذلك الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن)

(قوله ولأن الجزئية) أقول عطف على قوله لقوله صلى الله عليه وسلم (قوله أجاب بقوله الا أن بعد الانفصال يعني أن الولد انما يعلم بعد الانفصال) أقول اذا اعترف المولى بالحمل منه قبل الانفصال لم يؤاخذ باقراره وعندي معنى كلام المصنف غير ما ذكره الشارح

وقوله (وكذا اذا كان بعضها مملوكا له) يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له لان الاستيلاد لا يتجزأ لانه فرع مالا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله فان قيل فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الخ قلنا (٤٤٤) وجه التوفيق بين كلاميه أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ يملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على ما يجيء بعد هذا في هذا الباب لان نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لان الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره هنالك من تجزي الاستيلاد فانما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصرا على نصيبه فيتجزأ الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبي حنيفة وذلك لانهما جعلا الاستيلاد مقيسا عليه في أنه لا يتجزأ فكان مجمعا عليه ثم أجاب عنه أبو حنيفة بأنه متجزئ عنده في ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا في النهاية قال (وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها) قد ذكرنا أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لاحقيقتها فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قبل أن يستبرئها فان قيل شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في الفراش زوالها فلا ترتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة

وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزأ فانه فرع النسب فيعتبر بأصله قال (وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها) لان الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة

الى الحرية ولقائل أن يقول ثبوت العتق المؤجل الى أجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ومع ذلك لم يمتنع البيع قبله أن يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق أن استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التي أشار اليها عمر رضي الله عنه (قوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره) بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها ثبت نسبه وتصير أم ولد له فهذان حكمان وقع التشبيه في أحدهما وهو أمومة الولد لانه لم يسبق الثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله (لان الاستيلاد لا يتجزأ) أي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها أم ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزأ ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدم في باب العبد يعتق بعضه أنه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاد لا يتجزأ أي لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد الا لضرورة لانه مبني على ثبوت النسب وهو لا يتجزأ وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعيد فلذا قال المصنف انه يتجزأ في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل أثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة وأما تعليل ثبوت النسب فانما هو بوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على أن ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد (قوله وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها) وهو مطلق لهذه الامور (فأشبهت المدبرة) ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا لغيره وهو منتف في الاجارة وعلك كسبها وله اعتاقها وكتابتها وأورد ينبغي أن لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي أن لا يصح قبله وأجيب بأن جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطء ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل أن يقول اذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك في ثبوته بعد الوطء لزم تحقق خروج الجواز لوقوع الشك فيه كالعدة ووجب أن لا يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده أفضل * واعلم أن المسئلة ذكرها المصنف في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان تزوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بالدعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا أنه غير متأكد حتى ينتفي ولدها باللعن من غير لعان فلا يعتبر ما يتصل به الحمل فأفاد أن المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا حق لما عرف من مسئلة ما اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطء مع أن احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطء لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند أبي حنيفة ومحمد تزويج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش

(قوله أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ الى قوله فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال) أقول فيه بحث بل المراد لا يستقر على التجزي كما يعلم مما مر وسيجيء

(ولا يثبت نسب ولدها الا أن يعترف به) وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء وإنه أكثر إفضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

الفراش غير أنه لا يحل وطؤها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها وحينئذ فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل بالماء مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطئها وان كان يستحب أو يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش أم الولد ليس قويا على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا مالم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة ألا ترى أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتي به ففي تزوجها جمع بين الفراشين ❁ (فرع) ❁ اذا باع خدمة أم ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وعن ابن سماعة عن أبي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق (قوله ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الامة لا أم الولد وهذا رجوع الى المذكور أول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا أن يعترف به وان اعترف بوطئها وهو قول الثوري والبصري والشعبي ومروي عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعي ومالك وأحمد يثبت اذا أقر بوطئها وان عزل عنها الا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرأها مع أن الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بأن الغالب أن لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبار الغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية (قوله لانه لما ثبت) هذا وجه قول الجمهور في أن النسب يثبت بما تأتي به الامة بمجرد وطئها وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتي به المنكوحة به بعد العقد وان لم يعلم الوطء لوجوده بعد المضي الى الولد فثبوته بوطء البالغ وانه أكثر افضاء الى وجود الولد أولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان بعقد وضع للولد (ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع) من قصده وهو سقوط تقومها عند أبي حنيفة ونقصانه عندهما فكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطء وما قيل الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الاصل من العدم * واعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قالت اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد الي أنه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم انما قضى به لعبد بن زمعة على أنه عبد له ورثه لا على أنه أخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو أخوك وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان أخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بأن في رواية أخرى هو أخوك يا عبد وأما الامر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعتبة ويدفع الاول بأن هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية هو لك وهي أرجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب أخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا أن كل من أشبه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب أخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذن قوله الولد للفراش ينتفي به نسبه عن سعد

وقوله (ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الامة رجوع الى ما ابتدأ به أول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها لما أن ولد أم الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجيء في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة كحكم الامة في أنه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى وقوله (الا أن يعترف به) أي بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم (وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد) أي بالنكاح الذي هو مفض الى الوطء (فلأن يثبت به وهو أكثر إفضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه) أي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة أولاد الاماء عندهم (فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء) فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة (بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة) لا يقال النسب باعتبار الجزئية أو بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا نقول لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطء الامة ليس بموضوع لها فيحتاج اليها

(فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة (الا أنه اذا انفاه ينتفي بقوله) لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج

بأنه ابن أخيه وعن عبد بأنه أخوه يعني أن الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو حينئذ عبدك يا عبد ميراث لك من أبيك * واعلم أنه روى عند الامام أحمد أما الميراث فله وأما أنت فاحتجبي منه فانه ليس لك بأخ فتصريحه بأنه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخا العبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو أخوك وقوله أما الميراث فله يفيد أنه أخوهما فاما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه أو يجمع بأن المثبت الاخوة الشرعية والمنفي الاخوة الحقيقية وهو أن يخلقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب أن يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا أن هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب مالم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يجعل هذا الذي سكما مستمرا على ما ذكرنا خاصا بأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لهن لستن كأحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش يعني أم الولد وحينئذ فقوله هو لك أي مقضي به لك ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الاخرى وأما ما نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا رواه الشافعي فعارض بما روي عن عمر أنه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد أسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه وأسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت فقال ليس مني انى أتيتها اتيانا لا أريد به الولد وعن زيد ابن ثابت أنه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها وعنه أنه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها والمروي عن عمر من قوله انه يلحق بالواطئ مطلقا جائز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك أنا بينا أن الواطئ اذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار أولاد الاماء مطلقا فقال لهم انى ملحق بكم إياهم مطلقا وأما من علم منه الاعتدال في الامر بأن يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفي من يجب عليه نفيه أو يجوز فانه لا يتعرض له (قوله فان جاءت بعد ذلك) أي بعد أن اعترف بولدها الاول (بولد ثبت نسبه بغير اقرار) لانه بالاعتراف بالولد الاول تبين كون الولد مقصودا من الوطء فصارت فراشا وبهذا تبين أن الاولى في تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما في أم الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى ذلك أو وضعها شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد يثبت نسب ما تأتي به فانها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما تأتي به وهو الذي عرفوا به الفراش وظهر أن ليس الفرش ثلاثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان قوي وهو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان وقد صرح المصنف فيما تقدم فقال لان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتي به أو كونها يقصد بوطئها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه علل نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغي أنه لو اعترف فقال كنت أطأ بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أتت به وان لم يقل هو ولدي لان ثبوته بقوله هو ولدي بناء على أن وطأه حينئذ بقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغي أنه اذا أقر انه

(فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا أنه اذا انفاه ينتفي بقوله) من غير لعان مالم يقض القاضي به أو لم تطاول المدة فأما بعد قضاء القاضي فقد ألزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان وقوله (لان فراشها ضعيف) واضح

قوله (وهذا الذى ذكرناه) أى عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوة (حكم) قضاء القاضى (فأما الديانة) يفتى فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وقوله (لان هذا الظاهر) وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل (يقابله) أى يعارضه (ظاهر آخر) وهو العزل أو ترك التحصين وقوله (وفيه روايتان أخريان) فى بعض النسخ أخروان وليس بصحيح وقوله (عن أبى يوسف وعن محمد) قيل فائدة تكرار عن دفع وهم من يتوهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر فأما رواية أبى يوسف فهى أنه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح مالم يتبين خلافه وأما رواية محمد فهى أنه لا ينبغى له أن يدعيه اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغى له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك فى أن لا يدعى النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه وماذكره أبو حنيفة هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعى وان لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك

وهذا الذى ذكرناه حكم فأما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعى لان الظاهر أن الولد منه وان عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله وفيه روايتان أخريان عن أبى يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناه فى كفاية المنتهى

كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كان وجب عليه فى هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى أن نوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء وأظن أن لا بعد فى أن يحكم على المذهب بذلك وفى المبسوط انما يملك نفيه أى نفى ولد أم الولد اذا لم يقض القاضى به أو لم يتطاول الزمان فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيها دليل اقراره من قبوله التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم فى التطاول سبق فى اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تأتى به فى حال حل وطئها له بعد الولد أما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بان وطئها أبو سيدها أو ابنه أو وطئ السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة فانه لا يثبت نسبه منه الا باستلحاقه ولا يخفى أنه يجب أن يفصل بين أن تأتى به لاقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها ففى الاول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو أعتقها ثبت نسب ولدها منه الى سنتين من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة فى العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذى عرض لا باختيارها المنقضى عادة بلا اختيارها (قوله وهذا الذى ذكرناه) يعنى من عدم لزومه الولد وان اعترف بالوطء مالم يدعه (حكم) أى فى القضاء يعنى لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه ان كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها حصنها أولا أو لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له أن ينفيه (لان هذا الظاهر) وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة (يقابله) أى يعارضه (ظاهر آخر) وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين وبهذا ظهر ان لفظة أو فى قوله وان عزل عنها أو لم يحصنها أولى من الواو لتنصيصها على المراد وصرح فى المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها أو لم يحصنها فله أن ينفيه اه ولا شك فى أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر وأما ظهور كونه من غيره اذا أفضى اليها ولم يعزل عنها محل نظر بل أورد أن المصنف علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال بأنه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضى هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والاتناقض ولا يخفى أنه لا أحد يقول بثبوت نسب ما تأتى به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل أنه يثبت عزل عنها أو لم يعزل وهذا فرع الانزال وحينئذ فالمذكور فى الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله فى الاستلحاق بل لا يجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز أن لا يستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبنيا على اليقين أو الظهور الذى لا يقابله ما يوجب شكا (قوله وفيه روايتان أخريان عن أبى يوسف وعن محمد)

(قوله وقوله لان هذا الظاهر) أقول المراد هو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين وأما ما ذكره الشارح ففيه ما لا يخفى

(فان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم أمه) لان الاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعدما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد وقوله (ولو ادعاه المولى) معناه اذا زوج المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير أمه أم ولده لاقراره وانما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولده لان أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولده هكذا نقل عن فوائد مولانا مجد الدين الضرير فان قيل ينبغى أن لا تصير أمه أم ولد لمولاه لان أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع أجيب بأن مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته وان كان ذلك الاقرار فى ضمن شئ لم يثبت ذلك الشئ لصادفة اقرار المولى فى محله وهو الملك وهذا احتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح الا أن هذا الاحتمال غير معتبر فى حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقى معتبرا فى حق الام لاحتياجها الى أن تصير أم ولد قال (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء كان زوجها أو لا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب

(فان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم أمه) لان حق الحرية يسرى الى الولد كالتدبير ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير أمه أم ولده لاقراره (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب

ذكرهما فى المبسوط فقال وعن أبى يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح مالم يتبين خلافه وهذا كمذهب الشافعى والجمهور لان ماظهر سببه يكون محالا به عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغى أن يدعى ولدها اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغى أن يعتق الولد وفى الايضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال قال أبو يوسف أحب أن يدعيه وقال محمد أحب أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب وعبارة المبسوط تفيد الوجوب (قوله فان زوجها المولى فجاءت بولد) يعنى من الزوج (فهو فى حكم أمه) حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد وله استخدامه واجارته الا أنه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطئ أمها وهذه اجماعية وهى واردة على اطلاقه حيث قال هو فى حكم أمه وهذا لان الصفات القارة فى الامهات تسرى الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان أبوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه أقوى وان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح فى حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزأ ثبوتا فلا يثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر وقول المصنف لان الفراش له يقتضى أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلا وهذا اذا جاءت به لستة أشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد ويستحب بل يجب أن لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف بأنه ابنه فان ابنه من أمته يعلق حرا كما تقدم غير أنه عارضه فى ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم يعارضه فى ثبوت الحرية به ذلك فأخذ بزعمه ولم يستحسن قول المصنف وتصير أم ولده لان الكلام فى تزويج أم الولد وانما يستحسن لو كان فى تزويج الامة التى ليست أم ولد كالصورة المذكورة فى المبسوط زوج أمته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير أم ولده تعتق بموته لانه أقر لها بحق الحرية وقد تكلف له أن قوله وولد القنة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكأنه قال ولد القنة قن ونسبه يثبت من الزوج اذا زوجها مولاها وحينئذ يستقيم الا أنه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف الام الى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلتها (قوله ويعتق الولد) أى ولد أم الولد المزوجة الذى ادعاه يعتق لانه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولده) تعتق بموته لانه أقر لها بحق الحرية حيث ادعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق الولد حرا من الاصل فان قيل فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهى مبنية عليه أجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وان كان فى ضمن مالم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع أن احتمال كونه من السيد قائم لجواز وطء قبل النكاح الا أنه لم يظهر هذا الاحتمال فى حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقى معتبرا فى الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق (قوله واذا مات المولى عتقت) يعنى أم الولد (من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث) ومعنى قوله أمر حكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وانما نكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث تأكيد لانه فهم ذلك من قوله وأن لا يبعن في دين ولان الحاجة الى الولد أصلية لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما أنه يحتاج الى ابقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الاصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) وقوله (ولا سعاية عليها) أي على أم الولد

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء) لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم (واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث) وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ بقوله (لما روينا) أي لانه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يبعن يدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره أنه غريب قال وفي الباب أحاديث وساق كثيرا مما قدمنا مما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت ولا يخفى أن كلها في غير المقصود فان المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب الا أن جماعة تكلموا في عبد الملك (قوله ولان الحاجة الى الولد أصلية) كحاجته الى الاكل أي وحاجته الى أمه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير اذنه لحاجته الى وجود نسله كما جاز له أكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذ لم تخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لامن الاصلية اذ ليس ثم نسب ولد يتبعه أمومة فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغرقا سعى في كل قيمته على ما سلف (قوله ولانها) أي أم الولد (ليست بمال متقوم) عند أبي حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالغصب عنده) يعني اذا ماتت عند الغاصب حتف أنفها بخلاف المدبر اذا مات عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيأ ولا تسعى هي في شيء أيضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بما يضمن به الصبي الحر عند أبي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فأتلفتها وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لانه ضمان دم واذا لم تكن مالا متقوما (لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعني اذا مات من له القصاص وهو مدبون فليس لاصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بديونهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا بمقابلته ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل رجلا مديونا وعفا المديون قبل موته صح وليس لارباب الديون أن يمنعوه من العفو وقيل اذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيأ لانه ليس حقا ماليا والاقرب المتبادر الاول (قوله واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) يعني اذا أسلمت فعرض الاسلام على مولاها فأبى فانه

(في دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة الى الولد أصلية الخ وفي بعض النسخ لما روينا يعني من حديث سعيد بن المسيب ووجه ذلك أنه لما قال ولا يبعن دل على انتفاء المالية واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية وقوله (ولانها) يعني أم الولد (ليست بمال متقوم) حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة لان ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم (فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) فان من له القصاص اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بديونهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا منه بمقابلته شيأ متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو (واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذا السعاية بدل ما ذهب من ماليتها

(قوله وانما نكر الدين نفيا للسعاية الخ) أقول فيه أنه ليس في السعاية بيع فلا يفيد تنكير الدين ما ذكره نعم لو كان التعبير لا يسعين لتم ما ذكره (قوله ولا يجعلن من الثلث الخ) أقول ممنوع فان المدبر لا يباع في دين ويجعل من الثلث (قوله واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية) أقول منقوض بالمدبر فانه لا يباع للحديث ويسعى كما مر

وقال زفر رحمه الله تعتق فى الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فأبى فان أسلم تبقى على حالها له أن ازالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا أن النظر من الجانبين فى جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمى لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمى الى بدل ملكه أما لو أعتقت وهى مفلسة تتوانى فى الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك ما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهى محترمة وهذا يكفى لوجوب الضمان كما فى القصاص المشترك اذا عفا أحد الاولياء يجب المال للباقين (ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية) لانها أم ولده ولو عجزت فى حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب (ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولده) وقال الشافعى رحمه الله لا تصير أم ولده

يخرجها القاضى عن ولايته بان يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة الا أنها لا ترد الى الرق ولو عجزت نفسها لانها لو ردت الى الرق ردت الى الكتابة لقيام اسلامها وهو الموجب فلا فائدة فى اثبات حكم التعجيز وعلى هذا اذا أسلم مدبر النصرانى وتسمية مثل هذا دورا على التشبيه والا فالدور لازم ليس الا ما ذكرنا من عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر أنها لا تقدر الا كذلك والا لو وجدت المال فى الحال لم يحتج الى ذلك (وقال زفر تعتق للحال) أى لحال اباء مولاها الاسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهى حرة فان أسلم عند العرض فهى على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو أسلم بعده وقال مالك والظاهرية تعتق مجانا وقال الشافعى وأحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها الى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له وجه قول زفر أن النظر ودفع الضرر عن الذمى واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك فى اعتاقها بالقيمة له بخلافه مجانا كما قال مالك فانه اهدار ما يجب له من النظر اذا أمكن وأما قول الشافعى ففيه زيادة اضرار به من ايجاب النفقة بلا انتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الامر كما ذكرت غير أن قولنا أدفع للضرر عنه وعنها فانه لا يصل الى البدل عقيب عتقها لانها تعتق مفلسة وربما تتوانى فى الاكتساب اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمى بذلك وتتضرر هى بشغل ذمتها بحق ذمى وربما تموت قبل ايفائها حقه وقد قال علماؤنا خصومة الذمى والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم بخلاف ما اذا وقف عتقها على الاداء فانه حامل على الايفاء فكان اعتبارنا أولى اذ كان أنظر للجانبين وقوله (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أبى حنيفة فى قوله بنفى مالية أم الولد هو أنها كيف تسعى فى قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عندك فقال الذمى يعتقد تقومها (فيترك وما يعتقده) أى مع ما يعتقده ولانا أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقومة فى حقه وقد تقدم ان قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ولو سلم أنها ليست متقومة مطلقا فهى محترمة وهذا يكفى لايجاب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما فى القصاص المشترك بين مستحقين اذا عفا أحد الاولياء المستحقين له يجب المال للباقين لانه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة ازالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذمى الا أن هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه أيضا أن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم أم الولد وأنت سمعت فى العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبى حنيفة بدل ما هو مال فارجع اليه وان كونه بدل ما ليس بمال قول محمد (قوله واذا مات مولاها النصرانى عتقت) وسقطت عنها السعاية (لانها أم ولده) (قوله ومن استولد أمة غيره بنكاح) يعنى تزوج أمة لغيره فولدت له (ثم ملكها صارت أم ولد) بذلك الولد الذى ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول أحمد فى رواية (وقال الشافعى لا تصير أم ولده)

قوله (ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك وما يعتقده) جواب عن هذا الاشكال وقوله (ولانها) يعنى مالية أم الولد (ان لم تكن متقومة فهى محترمة وهذا) أى كونها محترمة (يكفى لوجوب الضمان) جواب آخر لذلك الاشكال واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد وأجيب بأن مبنى الضمان فى الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين مالية الانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام فى مثله وقوله (كما فى القصاص المشترك) يعنى اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم (ولو مات مولاها) وهو النصرانى (عتقت بلا سعاية لانها أم ولد ولو عجزت فى حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب) وهو اسلامها مع كفر مولاها

وقوله (ولو استولدها) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير وجه الشافعي هذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت برقيق لا تصير أم ولد لمن علقت منه لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة أي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل وفي صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها في تلك الحالة أي في حالة العلوق فلو انعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل وقوله كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني انها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها قيل في كلامه تسامح لان

ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولده عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولده كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب

وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها ثم عندنا تصير أم ولده من وقت ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لان أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدها ثابت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت فيها وصف الامية بعد الملك وان كان بأمر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الامومة و يتفرع على هذا انه لو ملك ولد الها من غيره قبل ان يملكها له بيعه عندنا خلافا له لانه ليس ابن أم ولده بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فانه يعتق عليه اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولده وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم أمه ولو استولدها بملك اليمين ثم استحقت أو بنكاح على انها حرة فظهرت أمة تصير أم ولده عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير أم ولده وفي آخر لا تصير أم ولده (وهو ولد المغرور) وهو حر بالقيمة يوم الخصومة (قوله له) أي للشافعي (انها علقت برقيق فلا تكون أم ولده كما اذا علقت من الزنا ثم ملكه الزاني وهذا لان أمومة الولد باعتبار علوق الولد حرا) وانما قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا (لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل) وهو حر فلا بد ان تستحق هي الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق في أم الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما اقتصر المصنف اقتصارا للعلم ببقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزأها حر ومقتضاه حريتها اذ لا يخالف الجزء الكل الا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزأ حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملا بشبهي الجزئية وعدمها لما بقي منها في الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته وتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها (ولنا ان سبب الامومة) في محل الاجماع وهو الاصل (هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل) يعني عند قوله أول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد (والجزئية انما ثبتت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا) فثبتت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو

قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت اذا علقت من الزنا وقوله (وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) يدل على ان هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة الزنا انما لم تثبت أمومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان المزني بها في تلك الحالة ملك مولاها (ولنا ان سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أول الباب حيث قال ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة والجزئية انما ثبتت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح

(قال المصنف وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) أقول قال الزيلعي ولا معتبر بما ذكر من حرية الجنين لانه لو أعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الاتصال بها الثبت اه وفيه بحث لان الشافعي يعتبر في أمومية الولد علوق الولد حرا وفي اعتاق الجنين علوق رقا وكم بين حال الابتداء والبقاء ثم ان المولى باعتاقه منفردا جعله شخصا على حدة وأخرجه عن حكم الجزئية فغلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليتأمل

فتثبت الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه (لانسب) فيه أى فى الزنا (للولد (٤٥٣) الى الزانى) فلا تثبت الجزئية المعتبرة فى الباب وهو الجزئية الحكمية

فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لانسب فيه للولد الى الزانى وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة تطيره من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة (واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولده وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها فى كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حرا الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد

ثابت فى الزوج فتثبت الامومة (بخلاف الزنا فانه لانسب يثبت للولد من الزانى) فلا تصير الامة التى جاءت بولد من الزنا اذا ملكها الزانى أم ولده استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير أم ولده وهو القياس فان قيل فكان ينبغى أن لا يعتق الولد اذا ملكه أبوه من الزنا اذا كان لا يثبت نسبه منه أجاب بقوله (وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة تطيره) أى نظير أم الولد من الزنا حيث لا تعتق عليه لعدم انتسابه الى أبيه (من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق) عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل (بواسطة نسبته الى الوالد) وهى غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان أخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليله بثبوت نسب ما تأتى به منه ثبتت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لا تنتفى المفهوم المخالف وهم وان أثبتوه قدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد فى ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا أنه يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولده وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا ومما تنتفى فيه الامومة ما ذكر فى الايضاح أمة جاءت بولد فادعاه أجنبى لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه فان ملكه المدعى عتق ولا تصير أمه أم ولده له (قوله واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد للاب) سواء كان الابن وطئها أولا لان حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كوطء الحائض (وعليه قيمتها) لانه ملكها قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء فى ملكه (وليس عليه عقرها) لسبق ملكه الوطء (ولا قيمة ولدها) لانه انعلق حرا لتقدم الملك على الام (وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها) فى باب نكاح الرقيق من (كتاب النكاح) وللشافعى قولان أحدهما تصير أم ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثبانه الملك حكما للوطء اذ لو أثبته سابقا عليه لم يتجه له ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير أم ولد ولا يلزمه المهر لانه لم يملكها وهو قول أحد وعلى هذا تستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت أو لا واذا كان تملكها لازما عرف انه لا يصح دعوة ولد مدبرة ابنه ولا أم ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان فى لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ والا فبالحكم المذكور فى المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية فى ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة أيضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء أو رد وولدت لاقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه الاب لم تصح دعوته الا أن يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبى ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم أسلم أو عبدا فعتق أو مجنونا فأفاق فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا تصح لعدم الولاية الا ان يصدقه أما

(قال المصنف فثبتت الجزئية بهذه الواسطة) أقول قال ابن الهمام يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولده وجوابه أن ثبوت الأمومية لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا اه وفيه بحث لأن ولد الزنا كيف لا يثبت نسبه بالاعتراف وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحسان على خلاف القياس اذ المراد بالاعتراف هو الاقرار المصادف المعتوه محله وهو الملك (قال المصنف واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) أقول ولصحة هذه الدعوى شرائط مذكورة فى شرح الكنز للزيلعى

(وان وطئ أبو الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب) لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب (ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب) لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية (واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين (وصارت أم ولد له) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما (وعند أبي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه

المعتوه لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر من افاقته ففي القياس لا تصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان تصح لان العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان تتوقف عندهما أيضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما أيضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لاسيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ (قوله وان وطئ أبو الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه) لان شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا أو حيا كافرا أو عبدا أو مجنونا فان الجد حينئذ يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند أبي حنيفة موقوفة فان أسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته أو لحق وقضي بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب (قوله واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) سواء كان في المرض أو في الصحة وكذا اذا ادعى أحدهما وأعتق الآخر معا فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلما أو كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي ولفظ في يحمل على معنى من التي لابتداء الغاية أي ثبت من نصف الامة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله صلى الله عليه وسلم دخلت امرأة النار في هرة أي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله ثبت في الباقي ينبو عنه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه أي النسب لا يتجزأ ثبوته من امرأة فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها ولا يقال سيأتي انه يثبت من رجلين بالنسبة الى امرأة واحدة لانا نقول ليس في ذلك تجزئة من امرأة لان النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها الواحد ومن البعض الآخر للآخر وانما لا يتجزأ لان سببه وهو العلوق لا يتجزأ في امرأة بأن علق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سيأتي فعدم التجزي ان لا يعلق الولد بنصفها (قوله وصارت أم ولد له) اتفاقا اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزأ كما لا يتجزأ ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولد له ثم يتملك نصيب شريكه بل تصير كلها أم ولد وعنده يصير نصفها أم ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزي الامومة كما امتنع تجزي ثبوت النسب لان معنى كونها أم ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزأ عنده بمعنى زوال الملك فجازت أمومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي أو اعتاقه الى آخر ما عرف لكن لما كان

حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هناك من حيث ان الاستيلاد يخرج الامة الى حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزي الاستيلاد المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما نبه عليه (قوله فادعاه أحدهما) لا فرق في ذلك بين الصحة والمرض وقوله (لانه لما ثبت النسب منه في نصفه الخ) يرد عليه القلب وهو أن يقال لما لم يثبت النسب منه في نصيب الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزأ الى آخر ما ذكر في الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا ألا ترى انه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة وقوله (فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه) قال في النهاية هذا على اختيار بعض المشايخ وأما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يفترقان لما عرف في أصول الفقه وأقول يجوز أن يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي دون الزماني وحينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب

بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك

النص المفيد لتجزى العتق أوجب ان لا يقر بعضه عتيقا و بعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها أم ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا و بعضها مستحقا للعتق والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها فى حق الامومة بل التجزى فى الابتداء ثم يتم للكل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الامر ثم لا يخفى ان تعليل تملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل بقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وهاهنا لو رضى الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكا له ونصفها أم ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها و يرق نصفها الآخر أو تسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على انه اذا عتق البعض لا يبقى البعض رقيقا وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذى علقت منه وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطء و بابتدائه يثبت المهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته و يضمن حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها فى الخارج لم يختره المصنف وقد ملأ الكتاب من ذلك وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة اليه فى خلافية زفر فيما اذا دفع النصاب الى الفقير منعه زفر لان الدفع قارن الغنى فأجاب بانه حكم الدفع فيتعقبه فحصل الدفع الى الفقير ثم لم يزل يكرره فى كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم فى يساره واعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن أبى يوسف ان كان المدعى معسرا سعت أم الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكها يثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفى لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطء فى ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء أجيب بأن الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذى يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذى به الاستيلاد ومنه الوطء فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب ثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه يثبت من ذلك الوقت أيضا فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن له شيأ واعلم ان مقتضى ما ذكره المصنف من ان الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه واستناد النسب الى العلوق بعد ما وقع فى ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شئ على ملكه لا يقال يمكن كونه أراد بالاستيلاد فى قوله حكما للاستيلاد الوطء لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق أو على مجموع الوطء مع الانزال والعلوق أما مجرد الوطء بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد ضرورة صيرورتها أم ولده ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بأن حكم العلة معها فى الأصح لا يفيد لان نقله مع العلوق أيضا بلا موجب لانها ما لم تصر أم ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه حينئذ ما مهين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا

وقوله (بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه) وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك فى النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفى فى الاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطء واقعا فى غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشريك فيجب العقر وأما الاب فلم يكن له ملك فى الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد فى ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطء فى ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا النصف مهر مثلها هكذا فى مبسوط شمس الائمة السرخسى وفى مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالا وقوله (فلم يتعلق منه شئ على ملك الشريك) لانه كما علق انعلق حرا الاصل لان نصفه انعلق على ملكه وأنه يمتنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب

(وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) قال المصنف (معناه اذا حملت على ملكهما) وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهي أم ولد له لان نصيبه منها صار أم ولد له والاستيلاد لا يتجزأ فيثبت في نصيب شريكه أيضا (وقال الشافعي يرجع الى قول القائف) وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتبع آثار الآباء في الابناء من قاف أثره اذا اتبعه والقيافة في بني مدلج منهم المجزز (لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين) أي من ماء مخلقين (متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في أسامة) روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة وأسامة يروجهه تبرق من السرور فقال أما علمت ان مجززا المدلجي مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز اظهار السرور ولوجب عليه الرد والانكار (ولنا كتاب عمر الى شريح في هذه الحادثة ليس فليس عليهما ولو بينا البين لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقي منهما) أي الولد يكون للاب الباقي من الابوين اللذين كانا اذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحي دون أن يكون نصفه لورثة الاب الميت (وقوله وكان بمحضر من الصحابة) يروم به ابرازه في مبرز المجمع عليه وقوله (في سبب الاستحقاق) يعني الملك وقيل الدعوة (وقوله أحكام متجزئة) يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة في حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره

(وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في أسامة رضي الله تعالى عنه ولنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه الى شريح في هذه الحادثة ليس فليس عليهما ولو بينا البين لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره

حملت على ملكهما فان اشتريا حاملا فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاعتاق الموقع الا انه يضمن نصيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه ههنا لان الوطء لم يوجد في ملك شريكه (قوله وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) وكانت الامة أم ولد لهما فتخدم كلا منهما يوما ويوما واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركة الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحي عند أبي حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية في قول أبي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بما له على الآخر وفائدة ايجاب العقر مع التقاص به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقي حق الآخر وأيضا لو قوم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث أب واحد فهذه أحكام دعوتهما ذكرها القدوري ومنها انه للباقي منهما حتى اذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المصنف بينهما بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسيقيده بما اذا لم يكن مع أحدهما مرجح فلو كان بان كان الشريكان أبا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان أحدهما مسلما يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وقيده ههنا بما اذا حملت على ملكهما وهو ان تلده لتمام ستة أشهر يعني فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهي أم ولد الزوج فان نصيبه صار أم ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا بقاء عنده فيثبت في نصيب شريكه أيضا وأيضا اذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول أولى لكون العلوق في ملكه وعما اذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا أمة فولدت لاقل من ستة أشهر من حين ملكاها أو ولدته قبل ملكهما اياها فاشتريا فادعياه لا تكون أم ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد فان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا في كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبده هذا ابني وأمه في ملكه هل تصير أم ولده أولا

قيل نعم مجهول النسب أو معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم فى مجهوله لا فى معلومه فيحمل ذلك على أنه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثورى واسحق بن راهويه وكان الشافعى يقوله فى القديم ورجح عليه أحمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعى يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب الى أيهما شاء فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غير أمه والقائف هو الذى يتبع آثار الآباء فى الابناء وغيرها من الآثار من قاف أثره يقوفه مقلوب قفا أثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة فى بنى مدلج فان لم يكن مدلجى فغيره وهو قول أحمد وقال به مالك فى الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بأن الولد لا يتخلق من ماءين لانها كما تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو ألحقوهما لا يلحق وهو قول الشافعى انه يبطل قولهم اذا ألحقوا بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما أخرج الستة فى كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة ألم ترى ان مجززا المدلجى دخل على وعندى أسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال أبو داود وكان أسامة اسود وكان زيد أبيض (ولنا كتاب عمر رضى الله عنه الى شريح فى هذه الحادثة) ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب فى جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر انهما بسافلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله أعلم بذلك قال (ولانهما استويا فى سبب الاستحقاق) يعنى الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف فى ماله والحضانة فما يقبل التجزى كالارث وما ذكرنا يثبت فى حقهما على التجزئة وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كأن ليس معه غيره * واعلم ان المعروف فى قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضى الله عنه فى امرأة وطئها رجلان فى طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبى وعلى يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ذكره سعيد أيضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب فى رجلين اشتركا فى طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر القافة واقتدى فى ذلك ببصر القافة والحقه أحد الرجلين ثم ذكر أيضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال قد كنت أعلم ان الكلبة تلد لا كلب فيكون كل جزء لابيه ما كنت أرى ان ماءين يجتمعان فى ولد واحد وأسند عبد الرزاق أيضا عن معمر عن قتادة قال رأى القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه وقال هو بينكما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول المصنف وعن على مثل ذلك يشير الى ما أخرج الطحاوى فى شرح الآثار عن سماك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان على جارية فى طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من أيهما هو فأتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقى منكما ورواه عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثورى عن قابوس عن أبى ظبيان عن على قال أتاه رجلان وقعا على امرأة فى طهر فقال الولد بينكما وهو للباقى منكما وضعفه البيهقى فقال رويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن أبى ظبيان عن على قال وقد روى على مرفوعا خلاف ذلك ثم أخرج من طريق أبى داود حدثنا حبيش بن أصرم حدثنا عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثورى عن صالح الهمدانى

عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال أتى علي رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين أتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين قالا لا فأقرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى * واعلم ان أبا داود رواه أيضا موقوفا وكذا النسائي على علي باسناد أجود من إسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه فأغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبه وهو حسن مبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم سر بقول القافة وان عمر قضى على وفق قولهم وانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر اثبات على النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القافة فأجاب المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه لما تقدم من حديث أبي داود انه كان اسود وكان زيد أبيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذي بنفي نسبه وظهور خطئهم والرد عليهم ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فتكون متعلق سروره أيضا أو ليست حقا فيختص سروره بما قلناه فلزم ان حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب واعلم انه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم فيه ان جاءت به أصهب أثيبج حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وهذه هي القيافة والحكم بالشبه وأجاب أصحابنا بان معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا القيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه أن يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمى به أشبه الزوج أولا لحصول الحكم الشرعي حينئذ بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد وأجيب أيضا بانه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار أمور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه صلى الله عليه وسلم سر بفعل علي رضي الله عنه وهو إلحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريق صحيحة لتقريره صلى الله عليه وسلم اياه بل سروره فان الضحك دليله مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروي عنه من قصة شريح لخفائها وعدم تثبيتها وان كانت قصة مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما امامان لا يرويان الا عن قوي أمين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب نعم في اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول بعمر لان سعيدا روى عن عمر وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر بالقيافة لزم ان ذلك الاحتمال في سروره صلى الله عليه وسلم وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت والشافعي رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين اذ حل محل الاجماع من الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين إما أن سروره صلى الله عليه وسلم لم يكن متعلقا الا برد طعنهم أو ثبوت نسخه وبه نقول الا انا لا نقول انه من ما ثبهما كما يفهم من بعض الروايات لان الماءين لا يجتمعان في الرحم الا متعاقبين فاذا فرض انه خلق من الاول لم يتصور خلقه من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه قوة وفي بصره وأعضائه وأما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل لا تحيض فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم

(وقوله الا اذا كان أحد الشريكين) استثناء من قوله ومالا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا وقوله (وسرور النبي صلى الله عليه وسلم) جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد أكثر من اثنين فجوزه أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف وجوزه محمد الى الثلاثة وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلاثة

الا اذا كان أحد الشريكين أبا للآخر أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به (وكانت الامة أم ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لانه أقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما في النسب كما اذا أقاما البينة (واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه

بانه في نفس الامر من ماء أحدهما ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد لا يثبت لاكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولابي حنيفة ان سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان قضي به بينهما عند أبي حنيفة وعندهما لا يقضى للمرأتين فلا يلحق الاب بامرأة واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة أو متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند أبي حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين (قوله الا اذا كان أحد الشريكين أبا للآخر) استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما كملا وفي المبسوط أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فان لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له أمة ولا يتعين ذلك بل ان يزوج منها أيضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه أقرب الى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر (قوله وكانت الامة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها) ولا يضمن واحد منهما الشريكه شيأ لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شئ (قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه أقر له بميراثه كله) حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا تسري في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصارا كما اذا أقاما البينة على شئ يصير مشتركا بينهما فكذا اذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع (قوله واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر فحينئذ يثبت نسبه منه لما سيذكر (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر تصديقه بل

الا اذا كان أحد الشريكين أبا للآخر أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به (وكانت الامة أم ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لانه أقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما في النسب كما اذا أقاما البينة (واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه

بانه في نفس الامر من ماء أحدهما ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد لا يثبت لاكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولابي حنيفة ان سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان قضي به بينهما عند أبي حنيفة وعندهما لا يقضى للمرأتين فلا يلحق الاب بامرأة واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة أو متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند أبي حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين (قوله الا اذا كان أحد الشريكين أبا للآخر) استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما كملا وفي المبسوط أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فان لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له أمة ولا يتعين ذلك بل ان يزوج منها أيضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه أقرب الى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر (قوله وكانت الامة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها) ولا يضمن واحد منهما الشريكه شيأ لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شئ (قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه أقر له بميراثه كله) حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا تسري في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصارا كما اذا أقاما البينة على شئ يصير مشتركا بينهما فكذا اذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع (قوله واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر فحينئذ يثبت نسبه منه لما سيذكر (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر تصديقه بل

هكذا فكذا ههنا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما أن يصدقه المكاتب أولا فان صدقه ثبت يثبت النسب ولا تصير الجارية أم ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب أيضا (وعن أبي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب

(ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه بحجره على نفسه ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه والاب يملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه وانما لا تصير الجارية أم ولده اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له فى كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد ألا ترى أنه يجزيه بانقلاب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب فى مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت (٤٥٩) الملك سابقا ووقع الوطء فى ملكه

و وجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال (وعليه عقرها) لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره

يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب كسب المدعى أو بطريق أولى لان للمولى فى المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة فى رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك أقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (أن المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه (والاب يملك تملكه) لحاجته على ما عرف (فلا معتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق أحد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس أحد أحق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعى ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق فى ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل فى ملكه للجارية ملكا خالصا واعترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف فى مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضى ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته ألا ترى انه لو أقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق وقد يجاب بأن هذا الحجر لحق آدمى لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه فى الاستلحاق فى مقابلة من هو أحق به منه الا أن يصدقه لجواز ان يكذبه بأن يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا أقام بينة على الوطء فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعا بل تقديما للاحق على غيره بخلاف أحد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس أحدهما أحق من الآخر (قوله وعليه عقرها) للمكاتب (لانه) أى لان وطأه المدلول عليه بقوله فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق أى حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره يعنى من قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك فى الجارية فيتقدم ملكه اياها التصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ أمة نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطء أمتها أولى وأبعد شارح فقال أى لما نذكره فى كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى فى ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق فى ذمة سيد أمة لا يصح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من

و ولدت منه فكانت أم ولد له وقوله (وعليه عقرها) أى على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطء لان ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعا فى غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثانى وقوله (لما نذكره) أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب قيل فى كلام المصنف نظر لانه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص فى الكتب عن أصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية أم ولده أى للمولى فاذا لم تصر الجارية أم ولده فمن أين يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة

الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف أجل قدرا من ان يقع بين كلاميه فى سطرين تناقض

(قوله أن المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه بحجره على نفسه) أقول ضمير بحجره وضمير لنفسه راجعان الى المولى (قوله والاب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه) أقول ضمير لانه وضمير نفسه راجعان الى الاب (قال المصنف لما نذكره) أقول أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب كذا قاله الشارح أكمل الدين وقال ابن الهمام بل المراد به قوله عقيب هذا انه كسب كسبه بخلاف الأب فانه ليس له حق ملك فى الجارية فيتقدم ملكه عليها التصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر

وقوله (وقيمة ولدها) معطوف على قوله عقرها وقوله (وهو انه) قيل أى الولد يعنى ان الولد حصل له (من كسب كسبه) فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز أن يكون انه أى الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير فى رقه يعود الى الولد قيل فى قوله كما فى ولد المغرور نظر وحق الكلام كما فى المغرور بدون ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير أم ولد للمولى لعدم الملك

فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله كما فى ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية أم ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما فى أم ولد المغرور وقوله (وان كذبه) معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله (ولو ملكه) يعنى ولد الجارية الذى ادعاه وكذبه المكاتب (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه لقيام الموجب) وهو الاقرار بالاستيلاد (وزوال المانع) وهو حق المكاتب قال فى المبسوط واذا ملك المولى الجارية أى فى صورة التصديق يوما من الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له فى المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا أن بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

قال (وقيمة ولدها) لانه فى معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية أم ولد له) لانه لا ملك له فيها حقيقة كما فى ولد المغرور (وان كذبه المكاتب فى النسب لم يثبت) لما بينا انه لا بد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله تعالى أعلم بالصواب

مكان بعيد وهو أقرب اليه من حبل الوريد (قوله وقيمة ولدها) عطف على عقرها أى وعليه قيمة الولد (لانه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه) أى الجارية بتأويل الشخص (كسب كسبه فلم يرض برقه) حيث اعتمد دليلا يوجب حريته (فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه) كما ان المغرور بشراء أمة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا فى حرية الولد بالقيمة الا أن قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل فى ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لما لكها الا انه محجور بحجر شرعى عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها فى أقرب أوقات الامكان وأما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه أمانة حبسها عن صاحبها تقديرا فتعتبر القيمة يوم الحبس وتحقق هذا الحبس والمنع انما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها (ثم لا تصير الجارية أم ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة كما فى أم ولد المغرور) المبيعة المستحقة لا تكون أم ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير أم ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفى لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه وأما ثبوت أمومية الولد للام فانما هو لازم فى بعض الصور وهو أكثرها دون بعض وليس عينا ليلزم نفى ما أثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب (قوله وان كذبه المكاتب فى النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا) أى من انه لا يملك التصرف فى أكساب مكاتبه (فلو ملكه) أى لو ملك الولد (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه) وكان ولدا له (لقيام الموجب) وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب ❁ فروع ❁ رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير أم ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفى المحيط يجوز اعتاق أم الولد وكتابتها التعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية (١) وفى غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفى جوامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى فى دين وفى الكافى أمة بين رجلين قالا فى صحتهما هى أم ولدنا ثم مات أحدهما يؤمر الحى بالبيان دون الورثة لانه يخبر عن نفسه والورثة تخبر بفعل غيرهم فان قال الحى هى أم ولدى فهى أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيأ لانه لما أقر بوطئها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال هى أم ولد الميت عتقت صدقته الورثة

---

(١) قوله وفى غيرها الخ بهامش نسخة العلامة البحراوى كذا فى النسخ الحاضرة ولعله وفى غيره أى غير المحيط لا يصح او تدبيرها أى تدبير أم الولد والله أعلم اه كتبه مصححه

(قال المصنف وهو أنه كسب كسبه) أقول الضمير راجع الى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر (قوله فتقديره كما فى أم ولد المغرور) أقول على تقدير المضاف وارادة المعنى اللغوى فى أم الولد

أو كذبته لانه ان صدق فهي حرة وان كذب فكذلك لاقراره بعتقها بموته
ولا سعاية للحي لانه يدعي الضمان على الميت وكذا للورثة لانهم
يدعون عليه الضمان ان كذبوه في اقراره وان صدقوه
فقد أقروا بعدم السعاية والله الموفق

﴿ تم الجزء الثالث ويتلوه الجزء الرابع أوله كتاب الايمان ﴾

فهرست الجزء الثالث من فتح القدير

صحيفة		صحيفة	
٢	كتاب الرضاع	٢٦٢	باب العنين وغيره
٢٠	كتاب الطلاق	٢٦٩	باب العدة
٢٢	باب طلاق السنة	٢٩١	فصل وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها الخ
٣٨	فصل و يقع طلاق كل زوج الخ	٣٠٠	باب ثبوت النسب
٤٤	باب ايقاع الطلاق	٣١٣	باب الولد من أحق به
٦١	فصل فى اضافة الطلاق الى الزمان	٣١٩	فصل واذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها الخ
٧٠	فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق الخ	٤٢١	باب النفقة (وصوابها ٣٢١)
٧٧	فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه	٣٣٤	فصل وعلى الزوج أن يسكنها الخ
٨٢	فصل فى الطلاق قبل الدخول	٣٣٩	فصل واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة
٩٩	باب تفويض الطلاق (فصل فى الاختيار)	٣٤٣	فصل ونفقة الاولاد الصغار الخ
١٠٧	فصل فى الامر باليد	٣٤٧	فصل وعلى الرجل ان ينفق على أبويه الخ
١١٤	فصل فى المشيئة	٣٥٥	فصل وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته
١٢٧	باب الأيمان فى الطلاق	٣٥٦	كتاب العتاق
١٤٣	فصل فى الاستثناء	٣٧٠	فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
١٥٠	باب طلاق المريض	٣٧٧	باب العبد يعتق بعضه
١٦٠	باب الرجعة	٣٩٩	باب عتق أحد العبدين
١٧٣	فصل فيما تحل به المطلقة	٤١٥	فصل فى الشهادة على العتق
١٨٢	باب الايلاء	٤١٦	باب الحلف بالعتق
١٩٩	باب الخلع	٤٢١	باب العتق على جعل
٢٢٤	باب الظهار	٤٣٢	باب التدبير
٢٣٣	فصل فى الكفارة	٤٤٠	باب الاستيلاد
٢٤٧	باب اللعان		

تمت

الجزء الرابع

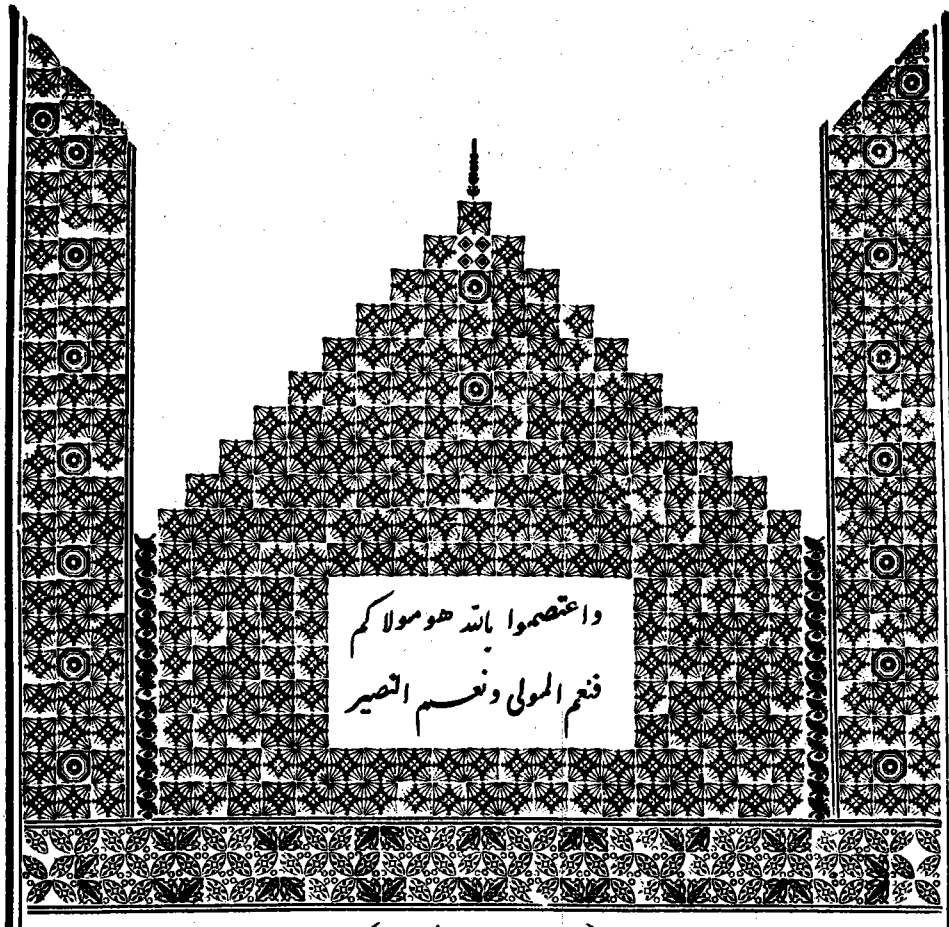
من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تنبيه﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الأول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي واخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

﴿الطبعة الاولى﴾
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٦ هجرية
(بالقسم الادبي)



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الايمان

كتاب الأيمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح فى ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا أنه قدم على الكل النكاح لانه أقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه أوجه واختص الاعتاق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه فى تمام معناه الذى هو الاسقاط وفى لازمه الشرعى الذى هو السراية فقدمه على اليمين ولفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لأخذنا منه باليمين وقول الشماخ وقيل الحطيئة

رأيت عرابة الاوسى يسمو * الى الخيرات منقطع القرين
اذا ما راية رفعت لمجد * تلقاها عرابة باليمين

أى بالقوة ثم قولهم انما سمى القسم يمينا لوجهين أحدهما أن اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام على الحمل أو المنع والثانى أنهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم فسميت بذلك يفيد أنه لفظ منقول ومفهومه اللغوى جملة أولى انشائية صريحة الجزأين يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظ أولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هى المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظى وجملة أعم من الفعلية كحلفت بالله لأفعلن أو أحلف والاسمية مقدمة الخبر كعلىّ عهد الله أو مؤخرته نحو لعمرك لأفعلن وهو مثال أيضا لغير المصرح بجزأيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا

كتاب الايمان

المناسبات التى تقدم ذكرها بين الكتب الى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر الايمان عقيب العتاق لمناسبتها له فى عدم تأثير الهزل والاكراه فيهما واليمين فى اللغة القوة قال الله تعالى لأخذنا منه باليمين وفى الشريعة عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذى ينعقد به اليمين وحكمه البر فيما يجب فيه البر والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب البر فيه لان من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما سيأتى

كتاب الايمان

(قوله وشرطها كون الحالف مكلفا) أقول وفى البدائع أى مسلما عاقلا بالغا فلا يصح يمين الكافر عندنا حتى ان الكافر اذا حلف على يمين ثم أسلم فحنث لا كفارة عليه خلافا للشافعى اه وقوله لا كفارة عليه هذا عندنا لانها عبادة والكافر ليس من أهلها وقوله خلافا للشافعى لان الكافر من أهل اليمين عنده ولذلك يستحلف فى الدعاوى والخصومات وكذا يصح ايلاؤه

(والايمان على ثلاثة أضرب) لان اليمين بالله إما ان يكون فيها مؤاخذة أولا فان كانت فاما ان تكون دنيوية فهى المنعقدة أو أخروية فهى الغموس وان لم تكن فهى اللغو (فالغموس هى الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه) وذكر المضى ليس بشرط بل هو بناء على الغالب ألا ترى أنه اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم انه ليس بزيد كان غموسا (فهذه اليمين بأثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا أدخله الله النار) ولولا الاثم لما كان كذلك واسمه يدل على معناه لانه ما سمى غموسا الا لانها تغمس صاحبها فى الاثم ثم فى النار وقال شمس الائمة السرخسى اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبى صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذى ذكرناه لم يتناوله (ولا كفارة فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعى فيها الكفارة لان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) ذلك الذنب (بالاستشهاد بالله كاذبا) فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما فى المعقودة (ولنا انها) أى اليمين الغموس (كبيرة محضة)

قال (الايمان على ثلاثة أضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين بأثم فيها صاحبها) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا أدخله الله النار (ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فأشبه المعقودة ولنا أنها كبيرة محضة

عوضا عن الفعل وأسماء هذا المعنى التوكيدى ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاولى ليست انشاء فليست التعاليق أيمانا لغة وأما مفهومه الاصطلاحى فجملة أولى إنشائية مقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته ومؤكد بها مضمون ثانية فى نفس السامع ظاهرا وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس أو التزام مكروه كفر أو زوال ملك على تقدير لمنع غيره أو محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودى وان دخلت فأنت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وان بشرتنى فأنت حر وسببها الغائى تارة يقاع صدقه فى نفس السامع وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك فبين المفهوم اللغوى والشرعى عموم من وجه لتصادقهما فى اليمين بالله وانفراد اللغوى فى الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحى فى التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على أنه لا يكره لانه لمنع نفسه أو غيره ومحمل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص وأما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذى يلزم وجودها ووجوب البر فيما اذا عقدت على طاعة أو ترك معصية فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر ووجوب الحنث فى الحلف على ضدهما أو ندبه فيما اذا كان عدم المحلوف عليه جائزا وسيأتى واذا حنث فيما يجوز فيه الحنث أو يحرم لزمته الكفارة (قوله اليمين على ثلاثة أضرب يمين الغموس) والاصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الاضافة أو يمين غموس وأما يمين الغموس فاضافة الموصوف الى صفته وهى ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب رد بانه اضافة الجنس الى نوعه لان الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الاولى مقصور على السماع وسميت غموسا لغمسها صاحبها فى الاثم ثم فى النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة (قوله فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب به) وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضا كذلك كوالله ما الهذا على دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة وأقرب الالفاظ اليه ما فى صحيح ابن حبان من حديث أبى امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله النار وفى الصحيحين لقى الله وهو عليه غضبان وفى سنن أبى داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم أى المحبوس عليها لانها مصبور عليها (قوله ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد رضى الله عنهما (وقال الشافعى رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت) فى الاصل وهى المعقودة (لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) فى الغموس فيتعدى اليه وجوبها (ولنا انها كبيرة محضة) لما ثبت فى صحيح البخارى من حديث ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الكبائر الاشراك بالله وعقوق

(قوله لان اليمين بالله الخ) أقول خص اليمين بالله بالذكر لان الغموس واللغو لا يتصوران فى اليمين بغير الله كالطلاق والعتاق ولا ينتقض هذا بقولهم هو يهودى أو نصرانى ان كان فعل كذا الشئ قد فعله فانه غموس كما سيجئ مع أنه ليس يمينا بالله لانه كناية عن اليمين بالله وان لم يعقل وجه الكناية صرح به فى البدائع

لقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة لما أن أسباب العبادات لا بد وان تكون أمورا مباحة كما عرف في الاصول (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط الغموس بها بخلاف المعقودة لانها مباحة) فيجاز أن تناط بها العبادة وفيه بحث من أوجه الاول لو كان ماذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالي الثاني لما وجبت بالادنى وجبت

والكفارة عبادة تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق

الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها) أي بما هو كبيرة (بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب) بان يحنث في موضع وجوب البر على ماذكرنا من التفصيل (فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ) غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الالحاق وحاصل هذا ابداء وصف في الاصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزء المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويجاب بأن الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امسا كا بالمعروف وبالافطار في رمضان ولو بخمر أو زنا وأجيب الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتهى ويجب الحد باعتبار أنهما في أنفسهما كبيرة ولخصه آخر بأن ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالاول والكفارة بالثاني ونقض أيضا بقتل المحرم صيدا عمدا وأجيب بأن عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير الاحرام والحرم لم يحرم وانما حرم باحرامه وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الايراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الاجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته وهو منتف عند الاشعرية وهو قليل جدا كأنه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لان اليمين في نفسه مباح أو عبادة اذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف نموسا والا كانت كفرا وانما روج به باطله فقبحها ليس الا بعدم مطابقة المحلوف عليه أو لقصده ذلك وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على ان كون حرمة السبب تمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينه أو لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة أو ساترة في ذنب أخف شرعيتها كذلك في ذنب أعظم كان أوجه والشافعي أيضا الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه وتعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته فبين ان المراد بها الكفارة والجواب ان المؤاخذة مطلقا في الآخرة فهي المراد بالمؤاخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكرنا قالوا الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها بالنص من غير حاجة الى زيادة تكلف الجواب منع انها معقودة لانها ربط في الشرع للاسم العظيم بمعنى على وجه حمله عليه في المستقبل أو منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل أو لتوكيد صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر برت انحلت ولا شك ان بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها لمنع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها لانها عقدت على أمر في المستقبل فما يحلها هو انعدامه في المستقبل

الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح لها لقوله عليه الصلاة والسلام أتبع السيئة الحسنة تمحها وهاتان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطء وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشئ رفع الاقوى به وعن الثالث بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث وقوله (ولو كان فيها ذنب) جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب لهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدإ لم يدخل في السيئة ويرفعها عند الطريان بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء (فيمتنع الالحاق) أي الحاق الغموس لا في المنعقدة وفي هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فأشبه المعقودة

(قوله فلا تناط الغموس بها الخ) أقول فيه قلب والمراد لا تناط بالغموس (قوله والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح لها) أقول أنت خبير بأن الاباحة لا تعارض عدم الوجوب الذي هو مدعى الأصحاب والظاهر أن العبارة ماح اسم فاعل من محا ويدل عليه قوله لها (قوله ويرفعها عند الخ) أقول ضمير يرفعها راجع الى المنعقدة

(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل) وكلامه ظاهر وقوله (إلا انه أنه علقه بالرجاء) اشارة الى ما قال في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذه الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها وانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن أبي أوفى وعن ابن عباس في احدى الروايتين وروى عن محمد أنه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي رضي الله عنه فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي أو في المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما وروت (٥) عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتأويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لان فائدتها المنع أو الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغوا وأما في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بأن الهزل والجد في اليمين سواء ولقائل أن يقول في حصر الايمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر لان قول الرجل والله اني لقائم الآن في حال قيامه مثلا يمين وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور ويمكن أن يلتزم بأنه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما هذا قسم وهو جملة انشائية أكدت بها جملة أخرى

(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا (واليمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو أن يقول والله إنه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم الآية الا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

لا في الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لان اليمين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن فيها وما قطع بانتفاء فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا وتسميتها يمينا مجاز بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة أو هو من الحقيقة اللغوية وعلى أحدهما يحمل قوله عليه الصلاة والسلام واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده وكونها لا تسمى يمينا لانها لم تعقد للبر بعيد اذ لا شك في تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا تقبل التشكيك فليس الوجه الا ما قدمنا من أن شرعية الكفارة لرفع ذنب أصغر لا يستلزم شرعها لرفع أكبر واذا أدخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم الى غموس وغيرها عسر النظر معه الا أن يكون لغة او سمع وقد روى الامام أحمد في مسنده باسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذبا وغيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المقضي بها لانها مصبور عليها أي محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن في حال تصرفه ودفعه مختارا عن نفسه (قوله والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل ان يفعله أو لا يفعله فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته الآية) وما في قوله ما يحلف مصدرية أي الحلف على أمر في المستقبل وهذا يفيد أن الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد أمس لا تسمى منعقدة ويقتضي انها ما ليست بيمين وهو بعيد أو زيادة أقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفي كلام شمس الائمة ما يفيد أنها من قبيل اللغو فان أراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له فيه وفي هذا اليمين فائدة تأكيد صدقه في خبره عند السامع وان أراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ولم يقل أحد بذلك فكان خارجا عن أقوال السلف والجواب أن الاقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا في مطلق اليمين (قوله ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه)

(قوله وذلك غير معلوم بالنص) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله نفي المؤاخذة الخ (قوله قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله الخ) أقول في باب المعارضة والترجيح من التوضيح والتلويح كلام متعلق بالمقام (قوله لان فائدتها المنع الخ) أقول ولا حد أن يمنع ذلك بأن الفائدة قد تكون تصديق السامع لخبر الحالف كما في الأيمان الصادقة على الامور الماضية فلا يكون القاصد لليمين بناء على اعتقاده لاغيا ثم لو صح ما ذكر لكان الغموس لغوا أيضا (قوله ولقائل أن يقول في حصر الايمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر الخ) أقول وفي أول كتاب الأيمان من شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يصلح أن يكون جوابا عن هذا الاشكال فراجعه (قوله لما مر من تعريفها) أقول فيه ان الغموس واللغو خارجان عن التعريف أيضا الا انه كلام على السند الاخص

قال (والقاصد فى اليمين والمكره والناسى سواء) حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين

مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه ويدخل فى ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثانى ما فى الخلاصة رجل حلفه السلطان أنه لم يعلم بأمر كذا فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم أرجو أن لا يحنث (فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) وانما قيد بعدم المؤاخذة بالرجاء مع انه مقطوع به فى كتاب الله تعالى حين قال لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم للاختلاف فى معنى اللغو ففسره محمد بما ذكروهو مروى عن ابن عباس وبه قال أحمد وقال الشافعى كل يمين صدرت عن غير قصد فى الماضى وفى المستقبل وهو مباين للتفسير المذكور لأن الحلف على أمر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن أحمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل فى بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبى ومسروق لغو اليمين أن يحلف على معصية فيتركها الا غيا بيمينه وقال سعيد بن جبير أن يحرم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل فلما اختلف فى معنى اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخذة به فى الآخرة وكذا فى الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتأدب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لأهل المقابر وإنا ان شاء الله بكم لاحقون وأما التفسير الرابع فغير مشهور وكونه لغوا هو اختيار سعيد (قوله والقاصد فى اليمين والمكره عليه والناسى) وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفى بعض النسخ الخاطئ وهو من أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة (لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) هكذا ذكره المصنف وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وأخرجه احمد وأبو داود وابن ماجه وقد ورد حديث العتاق فى مصنف عبد الرزاق من حديث أبى ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدى فى الكامل من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشئ منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح وأخرج عبد الرزاق عن على وعمر موقوفا أنهما قالا ثلاث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفى رواية عنهما أربع وزاد والنذر ولا شك ان اليمين فى معنى النذر فيقاس عليه * واعلم أنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسى بالتفسير المذكور لم يقصد شيأ أصلا ولم يدر ما صنع وكذا الخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشئ آخر فلا يكون الوارد فى الهازل واردا فى الناسى الذى لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت فى حقه نصا ولا قياسا واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فالم يقصده أصلا بل هو كالنائم يجرى على لسانه طلاق أو عتاق لا حكم له أولى أن لا يكون لها حكم اليمين وأيضا تفسير اللغو المذكور فى حديث عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أنه كلام الرجل فى بيته كلا والله وبلى والله وان لم يكن هو نفس التفسير الذى فسر به الناسى فان المتكلم كذلك فى بيته لا يقصد التكلم به بل يجرى على لسانه بحكم العادة غير مرادا لفظه ولا معناه ولو لم يكن اياه كان أقرب اليه من الهازل فحمل الناسى على اللاغى بالتفسير المذكور أولى من حمله على الهازل وهذا الذى أدين به وتقدم لنا مثله فى الطلاق

(والقاصد فى اليمين والمكره والناسى) وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم تذكر أنه تلفظ باليمين ناسيا وفى بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسى وهو أن يريد أن يسبح مثلا فيجرى على لسانه اليمين (سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) فان قلت اليمين عقد يقوى بها عزم الحالف على الفعل أو الترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسى فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان الحديث لانه مجمل ونص اليمين مفسر

(قوله ذلك هو القياس وقد ترك بالنص) أقول وهو قوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد الحديث

وقوله (والشافعي يخالفنا في ذلك) يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي (وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء) أي فهو ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد (لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة) وهو وجود الفعل الحسي وقوله (ولو كانت الحكمة رفع الذنب) جواب عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم (٧) وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل أصلا بان اشترى جارية بكرا أو اشتراها من امرأة ولقائل أن يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول أمرا خفيا في الاصل فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول في هذه الصورة وهو الذنب عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول

والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا ﴾

فلا تكن غافلا (قوله والشافعي يخالفنا في ذلك) فيقول لا تنعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطئ للحديث المشهور رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه قال المصنف (وسنبين ذلك في الاكراه ان شاء الله تعالى) واستدل ابن الجوزي في التحقيق للشافعي وأحمد رضي الله عنهما في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه الدارقطني عن واثلة بن الاسقع وأبي امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عنبسة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم (قوله ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا ليمينه مختارا وعن كل من الشافعي وأحمد روايتان يحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد مر جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا (لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط) يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف والحاصل أن الوجوب يثبت عنده سببا كان أو شرطا وبالنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة (وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون) تلزمه الكفارة فيخرج عنه وليه أو هو اذا أفاق لما ذكرنا من تحقق الشرط أي السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر وهو أن وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه أو مجنونا فأجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة أو يدفع ضررا كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فأدير على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلا أولا كما في شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد الباوغ وأما قولهم كما في شراء الامة البكر ومن المرأة فليس بصحيح لان التوهم حاصل لجواز حبل البكر ومملوكة المرأة على أن كونها رفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على أمر ثم يحلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث أو يندب والله أعلم

﴿ باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا ﴾

﴿ باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا ﴾

لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون يمينا

(قوله ولقائل أن يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه الخ) أقول والعلامة صدر الشريعة يمنع صحة دوران وجوب الاستبراء مع دليل شغل الرحم أيضا والتفصيل في كتاب الكراهية من شرح الوقاية فراجعه ان شئت

﴿ باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا ﴾

قال (والیمین بالله تعالی أو باسم آخر من أسماء الله تعالی کالرحمن والرحیم أو بصفة من صفاته التی یحلف بها عرفا کعزة الله وجلاله وکبریائه) لان الحلف بها متعارف ومعنی الیمین وهو القوة حاصل لانه یعتقد تعظیم الله وصفاته فصلح ذکره حاملا ومانعا

(قوله والیمین بالله أو باسم آخر من أسمائه) تفید لفظة آخر أن المراد بالله اللفظ فتأمل والاسم الآخر کالرحمن والرحیم والقدیر ومنه والذی لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمین ومالك یوم الدین والاول الذی لیس قبله شئ والآخر الذی لیس بعده شئ واذا قالوا فی قوله والطالب الغالب انه یمین لانه تعارف أهل بغداد الحلف به لزم اما اعتبار العرف فیما لم یسمع من الاسماء من الکتاب والسنة فان الطالب لم یسمع بخصوصه بل الغالب فی قوله تعالی والله غالب علی أمره واما کونه بناء علی القول المفصل فی الاسماء ویفید قوله آخر أنه لابد من کونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام یقتضی ان لا یکون یمینا والمنقول أنه لو قال باسم الله لیس بیمین وفی المنتقی روایة ابن رستم عن محمد انه یمین فلیتأمل عند الفتوی ولو قال وباسم الله یکون یمینا کذلك فی الخلاصة وقوله أو بصفة من صفاته التی یحلف بها عرفا قید فی الصفة فقط فأفاد أن الحلف بالاسم لا تقید بالعرف بل هو یمین تعارفوه أولم یتعارفوه وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحیح وهو قول مالك وأحمد والشافعی فی قول وقال بعض مشایخنا کل اسم لا یسمی به غیر الله کالله والرحمن فهو یمین وما یسمی به غیر الله تعالی کالحکیم والعلیم والقادر والعزیز فان أراد به یمینا فهو یمین وان لم یرد به فلیس یمینا ورجحه بعضهم بانه ان کان مستعملا لله سبحانه وتعالی ولغیره لا یتعین ارادة أحدهما الا بالنیة وأما الصفة فالمراد بها اسم المعنی الذی لا یتضمن ذاتا ولا یحمل علیها بهو هو کالعزة والکبریاء والعظمة بخلاف نحو العظیم فقیده بکون الحلف بها متعارفا سواء کان من صفات الفعل أو الذات وهو قول مشایخ ماوراء النهر ولهذا قال محمد فی قولهم وأمانة الله انه یمین ثم سئل عن معناه فقال لا أدری لانه رآهم یحلفون به فحکم بأنه یمین ووجهه أنه أراد معنی والله الامین فالمراد الامانة التی تضمنتها لفظة الامین کعزة الله التی هی ضمن العزیز ونحو ذلك وعلی هذا فعدم کون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته یمینا لعدم التعارف ویزداد العلم بانه یراد به المعلوم فقول الشیخ أبی المعین فی تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان کان مراده الصفة القائمة به فلیس علی هذا الاصل بل هو علی محاذاة قول القائلین فی الاسماء ان ما کان بحیث یسمی به الله تعالی وغیره ان أراد به الله تعالی کان یمینا والا لا فجعل مثله فی الصفات المجردة عن الدلالة علی الذات ان أرید صفته القائمة به فهو یمین والا لا یقال مقتضی هذا ان یجری فی قدرة الله مثله ان أرید به الصفة کان یمینا أو المقدور علی ان یراد بالمصدر المفعول أو المصدر ویکون علی حذف مضاف أی أثر قدرته لا یکون یمینا ولیس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فیما لم یتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فینصرف الی الحلف بلا تفصیل فی الارادة ولمشایخ العراق تفصیل آخر هو أن الحلف بصفات الذات یکون یمینا وبصفات الفعل لا یکون یمینا وصفات الذات ما یوصف سبحانه بها ولا یوصف باضدادها کالقدرة والجلال والکمال والکبریاء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما یصح ان یوصف بها وباضدادها کالرحمة والرضا والوصف سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذکر صفات الذات کذکر الذات وذکر صفات الفعل لیس کالذات قیل یقصدون بهذا الفرق الاشارة الی مذهبهم ان صفات الفعل غیر الله والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غیره وهذا لان الغیر هو ما یصح انفکاکه بزمان أو بمکان أو بوجود ولا یخفی ان هذا اصطلاح محض لا ینبغی ان یبتنی الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء أنه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا یحلف بها تعورف أو لا وصفة الفعل لا یحلف بها ولو تعورف وعلی هذا فیلزم ان سمع الله وبصره وعلمه یکون یمینا علی قول هؤلاء وعلی اعتبار العرف

(قوله ومعنی الیمین وهو القوة الخ) ذکره استظهارا لانه لما بنی الأیمان علی العرف کان وجوده مغنیا عن النظر الی غیره

وقوله (الاقوله وعلم الله) استثناء منقطع من قوله أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناؤه عن العرف منقطعا والكلام في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في انه مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكر معذرة عن وروده على أصلهم كما تقدم وقوله (ولان الرحمة قد يراد بها أثرها) منقوض بقدرة الله تعالى لانه يقال انظر الى قدرة الله تعالى والمراد أثره والا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فتكون كالعلم

قال (الاقوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا) لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك (ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا) وكذا رحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها أثرها وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة) لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال رضي الله تعالى عنه معناه أن يقول والنبي والقرآن أما لو قال أنا بري منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر

لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التي لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا أول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التي لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحي والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف أو نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد يستعمل في المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففي هذه يجري التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله يمين الا ان أراد الجارحة (قوله الاقوله وعلم الله) استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هنالك بقوله التي يحلف بها عرفا فيقتضي أن علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله الصدر فأخرجه من حكمه بعد دخوله في لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل وأورد على تعليله الثاني القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور وأجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج عن ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقيل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا أريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب أن لا تصح ارادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح أما وقوعا فقالوا انظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود وأما تحقيقا فلان القدرة في المقدور اذا كان مجازا لا يمتنع أن يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا بنفي التعارف فيه وأما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب أن يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا معتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل به (قوله من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت) متفق عليه قال (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال (ومعناه أن يقول والنبي والقرآن) أما اذا حلف بذلك بان قال أنا بري من النبي والقرآن كان يمينا لان التبرؤ منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سيأتي وكذا اذا قال هو بري

ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله تعالى متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد وأمانة الله يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا أدري فكانه وجد العرب تحلف بأمانة الله تعالى عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر) روى مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر وهو يسير في ركب وهو يحلف بأبيه فقال عليه الصلاة والسلام ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت قال المصنف رحمه الله (أما لو قال أنا بري منه يكون يمينا لان التبري منهما) أي من النبي والقرآن (كفر) ولقائل ان يقول سلمنا

(م — ٣ فتح القدير رابع) ان التبري منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه كفرا ليس بيمين ولا يستلزمها ألا ترى انه لو قال بحياتك لافعلن كذا واعتقد ان البر به واجب كفر وليس بيمين والجواب سيجيء عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي أو نصراني

(قوله مثل أن يقول والنبي والقرآن الخ) أقول القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق وليس غيره تعالى فانه من صفاته الازلية ولذلك لم يجعله المصنف رحمه الله مع النبي والكعبة في قرن بل ذكره مستقلا وعلله بعدم التعارف فليتأمل (قوله ألا ترى) أقول في التنوير بحث الا انه من قبيل الكلام على السند

قال (والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله) لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن (وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لأفعل كذا) لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف

من الصلاة والصوم يكون يمينا عندنا وكذا هو بري من الاسلام ان فعل كذا وبحرمة شهد الله أو لا اله الا الله ليس بيمينا ولو رفع كتاب فقه أو حساب فيه البسملة فقال هو بري من الاسلام ان فعل ففعل تلزمه الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلاثة وتعليل عدم كونه يمينا بأنه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غيرانهم أوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف وأما الحلف بجان سرتو ومثله الحلف بحياة رأسك ورأس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي أخاف على من قال بحياتي وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضي الله عنه لأن أحلف بالله كاذبا أحب الي من ان أحلف بغير الله صادقا (قوله والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور في القرآن) قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد أرسلنا رسلا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل أحلف أو أقسم بالله وهي للالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولا صالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لأفعلن ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لانهما من حروف الزيادة وقد أبدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما روي من قولهم تربي وترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا تحياتك ﴿فرع﴾ قال باسم الله لأفعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله (قوله وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لأفعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب) يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقى أثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغي أن يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر أثر في حالة الجر مضمرا لظهور أثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف ظاهر في نقل الخلاف في ذلك وهو تبع للبسوط حيث قال النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان سائغان للعرب ليس أحدهما ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف وحكى الرفع أيضا نحو الله لأفعلن على اضمار مبتدإ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي أو قسمي الله لأفعلن غير ان النصب أكثر في الاستعمال وقوله في النصب لانتزاع الخافض خلاف أهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض أي بالفعل عنده وأما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله

اذا قيل أي الناس شر قبيلة * أشارت كليب بالاكف الاصابع

قال (والحلف بحروف القسم) الحلف بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا أو مضمرا وبحث حروف القسم وكون الباء أصلا وغيرها بدلا وجواز اضمار الحروف والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون أو الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الاصل والاصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل الى حد الاشتغال بكتاب الهداية لابد وان يكون قد حلف ذلك ورآه والفرق بين الاضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحذوف والمصنف ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز أن يقال أطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب

وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له أي آمنتم به وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله تعالى واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد

أي الى كلبب (قوله وكذلك اذا قيل لله لان الباء تبدل بها) أي باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة أورد عليه انها لا تبدل بها بمعنى ان توضع مكانها دالة على عين مدلولها وفي الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له أي صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتأتى معناهما فيه بخلافه في القسم ولا تستعمل اللام الا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس دخل آدم الجنة لله ما غربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح في اللغة الا أن يتعارف كذلك وقوله في المختار احترازا عما عن أبي حنيفة انه اذا قال لله علي ان لا أكلم فلانا انها ليست بيمين الا أن ينوي لان الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه هذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين أن يعرب المقسم به خطأ أو صوابا أو يسكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا أسكن من أنه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع أو الحمل معقود بما أريد منعه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف) وعنه أي عن أبي يوسف (رواية أخرى أنه يكون يمينا) يعني اذا أطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد عد في أسمائه الحسنى قال تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم (وهو حقيقته) أي كونه تعالى ثابت الذات موجودها فكأنه قال والله الحق (والحلف به متعارف) فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال أحمد لا يقبل قوله يعني في عدم اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء فصار كقدرة الله تعالى (قوله ولهما انه) أي حق الله (يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه) وصار ذلك متبادرا سرعا وعرفا حتى كأنه حقيقة حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغير الله وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة الله بل ما هو من حقوقه فصار نفس وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة وأما الاستدلال على انه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلاة والسلام ما حق الله تعالى على العباد فقال أن لا يشركوا به شيأ الى آخره كما وقع لبعض الشارحين فليس بشئ لان صلته بلفظ على العباد يبين المراد بالحق انه غير وجوده وصفته والكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا (قوله ولو قال والحق يكون يمينا) أي بالاجماع كذا ذكره غير واحد واعترضه شارح بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من

وقوله (وكذا اذا قال لله في المختار) احترازعما روى عن أبي حنيفة انه لو قال لله علي ان لا أكلم فلانا انها ليست بيمين الا أن ينوي لان الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين ولا أثر لتغيير الاعراب في المقسم به نصبا وجرا في منع صحة القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب وقوله (قال أبو حنيفة) ظاهر وقوله (والمنكر يراد به تحقيق الوعد) يريد الفرق بين والحق وحقا بأن المعرف اسم من أسماء الله تعالى قال الله تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكأنه قال أفعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين

(ولو قال اقسم أو أقسم بالله أو احلف أو احلف بالله) ظاهر واعترض بأن اليمين ما كان حاملا على فعل شئ أو تركه موجبا للبر وعند فوانه يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر ثم قوله أقسم لا يكون موجبا من البر شيأ بمجرده لانه لم تنعقد يمينه على فعل شئ أو تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما تكون لستر الذنب الذى وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس فى أقسم مجردا هتك حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون موجبا للكفارة ولان قوله أقسم صيغة فعل مضارع فكما تكون هى للحال كذلك تكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لا سيما فى حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتى انها

اذا اجتمعت تداخلت كالحد ودوأجيب بأنه ألحق بقوله على يمين وهو يوجب الكفارة ذكره فى الذخيرة وغيرها ووجه ذلك أن كلمة على للايجاب واليمين لا يوصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن هنا أو خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن الالغاء وكذلك قوله اقسم اخبار عن القسم فى الحال وما ثم قسم لانه عبارة عن جملة انشائية يؤكد بها جملة أخرى كما تقدم ولم يوجد منه شئ فيجعل اقرارا عن موجب موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصوير هتك حرمة اسم الله ولا الى جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى انه قال على يمين أو اقسم ولم يزد على ذلك أما اذا قال أقسم لافعلن كذا أو على يمين ان أفعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز أن يقال قد تقدم أن اليمين عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك اذا وهو موجود والعادة قد جرت باليمين به قال الله تعالى اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين وقال تعالى وأقسموا بالله جهد أيمانهم وقال تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله وقال تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فكما جاز أن يكون حرف القسم مضمرا جاز أن يكون المقسم به أيضا كذلك وهو حجة على زفر فى عدم جواز مبدون ذكر اسم الله ثم اختلف فى النية اذا لم يذكر اسم الله تعالى فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

(ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف) لان هذه الالفاظ مستعملة فى الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا فى الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا والا فلا انتهى وأنت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان اطلق على غيره وانما ذلك القول المقابل للمختار وأما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غيره مهجورا الا بدليل وبه يندفع قول أبى نصر ان نوى بالحق اليمين كان يمينا والا فلا ولا يلزم بطلان قول من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد اجماع علمائنا الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين فى انعقاد الاجماع ولو قال حقا بأن قال حقا على أن أعطيك كذا ونحوه لا يكون يمينا لان الحق من أسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد ومانقل عن الشيخ اسمعيل الزاهد والحسن بن أبى مطيع انه يمين لانه لم يضفه الى الله تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الاقوال الضعيفة ما قال البلخى ان قوله بحق الله يمين لان الناس يحلفون به وضعفه لما علمت انه مثل وحق الله بالاضافة وعلمت المغايرة فيه وانه ليس يمينا فكذا بحق الله (قوله ولو قال أقسم الخ) اذا حلف بلفظ القسم فاما بلفظ الماضى أو المضارع وكل منهما اما موصول باسم الله تعالى أو بصفته أولا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله أو اقسمت أو شهدت بالله لافعلن وكذا عزمت بالله لأفعلن فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل أقسم بالله أو أعزم بالله الخ فكذلك عندنا وعند الشافعى لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال ان يريد به المستقبل وعدا ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة فى الحال ومجاز فى الاستقبال على ما تقدم فى العتق للصنف ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته واما الاستشهاد بان فى العرف كذلك كقولهم أشهد أن لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد اشهد بذلك عند القاضى ليس فيه دليل على انه فى نفسه كذلك عرفا فجاز أن يقال هى للمستقبل ويستعمل للحال بقرينة حالية أو مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه وان ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيها مثل أحلف لافعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا هو يمين نوى أو لم ينو وهو رواية عن أحمد وقال زفر ان نوى يكون يمينا والا لا وقال الشافعى ليس بيمين نوى أو لم ينو وهو رواية اخرى عن احمد وقال مالك

(قوله قال الله تعالى اذ أقسموا الخ) أقول فى تمام الاستدلال بقوله تعالى اذ أقسموا وقوله تعالى يحلفون لكم بحث تأمل (قوله وقيل لا بد منها الخ) أقول وسيجئ فى الشارح فى أوائل كتاب البيع ما يدفع هذا القول

اذا نوى فى قوله اقسم بالله الخ يكون يمينا وان أطلق فلا وجه قولهم ان أقسم يحتمل أن يكون بالله أو بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والانشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول القائل ان نوى كان يمينا والافلا وجوابه ماذكره المصنف من أنه حقيقة فى الحال فانصرف اليه ومن أن الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه أى الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لابد من النية لاحتمال العدة أى لاحتمال استعماله فى المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحا فى المذهب ومنهم من صرح بانه اذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو يعنى اذا نوى اليمين أو لم ينو شيأ أما اذا نوى غيره فلا شك انه لا يكون يمينا فيما بينه وبين الله تعالى الا أن يكون حالفا لمن يستحق اليمين عليه شرعا فان اليمين على نية المستحلف لا الحالف حينئذ وقد وقع فى هذه المسئلة خبط فى موضعين أشدهما فى الحكم وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل أقسم أو احلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث اذ أورد السؤال القائل اليمين ما كان حاملا على فعل شئ أو تركه موجبا للبر وعند فواته موجبا للكفارة على وجه الخلافة فقوله أقسم ههنا ليس موجبا شيأ من البر بمجرده لانه لم يعقد يمينا على فعل شئ أو تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس فى أقسم بمجردا هتك فكيف يوجب الكفارة ثم أجاب بان قوله أقسم ألحق بقوله على يمين فان ذلك يوجب الكفارة ذكره فى الذخيرة وغيرها فقال لو قال على يمين أو يمين الله فهو يمين وفى المنتقى لو قال على يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وان نفى الكفارة صريحا لان قوله على يمين لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها ثم قال وانما كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا عن موجب اليمين وموجبها البر ان أمكن والا فالكفارة ولم يمكن تحقيق البر ههنا لانه لم يعقد يمينه على شئ فكان اقرارا عن الموجب الآخر وهو الكفارة على وجه الخلافة وبالاقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا فى قوله على نذر فيه كفارة يمين على ما يجئ بعد هذا فلما كان كذلك فى قوله على يمين وعلى نذر كان فى قوله أقسم عند قران النية بالقسم كذا لان أصله الحال فى استعمال الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله أقسم لما كان عبارة عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بأن اليمين بذكر المقسم عليه وماذكر فى الذخيرة من ان قوله على يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين ولا شك فى ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود الذى يحتمل ان يخفى هو ان قوله على يمين هل يجرى مجرى قول القائل والله او لا فأما أن يجرد ذكر ذلك يحتمل ان توجب الكفارة فلا خفاء فيه فيحتاج الى التنصيص عليه ألا يرى الى قول محمد فى الاصل وان حلف بالله أو باسم من أسمائه أو قال والله أو بالله أو على عهد الله أو ذمته أو هو يهودى او نصرانى أو برى من الاسلام أو قال أشهد أو أشهد بالله أو أحلف او أحلف بالله أو أقسم أو أقسم بالله أو على نذر أو نذر الله أو أعزم أو أعزم بالله أو على يمين أو يمين الله أو ما أفاد عين ذلك ثم قال فهذه كلها ايمان واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة وقد ذكر منها هو يهودى أو نصرانى وأن يقول والله و بالله وتالله وحكم على كل منها انه يمين ولم يلزم من ذلك أن يجرد قوله والله أو قوله هو يهودى تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث فى كل منها للزوم الكفارة كما سمعت قوله واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة ولان من الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان كان فى القضاء لانه يؤاخذ باقراره وليس الكلام فى أن يقول اقسمت عند القاضى بل لو أقر به كان سبيله أن يفتيه بقوله ان كنت صادقا فعليك الكفارة وانما الكلام فى الحنث فى اليمين وهو الانشاء والحق ان قوله على يمين اذا لم يرد عليه على وجه الانشاء لا الاخبار يوجب الكفارة بناء على أنه التزم الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتى فى قوله على نذر اذا لم يرد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما ليست من

(ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداى يكون يمينا) لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال (وكذا قوله لعمر الله وايم الله) لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وأيم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لان العهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على أن مجرد قوله أحلف أو أقسم يمين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله تعالى اذا أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على أحد ان قوله أقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم ان ذلك القسم كان قولهم نقسم لنصرمنها فانهم لو قالوا والله لنصرمنها مصبحين لصح ان يقال في الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله في يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف أصلا فضلا عن لفظ الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى وانما استدل على ذلك بحديث الذي رأى رؤيا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر ائذن لي فلأعبرها فأذن له فعبرها ثم قال أصبت يا رسول الله فقال أصبت وأخطأت فقال أقسمت يا رسول الله لتخبرني قال لا تقسم هكذا رواه أحمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر (قوله ولو قال بالفارسية سوكند مى خورم بخداى يكون يمينا) لانه للحال لان معناه أحلف الآن بالله ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا لانه مستقبل ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم يعني احلف بطلاق زوجتي لا يكون يمينا لعدم التعارف في الطلاق كذلك (قوله وكذا قوله لعمر الله وأيم الله) يعني يكون حالفا كما هو حالف في أقسم بالله وأخواته لان عمر الله بقاؤه وفيه ضم العين وفتحها الا أنه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو وفي الخط بخلاف عمر والعلم فانها ألحقت للفرق بينه وبين عمر والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو ان بوصف به لا بضده فكأنه قال وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه واذا أدخل عليه اللام رفع على الابتداء وحذف الخبر أي لعمر الله قسمي وان لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فتقول عمر الله ما فعلت ويكون على حذف حرف القسم كما في الله لافعلن وأما قولهم عمرك الله ما فعلت فمعناه باقرارك له بالبقاء وينبغي أن لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده وأما أيم الله فمعناه أيمن الله وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار أيم الله ثم خفف أيضا فقيل م الله لافعلن كذا فيكون مما واحدة وبهذا نفى سيبويه أن يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة أيمن بالقطع وانما وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرئ من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما يمينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون وقال صلى الله عليه وسلم في حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس في إمارته ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امارة أبيه من قبل وايم الله ان كان لخليقا للامارة الحديث في البخاري (قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) يعني اذا أطلق عندنا وكذا عند مالك وأحمد وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير النية وقوله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان لا يفيدان العهد يمين لجواز كونهما شيئين الامر بالايفاء بالعهد والنهي عن نقض الايمان المؤكدة بأي معنى فرض النقض فاستدلالهم به على انها يمين لا يتم وهذا الان ايجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بخلاف ما عقد عليه الا لو ثبت في مكان آخر في الشرع انه كذلك قلنا ان أهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هي العهود المتقدم ذكرها أو ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حالفا بصفة الله تعالى كما حكم بأن أشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وأيضا غلب الاستعمال لهما في معنى اليمين فيصرف اليه

قال (وكذا قوله لعمر الله) هذا معطوف على أصل المسئلة وهو قوله اقسم الخ والعمر بالفتح والضم البقاء الا أن الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم قال في المبسوط لعمر الله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقي (وايم الله) معناه أيمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة ايم صلة أي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزته ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية قوله (والحلف باللفظين) يريد به قوله لعمرك وايم الله (متعارف) يحلف بهما في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يمينا وقوله (وكذا قوله عهد الله وميثاقه) ظاهر

قال المصنف (وكذا قوله لعمر الله وايم الله) أقول قال العلامة الطيبي في شرح المشكاة في كتاب الايمان والنذور نقلا عن المغرب اليمين يجمع على أيمن كرغيف يجمع على أرغف وأيم محذوف منه والهمزة للقطع وهو قول الكوفيين واليه ذهب الزجاج وعند سيبويه هي كلمة بنفسها وضعت للقسم ليست جمعا لشيء والهمزة فيها للوصل اه

(وكذا اذا قال علي نذر أو نذر الله) لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين (وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا) لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشئ قد فعله

فلا يصرفهما عنه الا نية عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوى اليمين أو لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين وان قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كأن يقول وذمة الله أو وأمانة الله لأفعلن واستدل على كونها يمينا بأنه صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم أهل حصن أو مدينة فارادوكم على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انها يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمي معاهدا والامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك وأحد هو يمين وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين بها اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن أبي داود من حديث بريدة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي عدم كونه يمينا والوجه انه انما يقتضي منع الحلف به ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله أعلم ولو قال علي عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك وأحد ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكي عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن أبي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع بين الالفاظ للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة (قوله وكذا اذا قال علي نذر أو علي نذر الله) يعني يكون يمينا اذا ذكرا المحلوف عليه بان قال علي نذر الله لأفعلن أو لا أفعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيأ من القرب كحج أو صوم فان كان نوى بقوله علي نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيأ من حج أو عمرة فعليه ما نوى وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولاشك ان قوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه أبو داود ومن حديث ابن عباس رضي الله عنهما يوجب فيه الكفارة مطلقا الا أنه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانما ينصرف الحديث الى ما لا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال علي نذر أو نذر الله ولم يزد على ذلك فهذه لم تجعله يمينا لان اليمين انما يتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه أن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فأما إذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله علي كذا صلاة ركعتين مثلا أو صوم يوم مطلقا عن الشرط أو متعلقا به أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله علي نذر صوم يوم سيمر معلقا أو منجزا فسيأتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر (قوله ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا) فاذا فعله لزمه كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك أنه صلى الله عليه وسلم حرم مارية على نفسه فأنزل الله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ووجه الالحاق أنه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده أي الشرط واجب الامتناع فكأنه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا علي حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشئ قد فعله كأن قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم أنه قد فعله فهي يمين الغموس

من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر أو مجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال) وهذا جواب من قال أنا بريء من الكعبة أو النبي صلى الله عليه وسلم فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة عن ذلك واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا هذا هو الموعود فيما تقدم وقد روي عن محمد أنه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي أو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة وقوله (ولو قال ذلك لشئ قد فعله) يعني لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماض فان كان عنده أنه صادق فلا شئ عليه وان كان يعلم انه كاذب

(قوله وقد أمكن القول بوجوبه لغيره) أقول الامتناع عن البراءة عما ذكر واجب لعينه لا لغيره كما لا يخفى (قوله هذا هو الموعود الخ) أقول أراد به ما تقدم بنصف ورقة وهو قوله ولقائل أن يقول سلمنا أن التبري منهما الى قوله والجواب سيجيء اه

فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل) يعني كما لو حلف به على أمر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر

فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح أنه لا يكفر فيهما ان كان يعلم أنه يمين وان كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل (ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف) لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف (وكذا اذا قال ان فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربوا) لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى تكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بأمر كائن فكأنه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم أنه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد أنه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يتراءى أعم من أن يعتقده يمينا أو كفرا والظاهر انه أخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان أن يكون من اهل الجهل لا من أهل العلم والخبر وهؤلاء لا يعرفون الالتزام الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بتكفيره (قوله ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله أو سخطه فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط) أي لا يلزم سببية الشرط له غاية الامر ان يكون نفس الدعاء معلقا بالشرط فكأنه عند الشرط دعا على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو به ذلك متعلق باستجابة دعائه (ولانه غير متعارف وكذا ان قال ان فعلت كذا فهو زان أو فاسق أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لا يكون يمينا اما أولا فلان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا أو سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستأنف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل ليس لازما لوجود المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر أو اعتقاد والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر ولا قول طائفة من العلماء بالكفارة وأما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله تحتمل النسخ والتبديل أما الخمر فظاهر وأما السرقة فعند الاضطرار الى أكل مال الغير وكذا اذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا تحتمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع أولا تحتمله لا أثر له فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع أن ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع وان لم يرجع اليه لا يكون يمينا ولا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس بمتعارف أن يقال ان فعلت فأنا زان فلا يكون يمينا ﴿فروع﴾ في تعدد اليمين ووحدتها وغير ذلك اذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ أو عدم اختلافه فهو يمين واحدة كأن يقول والله الرحمن الرحيم أو يقول والله الا أن تعليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول مؤول وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله أو هو بري من الله ورسوله وان كان بواو وفي الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها وكذا بواو بين مع الاتحاد نحو والله ووالله فيتفرع أنه لو قال والله ووالله والرحمن أنها ثلاثة أيمان أو هو بري من الله وبري من رسوله فيمينان حتى لو قال هو بري من الله وبري من رسوله والله ورسوله منه بريئان ان فعل كذا فهي أربعة أيمان فيلزمه لفعل ما سماه أربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة

الحالف كذلك اذا كان في الماضي (وقيل) وهو قول محمد ابن مقاتل (يكفر لانه) علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود (تنجيز) فكأنه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه اذا كان عالما يعرف أنه يمين فلا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا أو عنده انه يكفر بالحلف فانه يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله (لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل) قال في النهاية أما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصودة بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالا له بوجه النكاح وملك اليمين فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ أما الخمر فظاهر أنها كانت حلالا ثم انتسخ وأما الربا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه ألا ترى انه يحل في دار الحرب وأقول في كلام المصنف لف ونشر على غير السنن وذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر وأكل الربا وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل على ما ذكر

وهذا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اعادة والحمل على الاولى أولى فاذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه بين الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لان حرمته لا تحتمل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الاشياء (ولانه ليس بمتعارف) فلا يكون يمينا

بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه أخذ مشايخ سمرقند وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية فلو قال بواوين كوالله ووالرحمن فكفارتان في قولهم وروى ابن سماعة في غير المختلفة عن محمد نحو والله والله مطلقا هذا قبل ذكر الجواب أما لو قال والله لا أفعل كذا ثم أعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان روى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وسواء كان في مجلس أو مجالس وروى الحسن أنه ان نوى بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة وهي عبارة متساهل فيها وانما المراد أن يريد بالثاني تكرار الاول وتأكيده اختار هذا الامام أبو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة أو لم ينو شيأ يلزمه كفارتان وقدمر في الايلاء في النجريد عن أبي حنيفة اذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله سبحانه وتعالى ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم وهذا يخالف ما روى الحسن وفي الخلاصة عن نسخة الامام السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على أمر أن لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر أن لا يفعله أبدا ثم فعله ان نوى يمينا مبتدأة أو التشديد أو لم ينو فعليه كفارة يمينين أما اذا نوى بالثاني الاول فعليه كفارة واحدة وقدمنا في الايلاء لو قال والله لا أكلم فلانا يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان لانه انعقد على تلك الساعة ثلاثة ايمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه وعرف في الطلاق أنه لو قال ان دخلت فأنت طالق ان دخلت فأنت طالق ان دخلت فأنت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات ومافي الاصل من أنه اذا قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهي يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فيمينان يفيد أن في مثله تعدد اليمين منوط بتكرر المحلوف عليه مع تكرر الالتزام بالكفر ولو قال أنا بري من الكتب الاربعة فهي يمين واحدة وكذا لو قال هو بري من التوراة والانجيل والزبور والفرقان فهي يمين واحدة ولو قال هو بري من التوراة وبري من الانجيل وبري من الزبور وبري من الفرقان فهي أربعة أيمان ولو قال هو شريك اليهودي فهو كقوله يهودي ولو قال بري من هذه الثلاثين يوما يعني شهر رمضان ان أراد عن فرضيتها يكون يمينا أو عن أجرها أو لم ينو شيأ لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلاة التي صليتها وحنث لا يلزمه شئ بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في بري من الشفاعة وفي مجموع النوازل الاصح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار أمس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن أبي يوسف قال لآخر إن كلمت فلانا فعبدك حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلمه بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لآخر والله لتفعلن كذا أو والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فان أراد المبتدئ الحالف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السؤال فكأنه قال نعم والله لافعلن كذا وان نوى المبتدئ الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيأ فالحالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو فالحالف هو المبتدئ وان أراد المبتدئ الاستحلاف فأراد المجيب أن لا يكون عليه يمين وأن يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك ولو قال المديون ان لم تقض دين غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم وأراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال لآخر والله لا أجيء الى ضيافتك فقال الآخر ولا تجيء الى ضيافتي فقالا نعم يصير حالفا ثانيا

﴿ فصل فى الكفارة ﴾ قال (كفارة اليمين عتق رقبة يجزى فيها مايجزى فى الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فمازاد وأدناه مايجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مساكين كالاطعام فى كفارة الظهار) والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة قال (فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات) وقال الشافعى رحمه الله يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهى كالخبر المشهور

(فصل فى الكفارة) لما فرغ من بيان الموجب شرع فى بيان الموجب وهو الكفارة لكن هى موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب أحد الاشياء على التخيير أو واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعى المطلق على المقيد على ماهو من مذهبه وغير ذلك مقرر فى التقرير فليطلب ثمة

﴿ فصل ﴾ فى كفارة اليمين

﴿ فصل فى الكفارة ﴾ الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمى الليل كافرا قال * فى ليلة كفر النجوم غمامها * وتكفير ثوبه اشتمل به واضافتها الى اليمين فى قولنا كفارة اليمين اضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعى اضافة الى السبب فاليمين هو السبب وسيذكر المصنف المسئلة (قوله كفارة اليمين عتق رقبة) أى اعتاقها لانفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لايجوز (ويجزى فيها مايجزى فى الظهار) وتقدم المجزئ فى الظهار من أنها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة ولايجزئ فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزى العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين وفى الاصم اختلاف الرواية والاصح أنه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذى لا يفيق وفيمن يفيق ويجن يجوز ولا المدبرة وأم الولد لانهما لاستحقاقهما الحرية نقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذى لم يؤد شيأ يجوز بخلاف الذى أدى بعض شئ لانه كالمعتوق بعوض (وان شاء كساعشرة مساكين كل واحد ثوبا فمازاد) يعنى ان كساثوبين أو ثلاثة فهو أفضل (وأدناه مايجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مساكين) كالاطعام فى كفارة الظهار وهى نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير ذكره الكرخى باسناده الى عمر رضى الله عنه قال صاع من تمر أو شعير ونصفه من بر وباسناده الى على رضى الله عنه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رضى الله عنه قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة فى القرآن نصف صاع من بر الكل مسكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوقه سنا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز أن يغديهم ويعشيهم بخبز الا أنه ان كان برا لا يشترط الادام وان كان غيره فبادام ويجوز فى الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم (والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة) والعبد الخيار فى تعيين أيها شاء ويتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة فى الاصول ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والاطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه الا بالصوم ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد فيعتق قبل أن يفرغ ولو بساعة فأصاب مالا وجب عليه استئناف الكفارة بالمال (قوله فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة) من الاعتاق والكسوة والاطعام (كان عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات وقال الشافعى يخير) بين التتابع والتفريق (لاطلاق النص) وهو قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام وهو قول مالك وفى قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب أحمد (ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهى كالخبر المشهور) لشهرتها على ماقيل الى زمن أبى حنيفة رضى الله عنه والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعى كان أولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا فى حادثتين وأنتم تحملونه فى حادثة ثم انكم جريتم على موجب ذلك هنا وتركتموه فى صدقة الفطر فى قوله أدوا عن كل حر وعبد وقوله أدوا عن كل حر وعبد من المسلمين أجيب عنه بأنا انما نحمل فى الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل أن يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد

ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة

على المطلق وبقيد اطلاقه للتنافي بينهما فان الاول يقتضي أن لا يجوز الا بقيد التتابع ولا يجزى التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقا لجواز مقيدا بعا واذا وجب القيد الاول لزمه انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد في الاسباب ولا منافاة في الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا كلام محتاج الى تحقيق وتحقيقه أن الحمل لما لم يجب الا لضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما الا لو قلنا بمفهوم المخالفة فانه حينئذ يكون الحاصل من المطلق أن ملك العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان أو كافرا والحاصل من المقيد أن ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا للفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم فاذا فرض تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم أن المراد ان المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنا لم نقل به فبقي مقتضى المطلق بلا معارض وهو أن المسلم وغيره سبب وأجابوا عما لزم الشافعي رحمه الله تعالى بأن هذه الكفارة تجاذبها أصلان في التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على أنه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل باطلاق نص الكفارة (قوله ثم المذكور في الكسوة في الكتاب) أي المبسوط أو مختصر القدوري (في بيان أدنى الكسوة) المسقطة للواجب من أنه ما يجوز فيه الصلاة (مروي عن محمد رحمه الله) فيجزيه دفع السراويل وعنه تقييده بالرجل فان أعطى السراويل امرأة لا يجوز لانه لا يصح صلاتها فيه (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف ان أدناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز السراويل على هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا عرفا) فعلى هذا لا بد أن يعطيه قميصا أو جبة أو رداء أو قباء أو ازارا ساباغا بحيث يتوشح به عند أبي حنيفة وأبي يوسف والافهو كالسراويل ولا تجزئ العمامة الا ان أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزئ مما ذكرنا جاز وأما القلنسوة فلا تجزي بحال وان كان قد روي عن عمران بن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم وفد على الامير وأعطاهم قلنسوة قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رضي الله عنه لا يجزي أقل من ثلاثة أثواب قميص ومئزر ورداء وعن أبي موسى الاشعري ثوبان قال الطحاوي هذا كله اذا دفع الى الرجل أما اذا دفع الى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لان صلاتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وانما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعليه بنى عدم اجزاء السراويل لاصحة الصلاة وعدمها فانه لا دخل له في الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سابلا وازارا وخمارا غطى رأسها وأذنيها دون عنقها الا شك في ثبوت اسم أنها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أولا ثم اعتبار الفقر والغنى عندنا عند ارادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم اعسر عند التكفير أجزأه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه وعند الشافعي على القلب قاسه على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء أما حد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه (قوله لكن ما لا يجزيه الخ) يعني لو أعطى الفقير ثوبا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار أو نصف ثوب مجزئ وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أجزأه عن اطعام فقير من الكفارة

وقوله وهو الصحيح احترازا عما روي في نوادر ابن سماعة انه يجوز وفي رواية أخرى ان أعطى السراويل المرأة لا يجوز وان أعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العري بقدر ما تجوز به الصلاة لان ستر العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه أما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل أو للتدثر فلا يؤاخذ عليه في الكسوة كما لا يؤاخذ عليه الادام في الطعام وقوله (لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة) يعني لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لان الاكتساء لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام وهل يشترط النية أو لا ذكر شيخ الاسلام في ظاهر الرواية أنه يجزيه نوى أن يكون بدلا عن الطعام أو لم ينو وعن أبي يوسف اذا نوى أن يكون عن الطعام يجزيه عن الطعام وان لم ينو لم يجزه

(وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه) وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه أداها بعد السبب وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض

وكذا اذا أعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه للكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا أجزأه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب انه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام أن ينوي به عن الاطعام وعن أبي يوسف لا يجزيه الا أن ينويه عن اطعام وعند زفر لا يجزيه نوى أو لم ينو واعترض بقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث فاذا اختار أحدها صار كأنه هو الواجب ابتداء وتنحى الآخران والجواب انه ان أراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدى طعاما أو كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان أراد انه لا بد أن ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير بأحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع أحدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصح اطعاما أو غيره مما هو أحد الثلاثة ولو توقف السقوط على أن ينوي بدفع أحدها انه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم أن ينوي كل خصلة في نفسها فيجب أن ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط فانصرف الى ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا أعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة وأجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي فلا يدفع أحدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احداهما عن الاخرى وانما تظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا صغيرا نفيسا تبلغ قيمته ثوب كرباس يجزي عن الكسوة ينبغي أن لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام (قوله وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال) دون الصوم (لانه أدى بعد السبب وهو اليمين) وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه أضيف اليه الكفارة في النص بقوله تعالى ذلك كفارة أيمانكم وأهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكما شرعيا أو متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه حينئذ شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا أن لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعني ان تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكاة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان أو مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سيذكر (ولنا ان الكفارة لستر الجناية) من الكفر وهو الستر قال القائل * في ليلة كفر النجوم غمامها * وبه سمي الزارع كافرا لانه يستر البذر في الارض (ولا جناية) قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا أقدم النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة على الأيمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون فرضا وانما أخرج

(وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه أداها بعد السبب وهو اليمين) لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى أسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة (فأشبه التكفير بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا) لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث وقوله (واليمين ليست بسبب) جواب عن قوله لانه أداها بعد السبب وهو اليمين ووجهه أن السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما أضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم (بخلاف الجرح لانه مفض) الى الموت

المصنف رحمه الله تعالى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من اخلاف المحلوف عليه والحاصل أن السبب الحنث سواء كان به معصية أولا والمدار توفير ما يجب لاسم الله عليه وهذا يفيد أن السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان أقل ما في السبب أن يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع عن (١) عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لاعن اليمين للعلم بأن نفس أكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح فانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الى الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم أن اليمين سبب فلا شك في أن الحنث شرط الوجوب للقطع بأن الكفارة لا تجب قبله والا وجبت بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكاة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في قوله صلى الله عليه وسلم فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير وفي مسلم من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري وليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في أبي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير وهذه الروايات مقابلة بأكثر روايات عديدة لحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى الغلط على الكثير ومن ذلك حديث عائشة في المستدرك كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا حلف لا يحنث حتى أنزل الله كفارة اليمين فقال لا أحلف على يمين الى ان قال الا كفرت عن يميني ثم أتيت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة أن أبا بكر كان الى آخر ما في المستدرك وفيه العطف بالواو وهو أولى بالاعتبار وقد شذت رواية ثم لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعني من سواه ممن هو أولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء لجملة المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين وهكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق الآية وهذا لان الواو لما لم تقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تقديمه على الحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما في صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها حديث رواه الامام أحمد عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ومنها ما أخرج النسائي أخبرنا أحمد بن منصور عن سفيان حدثنا أبو الزعراء عن عمه أبي الاحوص عن أبيه قال قلت يا رسول الله رأيت ابن عم لي آتيه أسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فيأتيني ويسألني وقد حلفت أن لا أعطيه ولا أصله فأمرني أن آتي الذي هو خير وأكفر عن يميني ورواه ابن ماجه بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواية اذ قد ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب كما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فتحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب الحديث منها دون ثم وأما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف أصلا أعني قوله من حلف

وقوله (ثم لا يسترد من المسكين) قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل الحنث لكن لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فتكون قد وقعت صدقة فلا رجوع فيها (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه) معناه من حلف على مقسم عليه من فعل أو ترك لان اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لا فعلن أو لا أفعل فكان من باب ذكر الكل واراده البعض وفي وجه الاستدلال به نظر لانه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله (ولان فيما قلنا) يعني أداء الكفارة بعد الحنث (تفويت البر الى جابر وهو الكفارة) لما أن الجابر يقتضي سبق (٢٢) خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلنا أي لا جابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي لان الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية وقال في بعض الشروح ولان فيما قلنا أي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر أما اذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني أنسب (واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد اسلامه فلا حنث عليه) أي لا كفارة هذا (عليه) وقال مالك والشافعي يكفر بالمال لان اليمين تعقد للبر وهو من أهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات (ولنا أنه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما) اذ الكفر اهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم (ولا هو أهل للكفارة لانها عبادة) بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول أو الاقرار والكفر لا ينافي ذلك

(ثم لا يسترد من المسكين) لوقوعه صدقة قال (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده (واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد اسلامه فلا حنث عليه) لانه ليس بأهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو أهل للكفارة لانها عبادة

على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا أن المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد (قوله لا يسترد من الفقير) يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له أن يسترد ها منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله (قوله ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث) أي يجب عليه أن يحنث (نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه) وقد ذكرناه آنفا (ولان فيما قلناه) من تحنيث نفسه (تفويت البر الى جابر وهو الكفارة) وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البر (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو أن يبر في يمينه بفعل المعصية فانه حينئذ تتقرر المعصية دون جابر يجبرها واعلم أن المحلوف عليه أنواع فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شيء غيره أولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث أفضل لان الرفق أيمن وكذا اذا حلف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان العفو أفضل وكذا تيسير المطالبة أو على شيء وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين أولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا أيمانكم على ما هو المختار في تأويلها انه البر فيها أمكن (قوله واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد اسلامه فلا حنث عليه) أي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم أسلم فحنث لا يلزمه شيء وعلى

(قوله فكان من باب ذكر الكل الخ) أقول أراد من الكل اليمين ومن البعض المقسم عليه قال المصنف (ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) أقول فانه أهون الشرين وارتكابه واجب اذا لم يكن بد من أحدهما وفي أوائل كتاب الطلاق من الكافي كلام متعلق بالمقام فراجعه

(ومن حرم على نفسه شيأ مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين)

هذا الخلاف اذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة أو صوم لا يلزمه شئ عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقوله في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي وأحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه أهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس أهلا لها وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه احدى الخصال فكذا هذا لما تعذر عليه الصوم تعين ماسواه وأيضا هو أهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن الحلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوى ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم ثبت في ذلك سمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال يارسول الله اني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال أوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا أيمان لهم وأما قوله بعده نكثوا أيمانهم فيعني صور الايمان التي أظهروها والحاصل لزوم تأويل إما في لا أيمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايفاء لهم بها أو في نكثوا أيمانهم على قول أبي حنيفة ان المراد ما هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان أهلا لليمين يكون أهلا للكفارة وليس الكافر أهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان أو ما وقع من الحلاف ما عقد عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر أهلا لفعل عبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشئ لان ذلك في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابهما وأما الكلام في ايجابهما كفارة وايجابهما ككفارة لا يقبل الفصل عما ذكرنا اذ لو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع بصفة لا يثبت شرعا الا بتلك الصفة والا فهو شئ آخر وأما تحايف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صور الايمان فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا أن يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه وأما قوله صلى الله عليه وسلم أوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كالمجاج وهم يقولون انه أمره أن يفعل قربة مستأنفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس أهلا لقربة من القرب فليس أهلا لالتزامها ألا ترى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا لاضعاف العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي أشرك به ففيه قصور عن محل النزاع (قوله ومن حرم على نفسه شيأ مما يملكه) كهذا الثوب على حرام أو هذا الطعام أو هذه الجارية أو الدابة (لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين) وليس ملكه شرطا للزوم حكم اليمين فانه جار في نحو كلام زيد على حرام ولو أريد بلفظ شيأ ما هو أعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام لطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو أكله حلالا أو حراما لزمته الكفارة والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا ألا يرى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر على حرام ان المختار للفتوى انه ان أراد به التحريم يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كأنه حلف لا أشرب الخمر وان أراد الاخبار أو لم يرد شيأ لا تجب الكفارة لانه أمكن تصحيحه إخبارا والمنقول فيه خلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة عند أحدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى نيته ولو قال الخنزير على حرام فليس بيمين

قال (ومن حرم على نفسه شيأ مما يملكه) مثل أن يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا أو طعامي هذا لم يصر محرما لعينه وعليه ان استباحه) أي ان فعل شيأ مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة

وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد أمكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه

(وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع) وقلب المشروع (لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين) كعكسه وهو تحليل الحرام (ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة) فاما ان تثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم أو لغيرها (باثبات موجب اليمين) وفيه إعمال اللفظ والمصير الى إعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه إن استباحه تنافيا لان الاستباحة انما تستعمل فيما اذا كان ثمة تحريم وقوله لم يصر محرما ينافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه محرما لعينه وقوله ان استباحه اشارة الى الحرمة لغيره وعورض بأن اليمين اما أن يذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من أسماء الله أو صفة من صفاته كما تقدم أو بأن يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا وأجيب بسقوطها بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم بعد قوله لم تحرم ما أحل الله لك في تحريم العسل أو تحريم مارية أطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والرأي لا يعارض النصوص السمعية

الا ان يقول ان أكلته وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه واعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو حرمت عليكم أمهاتكم وحرمت الخمر والخنزير انه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل ولذا قال في الخلاصة لو قال هذا الثوب علي حرام فلبسه حنث الا أن ينوي غيره وان قال ان أكلت هذا الطعام فهو علي حرام فأكله لا يحنث وذكر في المنتقى لو قال كل طعام آكله في منزلك فهو علي حرام ففي القياس لا يحنث اذا أكله هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف وفي الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا ان أكله حرام انتهى وعلى هذا فيجب في التي قبلها وهو قوله ان أكلت هذا فهو علي حرام ان يحنث اذا أكله وكذا ما ذكر في الحيل ان أكلت طعاما عندك أبدا فهو حرام فأكله لم يحنث ينبغي أن يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامكم علي حرام أيهم كلم حنث وفي مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان علي حرام يحنث بكلام أحدهما وكذا كلام أهل بغداد وكذا أكل هذا الرغيف على حرام يحنث باكل لقمة بخلاف مالو قال والله لا أكلهم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف على حرام حنث بأكل لقمة وفي فتاوى قاضيخان قال مشايخنا رحمهم الله الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث بأكل البعض وان قالت لزوجها أنت علي حرام أو حرمتك يكون يمينا فلو جامعها طائعة أو مكرهة تحنث بخلاف مالو حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل لا يحنث ولو قال لدراهم في يده هذه الدراهم علي حرام ان اشترى بها حنث وان تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه) يعني الا في الجواري والنساء وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا أن الشرع رد به في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فبين سبحانه انه صلى الله عليه وسلم حرم شيأ مما هو حلال وانه فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله تحلة أيمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما أحل الله له يمينا فيها الكفارة غير مفيد لان الكلام الآن في تخصيصه بمورده أو تعميمه أجيب بأن العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما أحل الله لك وقد يدفع بأن المراد به خصوص ما وقع تحريمه أي لم حرمت ما كان حلا لك ولذا قال تبتغي مرضات أزواجك وابتغاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض يسير بل الجواب انه كما ورد انها أنزلت في تحريم مارية ورد انها أنزلت في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها كان صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة على أن أيتنا ان دخل عليها فلتقل اني أجد منك ريح مغافير فدخل على احدانا فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن أعود اليه فنزلت يا أيها النبي لم تحرم وهذا أولى بالاعتبار لان راويه صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحينئذ لا مانع من كون نزولها في الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغي مرضات أزواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم مارية لان مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا شك انه أيضا في ترك شربه عند الضرة فان قيل انه روي أنه قال والله لا أذوقه فلذلك سمي تحريما ولزمت التحلة أجيب بأنه لم يذكر في الآية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز أن يحكم به ويقيد به حكم النص واعلم ان الذي في الحديث الصحيح هو قوله ولن أعود اليه ولا شك ان هذا ليس يمينا موجب للكفارة عند أحد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد ان

ثم اذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه (ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوي غير ذلك) والقياس أن يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله تعالى وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى

الواقع منه كان يمينا وجب الحكم بأنه كان منه صلى الله عليه وسلم مع ذلك القول قول آخر لم يرو في تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا أذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا أن لفظ حرم على نفسه ظاهر في ارادة قال حرمت كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف وهو ان لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد أمكن إعماله باثبات حرمته أي حرمة ذلك الشئ لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا لكلامه عن الالغاء فضلا من الله عليه فهم المعنى المذكور النساء وغيرهن (قوله ثم اذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة) في قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف أن مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والا لم يصح قوله استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير (لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه) فيتناول جزء يلزمه الحنث وهذا بخلاف ما تقدم من قوله والله لا أكلهم وهذا الرغيف على حرام على ما نقل قاضيخان عن المشايخ (قوله ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوي غير ذلك) فاذا أكل أو شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته (والقياس أن يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه) كفتح العينين وتحريك الجفنين (وهو قول زفر) بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ (وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم) والظاهر انه لم يعقد للحنث ابتداء أي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم (واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه) أي هذا اللفظ (يستعمل فيما يتناول عادة) وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على أخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب اخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ (ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم) في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو اسقني اذا أريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية (واذا نواها كان ايلاء) لان الحلف (١) على قربانها ايلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فأيها فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء مؤبد فان تركها أربعة أشهر بانت الى آخر أحكام الايلاء المؤبد (وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا) أي مشايخ بلخ كأبي بكر الاسكاف وأبي بكر ابن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر (قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال) في الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البزدوي في مبسوطه هكذا قال مشايخ سمرقند ولم يتضح لي عرف الناس في هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحيلة ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لما استعمله الاذو الحيلة فالصحيح ان يقيد الجواب في هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام علي كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة وتعارفوا أيضا الحرام يلزمني ولا شك في أنهم يريدون الطلاق معلقا

---

(١) قوله على قربانها العله على ترك قربانها أو على عدم حرر كتبه مصححه

(ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ) لان قوله هذا في قوة أن يقال والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحنث (وهو قول زفر وجه الاستحسان ان اليمين تعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم) لامتناع ان لا يتنفس وان لا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار الى أخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة جارية باستعماله في المتناولات (و) اذا لم يكن العموم مرادا (لا يتناول المرأة الا بالنية واذا نواها كان ايلاء) لما بينا أن هذا الكلام يمين فيكون معناه والله لا أقربك وهو من صور الايلاء (وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ) كأبي بكر الاسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى)

وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرجه بردست راست كيرم بروي حرام أنه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف (ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء)

فانهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أولا فعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا أفعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهي طالق ويجب امضاؤه عليهم وفي التتمة لو قال حلال الله علي حرام أو قال حلال خداي وله امرأة ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم يكن له امرأة يجب عليه الكفارة قال المصنف وكذا ينبغي في حلال بروي حرام للعرف يعني يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى (واختلفوا في قوله هرجه بردست راست كيرم بروي حرام انه هل يشترط النية أولا والاظهر أنه يجعل طلاقا من غير نية للعرف) قال في الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرجه بدست راست كيرفته ام فهو بمنزلة قوله كيرم ولو قال هرجه بدست حب كيرم في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هرجه بدست راست كيرفتم لا يكون طلاقا لان العرف في قوله كيرم ولا عرف في قوله كيرفتم ولو قال هرجه بدست كيرم ولم يقل راست أو جب فهو كقوله هرجه بدست كيرم والحاصل أن المعتبر في انصراف هذه الالفاظ عربية أو فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره لا يصدقه القاضي وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق (قوله ومن نذر نذرا مطلقا) أي غير معلق بشرط كأن يقول لله علي صوم شهر أو حجة أو صدقة أو صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب (فعليه الوفاء بها) وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب وأما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه اذا كان حراما لعينه أو ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه في مختصر الاصول ومذهب أحمد رحمه الله فيه كفارة يمين عينا لحديث ورد فيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح وبين علته وكذا قال الترمذي وقوله فعليه الوفاء به أي من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به أو عين وهو خلافا لزفر فلو نذر أن يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره أو نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق في غد أو نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره أجزأه في ذلك خلافا لزفر له انه أتى بغير ما نذره ولنا أن لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات أخر لا دخل لها في صيرورته قربة وقد أتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فأداها في أقل شرفا منه أو فيما لا شرف له أجزأه خلافا لزفر وأفضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحي ثم البيت له انه نذر بزيادة قربة فيلزمه قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم أصل القربة بالتزامه الى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقي لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد فالجواب ان محمدا أهدره لذلك وأما أبو يوسف فانما صححه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره اذا نذرهما بلا قراءة ألزمناه ركعتين بقراءة أو نذر أن يصلي ركعة واحدة ألزمناه ركعتين أو ثلاثا ألزمناه بأربع وقال زفر لا يصح النذر في الاوليين لان الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلاث يلزمه ركعتان لانه التزم ركعة بعد التنتين فصار كما اذا التزمها مفردة على قوله ولنا معنى ما قدمناه وهو ان

وقوله (وكذا ينبغي) ظاهر ولم يذكر ما لو قال هرجه بدست جب كيرم بروي حرام فقد قيل لا يقع به الطلاق وان نوى ولو قال هرجه بدست كيرم كان طلاقا قيل يقع به الطلاق وان لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية (قوله ومن نذر نذرا مطلقا) مثل ان يقول لله علي صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به

(لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط) سواء كان شرطا أراد كونه أو لم يرد (فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ولا تنفعه كفارة اليمين (لاطلاق الحديث) فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا أو معلقا بشرط (ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده) ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة فكذا هاهنا (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه رجع عنه) أي عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك (وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة أو صوم شهر أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا) حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين أن يصوم ثلاثة أيام وان يصوم شهرا وهذا مروي عن أبي حنيفة في النوادر ووجهه ماروى في السنن مسندا الى عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين قالوا (هذا اذا كان شرطا لا يريد كونه) لان بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملنا الحديث الاول على النذر المرسل وعلى مقيد أراد الحالف كونه والثاني على مقيد لا يريد كونه جمعا بين الآثار والمعنى الفقهي في ذلك أن في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا أما معنى النذر فظاهر وأما معنى اليمين فلانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط (فيتخير ويميل الى أي الجهتين شاء) والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا أذن له مولاه بالجمعة فانه مخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين أداء الظهر أربعا والنذر واليمين معنيان مختلفان لان النذر قربة مقصودة واجب لعينه واليمين قربة مقصودة واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى (بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه) وهو المنع لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف (وهذا التفصيل) أي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده (هو الصحيح) وفيه نظر لانه ان أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريده على أن فيه ايماء الى القصور في الذهاب الى ظاهر الرواية

لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى (وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه (الوفاء بنفس النذر) لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده (وعن أبي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى أي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح

الالتزام بشيء التزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلاة بلا قراءة ولا للركعة الواحدة الا بضم الثانية فكان ملتزما القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلاة بلا وضوء حيث أبطله والتزامها بلا قراءة حيث أجازه والفرق ان الصلاة بلا طهارة ليست عبادة أصلا وبلا قراءة تكون عبادة كصلاة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا أن هذا المكان محلها بالاصالة فلم أر اخلاءه منها نصيحة لدين رب العالمين (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى) وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا أنه مستغنى عنه فني لزوم المنذور الكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المصنف في كتاب الصوم بأن المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بأنها توجب الافتراض للقطعية والجواب بأنها مؤولة اذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة ومن السنة كثير منها حديث في البخاري من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه رواه عائشة رضي الله عنها والاجماع على وجوب الايفاء به واستدل من قال من المتأخرين بافتراض الايفاء بالنذر ﴿ فروع ﴾ اذا نذر شهرا فاما بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو أفطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو أفطر فيه يوما لا يلزمه الاقضاؤه كذا هذا وان بغير عينه كشهر ان شاء تابعه وان شاء فرقه وان شرط التتابع لزمه ولو التزم بالنذر أكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار قال الطحاوي اذا أضاف النذر الى سائر المعاصي كقوله علي أن أقتل فلانا كان يمينا ولزمه الكفارة بالحنث وقوله علي أن أطعم المساكين يقع على عشرة عند أبي حنيفة لله علي طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله علي أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يعتقها فان لم يعتقها أثم ولا يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة أذبحها أو ذبحت شاة لا يلزمه شيء ولو قال أذبحها وأتصدق بلحمها لزمه قال لله علي أن أذبح جزورا أتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز (قوله وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث) الذي رويناه من البخاري وغيره فانه أمر بذلك من غير تقييد

(قوله وان أراد حصرها فيه الخ) أقول فيه انه يجوز أن يراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض من حيث المعنى الفقهي

قال (ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد برئ في يمينه الا أنه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله تعالى أعلم بالصواب

(ومن حلف على يمين) اى على مقسم عليه من فعل أو ترك (وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد برئ في يمينه) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وقوله عليه السلام (فقد برئ في يمينه معناه لا يحنث أبدا) لعدم انعقاد اليمين (وقوله الا أنه لا بد من الاتصال) استثناء من قوله فلا حنث عليه (لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين) فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المنفصل والمتصل قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما من أن تكون ملزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الادلة وقد روى عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه والله أعلم

بمنجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كأنه قال عند الشرط لله على كذا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه أي عن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بالشرط أي انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد فاذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة ان شاء حج أو صام سنة وان شاء كفر فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة وصوم ثلاثة أيام والاول وهو لزوم الوفاء به عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن أبي حنيفة في النوادر وروى عن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي أن أرجع فلما رجعت من الحج اذا أبو حنيفة قد توفي فأخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان وجه الظاهر النصوص من الآية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيصير مطلق الايفاء بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا يشكل لان المعلق منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في أن سبب الايجاب وهو الحنث منتف حال التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختار المصنف والمحققون ان المراد بالشرط الذي تجزئ فيه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة أن يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير الحديث وأما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي أو قدم غائبي أو مات عدوي فلله علي صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا فعل عين المنذور لانه اذا أراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء به فصار محمل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحمل ما يقتضي إجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب أحمد فيه كهذا التفصيل الذي اختاره المصنف واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق وليس هذا الا ما قلنا وهذا التقرير أولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين فانما تعقد للمنع فأجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه فانه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما يكون للمنع يكون للحمل فلا يختص معناها بما لا يراد كونه فالفرق على هذا تحكم (قوله ومن حلف على يمين) أي على محلوف عليه (فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شئ قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وكذلك قال موسى عليه الصلاة والسلام ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا لوعده وتقدم في الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا تغير بذكره حكم وللجمهور قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى أعني اذا قال والله لا أخرج اليوم

لما كان انعقاد اليمين على فعل شئ أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الافعال الواردة فى اليمين فذكرها فى أبواب وقدم الدخول والسكنى على غيرهما من الاكل والشرب ونحوهما لان أول ما يحتاج اليه الانسان الذى يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الافعال من الاكل والشرب وغيره واليه وقعت الاشارة فى قوله تعالى يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذى خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذى جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء الآية والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون فى مكان على سبيل الاستقرار مبيتا لاهله (قوله ومن حلف لا يدخل بيتا) ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود (قوله لان البيت ما أعد للبيوتة وهذه البقاع ما أعدت لها) اعترض عليه بان الله سمى الكعبة بيتا قال الله تعالى ان أول بيت وضع للناس الآية وسمى المساجد بيوتا بقوله تعالى فى بيوت أذن الله الآية وأجيب بأن الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القرآن الا ترى ان الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت فى اليمين لا يتناوله واستشكل بما قاله فى الفوائد الظهيرية اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث ويجيء الجواب ان شاء الله (وكذا اذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) قال فى المغرب ظلة الباب هى السدة التى فوق الباب وقول المصنف (والظلة تكون على السكة)

﴿ باب اليمين فى الدخول والسكنى ﴾

(ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث) لان البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها (وكذا اذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة

ان شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لا يحنث فان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا أخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتقض على مالك رحمه الله فى اليمين بالله تعالى أما فى الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال أنت طالق ان شاء الله فالظاهر ان المعلق بالمشيئة هو أنت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله أنت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى أنت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ ثم لا يجدى لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بأنت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشيئة ان كان لفظ أنت طالق فقد شاء حيث وجد فيوجد حكمه أو نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه وما فى الطلاق تقدم تضعيفه وهذا ما وعدناه فى الطلاق ثم شرط عمل الاستثناء فى الابطال الاتصال فلو انقطع بتنفس أو سعال ونحوه لا يضر

﴿ باب اليمين فى الدخول والسكنى ﴾

أراد ببيان الافعال التى يحلف عليها فعلا فعلا فبدأ بفعل السكنى لان أول الافعال التى يحتاج اليها الانسان أن يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول فى مكان ألزم للجسم من أكله ولبسه (قوله ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو الكنيسة) وهى متعبد اليهود أو البيعة وهى متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل أن الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعى رحمه الله ولا على الاستعمال القرآنى كما عن مالك رحمه الله ولا على النية مطلقا كما عن أحمد رحمه الله لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفى أعنى الالفاظ التى يراد بها معانيها التى وضعت لها فى العرف كما أن العربى حال كونه بين أهل اللغة انما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف الفاظ المتكلم الى ما عهدانه المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم فى الفرع الذى ذكره صاحب الذخيرة والمرغينانى وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بأنه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا ما من الالفاظ ليس له وضع لغوى بل أحدثه أهل العرف وان ماله وضع لغوى ووضع عرفى يعتبر معناه اللغوى وان أراد بها الساباط الذى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا أن مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد عينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته (قوله وقيل اذا كان الدهليز) ظاهر

﴿ باب اليمين فى الدخول والسكنى ﴾

(قوله لما كان انعقاد اليمين على فعل شئ أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الافعال الخ) أقول ويعلم منه الترول (قوله مبيتا لأهله) أقول احتراز عن الكون فى السوق على سبيل الاستقرار فانه لا يعد سكنى الا ان ماذكره لا يشمل سكنى غير المتأهل فليتأمل (قوله ويجيء الجواب الخ)

(وان دخل صفة حنث) لانها ابنى للبيتوتة فيها فى بعض الاوقات فصار كالشتوى والصيفى وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح (ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث) لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك

تكلم به متكلم من أهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا اللغة الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذى به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من أهل اللغة أو غيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على أنها العرف فأما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان قواه فى عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب أن لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له وان كان له نية شيء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره اذا عرفنا هذا فالكعبة وان أطلق عليها بيت فى قوله تعالى ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة وكذا المسجد فى قوله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ولكن اذا أطلق البيت فى العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز اذا كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف فى بعض القرى وفى المدن يبيت فيه بعض الاتباع فى بعض الاوقات فيحنث والحاصل أن كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للبيت مسقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هى صفاف الكوفة أو ثلاثة على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفا كما هى صفاف ديارنا لانه بيات فيه غاية الامر أن مفتحه واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان سابطا وهو ما على ظاهر الباب فى الشارع من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل له وسيأتى أن السقف ليس شرطا فى مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا (قوله ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة فى العجم والعرب وقد شهدت أشعار العرب بذلك) قال النابغة ذبيان واسمه زياد بن معاوية

يا دارمية بالعلياء فالسند * أقوت وطال عليها سالف الأبد
وقفت فيها أصيلانا أسائلها * عيت جوابا وما بالربع من أحد
الا الاوارى لأيا ما أبينها * والنؤى كالحوض بالمظلومة الجلد

اذا كانت الدار بالعلياء فالسند وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه أى يصعد لم يضرها السيل وأقوت أقفرت وطال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضى والابد الدهر أى طال عليها ما ضى الزمان وهذا كناية عن خرابها واصيلانا تصغير جمع أصيل أصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال أصيلال وانما صغره للدلالة على قصر الوقت الذى وقف فيه للمسألة وهذا السؤال توجع وتحسر وعيت جوابا عجزت يقال فى تعب البدن إعياء والفعل أعيا وفى كلال اللسان عيى ورؤى فاضل قادما الى المدينة وهذا ظاهر

(قوله وان دخل صفة حنث لانها ابنى للبيتوتة فيها فى بعض الاوقات فصار كالشتوى والصيفى) الذى يبنى للبيتوتة فيه شتاء أو صيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم) أى صفاف أهل الكوفة ذكر عن أبى حازم القاضى ان هذه أشكلت على حتى دخلت الكوفة فرأيت صفافهم مبوبة فعلمت أن الايمان وضعها على تعارفهم (وقيل الجواب مجرى على اطلاقه) يعنى سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة (وهو الصحيح) دون الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بنى للبيتوتة وهذا المعنى موجود فى الصفة الا أن مدخلها أوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث (ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك) فمنها ما قال لبيد

عفت الديار محلها فمقامها * بمنى تأبد غولها فرجامها
عفا يعفو متعد ولازم وهنا لازم وتأبد المنزل أى اقفر فألفته الوحوش والغول والرجام موضعان يقول عفت ديار الاحباب ما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية وقال قائلهم

الدار دار وان زالت حوائطها * والبيت ليس ببيت بعد تهديم

وقوله (والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر) لما ذكر في الاصول أن المحلوف عليه لابد وان يكون معلوما فاذا كان مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الى معرف بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبرا واعترض بوجهين أحدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع الشتراة للوكل اذا وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لانها غير موصوفة وهذا نقض اجمالي والثاني ان البناء لا يخلوا ما أن يكون داخلا في المسمى أو لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة فان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف الحال أيضا في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد يمينه برجل قاعد عالم الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة وأجيب عن الاول بأن الدار في الوكالة تعرفت بوجه لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن والمحلة وليست في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة وعن الثاني بان البناء صفة متعينة للدار فجاز أن يكون مرادا بحكم العرف لتعينه وفي الرجال التزاحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها تمتنع ارادتها عادة وليس البعض أولى من البعض في الارادة فتمتنع الارادة أصلا كذا في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية وورد بأن البناء ضد الخراب فكان الدار محل توارد هما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع وأقول في جواب المعارضة المذكورة من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه

أقول في باب اليمين في الاكل والشرب (قوله واعترض بوجهين أحدهما ان الصفة لو كانت معتبرة الخ) أقول أنت خبير بانه بعد تخصيص الكلام بالمحلوف عليه لا يرد الاعتراض الاول ثم أقول قال في الكافي فان قيل ماذكرت ان الصفة في المعين غير معتبرة لا يصح فانه لو حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ان صار تمرا لا يحنث ولو كانت الصفة ملغاة يحنث قلنا الصفة في المعين لغو الا اذا كانت داعية الى اليمين كما في مسئلة الرطب فربما يضره أكل الرطب دون التمر وصفة كون الدار مبنية

> والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر
>
> المدينة ماشيا فقال له مولانا عي أم أعيا فقال بل أعييت فوضع أعيت جوابا في البيت المذكور مكان عيت خلاف المعروف والاوارى جمع آرى وهي محابس الخيل ومرابطها واللأى البطء أي تبيني لها ببطء فاستلزم تعبا فمن فسر اللأى بالشدة فهو باللازم فان البطء في التبين لا يكون الا لتعب فيه والنؤى حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع في بعض المواضع انه حفيرة غلط وما عسى أن يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بئرا امتلأت في لحظة وفاضت وانما هو ماذكرنا ولذا قال في البيت بعده
>
> ردت عليه اقاصيه وليدة * ضرب الوليدة بالمسحاة في الثأد

لا تدعو الى ترك الدخول فتعلقت اليمين بالاصل دون الوصف كما لو حلف أن لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بزمان صباه لان الصبا لا يدعو الى اليمين لانه داع الى المبرة والمرحمة والتلطف قولا وفعلا قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي ترك التكلم ترك الترحم فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة كأنه قال لا أكلم هذا وبخلاف ما اذا حلف أن لا يأكل لحم هذا الحمل لان صفة الصغر هنا لا تدعو الى اليمين لان الممتنع منه أكثر امتناعا من لحم الكبش وبخلاف ما اذا حلف أن لا يكلم صبيا فكلم شيخا فانه لا يحنث لان الصفة في النكرة معتبرة اه فان قيل ايش يعني من كون الصفة داعية إن اردت صلوحها للدعوة فالبناء في الدار كذلك إما لوهاء في البناء أو ضيق أو معنى يبعثه الى ترك الدخول وان أردت حقيقة الدعوة فالرطب ليس كذلك لانه كما يضره فربما لا يضره أيضا ولذا ذكره بكلمة ربما في الكتاب فينبغي أن يحنث قلنا أصل البناء للدخول والعوارض المذكورة لا تعارض الاصل بخلاف الرطب هكذا قيل وعليك بالتأمل (قوله وأجيب عن الاول الخ) أقول جواب بمنع جريان الدليل اذ المراد بالمنكر في الدليل هو المنكر من كل وجه (قوله وعن الثاني بأن البناء صفة الخ) أقول جواب باختيار الشق الثاني ومنع وجوب عدم اختلاف الحال في عدم الدخول مستند الجواز ارادته بحكم العرف لتعينه في غالب الاستعمال (قوله وورد بأن البناء ضده الخراب الخ) أقول كلام على السند الأخص مع أن البناء أصل في الدار قال في الكافي اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء لكن اذا بنيت تسمى دارا وان انهدمت انتهى فالبناء صفة متعينة باصالته والخراب لا يزاحمه فليتأمل وفي الكافي أيضا الدار اسم لعرصة ادير عليها الحيطان ولا يزول ذلك برفع البناء انتهى وفي هامشه فاما العرصة قبل البناء لا تسمى دارا ألا ترى أن المفاوز والمزارع لا تسمى دارا (قوله وأقول في جواب المعارضة المذكورة من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف الخ) أقول لا يخفى عليك أن دخول معنى في المنكر مع خروجه في المعرف غير معهود بل المعهود هو عكسه

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث) لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام (وان جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لانه لا يعود اسم الدار به

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لاعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت بما يسمى دارا ولم يبق وقوله (وكذا اذا دخل بعد انهدام الحمام) ظاهر

يعني ردت الوليدة وهي الامة الشابة ما تباعد من تراب النؤى بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة في الثأد وهي الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وصف به وأراد بالمظلومة الارض التي لم تمطر والجلد الصلبة فيكون النؤى والوتد أشد ثباتا فيها وقال امرؤ القيس

يا دار ماوية بالحائل * فالسهب فالخبتين من عاقل
صم صداها وعفا رسمها * واستعجمت عن منطق السائل

يريد أنها مقفرة لا أنيس بها فيسمع صوته ولا أحد يتكلم فيجيبه الصدى وهو الذي يسمى بابنة الجبل وقال امرؤ القيس

لمن طلل أبصرته فشجاني * كخط زبور في عسيب يماني
ديار لهند والرباب وفرتنى * ليالينا بالنعف من بدلان

يريد أنها دارست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ودقته اذا كان في عسيب يمان وكان أهل اليمن يكتبون عهودهم في عسيب النخلة فهذه الاشعار وما لا يحصى كثرة تشهد بان اسم الدار العرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التي ذكروها لم يكن فيها بناء أصلا بل هي عرصات منزولات انما يضعون فيها الاخبية لا أبنية الحجر والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما اللازم فيها كونها قد نزلت غير انها في عرف أهل المدن لا يقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها فأما اذا محيت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار في العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان فالحقيقة أن يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بأن صارت لا بناء بها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال في مقابله فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث وانما تقع المقابلة بين المعين والمنكر في الحكم اذا توارد حكمهما على محل فأما اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي أن يحنث في المنكر الا أن يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعني معتبرا فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفي الغائب معتبر لانه المعرف له (قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام ولو بنيت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بنيت بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا) وكذا اذا غلب عليها الماء أو جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانيا من الحمام وما معه لانه لا يعود اسم الدار به بناء مشددة وكذا اذا بنى دارا بعد ما انهدم ما بنى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها بعد ما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضي أيضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت وبنيت دارا أخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمرا أو أهل الكوفة لا يحنث بكلام أحدهم وان لم يكن جزأ بل المعتبر كون العرصة بنيت أشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى

(قوله

قال (وان حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا بيات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم) قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية فى بيوت منهدمة السقوف (٣٣) (ولانه بيات فيه فكان السقف

(وان حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لزوال اسم البيت لانه لا بيات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه بيات فيه والسقف وصف فيه (وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث) لان الاسم لم يبق بعد الانهدام قال (ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث) لان السطح من الدار ألا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل فى عرفنا لا يحنث وهو اختيار الفقيه أبى الليث قال (وكذا اذا دخل دهليزها) ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم (وان وقف فى طاق الباب بحيث اذا أغلق الباب كان خارجا لم يحنث) لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

(قوله واذا حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لان اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذى بيات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها فلو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه بيات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك أن ذكر السقف فى الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه معتاد للبيتونة كما قدمنا والبيت لا يلزم فى مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوى وغير مسقف وهو الصيفى (وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام) وهذا المبنى غير البيت الذى منع نفسه دخوله ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر أو فسطاطا ان كان من أهل البادية حنث والا لا يحنث (قوله ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها) من غير دخول من الباب بان طفر من سطح الى سطحها (حنث لان السطح من الدار ألا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد) فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبنى مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو فى حكم المسجد خارجا فى العرف ألا يرى ان فناء المسجد له حكم المسجد فى بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن فى المسجد ولا شك أنه خارج فالاقرب ما قيل الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة وهذا حاصل فى علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحضيرة ولو لم يكن له حضير فليس هو الا فى هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة الا أن يكون عرف أنه يقال انه داخل الدار والحق أن السطح لا شك انه من الدار لانه من أجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه أن يقال فى العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف الدار حتى صح أن يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل وهذا فى عرف من ليس من أهل اللسان فطابق عرف العجم ولو جمع بين قول المتقدمين والمتأخرين بأن يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حضير وجواب المتأخرين المعبر عنهم بقوله وقيل فى عرفنا يعنى عرف العجم على ما اذا لم يكن له حضير اتجه وهذا اعتقادى (قوله وقيل فى عرفنا لا يحنث) أى بالوقوف على السطح وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها (قوله وكذا اذا دخل دهليزها) يعنى يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو أن يكون له حوائط وهو مسقف وأنت علمت أن السقف ليس لازما فى مسمى البيت بل فى مسمى البيت الشتوى (قوله وان وقف فى طاق الباب وهو بحيث اذا أغلق الباب كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب فى الدار) ولو أدخل رأسه أو احدى رجليه أو حلف لا يخرج فأخرج احداهما أو رأسه لم يحنث وبه قال الشافعى وأحمد ومالك رحمهم الله وقد كان صلى الله عليه وسلم يناول عائشة رأسه لتصلحه وهو معتكف فى المسجد وهى فى بيتها لان قيامه بالرجلين فلا يكون

وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام) وانه صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا فى البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا فى الشروح (ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها) بالصعود اليه من خارج (حنث لان السطح من الدار) لان الدار عبارة عما أحاط به الدائرة وهو حاصل فى علوها وسفلها (ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن أن السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح لا يحنث فى عرفنا قال الفقيه أبو الليث فى النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا فى الدار (وكذا اذا دخل دهليزها يحنث) ذكره القدورى مطلقا قال المصنف (ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم) يعنى

به قوله واذا أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف قوله (وان وقف فى طاق الباب) ظاهر

(قوله وهو مسقف) أقول أنت خبير بأنه لا يشترط أن يكون مسقفا هنا صرح بذلك العلامة الزيلعى لان اسم الدار يتناوله بدونه وبدون البناء بخلاف البيت فكان ينبغى أن لا يذكر الشارح

قال (ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل) استحسانا والقياس أن يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل

باحداهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامرأته ان خرجت الا باذني فأنت طالق فقامت على أسكفة الباب وبعض قدميها بحال لو أغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل أو عليهما لا يحنث قال وفي المحيط لو أدخل احدى رجليه لا يحنث وبه أخذ الشيخان الامامان شمس الأئمة الحلواني والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فأما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره أو بطنه أو جنبه فقد خرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجها ولو تناول بيده شيأ من داخل لا يحنث ﴿فروع﴾ حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل مكرها أي محمولا لا يحنث فان أدخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها أي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد أبو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسيأتي له تتمة ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد أشرع الى السكة حنث اذا كان أحد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ أو مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارى أو رستاق كذا اذا دخل أرضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارى على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر وهو بالشام فبدخول العريش يحنث وعلى الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينته في الفرات أو دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم هنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل بوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بنى مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا اذا دخل بيتا في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة أخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف فجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث الا ان عين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقوا منه حنث اذا وصل هناك وان كان لا ينتفعون به انما هو لاضاءة القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط فقوض وضرب في مكان آخر فدخله حنث (قوله ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث) بالمكث فيها أياما وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس أن يحنث بالمكث وان قصر لان الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت اراداته به أعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى (وجه الاستحسان ان الدخول) حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج الى الداخل ولا دوام لذلك فليس الدوام مفهومه ولا جزء مفهومه وكونه مما يصح أن يراد باللفظ مجازا لانه لازم للدخول عادة وان قل اذ كان الدخول يراد

وقوله (وجه الاستحسان) تقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى لكونه حركة أبنية تسمى نقلة

(قوله والدخول لا دوام له الى قوله واطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى الخ) أقول بل ماذكره المصنف أولى حيث يخرج عنه ما اذا وضع احدى رجليه في الداخل والأخرى في الخارج بخلاف ما قاله فليتأمل

وقوله (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب) ظاهر وقول زفر قياس وقولهم استحسان وحاصل كلامه أن الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التأقيت وعدمه فما قبل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين أي فلا تمكث قاعدا لانه صلى الله عليه وسلم كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لها كلما ركبت فأنت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت وان مكثت مثلها طلقت أخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلي أن أتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه أكثر من ذلك وأجيب بأن الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد وانما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازا عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت وقوله (ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه) سماه محتملا وان كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا وأما اذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته

(ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث) وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه (فان لبث على حاله ساعة حنث) لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

للمكث لا يقتضي الحنث به لان اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى الغد حنث لانه لم يدخلها فيه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فان القياس الكائن في مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع الى الذهن ولا يتسارع لاحد من لفظ أدخل معنى استمر مقيما فيقضي العجب من زفر بقوله بالحنث وهذه المسئلة عليها الأئمة الاربعة الا في وجه عند الشافعية كقول زفر ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته أو نزل أو أخذ في النقلة لم يحنث خلافا لزفر أما الاول وهو الحنث بمكثه فلان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت دابة فأنت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان مكثت ساعة أخرى كذلك طلقت أخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وان طال مكثه لان لفظ ركبت اذا لم يكن الحالف راكبا يراد به انشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الراكب لا يركب فانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا واستوضح على ان هذه الافعال لها دوام بتجدد أمثالها بقوله ألا ترى انه يضرب لها مدة فيقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجاري الكلام دخلت عليه يوما مرادا به إما مجرد بيان الظرفية لا التقدير وإما مطلق الوقت اذ كان لا يعتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك أعني عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل انه ليس فيه تجدد أمثال يصير به متكررا لليحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث الا بابتداء الفعل الا أن ينوي به البقاء وهذه على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء والبقاء وأما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو أراد بقوله لا أسكن وأركب وألبس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا وفرع بعض أهل العلم على كون هذه لها تجدد أمثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس ليلبسن هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انه انما يحنث بتأخير ساعة اذا أمكنه النقل فيها فأما اذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذي السلطان أو عدم موضع ينتقل اليه حينئذ أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر وأورد ما ذكر الفضلي فيمن قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد أو منع من الخروج حنث وكذا اذا قال

قال المصنف (ولنا أن اليمين تعقد للبر ويستثنى منه زمان تحقيقه) أقول قوله منه أي من اليمين على تأويل الحلف فتركت الحقيقة بدلالة معنى يرجع الى المتكلم وقوله (زمان تحقيقه) يعني زمان النزع والنزول والنقلة

قال (ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث) لانه بعد ساكنها ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا فان السوق عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن أبي يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا كما في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب

لامرأته وهي في منزل أبيها ان لم تحضري الليلة منزلي فطالقي فمنعها أبوها حنث أجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيفما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختياري وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسنذكره في فروع ونوضح الوجه بأتم ان شاء الله وكذا الوبقي أياما في طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذه الايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة الطلب مستثناة اذا لم يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو أخذ في النقلة شيأ فشيأ فان كانت النقلات لا تفتر لا يحنث ولو أمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف وأما الثاني فوجه قول زفر رحمه الله ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع (قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث) وهذه المسئلة فرع التي قبلها لما كان بالاخذ في النقلة من ساعته يبرز كر معنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين أنه لا بد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على أن لا يسكن في هذه المحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود أبدا حنث وان خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لانه يعد المتأهل ساكنا بمحل سكنى أهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج عنه الا ليلا أو بعض الليل أيضا ويقول أنا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار أهله وماله بها وبهذا القول قال أحمد ومالك وعند الشافعي لا يحنث اذا خرج بنية التحويل قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبني على أن العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافها وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل اذ لا شك في انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة لطروها على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة أن من كان أهله بمكان ببلدة هو بها فهو ساكن فيه عملا بالعرف فبنى اللفظ عليه وهذا اذا كان الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها فلو حلف أحدهما لا يسكن هذه فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهي زوجها وماله لا يحنث وقيده الفقيه أبو الليث أيضا بأن يكون حلف بالعربية فلو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وان كان مستقلا بسكناه نعم لقائل أن ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقي انما يقول أنا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى ان العرف على أنه ساكن ما لم ينقل أهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد أن ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد (قوله ولو كان اليمين على المصر الى آخره) ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر أو هذه المدينة قال لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى نقله الفقيه أبو الليث عن أمالي أبي يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك أهله وماله عرفا فلا يقال لمن أهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن بالكوفة هو ساكن بالبصرة (والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب) فلو حلف لا يسكن هذه القرية

وقوله (ومن حلف لا يسكن هذه الدار) يعني وهو متأهل بدليل قوله فخرج ومتاعه وأهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متأهلا بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتأهل اذا حلف فاما ان حلف على الدار أو المصر أو القرية فان كان الاول فلا بد من نقل أهله ومتاعه وان كان الثاني يكتفى بنقله الى مصر آخر على ما روى عن أبي يوسف وان كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم في ذلك العرف ليس الا

(قوله فخرج بنفسه) أقول وترك المتاع

ثم اختلفوا في كيفية النقل على ماذكر في الكتاب واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع فاذا أخرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء البعض وأجيب بأن الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري وماذكرتم ليس كذلك (وينبغي أن ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر) وقال في الشافي ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة الضرورة مستثناة خلافا لزفر وكذلك لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد أحدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر ونوقض بماذكره الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ان من قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق فمنعها الوالد عن الحضور حنث وأجيب بأن في مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة وأما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى اختيار (فان انتقل الى السكة أو المسجد قالوا لا يبر) وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا ودليل الاول ماذكرناه في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا وصورته كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بها فلما دخلها ونوى التوطن بها بدا له أن يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا يتوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة أربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هذا وفي بعض الشراح قوله قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن آخر أما اذا كان وبقي على ذلك أياما فلا يحنث في الصحيح وان لم ينتقل الى السكة أو المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة والله أعلم

ثم قال أبو حنيفة رحمه الله لابد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شئ منه وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله تعالى عليه يعتبر نقل ما يقوم به كدخدا بيته لان ماوراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة أو الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا والله تعالى أعلم بالصواب

أو البلدة وهي قريته فانتقل الى قرية أخرى وترك أهله وماله في الاولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز عمن قال هي كما لو حلف لا يسكن الدار فبحث (قوله ثم قال أبو حنيفة لابد) في كونه انتقل من الدار وماشاكلها مما ذكرنا (من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث لان السكنى من الحالف تثبت بالكل فتبقى ما بقي منه شئ) في المبسوط وهذا أصل لابي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير مانعا من أن يكون خمرا وبقاء مسلم واحد منا في بلدة ارتد أهلها مانعا من أن تصير دار حرب الا أن مشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقي يتأتى به السكنى وأما بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبقى فيها ساكنا فلا يحنث وحقيقة وجه دفعه ان قوله السكنى تثبت بالكل ان أراد أن مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه الى القرار في المكان منعناه والا لزم انه لو سرق بعض تلك الامتعة انتفت السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فانما هي منوطة في العرف بقراره على وجه الانقطاع اليه مع ما يتأتى به دفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل على أن الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك أو ترك لتفاهته وعدم الالتفات اليه تاركا لسكنى ذلك المكان (وقال أبو يوسف يعتبر في البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر بان يغفل عن شئ كابرة في شق حائط أو يتعسر (وقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخدا بيته) أي سكناه فيما انتقل اليه (لان ماوراء ذلك ليس من السكنى) اذ ليس من حاجتها قال المصنف رحمه الله (قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس في نفي الحنث) عنهم ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه وكثير منهم كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على أن الفتوى على قول أبي يوسف ولا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن أولا والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية فقل الباقي يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة أما الاهل فلابد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا (قوله وينبغي أن ينتقل الى منزل آخر حتى يبر)

(قوله بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري) أقول كالقراءة في الصلاة (قوله بعذر الليل) أقول اذا كانت اليمين في جوف الليل (قوله أو بمنع ذي سلطان الخ) أقول فيه بحث لمخالفته لما مر من قوله ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط فتأمل في جوابه (قوله ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر) أقول منقوض بفعل المنهي عليه وقد سبق انه يحنث (قوله شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي) أقول لان السكنى هي الكون على ما مر والاكوان بديهية الوجود عند المتكلمين

﴿ باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك ﴾

قال (ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فأخرجه حنث) لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت (ولو أخرجه مكرها لم يحنث) لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر (ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث) فى الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا قال (ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث) لان الموجود خروج مستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج

بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة أو المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا فيه يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالا بما فى الزيادات كوفى نقل عياله الى مكة ليتوطن فلما توطن بمكة بدا له أن يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلى بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له فى الطريق قبل أن يدخل الى مكة صلى بالكوفة مارا عليها أربعا لان وطنه الأول بالكوفة قائم مالم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول مالم يتخذ وطنا آخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال أبو الليث ان سلم داره باجارة أو رد المستأجرة الى المؤاجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا أخرى واطلاق عدم الحنث أوجه وكون وطنه باقيا فى حق اتمام الصلاة مالم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافرا أن لا يقال فيه انه ساكن فى تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو فاصد سكنى كذا واذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل هو الآن غير ساكن فى مكان حتى ينظر أين يسكن واذا ثبت نفى تلك السكنى ثبت البر والله تعالى أعلم

﴿ باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب ﴾

الخروج مقابل للدخول فناسب اعقابه به ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت أو ردها فى باب الخروج (قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد) أو الدار أو البيت أو غير ذلك فأمر انسانا فحمله فأخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو أخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارها ذلك لا الاكراه المعروف وهو أن يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الاكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره ما لو حلف لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث ولو أوجر فى حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث فى الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر ووجه الصحيح أن الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الآمر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضا أيضا ناقلا دفع بفرع اتفاقى وهو ما اذا أمره أن يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر فلو أتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا أولا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا لانسان أو بهبوب ريح حمله هل تنحل اليمين قال السيد أو شجاع تنحل وهو أرفق بالناس وقال غيره من المشايخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره القمر تاشى وقاضيخان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها فى الذمة ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه أرفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح (قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة) ونحوه فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له أخرى لم يحنث لان الخروج

﴿ باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك ﴾

ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول وأما الاتيان والركوب فما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج قوله (ومن حلف لا يخرج من المسجد) ظاهر وكذلك الحكم فى الدار والبيت وقوله (ولو أخرجه مكرها) صورته أن يحمله انسان فيخرجه مكرها لانه حينئذ لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكما وأما اذا هدده غيره فخرج خوفا من المكره فانه يحنث لوجود الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا حمل مكرها قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح وألقته فيها لم يحنث وانحلت اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح وقوله (فى الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لما انه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالاخراج وقوله (والمضى بعد ذلك ليس بخروج) يعنى أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج ولم يوجد

﴿ باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك ﴾

(قوله وقيل لا تنحل الخ) أقول لو حلف لا أشرب الخمر فصبت فى حلقه اكراها هل تنحل عينه حتى لو شرب بعده طوعا هل يحنث ينبغى أن يكون على هذا الخلاف والمذكور فى الفتاوى انه يحنث

الموجود

(ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج (ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها) لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته) لان البر قبل ذلك مرجو (ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى) وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل وتصح قضاء أيضا عندنا وقيل لا تصح لانه خلاف الظاهر

الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضي بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والذهاب ليس كذلك (قوله ولو حلف لا يخرج الى مكة) أو دار فلان فخرج مريدا مكة أو دار فلان ثم بدا له فرجع قبل أن يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع أو لم يرجع ومقتضى هذا أن يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضي اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل (قوله ولو حلف لا يأتيها) فخرج بقصدها (لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان) فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة (وقيل الذهاب كالخروج) وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المصنف (وهو الاصح) قال تعالى ليذهب عنكم الرجس أي يزيله فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعماله لانه غايته الامر أن يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين أحدهما للتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيأ ولو نوى به الخروج أو الاتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد أو لم يقصد كذا في جامع قاضيخان والفوائد الظهيرية (قوله وان حلف ليأتين البصرة) هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على أن يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها أو يؤقتها بوقت مثل لأفعلن غدا أو فيما بيني وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانا أو ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما أمكن البر وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى الى أن يقع اليأس عن البر فيحكم حينئذ بالحنث ولا يقع اليأس الا في آخر جزء من أجزاء الحياة فان كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه في الطلاق وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم أفعل كذا غدا فعبدي حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده (قوله ولو حلف) أي بالله أو بطلاق أو عتاق (ليأتينه غدا ان استطاع) وصورته في التعليق ان يقول امرأتي طالق ان لم آتك غدا ان استطعت ولا نية له تصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل

عمران مصره قاصدا لذلك دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله وأراد به الانفصال والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فاذا وصل حنث سواء كان قاصدا أو لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال المصنف وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة) اعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين أحدهما صحة الاسباب والآلات قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع على حدة يترتب عليها الفعل عند ارادته ارادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عنى الثاني وقد عبر عنه

(ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه حنث ولابد من الاذن في كل خروج) لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

المحلوف عليه وصحة أسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا ما أراد بقوله استطاعة الصحة دون الاستطاعة التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لان أفعال العباد مخلوقة لله تعالى ولو أراد هذه بقوله ان استطعت صحت ارادتها فاذا لم يأته لعذر منه أو لغير عذر لا يحنث كأنه قال لا آتينك ان خلق الله تعالى اتياني أو الا أن لا يخلق اتياني وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والا لأتى واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول أوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في خلاف الظاهر (قوله ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه حنث) ولا بد من الاذن في كل خروج ومثله ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى في قوله الا باذني خروج مقرون بالاذن فما وراء ذلك الخروج الملصق بالاذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المؤولة من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرجي خروجا الا خروجا باذني وطريق اسقاط هذا الاذن أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابي يوسف أنه انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف النهي بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو أذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو اذن لانه لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما أن الاذن انما سمي اذنا لكونه معلما أو لوقوعه في الاذن ولم يوجد ثم انعقاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فأنت طالق أو والله لا تخرجين الا باذني مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل داعر في المدينة كان على مدة ولايته فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي أما انه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه وأما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية في قوله لا تخرجي حتى آذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما فيستعار الا باذني لمعنى حتى آذن وفي حتى آذن تحمل مرة واحدة وقد بحث بعضهم في حتى أنها أيضا توجب التكرار واستدل بقوله تعالى حتى تستأنسوا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على أن التكرار يراد فلا نزاع وانما الكلام في أنه هل هو مؤدى اللفظ فقلنا لا فانه اذا قال حتى آذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ما هو اذن ومرة واحدة من الاذن يتحقق ما هو اذن فيتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر فبغيره من دليل آخر أو علم أنه أريد به خلاف مقتضاه وظاهر مذهب الشافعي في قوله الا باذني انه تنتهي اليمين بخرجة واحدة باذن الزوج أو بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفي وجه كقولنا وهو اختيار

لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصح قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا أن الاول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه (ولو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لأن تقديره والله لا تخرجي الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه أي ما وراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام (ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه) لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا المقتضى الباء

قال المصنف (ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه) أقول في البدائع ان أراد بقوله الا باذني مرة واحدة يدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن أبي يوسف ويروى عنه انه لا يدين في القضاء اه وصرح بأن الاول هو ظاهر الرواية وفي غاية البيان تفصيل متعلق بهذا المقام فراجعه (قوله لان تقديره والله لا تخرجي الخ) أقول هذا مما لا معنى له (قوله فيقتضي ملصقا وملصقا به) أقول يعني يقتضي ملصقا وهو الخروج ويقتضي ملصقا به وهو الاذن

(ولو قال الا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث) لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك

المزني والقفال (قوله ولو قال الا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث) ونقل عن أحمد لزوم تكرار الاذن فيه أيضا مثل الا باذني وهو قول الفراء لان المعنى الا خروجا باذني لان أن والفعل في تأويل المصدر ولا يصح الا خروجا اذني فلزم ارادة الباء فصار باذني والجواب انه لا بد من أحد الامرين اما ماذكر من ارادة الباء محذوفة أو ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا أي حتى آذن لك وعلى الاول يكون كالاول وعلى الثاني ينعقد على اذن واحد واذا لزم في الا أن آذن لك أحد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق بمعنى ما باضمار الباء أيضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا أن يؤذن لكم الآية والثابت وجوب تكرار الاذن أجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا أن يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل على المنع أو الفعل مع كل متكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد أجيب أيضا عن الآية الاولى ان لزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فيستحيي منكم فالزم بعض المحشين أن يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المرأة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج أيضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية أما هنا فالنظر فيما تنعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ الناص على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بأن قال والله لا أشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب مزرا لا يقول أحد انه حنث ولزمه كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط أن الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا كذا الا بقوله ان شاء الله بالمشيئة سوى الادلة المذكورة خصوصا في الأخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة وأقل ما في الباب أن يكون وجود هذا المجاز أكثر والكثرة من أسباب الترجيح وحينئذ كون غير مجاز الحذف أولى يجب أن يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا مستمرا مفهوما من اللفظ بلا زيادة تأمل وأنت علمت أن حذف حرف الجر مع أن وأن مطرد وهنا لفظان آخران هما الى أن آذن لك ويجب أن يسلك به مسلك حتى وبغير اذني ويجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال لا أكلم فلانا الا باذن فلان أو حتى يأذن أو الا أن يأذن أو الا أن يقدم فلان أو حتى يقدم أو قال لرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لان كل خروج الا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجي كلما أردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار لا لان العرف في الكل على التفصيل المذكور

ولو قال الا ان آذن لك كفى اذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا أن يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما وأجيب بأن ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه ذكرناه في الانوار والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية أي كلمة تفيد معنى الغاية لان الا أن ليس موضوعا لها بل للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو أن حكم ما قبل الغاية يخالف لما بعدها كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده

قال المصنف (الا أن آذن لك الخ) أقول قال الامام الزيلعي ولو نوى التعدد بقوله الا أن آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لان كلمة أن وما دخلت عليه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فصار كأنه قال الا بان آذن لك ولأن فيه تغليظا على نفسه فيصدق اه وفيه احتمال آخر مذكور في شرح الوقاية لصدر الشريعة

قال (ولو أرادت المرأة الخروج) صورة المسئلة ظاهرة (وتسمى هذه اليمين يمين فور) وهو فى الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التى لا ريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج فلان من فوره أى من ساعته (وتفرد أبو حنيفة رحمه الله باظهاره) أى باستنباطه وكان الناس قبله يعلمون اليمين على نوعين مؤبدة ومؤقتة لفظا ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والمؤقت معنى وقد أخذه من حديث جابر وابنه رضى الله عنهما حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبر فى ذلك العرف فان الحالف فى العادة يقصد بهذا اللفظ منعها عن الخرجة التى تهيأت لها الا من الخروج على التأبيد فاذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار فى باب الايمان وعلى هذا لو أراد الرجل ضرب عبده فقال آخر ان ضربته فعبدى حر يتقيد بتلك (٤٢) الضربة وعلى هذا اذا قال له اجلس تغد عندى فقال ان تغديت فعبدى حر وكلامه ظاهر

ولو قال ان تغديت اليوم يجعل مبتدئا لانه زاد على مقدار الجواب فنى تطبيقه على السؤال الغاء الزيادة فان قيل الزيادة لا تضر كونه جوابا للسؤال ألا ترى الى قوله تعالى قال هى عصاى أتوكأ عليها وأهش بها على غنمى ولى فيها مآرب أخرى فى جواب قوله تعالى وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو أن يقول عصاى ولم يخرجه عن كونه جوابا أجيب بأن كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت فى حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الذات أو الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا أشار فى الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان أهل البلاغة قالوا ان ما يسأل بها عن وصف العقلاء

(ولو أرادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث) وكذلك اذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدى حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد أبو حنيفة رحمه الله باظهاره ووجهه أن مراد المتكلم الردع عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه (ولو قال له رجل اجلس فتغد عندى قال ان تغديت فعبدى حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث) لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا (ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث)

بل مؤدى اللفظ ماذكرنا وثبوت خلافه للصارف العرفى ثم ذلك المؤدى اللفظى فى مثل ان خرجت الا باذنى والا أن آذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك (قوله ولو أرادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدى حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور انفرد أبو حنيفة رضى الله عنه باظهارها) وكانت اليمين فى عرفهم قسمين مؤبدة وهى أن يحلف مطلقا ومؤقتة وهى أن يحلف أن لا يفعل كذا اليوم أو هذا الشهر فأخرج أبو حنيفة رضى الله عنه يمين الفور وهى يمين مؤبدة لفظا مؤقتة معنى تتقيد بالحال وهى ما يكون جوابا للكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال لا خر تعال تغد عندى فيقول ان تغديت فعبدى حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى فى يومه فى منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما فى السؤال والمسؤل الغداء الحالى فينصرف الحلف الى الغداء الحالى لتقع المطابقة فلزم الحالى بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى فى منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئا لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال والغاؤه أولى من الغاء لفظ صريح فى معناه أو ما يكون بناء على أمر حالى كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده أن يمنعها من الخروج الذى تهيأت له فكأنه قال ان خرجت الساعة ومنه من أراد أن يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر رحمه الله يحنث وهو قول الشافعى لانه عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظى وهو القياس وجه الاستحسان ماذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية (قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان) اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغلته وفرسه فلو ركب جمله أو فيله

والعصا لم تكن عاقلة سلما ولكن الافعال المسندة الى موسى عليه السلام لا تكون أوصافا ولئن كانت لا تكون أوصافا للعصا لم أقول الزيادة على حرف الجواب لا تصرفه عن كونه جوابا له البتة وانما يجعل كلاما مبتدأ اذا كان ثمة مصرف يمكن حمله عليه اعمالا للزيادة كما فى المسئلة وليس فى الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جوابا يلوح الى هذا قوله فيجعل مبتدئا (قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان) الدابة فى اللغة كل ما يدب من الحيوانات أى يتحرك مشيا على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة فى الارض الا على الله رزقها

(قوله ان ما يسأل بها الخ) أقول قال العلامة الشريف فى شرح المفتاح استعمال ما فى السؤال عن وصف أولى العلم أو غيرهم كثير فى اللغة اه ففى ماذكره الشارح بحث (قوله ولئن كانت لا تكون أوصافا للعصا) أقول وأنت خبير بأنه لا مانع من التأويل بحيث تكون أوصافا للعصا فليتأمل

ويتعلق الركوب بها بعين ما يركب منها مرادا كالبغل والفرس والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلماء في عقد اليمين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير أخذا من قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر منة الركوب في هذه الانواع الثلاثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله تعالى والانعام (٤٣) خلقها لكم الآية وبالعرف فانه اذا

عند أبي حنيفة رحمه الله الا أنه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال أبو يوسف في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لان العرف خصصه بالمركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلاثة فيتقيد به وان كان الجمل مما يركب أيضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل في يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابته مكرها لا يحنث على وزان ما تقدم في أول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة أو محمل أو دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة الا أن ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث حينئذ بركوبها وان نوى دابة العبد أيضا لانه لا ملك للمولى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله وأما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين أو كان لكنه غير مستغرق الا أن ينويه فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرضت اضافته الى العبد عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع وان باع نخلا قد أبرت فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع أخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم فاختلت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا له فقصر الاطلاق عن تناوله الا بالنية وقال أبو يوسف في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين أو عليه مستغرق أو غير مستغرق يحنث اذا نواه فتحقق خلافه لابي حنيفة فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند أبي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لما في يده وعند أبي يوسف هو مملوك للسيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد يحنث في الوجوه الخمسة وهي ما اذا لم يكن عليه دين أو عليه دين مستغرق أو غير مستغرق نوى دابة العبد أو لم ينو لاعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها أي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف على دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان مديونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي وأحمد والظاهر أن أبا حنيفة رحمه الله أسعد بالعرف هنا فانه يقال هذه دابة عبد فلان وتلك دابة سيده فينصرف اليمين الى ما يضيفه العرف اليه لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره وأقل ما يجب اذا صارت هذه الدابة تضاف الى كل منهما أن لا ينعقد عليها الا بقصدها لانه ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها الا أن ينوي بها غير أنه يقول اذا كان دينه مستغرقا انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك لان العرف ما كان يضيفه الى السيد مع

قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه أحد أنه ركب البقر أو الفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة وهذا اذا لم ينو فاما اذا نوى وركب دابة العبد فيحنث الا أنه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده أي فيما ملكه العبد المديون عند أبي حنيفة حتى لو أعتق عبد عبده لا يعتق وتلمح مما ذكرنا المستثنى منه في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو القدر الذي أظهرناه وان كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لمولاه فتختل الاضافة الى

المولى فلا بد من النية وقال أبو يوسف يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين أو كان عليه دين غير مستغرق أو دين مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد فتختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد يحنث في الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للسيد اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

(قوله لاعتبار حقيقة الملك) أقول وفيه بحث

قدذكرنا أن أول مايحتاج اليه الانسان الممكن ثم (٤٤) الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم أن مايصل الى جوف

﴿ باب اليمين فى الاكل والشرب ﴾

قال (ومن حلف لايأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) لانه أضاف اليمين الى مالا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط أن لا يتغير بصنعه جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ

اضافته الى العبد الا باعتبار ملكه فاذا انتفى انتفى

﴿ باب اليمين فى الاكل والشرب ﴾

أعقبه الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل مابه بقاء البنية من المأكول والمشروب اليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال والاكل ايصال مايتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ والشرب ايصال مالا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ هكذا فى المغرب وذكر الزندويستى أن الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان فى فمه شئ فحلف لا يأكل فابتلعه ينبغى أن لا يحنث وفى فتاوى أبى الليث مايدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لاشك فى انه أكل اذا كان مما يمضغ على تفسيره بايصال ما بحيث يمضغ الى الجوف ولاشك أن قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها فهو فى الكل ويلزم أن يحنث ببلع ما كان فى فمه لانه لابد من حركة شفتيه وهذا لانه لايمكن أن يراد من عمل الشفاه هشمها والحق أن الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف أولا قيل فكل أكل ذوق وليس كل ذوق أكلا فيكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى أن الاكل اذا كان ايصال ما بحيث يهشم لم يكن عمل الفم معتبرا فى مفهومه وان كان قد يتحقق معه فقد لزم أن بينهما عموما من وجه فيجتمعان فى ايصال ما هشم فان الهشم عمل الفم أعنى الحنكين وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ مما بحيث يمضغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب اللوز والجوز لكن فى المحيط حلف لا يذوق فأكل أو شرب يحنث ولو حلف لا يأكل أو لا يشرب لا يحنث بالذوق وما روى هشام حلف لا يذوق فمينه على الذوق حقيقة وهو أن لا يصل الى جوفه الا أن يتقدمه كلام يدل عليه نحو أن يقول تعال تغد معى فحلف لا يذوق معه طعاما وشرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على أن عدم الوصول الى الجوف مأخوذ من مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغى أن لا يحنث بالاكل فى الحلف على الذوق والذى يغلب ظنه أن مسئلة المحيط يراد بها الاكل المقترن بالمضغ أو البلع لما لا يتوقف معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بانا بتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز ولا يحنث ببلعها واذا حلف لا يأكل شيأ مما لا يتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث ولو عنى بالذوق الاكل لم يصدق فى القضاء ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فجعل عصره ورمى ثفله وابتلع المتحصل بالمص لا يحنث لان هذا ليس أكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ثرد فيه فأوصله الى جوفه حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فأكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية أما اذا حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خوردن فاذا قال نمى خورم بلا نية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فحففه ودقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث ولو أكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شربا لا أكلا فان بله بالماء فأكله حنث (قوله ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) بالمثلثة أى مايخرج منها لانه أضاف اليمين الى مالا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم

الانسان لا يخلو عن أربعة أوجه مأكول ومشروب ومخصوص وملعوق فالمأكول مايتأتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ حتى لو ابتلع مايتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى أكلا والمشروب مالا يتأتى فيه ذلك فلو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه وأكل لم يحنث والمخصوص هو مايحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فمصه ورمى ثفله وابتلع ماء لم يحنث لا فى الاكل ولا فى الشرب والملعوق هو ما يتناول باللحس بالاصبع والشفاه اذا عرف هذا رجعنا الى ما فى الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعنى اذا كانت لها ثمرة وأما اذا لم يكن فاليمين تقع على عينها لانه أضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا لانه أى ما لا يؤكل سبب له فينصرف الى ما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب مجاز شائع ولكن يشترط أن لا يتغير بصنعة جديدة لان مايصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا عما اذا اطلق اسم الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره فى بعض المواضع من الذخيرة وغيره أكله

(قوله لان مايصنع من ذلك الثمر ليس بثمر) أقول لو صح هذا لزم ان لا يحنث بأكل ما يسيل من الرطب لانه ليس بثمر أيضا

(وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار تمرا أو صار اللبن شيرازا لم يحنث) لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم يمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي داعيا في الشرع

أكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها مجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فانه يحنث بالرطب والتمر والبسر والرائح والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقا ولذا عطف عليه في قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم وقيل لان ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى أن من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التأويل أعني قوله لا آكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب ولانه كان كامنا بين القشر بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصراف اليمين الى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به أي اذا اشترى به ما كولا ﴿فرع﴾ حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة أخرى فأكل من ثمرة تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث (قوله وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمرا أو من هذا اللبن فصار شيرازا) أي رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماءه فأكله (لا يحنث) لان الاصل أن المحلوف عليه اذا كان بصفة داعية الى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر فاذا زال تزال اليمين عنه ما لا تصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو الى اليمين بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فأكله أكل ما لم تنعقد عليه ويخص اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن مأكول فلا ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه لان الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا بسمنه وزبده بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم يمنع الكلام معه منهي عنه فلم يعتبر ما يحال داعيا الى اليمين من جهله وسوء أدبه اذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بأن الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بأن الهجران قد يجوز أو يجب اذا كان لله بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم أن الشارع منع الهجران مطلقا حيث حلف لا يكلمه لا يحكم الا أنه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشيبته وتذكر ما فيه في المسئلة التي تليها

أو الرطب أو اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا وهو الذي استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر فان قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي أن لا يحنث لان الصبا مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب أن لا يحنث أجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي الخ ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها لانه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث في يمينه واعترض على دليل الكتاب بأنا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام يقع محلوفا عليه كما لو قال والله ليشربن اليوم خمرا وأجيب بأن الكلام في أن الحقيقة يجوز أن تترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على الصلاح واما أن اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه

وقوله (ومن حلف لا يأكل لحم هذا الحمل) ظاهر قال (ومن حلف لا يأكل بسرا) هذه المسئلة على أربعة أوجه اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو مابدا الارطاب من قبل ذنبه وهو ماسفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذى عامته بسر وفيه شئ من الرطب حنث فى يمينه فى قولهم وكذا اذا حلف لا يأكل رطبا مذنبا وهو الذى عامته رطب وفيه شئ من البسر حنث فى

(ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث) لان صفة الصغر فى هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه أكثر امتناعا عن لحم الكبش قال (ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث) لانه ليس ببسر (ومن حلف لا يأكل رطبا أو بسرا أو حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند أبى حنيفة وقالا لا يحنث فى الرطب) يعنى بالبسر المذنب ولا فى البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود فى الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير (ولو حلف لا يشترى رطبا فاشترى بكاسة بسر فيها رطب لا يحنث) لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع (ولو كانت اليمين على الاكل يحنث) لان الاكل يصادفه شيأ فشيأ فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشترى شعيرا أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث فى الاكل دون الشراء لما قلنا

(قوله ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر فى هذا ليست داعية الى اليمين) فلا تتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشا لوجود ذاته فيه وانما قلنا ليست داعية لان الصغر داع الى الاكل لا الى عدمه فالممتنع عنه مع صلوحه أشد امتناعا عنه كبشا وفى هذا نظر لان الحمل ليس محمودا فى الضأن لكثرة رطوبا ته زيادة حتى قيل فيه النحس بين الجيدين بخلافه كبشا فان لحمه حينئذ أكثر قوة وتقويه للبدن لقلة رطوبا نه فصار كالحلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم ان ايراد مثل هذا وما قبله فى مسئلة لا أكلم هذا الصبى ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان أنها بنيت على العرف فيصرف اللفظ الى المتعادف فى العمل والعرف فى القول وان المتكلم لو أراد معنى تصح ارادته من اللفظ لا يمنع منه ففى مسئلة الحمل العموم يفضلونه وهو عندهم غذاء فى غاية الصلاح ومايدرك نحسه الا أفراد عرفوا شيأ من الطب فوجب بحكم العرف اذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين الى ذات الحمل لانه لما كان صالحا فى الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه اليهم فيلزم أن لا تعتبر الحملية قيدا وكذا الصبى لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفى الشرع لم يجعل الصبا داعية الى اليمين فى حق العموم فينصرف الى ذاته وهذا لا ينفى كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبى علم أنه لا يردعه الا ترك الكلام معه أو علم أن الكلام معه يضره فى عرضه أو دينه فعقد يمينه فى الاول على مدة كونه حملا وفى الثانى على مدة صباه فانا نقول لو أراد الحالف تقييده بالحملية والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وانما الكلام اذا لم ينو شيأ فانما يسلك به ما عليه العموم أخطؤا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال فانك تدفع به كثيرا من أمثال هذا الغلط الموردة على الائمة (قوله ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر) واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين (قوله ومن حلف لا يأكل بسرا أو رطبا أو حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنبا) بكسر النون وهو مابدا الارطاب من ذنبه (حنث عند أبى حنيفة وقالا لا يحنث) هكذا ذكر المصنف الخلاف وأكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافى الحاكم وشرح الطحاوى للاسبيجابى وشروح الجامعين والايضاح والاسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطأ خلافه

حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر فى الايضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع أبى حنيفة فى أنه يحنث فى هاتين الصورتين وقال صاحب النهاية والله أعلم بحقه لهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لا يأكل بسرا وأكل الرطب المذنب فقد أكل الرطب لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشترى رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث (وله أن الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب) فيحنث فى الصورتين وان كان أحدهما غالبا والآخر مغلوبا ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق فكذا اذا أكله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة وأشار المصنف الى الجواب عنه بقوله (وكل واحد مقصود فى الاكل) يعنى بخلاف صورة اللبن فان اللبن ذكر لما صب فيه الماء شاع وماع فى جميع أجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر وقوله (ولو حلف لا يشترى رطبا) كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر

(ومن حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث) والاصل فيه أن اللفظ اذا تناول أفرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف وقال المصنف لادم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت (٤٧) اللفظ المطلق وموضعه أصول الفقه (وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقي الا أنه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام

(ومن حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث) والقياس أن يحنث لانه يسمى لحما في القرآن ووجه الاستحسان أن التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولادم فيه لسكونه في الماء (وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقي الا أنه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام

ذكر فيها قول محمد مع أبي حنيفة رحمهما الله وصور المسئلة أربع اتفاقيتان وهما ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا فانه يحنث في هاتين اتفاقا وخلافيتان وهما ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فانه يحنث في هاتين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وجه قول أبي يوسف أن البسر المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب فيه مقلوب وأن الرطب الذي فيه شئ من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا يحنث وكذا لا يحنث في شرائهما بحلفه لا يشتري بسرا أو رطبا ووجه قولهما ان أكل ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لان أكل كل جزء مقصود لانه يمضغ ويبلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فانه يتعلق بجملة المشترى منهما فيكون القليل فيه تبعا للكثير وكذا لو حلف أن لا يشتري رطبا فاشترى بكاسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا وكذا لو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعيرة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في كافيه وقد يقال أولا التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده أما لو أكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية في الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لآكله آكل بسر في العرف فكان قول أبي يوسف أقعد بالمبنى والله أعلم (قوله ومن حلف لا يأكل لحما الخ) تنعقد هذه اليمين على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا وفي حنثه بالنيء خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه أبي الليث يحنث فلو أكل لحم السمك لا يحنث والقياس أن يحنث وهو رواية شاذة عن أبي يوسف لانه سمي لحما في القرآن قال تعالى لتأكلوا منه لحما طريا أي من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا فرجع الى أبي حنيفة فأخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض فسأله فقال لا يحنث فقال أليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كأنك السائل الذي سألتني أمس فقال نعم فقال سفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول فرجع عن ذلك القول وظهر أن تمسك أبي حنيفة انما هو بالعرف لا بما ذكره المصنف في وجه الاستحسان أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقية لان اللحم منشؤه من الدم ولادم في السمك لسكونه الماء ولذا حل بلا ذكاة فانه ينقض بالالية فانها تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها لمكان العرف وهو أنه لا يسمى لحما ولا تذهب أوهام أهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم ولذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وأيضا يمنع أن اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان لا تبنى على الاستعمال القرآني ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا أو لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنث مع تسميتهما في القرآن دابة وأوتادا وهذا كله اذا لم ينو أما اذا نواه فأكل سمكا طريا أو ما لحا حنث ❁ فرع ❁ لو حلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه لا يحنث الا اذا كان نواه (قوله وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقة الا أنه حرام واليمين تنعقد على الحرام منعا

لحم خنزير أو انسان حنث لانه لحم حقيقي الا أنه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام) واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض وأكل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به وأجيب بأن هذه مغالطة لان الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك أشار الى هذا قوله واليمين قد تعقد للمنع من الحرام

قال المصنف (وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولادم فيه لسكونه في الماء) أقول فيكون قاصرا في اللحمية والقاصر يعامل بها معاملة المجاز لا أن يكون مجازا قال المصنف (وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث) أقول قال صاحب الكافي وذكر الزاهدي العتابي لا يحنث وعليه الفتوى اه قوله وعليه الفتوى من كلام صاحب الكافي فافهم قال الزيلعي فكأنه اعتبر العرف ولكن هذا عرف عملي فلا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظي ألا ترى انه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على انسان للعرف اللفظي فان العرف لفظا لا يتناول الا الكراع وان كان في اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا حنث بالركوب على الانسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملي وهو انه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا اه العرف العملي يصلح مقيدا عند مشايخ بلخ كما ذكر في كتب الأصول في مسئلة اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا

(وكذا اذا أكل كبدا أو كرشا) لانه لحم حقيقة فان غثوه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما (ولو حلف لا يأكل أولا يشترى شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند أبي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر أيضا) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله أنه لحم حقيقة ألا تراه أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم

وحملا وان وجب في الحمل أن يحنث بخلاف النذر للنص لانذر في معصية الله تعالى ولما كان يرد عليه أن الايمان تبنى على العرف ولا تذهب الاوهام في أكل اللحم الى أكل لحم الآدمي والخنزير وان سمي في العرف لحم الآدمي لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف في قولنا أكل فلان لحما كما فعلنا في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فان المتبادر منه ركوب هذه الانواع فتقيد الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابي خلافه فقال قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي أن لا يحنث لان أكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفي الكافي عليه الفتوى وما قيل العرف العملي لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في نكاح الفضولي ردا على المصنف هناك وأورد أن الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بفعل هو حرام محض وأجيب بأن الحل والحرمة انما يراعيان في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة الاباحة لليمين والحظر للحنث وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من أن السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي والقاء الشر أشر عليه وكان يغني عن التهالك في اثباته فيما تقدم تسليم أن اليمين سبب ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر وحينئذ لا خلاف بيننا وبينهم ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من أن الاضافة في كفارة اليمين الى الشرط لا الى السبب وكل هذا بسبب التزام أن الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جبرا لحرمة اسم الله تعالى الفائتة بالحنث معصية كان الحنث أو طاعة واجبة أو مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال أن يكون حراما ومايظن من أنه يصح واجبا حراما من وجهين توهم والا فعنى الواجب والحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الايجاد في وقت واحد فليس ذلك الا وهما من الاوهام ومثله في كفارة الاحرام تثبت ولا جناية اذا كان مريضا أو به أذى من رأسه (قوله وكذا اذا أكل كبدا أو كرشا) أو رئة أو قلبا أو طحالا يعني يحنث لان غثوه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف أهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث وذكره في المحيط أيضا ولو أكل الرأس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث بأكل الشحم والاليه الا اذا نواه في اللحم بخلاف شحم الظهر يحنث به بلا نية لانه تابع للحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين (قوله ولو حلف لا يأكل أولا يشترى شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند أبي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار) فلزم كونه من نفس مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به (وله أنه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم) في اتخاذ ألوان الطعام والقلايا فيجعل قطعا ويلقى فيها ليؤكل أكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم (وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أن لا يأكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على أن لا يبيع شحما) والقاطع بنفي قولهما أن العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى باعه شحما في العرف وبائع ذلك يسمى لحاما والايمان

قوله (وكذا اذا أكل كبدا) ظاهر

وقيل هذا بالعربية فأما اسم بيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال (ولو حلف لا يشترى أولا يأكل لحما أو شحما فاشترى الية أو أكلها لم يحنث) لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا تبنى على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما فى آية الاستثناء وقول بعض الشارحين شحم الظهر اما الية أو لحم أو شحم لا قائل انه الية وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وأيضا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين أنه شحم فيحنث بأكله بعد ماذكرنا لا يفيد على أنا نمنع كونه ليس بلحم والاستدلال عليه بأنه يذوب معارض بأنه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون الذوب ليس لازما مختصا واللوازم جاز كونها مساوية لملزومها وكونها أعم منه فتشترك الانواع المتباينة فى لازم واحد فجاز كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفى بعض ماهو لحم ولا ضرر فى ذلك وكذا نمنع انه لا يقال له لحم الظهر بل نقطع أنه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر أو من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد قول أبى حنيفة وذكر الطحاوى قول محمد مع أبى حنيفة وهو قول مالك والشافعى فى الاصح وما فى الكافى من قوله فصارت الشحوم أربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففى شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغى خلاف فى عدم الحنث بما فى العظم قال الامام السرخسى ان أحدا لم يقل بأن مخ العظم شحم اه وكذا لا ينبغى خلاف فى الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف فى تسميته شحما (قوله وقيل هذا) أى الخلاف فيما اذا قال بالعربية فاما اسم بيه بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بأن قال نمى خرم بيه ثم أكل شحم الظهر (قوله ولو حلف لا يأكل أو لا يشترى لحما أو قال شحما فاشترى الية أو أكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم) والحق انه لا يحنث به فى حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية ولا فى بين الشحم خلافا لاحد للعرف والعادة واما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا أن يراد جميع استعمالاته ﴿فروع﴾ حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث وقال أبو الليث لا يحنث مصريا كان الحالف أو قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا يأكل لحم بقر فأكل لحم الجاموس يحنث لا فى عكسه لانه نوع لا يتناول الاعم وفى فتاوى قاضيخان ينبغى أن لا يحنث فى الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا يأكل طعاما سماه فضغه حتى دخل جوفه شئ من مائه ثم ألقاه لا يحنث ولو فعل هذا فى العنب فازدرد فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب حنث لانه أكل الاكثر ولو حلف لا يأكل شيأ من الحلوى فأى شئ أكله من الحلوى من الخبيص أو العسل أو السكر أو الناطف حنث ذكره فى الاصل قال الامام النسفى فى شرح الشافى هذا فى عرفهم أما فى عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لا يأكل ملحا فأكل طعاما ملحا لا يحنث كما لو حلف لا يأكل الفلفل فأكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل فى الفلفل يحنث لان عينه غير مأكول فينصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه مفردا أو مع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح وبقول الفقيه يفتى وفى الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح ختنه فأخذ ماء وملحا وجعلهما فى العجين لا يحنث لانه تلاشى ولو حلف لا يأكل لبنا فطبخ بارزفا كله ذكر النسفى لا يحنث وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفى مجموع النوازل اذا كان يرى عينه ويوجد طعمه يحنث ولو حلف لا يأكل زعفرانا فأكل كعكا على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصا فأكله يحنث الا اذا وجد طعمه ولم ير عينه فلا يحنث وكذا على هذا التمر اذا حلف لا يأكله فجعله عصيدة فأكلها لا يحنث وفى أكل هذا السكر لا يحنث بعض مائه ولا يأكل لحما يشتريه فلان فأكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى أن ليس

(ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة وقالا ان أكل من خبزها حنث أيضا) لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث أيضا

وقوله (ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها) والقضم الاكل بأطراف الاسنان من باب لبس وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على أكل حنطة لا بعينها ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام في أيمان الاصل وهذه المسئلة على أوجه أحدها أن لا يأكل حبا كما هي فأكل من خبزها أو سويقها لا يحنث بالاتفاق لانه أراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني أن ينوي أن لا يأكل ما يتخذ منها لا يحنث بأكل عينها كذلك والثالث أن لا يكون له نية فأكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة خلافا لهما والوجه من الجانبين ما ذكر في الكتاب ومبناه على أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه أصول الفقه

في بيته مرفقة وهي في بيته قليلة لا يعدها اذا علم بها أو كثيرة فاسدة لا يحنث ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث بأكله كما لو سخنت المحلوف على طعامها ما طبخه غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو أوقد غيرها فوضعت هي القدر لا يحنث اه وفي عرفنا اليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ يعني معينه والطباخ هو المركب بوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على مالا يؤكل أن لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فأكله حنث ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فأكله لا يحنث فعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا يأكل مما يملكه فلان فأكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فأكله وكذا من ميراثه اذا أخرجه الوارث عن ملكه ويحنث فيه بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء أما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره وأكل منه لا يحنث ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب ومات فورث عنه فأكله حنث ولو انتقل بشراء أو هبة أو وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوبا مسه فلان فمسه فباعه منه حنث حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم غصب طعاما فأكله لا يحنث لما عرف أن الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه ثم الدرهم اما لو أكل خبزا غصبه حنث ولو اشترى بذلك الخبز لحما لا يحنث يعني اذا أكل اللحم ولو أكل لحم كلب أو قرد لا يحنث عند أسد بن عمرو وقال نصر به نأخذ وقال الحسن كله حرام قال الفقيه أبو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ولو اضطر لأكل الحرام أو الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب برا فطحنه ان أعطى مثله قبل أن يأكله لم يحنث وان أكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعتوه والمكره اذا فعلا شيأ حراما فهو ليس بحلال لهما ولو أكل من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحنث أما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد فانما أكل ملك نفسه (قوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة) يعني ولا نية له (لم يحنث حتى يقضمها) غير نيئة ولو قضمها نيئة لم يحنث وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها أو سويقها وهو قول الشافعي وقالا ان أكل من خبزها أيضا حنث لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة أن له حقيقة مستعملة يعني يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة أي في معناه الحقيقي وهو أن يأكل عين الحنطة فانه معنى ثابت فان الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتقلى أي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الاكل بأطراف الاسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الاسنان أو بسطوحها فاذا ثبت للفظ حقيقة مستعملة فهي أولى عند أبي حنيفة من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما اذا حلف لا يأكل من هذه البقرة أو الشاة فأكل لبنها أو سمنها أو زبدها أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها اذ كان مأكولا وهما يعكسان هذا الاصل ويريان المجاز المتعارف أولى ورجح قولهما بأن المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف اليه بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فانه ليس للفظ مجاز أشهر ليرجح على الحقيقة والذي يغلب أن التعارف والاكثرية لوجود المعنى وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا لاستعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أولا آكل حنطة فيه بل لفظ أكلت حنطة

(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه (ولو استفه كما هو لا يحنث) هو الصحيح لتعين المجاز مرادا (ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزا) وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان (ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث) لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه (وكذا لو أكل خبز الارز بالعراق لم يحنث) لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في لمدة طعامهم ذلك يحنث

يحتمل أن يراد به أكل عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيترجح قول أبي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال أكثرية المعنى توجب أكثرية اللفظ الذي يدل به عليه لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن اللفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال أكلت خبز الحنطة ويقال أكلت الحنطة بل الآن لا يتعارف في أكل الخبز منها الا لفظ آخر وهو أكلت الخبز اللهم الا أن ينوي أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو القضم فلا يحنث بأكل الخبز اتفاقا وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصححها في الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضيخان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف واليه الاشارة بقوله حنث في الخبز أيضا فانه يفيد أنه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول زحفا لجعله مجازا في الدخول ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لابي يوسف فيحتاج أبو يوسف الى الفرق بين الخبز والسويق والفرق ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف اذا حلف على حنطة معينة أما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهم ماذكره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها ما كول (قوله ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه) فيحنث بعصيدته وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا أخاف ان يحنث فلو استف عينه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث بغيره الا ان ينويه واذا نواه لا يحنث بأكل الخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لانه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين ارادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لأجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزفي بها لا يحنث لانصراف يمينه الى العقد فلم يتناول الوطء الا أن ينويه (قوله ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاده أهل مصره خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان) ولو كان أهل بلده لا يعتادون أكل الشعير لا يحنث به ولو اعتادوا خبز الذرة كالحجاز واليمن حنث بأكله ولا يحنث بأكل القطائف وينبغي أن يحنث بأكل الكماج لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم للزيادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فأكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا ولا يحنث بالعصيدة والطماج ولا يحنث لو دقه فشربه وعن أبي حنيفة في حيلة أكله أن يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الارز الا أن يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهو اسم آمل وأعمالها قال السمعاني سمعت القاضي أبا بكر الانصاري ببغداد يقول انما هي تبرستان لان أهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان وقال الفقيه طبرستان معناه بالفارسية أخذه الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب تبر وهذا لا ينافي ما قال السمعاني بقليل تأمل (قال العبد الضعيف) غفر الله تعالى له وقد سئلت لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلادة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه

(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) بالاتفاق (لان عينه غير مأكول) فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز وهو ما يتخذ منه (ولو استفه) أي أكله من غير مضغ (لا يحنث هو الصحيح) وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا انه يحنث لانه أكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لان عين الدقيق مأكول والاصح أنه لا يحنث لان هذه الحقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزفي بها لم يحنث لان يمينه لما انصرف الى العقد لم يتناول حقيقة الوطء وقوله (ولو حلف لا يأكل خبزا) على ما ذكره ظاهر وطبرستان هي آمل وولايتها وقيل أصلها تبرستان لان أهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه الى طبرستان

وقوله (ولو حلف لا يأكل الشواء) ظاهر وقوله (وهذا إن التعميم متعذر) لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم يقينا أنه لم يرد ذلك (فيصرف الى خاص هو متعارف (٥٣) وهو اللحم المطبوخ بالماء) قالوا قيد بقوله بالماء لان القلية اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحنث

(ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) لانه يراد به اللحم المشوى عند الاطلاق الا أن ينوى ما يشوى من بيض أو غيره لمكان الحقيقة (وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا (ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس فى التنانير ويباع فى المصر) ويقال يكنس (وفى الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف فى زمنه فيهما وفى زمنهما فى الغنم خاصة وفى زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور فى المختصر

فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم (قوله ولو حلف لا يأكل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر) المشويين لانه يراد به فى العرف ذلك عند الاطلاق الا أن ينوى غير ذلك مما يشوى من بيض أو غيره ذلك كالفول الاخضر الذى يسمى فى عرفنا شوى العرب وقولنا فى ذلك قول أحمد (قوله ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) يعنى بالماء حتى ان ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء مما يطبخ وكذا الفول الذى يسمى فى عرفنا الفول الحار ولا يقال لآكله آكل طبيخا فينصرف الى خاص هو أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا أن ينوى غيره من الباذنجان مما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضى أن لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفى الخلاصة يحنث بالارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت أو سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم أيضا ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام فى أنه هو المتعارف الظاهر أنه لا يختص به ولو أكل من مرق اللحم حنث قال المصنف لما فيه من أجزاء اللحم وهذا يقتضى أن من حلف لا يأكل لحما فأكل المرق الذى طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعنى فى العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما فى العرف (قوله ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس فى التنانير) فى تلك البلدة ويباع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وفى الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف فى زمنه فيها ثم صار فى البقر والغنم فرجع أبو حنيفة عن انعقاده فى حق رؤس الابل وفى زماننا مما فى الغنم خاصة فوجب على المفتى أن يفتى بما هو المعتاد فى كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو فى مختصر القدورى رحمه الله وأورد أن العادة كما هى فى الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم أو البقر معها كذلك فى اللحم مقتصرة على لحم ما يحل اذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمى والخنزير وأكله مع أن اليمين انعقدت باعتبارهما فحنث بأكل لحمهما اذا حلف لا يأكل لحما أجيب بأن الاصل فى جنس هذه المسائل أنه فيما يجب العمل بالحقيقة يعنى اللغوية فان لم يمكن وجب اعتبار التعارف حينئذ واللحم يمكن فيه أكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس لا يمكن أكل حقيقتها اذ هى مجموع العظم مع اللحم فيصير الى المتعارف ونقض بالشراء فانه يمكن فى الرؤس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها أجيب بالمنع بل من الرؤس ما لا يمكن بيعه كرأس الآدمى وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة أنه لا يحنث اذا ركب كافرا وهو دابة

كلام الصبى وهنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد فى الشراء فان الرأس يشترى بجميع أجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة وأجيب بأن من الرؤس ما لا يجوز اضافة الشراء اليه كرأس النمل والذباب والآدمى فكانت متعذرة

حقيقة

(قوله قلت المهجور شرعا الخ) أقول ويمكن أن يجاب بوجه آخر

يأكلها (ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس فى التنانير) أى يطبخ به التنور يعنى يدخل فيه من كبس الرجل رأسه فى جيب قميصه اذا أدخله فيه (ويباع فى المصر) لان رأس الجراد رأس حقيقة وليس بمراد فيصرف الى المجاز المتعارف وفسره فى الجامع الصغير على ما ذكر فى الكتاب واعترض على هذا بأن لحم الخنزير والانسان لا يباع فى الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا يأكل لحما وأجيب بما حاصله الفرق بأن الرأس غير مأكول بجميع أجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس فى التنانير ويباع فى الاسواق وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة ان لم تكن متعذرة فهى مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفى المهجور شرعا يصار الى المجاز كما فى المهجور عادة قلت المهجور شرعا هو الذى لا يكون شئ من افراده معمولا به كالحلف على ترك

وقوله (ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث وهذا عند أبي حنيفة وقالا يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا) يعني لا في القثاء والخيار وكانت المسئلة على ثلاثة أوجه في وجه يحنث بالاتفاق وهو أن يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو أن يأكل الخيار والقثاء لانه يؤكل مع البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم تكن له نية وكلامه ظاهر الا ما نذكره فقوله زيادة على المعتاد أي على الغذاء الاصلي حتى تسمى النار فاكهة والمزاح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها وقوله (والرطب واليابس فيه سواء) يعني أن ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة فيجب أن يكون رطبها كذلك وقوله (لانهما من البقول بيعا) فان بائع البقول هو الذي يبيعها لا غير وأما أكلا فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل وقوله (ان هذه الاشياء مما يتغذى بها) يعني العنب والرطب (ويتداوى بها) يعني الرمان

(ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا) والاصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا وأكلا فلا يحنث بهما وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الاقوات

حقيقة فأمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه منتف اذ من الدواب النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من أن المتكلم انما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بأن المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس الابناء على هذا الاصل ولو كان هذا الاصل المذكور منظورا اليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع (قوله ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث) وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والاجاص والكمثرى وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا والاصل المتفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم ويتلذذ به زيادة على المعتاد من الغذاء الاصلي ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه أي في معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا في الحالين فان خصت العادة التفكه باحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فانها خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث بأكله يابسا وهذا المعنى أي معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا وأكلا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا وأما العنب والرطب والرمان وهي محل الخلاف فوجه قولهما ان معنى التفكه موجود فيها بل هي أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وأبو حنيفة يقول هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا ينكر أنها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل أصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث بأحدها الا أن ينويه فيحنث بالثلاثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الاقوات وهو التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زماننا لا يعدونها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فأفتيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابي حنيفة يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا العرف والاستدلال المذكور صريح في أن مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك أن ذلك لغة والتفكه بالشئ ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه أصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائما فقصر الخ أمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زماننا فان قيل وفيه دليل على عدم ماذكرتم أن المعتبر اللغة الا أن لا يمكن فيعتبر العرف فان هذا يدل على عدم

(ولهذا كان اليابس منها من التوابل) كيابس الرمان (أو من الاقوات) كيابس العنب فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها والاصل في هذا أن اللفظ اذا أطلق على أفراد في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في صورة النقصان في اللحم

قال (ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به) اصطبغ على بناء المفعول كذا كان مقيدا بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ

الخبز بالخل (ولو حلف لا يأتدم) أي لا يأكل ادما (فكل شيء اصطبغ به فهو ادام) ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والملح والزبد ادام والشواء ليس بادام (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) في رواية الأصل (وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن أبي يوسف) وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه ما يصطبغ به فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي البيض واللحم والجبن اختلاف جعلها محمد ادما خلافا لهما لمحمد أن الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما أن الادام ما يؤكل تبعا في العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقية وذلك في الاختلاط لتكون قائمة به وحكمية وهي أن لا تؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون ادما وقوله (وتمام الموافقة بالامتزاج) جواب عن قوله لان الادام من المؤادمة يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج أيضا ولم توجد في هذه الاشياء الا أن ينوبه لما فيه من التشديد بخلاف الخل وغيره من المائعات فانها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان ادما (والعنب والبطيخ ليسا بادام) يعني بالاتفاق لما ذكرنا (هو الصحيح) كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف اسمه

(ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام) وهو رواية عن أبي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي أن لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج أيضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا أن ينوي به لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح

اعتبارهما ذلك فالجواب أنه غير لازم لجواز أن يمنعا كون الاستقلال به أحيانا بالنسبة الى بعض الناس يؤثر في نقص كونه مما يتفكه به (قوله ومن حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام) كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لانه يؤل الى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا الى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لانه لا يصل الى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل اذ ابنى الفعل له فانما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز وما لم يصبغ الخبز مما له جرم كالخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن أبي يوسف وقول الشافعي وأحمد رحمهم الله والحاصل أن ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس ادما بالاجماع أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انهما على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الأئمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكلان تبعا للخبز يكون ادما أما البقول فليست بادام بالاتفاق لان آكلها لا يسمى مؤتدما الا ما قد يقال في أهل الحجاز بالنسبة الى أكلهم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار ادام وفي التمر عنده وجهان في وجه ادام لما روى أنه صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه أبو داود وفي وجه آخر ليس ادما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد ادما لانها لا تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له والمؤادمة الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب امرأة لو نظرت اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما أي يوفق فما يؤكل غالبا تبعا للخبز موافقا له ادام والجبن وأخواه كذلك ويؤيده ما روى عنه صلى الله عليه وسلم سيد الادام في الدنيا والآخرة اللحم وقال سيد ادامكم اللحم رواه ابن ماجه ويقال ان ملك الروم كتب الى معاوية أن ابعث الي بشر ادام على بدشر رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت أصهاره وهو من أهل اللسان ويقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو أحيانا ليس ادما وهذا لانه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير مع الخبز كشيء واحد وهي بان يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو أن ينغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة لان الخل ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بادام ويرد عليه أنه ان اعتبر في مسمى الادام ما بحيث يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يؤكل الا تبعا منعناه نعم ما لا يؤكل الا تبعا موافقا أكمل في مسمى الادام لكن الادام لا يخص

(واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتى العشاء فى الحديث (والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر) لانه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه

اسمه الاكل منه واستدل لابى حنيفة وأبى يوسف أيضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تتحقق التبعية بخلاف المصطبغ به وأجيب عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم كونه اداما اذ قد يقال فى الخليفة سيد العجم وليس هو منهم وأما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهى بعيدة منها اذ يبعد من امام عالم أن يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم ملتزما لمؤنته لغرض مهمل لكافر والسكنى فى بيت الصهرقط لا يوجب أن يكون الساكن شر رجل فآثار البطلان تلوح على هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية فى الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وهما مختلطان فيه ثمة فتحصل التبعية حينئذ ويدفع بان كون التبعية فى الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذا جسمان متكافئان لا يكون أحدهما تبعا للآخر بخلاف ما رفع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ وأما الجسمان المتكافئان فكل يصلح لرفع الجوع غير مفتقر الى الآخر فى رفعه قال التمرتاشى وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل الا رغيفا فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد (قوله واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء) بفتح العين والمد (من صلاة الظهر الى نصف الليل) وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسم لما يؤكل فى الوقتين لا للاكل فيهما فالوجه أن يقال فالتغدى الاكل من طلوع الفجر والتعشى الاكل من الظهر الخ لان ما بعد الظهر (١) يسمى عشاء بكسر العين ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتى العشاء فى الحديث اذ فى الصحيحين من رواية أبى هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتى العشاء وفسرت بانها الظهر فى بعض الروايات هذا وتفسير التغدى بالاكل من الفجر الى آخره مذكور فى التجريد وفى الخلاصة ووقت التغدى من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها التسحر بعد ذهاب ثلثى الليل ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابى فى شرح الطحاوى وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى أن يمضى أكثر الليل ووقت السحور من مضى أكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا فى عرفهم وأما فى عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال أوله فالاكل فيه تغد وقد أطلق على السحور غداء فى قوله صلى الله عليه وسلم لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الاعجاز القريب من الغداة وكذا السحور لما كان لا يؤكل فى السحر والسحر من الثلث الاخير سمى ما يؤكل فى النصف الثانى لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه تسحرا والتضحى الاكل فى وقت الضحى ويسمى الضحاء أيضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلاة الى أن تزول وأصل هذه فى مسائل القضاء قال السرخسى فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى أن تزول وان قال عند طلوع الشمس أو حتى تطلع فله من حين تطلع الى أن تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس والنهى يمتد الى أن تبيض والمساء مساآن أحدهما ما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته وعلى هذا الوحلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسى ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على المساء الثانى وهو ما بعد الغروب وذكر الولوالجى والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التى تحل فيها الصلاة الى نصف النهار والتصبيح ما بين طلوع الشمس الى ارتفاع الضحوة يعنى الكبرى لانه من

وقوله (واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر) قال فى النهاية هذا توسع فى العبارة ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغدا اسم لطعام الغداة لا اسم لأكل وقوله (ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتى العشاء فى الحديث) ذكر فى الايضاح فى باب الحلف على الغداء فقال فانه ورد فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلاتى العشاء ركعتين يريد به الراوى الظهر أو العصر

(١) قول الكمال يسمى عشاء بكسر العين قال فى النهر وكأنه تحريف والصواب عشيا بفتح العين مع ياء بعد الشين اه كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوى قال مصححه الفقير محمد البلبيسى هو تحريف يقينا فصوابه العشى فيه وفيما بعده وفى حديث الصحيحين احدى صلاتى العشى لا العشاء كما ظهر بالمراجعة فليحذر ما وقع فى نسخ الهداية وحواشيها من التحريف والله الهادى

وقوله (وتعتبر عادة أهل كل بلد في حقهم) يعني ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية وقوله (ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع) رواه المعلى عن أبي يوسف وهو صحيح لان من أكل لقمة أو لقمتين يصح أن يقول ما تغديت وما تعشيت (ومن قال ان أكلت أو شربت أو لبست فعبدي حر وقال عنيت شيأ دون شيء لم يصدق قضاء) ولا ديانة (لان النية انما تصح في الملفوظ) لانها لتعيين بعض محتملات اللفظ (والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ) فلا تصح نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ تنصيصا أليس أنه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ أجاب بقوله (والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه) فان قيل المقتضى أمر شرعي وافتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلنا يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة اللفظ أعم من أن يكون شرعيا أو عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظا ولا بينه وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى به أن لا يساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو سكن معه في الدار لا يحنث أجيب بأن الاولى ممنوعة منعها القضاة الاربع أبو هشيم وأبو خازم وأبو طاهر الدباس والقاضي التميمي ولئن سلم فقوله ان خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح النفي والاول في معناه فتناولا بعمومهما الخروج في السفر والسكن فجاز تخصيصهما الا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع (ومن قال ان لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر وقال عنيت شيأ دون شيء لم يدين في القضاء وغيره) لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه (وان قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة) لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

الاصباح وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا بعد طلوع الفجر الى نصف النهار (قوله ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة) وكذا السحور فلو أكل لقمة أو لقمتين أو أكثر مما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت ولا تعشيت ولا تسحرت ويرد أنه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم أن كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع وأجيب بان العرف الطارئ يفيد أنه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم أو ما تعشيت البارحة وان كان أكل لقمة أو لقمتين وكذا يعتبر في الغداء وأخويه في حق أهل كل بلد ما يعتادونه من مأكولهم فلو كان عادتهم أكل الخبز في الغداء أو اللحم أو اللبن ينصرف اليه حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لانه غداء أهل البادية ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيرهما مما هو غير معتاد التغدي به حتى شبع لم يحنث أيضا (قوله ومن قال ان لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر وقال نويت شيأ دون شيء) من الملبوس أو المأكول أو المشروب في ان أكلت وان شربت لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى فأي شيء أكل أو لبس أو شرب حنث وعند الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن أبي يوسف واختارها الخصاف لان النية انما تصح في الملفوظ لتعيين بعض محتملاته والثوب في ان لبست والمأكول والمشروب في ان أكلت وان شربت غير مذكور تنصيصا فلم تصادف النية محلها فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا أجيب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الاكل مأكولا وكذا اللبس والشرب والمقتضى لا عموم له عندنا ولان ثبوته ضروري فيتقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام وتصحيحه لا يتوقف الا على مأكول لا على مأكول هو كذا فلا تصح ارادته فبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي الاختلاف في أن المقتضى لا عموم له أو له عموم على ما ذكروا أما لو قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا وقال عنيت شيأ دون شيء فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لانه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه نكرة في سياق الشرط فتعم لما آلها الى كونها في سياق النفي بسبب أن الشرط المثبت في اليمين يكون الحلف على نفيه لان المعنى نفي لبس ثوب فكانه قال لا ألبس ثوبا الا انه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضي منه فان قيل يعتبر تخصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق أجيب بأن المصدر أيضا ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا يخالف ما تقدم في مسئلة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث بل الحق على هذا انه عام وكما فلتم في قوله

قوله ان خرجت فعبدى حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج الى غيره تخصيصا النفس الخروج بخلاف مالو نوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لان المكان غير مذكور فكذا يراد تخصيص فعل الأكل وهكذا قولكم فيما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى المساكنة فى بيت واحد أنه يصح وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وان عم بسبب انه فى سياق النفى لان الفعل فى سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان عمومه ضرورة تحقق الفعل فى النفى فانه لا يتحقق فى خصوص محله الخاص أعنى بعد لفظة لا فى لا آكل الا بتحقق ذلك المصدر هنالك وما ليس ثبوته الا ضرورة أمر لا يثبت باعتبار غيره ولا يثبت ما هو زائد عليه ومعلوم أن من ضرورة ثبوت الفعل فى النفى ثبوت المصدر العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان أكلت أكلا فان الاسم حينئذ مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لان أكلا المذكور ليس عين الاكل الضمنى للفعل الضرورى الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص وأما مسئلة الخروج فقد أنكرها القضاة الاربعة القاضى أبو الهيثم والقاضى أبو خازم والقاضى القمى والقاضى أبو طاهر الدباس وجعلوا ما روى عن محمد فيها على ما لو قال ان خرجت خروجا وكأنها سقطت من الكاتب ومن التزمها أجاب بان الخروج فى نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامهما فقبلت ارادة أحد نوعيه وبه أجيب عن مسئلة المساكنة فانها متنوعة الى كاملة وهى المساكنة فى بيت واحد ومطلقة وهى ما تكون فى دار فارادة المساكنة فى بيت ارادة أخص أنواعها وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يغتسل أو لا ينكح ثم قال عنيت من جنابة أو امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال غير متنوع لانه عبارة عن امرار الماء والتنوع فى أسبابه وكذا لا يسكن دار فلان وقال عنيت بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بأن استأجرها منه أو استعارها فأبى حلف ينوى السكنى بالاجارة أو الاعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير أجر حنث بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان وعنى اشتراها لنفسه فانه يصدق لانه أحد نوعى الشراء لانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشترى وما يوجبه لغيره فتصح نية أحد النوعين بخلاف السكنى نفسها لانها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة فى الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية أو عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص فى الجنس كان الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة الى البلاد اختلاف بالصفة وكان السر فى ذلك والله أعلم أن ذكر لفظ امرأة أو رجل عين ذكور ولد له آباء الى آدم فكانه قال كل من كان لها أب من ولد آدم وأراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ والحق أن الافعال الخارجية لا تتصور أن تكون الا نوعا واحدا لا فرق فى ذلك بين الغسل ونحوه ولا بين الخروج ونحوه من الشراء فكما أن اتحاد الغسل بسبب أنه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس الا قطع المسافة غير أنه يوصف بالطول والقصر فى الزمان فلا تصير منقسمة الى نوعين لاختلاف الاحكام شرعا فان عند ذلك علمنا اعتبار الشرع اياها كذلك كما فى الخروج المختلف الاحكام فى السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره فانه مختلف حكمهما فيحكم بتعدد النوع فى ذلك ولا يخفى أن المساكنة والسكنى ليس فيهما اختلاف أحكام الشرع لطائفة منهما بالنسبة الى طائفة أخرى وكل فى نفسه نوع لان الكل قرار فى المكان ثم اعلم أن التحقيق أن المفعول فى لا آكل ولا ألبس ليس من باب المقتضى لان المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطا والنسيان أو بعدم صحته شرعا مثل أعتق عبدك عنى وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا نعم المفعول أعنى المأكول من

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبي حنيفة) وقالا اذا شرب منها بإناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا

ضروريات وجود فعل الآكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لابد أن يستدعى معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا وتناسيا وطائفة من المشايخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم فلنا أن نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين جمع بان من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وغير ذلك فكذلك هذا المحذوف اذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على ما عرف من أن الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باقي المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا أكل في مكان دون آخر أو زمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال أن يقول لا أكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا أكلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول في حكم المذكور اذ لا يعقل الفعل الا به قلبته ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدي بدون اخطاره فانما هو لازم لوجوده لا مدلولا للفظ هذا وكون ارادة نوع ليس تخصيصا من العام مما يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته وأقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص لا قتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع أفراده كما نحن فيه تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر فيستمر الاشكال في عين المساكنة والخروج وقد أنكر هذه من ذكرنا ولا يجاب بما ذكر في الذخيرة جوابا عن ايراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فمن حيث انه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قوله أنت بائن فلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لان الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن هذا الوجه هو شئ واحد وله عموم فاذا نوى أحدهما كان تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لانهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله أنت بائن يصح نية أي أنواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لان الاعم في الاثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي لو قلت رأيت رجلا لا يعم أصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رأيت رجلا (قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا) أي يتناول بفمه من نفس النهر عند أبي حنيفة يعني اذا لم تكن له نية أما اذا نوى بإناء حنث به اجماعا وقالا ان شرب منها كيفما شرب بإناء أو بيده أو كرعا حنث لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها بإناء أو كرعا في دجلة أو نهر آخر يأخذ من دجلة لان نسبة الماء اليها ثابتة في جمع هذه الصور وقولهما قول الشافعي وأحمد وجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو وان كان مجازا اما مجاز حذف أي من ماء دجلة أو مجاز علاقة بان يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لا كثريته بالنسبة اليه ولشهرة جرى النهر مقرونا له بان علاقته المجاورة ثم هو أشهر من أن يراد به نفس الكرع فيصرف اليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيفما كان بخلاف ما لو استلقى وأدخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا ليس دخولا واليمين انعقدت عليه وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا) أي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها والكراع مستدق الساق وهذا (عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها بإناء حنث) ومبناه على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس أما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم أهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها وأما أن الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والاودية وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا ولهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان قيل لانسلم أن الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان فحينئذ يجب أن يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب أن المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة أو هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير اليه

(وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث) لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة

للعرب وأهل العرف لان كثيرا من الرعاء وغيرهم من أهل العرف يفعلونه وروى عنه عليه السلام أنه أتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة لما لم تهجر كانت أولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا الا أنهما يقولان حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لا باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا اهدار هذا القسم وانما قلنا ان الكرع حقيقة اللفظ لان من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده أو كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها وأما ما في الهداية من أنها للتبعيض فانما يصلح توجيها لقولهما لان المعنى حينئذ لا أشرب بعض ماء دجلة اذ لو أريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة وهو الارض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ولو أريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض ويصير المراد لا أشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهما فيحنث بالكرع وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا فينجه قولهما بعد الوجه المشهور في تقدم المجاز المتعارف وهو أن الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى الاصلي انصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بأن يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل (١) وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها وحينئذ جاز أن تكون من للتبعيض فالمعنى لا يشرب بعض ماء دجلة أو للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب مائها كرعا وغيره وأما الاستدلال له بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف غرفة بيده من جهة أنه يفيد أن ما باليد يخالف الشرب منه فغلط وهو بناء على أنه استثناء منقطع والاتصال أولى اذا أمكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد أنهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية وري فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا أو كثيرا كافيا فليس مني الا من شرب منه قدر كفه تحقيقا بأن اغترفها والذي انتظم عليه رأي أصحابنا في الدرس في توجيه قول أبي حنيفة رحمه الله أن اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء وارادة وضع فمه على نفس أجزائه منتف فالمراد ليس الا وضعه على الماء الكائن فيها وحينئذ جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا أو مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال أن حقيقة اللفظ أعني مجموع التركيب بوضع الفم في مائها حال كونه في خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا في هذا الماء فمعنى قوله اللفظ حقيقة مستعملة الخ أن التركيب حقيقة في وصل المعنى الحقيقي للا أشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وحينئذ جاز كون من للتبعيض والمعنى لا أشرب بعض دجلة أي الماء الخاص في المكان الخاص فظهر امكان كونها للتبعيض مع صحة قوله اللفظ أي التركيب حقيقة مستعملة هي الشرب من نفس الماء الكائن في المكان الخاص ثم يترجح مجازه في المفرد أعني دجلة المستعمل في مائها بقيد كونه في نفس النهر على مجازهما وهو دجلة في مائها لابهذا القيد حتى حنث بالشرب منه بإناء ومن نهر صغير يأخذ منها بأنه مجاز أقرب الى الحقيقة أعني دجلة بعين النهر وتظير المسئلتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز آخر فشرب منه حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الحب أو من ماء هذا الحب فنقل الى حب آخر ولو قال من هذا الحب أو من هذا البئر قال أبو سهل الشرعي لو كان الحب أو البئر ملآن فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة رحمه الله لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغي أن يقال على ما هو أعم من الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل الحب والبئر اختلفوا والصحيح أنه لا يحنث لعدم

وقوله (ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة) ظاهر

(١) قول الكمال لا يفعل أي لان ارادة وضع الفم على نفس أجزاء النهر منتف كما يأتي كذا بهامش

قال (ومن قال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث) علم عدم الماء فى الكوز أو لم يعلم (فان كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث (٦٠) عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحنث فى ذلك كله) أى فيما اذا كان فيه الماء

(ومن قال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحنث فى ذلك كله) يعنى اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البر عندهما خلافا لابى يوسف لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه أمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر فى حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد فى حق الخلف ولهذا لا ينعقد الناموس موجبا للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة ففى الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند أبى يوسف يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى يحنث فى قولهم جميعا)

وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما بأن البر متصور فى صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا وأجيب بأن البر انما يجب فى هذه الصورة فى آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه باعادة الماء فى الكوز وشربه فى ذلك الزمان وقوله (ولو كانت اليمين مطلقة) أى عن ذكر اليوم (ففى الوجه الاول) يعنى فيما اذا لم يكن فى الكوز ماء (لا يحنث عندهما وعنده يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى) وهو أن يكون فيه ماء فاهريق (يحنث فى قولهم جميعا

العرف بالكرع فى هذه الحالة ❁ فروع ❁ لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث اجماعا أما عنده فلان يمينه على الكرع وأما عندهما فلانه مثل الفرات فى امساك الماء فيقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز أما لو قال لا أشرب من ماء الفرات فشرب من نهر أخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا أشرب ماء فرات يحنث بكل ماء عذب فى أى موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء وادسال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فأكله لا يحنث فان ذاب فشرب حنث قال الفقيه أبو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفى فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شربه لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان فى الحال حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر أو ربعه والظاهر أن هذا لا يتأتى فى النيل لان الشط ينتفى فيه أيضا لسعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالمسمى عندنا أقسمة ووقفا على الاشربة الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان العرف فى اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب اللبن وفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب بغير اذن فلان فأعطاه فلان ولم يأذن بلسانه فى الخلاصة ينبغى أن يحنث وهذا دليل الرضا وليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فخرجها بغير جنسها كالاقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روى عن أبى يوسف فى النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه ماء وشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء حنث استحسانا وأما اذا خلطه بجنسه بأن حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى فعند أبى يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج أما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا عقد يمينه على الدهن (قوله ومن قال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم (وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث فى ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى وأصله) أى أصل هذا الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول مالك ووجه

قال المصنف (ومن قال ان لم أشرب الخ) أقول وان كان يعلم انه لا ماء فى الكوز ينعقد عند الثلاثة كذا فى البدائع وفيه أيضا وعلى هذا الخلاف اذا قال والله لأقتلن فلانا وفلان ميت وهو لا يعلم موته لا ينعقد عندهم خلافا لابى يوسف وان كان عالما بموته ينعقد عندهم خلافا لزفر اه وسيجىء من المصنف فى باب اليمين فى القتل والضرب أن الصحيح انه ليس فى مسئلة الكوز تفصيل العلم (قوله واعترض على وجههما بأن البر متصور فى صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة عند ممكنة الخ) أقول كما اذا سرب فى اناء آخر لا فى الارض وفيه تأمل (قوله وأجيب بأن البر الى قوله يسع فيه غيره) أقول ضمير غيره راجع الى البر

فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق أن في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق أما في المؤقت فيجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه فتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة

عند الشافعية وعند أبي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما ويحنث عند أبي يوسف في آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت وحنث بالاتفاق لان اليمين انعقدت على ازالة حياة يحدثها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقدها على حياته القائمة في ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسئلة الكوز فانه وان أمكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل أو ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له أو مات أحدهما قبل مضي الغد أو قضاه قبله أو أبرأه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند أبي يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رأيت عمرا فلم أعلمك فعبدي حر فرآه مع زيد فسكت ولم يقل شيأ أو قال هو عمر ولا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم تبق اليمين وعنده يعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه وكذا اذا حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم أعطاه لم يحنث خلافا له وكذا لو ضربه أو ليكلمنه وجه قولهما أن اليمين انما تعقد للبر حلا أو منعا أو لاظهار معنى الصدق فكان محلها خبرا يمكن فيه البر فاذا لم يمكن فات محلها ولا انعقاد الا في محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولابي يوسف أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على مس السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حيث ينقعد مع استحالته عادة ثم يحنث في الحال لما قلنا قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف لانه فرع الاصل فينعقد أولا في حقه ثم ينتقل الى الخلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد النفوس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور البر وعند أبي يوسف يحنث للحال وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فأهريق يحنث في قولهم جميعا (قوله فأبو يوسف فرق الخ) لا شك أن هنا أربع صور صورتان في المقيدة باليوم أو وقت آخر جمعة أو شهر وهما أن يكون في الكوز ماء وقت الحلف وأن لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما هاتان أيضا ففي المقيدة ولا ماء لا تنعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وتنعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر من وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا فاذا أهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم طرأ العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى آخر الوقت وعنده يتأخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى زواله وفي المطلقة وفيه ماء تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما فاذا أريق حنث اتفاقا أما عند أبي يوسف فبطريق أولى مما قبله وأما عندهما فلان تصور البر ليس شرطا في المطلقة الا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق أبو يوسف بين المقيدة فأوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فأوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من

فأبو يوسف فرق) في الوجه الاول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم وبين المؤقت به فقال في المطلق انه يحنث في الحال وفي المؤقت يتوقف حنثه الى آخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجهه ما ذكر أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مؤقتة بوقت يمتد بتعين الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم في جزء منه ويتعين آخره وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال كذا في بعض الشروح وقال في النهاية فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت أي في مسئلة الوجه الثاني وهو ما اذا كان في الكوز ماء فأهريق قبل الليل فقال في المطلق يحنث حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفي المؤقت لا يحنث في الحال بل يتوقف حنثه الى آخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والمؤقت يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب وأشار بقوله كما اذا مات الحالف والماء باق الى أن بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف وأشار بقوله كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة الى أن وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها

قال (ومن حلف ليصعدن السماء أوليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها) وقال زفر لاتنعقد لانه مستحيل عادة فأشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا أن البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذى فى الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

وقوله (ومن حلف ليصعدن السماء) على ماذكره ظاهر واعترض بأن تصور البر لو كان كافيا فى خلفية الكفارة لوجبت فى النموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضى وقد فعلها لسليمان صلى الله عليه وسلم وأجيب بأن تصور البر فى النموس بأن يجعل الفعل الذى لم يوجد موجودا منه وهو مستحيل وقوله (وان كان متصورا ينعقد اليمين) انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وايجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيماله خلف ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفانى ولم تكن له قدرة لامكان التصور والخلف وكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هنالك عقيب وجوب الصوم

اليمين والفرق أن التأقيت للتوسعة على نفسه فى الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا فى آخر جزء من الوقت وان كان التأخير لا يرجى له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لكن اللفظ ما أوجب انعقاد اليمين فى حق الفعل مضيقا متعينا الا فى آخر جزء منه فلا يحنث قبله وكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا بعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة فى تأخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف أو المحلوف عليه فى مثل حلفه على ضربه أو طلاقها فان ذلك اذا كان البر مرجوا ولا رجاء له هنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا اليأس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وهما أيضا يحتاجان الى الفرق لانه لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فأهريق قبل آخره واذا لم يذكر فأهريق يحنث والفرق أن الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه فى الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكأنه حلف اذ ذاك ليشربن ما فى هذا الكوز اليوم وعلمت بهذا ان أشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين المؤقتة هو فى المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه فى الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث ولقائل أن يقول وجوب البر فى المطلقة فى الحال ان كان بمعنى تعينه حتى يحنث فى ثانى الحال فلا شك انه ليس كذلك وان كان بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث فى آخر جزء من الحياة فالمؤقتة كذلك لانه لا يحنث الا فى آخر جزء من الوقت الذى ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلاى شئ تبطل اليمين عند آخر أجزاء الوقت فى المؤقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة فى المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبى لى صداقك اليوم فأنت طالق فقال أبوها ان وهبت له صداقك فأمك طالق فيلزمه عدم حنثهما أن تشترى منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا أرادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية (قوله ومن حلف ليصعدن السماء أوليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها) يعنى اذا حلف مطلقا كما هى فى الكتاب أما اذا وقت اليمين فقال لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضى ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد أصلا لانه مستحيل عادة فيجعل كالمستحيل حقيقة كما فى الكوز فلا تنعقد ولنا أن صعود السماء ممكن ولذا صعده الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله بخلقه صفة الحجرية والباس صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية فى قبول الصفات أو باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها بأجزاء ذهبية والتحويل فى الاول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ماهو الحق ولعله من اثبات كرامات الاولياء فكان البر متصورا فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث فى آخر جزء كما قلنا مع احتمال اعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذى فى الكوز الذى لا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فحط الخلاف أنه ألحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ماوقع فى هذه المسائل من لفظ متصور فعناه ممكن وليس معناه متعقلا منفهما والله أعلم

قوله (لان ايجاب العبد معتبر الخ) أقول أى مقيس

لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والأكل والشرب للمعنى الذى ذكرنا شرع (٦٣) فى بيان الفعل الجامع الذى يستتبع

﴿ باب اليمين فى الكلام ﴾

قال (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا أنه نائم حنث) لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفى بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه وعليه عامة مشايخنا لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

﴿ باب اليمين فى الكلام ﴾

لما فرغ من ذكر الافعال التى هى أهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعهما شرع فى الكلام اذ لا بد من وقوعه لان الانسان لا بد له من ايصال ما فى نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرها لتقدم الاعم على الخصوصيات (قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه) لقرب مكانه منه (الا أنه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا أنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله) أى لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غير ثابت فأدير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سامعا ولهذا لو كان أصم حنث وفى بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه فانه قال فى بعضها فناداه أو أيقظه وفى بعضها فناداه وأيقظه قال واختاره مشايخنا لانه اذا لم ينتبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا عن أن يميز حروفه وفى ذلك يكون لاغيا لا متكلما مناديا وصار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح أن يقال كلمه اذا كان بحيث لولا الصمم سمع لا يقال يصح مثل هذا فى الميت لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحى لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحالف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق فى الميت والبعيد الذى لا شعور له بندائه وكلامه لكن ماذكر محمد فى السير الكبير اذا نادى المسلم أهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا أنهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو أمان قال السرخسى هذا يبين أن الصحيح فى مسئلة الايمان الحنث وان لم يوقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بأن الامان يحتاط فى اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ماذكر فى باب التيمم من أن المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشايخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء لا يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس وأضيف الى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ وفى الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فأنت طالق فاذهبى أو اخرجى أو قومى أو شتمها أو زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين الا أن يريد به كلاما مستأنفا وهو وجه لاصحاب الشافعى وبه قال الشافعى فى الاظهر وأحمد ومالك وفى المنتقى لو قال فاذهبى أو واذهبى لا تطلق ولو قال اذهبى طلقت لانه منقطع عن اليمين وأما ما فى نوادر ابن سماعة عن محمد لا أكلمك اليوم أو غدا حنث لانه كلمه اليوم بقوله أو غدا فلا شك فى عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا أراد أن يحلف على أحد الامرين لا يقال الا كذلك وعلى هذا اذا قال لآخر ان ابتدأتك بكلام فعبدى حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت عينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها ان ابتدأتك بكلام وقالت هى له كذلك لا يحنث اذا كلمها لانه لم يبتدئها

الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين فى العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين فى الحج والصلاة والصوم من أنواع الكلام فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث) نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام أن التكليم عبارة عن اسماع كلامه كما فى تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا أن اسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فأقيم السبب المؤدى اليه مقامه وهو أن يكون بحيث لو أصغى اليه أذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح وقوله (لتغافله) أى لغفلته وقوله (وفى بعض روايات المبسوط) يريد ما روى فى رواية فناداه وأيقظه يحنث فيه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر فى بعض الروايات فناداه أو أيقظه وهذه تدل على أنه متى ناداه بحيث لو كان يقظان لسمع صوته حنث وان لم يوقظه

وقال شمس الائمة السرخسى والاظهر أنه لا يحنث واليه أشار بقوله وعليه مشايخنا والوجه ماذكره فى الكتاب

﴿ باب اليمين فى الكلام ﴾

(قوله اذ اليمين الى قوله على ذكر النوع الخ) أقول فيه تأمل

(ولو حلف لا يكلمه الا باذنه) ظاهر وقوله (وأنه يتم بالاذن كالرضا) يعني أنه اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما أن الرضا يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالآذن قلنا الرضا من أعمال القلب فيتم بالراضي ولا كذلك الاذن على ما مر انه اما من الاذان الذي هو الاعلام أو من الوقوع في الاذن وذلك يقتضي السماع ولم يوجد واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذونا اذا أذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير مأذونا فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع في الاذن وأجيب بأن الاذن هذا فك الحجر في حق العبد والعبد يتصرف بأهلية نفسه وملكيته فيثبت بمجرد الاذن وأما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين لا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام بذلك وهو مبني على تخصيص العلة وأمره واضح عند الاصوليين

(قوله فرضي المحلوف عليه بالاستثناء) أقول يعني المستثنى (قوله اذا أذن له مولاه) أقول أنكر الاتقاني كون العبد مأذونا بلا علمه فراجعه الى الشرح

(ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث) لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام أو من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال أبو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من أعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر

ولا يحنث بعد ذلك لعدم تصورا بتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث الا أن لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رحمهما الله قضاء أيضا أما لو قال السلام عليكم الا على واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلاة فان كان اماما قبل ان كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث وان كان عن يساره يحنث لان الاولى واقعة في الصلاة فلا يحنث بها بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بهما لانهما في الصلاة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث بهما وهو الصحيح والاصح ما في الشافي أنه يحنث الا أن ينوي غيره وفي شرح القدوري فيما اذا كان اماما يحنث اذا نواه وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا لان سلام الامام يخرج المقتدي عن الصلاة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من حنث وقال أبو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كي ترحنث وبه أخذ وهو المختار ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو لبى حنث ولو كلمه الحالف بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو أراد أن يأمره بشئ فقال وقد مر المحلوف عليه ياحائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحنث قاله في الذخيرة ولو حلف لا يتكلم فناول امرأته شيأ وقال هاحنث ولو جاء كافر يريد الاسلام فبين صفة الاسلام مسمعا له ولم يوجه اليه لم يحنث وفي المحيط لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو أو فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلاة يحنث ولو كتب اليه كتابا أو أرسل رسولا لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك وأحمد واستدلا لهم بقوله تعالى وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا أجيب عنه بأن مبنى الايمان على العرف واعلم أن الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة أيضا فان نوى في ذلك كله أي في الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحدثه لا يحنث الا أن ينافهه وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا أبشره فكتب اليه حنث وفي قوله ان أخبرتني أن فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة وكذا ان أعلمني وكذا البشارة ومثله ان كتبت الى أن فلانا قدم فكتب قبل قدومه فوصل اليه الكتاب حنث سواء وصل اليه قبل قدومه أو بعده بخلاف ان كتبت الي بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع ذكر هشام عن محمد سألني هرون الرشيد عمن حلف لا يكتب الى فلان فأمر من يكتب اليه بايماء أو اشارة هل يحنث فقلت نعم يا أمير المؤمنين اذا كان مثلك قال السرخسي وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما يأمر ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند أبي يوسف ويحنث عند محمد لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام أحدهما الا أن ينوي كلا منهما فيحنث بكلام أحدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه في بعض المواضع

(قوله ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان) أي بالاشتقاق الكبير (أو من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع) قال المصنف (وقال أبو يوسف لا يحنث) وهذه رواية عنه كما ذكره الاقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم يحنث وعن أبي يوسف لا يحنث ووجه هذه الرواية عنه أن الاذن هو الاطلاق وأنه يتم بالآذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضا فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث أجاب المصنف بأن الرضا من عمل القلب ولا

قال (وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ماوراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لا صومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه (وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث وان قرأ في غير صلاته حنث) وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضا ظاهر الكن معناه الاعلام بالرضا فلا يتحقق بمجرد الرضا وما نوقض به من انه ذكر في التتمة والفتاوى الصغرى اذا أذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير مأذونا دفع بانه يدل على نقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار مأذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط أذن لعبده فلم يعلم به ولا أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم بإذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه أن الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه وقوله على ما مر يعني ما تقدم آنفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الخ (قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو) أي ابتداء الشهر (من حين حلف) لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف توجب ترك الكلام من الآن وتطيره اذا أجره شهرا لان العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون وأما الاجل في قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف في أنها البيان ابتداء المدة أو لانتهائها فعن أبي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر وألحقها بآجال الديون فجعلها البيان ابتدائها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو أحسن لان الاجل في مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لا صومن شهرا فانه نكرة في الاثبات وانما يوجب شهرا شائعا يعينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال وأما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تتأبد فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي ما يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهره أنه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو أطلق تأبد متصلا بالايجاب ولا يخفى أن ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالته على النفي ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهرا ابتداؤه من الحال فلذا جعل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا الا أنك علمت من تقريرنا أن لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التأبيد والاخراج وأما ما فرع على استقلال الاخراج مما ذكره الترتاشي من قوله ان تركت الصوم شهرا أو كلامه شهرا تناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا ان لم أسا كنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا في عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه نعم ان كان في مثله عرف يصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا (قوله ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلاة لا يحنث وان قرأ في غير الصلاة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير) اذا فعله في الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث وهذا جواب الاستحسان وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لانه أي القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء وان مما أحدث أن لا يتكلم في الصلاة متفق عليه وأما الحديث الذي ذكره المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه

(وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين) لان ما يلي اليمين صالح لمحلية البر أي جزء كان من أجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقعت النكرة في سياق النفي كان اليمين مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهي الغيظ الذي لحقه في الحال بخلاف ما لو قال والله لا أصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين اما لانه نكرة في سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح أن تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم وأنه منكر فالنية تعينه وقوله (وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن) ظاهر

قال المصنف (وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي) أقول في الكافي ما يخالفه فانه جعل قول الشافعي كقول خواهرزاده

(ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد (وان عنى النهار خاصة دين فى القضاء) لانه مستعمل فيه أيضا وعن أبى يوسف أنه لا يدين فى القضاء لانه خلاف المتعارف

لا يصلح فيها شئ من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس ولا يستلزم نفى الكلام مطلقا وهذا التفضيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفى العرف المتأخر لا يسمى التسبيح والقرآن أيضا ومامعه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ انه لا يحنث أيضا بجميع ذلك خارج الصلاة واختير للفتوى من غير تفصيل أى تفريق بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وماذكر فى بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فأنت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا إله الا الله والله أكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لا إله الا الله أكبر طلقت ثلاثا لانه كلام متعدد لاستئناف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد وقد يدفع بأن الكلام فى مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد أصلا وأما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفى الحديث أصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد

ألا كل شئ ماخلا الله باطل * وكل نعيم لا محالة زائل

وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والاشارة ونحوه (قوله ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) فان كلمه ليلا أو نهارا حنث ثم قال المصنف فى وجهه لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا أو نهارا والكلام لا يمتد قيل فى وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد الا بتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند الموافقة صورة ومعنى والكلام الثانى يفيد معنى غير مفاد الاول فليس مثلا وما قيل الكلام يتنوع الى خبر واستخبار وأمر ونهى فلا يحمل على الكلام المطلق انه يمتد فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا أنه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا ممتد على أن اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة معنى كيفما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول أولا وبه يندفع القولان ولذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح أن يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف أولى من اعتبار المضاف اليه كما فى قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل فى الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وأن الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما أضيف اليه الظرف وعدمه لجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلى بخلاف ما أضيف اليه لانه ليس مقصودا الا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاول واستشكل بما لو قال والله لا أكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل وكذا لو قال فى كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك فى التتمة وبه قال الشافعى وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المصنف وجوابه أن المراد باليوم فيه النهار فى المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفى عند ذكر الغد والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا أكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعى وهو كقوله ثلاثة أيام وفى المسئلة الثانية ذكر كلمة فى فى كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف فى أنت طالق فى كل يوم تطلق ثلاثا فى ثلاثة أيام ولو قال كل يوم تطلق واحدة ولا يتحقق التجديد لو أريد باليوم مطلق الوقت (قوله وان عنى النهار خاصة) أى بلفظ اليوم (دين) أى صدق (فى القضاء لانه مستعمل فيه) أى لانه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضى وان كان فيه تخفيف على نفسه أو هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن أبى يوسف لا يدين فى القضاء لانه خلاف المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء

وقوله (ولو قال يوم أكلم فلانا) ههنا ثلاث عبارات نهارا أكلم فلانا وليلة أكلم فلانا ويوم أكلم فلانا فالاولى لبياض النهار خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث

(قوله

(ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لانه حقيقة فى سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وماجاء استعماله فى مطلق الوقت (ولو قال ان كلمت فلانا الا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال الا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث) لانه غاية

(قوله ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لانه حقيقة فى سواده كالنهار للبياض خاصة ومانافية وجاء استعماله فى مطلق الوقت كما جاء فى لفظ اليوم وأورد عليه قول القائل

وكأ حسبنا كل بيضاء شحمة * ليالى لاقينا جذاما وحميرا

سقيناهم كاساسقينا بمثلها * ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم تكن ليلا أجاب شمس الأئمة بأن المذكور الليالى بصيغة الجمع وذكر أحد العددين بصيغة الجمع ينتظم ما بازائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعنى ذكر الليالى ينتظم النهر التى بازائها كما أن ذكر الايام ينتظم الليالى التى بازائها قال تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام وفى آية أخرى ثلاث ليال سويا والقصة واحدة وليس الكلام الا فى المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب ونظر فيه بعضهم بانه يقتضى أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت مستوعبة لليالى تتبعها أيام بقدرها والمتعارف فى مثل هذا الكلام انه انما يقصد به الوقت لا الجمع بين الايام والليالى وليس هذا بشئ لان الواقع قد يكون أن الحرب دامت بينهم أياما وليالى وهذا كثير الوقوع فاراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك فى خصوص عرف (قوله ولو قال ان كلمت فلانا الا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو الا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم أو الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية) أى لان القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا أن فعل الشرط المثبت فى اليمين يكون للمنع منه فيكون فى معنى المنفى به وبالقلب فقوله ان كلمته حتى يقدم بمعنى لا أكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامرأته طالق واذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن فتبقى اليمين ما بقى عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهى بعد الغاية لانها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما أن حتى غاية فظاهر واما ان الا ان غاية فلان به ينتهى منع الكلام فشابهت الغاية اذا كانت الغاية لمنعه فأطلق عليها اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم أى الى موتهم وقيل هى استثناء على حالها وفيه شئ وهو أن تقدير الاستثناء فيها انما يكون من الاوقات أو الاحوال على معنى امرأته طالق فى جميع الاوقات أو الاحوال الا وقت قدوم فلان أو اذنه والاحال قدومه أو اذنه بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن فان تقدير الا ان يأذن الا اذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضى أنه لو كلمه بعد القدوم أو الاذن حنث لانه لم يخرج عن أوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم أورد أن الا أن شرط لا غاية لانها شرط فى قوله امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد وأجيب بأنها انما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله يعنى فتكون فيه للشرط اه وهذا يؤيد ما تقدم من أن الكلام مما يعتد لانه الشرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف ولما كان مظنة أن يعترض بأن الشرط وهو الا أن يقدم مثبت فالمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجهه شارح آخر فقال وانما حمل على ان لم يقدم فى مسئلة الطلاق لا على ان قدم لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق من الحال مستمرا الى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والمتحقق من ذلك أن الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم فحيث لم يمكن ارتفاعه

والثانية لسواده خاصة فلو كلمه نهارا لم يحنث وما جاء استعماله فى مطلق الوقت وما جاء فى قول الشاعر

وكأ حسبنا كل سوداء تمرة * ليالى لاقينا جذاما وحميرا

لما أراد به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما فى الشعر بلفظ الجمع وذكر أحد العددين بعبارة الجمع يقتضى دخول ما بازائه من العدد الآخر وذلك أصل آخر غير ما نحن فيه والثالثة يعتبر بما قرن به ان قرن بفعل لا يعتد برادبه مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام مما لا يعتد وان قرن به ما يعتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة أصولية وقد قررناه فى التقرير فان عنى فى قوله يوم أكلم فلانا النهار خاصة صدق فى القضاء لانه مستعمل فيه أيضا قال الله تعالى اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة والمراد به بياض النهار وقوله (لانه غاية) أما فى كلمة حتى

(قوله وما جاء استعماله فى مطلق الوقت) أقول لفظ ما نافية فى قوله وما جاء الخ (قوله وذكر أحد العددين الى قوله من العدد الآخر) أقول والتفصيل فى باب الاعتكاف

والبين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين (وان مات فلان سقطت اليمين) خلافا لابي يوسف لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصورا الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين (ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث) لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك أو اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال هذا في اضافة الملك بالاتفاق

بعد وقوعه بالقدوم وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل أنت طالق ان لم يقدم فلان فلا يقع الطلاق الا أن يموت فلان قبل أن يقدم أو يأذن لانه مطلق كقوله ان لم أطلقك فانت طالق قال تاج الشريعة ومهما أمكن المصير الى هذا المجاز يعني الغاية لا يصار الى ذلك المجاز يعني الشرط لان في هذا اجراء المجاز في مجرد الاستثناء وفي ذلك اجراؤه في استثناء القدوم لانا نجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم واجراء المجاز في الجزء أولى منه في المجموع (قوله وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع منه كلام ينتهي) المنع منه (بالاذن والقدوم ولم يبق) الاذن ولا القدوم (بعد موت من اليه الاذن والقدوم متصور الوجود) فلم يبق البر متصور الوجود وبقاء تصوره شرط لبقاء اليمين المؤقتة عند أبي حنيفة ومحمد على ما مر وهذه اليمين مؤقتة بوقت الاذن والقدوم اذ بهما يتمكن من البر اذ يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البر وعند أبي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين فاي وقت كلمه فيه يحنث فان قيل لا نسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه قادر على اعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن فالجواب أن الحياة المعادة غير الحياة المحلوف على اذنه فيها وقدومه وهي الحياة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى لا يمكن اعادتها بعينها وان أعيدت الروح فان الحياة غير الروح لانه أمر لازم للروح فبماله روح (قوله ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا له بعينه) انما أراد من ينسب اليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ اعلم انه اذا حلف على هجران محل مضاف الى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الاضافة في الكل معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره سواء كانت اضافة ملك كعبده وداره ودابته أو اضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالاضافة مطلقا تفيد النسبة والنسبة أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل اضافة النسبة تقابل اضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والاخص الا أن يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محل الجعل المذكور للمصنف واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك اما أن يقرن به لفظ الاشارة كقوله لا يكلم عبده هذا أو زوجته هذه أو لا فعلى تقدير عدم الاشارة الظاهر أن الداعي في اليمين كراهته في المضاف اليه والا لعرفه باسم العلم ثم أعقبه بالاضافة ان عرض اشتراك مثل لا أكلم راشدا عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد أو فلانة زوجة فلان كذلك فلما اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار اليه كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف اليه وان احتمل أن يهجر بعضهم لذاته أيضا كالزوجة والصديق فلا يصار اليه بالاحتمال وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الاضافة وقت الفعل بان كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة الى وقت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بان باع وطلق ثم استرد أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغي أن يحنث في قول أبي حنيفة ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي عنها صحت الاضافة بان باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا اذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لا يحنث لما قلنا ان اليمين انعقدت

(قوله فلما تقدم من مناسبة الخ) أقول في باب اليمين في الخروج والاتيان (قوله وهي غير المعادة) أقول أي بالاعتبار قال المصنف (ولم يبق بعد الموت متصور الوجود) أقول ليتصور كف النفس عن المدلول عليه باليمين فليتأمل قال المصنف (لانه عقد يمينه على فعل واقع) أقول المحلوف عليه هنا الترك لا الفعل

باعتبار

وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ماذكرههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك

باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال أنها زائلة عنده وهذا الاصل على قول أبي حنيفة وأما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتفرع على هذا انه لو طلق زوجته وعادى صديقه واستحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروكة حنث وهذا ما نقله المصنف عنه من الزيادات ووجهه ما جوزناه في أصل أبي حنيفة من أنهما يقصدان بالهجر لا نفسها لا لغيرهما فكانت الاضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها أو وجودها وقت الفعل فتعلق الحكم أي الهجر بعينه كما في الاشارة فانه اذا قال لزوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فالاتفاق أنه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ما تقدم من أن الظاهر أن الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه وأقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وأن يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بما ذكرنا أن ما ذكره في النهاية وغيرها من قوله الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم توجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت الفعل ثم وجه الفرق بأن في اضافة الملك الحامل على اليمين معنى في المالك لان هذه الاشياء لا تعادى لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بأن العبد يتصور منه الاذى أجيب بأن ابن سماعة ذكر في نوادره أنه يحنث عند أبي حنيفة لهذا ووجه الظاهر أن العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار فالظاهر أنه ان كان منه أذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه ولا يخفى انه أعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله أصلا لهذه المسائل ليس بصحيح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه أو انه الاصل لصاحب المذهب هذا وروى أن هشاما أخبر أن محمدا رجع الى قول أبي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فأما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا أو داره هذه أو امرأته هذه أو صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر فلزم اعتبارها وسقوط الاخرى واذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مما لو كالميت لذاته لسقوط اعتبارها فتقيد بقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادى لنفسه كما يعادى لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين أي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادى لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة أخرى لكن الواقع أن لها فائدة وهي افادة أن الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه لغيظ منه فيعتبر كل منهما لفائدته وقد رجح ابن العز قول محمد

فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق امرأته أو عادى صديقه عنده وعند محمد يحنث كذا قاله في الزيادات وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه أي بعين كل واحد منهما كما في الاشارة بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه (ووجه ماذكرههنا) يعني عدم الحنث وهو قول أبي حنيفة رحمه الله (وهو رواية الجامع الصغير) فانه ذكر قول محمد في الزيادات وقول أبي حنيفة في الجامع الصغير ولم يذكر لابي يوسف قول وقال فخر الاسلام يحتمل أن يكون قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه أي كل واحد من المرأة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل أن لا يكون فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك

(قوله ووجه ماذكرههنا) أقول وجه ماذكر مبتدأ خبره يجيء بعد أسطر وهو أنه يحتمل الخ

وان كان مع الاضافة اشارة بأن قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحنث في العبد أيضا وهو قول زفر وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وماهو للتعريف يلغو عند وجود ما هو أبلغ منه فيه والاشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره لانسلم أن الاضافة للتعريف بل لبيان ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان أي الدار والدابة والثوب لاتهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين أي لعدم تعين المضاف اليه للهجران لكون المضاف أيضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعيين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمرأة يجوز أن تهجر لذاتها لشؤمها كما جاء في الحديث وأجيب بأن ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا وقوله (وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان) ظاهر

(وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحنث في العبد أيضا) وهو قول زفر (وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر أن الاضافة للتعريف والاشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف الاضافة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما أن الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم قال (وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث) لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا أشار اليه

وزفر بأن العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو أراد هجرانه لاجل سيده لم يحتج الى الاشارة فلما أشار اليه بقوله هذا علم أن مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد أظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى وماذكر من أن لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر قد يدفع بأن الاضافة تستقل بالفائدتين فانها أيضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تفيد الآخر وجوابه أن الاشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التخصيص أيضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان وان كانت الاضافة تفيد أن سبب هجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث في الايمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين هذا الفقير لفقره لم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم تكن له نية أما لو نوى أن لا يدخلها ما دامت لفلان أو لا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الاول وروى شذوذا عن أبي يوسف في دار فلان هذه أنه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشئ وعنه أيضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لا يستحدث فيها عادة فانها آخر ما يباع وأول ما يشترى عادة فتقيدت اليمين بالقائمة في ملكه وقت الحلف أجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه أيضا أن اليمين تتقيد في الكل بالقائم في ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفي قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييدا لليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم في الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفي بعض الشروح لا أتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغي أن تنعقد على الموجودة حال التزوج فلا جرم أن في التفاريق عن أبي يوسف ان تزوجت بنت فلان أو أمته انه على الموجود والحادث (قوله وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث) بالاجماع (لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما لو أشار اليه) أي الى صاحب الطيلسان بان قال لا أكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين

(قوله لان هذه الأعيان أي الدابة والثوب الخ) أقول فيه أن الدابة والثوب ليسا بمذكورين فيما سبق فتعميم الاشارة لهما أيضا لابد له من توجيه

وقوله (وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين) جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا الحنث اذا حلف لا يأكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا وتقريره الصفة في الحاضر لغوا اذا لم تكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على ما مر من قبل يعني في أول باب اليمين في الأكل والشرب بخلاف الرطب فان صفتها داعية الى اليمين

(ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث) لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل

﴿فصل﴾ قال (ومن حلف لا يكلم حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر) لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى تؤتي أكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا الان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا

﴿فصل﴾ لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقة بالأزمان سماه فصلا (ومن حلف لا يكلم فلانا حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان ولا نية له على شئ من الوقت فهو على ستة أشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلاة وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر قال المفسرون المراد به أربعون سنة وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى تؤتي أكلها كل حين أي كل ستة أشهر فمن وقت الطلع الى وقت الرطب ستة أشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة أشهر ومعناه انه ينتفع بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة (وهذا هو الوسط فينصرف اليه) اذا لم تكن له نية وقوله (وهذا) أي الانصراف الى ستة أشهر (لان القصير لا يقصد بالمنع) لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لان من أراد ذلك يقول أبدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت تأبد اليمين فحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فائدة فتعين الاوسط

اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان أبدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور أسود لحمته وسداه صوف (قوله ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان الحكم معلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو) ولا تتقيد بشيبته وأورد عليه أنه تقدم لو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا لا يحنث مع أن الصفة في الحاضر لغو فأجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعني أن الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فتقيد به بخلاف الشيبة هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري حلف لا يكلم صبيا أو غلاما أو شابا أو كهلا فالكلام في معرفة هؤلاء في ثلاثة مواضع في اللغة والشرع والعرف أما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاما الى تسع عشرة ومن تسع عشرة شاب الى أربع وثلاثين ومن أربع وثلاثين كهلا الى احدى وخمسين ومن احدى وخمسين شيخ الى آخر عمره وأما الشرع فالغلام لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى وعن أبي يوسف ان من ثلاث وثلاثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال القدوري قال أبو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا أن يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلاثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلاثين الى مائة سنة وأكثر والشيخ من أربعين الى مائة وهنا روايات أخرى وانتشار والمعول عليه ما به الافتاء

﴿فصل في يمين من حلف لا يكلم حينا أو زمانا﴾ لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل (قوله ومن حلف لا يكلمه حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر في النفي) كلا أكلمه الحين أو حينا (والاثبات) نحو لاه ومن حينا أو الحين أو الزمان أو زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان فان نوى مقدارا صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك ففي القليل قول نابغة ذبيان

فبت كأني ساورتني ضئيلة * من الرقش في أنيابها السم ناقع
تبادرها الراقون من سوء سمها * تطلقه حينا وحينا تراجع

يريد أن السم تارة يخف ألمه وتارة يشتد وأما في الكثير فالمفسرون في هل أتى على الانسان حين من الدهر أنه أربعون سنة وأما في المتوسط فقوله تعالى تؤتي أكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة أشهر عن ابن عباس رضي الله عنه لان من حين يخرج الطلع الى أن يصير رطبا ستة أشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة أشهر ولان اليسير لا يقصد بالحلف والا لم يحلف

﴿فصل﴾ قال بعض أصحابنا ان الدهر بلام التعريف الخ) أقول في الدهر المعرف منهما روايتان فلا غبار في كلام الشرح

وقوله (وكذا الزمان) ظاهر (وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني يقع على ستة أشهر المنكر والمعرف سواء (وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما أن يكون ستة أشهر كما قالا واما أن يكون يقع على الابد كما قال بعض أصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف بقوله أما المعرف بالالف واللام فراد به الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ماذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها أدنى الجمع المتفق عليه وكان أبو حنيفة أيضا قائلا في دهور منكرة بثلاثة منها فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد أجيب بأن ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة وبيان اختلاف الاستعمال فيه أن معرفه يقع الابد بخلاف الحين والزمان رحمنا

وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية أما اذا نوى شيأ فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عندهما وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح أما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما أن دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وأبو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال

لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين والمديد وهو أربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فريده خارج عن العادة اذ لم يسمع من يقول لا أكلمه أربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين وما معه تأبد فالظاهر أنه حينئذ لم يرد أقل ما ينطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا والشافعي يصرفه الى الاقل وهو ساعة وعرفت أنه لم يقصد والاترك ذكره ويحصل بلا حلف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا أنه ثبت استعماله لستة أشهر ولا ربعين سنة ولا قل ما ينطلق عليه بل انه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو أخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان يكن مثله في خصوص المدة فيصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه أنه للابد كالدهر والعمر ولذا صح الاستثناء منه فلو قال لا أكلمه الزمان الا ستة صح وعهدية الستة أشهر انما ثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله ان أريد في الوضع فمسلم ولا يفيد لان المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا وان أريد في الاستعمال فيحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين بخلاف لا صومن حينا أو زمانا كان له أن يعين أي ستة أشهر شاء وتقدم الفرق (قوله وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني المنكر ينصرف الى ستة أشهر اذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان فان كان عمل به اتفاقا وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازا عما ذكر الشيخ أبو المعين من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهرا والدهر والصحيح أن المعرف بالاتفاق يصرف الى الابد وانما توقفه في المنكر لان استعماله لم تثبت على الانحاء الثلاثة المديد والقصير والوسط فلم يدر بماذا يقدر وتقديره بالمتيقن وهو أقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف وقيل لانه جاء في الحديث ان الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا أكلمه الدهرا حتمل أن اليمين مؤبدة والمعنى والله لا أكلمه والله فانك علمت أن حرف القسم يحذف وينصب الاسم ويحتمل أنه أراد الظرف وهو الابد وقول الشاعر

هل الدهر الا ليلة ونهارها * والا طلوع الشمس ثم غيارها

فالنكرة وان كانت في الاثبات فهي للعموم بقرينة أي كل طلوع وكل غروب الخ وعرف أنها تستعمل في الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما أحضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف أيضا لان الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره نفسه ويقال دهري لمن قال بالدهر وأنكر الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وما يهلكنا الا الدهر قال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع

(قوله ويقال دهري الى قوله عند الاطلاق) أقول فيه تامل

وقوله (ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه أنه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة أيام عنده كما في المعرف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع أصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على أقل الجمع وهو الثلاثة ولو حلف لا يكلمه

(ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة وقالا على أيام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى أقصى ما ذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة (وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين) وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه

رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم

من قال لا أدري لما لم يدره * فقد اقتدى في الفقه بالنعمان

في الدهر والحيض كذلك جوابه * ومحل أطفال ووقت ختان

والمراد بالاطفال أطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز ❁ فرع اذا قال لا أكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا فمرة قال في لله علي صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر الا أن ينوي أقل أو أكثر (قوله ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق فانه قال وأجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها أدنى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان أنها على عشرة أيام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع أصح ووجهه المصنف بقوله لانه اسم جمع منكر فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث كما يتناول أكثر منه لكن لا معين للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة وأورد أن حكاية الاتفاق في المثل المذكور توجب عدم توقف أبي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشيء اذ قوله الدهور لثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه أنه ماهو نعم يلزم لكل عاقل نفي أن يراد به الله سبحانه وتعالى لامكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع أو قبله والجواب في الليل مثله في اليوم (قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة) وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من ذلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة أشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى أيام الاسبوع وفي الشهور الى اثني عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا أمكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر أو هي للعهد فيها أيضا فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المصنف لانه لا معهود دونه أي دون العمر وحاصله استغراق سني العمر وجمعه وله أنه جمع معرف باللام فينصرف الى أقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميز العدد قبله فانه يقال ثلاثة أيام

الايام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة وقالا على أيام الاسبوع والاصل أن حرف التعريف اذا دخل على اسم الجمع ينصرف الى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام الى عشرة أيام ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوما ومائة يوم وألف يوم فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى أقصى ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس أيام الاسبوع فكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه الى جميع العمر وقوله (لانه يدور عليها) قيل أي لان الشهور تدور على اثني عشر

وكان القياس أن يقول لانها تدور عليه ولكن أول بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني

(قوله ينصرف الى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع) أقول أي من العدد (قوله قيل أي لان الشهور الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني

فيكون لفظ أيام مرادا بها الثلاثة بيقين وكذا أربعة أيام وخمسة أيام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تعالى وقطعناهم اثنتى عشرة أسباطا أمما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع هنا وان أريد به يقينا ما يزيد على العشرة لكنه بوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث يصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود مما يستعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شائعا ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه وبخلاف ما اذا لم يقع مميز العدد نحو وتلك الايام نداولها بين الناس حيث أريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر أن يراد باللام ذلك لكن المقرر انه حيث أمكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والفرض أن الحالف لم يرد شيأ بعينه فالواجب أن يصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر أقصى المعهود وان كان ما دونه معهودا أيضا لانه كما عهد استعماله مميزا في العشرة عهد فيما دونها الاستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذى حكم به عند عدم العهد انما ثبت لان مدخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى صرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهنا أيضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التى أولها ثلاثة وأقصاها عشرة ولا معين كانت لاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ما أورده ابن العز من قوله وهذا أى كون أقصى ما يراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد واذا لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك الايام نداولها وان عدة الشهور قال وليس فى قول الحالف لا أكلمه الشهور اسم العدد فلا يصح أن يقال انه أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذلك الايام وانما قلنا انه اندفع لانك علمت أن القصد تعيين ما عهد مرادا بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شئ بعينه فكون لفظ أريد به غير ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفى عهديته فى غيره وأما مشاحته الخبازى حيث قال الخبازى اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتى الاطلاق واقترانه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشئ فى جميع الاحوال كان أثبت مما هو اسم له فى حال دون حال فليست بشئ فانه دفع كلامه هذا بقوله كأنه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال انه للعشرة وما دونها حقيقة فى حالين ولما فوقها فى حالة واحدة وانما قالوا هذا فى بعض أسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما فى رهط وذود ونفر الى آخر ما ذكره ولم يعلم أن الاضافة فى قول الخبازى اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذى هو الجمع ومثل هذا فى عبارات جميع أهل الفنون أكثر وأشهر من أن يخفى على ناظر فى العلم فحاصل كلام الخبازى أن الجمع فى العشرة فما دونها أثبت منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به فى حالتين والثانى فى حالة يعنى فكان الحمل على ما عهد له فى الحالتين عند عدم المعين لازما وحقيقة ما ذكرناه فى مبدأ التقرير شرح له والله الموفق نعم لقائل أن يرجح قولهما فى الايام والشهور بأن عهدهما أعهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعنى الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض فى خصوص مادة من الجمع كالايام عهدية عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود أولى وقد عهد فى الايام السبعة وفى الشهور الاثنى عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما أولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد فى مادتيهما عدد آخر فيصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة المسماة بيوم السبت ويوم الاحد الى آخره والكلام فى لفظ أيام اذا أطلق هل عهد منه تلك الازمنة الخاصة للسبعة لا شك فى عدم ثبوته فى الاستعمال اذ لم يثبت كثرة اطلاق لفظ أيام وشهور ويراد به يوم السبت والاحد الى الجمعة والمحرم وصفر الى آخرها على الخصوص

(ومن قال لعبده ان خدمتني أياما كثيرة فأنت حر فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة رحمه الله عشرة أيام) لانه أكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة أيام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة أيام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين فالجواب منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد عن لفظ النكرة بل أعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ أولا عنه فانه اذا صار المعنى معهودا بأى طريق فرض ثم أطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكرى وعلمى ومثل للثانى بقوله تعالى اذ هما في الغار فان ذات الغار هي المعهودة لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعل ما سماه طائفة من المتأخرين بالعهد الخارجي أعم مما تقدم ذكره أو عهد بغيره كما ذكرنا ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا عهد مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيقيد بها العهد بتها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالله (قوله ومن قال لعبده ان خدمتني أياما كثيرة فأنت حر فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة عشرة أيام لانه أكثر ما تناوله اسم الايام) على اليقين على ما تقدم (وقالا سبعة أيام لان ما زاد عليها تكرار) وقد يقال قد تقدم في قضاء الفوائت ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان تطرق الكثرة بهذا المعنى هنا أن لا يحنث الا بثمانية أيام وانما ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في السبعة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة أن لا نية للقائل في مقدار الكثير ففرع كل على أصله ثم قال أبو اليسر أما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف الى أيام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اكر خدمت كنى مرا روزهاى بسيار تو ازاوى اذا خدم سبعة أيام يعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال أبو حنيفة من انتهاء الايام الى العشرة وهذا احسن والله أعلم ۞ فروع قال أول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من أول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر أو عند رأس الهلال أو اذا أهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي يهل فيها ويومها وان نوى الساعة التي أهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه ولو قال أول الشهر ولا نية له فله من اليوم الاول الى خامس عشره وان قال آخر الشهر فمن سادس عشره الى آخره أو غرة الشهر فالليلة الاولى واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة أو سلخ الشهر فالتاسع والعشرون وان قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس له من حين تبدو الى أن تبيض وان قال وقت الضحوة فمن حين تبيض الى أن تزول ففي أي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم أن المساء مساآن ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد ان كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال أبو الليث قال محمد ليس عندنا شئ في معرفة الصيف انما يرجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا بأجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك يعتبر العرف في هذه المسائل وفي الواقعات والمختار انه اذا كان الحالف في بلدلهم حساب يعرفون به الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فأول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخره ما يستغني الناس فيه عنهما والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى أول الصيف والخريف من آخر الصيف الى أول الشتاء لان معرفة هذا أيسر للناس وقيل اذا كان على الاشجار أوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق

وقوله (ومن قال لعبده) ظاهر وقوله (وقيل لو كانت اليمين بالفارسية) يعني مثل أن يقول اكر خدمت كنى مرا روزهاى بسيار تو ازاذى اذا خدم سبعة أيام ينبغي أن يعتق لان في لساننا يستعمل في جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال أبو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع الى عشرة فلذلك أريد في العربية أكثر ما ينطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام بل يقال احدى عشر يوما ومائة يوم وألف يوم وقيل في تعليل المصنف نظر لان لفظ الفرد بالفارسية اما أن يفهم منه معنى الجمع أولا فان فهم ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي أن لا يكون الاسبوع مرادا أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع وقوله (ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء) قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي وان أفاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة وتخصيص أيام الاسبوع لكونه المعهود اولعدم القائل بالفصل

(قوله وقيل في تعليل المصنف نظر الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني أيضا

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما أكثر وقوعا فكان معرفة أحكامه أهم من غيره (ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ولو قال ذلك (٧٦) لأمته وعلق به الحرية عتقت) لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة فظاهر وكذلك عرفا لانه يسمى فى العرف ولدا وأما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد واذا تحقق الشرط ثبت الحكم (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبى حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما) لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتحمل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهى الجزاء ولابى حنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهى قوة حكمية تظهر فى دفع تسلط الغير ولا تثبت فى الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

﴿ باب اليمين فى العتق والطلاق ﴾

(ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فأنت حرة) لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به فى العرف و يعتبر ولدا فى الشرع حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له فتحقق الشرط وهو ولادة الولد (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبى حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما) لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتحمل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهى الجزاء ولابى حنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهى قوة حكمية تظهر فى دفع تسلط الغير ولا تثبت فى الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها أوراق فالشتاء واذا خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج أراد وقت وقوعه فعلى ذلك وهو الشهر الذى يقال له بالفارسية أذار فان لم يكن له نية أو نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذى يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر ما يطير فى الهواء وما لا يستبين على وجه الارض ولو وقع الثلج فى بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه فى بلدته حتى لو كان الحالف فى بلدة لا يقع بها ثلج تأبدت اليمين ولو قال الى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر فان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من شهر رمضان وبه أخذ الفقيه أبو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا فان كان حلف فى أثناء الشهر لا يحنث عندهما حتى يجىء مثله من رمضان القابل وعند أبى حنيفة حتى يمضى كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على أنها فى رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتأخر وعندهما فى ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتأخر لكن لا تعرف

﴿ باب اليمين فى العتق والطلاق ﴾

لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ما تقدم قدمه على ما بعده (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت) وكذا اذا علق به عتق أمة لان بولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى تنقضى به العدة وتصير به نفساء اذا رأت الدم فتحرم الصلاة عليها وتصير به الامة أم ولد وفى الحديث من رواية أبى عبيد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال فى السقط يظل محبنطئا على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ أى ينفخ بطنه من الامتلاء من الغضب و بلا همز وهو المتغضب المستبطئ للشئ والفعل منهما احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا ومن هذا يؤخذ أن السقط له حكم الولد وكذلك هو فى الحكم فلو أسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت أيضا لانه ولد حتى صارت الامة به أم ولد ولو لم يستبن شئ من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه فى الحيض (قوله ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبى حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا آنفا) لكنه ليس محلا للعتق فتحمل اليمين الولد فلم يكن الشرط الا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغير انحلت عينه حتى لو اشترى بعد ذلك عبد النفسه لم يعتق مع أنه جعل شراء العبد شرط الحريته وعبد الغير ليس محلا للحرية عن المشترى لعدم ملكه وأجيب بأن الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة الى اضمار الحياة لان الحرية بدون الحياة لا تتصور أصلا وفى ملك الغير تتصور موقوفة على الاجازة فلا يلزم من وجوب اضمار الحياة اضمار الملك

(واذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق) لان الاول اسم لفرد سابق (فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم) لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية (وان قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث) لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف (وان قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق) لان الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر) لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية (ويعتق يوم اشتراه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات)

اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق فأبانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة أن الشرط ليس الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون الا في الحي فتقييد الموصوف بالشرط بالحياة والالغى الكلام فكأنه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق للزم وحريتها لانه لا يصلح مقيدا للولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به وأورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيره ثم عبد النفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه أجيب بان المشترى لغيره محل للاعتاق لصحة نيابته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار الملك فيه أما الميت فلا يصح ايجاب العتق فيه لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من أن قوله ان دخلت فأنت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا قالوا بأنها فانقضت عدتها فدخلت انحلت ولم يقع بعد ولم يضر قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فأنت طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال أول عبد دخل علي فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم عبد حي عتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح أنه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال أول كر أملكه فهو هدى فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيأ لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره التمرتاشي والمرغيناني (قوله واذا قال أول عبد أشتريه فهو حر) فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فيه ولو كان قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد به في حالة الشراء لان وحده للحال لغة فيقيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد أن الشراء في حال تفرد المشترى وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال أول عبد أملكه واحدا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه أول بهذا المعنى فانه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولى بهذا المعنى ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فتكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك وقيل لانه يحتمل أن يكون حالا من العبد وأن يكون حالا من المالك أي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك اليه أشار شمس الائمة وقاضيخان (قوله وان قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لان الآخر فرد لاحق) والفرض أن لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق وهذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق أن

(قوله اذا قال واحدا الخ) أقول ولانه يحتمل أن يكون حالا من العبد أو من المولى فلا يعتق بالشك كذا قال الزيلعي أخذا من الكافي ونحن نقول وذلك الاحتمال ليس بثابت في وحده لكان الضمير المانع عن الحالية من المولى فانه لو كان حالا منه لقيل وحده كما لا يخفى

(قوله لان قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا) أقول لكونه حالا مؤكدة كقوله تعالى انا أنزلناه قرآنا عربيا والتفصيل في شرح المفتاح للسيد

حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة أن الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه (ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول) لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول

المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفي الاولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه والا لم يعتق المشتري في قوله أول عبد أشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا ثم عبدا في قوله آخر عبد أشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال أبو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه في الصحة والا عتق من الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة أو المرض وجه قولهما أن الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده الى الموت فصار كأنه قال ان لم أشتر بعدك آخر فأنت حر ولو قاله كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه ثابتا ولأبي حنيفة أن الموت معرف للشرط وليس بشرط وانما الشرط اتصافه بالآخرية وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء الا أن هذه الصفة بعرضية الزوال بأن يشترى بعده غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان آخرا من وقت الشراء فتبين به أنه عتق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته ان حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يمتد ثلاثة أيام فاذا امتد ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لا يتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم الشراء بل أمرا آخر لا يتحقق ظهوره الا به فلا يقع عنده مقتصرا الا لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصرا عندهما ومستندا عنده وفائدته أي فائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الارث وعدمه فعندهما ترث لانه يجعل فارا حيث حكما بطلاقها في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند أبي يوسف عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله ان لم أتزوج عليك فانه اذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج وهو أن يموت قبله فيتحقق به الشرط وليس مثل الاول لان مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط اذ لم يتم آخر الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الآخرية فانها تتم بذلك الشرط الى آخر ما ذكرناه ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم أخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم مات لم تطلق هي وتطلق التي تزوجها مرة لان التي أعادها عليها التزوج اتصفت بالاولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبد أضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم أعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا المعاد عليه (قوله ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين) أي متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف

وقوله (حتى يعتبر من ثلث المال) يعني على كل حال لان شرط العتق آخرية العبد المشترى وهي لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف وتقريره انه لما اشترى الثاني بعد الاول تثبت صفة الآخرية فيه لكن كانت بعرضية أن يزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لامته اذا حضت فأنت حرة فرأت الدم لا تعتق لجواز أن ينقطع الدم فيما دون ثلاثة أيام فاذا استمر بها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأت لانه تبين أن ما رأته كان حيضا حين رأت الدم الى هذا أشار الامام السرخسي ذكره في النهاية وفيه تسامح لان ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين ويجوز أن يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين في ذلك سواء وقوله (وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به) أي بوصف الآخرية كما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى تستحق الميراث وعند أبي حنيفة يقع مستندا الى وقت التزوج فلا تستحقه وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن يكون بيان الطلاق البائن فان به يكون وأما الزوج فاراوترث المرأة عندهما قال (ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة) البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر الا أنه في العرف يستعمل فيما يسر وينفي الحزن ويتحقق من واحد فأكثر فاذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة (فبشره ثلاثة)

فان أخبروه معا عتقوا لان البشارة حصلت منهم قال الله تعالى وبشروه بغلام عليم وان أخبر وا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان البشارة حصلت منه وبعضده ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود (٧٩) وهو يقرأ القرآن فقال من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد فابتدر اليه أبو بكر وعمر رضى الله عنهما للبشارة فسبق أبو بكر عمر بها وكان ابن مسعود اذاذ كر ذلك يقول بشرني أبو بكر وأخبرني عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط أي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشراء وهو شرط العتق لا علته فلا يكون مفيدا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة وان اشترى أباه ينوي به كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو قول أبي حنيفة الاول ووجه قولهم أن النية تشترط عند العلة والشراء شرط العتق لا علته وانما العلة هي القرابة فلا تفيد النية عند الشراء (وهذا) أي كون الشراء شرطا لا علة لان الشراء اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالته فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء اعتاقا ولنا أن شراء القريب اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره

(وان بشروه معا عتقوا) لانها تحققت من الكل (ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه) لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فأما الشراء فشرطه (وان اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزأه عندنا) خلافا لزفر والشافعي لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره

وأما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا كان أو ضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب أليم ولكن اذا وقع بما يكره قرن بذكر ما به الوعيد كما في الآية المذكورة فلو ادعى أنه في اللغة أيضا خاص بالمحبوب وما ورد في المكروه فمجاز دفع بما قدمنا اشتقاقه وهي البشرة فانها تفيد أن لذلك الخبر أثرا في البشرة ولا شك أن الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا أن على العرف بناء الايمان وان بشروه معا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالى وبشروه بغلام عليم فنسبها الى جماعة لتحقيقها تتحقق بالاولية من فرد أو أكثر وأصله ماروى أنه صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال صلى الله عليه وسلم من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد فابتدر اليه أبو بكر وعمر بالبشارة فسبق أبو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول متى ذكر بشرني أبو بكر وأخبرني عمر ولو كان مكان البشارة اخبار بان قال ان أخبرني والباقي بحاله عتق الكل ثم ان عدى بالباء بان قال ان أخبرني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى انها انما يتصور لصوقها الاخبار بنفسه يعني بنفس القدوم لفظا وهو الواقع في الكذب فاشتراط الصدق بناء على أن تحقق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان أخبرني ان فلانا قدم عتق كل من أخبره صدقا أو كذبا وقد أورد على اشتراط الصدق في البشارة أن تغير البشرة كما يحصل بالاخبار السارة صدقا كذلك يحصل كذبا وأجيب بما ليس بمفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف (قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه) لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه النية يشترط قرانها بعلة العتق وهي اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر وهو جزء اليمين فان اليمين هو مجموع التركيب التعليقي واذا كان الشرط ذلك والفرض انه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها وهذا لان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما ينزل بقوله أنت حر السابق فانه العلة أما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متأخر وانما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده اذا اشتريته فهو حر عن كفارة يميني فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم أشتريه يريد عن كفارتي وأورد عليه أن الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغي أن يقع عنها لقران النية بالعلة فالجواب انه لما كان قبل الشرط بعرضية أن يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلة حتى اعتبرت الاهلية عنده اتفاقا فلو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر أصلا فلذا يجب أن تعتبر النية عنده (قوله وان اشترى أباه ينويه عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي) ومالك وأحمد وهو قول أبي حنيفة أولا لان العلة للعتق هي القرابة المحرمة لاشراء القريب لانها التي ظهر أثرها في وجوب الصلة كالنفقة فهي المؤثرة في العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والارث وأما أن يكون الشراء نفس

قال المصنف (ولو قال ان اشتريت فلانا الخ) أقول وأنت خبير بأن الانسب ذكر هذه المسائل في باب الكفارة

وقوله (وصار نظير قوله سقاه فأرواه) جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب وان لطف فلا يكون نفسه ووجهه أن الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربه فأوجعه وأطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه أي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو أن شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب أولا فان أثبته لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم لا يقال شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشيء ازالة له محال بالبديهة ولا يقال شراء القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه أشد استحالة لانه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته ازالة له والجواب أن قولهم ثبوت الملك في القريب اعتاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك بقاء كما أنه أخرج الحر عن محلية ابتداء وبقاء وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية

وصار نظير قوله سقاه فأرواه (ولو اشترى أم ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسئلة أن يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنته ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية

العلة فلانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا أن شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا الاجماع على أنه لا يحتاج في اثبات عتقه الى اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك أن القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فأرواه والترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سها فسجد وزنى ماعز فرجم كما بيناه في وجه قول زفر وغيره وقد ثبت أن الملك أيضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمته وذلك أن في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة ولمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جعلناهما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير أن الشراء علة العلة أي علة جزء العلة ولما كان الشراء الاختياري هو الجزء الاخير من العلة بخلاف القرابة أضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء أنه يشتريه عن كفارته صح بخلاف ما اذا ملك الاب وغيره بالارث فان الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متأخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له أو أوصى له به أو تصدق به عليه فنوى عند القبول أن يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا في السبب وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة وأما المنافاة التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ في قولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك في القريب وملك القريب علة العتق فالاضافة اليه اضافة الى علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء أولا وبالذات وكان الاليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة (قوله ولو اشترى أم ولده لم تجزه عن الكفارة) وان نوى عند الشراء كونه عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة أن يكون تزوج أمة

الاستيلاد والشراء فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب لغيره جهة في حريته سوى الشراء فاذا اشتراه ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه وقوله (بخلاف ما اذا قال لقنته) ظاهر

(قوله ووجهه أن الفعل الخ) أقول ولا يخفى أن ماذكره اعتراف بالمغايرة (قوله لا يقال شراء القريب الخ) أقول والظاهر أن شراء القريب يثبت الملك في الزمان الاول ومزيل له في ثانيه ولا منافاة كما في الاعراض السيالة في العلل العقلية ولعل مراد الشارح أيضا ماذكرنا لكن في عبارته نوع قصور (قوله لانه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته ازالة له) أقول يعني يلزم أن يكون الشراء الذي هو مثبت الملك مزيلا للملك (قوله والواجب باليمين) أقول يعني الكفارة (قوله ولقائل الى قوله كما أن أم الولد الخ) أقول المناسب لغرضه هو العكس في التشبيه كما لا يخفى

قال (ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة) معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة الى السرو هو الجماع أو الاخفاء لان الانسان يسره وانما ضمت سينه لان الابنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة الى الدهر دهري بضم الدال للعمر والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد أولم يطلب عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لابد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح أو بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة (فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك) وكل ما انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء وقوله (وهذا لان الجارية) توضيح لانعقاد اليمين في حقها

(ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت) لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد

لغيره فأولدها بالنكاح ثم يقول لها (ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط) وهو الشراء (ولا تجزيه عن الكفارة) وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد والا فالحاصل أن عتق أم الولد عن الكفارة لا يجزى معلقا ولا منجزا والفرق بين الشراءين مع أن الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد أن أم الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشراء أو تنجيزا اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء أعتق من وجه (بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية) فكمل الموجب (قوله ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة) اعلم أن التسري هنا تفعل من السرية وهو اتخاذها والسرية ان كانت من السرور فانها تسر بهذه الحالة ويسر هو بها أو من السر والسيادة فضم سينها على الاصل وان كانت من السر بمعنى الجماع أو بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى عن الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهري بالضم في النسبة الى الدهر وفي النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسرى قيل تسرى بابدال الياء ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها وان اعتبر التسرر قيل تسرر (١) وكان القياس أن لا يقال الا تسرى في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه أصل السرية وهو السرور أو السر فاستعمل براءين بابدال الياء راء وخصت لانها هي الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة فقالت لا نجد في كتاب الله تعالى الا النكاح والاستسرار والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد ألف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند أبي حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدها للجماع أفضى اليها بمائه أو عزل عنها وعند أبي يوسف ونقل عن الشافعي رحمهما الله تعالى أن لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف أنه لو وطئ أمة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا أن مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع الى الجماع أو غير ذلك لا تقتضي الانزال فيها لان الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه فأخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد انما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلد له اذا عرف هذا فاعلم أنه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدوري في التجريد عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فلك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا تعتق عندنا ولا عند أحد من الائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله وقال زفر تعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكأنه قال ان ملكت أمة فتسريتها فهي حرة

(قوله ان تسريت) أقول أصله تسررت قلبت احدى الراآت ياء (قوله اتخذت سرية) أقول السرية واحدة السراري (قوله كما قالوا في النسبة الى الدهر دهري بضم الدال) أقول وكما قالوا في النسبة الى الارض السهلة سهلي بالضم (قوله والتسري عبارة عن التحصين) أقول والمنع عن الخروج

(١) قوله وكان القياس أن لا يقال الخ هكذا في الاصل وهو صحيح وجيه ووقع في بعض النسخ اصلاح صورته وكان القياس أن يقال الاستسراء الخ وليس بصحيح فليحذر كتبه مصححه

(وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكر مذكرا الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا) فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء أجيب بان اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما أن الثابت بدلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهي عن التأفيف ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضى ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند

فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك مفهوما من التسري بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي الى أن الدلالة قياس لوجود أصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسري ليس كذلك وأقول هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا أو نقول هذا الحكم اذا ثبت عن زفر ولم ينقل بالاقتضاء كان مناقضا فكفينا مؤنة الجدال معه (ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري) وتقريره سلمنا أن ذكر مذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسري لكونه شرطا وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها (ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية) لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء

(وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق) خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية

وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد ولنا أنه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه والتالي باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق فان حقيقته ليس الا اعداد أمة حصنها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد أو مقارنا وهذا القدر لا يستلزم اخطاره عند التكلم أصلا فضلا عن خطوره ثم تقديره مرادا لانه ليس لازما بينا لمدلول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها تعقل ما هو ملزوم لها في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت أمة فتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدي حر بل لاقتضاء الشرط الملك غير أن الشرط هناك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده أما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسري به لاحتياجه الى أمر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك أو سببه فلهذا ثبت الملك ههنا ضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة أمر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك أو سببه ولم يوجد فظهر أن هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه لا تطلق الأخريين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد أن تزوج بها لما ذكرنا من أن شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك أو سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبرا لفظا وان لم يكن مدلولا التزاما لتصحيح الجزاء فيما اذا علم أن غرض اليمين الحمل فانه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدر أبو حنيفة رحمه الله لفظ حيا في قوله ان ولدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء للعلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفها عليها ففيما ليس كذلك بل يعرف أن الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسري من هذا القبيل هذا وقد أورد على زفر أنه لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله أعتق عبدك عني بالف أنه يعتق عن المأمور فكيف خالف هنا وحكم باعتباره وتقديره وأجيب بأنه لا يلزمنا اصلاحه فان مناقضته لا تضرنا ومنهم من أجاب بأنه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسري واعترض بان الدلالة لا بد فيها من صورة أصل وفرع وعلة حتى قيل هي قياس غير أنه لا يفتقر الى أهلية الاجتهاد في فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى

دلالة

(قوله أجيب بأن اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ) أقول أو الحذف (قوله وأقول هذا اللفظ يستعمل في العرف الخ) أقول فعلى هذا لا يستقيم جوابهم عن زفر على ما قرره (قوله كان مناقضا الخ) أقول السائل يسأل عن وجه صحة قول زفر بناء على أنه من كبار أئمة الدين وحسن الظن به يمنع عن اعتقاد ارتكاب التناقض (قوله لانها ليست من لوازم الملك الخ) أقول ألا يرى أنه قد يوجد الملك ولا يوجد العتق

وقوله (وفى مسئلة الطلاق) جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية وتقريره ماذكرت من المسئلة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذى هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزاء (حتى لو قال لها ان طلقتك فأنت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا) من حيث ان فى كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزاء وأما وزان مسئلة زفر فهو أن يقول ان تسريت جارية فعبدى حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك فى الحال فى العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد (ومن قال كل مملوك لى حر عتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء) يعنى أن كل واحد من هؤلاء فى الاضافة الى نفسه بقوله لى كامل (اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا) واذا كان الملك كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون وان قال أردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة أما تصديقه ديانة فلان لفظ المملوك وضع للذكر وأما عدم تصديقه قضاء فلانهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الاناث لغت نيته وان قال لم أنو المدبرين لم يصدق فى القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الأيمان ففيه روايتان (ولا يعتق مكاتبوه الا أن ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء) الامة (المكاتبة) فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه (بخلاف

وفى مسئلة الطلاق انما يظهر فى حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فأنت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا (ومن قال كل مملوك لى حر عتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا (ولا يعتق مكاتبوه الا أن ينويهم) لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية (ومن قال لنسوته هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاولين) لان كلمة أو لاثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احدا كما طالق وهذه (وكذا اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا أو هذا عتق الاخير) وله الخيار فى الاولين لما بينا

دلالة الالتزام وان لم نرضه هذا والتحقيق أن ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطأ أو شرعا مثل أعتق عبدك عنى وقول القائل ان تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج فى تصحيحه الى التقدير ازالة للخطأ تصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه فى ان أكلت بل الحق أنه فى اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الخ لا الاعداد الاعم منها ومن المزنى بها فهو مدلول تضمنى من قبيل العبارة (قوله ومن قال كل مملوك لى حر عتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء) اى اضافة الملك الكامل فى هؤلاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون ويدخل الاماء والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام ولو نوى النساء دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه ذكره ولا عموم الا للفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تعميم مملوك وهو للذكور انما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة يعنى اذا عم مملوك بادخال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر فى جمع المذكر كالمسلمين والواو فى فعلوا على ما ذكر أنه عند الحنفية والحنابلة حقيقة فى الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم أنو المدبرين فى رواية يصدق ديانة لا قضاء وفى رواية لا يصدق لا ديانة ولا قضاء (قوله ولا يعتق مكاتبوه) يعنى بقوله كل مملوك لى حر وكذا معتق البعض عند أبى حنيفة (لان الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت اضافة الملك اليهم فلا بد من أن ينويهم) بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغى لو قال كل مرقوق لى حر أن يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا تعتق أم الولد الا بالنية (قوله ومن قال لنسوته هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاولين لان كلمة أو لأحد المذكورين وقد أدخلها بين الأولين ثم عطف الثالثة على المطلقة) منهما والعطف يشرك فى حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف فى التعيين (فصار كما اذا قال احدا كما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا أو هذا عتق الاخير ويتخير فى الاولين لما بينا) ومثله لو قال لفلان على

أم الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية) وقوله (ومن قال لنسوته هذه طالق أو هذه وهذه) على ما ذكره فى الكتاب ظاهر وقوله (فيختص بمحله) أى بمحل الحكم وهى المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما فى قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم أحد الآخرين لا يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثانى الذى لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان فحينئذ كان هو مخيرا فى الطلاق والعتاق

ان شاء اوقع على الاولى وان شاء أوقع على الاخريين وأجيب بان هذا الذى ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد فأما الذى ذكره فى الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب ظاهر الرواية فى الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فى أن الثالث معطوف على الثانى الذى لم يقع عليه الحكم وهو مسئلة الجامع هو أن كلمة أو اذا دخلت بين شيئين تتناول أحدهما نكرة الا أن فى الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة فى موضع الاثبات تخص فتتناول أحدهما فاذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال احدا كما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم. (٨٤) ما قلنا أما فى مسئلة الجامع فالموضع موضع النفى وهى فيه تم كقوله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا فصار كأنه قال والله لا أكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال أو هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا

﴿باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغيرذلك﴾

(ومن حلف لا يبيع أو لا يشترى أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر

ألف أو لفلان وفلان كان نصف الالف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الاولين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية وحينئذ لا يلزم الطلاق فى الثالثة لان التردد حينئذ بين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان لذلك فى الطلاق والعتاق والله أعلم

﴿باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغيرذلك﴾

من الطلاق والعتاق والضرب ولما كانت الأيمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلاة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل أن كل باب عقده فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده ﴿ واعلم أن الاصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر ويستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل لا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشترى ولا يؤجر ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذى يستناب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول أدعى لموكلى وكذا الفعل الذى يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث فى شئ من هذه بفعل المأمور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعله بنفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به أو لا يطلق أو لا يعتق بمال أو بلا مال أو لا يكاتب أو لا يهب أو لا يتصدق أو لا يوصى أو لا يستقرض أو لا يصالح عن دم العمد أو لا يودع أو لا يقبل الوديعة أو لا يعير أو لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المأمور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار (قوله ومن حلف لا يبيع أو لا يشترى أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد) لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن أو الثمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجرة والاجرة (ولهذا الوكان العاقد) بطريق الوكالة فى هذه (هو الحالف) لا يبيع الخ (يحنث فى يمينه) لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعى فى

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات فى الأيمان كثيرة الوقوع بالنسبة الى ما بعده فلذلك قدمه قال فى النهاية ثم الضابط فى هذه التصرفات لاصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المأمور وفيما لا يحنث شيآن أحدهما أن كل فعل ترجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل ترجع الحقوق فيه الى من وقع حكم الفعل له يحنث والثانى أن كل فعل يحتمل حكمه الانتقال الى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث قيل وكل ما يستغنى المأمور فى مباشرته عن اضافته الى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور وان كان لا يستغنى عن هذه الاضافة يحنث والفقه فى ذلك أن العقد متى رجعت حقوقه الى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقى عن حكم العقد له وعن حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت حقوقه الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقى من رجوع الحقوق اليه وهى لا ترجع اليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المأمور به النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث أيضا بفعل المأمور وأما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور

الاظهر

وانما الثابت له حكم العقد الا أن ينوى ذلك لان فيه تشديدا أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) لان الوكيل فى هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين فى القضاء خاصة) وسنشير الى المعنى فى الفرق ان شاء الله تعالى (ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث فى يمينه) لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور

الا ظهر وعند مالك وأحمد يحنث لان بالامر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه لا حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما (وانما الثابت له حكم العقد) الذى هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم على الاعم بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بأن كان ممن يقدر على ذلك ويفعله وقوله الا أن ينوى ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعنى فاذا نوى البيع بنفسه أو وكيله يحنث ببيع الوكيل (أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه) فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث أيضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه أو مأموره ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل أخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كائنا من كان كحلفه لا يبنى ولا يطين انعقد كذلك (قوله ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) يعنى اذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحمد ووجه للشافعية وأكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الآمر مجاز ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المأمور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأنتم تأبونه قلنا المالم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغنى عن اضافته الى موكله كان ناقلا عبارة للموكل فانضاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به ألا ترى أنه يقال فى العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم أحكام هذه العقود نظرا الى الفرض وهو أعم مما يلزم بمباشرته أو مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين فى القضاء خاصة) وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلعها أو قال أنت طالق بائن حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند أبى يوسف لان الايلاء طلاق مؤجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما لدفع الضرر بها فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عنينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث فى قول زفر وعن أبى يوسف روايتان ولوزوجه فضولى فأجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفى الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندى لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين أو قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه (قوله ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل حنث لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره) فالمكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به (ثم منفعته راجعة الى الآمر) على الخصوص وهو ما يحصل من أدبه وانزجاره (فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المأمور) وفرض المسئلة فى ضرب عبده احترازا عما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا أن يكون الحالف سلطانا أو قاضيا لانه ما يملك ان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فلكا

به فهو البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن المال وكذلك القسمة ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذا القسم واذا عرف هذا ظهر معنى كلامه الا ألفاظا ننبه عليها وقوله (الا أن ينوى) استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث أى الا أن ينوى أن لا يأمر غيره أيضا فحينئذ يحنث وقوله (أو يكون الحالف ذا سلطان) يعنى اذا باشره المأمور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما هو معتاده ومعتاده الامر للغير فلما أمر غيره وفعل المأمور حنث ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث أيضا لوجود البيع منه حقيقة وقوله (لان المالك له ولاية ضرب عبده) يلوح الى أنه لو أمر غيره بضرب حر وقد حلف على ضربه فضربه المأمور لم يحنث لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره فيه

وقوله (ووجه الفرق) هو الفرق الموعود بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى الخصوص فى العموم يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة وان كان فى ذلك تخفيف عليه لان الكلام يصرف الى حقيقته بغير نية فاذا وجدت النية كان الصرف اليها أولى وقوله (لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه) أى الى الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التأدب والتثقف وقوله (ومن قال ان بعت لك (٨٦) هذا الثوب) على ماذكره فى الكتاب واضح وحاصل ذلك أن لام الاختصاص اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد فاما أن يتوسط بين الفعل ومفعوله أو يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما أن يحتمل الفعل النيابة أو لا فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له أو لم تكن وذلك انما يكون بالامر وان تأخر عن المفعول كان اختصاص العين به وشرط كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله أو لم يقع وان لم يحتملها لا يفترق الحكم فى الوجهين أى فى التوسط والتأخر بل يحنث اذا فعل سواء كان بأمره أو بغير أمره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين أن تكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الالغاء ومعنى دس أخفى والمراد بالغلام إما العبد على ماذكره فى الجامع الصغير لقاضيخان وإما الولد كما ذكره فى الفوائد الظهيرية وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فأمر غيره بضربه يحنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف قبيل هذا ومن الشارحين من وجه الاول بان المراد بالوكالة والنيابة وكالة ونيابة يصح

(ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسى دين فى القضاء) بخلاف ماتقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق أن الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضى الى وقوع الطلاق عليها والأمر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص فى العام فيدين ديانة لا قضاء أما الذبح والضرب ففعل حسى يعرف بأثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء (ومن حلف لا يضرب ولده فأمر انسانا فضربه لم يحنث) فى يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الائتمار بأمره عائدة الى الآمر فيضاف الفعل اليه (ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فأمر أنه طالق فدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث) لان حرف اللام

الامر به (ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسى دين فى القضاء بخلاف ماتقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق أن الطلاق ليس الا تكلما بكلام) شرعى يوجب أثرا شرعيا فى المحل وهو الفرقة (والامر بذلك مثل التكلم به) لان المأمور به كالرسول به ولسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض أن مقتضى يمينه لا ترجع اليه وهى الحقوق وحقيقة المراد أن الطلاق ومامعه لما كان لفظا يثبت عنده أثر شرعى فالحلف على تركه حلف على أن لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى أعم من أن يتحقق بمباشرته أو بمباشرة المأمور فنية أحدهما خلاف الظاهر (أما الذبح والضرب ففعل حسى) لا يتوقف تحقق أثره على الآمر لان الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا اذن منه فنسبة الفعل الى الآمر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى أن لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول أسبابا شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن فيها أثر نقلها الى الحالف قالوا وثبوت تصديقه قضاء فى ضرب العبد وانه فى تصديقه قضاء فى الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق فى الفصلين وهو قول الشافعى والحق أن الفرق ثابت ولكن تأثيره فى اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق أثره بلا اذن والقول لا يتحقق أثره الشرعى الا باذن لا يجزم عنده بلزوم الفرق المذكور (قوله ومن حلف لا يضرب ولده فأمر انسانا فضربه لم يحنث فى يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد) المضروب (وهى التأدب والتثقف) أى التقوم وترك الاعوجاج فى الدين والمروأة والاخلاق (فلم ينسب فعل المأمور الى الآمر) وان كان يرجع الى الاب أيضا لكن أصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا موجب للنقل وأما فى عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامى لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر للمؤدب الولد أن يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتى ويحنث بفعل المأمور (قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق الخ) لا شك انه

﴿باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك﴾

(قوله وشرط حنثه الخ) أقول والذى يستفاد من هذا الكلام هو أن الحالف لو باع الثوب المملوك للمحلوف عليه مع علمه بانه ملكه بغير أمره كان ينبغى أن لا يحنث فليتأمل (قوله والمراد بالغلام إما العبد الى قوله وإما الولد) أقول والغلام يطلق على الولد أيضا قال الله تعالى انا نبشرك بغلام اسمه يحيى

يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شئ من ذلك فكان كالاكل والشرب وأجاب عن المسئلة المذكورة بان محمدا لم يذكرها وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطئته له فانه ذكر انه لا حقوق له ترجع الى المأمور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة قال (ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم) لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق (فينزل الجزاء) قيل لو كان البيع من غير افادة الحكم كما لو وقوع ما علق به لكان النكاح كذلك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب أن ينزل الجزاء وليس كذلك وأجيب بان جواز البيع ليس مع المنافي وجواز النكاح مع المنافي لانه رق والانسانية تنافيه فاذا كان النكاح فاسدا اعتضد فساده بما يخالف الدليل فترجح جانب العدم فصار كأن لم يكن بخلاف البيع لانه موافق للدليل فكان موجودا بالايجاب والقبول في المحل وان لم يفد الحكم ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق أيضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر لان خيار المشترى لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على أصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق ورد بان في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز أصلا لعدم احتماله التأخير وفي التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال وأجيب بان العتق يحتاط في تعجيله وهو ممكن بايقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر الى مضي مدة الخيار وطولب ههنا بفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فانه قد اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له

دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بأمره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا يملوكا له سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه أقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين (ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد اما على جعل المخاطب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص واما على جعلها فيهما للتعليل أي بعته لاجلك فهي أيضا تفيد الاختصاص على ما ذكروا لكن الوجه الظاهر في الاستعمال أنه اذا ولیت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل ووجه افادتها الاختصاص هو أنها تضيف متعلقها المدخول لها ومتعلقها الفعل ومدخولها كاف المخاطب فتفيد أن المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد أنه لا يستفاد اطلاق فعله الا من جهته وذلك يكون بأمره واذا باع بأمره كان بيعه اياه من أجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه أن لا يبيعه من أجله فاذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم بأمره به ويلزم من هذا كون هذا لا يكون الا في الافعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو ان صغت لك خاتما وكذا ان خطت لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا يملوكا للمخاطب سواء كان باذنه أو بغير اذنه لان المحلوف عليه يوجد مع أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لان اللام هنا أقرب الى الاسم الذي هو الثوب منه للفعل والقرب من أسباب الترجيح فيوجب اضافتها الثوب الى مدخولها على ما سبق ومثله ما ولیت فعلا لا تجري فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان أكلت لك طعاما أو طعاما لك أو شربت لك شرابا أو شرابا لك أو ضربت لك غلاما أو غلاما لك أو دخلت لك دارا أو دارا لك فانه يحنث بدخول دار يختص بها المخاطب أي تنسب اليه وأكل طعام يملكه سواء كان بأمره أو بعلمه أو دونهما ثم ذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالاجارة قال تعالى وبشروه بغلام عليم وقال قاضيخان المراد به العبد للعرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك (قوله ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع و) الفرض أن (الملك فيه قائم) لان خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع (فينزل الجزاء) لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد في يد المشترى مضمونا عليه

(قوله قيل لو كان البيع الى آخر قوله وأجيب بان جواز البيع ليس من المنافي) أقول وقد يقرر هذا السؤال والجواب هكذا فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر انزول الجزاء والنكاح الفاسد لم يفد حكمه ومع ذلك لم يعتبر ولم يحنث به اذا علق به العتق قيل جواز البيع باعتبار المالية وليس في المالية معنى ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الانسانية ألا يرى أنه يختص ببني آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول لانها تقتضي الحرية والنكاح رق فلا يحنث الا اذا كان صحيحا كذا في الفوائد الظهيرية

فانه لا يعتق عليه ما لم يسقط الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله وفرق بين الاولين بان الخيار اذا كان للمشتري يتمكن من اسقاطه ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثانيتين بان شراء القريب لم يوجد فيه كلمة الاعتاق بعد الشراء حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقطه وأما في الايجاب المعلق فانه يصير قائلا عند وجود الشرط أنت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود

ما يختص بالملك ووضع المسئلة في البيع بشرط الخيار يفيد أن البيع اذا كان باتا لا يعتق وان وجد البيع بناء على ان العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما يتعاقبان فيه (ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر طلقت امرأته) لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

(وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار عتق) أيضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا (ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر طلقت امرأته) لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

بأن كان غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قيل وهذه تدل على أن المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك أسرع ثبوتا من المشروط الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن أن يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بعده فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وهذا على أن المعلول عقيب العلة كما هو رأي المصنف فعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق (قوله وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار) يعني للمشتري (يعتق أيضا) أما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا بأن كان غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا باتا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه أما على قوله ما فظاهر وأما على قول أبي حنيفة فلأن العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار وأعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضاء فكذا هذا وأورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول أبي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبدي حر فتزوج نكاحا فاسدا مع أن كلا منهما لا يفيد الملك وأجيب بأن البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنافي ورود الملك فكيف اذا كان الملك فاسدا فلا يحكم بأنه الشرط الا اذا صح ويمكن أن يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليقه السابق عتق من يشتريه فانه يلزم أن ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح وأورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عند الخيار والحكم يتقدمه يلغو والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغو وأجيب لما أمكن أن يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والا جاز أن يفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشترى أباه بشرط الخيار لا يعتق الا أن تمضي المدة عند أبي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك لا بالشراء أما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا أنت حر فينفسخ الخيار ضرورة (قوله ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر) تدبيرا مطلقا (طلقت لان الشرط) وهو عدم بيعه (قد تحقق) بوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير

المسئلة في البيع بشرط الخيار يفيد أن البيع اذا كان باتا لا يعتق وان وجد البيع بناء على ان العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما يتعاقبان فيه (ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع) وهذا في اعتاق العبد ظاهر وأما في التدبير والامة فلا بد من بيان لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز أن ترتد فتسبي بعد اللحاق بدار الحرب وذلك أن الكلام في المدبر ما دام مدبرا واذا قضى القاضي بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار بقاء التدبير وهذا كما ترى غير مخلص لانه يفيد أن فوات المحلية ببقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا تفوت المحلية فكان الواجب أن لا يقع الطلاق والاولى في البيان أن يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر أن المسلم لا يقدم فصار عليه فان أقدم فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفا للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا وأما الامة فان من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح أنها تطلق لانه انما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك

(واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء) وعن أبي يوسف أنها لا تطلق لانه أخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

فصار كما لو علق طلاقها بعدمه بلفظ ان غابت أو مات العبد فانها تطلق لوقوع اليأس وأورد عليه منع وقوع اليأس في العتق مطلقا بل في العبد أما في الامة فجاز أن ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيعتقها وفي التدبير مطلقا لجواز أن يقضي القاضي ببيع المدبر وأجيب بأن من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح أنها تطلق لان ما فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا يعتبر ولان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك وأجيب أيضا عن المدبر بان بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذميا أو مسلما ويجري فيه اختلاف المشايخ والتصحيح (قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء) وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى وتطلق في القضاء وهذه مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكروا عن أبي يوسف في شروح الجامع الصغير أنها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكأنه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة (ولان غرضه ارضاؤها) لا ايحاشها وجه ظاهر الرواية أن اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرض ارضائها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما أحل الله له فكان محتملا لكل من الامرين فالحكم بمعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه أن يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدأ تحرزا عن الالغاء والله أعلم ﴿فروع﴾ قال لي اليك حاجة أتقضيها لي فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي أن تطلق زوجتك ثلاثا له أن لا يصدقه لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يأمره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان ما يدل على قصده الى ذلك عند تحليفه على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون به النهي عن الاكل والشرب * حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو أجازه بالقول * قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان أنه دخلها اليوم فقال عبده حران كانا رأياني دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأياه دخل حتى يشهد آخران غيرهما أن الاولين رأياه دخل * ادعت أنها امرأته فحلف بطلاق زوجة أخرى له ما هي امرأته فأقامت بينة أنها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث * حلف ماله عليه شيء فشهدا أن له عليه ألفا وقضى بها القاضي يحنث في قول أبي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند أبي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا أنه أقرضه ألفا والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما * حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة أو أكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه يأخذ بالاكثر احتياطا * قال عمرة طالق الساعة أو زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على إحداهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احداهما خير في ايقاعه على أيتهما شاء * ولو اتهمت امرأة بالسرقة فأمرت زوجها أن يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج أن لا يصدقها لانها صارت متناقضة * حلف ان لم يجامع امرأته ألف مرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير * حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه

وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير وقوله (ولو قالت المرأة لزوجها) ظاهر وقوله (لانه زاد على حرف الجواب) أي أصله لانه لو أراد الجواب المطابق لقال ان فعلت فهي طالق فلما ذكر كلمة كل دل على أن مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدأ وقوله (وقد يكون غرضه ايحاشها) جواب عن قوله بأن الغرض ارضاؤها

(قوله وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير) أقول فيه بحث فان الملك كامل في المدبر كما مر في الباب السابق والاظهر أن يقول ولا يمكن البيع بعد الاعتاق والتدبير

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها وانما أخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه في وجه يلزمه إما حجة أو عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شئ كذلك وفي وجه اختلفوا فيه أما الوجه الاول ففيما اذا قال علي المشي الى بيت الله أو الى الكعبة أو الى مكة وفي رواية النوادر أو الى بكة سواء كان في الكعبة أو في مكة أو لم يكن لزمه حجة أو عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد أنه يخرج الى التنعيم ماشيا أو راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جائز له أن يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشى الى بيت الله وانما المشى اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح أيضا لان الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله والقياس أن لا يلزمه بهذا النذر شئ (لانه التزم ما ليس بقربة واجبة) لان المشى أمر مباح (ولا مقصودة في الاصل) يعني لذاته لان المقصود منه شئ آخر لا نفسه فكان القياس أن يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف * أما الاثر فانا قال محمد في الاصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا ج راكبا وذبح شاة لركوبه كذا في بعض الشروح وليس بمطابق لما (٩٠) نحن فيه لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روى عن علي رضي الله عنه أنه أجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة أو عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخي في شرحه ان أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي الى بيت الله تعالى فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تحرم بحجة أو عمرة * وأما العرف فما ذكره في الكتاب أن الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب وأراق دما فله ذلك على ما ذكره في المناسك وايجاب الحج أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وارادة المسبب ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو في غيرها فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما لو نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي أن لا يلزمه المشى في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه وانما يجب إهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه أجيب بان للحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظه لايجاب المشى لاحراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج أو العمرة لاجماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز

﴿باب اليمين في الحج والصلاة والصوم﴾

(ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأهراق دما) وفي القياس لا يلزمه شئ لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ما ثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب وأراق دما وقد ذكرناه في المناسك

يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يحنث في قول محمد والاصل أنه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما يعتبران وقت التكلم والله أعلم

﴿باب اليمين في الحج والصلاة والصوم﴾

قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فتترجح في نفسها فيقتضي ذلك أن تقدم الا أن يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لأهمية التقديم (قوله ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها علي المشي الى بيت الله أو الى الكعبة) وكذا علي المشي الى مكة أو بكة بالباء (فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأهراق دما) والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد أن وجوب

(قال المصنف وفي القياس لا يلزمه الى قوله في الاصل) أقول فان قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وان لم يكن واجبا من جنسه قصدا قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القرب المقصودة فان قيل الاعتكاف يصح في الليل وان كان الصوم لا يصح فيه قلنا صحة الاعتكاف في الليل تبع لصحة الاعتكاف في اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفردا عن اليوم لا يصح وفي فصل القضاء بالمواريث من شروح الهداية كلام متعلق بالاعتكاف فراجعه (قوله وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول والذي يعلم من كلام الكافي أن اللفظ كناية لا مجاز فلا يلزم الجمع بينهما

(ولو قال علي الخروج أو الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شئ عليه) لان التزام الحج أو العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال علي المشي الى الحرم أو الى الصفا والمروة فلا شئ عليه) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد في قوله علي المشي الى الحرم حجة أو عمرة) ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما أن الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله أن التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا

والاولى أن يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشيا لا أن الحقيقة مرادة بلفظه ومجاز بمعناه * وأما الوجه الثاني ففيما اذا قال علي الخروج أو الذهاب أو السعي أو السفر أو الركوب أو الاتيان الى بيت الله أو المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شئ لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس * وأما الوجه الثالث ففيما اذا قال علي المشي الى الحرم أو الى المسجد الحرام قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا شئ عليه كما لو قال علي المشي الى الصفا والمروة وقال أبو يوسف ومحمد يلزمه حجة أو عمرة لان الحرم شامل للبيت (وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله أن التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف) حتى يصير مجازا (ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا)

أحد التسكين بهذه العبارة ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ وإلا لغا لانه لا يلتزم المشي الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لحصوله والحق أن يقال ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ لان الواقع أن مدلول المشي ليس هو الحج أو العمرة بل ولا يستلزمه لجواز أن يمشي الى البيت ولا يفعل نسكا إما ابتداء معصية و إما بان يقصد مكانا في الحل داخل المواقيت ليس غيرفاذا وصل اليه صار حكمه حكم أهله وله بعد ذلك أن يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز أن يكون في البيت ويوجب المشي اليه مرة أخرى فيلزمه اذا خرج أن يعود كما لو كان في بيت فقال والله لأدخلن هذا البيت فان عليه أن يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم بذلك مجازا باعتبار أنه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز أن يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو أن الذهاب الى هنالك يكون لقصد الاحرام لما عرف من الغاء الالفاظ وهي ما اذا نذر الذهاب الى مكة كأن قال علي الذهاب أو لله علي الذهاب الى مكة أو السفر اليها أو الركوب اليها أو المسير أو المضي أنه لا يلزمه شئ مع امكان أن يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب أحد التسكين به فصار فيه مجاز الغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال علي حجة أو عمرة والا فالقياس كما ذكره المصنف أن لا يجب بهذا شئ لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشي ولا مقصودة في الاصل ولو قيل بل هي واجبة فان المكي اذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشيا أجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب أن يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشي المذكور وكذا السعي الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويقدر على المشي الا أنه قد يعكر عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا أن يراد من جنس المشي الى مكة وأورد أن الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب أجيب بأن من شرطه الصوم ومن جنسه واجب وتوجيهه أن ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا خفاء في بعده فان وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن في صحة وجوب المتبوع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط وان استدل بالاجماع أو النص المتقدم في حديث نذر عمر رضي الله عنه الاعتكاف في الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لانهم والشافعي لا يصححون نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من جنسه واذا تعارفوه للايجاب صار كقوله علي زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو أراد بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شئ وكذا لا يلزمه بقوله علي المشي الى بيت المقدس أو مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شئ وأورد أنه اذا كان كقوله علي حجة أو عمرة ينبغي أن لا يلزمه المشي لانه لو قال علي الحج لا يلزمه والجواب أن الحق أن التقدير على حجة أو عمرة ماشيا لان المشي لم يهدر اعتباره شرعا فانه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي الى البيت فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هديا رواه أبو داود وغيره وسنده حجة ومافي صحيح مسلم أنه قال لتمش ولتركب فمحمول إما على ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني أن محل الاشكال جواز ركوبها ولو أهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له أن يفرق

(ومن قال عبدى حر إن لم أحج العام وقال حججت وشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يعتق) لان هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية

ويتصدق بل لو فرّ لزم استئنافه فاقتصر الراوى على ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر أو محمول على حالة الجهد فان فى بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هنا لتذييلا طويلا وفروعا جمة وان الراجح أنه يلزمه المشى من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعنى فالخلاف فيما اذا لم يحرم منه هل يلزمه المشى منه أو من حيث يحرم فيه من الميقات أما لو أحرم من بيته لزمه المشى منه بالاتفاق ﴿واعلم﴾ أن فى بعض طرق حديث اخت عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم عملوا باطلاق الهدى فى الحديث الآخر الثابت فى الصحيحين وأخرج الحاكم فى المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشيا فمن نذر أن يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا فى حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصنف ذكر هذا المذهب عن على رضى الله عنه والمروى عن على من طريق الشافعى عن ابن علية عن سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن الحسن عن على فى الرجل يحلف على المشى قال يمشى فان عجز ركب وأهدى بدنة ورواه عبد الرزاق عن على بسند صحيح فمن نذر أن يمشى الى البيت قال يمشى فاذا أعيا ركب وأهدى جزورا وأخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن وأما ورود البدنة فى خصوص حديث أخت عقبة بن عامر فأسند أبو يعلى فى مسنده حدثنا زهير حدثنا أحمد ابن عبد الوارث حدثنا هما م حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عنها فقال ان الله عز وجل غنى عن نذر أختك لتركب ولتهد بدنة وأما اذا كان الناذر بمكة وأراد أن يجعل الاحد الذى لزمه مكانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى أن يطوف طواف الزيارة كغيره وان أراد اسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا فى أنه يلزمه المشى فى ذهابه الى الحل أو لا يلزمه الا بعد رجوعه منه محرما والوجه يقتضى أنه يلزمه المشى لما قدمناه فى الحج من انه يلزمه المشى من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام ليحرم منه أعنى المواقيت فى الاصح لما قدمنا عن أبى حنيفة لو أن بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلى أن أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشى من بغداد ولو قال على السفر الى بيت الله فقد علمت أنه لا يلزمه شئ مع أخوانه ومثله الشد والهرولة والسعى الى مكة وكذا على المشى الى أستار الكعبة أو باب الكعبة أو ميزابها أو اسطوانة البيت أو الصفا أو المروة أو الى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شئ واختلفوا فيما اذا قال لله على المشى الى الحرم أو الى المسجد الحرام قال أبو حنيفة لا يلزمه شئ وقال صاحباه يلزمه أحد النسكين والوجه فى ذلك أن يحمل على انه تعورف بعد أبى حنيفة ايجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشى الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذى ذكرلهما (١) متضائل وهو أن الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله على المشى الى الكعبة لزمه فكذا ذكر المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عينه فيه وليس عين المشى الى الحرم عينه وهو وجه أبى حنيفة (قوله ومن قال عبدى حران لم أحج العام فقال بعد انقضائه حججت وأقام العبد شاهدين على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ولم يذكر قول أبى يوسف مع أبى حنيفة فى الجامع الصغير قاله صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير (وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على أمر مشاهد وهو التضحية)

(ومن قال عبدى حران لم أحج العام) ظاهر

(١) متضائل أى متصاغر من الضآلة وهى النحافة وفى بعض النسخ ليس بقوى متضائل ولعلهما نسختان جمع الناسخ بينهما اه مصححه

وقوله (لكن لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا) نوقض بمسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على نفي شئ أحاط به علم الشاهد وأجاب الامام قاضيخان بان هذه الشهادة شهادة قامت على أمر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامامان العلمان في التحقيق شمس الأئمة وفخر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس مختار المصنف لافضائه الى الحرج قوله (ومن حلف لا يصوم) ظاهر

ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا أنه لم يحج العام غاية الامر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا (ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث) لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث)

وكيف لا يقبل (ومن ضرورته انتفاء الحج) ذلك العام (فيتحقق الشرط) فيعتق (ولهما انها قامت على النفي) معنى (لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية) فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعى وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها ومالا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم أنها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به أجاب المصنف بقوله (غاية الامر أن هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا يميز بين نفي ونفي) في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح (تيسيرا) ودفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي وأما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو أمر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا ونفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها وأما ما في المبسوط من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخلها قبلت ويقضي بعتقه ومانحن فيه من قبيل الشروط فأجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به فقول محمد أوجه (قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط) وهو الصوم الشرعي (اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب) وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على أدنى امساك في وقته تكرار للشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا أنزل ابراهيم صلى الله عليه وسلم ذابحا حيث أمر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة فلذا قال فيمن حلف لا يصلي انه اذا قام وقرأ وركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لم يدخل في الوجود تمام حقيقتها (قوله ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما لم يحنث بصوم ساعة) بل باتمام اليوم أما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل

(قوله جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي الخ) أقول في الكافي فان قيل ذكر في المبسوط أن الشهادة على النفي تسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبده ان لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل شهادتهما ويقضي بعتقه ومانحن بصدده من قبيل الشروط قلنا هو عبارة عن أمر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار اه وهو مخالف لما قدمه من أن النحر وان كان ثبوتيا لكنه لا يدخل تحت القضاء ولم يكن معتبرا فبقي النفي مقصودا كما لا يخفى فان كونه خارج الدار لا يدخل تحت القضاء أيضا

(قوله وأجاب الامام قاضيخان الخ) أقول ان كان قوله لانها قامت على نفي شئ الخ مذكورا في السير الكبير لا يستقيم جواب قاضيخان (قوله وهو سكوت الزوج) أقول في كون السكوت وجوديا بحث قال في شرح العقائد السكوت هو ترك التكلم (قال المصنف اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب) أقول ان قلت المصدر مذكور هنا أيضا قلت بلى لكن لغة لا شرعا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا

لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح فى تقدير المدة به (ولو حلف لا يصلى فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث) والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع فى الصوم وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر فى الجزء الثانى

وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله على صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال على صلاة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغى أن لا يحنث فى الاول الا بيوم لانا نقول الثابت فى ضمن الفعل ضرورى لا يظهر أثره فى غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح فانه اختيارى يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال وقد أورد عليه ما لو قال لأصومن هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد الزوال أو قال لامرأته ان لم تصلى اليوم فأنت طالق فحاضت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت فى الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال وأجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما فى صورة النسيان وكذا الصلاة من الحائض لان دوران الدم لا يمنع كما فى المستحاضة الا أنها لم تشرع مع دوره هو حيض ففات شرط أدائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه وهاتان المسئلتان انما تصلحان مبتدأتين لا موردتين لان كلامنا كان فى المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هى النكرات وهى أسماء الاجناس والافراد وعمرو ومطلق ولا يقول به أحد والمسئلتان مشكلتان على قول أبى حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا فى صورة أخرى وهى صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان فى صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلاة الشرعيين أما على قول أبى يوسف فظاهر أنهما تنعقدان ثم يحنث ﴿واعلم﴾ ان التمرتاشى ذكر أنه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لانه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين فى الماضى وظاهره يشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم أفطر من يومه لكن مسئلة الكتاب أصح لانها نص محمد فى الجامع الصغير (قوله ولو حلف لا يصلى فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس) يعنى على الصوم (أن يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فما لم يأت بها لا تسمى صلاة) يعنى لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفى بانتفاء الجزء (بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثانى) ولذا قال الفقيه أبو الليث لا فرق بينهما فى الحاصل لان ما بعد صوم ساعة مكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلاة ركعة يعنى لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المصنف (وان سجد مع ذلك) يعنى الركوع وما قبله (ثم قطع حنث) ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشى حلف لا يصلى يقع على الجائز كما تقدم فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين فى الماضى أى حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلاة الماضية يراد الخبر عنها الا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا أن يراد بالفاسدة أن تكون بغير طهارة ويكون ما فى الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلى فصلى صلاة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلاة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه ومع هذا يحنث بالصحيحة أيضا وليس فى هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه أن فى الصحيح ما فى الفاسد وزيادة على شرط الحنث فلا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضى بان قال ان كنت صليت فهى على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا أصلى ولا أصلى صلاة حيث يحنث بركعة فقال وفى صورة حذف المفعول المنفى فعل الصلاة

وقوله (لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا) أورد عليه ما لو قال والله لأصومن هذا اليوم وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعى فان الصوم الشرعى بعد الاكل أو الشرب أو بعد الزوال غير متصور والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعى وهو كون اليمين بعد الاكل أو بعد الزوال فانصرف الى الصوم اللغوى وانعقدت يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعى فينصرف اليه وقوله (ولو حلف لا يصلى) ظاهر

(قوله أو ورد عليه ما لو قال والله لأصومن الخ) أقول هذا الايراد غير متوجه على هذا القول بل مورده قوله واليوم صريح فى تقدير المدة الا أن يقال المراد قوله لانه يراد به الصوم المعتبر شرعا الى آخر الكلام فليتأمل

(ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين) لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

﴿باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك﴾

(ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدى فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدى عند أبي

لا كون المفعول صلاة وذلك يحصل بالركعة الا أنه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر في حكم يقبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا أن المراد من الفاسدة هي التي لم يوصف منها شئ بوصف الصحة في وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما أوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك أيضا وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث بها وأجيب بان القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة وهذا أولا مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ والحق أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في ذلك ومرت المسئلة في سجود السهو والأوجه أن لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق أن الاركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرروا نما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا في حق الحنث (قوله ولو حلف لا يصلي صلاة لم يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد بها الصلاة المعتبرة شرعا) على الوجه الذي قررناه في لا يصوم صوما (وأقل المعتبر شرعا صلاة ركعتين للنهي عن البتيراء) نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه المسئلة ما في الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف فقال بعض المتأخرين بين بهذه أن المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فان المذكور عن أبي يوسف حلف لا يصلي ركعة وصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا يتحقق الا بضم أخرى اليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر أنه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتي الفجر ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد ﴿فروع﴾ حلف لا يؤم أحدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت أن لا أؤم أحدا صدق ديانة لا قضاء الا ان أشهد أني انما أصلي لنفسي وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى أن يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط فيها الجماعة وقد وجد وحنث قضاء لا ديانة وينبغي اذا أمهم في صلاة الجنازة أن يكون كالاول ان أشهد صدق فيهما والا في الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلاة يريد في جماعة صحت نيته لانها ناقصة والمطلق ينصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية في هذا بخلاف ما اذا صلى الظهر في السفر ثم قاله بمعنى ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفي ما أخرت صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها اختلفوا بناء على ان وقت التذكر وقتها بالحديث فيصح أو لا بل ينصرف الى الوقت الاصلي

﴿باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك﴾

قدمه على الضرب والقتل لان اللبس أكثر وقوعا منه لا بقيد خصوص الملبوس أو لأن شرعيته

وقوله (لا يحنث ما لم يصل ركعتين) قيل عليه ينبغي أن لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة لان الصلاة لا تكون معتبرة بدون القعدة شرعا وليس بشئ لان الركعتين عبارة عن صلاة تامة وتمامها شرعا انما يكون بالقعدة أشار الى ذلك تعليله بقوله لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا والله أعلم

﴿باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك﴾

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل إما لان عين لبس الثياب أكثر منه وجودا وإما لان اليمين به مشروع وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل (ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدى) أي صدقة أتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح

(قوله قيل عليه ينبغي أن لا يحنث) أقول صاحب القيل هو الاتقاني

حنيفة وقالا ليس عليه أن يهدى حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدى التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما أن النذر انما يصح فى الملك أو مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا

أوسع من شرعية الضرب والقتل والحلى بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلى بفتح الحاء وسكون اللام كندى وندىّ (قوله ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك) أى ثوبا من غزلك أى مغزولك (فهو هدى) فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدى اتفاقا ولو لم يكن فى ملكه قطن أو كان لكن لم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه فهى مسئلة الكتاب فعند أبى حنيفة هو هدى (وقالا ليس عليه أن يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) أى وقت الحلف (ومعنى الهدى) هنا (ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها) فان كان نذر هدى شاة أو بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه فى الحرم والتصدق به هنالك فلا يجزيه إهداء قيمته وقيل فى اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق فى مكة بعينه أو بقيمته ولو نذر اهداء مالا ينقل كالعقار ونحوها فهو نذر بقيمتها (وجه قولهما أن النذر انما ينعقد) فيما هو (فى الملك) قال النبى صلى الله عليه وسلم لا نذر فيما لا يملك ابن آدم (أو مضافا الى سبب الملك) مثل ان اشتريت كذا فهو هدى أو فعلى أن أتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذى هو غزل المرأة سببا لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر فى المشترى من القطن اذا غزل (وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) لان العادة ان يشترى القطن ويجعله فى البيت وهى تغزله فيكون المغزول مملوكا له (والمعتاد هو المراد) بالالفاظ فالتعليق بغزلها تعليق بسبب ملكه للثوب كأنه قال ان لبست ثوبا أملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدى ولا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان فى الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له وحينئذ لا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك أو فى حال الحلف ثم استوضح على أن غزلها سبب عادى لملكه المغزول بقوله (ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر) بالاتفاق (مع أن القطن غير مذكور) وماذاك الا لكون ذكر الغزل ذكرا لسبب الملك فى المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنه وكون الغزل فى العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج فى المغزول وبهذا فارق مسئلة التسرى حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسرى ليست اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسرى أثر له بل هو متقدم عليه وبهذا بطل قول من رجح قول زفر فى مسئلة التسرى هذا والواجب فى ديارنا أن يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبى حنيفة رحمه الله فيه ❁ وهذه فروع تتعلق باللبس ❁ حلف لا يلبس من غزلها فلبس بعد ما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يديه فى الكمين ورجلاه بعد فى اللحاف حنث * حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ولو حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث به ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث * ولو ائتزر أو ارتدى حنث سواء القميص وغيره بخلاف لا ألبس قميصا لا يحنث اذا ائتزر به أو ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فأتزر به أو تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فأتزر به أو تعمم حنث ولو وضعه

وقوله (والمعتاد هو المراد) يعنى فصار كأنه قال من قطنى أو من قطن سأملكه (وذلك سبب) أى الغزل من قطن الزوج (سبب لملك الزوج لما غزلته) يعنى من ملك الزوج وقوله (ولهذا) ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعنى انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببا لان يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هنالك وماذاك الا باعتبار أن غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته فى العرف والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكا وقت الحلف أو لم يكن

(ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) لانه ليس بحلى عرفا ولا شرعا حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم (وان كان من ذهب حنث) لانه حلى ولهذا لا يحل استعماله للرجال (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند أبي حنيفة وقالا يحنث) لانه حلى حقيقة حتى سمي به في القرآن وله أنه لا يتحلى به

على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء أو قباء ولم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفي هذا القباء يحنث لان في المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الوالد الحنث في المنكر أيضا لانه يلبس أيضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفي ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لامحالة لانه لابس لكن لبس الرداء بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب فألقى عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ملبس لا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل وأدخل فانه لا يحنث وان تركه يحنث علم أنه الثوب المحلوف عليه أولا وكذا لو ألقي عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل أو خفا فأدخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالزيق والزر والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث أما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه وصلة في كمه أو خريصة أو علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيط منه أو ما فيه سلكة منه لا يحنث ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند أبي يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى * حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلمانه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان يعمل بيده لا يحنث والا حنث * لا يلبس حريرا أو ابريسما لا يحنث الا بثوب كله أو لحمته منه لا ماسداه أو علمه منه الا أن ينويه * لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه فلو حشا به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب لانه يلبس الثوب لا الغزل ولا يلبس عين الغزل * لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث * لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث * لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة أو خفين أو جوربين أو أرسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان نوى كسوته بيده ولو أعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث (قوله ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث (لنا أنه ليس بحلى عرفا ولا شرعا) بدليل أنه أبيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وانما أبيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف الذي هو مبنى الأيمان قال المشايخ هذا اذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النساء بان كان له فص فان كان حنث لانه لبس النساء وانما يراد به الزينة لا التختم فكل معنى التحلي به وصار كلابسه سوارا أو خلخالا أو قلادة أو قرطا أو دملوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة ينفي كونه حليا وان كان زينة (ولو كان الخاتم (من ذهب حنث) مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا (قوله ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة وقالا يحنث) وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرذ أو ياقوت وبقولهما قالت الائمة الثلاثة وجه قولهما أنه حلى حقيقة فانه يتزين به وسمي به في القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان (وله أنه لا يتحلى به) في العادة وهو المراد

وقوله (ومن حلف لا يلبس حليا) بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحلى به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر واستدل بإباحة استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس بحلى لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم أو لغيره لم يكن حليا أو كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا (وان كان من ذهب حنث) يعني كيفما كان سواء كان فيه فص أو لم يكن قيل الخواتيم ثلاثة الذهب مطلقا والفضة المفصوصة والحالف أن لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المفصوصة والحالف لا يحنث بلبسه وقوله (ولو لبس عقد لؤلؤ) ظاهر والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر وقوله (حتى سمي به في القرآن) أي بالحلى يريد به قوله تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وقوله تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله تعالى يحلون

عرفا الامر صعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلى به على الانفراد معتاد (ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث) لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه (وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث) لان مثل الشئ لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول (ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث) لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا (وان حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث) لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير فى العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

بقوله (عرفا الامر صعا) بذهب أو فضة (ومبنى الأيمان على العرف) لا على استعمال القرآن فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشايخ قياس قوله أنه لا بأس أن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ (وقيل هذا اختلاف عصر وزمان) فى زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفى عرفهما تحاوا بالساذج (ويفتى بقولهما) لان العرف القائم أنه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا (قوله ومن حلف لا ينام على فراش) أى فراش معين فانه قال فى غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه (وفوقه قرام حنث) لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتى تسمى فى عرفنا الملى أى الملاءة المجعولة فوق الطراحة واذا كان تبعا له لم يعتبر وصار كأنه نام على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه فراشا آخر فانه لا يحنث اذا نام على الأعلى لانه مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروى عن أبى يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر أحدهما تبعا للآخر وحاصله أن كون الشئ ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا نفيه فى الفراشين بل كل أصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يماسه الا الأعلى (قوله ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض) عرفا فاعتبر العرف كلا من الارض والبساط والحصير أصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل الجالس على أحدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذيله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان على الارض فيحنث وسره أنه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كأنه جلس بنفسه على الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية (ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير أو فراش (حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير فى العادة كذلك) أى على ما يفرش عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك أن فوقه من أنواع الفرش (بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه) أى الآخر الاعلى (مثل الاول) الاسفل فلم يجعل تابعا له فى العرف وهذا بالاتفاق وفرق أبو يوسف على تلك الرواية عنه فى الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وان كان أحدهما فوق الآخر بل يقال جلس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم فى هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على أحدهما فبسط عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان أو سطحا على السطح اذا حلف لا يجلس على أحدهما انقطعت النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والاسطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لا يكره قاله الشيخ أبو المعين فى شرح الجامع وفى كافى الحاكم حلف لا يمشى على الارض فمشى عليها بنعل أو خف حنث وان كان على بساط لم يحنث وان مشى على أحجار حنث لانها من الارض

وقوله (ومن حلف لا ينام على فراش) يريد على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على حقيقته منكرا لحنث فى هذه الصورة أيضا لانه نام على فراش وقوله (لانه تبع له فلا يعتبر حائلا) يشير الى أنه لو نزع ثوبه وطرحه على الارض وجلس عليه لم يحنث لانه حينئذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير وقوله (ولو حلف لا يجلس على سرير) ظاهر مما تقدم

يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم ذكر وجه المناسبة فى الباب المتقدم (ومن قال لآخر ان ضربتك فعبدى حر فمات فضربه فهو على الحياة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) وهو لا يتحقق فى الميت لانتفاء الايلام فيه ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد برأ يوب عليه السلام فى يمينه بالضرب بهذا الذى ذكر ولم يوجد الايلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان أو حشيش فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكما ثابتا بالنص فى حق أيوب عليه الصلاة والسلام خاصة اكراما له فى حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق به غيره هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ماذكر من تفسير الضغث وروى عن ابن عباس أن الضغث عبارة عن القبضة من الشجر فجاز أن يصيبها ألم أجزائها فكان حكمه باقيا فى شريعتنا أيضا وتمام الكلام فيه فى الكشاف وذكر فى شرح الطحاوى ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله بر فى يمينه والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام وقوله (ومن يعذب فى القبر) جواب عما يقال قولكم الايلام لا يتحقق فى الميت يشكل بعذاب الميت فى القبر وقيد بقول العامة احترازا عن قول أبى الحسين الصالحى فان الميت عنده يعذب من غير حياة ولا يشترط الحياة لتعذيب الميت

﴿ باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره ﴾

(ومن قال لآخر ان ضربتك فعبدى حر فمات فضربه فهو على الحياة) لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق فى الميت ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحياة فى قول العامة

﴿ باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك ﴾

من الغسل والكسوة (قوله ومن قال ان ضربتك فعبدى حر فهو على الحياة) حتى اذا مات فضربه لا يحنث (لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) أو استعمال آلة التأديب فى محل قابل للتأديب (والايلام) والادب (لا يتحقق فى الميت) لانه لا يحس ولذا كان الحق أن الميت المعذب فى قبره توضع فيه الحياة بقدر ما يحس بالالم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هى مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحياة فى تلك الاجزاء التى لا يأخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه ان كان بناء على انكار عذاب القبر أمكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد أورد على أخذ الايلام فى تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد برّ بضرب الضغث وهى حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه وأجيب أولا بمنع عدم الالم فى ضرب أيوب عليه السلام بالكلية وقد روى عن ابن عباس أنه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بأيوب ودفع بانه تمسك به فى كتاب الحيل فى جواز الحيلة فلم يعتبره وفى الكشاف هذه الرخصة باقية والحق أن البر بضرب بضغث بلا ألم أصلا خصوصية رحمة لزوجة أيوب عليه السلام ولا ينافى ذلك بقاء شرعية الحيلة فى الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه بها مرة لا يحنث لكن بشرط أن يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما أن يكون باطرافها فائمة أو باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه أما عدمه بالكلية فلا ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة بيرّ ولو ضربه بمائة سوط وخفف بحيث لم يتألم به لا يبرّ لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه فلا يبر الا بان يتألم حتى ان من المشايخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها كون كل عود بحال لو ضرب منفردا به لأوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشايخ وهو أنه لا بد من الالم ﴿فروع﴾ قال لاضربنك حتى أقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى أتركك لاحى ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول أو حتى (١) تبرك وعندى أيضا على الضرب الشديد لأضربنك بالسيف حتى تموت ولأضربن ولدك على الارض حتى ينشق

(قوله فقد برأ يوب الخ) أقول ولك أن تقرر السؤال بان الضرب استعمل فى الآية المجيدة فيما لا ايلام فيه فعلم أن الضرب ليس اسما لما ذكرتم فحينئذ لا يكون الجواب مساس بالسؤال بل الجواب أن يقال ليس مبنى الأيمان على ألفاظ القرآن بل على العرف كما سبق غير مرة (قوله وأجيب بأنه جاز الخ) أقول أنت خبير بأن الجواب عن المناقضة بالجواز خارج عن الآداب الا أن يجعل ماذكر معارضة فالتعبير عنه بالمناقضة تسامح

(١) تبرك هكذا فى الاصل ولعلها محرفة على تبرد بالدال بمعنى تموت كتبه مصححه

وقوله (وكذلك الكسوة) يعني ان قال ان كسوتك فعبدي حر فكساه بعد الموت لا يحنث وقوله (لانه يراد به) أي بالكسوة على تاويل الاكساء (التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا أن ينوي به) أي بالكسوة (الستر) فحينئذ يحنث لان فيه تشديدا عليه وقوله (وقيل بالفارسية (١٠٠) ينصرف الى اللبس) دون التمليك وهو قول الفقيه أبي الليث ومعناه أنه يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فألبسه وهو ميت حنث لان الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله (وكذا الكلام والدخول) يعني اذا حلف لا يكلم فلانا أو حلف لا يدخل على فلان فكلمه أو دخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه (لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو) فان قيل قد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم أصحاب القليب حيث سماهم باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني ربي حقا أجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم وقوله (ويتحقق ذلك) يعني التطهير (في الميت) ألا ترى أن من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا تجوز وان كان مغسولا جازت

وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا أن ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس (وكذا الكلام والدخول) لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو (ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث) لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت

نصفين فهو على أن يضرب به الارض (١) وبركله فقط وخلاف هذا ليس بصحيح * حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث * حلف ليضربنه بنصل هذا السكين أو بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه به لا يحنث ولو قال ان لقيتك فلم أضربك فعبدي حر فرآه على سطح أو من بعيد بحيث لا تصل اليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل أو أكثر فلم يلقه * حلف لا يضرب امرأته فضرب أمتها يعني فأصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث * حلف لأعذبنه فحبسه لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق (قوله وكذا الكسوة) اذا حلف ليكسونه فألقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك في مفهومها ولذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس أهلا للتملك ليصح التمليك قال الفقيه أبو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي أن يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك (قوله الا أن ينوي به الستر) استثنا من قوله فهو على الحياة الذي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة فحينئذ يحنث لان الستر تتحقق في حق الميت كما في الحي فتنعقد يمينه على حالتي الموت والحياة وذكر ضمير به وهو الكسوة على تاويل قوله كسوتك وقيل على تاويل الاكساء ولا وجود له في اللغة (قوله وكذا الكلام) يعني اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحياة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه لا يسمع فلا يفهم وأورد أنه صلى الله عليه وسلم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رضي الله عنه (٢) أتكلم الموتى يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده ما أنتم بأسمع لما أقول من هؤلاء أو منهم وأجيب بأنه غير ثابت يعني من جهة المعنى والا فهو في الصحيح وذلك بسبب أن عائشة رضي الله عنها ردته بقوله تعالى وما أنت بمسمع من في القبور انك لا تسمع الموتى وبأنه انما قاله له على وجه الموعظة للاحياء لا لافهام الموتى كما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين أما نساؤكم فنكحت وأما أموالكم فقسمت وأما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وبانه مخصوص بأولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقي أنه روي عنه صلى الله عليه وسلم ان الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا وليتنظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح (قوله والدخول) يعني اذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بالحياة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته أو خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليست حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ولم يقل عن زيارة الموتى (قوله ولو قال ان غسلتك فعبدي حر انعقد على الحياة والموت لان الغسل الاسالة) والمعنى المراد به التطهير أو ازالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحياة وفي شرح الطحاوي الاصل أن كل

(قال المصنف وهو من الميت لا يتحقق) أقول قال في الكافي لان الموت ينافي بقاء الملك فلا أن ينافي ابتداءه أولى اه وفيه بحث فانهم صرحوا بأن الميت أهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته ملكه فليتأمل (قوله أجيب بأن ذلك كان معجزة له عليه السلام) أقول وأجاب العلامة فعل

---

(١) وبركله هكذا في بعض النسخ براء مهملة قبل الكاف أي يضربه برجل واحدة وفي بعض النسخ بوكله بالواو وهو تحريف فليحذر
(٢) كذا في بعض النسخ وفي بعضها ما تكلم من أجساد لا أرواح لها وكلاهما صحيح والمدار على ثبوت الرواية كتبه مصححه

(ومن حلف لا يضرب امرأته فنتف شعرها أو خنقها أو عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم) يتصل بالبدن (وقد تحقق الايلام) من هذه الافعال (وقيل لا يحنث في حال الملاعبة) وان أوجعها وآلمها لانه يسمى في العرف ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام وقوله (ومن قال ان لم اقتل فلانا) ظاهر وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في

شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروى عن أبي حنيفة في رواية أخرى انه لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر وهو الصحيح لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز والله تعالى أعلم وان أحدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الماء الذي أضيف اليه الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا أحياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى فأماته الله مائة

(ومن حلف لا يضرب امرأته فنتف شعرها أو خنقها أو عضها حنث) لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا (ومن قال ان لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث) لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي (فان لم يعلم به لا يحنث) لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه اه ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله صلى الله عليه وسلم عثمان بن مظعون بعد ما أدرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة أو التعظيم وقيل ان عقد على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغسل فلانا أو لا يحمله أو لا يمسه أو لا يلبسه فهو على الحياة والموت (قوله ومن حلف لا يضرب امرأته فنتف شعرها أو خنقها أو عضها حنث) وكذا لو وجأها أو قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي أن لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا وأجيب بما علل به في الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو رماه بحجر أو نشابة فأصابه لا يحنث واستشكل يمين الضرب بأنها ان تعلقت بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع آلة التأديب في محل قابل له فيجب أن لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض لانه لا يتعارف ضربا أو بمعناه وهو الايلام فيجب أن يحنث بالرمي بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا أو عرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه وان وجد شرط الحنث عرفا لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده أن لا يبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر ولو باعه بأكثر لا يحنث أيضا لانه وان وجد شرط الحنث لفظا لانه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغضب أما اذا فعل في الممازحة فلا يحنث ولو أدماها لكن لا على قصد الادماء بل وقع الخطأ في الممازحة باليد وعن الفقيه أبي الليث أنه قال هذا اذا كانت بالعربية أما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق أن هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية أيضا الا أنه خلاف المذهب (قوله ومن قال ان لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث) لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحياة بسبب عادي مخصوص لزم أنه عقد يمينه على ازالة حياة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر عادة (وان لم يعلم لا يحنث) لانه عقد يمينه لاستحالة على ازالة الحياة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حياة قائمة (فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف) السابق بين أبي يوسف وبينهما فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد (قوله وليس في تلك المسئلة) أي مسئلة الكوز (تفصيل بين العلم وعدمه) بل الحكم أنه لا يحنث عندهما سواء علم أن فيه ماء وقت الحلف أو لم يعلم (قوله هو الصحيح) احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو

النسفي في الكافي بأنه غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما أنت بمسمع من في القبور ثم قال على انه كان مخصوصا به اه قال الزيلعي ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الاحياء ونظيره ما روي عن علي كرم الله وجهه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أتى المقابر قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين أما نساؤكم فقد نكحت وأموالكم فقد قسمت وديوركم قد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبر ما عندكم وكان يقول سل الارض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك جوابا أجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات اه وفيه بحث لانه يرد قصة لوصحت

عام ثم بعثه وكان ما عقد عليه اليمين متوهما والعادي منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فان تاء التأنيث تحذف في النسبة

﴿باب اليمين في تقاضي الدراهم﴾

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات وغيرها أخر اليمين التي تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها أكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون وأقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي على ما أصرح بذكره عند رأس كل مسئلة والاصل في هذا الباب أن الديون تقضى بامثالها وان العيب لا يعدم الجنس وان مادون الشهر قريب وما فوقه بعيد قال (ومن حلف ليقضين دينه) تقاضى الرجل دينه وألح فحلف غريمه ليقضين دينه (الى قريب فهو مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو أكثر من الشهر) لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر أيضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا وان زاد في التقاضي (فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة بر في يمينه) لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار وسيأتي في كتاب البيوع ان

كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن أبي حنيفة رواية أخرى لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر ووجهه أنه لو كان يعلم أن لا ماء في هذا الكوز فحلف ينبغي أن تنعقد يمينه عندهما على ما يحدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر يوجب حنثه بخلاف ما اذا لم يعلم أن في الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ماء في الكوز ولو أوجد الله تعالى فيه ماء كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه

﴿باب اليمين في تقاضي الدراهم﴾

التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسائله وخص الدراهم بالذكر لانها أكثر دورا في المعاملات (قوله ومن حلف ليقضين دينه الى قريب) أو عاجلا (فهو مادون الشهر) فان أخره الى الشهر حنث (وان قال الى بعيد) أو آجلا (فهو على أكثر من شهر) وعلى الشهر أيضا ولكنه قصد الطباق بين قوله مادون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة الى الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا وقال الشافعي وأحمد ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضاف في كل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيدة بالنسبة الى مادونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل أن يقضيه وقلنا هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الأيمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب أو عاجلا سنة أو أكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قرينة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه ضحى أو عند الهلال ونحوها (قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها) أي بعض الدراهم (زيوفا) وهي المغشوشة غشا قليلا بحيث يتجوز التجار بها وانما يردّه بيت المال (أو نبهرجة) وغشها أكثر من الزيوف يردّه من التجار المستقصي ويقبله السهل منهم (أو مستحقة لم يحنث) بذلك سواء رد بدلها في ذلك اليوم أولا (لان الزيف عيب) وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكور في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء (والعيب) في الجنس (لا يعدم الجنس) أي جنس الدراهم (ولهذا) أي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم (لو نجوز بها) في الصرف أي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد أو جعلت رأس مال السلم صح مع

﴿باب اليمين في تقاضي الدراهم﴾

(قوله وأقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي) أقول فلا وجه لقصر سببية التقاضي على القضاء والقبض لكونه مبنى للعدد أيضا على ما ذكره

وقوله (فوجد شرط برء) يعني قضاء دينه في اليوم (وقبض المستحقة صحيح) ألا ترى أنه لو اشترى بها شيأ فأخذها المستحق بقي البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن (ولا يرتفع برده) أي برد ما قضى من الزيوف أو النبهرجة أو المستحقة (البر المتحقق) لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا رد البدل لكونه زيفا أو نبهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض لعيب أو استحقاق لان مبناء المقاصة وقد زالت قوله (وان وجدها رصاصا) ظاهر وقوله (لان قضاء الدين طريقه المقاصة) بيانه أن ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التمليك ولرب الدين على المديون مثله أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا (وقد تحققت بمجرد البيع) لان ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء

فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق (وان وجدها رصاصا أو ستوقة حنث) لانها ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم (وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه) لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به (وان وهبها له) يعني الدين (لم يبر) لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

أن الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرف أنهما لم ينتف عنهما جنس الدراهم فيبر في اليمين بهما سواء حلف على القبض أو الدفع (و) كذا قبض الدراهم (المستحقة صحيح) ولذا لو أجاز المالك قبضها جاز واذا بر في دفع هذه المسميات الثلاثة فلو رد الزيوف أو النبهرجة أو استردت المستحقة لا يرتفع البر وان انتقض القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع وعتق فردها مولى المكاتب بسبب انها زيف أو نبهرجة أو مستحقة لا يرتفع العتق (ولو كانت رصاصا أو ستوقة حنث) اذا انقضى اليوم ولم يرد بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا زائدا وهو تعريب سي توقه أي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه (لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يتجوز بها في الصرف والسلم) ولا يعتق المكاتب بأدائها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد (قوله وان باعه) أي ان باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضين اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه (عبدا وقبضه) رب الدين (بر) المديون (في يمينه) لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو أن يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لانه قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا اذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاصص به فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو أن يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد أولا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تأكيدا للبيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز أن يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا وقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم أقبض مالي عليك اليوم أو ان لم أستوف قال محمد (فان وهبها له لم يبر) يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقبل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد (لعدم المقاصة) ولان القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون

يصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بأمثالها وقوله (فكأنه شرط القبض) كأنه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان (وان وهبها له) أي ان وهب الدائن دينه للمديون (لم يبر) الحالف (لعدم المقاصة) لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء (والهبة) ليست فعله لانها (اسقاط من صاحب الدين) وانما قال لم يبر لانه أعم من الحنث فكأنه

أشار بذلك الى أنه لم يبر ولم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد بمرة لان البر نقيض الحنث فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر فلا يجوز أن يرتفعا جميعا وأقول ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف

(قال المصنف لان القضاء فعله) أقول فيه تأمل الا أن يكون بدلا عن قوله لعدم المقاصة (قوله قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر) أقول أراد الاتقاني

من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد منهما * واذا تقاضى دينه فقال أقضيها منجما فحلف (لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع) متفرقا لان شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه وهو اسم لكل ماله عليه (فينصرف اليه) والمركب ينتفي بانتفاء جزئه فاذا وجد أحدهما دون الآخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله (فان قبض دينه في وزنين) ظاهر * ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا أملك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال (ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك الا خمسين درهما لم يحنث) لما ذكره في الكتاب

(ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه) لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق ألا يرى أنه أضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به (فان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق) لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه (ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث) لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة

(قوله لان شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق) أقول فيه بحث الا أن يعتبر الجزء الاخر وصف التفرق فالاولى تبديل الباء بالواو (قوله ان فات عدم التفرق الخ) أقول الذي هو احد الجزأين (قوله لم يوجد قبض الجميع) أقول الذي هو الجزء الآخر

فعل هذا فعل الآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث أيضا عندهما لفوات المحلوف عليه يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم في مسئلة الكوز أن بقاء التصور شرط لبقاء اليمين في اليمين المؤقتة وهذه كذلك اذ الكلام هنا في يمين مؤقتة وان كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بأنه يستلزم ارتفاع النقيضين لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق أحدهما دائما هما في الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه أما في الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكمهما مادام السبب قائما ونحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت أحد الامرين لا محالة من الحنث أو البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا بر ولا حنث فاذا فرض ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده وجميع ما أورده من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لان عدم الحنث متفق عليه وانما يفيده لو قالوا بر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل * واعلم أن جواب هذه المسئلة أعني مسئلة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما أشرنا الى ذلك أما المطلقة بأن حلف ليقضين دينه فأبرأه أو وهبه فلا شك أنه يحنث بالاتفاق لان التصور لا يشترط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضي زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة (قوله ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث) بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث (لان الشرط) أي شرط الحنث (قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض) المتفرق (الى كل الدين) حيث قال لا أقبض ديني وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامه متفرقا غير أنه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنتين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنتان كوزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة في الجامع الكبير مؤقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان أخذتها منك اليوم درهما دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه أخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان أخذت منها اليوم منك درهما دون درهم فأخذ خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث أخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد (قوله ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة) فيصدق على الخمسين اذ يصدق أن الخمسين ليس زائدا على المائة وأما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس لي مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفي المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فتكون المائة غير محكوم عليها بأنها في ملكه بل ولا متعرضا لها باثبات بوجه من الوجوه وهذا قول طائفة من المشايخ وأما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة أخرى أو على

قوله (ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) يعني فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من أجزاء المائة فلذلك لم يحنث

﴿مسائل متفرقة﴾ أي هذه المسائل التي أذكرها مسائل متفرقة ومن دأب المصنفين (١٠٥) ذكر ما شذ من الابواب في آخر الكتاب

ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها (وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة) لان كل ذلك أداة الاستثناء ﴿مسائل متفرقة﴾ (واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا) لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي (وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه) لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر بأي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل (واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة)

أن الاستثناء من النفي اثبات وهو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفي اثبات في هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على أن له مائة وأما قول المصنف (ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) فظاهره أنه وجه مقابل لقوله لان المقصود منه عرفا الخ وهو أن يكون مدلولا له ومعلوم أن اخراجها ليس الا من النفي وحاصله اخراج جميع أجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحلف على نفي خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه أعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطني الا خمسين فقال ان كنت أعطيتنه الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف في قدر الدين فقال لي عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لي عليه الا مائة فهذا لنفي النقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفي الجامع الصغير عبده حر ان كنت أملك الا خمسين فلك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكاة حنث والا لا ألا ترى أنه لو قال مالي صدقة ينصرف الى مال الزكاة أو حلف مالي مال لا يحنث الا بمال الزكوة وفي خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة تأتي ان شاء الله تعالى

﴿مسائل متفرقة﴾ أي هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الاشارة لامر حاضر في الذهن أو تأخر وضع الترجمة عن وضع المسائل فتكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين أن يذكروا ما شذ عن الابواب هذه الترجمة ونحوها (قوله واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا لانه نفى الفعل فعم الامتناع) في جميع الاوقات المستقبلة (ضرورة عموم النفي) للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الاوقات ثابتا (وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر بأي فعل فعله) سواء كان مكرها فيه أو ناسيا أصيلا أو وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل (وذلك بموت الحالف) قبل الفعل فيجب عليه أن يوصي بالكفارة (أو بفوت محل الفعل) كما لو حلف ليضربن زيدا أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد أو أكل الرغيف قبل أكله فحينئذ يحنث هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما أرينا فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لابن حمد (قوله واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة) وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع اذا فسد (فهو على حال ولايته خاصة) فلو عزل

(واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا) البين على فعل الشئ أو تركه لا تخلو إما أن تكون موقتة بوقت كيوم وشهر أو مطلقة فان كان الثاني وهو المذكور في الكتاب فان كان على الترك تركه أبدا وان كان على الفعل بر بفعله مرة على أي وجه كان ناسيا أو عامدا مختارا أو مكرها أو بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فيوجب عموم الامتناع وفي الاثبات تخص فان فعله في صورة النفي مرة حنث وان فعله في صورة الاثبات مرة بر (وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف أو بفوت محل الفعل) فان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان وقع اليأس بموته أو بفوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة (واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر) أي مفسد خبيث من

الدعارة وهي الخبث والفساد (دخل البلد كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة) وليس يلزم

(قال المصنف ولان استثناء المائة) أقول فيه بحث الا أن يكون المراد الاشارة الى ما اشتهر عن أهل السنة من أن الجزء لا يغاير الكل فليتأمل

﴿مسائل متفرقة﴾ (قوله كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة الخ) أقول ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة الى زجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد بالفور فور علمه به

لان المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية (ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه) خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل

لا يلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد وهذا التخصيص في الزمان يثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره لانه اذا زجر دا عرا زجر داعرا آخر كما قال تعالى ولكم في القصاص حياة وهذا لا يتحقق الا في حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك (فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية) واذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية وعن أبي يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل أيضا وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد لانه مفيد لاحتمال أن يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز أيضا ثم ان الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو أو المستحلف أو عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت مؤقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان اه ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد بالفور أي فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج عن البلد الا باذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بقيام الزوجية واذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فانه لا يتقيد به اذ لم يذكر الاذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الاذن وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوج بغير اذنها طلقت لانه لم تتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح (قوله ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه) الاصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع يتناول الايجاب والقبول معا وفي عقود التبرعات يتناول الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والاقرار والهدية وقال زفر هي كالبيع وفي البيع وما معه الاتفاق على أنه للمجموع فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستأجر لان اقراره بالبيع تضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم تقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لا يبيع فأوجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فأوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة فعندنا يبر بالايجاب وعنده يحنث ثم استدل المصنف لزفر باعتباره بالبيع (لانه) أي عقد الهبة (تمليك مثله) حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو أي عقد الهبة بلا قبول كالايجاب في البيع ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل يجعل ايجاب الهبة والقبول من الآخر لتمام السبب وانما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية أخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المصنف (ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع) أي الهبة اسم للتبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث ولا يراد تمامه سببا للملك إلا على ما نقل عن بعضهم أن الملك يثبت به قبل القبول الا أن بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لا معوّل ولا عمل على هذا بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه الى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا للملك الآخر كالبيع والحاصل أنه انما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك وبهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر وان كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له فهو كالبيع في هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو في تعيين

الاعلام حال دخوله وانما يلزمه أن لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالي أو عزله على ظاهر الرواية (لان المقصود منه) أي من الاعلام (دفع شره) أي شر نفس الداعر (أو شر غيره بزجره) فان الوالي اذا زجره وأدبه لدعارته يتزجر غيره عن الدعارة لو كانت في قصده أو نيته وهذا المقصود انما يفيد فائدته اذا كان الوالي قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة (وكذلك بالعزل في ظاهر الرواية) وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن أبي يوسف أنه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف أيضا لانه مفيد في الجملة وقوله (ومن حلف أن يهب) على ما ذكره في الكتاب واضح واختلف أصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال بثبوته الا أنه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة ومنهم من قال بعدمه لاحتمال أن يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما

(قوله فلا يمكن دفع الضرر) أقول أي ضرر المنة

ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

مسميات شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة وأخواتهما ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل أو الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا أو بعت كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بأن اسم البيع للمجموع ثم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء أو بودان فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال إنا لم نرده عليك الا أنا حرم فقد أطلق اسم الاهداء من أحد الجانبين فقط لفرض أنه رده عليه ووجهه أن قول ابن عباس أهدى إما حكاية قول الصعب بن جثامة أهديت لك هذا أو حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد أن اسم الهدية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر أولا واستدل أيضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شئ منهما بلازم لان غاية ما فيه أنه يصح أن يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة كقوله فلم يقبل ونحن لا ننكر أنه يصح أن يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع أنه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بأنه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة ألا ترى أنه لو قال بعته هذا الثوب بألف فلم يقبل لم يكن مخطئا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على أن وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على أن البيع لمجرد الايجاب والاثبات وأما الاستدلال بقول الصديق لعائشة رضي الله عنهما كنت نحلتك عشرين وسقا من مال العالية وإنك لم تكوني حزتيه فسماه نحلا قبل القبض فانما ينتهض على احدى روايتي زفر أنه ما خو ذ فيه القبض أيضا ولسنا نصححها بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب ومسمى اللفظ وأما الوجه القائل ان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر أن الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد فلا يخفى أنه غير لازم والا كانت أسماء الامور التي لها غايات أسماء لتلك الغايات وأيضا فقصد الاظهار للسماحة هو عين المراآة ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الاجنبي وهذا أليق أن يجعل مقصود العقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا بمجموع القبول والايجاب وأقربها أنه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شئ آخر فهو اسم لجزء السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن أبي يوسف أن قبول المستقرض لابد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال أقرضني فلان ألفا فلم أقبل لا يقبل قوله ونقل عن أبي حنيفة فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث إنه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع أن في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه أن يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع للعوض * واعلم أن الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة لا عين مال فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار أن مآله الى عين المال حتى جرت أحكام المال عليه في باب الزكاة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق ولا يعلم خلاف في أن الاستقراض كالهبة ﴿فروع﴾ حلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى أباه في مرضه فعتق عليه ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وأمره بقبضها برئ ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي أن الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الآخر ولو قال لعبدان وهبك فلان مني فأنت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اليه أولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدأ الواهب فقال

(ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لا يحنث) لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق (ولو حلف لا يشترى بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه) اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء ينبنى عليه

وهبته كه لا يعتق قبل أو لم يقبل و إن بدأ الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له أجنبي فأجازا لحالف الهبة حنث كذا رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب في المال وتنعقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادات الناس من الشركة في التجارات دون الاعيان فلو اشترى عبدا لم يحنث بخلاف مالو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شئ حيث يحنث بخلاف مالو ورث شيأ لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما أحب أو كره (قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لم يحنث) و يشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي اللغة الفصيحة المشهورة وأما شممت الطيب أشمه بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست بفصيحة ثم يمين الشم تنعقد على الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه وفي المغرب الريحان كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كالورقه وقيل في عرف أهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره في المبسوط لانه تعالى قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان ولان الريحان انما يطلق على ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة للزهر خاصة هذا والذي يجب أن يعول عليه في ديارنا إهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحاحم وأما كون الريحان الترنجي منه فيمكن أن لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحاحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع (قوله ولو حلف لا يشترى بنفسجا فهو على دهنه) دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخي أنه يحنث به أيضا بعموم المجاز وهذا مبني على العرف فكان في عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في أيام الكرخي فقال به وأما في عرفنا فيجب أن لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن أصلا كما قال في الورد والحناء ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج ❊ فروع متفرقة الاصناف ❊ اذا حلف على الدجاج نفيا أو اثباتا وكذا الحمل والابل والبعير والحمير والبقر والبقرة والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والتاء للوحدة قال قائلهم

لما مررت بدير هند أرقني ❊ صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن أبي يوسف البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للانثى والبقر لا يتناول الجاموس للعرف ❊ حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لأفعل كذا وكذا فكذلك يحنث ❊ حلف لا يأكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فطبخ فأكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكرها في فتاوى قاضيخان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه انه لا يحنث أن يقيد بما اذا لم يجد طعم اللحم ❊ حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاه وشرب قيأه لا يحنث قال لعبده ان سقيت الحمار فأنت حر فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكنه لم يشرب

(قوله قيل هذا تفسير الامام الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني (قوله وجوابه أن معنى قوله اسم لما لا ساق له الخ) أقول يعني اسم لما لا ساق له بلا رائحة بل يكون لساقه رائحة كالورقه وساق الورد ليس له رائحة كالورقه (قوله اصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة) أقول المعتبر في الأيمان ما هو المتعارف بين الناس لا ما اصطلح عليه الفقهاء

وقيل فى عرفنا يقع على الورق (وان حلف على الورد فاليمين على الورق) لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفى البنفسج قاض عليه

* حلف لايشرب عصيرا فعصر عنقودا فى حلقه لايحنث ولو عصره فى كفه فحساه حنث أما لو قال لايدخل حلقى حنث فيهما وفى الفتاوى هذا فى عرفهم أما فى عرفنا فينبغى أن لايكون حانثا لان ماء العنب لايسمى عصيرا فى أول مايعصر * حلف على امرأته لاتسكن هذه الدار وهى فيها وبابها مغلق وللدار حافظ فهى معذورة حتى يفتح الباب وليس لها أن تتسور الحائط قال الفقيه وبه نأخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين مالو قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج فانه يحنث * ولو قال لامرأته وهى فى بيت والدها ان لم تحضرى الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث قال الصدر الشهيد هذا فى فتاوى الفضلى وذكر بعد هذا أنه لايحنث قال والاصح أنه يحنث ولابد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولايجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر اه يعنى وقد أكرهت على السكنى وهو فعل والمكره على الفعل لايضاف الفعل اليه فلا يحنث وقد صرح بجواب الشيخ أبى بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم أخرج من هذه الدار اليوم فقيد الحالف ومنع أياما أنه يحنث وهو الصحيح وفى الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فأنت طالق وكان لبلا فهى معذورة حتى تصبح ولو قال لرجل لم يكن معذورا هو الصحيح الا لخوف لص وغيره وهذا ماسلف الوعد به * كل عبد لى حر وله عبد بينه وبين غيره لايعتق لانصرافه الى التام ومثله لا آكل مما اشتراه فلان فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لايحنث لو أكل منه ويعتق عبده المأذون وان كان عليه دين ولايعتق عبد عبده المأذون عند أبى حنيفة اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليه دين ان نواه عتق والافلا وعند أبى يوسف ان نواه عتق والافلا كان عليه دين أولا وقال محمد عتقوا جميعا فى الاحوال كلها * قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيأ فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان أراد به الاستحلاف فهو استحلاف ولاشئ على واحد منهما اذا لم يفعل * ولو قال لغيره أقسمت أو أقسمت بالله عليك لتفعلن كذا أو قال أشهد بالله أو أشهد عليك أو لم يقل عليك فالحالف هو المبتدئ الا أن يكون أراد الاستفهام فلا يمين عليه أيضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولايمين على المبتدى وان نواه * اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو أقل من منى وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فأنت طالق فانه يطيح قبل أن يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة * حلف لايأكل من خبز ختنه فسافر الختن وخلف لامرأته دقيقا نفقة فأكل منه حنث لانه باق على ملكه قال القاضى الامام هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلى من دقيقى بقدر مايكفيك أما اذا أفرز قدرا من الدقيق وأعطاها اياه صار ملكا لها فلا يحنث قال فى الخلاصة وفى الفتاوى حلف لايأكل من مال فلان فتناهدا فأكل الحالف لايحنث لان كلا منهما آكل من مال نفسه فى العرف وفيه نظر قال قلت للقاضى الامام لو كان أحد الشركاء صبيا لايجوز هذا ولو كان كل واحد آكلا من مال نفسه ينبغى أن يجوز قال نعم استحسنوا بنى ولكن لم يصرح بالخلاف اه وأقول الفرق أن عدم الحنث لأن كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف تبتنى الأيمان فلم يحنث وعدم جواز التناهد مع الصبى لانه غير آكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبى أيضا وفى الخلاصة حلف لايأكل من خبز فلان فأكل خبزا بينه وبين فلان يحنث وقال فى مجموع النوازل لايحنث لانه أكل حصته ولو حلف لايأكل من مال فلان فمات فلان وهو وارثه فأكل ان لم يكن له وارث سواه أو كان فأكل بعد القسمة لايحنث والا حنث ولو حلف لايأكل رغيفا لفلان فأكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث فى مجموع النوازل وكذا دار بين أختين قال زوج

(وقيل فى عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه) أى الورد (حقيقة فيه) أى فى الورق (والعرف مقرر له) أى لوقوع اليمين على الحقيقة يعنى أن اسم الورد على الورق حقيقة وفى العرف أيضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة (وفى البنفسج قاض عليه) أى غالب راجح يعنى أن اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعى لا على دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا فى اسم البنفسج على حقيقته

احداهما ان دخلت الا في نصيبك فأنت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دارا لفلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع أرض فلان فزرع أرضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى أرضا ونصف الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا يأكل من مال فلان فأكل من حب بينه وبينه حنث ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف لا يأكل من طبيخ فلان فأكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا يأكل من قدر فلان فأكل من قدر طبخها فلان لم يحنث وفي الاصل لو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراءه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان أو يملكه فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفي مجموع النوازل امرأة وهبت طيرا فقال لها زوجها اكراز تردد اي تو بحرم فأنت طالق فوهبت من آخر فأكل الحالف يحنث قال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما يأتي ينبغي أن لا يحنث صورتها في الفتاوى حلف لا يأكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها وهبت الثمن لابنها ثم وهب الابن للحالف فاشترى به شيأ فأكله لا يحنث قال وهذا أصح من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان أكلت اليوم الا رغيفا أو ان تغديت برغيف فعبدي حر فأكل رغيفا ثم أكل بعده تمرا أو فاكهة حنث وفي فتاوى قاضيخان حلف لا يأكل اليوم الا رغيفا فأكل رغيفا مع الخل أو الزيت أو اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان أكلت اليوم أكثر من رغيف فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا يأكل هذه الحبة التي فيها الزيت فأكل بعضها حنث ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث حتى يأكل كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا يأكل هذا الشيء كالرغيف مثلا فأكل بعضه قال أبو بكر الاسكاف ان كان شيأ يمكنه أن يأكله كله في مرة لا يحنث بأكل بعضه وقال بعضهم اذا أكل بعض ما لا يمكن أن يأكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح وقال محمد كل شيء يأكله الرجل في مجلس واحد أو يشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث بأكل بعضه لكن في الفتاوى للقاضي حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل وبقي منه شيء يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق في القضاء فيه روايتان اه وكأن المراد أن يترك شيأ قليلا جدا بحيث لا يقال الا أن فلانا أكل جميع الرغيف لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع انه اذا حلف لا يأكل هذا الرغيف لا يحنث بأكل البعض وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث بأكل لقمة منه قال في فتاوى قاضيخان قال مشايخنا الصحيح أنه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث بأكل البعض قال ابراهيم سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال كلما أكلت اللحم أو كلما شربت الماء فلله علي أن أتصدق بدرهم فأكل فعليه في كل لقمة من اللحم وفي كل نفس من الماء درهم * حلف لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكلمهما الا أن ينوي الحنث بأحدهما فيحنث بواحد منهما أما لو قال لا أكلمهما أو قال بالفارسية اين دو كس سخن نكويم ونوى واحدا لا تصح نيته ذكره في المحيط قال وينبغي أن تصح لان المثنى يذكر ويراد به الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح اه فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا أو فلانا حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفي مجموع النوازل لا أكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهو على ستة أيام ولو قال لا أكلمه لا يوما ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة أيام * حلف لا يشرب من دار فلان فأكل منها شيأ قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين الامتناع

عن جميع المأكولات وقال غيره لا يحنث في يمينه الا أن ينوي جميع المأكولات والمشروبات أما لو قال بالفارسية فلا شك في تناول المأكول والمشروب * حلف لا يغتسل من امرأته من جنابة فجامعها ثم جامع أخرى أو على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث أيضا اذا اغتسل لانه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لا يحل تكته على امرأته ان أراد أنه يجامع صح وهو مول وان لم يرد ان فتح سراويله للبول ثم جامعها لا يحنث لان فتح سراويله عليها أن يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي أن يكون حانثا لوجود شرط الحنث ولو حلف لا يحل تكته في الغربة فجامع من غير حل التكة ان نوى عين حلها لا يحنث وصدق قضاء وان لم ينو يحنث ونحو هذا قوله ان اغتسلت من الحرام فعانق أجنبية فانزل قالوا يرجى أن لا يكون حانثا ويكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لا تغسل رأسها من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار أرجو أن لا تحنث قال الفقيه أبو الليث لان قولها كناية عن الجماع فاذا كانت مكرهة عليه لا تحنث ولو قال لها عند ارادته الجماع ان لم تمكنيني أو لم تدخلي معي في البيت فلم تفعل أو فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفي الجامع الكبير حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بهما ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة فأنت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله بمعاينتها بتداخل الفرجين وتعرف أنها ليست مملوكة له ولا زوجة أو شهد عندها أربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت الا بذلك ولو أقر لها كفى مرة لا يسعها المقام معه فان جحد عند الحاكم أنه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فان حلف وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تقيد مسئلة ما اذا علمت أنه طلقها ثلاثا يقينا ثم أنكر فانها لا تمكنه أبدا واذا لم تستطع منعه عنها لها أن تسمه ولو قال لها بالفارسية اكر تو با كسى حرام كنه فأنت طالق فأبانها فجامعها في العدة طلقت عندهما لانهما يعتبران عموم اللفظ وأبو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لآخر ان فعلت فلم أفعل قال أبو حنيفة ان لم يفعل على فور فعله حنث * حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لا يحنث لان معرفة البالغ كذلك ويحنث في الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فاخرجه الى جاره ولم يسمه بعد فرآه الجار ثم حلف أنه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف أنه لا يعرفها لا يحنث وكذا لو حلف أنه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يحنث الا أن يعني به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يحنث * حلف لا أترك فلانا يفعل كذا كلا يمر أو لا يذهب من هنا أو لا يدخل يبر بقوله له لا تفعل لا تخرج لا تمر أطاعه أو عصاه والله تعالى الموفق للصواب

﴿ كتاب الحدود ﴾

لما اشتملت الأيمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الأيمان المغلب فيها جهة العبادة لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي

لما فرغ من ذكر الايمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة أورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال وأما سببها فسبب كل منهما ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما وأما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في الكتاب وقوله (الانزجار عما يتضرر به العباد) يريد به افساد الفرش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى أن الحدود تشتمل على مقصد أصلي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغير أصلي وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع في حق الكافر الذمي ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه

﴿ كتاب الحدود ﴾

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر

هي جنس واحد بالاجنبي ما يعد بين الاخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله الحديث ثم محاسن الحدود أظهر من أن تذكر ببيان وتكتب ببنان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة أنها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية واما تهامعنى بسبب اشتباه النسب ولا يلزم بموت الولد مع ما فيه من تهمة الناس البراء وغيره ولذا ندب عموم الناس الى حضور حده ورجمه وفي باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض وأخذ أموال الناس وقبح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم تبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان أبيح الشرب وحين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخلوص فان حقوقه تعالى على الخلوص أبدا تفيد مصالح عامة ولذا قال المصنف والمقصود من شرعيته الانزجار عما يتضرر به العباد والعبارة المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر الا أنه لما كان الزجر مرادا للانزجار عدل المصنف الى قوله الانزجار الا أن قوله والطهارة ليست بأصلية الى آخره أي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد أنه مقصود أيضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا أصليا بل هو تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم قبل سببه أصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة (١) وأما ذلك فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من أصاب من هذه المعاصي شيأ فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب منها شيأ فستره الله فهو الى الله ان شاء عفا عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك أي التقتيل والصلب والنفي بان لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فأخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية الا من تاب فانها حينئذ تسقط عنه العقوبة الاخروية وبالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب أن يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فيقيد به جمعا بين الادلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهرة فأداه بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد يعني أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد ولم تتحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من أهلها وأما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذ السمع انما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا بتضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا أن يدل دليل سمعي على ذلك وأما الاستدلال على عدم كون الحد مسقطا بأنه يقام عليه وهو كاره له فليس بشيء لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله أعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده أي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وابقاعها بعده يمنع من العود اليه (قوله الحد لغة المنع)

وعليه قول نابغة ذبيان الا سليمان اذ قال الاله له * قم في البرية فاحددها عن الفند

وهو الخط أي المنع بالقول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شيء فهو حاد له وحدادا ذا صيغ للمبالغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه

(قوله وأما سببها فسبب كل منهما ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما) أقول في العبارة نوع ركاكة

(١) قوله الكمال وأما ذلك أي كون الطهرة مقصودة من الحد قصدا تبعيا للزجر كذا بهامش اه من

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة أهل الحجاز والمد لاهل نجد قال الفرزدق

أباحاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

يخاطب رجلا يكنى أباحاضر والخرطوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور (١١٣) وتفسيره في الشرع قضاء المكلف

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر

من الخروج بلا شك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيد وهو قوله

يقول لي الحداد وهو يقودني * الى السجن لا تجزع فبابك من باس

فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز أن يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله والخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى

فقمنا ولما يصح ديكنا * الى جونة عند حدادها

وسمي أهل الاصطلاح المعرف للماهية حدا لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعزل أذن وغيره على ما سيأتي ان شاء الله تعالى وهذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير أن الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال أتشفع في حد من حدود الله وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده (قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار) ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي بها جاء القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا وتمد في لغة نجد وعليها قال الفرزدق

أباطاهر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من أسماء الخمر قال والمراد ثبوته عند الحكام أما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال أبو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانها يثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لما تعذر القطع اكتفى بالظاهر

شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبههما لاشبهة الاشتباه وتمكين المرأة من ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى أن مجرد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الغسل والمكلف يخرج الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير اذن مولاها وما أشبهه وبشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون وبشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف (والمراد ثبوته عند الامام) وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار وانما انحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم

 الكاذبون وقوله (معرة ومضرة) المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة ضرر يتصل ببدنه ويسري الى باطنه من لحوق العار بانتسابه الى الزنا

(قوله وتفسيره في الشرع الخ) أقول تفسير للزنا العام لما يوجب الحد وما لا يوجبه (قوله وشبهتهما الخ) أقول ليعم الزنا الذي لا يوجب الحد (قوله وتمكين المرأة الخ) أقول تعريف لزنا المرأة (قوله اشارة) أقول وجه الاشارة مستور

قال (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه السلام للذى قذف امرأته ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان فى اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده

وهو فى البينة وفى الاقرار أظهر لان الاقرار بسبب الحد يستلحق مضرة فى البدن ومغرة فى العرض توجب نكاية فى القلب فلم يكن الاقدام عليه الامع الصدق دفعا الضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يتب وقصدا الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته فى أسباب سخط الله تعالى لينال درجة أهل العزم (قوله فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعى هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها أولاد صغار وانما كانت الشهود أربعا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وأما الحديث الذى ذكره المصنف وهو قوله صلى الله عليه وسلم للذى قذف امرأته بالزنا يعنى هلال بن أمية ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والاحد فى ظهرك فلم يحفظ على ما ذكر والذى فى البخارى انه عليه الصلاة والسلام قال البينة والاحد فى ظهرك نعم أخرج أبو يعلى فى مسنده حدثنا مسلم بن أبى مسلم الجرمى حدثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال أول لعان كان فى الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم أربعة شهود والاحد فى ظهرك والمسئلة وهى اشتراط الاربعة قطعية بجمع عليها ثم ذكر أن حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه واقتصر عليه لنفى قول من قال ان حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة أما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشئ كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على أربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء وأما انه مندوب اليه فلما أخرج البخارى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه وأخرج أبو داود والنسائى عن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه لانها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك وهذا يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم فاذا ظهر حال الشره فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال فى ماعز لو كنت سترته بثوبك الحديث وسيأتى كان فى مثل من ذكرنا والله سبحانه أعلم وعلى هذا ذكره فى غير مجلس القاضى واداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها وأما ان المختار فى الحكمة ما ذكره المصنف فلان شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة كما لو شهدوا ان هؤلاء

وقوله (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر وقوله (ولان فى اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر) احترازعن قول من يقول انما اشترط الاربع لان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب أن الله تعالى أحب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر وقوله (وهو) أى الستر (مندوب اليه) قال صلى الله عليه وسلم من أصاب منكم من هذه القاذورات شيأ فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة (والاشاعة ضده) أى اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لامحالة ثم لما كان الستر أمرا مندوبا اليه كانت الاشاعة أمرا مذموما

(واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى)

(واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ماهو) احترازا عن الغلط فى الماهية (وكيف هو) احترازا عن الغلط فى الكيفية (وأين زنى) احترازا عنه فى المكان (ومتى زنى) احترازا عنه فى الزمان (وعن المزنية) احترازا عنه فى المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل

الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالمعول عليه ماذكره المصنف (قوله واذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم) عن خمسة أشياء (عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى) ثم استدل المصنف على وجوب هذه الاشياء بأنه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط المطلوب شرعا فى ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسمعى مقتصر على اثنين منها فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام فى استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب أن علة استفساره بعينها ثابتة فى الشهود كما تسمع فوجب استفسارهم أما انه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبو داود والنسائى وعبد الرزاق فى مصنفه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال جاء الاسلمى نبى الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه أصاب امرأة حراما أربع مرات كل ذلك يعرض عنه فأقبل فى الخامسة فقال أنكتها قال نعم قال حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود فى المكحلة وكما يغيب الرشاء فى البئر قال نعم قال فهل تدرى ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتى الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال أريد أن تطهرنى فأمر به فرجم فسمع النبى صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر الى هذا الذى ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال أين فلان وفلان فقالا نحن ذان يارسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يارسول الله قال فما نلتما من عرض أخيكما آنفا أشد من الاكل منه والذى نفسى بيده انه الآن لفى أنهار الجنة ينغمس فيها وأما استفساره عن المزنية ففيما أخرجه أبو داود عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك فى حجر أبى فأصاب جارية من الحى فقال له أبى ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك قال فأتاه فقال يارسول الله انى زنيت فأقم على كتاب الله فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات فقال عليه الصلاة والسلام انك قد قلتها أربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فأمر به أن يرجم فأخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق فى مصنفه فقال فيه فأمر به أن يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحى بعير فأصاب رأسه فقتله وأما ان فى الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فما قال لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراما زنا أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال سأله عن الزنا ماهو ولانه يحتمل كونه كان مكرها ويرى أن الاكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه كما روى عن أبى حنيفة فيشهد به فلهذا سأله عن كيفيته وفى التحقيق هو حالة تتعلق بالزانى نفسه ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى فى دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا سألهم أين زنى ويحتمل كونه فى زمان متقادم ولا حد فيه اذا ثبت بالبينة أو فى زمن صباه فلهذا سألهم متى زنى وحد التقادم سيأتى ثم يحتمل كون المزنى بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه أو كانت جاريته أو زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حمل لهؤلاء أن ينظروا فى بيتى وكانت فى بيت أحدهم كوة يبدو منها للناظر ما فى بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما أتيت الا امرأتى ثم ان الله تعالى درأه عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل فى المكحلة فحد عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاسا عالية ولحافا يرتفع وينخفض

(قوله واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا) أقول أنت خبير بأن سؤال الامام ليس للاحتراز عن الغلط فيما ذكره بل الغلط مطلوب لدرء الحد وانه لا معنى للغلط فى المكان والزمان هنا فتأمل (قوله الى ان ذكر الكاف والنون) أقول يعنى الى ان ذكر لما عز الكاف والنون

أما الاول فلما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا الى أن ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت لكونه صريحا في الباب والباقي كناية وأما العقل فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة أو زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد أو في المتقدم من الزمان وذلك يسقط الحد أو كان له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتياطا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها بيانا لماهيته والمزني بها كالميل في المكحلة بيان كيفيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتياطا للدرء لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك وقال ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى

لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه أو زنى في دار الحرب أو في المتقدم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتياطا للدرء (فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتياطا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى

وهو لا يوجب الحد وأخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رضي الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وأبى أبو بكرة أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل العضو من العبادة اه فلهذا يسألهم عن المزني بها من هي وقياسه في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فان فيه أيضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه صبيا أو مجنونا بأن مكنت أحدهما فانه لا يجب عليها في ذلك حد على قول أبي حنيفة ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم انهما زنيا لم يحد المشهود عليه ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا لظهور قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون وصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم باقون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا فاذا لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد وما وقع في أصل المبسوط من أن الرابع لو قال انه زان فسئل عن صفته فلم يصفه انه يحد حمل على انه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة (قوله واذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة) وهي بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر بان يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بأن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده وهذا ما وعد المصنف بيانه في الشهادات وبقي شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها أبو حنيفة في الاموال احتياطا للدرء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت ايجاب الدرء ما أمكن استدل عليه بما رواه أبو يعلى في مسنده من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان لها مخرج فخلوا سبيله فان الامام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة قال الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف وأسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف أقرب الى الصواب ولا شك أن هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى وكان ذكر هذه ذكرا لمستند الاجماع واعلم أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا في اقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن

قال فى الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف المديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال (والاقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات فى أربعة مجالس من مجالس المقر كلما أقر رده القاضى فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبى والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعى يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور

ثبت ذلك هناك ولم يثبت فى تعديل الشهود اهدار عمله بعد التهم فوجب اعتباره (قوله قال فى الاصل) أى قال اذا وصف الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضى المشهود عليه بالزنا الى أن يسأل عن عدالة الشهود لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ بالشبهات فان قيل الاحتياط فى الحبس أظهر منه فى أخذ الكفيل أجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير له لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان أقصى العقوبات بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان بعد الثبوت عقوبته أغلظ وهذا هو الفرق الذى وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق وأما قوله حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فأخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة زاد الترمذى والنسائى ثم خلى عنه حسنه الترمذى وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن عمرو بن مالك قال أقبل رجلان من بنى غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم واتهموا الغفاريين فأتوا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يلبث الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبى صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لى فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتلك فى سبيله قال فقتل يوم اليمامة (قوله والاقرار أن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات) قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور فى القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولابد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو اشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعى شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى فى حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصى والعنين وكذا لو أقر ظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بأن تخبر النساء بانها رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة فى شهادة الشهود بالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو أقرت أنها زنت بأخرس لا حد على واحد منهما واختلف فى اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن أبى سليمان ومالك والشافعى وأبو نور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل أربع مرات ولان الغامدية لم تقر أربعا وانما رد ماعز لانه شك فى أمره فقال له أبك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا فى اشتراط كونها فى أربعة مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا وفقهاء ابن أبى ليلى وأحمد فيما ذكره عنه واكتفوا بالاربع فى مجلس واحد وما فى الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبى هريرة قال أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فقال يا رسول الله انى زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله انى زنيت فأعرض عنه حتى بين

قال فى الاصل (يحبسه حتى يسأل عن الشهود) لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بنى على الدرء فان قيل الاحتياط فى الحبس أظهر أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين المديون سيأتى ان شاء الله تعالى قال (والاقرار أن يقر العاقل البالغ) صورة المسئلة ظاهرة على ماذكره (قوله اعتبارا بسائر الحقوق) يعنى فى سائر الحقوق العدد معتبر فى الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا

(قوله أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير) أقول ولا يخفى عليك ان المستفاد من تعليل الحبس بقوله لانه لو خلى سبيله هرب هو أن يكون الحبس احتياطا لا تعزيرا فليتأمل

وقوله (بخلاف زيادة العدد في الشهادة) يعني أنها تفيد زيادة في طمأنينة القلب وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال زنيت فطهرني فأعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه وسلم الآن أقررت أربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها أبى الا أن يقر بصريح الزنا فقال أبك خبل أبك جنون وفي رواية بعث الى أهله فقال هل تنكرون من عقله شيأ فقالوا لا فسأل عن احصانه فأخبر انه محصن فأمر برجمه وعن أبي بريدة قال كنا نتحدث في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما أشار اليه بقوله فانه أخر الاقامة وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخر اقامة الحد الى أن تم الاقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر بما دونها ما أخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس

بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز فانه عليه السلام أخر الاقامة الى أن تم الاقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر بما دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس

ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبك جنون قال لا قال هل أحصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب فأدركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر في انه كان في مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه في افادة انها في مجالس ما في صحيح مسلم عن أبي بريدة أن ماعزا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم أتاه الثانية من الغد فرده ثم أرسل الى قومه فسألهم هل تعلمون بعقله بأسا فقالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فأتاه الثالثة فأرسل اليهم أيضا فسألهم فأخبروه انه لا بأس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفرة فرجمه وأخرج أحمد واسحق بن راهويه في مسنديهما وابن أبي شيبة في مصنفه قال حدثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن أبزى عن أبي بكر رضي الله عنه قال أتى ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وأنا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فأمر به فرجم فصرح بتعدد المجيء وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة قال جاء ماعز بن مالك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الابعد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال أدخلت وأخرجت قال نعم فأمر به أن يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس فوجب أن يحمل الحديث الاول عليها وان قوله فتنحى تلقاء وجهه معدود مع قوله الاول اقرارا واحدا لانه في مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك أربع مرات أي في أربعة مجالس فانه لا ينافي ذلك وقد دلت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فأما كون الغامدية لم تقر الا مرة واحدة فممنوع بل أقرت أربعا دل عليه ما عند أبي داود والنسائي قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص في اقرارها أربعا غاية ما في الباب انه لم ينقل تفاصيلها والرواة على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خبل أبك جنون أجيب أما تغير الحال كثيرا فانه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك قبلت وطئها ليرجع عن الزنا الى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه وكما قال للسارق أسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روى أن أبا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما أقر ثلاثا ان أقررت الرابعة رجمك فثبت أن هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله (ولان الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هنا ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس

(قوله فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره الخ) أقول هذه معارضة

كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البزار فى مسنده عن زكريا بن سليم حدثنا شيخ من قريش
عن عبد الرحمن بن أبى بكر عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبى
حتى تلدى الحديث غير أن فيه مجهولا تتميز جهالته بما يشهد له من حديث أبى داود والنسائى وأما
كونه رد ماعزا أربع مرات كان لاسترابته فى عقله فان سلم لا يتوقف علم ذلك على الاربع والثلاثة
موضوعة فى الشرع لابلاء الاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لان عندها لا يعذر المغبون والمرتد
يستحب أن يؤخر ثلاثا ليراجع نفسه فى شبهته فلو لم تكن الاربعة عددا معتبرا فى اعتبار اقراره لم يؤخر
رجمه بعد الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة
فمن ذلك قوله عليه السلام فى حديث هزال انك قد قلتها أربعا فبمن زنيت وهو حديث أخرجه أبو داود
والنسائى والامام أحمد عن يزيد بن نعيم عن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك فى حجر أبى فأصاب جارية
من الحى فقال له أبى ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه أحمد قال هشام
فحدثنى يزيد بن نعيم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته
بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح اسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره
ابن حبان فى الثقات وأبوه نعيم ذكر فى الثقات أيضا وهو مختلف فى صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه
وسلم على الاربع جماعة بألفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها فى لفظ لابى داود عن ابن عباس انك قد شهدت
على نفسك أربع مرات وفى لفظ لابن أبى شيبة أليس أنك قد قلتها أربع مرات وتقدم فى مسند أحمد
عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال له بحضرته صلى الله عليه وسلم ان اعترفت الرابعة رجمك الا أن فى اسناده
جابرا الجعفى وكونه روى فى الصحيح أنه رده مرتين أو ثلاثا فمن اختصار الراوى والا فلا شك انه أقر أربعا
وقوله فى ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما أوجب سبحانه فى الشهادة
على الزنا أربعا على خلاف المعتاد فى غيره فكذا يعتبر فى اقراره انزالا لكل اقرار منزلة شهادة واحد
ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله فى حديث العسيف فان اعترفت فارجمها
معناه الاعتراف المعهود فى الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة
رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة هذا ونقل من حديث أبى هريرة فى استفسار ماعز انه رجمه
بعد الخامسة وتأويله انه عد آحاد الاقارير فان فيها اقرارين فى مجلس واحد كما قدمنا فى الجمع فكانت
خمسا فان قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغى أن يلقنه الرجوع ولكن فى مجلس الاقرار الموجب
ولو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعده لانه يطلقه مختارا فى اطلاقه ليذهب وقد لا يرجع هكذا
يوما بعد يوم وهذا ما علمت أن الاقامة مخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه ان
لا يفعله والافات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فايجاب السبب مقيد بعدم الرجوع
قبل الاقامة وهذا لا يوجب جواز رده واخراجه ليذهب ويرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حال سبيله
وهو مصر على الاقرار غير انه يقول فى نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيأ على الامام فيجلس فى
بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا فى زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد
وأما ما روى ان الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام أتريد أن تردنى كما رددت ماعزا والله انى لحبلى
من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال أما لا فاذهبى حتى تلدى فلما ولدت أتته بصبى فى خرقة فقالت
هذا قد ولدته قال فاذهبى فأرضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبى فى يده كسرة خبز قالت هذا
يا نبى الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبى الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى صدرها
وأمر الناس أن يرجموها فرجموها فنقل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها
فسمع النبى صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو تابها

لما رويناه من انه صلى الله عليه وسلم أخر الاقامة الى أن تم الاقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس (ولان لاتحاد المجلس أثرا في جمع المتفرقات فعنده) أي عند الاتحاد (تتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار) ألا ترى الى ماجاء في حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم نعتبر ذلك ولم يذهب اليه أحد من المجتهدين (والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه) في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه أي في وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضي وردّه المصنف بقوله دون مجلس القاضي وقوله (والاختلاف بأن يرده القاضي) ظاهر وقوله (لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار) دليله أن التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي غير موجودة في الاقرار وسيأتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا

قال المصنف (ولان الشهادة الى قوله لأمر الزنا) أقول ليس فيه اثبات للتقدير بالقياس بل اثبات الزيادة على الواحد بلا تعيين عدد اذ بذلك يتم نفي مذهب الشافعي فتأمل قال المصنف (وقيل لو سأله جاز الخ) أقول قال الزيلعي والاصح انه يسأله لاحتمال انه زنى في صباه

لما رويناه ولان لاتحاد المجلس أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن أبي حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال (فاذا تم اقراره أربع مرات سأله عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز أنه زنى في صباه (فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله) وقال الشافعي وهو قول ابن أبي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره

صاحب مكس لغفر له وليس في هذا انه اعتبر قولها فلم يردها غاية الامر أنه ردها وغياه الى ولادتها ثم ردها الى فطامها لاتفاق الحال بان تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت اليه يصدر منها ما هو اقرار اذ لابد أن يقع في مجلسها شيء مما هي بصدده هذا لو لم يكن ماتقدم مما يفيد أن اقرارها كان أربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر في الحكم بتعدد الاقارير بعدد مجالس المقر دون القاضي لانه الذي به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فأمكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط وأما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد يتهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لاشك في الصدق وأصل التعدد وانما لزم حتى لزم الاثنان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر ويشترط في النساء كذلك أيضا بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبي فلزمت الاخرى لتذكرها (قوله لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة) لا يعرف بهذا اللفظ وأقرب الالفاظ اليه ماذكرنا من حديث ابن حبان انه طرد وأخرج فارجع اليه (قوله فاذا بين ذلك) أي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال عمن زنيت لانه قد يبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف مالو قال في جوابه لا أعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه أقر بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره أنه لا ملك له في المزنية لانه لو كان لعرفها الا ان الانسان لا يجهل زوجته وأمته والحاصل أنه اذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد وكذا اذا أقر أنه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف أنه حده ثم أرسل الى المرأة فقال فان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لان كلا منهما شبهة وبه لا يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحد الرجل عند أبي حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تحد هي عندهما لا عنده (قوله وقال الشافعي يقيم عليه الحد) وهو قول ابن أبي ليلى والمسطور في كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعد ما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره فقوله كما اذا

كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة فى الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست أو قبلت) لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها أو قبلتها قال فى الاصل وينبغى أن يقول له الامام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول فى المعنى

﴿فصل﴾ فى كيفية الحد واقامته (واذا وجب الحد وكان الزانى محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت) لانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وقد أحصن وقال فى الحديث المعروف وزنا بعد احصان

وجب بالشهادة تحريرا لجامع فيه انه انكار بعد الثبوت كما لو فرض أنهم شهدوا عليه وهو ساكت فلما سألهم الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة أنكر ولا يخفى أنه تكلف والحق أن الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل وصحته شرعا حكم فيجب كون المحل الذى هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس ممتنعا فى الشهادة نعم فى القصاص وحد القذف يعنى لو أقر بهما ثم رجع لا يقبل فكذا لا يقبل فى الزنا ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق به الشبهة فى الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه أرجح من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه فى اخباره الثانى فينعدم أثره فى اخباره الاول بالكلية (قوله ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز لعلك لمستها) روى فى حديث ماعز لعلك مسستها العلك قبلتها وعند البخارى لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت وقال فى الاصل ينبغى أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارئا للحد ليذكره كائنا ما كان كما قال أيضا عليه الصلاة والسلام للسارق الذى جىء به اليه أسرقت وما اخاله سرق

﴿فصل فى كيفية اقامة الحد﴾ بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته (قوله واذا وجب الحد وكان الزانى محصنا) هذا من الاحرف التى جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال أحصن يحصن فهو محصن فى ألفاظ معدودة هى أسهب فهو مسهب اذا طال وأمعن فى الشئ ومنه قول المصنف فى خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسهبين بفتح الهاء وألفج بالفاء والجيم افتقر فهو ملفج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها أيضا اذا أفلس وعليه دين (قوله رجمه بالحجارة حتى يموت) عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان أنكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعى وان أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة على وجود حاتم والآحاد فى تفاصيل صوره وخصوصياته أما أصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رضى الله عنه وكاشف بهم حيث قال خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لانجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ألا وان الرجم حق على من زنى وقد أحصن اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف رواه البخارى وروى أبو داود أنه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده وانى خشيت أن يطول بالناس زمان فيقول قائل لانجد الرجم الحديث وقال لولا أن يقال ان عمر زاد فى الكتاب لكتبتها على حاشية المصحف وفى الحديث المعروف أى المشهور المروى من حديث عثمان وعائشة وأبى هريرة وابن مسعود ففى الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزانى والنفس

وقوله (كما اذا وجب بالشهادة) يعنى أن الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فتعتبر احداهما بالاخرى فصار كالقصاص وحد القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالاقرار وقوله (فتتحقق الشبهة فى الاقرار) يعنى بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله (وهذا قريب من الاول فى المعنى) أى قوله لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها فى المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع كما أنه لو قال فى كل واحد منهما نعم سقط الحد

﴿فصل فى كيفية الحد واقامته﴾ ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فأخره ذكرا وكلامه واضح

وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم قال (ويخرجه الى أرض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان فى بداءته احتمال للدرء وقال الشافعى رحمه الله لا تشترط بداءته اعتبارا بالجلد قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف

بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذى عن عثمان أنه أشرف عليهم يوم الدار وقال أنشدكم بالله أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلونى الحديث قال الترمذى حديث حسن ورواه الشافعى فى مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقى وأبو داود والدارمى وأخرجه البخارى عن فعله صلى الله عليه وسلم من قول أبى قلابة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا قط الا فى ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ورجل زنى بعد احصان ورجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك فى رجم عمر وعلى رضى الله عنهما ولا يخفى أن قول المخرج حسن أو صحيح فى هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع فى خصوص ذلك السند وذلك لا ينافى الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول والحاصل أن انكاره انكار دليل قطعى بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنا أو لفظا كسائر المسلمين الا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وتركهم التردد الى علماء المسلمين والرواة أوقعهم فى جهالات كثيرة تخفاء السمع عنهم والشهرة ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس فى كتاب الله ألزمهم بأعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا أيضا فعله هو والمسلمون (قوله ويخرجه الى أرض فضاء) لان فى الحديث الصحيح قال فرجمناه يعنى ماعزا بالمصلى وفى مسلم وأبى داود فانطلقنا به الى بقيع الغرقد لان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان وأما ما فى الترمذى من قوله فأمر به فى الرابعة فأخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتأول على أنه اتبع حين هرب حتى أخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على أنه انما صار اليها هاربا لا أنه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للضيق (قوله ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا فى رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه فى المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للاكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة فى امتناع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعى رحمه الله ليس شرطا اعتبارا بالجلد يعنى اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط فى اقامة الحد ابتداء الشهود وأجاب المصنف بالفرق بأن الجلد لا يحسنه كل أحد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه فى الرجم وهذا دفع لا لحاقه وأما اثبات المذهب فبقول على رضى الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابى فان قوله فى ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بأن امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد مما يتساهل فى الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه

وقوله (وعلى هذا اجماع الصحابة) أى على وجوب الرجم اذا كان الزانى محصنا وذهب الخوارج الى أن الحد فى الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على أن حديث ماعز مشهور تلقته الامة فى الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائزة

(قوله وعلى هذا الى قوله على أن حديث ماعز رضى الله عنه) أقول فى المبسوط أما الرجم فهو حد مشروع فى حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم تكن فى حيز التواتر اه فالشارح ان أراد بقوله على أن حديث ماعز الخ الرد على الخوارج كما هو الظاهر ففيه بحث لا يخفى (قال المصنف ويبتدئ الشهود برجمه الخ) أقول فى المبسوط لكنا نستدل بحديث على كرم الله وجهه فانه لما أراد أن يرجم شراحة الهمدانية قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما فى بطنها وتعترف بذلك فيبدأ به الامام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الامام ثم الناس اه وفى محيط السرخسى بعد هذا الكلام وقول الصحابى فيما لا يدرك بالقياس حجة بالاجماع اه

دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسيأتي انما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمله احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع شبهة لان الثابت شبهة في الشهادة لا شبهة الشبهة فيها وحين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فانه يظهر أن تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هنالك ولا يحد بدلالة الرجوع اذا لم تكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا وأما ثبوت ذلك عن علي رضي الله عنه فما أخرج ابن أبي شيبة رحمه الله قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عليا كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده قال وحدثنا أبو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن علي رضي الله عنه قال أيها الناس ان الزنا زنا آن زنا السر وزنا العلانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الامام أول من يرمي قال وفي يده ثلاثة أحجار فرماها بحجر فأصاب صدغها فاستدارت ورمى الناس بعده وروى الامام أحمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غائب بالشام وانها حبلت فجاء بها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وأنا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته بحجره ولكنها أقرت فأنا أول من يرميها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الاجلح عن الشعبي عن علي وفيه أنه قال لها لعله وقع عليك وأنت نائمة قالت لا قال فلعله استكرهك قالت لا قال فأمر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها أخرجها يوم الخميس فضرب بها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة وأحاط الناس بها الحديث وفيه أيضا أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم أمر هم فرجم صف ثم صف ثم صف وأورد أن اثبات اشتراط البداءة بهم ذا زيادة على النص بما هو دون خبر الواحد واصلاح الايراد أنه تقييد للقطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به والجواب أن الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرئه بالشبهة فاذا دل دليل ظني على أن البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطع بوجوب درء هذا الحكم القطعي بالشبهة وموت الشهود مسقط أو أحدهم وكذا اذا غابوا أو غاب أحدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن أبي يوسف أن بداءتهم مستحبة لا مستحقة فاذا امتنعوا أو غابوا أو ماتوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمي أو خرس أو فسق أو قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان أحدهم مقطوع اليدين أو مريضا لا يستطيع الرمي وحضروا يرمي القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا فقوات الشرط كيف كان يمنع المشروط

وقوله (فان امتنع الشهود) قال فى الايضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيبا أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمى بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحد لم يرجم المشهود عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عنه انهم اذا امتنعوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وكذا فى الذخيرة أيضا فعلى هذا ماقيده بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ وليس بمختص بقوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا واذا سقط بامتناع أحدهم هل تحد الشهود أو لا ذكر فى المبسوط أنه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وانما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا ۞ واعلم أن ظاهر الرواية يفضى الى اعتبار شبهة الشبهة وهى غير معتبرة فتأمل والغامدية امرأة من غامد حى من الازد وفى حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له

(فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا أو غابوا فى ظاهر الرواية لفوات الشرط (وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

وأيضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا أن شمس الائمة فرق بأنهم اذا كانوا مقطوعى الايدى لم تستحق البداءة بهم وأما ههنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد لشرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك أن المعنى المسقط يجمعها ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف لان سقوطه فى الوجه الاول كان لان شرط الشهادة عدم الاقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم أن الامضاء من القضاء فى الحدود فكان كالاول وخالف محمد رحمه الله (قوله وان كان مقرا يبدأ الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله عنه وهو ماذكرناه آنفا وقوله ورمى عليه الصلاة والسلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن أبى بكرة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى السرة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفت أخرجها وصلى عليها ورواه النسائى والطبرانى والبزار وفيه مجهول وأنت تعلم أنه لو تم أمر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ماذكرنا من كلام على رضى الله عنه واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن الجواب بأن حقيقة مادل عليه قول على أنه يجب على الامام ان يأمرهم بالابتداء اختبارا للثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان يبتدئ هو فى الاقرار ليستكشف للناس انه لم يقصر فى أمر القضاء بان لم يتساهل فى بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره فى القضاء وهى دارئة فكان البداءة فى معنى الشرط اذ لزم من عدمه العدم لانه جعل شرطا بذاته وهذا فى حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ ۞ واعلم أن مقتضى ماذكر أنه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب أن يثنى الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما قالوا ويستحب لكل من رجم أن يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا أن يكون ذا رحم محرم

(قوله واحدى الروايتين عن أبى يوسف) أقول ولم يذكر عن أبى يوسف رواية غير هذه (قوله فعلى هذا ماقيده بظاهر الرواية الخ) أقول فى المبسوط وعن أبى يوسف قال يؤمر الشهود بالبداية اذا كانوا حاضرين حتى اذا امتنعوا لا يقام الرجم فاذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لانه قد تعذر البداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع اقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعى الايدى أو مرضى أو عاجزين عن الحضور بخلاف ما لو امتنعوا لانهم صاروا متهمين بذلك ولكنا نقول حين كانوا مقطوعى الايدى فى الابتداء لم يستحق البداية بهم للتعذر فأما هنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عند الحكم فاذا تعذر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر بامتناعهم اه ونحن نقول فعلى هذا التقييد بظاهر الرواية مختص بقوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا منه كما هو الظاهر المتبادر من كلامه اقتداء بما فى المبسوط (قوله واعلم أن ظاهر الرواية يفضى الى اعتبار شبهة الشبهة وهى غير معتبرة فتأمل) أقول فى صورة الموت والغيبة احداهما شبهة الامتناع عن البداية والثانية كون الامتناع رجوعا فليتأمل وفى محيط السرخسى وروى عن محمد لو كان الشهود مقطوعى الايدى أو مرضى لا يستطيعون الرمى فان الامام يرمى ثم الناس لان فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة بخلاف الموت والغيبة لانه من الجائز أن لو كان حيا فعرض عليه الرمى يمتنع عن ذلك اه الا أن المفهوم من قول المصنف لفوات الشرط خلاف ماذكره الشارح (قوله وفى حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له) أقول يعنى المكاس وهو العشار والمكس ما أخذه

(ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام في ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت (وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا أنه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به

منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه (قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به الحديث) وروى ابن أبي شيبة عن أبي معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن أبي بريدة عن أبيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه وأما صلاته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله أصبت حدا فأقمه علي الحديث بطوله الى أن قال فأمر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر أتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة أفضل من أنها جاءت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في أمر ماعز قال ثم أمر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححوه وأما ما رواه أبو داود من حديث أبي برزة الاسلمي أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن أبي بشر أنه قال حدثني نفر من أهل البصرة عن أبي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلاته عليه لكن المثبت أولى من النافي لكن على أصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليل يساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك أن الصحابي اذا شهد الصلاة بتمامها يعلم عدم صلاته عليه عليه الصلاة والسلام أو صلاته فيطلب الترجيح بغير ذلك وعن هذا ذهب مالك الى أنه يصلي عليه غير الامام والحاصل أن الصلاة عليه شرعا لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على ماعز ففي حيز التعارض والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين أتت امرأة من جهينة (قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها أكثر ولو لا تمكينها لم يزن وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوت كونها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك الى عمر ظني ولهذا والله أعلم قال علي رضي الله عنه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عليه الصلاة

وقوله (الا أنه انتسخ في حق المحصن) بيانه ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الآية عام في المحصن وغيره مالا أنه انتسخ في حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها روى ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال ان الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان أن يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة أو كان حمل أو اعتراف وايم الله لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها بيده الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكأن هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله

(قوله فكأن هذه الآية نسخت عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن) أقول فيه بحث والصواب في المحصن فتأمل

قال (يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا) لان عليا رضي الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد أبلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه (ويفرق الضرب على أعضائه) لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال (الا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام الذي أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس يجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية أبي داود ورمي بالحجارة وسيأتي الكلام عليه (قوله بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا) قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفي الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول هنا لما ذكر الطحاوي ان عليا جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرته أي لا عقدة عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لانه عليا لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول أصلا بل أحد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر وروى ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن أنس ابن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب والحاصل أن المراد أن لا يضرب به وفي طرفه يبس لانه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني أصبت حدا فاقمه علي فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتي بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فأتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فأتي بسوط بين سوطين فقال هذا فأمر به فجلد ورواه ابن أبي شيبة عن زيد بن أسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بسوط فذكره وذكره مالك في الموطا والحاصل أن يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة ومعنى الفرع الذي يصير ذنبين تعميما للمشترك في النفي لانه عين العدد مائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان أولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا (قوله بين الموجع وغير المؤلم) فيكون مؤلما غير موجع فلزم انه أراد بالموجع المبرح والالم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقة نحيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله (قوله وتنزع عنه ثيابه) الا الازار ليستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعي وأحمد يترك عليه قميص أو قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضي التجريد وقول المصنف لان عليا كان يأمر بالتجريد في الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يأمر بالتجريد في الحدود فأبعد عما قال المخرج انه لم يعرف عن علي بل روى عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه أتى برجل في حد فضربه وعليه كساء قسطلاني قاعدا وأسند الى المغيرة بن شعبة في الحدود أن ينزع عنه ثيابه قال لا الا أن يكون فروا أو محشوا وأسند عن ابن مسعود لا يحل في هذه الامة تجريد ولا مد (قوله ويفرق الضرب على أعضائه) لان جمعه في عضو واحد قد يفسده واستثنى الرأس والوجه والفرج وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للذي أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه المخرجون مرفوعا بل موقوفا على علي رضي الله عنه انه أتى برجل سكران أو في حد فقال

(قوله وهذا أصح لما روى الخ) أقول فيه بحث اذ لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه أصلا كما لا يخفى

اضرب

وقال أبو يوسف رحمه الله يضرب الرأس أيضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول أبي بكر اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق

اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتى برجل اضرب واعط كل عضو حقه قال روينا هذا القول عن علي وابن مسعود والنخعي رضي الله عنهم ولا شك أن معنى ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك أن هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لأحد ضرب وجه من يبارزه وهو في مقابلته حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا في حد قتلا أو غير قتل وفي القتل صريح ما تقدم من رواية أبي داود من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه وحينئذ فلا شك أن قول عمر وعلي رضي الله عنهما أعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مقتصرا عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير ولما كان ذلك معلوما لم يحتج الى ذكر المخصوص على أنه ذكر في رواية غيره عن علي رضي الله عنه كما حكيناه آنفا وبما سمعته تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو أنه مجمع الحواس الباطنة فربما تفسد وهو اهلال لمعنى وهذا من المصنف ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا أن يؤول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية البينة والا حد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما ذلك رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه وأجيب بان المراد بالظهر نفسه أي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وما استنبطناه من قوله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه وانه في نحو الحد فما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رحمه الله في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكور وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه باعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا ثابت مفارقه وانما له مفرق واحد (قوله وقال أبو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه) بعد أن كان أولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث أبي بكر الذي ذكره ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان أبا بكر رضي الله عنه أتي برجل انتفى من أبيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فأرسل اليه عمر وأعد له عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيغ فأخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال أنا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي رأسه فقال يا أمير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أجده في رأسي وهذا ينافي جواب المصنف بان ذلك كان في مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة أبي بكر رضي الله عنه كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب أبي بكر للذي انتفى من أبيه هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف أيضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في

وقوله (من دعاة الكفرة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض أي كان يدعو الناس اليهم

(ويضرب فى الحدود كلها قائما غير ممدود) لقول على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد أن يلقى على الارض ويمد كما يفعل فى زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق (وان كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء ولأن الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى الى التغليظ (والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لان النصوص تشملهما (غير أن المرأة لا تنزع من ثيابها الا الفرو والحشو) لان فى تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان (وتضرب جالسة) لما روينا

بيوت الظلمة ينبغى أن لا يضرب البطن (قوله ويضرب فى الحدود كلها) وكذا التعزير (قائما غير ممدود لقول على رضى الله عنه الخ) روى عبد الرزاق فى مصنفه قال أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن على رضى الله عنه قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة فى الحدود (ولان مبنى الحد على التشهير) زجرا للعامة عن مثله (والقيام أبلغ فيه) والمرأة مبنى أمرها على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة (وقوله غير ممدود قيل المد أن يلقى على الارض كما يفعل فى زماننا وقيل أن يمد السوط بان يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد) وفيه زيادة ألم وقد يفضى الى الجرح (وكل ذلك لا يفعل) فلفظ ممدود معم فى جميع معانيه لانه فى النفى فجاز تعميمه وان امتنع الرجل ولم يقف ويصبر لا بأس بربطه على اسطوانة أو يمسك (قوله وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء) وهو أيضا مما يعرف من أول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فيرجع به الى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط فى الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفى فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهى تغليب الذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان فى تزوج الاماء بقوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن اذ ازنين ولان الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزانى فى الآية وهذا الشرط أعنى الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا وأسند أبو بكر الرازى عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وأبو داود والنسائى عن على قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا أنه غير صحيح وقرئ اذا أحصن بالبناء للفاعل وتؤول على معنى أسلمن وحين ألزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا أحصن لزم أن لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لان الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى الى التغليظ ألا ترى الى قوله سبحانه وتعالى يا نساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين (قوله والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم والا فعلى كل الجلد أو أحدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك فى ظهور الزنا عند القاضى بالبينة أو الاقرار يكون على ما شرط وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا المحشو والفرو (ولان فى تجريدها كشف العورة) لان بدنها كله عورة الا ما عرف ووجهه ظاهر (وتضرب) المرأة (جالسة لما روينا) يعنى

وقوله (لانه زيادة على المستحق) قالوا الا أن يعجزهم عن الضرب قائما فلا بأس حينئذ أن يشدوا بسارية ونحوها قال (وان كان عبدا أو أمة (جلده) أى ان كان من زنى عبدا أو أمة جلده الامام (خمسين جلدة لقوله تعالى) فان أتين بفاحشة (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء) ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكأن هذا الاسلوب والله أعلم بناء على ان أسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه غالبة كما فى تقديمهن فى قوله تعالى الزانية والزانى ثم العذاب المذكور فى الآية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف وقوله (لان الجناية عند توافر النعم أفحش) أصله قوله تعالى يا نساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله (لما روينا) يعنى من حديث على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا

ولانه أسترلها (وان حفر لها فى الرجم جاز) لانه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر على رضى الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك وهى مستورة بثيابها والحفر أحسن لانه أستر ويحفر الى الصدر لما روينا (ولا يحفر للرجل) لانه عليه السلام ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير فى الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعى له أن يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل أولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد

من كلام على (ولانه أسترلها) (قوله وان حفر لها فى الرجم جاز) لهذا ولذلك حفر عليه الصلاة والسلام للغامديه الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وبفتحها مع الواو ومفتوحة والدال مضمومة فى الوجهين ثدى الرجل أو لحم الثديين وما قيل الثدى للمرأة والثندوة للرجل هو غير صحيح بحديث الذى وضع سيفه بين ثدييه (ولذا حفر على لشراحة الهمدانية) بسكون الميم وهى قبيلة كانت عيبة على وقد مدحهم وقال فى مديحه لهم فلو كنت بوابا على باب جنة * لقلت لهمدان ادخلى بسلام

وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبى أنه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف (وان ترك الحفر (لم يضره لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك) يعنى لم يوجبه بناء على أن حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية ومعلوم أن ليس المراد الا أنه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمره والا كانت مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد أما معه فى سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك والله الموفق (قوله ولا يحفر للرجل لانه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لماعز) تقدم من رواية مسلم وتقدم من روايته أيضا من حديث بريدة الاسلمى أنه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة (قوله ولان مبنى الحد على التشهير فى الرجال) لا حاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبنى على التشهير غير أنه يزاد فى شهرته فى حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفى فى المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجتمع الامام والناس وخصوصا فى الرجم وأما فى الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين أى الزانية والزانى فاستحب أن يأمر الامام طائفة أى جماعة أن يحضروا اقامة الحد وقد اختلف فى هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال أحمد وقال عطاء واسحق اثنان وقال الزهرى ثلاثة وقال الحسن البصرى عشرة وعن الشافعى ومالك أربعة وأما قوله (والربط والامساك غير مشروع) فلما تقدم من قول ابن مسعود وليس فى هذه الامة تجريد ولا مد ولان ماعزا انتصب لهم قائما لم يمسك ولم يربط الا أن لا يصبروا عياهم حينئذ يمسك فيربط فاذا هرب فى الرجم فان كان مقرا لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل فى اقراره لا فى رجوع الشهود وذكر الطحاوى صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا ولم يذكره فى الاصل بل فى حديث على فى قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقى عن الاجلح عن الشعبى وفيه أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف الى أن قال ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد فى مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ما روى عن مالك أنه لا بأس بالتأديب فى المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف أقام ابن أبى ليلى الحد فى المسجد فخطأه أبو حنيفة وفى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها فى جمعكم وصفوا على أبوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب تنزيهه عن المسجد (قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام)

والثندوة بفتح الثاء والواو وبالضم والهمز مكان الواو والدال فى الحالتين مضمومة ثدى الرجل أو لحم الثديين والهمدانية بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حى من العرب وقوله (لما روينا) يعنى من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة وقوله (والربط والامساك غير مشروع) يعنى الا أن يعجزهم كما ذكرناه وقوله (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم أربع الى الولاة وذكر منها الحدود) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفىء وقوله (ولان الحدود حق الله تعالى) حق الله مشروع يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتنكير ليتناول ما لنا وما علينا وقولى على الاطلاق لاخراج حق العبد فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص لحرمة مال الغير مثلا فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المرأة ولا باباحة أهلها وتمام التقرير فيه مذكور فى التقرير

(قوله حق الله مشروع) أقول حق الله مبتدأ وقوله مشروع خبره

وقوله (واحصان الرجم) انما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجيء ان شاء الله احصان الرجم مشروط بسبع شرائط (أن يكون حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) هذا على قول المتقدمين وأما المتأخرون فقد قالوا شرائط الاحصان على الخصوص منها شيآن الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاثة من ذلك وأما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما وأما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة (١٣٠) والمصنف وافق المتأخرين في جعل العقل والبلوغ شرطا لاهلية العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعي أغلظ العقوبات

فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام أو نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه قال (واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها

وقال الشافعي ومالك وأحمد يقيمه بلا اذن وعن مالك الا في الامة المزوجة واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص نعم لاطلاق الخبر وفي التهذيب الاصح أن القتل والقطع الى الامام لهم ما في الصحيحين من حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عليه الصلاة والسلام أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولانه يملك تعزيره صيانة للملك عن الفساد فكذا الحد ولأن له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الامام من التصرف فملكه للاقامة عليه أولى من الامام ولنا ما روى الاصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا أربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد خالص حق الله تعالى فلا يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فانما يستوفيه نائبه مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على أنه استناب في حقه المتوجه منه على الارقاء مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا نعلم أنه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو أمر به غيره كان ممتثلا فجاز كون المراد ذكره الامام ليأمر بإقامته لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من قول القائل أقام فلان الحد على فلان أو جلد فلان فلانا والمتبادر أنه باشره أو أمر به على أن المتبادر أحد دائر فيهما لا في ثلاثة وهما هذان مع رفعه الى الحاكم ليحده نعم من استقراء اعتقاده على أن اقامة الحدود الى الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه (قوله واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سيأتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من بأسكم وأطلق في استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه أن ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال أحصنت أي عفت وأحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان

(قوله احصان الرجم مشروط الخ) أقول فيه نوع مخالفة لما في الهداية (قوله بسبع شرائط أن يكون حرا الخ) أقول فيه مسامحة الا أن يحمل على حذف الجار (قال المصنف واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا مسلما بالغا قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا الخ) أقول وفي الجامع الرازي لا يشترط قيام النكاح لبقاء الاحصان كذا في الفتاوى للتمرتاشي (قال المصنف ودخل بها وهما على صفة الاحصان) أقول الجملة حال من الداخل والمدخول بها وتطيره لقيت زيدا راكبين وفي المحيط وأما طريق ثبوت الاحصان فشيآن الاقرار والبينة اه وقال الامام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير ولو ارتد المحصنان

بطل احصانهما فان أسلما لم يكونا محصنين الا بجماع جديد وكذا الكافران يسلمان والمملوكان يعتقان وقد كان جامعها سبعة قبل ذلك لم يكونا محصنين فان جامعها بعد العتق والاسلام يكونان محصنين لتحقق الشرط اه (قال المصنف والعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة الخ) أقول قال مولانا علاء الدين الاسود في شرح الجامع الصغير قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وانما يصير داخلا في المحصن عن الزنا اذا توفرت عليه النعم الزواجر كالعقل فانه مانع عن ارتكاب كل ما له عاقبة ذميمة وكذلك الدين والحرية لان الحر يمتنع عن ذهاب ماء الوجه والعبد لا يبالي به وكذا البلوغ لان الصغير لقلة عقله قلما يقف على العواقب وكذلك الدخول في النكاح بعد البلوغ لان به تقع الغنية عن الزنا فاذا اجتمعت الشرائط يصير محصنا اه

وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبيع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ

سببه والمحصر الشرائط على هذا العدد لان الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كانت من جلائل النعم أيضا الا أن الشرع لم يرد باعتبارها (ونصب الشرع بالرأي متعذر) وقوله (ولان الحرية) دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلا في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية (ممكنة من النكاح الصحيح) لان الحر يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد (والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال) لامحالة (والمدخول به شبيع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية عند توافر الزواجر أغلظ) ولقائل أن يقول في العلم بأحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة آجلا من الزواجر لامحالة والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف يردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه والجواب أن المسلم الناشئ قلما يخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف

سبعة وعد ما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرطا الاهلية للعقوبة والى ذلك أشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لاشرط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والشيابة لا تكون الا بالدخول اه واختلف في اثنين من هذه الاسلام وسيذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الاسلام أي أن يطأها اذا زنى لا يرجم وكذا لو أعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا أسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله ﴿ واعلم ﴾ أن الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي أن تكون بيانية أي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل أن الاحصان الذي هو شرط الرجم هو الامور المذكورة فهي أجزاؤه وهو هيئة تكون باجتماعها فهي أجزاء علة وكل جزء علة فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا أو قياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كما أن الحد لا يثبت قياسا فكذا شروطه لانا نقول بل يجب أن تثبت شروطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد اما لعدم المعقولية أو لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا لايجابه بقي الشأن في تحقيقه وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله (وهذه الاشياء من جلائل النعم) فان من النعم كون كل من الزوجين مكافئا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال (وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به) أي باستجماعها واذا نيط بكلها يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور أثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم تماثلهما شبهة في تصور الصارف فيندرئ به وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا بكمال اندفاع حاجته الى الوطء عندها فكونه بالغا لان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي محل نفرة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه منه ومنها وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين واذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها أفحش فناسب كون العقوبة أغلظ فشرعت لذلك وهي الرجم عند استجماعها فنيط به أي بالاستجماع لها (بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي ممتنع) ووجه عدم اعتبارهما في تكميل العقوبة أنهما لا مدخل لهما في تكميل الصارف ليس لهما حد معلوم يضبطان به فلا تكون معتبرة وأما وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان عند الدخول فسنذكره

(قال المصنف ولان الحرية ممكنة) أقول ينبغي أن يتأمل في تعيين المعطوف عليه لقوله ولان الحرية ممكنة

والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية لهما ما روى أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن

وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر وأورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ماذكر في نفرة المسلم وأجيب بان يكونا كافرين فتسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الاسلام عليه وإبائه ومالم يفرق القاضي بينهما بابائه هما زوجان (قوله والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام) أي في الاحصان (وكذا أبو يوسف في رواية) وبه قال أحمد وقول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر أن اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن امرأة منهم ورجلا قد زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الزنا فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فأمر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا وأجاب المصنف بانه انما رجمهما بحكم التوراة فانه سألهم عن ذلك أولا وان ذلك انما كان عند ما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراطه للاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا عبد العزيز بن محمد حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن فقال اسحق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه غير اسحق بن راهويه ويقال انه رجع عن ذلك والصواب أنه موقوف قال في العناية ولفظ اسحق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه ولا شك أن مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من أنه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك اذا خرج من طرق فيها ضعف لم يضر وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله أعلم به ومعناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك انه أراد أن يتزوج بيهودية فقال له صلى الله عليه وسلم لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن أبي مريم وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وهما معا في غرض واحد وهو الاحتجاج على أبي يوسف ومن معه بل كان الوجه جعلهما ثم يقول هنا لما ذكرنا ﴿ واعلم ﴾ أن الاسهل مما ادعى أن يقال حين رجمهما كان الرجم ثبت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وانما يحكم بما أنزل الله اليه وانما سألهم عن الرجم في التوراة ليبكتهم بترك ما أنزل عليهم فحكم برجمهما بشرعه الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ

(والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية) مستدلين بما روى مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه أن اليهود جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الزنا فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فجعل أحدهم يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فيها آية الرجم فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما (قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده) ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر (من أشرك بالله فليس بمحصن)

وقوله (والمعتبر فى الدخول ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافى ما تقدم من قوله والاصابة تشبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك فى حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقى من عسيلته ويذوق من عسيلتك بالتصغير وقوله (وشرط صفة الاحصان فيهما) ظاهر وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة وأجيب بأن صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضى بينهما بابائه عند عرض الاسلام فهما زوجان وقدم (وأبو يوسف يخالفهما فى الكافرة) فى أن اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزانى فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا (والحجة عليه) أى على أبى يوسف (ما ذكرناه) يعنى من قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام) معطوف على قوله ما ذكرناه (لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد) ذكره شمس الائمة السرخسى مرسلا فى مبسوطه قال (ولا يجمع فى المحصن بين الجلد والرجم) وفى رواية عن أحمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مائة ورمى بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما فى ماعز ولا فى الغامدية ولا الصحابة بعده وحديث عبادة بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله (ولان الجلد يعرى) ظاهر

والمعتبر فى الدخول ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهى حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب فى الصبية لقلة رغبتها فيه وفى المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما فى الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال (ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد) لانه عليه الصلاة والسلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم

يعرف به تقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه أو تأخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول يقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط فى ايجاب الحد والاولى فى الحدود ترجيح الدافع عند التعارض ولا يخفى أن كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين (قوله والمعتبر فى الدخول) المحقق للاحصان (ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) وهو بغيبوبة الحشفة فقط أنزل أو لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه (قوله ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك والشافعى ورواية عن أحمد ويجمع فى رواية أخرى عنه وأهل الظاهر الى أنه يجمع للمجموع وأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع وهذا على وجه القطع فى ماعز والغامدية وصاحبة العسيف وقد تظافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال فى باقى الحديث فاعترفت فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا فى الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بأنه لم يكن غير الرجم فقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم أو رمى بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال (ولان الجلد يعرى عن المقصود) وهو الانزجار أو قصد الانزجار لان القتل اذا كان لا حقا كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التى شرع لها الحد والنسخ قد تحقق فى حق الزنا فانه كان أولا الاذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ثم نسخ بالحبس فى حقهن بقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا

(قال المصنف والمعتبر فى الدخول ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) أقول وتجوز الشهادة بالدخول بالتسامع ولا تمس الحاجة الى المعاينة كما سيجىء فى كتاب الشهادة (قوله فان الشبع انما يكون بالانزال) أقول الانزال لا يمكن اثباته بشهود بخلاف الدخول فأقيم سببه المفضى اليه أكثريا مقامه فليتأمل (قال المصنف وفى المملوكة حذرا عن رق الولد) أقول هذا لا يجرى فيما اذا كانت الزوجة حرة والزوج مملوكا اذ الولد يتبع الام فى الحرية والرقية ولو قال وفى المملوكة لحقارتها ودناءتها لامكن التعميم كما لا يخفى (قوله والحجة عليه أى على أبى يوسف رحمه الله) أقول قال الاتقانى قوله والحجة عليه ما ذكرناه أى الحجة على أبى يوسف قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن اه وأنت خبير بفساده والصحيح ما ذكره الشيخ أكمل الدين

وقوله (والشافعي يجمع بينهما حدا) أي في حد الزنا بنفي الرجل والمرأة جميعا (لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) ولان التغريب من تتمة الحد فكما أن الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب (ولان فيه) أي في التغريب (حسم مادة الزنا لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لما أن الزنا انما ينشأ من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لذلك (ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء) ورجوعا نصب على المصدر ومعناه أن الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزاء ألا ترى أنه اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة ليس جزاء الشرط الا ما هو المذكور بعد الفاء وقوله (والى كونه كل المذكور) أي رجوعا الى كونه كل المذكور ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شيء يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز

وقوله (ولان في التغريب) ظاهر وقوله (ثم فيه) أي في التغريب (قطع مادة البقاء) يعني ما يحتاج اليه من المأكول والملبوس (فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا) لازدياده شهوة وقوله (وهذه الجهة مرجحة لقول علي) نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي لصحة ما قلناه ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول علي فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكاة فاعلون وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل أن ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة أجيب بأن هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية مع أن النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع تذكر العلل موضحا بعضها بعضا وما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية وقوله (والحديث) يعني قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام (منسوخ كشطره

لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعدها لا كما قال (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء والى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره

والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى أن ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بأنه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه وان لم يعلم خصوص الناسخ وأما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فلانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها أو هو رأي لا يقاوم اجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما) وكذا أحمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد أقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب أصلا وأما تغريب المرأة فمع محرم وأجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول ولو امتنع ففي قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث وتقدم (ولان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف) لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المساءة من ساوده اذا ساءه ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا شارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان أبعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء للشرط فيفيد أن الواقع هذا فقط فلو ثبت معه شيء آخر كان شبهة معارضة لا مثبتة لما سكت عنه في الكتاب وهو الزيادة الممنوعة وأما ما يفيده

(قال المصنف ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف) أقول الحسم القطع والانسب سد باب الزنا (قوله والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز) أقول لانه خبر الواحد ولا ينسخ به الكتاب كما بين في موضعه وفيه نظر لما سيجيء من الاعتراف بنسخ ذلك الخبر بعينه قوله تعالى فامسكوهن في البيوت الآية بقال المراد أنه خبر غير متأخر عن تلك الآية فلا يجوز أن يكون ناسخا لما هو غير متأخر عنه (قوله ووجه الكسر أن الخصم الخ) أقول الخصم ينكر صحة النقل عنه وهذه الجهة لا تؤيدها فان طريق ثبوت النقل هو رواية العدول (قوله مع أن النفي ليس بحكم الخ) أقول لعل مراده نفي النفي (قوله ففي مثل هذا الموضع الخ) أقول لا بد من التأمل في هذا المقام

كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد اثبات مالم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا بطلت أكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا مجرد اصطلاح ولذا زيد فى عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المأمور به فى القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك أنه ليس المراد من الزيادة اثبات مالم يثبته القرآن ولم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف من أن الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ يفاد المعنى فأفاد أن الاطلاق مراد وبالتقييد ينتفى حكمه عن بعض ما أثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك أن هذا نسخ وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب وظن المعترض أن الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييد التربص والاوتربصت ولم تحد فى تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بتركه واجب فى العدة فانما أثبت الحديث واجبا لا أنه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه أن هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستأنسا له بنسخ شطره الثانى وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر وأنت تعلم أن هذا ليس بلازم بل يجوز أن تروى جمل بعضها نسخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى أنه آحاد لا مشهور وتلقى الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به ممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم تخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطئ من ظنه يصير قطعيا قادحى فيما رواه البخارى ذلك وغلط على ما يعرف فى موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التى لم يتطرق ذلك اليها فأحرى أن لا ينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لا أن الكتاب ساكت عن نفى التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد فان أقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما فى البخارى من قول أبى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفى عام واقامة الحد ظاهر فى أن النفى ليس فى الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد فى جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وماذكر من الالفاظ لا يفيده فجاز كونه تغريبا لمصلحة وأما مالك رحمه الله فرأى أن الحديث ما دل الا على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك أنه كغيره من المواضع التى تثبت الاحكام فى النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وأيضا فان نفس الحديث يجب أن يشملهن فانه قال خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على أن النفى والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى ألا ترى الى قوله البكر تستأذن ثم عارض ماذكر الشافعى من المعنى بأن فى النفى فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعن تستحيى منهم ان كان لها شهوة فربما فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم بأودها ولا شك أن هذا المعنى فى افضائه الى الفساد أرجح مما ذكره من افضاء قلة المعارف الى عدم الفساد خصوصا فى مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن فى كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى قال قال عبد الله بن مسعود فى البكر يزنى بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه حسبهما من الفتنة أن ينفيا وروى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى قال كفى بالنفى فتنة وروى عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهرى عن ابن المسيب قال غرب عمر رضى الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف فى الشراب الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا أغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الامام مصلحة فى التغريب تعزيرا له أن يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبى صلى الله عليه وسلم وللصحابة من

وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه) قيل يعني في طريقة الخلاف فإن قيل هذا اثبات النسخ بالقياس أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين أن الناسخ ماهو وحاصل ذلك أن حكم الزنا في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله الزانية والزاني لقال عليه الصلاة والسلام خذوا عن الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين واليه أشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه أي جعل في حديث العرنيين دال على أنه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دل الدال على أن الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ماذكرناه اذا ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله (الا أن يرى ذلك مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكرين الجلد والنفي يعني اذا رأى الامام تغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة) روى أن أبا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه سمع قائلة تقول هل من سبيل الى خمر فأشربها أو من سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ماجد الاعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج فطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له فقال ماذنبي يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة منك وعثمان رضي الله عنه جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلى رضي الله عنه جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير هل

وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال (الا أن يرى الامام في ذلك مصلحة فيغرب به على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة

أبي بكر وعمر وعثمان ففي الترمذي حدثنا كريب ويحيى بن أكثم قالا حدثنا عبد الله بن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن عمر ضرب وغرب الا أنه قال حديث غريب وكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن ادريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ابن ادريس عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روى من غير رواية ابن ادريس عن عبد الله بن عمرو من رواية محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم اه وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبي سعيد الاشج عن ابن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب لكن روى النسائي حدثنا محمد بن العلاء حدثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسئل عنه لثقته وشهرته وقال أيضا عندي أن الحديث صحيح ولا يمتنع أن يكون عند ابن ادريس فيه عن عبد الله جميع ماذكر والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا عن الحفاظ وأما عن أبي بكر وعمر فلا اختلاف فيه وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطأ وأمارواته عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها مولى له يقال له المهري الى خيبر نفاها اليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا كتغريب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة

(قوله قيل يعني في طريقة الخلاف) أقول صاحب القيل هو الاتقاني وقال الاتقاني في شرح قوله اذا زنى الصبي أو المجنون أو غيره طريقة الخلاف اسم كتاب للامام علاء الدين العالم (قوله وحاصل ذلك أن حكم الزنا الخ) أقول قال الامام فخر الدين الزيلعي حكم الزنا كان في الابتداء الايذاء باللسان كما قال الله تعالى فآذوهما ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت الآية اه ففيه نوع مخالفة لما في النهاية والعناية فليتأمل (قوله فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول مخالف لما سلف من أن الحديث بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا ولا يخفى جوابه (قوله وهو جواز المثلة فكذلك ههنا الخ) أقول ههنا خفاء لا يخفى نعم نسخه في حق جواز المثلة لما روى من النهي عنها بعده لا كلام فيه وانما النزاع في نسخه في حق حل الانتفاع بأبوال الابل ولا يظهر دال يدل عليه فليتأمل

(واذا زنى المريض وحده الرجم رجم) لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (وان زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة (وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها) أي ترتفع بريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر الى أن يستغني ولدها عنها اذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روى أنه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى أن تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

هل من سبيل الى خمر فأشربها * أو من سبيل الى نصر بن حجاج
الى فتى ماجد الاعراق مقتبل * سهل المحيا كريم غير ملجاج

وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم ورضي عنا بهم وحشرنا معهم كانوا يغربون المريد اذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب لان مثله في ندم وشدة وانما زل زلة لغلبة النفس أما من لم يستحي وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه (قوله واذا زنى المريض وحده الرجم) بأن كان محصنا حد لان المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب اليه (وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ) لان جلده في هذه الحالة قد يؤدي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان خدلجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الأيمان أنه لا بد من وصول كل شمراخ الى بدنه وكذا قيل لا بد أن تكون حينئذ مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجريد المحدود ظاهر لانه قد يمرض أما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد مبرحا صح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تأخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين (قوله واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) ولو جلدا (كيلا يؤدي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة) لانه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت أو كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد ولو أطالت في التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى للنساء ولا يقبل قولها فان قلن هي حامل أجلها حولين فان لم تلد رجمها (ثم الحبلى تحبس ان ثبت زناها بالبينة الى أن تلد) وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن أبي حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية أنه ردها حتى يستغني فرجعت ثم جاءت به وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفي حديث آخر قال اذهبي حتى تضعي ما في بطنك قال فكفله رجل من الانصار حتى وضعت ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الي رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضي أنه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا أصح طريقا لان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقيل يحتمل أن تكون امرأتين ووقع في الحديث الاول نسبتها الى الازد وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه رجمها بعد أن وضعت

وقوله (واذا زنى المريض الخ) ظاهر وقوله (قال للغامدية) روى أن الغامدية لما أقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها عليه السلام ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا وأقرت فقال لها ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت أخاف أن أموت قبل أن أحد فقال رجل أنا أقوم بتربية ولدها يا رسول الله فأمر صلى الله عليه وسلم برجمها فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مربي

﴿باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه﴾

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا في أول كتاب الحدود وذكره المصنف ههنا واعترض بأنه غير منعكس لان الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه وأجيب بأن هذا التعريف انما هو بالنسبة للاصل

﴿باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه﴾

(قال المصنف وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك الخ) أقول قوله في غير الملك لعله حال من المرأة أو القبل ثم أقول الاولى أن يقول المشتهاة احترازا عن وطء صبية لا يجامع مثلها فان وطأها لا يوجب الحد كما سيجيء الاشارة اليه ثم الاولى أن يقول عن طوع احترازا عن وطء المكره حيث لا يوجب الحد وسيجيء وقد سبق من الشارح ما يتوهم كونه جوابا عن هذا في باب اليمين في الدخول والسكنى الا أن فيه أيضا كلاما مع أن المصنف أسند الى المكره الزنا فيما سيجيء قال في البدائع الزنا في عرف الشرع اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعا اه وفيه أيضا قوله وعن حق الملك احترازا عن وطء رجل من الغانمين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله فانه لا حد عليه وان علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل إما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وانه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب اه وقوله ممن التزم أحكام الاسلام احتراز عن الحربي وسيجيء وقوله وشبهته في قوله وعن حقيقة النكاح وشبهته احتراز عن أمثال وطء المحارم بنكاح وسيجيء وقوله وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعا احتراز عن وطء المرقوقة الى غير زوجها ووطء الاعمى من أجانبه يظن أنها امرأته وسيجيء (قوله لان الزنا يصدق في فعل المرأة) أقول أي يتحقق فان الصدق المعدى بفي يكون بمعنى التحقق كما تبين في كتب الميزان (قوله هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا الخ) أقول لعل المشار اليه بقوله هذا في قوله هذا الفعل هو الوطأة للرجل المفهوم من التعريف المذكور قال في النهاية ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا ولو قذفها قاذف بالزنا يجب عليه حد القذف اذا كانت عفيفة عن فعل الزنا اه وغير الشارح الى قوله ولهذا لا يحد الخ اذ المطلوب هو صدق الزنا على فعله وحد قاذفها بالزنا لا يدل عليه صريحا لاحتمال أن يقال الحد لقذفها بما لا يصدر منها ولا يتصور صدورها بخلاف ما ذكره الشارح فليتأمل ثم لا وجه لترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو النافع في هذا المقام فانا بصدد بيان ما يوجب الحد وزناها منه فلا بد من بيان ماهيته

﴿باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه﴾

قال (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وانه في عرف الشرع والبيان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك

﴿باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه﴾

لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود كان الحد هو المقصود الاصلي فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم أراد تقديم حد الزنا فقدمه وأعطى أحكامه لانها هي المقصودة وذلك بثبوت سببه وحاصل أحكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب ثانيا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود أولا فأخر المصنف تعريفه الى أن فرغ من المقاصد الاصلية وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بأنه (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك) وهذا الان في اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه أمرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لم يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك أمرا مشروعا من بعث آدم عليه السلام أو من قبل بعثه بوحي يخصه أي يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك في أنه تعريف الزنا في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم والموجب للحد منه بعض أنواعه ولذا قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على أن فعله زنا وان كان لا يحد به فلولا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه

تعريفه ولم يرد عليه شيء لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التي لا تشتهى ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطء الرجل فالاولى في تعريفه أنه وطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره وبالصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه أن لها زنا حقيقة وأن ذلك التمكين هو مسمى زنا لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك في أنه لا يشمله الجنس الذي هو وطء المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة ففساد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان أريد أنها لا تسمى زانية حقيقة أصلا وأن تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني بطريق المجاز فلا حاجة الى أنه تبع بل لا يجوز ادخاله في التعريف وعلى هذا كلام السرخسي والمصنف وغيرهما في مسئلة ما اذا مكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنونا أو صبيا على قول أبي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سيأتي وبما ذكرنا يظهر فساد ما أجاب به بعضهم بأن فعل الوطء أمر مشترك بينهما فاذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هي واطئة ولذا سماها سبحانه زانية وأعجب من هذا الجواب أنه قال في الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بأن وطأه ليس يصدق على تمكينها هو هو فاذا جعل الجنس وطء الرجل فكيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارجي اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضي أن اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق أنها ان كانت زانية حقيقة وأريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله أو تمكينها بل يجب أن يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فانهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الخ تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته في الزنا أي انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد في تحققه من ذلك وقوله يؤيده الحديث أي يؤيد الامرين معا وذلك أنه لما أفاد بعدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة أفاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق أولى فهو يدل عليه ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر أنه في الخلافيات للبيهقي عن علي رضي الله عنه وهو في مسند أبي حنيفة عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وأسند ابن أبي شيبة عن ابراهيم هو النخعي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب الي من أن أقيمها بالشبهات وأخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله عنهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرأه ونقل ابن حزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يحل أن يدرأ بشبهة وشنع بأن الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها وأعل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن أبي شيبة فانها معلولة باسحق بن أبي فروة وأما التمسك بما في البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام ومن اجترأ على ما يشك فيه من الاثم أو شك أن يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه فان معناه أن من جهل حرمة شيء وحله فالورع أن يمسك عنه ومن جهل وجوب أمر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل أوجب الحد أم لا وجب أن يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف في هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره أصحابنا

والمرأة تدخل فيه تبعا لما سيجيء بعد هذا أن كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المرأة

(قوله والمرأة تدخل فيه تبعا) أقول قوله والمرأة أي وزنا المرأة وقوله تدخل فيه تبعا أي ينفهم تعريفه التزاما (قوله لما سيجيء بعد هذا الخ) أقول لعله تعليل لاصالة الرجل المنفهم من التقرير

وكل موضع لايجب فيه على الرجل لايجب على المرأة فان قلت قوله لانه فعل محظور تعليل واقع فى غير محله لانه فى التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة فى تحقيق الزنا وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن يكون فى غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال فى الحظر عند التعرى عن الملك وشبهته (يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة) وهى ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا (نوعان شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه) أى هى شبهة فى حق من اشتبه عليه وليست بشبهة فى حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت أنها تحرم على حد (وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية) وتسمى شبهة ملك أيضا فانها لا توجب الحد وان قال علمت أنها حرام على (فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا) كما اذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام واستخدام الجارية يحل فكذا الوطء فيكون تحققها بالنسبة الى الظان (والثانية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته) لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها (و) هذه (لا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده

(قوله وكل موضع لايجب فيه على الرجل لايجب على المرأة) أقول سيجىء عن المصنف أن الزنا فعل الرجل حقيقة وتسمية المرأة زانية مجاز ثم سيجىء أن الحربى اذا زنى بذمية والمكره بمطاوعة تحد الذمية والمطاوعة دون الحربى والمكره عند أبى حنيفة وهذا الذى ذكره الشارح مخالف لما سيجىء وجوابه أنه موجب فيهما أيضا وانما السقوط لمانع كسقوط القصاص من الاب فلا مخالفة (قوله وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة فى تحقيق الزنا) أقول الاولى أن يقول لبيان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام المصنف الا أن يقال المقصود بالبيان انتفاء الشبهة وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج الى البيان وايراد المصنف فى التعريف ليكون كالتمهيد لذكر الشبهة فليتأمل (قوله وتقرير كلامه الخ) أقول فيكون تعليلا للحكم الضمنى الذى يفهم من التعريف (قوله لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه) أقول أى يعتبر فى الحظر

قوله عليه الصلاة السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده

حمل على الرفع وأيضا فى اجماع فقهاء الامصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وأيضا تلقته الامة بالقبول وفى تتبع المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع فى المسئلة فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها ترك والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذى جىء به اليه أسرقت ما اخاله سرق وللغامدية نحو ذلك وكذا قال على رضى الله عنه لشراحة على ما أسلفناه لعله وقع عليك وأنت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال فى درئه بلا شك ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار وبه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا فى ضروري فلا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه وانما يقع الاختلاف أحيانا فى بعض أفراد هى شبهة صالحة للدرء أو لا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء فى تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية قالوا الشبهة ثلاثة أقسام فى المحل والفاعل والجهة أما الشبهة فى المحل فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطئ أمته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمه من الرضاع أو موطوأة أبيه أو ابنه يجب الحد على الاظهر وأما الشبهة فى الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا أنها امرأته فلا حد واذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه وأما الشبهة فى الجهة قال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لا حد فيها وان كان الواطئ يعتقد التحريم كالوطء فى النكاح بلا ولى وبلا شهود وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل (قوله فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه الخ) أى من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل

والحد يسقط بالنوعين) جميعا (لاطلاق الحديث) لكن في الاولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت في الثاني) أي في الوطء الثاني وقيل أي في المذكور الثاني والاولى أن يقال في النوع الثاني (اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض) أي خلص (زنا في) الشبهة (الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه) أي الى الواطئ وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لان هذا وطء في شبهة العقد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا وعد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكر فاذا قال ظننت أنها تحل لي فلا حد لان الانسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا طنا في موضع الاشتباه فيمتنع الحد وان قال الرجل علمت أنها حرام علي وقالت الجارية ظننت أنه يحل لي لا يحد واحد منهما أما المرأة فلدعوى الشبهة وأما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لامكان الشركة على ما سيجيء فان قيل ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلاث حتى لا يحد اذا قال ظننت (١٤١) أنها تحل لي أجيب بأن وجهه

والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية

ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا (والثانية) وهي الشبهة الحكمية (تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته) كقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك سواء ظن الحل أو علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الامر علمها أحد أو لم يعلمها (قوله والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث) يعني قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات (قوله والنسب يثبت في الثاني) أي في شبهة المحل (اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا) لفرض أن لا شبهة ملك الا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع اليه أي الى الواطئ لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء وكذا لا تثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لانه وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لاثبات النسب وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت الى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعني لانه اذا كان لاقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامهما وأنت علمت في باب ثبوت النسب أنها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه أما اذا ادعاه فانه قد نص على أنه يثبت ويحمل على وطء في العدة بشبهة والكلام ههنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ما هو الاولى في النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية أبيه وأمه ونحوهما فانه لا شبهة عقد

بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف في أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أولا فينبغي أن يكون ذلك شبهة في اسقاط الحد أجيب بأنه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت أنها علي حرام على ما يجيء وشبهة أم ولد أعتقها مولاها هي ما قلنا في المطلقة ثلاثا وهي في العدة من قيام أثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه

وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطء

(قال المصنف والنسب يثبت في الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول) أقول في الكافي اذا وطئ الجد أمة ولده لا يحد لشبهة الملك فان جاءت فولدت لا يثبت نسبه عند قيام الأب ونقل صاحب النهاية عن خزانة الفقيه أبي الليث اذا زنى بجارية نافلته والأب في الاحياء وقال ظننت أنها علي حرام لا يحد ويثبت النسب اه وفي معراج الدراية ذكر البزدوي وطئ جارية حافده والأب في الاحياء لا يجب الحد باعتبار الولاد والشبهة نشأت من الابوة وهي قائمة ولهذا يعتق عليه لكن ليس له ولاية التملك حال قيام الأب الأقرب فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة فبقي وطؤها في غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتكفي لدرء الحد ولا تكفي لاثبات النسب اه قال الاتقاني الجد اذا وطئ جارية ولد ولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الأب في الاحياء كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اه (قوله وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه) أقول وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيجيء في الورق الآتي (قوله لان هذا وطء في شبهة العقد) أقول فيه بحث

(والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود) يعنى اذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لى لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع كما فى الجارية المشتركة لانه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياسا على مالو وطئ جارية اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك فى الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ماذكره فى كتاب الحدود هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة

بحال فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة للخدمة الا أنه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال فى الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن سببا فى الرهن وقد انعقد له سبب ملك فى حق المال فيشتبه انه هل يثبت له بهذا القدر ملك المتعة أو لا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه مالا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة فى حال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة * ثم عد الشبهة فى المحل وهى فى ستة مواضع على ماذكرها (جارية ابنه) لقيام المقتضى للملك وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك القبض (والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات) لاختلاف الصحابة فى كونها رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم) لان اليد التى كان بها متسلطا على الوطء باقية بعد فصارت شبهة فى المحل

فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع جارية أبيه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهى فى العدة وبائنا بالطلاق على مال وهى فى العدة وأم ولد أعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى فى حق العبد والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود ففى هذه المواضع لا حد عليه اذا قالت ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها على حرام وجب الحد * والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم

فيهما فلا يثبت النسب بالدعوة * فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته وان علا أو زوجته أو المطلقة ثلاثا فى العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهى من الحكمية أو أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة فى رواية كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة المرتهن (ففى هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها حرام على وجب الحد) ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة اذا ثبتت فى الفعل من أحد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة * والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطئها البائع قبل تسليمها الى المشترى والمجعولة مهرا اذا وطئها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيهما لم يستقر للزوجة والمشترى والمالك كان مسلطا على وطئها بملك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل مزلزل والمشتركة بين الواطئ وغيره والمرهونة اذا وطئها المرتهن فى رواية كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة (ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها على حرام) لان المانع هو الشبهة وهى ههنا قائمة فى نفس الحكم أى الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ماتقدم من قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ونحوه ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفى الايضاح فى المرهونة اذا قال ظننت أنها تحل لى ذكر فى كتاب الرهن أنه لا يحد وفى كتاب الحدود يحد فلا يعتبر ظنه لانه لا استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطء حاصلا فى محل الاستيفاء أصلا فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت ووجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك فى الحال ويصير مستوفيا وما لكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهى كالمستأجرة للخدمة ومقتضاه أن يجب الحد وان اشتبه الا أن ملك العين فى الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن فى الرهن سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك الا مع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة هذا وقد دخل فى سبب الملك صور مثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبيعة بعد

(قوله فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية) أقول لفظة ما فى قوله فما أورث نافية (قوله وان لم يكن سببا فى الرهن) أقول لانها انما يملك مالية المرهون بعد الهلاك وذا لا يقبل ملك المتعة كما سنذكره

(والممهورة فى حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشتركة) لقيام الملك فى النصف (والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن) وقد ذكرنا وجهه (ففى هذه المواضع لا يحد) بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعا الى الفاعل والقائل وثم شبهة أخرى وهى التى تثبت بالعقد فانها عند أبى حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالا أو حراما متفقا عليه (١٤٣) أو مختلفا فيه وسواء كان الواطئ عالما

والممهورة فى حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها على حرام ثم الشبهة عند أبى حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها فى العدة وقال علمت أنها على حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت أنها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان أثر الملك قائم فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى اسقاط الحد

بالحرمة أو جاهلا بها (وعند) العلماء (الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا) أى هذا الذى ذكرنا من بيان نوعى الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه وقوله (وقد نطق الكتاب) يعنى قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد وقوله (ولا يعتبر قول المخالف فيه) يريد به قول الزيدية والامامية فان الزيدية تقول اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية تقول انه لا يقع شئ أصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون أنه قول على رضى الله عنه (لانه خلاف لا اختلاف) والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفا والمقصد واحدا والخلاف أن يكون كلاهما مختلفا وقوله (ولو قال ظننت أنها تحل لى) ظاهر وقوله (فى حق النسب) يعنى النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فانه لا يثبت

القبض فى البيع الفاسد والتى فيها الخيار للمشترى وينبغى أن يراد جاريته التى هى أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستقراء يفيد ذلك أيضا كالزوجة التى حرمت بردتها أو بعطاوعتها لابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على فاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على السنة لا فائدة فيه (قوله ثم الشبهة عند أبى حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم) فصارت الشبهة على قول أبى حنيفة ثلاثة شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها فى المحيط وذكر فى شبهة العقد أن يطأ التى تزوجها بغير شهود أو بغير اذن مولاها وهى أمة أو وطئ العبد من تزوجها بغير اذن مولاه قال ولو تزوج أمة على حرة أو مجوسية أو خمسا فى عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لا حد عليه عند أبى حنيفة وعندهما يجب الحد (قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء المحل) اذ قال تعالى فان طلقها يعنى الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه) أى فى المحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها (لانه خلاف) بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر (لا اختلاف) كائن بين الامة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه فى أول كتاب الطلاق من أن اجماع الصحابة تقرر فى زمن عمر على ذلك وأن الاحاديث الواردة فى أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما يعلم فيما أسلفناه وصح عن على رضى الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لا يخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء الحل لان محل انتفاء الحل فى الكتاب ما اذا أوقع الثالثة بعد تقدم تنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم فى الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص (قوله ولو قال ظننت انها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها ولذا يحرم عندنا نكاح أختها وأربع سواها وتمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فأمكن أن نقيس حل الوطء على بعض هذه الاحكام فتجعل الاشتباه عليه عذرا فى سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت

(قوله والممهورة فى حق الزوج) أقول أى التى جعلت مهرا (قوله قبل القبض) أقول أى قبل قبض الزوجة (قوله هو ما كان راجعا الى الفاعل الخ) أقول كأنه يشير الى دفع اختلال الحصر بتقييد المقسم بما يكون راجعا الى أحدهما (قال المصنف ثم الشبهة عند أبى حنيفة حينئذ تثبت بالعقد) أقول أى الشبهة فى المحل وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا خلل فى الحصر فى نوعين كما لا يخفى ولو سلم أنها مغايرة لهما فالمقسم هو الشبهة التى لا اختلاف فيها

وأم الولد اذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة (ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يحد) لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت أنها علي حرام) لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك والابوة قائمة في حق الجد

أنها تحل لي أو جارية أجنبية على ما يأتي لانه في غير موضعه (قوله وأم الولد اذا أعتقها مولاها) وهي في العدة (والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثا لثبوت الحرمة بالاجماع) يريد حرمة أن يطأها في العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان (قال أنت خلية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها) ونحوه (ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لا يحد لاختلاف الصحابة) في الكناية (فمن مذهب عمر أنها) أي الكنايات (رجعية) وكذا عن ابن مسعود ففي مصنف عبد الرزاق حدثنا الثوري عن منصور حدثني ابراهيم عن علقمة والاسود أن ابن مسعود جاءه رجل فقال كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع قال فقلت لها قد جعلت أمرك بيدك فقالت أنا طالق ثلاثا قال ابن مسعود أراها واحدة وأنت أحق بالرجعة وسألنا أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فقال ماذا قلت قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم تصب وأخرج ابن أبي شيبة عنهما في مصنفه أنهما قالا في البرية والخلية هي تطليقة واحدة وهو أملك برجعتها وأخرج محمد بن الحسن في الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان في المرأة اذا خير هازوجها فاختارته فهي امرأته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها أملك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا أو طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فانه لم يقل أحد إن المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلاثا بالكناية فوقعن فوطئها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف أن تحققها بقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما أن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة يلغز بها فيقال مطلقة ثلاثا وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقوع الثلاث عليها بالكناية (قوله ولا حد على من وطئ جارية ولده أو ولد ولده) وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه وتقدمت هذه المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر أن رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وأبي يريد أن يجتاح مالي فقال أنت ومالك لأبيك وأخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل اليه عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله إن أبيه يريد أن يأخذ ماله فقال عليه الصلاة والسلام ادعه ليه فلما جاء قال له عليه الصلاة والسلام ان ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ ماله فقال سله هل هو الا عماته أو قرابانه أو

وقوله (وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك) أي كذلك الحكم اذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت انها علي حرام لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده) يعني وان كان ولده حيا وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الجد

قال (و يثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لى فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت أنها على حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) لان بين هؤلاء انبساطا فى الانتفاع فظنه فى الاستمتاع

ما أنفقه على نفسى وعيالى قال فهبط جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله ان الشيخ قال فى نفسه شعرا لم تسمعه أذناه فقال له عليه الصلاة والسلام قلت فى نفسك شعرا لم تسمعه أذنا ك فهاته فقال لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة و يقينا ثم أنشأ يقول

غذوتك مولودا ومنتك يافعا * تعل بما أجنى عليك وتنهل
اذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت * لسقمك الا ساهرا أتململ
تخاف الردى نفسى عليك وانها * لتعلم أن الموت حتم موكل
كأنى أنا المطروق دونك بالذى * طرقت به دونى فعينى تهمل
فلما بلغت السن والغاية التى * اليك مرامافيك كنت أؤمل
جعلت جزائى غلظة وفظاظة * كأنك أنت المنعم المتفضل
فليتك اذ لم ترع حق أبوتى * فعلت كما الجار المجاور يفعل
فأوليتنى حق الجوار ولم تكن * على بمال دون مالك تبخل

قال فبكى صلى الله عليه وسلم ثم أخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب أنت ومالك لأبيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا (و يثبت النسب) يقتضى بطلانه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطء والد سيدها وجده وان كان ولده الذى هو سيد الامة حيا فانه قال فى وضع المسئلة لا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده ثم قال و يثبت النسب أى من واطئ جارية ولده وولد ولده لكنه انما أراد من واطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حياة الاب وما وقع فى نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابى الليث اذا زنى بجارية ناقلته والاب فى الاحياء وقال ظننت أنها على حرام لا يحد و يثبت النسب يجب الحكم بغلطه وأنه سقط عنه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونص أبى الليث صرح فى شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به فى الكافى وفى المبسوط ان من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك فى حياة الاب ولكن ان أقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم أنه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطء ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهى البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا أن العلوق كان فى حياة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق فى الدعوة صدقه ابن الابن أو كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب فى الولاية فله أن ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد (قوله واذا وطئ جارية ابيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها لى فلا حد عليه ولا على قاذفه) وزفر يحده لقيام الوطء الخالى عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) فقال ظننت حلها لى لا يحد وان قال علمت حرمتها حد (لان بين هؤلاء) أى بين الانسان و بين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده (انبساطا فى الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع) بخلاف ما بين

وقوله (وقد ذكرناه) أى فى باب نكاح الرقيق

قوله (وكذا اذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لى وقد قدمناه وقوله (فى الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أى لاحد على العبد فى ظاهر الرواية (لان الفعل واحد) فورود الشبهة فى احد الجانبين يكفى لاسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هنالك أيضا واحد أجيب بان سقوط الحد فى جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت فى فعل واحد من أحد

فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لى والفعل لم يدع فى الظاهر لان الفعل واحد (وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لى حد) لانه لا انبساط فى المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك على رضى الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد

الانسان وأخيه وعمه على ما يأتى (فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه) وقوله (وكذا الجارية) أى اذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاى أو ابن مولاى أو مولاتى يحل لى أو زوج سيدتى وكذا فى الاخريين (والفعل لم يدع) ذلك لا يحد (فى ظاهر الرواية لان الفعل واحد) وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يحد الفعل لان الشبهة انما تمكنت فى التبع وهى المرأة لانها تابعة فى الزنا فلا تكون متمكنة فى الاصل بخلاف ثبوتها فى جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت فى الاصل يستتبع التبع وأجيب بان الفعل لما كان واحدا له نسبة اليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه وأورد عليه ما لو زنى البالغ بصبية يحد دونها أجيب بان سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة فى الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحكم عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست أهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت فى الفعل نفت الحد عن طرفيه واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده (قوله وان وطئ جارية أخيه أو عمه) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (وقال ظننت انها تحل لى حد) لانه لا شبهة فى الملك ولا فى الفعل لعدم انبساط كل فى مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن ان وطأه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما فى المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما نفيه مسئلة الحربى اذا دخل دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام فى جميع الاديان والملل لا تختلف فى هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلى أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو أراد أن المعنى ان شرط الحد فى نفس الامر علمه بالحرمة فى نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذى ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب فى نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا فى نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزانى أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه فى نفس الامر بينه وبين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر أن بينهما انبساطا أجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخوله فى بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفى معنى الحرز فانتفى القطع أما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا (قوله ومن زفت) أى بعثت (اليه غير امرأته وقال النساء هى زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) وهذه اجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة

اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة فى الفعل لما ثبت وكلامه واضح

من

(قوله هذا من باب الشبهة فى المحل) أقول فيه بحث بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزيلعى والنسفى فى الكافى وصاحب الايضاح ألا ترى أن الظاهر انه ان علم انها ليست امرأته يحد وذلك يكون فى شبهة الاشتباه ليس الا (قوله بناء على دليل أطلق الشرع الخ) أقول نعم الا انه مع قيام دليل الحرمة والشبهة فى المحل تكون مع قيام الدليل النافى للحرمة (قوله ولو كانت الشبهة فى الفعل لما ثبت) قول فيه بأن القياس كان ذلك الا انه ثبت على خلاف القياس دفعا لضرر الغرور كما اعترف به

دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان أعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا ان كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا أضيف الى الذكور

من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء هو زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاي أرسلني اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة (قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) فان احصانه لا يسقط عند مبهذا الوطء لانه وطئها على انه نكاح صحيح معتمد دليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا وأجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا في ايراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا ان فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما علي لعلمي بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لا بيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين (قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) خلافا للائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة ههنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه (وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة) من حبائبها الزائرات لها وقرباتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فانه يحد قال (وكذا اذا كان أعمى) لان الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه (وغيره) مثل ما يحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيحد أيضا (الا اذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل) وجاز تشابه النغمة خصوصا ولم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت أنا زوجتك لانها لو لم تقله بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس الى أنها هي (قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) بأن كانت من ذوي محارمه بنسب كامه أو ابنته (فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي) وكذا مالك وأحمد (يجب الحد اذا كان عالما بذلك) (١) وكان يجب أن يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالا هما والشافعي لما عرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل

قوله (ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصانه ووجه الظاهر أن الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله (لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها) يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد وانما قال (وقالت أنا زوجتك) لانها اذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله) وكل عقد لم يصادف محله يلغو (كما اذا أضيف الى الذكور)

(قوله ووجه الظاهر الى قوله ولا يقام الحد على قاذفه) أقول فيه بحث

---

(١) وكان يجب الخ هذا انما يتمشى على نسخة وقالا والشافعي بعطف الظاهر على الضمير كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي

وهذا الان محل التصرف مايكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهى من المحرمات ولابى حنيفة رحمه الله أن العقد صادف محله لان محل التصرف مايقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغى أن ينعقد فى جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة مايشبه الثابت لانفس الثابت الا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

لايجوز الا أن يفصل بضمير منفصل أو غيره على قول والا فشاذ ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهرية متفق عليه وأما غير ذلك ففى الكافى لحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولى وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا اذن سيدها أو تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفى عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهى حرام على التأبيد وفى بعض الشروح أراد بنكاح من لايحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة فى عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد أو الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففى كل هذا لايجب الحد عند أبى حنيفة وان قال علمت أنها على حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لايجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل فى الكافى الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندهما يحد وأضاف الى ذلك ماسمعت ثم لايخفى مافى عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين فى الكافى فى تعليل سقوط الحد فى تزوج المجوسية ومامعها لان الشبهة انما تنتفى عندهما يعنى حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهى حرام على التأبيد يقتضى حينئذ أن لايحد عندهما فى تزوج منكوحة الغير ومامعها لانها ليست محرمة على التأبيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما أن حرمة المجوسية مغياة بتجسسها حتى لو أسلمت حلت كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لايحد عندهما الا فى المحارم فقط وهذا هو الذى يغلب على ظنى والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد فى ذات المحرم ولايحد فى غير ذلك قال مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو معتدة وعبارة الكافى للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لايحل له نكاحها فدخل بها قال لاحد عليه وان فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد فى ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم فى المرأة التى لاتحل له فى سقوط الحد على قول أبى حنيفة ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر فى ذلك على ماعرف فى الروايات وفى مسئلة المحارم رواية عن جابر رضى الله عنه أنه يضرب عنقه ونقل عن أحمد واسحق وأهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على مااذا كانت امرأة أبيه قصرا للحديث الآتى على مورده وفى رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالى ومعه راية فقلت له أين تريد قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة أبيه أن أضرب عنقه وآخذ ماله وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه وأجيب بأن معناه أنه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا الحد ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفى بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة

قوله (وهذا الان محل التصرف) بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف (مايكون محلا لحكمه) وهذا المحل ليس محلا لحكمه (لان حكمه الحل وهى من المحرمات ولابى حنيفة أن العقد صادف محله لان محل التصرف مايكون قابلا لمقصوده) وهو التوالد ههنا (وبنات آدم قابلة لذلك) قوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه أصلا أو فى وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا له فى شريعة من قبلنا والثانى مسلم ولكن كونه محلا فى الجملة لم لايجوز أن يكون شبهة فى درء الحد فان الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفا فان أهل اللغة لايفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والفرض وجوده وأولاد أهل الذمة من محارمهم لاتنسب الى الزنا فى العرف وهم يقرون على نكاح المحارم ولايقرون على الزنا بل يحدون عليه (و) اذا ثبت أن العقد صادف محله (كان ينبغى أن ينعقد فى حق جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل) بتحريم الشرع فى ديننا (فيورث الشبهة لان الشبهة مايشبه الثابت وليس بثابت الا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر)

أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك أنه ذكر في الحديث أنه عرس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطأه اياها وغير الوطء لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يخلو عن نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جائزا كونه لوطئه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بأنه أيضا لا يتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا جاز فيه أحد الامرين أنه للاستحلال أو أمر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القائل بالحد أنه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ أهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا فوجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا فعندهم لا كما ذكر وعند أبي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محل له أولا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد أي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا علموه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها لمقاصده فان قلت فقد أطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب أن المراد نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وأنت علمت ان أبا حنيفة انما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في أن أي الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى كونه قابلا للمقاصد أو كونه حلالا ان نظرنا الى المعنى وهو أن الاصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قوله أو الى السمع أعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع مع أنها انما فيها عدم الحل ترجحوا وقد رجح قول أبي حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها حكم بالبطلان وأوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق وكونه لا يعتقده على ظاهره لا يضر لانه مؤول بتأويلين أحدهما أنه آيل الى البطلان باعتراض الولي بان كان غير كفء والآخر تخصيصه بما اذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو أقرب التأويلين لندرة فسخ ولي بسبب عدم كفاءة من زوجت المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر ان دخل لكن في الخلاصة قال الفقيه على قولهما ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب ودفع بأن من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يبتنى عليه وجود الحل من وجه وهو منتف في المحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون وانما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض عنده الا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومن شبهة العقد ما اذا استأجرها ليزني بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقالاهما والشافعي ومالك وأحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استأجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله

قوله (ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) أي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين (عزر لانه فعل منكر ليس فيه شئ مقدر) قوله (ومن أتى امرأة) قيل يريد أجنبية لانه اذا أتى امرأته أو مملوكته (في الموضع المكروه) أي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات لان من الناس من يستحله بقوله تعالى الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم من غير فصل بين محل ومحل (أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد) حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا (وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول آخر يقتلان بكل حال) أي سواء كانا محصنين أو لم يكونا (لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما أنه) أي اللواط (في معنى الزنا) وقيل أي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواط وفي بعض النسخ انهما في معنى الزنا (لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء) وهو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواط بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات (وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك) من الحبس في أنتن المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا (ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب) بخلاف الزنا بكرا (وكذا هو أندر وقوعا) من الزنا (لانعدام الداعي في أحد الجانبين) يعني على ما هو الجبلة السليمة (والداعي الى الزنا من الجانبين) واذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس والقياس في مثله باطل (وما رواه) من قتلهما أو رجمهما (محمول على السياسة أو على المستحل) للكفر بذلك (الا أنه يعزر عنده) أي عند أبي حنيفة (لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر فقال في الزيادات والرأي فيه الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه وحبسه فقوله الا أنه استثنا من قوله ولا هو في معنى الزنا

(ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزر) لانه منكر ليس فيه شئ مقدر (ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد) وهو أحد قولي الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما أنه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعي من أحد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة أو على المستحل الا أنه يعزر عنده لما بيناه

أن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة تكون محلا لعقد الاجارة فأورث شبهة بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال أمهرتك كذا لا زنى بك لم يجب الحد وهكذا لو قال استأجرتك أو خذي هذه الدراهم لا طأك والحق في هذا كله وجوب الحد اذا المذكور معنى يعارضه كتاب الله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله أزنى بك لا يجلد معه للفظة المهر معارض له (قوله ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) بأن أولج في مغابن بطنها ونحوه وليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الآتية (يعزر لانه منكر) محرم (ليس فيه تقدير) ففيه التعزير ومثله ما اذا أتت امرأة امرأة أخرى فانهما يعزران لذلك (قوله ومن أتى امرأة) أي أجنبية (في الموضع المكروه) أي دبرها (أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ولكنه يعزر) ويسجن حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعا فليس كحكمه وقالا هو كالزنا وهذه العبارة تفيد اعترافهما بأنه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد حد الزنا ان لم يكن أحصن ورجما ان أحصن وذكر في الروضة أن الخلاف في الغلام أما لو وطئ امرأة في دبرها حد بلا خلاف والاصح أن الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي نعم فيه ما ذكرناه من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وأمته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة في الجنة أي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وان كان سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من أحد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنهما (وقال) الشافعي (في قول يقتلان) فني وجه بالسيف (بكل حال) أي بكرين كانا أو ثيبين وفي قول يرجمان بكل حال وبه قال مالك وأحمد وفي قول آخر وهو الصحيح من مذهبه يحد حدا وتغريبا ان كان

بكر اورجما ان أحصن وجه القتل ماروى أبوداود والترمذى وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن أبى عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذى انما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحق عن عمرو بن أبى عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفى اسناده مقال ولا يعلم أحد رواه عن سهيل بن أبى صالح غير عاصم بن عمر العمرى وهو يضعف فى الحديث من قبل حفظه وبسند السنن رواه أحمد فى مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخارى عمرو بن أبى عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائى ليس بالقوى وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد أخرج له الجماعة وأخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه وتعقبه الذهبى بان عبد الرحمن العمرى ساقط واذا كان الحديث بهذه المثابة من التردد فى أمره لم يجز أن يقدم به على القتل مستمرا على أنه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولهما أنه فى معنى الزنا لانه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل أبلغ حرمة وتضييعا للماء لان الحرمة قد تنكشف فى الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواطة فيهما فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابى حنيفة أنه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حد وذلك لان الصحابة اختلفوا فى موجبه فمنهم من أوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع إتباع الاحجار فلو كان زنا فى اللسان أو فى معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم فى موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه وأما الاستدلال بقول القائل

من كف ذات حرفى زى ذى ذكر * لها محبان لوطى وزناء

فلعدم معرفة من ينسب اليه البيت وقول من قال حيث قال قائلهم وذكر البيت غلط وذلك أنه ليس بعربى بل هو من شعر أبى نواس من قصيدته التى أولها

دع عنك لومى فان اللوم إغراء * وداونى بالتى كانت هى الداء

وهى قصيدة معروفة فى ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع أنه ينبغى تطهير كتب الشريعة عن أمثاله وأيضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم فى الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعته لجواز اضاعته بالعزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد الذى هو اهلا لذا معنى فان ولد الزنا ليس له أب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيشب على أسوإ الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا ليختص به وينفعه ويشتبه على من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شئ من ذلك فى اللواط (وكذا هو أندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعى من الجانبين) على الاستمرار بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لندرة وقوع الزنا بصبية لا تشتهى أصلا اذ قلما يكون ذلك ولا عبرة بأو كدية الحرمة فى ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحد بشرب البول لاجماع على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا أن لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان فى المساوى من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجر قوى وقد لا يعد عقاب الآخرة ❁ وأما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقى فى شعب الايمان من طريق ابن أبى الدنيا حدثنا عبد الله بن عمر حدثنا عبد العزيز بن أبى حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر أن خالد بن الوليد كتب الى أبى بكر انه وجد رجلا فى بعض نواحى العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم فكان من أشدهم فى ذلك قولا على رضى الله عنه قال

(ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا أنه يعزر لما بيناه والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب (ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد) وعند الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه أينما كان مقامه

(ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية) اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش (ولا) في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمله على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره) أي ستر فرج البهيمة وانما أضمر عليه وان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكما (الا أنه يعزر لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو ثبت فتأويله مستحل ذلك الفعل (والذي يروى أنه تذبح البهيمة) وهو ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أتي برجل أتى بهيمة فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار (فذلك لقطع التحدث به) كي لا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية (لأنه واجب) (ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج الينا) وأقر عند الامام بالزنا (لا يقام عليه الحد وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه أحكامه أينما كان مقامه

هذا ذنب لم يعص به الا أمة واحدة صنع الله بها ما علمتم نرى أن نحرقه بالنار فاجتمع رأى الصحابة على ذلك قال وروا ما الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطة قال ينظر الى أعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقي أيضا من طريق ابن أبي الدنيا وكأن مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حلت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهدي بهم وهم نازلون وذكرنا شيخنا عن ابن الزبير يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا قتنا وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين فدفوع بأن الفاحشة لا تختص لغة الزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف (الا أنه يعزر لما بينا) أي من أنه منكر ليس فيه شئ مقدر (قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) وكذا اذا زنى بميتة لانه للزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه (ولهذا لا يجب ستره في البهيمة الا أنه يعزر لما بينا) من أنه منكر ليس فيه تقدير شرعي ففيه التعزير (والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع) امتداد (التحدث به) كما رؤيت فتأذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهي مما لا تؤكل ضمن قيمتها ان كان مالكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كانت مما تؤكل أكلت وضمن عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا تؤكل والمراد بالمروي ما روى أصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها قلت له ما شأن البهيمة قال ما أراه قال ذلك الا أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لابي يوسف في عدم أكلها الا أن المعنى الذي عينه الاصحاب من قطع التعيير أقرب الى النفس رواه ابن ماجه عن ابراهيم بن اسمعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن أبي عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا وأما ابراهيم بن اسمعيل بن أبي حنيفة فقال أحمد ثقة وقال البخاري منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف أبو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو أنه روى عن عاصم ابن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذي يأتي البهيمة حد وهو الذي روى عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلهما وتأويله المذكور آنفا ومحال أن يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل ثم يخالفه وكذا أخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي وهذا أصح من الاول ولفظه من أتى بهيمة فلا شئ عليه وأخرج الحاكم حديث عمرو بن أبي عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد (قوله ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج الينا) فأقر عند القاضي به (لا يقام عليه الحد وعند الشافعي) ومالك (يحد لانه التزم باسلامه أحكام الاسلام أينما كان مقامه) قلنا سلمنا انه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضي فقضى باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه أن يقال وجب على الامام الاقامة على الزاني مطلقا أينما كان زناه وحينئذ نقول امتنع بالنص

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود في دار الحرب) ووجه التمسك به انه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسا لان كل واحد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله فاجلدوا فلا يقبل أجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر

ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة

وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب والا عرى عن الفائدة لان المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والفرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب حال وجوده لم ينقلب موجبا له حال عدمه لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله أعلم به وعن الشافعي قال قال أبو يوسف حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو قال وحدثنا بعض أصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير أن عمر بن الخطاب كتب الى عمير بن سعد الانصاري والي حمص أن لا تقيموا الحدود على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا الى أرض المصالحة قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع ومعتقد أبي يوسف انه داخل في الارسال وان حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثقته فلا يضر على رأي مثبتي المرسل شئ من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشان والعدالة وهذا الاخير رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن أبي مريم عن حكيم بن عمير به وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار * انتهى أثر آخر * رواه ابن أبي شيبة أيضا حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن حميد بن عقبة بن رومان ان أبا الدرداء نهى أن يقام على أحد حد في أرض العدو وأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو وقال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الاوزاعي يرون أن لا يقام الحد في الغزو مخافة الحمية أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام أقام عليه الحد * واعلم ان مع الاوزاعي أحمد واسحق فحسبهم تأخير الحد الى القفول وبسر بن ارطاة ويقال ابن أبي ارطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة أهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بسر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال أهل الحرة اه فلو أنه سمعه منه عليه الصلاة والسلام لا تقبل رواية من رضي ما وقع عام الحرة وكان من أعوانها والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معللة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى يخرجوا الى أرض المصالحة انه حينئذ يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الى أرض المصالحة يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا أظهر الاحتمالين الاول ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انها معارضة بما أخرجه

الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا أطبق الشارحون وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو أن التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية بموجود ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله (ولان المقصود هو الانزجار) يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعرى عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد موجبا لا يقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وأنث الضمير في قوله لانها لم تنعقد بتأويل الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة أو بتأويل الوطأة

 وقوله (ولو غزا) ظاهر وقوله (في معسكره) اشارة الى أنه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد (والسرية) قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خبر السرايا أربعمائة

(قوله اجيب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك الى قوله وفيه نظر) أقول قوله خصت يعني بالاجماع كما ذكره الكاكي فيندفع نظره بذلك (قوله فخرج منه من لم يكن رجلا الخ) أقول فيه بحث فان الزاني لم يتناوله ولا خروج الا بعد الدخول فأين التخصيص

وقوله (واذا دخل حربي دارنا بامان) حاصل اختلاف أصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند أبي حنيفة وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة أحد الطرفين للآخر بكونه حربيا أو ذميا أو ذكرا أو أنثى وعند محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية وأما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي ولا يحد الحربية وفي العكس لا يحدان وهو قول (١٥٤) أبي يوسف أولا وقال آخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها (له أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا كما أن الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمي (ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا) فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من أحكامنا أجاب بقوله (بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته) فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي أن لا يقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو أن يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ليست بدين وانما هو هوى وتعصب (ولابي حنيفة ومحمد ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار لان الاتصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لانه لما لم يدخل الا طامعا في الانصاف أي العدل لاجله على غيره (يلتزم الانصاف) أي العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم

(واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي) يعني اذا زنى بحربية فأما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف رحمه الله يحدون كلهم) وهو قوله الآخر لابي يوسف رحمه الله أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف

أبو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وأيضا معارض اطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان أجيب بأنه عام خص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع بأن الزنا نفسه مأخوذ فيه عدمها فانه الوطء في غير ملك وشبهته فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار مخصصا أول وأما الدليل العقلي المذكور فعليه أن يقال لا نسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب أن لا فائدة في الايجاب انما ذلك لو عجز مطلقا فجاز أن يثبت الوجوب في الحال معلقا بالقدرة ولكنه يجاب بأنه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه أن يقال جاز أن يثبت في الحال تعلق الايجاب بالقدرة أي اذا قدرت فأقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المستقبل لان المعلق بالشرط كذلك وحينئذ جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن أين دليله فان الآيات انما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فأين دليل تعليق الايجاب حال زنا الزاني في دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان أجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه اذا رجع الى دار الاسلام أقامه يدفع بأنه معارض بحديث مراسيل أبي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وأيضا قد يقال عليه لا نسلم أن حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلا وفرض المسئلة أنه زنى في دار الحرب ثم أقر عند القاضي بعد الخروج أو شهد به عليه في غير تقادم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله أعلم قال (ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه) بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى المعسكر لا يقيمه ويفيد أنه لو زنى في العسكر والعسكر في دار الحرب في أيام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية حينئذ أما أمير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم تفوض اليهما الاقامة (قوله واذا دخل حربي دارنا بأمان) وهو المستأمن (فزنى بذمية الخ) حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليهما الحد دون الحربي في قول أبي حنيفة وقال

ابو

(قوله لانه يعتقد اباحته) أقول ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون (قوله قلت المعنى باعتقاد الاباحة الخ) أقول الاولى ان يجاب بأن الكف عنهما داخل فيما التزمه لانا أعطينا الامان على ذلك ولا كذلك الشرب اذ لم يلتزمه كالذمي (قوله وقتل النفس والقذف حرام في دينهم) أقول ان أراد مطلقا فليس كذلك أو مقيدا فلا يفيد (قوله لانه لم يدخل الا طامعا الخ) أقول دليل على التزامه حقوق العباد

(والقصاص وحد القذف من حقوق العباد) فكان داخلا في الانتصاف (وأما حد الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخلا فيه فلما فرغ من الجواب عن قول أبي يوسف شرع كل منهما في اثبات ماذهب اليه فقال محمد (الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي فامتناع الحد في حق الاصل) فيما اذا زنى الحربي بذمية (يوجب امتناعه في حق التبع) والا لا يكون تبعا فكان خلفا (وأما الامتناع في حق التبع) فيما اذا زنى الذمي بحربية (فلا يوجب امتناعه في حق الاصل) والا لكان مستتبعا فكان أصلا والفرض انه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك اذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة) فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الاصل (وتمكين البالغة من الصبي والمجنون) فانه لا يجب الحد عليهما لان الامتناع في حق الاصل يستلزمه في حق التبع (ولابي حنيفة ان فعل الحربي المستأمن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه بقوله تعالى ثم أبلغه مأمنه واذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجود المقتضى وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مأمنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم (قوله على ما هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله (وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا) اشارة الى قول بعض أصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل

والقصاص وحد القذف من حقوقهم أما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق أن الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل الحربي المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا تحد

أبو يوسف أولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة أقوال قول أبي حنيفة تحد المزني بها المسلمة والذمية وقول محمد لا يحد واحد منهم وقول أبي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستأمنة لا يحد واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يحدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم أو الذمي بالحربية المستأمنة حد الرجل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحدان جميعا والاصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند أبي يوسف يجب الكل الا حد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد واختلفوا في حد الزنا والسرقة عند أبي يوسف يجب وعندهما لا يجب وجه قول أبي يوسف ان المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلمنا ان تمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزما جميع أحكامنا في المعاملات بل ما يرجع منها الى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير انه لابد من اعتباره ملتزما الانصاف وكف الاذى

السقوط من العبادات وقوله (بخلاف الصبي والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على ان سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك أن هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب ففعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد (ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد

(قوله وحد القذف من حقوق العباد) أقول اى في حقهم قال المصنف (ولابي حنيفة فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات) أقول قال الشارح المراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم انتهى وفي النهاية الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة والزكاة قال الله تعالى ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين الآية) وقال فيه الحرمات تتناول المناهي نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان وترك الصلوات والصوم انتهى (قوله وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله) أقول فيه بحث اذ ليس في قول المصنف لانه مخاطب بالحرمات ما يدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاحتراز بقوله على ما هو الصحيح عن قولهم بحصل بقوله على أصلنا فليتأمل

قال (واذا زنى الصبي أو المجنون) صورة هذه المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر والشافعي قياس أحد الجانبين بالآخر فالا (العذر من جانبها) كما في صورة الاجماع (لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع أن كلا منهما مؤاخذ بفعله ودليلنا ظاهر مما ذكرنا آنفا فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه من وجهين أحدهما ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لا يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني ان الصبي أو المجنون

اذا زنى بالمطاوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لان الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين إما الحد أو المهر وقد أورد في الذخيرة انه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاوعته المرأة وأجيب عن الاول بأنه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط أخر يلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بانا لو أوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته خلا لا يجب عن الفائدة لان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت آمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من المرأة لان لها ولاية على نفسها

قال (واذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها) وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه (وان زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالاجماع لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا أنها سميت زانية مجازا تسمية

اذ قد التزمناه بأمانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه أما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند اعطاء أمانه بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا واذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم ولمحمد وهو الفرق بين المسلم أو الذمي اذا زنى بمستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية اذا زنت بمستأمن حيث لا يجب الحد عنده عليهما أن الاصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على ما سنذكره فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه في حق الاصل أي دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي أو المجنون لا تحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا مكنت من فعل موجبه وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل المستأمن زنا لكونه مخاطبا بالحرمات لحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين الا أنه امتنع حده لان اقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما نهرب تحد هي لان المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيا أو مجنونا لانهما لما لم يخاطبا لم يكن فعلهما زنا فلم تمكن من الزنا وتطيره لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة عند أبي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد (قوله واذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو) أي قول زفر والشافعي (رواية عن أبي يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وان زنى صحيح) أي عاقل بالغ (بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) لا يوجب سقوطه من جانبها (وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله) وقد فعلت ما هي به زانية لان حقيقة زنا قد انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد ألا يرى انه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا بذلك ويدل على انها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب (ولنا ان فعل الزنا انما يتحقق منه) لان أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وانما هي محل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا وهي موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية

(قوله واعترض عليه من وجهين أحدهما الخ) أقول في توجيه هذا الاعتراض على قانون المناظرة تأمل فان ظاهره منع المقدمة التي استدل عليها بلا تعرض لدليله وذلك لا يجوز (قوله والثاني ان الصبي الخ) أقول لعل الاعتراض الثاني نقض باستلزامه خلاف ما تقرر عندهم من أن الوطء المفعول لا يخلو عن أحد الموجبين أو معارضته وعليك بالتأمل في التوجيه (قوله لان الوطء لا يخلو الخ) أقول أي في دار الاسلام (قوله لا يلزم من احصان الزاني) أقول الاظهر ان يقول لا يلزم من عدم احصان الزاني عدم احصان المزنية ويلزم من عدم تحقق الزنا من الواطئ عدم تحققه من الموطوءة لانها تابعة له فيه كما حقق ولا تبعية في الاحصان كما لا يخفى (قوله وعن الثاني بانا لو أوجبنا المهر الخ) أقول خلاصة الجواب تخصيص قولهم الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومه كما لا يخفى

للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد قال (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة

للمفعول باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق) أي مرضية ومدفوق (أو لكونها مسببة) لزنا الزاني (بالتمكين فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين) من فعل هو زنا هو الزنا فعل من هو منهي عنه آثم به (وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد) وعلى هذا الوقلنا انها بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضر لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لا شك انه يطلق عليها من زنى بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بأنه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلا مانع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطء المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أو لا فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما يمر زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقي أن يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد كنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لان قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا تحد به والله أعلم وبما ذكرناه يندفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عنها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي كما انه استفسر ماعزا فقال أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فانه استراب أمره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع انها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها وأورد أنه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما اما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب أجيب بالفرق وهو أن الايجاب عليه هنا لا فائدة فيه لانا لو أوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لانها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك الامر وصح الامر منها ولا يتهاعلى نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم صحة أمرها لعدم ولايتها وفي المكرهة عدم الامر أصلا فكان الايجاب مفيدا وأما ايراد أن القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع (قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولا يقول يحد وهو قول زفر) وهو قول أحمد (لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة

فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة أو صبية فان المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا انه اذ ليس لولي الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك وقوله (ومن أكرهه السلطان الخ) ظاهر

(قوله فلا يفيد الايجاب) أقول أي ايجاب المهر (قوله اذ ليس لولي الصبي الخ) أقول وكذا الحال في المجنون والشراح كلهم قصروا حيث لم يتعرضوا لحال المجنون بينت شفة مع انه مذكور في السؤال أيضا

وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لانه قد يكون غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فأورث شبهة وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله أن الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا (ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك) لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع

وهذا آية الطواعية) فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل أثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المرأة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا تحد إجماعا (ثم رجع أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره أيضا لان السبب الملجئ الى الفعل قائم ظاهرا) وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له اذ يكون معه ويكون طبعا لقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل الى الحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل (فان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة) لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر وأحمد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قالا الانتشار دليل الطواعية فقالا يحد (وقال أبو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الاكراه من غير السلطان) والانتشار لا يستلزم الطواعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشايخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن أبي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتي بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به (قوله ومن أقر أربع مرات الخ) هذا على وجهين أحدهما ان يقر الرجل في أربعة مجالس أنه زنى بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا حد وبتقدير كذبه لانكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت الوطء باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقر أو عقر فلزم لها المهر وان رددته الا أن تبرئه منه واعلم ان وجوب المهر هو فيما اذا كانت الدعوى قبل ان يحد المقر فان حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لان الحد لا ينقض بعد الاقامة ثانيهما أن يقر أربعا كذلك انه زنى بفلانة وقالت فلانة ما زنى بي ولا أعرفه أو أقرت هي بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا أعرفها لا يحد المقر بالزنا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة أن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما أقر بالزنا مطلقا انما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنيت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة

لان

وقوله (وعليه المهر في ذلك) يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا أقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح أجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لانه في دعواه اما ان يكون مصدقا أو مكذبا فان كان الاول أثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة فاذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته

(قال المصنف لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فأورث شبهة) أقول أي للحاكم وهذه غير داخلة في الشبهة المنقسمة الى القسمين اذ المراد منها كان شبهة الوطء (قوله فاذا تحقق الملزوم) أقول يعني سقوط الحد

وقوله (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) انما وضع المسئلة فى الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضمان انما ترد فى حق الجارية لا فى حق الحرة لان الامة تصلح أن تكون ملكا للزانى عند أداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فأذهب عينها وهو وجه قول أبى يوسف فى هذه المسئلة

(ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها

لان الزنا لم ينتف فى حقها بدليل يوجب النفى وهو الانكار حتى لو حضرت وأقرت أربعا حدت فظهر أن الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا أنكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه واذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغى أن لا يجب الحد على الرجل فى هذه الصورة عندهما كما فى صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما فى المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار أصل الفعل أولى قلنا خصائل تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد فانه روى أن رجلا أقر بالزنا أربعا بامرأة فأنكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود وفى شرح الطحاوى ولو لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا (قوله ومن زنى بجارية فقتلها) أى بفعل الزنا (فانه يحد وعليه قيمتها) وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا ويجب عليه الدية وقوله (وعن أبى يوسف انه لا يحد) ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه فى الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر فى الكافى خلافا وانما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف فى الامالى ان هذا قول أبى حنيفة خاصة وفى قول أبى يوسف لا حد عليه وحيث نقل قوله خاصة ذكره فى المنظومة فى باب قول أبى يوسف على خلاف قول أبى حنيفة ولا قول لمحمد فيها وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول أبى حنيفة وبه قال الشافعى وأحمد لانه لو قال لا قول له بان توقف لذكره وانما قال أبو يوسف هذا قول أبى حنيفة خاصة لان محمدا كان فى عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهما انه ضمان قتل وجه قول أبى يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزانى بسبب أن قتله سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها أو ملكها بالفداء بأن زنى بجارية جنت عليه فدفعت اليه بالجناية أو بالشراء أو النكاح انه لا يحد فى ذلك كله وعند أبى حنيفة يحد فى الكل وقال أبو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء أو النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابى حنيفة انه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب فى ثلاث سنين على العاقلة ولا تجب بالغة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم ليس بمال ثم تنزل فقال ما حاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه فى العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر فى القائم دون الفائت ومنافع البضع التى استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما ليثبت شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر

(قال المصنف فيوفر على كل واحد منهما حكمه) أقول ذكر واحدا وضمير حكمه على تأويل الجناية بالتعدى أو لان الجنايتين هنا الزنا والقتل قال العلامة الزيلعى لا يقال انها لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب أن لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سرى ومات صار قتلا ويسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية أو القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها فى ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين الزنا والقتل فصار كمن شرب خمرا ذميا فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمى لما قلنا انتهى وأجاب فى النهاية أيضا بان الوطء غير موضوع لازهاق الروح فلما وجد فى المحل الخالى عن أحد الملكين كان زنا عند وجوده ولا ينقلب قتلا اذا اتصل به الموت بخلاف القطع لانه سبب للموت لكونه جرحا والجرح سبب للموت فاذا اتصل به الموت صار قتلا من الابتداء لكونه علة العلة كما فى الرمى كان قتلا من وقت الرمى اذا اتصل به زهوق الروح وان تخللت الوسائط لكونه موضوعا للقتل ففعل الزنا ههنا لما لم يكن موضوعا للقتل لم يصر قتلا من الابتداء لعدم صلاحية الاضافة اليه وان صار سببا هنا باعتبار اتفاق الحال ولذلك لم يمتنع وجوب الحد باعتبار وجوب القيمة انتهى والتعويل عندى على جواب الزيلعى

وقوله (وهو على هذا الاختلاف) أي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة ومحمد يحد خلافا لابي يوسف فكان رد المختلف الى المختلف لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه (ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم) والدم مما لا يملك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس بمحل للملك وقوله (ولو كان يوجبه) يعني سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه في العين كما ذكرتم في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندة لان المستند لا يظهر في حق المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبين لئلا يشترط الوجود كما في الحيض درأ في باب الحدود وأجيب بأن التبين انما يكون في حكم مغيب بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله (وهذا بخلاف ما اذا زنى بها) جواب لصورة يمكن ان يستشهد بها أبو يوسف كما قدمنا وتقريره أن الزاني بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على أصل الجواب دون التنزل ولقائل ان يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى أعني المنافع لكونها معدومة وأما اذا نظرت الى أصل الجواب وهو قوله انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم وهو ليس بمعنى تملك فانه صحيح ويجوز أن يقال بالنظر الى التنزل أيضا بان الملك وان كان ثابتا فيه أيضا لكن المكلف فيه شبهة العدم فتكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير الى هذا أصلا (وكل شئ صنعه الامام الذي ليس فوقه امام) وفسره أبو الليث بالخليفة (فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره) قال صلى الله عليه وسلم

وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة قال (وكل شئ صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال) لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

الملك فيها ولا شبهته فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وما آل هذا التقرير الى أن الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع لان الثابت شبهة ملك العين لا حقيقته وبحقيقته تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفينا ولا يلزم أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل يظهر ما في تقرير المصنف للتنزل من التساهل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله (بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط به الحد لان الملك ثمة يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة) أي في ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد اما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التملك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت أولا ثم يستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاولية وهو منتف وثمرته أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغي أن لا يجب الحد ولو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد أن يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب أن لا يحد والاوجب ضمانان بازاء مضمون واحد أجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوله جراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق (قوله وكل شئ فعله الامام الذي ليس فوقه امام) مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة (لا يؤخذ به الا القصاص والمال) فانه اذا قتل انسانا أو أتلف مال انسان يؤخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو

(قوله لئلا يشترط الوجود) أقول حين التبين (قوله كما في الحيض الخ) أقول قد سبق في باب اليمين في العتق والطلاق (قال المصنف فاورث شبهة) أقول أي شبهة كون منافع البضع في ملكه وأما في محل النزاع ففي الملك أيضا شبهة فالثابت في المنافع شبهة الشبهة ولا اعتبار له

أربع الى الولاة وعدّمنها اقامة الحدود وكلامه واضح وأما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى ولقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن اذا قذف كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد لانه حق العبد والجواب أن حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربى أن يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام أن يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه والله أعلم

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الامام انما يكون بأحد شيئين لا غير وهما الشهادة والاقرار وأخر الشهادة ههنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذ رؤية أربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل فى المكحلة كما فى الكلاب فى غاية الندرة قال (واذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام لم تقبل شهادتهم الا فى حد القذف خاصة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة ايضاح وهى تعديد ما يوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذى استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر فى التقادم وزيادة اثبات الضمان فى السرقة ثم كما لا يحد المشهود عليه لا تحد الشهود أيضا حد القذف فى الشهادة بالزنا

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

(واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا فى حد القذف خاصة وفى الجامع الصغير

المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الخزى والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا والمغلب فى حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضى والقضاء لتمكين الولى من استيفائه لا أنه شرط وأورد عليه ما المانع من أن يولى غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما فى الاموال غير أنه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق للعبد استوفاه العبد أو حق لله استوفاه ذلك النائب وقيل لا مخلص الا ان ادعى أن قوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما يفهم أن المخاطب فيه بالجلد الامام أن يجلد غيره والله أعلم وقد يقال أين دليل ايجاب الاستنابة والله سبحانه أعلم

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

قدم أن الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لان وجود ما ثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما ثبت بالاقرار أندر نادر لضيق شروطه المقتضى لاعدامه وهو أن يرى ذكر الرجل فى فرجها كالميل فى المكحلة وايضا لم يثبت فط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى بالبينة فانهم كلهم لم يحدوا الا بالاقرار فقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده عليه الصلاة والسلام وعند الصحابة رضى الله عنهم (قوله واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا فى حد القذف خاصة) فقوله متقادم اسناده فى الحقيقة الى ضمير السبب أى متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له فى الحقيقة وقوله لم يمنعهم الخ جملة فى محل جر لانها صفة للنكرة وهى حدوا الفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو من بعد يومين ونحوه من الاعذار التى يظهر أنها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة وهى قوله

(قوله وأما حد القذف فالمغلب فيه الخ) أقول

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

(قوله قد ذكرنا أن ثبوت الزنا) أقول فى أوائل كتاب الحدود (قوله وأخر الشهادة ههنا) أقول أى فيما يتعلق بالرجوع والا ففى أول كتاب الحدود بين الشهادة أولا ثم الاقرار والرجوع عنه وأيضا الاقرار فعل الواحد والشهادة فعل المتعدد والواحد قبل المتعدد وأيضا المباحث المتعلقة بالرجوع عن الشهادة كثيرة بخلاف الاقرار

واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)

(واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) ثم قال فان أقر هو بعد حين بذلك أخذ به الا الشرب فانه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره (والاصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي) وفي العبارة تساهل مشهور فان الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الامام من الاصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة بالحدود القديمة والاقرار بها أربعة مذاهب الاول رد الشهادة بها وقبول الاقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد الرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد واستدل للشافعي والآخرين بالحاقه بالاقرار لانهما حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أي متهم وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الاصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين الستر احتسابا لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث في ذلك أو الشهادة به احتسابا لمقصد اخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فأحد الامرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لان كلا من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي فاذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الامرين إما الفسق وإما تهمة العداوة لانه ان حمل على أنه من الاصل اختار الاداء وعدم الستر ثم أخره لزم الاول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الامرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة اذ الانسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فان قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فما يرجع الى الحد لا تشترط فيه الدعوى لانه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لاحدهما بل لا تنفك عن الامرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا نقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها أنه اذا شهدوا بها على انسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذي كان عنده أو ملكه اياه فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا أخرددناه في حق الحد لا المال بل ألزمناه المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة أو قلبه وهي غائبة لا يدرى جوابها يحد ولا يستأنى بالحد لان الثابت هنالك شبهة الشبهة ولا تعتبر وفي السرقة لا تثبت أصلا الا بثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال أن يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ بخلاف دعواها

لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخيرين بين حسبتين أجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا أجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب وقوله (بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا أن قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله (ولان الحكم يدار) جواب آخر وتقريره أن المعنى

والاصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيهتم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه لحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه فبالكتمان يصير فاسقا آثما

النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم وأجاب ثانيا بأن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حقوق الله سبحانه فأقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة أدير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس الا للتهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد فلا يحتاج الى أناطته بمجرد كونه حقا لله تعالى ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لان المشقة أمر خفي غير منضبط فلا تمكن الاناطة به فنيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتأخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب أن ما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها وما لم يكن فالى المدعي على ما قال فاضيخان انما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضي بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى بالمال دون القطع اه فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تأخير الشهود الشهادة لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة أما لو أخروا لتأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه باعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله (ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما) يقتضي أن ترد في حق المال أيضا للفسق لكن ماذكر من أنهم اذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على

المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أولا كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده وقوله (ولان السرقة) جواب آخر ووجهه أن السرقة (تقام على الاستسرار) لانها توجد في ظلم الليالي غالبا (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد اعلامه) فاذا كتمه صار آثما

(قال المصنف والاصل فيه أن الحدود الخالصة الى قوله هو يعتبرها بحقوق العباد والاقرار الخ) أقول أي بشهادتها فالمضاف مقدر بقرينة هو يعتبرها بالاقرار (قال المصنف وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا) أقول فيه بحث فان وجوب أداء الشهادة في الحدود قد

انتسخ فكيف يصير بالتأخير فاسقا وفي الكافي وشرح الزيلعي أيضا وان كان لا للستر صارا آثمين فاسقين بالتأخير لان أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته اه ولا يخفى عليك ان أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه قولهم مخيرين بين حسبتين وماذكروا في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود منسوخا بخلاف حقوق العباد فانه واجب فيه فتظهر الفرق فتأمل في جوابه فانه يمكن أن يقال بعد اختيار الاداء يصير واجبا كما في النوافل تجب بالشروع (قوله جواب عما يقال الدعوى شرط الخ) أقول والاوجه أن يوجه السؤال بانه لو صح ماذكرتم لزم أن تسمع الشهادة بالسرقة المتقادمة

وقوله (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر وقوله (لان الامضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) لان المقصود من القضاء في حقوق العباد إما إعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء وأما الله تبارك وتعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى (واختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير الى ستة أشهر فانه قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك) نقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال أبو يوسف جهدنا على أبي حنيفة أن يوقت في ذلك شيأ فابى وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة) ذكر في المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضي متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهرا أو أكثر درئ الحد قال الناطفي فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد أصله مسئلة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وقوله (وهو الاصح) يعني تقدير التقادم بشهر

(قوله فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى) أقول وذكر في الفوائد الظهيرية والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به أو اقداره على استيفاء ما ادعاه وفي الحدود لا سبيل الى كل واحد منهما أما الاعلام فلان المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله والله لا تخفى عليه خافية ونائبه القاضي وانه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ الشهادة وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضي بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء كذا في نسخ النهاية وأما في معراج الدراية ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء اه وهو المناسب للسباق والسياق كما لا يخفى ثم قال الكاكي ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء فاذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حالة الاستيفاء كما كان شرطا حالة القضاء اجماعا ولم يبق بالتقادم الشهود

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير الى ستة أشهر فانه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الاصح

الوجه المذكور (قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه) وقول زفر هو قول الائمة الثلاثة لان التأخير بعذر هرب وقد زال العذر (ولنا أن الامضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابته تعالى الحاكم في استيفاء حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء أو هو هو هنا اذ لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به بخلافه في حقوق غيره تعالى فانه فيها لاعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو في حقوقه تعالى استيفاؤها واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره اجماعا وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعندهم ما لم يطرأ ما ينقضها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم انما يبطل في ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم السبب بلا توان منهما لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين والا فممنوع ونذكر فيما يلي هذه القولة ما فيه زيادة ان شاء الله تعالى (قوله واختلفوا في حد التقادم وأشار محمد في الجامع الصغير الى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم في الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وأبو حنيفة لم يقدره قال أبو يوسف جهدنا بأبي حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم وما لا يعد تفريطا غير تقادم وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك فانما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأي متعذر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل) على ما في مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث (وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الاصح) ومأخذ هذه الرواية مما في المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضي

وقوله (وهـذا) أى الذى قلنا من تقدير التقادم بشهر (اذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر أما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهم عن الامام فلم تتحقق التهمة) قال (واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهى شرط فى السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم (وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر

وهـذا اذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر أما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقادم فى حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتى فى بابه ان شاء الله تعالى (واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهى شرط فى السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم (وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر

الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهرا أو أكثر درئ عنه قال أبو العباس الناطفى فقدره على هـذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد (وهـذا) أعنى كون الشهر فصاعدا يمنع قبولها (اذا لم يكن بينهم وبين القاضى مسيرة شهر أما اذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة) فقد نظر فى هذا التقادم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو يخالف ما ذكره من قريب أنه بعد ما أنيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة فى كل فرد الا أن يقال اذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط به بل هو ما لم يكن معه هذه الموانع من الشهادة ويجاب بأن هـذا رجوع فى المعنى الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه أحد الامرين من الفسق والتهمة ثم هـذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق فى غير شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد (وعندهما يقدر بزوال الرائحة) فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما وستأتى هذه المسئلة ان شاء الله تعالى (قوله واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهى غائبة فانه يحد) أجمع الائمة الاربعة عليه وكذا لو أقر بالزنا بغائبة يحد الرجل باجماعهم لحديث ماعز فانه أقر بغائبة على ما تقدم ذكره ورجمه عليه الصلاة والسلام ونقل أبو الليث عن أبى حنيفة أنه كان يقول أولا لا يحد حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتدعى ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول (وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط فى السرقة) للعمل بالبينة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرط الثبوت الزنا عند القاضى وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين وأحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز أن يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة برتا الغائبة فان الثابت فى كل منهما شبهة الشبهة أجيب بالمنع بل الثابت فى صورة القصاص نفس الشبهة وهى احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة وانما تكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل والا أدى الى نفى كل حد فان ثبوته بالبينة أو الاقرار والذى يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه فى الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة (قوله وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود عليه المرأة التى رأيتموها معى ليست زوجتى ولا أمتى لم يحد أيضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد وأما ما قيل ولو كان اقرارا فبمرة لا يقام الحد يقتضى أنه لو قال أربعا حد وليس كذلك (وان أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امرأته) فان قيل قد تشتبه عليه بأن لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا كان فرع علمه من حال المسلم أن لا يزنى والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم

(قال المصنف وهى شرط فى السرقة) أقول للقطع لا للشهادة حتى ينافى ما مر آنفا

(وان أقر بذلك) أي بالزنا بامرأة لا يعرفها (حد لانه لا يخفى عليه امر أنه أو أمته وان شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما) أي لاتفاق الفريقين (على الموجب) للحد (وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها) فان الموجب لم يتحقق (لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما) فيها وعدم الوجوب في حقها المعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطء الصغيرة المشتهاة أو المجنونة (ولابي حنيفة أن المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما) وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما فعلا خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله (ولان شاهدي الطواعية) دليل آخر وتقريره لان شاهدي الطواعية (صارا قاذفين) لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على شاهدي الطواعية (ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها) لوجود حقيقة الزنا

(وان أقر بذلك حد) لانه لا يخفى عليه أمته أو امرأته (وان شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقالا يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله أنه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك

أنها لا تشتبه عليه بزوجته التي لم ترف وصار معنى قوله لم أعرفها أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز أن يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد (قوله وان شهد اثنان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة الا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند أبي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة (وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أي الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما أي الفريقين وعليه قوله (وتفرد أحدهما بزيادة جناية) أي تفرد أحد الفريقين بزيادة جناية منه (هي الاكراه) وهو لا يوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) اذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا فعدم الوجوب عليها المعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة أو مجنونة ولابي حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل أي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به أورث اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من أقوى الشبهة اه ولا يخفى أن المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لا يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحده عندهما ولا فائدة لابي حنيفة في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له ولا يفيد في المقصود فائدة بعيد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرض ان ذلك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو أمر مفروض فرضا لا فائدة فيه أصلا ولذا حمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما أي على أحد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شئ وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني أن الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل أنه يتحقق قيامه أي وجوده بهما (قوله ولان شاهدي الطواعية) لما اندرأ الحد عنها (صارا قاذفين لها) بالزنا (فصارا خصمين لها) ولا شهادة للخصم وكان مقتضاه أن يحد احد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقطت شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط

منها لكن لا تأثم بسبب الاكراه وقوله (وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة) ظاهر وقوله (خلافا لزفر) يعني انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولما ذكره بقوله (لشبهة الاتحاد) يريد شبهة اتحاد المشهود به وتقريره أن الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا وأهلهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرا الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد قيل والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم تحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه وقوله (وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) ظاهر (١٦٧) ولا يقال ان ذلك احتمال لوجوب الحد والحدود تحتال لدرئها لانا نقول هذا احتمال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسئلة الاكراه والطواعية على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بان يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طوع أجيب بان كل ما ذكر في مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين أن يكون اكراهها من أوله الى آخره وبين أن يكون أوله اكراها وآخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوله الى آخره اكراها أو أوله اكراها وآخره طوعا فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا

(وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا) لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة (وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أو لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

حد القذف يحتاج اليه عندهما على ما ذكر في جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند أبي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم عن كونه قذفا كما في المسئلة التي تلي هذه وأما عندهما فلان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الاكراه أسقطاه الى آخر ما ذكرنا (قوله وان شهد اثنان الخ) أي شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها بالكوفة والآخران يشهدان أنه زنى بها بالبصرة (درئ الحد عنهم جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان) لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة (ولم يتم على كل واحد منهم نصاب الشهادة) وهو شهادة أربعة (ولا يحد الشهود) للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يتكامل بكل زنا صاروا قذفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظة الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل أن في الزنا شبهة أوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة أوجبت الدرء عن الشهود قال قاضيخان وكلامنا أظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان بأربعة (قوله وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا) أعني حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف (استحسان والقياس أن لا يحدوا) لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك ووجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه الى بيت واحد صغيرا ذا الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في جهة يظن أنه اليه أقرب فيقول انه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فكان كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة أو حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار الى أخرى بتحركه ما عند الفعل وأما ما قيل فانهم

(قوله في زعمهم نظرا الخ) أقول فيه تأمل (قوله قيل والحاصل) أقول صاحب القيل هو الاتقاني (قوله أنها شهادة من وجه دون وجه) أقول أي أنها شهادة صورة وان لم تكن شهادة حقيقة (قوله ولا يقال بان ذلك احتمال الخ) أقول سيجيب الشارح عن هذا السؤال بجواب آخر في باب الاختلاف في الشهادة من كتاب الشهادات فراجعه (قوله أجيب بان كل ما ذكر الخ) أقول ويجوز أن يفرق أيضا بان الطواعية داخلة في صلب الشهادة ولهذا يسألهم الامام عن الكيفية كما صرحوا به بخلاف زوايا البيت فانه لو سكت عنها تقبل الشهادة فاكتفى بامكان التوفيق فيما ليس داخلا فيها صونا للحجة الشرعية عن البطلان بقدر الامكان ولم يكتف به فيما هو داخل فيه نظر المشهود عليه ورعاية لجانبه فليتأمل

(وان شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك أيضا قائم فى البلدتين نعم انما هم مكلفون بأن يقولوا مثلا فى دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط فى الاقامة والواجب درؤه أجيب بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل فانه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها فى غير الوقت وقبوله مبنى على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذى شهد به الآخران لم ينص عليه فى شهادته فان قيل الاختلاف فى مسئلتنا منصوص عليه وفى هذه مسكوت عنه أجيب بان التوفيق مشروع فى كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول ما اذا اختلفوا فى الطول والقصر أو فى السمن والهزال أو فى أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل فى كل ذلك وقد استشكل على هذا مذهب أبى حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا فى الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال فى الكافى يمكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل كرها اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزوايتين يجب فافترقا (قوله ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة) بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن (وشهد أربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على أحد منهم أما عنهما فللتيقن بكذب أحد الفريقين غير عين) اذ الانسان لا يتصور منه الزنا فى ساعة واحدة فى مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك وأما فى الشهود فللتيقن بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما فى ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا لا أنه يخص آن ظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند دير بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير وأقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة أيام امارته على الكوفة فقالت والصليب ما فى رغبة لجمال ولا لكثرة مال انما أريد أن يفتخر بنكاحى فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر والا فأى رغبة لشيخ أعور فى عجوز عمياء فصدقها المغيرة وقال فى ذلك

أدركت ما منيت نفسى خاليا * لله درك يا ابنة النعمان
فلقد رددت على المغيرة (١) دهيه * ان الملوك ذكية الأذهان
انى لحالفك بالصليب مصدق * والصلب أصدق حلفة الرهبان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه ويسألها فسألها يوما عن حالها فقالت

فبينا نسوس الناس والأمر أمرنا * اذا نحن فيهم سوقة نتنصف
فأف لدنيا لا يدوم نعيمها * تقلب تارات بنا وتصرف

ذكر هذا ابن الشجرى فى أماليه على القصيدة المنازلية للشريف الرضى التى أولها

مازلت أطرق المنازل باللوى * حتى نزلت منازل النعمان

عند قوله

ولقد رأيت بدير هند منزلا * ألما من الضراء والحدثان
أغضى كمستمع الهوان تغيبت * أنصاره وخلا عن الأعوان

قال (واذا شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) النخيلة تصغير نخلة التى هى واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والباء الموحدة المفتوحة والجيم تصحيف لانه اسم حى من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لانه أيضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله (فلاحتمال صدق كل فريق) يعنى أن احتمال الصدق فى كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف

---

(١) دهيه بفتح الدال المهملة وسكون الهاء ثم مثناة تحتية وهو الدهاء أى المكر ووقع فى النسخ ذهنه بمعجمة ونون وهو تحريف فليحذر كتبه مصححه

وقوله (درئ الحد عنهما وعنهم) توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في اسقاط الحد فيسقط عنهما وأما عنهم فلأنه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن في اثبات الحدود وقوله (فان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) ظاهر وقوله (لان الزنا يثبت بالاداء) أي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا أداء للعميان والعبيد والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم تكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكانت قذفا ضرورة وقوله (لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل) يعني بالنص قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فالامر بالتبين دليل على أن الفاسق من أهل الاداء لانه لو لم يكن أهلا لما أمر بالتبين ألا ترى أن العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتبين وذكر الامام قاضيخان أن الشهود ثلاثة شاهد له أهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له أهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما

(وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم) لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة أن النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم (وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فانهم يحدون) ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء (وان شهد وا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا) لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل وان كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده

بالي المعالم أطرقت شرفاته * إطراق منجذب القرينة عاني
وذكرت مسحبها الرياط بجؤه * من قبل بيع زمانها بزمان
وبما تردّ على المغيرة دهيه * نزع النوار بطيئة الاذعان

والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا اذا نفرت عن القبيح (قوله وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر) بأن نظر النساء اليها فقلن هي بكر (درئ الحد عنهما) أي عن المشهود عليهما بالزنا (وعنهم) أي ويدرأ حد القذف عن الشهود وهو أحد قولي الشافعي وأحمد وعند مالك تحد المرأة والرجل أما الدرء عنهما فلظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه أن يقال ان لم تعارض شهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد وان عارضت بأن لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة أو لا لابد أن تورث شبهة بها يندرئ ولذا يسقط بقولهن هي رتقاء أو قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة وأما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا أو لكذبهن (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه) الاصل أن الشهود باعتبار التحمل والاداء أنواع أهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل وأهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار وأهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها لظهور صدقه أو لا فلا والثالث لا شهادة له أصلا حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل اذا عرف هذا ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر

(قال المصنف وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) أقول العميان والمحدودون في قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من أهل التحمل

ولهذا ينعقد النكاح بحضورهم والعبد ليس من أهل التحمل والاداء والفاسق من أهل التحمل والاداء (قال المصنف لان الزنا يثبت بالاداء) أقول أي عند القاضي كما فسر به الشيخ المصنف قوله في أول كتاب الحدود الزنا يثبت بالبينة والاقرار حيث قال والمراد ثبوته عند الامام فراجعه

(وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فانهم يحدون) لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند أبي حنيفة وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال) قال العبد الضعيف غصمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع تجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم

(وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد) فان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة أداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم يوجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة وقوله (وان شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (وعندهما يضمنون) أي أرش الجراحة اذا لم يمت والدية ان مات

لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء أي العميان والمحدودين في القذف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا أهلا للاداء والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم أهل للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفساق نفذ غير أنه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة وكذا قال أحمد في رواية عنه (قوله وان نقص عدد الشهود عن أربعة) بان كانوا ثلاثة فأقل (حدوا) حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة رضي الله عنه أبو بكرة ونافع بن علقمة وشبل بن معبد ولم تكمل بشهادة زياد حد عمر رضي الله عنه الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوة لام واسم أمهم سمية وأما وجهه من جهة المعنى فلان اللفظ لا شك في أنه قذف وانما يخرج عن حكم القذف اذا اعتبر شهادة ولا يعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ) حاصلها أنه اذا حد بشهادة شهود جلدا فجرحه الحد أو مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا أو محدودا في قذف أو أعمى أو كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود حينئذ أقل من أربعة ومتى كانوا أقل حدوا حد القذف ثم قال أبو يوسف ومحمد أرش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال أبو حنيفة رحمه الله لا شئ عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر أحد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المصنف (وعلى هذا اذا رجع الشهود) يعني بعد ما ضرب فجرح أو مات (لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون) أرش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر أنه لا يحسن كل الحسن لفظ وعلى هذا هنا لان مثله يقال اذا كان الخلاف في المشار اليها كالخلاف في المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو أن الارش والدية في بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شئ وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شئ وقال الشافعي ومالك وأحمد الارش والدية على الحاكم (قوله لهما أن الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف) الجرح والموت (الى شهادتهم) فصاروا كالمباشرين لما أوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بأنهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه أو مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا وأما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا أو محدودا الخ وهو ما أراد بقوله

وعند

قوله (فصار كالرجم والقصاص) يعني اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه اوقتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه أبي حنيفة ظاهر وقوله (في الصحيح) يعني في الصحيح من الرواية وذكر في مبسوط خفر الاسلام ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمأمور بهذا الوجه لانه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه يقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان وذكر في كتاب الايضاح في هذه المسئلة لابي حنيفة وجها حسنا وهو أن الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والاثر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم تكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان

فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كي لا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة (وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها (فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه بردشهادة الفروع في عين هذه الحادثة

وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي لانه الآمر له وفعل المأمور ينتقل الى الآمر عند صحة الامر فكأنه ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيدا الخ في بيت المال اتفاقا (قوله ولابي حنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر أيضا (ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه) فلم يتعد الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم في مالهم لان الغرم بالغنم أما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد (الا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي لتثبت في بيت المال لم تجب أصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لان ليس مأمورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع متعديا فيجب عليه الضمان وهذا أوجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع (قوله وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها) أي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحققها في موضعين في تحميل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك وأحمد والاصح من مذهب الشافعي أنه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن بنى زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء فانها معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا في الحدود وسببه أنه يحتاط في درئها فكان الاحتياط ردما كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولانها بدل واعتبار البدل في موضع يحتاط في اثباته لا فيما يحتاط في ابطاله (فان جاء الاولون) يعني الاصول (فشهدوا بالمعاينة) بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنده لا تقبل أيضا (لان شهادة هؤلاء الاصول قد ردتها الشرع من وجه برده شهادة الفروع في عين الحادثة) التي شهد بها الاصول

(قال المصنف فصار كالرجم والقصاص) أقول وقد سبق آنفا وسيجيء في آخر باب التعزير كلام يتعلق بهذا المقام (قال المصنف الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) أقول قال الاتقاني استثناء من قوله فيقتصر عليه وهذا جواب سؤال بان يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب عليه الضمان وهو القياس فاجاب عنه وقال لكن لا يجب عليه الضمان في الوجه الصحيح وهو الاستحسان كي لا يمتنع الناس اه وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية (قال المصنف لما فيها من زيادة الشبهة) أقول يعني ان في جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها متحملة لئلا يلزم انسداد باب الحدود وفي الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحميل أيضا ففيها زيادة الشبهة ولا تتحمل (قال المصنف ولا ضرورة الى تحملها) أقول يعني ان الشهادة على الشهادة شرعت للحاجة ولا حاجة اليها هنا لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها

قوله (اذهم قائمون مقامهم) أى الفروع قائمة مقام الاصل فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك لان الموضع الذى تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الاصول وفى الموضع الذى ترد يتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله (ولا يحد المشهود) يعنى الاصول والفروع (لان عددهم متكامل) والاهلية موجودة (وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل فى الفروع وشبهة الرد فى الاصول (وهى كافية لدرء الحد لا لايجابه) لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له قال (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا) هذا شروع فى بيان الرجوع عن الشهادة فى الزنا وكلامه واضح وقوله (لانه ان كان قاذف حى فقد بطل بالموت) يعنى لان حد القذف لا يورث (وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى) وذلك ان لم يسقط الاحصان فلا أقل من ايراث الشبهة والحد يسقط بها (ولنا أن الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع) عنها لانها تنفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحسبتين جميعا (فجعل للحال قذفا للميت) واذا انقلبت قذفا

فقد انفسخت حجيتها واذا انفسخت حجيتها انفسخ ما بنى عليها وهو القضاء

واذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضى فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيد بقوله فى حقه لانه زعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه فى حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذف غيره لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه لان قضاء القاضى فى زعمه صحيح متقرر فكان قذفه واقعا فى حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحد لا محالة فاذا كان قائما فى زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعترض أيضا بان أحد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر احدهم عبدا بعد الجلد حد وا وما ذلك الا لان القذف

تنفسخ

ان ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف وأجيب بان أحدهم اذا ظهر عبدا علم أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا فى ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحد وان كان رجما قذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة فى ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد

اذهم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لايجابه (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية) أما الغرامة فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعى يجب القتل دون المال بناء على أصله فى شهود القصاص وسنبينه فى الديات ان شاء الله تعالى وأما الحد فذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان الراجع قاذف حى فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى فيورث ذلك شبهة ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء فى حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه

(اذهم قائمون مقامهم) فصار شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه بالزنا (ثم لا يحد الشهود) الاصول ولا الفروع (لان عددهم متكامل) فلم تكن شهادتهم قذفا غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لايجابه فلا يوجب حد القذف على الشهود (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة إما قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعده ذكرها المصنف كلها فذكر أولا ما اذا رجع واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وأن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية أما غرامة ربع الدية فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لانلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعى يجب القتل لا المال بناء على أصله فى شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المصنف (وسنبينه فى الديات) قيل وقعت الحوالة غير رائجة لانه لم يذكره فيه وأما حد الراجع وحده فذهب علمائنا الثلاثة أنه يحد وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حى برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى وحكمه برجمه يوجب شبهة فى إحصانه ولهذا لا يحد الباقون اجماعا (قوله ولنا الخ) حاصله اختيار الشق الثانى وهو أنه قذف ميت ثم نفى الشبهة الدارئة لحد القذف عنه أما أنه قذف ميت فلأن بالرجوع

(قال المصنف وأما الحد فذهب علمائنا الثلاثة) أقول عطف على قوله أما الغرامة بتأويل أما الغرامة فذهب جميع علمائنا لانه بقى من يبقى الخ وأما الحد فذهب الثلاثة من علمائنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى (قوله ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحد) أقول فيه تأمل الا أن يكون وجب بمعنى سقط

(فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما أن الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا أن كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا فيحدون (فان كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شئ عليه) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة (فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلما ذكرنا

تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لا أنه بالرجوع يتبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا أنه يتبين أنه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره قذفة لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبدا لانه قذف حيا فات وأما أن كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دارئة للحد عنه فلانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بني عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فاذا انفسخ تلاشى فكأنه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره ولو قذفه لان القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال (فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم) أي بعد القضاء قبل الامضاء (حدوا جميعا وقال محمد) وزفر (يحد الراجع وحده لان الشهادة تأكدت بالقضاء) فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الامضاء انما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء (ولهما أن الامضاء) أي استيفاء الحد (من القضاء) وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء بحقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وتظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط احصان المقذوف أو عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال (ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا) وهو قول الائمة الثلاثة (وقال زفر يحد الراجع خاصة) لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا (ولنا أن كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به) ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فبقي قذفا فيحدون والاولى أن يقال كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة مادام بصفة يجاب به القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع عن الاداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا فكذا اذا رجع أحدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى (قوله فان كانوا خمسة) عطف على أول المسئلة ولو شهد أربعة (فرجع أحدهم) أي بعد الرجم (لا شئ عليه) أي لا حد ولا غرامة (لانه بقي) بعد رجوعه (من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة) وهو قول الائمة الاربعة سوى قول للشافعي رحمه الله غير الاصح عندهم (وان رجع آخر) مع الاول (حد كل منهما وغرما ربع الدية) وللشافعي تفصيل وهو انهما ان قالا اخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمسها وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان (أما الحد فلما ذكرنا) يعني من أن الشهادة تنقلب

وقوله (فان لم يحد المشهود عليه) ظاهر وقوله (ولنا أن كلامهم قذف في الاصل) يعني لكونه صريحا فيه لكن سلب عنه ذلك اذا صار شهادة (وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا) وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال انها قذف وانما تصير شهادة باتصال القضاء بها ويمكن أن يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول من يقول ان فيما قال أصحابنا مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مؤاخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله (وان كانوا خمسة فرجع أحدهم) يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك وقوله (فلما ذكرنا) اشارة الى ما قال من قبل ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا الخ ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من تتم به

الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قيل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه بالحد أجيب بان الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء

وأما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ماعرف (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة) معناه اذا رجعوا عن التزكية (وقالا هو على بيت المال) وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه

قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما نفذا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لا أن رجوع الثاني هو الموجب للحد (وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر) في قدر لزوم الغرامة (بقاء من بقي) لا رجوع من رجع على ماعرف (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا) أي بأن قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول أما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهروا عبيدا فاذا زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا أو عبدا فاما أن يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين وانما طرأ كفرهم بعد وان قالوا أخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف الا أن يقولوا تعمدنا فقلناهم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله الدية على المزكين وقال أبو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم أن في صورة الرجوع الخلافية قولين أن يرجعوا بهذا الوجه أو باعم منه وليس كذلك (لهما أنهم) لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما (أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالاحصان) فكما لا يضمن شهود الاحصان بعد رجم المشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون (ولابي حنيفة أن الشهادة) بالزنا (انما تصير حجة) موجبة للحكم بالرجم على الحاكم (بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة) للاتلاف لانها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها على ماعرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الاحصان يوجبها غليظة لانه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بان قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الاخبار كان يقولوا هم أحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ثم لا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والاربعة في الزنا ويجوز شهادة رجل وامرأتين في الاحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لانهم قذفوا حيا فمات ولا يورث استحقاق حد القذف ﴿واعلم﴾ أنه وقع في المنظومة قوله

على المزكين ضمان من رجم * ان ظهر الشاهد عبدا وعلم
وأوجبا ضمان هذا المتلف * من بيت مال المسلمين فاعرف
وفي المزكين اذا هم رجعوا * كذا وقالوا عمدوا وأوجعوا

لزوم الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) التزكية من زكى نفسه اذا مدحها وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا (فرجم فظهر الشهود مجوسا أو عبيدا فالدية على المزكين عند أبي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد هو) أي الضمان (على بيت المال) ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا أن يكون الرجوع بان يقولوا أخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال (وقيل هذا اذا قالوا) يعني لو قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق قالا المزكون ما أثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما أثنوا على الشهود خيرا فكان كما اذا أثنوا على المشهود عليه خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان وفي الا أن أولئك أثبتوا خصالا حميدة في الزاني وهؤلاء أثبتوا خصالا حميدة في الشاهد فكما لا ضمان على أولئك كذلك لا ضمان على هؤلاء

(قوله قال وقيل هذا الخ) أقول فلا وجه حينئذ لصيغة التمريض

وله أن الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا اذا أخبروا بالحرية والاسلام أما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية) وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق

وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهنا اشكال هائل فانا ان أولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وان لم نؤولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه أنه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل أن يؤول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر الشهود عبيدا ورجع المزكون أيضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر اه وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط وأما تعزيرهم فباتفاق وقول صاحب المجمع ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهر أحدهم عبدا فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف فلا ينفرد الظهور بالتضمين الخلافي بل الاتفاق أنه في بيت المال كما سيذكر وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير أن من الواجب كون مجرد رجوع المزكين موجبا للضمان على الخلاف ولا يذكر في الاصول كالجامع والاصل (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه الخ) استوفى أقسامها في كافي حافظ الدين فقال ان شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الامام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ لا شئ عليه وان قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فأورث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا تثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون وجه تثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل انسانا على ظن أنه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فأشبه الثمن وما في الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله (وان رجم) ضبطه الاساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسي في المبسوط ما في مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية في بيت المال (لما ذكرنا) يعني في

وقوله (وله أن الشهادة) ظاهر وقوله (وهذا) يعني وجوب الضمان على قول أبي حنيفة وقوله (لانه لم يقع كلامهم شهادة) فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب أن القضاء لما ظهر خطؤه بيقين صار كأن لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل فلم لا تحد الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم يجعل قذفا للميت للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة) لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا أو مجوسا علة للانقلاب كالرجوع فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة

(قوله لما تقدم ان كلام كل منهم) أقول في رأس الصحيفة

وقوله (وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل) يعني أن القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي تكفي لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولي اذا جاء المشهود بقتله حيا وقوله

(وان رجم) على بناء الفاعل أي الرجل الذي ضرب عنقه لم يضربه وانما رجمه (ثم وجدوا) أي الشهود (عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله) أي فعل الراجم (الى الامام ولو باشره) الامام (بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا) أن فعل الجلاد ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم (كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر أمره) لانه أمره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه قوله (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) الى موضع الزنا من الزانيين (قبلت شهادتهم) لما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي الجامع الصغير لشمس الائمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على أنفسهم فان النظر الى عورة الغير قصدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ولكنا نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا وقوله (واذا شهد أربعة قبلت على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (والاحصان يثبت بمثله) أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبوت النسب وقوله (خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على أصله وزفر جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه

وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب ذلك في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل (وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال) لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر أمره (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه

مسئلة الجلاد اذا خرج من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم (كذا هذا) أي الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضي (بخلاف ما اذا ضرب عنقه) ثم ظهروا عبيدا تجب الدية في ماله كما ذكرنا (لانه لم يأتمر أمره) فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا يؤديه على القتل بالسيف ولا يؤديه هنا لانه لم يخالف (قوله واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) أي الى فرجيهما (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد لانه لضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والحافضة والختان والطبيب وعد في الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب والمرأة في حق المرأة أولى وان لم يوجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء أنه لا تقبل شهادتهم الا اذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل أنه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا ان النظر يباح للحاجة على ما قلنا (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) قال المصنف (معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط) أي شرائط الاحصان (لان الحكم) شرعا (بثبوت النسب منه حكم بالدخول) أي يستلزم ذلك (ولذا لو طلقها) طلقة (يعقب الرجعة) ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والفرض أنهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع وباقرارهما أولى وعلى كون المعنى ما ذكر المصنف من أن الفرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه أن بينهما نكاحا صحيحا فما عن الائمة الشافعي ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول لا على وجه الصحة ليس بخلاف لان بفرض أنها امرأته لا يكون من وطء شبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا مولدا على وجه الديمة والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة (قوله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ) المقصود من هذه أن الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد الا أن المبني مختلف فعندهم شهادتهن في غير الاموال لا تقبل وعند زفر ان

فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وإنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم (فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون) عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

قبلت الا أنه يقول الاحصان شرط في معنى العلة والشأن اثبات أنه في معنى العلة ونفيه لانه المدار فقال لان تغليظ العقوبة يثبت عنده بخلاف الشرط المحض (فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) وهو محصن (أنه أعتقه قبل زناه لا تقبل) مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة (لما ذكرنا) من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه اذ كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط في معنى العلة أنه اذا رجع شهود الاحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون اذ كان علامة محضة (ولنا) في نفي أنه في معنى العلة (أن الاحصان) ليس الا (عبارة عن خصال حميدة) بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فان سببها المعصية والاحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لانه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنا الا أنه يختلف الحكم ففي حال الاحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا لخصوص الحكم الثابت بالزنا أعني خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط لا يكون لها تأثير فلا تكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم اليها وظهر أن الواقع أن الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة يظهر ما ثبت بالزنا عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز أن يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهد تامع الرجل بالنكاح في غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا أليس أنه يرجم كذا اذا شهد تا بعد ظهور الزنا به فكما يثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهدا ثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة بالدين بل الى المعلق كذا هنا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا (بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادة الذميين) على الذمي بشهادتهما عليه بالاعتاق (وانما لا يعتق بسبق التاريخ لانه ينكره) العبد (المسلم أو يتضرر به) فلا تنفذ شهادتهما عليه لانه تتغلظ العقوبة عليه فتصير مائة بعد ان كانت خمسين واستشكل كونه ليس في معنى العلة للعد بانه لو أقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بينة الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب أن يشترط في الشهادة به الذكورة كالتزكية عند أبي حنيفة أجيب بان صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه اذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذبه في رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من اظهار حق الله تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة حين ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الامة تسمع بلا

مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله وقوله (لما ذكرنا) يعني أن الاحصان شرط في معنى العلة (ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة) بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة (والحال أنه مانع عن الزنا على ما ذكرنا) قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة (وصار كما اذا شهدوا به) أي بالنكاح (في غير هذه الحالة) يعني لو شهد رجل وامرأتان ان فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا (بخلاف ما ذكر) يعني زفر من شهادة الذميين على ذمي أنه أعتق عبده قبل الزنا (لان العتق) هناك (يثبت) أيضا (بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه) (ينكره المسلم أو يتضرر به) من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله (فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون) أحد الامرين المترتبين على الاصل الذي ذكرناه من قبل والله أعلم

انما أخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل في دين من الاديان وأخر حد القذف عن حد الشرب لما أن جريمة الشرب متيقن بها بخلاف جريمة القذف فان القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقا في نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا (ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه) أي على الشارب (بذلك) أي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك (أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضي أن لا تشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالاقرار

﴿باب حد الشرب﴾

(ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد

دعوى عند أبي حنيفة لتضمنه تحريم الفرج ﴿فروع من المبسوط﴾ شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الاحصان فشهد رجلان أنه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كما لو شهد أنه قربها أو أتاها فهذا ليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما أن الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء قال الله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلا اجمال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع ولو شهد أربعة على الزنا بفلانة وأربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كأن الفريق الآخر ثابت على الشهادة ولهما أن كل فريق أقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفة بغير حق ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فأقر مرة به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا تبطل الا باقرار معتبر والاقرار مرة هنا كالعدم وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر ولا حكم لاقراره فبطل الحد ولان الاقرار وان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة

﴿باب حد الشرب﴾

قدم حد الزنا عليه لان سببه أعظم جرما ولذا كان حده أشد وأخر عنه حد الشرب لتيقن سببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا وأخر حد السرقة وان كان أشد لان شرعيته لصيانة أموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال بقي أنه أخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره (قوله ومن شرب الخمر فأخذ) أي الى الحاكم (وريحها موجودة) وهو غير سكران منها ويعرف كونه كذلك اذا كان سكران بطريق الدلالة (أو سكران) أي جاؤا به اليه وهو سكران من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها (فانه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به وبالشرب أو يشهدا بالشرب فقط فيأمر القاضي باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بأن ريحها موجود وأما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد

ما

(قال المصنف ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة) أقول حين الاخذ ولا تمس الحاجة الى وجوده عند الحضور الى مجلس القاضي كما ستعلم عن قريب (قال المصنف أو جاؤا به سكران) أقول الباء للتعدية (قوله ووجود الرائحة من باب قوله تعالى الخ) أقول وسيجيء نظيره في أوائل باب حد القذف

(والاصل فيه) أي في وجوب الحد (قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه

وكذلك اذا أقر وريحها موجودة) لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه (وان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد) وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لي إنك شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه

ما علمنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد بالثاني أن يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (اذا أقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت) بالبينة والاقرار (ولم يتقادم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه) الى أن قال فان عاد الرابعة فاقتلوه أخرجه أصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية وروى من حديث أبي هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذي سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث أبي صالح عن معاوية أصح من حديث أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل أخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحق عن محمد ابن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظ فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع ورواه البزار في مسنده عن ابن اسحق به أنه عليه الصلاة والسلام أتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فأمر به فضرب فلما كان في الرابعة أمر به فجلد الحد فكان نسخا وروى أبو داود في سننه قال حدثنا أحمد بن عبدة الضبي حدثنا سفيان قال الزهري أنبأنا قبيصة بن ذؤيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه فأتي برجل قد شرب فجلده ثم أتي به فجلده ثم أتي به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة وقال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما كونا وافدي أهل العراق بهذا الحديث اه وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبته به المصنف في كتاب الاشربة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهادي أي تعارضا في القتل فرجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض (قوله وان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها) أو ذهب السكر من غيرها (لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه) أي هذا التقادم (مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا) أنه سنة أشهر أو مفوض الى رأي القاضي أو بشهر وهو المختار (وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان) بلا شك (بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لي إنك شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وانكه بوزن امنع وزنكه من بابه أي أظهر رائحة فمه وقال الآخر

سفرجلة تحكي ندى النواهد * لها عرف ذي فسق وصفر مزاهد

فان عاد فاجلدوه) قيل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه وهو متروك العمل به فليكن الباقي كذلك وأجيب بأنه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث وليس شرب الخمر منها فبقي الباقي معمولا به لعدم المعارض وقوله (فان أقر بعد ذهاب رائحتها) واضح وقوله (غير أنه مقدر بالزمان عنده) أي عند محمد وهو الشهر (اعتبارا بحد الزنا) وقوله (وهذا) يعني تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة (لان التأخير يتحقق بمضي الزمان) فلا بد من تقدير زمان وأما أن ذلك ستة أشهر أو شهر واحد فيعلم في موضع آخر (وأما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة أن تكون من غيرها كما قيل يقولون لي انك قد شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا) وهذه الرواية وهي رواية المطرزي بكلمة قد وقد روي بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاولى تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر (وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه)

ولان قيام الاثر من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا

فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الاحكام بوجودها ولا بذهابها ولو سلمنا أنها لا تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الاداء تأخيرا بعد تفريطا وذلك متنف في تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن أبي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله تر تروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه اسحق بن راهويه أخبرنا جرير عن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ودفع بأن محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا اقرار انما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترتر والمزمزة والمزمزة التحريك بعنف والترترة والتلتلة التحريك وهما بتاءين مثناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا

بعيد مساف الخطو غوج شملدل * تقطع أنفاس المهارى تلاتله

أي حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع تلاتله أنفاس المهارى أنه اذا بارا هاها في السير أظهر في أنفاسها الضيق والتتابع لما يجهدها وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبيناهو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد وأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول للشافعي ورواية عن أحمد والاصح عن الشافعي وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكرناه عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه أصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر حدا تاما وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقرا أن يرد أو يدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فان صح فتأويله أنه كان رجلا مواظبا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه وأما قوله (ولان قيام الرائحة من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب) ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشتبهة بقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال) فليس بمفيد لان كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها لما لزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان أراد ان اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح (قوله وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا)

(ولان) المعتبر في ذلك القرب و (قيام الاثر) وهو الرائحة (من أقوى الدلائل على القرب) وقوله (وانما يصار الى التقدير بالزمان) جواب عن الاعتبار بالزمان أي انما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل) جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة (وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا

على ماهر تقريره) أن الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه (وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا) يعنى قوله فان وجد تم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ولكن لا دليل على أن الشرط الذى شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة أجمع عليه الباقون وأيضا كلام ابن مسعود شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولا وأيضا ذكر فى أول الباب أنه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا انه ثابت باجماع الصحابة وهما متنافيان وأيضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وقوله (وريحها توجد منه) ظاهر قال (ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيآن نقيع ونبيذ فالنقيع أن ينقع الزبيب فى الماء ويترك أياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ أدنى طبخ فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم وأما النبيذ فهو الذى من ماء الزبيب اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه مادام حلوا فاذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف الآخر يحل شربه مادون السكر وعند محمد والشافعى لا يحل شربه وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه فى قولهم مادام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبى حنيفة وأبى يوسف يحل شربه للتداوى والتقوى الا القدح المسكر وقال محمد والشافعى لا يحل واختلفوا فى وجوب الحد وسيجىء بيانه فى الاشربة وأما

على ماهر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا (فان أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد فى قولهم جميعا) لان هذا عذر كبعد المسافة فى حد الزنا والشاهد لا يتهم فى مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لما روى أن عمر أقام الحد على أعرابى سكر من النبيذ وسنبين الكلام فى حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

لا يبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا (على ماهر تقريره) من أن البطلان للتهمة والانسان لا يتهم على نفسه (وعندهما لا يقام الحد) على المقر بالشرب (الا) اذا أقر (عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة) رضى الله عنهم (ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا) بمعنى أنه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه فى غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرط وأما اضافة ثبوته الى الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الخ فقيل لانه من الآحاد ومثله لا يثبت الحد والاجماع قطعى ولا يخفى أن هذا مذهب الكرخى فأما قول الجصاص وهو قول أبى يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى أنه لا يثبت به أشكل عليه جعله اياه أولا الاصل وان لم يره أشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وأنت علمت أنه انما ألزم قيامها عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر مما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين فى الرواية وفى نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا أعظم عندى من القول أن يبطل الحد بالاقرار وأنا أقيم عليه الحد وان جاء بعد أربعين عاما (قوله فان أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران) من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه (وذهبوا به الى مصر فيه الامام) أو مكان بعيد (فانقطع ذلك) أى الريح (قبل أن ينتهوا به) اليه (حد فى قولهم جميعا) لان التأخير الى انقطاعها العذر بعد المسافة فلا يتهم فى هذا التأخير والاصل ان قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فأقام عليه الحد (قوله ومن سكر من النبيذ حد) فالحد انما يتعلق فى غير الخمر من الاشربة بالسكر وفى الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر رواه

الكلام فى حد السكر ومقدار حده فسيذكر ان شاء الله تعالى

(قوله ولكن لا دليل على أن الشرط الذى شرطه ابن مسعود) أقول شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافه فحل محل الاجماع ويقرب منه ما ذكر وافى باب الشهادة على الشهادة فى وجه الاستدلال بما روى عن على رضى الله عنه على كفاية الاثنين فى الشهادة على شهادة رجلين عندنا فراجعه (قوله وأيضا ذكر فى أول الباب الخ) أقول ذكره فى أول الباب ليس الا لكونه سند الاجماع الذى يثبت به الحد لا لكونه مما يثبت به الحد ابتداء فانه لما تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجز ايجاب الحد به وقوله والاصل فيه لا يبعد أن يكون منبها على ما ذكرنا فليتنبه (قوله وأيضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه) أقول وجوابه انه خص منه الشرب اضطرارا واكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد به كذا فى الكافى ويجوز أن يقال أيضا لما خص منه ما ذكر يجوز أن يخص ما زال رائحته بالقياس

مسلم فهذا ان مطانوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع أما السماع فتارة بالاستدلال على أن اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية أحمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام وأما ما يقال من أن ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شئ من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخاري عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي الصحيحين من حديث أنس كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته في الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف أداته فكل مسكر خمر كزيد أسد أي في حكمه وكذا الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه أي المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجهه في كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التي هي غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة إما قليلها وكثيرها أو كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو أن الثابت في اللغة (١) من تفسير الخمر بالتي من ماء العنب اذا اشتد وهذا ما لا يشك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام بايراده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضي الله عنهما حرمت الخمر وما بالمدينة منها شئ أخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم أنه انما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدينة غيرها المائت من قول أنس وما شرابهم يومئذ أي يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر فعرف أن ما أطلق هو وغيره من الحمل لغيرها عليها بهو هو كان على وجه التشبيه وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى أبو داود والترمذي من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وما أسكر الفرق منه فمل ء الكف منه حرام وفي لفظ للترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه وأجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن أبي وقاص أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره أخرجه النسائي وابن حبان قال المنذري لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن أبي وقاص وقد احتج بهما الشيخان وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان صريح هذه الروايات القليل وما أسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي أسكرتك أخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن أرطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي وأسند الى ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود هذا فقال حديث باطل على أنه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما أسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روى عن ابن عباس من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب فانه لم يسلم نعم هو من طريق جيدة هي عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما أسكر من كل شراب قال وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعتبر ولفظ السكر

(١) من تفسير هكذا في النسخ ولعل لفظ من زائد من الناسخ كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه مصححه

تصحيف ثم لو ثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسماع أو بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا ولا صحابنا فيه منع خصوصا وعموما أما خصوصا فنعوا أن حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر بعينها والسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكر في الاشربة من نفي تعليلها بالاسكار لانه لم يذكره الا لنفي ان حرمتها مقيدة باسكارها أي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهي الاسكار أو مظنته من الكثير لا أن حرمتها ليست معللة أصلا بل هي معللة بأنه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل أصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا أن اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما أشار النص الى علتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم وإذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث أبي هريرة فاذا سكر فاجلدوه الحديث فلو ثبت به حد مالم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم نحو جبه ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب أن يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكر لان في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها أنه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر به بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها ما روى الدارقطني في سننه أن اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من إداوتك فقال عمر انما جلدناك على السكر وهو ضعيف بسعيد بن ذي لعوة ضعف وفيه جهالة وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال بلغني أن عمر بن الخطاب سار برجلا في سفر وكان صائما فلما أفطر أهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشرب به فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر انا جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندي انقطاع وأخرج الدارقطني عن (١) عمران بن داور عن خالد بن دينار عن أبي اسحق عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتي برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو وفيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي أن رجلا شرب من إداوة علي رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن أبي شيبة حدثنا عبد الله ابن نمير عن حجاج عن أبي عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع أن الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد بالقليل غير أن هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بقوله (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد) فقد ذكروا أن ما يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند أبي حنيفة يعني اذا اشرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق وهو سكران منها كالنائم الا أن المصنف

(١) عمران بن داور هكذا هو في بعض النسخ داور بالالف قبل الواو المفتوحة ومثله في خلاصة أسماء الرجال وما وقع في بعض النسخ من تقديم الواو على الالف تحريف فليعلم كتبه مصححه

وقوله (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) يعني اذا لم يشاهد منه الشرب (لان الرائحة محتملة) فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل أجيب بأن الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه وأقول والجواب الثاني أحسن لاشتماله على تفسير المستدل فانه يدل على أن المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز أن يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله (وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار) على قولهما (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرمالك) والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع أنه مأكول فمن المشروب أولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام

(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا) لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرمالك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا اه وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن أبي حنيفة وسفيان أنهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى رأسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان يعلم حين شربه ما هو يقع (قوله ولا حد على من وجد به ريح الخمر أو تقيأها لان الرائحة محتملة) فلا يثبت بالاحتمال ما يندرئ بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن اكراه) فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب وأورد عليه أنه قال من قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال المورد وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل أن يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد ونقل أيضا عنه أن التمييز لمن يعاينه ونظر فيه بان من عاين الشرب يبنى على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية أثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان اه فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فكون المصنف جعل التمييز بفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان أي عيان الشرب ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافي أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولا شك أن المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء أما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ فظاهر وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها وأما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درأ كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال وان كان ملزوما للشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في أزمنة كثيرة متأخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وضحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والتقيء للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة اذ

(قوله فان قيل الخ) أقول السؤال مع الجواب في النهاية (قوله والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء) أقول وليس الاستقصاء مأمورا به في الحدود وأما اذا شهدوا على الشرب فيجوز الاستقصاء لا صونا للعبة الشرعية عن البطلان كما سبق نظيره في باب الشهادة على الزنا وكذا الحال في الاقرار وبه حصل الجواب عما أورده الاتقاني (قوله وأقول والجواب الثاني أحسن الى قوله على مذهب محمد) أقول فيه رد على الاتقاني (قال المصنف لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرمالك) أقول سيجيء من المصنف في كتاب الاشربة ان الاصح أنه يحد فيما يتخذ من الحبوب والعسل

(ولا يحد حتى يزول عنه السكر) تحصيلا لمقصود الانزجار (وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضي الله عنهم

لا يمكن التمييز لامع الاحتمال (قوله ولا يحد) السكران (حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار) وهذا باجماع الأئمة الاربعة لان غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الالم حتى حكي لي ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه بأخلاط تقبله لزجة بركبته لا يقلعها الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين مما زحا ليس بصحيح والافضع هذه الجمرة على ركبتك فأقدم ووضعها حتى أكلت ما هنالك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت أو أزالها بعض الحاضرين الشك مني فلما أفاق وجد ما به من جراحة النار البالغة وورمت ركبته ومكث بها مدة الى أن برأت فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول بليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع أصلا في حال صحوه أن يفعل مثل ذلك بالاخرى ليستريح من ألمها ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الاحال الصحو وتأخير الحد لعذر جائز (قوله وحد الخمر والسكر) أي من غيرها (ثمانون سوطا) وهو قول مالك وأحمد وفي رواية عن أحمد وهو قول الشافعي أربعون الا أن الامام لو رأى أن يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المصنف على تعين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كانوا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإمرة أبي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر امرة عمر فجلد أربعين حتى اذا عتوا أو فسقوا جلد ثمانين وأخرج مسلم عن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد أبو بكر أربعين فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف أرى أن تجعله ثمانين كأخف الحدود قال فجلد عمر ثمانين وفي الموطأ أن عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه نرى أن تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا وأخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصي حتى توفي فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفي الى أن قال فقال عمر ماذا ترون فقال علي رضي الله عنه اذا شرب الخ وروى مسلم عن أنس قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بأن انكسرت واحدة فأخذت أخرى والافهي ثمانون ويكون مما رأى عليه الصلاة والسلام في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن قوله وفعله أبو بكر يبعده والا لزم أن أبا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف أبي بكر والله أعلم وقد أخرج البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه أنه قال ما كنت أقيم على أحد حدا فيموت فيه فأجد منه في نفسي الا صاحب الخمر فانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فهو لو قطعا أنه أمر بضربه فهذه الاحاديث تفيد أنه لم يكن مقدرا في زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين ثم قدره أبو بكر وعمر بأربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم أن يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعينه لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم رأوا أهل الزمان تغيروا الى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب حتى اذا عتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام

وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ولا تنافي بينهما (وحد الخمر و) حد (السكر) من غير الخمر (في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم

(قوله وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح الخ) أقول النبيذ أيضا مباح فما الفرق الا أن يقال مراده بالمباح ما أجمعوا على اباحته وليس النبيذ كذلك

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر) نبه أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج (ثم يجرد) عن ثيابه (في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به) أي بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور انا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما في الزنا (فلا يعتبر ثانيا) وفيه بحث من وجهين الاول أنه ليس لأحد من المجتهدين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روي أنهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكف والايدي وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين (١٨٦) ثم جلد عمر أربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب أن قوله انا أظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشئ وانما أظهروا التخفيف الذي كان ثابتا بتركه التنصيص واليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف ولله در لطائفه وقوله (ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب مسكر (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبارا لعدد الاقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى)

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر) ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وان كان عبدا حده أربعون سوطا) لان الرق منصف على ما عرف (ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد) لانه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين و) يثبت (بالاقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله

في أمثالهم وأما ما روي من جلد علي أربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه وقد أتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشرب بها وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فقال علي للحسن أقم عليه الحد فقال ولّ حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده وعلي يعد الى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب الي (قوله يفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود رضي الله عنه للضارب أعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضا وتقدم (قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا) أي الشرع أظهر (التخفيف مرة) بنقصان العدد (فلا يعتبر ثانيا) بعدم التجريد والاقارب المقصود من الانزجار الفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفهما الروث والخثى للضرورة قلنا الضرورة قد أثرت في النعال مرة فتكفي مؤنتها أي فلا تخفف مرة أخرى وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد أثر في اسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة أن لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده أولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل وعدمه (قوله وان كان عبدا حده أربعون على ما عرف) من أن الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا ان حد العبد أربعون ومن قال حد الحر أربعون قال حد العبد عشرون (قوله ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد (ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى) ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سنه لان اقراره بالسكر من غير الخمر إما في حال سكره فلا يعتبر اقرار السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه (قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين) وقوله (سنبينها هناك) أي سنبين هذه المسئلة في الشهادات

(قوله نص قاطع) أقول قوله قاطع احتراز من قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فانه خبر الواحد (قوله والجواب أن قوله انا أظهرنا الى قوله عن لسان المجتهدين) أقول الاجماع لا ينسخ به فكيف بستقيم الاجماع على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله فلم يقدروا بشئ) أقول أي من عند أنفسهم (قال المصنف ومن أقر بشرب الخمر والسكر) أقول والسكر بفتحتين نقيع التمر اذا غلا ولم يطبخ كذا فسره الناطفي في الاجناس وقال في الجمهرة والسكر كل شراب أسكر وفي ديوان الادب السكر خمر النبيذ وقال في المجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير العنب اذا اشتد والمراد هنا ما قال الناطفي كذا في غاية البيان وقال وانما خصه بالذكر مع أن الحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك حيث يصح رجوعه لانه الغالب في بلادهم

قال (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) في حد الشرب أيضا (لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا القليل ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران (لانه السكران في العرف واليه) أي الى قولهما (مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال سألت أبا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال أن يستقر أقول يا أيها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له كيف عنت هذه السورة وربما أخطأ فيها الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة (ولابي حنيفة أن الحدود يؤخذ في أسبابها بأقصاها درأ للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شئ وشئ ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

(ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم في ذلك خلافا (لان فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانهما لو شهدتا مع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا (و) فيه (تهمة الضلال) لقوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى في الكشاف أن تضل أي لا تهتدي للشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احداهما الاخرى أي تزيل نسيانها (قوله والسكران الذي يحد) لسكره من غير الخمر عند أبي حنيفة (هو الذي لا يعقل منطقا القليل ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض من السماء (وقالا هو الذي يهذي ويخلط) وبه قال الائمة الثلاثة ولم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد أن يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شئ (واليه مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي يسمى سكران وتأيد بقول علي اذا سكر هذى (ولابي حنيفة أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درأ) بدليل الالزام في شهادة الزنا أن يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد وأما في ثبوت الحرمة فما قالا فاحتياط في أمر الحدود وفي الحرمة وانما اختاروا للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما أنيط في الدليل الذي أثبت حد السكر بكل ما يسمى سكرا لا بالمرتبة الاخيرة منه على أن الحالة التي ذكر فلما يصل والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله (والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط) لانا لما اعتقدنا حرمة القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة وقوله (وهذا) أي ظهور الاثر في مشيته (مما يختلف) فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلق أو يعثر في مشيته فيرى المتمايل منه فلا يكون دليلا

(قال المصنف وقالا هو الذي يهذي الى قوله لانه هو السكران في العرف) أقول قوله لانه الخ تعليل لقوله هو الذي الخ (قوله أن يستقرأ) أقول أي ذو أن يستقرأ (قوله قال لان تحريم الخمر نزل الخ) أقول الآية التي نزلت فيه هي قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل في كتب التفسير والاظهر أن يقال لانه تعالى جعل الذي يعجز عن قراءة هذه السورة سكران

وقوله (ولا يحد السكران باقراره على نفسه) يعني في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران مهذار زاد احتماله (فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه) باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره

(ولا يحد السكران باقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته

اليها سكران فيؤدي الى عدم الحد بالسكر وروى بشر عن أبي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا أيها الكافرون ولا شك أن المراد ممن يحفظ القرآن أو كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدرس شيأ أصلا قال بشر فقلت لابي يوسف كيف أمرت بها من بين السور فربما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين أن الذي يعجز عن قراءتها سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا فأكلنا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فأنزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي أن يعول على هذا بل ولا يعتبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئا فيبدلها الى الكفر ولا ينبغي ان يلزم أحد بطريق ذكر ما هو كفر وان لم يؤاخذ به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر المعرف عليه وقوله (وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) ممنوع بل اذا حكم العرف واللغة بأنه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بأنه سكران بلا شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في أنه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحوه وعرف مما ذكر أن من استدل لابي حنيفة رضي الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقا الخ غريق في الخطا لانها في علي وأصحابه ولم يصل سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من انهم أدركوا الوجوب وقاموا للاسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد ضد قوله وأما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فانما أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا بل أن من وصل الى ذلك الحد الذي كانوا فيه سمي سكران وكون المقدر الذي هو سبب للعدم ما هو لا تعرض له بوجه وقول المصنف (والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه) يفيد أن المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدح المسكر ما قالاه بالاجماع الاجماع المذهبي والا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بأنه قلد فيه فخر الاسلام وفيه نظر فان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وان قل ولا يعتبر السكر أصلا ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي ومفصلا عن الامام أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه وباعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرتم وجاز أن يكون بعض من فسر السكر يحد بلا سكر وانما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عتاق لبشر بن حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم أبطله بأن هذا يتفاوت أي لا ينضبط فكم من صاح يتمايل ويرتق في مشيته وسكران ثابت ومالا ينضبط لا يضبط به ولان الذي وقع في كلام علي رضي الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار بالاقوال لا بالمشي حيث قال اذا سكر هذى الخ (قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أي بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة

(قال المصنف ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أقول قال صاحب النهاية أي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة ولكن يضمن المسروق كذا في جامع العتابي وقال صاحب النهاية ذكر الامام التمرتاشي ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد فاشبه الاقرار بالمال والطلاق والعتاق اه ولا يخفى عليك أن قوله لانه لا فائدة في التأخير الخ محل بحث وفي معراج الدراية بخلاف حد القذف فانه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره في المبسوط اه وفي معراج الدراية قيد بالاقرار لانه لو زنى وسرق في حالة السكر يحد بعد الصحو بخلاف الاقرار كذا في الذخيرة اه

الا

ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله أعلم

الا أنه يضمن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره و بالسرقة بعد بعد الصحو و يقطع وانما لا يعتبر اقراره في حقوق الله تعالى لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شئ وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التي يقولها فهو محكوم بأنه لا يثبت عليه و يلزمه الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجنونا وتم تكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مؤاخذ به لان غاية الامر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لانه أدرأ للحدود منه لو اعتبر قوله فيه في ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد (والسكران كالصاحي) فيما فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لانه أدخل الآفة على نفسه فاذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر و ينبغي أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد باقراره بالسكر وكذا يؤاخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع (قوله ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف و باعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي أن السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يعقل منطقا كقول أبي حنيفة في حده والظاهر أنه كقولهما ولذا لم ينقل خلاف في أنه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع أنهم ما لم يفسروا السكران بغير ما تقدم عنهم ما فوجهه أن أبا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا لدرء الحد ولا شك أنه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه على المفتي أن يميل اليه و يبني عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر أقصى السكر كان احتياطا للتكفير لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم أما فيما بينه و بين الله تعالى فان كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بأن لا يقربها كذلك والا لجاز له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلا فهو خطاب للصاحي أن لا يقربها اذا سكر فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شئ ما أو لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا في حق الردة حتى لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضي أنه بعد ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في أصل الدين رحمة عليه في ذلك خاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فانه لم يحكم بكفر القارئ مع اسقاط لفظة لا من قل يا أيها الكافرون ولا شك أن ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث لا درك أصلا ألا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا الى الاداء فعلمنا أن الشارع رحمه في أصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا صححنا اسلامه ولولا هذا الحديث لقلنا بردته وان لم يكن له درك ولم نصحح من الكافر السكران اسلامه ومما ذكرنا يعرف صحة

(ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لما ذكر أن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر) وروي أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فأمهم في صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح الآلات مع أن اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القارئ فعلم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من ألفاظ الكفر والله أعلم

القذف فى اللغة الرمى وفى اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن الى الزنا صريحا أو دلالة (اذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) الخالى عن الشبهة الذى لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود أو أقر به المقذوف لزمه حد الزنا (وطالب المقذوف بالحد) وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به (حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد) بقوله والذين يرمون (الرمى بالزنا بالاجماع واليه الاشارة فى النص لانه شرط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا) واعترض بأن التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بأن قال لست لابيك وبأن القياس ان لا تجب المطالبة لان حق الله فيه غالب والمغلوب فى مقابلته كالمستهلك ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه

حد والجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشرط وجب الحد لاستحالة فتلك قضية صادقة وأما اذا قذفه بنفى النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زانى فقال آخر صدقت لا الاخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتياطا لدرء وان المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه

﴿باب حد القذف﴾

(قوله واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بأن قال لست لابيك الخ) أقول وفى النهاية بعد ما قال فان قلت فى هذا وجوه من الشبه وذكر الشبه الثلاث المذكورة فى الشرح والرابع انه قد يتحقق قذف حده

﴿باب حد القذف﴾

(واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمى بالزنا بالاجماع وفى النص اشارة اليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا

التفصيل الذى ذكرناه وهو أن هذا السكران الذى وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى أقصى السكر ان كان عن غير قصد اليها كما قرأ على قل يا أيها الكافرون فغير فليس بكافر عند الله ولا فى الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره فى القضاء لان القاضى لا يدرى من حاله الا أنه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله سبحانه أعلم

﴿باب حد القذف﴾

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمى بالشئ وفى الشرع رمى بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هن يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودى يوم القيامة ليدخل من أى أبواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا (والمراد الرمى بالزنا) حتى لو رماه بسائر المعاصى غير لا يجب الحد بل التعزير (وفى النص اشارة اليه) أى الى أن المراد الرمى بالزنا (وهو اشتراط أربعة من الشهود) يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شئ يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار ما نسب اليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد (قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) بان قال زنيت أو يا زانى (وطالب المقذوف بالحد

قال (ويفرق على أعضائه) لما مر في حد الزنا

حدها الحاكم ثمانين سوطا ان كان) القاذف (حرا) وان كان عبدا حد أربعين سوطا شرط الاحصان في المقذوف وهو أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد بقذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه وقوله (بصريح الزنا) يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يازاني بخلاف مالو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال وأنا أشهد بمثل ماشهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال ليست أمي بزانية أو أبي فانه لا يحد وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد احتياط في درئه وأما الاستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يارسول الله ان امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد أورد أن الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف وروده باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات وأجيب بانه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سيذكر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين ان يكون بالعربي أو النبطي أو الفارسي أو غير ذلك فلا يحد لو قال لهارنيت بحمار أو بعير أو ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف مالو قال لهارنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لان معناه زنيت وأخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال في فرجها ولو قال هذا لرجل لا يحد لانه ليس العرف في جانبه أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جامعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهد لي رجل أنك زان لانه حالة لقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة لان أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به وسيأتي خلافه في فروع نذكرها وأما اشتراط مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فمطالبة من يقع القدح في نسبه ثم ان نفيه عن غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر وأورد ينبغي ان لا تشترط المطالبة لان المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان يصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين فانتفى الحامل الشين الا بنفسه ولو قال لرجل يازانية لا يحد استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال أنت محل للزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التأنيث ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يازانى حد عندهم لان الترخيم شائع (ويفرق) الضرب (على أعضائه لما مر في حد الزنا)

(وقوله ويفرق) يعني الضرب (على أعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا) وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف

(ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به) لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه لاتكاد تحصل (فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا) حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه معاين بالبينة أو الاقرار وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة أو الاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله (غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) استثناء من قوله ولا يجرد وقوله (لان ذلك) يعنى الفرو والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله (وان كان القاذف عبدا) ظاهر وقوله (والاحصان) بيان شرطه وقوله (لعدم تحقق فعل الزنا منهما) قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذي زنى في حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقة وأجيب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما وأما الوطء الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما وبالنظر الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف رجلا بوطء شبهة أو وطء جارية مشتركة بينه وبين غيره وقوله (والاسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن) تقريره ان الله تعالى أوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف عار

(ولا يجرد من ثيابه) لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا (غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) لان ذلك يمنع ايصال الالم به (وان كان القاذف عبدا جلد أربعين سوطا لما كان الرق والاحصان أن يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا) أما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه

(قوله ولا يجرد من ثيابه) الا في قول مالك (لان سببه) وهو النسبة الى الزنا كذبا (غير مقطوع به) لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود أو للمقر به والمعلوم لهما هنا نفس القذف وايجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كذبا حقيقة أو حكما بعدم اقامة البينة قال تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تعالى منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاثبات بالشهداء لان فائدة النسبة هنالك تحصل أما عند العجز فانما هو تشنيع وقلقة تقابل بمثلها بلا فائدة (بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) أي الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر أنه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا (قوله والاحصان أن يكون المقذوف حرا الخ) قدمنا ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك و يثبت الاحصان باقرار القاذف أو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت فان أنكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما يعلم انها محصنة وكذا اذا أنكر الحرية ليحد حد الارقاء لقول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف بينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز (أما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر) فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي أطلق عليها لفظ الاحصان الا ما أجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة أو كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تعالى والمحصنات من النساء أي المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك أن الاحصان أطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله تعالى فاذا أحصن قال ابن مسعود أسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف وأما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن أحمد أن الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد يعلل الحاق العار ومثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي أو مجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالحرمات ولو فرض لحوق

(قوله يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى الخ) أقول قد سبق نظيره في باب حد الشرب (قوله من قذف المجنون زنى حال جنونه الخ) أقول الظاهر ان يقال ومن قذف المجنون الذي زنى حال جنونه الخ وهكذا في النهاية و يجوز أن يكون من قبيل كمثل الحمار يحمل أسفارا

(ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك يحد إن كانت أمه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف أمه) لانه نفى النسب (والنسب انما ينتفى عن الزانى لا عن غيره) وتقريره ان فرض المسئلة فيما اذا كان أبوه وأمه معروفين ونسبه من الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بأمه وفى ذلك قذف لامه لا محالة قيل يشترط ان يكون فى حالة الغضب فى هذه المسئلة كالتى بعدها وقيل يجب أن لا يجب الحد ههنا وان كان قذفه فى حالة الغضب لجواز أن ينفى النسب عن أبيه من غير أن تكون الام زانية من كل وجه بأن تكون موطوءة بشبهة ولدت فى عدة الواطئ وأجيب بأن ما ذكرته وجه القياس فى هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال فى المبسوط وانما تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه وقوله (ومن قال لغيره فى غضب الخ) ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله فى حالة الغضب أو غيرها

(ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينتفى عن الزانى لا عن غيره (ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعى له يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد) لان عند الغضب يراد به حقيقته سباله وفى غيره يراد به المعاتبة بنفى مشابهته أباه فى أسباب المروة

عار لمراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا أولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لانه مؤول بان المراد بالزنا المؤثم والا فهو يتحقق منهما اذ يتحقق منهما الوطء فى غير الملك لكن القذف انما يوجب الحد اذا كان بزنا يؤثم صاحبه وبه يندفع الايراد القائل اذا لم يتحقق الزنا منهما فلم ينفى ان يحد قاذف مجنون زنى حالة جنونه لكن لا يحد ان كان قذفه حين افاقته وأما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار آخر فهو صدق وحد القذف للغريبة لا للصدق وفى شرح الطحاوى فى العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ فى غير الملك أو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها فى الملك الا انه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته فى الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع ولو مر امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند أبى حنيفة فى بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها (قوله ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) وكذا اقتصر عليه الحاكم فى الكافى وعلله فى الهداية بانه فى الحقيقة قذف لامه فكأنه قال أمه زانية لانه اذا كان لغير أبيه ولا نكاح لذلك الغير كان عن زنا هما معه قيل فعلى هذا كان الاولى أن يقال اذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الاحصان وأورد عليه أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد والجواب أن المراد انك لست لابيك الذى ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا ملزوم بان الأم زنت مع صاحب الماء الذى ولدها ومنه وهذا معنى قول المصنف لان النسب انما ينتفى عن الزانى لا عن غيره وحاصله أن نفى نسبه عن أبيه يستلزم كون أبيه زانيا لان النسب انما ينتفى عن الزانى فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كون أبيه زنى بامه مكرهة أو نائمة فلا يثبت نسبه من أبيه ولا يكون قاذفا لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذى يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك فى هذا والا كانت بعينى المسئلة التى تليها وهى التى يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجىء وحمل بعضهم وجوب الحد فى هذه على ما اذا كان قوله ذلك فى حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التى تليها فانه يختلف المراد بلفظ الاب على هذا التقدير فانه اذا كان فى غير حالة الغضب فانما يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفى مجازا عن نفى المشابهة فى محاسن الاخلاق (قوله ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى اليه يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته) أى حقيقة

قال المصنف (ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك) أقول أى لست لاصلك الذى خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا حتى لو قال لست لابيك فلان بالتعيين يكون على تفصيل الغضب وعدمه كما سيجىء أيضا قال المصنف (وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) أقول الاولى أن يقول محصنة ليعم (قوله وقيل يجب الى

(٢٥ - فتح القدير رابع) قوله ولدت فى عدة الواطئ) أقول وأجاب فى الكافى بانه اذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ يؤيده قول ابن مسعود رضى الله عنه لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه اه

(ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد) لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد أيضا لانه قد ينسب اليه مجازا (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف) لانه قذف محصنة بعد موتها

نفيه عن أبيه لانه حالة سب وشتم وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن أخلاقه ولا يخفى أن في حالة الغضب ليس نسبة أمه الى الزنا أمرا لازما لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره لشبهة أو نكاح فاسد كالتي قبلها فتثبت الحد به بعونة قرائن الاحوال وهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر في المبسوط أن في الاولى الحد استحسانا باثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال لا حد الا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه ثم حملوا الاثر على النفي حالة الغضب وحكموا بانه حالة عدمه لم ينفه عن أبيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شيء اذ ليس قذفا وانما يكون تخصيصا لو كان قذفا أخرج من حكم القذف ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقا لان حده في قوله لست ابن فلان في حالة الغضب مقتصرا عليه باعتبار انه قذف أمه واذا نفى نسبه عن أمه فقد نفى ولادتها اياه فقد نفى زناها به فكيف يحد هذا وأما اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يتأتى فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر (قوله ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لانه صادق في كلامه) وكذا لو قال أنت ابن فلان يعني جده هو صادق لانه قد ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفي بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد لان كلا منهما أطلق عليه اسم الاب كما سيأتي واعلم أن قوله لست ابن فلان لابيه المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي هو نفي كونه من مائه مع زنا الام به أو عدم زناها بل بشبهة فهي ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فعسى يراد نفي كونه من مائه مع زنا الام به ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست ابن فلان لجده له معنى مجازي هو نفي مشابهته لجده ومعنيان حقيقيان أحدهما نفي كونه مخلوقا من مائه والآخر نفي كونه أبا أعلى له وهذا يصدق بصورتين نفي كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته به أو جاءت به بشبهة وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب أحدها بعينه في الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يخبره في السباب بان أمه جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب أن يحكم أيضا بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب أبيه عنه وقذف جدته به فانه لا معنى لاخباره في حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو مع سماجته أبعد في الارادة من ان يراد نفي أبوته لابيه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا مخلص الا أن يكون فيها اجماع على نفي الحد بلا تفصيل كما أن في تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال له أنت ابن فلان لغير هؤلاء حد مع أنه ليس بقذف صريح لجواز كونه ابنه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود وهذه الصور ستأتي في الكتاب لكنها هنا أنسب (قوله ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده) فاذا طالب به حد القاذف (ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه) وهو الوالد وان علا والولد وان سفل لان العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوق المقذوف بالذات فهو الاصل في ذلك فهو الاصل في الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب غيره بموجبه الا عند اليأس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا فلذا لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن أبي ليلى لانه يجوز أن يصدقه الغائب وما ذكرنا من ان حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه أبو الليث وفي فتاوى قاضيخان رجل

لست بابن فلان ولا بابن فلانة وهي أمه التي تدعى له حيث لا يكون قذفا مع أن القذف يراد بهذا اللفظ وأجيب بأن قوله ولا بابن فلانة نفى عنها وانما ينتفي عن أمه بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفى الولادة نفى الوطء ونفى الوطء نفى الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفى عن الوالد وولادة الولد ثابتة من أمه فصار كأنه قال له أنت ولد الزنا قال (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها) بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط

قوله كان للولد ثابت النسب من انسان أي اذا كانت تحت زوج فنسبه منه وان لم يكن فمن الواطئ فكان ثابتا من انسان ضرورة هو أبوه قوله وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية يعني وهو قد قذفه بنفي نسبه عن الاب فدل ذلك على انه لم يرد بقذفه كون أمه موطوءة بشبهة لما فيه من ثبوت النسب أيضا ثم أقول لا يذهب عليك أن فرض المسئلة فيما ذكر يدفع هذا السؤال ولا يحتاج الى الجواب

(ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) يعنى الاب والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه أبى الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخى ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير (لان العار يلتحق به) أى بكل واحد من الوالد والولد (لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى) وردبأن التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد أن يأخذ بحده اذ الخ وأجيب بأن الاصل فى الباب هو المقذوف لاستحالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشئ مقام غيره اذا وقع اليأس من الاصل وانما يقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله (وعند الشافعى) ظاهر وقوله (لما ذكرناه) يعنى قوله لان العار يلتحق به وقوله (كما يثبت لولد الابن) يعنى بالاتفاق (خلافا لمحمد) فانه روى عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى أبيه لا الى أمه

فلا يلحقه الشين بزنا أبى أمه وفى ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين (ويثبت لولد الولد حال قيام الولد) وقال زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم لان الشين الذى يلحق الولد فوق الذى يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع قيام الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود فى حق ولد الولد كوجوده فى حق الولد فايهما خاصم يقام الحد لخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودا وذلك لا يوجد فى حق ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات وفى الحكم المرتب على العصوبة يقدم الاقرب على الابعد

(ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعى يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر

قذف ميتا فولده وولد ولده ووالده ان يأخذ القاذف ويحده وولد الابن وولد البنت سواء فى ظاهر الرواية ولا يأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جد أو لاب ولا أم ولا عمة ولا مولاه وعند الشافعى ومالك وأحمد أيضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده ففى فتاوى القاضى قال محمد لكل من يرثه ويورث منه أن يأخذ القاذف ويحده اه وهذه رواية غريبة عن محمد ثم للشافعية فيمن يرثه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرثه جميع الورثة والثانى غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم (وعندنا ليس بطريق الارث بل لما ذكرنا) من لحوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد بمنزلة نفس الانسان فالالحق من العار للانسان كاللاحق لنفس ولده ووالده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا أخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع أخيه ولعلم الشرع بذلك أجاز شهادة الاخ لاخيه فليس لاخى المقذوف ولا لعمه وخاله المطالبة بحد القذف ولم تجز شهادة الولد والوالد لانهما فى حكم نفس المشهود له (ولهذا) أعنى لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الارث (يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل) أو الرق أو الكفر فلقاتل أبيه أن يطالب قاذفه بعد قتله بحد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا أو كافرا خلافا لزفر رحمه الله (ويثبت لولد بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد) ويثبت للابعد مع وجود الاقرب (وكذا يثبت لولد الولد) حق المطالبة (مع وجود الولد خلافا لزفر) ولو عفا بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله (خلافا لمحمد) يعنى فى رواية ليست هى ظاهر الرواية عنه ووجهها أن نسبه الى أبيه وهو أجنبى عن جدته لامه بدليل انه لم يدخل فى لفظ ولد الولد ولذا الوقف على أولاده وأولاد أولاده لا يدخل ابن البنت فى ظاهر الرواية وجه الظاهر عنهم أولا بمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة فى الوقف وثانيا بتقدير التسليم أن المبنى مختلف لان مبنى ثبوت الخصومة فى حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا أولادى لان لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لا يشمله الوقف

(قوله ونقل غيره من الشارحين) أقول أراد الاتقانى (قوله عن شرح الجامع الصغير) أقول هو للفقيه أبى الليث قال المصنف (فيكون القذف متناولا له معنى) أقول قال الزيلعى لان العار نوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالنفع الراجع الى نفسه ألا ترى أن ذلك منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام اه بخلاف الاخ والعم وغيرهما (قوله فانه ليس لاحد أن يأخذ بحده) أقول خلافا لابن أبى ليلى قال المصنف (ويثبت لولد البنت) أقول قال الاتقانى وان لم يكن وارثا لانه من ذوى الارحام اه وفيه بحث لانه وارث عندنا ففى التفريع تأمل ودفعه غير خفى لان المراد بالارث هو الارث بطريق الفرضية والعصوبة اذ هما من أسباب الارث عند الشافعى

(واذا كان المقذوف محصنا) وهو ميت (جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا) لان حد القذف لا يورث (فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى) في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بأن قذفه قاذف ابتداء (١٩٦) لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس طريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث أيضا لم يكن له أن يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر أو الرق وقيل تحرير كلامه أن الحد إما أن يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المقذوف أو لقذف نفس هذا الابن الكافر لا جائز أن يكون لاجل أمه لان الحد لا يورث ولا أن يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى (ولنا أنه عيره بقذف محصن) وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز أن يأخذ بحده لانه تعيير على الكمال فيقتضي زاجرا وأشار المصنف الى هذا الكلام بقوله (وهذا الأن الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده) فجاز له أن يأخذ بالحد فان قيل جاز أن يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضى أجاب بقوله (والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق) أي استحقاق أهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه فانه من لا يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا قال (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه) أو جده وان علا (بقذف أمه) وجدته وان علت ولا أمه ولا جدته وان علت بقذف نفسه

(واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا أنه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة)

وصار كالوصية لاولاد أولاد فلان لا يدخل أولاد بناته لهذا وجه قول زفر أن ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة في الكفاءة فانه لا خصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب منع أن ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل كل من ينسب الى المقذوف بالجزئية لحقه من العار مثل ما لحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية بخلاف المقذوف مع ولده لانه لحقه العار مقصودا بالالحاق به دون ولده وولد ولده وأما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فما وجهه ما في قاضيخان اذا قال جدك زان لاحد عليه قلنا ذلك للابهام لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان أو كانت محصنة حد (قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر) ولكل من قال طريقه الارث يعني اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف (هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار اليه) وليس الحد الآن والمطالبة به لاجل أمه اذ ليس طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية أمره أن يجعل كأنه تناوله صورة ومعنى بأن يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط (ولنا أنه) أي القاذف (عيره بقذف محصن) هو أمه أو أبوه (فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في) المقذوف قصدا وهو (الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال) لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا (ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده) فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذي لحقه لا للخلافة ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى (والكفر لا ينافي أهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما اذا قذفه نفسه) لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذ لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعيير الكامل وهو باحصان المقذوف فان كان حيا كانت المطالبة له أو ميتا طالب به أصله أو فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل في حقه (قوله وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) أي التي قذفها في حال موتها (ولا للابن أن يطالب أباه) وان علا (بقذف أمه الحرة المسلمة) التي قذفها في حال موتها بأن قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة أو قال لابنه أو لابن ابنه وان سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية وهو قول الشافعي وأحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبي ثور وابن المنذر لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع

(لان المولى لا يعاقب بسبب عبده) قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلأن لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز أن يكون صادقا فيما نسبه اليه أولى وقوله (ولو كان لها ابن من غيره) واضح وقوله (وبكل ذلك تشهد الاحكام) أما الاحكام التي تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يستوفى الا بخصومة وانما يستوفى بخصومة ماهو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستأمن وانما يؤخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لانه يخاف الفوت والله تعالى لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف وأما الاحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى فهي أن الاستيفاء الى الامام والامام إنما يتعين نائبا في استيفاء حق

لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع (ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد) وقال الشافعي لا يبطل (ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي) عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد

من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد الأب سقطت عدالته الابن لمباشرته سبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما أف والجواب أن الاطلاق أو العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى فلا تقل لهما أف والمانع مقدم (ولهذا لا يقاد الوالد بولده) ولا يقطع بسرقته فانتقضت علية الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الاصل لنا عموم الآية أعني قوله تعالى فلا تقل لهما أف وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده وأما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للأب في المسروق فلا يرد على مالك نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جنايته على نفس الولد يوجب اهدارها في عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المصنف (لان المولى لا يعاقب بسبب عبده) استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف أمه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه (قوله ولو كان لها) أي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية (ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة) باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة وظهر في حق أحدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضي عمله في الآخر ولذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا أحدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو أحد مستحقي القصاص يمنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط أحدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد لا يتصور تجزيه أما ههنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط أحدهما ﴿فرع﴾ يجوز التوكيل باثبات الحدود من الغائب في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله والاجماع أنه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال انه عفا أو ان المقذوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل الاول لان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فمع احتماله أولى (قوله ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده) فيرث الوارث الباقي فيقام له (وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص) كالقصاص (فمن هذا الوجه) أي من هذا الدليل (هو حق العبد ثم) نعلم (انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع) اذ لم يختص بهذا انسان دون غيره (وبكل) من حق الله وحق العبد في حد القذف (تشهد الاحكام) فباعتباره حقا للعبد شرطت الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي

الله تعالى وأما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط وقوله (لان ما للعبد من الحق الخ) قيل فيه نظر لانه يلزم أن لا يكون حق العبد غالبا اذا اجتمع الحقان أصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب

واعترض بان من الاحكام ماينافى الحقين جميعا وهو أنه يسقط بموت المقذوف وشئ من الحقين لايسقط به وأجيب بأنا لانقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه (١٩٨) لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته وقوله

باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد فى استيفاء حقوق الشرع الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذى يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذا الارث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل وعنده لا يجرى وعن أبى يوسف فى العفو مثل قول الشافعى ومن أصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول أظهر

بعلمه اذا علمه فى أيام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضى حده وان علمه القاضى قبل ان يستقضى ثم ولى القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتبار حق الله تعالى استوفاه الامام دون المقذوف بخلاف القصاص ولا يتقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف ولا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يمكن اهدار مقتضى إحداهما لزم اعتبارهما فيه فثبت أن فيه الحقين (الا أن الشافعى مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه فيصير حق العبد مرعيا) بتغليب حق الشرع لا مهدرا (ولا كذلك عكسه) أى لو غلب حق العبد لزم أن لا يستوفى حق الشرع الا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على انابة العبد فى الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى كان هو الذى يستوفيه كسائر الحدود التى هى حقه تعالى على ما قدمناه من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف فى هذا الاصل تفرعت فروع أخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعنده يورث وعندنا لا يورث اذا الارث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الله تعالى أى انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا أو ما يتصل بالمال كالكفالة أو فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيأ منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل سمعى على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة أو وصيه فى المطالبة التى جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته الا أن يقول المقذوف لم يقذفنى أو كذب شهودى وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد لا أنه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما اذا صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور أن القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول أحمد ويجرى فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات أو قذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم حد فى اثناء الحد ادعى آخرون كل ذلك الحد وعند الشافعى لا يجرى فيه التداخل وعن أبى يوسف فى العفو مثل قول الشافعى وهو أنه يصح عفو المقذوف (قوله ومن أصحابنا من قال ان الغالب فى حد القذف حق العبد الخ) وما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشايخ وذهب صدر الاسلام أبو اليسر الى أن المغلب فيه حق العبد كقول الشافعى (وخرج الاحكام) المختلف فيها على غير ذلك أما توجيه أن حق العبد غالب فلان أكثر الاحكام تبنى عليه والمعقول يشهد له وهو أن العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد فى الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص وأما تخريج الاحكام

(ومن أصحابنا من قال) يريد به صدر الاسلام أبا اليسر فانه ذكر فى مبسوطه والصحيح أن المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعى لان أكثر الاحكام تدل عليه والمعقول يشهد له لما ذكرنا أن العبد منتفع به على الخصوص وقد نص محمد فى الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص الا أنه فوض إقامته الى الامام لانه لا يهتدى كل أحد الى اقامة الجلد وقوله (وخرج الاحكام) أى أجاب عن الاحكام التى تدل على أنه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال فى التفويض الى الامام ماذكرنا أن كل أحد لا يهتدى الى اقامة الجلد وقال فى عدم الارث إن عدمه لا يستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لان الارث يجرى فى الاعيان وأجاب عن كون القصاص يورث بأنه فى معنى ملك العين لانه ملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لا يملك شراء الطعام الا للاتلاف وهو الاكل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث فى حق استيفاء القصاص وقوله (والاول) وهو أن الغالب فيه حق الله (أظهر) قال فى النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه ولان عامة أصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة العلماء أظهر والثانى أظهر فافهما

(قوله الا انه فوض اقامته) أقول من كلام أبى اليسر

قال (ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ماهو خالص حق الله لانه لامكذب له فيه (ومن قال لعربى يانبطى لم يحد) لانه يراد به التشبيه فى الاخلاق أوعدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربى لما قلنا (ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) لانه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

فانما فوض الى الامام لان كل أحد لا يهتدى الى الضرب الواجب أولانه ربما يزيد المقذوف فى قوته لحنقه فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ماقدمنا وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه متعنت فى العفو لانه رضى بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما فى تخريجه عدم صحة العفو اذ لا يخفى أن كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم وأن العفو لا يستلزم الرضا بالعار بل قد لا يرضى الانسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو فى نفس الفعل للتهمة بسبب حنقه فلا ينفى أن يعفو فلا يعقل ذلك أصلا وماذكرنا فى ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما فى الخبازية إن شاء الله تعالى وقول محمد ان وقع فى موضع أنه حق الناس فقد وقع فى آخر أنه حق الله تعالى (قوله ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ماهو خالص حق الله تعالى لانه لامكذب له فيه) فيقبل رجوعه وأما التعليل بانه بالاقرار ألحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى انه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع فى الاقرار بحق الله تعالى وكونه ألحق الشين لا أثر له بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت حق الآدمى فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين تأثيره فى اثبات حق الآدمى ليس غير ثم امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير (قوله ومن قال لعربى يانبطى) أو قال لست بعربى (لا يحد) وكذا اذا قال لست من بنى فلان وقال مالك يحد اذا نوى الشتم وعنه اذا قال يارومى لعربى أو فارسى أو يافارسى لرومى أو عربى أو يا ابن الخياط وليس فى آبائه خياط يحد قلنا العرف فى مثله أن يراد نفى المشابهة فى الاخلاق أو عدم الفصاحة وأما قذف أمه أو جدة من جداته لابيه فلا يخطر بالبال فلذا أطلقوا نفى الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله فى القذف أصلا يجعل فى الغضب شتما بهذا القدر ولان النبطى قد يراد به النسبة الى المكان على ما قال فى ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما قال يارستاقى ياريفى فى عرفنا أى ياقروى لا يحد به وقال الفقيه أبو الليث النبطى رجل من غير العرب (قوله ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) وكذا اذا قال يا ابن مزيقياء ويا ابن جلا لأن الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدى لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا ومزيقياء لقب به ابنه عمرو لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يعود الى لبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب أن يكون قول القائل يا ابن مزيقياء للذم بالسرف والاعجاب لكن عرف العامة فى مثله أنه جوده وقد لقب بماء السماء أيضا للحسن والصفاء وبه لقبت أم ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير

ولازمت الملوك من آل نصر * وبعدهم بنى ماء السماء

وجمع المصنف بينهما حيث قال لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وأما جلا فقد استعمل مرادا به انسان فى قول سحيم

وقوله (ومن أقر بالقذف) من الاحكام التى تشهد بكونه حق العبد وقوله (ومن قال لعربى يانبطى) ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رضى الله عنهما عن رجل قال لقرشى يانبطى فقال لاحد عليه وقوله (لما قلنا) يعنى قوله لانه يراد به التشبيه الخ وقوله (لان ماء السماء لقب به) أى بهذا اللفظ وماء السماء هو لقب أبى المزيقياء والمزيقياء هو عمرو بن عامر لقب بالمزيقياء لانه كان يمزق فى كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما ويأنف أن يلبسهما غيره وأبوه عامر بن حارثة الازدى كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا

قوله (هو عمرو بن عامر) أقول هو من ملوك غسان

وقوله (واسمعيل كان عماله) أى ليعقوب فان اسمعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب ابن اسحق فكان اسمعيل عماله فأدخلوه تحت الآباء فدل على أن العم يسمى أبا قال (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل) بالهمز (وقال عنيت صعود الجبل حد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة) واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر

* وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل *

قال (وذكر الجبل يقرره) أى يقرر الصعود (مرادا) تأكيدا لكون المهموز للصعود حقيقة

(وان نسبه الى عمه أو خاله أو الى زوج أمه فليس بقاذف) لان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا أما الاول فلقوله تعالى نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله والثانى لقوله عليه السلام الخال أب والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد) لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * وذكر الجبل يقرره مرادا

انا ابن جلا وطلاع الثنايا * متى أضع العمامة تعرفونى

وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كأنه قال انا ابن الذى جلا أى أوضح وكشف وأما قول القلاخ * أنا القلاخ بن جناب بن جلا * فيحتمل كونه علما لقبا وكونه وصفا أيضا ثم انه انما يراد به التشبيه فى كشف الشدائد وإماطة المكاره فلا يكون قذفا هذا وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعنى وهو معروف يحد فى حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمى به وان كان للسخاء والصفاء فينبغى فى حالة الغضب أن يحمل على النفى لكن جواب المسئلة مطلق فالجواب انه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد به فى حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا فى قوله لست بعربى لما لم يستعمل فى النفى يحمل فى حالة الغضب على سبه بنفى الشجاعة والسخاء عنه ليس غير (قوله وان نسبه لعمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا فالاول) وهو تسمية العم أبا (لقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله) أى ليعقوب عليهم الصلاة والسلام (والثانى لقوله عليه الصلاة والسلام الخال أب) قالوا هو غريب غير أن فى كتاب الفردوس لابى شجاع الديلمى عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد من لا والد له (والثالث للتربية) وقيل فى قوله تعالى ان ابنى من أهلى انه كان ابن امرأته (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعدت الجبل) والحالة حالة الغضب وسيظهر أن هذا القيد مراد لا يصدق (ويحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل *) والزنا وان كان يهمز فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها * أشبه أبا أمك أو أشبه عمل * تريد عملى

ولا تكونن كهلوف وكل * يصبح فى مضجعه قد انجدل * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل

وأما على قول شارح إصلاح المنطق فقال انما هى لرجل رأى ابنا له ترقصه أمه فأخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقرى أى كن مثل أبى أمك أو مثل عملى فحذف المضاف اليه والمراد كن مثل أبى أمك أو مثلى وكان أبو أمه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبى وأمه منفوسة بنت زيد الفوارس قال فأخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول

أشبه أخى أو أشبهن أبا كا * أما أبى فلن تنال ذا كا

تقصر عن مثله يدا كا * والله بالنعمة قد والا كا

والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل الذى يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر فى النهاية قوله أو أشبه عمل بالجيم وقال هو اسم رجل هو أبو حى من العرب وهو جمل بن سعد والوكل العيال

(قوله وأدخلوه تحت الآباء) أقول أى بنو يعقوب قال المصنف (وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل) أقول أوله

أشبه أبا أمك أو أشبه عمل *

ولا تكونن كهلوف وكل * يصبح فى مضجعه قد انجدل *

وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل

الهلوف الثقيل الجافى الذى لا خير فيه والوكل الذى يتكل على الناس فيما يحتاج اليه والمنجدل الممتد على الارض يريد انه لا يستيقظ حتى يصبح قال المصنف (وذكر الجبل يقرره مرادا) أقول قال الاتقانى لا نسلم لان الزنا الذى هو الفاحشة قد يقع فى الجبل أيضا اه وهذا هو مرادهما (قوله وارق الى الخيرات) أقول أى بادر الى فعل الخيرات لترتفع بها وتذكر كما يرتقى فى الجبل (قوله زنأ) أقول أى صعودا (قوله تأكيدا لكون المهموز الخ) أقول حيث قال يقرر دون يعين

وقوله (ولهما انه يستعمل الخ) واضح وقيل كلامه يشير الى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب تعين أحد المحتملين عندهما وعند محمد انه حقيقة فى الصعود مجاز فى الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثانى يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان الباب باب الحد فيحتال للدرء وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله (للمعنى الذى ذكرنا) اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا (قوله ومن قال لآخر يازانى) ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فى الثانى بأن المراد بالاول هو قوله يازانى ومائة خبر أصلا والجواب ان المراد بالخبر الجزء وحينئذ يستقيم الكلام لان الخبر جزء أخص فيجوز ان يستعار للاعم

ولهما انه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يازانئ أو قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لآخر يازانى فقال لا بل أنت فانهما يحدان) لان معناه لا بل أنت زان اذ هى كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فى الثانى

على غيره (ولهما أنه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا) على ما أسلفنا (لان من العرب من يهمز الملين) أى اللين فى غير التقاء الساكنين كقول العجاج * وخندف هامة هذا العالم * ومنه قوله

* صبرا فقد هيجت شوق المشتئق * لانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز وأما نحو قطع الله أديه أى يديه فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزون فى الالتقاء على حده وان كان على خلاف الجادة يقال أبة وشأبة وقرئ ولا الضألين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر إرادة قيد الغضب فى جواب المسئلة فكان كما لو قال يازانى أو زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله (وذكر الجبل يعين الصعود مرادا) قلنا انما يعين ذلك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت فى الجبل بمعنى صعدت ذكره فى الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلفظة فى بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع فى الجبل أى فى بعض بطونه وعلى الجبل أى فوقه كما قد تقع على سطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقى الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة (ولو قال زنأت على الجبل) والباقى بحاله أى فى حال الغضب (قيل لا يحد لما قلنا) آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذى ذكرناه وهو حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أن فى حالة الرضا لا يجب الحد اذ لا يجب بالشك بل لا داعى فالظاهر عدم ارادة السب (قوله ومن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت فانهما يحدان) اذ طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان وإذا طالب كل الآخر وأثبت ما طالب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال له بل أنت تكافآ ولا يعزر كل منهما للآخر لان التعزير لحق الآدمى وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا أما كون الاول قاذفا فظاهر وأما الثانى فلان معناه لا بل أنت زان ولذا لو كان المجيب عبدا حد هو خاصة لانه قاذف بقوله بل أنت والحر وان كان قاذفا أيضا لكن لا يحد بقذف العبد قال المصنف (اذ هى) يعنى بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعنى فى التراكيب الاستعمالية (فيصير الخبر المذكور فى الاول) أى فى التركيب الاول اذا كان خبريا (مذكورا فى الثانى) فاذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا فى التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول

على غيره (ولهما أنه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا) على ما أسلفنا (لان من العرب من يهمز الملين) أى اللين فى غير التقاء الساكنين كقول العجاج * وخندف هامة هذا العالم * ومنه قوله

* صبرا فقد هيجت شوق المشتئق * لانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز وأما نحو قطع الله أديه أى يديه فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزون فى الالتقاء على حده وان كان على خلاف الجادة يقال أبة وشأبة وقرئ ولا الضألين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر إرادة قيد الغضب فى جواب المسئلة فكان كما لو قال يازانى أو زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله (وذكر الجبل يعين الصعود مرادا) قلنا انما يعين ذلك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت فى الجبل بمعنى صعدت ذكره فى الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلفظة فى بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع فى الجبل أى فى بعض بطونه وعلى الجبل أى فوقه كما قد تقع على سطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقى الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة (ولو قال زنأت على الجبل) والباقى بحاله أى فى حال الغضب (قيل لا يحد لما قلنا) آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذى ذكرناه وهو حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أن فى حالة الرضا لا يجب الحد اذ لا يجب بالشك بل لا داعى فالظاهر عدم ارادة السب (قوله ومن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت فانهما يحدان) اذ طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان وإذا طالب كل الآخر وأثبت ما طالب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال له بل أنت تكافآ ولا يعزر كل منهما للآخر لان التعزير لحق الآدمى وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا أما كون الاول قاذفا فظاهر وأما الثانى فلان معناه لا بل أنت زان ولذا لو كان المجيب عبدا حد هو خاصة لانه قاذف بقوله بل أنت والحر وان كان قاذفا أيضا لكن لا يحد بقذف العبد قال المصنف (اذ هى) يعنى بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعنى فى التراكيب الاستعمالية (فيصير الخبر المذكور فى الاول) أى فى التركيب الاول اذا كان خبريا (مذكورا فى الثانى) فاذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا فى التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول

(قوله وحينئذ يترجح قوله) أقول يعنى يترجح قول محمد رحمه الله (قوله فالثانى يترجح على الاول) أقول نعم اذا لم يقم دليل على الاول وهنا الدليل موجود وهو قوله لان من العرب الخ فتأمل قال المصنف (ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا) أقول من انه يتعين الصعود بالارادة اذا كان مقرونا بكلمة على قال الامام السرخسى فى مبسوطه وكذلك اذا قال زنأت على الجبل يلزمه الحد وكذلك اذا قال زنأت فى الجبل الا أن محمدا يقول أهل اللغة اذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلون به حرف فى لا حرف على اه فيه تأمل قال المصنف (وقيل يحد

للمعنى الذى ذكرناه) أقول فهذا القائل لا يسلم تعين الصعود حين المقارنة بكلمة على الا فى حالة غير السباب فليتأمل (قوله واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور الى قوله ومائة خبرا أصلا) أقول الاعتراض للانتقانى الا انه يجوز أن يقال قوله يازانى يتضمن معنى قوله أنت زان فمراده بالخبر المذكور فى الاول هو الخبر المذكور ضمنا بل نقول ليس مراد القائل حقيقة النداء بل الحكم عليه بأنه زان فهو مستعمل فيه بقرينة الحال فلا اشكال

(ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت) على ماذكره في الكتاب ظاهر (قوله لان المحدود في القذف ليس بأهل للعان) دليله ان أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة واقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود في القذف وقوله (ولا ابطال في عكسه أصلا) يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف

عن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما غاية ما في الباب أن اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالا لدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله (ولو قالت زنيت بك) يعني في جواب قوله لها يازانية وقوله (وانعدامه) أي انعدام التصديق من الزوج وقوله (ويحتمل انها أرادت زنای ما كان معك بعد النكاح) اعترض عليه بأن الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا وأجيب بأن الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى بل يداه مبسوطتان حملها على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة فني حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان

(ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان) لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداءة بالحد إبطال اللعان لان المحدود في القذف ليس بأهل له ولا ابطال في عكسه أصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان) معناه قالت بعد ما قال لها يازانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زنای ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت أحدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا (ومن أقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن) لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن (وان نفاه ثم أقر به حد) لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان

لفظ يازاني بل هو اعطاء النظير معنى أي هي كما ذكرنا واذا كانت كذلك فيصير واصفا للمتكلم الاول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لان يازاني في معنى أدعوك وأنت زان (قوله ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة خاصة) اذا ترافعا (ولا لعان لانهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها) والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي تقديم أحدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصير محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملاعنة ولهذا لو قال لها يازانية بنت الزانية فخاصمته الام فحد سقط اللعان لانه شهادة فلو خاصمت المرأة أولا لاعن القاضي بينهما فاذا خاصمت الام بعده حد للقذف فقد منا الحد درأ للعان الذي هو في معناه (ولو) كانت (قالت) في جواب قوله يازانية (زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح) فتكون قد صدقت في نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا معنى قوله (وانعدامه منه) أي انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان (ويحتمل انها أرادت زنای ما كان من تمكيني اياك بعد النكاح) وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة مجرى المجاز المشاكلة مثل قوله وجزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن أطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا لا حد عليها لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم يتعين أحد التقديرين بعينه متعذر فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله (فجاء ما قلنا) أي من انه لا حد ولا لعان ولو لا أن مثل قولها معلوم لوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه اياها بالاغاظة لوجب حدها البتة عينا بقذفها اياه اذ النسبة الى الزنا تنصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب ان تحالف الزوجة انها لم ترد الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفى بيمين واحدة في وجه وعلى الزوج الحد دونها لان هذا منها ليس اقرارا صحيحا بالزنا وبقولنا قال أحمد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان وهذا ظاهر (قوله ومن أقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن) وان نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان يحد لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد

لان

(قوله غاية ما في الباب ان اللعان الخ) أقول كما مر في باب اللعان قال المصنف (وهو المراد في مثل هذه الحالة) أقول أي يجوز ارادته وانما قال لدفع ما عسى يقال انه لا مجال لتلك الارادة لان ما كان معه بعد النكاح وطء حلال ليس زنا

قوله (لانه) أى اللعان (حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية (واذا بطل التكاذب) بأكذاب الرجل نفسه (يصار الى الاصل والولد ولده فى الوجهين) أى فى الوجه الذى أقر ثم نفى وعكسه قوله (لاقراره به سابقا أو لاحقا) أى لاقراره الزوج بالولد سابقا على النفى فيما اذا أقر ثم نفى أو لاحقا فيما اذا نفاه ثم أقر به وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب) جواب عما يقال ان سبب اللعان هنا هو نفى الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجرى بينهما اللعان لان بطلان المتضمن يقتضى بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما أى

لانه حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان (والولد ولده) فى الوجهين لاقراره به سابقا أو لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وان قال ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان) لانه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفا (ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حى أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام أمارة الزنا منها وهى ولادة ولدا لا أب له فقامت العفة نظرا اليها وهى شرط الاحصان

(لان اللعان حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب) بين الزوجين فى زنا الزوجة (والاصل فيه) أى فى اللعان ماهو الاصل (حد القذف) لانه قذفها (فاذا بطل) الخلف ببطلان (التكاذب صير الى الاصل) فيحد الرجل وقوله (وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان) الذى ذكره فى اللعان انه اذا أكذب نفسه بعد اللعان بنفى الولد وتفريق القاضى حده القاضى وحل له ان يتزوجها وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله (والولد ولده فى الوجهين) أى ما اذا أقر بالولد ثم نفاه وما اذا نفاه أولا ثم أقر به (لاقراره به سابقا فيثبت ولا ينتفى بما بعده (أو لاحقا) فى الثانية فيثبت به بعد النفى وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب الخ) جواب سؤال هو أن يقال ان سبب اللعان ليس الا نفى الولد فان لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفى الولد قطع النسب الا يرى أنه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فانه يلاعن ولا يقطع النسب (كما يصح بلا ولد) أصلا بأن قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن ولا ولد هنالك يقطع نسبه وأما أنه لو نفى نسب ولد امرأته الآيسة فانه ينتفى النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا دخل له فى الجواب (قوله وان قال) أى الزوج الذى جاءت زوجته بولد (ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه) اذا أنكر انها بنتها (أنكر الولادة) فكان نفى كونه ابنه لنفى ولادتها اياه و بنفى ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار للزنا منها (قوله ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حى) وقت القذف أو ميت (فلا حد عليه) أما لو قذف ولد الملاعنة نفسه أو ولد الزنا فانه يحد ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد فحد أو لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره أو هو قبل موته حد ولا يحد الذى قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه و يحد ومن قذفها بعد ذلك يحد لانها خرجت عن صورة الزوانى ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة انه أكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو بمعاينة وجه عدم الحد فى ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهى ولادة ولدا لا أب له ففاتت العفة نظرا اليها أى الى الامارة (وهى) أى العفة (شرط) واعلم انه ان صح ما رواه الامام أحمد وأبو داود فى حديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه

من نسبته الى الزنا ومن نفى الولد منفصلا عن الآخر فصار كأنه نسبها الى الزنا من غير نفى الولد بأن قال بأزانية وفيه اللعان فكذا ههنا ألا ترى أنه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابنى فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفى الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله أنت زانية قوله (وان قال ليس بابنى ولا بابنك) ظاهر وقوله (أو قذف الملاعنة بولد) بفتح العين كذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز أن يكون بكسر العين ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى وقوله (بولد) يتصل بالملاعنة وقوله (ففاتت العفة نظرا اليها) أى الى امارة الزنا (وهو) أى العفة وذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهى فائتة فلا يجب الحد

قال المصنف (واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) أقول فى الكافى و ينتفى النسب بدون اللعان كما لو نفى نسب امرأته الامة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان اه فانفكاك اللعان عن قطع النسب وجودا وعدما (قوله على حسب ما اختلفوا فيه) أقول كما مر فى باب اللعان (قوله ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى) أقول يعنى فى الكافى للنسفى (قوله ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف الخ) أقول لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية

وقوله (ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد) ظاهر فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغى أن يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قائم مقام حد القذف فى جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقى القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية ووجدت بخط شيخى فى جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هى محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها قال (ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه) اعلم ان الوطء الحرام بالقسمة الاولية على نوعين أحدهما حرام لعينه والآخر لغيره والاول منشأ

حرمته شيآن حصوله فى غير الملك من كل وجه كوطء الاجنبية أو من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله فى امرأة هى حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطء أمته وهى أخته من الرضاع وماسوى ذلك فهو من النوع الثانى كوطء أمته المجوسية ووطء أمته الاختين والقاذف فى النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق

(ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام أمارة الزنا قال (ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه) لفوات العفة وهى شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه

الحد وكذا ماروا أحمد أيضا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ولد الملاعنين انه يرث أمه وترثه أمه ومن رماها به جلد ثمانين أشكل على المذهب والائمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد (ولو قذف امرأة لاعنت) بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها أجيب بأنه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهى محصنة فى حق غيره ألا ترى ان اللعان فى حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف فى ذلك الا أن للشافعية فى وجه انه اذا قذفها أجنبى بذلك الزنا الذى لاعنت به لا يحد واعترض بأن مقتضاه أن لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص فى الاصل انه يحد بل الحق انها لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها انما يقتضى ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته ليسقط احصانها وانما هو ليستثنى الصادق منها حيث يتضاعف به على الكاذب عذابه بأن يضاف الى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤكدة بالايمان الغموسة أو يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنفى الولد لان امارة الزنا قائمة فأوجبت ذلك وقد أول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف فى حقه ظاهر غير محتاج الى تأويل وأما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع وورود السؤال انما هو بناء على انه كلام حقيقى على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له (قوله ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهى شرط الاحصان) شبهه بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عند الاحصان بل هو مجموع أمور العفة أحدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة (ولان القاذف صادق) لان الوطء فى غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه أو أبهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو أبهم نص عليه فى أصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن أبى ليلى وجه قولنا ان النص انما أوجب الحد على من رمى المحصنات وفى معناه المحصنين وبالزنا لا يبقى الاحصان فرميه رمى غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم وأذى بعد التوبة فيعزر (والاصل)

(قوله فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا) أقول كما سبق فى باب اللعان وأجاب الاتقانى عن هذا السؤال بأن معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها أن الزنا لو ثبت منها لحدت ولكن لما لم يثبت لم تحد المرأة حد الزنا ولم يحد الرجل حد القذف فأجرى اللعان بينهما فقام ذلك مقام حد الزنا فى حقها ومقام حد القذف فى حقه بآية اللعان من هذا الوجه حيث لم يحد أحدهما وليس معناه ان اللعان كاجراء الحد ألا يرى ان فيما التفريق بينهما انما وقع باعتبار انها محصنة لانها لو لم تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما أصلا فاذن أكد اللعان احصانها فمحال أن يسقط الاحصان بما يتأكد به اه فليتأمل (قوله قلنا بلى لكنه الى قوله فتعارض الوجهان فتساقطا الخ) أقول واعترض عليه الاتقانى بأنها اذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه فجهة كونها غير محصنة تكون شبهة فى اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة فينبغى على هذا ان لا يجب الحد على القاذف اه وقد مر من الشارح فى باب الشهادة على الزنا ما يقارب هذا فتذكر

أن من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (وبيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه (وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد

فيما يعرف به الوطء المحرم الذي يسقط الاحصان والوطء المحرم الذي لا يسقطه (ان من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه) على قاذفه (لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون قربة وهو الموجب للحد (وان كان) وطئ وطأ (محرما لغيره يحد) قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم (لعينه هو الوطء في غير الملك من كل وجه كوطء الحرة الاجنبية والمكرهة أعني ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم ولا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكره الواطئ ذكره في المبسوط وأمة غيره (أو من وجه) كالامة المشتركة بين الواطئ وغيره وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة كوطء أمته التي هي أخته من الرضاع ولو كانت الحرمة مؤقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطء أمتيه الاختين أو الزوجة في حالة الحيض أو النفاس فالحرمة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) في ثبوت حد القاذف للواطئ في الحرمة المؤبدة (كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح أو ملك اليمين فلو تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة أو جمع بين أختين وطأ بملك يمين أو نكاح أو بين امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما في العقد فوطئ الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة أو مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوج بنتها أو أمها أو اشتراها فوطئها حد قاذفه عند أبي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لتأبيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى من زنية أبيه فوطئها فيسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيها بين العلماء وأبو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بأن ثبتت بقياس أو احتياط كثبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطء الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله (أو بالحديث المشهور) مثاله حرمة وطء المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطء أمته التي هي خالته من الرضاع أو عمته لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (قوله بيانه) شروع في تفريع فروع أخرى على الاصل (اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه) فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار الاول لا يعمل ههنا فانه لما لم يقارنه بل وقع متأخرا والفرض ان بالاقرار تقرر حق آدمي لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد (قوله وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها) أو رجلا زنى في نصرانيته فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بأن قال زنيت وأنت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وأنت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كتابية أو أمة فلا حد عليه لانه انما اقر أنه قذفها

لان الزنا هو الوطء الحرام لعينه (وأبو حنيفة شرط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة الاب بعد ملك النكاح أو ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه (أو بالحديث المشهور) كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بالشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال ألا ترى ان المجوسية اذا أسلمت أو أخرج احدى الاختين عن ملكه حل له الوطء فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهر

(ولو قذف رجلا أتى أمته وهى مجوسية أو امرأته وهى حائض أو مكاتبته فعليه الحد) لان الحرمة مع قيام الملك وهى مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن أبى يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذهى مؤقتة (ولو قذف رجلا وطئ أمته وهى أخته من الرضاعة لا يحد) لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه) لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف الصحابة (ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبى حنيفة وقالا لا حد عليه) وهذا بناء على ان تزويج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر فى النكاح (واذا دخل الحربى دارنا بأمان فقذف مسلما حد) لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى أن لا يؤذى فيكون ملتزما أن لا يؤذى وموجب اذاه الحد (واذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب) وقال الشافعى تقبل اذا تاب وهى تعرف فى الشهادات

فى حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حده لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من بحيث يقام عليه الحد أولا حتى ان الكافر الحربى اذا زنى فى دار الحرب ثم أسلم فقذفه لا يحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا (ولو قذف رجلا أتى أمته وهى مجوسية) أو مزوجة أو المشتراة شراء فاسدا (أو امرأته وهى حائض) أو مظاهرا منها أو صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها (أو مكاتبته فعليه الحد) لان الشراء الفاسد يوجب الملك بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فاذا يسقط احصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه (لان الحرمة) فى كل من هذه التقادير (مؤقتة) مع قيام الملك فكانت فيها لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين (وعن أبى يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر) لها ولو بقى الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطء أمته المجوسية والحائض ونحن نقول ان قلتم ان ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة ممنوع وان عنيتم ان ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة المجوسية فثبت ان الحرمة لغيره اذهى مؤقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الاحصان كالراهن اذا وطئ أمته المرهونة وهى بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان ذكره فى المبسوط (ولو قذف رجلا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة) وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فانه يقول بوطئها لا يسقط الاحصان وهو قول مالك وأحمد والشافعى رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية وجه الصحيح أن الحرمة فى المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة أما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف يجعل لغيره (قوله ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة) فى شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف الصحابة فى أنه مات حرا أو عبدا فأورث شبهة فى احصانه وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الاحصان (قوله ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه الخ) يعنى لو تزوج مجوسى بأمه أو أخته أو بنته (ثم أسلم) ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم فى حال اسلامه يحد عند أبى حنيفة بناء على ما مر من أن أنكحتهم لها حكم الصحة عند أبى حنيفة (وقالا لا يحد) بناء على أن ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الائمة الثلاثة وقد مر فى كتاب النكاح فى باب نكاح أهل الشرك (قوله واذا دخل الحربى دارنا بأمان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى أن لا يؤذى فيكون ملتزما بالضرورة ان لا يؤذى) وفى بعض النسخ طمع ان لا يؤذى فكان ملتزما موجب أذاه وهو الحد (قوله واذا حد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب)

وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فانه يقول بوطئها لا يسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذى هو المبيح لا يسقط احصانه كوطء امرأته الحائض أو المجوسية أو التى ظاهر منها أو المحرمة أو امته التى زوجها وهى فى عدة من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء سببه ووجه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة تنافيا فمن ضرورة ثبوت أحدهما ينتفى الآخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفى الحل وقوله لان ملك الحل قائم ببقاء سببه قلنا السبب لا يوجب الحكم الا فى محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل فى حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله فى معنى الزنا وقوله (لمكان اختلاف الصحابة) يعنى فى أنه مات حرا أو عبدا على ما يجىء فى كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى وقوله (وقد مر فى النكاح) أى فى باب نكاح أهل الشرك وقوله (فقذف مسلما حد) جواب ظاهر الرواية وعلى قول أبى حنيفة أولا لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا وجه ظاهر الرواية ما ذكره فى الكتاب وهو واضح

عندنا

وقوله (لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد) ردبأنه انما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين فأما على أهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه وأجيب بأنه ليس كذلك بل استفاد بالاسلام أهلية الشهادة على أهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين أقيم عليه الحد فان تلك كانت بطريق الاصالة على أهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان أهلية الشهادة على الاشرف تقتضي أهليتها على الاخس ولقائل أن يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد أولا موجود وقوله (بخلاف العبد) جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا أسلم وكلامه ظاهر واعترض بأن المعقول هنا انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب أن ترد شهادته بحد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شئ أصلا لم ينعقد

(واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة) لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده (فان أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له أصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (وان ضرب سوطا في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته) لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد

عندنا لان رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعي رضي الله عنه فعنده تقبل شهادته اذا تاب كالتائب من الشرب وغيره من المعاصي (وهي) خلافية (تعرف في الشهادات) ان شاء الله تعالى (قوله واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة) وهذا لان له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا وردالشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم (فاذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد) لان النص يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم أسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردود الشهادة أبدا والردة ما زادته الا شرافا بالاسلام لم تحدث له شهادة بخلاف الكافر الاصلي ولهذا قبلت مطلقا على أهل الاسلام وغيرهم وبه اندفع ما قيل ينبغي أن لا تقبل بعد الاسلام على أهل الذمة لانها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه أخرى نافذة على الكل لا على أهل الاسلام فقط أو على المسلمين وبتبعيته على الكفار وهذا بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم أعتق فانه لا تقبل له شهادة أبدا لانه لم يكن له شهادة في تلك الحالة للرق وقد وجب الحد عليه وهو رد شهادته مع الجلد فينصرف الى رد ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل ان يقول ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لانه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والحادثة شهادة واقعة في الآبادة فمقتضى النص ردها والجواب ان التكليف بما في الوسع فحينئذ كلف برد شهادته والامتثال انما يتحقق برد شهادة قائمة ان كانت والا فيما يحدث واذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال وتم فلو حدثت أخرى فلو ردت كان بلا مقتض اذ الموجب أخذ مقتضاه (قوله وان ضرب) يعني الكافر (سوطا في) حد (قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له) أي للحد (والمقام بعد الاسلام بعض الحد) وبعض الشئ ليس هو ذلك الشئ

الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب أن شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فلا ترد ولم نقل في العبد بأن غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين امكان الموجب وهو الرد قوله (وان ضرب سوطا في قذف) ظاهر واعترض بأن المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما أقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصلح أن يكون صفة لما أقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما أقيم بعد الاسلام أولى لما أن العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب أنا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم تترتب التتمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن زمان النهي رد شهادة قائمة للحال فيتقيد به

(قوله ولقائل أن يقول سلمنا الخ) أقول أنت خبير بأن المردود ليس هذه الشهادة التي حدثت بعد حصول عدالة الاسلام (قوله فكيف ينقلب موجبا للرد الخ) أقول لمسلم زنى في دار الحرب ثم خرج لم يحد وقد سبق (قوله مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده) أقول فيه شئ اذ ليست له تلك الشهادة بعد الاسلام حتى ترد (قوله والشهادة المقبولة الخ) أقول وسيجئ ان شاء الله تعالى في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل كلام متعلق بالمقام (قوله وقيل في الجواب الخ) أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبل الاسلام ثم لا يخفى أن هذا الجواب غير مناسب لما في الهداية فتأمل

فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن أبي يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول أصح قال (ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله) أما الاولان فلان المقصد من اقامة الحد حق الله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني

فلم يكن رد الشهادة صفة له (وعن أبي يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول أصح) لما ذكرنا وعرف انه لو أقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم أسلم وأقيم الباقي تقبل شهادته عند أبي يوسف أيضا وورد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام فينبغي أن لا يكون صفة وأيضا جعله صفة لما أقيم بعد الاسلام أولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر أجيب بأن النص ورد بالامر بالجلد والنهي عن القبول وليس أحدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما ما يمكن والممكن رد شهادة قائمة للحال فيتقيد النهي به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر وأصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزأ فادونه يكون تعزيرا لا حدا والتعزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة عن أبي حنيفة ثلاث روايات احداها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته اقامة للاكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المصنف عن أبي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلاث في النصراني اذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر في الجامع الصغير (قوله ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله) سواء قذف واحدا مرارا أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات كأن يقول يا فلان أنت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان بقذف قبل أن يحد لان حضور بعضهم للخصومة لحضور كلهم فلا يحد ثانيا الا اذا كان بقذف آخر مستأنف وحكي أن ابن أبي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدنا أخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع الاول أخذه بدون طلب المقذوف والثاني أنه لو خاصم وجب حد واحد والثالث أنه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يتربص بينهما يوما أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي أن يتعرف ان والديه في الاحياء أولا فان كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه أيضا في فروع نختم بها وقوله (غير مرة) يتعلق بكل واحد من الثلاثة أي من زنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات أو قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيفما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس وأحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر من قوله (أما الاولان) وهو كل من الزنا والشرب (فلان المقصد من اقامة الحد حق الله تعالى الانزجار) عن فعله في المستقبل (واحتمال حصوله) بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد (قائم فتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني) والحدود تدرأ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به ان الاجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرر عند التكرر بالتكرر الواقع بعد الحد الاول

(وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر) فكأن الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا (والاول أصح) لما ذكرنا أن النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ وقوله (ومن قذف أو زنى الخ) ظاهر

وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي ان اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

بل هذا ضروري فانك علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الائمة ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عندهم أعم من كونه بوصف الكثرة أو القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا الجلد مائة أو ثمانين ليس غير فاذا جلد ذلك وقع الامتثال ثم هو أيضا تارك مقتضى التكرر بالتكرر فيما اذا قذف واحدا مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحد مرتين وفي حد الزنا والشرب فالحق ان الاستدلال له بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى أن هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات انه حق الله تعالى أو حق آدمي فاذكر المصنف أخصر وأصوب وقوله (وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بهما) لا حاجة الى الحاقه بل عين الدليل المذكور يجري فيه وهو أنه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الاعراض فحيث أقيم ثبتت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره ليس غير (قوله وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب وسرق) ثم أخذ يعني وثبتت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حددنا في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه

﴿فروع﴾ ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقئ عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد ثم اذا برئ أخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى ويجعل حد الشرب آخرها فانه أضعف لانه بما لا يتلى وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكلما أقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصبر الامام مضيعا للحدود وهو منهي عن ذلك وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس والمعنى أن المقصود الزجر له ولغيره وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا أنه يضمن السرقة لو أتلفها لانه يجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد فلهذا يضمنه فيؤمر بايفائها من تركته ولا يقام حد في المسجد ولا فود ولا تعزير ولكن القاضي ان أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام في الغامدية أو يبعث أمينا كما فعل عليه الصلاة والسلام في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا أنكره ولا في شئ من الحدود لانه يقضي بالنكول وهو ممتنع في الحدود لان النكول اما بذل والبذل لا يكون في الحدود أو قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف على سببهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة أخذ المال بقيد فيحلف على أخذ المال لا على فعل السرقة وعند نكوله يقضي بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا أقام المقذوف بينة بالقذف سألهما القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا أنه قال يا زاني وهم عدول حد فان لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض

وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ويا عمر وأنت زان ويا خالد أنت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عندنا اختلاف السبب وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحقوق

الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفله على ما تقدم في الزنا فارجع اليه ولا تكفل في شئ من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول ولهذا يحبسه أبو حنيفة وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل ولهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجري في ايفائهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شئ من الحدود فأما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبي حنيفة اذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة في المصر فكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس فان أحضر بينة والا خلى سبيله وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة أيام وقالا حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد وفي أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعي من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وأبو حنيفة يقول هذا احتياط والحدود يحتاط في درئها لا في اثباتها وكان أبو بكر الرازي يقول مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل فأما اذا سمحت نفسه به فلا بأس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطلب بهذا القدر فأما ان أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يقم أحدا ولا يلازمه الا الى آخر المجلس فان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال ان له شاهدا آخر يومين أو ثلاثة هذا المقدار استحسان وهذا كله عند أبي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس في الحدود وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف في الزمان والمكان لا تبطل شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يمنع قبول الشهادة لانها انشاء سبب موجب للحد فلم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضى به كما لو اختلفا في اقراره بالقذف وانشائه له وأبو حنيفة يقول القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار الا أني أستحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل أن من تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قذفها قبل النكاح عليه الحد ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرهما بطلت شهادتهم لان عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوها وكذا لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر لست لأبيك ولو شهد أحدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه أقر انه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل في اثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قولي أجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير أن يطلق عنه ويقال له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتي بهم أطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يفتقر الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يتضرر به كالتأخير الى أن يحضر الجلاد وعن أبي يوسف يستأني به الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة أربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا في الشهود يمهل الى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرف انه لا يقبل منه الا أربعة فلو جاء بثلاثة حدهو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم فان شهد رجلان أو رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا اقراره بالزنا الا أن المعتبر في الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ولو زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطأ حراما على ما ذكرنا أو ارتد سقط الحد عن القاذف

﴿فصل فى التعزير﴾ لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر فى هذا الفصل الزواجر التى دونها فى القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع والاصل فى هذا أن من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير قال فى الفتاوى الظهيرية اعلم ان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضى اليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد التعزير بأخذ المال

﴿فصل فى التعزير﴾ قال الامام التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير فى آخر باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجب كل شئ صنعه الامام ليس فوقه امام مما يوجب الحد فلا حد عليه لان الاستيفاء اليه ولا يمكن أن يستوفى من نفسه واستيفاء نائبه عنه كاستيفائه بخلاف القصاص وحقوق العباد لان استيفاء ذلك الى أربابها وقال الشهيد وعلى هذا حد القذف ينبغى أن لا يجب على الامام لان المطلب فيه حق الله تعالى ذكر أبو اليسر ولهذا لو عفا لا يصح عمال فى الشافى لانه بالعفو رضى بانتهاك عرضه وهذا لا يمنع وجوب الحد فانه اذا رضى بقذفه لا يمتنع وجوبه ولا يعتاض عنه ولا يورث وفى التحليف خلاف ثم ذكر وكان المغلب فيه حق العبد بدليل أنه لا يسقط بالتقادم ولا بالردة ويقيمه القاضى بعلمه ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار ويشترط فيه الدعوى ويقام على المستأمن ولا يقام للابن على الاب ولا للمولى على عبده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وشرب الخمر فدل على ان المغلب حق العبد والاصول تشهد له فان حق الله وحق العبد اذا اجتمعا يغلب حق العبد لحاجته غير أن الامام يستوفيه دون المقذوف وان كان حقه لانه لو فوض اليه أقامه على أشد الوجوه غيظا فيتلفه وهو كالتعزير انه حق العبد واقامته للامام بخلاف القصاص فان الاستيفاء للولى لانه مقدر وبخلاف التعزير الواجب حقا لله تعالى لانه بلى اقامته كل أحد بولاية النيابة عن الله تعالى وسئل الهندوانى رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا قلت وهذا تنصيص منه على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وكذا القتل ثم وجدت المسئلة فى المنتقى عن أبى يوسف كذلك لكن وضعها وجد رجلا مع امرأته أو مع محرم له أو مع جاريته وفى نوادر ابن سماعة عن محمد رأى محصنا يزنى جاز له أن يرميه ويقتله وفى جامع قاضيخان فخر الدين فى باب من الشهادة فى الحدود ان الاصل فى كل شخص اذا رأى مسلما يزنى أن يحل له قتله وانما امتنع خوفا من

﴿فصل فى التعزير﴾

ولو أسلم بعد ذلك لان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس أو عته ولكن لا لزوال احصانه بل لتمكن شبهة انه لو كان ناطقا صدقه ولا يلقن القاضى الشهود ما تشتم به شهادتهم فى الحدود ﴿جنس آخر﴾ تقدم ان قوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لاحد عليه وهو من المبسوط وفى فتاوى قاضيخان قال أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد ولو قال أنت أزنى منى لا حد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى منى حد الرجل وحده ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيرا منك لا حد عليه وكذا لو قال لامرأة وطئك فلان وطأ حراما أو فجر بك أو جامعك حراما لا حد عليه وكذا اذا قال اخبرت انك زان أو أشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفا لهما لان العادة أن لا معية حال الزنا فانصرف الى معية الفعل دون الحضور ومن قال لست لابويك لا يكون قاذفا وهو ظاهر لست لانسان لست لرجل ليس قذفا رجل قذف ولده أو ولد ولده لا حد عليه ولو قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه حد قال لرجل قل لفلان ن يازانى فان قال الرسول للمرسل اليه فلان يقول لك يازانى لا حد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يازانى حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بقذفه بعد ذلك ولو قال له يا ابن الحجام أو يا ابن الحائك لا حد عليه ولو قال لرجل يا ابنى لا حد عليه لانه تلطف وكذا لو قال يا ابن النصرانى أو يا ابن اليهودى وفى الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال فى بيت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال أحرجه كرده ست لم يحد لانه ليس باشارة الى هذه الافعال ولو قال اين حه كرده ست فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وى اين حه كرد است يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثانى فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفى الفتاوى قال لرجلين أحد كما زان فقيل له هذا هو لاحدهما فقال لا لا حد عليه لان أصل القذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا يجب عليه الحد لان القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد ان يدعى ما لم يعين المستثنى ومن فروع تداخل حد القذف ما ذكره المصنف فى التجنيس عبد قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ولو جاء الاول فضرب أربعين ثم جاء به الآخر تمم له الثمانين لان الاربعين وقع لهما ما يبقى الباقى أربعين ولو قذف آخر قبل ان يأتى به الثانى تكون الثمانون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين مستأنفا لان ما بقى تمامه حد الاحرار فجاز أن يدخل فيه الاحرار وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا روسى يحد ولو قال يا قحبة فانه يعزر

﴿فصل فى التعزير﴾ لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهى أوكد أتبعها التعزير الذى

وقد قيل روى عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز وذكر الامام التمرتاشي ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى يلي اقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى

ان يقتله ولا يصدق في قوله انه يزني وفي الشافي ليس للولي أن يحد عبده أو أمته لانه حق الولاة وهم الذين يلون ذلك لأنهم الخلفاء في الشرع وله أن يعزرهما لان التعزير تأديب فجاز أن يليه المولى عاين القاضي رجلا يزني أو يشرب لم يحد استحسانا وعن محمد يحد وهو القياس اعتبارا بسائر الحقوق وحد القذف والقصاص وجه الاستحسان الاستيفاء الى القاضي والقاضي مندوب الى الدرء بالخبر فلحقته التهمة فيما يستوفيه ولا يستوفي وفي سير بكر اذا شتم الامام الاعظم أحد يفوض الى غيره اقامته لا يقيمه بنفسه ولا يشتم وفي أدب القاضي القاضي اذا ولى غيره في القضاء له وعليه جاز ويجوز قضاء المقلد للمقلد وعليه كان المقلد الخليفة أو قاضي القضاة لان المقلد ليس بنائب عن المقلد بل هو نائب عن المسلمين ولهذا لا ينعزل بموته فكل من تقبل شهادته له ينفذ قضاؤه له وما لا فلا وفي النظم وكذا قضاؤه لنائبه وفي جمع النسفي لا ينفذ قضاؤه للمقلد واستشهد بمن توكل بشئ ثم استقضى فيقضي لموكله في تلك الحادثة لم يجز لانه قضاء لمن ولاه ذلك وكذا نائب القاضي قال وقعت هذه الحادثة لقاضي القضاة المروزي فقال لي يجب أن يجوز لان نائبي يعمل للشرع لا لي فقلت هل أنت اذا بنفسك لنفسك فأنت نائب الشرع فانقطع فالوجه لمن ابتلي بمثل هذا أن يطلب من السلطان وجب الذي ولاه أن يولي قاضيا آخر حتى يختصما اليه فيقضي أو يحكما واحدا اه (قوله وقيل روى عن أبي يوسف الى قوله جائز) أقول قال الزاهدي في شرح القدوري في بحث التعزير بالمال ولم يذكر كيفية أخذ المال وأرى أن يأخذها ويمسكها فان أيس عن توبتهم يصرفها الى ما يرى شط التعزير بأخذ المال كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ اه المراد من قوله شط شرح الطحاوي (قوله وذكر الامام التمرتاشي)

هو دونها في المقدار والدليل والتعزير تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا أمر بضرب الزوجات تأديبا وتهذيبا وفي الكافي قال عليه الصلاة والسلام لا ترفع عصاك عن أهلك وروي أنه عليه الصلاة والسلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وفي المحيط روي عنه عليه الصلاة والسلام قال رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه أهله وأقوى من هذه الاحاديث قوله عليه الصلاة والسلام لا يجلد فوق عشر الا في حد وسيأتي وقوله واضربوهم على تركها لعشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو أن الزجر عن الافعال السيئة كي لا تصير ملكات فيفحش ويستدرج الى ما هو أقبح وأفحش فهو واجب وذكر التمرتاشي عن السرخسي أنه ليس فيه شئ مقدر بل مفوض الى رأي القاضي لان المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج الى اللطمة والى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال وعندهما وباقي الائمة الثلاثة لا يجوز وما في الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ كقول أبي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل أحد بعلة النيابة عن الله وسئل أبو جعفر الهندواني عمن وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم أنه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المرأة يحل قتلها أيضا وهذا تنصيص على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل أحد ذلك حيث قال من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود فانها لم تثبت تولية الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا أن يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا رآه الامام واجب وهو قول مالك وأحمد وعند الشافعي ليس بواجب لما روي أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي أرضه فلم يوافق غرضه أن كان ابن عمتك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا أن ما كان منصوصا عليه من التعزير كما في وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة أو علم أنه لا ينزجر الا به

(ومن قذف عبدا أو أمة أو ولد أو كافرا بالزنا عزر) لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير (وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق) لانه آذاه وألحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام (ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر)

وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وما علم أنه ينزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما أصاب من المرأة فانه لم يذكره للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره ليس الا للاستعلام بموجبه ليفعل معه وأما حديث الزبير فالتعزير لحق آدمي هو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضيخان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجري فيه اليمين يعني اذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضى بالنكول ولا يخفى على أحد أنه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فحق العبد لا شك في أنه يجري فيه ما ذكر وأما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا أنه يجب على الامام ولا يحل له تركه الا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز اثباته بمدع شهد به فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضيخان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روى عن أبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن أن يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة لانه اذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا يعزر يعني بالضرب في أول مرة فان عاد عزره حينئذ بالضرب ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن يكون تعزيره بما ذكرنا وقد روى عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروءة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروءة عندي في الدين والصلاح (قوله ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) بالاجماع الا على قول داود في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية التي لها ولد مسلم قال يحد به وانما عزر (لانه) أي هذا الكلام (جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر او يا خبيث أو يا سارق) ومثله يا لص أو يا فاجر أو يا زنديق أو يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط أو يا لوطي أو قال أنت تلعب بالصبيان يا آكل الربوا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا مأوى الزواني يا مأوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر هكذا مطلقا في فتاوى قاضيخان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح أما لو قال لفاسق يا فاسق أو للص يا لص أو للفاجر يا فاجر لا شئ عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه آذاه بما ألحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه أما من علم فان الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسئل عن نيته ان أراد أنه من قوم لوط عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام فلا شئ عليه وان أراد أنه يعمل عملهم عزر على قول أبي حنيفة وعندهما يحد والصحيح أنه يعزر ان كان في غضب قلت أو هزل ممن تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه بانيان مية أو بهيمة عزر قال المصنف (الا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى) وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا (لانه من جنس ما يجب به الحد) وهو الرمي بالزنا (وفي الثانية) وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي (الرأي الى الامام) (قوله ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر) لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين أصلا بل انما ألحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذئب يا حجام يا بغاء يا ولد حرام يا عيار يا ناكس

وقوله (ومن قذف عبدا أو أمة) ظاهر وقوله (في الجناية الاولى) يعني ما اذا قذف عبدا أو أمة أو أم ولد بالزنا (لانه) أي القذف بالزنا (من جنس ما يجب فيه الحد) وقوله (في الثانية) يعني قوله يا فاسق الخ

أقول في باب الوطء الذي يوجب الحد

وقوله (لانه ما الحق الشين به المتيقن بنفيه) قيل بل يلحق الشين بالقاذف لان كل أحد يعلم انه أدمى وان القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع وأما يجرى على ألسنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا فى غير حد وفيه نبوة تعرف بالتأمل الصحيح وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حدا فى غير حد فهو من المعتدين (فاذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا الى أدنى الحد) وهو حد العبد فى القذف (فصرفاه اليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطا) وهذا حق لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتنكير فى الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد فى المذهبين جميعا هو أن البلوغ الى تمام الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع أو ثلث أو عشر فيصار الى أقل ما يمكن المتيقن به تطهيره وقت الصلاة فان الكل لما لم يمكن أن يكون سببا وليس بعده جزء معين صير الى أقل ما يمكن وهو الجزء الذى لا يتجزأ وكلامه واضح

(قوله والتقدير من بلغ التعزير الخ) أقول هو كلام صاحب النهاية (قوله فصرفاه اليه وذلك أربعون الخ) أقول المتيقن قال الاتقانى فى قوله فصرفاه اليه أى صرف أبو حنيفة ومحمد التعزير الى أدنى الحد فنقصا منه سوطا اه والاوجه أن يقال أى قصرفا الحد المذكور فى الحديث بصحيح الى أدنى الحد (قوله والتنكير فى الحديث ينافيه) أقول المطلق قد ينصرف الى الكامل كما بين فى علم الاصول فقوله والتنكير ينافيه ممنوع

لانه ما ألحق الشين به المتيقن بنفيه وقيل فى عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث جلدات وقال أبو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا الى أدنى الحد وهو حد العبد فى القذف فصرفاه اليه وذلك أربعون سوطا فنقصا منه سوطا وأبو يوسف اعتبر أقل الحد فى الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا فى رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفى هذه الرواية نقص خمسة وهو ما أثر عن على فقلده

يا منكوس يا سخرة يا صحكة يا كشحان يا ابله يا ابن الحجام وأبوه ليس بحجام يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقى يا مؤاجر يا موسوس لم يعزروا لحق ما قاله بعض أصحابنا أنه يعزر فى الكشحان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمرادبه والقرطبان فى العرف الرجل الذى يدخل الرجال على امرأته ومثله فى ديار مصر والشام المعرص والقواد وعدم التعزير فى الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية بين علمائنا الثلاثة واختار الهندوانى أنه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان هذه الالفاظ تذكر للشتيمة فى عرفنا وفى فتاوى قاضيخان فى يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه أبى جعفر أنه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح أنه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفى المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب وذكر قاضيخان عن أمالى أبى يوسف فى يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفى رواية لمحمد لا يعزر وهو الصحيح والمصنف استحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فتحصلت ثلاثة المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندوانى يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله أولا فلا ويعزر فى مقامرو فى قذر قيل وفى بليد وانا أظن أنه يشبه يا ابله ولم يعزروا به (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا) عند أبى حنيفة (ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا والاصل) فى نقصه عن الحدود (قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين) ذكر البيهقى أن المحفوظ أنه مرسل وأخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ناجية فى فوائده حدثنا محمد بن حسين الاصبحى حدثنا عمر بن على المقدمى حدثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن فى كتاب الآثار مرسلا فقال أخبرنا مسعر بن كدام قال أخبرنى (٢) أبو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند أكثر أهل العلم واذا لزم أن لا يبلغ به حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا الى صرافة عموم النكرة فى النفى فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليهما بالنص المذكور) خصوصا والمحل محل احتياط فى الدرء (وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا فى رواية) هشام عنه (وهو قول زفر وهو القياس) لانه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهى عنه وفى ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر أن سبب اختلاف الرواية عنه أنه أمر فى تعزير رجل بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذى كان عنده أنه أمر بخمسة وسبعين وانما أمر بتسعة وسبعين قال وروى مثله عن عمر يعنى خمسة وسبعين وليس

---

(٢) بهامش نسخة العلامة البحراوى الذى فى نسخ التخريج الوليد بحذف لفظ أبو فليحرر كتبه مصححه

ثم قدر الادنى فى الكتاب بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان أدناه على ما يراه الامام فيقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن أبى يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس

بصحيح ونقل عن أبى الليث قال قيل إن أبا يوسف أخذ النصف من حد الاحرار وأكثره مائة والنصف من حد العبيد وأكثره خمسون فتحصل خمسة وسبعون ومنع صحة اعتبار هذا الاخذ وهو لا يضره بعد أن أثره عن على كما ذكر فى الكتاب من أنه قلد عليا فيه وكونه لا يعقل يؤكده اذ الغرض أن ما لا يدرك بالرأى يجب تقليد الصحابى فيه وانما يتم جوابه بمنع ثبوته عن على كما قال أهل الحديث انه غريب ونقله البغوى فى شرح السنة عن ابن أبى ليلى وبقولنا قال الشافعى فى الحر وقال فى العبد تسعة عشر لان حد العبد فى الخمر عنده عشرون وفى الاحرار أربعون وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام أن يزيد فى التعزير على الحد اذا رأى المصلحة فى ذلك مجانبا لهوى النفس لما روى أن معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه فكلم فيه فضربه مائة أخرى فكلم فيه فضربه مائة ونفاه وروى الامام أحمد باسناده أن عليا أتى بالنجاشى الشاعر قد شرب خمرا فى رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطا للفطر فى رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز أن يبلغ بما هو أهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا وحديث معن يحتمل انه ذنوبا كثيرة أو كان ذنبه يشتمل كثرة منها التزوير وأخذه مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة ممن كانت نفسه عارية عن استشرافها وحديث النجاشى ظاهر ان لا احتجاج فيه فانه نص على ان ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره فى رمضان وقد نصت على انه لهذا المعنى أيضا الرواية الاخرى القائلة ان عليا أتى بالنجاشى الشاعر وقد شرب الخمر فى رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين بجرأتك على الله تعالى وافطارك فى رمضان فاين الزيادة فى التعزير على الحد فى هذا الحديث وعن أحمد لا يزاد على عشرة أسواط وعليه جل بعض أصحاب الشافعى مذهب الشافعى لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبى وقد صح عنه عليه السلام فى الصحيحين وغيرهما من حديث أبى بردة انه قال لا يجلد فوق عشرة أسواط الا فى حد من حدود الله وأجاب أصحابنا عنه وبعض الثقات بأنه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار أحد وكتب عمر الى أبى موسى رضى الله عنهما أن لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الى الاربعين وبما ذكرنا من تقدير أكثره بتسعة وثلاثين يعرف أن ما ذكر مما تقدم من انه ليس فى التعزير شئ مقدر بل مفوض الى رأى الامام أى من أنواعه فانه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره أما ان اقتضى رأيه الضرب فى خصوص الواقعة فانه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين (قوله ثم قدر الادنى فى الكتاب) يعنى القدورى (بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان أدناه على ما يراه الامام فيقدر بما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس) وجه مخالفته هذا الكلام لقول القدورى انه لو رأى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح فى الخلاصة فقال واختيار التعزير الى القاضى من واحد الى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدورى أنه اذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الامام ان هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لانه حيث وجب التعزير بالضرب فأقل ما يلزم أقله اذ ليس وراء الاقل شئ وأقله ثلاثة ثم يقتضى انه لو رأى انه انما ينزجر بعشرين كانت العشرون أقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو رأى انه لا ينزجر بأقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فانه أقل ما يجب منه فى ذلك الرجل وتبقى فائدة تقدير أكثره بتسعة وثلاثين انه لو رأى انه لا ينزجر الا بأكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الاكثر فقط ثم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله وعن أبى يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره) واحتمال المضروب وعدم احتماله (وعنه انه يقرب كل نوع) من أسباب التعزير (من بابه) فيقرب بالمس

وقوله (فيقرب المس والقبلة من حد الزنا) يعنى فيكون فيه أكثر الجلدات وقوله (والقذف بغير الزنا من حد القذف) يعنى فيكون فيه أقل الجلدات

وقوله (لانه) يعنى الحبس (صلح تعزيرا) وقوله (وقد ورد الشرع به) أى بالحبس وهو ما روى انه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير (وقوله ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة) لايضاح ان الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير أى لم يشرع الحبس بسبب التهمة فى الشئ الذى يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا فقال يا فاسق أو يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفى فصل الحد يحبس بالتهمة لان فى باب الحد شيأ آخر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز أن يحبس فى تهمته لتناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفى باب الاموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لان الاقصى فيهما عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيهما لكان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما يأباه الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم ان الحبس من التعزير اذا لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس عند تهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام أن يضمه الى الضرب ان رأى ذلك كما أن

والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال (وان رأى الامام أن يضم الى الضرب فى التعزير الحبس فعل) لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به فى الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم اليه ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع فى الحد لانه من التعزير قال (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يؤدى الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء

والقبلة للاجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمى بغير الزنا من المعاصى من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه يعزر فى اللمس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير ويعزر فى قوله لمحسن يا كافر ويا خبيث أقل جلدات التعزير لكن فى فتاوى قاضيخان أن أسباب التعزير ان كان من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير وان كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب أقصاه فيكون مفوضا الى رأى الامام (قوله وان رأى الامام أن يضم الى الضرب فى التعزير الحبس فعل) وذلك بان يرى ان أكثر الضرب فى التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها أو هو فى شك من انزجاره بها يضم اليه الحبس (لان الحبس صلح تعزيرا) بانفراده حتى لو رأى الامام أن لا يضربه ويحبسه أياما عقوبة له فعل ذكره فى الفتاوى وغيرها وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتفى به (وقد ورد به الشرع فى الجملة) وهو ما سلف من انه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة (فجاز أن يضمه) اذا شك فى انزجاره بدونه (قوله ولهذا) أى ولان الحبس بمفرده يقع تعزيرا تاما (لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته) أى لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة أو انه ضربه وأقام شهودا لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس فى الحدود وهذا لانه اذا عدلت الشهود كان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم اعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لانه اذا شهدوا بموجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيأ آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة (قوله وأشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يؤدى الى فوات المقصود) من الانزجار (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء) لجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذكر فى المحيط أن محمدا ذكر فى حدود الاصل

للامام الرأى فى تقدير الضربات فكذلك فى ضم الحبس الى الضرب قال وأشد الضرب التعزير قال الحاكم فى الكافى وضرب التعزير أشد من ضرب الزانى وضرب الزانى أشد من ضرب الشارب وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف وضرب القاذف أخف من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير أشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف (فلا يخفف ثانيا فى وصفه كى لا يؤدى الى تفويت المقصود) وهو الزجر واختلف المشايخ فى شدته قال فى شرح الطحاوى قال بعضهم هو الجمع فى عضو واحد بجمع الاسواط بعضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته فى الضرب لا فى الجمع ويدل على ذلك ما روى أبو عبيدة وغيره ان رجلا اقسم على ان أم سلمة رضى الله عنها فضربه عمر رضى الله عنه ثلاثين سوطا كلها بضغ ويحدر أى يشق ويورم ومعلوم ان عمر رضى الله عنه ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير اليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء فلو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشئ بنفسه

قال المصنف (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء) أقول قال صاحب الكافى فى حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وفى أشربة الاصل يضرب التعزير فى موضع واحد وليس فى المسئلة اختلاف الروايتين وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول اذا بلغ التعزير أقصاه بان أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج وموضوع الثانى اذا لم يبلغ أقصاه بان كان فيما عدا هذين الموضعين اه وفى فتاوى الامام التمرتاشى فى التعزير لا يفرق الضربات لانه قليل ولو فرق لم يقع به الزجر ويضرب على الظهر أو على الالية وفى المنتقى قالوا هذا فى أدنى التعزير وهو ضرب سوط أو سوطين أو ثلاثة أسواط وأما فى أقصاه فيفرق اه

وقوله (ثم حد الزنا) ظاهر وقوله (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) ذكر مسئلتين احداهما مبنية على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اتيان المأمور به والاخرى على الاطلاق وهو نقيضها والفرق بينهما ان الامر لطلب المأمور به وهو من الاثباتات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لانه حينئذ يشبه القمار ولانه لما وجب على المأمور ذلك الفعل بالامر فيأتي المأمور بما في وسعه غير مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المأمور في ضرب الوجوب وأما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق في اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي أن يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق (وقال الشافعي في التعزير تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله أعلم)

قال (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

أن التعزير يفرق على الاعضاء وذكر في أشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان بل موضوع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته بأن أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والا أفسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضوع ما في الاشربة ما اذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها واذا حد عددا يسيرا فالاقامة في موضع واحد لا تفسده وتفريقها أيضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في محل واحد وعلى هذا فمعنى شدة الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل اذ صح أنه لا يجمع في عضو واحد مطلقا (ثم حد الزنا) يلي التعزير في الشدة (لانه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم) وهو اتلاف النفس بالكلية (ثم حد الشرب) لانه ثبت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن وفي زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم (ولان سببه متيقن) فيكون سببيته لا شبهة فيها والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة أو الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل يفيد انه شرعا بمعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو ان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا كذلك القذف يثبت بالبينة أو الاقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه فرية وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه اليه (ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ) مرة أخرى (من حيث الوصف) وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال علي رضي الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظرا الى المظنة فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير وأخفها حد القذف وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بأنه يحد ويعزر في ازار واحد وفي فتاوى قاضيخان يضرب في التعزير قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير

(قوله ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعي رحمه الله يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان أصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مأمور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير بحق الله تعالى (وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كما في الفصاد) لانه لا بد له من الفعل والا عوقب والسلامة

قال المصنف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) أقول يقال ذهب دمه هدرا أي باطلا واعلم ان هذا ينبغي أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقط لما مر في باب الشهادة على الزنا من انهما غرما بيت المال لو مات من الجلد قال المصنف (في بيت المال) أقول وفي قول آخر في ماله كما سبق في باب الشهادة على الزنا قال المصنف (من غير واسطة) أقول أي من غير واسطة جلد الجلاد فلا يكون الاتلاف خطأ منه (قوله وأما الاطلاق فاسقاط) أقول الاطلاق رفع القيد

كتاب السرقة

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع

خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب وهو بين أن يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه أو يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مؤلم زاجر وقد يتفق أن يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناح في الفعل واطلاقه وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به وذكر الحاكم أنه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا أدب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي أما لو جامع زوجته فماتت أو أفضاها لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ذكره في المحيط مع أنه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد ﴿تتمة﴾ الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه قالوا لو قال له يا خبيث الاحسن أن يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا بأس واذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه وكذا الزوجة وفي فتاوى القاضي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن يظهر التوبة وفيها عن أبي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى أنه يخلق ما يفعل إن تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كانت المرتدة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روي عن عمر أنه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة زاد في فتاوى قاضيخان وان كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدري كيف يقول فان هذا الساحر يقتل اذا أخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا سحر ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد أن له أثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير أعني عدم الحكم بارتداده فينبغي أن يكون حكمه أن يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم أن فلانا يتعاطى من المناكير لابيه قالوا ان وقع في قلبه أن أباه يقدر أن يغير على ابنه يحل له أن يكتب اليه وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين الرجل وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شربه الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم الذي يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن تظهر التوبة وكذا يسجن من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة والله أعلم

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي في ترتيبها في التعليم ترتب أسبابها في المفاسد فما كانت مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف لان تعلمه وتعلمه أهم وأعظم المفاسد ما يؤدي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدي الى افساد العرض وهو القذف فانه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزق أمرا قبيحا ويليه ما يؤدي الى اتلاف المال فانه الامر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخرا فأخره والسرقة

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب وقوله تعالى الا من استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية

(قوله لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس) أقول أراد بصيانة النفوس ما يشمل صيانة العقول والاعراض أيضا فان الاول صيانة جزئها والثاني صيانة ما يتصل بها فانه صيانة ماء الوجه (قوله لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال) أقول لأن المال وقاية النفس قال الله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا وقال الشاعر

أصون عرضي بمالي لا أدنسه
لا بارك الله بعد العرض في المال

وقوله (وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) هي أن يقال السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا المتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة (والمعنى اللغوى) وهو أخذ الشئ من الغير على سبيل الخفية والاستسرار أو أمر (مراعى فيها) قال صاحب النهاية اعلم أن ما نقله الشارع الينا على ثلاثة أقسام أحدها ما هو المقرر على ما أنبأ به اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء اخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم والثانى ما هو المعدول عما أنبأ به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم فان الصلاة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوى وكذلك فى غيرها والثالث ما أنبأ به اللغة مقرر مع زيادة شئ فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرناه وفيه نظر لان الصلاة فى اللغة الدعاء وهى مقررة فى الشرع مع زيادة أوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد والمعانى اللغوية فى كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف ويمكن أن يجاب عنه بأنه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله (كما اذا نقب الجدار على الاستسرار) نظير ما يكون معناه اللغوى موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول لظهوره وكان القياس أن لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة أى مقاتلة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل

وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوى مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفى الكبرى أعنى قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدى لحفظ الطريق بأعوانه وفى الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه

تفسير لغة وهو ما ذكر فى الكتاب وهو أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفى الشريعة هى هذا أيضا وانما زيد على مفهومها قيود فى اناطة حكم شرعى بها اذ لا شك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهى شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعى فاذا قيل السرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التى علق بها الشرع وجوب القطع هى أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عن هو متصد للحفظ مما يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتمم الشبهة فى التأويل قيل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذى الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هى فى مفهومها اللغوى والزيادات شروط غير مرضى والقطع بأنها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها فى الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والفرض انه لا يتبادر الدعاء قط هذا وسيأتى فى السارق من السارق خلاف (قوله والمعنى اللغوى) يعنى الخفية (مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء) وذلك فى سرقة النهار فى المصر (أو ابتداء لا غير) وهى فى سرقة الليل فلذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن فى يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره فى المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك فى الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات فى الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفى فى الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب

الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع فى أكثر السرقات لان أكثرها فى الليالى يصير مغالبة فى الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله (أو من يقوم مقامه) يعنى المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن

(قوله وقوله وقد زيدت عليه الى قوله ان يقال السرقة الخ) أقول هنا نوع مسامحة فى العبارة (قوله السرقة أخذ مال الغير الخ) أقول هذه هى السرقة التى توجب القطع والا فسرقة مادون نصاب سرقة أيضا لغة وشرعا فان العبد اذا سرق مادون النصاب رد على بائعه بعيب السرقة ولا يقطع كذا فى الخلاصة وغيرها (قوله محرزا للتمول الخ) أقول احترز عن سرقة المصحف وصحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر فان المصحف وكتب الحديث يدخران للقراءة لا للتمول وكذا غيره لا يقصد به التمول بل معرفة الحكم والامثال (قوله غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل) أقول احترز عن أخذ صاحب الحق خلاف جنس حقه اذا قال أخذت لاجل حقى فانه أخذه متأولا (قوله فان الصلاة شرعا عبارة الخ) أقول قال العلامة فخر الدين الزيلعى فى أول كتاب الصلاة الصلاة فى اللغة العالية الدعاء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم أى ادع لهم وانما عدى بعلى باعتبار لفظ الصلاة وفى الشرع عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغييرا انتقالا وفى الغاية والظاهر انها منقولة لوجودها بدونه فى الاعمى انتهى وفيه تأمل فان الدابة منقولة الى ذوات القوائم الاربع مع وجود المعنى الأصلى فيها (قوله والثالث ما انبأ به مقررا الخ) أقول أى ما أنبأ به اللغة (قوله وهى مقررة فى الشرع) أقول فيه ان الصلاة ليس يلزم ان يشتمل على معنى الدعاء كما فى الاعمى (قوله وان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ) أقول فكان فيه شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات

قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه) على ما سيظهر لك معناه (وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والآية كما ترى عام لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية الملتزمة للجزاء. وأما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري

رضي الله عنه مستدلا بظاهر الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب أصلا بخلاف

قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع) والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفترق في الحقير وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل المتيقن به أولى

كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان أخذ المباح يسمى اصطيادا أو احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فأخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي

الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع وانما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور وأما شروط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في أثناء المسائل (قوله واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما) لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب (قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير) اختلف في انه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لا بد من مقدار معين لا يقطع في أقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمقدار لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم في الاول التأويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة البيضة من الحديد أو النسخ ولو قيل ونسخه أيضا ليس أولى من نسخ ما روينا قلنا التاريخ بقي وجه أولوية الحمل وهو مع الجمهور فان مثله في باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد اطلاق الآية وبالعقل وهوان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع أصلا كعبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية (وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق) بأخذه (ركن السرقة) وهو الاخذ خفية (ولا حكمة الزجر) أيضا (لانها فيما يغلب) فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزجر عنه فهذا مخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون لمقدار معين في تعيينه فذهب أصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك وأحمد الى انه ربع دينار أو ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر

قال المصنف (واذا سرق العاقل البالغ الخ) أقول قال في الكنز السرقة أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ انتهى قال العلامة الزيلعي في شرحه قوله مضروبة اشارة الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا والفرق بينهما ان الحدود تدرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا أواني الفضة عن أواليوف اذا سرق ما وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى وأنت خبير بأن المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتأمل فانه يقال ذلك فيما اذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم والا فيتحقق الشبهة (قوله لانه خطاب الشرع الخ) أقول فيه ان الخطاب للائمة لا للسراق (قوله لانه مشتق) أقول بالاشتقاق الكبير وفيه ما فيه (قوله من السرقة الخ) أقول لعل هذا مغالطة ناشئة من اشتراك اللفظ

غير أن الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى احتياطا للدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا تقطع الا في دينار او عشرة دراهم

عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقا سرق في زمن عثمن بن عفان اترجة فأمر بها عثمن فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر بدينار فقطع عثمن يده قال مالك أحب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف أو اتضع وذلك لانه عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في أترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا أحب ما سمعت الى انتهى وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم أخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا (غير أن الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها) وفي مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم وقد ظهر أن المراد مما ذكر المصنف من قوله ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به إذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم (ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى احتياطا للدرء) فعرف انه قد قيل في ثمن المجن أكثر مما ذكر ويريد بذلك حديث أيمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن أيمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عنه ونقل عن الشافعي أنه قال لمحمد بن الحسن رضي الله عنه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن ابن أم أيمن أخي أسامة بن زيد لامه وان الشافعي أجاب بأن أيمن ابن أم أيمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل أن يولد مجاهد قال ابن أبي حاتم في المراسيل وسألت أبي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل وأرى انه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر أن أيمن اسم للصحابي فهو ابن أم أيمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعي آخر وقال أبو الحجاج المزي في كتابه أيمن الحبشي مولى بني مخزوم روى عن سعد وعائشة وجابر وروى عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة ثم قال أيمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن أبي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما أحسب ان له صحبة فقد جعله اسما لتابعيين وأما ابن أبي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن أبي حاتم أيمن الحبشي مولى ابن أبي عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال سمعت أبي يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال مكي ثقة وقال ابن حبان في الثقات أيمن بن عبيد الحبشي مولى لابن أبي عمر المخزومي من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن أيمن وكان أخا أسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم أن له صحبة فقد وهم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من التابعين وهكذا فعل الدارقطني في سننه أيمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله

والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود

قال المصنف (غير ان الشافعي) أقول أنت خبير بانه لا يدل على اعتبار التقدير بربع دينار بل وجهه أمر آخر وهذا الدفع المخالفة بين الروايتين قال المصنف (وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم) أقول فيه انهم صرحوا بأن ما يصلح علة لا يصلح مرجحا

وقوله (واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا) بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله (وهو الاصح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة ما يدل على أن المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رضي الله عنها أن يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن مجن جحفة أو ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن ثمنه ثلاثة دراهم وقد أخذ به مالك رضي الله عنه وروت عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه أخذ الامام الشافعي رضي الله عنه فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاث دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما روى في السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه السلام لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتياط للدرء فوجب العمل به

(قوله الا في ثمن مجن جحفة) أقول بالتحريك بتقديم الحاء (قوله ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث اما أولا فلان قوله ولا مرجح ممنوع وأما ثانيا فلان ثمرحه ما يكون لا يطابق المشروح الا ترى الى قول صاحب الهداية ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى الخ (قوله وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل الخ) أقول فيه بحث اذ ما ادعاه من الاستلزام غير ظاهر بل الظاهر عكس ذلك والجواب ان مراده العمل بمذهبنا عمل بالمتفق عليه دون مذهبهما فانه مختلف فيه وأدنى درجات الخلاف ايراث الشبهة فتأمل

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة

عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في أيمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي أو تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره أبو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتباره وحينئذ فقد اختلف في تقويم ثمن المجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما أمكن في الحدود ثم يقوي بما رواه النسائي أيضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وأخرجه الدارقطني أيضا وأخرجه هو وأحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكذا اسحق بن راهويه وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المصنف وتأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه وأشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روي عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند أبي حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال كان قطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف بن ياسين عن أبي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم وأخرجه ابن حرب من حديث محمد بن الحسن عن أبي حنيفة برفعه لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع (قوله واسم الدراهم) يعني في الحديث وهو قوله أو عشرة دراهم (ينطلق على المضروبة عرفا) فاذا أطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري (وهو ظاهر الرواية وهو الاصح) للظاهر من الحديث و (رعاية لكمال الجناية) لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا يقطع بها ولو تجوز بها الان نقصان الوصف بنقصان الذات وعن أبي يوسف يقطع بها اذا كانت رائجة (حتى لو سرق عشرة تبرا) أي فضة غير مضروبة صحكا (قيمتها أقل من عشرة مضروبة كذلك لا يجب القطع) على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وأنت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة (قوله والمعتبر وزن سبعة) يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها

مثاقيل لانه هو المتعارف فى عامة البلاد وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولابد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى قال (والعبد والحر فى القطع سواء) لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس (ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقطع إلا بالاقرار مرتين) وروى عنه انهما فى مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهى البينة كذلك اعتبرنا فى الزنا

قال (والعبد والحر فى القطع سواء) قدم ذكر العبد على الحر لكونه أهم لان عدم التساوى انما يتوهم من جهته وكلامه واضح

ما يكون وزن عشرة وزن سبعة (مثاقيل) كما فى الزكاة وتقدم بحثنا فيها فى الزكاة وهو انه ينبغى أن يراعى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا وأما هنا فمقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت فى زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة أن يعتبر فى القطع وزن عشرة فهذا مقتضى أصلهم فى ترجيح تقدير المجن بعشرة بأنه أدرأ للحد وما كان دارئا كان أولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لانسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثورى وعطاء ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك فى زمنه صلى الله عليه وسلم فلا (قوله وقوله) أى قول القدورى (أو ما يبلغ قيمته عشرة اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا) حتى لو سرق دينارا قيمته أقل من عشرة لا يقطع ذكره فى المحيط قال والمراد من الدينار المذكور أنه يقطع به فى الحديث ما يكون متقوما به لا قيمة الوقت أى يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جياد بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا فى الوقت كذلك أو لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولابد من كون قيمة غير الفضة بعشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق فى بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ فى أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع وفى قول الطحاوى يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مصكوكة لا يقطع لانه يخالف النص وهو قوله لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم فى محل النص وهو أن يسرق وزن عشرة ولابد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب المأخوذ وعليه ذكر فى التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوى عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ألا يرى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوى درهما ولابد من أن يكون المسروق منه بدا صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا فى الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب بمرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع (قوله والعبد والحر فى القطع سواء لان النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فيتكامل) وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لاموال الناس) والرق منصف فاما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة وما لا كمل ضرورة والاهدر السبب فى حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق فى الجلد فحد على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء (قوله ويجب القطع باقراره مرة واحدة عند أبى حنيفة ومحمد) ومالك والشافعى وأكثر

قال المصنف (اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا) أقول فيه تأمل فان المذكور فى الحديث الذى رواه أصحابنا الا فى دينار أو عشرة دراهم فغابا لهم لم يعتبروا القيمة بالدينار مع تقدمه فى الذكر والاحتمال فيه للدره أشد ولم يقوموا جنس الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدراهم وغيرهما بأحدهما ايا ما كان لم أقف على وجهه فى كتبهم الى الآن ولعل مستندهم ان تقويم المجن وقع بالدراهم فى الرواية التى أخذوا بها وفيه تأمل وجواب ذلك مذكور فى الكافى فراجعه

بالاقرار مرة) السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين

ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما فى القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد فى الاقرار شيأ لانه لا تهمة وباب الرجوع فى حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع فى حق المال لا يصح أصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة فى الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما فى سائر الحقوق

علماء هذه الامة (وقال أبو يوسف لا يقطع الا بالاقرار مرتين) وهو قول أحمد وابن أبى ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن أبى يوسف اشتراط كون الاقرارين فى مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى أما المنقول فما روى أبو داود عن أبى أمية المخزومى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما إخالك سرقت فقال بلى يا رسول الله فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرار اقراره وأسند الطحاوى الى على رضى الله عنه أن رجلا أقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فأمر به فقطع فعلقها فى عنقه وأما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها فى العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار به بعدد الشهود نظيره الحاق الاقرار فى حد الزنا فى العدد بالشهادة فيه ولابى حنيفة ما أسند الطحاوى الى أبى هريرة فى هذا الحديث قالوا يا رسول الله أن هذا سرق فقال ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة وأما المعنى فمعارض بحد القذف والقصاص وهو وان لم يكن حدا فهو فى معناه من حيث إنه عقوبة هكذا ظهر الموجب مرة (فيكتفى به كالقصاص وحد القذف) وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لان اعتبار العدد فى الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة فى الاقرار اذ لا يتهم الانسان فى حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على أن الاقرار الاول اما صادق فالثانى لا يفيد شيأ اذ لا يزداد صدقا وإما كاذب فبالثانى لا يصير صدقا فظهر أنه لا فائدة فى تكراره فان قيل فائدته رفع احتمال كونه رجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع فى حق الحد لا ينتفى بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل فى الحدود ولا يصح فى المال رجوعه بوجه (لان صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه وأما النظر المذكور أعنى اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما فى الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس وكيف وحكم أصله وهو الزيادة فى العدد معدول عن القياس فالواقع أن كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار فى الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه وتعالى أعلم ﴿فروع﴾ من علامة العيون قال أنا سارق هذا الثوب يعنى بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال وفى عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع فى العشرة دنانير ويضمن مائة درهم هذا اذا ادعى المقر له المالين وهو قول أبى حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى فى حق القطع ولم يصح فى حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية فى حق القطع وبه ينتفى الضمان بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيأ لو ادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين فوجب القطع وانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهما فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه فى الرجوع الى المائة لا ضمان (قوله ويجب بشهادة شاهدين كما فى سائر الحقوق) وهذا باجماع

(قوله وجدت الاعتراض الى قوله ساقطا) أقول الاعتراض للسغناقى

الامة

و بيان قوله ان السرقة ظهرت وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة واذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنا أيضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا (قوله ولا اعتبار بالشهادة) جواب عن قياس احدى الجنبين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد فى الاقرار شيأ لانه لا تهمة فيه وقوله (وباب الرجوع) جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما فى الزنا ووجه ذلك انه لو أقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه فى حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع عن المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا أن لا فائدة فى تكرار الاقرار لا فى حق القطع ولا فى حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله (واشتراط الزيادة فى الزنا) جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا فى الزنا

(وينبغي أن يسألهما الامام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرقت لجواز انه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند أبي حنيفة ومحمد (وعن ماهيتها) لجواز أن يكون المأخوذ شيأ نافها ولا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يدركها الآحاد الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهاء شرط الظهور وفي ذلك سد باب القطع (وعن زمانها) فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان فان قيل الشاهد في تأخير الشهادة هنا غير متهم لانه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي أن لا يسأل فيما ذا ثبت بالبينة كما لا يسأل فيما اذا ثبت بالاقرار قلنا ان الجواب قد تقدم في باب الشهادة على الزنا (وعن مكانها) لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب وقال في المحيط ويسألهما عن المسروق منه أيضا لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه أو أحد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وقوله (ويحبسه) أي المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقوله (واذا اشترك جماعة) ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانهم يقتلون كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على

وينبغي أن يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها الزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة قال (واذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصابه أقل لا يقطع) لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

الامة (قوله وينبغي أن يسألهما الامام عن كيفية السرقة) أي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر المذاهب الثلاثة أو أخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناول رفيقه الى الباب فأخرجه ويسألهما (عن ماهيتها) فانها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة (وعن زمانها) لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم أيضا ما أورد من أن التقادم ينبغي أن لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تأخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضيخان ويسألهما عن المكان لاحتمال أنه سرق في دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا وفي الكافي وعن المسروق اذ سرقة كل مال لا توجب القطع كما في الثمر والكثري وقدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وأنت تعلم أن شهادتهم بأنه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا يستلزم بيانهما النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن يقول سرق مالي وأنا مولاه أو وجده وانما يسأل عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو أن اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول أبي يوسف يجبر ولم يقع تفصيل في هذا الحكم أعني حبسه عند اقامة البينة حتى زكوا ومقتضى ما ذكر من أنه يحبس بتهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب أنه صار متهما بالفساد أنه لو صح التكفيل ينبغي أن لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض ولذا ذكر في الفتاوى من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن يظهر التوبة بخلاف من يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجته غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله وله أن يأخذه وللامام أن يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتهمة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضرا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص ان لم يحضروا استحسانا هكذا في الكافي والحاكم (قوله واذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصاب أقل لا يقطع) ومعلوم تقييد قطعهم بما

(قوله لان المسروق منه حاضر يخاصم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ويحبسه) أقول تعزيرا لا توثيقا قال الاتقاني بالنصب عطف على قوله ان يسألهما وانما يحبسه الى ان يسأل عن عدالة الشهود لأن التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيما بنياه على الدرء انتهى وقدم في أوائل الحدود ما يتعلق بالدرء فراجعه

 وأجيب بأن القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزأ فيضاف الى كل واحد منهم كلا والله أعلم

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب أن يذكر قوله واذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان أصاب كل

واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وان أصابه أقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب (قوله لا قطع فيما يوجد تافها) ظاهر والمغرة بالفتحات الثلاث الطين الاحمر وتسكين الغين فيه لغة وقوله (وما يوجد جنسه) مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله (بصورته) احتراز عن الابواب والاوانى المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان أصلها من الخشب وأصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحا في دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي أن تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر أنها ليست بتافه حقا فان كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وقوله (نقل الرغبات فيه) جملة استئنافية وقوله (والطباع لا تضن به) أي لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء بالكسر أيضا (قلما

﴿ باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ﴾

(ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) والاصل فيه حديث عائشة قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في الشيء التافه أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به

اذ لم يكن منهم أحد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب أحدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد يعني أنه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصابا والله أعلم

﴿ باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ﴾

ما يقطع فيه هو المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا أخره عن بيان السرقة وما يتصل بها (قوله لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام) أي انا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان أخذ واحرز وصار مملوكا التافه والتفه الحقير الخسيس من باب لبس (كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد) بريا أو بحريا (والزرنيخ والمغرة) وهو بفتح الغين المعجمة الطين الاحمر ويجوز اسكانها (والنورة) (قوله والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها) هو ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في مسنده ولم يقطع في أدنى من ثمن مجفة أو ترس ورواه مرسلا أيضا حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا أخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة ولم يقل في عبد الله هذا شيأ الا أنه قال لم يتابع عليه ولم أر للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان في روايته نظرا ولا يخفى أن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن أبي شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان واذ عرف هذا فقال المصنف (ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته) أي الاصلية أن لم تحدث فيه صنعة متقومة (غير مرغوب فيه حقير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا وقوله (بصورته) ليخرج الابواب والاوانى من الخشب و(غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفر والبواقيت واللؤلؤ ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي أن يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والآبنوس واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين وقوله (نقل الرغبات فيه) يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه (ولا تضن به الطباع) اذا احرز حتى انه

(قوله ولا يرد ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني قال المصنف (غير مرغوب) أقول قال السكاكي وصاحب النهاية قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحا وأما الشارح جعله حالا

وقوله (فقلما يوجد أخذه على كره من المالك) أى قليل وجود لحوق الملالة بالمالك عند أخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالاخذ توقيا عن لحوق سمة خساسة الهمة وتفاديا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة الى شرع الزواجر وقوله (والطير يطير والصيد يفر) يعنى لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزواجر فى مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الابواب وقوله (وكذا الشركة العامة التى كانت فيه) أى فيما يوجد جنسه مباحا (وهو على تلك الصفة) أى الصفة التى كان عليها وهى مشتركة يحترز به عن الابواب والاوانى المتخذة من الخشب كما ذكرنا (تورث الشبهة) أى شبهة الاباحة بعد احرازه (والحديث يدرئ بها) وفى التعبير بالشركة العامة اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاثة فى الكلا والماء والنار وقوله (لما ذكرنا) يعنى قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المفقد الذى فيه الملح وقوله (والحجة عليهما ما ذكرنا) يعنى حديث عائشة وما ذكر بعده والجمار شحم النخل وهو شئ أبيض يقطع من رؤس النخل ويؤكل والودى صغار النخل وقوله (كالمهيا للاكل) يعنى مثل الخبز واللحم وامثالهما لانه يقطع فى الحنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط أما اذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أولا وقوله (كاللحم والثمر) اللحم راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والثمر راجع الى قوله وما فى معناه فكان كلامه لفا ونشرا

فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع فى سرقة مادون النصاب ولان الحرز فيها ناقص ألا يرى أن الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل فى الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التى كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل فى السمك المالح والطرى وفى الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع فى الطير وعن أبى يوسف انه يجب القطع فى كل شئ الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعى والحجة عليهما ما ذكرنا قال (ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع فى ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودى وقال عليه الصلاة والسلام لا قطع فى الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما فى معناه كاللحم والثمر لانه يقطع فى الحنطة والسكر اجماعا

(فقلما يوجد أخذه على كره من المالك) ولا ينسب الى الجناية بناء على ان الضنة بها تعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المصنف (ولان الحرز فيها ناقص) فان الخشب بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل فى الدار للعمارة لا للاحراز وذلك فى زماننا فيحرز فى دكاكين التجار قال (والطير يطير) يعنى من شأنه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الا أن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التى كانت فيه) أى فى الصيد قبل الاحراز بقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أى الاصلية (تورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الاحراز فيمتنع القطع والوجه أن يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة فى الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع وأما قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاثة فانما يتناول الحشيش والقصب بلفظ الكلا ففيه قصور أيضا قال (ويدخل فى السمك المالح والطرى) وصوابه السمك المليح أو المملوح (وفى الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا) يعنى قوله والطير يطير فيقل احرازه عنه وأما قوله (ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع فى الطير) فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسنده فيه جابر الجعفى عن عبد الله بن يسار قال أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع فى الطير ورواه ابن أبى شيبة عن عبد الرحمن ابن مهدى عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال أتى عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى فى ذلك السائب بن يزيد فقال ما رأيت أحدا قطع فى الطير وما عليه فى ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للرأى فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابى عندنا واجب لما عرف (قوله وعن أبى يوسف أنه يجب القطع فى كل شئ الا الطين والتراب والسرقين) وروى عنه الا فى الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ لان ما سوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها والاباحة الاصلية زالت وزال أثرها بالاحراز بعد التملك (وهو قول الشافعى والحجة عليهما ما ذكرنا) من حديث عائشة وثبوت الشبهة (قوله ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم) والخبز أيضا ذكره فى الايضاح وشرح الطحاوى ولا فرق فى عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا أو غيره (والفواكه الرطبة) وعن أبى يوسف يقطع بها وبه قال الشافعى لما روى عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبى داود والنسائى وابن ماجه عن عمرو بن

(قوله لحوق الملالة) أقول الظاهر ان يقال لحوق المشقة (قوله يعنى كان الامر كذلك الخ) أقول الاولى أن يقال ولما كان الامر كذلك كان فى حرزه نقصان فان قوله الا يرى ان الخشب الخ تنوير لنقصان الحرز

وقال الشافعي يقطع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لاقطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين أو الجران قطع قلنا أخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد) لعدم الاحراز

شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر انه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شئ عليه ومن خرج بشئ منه فعليه غرامة مثليه ومن سرق منه شيأ بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع أخرجه أبو داود وعن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق أربعتهم عن عمرو بن شعيب به وأخرجه النسائي أيضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحرث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجريسة التي تؤخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب ونكال وما أخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن قال يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها فقال من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شئ ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما أخذ من اجرانه ففيه القطع رواه أحمد والنسائي وفي لفظ ماترى في الثمر المعلق فقال ليس في شئ من الثمر المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع ومالم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال امامنا اسحق ابن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن أبي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو قال ليس في شئ من الثمار قطع حتى يأوي الجرين وأخرجه عن ابن عمر مثله سواء أجاب (بأنه أخرجه على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع) لكن ما في المغرب من قوله الجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي أنه يكون فيه الرطب في زمان وهو أول وضعه واليابس وهو الكائن في آخر حاله فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكأنه وقع في بعض الالفاظ الجران فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز ان يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكأنه قال حتى يؤويه المربد أو الجراب ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين أي المربد حتى يجف أي حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز والا فنفس الجرين ليس حرزا ليجب القطع بالاخذ منه اللهم الا أن يكون له حارس يترصده والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لاقطع في ثمر ولا كثر وقوله لاقطع في الطعام أما الاول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فأمر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي صلى الله عليه وسلم لاقطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الاول وفي القسم الثاني قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل والوصل أولى لما عرف انه زيادة من الراوي الثقة وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد درأ للحدود لان ما تقدم متروك الظاهر فانه لا يضمن المسروق بمثلي قيمته وان نقل عن أحد فعلماء الامة على خلافه لانه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك ففيه دلالة الضعف أو النسخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض فبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعني بفصل الحديث المذكورين ان يأكله من أعلى النخل فلا شئ عليه أو يخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات

(وقال الشافعي رضي الله عنه يقطع فيها) أي فيما ذكر من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام (والجرين) المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يدخر فيه التمر (والجران) مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز أن يسمى الجراب المتخذ منه فكان المراد منه أحد الظرفين ويجوز أن يكون الشك من الراوي (قلنا أخرجه على وفاق العادة) فان في عادتهم أن الجرين لا يؤوي الا اليابس من الثمر وفيه القطع في الرواية المشهورة قال (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع) وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة الرطبة لكن أعاده تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيها

(ولاقطع فى الاشربة المطربة) لان السارق يتأول فى تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفى مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية قال (ولافى الطنبور) لانه من المعازف (ولافى سرقة المصحف وان كان عليه حلية) وقال الشافعى يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن أبى يوسف مثله وعنه أيضا انه يقطع إذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه ولانه لامالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للمجلد والاوراق والحلية وانما هى توابع ولامعتبر بالتبع لكن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب

نكال أو يأخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الودى وهو صغار النخل وجزم فى المغرب انه خطأ وأما الحديث الثانى فأخرجه أبو داود فى المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال انى لاأقطع فى الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وأنت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه وحينئذ يجب اعتباره فى غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع فى الحنطة والسكر لزم ان يحمل على مايتسارع اليه الفساد كاللهايلا كل منه وما فى معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا فى الجرين وغيره هذا والقطع فى الحنطة وغيرها اجماعا انما هو فى غير سنة القحط وأما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أولا لانه عن ضرورة ظاهرا وهى تبيح التناول وعنه عليه الصلاة والسلام لاقطع فى مجاعة مضطر وعن عمر رضى الله عنه لاقطع فى عام سنة (قوله ولاقطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع فيستخف العقل فيصدر منه مالا يليق كما تراه من صياح الثكلیات وضرب خدود هن وشق جيوبهن فيما لايجدى نفعا ويسلب أجر مصيبتهن ثم يوجب لعنهن من الله تعالى ورسوله أو شدة سرور فيوجب ماهو معهود من الثمالى والمسئلة بلا خلاف اما عند الائمة الثلاثة فلانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء فى تقومه اختلاف فلم يكن فى معنى ماورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به فى موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الاراقة فتثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفى سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفى من كتاب المجرد قال أبو حنيفة لاقطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة وفى نوادر ابن سماعة برواية على بن الجعد لاقطع فى الرب والجلاب (قوله ولافى الطنبور) ونحوه من آلات الملاهى بلا خلاف أيضا لعدم تقومها حتى لايضمن متلفها وعند أبى حنيفة وان ضمنها لغير اللهو الا أنه يتأول آخذه للنهى عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهى آلة اللهو (قوله ولافى سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعى) ومالك وهو رواية عن أحمد (يقطع) وهو رواية عن أبى يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفى رواية أخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشرى ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفى رواية أخرى عن أحمد ان أخذه يتأول القراءة لازالة الاشكال لايقطع (وجه الظاهر أن الآخذ يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه) ولان المالية للتبع وهى الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب (واحرازه لاجله) والآخذ أيضا يتأول أخذه لاجله لا للتبع (ولامعتبر بالتبع لكن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب) لايقطع ولكن سرق صبيا وعليه حلى كثير لايقطع لان المقصود ليس المال قال فى المبسوط ألا ترى انه لو سرق ثوبا لايساوى عشرة ووجد فى جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن أبى يوسف عليه القطع فى الاحوال كلها الان سرقته تمت فى نصاب كامل ولكنا نقول ان السارق انما قصد اخراج مايعلم به دون مالا يعلم به واذا كان عالما بالدراهم فقصده أخذ الدراهم

(قوله والمعازف آلات اللهو) أقول بالعين المهملة قال المصنف (ويقطع فى سرقة العبد الصغير) أقول فيه بحث لانه يمكن أن يتأول فى أخذه اسكانه كما فى الحر الصغير فتأمل فى جوابه

(ولا قطع في أبواب المسجد) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال (ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد) لانه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن أبي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز (ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي) لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتأول في أخذه الصبي اسكانه أو حمله الى مرضعته وقال أبو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره

(والصليب) شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى (والشطرنج) بكسر الشين (والنرد) معروفان ولا قطع فيهما وان كانت من ذهب أو فضة وقوله (ان كان الصليب في المصلى) أي في موضع صلاة النصارى وهو معبدهم وقوله (وما عليه من الحلي تابع) لا يقال يجوز أن يكون مقصوده من الاخذ هو الحلي فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلي وترك الصبي وقوله (لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره) معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقطه كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة

بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا وقد تقدم في مثله أنه ان كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع والا لا وهنا تردد بين العلم وعدمه فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق فان كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والا لا وعلى هذا فمسئلة العلم بالمصروروعدمه صحيح الا أن كونه يعلم أولا يعلم وهو المدار في نفس الامر لا يطلع عليه ولا يثبت الا بالاقرار وما تقدم هو ما اذا لم يقر بعلمه بما في الثوب فانه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد اليه وذلك بأن يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم (قوله ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الاحراز) وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لانه محرز باحراز مثله وكذا يقطع عندهم في باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف الى المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في انه ما ليس محرزا أو في حرزه شبهة اذ هو باد للغادي والرائح ومعها ينتفي الحد على أن المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لنفسه على أصوله فانه لم ينصب خلافا وانما يعترض بذلك لو نصب الخلاف وأفاد المصنف في أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا يقطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد والاصح من قول الشافعي لانه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد (قوله ولا في صليب من الذهب أو الفضة ولا الشطرنج) ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب (ولا النرد) لانه يتأول من أخذها الكسر أي اباحة الاخذ للكسر (نهيا عن المنكر) فلا يجب الاضمان ما فيه من المالية والصليب ما هو بهيئة خطين متقاطعين ويقال لكل جسم صلب (وعن أبي يوسف ان كان الصليب في مصلاهم) أي معابدهم (لا يقطع لعدم الحرز) لانه بيت مأذون في دخوله وان كان في يد رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لانه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تأويل الاباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط (قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي) يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي والحلي بضم الحاء المهملة جمع حلي بفتحها ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر (وقال أبو يوسف يقطع اذا بلغ ما عليه نصابا لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم) فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع اجماعا لانه في يد نفسه فكان أخذه خداعا ولا قطع في الخداع وحيث لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف والا أوهم انه مذهبه المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لانه كالمال وجه الظاهر أن الصبي اذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالاخذ دون ما عليه والا لاخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع الا بأخذ المال فلا يقطع وان كان اثمه وعقابه أشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا وأما التأويل الذي ذكره من قصد تسكينه أو

وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كي لا يكون في يد نفسه (ولا قطع في سرقة العبد الكبير) لانه غصب أو خداع (ويقطع في سرقة العبد الصغير) لتحققها بجحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء في اعتباريده وقال أبو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية (ولا قطع في الدفاتر كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (الا في دفاتر الحساب) لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد

ابلاغه الى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه (وعلى هذا الخلاف اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد) أو كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة ولابي حنيفة ومحمد ان الاناء تابع واذا لم يجب في المتبوع القطع لم يجب في التابع واعتقادي وجوب القطع في الاناء المعاين ذهبيته وان كان فيه ما كان فان تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالاخذ اليه بل الظاهر ان كلا منهما أصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه أظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل بماليته الى أضعاف ما فيه والمانع من القطع انما هو التبعية في قصد الاخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيده وما يوافق ما ذكرناه ما في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا اذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليها كاف يساوي درهما بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوي عشرة لانه سرق ماء من وجه وهو تظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا يساوي عشرة مصرورا عليه عشرة قال يقطع اذا علم ان عليه مالا بخلاف ما اذا لم يعلم (قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير) يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالاجماع الا اذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا بل نصوا على انه لا قطع في الآدمي الذي يعقل سواء كان نائما أو مجنونا أو أعجميا وقالوا هو ليس بسرقة بل اما غصب أو خداع (ويقطع في سرقة العبد الصغير) الذي ليس كذلك بالاجماع لانه مال متقوم هكذا حكى الاجماع ابن المنذر مع ان أبا يوسف قال استحسن ان لا أقطعه لانه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرئ الحد فالدفع منها لا بد أن يتسلط على هذه النكتة فسوق استدلالهما كما قيل ولهما ان حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود وقول المصنف (ولهما انه مال مطلق لانه منتفع به) ان كان يمشي ويعقل (أو بعرض أن يصير منتفعا به) ان كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن في ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية اليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الاموال عند الناس وما فيه من المالية يصيره كامل فيما ليس بمال فسارقه كسارق درة نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا (قوله ولا قطع في الدفاتر كلها الا ان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ) لانه لا يستفيد الآخذ به نفعا (فكان المقصود الكواغد) ويدخل في عموم ولا يقطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بكتب الشريعة لان معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت في ابراث الشبهة ومقتضى هذا انه لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولان عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا تتوقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن في كتب الحساب

وقوله (وعلى هذا اذا سرق اناء فضة) ظاهر (والدفاتر) جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير أو للحديث أو للفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحاجة وان قلت كفت لابراث الشبهة ومن الناس من ألحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة أحكام الشرع

قال المصنف (الا أنه انضم اليه معنى الآدمية) أقول والانضمام غير الشبعية فتأمل

(ولا قطع في سرقة كاب ولا فهد) وهو ظاهر (ولا في دف ولا طبل) والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتمكن فيه الشبهة وقوله

(لان عندهما لا قيمة لها) بدليل ان متلفه لا يضمنه (وعند أبي حنيفة) وان كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة لكن (آخذها يتأول الكسر فيها) فكان ذلك شبهة (والساج) خشب يجلب من الهند (والقنا) بالكسر جمع قناة وهي خشبة الرمح (والآبنوس) بمد الهمزة وفتح الباء معروف وقوله (ولانوجد بصورتها مباحة في دار الاسلام) وانما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله (واذا اتخذ من الخشب أوان) فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته ويعز بحيث انهم يدخلونه في الحرز وأما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه في غير الحرز حتى لو غلب الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله (وانما يجب القطع) أي في الابواب (في غير المركب) بالجدار أما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فأخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا تكون ان محرزة قيل هذا في الباب البراني وأما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لانه محرز بالبراني وقوله (وانما يجب اذا كان خفيفا) ظاهر

قال (ولا في سرقة كاب ولا فهد) لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة (ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) لان عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل) لانها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال (ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد) لانها من أعز الاموال وأنفسها لا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من الخشب أوانى وأبوابا قطع فيها) لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته

والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لانها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع (قوله ولا في سرقة كلب ولا فهد) بالاجماع خلافا لاشهب قرين ابن القاسم فانه قال عدم القطع في المنهي عن اتخاذه أما في المأذون في اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل وبحسب الاصل هو (غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة) فيها (قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) وكذا جميع آلات اللهو (لان عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة يتأول في أخذها الكسر) وفي دال الدف الضم والفتح واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة لهو (قوله ويقطع في الساج والقنا والآبنوس) وهو بفتح الباء فيما سمع (والصندل) والعود الرطب لان كل هذه ليست مباحة في دار الاسلام وهو المعتبر فأما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس فيه شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالي عن محمد في الآبنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينافي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية (ويقطع في الفصوص النفيسة (والزبرجد لانها من أعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب) (قوله واذا اتخذ من الخشب أوانى وأبوابا قطع فيها لانه) أي الخشب (بالصنعة التحق بالاموال النفيسة) ولهذا تحرز (بخلاف الحصير لان الصنعة لم تغلب على الجنس) لتنقطع ملاحظته بها فلم تخرجها من كونها تافها بين الناس (حتى ان الحصير يبسط في غير الحرز) وكذا القصب المصنوع بواري بخلاف الخشب فانه غلبة الصنعة فيه على الاصل فقطع فيما اتصلت به منه حتى لو غلبت في الحصر أيضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرانية وهي العبدانية ويقطع عند الائمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى أو بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من

(قوله وقوله لان عندهما لا قيمة لها بدليل ان متلفه لا يضمنه) أقول أي يدل عدم تضمين المتلف عندهما على ان مذهبهما ذلك يعني لا قيمة لهذه الأشياء عندهما فلا يقطع

(ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

ان تكون جلود السباع لانها أخذت اسما آخر اه وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي ينقطع حكم الجنس بها أن يتجدد لها اسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كانت تبسط في غير الحرز أولان شبهة التفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج أنه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن أبي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز أما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بأن ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها فانما ثقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في قردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل في كتاب المبسوط وقدمر أن عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرزا لنفسه يكون حرزا لغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز في كل شئ (قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما اسما فاعل من الخيانة وهو أن يؤتمن على شئ بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن وحرزه لاحرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه أحرزه بايداعه عنده لكنه حرز مأذون للسارق في دخوله (قوله ولا منتهب) لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع (وكذا المختلس) فانه المختطف للشئ من البيت ويذهب أو من يد المالك وفي سنن الاربعة من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في أحكامه وهو تصحيح منهما وتعليل أبي داود مرجوح بذلك وقد حكي الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن أحمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء أخذوا بهذا الحديث وأجابوا عن حديث عائشة بأن القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضا متصفة مشهورة بجحد العارية فعرفتها عائشة بوصفها المشهور فالمعنى امرأة كان وصفها بجحد العارية فسرقت فأمر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد وللجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الآخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما أخرجه أبو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة قالت استعارت امرأة منى حليا على ألسنة أناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فأخذت فأتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر مقدما ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ وكذا الوجل على انهما واقعتان وانه عليه السلام قطع امرأة بجحد المتاع وأخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا وفي سنن ابن ماجه حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا عبد الله بن نمير حدثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة

وقوله (ولا قطع على خائن) الخيانة هو أن يخون المودع ما في يده من الشئ المأمون والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قريه والاختلاس أن يأخذ من البيت سرعة جهرا والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(ولاقطع على النباش) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لاقطع على المختفى وهو النباش بلغة أهل المدينة ولان الشبهة تمكنت فى الملك لانه لامالك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل فى المقصود وهو الانزجار لان الجناية فى نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وان كان القبر فى بيت مقفل

عن أمه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن أبيها قال لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا ذلك وكانت امرأة من قريش فجئنا النبى صلى الله عليه وسلم نكلمه فيها وقلنا نحن نفديها بأربعين أوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فأتينا أسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثاركم على فى حد من حدود الله والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد فى الطبقات هذه المرأة هى فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هى أم عمرو بنت سفيان بن عبد الاسد أخت عبد الله بن سفيان (قوله ولاقطع على النباش) وهو الذى يسرق أكفان الموتى بعد الدفن (وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف) وباقى الائمة الثلاثة (عليه القطع) وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبى والنخعى وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول أبى حنيفة قول ابن عباس والثورى والاوزاعى ومكحول والزهرى ثم الكفن الذى يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع فى الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لانه تضييع وسفه فليس محرزا وفى الوجيز فى الزائد على العدد الشرعى وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم فى القطع وان كفنه أجنبى فهو الخصم لانه له (لهم قوله عليه الصلاة والسلام من نبش قطعناه) وهو حديث منكر وانما أخرجه البيهقى وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه عن جده وفى سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذى ذكره المصنف (لاقطع على المختفى قال وهو النباش بلغة أهل المدينة) أى بعرفهم وأما الآثار فقال ابن المنذر روى عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخارى فى تاريخه ثم أعله بسهيل بن ذكوان المكى قال عطاء كانتهمه بالكذب وبمثله أثر عن ابن عباس رواه ابن أبى شيبة وفيه مجهول قال حدثنا شيخ لفيته بمنى عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع وأما ما رواه عبد الرزاق أخبرنا ابراهيم بن أبى يحيى الاسلمى قال أخبرنى عبد الله بن أبى بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب فكتب فيهم الى عمر فكتب عمر رضى الله عنه أن اقطع أيديهم فأحسن منه بلاشك ما رواه ابن أبى شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهرى قال أتى مروان بقوم يختفون أى ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون اه وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم وكذا أحسن منه بلاشك ما روى ابن أبى شيبة حدثنا حفص عن أشعث عن الزهرى قال أخذ نباش فى زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اه وحينئذ لاشك فى ترجيح مذهبنا من جهة الآثار وأما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله (ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه) أما المالية فظاهر وأما الحرز فلان القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها أيضا وقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم القبر بيتا فى حديث أبى ذر حيث قال له النبى صلى الله عليه وسلم كيف أنت اذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعنى القبر قلت الله ورسوله اعلم أو ما خار الله لى ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب أبو

رضى الله عنهم بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس لاقطع عليه وقد اتفق على ذلك من بقى من الصحابة فى عهد مروان على ما روى أن نباشا أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيأ فعزره أسواطا ولم يقطعه وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد وبالاول أخذ أبو يوسف والشافعى (لقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه) أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه فان الباس الثوب للميت لايخرجه عن التقوم وأما أنه محرز فلانه ليس بمضيع الا ترى أن الاب والوصى اذا كفنا الصبى من ماله لايضمنان وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان وأما قوله (بحرز مثله) بجرف الجر فلما بينه الطحاوى حرز كل شئ معتبر بحرز مثله حتى إنه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لان الشاة لاتحرز باحصن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمى واخراج سائر الاموال وقوله (ولهما) أى لابى حنيفة ومحمد وكلامه ظاهر لايحتاج الى شرح وقوله (وان كان القبر فى بيت مقفل) بسكون القاف

من أقفل الباب وقوله (فهو على الخلاف في الصحيح) بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح عندي أنه لا يجب القطع سواء كان نبش القبر للكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل أحد من الناس تأويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق (٢٣٥) من تابوت في القافلة وفيه الميت فتهم من

فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه (ولا يقطع السارق من بيت المال) لانه مال العامة هو منهم قال (ولا من مال للسارق فيه شركة) لما قلنا (ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التأجيل لتأخير المطالبة

داود عليه ففال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به أبو داود لانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شئ ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شئ منها من شئ منها قطع ولو سرق الدرة من اصطبل أو من حظيرة لا يقطع ألا ترى أن الوصي اذا كفن صبيا من ماله لا يضمن لو رثته شيأ فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان أخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب أولا منع الحرز لانه حفرة في الصحراء مأذون للعموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متصد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى أنه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل عن ان يكون في حرزيته شبهة وبه ينتفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكا وفي ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرء أما الاول فلان الكفن غير مملوك لاحد لا للميت لانه ليس أهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لانها ملك للغريم حتى كان له أن يأخذها بحقه فان صح ما قلنا من أنه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا فتحققت شبهة في مملوكيته بقولنا فلا يقطع به أيضا بل نقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما يجري فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم أنه كفن به ميت الا نادرا من الناس وأما الثاني فلان شرع الحد للانزجار والحاجة اليه لما يكثر وجوده فأما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة وأما الاستدلال بتسميته بيتا فأبعد لان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه أربع حوائط توضع للبيت وليس القبر كذلك على أن حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز أصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان وهو كثير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درئه ما أمكن بل يجب حمله على بعض المصداقات التي لا حد معها والله سبحانه أعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا أما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح أنه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الآخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه (وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا) من تحقق الخلل في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد اللص ذلك للامام أن يقطعه سياسة لا حدا وهو محمل ما رووه ولو صح (قوله ولا يقطع السارق من بيت المال) وبه قال الشافعي وأحمد والنخعي والشعبي وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر ظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة (ولنا أنه مال العامة وهو منهم) وعن عمر وعلي مثله وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال أرسله فما من أحد الا وله في هذا المال حق (ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة) بأن يسرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما (لما قلنا) من أن للسارق فيه حقا (قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التأجيل لتأخير المطالبة) والقياس أن يقطع لانه

قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الأئمة والاصح عندي أنه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي والمعقول وهو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة وقوله (ولا يقطع السارق من بيت المال) ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى ما يفهم من قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك أن للسارق فيه حقا ولما قلنا اشارة اليه قال (والحال والمؤجل فيه) أي في عدم القطع (سواء) أما اذا كان حالا فظاهر وأما اذا كان مؤجلا فلان التأجيل ليس الا لتأخير المطالبة وأما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة أيضا والقياس أن يقطع لانه سرق ما لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان أن الاخذ ان لم يكن مستحقا لكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء

(قوله من أقفل الباب) أقول ولا يقال قفل الا اذا كثرت الابواب لأن التفعيل للتكثير ومثله أغلق الباب وغلق الأبواب (قوله بيانه ما قال في المبسوط الخ) أقول أي بيان قوله في الصحيح حيث يفهم منه أن من علمائنا من قال ليس هذا على الخلاف (قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ولعل الاولى ان يقال لما بيناه من الادلة من الجانبين لأنه علة لكونه على الخلاف ووجه ما ذكره الشارحون هو حمل قوله على الخلاف على معنى أنهما يخالفان أبا يوسف والشافعي ولا يوافقانهما

(قول الفتح أما مجازا) لم يذكرها مقابلا فتامل اه من هامش نسخة العلامة البحراوي

وقوله (وكذا اذا سرق زيادة على حقه) ظاهر وقوله (لان له أن يأخذ عند بعض العلماء) يريد به ابن أبي ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له أن يأخذه رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة (قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر) اذ القياس ان لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخذه قضاء لحقه أو رهنا به (درئ الحد عنه) لان فعله في موضع الاجتهاد لا يخلو عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التأويل عندنا وقوله (ولو كان حقه دراهم) ظاهر وقوله (وقيل لا يقطع) قيل هو الاصح (لان النقود جنس واحد) كما في الزكاة والشفعة وقوله (ومن سرق عينا) ظاهر وقوله (لان الثانية متكاملة كالاولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها أو أتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية وأما كونه أفبح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد) اشارة الى قوله بعد أوراق ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه الخ وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك

وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وان سرق منه عروضا قطع) لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن أبي يوسف انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى

لا يباح له أخذه قبل الاجل وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وان تأخرت المطالبة يصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن (وكذا لو سرق أكثر من حقه) لا يقطع (لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال) بمقدار حقه ولا فرق بين كون المسروق منه مماطلا أو غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو أخذ من غير جنس حقه فان كان حقه دراهم أو دنانير فأخذ عروضا قطع لانه ليس له أخذها اللهم الا أن يقول أخذتها رهنا بديني فلا يقطع (وعن أبي يوسف لا يقطع لان له أن يأخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن أبي ليلى) قضاء لحقه أو رهنا به (قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر) فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك (وان كان دراهم فأخذ دنانير) أو على القلب اختلف فيه (قيل يقطع) لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له أخذها (وقيل لا يقطع) للمجانسة بينهما من حيث الثمنية و يقطع لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع الا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ حينئذ لهما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع (قوله ومن سرق عينا فقطع فيها فردها) بأن كانت قائمة (ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي) ومالك وأحمد (لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه) فيما روى الدارقطني من حديث أبي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه عليه الصلاة والسلام اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث (ولان السرقة الثانية مثل الاولى) في سببية القطع (بل أفحش) لان العود بعد الزاجر اقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق ويخص أبا يوسف أن المسروق عاد تقومه بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فتمت سببية القطع كما لو سرق غيره أو سرقه هو من غيره (وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فانه يقطع اتفاقا (ولنا أن القطع اوجب سقوط عصمة المحل

قال المصنف (ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير) أقول كان الانسب ذكر هذه المسئلة مقدما على قوله وان سرق منه عروضا الا أنه لم يستحسن ان يفصل بين كلامي الجامع بمسئلة غير مذكورة فيه قال المصنف (والقياس أن يقطع) أقول فيه اشارة الى أن العمدة في الاستدلال هو القياس ولهذا لم يجب عن الحديث بناء على أنه مطعون (قوله وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول هذا لاثبات المعصومية في المسروق المردود توطئة لبيان وجه التشبيه

أجاب بقوله (وبالرد الى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه) فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك فى ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الخ وقوله والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما فى صورة الغزل وهو قوله فيما يجىء بقوله فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا الخ (وقوله وقيام الموجب) أى موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع وقوله (بخلاف ماذكره) يعنى أبا يوسف من صورة البيع (لان الملك قد اختلف باختلاف سببه وأصله حديث بريرة وهو معروف وقوله (أولان تكرار الجناية) معطوف على قوله

وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ماذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود فى قذف المقذوف الاول قال (فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل فى كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا والله أعلم بالصواب

المحل فى حق السارق (وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذى تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف مالو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لاسواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع أنه عين اللحم مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع فى صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن نمنعه فلا يتم القياس عليه وعند مشايخ بخارى يقطع لتبدل العين حكما وجوابه ماقلنا وأيضا فتكرار الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم أن ما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها حينئذ تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هى قليلة بالفرض فلم تقع فى محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال انا باق على نسبتى اليه الزنا الذى نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا أما لو قذفه بزنا آخر حد به وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التى زنى بها أولا بعد أن جلد حدا بزناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا وقوعه فى غير محل الحاجة اليه لوشرع وأجيب بالفرق بأن حرمة المحل فى الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور فى الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه أعنى كون اقامة الحد أولا توجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر فى العود وكذا الفرق بأن القطع حق لا يستوفى الا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر فى محل بعد استيفاء موجب ماهى فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله (قوله فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون) المسروق الذى قطع به (غزلا ثم نسج) بعد رده (فسرقه) ثانيا (قطع) وكذا لو كان قطنا فصار غزلا (لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب) ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب (واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع)

ولنا أن القطع فهو دليل آخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ماقطع فيه نادر جدا لتحمله مشقة الزاجر والنادر يعرى عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها (وصار كما اذا قذف المحدود فى القذف المقذوف الاول) بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا فى كون الحد فى كل واحد منهما خالص حق الله تعالى ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل فى محل واحد حتى ان من زنى بامرأة فحد ثم زنى بتلك المرأة مرة أخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا على أصل الخصم وخصومة المقذوف فى الحد فى المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى أجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد فى محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا أن الحد فى الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى فى المرة الثانية غير المستوفى فى المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق فى المتنازع فيه هو بعينه المسروق فى المرة الاولى وقوله (فان تغيرت عن حالها) ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد

(قوله والمستوفى فى المرة الثانية) أقول يعنى منافع البضع (قوله لان الاول تلاشى الخ) أقول لكونه عرضا (قوله والقطع بالجر الخ) أقول ولعل الخصم يقول القطع فى الاول باعتبار السرقة والاولى تلاشت والثانية غيرها فليتأمل

﴿فصل في الحرز والاخذ منه﴾ (ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لانه ألحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق

وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل أي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهي شبهة قيام سقوط العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير بوجه ما شيأ آخر فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة أجيب بان الممكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الممكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا أو فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد السارق فسرقه لا يقطع عند أبي حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم رده فنقص فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك لفعله الغاصب فلم يصر في حكم عين أخرى

﴿فصل في الحرز والاخذ منه﴾ قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام في ذاته ثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي أن من جمع المال في الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز أصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع قاله ابن المنذر وقد ثبت أن لا قطع في أقل من ثمن المجن ولا قطع في جريسة الجبل فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الامور الاجماعية وما بأخبار الآحاد وسيأتي ما هو أبلغ من ذلك ثم الحرز ما عد عرفا حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به أنه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا أنه بقيد المالية أي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا (قوله ومن سرق من أبويه) وان علا (أو ولده) وان سفل (أو ذي رحم محرم منه) كالاخ والاخت والعم والخال والخالة والعمة (لا يقطع) وقال مالك وشذوذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له في مالهما ولذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه يبطل قوله في الكافي أما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال أبو ثور وابن المنذر يقطع الاب أيضا في سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعي يقطع في السرقة من غير الولاد أما وجه الاول أي عدم القطع في قرابة الولاد فلانها عادة تكون معها البسوطة في المال والاذن في الدخول في الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعا ويخص سرقة الاب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك وأما غير الولاد وهو الذي أراد المصنف بقوله (والثاني للمعنى الثاني) أي الاذن في الدخول في الحرز فألحقهم الشافعي رحمه الله بالقرابة البعيدة قال المصنف (وقد بيناه في العتاق) أي في مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ونحن ألحقناه بقرابة الولاد وقد رأينا الشرع ألحقهم بهم في اثبات الحرمة وافتراض الوصل فلذا ألحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولان الاذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملوج والصدر للقلادة والساق للخلخال وما ذاك الا للزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الاعمال وعدم احتشام أحدهما من الآخر وأيضا فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونهم لما درئ ذكره في الكافي وسيأتي ما فيه

ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد أمران البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم أمر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز (ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة) الوجه والكف على ما سيجيء في كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى وقوله (وفي الثاني) يعني وفي ذي الرحم المحرم (خلاف الشافعي فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع) لانه ألحقها بالقرابة البعيدة (وقد بيناه في العتاق) ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع لعدم الحرز

﴿فصل في الحرز﴾ (قوله وفرغ عن ذكر الموصوف الى قوله الوصف) أقول المراد من الموصوف المال ومن الوصف التحرز قال المصنف (فالاول وهو الولاد) أقول أي فمنع الاول القطع حذف المضاف اليه وأقيم مقامه (قوله عن قرابة الولاد) أقول أي عن ذي قرابة الولاد قال المصنف (ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة الخ) أقول لعل المراد بالزينة الظاهرة ههنا ما يظهر عند

ومما ترك التكلف والافي الكلام بحث

(ولوسرق ماله) أى مال ذى الرحم المحرم (من بيت غيره قطع) لوجود الحرز

(ولوسرق من بيت ذى رحم محرم متاع غيره ينبغى أن لا يقطع ولوسرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيدته لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لبسوطة بينهما فى الاموال عادة

ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت اخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ورفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام أو العمات مطلقا يؤنس اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع القريب ثم هو ان ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان ما قلنا فى أنت ومالك لابيك فان قلت فقد قال أو صديقكم كما قال أو بيوت أخوالكم والحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه أجيب بأنه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا فى حال العداوة (ولوسرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذى الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه) فسرقة مال الغير من بيت ذى الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذى الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا يعكر على الوجه الذى قدمناه من أن فى القطع القطيعة فيندرئ وهو الموعود ولذا والله أعلم لم يعرج المصنف عليه (قوله وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وهو قول أكثر العلماء (وعن أبى يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة) ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة (وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت المحرمية بالزنا) بان زنى بامرأة تحرم عليه أمها وبنتها ويقطع بالسرقة منهما (وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة) فان فيها محرمية بلا قرابة مع انحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق بها فى اثبات القطع أولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطء ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور لابى يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله (وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) فانه يشتهر بلا تحشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استئذان الخ فقال لانسلم ذلك الا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استئذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع فى سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع فى سرقة مال أمه من النسب (قوله واذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن فى الدخول عادة) فاختل الحرز (وان سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعى) فى أحد أقواله وبه قال مالك وأحمد وفى قول آخر كقولنا وفى قول ثالث يقطع الرجل خاصة لان للمرأة حقا فى ماله أى النفقة وجه قولنا ان بينهما بسوطة فى الاموال عادة ودلالة فانهما لما بذلت نفسها وهى أنفس من المال كانت بالمال أسمح ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفى موطأ مالك عن عمر أنه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال ليس عليه شئ خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم

وقوله (وان سرق من أمه من الرضاع) ظاهر وقوله (والمحرمية بدونها) أى بدون القرابة (لا تحترم) أى لا تجعل حرمة قوية عادة (كما اذا ثبتت) يعنى المحرمية (بالزنا) فانه اذا سرق من بيت بنت المرأة التى زنى بها لا يعد شبهة فى قطع اليد بل تقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة وقوله (وأقرب من ذلك) أى من الحرمة الثابتة بالزنا (الاخت من الرضاعة) يعنى ان الام من الرضاع أشبه الى الاخت من الرضاع فى اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع أقرب من الحاقه بالزنا وقوله (وهذا) أى القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) وقوله (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر) ظاهر

قال المصنف (والمحرمية بدونها لا تحترم الخ) أقول فيه تأمل (قوله الاخت من الرضاعة) أقول أى محرمية الاخت قال المصنف (خلافا للشافعى الخ) أقول وذلك أنها بذلت نفسها وهى أنفس فالمال أولى كذا قالوا لكنه خاص بما اذا كان المسروق منه الزوجة

وقوله (ودلالة) معناه أنها لما بذلت نفسها وهي أنفس من الاموال فلأن تبذل المال أولى (وهو نظير الخلاف في الشهادة) فان شهادة أحد الزوجين للآخر لا تقبل عندنا وعنده تقبل في أحد قوليه بل هذا أولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلأن تمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات أولى (قوله وهو مأثور عن علي رضي الله عنه درأ وتعليلا) يريد به ما روي عن علي رضي الله عنه انه أتى برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا قال (والحرز على نوعين) الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو ما يراد به حفظ الاموال وهو على نوعين (حرز لمعنى فيه) وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال (كالدور والبيوت والصندوق والحانوت) والحظيرة للغنم والبقر (وحرز بالحافظ)

ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لان له في أكسابه حقا (وكذلك السارق من المغنم) لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله تعالى عنه درأ وتعليلا قال (والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ) قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ

الزوج فالزوج أولى قال المصنف (هو نظير الاختلاف في الشهادة) يعني عندنا لا يقطع أحدهما بمال الآخر كما أن شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في أحد قوليه فان قلت أحد الزوجين ربما لا يبسط للآخر في ماله بل يحجبه عنه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال أبو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه أو أبيه أو زوج ابنته أو بنت زوج أمه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يقطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد أن قضي بالقطع أو لم يقض في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف انه قال اذا قضي عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأته المبتوتة أو المختلعة في العدة لا قطع وكذا اذا سرقت هي من الزوج في العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع (قوله ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع) بلا خلاف (لان للمولى حقا في أكسابه) ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى وان عتق كان له فلا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبده أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية وتقدم أثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرآة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شيء خلافه فحمل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم في المدبر كذلك (قوله وكذلك السارق من المغنم) لا يقطع (لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي درأ وتعليلا) رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن أبي عبيدة بن الابرص وهو يزيد بن ثعلبة قال أتي علي برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحق الغنيمة واسناده ضعيف (قوله قال) أي المصنف (الحرز لا بد منه) لوجوب القطع (لان الاستسرار لا يتحقق دونه) لانه اذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو انسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اخفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما بنفسه يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاخفاء ولا يتحقق الاخفاء دون الحافظ فيخفى الاخذ منه أو البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه وارد على وفق الكتاب لا مبين مخصص (ثم هو على نوعين حرز) بالمكان (كالدور والبيوت)

قال المصنف (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع الى قوله وكذا السارق من المغنم الخ) أقول فيه بحث لأن عدم القطع في تينك المسئلتين على مقتضى هذين التعليلين لا يكون لانتفاء الحرز فلا يناسب ذكرهما في هذا الفصل بل الموضع المناسب لذكرهما الباب السابق عند قوله ولا يقطع السارق من بيت المال والظاهر أن ذكرهما استطرادي قال المصنف (لان له فيه نصيبا) أقول هذا التعليل يدل على انه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة في مختصر القدوري وشرح الطحاوي فلا بد من تعليل آخر والجدران

كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فانه محرز به) وكل واحد منهما يغنيك عن الآخر (وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت ولم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع (ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله (هو الصحيح) احترازعما ذكر في العيون انه عند أبي حنيفة يقطع فيه ووجه الصحيح أن الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به وأما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم المحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والمحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا أخذ المال (لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة) وهذا أيضا مما يدلك على أن الحرز بالمكان أقوى (ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع عنده أو تحته هو الصحيح

كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد (وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا أنه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده

والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما أعد لحفظ الامتعة وقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الاماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك (كمن جلس في الطريق) أو في الصحراء (أو في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) على ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطأ وأحمد في مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي أنه حديث صحيح وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه انه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت رأسه فنام فأتاه لص فاستله من تحت رأسه فأخذه فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم أسرقت رداءه هذا قال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت أريد أن تقطع يده في ردائي قال فلولا كان قبل أن تأتيني به زاد النسائي فقطعه وفي المستدرك سماه خيصة ثمن ثلاثين درهما (قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح) احترازعما في العيون أن على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن أي في وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ وقال أبو يوسف ومحمد لا يقطع وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب وجه الصحيح (انه محرز بدون الحافظ) لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه الى ما فيه ويكون المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح أنه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا أنه اختل الحرز للاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد فانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح لان البناء للاحراز (الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج) من داره فلا يتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه (بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة) فيجب موجبها (ولا فرق) في وجوب القطع (بين كون الحافظ) في الطريق والصحراء والمسجد (مستيقظا أو نائما والمتاع تحته) أو تحت رأسه (أو عنده) وهو بحيث يراه

قال المصنف (لانه محرز بدونه وهو البيت) أقول قال الزيلعي لان الحرز به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وبه امتنع من اختفائه عن أعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل انتهى لا يقال اذا كان في الحرز بالحافظ شبهة البدلية يجب ان لا يقطع السارق منه اذ الحدود تندرئ بالشبهات لانا تركنا القياس لحديث صفوان

هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال (ومن سرق شيأ من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لانه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين (ولا قطع على من سرق مالا من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله) لوجود الاذن عادة أو حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ (ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن أضافه) لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة

(لانه بعد النائم عند متاعه) وبحضرته كيفما نام مضطجعا أو لا (حافظا له في العادة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم باشتراط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه ووجه الصحيح ما ذكرنا (ولهذا لا يضمن المودع والمستعير) اذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنا (بخلاف ما اختاره في الفتاوى) فانه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرزا لنوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي حتى لو سرق لؤلؤة من اصطبل أو حظيرة غنم يقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معهما من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع وهكذا في المنتقى عن أبي حنيفة وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسبيجابي عن بعض أصحابنا أن كل شيء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول الشافعي (قوله ومن سرق شيأ من حرز أو من غير حرز) كالصحراء (وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين) وهذا بعمومه يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن الا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت اذن للناس في دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضي أن لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا تفريع على ما قدمه من الاصل المذكور (قوله ويدخل في ذلك) أي يدخل في بيت أذن في دخوله (الخانات والحوانيت) فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيأ لا يقطع وكذا الخانات (الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال) وانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان) لينقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع (قوله ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن أضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه) بالاذن صار (بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة) وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي أذن له في دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا أخرج

لمتاعه في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا في حال نومه أخذ وا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى أنه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الائمة وقال (المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى) يعني قال فيها انهما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا وأما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر وأما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا كذا في النهاية وقوله (ولا قطع على من سرق من حمام) يعني في الوقت الذي أذن للناس بالدخول فيه (أو من بيت أذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة) يعني في الحمام (أو حقيقة) يعني في البيت الذي أذن للناس بالدخول فيه وقوله (ويدخل في ذلك) أي في قوله أو من بيت اذن للناس في دخوله وقوله (الا اذا سرق منها ليلا) استثناء من قوله ولا قطع وقوله (ومن سرق من المسجد متاعا) ظاهر اللص

قال المصنف (ومن سرق شيأ من حرز) أقول تفريع وبيان لما قاله أولا بقوله الحرز على نوعين الخ

وقوله (ومن سرق سرقة) أى مالا وسمى الشئ المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد اذا كانت السرقة معطفا وقوله (وان كانت فيها) أى فى الدار (مقاصير) يعنى حجرات وبيوت وقوله (وان أغار انسان) أى دخل بسرعة قال فى النهاية ناقلا عن المغرب ان أغار لفظ شمس الائمة الحلوانى والضمرى وأما لفظ محمد فهو وان أعان انسان من أهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى ولفظ شمس الائمة السرخسى كذلك وكأنه أصح لان الاغارة فى باب السرقة غير لائقة لان السرقة أخذ مال فى خفاء وحيلة فلذلك سمى السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة أخذ فى المجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز أن يكون بعض أهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا عن أعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز أن يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار اشارة الى هاتين الجهتين وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان كل مقصورة الخ وقوله (واذا نقب اللص البيت) ظاهر وقوله (وهى بناء على مسئلة تأتى بعد هذا) اشارة الى مسئلة نقب البيت

(ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع) لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها فى يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ (فان كانت دارا فيها مقاصير فأخرجها من المقصورة الى صحن الدار قطع) لان كل مقصورة باعتبار سكناها حرز على حدة (وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) لما بينا (واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن أبى يوسف رحمه الله ان أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهى بناء على مسئلة تأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى

اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا فبالاذن فى الدار اختل الحرز فى البيوت وسيأتى ما يفيد هذا (قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج ولان الدار وما فيها فى يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ) وهتك الحرز (فان كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع) هذا كلام محمد وأول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة لانه على هذا التقدير بعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها فى يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفى الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا فى دار كل واحد فى مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم فى الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا تلف المسروق فى يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدى بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد (قوله وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) يريد دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة يقال أغار الفرس والثعلب فى العدو اذا أسرع وقوله فسرق تفسير لقوله أغار (قوله واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال فتناوله آخر خارج البيت) عند النقب أو على الباب (فلا قطع عليهما) بلا تفصيل بين اخراج الداخل يده الى الخارج أو ادخال الخارج يده (ثم روى عن أبى يوسف ان أخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع) وعلل الاطلاق الذى هو ظاهر المذهب بقوله (لاعتراض يد معتبرة على المال) المسروق (قبل خروجه) أى قبل خروج الداخل والوجه أن يقطع الداخل كما عن أبى يوسف لانه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له فى ثبوت الشبهة فى السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده وانما تم بهما اذا أدخل الخارج يده فأخذها وفيه قال أبو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا هو محمل قول أبى يوسف وقال فان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق فى هذه الصورة الا اذا اتفق أن خار جارأى نقبا فأدخل يده فوقعت على شئ مما جمعه الداخل فاخذه فظاهر أنه لا يقطع واحد منهما قال والمسئلة بناء على مسئلة أخرى تأتى يعنى مسئلة نقب البيت والقاه فى الطريق ثم خرج وأخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه قيل يقطع والصحيح أنه لا يقطع قيل ولو كان فى الدار نهر جار فرمى المال فى النهر ثم خرج فأخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه

(قوله وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار اشارة الى هاتين الجهتين)

أقول يعنى الدخول بالليل جهرا والاختفاء عن أعين الناس (قوله وهى بناء على مسئلة) أقول يظهر بناؤها عليها بأدنى التأمل لكن لا بد فى قطع الداخل اذا أدخل الخارج يده من ملاحظة دليل قوله اذا دخل الحرز جماعة

(قوله وان ألقاه في الطريق) واضح وحاصله أن يده تثبت عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع (قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة) جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فان هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فأوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر لانه

(وان ألقاه في الطريق وخرج فأخذه قطع) وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو أخذه غيره ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال (وكذلك ان حمله على حمار فساقه وأخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه (واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا أن الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لأن المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع و ينتشر الباقون للدفع فلو امتنع القطع لأدى الى سد باب الحد

اخراج ذكره التمرتاشي وقال في المبسوط فيما اذا أخرجه الماء بقوة جريه الاصح أنه يلزمه القطع وهو قول الأئمة الثلاثة لان جري الماء به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا أو جريه ضعيفا فأخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة المذهب لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به (ولو ألقاه) الداخل (في الطريق ثم خرج وأخذه قطع) وبه قالت الأئمة الثلاثة خلافا لزفر (له أن الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه بأن تركه أو أخذه غيره (وكذا الاخذ من السكة) غير موجب للقطع فلا يقطع بحال (ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار) ان أدرك (ولم يعترض على المال الذي أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع) لمال صاحب الدار عداوة ومضارة (لا سارق) واذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل أن يد السارق تثبت عليه و بالالقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق فأخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية (وكذا اذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لان سيره مضاف اليه بسوقه) فيقطع وفي مبسوط أبي اليسر وكذا اذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع ولو خرج بلا زجره لا يقطع لان للدابة اختيارا فلم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل اليها وكذا اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع (قوله واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر) والأئمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاخذان نسب الى الكل فالاخراج انما وجد منه فانما تمت السرقة منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم (لان الاخراج وان قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى) واذا باشر بعضهم القتل والاخذ والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم وأن قدرة القاتل والآخذ انما هي بهم فكذا هذا (فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع) فكان مثله وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعد ذلك (فلو امتنع القطع أدى الى سد باب الحد) ان منع لم يضر

خرج من الحرز ولا مال في يده وقوله (فاعتبر الكل) أي القاؤه في الطريق ثم أخذه منه (فعلا واحدا) كما اذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا وقوله (فاذا خرج ولم يأخذه) جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ وقوله (وكذا ان حمله على حمار) ظاهر قال (واذا دخل الحرز جماعة) كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل بعين الداخل والفرق بينهما أنهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بأن كان عاقلا بالغا أما اذا كان الآخذ الحامل صبيا أو مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للآخذ الحامل فاذا لم يجب القطع على من هو أصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي تولى الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبي أو مجنون فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال أبو يوسف يجب القطع الا على الصبي والمجنون وانما

(قوله ومن نقب البيت) واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ماروى عن علي أنه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل وقوله (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فان قيل لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم لما وجب

قال (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيأ لم يقطع) وعن أبي يوسف في الاملاء أنه يقطع لانه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد قال (وان طرصرة خارجة من الكم لم يقطع وان أدخل يده في الكم يقطع) لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب

وانما وضعها في دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وأبدحبسهم الى ان تظهر توبتهم (قوله ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيأ لم يقطع) وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا (وروى عن أبي يوسف في الاملاء انه يقطع) وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا له فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد فاعتباره شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير ما حصل (وصار كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي) أو في الجوالق والغطريفي درهم منسوب الى الغطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وكانت دراهمه من أعز النقود ببخارى قال المصنف (ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال) وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فأثبته بقوله (تحرزا عن شبهة العدم) أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فان الناقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط لوجودها اذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شئ مالم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد اليه وقلما يدخل الانسان يده من كوة بيت فتقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير ممكن فسقط اعتباره بخلاف البيت (وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع فانه هو المعتاد) (قوله ومن طر) أي شق (صرة) والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم (لم يقطع وان أدخل يده في الكم قطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب) فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه أخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم وان كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لانه حينئذ يأخذها من خارج

الحرز فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم أجاب بأن ذلك هو المعتاد (وان طرصرة) الطرار هو الذي يطر الهميان أي يشقها و يقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة أي شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا أدخل يده في الكم فطرها (قوله فلا يوجد هتك الحرز) يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه وقوله (في الوجهين) أي من الخارج والداخل وقوله (ينعكس الجواب) يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في أخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة متناولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في أخذ المال لانه وان أدخل اليد في الكم الا أنه أدخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب

قال المصنف (لان في الوجه الأول الى قوله هتك الحرز) أقول فيه بحث يندفع بأدنى تأمل فانه لا يدخل يده في الحرز حينئذ لعدم قابلية الحرز لذلك اذا كان الطر من خارج فلم يوجد هتك الحرز على الكمال

لانعكاس العلة وقوله (لانه يعتمده) أى لان صاحب الكم يعتمد الكم فى حفظ المال لاقيام نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لايخلو من أحد أمرين قطع المسافة أو الاستراحة وذلك لانه إما أن يكون فى حالة المشى أوفى غير حالته ففى الاول قصده قطع المسافة لاحفظ المال وفى الثانى قصده الاستراحة والمقصود هو المعتبر فى هذا الباب الاترى أن من شق الجوالق الذى على ابل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق حرزا لها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل تسير لايقطع لان السائق والقائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا على ماهو المذكور فى الكتاب وقوله (وان سرق من القطار بعيرا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤا أرسالا

قال المصنف (لأنه محرز إما بالكم) أقول قال الكاكى أى فى صورة طرحها خارج الكم (أو بصاحبه) أى فى صورة طرحها داخل الكم بل المال محرز بصاحبه والمال تبع انتهى بل الظاهر عكس ذلك وأيضا حينئذ لا يلائم قوله لنا الحرز هو الكم اذ أبو يوسف لا ينكره وكذا

لانعكاس العلة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز إما بالكم أو بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فأشبه الجوالق (وان سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع) لانه ليس بمحرز مقصودا فتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وان شق الحمل وأخذ منه قطع) لان الجوالق فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع (وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع) ومعناه ان كان الجوالق فى موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه بعد حفظا عادة

الكم فظهر أن انعكاس الجواب (لانعكاس العلة وعن أبى يوسف انه) أى الطرار (يقطع على كل حال) وهو قول الائمة الثلاثة لان فى صورة أخذه من خارج الكم ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه واذا كان محرزا بصاحبه وهو نائم الى جنبه فلأن يكون محرزا به وهو يقظان والمال بلاصق بدنه أولى (قلنا بل الحرز هنا ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم) أو الجيب لاقيام نفسه فصار الكم كالصندوق وهذا لان المطرور كمه اما فى حال المشى أوفى غيره فقصوده فى الاول ليس الا قطع المسافة لاحفظ المال وان كان الثانى فقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فانه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر فى هذا الباب ألا ترى أن من شق جوالقا على جمل يسير فأخذ ما فيه قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكا للحرز فيقطع ولو أخذ الجوالق بما فيه لايقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط لايقطع لانه ليس محرزا بل ما فيه محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه بخلاف ما لو كان الفسطاط ملفوفا عنده يحفظه أو فى فسطاط آخر فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لايقطع وان كان الراعى معها لان الراعى لايقصد الحفظ بل مجرد الرعى بخلاف ما لو كانت فى حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فأخرجها منه قطع لانها بنيت لحفظها وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعى بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره أو هو نائم أو مشغول فليست محرزة وكذا اذا أخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطرة يقطع وبما ذكرنا من التفصيل فى الطرار ظهر أن ما يطلق فى الاصول من أن الطرار يقطع انما يأتى على قول أبى يوسف (قوله وان سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لانه ليس بمحرز مقصود فتمكن فيه شبهة العدم وهذا لأن السائق والراكب والقائد انما يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل وأخذ منه قطع لان الجوالق فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع) وعند الائمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع فى أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الاخذ وأما القائد فحافظ للجمل الذى زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل محرز عندهم بقوده وفرض أن قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لاينافى أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع فى جريسة الجبل يحمل على ترك الراعى اياها فى المرعى وغيبتها عن عينه أو مع نومه والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم إثر بعض (قوله وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق فى موضع ليس بحرز كالطريق) والمفازة والمسجد (ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه بعد حفظا عادة

وقوله (وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح والله أعلم

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الذراع من الكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه (فالقطع لما تلوناه) يعني قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية (واليمين بقراءة ابن مسعود) فاقطعوا أيمانهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها (٢٤٧) على الكتاب وقد عرف في الاصول

وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار والله أعلم بالصواب

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ قال (ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه واحسموه

وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل) يعني عند التصحيح وقوله لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة (وذكر في بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) وهو أنه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده أو تحته

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه (فالقطع لما تلوناه من قبل) وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد يثنى وقال * ظهراهما مثل ظهور الترسين * والافصح الجمع وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمانهما وهي قراءة مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح أنه لا اجمال في قوله فاقطعوا أيديهما وقد قطع عليه الصلاة والسلام اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين أنفع من اليسار لانه يتمكن بها من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم ما أمكن وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالى فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم أو ضعفهم وروي فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه ثم أمر بقطعه من المفصل وضعف بالعزرمي وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا أعرف له حالا وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وانما فيه الارسال وأخرج عن عمر وعلي انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله أعلم بصحته وبتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يقدحوا في الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكرو على ما الى الرسغ اطلاقا أشهر منه الى المنكب بل صار يتبادر من اطلاق اليد فكان أولى باعتباره ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ فيتعين ما الى الرسغ درأ للزائد عند احتمال عدمه وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة انه عليه الصلاة

(ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به) من حيث القطع والمقطوع لكونه أقل فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فتقطع أصابعه لزول تمكنه من البطش بها لان فيه قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الآباط لأن فيه تكثير المقطوع وقوله (كيف وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه السلام ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث

﴿فصل﴾ في كيفية القطع قال المصنف (لان الاسم يتناول اليد الى الابط) أقول ولعل المراد أن لفظ اليد مشترك بين الكل والجزء كلفظ القرء قال العلامة الكاكي اليد قد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق وقد تكون من الرسغ باستعمال العرب واللغة والشرع ولكن زال هذا الابهام ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمله وعمل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم واجماعهم اه (قوله لان الاسم) أي اسم اليد وقوله يتناول اليد أي يتناول المسمى به (قوله أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع السارق من الزند والحسم) أقول فيه شئ لان ظاهر أسلوبه يوهم ان يكون قوله والحسم معطوفا على قوله بقطع وليس كذلك بل على قوله ومن الزند

ولانه لو لم يحسم يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف (فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد فى السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزر أيضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله فى الثالثة تقطع يده اليسرى وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى فى كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى الى شرع الحد

والسلام أتى بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فقطع ثم حسم ثم أتى به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود فى المراسيل وكذا رواه أبو القاسم بن سلام فى غريب الحديث وأخرج الدارقطنى عن حجية عن على انه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأنى أنظر اليهم والى أيديهم كأنها أبوار الحمر والحسم الكى لينقطع الدم وفى المغرب والمغنى لابن قدامة هو أن يغمس فى الدهن الذى أغلى وثمن الزيت وكلفة الحسم فى بيت المال عندهم لانه أمر القاطع به وبه قال الشافعى فى وجه وعندنا هو على السارق وقول المصنف (لانه لو لم يحسم يؤدى الى التلف) يقتضى وجوبه والمنقول عن الشافعى وأحمد أنه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده فى عنقه لانه عليه الصلاة والسلام أمر به رواه أبو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه عليه الصلاة والسلام فى كل من قطعه ليكون سنة (قوله وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى) بالاجماع فقد روى فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر ذلك وقال أبو نور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشى عليه قال (فان سرق ثالثا لا يقطع) بل يعزر (ويخلد فى السجن حتى يتوب) أو يموت (وقال الشافعى فى الثالثة تقطع يده اليسرى وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه) وهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن أخرج أبو داود عن جابر قال جىء بسارق الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الثانية فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الثالثة فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه فى بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائى حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوى وأخرج النسائى عن حماد بن سلمة أنبأنا يوسف بن سعيد عن الحرث بن حاطب اللخمى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد أبى بكر حتى قطعت قوائمه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبرانى والحاكم فى المستدرك وقال صحيح الاسناد قال المصنف (وروى مفسرا كما هو مذهبه) أخرج الدارقطنى عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفى سنده الواقدى وهناطرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن ولذا طعن الطحاوى كما ذكره المصنف فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشىء منها أصلا وفى المبسوط الحديث غير صحيح والا احتج به بعضهم فى مشاورة على ولئن سلم يحمل على الانتساخ لانه كان فى الابتداء تغليظ فى الحدود ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع أيدى العرنيين وأرجلهم وسمر أعينهم ثم انتسخ ذلك وأما فعل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فروى مالك فى الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل

وقوله (ولانه لو لم يحسم) ظاهر وقوله (وخلد فى السجن حتى يتوب) حاصله أن السارق لا يؤتى على أطرافه الاربعة بالقطع وانما يقطع يمينه أول سرقة ورجله اليسرى فى ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعى بعد الرابعة يحبس وعند أصحاب الظواهر فى المرة الخامسة يقتل وقوله (ويروى مفسرا كما هو مذهبه) هو فى حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المرة الاولى تقطع يده اليمنى وفى الثانية الرجل اليسرى وفى الثالثة اليد اليسرى وفى الرابعة الرجل اليمنى (قوله ولان الثالثة) ظاهر

ولنا قول علي رضي الله عنه فيه اني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها

على أبي بكر الصديق فشكا اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر رضي الله عنه وأبيت ما يلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لأسماء بنت عميس امرأة أبي بكر الصديق رضي الله عنه فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي عند صائغ زعم أن الاقطع جاءه به فاعترف الأقطع وشهد عليه فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر لدعائه على نفسه أشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قدم على أبي بكر رضي الله عنه رجل أقطع فشكا اليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله في سرقة وقال والله ما زدت على أنه كان يوليني شيأ من عمله فخنته في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له أبو بكر ان كنت صادقا فلا قيدنك منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى فقد آل أبي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له أبو بكر رضي الله عنه ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع أبو بكر يده الثانية قال محمد بن الحسن في موطئه قال الزهري ويروى عن عائشة قالت انما كان الذي سرق حلي أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع أبو بكر رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب أعلم بهذا الحديث من غيره هذا وقد حكي عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روي من ذلك وذهب مالك والشافعي الى انه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة (قوله ولنا قول علي رضي الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا إني لأستحي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها ومن طريق محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لأستحي من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا أتي به بعد ذلك قال اني لاستحي أن أدعه لا يتطهر لصلاته ولكن احبسوه وأخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي رضي الله عنه انه أتي بسارق فقطع يده ثم أتي به فقطع رجله ثم أتي به فقال أقطع يده فبأي شيء يتمسح وبأي شيء يأكل أقطع رجله على أي شيء يمشي اني لأستحي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن أبي شيبة أن نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي وأخرج عن سماك أن عمر استشارهم في سارق فأجمعوا على مثل قول علي وأخرج عن مكحول أن عمر رضي الله عنه قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين وأخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها وهذا كله قد ثبت ثبوتا لا مرد له فبعيد أن يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوفر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعته ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله ولا خبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين له عليه السلام بل أقل ما في الباب أن كان ينقل لهم ان غابوا بل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على أربعته وإما لعلمه أن ذلك ليس حدا مستمرا بل من رأى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك

وبهذا حاج بقية الصحابة رضى الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوى رحمه الله أو نحمله على السياسة (واذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا (وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان منها سوى الابهام) لان فوات البطش بالابهام (فان كانت أصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء قطع) لان فوات الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا فى البطش بخلاف فوات الاصبعين لانهما يتنزلان منزلة الابهام فى نقصان البطش

القتل المعنوى (قوله وبهذا حاج على بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا) يشير الى ما فى تنقيح ابن عبد الهادى قال سعيد بن منصور رضى الله عنه حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبى سعيد المقبرى عن أبيه قال حضرت على بن أبى طالب وقد أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ماترون فى هذا قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين قال فقتلته اذا وما عليه القتل بأى شئ يأكل الطعام بأى شئ يتوضأ للصلاة بأى شئ يغتسل من جنابته بأى شئ يقوم على حاجته فردّه الى السجن أياما ثم أخرجه فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال أول مرة فجلده جلدا شديدا ثم أرسله وقال سعيد أيضا حدثنا أبو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال أتى عمر بن الخطاب بأقطع اليد والرجل قد سرق فأمر أن يقطع رجله فقال على رضى الله عنه قال الله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية فقد قطعت يده فهذا ورجله فلا ينبغى ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشى عليها اما أن تعزره واما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقى فى سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال على رضى الله عنه وموافقة عمر له قال المصنف (ولانه اهلاك معنى) هو من قول على رضى الله عنه قتلته إذا (والحد زاجر) لا مهلك (ولانه نادر الوجود) أى يندر أن يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله (والحد) لا يشرع الا (فيما يغلب) على ما مر غير مرة (بخلاف القصاص) يعنى لو قطع رجل يدى رجل قطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته (لانه حق للعبد فيستوفيه ما أمكن جبرا لحقه) لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر المقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث أمكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل فى الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم (قوله وان كان السارق أشل اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى) أو كانت رجله اليمنى شلاء (لا يقطع لان فى القطع) والحالة هذه (تفويت جنس المنفعة بطشا) فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة (أو مشيا) اذا كان ذلك فى رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشى لا يتأتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة (وكذا) لا يقطع يمين السارق (اذا كانت ابهام يده اليسرى) أو رجله اليسرى (مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان) من واحدة منهما (سوى الابهام) لان فوتهما يقوم مقام فوت الابهام فى نقصان البطش بخلاف فوت اصبع واحدة غير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع الابهام والاصابع لو كان فى اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة وانما خولف فى هذا الباب ما ذكر فى الكتاب حيث جعل القائم مقام الابهام

(قوله فحجهم) أى غلبهم فى الحجة يقال حاجه فحجه أى ناظره فى الحجة فغلبه بها (وقوله بخلاف القصاص) جواب سؤال تقديره لو قطع رجل أربعة أطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لانه لا يبقى له يد يأكل بها ويستنجى بها ورجل يمشى عليها وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود وتقرير الجواب أن القصاص حق العباد وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص (والحديث) الذى رواه الشافعى دليلا على دعواه هذه (طعن فيه الطحاوى) قال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا أشار بها الى ما رواه الشافعى وقال أبو نصر البغدادى قال الطحاوى انه حديث لا أصل له لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له أصلا (أو نحمله على السياسة) بدليل ما ورد فى ذلك الحديث من الامر بالقتل فى المرة الخامسة وقوله (لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا) يعنى ان كانت يده اليسرى مؤفة (أو مشيا) ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقى كلامه ظاهر

المخل

قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق) الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما أمره به فانه أمره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل أن يقول له اقطع وقال في المبسوط لاشئ عليه لان قيمة اليد قد سقطت بقضاء

قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شئ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا شئ عليه في الخطا ويضمن في العمد) وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس والمراد بالخطا هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا له أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه أخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولأبي حنيفة رحمه الله انه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح

المخل بالبطش فوات ثلاث أصابع وهنا جعله اصبعين لان الحد يحتاط في درئه (قوله واذا قال الحاكم للحداد) أي الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد (اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شئ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله) ولكن يؤدب وبه قال أحمد (وقالا لا شئ عليه في الخطا ويضمن في العمد) ارش اليسار (وعند زفر يضمن في الخطأ أيضا) بخلاف ما لو قال له اقطع يد هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أتلفه لان سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف (قوله والمراد) أي المراد (بالخطا) الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر (الخطأ في الاجتهاد) ومعناه ان يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما (أما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا) لانه بعيد يتهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد وانما يكون معنى العمد حينئذ أن يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في إجزائها (وقيل) الخطأ في اليمين والشمال (يجعل عفوا أيضا لزفر انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا انه) انما (أخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع) بالاجماع وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار (ولهما) في العمد (انه) جان حيث (قطع يدا معصومة بلا تأويل تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات) لانه هو لم يفعله عن اجتهاد (وكان ينبغي ان يجب القود الا انه سقط للشبهة) الناشئة من اطلاق النص (ولابي حنيفة رضي الله عنه انه) وان (أتلف) بلا حق ظلما لكنه (أخلف من جنسه ما هو خير له) وهي اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيأ وانما قلنا انه أخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها الى خلف استمرارها وبقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي وأما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيأ أصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بألفين وقيمته ألف أو شهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيأ (قوله وعلى هذا) أي على تعليل قول أبي حنيفة بالاخلاف بقطع يساره (غير الحداد أيضا) للاخلاف (وهو الصحيح) احترز عما ذكره الاسبيجابي في شرحه لمختصر

الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا لكن أدبه الامام لانه أساء الادب حين قطعه قبل أن يأمره الامام به وكلامه واضح وقوله (بغير حق) دليله أن الحق في اليمين في السرقة وهو أيضا لم يقطع يسار أحد ليكون حق القطع اليسار قصاصا (ولا تأويل) حيث لم يخطئ لان الكلام فيما اذا تعمد في قطع اليسار (فلا يعفى) كما لو قطع رجله أو أنفه (وان كان في المجتهدات) لأن المجتهد لا يعذر فيما اذا أخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا (وكان ينبغي أن يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة) وهي قوله تعالى فاقطعوا أيديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال وقوله (ولابي حنيفة) تقريره القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا (وعلى هذا) التقرير (لو قطعه غير الحداد) أي لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه (لا يضمن) شيأ لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مأمورا الحاكم أو أجنبيا غير مأمور (وقوله هو الصحيح) احترز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه ولو قطع غير يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطا الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع أدى الى الاستهلاك ويرد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهالك

(قوله يوجب تناول اليدين جميعا الخ) أقول يعني على سبيل البدل كما في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم

(قوله ولو أخرج السارق يساره) ظاهر (قوله ثم في العمد عنده) أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه (عليه) أي على السارق (ضمان المال) المسروق ان كان هالكا (لانه لم يقع حدا) وانما خص أبا حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لما عسى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان ايذانا بأن القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيرا لا باعتبار أن القطع وقع حدا وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لاستحالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا وقوله (وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة) أي على طريقة أن القطع لم يقع حدا لانه اذا لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة (وعلى طريقة الاجتهاد) الذي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد ان ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) السارق المال (٣٥٢) لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجتمعان قال (ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه) اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن أبي ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعي ان أقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لان الشهادة تنبني على الدعوى في الحال فاذا لم يحضر هو أو نائبه لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه تنتفي السرقة وكل ما هو شرط الشئ لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز الوجوه

ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بأمره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن (ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة) لان الخصومة شرط ظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته

وكلامه في الكتاب واضح خلا أن فيه توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومة هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها أي لظهور السرقة وهي الجناية ويمكن أن يدفع بان الاول تعليل لاشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وان كانا بمعنى واحد

(قوله وانما خص أبا حنيفة الخ) أقول قال الشيخ الامام السغناقي وتبعه الاكمل وانما خص أبا حنيفة لما أن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق انما ترد على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب الحد فيظن ظان أن القطع وقع حدا عنده فلا يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب الضمان اه وعندي أن ما ذكره السغناقي أنسب بالمقام مما ذكره الشارح تبعا للاتقاني فتأمل أنت (قوله فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان الخ) أقول فيه بحث فان الظاهر خلاف ذلك (قوله قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد) أقول وجه التخصيص غير ظاهر فان ذلك في طرف أبي حنيفة أيضا

ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود قد تقدم (قوله وصاحب الربا) قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدى الربا فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق (قوله وكل من له يد حافظة) يريد متولى الوقف والاب والوصى ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك (قوله الا ان الراهن) استثناء منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففى بعضها الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده وفى بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا أما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال فى المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لانه لا سبيل له على أخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لان له أن يأخذه وكذا فى الايضاح وأما عقلا فلان السارق انما تقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمير فى (بدونه) راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد

وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود (وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم وللرب الوديعة ان يقطعه أيضا وكذا المغصوب منه) وقال زفر والشافعى لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك فى السرقة من هؤلاء الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه والشافعى بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء فى الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع لان فيه

الوجوه فلم تمكن فيه هذه الشبهة والحق أن احتمال اباحة المالك ونحوه هى الشبهة الموهومة التى سينفيها المصنف وسيتضح ذلك فالمعول عليه ما ذكرنا من أن ملك المقر قائم مالم يصدقه المقر له (قوله وكذا اذا غاب) المسروق منه (عند القطع) لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعى وأحمد خلافا للمالك (لان الامضاء من القضاء فى الحدود) على ما مر وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه فى ثبوت خلاف الشافعى لكن علمت أن الاصح أنه كقولنا ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع فى بيان من له المطالبة فقال (وللمستودع) بفتح الدال (والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم) أى اذا سرق الوديعة أو المال المغصوب وأما صاحب الربا فكالمشترى عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لان هذا المال فى يده بمنزلة المغصوب اذ المشترى شراء فاسدا فى يد المشترى كالمغصوب (ولرب الوديعة أن يخاصمه و (يقطعه أيضا) كالمودع (وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعى لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة) كمتولى الوقف والاب والوصى يقطع السارق لما فى أيديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم (ويقطع أيضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك) بما فى أيديهم (الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده) والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله (لانه لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه) أى بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم فى ردها وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال كان فى نسخة المصنف بعد القضاء وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس يعنى أن للمالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالا منه وقيد بقوله حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع الا بخصومة المرتهن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق فى مطالبته بالعين لا لنفسه ولا للحفظ وفى غاية البيان وينبغى أن يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد أمانة فى يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته (قوله فالشافعى رحمه الله بناه) أى بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء (على أصله وهو أن لا خصومة لهم فى الاسترداد) عند جحود من فى يده المال المودع كابناء غير المودع الا أن يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة فى الدعوى عليهم لابقاء اليد فلا أن لا يملكوها لاعادة اليد أولى قيل لكن المذكور فى كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول مالك و يزيد المستعير أيضا (وزفر يقول ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع لان فيه) أى فى القطع حينئذ وزفر والشافعى اتفقا فى الحكم واختلفا فى تخريج المناط (فالشافعى بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء المذكورين فى الاسترداد عنده) اذا جحد من فى يده المال مالم يحضر المالك واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم (وزفر يقول ولاية الخصومة فى الاسترداد ضرورة الحفظ) والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (فلا تظهر فى حق القطع لان فيه) أى فى ظهورها فى حق القطع

(قوله ومعنى قوله الى قوله قد تقدم) أقول فى باب الشهادة على الشهادة

(تفويت الصيانة) لان المال مضمون على السارق فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لاصيانة وهم مامورون بالحفظ والصيانة (ولنا ان السرقة موجبة للقطع فى نفسها) وهذا ظاهر (و) السرقة (قد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) أى غير ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضى بحجة

شرعية فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية (لان الاعتبار لحاجتهم الى استرداد اليد) وهم فى ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود فى هؤلاء أما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع بالمحل وأما المرتهن والمودع فللرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت أن الخصومة مطلقة اندفع ماقال زفر انها ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع وقوله (والمقصود من الخصومة) أى مقصود صاحب اليد (احياء حق المالك وسقوط) الضمان بسقوط (العصمة) من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمنى غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض)

تفويت الصيانة ولنا أن السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته

(تفويت الصيانة) لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الأمر على موضوعه بالنقض اذ تصير خصومته لاثبات الحفظ سببا لنفيه (ولنا أن السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) وهذه النكتة هى مبنى الخلاف أعنى كون خصومتهم معتبرة فأثبتها بقوله (اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد) والاحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان استعادتها حقا لهم كما أن ذلك للمالك بل الملك فى الحقيقة لم يرد الا لليد وهذا لان ذا اليد إن كان أمينا لا يقدر على أداء الامانة الا بها وان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومة فى حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق منى وقصده إحياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته فى القصاص لا تعتبر فلا يقتص بخصومته لانه ليس فيه حقه فى إعادة يده وأورد أن فى صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو إحدى الخصمين وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعى مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما وماذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ماذكرنا قبل والتوهم موجود فى هذه الصورة مع أنه يقطع أجيب بأن المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة وبينا أن لهم حق الاسترداد فخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل ألا ترى أنه لا يستغنى عن إضافة الخصومة الى غيره وفى فصل الاقرار شبهة زائدة هى جواز أن يرد المالك اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم أجاب عن قول زفر بقوله (وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء) حقا لله وان لزم غير مقصود ولا ذمى لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع أنه مهدر فى اعتبار الشرع بدليل الاجماع على أن يقطع بخصومة الاب والوصى بسرقة مال اليتيم وان لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة) جواب عن مقدر هو أن يقال احتمال اقرار المالك له أى اعترافه بأنها له واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها فى الحال لا على تقدير منتف فى الحال ألا ترى أن القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفى أو أذنت له فى الدخول فى بيتى ولا يخفى أن لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التى ذكرها بعضهم فى اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك المسروق للسلمين ونحوه فانه جاز أنه اذا حضر قال كنت أبحته للسلمين أو لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقر له بسرا فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك بسبب قيام احتمالها فى نفس الامر لا على تقدير حضوره المنتفى فى الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان أذن له أو أنه مقر له به قائم فى

جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال ينبغى أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر فى مسئلة قبيل الحال هذا لاحتمال أنه لو حضر أقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر (كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن) فان فيه شبهة موهومة أيضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندى فى الوقت الذى سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك

(في ظاهر الرواية) وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك ليس له ان يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا أقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع مالم يحضر مع أن العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار موجودة وشبهة الاذن بالدخول في الحرز أو الاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع أجيب بأن الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك قال (وان قطع سارق بسرقة) المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل ان قطع يده أو بعده فان كان الثاني لم يكن له أي للسارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثاني أما السارق فلوجهين أحدهما (ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها) والثاني ان يده لم تبق من الايدي التي ذكرناها من ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفته لا تعتبر في القطع وأما المالك فللوجه الأول وقوله (وللاول) أي السارق الاول (ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذا رد واجب عليه) وليس له ذلك في رواية أخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن أن تكون يد ملك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد ذلك وان كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة لعدم القطع ههنا ولهذا قرن المصنف بينهما (ومن سرق سرقة فردها على المالك) فاما ان يردها (قبل الارتفاع الى الحاكم) أو بعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية

في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة (وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني) لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها والاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذا رد واجب عليه (ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول) لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع) الى الحاكم (لم يقطع)

الحال وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المستودع (قوله وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال أن يقطع السارق الثاني) وبه قال أحمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول أولا ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد إن قطعت الاول لم أقطع الثاني وإن درأت القطع عن الاول لشبهة قطعت الثاني ومثله في الاملاء لابي يوسف وأطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول أحمد لان يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع في أخذ مال ضائع قلنا بقي أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذا رد واجب عليه) وفي رواية أخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس بأولى منه الى المالك والوجه أنه اذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده الى الاول ولا الى الثاني اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثاني الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ أموال الغيب (ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درئ عنه القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار) يده (كـ) يد (الغاصب) (قوله ومن سرق سرقة فردها الى المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة) التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانها أعني الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهي (انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت) المنازعة بالرد (بخلاف ما بعد المرافعة) أي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة واذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشئ ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم

(قوله أجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة) أقول قد مر في ظهر هذه الصحيفة ان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد أداء الشهادة فتأمل هل يندفع ذانك الاحتمالان دون أن يحضر المالك

(وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة) بجامع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ماقبل الارتفاع ومابعده سواء (وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) يعني أن السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (والخصومة قد انقطعت) بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك والشيء يتقرر بانتهائه لا أنه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا أنه يبطل لكنها أعني الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق منه والى أخيه وعمه وخاله وهم

في عياله وكذا الى امرأته أو أجيره مشاهرة أو عبده وكذا الرد الى أبيه أو أمه أو جده سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كالرد الى نفسه استحسانا (واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك وسلمه اياه (أو باعه اياه لم يقطع) وانما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا سلمت الهبة اذ لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك (وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا) باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك (وظهورا) لان الفرض انه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها (وبهذا العارض) يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة) لان ثبوت الملك بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احتراز هنا عما اذا أقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا لا قراره من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة (ولنا أن الامضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالحد (في هذا الباب) يعني باب الحدود

وعن أبي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا (واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه (وكذلك اذا باعها المالك اياه) وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا أن الامضاء من القضاء في هذا الباب

القطع بعين أن يرد قبل الخصومة الى يد المالك أو يد أبيه أو أمه أو جده أو جدته وان لم يكونوا في عياله ولا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذوي رحمه المحرمة كأخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرأ فلا يقطع كما لو رده الى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيره مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مسانهة يبرأ في هؤلاء كلهم فلا يقطع ولو سرق من المكاتب رده الى سيده أو من العيال رده الى من يعولهم أي سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع وأما الغاصب فلا يبرأ بالرد الى الاب والام ولا الى ولده وأقاربه المحرمة الذين في عياله ولا الى الزوجة ومن ذكرنا معها (قوله واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك) وسلمها اليه أو باعها منه (لا يقطع وقال زفر والشافعي) وأحمد ومالك (يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا) بفعلها بلا شبهة (وظهورا) عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لو صح اعتبار عارض الملك المتأخر متقدما ليثبت اعتباره (وقت السرقة) ولا موجب لذلك فلا يصح (فلا شبهة) فيقطع ومما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان أنه قال يا رسول الله لم أرد هذا ردائي عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهلا قبل أن تأتيني به رواه أبو داود وابن ماجه زاد النسائي في روايته فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو أقر له بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك السابق فينتفي القطع (قوله ولنا أن الامضاء) يعني استيفاء الحد بالفعل (من القضاء في باب الحدود) فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشأن في بيان ان الاستيفاء من القضاء أو هو والقضاء في هذا الباب (٢) وقد بيناه في حد الزنا الا ان المصنف لما كان هذا

قال المصنف (انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) أقول فان قيل ان أريد أنها جعلت حجة لذلك الضرورة في حقوق العباد فسلم ولا يفيد لان القطع من حقوق الله وان أريد في جميع الحقوق فغير مسلم وهو ظاهر قلنا المراد هو الاول لكن ثبوت حق الله هنا يكون في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق صرح به الزيلعي فتأمل

(لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) يعني أن القضاء في هذا الباب لا يغني غناءه أي لا يفيد فائدته الا بالاستيفاء (لان القضاء للاظهار) ولا اظهار هاهنا (لان القطع حق الله وهو ظاهر عنده) فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا فقه تفويض استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق (واذا كان كذلك) أي اذا كان الامضاء من القضاء (يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القاضي القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا تستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع (٢٥٧) ذكره في الاسرار (وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء) يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض فكأنه لم يقض ولقائل أن يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمة من القضاء حتى أوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء في باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وماذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل بالردسوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك وكان شبهة في درء الحد قال (وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله (يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء) بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله (اعتبارا بالنقصان في العين) يعني بان هلك درهم من العشرة أو استهلكه وهذا بناء على أن المعتبر في قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر (ان كمال النصاب لما كان شرطا) في الابتداء (يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا) أن الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين النقصان في العين (أن النقصان في العين مضمون عليه) أي على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الاخذ ودينا وقت الاستيفاء (كما اذا استهلك كله أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا

لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال (وكذا اذا نقصت قيمتها من النصاب) يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا

هذا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله (لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء لفظا بل ولا يفيده سقوط الواجب عنه الا بالاستيفاء (واذا كان كذلك) والخصومة شرط (يشترط قيامها عند الاستيفاء) كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة بخلاف رد المال المسروق بعد القضاء بالقطع لان به تنتهي الخصومة والشيء بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع وأما الحديث ففي رواية كما ذكر وفي رواية الحاكم في المستدرك قال أنا أبيعه وأنسئه ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا وقوله أيقطع رجل من العرب في ثلاثين درهما ولم يثبت أنه سلمه اليه في الهبة ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع اليه وفي ذلك لا يكون ملكا له قبل القبض (قوله وكذلك اذا نقصت قيمتها) أي قيمة السرقة أي العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب (وعن محمد يقطع وهو قول زفر) وباقي الائمة الثلاثة (اعتبارا بالنقصان في العين) فانه اذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك (ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الامضاء لما ذكرنا) أنه من القضاء وهو منتف في نقصان القيمة (بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بعضه دين وبعضه عين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه لانه يكون لفتور الرغبات وذا لا يكون مضمونا على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع كذا في النهاية وصار كما لو كان السارق استهلكه

فافترقا (واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة) وفسره المصنف بقوله (معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة) وانما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق (وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة و) الشبهة (تتحقق بمجرد الدعوى) لاحتمال الصدق (ولا معتبر بما قال) انه لا يعجز عنه سارق (بدليل أن الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح) وما من مقر الا ويمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة

فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب أن الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه وأما بالنسبة الى المقر فهما سواء (قوله واذا أقر الرجلان بسرقة) مبناه على صحة الرجوع وقوله (لان الرجوع عامل في حق الراجع) يعني لعدم المكذب (ومورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة) فيكون فعلا واحدا (قوله لانه لو حضر رجما يدعي الشبهة) يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز (وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب) لان القضاء على الغائب لا يجوز وكان الغائب في هذه الشهادة كأنه معدوم (والمعدوم لا يورث الشبهة) في حق الموجود وهذا لان الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة (على ما مر) يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال (واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة مال) اذا أقر العبد بسرقة فاما ان يكون مأذونا له أو محجورا عليه وكل منهما على وجهين اما أن يكون المال قائما بعينه أو مستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى أو صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضى وانتفاء المانع وان كذبه وهو مأذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قائم أو مستهلك ورد القائم على المسروق منه

(واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار (واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة (فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وكان يقول أولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر (واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه)

كله فانه يقطع به لقيامه وذلك ثم يسقط ضمانه (قوله واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) قال المصنف (معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة) وانما فسر به ليخرج ما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال (وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه) وهو أحد الوجهين كذا ذكره بعض أصحابه وهو رواية عن أحمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه أنه لا يقطع قيل هو نص الشافعي وعن أحمد رواية أنه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة وأولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحدود تدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المصنف (ولا معتبر بما قال) من انه يفضي الى سد باب الحد (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا (قوله واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع منهما ومورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة ثبتت باقرارهما على الشركة) فتتحد فتعمل الشبهة فيهما (قوله فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر) الحاضر منهما (في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وقول الائمة الثلاثة (وكان يقول أولا لا يقطع لانه ان حضر) الغائب (ربما يدعي شبهة) والسرقة واحدة فتعمل في حقهما (وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما) فانما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط (ولا معتبر بوهم حدوث شبهة على ما مر) في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع الآن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت بينة أخرى وكذا اذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الاول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الائمة (قوله واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة لان العبد المقر بالسرقة إما مأذون

قال المصنف (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) أقول يفهم مما ذكره ههنا أن صحة الرجوع بعد الاقرار في الحدود متفق عليه بيننا وبين الشافعي وقد صرح بخلافه في أوائل كتاب الحدود لكن التعويل على ما يفهم هنا وهو المصرح به في كتبهم

وان كان محجورا عليه فان أقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان أقر بمال قائم بعينه فى يده قال أبو حنيفة تقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى حكى عن الطحاوى انه قال سمعت أستاذى ابن أبى عمران يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن أبى حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف فأخذ به أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه وأصل ذلك ان القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة القطع

أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم وبدليل انه لو قال أبقى المال ولا أبقى القطع لم يسقط القطع وقال أبو يوسف كل منهما أصل أما أصالة القطع فيما قالوا فى الحر اذا أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو فى يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره فى حق القطع دون المال وأما أصالة المال فلانه اذا سرق مادون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد المال أصل والقطع تبع ووجهه وجه أبى يوسف فى أصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما فى الكتاب سوى ألفاظ نبينها فقوله (فى الوجهين) يعنى فيما اذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا وقوله (فى الوجوه كلها) أى فيما اذا كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له وفيما اذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا وقوله (لانه يرد على نفسه) يعنى فيما اذا أقر بقتل الغير عمدا (أو طرفه) يعنى فيما اذا أقر بالسرقة وقوله (يؤاخذ بالضمان) يعنى فى المستهلك

وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذبه المولى (ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع فى الوجهين) وقال زفر لا يقطع فى الوجوه كلها لان الاصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث إنه آدمى ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة فى هذا الاقرار

له أو محجور عليه وفى كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له اذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف (ولو كان مأذونا قطع فى الوجهين) ويرد المال للمقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع فى شئ وهو ما ذكره المصنف بقوله (وقال زفر لا يقطع فى الوجوه كلها) أى فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بهالكة أو قائمة أو مأذونا والاقرار بها لكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة فى هذا أعنى اقرار المحجور بقائمة فى يده فقال أبو حنيفة يقطع ويرد لمن أقر له بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له وقال الطحاوى سمعت أستاذى ابن أبى عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن أبى حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الحلان فى الزكاة ومعنى المسئلة اذا كذبه المولى فى اقراره وقال المال مالى أما اذا صدقه فلا اشكال فى القطع ورد المال للمقر له بلا نفاق هذا كله اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه ان كان مأذونا رد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى رد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولا بعد العتق وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال (ان الاصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره بها (يرد) أثره (على نفسه أو طرفه) بالاتلاف (وكل ذلك مال المولى) فالاقرار به اقرار على مال الغير (والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له) لما تضمن اقراره الاقرار بالمال والطرف وبطل فى الطرف (يؤاخذ) بالمال (بضمانه) ان كان هالكا ويرده ان كان قائما (لصحة اقراره بالمال لكونه مسلطا على الاقرار به من جهة المولى) حيث أذن له فى المعاملات (ونحن نقول الاقرار بها منه صحيح لان أثر الاقرار بها يرجع اليه من حيث هو آدمى) لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ألا ترى أن المولى لا يملكه عليه ومالا يملكه المولى عليه كان مبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه هو كالطلاق (ولانه لا تهمة فى هذا الاقرار) ليبطل فى حق السيد لان ضرره الراجع اليه به فوق

وقوله (والمال) يعنى اذا كان قائما فى يده وقوله (من حيث انه آدمى) يشير الى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمى مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك والعبد فى ذلك كالحر فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الحر كاقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك ومالا يملك المولى الاقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله (ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث إنه مال) يعنى لما صح اقراره من حيث إنه آدمى يصح من حيث انه مال أيضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته

(قوله بدليل انه يبطل بالتقادم) أقول فيه بحث (قوله وبدليل انه لو قال أبقى المال الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ومعناه) أقول قال الاتقانى أى معنى الاختلاف اه وفيه تأمل

وقوله (لما يشتمل عليه) أي على العبد (من الاضرار) لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى (ومثله مقبول على الغير) أي ومثل ما كان ضررا لاقرار فيه سار بالى المقر والى الغير يسمع على الغير أيضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس اذا أقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرماء وقوله (ولا قطع على العبد في سرقته) أي في سرقة مال مولاه وقوله (فيبطل بالمال) أصل فيها) اشارة الى ما مهدنا من الاصل وقوله (حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) مثل أن يقول أطلب منه المال دون القطع (ويثبت المال دونه) كما اذا شهد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع (وفي عكسه) بأن قال أطلب القطع دون المال (لا تسمع) الخصومة (ولا يثبت) القطع دون المال وقوله (فلا يصح في حقه فيه) أي فلا يصح اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله (والقطع يستحق بدونه) أي بدون المال لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذا يجوز أن يثبت القطع دون المال كما اذا أقر بسرقة مال مستهلك قوله (لما بينا) اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي وقوله (فيصح بالمال بناء عليه) أي لما صح اقراره بالقطع باعتبار أنه آدمي مكلف صح اقراره بالمال أنه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما مهدناه من أصله

لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد في المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يده وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة أن الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناءه عليه

ضرر الراجع به الى المولى لانه يفوت عليه نفسه أو طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما اذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لان ما لزمهم من ذلك فرع لزومه مثله فنفذ في حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا لو أقر المفلس بعمد القتل يقتل اجماعا وان كان فيه ابطال ديون الناس و (لمحمد في المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل ولذا لا يصح اقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى) اذ الفرض تكذيب المولى له في اقراره فقد أقر بسرقة مال المولى وبسرقة مال المولى لا يقطع وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد أي يؤكد ما ذكرنا من عدم القطع (أن المال) في لزوم القطع (أصل والقطع تابع) والتابع من حيث هو لا يتحقق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع وبيان أن المال أصل أن الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال أريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع (و) لذا (يثبت المال) في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها وأقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فانه يقضي بالمال (دون القطع) وكذا اذا أقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع (وفي عكسه لا تسمع) حتى لو قال المسروق منه أريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فانما يصح في حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع (ولابي يوسف انه أقر بشيئين) أي أقر بما يوجب شيئين (القطع وهو) اقرار (على نفسه) فيقطع (على ما ذكرنا) مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص (والمال وهو) اقرار (على المولى) وهو يكذبه (فلا يصح في حق المولى والقطع يستحق بدون المال) كما اذا أقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع ولا يلزمه المال (وكما لو قال حر هذا الثواب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع) ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى (ولابي حنيفة ان الاقرار في حق القطع قد صح منه لما بينا) في الكلام مع زفر من انه آدمي الى آخره ويلزمه صحته بالمال أنه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم بحكم الشرع

(قوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) أقول أي بدون الخصومة في القطع وان لم يسقط القطع كما مر

وقوله (لان الاقرار يلاقى حالة البقاء) يريد أن الاقرار بالشئ اظهار أمر قد كان فلابد من وجود المخبر به سابقا على الاخبار وقوله (حتى تسقط) بالرفع لان حتى بمعنى الفاء قوله (باعتباره) أى باعتبار القطع لما يجئ من أصلنا أن القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم فى حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان أصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره لان مقصوديته انما تكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاكه المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم (٢٦١) وجود الاصل وقوله (بخلاف مسئلة الحر) جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد الخ وبيانه أن الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو فى حق الرد الى عمرو لا يلزمه عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال اليه لما مر أن السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وان لم يرد اليه المال وأما هاهنا لو لم يرد المال الى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى حينئذ لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا تقطع يده ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يد العبد فقد جعلا سارقا مال غير المولى فيرد الى الذى أقر بالسرقة منه (قوله ولو صدقه المولى) قدمناه فى أول البحث قال (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده) كلامه واضح وقوله (كاستهلاكه صيد مملوك فى الحرم) يعنى من حيث انه تجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكاب المحظور

لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع انما يجب بالسرقة من المودع أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع فى الفصول كلها لزوال المانع قال (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه (وان كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعى يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم أو شرب خمر مملوك لذمى

بكون المال للمقر له اذ لا قطع عما ل السيد والى هنا يتم الوجه وقوله (لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه) زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله (بخلاف مسئلة الحر) يريد الزام أبى يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع لعمرو فكذا جاز أن يقطع بما أقر به من مال الاجنبى ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع فى المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره بالعمرو وانه وديعة عند زيد أو غصب وادعاء زيد أن الثوب له جاز كونه انكارا للوديعة غير أن المقر ليس خصما له فى ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع (قوله واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جنايتان فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة وهو المشهور) وبه قال سفيان الثورى وعطاء والشعبى ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن فى الاستهلاك وقال الشافعى يضمن فيهما) أى فى الهلاك والاستهلاك وهو قول أحمد والحسن والنخعى والليث والبتى واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشترى والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما أخذت حتى ترد ولانه أتلف مالا عملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حق القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين أحدهما حق الله وهو النهى عن هذه الجناية الخاصة والآخر حق المضرور فيقطع حقا لله ويضمن حقا للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم) يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقا للعبد (وكشرب خمر الذمى) على قولكم فانكم تحدونه حقا لله وتغرمونه قيمتها حقا لله تعالى وقوله (أو شرب الخمر للذمى) يعنى على أصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للذمى

قال المصنف (حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ) أقول معارض بما اذا أقر ثم رجع يثبت المال دون القطع وجوابه لا يخفى اذ لا بقاء اذا رجع قال المصنف (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده) أقول لو أطلق عن قوله فى يده لكان أشمل قال صاحب البدائع والعلامة الكاكى ولو باع السارق المسروق من انسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائما فلصاحبه أن يأخذه لانه عين ملكه وللآخر منه أن يرجع على السارق بالثمن الذى دفعه لأن الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق فى عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته اه

(ولنا ماروى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه) لا يقال هذا الحديث يدل على أن العين اذا كانت قائمة لا ترد الى صاحبها الان ذلك لا يسمى غرما وقوله (ومايؤدى الى انتفائه) انما كان مايؤدى الى انتفائه هو المنتفى لكونه ثابتا بالاجماع وقوله (اذ لو بقى) يعنى معصوما حقا للعبد (لكان مباحا فى نفسه) لانه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حق العبد فهو مباح فى نفسه وكان المال للسارق (٢٦٢) حراما من وجه دون وجه (فينتفى القطع للشبهة) اذ الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ يدرأ بالحديث فاذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما (حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه) وهذا معنى ماذكر فى المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى فى هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق فى حق العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى به القطع يتبين به أن حرمة المحل فى ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه تبين أن حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله (الا ان العصمة) جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن أبى حنيفة وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب أن سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى الى فعل آخر هو الاستهلاك لانه لا ضرورة فى حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافى القطع لانه يتملكه لأداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفى القطع للشبهة وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقى لكان مباحا فى نفسه فينتفى القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا أن العصمة لا يظهر سقوطها فى حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة فى حقه

للذمى فهذا الزامى فانهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى النسائى عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن أخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا أقيم عليه الحد ولفظ الدارقطنى (لا غرم على السارق بعد قطع يمينه) وضعف بان المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فأدخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهرى وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهرى قاضى المدينة وهو أحد الثقات الاثبات وعند نا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوى وأمانته وذلك الساقط ان كان قد ظهر أنه الزهرى فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البزار لا يضمن السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولان وجوب الضمان ينافى القطع لانه يتملكه بعد أداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه أخذ ملكه) ولا قطع فى ملكه لكن القطع ثابت قطعا (فما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى) والمؤدى اليه الضمان فينتفى الضمان (ولان المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقى كان مباحا فى نفسه) وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة فى السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا (فكان محرما حقا للشرع) فقط (كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله) ولا يقال جاز كون الشئ محرما لغيره ونفسه كالزنا فى نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحا فى نفسه لانا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما الا لغيره ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التى علم تعالى انها تتصل بها السرقة وانما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع فاذا قطع علمنا انه استخلص الحرمة حقا له تعالى فى ذلك المال كما نعلم أن الاب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولدها لانا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها اليه قبل الوطء القبلية التى علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا فى أعتق عبدك عنى بألف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط فان قلت فاوجه رواية الحسن فى الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغى أن لا يفترق الحال فاجاب المصنف عنه بقوله (الا ان العصمة لا يظهر سقوطها فى حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة فى حق فعل آخر) انما

(قوله لانه عرف بالاستقراء الخ) أقول منقوض بخمر الذمى قال المصنف (الا ان العصمة لا يظهر سقوطها فى حق الاستهلاك) أقول وأنت خبير بان الحديث والتعليل الاول لا يفرق بين الهلاك والاستهلاك (قوله وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك) أقول يجب الضمان باستهلاك خمر الذمى كما سبق آنفا

(وكذا الشبهة) وهو كونه حراما لغيره (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون بجعل السبب في الموجب الحد غير موجب احتياطا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة (ووجه المشهور) وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك (أن الاستهلاك اتمام المقصود) بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة السبب لا أنه فعل آخر (فتعتبر الشبهة فيه) لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب وقوله (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة) قال في النهاية أي لان سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك وأقول معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه أحد ضمنه هلك عنده أو استهلك والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه أي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني أنه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة حراما لعينه حتا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المصنف لا يساعده فتأمل قال (ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو بجميعها) كلامه واضح (وقوله لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب) تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت أموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة

وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور أن الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال (ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو بجميعها ولا يضمن شيأ عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها) ومعنى المسئلة اذا حضر أحدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيأ بالاتفاق في السرقات كلها لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة

انما الضرورة في نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع (وكذا الشبهة) أي شبهة الاباحة انما (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك (ووجه المشهور أن الاستهلاك) وان كان فعلا آخر الا انه (اتمام المقصود) بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدودا منها (فتعتبر الشبهة فيه) كما اعتبرت في السرقة (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان) في فصل الاستهلاك (لانتفاء المماثلة) بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا له في حالتي الهلاك والاستهلاك فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شرب خمر الذمي لانه أتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين ومثله صيد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد أنه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فأما ديانة فيفتى بالضمان للحق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الايضاح قال أبو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل له الانتفاع كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيأ من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغي اذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر أثره في حق الحكم وأما ديانة فيعتبر قضية السبب (قوله ومن سرق سرقات فقطع في احداها) بخصومة صاحبها وحده (فهو) أي ذلك القطع (لجميعها ولا يضمن شيأ) لأرباب تلك السرقات (عند أبي حنيفة وقالا يضمن كلها لا) السرقة (التي قطع فيها فان حضر واجميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيأ) من السرقات (بالاتفاق لهما أن الحاضر ليس نائبا من الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة) ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع بسرقاتهم (فبقيت أموالهم معصومة

(قوله لان الضمان الى قوله بالنص) أقول يعني قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (قوله ومن الشارحين من قال) أقول أراد الاتقاني

(وله أن الواجب بالكل) أي بكل السرقات (قطع واحد) لانه يجب (حقا لله) وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك (والخصومة شرط الظهور عند الحاكم) وقد وجد ذلك أيضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا (فاذا استوفى) يعني ذلك القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب ألا ترى أن نفعه) وهو الاتجار يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصا لم يبرأ فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا أجيب بانه كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ثم ههنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت

في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات بالاجماع فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك تناقض وقوله (وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد) يعني لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فعند أبي حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله أعلم

وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ألا يرى أنه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض والله تعالى أعلم

﴿ باب ما يحدث السارق في السرقة ﴾

(ومن سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع) وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع

وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم) فاذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها في نفس الامر علم القاضي بها أو لم يعلم ولا أثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب

﴿ باب ما يحدث السارق في السرقة ﴾

(قوله ومن سرق ثوبا فشقه في الدار) قبل أن يخرجه من الحرز (نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة) بعد الشق (قطع وعن أبي يوسف أنه لا يقطع) وان كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلفت العبارات في افادة قول أبي يوسف في بعضها ما يفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر من قوله كقوله ما وهي كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن أبي يوسف وكذا قول الاسبيجابي ذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع محمد وقول محمد مع أبي حنيفة في الظاهر وشمس الائمة البيهقي زاد فقال في كفايته وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة وفي بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال أبو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف كل شئ يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله أن السرقة ما تمت الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم أسقط البائع الخيار فانه لا يقطع

﴿ باب ما يحدث السارق في السرقة ﴾

لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة أبدا تتلو الثابت ذكرا (ومن سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوي) بعد الشق (عشرة دراهم قطع) قيد بقيدين أن يكون الشق في الدار وأن يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شق في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني (وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لان له في شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون) ولهذا قلنا للمالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق (وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع) ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد عليه سبب الملك

(ولهما ان الاخذ) أي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره أنا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك (وانما الملك يثبت له ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله) أي ومثل هذا الاخذ الذي هو سبب الضمان (لا يورث الشبهة) لانه ليس بموضوع للملك (كنفس الاخذ) فانه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم تعتبر شبهة (وكما اذا سرق البائع معيبا باعه) ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ماذكر) أي أبو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع (٢٦٥) لان سبب الملك موجود فيه (اذ البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب) لا يقال الاصل عندكم أن القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى أنه ان اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب أن القطع للباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشئ آخر (فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة) فانه اذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلأن لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (وهذا كله) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (اذا كان النقصان فاحشا) وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة (فان كان يسيرا) وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب (يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

ولهما أن الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ماذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فأورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

لذلك وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق (ولهما أن الاخذ وقع سببا للضمان) ولا يخفى أن المناسب أن يقول أن الشق وقع سببا للضمان (لا للملك) وثبوت ولاية الغير أن يملك ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين وانما تكون تلك الولاية موجبة للسببية اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا فيما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق تكلف في تقريره بان قيل الاخذ سبب للضمان لانه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا فكما لا تعتبر في الاخذ شبهة الملك دارئة للقطع بل يقطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين (فيثبت ضرورة أداء الضمان) أو القضاء به (ومثله لا يورث شبهة) والا لثبت مثلها (في نفس الاخذ) لانه أيضا يحتمل أن يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار (نظير ما اذا سرق البائع معيبا باعه) ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذي به يثبت الملك للبائع (قوله وهذا الخلاف الخ) الحاصل أن هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع (ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه) اياه (بالهبة) بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم (ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة) فاتضح وجه أبي يوسف في عدم القطع في اليسير واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بما ملكه بالضمان وقد حدثه النمرتاشي بان ينقص أكثر من نصف القيمة وأما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير ولا بد أن يكون المعنى فصاعدا ما لم ينته الى ما به يصير اتلافا والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض

(٣٤ - فتح القدير رابع)

(قوله وأورد على هذا الجواب الخ) أقول المورد هو الكاكي في معراج الدراية لكن تقرير الجواب الذي هو مورد هذا الايراد ليس على هذا النمط فيه (قوله وعن هذا ذهب بعضهم الخ) أقول أراد الخبازي قال الكاكي وفي الخبازية وفي الصحيح أن لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان

(وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه (ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما) وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه

المنفعة واليسير ما يفوت به شئ من المنفعة ذكره القدوري وأورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير أن فيه جمعا بين القطع والضمان وأجاب فقال انما لا يجتمعان كي لا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شئ واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الخبازية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بان سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم نضمنه اياه ألا ترى الى قول الامام فاضيخان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان أما القطع فلانه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو أخذ ثوبين وأخرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الى آخره فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له

(قوله وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) ولو ساوت نصابا بعد الذبح (لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه) على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه (قوله ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع) بأن كانت نصابا (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه عند أبي حنيفة) وهو قول الائمة الثلاثة (وترد الدراهم والدنانير على المسروق منه وقالا لا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما) والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضرب بها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضرب بها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصنعة حق المسروق منه في السرقة بناء على أنها لم تتبدل فيقطع فالقطع عنده لا يشكل على هذا أما عندهما فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شئ على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيأ آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شئ عليه وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بأن غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية وكذا الاسم كان تبر اذ هبا فضة فصار دراهم أو دنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت و بدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل انه لم يتغير بها حكم الربا حتى

(قوله لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما الخ) أقول أما تبدله حكما فلان التبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات بخلاف المضروب لا يجوز

(قوله وان سرق شاة فذبحها) ظاهر وقوله (ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع) أي يساوي عشرة دراهم (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه) وهو ظاهر (قوله وأصله في الغصب) يريد أن ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطعه (عندهما خلافا له) لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة أو حديدا فجعله ذراعا فانه ينقطع به حق المالك وله أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك أخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم أولى من الزائل الغير المتقوم (قوله فلم يملك عينه) أي عين المسروق وفي بعض النسخ عينهما أي عين الذهب والفضة وانما ملك شيأ غيرهما فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات أصله حديث بريرة

وقوله (فان سرق ثوبا فصبغه احمر) قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه أحمر الخ فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهي لا تدل على التعقيب ولكن قول المصنف (الا ترى انه غير مضمون الى آخره) انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال ومحرر المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة وأما معنى فلان المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ (وحق المالك في الثوب قائم صورة) لتمكنه من الاسترداد (لا معنى) لانه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه (بخلاف) مسئلة (الغصب) يعني التي اعتبر بها صورة النزاع (لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه) يعني الوجود (فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا) من كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا (وان صبغه اسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد ولا يؤخذ عند أبي يوسف لان السواد زيادة عنده كالحمرة وأما عند أبي حنيفة فان السواد عنده نقصان) فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى (فلا يوجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فان السواد وان كان عنده أيضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك والله أعلم

(فان سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه) اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ألا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه أسود أخذ منه في المذهبين) يعني عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم (قوله ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر) يقطع به باجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يضمنه (وقال محمد يؤخذ منه الثوب) وهو قول الائمة الثلاثة (ويعطى قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتبارا بالغصب) فان غاصب الثوب اذا صبغه أحمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة (والجامع كون الثوب أصلا والصبغ تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة) وهو ظاهر وقوله (ومعنى) أي من حيث القيمة (حتى لو أراد) المسروق منه (أن يأخذ الثوب يضمن له) قيمة (الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى) فانه لو هلك أو استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع بذلك (بخلاف الغصب لان حق كل) من المغصوب منه والغاصب الذي صبغه (قائم صورة ومعنى) لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع (فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا) من أن الصبغ تابع (قوله وان صبغه) أي السارق (أسود) ثم قطع أو قطع فصبغه أسود (يؤخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا والاول سواء) فلا يؤخذ منه (لان السواد زيادة كالحمرة) وهي مانعة من الاسترداد من السارق (وعند محمد هو زيادة) لكن الزيادة غير مانعة كما قال في الحمرة (وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما وفي شرح الطحاوي لو سرق سويقا فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ أي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد يأخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

قال المصنف (فان سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب) أقول وفي الكنز لو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن قال الزيلعي في شرحه أي لو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر الخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده انتهى وأنت خبير بأن عبارة الهداية ليست على ما نقله (قوله وهي لا تدل على التعقيب) أقول بل صيغة المضي تدل على التقدم على ما عرف في مباحث الحال (قوله انما يستقيم اذا كانت الخ) أقول فيه بحث

﴿ باب قطع الطريق ﴾

قال (واذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام أيديهم وأرجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما أن السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه وأما تسميتها كبرى فلأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق وانما أخره عن السرقة الصغرى لانها أكثر وجودا منه قوله (واذا خرج جماعة) قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحر والعبد وأراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله (قتلهم حدا) أي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان المال في البرارى محفوظ بحفظ الله تعالى فاذا أخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب

﴿ باب قطع الطريق ﴾

أخره عن السرقة وأحكامها لانه ليس بسرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء وهو الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز (قوله واذا خرج جماعة ممتنعين) بقوتهم ممن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ونجدته يعني شوكته (يقصدون قطع الطريق) أي أخذ المارة فاحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي أربعة وبالنسبة الى ما هو أعم منه خمسة أما بالنسبة الى الجزاء فاما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى أن أخذوا حكمهم أن يعزروا ويحبسوا الى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا واما ان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما أو ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا ومعنى حدا أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فتى عفا عنهم عصى الله تعالى والرابعة أن يأخذوا المال ويقتلوا وستأتي ان شاء الله تعالى وفي فتاوى قاضيخان وان قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا الا أن يكون معناه اذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيأ ومال الى القتل فانا سنذكر في نظيرها أنه يقتل قصاصا حتما فالعيسى بن أبان وفيها أيضا ان خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من أنه يحبس امتثالا للنص المذكور في الآية وأما بالنسبة الى ما هو أعم فالاربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعدما أحدثوا توبة وتأتي أيضا في الكتاب والتقييد بمسلم أو ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستأمن فلو قطعوا الطريق على مستأمن لم يلزمهم شيء مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التأبيد وبافي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قربه ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون يأتي ذلك كله في الكتاب مفصلا (والاصل فيه) أي في توزيع الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة (قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا) الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الامن وأما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصيان أمره واما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه أو هو على حذف مضاف أي يحاربون عباد الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لان هذا الحكم

(قوله والمراد منه والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال) فيه اشارة الى نفي مذهب مالك أن الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة أو وقوله (وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة) يعني قوله فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا وقوله وان أخذوا مال مسلم أو ذمي وقوله وان قتلوا ولم يأخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعد هذا من القتل وأخذ المال وقوله (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق (فاللائق تغلظ الحكم) أي الجزاء (بتغلظ الجناية) بتفاوت الاحوال لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف أو بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى (قوله فلانه المراد بالنفي المذكور) يعني عندنا فان الشافعي يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه أولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما وجد له نظير في الشرع أولى من الاخذ بما لا نظير له (قوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الخ) قال الحسن بن زياد الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق بأخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا في عشرين درهما وقلنا تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ فني النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وقوله (كي لا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة) حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى وأما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه تقطع رجله اليسرى

والمراد منه والله أعلم التوزيع على الاحوال وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها أما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن أهلها ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا الوقطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كي لا يستباح طرفه الا بتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كي لا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم) لانه حق الشرع

يثبت بالقطع على الكافر الذمي (والمراد من الآية التوزيع) أي توزيع الاجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث واسحق وقتادة وأصحاب أحمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود الامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك اذا رأى الامام القاطع جلدا اذا رأى قتله وان كان جلد الا رأى له قطعه ولنا ما روى محمد عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الاسلمي فجاء أناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن عباس ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو أن من المقطوع به ان ما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها أجزية على جنايه القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالاطلاق المحض للآية يقتضي أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الاجزية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الاجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ الا أن هذا الاخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان الغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كي لا يستباح طرفه بأقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشرط مالك سوى أن يكون المأخوذ نصابا فصاعدا أصاب كلا نصاب أولا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كي لا يتوى نصفه وكذا الاحكام السابقة من أنه لو كانت يسراه شلاء لا تقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس في الاجزية الموزعة الحبس قلنا هو المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض أي من

قال المصنف (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أقول عطف على التوهم كأنه قال والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال لا التخيير لان الاجزية المذكورة في الآية الكريمة أربعة والاحوال أيضا أربعة فالظاهر انقسام الاجزية عليها ولان الجنايات الخ قال المصنف (ويقتلون حدا) أقول وفي فتاوى قاضيخان أنهم يقتلون قصاصا فبينهما ما لا يخفى من المخالفة

وقوله (فالامام بالخيار) حاصله أن الامام بالخيار فى جمع العقوبتين بين قطع الايدى والارجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب ابتداء من غير قطع الايدى والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدى والارجل بين القتل والصلب وكان الخيار للامام فى موضعين وهذا قول أبى حنيفة وذكر فى الكتاب قول أبى يوسف معه (وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) وذكر فى عامة الروايات قول أبى يوسف معه (لانه) أى قطع الطريق (جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس دخل فى النفس فى باب الحد كحد السرقة والرجم) فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتى على ذلك كله قوله (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف وهو ظاهر الرواية (والتداخل فى الحدود لا فى حد واحد) ألا ترى أن الحدات فى الزنا لا تتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام أن يدع القطع كما لم يجز له أن يترك بعض الحدات أجيب بأن ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست واجبة عليه فى أجزاء حد واحد وكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة فى اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزنى خمسين جلدة فمات فانه يترك مابقى لانه لا فائدة فى اقامته

(و) الرابعة (اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس يدخل فى النفس فى باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهى بالقتل وأخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا فى الكبرى حدا واحدا وان كانا فى الصغرى حدين والتداخل فى الحدود لا فى حد واحد ثم ذكر فى الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه

قال المصنف (والرابعة اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار) أقول فيه أن هذا التخيير مناف لما ذكره آنفا أن المراد التوزيع على الاحوال فليتأمل فى التوفيق

وجه الارض لانه لا يتحقق مادام حيا وان حمل على بعضها وهى بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع أذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصير اليه من البلدة الاخرى فعملنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف فى الغرر

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى
اذا جاء نا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى مالك رضى الله عنه أن مجرد النفى لا يفيد فى المقصود قال يحبس فى بلدة النفى ومعلوم أن المقصود لا يتفاوت بالحبس فى بلدة النفى وغيرها فيقع تعيين بلدة النفى فى غير الفائدة المطلوبة (قوله والرابعة) أى من أنواع هذه الجناية (ما اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم) بلا صلب وقطع (وان شاء صلبهم) أحياء ثم قتلهم وهذا قول أبى حنيفة وزفر وقال أبو يوسف رحمه الله لا بد من الصلب للنص فى الحد ولا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعى وأحمد أجاب بأن أصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيره صلب أحدا مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب فان قوله أن يقتلوا أو يصلبوا انما يفيد أن يقتلوا بلا صلب أو يصلبوا بلا قتل لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب وفى عامة الروايات من المبسوط وشرح الجامع الصغير ذكر أبى يوسف مع محمد وبه قال مالك ان كان القاطع ذا رأى والشافعى وأحمد مع أبى يوسف فى أنه لا بد من الصلب ومع محمد فى انه لا يقطع (وجه قولهم انه جناية واحدة) هى جناية قطع الطريق (فلا توجب حدين ولان مادون النفس فى باب الحد يدخل فى النفس كحد السرقة والرجم) اذا اجتمعا بأن سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف وهذا على اعتبار أبى يوسف مع أبى حنيفة لا مع محمد (أن هذه) الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضا (عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها) حيث بلغ النهاية فى تفويت الامن (حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال) وكونها أمورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود فى قطع الطريق ألا ترى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو فى الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذى لزم اعتباره أن يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع أدى الى أن من أخذ المال قطع وهذا قد أخذه فيقطع وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل الا أن ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فأما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وماذكر من دخول مادون النفس فى النفس هو ما اذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر النفس

ثم قال (ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى أن يموت) ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال (واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فان باشر القتل أحدهم أجري الحد عليهم بأجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بأن يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا زلت أقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال (والقتل وان كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء) لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء) لانه لا حد في هذه الجناية

النفس أما اذا كان ذلك حدا واحدا فلا بد من اقامته فهي أجزاء حد واحد غير أنه ان بدأ بالجزء الذي لا تتلف به النفس فعل الآخر وان بدأ بما تتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت (قوله ثم قال) أي القدوري فيما اذا اختار الامام صلبه أو ما اذا قلنا بلزومه على قول أبي يوسف انه (يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى أن يموت ومثله عن الكرخي وجه قوله وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) ولان المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحياة لا بما بعد الموت الا أن يقال النص دل على ذلك فانه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معاند له بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ (وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة) فانها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف لا يقال وجه الاول وهو الاصح لا يخفى انه لا يكافئ وجه الطحاوي لانا نقول الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح والثاني هو المعتاد بينهم لان عادتهم القتل به فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمر العينين فان كان هناك مثلة فالصلب ليس غيره وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين أهله يدفنونه وعلمت في كتاب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لانه يتغير بعدها فيتأذى به الناس وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة) من النص وكونه أمر بالصلب لا يقتضي الدوام بل بمقدار متعارف لابلاء الاعذار كما في مهلة المرتد وغيره كما في مدة الخيار (قوله واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) لما بينا في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع (قوله وان باشر القتل أحدهم) أي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه (أجري الحد على جميعهم) فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا (لان القتل جزاء المحاربة) التي فيها قتل بالنص مع التوزيع (والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم) وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد خلافا للشافعي قلنا انه حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشرة والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر في قتل الكل وان لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) فما كان من جراحة يجري فيها القصاص (اقتص وما كان لا يجري فيه ذلك لزمه الارش) ويعرف ما يقتص به وما لا يقتص في الجنايات ان شاء الله رب العالمين وهذا (لانه لا حد في هذه الجناية) من قطع أو قتل

والبعج الشق من حد منع

قوله (وعن الكرخي مثله) أي مثل ما نقل عن أبي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله (توقيا عن المثلة) لانها منها نهى عنها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله (بما ذكرنا) أي بالصلب ثلاثة أيام قال (واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه) اذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال أخذه كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح وقوله (انحازوا اليهم) أي انضموا وقوله (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) جعله الامام التمرتاشي حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق والمصنف لم يذكرها في الاجمال بل قال هي أربعة لان مراد المصنف الاحوال التي تدل عليها الاجزية المذكورة في النص حدا وهي أربعة كما ذكره

(قوله أي مثل ما نقل عن أبي يوسف) أقول فيه بحث فان المراد مثل ما قال القدوري قال المصنف (وانما الشرط القتل من واحد منهم) أقول لعل فيه تسامحا والمراد ظاهر أي من واحد منهم لا أقل

قوله (سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) بناء على أن ما دون النفس يجرى مجرى الاموال فكان سقوط العصمة فى حق المال سقوط العصمة فى حق الجرح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم يسقط لصارت شبهة فى وجوب القطع اذا لجناية واحدة وهى قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد علم أن حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله (فان شاء الاولياء قتلوه) يعنى قصاصا وقوله (للاستثناء المذكور فى النص) يريد به قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم الآية واعترض بأن قوله الا الذين تابوا ههنا تطهره وأولئك هم الفاسقون تابوا قبل هو استثناء من قوله ولهم فى الآخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين (٢٧٢) كاملتين وأجيب بأن قوله وأولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه فى التقرير بخلاف قوله ولهم فى الآخرة عذاب عظيم واعترض أيضا بأن التوبة متوقفة على أداء المال أولا فان كان الثانى لا يستقيم التعليل بقوله ولان التوبة تتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثانى داخلا فى الوجه الاول فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح أن يكون الشئ الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد وأجيب بأن بعض المشايخ ذهبوا الى أن الحد يسقط بنفس التوبة وهى الاقلاع فى الحال والاجتناب فى المآل والندم على ما مضى والعزم على أن لا يعود اليه أبدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وذهب بعضهم الى أن الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف جمع بين قولى المشايخ من هذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام فى مبسوطه وقوله (ولا قطع فى مثله) أى فى مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهى شرط لوجوب القطع وقوله (فظهر حق العبد) يعنى لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال (ظهر حق العبد فى النفس والمال حتى يستوفى الولى القصاص أو يعفو)

فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولى (وان أخذ ما لا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات) لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان الحد فى هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور فى النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع فى مثله فظهر حق العبد فى النفس والمال حتى يستوفى الولى القصاص أو يعفو

(فظهر حق العبد فيستوفيه الولى وان أخذ ما لا ثم جرح قطعت يده ورجله) من خلاف (وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس) أى ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات (حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) ولذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حد الان الحد والضمان لا يجتمعان (قوله وان أخذ بعد ما تاب) سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص قال تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فان كان قد قتل (فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به وحينئذ لا بد أن يكون قتل بحديد ونحوه لان القصاص لا يجب الا به ونحوه عند أبى حنيفة وكذا اذا كان أخذ ما لا ثم تاب فان صاحبه ان شاء ترك وان شاء ضمنه ان كان هالكا ويأخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد (فظهر حق العبد فى ماله كما فى النفس) وفى المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره فى الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة وقيل يسقط أشار اليه محمد فى الاصل لان التوبة تسقط الحد فى السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء فى النص فلا يصح قياسها على باقى الحدود مع معارضة النص وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك وأحمد فى رواية والشافعى فى قول وعنهما تسقط لقوله تعالى واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ونحن نقطع بأن رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والآية منسوخة انما كان ذلك فى أول الامر واذا عرف هذا فقول المصنف ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع فى مثله شبه التناقض لانها اذا توقفت على رد المال فأخذ القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد يقطع البد والرجل أجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة فى سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقى أو استهلكه ومثل ما لو أخذوا بعد التوبة فى سقوط الحد والرجوع الى القصاص وتصرف الاولياء فيه وفى المال ما لو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ولكن أخذوا من المال قليلا لا يصيب كل نصاب فان الامر فى القتل والجرح

(قوله لان موجب الارش) أقول الظاهر أن يقال موجب الجرح (قوله وان كان الاول الخ) أقول لنا أن نختار الاول ونمنع قوله كون الوجه الثانى داخلا الخ فان الداخل فيه هى المقدمة الاولى فقط فان تقرير الوجه الثانى أن التوبة تكون برد المال واذا رد المال فلا خصومة فلا قطع كما ذكره على أن توقفها عليه فى نفس الامر أمر وملاحظته أمر آخر ولا يستلزم الاول الثانى وهذا كلام اجمالى والعاقل يكفيه الاشارة

وقوله (ويجب الضمان) معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص واعترض بان وجوب الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك أو الاستهلاك بعد الرد الى المالك وأجيب بانا نفرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض المال بان رد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر أو هلك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان وأقول هذا انما يتم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك فأما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز أن يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الآخر من المشايخ وقوله (وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) يعني اذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله (فصار كالخاطئ مع العامد) يعني اذا رمى بسهم الى انسان عمدا ورماه آخر خطأ وأصابه السهمان معا ومات منهما فلا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل الخاطئ شبهة في حق العامد وقوله (فقد قيل تأويله) ذهب أبو بكر الرازي الى أن المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

ويجب الضمان اذا هلك في يده أو استهلكه (وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر وعن أبي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له أن المباشر أصل والرد تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

الى الاولياء ان شاؤا قتلوا قصاصا وان شاؤا عفوا وقال عيسى بقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيأ من المال قتلهم حدا الا قصاصا وهذا لان ما دون النصاب كالعدم ولانه تتغلظ جنايتهم بأخذ شئ من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكر في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس الا ليصلوا اليه فاذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس الا للمال فيقتص منهم ان شاء الولي ويجري فيه أحكام القصاص (قوله وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فتظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط تابوا وفيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المصنف (فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء) الاخذ والقتل (يحد الباقون) وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه أن يقول وقال أبو يوسف بعد أن قال المذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر أو يقول المذكور ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمد وا كتفى بقوله العقلاء عن البالغين فان العقلاء عما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين (وعلى هذا السرقة الصغرى) إن ولي المجنون أو الصبي اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا الا الصبي والمجنون وقالت الائمة الثلاثة وأكثر أهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين (لابي يوسف أن المباشر أصل والرد تابع فتبقى مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد أن لا خلل في الاصل) فيحد الباقون (وفي عكسه) وهو أن يباشر الصبي والمجنون (ينعكس المعنى) وهو السقوط عن الاصل فان السقوط حينئذ في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون (ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن قطع الطريق جناية واحدة) لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق في الغالب الا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة (قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا) للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين لان (فعل الباقين) حينئذ (بعض العلة و) ببعض العلة (لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد) اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد (وأما ذو الرحم المحرم فقيل تأويله) أي تأويل سقوط الحد عن الكل (أن يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم) وفي

(قوله واعترض بأن وجوب الضمان الخ) أقول المعترض هو الكاكي والانقاني (قوله وأجيب بانا نفرض المسئلة الخ) أقول المجيب هو الكاكي والانقاني (قال المصنف قول أبي حنيفة وزفر) أقول أي قولهما قولا واحدا فلا غبار في قوله وعن أبي يوسف قال المصنف (لو باشر العقلاء) أقول أطلق العقلاء ليدل على الكمال فالمراد العقلاء البالغون

وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان المأخوذ شئ واحد فاذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين وأما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجرى عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره كما لو سرقوا من حرز ذى الرحم المحرم من أحدهم مالا ومن حرز أجنبي مالا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذى الرحم المحرم ماله ومال غيره لأن الشبهة هنالك في الحرز ولا معتبر بالحرز

في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله (والاصح انه مطلق) أى ليس بمقيد بكون المال مشتركا (لان الجناية واحدة على ما ذكرناه) لابى حنيفة وزفر (فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين) بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين ينفصل عن الآخر حقيقة وحكما وقوله (بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن) جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذى الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغى أن يسقط وجود المستأمن فيهم أيضا وتقرير الجواب أن الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة (وهو) أى الخلل (يخص المستأمن) فلا يصير شبهة لان الشبهة في غير الحرز لا تؤثر في الذى لا شبهة فيه كما اذا سرق الخمر وعشرة دراهم وأما وجود ذى الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله (ومن قطع الطريق) ظاهر فهو

والاصح أنه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء) لظهور حق العبد على ما ذكرناه (فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة (ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق) استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة

القطاع ذو رحم محرم من أحدهم فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذى الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شئ واحد فاذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين فأما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم يأخذوا المال الا من ذى الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير (والاصح أنه مجرى على الاطلاق) وأنهم لا يحدون بكل حال لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطرق كشئ واحد لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة (والجناية واحدة) وهى قطع الطريق (فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين) بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين هنالك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذى الرحم المحرم (قوله بخلاف ما اذا كان فيهم) أى في المقطوع عليهم وهو القافلة (مستأمن) جواب عن مقدر هو أن القطع على المستأمن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذى الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذى الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط المستأمن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم أجاب بأن (الامتناع في حق المستأمن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد) فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا) ويجرى الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا في المستأمنين لا حد عليهم ولكن يضمنون أموال المستأمنين لثبوت عصمة أموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التأبيد والله تعالى أعلم (قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد) وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة أو بمثقل عندهما ورد المال ان أخذه وهو قائم وضمانه ان هلك أو استهلكه (قوله ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر أو بين الكوفة والحيرة) وهى منزل النعمان ابن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران احداهما بالاخرى (فليس بقاطع الطريق استحسانا) وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع أن يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية (وفي القياس) أن (يكون قاطعا وهو قول الشافعي) فان في وجيزهم من أخذ في البلد ما لا مغالبة

(قوله ذى الرحم المحرم من أحدهم) أقول أى ذى رحم من أحد السراق قال المصنف (فصارت القافلة كدار واحدة) أقول الاولى كبيت واحد لانه قد يكون في الدار الواحدة مقاصير كما سبق

وعن أبي يوسف أنه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه إن قاتلوا نهارا بالسلاح أو ليلا به أو بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا أنهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة) وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في باب الديات ان شاء الله تعالى (وان خنق في المصر غير مرة قتل به) لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله تعالى أعلم

فهو قاطع طريق (وعن أبي يوسف أنه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث) لانه محارب بل مجاهرته هنا أغلظ من مجاهرته في المفازة ولا تفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه لا محاربة الا على قدر ثلاثة أميال من العمران ووقف أحمد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث (وعن أبي يوسف) في رواية أخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع وان كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر (لان السلاح لا يلبث) فيتحقق القطع قبل الغوث (والغوث يبطئ بالليالي) فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول أبي يوسف قال المصنف (ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث) وأنت تعلم أن الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم بين الناس وانما أنيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصر والقاطع ولا شك في أن ليس لحوق الغوث في ذلك المقدار ظاهرا وهو ما علل به الظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم أن يضربوا ويحبسوا وان قتلوا لزم القصاص وأحكامه وان أخذوا مالا ضمنوه اذا أتلفوه وعلى تقدير أنهم قطاع ان قتلوا وقتلوا واحدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله (لما بينا) أي من قوله لظهور حق العبد عند اندفاع الحد (قوله ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند أبي حنيفة وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى في الديات) وظاهر أنها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى أنها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في انه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في ايلامه وادخال الضرر على نفسه فانتفى موته وعدم احتماله لذلك (فان خنق غير مرة قتل) الا ان لانه ظهر قصده الى القتل بالتخنيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم صار يعتمده (ولانه صار ساعيا في الارض بالفساد) وكل من كان كذلك (يدفع شره بالقتل) ﴿فروع﴾ نص في الاصل على أن العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما أما العبد فظاهر وأما المرأة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب قطع وقتل وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها وذكر الكرخي أن حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هو المحاربة والمرأة بأصل الخلقة ليست محاربة كالصبي ألا ترى أنها في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمرأة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد وفي الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف اذا قطع قوم الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة أنه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة

وقوله (ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه) قدر البعد بين المصرين وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله (ومن خنق رجلا) بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي

﴿ كتاب السير ﴾

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه الصلاة والسلام في مغازيه

فيهم وجعل المرأة كالصبي والمجبوب ممن يذكر هذه أعني كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط من أنها كالرجال منسوبا الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا وممن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف الاوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البنية في أصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولاقوة الا بالله وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن وأخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن محاربات وعلله بان المرأة اذا قاتلت العدو وأسرت لم تقتل وانما قتلن بقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وأبو يوسف شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان أقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الاقرار فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا يقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أبي الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا لا يقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف أو لا يعرف لا يقيم الحد عليهم الا بمحضر من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين أو في دار الاسلام في موضع غلب عليه أهل البغي ثم أتى بهم الى الامام لا يقضي عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم فلا يفعله ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم الى أولياء المقود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليهم الحد إما لتقادم العهد وفيه نظر أو لعدم الخصم وقد سقط خصومتهم بما وصل اليهم أو لقضاء الاول فيتم بذلك لنفاذه اذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب أجنبي فقتلهم لا شئ عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا أن يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شئ لظهور أنه استوفى حق نفسه ولو أن لصوصا أخذوا متاع قوم فاستغاثوا بقوم وخرجوا في طلبهم ان كان أرباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم أن يقاتلوهم لان القتال للاسترداد للرد على أرباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شئ عليهم لانهم قتلوه لاجل مالهم فان فر منهم الى موضع أو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لا لاجل مالهم وكذا لو فر رجل من القطاع فلحقوه وقد ألقى نفسه في مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد

﴿ كتاب السير ﴾

أو رد الجهاد عقيب الحدود لانه بعد أن ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منها ومن مضمون هذا

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به الا أن الحدود معاملة مع المسلمين غالبا أو على الخصوص في حد الشرب وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهي فعلة من السير (وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه) قال في المغرب أصل السيرة حالة السير الا أنها غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة

﴿ كتاب السير ﴾

(قوله وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به) أقول احترازا عن مثل الوضوء فان ذلك الغير فيه لا يتأدى بفعل المأمور به بل يفتقر الى اتيان به على حدة وهو الصلاة وتفصيله في كتب الاصول في باب الامر (قوله الا أن الحدود معاملة مع المسلمين الخ) أقول أي بلا ايراد شئ أجنبي بينهما فلا يرد أن يقال يكفي في بيان وجه التقديم أن يقال لان الحدود معاملة مع المسلمين الخ وما عداها غير محتاج اليه

الكتاب

الكتاب وهو اخلاء العالم من الفساد و يكون كل منهما حسن لحسن لغيره وذلك الغير وهو اعلاء كلمة
الله تعالى يتأدى بفعل نفس المأمور به وهو القتال وجب تأخيره عنها لوجهين كون الفساد المطلوب
الاخلاء عنه بالجهاد أعظم كل فساد وأقبحه والعادة فى التعاليم الشروع فيها على وجه الترقى من الادنى
الى ماهو أعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم مايتعلق بالمسلمين
أولى ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا أورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة
محضة بخلاف النكاح (والسير جمع سيرة) وهى فعلة بكسر الفاء من السير فيكون لبيان هيئة السير
وحالته لان فعلة للهيئة كجلسة وخبرة وقد استعملت كذلك فى السير المعنوى حيث قالوا فى عمر بن
عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب فى لسان أهل الشرع على الطرائق المأمور بها فى غزو
الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو أيضا أعم
غلب فى عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم إن لم يقبلوا وفى غير كتب الفقه
يقال كتاب المغازى وهو أيضا أعم جمع مغزاة مصدرا سماعيا للغزاة الا على الوحدة والقياسى غزو
وغزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خص فى عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل
الجهاد عظيم وكيف لا وحاصله بذل أعز المحبوبات وادخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء
مرضاة الله تعالى وتقربا بذلك اليه سبحانه وتعالى وأشق منه قصر النفس على الطاعات فى النشاط
والكسل على الدوام ومجانبة أهويتها ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من مغزاة رجعنا من
الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخره فى الفضيلة عن الصلاة
على وقتها فى حديث ابن مسعود قلت يارسول الله أى الاعمال أفضل قال الصلاة على ميقاتها قلت
ثم أى قال بر الوالدين قلت ثم أى قال الجهاد فى سبيل الله ولو استزدته لزادنى رواه البخارى وقد جاء أنه
صلى الله عليه وسلم جعله أفضل بعد الايمان فى حديث أبى هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
أى العمل أفضل قال ايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد فى سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور
متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما بحمل كل على مايليق بحال السائل فاذا
كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه أفضل
ممن ليس مثله فى الجلادة والغناء وفيه نظر لان المذكور فى الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هى
الفرائض وفى هذا الايتردد فى أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بها فى أوقاتها على ماهو
المراد من قوله الصلاة على ميقاتها أفضل من الجهاد ولان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك
ولان اقتراض الجهاد ليس الا للايمان واقامة الصلاة فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلاة حسنة
لعينها وهى المقصود منه على ماصرح به عليه الصلاة والسلام فى حديث معاذ وفيه طول الى أن قال
والذى نفس محمد بيده ماتحب وجه ولا اغبرت قدم فى عمل يبتغى به درجات الآخرة بعد الصلاة
المفروضة كجهاد فى سبيل الله صححه الترمذى واذا لا شك فى هذا عندنا وجب أن يعتبر كل من الصلاة
والزكاة مرادة بلفظ الايمان فى حديث أبى هريرة ويكون من عموم المجاز أو يرجح بزيادة فقه الراوى
وهو ابن مسعود رضى الله عنه وبما عضده من الاحاديث السابقة والحق أنه ليس فيه معارضة لانه لم
يذكر الصلاة فيه أصلا فانما فيه أنه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلاة وهى قبله
بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث فى ذلك ماعن عمران بن حصين
رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل فى الصف فى سبيل الله أفضل عند الله من
عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخارى وعن أبى هريرة قيل يارسول الله
مايعدل الجهاد فى سبيل الله قال لا تستطيعونه فأعادوا عليه مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه

قال (الجهاد فرض على الكفاية)

قال المصنف (الجهاد فرض على الكفاية) أقول أي فرض لاجل كفاية مهم ديني على أن يكون على للتعليل كما في قوله تعالى ولتكبروا الله على ما هداكم أي لهدايته اياكم ويجوز أن يكون للمصاحبة كما في قوله تعالى وآتى المال على حبه ويجوز أن يكون المضاف مقدرا وعلى للاستعلاء أي على أهل الكفاية على أن المصدر بمعنى اسم الفاعل أي على الكفاة فيكون المراد تقرر الفرضية والا فهو فرض على الكل ابتداء على المختار وفي المحيط البرهاني والذخيرة قال أبو حنيفة الجهاد واجب على المسلمين الا أن المسلمين في سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج اليهم واختلف عبارة المشايخ في ذلك قال بعضهم الجهاد واجب على المسلمين فاذا جاء النفير فهو فريضة وفرق هذا القائل بين الفريضة والواجب والفرق بينهما ظاهر نظرا الى الاحكام حتى إن الصلاة المنذورة لا تؤدى بعد صلاة العصر وتقضى الفوائت بعد العصر وبعضهم قال الجهاد قبل النفير تطوع (٣٧٨) وبعد النفير فرض عين ومنه سمي الغزاة مطوعة أي متطوعة قال الله تعالى الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين أراد المتطوعين وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير فرض عين وانما عرفت فرضيته بالكتاب قال الله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم انتهى ونحن نقول هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعي الذي يكفر جاحده فان قيل فيلزم أن يكفر من قال بوجوبه أو استحبابه من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسي في المحيط الجهاد فريضة محكمة وقضية محتومة يكفر جاحدها ويضلل عاندها وكذا قال صاحب الاختيار الجهاد فريضة محكمة ويكفر جاحدها ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة واجماع الأمة قلنا انما يكفر منكر الفرض لو لم يكن مؤولا قال في معراج الدراية وأجمعت الامة على فرضية الجهاد وفي الايضاح خبر الواحد اذا تأيد بالكتاب والسنة والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك قوله اذا وهو أي الجهاد فرض على الكفاية وبه قال أكثر أهل العلم الا ابن المسيب فانه قال فرض عين للعمومات في النصوص وحكي عن ابن شبرمة والثوري أنه غير واجب وهكذا روي عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا ما علمناه واجبا وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية انتهى فان قيل قوله وأجمعت الامة على فرضية الجهاد مخالف لما يقوله بعده من أنه حكي عن ابن شبرمة والثوري أنه غير واجب وهكذا روي عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا ما علمناه واجبا قلنا قوله حكي يدل على أن لهما قولا آخر هو أظهر القولين منهما وهو القول بالوجوب وسيؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمرو بن دينار بأن مرادهم الفرضية على الكفاية نعم لا يلائم ذلك التأويل قوله وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية فليتأمل

قال (الجهاد فرض على الكفاية

ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر عن صلاته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه أجري عليه عمله الذي كان يعمل وأجري عليه رزقه وأمن الفتان رواه مسلم زاد الطبراني وبعث يوم القيامة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع من مات مرابطا أمن من الفزع الاكبر ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة وبعثه الله يوم القيامة آمنا من الفزع وعن أبي امامة عنه عليه الصلاة والسلام قال ان صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة ونفقته الدينار والدرهم منه أفضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق في كل مكان ففي النوازل أن يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام لان ما دونه لو كان رباطا فكل المسلمين في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا أغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطا الى أربعين سنة واذا أغار وامرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا أغار وا ثلاث مرات يكون رباطا الى يوم القيامة قال في الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول * واعلم أن ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله يقول وان منكم الا واردها رواه أبو يعلى وفيه ابن لهيعة محتمل في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت أحاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة ان أعطي رضي وان لم يعط سخط تعس وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد آخذ بعنان فرسه في سبيل الله أشعث رأسه مغبرة قدماه ان كان في الحراسة كان في الحراسة وان كان في الساقة كان في الساقة ان استأذن لم يؤذن له وان شفع لم يشفع (قوله الجهاد فرض على الكفاية

قيل الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية (اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) وهو دليلي قطعي فيفيد الفرضية (ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة) أي نافذ من مضى في الارض مضيا اذا نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد أجيب بأن خبر الواحد اذا تأيد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وههنا تأيد هذا الحديث بقوله تعالى فاقتلوا وبالاجماع وفيه نظر لانا لانسلم انه اذا تأيد بالقطعي أفاد الفرضية فان الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال الخبر لم يذكر للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز أن يكون بيانا لما احتمله النص (واما كونه فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا في نفسه) بتخريب البلاد وافناء العباد لكن (لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد

(قوله قيل الجهاد هو الدعاء) أقول القائل صاحب النهاية نقلا عن التحفة وهو لتعريف الجهاد الشرعي (قوله الى الدين) أقول أي الى حكم الدين (قوله بالنفس والمال) أقول الواو ههنا بمعنى أو قال المصنف (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) أقول فان قيل انه عام خص منه البعض وهو لكونه حجة فيما شبهة لا يصلح دليل الفرضية وانما قلنا إنه خص

اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد

اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله وقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله والتخصيص المعتبر عند أهل الاصول قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل مستقل لفظي مقارن للعمى وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره أنه ليس بفرض وأن الامر به للندب وكذا كتب عليكم كقوله كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر ويجب حمله ان صح على أنه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا وأما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك أن النص مقرون بما يفيده بغيرهم وهو من بحيث يحارب لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي لا تكون منهم فتنة

منه البعض فانه قد خص من قوله تعالى اقتلوا الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والاعمى والمقعد وخص من المشركين أيضا المستأمن والذمي قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الامر فبالعقل كما صرح به في كتب الاصول فلا يقدح في قطعية النص وأما تخصيص البواقي فلانا نسلم أنه ليس بطريق النسخ وأيضا لانسلم انه قد خص المستأمن والذمي ونحوهما من المشركين لم لا يجوز أن يكون اللام للعهد والمعهودون هم الذين ذكروا في قوله وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم فتأمل على أنه لا يبعد أن يكون المصنف منخرطا في سلك العلماء القائلين بان تخصيص العموم لا يضر في كون العام قطعيا في الباقي وماذكرناه هو الخاص عما أورد على الشارح الاكمل حيث قال وهو دليل قطعي قال المصنف (ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا) أقول الفرضية مستفادة من قوله ماض أي نافذ والنفاذ انما هو في الفرض من بين الاحكام فان في الندب والاباحة لا يجب الامتثال والبقاء من كلمة الى فانه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء وقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض من مضى الامر نفذ فليتأمل وفي الايضاح خبر الواحد اذا تأيد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك كذا في معراج الدراية وقال السرخسي أيضا في محيطه قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى يوم القيامة حتى تقاتل عصابة من أمتي الدجال وأراد بقوله ماض أي فرض واجب اه فان قيل لم لا يجوز أن يكون الماضي بمعنى الذهاب وفي الصحاح مضى الشيء مضيا ذهب أي ذاهب باق الى يوم القيامة فلا يتجه الاستدلال قلنا الذهاب في تفسير المضي كما وقع في الصحاح بمعنى الخلو لتلك أمة قد خلت قال المصنف (لانه ما فرض لعينه الخ) أقول تقرير الدليل ان الجهاد مفروض لغيره فهو فرض الكفاية اذا حصل المقصود بالبعض وانما قلنا ذلك لئلا ينتقض الدليل بالنفير العام فانه مفروض لغيره مع فرض عين لعدم حصول المقصود الا بقيام الكل يشير الى ذلك قوله وهذا الان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فليتأمل

فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام) والمراد بالكراع الخيل

(قوله كصلاة الجنازة ورد السلام) أقول فانهما فى نفسهما ليس لهما حسن يدل عليه انهما بدون الميت والمسلم عبث بل حسنهما لمعنى فى غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الحى كذا ذكره القاضى الامام أبو زيد (قال المصنف أثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل) أقول لا ينبغى أن يفهم منه أن الوجوب على جميع أهل الارض كافة حتى يسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم اذ لا يندفع بقيامهم الشر عن الهنود المسلمين وان قوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار هذا مما سنح به الخاطر الفاتر بعون الله الملك القادر ثم أقول فى قوله أثم جميع الناس لان الوجوب على الكل بحث لان من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع آثما على تقدير الترك أيضا على ما بين فى الاصول (قال المصنف لأن فى اشتغال الكل الخ) أقول إن قيل الأمر لا يدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرض عين أن يجب على الكل فى كل وقت حتى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد ولم لا يجوز أن يجب فى العمر مرة قلنا سبب الجهاد كون الكفار حربا علينا وهو متعدد فتتعدد الوجوب ثم فى هذا المقام قصة عجيبة وهى أن ابراهيم باشا المقتول عقد مجلسا عاليا فى حضرته حضره أكثر الموالى وكان البحث عن أول كتاب الجهاد واعترض محمد بن پيرى باشا على قوله وهو دليل قطعى الخ بأن يقال هذا مخالف لما سيجىء ممن الشارح نفسه من أنهم أجمعوا على أنه او مخصوص خص منه الذمى والمستأمن فجاز أن يخص منه الاسير قياسا وأجاب عنه الحافظ المحمى المشهور بأنه يجوز أن يكون بالنسبة الى الفاعل قطعيا وبالنسبة الى المفعول ظنيا لمادخله التخصيص فأفهم القائل بذلك الكلام لكنه مردود فان المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضا يكفر جاحده وواجبا لا يكفر عامده وذا لا يقول به الا المعتوه بل المعلوم من قواعد الاصول أن العام اذا دخله الخصوص سواء كان فاعلا او مفعولا يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعيا فلا يثبت به الفرضية

فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام (فان لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه) لان الوجوب على الكل ولان فى اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (الا أن يكون النفير عاما) فحينئذ يصير من فروض الاعيان

للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف فى السير فأمر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين بالحديث الصحيح وقد أكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى بعض الروايات الصحيحة لحديث النهى عن قتل النساء حين رأى المقتولة ما كانت هذه تقاتل وأما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان خبر الواحد لا يفيد الافتراض وقول صاحب الايضاح اذا تأيد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه أبو داود من حديث أنس رضى الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثنى الله الى أن يقاتل آخر أمتى الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار فيه يزيد بن أبى شيبة من بنى سليم لم يروعنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله أعلم قال المنذرى هو فى معنى المجهول ولا شك أن اجماع الامة أن الجهاد ماض الى يوم القيامة لم ينسخ فلا يتصور نسخه بعد النبى صلى الله عليه وسلم وأنه لا قائل أن يقتال آخر الامة الدجال ينتهى وجوب الجهاد وأما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل إعزاز الدين ودفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله (فاذا حصل ذلك بالبعض سقط) هو لحصول ما هو المقصود منه (كصلاة الجنازة) المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى أنه فرض عين تمسكا بعين الادلة المذكورة اذ بمثلها يثبت فروض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون الآية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين أجرا عظيما ولانه لو كان عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم (قطع مادة الجهاد من الكراع) يعنى الخيل (والسلاح) والاقوات فيؤدى ايجابه على الكل الى تركه للعجز (فلزم أن يجب على الكفاية) ولا يخفى أن لزوم ما ذكرنا مما يثبت اذا لزم فى كونه فرض عين أن يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج ففى مرة طائفة وفى مرة طائفة أخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه فى ذلك نص لا يستوى القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان) بأن هجموا على بلدة من بلاد المسلمين (فيصير من فروض الاعيان) سواء كان المستنفر عدلا أو فاسقا فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن بأهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن بمن يقرب كفاية أو تكاسلوا

وقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) أى ركبانا ومشاة أو شبانا وشيوخا أو مهازيل وسمانا أو صحاحا ومراضا واعترض بأن قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فما وجه تقييده بالنفير العام وأجيب بأنه رفع الحرج ولان النبى صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تعالى قال لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه وأما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم إما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو وإما للتكاسل فحينئذ يفرض على من يليهم ثم وثم الى أن يفترض على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج

(قوله فان قيل الى قوله بخبر الواحد) أقول تثبت بخبر الواحد الفرضية على زعم المجتهد صرح به فى كتب الاصول وأمثلته أكثر من أن تحصى (قوله أجيب بأن الخ) أقول المجيب والسائل هو صاحب النهاية (قوله وبالاجماع) أقول فيه بحث فان من أصحابنا من قال انه مندوب ومنهم من قال انه واجب غير فرض صرح به فى المحيط والذخيرة (قوله ويمكن أن يقال الخبر الخ) أقول ويؤيد ماذكره أن الحديث ليس فيه ما يدل على ارادة الفرضية وقول المصنف أراد به فرضا باقيا يدل على انفهام الفرضية من سياق الحديث بل من الدلائل الاخر فان قيل النبى عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا ذلك أيضا لا يدل على تعين الفرضية لجواز أن يكون الندب أو الوجوب مع أن فيه تأملا لجواز أن يكون من قبيل الاخبار عن الغيب ثم المراد من (٢٨١) قول المصنف اما الفرضية الفرضية المستمرة بدليل آخر كلامه تأمل ولك ان تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ماض فانه من مضى الأمر اذا نفذ والنافذ من بين الاحكام هو الفرض الذى لا مرد له والبقاء يستفاد من كلمة الى فانها تتعلق بمضى الامتداد كما ذكرنا (قوله فان الدلائل القطعية فى الباب ليس فيها ما يدل على ذلك الخ) أقول

لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية

اوعصوا وهكذا الى أن يجب على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا لجهاز الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من يليهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا وكأن معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الابعدون وبلغهم الخبر والا فهو تكليف بما لا يطاق بخلاف انفاذ الاسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه واستدل على ذلك بقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل أغنياء وفقراء وينبغى أن يقال قول آخر وهو كل من هذه أى انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصلها أنه لم يعذر أحدا فأفاد العينية وفيه نظر لان الجهاد على كل من ذكر فى التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعينها العينية بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها افادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة وأما العينية فى النفير العام فبالاجماع لانه من اغاثة

(٣٦ - فتح القدير رابع) لا نسلم ذلك فان نسبة أمر المشتق تفيد علية المأخذ كما فى السارق والسارقة الآية والزانية والزانى الآية قال المصنف (الا أن يكون النفير عاما) أقول أى الخروج الى الحرب من نفر القوم فى الامر أو الى السفر نفرا ونفيرا أى خرجوا (قوله وقوله انفروا خفافا وثقالا) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة التوبة (قوله ولان النبى عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة الخ) أقول فيه بحث فان تخلفهم كان لحفظ المدينة ممن حولها من الكفار فهم أيضا مجاهدون لكنهم ليسوا سواء فى الحسنى للذين خرجوا فان أفضل الاعمال أحزها والجواب أن النفر هو الخروج فتأمل قال المصنف (فيفترض) أقول أشار بصيغة الافتعال الدالة على الكمال الى الكمال فى الفرضية وهو ما لا يسقط بفعل البعض (قوله ولان الله تعالى قال لا يستوى القاعدون الى آخر الآية الشريفة) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة النساء وفيه بحث فان هذا مبنى على ان يكون قوله تعالى لا يستوى الآية متأخرا من حيث النزول عن قوله تعالى انفروا الآية فان المتقدم لا يخصص المتأخر وهو ممنوع كيف وهو مذكور فى سورة النساء المنزلة فى السنة السادسة بالمدينة وهذا فى سورة التوبة التى هى آخر ما نزلت وأيضا لا نسلم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول هذه الآية ألا يرى ما جرى على الثلاثة الذين خلفوا من غزوة تبوك الى قوله تعالى ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الاعراب أن يتخلفوا عن رسول الله وأما القول بأن تخلف البعض لضرورة حفظ المدينة من الاعداء حولها فهم أيضا من المجاهدين ليسوا سواء فى الحسنى للذين يجاهدون بالسفر ففيه بحث كما أشرنا الا نه حينئذ يجب أن يخرج ما زاد على ما يندفع به تلك الضرورة مع انه ليس كذلك على ما شهد عليه كتب السير والتواريخ (قوله يفرض على من يليهم ثم وثم الخ) أقول قوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار الآية يدل أن الجهاد فرض على كل من يلى الكفار من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند وأهل ما وراء النهر مثلا كما أشرنا اليه

وقوله (فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية) أراد بالأول قوله رحمه الله الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة اذا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان في مجموع المستثنى والمستثنى منه اشارة الى ذلك (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام قال (وقتال الكفار) الذين امتنعوا عن الاسلام وأداء الجزية (واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات) الواردة في ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على أن قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال أجيب بأنه منسوخ وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مأمورا بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله فاصفح الصفح الجميل وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة الآية ثم أذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى أذن للذين يقاتلون الآية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الآية ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن (٢٨٢) باسرها فقال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الآية فانلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية وقوله (ولا يجب الجهاد على صبي) ظاهر

وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فأول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل (وقتال الكفار واجب) وان لم يبدؤا للعمومات (ولا يجب الجهاد على صبي) لان الصبا مظنة المرحمة

الملهوف والمظلوم هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد (الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم) قال (فأول هذا الكلام) يعني قوله واجب وانهم في سعة من تركه (إشارة الى أن الوجوب على الكفاية) فانه لا يمكن أن يراد ترك الكل والا لم يكن واجبا فهو ترك البعض (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم (يفيد العينية) اذ صار الحاصل لانه واجب بسع البعض تركه الا أن يحتاج فلا يسع ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف وأما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي أن يخرج لتكثير السواد فان فيه إرهابا وتفر القوم نفرا ونفيرا اذا خرجوا (قوله وقتال الكفار) الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب أو لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم (واجب وان لم يبدؤا) لان الادلة الموجبة له لم تفيد الوجوب ببداءتهم وهذا معنى قوله (للعمومات) لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد اطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ولقد استبعد ما عن الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب أن نبدأهم بادني تأمل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذي الحجة الى آخر المحرم أو الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك أنه كثر في الاستعمال (قوله ولا يجب الجهاد على صبي الخ) الوجه الظاهر

(قوله فان قيل الى قوله أجيب الخ) أقول هذه الآية في سورة البقرة وفيه بحث أما في السؤال فانه لا عبرة عندنا بمفهوم الشرط فلا تكون معارضة للعمومات وعند القائلين به لا تعارض للنطوق أيضا لكونه أدنى درجة منه وأيضا المعلق بالشرط هو القتل عند المسجد الحرام فان نظم الآية الكريمة هكذا ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين ولا شك أنه لا يفهم منه عدم جواز القتال فيما سوى المسجد الحرام بدون بداءتهم وأما في الجواب فلأن ما يرفع مفهوم المخالفة ليس بناسخ عندنا نص عليه في التوضيح ويقال شاهدا على ذلك ان النسخ هو أن يرد دليل شرعي متراخيا عن دليل شرعي مقتضيا خلاف حكمه والمفهوم ليس بدليل شرعي فليتأمل فانه يمكن دفعه بارتكاب أدنى مسامحة (قوله بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل) أقول هذه الآية الشريفة في سورة الحجر (قوله بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك الآية) أقول هذه الآية الشريفة في سورة النحل (قوله ثم أمر بالبداءة بالقتال الخ) أقول مخالف لقوله فيما سبق فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك ولا يبعد أن يقال الدلائل تدل على بقائه مدة بقاء الامة وليس فيها ما يدل على بقائها الى يوم القيامة بل علم ذلك من هذا الحديث وأمثاله فليتأمل والاوجه أن يقال مراده من قوله فيما سبق بل ليبان دوامه وبقائه الى يوم القيامة دواما لا يعتريه النسخ فيكون معنى قوله ليس فيها ما يدل على ذلك أي على سد باب النسخ فتأمل (قوله فقاتلوهم حتى لا تكون فتنة) أقول هذه الآية الشريفة في سورة الأنفال (قوله قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله) أقول هذه الآية الشريفة في سورة التوبة قال المصنف (ولا يجب الجهاد على صبي) أقول قال الاتقاني اما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لانه مرفوع القلم ولان طاعة أبويه واجبة عليه فلا تترك بما ليس بواجب انتهى ولا يخفى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم الا أن يقال مراده بالصبي ما يعم البالغ الذي له أبوان فالمعنى انه مرفوع القلم ان كان غير بالغ وان كان بالغا فطاعة أبويه واجبة متعينة عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه فليتأمل

(ولا عبد ولا امرأة) لتقدم حق المولى والزوج (ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى) لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج (وبكره الجعل مادام للمسلمين في ء) لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال (فاذا لم يكن فلا بأس بأن يقوى بعضهم بعضا)

قال المصنف (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق الزوج والسيد) أقول فيه أن الدليل خاص بمن له زوج والظاهر أن المدعى عام فليتأمل قال المصنف (وبكره الجعل الخ) أقول قال الاتقاني يعني اذا كان في بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنيمة انتهى وصوابه من الفيء لان مال الغنيمة الموجود في بيت المال يصرف الى المقاتلة قال الامام التمرتاشي يكره للامام ضرب الجعل على الناس للغزاة مادام لهم في ء لأن فيه شبهة الاجر وان لم يكن فلا بأس بذلك لانه عليه الصلاة والسلام أخذ درعا من صفوان من غير طيبة نفسه وللامام ذلك بشرط الضمان فاذا زالت الحاجة يرد ان كان قائما والا فقيمته الا اذا صار في بيت المال والاولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لأنه لمصالح المسلمين انتهى (قوله على الناس بما يتقوى به الخ) أقول أي حاكما بما يتقوى أو مكلفا بما يتقوى

أن يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج) باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما واطلاقه يستلزم اطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا لحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقرير يكونون مخصوصين من العمومات لدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقوقهم لا تظهر في حق فروض الاعيان نعم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد وأحد الأبوين كاره لأن طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع أن في خصوصه أحاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال أحي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقدمنا من صحيحه آنفا حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين على الجهاد وفي سنن أبي داود عن عبد الله ابن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبوي يبكيان فقال ارجع اليهما فأضحكهما كما أبكيتهما وفيه عن الخدري أن رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك أحد باليمن قال أبواي قال أذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنهما فان أذنا لك فجاهد والا فبرهما وأما الاعمى والاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب (قوله ويكره الجعل) يريد بالجعل هنا أن يكلف الامام الناس بان يقوى بعضهم بعضا بالسلاح والكراع وغير ذلك من النفقة والزاد (مادام للمسلمين في ء) وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة (لانه لا ضرورة اليه ومال بيت المال معد لنوائب المسلمين) وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الاجرة وحقيقة أخذ الاجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه ويوجبها على الغازي وعلى الامام كراهة تسببه في المكروه وحقيقة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شئ يفعله واعلم أن مقتضى النظر أن النفقة تجب في مال الغازي لانه مأمور بعبادة مركبة من المال والبدن فتكون كالحج وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الامام انما هو اذا لم يقدروا على الجهاز فاضلا عن حاجتهم وعيالهم وان كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام وأما اذا لم يكن في بيت المال في ء

وقوله (يغزى الاعزب) يقال أغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لن لا زوجة له وجاء في الحديث وهو شاب أعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد والله أعلم

﴿باب كيفية القتال﴾

لما كان الامر الاول من باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته والمدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة أكبر من الحصن (قوله دعوهم الى الاسلام) قيل لا يخلو من أن يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلاة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال

﴿باب كيفية القتال﴾

قال المصنف (دعوهم الى الاسلام) هذا في حق من لم تبلغه الرسالة والا لم يتم الاستدلال بما رواه ابن عباس وصرح به أيضا في مبسوط الامام السرخسي ولا استدراك كما لا يخفى على المتأمل في مساق الكلام فان الغرض ههنا بيان أنهم اذا دخلوا دار الحرب دعوهم الى الاسلام فان قبلوه كفوا عن قتالهم والا دعوهم الى الجزية فان بذلوها كفوا أيضا ولا يقاتلونهم ولم يعلم منه ان ذلك بطريق الادب أو الندب أو الوجوب فبينه انه بطريق الوجوب بقوله ولا يجوز أن يقاتل

لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحيلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

﴿باب كيفية القتال﴾

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم الى الاسلام) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام

لا يكره أن يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدل (لان به دفع الضرر الاعلى) وهو تعدي شر الكفار الى المسلمين (بالحاق) الضرر (الادنى) واستأنس المصنف لهذا بأنه صلى الله عليه وسلم (أخذ دروعا من صفوان) بن أمية (وبأن عمر كان يغزي الاعزب عن ذي الحيلة ويعطي الشاخص فرس القاعد) أما قصة صفوان فلا شك أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل يطلب منه أدراعا عند خروجه الى حنين ففي سيرة ابن اسحق أربعمائة درع وكان صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسير شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك أربعة أشهر ثم عرض الخروج من مكة الى حنين فأرسل يطلب ذلك فقال يا محمد أغصبا قال لا بل عارية مضمونة فبعثها ثم استحملها اياها فحملها على مائتي بعير وفي مسند أحمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمنها فقال لا أنا اليوم في الاسلام أرغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الامام المسلمين بأن يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك الا بالالتزام فان ما يفعله الامام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل الى الجهاد اذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم وأما ما عن عمر فظاهر فيه لان معنى يغزيه عنه ليس الا أنه يأخذ الجهاز منه والا فهو غاز عن نفسه وان أعطاه من بيت المال وأما قوله يعطي الشاخص فرس القاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر أنه كان يغزي عن ذي الحيلة وليس فيه أمر الفرس وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي مجلز قال كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

﴿باب كيفية القتال﴾

لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (واذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واو استئناف (فحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان أقام به (أو حصنا) وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل الى ما في جوفه (دعوهم الى الاسلام) فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الاجناد فمن ذلك ما أخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه وألفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى وبمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث أو خلال فأيتهن ما أجابوك اليها فاقبل

ماقاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال (فان أجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية) بهذا أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش ولانه أحد ما ينتهي به القتال على مانطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون

فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأعلمهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فان أبوا أن يتحولوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذي يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فاسألهم الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فانكم أن تخفروا ذممتكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدري أصبت حكم الله فيهم أم لا ثم افضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الاحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن ابن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس (قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم) رواه الحاكم وصححه ولو قاتلوهم قبل الدعوة أثموا ولكن لا غرامة بما أتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الاسلام وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة أو حكما بأن استفاض شرقا وغربا أنهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فأقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك أن في بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب أن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب أما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عوف كتبت الى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الي إنما كان ذلك أول الاسلام قد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبي ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحرث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى أبو داود وغيره عن اسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال أغر على أبنى صباحا وحرق والغارة لا تكون مع دعوة وأبنى وزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياء مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة وأما الاستحباب فلان التكرار قد يجدي المقصود فينعدم الضرر الا على وقيد هذا الاستحباب بأن لا يتضمن شرا بأن يعلم بأنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم بل هو المراد واذا لم فحقيقته يتعذر الوقوف عليها فان أجاب المدعو أو غيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية بهذا أمر عليه الصلاة والسلام أمراء الاجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولانه أحد ما ينتهي به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل

وقوله (كفوا عن قتالهم) أي امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله (على مانطق به النص) يريد قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد (قوله وهذا في حق من تقبل منه الجزية) ظاهر

قال المصنف (حتى يقولوا لا اله الا الله) أقول فان قيل لا يكفي قولهم لا اله الا الله بل لا بد من ذكر محمد رسول الله قلنا الجزء الاول صار علما للمجموع كما يقال قرأت قل هو الله أحد صرح به الكرماني في شرح البخاري

(فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القرآن والله أعلم (ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا أن يدعوه) لقوله عليه الصلاة والسلام في وصية أمراء الاجناد فادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفي مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة) مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه أن يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال (فان أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سليمان بن بريدة فان أبوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى أن قال فان أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لا وليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الامور قال (ونصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله عليه الصلاة والسلام على الطائف (وحرقوهم) لانه عليه السلام أحرق البويرة قال (وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم) لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

(فان بذلوها) أي قبلوها (وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القرآن) بالاجماع وقد قال علي انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من الضروريات ومعنى حديث علي رواه الشافعي في مسنده أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني أنبأنا قيس بن الربيع الاسدي عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن أبي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطني أبا الجنوب (قوله فان أبوا ذلك استعانوا عليهم بالله تعالى وحاربوهم لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سليمان بن بريدة فان أبوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم) وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدمر المهلك (فيستعان بالله في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الطائف) على ما في الترمذي مفصلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هرون ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد أربعين يوما وذكره الواقدي في المغازي وذكر أن الذي أشار به سلمان الفارسي (وحرقهم لانه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة) على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة يعني ان البويرة اسم لنخل بني النضير ولها يقول حسان بن ثابت

وهان على سراة بني لؤي * حريق بالبويرة مستطير

ولان المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر أنهم مغلوبون

(قوله فنكفي) بالنون على بناء المفعول (مؤنة القتال) بنصب مؤنة على المفعول الثاني (قوله للنهي) اشارة الى ما روى أنه صلى الله عليه وسلم بعث عليا في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله (لعدم العاصم) أي الموجب للغرامة (وهو الدين) على مذهب الشافعي (أو الاحراز بالدار) على مذهبنا وقوله (مبالغة في الانذار) لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جددا الدعوة وقد قدمناه وقوله (أغار على بني المصطلق) أي أخرجهم من خبائهم بهجومه عليهم (وهم غارون) أي غافلون وأبنى على وزن حبلى موضع بالشام وقيل اسم قبيلة (والغارة لا تكون بدعوة) لان فيها ستر الامر والاسراع لانها اسم مصدر للاغارة التي هي مصدر أغار الثعلب أو الفرس اغارة وغارة اذا أسرع في العدو وقوله (البويرة) على وزن الدويرة مصغر الدار والكبت هو الذل والهوان

قال المصنف (والمراد بالبذل القبول) أقول بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب قال المصنف (أثم للنهي) أقول يحتمل أن يكون بناء على أن الامر بالشئ نهي عن ضده فتامل قال المصنف (وعهد الى أسامة أن يغير على أبنى صباحا) أقول أبنى بالضم والقصر اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة وقيل موضع من بلاد جهينة وهذا أقرب اذ لم يبلغ غزواته عليه الصلاة والسلام الى بلاد الشام في حياته وأن

وقوله (وان كان فيهم أسير مسلم أو تاجر) ردا لما قاله الحسن بن زياد انه اذا علم أن فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز لا يرى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه (وقلنا فى رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام) أى مجتمعه المشبه المعنوى بينها وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد (وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص) واذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص (ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم) أسير أو تاجر (فلو امتنع) عن الرمى (باعتباره لانسد بابه) أى باب الجهاد وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان فى الرمى دفع الضرر العام الخ وقوله (وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) يعنى عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعى فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطا لانه يقصد بالرمى الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمى لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض (فالغرامات لا تقرن به) لان الفرض مأمور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهى عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل فى معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس فى الاسلام دم مفرج أى مهدر والتعليل فى مقابلة النص باطل أجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فنخص صورة النزاع بما قلناه وفيه نظر لان القران شرط وهو ممنوع وأقول قوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الاسلام معناه فى دار الاسلام وما نحن فيه ليس بدار الاسلام

قال المصنف (لان فى الرمى الخ) أقول هذا تعليل فى مقابلة النصوص الدالة على تحريم (٣٨٧) دم المسلم بغير حق فكيف يصح فان

(ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) لان فى الرمى دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه (وان تترسوا بصبيان المسلمين أو بالاسارى لم يكفوا عن رميهم) لما بيناه (ويقصدون بالرمى الكفار) لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض

وأن الفتح باد كره مذلك لانه افساد فى غير محل الحاجة وما أبيح الا لها (قوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) بل ولو تترسوا باسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم أنهم ان كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلموا ذلك الا أنه لا يقصد برميهم الا الكفار فان أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الائمة الثلاثة لا يجوز رميهم فى صورة التترس الا اذا كان فى الكف عن رميهم فى هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن بن زياد فان رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعى فيه الكفارة قولا واحدا وفى الدية قولان وقال أبو اسحق ان قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما أو لم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الاسلام دم مفرج وان لم يقصده

قيل تلك النصوص قد خص عنها قاطع الطريق والباغى قلنا ممنوع بل منسوخة فى حقهما وأيضا هذا انما يصح اذا علم أنا لو تركناهم استولوا على ديار المسلمين والمدعى عام ليس له خصوص واللازم من هذا التعليل هو جواز الرمى قال المصنف (ولانه قلما يخلو الى قوله لانسد بابه) أقول وفيه نظر فان ابن زياد انما لم يجوز الرمى اذا علم ان فيهم مسلما وعلم انه يتلف بهذا الصنع ولا شك فى ان العلم بهما لو كان

لكان فى غاية الندرة فمن أين يلزم انسداد باب الجهاد قال المصنف (وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) أقول قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية يوجب القود اذا أصابوا منهم عمدا وقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية يوجب الكفارة والدية اذا كانت الاصابة خطأ والتعليل فى مقابلتهما ينبغى أن لا يقبل فالوجه (قوله والجواب أنه اذا كان الخ) أقول فيه نظر لانه لا يجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله فى المتن ويقصدون بالرمى الكفار وحينئذ فيراد من العلم حقيقته ولم يقل أحد بان عدم العلم بالمصاب شرط فى تحقق الخطا فانهم قالوا الخطأ على نوعين خطأ فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن فيه من هذا القبيل ولو كان كما قال للزم ان من رأى انسانا وعلمه ثم رمى غرضا غيره فاصاب ذلك الانسان فأصابه أن لا يكون فعله خطأ ولم يقل به أحد (قوله ولنا ان الجهاد فرض الى قوله منهى عنه) أقول منقوض بأكل مال الغير حالة المخمصة فانه ليس عدوانا منهيا عنه مع انه سبب للغرامات والجواب بأنه مرخص وهو منهى عنه فى الاصل لا يفيد لان قتل المسلم أيضا كذلك (قوله وما نحن فيه ليس بدار الاسلام) أقول يرد عليه ما لو كانوا بدار الاسلام وتترسوا فانه لا يخلو إما أن يكون الحكم واحدا أو لا فان كان الاول فظاهر وان كان الثانى فلا شك أن الدليل المذكور وهو قوله لان فى الرمى دفع الضرر العام الخ موجود فيلزم تخلف المدلول عن الدليل ويمكن أن يجاب عنه بانهم انما يمكنهم التترس اذا كانوا فى المدينة ونحوها أما اذا كانوا فى الصحراء فلا لامكان الهجوم عليهم ومصافتهم فلا يمكنهم ذلك لكن لا يتأتى هذا فيما اذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الاسلام بحيث لم يصر دار حرب عند أبى حنيفة ثم يقال الحذف خلاف الاصل فلا يصار اليه الا عند الضرورة من دلالة القواطع على خلافه

وقوله (بخلاف حالة المخمصة) جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب أن الجائع يقدم على التناول عند

بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه أما الجهاد فمبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال (ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه) لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق (ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين

بعينه بل رمى الى الصف فاصيب فلا دية عليه وأما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى ولان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق أمران الاول أنا أمرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لان حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة أو حصن عادة اهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمي الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يفترض وهو ما اذا فتحت البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يحل قتل أحدهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي الا أنه قال ولو أخرج واحد من عرض الناس حل اذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذلك فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني أن فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصنف أحال وجه مسئلة الترس على وجهي مسئلة ما اذا كان فيهم أسير مسلم حينئذ أو تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير فاطلاق افتراض القتال اهدار لاعتباره مانعا فلا نسلم انه لا يخلو أهل حصن ان يترسوا بالمسلمين ليكون اطلاق الافتراض اهدارا لحرمة الرمي فان المشاهدة تفسده فوجب أن يتقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا وأما قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم وحل الرمي عند ذلك لم يتقيد به واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام أي مجتمعهم وان لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل و بتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل المسلم في غالب الظن وانما يكون الضرر العام مقدما على هذا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل فلم لم يغرم الدية اذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر أجيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكرمن قوله لان الفروض لا تقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزره القاضي أو حده أنه لا دية فيه لان القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة والا امتنع عن الاقامة (بخلاف) المضطر (حالة المخمصة لانه لا يمتنع) عن الاكل (مخافة الضمان) لان في الامتناع هلاك نفسه والضمان أخف عليه من هلاكها فلا تمتنع (أما الجهاد فمبني على اتلاف نفسه فيمتنع حذاره) واعلم أن المذهب عندنا في المضطر أنه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه و بين افتراض الجهاد في نفي الضمان (قوله ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف) منهم لها

دفع الخطر وان كان فيه ضمان (لما فيه من احياء نفسه) وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان (أما الجهاد فمبني على اتلاف النفس) أي نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز كما لا يجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء ويجوز أن يكون معناه الجهاد مبني على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد إما أن يقتل وقد يصادف المسلم أو يقتل فلو ألزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما اذا لم يضمن وقوله (حذار الضمان) منصوب على المفعول له وقوله (ولا بأس باخراج النساء والمصاحف) كلامه واضح سوى ما نبه عليه السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أقل السرية مائة وقال محمد في السير الكبير أفضل ما يبعث في السرية أدناه ثلاثة ولو بعث بما دونه جاز وقال الحسن بن زياد من قول نفسه أقل السرية أربعمائة وأقل الجيش أربعة آلاف قال

(قوله جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة الخ) أقول الظاهر أن هذا الكلام الزامي والا فالحسن لا يجوز الرمي فتأمل

وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو ولو دخل مسلم اليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن فى العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقى والمداواة فأما الشواب فمقامهن فى البيوت أدفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر (ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده) لما بينا (الا أن يهجم العدو على بلد للضرورة) وينبغى للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد

قال المصنف (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو) وهذا الحديث رواه الستة الا الترمذى من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التأويل الصحيح احترازا عما قال أبو الحسن القمى وفخر الاسلام عن أبى الحسن القمى والصدر الشهيد عن الطحاوى أن ذلك انما كان عند قلة المصاحف كى لا ينقطع عن أيدى الناس وأما اليوم فلا يكره أما التأويل الصحيح فاذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوى الحديث فان أبا داود وابن ماجه زادا بعد قوله الى أرض العدو قال مالك أرى ذلك مخافة أن يناله العدو والحق أنهما من قول النبى صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو مخافة أن يناله العدو وأخرجه مسلم عن أيوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فانى لا آمن أن يناله العدو وفى رواية لمسلم فانى أخاف فاذا حكم القرطبى والنووى بأنهما من قول النبى صلى الله عليه وسلم وغلطا من زعم أنهما من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله أو شك فى سماعه اياها وفى فتاوى قاضيخان قال أبو حنيفة أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف وفى المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى وكأن المراد من شأنهم ذلك والا فقد لا يكمنون وكأنه مأخوذ من السرى وهو السير ليلا فكان الاولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره اخراجه فيما ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة والذى يؤمن عليه فى توغله فى دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغى كونه اثنى عشر ألفا لما روى انه عليه الصلاة والسلام قال لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وهو أكثر مما روى فيه هذا باعتباره أحوط وهذا ظاهر مذهبنا ومذهب الشافعى ومذهب مالك اطلاق المنع أخذا باطلاق الحديث قال القرطبى لا فرق بين الجيش والسرايا عملا باطلاق النص وهو وان كان نيل العدو له فى الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بما هو مظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه وذلك أن حمله لا يكون الا ممن يخاف نسيان القرآن فأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضا كذلك ذكره فى المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث أولى ثم الاولى فى اخراج النساء العجائز الطب والمداواة والسقى دون الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر (ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة) وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال لقامها خير من مقام فلان وفلان يعنى بعض المنهزمين (قوله ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيد لما بينا) من تقدم حق الزوج والمولى (الا أن يهجم العدو) على ما تقدم (قوله وينبغى للمسلمين) أى يحرم عليهم أن يغدروا أو يغلوا أو يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلوا الخ) تقدم فى حديث بريدة وقوله عليه الصلاة والسلام ولا تمثلوا أى المثلة بقال

وقوله (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو) رواه ابن عمر وأما قيد التأويل بالصحيح احترازا عما قال أبو الحسن القمى النهى كان فى ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روى عن الطحاوى وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله فى الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله (الا أن يهجم) استثناء من قوله لا تقاتل يعنى عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده

قال المصنف (ولا تقاتل المرأة الخ) أقول الظاهر أن هذا مستدرك اذ قد علم من قوله ولا يباشرن القتال جواز مقاتلة المرأة باذن زوجها أولا والجواب أن قوله ولا يباشرن القتال من كلام نفسه وهذا من كلام المصنف

والمثلة المروية فى قصة العرنيين منسوخة باللهى المتأخر هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى)

مثلت بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه ذكره فى الفائق وقول المصنف (والمثلة المروية فى قصة العرنيين منسوخة باللهى المتأخر هو المنقول) وقد اختلف العلماء فى ذلك فعندنا والشافعى منسوخة كما ذكر قتادة فى لفظ فى الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثنى ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود وفى لفظ للبيهقى قال أنس ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال أبو الفتح اليعمرى فى سيرته من الناس من أبى ذلك الى أن قال وليس فيها يعنى آية الحرابة أكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار فى حد الحرابة على ما فى الآية وأما من زاد على الحرابة جنايات أخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد فى خبرهم أنهم قطعوا يد الراعى ورجله وغرزوا الشوك فى لسانه وعينيه حتى مات فليس فى الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة فى عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء فى صحيح مسلم انما سمل النبى صلى الله عليه وسلم أعينهم لانهم سملوا أعين الرعاء ولو أن شخصا جنى على قوم جنايات فى أعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذى حصل له من المثلة وقال ذكر البغوى فى سبب نزولها يعنى آية الجزاء سببا آخر واذا اختلفت فى سبب نزول الآية الاقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثلة لا تحل لا أنها منسوخة لانها لم تشرع أولا لان ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعى ولا شك أن قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها إما أن يكون متأخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها أو لا يدرى فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فينقدم المحرم وكلما تعارض نصان وترجح أحدهما تضمن الحكم بنسخ الآخر ورواية أنس صريح فيه وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذنى رجل وفقأ عين آخر وقطع يد آخر ورجل آخر فلا شك فى أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه لكنه يجب أن يستأنى بكل قصاص بعد الذى قبله الى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به أى مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر أثر النهى والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى أن هذا بعد الظفر والنصر أما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك (قوله ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا) أخرج الستة الا النسائى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن امرأة وجدت فى بعض مغازى رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذاك وأما معارضته بما أخرج أبو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم فأضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب أن تخص الشيوخ بغير الفانى فان المذكور فى ذلك الحديث الشيخ الفانى لخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا بما أخرج الستة عن الصعب بن جثامة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلاة والسلام هم منهم وفى لفظ هم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك أن فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الصغار بأنفسهم لان التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى فى عرفنا بالكبسة وما الظن الا أن حرمة قتل

وقوله (والمثلة المروية) يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه وما أشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت باللهى المتأخر روى عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر فى كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة وقوله (ولا شيخا فانيا) قال فى الذخيرة هذا الجواب فى الشيخ الكبير الفانى الذى لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحيال ولا يكون من أهل الرأى والتدبير أما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه بقتاله محارب وبصياحه محرض على القتال وبالاحيال يكثر المحارب

النساء

لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت

النساء والصبيان اجماع وأما الحديث الذي ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه أبو داود والنسائي عن أبي الوليد الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صيفي حدثني أبي عن جده رباح بن الربيع بن صيفي قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر علام اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه تقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا عسيفا وأخرجه النسائي أيضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن المرقع وكذا أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وفي لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن أبي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر والهاء الثانية للسكت واذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من أنه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ويمنع قتل النساء والصبيان أو يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أخرى والا لقتل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف (والحجة عليه) أي على الشافعي (ما بيناه) يعني من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الالزام على أحد القولين له فانه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعي الايدي والارجل قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال أحمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروى عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال أبو حنيفة ومالك وذكر ما ذكرناه من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه وعن أبي بكر أنه أوصى يزيد بن أبي سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ انتهى وأنت تعلم أن قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمي والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفاني ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيهم خبر فكيف وفيهم ما سمعت بل ما قدمنا من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما ترجع اليه وأما حديث الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن أرطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على أصولهم وأما قول المصنف (صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري) فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب في المسبب قال في العرنيين وفي الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا أي امرأة ولا أجيرا ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل هو من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجبى منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره في الذخيرة وذكر الشيخ أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي انه اذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله اذا ارتد والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا اذا ارتد قال وأما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضا اذا ارتدوا اه ولا نقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ونقتل أقطع اليد اليسرى أو احدى الرجلين وان لم يقاتل

وقوله (لان المبيح عنده) أي للقتال هو (الكفر) وعندنا هو الحراب وقوله (ما بيناه) اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد بالذراري هنا النساء وقوله (هاه) كلمة تنبيه ألحقت بآخرها هاء السكت

(قوله الا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب) لما صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفى رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأى (قوله فهو فى حال افاقته كالصحيح) يعنى يقتل سواء قاتل أولم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل لكنه انما يقتل فى حال افاقته لانه ممن يقاتل ويخاطب (قوله امتنع عليه) أى يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع والله أعلم

قال (الا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب أو تكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولأن القتال مبيح حقيقة (ولا يقتل مجنونا) لانه غير مخاطب الا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره غير أن الصبى والمجنون يقتلان ماداما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو فى حال افاقته كالصحيح (ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا ولأنه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق فى افنائه (فان أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا أولى والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ باب الموادعة ومن يجوز أمانه ﴾

(قوله الا أن يكون أحد هؤلاء) استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف فى هذا الا حد وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أو أكثر وقد عمى لما جىء به فى جيش هوازن للرأى وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبى والمرأة (الا أن الصبى والمجنون يقتلان فى حال قتالهما) أما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبى الملك والمعتوه الملك لان فى قتل الملك كسر شوكتهم وفى السير الكبير لا يقتل الراهب فى صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيسين والذى يجن ويفيق يقتل فى حال افاقته وان لم يقاتل (قوله ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين) أو جده أو أمه اذا قاتلت أو جدته (بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا) نزلت فى الأبوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم الآية (ولانه يجب عليه الانفاق لاحيائه فيناقضه الاطلاق فى افنائه فان أدركه) أى أدرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله (امتنع) الابن (على الاب) بغير القتل بل يشغله بالمحاولة بان يعرقب فرسه أو يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغى أن ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجئه الى أن يفعل ما ذكرنا ولا يدعه أن يهرب الى أن يجىء من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا أولى ولو كانا فى سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفى لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغى أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله أو رسوله بسوء يكون له قتله لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبى صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال يباح قتلهم ولا مناقضة لان نفقة ذوى الارحام عندنا لا تجب الا للمسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره أن يبتدئهم كالاب وأما فى الرجم اذا كان الابن أحد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة والله الموفق

﴿ باب الموادعة ومن يجوز أمانه ﴾

الموادعة المسالمة وهو وجه ادمعنى لا صورة فأخره عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشىء يقتضى سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصى ممن لم توجد منه أصلا ويثاب على ذلك

﴿ باب الموادعة ومن يجوز أمانه ﴾

والموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة وهى من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة

قال المصنف (لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا) أقول قد سبق فى كتاب النفقة من الكتاب أنه لا يجب الانفاق على الأبوين الحربيين وان كانا مستأمنين وصرح الشراح أن قوله تعالى وصاحبهما الآية مخصوص بأهل الذمة دفعا للتعارض فتأمل فى جوابه قال المصنف (ولانه يجب عليه احياؤه) أقول ولا يرد النقض بالابن فانه ليس كالاب وان شئت مزيد التفصيل فارجع الى غاية البيان فى كتاب المفقود ومر فى النفقة أيضا

(قوله وكان ذلك مصلحة) قيل عليه بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا للمدعى وأجيب بان هذه الآية محمولة على ما اذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهى قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا لزم التناقض لما ان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا بدليل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ماذكر فى الكتاب (ولا يقتصر الحكم على المدة

(واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا

ذلك وكيف وهو مكلف بتركها فى جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال (قوله واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم) بمال وبلا مال (وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) والآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة للمسلمين فى ذلك بآية أخرى هى قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الأعلون فأما اذا لم يكن فى الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفى السلم كسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى وألقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول أنها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها أى نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة أو المعارضة فى حالة عدم وجود المصلحة ان لم يعلم ترجح مقتضى المنع أعنى آية ولا تهنوا كما هو القاعدة فى تقديم المحرم وأما حديث موادعته عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بأن الصحيح عند أصحاب المغازى أنها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن أبيه وليس بلازم لان الحاصل ان أهل النقل مختلفون فى ذلك فوقع فى سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقى عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقى وقولها سنتين يريدان بقاءه سنتين الى أن نقض المشركون عهدهم وخرج النبى صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة وأما المدة التى وقع عليها عقد الصلح فيشبه أن يكون المحفوظ ما رواه محمد بن اسحق وهى عشر سنين اه وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور فى سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتعقبه ورواه أبو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس وعلى أن بيننا عيبة مكفوفة وانه لا اسلال ولا اغلال ورواه أحمد رحمه الله فى مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن هرون أنبأنا ابن اسحق فساقه الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض وكذا رواه الواقدى فى المغازى حدثنى ابن أبى سبرة عن اسحق بن عبد الله بن أبى بردة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه الذى ذكره البيهقى وجه حسن به تنتفى المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث أعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا فى حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى مدة الصلح فوقع الخلاف ظاهرا بأن مراد من قال سنتين ان بقاءه سنتان ومن قال عشرا قال انه عقده عشرا كما رواه كذلك فانه لا تنافى بينهما حينئذ والله سبحانه أعلم (قوله ولا يقتصر الحكم) وهو جواز الموادعة (على المدة المذكورة) وهى عشر سنين (لتعدى المعنى) الذى به علل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون

المروية) وهى عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التى لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهى قد تزيد وقد تنقص وقوله (لتعدى المعنى) وهو دفع الشر وقوله (بخلاف ما اذا لم يكن خيرا) حيث لا يجوز للامام أن يوادعهم عملا بقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم

(قوله وأجيب بان هذه الآية الشريفة الى قوله وأنتم الاعلون) أقول فيه بحث لان المنهى عنه فى هذه الآية هو البداية بالدعوة الى السلم من جانب المسلمين والمأمور به فى الآية السابقة هو الميل اليها اذا مالوا لها أولا فلا مخالفة بينهما حتى يعلل بالمصلحة ويرفع المنافاة ولعل النهى عنه انما هو لان فيه اخلالا للمذلة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى ولا تهنوا نعم يمكن أن يقال ان فى هذه الآية دلالة على انه لا تجوز الدعوة الى السلم اذا كان بهم ضعف فان النهى يقتضى المشروعية

كما بين فى علم الاصول (قوله وبدليل الآيات الموجبة للقتال) أقول الآيات الموجبة للقتال معلومة التأخر عن آيات السلم كما صرح به فى النهاية وأيضا آية السلم نزلت مع الآيات المنزلة فى شأن بنى قريظة وهذه نزلت فى سورة التوبة منها قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية فتكون تلك الآية ناسخة لها فكيف يستدل بها (قوله وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا الى قوله ولا تهنوا الآية) أقول فيه بحث والظاهر أن يقال ان هذه الآية الكريمة لا تدل على عدم جواز المسالمة اذا طلبوها منا فكيف يستدل بها

لانه ترك الجهاد صورة ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ اليهم وقاتلهم) لانه عليه السلام نبذ الموادعة التى كانت بينه و بين أهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولابد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام فى العهود وفاء لا غدر ولابد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى فى ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعدعلمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته لان بذلك ينتفى الغدر قال (وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم) لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد فى حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى

ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى أما صورة فظاهر حيث تركوا القتال وأما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن فى تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضا وقوله نبذ اليهم نبذ الشئ من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له وقوله (نبذ اليهم) أى بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم (فى العهود وفاء لا غدر) أى هى وفاء (قوله ولابد من اعتبار مدة الخ) قال الله تعالى وأما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر

(قوله ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو من ذلك الخ) أقول أى النبذ بمعنى نقض العهد من النبذ بمعنى الطرح

بأكثر (بخلاف ما اذا لم تكن) الموادعة أو المدة المسماة (خيرا) للمسلمين فانه لا يجوز (لانه ترك الجهاد صورة ومعنى) وما أبيح الا باعتبار أنه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خيرا للمسلمين والا فهو ترك للمأمور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو قول الشافعى ولقد كان فى صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشف محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وتخالطوا بهم (قوله وان صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ اليهم) أى ألقى اليهم عهدهم وذلك بأن يعلمهم أنه رجع عما كان وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة وهو مثل ان علمتم فيهم خيرا فى الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على أنه لا يتقيد بخطور الخوف لان المهادنة فى الاول ما صحت الا لانها أنفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع (ولابد من النبذ تحرزا عن الغدر) وهو محرم بالعمومات نحو ما صح فى البخارى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر وروى أبو داود والترمذى وصححه كان بين معاوية و بين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا هو عمرو بن عبسة فارسل اليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه و بين قوم عهد فليشد عقده ولا يحلها حتى ينقضى أمدها أو ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس ورواه أحمد وابن حبان وابن أبى شيبة وغيرهم وأما ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف فى كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا وأما استدلاله بأنه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التى كانت بينه و بين أهل مكة فالليق أن يجعل دليلا فيما يأتى من قوله (وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه) وكذا اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا فى حقهم خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معهم من الذرارى الا أن يكون باذن ملكهم فيكون نقضا فى حق الكل ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضا لا فى حقهم ولا فى حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه عليه الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدؤا بالغدر قبل مضى المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل الله تعالى أن يعمى عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازى ومن تلقى القصة ورواها كما فى حديث ابن اسحق عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان فى صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة فى عقد رسول

(واذا رأى الامام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به) لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة أما اذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لانه فى معنى الجزية أما اذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى (وأما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر فى أمرهم) لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فى اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما بينا (ولو أخذه لم يرده) لانه مال غير معصوم

الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر فى عقد قريش فكانوا فى الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهرا ثم ان بنى بكر الذين دخلوا فى عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ايلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة وقالت قريش هذا الليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد فأغاثوا بنى بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك يخبره الخبر فلما قدم عليه أنشده

لاهم انى ناشد محمدا * حلف أبينا وأبيه الأتلدا
ان قريشا أخلفوك الموعدا * ونقضوا ميثاقك المؤكدا
هم بيتونا بالوتير هجدا * فقتلونا ركعا وسجدا
* فانصر رسول الله نصرا عتدا *

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمى على قريش خبرهم حتى يبغتهم فى بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان أبا بكر قال له يا رسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة قال ألم يبلغك ما صنعوا بنى كعب ورواه الطبرانى من حديث ميمونة ورواه ابن أبى شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثيرين فى كتاب المغازى وفيه فقال أبو بكر يا رسول الله أولم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا العهد فأغاثهم ثم فى النبذ لا يكفى مجرد إعلامهم بل لا بد من مضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته ولا يجوز أن يغير على شئ من بلادهم قبل مضى تلك المدة (قوله وان رأى الامام موادعة أهل الحرب وان يأخذ) المسلمون (على ذلك مالا جاز لانه لما جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعا أولى الا أن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن فلا بد من موادعتهم لما بيناه من قبل) يعنى قوله لانه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز أن يكون اشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعنى فى مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضى أن الموادعة تجوز وأخذ مالهم لا يجوز اذا كان مال المسلمين كثيرا غير أنهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة فى البلاد ونحوه وهو بعيد لان ذلك كله جهاد وفى أخذ مالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد لا الاجرة على الترك وباعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية ان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول اما اذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى لانه مأخوذ منهم قهرا معنى وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ومعلوم أن ذلك اذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب والا فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة فى مختصر الكرخى بقوله غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه فى معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله (لما بينا) يعنى فى باب الجزية (و) مع هذا (لو أخذه لا يرده) عليهم لان مالهم فى حكم المسلمين اذا ظهروا بخلاف ما اذا أخذ من أهل البغى حيث

وقوله (لما بينا من قبل) يعنى قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله (اذا لم ينزلوا بساحتهم) أى اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله (لانه مأخوذ بالقهر معنى) يعنى فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال

(قال المصنف ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما بينا) أقول هذا انما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الاحصار ولا دلالة فيه على عدمه بعده فتأمل قال فى الكافى ولا يأخذ منهم على ذلك مالا لان أخذ المال تقرير لهم على ذلك اه وفيه بحث فان الموادعة تكون بزمان معين فلو أخذ منهم على ذلك مالا مقدرا الى ذلك الزمان كيف يكون تقريرا لهم عليه

وقوله (لما فيه من اعطاء الدنية) أي النقيصة وقوله (الا اذا خاف الهلاك) يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين فحينئذ لا بأس

ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة بأهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن (ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب

يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها لانه ليس فيه الا أنه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم (قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية) أي النقيصة ومن ذلك قول عمر لابي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجافنا عن الصلح أليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر بلى قال أولسنا بالمسلمين قال بلى قال أوليسوا بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له أبو بكر الزم غرزه فاني أشهد أنه رسول الله فقال عمر وأنا أشهد أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابن اسحق في السير وفي الحديث ليس للمؤمن أن يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال الله تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين (الا اذا خاف) الامام (الهلاك) على نفسه والمسلمين فلا بأس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق أرسل الى عيينة بن حصن الفزاري والحرث بن عوف بن أبي حارثة المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله أأمر تحبه فنصنعه أم شيأ أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيأ تصنعه لنا قال بل شيء أصنعه لكم والله ما أصنع ذلك الا لاني رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فأردت أن أكسر عنكم من شوكتهم الى أمر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون أن يأكلوا منا تمرة الا قرى أو بيعا أفحين أكرمنا الله بالاسلام وهدانا له وأعزنا بك وبه نعطيهم أموالنا لا نبيعهم هذا من حاجتنا والله ما نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن اسحق حدثني به عاصم بن عمرو بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعلل المصنف هذا بقوله (لان دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن) وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو أكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح أن يرد عليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاءنا منهم مسلما وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حين جاء أبو جندل بن عمرو ابن سهيل وكان قد أسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين أأرد الى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له عليه الصلاة والسلام اصبر أبا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد أبا بصير وأما الوشرط مثله في النساء لا يجوز رد هن ولا شك في انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربي المهر هل يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحمد وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال أيضا اذ لا فرق بين النساء والرجال في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم أكثر وحين شرع ذلك كان في قوم من أسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان كل قبيلة لا تتعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى انما يتولى رد عشيرته وهم لا يبلغون فيه أكثر من القيد والسب والاهانة ولقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل أبي بصير وأبي جندل بن عمرو بن سهيل الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر الآن على خلاف ذلك (قوله ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب)

بدفع المال لما روي أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما أخبر الله عنهم بقوله تعالى هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه في كل سنة ثلث ثمار المدينة فأبى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد ابن عبادة وقالا يا رسول الله ان كان عن وحي فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشراء أو قرى فاذا أعزنا الله بالدين وبعث الينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه الصلاة والسلام اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفهم عنكم فان أبيتم ذلك فأنتم وذاك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك (قوله بأي طريق يمكن) قيل في هذا التعميم شبهة وهي أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا وأجيب عنها بان معنى

اذا

ولا يجهز اليهم) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لانه أصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا أنا عرفناه بالنص فانه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه

اذا حضر وامستأمنين (ولا يجهز اليهم) مع التجار الى دار الحرب (لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم) والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث (١) بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله اللقيطي عن أبي رجاء عن عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب أنه موقوف وأخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب القرقساني وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدي وهو عندي لا بأس به ونقل عن أحمد نحو ذلك قال المصنف (ولان فيه) أي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم (تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع) أي الخيل ولا فرق في ذلك بين ما قبل الموادعة وبين ما بعدها (لانها على شرف الانقضاء أو النقض) قال (وهو القياس في الطعام) أي القياس فيه أن يمنع من حمله الى دار الحرب لان به يحصل التقوي على كل شئ والمقصود اضعافهم (الا أنا عرفناه) أي نقل الطعام اليهم (بالنص) يعني حديث ثمامة وحديث إسلامه رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن أبي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له أصبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني أسلمت وصدقت محمدا وآمنت به وأيم الذي نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد صلى الله عليه وسلم وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بأرحامهم أن يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر أنهم قالوا له صبأت فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تأمر بصلة الرحم وانك قد قطعت أرحامنا فكتب عليه الصلاة والسلام اليه أن يخلي بينهم وبين الحمل وأما بيع الحديد فمنعه المصنف (لانه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية فان الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير الى أنه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح وأما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم نر بيع العنب بأسا ولا بيع الخشب وما أشبه ذلك وقال الفقيه أبو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا وأما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره ﴿ فروع من المبسوط ﴾ طلب ملك منهم الذمة على أن يترك أن يحكم في أهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي من يلتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له أرض فيها قوم من أهل مملكته هم عبيده يبيع منهم ما شاء فصالح وصاروا ذمة فهم عبيده كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحرار ولو أسلم كانوا عبيده فكذا اذا صاروا ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد ازدادت وكادة بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على هذا الملك بغير شئ قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين

الكلام بأي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها وأقول الواجب بمعنى الثابت فتندفع به أيضا وقوله (ولا يجهز اليهم) أي لا يبعث التجار اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد وقوله (لما بينا) يعني قوله ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار أهله أي أتاهم بالطعام

(١) بحر بن كنيز كذا هو في الخلاصة بمهملة بعد الموحدة وأبوه بنون وآخره معجمة وهو الصواب وليحذر ما وقع في بعض النسخ من بجر بن كثير كتبه مصححه

﴿فصل﴾ (اذا أمن رجل حرا وامرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم) والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أى أقلهم

وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلموا هم دونه هم عبيده ولو وادعوا على أن يؤدوا كل سنة شيأ معلوما وعلى أن لا يجرى عليهم فى بلادهم أحكام المسلمين لا يفعل ذلك الا أن يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون أحكام المسلمين ولا يخرجون من أن يكونوا أهل حرب وترك القتال مع أهل الحرب لا يجوز الا أن يكون خيرا للمسلمين ثم ان فعل ذلك ان كان بعد ما أحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على أن يؤدوا اليهم فى كل سنة مائة رأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم فكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمن لا يجوز ألا ترى أن واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز غليك شئ من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تأكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة رأس بأعيانهم أول السنة وقالوا أمنونا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فانه جائز لان المعينين فى السنة الاولى لا تناولهم الموادعة ومنها يثبت الامان لهم فاذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم اياهم عوضا للمسلمين صار وا مماليك المسلمين بالموادعة والمشروط فى السنين الكائنة بعد الموادعة أرقاء فجاز ولو سرق مسلم مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لان مال المستأمن لا يملك بالسرقة لانه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشترى منهم ما أخذوه من أموالهم لانهم ملكوها بالاحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم رد شئ من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب اذ لم ينقادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه فى أمان المسلمين

﴿فصل فى الامان﴾ وهو نوع من الموادعة فى التحقيق (قوله اذا أمن رجل حرا وامرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم) على اسناد المصدر الى المفعول (ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم) أى لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع (ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى يرد عليهم أقصاهم أى يرد الا بعد منهم التبعة عليهم وذلك أن العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتطع الامام منهم سرايا ووجهها للاغارة فغاغمته جعل لها ما سمى ويرد ما بقى لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل فى دار الحرب وأخذ المال وأما قوله وهم يد الخ أى كأنهم آلة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليهم لكن رواه ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ففسر الرد فى ذلك الحديث بالاجارة فالمعنى يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو فى الصحيحين عن على رضى الله عنه قال ما كتبنا عن النبى صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما فى هذه الصحيفة قال عليه الصلاة والسلام المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وأخرج البخارى نحوه أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبى هريرة ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذ أخرجه من حديث على من جهة أبى داود والواقع

﴿فصل﴾ لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره فى فصل على حدة وكلامه واضح وقوله (ويسعى بذمتهم) أى بعهدهم وأمانهم (أدناهم أى أقلهم

وهو الواحد) لانه لا أقل منه وانما فسر الادنى ههنا بالاقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين وقوله (ولانه) أى ولان كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر وأما المرأة فبالتسبب بالمال أو العبيد وأما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل معناه بنفسها وقوله (لملاقاته) أى لملاقاة الامان (محله) لان

وهو الواحد ولانه من أهل القتال فيخافونه اذ هو من أهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقانه محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزأ فيتكامل

أن الشيخين أخرجاه غلط فان ما في الصحيحين ليس فيه تشكا فأدماؤهم وهو يريد أن يخرج ماذكره في الهداية لا ماهو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف أدناهم بأقلهم في العدد (وهو الواحد) احترازا عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتي وليس بلازم اذ هو على هذا التفسير أيضا فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الادنى بمعنى الواحد فانه يتناول الواحد حرا أو عبدا وقد ثبت في أمان المرأة أحاديث منها حديث أم هانئ في الصحيحين رضي الله عنها قالت يارسول الله زعم ابن أمي علي أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن فلان قال عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت ورواه الازرقي من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبي طالب رضي الله عنها قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له يارسول الله اني أجرت حموين لي من المشركين فأراد هذا أن يقتلهما فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان الذي أجارته أم هانئ عبد الله بن أبي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه أبو داود حدثنا عثمان بن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة رضي الله عنها قالت ان كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي باب أمان المرأة حدثنا يحيى بن أكثم الى أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتأخذ للقوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في علله الكبرى سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو في السند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من أبي هريرة ومنها حديث اجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص فقال عليه الصلاة والسلام ألا وانه يجير على المسلمين أدناهم رواه الطبراني بطوله قال المصنف (ولانه من أهل القتال) أى الواحد ذكرا كان أو أنثى فانهما من أهله بالتسبب بمالها وعبيدها فيخاف منه (فيتحقق الامان منه لملاقانه محله) أى محل الامان وهو الكافر الخائف واذا صدر التصرف من أهله في محله نفذ (ثم يتعدى الى غيره) أى غير المجير من المسلمين وأما قوله ولان سببه لا يتجزأ الخ فيصلح تعليلا بلا واو للتعدي فان ماذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فأما تعديه الى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل وماذكر من عدم التجزي يصلح دليلا له فانه اذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لا أنه بعض أمان الكل واستدل على عدم تجزيه بأن سببه وهو الايمان لا يتجزأ فكذا الامان وفسر بالتصديق الذي هو ضد الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال آمنته فأمن أي أعطيته الامان فأمن ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فأمن الكافر أي حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المفضي فلا يلزم من وجوده الوجود ولا شك أن الايمان بالله ورسوله سبب مفض الى أمان الحربي باعطاء المسلم اياه فالحق أن كلا منهما يصح الايمان أي اعطاء الامان سبب الامان بمعنى علته لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان أو الايمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للامان لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان وصار

محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ماذكرنا وقوله (ثم يتعدى) أى الامان (الى غيره) أى غير الذي أمن من أهل الاسلام كما في شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره (قوله ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان) أى التصديق بالقلب (فكذا الامان لا يتجزأ) فاذا تحقق من البعض فاما أن يبطل أو بكل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من بعض الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سبب ولايته وهو القرابة غير متجزئ فلا تتجزأ الولاية فكذلك ههنا واعلم أن المصنف استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في أحدهما كون من يعطى الامان ممن يخافونه وفي الآخر الايمان والاول يقتضي عدم جواز أمان العبد المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو من الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان أولى

ويمكن أن يجعل الاول علة والثاني شرطا وسماه سببا مجازا والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا

﴿فصل واذا أمن رجل حر﴾ (قوله وهو الايمان أي التصديق) أقول قال الاتقاني وهو الايمان أي اعطاء الامان اه وأنت خبير بان تفسير الشارح أولى منه يدل عليه قول عمر رضي الله عنه انه رجل من المسلمين على ماسيجيء

وقوله (الا أن يكون في ذلك مفسدة) استثناء من قوله صح أمانهم وقوله (وقد بيناه) يعني في باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الخ واليه أيضا أشار بقوله (لما بينا) قبيل قوله (ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الجيش) تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا أن يكون في ذلك مفسدة وأقول يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز أن يكون أعاده تمهيدا وتوطئة لقوله ويؤيده الامام لافتياته على رأيه أي لسبقه

السبق قوله (ولا يجوز أمان ذمي لانه متهم بهم) أي بالكفار للاتحاد في الاعتقاد وقوله (لا يصح أمانه لما بينا) يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف قال (ولا يجوز أمان العبد الخ) اتفق العلماء على أن أمان العبد المأذون صحيح لما روي أن عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فأجاز أمانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل وأما العبد المحجور عن القتال فلا يصح أمانه عند أبي حنيفة ويصح عند محمد والشافعي وذكر الكرخي قول أبي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكره الطحاوي مع أبي حنيفة وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد بالحديث ظاهر وقوله (ولانه مؤمن ممتنع) أي ذو قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله (وبالمؤيد من الامان) يعني عقد الذمة فان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق

كولاية الانكاح قال (الا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم) كما اذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بينا ويؤيده الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا (ولا يجوز أمان ذمي) لانه متهم بهم وكذا الولاية له على المسلمين قال (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح أمانه لما بينا (ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة الا أن يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح) وهو قول الشافعي وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواه أبو موسى الاشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤيد من الامان

(كولاية الانكاح) اذا زوج أحد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم أن كونها لا تتجزأ انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك (وقوله الا اذا كان في ذلك) أي أمان الواحد (مفسدة فينبذ اليهم كما اذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه) في الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى وأما قوله (ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الناس الخ) فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبني عليه قوله (ويؤيده الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر) لا يؤيده (لانه ربما) فعل ذلك مخافة أن (تفوت المصلحة بالتأخير) الى أن يعلم الامام بها ويؤمن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتعال للسبق الى الشئ دون اثمار من ينبغي أن يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس أي سبقني فأصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضي أن يؤيده مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه المصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه (قوله ولا يجوز أمان ذمي لانه متهم بهم) على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وأيضا الولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) في دار الحرب (لانهما مقهوران تحت أيديهم والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح باب الفتح) (قوله ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح أمانه لما بينا) من أن الامان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيما في دارهم لامنعة له ولا قوة دفاع (قوله ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة الا أن يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي) وبه قال مالك وأحمد (وأبو يوسف في رواية) لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم أدناهم (و) لما (روى أبو موسى الاشعري من قوله عليه الصلاة والسلام أمان العبد أمان ولانه مؤمن ممتنع) أي له قوة يمتنع بها ويضر غيره (فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤيد من الامان) وهو عقد الذمة فان العبد المحجور

(قوله وقوله الا أن يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم) أقول بل استثناء من قوله ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم (قوله قيل قوله ولو حاصر الامام) أقول صاحب القيل هو الاتقاني (قوله وأقول يجوز أن يكون ذلك الى قوله ويجوز أن يكون الخ) أقول في كلا الوجهين بحث

حتى تجرى عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله (فالايمان لكونه شرطا للعبادة) يعنى شرطنا الايمان فى قولنا ولانه مؤمن ممتنع فيصح أمانه لانه شرط للعبادة (والجهاد عبادة) وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجىء فى كلامه اشارة الى هذا وقوله (والامتناع) يعنى وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به وقوله (والتأثير اعزاز الدين) يعنى العلة الجامعة فى قياس العبد المحجور على المأذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الخ وتحقيق هذا أن الوصف المؤثر فى أمان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الايمان وهذا الوصف معلل بظهور أثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين فى عين هذا الحكم وهو الامان فى الحر فاذا وجد فى المحجور عليه صح تعديته اليه كما فى سائر الاقيسة وقوله (وانما لا يملك المسايفة) جواب عما يقال الاصل فى الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكه فلا يملك الامان أيضا وتقريره انما لا يملك المسايفة (لما فيه من (١ ٠ ٣) تعطيل منافع المولى) وهو لا يملك ذلك (ولا تعطيل) لمنافعه (فى مجرد القول) وقوله (ولابى حنيفة أنه محجور عن القتال) يصح أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وأن يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقريره أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح أمانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر فان الخوف أمر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب أن ذلك يعلم بترك المسايفة فانهم لما رأوا شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المصنف انه محجور عن القتال والامان نوع قتال لكان أسهل اثباتا لمذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فتأمل وقوله (وفيه ما ذكرناه) يريد أنه تصرف فى حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر وقوله (وفيه سد باب الاستغنام) أى على المسلمين وذلك ضرر فى حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله (وبخلاف المؤبد) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة (لانه) أى الامان المؤبد (خلف عن الاسلام) من حيث انه ينتهى به القتال المطلوب به اسلام الحربى (فهو بمنزلة الدعوة اليه) أى الى الاسلام وهى نفع (ولانه مقابل بالجزية) وهى نفع (ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك) يعنى أن الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه (واسقاط الفرض نفع فافترقا)

(قال المصنف فالايمان لكونه شرطا الخ) أقول سيجىء أن الامان نوع قتال (قوله وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم الخ) أقول يعنى نقدم تخمينا بعشرين سطرا وهو قوله والشئ يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجىء فى كلامه اشارة الى هذا (قوله ولو قال المصنف انه محجور عن القتال الخ) أقول ان أراد انه محجور عن القتال الحقيقى والحكمى فهو ممنوع بل هو أول المسئلة وان أراد أنه محجور عن الحقيقى فسلم وليس الامان منه ولعله انما أمر بالتأمل لذلك

فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل فى مجرد القول ولابى حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون له فى القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما أنه تصرف فى حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر فى حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضى به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا

المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة فهذا وهو الموقت من الذمة أولى بالصحة وهذا لان ذلك تمام المؤثر فى صحة الامان أما الايمان فلانه شرط للعبادات والجهاد من أعظمها وأما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو (اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة) لا فيما لا مصلحة فيه (وانما لا يملك المسايفة) أى الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بأن يقتل وهذا المانع انما يؤثر فى الجهاد بذلك الوجه لا بوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور عليه فى هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (ولابى حنيفة) ومالك فى رواية سحنون عنه (أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه) لانتفاء الخوف منه (فلم يلاق الامان محله) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه وهو الاعزاز لانه عمن لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر أنه يخطئ لان معرفة المصلحة فى الامان انما تقوم عن يباشر القتال وهو المأذون لانه أدرى بالامر من غير الممارس له وفى خطئه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا (بخلاف) العبد (المأذون وبخلاف) الامان (المؤبد) باعطاء الجزية (لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام) ولكل مسلم عبد أو حر ذلك (ولانه مقابل بالجزية) فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه (ولانه مفروض عند مسئلتهم) لان الله تعالى نيابة لهم به بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففى عقد الذمة لهم (اسقاط الفرض) عن الامام وعامة المسلمين وهو كذلك (نفع) محقق (فافترقا) واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين قياس

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق

أمان المحجور على أمان المأذون في القتال وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك أن فرق أبي حنيفة في الثاني متجه وأما دفعه القياس الاول فلا لانه ان فرق بأنه لا يخاف منه والآخر يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة الى أهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رأوه مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم وأما بأن الظاهر خطؤه في المصلحة فلا تأثير له لان الامان غير لازم اذا لم يكن فيه مصلحة بل اذا كان كذلك نبذ اليهم الامام به نعم الاستدلال بالحديث المروي عن أبي موسى غير تام لانه حديث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرناها شهرا حتى اذا كادت يوم وطمعنا أن نصيبهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب اليهم أمانا ثم رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا الينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم فقلنا لهم ما شأنكم فقالوا أمنتمونا وأخرجوا الينا السهم فيه كتاب بأمانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شئ قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بأمان فكتبنا الى عمر رضي الله عنه فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم ورواه ابن أبي شيبة وزاد وأجاز عمر أمانه فالجواب أنها واقعة حال فجاز كونه مأذونا له في القتال وأيضا جاز كونه محجورا والامان كان عقد ذمة وانه يصح منه والله أعلم الا أن اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي اناطته مطلقا بذلك والحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين (قوله وان أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح) باجماع الائمة الاربعة (كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف) بين أصحابنا لا يصح عند أبي حنيفة ويصح عند محمد وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه لان قوله غير معتبر كطلاقه وعتاقه وبقول محمد قال مالك وأحمد (وان كان ماذونا له في القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق) بين أصحابنا وبه قال مالك وأحمد لانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي المأذون والمراد بكونه يعقل أن يعقل الاسلام ويصفه وأضاف أبو يوسف الى أبي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وانما قال المصنف والاصح والله أعلم لانه أطلق المنع في الصبي المراهق عن أبي حنيفة كما نقله الناطفي في الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الاسلام ويصفه جازله أمانه ثم قال وهذا قوله فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند أبي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا المختلط العقل لانه من أهل القتال كالبالغ الا أنه يعتبر أن يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجراء للخلاف في الصبي مطلقا قال المصنف والاصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال او مأذونا له فيه فنفى الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن ألفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا توجل أو مترسيت أو لكم عهد الله أو ذمة الله أو تعال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير وقال الناطفي في السير املا سألت أبا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بأمان وابو يوسف استحسن أن يكون اماناً وهو قول محمد والله أعلم

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾

لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي به من الموادعة ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها وانما كان ذلك غالبا لاستقراء تأييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثر

وقوله (فهو على الخلاف) يعني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح أمانه وعند محمد يصح وقوله (والاصح أنه يصح بالاتفاق) أي باتفاق أصحابنا ليس على الخلاف لانه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾

أخر باب الغنائم وحكمها عن فصل الامان لان الامام بعد المحاصرة إما أن يؤمنهم أو يقتلهم ويستغنم أموالهم فلما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها أن تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة

(قوله

﴿ باب الغنائم وقسمتها ﴾

(واذا فتح الامام بلدة عنوة) أى قهرا (فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

(قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة) يجوز فى الواو ما قدمناه فى قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضدها لانها من عنا يعنو عنوة وعنوا اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحى القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة أى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا فى ألفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الاخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجازى لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة كثير الرماد ولو أراد به نفس الجود كان مجازا من المسبب فى السبب والوجه أنه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة (فهو بالخيار ان شاء قسمه) أى البلد (بين الغانمين) مع رؤس أهلها استرقاقا وأموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء قتل مقاتلهم وقسم ماسواهم من الاراضى والاموال والذرارى ويضع على الاراضى المقسومة العشر لانها بابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على أرضهم من غير نظر الى الماء الذى يسقى به أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والآبار أو ماء الخراج كالانهار التى شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر وأما المن عليهم برقابهم وأرضهم فقط فكروه الا أن يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الاراضى الى أن تخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق وأما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض أو برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يبقيهم أحرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعى والاعمال وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر هذا وقد قيل الاولى الاول وهو قسمة الاراضى وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثانى عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر بما فى البخارى عن زيد بن أسلم عن أبيه قال قال عمر رضى الله عنه لولا آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك فى الموطا أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر يقول لولا أن يترك آخر الناس لا شئ لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر هذا أنه قسمها كلها والذى فى أبى داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما وأخرجه أيضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعنى أعطى لكل مائة رجل سهما وقد جاء مبينا كذلك فى رواية البيهقى فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا أنه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ولم يكن لهم عمال يكفونهم عملها قد عا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد أبو عبيد فى كتاب الاموال فعاملهم بنصف ما يخرج منها فلم يزل ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر حتى كان عمر فكثر العمال فى المسلمين وقووا على العمل فأجلى عمر رضى الله عنه اليهود الى أرض الشام

(واذا فتح الامام بلدة عنوة أى قهرا) قال فى النهاية قوله قهرا ليس بتفسير له لغة لان عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن لان من الذلة يلزم القهر أو ان الفتح بالذلة يستلزم القهر (فهو بالخيار ان شاء قسمه) أى قسم البلدة بتأويل البلد (بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

﴿ باب الغنائم وقسمتها ﴾

(قوله وهو لازم وقهر متعد) أقول دليل ان على انه ليس تفسيرا

وان شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كذا فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة) فان قيل قد خالفه فى ذلك جماعة أجاب بقوله (ولم يحمد من خالفه) بريديه نفرا يسيرا منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفنى بلالا وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف أى ماتوا جميعا (وفى كل من ذلك قدوة فيتخير) ولقائل أن يقول لا نسلم أن واحدا من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف مافعله رسول (٤٠٣) الله صلى الله عليه وسلم اذلم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين

أحدهما أن فعل النبى صلى الله عليه وسلم اذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أى جهة فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لامحالة فاذا ظهر دليل الصحابى جاز أن يعمل بخلافه والثانى أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رضى الله عنه فعل مافعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى فيكون ثابتا باشارة النص وهى تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير كما فى خصال الكفارة ففعل النبى صلى الله عليه وسلم أحدهما وعمر الآخر (وقيل) فى التوفيق بينهما ان (الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين) كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة المسلمين (والثانى عند عدم الحاجة) كما فعل عمر رضى الله عنه (ليكون عدة فى الزمان الثانى

(وان شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفى كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم الحاجة ليكون عدة فى الزمان الثانى

وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف أصحاب المغازى فى أن خيبر فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحا وصحح أبو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة عن الزهرى الثانى وغلطه ابن عبد البر قال وانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمهما أهلهما فى حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم لما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى أيقنوا بالهلكة سألوه أن يسيرهم وان يحقن لهم دماءهم ففعل فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ماكان من ذينك الحصنين الى أن قال فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح ولعمرى انه فى الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا أرضهم الا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم سائر أرض خيبر كلها عنوة غنيمة مقسومة بين أهلها الى أن قال ولو كانت صلحا لملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم فالحق فى ذلك ماقاله ابن اسحق عن الزهرى أى انها فتحت عنوة دون ماقاله موسى بن عقبة عنه اه (قوله وان شاء أقر أهله الى قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق) لاشك فى اقرار عمر رضى الله عنه أهل السواد ووضع الخراج على أراضيهم على كل جريب عامر أو غامر عمله صاحبه أو لم يعمله درهما وقفيزا وفرض على كل جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين فى العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيأ اثنى عشر درهما فحمل فى أول سنة الى عمر ثمانون ألف ألف درهم وفى السنة الثانية مائة وعشرون ألف ألف درهم الا أن فى المشهور عن أصحاب الشافعى انها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخمسها بأهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على أهلها بخراج يؤدونه فى كل سنة وقال ابن شريح باعها من أهلها بثمن منجم والمشهور فى كتب المغازى أن السواد فتح عنوة وأن عمر رضى الله عنه وظف ماذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ماأفاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم أى الغنيمة لله ولرسوله وللذين جاؤا من بعدهم وانما تكون لهم بالمن بوضع الخراج والجزية وتلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد الا نفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن أبى هريرة فدعا عمر رضى الله عنه على المنبر وقال اللهم اكفنى بلالا وأصحابه قال فى المبسوط فلم يحمدوا وندموا ورجعوا الى رأيه ويدل على أن قسمة الاراضى ليس حتما أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبى صلى الله عليه وسلم أرضها ولهذا ذهب مالك الى أن بمجرد الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو أدرى بالاخبار والآثار ودعواهم أن مكة فتحت صلحا لادليل عليها بل على نقيضها ألا ترى أنه ثبت فى الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه عليه فهو آمن ولو كان صلحا

لامنوا

(قوله ففعل النبى عليه الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضى الله تعالى عنه الآخر) أقول فيه نظر لان الآية ان أفادت القطع بطريق الاشارة بطل العمل بالحديث لانه ظنى والا فيعود السؤال وأيضا الواجب عند التعارض الترجيح أو العدول الى دليل آخر لا التخيير والا لثبت فى كل موضع حصل فيه التعارض وليس كخصال الكفارة اذ لا تعارض هناك بل الدليل دل على التخيير ولم يدل دليلان على شيئين متنافيين كما هنا

وهذا) أي اقرار أهل بلد على بلدهم بالمن عليهم (في العقار أما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد) بأن يدفع اليهم مجانا ويمنع به عليهم واغاقيد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم بالمنقول بطريق التبعية للعقار وذلك في قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل وقوله (لانه لم يرد به) أي بالمن (الشرع فيه) أي في المنقول المجرد (وفي العقار خلاف الشافعي) فانه لا يجوز المن فيه قال (لان في المن ابطال حق الغانمين) عندكم لان حقهم قد ثبت وتأكد بالاحراز فقد صار محرزا بفتح البلدة واجراء أحكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك (أو ملكهم) يعني عندي فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز (فلا يجوز) يعني ابطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل يعادله) فان قيل الخراج يعادله أجاب بقوله (والخراج غير معادل لقلته) فان قيل فالحق (٣٠٥) أو الملك ثبت في رقابهم أيضا وجاز

وهذا في العقار أما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لادوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال (وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل

لا منوا كلهم به بلا حاجة الى ذلك والى ما ثبت من اجارة أم هانئ من اجارته ومدافعتها عليا عن قتله وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان أحد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له ان الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك (قوله وفي العقار خلاف الشافعي) فعنده يقسم الكل (لان في المن) بالارض (ابطال حق الغانمين) على قولكم (أو ملكهم) على قولي (فلا يجوز) للامام ذلك (بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته) بالنسبة الى رقبة الارض (بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه) من فعل عمر رضي الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بمخالفة بلال ومن معه أجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعاء عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف (ولان فيه نظرا) للمسلمين (لانهم) يصيرون (كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن) عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى (مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين (والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا) فربما يتحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض (قوله وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) يعني اذا لم يسلموا (لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الاسارى اذ لا شك في قتله عقبة ابن أبي معيط من أسارى بدر والنضر بن الحرث الذي قالت فيه أخته قتيلة الابيات التي منها

يارا كبا ان الاثيل مظنة * من صبح خامسة وأنت موفق
أبلغ بها ميتا فان تحيـــة * ما ان تزال بها الركائب تخفق
مني اليك وعبرة مسفوحة * جادت بوكفها وأخرى تخنق

له أن لا يقسمها أجاب بقوله (بخلاف الرقاب) يعني أن حقهم لم يتعلق بها (لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل) فكذا له أن يبطله بالخلاف وهو الجزية وهذا لانها خلفت في الاصل أحرارا والملك ثبت بعارض فالامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم أحرارا فقد بقي حكم الاصل فكان جائزا (والحجة عليه ما رويناه) يعني من فعل عمر رضي الله عنه وقوله (ولان فيه نظرا) يعني أن تصرف الامام وقع على وجه النظر في اقرار أهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكثر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضا فاذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا (كالاكرة) أي المزارعين (العاملة للمسلمين العالمة بوجوه المزارعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به

الذين يأتون من بعد) كان فيه نظر لا محالة فيكون جائزا قوله (والخراج وان قل) جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقريره الخراج وان قل (حالا) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنة (فقد جل مآلا لادوامه) بوجوبه في كل سنة قوله (وان من عليهم) ظاهر وقوله (ليخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الامام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الا أن دفع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي قال (وهو في الاسارى بالخيار) الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير بين الامور الثلاثة (ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قد قتل) عقبة بن أبي معيط والنضر بن أبي سهيل بعد ما حصلا في يده وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان أسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل

(وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام) فان أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزاء الكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق أيضا لانه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ (وان شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من فعل عمر رضي الله عنه فان قيل فاقتلوا المشركين بنافي ترك قتلهم فلا يجوز أجيب بأنه ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه وقوله (الا مشركي العرب) استثناء من قوله وان شاء تركهم أحرارا ولقائل أن يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو أن يكون الامام مخيرا بين الامور الثلاثة والادلة تدل على وجوب (٣٠٦) كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة ثم قال لان

فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول وأقوى ثم استدل بما فعل عمر رضي الله عنه بقوله لما بيناه وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله واجبا والازم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب أن كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها كما في الواجب المخير وقوله (ولا يجوز أن يردهم) ظاهر وقوله (ولا يفادي بالاساري) المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته ومنه قوله ولا يفادي بالاساري أي لا يعطى أساري الكفار ويؤخذ منهم أساري المسلمين أو المال عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يفادي بهم أساري المسلمين ولا يجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبي حنيفة ووجه ذلك ما ذكره أن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله (وله أن فيه تقويه) وفي بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز أن يبرز هذا في مبرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين

ولان فيه حسم مادة الفساد (وان شاء استرقهم) لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام (وان شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين) لما بيناه (الا مشركي العرب والمرتدين) على ما نبين ان شاء الله تعالى (ولا يجوز أن يردهم الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين فان أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه (وله أن يسترقهم) توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد (ولا يفادي بالاساري عند أبي حنيفة وقالا يفادي بهم أساري المسلمين) وهو قول الشافعي لان فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حربه خير من استنقاذ

ما كان ضرك لو مننت وربما * من الفتى وهو المغيظ المحنق

الابيات وطعيمة بن عدي وهو أخو المطعم بن عدي وأما ما قال هشيم أنه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا لشفعته في هؤلاء النتنى (ولان في قتلهم حسم مادة الفساد) الكائن منهم بالكلية (وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام) ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لان الرأي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له أن يفتات عليه وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بأن خاف القاتل شر الاسير كان له أن يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيأ (وان شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من أن عمر فعل ذلك في أهل السواد وقوله (الا مشركي العرب والمرتدين) يعني اذا أسروا فان الكلام في الاساري ويتحقق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا (على ما نبين ان شاء الله تعالى) في باب الجزية من أنه لا تقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل إما الاسلام أو السيف (فان أسلم الاساري) بعد الاسر (لا يقتلهم) لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب (بخلاف ما لو أسلموا قبل الاخذ) لا يسترقون ويكونون أحرارا لانه اسلام قبل انعقاد سبب الملك فيهم (قوله ولا يفادي بالاساري عند أبي حنيفة) هذه احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدوري وصاحب الهداية وعن أبي حنيفة أنه يفادي بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد الا بالنساء فانه لا تجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم وروى أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وهذه رواية السير الكبير قيل وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف تجوز المفاداة بالاساري قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه ما ذكر في الكتاب (أن فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حربه خير من استنقاذ الاسير

(قوله وقوله الا مشركي العرب استثناء من قوله الخ) أقول فيه تأمل والظاهر أنه استثناء من قوله وهو في الاساري بالخيار (قوله والامام مخير بينها كما في الواجب المخير) أقول اذا تعدد الدليل وكل دليل يدل على خلاف ما يدل الآخر وجوبا يكون ذلك من المعارضة لا من الواجب المخير فان الدليل في الواجب المخير واحد دل على شئ واحد وهو التخيير وههنا ليس كذلك اذ لم يدل دليل من الادلة المذكورة على التخيير ولا مجموعها اذ تعارض الادلة لا يقتضي التخيير بل يصار الى الترجيح ان أمكن والا فالى دليل آخر من الادلة الاربعة كما تقرر في الأصول

الاسير المسلم لانه اذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع أسيرهم اليهم مضاف الينا أما المفاداة بمال يأخذ منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا وفى السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر ولو كان أسلم الاسير فى أيدينا لا يفادى بمسلم أسير فى أيديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه قال (ولا يجوز المن عليهم) أى على الاسارى خلافا للشافعى فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه

(وأما المفاداة بأخذ المال منهم) فى اطلاق أسراهم (فلا تجوز فى المشهور من مذهب أصحابنا لما بينا) ان فيه تقوية أو معونة للكفرة بعودهم حربا علينا (وفى السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر) ويجيء جوابه وقوله (ولا يجوز المن عليهم) المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل (خلافا للشافعى فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الأسارى يوم بدر) يعنى أباعزة الجمحى (ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه) للغانمين

الاسير المسلم لانه اذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه فقط) والضرر بدفع أسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين وجه الرواية الموافقة لقول العامة أن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر والانتفاع به لان حرمه عظيمة وما ذكر من الضرر الذى يعود الينا بدفعه اليهم يدفعه ظاهرا المسلم الذى يتخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافآن ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغى زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرج مسلم فى صحيحه وأبو داود والترمذى عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين وأخرج مسلم أيضا عن اياس بن سلمة بن الاكوع عن أبيه خرج مع أبى بكر أمره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال لى يا سلمة هب لى المرأة لله أولك أعنى التى كان أبو بكر نفلها اياها فقلت هى لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة الا أن هذا يخالف رأيهم فانهم لا يفادون بالنساء ويبقى الاول (قوله أما المفاداة بمال يأخذ منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا) فى المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا (وفى السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر) اذ لا شك فى احتياج المسلمين بل فى شدة حاجتهم اذ ذاك فليكن محمل المفاداة الكائنة فى بدر بالمال وقد أنزل الله تعالى فى شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى (ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الارض) أى يقتل أعداء الله من الارض فينفيهم عنها (تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة) وقوله تعالى (لولا كتاب من الله سبق) وهو أن لا يعذب أحدا قبل النهى ولم يكن نهاهم (لمسكم فيما أخذتم) من الغنائم والاسارى (عذاب عظيم) ثم أحلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا هى للجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك أنه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفى رده تكثير المحاربين لغرض دنيوى وفى الكشاف وغيره أن عمر رضى الله عنه كان أشار بقتلهم وأبو بكر بأخذ الفداء تقويا ورجاء أن يسلموا وروى أنهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رضى الله عنه على النبى عليه الصلاة والسلام فاذا هو وأبو بكر يبكيان فسأله فقال أبكى على أصحابك فى أخذهم الفداء لقد عرض على عذابهم أدنى من هذه الشجرة قال وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجا منه الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثخان فى القتل أحب الىّ والله أعلم بذلك (قوله ولو أسلم الاسير وهو فى أيدينا لا يفادى به لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه) فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير اضرار بمسلم آخر (قوله ولا يجوز المن على الاسارى) وهو أن يطلقهم الى دار الحرب بغير شئ (خلافا للشافعى) اذا رأى الامام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد وجه قول الشافعى قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه الصلاة والسلام من على جماعة من أسرى بدر منهم أبو العاص بن أبى الربيع على ما ذكره ابن اسحق بسنده وأبو داود من طريقه الى عائشة لما بعثت أهل مكة فى فداء أسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى فداء أبى العاص بمال وبعثت فيه

فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض ومارواه منسوخ بما تلونا (واذا أراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعي يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة

بقلادة كانت خديجة رضي الله عنها أدخلتها بها على أبي العاص حين بنى بها فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لاصحابه ان رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وترددوا عليها الذي لها فافعلوا ففعلوا ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يخلي زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق أن ممن منّ عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الانصاري فخلى سبيله وأبو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر عليه أحدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر فقال يا رسول الله أقلني فقال عليه الصلاة والسلام لا تمسح عارضيك بمكة بعد ها تقول خدعت محمدا مرتين ثم أمر بضرب عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر لو كان المطعم ابن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لان لو لامتناع الشئ لامتناع غيره يعني فيفيد امتناع المن ولا يخفى على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب اخبار بأنه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بأن يكون المن جائزا فقد أخبر بأنه يطلقهم لو سأله اياهم والاطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه الا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب وأجاب المصنف بأنه منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال ان ذلك في حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه بعلم أن القتل المأمور حتما في حق غيرهم

(قوله واذا أراد الامام العود ومعه مواش) أي من مواشي أهل الحرب (فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها) كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشي أن ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها (ولا يتركها) لهم (وقال الشافعي) وأحمد (يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة) قلنا هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام نعم روى من قول أبي بكر نفسه رواه مالك في موطئه عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال اني أوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا لمأكلة ولا تخربن عامرا ولا تحرقن ولا تغرقن ولا تخبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا آنس الفتح وصيرورة البلاد دار اسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم أنه اذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخريب لانه اتلاف مال المسلمين الا ترى الى قوله لا تحرقن وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام أغر على أبنى صباحا ثم حرق بقي مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح (ولا غرض أصح من كسر شوكتهم) وتعريضهم على الهلكة والموت وانما يحرق (لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان) والتحريق لهذا الغرض الكريم (بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه) وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخاري عن أبي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا

(فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض) كسائر الاموال المغنومة (ومارواه) من المن على أبي عزة فهو (منسوخ بما تلوناه) وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة أسارى بدر لان سورة براءة كانت آخر ما نزل وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل أن يقول قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهم أو بحديث أبي عزة أو غيرهما والجواب أن قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستأمن لعدم استحقاق رقبته وحديث أبي عزة متقدم على الآية وغيرهما غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص بشئ من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والمأكلة بضم الكاف وفتحها بمعنى وكلامه واضح

(قوله ولقائل أن يقول الخ) أقول مخالف لما أسلفه في أول الكتاب من أنه دليل قطعي فيفيد الفرضية

فليحرقوهما

وتحرق الاسلحة أيضا وما لا يحترق منها يدفن فى موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم (ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام) وقال الشافعى لا بأس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها فى الكفاية له أن سبب الملك الاستيلاء اذ اورد على مال مباح كما فى الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانى منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا

فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله ورواه البزار وسماهما هبار بن الاسود ونافع بن عبد القيس وطوله البيهقى وذكر السبب أنهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما فى بطنها والقضية مفصلة عند ابن اسحق معروفة لاهل السير وذكر البخارى أيضا تحريق على رضى الله عنه الزنادقة الذين أتى بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البزار فى مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند ام الدرداء رضى الله عنها فأخذت برغوثا فألقيته فى النار فقالت سمعت أبا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا (وتحرق الاسلحة أيضا وما لا يحترق منها كالحديد يدفن فى موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم) وما فى فتاوى الوالوالجى تترك النساء والصبيان فى أرض غامرة أى خربة حتى يموتوا جوعا كى لا يعودوا حربا علينا لان النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو أشد من القتل الذى نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم فى النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبى صلى الله عليه وسلم بالاسرى خيرا حدث ابن اسحق عن نبيه بن وهب أخى بنى عبد الدار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالاسارى فرقهم بين أصحابه وقال استوصوا بالاسارى خيرا فقال أبو عزيز مر بى أخى مصعب بن عمير ورجل من الانصار يأسرنى فقال له شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت فى رهط من الانصار حين أقبلوا بى من بدر فكانوا اذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصونى بالخبز وأكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع فى يد رجل منهم كسرة من الخبز الا نفحنى بها قال فأستحى فأردها على أحدهم فيردها على ما يمسها فكيف يجوز أن يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيترك واضرورة والله أعلم (قوله ولا تقسم غنيمة فى دار الحرب حتى تخرج الى دار الاسلام وقال الشافعى لا بأس بذلك) اذا انهزم الكفار وعن أبى يوسف رحمه الله الاحب الى أن لا يقسمها حتى يحوزها ذكره الكرخى وعنه ان لم تكن مع الامام حمولة يحملها عليها يقسمها فى دار الحرب (وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت) بالهزيمة ويلزمه أن قسمة الامام هناك لا تفيد ملكا الا اذا كان عن اجتهاد فانه أمضى القضاء فى فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى * واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين إما بالقسمة حيثما كانت أو باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا بان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم فى دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجرى فيه ما عرف فى عتق الشريك وتخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين فى

قال (ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب) قسمة الغنيمة فى دار الحرب لا تجوز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف جاز والتأخير الى الخروج الى دار الاسلام أحب الى (وقال الشافعى رضى الله عنه لا بأس بذلك والأصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت وينبنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها فى الكفاية) أى كفاية المنتهى منها أن الامام اذا باع شيأ من الغنائم لحاجة الغزاة أو باع أحد الغزاة فانه لا يصح عندنا لعدم الملك وكذا لو أتلف أحدهم شيأ فى دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات أحدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة فى دار الحرب شاركوهم فى الغنيمة وقوله (له أن سبب الملك) ظاهر قوله (والثانى) أى اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام (منعدم لقدرتهم) أى لقدرة الكفرة على الاستنقاذ (ووجوده) أى وجود الاستنقاذ (ظاهرا) لكون المسلمين فى ديارهم

دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده لا لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها والا أخذها وكل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يحد لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة عندنا وان تأكد الحق لان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأي الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها لانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية والعرافة شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قالوا حتى تكون الشركة خاصة أما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخرى قال في المبسوط والاولى أن لا يوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك أيضا ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده بناء على التأكد بالهزيمة حتى صح منه التملك والتأكد يكفي للارث ألا ترى أنا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسم للتأكد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط واستدل على ضعف الحق قبل الاحراز بإباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما أتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية إن منعوا الثاني لم يمنعوا الاول ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عنده للتأكد وعدمه فانما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك ولهذا لو أسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا أرباب الاموال اذا أسلموا بعد أخذها قبل الاحراز لا يملكون شيأ منها بل هم من جملة الغزاة في القسمة والاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره في النهاية ومعناه اذا لم يؤخذوا فان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو أتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعد الاحراز بدار الاسلام يتأكد حق الملك ويستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة ماش مع ما في المبسوط حيث قال فاما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتأكد بالاحراز ويملك بالقسمة لحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض ووجه المصنف قول الشافعي بأن سبب الملك يتم بالهزيمة لان بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح إلا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبني المصطلق وأوطاس في ديارهم ولنا منع أن السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة أي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا وادخارا وهذا منتف عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد ألا ترى أن الدار مضافة اليهم فدل أنه مقهور ما دام فيها نوعا من القهر بدليل أن له أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل أن يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح الا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة

في دار الحرب وكذا المرأة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله ولأن ذلك يدعلى نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت أول حدود الاسلام لان مكة فتحت وأرض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجراء أحكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار اسلام باجراء الاحكام وبثبوت الامن للقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وأنت اذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في أن القسمة هل توجب الملك في دار الحرب أمكنك أن تجعل الدليل من الجانبين على ذلك وتقريره للشافعي أنه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم أن القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز أما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام وأما الحديث الذي ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا في أن الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الاحراز أو في كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون في أمر الحرب وربما يتفرقون فربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف (هي كراهة تنزيه عند محمد) فالافضل أن لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام والافعال المتفقة في الاوقات المختلفة لا تكون الا لداع هي كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحمل عليه للتيقن به قيل ونقل الخلاف هكذا وان كان في المبسوط غير جيد لانه لم يعرف خلاف عنهم الا ما يروى عن أبي يوسف وهذا لان المسائل الافرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز مثل ما سيأتي من أن من مات من الغانمين لا يورث حقه من الغنيمة وأنه لا يباع من ذلك العلف

فيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق قوله (وقيل الكراهة) أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة المدد فيقل بها رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ما تتم به القسمة فلا يمنع جوازها (وهي كراهة تنزيه عند محمد) فانه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل أن يقسم في دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى أن قول محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن أصحابنا وفي غير ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن أبي يوسف كما ذكرناه وأيضا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح والمخلص عنه انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة انما يصح على قول الاولين ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح (الا أنه تقاعد عن سلب الجواز) بالاتفاق اما عند الشافعي فيجوز مطلقا وأما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك (فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة) لان الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمار

(والردء والمقاتل فى العسكر سواء) لاستوائهم فى السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا (واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يحرزوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها) خلافا للشافعى بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز أو بقسمة الامام فى دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

قال (والردء والمقاتل فى العسكر سواء) الردء هو العون والمقاتل هو المباشر فى العسكر فى استحقاق الغنيمة سواء (لاستوائهم فى السبب) وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو شهود الوقعة) عند الشافعى رضى الله عنه (على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا) من الاستواء فى السبب قوله (واذا لحقهم المدد) ظاهر وقوله (بناء على ما مهدناه من الاصل) يريد ما مر ان سبب الملك عنده هو الأخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك المدد الجيش فى الاحراز الذى يتم به السبب شاركوه فى تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم فى حالة القتال (وانما تنقطع المشاركة بالاحراز أو بقسمة الامام فى دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد)

ونحو شئ ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة بقوله لان دليل البطلان أى بطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها الا أنه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سؤر الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام ينبو عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح واذا كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذى ترجح عنده وكون له مخالف ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه والا فكل خلافية من المسائل كذلك واذا لزم حكم البطلان فما موجب اثبات الكراهة والتحقيق فى سؤر الهرة أن الكراهة تنزيهية لعدم تحاميها من النجاسة لان دليل حرمة اللحم الموجب لنجاسة السؤر عارضه شدة المخالطة وترجح عليه فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعى يحتاج خصوصه الى دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة أما اذا تحققت لهم فى دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوه قسمها فى دار الحرب (قوله والردء) أى العون (والمقاتل) أى المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر (سواء) فى الغنيمة لا يتميز واحد منهم على آخر بشئ وهذا بلا خلاف لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق وسنبين سببه فيما يأتى ان شاء الله تعالى (قوله واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يحرزوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم) أى المدد (فيها) وعن الشافعى فيه قولان وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من أن الملك لا يتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز أن يشاركهم المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد الا بثلاثة أمور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد هذا وعلى ما حققناه المبنى تأكد الحق وعدمه وما استدل به الشافعى من صحيح البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال بعث عليه الصلاة والسلام أبانا على سرية قبل نجد فقدم أبان وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحها الى أن قال فلم يقسم لهم لا دليل فيه لان وصول المدد فى دار الاسلام لا يوجب شركة وخيبر صارت دار اسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة فى دار الاسلام وأما اسهامه لابى موسى الاشعرى على ما فى الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه أنا وأخوان لى أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم فى بضع وخمسين رجلا من قومى فركبنا سفينة فألقتنا الى النجاشى فوافينا جعفر بن أبى طالب وأصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا هنا وأمرنا بالاقامة فأقيموا معنا فأقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر فأسهم لنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا أصحاب سفينتنا فقال ابن حبان فى صحيحه انما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن الا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها وحمل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم فى عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح

(قوله

قال (ولاحق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة الا أن يقاتلوا) وقال الشافعى فى أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقى وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال ومارواه موقوف على عمر رضى الله عنه أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال (وان لم تكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ابداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها) قال العبد الضعيف هكذا ذكر فى المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة فى هذا أن الامام اذا وجد فى المغنم حمولة تحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان فى بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم فى رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته فى مفازة ومع رفيقه فضل حمولة

(قوله ولاحق لاهل سوق العسكر) أى (فى الغنيمة) لاسهم ولا رضخ (الا أن يقاتلوا) فحينئذ يستحقون السهم وبه قال مالك وأحمد وللشافعى فيه قولان أحدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعى بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (الغنيمة لمن شهد الوقعة) والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المصنف ذكره ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا وكيع حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طاوس عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضى الله عنه فظهروا فأراد أهل البصرة أن لا يقسموا لاهل الكوفة فقال رجل من بنى تميم أيها العبد الاجدع تريد أن تشاركنا فى غنائمنا وكانت أذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خير أذنى سبيت ثم كتب الى عمر رضى الله عنه فكتب عمر ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبرانى والبيهقى وقال وهو صحيح من قول عمر وأخرج ابن عدى عن على رضى الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابى وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد اياه وكذا عند الكرخى من مشايخنا وعلى قول الآخرين (تأويله أن يشهدها على قصد القتال) والوقعة هى القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهودها على قصد القتال انما يعرف بأحد أمرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذى ينبنى عليه الحكم وإما بحقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهر الغيره كالسوقى وسائس الدواب فان خروجه ظاهر الغيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر أنه قصده غير أنه ضم اليه شيأ آخر كالتجارة فى الحج لا ينتقص به ثواب حجه وعلى كون السبب ما قلنا فرع مالوا أسر فى دار الحرب فأصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل أن يخرجوا اشاركهم فيها وفى كل ما يصيبونه وان لم يلقوا قتالا بعده ولو لحق بعسكر غير الذى خرج معهم وقد أصابوا غنائم لا يشاركهم فيها الا أن يلقوا قتالا فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم وانما كان قصده من اللحوق بهم الفرار ونجاة نفسه فلا يستحق الا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لانه حينئذ تبين أنه قصد بالالحاق بهم القتال وكذا من أسلم فى دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذى دخل بأمان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا شئ لهم (قوله واذا لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء المهملة ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره (يقسمها بينهم) فقيل قسمة الغنيمة فى دار الحرب للحاجة فتكون هذه القسمة بالاجتهاد فتصح وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام ويستردها فيقسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك فى السير الصغير لا يكرههم لانه انتفاع بمال الغير لا بطيب من نفسه فهو كمن تلفت دابته فى دار الاسلام ومع رفيقه دابة فليس له أن يحمل عليها كرها بأجر المثل وقوله (لانه ابتداء اجارة) أى من كل وجه احتراز

(ولاحق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة) باطلاقه يفيد نفى السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر فى المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا إعزاز دين الله وارهاب العدو (الا أن يقاتلوا) فلهم السهم (وقال الشافعى رحمه الله يسهم لهم فى قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد) وقوله (ولنا أنه لم توجد المجاوزة) واضح (وما رواه) من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة (موقوف على عمر رضى الله عنه) ومثله ليس بحجة عنده لانه لا يرى تقليد الصحابى (أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال) ألا ترى أن الكفار يشهدونها وليس لهم شئ (وان لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار (قسمها بين الغانمين قسمة ابداع) وكلامه واضح وقوله (لانه ابتداء اجارة) أى من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستأنفة فى حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما فى مسئلة السفينة فان من استأجر سفينة شهرا فمضت المدة فى وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة أخرى باجر المثل بغير رضا المالك وقوله (وصار كما اذا نفقت دابته) يعنى فى كونه ابتداء اجارة من كل وجه

وقوله (ويجبرهم في رواية السير الكبير) ظاهر ويكون الأجر من الغنائم يبتدأ به قبل الخمس لان في هذا الاستئجار منفعة للغانمين فهو كالاستئجار لسوق الغنم والرمك وحق أصحاب الحمولة لا يمنع صحة الاستئجار لان شركة الملك هي التي لا تمنع صحة الاستئجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال وقوله (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة) واضح مما تقدم قوله (ولا ملك قبل الاحراز) فيه نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم لان بكل منهما يتم الملك والجواب انه ترك (٣١٤) ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ذكره هناك أولان ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للامور الأصلية وقوله (وقد بيناه) أي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب قوله (ولا بأس بان يعلف العسكر) أي دوابهم العلف (في دار الحرب) وقوله لم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره (وقد شرطها) يعني محمدا (في رواية) هي رواية السير الصغير (ولم يشترطها في أخرى) وهي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وعلف ظهره) أي دابته واستعار لفظ الظهر لها والميرة الطعام (فيعتبر حقيقتها) أي حقيقة الحاجة في السلاح وقوله (والدابة مثل السلاح) يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب أما اذا اعتبر فيها الأكل فهي كالطعام (ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب) قيل وليس بصحيح لان القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام جاز استعماله كما في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت لانه لما كان مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى أكله واذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة

ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحمل ضرر خاص (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب) لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بينا الاصل (ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته) لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال (ولا بأس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) قال رضي الله عنه أرسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في أخرى وجه الاولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به الا لحاجة كما في الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه الصلاة السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على أصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال (ويستعملوا الحطب) وفي بعض النسخ الطيب (ويدهنوا بالدهن

عن مثل ما اذا انقضت مدة اجارة السفينة في وسط البحر أو البعير في البرية فانه تنعقد بينهما اجارة بأجر المثل جبرا وفي السير الكبير يكرههم لانه دفع الضرر العام بالضرر الخاص ولان منفعته راجعة اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه أنه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فانها تصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة وقوله في المختصر أي القدوري (قوله ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب) لعدم الملك وهو المراد بقوله (وقد بينا الاصل فيه) وهذا في بيع الغزاة ظاهر وأما بيع الامام لها فذكر الطحاوي أنه يصح لانه مجتهد فيه يعني أنه لا بد أن يكون الامام رأى المصلحة في ذلك وأقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا (قوله ومن مات من الغانمين) تقدم تفريعها على عدم الملك قبل دار الاسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه (قوله ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) علف الدابة علفا من من باب ضرب ضربا فهي معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا أن الموجود إما ما يؤكل أولا وما يؤكل إما يتداوى به كالهليلج أولا فالثاني ليس لهم استعماله الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه أما اذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثرا للملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده الى الغنيمة اذا انقضى الحرب وكذا الثوب اذا ضره البرد

(قال المصنف ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا الخ) أقول أي لا بأس بان يعلف العسكر دوابهم العلف فالمفعول بهما محذوفان علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا أطعمها العلف (قال المصنف ويستعملوا الحطب الخ) أقول معطوف على قوله بان يعلف (قوله قيل وليس بصحيح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله واذا لم يكن مأكولا الخ) أقول كدهن البنفسج والخيري

ويوقحوا به الدابة) لمساس الحاجة الى جميع ذلك (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة) وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه (ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيأ) ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه أحدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه مال عين كانت للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا أنه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة لانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج

البرد فيستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها حينئذ بينهم (ولم يذكر) محمد رحمه الله (قسمة السلاح ولا فرق) كما ذكر المصنف لان الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم الى دار الاسلام مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعني بالاجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس في محل الحاجة بل الفضول وقال عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والمخيط ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والادهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان لان الادهان انتفاع في البدن كالاكل ويوقحوا الدواب بها ويوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن اذا حفي من كثرة المشي والراء أي الترقيح خطأ كذا في المغرب لكن الاصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ وفي الجمهرة رقح عيشه ترقيحا اذا أصلحه وأنشد

يترك ما رقح من عيشه * يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس هم الذين لا نظام لهم فالترقيح أعم من التوقيح وكذا كل ما يكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلد الى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة الى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الائمة الثلاثة فيجوز لكل من الفقير والغني تناوله الا التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه وينبغي أن يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبده لان نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن يأخذ لاجله ولان دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الاسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي أنبأنا علي بن محمد بن بشران أخبرنا أبو جعفر الرازي حدثنا أحمد بن حنبل حدثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الاشجعي عن أبي سفيان عن عبد الله بن عمر وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا وأخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية السير

قوله (ويوقحوا به الدابة) التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاول ههنا أولى وأليق قلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطأ وقوله (وتأويله الخ) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله (وقد بيناه) اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الخ وقوله (ولا يجوز أن يبيعوا) أي لا يجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة (ولا يتمولونه) أي يبيعونه بالعروض وقوله (على ما قدمناه) يعني أنه لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله (يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب

(قوله ولا يتمولونه أي يبيعونه بالعروض) أقول قوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله ان يبيعوا فتأمل

قال (ومن أسلم منهم) معناه في دار الحرب (أحرز باسلامه نفسه) لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لانهم مسلمون باسلامه تبعا (وكل مال هو في يده) لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهو له

الكبير وأخرج أبو داود عن عبد الله بن أبي أوفى أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف وأخرج البيهقي عن هانئ بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب الى عمر رضي الله عنه انا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشيء من ذلك الا بأمرك فكتب اليه دع الناس يأكلون ويعلفون فمن باع شيأ بذهب أو فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين وهذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيأ ولا يتموّلونه فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقا (قوله ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل احداها أسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهر على الدار والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من أنه أحرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى آخر ما سنذكر ثانيها أسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك في الا أولاده الصغار لانه حين أسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما أودع مسلما أو ذميا ليس فيأ لان يدهما يد صحيحة على ذلك المال فتدفع احرازا للمسلم فترد عليه وما أودع حربيا ففي ظاهر الرواية فيء وعن أبي حنيفة أنه له لان يده تخلف يده وجه الظاهر أنها ليست يدا صحيحة حتى لا تدفع اغتنام المسلمين عن أمواله وثالثها مستأمن أسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فيء لان تباين الدارين قاطع للعصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم أما في غير الاولاد فظاهر وأما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال ورابعها دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالا وأولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فيء لان يده صحيحة لانه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لاحراز المسلمين اياها فأما الارضون فالوجه فيها ما سنذكر ومن قاتل من عبيده فيء وامرأته الحبلى الحربية وما في بطنها فيء ووديعته ولو عند حربي له لانه ما دام في دار الحرب فيده عليها ولنأت الى مسئلة الكتاب قال ومن أسلم منهم الخ قال المصنف معناه في دار الحرب قيده به احترازا عما لو أسلم مستأمن في دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها حتى صغاره فيء على ما ذكرناه وهو بعد ذلك أعم من كونه خرج الينا أو لم يخرج الينا والحكم المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفا من أن الذي خرج فظهر على الدار وهو عندنا لا يحرز غير نفسه فلا بد من تقييده بكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وحينئذ (يحرز نفسه وأولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا وكل مال) بالنصب عطفا على نفسه من نقد وعبيد وإماء لم يقاتلوا (لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له) قال محمد حدثنا الثقة حدثنا ابن أبي لهيعة قال حدثنا أبو الاسود عن عروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أسلم على شيء فهو له وأحسن من هذا السند سعيد بن منصور حدثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى أبو داود عن أبان بن عبد الله بن أبي حازم عن عثمان بن أبي حازم عن أبيه عن جده صخر بن العيلة أنه عليه الصلاة والسلام غزا ثقيفا فساقه الى أن قال فدعاه أي دعا النبي صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم ثم ساقه الى أن قال وسأل نبي الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم فأنزله اياه وأسلم يعني السليميين وساقه الى أن قال فقالوا يا رسول الله أسلمنا وأتينا صخرا ليدفع الينا ماءنا فأبى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا أسلموا

قال (ومن أسلم منهم) انما احتاج المصنف الى قوله معناه في دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بأمان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان أولاده وأمواله كلها فيء والفيء ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الاسلام قوله (لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق) لانه يقع جزاء لاستنكافه عن عبادة ربه عز وجل فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بأن صيره عبد عبده ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم قوله (وأولاده الصغار وكل مال) منصوبان بالعطف على مفعول أحرز

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال الحديث) أقول أي مع مال (قوله فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم) أقول أي في هذا الباب

وقوله (في يد صحيحة) احتراز عن يد الغاصب وقوله (محترمة) احتراز عن يد الحربي قوله (وقيل هذا) أي كون عقاره (فيأ قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر) قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه في في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن في العقار ان أجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد الا ان كان عنه أيضا روايتان فقد هان الخطب اذ ذاك قوله (عندهما) أي عند أبي (٣١٧) حنيفة وأبي يوسف لان اليد على البقاع

ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه (أو وديعة في يد مسلم أو ذمي) لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده (فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره في ء) وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على أن اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت (وزوجته في ء) لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام (وكذا حملها في ء) خلافا للشافعي هو يقول إنه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك (وأولاده الكبار في ء) لانهم كفار حربيون ولا تبعية (ومن قاتل من عبيده في ء) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم

أحرزوا دماءهم وأموالهم فادفع الى القوم ماءهم وأبان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه ومخبر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم ياء مثناة من تحت ويقال ابن أبي العيلة (ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه) وقوله (أو وديعة) أودعها (في يد مسلم أو ذمي لانه في يد صحيحة محترمة) بنصب وديعة (ويده) أي يد المودع (كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره في ء) وماله من زرع قبل أن يحصد لانه تبع للارض (وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول) ولم يذكروا خلافا في شروح الجامع الصغير ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال (وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على أن اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت) وحكاه شمس الأئمة على خلاف هذا فقال فأما عقاره لا يصير غنيمة في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن فأجعل عقاره له لانه ملك محترم له كالمنقول اه وحكى غيره أن عندهما لا يصير فيأ وعند أبي حنيفة هو في ء ووجهه ما ذكر المصنف رحمه الله بقوله (ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة) بل حكما ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لانها جعلت شرعا سالبة لما في أيديهم وظاهر ما ذكرناه من حديث أبان يشهد لكونه غير في ء فانه قال لصخر حين منعهم ماءهم إن القوم اذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماه مالا والمراد من الماء الارض التي فيها الماء لا نفس الماء بخصوصه ألا ترى الى قوله أنزلني فأنزله اياه والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد ضعف أبانا جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء ونزول الارض لاجله قال (وزوجته في ء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها في ء) وان حكم باسلامه تبعا لخير الابوين دينا (خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره) كما لو تزوج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء (بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار في ء لانهم كفار حربيون) لا يتبعونه في الاسلام ولا خلاف في هذا (ومن قاتل من عبيده) فهو (في ء) خلافا للائمة الثلاثة

انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده لغلبتهم وعند محمد تثبت (وزوجته في ء) لانها كافرة لا تتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولا تصير مسلمة تبعا لزوجها اذ هو من باب الاعتقاد (وكذا حملها في ء خلافا للشافعي رضي الله عنه) في الحمل (هو يقول انه) أي الحمل (مسلم) بتبعية أبيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل (ولنا أنه جزؤها) وهي قد صارت فيأ بجميع أجزائها ألا ترى انه لا يجوز ان يستثنى الجنين في اعتاق الأم كما لا يستثنى سائر أجزائها فكما أن الحمل لا يصير عبدا عند اعتاق الأم مستثنى بحال فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الأم وقوله (والمسلم محل للتملك) جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل التملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم أمة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الأم وان كان مسلما باسلام أبيه وقوله (بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله (وأولاده الكبار في ء ومن قاتل من عبيده في ء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار) وأهل الدار في ء ومن لم يقاتل فليس بفيء لانهم أتباعه

(قال المصنف أو وديعة) أقول عطف على قوله في يده (قال المصنف ولنا أن العقار الى قوله وسلطانها) أقول قوله وسلطانها معطوف على قوله أهل (قوله وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد) أقول فيه شئ

(وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو في حكم غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة) اعترض عليه بان ما قام مقام غيره انما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبارا لحكمي ان أوجب العصمة فاعتبار الحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة لان المال في أصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما تثبت التبعية أن لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقة أو حكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام يعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا تثبت بالشك وقوله (وما كان غصبا في يد مسلم) اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في حكم عند أبي حنيفة وقالا لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد) وهو ليس بصحيح لانه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو أيضا ليس بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو في حكم عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير (لهما أن المال تابع للنفس) لكونه وقاية لها (والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولابي حنيفة أنه) أي المال الذي غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذي أسلم فيتبعها في العصمة

(وما كان من ماله في يد حربي فهو في حكم غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة (وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في حكم عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ) قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه

والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه ماله ولاصحابنا أنه لما قاتل والفرض أن سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية الى مولاه لان كمال معنى ماليته بالملك واليد وعن هذا قلنا (ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو في حكم) لارتفاع يده بالغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة ولان الحربي الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قاله الفقيه أبو الليث وكذا اذا كان وديعة عند حربي عنده خلافا للائمة الثلاثة في الفصلين لاطلاق الحديث ولابي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لان يد المودع كيده ولو كانت في يده حقيقة لا تكون فيأ فكذا اذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة أن يد الحربي ليست محترمة ألا ترى أنها لا تدفع يد الغانمين عن مالهم فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الاصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها كما أن التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوما لعصمة صاحبه أجيب بجوابين أحدهما أن المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما يعصم تبعا لعصمة مالكه وتبعيته له في العصمة انما تثبت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكما مع الاحترام وكلاهما منتف هنا وهذا مما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة وغير المحترمة انما هي يد الحربي الحقيقية الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبارا الحكمي ان أوجب العصمة فالحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم للاجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنص يوجب في ملكه العصمة بالاسلام وأما ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فقال المصنف هو قول أبي حنيفة خلافا لهما وقال (هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة) وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيأ الى أن قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية انه تتبع النسخ والصحيح منها أن يقال وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في حكم عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ لان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة هكذا وكذا في المحيط ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لان فخر الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي أو ضائعا فهو في حكم هذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون فيأ وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي وغيرهما (لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه

(قوله وأجيب بان قيام يد المودع الخ) أقول خلاصة الجواب أن العمل بوصف الاصل انما يكون اذا لم يكن له معارض وههنا وجد المعارض وهو الاباحة الاصلية (قوله مع الاحترام) أقول أي احترام اليد الحقيقي

(مال مباح) لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه ليس في يد نائبة لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله (والنفس لم تصر معصومة باسلامه) جواب عن قولهما وقد صارت معصومة باسلامه وتقريره لانسلم أنها صارت معصومة باسلامه (ألا ترى أنها ليست بمتقومة) حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة لما كانت محترم التعرض كالحربي وليس كذلك أجاب بقوله (الا أنها محترم التعرض في الاصل) يعني أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار أن النفس على الاطلاق محترم التعرض في الاصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به (واباحة التعرض) انما هي (بعارض شره وقد اندفع بالاسلام) فعادت الى أصلها لاباعتبار أنها معصومة (بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) فكان المقتضى موجودا والمانع منتفيا لان المانع كونه في يده حقيقة أو حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كأنه ليس في يد أحد فكان فيأ قوله (وأذا خرج المسلمون) ظاهر وقوله (معناه اذا لم تقسم) يعني الغنيمة وقوله (اعتبارا بالمتلصص) فانه اذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فأخذوا شيأ فهو لهم ولا يخمس لانه ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا باذن الامام فهو مباح

فيتبعها ماله فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام ألا ترى انها ليست بمتقومة الا أنه محترم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة (واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها) لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف أو طعام رده الى الغنيمة) معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان أحق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا أغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين

فيتبعها ماله وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام) بل معه بسبب اندفاع شره به فانما هو محترم التعرض في الاصل لكونه مكلفا حمل الامانة (واباحة التعرض) كان (بعارض شره) فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل (بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) في الاصل (وليست في يده) حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد أحد (فلم تثبت العصمة) فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم أو الذمي وديعة فانه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيأ وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث يقتضي أن يزول ملكه الى المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحا اللهم الا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد (قوله وليست في يده حكما) أنت على تأويل الاموال ﴿فروع﴾ أسر العدو عبدا ثم أسلموا فهو لهم لانه مال أسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متلفا لزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لان حق ولي الجناية في رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى ألا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية فاما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لماليته فانما ملكه مشغول به فلو اشترى رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة أي ولم يسلم مولاه فأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال (قوله واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة) التي كانت في دار الحرب انما كانت (باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام أو علف رده الى الغنيمة معناه اذا لم يكن قسم) الغنيمة في دار الحرب بشرطه ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الاحراز رد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول (وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص) وهو الواحد الداخل أو الاثنان الى دار الحرب اذا أخذ شيأ فأخرجه يختص به فانا مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دائما أحق به قبل الاخراج وبعده وأما بعد القسمة فيتصدقون بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كانوا باعوه هذا ان كانوا أغنياء وان كانوا محاويج فقراء انتفعوا به ان كان قائما (لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين) لتفرقهم سبقت أيهم اليه قوله (وبعد القسمة تصدقوا به) أي اذا جاؤا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج أي محتاج وقوم محاوج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم

(قوله لعدم الاحراز) أقول أي لعدم احراز الحربي الذي اسلم (قوله وتقريره لانسلم أنها صارت معصومة الخ) أقول الظاهر أن مرادهما معصومة النفس عن اثبات اليد وظاهر أنه لا مجال لمنعه

وقوله (فأخذ حكمه) أى أخذت الغنيمة حكم الأصل وانما ذكر ضمير الغنيمة على تأويل ما يقوم أو على تأويل المذكور يعنى لو كان فاضل الغنيمة الذى كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل له التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ لما بين أحكام الغنائم لابد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع فى مكان معين

(ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس) أى أخرجه استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فلان الله تعالى قال واعلموا أنما غنمتم من شئ أضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال تعالى فأن لله خمسه فكان بيان ضرورة أن بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك فى أصول الفقه وأما السنة فلان النبى صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم أيضا ايصالا للحق الى مستحقه ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين والراجل سهما (عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا وهو قول الشافعى رضى الله عنه للفارس ثلاثة أسهم) وروى فى ذلك ما ذكر فى الكتاب والغناء بالمد والفتح الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لاجل أن يكون الكر أشد كان من الجهاد والفرار فى موضعه محمود لئلا يرتكب المنهى المذكور فى قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة

وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغنى يتصدق بقيمته والفقير لاشئ عليه لقيام القيمة مقام الاصل فأخذ حكمه

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ قال (ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى فأن لله خمسه استثنى الخمس (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) لانه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانمين (ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه (وقالا للفارس ثلاثة أسهم) وهو قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه لما روى ابن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لاغير

وان كانوا تصرفوا فيه فلا شئ عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الاحراز يتصدق بها الغنى لا الفقير (لقيام القيمة مقام الاصل) وأخذها حكمه

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها وانما أفرده بفصل على حدته لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الى غيره من الاحكام والقسمة جعل النصيب الشائع محلا معينا (قوله ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) أى عن القسمة بين الغانمين (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) هذا قول القدورى وقال المصنف (لقوله تعالى فأن لله خمسه استثنى الخمس) أى الله تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للاخراج وهو من استثنيت الشئ أى زويته لنفسى فهذا يرجع الى قول الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس داخل فى قسمته اذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطى خمسها لليتامى والمساكين وأبناء السبيل على ما سيأتى ويعطى الاربعة الاخماس للغانمين (فعند أبى حنيفة) وزفر (للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما) وهو قول مالك والشافعى وأحمد وأكثر أهل العلم (للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لهم ما روى عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخارى وأخرجه الستة الا النسائى وفى مسلم عنه قسم فى النفل للفرس سهمين وللراجل سهما وفى رواية باسقاط لفظ النفل وفى رواية أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من أول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل فى بعض الالفاظ القائلة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجالة ألفا وأربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس مثله (ولان الاستحقاق بالغناء) وهو بالمد والفتح الاجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكر) اى الحملة على الاعداء (والفر) الكائن للكرة أو للنجاة فى موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم أنه مقتول ان لم يفر كى لا يرتكب المنهى عنه فى قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة (والثبات وليس للراجل الا الثبات) فاغنى فى ثلاثة أمور والراجل فى واحد منها واستدل المصنف لابى حنيفة بحديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذى رواه اسحق بن راهويه فى مسنده قال حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان

حدثنا

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ (قوله ثم قال فأن لله خمسه فكان بيان ضرورة أن بقية الاخماس للغزاة) أقول كقوله تعالى وورثه أبواه فلأمه الثلث (قوله ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع) أقول فى العبارة مسامحة وكان الظاهر أن يقول وأما الاجماع فلأن الخ

ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ماروى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين

حدثنا الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما وأخرجه أيضا من طريق ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن عباس وعن ابن عباس نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الأئمة لكن في هذا الباب أحاديث منها ما في أبي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت أبي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية الانصاري وكان أحد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض مالناس قالوا أوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يارسول الله أفتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش ألفا وخمسمائة فيهم ثلثمائة فارس فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما قال أبو داود وهذا وهم وانما كانوا مائتي فارس فأعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال فأعطى الفرس سهمين وأعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه وأعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب وأما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم وأحدوله سهم وفي سنده الواقدي وأخرج الواقدي أيضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضرب لي بسهم ولفرسي بسهم وأخرج ابن مردويه في تفسيره حدثنا أحمد بن محمد بن السري حدثنا المنذر بن محمد حدثني أبي حدثنا يحيى بن محمد بن هانئ عن محمد بن اسحق قال حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت أصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فأخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فأعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو اسامة وابن نمير قالا حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما اه ومن طريقه رواه الدارقطني وقال قال أبو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابن أبي شيبة لان أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن أبي اسامة خلاف هذا يعني انه أسهم للفارس ثلاثة أسهم ثم أخرجه عن نعيم بن حماد حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولاشك أن نعيما ثقة وابن المبارك من أثبت الناس وأخرجه أيضا عن يونس بن عبد الأعلى حدثنا ابن وهب أخبرني عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه ابن أبي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس أو الفرس ثم أخرجه عن حجاج بن منهال حدثنا حماد بن سلمة حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد عن حماد وممن روى حديث عبيد الله متعارضا الكرخي لكن رواية السهمين

(ولابي حنيفة رضي الله عنه ماروى عن ابن عباس رضي الله عنهما) وهو ظاهر ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل أن الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو قوله فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله والمسلك المعهود في مثله أن يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق

(قوله والمسلك المعهود) أقول الواو حالية

وقوله (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) أي سلمت عن المعارضة فيعمل بها يعني رواية ابن عباس وقوله (فيكون غناؤه مثل غناء الرجل) لان نفس الفرار ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد (ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته) يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعذر لانها تظهر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر أدير الحكم عليه (وللفارس سببان نفسه والفرس وللراجل سبب واحد) وهو نفسه (فكان استحقاق الفارس على ضعفه)

واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

عنه أثبت وروى الدارقطني أيضا في كتابه المؤتلف والمختلف حدثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن أبي روبة قالا حدثنا أحمد بن عبد الجبار حدثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن أمين عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر بل في فعله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظرا الى تعارض رواية غير ابن عمر أيضا ترجح النفي بالاصل وهو عدم الوجوب وبالمعنى وهو (أن الكر والفر جنس واحد) والثبات جنس فهما اثنان للفارس وللراجل أحدهما فله ضعف ماله ولان الزيادة ليست الا بالزيادة في الغناء ضرورة وان تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لأن كم من راجل أنفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة اغناء راجل عن فارس فانما (يدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان) في الغناء بنفسه وفرسه (وللراجل نفسه فقط) فكان على النصف وقول المصنف (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) يريد ابن عباس وعلمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر في البخاري فهو أصح قلنا قد منا غير مرة أن كون الحديث في كتاب البخاري أصح من حديث آخر في غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع أنا الجمع وان كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من ابطال أحدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالهما أولى من اهمال أحدهما بعد كونه سندا صحيحا على ما ذكرت من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه وأما قوله تعارض فعلاه فيرجع الى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف وخطئ من عزاه لابن أبي شيبة ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله وعلم مما تقدم هناك من أنه يفيد أن المصير أولا الى الفعل فاذا تعذر التمسك به حينئذ يصار الى القول وليس كذلك هذا واعلم أن مخارج حديث الثلاثة أكثر فانه روى من حديث ابن عمر وأخرجه أبو داود ومن حديث ابن أبي عمرة عن أبيه والطبراني من حديث أبي رهم وهو مختلف في صحبته وأخرجه أيضا من حديث أبي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد وأخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وأبو عبيد القاسم بن سلام وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير عن الزبير وأخرجه الدارقطني أيضا من حديث جابر وأخرجه أيضا من حديث أبي هريرة وأخرجه أيضا من حديث سهل بن أبي حثمة وهي مع انهالم تسلم من المقال منها ما لا ينافي قول أبي حنيفة لانك قد علمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابن أبي عمرة أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة نفر ومعنا فرس لا ينافيه وكذا حديث أحمد أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فأعطى الفارس منا ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر في أنه ليس

قال المصنف (فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل الخ) أقول قال الزيلعي مع انا نمنع أن زيادة الغناء تستحق به الزيادة الا ترى أن الشاكي بالسلاح أكثر غناء من الاعزل ومع هذا لا تستحق به الزيادة ولان الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الاصل وما رووه محمول على التنفيل كما روي أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الاكوع رضي الله تعالى عنه سهم الفارس والراجل وهو كان راجلا أجيرا لطلحة والاجير لا يستحق سهما من الغنيمة وانما أعطاه مخمصا لجده في القتال وقال خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا أبو قتادة اه فيه بحث ان شئت فانظر الى شرح الاتقاني حيث قال فان قلت السوقي من أهل سوق العسكر والاجير لخدمة الغازي لا سهم لهما اذا لم يقاتلا كالعبد ثم اذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم لسائر الغزاة والعبد اذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ فما الفرق قلت ان العبد تبع فالحط رتبة بخلافهما حين القتال لانه لا تبعية حينئذ بل هما كسائر الغزاة ولهذا سقط أجرة زمان القتال مع العدو عن المستأجر اه قال الزيلعي الاجير لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستأجر ولا يجمع له أجر ونصيب في الغنيمة اه (قوله لان نفس الفرار الخ) أقول كأن فيه اشارة الى جواب قوله والفرار في موضعه محمود الخ فانه ممنوع ولا نسلم استلزام تركه ارتكاب النهي وكيف وقد وقع من الصحابة رضي الله عنهم

(ولا يسهم الا لفرس واحد) وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيا فيحتاج الى الآخر ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليه ما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس

أمره المستمر والا لقال كان عليه الصلاة والسلام أو قضى عليه الصلاة والسلام ونحوه فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في أن غيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني لحديث الزبير أعطاني يوم بدر وفي رواية له أخرى عنه يوم خيبر ولا تنافي اذ جاز كونه قسم له ذلك فيهما وما في حديث سهل بن أبي حثمة أنه شهد حنينا فأسهم لفرسه سهمين وله سهما وفي حديث عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة انه عليه الصلاة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة أسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضي أن ذلك مستمر منه عليه الصلاة والسلام وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة هذا وأما حديث أبي كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لانه رواية محمد بن عمران القيسي أكثر الناس على تضعيفه وتوهينه (قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) أي اذا دخل دار الحرب بفرسين أو أكثر وهذا قول مالك والشافعي (وقال أبو يوسف) وهو قول أحمد (يسهم لفرسين) فيعطى خمسة أسهم سهم له وأربعة اسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن أبي يوسف وانما هو في رواية الاملاء عنه واستدل المصنف لذلك بما روى (أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين) وهذا روى من حديث أبي عمرة عن بشير بن عمرو بن محصن قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي أربعة أسهم ولي سهما فأخذت خمسة أسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير أخرجه عبد الرزاق أخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول أن الزبير حضر خيبر بفرسين فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال به وقال الشافعي في دفعه وهشام أثبت في حديث أبيه الى أن قال وأهل المغازي لم يروا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين ولم يختلفوا أنه يعني النبي عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة أفراس السكب والضرب والمرتجز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضي الله عنهم قال أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لامي من ذوي القربى ومن رواية هشام بن عروة أيضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام بأربعة أسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا أحسن الا أن قوله أهل المغازي لم يروا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وقال أيضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي صعصعة عن الحرث بن عبد الله بن كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلاثة افراس لزاز والضرب والسكب وقاد الزبير بن العوام أفراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البراء بن أوس فرسين وقاد أبو عمرة الانصاري فرسين فأسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهما له وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسمع أنه صلى الله عليه وسلم أسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور حدثنا فرج بن

(قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله (ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس

قال المصنف (فلا يكون السبب الظاهر) أقول أي لاستحقاق الغنيمة

ومارواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل (والبراذين والعتاق سواء) لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل فى الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربى ان كان فى الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففى كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا

فضالة حدثنا محمد بن الوليد الزبيرى عن الزهرى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى أبى عبيدة ابن الجراح أن أسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد أيضا حدثنا ابن عياش عن الاوزاعى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين وأما ماذكره المصنف عن البراء بن أوس أنه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدى رحمه الله وذكره ابن منده فى كتاب الصحابة قال روى محمد بن على بن قرين عن محمد بن عمر المدنى عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبد الله بن أبى صعصعة عن البراء بن أوس أنه قاد مع النبى صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة اسهم الا ان هذه غرائب وقال مالك فى الموطا لم اسمع بالقسم الا لفرس واحد واستمر المصنف على طريقة حمل الزائد على التنفيل قال (كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل) حديثه فى مسلم قال قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله الى أن قال فلما أصبحنا قال عليه الصلاة والسلام خير فرساننا اليوم أبو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم أعطانى سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما لى جميعا ورواه ابن حبان قال وكان سلمة بن الاكوع فى تلك الغزاة راجلا فأعطاه من خمسه عليه الصلاة والسلام لا من سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنفذ لقاح النبى صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدى فحدثت به سفيان فقال خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندى أولى من حمله على أنه أعطاه من سهمه والا لم يسم نفلا بل هبة وخبر سلمة والفتاح مفصل فى السيرة (قوله والبراذين) وهى خيل العجم واحدها برذون (والعتاق) جمع عتيق أى كريم رائع وهى كرام الخيل العربية والبراذين والخيل العربية هما (سواء) فى القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون أبوه عربيا وأمه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من أهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين وروى فيه حديثا شاذا واحتنا فيه ماذكر فى الكتاب من أن اطلاق الخيل يشملهما وكذا الارهاب ولان فى كل خصوصية ليست فى الآخر فالعتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه ألين عطفا من العربى غير صحيح لان هذا دائر مع التعليم والعربى أقبل للادب من العجمى من الخيل وكون أحد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمى بعيد ويمكن أن يكون ذكر لما نقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف وفى سيرة ابن هشام حدثنى أبو عبيدة قال كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى سلمان ابن ربيعة الباهلى وهو بأرمينية يأمره أن يفضل أصحاب الخيل العراب على أصحاب الخيل المقارف فى العطاء فعرض الخيل فربه فرس عمرو بن معدى كرب فقال له سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو وقال هجين عرف هجينا مثله فوثب اليه قيس يعنى ابن مكشوح فتوعده فقال عمرو

ابوعدنى كأنك ذو رعين * بأفضل عيشة أو ذو فواس
وكائن كان قبلك من نعيم * وملك ثابت فى الناس راسى
قديم عهده من عهد عاد * عظيم قاهر الجبروت قاسى
فأمسى أهله بادوا وأمسى * يحول من أناس فى أناس

(قوله

وقوله (ومارواه محمول على التنفيل الخ) استظهار فى تقوية الدليل لأن ماروا ه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه أو تأويل له (والبراذين والعتاق سواء) البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق الخيل والطير لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون أبوه من الكوادن وأمه عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى لذكر التسوية بين البرذون والعتاق لان أهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين وروا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا وجئنا ماذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله (ألين عطفا) بفتح العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب

(قوله والمقرف عكس الهجين الخ) أقول فى الصحاح والقاموس الاقراف من قبيل الفعل والهجنة من قبيل الاسم فلا فى الشرح مخالف لما فيهما

قال (ومن دخل دار الحرب فارسا) هذا البيان وقت اقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا وقوله (وهكذا) أي كقول الشافعي رضي الله عنه (روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الفصل الثاني) يعني ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا في وقت اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من درو بها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت في حد دار الحرب ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا في حد دار الاسلام (وعنده حال انقضاء الحرب) أي تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر بمجرد شهود الوقعة ودليل يدل على ذلك وكأن المصنف أشار بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لان قوله (يعتبر حال الشخص عنده) أي عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله (والمجاوزة وسيلة) رد لمذهبنا وقوله (كالخروج من البيت) يعني للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا معتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه راجلا أو فارسا وكذلك في هذه الوسيلة وقوله (وتعليق الاحكام) جواب عما سنذكر في تعليلنا أن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبي اذا قاتل وكذلك المرأة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا

(ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل) وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر أو تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا كان أو راجلا

(قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه) أي هلك فقاتل راجلا (استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى) في دار الحرب (فرسا) فقاتل فارسا عليه (استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه) في الفصلين (وهكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن أبي حنيفة) أي فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه أن له سهم فارس وظاهر المذهب الاول (والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب (وعنده حال الحرب له أن السبب) في استحقاق الغنيمة اذا وجدت (هو قتاله فيعتبر حال الشخص) المستحق (عنده) دون المجاوزة لانها انما هي (وسيلة الى السبب) أي العلة الحقيقية (كالخروج من البيت) لقصد القتال في دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحالة الغازي عند ذلك بالاتفاق لا تعتبر فكذا عند المجاوزة والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الراجعة الى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل الصبي أو العبد أو غيرهما فانهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شرعا في حق استحقاق الغنيمة وانه غير متعذر (ولو تعذر أو تعسر فبشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال) من المجاوزة (ولنا أن المجاوزة نفسها من القتال لانهم يلحقهم الخوف بها) والاغاظة (والحال بعدها حال بقاء القتال) الا أنه تنوع القتال الى المجاوزة الى دارهم وسلوكها قهرا بالمنعة لاهلاكهم والى حقيقة المسايفة (ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال) شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره بخلافه في حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فأدير في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي الى

أو فارسا بحالة هي أقرب الى القتال وهي شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) لان القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف ومجاوزة الدرب قهرا وشوكة تحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد أصل القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير احوالهم بعد ذلك لان ذلك (حالة دوام القتال ولا معتبر بها) لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له من أن ينزل في بعض المضايق خصوصا في المشجرة أو في الحصن أو في البحر وقوله (ولان الوقوف على حقيقة القتال) واضح على ما ذكرنا

قال المصنف (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) أقول لم يجب عن قول الشافعي وتعليق الاحكام الخ اذ هو أيضا لم يقل بموجبه حيث لم يعتبر نفس القتال في استحقاق الغنيمة فليتأمل

ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح أنه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته (ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيأ من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا أنه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال

القتال ظاهر امقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة وأما ما قيل في التعذر بأن الشهادة من أهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على أن هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا فانه ينقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه أولا الضرر وشركته في أصل المغنم ليست متوقفة على شهادته هذه ألا يرى الى ما في الحديث من قول أبي قتادة من يشهد لي حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فأعطاه اياه وقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة ولا بينة الا أهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلاة والسلام (ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان) أو لشجرة أو لانه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى برهم فلا قوهم قبله واقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه وسلمه (أو آجره او رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة) بالفرس (القتال) عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا اذا باعه حالة القتال) لا يسقط (عند البعض) قال المصنف (الاصح انه يسقط) لانه ظهر أن قصده التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بأن تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فبيعه فيها دليل انه عن له غرض الآن فيه إما لانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك ولان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظارا لحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الاولى الا أن يراد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا (قوله ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم) أي يعطون قليلا من كثير فان الرضخة هي الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه (على حسب ما يرى الامام) وسواء قاتل العبد باذن سيده أو بغير اذنه (والمكاتب كالعبد) لما ذكر في الكتاب وقد استدل المصنف

قوله (وتوهم عجزه) يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم

بان

ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين الا أنه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم الخ أخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه أن ليس لهما شيء الا أن يحذيا وفي أبي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنا كتبت كتاب ابن عباس رضي الله عنهما الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما أن يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن وأخرج أبو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى أبي اللحم قال شهدت خيبر مع ساداتي الى أن قال فاخبر أني مملوك فأمر لي بشيء وأما ما في أبي داود والنسائي عن جدة حشرج بن زياد أم أبيه انها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا في وجهه الغضب فقال مع من خرجتن وباذن من خرجتن فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونسقي السويق فقال قمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال وبه قال الاوزاعي وقال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره أنه لجهالة راوي حشرج من رواته وقال الطحاوي يحتمل انه عليه الصلاة والسلام استطاب انفس أهل الغنيمة وقال غيره يشبه أنه انما أعطاهن من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن ان يكون التشبيه في أصل العطاء وأرادت بالسهم ما خصص به والمعنى خصنا بشيء كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجالة ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم أتباع أصول في التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم في غير النفير العام في غير الصبي ويزيد الذمي بأنه ليس أهلا له لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقي في العسكر والمستأجر لخدمة الغازي اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصته زمن القتال من أجرة الاجير لانهما من أهل فرضه فلم يكونا تبعا في حق الحكم بل في السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي رحمه الله وأحمد وفي قوله وهو رواية عن أحمد من أربعة الأخماس وفي قول للشافعي رحمه الله من خمس الخمس وقال مالك رحمه الله من الخمس (ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل) وكذا الصبي والذمي لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبي قادرا عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر ان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها والامان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد اعطاء الذمي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق لأن ذلك ليس رضخا بل يقام الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى في عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لا يقبله الله منه ولا يصح له فلذلك (لا يبلغ به السهم) كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر وأما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجيز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي رحمه الله وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة فقال له عليه الصلاة والسلام تؤمن بالله ورسوله قال

(قوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال) ظاهره اعترض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها لانه انما يصح ممن يخاف منه القتال لقدرته على القتال وأجيب بان الامان صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل تثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها وأما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها (ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين (والاول ليس من عمله) أي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ

(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم) وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم

قال (وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم) أى فى الاصناف الثلاثة ومعنى هذا الكلام ان أيتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وأبناء السبيل منهم يدخلون فى أبناء السبيل وسبب الاستحقاق فى هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف فى نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما فى الصدقات (ولا يدفع الى أغنيائهم وقال الشافعي رضى الله عنه لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم) من بنى عبد شمس وبنى نوفل

لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى أن قال له فى المرة الثالثة نعم قال انطلق وعن حبيب ابن اساف قال أتيت أنا ورجل من قومى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزو افقلت يا رسول الله انا نستحى ان يشهد قومنا مشهدا لا نشهده معهم فقال أتسلمان فقلنا لا فقال انا لا نستعين بالمشركين قال فأسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربنى ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فأقول لا عدمت رجلا عجل أباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيأ من الغنيمة يعنى لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الاحاديث والمذكور فى ذلك حديث أبى يوسف رحمه الله أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو ضعف وأسند الواقدى الى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غرابهم أهل خيبر وأسهم لهم كسهمان المسلمين ويقال أحذاهم ولم يسهم لهم وأسند الترمذى الى الزهرى قال أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود فقاتلوا معه وهو منقطع وفى سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهرى وقتادة شيأ ويقول هى بمنزلة الريح ولا شك أن هذه لا تقاوم أحاديث المنع فى القوة فكيف تعارضها وقال الشافعي رحمه الله رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان فى غزوة بدر ثم انه عليه الصلاة والسلام استعان فى غزوة خيبر بيهود من بنى قينقاع واستعان فى غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن أمية وهو مشرك فالرد إن كان لاجل انه مخير بين أن يستعين به وان يرده كما مر رد المسلم لمعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لأجل أنه مشرك فقد نسخه ما بعده ولا بأس أن يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أسهم لهم ولعل رده من رده فى غزوة بدر رجاء أن يسلم (قوله وأما الخمس) أى الذى تقدم أنه يخرجه أولا (فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون) على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذوو القربى لا تحل لهم هذا رأى الكرخى وسيأتى رأى الطحاوى أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوى القربى فى سهم اليتامى المذكور بن دون أغنيائهم واليتيم صغير لا أب له والمساكين منهم فى سهم المساكين وفقراء أبناء السبيل من ذوى القربى فى أبناء السبيل فان قيل فلا فائدة حينئذ فى ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم أجيب بان فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيأ لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر فى التأويلات للشيخ أبى منصور لما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة فى ذكرهم فى القرآن أجاب بان أفهام بعض الناس قد تفضى الى أن الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفى التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما فى الصدقات (وقال الشافعي لذوى القربى خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم) وبقول الشافعي قال أحمد وعند مالك الامر مفوض الى رأى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء أعطى بعضهم دون بعض وان شاء أعطى غيرهم ان كان أمر غيرهم أهم من أمرهم (ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم) من القرابات ونحن نوافقه على أن القرابة

(لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير) فيشتركان (ولنا ان الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد فكان اجماعا وقوله (وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم) دليل على انه لم يصرف الى أغنيائهم شيء لانه قال (يا بنى هاشم ان الله كره لكم غسالة أيدى الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء)

لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير ولنا أن الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه الصلاة والسلام يا معشر بنى هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء

المراد هنا تخصيص بنى هاشم و بنى المطلب فالخلاف فى دخول الغنى من ذوى القربى وعدمه وقال المزنى والثورى يستوى فيه الذكر والانثى ويدفع للقاصى والدانى وهو ظاهر اطلاق النص (له اطلاق قوله تعالى ولذى القربى بلا فصل بين الغنى والفقير) ولان الحكم المعلق بوصف يوجب أن مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها بخلاف ذوى القربى ثم لا تنتفى مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة (ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة) ثم انه لم ينكر عليهم ذلك أحد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام فى اثباته فروى أبو يوسف عن الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس رضى الله عنهما أن الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلاة والسلام على خمسة أسهم لله والرسول سهم ولذى القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوى عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدى عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحق قال سألت أبا جعفر يعنى محمد بن على فقلت أرأيت على بن أبى طالب رضى الله عنه حيث ولى العراق وما ولى من أمر الناس كيف صنع فى سهم ذوى القربى قال سلك به والله سبيل أبى بكر وعمر فقلت وكيف وأنتم تقولون ما تقولون قال أما والله ما كان أهله يصدرون الا عن رأيه قلت فما منعه قال كره والله أن يدعى عليه بخلاف سيرة أبى بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه تصح رواية أبى يوسف عن الكلبى فان الكلبى مضعف عند أهل الحديث الا أنه وافق الناس وانما الشافعى يقول الاجماع بمخالفة أهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور رأنه الصواب لا أنه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما وقد علم أنه خالفهما فى أشياء لم توافق رأيه كبيع أمهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا أنه رجع الى رأيهما ان كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعى عن أبى جعفر محمد بن على قال كان رأى على فى الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون أهل البيت لانا نمنع أن فعله كان تقية من أن ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم فى اعتقاده فلم يكن منعه الا لرجوعه وظهور الدليل له وكذا ما روى عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك محمول على أنه كان فى الاول كذلك ثم رجع ولئن لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من أحد أولى فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوى القربى أصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف للكتاب ولفعله عليه الصلاة والسلام لانه أعطاهم بلا شبهة أجاب على قول الكرخى ان الدليل دال على أن السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام يا معشر بنى هاشم الحديث وهو بهذا

وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء) يعنى ان المعوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان العوض انما يثبت فى حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث إما ان يكون ثابتا صحيحا أو لا فان كان الاول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثانى لا يصح الاستدلال به أجيب بأن لهذا الحديث دلالتين احداهما اثبات العوض فى المحل الذى فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على خمسة أسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض ممن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم

على تكرار الصلاة على الجنازة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة سبعين صلاة وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاحداهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا لجميع مقدماته لما أعطاهم النبى عليه الصلاة والسلام وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أعطى بنى هاشم وبنى المطلب

أجاب بقوله (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه) وقصته ما روى عن جبير بن مطعم أنه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام أنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شئ واحد وشبك بين أصابعه وأشار الى نصرتهم واذا كان كذلك (دل على ان المراد بالنصر) أعني قوله ولذي القربى (قرب النصرة لا قرب القرابة) والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله لا نفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا يصرف للنساء والذراري واذا ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي بانتهاء علته

والنبي عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة

اللفظ غريب وتقدم في الزكاة وأسند الطبراني في معجمه حدثنا معاذ بن المثنى حدثنا مسدد حدثنا معتمر ابن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحرث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما العباس يستعين بكما على صدقات فأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لآل البيت من الصدقات شئ ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره حدثنا أبي حدثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي حدثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت لكم عن غسالة أيدي الناس ان لكم من خمس الخمس ما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض التابعين ثم في كون العوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضي أن المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقراء ذوي القربى فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم أو كونهم مصارف مستمرا وينافيه اعتقاد حقية منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما روينا أنهم لم يعطوا ذوي القربى شيأ من غير استثناء فقرائهم وكذا ينافيه اعطاؤه عليه الصلاة والسلام الاغنياء منهم كما روى أنه أعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول المصنف (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة الخ) يدفع هذا السؤال الثاني لكن يوجب عليه المناقضة مع ما قبله لان الحاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوهم وهو خلاف ما نقلتم عنهم انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة ويعكر ما سيرويه في تصحيح قول الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سهم ما مع أنه لم يعرف اعطاء عمر بقيدا لفقر مرويا بل المروي في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب حدثنا جبير بن مطعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيأ كما قسم لبني هاشم وبني المطلب قال وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه وأخرج أبو داود أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان رأيت أن تولينا حقنا من هذا الخمس في كتاب الله أقسمه حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية أبي بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر أتاه مال كثير فعزل حقنا ثم أرسله الي فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فارددته عليهم فرده ثم لم يدعني اليه أحد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيأ لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الاعطاء بفقر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع أن الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي أنه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب أن يعول عليه على اعتقاد أن الراشدين لم يعطوا ذوي القربى أن القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب والا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلاة والسلام وذلك أن ذوي القربى وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان أنهم مصارف أي أن كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كأن يعطى تمام الخمس لابناء السبيل او ان يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين أن يصرفوه الى غيرهم خصوصا وقد رأوهم

أغنياء

قال (فأما ذكر الله تعالى فى الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبى عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصفى) لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته

أغنياء متمولين اذ ذاك ورأوا صرفه الى غيرهم أنفع ونقول مع ذلك إن الفقير منهم مصرف ينبغى أن يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوى أنهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه أضافه اليهم لاحق لنا لزمنا أداؤه طاعة له ليصير وسخا ويدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم فى حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا أن مقتضاه كون الغنى من ذوى القربى مصرفا غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم فى الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغنى مصرفا صح الصرف اليه وأجزأ لان المصرف من يحيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غنى ذوى القربى عندهم كذلك هذا وأما انه يكون لبنى هاشم و بنى المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما فى أبى داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال أخبرنى جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى فى بنى هاشم و بنى المطلب وترك بنى نوفل و بنى عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان بن عفان رضى الله عنه حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذى وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا و بنو المطلب لا نفترق فى جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شئ واحد وشبك بين أصابعه أشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المؤانسة والموافقة فى الجاهلية فانه ليس اذ ذاك نصر قتال فهو يشير الى دخولهم معه فى الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بنى هاشم وأن لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة فى السيرة شهيرة وعن هذا استحقت ذراريهم مع أنهم لا يتأتى منهم قتال وشرح قوله قرابتنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد أعنى عبد مناف له أولاد هاشم الذى من ذريته النبى صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل و بنى عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة فمقتضى استحقاق ذوى القربى أن يستحق الكل على قول الشافعى أو يكون فقراء الكل مصارف على قولنا فبين عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التى تحقق منها تلك النصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ماذكرنا (قوله فأما ذكر الله تعالى الخ) لما فرغ من بيان ذوى القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر أن سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فأن لله خمسه وللرسول ولكذا وكذا ان له سبحانه سهما كما لكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى فى افتتاح الكلام ليتبرك به بذكر اسمه تعالى فان لله ما فى السموات وما فى الارض فسهم الله تعالى ورسوله واحد وقال أبو العالية سهم الله ثابت يصرف الى بناء بيته الكعبة ان كانت قريبة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس ودفعه بأن السلف فسروه بما ذكر فان هذا التفسير روى عن ابن عباس رضى الله عنه رواه الطبرانى فى تفسيره عن أبى كريب حدثنا أحمد بن يونس حدثنا ابن شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قرأ واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه ثم قال فأن لله خمسه مفتاح الكلام لله ما فى السموات وما فى الارض وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن على بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والآخرة وفى غير حديث عن ابن عباس رضى الله عنهما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس فى خمسة فعلى قول هذا القائل تكون فى ستة (قوله وسهم النبى صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفى لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته

قال (فأما ذكر الله تعالى فى الخمس) لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوى القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة فى النص فقال فأما ذكر الله تعالى فى الخمس يعنى قوله تعالى فأن لله خمسه (فانه لافتتاح الكلام تبركا بذكره وسهم النبى صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفى) بالاجماع (لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته) لان الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه علة

(ولارسول بعده والصفي شئ كان يصطفيه لنفسه صلى الله عليه وسلم مثل درع أوسيف أوجارية) اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر (وقال الشافعي رضي الله عنه يصرف سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه) انه كان يستحقه برسالته (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لمارو ينا) أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لايقال قوله وسهم ذوى القربى وقع مكررا حكما وتعليلا لانا نقول ماذكره أولا كان فى حيز الاستدلال على القسمة على ثلاثة أسهم وهذا نقل لكلام صاحب القدورى قال أى القدورى (وبعده) أى بعد زمنه عليه الصلاة والسلام (بالفقر) قال المصنف (وهذا) أى استحقاقهم بالفقر (قول الكرخي وقال الطحاوى سهم الفقير منهم ساقط أيضا لمارو ينا من الاجماع) يعنى قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضى الله عنهم قسموه على ثلاثة ولايظن بهم أنه خفى عليهم النص أومنعوا حق ذوى القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعي رضي الله عنه الاجماع وسنده ماروى عن أبي جعفر محمد بن على رضى الله عنهم قال كان رأى على فى الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبابكر وعمر رضى الله عنهما والاجماع بدون أهل البيت لاينعقد وقلنا لايحل للمجتهد أن يترك رأى نفسه برأى مجتهد آخر احتشاما له فان ثبت ماروى دل انه كره المخالفة لانه رأى الحجة معهما فقد خالفهما فى كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده (قوله ولان فيه) أى فى سهم ذوى القربى (معنى الصدقة) لان الهاشمي الذى يصرف اليه فقير اذ لولم يكن فقيرا لايجوز صرفه اليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن أصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذو والقربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله وقدمر فى باب اليوم الزكاة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى أصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة الى الشافعي رضى الله عنه فليس بذاك لان كون المصرف فقيرا ليس الا فى حيز النزاع عنده فانه يسوى بين الغنى والفقير (وجه الاول) يعنى قول الكرخي (وقيل هو الاصح ماروى ان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء) يعنى إجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر (أما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة) كما تقدم فى أول البحث وكرر هذه الزيادة للايضاح وانما قال وقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول أبي بكر الرازى ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة على النصرة التى كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختار القدورى كما أشار اليه قوله وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة

ولارسول بعده والصفي شئ كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أوسيف أوجارية وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة) لمارو ينا قال (وبعده بالفقر) قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذى ذكره قول الكرخي وقال الطحاوى سهم الفقير منهم ساقط أيضا لمارو ينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ماروى ان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء أما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة

ولارسول بعده والصفي شئ كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أوسيف أو جارية) قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به على رضى الله عنه بعد أن قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر رواه أبو داود فى سننه عن عائشة والحاكم وصححه (وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة) لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المصنف (والحجة عليه ماقدمناه) أى من أن الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة ورفعوا سهمه لانفسهم ولم ينقل ذلك عن أحد وأيضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة وأما قول المصنف وسهم ذوى القربى الخ فقد تقدم مايغنى فيه وقوله (كانوا يستحقونه فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لمارو ينا) يعنى ماتقدم من حديث جبير بن مطعم (وبعده بالفقر) لايخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذى القربى إما أن يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة فى الضيق والمؤانسة فيه فتكون المصارف مطلقا فى الحياة وبعد الممات وإما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك أى فى حياته وبعد مماته فليس الوجه فيه الا ماقدمنا من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختيارا لاحد الجائزين له لا أن الصرف اليهم كان واجبا عليه كما أنه يجوز أن يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون الصرف الى غيرهم وأما فقراؤهم فالاولى ان يعطوا لما قدمناه وما هو الحق فى التقرير وانما قال (وقيل هو الصحيح) أى قول الكرخي لان من المشايخ كشمس الائمة من يرجح قول الطحاوى عليه غير أن توجيهه بأن عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم فيه ماتقدم وقوله (والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء) يريد اجماع الخلفاء الراشدين والا فهو محل النزاع الى

وقوله (واذا دخل الواحد أو الاثنان) ظاهر وقوله (والمشهور أنه يخمس) ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير اغايد خلون لاكتساب المال لالاعزاز الدين فصار كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا (٣٣٣) أنما غنمتم من شئ مطلق فيجب الخمس وجد الاذن أو لم يوجد أجيب بأن الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد أو الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور أنه يخمس لانه لما أذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة (فان دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيأ خمس وان لم يأذن لهم الامام) لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام أن ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

﴿فصل﴾ في التنفيل قال (ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض

اليوم من العلماء (قوله واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين الخ) جمعه نظرا الى قوله فأخذوا ولا يخفى أن الكلام أيضا في قوله فأخذوا ويمكن كونه تنبيها على ان الثلاثة أيضا مراد أي اذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير اذن الامام (فأخذوا شيأ لم يخمس) وقد صرح بأن الثلاثة كالواحد وأما الاربعة فيخمس وفي المحيط عن أبي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها بسبعة والتي لها منعة بعشرة ومذهب الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم انه يخمس ما أخذه الواحد تلصصا لانه مال حربي أخذ قهرا فكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن وأحمد رحمه الله في رواية عنه نمنع انه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما أخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ المتلصص انما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث أذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة أو العشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان المأخوذ قهرا غنيمة وخذله خذلانا اذا ترك نصره وأسلمه

﴿فصل في التنفيل﴾ نوع من القسمة فألحقه بها وقدم تلك القسمة لانها بضابط وهذا بلا ضابط لانه الى رأي الامام بأن ينفل قليلا وكثيرا ونحوهما والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لولد الولد كذلك أيضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان (قوله ولا بأس بأن ينفل الامام) أي يستحب ان ينفل نص عليه في المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه يتأكد ما سلف بأن قول من قال لفظ لا بأس انما يقال لما تركه أولى ليس على عمومه واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى فاذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم اذا كان هو أدنى الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير وأما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشئ والاحرم التنفيل لاستلزامه محرما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عند ما قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول أو غيره ويشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فانما كان بعد فراغ الحرب في حنين (قوله فيقول من قتل قتيلا فله سلبه) أو من أصاب شيأ فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم) النصف أو (الربع بعد الخمس)

فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب (قوله من قتل قتيلا)

﴿فصل في التنفيل﴾ قال المصنف (فيقول من قتل قتيلا الخ) أقول الفاء للتفسير

(قوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) بعد التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) كالذهب والفضة لان النبي صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف أبي جهل وكان عليه فضة (ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز) لما ذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما أصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي أوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله (لانه لا حق للغانمين في الخمس) فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز وأجيب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن ثمة ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على أحد الاصناف لما تقدم أنهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي أن يكون المنفل له الذي جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله (وقال الشافعي رضي الله عنه) ظاهر

ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام) لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال (الا من الخمس) لانه لا حق للغانمين في الخمس (واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء) وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه

أي بعد رفع الخمس أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التي أوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيأ فهو له لانحاد اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيأ أصلا بانتهائه فهو أولى بالبطلان والفرع المذكور من الحواشي وبه أيضا يندفع ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين وزيادة الفتنة ولا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا رأى المصلحة فيه ثم محل التنفيل الاربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال أحمد وعند مالك والشافعي رحمهم الله لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى رأي الامام وما بقي للغانمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة أما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو مما يصاب لا حال كونه مالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة ثم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بأن هجمها العدو ليس له ان ينفل الا من الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام (قوله لانه لا حق للغانمين في الخمس) أورد عليه أنه ان لم يكن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم أجيب انما يجوز باعتبار جعل المنفل له من أحد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا أنهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام أن يضعه في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم (قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء) وهو قول مالك (وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له) وبه قال أحمد الا انه قال اذا كان من أهل السهم أو الرضخ وشرط الشافعي الاول قولا واحدا وله فيمن يرضخ له قولان أحدهما كقول أحمد والثاني لا سلب له وشرطا أن يقتله مقبلا لا مدبرا وأن لا يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب واحدا فيقتله لان ذلك ليس غناء كثيرا اذ كل أحد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث أبي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساقه الى أن قال فقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله القتيل فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فأرضه من حقه فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه لاها الله اذن لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلاة والسلام صدق فأعطه اياه قال فأعطانيه وأخرج أبو داود في سننه عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ أسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك وانما الكلام أن هذا منه

والظاهر أنه نصب شرع لانه بعث له ولأن القاتل مقبلا أكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه

نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال أو كان تحريضا بالتنفيل قاله في تلك الوقعة وغيرها يخصهما فعنده (هو نصب الشرع) لانه هو الاصل في قوله (لانه انما بعث لذلك) وقلنا كونه تنفيلا هو أيضا من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص واستدل المصنف على ذلك (بأنه عليه الصلاة والسلام قال لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس إمامك) فكان دليلا على أحد محتملي قوله ومن قتل قتيلا فله سلبه وهو أنه تنفيل في تلك الغزاة لا نصاب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث أو حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمر ذو ياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو بن واقد وروواه اسحق بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن أمية قال كنا مع عسكر بن بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري الى أن قال فجاء بسلبه يحتمله على خمسة أبغال من الديباج والياقوت والزبرجد فأراد حبيب أن يأخذه كله وأبو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال أبو عبيدة إنه لم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ ألا تتقي الله وتأخذ ما طابت به نفس إمامك فانما لك ما طابت به نفس إمامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بألف دينار وفيه كما ترى مجهول ويخص المصنف أنه جعل خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب بن أبي سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة ولكن قد لا يضر ضعفه فانا انما نستأنس به لا أحد محتملي لفظ روى عنه عليه الصلاة والسلام وقد يؤيد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل أبي جهل يوم بدر فان فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء بعد ما رأى سيفيهما كلا كما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا أن البيهقي دفعه بأن غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي منها من شاء وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلاة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني ما كان آنذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال وقد يدعى أنه قال في بدر أيضا على ما أخرجه ابن مردويه في تفسيره من طريق فيه الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء أبو اليسر بأسيرين فقال سعد بن عبادة أي رسول الله أما والله ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحياة أن نصنع ما صنع اخواننا ولكنا رأينا أنك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بضيعة قال فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع للابد وهو وان ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في أبي داود ولا شك أنه لم يقل بلفظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قاله وقد علمنا أنه لم يكن عنى دراهم أو دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال يقتضي ذلك لقلتها أو عدمها فيغلب على الظن

وقوله (وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل) قيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من أخذ أسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب (فيحمل على الثاني) يعني على التنفيل (لما رويناه) من حديث حبيب بن أبي سلمة دفعا للتعارض

قال المصنف (فنحمله على الثاني الخ) أقول فيه بحث

و زيادة الغناء لا تعتبر فى جنس واحد كما ذكرناه (والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله فى حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب)

أن ذلك المكنى عنه الراوى هو السلب وما أخذ لانه المعتاد أن يحصل فى الحرب للقاتل وليس كل ما روى بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله فى بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله غاية الامر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على ما يفيد أن المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه أنه ليس نصابا عاما مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه يرتقى الى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل فى تلك الوقائع ومما يبين ذلك بقية حديث أبى داود فانه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردأ لكم لو انهزمتم فئتم الينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى فأبى الفتيان ذلك وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين وحديث مسلم وأبى داود عن عوف بن مالك الاشجعى دليل ظاهر أنه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة فى غزوة موتة ورافقنى مددى من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفرى بالمسلمين وقعد له المددى خلف صخرة فمر به الرومى فعرقب فرسه فخر فعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومى قال عوف فأتيت خالدا فقلت له يا خالد أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكنى استكثرته قلت لتردنه أو لاعرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددى وما فعل خالد فقال عليه الصلاة والسلام يا خالد رد عليه ما أخذت منه قال عوف فقلت دونك يا خالد ألم أف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فأخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل أنتم تاركو لى أمرائى لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره ففيه أمران الاول رد قول من قال انه عليه الصلاة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه الا فى حنين فان موتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والآخر أنه منع خالدا من رده بعد ما أمره به فدل أن ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلا وأن أمره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابى انما منعه أن يرد على عوف سلبه زجرا لعوف لئلا يتجرأ الناس على الائمة وخالد كان مجتهدا فأمضاه عليه الصلاة والسلام واليسير من الضرر يتحمل للكثير من النفع غلط وذلك لان السلب لم يكن للذى تجرأ وهو عوف وانما كان للمددى ولا تزر وازرة وزر أخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان أشد على عوف من منع السلب وأزجر له منه فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحب أولا أن يمضى شفاعته للمددى فى التنفيل فلما غضب منه رد شفاعته وذلك بمنع السلب لانه لغضبه وسياسته يزجره بمنع حق آخر لم يقع منه جناية فهذا أيضا يدل على أنه ليس شرعا عاما لازما وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن تخصيصه بكونه يقتل مقبلا فقال زيادة الغناء (فى الجنس الواحد لا تعتبر) موجبة زيادة من المغنم لمن قامت به وقوله (كما ذكرناه) يعنى ما قدمه فى أول فصل كيفية القسمة من أنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بأن اغناء هذا فى هذا الحرب أكثر من هذا ولا يكفى زيادة شهرة هذا دون ذلك اذ لا بعد أن يتفق اغناء من غير المشهور فى وقت أكثر من المشهور أو يشير الى قوله لان الكر والفر من جنس واحد (قوله والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال فى حقيبته وما على وسطه) من

وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن قوله لان القاتل مقبلا أكثر غناء (قوله كما ذكرنا) اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة أو من قوله لان الكر والفر من جنس واحد فى فصل كيفية القسمة

قال المصنف (ومركبه) أقول بالرفع

(قوله لما مر من قبل) اشارة الى ما ذكر فى باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله (لان التنفيل يثبت به الملك عنده) دليله ان المدد لا يشارك فيها (كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب) وهو ليس بمتفق عليه لان من أصحابنا من يقول (٣٣٧) قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته وقوله (ووجوب الضمان) مرفوع على الابتداء وقوله (قد قيل على هذا الاختلاف) خبره وفى بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك أى يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من أتلف من الغزاة سلبه الذى أصابه والاول أولى وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف وبيان ذلك أن محمدا ذكر فى الزيادات أن المتلف لسلب نفسه الامام يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغى أن يحل الوطء على مذهبهما أيضا بعد الاستبراء فقال فى دفع ذلك انه أيضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله أعلم

﴿ باب استيلاء الكفار ﴾

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر عكسه لاشتماله على أحكام مختلفة فكان خليقا

وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فأما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهى له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا الا ببيعها وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب وبالشراء من الحربى ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف والله أعلم

﴿ باب استيلاء الكفار ﴾

(واذا غلب الترك على الروم

ذهب وفضة (وما) سوى ذلك مما (هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه) بل حق الكل والحقيبة الرفادة فى مؤخر الفتب وكل شئ شددته فى مؤخرة رحلك أو قتبك فقد استحقبته والشافعى فى المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما فى وسطه من النفقة وحقيبته قولان أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد فى برذنه روايتان (قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين) فقط (وأما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل) أى فى باب الغنائم من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة الخ (حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهى له) ومن أصاب شيأ فهو له (فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها) فى دار الحرب (وقال محمد له أن يطأها) وهو قول الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها فى دار الحرب أو بعد قسم الامام الغنائم فى دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص اذا أخذ جارية فى دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لانه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما أن سبب الملك فى النفل ليس الا القهر كما فى الغنيمة ولا يتم الا بعد الاحراز بدار الاسلام لانه ما دام فى دار الحرب مقهورا دارا وقاهرا يكون السبب ثابتا فى حقه من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل فى اثبات القهر بل فى قطع حق غيره وأما الملك فانما سببه ما هو السبب فى كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لان سبب الملك العقد والقبض بالتراضى لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الاحراز لما ذكر لان لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة فى دار الحرب عند أبى حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت فى سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الاظهر فى المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه تحمد الا على أحد القولين وقوله (ووجوب الضمان بالاتلاف) ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان محمدا ذكر فى الزيادات أن المتلف لسلب نفله الامام رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغى أن يحل الوطء عندكما أيضا بعد الاستبراء فقال فى جوابه بل هو على الخلاف فانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفى نسخة وقد قيل بالواو والله الموفق

﴿ باب استيلاء الكفار ﴾

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع فى بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقديمه الاول على الثانى ظاهر (قوله واذا غلب الترك على الروم) أى كفار الترك على كفار الروم

 بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركى والروم جمع الرومى أى الرجال المنسوبون الى بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح

﴿ باب استيلاء الكفار ﴾

فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق فى مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك) اعتبارا بسائر أملاكهم (واذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعى لا يملكونها لان الاستيلاء محظورا بتداءه وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم

(فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه) عن قريب (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال) أى مما أخذوه منهم وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما أخذنا ما لا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احداهما كان لنا أن نشترى المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا وفى الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا فى دارنا لا نشترى من الغالبين شيأ لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين فانه على ملكهم وأما لو اقتتلت طائفتان فى بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أو مالا ينبغى أن يقال ان كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالامية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز الا ان دانوا بذلك عند الكرخى وان لم يكن فان دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء والا لا (قوله واذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وهو قول مالك وأحد الا أن عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولأحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك فيتفرع على ملكهم أموالنا بالاحراز أن لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشترى ما أخذوه فيأكله ويطأ الجارية الملكهم كل ذلك (وقال الشافعى لا يملكونها لان الاستيلاء) أى استيلاءهم على أموالنا (محظورا بتداء) عند الاخذ (وانتهاء) عند صيرورتها فى دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم والكفار مخاطبون بالحرمات اجماعا (والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته) فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ما روى الطحاوى مسندا الى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم فى أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأتوا بها الى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتيها أو وفيتيها لا وفاء لنذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفى لفظ فأخذ ناقته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتها المرأة لاحرازهم اياها وللجمهور أوجه من النقل والمعنى فالاول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء والفقير من لا يملك شيأ فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التى خلفوها وهاجروا عنها وليس من ملك مالا وهو فى مكان لا يصل اليه فقيرا بل هو مخصوص بابن السبيل ولذا عطفوا عليهم فى نص الصدقة وأما ما استدل به الشارحون مما فى الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام فى الفتح أين تنزل غدا بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من منزل وروى أتنزل غدا بدارك فقال وهل ترك لنا عقيل من رباع وانما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من أبى طالب فانه توفى وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لا أن الدار كانت للنبى صلى الله عليه وسلم فلما هاجر استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء وروى أبو داود فى مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا الى النبى صلى الله عليه وسلم فأقام

وقوله (حل لنا ما نجده من ذلك) أى مما أخذه الترك من أهل الروم لان المأخوذ صار ملكا للترك كسائر أموالهم وقوله (لان الاستيلاء محظورا بتداءه) أى فى دار الاسلام (وانتهاء) أى فى دار الحرب بعد الاحراز وقوله (على ما عرف من قاعدة الخصم) أن المحظور ولو بوجه لا ينتهض سببا للملك كما فى البيع الفاسد وأما المحظور من كل وجه بأن يكون محظورا بأصله ووصفه كما فى البيع الباطل كالبيع بالميتة أو الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا والمحظور لغيره اذا صلح سببا للكرامة

البينة أنها له وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت أن تأخذ بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق والا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وأخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده ياسين الزيات مضعف وأخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به وان وجده قد قسم فان شاء أخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة وأخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له ومن وجده بعد ما قسم فليس له شيء وضعف باسحق بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعف به وأخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من أدرك ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له وان أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به قال الشافعي واحتجوا أيضا بان عمر بن الخطاب قال من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا انما روى عن الشعبي عن عمر وعن رجاء بن حيوة عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده الى قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب قال فيما أخذه المشركون فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه أي أدركه قبل أن يقسم فهو له وان جرت فيه السهام فلا شيء له وروى فيه أيضا عن أبي عبيدة مثل ذلك وروى باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى أيضا باسناده الى قتادة عن خلاس أن علي بن أبي طالب قال من اشترى ما أحرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي أصل هذا الحكم ويدور في ذلك بين تضعيف بالارسال او التكلم في بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وأن هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب ويبعد أنه وقع غلط للكل في ذلك وتوافقوا في هذا الغلط بل لا شك أن الراوي الضعيف اذا كثر مجيء معنى ما رواه يكون مما أجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ولا أن يكون أكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآية والحديث من الصحيح وحديث العضباء كان قبل احرازهم بدار الحرب ألا ترى الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه يفهم أنهم فعلت ذلك وهم في الطريق وأما المعنى فما أشار اليه المصنف بقوله (الاستيلاء ورد على مال مباح) يعني الاستيلاء الكائن بعد الاحراز في حال البقاء ورد على مال مباح (فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على أموالهم) فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى (وهذا) أي كونه مباحا اذ ذاك (لان العصمة تثبت على منافاة الدليل) وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت (ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة) من الانتفاع (عاد مباحا) وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز حينئذ يكون تاما وهو (الاقتدار على المحل حالا وما لا) بالادخار الى وقت حاجته بخلاف أهل البغي اذا أحرزنا أموالهم لا تزول أملاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم أجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذاك في المحظور لنفسه (أما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا للكرامة

المسلم والكافر انما تثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يقتضي أن لا يكون مال تاما معصوما للشخص تاما وانما تثبت العصمة (لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة) بالاستيلاء (عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه) أي لان الاستيلاء (عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا) والكفار ما داموا في دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانما يقتدرون عليه ما لا بالاحراز لانهم ما داموا في دارنا فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله (والمحظور لغيره) جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا أنه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره (اذا صلح سببا للكرامة

قال المصنف (والمحظور لغيره اذا صلح الخ) أقول قال في الكافي هذا مشكل لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم أو لم تزل فان زالت لم يكن الاستيلاء محظورا للمالك وان لم تزل لا يصير ملكا كما في مسئلة البغاة الا أن يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار اه ولك أن تقول انه جواب على التنزل والتسليم

تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل (فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظرا له الا أن في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة (وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه به وان شاء تركه) لانه يتضرر بالاخذ مجانا ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه

تفوق الملك وهو الثواب) كما في الصلاة في الارض المغصوبة (فما ظنك بالملك الدنيوي) والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانها ليست مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز يزيل الملك على ما ذكرنا في الباغي وأورد عليه أن العصمة ان ازالت بالاحراز بدارهم لا يكون الاستيلاء محظورا ليحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم تصر ملكا لهم وأجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمقومة زالت لانها بالدار وقد يقال ان كان الملك زال تبعا لزوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه أن لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره وذلك لان الاستيلاء ان أريد به ابتداء الاخذ أو إدخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف كذا أورد في الاصول على كون الغصب يفيد الملك ذلك أجيب بأن المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الاول سببا لملكه ولا الادخال الى دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع وزوال مكنة الانتفاع سبب الاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع أن سبب الملك هنا محظور لنفسه أو غيره بل هو أمر مباح والسبب البعيد لا يؤثر في المسبب الأخير لانه مسبب عن غيره على ما عرف من أن العلة البعيدة لا أثر لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة أصلا وقول بعضهم في التقرير لا نسلم أن الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعده ارتفعت العصمة فورد على مال مباح كمال المسلم ثمه اذا لم يهاجر الينا يقتضي أن ماله مباح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم وسببه أنه ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لا نسلم أنه محظور لانه ورد على مال مباح الخ (قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته الخ) وتقدم الكلام في الحديث ونظائره فان قيل أخذه قبل القسمة اذا كان حكما لازما يقتضي قيام ملكه أجيب بالمنع فان الواهب له أن يأخذ ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يقدم على المالك المشتري في الاخذ ولا ملك له وحاصله أن في الشرع صورا يقدم فيها غير المالك على المالك كما أريناك فلأن يقدم غير المالك على غير المالك أولى وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لأحد في المغنوم قبل القسمة فجبر ضرورة القوي بضرر يسير فان الشركة أولا في الحق دون الملك وثانيا هي شركة عامة فيخف ضرر كل واحد خفة كثيرة وصورة الشفيع شبيهة أخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه في اثبات ملك منتف بازالة ملك موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار أو الخلطة مع دفع ضرر إتلاف مال

الآخر

تفوق الملك) كالصلاة في الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلأن تصلح سببا للملك في الدنيا أولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته أو من الذي اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغازي أجيب بأن بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم ألا ترى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك له وقوله (فان ظهر عليها المسلمون) واضح

(قوله كالصلاة في الارض المغصوبة الخ) أقول مخالف لما في كتب الاصول

وقوله (لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة) قيل عليه بأن الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقين وأجيب بأن الملك ههنا أيضا ثبت بالعوض معنى لما أن المكافأة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة وقوله (ولو كان مغنوما) يعني لو كان ما أخذه الكفار من المسلمين مغنوما أي مأخوذا بالقهر والغلبة (وهو مثلي) كالذهب والفضة والحنطة والشعير (يأخذه قبل القسمة) ولا يأخذه بعدها (٣٤١) (لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان

ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال (فان أسروا عبدا فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو) أما الاخذ بالثمن فلما قلنا (ولا يأخذ الارش) لان الملك فيه صحيح فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد

الآخر وأشبه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك زائل بعوض بقدره وهي المسئلة التي ذكرناها وهذا لأن الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازي في مقابلة غناء حصل له لا بمقابلة مال بذله الا بيدله ليعتدل النظر ويخف الضرر من الجانبين فلأن لا يزيله برفع ملك حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين أولى (ولو) أن التاجر (اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض) هذا ولو ترك أخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار الحرب زمانا طويلا له ان يأخذه بعده في ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع والظاهر هو الاول (ولو وهبوه لمسلم أخذه مالكه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص) في مقابلة ما كالمال أو أثقل من المائة اذا المال ثابت معنى لان المكافأة مطلوبة والظاهر ايقاعها (فلا يزال الا بالقيمة) وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما أخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شئ ولا يأخذه بعدها لانه لا فائدة فيه (لان أخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان) المثلي (موهوبا) من الكافر للمخرج له ليس فيه الا المثل وهو غير مفيد لما قلنا (وكذا اذا كان) الذي أخذه من الكفار (مشترى بمثله قدرا ووصفا) ليس لصاحبه القديم أن يأخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشترى بأقل قدرا منه أو بجنسه لكن أدون منه أو أحسن فان له ان يأخذه بمثل ما أعطى المشترى منهم ﴿فرع﴾ اختلف المولى والمشترى منهم في قدر الثمن القول قول المشترى مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله بما يقر هو به كالمشترى مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا أن يقيم المالك البينة أنه اشتراه بأقل فيثبت ذلك (قوله فان أسروا عبدا فاشتراه رجل فأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو ولا يأخذ الارش لان ملكه فيه صحيح) لانه آخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشترى شراء فاسدا على ما سنذكر (فلو أخذه) أي الارش (أخذه بمثله) دراهم أو دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو أخذه بزيادة أو نقصان ولو كانت أمة فباعها الغانم بألف فولدت في يد المشترى وماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بألف وعند محمد يحصته منها وذلك بأن يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما أصاب كلا فهو

موهوبا لا يأخذه لما بيناه) أن الاخذ بالمثل غير مفيد (وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا) يعني اذا كان ما أخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه من مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم بأقل قدرا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفا فان له أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشترى ولا يكون ذلك ربا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لا انه يشتريه ابتداء قال (فان أسروا عبدا) اذا أخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب (فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو) أما الاخذ بالثمن فلما قلنا) إن المشترى تضرر بالاخذ مجانا (ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح) فكان الارش حاصلا في ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى أحق به كالرقبة ومع هذا لو أخذه فانما يأخذ بمثله لأن الارش دراهم أو دنانير وهو لا يفيد وقوله (لان الملك فيه صحيح) احتراز عن المشترى شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة

(قوله وليس فيه الاعادة الى قديم الملك) أقول اذا لا ملك فيه قديما

(ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) واستشكل هذا التعليل ههنا لان الاوصاف إنما لا يقابلها شئ من الثمن اذا لم يصر بالتناول مقصودا ألا ترى أنه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول

بخلاف ما اذا اعورت وأجاب بعضهم بأنه انما يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كأنه اشترى شيئين بألف ثم باع أحدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لما أن الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شئ من الثمن فيها حتى لو استهلك المشتري شيأ من الدار سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف تضمن في المشتري شراء فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهبت إحدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا بمنزلة المشتري شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد أجيب بأن الحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار أولا ثم البيع ان رغب عنه الجار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها فصار كتمكن الفساد في العقد ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في مسئلة الشفعة أيضا اذا كان هلاك بعض المشتري بآفة سماوية لا يقابل الاوصاف شئ من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر وأجيب بأنها مخالفة في صورة العمد فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شئ من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشتري بعض الاشجار في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن (قوله

ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب أما ههنا الملك صحيح فافترقا

حصته من الالف (ولا يحط شئ من الثمن) بما نقص من عينه (لأن الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) بما نقص من عين العبد والعين كالوصف لانها يحصل بها وصف الابصار وقد فاتت في ملك صحيح فلا يقابلها شئ من الثمن فلا يسقط بفواتها شئ منه وانما لم يقابل شئ من الثمن بالوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شئ من الثمن ولهذا الوظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيأ بمقابلته ألا يرى أنه لو اشترى عبدا فذهبت يده أو عينه قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن والعقر كالأرش واستشكل بأن الوصف انما يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول أما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت في يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا في الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدي قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كأن جف شجر البستان ونحوه لا يقابله شئ من الثمن وبهذا أورد على اطلاق قوله بخلاف الشفعة لان ذلك في القصدي أما في غيره فالشفعة والمسئلة التي نحن فيها سواء وأجيب بأن الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول في الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لانها مبنية على الامانة دون الخيانة والشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشتري كالفاسد من حيث وجوب تحويله اليه أما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف تضمن فيه أي في البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل في تقوم الصفات هو الغصب وانما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير أن الشرع أهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما بدله الى الآخر وفي الكافي ولان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء أخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه هذا ولو انه ففقئ عيناه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الاول أخذه من الفاقئ بقيمته أعمى عند أبي حنيفة وقالا بقيمته سليما وهي التي أعطاها الفاقئ للمولى لهما انه فوت وصف فلا يسقط به شئ من ثمنه وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات بعض الاصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الام وهذا ينتقض بمسئلة الهداية بل الوجه وهو الفرق أن فوات الطرف هنا بفعل الذي ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتنقيصه بخلاف مسئلة الكتاب لان الفاقئ غيره بغير رضاه ﴿فرع﴾ أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون عليهم فوقعت في سهم غانم فباعها بألف فولدت في يد المشتري وماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بألف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بأن يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما أصاب كلا فهو حصته

(قوله أجيب بان الحاق مسئلة الشفعة الخ) أقول وحقيقة الفرق أن وجوب الرد في الشفعة يسري الى أول البيع بخلاف شراء التاجر فان وجوب الرد يتقرر عند طلبه (قوله فلم تكن مخالفة الخ) أقول فلا يصح قوله بخلاف الشفعة

(وان أسروا عبدا فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الاول أن يأخذه من الثانى بالثمن) لان الاسر ما ورد على ملكه (وللمشترى الاول أن يأخذه من الثانى بالثمن) لان الاسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك القديم بألفين ان شاء) لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثانى غائبا ليس للاول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا وغلك عليهم جميع ذلك) لان السبب انما يفيد الملك فى محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبى حنيفة وقالا يملكونه) لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الاسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى

(قوله وان أسروا) أى الكفار (عبدا) لمسلم (فاشتراه رجل) منهم (بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف فليس للمولى الاول) وهو المأسور منه أولا (أن يأخذه من الثانى) وكذا لو كان الثانى غائبا كما سيذكر (لان الاسر ما ورد على ملكه) بل على الثانى فانما يثبت حق أخذه للمشترى الاول حتى لو أبى ان يأخذه لم يلزم المشترى الثانى اعطاؤه للمولى الاول ولو كان المشترى الاول وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم اذا أخذه المشترى الاول من المشترى الثانى بألف فأراد المولى ان يأخذه من المشترى الاول أخذه بألفين لانه قام عليه بذلك وهو وان تضرر بذلك ففى مقابلة العبد الذى غرضه فيه بخلاف ما لو أخذه بألف فانه يفوت الالف الاخرى على المشترى الاول بلا عوض أصلا ❁ فرع ❁ لو باع المشترى من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثانى بالثمن الذى اشتراه به ان مثليا فمثله أو قيميا بأن كان اشتراه مقايضة فبقيمته لان المشترى الثانى قائم مقام المشترى الاول وليس للقديم أن ينقض العقد الثانى ليأخذه من المشترى الاول بالثمن الاول الا فى رواية ابن سماعة عن محمد وظاهر الرواية الاول والوجه فى المبسوط وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل ان يبيعوه لم يكن للقديم ان يأخذه (قوله ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة) الكائنة بالاحراز بدارهم (مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتبينا ولا احرارنا وغلك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب) وهو الاستيلاء التام (انما يفيد الحكم) وهو الملك لما يرد عليه (فى محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه) ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم (لانه تثبت الحرية فيهم من وجه) مع الاسلام (بخلاف رقابهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم) بالكفر (ولا جناية من هؤلاء) ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شئ ويعوض الامام من وقع فى قسمه من بيت المال قيمته ولو اشترى تاجر ذلك منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض (قوله واذا أبق عبد لمسلم) أو ذمى وهو مسلم (ودخل اليهم) دار الحرب (فأخذوه لم يملكوه عند أبى حنيفة وقالا يملكونه) وبه قال مالك وأحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا (لسقوط عصمته لانها لحق المالك وقد زالت) وصار كما لو ندت اليهم دابة أى شردت من باب ضرب الا أن مصدره جاء ندودا كما جاء على ندا القياسى وكما لو أخذوا العبد الآبق أو غير الآبق من دارنا اذا أحرزوه حيث يملكونه فكذا هذا (ولابى حنيفة رحمه الله أن العبد ظهرت يده على نفسه) وهذا لانه آدمى مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتباره (لتحقق يد المولى

وقوله (وان أسروا عبدا) صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشترى الاول أن يأخذه من الثانى بالثمن بأنا لو أثبتنا حق الاخذ للذى اشتراه من العدو أولا تضرر المالك لأنه حينئذ يأخذه بالثمنين واجيب بأن رعاية حق من اشتراه من العدو أولا أولى لان حقه يعود فى الالف التى نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه أولى وقوله (وكذا من سواه) أى من سوى الحر وقوله (بخلاف رقابهم) أى رقاب أحرار الكفار ومدبريهم وأمهات أولادهم وقوله (ولا جناية من هؤلاء) أى من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة أيضا حتى لو كان أخذهم أهل دار الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم ملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شئ قال (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم) اذا أبق عبد لمسلم قالوا قيد لمسلم اتفاقى لأن عبد الذمى كذلك (فدخل اليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك)

(قوله لان حقه يعود فى الالف الخ) أقول يعنى لو لم يثبت له حق الاخذ من المشترى الثانى

وهو ظاهر وقوله (لان سقوط اعتباره) أى اعتبار يد العبد (لتحقق يد المولى

عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه) لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف فى المحل كيف شاء ولم يبق ذلك لاستحالة فيصير فى يد نفسه وهى يد محترمة تمنع الاحراز فتمنع الملك لانه لا ملك بدون الاحراز فان قيل لانسلم أنها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب فى أيديهم أجيب بان بين الدارين حدا لا يكون فى يد أحد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار اليه أشار فخر الاسلام وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد فى حيز النزاع والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف فى المحل كيف شاء وعند دخول العبد فى دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة

عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك أجيب بمنع الملازمة لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز أن توجد اليد بلا ملك كما فى المغصوب والمشترى قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره وقوله (بخلاف المتردد) يعنى فى دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضا له فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى عليه المشركون ملكوه (واذا لم يثبت الملك لهم عند أبى حنيفة رضى الله عنه يأخذه المالك القديم بغير شئ اذا كان موهوبا أو مشترى) أما اذا كان موهوبا فظاهر لانه أخذه بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه وأما المشترى فلان المشترى قد تملكه بغير أمره فكان متبرعا حتى لو أمره بذلك رجع عليه المشترى بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة وأما اذا كان بعدها فيؤدى عوضه من بيت المال لان نصيبه قد استحق فله أن يرجع على شركائه فى الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك وقوله (وليس له) أى للغازى أو للتاجر (جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه انه ملكه) والجعل انما يجب اذا أخذه الآخذ على قصد الرد الى مالكه قوله (وان ندا اليهم بعير) ظاهر وكذلك قوله (فان أبق عبد اليهم وذهب معه

عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى) بمجرد دخوله دار الحرب (فظهرت يد العبد على نفسه) سابقة على يد أهل الحرب لان أخذهم اياه لا بد أن يتراخى لحظة عن دخوله واذا سبقت يده يدهم (صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف الآبق المتردد) فى دارنا اذا أخذوه (لان يد المولى قائمة عليه) مادام فى دار الاسلام حكما (لقيام يد أهل الدار) فيمكنه الاستعانة على وجوده فالاقتدار باق (فمنع ظهور يده) على نفسه ولا كذلك المأذون فى الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه وبخلاف الدابة التى ندت فانه لا يد لها على نفسها والضمير فى قول المصنف لان سقوط اعتباره لليد وكان الواجب أن يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور أى سقوط اعتبار ظهوره (واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شئ سواء كان موهوبا) منهم للذى أخرجه الى دار الاسلام (أو مشترى) منهم (أو مغنوما قبل القسمة وبعدها) الا انه اذا أخذه بعد القسمة (يؤدى) الامام (عوضه من بيت المال) للمأخوذ منه (لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم) وتفرق المال فى أيديهم وأيدى غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شئ يتعذر قسمته كاؤلؤة توضع فى بيت المال فاذا لحق غرامة كان فيه ولا يعطى المشترى شيأ اذا كان اشتراه بغير اذن المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن فى المشترى وبالقيمة فى الموهوب كما فى المأسور غير الآبق وانما قيدنا أول المسئلة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فأبق اليهم فأخذوه وملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمى تبعا لمولاه وفى العبد الذمى اذا أبق قولان ذكره فى طريقة محمد الائمة (قوله وليس له) أى الغازى أو التاجر (جعل الآبق) لان استحقاقه اذا أخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه (قوله وان ندا اليهم فأخذوه وملكوه) وجهه ظاهر فيتفرع على ملكهم اياه انه (لو اشتراه رجل وأدخله دار الاسلام فانما يأخذه مالكه منه بالثمن ان شاء) (قوله فان أبق عبد اليهم وذهب معه

(قوله فان قيل لانسلم الى قوله وأجيب بان بين الدارين حدا الخ) أقول السؤال والجواب فى شرح الاتقانى

بفرس ومتاع) واعترض بأن على قول أبى حنيفة ينبغى أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شئ لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه فى دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال (قوله واذا دخل الحربى دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما) أو ذميا أو أسلم أحد ممن كان معه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين كالذمى يسلم عبده فان قيل الذمى ملتزم أحكام الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذى أسلم والحربى ليس كذلك أجيب بأن الامان ينافى ابقاءهم فى ملكهم لان فيه استذلالا للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك فكان بالامان مستلزما ترك اذلال المسلمين فيلزمه ووجههما ظاهر ووجه أبى حنيفة (أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) على الامام فان كان فى دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال

بفرس ومتاع فأخذ المشترى ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبى حنيفة وقالا يأخذ العبد ومامعه بالثمن ان شاء) اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بنينا الحكم فى كل فرد (واذا دخل الحربى دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبى حنيفة وقالا لا يعتق) لأن الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى فى يده عبدا ولابى حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له

بفرس ومتاع فأخذ المشترى ذلك كله فاشترى رجل منهم ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والمتاع والفرس بالثمن عند أبى حنيفة وعندهما يأخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء) وهذه متفرعة على ملكهم العبد الآبق اليهم عندهما دونه وأورد عليه أنه ينبغى أن يأخذ الكل بلا شئ لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على ما فى يده لانه مال مباح فتمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها أجيب بان غايته أنه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى فى يده كما لو كان مملوكا للغائب فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الفرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لأحد والاملكوا العبد والفرض ان هذا المال عليه يد فتدفع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم وأجيب أيضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها فى حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغى أن يمنع استيلاء الكفار (قوله واذا دخل الحربى دارنا بأمان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة) حال كونه فى دار الاسلام (بطريق معين وهو البيع) فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضى عليه ودفع ثمنه اليه (وقد تعذر الجبر عليه فبقى عبدا فى يده) ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فما لم يكن ملكا لهم فانهم اذا أخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال أن يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز حالة الاحراز (ولابى حنيفة ان الجبر على البيع فى دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن اذلال الكافر) فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع

المستأمن معصوم مادام فى دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا أدخله فى دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام علة الازالة وهى الاعتاق لأن الشرط قد يقام مقام العلة اذا لم يمكن اضافة الحكم اليها كحفر البئر على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط ههنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشئ منزلا له وهو باطل وذلك لأنهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه منزلا له وفيه أيضا نقض لقاعدة مطردة وهى أن لبقاء أسهل من الابتداء فان

هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب أن تباين الدارين مثبت للملك اذا لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل منزلا فى محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على أنا ما جعلناه منزلا

(قوله كالذمى يسلم عبده الخ) أقول فانه يجبر على بيعه (قوله وجب عليه اجباره على العتق) أقول تخليصا للمسلم (قوله لازالة عصمة ماله) أقول الظاهر أن يقول لزوال (قوله مقام علة الازالة) أقول فى النهاية مقام علة الزوال (قوله وهى الاعتاق لان الشرط قد يقام الخ) أقول فيه بحث ثم أقول قال العلامة الكاكى وفى المبسوط فان قيل بارتفاع الامان زال صفة الخطر لا أصل الملك كمن أباح لغيره شيأ لا يزول أصل ملكه به فلكه المباح فى دار الحرب ابقاء ما كان من الملك له لا اثبات ملك له فيه ابتداء قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد فى دار الاسلام الا باعتبار الخطر فانه لو لم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهرا له وكان حرا فاذا زال الخطر بزوال الامان زال أصل الملك ألا يرى أنه فى دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج الينا كان حرا وكان ما خرج به من المال له اه ففى كلام الكاكى بحث

كما يقام مضى ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب (واذا أسلم عبد لحربى ثم خرج الينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم أحرار) لما روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه بالخروج الينا مر انما المولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة فى حقه الى زيادة توكيد وفى حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى والله أعلم

ليتوصل اليه غير أنه تعين اخراجه بعوض ببعاطر يقاحال قيام أمانه تحرزا عن الغدر بأخذ ماله ولولاء لأعتقناه عليه فاذا زال أمانه وسقطت عصمة ماله بوجوده فى دار الحرب يجب التخليص بالاعتاق عليه غير ان اعتاق القاضى قد تعذر بحلوله فى دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من هناك فأقيم شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله فى دار الحرب مقام علة عتقه وهو اعتاق القاضى (كما أقيم مضى ثلاث حيض فى دار الحرب مقام تفريق القاضى) بعد عرض الاسلام على الآخر وإبائه فيما اذا أسلمت المرأة فى دار الحرب بخلاف ما اذا لم يملكه فى دار الاسلام لأن للمولى حق استرداده فاذا أعتقناه على الحربى حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم اياه الى رقه جبرا فكان ذلك مانعا للمقتضى عن عمله وقول المصنف (فيما اذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب) ليس بجيد لانه لو أسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف اذا أسلم عبد الحربى ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمى أو حربى فى دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق فى دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم اذ زال قهره الى المشترى فصار كما لو كان فى يده وله أن قهره زال حقيقة بالبيع وكان اسلامه يوجب ازالة قهره عنه الا انه تعذر الخطاب بالازالة فأقيم ماله أثر فى زوال الملك مقام الازالة وهو البيع (قوله واذا أسلم عبد لحربى ثم خرج الينا أو) أسلم ولم يخرج حتى (ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيده الى عسكر المسلمين) مسلمين ولا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم (لما روى) أبو داود مسندا الى على قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب موالهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة فى دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه أحاديث قد منا ها ومنها اسلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكرة والمتبعث تقدم فى كتاب العتق فليرجع اليها فهذا دليل عتقهم اذا خرجوا مسلمين وأما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج اليهم فى انه امتنع بهم وقوله (واعتبار يده الخ) جواب عن مقدر هو أنه لم يعتق بمجرد اسلامه فى دار الحرب اتفاقا وانما الخلاف فيما اذا عرضه للبيع فباعه فقد وردت يد الغانمين على مال مباح لان الاسلام لا ينافى استرقاقهم أجاب بان للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وانما لم تظهر لحق المولى ليتمكن من الانتفاع ثم هى أسبق من يد المسلمين أما فى المولى الكافر فيستحق الحكم بعتقه تخليصا للمسلم من اذلال الكافر لان مجرد أصل اليد لا يكفى ما لم يتأكد اذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغانمين هى المؤكدة لها فيعتق هذا ولو أسلم العبد ولم يخرج الينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى أن يشتريه مسلم أو ذمى فيعتق قال فى شرح الطحاوى بعد قوله ولا يثبت ولاء أى لا يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمى وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشترى البيع أو لم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضى بزوال ملكه وقيد المرا نعمة يحترزبه عما لو خرج باذن مولاه أو بأمره لحاجته فانه اذا خرج كذلك فأسلم فى دارنا حكمه أن يبيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربى لانه لما دخل بأمان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وبما معه من

(قوله وانما جعلناه قائما مقام المزيل الخ) أقول فيه بحث فانه اذا أقيم مقام المزيل تكون الازالة مستندا اليه

وانما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشئ الواحد مزيلا غير مزيل وهو الممتنع وبقاء الشئ أسهل من الابتداء اذ لم يعتر البقاء ما يزيل سهولته وههنا بقاء المسلم فى يد الكافر صعب يزيل سهولته وقوله (كما يقام مضى ثلاث حيض) تمثيل للمسئلة فى قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة فى الطلاق الرجعى أقيم مقام علة البينونة وهى عرض القاضى الاسلام وتفريقه بعد الاباء لعجز القاضى عن حقيقة العلة فيما اذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب (قوله واذا أسلم عبد لحربى) ظاهر وقوله (لما روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا) روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال أيما عبد خرج الينا فهو حر فخرج ستة أعبد أو سبعة منها فلما فتحت جاء موالهم وتكلموا فيهم فقال النبى صلى الله عليه وسلم هم عتقاء الله وقوله (ولأنه أحرز) متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله (أو بالالتحاق) متصل بقوله أو ظهر على الدار وقيل بقوله مر انما أى مغاضبا ومناديا لأنه اذا خرج طائعا لمولاه يباع فيه وثمنه للحربى لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربى الذى دخل به مستأمنا الى دارنا والله أعلم بالصواب

﴿ باب المستأمن ﴾

(واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشئ من أموالهم ولا من دمائهم) لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام

المال ﴿ فروع ﴾ ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعا فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لان حق ولى الجناية فى الرقبة ولا تبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولى الجناية وأما الدين ففى ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون فى الغنيمة فأخذه المولى فكل من الجناية والدين عليه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولى الجناية كان ثابتا فى قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لان المستحق به نفسه فلا تبطل بزوال ملك المولى كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور فى سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك ولان ولاءه لزم للعتق على وجه لا سبيل الى ابطاله ولو كانت أمة فتزوجها وولدت من الزوج بلا عتق للقديم أن يأخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ بخلاف حق الواهب فى الرجوع لا يثبت فى الولد لانه حق ضعيف فى العين ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وان كان جزأ فى المآل هو محل آخر بخلاف حق المولى فانه قوى لا يبطل ببيعه أو هبته فيسرى الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه يتمكن من الاخذ بلا فسخ والنكاح ألزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرش جناية عليها ولو لم يزوجها المشترى فله وطؤها قبل أن يأخذها المولى وثبوت حق أخذه لا يمنع وطء المالك ولو أسروا جارية مرهونة بألف وهى قيمتها واشتراها رجل بألف أخذها مولاها الراهن بها ولم تبق رهنا لانها تأوية فى حق المرتهن فهو كالجحد للملكها فلا يأخذها المرتهن الا أن يرد على الراهن الالف وان كان الثمن أقل من الالف كان للمرتهن أن يؤدى ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لانه مفيد ولو أسلم على ما أخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذميا وكذا اذا باعه من حربى آخر ولو خرج الينا بأمان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه الا أنه اذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربى من اعادته الى دار الحرب واذلاله ولو أسروا جارية وديعة عند رجل أو عارية أو اجارة فحق الاخذ اذا أخرجت بشراء أو غنيمة لمالكها لان ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد منه لان كلا منهم قائم مقام المالك فى حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب ولو كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازها توجب أن يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما والمسلمة فى دار الاسلام حكما وان كانت فى دار الحرب حقيقة

﴿ باب المستأمن ﴾

أخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فأورده كذلك وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر (قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشئ من أموالهم ودمائهم لانه) بالاستئمان (ضمن) لهم (أن لا يتعرض لهم) فاخلافه غدر (والغدر حرام) بالاجماع وفى سنن أبى داود عنه عليه الصلاة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلاة والسلام لامراء الجيوش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا فى وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو

﴿ باب المستأمن ﴾

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذى هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع فى بيان الاستئمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استئمان المسلم تعظيما له وكلامه واضح (قوله والغدر حرام) دليله قوله صلى الله عليه وسلم لاصحاب السرايا ولا تغدروا

الا اذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان أطلقوه طوعا (فان غدر بهم) أعني التاجر (فأخذ شيأ وخرج به ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح الا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه

اقتتلت طائفتان من أهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا أن نشتري من الطائفة الغالبة شيأ من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فأقول يشترط أن يحرزها الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون أن من قهر آخر في نفسه أو ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بأمان فجاء رجل بأمه أو ابنه أو أم ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فأكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منهم والعامة يقولون ان كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهو اذا ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون أحرارا فيمتنع بيعهم ولو جاء ببعض احرارهم قالوا ان كانوا يدينون أن من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه والا لا مع أن هذا ليس فيه احراز بدار أخرى غير دار المقهور وقوله (الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ أموالهم الخ) استثناء من قوله لا يحل أن يتعرض لشئ من أموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم أيضا (لانه غير مستأمن) وقد صرح به حيث قال (فيباح له التعرض وان أطلقوه) وتركوه في دارهم (طوعا) أو أعتقوه لانه لم يستأمن وعتقهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا لا خبث فيه (فان غدر بهم) التاجر (فأخذ شيأ وأخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لعدم ورود الاستيلاء على مال مباح) عند عدم الاحراز الا انه بسبب محرم فأورث خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وانما يملكه مع حرمة مباشرته بسبب الملك (لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك) كما في البيع الفاسد وقوله (على ما بيناه) يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فان حرمة وطئها على المشتري خاصة وتحل للمشتري منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وببيع المشتري انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالاول فيه أما لو سبي قوم أهل الدار التي هو فيها جاز له أن يشتريهم من السابي لانهم ملكوهم بالاحراز وهم كانوا على أصل الاباحة في حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرا ❁ فرع نفيس من المبسوط ❁ لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار الا إن خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لا يحل الا لذلك أو لاعلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الا إعلاء للكفر ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فرواحهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقرير رهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لأموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لانهم مسلمون ومن فروعه لو تزوج في دار الحرب منهم ثم أخرجها الى دار الاسلام قهرا ملكها فينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وان طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لانه لم يملكها واعلم أنهم أخذوا في تصويرها ما اذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فانه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل

وقوله (بخلاف الاسير) يعني أن الغدر ليس بحرام عليه فان الاسراء اذا تمكنوا من قتل قوم من أهل الحرب غيلة وأخذ أموالهم وفعلوا ذلك وخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من أخذ شيأ فهو له خاصة (فيباح لهم التعرض وان أطلقوهم طوعا) لانه لم يستأمن صريحا حتى يكون غادرا بأخذ أموالهم (قوله ملكه ملكا محظورا) أي خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشتري أن يطأها لانه قائم مقام البائع ووطؤها للبائع كان مكروها فكذا المشتري (قوله وهذا) اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني أن مال أهل الحرب مباح في نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء (على ما بيناه) يعني في أوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ

(واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي) أي باع بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلا) أي لا على المسلم ولا على الحربي (ولا وقت القضاء على المستأمن) وهو ظاهر واذا لم (٣٤٩) يقض على الحربي لم يقض على المسلم

(واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ) أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب) أما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد (واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان ففصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الامر بالرد وهو مراد الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء اذا أوفاها معجل مهرها ينبغي أن لا يملكها (قوله واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه) مالا (ثم خرج) المسلم (الينا واستأمن الحربي) فخرج أيضا مستأمنا (لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة) على واحد منهما (ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم أحكام الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم في المستقبل) ولكن يفتى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف يقضي على المسلم وعموم عدم القضاء كما في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد واستشكل قولهما بأن المسلم ملتزم أحكام الاسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء وأيضا مما يحتاج الى موجب وأجاب في الكافي بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب ابطال حق الآخر بموجب بل انما ذلك في الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك والادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين (وأما) أنه لا يقضي بـ(الغصب) لكل منهما (فلانه صار ملكا للذي غصبه) سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو مسلما مستأمنا (على ما بينا) أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لان الفرض ان كلا منهما خرج الى دار الاسلام وفي غصب المسلم اذا دخل واحدا أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ الا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد افتاء لا قضاء لترتفع معصية الغدر وفي كلام المصنف اشارة اليه كما ترى (وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك) أي أدان أحدهما صاحبه أو غصبه (ثم خرجا) الينا (مستأمنين لما قلنا فان خرجا مسلمين) وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه (يقضي بالدين بينهما خاصة دون الغصب) أما (القضاء بالمداينة) أي بالدين (فلانها) حين وقعت (وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما بأحكام الاسلام) ولا ترجيح لاحدهما على الآخر اذ لم يقض لاحدهما دون الآخر بل سوينا بينهما وعلى قول أبي يوسف لا يحتاج الى هذه العلاوة اذ يقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا (وأما الغصب) فانما لا يقضي به لانتفاء فيما ملكه (ولا خبث في ملك الحربي ليؤمر بالرد) وفيه اشارة الى ما قدمناذ كرها (قوله واذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين الخ) عرف أحكامها مما تقدم

أيضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله (وأما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه) أي سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو مسلما مستأمنا فيها لان مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب في حقه فملكه بالغصب الا ان الغاصب ان كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه لانه لما دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغدر بهم وفي أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر وقوله (على ما بينا) يعني فيما تقدم وأما غصب الكافر فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء بقوله ان الاستيلاء ورد على مال مباح وأما غصب المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل واحد أو اثنان مغيرين بغير اذن الامام فأخذوا شيأ فانهم يملكونه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية الخ وقوله (ولو خرجا مسلمين) ظاهر وقوله (ففصب حربيا) أي غصب شيأ من حربي وليس هذا منحصرا في خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستأمنا فالحكم كذلك

قال المصنف (فأدانه حربي الخ) أقول وفي المصادر الادانة وام دادن اه وفي النهاية الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقولهم ادان بالتشديد من باب الافتعال أي قبل الدين اه (قوله وأما غصب الكافر الى قوله فانهم يملكونه) أقول وكذا في النهاية وفيه بحث قال المصنف (واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان ففصب حربيا) أقول أي مال حربي على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه

(واذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية فى ماله وعليه الكفارة فى الخطا) أما الكفارة فلاطلاق الكتاب وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه لامنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك فى دار الحرب وانما تجب الدية فى ماله فى العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفى الخطا لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه) أو قتل مسلم تاجرا أسيرا (فلا شئ على القاتل الا الكفارة فى الخطا عند أبى حنيفة

وقوله (فعلى القاتل الدية فى ماله) يعنى فى العمد والخطا هكذا ذكره من غير خلاف فى عامة النسخ وذكر الامام قاضيخان أن هذا الحكم قول أبى حنيفة رضى الله عنه ثم قال وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص فى العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من أهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به فى دار الاسلام ولابى حنيفة رضى الله عنه أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله (أما الكفارة فلاطلاق الكتاب) يعنى قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة (وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان) لانه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه فى دار الاسلام تقديرا حتى ان المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان فى دار الحرب حتى لا يقتل الذمى به وكان القياس وجوب القصاص الا أنه لم يجب لما ذكر فى الكتاب وهو واضح

(قوله واذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل عمدا الدية فى ماله) ولا كفارة عليه (وعلى القاتل خطأ الدية فى ماله) أيضا (وعليه الكفارة) هكذا فى عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر قاضيخان فى الجامع الصغير أن هذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص فى العمد كقول الشافعى ومالك وأحمد لأنه قتل شخصا معصوما بالاسلام عدوانا وظلما وذلك موجب للقصاص وكونه فى دار الحرب لا أثر له فى سقوط ذلك عند الله تعالى ولابى حنيفة أنه مكثر سوادهم من وجه ولو كثره من كل وجه بأن كان متوطنا هناك لا يكون معصوما فاذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة فى قيام العصمة فلا يجب القصاص وذكر شمس الائمة القصاص فى العمد عن أبى يوسف من رواية الاملاء لان المسلم حيث كان هو من أهل دار الاسلام لا ينتقض احرازه نفسه بذلك والقصاص حق للولى ينفرد باستيفائه من غير حاجة الى ولاية الامام ووجه الظاهر يندرج فيما سنذكر قال المصنف (أما الكفارة) يعنى فى الخطا (فلاطلاق الكتاب) يعنى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة (و) جوب الدية (لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول) الى دار الحرب (بالامان وانما لا يجب القصاص) فى العمد (لانه لا يمكن استيفاؤه لا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك فى دار الحرب) فلا فائدة فى الوجوب واذا سقط القصاص وجبت الدية لانه بسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الامام اقامته اذا طلب الولى تمكينه منه ولا يحل لولى المقتول قتل القاتل اذا قدر عليه لأن القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب اذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع الى قاض مطالبة بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضى فان ولايته منعقدة عند السبب وعليه أن يقضى بالثمن عند المرافعة لان العصمة المؤثمة بالاسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاء الامام منتف لما ذكر عن أبى يوسف أن الاقامة ينفرد بها الولى فنعه منه خلاف الدليل فالاقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه اذ نمنع كون ذلك شبهة توجب السقوط أو أن دار الحرب دار اباحة فالكون فيها شبهة درائة وقد يقال ان قلتم انها دار اباحة للقتل مطلقا فممنوع أو قتل الكافر فيه فلا يفيد ويجاب بأن كونها دار اباحة له فى الجملة كاف ألا ترى أن من قتل رجلا قال له اقتلنى لا قصاص عليه مع أن اباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل اباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعا الا أن نمنع عدم القصاص فى قوله اقتلنى فان قيل ماذكرتم مخالف لاطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فانه قتل وليس يجب فيه قصاص ونحو ذلك لجاز تخصيصه بالمعنى أيضا قال (وانما تجب الدية فى ماله فى العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفى الخطا) انما تجب أيضا فى ماله لان وجوبها على العاقلة تقصيرهم فى حفظ القاتل ومنعه من ذلك ولا تقصير منهم فى ذلك اذا كان فى دار الحرب (قوله وان كانا) أى المسلمان (أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجرا أسيرا فلا شئ على القاتل) من أحكام الدنيا (الا الكفارة فى الخطا عند أبى حنيفة) وانما

عليه

وقوله (على ما بينا) اشارة الى أن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله (ولابي حنيفة رضي الله عنه أن بالاسر صار تبعا لهم) يعني وأهل الحرب أصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع (قوله ولهذا) توضيح للتبعية وقوله (فيبطل به الاحراز أصلا) أي يبطل الاحراز بالعصمة المقومة بالكلية (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا) بجامع تبعية أهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام

﴿ فصل ﴾ فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف أحكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامر والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار يمير والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله (بعد تقدم الامام) يقال تقدم اليه الامير بكذا أو في كذا اذا أمره به

وقالا في الاسيرين الدية في الخطا والعمد) لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة ويجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة أن بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

﴿ فصل ﴾ قال (واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية) والاصل أن الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا

عليه عقاب الآخرة في العمد (وقالا في الاسيرين الدية في الخطا والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه) يعني من قوله لأن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان فكان الاسيران كالمستأمنين (و) أما (امتناع القصاص فلعدم المنعة) كما ذكرنا (وتجب الدية في ماله لما قلنا) أن العواقل لا تعقل العمد هذا وقياس ما نقل قاضيخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد أن يقولا به في الاسيرين لان الوجه يعمهما (ولابي حنيفة) وهو الفرق بين الاسيرين والمستأمنين (أن بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم حتى يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا) لأن الاصل غير معصوم فكذا تبعه (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا) في سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهورا في أيديهم (و) انما (خص الكفارة بالخطأ لأنه لا كفارة في العمد عندنا) كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب أن يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

(فصل) (قوله واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) ثم يرجع (بل يقول له الامام ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وأصل هذا أن الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او بالجزية لانه يصير عينا لهم) أي جاسوسا (وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لأن في منعها قطع الميرة والجلب) وهو ما يجلب من حيوان وغيره (ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان أقامها بعد تقدم الامام اليه) أي قوله له ما يعتمده في ضرب الجزية عليه (صار ذميا) فلا يمكن بعدها من العود الى داره (لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصييره وولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين) ولا يؤخذ منه جزية للسنة التي أقامها الا ان قال له ان أقمت أخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط تقدم الامام اليه في منعه من العود اذا أقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله الرجوع قيل ولفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه قال ينبغي للامام ان يتقدم اليه فيأمره الى أن قال وان لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم

﴿ فصل واذا دخل الحربي الخ ﴾ قال المصنف (واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) أقول قال العلامة الكاكي في فتاوى العتابي لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله ان يرجع اه وفي النهاية لفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس بشرط لصيرورة الحربي المستأمن ذميا عند اقامته تمام السنة في دار الاسلام بل يصير ذميا اذا أقام سنة فيها وان لم يتقدم اليه الامام بقوله ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية اه وقول المصنف (لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام الخ) يشير الى اشتراط التقدم فلعل فيه روايتين فليتدبر (قوله والجلب والاجلاب الخ) أقول الجلب فعل بمعنى مفعول صرح به نقلة اللغة وما ذكره الشارح مع انه خلاف المنقول لا يناسب المقام

وقوله (وللامام أن يؤقت في ذلك مادون السنة) يعني ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام أقل من ذلك على حسب ما يراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول (فاذا أقام بعد ذلك في دارنا يصير ذميا) قال الامام قاضيخان فاذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا أن يكون شرط عليه أنه اذا جاوز السنة يأخذ الخراج حينئذ يأخذ منه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام

وللامام أن يؤقت في ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (واذا أقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا) لما قلنا (ثم لا يترك أن يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فان دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرضا خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا أما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا التزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيخرج عليه أحكام جمة فلا تغفل عنه

لانه يصدق بقوله ان أقمت طويلا منعتك من العود فان أقام سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا أن يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي أن يلحقه عسر ابتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها الى مدة مديدة ﴿فروع﴾ لو مات المستأمن في دار الاسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد أن يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا فان أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان أنسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال وأخذ منهم كفيلا لما يظهر في المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول أبي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل بالذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا أو نشابا أو رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفا أحسن منه فان كان مثل الاول أو دونه مكن منه ومن وجد في دارنا بلا أمان فهو وما معه فيء فان قال دخلت بأمان لم يصدق وأخذ ولو قال أنا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمنا فان الرسول لا يحتاج الى أمان خاص بل بكونه رسولا يأمن وان لم يعرف فهو زور فيكون هو وما معه فيأ واذا دخل دار الاسلام بلا أمان فأخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبي حنيفة بل يكون فيأ لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن أبي يوسف وظاهر قول أبي يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبي حنيفة يؤخذ ويكون فيأ للمسلمين وعلى قولهما الاول لكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤذى حتى يخرج (قوله وان دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا) وكذا لو اشترى عشرية فانها تستمر عشرية على قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول أبي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت أحكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا أتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام الجمة التي نبه عليها المصنف والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزامه به وأخذه منه عند حلول وقته ومنذ باشر السبب

صار ملتزما للجزية وقوله (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) قال في النهاية وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد بان اشترى أرضا عشرية لانها جميعا من مؤن الارض (لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس) اذ كل واحد منهما من أحكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي أن يكون من أهل دارنا وقوله (فتعتبر المدة من وقت وجوبه) أي وجوب الخراج (وقوله في الكتاب) أي في الجامع الصغير (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح من محمد بشرط الوضع) أي بأن وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج أرض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من أحكام الاسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما أشار اليه المصنف من قوله لانه قد يشتريها للتجارة وقوله (فيخرج عليه) أي على أن الوضع شرط (أحكام جمة فلا تغفل عنه) أي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله ووضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع

(واذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية) لانها التزمت المقام تبعا للزوج (واذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذميا) لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام (ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود) لانه أبطل أمانه (وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيأ) أما الوديعة فلانها في يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيأ تبعا لنفسه وأما الدين فلأن اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط (وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته) وكذلك اذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لأن حكم الامان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده قال (وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج)

وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه أو زراعتها بالاجارة وهي في ملك غيره اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لان المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الارض التي استأجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذميا اذا دخل وقت الاخذ لعدم الاخذ منه وكذا اذا أخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض الخراج ونحوه لأن الامام قط لا يقول في كل قطعة أرض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة للأراضي المعاومة استمر على كل من صارت اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز أنه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها أو زراعتها (قوله واذا دخلت حربية دارنا بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية) ففي تزوجها مسلما أولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الأئمة الثلاثة في الحربية أيضا قياسا على الرجل ونحن بيننا الفرق بأن تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فان في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما يأتي منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على أرضها ونحو ذلك (قوله ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الاسلام من ماله) له مادام حيا وان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير أن يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام لان ماله مشمول بأماننا مادام في دارنا وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله فان قيل ينبغي أن يصير فيأ كما اذا أسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم تكون فيأ ولا تكون يد المودع كيده في دار الاسلام أجيب بالفرق بأن ما في دار الحرب معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما في دار الاسلام تثبت من كل وجه فيبقى الى أن يثبت المزيل وهو أن يصير نفسه مغنوما وذلك بأن يؤسر أو يظهر على داره فيقتل حينئذ تصير الوديعة فيأ لعامة المسلمين توضع في بيت المال لأنها في يده تقديرا فاذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لانها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف في الدين وأما الدين فيسقط عن في ذمته لان ثبوت يده عليه منتف اذ قد صار ملكا للمديون وانما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين واذا حققت هذا ظهر لك أن اختصاص المديون به ضروري غير محتاج الى تعليله بأنه سبقت يده اليه (قوله وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال) أي ما أعملوا خيلهم ورکابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا وأوجفته اذا حملته على الوجيف (يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج)

وقوله (واذا دخلت حربية بأمان) ظاهر وكذا عكسه وكذلك قوله (ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان) خلافا لان قوله لان يد المودع كيده منقوض بما اذا أسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيأ فلم تكن يد المودع كيد المودع وأجيب بأن يد المودع كيد المودع اذا اتفقا عصمة وقت الايداع وفي صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة قال (وما أوجف المسلمون عليه) يقال وجف الفرس أو البعير عدا وجيفا وأوجفه صاحبه ايجافا وقوله (وما أوجف المسلمون عليه) أي أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلوا أي أخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى

قال المصنف (وما أوجف عليه المسلمون من أموال أهل الحرب) أقول أنت خبير بأن هذه المسئلة ليست مما يتعلق بالمستأمن

قالوا هو مثل الاراضى التى أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس فى ذلك وقال الشافعى فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع فى بيت المال ولم يخمس ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفى هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس (واذا دخل الحربى دارنا بأمان وله امرأة فى دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فىء)

وكذا الجزية فى عمارة الفناطر والجسور وسد الثغور وكرى الانهار العظام التى لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات ودجلة والى ارزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا شئ منه أحد (قالوا هو مثل الاراضى التى أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس فى ذلك وقال الشافعى فيهما) وفى بعض النسخ فيها أى الارض والجزية والخراج الذى تقدم ذكره فى قوله كما يصرف الخراج ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة أى أخرجهم فجلوا أى خرجوا وأجلى القوم أيضا خرجوا فكل من ذى الهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعى أن كل ما أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم يخمس وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففى القديم لا يخمس وهو قول مالك وفى الجديد يخمس ولاحمد فى الفىء روايتان الظاهر منهما لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعى يصرف الى من يصرف اليه خمس الغنيمة عنده على ما مر وذكروا أن قوله فى الجزية مخالف للاجماع قال الكرخى ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا فى عصره ووجه قوله القياس على الغنيمة بجامع أنه مال مأخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المصنف بفعله عليه الصلاة والسلام فانه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل قط فى ذلك أنه خمسه بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة ومخالفة ما قضت به العادة باطل فوقوعه باطل بل قد ورد فيه خلافه وان كان فيه ضعف أخرجه أبو داود عن ابن لعدى بن عدى الكندى أن عمر ابن عبد العزيز كتب الى من سأله عن مواضع الفىء أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبى صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاعطية وعقد لاهل الايمان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم وأما ما فى السنن عن عمر كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهل بيته نفقة سنة فما بقى جعله فى الكراع والسلاح عدة فى سبيل الله فمعناه أن التصرف فيها كان اليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا أن مصارف بيت المال اذ ذاك لم تكن أكثر من نفقة الائمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح ونفقته هو عليه الصلاة والسلام اذ لم يكن اذ ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر وأما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بأنه كان يفعل ما تحققت له أدنى قدرة عليه وأما القياس ففى تقرير المصنف دفعه وهو قوله (ولانه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بكل من مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقى للغانمين بمعنى وفى هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا) من الرعب الخالى عن القتال فلم يكن لاحد بعضه مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة (قوله واذا دخل الحربى دارنا بأمان وله امرأة فى دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم هنا) أى فى دار الاسلام (ثم ظهر) على البناء للمفعول (على دارهم فذلك كله فىء

وقوله (والجزية) بالجر عطف على قوله الاراضى أى هو مثل الاراضى التى أجلوا عنها أهلها ومثل الجزية وقوله (وقال الشافعى رضى الله عنه فيهما) أى فى الاراضى التى أجلوا عنها أهلها وفى الجزية وفى بعض النسخ فيها أى فى الاراضى والجزية والخراج (قوله ولانه) أى ولان ما أوجف عليه المسلمون من المال وقوله (من غير قتال) يعنى بل بوقوع الرعب فى قلوب الكفار من قوة المسلمين (بخلاف الغنيمة لانه) أى الغنيمة بتأويل المغنوم (مملوك) بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين (فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب (واستحق الغانمون الباقى بمعنى) وهو مباشرة الغانمين القتال (وفى هذا) أى فيما أوجف المسلمون عليه (السبب واحد وهو ما ذكرناه) يعنى قوله انه مال مأخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس

(قوله لما قلنا من قبل) أى فى باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فى ه لانها كافرة حربية الخ وقوله (وأما أولاده الصغار) ظاهر (قوله وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا) انما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا فى أيديهما يكون فيأ لعدم النيابة (قوله فلما قلنا) اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا بأتباع (قوله واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم (٣٥٥) عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك

أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا بأتباع وكذلك ما فى بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل وأما أولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام أبيه اذا كان فى يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقى الكل فيأ وغنيمة (وان أسلم فى دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون) تبعا لأبيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين أسلم اذ الدار واحدة (وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له) لانه فى يد محترمة ويده كيده (وما سوى ذلك فى ء) أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذى فى يد الحربى فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربى ليست يدا محترمة (واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شئ عليه الا الكفارة فى الخطا) وقال الشافعى تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد لانه أراق دما معصوما (لوجود العاصم وهو الاسلام) لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهى ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما تعلق به الاصل

أما المرأة والاولاد الكبار فانهم حربيون وليسوا بأتباع) للذى خرج لانهم كبار (وكذا ما فى بطنها لو كانت حاملا) يكون فيأ مرقوقا (لما قلنا) فى باب قسمة الغنائم من أنه جزؤها (وأما أولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام أبيه اذا كان فى يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه) بالاسلام (لاختلاف الدارين فبقى الكل فيأ فاما اذا أسلم فى دار الحرب ثم جاء) الينا (فظهر على الدار) وباقى الصورة بحالها (فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين أسلم) ولو كان فى بلدة أخرى غير البلدة التى هم فيهما (اذ الدار واحدة وما كان له من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو سالم له لانه فى يد محترمة ويده كيده) لانه نائب عنه فى الحفظ بخلاف ما لو كان فى يدهما غصبا فانه يكون فيأ لعدم النيابة وعند أبى يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيأ الا ما كان من غصب عند حربى وهو قول الائمة الثلاثة وتقدمت هاتان المسئلتان مع أخريين فى باب الغنائم مستوفى (قوله واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون) صالحون لاستيفاء القصاص والدية (فلا شئ على القاتل الا الكفارة فى الخطا وقال الشافعى تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد) وهو قول مالك وأحمد (لانه أراق دما معصوما) بالاسلام (لكون الاسلام مستحقا للكرامة وهذا لان العصمة أصلها) العصمة (المؤثمة لحصول أصل الزجر بها) أى بالعصمة ولو قال به أى بالاثم لكان أحسن (و) العصمة (المقومة كمال فيه) أى فى أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أى بالتقوم على المنتهك لها (فتعلق) هذه العصمة (بما تعلق به الاصل) أعنى المؤثمة وقال النبى صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم فتنصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه فى القتل الخطا ولم يستدل على منع القصاص فى العمد اكتفاء بما ذكر فى المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى أفاض فى تفاصيل موجبات القتل الخطا فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا فأوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان

فلا شئ عليه الا الكفارة فى الخطا وقال الامام الشافعى رضى الله عنه تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد لانه أراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة) وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة فتعلق بماله أثر فى استحقاق الكرامات وهو الاسلام لانه تحصل السعادة الابدية لا بالدار التى هى جماد لا أثر لها فى استحقاق الكرامة ومن أراق دما معصوما ان كان خطأ ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك فى دار الاسلام (وهذا) أى وجوب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد انما كان مبنيا على وجود العاصم الذى هو الاسلام (لان العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها) فان من علم انه يأثم بقتل ينزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال (وهى ثابتة) فيما نحن فيه (اجماعا) فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما فى أى موضع كان

(والعصمة المقومة كمال فيه) أى فى أصل العصمة لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك أكمل وأتم فى المنع من الذى وجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة المقومة وصفا زائدا على العصمة التى هى المؤثمة (فتعلق بما تعلق به الاصل) وهو العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام فالعصمة المقومة كذلك فتجب الدية والكفارة فى قتل الحربى الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا

(قوله والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام الخ) أقول لم يظهر مما ذكره كون وجوب القصاص مبنيا على وجود العاصم الذى هو الاسلام

(ولناقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير أيضا ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين المؤمن الذي في دار الاسلام وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثاني أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضي انتفاء غيره لان قصد الشارع في مثلها خراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان وقوله (ولان العصمة المؤثمة بالآدمية) دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب ومشتمل على بيان أن العصمة المقومة ليست بوصف كمال في العصمة المؤثمة فتكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالآدمية (لان الآدمي خلق متحملا أعباء التكاليف) أي اثقالها ومن خلق لشئ وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام باعباء التكاليف (والقيام بها بحرمة التعرض) أي انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالآدمي وجب عليه أن يكون حرام التعرض مطلقا الا أن الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل (والاموال تابعة لها) أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للآدمية (أما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) لان المتقوم هو الشئ الذي يكون واجب الابقاء والدوام بالمثل أو القيمة (وذلك) أي جبر الفائت (في الاموال دون النفوس) لانه انما يحصل بالمثل في صورة ومعنى أو معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الاصول (فكانت النفوس تابعة) للاموال في العصمة ومن هذا علم أن العصمة المؤثمة أصل مستقل في شئ والعصمة المقومة أصل مستقل في شئ آخر وليس أحدهما كمالا في الآخر ولا وصف زائد عليه ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة فالعصمة المقومة في الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها واذا كانت العصمة المقومة في الاموال بالمنعة فكذلك في النفوس لانها تابعة لها لما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز لا توجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا في غاية التحقيق خلافا لمن توهم أن لا يملكوا أموالنا بالاحراز الى الدار كما قال به الامام الشافعي رضي الله عنه ودفعه بأن معنى قولنا ان الشرع أسقط اعتبار منعتهم حال كونهم في دارهم وأما اذا وقع خروجهم الى دارنا وأحرزوا أموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة

ولناقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء أو الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا أعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها أما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر لما انه أوجب ابطالها

أي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بيانا لموجبه بل لبعض موجبه وزاد المصنف وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وقرر أن الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي يقال جزى فلان أي كفى وهو سهو لان لفظ الجزاء المجعول معنى الفاء لفظ اصطلاحي أي جعلي لا أن اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء أي دالة على أن ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتأمل (ولان العصمة المؤثمة) في الاصل (بالآدمية) لا وصف الاسلام (لانه خلق متحملا أعباء التكاليف والقيام بها) لا يمكن الامع (حرمة التعرض له) وانما زالت بعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس (لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) ومن شرطه التماثل وهو في الاموال لا النفوس فكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة للاموال (ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا أن الشرع أبطل اعتبار منعة الكفر) فأوجب بطلانها فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأمن اذا قتلا

(قوله فاذا كان كافيا الخ) أقول قد تمسك الشارح فيما سبق بالاستقراء في كتاب الحدود فراجعه

وقوله (والمرتد والمستأمن) جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب أن يتقوما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما وكون المستأمن من أهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر وأما المرتد فكذلك لانه يقصده هربا من القتل وقوله (ومن قتل مسلما خطأ الخ) واضح واعترض على قوله وهو العامة أو السلطان بأن التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما في المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث وأجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصار كأن الولي واحد بخلاف مسئلة الكتاب

والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها (ومن قتل مسلما خطأ فالولي له أو قتل حربيا دخل الينا بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام أن حق الأخذ له لانه لا وارث له (وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة أو السلطان قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لأن موجب العمد هو القود عينا وهذا لأن الدية أنفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال (وليس له أن يعفو) لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

﴿باب العشر والخراج﴾

في دارنا الدية أجاب بأنهما (من أهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال اليها) فلم يجب شئ وأما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا مني دماءهم فنقول لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كما لها الا بدليل ولو سلمنا ذلك فقد قال عليه الصلاة والسلام لا بحقه ومن حقه أن يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو الا أن هذا لا ينتهض في الاسير المسلم (قوله ومن قتل مسلما خطأ فالولي له أو قتل حربيا دخل دار الاسلام بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة) بالاسلام وداره (خطأ ومعنى قوله للامام أن حق الأخذ له لانه لا وارث له) بالفرض لا أن المأخوذ يملكه هو بل يوضع في بيت المال (وان كان) قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن من الذي أسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا بأن لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا (عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) منه بطريق الصلح لا الجبر (لان موجب العمد عندنا القصاص عينا) الا أن يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول (قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له) وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة أخرى هي أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين فبرى بما هو أنفع في رأيه وبما ذكرنا ظهر أن الاولى أن يقول وهذا لأن الدية قد تكون أنفع والا كان يتعين الصلح منه عليها (وأما أن يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض) ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالتي قبلها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه الدية في ماله ولا أقتله لانه لا يخلو عن ولي كالأب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالأم ان كان ابن زنا فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفي كالمكاتب الذي قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء ولهما أنه لا يعلم له ولي ولا هو في مظنته واحتمال كونه له في نفس الأمر لا يفيد اذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الامر سواء لانه لا يقدر على الانتفاع فيستوفي

﴿باب العشر والخراج﴾

لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما يتوب به من الوظائف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه

﴿باب العشر والخراج﴾

لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل واحد منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية والعشر بضم العين أحد أجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض أو الغلام ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية والعذيب ماء لتميم والجسر بفتحتين بمعنى الصخر لانه وقع في أمالي أبي يوسف الصخر موضع الجسر ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي ذلك المقام به فيكون بمهرة

(قوله وذكر العشر استطرادا الخ) أقول فيه عنونة الباب بما ليس مقصودا منه وقد استقبحه الشريف الجرجاني في أول مباحث الكليات من حاشية المطالع

قال (أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب الى أقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عباد ان) لان النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولأنه بمنزلة النبي فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا الآن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وعمر حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام

ورأسه وفي تفاريعهما كثرة فأوردهما في بابين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان بعرض قريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميما لوظيفة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الارض أو نماء الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الارض والرأس وحد الاراضي العشرية والخراجية أولا لانه حينئذ أضبط فقال (أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب) وهو ماء لتميم وذكر ضمير الارض باعتبار خبره وهو لفظ ما في قوله ما بين العذيب (الى أقصى حجر باليمن) وفي بعض النسخ وهي على الظاهر وحجر بفتح الجيم واسكانها خطأ لان أبا يوسف قال حد ود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة الى أقصى صخر باليمن فعرف انه حجر بالفتح والمراد الى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة حينئذ في آخر موضع من اليمن وقولهم من أول عذيب القادسية الى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة هذا طولها وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج الى مشارف الشام أي قراها وقد يعبر بمنقطع السماوة قال الكرخي وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وسمي حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد (والسواد) أي سواد العراق أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره وحده (من العذيب الى عقبة حلوان) عرضا (ومن العلث الى عباد ان) طولا (ويقال من الثعلبية الى عباد ان) قيل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذا عرف هذا فأرض العرب كلها عشرية (لانه عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين) بعده (لم يأخذوا الخراج من أرض العرب) ولو فعله عليه الصلاة والسلام لقضت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل قضاء العادة على انه لم يقع (ولان شرط الخراج أن يقر أهلها) عليها (على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام) والا يقتلون ولانه كما لا رق على العرب فكذا لا خراج على أرضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجي (لان عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة) وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين وانما يحتاج الى ذلك في تقدير الموضوع وقوله (ووضع على مصر الخ) أسند الواقدي الى مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم ثم كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وأسند أيضا الى عمرو بن الحرث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها الى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج اليه ولقد استبطأه عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من ان مصر فتحت صلحا على يدي عمرو بن العاص وأما وضع الخراج على أرض الشام فمعروف قيل ومدن الشام فتحت صلحا وأراضيها عنوة على يدي يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجنادين صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وفي دالها الفتح

بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع الى مشارف الشام أي قراها عرضها والسواد أي أراضي سواد العراق أي قراها سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي منازل البادية الى عباد ان وهو حصن صغير على شط البحر طوله وقيل في موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة وكلامه واضح

(قوله الى مشارف الشام) أقول المشارف بالفاء

قال (وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لأن الامام اذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل قال (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر) لأن الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج (وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج) وكذا اذا صالحهم لأن الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج

في المشهور والكسر (قوله وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم) فيها بالرهن والهبة (لان الامام اذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لأهلها وقد مناه من قبل) في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات (قوله وكل أرض أسلم أهلها) عليها فأحرزوا ملكهم فيها (أو فتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهي عشرية لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لان فيه معنى العبادة ولانه أخف حيث يتعلق) الواجب (بنفس الخارج) فلا يؤخذ ما لم يكن خارجا فهو أليق بالمسلم (وكل أرض فتحت عنوة وأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا اذا صالحهم لأن الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به) لان فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره في آخر الفصل ان شاء الله تعالى (ومكة مخصوصة من هذا) العموم (فانها فتحت عنوة) على ما أسلفناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة (ولم يوظف عليها خراجا) ولتخصص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم أخرج مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه انه ذكر فتح مكة فقال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضي الله عنه على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث أبا عبيدة على الحسر وأخذوا من بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبة قال فنظر الي وقال يا أبا هريرة قلت لبيك يا رسول الله قال اهتف لي بالانصار فلا يأتيني الا أنصاري فهتف بهم فجاؤا فأطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم وبثت قريش أوباشها فقال لهم ألا ترون الى أوباش قريش وأتباعهم ثم قال بيده فضرب باحداهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال أبو هريرة فانطلقنا فما شاء أحد منا أن يقتل من شاء منهم الا قتله الحديث بطوله فاضمم هذا الى ما هنالك وقد ذكر القتبي ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر أن الاهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة أيام عمر رضي الله عنه على يدي أبي موسى وعثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان وكانت أصبهان على يدي أبي موسى خاصة وأما خراسان ومرو رود فتحتا صلحا في خلافة عثمان على يدي عبد الله بن عامر بن كريز وأما ما وراءهما فافتتح بعد عثمان على يد سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارى بعد ذلك على يدي المهلب بن أبي صفرة وقتيبة بن مسلم وأما الري فافتتحها أبو موسى في خلافة عثمان صلحا وفي ولايته فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة وأما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحهما عبد الله بن عامر في خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولا ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن وأما الجزيرة فقتحت صلحا على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة وأما هجر فأدوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل وأما اليمامة فافتتحها أبو بكر رضي الله عنه وأما الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين

(قوله (قدمناه من قبل) يعني في أول باب الغنائم (قوله والخراج أليق به) يعني من حيث ان فيه معنى العقوبة وان فيه تغليظا لوجوبه وان لم يزرع والكافر أليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في أرض مكة أن تكون خراجية لانها فتحت عنوة أي قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق على العرب فكذا الاخراج في أرضهم

(وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهى أرض عشر) لأن العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقى بماء العشر أو بماء الخراج قال (ومن أحيا أرضا مواتا فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز أرض الخراج) ومعناه بقربه (فهى خراجية وان كانت من حيز أرض العشر فهى عشرية)

(قوله وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ) قد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما فى القدورى والجامع أو زيادة فى الجامع يقول بعد لفظ القدورى وفى الجامع الصغير الى آخره وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدورى كل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهى أرض خراج مطلق فهو أعم من أن يصل اليها ماء الانهار أولا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بأن يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع أن الارض التى أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن الا خراجية لان أهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك أما فى الابتداء فهو أيضا يمنعه والعبارة التى نقلها عن الجامع فى غاية البيان ليست كما فى الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال كل أرض فتحت عنوة بالقتال فصارت أرض خراج وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وكل شئ لم يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيه عين فهى أرض عشر والاراضى التى أسلم أهلها عليها فهى أرض عشر فقوله وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج عطف على كل أرض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى وكل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج وكل أرض لم تفتح عنوة ووصفها أنها يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وحاصله تقسيم أرض الخراج الى ما يفتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار ثم يجب تقييد الاول بأن يقر أهلها عليها بالضرورة وكأن هذا معلوم اذ لا يبتدأ المسلم فى أول الفتح فضلا بتوظيف الخراج فى الاراضى المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية ما لم تكن حولها الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التى فتحت عنوة ان أقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التى أحياها محى فان التى فتحت عنوة مما يبتدأ فيها التوظيف غير المقسومة والمقرر أهلها عليها ليس الا الموات التى أحييت ويصير المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج اذا أقام أهلها عليها وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم ان كان صفتها انها يصل اليها ماء الانهار فهى خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول أبى حنيفة ولو شرحه هكذا استغنى به عن ذكر المسئلة التى تليه فانها هى وحاصلها أن محمدا قال فيمن أحيا أرضا ميتة ببئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو باقى الانهار العظام التى لا يملكها أحد أو بالمطر فهى عشرية وان أحياها بماء الانهار التى شقتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهى خراجية لان الاعتبار فى مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقى لان السقى بماء الخراج دلالة على التزامه فتصير خراجية عليه (وعند أبى يوسف تعتبر بحيزها) أى بما يقرب منها (فان كانت من حيز أرض الخراج أى بقربه فخراجية أو أرض العشر فعشرية) لان القرب من أسباب الترجيح فترجح كونها خراجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك

(قوله ومن أحيا أرضا مواتا فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيزها) قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيى مسلما وأما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز أرض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنيع يقتضى ذلك وهو السقى من ماء الخراج اذ الخراج يجب جبرا للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حتمه المقاتلة والماء الذى حتمه المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا أشار شمس الائمة

(قوله وهو السقى من ماء الخراج الخ) أقول لا يخفى عليك أن هذا الكلام انما يناسب مذهب محمد والا فأبو يوسف لا يعتبر السقى من ماء الخراج فلا وجه لارادته فى هذا المقام ظاهرا فتأمل

واصله

والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة لان حيز الشئ يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لانها من حيز أرض الخراج الا أن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم (وقال محمد إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الانهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية) وكذا ان أحياها بماء السماء (وان أحياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم) مثل نهر الملك ونهر يزدجرد (فهي خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال (والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم

وأصله أفنية الدور أعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها وهو غير مملوك له ومن أجل أن له حق الانتفاع لو قال المستأجر للاجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفروا فحفروا فلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لان كونه فناء بمنزلة كونه مملوكا في انطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فانها عشرية عنده وان كانت من حيز أرض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها لذلك هذا وقد ظهر من قوله ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الى آخره أن المراد بموضوع المسئلة أعني قوله ومن أحيا أرضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك لانه لو أحياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء أو نحوه أو لا وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر منه أيضا أن كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لان الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فما سقي بما حموه وجب فيه (قوله والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع) ثمانية أرطال خلافا لابي يوسف نص على أنه الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف حدثني السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء عملت أو لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سواء وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو رب ع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية أرطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة أو شعيرا أو عدسا أو ذرة قاله الطحاوي واستحسن والدرهم ما وزن سبعة والمراد من الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف أهله يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه أن يتحد الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها وأما جريب الرطبة

فيما ذكر أن الاحياء في حيز الارض الخراجية يجعل الارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية وان أحياها مسلم يجب عليه العشر ووجهه أن القياس ذلك لكن ترك ذلك باجماع الصحابة (قوله لان حيز الشئ يعطى له حكمه) دليل أبي يوسف على مذهبه (قوله كفناء الدار) يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا كالصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذا ههنا تعطى هذه الارض المحياة حكم جوار ها لاتصالها به ولا يظن في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية تكرار لان الاول رواية القدوري والثاني ذكر مشروحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم (قوله لما ذكرنا) من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها قال (والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه) اعلم أن الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض (في كل جريب) وهو أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع

ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ماقلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا منهم

ففيه خمسة دراهم ولاشئ فيه من الخارج (وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه) فقيد الاتصال يفيد أنها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها من زروعة فلا شئ فيها بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه في الزروع وكذا لو غرس أشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لايمكن زراعة أرضها فهي كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها الى أن يطعم فاذا أطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان أقل فنصفه الى أن ينقص عن قفيز ودرهم وان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى أن يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال (انه بعث عثمان ابن حنيف حتى يمسح سواد العراق) وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن أبي طالب رضي الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والانصار (وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ماقلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم) قال شارح في قوله ووضع على ذلك ماقلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ماقلنا أي وضع الخراج ولايخفى أن مرجع اسم الاشارة الست وثلاثون ألف ألف أي وضع على الجربان المقادير التي ذكرناها ولاسهو ينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية أبي يوسف به وهو منقطع لأن الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم أن الرواية عن عمر اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغه الماء عامر أو غامر درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة ولم يضع على النخيل شيأ جعله تبعا للارض ثم حدث عن أبي اسامة عن قتادة عن أبي مجلز قال بعث عمر عثمان ابن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر أربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال أبو عبيد في كتاب الاموال حدثنا هشيم بن بشير أنبأنا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى أن قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر أربعة وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال فأخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رأيت ماهنا من الاختلاف ومالك رحمه الله يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فتفوض الى اجارته كما هو الرسم الآن في أراضي مصر فان المأخوذ الآن بدل اجارة لاخراج ألا ترى أن الاراضي ليست مملوكة للزراع وهذا بعد ماقلنا ان أرض مصر خراجية والله أعلم كأنه لموت المالكين شيأ فشيأ من غير اخلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبغي على هذا أن لايصح بيع الامام ولاشراؤه من وكيل بيت المال لشئ منها لان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة عدم وجود ماينفقه سواه فلذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان الاشرف برسباي رحمه الله لارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة

ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها قال (وماسوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لأنه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شئ كان قال (فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام) والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع ألا ترى الى قول عمر لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت وهذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند أبي يوسف لا يجوز لان عمر لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة

(قوله فالكرم أخفها) يعني وأكثرها ريعا لانه يبقى على الابد بلا مؤنة (والمزارع أكثرها مؤنة) لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام (والرطاب بينهما) لانها تبقى أعواما ولا تدوم دوام الكروم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب شيأ من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك (لانه ليس فيه توظيف عمر) فنعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف (قوله والبستان كل أرض يحوطها حائط) ظاهر

والعياذ بالله جاز ذلك وأحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة أو شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع بعضها أقل وبعضها أكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية وما قلنا أشهر رواية وأرفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال (ولان المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة) لانه يبقى على الابد بلا مؤنة وأكثرها ريعا (والمزارع) أقلها ريعا و (أكثرها مؤنة) لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحراثة والحصاد والدياس والتذرية في كل عام (والرطاب بينهما) لأنها لا تدوم دوام الكرم ويتكلف في عملها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة أصله قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر (قوله وماسوى ذلك) أي من الاراضي التي فيها أصناف غير ما وظف فيه عمر رضي الله عنه (كالزعفران) والنخيل الملتفة (والبستان) وهو أرض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة (يوضع على ذلك بحسب الطاقة) فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله الى غلتها فان لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة أو الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج (لان التنصيف) بعدما كان لنا أن نقتلهم ونتملك رقاب الاراضي والاموال (عين الانصاف) (قوله فان لم تطق ما وضع عليها) بأن لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا أفاده في الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضي لا تطيق أن يكون الخراج خمسة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وفي هذا لا فرق بين الارضين التي وظف عليها عمر رضي الله عنه ثم نقص نزلها وضعفت الآن أو غيرها وأجمعوا أنه لا تجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في الاراضي التي وظف فيها عمر رضي الله عنه أو امام آخر مثل وظيفة عمر ذكره في الكافي وأما في بلد لو أراد الامام أن يبتدئ فيها التوظيف فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يزيد وقال محمد وهو قول مالك وأحمد ورواية عن أبي يوسف وقول الشافعي له ذلك ومعنى هذا اذا كانت الارض التي فتحت بعد الامام عمر رضي الله عنه تزرع الحنطة فأراد أن يضع عليها درهمين وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد ما ذكرته من حمل الارض في قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل أرض عمر رضي الله عنه ومنعه أبو يوسف بان عمر رضي الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة طاقة الارض ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون أخاف أن تكونا حملتما الارض ما لا تطيق قالا حملناها أمرا هي له مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق

(وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع عنها فلا خراج عليه) بالاتفاق (لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة) أي استأصله حر شديد أو برد شديد أو نحو ذلك فلا خراج أيضا (لانه فات النماء التقديري) الذي أقيم مقام النماء الحقيقي (في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة) فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة لأنها لم تبق نامية في جميع الحول (أو) يقال (يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج) يعني أن النماء التقديري كان قائما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فيهلك معه الخراج فان قيل اذا استأجر أرضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم تسقط الاجرة فما الفرق بينه وبين الخراج أجيب بأن الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شيء جازاسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجازايجابه وان لم تخرج ثم قال مشايخنا ماذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض ثانيا أما اذا بقي فلا يسقط الخراج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) اذا عطل الأرض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها أما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم

(وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه) لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة

قال أخبرنا معمر عن علي بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال أرض كذا وكذا يطيقون من الخراج أكثر مما عليهم فقال ليس اليهم سبيل (قوله وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه) أما في غلبة الماء أو انقطاعه (فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج) وأما في الاصطلام فلفوت (النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج) لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم أن أكثر المشايخ حملوا المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا فان بقي لا يسقط الخراج لأنه عطلها وفي الفتاوى الكبرى تكلموا أن المعتبر فيه زراعة الحنطة أو الشعير أم أي زرع كان وان المعتبر مدة ترك الزرع فيها أو مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على أنه مقدر بثلاثة أشهر وهو لا ينافي الوجه الثاني لان ادارة الحكم على حقيقة الخارج ان أسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان وأما الوجه الاول فصريح في نفي الوجوب وان بقي امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واعادة الزرع تستدعي مؤنا كالاول فان أخرج شيأ فقصاراه أن ينفي بالخراجين فأخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تخسير أصل مال الزارع وكذا ان زرع (قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن) من الزراعة (كان ثابتا وهو الذي فوته) أي فوت الزرع وهذا بشرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فأما اذا لم يتمكن لعدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها لغيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي أو يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة أو يزرعها بنفسه من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من المشتري وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في أثناء السنة فان بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن أبي يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح أيضا ومن فروع ذلك (ما اذا انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا (أخذ منه خراج الاعلى) وهو الكرم (لانه هو الذي ضيع الزيادة) على قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعمل الباقي له وان شاء آجرها وأخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر بواحد للعامة (قوله قالوا) يعني المشايخ (من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) بأن كانت الارض صالحة للزراعة للاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير مثلا (وجب خراج الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة)

وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن ابقاؤه على المسلم (ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر في الخارج

على المسلمين قالوا لا يفتى بهذا لما فيه من تسلط الظلمة على أموال المسلمين اذ يدعي كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب (قوله ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله (لما قلنا) من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر والارض لا تخلو منها فأبقاها ما تقرر واجبا أولى ولان وضع عمر رضي الله عنه بموافقة جماعة من الصحابة ما كان الا ليجد الذين يجيئون من المسلمين بعد أهل الفتح ما يسد حاجتهم وفتح هذا الباب يؤدي الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه أو تقية من الكلفة وتجشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير قال المصنف (وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها) قال البيهقي قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة أنه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن علي ولشريح أرض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه اني اشتريت أرضا من أرض السواد فقال عمر أنت فيها مثل صاحبها قال البيهقي وأخبرنا أبو سعيد حدثنا أبو العباس الاصم حدثنا الحسن بن علي بن عفان حدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال أسلمت امرأة من أهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان اختارت أرضها وأدت ما على أرضها من الخراج فخلوا بينها وبين أرضها والا فخلوا بين المسلمين وبين أرضهم وروى عبد الرزاق وابن أبي شيبة حدثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر ادفعوا اليها أرضها تؤدي عنها الخراج وقال ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما حدثنا هشيم ابن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبير بن عدي أن دهقانا أسلم على عهد علي رضي الله عنه فقال علي ان أقمت في أرضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك وأخذنا ها من أرضك وان تحولت عنها فنحن أحق بها وقال ابن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمرو على قالا اذا أسلم له أرض وضعنا عنه الجزية وأخذنا خراجها قال المصنف (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة) وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل ولو قال من المسلم كان أولى وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذ وهو غير مقصود فان الاخذ يقوم بالامام وليس المقصود افادة أنه هل يكره للامام أخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك للاخذ منه هل يكره له ذلك أولا فيجب لفظ للمسلم ليتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى شيأ من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنا منهم أن الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر قعدوا عن الغزو فكر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة لا ما ذكروه اذ لا شك في أنه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء ألا ترى أنه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة (قوله ولا عشر في الخارج

وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس) وردبانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجبا وأجيب بأنا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان (قوله ومن أسلم من أهل الخراج) ظاهر (قوله من غير كراهة) احتراز عما يقوله المتقشفة وهم طائفة من الصوفية انه مكروه لان النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيأ من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم وجعلهم أذلة ولان الصغار ان كان قائما يكون في الوضع ابتداء وأما بقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام

قال المصنف (وأدائه للمسلم من غير كراهة) أقول قال الاتقاني لو قال من المسلم لكان أولى اه فيه تأمل

من أرض الخراج) وقال الشافعي يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض

(قوله وجبا في محلين بسببين مختلفين) يعني ولمصرفين مختلفين أما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف السبب فلان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا وأما اختلاف المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء (فلا يتنافيان) لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) رواه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم (قوله والوصفان لا يجتمعان) لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان (قوله ولهذا يضافان الى الارض) يقال عشر الارض وخراج الارض

من أرض الخراج وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان) ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر والخراج قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على أبي حنيفة وانما رواه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى وصله نعم انما روي عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة كما ذكرناه ورواه ابن أبي شيبة عن الشعبي حدثنا ابراهيم بن المغيرة ختن لعبد الله بن المبارك عن حمزة الساولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض وقال حدثنا أبو نعيلة حدثنا يحيى بن واضح عن أبي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه فيكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهبا لجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال وأما قوله (ولان أحدا من الأئمة الى آخره) فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى المالك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على أن فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي أن ليس عمر رضي الله عنه على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا آثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب السائل في مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه يفيدك ذلك ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الارض ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضي أن يؤخذ مع الخراج ان كان ولأن تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية (الا أنه يعتبر النماء في العشر تحقيقا) لانه اسم اضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره (وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان اليها) فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديري غير الارض مع التحقيقي مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب واذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب وأما قوله (ولان الخراج يجب في الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا أسلم أهلها) عليها ولازم الاول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا أقر أهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل للصلح أو بأن أحياها وسقاها بماء الانهار الصغار أو كانت قريبة من أرض الخراج على

وقوله (وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) أي العشر أو الخراج صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج عندنا وعند محمد أن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج وهو قول الشافعي ومفرعهما توهم اختلاف المحلين أن محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ولنا أن المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت أنه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط المالك وهو أسبق ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنية فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى فلا تنافي بينهما فيجبان وان كانا بسبب ملك واحد والباقي ظاهر

وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة) لان عمر لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله أعلم

﴿باب الجزية﴾

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية الا أنه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي أي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو أعظم الكبائر فكيف يصح أخذ البدل على تقريره أجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض أو هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق

الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشرا من أرض الخراج والانتقل كما نقل تفاصيل أخذهم الخراج بهذا تقضي العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك في غاية البعد أرأيت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج على أهل الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على أدائه من طيب أنفسهم واذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صح دليلا بفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابي لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعشر والحد والجلد والنفي وكذا الرجم مع الجلد وزكاة التجارة مع صدقة الفطر والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم ومأسواه يجمع (وكذا الزكاة مع أحدهما) أي العشر والخراج خلافا للشافعي وصورته اذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج ألزم للارض بخلاف الزكاة فانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما (قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا) في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمناها وقد يوازي بها تعلق الخراج بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يؤخذ بشيء فان أثبتت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب أن تعطل الارض من الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبي والاراضي الموقوفة لان وقفها لخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي أن يطالب بذلك الناظر

﴿باب الجزية﴾

هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب أسلموا أو لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا أطلق الخراج فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف الزكاة) أقول لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد معه فيه ودلائل الطرفين مذكورة في الشروح

﴿باب الجزية﴾

(قوله أجيب بأن الجزية الى قوله كالاسترقاق الخ) أقول هذا الجواب مع سؤاله في شرح الاتقاني الا ان الاظهر في الجواب هو الشق الاول حيث يوهم الثاني جواز وضع الجزية على النسوان والزمن وأمثالهما ثم يجوز أن يجاب بأنه بدل عن النصرة لما سيجيء فليتأمل

(وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه الاتفاق (وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما) وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا

ولحى وهي في اللغة الجزاء وانما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف (وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح) عليها (فتتقدر بحسب ما عليه الاتفاق) فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر وأصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفي حلة في العام على ما في أبي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة هذا وقد قال أبو يوسف في كتاب الخراج وأبو عبيدة في كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل نجران بعد أن قال على ألفي حلة كل حلة أوقية يعني قيمتها أوقية وقول الولوالجي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية أربعون درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم وأراضيهم قال أبو يوسف ألفا حلة على أراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل أرض من أراضي نجران وان كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمي أو تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيهم وأما جزية رؤسهم فليس على النساء والصبيان اه يعني أن ما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم أرضه أولم يبع ثم اذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشران من التغلبي المشتري وقول المصنف على ألف ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله بني نجران فان نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم أبي قبيلة فلذا كان الثابت في الحديث أهل نجران (و) الضرب الثاني (جزية يبتدئ الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار) ففتح بلادهم (وأقرهم على أملاكهم) فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا أو أبوا رضوا أولم يرضوا (فيضع على الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما) بوزن سبعة (يأخذ من أحدهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما) واحدا (وقال الشافعي يضع على كل حالم) أي بالغ (دينارا) أو اثني عشر درهما وقال بعض مشايخهم الامام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثني عشر درهما لان عمر قضى بذلك وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للامام أن يعاكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير وقال مالك رحمه الله يؤخذ من الغني أربعون درهما أو أربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار وقال الثوري وهو رواية عن أحمد هي غير مقدرة بل تفوض الى رأي الامام لانه عليه الصلاة والسلام أمر معاذا بأخذ الدينار وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على ألفي حلة وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح

لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا وقوله (فيضع على الغني الظاهر الغنى) قال الامام نحن الاسلام من ملك مادون المائتين أولا يملك شيأ لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضا فعليه أربعة وعشرون درهما ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل أيضا فعليه ثمانية وأربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان مفرطا في اليسار قال والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنى ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا يبلغ بعد من المكثرين وان كان ببغداد أو بالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن أبي نصر محمد بن سلام وقوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة بني

قال المصنف (كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول الكاف للتعليل ولذلك عطف عليه قوله ولان الموجب الخ

أوعدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض

بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على أنه لا تقدير فيها بشيء معين بل مفوض الى رأي الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن أحمد روايتان أخريان احداهما كقولنا والاخرى كقول الشافعي وجه قوله ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن الاعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة ومن كل حالم دينارا أو عدله معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حديث حسن وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو أصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق حدثنا معمر وسفيان الثوري عن الاعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى أن قال ومن كل حالم أو حالمة دينارا أو عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة وقال أبو عبيد وهذا والله أعلم فيما نرى منسوخ إذ كان في أول الاسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم ويستضاء لذلك بما روى الصعب بن جثامة أن خيلا أصابت من أبناء المشركين فقال عليه الصلاة والسلام هم من آبائهم ثم أسند أبو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أولاد المشركين أنقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب الى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافري من همدان تنسب اليه هذه الثياب المعافرية وهذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن تنسب اليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للقتبي البرد المعافري منسوب الى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده (ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولهذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء وهذا المعنى ينتظم) فيه (الغني والفقير) لان كلا منهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي) ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان ابن حنيف الى السواد فمسحا أرضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا أخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رؤس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الاموال حدثنا أبو نعيم حدثنا مندل عن الشيباني عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر وضع الى آخره وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى أبي نضرة أن عمر وضع الجزية على أهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الى آخره ومن طريق آخر أسنده أبو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بلا نكير فحل محل الاجماع ثم عارض المصنف معناه بقوله (ولانه) أي الجزية (وجب نصرة للمقاتلة) أي خلفا عن نصرة مقاتلة أهل الدار لان من هو من أهل دار الاسلام عليه نصرتهم وقد فاتت بميلهم الى أهل الدار المعادين لنا لاصرارهم

(أوعدله معافر) أي أو خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن مرة ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معافري من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه (قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة) وكل ما وجب نصرة للمقاتلة وجب متفاوتا (كما في خراج الارض

وقوله (وهذا) اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لان كل من كان من أهل دار الاسلام تجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج المأخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه وركاب غيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة أجيب بان المخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة مالو أعاروا دوابهم للمسلمين (ومارواه محمول على أنه كان صلحا) والدليل على ذلك انه أمر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) سواء كانوا من العرب أو من العجم (لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية

وهذا الانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله ومارواه محمول على أنه كان ذلك صلحا ولهذا أمره بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية

على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فتختلف باختلاف حالهم لان نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان ينصر راكبا ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف (وذلك) أي النصرة (يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله) يعني الجزية والحاقا بخراج الارض فانه وجب على التفاوت فأورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم أن لا تؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين أو بطلب الامام منهم ذلك والحال أنها تؤخذ منهم مع ذلك أجيب بأن الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه أن النصرة التي فاتت نصرة المسلمين فنصرة الاسلام فانت بالكفر فأدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها ثم سيجيء ما يفيد أن الجزية خلف عن قتلهم والوجه أنها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا قال (ومارواه) من وضع الدينار على الكل (محمول على أنه كان صلحا) فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقلنا ولأن أهل اليمن كانوا أهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء يدل على ذلك ماروى البخاري عن أبي نجيح قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار هذا ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فموسر وان ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل أي المكتسب وقال الفقيه أبو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكر عن أبي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض (قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب) اليهود ويدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا أنهم يخالفونهم في فروع والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وأما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى أو قال هم من اليهود فهم من أهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى قاضيخان وتؤخذ أي الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة خلافا لهما وأطلق في أهل الكتاب فشمل أهل الكتاب من العرب والعجم وأما المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رضي الله عنه أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر

(قوله لانها تجب بدلا عن النصرة) أقول من ههنا الى قوله قام مقامه عين عبارة الاتقاني (قوله لان كل من كان من وهذا أهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى الخ) أقول في الدلالة بحث (قوله فان قيل النصرة طاعة الخ) أقول السؤال والجواب مذكوران في النهاية

(وعلى المجوس لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس) روى البخاري أن عمر رضي الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين (وعبدة الاوثان من العجم) وهو بالجر عطفا على أهل الكتاب وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب (وفيه خلاف الشافعي رحمه الله) وكلامه ظاهر (ولنا أنه يجوز استرقاقهم) وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم (لان كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة وأما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه والحال أن نفقته في كسبه فكان اذا

ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس قال (وعبدة الاوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعي هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب فلأن النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف

وهذا قول المصنف (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة في البحرين (قوله وعبدة الاوثان) بالجر أي ويوضع على عبدة الاوثان من العجم (وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا أنا عرفنا جواز تركه) الى الجزية (في حق أهل الكتاب بالقرآن) أعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية (وفي المجوس بالخبر) الذي ذكرناه في صحيح البخاري (فبقي من وراءهم على الاصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم) بجامع أن كلا من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) اما الاسترقاق فظاهر أنه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية (فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين) الحال أن (نفقته في كسبه) فقد أدى حاجة نفسه الينا أو بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج أهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعا لاصولهم في الكفر فكانوا أتباعا في حكمهم فكان الجزية على الرجل واتباعه في المعنى ان كان له أتباع والا فهي عنه خاصة (قوله وان ظهر عليهم) أي على من تقدم ذكرهم من أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أي قبل وضع الجزية (فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية (قوله ولا توضع) الجزية (على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما) يعني مشركي العرب والمرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا في معنى العجم (أما العرب فلأن القرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلأن كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف

استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ) على ما ذكر في الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف أو الاسلام

قال المصنف (فانه يكتسب الخ) أقول دليل على اشتمال ضرب الجزية عليه (قوله فكان اذا كسبه الذي هو سبب حياته الى المسلمين دارة راتبة في معنى أخذ النفس منه حكما) أقول قوله دارة حال وقوله راتبة حال أيضا وقوله في معنى خبر كان ثم أقول وفي الكافي لما جاز استرقاقهم بالاجماع جاز ضرب الجزية عليهم لانهما يعتدلان معنى فالرقيق يصير منادارا كالذمي ورفقه يعود الينا دارة كالجزية تعود الينا راتبة اه فعلم منه أن الاولى للشارح أن لا يذكر دارة (قوله وهذا ليس بدافع الخ) أقول فيه بحث فانه لم لا يجوز أن يقال المراد وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كانوا من أهل النصرة فانها بدل النصرة في حق المسلمين كما سبق آنفا

كسبه الذي هو سبب حياته الى المسلمين دارة راتبة في معنى أخذ النفس منه حكما ونوقض بأن من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل وأجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو أن الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدله وهذا ليس بدافع بل هو مقرر للنقض والصواب أن قبول المحل شرط تأثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمرأة والصبي ليسا كذلك لأن الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله (وان ظهر عليهم) أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أي قبل وضع الجزية عليهم (فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) أي غنيمة للمسلمين لجواز

(زيادة في العقوبة) عليه ولقائل أن يقول هذا منقوض بأهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم فانهم عرفوا النبي معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك أنكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم أوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان وأهل الكتاب والجواب عن الاول أن القياس كان يقتضي أن لا تقبل منهم الجزية الا أنه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية وعن الثاني بان مراده عليه الصلاة والسلام عربي الاصل وأهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب ونوالدوافهم ليسوا بعرب في الاصل وانما العرب في الاصل عبدة الاوثان فانهم أميون وقوله (وجوابه ماقلنا) يريد به قوله لان كفرهما قد تغلظ وقوله (واذا ظهر عليهم) أي على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فيء) الا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام دون ذراري عبدة الاوثان ونسائهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا لآبائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرن عليه بخلاف ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة أبو حي من العرب وقيل المراد بني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب (وقوله لماذكرنا) اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة وقوله (لانها وجبت بدلا عن القتل) يعني في حق المأخوذ منه (أو عن القتال) أي عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب (وعن

زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ماقلنا (واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء) لان أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين (ومن لم يسلم من رجالهم قتل) لماذكرنا (ولا جزية على امرأة ولا صبي) لانها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال (ولا زمن ولا أعمى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير

زيادة في العقوبة) لزيادة الكفر (وعند الشافعي يسترق مشركو العرب) وهو قول مالك وأحمد لان الاسترقاق اتلاف حكما فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون أي الى أن يسلموا وروى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال لا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام أو السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس وقال أو القتل مكان أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لا رق على عربي وأخرجه البيهقي عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على أحد من العرب رق لكان اليوم قال المصنف (وجوابه ماقلنا) يعني من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الاخف منه (قوله واذا ظهر عليهم) أي على مشركي العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فيء) يسترقون لانه عليه الصلاة والسلام استرق ذراري أوطاس وهوازن وأبو بكر استرق بني حنيفة أسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم ان خالد بن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فأخرج السلاح والكراع والاموال والسبي ثم قسم السبي قسمين وأقرع على القسمين فخرج سهمه على أحدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية ويسمى ابنها محمد بن الحنفية قال وحدثني عبد الله بن نافع عن أبيه قال كانت أم زيد بن عبد الله ابن عمر من ذلك السبي وحنيفة أبو حي من العرب سمي به لان جذيمة ضربه حين التقيا فخنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن (٣) نجيمة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون وأما الزنادقة قالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فاخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته فان أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية (قوله ولا جزية على امرأة ومصبي) وكذا على مجنون بلا خلاف لان الجزية بدل عن قتالهم على قول الشافعي أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك (ولا على أعمى أو زمن ولا المفلوج) وعن الشافعي تؤخذ منهم لاعتبارها أجرة الدار (ولا) تؤخذ (من الشيخ الكبير) الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب

(قوله وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجواز استرقاقهم) أقول قوله من العرب بيان للضمير في قوله بينهم وبين عبدة الاوثان قال المصنف (لان أبا بكر رضي الله عنه) أقول الدليل أخص من المدعى ويمكن التعميم بالقياس قال المصنف (استرق نسوان بني حنيفة) أقول قال في القاموس حنيفة كسفينة لقب أثال بن لجيم أبي حي منهم خولة بنت جعفر الحنفية أم محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه

لما بينا وعن أبي يوسف أنه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأى (ولا على فقير غير معتمل) خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل (ولا توضع على المماليك والمكاتب والمدبر وأم الولد) لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك (ولا يؤدى عنهم مواليهم) لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم (ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس) كذا ذكره ههنا وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل

(وعن أبي يوسف تؤخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأى) في الحرب وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله (لما بينا) والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانة (قوله ولا على فقير غير معتمل) أي الذي لا يقدر على العمل وان أحسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته (له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم (ولنا أن عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل) أراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال حدثنا الهيثم بن عدي عن عمر بن نافع قال حدثني أبو بكر العبسي صلة بن زفر قال أبصر عمر شيخا كبيرا من أهل الذمة يسأل فقال له مالك قال ليس لي مال وان الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما أنصفناك أكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب الى عماله أن لا يأخذوا الجزية من شيخ كبير (ولان خراج الارض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس) بجامع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدنيوي (والحديث محمول على المعتمل) بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالاجماع جمعا بين الدليلين فان قلت ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر درهما أخرجه البيهقي لا يقال فنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به لأنا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل اذا كان صحيحا في أكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام (قوله ولا توضع على المماليك والمكاتب والمدبر وأم الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا) وعلى الاعتبار الأول تجب لان المملوك الحربي يقتل (وعلى الاعتبار الثاني لا تجب) لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه فدار بين الوجوب وعدمه (فلا تجب بالشك) والوجه أن يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا فلا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء وهذا ما ذكره فيما يلي هذه المسئلة واذا كان خلفا عن المجموع فلا يحسن قوله فلا تجب بالشك بل لا تجب بلا شك ثم لا يخفى أن ذكر أم الولد ليس على ما ينبغي فان من المعلوم أن لا جزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن (قوله ولا يؤدى عنهم مواليهم) يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز أن يقال انها تؤخذ من مواليهم فيؤدون عنهم فأزال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدى عنهم مواليهم (لانهم تحملوا الزيادة) في الجزية حتى لزمهم جزية الأغنياء (بسببهم) فلا يؤخذ منهم عنهم شئ آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو أنهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شئ آخر وهذا بناء على ان غنى الملاك بهم لانهم مال ويجرون المال بالكسب (قوله ولا توضع على الرهبان) جمع راهب وقد يقال للواحد رهبان أيضا وشرط أن لا يخالط الناس ومن خالط منهم عليه الجزية (هكذا ذكر) القدوري (وذكر محمد عن أبي حنيفة انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل

وقوله (لما بينا) يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله (له اطلاق حديث معاذ) هو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم وحالمة وقوله (وعلى اعتبار الثاني لا تجب) يعني أن الجزية بدل عن الامرين كما مر تقريره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل أيضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله وقوله (لانهم تحملوا الزيادة بسببهم) أي صار مواليهم بسببهم من صنف الاغنياء أو وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شئ واحد وذلك لا يجوز وقوله (ولا توضع على الرهبان) واضح

قال (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) اذا أسلم من عليه الجزية أومات كافرا أوعمى أوصار زمنا أومقعدا أوشيخا كبيرا لايستطيع العمل أوفقيرا لايقدر على شئ وبقيت عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة أو بعدها (خلافا للشافعي رحمه الله له أنها وجبت بدلا عن العصمة أوعن السكنى وقد وصل اليه المعوض) وكل ماوجب بدلا عن شئ وقد وصل اليه المعوض لايسقط عنه العوض بهذا العارض) أى بالاسلام أوالموت (كما في الاجرة والصلح عن دم العمد) فان الذمي اذا استوفى منافع الدار المستأجرة ثم أسلم أومات لاتسقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهي منافع الدار وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم أسلم أومات لايسقط عنه البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما ردد في قوله بدلا عن العصمة أوالسكنى لاختلاف العلماء في أن الجزية وجبت بدلا عما ذا فقال بعضهم (٣٧٤) وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي رحمه الله لان الله تعالى أمر بالقتال ومده الى غاية وهي اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك لايكونون من أهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التي فاتت بأصرارهم على الكفر وقد تقدم وأعيده ههنا توضيحا وذلك لانهم لما صاروا من أهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام بنصرتها ولاتصلح أديانهم لهذه النصرة لان الظاهر أنهم يميلون الى أهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد فأوجب عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فتكون خلفا عن النصرة قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهو الاصح ألا ترى أن الجزية لاتؤخذ من الاعمى والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد مع أنهم مشاركون في السكنى لانه لم يلزمهم أصل النصرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لايؤخذ منهم ما هو خلف عنه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) رواه ابن عباس رضي الله عنهما وهو مطلق فيجرى على اطلاقه بل الانصاف أن المراد به بعد الاسلام لان كل أحد يعلم أن المسلم لاتكون عليه جزية فتعين أن يكون المراد به أنها تسقط بالاسلام اذلو لم تسقط لصدق أن على هذا المسلم جزية

وهو قول أبي يوسف ووجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لاقتل عليهم اذا كانوا لايخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولابد أن يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في أكثر السنة (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي فيهما له أنها وجبت بدلا عن العصمة أوعن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على مسلم جزية

وهو قول أبي يوسف ووجه الوضع انه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل أرض الخراج) من الزراعة (ووجه وضع الجزية عنهم أنه لاقتل عليهم اذا كانوا لايخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل) ولايخفى أن هذا أصل قول الشافعي على ماتقدم أنها عندنا بدل عن نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل عن القتل فأفاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم إياها فتى تخلف أحدهما انتفى وجوبها وعن محمد لاجزية على السياحين قيل يجوز أنه أراد من لايقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز أن يقول هو من لايخالط الناس ومن لايخالط الناس لايقتل (قوله ومن أسلم وعليه جزية) بأن أسلم بعد كمال السنة (سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي فيهما) وكذا لو مات في أثناء السنة أوأسلم وفي أصح قولي الشافعي لايسقط فيهما أيضا قسط مامضى وعلى هذا الخلاف لوعمى أوزمن أوأقعد أوصار شيخا كبيرا لايستطيع العمل أوافتقر بحيث لايقدر على شئ له أن الجزية وجبت بدلا عن العصمة) التي ثبتت للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي (أو) بدلا (عن السكنى) في دار الاسلام كما هو قول آخر له (وقد وصل اليه المعوض) وهو حقن دمه وسكناه الى الموت أوالاسلام وصار بذلك مستوفيا المبدل فتقرر البدل دينا في ذمته (فلا يسقط بهذا العارض) الذي هو موته أواسلامه كسائر الديون من الأجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل أدائه (ولنا ما) أخرجه أبوداود والترمذي عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) قال أبوداود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا أسلم فلا جزية عليه وبهذا اللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس في مسند الطبراني فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة

قال المصنف (ومن أسلم الى قوله خلافا للشافعي فيهما) أقول في وجه الشافعية لو أسلم أومات بعد مضي السنة استوفى ولو مات في أثناء السنة طولب بقسط على أحد القولين (قوله باعتبار الاصل) أقول الذي هو الاسلام لان الدار دار الاسلام (قوله وهو الاصح الخ) أقول بالنسبة الى القول الثاني كما يفهم من دليله وأيضا نحن لاننفي كونها بدلا عن القتل (قوله وهو مطلق الخ) أقول فينفي عنه ابتداء وبقاء

وقوله (ولأنها وجبت عقوبة الخ) ظاهر واعترض بأنه ألحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا تبقى الجزية بعده مع أن كلا منهما في الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب أن أداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الاصول والاسلام ينافي الصغار فتسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع كذلك وقوله (والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قوله إنها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه أن العصمة ثابتة للآدمي من حيث انه آدمي لما مر أنه خلق متعملا أعباء التكاليف فلا يصلح ان تكون الجزية الطارئة بدلا عنها ولقائل أن يقول سلمنا أنها ثابتة للآدمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب أنها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني لأن الاسلام يغني عنها وقوله (والذمي يسكن ملك نفسه) جواب عن قوله أو السكنى ومعناه أن الذمي يملك موضع السكنى بالشراء أو غيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل بسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التأقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل على ان الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما أنه لا يجوز أن تكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز أن تكون بدلا عن النصرة أيضا الا ترى

ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولأنها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى

اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به من جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه بعم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لأن كلا منهما محل الاجماع فان عقلت حكمة فذاك والا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال في خراج الارض لانه مؤنة الارض كي تبقى في أيدينا والمسلم ممن يسعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لأنها اذل ظاهر وشنار وأما الاسترقاق فلأن اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص (قوله ولانها) أي الجزية انما (وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد) وهو يقابل على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الاول ولذا أخذت بطريق الاذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه (فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت) ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامة حد ثبت عليه ولان العقوبة الدنيوية لا تكون الا لدفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق (وقد اندفع بالموت والاسلام) وهذا لا ينافي كونها بدلا أي خلفا عن النصرة لئن كانت عقوبة دنيوية على كفره الذي هو سبب لحرابته دفعا لها باضعافه بأخذها منه وبدلا عن نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفا أيضا عن النصرة انتفت بالاسلام لأن شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام وأما قوله انها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به أو لظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكنى قلنا ان الذمي يسكن ملك نفسه فلا تكون أجرة ولانه بعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكنه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان

أن الامام لو استعان بأهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه أجيب بأنها انما لم تسقط لانه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لأن الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس

قال المصنف (ولا تقام بعد الموت الخ) أقول يعني من قبلنا بل الله يقيمها قال الله تعالى ولنذيقنهم من العذاب الادنى دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون قال المصنف (وقد اندفع بالموت والاسلام) أقول لم لا يجوز أن يكون المقصود دفع شر غيره وذلك لا يندفع بالموت (قوله والاسلام ينافي الصغار الخ) أقول أنت خبير بأن الرق نفسه صغار بل لا صغار فوقه فالاولى أن يجاب بجواب غيره (قوله لما مر أنه خلق متعملا) أقول في أواخر باب المستأمن (قوله ولكنها سقطت بالكفر) أقول كما سبق في باب المستأمن (قوله لا سبيل الى الاول وهو ظاهر) أقول فيه بحث ألا يرى الى قول الشافعي وقد وصل اليه المعوض

قال (فان اجتمعت عليه الحولان) أنث فعل الحولين إما باعتبار حذف المضاف أي اجتمعت جزية الحولين وإما بتأويل السنتين وأتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولابهام في قوله وجاءت سنة أخرى على ما بينه وكلامه واضح وقوله (وقيل لاتداخل فيه بالاتفاق) يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم أرضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز أن لايتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع في حق المسلم أصلا والعقوبات تتداخل وقوله (لهما في الخلافية) أي فيما اذا اجتمع عليه الحولان (أن الخراج وجب عوضا) على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفى كما في سائر الاعواض وقد أمكن لان الفرض أنه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع منه الاسلام (بخلاف ما اذا أسلم) وقوله (ولأبي حنيفة) ظاهر وقوله (على ما بيناه) أراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل أن يقول قد تكرر في كلامهم أنها وجبت بدلا عن النصرة أو السكنى أو العصمة وتكرر أيضا فيه أنها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شئ فيلزم تواردعلتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك أن كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان إيجاب النصرة لغير أهل دينه يستلزم عقوبة لامحالة وقوله (ولهذا) توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب أخذ موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر وقوله (ولانها وجبت بدلا عن القتل) استدلال من جهة اللازم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بينا ممن قبل

(وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله (وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة) أما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لاتداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة أنها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لاتقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي

العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالجزية ويكفي ما ذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن اقامتها وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي الى جرائمه ولا يتمكن من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمته (فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت) أي الجزية أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ولاداعي الى ذلك من أول الامر أو بتقدير مضاف أي جزية حولين ولفظ القدوري فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان (وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة أما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف) فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى (وقيل لاتداخل) فيؤخذ ما مضى (بالاتفاق لهما في الخلافية) وهي تداخل الجزية (أن الخراج) أي الجزية لانها خراج الرأس (وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها) على الوجه المأمور به (تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين) لانه مادام كافرا أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له (بخلاف ما اذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه) لان المسلم لايجب اذلاله بل يجب توقيره وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتحصل منها أعواضا خلاف ما تقدم وانه بقول الشافعي أليق) فان أريد بالاعواض الاجزية الواقعة عقوبة ثم عليهما وجه أبي حنيفة القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار في رمضان مع انها عقوبة وعبادة غير أن المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله (ولهذا الخ) استيضاح على أنها عقوبة يعني (لو بعث بها على يد نائبه لاتقبل منه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي بها بنفسه فيعطي قائما والقابض جالس وفي رواية يأخذ بتلبيبه) وهو ما يلي صدره من ثيابه (ويقول أعط الجزية يا ذمي) وقبولها من النائب يفوت المأمور به من اذلاله عند الاعطاء قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ووجه آخر (أنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل) يعني عن القتل في المستقبل والنصرة في

وقوله (حمله بعض المشايخ على المضي مجازا) قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة أخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لأنها عند آخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لأن مجيء كل شهر بمجيء أوله وأقول في مجوز المجاز أن مجيء الشهر يستلزم مجيء الآخر لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول أولها لان الجزية تجب بأول الحول والتأخير الى آخره تخفيف وتأجيل عند أبي حنيفة وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله (على ما قررناه) اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض الخ ويحتاج الى الجواب عن الزكاة وهو أن الزكاة وجبت في آخر الحول لانها تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الأداء

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان ما يجب على أهل الذمة بسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد إحداثها (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) لان الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا أنهم لا يمكنون من نقلها لانه إحداث في الحقيقة

لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند أبي حنيفة بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فأوجبناه في أوله

﴿فصل﴾ (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد إحداثها (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) لان الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا أنهم لا يمكنون من نقلها لانه إحداث في الحقيقة

المستقبل (لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه) بانقضائه فانقطعت الحاجة فيه الى شيء من الاشياء وفي المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيماء جزية واحدة (ثم قول محمد في الجامع وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على مضي السنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع) في الحولين أو في الجزيتين (فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته) وهو أن يراد دخول أول السنة فان مجيء الشهر بمجيء أوله ومجيء السنة بمجيء أولها والاصح هو هذا (فالوجوب عندنا بأول السنة وعند الشافعي رحمه الله في آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجبت) الجزية (بدلا عنه) وهو النصرة (والقتل لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه) من أن القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى ذلك في المستقبل بخلاف الزكاة لان الوجوب في المال النامي فلا بد من الحول ليتحقق الاستنماء فلم تجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم أقيم الحول مقام النماء لانه الممكن منه فصار المال به نامیا تقديرا

﴿فصل﴾ لما كانت هذه الاحكام تتعلق بالذمي باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك

(قوله ولا يجوز احداث بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة في دار الاسلام) وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفي دياركم مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصنف عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان

كنيسة احداثها فهو نفي بمعنى النهي أي لا تحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذا البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى

قال المصنف (والاصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول) أقول سيجيء في آخر كتاب الكراهية أن في زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح قال المصنف (وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة) أقول قال الاتقاني قياسه ممنوع لان الزكاة تجب بأول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف اه قال الزيلعي ولا يلزمنا الزكاة لأنها انما وجبت في آخر الحول ليتحقق النماء أو هي لا تجب الا في المال النامي اه

﴿فصل﴾ ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام (قوله والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة الى قوله فالمناسبة ظاهرة) أقول فحينئذ يكون كقوله عليه الصلاة والسلام لا رهبانية في الاسلام

والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لأن الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضا لأن فيها بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة

الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار ما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر أن في قرى ديارنا أيضا الاتحدث في هذا الزمان (والمروى عن صاحب المذهب) يعني أبا حنيفة رضي الله عنه كان (في قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل ذمة) بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة في شرحه في كتاب الاجارات الاصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد وان كان هو في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لا يمنعون وأما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا فصار اطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تميم القدوري منعها في دار الاسلام (والصومعة) وهو ما يبنى (للتخلي) عن الناس والانقطاع (فيها) لهم مثلها فيمنع أيضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدوري (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) قال المصنف (لان الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير أنهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث) في ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا التعليل اشارة الى أن ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على أراضيهم سواء كان اماما في زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم قيل أمصار المسلمين ثلاثة أحدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع أهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شئ بالاجماع وما كان فيها شئ من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية يجب وعندنا جعلهم ذمة أمرهم أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول للشافعي ورواية عن أحمد لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على أن الارض لهم والخراج لنا جاز احداثهم وان صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما يوقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا يمنعهم الا أن الاولى أن لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث شئ منها وان وقع الصلح مطلقا لا يجوز الاحداث ولا يتعرض للقديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر أي التجاهر به واظهاره وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنعون انتهى وقال محمد كل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر أو حديقة لهم أظهروا فيها شيأ من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا عن المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيأ من ذلك لم يضمن واعلم أن البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها وأما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة وذكر في الاجارة أنها لا تهدم وعمل الناس على هذا فانا رأينا كثيرا منها توالت عليها الائمة وأزمان وهي باقية لم يأمر بهدمها امام فكان متواترا من عهد الصحابة رضي الله عنهم وعلى هذا لو مصرنا بربرية فيها دير أو كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي أن لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضاء فاداره العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر أنها كانت في الضواحي فأدير السور عليها فأحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام

وقوله (والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة) أي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها أيضا للعبادة (بخلاف موضع الصلاة) أي صلاة الذمي (في البيت) فانهم يمكنون من ذلك (لانه تبع للسكنى) وقوله (والمروى عن صاحب المذهب) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه والمراد بالمروي هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا في الامصار دون القرى

وفى أرض العرب يمنعون من ذلك فى أمصارها وقراها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب

غير جزيرة العرب كلها ينبغى أن لا تهدم لانها ان كانت فى أمصار قديمة فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار وانظر الى قول الكرخى انهم اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا فى كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا فأما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر فى المصر فليس لهم ذلك ولكن ليخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الاحداث (بقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة) قال المصنف رحمه الله (المراد احداثها) وهذا لأن البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة فى الصلح وفى رواية البيهقى تصريح بذلك فى سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام حدثنا عبيد الله بن صالح حدثنا الليث بن سعد حدثنى توبة بن النمر الحضرمى قاضى مصر عمن أخبره عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة قال وروى أبو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبى الخير قال قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا كنيسة فى الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدى فى الكامل بسنده الى عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة فى الاسلام ولا يبنى ما خرب منها وأعل بسعيد بن سنان واذا تعددت طرق الضعيف يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلى عن اتيان النساء (قوله وفى أرض العرب يمنعون من ذلك فى امصارها وقراها) فلا يحدث فيها كنيسة ولا نقر لانهم لا يمكنون من السكنى بها فلا فائدة فى اقرارها الا أن تتخذ دار سكنى ولا يباع بها خمر ولا فى قرية منها ولا فى ما من مياه العرب ويمنعون من أن يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا بخلاف أمصار المسلمين التى ليست فى جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف فى ذلك وذلك (لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب) أخرج اسحق بن راهويه فى مسنده أخبرنا النضر بن شميل حدثنا صالح بن أبى الاحوص حدثنا الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى مرضه الذى مات فيه لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال انبأنا معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بأرض العرب أو قال بأرض الحجاز دينان ورواه فى الزكاة وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فانى مجليكم قال فأجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك فى مرض موته قال الدارقطنى فى علله هذا صحيح ورواه مالك فى الموطا قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر عن ذلك حتى أتاه اليقين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب فأجلى يهود خيبر وأجلى يهود نجران وفدك وفى صحيح البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين الى ريف العراق فى الطول وأما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى أطراف الشام وسميت جزيرة لانحجار المياه التى حواليها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل لان حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الازهرى سميت بذلك لان بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبها الجنوبى وأحاط بالجانب الشمالى دجلة والفرات وقال المنذرى فى مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها وروى أنها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخارى عن

وقوله (فى جزيرة العرب) قيل انما سميت أرض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها

وقوله (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز) ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كأنه قال وكيفية التميز ماذكره في الجامع الصغير الخ والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون مايتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقوله (صيانة لضعفة المسلمين) أي الضعفة في الدين لا البدن أي يفعل ذلك بهم لكي يكونوا في أعين المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام أذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة أجيب بأنهم في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فأمر بذلك بمحضر من الصحابة وكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم أيما دار عمر فالحق معه وقوله (فانه جفاء في حق أهل الاسلام) أي ترك حسن العشرة بأهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بتمييزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنار من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من أعز عدو صديقه فقد أهان صديقه معنى وقوله (أن لا يركبوا الا للضرورة) يعني كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه

قال (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يحملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف) وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولأن المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب أن تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق أهل الاسلام ويجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كي لا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق أن لا يتركوا أن يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا

(قوله كانوا معروفين في المدينة) أقول فيه بحث قال المصنف (أن لا يركبوا الا للضرورة) أقول في فتاوى الامام التمرتاشي قبل آخر الكتاب بورقتين تخميسا وفي شرح الحلواني ولا يمنعون من ركوب الحمار لان ركوب الحمار ذل غير أنه يمنع من أن يضع عليه السرج وكذا لا يمنعون من ركوب البغل لانه تبع الحمار والبرذون بمنزلة الحمار ألا يرى أنه يوضع عليه الاكاف بخلاف الفرس لان ركوبه عز وركوب الجمل جمال يمنعون عنه الا عند الحاجة اليهم بأن يستعين بهم الامام في المحاربة والذب عن المسلمين فلا بأس بأن يركبوا وهذا كله اذا وقع الظفر عليهم ومن عليهم فأما اذا وقع الصلح معهم على بعض هذه الاشياء فانهم يتركون على ذلك اه

العلامة

المغيرة قال هي أرض مكة والمدينة (قوله ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم) نفسهم (وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم) وحاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كي لا يعامل معاملة المسلم في التوقير والاجلال وذلك لا يجوز وربما يموت أحدهم فجأة في الطريق ولا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم صلى الله عليه وسلم بذلك لانهم كانوا معروفين بأعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زي عال على المسلمين واذا وجب التميز وجب أن يكون بما فيه صغار لا إعزاز لان اذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة واذا أمروا (بالكستيجات) وهو خيط في غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم (لان فيه جفاء بالمسلمين) أي إغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين فربما يغرون بجهلهم فيقولون الكفار أحسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب واليه أشار بقوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيها على خسة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شد زنار وهو حاشية رقيقة من الابريسم فمنعهم من لباس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرقيقة أولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكتابهم وادخالهم في المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف أو قريبا منه ولا يركبون الخيل بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا الا اذا خرجوا الى أرض قرية ونحوه أو كان مريضا أي الا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ماذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه أهله وفي بلادنا جعلت

بالصفة التي تقدمت ويمنعون من لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف (ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلما أو سب النبي عليه الصلاة والسلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده) لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضا لانه ينقض إيمانه فكذا ينقض أمانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه

العلامة في العمامة فألزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطرق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كي لا يقف سائل فيدعو لهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين (ويمنعون من لباس يختص أهل العلم والزهد والشرف) وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا أرديتهم كأرديتهم هكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك (قوله ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلما أو زنى بمسلمة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده) فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا وقيد بأدائها لانه لو امتنع من قبولها نقض عهده والشافعي ينقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الاسلام ولا ينقضه بزناه بمسلمة أو أن يصيبها بنكاح أو أن يفتن مسلما عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلما وهو قول مالك وأحد الا أن مالكا قال ينتقض باكراه المسلمة على الزنا أو سبه عليه الصلاة والسلام أو ذكره تعالى بما لا ينبغي فانه يقتل به ان لم يسلم وافقه في هذا الشافعي في قول وأحمد في رواية وللشافعي أيضا فيما اذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه الصلاة والسلام قولان آخران أحدهما لا ينتقض والآخر ينتقض وجه قوله هذا (أنه بذلك ينتقض ايمانه) لو كان مسلما (فينتقض به أمانه اذ عقد الذمة خلف عن الايمان) في افادة الامان فما ينقض الاصل ينقض الخلف الادنى بالطريق الاولى وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر أن رجلا قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته إنا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف (ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر من الذمي) كما هو ردته من المسلم (والكفر المقارن) لعقد الذمة (لا يمنع عقد الذمة) في الابتداء (فالكفر الطارئ لا يرفعه) في حال البقاء بطريق أولى يؤيده ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رهطا من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها وقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا قال صلى الله عليه وسلم قد قلت وعليكم ولا شك أن هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قالوا وحديث ابن عمر اسناده ضعيف وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبه صلى الله عليه وسلم والذي عندي أن سبه صلى الله عليه وسلم أو نسبته ما لا ينبغي الى الله تعالى ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى وتقدس عن ذلك اذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهر ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لان ندفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول واظهار ذلك منه ينافي قيد قبول الجزية دافعا للقتل لانه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا وأما اليهود المذكورون في حديث عائشة فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية بل كانوا أصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشرهم الى ان أمكن الله منهم لانه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من

وقوله (بالصفة التي تقدمت) يعني كهيئة الاكف وقوله (لانه ينقض ايمانه) يعني لو كان مسلما وسب النبي صلى الله عليه وسلم والعياذ بالله نقض ايمانه (فكذا ينقض أمانه) وذمته

قوله (وكذا في حكم ماحمله من ماله) يعني أن الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيأ كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيأ وقوله (الا أنه لو أسر) استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان أصر على ارتداده

﴿فصل﴾ ذكر نصارى بني تغلب (٣٨٢) في فصل على حدة لان لهم أحكاما مخصوصة بهم تخالف أحكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ماذكر أبو يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة ابن النعمان التغلبي أنه قال لعمر يا أمير المؤمنين ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رأيت أن تعطيهم شيأ فافعل قال فصالحهم عمر على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شئ حتى تبلغ أربعين فاذا بلغت أربعين شاة سائمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شئ في ذلك ففي التغلبي مثلها مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شئ وكذلك أراضيهم التي كانت في أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين

قال (ولا ينقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيصار بوننا) لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (واذا انقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ماحمله من ماله الا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد

﴿فصل﴾ (ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة) لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رحمه الله لا يؤخذ من نسائهم أيضا وهو قول الشافعي لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا أنه مال وجب بالصلح

قريظة والنضير وهذا البحث منا يوجب أنه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للامام قتله أو يرجع الى الذل والصغار (قوله ولا ينتقض عهده الا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا) أي أهل الذمة (على موضع) قرية أو حصن (فيصار بوننا لانهم) بكل من الخصلتين (صاروا حربا علينا) وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابتهم (فيعرى عن الفائدة) فلا يبقى (واذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات) واذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته (وكذا في حكم ماحمله من ماله) الى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيأ لعامة المسلمين كالمرتد اذا التحق بمال ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لان الملك لهم حين أخذه فان عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيأ وفي رواية لا ولا يبعد أن يقال انتقاله الى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب ان لم تكن مناخة لدار الاسلام بالاتفاق وان كانت على قولهما وقوله (الا أنه لو أسر يسترق) استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد (بخلاف المرتد) اذا لحق ثم ظهر على الدار فاسر لا يسترق بل يقتل اذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه اذا عاد بعد نقضه وقبلها لانه ما كان التزم بالذمة الاسلام بل أحكامه فجاز أن يعود الى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد أن يعود اليه أما اذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية والله الموفق

﴿فصل﴾ أفرد أحكام نصارى بني تغلب بفصل لان حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب ابن وائل من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه الى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء وفي رواية أبي يوسف بسنده

﴿فصل﴾ ونصارى بني تغلب قال المصنف (يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين) أقول أي من أموال المسلمين على تقدير المضاف والظاهر أنه لا حاجة الى ذلك لاستقامة الكلام بدونه قال المصنف (لان عمر صالحهم الخ) أقول فان قيل هذا الصلح مخالف لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية الخ قلنا ذلك مخصوص بالآيات الدالة على جواز الصلح كما مرت في باب الموادعة (قال المصنف ولنا أنه مال وجب بالصلح) أقول ليس فيما ذكر من قبلنا جواب عما قاله عمر وتأمل أنت فيه

وقوله (والمرأة من أهل وجوب مثله) اى مثل مال وجب بالصلح وقوله (الا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها) أى فيما أخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعد وأخذ التلبيب على ما مر قوله (ويوضع على مولى التغلبي الخراج أى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي) أى لا تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشي وتؤخذ من معتقه فكذلك هاهنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم يؤخذ من التغلبي (٣٨٣) (قوله ولنا أن هذا) أى أخذ مضاعف الزكاة

والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها (ويوضع على مولى التغلبي الخراج) أى الجزية (وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي) وقال زفر يضاعف لقوله عليه الصلاة والسلام ان مولى القوم منهم ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي في حقه

الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر رضي الله عنه إن بني تغلب الحديث الى أن قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى أن يسقط الجزية من رؤسهم اه ففي كل أربعين شاة لهم شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التحقيق من كل وجه أو لا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شئ وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة قال الكرخي وهذه الرواية أقيس وهو قول الشافعي لان الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق يؤيده قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم وقال أصحابنا هو وان كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه (والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية) والمرأة من أهله ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجوب الزكاة عليهم عندنا بخلاف أراضيهم فيؤخذ خراجها لانه وظيفة الارض وليس عبادة لتخص البالغين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكرنا يفيد أنه روعي في هذا المأخوذ جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكاة أما الاول فلانه حقيقة الجزية وأما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية التي وجبت بالصلح وقد علمت أن الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيفما وقع والذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكيفيته هو الجزية التي يبتدئ الامام وضعها شاؤا أو أبوا على ما تقدم (قوله ويوضع على مولى التغلبي) أي معتقه (الخراج أي الجزية وخراج الارض وقال زفر يضاعف) عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه (لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم) وهذا الحديث استدللنا به في الزكاة على حرمان مولى الهاشمي الزكاة فكذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع الاحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكاة من هذا الكتاب (ولنا أن هذا) أي وضع الصدقة لمضاعفة (تخفيف) اذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم في ذلك واستشقاقهم ما سواه (والمولى لا يلحق بالاصل فيه) أي في التخفيف ألا ترى أن الاسلام أعلى أسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى (بخلاف حرمة الصدقات)

(تخفيف) يعني لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لا يلحق بالاصل فيه) أي في التخفيف (ولهذا) أي ولكون المولى لا يلحق بالاصل في التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا) ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وان كان الاسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هي تخفيف بالتخليص عن التدنس بالآثام وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي أجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ وقوله (في حقه) أي فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة

(قال المصنف والمرأة من أهل وجوب مثله) أقول لعل لفظ مثل مقحم (قوله فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ الخ) أقول فيه بحث فان الاثم ليس بثابت قبل الحرمة حتى يتخلص بها عنه بل ثبوته بها فالحرمة ليست بتخفيف بل تغليظ على ما لا يخفى والقول بأن المراد اظهار حرمة الصدقة لا يناسب المقام ثم إن المولى انما لا يلحق بالاصل في التخفيف اذا كان المولى من أهل التغليظ كما فيما نحن فيه وليس مولى الهاشمي كذلك والحق أن قول المصنف بخلاف حرمة الصدقة ليس جوابا عما ذكره الشارح (قوله وقوله في حقه أي فيما هو حق مولاه) أقول الاظهر أن يقال أي في حق حرمة الصدقة وأمر التذكير والتأنيث سهل فان الحرمة في تأويل أن يحرم أو الحرمان

قوله مائة وعشرين صوب العلامة البحراوي نقلا عن النهر مائة وأحدا وعشرين اه كتبه مصححه

والعلة المذكورة وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة فأجاب بقوله (لان الغنى من أهلها) أي من أهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له اذا كان عاملا (وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى وأما الهاشمي فليس بأهل لها أصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه) ويجوز أن يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغني لغناه وفي الحاق مولاه به (٣٨٤) لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو أنه غير مجرى على عمومه فان مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالاجماع فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسي القياس في الكل سواء وهو أن لا يلحق مولى القوم بهم الا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روى أن أبا رافع سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحل له الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شئ وقوله (وما جباه الامام) أي جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع

ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغنى من أهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به مولاه قال (وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين

على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم (والحرمات تثبت بالشبهات فألحق مولى الهاشمي به) وينقض بمولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم تتعد اليه فقال (لا يلزم لان الغنى من أهل الصدقة) في الجملة ألا ترى أنه لو كان عاملا عليها أعطى كفايته منها (وانما الغنى مانع) من الاسقاط عن المعطى له شرعا تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص السيد (أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلا لشرفه وكرامته) لانسا خها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا (فألحق به مولاه) لان التكريم أن لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم أجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاءة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه أيضا وهو أنه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف الى المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد الى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الاسفل تنسب الى مولاه ووجه آخر بأن القياس أن لا يكون المولى منهم ولا ملزوما لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث به في منع الزكاة وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وان مولى القوم منهم فاذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكاة وأما الجواب بان قيل لم يوافق زفر أحد من الفقهاء فقيل بل قوله مروى عن الشعبي (قوله وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور) وهي مواضع يخاف هجوم العدو فيها من دار الاسلام (وبناء القناطر والجسور) وهي ما توضع وترفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع (ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم وتدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) فانه تجب نفقتهم عليهم فلو لم يكفوهما من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا (لانه مال بيت المال لانه وصل الى المسلمين من غير قتال) وما كان كذلك فهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال واذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد أبي شجاع أنه يعطى أيضا للمعلمين والمتعلمين وبهذا تدخل طلبة العلم

(قوله لا يزداد غنى) أقول فيه بحث فانه لو ازداد غنى لا يفيد أيضا اذ لا تعلق له بالالحاق والجواب منع ذلك فان الغنى من الوجه المشروع محمود فتأمل (قوله فوجب التأويل بانه محمول على التعاون والتناصر الخ) أقول فان قيل النبي عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا ما نحن فيه أيضا كذلك حيث يدل على أن المعتق عاقلة المعتق فان العقل باعتبار النصرة (قوله الا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روى أن أبا رافع رضي الله عنه الخ) أقول الاظهر أن يقال على ما روى أو نحو هو ثم أقول فيه بحث لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب الا أن يمنع العموم مستندا بأنه مجمل فليتأمل

(قوله وهؤلاء عملتهم) أى القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل (قوله فلاشئ له من العطاء) العطاء ما يكتب للغزاة فى الديوان ولكل من قام بأمر من أمور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس وفى الابتداء كان يعطى كل من كان له

وهؤلاء عملتهم ونفقة الذرارى على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال (ومن مات فى نصف السنة فلاشئ له من العطاء) لأنه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وأهل العطاء فى زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى والله أعلم

﴿باب أحكام المرتدين﴾

قال (واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه) لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره بأحسن الامرين الا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته

العلم بخلاف المذكور هنا لانه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين (قوله ومن مات فى نصف السنة فلاشئ له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولكونه صلة سمى عطاء فلا يملك قبل القبض) فلا يورث (ويسقط بالموت) وهذا لأنه مات قبل تأكد حقه بمجىء وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجرى فيه الارث كسهم الغازى فى دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تأكد سهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما أسلفناه وتقييد محمد رحمه الله فى الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بأنه اذا مات آخرها يعطى ورثته وقالوا لا يجب أيضا ولكن يستحب لأنه أوفى عناءه أى تعبه فى عمل للمسلمين فيستحب أن يعطى وعلل شمس الأئمة عدم وجوب اعطائه بعد ما تمت السنة أيضا بما ذكرنا فى نصفها فأفاد أنه لم يتأكد الحق بعد ما تمت السنة أيضا معولا على أنه صلة فلا يملك قبل القبض وهذا يقتضى قصر الارث على حقيقة الملك والوجه يقتضى وجوب دفعه لورثته لان حقه تأكد باتمام عمله فى السنة كما قلنا انه يورث سهم الغازى بعد الاحراز بدار الاسلام لتأكد الحق حينئذ وان لم يثبت له ملك وقول فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك الى ورثته فاما قبل ذلك فلا الا على قدر عنائه يقتضى أن يعطى حصته من العام ثم قيل رزق القاضى ومن فى معناه يعطى فى آخر السنة ولو أخذ فى أولها ثم مات أو عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقى وقيل على قياس تجهيز المرأة النفقة لا يجب وقال محمد أحب الى رد الباقى كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع فى الهبة ذكره فى جامعى قاضيخان والتمرتاشى والعطاء هو ما يثبت فى الديوان باسم كل ممن ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية فى عرفنا الا أنها شهرية والعطاء سنوى

﴿باب أحكام المرتدين﴾

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلى شرع فى بيان أحكام الكفر الطارئ والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام (قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة) أبداها (كشفت عنه لانه عساه اعترته) أى عرضت له (شبهة فتزاح عنه وفيه دفع شره بأحسن الامرين) وهما القتل والاسلام وأحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدورى وجوب العرض قال (الا أن العرض على ما قالوا) أى المشايخ (غير واجب) بل مستحب (لان الدعوة قد بلغته) وعرض الاسلام

ضرب مزية فى الاسلام كأزواج النبى صلى الله عليه وسلم وأولاد المهاجرين والانصار وكذلك لو مات فى آخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسئلة فى نصف السنة لانه لو مات فى آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد أوفى عناءه فيستحب الصرف الى قريبه ليكون أقرب الى الوفاء

﴿باب أحكام المرتدين﴾

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلى ذكر فى هذا الباب أحكام الكفر الطارئ لأن الطارئ انما هو بعد وجود الاصلى وكلامه واضح وقوله (الا أن العرض على ما قالوا غير واجب) ظاهر المذهب قال فى الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين هكذا روى عن عمر لأن رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهة

﴿باب أحكام المرتدين﴾

قال المصنف (الا أن العرض على ما قالوا غير واجب) أقول قوله على ما قالوا متعلق بغير واجب المقدر

قال (ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبى قتل) وتأويل الاول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي ان على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاثة ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد

هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة (قوله ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم) فيها (والا قتل) وهذا اللفظ أيضا من القدوري يوجب وجوب الانتظار ثلاثة أيام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله (وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبى قتل) أي مكانه فانه يفيد أن إنظاره الايام الثلاثة ليس واجبا ولا مستحبا وانما تعينت الثلاثة (لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار) بدليل حديث حبان بن منقذ في الخيار ثلاثة أيام ضربت للتأمل لدفع الغبن وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح ان سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني وهي الثالثة الى قوله قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر رضي الله عنه أن رجلا أتاه من قبل أبي موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال له هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال اللهم اني لم أحضر ولم آمر ولم أرض أخرجه مالك في الموطا لكن ظاهر تبري عمر رضي الله عنه يقتضي الوجوب ثم قال المصنف (تأويل الاول) وهو قول القدوري الدال على وجوب امهال الايام الثلاثة (أن يستمهل فيمهل) وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام لان الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب علينا ازالة تلك الشبهة أو أنه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استمهل كان على الامام أن يمهله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة أيام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر المذكور الدال على الوجوب تأويله أنه لعله طلب التأجيل (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي أن على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرناها بثلاثة أيام) لما ذكرنا والصحيح من قولي الشافعي أنه ان تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ رضي الله عنه وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان أريد به عدم وجوب الانظار فكما ذهبنا والاستدلال مشترك ومن الادلة أيضا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان أريد به نفي استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التأخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضي الله عنه وقول المصنف (وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لامر موهوم) ليس بجيد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلاثة أيام وهو يخالف المذهب ويخالف ما ذكرنا من أنا لا نسلم أن الامر المطلق لا يقتضي الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم أن الاوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء في قوله فاقتلوه لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار أن المعلول لا يتأخر عن العلة قلنا المعلول وهو الحكم الشرعي وهو ايجاب قتله لم يتأخر عن علته المثيرة له وهي كفره وأما ايجاب الامتثال على الفور فشيء آخر (ولا فرق) في وجوب قتل المرتد (بين كون المرتد حرا أو عبدا) وان كان يتضمن قتله ابطال حق المولى بالاجماع

(واطلاق

وقوله (وتأويل الاول) يعني به (قوله ويحبس ثلاثة أيام (أنه يستمهل) أي يطلب المهلة فيحبس ثلاثة أيام وأما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا بأس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير أجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ورد فيه لان التقدير بثلاثة أيام هناك انما كان للتأمل والتقدير بها ههنا أيضا للتأمل وقوله (ولانه كافر حربي) بيانه أنه كافر حربي لا محالة وليس بمستأمن لانه لم يطلب الامان ولا ذمي لانه لم تقبل منه الجزية فكان حربيا

(قوله الا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة) أقول تعليل لقوله يستحب أن يستتاب (قوله أجيب بأن هذا الخ) أقول فيه تأمل فان المهلة في الخيار لدفع احتمال الغبن وهو مفقود في المرتد مع أن مدة الخيار عندهما غير مقتصرة على ثلاثة أيام قال المصنف (وهذا لأنه لا يجوز الخ) أقول بخلاف ما اذا استمهل فان الاسلام حينئذ لا يكون موهوما فان الاستمهال للتأمل ودلائل الاسلام ظاهرة ولكن بقي ههنا بحث من وجهين أما أولا فلان هذا التعليل يقتضي كراهية الامهال ثلاثة أيام وهو خلاف المذهب وأما ثانيا فلان الامر لا يدل على الفور الا اذا خيف الفوات الا أن يقال الفور يفهم من الفاء في فاقتلوه

وقوله (لاطلاق الدلائل) يعنى قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه (وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها) يعنى بعد الاتيان بالشهادتين

لاطلاق الدلائل وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال (فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شئ على القاتل) ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب

(واطلاق الدلائل) التى ذكرناها (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له) قيل هو أن يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وأنا برئ من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد أن يأتى بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت الائمة الثلاثة (ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود) وفى شرح الطحاوى سئل أبو يوسف عن الرجل كيف يسلم فقال يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ من الدين الذى انتحله وان شهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وقال ولم أدخل فى هذا الدين قط وأنا برئ منه أى من الدين الذى ارتد اليه فهى توبة انتهى وقوله قط يريد به معنى أبدا الان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفى شرح الطحاوى اسلام النصرانى أن يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودى كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا فى كل ملة وأما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق أنه رسول الله ولا يتم الاسلام به هذا فيمن بين أظهرنا منهم وأما من فى دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مسلم أو قال دخلت فى دين الاسلام أو فى دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا أتى بالشهادتين لان فى ذلك الوقت ضيقا وقوله هذا انما أراد به الاسلام الذى يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته أيضا وكذا ثالثا ورابعا الا أن الكرخى قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب فى الحال ولا يؤجل فان تاب ضرب ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلى سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخى هذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا وماذكر الكرخى مروى فى النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى أن تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وعن ابن عمر وعلى رضى الله عنهم لا تقبل توبة من كرر ردته كالزنديق وهو قول مالك واحمد والليث لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لن تقبل توبتهم الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله تعالى ثم ازدادوا كفرا وفى الدراية قال فى الزنديق لنا روايتان فى رواية لا تقبل توبته كقول مالك وأحمد وفى رواية تقبل كقول الشافعى وهذا فى حق أحكام الدنيا أما فيما بينه وبين الله جل ذكره اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وما عن أبى يوسف لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة فسره بأن ينتظر فاذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذى بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز (قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه) أو قطع عضوا منه (كره ذلك ولا شئ على القاتل) والقاطع (لان الكفر مبيح) وكل جناية على المرتد هدر (ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب) فهى كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفى شرح الطحاوى اذا فعل ذلك أى القتل أو القطع

قال المصنف (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام) أقول قال الكاكى وفى المنية هو أن يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وأنا برئ من كل دين سوى دين الاسلام والاقرار بالبعث والنشور مستحب اه قال الاتقانى نقل الناطفى فى الاجناس عن كتاب الارتداد للحسن فان تاب المرتد وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفى كل مرة طلب من الامام التأجيل أجله الامام ثلاثة أيام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التأجيل فانه لا يؤجله فان أسلم والا قتل وقال الكرخى فى مختصره فان رجع أيضا عن الاسلام فأتى به الى الامام بعد ثلاثة استتابه أيضا فان لم يتب قتله ولا يؤجله فان هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله حال انسان قد أخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعد ما خلى سبيله فعل به مثل ذلك أبدا ما دام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا أن يأبى أن يسلم وقال أبو الحسن الكرخى رحمه الله وهذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا اه وفى معراج الدراية وفى الزنديق لنا روايتان فى رواية لا يقبل توبته كقول مالك وأحمد وفى رواية تقبل كقول الشافعى اه

(وأما المرتدة فلا تقتل) فان قتلها رجل لم يضمن شيأ حرة كانت أو أمة قال في النهاية كذا في المبسوط وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة) وكل ما هو جناية متغلظة (يناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب أن تشاركها في موجبها) لأن الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر لانه اثبات ما يدرأ بالشبهات بالرأي (٣٨٨) (ولنا أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) ولان القتل جزاء الكفر

(والأصل في الاجزية تأخيرها الى دار الجزاء وهي الآخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذي هو من الله تعالى اظهار عمله لان الناس يمتنعون خوفا من لحوقه فصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه اخلال بالابتلاء (وانما عدل عنه) أي عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها (دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء) لأن بنيتهن غير صالحة لذلك (بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية) والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها بمجرد الردة بل لأنها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهي تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقتلها والجواب عما روي أنه ليس بمجرى على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا أسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخصص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى

(وأما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعي تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية

بغير اذن الامام أدب (قوله وأما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس أبدا حتى تسلم أو تموت) ولو قتلها قاتل لا شيء عليه لأحد حرة كانت أو أمة ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية (ويروى) عن أبي حنيفة أنها (تضرب في كل أيام) وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا الى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود إنه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كي لا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى مولاها فيجعل حبسها ببيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المصنف (جمعا بين الحقين) يعني حق الله تعالى وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة مادامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن أبي حنيفة في النوادر تسترق في دار الاسلام أيضا قيل ولو أفتي بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء بالردة من اثبات الفرقة وينبغي أن يشتريها الزوج من الامام أو يبيعها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيأ للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتدع قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها وأبقوا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى أن يشتريها من الامام وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصنف على خلاف الشافعي قال (لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة) هي جناية الكفر (وجناية المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها) وهو القتل (ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) كما مر في الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة أصليا وعارضا وثبت تعليله صلى الله عليه وسلم بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا لعموم ما رواه بعد أن عمومه مخصص عن بدل دينه من الكفر

(قال المصنف ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء الخ) أقول لكنه مخصوص فانها اذا قتلت نفسا بحديدة عمدا تقتص فجاز تخصيصه بالقياس الذي ذكره الشافعي (قوله لان تعجيلها يخل الى قوله لان الناس الخ) أقول تعليل لقوله يخل بمعنى الابتلاء الخ (قوله خوفا من لحوقه) أقول أي لحوق الجزاء في الدنيا قال المصنف (وانما عدل عنه الخ) أقول قال ابن الهمام لا جزاء على فعل الكفر فان جزاءه أعظم عند الله تعالى من ذلك اه فيه كلام لانه يأباه ظاهر قوله وانما عدل عنه

قال (ولكن تحبس حتى تسلم) لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد (وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت أو أمة والامة يجبرها مولاها) أما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الاسلام

الكفر الى الاسلام وماذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو أن الأصل في الاجزية أن تتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة هذه الدار لها فهذه دار أعمال وتلك دار جزاء ثم اوكل جزاء شرع في هذه الدار ماهو الاصالح تعود البنا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والأنساب والاموال فكذا يجب في القتل بالردة أن يكون لدفع شر حرابه لاجزاء على فعل الكفر لان جزاءه أعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتأتى منه الحراب وهو الرجل ولهذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بأنهن لم تكن تقاتل على ماصح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأي وتبع تقتل لارتدتها بل لأنها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حبست (لانها امتنعت عن أداء حق الله تعالى بعد أن أقرت به فتحبس كما في حقوق العباد) وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي بلاغات محمد قال بلغنا عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست وأما ماروى الدارقطني عن جابر أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرض عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فضعف بعمر بن بكار وأخرجه أيضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها الاسلام فأبت أن تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله بن أذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل وقال عبد الله ابن عطارد ابن أذينة منكر الحديث وروى حديث آخر عن عائشة ارتدت امرأة يوم أحد فأمر عليه الصلاة والسلام أن تستتاب فان تابت والا قتلت وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه انه يضع الحديث مع أنها معارضة بأحاديث اخر مثلها وأمثل منها ما أخرجه الدارقطني عن أبي رزين عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عبس الجزري قال الدارقطني كذاب يضع الحديث وأخرج ابن عدي في الكامل عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة مايرويه غير محفوظ وأخرج الطبراني في معجمه حدثنا الحسن بن اسحق التستري حدثنا هرم بن معلى حدثنا محمد ابن سلمة عن الفزاري عن مكحول عن أبي طلحة اليعمري عن أبي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن أيما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وأيما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان أبت فاستتبها وتقدم رواية أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس رضي الله عنهما فأسند الدارقطني عن ابن معين أنه قال كان الثوري يعيب على أبي حنيفة حديثا كان يرويه عن عاصم عن أبي رزين لم يروه أحد غير أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رزين مدفوع بأنه أخرجه الدارقطني عن أبي مالك النخعي عن عاصم به فزال انفراد أبي حنيفة الذي ادعاه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر أنه أمر في أم ولد تنصرت أن تباع في أرض ذات مؤنة عليها ولا تباع في أهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير أهل دينها وأخرج الدارقطني عن علي رضي الله عنه المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس

وقوله (ولكن تحبس) ظاهر وأعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة والأمة وقوله (والأمة يجبرها مولاها) قال أبو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وأمره القاضي أن يجبرها على الاسلام قال المصنف (أما الجبر فلما ذكرنا) يعني أنها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار (ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين) أي الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهي رواية الجامع الصغير وشرطها في رواية قال فخر الاسلام رحمه الله والصحيح أنها تدفع الى المولى احتاج اليها أو استغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والأمة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد أجيب بأن العبد اذا أبى قتل فلا فائدة في الدفع الى المولى

قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى) أى موقوفا الى أن يتبين حاله (فان أسلم عادت على حالها قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج) وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن من اقامة موجب التكليف الا بالملك فيبقى ملكه (الى أن يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) والجامع أن كلا منهم مكلف مباح الدم (وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا) بدليل انه يقتل (ولا قتل الا بالحراب) فكان القتل ههنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفانى وقد تحقق الملزوم (٣٩٠) بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا (وهذا) أى كونه حربيا مقهورا تحت أيدينا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) لان المقهورية امارة المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غير أنه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده مرجو) وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حى مكلف يحتاج الى ما يتمكن به من أداء ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول ملكه وبالنظر الى الثانى لا يزول (فتوقفنا فى أمره) وقلنا بزوال موقوف (فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه) لا يقال اذا كان كذلك كان الواجب أن لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل فى غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا تساوى الجهتان وأفضى الى الشك وههنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما قيد بقوله فى حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله ثم

قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى فان أسلم عادت على حالها قالوا هذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يزول ملكه) لانه مكلف محتاج فالى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير أنه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا فى أمره فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

(قوله ويزول ملك المرتد عن أملاكه زوالا مراعى) أى موقوفا غير بات فى الحال (فان أسلم عادت أمواله على حالها) الاول (وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم) الحاكم (بلحاقه استقر أمره فعمل السبب) وهو كونه كافرا حربيا (عمله) مستندا الى وقت الردة كالمشترى بشرط الخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستندا الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعى يقتضى أنه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع فى الهبة وبه صرح بعض الشارحين حين ورد عليه أن لا معنى للزوال المراعى والموقوف لانه إما أن يزول أولا فأجاب بأنه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعا والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع (قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه) والاصح من قول الشافعى مثل قوله وبه قال مالك وأحمد فى رواية وقولهما قول آخر للشافعى وجهه (أنه مكلف محتاج) ولا يتمكن من اقامة التكليف الا بماله وأثر الردة فى اباحة دمه لا فى زوال ملكه فان لم يقتل يبقى ملكه وصار (كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) لا يزول ملكه ما لم يقتل (ولابى حنيفة أنه كافر حربى مقهور تحت أيدينا الى أن يقتل) والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف فى المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) ومقتضى هذا أن يزول فى الحال على البتات (الا أنه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه) لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه وأنس به نسأل الله حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام (فتوقفنا فى أمره فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم) وهو زوال الملك (وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب) عمله وان ثبت منه أحد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى أن الحرابة لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربى يملك غير أن مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فكون المرتد حربيا قصارى ما يقتضى زوال عصمة ماله ونفسه تبعا وهو لا ينفى قيام الملك فى الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا زاد قوله مقهورا تحت أيدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم أن حقيقة المراد أن بالردة يزول ملكه زوالا بائنا فان استمر حتى مات حقيقة أو حكما بالحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة وان عاد عاد الملك وهما هر بامن الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فيقول أبو حنيفة ان الردة لما اقتضت الزوال والاجماع على أنه ان عاد وماله قائم كان أحق به وجب أن يعمل بهما فيقول بالردة يزول

(قوله وعندهما لا يزول لانه الخ) أقول منقوض بملك المرقوق كما يشير اليه دليل أبى حنيفة (قوله والجامع أن كلا منهم الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته) أقول قوله ومالكيته كأنه عطف تفسيرى (قوله يستلزم ارتفاع الملك الخ) أقول لعل المراد ارتفاع اضافة الملك اليه والا فظاهر أن الملك نفسه غير مرتفع

قال (وان مات أوقتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيأ) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد كلاهما لورثته) وقال الشافعي كلاهما في ء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فيأ ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتبارا للاستناد

ثم بالعود يعود شرعا هذا بعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ أبو نصر البغدادي إن أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعاته من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فتعتبر من الثلث ووجه قول محمد أنه في معرض التلف فهو آيس من المريض حالا وأبو يوسف يمنعه ويقول المرتد متمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه (قوله وان مات أو قتل على ردته أو حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيأ) لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا كلا الكسبين لورثته وقال الشافعي) ومالك وأحمد (كلاهما في ء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر) اجماعا (فبقي مال حربي لا أمان له) لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب (فيكون فيأ ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه) من أنه مكلف محتاج الى آخره (فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم) وهذا لا ينتهض على الشافعي الا اذا بينا لمية الاستناد وهو أن يقال إن أخذ المسلمين له اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته والا كان توريث الكافر من المسلم ويحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام أو نقول استحقاق المسلمين له بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة فكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالأخ الشقيق مع الاخ لأب قال تعالى أو من كان ميتا فأحييناه (ولابي حنيفة) ما قالاه في وجه التوريث الا (انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة) وهي الموت فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بمجرد ردته زال ملكه فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له ليمكن استناد التوريث فيه الى ما قبيل موته الحكمي أعني الردة لانه انما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر أن الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلافي المتقدم وهو أن المرتد تزول املاكه بالردة المستمرة على ما حققناه عنده وعندهما لا تزول حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكمي باللحاق واذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والفرض أن له مالا مملوكا فلا بد من ارثهم له وارثهم يستدعي استناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبارا ما اكتسبه في زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد وان كان معدوما حسا وقتئذ والله أعلم (قوله ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة) بأن كان حرا مسلما (وبقي كذلك الى وقت موته) أو لحاقه (في رواية عن أبي حنيفة) رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار الاستناد في الارث فان المستند لابد أن يثبت أولا ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة

منه من وقت الاسلام (ولابي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الاستناد) أي استناد التوريث (في كسب الاسلام لوجوده) أي لوجود الكسب (قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها) أي لعدم الكسب قبل الردة (ومن شرطه وجوده) قبلها أي ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز (ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته) حتى لو حدث له وارث بعد الردة بأن أسلم بعض قرابته أو ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه (في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) وهي رواية الحسن عنه (اعتبارا للاستناد) يعني ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلأجل هذا شرط أن يكون وارثا الى وجود أحدهما

(قوله ويستند يعني التوريث) أقول فيه بحث فان المرتد قبل ردته حي حقيقة وحكما فكيف يستند اليه التوريث فانه يستلزم تقدم الحكم على السبب فليتأمل في جوابه فالشرع جعل السبب هو الجزء المقدم على الردة من الزمان لئلا يلزم توريث المسلم من الكافر

(وعنه) أي عن أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف (أنه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته) أي بموت الوارث (بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت) في التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك (وعنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن محمد قيل وهو الاصح (أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) يعني أحد الامور الثلاثة سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعده (لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة

وعنه أنه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة

استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو أسلم بعض قرابته أو ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية (وعنه أنه يرثه من كان وارثا عند الردة) فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن أبي يوسف عنه (فلا يبطل استحقاقه) أي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث أو ردته بعد ردة أبيه (بل) اذا مات أو ارتد (يخلفه وارثه) وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية عول الكرخي لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث (وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) واللحاق وهي رواية محمد عنه قال في المبسوط وهذا أصح (لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده) ألا ترى أن الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن الا أنها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع فلو كان من بحيث يرثه كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو أسلم ورثه وهو قول أبي يوسف ومحمد الا أن الكرخي حكى بينهما خلافا في اللحاق فعند أبي يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد يوم اللحاق لا الحكم وجه أبي يوسف أن العارض يعني الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء ووجه محمد أن اللحاق تزول به العصمة والامان والذمة في حق المستأمن والذمي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فتؤدى الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال أداء الكتابة وجوابه من قبل أبي يوسف أن اللحاق ليس حقيقة الموت المأيوس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بل قضاء بل في حكمه لانقطاع ولايتنا عنه وأحكامنا فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن يتأكد وذلك بالحكم به (قوله وترثه امرأته) أي المرأة المسلمة (اذا مات أو قتل) أو لحق بدار الحرب (وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة) وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهي في العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال في ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق قصارها أن يجعل بالردة كأنه طلقها والفرض أنه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار فالتحقيق أن يقال بالردة كأنه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصراره على الكفر مختارا في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت قتلا أو حتف أنفه أو بلحاقه فيثبت حكم الفرار وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنها ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته وبه قال أبو يوسف وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط وهي رواية أبي يوسف وما في الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقائه بالصفة الى الموت أو على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشتراط قيام العدة يقتضي أنها موطوءة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك وذلك أن بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير أجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما

تعتد

ترثه سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن أجيب بأن الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها وأما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة

وقوله (بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رضي الله عنه) فان ما اكتسبه في حال ردته فهو فيء عنده وفرق بينهما بقوله لانه لاحراب منها ومعناه فلا قتل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه أن عصمة المال تبع لعصمة النفس و بالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها (وبرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة) والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا مات وهي في العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ثم ههنا العدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما أشار اليه بقوله (لقصدها ابطال حقه) وبيانه أن حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا) ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي بلحاقه (عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و يرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال (وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين) وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الاسلام

تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتقض سببه للارث اذا لم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت و بهذا أيضا الارث المنقضية عدتها (قوله والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها) اذ المرأة لاحراب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة (فلم يوجد سبب الفيء) وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبي اسلامها وردتها على ملكها فيرثهما ورثتها (بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله) فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال أو في المآل باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تحت أيدينا فلا يورث (قوله و يرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة) فماتت من ذلك المرض أو لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وهي في العدة بخلاف ما قررناه في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته كمباشرته لسبب مرض موته ثم باصراره جعل مطلقا في مرضه فاذا مات ثبت حكم الفرار (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت ديونه) المؤجلة (ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين) باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في أيام ردته على قولهما كما مر ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام وأما ما أوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف وذكر الولوالجي أن الاطلاق قوله وقولهما أن الوصية بغير القربة لا تبطل لان لبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند أبي حنيفة تتوقف فكذا هنا قيل وأراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة والمغنية وقال الطحاوي لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا أن تنفيذ الوصية لحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه آنفا (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يبقى ماله موقوفا) ويحفظه الحاكم الى أن يظهر موته بغلبة أو يعود مسلما فيأخذه (لانه) أي اللحاق (نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الاسلام

التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين) عندنا (وقال الشافعي رضي الله عنه يبقى ماله موقوفا) وهو أحد أقواله (لانه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الاسلام) والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا

قال المصنف (و يرثها زوجها المسلم ان ارتدت) أقول وفيه أنه يلزم توريث المسلم من الكافرة وأجيب بان ردتها في حكم العدم واسلامها باق حكما لانها بعد الردة تجبر على الاسلام وتحبس وباعتبار الجبر والحبس كأنها مسلمة الى هذا أشار في المبسوط

ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب حقيقة وحكما أما حقيقة فلانه بين أظهرهم واعتقاده كاعتقادهم وأما حكما فلانه لما أبطل احرازه نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب صار حربا على المسلمين فأعطى حكم أهل الحرب فى دار الحرب وهم كالميت فى حق المسلمين قال تعالى أو من كان ميتا فاحييناه ولان ولايته الالزام منقطعة عنهم (كما هى منقطعة عن الموتى الا أن لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضى لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته الحكمى تثبت الاحكام المتعلقة به وهى ماذكرناها) يعنى قوله عتق مدبروه الخ (كما فى الموت الحقيقى) (قوله ثم يعتبر) ظاهر والضمير فى لتقرره للحاق وقيل للسبب وهما متقاربان (قوله هذا رواية عن أبى حنيفة) هو رواية زفر رحمهما الله وقوله (وعنه) أى عن أبى حنيفة رضى الله عنه (أنه يبدأ بكسب الاسلام) وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة (قوله وعنه) أى عن أبى حنيفة أيضا وهو رواية أبى يوسف عنه (على عكسه) وهو أن يبدأ فى قضاء الدين بكسب الردة (قوله وجه الاول أن المستحق بالسببين) أى المداينتين (مختلف) وتقريره أن المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من أدائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذى

ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات فى حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هى منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا أنه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضى لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهى ماذكرناها كما فى الموت الحقيقى ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه فى قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال أبو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على هذا الخلاف (وتقضى الديون التى لزمته فى حال الاسلام مما اكتسبه فى حال الاسلام ومالزمه فى حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه فى حال ردته) قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول أن المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذى

وهذا لأن الدار عندهم واحدة (ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات فى حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام أحكامه عنهم كما هى منقطعة عن الموتى) بخلاف الغيبة فى بلدة أخرى من دار الاسلام فان أحكام الاسلام وولاية الزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقا على القضاء بشئ من هذه الاحكام المذكورة فى الصحيح لأن القضاء بشئ منها يكفى بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا اذا لحقت الحربية فلزوجها أن يتزوج بأختها قبل انقضاء عدتها ولأنه لا عدة على الحربية من المسلم لان فى العدة حق الزوج وتباين الدارين منافيه ولو سبيت أو عادت مسلمة لم يضر نكاح أختها الأن العدة بعد أن سقطت لا تعود (ثم المعتبر فى كون الوارث وارثا عند اللحاق فى قول محمد لانه السبب والقضاء انما لزم لتقرره بقطع الاحتمال) أى احتمال عوده أى اللحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان مستقرا وهو أمر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر (وعند أبى يوسف) يعتبر كونه وارثا (وقت القضاء) حتى لو كان من بحيث يرث وقت الردة كافرا أو عبدا ووقت القضاء مسلما معتقا ورث عند أبى يوسف لا عند محمد وهذا (لأنه) أى اللحاق انما (يصير موتا بالقضاء) لانه بمجرده غيبة فتقررها بالقضاء به وبتقرره يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقدمنا تمام وجهى القولين (والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على هذا الخلاف) فى المرتد وعلى الاحكام التى ذكرناها من عتق مدبريها وحلول ديونها (قوله وتقضى ديونه التى لزمته فى حال الاسلام مما اكتسبه فى حال الاسلام وديونه التى لزمته فى حال ردته مما اكتسبه فى حال ردته) وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شئ ورثته الورثة والا لا يرثون شيأ ولو فضل عن ديون الردة شئ من كسب الردة عند أبى حنيفة أنه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رحمه الله (وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبى حنيفة) قيل رواها زفر عنه ولم ينسب الكرخى هذا الى أبى حنيفة بل قال وقال زفر والحسن ما لحقه فى حال الاسلام الى آخره (وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام) فيقضى منه الدينان جميعا فان وفى فكسب الردة فى جماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيأ فى هذه الصورة الا أن يفضل عن كسب الاسلام شئ عن الدينين (فان لم يف كل من كسب الردة) وهذه رواية الحسن بن زياد عنه (وعنه على عكسه) وهو أن يقضى الدينان جميعا من كسب الردة فان وفى بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شئ وهذه رواية أبى يوسف عنه (وجه الأول) وهو التفصيل (أن المستحق بالسببين) وهو دين الاسلام ودين الردة (مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذى

وجب

(قوله وهم كالميت فى حق المسلمين قال الله تعالى أو من كان ميتا فأحييناه) أقول فيه بحث

وجب به المستحق وهو الدين فيضاف أداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغنم وقوله (وجه الثاني) تقريره أن كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه أجاب بقوله (كالذمي اذا مات ولا وارث له) فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين يقضى منه وقوله (وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة) تقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان هذا يناقض قوله أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة

والثاني أن كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى وأجيب عن الاول بان المعنى من خلوص الحق ههنا هو أن لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق في مال المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك الذمي اذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لانما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان أحدهما خالص حقه والآخر بعرضية أن يصير خالص حقه ولا شك أن قضاء الدين من الاول أولى هذا على طريقة أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجرى الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما قال (وما باعه أو اشتراه) ذكر التصرفات التي اختلف علماؤنا رحمهم الله في نفاذه وتوقفه وقال وهذا عند أبي حنيفة وانما قال كذلك لان المسئلة من مسائل القدوري وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح الا ما ذكره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني القتل والموت واللحاق وقوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية نشر لقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاد فلو ولدت جاريته وادعى نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولد له لان حقه في ماله أقوى من حق الاب في جارية الابن واستيلاد الاب صحيح فكذلك استيلاده حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك

وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث أن كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجرى الارث فيهما وما والله أعلم قال (وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف فان أسلم صحت عقوده وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند أبي حنيفة

وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني) وهو رواية الحسن (أن كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شروط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث) وهو مقدار ما عليه من الدين (فيقدم الدين) مطلقا (عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عند أبي حنيفة فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه) فان قيل كيف يقضى منه وهو في عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين أجاب فقال لا بعد في هذا (فان الذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين) ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه أولا ومن فضل يكون للمسلمين (فكذلك ههنا) قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام (وجه الثالث) وهو رواية أبي يوسف (أن كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه) بمعنى أنه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض والا فهو قد ذكر أن أملاكه تزول غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه (كان قضاء دينه منه أولى الا اذا لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه) قال في المبسوط وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين فاذا قضى دينه من كسب الردة أو رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن أبي حنيفة ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضى منه (وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه عندهما) حتى يجرى فيهما الارث (قوله وما باعه) المرتد (أو اشتراه أو أعتقه أو رهنه

(قوله وجب به المستحق وهو الدين الخ) أقول قوله وهو راجع الى المستحق (قوله أجاب بقوله كالذمي الخ) أقول فيه بحث لوضوح الفرق بينهما

وقوله (وتمام الولاية) يعني في الطلاق فانه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد أجيب بان المرتد يقع طلاقه كما لو أبان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا على ماعرف على أنه يحتمل أن يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كما لو ارتدا معا (قوله لانه) أي كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة ولا ملة له) لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على مادخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح أهل الكتاب وذبائحهم وان كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانهم ليس لهم ملة سماوية لا مقررة ولا محرفة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى (٣٩٦) وجريان التوارث بين الزوجين منهم وأجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا يقرون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لان ماهو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف المجوس وأهل الشرك فانهم دانوا دينا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله (كالمفاوضة) معناه ان المرتدان فاوض مسلما توقف فان أسلم نفذت المفاوضة وان مات أو قتل أو قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق (قوله وهو ماعددناه) يعني قوله وما باعه أو اشتراه الخ وقوله (على ماقررناه) اشارة الى قوله لانه مكلف يحتاج الخ وقوله (ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر) توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد وقوله (ولو مات ولده بعد الردة) يعني لو مات ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة لورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب

وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم ومختلف في توقفه وهو ماعددناه لهما أن الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولاخفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ماقررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته

الى آخره) قال المصنف رحمه الله (اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام نافذة بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك في الاستيلاد ولا الى تمام الولاية) في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية الابن وحق المرتد في ماله أقوى من الاب في جارية ابنه ولذا تصح دعوى المولى ولد أمة مكاتبه وحق المرتد في ماله أقوى من حق المولى في كسب المكاتب لأن المال موقوف على حكم ملكه حتى اذا أسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيهما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فانه لا ولاية له على نفسه وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق أجيب بأنه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق وقد سلف أن المبانة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة وصرح في المحيط بأن الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع أن الردة لا تلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لانها لا تبنى على حقيقة الملك (و باطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانها تعتمد الملة ولا ملة له) لانه غير مقر على ما انتقل اليه من دين سماوي أو غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وهذا حاصل ماعبر به ظهير الدين من أن المراد بالملة التي يدينون بملك النكاح التوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق في نكاحه شئ من ذلك لانه لا يقر حيا ومن هذا القسم ارثه وأما الارث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين (وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة) بين الشريكين (ولا مساواة بين المسلم والمرتد) فيتوقف عقد المفاوضة فان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو قضي بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن تصير عنانا عندهما وعند أبي حنيفة تبطل أصلا لأن في العنان وكالة وهي موقوفة عنده (ومختلف في توقفه وهو ماعددناه) من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هي موقوفة ان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو لحق بطلت (لهما أن الصحة) للمعاملات التي ذكرناها (تعتمد الاهلية) لها (والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا) بالايمان وكذا قتله فرع كونه مكلفا (وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ماقررناه) يعني من قوله مكلف محتاج الى آخره ومما يوضح كون ملك المرتد باقيا أنه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة لستة أشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولو أن

قال المصنف (نافذ بالاتفاق كالاستيلاد الخ) أقول في الكافي وتسليم شفعته والحجر على عبده المأذون اه وعد الامام التمرتاشي الحجر على المأذون من المختلف في توقفه (قوله وان كان المراد بها الملة السماوية الخ) أقول وأيضا المرتد اذا ارتد الى النصرانية أو اليهودية كان له ملة سماوية الا أن يقال الشرع لم يجعلها له ملة حيث أجبر على العود الى الاسلام

وقوله (على ماقررناه فى توقف الملك) اشارة الى ماقدمه من قوله وله أنه حربى مقهور تحت ايدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) أى على توقف الملك وقوله (لتوقف حاله) أى حال الحربى بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله (وكذا المرتد) يعنى حاله يتوقف بين القتل والاسلام ثم هنالك ان استرق أو قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك ههنا واعترض عليه بان الحربى الذى دخل دارنا بغير أمان يكون فيأ فكيف تتوقف تصرفاته والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله (واستحقاقه القتل) جواب عن قولهما ولا خفاء فى الاهلية وتقريره لانسلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضى أهلية كاملة وليست بموجودة فى المرتد كما أنها ليست بموجودة فى الحربى لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب الخلل فى الاهلية وقوله (فى الفصلين) يريد به فصل الحربى وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا الخلل فى الاهلية مؤثرا فى توقف التصرفات لكان تصرفات الزانى المحصن الذى يستحق الرجم وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل أجاب بقوله (لان الاستحقاق فى ذلك) يعنى أن الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزانى والقاتل ليسا كذلك لان الاستحقاق فيهما (جزاء على الجناية) وقوله (وبخلاف المرأة) جواب عن قولهما وصار كالمرتدة قال (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه) أى اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه (بدار الحرب الى دار الاسلام (مسلما فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه

الا ان عند أبى يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لاسيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضى الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابى حنيفة انه حربى مقهور تحت أيدينا على ماقررناه فى توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربى يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة فى الفصلين فأوجب خللا فى الاهلية بخلاف الزانى وقاتل العمد لان الاستحقاق فى ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه

ولده قبل الردة مات بعدها قبل موته ولحاقه لا يرثه واذا كان ملكه قائما وأهليته نفذت تصرفاته عندهما (الا أن عند أبى يوسف تصح كما تصح من الصحيح) من جميع المال (لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل) فلا يكون كالمريض (وعند محمد تصح من الثلث كما تصح من المريض لان من انتحل نحلة لاسيما) اذا كان بها (معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه) فكان ذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا أن أبا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض (ولابى حنيفة رحمه الله أنه حربى مقهور تحت أيدينا على ماقررناه فى توقف الملك) أى عوده لما حررناه من أن المراد أنه يزول ملكه بردته ثم يعود بعوده الى الاسلام من انه حربى مقهور نفسه وماله تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملا كالمن قامت به وزوال املاك مثلا البيع يوجب أن يملك المبيع وان يخرج من ملكه الثمن والاجارة كذلك والفرض أن ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات أحكامها فى الحال فان أسلم أفادته حين وقعت وهذا معنى التوقف (فصار) المرتد (كالحربى يدخل دارنا بلا أمان فيؤخذ) أى يؤسر (فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله) حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل أو أسر لم تنفذ منه هذه وأسلم يؤخذ له ماله (فكذا المرتد) وقوله (واستحقاق الخ) جواب عما يقال المرتد يجب أن يكون كالمقضى عليه بالقصاص والرجم لانه مقهور تحت أيدينا للقتل عينا خصوصا فانه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غيرها محتمل فى حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة فأجاب بالفرق (بأن استحقاق القتل فى الفصلين) أى الحربى والمرتد (لبطلان العصمة) بانتفاء سببها وهو الاسلام (فأوجب خللا فى الاهلية بخلاف الزانى والقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على الجناية) مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى مالكا حقيقة لبقاء عصمة ماله لقيام سببها ولهذا لو قتل القاتل غير ولى القصاص قتل به وانما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة (بخلاف المرتدة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل) قال أبو اليسر ما قالاه أحسن لان المرتد لا يقبل الرق والتهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر الحكمى لا الحقيقى ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضى عليه بالرجم وحاصل مراده أن المنافى للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبى حنيفة بل نقول انما أوجب الاسترقاق ذلك فى الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود فى المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق أولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد (قوله وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه) نقدا أو عرضا (أخذه لأن الوارث انما يخلفه فيه

لاستغنائه عنه) حيث دخل دار الحرب (واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه) أي على الوارث قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان أحياه الله تعالى وأعاده الى الدنيا كان الحكم فيه هكذا الا أنه خلاف العادة (بخلاف ما اذا أزاله الوارث عن ملكه) فانه لا سبيل له لانه أزاله في وقت كان فيه سبيل من الازالة فنفذت (وبخلاف أمهات الاولاد والمدبرين) فانه لا سبيل له عليهم (لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل صحيح) وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له أن يميته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له أن يميته حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض (ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما) فأمهات أولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى أجله كما كانت (لما ذكرنا) يعني من قوله لانه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي وقوله (واذا وطئ المرتد جارية نصرانية) ظاهر وقوله (فلما قلنا) اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة أشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة أشهر احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فان الولد يرث أباه المرتد وان كانت أمه نصرانية لانا نتيقنا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه وأما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة

لاستغنائه عنه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا أزاله الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل صحيح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما لما ذكرنا (واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما قلنا وأما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خير هما دينا والمسلم يرث المرتد

لاستغنائه) عنه بالموت المحكوم به (واذا عاد مسلما) فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة اذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوج من ساعتها لانها فارغة من النكاح والعدة كأنها حيت الآن قال تعالى أو من كان ميتا فأحييناه فاذا حي (احتاج اليه فيقدم على الوارث) وعلى هذا لو أحيا الله سبحانه وتعالى ميتا حقيقة وأعاده الى دار الدنيا كان له أخذ ما في يد ورثته (بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة أو لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه (وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه) لا يعودون في الرق (لان القضاء بعتقهم (قد صح بدليل صحيح) له وهو اللحاق مرتدا لانه كالموت الحقيقي فنفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم لمولاهم أعني المرتد الذي عاد مسلما هذا اذا جاء مسلما بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلما قبل الحكم باللحاق (فكأنه لم يزل مسلما) كأنه لم يرتد قط (لما ذكرنا) من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء ولم يستقر لا يورث فتكون أمهات أولاده ومدبروه على حالهم أرقاء وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون الى أجلها لعدم تقرر الموت وصار كالعبد اذا أبق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الاباق كأن لم يكن (قوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية) أو يهودية (كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لستة أشهر أو أكثر) ولو الى عشر سنين (منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده والولد حر وهو ابنه) وثبت لأمه حق أمية الولد (ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات) المرتد (على ردته أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا) انه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير (وأما انه لا يرثه فلان الام اذا كانت) يهودية أو (نصرانية يجعل الولد تبعا للمرتد لا لأمه) لقرب المرتد الى الاسلام للجبر عليه والظاهر أنه لا يؤثر القتل على العود (فصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد) ولا غيره (وأما اذا كانت) الامة (مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خير هما دينا والمسلم يرث المرتد) ولا يقال لم لم يجعل تبعا للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعا للدار اذا لم يكن معه أحد أبويه بأن يسبي وليس معه أحدهما أو يلتقط في دار الاسلام ولا يظن أن هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلما مع وجودهما الان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لانه كان حين ولد مسلما فيبقى على ما كان عليه بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فانه يرثه اذا مات أو لحق أو قتل على ردته وذلك لتيقن بحصول العلوق في حالة اسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ما ذكر في الكتاب أن الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حالة الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هنالك لم يكن موجودا حال الاسلام

(واذا لحق المرتد بمماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء) أي المال في حدون نفسه ويجوز أن يكون المال فيأ دون نفسه كمشركي العرب (وان لحق ثم رجع) يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاقه ثم رجع (وأخذ ماله وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة ردعليهم) والفرق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربي واذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة (والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما) والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة أخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة أيضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيأ لاحق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم) أما جواز الكتابة فلانه لا وجه الى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ) وهو قضاء القاضي باللحاق ثم بعد ذلك إما ان يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تخل بملك الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما أخذ ماوجده بعينه في يد ورثته ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان في الوكالة خلافة احتسالا لبقاء حكم الحاكم في صحة الكتابة فكأنه وكله في كتابة عبده (وحقوق العقد فيه) أي في عقد الكتابة (ترجع الى الموكل) وأما أن الولاء للمرتد الذي أسلم فلانه الولاء لمن أعتق والعتق انما يحصل منه بعد أداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد أداء بدل الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائما حينئذ قال (واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب

(واذا لحق المرتد بمماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع وأخذ ماله وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة ردعليهم) لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم) لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب

الاسلام ومع هذا ورث فعلم أن الصحيح ما رواه محمد عن أبي حنيفة أن من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعدها انتهى وقد قدمنا أنه أصح من قول شمس الائمة وعلى هذا فيكون تخصيصا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر بالكافر الا صلى الا أنه محتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين ماله اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ما قدمناه فارجع اليه وهذا كله بناء على كونه اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بأن العلوق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها في حالة الاسلام يجب أن يعتبر العلوق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لاقل من سنتين بلحظة لانه أحوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعتق مسلما ويرثه وان كان خلاف المذهب كالذي جاءت به لاقل من ستة أشهر الا أن على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعدا لا يرث (قوله واذا لحق المرتد بمماله بدار الحرب ثم ظهر) المسلمون (على ذلك المال فهو فيء) باجماع الائمة الاربعة وانما يخالف الائمة الثلاثة فيما كان في دار الاسلام من الباقي من ماله على ما تقدم أنه عندهم محفوظ له الى أن يظهر موته فيصير فيأ ولا يشكل كون ماله فيأ دون نفسه فان مشركي العرب كذلك (وان لحق ثم رجع وأخذ ماله وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال) فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو أنهم (ان وجدوه قبل القسمة ردعليهم) وان وجدوه بعدها أخذوه بقيمته ان شاؤا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب أعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين ان يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بلحاقه أو قبله اما اذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب وأما اذا عاد قبله كان عوده وأخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيقرر موته وما احتيج الى القضاء باللحاق لصيرورته ميراثا الا ليترجح عدم عوده فيتقرر اقامته ثمة فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانيا بمنزله القضاء وفي بعض روايات السير جعله فيأ لانه بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية (قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) خلافا للائمة الثلاثة (والولاء والمكاتبة) أي بدل الكتابة (للمرتد الذي أسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ) وهو القضاء باللحاق ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كأن الابن وكيل عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان كأنه سلط ابنه على التصرف في ماله (وحقوق العقد ترجع الى الموكل في الوكالة بالكتابة (والولاء لمن يقع العتق عنه) فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلما بخلاف ما اذا كان أدى بدل الكتابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن (قوله واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب

أوقتل على ردته فالدية فى مال اكتسبه فى حال الاسلام خاصة عند أبى حنيفة وقالا الدية فيما اكتسبه فى حالة الاسلام والردة جميعا) لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون فى ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته فى الحالين ولهذا يجرى الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب فى الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب فى الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثانى فيأ عنده (واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية فى ماله للورثة) أما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر قديم در بالابراء فكذا بالردة وأما الثانى وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى فاذا لم يقض القاضى بلحاقه فهو على الخلاف الذى نبينه ان شاء الله تعالى قال (فان لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة)

أوقتل على ردته فالدية فى مال اكتسبه فى حال اسلامه خاصة عند أبى حنيفة وقالا فى مال اكتسبه فى الردة والاسلام) أما أن الدية فى ماله (فلان العواقل لا تعقل المرتد) لان تحملهم العقل باعتبار نصرتهم اياه التى بها يقوى على الحرأة ولا نصرة منهم للمرتد وأما أنها عنده فى كسب الاسلام فقط فلانه لا يملك غيره عنده وعندهما يملك الكل فيكون ملازمه من الكل وعلى هذا اذا غصب مالا فأفسده يجب ضمانه فى مال الاسلام وعندهما فى الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب فى الردة تهدر الجناية عند أبى حنيفة خلافا لهما (وقوله وماله المكتسب) ماله مبتدأ والمكتسب خبره والاولى فى مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة الا انه تركه للاهتداء اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية العبد والأمة والمكاتب المرتدين كجنايتهم فى غير الردة لان الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك أكسابه فى الردة فيكون موجب جنايته فى كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر (قوله واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع أو لحق ثم جاء مسلما ومات منه فعلى القاطع نصف الدية فى ماله للورثة) فيهما (أما الأول) وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلأن القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التى بها صار القطع قتلا حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر وجب القصاص فى النفس للعمد وأيضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة فى سقوط القصاص فى اليد واذا أهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل ما فيه دية اليد (بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) القطع فانه لا يجب الضمان أصلا لان القطع وقع فى وقت لا قيمة لها فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا (والهدر لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة) وأما الثانى وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف (ومعناه اذا قضى بلحاقه فانه صار ميتا تقديرا) بالقضاء باللحاق (والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى) على أنها قتل لانه ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع فى حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفى ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة (وأما اذا لم يقض بلحاقه) حتى عاد مسلما فمات (فهو على الخلاف الذى نبينه) قال شمس الأئمة الصحيح انه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذى نبينه ما ذكر من ان على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلى هذه وهى قوله وان لم يلحق أى المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق

(فعند

وقوله (لانعدام النصرة) يعنى أن التعاقل انما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد فتكون الدية فى ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب فى حال الاسلام دون الردة عند أبى حنيفة رضى الله عنه (وعندهما الكسبان جميعا ماله) فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل ليفصله عن الصفة (قوله أما الاول) يعنى ما اذا مات على ردته (قوله فاهدرت) يعنى السراية لأنها لو تهدر لوجب القصاص فى العمد والدية الكاملة فى الخطا لان قطع اليد صار نفسا (بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) فانه لا يضمن القاطع من ذلك شيأ وان كان معصوما وقت السراية (لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار) يعنى اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا (أما المعتبر فقد يلحقه الاهدار فكذلك بالردة) (قوله فان لم يلحق وأسلم) يعنى اذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة

(قوله في جميع ذلك) أي فيما اذا مات على ردته أو لحق ثم جاء مسلما أو لم يلحق وأسلم وقوله (لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان) دليله أن الردة معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شئ فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تقايضا البيع ثم مات العبد لم يجب الا دية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شئ لان الاقدام على البيع إبراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يد مرتد فأسلم سواء مات من القطع أو لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المار أن المهدر لا يلحقه الاعتبار (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لان الفرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الفرض أنه لم يلحق وأسلم فيجب ضمان النصف والباقي ظاهر وقوله (وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) يعني اذا قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان الردة ليست بابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد الجاني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل أيضا فصار كالابراء وذكر فخر الاسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير أن قول محمد وزفر رحمهما الله قياس وقول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فأسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين

(فعند أبي حنيفة وأبي يوسف على القاطع دية كاملة) استحسانا (وعند محمد وزفر في جميع ذلك) يعني الصور الاربعة وهي ما اذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فأسلم (نصف الدية) قياسا ووجهه (ان اعتراض الردة أهدر السراية) حتى لو قتله قاتل لا شئ عليه فاذا أسلم بعد ذلك (لا ينقلب الاسلام الى الضمان) من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربي فأسلم لا يجب على القاطع شئ (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لانه مسلم (وتمت فيه) لانه مسلم في الحالين (فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة) وهذا لان تخللها كائن في حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في ايجابها والواقع أنه لا معتبر ببقائها في ذلك وانما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان (وحالة البقاء بمعزل) اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال

بده بالسراية مسلما وحكمه أنه ان كان عمدا فلا شئ له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فلهذا كانت على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته أحد

(قوله وأجيب بأن المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا الخ) أقول قوله نكاحا حال ثم أقول فيه تأمل فانه اذا أريد بالملة ذلك ينبغي ان تحل ذبائح المجوس والمشركين وليس كذلك قال في النهاية فالحاصل ان حل الذبيحة يقتضي ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضي ملة لو ماتت عليها يرثها من كان عليها بذلك النكاح انتهى فانظر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز أو بين معنيي المشترك قال المصنف (والنفاذ الملك) أقول بالرفع عطف على الضمير في قوله يعتمد ولا يجوز النصب على المذهب المنصور لئلا يلزم العطف على معمولي عاملين مختلفين وبهذا تبين ما في شرح الاتقاني من الخلل وأنت خبير بانه حينئذ يكون معنى الكلام أن الصحة تعتمد النفاذ والملك الا أن يقال يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل وفيه بحث (قوله واعترض عليه بأن الحربي) أقول المعترض هو الاتقاني (قوله وصار كالمرتد) أقول أنت خبير بأن قوله وصار كالمرتد ليس قولهما بل هو قول أبي يوسف قال المصنف (فما وجده في يد الخ) أقول قال في الكافي ولكن انما يعود الى ملكه بقضاء أو رضا قال المصنف (والمسلم يرث المرتد) أقول وهذا يستقيم على رواية محمد من اشتراط كونه وارثا عند الموت قال الامام العلامة الكاكي فعلم بهذا أن الصحيح ما رواه عن محمد عن أبي حنيفة (قوله لانها لو لم تهدر الخ) أقول فيه نوع مصادرة (قوله لان قطع اليد صار نفسا) أقول الظاهر أن يقال صار قتلا (قوله سواء مات من القطع أو لم يمت الخ) أقول الاولى هو الاكتفاء بقوله اذا مات من القطع وبيان حكمه فان تعميمه يوهم أن لا يجب عند محمد وزفر نصف الدية أيضا بناء على ما ذكره فتأمل

وقوله (وأما عند أبي حنيفة) أبو حنيفة رحمه الله يحتاج الى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكاله اذا كان حرا وجعله ملكاله اذا كان مكاتبا وجه الفرق ماذكر وان المكاتب علك اكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذي هو شبه الموت واذا لم يتوقف العقد لم تتوقف الأكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله (الا ترى أنه) أي المكاتب (لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى) يعني الردة (بالطريق الاولى) وانما كان الرق أقوى من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق وعند هما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما وأما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه أيضا مع أنه مرتد أولى قال صاحب النهاية رحمه الله قلت لشيخي رحمه الله في هذا الايلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز أن يمنعا عند الاجتماع لان للاجتماع تأثيرا كما في الشاهدين ثم اجتمع ههنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز أن يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف قال رحمه الله أما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لا مانعة وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا أقام أحد المدعيين أربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف في العلة لا بالعلة نفسها الى هذا الفظه وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لانه ما أبرز السؤال من حيث ان احدى علتي المنع تعارض علة الاطلاق وتترجح بالاخرى بل أبرز من حيث انهما عند الاجتماع لا يجوز أن يكونا مانعا عن التصرف بناء على أن الهيئة الاجتماعية لها اقوى من الخواص ما ليس لكل على الانفراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تأثير اذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجي أو اعتبار حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة

(واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته) وهذا ظاهر على أصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا وأما عند أبي حنيفة فلأن المكاتب انما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بالطريق الاولى

ثبوت حكمه (فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد ان فعلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في ايجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحول لينعقد السبب وفي آخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد في المبسوط فان قتل ومات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد (قوله واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا) في أيام ردته يفي بكتابته (فأخذ بماله) أي أسر (وأبى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما ان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا) اذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى واذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته (وأما عند أبي حنيفة رحمه الله) فيشكل لانه لا يملكه كسب الردة اذا كان حرا وملكه اياه مكاتبا ووجهه (ان المكاتب انما يملك أكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة) ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في اكسابه ولا يتوقف فيقضي منها ويورث الباقي وقوله (الا ترى الى آخره) توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم يبقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه فالاستدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فأولى ان لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فان منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذ اماتت عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر وحاصله بدلالة حال الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع أن الرق

(قوله كالاستيلاد والطلاق) أقول الاولى أن لا يذكر الطلاق فانه صحيح من العبد أيضا كما مر (قوله عدم منع الردة عنه الخ) أقول أي ردة المكاتب وأنت خبير بأن آخر كلامه لا يلائم أوله لدلالة آخره بكون المانع مجموعي الرق والارتداد لا الارتداد فقط والامر سهل (قوله وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ) أقول لعل مراد المجيب أن الرق لو كان في درجة الكتابة في القوة معارضا لها لم يترجح عليها بانضمام الردة التي هي من جنسه ومثله في المنع عن التصرف فلأن لا يترجح عليها بزيادتها وهو ليس في مرتبتها في القوة أولى بالطريق فتأمل (قوله تعارض علة الاطلاق) أقول الذي هو الكتابة (قوله ولعل الهيئة الاجتماعية الخ) أقول فيه منع ظاهر

قال (واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله) قيل قوله فحبلت المرأة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقي فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله ذكره لفائدة وهي أن العلوق اذا كان في دار الحرب كان أبعد عن الاسلام واذا كان في دار الاسلام كان أقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار رجحة في الاستتباع فالجبر هنالك يكون جبرا هنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله (ولا يجبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية ووجهه أنه لو كان مسلما تبعا للجد كان تبعا لجده

(واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في ء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر تبعا للجد وأصله التبعية في الاسلام وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة

أقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فأولى ان لا يتوقف بسبب ردته والحاصل ان عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الاسلام وأورد عليه بان كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أن لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن ينتفي التصرف أجيب مرة بأن جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الاصلي ومرة بأن الكتابة مطلق التصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما الى الآخر انضمام علة الى أخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة (قوله واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في ء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الاسلام) قال الولوالجي ولا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل (ولا يجبر ولد الولد) أما جبر الولد فلانه يتبع أبويه أو أحدهما في الدين فيكون مسلما باسلامهما ومرتدا بردتهما فلما كان مرتدا بردتهما أجبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لانه لا يتبع جده بل أباه لقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه الحديث أي يستتبعانه في ذلك وانما يجعل تبعا لابيه في الردة فيجبر مثله لان ردة أبيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف أبيه واذا لم يتبع الجد فيسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا وأما الجد فيقتل لاصالته لانه المرتد بالاصالة أو يسلم (وروى الحسن عن أبي حنيفة أن ولد الولد يجبر على الاسلام تبعا لجده) فيجعل مرتدا تبعا له قال المصنف (وأصله التبعية في الاسلام) يعني أصل الجبر على الاسلام تبعا للجد هو ثبوت الاسلام تبعا للجد (وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين) رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد ورواية الحسن يكون تبعا احداها هذه (والثانية صدقة الفطر) للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا أب له أو له أب معسر أو عبد لا تجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن تجب عليه (والثالثة جر الولاء) صورتها معتقة تزوجت بعبد لأب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لأمه وولاؤ ملولى أمه فاذا عتق جده لا يجر ولاء حافده الى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كالو أعتق أبوه (والرابعة الوصية للقرابة) لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالأب

فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه الصلاة والسلام ولو كان تبعا لأبيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره (وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه يجبر تبعا للجد) لان التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبيع مال الصغير وقوله (كلها على الروايتين) يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب أما صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهي ماذكرنا وأما صورة صدقة الفطر فهي أن الاب اذا كان فقيرا أو عبدا والجد موسر هل تجب فطرة الحافد عليه أولا وأما صورة جر الولاء فلانه اذا أعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد أولا يكون وصورة الوصية للقرابة اذا أوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أولا على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا

(قوله قيل قوله الخ) أقول القائل هو الاتقاني (قوله ولعله ذكره الخ) أقول قوله ولعل ذكره الخ مأخوذ من الكافي مع تغيير يسير بعبارته فراجعه ان شئت (قوله هل تجب فطرة الحافد عليه) أقول يعني اذا لم يكن له مال (قوله فلانه اذا أعتق الجد والحافد حر الخ) أقول بأن كانت أمه معتقة تزوجت عبدا فولدته فان ولاءه لموالي الام (قوله هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد) أقول يعني اذا أعتق

وقوله (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني يجري عليه أحكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان أدرك كافرا ويحبس وتوجيه تحرير المذاهب في الكتاب ظاهر وقوله (لهما) أي لزفر والشافعي رحمهما الله (انه) أي الصبي الذي يعقل (تبع لابويه فيه) أي في الاسلام (فلا يجعل أصلا) يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبين القدرة والعجز تناف وأحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية

موجود بالاجماع فينتفي الآخر ضرورة وقوله (ولانه يلزمه) دليل آخر وهو واضح (قوله وافتخاره بذلك مشهور) يشير الى ما قاله رضي الله عنه

* سبقتكموا الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أوان حلمي

واختلفت الروايات في سنه حين أسلم رضي الله عنه وحين مات قال جعفر بن محمد أسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الى الاسلام في أول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت علي فاذا ضممت خمسا الى ثلاث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال القتبي أسلم وهو ابن سبع ومات وهو ابن ستين

قال (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث أبويه ان كانا كافرين وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا ولانه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور

وتقييد الحبل بدار الحرب ليس لاخراج الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة أعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى لانه اذا أجبر مع أنه علق في دار الحرب وللدار جهة استتباع تقتضي أنه أبعد عن الاسلام فلان يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام أولى هذا اذا ولدا لهما ولد بعد لحوقهما أما اذا ارتدا ولحقا ولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد في لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيأ بالسبي كذا ذكر ولو صح لزم أنهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الا بمزيل والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلما بالحاقه به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيأ يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيأ لانه بقي مسلما تبعا لامه فان قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لا في ابقاء ما كان ثابتا ألا ترى أن الحربي لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيأ بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرتداتان المسئلتان وكذا ان كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأكد الاسلام ولا ينقطع (قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد) أي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يرث منه وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال ليس بارتداد (واسلامه اسلام) باتفاق الثلاثة (فلا يرث أبويه الكافرين) ويرث أقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له وتحل له المؤمنة وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع الى قول أبي يوسف (وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وردته ليست بارتداد لهما) أي لزفر والشافعي في عدم صحة اسلامه (أنه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا) لتناف بين صفة الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل أصلا مستقلا به (ولانه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة) من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة (فلا يؤهل له) كالطلاق والعتاق (ولنا فيه) أي اسلامه (أن عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور) أما افتخاره فما نقل من قوله رضي الله عنه

سبقتكموا الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أوان حلمي

(قوله بطريق التبعية موجودا) أقول فيه بحث قال المصنف (ولنا فيه أن عليا رضي الله عنه أسلم صبيا وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه) أقول قال العلامة النسفي في الكافي والتعلق به مشكل اذ لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صحح اسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة فان قلت صحح في أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه وانما الكلام في أحكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما قلت هي حكاية حال فلا عموم له وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها اه قال العلامة الكاكي أجيب بأنه عليه الصلاة والسلام صحح صلاته وصومه وغزوه حتى أعطى له السهم فعلم أنه عليه الصلاة والسلام صححه في أحكام الدنيا أيضا اه فتأمل فيه قال المصنف (وافتخاره بذلك مشهور الخ) أقول ويشهد لذلك قوله سبقتكموا الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أوان حلمي

واما

ولأنه أتى بحقيقة الاسلام وهى التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهى من أجل المنافع وهو الحكم الاصلى ثم يبقى عليه غيره فلا يبالى بشوبه

وأما ما عن الحسن انه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح بل الصحيح عنه أنه أسلم وهو ابن ثمان سنين قال ابن الجوزى استقراء الحال يبطل رواية الخمس عشرة لانه اذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقى بعد النبى صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح فى مقدار عمره ثم أسند عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قتل على رضى الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين ولم يقله أحد وأخرج البخارى فى تاريخه عن عروة قال أسلم على وهو ابن ثمان سنين وأخرج الحاكم فى المستدرك من طريق ابن اسحق انه أسلم وهو ابن عشر سنين وأخرج أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما دفع النبى صلى الله عليه وسلم الراية الى على يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبى هذا نص على انه أسلم وله أقل من عشر سنين بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين وماذكر الثعالبى وغيره فى اتفاق الاعمار من ان كلا من النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعلى رضى الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضى أن عمره حين أسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه صلى الله عليه وسلم عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال تصحيحه صلى الله عليه وسلم اسلامه ان أريد فى أحكام الآخرة فمسلم وكلامنا فى تصحيحه فى أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث أقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صححه فى حق هذه الاحكام بل فى العبادات فانه كان يصلى معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت اسلامه أمكن أن يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ماذكرنا هو الوجه قيل ومن أقبح القبائح أن لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة قيل والعجب من الشافعى كيف يصح اختياره لأحد أبويه عند الفرقة مع ظهور أنه انما يختار من يطلق عنانه الى أهويته من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخيريته فان قال هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبى منصور والمعتزلة وانه يقع مسقطا للواجب لكنا انما نختار أنه يصح لتترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ أجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغا وعند أحمد ومالك يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف (ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه) والتصديق الباطنى يحكم به للاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد أتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به فى الوجود فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول والاتصاف فان قال الايمان الذى أنفيه منه هو المعتبر فما دخل فى الوجود لا أنفيه ولكن أقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة إما لعدم أهلية الصحة وهو منتف لانه جعل أهلا للنبوة كما فى يحيى عليه الصلاة والسلام وهى فرع الايمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما وإما لعدم أهلية الوجوب فتلتزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا وإما لحاجز شرعى وهو منتف ولا يليق أن يثبت شرعا مانع عن الايمان بالله سبحانه وتعالى مع عقليته ومعرفته نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوى به

يجوز أن يكون معطوفا على التصديق أى هو التصديق الاصلى وهو ما يتعلق ويجوز أن يكون خبر مبتدا محذوف ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الاصلى على تقدير أن يكون بغير واو ويجوز أن يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ وقوله سعادة أبدية خبره وهو الاولى وهو جواب عن قوله ولانه يلزمه أحكام تشوبها المضرة وعورض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا نفل فى الايمان ومن ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يترتد بين الفرض والنفل والجواب أنا لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى فى أول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب به عندنا فى ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا أن احدى الجهتين مؤيدة بالاخرى فلا يكونان متنافيين وذلك كالجندى اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا للسلطان أيضا

(قوله والجواب أنا لا نسلم الخ) أقول لا يلزم من كون الشئ فرضا أن يكون من أتى به مخاطبا

ولهم فى الردة أنها مضرة محضة بخلاف الاسلام على أصل أبى يوسف لانه تعلق به أعلى المنافع على ما مر ولأبى حنيفة ومحمد فيها انها موجودة حقيقة ولامرد للحقيقة كما قلنا فى الاسلام إلا أنه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل

اسقاط الفرض كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنية أداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ أما عند فخر الاسلام فلانه يثبت أصل الوجوب به على الصبى بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة وأما عند شمس الائمة فلا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الأداء فاذا وجد وجد وصار كالمسافر يصلى الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين فى عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين أو لاسلامه وأبواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يفعله أهل الاجماع عن آخرهم وأما قوله يشوبها ضرر قلنا ما تتعلق به السعادة الابدية ويزول به وقوع مضرة أبدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعنيه ولا يبالى معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الآخر وأما التنافى الذى ذكرناه فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا وأصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل وأقر مختارا انقول انقطعت تبعيته فى حق هذا الحكم وبقى أصلا وفى المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو نوته كانت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلهما أمرين بتأييد أحدهما بالآخر قال المصنف (ولهم فى الردة) يعنى الشافعى وزفر وأبا يوسف (انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على أصل أبى يوسف لانه تعلق به أعلى المنافع) ودفع أعظم المضار (ولابى حنيفة ومحمد) ما قلنا من (انها موجودة حقيقة) بوجود حقيقتها من الانكار والاقرار به (ولامرد للحقيقة) فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها فى الاسلام مثله فى الردة لما فى ذلك من النفع وفى الردة من الضرر ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقيقة الداخلة منه فى الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم أو الجهل فهى التى لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن أن يجعل عارفا اذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنية يجعل صائما شرعا فلو أكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما وكذا اذا صلى ثم أفسدها فأما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هى دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة فى نفس الامر وذلك كالهبة فانه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجاز كونه جاهلا فى ذلك بأن لم تكن جالبة لذلك فنعناها بخلاف القبول فانا علمنا علمه بالمصلحة فلم نجعله جاهلا بها واذا ثبت أن الحقائق بعد العلم بثبوتها لا تزول لزم ضررها بالضرورة ألا ترى أنا انفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر (قوله الا أنه) أى الصبى المرتد (يجبر على الاسلام لما فيه من النفع) المتيقن ودفع أعظم المضار (ولا يقتل) وهذه مرابعة أربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احداها الذى كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففى القياس يقتل كقول مالك والشافعى وفى الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت تبعا لغيره صار شبهة فى اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اذا أسلم فى صغره ثم بلغ مرتدا ففى القياس يقتل وبه قال مالك وأحمد وفى الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء فى صحة اسلامه فى الصغر والثالثة اذا ارتد فى صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على رأسه ظاهر فى عدم الاعتقاد فيصير شبهة فى اسقاط القتل وفى كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل أن يسلم لا يلزمه

(قوله ولهم) أى لابى يوسف وزفر والشافعى رحمهم الله وقوله (ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها) أى فى الردة (انها موجودة حقيقة ولامرد للحقيقة كما قلنا فى الاسلام) فان ردة الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح كما أن رد الاسلام انما يكون بالجبر عنه وهو كذلك واعترض بأن هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس وفرق الشارع بينهما ومثله فاسد فى الوضع على ما عرف فى الاصول والجواب أن هذا قياس منا بوجود شئ وتحققه بوجود شئ آخر وتحققه فى عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله (الا أنه يجبر على الاسلام) هذا جواب الاستحسان وفى القياس يقتل لردته بعد اسلامه

لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا فى الصبى الذى يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذى لا يعقل

شئ ذكر الكل فى المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط فى دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا أجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف فى وجه عدم قتله (لانه) أى القتل (عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) وبين أن الكلام كله فى الصبى الذى يعقل الاسلام وفى المبسوط زاد كونه بحيث يناظر ويفهم ويفهم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بأنه يعذب فى الآخرة مخلدا فليس بمرحوم ونقل ذلك عن الاسرار والمبسوط وجامع التمرتاشى رحمه الله وأحال التمرتاشى هذه الرواية الى التبصرة فالاولى فى التعليل ما فى المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء فى صحة اسلامه ولفظه فى المبسوط فى هذه المسئلة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة فى الدنيا بمباشرة سببه كسائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيأ لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شئ (ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة) وكذا لا يصح اسلامه (قوله وكذا المجنون) لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه (والسكران) الذى لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك وأحمد فى رواية والشافعى فى قول وقال فى قول آخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم طلاق الناسى وتقدم فى كتاب الطلاق فيه زيادة أحكام فارجع اليه فى فصل ويقع طلاق كل زوج الى آخره ﴿فروع﴾ كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالسباب بطريق أولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته فى اسقاط القتل قالوا هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ونقل عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ولا فرق بين أن يجىء تائبا من نفسه أو شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابى ولا أعلم أحدا خالف فى وجوب قتله وأما مثله فى حقه تعالى فتعمل توبته فى اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التى يكفر بها تعرف فى الفتاوى واذا تهود نصرانى أو عكسه لا نأمره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد فى وقت صلاة صلاها فعليه أداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه ثم مات المرتد أو قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت حقيقة أو حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو أعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فانه ينفذ والفرق فى المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد وله معتق فماله لمعتقه لا لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رحمه الله قال لا يقبل فى القتل الا أربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لاحتمال كذب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة أهل العلم الا عند الشافعى فى وجه فى العبد الى سيده ومن أصاب حدا ثم ارتد ثم أسلم ان لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقام عليه وعند الشافعى وأحمد يقام مطلقا والمبنى ظاهر وقدمنا انه

وقوله (لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) قال فى النهاية فيه نظر لانه أسقط عقوبة القتل عن الصبى المرتد مرحمة لصباه والله تعالى أرحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه فى النار مخلدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه فى الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشى ومشار اليه فى المبسوط ثم قال وأولى ما يعلل به فى عدم قتل الصبى المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء رحمهم الله فى صحة اسلامه فى الصغر والله تعالى أعلم

باب البغاة

لاتقبل توبة الساحر والزنديق فى ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين وأما من يبطن الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب ان يكون حكمه فى عدم قبولنا توبته كالزنديق لان ذلك فى الزنديق لعدم الاطمئنان الى مايظهر من التوبة اذا كان يخفى كفره الذى هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله فى الاخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسره الى من أمن اليه والحق أن الذى يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق ان كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مبطنا كفره الذى هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام أو غيره الى أن ظفرنا به وهو عربى والا فلو فرضناه مظهر الذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم اذا أظهروا التوبة وكذا من علم أنه ينكر فى الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته وقال أصحابنا السحر حقيقة وتأثير فى ابدان الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخييل وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين أهل العلم واعتقادا باحته كفر وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أولا ويقتل وقد روى عن عمر وعثمان وابن عمر وكذلك عن جندب بن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفيه حديث مرفوع رواه الشيخ أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن حدثنا ابن قانع حدثنا بشر بن موسى حدثنا ابن الاصفهانى حدثنا أبو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربه بالسيف انتهى يعنى القتل قال وقصة جندب فى قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة وعند الشافعى لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته وأما الكاهن فقيل هو الساحر وقيل هو العراف وهو الذى يحدث ويتخرص وقيل هو الذى له من الجن من يأتيه بالاخبار قال أصحابنا ان اعتقد أن الشياطين يفعلون له مايشاء كفر وان اعتقد أنه تخييل لم يكفر وعند الشافعى ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانها تفعل ما يلتمسه كفر وعند أحمد حكمه حكم الساحر فى رواية يقتل لقول عمر رضى الله عنه اقتلوا كل ساحر وكاهن وفى رواية ان تاب لم يقتل ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعى فى كفر الساحر والعراف وعدمه وأما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد فى الارض لا بمجرد عمله اذا لم يكن فى اعتقاده ما يوجب كفره واذا طلب المرتدون الموادعة لا يجيبهم الى ذلك

باب البغاة

قدم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد فى كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغى فى اللغة الطلب بغيت كذا أى طلبته قال تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغى ثم اشتهر فى العرف فى طلب مالا يحل من الجور والظلم والباغى فى عرف الفقهاء الخارج عن طاعة امام الحق والخارجون عن طاعته أربعة أصناف أحدها الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة يأخذون أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثانى قوم كذلك الا أنهم لا منعة لهم لكن لهم تأويل فحكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان أخذوا وأمال المسلمين قطعت أيديهم وأرجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وجبة خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية يوجب قتاله بتأويلهم وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث حكم البغاة وعند مالك يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض أهل الحديث الى أنهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله

صلى

باب البغاة

أخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع باغ كالقضاة جمع قاض

باب البغاة

(قوله أخر هذا الباب الخ) أقول ويجوز أن يقال يجرى مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع فى البغى دون الارتداد وأيضا المرتد كافر وكتاب السير فى بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغى فانه مسلم فليتدبر

(واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) لان عليا فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به

صلى الله عليه وسلم يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء الاحلام يقولون من خير قول البرية يقرؤن القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه البخاري وعن ابي امامة أنه رأى رؤسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا أمامة هذا شيء تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل اجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه الى أكثر أهل السنة والنقل الاول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الحضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فاذا نفر خمسة يشتمون عليا رضي الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأتيت به عليا رضي الله عنه فقلت اني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقري فقال علي رضي الله عنه خل عنه فقلت أخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك قال أفأقتله ولم يقتلني قلت فانه قد شتمك قال فاشتمه ان شئت أو دعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن للخارجين منعة لا نقتلهم وأنهم ليسوا كفارا بالشتم علي ولا بقتله قيل الا اذا استحله فان من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤديه الى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تأويل والا لزم تكفيرهم لأن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكره محمد أيضا حيث قال وبلغنا عن علي رضي الله عنه أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نداؤهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك اذا أخذ علي في الخطبة ليشوشوا خاطره فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل أن الخوارج اذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة مثل ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعزر بالتعريض بالشتم لأن نسبته الى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم مسلمون خرجوا على امام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة (قوله واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة امام) الناس به في أمان والطرقات آمنة (دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) التي أوجبت خروجهم (لأن عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل مستحب لانهم كمن بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا وتستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رضي الله عنها لمعاذة أحرورية أنت أسند النسائي

وذلك بطريق الاستحباب فان أهل العدل لو قاتلوا من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شيء لانهم علموا ما يقاتلون عليه فعالهم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة (لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها أول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم علي أبا موسى الاشعري رضي الله عنهما بينه وبين معاوية قائلين إن القتال واجب لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي الآية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون وذلك أنه رضي الله عنه انفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضي الله عنهما هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض حمام وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي رضي الله عنه موافقا للنص فألزمهم الحجة فتاب البعض وأصر البعض وكلامه واضح

(قوله وذلك بطريق الاستحباب) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله دعاهم الى العود (قوله وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم) أقول هذه الآية في سورة المائدة ثم أقول ظاهر هذا الكلام لا يدفع شبهتهم على ما قررها فانه يدل على جواز التحكيم في الجملة لا على جواز ترك المأمور به بالتحكيم فليتأمل وستعرف بعد أسطر أن الأمر في قوله تعالى فقاتلوا للوجوب

(ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري في مختصره

في سننه الكبرى في خصائص علي عن ابن عباس رضي الله عنهم قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلي يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلي أكلم هؤلاء القوم قال اني أخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت اليهم حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك قلت أتيتكم من عند أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم المهاجرين والانصار من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد جئت لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا احداهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا وأما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان كانوا كفارا فقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم وان كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه أخرى قالوا وأما الثالثة فانه محا نفسه من أمير المؤمنين فان لم يكن أمير المؤمنين فانه يكون أمير الكافرين قلت هل عندكم شيء غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم أرأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله وحديثكم من سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت أما قولكم انه حكم الرجال في دين الله فأنا اقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه الى الرجال في أرنب ثمنها ربع درهم قال تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أنشدكم الله أحكم الرجال في حقن دمائهم وأنفسهم واصلاح ذات بينهم أحق أم في أرنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دمائهم وإصلاح ذات بينهم قلت أخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم لئن فعلتم لقد كفرتم فان قلتم ليست أمنا فقد كفرتم قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم فأنتم بين ضلالتين فأتوا منها بمخرج أخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه محا نفسه من أمير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبتموني يا علي اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي وقد محا نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة أخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم أن عبد الله بن شداد استحكته عائشة عن الذين قتلهم علي فقال لما كان حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بأرض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى أن قال بعث علي اليهم عبد الله ابن عباس فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكوا خطيبا فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فأنا أعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب ووضعوه ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكوا حتى أدخلهم الكوفة على علي الى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم (قوله ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه هكذا ذكره القدوري) وهو عين ما قدمناه من قول علي رضي الله عنه ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا

(ونكر

وذكر الامام المعروف بخواهرزاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام أما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة (فان كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم) دفعا لشرهم

(وذكر الامام الأجل المعروف بخواهرزاده أن عندنا يجوز أن نبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة) وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لأن قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم) أي البغاة (مسلمون) لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله ونحن أدرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم (و) ذلك (هو الاجتماع) على قصد القتال (والامتناع) لانه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع) لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والفتنة يسرع اليها أهل الفساد وهم الاكثر والكفر ما أباح القتال الا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الامام الا ان أبدوا ما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التي للامام أخذها والحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المنجنيق وارسال الماء والنار وخواهرزاده معناه ابن الاخت وكان ابن أخت القاضي الامام أبي ثابت قاضي سمرقند واسم خواهرزاده محمد وكنيته أبو بكر واسم أبيه حسين النجاري وهو معاصر لشمس الائمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته لان شمس الائمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبي سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربعمائة وفخر الاسلام أيضا معاصر لهما وتوفي في سنة احدى وثمانين وأربعمائة (فاذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله) من قوله الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من الصحابة كن حلسا من أحلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد (فمحمول على ما اذا لم يكن لهم امام) وما روي عن جماعة من الصحابة أنهم قعدوا في الفتنة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولا غناء وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال كما روي عن بعضهم أنه أتى عليا رضي الله عنه يطلب عطاءه من بيت المال فمنعه علي رضي الله عنه وقال له أين كنت يوم صفين فقال ابغني سيفا أعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله هذا وانما قال فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله. وما روي اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار فمحمول على افتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل قريتين ومحلتين أو لأجل الدنيا والمملكة قال الذهبي صح عن أبي وائل عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال رأيت كأن قبابا في رياض فقلت لمن هذه فقالوا لذي الكلاع وأصحابه ورأيت قبابا في رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر وأصحابه قلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد (قوله فان كان لهم فئة أجهز على جريحهم) أي بسرع في اماتته (واتبع موليهم) على البناء للمفعول فيهما للقتل والاسر (دفعا لشرهم

وقوله (والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) يريد به ما روى الحسن عن أبي حنيفة أن الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلاة والسلام من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار (محمول على حال عدم الامام) أما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصرا لامام المسلمين لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي فان الامر للوجوب وقوله (أجهز وأتبع) على بناء المفعول ويقال أجهزت على الجريح اذا أسرعت قتله وتممت عليه

كى لا يلحقوا بهم (وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم) لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ماذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته (ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال) لقول على يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الأسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه) وقال الشافعي لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا أن عليا قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك

(قوله ولا يقتل أسير) هو مقول على رضي الله عنه (ولا يكشف ستر) أي لا تسبى نساؤهم الا ترى أن أصحاب على رضي الله عنه سألوه قسمة ذلك فقال فاذا قسمت فلمن تكون عائشة رضي عنها والقدوة اسم للاقتداء كالاسوة اسم للائتساء يقال فلان قدوة أي يقتدى به (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله ويحبسهم الى قوله دفعا للشر (قوله ولانهم مسلمون) معطوف على قوله لقول على رضي الله عنه

كى لا يلتحقا) أي الجريح والمولى (بهم) أي بالفئة على معنى القوم (وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر بدون ذلك) وهو المطلوب (وقال الشافعي) وأحمد أيضا (لا يجوز ذلك) أي الاجهاز والاتباع (في الحالين) حالتي الفئة وعدمها (لان القتال اذا تركوه) بالتولية والجراحة المجهزة عنه (لم يبق قتلهم دفعا) ولا يجوز قتلهم الا دفعا لشرهم ولما روى ابن أبي شيبة عن عبد خير عن على رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ومن ألقى سلاحه فهو آمن وأسند أيضا ولا يقتل اسير (وجوابه ماذكرنا أن المعتبر) في جواز القتل (دليل قتالهم لا حقيقته) ولان قتل من ذكرنا اذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعا لانه يتحيز الى الفئة ويعود شره كما كان وأصحاب الجمل لم يكن لهم فئة أخرى سواهم (قوله ولا تسبى لهم ذرية) اذ ظهر عليهم (ولا يقسم لهم مال) بين المقاتلة (لقول على) رضي الله عنه فيما روى ابن أبي شيبة أن عليا لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان على رضي الله عنه لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيأ فليأخذه وفي تاريخ واسط باسناده عن على أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا اسيرا واياكم والنساء وان شتمن أعراضكم وسببن أمراءكم ولقد رأيتنا في الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريدة أو بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرك والبزار في مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله أعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيؤها وأعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد وبلغنا أن عليا رضي الله عنه ألقى ما أصاب من عسكر أهل النهروان في الرحبة فمن عرف شيأ أخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فأخذه (وقول على رضي الله عنه في الاسير تأويله اذا لم تكن له فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير) وان كان عبدا يقاتل (وان شاء حبسه) والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس (لما ذكرنا) من دفعه الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الامرين في كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي واذا أخذت المرأة من أهل البغي وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا في حال مقاتلتها دفعا وانما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة (قوله ولا بأس أن يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج أهل العدل اليه) وكذا الكراع يقاتلون عليه (وقال الشافعي لا يجوز) استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا ترد قبله (لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولنا أن عليا الخ) يريد ما روى ابن أبي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده الى ابن الحنفية أن عليا رضي الله عنه قسم يوم الجمل في العسكر ما أحافوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف (وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك) ولولا أن فيه اجماعا لامكن التمسك ببعض الظواهر في تملكه فان ابن

ولان للامام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى (ويحبس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها قال (وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا) لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم (فان كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه) لوصول الحق الى مستحقه (وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك) لانه لم يصل الى مستحقه قال العبد الضعيف قالوا الاعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا أغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شئ) لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب

وقوله (أما عدم القسمة فلما بيناه) اشارة الى قول على ولا يؤخذ مال وقوله لانهم مسلمون

قال المصنف (ويحبس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا) أقول قوله ولا يقسمها تكرار محض مع انه يوهم ذكره ههنا من أول الأمر أن يكون حتى يتوبوا غاية له وليس كذلك بل قوله حتى يتوبوا غاية لقوله ويحبس فلا يردها كما يدل عليه قوله فيردها

أبي شيبة أسند عن أبي البختري لما انهزم أهل الجمل قال علي رضي الله عنه لا تطلبوا من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم وليس لكم أم ولد وأي امرأة قتل زوجها فلتعتد أربعة أشهر وعشرا فقالوا يا أمير المؤمنين تحل لنا دماؤهم ولا تحل لنا نساؤهم فخاصموه فقال هاتوا نساءكم وأقروا على عائشة فهي رأس الأمر وقائدهم قال فخصمهم علي رضي الله عنه وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المصنف (ولأن للامام أن يفعل ذلك في مال العادل) أي يستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه (ففي مال الباغي أولى والمعنى) المجوز (فيه أنه دفع الضرر الأعلى) وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين (بالضرر الادنى) وهو اضرار بعضهم (ويحبس الامام أموالهم) لدفع شرهم واضعافهم بذلك (ولا يردها اليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أو على ورثتهم اذا ظهر ذلك واذا حبسها كان بيع الكراع أولى (لأن حبس الثمن أنظر) ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه وهذا اذا لم يكن للامام بها حاجة (قوله وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذه الامام ثانيا) اذا ظهر على البغاة (لان ولاية الاخذ) انما كانت (له لحمايته اياهم ولم يحمهم) وما قيل ان عليا رضي الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشئ مما جبوه فيه نظر لأن الخوارج لا نعلم أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا جباياتها قالوا وكان ابن عمر اذا أتاه ساعي الحرورا دفع اليه زكاته وكذا سلمة بن الاكوع ثم (ان كانوا صرفوه الى حقه) أي الى مصارفه (أجزأ من أخذ منه) ولا اعادة عليه (لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من أخذ منهم أن يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى) قال المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (لا اعادة على الارباب في الخراج لأنهم) أي البغاة (مقاتلة) وهم مصرف الخراج (وان كانوا أغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك) وان كانوا أغنياء أفتوا بالاعادة وكذا في زكاة الاموال كلها لو أخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكاة فارجع اليه (قوله ومن قتل رجلا الى آخره) يعني اذا كان رجلان من أهل البغي قتل أحدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا يباح قتلها ألا ترى أن العادل اذا قتله لا يجب عليه شئ فلما كان مباح القتل لم يجب به شئ ولأن القصاص لا يستوفى الا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لامامنا عليهم فلا يجب شئ وصار (كالقتل في دار الحرب) وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها فهو كدار العدل وتقدم

(وان غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه) وتأويله اذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك وفى ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغى وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وأنا أعلم أنى على الباطل لم يرثه وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف لا يرث الباغى فى الوجهين وهو قول الشافعى وأصله أن العادل اذا أتلف نفس الباغى أو ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغى اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعى رحمه الله فى القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا له أنه أتلف مالا معصوما أو قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رواه الزهرى ولانه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة فى حق الدفع كما فى منعة أهل الحرب وتأويلهم وهذا لأن الاحكام لا بد فيها من الالزام أو الالتزام

قوله (وأزعجوا) يعنى أقلع أهل البغى من المصر (قبل ذلك) أى قبل إجراء أحكامهم على أهله وقوله (فى الوجهين) أى فى الوجه الذى قال أنا على الحق وفى الوجه الذى قال أنا على الباطل وقوله (رواه الزهرى) قال الزهرى وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع

الكلام فيه (قوله وان غلبوا على مصر) من أمصار أهل العدل (فقتل رجل من أهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه) ومعنى المسئلة كما قال فخر الاسلام أنهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم امام العدل عن أهل المصر أى أخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم تنقطع ولاية الامام فوجب القود أما لو جرت أحكامهم حتى صارت فى حكم محل ولا يتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (قوله واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه) بالاتفاق لانه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به (وان قتل الباغى) العادل (وقال كنت على الحق وأنا الآن على الحق ورثه وان قال قتلته وأنا أعلم أنى على الباطل لم يرثه وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يرث الباغى) العادل (فى الوجهين وهو قول الشافعى وأصله) أى أصل هذا الخلاف الخلاف فى (أن العادل اذا أتلف نفس الباغى أو ماله لا يضمن) عندنا (ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم) وهذا بالاتفاق (والباغى اذا قتل العادل) بعد قيام منعتهم وشوكتهم (لا يجب الضمان) عليه (عندنا) وبه قال أحمد والشافعى فى قوله الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال (وقال الشافعى فى القديم يضمن) وبه قال مالك لانها نفوس وأموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلما وعدوانا (وعلى هذا الخلاف لو تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا ولنا أنه) اتلاف ممن لم يعتقد وجوب الضمان فى حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يؤاخذ به قياسا على أهل الحرب والحاصل ان نفى الضمان منوط بالمنعة مع التأويل فلو تجرد المنعة عن التأويل كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا اذا تابوا أو قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه (اجماع الصحابة رواه الزهرى) قال عبد الرزاق فى مصنفه أنبأنا معمر أخبرنى الزهرى أن سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم انها رجعت الى أهلها تائبة قال فكتب اليه أما بعد فان الفتنة الاولى ثارت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على أحد حدا فى فرج استحلوه بتأويل القرآن ولا قصاصا فى دم استحلوه بتأويل القرآن ولا برد مال استحلوه بتأويل القرآن الا أن يوجد شئ بعينه فيرد على صاحبه وانى أرى أن ترد الى زوجها وأن يحد من افترى عليها قال المصنف (ولانه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد من التأويل ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة فى حق الدفع) أى نفى الضمان وصار (كما فى منعة أهل الحرب وتأويلهم) ولا يخفى أن هذا الاعتبار وهو إلحاق الفاسد من الاجتهاد الذى لم يسوغ حتى ضل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بأنه عند انضمام المنعة تنقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستندا الى

ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا التزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولأبي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبرا في حق الارث ولهما فيه أن الحاجة الى دفع الحرمان أيضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا أن من شرطه بقاءه على دياناته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال (ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم) لانه اعانة على المعصية (وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس) لان الغلبة في الامصار لأهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

الاجماع المنقول من الصحابة والا فلا يلزم من التجزء عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به مادام التجزء عن الزامه ثابتا فاذا ثبتت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقوله الشافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول أبو يوسف الحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان في دفع الضمان والحاجة هنا الى إثبات الاستحقاق فالحاقه به بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا مالولاه لثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث (قوله ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عسكرهم لأنه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرف من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح) لانه يقاتل بعينه (لا ما لا يقاتل به الا بصنعة) تحدث فيه وتغيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها (ولا يكره بيع الخشب) المتخذة هي منه (وعلى هذا بيع الخمر) لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرية ﴿فروع﴾ اذا طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا اليها اذا كان خير المسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شئ لانهم مسلمون ومثله في المرتدين الا انهم اذا أخذوا ملكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب أهل البغي تقدم أنهم لا يضمنون ما أتلفوا وفي المبسوط روى عن محمد قال أفتيهم بأن يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والاموال ولا ألزمهم بذلك في الحكم قال شمس الأئمة وهذا صحيح لانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطؤهم الا أن ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيفتوا به ولو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين حكم الاسلام في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر أهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك أهل البغي أو يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة أو باعطائنا الامان لهم حين أخذنا هم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكنهم يحبسون مخافة أن يرجعوا الى فئتهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا

قوله (ولا التزام لاعتقاد الاباحة) يعني أن الباغي اعتقد اباحة أموال العادل بأن العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله (ولهما فيه) أي لابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما في قتل الباغي العادل وقوله (فيعتبر الفاسد) أي يعتبر التأويل الفاسد في دفع الحرمان وقوله (لم يوجد الدافع) أي التأويل الدافع للضمان وقوله (وليس ببيعه بالكوفة) تقييده بالكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولا والا فالحكم في غيرها كذلك وقوله (الا بالصنعة) به يريد الحديد لانه انما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب اليه (الا ترى أنه يكره بيع المعازف) قيل جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذه أهل اليمن (ولا يكره بيع الخشب) لانه انما يصير معزفا بفعل غيره قوله (وعلى هذا بيع الخمر مع العنب) أي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه بين كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سيأتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فان أبوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لانهم حصلوا فى أيدينا آمنين وحكى أن المنصور كان ابتلى به مع أهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنه فجمع العلماء يستشيرهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على أنفسهم وفيهم أبو حنيفة ساكت فقال له ما تقول قال ليس لك ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر أخرى فأغلظ عليه القول وأمر باخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشئ الا أتيتنى بما أكره ثم جمعهم من الغد وقال قد تبين لى أن الصواب ما قلت فماذا نصنع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لا علم لنا قال أبو حنيفة توضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام فى دارنا على التأبيد والكافر اذا رضى بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه واذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغى جاز أمانه لانه ليس أعلى شقا فامن الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج الى مناظرته ليتوب ولا يتأتى ذلك ما لم يأمن كل من الآخر ومنه أن يقول لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذمى اذا كان يقاتل مع أهل البغى ولو ظهر أهل البغى على بلد فولوا فيه قاضيا من أهله ليس من أهل البغى صح وعليه أن يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضى كتابا الى قاضى أهل العدل بحق لرجل من أهل مصره بشهادة من شهد عنده ان كان القاضى يعرفهم وليسوا من أهل البغى أجازه وان كانوا من أهل البغى أو لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم أنه منهم ولا يقبل قاضى أهل العدل كتاب قاضى أهل البغى لانهم فسقة ويكره أخذ رؤسهم فيطاف بها فى الآفاق لانه مثلة وجوزه بعض المتأخرين اذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل أو كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل أبيه أو أخيه من أهل البغى بخلاف أخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع فى الباغى حرمتان حرمة الاسلام وحرمة القرابة وفى الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من أهل العدل فى صف أهل البغى فقتله رجل من أهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان فى صف أهل الحرب لانه أهدر دمه حين وقف فى صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا فى دارنا وهذا لبقاء شبهة الاباحة فى دمه واذا حمل العادل على الباغى فقال تبت وألقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عنى حتى أنظر لعلى أتوب وألقى السلاح وما لم يلق السلاح فى صورة من الصور كان له قتله ومتى ألقاه كف عنه بخلاف الحربى لا يلزمه الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب أهل البغى على بلد فقاتلهم آخرون من أهل البغى فأرادوا أن يسبوا ذرارى أهل المدينة وجب على أهل البلد أن يقاتلوا دون ذراريهم لانهم لا يسبون فوجب قتالهم واذا ودع أهل البغى قوما من أهل الحرب لا يحل لاهل العدل غزوهم لانهم مسلمون وأمان المسلم اذا كان فى منعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من أهل العدل أن يشترى منهم ولو ظهر أهل البغى على أهل العدل فالجؤهم الى دار الشرك لم يحل لهم أن يقاتلوا البغاة مع أهل الشرك لان حكم أهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم أن يستعينوا باهل الشرك على أهل البغى اذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر ولا بأس بان يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم أو من أهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا فى مكان فغلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضيته الى قاضى أهل العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأى بعض المجتهدين لان قضاء القاضى فى المجتهدات نافذ وان كان مخالفا لرأى قاضى العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أمانا منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ما قدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخلوا الا ليقاتلوا المسلمين

﴿ كتاب اللقيط ﴾

اللقيط سمي به باعتبار ما آله لما أنه يلقطوا لالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال (اللقيط حر) لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب (ونفقته في بيت المال) هو المروي عن عمر وعلي

﴿ كتاب اللقيط ﴾

أعقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال واللقيط لغة ما يلقط أي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول سمي به الولد المطروح خوفا من العيلة أو من تهمة الزنا به باعتبار ما آله اليه لانه آيل الى أن يلتقط في العادة كالقتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه (والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء نفس مسلمة) اذا لم يغلب على الظن ضياعه (فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا) وقول الشافعي وباقي الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه أو هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعي فرض (قوله اللقيط حر ولو كان الملتقط عبدا) أي في جميع أحكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف أمه لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد مع احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية (لان الاصل في بني آدم الحرية) لانهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به (وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب) والغالب في جميع أقطار الدنيا الاحرار (قوله ونفقته في بيت المال) أي اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف وأصله ما روى مالك في الموطا عن سنين أبي جميلة رجل من بني سليم أنه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب قال فجئت به الى عمر فقال ما حملك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر وعلينا نفقته وعن مالك رواه الشافعي في مسنده وقال البيهقي وغير الشافعي يرويه عن مالك ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال أنبأنا مالك عن ابن شهاب حدثني أبو جميلة أنه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأتاه به فاتهمه عمر رضي الله عنه فأثنى عليه خيرا فقال عمر رضي الله عنه هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال وتهمة عمر دل عليها ما في رواية محمد عنه في حديث أبي جميلة أنه قال له عسى الغوير أبؤسا وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه وأول من قالته الزباء وما قيل فيه دليل على أن الملتقط ينبغي أن يأتي به الى الامام أولا ليس بلازم نعم من لم يتبرع بالانفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت المال كما فعل أبو جميلة يحتاج أن يأتي به اليه واذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته الا أن يقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر رضي الله عنه عسى الغوير أبؤسا والوجه أنه لا يتوقف على البينة بل ما يرجح صدقه ألا ترى أن عمر لما قال عريفه انه رجل صالح أنفق عليه فان هذه البينة ليست على أوضاع البينات فانها لم تقم على خصم حاضر وانما كانت ليترجح صدقه في إخباره بالالتقاط ولذا قال في المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم تكن على خصم قال الواقدي وحدثني محمد بن عبد الله ابن أخي الزهري عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر اذا لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه الاحياء وقد قال تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه لما انه يلتقط وهو حر أي في جميع أحكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف أمه لا يحد كذا في شرح الطحاوي وقوله (لان الاصل في بني آدم الحرية) لانهم من آدم وحواء وهما حران والرق انما هو لعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن بلاد الاسلام الحرية وقوله (هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما) روي عن علي رضي الله عنه أنه قال اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين وعن عمر رضي الله عنه مثله

﴿ كتاب اللقيط ﴾

(قوله واللقيط اسم لشيء منبوذ الخ) أقول لا من حيث انه منبوذ بل من حيث انه سيلقط

ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا أن يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال (فان التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه) لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده (فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله) معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه

أتى بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته وروى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن زهير بن أبي ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطا فأتى به الى علي رضي الله عنه فألحقه على على ماله (ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة) أغنياء لتجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال (كالمقعد الذي لا مال له) ولان ميراثه لبيت المال (والخراج بالضمان) أي لبيت المال غنمه أي ميراثه وديته حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على أهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه (ولهذا كانت جنايته في بيت المال) وبدأ محمد رحمه الله بحديث الحسن البصري أن رجلا التقط لقيطا فأتى به علي رضي الله عنه فقال هو حر ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت منه أحب الي من كذا وكذا فرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الامامة لانه لا ينبغي للامام أن يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لأن يده سبقت اليه فهو أحق به (قوله والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته) على أن يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب (الا أن يأمره القاضي به ليكون دينا عليه) يعني بهذا القيد بان يقول أنفق عليه ويكون ذلك دينا عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الا أن يأمره الى آخره يفيد أنه لو أمره ولم يقل ليكون دينا عليه لا يرجع بما أنفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا ترغيبه في انعام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان أمر القاضي كأمر اللقيط بنفسه اذا كان كبيرا (لعموم ولاية القاضي) فاذا أنفق بالامر الذي يصير دينا عليه فبلغ فادعى انه أنفق عليه كذا فان صدقه اللقيط رجع به وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة (قوله فان ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله) ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف (معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه) يعني سابقا على دعوى المدعي أو مقارنا أما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى وان ادعياه معا فالملتقط أولى ولو كان ذميا والخارج مسلما استوائهما في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذي يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسانا والقياس أن لا يثبت الا ببينة لأنه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين (وجه الاستحسان أنه اقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب) وبناء على انقطاعه اذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا في ذلك غير ممتنع به ويد الملتقط ما اعتبرت الا بحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب ايصال هذا النفع اليه لأن الأب أحق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء وأما ثبوت

وقوله (والخراج بالضمان) يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم وقوله (فيه) أي في بيت المال ويقال برع الرجل وبرع بالفتح والضم اذا فضل على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع وقوله (الا أن يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية) في قوله ليكون دينا عليه اشارة الى أنه انما يصير دينا اذا قال ذلك ومن أصحابنا من قال مجرد أمر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط أن يقول على أن يكون ذلك دينا عليه لان أمر القاضي نافذ عليه كأمره بنفسه أن لو كان من أهله ولو كان من أهله وأمر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذا اذا أمره القاضي والاصح أن لا يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في انعام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط أن يكون دينا عليه وقوله (معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه) يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أولى لانهما استويا في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد أولى

(قوله لان أمر القاضي الى قوله كان ما ينفق عليه دينا) أقول يعني ان أمر القاضي نافذ على اللقيط كأمر اللقيط بنفسه ان لو كان اللقيط من أهل الامر ولو كان من أهل الامر الخ

وقوله (ثم قيل يصح فى حقه) أى فى حق النسب وقيل يبتنى عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من غيره وقوله (ولو ادعاه الملتقط) أى ولو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابنى بعد ما قال إنه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق أحد ولا منازع له فى ذلك (والاصح أنه على القياس والاستحسان) أى على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعنى فى القياس لا يصح وفى الاستحسان يصح كما فى دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس فى دعوى غير الملتقط ووجه القياس فى دعوى غير الملتقط هو تضمن ابطال حق الملتقط فلذلك لم تصح دعواه ووجه القياس فى دعوى الملتقط هو تناقض كلامه بانه لما زعم أنه لقيط كان نافيا نسبه لأن ابنه لا يكون لقيطا

فى يده ثم ادعى انه ابنه فكان مناقضا وفى الاستحسان تصح دعواه لأن هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه فهو فى هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله (انه متناقض) قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء قد يشتبه على الناس حال ولده الصغير وهو يظن أنه لقيط ثم يتبين بعد ذلك أنه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا أكذب نفسه (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة فى جسده فهو أولى به) أى يجب على الملتقط أن يدفع اللقيط الى الذى وصف علامة فى جسده وأصاب فى وصفه لأن الواصف أولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف أحدهما وأصاب

ثم قيل يصح فى حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف فى الاصل (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة فى جسده فهو أولى به) لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما الاستوائهما فى السبب ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه فى زمان لا منازع له فيه الا اذا أقام الآخر البينة لان البينة أقوى

النسب فى دعوى ذى اليد (فقيل يصح قياسا واستحسانا) أى ليس فيه قياس مخالف والصحيح أنهما أيضا فيه الا أن وجه القياس فيه غيره فى دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعواه وهنا هو استلزامه التناقض لأنه لما ادعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض ووجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر فى دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما فى الاصل الذى أحال المصنف عليه (ولو ادعاه اثنان) خارجان معا (ووصف أحدهما علامة فى جسده) فطابق (فهو أولى به) من الآخر الا ان يقيم الآخر البينة فيقدم على ذى العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمى فيقدم المسلم ولو أقاما البينة وأحدهما ذمى كان ابنا للمسلم (ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما الاستوائهما فى سبب الاستحقاق) وهو الدعوى وكذا لو أقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة أحدهما سابقة على الاخرى كان ابنه ولو وصف الثانى علامة لثبوته فى وقت لا منازع له فيه وانما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سببى الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ما لو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يفيد شيأ وكذا فى دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضى له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فأقام أحدهما البينة انه كان فى يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعى يرجع الى القافة على ما قدمنا فى باب الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند أبى يوسف وهو رواية عن أحمد وعند محمد لا يلحق باكثر من ثلاثة وفى شرح الطحاوى وان كان المدعى أكثر من اثنين فعن أبى حنيفة أنه جوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا يقبل الا ببينة لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما عند أبى حنيفة فى رواية أبى حفص وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية أبى سليمان عنه وهذا كله فى حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لأن تصديقه كان باعتبار أن اللقيط محتاج الى ذلك وبالموت

ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يلزمه وهاهنا يلزم اجيب بأن الفرق بينهما هو أن الاصابة بوصف أمر محتمل يحتمل أنه أصاب لانه له ويحتمل أنه أصاب لانه رأى فى يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد فى دعوى النتاج اذا ثبت هذا فنقول فى فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لانها سبب الاستحقاق فى حق اللقيط الا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو أقام البينة فيعتبر الوصف ليترجح سبب الاستحقاق وأما فى اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لأصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا له فافترقا

(واذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما) وهذا استحسان لأن دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره (وان وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة كان ذميا) وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان أو ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد ألا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير (ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لانه خلاف ظاهرا

استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا ببينة على ذلك (قوله واذا وجد) اللقيط (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم) فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصرا للكفار ثم أزيحوا وظهرنا عليه أولا ولا بين كونه فيه كفار كثيرون أولا (فان ادعاه ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما) استحسانا والقياس أن لا يثبت نسبه منه لان في ثبوت نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان (أن دعواه تضمنت) شيئين (النسب وهو نفع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضرر به) وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بأن أسلمت أمه (فصحنا دعوته فيما ينفعه) من ثبوت النسب (دون ما يضره) الا اذا أقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا وذكر ابن سماعة عن محمد في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه زي أهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك أن يكون في رقبته صليب أو عليه قميص ديباج أو وسط رأسه مجزوز انتهى ولا ينبغي أن يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيرا ما يفعلونه واذا حكمنا بأنه ابن ذمي وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده اذا قارب أن يعقل الاديان كما قلنا في الحضانة اذا كانت أمه المطلقة كافرة (قوله وان وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة) في دار الاسلام (كان ذميا) هكذا قال القدوري قال المصنف (هذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان) أي في قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة (أو كان) الواجد (ذميا) لكن وجده (في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان) في الفصلين وهو ما اذا كان الواجد مسلما في نحو الكنيسة أو ذميا في غيرها من دار الاسلام وعليه مشى القدوري هنا لان المكان سابق والسبق من أسباب الترجيح (وفي كتاب الدعوى) اختلفت النسخ (في بعض النسخ اعتبر الواجد) في الفصلين (وهو رواية ابن سماعة) في الفصلين لان اليد أقوى من المكان (ألا ترى) ان الصبي المسبي مع أحد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلى عليه اذا مات (وفي بعض نسخه) أي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط (اعتبر الاسلام) أي ما يصير الولد به مسلما (نظرا للصغير) ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجده كافر في دار الاسلام أو مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور أربعا اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهو ما مسلم في نحو كنيسة أو كافر في نحو قرية للمسلمين وفي كفاية البيهقي قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم يعرف المجرمون بسيماهم وفي المبسوط كما لو اختلط الكفار يعني موتانا بموتاهم الفصل بالزي والعلامة ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه) لان

الحاصل على أربعة أوجه أحدها أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلى عليه اذا مات والثالث أن يجده كافر في مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان في الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمد أن العبرة للواجد بالفصلين جميعا كذا في المبسوط وقوله (وفي بعض النسخ) أي في بعض نسخ دعوى المبسوط (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده) ظاهر فان قيل ان البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم ههنا لان الملتقط ليس بولي فلا يكون خصما عنه أجيب بان الخصم هو الملتقط باعتباريده لانه يمنعه عنه ويزعم انه أحق بحفظه فلا يتوصل المدعي الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة

قال المصنف (لقوة اليد الا ترى الخ) أقول فيه بحث فان التبعية في الابوين للجزئية لا لليد بمجردها قال المصنف (فوق تبعية الدار) أقول لأن بينه وبين الاصل الأبوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان (قوله لأنه يمنعه عنه) أقول أي يمنعه عن المدعي

فان ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو مضرة فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد تلد له الامة فيكون عبدا والظاهر في بني آدم الحرية فلا تبطل بالشك قال (والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي وكذلك اذا أقاما البينة وليست احداهما أكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان كان للمسلم لان بينة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست احداهما أكثر اثباتا فكان المسلم أولى وأما اذا كانت بينة الذمي أكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين وأقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضي للذمي بالصبي ولم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي أكثر اثباتا لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه وأما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا فهو أولى من المسلم الخارج (واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو على دابة هو عليها فهو له) وكذا الدابة (اعتبارا للظاهر) لان اللقيط لما كان في دار الاسلام كان حرا من أهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه كالقميص الذي عليه فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك أجيب بأن هذا الظاهر يدفع دعوى الغير (قوله ثم يصرفه الواجد اليه) ظاهر

الا أن يقيم البينة انه عبده (فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه) لانه ينفعه (وكان حرا) لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي) ترجيحا لما هو الانظر في حقه (وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له) اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بأمر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه

الأصل الحرية لما قدمنا (الا أن يقيم بينة) لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لأن الملتقط خصم لأنه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كي لا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الاوجه والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة (قوله فان ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه لأنه ينفعه وكان حرا لأن المملوك قد تلد له الحرة) فيكون الأب عبدا والولد حرا لأنه يتبع أمه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه (فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك) اذا لم تضف ولادته الى امرأة أمة فان أضاف الى امرأته الأمة ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد ذكر في الذخيرة أن الولد حر عند محمد وعند أبي يوسف عبد فمحمد يقول في دعوى العبد نفع هو النسب وضرر هو الرق وأحدهما ينفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وأبو يوسف يقول لما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضروراته تبعا فيحكم برقه تبعا بخلاف الذمي فانه ليس من ضرورته ثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا لو قال الذمي انه من زوجتي الذمية لا يصدق (قوله والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) يعني اذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا انه اذا كان الملتقط ذميا ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه وكذا اذا ادعى الذمي انه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذمي لأنه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم باسلامه ولا كذلك في دعوى رقه الا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقا كما ان الذمي اذا ادعاه ابنا له وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى وكذا لو أقر بعين في يده لآخر وكذبه المولى لا يصح اقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد مأذونا في التجارة فالقول قول العبد لان للمأذون يدا على نفسه حتى صح اقراره بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا الا أن يقيم سيده بينة أنه عبده (قوله واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكل له) بلا خلاف (اعتبارا للظاهر) أي في دفع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله (لما ذكرنا) يريد قوله اعتبارا للظاهر (ثم يصرفه الواجد اليه بأمر القاضي لانه مال ضائع) أي لا حافظ له ومالكه وان كان معه فلا قدرة له على الحفظ (وللقاضي ولاية صرف مثله اليه) وكذا لغير الواجد بأمره والقول قوله

(قوله لأن الأول لا يستلزمه) أقول اذا لم يستلزمه فكيف تضمنه

وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لانه للقيط ظاهرا (وله ولاية الانفاق وشراء مالابد له منه) كالطعام والكسوة لانه من الانفاق (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال (ولا تصرفه في مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا الان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما قال (ويجوز أن يقبض له الهبة) لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال (ويسلمه في صناعة) لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال (ويؤاجره) قال العبد الضعيف وهذه رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح ووجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

في نفقة مثله (وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي) أيضا (لانه للقيط) كما حكمنا به (وله الواجد الانفاق عليه وشراء مالابد منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق) وشراء مالابد منه عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق أي للواجد ولاية الانفاق وله شراء مالابد للقيط منه وبهذا قال أحمد (ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط) واللقيطة (لانعدام سبب ولاية الانكاح من القرابة والملك والسلطنة) وهذا بلا خلاف (ولا تصرفه في ماله ببيع) ولا شراء شئ ليستحق الثمن دينا عليه لان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضرورات ذلك (اعتبارا بالام) فانها لا يجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات مالا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه ذلك أولى (وهذا) أي عدم تصرف كل من الام والملتقط بالبيع ونحوه (لان ولاية التصرف انما هو لتثمير المال وذلك) انما (يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما أحدهما) لان في الام شفقة كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة وتطير مما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجها غير الاب والجد من كتاب النكاح (قوله ويجوز أن يقبض) أي الملتقط (اللقيط الهبة) والصدقة عليه (لانه نفع محقق واذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال) القدوري (ويسلمه في صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله) عن الشتات وصيانته عن الفساد ثم (قال) القدوري (ويؤاجره) لانه من التثقيف يعني التقويم (وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية) قال المصنف (وهو الأصح) لانه لا يملك اتلاف منافعه فلا يملك تمليكها (فأشبه العم بخلاف الام لانها تملك اتلاف منافعه) بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة أولى ﴿فروع﴾ ادعاء الملتقط عبدا له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق الا ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة بها لان نسبه ثبت بمجرد دعواه وأثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما قضي به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولانه يعلمه أحكام الاسلام بخلاف الكافر واذا بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل أن يقضي عليه بما لا يقضي به الا على الاحرار كالحد الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لانه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه مكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي أقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعد ما كبرت ان كان بعد التزويج صح وكانت أمة للمقر له ولا تصدق في ابطال النكاح لان الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان ولامرأته عليه صداق وصدقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم في اقراره هذا وكذا اذا استدان دينا أو باع انسانا أو كفل كفالة

وقوله (والموجود في كل واحد منهما) أي من الملتقط والام (أحدهما) لان للملتقط رأيا كاملا ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا رأي لها (قوله لانه من باب تثقيفه) التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب (قوله بخلاف الام لانها تملكه) أي تملك اتلاف منافعه فانها تملك استخدام ولدها واجارته والله أعلم

قال المصنف (ويؤاجره) أقول بالنصب عطف على قوله ان يقبض

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني آدم على اللقطة وهي الشيء الذي يجده ملتقي فيأخذه أمانة (اذا أشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء رحمهم الله (قوله بل هو الافضل عند عامة العلماء) احترازعن قول من يقول انه أخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من يقول أخذه جائز وتركه أفضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع (قوله وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا) والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون أخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة ماله فاذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك اذا خاف على مال غيره ومالا يكون أخذه واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن أن يصل اليها يد خائنة فتمنعها عن مالكها وقيل تركه أفضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب (واذا كان كذلك) أي اذا كان أخذها مأذونا فيه شرعا

قال (اللقطة أمانة اذا أشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك

أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق في ابطال شيء من ذلك لانه متهم وتقدم أن ميراثه لبيت المال فلو أنه والى رجلا بعد ما أدرك الملتقط أو غيره فان كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بأن جنى جناية وعقله بيت المال فلا يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز لأن ولاءه لم يتأكد لبيت المال فله أن يوالي من شاء وصار كالذي أسلم من أهل الحرب له أن يوالي من شاء الا أن يجني فيعقله بيت المال

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول كضحكة وهزأة الذي يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لأن طباع النفوس في الغالب تبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار أنه داع الى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنها لكثير الالتقاط مجازا والا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي انه بفتح القاف اسم للمال أيضا فمحمول على هذا بمعنى يطلق على المال أيضا ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتقشفة أنه لا يحل له لانه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين وبه قال أحمد يحل والترك أفضل أما الحل فلانه صلى الله عليه وسلم لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها على ما سنذكر وأسند اسحق بن راهويه عنه صلى الله عليه وسلم من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل وأما أفضلية الترك فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها فيه ولو لم يذكر خصوص المكان فاذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لانه لا بد عادة أن يمر في ذلك المكان مرة أخرى في عمره ولأن الظاهر أن سقوطها في أثناء الطرقات التي يمر بها أو يجلس في عادة أمره وعامة الفقهاء على انه اليه وقيده الطحاوي وغيره بما اذا كان يأمن على نفسه فان كان لا يأمن يتركها ولانه يجوز أن تصل يد خائنة اليها فان غلب على ظنه ذلك ان لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره (قوله واللقطة أمانة اذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو أفضل) وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الى آخره (واذا كان كذلك) يعني اذا كان أشهد واذا كان أمانة بأن أشهد

(قوله واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما) أقول فيه أنه اذا عكس يوجد التمييز أيضا فلا يدل ما ذكره على التخصيص المطلوب والاولى ما في غاية البيان أن فعلة يدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح الحاء والمال المنبوذ كأنه يلقط نفسه لكثرة رغبات الناس فيه وميلان الطباع اليه فسمي لقطة على الاسناد المجازي وفي المنبوذ من بني آدم اباء في القلوب عن قبوله للزوم نفقته ومؤنته فسمي لقيطا أي ملقوطا على سبيل التفاؤل وارادة الصلاح في حاله كما سمي اللديغ سليما والمهلكة مفازة انتهى (قوله واللقطة وهي الشيء الذي يجده ملتقي فيأخذه أمانة) أقول كذا صحح في المغرب ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره

(لاتكون مضمونة عليه) كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر أن معناه واذا أشهد الملتقط انه يأخذها الخ لاتكون مضمونة عليه لانه لم يأخذ لنفسه ويجوز أن يكون معناه واذا كانت أمانة لاتكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك أنه أخذها للمالك لان تصادقهما جاجة في حقهما وصار كما اذا أقام الملتقط البينة انه أخذها ليوصلها الى المالك (ولو أقر) الملتقط (انه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخر أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ للمالك وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس

(٤٢٤)

لاتكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه أخذها المالك لان تصادقهما جاجة في حقهما فصار كالبينة ولو أقر انه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخر أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ للمالك وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس

(لاتكون مضمونة عليه) فلو هلكت بغير صنع منه لا ضمان عليه وكذا اذا صدقه المالك في قوله انه أخذها ليردها وصار تصادقهما كبينته على انه أخذها ليردها (ولو أقر انه أخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد وقال أخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وفي شرح الاقطع ذكر محمد مع أبي يوسف (والقول له) مع يمينه أنه أخذها ليردها (لان الظاهر شاهد له) اذ الظاهر من حال المسلم (اختياره الحسبة لا المعصية) ولان الاخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا أخذ ان لم يكن الظاهر انه أخذه للمالك فأقل ما في الباب أن يكون مشكوكا في انه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك (ولهما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ للمالك وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملا لنفسه) فان قال كون أخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت أن هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب أن إذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ما ذكرنا انفا من رواية اسحق من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل وهذا الاختلاف فيما اذا أمكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف انه ان أشهد أخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه كونى منعنى من الاشهاد كذا (قال ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه على) أو عندى ضالة أو شيأ فمن سمعتموه الى آخره فاذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة (واحدة أو أكثر لانه) أى اللقطة بتأويل الملتقط (اسم جنس) ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلوانى أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الاخذ ويقول أخذتها لأردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى لجعل التعريف اشهادا وقول المصنف يكفيه من الاشهاد أن يقول الى آخره يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الاشهاد الذى أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من أصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أى الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرق بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا

(قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعنى في شرح الاتقانى

(قوله وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا الخ) أقول انما لا يكون مناسبا أن لو كان قوله وكذا اذا تصادقا عاطفا على قوله واذا كان كذلك لا تكون مضمونة وليس ذلك بلازم فانه يجوز أن يكون عطفا عن قوله اذا أشهد الخ (قوله ويجوز أن يكون معناه الخ) أقول وعندى هذا أظهر مما ذكره قبله فعلى هذا يكون معنى قوله وكذا اذا تصادقا وكذا اذا تكون اللقطة أمانة اذا تصادقا او يوجد التناسب والتلاؤم لكونه عطفا على قوله اللقطة أمانة الخ وعلى الوجه الذى ذكره قبله يكون المعنى وكذا لا تكون مضمونة عليه اذا تصادقا وفيه نوع تأمل (قوله قيل هذا الاختلاف في الاشهاد الخ) أقول أى في وقت انتفاء الاشهاد ففيه حذف مضافين

الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذى يحل له شرعا الاخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعى قائم مقام الاشهاد منه وأما أن القول قوله فلأن صاحبها يدعى عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى عليه الغصب وقوله (ولهما انه أقر بسبب الضمان) ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا أمكنه أن يشهد أما اذا لم يجد أحدا يشهده عند الرفع أو خاف انه لو أشهد عند الرفع أن يأخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله (ويكفى في الاشهاد أن يقول) ظاهر

قال (فان كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا) قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياما معناه على حسب مايرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيأ فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة ومافوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطا ومادون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي المبتلى به

والا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول وعلى هذا فخلافية أبي يوسف فيما اذا لم يعرفها أصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك وقولهما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد أي بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه أخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد أي التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به انه أخذها ليردها لا لنفسه وحينئذ فاذكر في ظاهر الرواية من انه اذا أخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهر انه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه وقيده بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم أعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها أولا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ (قوله فان كانت) اللقطة (أقل من عشرة عرفها أياما) وفسرها المصنف بحسب مايرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روي عن أبي حنيفة ان كانت مائتين فصاعدا عرفها حولا وان كانت أقل من مائتين الى عشرة عرفها شهرا وان كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب مايرى وفي رواية أخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعدا يعني الى العشرة يعرفها عشرة أيام وان كانت درهما فصاعدا يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون الدانق بنظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الأئمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر مايغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا أخذ بالرواية التي ذكرناها قبل هذا وهو جيد والظاهر انه انما قدر بذلك التقديرات في القليل لغلبة الظن ان المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي وأحمد لقوله صلى عليه وسلم ما سيذكر وكذا روي عن عمر وعلي وابن عباس وجهه ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيأ فليعرفه سنة من غير فصل وفيه ألفاظ منها ما رواه البزار عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيأ فليعرفه سنة ومعنى لا تحل اللقطة أي لا يحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فان جاء صاحبها فأدها اليه وجه الاول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الالف شرعا في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول) الحاقا لها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطا (ومادون العشرة ليس في معنى الالف شرعا بوجه ما ففوضنا) التعريف فيها (الى رأي المبتلى به) والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن أبي بن كعب قال أخذت صرة مائة دينار

(وقوله وهذه رواية عن أبي حنيفة) يشير الى انها ليست ظاهر الرواية فان الطحاوي رحمه الله قال واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا أو خسيسا في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار تساوي ألف درهم) يريد ما روى البخاري رحمه الله في الصحيح مسندا الى أبي ابن كعب رضي الله عنه قال أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد من يعرفها ثم أتيته ثانيا فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثالثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها وعددها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وأقول هذا الحديث يدل على أن التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد

(قوله لان العبرة بعموم اللفظ الخ) أقول فان النكرة اذا وقعت في سياق الشرط تعم على ما صرح به وشيأ في الحديث المروي كذلك (قوله وأقول هذا الحديث الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يقال للحديث دلالتان على ما مر مثله في السير

(وقوله وقيل الصحيح أن شيأ من هذه المقادير) اشارة الى ما اختاره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وقوله (كالنواة وقشور الرمان) يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز أن يأخذها لان الالقاء متفرقا دليل على الاذن لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح (٤٣٦) ذكره في المحيط فأما اذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما القاها

وقيل الصحيح ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيأ لا يبقى عرفه حتى اذا خاف أن يفسد تصدق به وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها وفي الجامع فان ذلك أقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيأ يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح

(قال المصنف وقيل الصحيح ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها) أقول قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه قال أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه وجدت مائة دينار فأخبرت النبي عليه الصلاة والسلام قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عليه الصلاة والسلام عرفها سنة أخرى فعرفتها ثم أخبرته فقال عرفها سنة أخرى ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها فانها رزق ساقها الله اليك انتهى ثم قال وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول في التعريف ليس بلازم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها الا يرى أن المائة الدينار لما كان مالا عظيما كيف أمره رسول الله عليه الصلاة والسلام بأن يعرفها ثلاث سنين انتهى فيفهم منه أن اللاقط يعرفها أكثر من حول عند شمس الأئمة بحسب ظنه وفي المحيط البرهاني والفقيه أبي جعفر كان يقول اذا بلغ مالا عظيما بان كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال وكان القاضي الامام أبو علي النسفي يحكي عن الشيخ الامام أنه كان يروي عن محمد انه يعرف اللقطة ثلاث سنين قل أو كثر (قوله فانظاهر انه ما القاها) أقول بل سقطت منه . فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على حديث المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة في غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره (قوله وقيل الصحيح ان شيأ من هذه التقادير ليس بلازم) ولا التقدير بالعام (ويفوض الى رأي المبتلى به يعرفها الى ان يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها) وهذا ذكره شمس الأئمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه أولا وهذا يختلف باختلاف خطر المال ألا ترى ان المال لما كان ذا خطر كبير أمره صلى الله عليه وسلم أن يعرفه ثلاث سنين (قوله وان كانت اللقطة شيأ لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به) قال المصنف (وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه وفي الجامع) يعني الاسواق وأبواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم أن ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفا وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة ولكن يجب حمله على المعتاد من أنه يفعله وقتا بعد وقت ويكرر ذلك كلما وجده ظنه وما قدمنا من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة هو في دفع الضمان عنه أما الواجب فان يذكرها مرة بعد أخرى (قوله وان كانت اللقطة شيأ يعلم أن صاحبها لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة فيجوز الانتفاع بها) للواجد (بلا تعريف) وعنه صلى الله عليه وسلم أنه رأى تمرة في الطريق فقال لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها ولا يعلم فيه خلاف بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها في يده له أخذها لان الاباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وانما القاؤها اباحة لا تمليك (لان التمليك من المجهول لا يصح) وذكر شيخ الاسلام أنها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك أخذها لانها تصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد وفي غير موضع تقييد هذا الجواب أعني جواز الانتفاع بهما بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما القاها وأعرض عنها بل سقطت منه أو وضعها ليرفعها وعن أبي يوسف لو جز صوف شاة ميتة كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذه بعد أن يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا بأس بأخذه

(قوله فان جاء صاحبها والا تصدق بها) يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايصالا لعين حقه المستحق الدفع اليه كما في بيع الفضولي (والا) أي وان لم يجئ فهو بالخيار (ان شاء) تصدق بها ايصالا لعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها على مستحقه (وان شاء أمسكها رجاء) للظفر بصاحبها فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق ان حصل باذن الشرع

لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها كما في بيع الفضولي وليس بلازم حتى لو أجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة وأجاب بأن الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان مأذونا في التصدق شرعا ملك الفقير بنفس الاخذ لان التصدق من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قائما في يد الفقير أجيب بأن ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت أمواله بين ورثته فانه يأخذ ما وجده قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام البائع والمشتري والمالك أيضا وسيجيء تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع أجاب بقوله (الا أنه باحة من جهة الشرع) يعني أن الاذن كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة (وان شاء ضمن المسكين) لما ذكره في الكتاب وهو واضح

قال (فان جاء صاحبها والا تصدق بها) أو أكلها ان كان فقيرا أو استقرضها باذن الامام ويتملكها ان شاء وان شاء أمسكها أبدا حتى يجيء صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كي لا تدخل في المواريث ثم الورثة أيضا يعرفونها ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا لانهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا أي لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك أن قصدهم تعميتها عن صاحبها ويجري فيه خلاف أبي يوسف وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء صاحبها (بعد التصدق فهو) بأحد خيارات ثلاث (ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه) أي باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الاذن والرضا فبالاجازة والرضا يصير كأنه فعل بنفسه لرضاه بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها أجاب بأن ذلك فيما يتوقف فيه الملك على الاجازة كما في بيع الفضولي أما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه مطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا اجماعا حتى ينتقل اليه الثواب (وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه) فان قلت لكنه باذن الشرع واباحة منه قلنا الثابت من الشارع اذنه في التصدق لا ايجابه (وهذا) القدر (لا ينافي) وجوب الضمان (حقا للعبد كما في) اذنه (في تناول مال الغير عند المخمصة) والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فاذا جاز أن يثبت اذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه (وان شاء ضمن المسكين) اذا كان المدفوع اليه (هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه) فان قلت اذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها باذن الشرع فكيف يسترجعها أجيب بأنه لا مانع من ثبوت المالك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة والمرتد الراجع من دار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم

قال المصنف (فلا يتوقف على قيام المحل) أقول والاظهر عندي ان فاعل لا يتوقف هو الضمير الراجع الى الاجازة

وان كان قائما أخذه لانه وجد عين ماله قال (ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر فى الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل فى أخذ مال الغير الحرمة والاباحة لمخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما فى الشاة (فان أنفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك وان أنفق بأمره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضى ولاية فى مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر فى الانفاق على ما نبين (واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرتها) لان فيه ابقاء

بالالحاق واذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم اذنه (وان كان قائما أخذه لانه وجد عين ماله) ومانقل عن القاضى أبى جعفر من أنه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير أمر القاضى أما اذا كان بأمره فلا يرجع ردوه بأنه خلاف المذهب فانه لو تصدق القاضى بنفسه كان للمالك أن يضمنه اذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق بأمره وهذا لان القاضى ناظر للغيب فى أموالهم حفظا لها الا اتلافا فلا ينفذ من اتلافه الا ما لزمه شرعا القيام به والتصدق ليس كذلك (قوله ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي) وأحمد (اذا وجد البقر والبعير فى الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس) لهم (أن الاصل فى أخذ مال الغير الحرمة واباحة الالتقاط لمخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها به) كالقرن مع القوة فى البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة فى البعير والفرس (يقل) ظن (الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة فى الاخذ والندب الى الترك) هذا ولكن كلامهم يقتضى أن الخلاف فى جواز الاخذ وحله وهو الظاهر (ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما فى الشاة) لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهنى قال جاء رجل يسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قلت فضالة الغنم قال هى لك أو لاخيك أو للذئب وفى الصحيح قال خذها فانما هى لك أو لاخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها وروى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوى الضالة الا الضال وقال صلى الله عليه وسلم ان ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة أجاب فى المبسوط بأن ذلك كان اذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والامانة لا تصل اليها يد خائنة فاذا تركها وجدها وأما فى زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة اليها بعده فنى أخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى ومقتضاه أنه ان غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا أحق فانا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها الى ربها وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد وأقصى ما فيه أن يكون عاما فى الاوقات خص منها بعض الاوقات بضرورة العقل من الدين لو لم يتأيد بحديث عن عياض بن حماد أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال عرفها فان جاء ربها والا فهى مال الله يؤتيه من يشاء فتأيد به زيادة بعد تمام الوجه (قوله فان أنفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك) أى عن ان يشغلها بالدين بلا أمره (وان أنفق بأمره كان دينا عليه لان للقاضى ولاية فى مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر فى الانفاق على ما نبين) الآن (فاذا رفع الى الحاكم فان كان للبهيمة منفعة) وثم من يستأجرها (آجرها وأنفق عليها من أجرتها لان فيه ابقاء

(قوله لأن التغرير اذا لم يكن فى ضمن عقد لا يوجب شيأ) أقول لعل المراد عقد المعاوضة (قوله فى البعير بكدمه ونفحه) أقول الكدم العض بأدنى الفم والنفح بالحاء المهملة الضرب بالرجل

وقوله (وفي هذا نظر من الجانبين) أي من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة وقوله (فاذا لم يظهر بأمره يبيعها) قيل فاذا أمر ببيعها فبيعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق بأمره في اليومين والثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على أخذ حقه لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكان للقاضي أن يعينه على ذلك وقوله (وفي الاصل شرط اقامة البينة) يعني أن الملتقط يقيم البينة على أن هذه الدابة لقطة عنده فان قبل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود هنا أجاب بقوله (وليست تقام للقضاء) (٤٢٩) أي هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بأنه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه وقوله (وان قال لا بينة لي) أي الملتقط قال لا بينة لي على أنها لقطة عندي ولكنها لقطة بقول القاضي للملتقط أنفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت وانما يقول بهذا الترديد حذرا عن لزوم أحد الضررين لانه لو أمر قطعا تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد أنفق عليها وقوله (اذا شرط القاضي الرجوع على المالك) متصل بقوله انما يرجع أي انما يرجع الملتقط على المالك اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط بقوله والاصح أن يأمر القاضي الملتقط بالانفاق على أن يكون دينا على اللقيط فحينئذ يرجع على اللقيط والا فلا فهذا احتراز عن قول بعض أصحابنا ان مجرد أمر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع

العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وان لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها) لبقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها) لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله تعالى عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل أن يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له أنفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى أنه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح

العين على ملك مالكها بلا الزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن لها منفعة) أو لم يجد منه من يستأجرها (وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة) فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصل به الى مثله في الجملة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن له (في ذلك وجعل النفقة دينا عليه) اذ (فيه نظر من الجانبين) جانب المالك ابقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع (قال المشايخ انما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرجى أن يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين وبفضل الدين على مالكها ولا نظر في ذلك أصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو أمر به للتيقن بعدم النظر واذا باعها أعطى الملتقط من ثمنها ما انفق في اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه وللقاضي أن يعينه عليه ولو باعها بغير أمر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة في يد المشتري فان شاء أجاز البيع وان شاء أبطله وأخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لانه ملك اللقطة من حين أخذها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة (وفي الاصل) يعني المبسوط (يشترط البينة) فانه قال فان كان رفعها الى القاضي وأقام بينة أنه التقطها أمره أن ينفق وصححه المصنف (لانه يحتمل انه غصبها ولا يأمر بالنفقة الا في الوديعة) وهذه البينة (لكشف الحال) أي ليتكشف للقاضي أنه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم له ذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها (وان قال) الملتقط (لا بينة لي يقول له أنفق عليها ان كنت صادقا) وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بأن يقول أمرته بالبيع أو الانفاق ان كان الامر كما قال (وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها) اشارة الى أنه انما يرجع (اذا شرط القاضي) ذلك (وهذا رواية وهو الاصح) وقيل يرجع بمجرد أمره وقد مر في اللقيط

(قال المصنف وكذا يفعل بالعبد الخ) أقول قال الاتقاني أي يؤجر الآبق وينفق عليه من أجرته قال في خلاصة الفتاوى لو احتاجت اللقطة الى النفقة ينفق بأمر القاضي والاولى ان يأمره القاضي بأن يؤجر البعير والثور فينفق عليه من غلته ثم قال والعبد الضال كذلك ثم قال والآبق لا يؤاجر فان تطاولت المدة فالاولى أن يبيعه انتهى وعلله في المحيط بأنه لا يأمن أن يأبق ثانيا (قال المصنف فلا بد من البينة لكشف الحال الخ) أقول فاندفع به ما يقال البينة لا تقبل من غير خصم حاضر فان اشتراط الخصم في البينة يقام للقضاء لا فيما يقام لكشف الحال (قوله يقول القاضي للملتقط) أقول يعني عند الثقات

قال (واذا حضر يعني المالك) كلامه ظاهر وقوله (لماذكرنا) اشارة الى قوله لانه حي بنفقته يقال نشدت الضالة أي عرفتها وأنشدتها أي طلبتها ومعنى الحديث الذي ذكره الشافعي رحمه الله لاتحل لقطة مكة الا لمنشدها أي طالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا الخاص وهو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكاء الرباط يقال أوكى السقاء شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشد به وقوله (ابقاء ملك المالك من وجه) يعني من حيث تحصيل الثواب (فيملكه كما في سائرها) أي في سائر اللقطات (وتأويل ماروى) من قوله عليه الصلاة والسلام لاتحل لقطتها الا لمنشدها أي لايحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ماوجه تخصيص هذا المعنى بالحرم أجاب بقوله (والتخصيص بالحرم) وبيانه ان مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يتعذر الرجوع اليها فالظاهر انها للغرباء لايظن عودهم في سنة وأكثر فينبغي ان يسقط التعريف لعدم الفائدة فأزال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم بقوله لايحل رفع لقطتها الا لمعرفها كما هو الحكم في غيرها من البلاد

قال (واذا حضر) يعني (المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لماذكرنا ثم لايسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال (ولقطة الحل والحرم سواء) وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم الى أن يجيء صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم ولايحل لقطتها الا لمنشد ولناقوله عليه الصلاة والسلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولأنها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ماروى انه لايحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لايسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا

(واذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك منه فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لماذكرنا) من التشبيه بالمبيع (ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن) من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له أن يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لايسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالرهن بعد اختيار الحبس هكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي أيضا فيهم أنه المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر قال في التقريب قال أصحابنا لو أنفق على اللقطة بأمر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا بتناولها أي العين عقد يوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بأمر الحاكم وحبسها لأخذها أنفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم أعني السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذ لم يتناولها عقد الرهن والمصنف أوجد الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت وأما ما نقل عن أبي يوسف أنه ليس له حبسها أصلا فأبلغ (قوله ولقطة الحل والحرم سواء) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول وفي قول يعرفها أبدا حتى يجيء صاحبها لاحكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لاحد قبلي وانما أحلت لي ساعة من نهار وانها لاتحل لاحد بعدي لاينفر صيدها ولايختلى شوكها ولاتحل ساقطتها الا لمنشد الحديث المنشد المعرف والناشد الطالب قال المثقب

يسيخ للنبأة اسماعه * اساخة المنشد للناشد

ويروى ويصيخ وهو بمعناه فالفعل من الاول أنشد الضالة ينشدها وأنشدها انشادا اذا عرفتها ومن الثاني نشدتها أنشدها نشدا ونشدانا بكسر النون اذا طلبتها (ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم) في حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال (اعرف عفاصها) أي وعاءها من جلد أو خرقة ونحوها (ووكاءها) أي رباطها الذي شدت به وعرفها سنة وتقدم فاما أن يقضي العام على الخاص

(قوله اشارة الى قوله لانه حي بنفقته الخ) أقول فيه تأمل بل هو اشارة الى قوله كأنه استفاد الملك من جهته (قوله يقال نشدت الضالة أي عرفتها) أقول في الصحاح نشدت الضالة أنشدها نشدة ونشدانا أي طلبتها وأنشدتها أي عرفتها وأما قول أبي دواد

ويصيخ أحيانا كما استمع المضل لصوت ناشد

واما فهو المعرف ههنا ويقال هو الطالب لأن المضل يشتهي أن يجد مضلا مثله ليتعزى به اه ففي تقرير الشارح قصور لايخفى وقوله والمعرف عندنا لايلائم ما سبق حيث لم يبين في الانشاد معنى التعريف قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم ولاتحل لقطتها الا لمنشدها) أقول معناه على الدوام والا لم تظهر فائدة التخصيص (قال المصنف لايحل الا التقاط الا للتعريف) أقول في الحديث حذف المضاف

وقوله (لهما) أي لمالك والشافعي رحمهما الله حاصله ان الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكتفى في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج الى اقامة البينة (ولنا ان اليد حق مقصود كالملك) بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله (وهذا) أي هذا الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها (للاباحة) أي وجب حمله على الاباحة (لاجل العمل بالمشهور)

(واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى يجبر والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها ووعاءها وعددها فادفعها اليه وهذا الاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي الحديث وبأخذه منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده

واما أن يتعارضا فيحمل كل على محمل وهو أولى لكن لا تعارض لانه معناه لا يحل الالتقاط الا لمن يعرف ولا يحل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر ان ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر اباحته فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجيء صاحبها ولا عمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالي الكعبة فضلا عن المتولي والاحكام اذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة بتقدير شرعيته معه علم انقطاعها بخلاف العلم بشرعيتها لسبب اذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فانه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لاظهار الجلادة (قوله واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك بالقضاء وعند مالك والشافعي) وأحمد (يجبر) واعطاء علامتها أن يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب في ذلك والحق أن قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك وأحمد واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم في حديث أبي بن كعب عرفها فان جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطه اياها والا فاستمتع بها وأخرجه أيضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فان جاء صاحبها وعرف عفاصها ووكاءها وعددها فاعطها اياه والا فهي لك وأيضا (فان صاحب اليد) وهو الملتقط (انما ينازعه في اليد لا في الملك) لانه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وفي الوصف المطابق ذلك فاكتفى به (ولا يشترط البينة لعدم منازعته) من الوجهين جميعا (ولنا أن اليد حق مقصود كالملك) حتى ان غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفوت غير اليد فيكون مثله لا يستحق الا بالبينة غير أنا أبحنا له الدفع عند اصابة العلامة بالحديث الذي رووه بناء على أن الامر فيه للاباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ويأتي ان شاء الله تعالى في الدعوى والمدعي هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم اذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف (وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده)

وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل أن يقول الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الرفع أيضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب أن الشافعي رحمه الله تعالى لم يقل بانتفاء الجواز لانتفاء الوجوب والمصنف رحمه الله تعالى ههنا في مقام الرفع فجاز أن يدفعه على طريق يلتزمه الخصم وقوله (بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده)

(قال المصنف العلامة) أقول أي اعطاء العلامة على حذف المضاف (قوله لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز) أقول ذلك عندنا في النسخ وما نحن فيه من قبيل التعارض (قوله والجواب أن الشافعي الخ) أقول وفيه أنه لا بد لنا من التخلص عن ذلك على رأينا فما هو (قوله قال المصنف وهذا بلا خلاف) أقول قال الاتقاني وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والاصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبيه ونفي الخلاف هنا مع اثباته في فصل القضاء كلام متناقض من صاحب الهداية انتهى قال الشارح أكمل الدين هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة أما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلا انتهى فاندفع التناقض

واذا صدق قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة (وان كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها)

أي عند أبي حنيفة رحمه الله وانما ورد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة أما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلا وقوله (لان المالك ههنا غير ظاهر) يعني لجواز أن يكون المالك هو الذي حضر فلما أقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما للدفع اليه (وأما المودع فانه مالك ظاهرا) فبالاقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك بيقين ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن بهذا كذا في المبسوط

أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره فيجيء ويتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره أيضا له حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت الى زمان تحصيل الكفيل بحق موهوم وهذا يدل على أن دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر في جامع قاضيخان ان فيه روايتين والصحيح أنه لا يأخذ وأورد على المصنف انه نفى الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه أي في أخذ الكفيل عند رفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ هذا اذا دفعه بمجرد العلامة فان صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو أقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها اليه ودفع بالفرق (بأن المالك هنا غير ظاهر) أي المالك الآخذ لهذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر والمودع في مسئلة الوديعة مالك ظاهر وانما أقر للحاضر بحق قبضها واقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقرار على ملك غيره واذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البينة انها له ان كانت قائمة في يد المدعى قضي له بها وهو ظاهر وان كان هالكا خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط فان ضمن القابض لا يرجع على أحد وان ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام أحمد فيما اذا كان الدفع بتصديقه وفي رواية يرجع وهو الصحيح وجه قول أحمد أن الملتقط اعترف بانه مالكها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم في تضمينه ولنا انه وان صدقه في الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل اقراره وصار كانه دفع بلا تصديق ثم ظهر الامر بخلافه وصار كاقرار المشتري بالملك للبائع اذا استحقه غيره ببينة فقضي له به يرجع على البائع ومثل هذا يجري في اقراره بأنه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط أن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بأمره وليس بضامن بل المودع ظلمه في تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وههنا في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن اذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى (قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة) والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي حدثنا زياد بن سعد عن سمي عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيأ فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليؤده اليه وان لم يأت فليتصدق به فان جاء فليخيره بين الاجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط اذا كان غنيا أن يتملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله أن يصرفها الى نفسه صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك أجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها الى فقير غير الملتقط وان كان أبا الملتقط أو ابنه أو زوجته (وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا)

وقال الشافعي يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حلاله على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ماوراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه (وان كان الملتقط فقيرا فلا باس بأن ينتفع بها) لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره (وكذا اذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وان كان هو غنيا) لما ذكرنا والله أعلم

من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له أن يتملكها وان كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر الى اذن الامام (لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فاستمتع بها) قالوا (وأبي كان من المياسير) بدليل ما في بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم قال والا فهي كسبيل مالك فقد جعل له مالا قلنا هذه الرواية ليس فيها ان الخطاب لابي فانها كما في مسلم عن أبي بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فان جاء أحد الى أن قال فهي كسبيل مالك وظاهر هذا أنه يحكي قوله لسائل يسأله وجاز كون ذلك كان فقيرا ثم هنا ما يدل على فقر أبي في زمنه صلى الله عليه وسلم وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت يارسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان أحب أموالي الى بيرحاء فاترى يارسول الله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبيا كان فقيرا لكنه يحتمل انه أيسر بعد ذلك الا أن قضايا الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال وأما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى أن قال والا فشأنك بها وفي رواية فهي لك فهو أيضا من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم أن الخطاب لابي لا يخرج عن قضايا الاحوال ذات الاحتمال اذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين لو كان نصابا لجاز كونه أقل من نصاب وكونه مديونا قالوا لو كانت اللقطة لا تحل للملتقط الا بطريق الصدقة فيمتنع اذا كان غنيا لما أكلها علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد أمره صلى الله عليه وسلم بأكلها فيما أخرج أبو داود عن سهل بن سعد أن علي بن أبي طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يبكيان فقال ما يبكيكما قالت الجوع فخرج علي رضي الله عنه فوجد دينارا بالسوق فجاء فاطمة فأخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي أنت ختن هذا الذي يزعم أنه رسول الله قال نعم قال نخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي فأخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار وخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن الدينار بدرهم بلحم فجئت وخبزت وأرسلت الى أبيها فجاء فقالت يارسول الله أذكر لك فان رأيته حلالا لنا أكلناه من شأنه كذا وكذا فقال كلوا باسم الله فأكلوا فبينما هم مكانهم اذا غلام ينشد الله والاسلام الدينار فأمر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعي فسأله فقال سقط مني في السوق فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الي بالدينار ودرهمك علي فأرسل به فدفعه صلى الله عليه وسلم الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذري واعل تأويله أن التعريف ليس له صيغة يعتد بها فراجعته لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ملا من الخلق لاعلان به وهذا يؤيد

وقوله (وكان من المياسير) أي الاغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله (حلاله على رفعها) أي ليكون حاملا وباعثا على رفعها (وقوله (لاطلاق النصوص) يريد به قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الخ وقوله تعالى ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم (قوله والاباحة للفقير لما رويناه) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام فليتصدق به (قوله والغني محمول على الاخذ) جواب عن قوله ولانه انما يباح للفقير حلاله على رفعها (قوله وانتفاع أبي) جواب عن استدلاله بحديث أبي رضي الله عنه وقوله (وهو جائز) أي الانتفاع للغني جائز باذن الامام لانه في محل مجتهد فيه وقوله (لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين) يعني نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله أعلم

قال المصنف (وهو جائز باذنه) أقول قال الاتقاني أي الانتفاع باللقطة بعد المدة جائز عند الغني باذن الامام على وجه يكون قرضا لوقوعه في محل مجتهد فيه فان الانتفاع للغني يجوز عند الشافعي انتهى وفيه بحث (قوله أي الانتفاع للغني الى قوله في محل الخ) أقول فيه بحث

فان خلاصة استدلال الشافعي أنه لو لم يجز أن ينتفع بها الغني لما أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لابي بن كعب رضي الله عنه به اذ هو مبعوث لبيان الشرائع ولا جواب عن ذلك فيما ذكره ولا معنى لا بتناء اجازته عليه الصلاة والسلام على اجتهاد آحاد الامة فليتأمل

كتاب الاباق

(الآبق أخذه أفضل فى حق من يقوى عليه) لما فيه من احيائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

الاكتفاء فى التعريف بمرة غير ظاهر فانه لم يذكر له ذلك الا بعد ان اشتروا وخبزوا وأحضروه وصلى الله عليه وسلم على الاكل نعم يجب الحكم بأن عليا عرفه قبل أن يأتى به فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وأبو يعلى الموصلى وفيه انه أتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة أيام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به وفيه دليل لمختار شمس الائمة من أن التقدير بحول وغيره ليس بلازم بل الى أن تسكن نفسه الى أن طالبه قطع نظره عنه وفى سنده أبو بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندى أبو بكر بن عبد الله بن أبى سبرة وهو لين الحديث وقال عبد الحق هو متروك والحق أن الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الاضطراب لان ما فى الرواية الاولى من انهم انما أعلموه بعد أن اشتروا وصار مهيأ للاكل ينافض ما فى الثانية من أنه أعلمه فأمره بتعريفه ثم أمره بأخذه وفى الاولى أنه دفع عينه للنشد وفى الثانية أنه جعله دينا عليه وقال اذا جاء نا أديناه اليك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعف ثم لو سلما حجيته كان الثابت به أن استقراضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز اقتراض الملتقط الغنى فلو سلما ضعف حديث أبى هريرة فى الصدقة بناء على تضعيف السمتى كفانا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت أن للملتقط الغنى فيها حكما آخر ونحن نطالبه فى اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء

كتاب الاباق

كل من الاباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا أن التعرض له بفعل فاعل مختار فى الاباق فكان الانسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفى اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب والاباق فى اللغة الهرب أبق يأبق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه (قوله الآبق أخذه أفضل) من تركه (فى حق من يقوى عليه) أى يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم فى هذا خلاف ويمكن أن يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه والا فلا واختلف فى أخذ الضال قيل أخذه أفضل لما فيه من إحياء النفوس والتعاون على البر (وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه) منتظرا لمولاه حتى يجده ولا يخفى أن انتظاره فى مكان غير متزحزح عنه ليس بواقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك فى أن محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه أما اذا علمه فلا ينبغى أن يختلف فى أفضلية أخذه ورده (قوله ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان) أو القاضى فيحبسه منعا له عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن إباقه من الاخذ الا بذلك عادة بخلاف اللقطة أما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خيره الحلوانى بين أن يأتى به الى السلطان أو يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا حبس الامام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام

بينة

كتاب الاباق

قال صاحب النهاية رحمه الله هذه الكتب أعنى اللقيط واللقطة والاباق والمفقود كتب يجانس بعضها بعضا من حيث ان فى كل منها عرضة الزوال والهلاك والاباق هو الهرب والآبق هو الهارب من مالكه قصدا (والآبق أخذه أفضل فى حق من يقوى) أى يقدر (عليه لما فيه من احيائه) اذ الآبق هالك فى حق المولى فيكون الرد احياءه (واما الضال) هو الذى لم يهتد الى طريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه) وهذا اختيار شمس الائمة السرخسى وأما اختيار شمس الائمة الحلوانى فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله (ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه) ظاهر

كتاب الآباق

قال (ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه) وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

بينة أنه عبده يستحلفه بالله أنه باق الى الآن في ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لا يعلمونه وانما يستحلفه مع عدم خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخطا ونظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر وموهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة ففي أولويته أخذ الكفيل وتركه روايتان وكما يدفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد أنه له و يأخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه اذا كبر مال بيت المال لانه كان مستحقا له بفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مال العبد واذا لم يجئ للعبد الا وطالت مدته باعه القاضي وأمسك ثمنه بعد أخذ ما أنفق لبيت المال منه فاذا جاء مالكه وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينتقض بيع القاضي لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤاجره وينفق عليه من أجرته لانه لا يخشى اباقه فلا يبيعه أما الآبق فيخشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره وينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دارة النفقة مستأصلة ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر (قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما) فضة بوزن سبعة مثاقيل (وان رده لاقل) من مسيرة سفر (فبحسابه وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط) بأن يقول من رد علي عبدي فله كذا كما اذا رد بهيمة ضالة أو عبدا ضالا وجه القياس أن الراد تبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من أعيان ماله لا يستوجب شيأ فكذا هذا وقولنا قول مالك وأحمد في رواية قال المصنف في وجه الاستحسان (ولنا اجماع الصحابة على أصل الجعل الا أن منهم من أوجب الاربعين ومنهم من أوجب ما دونها) وذلك أنه ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره أحد وذلك أن محمدا رحمه الله روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم بآبق من الغيوم فقال القوم لقد أصاب أجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء الله من كل رأس أربعين وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عبد الله بن رباح عن أبي عمرو الشيباني قال أصبت غلمانا آبقا بالغين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال أربعون درهما من كل رأس وروى ابن أبي شيبة حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق أربعين درهما وروى أيضا عن وكيع حدثنا سفيان عن أبي اسحق قال أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما وروى أيضا عن يزيد بن هرون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه جعل في جعل الآبق دينارا أو اثني عشر درهما وروى أيضا عن يزيد بن هرون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحرث عن علي رضي الله عنه أنه جعل في جعل الآبق دينارا أو اثني عشر درهما وأخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الآبق يوجد في خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روى عمار ان أخذه في المصر فله عشرة وان أخذه خارج المصر فله أربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان

وقوله (ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها) قال عمر رضي الله عنه في جعل الآبق دينارا أو اثنا عشر درهما وقال علي رضي الله عنه في جعل الآبق دينارا وعشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه أربعون درهما وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه ان رده في المصر فله عشرة دراهم وان رده في خارج المصر استحق أربعين (فأوجبنا الاربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا) أي جمعا بين الروايات المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يؤخذ بأقل المقادير لتيقنه أجيب بانه لم يؤخذ بالاقل لان التوفيق بين أقاويلهم ممكن بان يحمل قول من أفتى بالاقل على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر وقول من أفتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة السفر وهذا أولى لانه يعمل بكل منهما وقوله (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي قوله (ولان الحاجة) اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانها تقتضي التساوي بين الاصل والملحق وليس بموجود وقوله (و بقدر الرضخ) تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فحسابه فان عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض الى رأي الامام

الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها فأوجبنا الاربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا منهما ولان ايجاب الجعل أصله حامل على الرد اذا الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي و بقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض الى رأي القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي أقل مدة السفر قال (وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته الا درهما) قال رضي الله عنه وهذا قول محمد وقال أبو يوسف رحمهما الله له أربعون درهما

الواحد وقول المصنف (الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب دونها) يريد المروي عن عمر وعلي وقد علمت الرواية عن عمر أيضا ان الجعل أربعون وسنده أحسن من الاخرى والرواية عن علي مضعفة بالحرث المذكور فكانت رواية ابن مسعود أقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو أمثل ما في الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا ساوى الاكثر في القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ تحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الاقل على مادونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر (والتلفيق) الضم لفقت الثوب الفقه اذا ضممت شقه الى شقه ولان نصب المقادير لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع وأصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتا للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجح ولا يخفى ما في هذا (ولان ايجاب أصل الجعل حامل على الرد اذا الحسبة) وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع للمصلحة الراجحة الى العباد من صيانة أموالهم عليهم (وتقدير الجعل) انما يدري (بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع) الحاقه به قياسا ودلالة أيضا لان الحاجة الى صيانة الضال في رده دونها في رد الآبق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كي لا يابق ثانيا مما ليس في رد الضال منه شيء ولو كان الآبق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلا قال لآخر ان عبدي قد أبق فاذا وجدته خذه فوجده فرده ليس له شيء لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيأ وقوله (ومادونه فيما دونه) أي اوجبنا مادون الاربعين فيما دون السفر وذلك لانا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب فاذا حملنا بعضه على مادون السفر كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ماذكر ذلك الا على انه واجب (قوله و بقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما) أي المالك والراد أو يفوض الى رأي القاضي يقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ (تقسم الاربعون على الايام الثلاثة) لكل يوم ثلاثة عشر وثلث (قوله وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته الا درهما) قال المصنف (وهذا قول محمد) وهو قول أبي يوسف الاول كما قال أبو يوسف آخرا (له أربعون) وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول أبي حنيفة في عامة كتب الفقه وذكر في شرح الطحاوي مع

قوله (أي جعا بين الخ) أقول أي بقدر الامكان قال المصنف (ولان ايجاب الجعل أصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة) أقول المراد الحسبة المخصوصة فان فيها من التعب والنصب ما لا يخفى (قوله والتقدير بالسمع) أقول قوله والتقدير مبتدا وقوله بالسمع خبره قال المصنف (ولا سمع بالضال فامتنع) أقول لا يقال هذا لا يدل على امتناع ايجاب الأصل بل على امتناع التقدير فليكن الرأي الى السلطان لانا نقول هذا جواب عن قياس الشافعي وما ذكرته يندفع بقوله ولان الحاجة الخ فتامل قال المصنف (الى صيانة الآبق) أقول قوله الى في قوله الى صيانة الآبق الخ متعلق بالضمير في دونها لكونها عبارة عن الحاجة

محمد

لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص درهم ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال (وان أبق من الذي رده فلا شئ عليه) لانه أمانة في يده لكن هذا اذا أشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ انه لا شئ له وهو صحيح أيضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيع لاستيفاء الثمن

محمد وجه أبي يوسف (أن التقدير بها ثبت بالنص) أي قول ابن مسعود وعمر ووجب اتباعهما والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما لوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينتقص عنها (ولمحمد ان المقصود) من ايجاب الجعل (حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص) منه (درهم ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة) أي فائدة ايجاب الجعل وتعيين الدرهم لان ما دونه كسور (وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه) وبه تحيا ماليته له اما باعتبار الرقبة كما في المدبر أو باعتبار الكسب كما في أم الولد عنده لأنها لا مالية فيها عنده لكنه أحق باكسابها (ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت) فيقع رد حر لا مملوك على مالكه وهذا في أم الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث لأنه يعتق حينئذ بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة يصير كالمكاتب لانه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كرد غريم له وبرد غريم لا يستحق شيأ بخلاف القن (قوله ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل) له وقيد في عياله ان رجع الى الراد أو الى الابن اقتضى أن يتقيد نفي الجعل اذا كان الراد ابنا بكونه في عيال المالك أي في نفقته وتموينه وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال أبيه المالك أولا وجملة الحال ان الراد إن كان ولد المالك أو أحد الزوجين على الآخر والوصي لا يستحق جعلا مطلقا أما الولد فلأن الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه أجرة لأن خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك وهذا يفيد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فاذا كان في عياله فبطريق الاولى وأما أحد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة أن يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الرد بجهة الخدمة يمنعها منه لأنها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استأجرها لتخدمه لا يجب لها شئ وأما الوصي فانما لا يستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشأن الوصي أن يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم شئ وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الآبق بمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع حينئذ لم يوجد نصا ولا عرفا (قوله وان أبق من الذي رده فلا شئ عليه)

قوله (وأم الولد والمدبر في هذا) أي في وجوب الجعل (بمنزلة القن) لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف رحمه الله بقوله (لما فيه من احياء ملكه) أولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احياء المالية لأن أم الولد لا مالية فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وقوله (لانهما يعتقان بالموت) باطلاقه ظاهر في أم الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه وأما الذي عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب أو الحر (قوله ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله) أي كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا في عياله والقياس أن يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد عبد أبيه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على أبيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك وأما اذا وجد الأب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لأن خدمة الابن غير مستحقة على الأب وقوله (فلا يتناولهم اطلاق الكتاب) أي القدوري وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام قال (وان أبق من الذي رده) أي اذا أبق الآبق من الذي أخذه ليرده (فلا شئ عليه) أي لا ضمان عليه لأنه أمانة في يده (لكن هذا اذا أشهد) عند الاخذ وقد (ذكرناه في اللقطة) ان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله (وذكر في بعض النسخ) أي نسخ مختصر القدوري (لا شئ له) أي لا جعل للراد اذا أبق الآبق منه (وهو صحيح أيضا لانه) أي الراد (في معنى البائع من المالك) لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح

(وكذا اذا مات في يده فلا شئ عليه لما قلنا) انه أمانة عنده (ولو أعتقه المولى) أي أعتقه قبل أن يقبضه (وقت لقائه صار قابضا بالاعتاق) فيجب عليه الجعل وأشار بقوله بالاعتاق الى انه لو دبر مكان الاعتاق لم يصر قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو أعتق المشترى العبد المشترى قبل القبض وأما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا أن يصل الى يده (وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له) وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا يده فلا يكون لها حكم القبض وقوله والردوان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد قلتم من قبل ان الرد في معنى البيع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل أن يقبضه فيجب أن لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع مالم يقبض وتقرير الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون جائزا وقوله (وينبغي اذا أخذه أن يشهد انه أخذه ليرده) ظاهر وقوله (فان كان الآبق رهنا) سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تعالى وقوله (والجعل بمقابلة احياء المالية) فيه نظر لانه يلزمه اذا رد أم الولد وما ثمة احياء المالية عند أبي حنيفة وأجيب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبها لانه أحيى بكسبها وقد أحيا الراد ذلك برده وما

وكذا اذا مات في يده لا شئ عليه لما قلنا قال (ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق) كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والردوان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع مالم يقبض فجاز قال (وينبغي اذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده) فالاشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه أخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ واتهبه أو ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن (وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لانه أحيا ماليته بالرد وهي حقه اذا لاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه

أي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شئ له أي لا جعل للراد وكل منهما صحيح (وكذا اذا مات عنده) الا أن نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع لما لك لانه باباقه كالهالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به وبالرد كانه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع واذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك في يده أو أبق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط له أن يكون أشهد على قول أبي حنيفة ومحمد لانه حينئذ صار أمانة عنده كما في اللقطة وقال أبو يوسف لا ضمان عليه أشهد أو لم يشهد اذا قال أخذته لأرده والقول قوله في ذلك مع يمينه اذا علم انه كان آبقا فلو أنكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو أخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وأنكر المولى اباقه الا أن يشهد شهودا نه أبق من مولاه أو يشهدوا على اقرار المولى باباقه (قوله ولو أعتقه المولى كما لقيه) أي رآه قبل قبضه (يصير بالاعتاق قابضا) فيجب الجعل (كما في العبد المشترى) اذا أعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن (وكذا اذا باعه المولى من الراد) أي قبل قبضه يصير به قابضا (لسلامة بدله) وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع مالم يقبض وهو لا يجوز أجاب بقوله (لكنه بيع من وجه) لا من كل وجه (فلا يدخل تحت النهي) المطلق (عن بيع مالم يقبض فجاز) وأورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات أجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لأنه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لأنه ملكه حقيقة مع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة (قوله وينبغي اذا أخذه أن يشهد انه يأخذه ليرده) قال المصنف (فالاشهاد حتم فيه) أي في أخذ الآبق (عليه) أي على الآخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد) وتفسير بعضهم حتم بانه واجب تساهل والا يلزم بتركه استحقاق العقاب ونقطع بأنه اذا أخذه بقصد الرد الى المالك واتفق انه لم يشهد لا اثم عليه وانما الاشهاد شرط عندهما خلافا لأبي يوسف لاستحقاق الجعل ولسقوط الضمان ان مات عنده أو أبق (لان ترك الاشهاد امارة انه أخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه الراد (من الآخذ أو اتهبه) منه (فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه) لانه بالشراء أو الاتهاب قاصد لتملكه ظاهرا فيكون غاصبا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو أوصى له به أو ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا رده لا جعل له لأنه لنفسه لأنه يسقط الضمان عن نفسه الا أن يشهد عند الشراء من الآخذ انه انما اشتراه لأرده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بشرائه فحينئذ (يكون له الجعل) ولا يرجع على السيد بشئ من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي (قوله وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لان بالرد حييت ماليته

والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فان كانت أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

وماليته حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حبيت له المالية ألا ترى ان بالاباق سقط دين المرتهن كما بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود به (والرد في حياة الراهن وموته سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا) أي كون الجعل على المرتهن (اذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل فان كانت أكثر من الدين) قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما أصاب الدين على المرتهن وما بقي على الراهن مثلا الدين ثلثمائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كثمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء ان كان الدين أكثر من قيمته انقسم انقساما عليهما كذلك (قوله وان كان مديونا) أي ان كان العبد الآبق مديونا بان كان مأذونا فلحقه في التجارة دين أو أتلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لانه مؤنة الملك والملك في العبد بعده باشرته سبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لان الملك استقر له وان اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك والباقي للغرماء فظهر ان قول المصنف (فيجب) أي الجعل على من يستقر له الملك تجوز فانه لا يجب على المشتري وكأنه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه (وان كان) أي العبد (جانيا) أي جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يفده حتى أبق فرده من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من سيصير له ان اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعته اليه فان اختار الدفع الى أولياء الجناية فعليهم لعودها اليهم ولو كان قتل عمدا فأبق ثم رد لا جعل على أحد أما المولى فلانه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفا عنه فانما حصلت بالعفو وأما ولي القصاص فان قتل فالحاصل له التشفي لا المالية وان عفا فظاهر (وان كان موهوبا) فان أبق ممن وهب له ثم رد (فالجعل (على الموهوب له) سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد أو لا أما اذا لم يرجع فظاهر وأما ان رجع بعد المجيء فلانه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك وأورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد أجيب بان الترك آخر جزأي العلة واليها يضاف الحكم وأما الجواب بانه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المصنف بل يقرره (وان كان) الآبق (لصبي فالجعل في ماله) لما تقدم (انه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له) وقد بيناه في التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقاله لانه اذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان العرف فيه التبرع وفي الكافي للحاكم أبقت أمة ولها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لان من لم يراهق لم يعتبر آبقا وفي الذخيرة والمحيط لو أخذ آبقا فغصبه منه آخر وجاء به الى مولاه وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة انه أخذه يأخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر

الغير وأقر به مولاه (قوله كالموقوف) يعني بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل (قوله وان كان) أي الآبق (موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد) وانما ذكر إن الواصلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فتجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى ان اختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع (أن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد) أي برد الآبق (بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد) من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الرد أجيب بانه كان كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هذا وقوله (وان كان لصبي الى آخره) ظاهر وبالله التوفيق

قوله (فعلى المولى ان اختار الفداء الخ) أقول لعود المنفعة اليه

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب هنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء أي أضللته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله (اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم أحي هو أم ميت) وقوله (نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح (٤٤٠) (قوله ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل) بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره

﴿ كتاب المفقود ﴾

(اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة المالك وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه

فلما دخل البلد أبق من الآخذ فوجده آخر فرده الى سيده ان جاءه من مدة السفر فالجعل له وان وجده لأقل فجاءه به لا جعل لواحد منهما وفي المبسوط لا جعل للسلطان والشحنة أو الخفير في رد الآبق والمال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم والاولى أن يقال لا خذهم العطاء على ذلك ونصبهم له

﴿ كتاب المفقود ﴾

هو الغائب الذي لا يدرى حياته ولا موته (قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه) أي على ماله (ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون) فعلى القاضي أن يفعل في أمرهم ما ذكرنا لما ذكرنا (وقوله) أي قول القدوري (يستوفي حقوقه يريد أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم ويخاصم في دين وجب بعقده) أي بعقد الذي نصبه القاضي (لانه أصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل) ولا في حق من الحقوق اذا جحد من هو عنده أو عليه لانه ليس بمالك ولا نائب انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بقبض الدين من جهة المالك) عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك (واذا كان كذلك) يعني اذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة (فلو قضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والاوجه أن يقول للغائب والقضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو ردا بعيب أو مطالبة لاستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانهما انما يسمعان على خصم والوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصماء بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضي) أي اذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغي أن لا ينفذ

(قوله وانه) أي الوكيل من جهة القاضي (لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) فانه عند أبي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها (واذا كان كذلك) يعني أن وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة (الا اذا رآه القاضي) أي جعل ذلك رأيا له وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف أجيب بأن المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف

﴿ كتاب المفقود ﴾

(قوله وهو في اللغة من الاضداد الخ) أقول انت خبير بان الطلب ليس ضد الضلال الا أن يكون حتى اطلاق الضد توسعا بناء على ان الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه فليتأمل قال المصنف (يتضمن الحكم به قضاء على الغائب) أقول فيه شيء والظاهر أن يقال قضاء للغائب (قوله والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز) أقول في فصل القضاء بالمواريث من شرح الاتقاني وأحال على المختلف انه قيل يجوز القضاء للغائب عندهما ولا يجوز عنده

ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد فى نفقة ولا غيرها) لانه لا ولاية له على الغائب الا فى حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل أن كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها فى حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله فى غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثانى الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر عنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة

(قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضى) ظاهر (قوله ومن الثانى الاخ والاخت) انما كان من الثانى لانها نفقة ذى الرحم المحرم وهى مجتهد فيها فلا تجب الا بالقضاء أو الرضا) ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضا وقوله (فاذا لم يكن ذلك) يعنى الملبوس والمطعوم فى ماله

حتى يمضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضى محدودا فى قذف فان نفاذ قضائه موقوف على أن يمضيه قاض آخر أجيب بمنع انه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا واذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف وفى الخلاصة الفتوى على هذا (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (يبيعه القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه) ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان أو عقارا (فى نفقة ولا غيرها لان القاضى لا ولاية له على الغائب الا فى الحفظ) وفى البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض أو عقار أو خادم واحتاج ولده أو زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصى فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حفظه وربما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثته أيسر وهنا لا ولاية للقاضى على المفقود الا فى الحفظ وفى المبسوط وقال أبو حنيفة ان كان له أب محتاج فله أن يبيع شيأ من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفى القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخى أن محمدا ذكر قول أبى حنيفة فى الاملاء وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقى أثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع أن الحاجة الى ذلك ليس من أصول الحوائج واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصى فى حق الوارث الكبير وللوصى بيع العروض دون العقار (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعنى الحاصل فى بيته والواصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مقرودين على مقر قال المصنف (وليس هذا مقصورا على الاولاد) قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعنى من الاب والجد وان علا (والاصل ان كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته) لان لهم أن يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان اعطاء القاضى ان كان المال عنده أو تمكينهم ان كان عندهم اعانة لا قضاء على الغائب فانهم كانوا مأذونين شرعا أن يتناولوا بأنفسهم (وكل من لا يستحقها فى حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله) فمن الاول أعنى المستحقين بلا قضاء (الاولاد الصغار والاناث الكبار) اذا لم يكن لهم مال وكذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه فى حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهى تنعدم بالغنى (ومن الثانى) يعنى من لا يستحق الا بالقضاء (الاخ والاخت والخال والخالة) ونحوهم من قرابة غير الولاد (وقوله) أى قول القدورى (من ماله) يعنى الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن فى ماله) عين المطعوم والملبوس (يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر) أى غير المضروب (كذلك لانه يصلح قيمة

(قوله وهذا) أى الذى ذكرناه من (٤٤٣) انفاق القاضى عليهم من الدراهم والدنانير (اذا كانت فى يد القاضى) وقوله (وهذا) أى الاحتياج الى الاقرار انما هو (اذا لم يكونا) أى الدين والوديعة أو النكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيأ واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هذا هو الصحيح) احترازعن جواب القياس وهو قول زفر انه لا ينفق منهما عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما فى يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما فى يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما فى يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود وقوله (لان القاضى نائب عنه) اعترض عليه بان القاضى نائب عن الغائب فى القبض للحفظ ولا حفظ فى القبض للانفاق على هؤلاء فلا يكون نائبا وأجيب بان القاضى نائب عنه فى ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه فى الحفظ ولهذا جازله أن يوفى ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه فى الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير أمر القاضى وجب أن لا يضمن لانه دفعها الى من فى عيال المودع ولا ضمان عليه فى ذلك أجيب بأن الدفع اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف وقوله (لان مايدعيه للغائب) معناه ان الخصومة لا تسمع الا من (لانها المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لانه لم يوكل وهو ظاهر ولا حكما لان مايدعيه للغائب لم يتعين له سببا لثبوت حقه وهو النفقة

كالمضروب وهذا اذا كانت فى يد القاضى فان كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان أحدهما ظاهرا الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح فان دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضى لان القاضى نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين أصلا أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقى النفقة خصما فى ذلك لان مايدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة

كالمضروب) وهذا اذا كانت الدراهم والدنانير والتبر فى يد القاضى (فان كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منها) ان كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقر بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب (اذا لم يكونا ظاهرين) عند القاضى (فان كانا ظاهرين) معروفين له (فلا يحتاج الى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحدا (يشترط اقرار) من فى جهته المال بالآخر الذى ليس ظاهرا فيقر فى الاول عند القاضى أن هذه زوجته وهذا ولده وفى الثانى بأن له عندى وديعة أو على دينه (وقوله هذا هو الصحيح) احترازعن جواب القياس الذى قال به زفر لا أن هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيأ عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس بحجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب ولا يقضى على الغائب بلا خصم ومثل هذا فى الدين أيضا قلنا المودع مقر بأن ما فى يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما فى يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما فى يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس فى الوديعة والدين خاصة بل فى جميع أموال المفقود وقد يقال أيضا فى جوابه نعم القياس ماذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة أبى سفيان وقد أسلفناه قال فيه خذى من ماله ما يكفيك ويكفى بنيك بالمعروف اذ هو يفيد مطلق جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت فى الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيها آكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجردها وان كان يقدر على الكسب (قوله ولو دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضى لان القاضى نائب عنه) فكان له أن يأمر هؤلاء بالقبض وليس القاضى نائبا فى الحفظ فقط بل فيه وفى ايفاء ما عليه من الحقوق أيضا مما لا يحتاج فى ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا جازله أن يوفى ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا أعطاهم بلا أمره فان قيل ينبغى ان لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الى من فى عيال المودع برئ أجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان يأخذ القاضى منها كفيلا لاحتمال انه طلقها قبل ذهابه أو عجل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب أخذ الكفيل الا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا (فلو كان المودع والمديون جاحدين أصلا) أى جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية (أو جاحدين النسب والزوجية) معترفين بالوديعة والدين وليسا ظاهرين عند القاضى (لم ينتصب أحد من مستحقى النفقة) الزوجة أو الاب أو الابن (خصما فى ذلك) أى فى اثبات الدين أو النسب أو الوديعة بأقامة البينة على شئ من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصما فى ثبوت الزوجية والقضاء بها ولا مايدعيه للغائب سببا متعينا لثبوت حقه الذى هو النفقة

لانها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود) ولا يكون الثابت حكما الا فى مثل ذلك وسيجىء تمامه فى كتاب القضاء ان شاء الله تعالى قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح وقصة من استهوته الجن أى جرته الى المهاوى وهى المهالك ماروى عبد الرحمن بن أبى ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثنى حديثه قال أكلت خزيرا فى أهلى فخرجت فأخذنى نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم فى عتق فأعتقونى ثم أتوا بى قريبا من المدينة فقالوا أتعرف الخليل فقلت نعم فخلوا عنى فجئت فاذا عمر بن الخطاب

لانها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضى بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضى الله عنه هكذا قضى فى الذى استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضى بينهما بعد مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول على رضى الله عنه فيها هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور فى المرفوع

(لانها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود) وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى فى أدب القاضى (قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضى بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضى الله عنه هكذا قضى فى الذى استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة) وان كان عن غير قصد منه (فيفرق بينهما القاضى بعد مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة) فانه يفرق بينهما فيما بعد مدة كذلك وهذا منه فى الايلاء بناء على انه لا يوجب الفرقة بمجرد مضى المدة بل بتفريق القاضى بعدها وبعد هذا الاعتبار أخذ فى المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها (عملا بالشبهين) وحديث الذى أخذته الجن رواه ابن أبى شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة أن رجلا انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فاتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين امرأته والصداق وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذى فقد قال دخلت الشعب فاستهوتنى الجن فمكثت أربع سنين ثم أتت امرأتى عمر الحديث بمعنى الاول وأخرجه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه فقال له عمر لما جاءك ان شئت رددناك اليك امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجنى غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطنى وفيه ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا وروى مالك فى الموطأ أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل وأسند ابن أبى شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا فى امرأة المفقود تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا وأسند ابن أبى شيبة عن جابر بن زيد تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولى زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشرا قال المصنف (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان) أخرجه الدارقطنى فى سننه عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شرحبيل الهمدانى عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان وفى بعض نسخه حتى يأتيها الخبر وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل قال ابن أبى حاتم عن أبيه انه يروى عن المغيرة مناكير باطيل وقال ابن القطان وسوار بن مصعب

أنها امرأته بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرنى عمر رضى الله عنه بين أن يردها على وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضى بينهما بعد مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة) والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها فان العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضى سنة لرفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فتتعين فى حقه المدتان فى التربص بأن تجعل السنون مكان الشهور فتتربص أربع سنين (عملا بالشبهين) (قوله ولنا) ظاهر وحاصله ان البيان فى الحديث المرفوع الى النبى عليه الصلاة والسلام مجمل وقول على رضى الله عنه خرج بيانا لذلك المبهم

قوله (قال أكلت خزيرا) أقول بالخاء المعجمة (قوله وحاضت وانقضت الخ) أقول يتبادر منه أن يكون اعتدادها بالحيض مع انه قال تعتد عدة الوفاة فالاولى حذف قوله وحاضت من البين (قوله وبين المهر) أقول أى أخذ مهر المثل من الزوج الثانى (قوله وبين المولى وامرأته) أقول فى التركيب شىء الا أن يقدر الفعل بعد الواو العاطفة ويقال ويفرق بين المولى ويكون العطف على جملة فان العنين الخ (قوله ولكن عذر المفقود أظهر الخ) أقول فى أظهريته من عذر العنين تأمل الا أنه يقال اقدامه مع عنته على التزوج ينقص من عذره (١) خ الخيل اه

(قوله وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه) رواه ابن أبي ليلى (قوله ولا معتبر بالايلاء) جواب عن قياس مالك في صورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا مؤجل (قوله ولا بالعنة) جواب عن القياس بالعنة وتقريره أن العنة بعدما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تتحمل ففات حقها على التأبيد ففرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها مرجو قبل مضي أربع سنين وبعده (قوله واذا تم له مائة وعشرون سنة)

اختلفت روايات أصحابنا في مدة المفقود فروى الحسن عن أبي حنيفة انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر بأقرانه في جميع الدنيا أو في الاقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة لان الظاهر أن لا يعيش أحد في زماننا أكثر من مائة سنة وقدر بعضهم بتسعين لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر والاقيس وهو أفعل تفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم أشغل من ذات النحيين أن لا يقدر بشئ من المقدرات كلها بمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشئ أصلا لتعطل حكم المفقود (والارفق

ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاودة والعنة فلما تحمل بعد استمرارها سنة قال (واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشئ

أشهر في المتروكين منه ثم عارض المصنف بقول علي قول عمر وهو ما روى عبد الرزاق أخبرنا محمد بن عبد الله العزرمي عن الحكم بن عتيبة أن عليا رضي الله عنه قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق أنبأنا معمر عن ابن ابي ليلى عن الحكم أن عليا مثله وقال أخبرنا ابن جريج قال بلغني ان ابن مسعود وافق عليا على انها تنتظر أبدا وأخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته وقوله ولان النكاح الخ الحاصل ان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فذهب عمر الى ما تقدم وذهب علي رضي الله عنه الى انها امرأته حتى يأتيها البيان والشأن في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالاصالة وما ذكر من موافقته ابن مسعود مرجح آخر ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال (ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك) وذكر أن عمر رضي الله عنه رجع الى قول علي ذكره ابن أبي ليلى قال ثلاث قضيات رجع فيها عمر الى قول علي امرأة المفقود وامرأة أبي كنف والمرأة التي تزوجت في عدتها وقولنا في الثلاث قول علي رضي الله عنه فامرأة المفقود عرفت وأما امرأة أبي كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت فأتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان لم يكن دخل بها فأنت أحق بها وان كان دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لي اليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الامير بكتاب عمر فعرفوا انه جاء بأمرين وهذا أعني عدم ثبوت الرجعة في حقها اذا لم تعلم بها حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علي ان مراجعته اياها صحيح وهي منكوحته دخل بها الثاني أو لا وأما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي ينعى اليها زوجها فتعتد وتتزوج وكان مذهبه فيها اذا أتى زوجها حيا يخيره بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه الى قول علي وهو ان يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه مما استحل من فرجها وترد الى الاول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال (ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بان الوقوع به عند انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال (ولا بالعنة) لان الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة (والعنة فلما تحمل بعد استمرارها سنة) فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها (قوله واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال المصنف رحمه الله (هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين والاقيس أن لا يقدر بشئ

(قوله والطبيعة لا تتحمل الخ) أقول في كلامه اشارة الى ان فيما في كلام المصنف للنفي (قوله فطريقه) أقول أي فطريق معرفته (قوله وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر) أقول قوله وبناء مبتدأ وقوله على الظاهر خبره (قوله أن لا يقدر بشئ من المقدرات الخ) أقول من القدر لا من القدرة (قوله لانه لو لم يقدر الخ) أقول تعليل لتقييد شئ بقوله من المقدرات كلها بمائة والتسعين

والارفق أن يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين ورثته الموجودين فى ذلك الوقت) كأنه مات فى ذلك الوقت معاينة اذا الحكمى معتبر بالحقيقى

(والارفق أن يقدر بتسعين) وجه رواية الحسن ان الاعمار فى زماننا فلما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاكثر وأما ما قيل ان هذا يرجع الى قول أهل الطبائع فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره فما لا ينبغى أن يذكر توجيها للمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالاعمار السالفة للبشر بل لا يحل لاحد أن يحكم على أئمة المسلمين انهم اعتمدوا فى قول لهم على أمر هم يعترفون ببطلانه ويوجبون عدم اعتباره فى شئ من الاشياء ووجه ظاهر الرواية انه من النوادر أن يعيش الانسان بعد موت أقرانه فلا ينبنى الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ الى ان المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون ان المعتبر موت أقرانه فى بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الاقطار بحسب اجرائه سبحانه وتعالى العادة ولذا قالوا ان الصقالبة أطول أعمارا من الروم فانما يعتبر بأقرانه فى بلده ولان فى ذلك حرجا كبيرا فى تعرف موتهم من البلدان بخلافه من بلده فانما فيه نوع حرج محتمل وأما المروى عن أبى يوسف فذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم قيل انه سئل عنه فقال أنا أبينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان بعد عشر يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا فاذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين يستوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين يحمل عليه الاثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحنى من كثرة الاثقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخية هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقى هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه فى بطنه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الجنبين الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان مثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر فى المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة فقوله فى المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتى بقول أبى يوسف حتى تبين له خطؤه فى نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطئه لانه مبنى على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما أعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين فى فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروى انه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب فى أعمار أهل زماننا هذا وهذا لا يصح الا أن يقال ان الغالب فى الاعمار الطوال فى أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأى فى ان الغالب هذا فى الطول أو مطلقا فلذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشئ لان نصب المقادير بالرأى لا يكون وهذا هو قول المصنف الاقيس الخ ولكن نقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المصنف (والارفق) أى بالناس (أن يقدر بتسعين) وأرفق منه التقدير بستين وعند الاحسن سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم أعمار أمتى ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفوض الى رأى القاضى فأى وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كأنه مات فيه معاينة اذا الحكمى معتبر بالحقيقى

والارفق أن يقدر بتسعين لانه أقل ما ذكر فيه من المقادير (قوله واذا حكم بموته) ظاهر

(قوله والارفق الى قوله لانه الخ) أقول فى التعليل نوع قصور والاولى أن يضم اليه والتفحص عن حال الاقران انهم ماتوا أو لا غير ممكن عادة كما صرح به العلامة السكاكى ولكن لا يخفى ان سلب الامكان انما يصح اذا اعتبر اقرانه فى جميع البلدان ثم ذكر فى شروح الفرائض السراجية انه ذهب بعضهم الى انها سبعون سنة لما ورد فى الحديث المشهور فى أعمار هذه الأمة فنى تعليل الشارح بحث الا ان يقال المراد المقادير التى يعتنى بها وهذه ليست كذلك فليتأمل

وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) أى لا تصح الوصية بل توقف وذكر فى الذخيرة واذا أوصى رجل للمفقود بشئ فانى لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية أخت الميراث وفى الميراث تحبس حصة المفقود الى أن يظهر حاله فكذلك فى الوصية والاصل المذكور فى الكتاب ظاهر (قوله وتصادقوا) أى الورثة المذكورون والاجنبى وانما قيد بالتصادق لان الاجنبى الذى فى يده المال اذا قال قدمات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذى اليد فيما فى يده معتبر وقد أقر بأن ثلثى ما فى يده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع اقرار ذى اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيأ بهذا القول ويوقف الباقى على يد ذى اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا أقر من فى يده المال أما لو وجد أن يكون المال فى يده للميت فأقامت البنتان البينة أن أباهما مات وترك المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما فى هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى اثبات الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف الباقى على يد عدل لان الذى فى يده جحد وهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال فى يد أجنبى لانه اذا كان فى يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضى لا ينبغى له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيأ للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيأ من أيديهما لان النصف صار بينهما بيقين والنصف الباقى للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيأ للمفقود أن لا يجعل شيأ مما فى يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال فى يد ولدى كانوا الابن المفقود فطلبت البنتات ميراثهما واتفقوا على أن الابن مفقود فانه تعطى البنتان النصف وهو أدنى ما يصيبهما وترك الباقى فى يدى ولدى الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا به

(ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود احد مات فى حال فقده) لان بقاءه حيا فى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة فى الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقى وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال فى يد الاجنبى وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الاجنبى الا اذا ظهرت منه خيانة)

(قوله ومن مات منهم) أى ممن يرث المفقود (قبل ذلك) أى قبل أن يحكم بموت المفقود (لم يرث من المفقود) بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجرى مناسخة فترث ورثته من المفقود (لانه لم يحكم بموت المفقود بعد) وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود احد مات فى حال فقده لان بقاءه حيا فى ذلك الوقت) يعنى وقت موت ذلك الاحد (باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة فى الاستحقاق) بل فى دفع الاستحقاق عليه ولذا جعلناه حيا فى حق نفسه فلا يورث ماله فى حال فقده ميتا فى حق غيره فلا يرث هو غيره (وكذلك) لو (أوصى له ومات الموصى) فى حال فقده قال محمد لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعنى يوقف نصيب المفقود الموصى له به الى أن يقضى بموته فاذا قضى به جعل كأنه مات الآن وفى استحقاقه لمال غيره كأنه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت فى مال غيره (قوله ثم الاصل انه اذا مات من بحيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود) حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى) ذلك الوارث (أقل نصيبيه ويوقف الباقى) حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى) لذلك الوارث شئ (بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو ابنة ابن والمال) الموروث (فى يد أجنبى وتصادقوا) أى الاجنبى والورثة (على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به) لان أخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فتعطيانه (ويوقف النصف الآخر) فى يد الأجنبى الذى هو فى يده (ولا يعطى ولد الابن شيأ لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبى (الا اذا ظهرت منه خيانة) بان كان أنكر ان للميت عنده مالا حتى أقامت البنتان البينة عليه فقضى بها لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فانه حينئذ يؤخذ الفضل الباقى منه ويوضع فى يد عدل لظهور خيانته ولو

قال المصنف ولا ينزع من يد الاجنبى الخ أقول وفى العقار خلاف سيأتى فى فصل القضاء بالمواريث اذا جحد من فى يده والظاهر ان المراد هنا بالخيانة ما هو غير الجحود وان كان المفهوم من كلام بعض الشارحين انها هو هنا

ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كما فى المفقود وقد شرحناه فى كفاية المنتهى بأتم من هذا والله أعلم

كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الاجنبى الذى فى يده المال مات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما فى يده وقد أقر أن ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيأ ويوقف الثلث الباقى فى يده ولو كان المال فى يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤخر شئ للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثا ويوقف النصف فى أيديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا أعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقى لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال فى أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث لانهما فى هذه يدعيان الثلثين والمال فى أيديهما فان ظهر حيا نه أخذ منهما السدس له ولو كان المال فى يد ولد المفقود واتفقوا انه مفقود يعطى البنتان النصف لانهما انما ادعياه بالاقرار بفقده ويوقف النصف الآخر فى يد من كان فى يده ولو ادعى ولد المفقود ان أباهما مات لم أدفع اليهما شيأ حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه أو بعده فاذا قامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت غلى هذا مات عن بنتين وأولاد ابن وان قامت عليه بعده يعطى لهم النصف لان الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف (ونظيره) أى فى وقف الميراث عند الشك فى النصيب (الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى) واحترز به عما روى عن أبى حنيفة انه يوقف له ميراث أربع بنين لما قال شريك رأيت بالكوفة لابى اسمعيل أربع بنين فى بطن واحد وعما عن محمد ميراث ثلاثة بنين وفى أخرى نصيب ابنين وهو رواية عن أبى يوسف وعن أبى يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه المتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامرأة حاملا تعطى المرأة الثمن (وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى) شيأ (وان كان ممن يتغير يعطى الاقل المتيقن به) مثاله ترك امرأة حاملا وجدة تعطى السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملا وأخا وعما لا يعطى شيأ لان الاخ يسقط بالابن وجائز أن يكون الحمل ابنا فكان بين أن يسقط ولا يسقط فكان أصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيأ ولو ترك حاملا وأما أو زوجة تأخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الام الثلث أو حيا أخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الربع والله الموفق للصواب

﴿ تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس وأوله كتاب الشركة ﴾

قوله (ونظير هذا) يعنى المفقود الحمل فى حق توقف النصف فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه فى الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية فى علم الفرائض قوله (ولو كان معه) أى مع الحمل (وارث آخر) ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امرأة حاملا وجدة فان للجدة السدس لانه لا يتغير فرضها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامرأة حاملا فان المرأة تعطى الثمن لانه لا تتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا تعطى كان الابن والاخ أو العم فانه لو ترك امرأة حاملا وأخا أو عما لا يعطى الاخ والعم شيأ لان من الجائز أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيأ لذلك وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما يرثان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس المتيقن كما فى المفقود يعنى انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا فى الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك أخا وابنا مفقودا لا يعطى الاخ شيأ وكذلك لو ترك أما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما فى الحمل والله أعلم

(قوله لو ترك امرأة حاملا واخا الخ) او عما اقول لم يذكر ابن الابن هنا لانه علم حاله انفا مما ذكره فى المفقود

فهرست الجزء الرابع من فتح القدير على شرح الهداية لشيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

صحيفة	
٠٢	كتاب الايمان
٧	باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا
١٨	فصل في الكفارة
٢٩	باب اليمين في الدخول والسكنى
٣٨	باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك
٤٤	باب اليمين في الاكل والشرب
٦٣	باب اليمين في الكلام
٧١	فصل في يمين من حلف لا يكلم حينا أو زمانا
٧٦	باب اليمين في العتق والطلاق
٨٤	باب اليمين في البيع والشراء والتزويج وغير ذلك
٩٠	باب اليمين في الحج والصلاة والصوم
٩٥	باب اليمين في الثياب والحلي وغير ذلك
٩٩	باب اليمين في الضرب والقتل وغيره
١٠٢	باب اليمين في تقاضي الدراهم
١٠٥	مسائل متفرقة
١١١	كتاب الحدود
١٢١	فصل في كيفية اقامة الحد
١٣٨	باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه
١٦١	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها
١٧٨	باب حد الشرب
١٩٠	باب حد القذف
٢١١	فصل في التعزير
٢١٨	كتاب السرقة
٢٢٦	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع
٢٣٨	فصل في الحرز والاخذ منه

صحيفة	
٢٤٧	فصل في كيفية القطع واثباته
٢٦٤	باب ما يحدث السارق في السرقة
٢٦٨	باب قطع الطريق
٢٧٦	كتاب السير
٢٨٤	باب كيفية القتال
٢٩٢	باب الموادعة ومن يجوز أمانه
٢٩٨	فصل في الامان
٣٠٢	باب الغنائم وقسمتها
٣٢٠	فصل في كيفية القسمة
٣٣٣	فصل في التنفيل
٣٣٧	باب استيلاء الكفار
٣٤٧	باب المستأمن
٣٥١	فصل واذا دخل الحربي الخ
٣٥٧	باب العشر والخراج
٣٦٧	باب الجزية
٣٧٧	فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام
٣٨٢	فصل ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة
٣٨٥	باب أحكام المرتدين
٤٠٨	باب البغاة
٤١٧	كتاب اللقيط
٤٢٣	كتاب اللقطة
٤٣٤	كتاب الاباق
٤٤٠	كتاب المفقود

تمت

الجزء الخامس

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿ تنبيه ﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الأول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

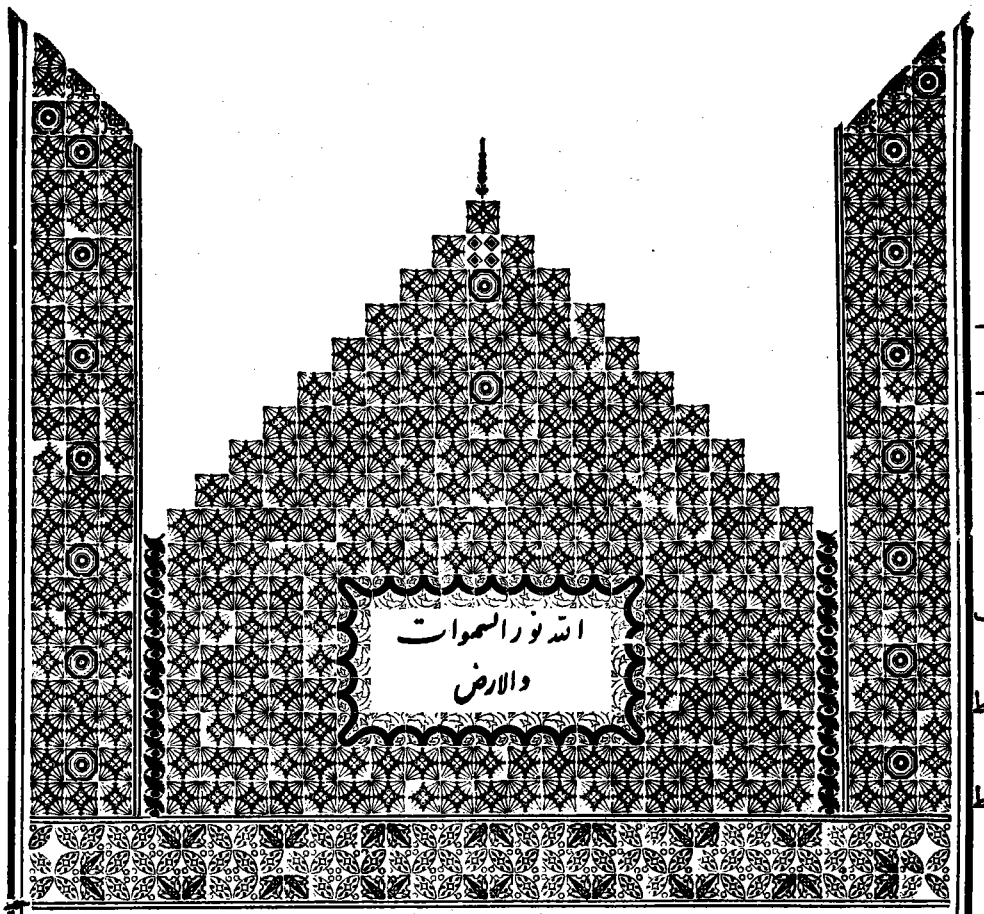
﴿ الطبعة الأولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٦

هجرية

(بالقسم الادبي)



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

هو باسكان الراء فى المعروف أورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال أحدهما أمانة فى يد الآخر كما أن مال المفقود أمانة فى يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق فى مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حى وهذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة فيهما وفى الآبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليها وأولاها الاباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق وكأن بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لأن المال على عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة فى تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشراك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وفعله الخلط وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف فى فيقال اشتركا فى المال أى حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه أى تعلق به اشتراكهما أى خلطهما وركنها فى شركة العين اختلاطهما وفى شركة العقد اللفظ المفيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيل شركة العقد

بالاضافة

﴿ كتاب الشركة ﴾

مناسبة ترتيب الابواب المارة انساقت الى ههنا على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث إن نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين فى الشركة ذكرها عقيبه وهى عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم سمى العقد الخاص بها وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له

﴿ كتاب الشركة ﴾

قوله وهى عبارة عن اختلاط (نصيبين الخ) أقول فيه تسامح فان الاختلاط صفة النصيب والشركة صفة صاحب النصيب

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال (الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما

بالاضافة فهي اضافة بيانية (قوله الشركة جائزة الى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام اخبارا للخصمين عن شريعته اذ ذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا وأما السنة فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماري وروى أحمد ابن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام مرحبا بأخي وشريكي كان لا يداري ولا يماري يا سائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصداقة واسم السائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه انه كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شئ ولا تقوم به حجة انما يصح اذا أراد الحجة في تعيين الشريك من كان أما اذا رضوا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث يداري مهموز في الحديث أي يدافع ثم ايراد المشايخ هذا انما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثاني ما في أبي داود ومستدرك الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خانا خرجت من بينهما زادرزين وجاء يد الشيطان وضعفه القطان بجهالة والد ابي حيان وهو سعيد فان الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن أبي حيان مرسلا ورواه الدارقطني بدل الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتا مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الحمل من القدوري القصر فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا أو ملكاها بالاستيلاء بأن استوليا على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بأن انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما أو اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا الا أن بعضهم ذكر من شركة الاملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولذا جاز هبته ممن عليه وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى أحدهما شيأ كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضا أن

والشركة جائزة لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وهي على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وكلامه ظاهر

قال المصنف (فشركة الاملاك العين) أقول أي شركة العين فالمضاف مقدر قال المصنف (يرثها رجلان أو يشتريانها) أقول قوله يرثها صفة العين كما في قوله تعالى كمثل الحمار يحمل أسفارا

قوله ابن خثيم بضم الخاء كما في أسماء الرجال لابن حجر اه

خلطا يمنع التمييز رأسا أو الا بحرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

يعطيه شيأ على أنه قضاء وأخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه الا بأمره لان كلا منهما في نصيب الآخر كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالة وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما (من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الا باذن الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار اليه في الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم وأما ما ذكر شيخ الاسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعد يا سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وأيضا فالزوال الى الخالط عينا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي بل المترتب عليه اعتباره زائلا الى الشريك الخالط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر أثره في ذلك وانما يتبين به أي تعدوهو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه (قوله والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول) ثم فسرهما المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البزازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ولهذا لو دفع ألفا الى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة وينبغي الاشهاد عليها وذكر محمد رحمه الله كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الامانة ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة الا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما الا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سيذكر فان كانا شرطا التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كي لا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل

وقوله (خلطا يمنع التمييز رأسا كخلط الحنطة بالحنطة أو الا بحرج كخلطها بالشعير وقوله (فانه لا يجوز) يعني البيع (من الاجنبي) الا باذن شريكه وقوله (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه بيع ملك نفسه عملا بالشبهين

وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

أي متساوين

هذا التاريخ (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدر معمولا لمعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه) أي حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف أصيلا في النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركا كالاختصاص المشترى بالمشترى واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب (قوله ثم هي) أي شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) قيل في وجه الحصر ان العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا وفي الذكر إما أن تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره أو لا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال (اما) أن يشترط العمل في مال الغير أو لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان ان شاء الله تعالى (قوله فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كأنه وكيل عنه (لانها شركة عامة) يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذ هي من المساواة تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودي

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وبعده

اذا تولى سراة الناس أمرهم * نما على ذلك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده

تهدى الامور بأهل الرأي ما صلحت * فان تولت فبالجهال تنقاد

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا بنفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب في راكب والسري فعيل جمع على فعلة بالتحريك وأصله سرو تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفا فصار سراة وأصل سري سريو

والاصطياد فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصا لا على وجه الاشتراك أي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه) أي من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود انما تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا أن يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي أربعة أوجه ذكر في وجه الحصر على ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال في العقد أو لا فان ذكرا فاما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه وربحه أو لا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكرا فاما ان يشترط العمل فيما بينهما في مال الغير أو لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذ لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين تحققت المنازعة بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسري

وقوله فلابد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ماذكر من مأخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولايته الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا في الانتهاء (وقوله وذلك) أي تحقق المساواة في المال والمراد به ماتصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة مالم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لآخر وكلتك في مالي اصنع ماشئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله أجيب بأن العموم ليس بمراد هاهنا فانه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز

فلابد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ماتصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملك الآخر لفات التساوي وكذلك في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه أعظم للبركة

اجتمعتا وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسيأتي وجه المساواة (فلابد من تحقق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشترى فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشترى صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف مال يستحق به لصاحبه غيرانه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود وللآخر مثلها بيض وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف وللآخر مائة دينار وقيمتهما ألف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة فقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى أن يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين عن قريب (قوله وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة) وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكروه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكي عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل منهما الى الآخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوي في المالين وممن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قولهما وهو وجه (القياس أنها تضمنت الوكالة) شراء (بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك في مالي اصنع فيه ماشئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ماشاء قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام أهل الآخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما (ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فاوضوا فانه أعظم للبركة) أي ان عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فاوضتم

قال المصنف (وكذا في التصرف) أقول عطف على قوله وذلك في المال قال المصنف (وكذلك في الدين) أقول عطف على قوله وذلك في المال (قوله لما نبين ان شاء الله تعالى) أقول اشارة الى قوله ولا بين المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة) أقول قال في الكافي فاحسنوا

وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لا تصديق بلا تصور وردهذا بان قوله لا أدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما فى المضاربة (ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة) لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال (فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوى وان كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز أيضا) لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبى والبالغ) لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى

فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف فى كتب الحديث أصلا والله أعلم به ولا يثبت به حجة على الخصم وانما أخرج ابن ماجه فى التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفى بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحربى فى كتاب غريب الحديث وضبطه المعارضة بالعين والضاد وفسرها بيبيع عرض بعرض مثله (والآخر) ماذكره من (أن الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس) لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهورا لتعامل بها على الشروط التى ذكرتم من المساواة فى جميع ما يملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متحملة) لانها انما تثبت (تبعا) والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا (كما فى المضاربة) فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالزام وانتظم الكلام الكلى وهو قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن الزام الكفالة بمجهول وفصل الجواب فيها فى المبسوط فقال وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنا لان كل واحد انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكأن المصنف انما لم يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة لمجهول ابتداء لان عند اللزوم لا بد ان يتعين المكفول له فاكتفى بنفى الالزام بما ذكر من ان الشئ قد يصح تبعا لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات صحتها شرعا أخذا من هذا الجواب هكذا تصرف نافع لا مانع فيه فى الشرع فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع اذا ثبت قصدا ولا يلزم من منع الشئ اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل فمن أين اشتراط المساواة فى المال قلنا هذا أمر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة فى صورة يكون الشريكان متساويى المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما فى صورة عدم تساويهما فقلنا ان عقدا على الوجه الاول سميناها الشركة مفاوضة والا سميناها عنانا غير انا اكتفينا بلفظ المفاوضة فى ثبوت الشرط المذكور لجعلنا اياه علما على تمام المساواة فى أمر الشركة فاذا ذكرا ها تثبت أحكامها اقامة اللفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكرا ها لعدم تحقق رضاهما بأحكامها الا أن يذكرا تمام معناها بان يقول أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتك فى جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر فى التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا منا ضامن على الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتنعقد بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقدا بلفظ المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنتفى من شروط العنان ويكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان (قوله وان كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا) إن فيه للوصل وقوله (لما قلنا) أى لتحقق التساوى اذ الكفر كله ملة واحدة (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبى والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى

(قوله والجهالة متحملة تبعا كما فى المضاربة) يعنى الوكالة بمجهول الجنس موجودة فى المضاربة وهى جائزة هناك تبعا فكذلك ههنا ألا ترى ان شركة العنان تصح وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله (لان المعتبر هو المعنى دون اللفظ) يوضحه ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لتحقق التساوى أى فى كونهما ذميين وقوله (ولا تجوز) أى المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر

واعترض على قوله ولهما أنه لا تساوي في التصرف بأن المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع أنهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف فيها وكذلك الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف وأجيب بأن عدم المساواة مبطل للعقد لاستحالة والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من جعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فتتحقق المساواة وأما مؤاجرة نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من أهل ان يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه واجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما مسئلة الحنفي والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وقوله (ولا بين الصبيين) يعني وان أذن لهما أبوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من أهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله (انه) أي العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعني قد يكون عاما في أنواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فجاز ان يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم

شركة

والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبو حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما

والصبي لا يملك الكفالة) أصلا ولو أذن له الولي (ولا يملك التصرف الا باذنه قال ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة) وكون أحدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في أصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره) أي عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود أو لا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في أكل الحرام) وقوله الا أنه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في أعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتفي الحكم عما بعد الا فيكون قد أخرج الكراهة التي يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فانما هو استدراك من الجواز فانه مطلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أي لكنه مكروه وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رأوه بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى في المتصل والمنقطع مخرج من حكم الصدر فالحمار لم يجئ في قولك جاؤا الاحمارا فيقتضي اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس ماله خمورا وخنازير يصح ولو اشتراها المسلم لا يصح) لكن بقي قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع التفاوت فيما يملكان لم يجب عنه وكذا بين الكتابي والمجوسي فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد ماليتها دون الكتابي وكذا الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي وأجيب بأن منهم من جعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم فلا فصل بين المجوسي والكتابي فتتحقق المساواة في التصرف وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه أو نائبه واجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما الحنفي والشافعي فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الالزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر في الاصل قياس قول أبي يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعني ولو أذن وليهما لانهما ليسا من أهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين (قوله وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كما لو عقد بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرط عدم الكفالة تصير عنانا وان عما التصرف والمال وتساويا فيه لان عقد

(قوله على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه الخ) أقول فيه بحث فان المسلم أيضا من أهل أن يشتري الخمر والخنزير بنائبه كما سيجيء في كتاب الوكالة وجوابه ان اجارة نفسه صحيحة دون اشتراء المسلم الخمر فتأمل

(قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة) أى تنعقد شركة المفاوضة على الوكة كعامة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة فى المال على ما بيناه يعنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة هو على معنى ان يطالب كل واحد من شريكى المفاوضة بما باشره الآخر واليه أشار بقوله لتتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله (لان مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة وقوله (لما بينا) اشارة الى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أى لبائع الطعام والكسوة (قوله فيما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستئجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرا فى تجارتهما أو دابة أو شيأ من الاشياء فللمؤجر ان يأخذ أيهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا الى مكة يحج عليها فللمكارى أن يأخذ أيهما شاء الا أن شريكه اذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى (٩) من مال الشركة رجع عليه بنصيب من المؤدى

قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة فى المال على ما بيناه وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من موجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما الا ما استثناه فى الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشترى بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشترى بحصته مما أدى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة فيما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا تكون الا عامة (قوله وتنعقد) أى المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أى وكالة كل منهما عن الآخر فى نصف ما يشتريه وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة فلتحقق غرض الشركة) وقوله (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك فى الربح (وأما الكفالة فلتحقق المساواة) التى هى مقتضى المفاوضة (فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما) بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو تجارة (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة ولعياله وادامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشترى بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوط باذن شريكه فانه يختص بها على ما سيأتى فى آخر الشركة ان شاء الله تعالى وانما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة (فان الحاجة الراتبة معلوم وقوعها) أى المستمرة من قولهم رتب الشئ اذا دام ومنه أمر ترتب أى دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن ايجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل الآخر انما هى فيما هو من ضمان التجارة

وأما فى شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذى استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بنى آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش مقدر واستحلفه فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى انه لو ثبت بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شئ ولا خصومة للمجنى عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على أحدهما وحلفه

(٢ فتح القدير - خامس) عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة عقدت عقدا لمفاوضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين صورة غيره

قال المصنف (وللبائع أن يأخذ بالثمن الى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولهذا لم يتعد الى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فلتأمل قال المصنف (فيما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار) أقول قال الاتقانى ولنا فى عبارة صاحب الهداية نظر لأن حق الكلام أن يقول فيما يصح فيه الاشتراك ثمن المشترى وأجرة ما استأجر لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر ارش الجناية والمهر والنفقة الخ لانها هى الدين الواقعة بدلا عما لا يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها الى آخر ما قال فيعلم بأدنى فكر ان شاء الله تعالى اه وفيه بحث وفى قوله لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار بحث لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لا فى الدين الواقع بدلا عنه فينبغى أن يقول فيما يصح الاشتراك فيه المشترى والمستأجر وقس عليه

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعنى عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو أقر بالكفالة السابقة فى حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقى حال بقائها وفى حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعنى (١٠) وحاجتنا ههنا الى البقاء اذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فلما لزم المال على

قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبى لزم صاحبه عند أبى حنيفة وقالا لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبى والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابى حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبى حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة

أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشترى منه بدينه وان شاء أخذ به شريكه وضمان التجارة كثمن المشترى فى البيع الجائز وقيمته فى الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبى حنيفة أو وديعة اذا جحدها أو استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان فى هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فتصير فى معنى التجارة ولو لحق أحدهما ما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الجانى بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فللمدعى أن يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعى يلزمه بخلاف الجناية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة فى الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع أو التزمه أحد الشريكين وهو أجنبى (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبى لزم صاحبه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزم صاحبه لانه) أى الكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبى والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أى عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة فى المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته فى كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقى حال بقائها وهى فى حال البقاء معاوضة على ما سنذكره ذكره فى الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال أبو يوسف لا يجوز ونسبه الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها فى النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعنى المقرض لشريكه نوى المال أو لم ينو وقياس قول أبى يوسف يضمن المقرض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم فى ضمان الكفالة فعند أبى يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند أبى حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل فى حكم المقرض (ولابى حنيفة انه) أى عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لانه) أى الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه) اذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح ممن ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكرناه يعنى الصبى والعبد المأذون والمكاتب ولا بعد أن يكون مبنيا

(قوله وانما قيد بحال المرض) أقول يعنى انما قيد الصدور بحال المرض قال المصنف (لانه يستوجب الضمان) أقول تعليل لكون الكفالة معاوضة فيها بقاء قال المصنف (وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره) أقول قال الاتقانى أى ذكره أبو يوسف ومحمد وكان القياس أن يقول ذكراه بضمير الاثنين أو كان القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبنى للمفعول فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب اه والامر فيه سهل فان الضمير المستتر راجع اليهما بتأويل المذكور بل من ذكر

للمفعول

(قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أى لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضى على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله فى الصحيح) اشارة الى نفى ما ذهب اليه عامة المشايخ فى شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بأمره أو بغير أمره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث فى شروح الجامع الصغير من التفرقة بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أى الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ تكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة يعنى فى انه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة فى أنه يلزمه أيضا وعن أبى يوسف فى غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلمح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف فى قوله بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة بأن محمدا مع أبى حنيفة فى لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص أبى حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه قول أبى يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار المأذون له

فيكون لمثلها حكم عينها الاحكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه فى الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب فى الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة لانه معاوضة انتهاء

للمفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة فى الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقى الذمة والذمة فى المأذون كالمشتركة بينه وبين المولى حتى صح اقرار المولى عليه فى الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس فى حال البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيأ فى ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة فى الاموال الربوية (فيكون لمثلها) أى لمثل الدراهم أو الدنانير المقروضة (حكم عينها الاحكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أى لا يلزم ان يجرى على موجب التأجيل فى الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبى حنيفة رواية الحسن فى القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع (قوله ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أى امر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه فى الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يمكن من الرجوع عليه وقوله فى الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبى الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أو لا (قوله وضمان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان المخالفة فى الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هنا لان فى ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبى حنيفة فى انه يلزم شريكه وفى الكفالة مع أبى يوسف كما نقله آنفا لابى يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبدا كان أو صبيا حرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به فى الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفى الكافى الاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن فى يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له لم يلزم الآخر عند أبى حنيفة ويلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا

ويؤاخذ به فى الحال وكذلك يصح اقرار الصبى والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا يلائمه قوله فيما سيأتى لهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتأمل فى التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول فيه بحث والمعترض الاتقانى والكاكى (قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة اذا المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المغصوب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبى والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو زائدة وان اتفقت على اثباتها النسخ والمأذون صفة الصبى

قال (وان ورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذهي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة) وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

أي المال الذي تصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت

المفاوضة لما ذكر في الكتاب

وقوله (فان المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان أحد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتأمل في كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من ان الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء

(قوله تدرك سقوط ما اعترض عليه) أقول المعترض صاحب النهاية

لهما وسيأتي ان شاء الله تعالى (قوله وان ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا اذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو أوصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنانيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث مالا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا في باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذهي أي المساواة شرط لبقاء صحتها ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتدائها شرطا لبقائها لكونه أي عقد الشركة عقدا غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فتبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم أجيب بأن القياس في الاجارة ان لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزم ارث المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان نذكر فروعا من شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب * أمر رجلان يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شيء للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل قصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذا لغيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني ان يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا أن يبين خلافه ولو أشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما أثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشركا فيه آخر فالقياس ان يكون له نصفه ولكل من المشترين ربعه لان كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما حين أشركاه سويا بأنفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو أشركه

أحد الرجلين فى نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمهما الله أن أحد الشريكين اذا قال لرجل أشركتك فى هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهم اثلاثا لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وكذا لو أشركه أحدهما فى نصيبه ولم يسم فى كم أشركه ثم أشركه الآخر فى نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما أشركتك فى نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبى يوسف كان ملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى ان المشترى لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك فى نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك فى نصيبى فانه لا يمكن ان يجعل بهذا اللفظ ملكا جميع نصيبه باقامة حرف فى مقام حرف الباء فانه لو قال أشركتك بنصيبى كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبنى على صيرورة المشترى بائعا الذى أشركه وهو استفاد الملك منه فانبنى على هذا ان من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز لانه بيع ما لم يقبض كما لو ولاه اياه ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع فى يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذى أشركه لان لفظ أشركتك صار ايجابا للبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عنى الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذى هو له ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لانه قضى دينه بأمره ولا شئ له فى العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيأ ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذى قبضه لان الاشراك يقتضى التسوية وانما يصح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح فى المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه فى كله ولو قال رجل لآخر أينا اشترى هذا العبد فقد أشركتك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلا منهما موكل لصاحبه بأن يشترى نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فان اشتريا معا أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التمام مقصود كل منهما ولو نقد أحدهما كل الثمن فى هذه الصورة ولو بغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر فى نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما لشريكه فى بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين فى قياس قول أبى حنيفة وفى قولهما البيع على نصف المأمور خاصة ومبناه على فصلين أحدهما أن عند أبى حنيفة أن الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل ببيع نصفه يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثانى أن من قال بعتك هذا الا نصفه بألف كان بائعا للنصف بألف ولو قال بعتك بألف على أن لى نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الكلام المفيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال بعتك نصفه بألف فأما قوله على أن لى نصفه فحاصله ضم نفسه الى المشترى فيما باعه منه وهذا وان كان فى ملكه لكنه اذا كان مفيدا تصح كما فى شراء رب المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشترى هو مال نفسه مع المشترى فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشترى ﴿مسئلة﴾ اشترى نصف عبد بمائة واشترى اخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مرابحة بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن فى بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك فى المحل دون الثمن الاول وأما بيع المرابحة والتولية

﴿فصل﴾ لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدته وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لان الكلام فيما اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيد بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح غير أن في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة

الا اذا ثبت عنه روايتان أو يكون تفريعا على قول من يقول بها صنيع أبي حنيفة في المزارعة ثم قوله (لانها عقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس يأبى جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن

﴿فصل﴾ (ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن

﴿فصل﴾ (ولا تنعقد الشركة الخ) (قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره (قوله وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك) أقول فان مالكا يشترط الخلط وتحققه في الجنس الواحد قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة ان العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك الا أن ثبت عنه روايتان اه ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة قال المصنف (لان القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن الخ) أقول لزوم ربح ما لم يضمن في الشركة اذا كان الشراء بالنقدين في غاية الظهور على مذهب مالك فان عنده يلزم في المضاربة اذا كان رأس المال أحد النقدين ربح ما لم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليتدبر والفرق هو انه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدي اليه وفيه تأمل

﴿فصل﴾ لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج الى بيان أي مال تصح به ففال (لا تنعقد الشركة أي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو ينافض قوله لا تنعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي ينافض السلب الكلي والتقييد عما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعرض المثلي وقال مالك تجوز بالعروض اذا اتحد جنسها وقال الاوزاعي وحماد بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والآخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم أنه لو دفع الى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح الا انه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الآخر اذا لم يصدقه لو ثبتت وضيعة وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصلحان رأس مال الشركة الا فيما سنذكره وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدروي والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا بل اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال لو كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليست ثمنا في الاصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الاول وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئلتين احداهما أن الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما وسيأتي الوجه والتقييد بأعيانهما احترازا عما لو باع فلسا بفلسين دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس وجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح ما لم يضمن)

فان المال غير مضمون على المضارب فكأن ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل فى ذلك الربح فلا تصح الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير وأما فى الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل فى ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما فى مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولانه يؤدى الى ربح مالم يضمن) وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة فى العروض ثم باع أحدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين فى الربح الذى حصل فى مبيع أحدهما فحينئذ يأخذ الذى باع رأس ماله بمثل قيمته من

مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشترى كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن فى الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما فى ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله (وتفاضل الثمنان) أى فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا وأما تفاضلهما معا فمحال (قوله ولان أول التصرف فى العروض) دليل آخر وقد قرره فى النهاية على وجه يجبره الى ربح مالم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففى كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أمينا فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله (قالوا هذا) أى جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد) وقيد (باعيانها) لتظهر ثمرة الخلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب وأما عندهما فلوجود النسيئة فى الجنس الواحد وأما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية وأما اذا كانت بأعيانها فعندهما يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجىء تمام البحث فيه فى كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه فى ذمته اذ هى لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان أول التصرف فى العروض البيع وفى النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا فى ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيأ بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة

فان المال غير مضمون على المضارب و يستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس مال الشركة) فى العروض والمكيل والموزون (يؤدى الى ربح مالم يضمن) لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذى هو ثمن عرضه (ربح مالم يملكه) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فان كل واحد منهم وكيل عن صاحبه فى الشراء بماله وما يشتريه كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعين فيكون واجبا فى ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة كثياب الكرباس من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك فى كل ثوب وحبة مثلا فاذا باعا جملة فى وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عدد ما بيع من الاجزاء وقبضه المشترى متساويان بل الظاهر أنهما متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن ولان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولا يفيد ان العلم بالقيمة فيؤدى الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض أما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع ثم اللازم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولان أول التصرف فى العروض البيع وفى النقود الشراء وبيع الانسان ماله على أن يكون الآخر شريكا فى ثمنه لا يجوز وشراؤه شيأ بماله على أن يكون الآخر شريكا فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا ينفى ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالتحقت بها) ولابى حنيفة وأبى يوسف (أن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة) فانها باصطلاح الناس لا باخلقة ففى كل ساعة تنتفى باتفاء اصطلاحه وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا انما هو فى الملاحظة أما فى الخارج فهى ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولذا قال الاسبيجابى الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس وبهذا الواشترى

(قوله فلا يستحقه رب المال) أقول وفيه بحث والصواب أن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح انما عدل عن هذا الآن بيان الفرق بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قرره الا انه فرار من المطر الى الميزاب فليتأمل

قوله (والاول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقيس) لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح المضاربة بها أي بالفلوس النافقة قال (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري

وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا أن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا ما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول أصح لانهما وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شئ آخر ظاهرا الا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما رباعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح

شيأ بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا ينفسد العقد لهلاكها قال المصنف (وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر) لان قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الاسبيجابي يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكر فيما يليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك الا أن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما وهذا ما عرف أنهما خلقا ثمنين ثم قال (الا أن الاول أصح) يعني درايه لانهما انما خلقا للتجارة (لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربها حليا فانها تتعين البتة وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجر التعامل بهما ثم قال (الا أن يجري التعامل بهما) أي بالتبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما فكان الثابت أنهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أي القدوري (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعليه وضيعته) ويختص بربحه (وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند أبي يوسف) أي لكل منهما متاعه يخصه ربحه ووضيعته لانتفاء شركة العقد والوضيعة خسارة التاجر يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر وكس في سلعته يوضع وضيعة أي خسر وقال قوم من العرب وضع يوضع كوجل يوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان المخلوط جنسا واحدا (وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم

فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وقول وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطا

قال المصنف (ومراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اه لكن اذا قوبل بالنقود يراد به الذهب الغير المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب

(قوله والاول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقيس) لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح المضاربة بها أي بالفلوس النافقة قال (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة (قوله وهذا لما عرف) اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لا يهما) أي الذهب والفضة (قوله الا ان الاول) يعني رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية (قوله لانها) أي لان مثاقيل الذهب والفضة (قوله الا أن يجري التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله الا ان الاول أصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح الا عند جريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه) أي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بيننا وان خلطا ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف) لانه أي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وهو ظاهر وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح مالم يضمن (ووجه قول محمد انها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع) من وجه (من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين) يعني الخلط وعدمه فلشبهها بالمبيع قلنا لا تجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقوبها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك فتتأكد به شركة العقد لاستحالة بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن خلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله ولمحمد انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن خلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

(وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس مالها ومالا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لان المخلوط لا يكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله أنها) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا في الذمة) وهو من حكم الاثمان (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين) وهما الخلط وعدمه بشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله ويشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده وهذا لان بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فانها ليست ثمنا بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر ووجهه ان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيأ غير العرض له شبه به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشئ متأصلا في حقيقة وله شبه باخرى لا يقال له شبهان وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يحتمل بالخلط والالزم قول مالك وقد بينا ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (و) المخلوط (من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتمكن الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كما في العروض) (قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه بينه في غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخالط تعديا يضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فان لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضيا بذلك صح وان أبى بيع المخلوط ويقسم

(٣ فتح القدير - خامس) قوله قد بيناه بلفظ الماضي يعني ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنبينه والذي بينه هنا في كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه يتقطع حق المالك الى الضمان

(قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليتأمل (قوله وهذا لان اضافة العقد) أقول أي عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقوبها) أقول فيتوقف على ثبوتها

قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة)

الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما يذكر وهو ان يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطا فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط وأما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك والاصح أنه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق مالم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا الا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن وان اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صارا عينا مشتركة فاذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعه لان كلا منهما بائع لملكه والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهما باعتبار القيمة وان كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما اذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا الان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد اذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصارا كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الائمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار الى معرفة قيمة كل في أول أوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما بخلاف ما اذا لم يخلطا لان تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع (قوله واذا أراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة)

قال (واذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقدا الشركة وبان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذ الم يبع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما اذا باع فهو الحيلة فى جوازه ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقدا الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدورى رحمه الله بيان الحيلة فى تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه انها شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخى العلامة عبد العزيز فى هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد فى هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين أحدهما ربح مالم يضمن كما بينا والثانى جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقدا الشركة قال القدورى يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوى والمزنى من أصحاب الشافعى رحمهم الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان أو مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما فى المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبى يوسف لا يجوز الا أن يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الائمة السرخسى وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة أصلا لانها من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة فى العروض تبعا وقد يدخل فى العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدورى فقال وهذه شركة ملك عندى لان ما ذكره القدورى أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة ونظيره ما ذكره القدورى ويستحب للمتوضى أن ينوى الطهارة ثم عدل المصنف بقوله والنية فى الوضوء سنة وله فى هذا الكتاب نظائر كثيرة وقوله (ببيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة) نظيره ما اذا كان قيمة عروض أحدهما أربعمائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما والله أعلم

> قال (وهذه شركة ملك) لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة
>
> مفاوضة أو عنانا فقيل هذا على قياس قول محمد فى المكيل والموزون وعلى قياس قول أبى يوسف لا يجوز

و (قوله أن العروض لا تصلح الخ) أقول تأمل فى هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافى (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدورى وسيشير الشارح اليه أيضا فى آخر كلامه (قوله وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخى العلامة عبد العزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامة قوام الدين الكاكى صاحب معراج الدراية فى شرح الهداية وشيخه هو الامام مولانا عبد العزيز البخارى صاحب كشف البزدوى (قوله والثانى جهالة رأس المال) أقول كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كما فى العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوى) أقول أراد به الامام أبا بكر الرازى المعروف بالجصاص فانه قال فى شرحه لمختصر الطحاوى قال محمد ان أراد الشركة فى العروض باع كل واحد منهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشتركا هكذا مفاوضة جاز حكى ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازى وانما جازت لانهما متساويان فى المال شريكان فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لأن جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ أبى بكر نقله الاتقانى عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب الى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فانها جهالة لا تفضى الى النزاع والمفسد للعقود من الجهالات ما يفضى الى المنازعة وانما قلنا لا تفضى الى النزاع لأنه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقتسمانه بخلاف الزيت والسمن المخلوطين فانهما يتفاوتان فى القيمة فيؤدى الى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول الذى هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول الظاهر أنه يلزم هنا أيضا ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلا والآخر بمائتين فان حصة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شريكا معه فى المائتين فليتأمل

قال (وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع برأو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أي عرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

الا أن تكون مضافة الى حال بيعهما العروض بالدراهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فانما يثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى تعرف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزر فتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من جزم بأنه قصد الى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة فقال المصنف والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ولذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم الباطل وعلمت انه منتف (قوله وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة) وهو ان يشترك اثنان في نوع من التجارات برا وطعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة) لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل الا خر زيادة على نفس الشركة أي كما أنها تكون عنانا مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا أن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة لمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدا فلا تصح بخلاف مالو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكر كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح فان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة (قوله من عن لي كذا) أي عرض قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل

أي اعترض لنا سرب أي قطيع يريد من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى أي أبكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء لحمها سمنها بالعذارى والملاء المذيل أي الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه أولانه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في حالتي الارخاء وضده الا أنه

قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شئ عرض في هذا القدر لا على عموم الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الاتقاني عطف على سبيل القطع تقديره او هما يشتركان انتهى وقد تهمل أن المصدرية تشبيها لها بما المصدرية وعليه قوله تعالى لمن أراد أن يتم الرضاعة فيمن قرأ برفع يتم قال المصنف (وحكم التصرف لا يثبت الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد

ويصح ان يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح وجملة القول فى ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت فى الربح مع التساوى فى رأس المال جاز عندعلمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطا وان عمل أحدهما دون الآخر وأما اذا شرطا العمل على أحدهما فان شرطا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذى لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر أس مالهما أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعى) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضيعة على قدر المال) رواه أصحابنا فى كتبهم عن على بن أبى طالب رضى الله عنه (قوله من غير فصل) يعنى بين التفاضل والتساوى (قوله كما فى المضاربة)

(ويصح أن يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح) وقال زفر والشافعى لا تجوز لان التفاضل فيه يؤدى الى ربح مالم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما فى الربح للشركة فى الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك فى الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا الى قرض باشتراطه للعامل أو الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليها

اشتقاق غير صحيح الا فيما سمع ولا بد منه كما فى استحجر الطين وأمثاله (قوله ويصح ان يتساويا فى رأس المال ويتفاضلا فى الربح) وعكسه بان يتفاضلا فى رأس المال ويتساويا فى الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعى وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضلا الخ ليس على اطلاقه بل ذلك فيما اذا شرطا العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وان شرطا العمل على أقلهما ربحا لا يجوز وجه قول الثلاثة ان ذلك يؤدى الى ربح مالم يضمن لان استحقاق أحدهما ذلك الزيادة بلا ضمان لان الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضيعة فانها لا تكون الا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران (ولنا) ماذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) ولم يعرف فى كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه الى على رضى الله عنه (ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل و) رأينا (هذا العقد) أى شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال) غيره وهو (الشريك) ويسترجح به (ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة) فى اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذى شرط عمله منفردا أو مع الآخر وان كان ربحا بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى أجزنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل

اعترض عليه بأنه اذا ألحقتم هذا العقد بالمضاربة صار فى التقدير كأنه قال اعمل فى مالك وربحه لك واعمل فى مالى وربحه بيننا وفى المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه يشبهها من وجه وما أشبه الشئ من وجه لا يلزم ان يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب ان بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة الى قرض أو بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال الشريك ويشبه الشركة أى شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود فى المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدى الى ربح مالم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما

(قوله ويكون مال الذى لا عمل عليه بضاعة) أقول يعنى لا شركة (قوله ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول يعنى لا شركة قال المصنف (اذ الضمان بقدر الخ) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل قال المصنف (فعملنا بشبه المضاربة) أقول قال الاتقانى هذا جواب لقول زفر والشافعى ان التفاضل فى الربح مع تساوى المال يؤدى الى ربح مالم يضمن بعد التسليم وانما قال بعد التسليم لانه بين فى أوائل الفصل عدم لزوم ربح مالم يضمن

قال (ويجوزان يعقدها كل واحد الخ) أى يجوزان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة فى المال ليست بشرط فيه أى فى هذا العقد اذا اللفظ أى لفظ العنان لا يقتضيه أى لا يقتضى المساواة بتأويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة (قوله للوجه الذى ذكرناه) يعنى ماذكره فى أول هذا الفصل انه يؤدى الى ربح مالم يضمن وقوله (ويجوزان يشتركا) ظاهر وقوله (فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله) يعنى اذا لم يعرف انه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه (قوله فاذا هلك مال الشركة) ظاهر وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة

فى ضمن عقد الشركة وفى ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل ببطلان ما تضمنتها من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعا وأما الوكالة المفردة كمن وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل رأسا المضاربة فقد قال فخر الاسلام فى شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انها تتعين فيها بالقبض فلعل فى المسئلة روايتين

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة فى المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح الا مبينا) ان المفاوضة تصح به للوجه الذى ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعى لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك فى مختلفى الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا) انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل فى الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه اذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته فى حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه البينة لانه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال (واذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيأ بطلت الشركة) لان المعقود عليه فى عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما فى الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان

على رب المال لا يبطل اعتبارا شبهها الآخر الذى باعتباره أجزنا الزيادة فى الربح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضا الى قرض ان شرط للعامل كأنه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه والى بضاعة ان شرط لرب المال الا انه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا أن يمنع ويقال بل الربح يستحق فى الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله اذا اللفظ) أى لفظ العنان (لا يقتضى المساواة) ولا بنى عنه ليعتبر فى مفهومه فلذا جاز ان يعقدها كل ببعض ماله ويجوز اذا كان من جهة أحدهما دانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيها تساويا أو تفاوتا على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذى بيناه (قوله واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك فى يد مالكه أو يد شريكه لانه أمانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة أما الاول فلان مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وأما بطلان الشركة (فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لانه يتعين) بالتعيين فى الشركة) والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا تتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض) حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال فى ذمته كان مشتريا لموكله حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله أما لو هلك قبل الشراء فانما

(قوله يعنى اذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفى شرح الاتقانى ثم اذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة الا بقوله والظاهر ان هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة فى يده والقول للامين مع اليمين تأمل فان مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذى عقد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضا (قوله فانها فيهما تبطل الخ) أقول وان لم يقبض المال يبطل (قوله كمن وكل رجلا الخ) أقول مخالف للشروح ألا يرى الى قول المصنف وانما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فانه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الاقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال الاتقانى فيه نظر لأن النقود تتعين فى المضاربة والشركة جميعا قبل القبض والتسليم حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلتا نص عليه فى الزيادات فى باب من الوكالة بالشئ يكون على غير ما أمر به انتهى قال الاكمل ولعل فيهما روايتين

(قوله لانه مارضى بشركة صاحبه فى ماله) أى الشريك الذى لم يهلك ماله مارضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله الا على تقدير بقاء ماله بشركته فى ماله كما يشترك هو فى مال هذا (قوله وأيهما هلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد) فائدته تظهر فى حق جواز بيع الكل فعند محمد أيهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع أحدهما الا فى حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر وانما بقى ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما فى المتاع شركة ملك (قوله وقد بيناه) اشارة الى قوله معناه اذا أدى من مال نفسه الخ (قوله أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) واضح (قوله لما بيناه) اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته

وكذا اذا هلك أحدهما لانه مارضى بشركة صاحبه فى ماله الا ليشركه فى ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك فى يده فظاهر وكذا اذا كان هلك فى يد الآخر لانه أمانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا) لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان أيهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال (ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لأن الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن

يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينا فى ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال واحترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة فى ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أى الشريك الذى لم يهلك ماله (لم يرض بشركة صاحبه فى ماله الا ليشركه) هو أيضا (فى ماله) بتقدير بقائه (فاذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضيا) به عند عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدته) وهى الاشتراك فيما يحصل (قوله فان اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء) لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشترى بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أى حكم (الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة) الواقعة فى هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر (شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد رحمهما الله) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا فى نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر المصنف ان هلاك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها فلا يكون الهلاك مبطلا لشركة العقد بينهما بعد تمامها كما لو كان بعد الشراء بالمالين (واذا) وقع المشترى على الشركة (يرجع على شريكه بحصته من الثمن) لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه) قريبا (هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) يعنى الذى فى يده المال (بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة) بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا كذا صوره فى المبسوط (فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك) وبهذا جمع فى المبسوط بين التناقض الواقع فى جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله فى بعض المواضع فاشترى بالمال الباقى بعد ذلك يكون لصاحبه وفى بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محمل الاول اذا لم يكن فى الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثانى اذا صرحا بها على ما ذكر

(قال المصنف خلافا للحسن بن زياد) أقول قال الاتقانى فان عنده شركة ملك فقط حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا فى نصيبه وجه قول الحسن ان الشركة التى عقداها ارتفعت بهلاك مال الآخر وانما بقى ما هو حكم الشراء وهو الملك فلم يجز لاحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل فى دفعه فان رأس المال لم ينعدم هنا لصلاحية المشترى له بقاء (قوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته) أقول والاقرب أن يجعل اشارة الى قوله آنفا لانه اشترى نصفه بوكالته

(قوله وانه بالخلط) أى الشركة فى الاصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال) يعنى وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل أى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة فى الثمن مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) اشارة الى قوله لان الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعنى بناء على أصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعى وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا والآخر سودا ولا تجوز شركة التقبل أى على قول زفر والشافعى لانعدام المال ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل أما انها مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما ان كل ما هو مستند اليه فهو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو أن يكون غيره مبنيا عليه وذلك

حد الاصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح فى الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف فى الكل فى بعضه بطريق الاصالة وفى بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز أن يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز أن يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم فى الفرع وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثانى وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا تتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيأ لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك ببقائه أجيب بأن بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعترض أيضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التميز كما فى العروض وأجيب بأن علة فساد الشركة فى العروض ليست التميز بل هى ما ذكرنا من الافضاء الى ربح ما لم يضمن

لما بيناه وان ذكر المجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشترى للذى اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فاذا بطلت ببطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال) وقال زفر والشافعى لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة فى الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا أن الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا تتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه فى النصف أصيل وفى النصف وكيل واذا تحققت الشركة فى التصرف بدون الخلط

وقوله (لما بيناه) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى الا أن مالكا شرط أن يكون تحت يدهما بان يكون فى حانوت أو فى يد وكيلهما (وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وانه) أى الشركة فى الاصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تتحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعتبر فى كل عقد شرعى ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أى كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما) حتى تفرع) عليه (اعتبارا لاتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز مال احدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال) لاختلاف الشركة فى الاصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لعدم المال (قوله ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال)

(قوله وما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة فى الثمن الخ) أقول لا نسب للتفريع أن يقال الا لتكون الثمرة مستندة الى المال (قوله وكل ما هو مستند اليه فهو الاصل الخ) أقول كان الاظهر ان يقول وكل ما هو مستند الى العقد فالعقد اصل له فتأمل ثم قوله مستند اليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا بجعل الشركة فى الربح مستندة اليه وعلى ما قالاه لا احتياج فى الشركة فى الربح الى العقد أصلا اذ الشركة فى الملك الحاصلة فى الخلط كافية فيها (قوله يتصرف فى الكل) أقول أى فى كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع

وقوله (وصار كالمضاربة) يعنى لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما فى المضاربة فانه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى فى الربح وتصح شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره فى المزارعة) يعنى أنه اذا شرط لأحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شائعا قال ولكل واحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل يجوز له أن يبضع لانه معتاد فى عقد الشركة والمعتاد جازله العمل به ولان له أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف وكل من جازله أن يستأجر لتحصيل الربح جازله أن يبضع لان الاستئجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وأن يودع المال لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانها دون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شئ من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شئ من الربح

تحققت فى المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى فى الربح وتصح شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره فى المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكى العنان أن يبضع المال) لانه معتاد فى عقد الشركة ولان له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فملكه وكذا له أن يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانها دون الشركة فتتضمنها

حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف فى المال وهو العلة والى العقد الذى هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علته لما عرف ان لا أثر للعلة البعيدة فى الحكم وحقيقة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها فى حكم ينبغى على الاضافة وانما وجه التقرير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين فى مال الآخر ليس مضافا الا الى العقد الشرعى الذى به حل تصرفه فى مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف فى المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعى لا التصرف فان نفس التصرف فى المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما فى المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعى يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة فى الربح والتصرف معا لا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة بل التصرف علة فى وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف (ولأن الدراهم والدنانير لا تتعينان يعنى عند الشراء بهما) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط (تحققت فى المستفاد بدونه) أى بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تتحقق الشركة فى الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغى أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه انعقد فى المحل قلنا انما بطلت لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا فاذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحادا لجنس ولا التساوى) فى رأس المال ولا (فى الربح وتصح شركة التقبل) (قوله ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر لا خلاف فى هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لاحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره فى المزارعة) يعنى اذا شرط لأحدهما قفزانا مسماة بطلت لانه عسى أن لا تخرج الارض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكى العنان ان يبضع المال لانه معتاد فى عقد الشركة) من المتشاركين (ولان له ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض دونه) وانه أقل ضررا فاذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهر ان لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذا له أن يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر بدا منه) فى بعض الأوقات والمضايق وقوله (ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة)

فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لانها دون الشركة فتتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية

(قوله واذا بطل ذلك الاصل الخ) أقول يعنى أصل زفر والشافعى

(وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لانه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك (٢٦) مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة (والاول) أي جواز الدفع مضاربة (أصح وهو

وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره بأجر بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشئ لا يستتبع مثله قال (ووكل من يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

لأن الوضيعة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (انه ليس له ذلك لانه نوع شركة) في الربح (والاصح هو الاول وهو رواية الأصل لان الشركة في الربح غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح) فصار (كما اذا استأجره باجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة) فان أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة (لان الشئ لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الامام مستتبعة لصلاتهما بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على انه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير ولكل واحد ان يشتري بالنسيئة وان كان مال الشركة في يده استحسانا وليس لأحد شريكي العنان الرهن أي رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له بخلاف المفاوض له ان يرهن ويرتهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع أحدهما المفلس للآخر قبضه وللدين أن يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما اذا نه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا أن يؤخر دينا فان أخر لم يمض على الآخر وكذا لا يمضي اقرار أحدهما بدين في تجارتهما على الآخر فان أقر وأنكر الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان أو مباشرا وان أقرا نهما ووليا وأنكر الآخر لزمه نصفه ولو اشترى أحدهما شيأ فوجد به عيبا لم يكن للآخر ان يرده لأن ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي اقراره عليه ويشارك شركة عنان ويمضي على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما اذا نه الآخر أو اذاناه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد بعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شئ من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريكي العنان أن (يوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل) صريحا (بالشراء ليس له أن يوكل به لانه عقد خاص طلب به) شراء شئ بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لأحدهما أن

يعني في المضاربة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كما لو استأجر أجيرا يعمل فانه يجوز قولا واحدا فهذا أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شئ بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل شئ من الربح يكون المستأجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشئ لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جازله أن يكاتب عبده والعبد المأذون له جازله أن يأذن لعبده فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لا أنه من المستتبعات وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بان الحكم الثابت مقصودا أعلى حالا من الحكم الثابت في ضمن شئ آخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي تثبت وكالته في ضمن الشركة كيف جازله توكيل غيره وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان

يعمله

(قوله وأجيب بذلك الجواب المشهور الخ) أقول وسيجئ نظير هذا من الشارح أيضا في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث

قال (ويده فى المال يد أمانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

يعمله اذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال أحدهما اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان اذن له فيه (قوله ويده) أى يد الشريك مطلقا (فى المال يد أمانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذى ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا فى مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذى كان فى يده فانه لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى فى السير اذا أودع الامام بعض الغنائم فى دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات وتذكر الثالثة فى الوقف ان شاء الله تعالى ﴿فروع فى اختلاف المتفاوضين﴾ قد علم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فانكر والمال فى يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة لانه يدعى العقد واستحقاق ما فى يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضه أو زادوا على هذا فقالوا المال الذى فى يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكرمقتضاه انقسام ما فى يده فيقضى بذلك فلو ادعى الذى فى يده المال بعد ذلك ان هذا العين لى ميراثا عما فى يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبى يوسف لان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما فى يده وبينة المقضى عليه فى اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من قبل المقضى له كما لو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذو اليد عينا فى يده انها له خاصة وهب شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقى الملك منه ولو ادعى انه مفاوضه والمال فى يد المدعى عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان فى يده أو ميراثا أو هبة وأقام بينة قبلت والفرق لأبى يوسف ان ذا اليد هناك مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفى الاول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم يكن أقام البينة فى صورة الانكار لم يستحلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال فى يد الحى فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحى ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشئ فيما فى يد الحى لانهما شهدا بعقد علم ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما ولانه لا حكم فيما شهدا به فى المال الذى فى يده فى الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذى فى يده فى الحال من شركتهما الا أن يقيموا انه كان فى يده فى حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته حلفاؤه ولو كان المال فى يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على المفاوضة وأقاموا ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لانهم جاحدون فانما يقيمونها على النفى وقد أثبت المدعى الشركة فيما فى أيديهم فيقضى له بنصفه وصحح شمس الائمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وترك ميراثا لابينا وأقاموا البينة على هذا لا تقبل فى قول أبى يوسف وتقبل فى قول محمد كما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة ان المال كله كان فى يد صاحبه وان قاضى بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضى بعينه أو غيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاءين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول ونقض له وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذى أنفذه عليه لان كلا منهما صحيح ظاهرا

وقوله (لا على وجه البدل) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض لاجل أن يدفع الثمن (قوله والوثيقة) احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل الوثيقة

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لا تفيد مقصودهما) أي مقصود الشريكين وهو التثمير ظاهر وفي بعض النسخ لا تفيد مقصودها أضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بأدنى ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة (قوله ولا يشترط فيه) أي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله قالا ان اتفقت الاعمال كالقصارين اشتركا أو صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا تتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما أما الاول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيديه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثاني فلان أحد الشريكين لو عمل في دكان والآخر في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسئلة الخلط ان شركة التقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله في جوازها اذا كانت الاعمال متفقة أجيب بان زفر له في هذه المسئلة أعني الخلط قولان فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكرنا هنا حكم الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا عقدت

(قوله ولو شرطا العمل نصفين) أي اذا شرطا في شركة التقبل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لا تصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه أي الى ربح ما لم يضمن فصار كشركة الوجوه في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشترى بينهما على السواء واما اذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضا

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا تجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز) وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل

فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويترادان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فنحو الخياطين والصباغين يشتركان في ان يتقبل كل الاعمال) أو نحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها) أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية أي الشريكين (وهو التثمير) أي الربح (لانه لا بد) في الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضا كما مر فجاز بالتوكيل بان يوكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا في نصف العمل المتقبل ووكيلا في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بتقبله عليه وهو جائز لان المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى ان نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمله ويدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لزفر ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافي اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان أجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما في المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكرهنا شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لان المعنى المجوز لشركة التقبل) من كون المقصود تحصيل الربح (لا يتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الاعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه (قوله ولو شرطا العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر (لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أي لانه لا مال

وقوله (ولكنا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما قوما به ولا يحرم لانه لم يؤد الى ربح مال لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال

فالزيادة عليه ربح مال لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مال لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة

عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مال لم يضمن فلم تجز) كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها اذا شرطا التفاوت في ملك المشتري فان اشتركا على ان ما اشتراه كل منهم يكون للآخر بعضه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح انما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لان رأس المال عمل والربح مال وانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان أحذق في العمل وأهدى وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما عملا وصححوا الجواز لان الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) فان الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح مال لم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الاجر فانه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان انما عمل الذي تقبله قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر) فيما اذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما اذا أطلقا الشركة أو قيداها بالعنان (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة) واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها أو على معناه وبهذا علمت أن لا فرق بين اطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في أن المنعقد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة) أعني شركة الصنائع

متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت أو دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله (وربح مال يضمن) تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مال يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها الوقوع بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح مال يضمن فلا يجوز (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) أي يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قيل فيجوز أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه أي الى صاحب الثوب مثلا لو أخذ أحد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا الى صاحبه برئ من الضمان وقوله (وهذا) اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان) أي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (وجه الاستحسان ان هذه الشركة

مقتضية للضمان ألا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا) أي ولكون العمل مضمونا (يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة في هذين الشيئين لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا (٣٠) العقد مجراها حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من ثمن اشنان أو صابون أو أجر

أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة وتلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب المفاوضة قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا أطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة (فان شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز

(مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لا أنها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ما سمى للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه جرى) هذا العقد وان كان عنانا (مجرى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البدل) وان لم يتقبل ضرورة بخلاف ما سوى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كثمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو اجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شئ للآخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الا ثلث الاجر (قوله وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وجاههما والربح بينهما لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غيران الواو انقلبت حين وضعت موضع العين للوجب لذلك ولذا كان وزنه عفل (وانما تكون مفاوضة) بان يكونا من أهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا في الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها كما سلف (فتتحقق الوكالة والكفالة في الابدال) أي الاثمان والمبيعات وان فات شئ مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو اثلاثا صحيح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع ان الربح في كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عامل في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في

المضاربة

(قوله وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح الكنز

(قوله ولا يجوز ان يتفاضلا فيه) أي في الربح وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وهذا) اشارة الى تحتم المساواة في اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيدا تفاقي فانه يجوز أن يبقى بأقل من النصف ولا يستحق بما سواها فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أجيب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله الاتي) توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها (قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود الى المبحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو اشارة الى ماذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ (٣١) وتقرير كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها ما ذكرنا من وجوه مقابلته بالمال والعمل والوجوه أي شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لان ربح مالم يضمن لو جاز في العنان لشبهة المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح مالم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي الى ربح مالم يضمن والجواب ان العنان بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن فقط لاغتفرناه ولكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فاما أن يلتزم مساغه أو يصار الى مخلصه المعلوم في الاصول

﴿فصل في الشركة الفاسدة﴾ وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح

ولا يجوز أن يتفاضلا فيه وان شرط أن يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها والله أعلم

﴿فصل﴾ في الشركة الفاسدة (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شئ مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل

المضاربة على خلاف القياس والا لم يجز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن في العنان اشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح مالم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة عروضا ربح مالم يضمن لا في مقابلة عمل للمستحق في مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع أجيب بانه انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

﴿فصل﴾ في الشركة الفاسدة وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكدي وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدي (فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كاخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز واللوز والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعه من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا ويبيعا

(قوله قيل هو اشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله الخ أقول وفيه بحث فان الاستحقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل (قوله وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيها ما ذكرنا) أقول في رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول والاولى عندي في الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن في المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والدنانير فالتشبيه بها لا يكون علة الا لتجويزه فيما يجوز فيه فليتأمل

﴿فصل في الشركة الفاسدة﴾

(قوله لان أمر الموكل به غير صحيح) والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقريرا الاول المدعى أن التوكيل فى أخذ المباح باطل لانه يقتضى صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقريرا الثانى التوكيل

لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائبا عنه وانما ثبت الملك لهما بالاخذ واحرازا المباح فان أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيأ فهو للعامل وان عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف فى موضعه

جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عندنا مالك وأحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا أنا وعمار وسعد يوم بدر فلم أجئ أنا وعمار بشئ وجاء سعد بأسيرين فأشركنا بينهم النبى صلى الله عليه وسلم أجيب بأن الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى فيمتنع أن يشترك هؤلاء فى شئ منها بخصوصهم وفعله صلى الله عليه وسلم انما هو تنفيل قبل القسمة أو أنه كان قد رما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبى صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان أمر الموكل به) أى بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه وولايته (والوكيل يملكه) أى يملك المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائبا) عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد ههنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثباته الولاية عليه فى ذلك والكلام فى التوكيل بخلافه وانما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فأما اذا قصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجاب بأن اطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فان أخذاه جميعا) يعنى ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل منهما وان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا فى الاكتساب وكان المكتسب فى أيديهما فالظاهر أنه بينهما نصفان والظاهر يشهد له فى ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعى خلاف الظاهر (وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيأ فهو للعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعانه الآخر) بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه أحدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك) وقوله (وقد عرف فى موضعه) يعنى كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما فوجه قول محمد أن المسمى مجهول اذ لم يدر أى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيأ أولا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما اذا لم يصيبا شيأ وفيما اذا أصابا أنه ان كان أجر مثله أكثر فهو قد رضى بما دونه من النصف وكونه مجهولا فى الحال فهى حالة على شرف الزوال فانه على عرض أن يصير معلوما عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيبا شيأ فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا وما لا فحينئذ أجر المثل بالغا ما بلغ وقوله (لا يجاوز به) بفتح الواو وعلى البناء للمفعول وقوله (نصف ثمن ذلك) بالرفع لانه

بأخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل ومن تملك شيأ بدون أمر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره فلا يلزم اثبات الثابت ونوقض الثانى بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائبا عن الموكل والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النقض ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله (فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف فى موضعه) أى فى كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم ذكر محمد على أبى يوسف رحمهما الله فى الكتاب وكذا تقديم دليل أبى يوسف على دليل محمد فى المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد وجه قول أبى يوسف أنه رضى بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا فى الحال لانه يعلم فى المآل وكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضية أن يصير معلوما عند الجمع

هو

(قوله لانه صادف غير محل ولايته) أقول وفيه بحث لانتقاضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثانى (قوله والجواب أن معناه يملكه الخ) أقول فيه تأمل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النقض (قوله قيل تقديم ذكر محمد) أقول القائل هو الاتقانى

قال (واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذى استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء وأما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال وبطل شرط التفاضل) لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما أن الربح تابع للبذر فى المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال

هو النائب عن الفاعل ﴿فرع﴾ لهما كلب فأرسلاه فأصاب بينهما ولو كان لاحدهما وأرسلاه جميعا كان ما أصابه لمالكه (قوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء وما يحصل بينهما لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية فى الاصل هو الجمل الذى يحمل عليه الماء سمى به لانه يروى ويقال رويت للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهى الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الاول أن يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤجر ما لكل واحد فما رزقا فهو بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هذا ان كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتى على ان ثمنه بيننا ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة ثم ان أجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة فى عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لان الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة يبدل معلوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان يتقبلا الحمولات المعلومة باجرة معلومة ولم يؤاجرا البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر فى شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لاحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعملا بتلك الآلة فى ذلك البيت وان اجرا البعير أو البغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الاجر على قول أبى يوسف وبالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤاجرها وما أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الاجر كله لمالك الدابة وكذا فى السفينة والبيت لما بينا اذ تقديره انه قال بع منافع دابتى ليكون الاجر بيننا ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد أجر مثله لانه لم يرض أن يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفوع اليه على ان الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثانى أن يكون لهذا بغل وللآخر مزادة فاشتركا على ان يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعى وبه قال أحمد والاجر كله للذى استقى وعليه أجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل وأجر مثل البغل ان كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاد ومزايد (أما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الاجر فلأن المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ) كألف لأحدهما مع الفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وان كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل ما للآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لان الربح فى) وجوده (تابع للمال) وانما طاب على التفاضل

يعتبر رضاه فى اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد أنه لا يمكن تقريره أى تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدرى أى نوع من الحطب يصيبان وأى قدر منه يجمعان ولا يدريان أيضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدانه فاذا كان كذلك لا يمكن أن يقال ان المعين رضى بنصف المسمى من الحطب أو غيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ ألا يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا شيأ كان له الاجر بالغا ما بلغ فههنا أولى لانهما أصابا وقوله (واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية) الراوية فى الاصل بعير السقاء لانه يروى الماء أى يحمله ثم كثر حتى استعمل فى المزادة وهى المراد هنا قال أبو عبيدة المزادة لا تكون الا من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد وقوله (لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره) فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع وكونه تابعا للمال انما هو مذهب الشافعى رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب

أنه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تضاف الى الشرط والربح عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الارض ربعا أى غلة لانها زيادة

(واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لانها تتضمن الوكالة ولابد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما اذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي والله أعلم

بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ونظيره البزر في المزارعة والربح الزيادة (قوله واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عنانا اذا قضى بلحاقه على البتات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وان لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه فهما على الشركة وان مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض القاضي بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة وان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عنانا عند أبي حنيفة رحمه الله لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة أي مشروط ابتداؤها وبقاؤها بها ضرورة فانها لا يتحقق ابتداؤها الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها بالالتحاق لانه موت حكمي على ما بيناه من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكمي فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومالها دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم أو دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن أصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهيه غير انه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة في أيديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان أو عرضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عرضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه ﴿ فروع ﴾ انكار الشركة فسخ وقوله لا أعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا القيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضي أم سخط بخلاف الشريك فان أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه اه وهذا غلط وقد صح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعني اذا كان ساكتا والمراد بموجبها وقوع المشترى على الاختصاص ولا يشكل على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضران آخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم أثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال

وقوله (على ما بيناه من قبل) اشارة الى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه الى قوله ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام الخ وقوله (لانه) أي الموت (عزل حكمي) لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحويل ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة أشار المصنف الى ذلك آنفا بقوله ولابد منها أي الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله (لانه) أي الفسخ (عزل قصدي) فيتوقف على العلم

﴿فصل﴾ ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة أخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح سوى ما نذكره وقوله (أما اذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما وقوله (لان الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني أداء بعض ماله على يد الوكيل لالدفع الضرر أي بقاء الواجب في ذمته وقوله (لانه عزل حكمي) اعترض عليه بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم بأداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيأ فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكمي هناك أيضا بأداء الموكل وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداؤه موجبا عزل الوكيل حكما فوضح الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجهله بأداء الموكل لالحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا لو لم يوجب الضمان أدى الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه أيضا بان زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكيله وحال ما يؤدى عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء وأجيب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الآمر وعند ما يؤدى الموكل عن نفسه الزكاة الحالة حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما أمره فلذلك ضمن وقوله وأما دام الاحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الاحصار وتقديره أنا لا نسلم أن المأمور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى أن يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمرا مقصودا فلم يمكن أن يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعرى فعل المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فانه واجب وكان اسقاط الواجب أمرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود بأداء الآمر نفسه فعرى فعل المأمور عن المقصود فيضمن

﴿فصل﴾ وليس لاحد الشريكين ان يؤدى زكاة مال الآخر الا باذنه ﴾ لانه ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدى زكاته فان أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الاول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا أديا على التعاقب أما اذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة اذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا الان في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وجه الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا ولابي حنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا الان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكمي وأما دام الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا

سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشئ فاقتسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكيه لاضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

﴿فصل﴾ لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة اذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردها بفصل وأخره (قوله واذا أذن كل أن يؤدى زكاة أمواله اذا حال الحول فحال فأدى) وقد أدى الآذن المالك ضمن لشريكه ما أداه (علم بالاداء أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بأدائه هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الولوالجي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم بأداء المالك ونص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع ما لا الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما اذا أديا على التعاقب فان أديا معا ضمن كل نصيب

﴿فصل﴾ وليس لاحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر الا باذنه الخ (قوله وأجيب بأن الوكيل الخ) أقول وفي شرح الاتقاني والجواب عن مسئلة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس من أصحابنا من قال ان هذا الجواب عن قولهما فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الاحوال فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة الى الفرق (قوله واعترض عليه أيضا الى قوله وأجيب عنه بأنه أمره الخ) اقول هذا الاعتراض والجواب للاتقاني

وقوله (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما أنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله انه أدى دينا عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الجارية دخلت في الشركة على البتات وأدى المشترى ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وأدى المشترى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه صاحبه بشئ كما لو اشتراها قبل الاذن وأدى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشئ وبين دخولها في الشركة بقوله (جريا على مقتضى الشركة) أي شركة المفاوضة فان ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها ألا ترى أنهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشترى لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها أجيب بأنه كان يحل وطؤها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله (غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله فأشبه حال عدم الاذن فانه كان مما يوهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطؤها وبعد الاذن يحل فأزال ذلك بقوله غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ملكهما ولا وجه الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكأنه قال اشترجارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت الهبة في الشائع لان الجارية مما لا تقسم

الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه ان يشترى جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شئ عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن) لانه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة (وهذا) لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذهما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه مخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن

الآخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما تقع عما أداه بنفسه وأداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم ان أداءه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب انه أداه بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره بأداء ما هو زكاة لانا نقول ليس هذا من وسع الوكيل لان وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل ليقضي بها دينا عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار أيضا كدم الاحصار اذا ذبح المأمور بعد زوال الاحصار (ولابي حنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتنقيص المال الا لدفع الضرر الديني وقد خلا أداؤه عن ذلك (فصار بأدائه معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكمي) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا وأما ما التزموه من المسئلتين فقيل يمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أو لم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين فالفرق انه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان الآخذ انما أداه وهذا لان عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يقع لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قولهما ما ليس في وسعه ايقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلا حكميا لهما أن يمنعاه لانه موقوف على كون الامر صح بدفعه مقيدا بوقوعه زكاة وهو ممنوع وقد قيل انه لما أمره بأداء الزكاة كان ناويا لها فلو بادر الى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الآمر كان بتأخيره متسببا لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله واذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشترى جارية ويطأها ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهي له بغير شئ عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لانه أدى دينا عليه من مال الشركة) لان الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله ان الجارية دخلت في الشراء على الشركة جريا) على موجب المفاوضة (اذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الاذن) ثم (الاذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) اذ (لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع) الصادر من البائع لاحد الشريكين (لما بينا) من عدم

بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشترى خاصة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا أنها دخلت فى الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند أبى حنيفة ومحمد والعتق يقع عن الآمر لانتفاء القبض الذى هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثانى أن الملك يثبت فى نصيب الشركة بالهبة حكما للاذن بالوطء والملك لا يثبت فى الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره أحللت لك وطء هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول أن ذلك انما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذى هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثانى أن المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله فى ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشئ ضمنا ولا يثبت قصدا قوله (والبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا (والبائع ان يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

﴿كتاب الوقف﴾

ملكهما تغيير مقتضى العقد ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بأنه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل أحللت لك وطء هذه الامة تمليكا لها منه وهو منتف وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التى لا يملك المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبى فأما من له حق التملك كالاب والجد فالرواية غير محفوظة فى تملك الجارية بالاحلال

﴿كتاب الوقف﴾

مناسبته بالشركة ان كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل فى الشركة مستبقى فى ملك الانسان وفى الوقف مخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهى الانتفاع الدائم الباقى على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما فى الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه أما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت أقف حبست قال عنترة

ووقفت فيها ناقتى فكأنها * فدن لأقضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويجتمعان فى قولك وقفت زيدا أو الحمار فوقف وأما أوقفته بالهمز فلغة رديئة وقال أبو الفتح ابن جنى أخبرنى أبو على الفارسى عن أبى بكر عن أبى العباس عن أبى عثمان المازنى قال يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أوقفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر أعنى الوقف فى الموقوف فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال فقيل وقف وأوقاف كوقت وأوقات وأما شرعا فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها على من أحب وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتى تمامه فلا حاجة لافراده هنا أيضا وانما قلنا أو صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لابد فى آخره من القربة بشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس فى الدنيا بين الاحياء وفى الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز وأما شرطه فهو الشرط فى سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمى على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن

﴿كتاب الوقف﴾

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى الخ) أقول المسئلة مذكورة فى الاصول (قوله وعن الثانى أن المصنف أشار الى ذلك بقوله فى ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشئ ضمنا ولا يثبت قصدا) أقول قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما للاحلال يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التى لا يملكها المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبى

يعطى لمساكين المسلمين وأهل الذمة وان خص فى وقفه مساكين أهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا أن خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف ولا نعلم أحدا من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسى شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب للحرمان وهذا للبعد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع فى كلهم قربة ولا شك أن التصدق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه فى صنف دون صنف من الفقراء أرأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولى الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف فى وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم أن خلاف أبى حنيفة فى الوصية فانه انما شرط أن يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو أنكر فشهد عليه ذميان عدلان فى ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يحج به أو يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم وأما المرتد اذا وقف حال ردته ففى قول أبى حنيفة هو موقوف ان قتل على ردته أو مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتحل دينا جاز منه ما نجيزه لاهل ذلك الدين أما المرتدة فأبو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل وأما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا فى أى وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته أو مات أو عاد الى الاسلام الا ان أعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف فى وقف المرتدين خلافا بين أصحابنا مبنيا على الخلاف فى الذمى يتزندق يهوديا أو نصرانيا أو مجوسيا قال بعضهم أقره على ما اختاره وأقر الجزية عليه لانى ان أخذته بالرجوع فانما ارده من كفر الى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقره على الزندقة وأما الصابئة فان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقوفهم ما يصح من أهل الذمة وجميع أهل الاهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى الى قبول شهاداتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم وأما الخطابية فانما لم يقبلوا لانه قيل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المدعى اذا حلف أنه محق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها اليه أو صالح على مال دفعه اليه لا تكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على أنه هو الواقف أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذى سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولى وستأتيك فروع أخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر القاضى عليه لسفه أو دين فوقف أرضا له لا يجوز لان حجره عليه كى لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاف وينبغى انه اذا وقفها فى الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع أن يصح على قول أبى يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو أجر أرضا عامين فوقفها قبل مضيهما لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن

وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا ووقفتها أنا يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا وأوقفتها لغة رديئة وعرفه شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بأنه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف حرا بالغا عاقلا وكون المحل غير منقول وركنه أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف أي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح

قال الاتقاني الوقف الحبس من قولهم وقفت الدابة اذا منعته من السير قال صاحب الجمهرة الوقف مصدر وقفت الدابة أوقفه وقفا وكذلك كل شئ حبسته وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل وقال ابن جني في شرح المتنبي أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وأرضي ولا يعرف أوقفت من كلام العرب انتهى وفي شرح الكافي الوقف في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف أرضه على ولده لانه حبس الملك عليه وقيل للموقوف وقف كقوله نسج اليمن وضرب

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا

أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا تخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد المرتهن فافتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقت وفي الاجارة اذا مات أحد المتآجرين تبطل وتصير وقفا وأما شرطه الخاص فخروجه عن الملك عند أبي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به أو ان يلحقه حكم به وعند أبي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما الى متول وأما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا بأس أن نسوق شيأ من الالفاظ أرضي هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها أو بقيمتها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه كمن عليه زكاة أو كفارة فمات بلا ايصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح الا عند أبي يوسف فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان مفيدا لخصوص المصرف أعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف ونحن نفتي بقوله أيضا لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة أو حبس ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا اذا قال للسبيل اذا تعارفوه وقفا مؤبدا على الفقراء كان كذلك والاسئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لانه أدنى فأثباته به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاصي بانه لا فرق بينهما وذكر في احداهما اذا لم تكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى أن كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان المنذور به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احداهما والا فلا شك أن في كل منهما اذا لم تكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو محبوسة موقوفة لانه بمعنى موقوفة فكان كافراد لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمر أو لا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام ما أمكن كأنه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي أن لا تدخل الثمار لما سنذكره ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجيزي الوقف على أنها العبارة الوافية الا أن قوله في الاسرار ولو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف يفيد أن فيه خلافا ولا ينبغي فان التأبيد أن يجعله في أول الامر وآخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به حاكم) أي يخرج وجه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا)

الامير وجمع على أوقاف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا الخ) أقول فيه بحث لان في مصدر وقف اللازم يجيء وقوفا على ما اعترف به لا وقفا والجواب أن مقصوده انه مصدر وقفتها أنا وذكر وقفت الدابة للتوطئة يدل على ذلك ذكر مصدر الاول دون الثاني

وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه) قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

وما عرفه به أبو حنيفة رحمه الله يقتضي أن لا يصح الوقف لانه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله (وهو راجع) الى قوله (فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل) يعني المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فأما أبو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال مراده أنه لا يجعله لازما فأما أصل الجواز فثابت عنده كالعارية تصرف المنفعة الى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بأن يقول أوصيت بغلة داري فحينئذ يلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود المنفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث

وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي قدمنا صحة الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه) بعد ذلك القول وبه أخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور وحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس الى آخره لا معنى له لأن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف الا مشيئة التصدق بمنفعته وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيأ وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو الملفوظ في الاصل) يعني المبسوط وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن واذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالعدم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فأبو حنيفة لا يجيز الوقف أي لا تثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان أخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه ﴿فرع﴾ يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبدا أو لفلان و بعده للمساكين أبدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة الى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لان ملك الله في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضيخان الا ان عند أبي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا الى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الاصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن أحمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان أهلا للملك لامتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعي وأحمد لانه صلى الله عليه وسلم قال حبس الاصل وسبل الثمرة اه وهذا أحسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروجه لا الى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فمن الاول المسجد وغيره ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها باقيا ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما يمكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط و يبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والاخرج الى مالك آخر ثم رأينا غيره بينه بقوله ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها أي بالثمرة أو الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم

والافظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى

الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس والمفهومان مختلفان لان معنى تصدق باصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس احبسه أى على ما كان ولا يمكن ان يراد بهما الا معنى أحدهما والا كان صلى الله عليه وسلم مجيبا لعمر رضى الله عنه فى حادثة واحدة بأمرين متنافيين فاما ان يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه لذا يقول واحد من الثلاثة بملك الفقير للعين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبى حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعا واذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة حكم الحاكم الذى به يزول الملك عنده ان يسلمه الى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه الى القاضى فيقضى القاضى بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب فى صك الوقف فان أبطله أو غيره قاض فهذه الارض باصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع و يتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يخاصم أحد فى ابطاله لعدم الفائدة له فى ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا أبطله قاض يصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا فى فتاوى قاضيخان و ينبغى ان يكون هذا اذا وقف فى صحته اما اذا كان وقف فى مرضه فينبغى ان يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون فى نقضه و بيعه فائدة للورثة فحمل ماذكر اذا لم يكن وقف فى المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث (قوله واللفظ ينتظمهما) أى لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت دارى أو حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيح أى ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة من قبلهما انما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك ومن قبله تفيد نفى كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما فذكر حديث ثمغ وهو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين انه بلا تنوين للعلمية والتأنيث وفى غاية البيان انها فى كتب غرائب الحديث الصحيحة عند الثقات منونا وغير منون كما فى دعد قال محمد بن الحسن فى الاصل أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله انى استفدت مالا هو عندى نفيس أفا تصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر فى سبيل الله وفى الرقاب وللضيف وللمساكين ولابن السبيل ولذى القربى لا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا فى الصحيحين و باقى الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرنى به قال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب فى الفقراء والقربى والرقاب وفى سبيل الله والضيف الحديث وفى بعض طرق البخارى فقال عليه الصلاة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد أشار الشرع الى اعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذى بسنده الى أبى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له ولا طريق الى تحقق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرير المصنف بانه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه ويمكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا بل يتحقق بالحكم

(قوله واللفظ) أى لفظ الوقف ينتظمهما أى يتناول ما قاله أبو حنيفة هو حبس العين على ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاما واحدا من غير ترجيح فلابد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله لهما قول النبى صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه روى صخر بن جويرية عن نافع ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال عمر يا رسول الله إنى استفدت مالا وهو عندى نفيس أفأتصدق به قال تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رضى الله عنه فى سبيل الله وفى الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذى القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا له غير متمول عنه وهذه الارض كانت سهم عمر رضى الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه وثمغ لقب لها وهى بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة

وقوله (اذله نظير فى الشرع وهو المسجد) لبيان نفى استبعاد أن تخرج من ملك الواقف ولا تدخل فى ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل فى ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك فى الوقف ولابى حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام لاحبس عن فرائض الله) أى لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين

اذله نظير فى الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لاحبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس لان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى

بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهما لانه اذا ثبت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لاعتقاد الائمة الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق وسيجيء بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أى لابى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لاحبس عن فرائض الله أسند الطحاوى فى شرح معانى الآثار الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطنى وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوهما ورواه ابن أبى شيبة موقوفا على على حدثنا هشيم عن اسمعيل بن أبى خالد عن الشعبى قال قال على رضى الله عنه لاحبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح أو كراع وينبغى أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الاسماع والا فلا يحل والشعبى أدرك عليا وروايته عنه فى البخارى ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبى شيبة فى البيوع حدثنا وكيع وابن أبى زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس وأخرجه البيهقى وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل (قوله ولان الملك الخ) ظاهره مصادرة لجعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين إثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف أو له واتفقنا على أنه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا أن يوجب موجب لامرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع فى الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محررا عن ان يملك العباد فيه شيأ غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما ألحق المسجد بها وأيضا قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقيا اذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فانلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة أن الآدمى خلق مالكا غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتتملك فبالوقف لا تعود الى

ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة فى موضع النفى تعم فتتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وقوله (جاء محمد ببيع الحبيس) يدل على أن لزوم الوقف كان فى شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقوله (كالسائبة) هى الناقة التى تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفرى أو برئت من مرضى فناقتى سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من أن تكون مملوكة له منتفعا بها فانه لو سيب دابته لم يخرج عن ملكه فكذا اذا وقف أرضه أو داره وقوله (بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت فى العبد من غير تمليك لاحد وقوله (وبخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

قال المصنف (والملك فيه للواقف ألا ترى ان له ولاية التصريف) أقول ومعنى الملك على ما سيجيء من الشراح فى أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعا فى المحل (قوله الا ما قام عليه دليل) أقول كالوصية

قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما الحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه الا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

أصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيدما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في أحاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة ابن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها بروايات وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم) وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلته اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا لو قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت أرضي الى آخره فمات لم تصر وقفا وله أن يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بأن صحته اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها أما لو قال ان قدم ولدي فعلي ان أوقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته اليهم جاز في الحكم ونذره باق وان وقفه على غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لغو فصار كأنه نذر بالوقف فجاز على كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب أن يتخذ الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال أو من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تنجيز والمراد بالحاكم يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يرفع الخلاف فللقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم

منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته صورة الحكم أن يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعد اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي بلزومه وقوله (فالصحيح انه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الواقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك ولانه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها هكذا الا اذا بقي أصل الموقوف على ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم وهو الذي يفوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح انه ينفذ ولكن لا يفتى به (قوله وقال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على قول أبي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن أبي حنيفة ان ذلك لا يجوز

واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لابد من التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة

بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة الا أن يحكم به فله بيعه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا أن تجيز الورثة وعندهما يلزم الا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضيخان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كما لو وقف دارا ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه أرباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قوله واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو) قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لابد لزواله من التسليم الى المتولي لان الواقف أن يجعله لله فيصير حقا له وحقه انما يثبت مسلما في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالى (والتمليك منه وهو مالك لجميع الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يخفى ان التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لان غاية ما يوجبه الدليل إما خروج الملك عند الوقف لا الى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهدة الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم الى المستحق تسليما اليه تعالى كأنه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولي كالزكاة ويمكن أن لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود ليس الا فعل ما وجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البخاريون فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى الا انه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الآثار يعني ما روى أن عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورده في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فعله ليتم الوقف بل لشغله وخوف التقصير في أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تفريغ نفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم الى المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يد سيده المعتق له والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها يوجب عليه اخراج أحدهما من يده وهذه أمور شرعية لا عقلية ومما بني على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده وأخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولو لم يشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصي فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله أن

(قوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه) أي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التمليك من الله تعالى قصدا فيأخذ التمليك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله فينزل منزلة الزكاة والصدقة) يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم الى الفقير

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) أى اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عندهما ولا يصح عند أبى حنيفة على ما هو الملفوظ فى الاصل والاصح الصحة عندالكل خرج عن ملك الواقف يعنى على قول أبى يوسف ومحمد ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه لانه لو دخل فى ملكه جازله اخراجه من ملكه كسائر أملاكه ولما انتقل الى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله (يجب ان يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره) اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا الايزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول أبى حنيفة فى حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضى عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضى ان لا يصح شرطه فى صرف الغلة كما اذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته الى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان فان التصرف فى غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول انما ذكره فى الكتاب ههنا انما هو فى الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو فى اللزوم والصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول أبى حنيفة الا اذا حكم به الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند أبى حنيفة لان الوقف عنده

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفى بعض النسخ واذا استحق مكان قوله اذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه) لانه لو دخل فى ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر أملاكه قال رضى الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره قال (ووقف المشاع جائز عند أبى يوسف) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد لا يجوز لان أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضا لانه يعتبر بالهبة والصدقة

يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيما فى حياته وبعد موته وكذا يبتنى عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد (قوله واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا فى قول عن الشافعى وأحمد انه يدخل فى ملك الموقوف عليه اذا كان أهلا للملك الا انه لا يباع ولا يتملك والمختار الاول لانه لو دخل فى ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذى هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أى القدورى (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه تجوز بالصحة عن اللزوم (قوله ووقف المشاع جائز عند أبى يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبنى على الخلاف فى اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لان القسمة من تمام القبض) ولا بد من القبض فوجب وعند أبى يوسف

معرف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج لاستحالة وعن الثانى بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه الا ترى ان القربان تصير بالاراقة الى الله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره وأما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد فعلمنا أن الله تعالى لم يول التخصيص الى الذى جعله مسجدا وانما ألحقه

بالمسجد الحرام والكعبة (قوله لان القسمة من تمام القبض) بيانه أن القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هى بالقسمة (قوله ووقف المشاع جائز عند أبى يوسف) لا خلاف بينهما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما فى أن أصل القبض شرط أولا عند أبى يوسف ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد شرط فكذا تمامه وأما فيما لا يقسم فمحمد أيضا يجوزه ويعتبره كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الاطلاق فان ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بموجود وبقرينة النسخة الاخرى فان الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبى حنيفة أيضا فليتأمل (قوله سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم) أقول فيه تأمل اذ حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله الا أن يحكم به حاكم كما لا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج لاستحالة) أقول لا نسلم ذلك فانه يجوز أن يكون المعرف هو المعنى المصدرى أعنى احداث الوقف وانشاءه أو يكون المعرف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة امر آخر من حكم الحاكم فليتأمل (قوله وعن الثانى بأن خروج الملك الخ) أقول فيه بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف فى المحل شرعا فلو صح ما ذكره لانتقض تعريف الملك ويجوز أن يجاب بملاحظة قوله بتولية الشرع بأن يراد بالقدرة القدرة الاصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه

المنفذة الا فى المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبى يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيهما فى غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه فى وقت ويتخذ اصطبلا فى وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل فى الباقى عند محمد لان الشيوع مقارن

لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أبى يوسف فى خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله فى هذه ومن أخذ بقول محمد فى تلك وهم مشايخ بخارى أخذ بقوله فى وقف المشاع وأما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنفذة) أى المنجزة فى الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض فى تينك لما فيهما من التمليك للغير وأما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أى سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها والخلاف مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشرطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض الا ترى أن الشائع كان مقبوضا لمالكه قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عند امكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وانما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقق التسليم فى الجملة وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج فيه الى التهايؤ والتهايؤ فيه يؤدى الى أمر مستقبح وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما أو مبيضة عاما وأما النبش فليس بلازم من المهايأة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضى بحصته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبى حنيفة ويتهايؤن وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا تجوز وكذا التهايؤ وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرى وتوضع غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الاعارة لا غير ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم الاسكناها تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا واناثا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكران أن يسكنوا نساءهم معهم وللاناث أن تسكن أزواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة انما سكناه لمن جعل له الواقف ذلك لا لغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على الساكن بل ان أحب أن يسكن معه فى بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج ان كان لأحدهم ذلك والا ترك المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل فى بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور فى الشروح والفروع فى أوقاف الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو اقتسما أعنى الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبى يوسف فوقع نصيب الواقف فى محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانيا (قوله ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه) يعنى شائعا (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لان بالاستحقاق

المنفذة أى الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهى فيما نحن فيه (قوله الا فى المسجد والمقبرة) استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند أبى يوسف فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بأن كان الموضع صغيرا لا يصلح لما أراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة فى المشاع الذى لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها أما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما سيجىء وأما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الوضع غير صالح لذلك لصغره فبقى أن يكون بطريق المهايأة والمهايأة فيهما فى غاية القبح الخ ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل أن يقول على وكذا كذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلا وقال أبو يوسف اذا سمى جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التمليك فانه يتأبد كالعتق فوجب الوقف يتأبد واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه

كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض أو رجع الورثة في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه وفي مرضه في المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا وقال أبو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

ظهر ان الشيوع كان مقارنا للوقف (كما في الهبة) اذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طار واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله وقفا (ولو كان المستحق جزأ بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها الى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها والي على حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان كلا منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة ألا ترى انه جعل لنصيبه والي على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لان قبض كل منهما لا في جزء شائع فكذا قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم) هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله (ان موجب الوقف) يعني بعد التسليم الى المتولي عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تمليك) وزواله يتأبد بعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطلا له) كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لانه انما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا

كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لانه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنا موجبه زوال الملك وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل أراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا أوفق وأقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولابي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه فيما اذا جعل على جهة تنقطع لان التقرب الى الله تعالى تارة في الصرف الى جهة تنقطع وأخرى الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

قال المصنف (لهما ان موجب الوقف زوال الملك) أقول أنت خبير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وجوابه مذكور في الشروح (قوله وقيل أراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه الى آخره) أقول فيه انه اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فيما اذا سمى جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلا مجتهدا فيه فليتأمل قال المصنف (ولابي يوسف رحمة الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار

وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال (ويجوز وقف العقار)

انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري انه هو على ما ذكره المصنف ثابتا عنه من التأبيد حيث قال (وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان أبا يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه لما بينا انه ازالة الملك كالعتق) وعندهما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة) ان كان وقف للسكنى (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فطلقه لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص) عليه فكان الاولى أن يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلهما الاول فأما الوجه الاول فانما يناسب الرواية عن أبي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فمنها ما في المبسوط فيما اذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأى امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يحج من بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بينا انه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فأما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز أن يلزم و يعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل للناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق أصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود الا أن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عاد ما كان لها (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون وقفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيخان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع و يدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أولا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجر يقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وملقى سرقينه

وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا ولقائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأبيد أصلا والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل إن التأبيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لا يحالة وقوله (وهذا على الارسال) أي ما ذكره القدوري

(قوله والجواب ان المروي الخ) أقول هذا مما يهم في كثير من المواضع

لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول أبي حنيفة (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا أولى

ورماده ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين وقفوه) قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا وأسانيدها مذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه أرضه ثغ وأخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف داره على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفاقدة التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاكم بسنده فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الاسلام أسلم أبي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر أن نسخة صدقته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى أن قام لا تباع ولا توروث وفي الخلافيات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال ومالا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم اجازته الوقف ﴿فرع﴾ اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحد استغناء لشهرتها عن تحديدها ﴿فرع آخر﴾ وقف عقارا على مسجد أو مدرسة هيأ مكانا للبناء ثم قبل أن يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها الى الفقراء الى أن تبنى فاذا بنيت ردت اليها الغلة أخذا من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته للفقراء الى أن يولد لفلان (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الارسال) أي على الاطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال القدوري (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز) والاكرة الحراثون (وكذا آلات الحراثة) اذا كانت تبعا للارض يجوز (لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كبيع الشرب) والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وهذا كثير مستغن عن العد ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل ان كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها فهي في مال الوقف والا فنفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من بعجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كما لو قتل فأخذ ديته عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن ينتظر فان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداءه فداه من مال الوقف واذا فداه بفدية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والفداء شئ فان فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعني فلا معنى لافراد أبي يوسف (لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله فتجويزه تبعا للعقار أولى وضمير لانه للشان أما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فانه لا يدخل شئ

من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا أو غيره تعاملوا فيه أولا قول أبي حنيفة والاكرة جمع أكار وهو الزراع كأنهما جمع آكر تقديرا وقوله (والبناء في الوقف) أي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لانه لما جاز افراد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل تبعا لشئ كما في المتعارف مثل الفأس والقدوم والمراجل (عنده) أي عند محمد (فلان يجوز الوقف) أي وقف المنقول (تبعا أولى) والمراد بالكراع هنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح

قال المصنف (والبناء في الوقف) أقول فيه نوع مصادرة لان البناء مما ينقل تأمل في جوابه فان تبعية البناء أقوى قال المصنف (فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى) أقول هذا فيما فيه تعامل مسلم وأما مطلقا فلا تدبر

(وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بيناه من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه الصلاة والسلام وأما خالد فقد حبس أدرعا وأفراسا له في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى أكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمرو والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه

من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضا في ذلك (على ما قالوا وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لما بيناه من قبل) من شرط التأبيد والمنقول لا يتأبد (وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه) أي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا أن كان فقيرا فأغناه الله وأما خالد فانكم تظلمون خالدا وقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي علي ومثلها ثم قال أما شعرت ان عم الرجل صنو أبيه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدراعه وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جعه على اكراع لان فعالا لا يجمع على افعال بل على أفعل كعقاب وأعقب وانما ذكره في الصحاح صيغتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكارع الا أن الطبراني أخرج عن ابن المبارك حدثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا أن أموت على فراشي ومامن عمل أرجى عندي من لا اله الا الله وأنا متترس ثم قال اذا أنا مت فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه مامن عمل أرجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها وأنا متترس والسماء تهلني تنتظر الصبح حتى نغير على الكفار واذا عرف هذا فالابل تدخل في حكمه بالدلالة لان العرب يغزون عليها مع أنه روي ان أم معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني أريد الحج أفاركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فان الحج والعمرة من سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز وأما وقفه مقصودا ان كان كراعا أو سلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والفاس والقدوم وثياب الجنازة ومما يحتاج اليه من الأواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى لقاضيخان وقف بناء بدون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف ما يفيد أن الارض اذا كانت متقررة للاحتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء داره دون الارض انه لا يجوز قيل له فما تقول في حوانيت السوق ان وقف رجل حانوتا منها قال ان كان الارض اجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لانا رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها وانما له عليهم أن يأخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤاجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها وبنون غيره فأفاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البنيان فيه والا فلا وذكر في موضع آخر في فتاوى قاضيخان اذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميراثا ثم ذكر أنه انما خص

وقوله (لما بيناه من قبل) يعني ما مر ان من شرطه التأبيد والتأبيد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس

(قوله يعني ما مر ان من شرطه التابيد والتابيد لا يتحقق في المنقول) أقول وفيه تأمل كتب وجهه في الجواب عن دليل الشافعي على ما يجيء

وقوله (الحاقالها بالمصاحف) يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذا الكتب ذكر في فتاوى قاضيخان اختلاف المشايخ في وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احترازعن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يمكن بهما مع بقاء أصله في ملكه وقوله (ويجوز بيعه) احترازعن حمل الناقة والجارية فانه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضا ولنا أن الوقف في المنقول لا يتأبد وهو ظاهر ومالا يتأبد لا يجوز وقفه لان التأبيد لابد منه على ما بيناه فصارت المنقولات كالدراهم والدنانير وقوله (بخلاف العقار) جواب عن اعتباره بالعقار وقوله (ولا معارض من حيث السمع) جواب عن قوله فأشبه الكراع والسلاح ووجهه أن الاصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح أيضا كالدراهم الا أنا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع وقوله (ولا من حيث التعامل) جواب عما يقال ترك الاصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المراجل والقدوم وغيرهما فلتكن صورة النزاع مقيسة على ذلك ووجهه أن لهما معارضا من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد والاطباء والثياب والبسط وأمثالها فنبقى على أصل القياس وقوله (وهذا) استظهار على أن الحاق غير العقار والكراع والسلاح

ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقالها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمس الدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد ومالا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

البناء بذلك لان العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام وذلك غير مملوك ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو اجارة وان كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى واطلاق الاجارة يعارض قول الخصاف في أرض الحكور اللهم الا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت كالاملاك على ما ذكره وسمعته وفي الخلاصة اذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيز وبه نأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس يأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول القياس ينزل بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعلى قول محمد أكثر فقهاء الامصار ومالا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعي رحمه الله كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما وقف ما لا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي وأما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لان حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضه المصنف بأن حكم الوقف الشرعي التأبيد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لانه سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما ولا يلحق دلالة أيضا لانه ليس في معناهما واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف بقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الانصاري وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا

بهما غير جائز لان غيرهما القوتهما ليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به

قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود في محل النزاع أيضا فليتأمل

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته) أما امتناع التمليك فلما بينا وأما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي

السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند والاكسية واستره الموتى اذا وقف صدقة أبدا جاز فتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها في أوقات لبسها ولو وقف ثور الانزاء بقرهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على ان يمسكه مادام حيا ان أمسكه للجهاد جازله ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان الجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه وان أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه دليل على أن المسجد اذا احتاج الى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اه وهذا عندي غير صحيح لانه يعود الى القبح الذي لاجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما واصطبلا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز الجامعة فيه واقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابي يوسف وأما اذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط واذا زوج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان في الاول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا لو زوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع وقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات الاصلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عمن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها اذا ان تفسد أغصانها فان لم ينتفع بأوراقها وثمرها فانها تقطع ويصرف ثمنها الى سبيله فان نبتت ثانيا والا غرس مكانها وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقي بعضها فقال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقي متروك على حالها (قوله واذا صح الوقف) أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه ولا تمليكه) هو باجماع الفقهاء (الا أن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبي يوسف فتصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا) من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الى آخره ولانه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من البيع (وأما جواز القسمة) أي عندهما فان على قول أبي حنيفة لا يجوز وان قضى القاضي بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات (فلانها تمييز) معنى (وافراز غاية الامر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف) عند أبي يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قوله (و) لو طلب الشريك القسمة (بعد موته) فالقسمة (الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالقسمة طريقان أحدهما أن (يقاسمه القاضي)

(قوله استثناء من قوله لم يجز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تمليكه كما يدل عليه أول كلام المصنف نعم يفهم من آخره كونه استثناء من المجموع والامر سهل

بان

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال (والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء

بان يرفع الامر اليه و يطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه) ان أحب وهذا (لان الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الآخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف و بيع الوقف لا يجوز وان كان الآخذ شريكه بان كان النصيب الوقف أحسن جاز لان الواقف مشتر لا بائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله (ان أعطى الواقف لا يجوز) يصح عملى بنائه للمفعول ورفع الواقف و يصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه أخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قائما عامرا أما اذا تهدم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لانه رجع الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر يعني لان الوقف بعد ما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وأنت تعلم ان قول محمد برجوعه الى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لان خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك يشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها اذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحيث لا تمكن عمارته فهو للواقف ولورثته فان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاصي اذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروى عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال و يجد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها و يشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولي على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها و يتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيأ من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار بل تكرى الدار و يستعان بنفس الجوز على العمارة ثم اذا جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلي في الاشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لانها هي الغلة و بناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي اذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم الا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره اذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشرط) لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك (بصرف الغلة مؤبدا) ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج والبذر وارزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لان حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق الا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الائمة وذلك وان كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة الى ادخال الدراهم في القسمة او تراضيا على ذلك فان ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا لضرورة أو بالتراضي على ما سيأتي في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها فان كان الاول لم يجز لانه يعطي بمقابلة الدراهم شيأ من الوقف و بيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني جاز لانه حينئذ يشتري شيأ بمقابلة الدراهم ويقفه وهو جائز

ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب أمواله هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شئ آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف الى العمارة ضرورة أبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم

فيذهب رأيه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكه يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أي الانتفاع بخراج الشئ كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشئ أي لكون ذلك الشئ لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن مخلد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده اه وبهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاء حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم وفي معناه الغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها) تكون (على الموصى له بها) (قوله ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور أن يلزموا لعدم اجتماعهم ولعسرتهم (وأقرب أمواله هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حياته) فاذا مات فمن الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبته) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي (بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف) عليها (فأما الزيادة فليست بمستحقة) فلا تصرف في العمارة (الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أي لا يزاد على الصفة التي كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أي الزيادة (والاول أصح) لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيأ قال الامام فخر الدين قاضيخان رجل وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذه الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف شيأ أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله فان وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجرها الحاكم

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولاحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم أيضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم أي لا يفوز المتولي بهم لعدم تعينهم وعسرتهم وأقرب أموالهم الى المتولي هذه الغلة فتجب فيها وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعني حتما لانه قال فهو في ماله أي مال شاء وهذه الغلة أيضا من ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لا تصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لا زائدا عليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر

وقوله (والاول أولى) يريد بها اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثانى هو ترك العمارة واستفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا وقوله (فى حيز التردد) بيانه ان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله فى الحال ولرجائه اصلاح القاضى وعمارته ثم رده اليه وقوله (ولا تصح اجارة من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تمليك المنافع بعوض ولا تملك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين فى ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيحت له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة فى ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء يعنى ما انهدم من آلة الوقف بأن بلى خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الآلة

وعمرها باجرتها) ثم ردها الى من له السكنى لان فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول) وهو العمارة (أولى) من الثانى وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين أولى من ابطال احداهما (ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من) الزام الضرر بـ(اتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فيه) ما اذا عقد عقد (المزارعة) وبينا من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضا منه يبطلان حقه لان امتناعه فى حيز التردد) يعنى دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه متردد فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة أو لرجائه اصطلاح القاضى كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجرها الحاكم لانه (لا تصح اجارة من له السكنى) وعلله بقوله (لانه غير مالك) وفى تقريره قولان أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة فى وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها للملكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضى ان لا يصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالاولى أن يقال لانه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والاملاك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذى قبله يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضا ليس له أن يؤاجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشنى انه رأى فى المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجارة المتولى أو القاضى ونقل عن الفقيه أبى جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يستغرم تجوز اجارته وهذا فى الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجر وان لم يشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا وان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضى من يستأجرها لم أر حكم هذه فى المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن تصير نقضا على الارض كرماد تذروه الرياح وخطر لى انه يخيره القاضى بين أن يعمرها فيستوفى منفعتها وبين أن يردها الى ورثة الواقف (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجر كالخشب والقصب وقد يضم عطفا على ما صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانهدام تتحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط فى قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا فى الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا جدا لا يحتمل بالانتفاع

والنقض بضم النون البناء المنقوض وفى الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

وقوله (ولا يجوز على قياس قول محمد) بناء على ان التسليم الى المتولى شرط عنده ولم يوجد قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبى يوسف ترغيبا للناس فى الوقف وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان وهذا ظاهر على أصل أبى يوسف فانه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه فى حال حياته جاز فلامهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات أولاده فى حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لابد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك فى حياته أيضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم فى حياته أى اشتراط صرف الغلة فى ابتداء الوقف لامهات أولاده ومدبريه وذكر الضمير تغليبا للمدبرين على أمهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه فى ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند أبى يوسف فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة الى أمهات أولاده ومدبريه وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه أى بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة فانه لا يجوز ان يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان مانعا عن الجواز فى الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه

(ولا يجوز ان يقسمه) يعنى النقض (بين مستحقى الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم فى المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبى يوسف) قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبى يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازى وبه قال الشافعى وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض والافراز وقيل هى مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم فى حياته كاشتراطه لنفسه

بالوقف ولا يقربه من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذرت اعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه فى ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقى الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم فى العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم فى الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف أما فيما اشتراه المتولى من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا الان فى صيرورته وقفا خلافا والمختار أنه لا يكون وقفا فللقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبى يوسف) فهذان فصلان ذكرهما القدورى (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبى يوسف) وهو قول أحمد وابن أبى ليلى وابن شبرمة والزهرى ومن أصحاب الشافعى ابن سريج (ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال) الرأيى وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى وانما نسب الى الرأى أى لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السمتى البصرى ويوسف هذا من أصحاب أبى حنيفة وقيل ان هلالا أخذ العلم عن أبى يوسف وزفر ووقع فى المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازى وفى المغرب هو تحريف بل هو الرأيى بتشديد الراء المهملة لانه من البصرة لا من الرى والرازى نسبة الى الرى وهكذا صحح فى مسند أبى حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعى ومالك والخلاف فى شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء أو بعضها وبعده للفقراء ثم (قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف فى اشتراط القبض) أى قبض المتولى فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا لينقطع حقه ولما لم يشرطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسئلة مبتدأة) غير مبنية وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما فى المبسوط والمحيط

قال المصنف (وقيل ان الاختلاف بينهما بناء الخ) أقول فى هذا البناء نوع تأمل ظاهرا لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الخبازى قال المصنف وقد قيل هو على الاختلاف أيضا وهو الصحيح) أقول مخالف لرواية الكتب المذكورة (قوله لان اشتراطه لهم فى حياته) أقول ذكر الضمير فى قوله لهم تغليبا للذكور على الاناث

وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابى يوسف ماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفى الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق فى المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولامهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بأن حريتهم ثبتت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعا لما بعد موته كما قال أبو حنيفة فى أصل الوقف اذا قال فى حياتى وبعد وفاتى يلزم أما الوقف على عبيده وإمائه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبى يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التمليك) للغلة أو للسكنى (فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة) بأن تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه له لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا فى الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بيتا (ولابى يوسف ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط) فان الاجماع على أن الواقف اذا لم يشرط لنفسه الاكل منها لا يحل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا أن فى مصنف ابن أبى شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال ألم تر أن حجر المدرى أخبرنى قال ان فى صدقة النبى صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لا انه جعل ملك نفسه لنفسه) كذا قرره المصنف وعلى ما سلف لنا فى اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ينبغى أن يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لا الى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافى للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينا فى ذلك (كما اذا بنى خانا وشرط أن ينزل فيه أو سقاية وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة) روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث المقدام بن معديكرب عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وأخرجه النسائى عن بقية عن بجير بلفظ ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن حبان فى صحيحه عن أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل كسب مالا حلالا فاطعم نفسه أو كساها فمن دونه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الا أنه قال فانه له زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وأخرج الحاكم أيضا والدارقطنى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وقى به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى به عرضه قال أن يعطى الشاعر وذا اللسان المتقى وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبرانى عن أبى امامة عنه عليه الصلاة

وقوله (ولابى يوسف ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام فى مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبدا بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابى يوسف أن المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة

قال المصنف (وجه قول محمد رحمة الله تعالى عليه ان الوقف تبرع على وجه التمليك) أقول فيه نوع مخالفة لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ولما قاله الشارحون من أن فى الوقف اباحة المنفعة لا تمليكه كما سبق فى الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير العلة

ولوشرط الواقف ان يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل

والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر انه عليه الصلاة والسلام قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلاهلك الحديث فقد ترجح قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضي دينه من غلته وكذا إذا قال اذا حدث على الموت وعلي دين يسدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فافضل فعلى سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاف اذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك اذا قال اذا حدث علي فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلا سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أيمانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهما التصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبله (قوله ولوشرط أن يستبدل بها أرضا أخرى) تكون وقفا مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهلال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان أبيعها وأشتري بثمنها أخرى مكانا وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا أن ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من المعالم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمه الا أن يجعله له واذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه لان افادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضيخان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من أرض الى أرض فان أرض الوقف اذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها أرضا أخرى فتكون وقفا مكانها وكذا أرض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بأرض أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه أنظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التأبيد بل هو تأبيد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا نقول حكم ذلك على وجه ينفذ فيه شرطه الذي شرطه في أصل الوقف اذا لم يخالف أمرا شرعيا وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الائمة ذكر مسئلة ثم قال ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد ان كان يفتي به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ولو أريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان أحسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة الكتاب أولا عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضيخان وان كان لا لذلك بل اتفق انه أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولانه

ولوشرط الواقف ان يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء ذلك جاز عند أبي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله

لا موجب

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

لا موجب لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيته كما كان ولعل محمل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في رواية عن أبي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضيخان أجمعوا أن الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال إما بلا شرط أشار في السير الى أنه لا يملكه الا باذن القاضي ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه اذا شرطه له وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في أصل الاستبدال والا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الانصاري ما اذا لم يشرطه لنفسه ثم اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على أن يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصي بالاستبدال لمن يوصي اليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثير أو على أن أبيعها وأشتري بثمنها عبدا نص هلال على فساد الوقف كانه قال على ان أبطلها ولو اقتصر على قوله على أن أبيعها وأشتري بثمنها أرضا جاز استحسانا واذا قال على أن استبدل أرضا أخرى ليس له ان يجعل البدل دارا وكذا على العكس ولو قال بأرض من البصرة ليس له ان يستبدل من غيرها لان الاماكن قد تختلف في جودة الارض وينبغي ان كانت أحسن ان لا يجوز لانه خلاف الى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيأ استبدل ما شاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا الواستهلكه أما لو ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضا مما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنص أو بأرض تكون وقفا مكانها واذا باع الوقف ثم عاد اليه بعاهة وفسخ من كل وجه كان له أن يبيعها ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لانها صارت وقفا فكانه اشترى غيرها الا أن يكون عمم لنفسه الاستبدال ولو ردت بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا اذا قال المشتري قبل القبض أو بعده فله ان يصنع بالاخرى ما شاء ولو استحقت الاولى في القياس تبقى الثانية وقفا وفي الاستحسان لا لان الثانية كانت وقفا بدلا عن الاولى وبالاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ولو شرط لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لان في الوكالة وهو حي لو تمكن خلله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدلا معا فتفرد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد به الواقف جاز لانه هو الذي شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضيا بلدين كل قيما كان لكل أن يتصرف وحده ولو ان أحد هذين القاضيين أراد أن يعزل الذي أقامه القاضي الآخر قال اذا رأى المصلحة في ذلك كان له عزله والا فلا

(قوله ولو شرط) أي الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقفت داري هذه على كذا على اني بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ما ذكرنا) يريد الاصل المختلف فيه أعني شرط التسليم فان محمدا لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك ان شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض وأما أبو يوسف فلما لم يشرط تمام قبض متول انبنى عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد

ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والخيار عند أبي يوسف بناء على التوسعة كما مر وعند محمد الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضا (قوله وهذا) أي الخلاف (بناء على ما ذكرناه) اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف فانه لما جاز أن يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروى النظر فيه وعند محمد لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه أيضا وبهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا موبدا وشرط الخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكان المفسد قويا

(قوله فانه لما جاز أن يستثني الى قوله أيضا) أقول وفي الملازمة الاولى نوع تأمل

(قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أى فقد نص القدورى فى فصل الولاية بالجواز على قول أبى يوسف

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبى يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال فى وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه

السمتى لان الوقف كالاعتاق فى أنه ازالة الملك لا الى مالك ولو أعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار فى المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندوانى على قول محمد ينبغى أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر فى المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالاكراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا فى الاعتاق فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم فى أصل الوقف تم له هذا وقدمنا ما فيه وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيدا بل أن يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن أبى يوسف أنه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو أبطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التأبيد وكان شرط الخيار فى نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد فى صلب العقد فاذا أسقطه قبل الثلاث جاز ذكره فى فتاوى قاضيخان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف أرضا على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفى فتاوى قاضيخان أيضا قال الفقيه أبو جعفر اعتاق المشترى قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى أرضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للموقف بل له ان يصنع به ما شاء ﴿ فروع ﴾ اشترى أرضا على انه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشترى ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الارض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا لو وقفها فى الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أى القدورى (على قول أبى يوسف) حيث قال أو جعل الولاية اليه جاز على قول أبى يوسف (وهو قول هلال أيضا) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذكر هلال فى وقفه) فقال (وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشرط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن يكون قول محمد لان من أصله) أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه) فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لانه ينافى هذا الشرط أجيب بوجهين أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولى فان الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر فى فتاوى قاضيخان ذكر محمد فى السير أنه اذا وقف ضيعة وأخرجها الى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشرط فى ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم الى المتولى شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم الا أن شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبى يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشرطها ومثل هذا الذى ذكره فى الكتاب مذكور فى التتمة والذخيرة والاخر أن معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه فهى له أنه اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضا لان شروط الواقف تراعى ومن

بقوله واذا جعل الواقف الى قوله جاز عند أبى يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال فى وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشرط لم تكن له ولاية وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبى يوسف لان له الولاية شرط أو سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولى شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولى فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الخ ومعناه اذا سلمه الى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولى والدليل على ذلك ما ذكره محمد فى السير اذا وقف ضيعة وأخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا أن يشترط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشترط فى ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيخان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولى شرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم الا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبى يوسف فالتسليم الى المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه

ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضى أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

﴿فصل﴾

ضرورته سقوط التسليم قال فى النهاية كذا وجدت فى موضع بخط ثقة وقد منا فرعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول أبى يوسف الذى جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم يولى فيه من شاء ممن يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية فى الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذى يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله (ولانه أقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلا على ذلك فان القاضى ليس أقرب منه اليه والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضى لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف يصرفه الى الجهات التى عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب وليا وقوله (كمن اتخذ مسجدا كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلاهل المحلة وليس الباني أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة قال أبو الليث وبه نأخذ الا أن يريدا اماما ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم أن يفعلوا ذلك كذا فى النوازل (ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضى أن يخرجه نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا الوشرط أن ليس لسلطان ولا لقاض ان يخرجه عنه ويوليها غيره) لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفى فتاوى قاضيخان لو جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فأوصى احدهما الى صاحبه فى أمر الوقف ومات جاز تصرف الحى فى جميع الوقف وعن أبى حنيفة لا يجوز لانه انما رضى برأيهما وفيها لو جعل أرضه وقفا فمرض مرض الموت فجعل رجلا وصى نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيأ فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصى ولو قال أنت وصى فى أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصى فى الاشياء كلها

﴿فصل﴾ لما اختص المسجد باحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبى حنيفة لا يشترط فى زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعا عند أبى يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولى عند محمد أفرده بفصل على حدته وأخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا شراء فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد فى كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضا شراء فاسدا وبناها بناء المسجد جاز عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعليه قيمتها للبائع وقول أبى يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الارض الى البائع بفساد البيع قال فاشتراط البناء له دليل على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكر هلال انه يصير مسجدا فى قول

وقوله (ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته) استدلال لابى يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقى ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

﴿فصل﴾ فصل أحكام المسجد عما قبله فى فصل على حدة لمخالفة أحكامه لما قبله فى عدم اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ومنع الشيوع عند أبى يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند أبى حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكأنه قال حبست العين على ملكى وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا أوصى به أو أضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته

﴿فصل﴾

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) أما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به وأما الصلاة فيه فلانه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أولانه لما تعذر القبض فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق

وأما اذا قال جعلت أرضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فلو أزاله لله تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله (وعن محمد انه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا ويشترط مع ذلك ان تكون الصلاة جهرية بأذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير أذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد فان أذن رجل واحد وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلاته على هذا الوصف كالجماعة

واذا بنى مسجدا

أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أيضا روايتان والفرق على احداهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه ويأذن للناس في الصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول الا بصلاة جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا أما قوله لهما فلان الملك لم يزل بمجرد القول فشى محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولي لان تعيينه لتحقق التسليم الى من اخرج اليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق الا في ضمن التسليم الى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعته اليه غير ان المتولي يقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك اذ ليس له غلة يستحقها الناس فاقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لان قبض الجنس متعذر فاكتفي بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا في الموصى للواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفي لان الصلاة انما تشترط لاجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة انها المقصود بالمسجد لاطلاق الصلاة فانها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو جعل له واحد مؤذنا واماما فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان اداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه ان تعاد الجماعة لمن يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولي يفيد انه لو سلمه الى متول جعله له صح وان لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لان بالتسليم الى المتولي أيضا يحصل تمام التسليم اليه تعالى لرفع يده عنه وجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها الا التصدق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف ينبئ عن الابقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج الى حكم الحاكم لاخراجه عن ملكه الى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فانه ليس منبئا عن ابقاء الملك ليحتاج الى القضاء بزواله فاذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما انه لا يحتاج في جعله مسجدا الى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قربة فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول ان العرف جار بأن الاذن في الصلاة على وجه العموم والتخلية يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما الى ضيفه أو نثر نثارا كان اذنا في أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والاذن بالاستغلال ولو جرت به عادة في العرف

وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات ورثته عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر

اكتفينا بذلك كما سلفنا والثاني انه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول اذن في الصلاة أو لم يأذن ويصير مسجدا بلا حكم لانه اسقاط كالاعتاق وبه قالت الائمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف ان كلا من مجرد القول والاذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا الماذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجدا تحته سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الارض لتبريد الماء وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (وله بيعه ويورث عنه اذا مات) ولو عزل بابه الى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقا به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شئ له فكان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكر أما اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفل حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتد فيه وتداعلى قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء الا باذن صاحب العلو وأما اذا كان العلو مسجدا فلان أرض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقوفا لصاحب المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتمة مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو جاز لانه يتأبد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فان التأبيد شرط وهو مع المقتضي وانما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشئ وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف انه جوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن و) كذا (عن محمد لما دخل الري) وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس فيه) اذنا عاما (له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه) الاربع (كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى) وعن كل من أبي حنيفة ومحمد أنه يصير مسجدا لانه لما رضي أن يكون مسجدا ولم يصر مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا

(قوله وقوله وقد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ويتم الوقف الخ) أقول وفيه بحث بل هو اشارة الى قوله واذا كان الملك يزول بالقول عند أبي يوسف الخ

(قوله فله أن يبيعه) أي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال تعالى وان المساجد لله أضاف المساجد الى ذاته مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص (قوله وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين) يعني فيما اذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت وعن محمد انه أجاز ذلك كله أي ما تحته سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكاكين وانما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منهما في الحكم سواء ليتهيأ له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد وقوله لما قلنا يعني من الضرورة قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا) وسط بالسكون لانه اسم مبهم لما خلص عن الدار لا للشئ معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح وقوله (ولانه أبقى الطريق لنفسه) فلم يخلص لله تعالى

(قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجدا عند أبي يوسف) الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بناه فان أبا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجدا ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء واذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدا وحكى ان محمدا مر بمزبلة فقال هذا مسجد أبي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه لما أشار اليه استدل أبو يوسف بأنه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن ان يكون موضعا للطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه أو ملك ورثته وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغنى عنه الا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش ينقل الى مسجد آخر

قال (ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني أو الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

وصار داخلا بلا ذكر كما يدخل في الاجارة بلا ذكر (قوله ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضيخان رجل له ساحة لا بناء فيها أمر قوما أن يصلوا فيها بجماعة فقالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبدا أو امرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه أراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان أمرهم بالصلاة شهرا أو سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التأبيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا أن لا يصير مسجدا فيما اذا أطلق الا اذا عرفت الورثة بأنه أراد الابد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بما لم يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان لملك رجل أخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقا للعامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجدا أو يجعل شيء من المسجد طريقا للعامة اه يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب أو يحدثوا له بابا آخر ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك ولهم أن يهدموه ويجددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبني حوانيت في المسجد أو في فنائه لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد سكنا سقط حرمة المسجد وأما الفناء فلانه تبع للمسجد (قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روي أن عمر كتب الى أبي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعود الى ملك الواقف) ان كان حيا (والى ورثته) ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه (عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع هو أيضا وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه) وقندیله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكه

قال المصنف (ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف الى قوله وعند محمد يعود الى ملك الباني) أقول قال الكاكي حكي أن محمدا مر بمزبلة فقال هذا مسجد أبي يوسف وأبو يوسف مر باصطبل فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك الواقف ربما يجعله اصطبلا بمرور الزمان انتهى في توجيه طعن أبي يوسف تأمل فان الاستبعاد في بقائه مسجدا على تلك الحال كما في المزبلة على قول أبي يوسف وليس الاصطبل كذلك عند محمد فانه خرج عن أن يكون مسجدا فسقط ملكه في ذلك المقدار من الزمان وكهدى

وكهدى الاحصار اذا زال الاحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ماشاء واستدل أبو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا أن لقائل أن يقول القربة التي عينت له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على أن الايمان لم ينقطع من الدنيا رأسا فقد كان لمثل قس بن ساعدة أمثال فالاوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا لا بسبب يوجب تجدد الملك فما لم يتحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدى الاحصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما أبيح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير وأما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجدا ليصلي فيه أهل تلك المحلة لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقا أهل تلك المحلة وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيده لانه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشترى بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا في محلة ومات أهلها كلهم لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبواري أنها لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه انه يصرف أوقافه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخراب المحلة والقرية وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقض الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ البتة يخرج عن الوقفية وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناء للباني وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخرابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولي أن يبيع من تراب مسبلة اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضيخان وقف على مسجدين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر بشئ قليل يبقى أصله وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبني أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها اليه الا النقض فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فان المراد وقف يكون لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم بأمر الواقف الى أن يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا يبس بعض أشجار الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيأ من ثمن النقض ولا من

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبى حنيفة لانه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبى يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما فى المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقيل هى بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داره

وقوله (ومن بنى سقاية أو خانا) ظاهر وقوله (بخلاف المسجد) يعنى أن حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط فى المسجد وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعنى أن التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن فى السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (فى هذه الوجوه) أى فى السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (ويكتفى بالواحد) ظاهر

عينه بوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيما سوى الغلة بل الحال أنه ان أمكن شراء شئ يستغل ولو قليلا أو اجارة الارض بشئ ولو قليلا فعل وحفظه لعمارة ما بقى ولو خرب الكل وتعذر ان يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا حينئذ يرجع الى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه الى متول (لانه لم ينقطع حقه عنه الا ترى انه ينتفع به) فى الحال (فله أن يسكن فى الخان وينزل فى الرباط ويشرب من السقاية ويدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما فى الوقف على الفقراء) بل أولى لان الثابت فى كل منهما لفظ ينبئ عن الخروج عن الملك كما قدمناه فى وقفت وتصدقت وفى هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط فى زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم وعند أبى يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله وقوله قول الائمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول (حتى يستقى الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا فى المقبرة لان التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرنا) من سكناهم الخان والرباط الى آخره (ويكتفى بالواحد) فى التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أى تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) اذا احتفره (والحوض) يزول الملك اذا استقى منهما واحد أو شربت دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له فى طريق المسلمين وجعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد باذنه على قول من يشترط القبض فى الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين تلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثا (ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه) أعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لانه) أعنى المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أى تسليمه (كفعلهم) أى تسلمهم (وأما فى المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة (بأنه) أى المسجد (يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم) لانه متول له عرفا واختلف فى المقبرة قيل كالمسجد على القول بأنه لا يكتفى فى ازالة الملك عنه التسليم الى متول (لانه لا متولى له) فلا يزول الملك الا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولى) (قوله ولو جعل داره

بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره فى غير مكة سكنى للساكين أو جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة فى سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا أن فى الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف فى الفصلين فان أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول والغنى لا يحتاج الى صرف هذا الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

بمكة سكنى للحاج والمعتمرين أو جعل داره فى غير مكة سكنى للساكين أو جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة فى سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أى فى السقاية والمقبرة وفى الدار المسبلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولى كقول أبى يوسف وعند أبى حنيفة له أن يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع الى المحل الذى دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع فى المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوى الارض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى فى ذلك كله على خلاف قول أبى حنيفة رضى الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بأنه لو كان فى المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لان موضعها لم يدخل فى الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء فى الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان فى عقار ووقفه دخلت فى الوقف تبعا ولو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأى فيها للقاضى ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون فى الحكم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلا غرس شجرة فى المسجد فهى للمسجد أو فى أرض موقوفة على رباط مثلا فهى للوقف ان قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهى له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارسا للوقف ولو غرس فى طريق العامة أو على شط النهر العام أو شط الحوض القديم فهى للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فنبت من عروقها أشجار فهى للغارس ولو بنى رجل فى المقبرة بناء لحفظ اللبن ونحوه ان كان فى الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك أهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره أن يقبر فيه وان كان فى الارض سعة الا أن الاولى أن لا يوحشه ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة فى المسجد أو نزل فى الرباط فجاء آخر لا ينبغى أن يوحش الاول ان كان فى المكان سعة وذكر الناطفى أنه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فان كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم فى جميع ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف (والفارق) فيه (العرف فان) الواقفين من (أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول) لان الغنى لا يقدر على استصحاب ما يشربه فى كل مكان ولا على أن يشترى ذلك فى كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب فى الرباط أن يخص سكناه بالفقراء لان العرف على أن بناء الاربطة للفقراء وهذان فصلان فى المتولى والموقوف عليه

﴿الفصل الاول فى المتولى﴾ قالوا الاولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد والمتولى أن يشترى بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون وقفا فى الصحيح حتى

وقوله (سكنى لحاج بيت الله تعالى) الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار فى قوله تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ويقال رابط الجيش أقام فى الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا والله سبحانه وتعالى أعلم

جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا أو باذن المتولي بلا أجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال أو غير معد له حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري أجرة مثله وللمتولي أن يستأجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغابن فيها فان كان أكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير أن ما أخذه من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو أدخل جذعا من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي اذا أنفق على الصغير وله أن يشتري من غلة المسجد دهنا وحصيرا وآجرا وحصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضي ويرجع في غلة الوقف وذكر الناطفي وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف وبزره بأمر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف فصح بأمره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة أن لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع أما اذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها المرتهن ضمن أجرة المثل ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبني على باب المسجد ظلة لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح والاصح ما قاله ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فأوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وقيما هذا في قول أبي يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قيما في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيما بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ في هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القيم الى القاضي لكن لا يضمن ما أنفق في العمارة من غلاته اذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق لانه اذا لم تصح ولايته فانه غاصب والغاصب اذا أجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضيخان وأنت تعلم أن المفتى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على أرباب معلومين فان لهم أن ينصبوا متوليا من أهل الصلاح لكن قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا لهم وليس للمشرف أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف وللمتولي أن يفوض الى غيره عند موته كالوصي له أن يوصي الى غيره الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي مالا مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى اليه بل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله ليفرض له أجر مثله الا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي أن يجعل للذي أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله لان للواقف في هذا ما ليس للحاكم وكذا اذا أخذ المتولي من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث هذه احداها والثانية اذا أودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع والثالثة

القاضي اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه أما لو كان القاضي أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أما لو مات قبل أن يقول ضمن وكذا لو باع المتولي دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فانه يكون دينا في تركته وللناس أن يأخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف اذا مال الى أملاكهم فان لم تكن له غلة يرفع الى القاضي ليأمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن يبني قرية في أرض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها أصلح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اقراض ما فضل من مال الوقف قال ان كان أحرز للغلة أرجو أن يكون واسعا ولا يؤجر الوقف اجارة طويلة وأكثر ما يجوز ثلاث سنين وليس له الا قالة الا ان كانت أصلح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولي أرض الوقف وقال زرعتها لنفسي وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا نقصان الارض وليس عليهما أجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها الوقف فان قال ليس للوقف مال أزرعها به يأمره بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لأنفسنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرجه عنه الا أن يكون غير مأمون ذكر هذه المسئلة بفروعها في فتاوى قاضيخان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لا ان دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علته عاد اليه النظر وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان اليه من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيأ وله أن يعزله ويستبدل به أولا يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع الى القاضي في النصب ولو أخرج حاكم قيما فمات أو عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بأن ذلك القاضي أخرجه بلا جنحة لا يدخله لان أمر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه أن يقيم عنده بينة انه أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده وكذا لو أخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة أناب الى الله وأقام بينة انه صار أهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الامر والنهي بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للعملة بأيديهم ولذا قلنا لو عمى أو طرش أو خرس أو فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء أن يعطي قوما مدة وله أن يقطعهم ويعطي غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصصونهم وفي وقف الخصاف ان حكم القاضي أن لا يعطي غير هذا الرجل لم يعط غيره ومالم يحكم بذلك له أن يعطي غيره ويحرمه لان في كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شروط حتى ظفرت في المسئلة بقولة ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

﴿الفصل الثاني في الموقوف عليه﴾ وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين وكذا على زيد وعمرو فرد أحدهما أو ظهر انه كان ميتا فنصيبه للمساكين وكذا اذا ردا جميعا ومن قبل بعد الرد لا يعود ومر أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أما لو قال لا أقبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فانه يجوز وحصته من هذه السنة للباقي من أهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يردها بل بعدها على ولده وقوله على ولد فلان أبدا ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من الفقراء اليهم الا أن يردوه ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف ما لو أوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فرد واحد فحصته لورثة الموصي وهذه مما افترق فيه الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده في رد ماله ولده صغارا كانوا أو كبارا وقف على ولده ثم للمساكين فلولد صلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفا مادام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان

كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه أخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد الواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو ضم الى الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم للمساكين اشترك فيه الصلبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى قاضيخان وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجد من يقوم برواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم يموت الموصي كان بينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكأنهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الائمة بينها وبين هذه بأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده و بنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا وكذا ولد ابنه وكلام الواقفين منصرف الى العرف فان تخاطبهم به بخلاف ما اذا لم يضف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال أولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكر بخصوصه واذا عرف الاختلاف في دخول أولاد البنات في أولاد أولادي فيجب فيما لو قال على الذكور من أولادي وأولاد أولادي ادخال ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولدي صرفت الى أولاده أبدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحد و يستوي الاقرب والابعد الا أن يرتب الواقف ولو قال أولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي وأولادهم وله أولاد أولادمات آباؤهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد موت أولئك على أولادي فانما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادي وأولاد أولادي لامو جب لقصره على الاولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادي وهم فلان وفلان وفلان و بعدهم للفقراء فمات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقين من اخوته بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادي ثم الفقراء يصرف الكل للواحد اذا مات من سواه ولو قال على بني وله ذكران صرف اليهما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل الجمع اثنان فانما جعل مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء غير أنه يشكل بأولادي فانه يصرف للواحد الكل الا أن يكون عرف في أولادي يخالف كل جمع لمادة غيره كبني والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادي ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد أجازه أبو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنعه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بني واختاره هلال وعن أبي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على بني تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بني أب يحصون أما فيما لا يحصون فينبغي ان يقال هذه المرأة من بني فلان انتهى يعني فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له الا بنات صرفت الغلة للفقراء وعلى بناتي لا تدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقا في بطن أمه حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق لانا نتيقن بوجود

الاول فى البطن عند خروج الغلة فاستحق فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا فى ولد الزوجة أما لو جاءت أمته بولد لاقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه متهم فى الاقرار على الغير أعنى باقى المستحقين بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولو مات الواقف من غير تخلل وقت يمكن فيه الرجوع الى أهله فجاءت بولد لسنتين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف بلا تخلل مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من حمل حدث وخروج الغلة التى هى المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما ذكره فى فتاوى قاضيخان وهذا فى الحب خاصة وفى وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة وينبغى أن يعتبر وقت أمانه العاهة كما فى الحب لانه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على أصاغر ولدى أو العميان منهم أو العور فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعمى يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على ساكنى البصرة مثلا وبغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على أن من تزوجت سقط سهمها فتزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين فقد تنتقض القسمة فى كل سنة ويعطى الغنى والفقير من الاولاد الا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم فمن ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يثبتها عند القاضى ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقدم البينة غناه لانها أكثر اثباتا ومن ولد لاقل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة فى بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل فى مال من فى بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان مخلوقا قبل مجىء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل وفى وقف الخصاف رحمه الله لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم استغنى فأعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيا بل مما بعدها وكذا لو خص عميان أولاده ونحوه تعينوا والمحتاج الذى يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض أو دار يستغلها وان لم تف غلتها بكفايته حتى يبيعها وينفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار التى يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال واعلم انه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغنى والفقير منهم الا أن يختص الفقراء كما ذكرنا وأما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أولا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان فى لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون أغنيائهم فانبنى على هذه ما لو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو على تميم أو بنى هاشم لا يجوز شىء من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا تمييز فى الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى والعميان والعور ان باطل من قبل أنه ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراء القرآن وعلى الفقهاء أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك

باطل لما ذكرنا والذى يقتضيه الضابط الذى ذكره شمس الأئمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استحسانا لان العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر وقد صرح فى الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة فى آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك وهى ما اذا جعل غلة أرضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص فى وقف هلال على جوازه على الزمنى ويدفع لفقرائهم وصرح فى وقف الخصاف بصحة الوقف على أرامل بنى فلان وانه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كن يحصين أولا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فمن أعطى منهن أجزأ والارملة المستحقة كل بالغة كان لها زوج وطلقها أو مات وخالفوا فى الايامى فاذا وقف على أيامى بنى فلان وبعدهن للمساكين أو ايامى قرابتى ان كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة وأن كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والايم المستحقة كل أنثى جومعت ولو بفجور ولا زوج لها بالغة أولا ولو قال على كل نيب من بنى فلان أو من قرابتى فان كن يحصين جاز لهن ولكل من يحدث منهن وان كن لا يحصين فى وقت قسمة من القسم فهو باطل والغلة للمساكين والثيب كل من جومعت ولو بفجور ولها زوج أولا وان لم تبلغ ولا بكار قرابتى أو بنى فلان فان كن يحصين فهو لهن ولمن يحدث أبدا وان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفى كل ما لا يحصى ممن ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومن أعطى أجزأ كالوقف على الاقارب وقف على أهل بيته ثم المساكين دخل الغنى والفقير ممن يناسبه الى الاب الذى أدرك الاسلام أسلم ذلك الاب أولا ممن كان موجودا حال الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقل من ستة أشهر من مجىء الغلة ولو كانوا مرقوقين لقوم أو كفارا أو ذميين ولا يدخل فى ذلك الاب ويدخل أبو الواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد الذكور منهم وان سفلوا ولا تدخل أبناء البنات من ولده الا اذا كان آباؤهم ممن يناسبه الى ذلك الجد الذى أدرك الاسلام ولا يدخل الواقف ولا أولاد عمانه ولا أولاد اخوانه اذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله على آلى وجنسى كأهل بيتى ولا يخص الفقراء منهم الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف ولا يتقيد ممن كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه الى أقصى أب فى الاسلام من قبل أبيه أو الى أقصى أب له فى الاسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه وفى دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والخالات والاجداد الاعلون والجدات ورحمى وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عيالى يدخل كل من كان فى عياله من الزوج والولد والجدات ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم واذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتى فاذا انقرضوا فعلى قرابتى فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه ولو عكس فقال على قرابتى فاذا انقرضوا فعلى أهل بيتى لم يصح ومثله لو قال على اخوتى فاذا انقرضوا فعلى اخوتى لابى وله اخوة متفرقون إذ بعد انقراض الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثم هم عند أبى حنيفة رضى الله عنه الملاصقون فهو لجميع من فى كل دار لاصقته من الاحرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت الابواب أو بعدت وعند أبى يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فان جمعتهم محلة واحدة وتفرقوا فى مسجدين فهى محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد هم الملازقون السكان سواء كانوا ملاكين للدار أولا وسيأتى بقية هذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف فى الجار بطل حقه من الوقف

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشئ اذا شراه ويقال باعه الشئ وباع منه ولا شتماله على الانواع الآتي ذكرها جمعوه وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره أحد من المليين وغيرهم وبالمعقول وهو سلب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول أو ما دل على ذلك وشرطه من (٧٣) جهة العاقدين التمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه ملكه لان ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وأنواعه باعتبار المبيع أربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا تلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها

﴿كتاب البيوع﴾

﴿كتاب البيوع﴾

عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ووقع في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعني البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكر ولا يخفى شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا أخرج العين عن ملكه اليه وباعه أي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اه والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاء شئ آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك وفي الكتان والصوف للبسه وبناء ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى أن يشتري شيأ

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجعه (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه مالا متقوما) أقول التقوم شرط البيع الصحيح والكلام فيما يعم الفاسد أيضا (قوله بيع السلع الخ) أقول المراد بالسلعة ما يتجر به مطلقا عروضا أو عقارا الا ما يقابل العقار فلا يختل الحصر وسيجئ في هذا الكتاب بعد ورقتين تعميم السلع للدور والعبيد والثياب

قال (البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف

ويبتدئ مزاولة شئ فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصبر حتى يموت وفي كل منهما مالا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار مالا يقدر عليه كل أحد ويزري بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره وفي المبيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم في الحال أو في ثاني الحال فيدخل السلم وقد قالوا شروطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل أمارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا كما في بيع المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا (قوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم أسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينعقد بالايجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما ركناه على ما حققناه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالمتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل المالكين عند وجود الفعلين أعني الشطرين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شئ ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لاى شئ كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشترى كان يبتدئ المشترى فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني والافكل منهما ايجاب أي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمه ماهو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت أي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك فان من الفروع مالو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيأ كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي في جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضيخان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت) قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا

قال رحمه الله (البيع ينعقد بالايجاب والقبول) الانعقاد ههنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا وحينئذ لاخفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا وشرطه أن يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل أن يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي

قال المصنف (البيع ينعقد بالايجاب والقبول الخ) أقول يجيء من المصنف في آخر باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ان حد البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي

(والانشاء

وكل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات مالم يكن وهو صادق على البيع لامحالة وأما كونه شرعيا فلان الكلام فى البيع شرعا وأما ان كل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور الشرعية لايكون الامنه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة فى الانشاء فينعقد به هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلابد من ضم شئ الى ذلك وهو أن يقال وكان استعماله بلفظ الماضى والا لايتم الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله (ولاينعقد بلفظين أحدهما الماضى والآخر بلفظ المستقبل) وانما لاينعقد بذلك لان النبى صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضى الذى يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لابيعا وان كان من جانب المشترى كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلا بدون نية الايجاب فى الحال وأما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوى ثم قيل فى تعليله لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا (٧٥) اللفظ وضع للحال وفى وقوعه للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين أو سوف وهو لايحتمل الحال ولاوضع له فان أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء فى عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان أراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز أن يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل فى المحتملات لا فى الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة فى الحال على ماعرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة فى الحال لكن النية انما هى لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضى بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك

(والانشاء) على هذا الوجه لا (يعرف) الا (بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التمنى والترجى والقسم والاستفهام اصطلاح فى تسمية ما الاخارج لمعناه بطابقه أو لا يطابقه انشاء وهو يعم ماذكر وغيره مما يباينه ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتى وليت لى مالا ليس علة لترجى ذلك او تمنيه بل دال على الترجى والتمنى القائمين بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامهما به غير أن أهل الاصطلاح لايسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعت وطالق فانه علة تثبت به شرعا معان لاقدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لايمكن الا ممن له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمى غيره انشاء اصطلاحا أو لا واذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له فى اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل فى اثباته من اللغة لفظ الخبر أى وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد أى يثبت به وأما تعليله بان لفظ الماضى أدل على الوجود فانه لايصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختياره لربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضى بأن يستعمل فيه من غيره فانه لايقتصر عليه كما تسمع (قوله ولاينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجنى فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك أما البيع فاذا قال بعنيه بألف فقال بعتك لاينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه وهذا ونحوه مما قال الطحاوى انه ينعقد بثلاثة ألفاظ قال (وقد مر الفرق هنالك) يعنى قوله لان هذا توكيل يعنى زوجنى فاذا قال زوجتك كان ممتثلا أمر الموكل من زوجاله ووليا لمن زوجها والواحد يتولى طرفى عقد النكاح بخلاف البيع وقدمنا من قال ان لفظة الامر فى النكاح جعلت ايجابا لان النكاح لايصرح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد مراجعات وتأمل واستخارة غالبا فلا يكون لفظ طلبه أعنى زوجنى مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لايكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لايتم فرق المصنف لانه مبنى على كونه توكيلا وأما الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فمبنى على جعل الامر فيه ايجابا ثم فيه نظر

المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفى ارادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج الى ما ينفى ارادة المجاز على أنه دافع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ماذكر فى شرح الطحاوى فالجواب أن يقال المضارع حقيقة فى الحال فى غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضى والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية فقوله بخلاف النكاح) يعنى انه ينعقد بذلك فان أحدهما اذا قال زوجنى فقال الآخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هنالك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار الخ) أقول يجوز أن يقال أراد الشيخ بالموضوع للاخبار المعهود وهو لفظ الماضى والمراد بالاخبار الاخبار عن الكائن (قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول فى جميع العقود أو فى غير البيوع والأول مخالف لما ذكره فى توجيه كلام شرح الطحاوى والثانى لايتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضى) أقول أى فى البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز) أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضا

وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لانه أيضا شين وانكسار بلحقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيهما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبده اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عما لك علي من الدين فقال أبرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان قال كفلت تمت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نية الحال أما اذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صفة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ماذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله يعني أنه أراد معنى اشتريته بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشتريته أو آخذه ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين والا فالمختار أنه موضوع للحال وأما الامر فلا يوجد في شئ من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال انقطاع فلا يتجوز به فيه فلا يقال بعنيه والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشترى مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه والوصي عند أبي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويستي بما اذا لم يكن نصبه القاضي (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعتكه وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت أو قال بعتكه بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشترى يتم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضا به وكذا الفظة خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال أخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بألف فقال فهو حر عتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها (لانها تؤدي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) ألا يرى الى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وأنت تعلم أن اقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا أراده به وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينو به فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية ومن الصور لفظة نعم تقع ايجابا في قول المستفهم اتبيعني عبدك بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشتريته منك بألف فقال نعم أوهبت الثمن انعقد وكذا اذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت

قال رحمه الله وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا لبيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت الثمن أو قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت أي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه أمره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقد تم البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيده بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما تقتضيه ولهذا

(قوله لأن المعنى هو المعتبر الخ) أقول فيه أن الاعتبار في المعاوضة أيضا للمعنى كما صرح به المصنف هناك ومساس الحاجة الى اللفظ انما هو لبعده عن علم العوام

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

ولو قال هو لك بألف ان وافقك أو ان أحبك أو ان أردت فقال وافقتني أو أحببتني أو أردت انعقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان أديت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جاز استحسانا ❁ فروع ❁ في اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بألف فقال اشتريته بألفين جاز فان قبل البائع الزيادة تم بألفين والاصح بألف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعتكه بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان في يد المشتري من أول الامر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم بآخرهم كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بألف بعتكه بألفين فقال قبلت الاول بألف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بألفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بألف بمائة دينارا انما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والاول في الزيادات وهو أوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري (قوله ولهذا ينعقد) أي ولان المعتبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطي في النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس مادونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط وأراد بالخسيس الاشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع اه وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل قال لرجل يعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال يأخذه فلان فان قال لم آمره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا أن يسلمه المشتري له فان سلمه وأخذه الذي اشتراه له كان بيعا الذي أخذه من المشتري وكأن العهدة عليه أي للآخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاءه بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعا جاز هذه الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشيء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز ومن صوره ما اذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللامة وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فخلف الخياط انها هي وسعه أخذها ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفي أجناس الناطفي لو قال بكم تبيع ففيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضي وكذا اذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة أرطال فوزنها له الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشتري تم البيع واختلف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطي أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطي يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر ومنها لو رد بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست له فأخذها

(ولهذا) أي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق) المقصود وهو التراضي وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وأمثاله ثم ان محمدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير الى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه

قال المصنف (لتحقق المراضاة) أقول سيصرح في باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وفي النهاية في فصل ما يتحمله الشاهد التعاطي بيع حكمي وليس ببيع حقيقي

قال رحمه الله (واذا أوجب) اذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال فى المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا فى الرد والقبول لكان مجبورا على أحدهما وانتفى التراضى فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل سلمناه أن ايجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر فى ذلك فان حق التملك ثبت للمشترى بايجاب البائع وهو حق للمشترى فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير (٧٨) فالجواب أن الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشترى إن سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لاستحالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكاة الى الساعى قبل الحول فان المزكى لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكى فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه (قوله وانما يمتد الى آخر المجلس) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم لا يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب ان فى ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشترى وفى ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفى التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم فى أول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان قيل فلم لا يكون الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب أنهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع فى المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس الآخر

قال (واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل فى المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر

ورضى فهو بيع بالتعاطى (قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل وان شاء رده) وللموجب أيهما كان بائعا ومشتريا ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذى أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفيه ألا يرى ان للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشترى بطل وأورد فى الكافى الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه أن الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وانما الفائت وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه ثم الامر وفيما نحن فيه لم يوجد الاصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا وله أن يقبل مادام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك والى ذهب قاضيخان حيث قال فان قام أحدهما بطل يعنى الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى أن لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان أقوى ويعمل اذا بقى الايجاب بعد قيامه وهنا لم يبق فان الاصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الآن للمجلس أثر فى جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام فى شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشترى صح والى أشير فى جمع النفاريق وهذا شرح لقوله فيما يأتى وأيهما قام الى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس فى ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوى وغيره انه ان أجاب على فور كلامه متصلا جاز وفى الخلاصة عن النوازل اذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما اذا كانا يمشيان مشيا متصلا لا يقع الايجاب الا فى مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب فى صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان فى نافلة فضم الى ركعة الايجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف ما لو أكلها أربعا ولو كان فى يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما فهى فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدا وهى تجرى فأجاب

(قوله وهذا لانه لو لم يكن مختارا فى الرد والقبول) أقول أنت خبير بانا لم نفرض فى صورة الرد بيعا حتى يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض فالاولى فى التعليل طى ذكره من البين أو يقال فى التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلا فليتأمل (قوله فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف) أقول انما يلزم ذلك اذا كان انتفاء التراضى مستلزما لانتفاء البيع وهو ممنوع ألا يرى أن بيع المكره منعقد (قوله فالجواب أن الايجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) اذا كتب أما بعد فقد بعتك عبدى فلانا بألف درهم أو قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه وأخبر الرسول المرسل اليه فقال فى مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت أو قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء فى كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه قال رحمه الله (وليس له ان يقبل فى بعض المبيع)

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل فى بعض المبيع ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة

الآخر لا ينقطع المجلس بجريانهما لانهما لا يملكان ايقافها وقيل يجوز فى الماشيين أيضا ما لم يتفرقا بذاتيهما أما المسير بلا افتراق فلا وهكذا فى خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بألف ثم قال لآخر بعتك بألف فقبلا فهى للثانى لا للاول ولو قال بعتكه بكذا فلم يقبل حتى قام البائع فى حاجة بطل (قوله والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) صورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدى منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت فى المجلس انعقد والرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فأخبره فأجاب فى مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعنيه بكذا فكتب بعتكه لا يتم ما لم يقل الاول قبلت وأما ما ذكر فى المبسوط لو كتب اليه بعنى بكذا فقال بعته يتم البيع فليس مرادا محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع فى شرط الشهود لا بيان اللفظ الذى ينعقد به البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبعنى من الحاضر يكون استيجابا عادة وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطرى العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب فى الاجارة والهبة والكتابة فأما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد فى حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول فى مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجى وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدى الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفى النكاح مر الخلاف فعند أبى يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله وليس له أن يقبل الى آخره) يعنى الا أن رضى الآخر بذلك بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضمير له فى قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين فى قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو للآخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشترى فمعناه فى البائع انه اذا أوجب المشترى البيع بأن قال اشتريت هذه الاثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل فى بعض المبيع من أثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقى الاثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته فلو ألزمناه البيع فى البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما فى المشترى فمعناه اذا أوجب البائع البيع فليس للمشترى أن يقبل فى بعضه اذ

يعنى اذا أوجب البائع البيع فى شيئين فصاعدا وأراد المشترى قبول العقد فى أحدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردىء فى البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردىء به فلو ثبت خيار قبول العقد فى أحدهما لقبل المشترى العقد فى الجيد وترك الردىء فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لا محالة وهذا التعليل فى الصورة الموضوعة صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل المشترى فى نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه أن يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضى البائع فى المجلس هل يصح أولا أجيب بأن القدورى قال انه يصح ويكون ذلك من المشترى فى الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولا ورضا البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان

للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفى القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وان رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سيأتى وان كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لانتفاء الضرر عن البائع

قوله لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز) أقول ويجوز بقاء ويجىء

واليه أشار بقوله (الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى) والصفقة ضرب اليد على اليد فى البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتر وبيع وشراء وباتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفريقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتهما بمائة فقال قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر فى الكتاب واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعناهذا (٨٠) منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشترى كان

الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى قال (وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض) والرجوع وله ذلك على ماذكرناه

قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذا تفرق المشترى مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبى حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه قال وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل فى المجلس وان شاء رد وهو إشارة إلى أن رد الايجاب تارة يكون صريحا وأخرى دلالة فان القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة أجيب بأن الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها

قد يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة أن يضم البائعون الجيد الى الردى ء ليروجونه فلو ألزمناه البيع بقى الردى ء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك ومعلوم أن القبول فى بعض المبيع يكون ببعض الثمن فذفه المصنف للعلم به لكن على هذا الاحاجة لقوله ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشترى بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه أى وليس للبائع أن يقبل فى بعض المبيع الذى أوجب فيه المشترى البيع ولا ان يقبل المشترى فى بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هنا البائع والحاصل أن عدم صحة القبول فى البعض للزوم تفريق الصفقة فوجب أن يعرف بما اذا ثبت اتحادها وتفريقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره فمن تعدد القابل امتناعه لما فيه من الزام الشركة من غير رضاه أن يقول البائع لمشترين بعتكما هذا بألف فقال أحدهما اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لانه لو تم تم فى النصف لانه انما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لمالكى عين اشتريت منكما هذه بألف فباعه أحدهما دون الآخر فان بيعه انما يتم فى نصيبه فتعددت فلو تم تضرر المشترى الموجب بالشركة أيضا وأما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقال بعناك أو اشتريا منك هذا بكذا فأجاب هو فى بعضه لا يلزم لكن لا لتعددها بتعدد العاقد بل لاجابته فى البعض ألا ترى أن الموجب فيها لو كان واحدا والباقى بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا فعرف أن هذا من جهة أخرى لا من تعدد العاقد وأما من غيره فبصورتين احداهما أن يوجب البائع فى مثليين أو واحد قيمى أو مثلى فقبل فى البعض أو يوجب المشترى فيما ذكرناه بأن يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع فى البعض فان فى كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل فى بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو اما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره فيما اذا كرره فالاتفاق على أنه صفقتان فاذا قبل فى أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف أو اشتريت منك هذين العبدين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف كذا فى موضع وفى موضع أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بألف وهذا بألفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فأما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل فى أحدهما وقيل الاول استحسان وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه والثانى قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس الا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء والا فلو كان

قال المصنف (الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى) اقول سيجى ء فى آخر باب البيع الفاسد انه لا تتعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول تأمل فى هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) أقول ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والمبيع بدون تفرق البائع والمشترى بالطريق الاولى وفيه شى ء يمكن دفعه ولعل الاولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشترى

واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولنا ان في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه

بالابدان واستدل على ذلك (بقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرقا) فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان (ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر) وهو لا يجوز والجواب عن الحديث أنه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة إلى ذلك لان الاحوال ثلاث قبل قبوله ما وبعد قبوله ما وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤل اليه أو ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا أو يحتمل أن يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما أن أحدهما مراد والآخر محتمل للارادة لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي

كان غرضه أن لا يبيعهما منه الا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما (قوله واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية) وهو قول مالك رحمه الله (وقال الشافعي) وأحمد رحمهما الله (لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرقا) أو يكون البيع خيارا رواه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وروى البخاري أيضا أن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر وروى البخاري أيضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام البيعان بالخيار مالم يتفرقا ولنا السمع والقياس أما السمع فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير فقد أباح تعالى أكل المشتري قبل التخيير وقوله تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا الا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزما اختيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالاحاديث الصحيحة وكذا الاتم التجارة عن التراضي الا به شرعا وانما أباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض وأما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه حيث قال له اذا بعت فقل لا خلابة ولي الخيار فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام فانما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت الا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل الخيار ولا مخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازه والمتشاغلان يعني المساومين يصدق عند ايجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا حمل ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضا مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت بأمر واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له الا حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه فبالضرورة يصدق مخبرا حال النطق ببعض حروف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولانا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هنالك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم أنهما اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضي السابق في الزامه بكلام أحدهما بعد قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) هو (يحتمله فيحمل عليه) جمعا بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الايجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على أمر آخر لا يقال ان ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لاخيارهما لانه ممنوع بل الموجب أيضا له خيار أن يرجع قبل قبول

(قوله وقد تقدم تفسيره الخ) أقول الذي تقدم تفسيره كان مختصا بجانب المجيب والمذكور في الحديث يعمه وجانب الموجب فالحق أن يفسر خيار القبول هنا بأعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى

(قوله والثالث حقيقة) أقول فيه بحث (قوله وهذا التأويل منقول الخ) أقول أي تأويل الخيار المذكور في الحديث بما ذكر

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم وأجيب بأن أسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الآية وقال لا نفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى أن يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية (٨٢) معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنابذة وهو مقطوع بفساده عادة وهذا معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالابدان إلى الجهالة وهذا التأويل أعني حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعواض المشار اليها ثمنا كانت أو مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتنافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين أوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا تفضي الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعواض ربوية مقدارها أما إذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه

والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة

الآخر وأن لا رجوع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الايجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ فيراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للآخر اختر اقبل أولا والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منعه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في الضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده محجوج به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب أو أثمانا كالدراهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضر اذ لا يمنع من التسليم والتسلم لتمحله لجهالة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال لغيره لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيأ فبعها مني بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في رأس مال السلم اذا كان مكيلا أو موزونا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن اسناد التفريق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمني بلدك حق لي على فلان (قوله أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الاعراض (قوله ثمنا كانت أو مثمنا) أقول وتقرير صدر الشريعة صريح في أن المراد بالاعواض الاثمان فتأمل في الترجيح (قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بيانا لحال جهالة الوصف فيه (قوله ناجزا في البيع) أقول أي حاضر (قوله فجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها

قال (والاثمان المطلقة لا تصح الا أن تكون معروفة القدر والصفة) الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الا أن تكون

(والاثمان المطلقة لا تصح الا أن تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الأجل معلوما)

مقدارها احترازا عن الصفة فانه لو أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا أو نبهرجة كان له أن يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة أو رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان أتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والاثمان المطلقة) أي عن قيد الاشارة (لا تصح حتى تكون معلومة القدر) كخمسة وعشرة دراهم أو اكرار حنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمته أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز فان علم المشترى بالقدر في المجلس فرضيه عاد جائزا وكذا لا يجوز بألف درهم الا دينارا أو بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الا أن يكون شيأ لا يتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية وهذا لانها اذا كانت الصفة مجهولة تحقق المنازعة في وصفها فالمشترى يريد دفع الادون والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعواض في البيع إما دراهم أو دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفا وإما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة أبدا ولا يجوز فيها البيع الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا في الذمة على انها ثمن وحينئذ يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى أجل جاز ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات أو بأمثالها من المثليات فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن وما كان معينا فبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمنا والآخر مبيعا وقال خواهرزاده رحمه الله في شهادات الجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل فلذا لو قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب أن يضرب الاجل للحنطة واعلم أن التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا في الفتاوى لو قال اشتريت منك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير او دراهم ان كان في البلد يتباع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلس وان كان في بلد لا يتباع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يتباع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا أنه اذا صرح بالعدد فتعين المعدود من كونها دراهم أو دنانير أو فلوسا يثبت على ما يناسب المبيع ولو وقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل)

معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخاريا أو سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها (وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم) ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال (ويجوز البيع بثمن حال) قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء

(قوله يمتنع حصوله بالجهالة الخ) أقول أي بجهالة ذلك الواجب (قوله الى النزاع) أقول في ذلك الواجب (قوله والثمن ما لم يتعين) أقول هذا أيضا منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم اذا كان عينا (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المعرف هو المبيع المطلق والثمن المطلق وهو ما يكون ثمنا بكل حال فنفي التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقرينة الاطلاق الذي يصرف على الكمال

وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريقي أصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها أثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع بأعيانها أثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي معينة وان قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لان البيع لا بد منهما وليس أحدهما أولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الاسلام بشروطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع وأقول الاعيان ثلاثة نقود أعني الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك (٨٤) ومقدارات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين

يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روى (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى أجل ورهنه درعه) لكن لا بد وأن يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كأن قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخارية أو سمرقندية وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا أن يبين أحدها واعلم اني أذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب حلالة فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما أن يكون الاختلاف في المالية والرواج أو في المالية دون الرواج أو في الرواج دون المالية أو لا يكون في شئ منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة في المنازعة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقوله

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم ورهنه درعه ولا بد أن يكون الأجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فينصرف اليه

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما بثمن مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (اشترى) رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودي الى أجل ورهنه درعا له) من حديد وفي لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمى هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحم رجل من بني ظفر في شعير (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسلم والتسليم فهذا يطالبه في قريب المدة وذاك في بعيدها) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم أوجب فيه التعيين حيث قال من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما البطلان فيما اذا قال بعتكه بألف حالا وبألفين الى سنة فلجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن تؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف الى شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حمل ومؤنة صح ومنه على قول محمد ما اذا باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رحمه الله علله بتضمنه أجلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فانما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بأن قال عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فينصرف) المطلق (اليه) فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف

(قوله وقوله ابتداء احترازا عن المستأجر الخ) أقول ويجوز أن يكون احترازا عن الثمن (قوله والثمن ما يقابله) أقول أي يقابل ما يحله العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كما ذكروه استلزامه فقدان المبيع في بيع النقدين وفقدان الثمن في المفايضة بخلاف ما اختاره

(فان كانت النقود مختلفة) يعنى فى المالية كالذهب المصرى والمغربى فان المصرى أفضل فى المالية من المغربى اذا فرض استواؤهما فى الرواج (فالبيع فاسد) لان الجهالة تفضى الى المنازعة اشارة الى القسم الثانى الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فحينئذ يجوز وقوله (أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ ينصرف البيع اليه تحريا للجواز) اشارة الى القسم الاول أو الى القسم الثالث لان كون أحدها أروج أعم من ان يكون مع اختلاف فى المالية أو مع استواء والبيع جائز فيهما وقوله (وهذا) أى فساد البيع اذا كانت مختلفة فى المالية يعنى مع الاستواء فى الرواج اشارة الى القسم الثانى أعاده للتمثيل بقوله كالثنائى وهو مايكون الاثنان منه دانقا والثلاثى وهو مايكون الثلاثة منه دانقا والنصرتى اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصرى

بخارى والاختلاف بين العدالى بفرغانة وفقهاء ماوراء النهر يسمون الدرهم عداليا وكل هذا يختلف فى المالية مع التساوى فى الرواج وقوله (فان كانت سواء فيها) أى فى المالية يعنى مع الاستواء فى الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله (جاز البيع اذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا) أى المتاخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدراهم (الى ماقدر به) من المقدار كعشرة ونحوها (من أى نوع كان) من غير تقييد بنوع معين لانه لامنازعة لاستوائهما فى الرواج (ولا اختلاف فى المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة فى المالية ومثاله وهو قوله كالثنائى بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائى الى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائى الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقا وثلاثة منه دانقا لايكونان فى المالية سواء لكن يمكن أن يكونا فى الرواج سواء هذا ماسنح لى فى حل هذا الموضع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة)

(فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا أن يبين أحدهما) وهذا اذا كان الكل فى الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ ينصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة فى المالية فان كانت سواء فيها كالثنائى والثلاثى والنصرتى اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ماقدر به من أى نوع كان لانه لامنازعة ولا اختلاف فى المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة

القولى وهو من افراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وان كان التعامل بها فى الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الاشرفى والناصرى بمصر لكنها فى الرواج سواء (فالبيع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوى فى الرواج واذا لم يكن الصرف الى أحدها والحالة انها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية الى المنازعة لان المشترى يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد دفع الاعلى فيفسد البيع الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فى المجلس و يرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونه يعنى هذا الثوب ببعض العشرة التى لى عليك و بعنى هذا الآخر بباقى العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم المبيع الثانى اليه اذ به يصير ثمنهما عشرة وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المديون نعم ونحوه وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح و يصرف الى الاروج للوجه الذى تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع و يؤدى من أيهما شاء لانه لافضل لاحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشترى أن يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما أعطاه المشترى مع انه لافضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لاتتعين حتى لو أراد رهما اشترى به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز يعنى اذا كانا متحدى المالية والثنائى والثلاثى اسما دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركنى والخليفتى فى الذهب كان الخليفتى أفضل مالية عندهم والعدالى اسم لدراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهى الحنطة ودقيقها خاصة فى العرف الماضى كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير فقوله (والحبوب) عطف العام على الخاص أو بقدر وكذا باقى أى و باقى الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلة) أى بشرط عدد من الكيل والا ففى اللغة

قال المصنف (والاختلاف بين العدالى الخ) أقول والظاهر انه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود فى المالية أن يثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ الى قوله هذا ماسنح لى فى حل هذا الموضع) أقول فيه بحث فان اسم الدراهم انما يطلق على اثنين من الثنائى وثلاثة من الثلاثى كما صرحوا فحينئذ يظهر استواؤهما فى المالية وانه ليس فى كلام الشيخ تعقيد فليتامل

المراد الطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جازا لعقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه واذا بيع (مجازفة) فان كان شيأ لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا (بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) لا يقال لا دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيأ لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) باناء بعينه اذا باع الطعام أو الحبوب (باناء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز) لان الجهالة المانعة ما تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم وقيل يشكل على هذا ما اذا باع أحد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقين أو اشترى بأي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون للجهالة فيجوز أن يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروى عن أبي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها أما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز باناء مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع أيضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات إما ان يكون مجازفة أو يذكر القدر في المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شئ منهما فان الفرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شئ من القدر

ومجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة قال (ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا

المكايلة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل باراءة الصبرة والحزف في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم جزف له في الكيل اذا أكثر ومرجعه الى المساهلة قال المصنف (وهذا) يعني البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فأما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع لحقيقة الربا وهذا أيضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وأما ما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد مقيد أيضا بما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره بمعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة الا البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانت يدا بيد (ولان) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم) لتعجل التسليم على ما تقدم فلا يمنع (فشابه جهالة القيمة) للمبيع بعد رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوي مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيد الاناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد أما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا يبيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرد جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين فلو ملأ له أصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه

(قوله وان كان مما يدخل تحته الى قوله لا يقال لا دلالة للحديث على المنع الخ) أقول أنت خبير بان ايراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز اذا بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا فتأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام (قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى الخ) أقول اذا كان غير معين يكون مجهولا وسيجيء ان الفساد فيه للجهالة

والاول أصح وأظهر

يوفيه فى منزله وعن أبى يوسف اذا ملأها ثم تراضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أحمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع فى الثانى وفى الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن أبى يوسف أيضا يجوز فى القرب مطلقا وفى المحيط بيع الماء فى الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله فى وعاء ووجه فى المبسوط مسئلة الكتاب بأن فى المعين مجازفة يجوز فيمكيال غير معروف أولى وفيه نظر فان فى المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الاحاطة بمقدار حرمه وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لها فى كيل غير معلوم قبل أن يصب فالاولوية منتفية بلا شك والوجه يقتضى أن يثبت الخيار اذا كال به أو وزن للمشترى كما فى الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا نص فى جمع النوازل على أن فيه الخيار اذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفى جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغى أن يكون هذا محمل الرواية عن أبى حنيفة أنه لا يجوز فى البيع أيضا كما لا يجوز فى السلم فقوله لا يجوز أى لا يلزم قال المصنف (والاول أصح) أى من جهة الرواية (وأظهر) أى من حيث الوجه المذكور فى الكتاب وحاصله أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضى الى المنازعة وهى المانعة وذلك لانه يتعجل فيقدر هلاكه بخلاف السلم لا يتعجل فقديهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفى ثبوت الخيار وأقرب الامور الى ما نحن فيه قول أبى حنيفة فى المسئلة التى تلى هذه وهى ما اذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أنه اذا كال فى المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشترى كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية أتم وصار كما اذا رأى الدهن فى قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روى عن أبى يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل السلم ولا جفاف يوجب نقصانا فى ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام فى وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والفرض ان أقل مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضى الى المنازعة لان هلاكه إن ندر فالاختلاف فى أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع فى ذلك بالتعجيل كما فى عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء بيدا بيد فلا بأس به ثم ان فى المعين البيع مجازفة يجوز فيمكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكر وتقدم النظر فى الاولوية هذا أو رد على التعليل بأن الجهالة لا تفضى الى المنازعة ما اذا باع عبدا من أربعة يأخذ المشترى أيهم شاء أو باع بأى ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضى الى المنازعة أجيب بان المبطل فى المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز فى عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتى ولا شك أن القياس ما عن أبى حنيفة فى القربة من ماء النهر وانه كبيع الطير قبل أن يصطاده كما لو باعه كرا من حنطة وليس فى ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز الا أن يكون سلما وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القربة فى ديارنا بعصر اذا لم تكن معينة مثل قربة كافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر فى الماء ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة فى بيت أو مطمورة فى الارض والمشترى لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة ان له الخيار اذا علم ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا أن يظهر تحنهاد كان أى صفة ونحوها كذا فى فتاوى القاضى وعن أبى جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفى الفتاوى

(والاول) أصح يعنى من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة (وأظهر) يعنى من حيث الرواية

قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فما أن يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان أو بالكيل في المجلس أولا فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله وجملة القفزان كالاول عندهما (٨٨) لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة الا أن يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس وصار هذا كما لو أقر وقال لفلان علي كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع

بعت منك مالي في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موزونا باناء على أن يفرغه ويزن الاناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجمد الكائن في المجمدة قيل لا يجوز حتى يسلم أو لا ثم يبيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذوب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلهذا أهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجمد ورخصه فينظر الى ما يعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتي من هذا الباب شئ في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله) يعني أن موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضي هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضي المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الائمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد فللمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفزان (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن) ولا جهالة في القفيز فلزم فيه واذا زالت بالتسمية أو الكيل في المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذ المؤثر في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وما في المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس وكذا زوال جهالة الاجل المجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيهما لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما أورد من أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة لان بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا فجوابه ان المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدر العدم الاشارة ولا معرف شرعا له غير ذلك وأما الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتري بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهافت ظاهر لانه لا يتصور أن يطالبه الا بعد أن

لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الا أن تزول الجهالة في المجلس بأحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام أجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب ويقيده بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل

(قوله لابي حنيفة الى قوله جهالة تفضي الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تقضي الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطالب تسليم الثمن أولا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الا أن تزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا) أقول بلا تقييد بالمجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدوم الحاج ثم أسقطا الاجل قبل حلوله وسيجيء تفصيله في أواخر البيع الفاسد (قوله أجيب بان الفساد في صلب العقد قوي الخ) أقول يرد أن يقال اذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصلا كما في بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه ثمة

يكيله

(ولهما ان هذه جهالة ازالتها في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان ازالتها بأيديهما فلأنها ترتفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيديهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها إما بيد البائع ان كان هو الراقم أو بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشترى لا يقدر على ازالتها وأما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشترى بالخيار وأجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد أيضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ماورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزه أبو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة كان للمشترى الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم وأما اذا لم يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له وفيه بحث أما أولا فلأن تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانيا فلان قياس قول أبي حنيفة أن لا يخير المشترى للزوم انصراف البيع الى الواحد لعلمه كما لو اشترى قنا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار يوجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشترى يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بأن انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة (٨٩) على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فمن أين التفريق والاولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما أيضا الكثرة وما ثمة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز

ولهما أن الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبدا من عبدين على أن المشترى بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فللمشترى الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها الا انه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

بكيله ليعرف القدر الذي يطالب به اذ لا يمكن أن يطالبه الا بكمية خاصة مشارا اليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشترى فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطلا لا المنازعة المفسدة (ولهما أن هذه جهالة بيدهما ازالتها) بان يكيلا في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تفضي الى المنازعة كبيع عبد من عبدين أو ثلاثة على أن المشترى بالخيار يأخذ أيهما شاء وقد أورد عليه نقض اجمالي لوضح ماذكرمن أن الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز

(١٢ - فتح القدير خامس) والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه (قوله وكذا اذا كيل في المجلس أو سمى جميع قفزانها) يعني كان للمشترى الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فربما كان في حدسه أو ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يتمكن من أخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشترى من مكان آخر وهل يوافق أولا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة

(قوله لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسميته جملة القفزان وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم الخ) أقول وعندي أن مجيء التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية يعم صورة عدم علمه بجملتها فانه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق شرعي في البيع فحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بوجبه فتأمل (قوله فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له) أقول ان أراد انه لا خيار له مطلقا ولو اذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك وان أراد انه ليس له خيار الرؤية فسلم وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفرق الصفقة ثم الاولى تأخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليتأمل (قوله وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه الخ) أقول قيل الانصراف الى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضا ولهذا لا يشيع الفساد على ما سيجيء في باب البيع الفاسد فما الفرق (قوله وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فمن أين التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد المجيب انهما يقصدان كون الكل مبيعا على مذهبهما والقاضي يحكم بمذهب أبي حنيفة فتفرق الصفقة عليهما فليتأمل (قوله وما ثمة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم ما في الجواب الذي اختاره أيضا

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع فى جميعها عند أبى حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز فى الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد) لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضى الجهالة الى المنازعة فيه وتفضى اليها فى الاول فوضح الفرق

بيع عبد من أربعة على أن المشترى مخير فى تعيينه وان يجوز البيع بأى ثمن شاء لكن البيع فى الكل باطل أجيب بأن البيع بالرقم تمكنت الجهالة به فى صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذى فيه انه سيظهر كذا وكذا وجوازه اذا علم فى المجلس بعقد آخر هو التعاطى كما قاله الحلوانى بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشترى ومثل هذا القول البيع بأى ثمن شاء ومثله فى أحد العبيد الاربعة فى جانب المبيع فان البيع لا ينعقد فى غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز فى عبد من ثلاثة الا أنه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى ان كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لابى حنيفة فانها تضمنت تسليم أن الجهالة وان كانت بيدهما ازالتها بعد كونها فى صلب العقد وهى أن تكون فى الثمن كالبيع بالرقم و بأى ثمن شاء أو فى المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتها ثابت فى محل النزاع اذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين الا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفى الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له فى دفع منع الحظر والتمكن فى صلب العقد وهو المفسد واذا فسد البيع فى عبد من أربعة والجهالة فى مضبوط لانحصارها فى احتمالات أربعة لا تتعداها فلان تفسد فى صبرة لا تقف الاحتمالات فى خصوص الثمن على كونه أربع امكانات أو عشرة أولى بل ويسجل عليهما بطلان قياسهما على بيع عبد من عبدين اذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع فى أربعة أعبد وحينئذ ترجح قول أبى حنيفة وظهر أن كون العاقدين بيدهما ازالة جهالة فى صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم الصحة فى الصور المذكورة مع امكان ازالتها فيها وغايته اذا أزيلت فى المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضى والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر فى الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها يبطل البيع فيها لجهالة فى الثمن أو المبيع مع امكان ازالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر فى ترجيحه قولهما وهو ممنوع وأما ما يحمل قول أبى حنيفة عليه مما ذكر فى المبسوط من أن الاصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما يتناول أدناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بأن عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا اجارة كل شهر بدرهم تلزم فى شهر واحد فلا حاجة له هنا لانه لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر فى تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة فى المجموع والتيقن فى الواحد فهو نفسه أصل هذا الاصل ﴿فرع﴾ اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه فى منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشترى يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ولو كان فى المصر وشرط أن يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه فى منزله ففى القياس فاسد وهو قول محمد واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف فان الانسان يشترى الحطب والشعير على الدابة فى المصر ولا يكترى دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء فى الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الأئمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة فى المثليات ذكر نظيرها فى القيميات فاذا أضاف البيع على الوجه المذكور فى الحيوانات بأن قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد فى الكل عند أبى حنيفة أما اذا سمى أحدهما فيصح

وأما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند أبى حنيفة رحمه الله فى الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما فى المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجود وفى ذلك جهالة تفضى الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن وأما اذا بينهما أو أحدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح أما الاولى فظاهرة وأما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالحشب والاوانى وأما عندهما فهو جائز فى الكل لما قلنا

(قوله فهو جائز فى الكل لما قلنا) أقول من ان ازالة الجهالة بيديهما

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها أكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بجملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف في الثوب الا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شئ من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته

بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما ازالتها وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والغاء كون ارتفاعها بيدهما غير ان الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا لو باع شاة أو عشرا من مائة شاة أو بطيخة أو عشرا من وقر بطيخ كان باطلا وأما الجواز فيما اذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي ان ذلك في ثوب يضره التبعيض أما في الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الائق بأصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورد الصدر الشهيد والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من أجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قوله ما تيسيرا للامر على الناس انتهى وتفريع الصدر الشهيد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز) مثلا (بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلا أو موزونا (وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزون (وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا أو أرضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان الكل للمشتري (ولو) كان (قال على انها مائة ذراع) مثلا (بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فللمشتري الخيار) ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا

كان وصفا والقدر أي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين مخيرا فيها ان شاء باشرها أو تركها واذا كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انها مائة ذراع فوجدها أقل خير المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شئ من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شئ من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقوله الا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض وأما أن الوصف لا يقابله شئ من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شئ فلهذا أي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شئ من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته

(قوله وان كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون علة للفسخ لا لقوله خير اذ لا معنى له وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق قال المصنف (ألا يرى انه عبارة عن الطول والعرض) أقول الآن فيما نحن فيه عبارة عن الطول

(وقال الا أنه يتخير) استثناء من قوله يأخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها أكثر من الذرع الذى سماه كان الزائد للمشترى ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شئ من الثمن فصار كما اذا باع عبدا على أنه أعمى فاذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل الفقه وقد منع أن يكون الذرع فى المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز أن يقال شئ طويل وعريض يقال شئ قليل أو كثير ثم عشرة أقفزة أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم فى الاصل والوصف واختلفت عباراتهم فى ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما لوجوده تأثير فى تقدم غيره ولعدمه تأثير فى نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك

فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقى بفواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثانى والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة أقفزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشترى بالثمن الذى يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة أقفزة وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار اذا انتقص فان الباقى لا يشترى بالثمن الذى كان يشترى معه فان الثوب العتابى اذن مثلا اذا كان خمس عشرة ذراعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد فى قيمة الخمسة وفى قيمة العشرة أيضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشترى بنقصان العيب كمن اشترى عبدا وأعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان إصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور أجيب بأن كلامنا فى الوصف لا فى الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشترى أو لحق الشرع أن كان ثوبا فخاطه المشترى ثم اطلع على عيب أخذ شبهها بالاصل فأخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعنى الثياب أو المذروعات كذا فى النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعنى الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة أخذها المشترى بحصتها من الثمن أو ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا قال (وان وجدها أكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم (ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم موجودها ناقصة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

ان الذرع فى المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا فى هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شئ من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت فى يد البائع قبل التسليم لا ينقص شئ من الثمن أو اعورت عند المشترى جازله أن يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن فى صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزائد فى الصورة الزائدة (كما اذا باعه) على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان أفرد بالثمن وهو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين أن يأخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة فى هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زادت عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجرى فى تعيين الثوب الذى يرد الى البائع بسبب انه أصل من كل وجه أما هنا فالذراع ليس أصلا من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه يضر ربما يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا تارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر فى المثليات الا أصلا دائما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل لان المثلى لا تنقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين فى القلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى أن الثوب الذى عادته عشرة وهو قد رما يفصل قباء أو فرجية كان بثمن اذا

وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شئ من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا أى أخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشترى آخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تأتى للشرط كما عرف فى موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا فى المسئلة الاولى أيضا لانه ذكر عشرة دراهم فى مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث انه من أجزاء العين التى هى مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شئ من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الافراد عند ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره و بالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شئ من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى أن يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة أخذ المشترى الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ أما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة فى الذرع لزمه الزيادة فى الثمن وفى ذلك ضرر فكان فى معنى خيار الرؤية فى دفع الضرر فيتخير وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا مشروطا ولو أخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة (٩٣) فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل كما لو كان العقد واردا على أثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سيأتى وأما الثانى فهو ان الذراع لو كان أصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة فى العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة أقفزة فاذا هى أحد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت فى تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضى الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثانى بأن الذراع الزائد لو لم يدخل كان باتعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا فى الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعنى أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا تنقسم فاسد عند أبى حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم فى كونها عشرا فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم

وهذا لانه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة فى الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبى حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز فى قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم

اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدارا ولو افرد الذراع و بيع بمفرده لم يساو فى الاسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذى يصنع بالثوب الكامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا هو جائز) وبه قال الشافعى رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جاز فى قولهم جميعا) وبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة و بيع الشائع جائز اتفاقا كما فى بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤداة قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة فى تعيين مكان العشرة ففسد البيع فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم فى نكاح الصابئة مبنى على انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب فلو اتفقوا على الثانى اتفقوا على جوازه أو على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن فى

(قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح فى العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابلة شئ من الثمن لا هذا القول (قوله فلا يكون علة لها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية علة له بلا لزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعنى الارض) أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع منزلة ثوب ينبئ عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمير الى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثياب حيث نزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل هذا تأويل ما فى النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر فى مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة أثواب (قوله وعن الثانى بأن الذراع الخ) أقول و يجوز أن يجاب عن الثانى بأنه لما كان فى الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح

ولابى حنيفة ان الذراع حقيقة فى الآلة التى يذرع بها وارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسى يقتضى محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز (وذلك) أى العشرة الاذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم أن العشرة من أى جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة بخلاف السهم فانه أمر عقلى لا يقتضى محلا حسيا فيجوز أن يكون فى الشائع فالجهالة لا تفضى الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما فى جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار فى قدر نصيب من أى موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما اذا لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار فى الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان وأما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب) عدل الشئ بكسر العين مثله من جنسه فى مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع أما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة وأما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشترى وهى مجهولة لانه لا يدرى انه كان جيدا أو وسطا أو رديا وحينئذ لا تدرى قيمته بيقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقى من الثمن فلا يشك فى فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع فى فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز فى فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة

وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبى حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز فى فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز فى الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة

ترجيح المبنى فأبو حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التى يذرع بها فكان مستعارا لما يحلها وما يحله معين فكان المبيع معينا مقدرا بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشر والا فلا فائدة فى تعيينه لان العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين فى ذلك لجواز أن يرفع به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبى حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة بيدهما ازالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأى الاول ولما وضع المسئلة فى الجامع فى عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر ان ما قال الخصاف من أن الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان وأما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفى الجهالة عن البعض الذى بيع منه واختلف المشايخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بأيديهما ازالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها أن يقول بعتك ما فى هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة أو احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع) فى صورة الزيادة لما قررناه من قريب فى الفرق بين الثوب والذراع الذى صار أصلا من وجه (والثمن) فى صورة النقصان لان الثمن لا تنقسم اجزاؤه على حسب اجزاء المبيع القيمى والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمنا بأن قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (فى فصل النقصان بقدره) أى بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشترى لتفرق الصفقة عليه (ولم يجز فى الزيادة) لان جهالة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة فى تعيين العشرة المبيعة

قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع) أقول قال الاتقانى كان القياس أن يقول استعيرت لأنه أسند الى ضمير الذراع وهى مؤنثة لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اه لكن قال فى القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد يذكر فيهما جمع أذرع وذرعان بالضم اه وذكر باعتبار الخبر

ومن مشايخنا من قال إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في القن خلافا لهما كذلك هذا واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة

وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروى حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروى شرطا لجواز العقد في الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا

المبيعة من الاحد عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في الذخيرة وأكثر مشايخنا على أن ماذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما أما على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لانه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم والاصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهما مروى) بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة أما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروزى وكأنه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الهروى والفائت في مسئلة الجامع الصفة لا أصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والفائت أحدهما أولى واليه مال الحلوانى وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الائمة السرخسى الى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندى أن هذا قولهم جميعا يعنى عدم الفساد في الباقي لان أبا حنيفة في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا معلوما ولا يضر فان في الثوبين أيضا ما شرط قبوله في المروى صريحا وانما المقصود انه اذا أضاف العقد الى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك أن في العشرة أيضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الى آخره وحاصل قوله وما قصد الى آخره ما أشار اليه المصنف وهو أن الشيئين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس حينئذ داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلما لم يجعل شرطا لم يفسد العقد في الآخر فقد ظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط انما يتأتى من جهة البائع على معنى انه انما أوجب في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا فالمشترى لما قبل في عشرة ما كان غالطا فما تلاقى الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة أثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وان كان معنى غلطه انه قصد الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم يفسد الصحة لان المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاد قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلا

فاذا أحدهما مروى والآخر مروى فالبيع فاسد في الهروى والمروى جميعا عند ابن حنيفة رحمه الله وعندهم يجوز في الهروى ووجه الاستدلال أن الفائت في الصفقة مسئلة الجامع الصغير لا أصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في أحد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات أحدهما من الاصل أولى أن يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر الباقي وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروى شرطا للعقد في الهروى وهو شرط فاسد لان المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد وهروى بفتح الراء ومروى بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان

قال المصنف (فاذا أحدهما مروى) أقول قال ابن الهمام بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروزى وكأنه للفرق بين قريتين اه وفيه كلام (قوله لان المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول لا يقال اذا كان غير مذكور فبأى شئ علم الشرط لانه لا يعلم من اشارته اليهما حين البيع فليتأمل

قال (ولو اشترى ثوبا أو احدا) اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار وفى النقصان بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذه بأحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذه فى الاول بعشرة ونصف وفى الثانى بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم (فيجزأ عليه) من التجزئة وفى بعض النسخ (٩٦) يجرى عليه أى على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولابى

(ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفى الثانى يأخذ بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله يأخذ فى الاول بعشرة ونصف ان شاء وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكمها ولابى يوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابى حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف فى الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشترى ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس فى ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفى المحيط روى قاضى الحرمين أن العقد فاسد فى الفصل الاول وفيه أبعد هذه الحنطة على أنها أقل من كر فوجدها كذلك جاز الا فى رواية عن أبى يوسف وان وجدها كرا أو أكثر فالبيع فاسد وكذا اذا قال على انها أكثر من كر فوجدها كذلك وان وجدها كرا أو دونه ففاسد ولو قال كرا أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه يخير فى الاقل كما لو قال على أنها كر وعلى هذا اذا اشترى عنبا فى كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا فى العدديات المتقاربة انتهى ووجه الفساد فى الاكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكر والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كرا أو كرين ولا وجه للرواية عن أبى يوسف لان غاية ما فى ذلك انه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار الفلانى والله أعلم (قوله ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله فى الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفى الثانى بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب فى مقابلة كل جزء إضافى من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وهكذا وفى بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه أى يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجزأ يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب مذكور وانما يخير فى الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه الا بالتزامه وفى النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولابى يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على انه ذراع لما عرف أن افراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شئ من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من أن فى الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفى النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولابى حنيفة أن الذراع وصف فى الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط)

يوسف أن بافراد البدل صار كل ذراع) كثوب على حدة والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شئ من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابى حنيفة رضى الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف فى الاصل لا يقابله شئ من الثمن وانما أخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما وزال موجب كونه أصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلاثة فى الثوب الذى تتفاوت جوانبه كالسراويل والقميص والاقبية أما فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو فى معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما فى الحنطة اذا باع قفيزا منها

(قوله كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول الاولى هو تعميم الكلام لكلا طرفى الزيادة والنقصان بأن يقول كما لو باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم وكان فنقص منها أو زاد ذراع ولا بد لمحمد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوبا على انه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا ولعله يمنع ذلك للتفاوت فى اطراف الثوب الواحد ولا كذلك أطراف الذراع الواحد منه غالبا (قوله والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا الخ) أقول ولم يعين لكل ذراع ثمن بل بيع على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلا

﴿فصل﴾ مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احداهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لالان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال لانسلم تناوله البناء في العرف (٩٧) فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم (لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها) وهي اذا لم تكن داعية للبمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام (ولان البناء متصل به) أي بالارض على تاويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعا له

﴿فصل﴾ ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له

وكان الاولى أن يقول حكم الاصل أو الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شئ من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معينا فوجده سلما ويتخير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

﴿فصل﴾ لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليد لانها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا وأبطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكأنه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل يحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدور دون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين

﴿فصل ومن باع دارا﴾ (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها والا فبعضها بل أكثرها لا ينبني على واحدة منهما (قوله مبنية على قاعدتين) أقول يعني انه لا يخلو من البناء على واحدة منهما (قوله على معنى انه ما وضع الخ) أقول أي اتصال ما وضع الخ فالمضاف مقدر (قوله وما وضع لالان يفصله الخ) أقول يعني واتصال ما وضع الخ (قوله لأن تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول لعل خلاصة الجواب انه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه في اليمين اذ هي للامتناع عن الشئ والبناء لا يكون داعيا الى

اليمين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتأمل ثم أقول ويجوز أن يجاب بقبول كون البناء جزأ من الدار فانه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره ألا ترى ان من حلف لا يكلم زيدا فكلمه بعد ما قطع يده ورجله يحنث مع كونهما داخلين في زيد واذا بيع دخل يده ورجله في البيع كما لا يخفى وهذا الكلام اجمالي وأصل ما ذكرنا في كتب الأصول في باب الاحكام (قوله اذا لم تكن داعية لا يتقيد بها) أقول لا ينعقد بها في العرف (قوله ولأن البناء متصل به أي بالارض على تأويل المكان) أقول لم يتقدم ذكر الارض والاولى أن يقال أي بالعرصة نعم ما ذكره صحيح في قوله لانه متصل به للقرار

(ومن باع أرضا دخل مافيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فأشبه البناء

وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه المثبت كل ذلك فى الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغى أن تدخل كما اذا قال بمرافقها وأما الطريق ونحوه فسيأتى ان شاء الله تعالى فى باب الحقوق ﴿ فروع ﴾ باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام فى بيع البعير ولم يذكر فى شئ من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص أو بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفا أو غير موكف فى فتاوى قاضيخان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج فى الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا فى ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود فى بيع الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير وليتأمل فى هذا باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يوارى عورته فان بيعت فى ثياب مثلها دخلت فى البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشئ ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشترى أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يهلك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر فى الكافى من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعها رب الارض باذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بأقة سماوية خير المشترى بين الترك وأخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شئ من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانتقاض البيع فى حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع أتانا لها جحش أو بقرة لها عجول اختلف قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل لا يدخل العجول دون الجحش ولو باع عبدا له مال ان لم يذكر المال فى البيع فماله لمولاه وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم والثمن كذلك فان كان الثمن أكثر جاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه بيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير أو بالقلب جاز اذا تقابضا فى المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد فى مال العبد اشترى دارا فوجد فى بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لى كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشترى منه وان قال ليس لى كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علوه هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار عليه (قوله ومن باع أرضا دخل مافيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فأشبه البناء) ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفى فتاوى قاضيخان ولو باع أرضا وفيها أشجار صغار تحمل فى فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من أصلها تدخل فى البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهى للبائع الا بشرط نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهى كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق فى بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا فى الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان فى الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذى على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرصاد

(واذا باع أرضا دخل مافيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الاصح (وان لم يسمه للاتصال فأشبه البناء)

والتوت

(ولا يدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذى فيها (ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع

والثوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشترى له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشترى فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبى حنيفة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل فى البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والفارقين وسور القرية لان السور يبقى على أصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل فى البيع وفى الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحدود واختلف المشايخ واستثنى الحياض وفى المقبرة لا بد من ذكر الحدود الا أن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل) أى لفصل الآدمى اياها لانتفاعه بها (فشابه المتاع الذى فيه) أى فى المبيع فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها فى البيع مع انه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وأيضا الام وما فى بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبارا لجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك يتطرأن كان اتصاله للقرار كما فى الشجر كان متصلا للحال وفى ثانى الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجنسية والجزئية وان كان اتصاله للفصل فى ثانى الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فان قيل ينبغى أن يدخل لان الاتصال قائم فى الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم الجواب بأن الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى فى البيع له أو تبعيته له والتبعية بأن يكون مستقرا الاتصال به لا مجرد اتصاله الحالى مع انه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا أن يشترطه المبتاع) لنفسه أى يشترى الشجرة مع الثمرة التى فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة فى كونها للبائع الا بالشرط ويدخل فى الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع وعند الشافعى ومالك وأحمد يشترط فى ثمر النخل التأبير فان لم تكن أبرت فهى للمشترى والتأبير التلقيح وهو أن يشق عناقيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثمر اناث النخل لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع وفى لفظ البخارى من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للذى باعها الا أن يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون حجيته وقد روى محمد رحمه الله فى شفعة الاصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذى ذكره المصنف وما قيل ان فى مرويهم تخصيص الشئ بالذكر فلا يدل على نفى الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب لانه فى حادثة واحدة فى حكم واحد والذى يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور فى الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا وحينئذ فيجب أن يحمل الآبار على الآثار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الابار علامة الآثار

ولا يدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع فى الدار) ونقوض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل فى بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس فى وسعه فصل الحمل عن الام قال (ومن باع نخلا) باع نخلا (أو شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع الا) أن يقول المشترى اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه السلام الثمرة للبائع الا أن يشترط ولم يذكر النخل وقوله (ولان الاتصال وان كان خلقة) فيه اشارة الى ان الاعتبار للحال الثانى والحال الاولى لا فرق فيها بين أن يكون خلقة أو موضوعا

(قوله وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار الخ) أقول فيه تأمل فان تخصيص الثمر بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب

(ويقال للبائع سلم المبيع) فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشترى عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعي يترك حتى يبدو صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع) وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك مالم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بغلبة المشترى تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا (قوله هناك) اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الاجارة أيضا (ولا يتركه الا بأجر وتسليم العوض تسليم المعوض) لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي (ولا فرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أو لم يكن) في كونه للبائع (في الصحيح) وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشترى وجه الصحيح أن بيعه منفردا يصح في أصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار

(ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا يعني مثمرا وما نقل عن ابن أبي ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشترى بعيد اذ يضاد الاحاديث المشهورة (واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع) يقال له اقلعه وسلم المبيع (لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله (لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحالين (وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع) فانه يترك حتى يستحصد رضي المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالى بتضرر المشترى بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استحصد الزرع يستحصد بكسر الصاد جاء وقت حصاده أجاب المصنف (بأن هناك) أي في الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الاجرة في التبقية لان تسليم العوض تسليم المعوض ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الاجارة التبقية بالاجرة وعدم تسليم عين الارض في الحال والا لو لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الاجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع بتركه الى ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة بتركه بأجر ولا مخلص من هذا الا أن يتم منع أنه معتاد في البيع كذلك والا فاذا فرق بين البيع والاجارة بأن اقدام البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة اتجه أن يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم يكن التأخير الى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع ببيعها ان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجماع وان اشتراها بيعا مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الارض أصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبعا وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول الشافعي يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والا فهو جذع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدرا فعلى ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن

(قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول أنت خبير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم ان العرف في أمثال ذلك عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد فتأمل والله الموفق للرشاد قال المصنف (قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض) أقول لا يقال الاجر عوض المنفعة لا الارض فلا يتم التقريب لان المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما سيجيء (قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي) أقول يعني سيأتي من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله لما سيأتي في جواب عن قوله لا يقال الخ)

(قوله وأما اذا بيعت الارض) يعني معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وان لم تكن له قيمة (وأما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها) صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع) وذكر في فتاوى الفضلي ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض وأما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا (١٠١) (ولو نبت ولم يصر له قيمة) قال أبو القاسم الصفار لا يدخل وقال أبو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ (وكأن) وصحح بعض الشارحين تشديد النون (هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه) يعني فمن جوز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا مشفرا كبعير شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل قال (ولا يدخل الزرع والثمر) اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة الاول أن يقول بعت الارض أو الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمسرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كان في الارض أو على الشجر وأما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخلان الا بالتصريح به

وأما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به

يكون له قيمة أولا في الصحيح احترازا عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الحالتين ان كان له قيمة أو لم تكن وعلله أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا لغيره بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار (قوله وأما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع) هكذا أطلق المصنف وكذا أطلقه غير واحد وقيده في الذخيرة بما اذا لم يعفن أما اذا عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو للمشتري والا فللبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منهما شيأ ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع متقوما أي لا يدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بأن تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى وبهذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أولا فلا وكان المناسب أن يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بأنه لا يجوز بيعه وحده لانه حينئذ ليس له قيمة قال المصنف (وكأن هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال (قوله ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ) يعني اذا باع أرضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخلا أيضا لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلا هذا في المتصل بالارض والشجر

(قوله وصحح بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله يذكر لما هو تبع) أقول أي للمبيع

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) بيع الثمر على الشجر لا يخلو اما أن يكون قبل الظهور أو بعده والاول لا يجوز والثانى جائز بدا صلاحها بصلاحها لانتفاع بنى آدم أو علف الدواب أو لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به فى الحال أو فى الزمان الثانى فصار كبيع الحشيش والمهر وذكر شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام خواهرزاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول أصح يعنى رواية ودراية أما الاولى فلما أشار اليه محمد رحمه الله فى باب العشر ولو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن الشراء جائزا فى أول ما تطلع لما وجب العشر على المشترى وأما الثانية فلانه مال متقوم فى الزمان الثانى ونفى جوازه مفض الى نفى جواز بيع المهر والحشيش (١٠٢) وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باعه بشرط الترك

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به فى الحال أو فى الثانى وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والاول أصح (وعلى المشترى قطعها فى الحال) تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط تركها على النخيل فسد البيع) لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة فى صفقة وهو اعارة أو اجارة فى بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا

أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجدود بدالين مهملتين ومجمتين بمعنى واحد أى المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف فى عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا فى عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا فى جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا فى الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه لا بشرط القطع فعند مالك والشافعى وأحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به فى الاكل ولا فى علف الدواب خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح أنه يجوز لانه مال منتفع به فى ثانى الحال ان لم يكن منتفعا به فى الحال وقد أشار محمد فى كتاب الزكاة الى جوازه فانه قال لو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشترى وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التحويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى أول ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كأنه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشترى فى الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوى لعموم البلوى وفى المنتقى ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قوله ما فى الصورتين (أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو (صفقة فى صفقة) لانه ان شرط بلا أجرة فشرط اعارة فى

أو ان المراد به النهى عن بيعها لما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى أن يبدو صلاحها أو بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشترى قطعها فى الحال تفريغا لملك البائع قوله (وهذا) اشارة الى الجواز أى الجواز اذا (اشتراها مطلقا أو بشرط القطع) أما اذا قال اشتريته على أن أتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخيل شغل ملك الغير أو ان فى هذا البيع صفقة فى صفقة لانه اعارة فى بيع أو اجارة فيه لان تركها على النخل اما أن يكون بأجر أو غيره والثانى اعارة والاول اجارة وذلك منهى عنه وفيه تأمل لان ذلك انما يكون صفقة أن لو جازت اعارة الاشجار أو البيع اجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم صفقة فى صفقة هذا اذا كانت الثمرة

(قوله وأما الثانية الى قوله يعنى الى نفى جواز بيع المهر والحشيش وهو نائب بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركه الى الزمان الثانى كما فى المقيس عليه (قوله والجواب عن الحديث اذا باعه بشرط الترك) أقول فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك فى الاغلب يكون فيه (قوله وانما يتوهم هذا) أقول أى اذهاب الله الثمرة (قوله فقد فسد البيع الى قوله لان مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه) أقول أنت خبير بأن شرط الترك على النخيل لا ينافى فى تسليم المعقود عليه على ما سيجىء فى مسئلة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية ففى تقريره ركاكة لا تخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله وفيه تأمل الى قوله وليس كذلك) أقول اعارة الاشجار ينبغى أن تجوز ويدل عليه ما نقله العلامة السكاكى عن الجامع الاصغر فراجعه

لم تتناه فى عظمها وأما اذا تناهى عظمها فكذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد وأما محمد رحمه الله فقد استحسن فى هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد لمعنى فى الارض أو الشجر والجواب أنا لا نسلم ان التعامل جرى فى اشتراط الترك ولكن المعتاد فى مثله الاذن فى تركه بلا شرط فى العقد ولو اشترى الثمرة التى لم تتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته بأن يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل (١٠٣) ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهى

واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد لمعنى من الارض أو الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا

البيع أو بأجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد فى المتناهى الاستحسان بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعى فيما تناهى عظمه ومالم يتناه انه يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجذاذ ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التى تزيد بمعنى من الارض والشجر الى أن يتناهى العظم ولا يخفى أن الوجه لا يتم فى الفرق لمحمد الا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذى لا يقتضيه العقد فى المتناهى وغيره خرج منه المتناهى للتعامل فكون مالم يتناه على أصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع مالم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذنا مجردا أو باذن فى ضمن الاجارة بأن استأجر الاشجار الى وقت الادراك أو بلا اذن ففى الصورتين الاوليين يطيب له الفضل والاكل أما فى الاذن المجرد فظاهر وأما فى الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف فى اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجه ليست بمتعينة فى ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستئجار وهنا يمكن أن يشترى الثمار مع أصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما فى هذا من العسر فانه يستدعى شراء مالا حاجة له اليه أو مالا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاول أولى وأصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل فى اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجارا يجفف عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخى واذا بطلت بقى الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة لان الارض يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فأورث خبثا أما هنا الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب أما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا فى ضمنه باعتباره فمنع وهنا صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل فى دار الاسلام ان كان جاهلا ببطلان الاجارة وفى الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة أما اذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشترى بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشئ لانه لم يزدد فى ذاته شئ وهذا قول المصنف (لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة) أى تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه نعم

بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثانية فى ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم لانه هو الذى لا تحقق له أصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيأ حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان

(قوله وههنا يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها الخ) أقول انما يمكن للمشترى ذلك أن لو باعه البائع كذلك وبلغ ما يقدر عليه المشترى من النقود الى مقدار قيمته ويكون له غرض فى أصولها وليس كذلك ولا يشبه ثمار الاشجار بالباذنجان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول وصح ما ذكره لم تصح الاجارة مطلقا بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبى الليث السمرقندى رحمه الله تعالى

ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى فى مقداره

عليه اثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها وجه قول الشافعى وباقى الائمة فى الخلافية ما فى الصحيحين عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل وما تزهو قال تحمار أو تصفار وأخرج البخارى فى الزكاة عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها وأخرج أبو داود والترمذى وابن ماجه عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذى حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى نخلا قد أبرت فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع فجعله للمشترى بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله فى البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه وفى موطا مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله فحلف لا يفعل فذهبت بالمشترى الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يا بى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولولا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه أما النهى المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب وهو عندهم تعليله عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم أرأيت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومزهية قبل الزهو وقد فسر أنس رضى الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر وفسرها ابن عمر بأن تأمن العاهة فكان النهى عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد يفيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهى عن بيع العنب عنبا قبل أن يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو الصلاح ويدل عليه تعليل النبى صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه فالمعنى اذا بعتموه عنبا قبل أن يصير عنبا بشرط الترك الى أن يصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم يصر عنبا بم يستحل أحدكم يعنى البائع مال أخيه المشترى والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهى واذا صار محل النهى بيعها بشرط تركها الى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهى فانا قد أفسدنا هذا البيع وبقى بيعها مطلقا غير متناول للنهى بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم فى هذه الخلافية بالحديث وحينئذ فالحديث المذكور لنا فيها أعنى حديث التأبير سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو أنه مبيع منتفع به فى الحال أو فى ثانى الحال الى آخره وبهذا التقرير ظهر أن ليس حديث التأبير عاما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغى أن يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول أحدهما ما يتناوله الآخر والحاصل أن بيع ما لم يبد صلاحه اما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهى لما ذكرنا واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان بمثله بشرط القطع فلم يبق محل النهى الا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبه هلاكه قبل التسليم (ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى فى مقداره) مع يمينه

(لانه

الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والفاسد ماله تحقق من حيث الاصل فأمكن أن يكون متضمنا لشئ وبفساد ذلك الشئ لفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها وأثمرت مدة الترك ثمرة أخرى فان كان قبل القبض يعنى قبل تخلية البائع بين المشترى والثمار فسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك للبائع واختلط بملك المشترى فيشتركان فيه للاختلاط والقول فى مقدار الزائد قول المشترى لان المبيع فى يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلوانى يفتى بجوازه ويزعم انه مروى عن أصحابنا وحكى عن الشيخ الامام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل البخارى رحمه الله انه كان يفتى بجوازه ويقول اجعل الموجود أصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر

(قوله وكان شمس الائمة الحلوانى رحمه الله تعالى يفتى بجوازه) أقول فى الصورة الأولى أيضا

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز اذا حدث شئ قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض أن يشترى الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز بجعل الموجود أصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) اذا باع ثمرة (واستثنى منها أرطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس النخيل أو ثمرة مجذوذة وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على النخيل وأما بيع المجذوذ فجائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخيل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء واستدل بقوله (لان الباقي بعد الاستثناء مجهول) (١٠٥) والمجهول لا يرد عليه العقد

لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشترى الاصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة) خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي أما على ظاهر الرواية

(لانه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) اذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا لما ذكرنا وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل وزعم أنه مروي عن أصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس من عادتهم حرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه اللوازم الصعبة (أن يشترى) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر الارض مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن وفي ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشترى على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا في الترك باذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة خلافا لمالك) أجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مفرز بالاشارة (قالوا هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي) والشافعي وأحمد رحمهم الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لانه ان بقي شئ بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شئ يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لان ورود هذا على التعليل يجوز ان لا يبقى بعد الاستثناء شئ وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق انه بقي مقدار معين لان الجهالة القائمة قيل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية

وهذا يدل أيضا على أن الحكم فيهما سواء (بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة) كما هي نخلة قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة وأجيب بأنا لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر أحسن مما يكون والمشترى يدفع اليه ما هو أردأ الثمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شئ منه قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى وعن هذا قال بعض

(١٤ - فتح القدير خامس) الشارحين يشير الى هذا قوله (ارطالا معلومة) وردّ بأنه لو كان المستثنى صاعا واحدا أو رطلا واحدا فالحكم كذلك وبأنه لا يخلو إما أنه يبقى شئ بعد الاستثناء أو لا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فلانه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المآل وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شئ أو لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست مفضية الى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول فيه بحث فان اللازم منه أن من قال بالاول قال بالثاني والعكس ليس بلازم (قوله فيبطل الاستثناء

ينبغي أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي أن يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد و بيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه و ينعكس الى أن ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه وفي بيع أطراف الحيوان فيه وجهان لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي أن يكون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم فما جاز أن يقع معقودا عليه بانفراده جاز أن يستثنى و بالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز افراده بالعقد عليه وأما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بعمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة (١٠٦) كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه

ينبغي أن يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد و بيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل | واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه (ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره) وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه

ينبغي أن يجوز لان الاصل أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد و بيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل) من الجارية الحامل أو الشاة (واطراف الحيوان لا يجوز) كما اذا باع هذه الشاة الا اليتها أو هذا العبد الا يده فيصير مشتركا متميزا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فانه جائز وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بايراد العقد عليه جاز استثناؤه و يصير الباقي مبيعا الا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان ما لم يفض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ الا تلك الارطال فبعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال لا تستغرق الكل والا فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله) في بيع الحنطة (في السنبل قولان) وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها (وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه) وهو المبيع (مستور بما لا منفعة فيه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه

أقول فيه بحث (قوله وينعكس الى أن ما لا يجوز الخ) أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية (قوله واستثناؤها جائز لكن لا نسلم) أقول فيه بحث فانه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للمنع فتأمل

واراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بعمائة درهم فانه جائز و بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على أن لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افرادها اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه وأما في الشرط فلأن الشاة دخلت أولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشرة فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشره لم يصح قيل ولقائل أن يقول سلمنا أن ايراد العقد بجامع على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تسر منه جهالة الى المستثنى منه الا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع قال (ويجوز بيع الحنطة في سنبلها) بيع الشئ في غلافه لا يجوز الا بيع الحبوب كالحنطة والباقلاء (والارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره في قوله الاول) وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بمثله

ولنا ماروى ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فان النهى يقتضى المشروعية كما عرف (قوله ولانه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لانسلم انه لا منفعة فيه بل هو أى المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل الفولية شهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر فى قشرها قال الله تعالى فذروه فى سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفى مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز (١٠٧) أيضا لشبهة الربا لجهالة قدرما فى السنبلة فان

ولنا ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه فى سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفى مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا لانه لا يدرى قدرما فى السنابل (ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح أغلاقها) لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل فى بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه

بجامع استتاره بما لا منفعة فيه والمعول فى الاستدلال نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفى هذا غرر فانه لا يدرى قدر الحنطة الكائنة فى السنابل والمبيع ما أريد به الا الحب لا السنابل فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه فى قشره الثانى لكنه ترك للتعامل المتوارث (ولنا ماروى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض) رواه مسلم وأصحاب السنن الاربعة ويقال زها النخل والثمر يزهو وأزهى يزهى لغة ففى الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الاصمعى الرباعية يزهى كما نقل الزمخشرى عن الفراء انكار يزهو الثلاثية لا يقال أنتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا أنا عاملون وان الاتفاق على انحطاط النهى على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولانه مال متقوم معلوم (فيجوز بيعه كالشعير فى سنبله) بخلاف بيعه بمثله فى سنبل الحنطة لاحتمال الربا أما أنه مال متقوم فظاهر واما انه معلوم فلانه مشار اليه وبالاشارة كفاية فى التعريف اذا المانع من رؤية عينها لا يخل بدرك قدره فى الجملة وليس معرفته على التحرير شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه أى باع ما فى هذا القطن من الحب وما فى هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه أيضا فى غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدمها كالعرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى فى تمره ولا حب فى قطنه ويقال هذه حنطة فى سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن فى الضرع واللحم والشحم فى الشاة والاليه والاكارع والجلد فيها والدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والعصير فى العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم فى العرف لا يقال هذا عصير وزيت فى محله وكذا الباقى واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشترى بعد الاستخراج فى ذلك كله لانه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح أغلاقها) المراد بالغلق ما سميه صبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء لا اذا كانت موضوعة

قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه وهما سيان فى كون المبيع مغلفا أجيب بأن الغالب فى السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهى فى سنبلها ولا يقال هذا حب وهو فى القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك فى التمر اليه أشار أبو يوسف رحمه الله قال (ومن باع دارا الخ) الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل فى البيع أغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والا فلا وغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل فى بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل فى الداخل فى الشئ داخل فى ذلك الشئ فان قيل عدم الانتفاع بدون شئ لا يستلزم دخوله فى بيعه

فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق ولا يدخل فى بيع الدار فالجواب أن الداخل فى الداخل فى الشئ داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا أو من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل أن يكون مراد المشترى أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثانى مسلم ولهذا

(قوله وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية) أقول فى نظره نظران (قوله والاولى أن يستدل بقوله نهى الخ) أقول فيه بحث فان فى الاستدلال ماذكره اعترافا بفساد العقد (قوله والداخل فى الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كالجزء منه فتأمل (قوله والثانى مسلم الخ) أقول ولعل مثل هذا الترديد جائز فى المتنازع فيه فتأمل

اذ لا ينتفع به بدونه قال (وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع) أما الكيل فلابد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان والذراع والعداد وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم ألا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن و بالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا) لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين

في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في عرفنا بصدر دار يب الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الا به) أجيب بمنع أن شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها ولذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة أدخلنا الطريق ❁ فرع ❁ يناسب ما نحن فيه من حيث انه يتناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضي بهذا فقد صح دلالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري أن يشتريه وانما كتبتها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعداده) ان كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذرع أو العد (على البائع) لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم أن الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في الجازفة وأجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنته عليه وأما أجرة ناقد الثمن فاختلف الرواة والمشايخ فروى ابن رستم عن محمد انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد أجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشتري جزافا على المشتري وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلى البائع بينها وبين المشتري الكل من الخلاصة (قوله ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن لتعين حق البائع بالقبض) لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (أنها لا تتعين بالتعيين) في البيع فلابد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن والبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع

ولو

دخل الطريق في الاجارة ولكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل قال وأجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايلة أو الموزون موازنة أو المعدود عددا واحتاج الى أجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وأما أجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد وأجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

تحقيقا للمساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا) لاستوائهما في التعين فلا حاجة الى تقديم أحدهما في الدفع

قال ومن باع سلعة بيع السلعة مجملا إما أن يكون بثمن أو بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن أولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما سلما لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج الى تقديم أحدهما بالدفع والله أعلم بالصواب

ولو أخذ بالثمن كفيلا أو رهن المشتري به رهنا أما لو أحال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا أحال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد فيه روايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية اذا أحال البائع به رجلا سقط واذا أحال المشتري البائع به لا يسقط ومالم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه أو بأمر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثلي المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في تعين حق كل منهما) قبل التسليم فايجاب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع أن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن أبي بكر المتاع اذا غاب البائع لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش خطى معه فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيأ لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك وقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي أن تكون بحال يقدر على اغلاقها وما لا يقدر على اغلاقها فهي بعيدة وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع ببعد عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلى بينها وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قابضا أو ببعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الائمة يصح القبض وان كان العقار غائبا عنهما عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا ونحوه في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان أمكنه أخذها من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسئلة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع

قال (خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما وأخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى فى كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله فى منع الحكم دون السبب لان من حقه أن لا يدخل فى

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قال خيار الشرط جائز فى البيع للبائع والمشترى (ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها) والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات فقال له النبى عليه الصلاة والسلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام

راكبها فقال المشترى احملنى معك فحمله فعطبت هلكت على المشترى قال القاضى الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشترى فى السرج يكون قابضا والا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشترى فيها معا

﴿ باب خيار الشرط ﴾

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين فى البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التى تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم فى الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع فى الحر لانها لا تنعقد الا فى محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمى بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمى حائطا فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمى اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشترى ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة وهى اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعيته جعلناه داخلا فى الحكم مانعا من ثبوته تقليلا لعمله بقدر الامكان وذلك لان عمله اثبات الخطر فى ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فرفقنا للناشبه ولقائل أن يقول القمار ما حرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد الفلانى فى ورقة مثلا سببا للملك والخطر طرد فى ذلك لا أثر له نعم يتجه أن يقال اعتبرناه فى الحكم تقليلا بخلاف الاصل وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر فى المبيع وهذا فى أن الملك هل يثبت أولا (قوله خيار الشرط جائز فى البيع للبائع والمشترى ولهما ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الظرف أى فى ثلاثة وبرفعها على انه خبر مبتدا محذوف أى هو ثلاثة أيام ثم فى فتاوى قاضيخان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلا ويثبت الخيار فى البيع الفاسد كالصحيح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات الحديث روى الحاكم فى

كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع المستدرك

﴿ باب خيار الشرط ﴾

(قوله ولما كان اللازم أقوى فى كونه بيعا قدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول للازم وغيره قلنا يكفى فى التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل

والمذكور فى النص هو المشترى فكما عديتم فيمن له الخيار فليتعد فى مدته فالجواب ان فى النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع فى معنى المشترى فى معنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الفرق يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرور وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل فى الثمن فانه جائز قلت المدة أو كثرت للحاجة والجواب أن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر سلمنا انهما سواء لكن المذكور فى حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز أن يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه أجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم أن كثير المدة كالقليل فى الحاجة فان صاحب الخلابة كان مصابا فى الرأس فكان أحوج الى الزيادة فلو زادت كان أولى بها فدل على أن المقدر لنفى الزيادة سلمناه لكن فى الكثير معنى الغرر أزيد وقد تقدم والقياس على التأجيل فى الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهى انما تكون بالكسب وهو لا يحصل فى كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة

(ولا يجوز أكثر منها عند أبى حنيفة) وهو قول زفر والشافعى وقالا (يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضى الله عنهما انه أجاز الخيار الى شهرين)

المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا ضعيفا وكان قد أصابته فى رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة أيام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبى صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وكان يشترى الشئ فيجئ به الى أهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرنى فى بيعى وسكت عليه وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعى من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعى رحمه الله والاصل فى بيع الخيار أنه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المصراة خيار ثلاثة أيام فى البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه البيهقى فى سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن فى البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدى منقذ بن عمرو قد أصيب فى رأسه وكان يغبن فى البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدى منقذ بن عمرو وكان قد أصابه آمة فى رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له الحديث وهو يقتضى أن المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابى داود وكذا رواه البخارى فى تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدى منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ويرجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلى فى الروض الانف وكذا رواه ابن أبى شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو قل لا خلابة واذا بعت بيعا فأنت بالخيار ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه وأما ما روى فى الموطا والصحيح عن ابن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع فى البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل فى جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب ﴿فرع﴾ يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضيا به فسد العقد عند أبى حنيفة خلافا لهما ولو ألحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد فى قولهما ويفسد فى قول أبى حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال فى بيع بستان على أنه بالخيار على ان له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمر له حصة من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل أن يسقط المشترى خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند أبى حنيفة يستمر له الى أن يخرج وقت الظهر وعندهما الا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز أكثر منها) أى من ثلاثة أيام عند أبى حنيفة (وهو قول زفر والشافعى) وكما لا يجوز عند أبى حنيفة اذا زاد على ثلاثة أيام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضى الله عنهما أجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل جزء الدعوى لانها جواز أكثر من ثلاثة أيام طالت المدة

(قوله والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضى الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذ لا معارضة بينهما حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدد ان كان حجة لا يساوى المنطوق حتى يعارضه فليتأمل فان للمنع مجالا ثم أقول ذكره حكاية الحال يناسب الجواب الثانى والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى لينـدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل فى الثمن ولابى حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العـقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس لمـا روينـاه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة

أو قصرت وحـديث ابن عمر يفيد جوازا أكثر من الثلاثة بمدة خاصـة لاغـير (لان الخيار انما شرع للحـاجة الى التروى لينـدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل فى الثمن) شرع للحاجة الى التأخير مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز أى مقـدارا تراضيا عليه و بقولهما قال أحمد لقوله عليه الصـلاة والسـلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز أن يشـترط الخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها فى ثلاثة أيام يجوز أن يشـترط أكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشـتراط الاكثر طريقا لانه ان كان لامكان أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشـترى لا حاجة الى شرط الخيار أصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة وان كان للتروى فى أمرها هـل تساوى الثمن المذكور أولا أو هى منتفع بها على الكمال أولا وان لم يرها فهـذا لا يتوقف على أكثر من الثـلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصـل فى مـدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور فى فتاوى القاضى اشـترى شيأ يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام فى القياس لا يجبر المشـترى على شئ وفى الاستحسان يقال للمشـترى اما أن تفسخ البيع واما أن تأخذ المبيع ولا شئ عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسـد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى فى يد رجل بشراء شئ يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام المدعى البينة ويخاف فسادها فى مدة التزكية فان القاضى يأمر مدعى الشراء أن ينقد الثمن و يأخـذ السمكة ثم القاضى يبيعها من آخر و يأخـذ ثمنها و يضع الثمن الاول والثانى على يد عدل فان عدلت البينة يقضى لمدعى الشراء بالثمن الثانى و يدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العـدل يضيع الثمن الثانى من مال مدعى الشراء لان بيع القاضى كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمكة لمدعى عليـه لان البيع لم يثبت و بقى آخذا مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة وجه قول أبى حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم) ثبت نصا على خلاف القياس فى المدة المذكورة للتروى فيما يدفع الغبن عنه ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه فى هـذا المبيع مغبونا أو غـير مغبون مما يتم فى ثلاثة أيام بل فى أقل منها فان معرفة كونه مغبونا فى هـذه الصفقة أولا ليس من العلوم البالغة فى الخفاء والاشكال ليحتاج فى حصوله الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس فى محل الحـاجة اليـه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثـلاث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يعـذر ولا يبنى الفقه باعتباره لان مثله زائل العقل وبهـذا يظهر أن قول ابن الجوزى فى التحقيق فى حديث حبان أنه خرج مخرج الغالب غـير صحيح ولانه عليه الصـلاة والسـلام ضرب الثـلاث لمن كانت غاية فى ضعف المعرفة على ما ذكر فى أمر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكان بدماغه مأمومة أفسدت حاله أو أنه منقذ وكان قد أصابته آمة فى رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله و بلغ من السن مائة وثلاثين سـنة كما فى تاريخ البخارى الاوسط فأى حالة تزيد على هذه من الضعف لاعدام العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبى صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة أيام فلا شك فى منع الزائد مع أنه وجـد فى السمع ما يقيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجـة الحجة فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الحجـة وهو ما روى عبد الرزاق من حـديث أبان بن أبى عياش عن أنس أن رجـلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صـلى الله عليه وسـلم البيع وقال الخيار ثلاثة أيام الا أنه أعل بابان مع الاعـتراف بأنه كان رجلا صالحا وكذا أخرج الدارقطنى عن نافع

(قوله الا انه اذا أجاز يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ومعناه لا يجوز أكثر منها لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل وزفر يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبدا بألف ورطل خمر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي حنيفة انه أسقط المفسد قبل تقرره اعلم ان المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذه العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه أسقط (١١٣) المفسد قبل تقرره أي قبل مضي ثلاثة أيام

(الا انه اذا أجاز في الثلاث) جاز عند أبي حنيفة خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول

عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحمد بن ميسرة متروك وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شئ من كتب الحديث والآثار وأما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى له أنه لو شرع الاجل أيضا مقيدا بمدة كنا نقول لا يزاد عليها أيضا ولوجوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله الا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها أي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لزفر) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه) أي العقد (انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا) كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا أو باع عبدا بألف ورطل خمر ثم اسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أي من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرره) أي قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما اذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذا الظاهر دوامهما على الشرط فاذا أسقطه تبين الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهم امن مشايخ ماوراء النهر هو موقوف و بالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على اجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل

تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامها على الشرط فاذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق (قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار

(١٥ - فتح القدير خامس) غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن

(قوله لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول لكن لو ذكر الخ يشير الى ان الاستثناء منقطع والظاهر الاولى أن يحمل على الاتصال أي لا يجوز أكثر منها في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته في الثلاث فلستدبر وقوله (فيقتصر على المدة المذكورة) من تتمة الدليل فلا يلائم ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل) أقول يعني ان ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تفريع الخلاف (قوله والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد الخ) أقول وكذلك الفساد في البيع بالرقم في صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه فأما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع أو قال على انه ان لم ينقد الثمن أياما فلا بيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الاقالة فى البيع مثل أن يقول بعتك هذا بشرط أن تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا فى معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ واذا كان فى معناه كان ملحقا به ورد بأنا لا نسلم انه فى معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأجيب بأن النظر فى الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهى الحاجة وهى موجودة

(ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز والى أربعة أيام لا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر فان نقد فى الثلاث جاز فى قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا فى معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ فيكون ملحقا به

فيها وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه فى التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فانه ان لم ينقد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه أجيب بأن من له الخيار لا يقدر على الفسخ فى قول أبى حنيفة ومحمد الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية وأما اذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف وجوزه محمد

الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ فى البيع الموقوف ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد فى نفس الامر الى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد فى نفس الامر لحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعنى قوله أسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب فان التعليل هو الذى ينبنى على الاصل لا أن أصل القاعدة ينبنى على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر أن الفساد فيها فى صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا فى شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا أسقط الخيار قبل مضى الثلاثة كذلك لو أعتق العبد أو مات العبد أو المشترى أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا فى قول أبى حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا جاز) والمنتفع بهذا الشرط هنا هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشترى المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشترى لا ينفذ عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف) فان نقد الثمن قبل مضى الثلاثة تم البيع وان لم ينقده فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسئلة حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده عتق لا ان كان فى يد البائع (وقال محمد يجوز الى أربعة أيام وأكثر) على قياس قوله فى شرط الخيار (فان دفع الثمن فى الثلاثة جاز فى قولهم جميعا والاصل فيه) أى فى صحة هذا البيع الى ثلاثة أيام فى الثمن (ان هذا فى معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوى) وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للترى ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر اليه أن

قال المصنف (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام الخ) أقول قال الامام القاضى ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من حفظها وهى انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده نفذ عتقه وان كان فى يد البائع لا ينفذ وعلى هذا اذا اشترى عبدا شرعيته ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشترى يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشترى لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ اه ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد ولتصريح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقد الا أن يثبت فى المسئلة روايتان (قوله فان قيل الحاجة تندفع الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول فيه بحث لأن شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر (قوله أجيب بأن من له الخيار الى قوله الا بحضرة الآخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا ينفسخ بمضى المدة بل يفسد العقد نقل عنه فى النهاية وغيره

أما أبو حنيفة فقدم على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله في تجويز الزيادة في الملحق به وأبو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام والمراد بالاثر ما روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الاصل أي في ثلاثة أيام بأثر ابن عمر وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما (وفي هذا) أي في الزائد على الثلاثة أيام (بالقياس) وهو يقتضي عدم الجواز كما مر (قوله وفي هذه المسئلة قياس آخر) تقدم معناه قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لاحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لا يخرج عن ملكه فاذا كان لهما لا يخرج شئ من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال أبو حنيفة لا يدخل وقالا يدخل أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فلما

وقدم أبو حنيفة على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر والبه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعقلها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بيناه قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع

شرعيته للتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر اليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذا لا ينبرم بتمامها بلا رد لا أثر له لان المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة الا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقدم أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في الملحق به) وهو أنه لا يزاد على الثلاثة فكذلك في الملحق وكذلك محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة وأبو يوسف فرق فأخذ في الاصل بالاثر يعني أثر ابن عمر في جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وأخذ في هذه المسئلة بالقياس أي في نفي الزائد على الثلاثة وأما في الثلاثة فبحديث ابن البرصاء على ما سنذكره في خيار التعيين هذا ما ذكر عن أبي يوسف هنا وقد روى عنه أنه رجع الى قول محمد رواه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح المجمع الاصح أنه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجعوا عنه شيأ وحكموا على قوله بالاضطراب (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن في الثلاثة الايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعتك على أن أقيلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقيلني لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد (فاشتراط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي وأحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المصنف ووجه الاستحسان ما بيناه (قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب) الذي هو البيع (بالمراضاة) لما عرف من قوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع لانه لا يعمل الا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك

ذكره من قوله (لان تمام هذا السبب) أي العلة (بالمراضاة) لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار لان البيع به يصير علة اسما ومعنى لاحكما لمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع

(قوله وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول يعني تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخميناً وهو قوله والقياس وهو قول زفر انه لا يجوز لما انه بيع الخ (قوله لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار) أقول فيه بحث فان بيع المكره بيع يترتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله لان البيع به يصير علة اسما) أقول تأمل في صحة هذا التعليل

فان قبضه المشترى فهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن أبى ليلى هو يقول قبض مالك البائع باذنه فكان أمانة فى يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الاجازة وهو معنى قوله (لانه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه أن الضمان الاصلى الثابت بالعقد فى القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصلى فى مدة الخيار وأما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك بتمام الرضا ولو هلك المبيع فى يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشترى كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وانما ذكر الصحيح مع أن الحكم فى الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح وأما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشترى فهو أن البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر وأما أن البدل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل فى ملك من له ذلك لا نرد

(ولو قبضه المشترى وهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشترى اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع فى جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشترى لا يملكه عند أبى حنيفة وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به فى الشرع

البائع ولا الثمن عن ملك المشترى ولو قبض المشترى المبيع وكان الخيار للبائع (فهلك فى يده فى مدة الخيار (ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا) فى حق المبيع ولا يمكن نفاذه بالهلاك لانه (لا نفاذ بلا محل فبقى) فى يد المشترى (مقبوضا) لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن أبى ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه مأذون البائع بقبضه الا على جهة العقد فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفى) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) اذا هلك وهو قيمى والمثل فى المثلى اذا كان القبض بعد تسمية الثمن أما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان فى الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث فى العيون فى رجل أخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع فى يده لم يلزمه شئ وان قال ان رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشترى فى هذا البيع قال مالك والشافعى فى المشهور وعندهم وجه فى ضمانه بالثمن وهو قياس قول أحمد لانه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان أردت فى حق حكمه منعناه أو تمت صورته فسلم ولا يفيد فى ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف الهلاك بكونه فى مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعد ما انبرم البيع لعدم فسخ البائع فى المدة (ولو هلك) المبيع (فى يد البائع) والحال أن الخيار له لا اشكال فى أنه ينفسخ (ولا شئ على المشترى اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال فى البيع الفاسد كذلك أعنى الانفساخ بهلاك المبيع فى يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد يأخذ حكمه منه (قوله وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع فى جانبه لازم بات فقد تم السبب فى حقه وانتفى ما يمنعه من عمله اذ كان خيار المشترى لا يمنعه فيخرج (وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل) الذى هو من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله (الا أن المشترى لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدراك لامر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشترى وهو المقدر الذى ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل فى ملك المشترى وهذا (عند أبى حنيفة وقالا يملكه) المشترى وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا الى) ملك (مالك ولا عهد لنا به فى الشرع) فى باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولى أمر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل فى ملك المشترى لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا

(قوله قيل الى قوله لحال المسلمين على الصلاح) أقول ولانه يعلم منه حاله بالولاية

عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بأن قوله (حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا لا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لنابه

ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر قال (فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن

لا ترد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور (ولابي حنيفة رضي الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاوضين (حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأني يكون (والمعاوضة تقتضي المساواة) بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا أبق من عنده سواء قلنا انه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدبر به عن ملك مالكه فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جناية لا ضمان معاوضة شرعية وهذا الزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره الحقناه نقيض مقصوده (اذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مفوتا للنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والاجماع أجيب بأنه انما استحقها لانه صار أحق بها تصرفا لا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أو ما في معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأتي المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحا وما في الاجناس لو بيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردها اذا رآها و يبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجى زواله كان قطعت يده ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن و يمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجى زواله في المدة بأن مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يرده مريضا بل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده وان شاء أجاز البيع وأخذ الارش من البائع وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلاك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة و بين ما اذا كان للمشتري فهلاك في يد المشتري فانه يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فيهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد

في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وأجيب بأن كلا منا في التجارة وماذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما يكون عليه لانه بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض (قوله فان هلك في يده) أي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يداه وأما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع وأما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين بما ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع و يوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى

قال المصنف (والعقد قد انبرم) أقول انبرم مطاوع قولهم أبرمت الامر ابراما اذا أحكمته

بخلاف ماتقدم لان بدخول العيب لايمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها لماله من الخيار (وان وطئها له أن يردها) لان الوطء بحكم النكاح (الا اذا كانت بكرا) لان الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقالا يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يردها) لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشترى بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشترى على المشترى اذا كان قريبا له فى مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشترى حلف ان ملكت عبدا فهى حر

يوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ماتقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لايمنع الرد حكما لخيار البائع (فيهلك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لانه لم يملكها لماله من الخيار) والمبيع لايدخل فى ملك المشترى بالخيار فلو رد البيع استمرت زوجة عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها (وان وطئها) بعد الشراء (له أن يردها) بالخيار لان الوطء لايلزم هنا أن يكون اجازة لان له فى النكاح ملكا قائما يحل له الوطء فلم يلزم كون وطئه اجازة (الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقص البكر) فيمتنع الرد للعيب الذى حدث عنده ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهى ثيب يمتنع الرد عنده أيضا للنقص الذى دخلها لا لذات الوطء فان قيل لما زوجها مولاها الذى باعها فقد رضى بالنقصان بزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضى بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة أجيب بمنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا الى الرضا بما هى أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذكرناه (وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يردها) ولو كانت ثيبا لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف فى ثبوت الملك فى المبيع للمشترى بشرط الخيار وعدمه (ولها اخوات) ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف فى ذلك (منها عتق العبد (المشترى على المشترى) بشرط الخيار (فى مدة الخيار اذا كان قريبه) قرابة محرمة عندهما وعنده لايعتق حتى تنقضى المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكت عبدا فهو حر) فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لايعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه أما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لايعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على أنه بالخيار فحاضت فى مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لايجتزئ بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلابد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجتزئ بها لوجودها بعد الملك وينبغى أن يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لايحتاج البائع الى استبرائها عند أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان فى القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشترى الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجمعوا أن العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة أو غيرها ان كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء وفى الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ فى المدة فظاهر الرواية أنه لايجب عليه استبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان أجازه فعلى

وأما اذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشترى بدخول العيب لان الخيار للبائع لا له فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو أن الخيار اذا كان للمشترى يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته (على انه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لانه لم يملكها وان وطئها له أن يردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له أن يردها لان الوطء ينقصها وهذا يشير الى أن قوله (وان وطئها له أن يردها) معناه اذا لم ينقصها الوطء فأما اذا نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه أشير فى شرح الطحاوى وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظائر فى كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشترى على المشترى فى مدة الخيار اذا كان قريبا للمشترى لايعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما

بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو أنشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب أن ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه فاويا عن الكفارة أجيب بأنه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة أو بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا والقياس أن

بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع من الثمن في المدة

المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذ اولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولده وتصير أم ولده عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير أم ولد بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشتري جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولده وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت أم ولده وعندهما تصير أم ولده بالشراء و يبطل خياره و يلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشتري) بشرط الخيار له (المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لارتفاع القبض بالرد) لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فتصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المآل الا أنه ليس بلازم لجواز أن لا يؤول الى ملكه بأن يختار المشتري البيع أما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشتري) بالخيار (عبدا مأذونا فأبرأه البائع من الثمن في المدة) يصح ابراؤه استحسانا والقياس أن

المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذ اولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولده وتصير أم ولده عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير أم ولد بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشتري جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولده وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت أم ولده وعندهما تصير أم ولده بالشراء و يبطل خياره و يلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشتري) بشرط الخيار له (المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لارتفاع القبض بالرد) لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فتصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المآل الا أنه ليس بلازم لجواز أن لا يؤول الى ملكه بأن يختار المشتري البيع أما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشتري) بالخيار (عبدا مأذونا فأبرأه البائع من الثمن في المدة) يصح ابراؤه استحسانا والقياس أن

يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا وأجمعوا في البيع البات يفسخ باقالة أو غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد عنده قال صاحب النهاية لا بد من أحد تأويلين إما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري بشرط الخيار أو يكون اشترى الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير أم ولده في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير أم ولده لا ظرف الولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولده في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لانا لو أجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق و يبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة

(قوله لانا لو أجرينا على ظاهر اللفظ) أقول يعني الاطلاق

بقي خياره لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا منه عن التملك والمأذون له ولايته ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والمأذون ليس من أهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه أجيب بأن القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما (١٢٠) وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

بقي على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز فان أجازه بغير حضرة صاحبه جاز

الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابراؤه عما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق (بقي على خياره) في السلعة ان شاء أجاز البيع فيأخذها بالثمن وان شاء رده فيرد السلعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يليه) أي يملك ذلك كما له أن يمتنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما برئ من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا تملكا بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب أن الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره ألا ترى أن المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لابد أن تشغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلا على ما عرف (ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها ولا يمكنه تملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أما لو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيأ ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع للمشتري أن يرده ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان بائعا أو مشتريا أو أجنبيا (له أن يجيز) في مدة الخيار باجماع الفقهاء (وله أن يفسخ فان أجاز بغير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فاذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع بأحد معان ثلاث

واذا كان الخيار للبائع وأسلم يبطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري وأسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري صار له وان رد صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة) هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلاثة أشياء بأن يقول أجزت وعونه في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا وبأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبأن يصير المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كأن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا أعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا

قال المصنف (لان الرد امتناع عن التمليك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك

بمضي مدة الخيار وموته وباغمائه وجنونه في المدة فان أفاق فيها قال الاسبيجابي الاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والمعنى الثالث أن يجيز البيع كان يقول أجزت البيع ورضيته واسقطت خياري ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بأن يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بأن يعتق أو يكاتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه ويسلمه أو يرهنه أو يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا أن النظر اليه من حيث هو مس ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذلك اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه ولابي حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب الحرمة كالمضاف الى الرجل وأما المباضعة مكرها كان أو مطاوعا اختيار أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عند محمد فلان الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد فأما المباشرة اذا ابتدأتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباضعة اذا أقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعا الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيخان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها ليسقيها أو يردها ويعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى قاضيخان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها أو يردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا لجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس ونبه أخذ أبو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته انتفت قدرة الزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من أجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فتى رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي واذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فلو نفينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصد الزرع أو قصل

وأما الاول فهو ما يكون بالقول وهو أن يقول البائع أو المشترى فسخت فان كان ذلك بحضرة الآخر أى بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعى رحمهما الله لابى يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطرى العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته (ولهما ان الفسخ تصرف فى حق الغير وهو العقد بالرفع و) هو (لا يعرى عن المضرة) أما اذا كان الخيار للبائع فالمشترى عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء فى كونه ضررا وأما اذا كان للمشترى فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفى ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر فى حق الغير يتوقف على علمه لامحالة كما فى عزل الوكيل والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام

وان فسخ لم يجز الا أن يكون الآخر حاضرا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز) وهو قول الشافعى والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف فى حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشترى وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه

منه شيأ فيما اذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضا ولو طحن فى الرحى فهو رضا وقد ذكر فيها تفصيل وذلك فى رحى الماء وليست فى ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشترى الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن وألبسها فليس برضا (قوله وان فسخ) أى من له الخيار فى المدة (بغير حضرة الآخر) أى بغير علمه (لم يجز) عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وانما كنى بالحضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعى) وكذا الخلاف فى خيار الرؤية والفسخ بالقول فى المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذى الخلاف فى جوازه بغير علم الآخر وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختيارى لانه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف فى المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطء وجميع ما قدمنا أنه اجازة اذا صدر من المشترى من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع (له) أى لابى يوسف (أنه) أى الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعنى الذى لا خيار له (فلا يتوقف) فسخه (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما أنه تصرف فى حق الغير) وهو الذى لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه) أى الغير الذى لا خيار له (عساه يعتمد على تمام البيع السابق) اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشترى (فيه) فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك) وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطلب لسلعته مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ فى المدة اعتمادا على تمامه (فيما اذا كان الخيار للمشترى وهذا نوع ضرر) يجىء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل فى حقه ما لم يعلم به كى لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء ويبطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيلا بالبيع وربما يعتمد المشترى منه النفاذ فيتسبب الفساد والحاصل قياسان تعارضا قياس أبى يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم فى قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف فى حق الغير بالرفع فان هذا لا أثر له فى نفى الصحة بلا علم انما أثره فى نفى الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد فى ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا أن ما سواه لا أثر له من كونه تصرف فى حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذى ذكر انه يلحق المشترى اذا كان الخيار للبائع فى حيز التعارض لان ضرر لزوم القيمة انما

يكون

(قوله وهو قياس منه لاحد شطرى العقد) أقول فيه تسامح لظهور ان الفسخ ليس أحد شطرى العقد

ولانسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه فى البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بأن ماذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضى المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بأنه ضرر مرضى به منه حيث ترك الاستيثاق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضى به فاذا فات المجموع أو بعضه فى بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها فى حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شئ من الالزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم (١٢٣) المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فى غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ فى حال غيبة صاحبه وبلغه فى المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضى المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ

يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما فى محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الاسواق فبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلامته مشتريا فانما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشترى فى المدة هل فسخت أولا ومثل هذا كثير فى الفقه أعنى الزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه فى احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن ما يشتريه عليه ان كان وكيلا للشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مالكا لمقداره وباهدار أقواله أعنى عقوده اذا كان وكيلا بالبيع وهذا أضر على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره فالوجه لابى يوسف والشافعى أقوى والله أعلم وقوله حينئذ (ولا نقول انه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحة لفظية فان المراد من سلطه أذن له فى التصرف فى حقه ذلك بالرفع فى المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ماذكرناه من انتفائه فى صورة التعارض وعدم تأثيره فى أخرى لتقصير من يلزمه وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو أيضا لانه يمكن أن يختفى صاحبه فى المدة حتى تنقضى فقالوا هذا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره فى أخذ الكفيل وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن احضاره لا بالاختفاء ففى سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفى لانه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالزام بهذا الفرع على احدى الروايتين فى فتاوى قاضيخان جاء الى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضى خصما يرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشترى وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشترى ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضى وطلب المشترى من القاضى الاعذار عن محمد روايتان فى رواية يجيبه فيبعث منادیا ينادى على باب البائع ان القاضى يقول ان خصمك فلانا يريد أن يرد المبيع عليك فان حضرت والا

الطلاق الرجعى لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزاما مجددا سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه أو لانه لا ضرر فيه فان الايجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أولانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضى به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولى يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه

امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر فى العدة أو لكونه بايجاب الشرع تصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور فى خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الاجازة وهو غير مرضى به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه (قوله ولو كان فسخ فى حال غيبة صاحبه) يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كنى هو الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد

(قوله لان ذلك الى قوله من الالزام الخ) أقول العنق اثبات القوة الحكمية على ما بين لانه اسقاط والاظهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالى النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله أولانه غير زائد على موجب التخيير) أقول وكذلك الفسخ فى مسئلتنا فالاولى أن يقال أولا انه مرضى به ولولا لما أقدم على الايجاب (قوله أو هو مرضى به ولولا لما أقدم على الايجاب بالاقدام على سببه) أقول سببه الاعتاق لا النكاح

نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا اعذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق فيأخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب يرده على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروايتين أنه اذا قال الخصم اني أعذرت اليه وأشهدت فتوارى فيقول القاضي اشهدوا انه زعم أنه أعذر الى صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها على ما عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف لكنا نورد ها بناء على تسليم تمام الدليل فنقول ان المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بأن اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ اذا أثبت الرجعة قبلها أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما يثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف شرط تصرفها هل هو موجود أولا ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه وأجيب بأنها اسقاطات لا يلزم بها شئ من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها أجيب لا رواية فيها وعلى تقدير التسليم فالتخيير أثبته لها الشرع مطلقا وله الولاية عليهما ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بأن عقدهما لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانعدم أصلا في حقه فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بأن العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا ترى أنها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملك أقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه

﴿فروع﴾ اشترى غلاما على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا رد للآخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين ففال البائع بحضور المشتري أجزته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الارض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرعها باذن البائع صار كأنه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البائع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز وطاب له

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره) اذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشترى أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار يأخذ أيهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث أعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيه ما ذكرتم لان كلا منا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين ولكن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار ألا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقتا ما والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار

اذ حاصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع أو حط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشرط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقا لم يجز ولو أمره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر أو للاجنبي صح ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا أن العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد (قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره) بائعا كان أو مشتريا (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أي الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله (فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانهما يورثان بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الاعيان ولفظ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيأ الا مشيئة مبني على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الا بدله والمختار أن المفرغ له هو المعمول ففي ما قام الا زيد قام زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب

قال (ومن اشترى وشرط الخيار لغيره) تقرير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز يعنى من المشترى وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز فى القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط فى العقد صار حقا من حقوقه واجبا من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشترى أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبى لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ) أقول ويجوز أن يكون قوله فأيهما أجاز جاز خبرا بالتأويل المشهور فى وقوع الانشاء خبرا وهو تقرير القول قال المصنف (لان الخيار من مواجب العقد) أقول فيه بحث (قوله واجبا من واجباته) أقول فيه بحث والظاهر أن يحمل الكلام على التشبيه والمبالغة فيه أى كبعض مواجب العقد

قال (ومن اشترى شيأ وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشترى

لان الارث فيه للعين ومن جملته الجزء المستحق فاذا دخل فى ملكه تمام الاجزاء و بعضها محتبس عند انسان كان يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعى لا يصح على أصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكأنه ذكره الزاما لنا وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير فى تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاء الخيار لازما للعين الموروثة فى الموضعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشترى فانه لم يدخل المبيع فى ملكه عند أبى حنيفة فلا يورث ووجهه قوى على ما تقدم ويقال على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقته فسلم لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لاعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه فى الاستدلال ليس الا أن يقال ثبوت ذلك شرعا فى أملاك الاعيان معلوم متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع فى غيرها من الحقوق يتوقف على الدليل السمعى ولم يوجد ونفى المدرك الشرعى يكفى لنفى الحكم الشرعى فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالى قلنا الثابت قوله مالا فى الصحيح وأما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا ومالم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بأن الملك انما ينتقل فى ضمن انتقال العين فبعد أنه فى غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل فان حقيقة انتقالها انما هو فى المكان فآل الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا أن المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفى كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة فى بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على قول أبى حنيفة أما على قولهما فينبغى أن يورث فانهما يثبتان الملك للمشترى بالخيار فى العين فينتقل الى الورثة عين مملوكة له فيها خيار أن يفسخ كما فى خيار العيب بعينه وفى خيار البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم (قوله ومن اشترى شيأ وشرط الخيار لغيره) يعنى لغير الذى ليس هو عاقدا ولا لغيره يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقد أو المشروط له الذى هو غيره (جاز وأيهما نقض البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهى أيهما أجاز خبره واذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء فى خبره نحو الذى يأتينى فله درهم (وأصل هذا) أى جواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازه استحسان وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعى و بقولنا قال مالك وأحمد وهو الاصح من مذهب الشافعى الا أن فى ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين فى وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان فى وجه يفسد البيع وفى وجه يصح البيع و يبطل الشرط وجه (قول زفر ان الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشترى) واشتراط ملك المبيع لغير المشترى واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأى

وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما ان شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى ألا ترى ان من قال لعبده حنث في يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولا ثم على الغير كفالة عنه كذلك وأجيب عن الاول بأن الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه وأما التحرير فانه الاصل في (١٢٧) وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه

ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا للتصرف وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الاول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه

وقد يكون الانسان علم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بهما في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات فيشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه وأجنبيته عن العقد انما تمنع إن سلمنا صحة مانعيته لو أجزناه أصلا مستقلا لكنا لم نعتبره الا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه فيثبت لهما واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعا لنا لملازمة ممنوعة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود أولا وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبدك عني بألف انما هو العتق فكان التملك مقصودا لغيره تبعا لقصده ليصح العتق عنه وان كان أصلا بالنسبة الى الوجود فكذا هنا المقصود أولا وبالذات ليس الا الاشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم يجز اشتراط الثمن على الاجنبي وتثبت كفالته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أجيب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الاجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعني به ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد في رواية) كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذي هو (الفسخ في أخرى) هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الاجنبي (وجه الاول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه)

وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه (واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض) ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم مزاحمه (ولو خرج الكلامان معا اختلفت الرواية) ففي رواية بيوع المبسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسخا كان أو اجازة

(و) في رواية ما دون المبسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الاول أن تصرف العاقد أقوى) والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك أن تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق أحدهما لا بعينه وأجيب بأن الترجيح يحتاج

(قوله تصحيحا له بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض بيانه انه جعل الخيار ثابتا للعاقدين اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لانه لم يثبت صريحا فتأمل ذلك (قوله فالجواب ان المشتري أصل الخ) أقول فيه بحث لانه لم لا يجوز أن يقال هنا أيضا الاعتبار للقاصد والغير هو مقصود البائع بطالبته الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

اليه عندنا في الفعلين كالفسخ والاجازة وأما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و (وجه) القول (الثاني ان الفسخ أولى لان
الجائز يلحقه الفسخ كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع (والمفسوخ لا تلحقه الاجازة) فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه
الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا لاقى من له الخيار غيره فتناقضا المبيع ثم هلك المبيع عند
المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو
اجازة للمفسوخ وأجيب بأن الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكر تم فسخ لا اجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي
يوسف) في المبسوط قيل والثاني أصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل
منهما أصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث التصرف فرجحنا من
حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العقد عارضته في
ذلك (قوله واستخرج ذلك) (١٢٨) يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما (و) انما (استخرج مما اذا باع الوكيل من أحد والموكل من

وجه الثاني ان الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما قال (ومن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب

والتصرف الصادر عن اصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلقاها معا فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عينا ولو كان المرجح الاصيل تعين طلاقه أجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجيح بكونه أصيلا أو وكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف و (الفسخ أقوى) لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الائمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلفا فيها هي ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحا لتصرفه للاصالة (وأبو يوسف يعتبرهما) على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله ومن باع عبدين بألف على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد الخ والمسئلة على أربعة أوجه) في ثلاثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح (أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار) وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله (وهو الوجه الاول) المذكور (في الكتاب) والاظهر أنه يريد به البداية لان الهداية

غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبر تصرفهما) ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لملكيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فتلمنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح شرحها فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لملكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك أن يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فيترجح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى أحوال المتصرفين التساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ أقوى لما ذكرنا قال (ومن باع عبدين بألف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما أن لا يحصلا أو يحصلا جميعا أو يحصل التفصيل دون التعيين أو العكس من ذلك فان كان الاول بأن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام

(قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاصله انه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه وكلمة لما تدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الايجاب

فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالتهما أولى وذلك لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فكان الداخل فى العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثانى وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار فى أحدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذى فيه الخيار غير داخل فى الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد فى الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحر فى عقد القن اذا جمع بينهما فى البيع أجاب المصنف بأن ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا فى العقد وان لم يدخل فى الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر فى البيع فان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد فى الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخلا فى العقد ولا فى الحكم ولقائل أن يقول فى الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط وان كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة على انى بالخيار فى أحدهما فالبيع فاسد أيضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد فى الآخر لفسد فى القن اذا جمع بينه وبين المدبر أو أم الولد ولم يفصل الثمن أجيب بأن عدم التفصيل مفسدا اذا أدى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد فى حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فى حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد فى حق الآخر انعقد بالحصة ابتداء وهى مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده فى حق الحكم ولهذا الوقضى القاضى بجواز نفذ فكان قسمة الثمن فى البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصة

وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثانى أن يفصل الثمن ويعين الذى فيه الخيار وهو المذكور ثانيا فى الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد فى الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن

شرحها (وفسادها لجهالة المبيع والثمن) جميعا وذلك أن الذى فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه فى حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع انما هو فى الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم فى مثله على المبيع بالاجزاء وثانيها وهو الوجه الجائز أن يعين كلا بأن يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أنى بالخيار فى هذا لانتفاء المفسد من جهالة أحد الامرين فان قيل ان انتفى مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد فى الذى فيه الخيار وهو غير داخل فى الحكم شرطا لانعقاده فى الذى ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد وحيث لا يجوز البيع فى العبد أجاب عنه المصنف بعد الاشارة الى السؤال بقوله (وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أى من فيه الخيار (محلا للبيع) فهو (كما لو جمع بين قن ومدبر) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع فى القن بحصته وان كان قبول العقد فى المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر فى البيع لمحليته له فى الجملة ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل فى البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفى الجمع بين القن والمدبر فى البيع خلاف سيأتى ان شاء الله تعالى فى آخر البيع الفاسد وثانيها فصل ولم يعين الذى فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أنى بالخيار فى أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذى فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو أن يقول بعتك هذين بألف على أنى بالخيار فى هذا والفساد فيه لجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما بتعين من فيه الخيار الا أن ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين الذى لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين فى البيع بثمن واحد فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو جاريتين فاذا احداهما أم ولد حيث يصح البيع فى القن بحصته من جملة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح فى المسئلة المذكورة فى الكتاب بالحصة أجيب بأن

(قوله فكان الداخل فى العقد) أقول أى فخلص الحكم (قوله وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول وجه التأمل ان شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يتروى فى الجواب ان شرط الخيار لما كان مجوزا شرعا على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد الى الآخر فتأمل

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء) ومن قال اشتريت أحد هذين الثوبين على ان لي ان آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلاثة وأما اذا كانت الاثواب أربعة فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فساده في الاربعة لان المبيع أحد الاثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط

قال (ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فان كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردىء فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين

فجاز الحاقه وبيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق له والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما (يحتاج الى اختيار من يثق به) لخبرته أو اختيار من يشتريه لاجله كامرأته وبنته (والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم ان (الجهالة تفضي الى المنازعة) لانه لما اشترط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة فأما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فانما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردىء فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء

من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكرنا أن لا يجوز العقد في تلك المسائل في الفن وبصير ما ذكرنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فأثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه وعلى ما ذكرنا يتفرع ما في فتاوى قاضيخان باع عبدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء وهذا خيار التعيين يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للبيع أما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الاربعة (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى رفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان) قد (يحتاج الى رأي غيره) في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه أو لتحجبها خصوصا اذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج الاسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا ببيعه فكان في معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردىء والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لا تفضي الى المنازعة) جواب عن تعليل زفر والشافعي

(قوله بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه انه ينبغي أن يزيد قوله ولي الخيار كما فعله المصنف فان المفهوم من كلامه توقيت خيار التعيين الا انه غيره الى هذا اشارة الى وجوب توقيت خيار التعيين اذا انفرد عن خيار الشرط كما سيجيء بها (قوله فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول لو كان منع الجهالة لافضائها الى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع في الاربعة الى مرخص اذ ليس فيه هذه الجهالة فالاولى أن لا يقيد الجهالة به كما فعله المصنف وغيره (قوله أو اختيار من يشتريه لاجله كامرأته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه) أقول ضمير اليه راجع الى من في قوله من يشتريه

العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم أن محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا قصدا وهو اختيار فخر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب عامدا في رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة وأما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يخلو إما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين (١٣١) أولا فان لم يذكر فلا بد من توقيت

وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والاول تجوز واستعارة

بها واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الارفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لان البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لا عمه منه فيرد جانب البائع الى القياس فلهذا نص في المجرد على أنه لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي أنه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وأنت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعني البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة قيل نعم كما (هو المذكور في الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضيخان الى أكثر المشايخ وقال شمس الائمة في جامعه هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) وغيره والمذكور في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قصدا وصححه فخر الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فانه يقتضي أن شرط الالحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لا أن صحة البيع على أنه ان لم ينفذ الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذي فيه الخيار لا انه يسقط خياره ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط

خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وبمدة معلومة أي مدة كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف لانه أخذ بالقياس في قوله ان لم ينفذ الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بينهما أجيب بأن قوله ان لم ينفذ الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه

(قوله وان لم يذكر الزيادة) أقول يعني قوله ولي الخيار الى ثلاثة أيام قال المصنف

(وهو المذكور في الجامع الصغير) أقول لم يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين (قوله وفيه نظر الخ) أقول ولك أن تقول مراد الاولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتا معلوما اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة الزيلعي في شرح الكنز فلا يرد النظر اذ يعود الضمير على هذا الى خيار التعيين (قوله وحجة الآخرين الى قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح فخلله بين فان التوقيت المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما ولهذا استدل على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة محمد في الجامع الصغير على ما فصل في المحيط والذخيرة فيجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق فتأمل ثم أقول محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان مجامعا له على ما كان قبله اذا لم يعين المشتري أحدهما فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتأمل (قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

(ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة) حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شئ وهذا لان المعيب ممتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعا وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما شيوع البيع والامانة فيهما

الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شئ وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره فالم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لانه أصله وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فاطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه تطرو قد طولب بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذا بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها أجيب بأن في خيار النقد تعليقا صريحا بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط وارد فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان أخذه في خيار النقد في الثلاثة بأثر لابن عمر فيه ونفي الزائد بالقياس وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا فأجازا بن عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه الا أنه لا يطابق قول المصنف في مسئلة خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذي حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شئ لانه تعين انه أمانة أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (ولو هلكا معا) بعد القبض (لزمه نصف ثمن كل واحد منهما شيوع البيع والامانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما وأثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب فاختلفا في الهالك أولا فادعى البائع انه أكثرهما ثمنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول أولا يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا يجعل كأنهما هلكا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما بين قبل فان أقاما قضي ببينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بثمنه و يرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيأ استحسانا لان المعيب محل لابتداء البيع أيضا بخلاف الهالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا لتعيينه ولو كان البيع فاسدا قبضهما فأحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فانه يضمن نصف ثمن كل فان قيل من أين يتعين المعيب للبيع دون الامانة وأحدهما لا على التعيين مبيع كما ان أحدهما لا على التعيين أمانة وامتناع الرد للعيب المعلل

أن يكون على حذف المضاف والقرينة القريبة (قوله فكان التعيب اختيارا دلالة) أقول فيه بحث (قوله لانه لم يقبض الآخر ليشتريه الخ) أقول أي ليستديم اشتراءه فان مقصوده استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك الاحد بالتعيب فبقي الآخر أمانة (أقول أجيب بأن المرأة اذا أشرفت به على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق) أقول فيه تأمل فان خروجها عن محلية وقوع الطلاق بالاشراف على الهلاك غير مسلم

وأما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الايام فله أن يردهما بخيار الشرط فى الايام الثلاثة لانه أمين فى أحدهما فيرده بحكم الامانة وفى الآخر مشترى قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فاذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وان اختار أحدهما لزمه ثمنه لانه عين المبيع فيه ولزمه وكان فى الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشترى فى الايام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقى للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث وأما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخى ذكر فى مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار محمد فى المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البيع قياسا على خيار الشرط وذكر فى المجرد أنه لا يجوز لان هذا

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لان الباقى خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت فى حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال (ومن اشترى دارا على انه بالخيار)

به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم اذ اعتبار أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الامانة أجيب بأن اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضى عبد الغنى فى مختلفاته وأما عدم الضمان على الامين فباستصحاب الحال فان قيل لم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب بمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس هنا شئ على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا ينجز فيه عقد بل تعيين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على ان أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قيل لاى شئ انعكس حكم طلاق احدى الزوجتين وعتق أحد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقى لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع أجاب على القمى بأنه لا فرق فى الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه فى المسائل كلها غير أنه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقى بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقى للامانة وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لاى شئ جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقى وهنالك جعل المحل للتصرف الباقى دون الهالك مع أن التصرف فى الكل فى الاحد الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد بالوجه الذى قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقى للضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقى لهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما

البيع مع خيار المشترى انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى فى جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذ المبيع كان ملكه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد لا فى بيوع الاصل ولا فى الجامع الصغير وبين مما ذكرنا ان المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ففى بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفى بعضها ثوبين وهو مجاز وأثبتها فخر الاسلام وقال فى وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعا قال (اشترى ثوبين وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما فى قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أضاف الخروج اليهما وان كان يخرج من أحدهما قال (ومن اشترى دارا على انه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط

(قوله وأما اذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم فى هذا القول بنصف ورقة تخميننا وهو قوله فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لان الباقى خيار التعيين للاختلاط) أقول يعنى لا للشرط ولهذا لا يتوقت فى حق الوارث الخ فقوله ولهذا ايضاح لكون الباقى خيار التعيين الذى شرطه من له الخيار بل خيار ابتدائى كما سبق ولهذا لا يتوقت وهذا ظاهر للمتأمل فلا وجه لما قاله الاتقانى قال المصنف (ومن اشترى دارا الى قوله الى اختياره الملك) أقول لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها بها فليتأمل والظاهر أن المراد بالاخذ القرب منه بطلبه

(فبيعت دار أخرى بجنبها فى مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا) يسقط به الخيار لان أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك تقتضى الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبى حنيفة خاصة لان خيار المشترى يمنع دخول المبيع فى ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فان المبيع يدخل فى ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار فى دار يريد ردها قال شمس الائمة أما وجوب الشفعة للمشترى فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة وأما عند أبى حنيفة فلانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان المشترى لم يصر أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لم يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتى قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة أيام فرضى أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يرده عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا له أن يرده) وكذا اذا اشترياه ورضى أحدهما بعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يريا ه ثم رأياه

(قال المصنف فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول انما قال من وقت الشراء اذ لا مرجع لاثبات الملك فى الاوقات التى بعده حتى يتعين له أحدهما (قوله لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار) أقول يعنى فلا بد من الجواز (قوله فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء تنافيا لان سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجامع الملك عند أبى حنيفة الخ قال المصنف (فليس للآخر أن يرده عند أبى حنيفة الخ) أقول لقائل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه اذا رد أحدهما فليس للآخر أن يرضى وما الذى يترجح به جهة الرضا على الرد

(فبيعت دار أخرى بجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبى حنيفة خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر أن يرده) عند أبى حنيفة وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

(فبيعت دار الى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنبها الان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لانه) أى الشان (ما ثبتت) الشفعة (الا لدفع ضرر الجوار وذلك) أى ضرر الجوار يحصل (باستدامة) الملك فحيث شفع دل على أنه مستقيم للملك (فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبى حنيفة خاصة) لانه القائل بأن المشترى بالخيار للمشترى لا يدخل فى ملك المشترى فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بأن المشترى بالخيار ملكها فتجب له الشفعة بها والوجه أنهما أيضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو من زلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفى المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبى حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشترى هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد فى الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع فى الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى اذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتى أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة به (قوله واذا اشترى الرجلان عبدا) مثلا (على أنهما بالخيار ورضى أحدهما بالبيع) بطل خيار الآخر (فليس له ان يرده عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيأ فاطلعا على عيب فرضى به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له ذلك أو اشتريا ولم يريا فعند الرؤية رضى

(لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نسلم أن اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما ألا ترى ان من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا مهايأة والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا أيضا للمراد لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير أقطع وأفجع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضا منه لعيب التبعيض أجيب بأنه ان سلم فهو رضاه في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع يفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل

لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك)

أحدهما دون الآخر (لهما أن اثبات الخيار لهما اثباته لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه) حقه (وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهايأة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بالحاق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب أجيب أنه انما رضي به في ملكهما فان قيل بل رضي به مطلقا لان الخيار معلوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامرين أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره يعني لا يلزم من كونه شرطه لهما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جاز هذا كان هو الظاهر والظاهر أن التصرف من العاقل اذا احتمل كلا من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر أنه انما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خباز وكاتب) أي حرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه غرر صحيحا والاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز الا أن يكون اشتراطه يعني البراءة من وجود وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلوب جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاج وفي الكتاب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو انثى وشرط كون الثمن مكيلا به أما لو اشترى جارية على أنها حامل

حصل بفعل المشتري رد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله (قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار) جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما لا يلزم عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) رجل اشترى عبدا على انه خباز أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا أو كاتبا

فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا أو خبازا على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك أما رده

(قوله وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولك أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضي بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكيلان فليتأمل (قوله وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من ابطال حق الآخر (قوله ضررا للمراد) أقول أي المريد الرد (قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول ان أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك وان أراد تفرقه بين البائع والراضي فلا نسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرده الخ) أقول يعني وكذا لا يرد اذا كان الرد موجبا للعيب

فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه أعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة الثمن أو الثمن كان ملائما للعقد ألا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل أو على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول يصير الكل مجهولا ولهذا الوشرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا نعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان المشتري ما رضي بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها لبون فاذا هي حامل أو على انها تحلب كذا فان

لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا أخذه أخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لان الحبل في الجواري عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط انها حامل يعني ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غررا فكانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجده كاتبا أو خبازا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز أعني الاسم الذي يشعر بالحرفة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بأن يكتب شيأ يسيرا ناقصا في الوضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله واذا لم يجده كما ذكر وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن أبي حنيفة لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما في العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم أجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل أنه ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل في هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الاصلية أصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تأيدت بمؤيد وان لم تتأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري ولا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان قلن بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لان شهادتهن تأيدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة لتتوجه اليمين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري

بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية وروى ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة وأما أخذه بجميع الثمن فلأن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أقول لا يظهر فائدة هذا القيد فليتأمل

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قال (ومن اشترى شيأ لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاء رده) وقال الشافعي لا يصح العقد أصلا لان المبيع مجهول

وروى عن أبي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشترى الى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لان الاصل هي البكارة ولا يريها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشترى الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشترى وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس أعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا أو هندي فوجده مرويا أو كتانا فوجده قطنا أو أبيض مصبوغا بعصفر فاذا هو بزعفران أو دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن أو على أن لا بناء ولا نخل فيها فاذا فيها بناء أو نخل أو أرضا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه فحل فاذا هو خصي أو عكسه أو أنها بغلة فاذا هو بغل أو ناقة فكان جملا أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو حمارا أو بعيرا فاذا هو اتان أو ناقة أو جارية على انها رتقاء أو حبلى أو ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغي في مسئلة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكاربة فالبعير أفضل ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شئ من ذلك لا خيار للمشترى

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشئ الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله ومن اشترى شيأ لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده) سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشترى جرابا فيه أثواب هروية أو زيتا في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيأ ومنه أن يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا أو ثوبا في كمي صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار اذا رأى شيأ من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أولا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستور أولا مثل أن يقول بعت منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة ليبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا كان يقول بعتك شيأ بعشرة وقول المصنف (وقال الشافعي لا يجوز العقد أصلا) هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيأ لم يره فالبيع جائز معناه أن يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الدرة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلا منا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا أي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم

﴿ باب خيار الرؤية ﴾

قال العلامة الكاكي في المبسوط الاشارة اليه والى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى أقول في كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط جواز سيما بالاجماع كلام فتأمل

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه) وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو أنه قال قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لاجماعنا على ان

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه

لا يجوز وأما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك وأحمد مثل قولنا واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما وذكر المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصر اعليه يعني وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وماذلك الا للجهالة قلنا أما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقضينا عهدته وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غيره وذلك ليس الا بأن يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بأن لا ضرر فيما أجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فأما اذا أوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو دائر حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب وارتفقت جواز البيع على حضوره ورؤيته ربما تفوت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحقوق شيء من الضرر فأنى يتناوله النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعا ليس الا لذلك فظهر ان كلا من الحديثين لم ينف ما أجزناه فكان نفيه قولا بلا دليل وكفانا في ابانة المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلا حدثنا اسمعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدالته لا ينفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو رأي ابن سيرين أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه ينبني على أن العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له وهي مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا ما لم يعلم أن عمله عن الحديث وقد روى الحديث أيضا مرفوعا رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة الا أن في طريقه الى أبي حنيفة عمر ابن ابراهيم الكردي نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيأ ثم اشتراه فوجده متغيرا الان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن وكذا اشتراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه) يعني فيما لو

المشتري اذا كان قد رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستجيدها فاشتريها فأسلمها اليه فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وقد أجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا لم يملكه ثم ملكه فلم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمة يقتضي خياره وانما أفضت اليها وقلنا بانبرام العقد ولم نقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بأن اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى المنازعة وعورض بأن البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد وأجيب بأن المعارضة ساقطة

اشترى

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهي يقتضي المشروعية

لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تفريع على مسئلة القدوري يعني كما أن له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشئ لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما أدى الى ابطاله فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منبرما فجاز فسخه لو هاء فيه ألا ترى ان كل واحد من العاقدين في عقد (١٣٩) الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ

(وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده) لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بقتضى الحديث ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضيت) الى آخره أي وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه له أن يرده لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا أجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت بأسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها الا ان معنى الخيار أن له أن يجيز وان يفسخ ثم لم تثبت الاجازة بسبب آخر فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك وأما الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا رواية فيه وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية) فلو تم لزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو

باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم (قوله ولان الرضا بالشئ) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء للرضا والرضا بالشئ (لا يتحقق قبل العلم بأوصافه) لان الرضا استحسان الشئ واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا لاستقباح الشئ واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما به

من انتفاء احتياجه الى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف

(قوله وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منبرما لوهاء فيه على ما فصله المجيب غاية ما في البيان أن عدم الابرام باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليتأمل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول هذا أيضا ممنوع لما سيجئ في الصفحة المقابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر قال المصنف ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق) أقول فيه أن عدم العلم بأوصافه غير مفروض فان غير المرئي قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي بأوصافه

قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيأ فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشترى بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من

قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروى أن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى أشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم

كان المبيع اناء من أحد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان فى عقد ينفسخ بالفسخ لا مالا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقى العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا وليس للبائع أن يطالب المشترى بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية منه ولا تتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف كما هو خلافهم فى الفسخ فى خيار الشرط (قوله ومن باع مالم يره) بأن ورث عينا من الاعيان فى بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب) فانه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة (وخيار الشرط) فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان أقرب لان ثبوته فى العيب معقول لاحتباس ماهو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفى عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز متأخرا للمصلحة التى ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) يعنى فى حق البائع (وثبوتا) فى حق المشترى (ولا يتحقق ذلك) أى تمام الرضا (الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) يخال انه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع على البتات وهو تعليل بالعدم وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بأحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل أعنى خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا وليس الواقع هذا الظهور اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حق له أن يرجع وذكر للمرجوع اليه وجهين أحدهما (انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه) ولا يخفى انه نفى للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثانى ما أخرجه الطحاوى ثم البيهقى عن علقمة بن أبى وقاص ان طلحة رضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لى الخيار لانى بعت مالم أره وقال طلحة رضى الله عنه لى الخيار لانى اشتريت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضى الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم لان قضية يجرى فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن

وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان اجماعا على ماذكر فى المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث

احد

قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قيل خيار الرؤية يوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق مالم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشترى بالخيار اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والا لبطلت فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة فاتت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به أو يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال أو يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها ولحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختيارا له قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان احداهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فأخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضيخان وأجيب بان الاصل فيهما وان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بأن يكون تعيبا أو تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فأما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق بخيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشترى والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو رد المشترى عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بأن ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار

أحد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله و) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعني بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل تذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للمتصرف (كالاعتاق) للعبد الذي اشتراه ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشترى لخلوص الحق فيه للمشترى وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا (تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجد موجب شرعي عدمه

(قوله فأشبه الرد بالعيب) أقول فيه تأمل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعني أن الضابط يفهم مما ذكر الى قوله ويعلم (قوله ويحل في غير الملك) في الجملة أقول يعني باجازة المالك (قوله قيل يشكل على هذا الكلي الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفي في صحة الكلية فانه لم يقل يبطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لا نسلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أي فسخ البائع استقلالا (قوله لا يمكن رفعها) أقول مطلقا أو من التصرف مستقلا

وعن الثانى بأن دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذا لم تكن من ضرورات صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال وأما الثانى فهو الذى لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا أى لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى يعنى اذا لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع (قال ومن نظر الى وجه الصبرة) اعلم ان المبيع إما أن يكون شيأ واحدا أو أشياء متعددة والثانى إما ان يكون متفاوت الآحاد ولا فذلك أقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما اذا كان عبدا أو جارية فان فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك فى العبد لا يجوز أصلا فسخ العقد أو لم يفسخ وفى الامة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر فى عورتها واقعا فى غير الملك لان العقد ارتفع بالفسخ من أصله (١٤٢) فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطى والنشر فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثانى كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخى فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقى لتفاوت فى آحاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددى المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المصنف يكتفى برؤية واحد منهما الان رؤية البعض تعرف الباقى لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج الا أن يكون الباقى أردأ منها فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقى لانه مكيل يعرض بالنموذج

وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا (قال ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية أو الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والاصل فى هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل فى البيع أشياء فان كان لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقى اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى وكان ينبغى أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج

اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل (وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلالته أولى ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانهما اذا وجدا من المشترى الذى له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من ان دلالة الرضا لا تعمل فى اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم فى التصرف الذى تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه برد بقضاء أو بفسك الرهن أو فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا فى رواية عن أبى يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه اذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية الخ) والاصل فى هذا أن رؤية جميع أجزاء (المبيع غير مشروط) فى انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذره) عادة وشرعا والاحتراز أن ينظر الى

(قوله وعن الثانى بأن دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثانى عندى أن يقال ليس بطلان الخيار ههنا لدلالة الرضا عورة أو صريحه بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال الاتقانى تقول ساوم البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها وساومها المشترى بمعنى استامها ساومه ولا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يشترى كذا فى المغرب انتهى وقال العلامة الكاكى المساومة طلب البائع والمشترى لبيع سلعة كذا فى الفوائد انتهى (قوله فان فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما) أقول لا يخفى عليك أن الكلام فى الرؤية التى يبطل الخيار معها اذا وقع البيع بعدها والا فلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذى ذكره الشارح بل الاولى أن يقال فان فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وهما باقيان فى ملكه وهى حرام فليتأمل فانه يمكن أن يقال المقصود اثبات المدعى بالطريق الاولى وفيه ما فيه بل المراد الرؤية بعد البيع وهى تسقط الخيار اذا قبض بعدها

وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان فى طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود فى الآدمى وهو والكفل فى الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله وفى شاة اللحم لابد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفى شاة القنية لابد من رؤية الضرع وفيما يطعم لابد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

عورة العبد والامة اللذين يريد أن يشتريهما ولزم فى صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئى تبعا للمرئى فاذا سقط الخيار فى الأصل سقط فى التبع اذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر الى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقى فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما أو ظهرهما وسائر أعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الاعضاء فى الاماء والعبيد تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى سائر الاعضاء وفى الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصود ان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وهو المروى عن أبى يوسف وقيل لا يسقط ما لم يرقوائمها ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن أبى حنيفة فى الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكفى الوجه اعتبارا بالعبد وفى رواية المعلى عن أبى حنيفة يعتبر فى الدواب عرف التجار (وفى شاة اللحم لابد من الجس) باليد فلا يكتفى بالرؤية مالم يجسها (لان المقصود اللحم وفى شاة القنية لابد من رؤية الضرع وفيما يطعم لابد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادى يعرف ما فى الطى فلو شرط فتحه تضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلابد من رؤيه كلا الوجهين أو يكون فى طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا فى عرفهم أما فى عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر فى الثياب وهو قول زفر وفى المبسوط الجواب على قول زفر وفى البساط لابد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصدر يبطل قيل وينبغى أن ينظر الى الصدر فى زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفى الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو وأما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى بها مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل فى البيع أشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته) أى علامة ما لا يتفاوت آحاده (أن يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية واحد منها) فى سقوط الخيار (الا اذا كان الباقى أردأ مما رأى حينئذ يكون له الخيار) يعنى خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره فى الينابيع وفى الكافى اذا كان أردأ له الخيار لانه انما رضى بالصفة التى رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه فى بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقى يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى مالم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع فى الحال (وان كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلابد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذى ذكرنا أعنى رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخى) قال المصنف (وكان ينبغى أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة) وبه صرح فى المحيط وفى المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض فى المكيل اذا كان فى وعاء واحد أما اذا كان فى وعاءين أو أكثر اختلفوا فشايخ العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكتفى بل لابد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية

(والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا أن يكون فى طيه ما كان مقصودا كموضع العلم) واذا نظر الى وجه الآدمى بطل الخيار لانه هو المقصود به فى العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له ألا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوى فى سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه أو الكفل فى الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان فى الدواب هذا هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة فى الدواب فان كان المكيل والموزون والعددى المتقارب فى وعاءين فرآها فى احدهما فان كان مافى الآخر مثل ما رأى أو فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا ردت الكل لئلا تتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما أن تكون للحم أو للقنية أى الدر والنسل ففى الاول لابد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفى الثانى لابد من رؤية الضرع وفى المطعومات لابد من الذوق لانه المعرف للمقصود

(قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لابد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلابد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود أما اذا كان أردأ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت آحاده كالبطاطخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت وأسقطت خياري وفي شراء الرحى بآ لانه لابد من رؤية الكل وكذا السرج بأداته ولبده لابد من رؤية الكل (قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما تحت السرر والى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفى برؤية المقصود منها (وعند زفر لابد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في الكوفة (فان دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلابد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا أن يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار أو رؤية خارجه فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وفي جامع قاضيخان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيأ وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع وأما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيأ يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم ان باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى اذا رضي به يلزم البيع في الكل ان قلع البائع أو المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيأ له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يرده رضي بالمقلوع أو لم يرض وجد في ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعده صار مواتا والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيأ لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيأ يباع عددا ان قلعه البائع أو المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كرؤية كله وان قلعه المشتري بغير اذن لبائع بطل خياره وقد حكي فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فيما ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون

والعددي

(قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له) رؤية صحن الدار أو خارجها ورؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لان كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فأقصار رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى لابد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب أي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون كصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فأما اليوم يريد به ديارهم فلابد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر

(قوله يشترط رؤية الكل) أقول هذا كلام بعض المشايخ على ما يعلم من معراج الدراية ثم أقول كلام الشارح في هذا المقام مخالف المشروح

قال (ونظر الوكيل كنظر المشترى) قيل صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى فى قبض المبيع أو وكلتك بذلك وصورة الارسال أن يقول كن رسولا عنى أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال أمرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه يسقط خيار المشترى فلا برده الا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر اذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض اليه فاذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشترى فله أن برده عند أبى حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء فى عدم سقوط خيار المشترى وله أن برده ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة فى الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء

قال (ونظر الوكيل كنظر المشترى حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشترى وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله أن يرده) قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا الان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه

والعددى المتقارب لان بعضها يستدل فى العادة على الكل وان اختلف البائع والمشترى فى القلع فقال المشترى أخاف ان قلعته لا يصلح لى ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى يتطوع انسان بالقلع فان تشاحا فسخ القاضى العقد بينهما (قوله ونظر الوكيل) الى المبيع مكشوفا يعنى الوكيل بالقبض كما فسره المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلا عنى بقبضه (كنظر المشترى حتى لا يرده) المشترى بعد قبض الوكيل ورؤيته (الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل) والرسول هو من يقول له المشترى قل لفلان يدفع اليك المبيع أو أنت رسولى اليه فى قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلا لانه من ماصدقات أمرتك وقد قيل لافرق بين الرسول والوكيل فى فصل الامر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما اذا قال أمرتك بمادة ألف ميم راء (وهذا عند أبى حنيفة وقالا هما) يعنى الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذى له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) واذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيبا لم يره ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل فى قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضا (كالاسقاط قصدا) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لا يسقط (وله ان القبض على نوعين) قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل بهذا القبض من المشترى كان هذا القبض تاما (وناقص وهو أن يقبضه مستورا) واذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل) بخلاف ما اذا أسقط الخيار قصدا بأن قبضه مستورا ثم رآه

فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه (لهما أنه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيأ ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رائيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل أبى حنيفة رحمه الله مبنى على مقدمة هى (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) اشارة الى تنوعه بالنوعين وبيانه (أن تمام القبض بتمام

 الصفقة ولا تتم) الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لان تمامها تناهيها فى اللزوم بحيث لا يرتد الا برضاه أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل فى القبض الناقص لاستحالة

(قوله فيما اذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار (قوله وهذا اشارة الى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله اشارة الى كون القبض وهو يراه تاما تأمل

أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي أجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا أو ضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من توكل بشئ توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضا أو قضاء ومالم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام (١٤٦) القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة

مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيأ وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز)

لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع ههنا دل أنها كانت تامة وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدوري أن من اشترى شيأ على أنه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فان اتمام ما أرسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قال (وله

فأسقط الخيار لأن بقبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (اسقاطه) لانتفاء ولايته ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احداهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا رآه انما يتأتى على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لانه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لانه) يثبت مع (تمام الصفقة) لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المعيب وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الا من عيب قال فخر الاسلام يحتمل الا من عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني وخيار الشرط لا نص فيه فلنا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدوري وهو رواية الهندواني لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يجيز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولئن سلم) انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح (فالموكل لا يملك التام منه) فاذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فانه لا يملك شيأ) من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصور الارسال في البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء أن يقول قل لفلان اني اشتريت منك كذا وكذا بعين كذا وكذا (قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز الا في السلم والشراء يعتمد في لغة الحجاز ويقصر لاهل نجد (وله

(قوله والثاني ممنوع فان من توكل بشئ الخ) أقول لو صح هذا لزم ان لا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجدي نفعا (قوله لان الاختيار) أقول التتابع بالياء بنقطتين بعد التاءين والاختيار بالياء المنقطة بنقطة تحتانية بعد التاء من الخير قال المصنف (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول فيه بحث فان الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف الا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا والحق أن يجاب بأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا اشكال الا أن قوله اذا اشترى يأبى عن هذا نوع إباء فليتأمل

(وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعمي فكذا الجواب وان كان أكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير وبان من أصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به لغيره فاذا احتاج الأعمى الى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا (انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيأ لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان

من غير نكير فان ذلك أصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بمسه فخياره يسقط بجسه وان كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات وأما اذا كان شجرا أو ثمرا على شجر أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض أئمة بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لرآه وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسى في حق الآدمي والاصلع واطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف

قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الاعمى يشتري الشئ لم يره فيقول قد رضيت قال له أن يرده وان كان في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يرده وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه

وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلاة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه

(وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره) فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررناه من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس) كالشاة (وبشمه اذا كان يعرف بالشم) كالطيب (وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كما في البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتابي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف (لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم) وممن أنكره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرأى العقار وقال رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على رأس من لا شعر له) في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته في السلم ووجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي وعن أبي يوسف أيضا انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر الشم ولا الذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث (وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه)

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بموجود في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه والاولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام فله الخيار اذا رأى فان اذا تستعمل في المتحقق فليتأمل فأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيرا ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل للخيار من النظر الى صفة العجز وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما) قد تقدم ان في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا اذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما ان شاء كي لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الأصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى عنه النبي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب أو أعتق أحد العبدين أو دبره والمطرد راجح وبأنه محرم والمحرم راجح على المبيح أولانه متأخر عن المبيح لئلا يلزم تكرير النسخ وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد أحد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين لا أحدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقها مطلقا وقد قيدتم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النهي انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا أوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الردىء الى الجيد ترويجه بالجيد فاذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضا لان فيما نحن فيه رد أحدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على بصفات المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كي لا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الاصل

فيسقط بذلك خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو وصف للاعمى ثم أبصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لان رؤية أحدهما ليست رؤية للآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره) فله رده بحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فيردهما) ان شاء (كي لا يكون تفريقا للصفقة) على البائع (قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بدليل ان له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الاصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم

(قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة) أقول تقدم بورقة تخمينا وهو قوله ولانتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها تناهيها في اللزوم قال المصنف (وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة الكاكي يعني فيما اذا قبضه مستورا كذا قيل ولا حاجة الى هذا لان خيار الرؤية يبقى الى أن يوجد ما يبطله انتهى وفيه بحث يظهر بملاحظة ما مر في مسئلة نظر الوكيل (قوله فان تفريق الصفقة منهي عنه) أقول تعليل لقوله لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيأ لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي) أقول وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج الى الترجيح وأيضا المشترى هنا هو المجموع دون كل واحد فرؤية أحدهما دون الآخر كرؤية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليتأمل (قوله أولانه متأخر عن المبيح الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجعه (قوله والجواب أن النهي انما هو عن التفريق الى قوله قبل التمام بالقياس) أقول تقييد المطلق نسخ وذلك لا يجوز بالقياس ثم لا يظهر بما ذكره في معرض الجواب دفع ما قيل (قوله يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول أي يظهر اندفاعه

قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض والعرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيأ ثم اشتراه بعد مدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لان العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة و يثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف (١٤٩)

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيأ ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به (وان وجده متغيرا فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري

بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهنا وفي خيار الشرط يرد الآخر اذا رد أحدهما بعد القبض أجيب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيلا أو موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيبا في مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الاكبر وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائما غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما الا بالآخر لجودة أحدهما ورداءة الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا ببطلان مجرد قوله اذا ألزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيأ ثم اشتراه بعد مدة فان وجده على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم يتناوله قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله (الا اذا كان) المشتري (لا يعلمه مرئيه) أي لا يعلم أن المبيع كما قد رآه فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اياها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوبا ملفلفا في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجده متغيرا) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل

وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو والذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالأصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا)

قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلما) أقول الظاهر أن يقول معلمة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظهر الفرق بين المعنيين الاوليين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندي أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئي فليتأمل

أى المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ يكون القول قول المشترى لان الظاهر يشهد له فان الشئ يتغير بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الأئمة السرخسى وقال أرأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله (بخلاف ما اذا اختلفا فى الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع يعنى اذا اختلف البائع والمشترى فى رؤية المشترى فالقول قول المشترى لان البائع يدعى عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشترى منكر فكان القول قوله مع اليمين قال (ومن اشترى عدل زطى) العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن أشترى عدل زطى ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيأ منها أى من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير فى قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وأنث فى قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه أو وهب وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر وأما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع محمد المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه بخلاف ما اذا اختلفا فى الرؤية لانها أمر حادث والمشترى ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيأ منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة

عدمه فلا تقبل الا ببينة (بخلاف ما اذا اختلفا فى الرؤية) فقال البائع رأيته وقال المشترى لم أره فالقول للمشترى مع يمينه لان البائع يدعى أمرا عارضا هو العلم بصفته (والمشترى ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذى بعتكه وقال المشترى بل هو هو القول للمشترى سواء كان ذلك فى بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية واقائل أن يقول الغالب فى البياعات كون المشترين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشترى تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا ان لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع فى الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع فى أنه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشترى فى الخيارين ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا فى المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشترى بفسخه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ فى الذى أحضره والبائع ينكره وقوله (الا اذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أى الا فى صورة ما اذا طالت المدة (على ما قالوا) أى المشايخ (لان الظاهر شاهد للمشترى) اذ الظاهر أنه لا يبقى الشئ فى دار التغير وهى الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رحمه الله تعالى أرأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشرين سنين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الأئمة وبه أفتى الصدر الشهيد والامام المرغينانى فنقول ان كان لا يتفاوت فى تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشترى مثاله لو رأى دابة أو عملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر فى مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطى لم يره وقبضه فباع ثوبا منه أو وهبه) ثم رأى الباقى (ليس له أن يرد شيأ منها الا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقى بحاله أعنى فباع بعضها أو وهبه سقط خياره فى الباقى وليس له أن يرد بخيار الشرط بل ان اطلع على عيب وهذا (لانه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلو رد الباقى فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام لما مر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها) وان كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه) أى فى المقبوض (وضع المسئلة) لانها لو لم تكن مقيدة به لم تصح صورتها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولانه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح حينئذ قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد بأحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء لا يقال فى عدم رد الباقى عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهى عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رده رد معه الآخر فزدنا شرطا فى الرد عملا بحديث الصفقة لنكون عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التى هى عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أى يعادلها وفيها أثواب والزط فى المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب الزطية

(فلو عاد) الثوب الذى باعه (الى المشترى بسبب هو فسخ) بأن رد المشترى الثانى بالعيب بالقضاء أو رجع فى الهبة فهو أى المشترى الاول أو الواهب على خياره فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وعن أبى يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى)

فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وعن أبى يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى

﴿باب خيار العيب﴾

(واذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير

الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير فى قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنثه فى قوله لم يرد شيأ منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتا أو هم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذى باعه من العدل أو وهبه (الى المشترى بسبب هو فسخ) محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع فى الهبة (فهو) أى المشترى للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى وعن أبى يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أى خيار الرؤية (لا يعود) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الا بسبب جديد وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القدورى) وحقيقة اللحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة ما نعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

﴿باب خيار العيب﴾

تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة فى خيار العيب اضافة الشئ الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أى صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الاصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا (قوله واذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع) ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخيار ان شاء أخذ) ذلك المبيع (بجميع الثمن وان شاء رده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كاحراق الجارية فانه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغى حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص وانما ثبت له هذا الخيار (لان مطلق العقد) وهو ما لم يشرط فيه عيب (يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الاول من المنقول والمعنى أما المنقول فما علقه البخارى حيث قال ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب لى النبى صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخارى وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين فى المعجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشى قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد ابن وهب أبو وهب قال قال لى العداء بن خالد بن هوذة ألا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه

أخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشئ الى سببه اذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة أى سلامة المعقود عليه عن العيب لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء بن خالد ابن هوذة عبدا وكتب فى عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد ابن هوذة عبد الاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبى حنيفة المرض فى الجوف والكبد والرئة فان المرض ما يكون فى سائر البدن والداء ما يكون فى الجوف والكبد والرئة وفيما روى عن أبى يوسف أنه قال الداء المرض والغائلة ما تكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هى الاستحقاق وقيل هى الجنون وفى هذا تنصيص

على أن البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل فى حقيقة البيع

﴿باب خيار العيب﴾

العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة (قوله ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع الى وصف (قوله لان الرضا داخل فى حقيقة البيع) أقول أى البيع اللازم

وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم مالا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له فاذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب أن المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد

(وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) لان الفائت وصف اذ العيب اما أن يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع أو بغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة واما أن يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والدفر والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن إما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لا سبيل الى الأول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث (قوله في مجرد العقد) احترازا عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم

كي لا يتضرر بلزوم مالا يرضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد

وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم غبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم ففي هذا أن المشترى العداء وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصحح في المغرب أن المشترى كان العداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن ففي قوله عليه الصلاة والسلام بيع المسلم المسلم دليل على أن بيع المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاؤه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما في سنن أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرقيق من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسبى من له عهد فيقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب وتفسيره للداء يوافق تفسير أبي يوسف له وأما أبو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تغول المال أي تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون وأما المعنى فلأن السلامة لما كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولأن العادة أن القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده (كي لا يتضرر بالزام مالم يرض به) (قوله وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان) أي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشترى فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزامه والبائع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فأنزل عالما به لطول ممارسته له في مدة كونه في يده ولذا بعينه اتفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه مارضي بالثمن المسمى الا على اعتبار انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه أنزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالما بالعيب فأنزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في أخذه أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبيل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيأ وهذا لان الثمن عين فانما يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا لمعروضه غير منفرد عنه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن

(قوله ينتفي الرضا) أقول أي ظاهرا (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما يكون كذلك لو اقتضاه اقتضاء تاما لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين يثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات وصف) أقول وكون فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع (قوله لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل) أقول أنت خبير بأن المزاحمة في الأول وفي الثاني ترجيح التبع على الأصل فليتأمل (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب البيع

(قوله ولانه لم يرض بزواله) دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أي قيمته أو أرشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى وفي امساكه وأخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع منافٍ لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشترى وان كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في أخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر بما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما وأجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وأما المشترى (١٥٣) فانه ما رأى المبيع فلو ألزمنا العقد

ولانه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشترى ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله (والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشترى في صغره فله أن يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في باطنه والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا

مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أي رؤية العيب عند احدى الحالين رضا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية (بانتقاص القيمة فالنقص بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله) قال (والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) الذي يعقل اذا أبق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه

الثمن لأنه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع كأن تعيب عند المشترى بعيب آخر أو لحق الشرع بأن حبس بجناية ولذا قلنا إن من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لان تلك الزيادة التي أتلفها جزء مبيع لانها تبع محض ﴿فرع﴾ لو صالح المشترى البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذي اشترى به (في عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذي يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشترى وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا أو لا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوي على العمل وكما في جارية تركية لا تعرف لسان التركي (قوله والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه يجرى مجرى البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشترى في الصغر له أن يرده به ثم قال القدوري (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أي معنى قوله فاذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع في صغره ووجدت عند المشترى بعد البلوغ لم يرده به لانه غير ذلك الذي كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذ الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش) للصغير (لضعف المثانة وبعد الكبر الداء في الباطن والاباق في الصغير لحب اللعب والسرقة) في الصغير (لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن) فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا

فيه سواء فلو أبقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس بإباق وان أبقت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما من مولاه أو من غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات للاكل فان سرقها من مولاها ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشترى في حال صغره فهو عيب يرد به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك وأما إذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشترى في كبره فلا يرد به لان سبب هذه الاشياء مختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب

قال (والجنون فى الصغر عيب أبدا) ومعناه اذا جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فيه أو فى الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب فى الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة فى يد المشترى

كان غيره فلا يرد به لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشترى فى الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له أن يرده بهما واذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور فى المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذى كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشترى حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشترى بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدأ غيره فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ بوجب وجوده منه قبل البلوغ أيضا والا فلا معاودة وقوله ليس بعيب أى لا يرد به وقوله والمراد من الصغير الى آخره تقييد للصغير الذى ذكر انه اذا وجد منه شئ من هذه الامور عند البائع والمشترى يرد بأن يكون صغيرا يعقل وأما الصغير الذى لا يعقل فهو اذا فقد ضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال فى الايضاح السرقة والبول فى الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا روى أبو يوسف فى الامالى عن أبى حنيفة وفى بعض المواضع ويستحبى وحده واذا قدر بما حدوما قدر به فى الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد به لانهم قدروا الذى يأكل وحده الى آخره بذلك لكن وقع التصريح فى غير موضع بتقديره بدون خمس سنين وفى الفوائد الظهيرية هنا مسئلة عجيبة هى أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشترى كان له أن يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وكان والدى يقول ينبغى أن يسترد استدلالا بمسئلتين احداهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها ولو تعيبت بعيب آخر ورجع بالنقصان فاذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر ورجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغى أن يسترد انتهى وفى فتاوى قاضيخان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا اذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا وقبضه فحم عنده وكان يحم عند البائع قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن أصحابنا انه ان حم فى الوقت الذى كان يحم فيه عند البائع كان له أن يرده وفى غيره فلا فقيل له فلو اشترى أرضا فنزت عند المشترى وقد كانت تنز عند البائع قال له أن يرد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا أن يجئ ماء غالب أو كان المشترى رفع شيأ من ترابها فيكون النز غير ذلك أو يشتبه فلا يدرى انه عينه أو غيره قال القاضى الامام بشكل بما فى الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثانى غير الاول ولو اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشترى الرد وجعل الثانى عين الاول الذى رضى به اذا كان الثانى عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشترى وقال لا يرد ثم قال القاضى الامام كنت أشاور شمس الائمة الحلوانى وهو يشاور رمى فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورته فى هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله فلو جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فى الصغر أو فى الكبر يرده لانه عين الاول لان السبب للجنون فى حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أى باطن الدماغ فهذا معنى لفظ أبدا المذكور فى لفظ محمد (وليس معناه انه لا يشترط المعاودة) للجنون (فى يد المشترى) كما ذهب اليه طائفة من المشايخ فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون

قال (والجنون فى الصغر عيب أبدا) معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة فى عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب فى الحالتين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن فى يد البائع فى صغره يوما أو ساعة ثم عاوده عند المشترى فى كبره يرد به وليس معناه ان المعاودة فى يد المشترى بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلوانى وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين فى حواشى عينيه

لأن الله تعالى قادر على ازالته وان كان قليلا يزول فلا بد من المعاودة للرد (قال والبخر والدفر عيب فى الجارية) لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب فى الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا أن يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود فى الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود فى الغلام وهو الاستخدام

عند البائع وان لم يجن عند المشترى فهذا غلط (لان الله تعالى قادر على ازالته) أى ازالة سببه (وان كان قليلا يزول) وقد حققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمداواة فان لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المذكور فى الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابى قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا بأسطر وان طعن المشترى باباق أو جنون ولا يعلم القاضى ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشترى أو جن صرح باشتراط المعاودة فى الجنون وهذا بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشترى لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذى حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفى رواية كتاب البيوع لا ترد وفى المحيط تكلموا فى مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل ما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب فى السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا فى المأكولات فان سرقتها الاجل الاكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه وإباق ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا فى انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو أبق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر إباق وكذا على العكس ولو أبق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو أبق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه أو لا يقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب فى الجارية وليست عيبا فى الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعانى تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا فى الغلام أيضا لان الداء عيب وفى فتاوى قاضيخان قال الا أن يكون فاحشا لا يكون مثله فى عامة الناس فيكون عيبا وعن أبى حنيفة الدفر ليس عيبا فى الجارية أيضا الا أن يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد أمرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه أمرد وغيره والدفر نتن ريح الابط يقال رجل أدفر وامرأة دفراء ومنه للسبب يقال بادفار معدول عن دافرة ويقال شممت دفر الشئ ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما بالجام الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر ذكره فى الجمهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره وأقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبجر بالجيم عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمى بعض الناس أبجر وفى الصحابة غالب بن أبجر أو قلبه وسمى به فرس لعنترة وكذا الآدر وهو عظم الخصيتين والاذن عيب وهو من يسيل الماء من منخريه والبخر الذى هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح فى الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد زنا عيبا بأنه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولد زنا

وهو المذكور فى الاصل والجامع الكبير قال (والدفر والبخر عيب فى الجارية) الدفر رائحة مؤذية تجئ من الابط والذفر بالذال المعجمة شدة الرائحة طيبة كانت أو كريهة ومنه مسك أذفر وابط دفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب فى الجارية وهكذا فى الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب فى الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب فى الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا أن يكون فاحشا لا يكون فى الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثانى بطلب الولد فان الولد يعير بزنا أمه وليسا بمخلين فى المقصود من الغلام وهو الاستخدام

(قوله ومنه مسك أذفر وابط دفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (والزنا وولد الزنا) أقول وكون المبيع ولد الزنا حذف المضاف والمضاف اليه (قوله والثانى بطلب الولد) أقول خص الثانى باخلال طلب الولد مع أن الاول مخل به أيضا لاختصاص الثانى به (قوله فان الولد يعير بزنا أمه) أقول وتأبى النفس من الاستبلاد ممن يعير بسراية ذلك الى ولده

الا أن ينكر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو مخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد فان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرد عندنا لانه زوال العيب وزوال الشئ لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لاستحالة وقال الشافعي يرد به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى (١٥٦) بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا

الا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء

أمر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بأن ارتفع عنها في أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روى عن أبي يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روى عن محمد أو سنتين فيما روى عن أبي حنيفة وزفر رحمهما الله انها لم تحض لحبل بها أو لداء كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء يقبل فيه قول عدلين وقال أبو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا بأن تكون الدعوة بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبأن تكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض أو على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت وهكذا

عيرا لولد بأمه وقوله (الا أن يكون الزنا له عادة) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا) يعني المشايخ (لان اتباعهن يخل بالخدمة) اذ كلما وجه لحاجة اتبع هواه وقال قاضيخان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال ويزداد بالحدود ضعفا في نفسه انتهى بل وفي عرضه وربما أذى به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضيخان وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض في الجواري لا يكون عيبا (قوله والكفر عيب فيهما) أي في الغلام والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر) للعداوة الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يأمنه على الخدمة في الامور الدينية كالتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطأ فتقل رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زائل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو انه أن كان دينا يتأخر الى ما بعد العتق فلا خيار له يرده به كدين معاملة بأن اشترى شيأ بغير اذن المولى وان كان في رقبته بأن جنى في يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده الا أن يفال وبعد العتق قد يضره في نقصان ولائه وميراثه (قوله واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض) في أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في أوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الاياس فان الانقطاع ليس عيبا حينئذ لحقيقة التعيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم اذا أراد أن يرد بعيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي أن يدعي بأحد السببين من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء قول الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا أن يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في وجه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة

وهكذا المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في

(قوله ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل) أقول الأولى ان يقال يمنع عن صرفه في كفارة القتل (قوله ولا عبرة به في المعاملات) أقول أي عند التجار (قوله وبأن تكون دعواه مشتملة) أقول معطوف على قوله بان تكون الدعوى بعد المدة (قوله لان الارتفاع بدون هذين الأمرين لا يعد عيبا) أقول فيه بحث الا يرى ان التعليل الذي ذكره بقوله لان ارتفاع الدم علامة الداء لان العادة الخ (قوله وكذا اذا بلغت المدة المذكورة) أقول التقييد بالبلوغ الى المدة المذكورة في الاستمرار ضائع بل مخل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

و يعتبر فى الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبى حنيفة رحمه الله و يعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض و بعده وهو الصحيح

وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين فى شرح الجامع الكبير وهو أوجه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وفى التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنخاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو قاله مسلم عدل قبل و يثبت العيب فى اثبات حق الخصومة وفى فتاوى قاضيخان ان أخبر بذلك واحد ثبت العيب فى حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضى هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكر ولا بينة له استحلف كما سنذكر (و يعتبر فى الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنها (سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة و يعرف ذلك) أى الارتفاع والاستمرار (بقول الامة) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قولها نكول البائع) اذا استحلف (قبل القبض أو بعده فى الصحيح ردت) واحترز بقوله فى الصحيح عما روى عن أبى يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بمؤيد وهو نكول البائع ثم ذكر فى النهاية فى صفة الخصومة فى ذلك أن المشترى اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضى يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روى عن أبى يوسف مقدرة بثلاثة أشهر وعن محمد بأربعة أشهر وعشر وعن أبى حنيفة وزفر بسنتين وما دون المديدة قصيرة فان كان القاضى مجتهدا أخذ بما أدى اليه اجتهاده والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى يسأل البائع أهى كما ذكر المشترى فان قال نعم ردها على البائع بالتماس المشترى وان قال هى كذلك للحال وما كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال وان طلب المشترى يمين البائع يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشترى شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لانها مما يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذى يعد عيبا وان أنكر البائع الانقطاع فى الحال هل يستحلف عند أبى حنيفة لا وعندهما يستحلف وهذا ينبو عن تقرير الكتاب وانما وافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكر هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيخان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشترى شهرا أو أربعين يوما قال القاضى الامام ارتفاع الحيض عيب وأدناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشترى كان له أن يرده اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر و ينبغى أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم فى استبراء ممتدة الطهر فعند أبى حنيفة وهو قول زفر سنتان وعند أبى يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لابى حنيفة وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفى رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والرواية هنالك ليست واردة هنا لأن الحكم هنالك يستدعى ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماؤه وزرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر هنالك بسنتين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مضت اطهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو أقيس وقدره محمد وأبو حنيفة فى رواية بأربعة أشهر وعشر لانها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها ولان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لانها جعلت عدة التى لا تحيض والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه انا طنته بسنتين أو غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدى الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضى مدة معينة مما ذكر و بما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج فى دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حبل أو داء فى الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لا لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيخان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما بل اذا ادعى الانقطاع فى أوانه فقد ادعى أوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء فى بطنها والداء عيب و يعرف ذلك أى الارتفاع والاستمرار بقول الامة فان أنكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده فى ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة فى توجه الخصومة فقط وعن أبى يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة و بشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز أن يفسخ بشهادتهن

قال المصنف (وهو الصحيح) أقول قال ابن الهمام احترز بقوله هو الصحيح عما روى عن أبى يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى وله كلام متعلق به بعد صحيفة

العيب ويكفي شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب وطريقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعول عليه والا فقلما يظهر للطبيب داء بمدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء وهذا هو ظاهر الهداية الاترى الى قوله ويعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام العتابي وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ توجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول الاطباء أو النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء أو النساء ليس تقريرا في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطؤهم وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكر في الحال فان القاضي يريها النساء فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الاصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض وان كان قبله حلف أنها بكر غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضي بالنكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرناه عن محمد فغير مناسب فان ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انها منقطعة الحيض غير معتبر وقد ذكروا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضيخان والعتابي وهو ما صححناه أن يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف البائع بهما ردت عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وهذا قول المصنف ترد اذا انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه من أنه اذا أنكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما يحلف كذلك الا وهو بار ومن أين له العلم بأنها عند المشتري لم تحض وكأن المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا وهذا تعداد للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وحمرة الشعر اذا فشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشمط في غير أوانه دليل الداء في أوانه دليل الكبر والعشا أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا أو غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف أعسر يسر وهو أن يعمل بهما معا فانه زيادة حسن والقشم وهو يبوسة الجلد وتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في الاماق وربما يسيل منه شئ فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر هو بياض يبدو في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا

* تراهن يوم الروع كالحد القبل * والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فأما

(قال واذا احدث عند المشترى عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن فى الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لانه رضى بالضرر

القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه الى أحد الجانبين والمشش وهو ورم فى الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج فى مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالاخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والحمار والحنف وهو ميل كل من ابهامى الرجل الى أخرى وقال محمد بن الاعرابى الاحنف الذى يمشى على ظهو قدميه وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء فى أصل العنق وقيل ميل فى البدن والشدق سعة مفرطة فى الفم والتخنث قيل اذا خش أو كان يأتى بافعال رديئة والحمق وكونها مغنية وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة الاكل فى البقرة ونحوها وكثرته فى الانسان وقيل فى الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق اذا أفرط وعدم المسيل فى الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدرى حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة أو سوداء والعثار فى الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا أكل العذار والجموح والامتناع من اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجه يبل المخلاة اذا علق عليه فيها وكثرة التراب فى الحنطة تردبه بخلاف ما اذا كان معتادا ليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا أو مكعبا للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا على أن فيه كذا من السمن أو قيصا على أن فيه عشرة أذرع والمشترى ينظر اليه وظهر خلافه فلا خيار له (قوله واذا احدث عند المشترى عيب) بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لان الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما فلو ألزمناه به معيبا تضرر (ولا بد من دفع الضرر عن المشترى فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشترى فله ذلك (لانه رضى بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضى فقد اسقط حقه اللهم الا أن يمتنع أخذه اياه لحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشترى ثم اطلع على عيب فانه لو أراد البائع ان يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على اهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها فان قيل ينبغى أن يرجع جانب المشترى فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لان البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله كالغاصب اذا عمل فى الثوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالحمرة لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشترى يندفع باثبات حق الرجوع بحصة العيب فان قيل فقد تقدم أن الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها أجيب بأنها اعتبرت أصولا ضرورة جبر حق المشترى والا يهدر كما صيرت أصولا بالقصد من اتلافهما وكل ما رجع بالنقصان فمعناه أن يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر الى التفاوت فان كان مقدارعشر القيمة رجع بعشر الثمن وان كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشترى أما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو اعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشترى خطأ لانه لما وصل البدل اليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبدل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع ﴿فرع﴾ لا يرجع بالنقصان اذا أبق العبد ما دام حيا عند أبى حنيفة وبه قال الشافعى

(قال واذا احدث عند المشترى عيب) اذا احدث عند المشترى عيب بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به عليه (ولا يرد المبيع لان فى الرد اضرارا بالبائع) بخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به والاضرار ممتنع (ولا بد من دفع الضرر عنه) أى عن البائع ويجوز أن يعود الى المشترى لانه أيضا يتضرر بالمعيب لان مطلق العقد يقتضى السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لانه رضى بالضرر والرضا اسقاط لحقه كما أن للمشترى أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم فان قيل أين قولكم الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن أجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر

قال المصنف (ولا بد من دفع الضرر عنه) أقول أى عن البائع ويجوز أن يعود الى المشترى والثانى أولى عندى فان ما يتعلق بحال البائع تم عند قوله فامتنع كما لا يخفى

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه) ومن اشترى ثوبا فقطعه (فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع) الذى هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشترى بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشترى فى دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان فى شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفى الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبائع لا لفعل باشره وفى عدم الرد وان كان اضرار بالمشترى لكن لعجزه بما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو أنظر لهما الا اذا قال البائع أنا أقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبى حنيفة رحمه الله أجيب بأن النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشترى يعنى بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ لانه جاز أن يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث (فان قال البائع أنا اقبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشترى لم يرجع بشئ) لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ فى الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذه) لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فان باعه المشترى بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان) لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع

لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الاياس من الاصل وعند أبى يوسف يرجع لتحقق العجز فى الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه) يعنى ولم يخطه (ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع أنا أقبله كذلك) أى مقطوعا (كان له ذلك لان الامتناع) أى امتناع رده (لحقه وقد رضى به) أى برده معيبا فزال المانع (فان باعه المشترى) أى بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشئ لان الرد لم يمتنع) بالقطع (برضا البائع) فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا للمبيع) بالبيع (فان) كان المشترى (قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو كان) المبيع (سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة) المتصلة وانما امتنع (لانه لا وجه للفسخ فى الاصل) أعنى الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست مبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من البيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو رده على الزيادة لزم الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا فى عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه) وان رضى المشترى بترك الزيادة (لأن الامتناع) لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشترى رجع بالنقصان لان الرد)

المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد فى الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة لما هنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم أن الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد فى ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا تمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد فى الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشترى مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما أن الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كانت منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن تسلم له مجانا لما فيه من الربا فان باع المشترى الثوب المخيط أو الثوب المصبوغ بالحمرة أو السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشترى بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل فى ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشترى ويمكنه الرد برضا البائع فان أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما

وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل فى الاول قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم اليه (قال ومن اشترى عبدا فاعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه)

لما امتنع لم يكن المشترى ببيعه حابسا له عن البائع (وعن هذا) الاصل وهو ان الرد اذا كان ممكنا فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس (قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه فى التسلم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان الولد كبيرا) والباقى بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصر مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التى هى الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبة أولا فى جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما فى الفوائد الظهيرية من أن الاصل فى جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضى البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر فى الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة والت بالسمن والغرس والبناء وهى تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعى وأحمد ولو قال البائع انا أقبله كذلك ورضى المشترى لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها أو لحما فشواه أو دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع وفى كون الطحن والشى من الزيادة المتصلة تأمل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا يمتنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية لان الزيادة تحضت تبعا للاصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والثمر فى بيع الشجر والارش والعقر وهى تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشترى بالخيار قبل القبض ان شاء رد هما جميعا وان شاء رضى بهما بجميع الثمن وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن ان رده وأخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالكسب وهى لا تمنع بحال بل يفسخ العقد فى الاصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذى هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعى رحمهما الله وفيه الحديث الذى ذكرناه أول الباب الذى فيه قول البائع انه استغل غلامى فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وجعل الشافعى وأحمد حكم المنفصلة المتولدة فى حكم الكسب لامكان الفسخ على الاصل بدونها والزيادة للمشترى ونحن نفرق بين الكسب الذى تولد من المنافع وهى غير الاعيان ولذا كانت منافع الحر مالا مع ان الحر ليس بمال والعبد المكسوب للمكاتب ليس مكاتبا والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد كأنها لم تكن وبه قال الشافعى قبل الحكم بالارش وانما قيد المصنف بقوله أحمر لتكون زيادة بالاتفاق فان السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع وانتقاص المبيع فى يد المشترى يمنع الرد بأى سبب كان بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبدا فأعتقه) المشترى (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان فيه على ملك المشترى ويمكنه الرد وان رضى به البائع فان أخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب وعن هذا) أى عما قلنا إن المشترى متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان) لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقابضا لاجله فتتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشترى الرجوع بالنقصان وللبائع أن يقول أنا أقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة فى هذه المسئلة ليس بمحتاج اليه الا أنه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية (ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب) لان القطع عيب حادث فللمشترى الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ والت (قال ومن اشترى عبدا فأعتقه) اشترى عبدا فأعتقه (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان

أما الموت فلأن الملك ينتهي به) أي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اضرار للمشتري بما لبس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله (والامتناع حكمي لا بفعله) يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب أحمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب أجيب بأن امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا وورد بأنه حينئذ يجب أن يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة في المبيع لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكأنه في يده يحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق إنهاء كالموت (قوله وهذا) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا ألا ترى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق) لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه (وان أعتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشيء) لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق إنهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بأمر أصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به وان قتل المشتري العبد (أو

أما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت ينتهي بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي (وان أعتقه على مال لم يرجع بشيء) لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض (فان قتل المشتري العبد

أما الموت فلأن الملك ينتهي به) والشيء بانتهائه يتقرر فكأن الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع اذ امتناع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري أما اذا ثبت حكما لشيء فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا صبغ الثوب أحمر واخواته فانه يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله وأجيب بأن امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغي للمصنف ان يزيد فيقول لا بفعله الذي لا يوجب زيادة (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعي وأحمد (لان العتق انهاء للملك لان الآدمي ما خلق في الاصل للملك وانما يثبت الملك فيه) عن سببه (موقتا الى الاعتاق) فيثبت (انه انهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء (لان الشيء بانتهائه يتقرر) الى آخر ما قررناه وقوله (والتدبير والاستيلاد بمنزلته) أي بمنزلة الاعتاق وان لم يزيلا الملك كما يزيله الاعتاق (لانه يتعذر) معهما (النقل) من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق وقوله (بالامر الحكمي) أي بحكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل (فان أعتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشيء) وكذا لو كاتبه لان المشتري حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه) أي المعتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبي يوسف وبه قال الشافعي وأحمد (لان العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (انهاء للملك) أعني الرق وبهذا يثبت به الولاء في الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حابسا له بحبس بدله (قوله فان قتل المشتري العبد) أي لم يمت عنده حتف أنفه

(قوله فان قيل قوله والامتناع حكمي الى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول ان أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سببا مستقلا لعدم الرجوع فهو ممنوع وان أراد دلالتها على سببية في الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا يرد النقض والرد الذي أوردته على جوابه ولك أن تقول الباء فيه للملابسة ولا يلزم الاطراد فتأمل وأنت خبير بأنه لو أراد رد النقض على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر اذ لا يرد حينئذ ما أوردناه والحق أن يقال في الجواب عدم الرد أقول أنت خبير بأن عبارة الجواب السابق لا تأبى عن الحمل على هذا المعنى (قوله فصار حابسا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الانهاء يحتاج الخ) أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كالاعتاق ولا يجري فيهما وجه الاستحسان فيبقيان على القياس فتأمل

أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع) لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون انهاء ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لاستحالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا وأما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رضي الله عنه أما القتل فالمذكور) من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا [(وعن أبي يوسف انه يرجع) وذكر صاحب الينابيع ان محمدا معه وهو قول الشافعي وأحمد (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي) من قصاص أو دية (فكان كالموت حتف أنفه) وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا) قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر (وانما سقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبد عوضا) هو سلامة نفسه ان كان عمدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كأنه باعه (بخلاف الاعتاق) لانه ليس بفعل مضمون لاستحالته لانه في ملك الغير لا ينفذ وعتق أحد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير لم يوجبه بذاته فلم يستفد أي لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيأ حقيقة ولا حكما (وأما الاكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعي وأحمد وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوي (وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه) من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به (فكان كالاعتاق) بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به (وله انه أتلفه بفعل مضمون منه) لو وجد في غير ملكه غير انه سقط أي انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا معتبر بكونه مقصودا) بالشراء لانه وصف طردي لا أثر له في اثبات الرجوع (ألا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخيره جوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما أجيب بأن امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة أما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده) يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لان الطعام كشئ واحد) حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله يسقط الخيار (فصار كما لو باع بعضه) ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع من غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية أنه يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يفيد بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستقضيا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فأكله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق ولابي حنيفة رحمه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع أو قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان أكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لان الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض

قال المصنف (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد) أقول ولقائل أن يقول المعتق يستفيد باعتاق الولاء فلم يجعل مستقضيا

وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شئ واحد فلا يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأكل البعض أولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وفي بيع البعض عنهما روايتان في احداهما لا يرجع بشئ كما هو قول أبي حنيفة وهو المذكور ههنا لان الطعام شئ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا) اذا اشترى بيضا أو بطيخا (أو قثاء أو جوزا) أو شيأ من الفواكه (فكسره) غير عالم بعيبه (فوجد الكل فاسدا) بان كان منتنا أو مرا أو خاليا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب

ولم يتناول منه شيأ بعد ما ذاقه (فله أن يرجع بالثمن كله) لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به إما في الحال وإما في المآل والمذكور ليس كذلك وتفطن من القيود باضدادها فانه اذا كسره عالما بعيبه صار راضيا واذا صلح لاكل بعض الناس أو الدواب أو وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وان تناول منه شيأ بعد ما ذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فلا فيقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين

وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض (قال ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب (وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده) لان الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان

ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول أبي يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وان الثاني قول محمد قال وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبي الليث وفي شرح الجمع قال أبو يوسف يرد ما بقي ان رضي البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشئ كما هو قول أبي حنيفة لان الطعام كشئ واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن جمع البخاري أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتي ولو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشئ ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر أنه مر رد ما بقي ويرجع بنقصان ما خبزه هو المختار ولو كان سمنا ذائبا فأكله ثم أقر البائع انه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتي وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لانه كالرضا به (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا) أو قرعا أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجده فاسدا فان لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر (رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا) بخلاف ما لو كسره عالما بالعيب لا يرده (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بأن كان في موضع يعز فيه الحطب وهو مما يشترى للوقود (على ما قيل) من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله (لان مالية الجوز) قبل الكسر ليس الا (باعتبار اللب) واذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المصنف وأشار اليه الامام السرخسي (وان كان ينتفع به مع فساده) بأن يأكله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشتري (فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان الا أن يتناول شيأ منه بعد العلم

(قوله وان تناول منه شيأ بعد ما ذاقه صار راضيا الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يكن مالا وكان بيعه باطلا لا يفيد رضاه صحة البيع كما لو رضي بشراء الميتة والدم حيث لا يصححه الشرع برضاه فالتقييد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل مخل كما لا يخفى على المتأمل

وقال الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه

وقال الشافعي رحمه الله يرده لأن الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل مما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد (قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار أو بينة أو بايمين له أن يرده على بائعه) لانه فسخ من الاصل فجعل

فلا يرجع بشئ ولذا قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيأ منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشئ وأما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المصنف (وقال الشافعي يرده) يعني اذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به أطلقه وفي شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوليه انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه (قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان) المبيع (ثوبا فقطعه) المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع على انه لا يرده وفي مسئلة القطع ان تسليطه هذا هدر وان التسليط المعتبر هو ما لو سلطه ان يكسره وهو في ملكه أي ملك البائع بأن أمره بكسره فذلك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر لهذا في نفي ولا اثبات (ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا) من الجوز والبيض (لا يخلو عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشئ أصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر (وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد) في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وقال المصنف في القليل انه كالواحد والمثنى وفي النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لما مر زاد على النصف وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفوا قال لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة (قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي (أو) سبب (اقراره) بالعيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر (أو ببينة) على ذلك لانكاره العيب أو بسبب نكوله عن اليمين على العيب (فله ان يرده على بائعه) الاول يعني له أن يخاصم الاول ويفعل ما يجب معه الى أن يرده عليه وقيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول أن يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وانما يرده على ذلك التقدير لان الرد بهذا الطريق (فسخ من الاصل) يعني من كل وجه (فجعل

قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما أن يكون قليلا كاثنين في المائة أو كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري) ومن باع عبدا فباعه المشتري (ثم رد عليه بعيب (ف) اما (ان قبل بقضاء القاضي) أو بغير قضائه فان كان الاول فاما أن يكون باقرار ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب (لانه فسخ من الاصل فجعل

وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لانه اقالة واما أن يكون (ببينة أو بايمين) وفي كل ذلك له أن يرده على بائعه

(قوله لانه اقالة الخ) أقول لعل المراد لانه كالاقالة

البيع كأن لم يكن غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني والاول لاينفسخ

البيع الثاني كالمعدوم) والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب (قوله غاية الامر) اشارة الى جواب زفر عما قال اذا جحد العيب ليس له أن يدعي على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية أمر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيأ وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لايبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه أن البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان و برد أحدهما لايرتد الآخر

وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك وما يحال ما نع منه وهو أن القضاء بالبينة والنكول فرع انكاره العيب فيخصومته البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر انه لايرده عليه للتناقض المذكور وكذا بالاقرار فان معناه على ما فسره المصنف ان يدعي عليه انه أقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم ولهذا لو قال بعد الرد ليس به عيب لايرده على البائع الاول بالاتفاق أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء) فانعدم انكاره العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق والا فيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعله فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لاعيب به بعد الرد لانه لامكذب له وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لايرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرده لان المعنى له أن يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو باباء يمين أو باقرار من المأمور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيده فخر الاسلام بعيب لايحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لايحدث مثله أما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وباباء اليمين ولا يرده المأمور مع الاقرار لان اقرار المأمور لايسمع على الآمر ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار والفرض انه لايحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي ان هذا عيب قديم أولا أو علم انه لايحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة أو غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ أن العيب كان في يد البائع فيرده عليه أما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شئ من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بذل عنده اقرار عندهما و بذل الانسان لايثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الآمر في عيب يحدث مثله أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه ألا ترى انه لو ادعى بمال على عبد مأذون له في التجارة فأنكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع أن بذله المال لايجوز الا في نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف و يسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشئ اذا أجرى مجرى الشئ لايلزم كونه مجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للمدعي بها ثم أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته و ترد الدار عليه ولو أقام انه اشتراها من رجل آخر لاتقبل وقال محمد بن سماعة لاتقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لايحدث مثله لان هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني

قال المصنف (لكنه صار مكذبا شرعا) أقول قال ابن الهمام وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لايرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول اه وفيه بحث

الفسخ

(وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده) لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما

الفسخ الذي بلا قضاء وقوله (وان قبل) يعني المشتري الاول (بغير قضاء القاضي) بل برضاه (لا يرده) على بائعه هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بأحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرده على البائع الاول خلافا لزفر وان قبله بالتراضي ليس له أن يرده عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كأن المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا ولهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرده اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بيننا الفرق بأنه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث أجيب بأن المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احداها المبيع لو كان عقارا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الحبلى وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أبو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الاب والثالثة ما لو أحال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت أجيب ببيان المراد وهو أن محمدا ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود أما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها في المحيط من المنتقى أن من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرده على بائعه وذلك لمعنى وهو

وان كان الثاني فليس له أن يرده لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض وأما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء أو بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية

(قوله وان كان الثاني فليس له أن يرده) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول وهو قوله فان كان الاول فاما أن يكون باقرار

(وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه) وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة

ان المبيعين حينئذ يكونان معدومين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشترى يرده بخلاف المبيعين في غير النقود كمسئلة الهداية فانهما موجودان في ذلك اذا قبله بدون القضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه وإذن ما فيهما من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضوع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله (وفي الجامع الصغير) الى آخره انما ذكره لان ظاهره يخالف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدها في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لانه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاعبة فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشترى أولى قال المصنف (وفي بعض روايات البيوع) أي بيوع الاصل (ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعني على البائع الاول اذا رده بالتراضي (للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول) وقد فعلا بغير قضاء مالو رفع الى قاض فعله لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا أو في مدة كونه في ملك المشترى الاول الى رد المشترى الثاني قيل ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى الرد للعجز فاذا انقلاه الى الرد لم يصح في حق غيرهما ألا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فافترقا هذا كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشترى الثاني بعد قبضه أما اذا كان قبل قبضه فللمشترى الاول أن يرده على البائع الاول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشترى الاول للمشترى الثاني بشرط الخيار له أو ببيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشترى الثاني بحكم الخيار كان للمشترى الاول أن يرده مطلقا وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال في الايضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فوجب العقد وقد تناهى الا أن حقه في صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة وانما ظهر أثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت أصلا لانهما يسلبان اللزوم في أصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقه الله وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة)

فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى البينة) فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان أقام المشترى البينة فهو ان شاء يدفع الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البائع أو بينة المشترى وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به وأجابوا بأوجه بانه من باب علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبأن يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم أي حكم الاجبار أو حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها تبنا انه بمعنى أطعمتها فانه يستعمل في السقي كما يستعمل في الطعم في معنى الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فانه مني أي ومن لم يشربه على

(قوله وأجابوا بأوجه بأنه من باب علفتها الخ) أقول هذا الجواب للامام ظهير الدين (قوله وبأن يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكي وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أي لم يحكم بشئ (قوله واقامة البينة حكم من الاحكام) أقول أي وجه حكم فالمضاف محذوف

و بأن الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والحق أن الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم (قوله لانه أنكر وجوب دفع الثمن) تعليل لعدم الاجبار لان المشترى أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن أولا ليس الا لتعين حق البائع بازاء تعين المبيع فحيث أنكر تعين حقه فى المبيع لان حقه فى السليم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا وفى انكار العلة انكار المعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهى اما بينة أو يمين البائع فان قيل فى هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضى اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعى ما يوجب دفع الثمن أولا وان كان فى الصورة منكرا (قوله ولانه لو قضى بالدفع) دليل آخر يتضمن جواب ما قبل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشترى من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق وتقريره ان ما ادعاه المشترى وان كان موهوما لكن يجب على القاضى اعتباره صونا لقضائه عن النقض

لانه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه (فان قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعنى اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر به لانه على حجته

على البائع أن العيب كان عنده وعنده ومقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقد ظهر الدين الثانى خبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينكل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع احدى صورتى التحليف كما يثبت مع اقامة البينة وقيل بتقدير فعل عام يدخل تحته الغايتان أعنى الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعدمه بأن يحلف فيحلف أو يقيم البينة ومنهم من أول لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا (لانه أنكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به أنكر تعين حقه) لان حقه فى السليم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولا ليتعين حق البائع بازاء تعين) حق المشترى فى (المبيع) ولم يتعين لانه السليم وقد أنكره وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المتحقق فالجواب منع قيام الموجب لانه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وأيضا قد يثبت ما ادعاه فيؤدى الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغى ما أمكن (بلو أن المشترى قال شهودى بالشام) مثلا فأمهلنى حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمى من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل (يستحلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا (لان فى الانتظار بالبائع كبير اضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجرى مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس فى الدفع كبير اضرار بالمشترى (لانه على حجته) اذ له أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال

فانه اذا قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء قال (فان قال المشترى شهودى بالشام) اذا طلب من المشترى اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودى بالشام غيب (استحلف البائع) فان حلف دفع اليه الثمن لان فى الانتظار ضررا بالبائع فان قيل فى الزام المشترى دفع الثمن ضرر له أيضا أجاب المصنف بقوله (وليس فى دفع الثمن كبير ضرر به لانه على حجته) يعنى هو بسبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل فى بقاء المشترى على حجته بطلان قضاء القاضى وقد تقدم بطلانه والثانى ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررا والآخر دونه

(قوله والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول فيه بحث لان مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به فى التلويح خصوصا فى الروايات وكلام المصنفين (قوله لان المشترى أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه) أقول ضمير حقه راجع الى المشترى (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول ولعل الصحيح فى الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضى اسناد اليمين اليه لو لم يكن انكاره فى ضمن دعوى خلاف الظاهر وههنا فى ضمن ذلك فان الظاهر فى المبيع هو السلامة (قوله وان كان فى الصورة منكرا) أقول فيه بحث فانه مدع صورة ألا يرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوما لكن يجب على القاضى الخ) أقول اذا سلم كونه موهوما فلا يجب على القاضى اعتباره والا فقلما يخلو قضاء عن أمر موهوم فلعل للخصم مدفعا الا أن يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقق موجب الجبر لأن البيع للسليم أو هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام

والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود منهم لجواز أن يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البائع فنكل ألزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة قال (ومن اشترى عبدا فادعى اباقا) اذا ادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان أقام بينة سمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا أو الابراء وان أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري ألك بينة فان أقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأبق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة أصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البينة (١٧٠) انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذمم عن الدين أصل والشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر دينا فأنكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الاول بأن اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الا بهذه فكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بينة أو كانت له بينة لكن لا يقدر على اقامتها لموت أو غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه على ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا

أما اذا نكل لزم العيب لانه حجة فيه (قال ومن اشترى عبدا فادعى إباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده) والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده لا أن القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة

شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بينتي الى ثلاثة أيام أجلها وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتنا كرا العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله أعني ما اذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل وأما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم أتى ببينة في أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل وفي جمع النسفي في قبول البينة عن أصحابنا روايتان نعم تحليف البائع في مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاة اذا قال ببينتي غائبة لم يحلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر فأحلفه ثم أتى بها لا يحلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله (أما اذا نكل لزم العيب لانه) يعني النكول (حجة فيه) أي في ثبوت العيب وقيد به لأن النكول ليس حجة في كل شئ اذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند أبي حنيفة (قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (إباقا) عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده (لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة انه أبق عنده) أي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك (لان القول وان كان قوله) أي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه (الا بعد) ثبوت قيام المدعى سببا للرد (ومعرفته) أي معرفة قيام العيب (بالحجة) عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما أما في عيب لا يتوقف الرد فيه على عوده عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون

(قوله قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الاولى أيضا الا أن يقال التوقيت هنا لضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هناك (قوله وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود منهم) أقول ولك أن تجيب أيضا بأنا لم نسلم أن الضرر عن المشتري بل قلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البدلان في يد المشتري دون البائع فليتأمل (قوله لجواز أن يكون ذلك مماطلة) أقول اذ ليس له غاية معلومة (قوله هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول يعني في الكبر أو في الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثاني ان سلامة الذمم الخ) أقول ولنا ان نجيب عن هذا البحث الثاني بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرده ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء بالايفاء بل يكفيه وجوده في الحال

فاذا أقام المشترى البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما أبق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه ومابه هذا العيب لان هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشترى وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه ومابه هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ولجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا في وجوده في أحدهما يكون بارا لان الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشترى وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعا اشارة الى ان تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يتوهم لذلك بما ذكر لان شمس الائمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الا أنهم قالوا النظر للمشترى ينعدم (١٧١) اذا استحلفه بهذه الصفة وذكر

(فاذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما أبق عنده قط) كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه ومابه هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه ومابه هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشترى لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف

على خلاف المختار فلا وعرف أن معنى المسئلة أن يدعي اباقا فينكر قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته أما لو اعترف البائع فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشترى وان أنكر طولب المشترى بالبينة على أن الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط قال المصنف (كذا قاله في الكتاب) أي الجامع فان عبارته هكذا فاذا أقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط قالوا (وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به أو بالله ما أبق) عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه ومابه هذا العيب أو لقد باعه وسلمه ومابه هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشترى لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته ومابه هذا العيب كان بارا في يمينه وأما بعته وسلمته ومابه هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة هنا اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع في يمينه أي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقدير قصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هي يمين غموس والاخصر مع الوفاء بالمقصود ان يحلف بالله ما أبق عندي قط (ولو لم يجد المشترى بينة على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشترى يحلف على قولهما واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي أبي الهيثم أن الخلاف مذكور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ أبي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد

الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي الاول لان البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا فلقائل أن يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال (اما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه ومابه هذا العيب) وعلله (بأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التأويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو يناقض قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما

التزمه وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف أنه لا علم له بذلك أما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك فان لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه أبق عند المشترى هل له ذلك أولا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة (لهما أن الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة) وكل ما يترتب عليه البينة (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء

(قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لان شمس الائمة الى قوله والاصح عندي) أقول تصحيح شمس الائمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذكور في النوادر) أقول أي الاختلاف هو المذكور (قوله وقيل لا خلاف في هذه المسئلة الخ) أقول بل قوله كقولهما

ولأبي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولانسلم ان كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه أصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم وأن يكون المشتري هنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم وأما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا تستلزم كونه خصما (واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد) على البتات (على الوجه الذي قدمناه) على ما تقدم

(قوله والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة) أقول وكذلك البينات فاذا كان لها حكم مخصوص ههنا فلم لا يجوز أن يكون للتحليف حكم كذلك

وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به أما اذا كان مدعيا فلا الا ترى أن المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع أنه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي والاول أوجه فان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال أنه لم يفعل السرقة عندي فيرجع الى الحلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلتان احداهما ما لو باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع انه يدعي العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب أحدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علما بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي أن يشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد أعني العيب في ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين أو جهله كان أيضا كذلك الا أن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات في مدته ما أبق عندي وعلى العلم في مدة شريكه ما علم أنه أبق عند شريكي فليكن محملهما ذلك وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يحلف الا على البتات ويكتفى بذلك الا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تكن اقامته الا عند الذي مات لا يحلف الا على البتات لان العقد اقتضى وصف السلامة واعلم ان مما تطارحناه انه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبته يرده به لانه معيب والعقد أوجب على هذا البائع السليم ولو لم يقدر على اثبات انه يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بتكرره (وجه قوله على) تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب) واذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري (يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه) لانه بنكوله أنزل مقرا بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده الى آخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود وكذا على انه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا ففي دعوى غير صحيحة أولى وفي الكافي الاصح أنه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة لا لاثباتها وهنا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فبها انتهى خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ أخرى وأما قوله في الوجه الحلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك أن القاضي يطلب جوابه عنه ألا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك رد عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها حلف الى آخره أو اعترف بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بأحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد

قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدته الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها لدرنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلا منهما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له أن يجيب هنا بانكار العيب عنده هما رأسا كذلك له أن يجيب بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كما أن عليه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تأملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (اذا كانت الدعوى في اباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أبق) عندي (منذ بلغ مبلغ الرجال) لانه عساه أبق عنده في الصغر فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو ألزمناه الحلف ما أبق عنده قط اضررنا به وألزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف أصلا اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعي ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيخان هي مع ما ذكرنا تتمة أربعة أنواع الاول أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاعبة أي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الابراء منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضي ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد الثاني أن يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عنده ما رده وكذا اذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط فاذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا أنه اذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا أن يدعي رضاه فعلى ما ذكرنا وفي شرح قاضيخان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع أتبيعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به

قال (ومن اشترى جارية وتقابضا) ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشترى (بها عيبا) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى لان الاختلاف فى مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لانه أعرف بما قبض (كما فى الغصب) فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت منى غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) فى مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشترى ما قبضت الا احداهما فالقول قول المشترى (لما بينا) ان فى الاختلاف فى مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى لان كون المبيع شيئين أمارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلقا لقبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض فههنا أولى قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيبا) ليس له أن يرد المعيب خاصة (بل يأخذهما أو يدعهما جميعا) (لان الصفقة تمت بقبضهما) لما ان تصرف المشترى فى المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما تم بقبضه الصفقة لا تتم بقبض بعضه لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما (تفريق قبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعنى قبيل باب خيار العيب صلى بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (وهذا) أى التفريق فى القبض لا يجوز (لان للقبض شبها بالعقد) من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفريق فى القبض كالتفريق فى العقد) ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

(قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى) لأن الاختلاف فى مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما فى الغصب (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) لما بينا قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما أو يدعهما) لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد

ولو قال بعه فان لم يشتر رده على فعرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشترى للبائع انفقه فان لم يرج رده على فانفق فلم يرج رده استحسانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع أره الخياط فان قطعه والا رده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى لمبيت كفنا ثم وجد به عيبا الا يرده ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفى القنية لو وجده معيبا فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة أياما ثم عاد اليها فقال له بائعه لم سكت عن الخصومة مدة فقال لاظنا انه يزول أولا فله رده كذا فى المجتبى (قوله ومن اشترى جارية) أو غيرها من الاعيان (وتقابضا) فقبض البائع الثمن والمشترى الجارية (فوجد بها) المشترى (عيبا) فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا أنه (قال بعتك هذه وأخرى معها) وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشترى بعتنيها وحدها) فاردد جميع الثمن ولا بينة لاحد (فالقول قول المشترى لان هذا اختلاف فى مقدار المقبوض والقول) فيه (قول القابض) أمينا كان أو ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع انفسخ فى المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشترى والبائع يدعى لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشترى ينكر فالقول قوله وصار (كالغصب) اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع آخر وحدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فالقول قوله (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على ان المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وانما تستحق حصة هذه وقال المشترى لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشترى (لما بينا) من أن القول قول القابض (قوله ومن اشترى عبدين) أو ثوبين (صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر) الذى لم يقبض (عيبا فانه بالخيار) ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن فى هذه الصورة (لان الصفقة انما تتم بقبضهما) لانها انما تتم بقبض المبيع ولم يوجد (فيكون) رد أحدهما وحده (تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا) أى كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على أن تفريقها قبل القبض كتفريقها فى نفس العقد فيما اذا قال بعتكهما بألف فقال قبلت فى هذا بخمسمائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبه بالعقد) لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه أعنى القبض مؤكد لما أثبته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج ونحوه فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحققوه وما قبل فى تمامه وحكم المشبه حكم المشبه به فان الصلاة للنار وعلى النجاسة حرام ولو

(قوله لما بينا الى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه تأمل

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة والاصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد) بأحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردىء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيأ مما يكال

صلى وبين يديه نار وبقربه نجاسة كان مكروها ليس تمثيلا صحيحا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن أبي يوسف انه يرده خاصة) لان الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح انه يأخذهما أو يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله) فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ولو قال المشتري أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك (ف) اما (لو) كان (قبضهما) أعني العبدين (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن (يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه) أي في رده وحده (تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردىء) لترويج الردىء وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لا تتم اذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال أصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكره المصنف وشمس الائمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين أما اذا لم يمكن في العادة كنعلين أو خفين أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يردهما أو يمسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي نور وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة (قوله ومن اشترى شيأ مما يكال) كالحنطة والتمر

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة والاصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردىء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيأ مما يكال

قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين وأما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما أو يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المعيب خاصة (قوله ولهذا) أي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدين بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيأ مما يكال

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه يرده خاصة) ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة (والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع) لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يرده خاصة) وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة (ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردىء فأشبه ما قبل القبض) بجامع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط) ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضائر بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل

أو يوزن) تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض فى سائر الاعيان وبعده يجوز فى غير المكيل والموزون وأما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان فى وعاء واحد أو فى وعاءين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان فى وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذى خرج من ضمان البائع ووجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد اسما وحكما أما الاول فلانه يسمى باسم واحد ككر وقفيز (١٧٦) ونحوهما وأما الثانى فلان المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفى الثوب الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل أو امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشترى وهى فى الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقى اذا استحق البعض بعد القبض كما فى الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن أبى حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد فى الباقى ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا فى المستحق وغيره لانهما فى المالية سواء والانتفاع بالباقى ممكن ومالا يوجب عيبا فى المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف مالو وجد بالبعض عيبا وميزه

(أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان فى وعاء واحد فاذا كان فى وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له فى رد ما بقى) لانه لا يضره التبعيض

(أو يوزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده) اذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة فى غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لان المكيل اذا كان من جنس واحد) كالحنطة أو الشعير (فهو كشئ واحد) فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق بآحاد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الآحاد المتعددة منها كالشئ الواحد ثوب أو بساط ونحوه (الا ترى انه يسمى) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالكر) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهما شيئان حقيقة وتقوما وانتفاعا فلا يوجب افراد أحدهما عن الآخر عيبا حادثا فيه (قيل هذا) يعنى كونه يرد الكل (اذا كان فى وعاء واحد) أما (لو كان فى وعاءين) كما اذا اشترى عدلى حنطة صفقة فوجد بأحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره فخر الاسلام قال لان تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب فى المعيب فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون أخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشترى بخلاف ما اذا كان فى وعاءين فرد أحدهما بعينه فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه أبو الليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن أبى يوسف لا على قول أبى حنيفة فانه روى الحسن عن أبى حنيفة فى المجرد أن رجلا لو اشترى اعدالا من تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شئ واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذكر الناطفى رواية بشر بن الوليد لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة الا أن يكون هذا والآخر سواء فاما أن يرده كله أو يترك كله فقد رأيت كيف جعل التمر اجناسا مع أن الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق أيضا فى نحو الحنطة فانها تكون صعيدية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان فى الثمن والعين ويتقيد اطلاق فخر الاسلام ان فى الاعدال رد المعيب خاصة بأن ذلك اذا كان باقى الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بأن يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها بانة فيرد ذلك خاصة أما اذا كان الاعدال من جنس واحد بأن يكون كلها برنيا أو صيحانيا أو لبانة أو عراقية فيرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وان كثرت لجريان ماذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أى بعض المكيل أو الموزون فلا خيار للمشترى فى رد ما بقى بل يلزمه أن لا يرده وروى عن أبى حنيفة أن له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعيض) لان فى ايرده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الا رد الكل أو امساكه

انتهى

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قبل القبض فالحكم فى غير المثلى والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا اذا كان فى وعاء واحد) أقول اختار هذا القول فى فتاوى قاضيخان ولم يذكر غيره (قوله لان رد الجزء المعيب) أقول فيه بحث

(قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقريره انتفاء الخيار في ردما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا أجاز المستحق بعدما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض وأما اذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى أن تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق

بعض الثوب فللمشتري الخيار في ردما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض في جميع الصور أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فلقوله أما اذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتجد حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض أما لو كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال ومن اشترى جارية فوجد بها فرحا فداواه أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب

القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فان المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الاردب والغرارة وأما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به بخلاف غيره فانه ان كان مما ينفصل يصير معيبا بتبعيضه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا ينفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فانهما ان شاآ اقتسماه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبدهما وغلامهما (وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فأجاب بأن تفريق الصفقة انما يمتنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد) وقد تحقق (لا برضا المالك) يعني المستحق ولذا قلنا اذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقدين بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وقوله (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (اذا كان بعد القبض أما اذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة) عليه (قبل التمام) لان تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكتاب (فله الخيار لان التشقيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقائه شريكا لا يقال ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) الى آخره أي هذا العيب أعني عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الردي في المكيل اذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الا رد الكل (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها فرحا) ونحوه من مرض أو عرض فداواها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصد الاستبقاء بخلاف خيار الشرط) اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار (لان ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو الاستخدام

العبدين ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال (ومن اشترى جارية فوجد بها فرحا فداواه المشتري) جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عد رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشئ في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا

مسقطا (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشترى لها علفا فليس برضا) اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب فى السقى واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه إما الصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف فى عدل واحد وأما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ماذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشترى له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق)

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشترى لها علفا فليس ذلك برضا أما الركوب للرد فلا فرق) فيه بين أن يكون له منه بد أو لا لان فى الركوب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر وأما للسقى والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا أو لعجزه عن المشى لضعف أو كبر أو لكون العلف فى عدل واحد أما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين أو لكون العلف فى عدلين وركب كان الركوب رضا لان حله حينئذ ممكن بدون الركوب قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشترى لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يرده ويأخذ الثمن كله وله أن يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند أبى حنيفة وقالا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن

مرة (مسقطا) لانصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشترى يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والدهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختيار الذى لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا أما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشترى الى رأس ماله اذا عجز عن وصول الجزء الفائت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصير فيها عن كونها دليل الرضا صار فى هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة عليه بالتراضى أو بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد منه وعند الشافعى يبطل والتقييد بحاجته لانه (لو ركبها ليسقيها أو يردها على بائعها أو يشترى لها علفا فليس برضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركوب للرد فانه سبب الرد) فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا تنقاد أو تتلف مالا فى الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب (والجواب فى السقى وشراء العلف محمول على حاجته) الى ذلك فيهما لانها قد تكون صعبة فى قودها ليسقيها أو يحمل عليها علفها ماذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا عن المشى (أو لكون العلف فى عدل واحد) فلا يتمكن من حملها عليها الا اذا كان راكبا وتقييده بعدل واحد لانه لو كان فى عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضيخان وغيره ولا يخفى أن الاحتمالات التى ذكرنا فى ركوبها للسقى انها لا تمنع الرد معها تجرى فيما اذا كان العلف فى عدلين ثم ركبها فلا ينبغى أن يطلق امتناع الرد اذا كان العلف فى عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشترى لاردها عليك فالقول قول المشترى فأما لو قال البائع ركبتها للسقى بلا حاجة لانها تنقاد وهى ذلول ينبغى أن يسمع قول المشترى لان الظاهر ان المسوغ للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشترى من شئ مما ذكرنا لا حقيقة الجوح والصعوبة والناس يختلفون فى تخيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شئ من تلك الاسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا ركبها أو لم يركبها ﴿فرع﴾ وجد بالدابة عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويردها بعد انقضاء سفره وهو معذور (قوله ومن اشترى عبدا قد سرق) عند البائع وعلى ماذكرنا مما وقع فى المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشترى (به) أى بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتى فائدة هذا القيد (فقطع عند المشترى فله أن يرده) على بائعه (ويأخذ الثمن) كله منه (عند أبى حنيفة) هكذا فى عامة شروح الجامع الصغير وفى روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا فى المبسوط حيث قال وعند أبى حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الآدمى نصفه فينتقض قبض المشترى فى النصف فيثبت للمشترى الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقى ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا الى اختياره إمساكه وفى شرح الطحاوى للاسبيجابى لو قطعت يده بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضى بالعبد الاقطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفى قول أبى يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد أو الردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع أو القتل وهو لا ينافي المالية ألا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشترى وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب

ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع أن يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف انه له أن يرده ويرجع بالكل وما في نقل المؤتلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشترى بسرقة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقرب ما يظن انهما روايتان عنه ولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية أخف فانه قال فله أن يرده ويأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيأ آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في الآخر وهو اذا أمسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عمدا أو ردة ونحو ذلك يعني قتل عند المشترى يرجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله رجع بالكل أو نصفه كان بالخيارين أن يرد الباقي ويرجع بالكل وبين أن يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشترى في النصف (لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشترى وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص يأبى شراء المشترى اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كما لو أبى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشأه المستوفي باختياره في النفس بعدما دخل في ضمان المشترى وبه لا ينتقض قبض المشترى لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض بأخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشترى حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فماتت) عنده (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب) القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعدما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا أنه لا يظهر أثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيصح البيع ونحوه فأما اذا قتل فقد تم

فرده وصار كما اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب

والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما وأما على قول أبي حنيفة فالمشترى يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشترى ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشترى وعن قولهم ما سبب القتل لا ينافي المالية بأنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة وأما اذا مات في يد المشترى فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشترى واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كذلك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال (ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشترى الخ) اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشترى فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند أبي حنيفة لا يرده الا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع المشترى على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة أرباع الثمن لان اليد نصف الآدمي وتلفت بالجنايتين

وماذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشترى فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين

حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا (وماذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيخان رحمهما الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقتصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف مسئلة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته أن يردها كما أخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا الحبل لا يمنع من التسليم الى المشترى ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشترى فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع وثانيها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشترى فمات العبد منه عند المشترى يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها ما اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشترى ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشترى فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشترى فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع أجيب بأن الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشترى لا في يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشترى وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشترى فقطع بهما) أي بالسرقتين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشترى والقطع بهما كقولهما ولكن ان رضي البائع كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لان اليد في الآدمي نصفه) في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشترى ويرجع بالباقي ان رده بأن رضيه البائع وذلك ثلاثة ارباع الثمن وبربعه ان أمسكه بأن لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشترى فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع معيبا

وفي احداهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فيرده العبد عليه فان قيل اذا احدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن ههنا كذلك أجيب بأن هذا على قول أبي حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وماذكرتم لايتصور فيه فان قيل الاتذكرون ماتقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فالذي أوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والمعيب وما ينزل منزلة الشيء لايلزم أن يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبهابين مانحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الاصل لما مر آنفا قال ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع العبد في يد الاخير ترجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة جمع حائك بعضهم على بعض عند أبي حنيفة كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولايرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه (١٨١) ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع

وفي احداهما رجوع فينتصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولايرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (في الكتاب ولم يعلم المشتري) يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع

معيبا لامع أن يتحمل مالزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولو تداولته الايدي) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده (ثم قطع عند الاخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كما في الاستحقاق عند أبي حنيفة) لانه أجراه مجرى الاستحقاق ولايخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين أن يرده و يرجع بالكل أو يمسكه و يرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذي قطع في يده (على بائعه) بالنقصان (ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) أما رجوع الاخير فلانه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري للمعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب أو لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله في الكتاب) أي الجامع الصغير (ولم يعلم به) أي وقت البيع ولا وقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبعا لشمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقته أو باحتة دمه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فلشبهه بالاستحقاق فلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لايرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم بأن هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أجري مجرى الاستحقاق لنقصان العيب لما تقدم (قوله وقوله في الكتاب) أي قول محمد في الجامع الصغير (ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان) هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ولا يفيد على مذهب أبي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لايمنع الرجوع وقوله (في الصحيح) احترازا عما روى عن أبي حنيفة أنه لايرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لايمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لايرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل

هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع لكن لانسلم أن العلم بالعيب لايمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه أجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وهنا لايبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال و يجوز أن يكون من حيث الدليل

(قوله والنصف الآخر الخ) أقول يعني الذي لم يتلف (قوله فان قيل الى قوله يستويان) أقول يعني ماتقدم بورقة تخمينا وهو قوله وتنبه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين (قوله لينتقض القبض من الاصل لما مر آنفا) أقول يعني ماتقدم بصحيفة تخمينا وهو قوله فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله (قوله قيل فيه نظر) أقول أي فيما قاله فخر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أو صحيحا) أقول لايخفى عليك ان نزاع القائل انما هو في صحة الدليل فلا مساس لجوابه الاول فليتأمل

وقوله فى النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا انه بمنزلة العيب أو انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراه قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمى العيوب وعددها أو لا علمه البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشترى أو لم يقف أشار اليه أو لا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعدا لعقد قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول زفر والشافعى ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعى لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا وكان ابن أبى ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشترى وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبى حنيفة فى مجلس أبى جعفر الدوانيقى فقال له أبو حنيفة أرأيت لو باع جارية فى المأتى منها عيب أكان يجب على البائع أن يرى المشترى ذلك الموضع منها أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص أكان يلزمه أن يرى المشترى ذلك وما زال حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به * الشافعى يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفى قول آخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان فى الابراء معنى التمليك ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فرد الابراء لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء بأسقطت عنك دينى ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا تفضى الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما أبطلت التمليكات لفوت التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور فى الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدرى عددهم وقوله (وان كان فى ضمنه التمليك) اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى

(قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعى لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان فى الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة فى الاسقاط لا تفضى الى المنازعة وان كان فى ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة

لا يخرجه عن كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العبد بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح فى الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض أيضا خلافا لمحمد فى الحادث وأجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث فى البراءة والشافعى قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب أصلا وثالثها وهو الاصح انه يبرأ وروى عن مالك يبرأ البائع فى الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روى أن ابن عمر رضى الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لأن عمر أتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تلبيس بخلاف غير المعلوم وأما فى غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافه مطلقا هو أحد أقواله قال وهذا (بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف فى المبنى فقال (هو يقول فى الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك (وتمليك المجهول لا يصح) ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدرى أن المبيع على أى صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بأن طلق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدر كم هم ولا أعيانهم كأن ورث عبيدا فى غير بلده أو زوجه وليه صغيرا فبلغ وهى فى غير بلده ولذا لا يصح تمليك الاعيان بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك دينى عليك والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لان جهالته (لا تفضى الى المنازعة وان كان فى ضمنه التمليك) فاظهرنا أثره فى صحة رده

(قوله وقوله فى النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خبير بان منع السند مما لا يجوزه أحد فقوله ممنوع خارج عن الآداب وجوابه ان المنع متوجه الى ما جعله المعترض مبنى لمنعه لا الى سنده وبينهما فرق بقى الكلام فى صحة المنع بعد اقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل ثم أقول بقى ههنا شئ آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينازع فيه لظهور صدق تعريفه عليه وأيضا عادة الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس فى الدلائل المتقدمة ما يقتضى الغاء جهة العيب ولم يقل المعترض ان حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى (قوله أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس فى هذا كثرة شناعة اذ لا يلزم رؤية البائع والمحكى انه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يرى ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدرى عددهم) أقول بأن زوج أولياءه فى صغره نسوة لا يعلم كم هن والله أعلم

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمهما الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف أن الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضى وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التمليك فان جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا تترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فان الساقط يتلاشى فلا يحتاج الى تسليم فظهر ان المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت وأما عدم الصحة في قوله ابرأت أحد كما في جهالة من له الحق كما لم يصح قوله لرجل على ألف وصح لفلان على شئ ويلزم بالتعيين على أن من المشايخ من أجازه وألزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه لله تبارك وتعالى ولذا لو اتفقا على ابطاله لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث علي رضي الله عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني خزيمة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث أولا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم استهما وتواخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع عملي للمسلمين لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معامليه من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرر والله أعلم ابهام خلاف الثابت ومنشؤه ولد المغرور للغرور بحرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على ابهام العيوب وبقائه في يده بها فلم يغره وقوله شرط ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكون السلامة مقتضاه ان اردت العقد المطلق سلمناه أو المقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت منعناه والا لزم ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازها اتفاقا وقوله (ويدخل في هذه البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله (في قول أبي يوسف) ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن ابن زياد والشافعي ومالك ورواية عن أبي يوسف (لان البراءة تتناول الثابت) فتنصرف الى الموجود عند العقد فقط (ولابي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف ادخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله أجيب بمنع انه اجماع بأن في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن أبي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما وكم من شئ لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب انه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف

بجهالة لانفوت التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم أولى ووجه قول محمد أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحبس مجهول لا يعلم أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وأبو يوسف يقول الغرض من الابراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق لان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم (قوله ويدخل في هذه البراءة) احتراز عما لو قال بعت هذا العبد على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

باب البيع الفاسد

وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشترى فى الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن فاذا ادعى باطنا يزيل به ظاهرا لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشترى لانه هو المسقط لحقه فالقول فى بيان ما اسقط قوله ﴿فروع﴾ جمعها فى الدراية شرط البراءة من كل عيب به أو خص ضربا من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشترى عيب أو مات فاطلع على عيب آخر كشجة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار فى تعيين العيب الذى يرد به اليه وجعله محمد للمشترى فيرد بأيهما شاء ولا يخفى أن هذا اذا لم يعين الشجة المتبرأ منها عند البيع بل ابرأه من شجة به أو عيب ولو ابرأه من كل غائلة فهى السرقة والاباق والفجور وكذا روى عن أبى يوسف ولو أبرأ من كل داء فعن أبى حنيفة الداء ما فى الباطن فى العادة وما سواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك وفى جمع التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد ولو قبل فى الثوب يعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرح تدخل القروح الدامية وفى المحيط ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال أنا برئ ممن كل عيب الا اباقه برئ من اباقه ولو قال الاباق فله الرد بالاباق ولو قال أنت برئ ممن كل حق لى قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشترى ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بآبق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا على أن يدفع أو يحط دينارا جاز ولو دفعه المشترى ليرد لم يجز لانه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرده ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقط أو الاعراب فى المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الاجنبى بما وراء المحطوط ورضى الاجنبى بذلك جاز وجاز حط المشترى دون البائع ولو قصر المشترى الثوب فاذا هو متخرق وقال المشترى لا أدرى تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشترى ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشترى درهما فيسل هذا غلط وتأويله أن يضمن القصار أولا للمشترى ثم يدفع المشترى ذلك للبائع وفى المجتبى أدخل المشترى القدوم فى النار أو حد المنشار أو حلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان فى المصراة أو غيرها وفى المصراة يرد بقلة اللبن عند الشافعى ومالك وأحمد وزفر ورواية عن أبى يوسف والمصراة شاة ونحوها سد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشترى انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان فى رواية الكرخى لا وفى رواية شرح الطحاوى يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه الفتوى كان حسنا لغرور المشترى بالتصرية ولو اختلفا بقول البائع هى حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند أبى يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها فى الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع الرد

باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع

العين

العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع مالیس بمال الخمر والمدبر والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجور أي موقوف على اجازة المولى والاب أو الوصي وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة أو رد الرهن لوفاء أو ابراء لزمه أن يسلمه للمشتري وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلا حتى لو تفاسخا لا ينفذ وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند أبي حنيفة والبيع برقه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل ما أخذ به فلان وبيع المال المغصوب ذكره محمد ان أقر الغاصب أو جحد وللمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير وانتهى ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكر انه اذا رجع الرهن والمستأجر الى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع وكذا اذا أجاز المستأجر والمرتهن فان لم يجيزا وطلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه وللمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند أبي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبي يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بلا خلاف وفي المرتهن خلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لا لانه أخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن أبي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء أعتى سواء كان البذر منه أو لا فان أجاز فلا أجر لعمله وفي النوازل فلو أجاز المزارع فكلا النصيبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه أخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود ولينتفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم انه وان أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي أن يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول انه يباينه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده أصلا فقابلوه به وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وأيضا فانه مأخوذ في مفهومه أو لازم له انه مشروع بأصله لا وصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين فان المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا يوجه بعضهم الاعمية بأنه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا أدخل بعضهم أيضا في البيع الفاسد بشموله المكروه لانه فاتت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذي يعم الباطل يثبت بأسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع أو الثمن فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو مالا يكون مشروعا اصلا ووصفا والفاسد هو مالا يصح وصفا وكل ما أورث خللا فى ركن المبيع فهو مبطل وما أورثه فى غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة فى الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذى مات حتف أنفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد ممن له دين سماوى وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالمجروحة بالمذبوحة فى غير المذبح فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف فى التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه فى بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهى مبادلة المال بالمال فانه أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع أبطل تقومها فى حق المسلمين لئلا يتمولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها فى حق المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يحتج الى تأويل لكنه خلاف الظاهر

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر) قال رضى الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض

المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا فى السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم أو التسلم الا بضرر كجذع من سقف ومنها الغرر كضربة القانص والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفقتان فى صفقة كبيعه كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كحبل الحبلة تدخل فى عدم الملك وبيع الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما فى تسليمه ضرر اذ لا يمكن شرعا الا بذبحها اذ فى قطعها احية عجز عن التسليم لانها تصير ميتة يبطل بيعها وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين فى بيع كبيع هذا بقفيز حنطة أو شعير مستدرك لدخوله فى جهالة الثمن (قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان) أحدهما (غير مملوك كالحر) هذا لفظ القدورى وقد ذكرنا آنفا ان لفظ فاسد يراد به ما هو أعم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة أو تغليبا كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه يراد به المعوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرما لا يصح فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أى فى حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلا) يعنى ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك أن المعروف فى عرف فقهائنا التباين بين الباطل والفاسد فان الاعم لا ينفى عن الاخص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لا فاسد باجماع علماء الامصار (وكذا بالحر) بأن يجعل الميتة والحر ثمنا للثوب مثلا وذلك (لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد) يعنى ممن له دين سماوى فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) فـ(فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه) أى كلا من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما سيصرح به فى وجه الفرق حيث قال انه مال لاهل الذمة لحلها عندهم وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية فى شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال فى بعض الاديان فاسد وبما ليس مالا فى دين سماوى باطل وهذا سهل وانما الاشكال فى جعل حكمه الملك فلنا فيه نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم

(قوله ولقب الباب بالفاسد الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال فى وجه التلقيب أراد بالفاسد المعنى الاعم الشامل للباطل لا المقابل له (قوله كالتسليم والتسلم الواجبين به) أقول ضمير به راجع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة فى اللغة وهو الذى مات حتف أنفه فلا يرد المخنوقة وأمثالها التى هى كالمذبوحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا الى قوله والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخمر والخنزير يقضى بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوابه انه ليس محرما عندهم تأمل فان فيه ما لا يخفى (قوله أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول وأنت خبير بأن قيد التقوم مما لا حاجة اليه فى اثبات المطلوب (قوله وانما أولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بلا خلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى

قال (اما بيع الخمر والخنزير) يعني اذا جعلا مبيعا (فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان بعين) بيع المقايضة (ففاسد والفرق أن الخمر مال) في الجملة في شرع ثم أمر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزازله حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والحر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل في المقايضة بطريق أولى لان كلا منهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا أيضا كما ان كلا منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعية في كل منهما فاعتبرا الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى بي أعطى ذمة من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر الى أن قال وبائعها وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فأكلوا ثمنها وحديث ان الله تعالى اذا حرم شيأ حرم ثمنه وأما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف أنفها أما المنخنقة والموقوذة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد ان أحكامهم كاحكامنا شرعا الا ما استثنى بعد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن أبي حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة تجوز الا الخمر ومنعا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المنخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر ثم (الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه) أي في البيع الباطل (يكون امانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (لان العقد غير معتبر فبقي) مجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الائمة السرخسي وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الائمة الثلاثة (لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كـ) الخلاف الكائن بينهم في (أم الولد والمدبر) اذا بيعا فاسدا عند المشتري لا يضمنهما عند أبي حنيفة ويضمنهما عندهما والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك أولى ولمن ينصر المروي عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه رهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيله وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كالو باعه على انه

وقوله (والباطل لا يفيد ملك التصرف) كأنه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد) والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة (ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أبي أحمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة نص على ذلك في السير الكبير نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير (لان العقد) باطل والباطل (غير معتبر) والقبض باذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الائمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه (يكون مضمونا لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء) لوجود صورة العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة أما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد ابن مسلمة البلخي (الاول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أي اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات وأما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في المأذون انه لا يملك فالواو ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيأ لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما اذا كان شيأ يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو أفاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب ان ما لم يحل وطؤها وأكله لم تثبت الشفعة فيما ذكرت لان في الاشتغال بالوطء والاكل اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار أخرى فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب أو الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم أعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين وأجابوا

عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري فيه أي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في أول الفصل الذي يلي هذا الباب (قوله وكذا بيع الميتة) يعني كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو إما أن يكون بالدين كالدراهم والدنانير أو بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة الا انه غير متقوم أي غير معزز يقابله قيمة لان الشرع أمر باهانته وترك اعزازه وما أمر الشرع بترك اعزازه لا يكون معززا فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا أي بجعله مبيعا اعزازه وهو خلاف المأمور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقوم أصلا لئلا يفضي الى خلاف المأمور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب يجعله مبيعا انما قصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان

(قوله فالجواب انما لم يحل وطؤها) أقول وسيجيء في فصل أحكام البيع الفاسد منع قوم حل تناول الطعام المشتري شراء فاسدا وعدم حل وطء الجارية المشتراة كذلك (قوله الا أنه غير متقوم) اي غير معزز أقول عزلازم فالظاهر أن يقول غير معزز

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير ان كان قبول بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قبول بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة الا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزازه وهذا لانه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان المشتري للثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

باقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا (والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا أو القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد هل يملكه سيأتي تمام هذه المسائل في أحكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في أن المملوك التصرف أو العين ووجه لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله (وفيه) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد (خلاف الشافعي) وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو عندهم الباطل وسيبينه المصنف في فصل أحكام البيع

قال (و بيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) أي باطل وانما فسره بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ماذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لايدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فينتفي الآخر لايقال هو مدلول الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم لان الملك مع الحرية لايجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال أولى وكذلك الثاني لان مابعد الموت حال بطلان الاهلية فتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى مابعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لايملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الآخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين ولهذا جاز بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على مايجيء قال (ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز الخ) لان عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروى في النوادر انه لايجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي

قال (و بيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق

البيع الفاسد أي يبين الوجه من الجانبين (قوله و بيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدوري قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في أم الولد (اعتقها ولدها) واقل مايقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم و بتصحيح التدبير شرعا وتصحيحه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لانتفاء أهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا في الحال (والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى) حتى لايملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للمشتري (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع ومالا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لايبعن في دين وحديث اعتقها ولدها تقدم في باب الاستيلاد واذا كان أقل مايوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد منه بالاجماع (ولو رضي المكاتب ففيه روايتان والاظهر جواز بيعه) وتنفسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضي باسقاطه (والمراد) بالمدبر (المدبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله في جواز بيعه في كتاب العتاق أما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بأن بيع المدبر وأخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدبر أو أم ولد أو مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن و يلزم مشتريهما حصته من الثمن المسمى وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لايملكون بالقبض كالايملك الحر فكانوا مثله فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون وأما تملك القن المضموم

قال المصنف (و بيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزيلعي أي في حق نفسه لافيما يقابله انتهى فان مايقابله يملك بالقبض الا أنه سيجيء في آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكر موقوف (قوله لايدخل عليها الابطال) أقول وللخصم أن ينازع فيه

وقد تقدم فيه وان ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر روى المعلى عن أبي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم لماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما ثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محللا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه أي كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم

قال (وان ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا عليه قيمتهما) وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به

اليهم فلدخولهم في البيع لصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب رعايوهم أنه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز أن يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى ملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالباطل قلنا نحن لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه ويتجه اللازم على تقدير تأويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر وأصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا عليه قيمتهما للبائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر أما أم الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب ومعناه انه اذا نقلها الى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه أما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتهما هذه (لهما) في ضمان المدبر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما مما يصح تملكه وتمليكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه) لانه حر يدا فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين أعني التي تبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل اذا صلح له وهو صالح بل انصبابه ليس الا عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا فبفرض وقوعه حسا وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشترى بعد القبض ان وافقه فلو صح لزم ان لا يضمنا لانهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض أن وافقا بل قبضا بعد الموافقة واتمام البيع بزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض أعم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع

قال المصنف (وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه) أقول قوله وهو أي تضمين قيمة المدبر دون أم الولد في كلامه تساهل وسيجيء في باب كتابة العبد المشترك من الاكل وغيره ان في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة

فالمقبوض

ولابي حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما أي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بهما فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة (قوله وليس دخولهما) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غيره كثبوت حكم البيع فيما

وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد) لانه باع ما لا يملكه (ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فيها اولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو مقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك متصور هنا مع اعتبار جهته فبقي مجرد قبض باذن المالك فلو أوجبناها كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخولهما في البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضم اليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده) ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح أصلا في شئ واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وأم الولد والمدبر فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى وتقدم ذلك في العتاق (قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء) بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما أن يكون أعدها لذلك أولا فان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد أن يأخذه ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطيادا جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن اعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا أن يسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه أخذه ثم أرسله في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال أبو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الآجام أقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لا تبايعوا السمك في الماء فانه غرر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر

﴿فروع﴾ من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها ليجففها

ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل أن يصطاد) بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم ألقاه في الحظيرة فلا يخلو اما أن تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى ما لم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها أما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كالوباض الطير في أرض انسان أو فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز لا يشكل بما اذا عسل النحل في أرضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو يهيئ له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر الثابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فانها ليست فيها على وجه القرار

قال (ولا) يجوز (بيع الطير في الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه الاول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد ان أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو أيضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى قاضيخان (١٩٢) وان باع طيرا له يطير في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا (ولا) يجوز (بيع الحمل) أي الجنين (ولا نتاج الحمل) وهو حبل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما دخلت عليه التاء اشعارا لمعنى الانوثة فيه قيل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوى عنك علمه قال المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال (ولا اللبن في الضرع للغرر الخ) وبيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز أن يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهي عنه وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من باب أوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها

قال (ولا بيع الطير في الهواء) لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو أرسله من يده لانه غير مقدور التسليم قال (ولا بيع الحمل ولا النتاج) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا ولا اللبن في الضرع للغرر) فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لانه من أوصاف الحيوان ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم

من بلل فتعلق بها لا يملكه وهو ان يأخذه الآن يأتي فيحوزه ومثله اذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولو لم يكن هيأ لذلك فلو احد أن يسبق فيأخذ مال يكف حجره عليه وكذا من هيأ مكانا للسرقين فله ما طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال أهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هيأ المكان له أولا أما النحل اذا عسل في أرض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيدا بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك الا باعداد المكان لذلك (قوله ولا بيع الطير في الهواء لانه قبل أخذه غير مملوك وبعد أخذه وارساله غير مقدور التسليم) عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لا أن العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه وذكر التمرتاشي لو باع طيرا يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفي فتاوى قاضيخان وان باع طيرا له يطير ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المصنف فيما يأتي والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم يوافقه (قوله ولا الحمل) بسكون الميم ما في البطن من الجنين (ولا النتاج) لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتباعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطا أنبأنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك وأما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين ما في الاصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقة وولدها ملقوح به الا انهم استعملوه بلا باء يقال ضمن الشيء أي تضمنه قوله (ولا اللبن) يجوز بالجر عطفا على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف (للغرر فلعله انتفاخ) وبه قال الشافعي وأحمد وأجازه مالك أيا ما معلومة اذا عرف قدر حلابها ويكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهي عن بيع الغرر (لانه يتنازع في كيفية الحلب) في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الاسباب الا لقطعه فبطل قول مالك لذلك وجوازان يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من أوصاف الحيوان) لانه يقوم به أولانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولانه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أي قوائم

(قوله لان استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليها الابطال) أقول والمخصم فيه أن ينازع فيه
قوله قوله لان استحقاقه الخ تنظر هذه القولة لانا لم نعثر عليها اه مصححه

أجاب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا فى أعلاها وتركت أياما يبقى الخيط أسفل عما فى رأسها الآن والاعلى ملك المشترى وما وقع من الزيادة وقع فى ملكه أما الصوف فان نموه من أسفله فان خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على رأسه لا فى أصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه أجاب بأن القصيل وان أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القطع فيقلع وأما القطع فى الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع أى النتف فبعد ذلك يقع التنازع فى موضع القطع وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن فى ضرع وعن سمن فى لبن وهو حجة على أبى يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم قال (وجذع فى سقف) اذا باع جذعا فى سقف أو ذراعا من ثوب يعنى ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع أولا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن فى التبعيض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة

لانها تزيد من أعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع فى الصوف متعين فيقع التنازع فى موضع القطع وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن فى ضرع وعن سمن فى لبن وهو حجة على أبى يوسف رحمه الله فى هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال (وجذع فى سقف وذراع من ثوب ذكر القطع أولم يذكراه) لانه لا يمكن التسليم الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشر دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر فى تبعيضه

الخلاف (لانها تزيد من اعلاها) ويعرف ذلك بأن توضع فى مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير أسفل ويرتفع عنها رأس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من أسفل فالزائد يكون على ملك المشترى وقال الامام الفضلى الصحيح عندى أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشترى لا يجوز لجهالة موضع القطع وماذكره من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هى خلافية منهم من منعها اذ لا بد فى القطع من حفر الارض ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصيل) لانه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما فى الارض قال المصنف (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى الى آخره) وذلك ان الطبرانى قال حدثنا عثمان بن عمر الضبى حدثنا حفص بن عمر الحوضى حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن فى ضرع وأخرجه الدارقطنى والبيهقى عن عمر بن فروخ قال الدارقطنى وأرسله وكيع عن عمر ابن فروخ ولم يذكر ابن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقى تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوى لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال فى تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبى توثيق عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كأبى داود وابن معين وأبى حاتم والرفع زيادة وهى من الثقة مقبولة ورواه أبو داود فى مراسيله عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى أن يباع لبن فى ضرع أو سمن فى لبن ورواه الدارقطنى فى سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن أبى شيبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس فى مراسيل أبى داود وكذا رواه الشافعى رحمه الله قال أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن فى ضروع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك ان كل ما بيع فى غلافه لا يجوز كاللبن فى الضرع واللحم فى الشاة الحية أو شحمها وألياتها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق فى هذه الحنطة أو سمن فى هذا اللبن ونحو ذلك من الاشياء التى فى غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب فى قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة فى ترابهما بخلاف جنسهما والله الموفق (قوله وجذع من سقف) بالجر أى لا يجوز بيع جذع من سقف (وذراع من ثوب) أى ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوى فى آجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع فى الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به أما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر فى التسليم فى كل ذلك وأورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه أجيب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول فخر الاسلام ان رضى فله أن يرجع فيبطل البيع

(قوله فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة) أقول فيه بحث فانه اذا كان متمكنا من الرجوع شرعا لا يعتبر عنازعته اذ لا وجه لها والاولى عندى أن يقال بدله ولا يكون لازما والبيع اذا لم يكن مشروطا فيه الخيار يكون لازما فيبطل فليتأمل

(ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى عاد البيع صحيحا لزوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى فى التمر أو البزر فى البطيخ لم يصح وان شقهما وأخرج المبيع لأن فى وجودهما احتمالا) أى هو شئ مغيب وهو فى غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة فى سنبلها وأمثالها بيع مافى وجوده احتمال فانه شئ مغيب فى غلافه وهو جائز أجيب بأن جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى مايتصل به فان الحنطة اذا بيعت فى سنبلها

انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد إعمالا لتصحيح لفظه وأما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف فى أصول الفقه وقوله (أما الجذع فعين موجودة) اشارة الى اتمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين فى السقف بأن الجذع معين موجود اذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع فى السقف وكذا بيع كرشها وأكارعها أجيب بأن المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له

بعتك

فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من افساد شئ غير مستحق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال فى نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمى لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص

ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى فى التمر أو البذر فى البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما وأخرج المبيع لان فى وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال (وضربة القانص) وهو

الا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع الملزم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما ايراد المحاباة فدفع بأنه ليس فيه استهلاك مال نعم يرد بيع الحباب التى لا تخرج الا بقلع الابواب على قول من أجاز والبعض قد منعه وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب وهذا يفيد أن المنظور اليه فى المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لابد من سمع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن فى الضرع والسمن فى اللبن أفاد ان المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء واليتها ورجلها وهو معلل بما يلزم فى التسلم من الضرر على البائع فى المبيع فخرج بيع الحباب التى يحتاج فى تسليمها الى هدم أكتاف الابواب على من يصح بيعها (قوله ولو لم يكن معينا) يعنى الجذع والذراع (لا يجوز لما ذكرنا) من لزوم الضرر (وللجهالة) ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى فى التمر أو البزر فى البطيخ) وكسرها وسلم البزر والنوى قبل الفسخ (لا يعود صحيحا) لان الفساد للغرر (اذ فى وجودهما احتمال) فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم فى بيع صحيح لان الغرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقى ملك المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من ايراد العقد الصحيح وايجاده ليس هو وجود البيع الصحيح ونقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواد بطنها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزا مع أنه تحمل الضرر بالذبح أجيب بأن المنع هناك لعلة أخرى غير لزوم الضرر فى التسليم وهو كونه متصلا متضمنا له خلقة والنص يمنعه وهو النهى عن بيع الصوف على الظهر واللبن فى الضرع والسمن فى اللبن وقد يقال لا أثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل فان قيل يتناوله بعد الفصل النهى عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا قلنا وكذا الجذع فى السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجر على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول

مايخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة وفى تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلئ وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو أنه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز أن لايدخل فى الشبكة شئ من الصيد وان لايخرج من الغوصة شيأ قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالتاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوذة مثل كيل ما على النخل من التمر حزرا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يبق ما على الرأس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذى يقابله من المجذوذ لا يجوز لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربا الملحقة بالحقيقة فى التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع أحدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعى يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله فى مقدار خمسة أوسق قولان استدل بأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص فى العرايا وفسرها بأن يباع الثمر الذى على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق وأنث الضمير فى قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة قلنا بالقول بالموجب وهو ان يقول سلمنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى العرايا فان فى الاحاديث الدالة على ذلك كثرة لايمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ماذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل يوم لكون أهله فى البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع فى الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا لوعده وبه نقول لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ويسمى بيعا مجازا لانه فى الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول أنه جاء فى حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص فى العرايا فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر والثانى أنه جاء فى حديث جابر رضى الله عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله فى المستثنى منه والجواب عن الاول ان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم وعن الثانى انه على ذلك التقدير يناقى قوله عليه الصلاة والسلام المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه

مايخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال (وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ماذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا تجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعى رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجاز لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ

بعتك (مايخرج من) القاء هذه (الشبكة مرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال فى تهذيب الازهرى نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه من اللآلئ فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا وجهالة مايخرج (قوله وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة) فى الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم فى لفظ وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب فى النخل بالتمر كيلا والمحاقلة فى الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا وأخرج البخارى عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة وقول المصنف (بمثل كيله خرصا) الخرص الحزر (وكذا العنب بالزبيب) لايجوز ومعنى النهى أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعى رحمه الله تجوز) المزابنة بالتفسير الذى ذكرنا (فيما دون خمسة أوسق) لما فى الصحيحين من حديث أبى هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا وفى الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام فى بيع العرايا أن تباع بخرصها وفى لفظ رخص فى العرية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا أيا كلها رطبا ووافق الشافعى أحمد

(قوله قال وبيع المزابنة الى قوله من المجذوذ لا يجوز) أقول قوله الرفع فيه أى وحده وقوله والجر والرفع أى كلاهما وقوله والمزابنة مبتدأ وقوله لا تجوز خبره

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر) سام البائع السلعة أى عرضها وذكر ثمنها وساومها المشترى بمعنى استامها ببيع الملامسة هو أن يتساوم الرجلان فى السلعة فيلمسها المشترى بيده فيكون ذلك ابتياعا لها رضى مالكها بذلك أو لم يرض وبيع المنابذة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكها الزام المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا فى الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب تشير الى أن المنهى عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه فى معناهما ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة أن يقول البائع للمشترى أى ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعتكه وأى ثوب لمسته بيدك فقد بعتكه وأى ثوب نبذته الى فقد اشتريته

(قوله وأى ثوب نبذته) أقول فيه مسامحة لا تخفى

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة) وهذه بيوع كانت فى الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أى يتساومان فاذا لمسها المشترى أو نبذها اليه البائع أو وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثانى المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

فى ذلك الا أنه لم يبعها الا للضرورة قال الطحاوى جاءت هذه الآثار متواترة فى الرخصة فى بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا فى صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا فى تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان فى وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم الى حوائطهم فيجىء صاحب النخلة أو النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو وأهله عنه وروى هذا عن مالك قال الطحاوى وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أحمد بن أبى عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة قال معنى ذلك عندنا ان يعرى الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوى وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك لان العرية انما هى العطية ألا ترى الى الذى مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول

فليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا فى السنين الجوائح

أى انهم كانوا يعرون فى السنين الجوائح أى يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا ممدوحين بها اذ كانوا يعطون كما يعطون والحق ان قول مالك قول أبى حنيفة هكذا حكاه عنه محققو مذهبه واستدل عليه بأن العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك فى اللغة وتخصيص ما دون خمسة أوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذى هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد ثالث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتى من فلان فانه كان سبق اليه منى شبه الوعد فلا ألقى الله بثلث النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث ان حدث كذب وان وعد أخلف وان أؤتمن خان وأما ما ذكر من تأويل العرية الامام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتى ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرية بخرصها من التمر فيأكلونه رطبا وقال متفق عليه فقدوهم فى ذلك فان هذا ليس فى الصحيحين بل ولا فى السنن ولا فى شئ من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعى مخرج الحديث ولم أجد له سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعى ذكره فى كتابه فى باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة) الى قوله (وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم الى آخره) فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم أما الملامسة فان يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بأن يكون مثلا فى ظلمة أو يكون مطويا عن ثياما متفقا على انه اذا لمسه فقد باعه وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها فى الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقى حصاة وثمة أثواب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورويه ولا

خيار

(ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا أن يقول على انك بالخيار ان تأخذ أيهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال (ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها) والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق من الحشيش كذا روى عن محمد

قال (ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار فى أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال (ولا يجوز بيع المراعى ولا اجارتها) المراد الكلأ أما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث

خيار بعد ذلك ولا بد أن يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معينا فاذا تراوضا فألقاه اليه البائع لزم المشترى فليس له أن يقبل أو غير معين كما ذكرناه ومعنى النهى ما فى كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه فى معنى اذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو اذا لمسته أو نبذته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر تمنها وسامها المشترى بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لا أنه بمعنى لا يشترى كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت التزاما لانه اذا نهى عن التكلم فى الشراء فكيف بحقيقة الشراء (قوله ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع الا أن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعتك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بفروعها فى خيار الشرط (قوله ولا يجوز بيع المراعى) ثم فسرها بالكلأ دفعا لوهم أن يراد مكان الرعى فانه جائز (ولا اجارتها أما البيع فانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه) اشتراك اباحة لا ملك ولانه لا يحصل به للمشترى فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يتملكه بدونه (للحديث) الذى رواه أبو داود فى سننه فى البيوع عن حرير بن عثمان عن أبى خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فكنت أسمعه يقول المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والنار والكلأ ورواه أحمد فى مسنده وابن أبى شيبة وأسند ابن أبى عدى فى الكامل عن أحمد وابن معين انهما قالا فى حرير ثقة وجهالة الصحابى لا تضر ومعنى الشركة فى النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعنى اذا أوقد رجل نارا فلكل أن يصطلى بها أما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدورى ومعناه فى الماء الشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وفى الكلأ انه احتشاشه وان كان فى أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض أن يمنع من الدخول فى أرضه فاذا منع فلغيره أن يقول ان لى فى أرضك حقا فاما أن توصلنى اليه أو تحتشه أو تستقى وتدفعه لى وصار كثوب رجل وقع فى دار رجل إما أن يأذن للمالك فى دخوله ليأخذه واما أن يخرجه اليه أما اذا أحرز الماء بالاستقاء فى آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر أن هذا اذا نبت بنفسه فأما لو كان سقى الارض واعدها للانبات فنبتت ففى الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر فى اختلاف أبى حنيفة وزفر نبت الكلأ بانباته جاز بيعه وكذا الوحدق حول أرضه وهيأها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كمأة فى أرضه قبل أن يقلعها ولا ماء وقال القدورى لا يجوز بيع الكلأ فى أرضه وان ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الا أن على هذا القائل أن يقول ينبغى ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلف الحفر والطى لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقى وان لم يكن فى أرض مملوكة له ثم الكلأ ذكر الحلوانى عن محمد انه ما ليس له ساق وماله ساق ليس كلأ وكان الفضلى يقول هو أيضا كلأ وفى المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب

وقيل ما ليس له ساق وماله ساق فهو كلأ وانما فسر المراعى بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعى وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضى واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلأ أو لم يكن اما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فلانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بعينها والاصطلاء بها والشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض المملوكة والانهار المملوكة من الاراضى المملوكة والاحتشاش من الاراضى المملوكة ولكن له أن يمنع من الدخول فى أرضه فان منع كان لغيره أن يقول له ان لى فى أرضك حقا فاما أن توصلنى الى حقى أو تحتشه فتدفعه الى أو تدعنى آخذه كثوب لرجل وقع فى دار انسان هذا اذا نبت ظاهرا وأما اذا أنبته صاحب الارض بالسقى ففيه اختلاف

الرواية وذكر فى المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدورى انه لا يجوز بيعه لان الشركة فى الكلأ ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة للكلأ فبقى على الشركة فلا يجوز بيعه

وأما عدم جواز الاجارة فلمعنيين أحدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استئجار الصباغ واللبن في استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة والطؤرة ولم يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال (ولا يجوز بيع النحل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا أي مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به (١٩٨) حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك

وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال (ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله

يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير أرأيت ان وجد بها عيبا بكم يردها وفيه اشارة الى أن النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم في الحال قيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والخمش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المآل بأعيانهما وفيه بعد نظر وجههما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوى من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا

و يابس وهو واحد الاكلاء (وأما الاجارة فلأنها) لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الا ملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن في استئجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا أما ابتداء فلا (وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز) مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل في لبن الآدمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه والحيلة في ذلك أن يستأجر الارض ليضرب فيها فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمه ثم يستتبع المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعا) مقدور التسليم اذا كان محرزا (فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار) يجوز بيعهما وان لم يؤكلا للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما (ولابي حنيفة وأبي يوسف انه من الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا وهو أنه في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الخمش فانه ينتفع به في الحال قبل حدوث ما يتولد منه فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير وجد بها عيبا بكم يردها اشارة الى أن النحل لا قيمة لها حتى لو باعه تبعا لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن أبي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين وفي التهذيب كوارة النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير

تشديد

له كذا ذكر الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا أنه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول أي عن الايقاع (قوله قيل قوله لا بعينه احتراز الخ) أقول القائل هو الاتقاني والخبازي (قوله وفيه بعد نظر وجههما الخ) أقول فيه تأمل فانه ينتفع بما يخرج ويحصل منهما في مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخرجان به

قال (ولا يجوز بيع دود القز وبيضه) وهو البزر الذي يكون منه الدود لا يجوز عند أبي حنيفة لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيعه قيل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع أبي حنيفة كما في دوده وهذه العبارة تشير الى أن أبا حنيفة انما لم يجوز بيعه بانفراده فاما اذا كان تبعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكرها هنا تبعا لما ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمة كذلك قال (ولا يجوز بيع الآبق) بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد أو لا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق وان قبضه للرد فاما أن يشهد على ذلك أو لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى

(ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) لانه من الهوام وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز) لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه (الا أن يبيعه من رجل زعم انه عنده) لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه لانه أمانة عنده

تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم (قوله ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لانه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له) وأجاز بيع بزر القز الذي يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به) وأجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى أن محمدا ناسب أصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك في قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف في النحل عن الكرخي بجوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز باتفاق حينئذ وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبي يوسف في دود القز بل يقولان معا ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد أبي حنيفة في هذه وقران أبي يوسف معه في تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شئ من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد اذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة اعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لانه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الاوراق وأجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما اذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها وأما اذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تجيء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدورا التسليم وتجويز كونه لا يعود أو عروض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في برفانه يجوز وان جاز ان لا يعود (قوله ولا يجوز بيع الآبق) الآبق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الائمة الاربعة ويجوز عتقه غير انه اذا أعتقه

قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة) أقول لا بد لابي حنيفة من الفرق بين بيع النحل وبين بيع دود القز حيث جوز الاول تبعا دون الثاني (قوله وهذه العبارة تشير الخ) أقول فيه نأمل (قوله والآبق الذي الى قوله هل يصير) أقول فيه تأمل

(وقبض الامانة لاينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لتأكده بالالزوم والملك أما اللزوم فلان المشترى لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثانى يجب

وذكر الامام التمرتاشى انه لا يصير قابضا عند أبى يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كأنه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشترى هو عند فلان فبعه منى فباعه لا يجوز لانه آبق فى حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير فى الهواء وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله

وقبض الامانة لاينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه منى فباعه لا يجوز لانه آبق فى حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير فى الهواء وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله

عن كفارة اشترط العلم بحياته وتجوز هبته لابنه الصغير أو ليتيم فى حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف وما بقى له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظر للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا أجزنا بيعه ممن ذكرانه فى يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسلم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشترى برجل معه وقال عبدك الآبق عندهذا فبعنيه وانا اقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا فى الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض أمانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لاينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروى عن محمد كما اذا باع خمرا فتخللت قبل التسليم أو باع طيرا فى الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجى لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفى رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبى حنيفة يجوز لقيام المالية والملك فى الآبق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا فكه قبل الخصومة وفسخ القاضى للبيع وبه أخذ الكرخى وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشترى من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضى البيع أو تخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضى أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف فى أنه باطل او فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد فى الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا فى بيع الطير فى الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخى يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا فالضرورة ان من قال بالجواز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا مملوكا مقدورا التسليم ان عنى محلية البيع الصحيح فنعم والا فلا

والمشترى عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق بل ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضى وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا أبق العبد بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه أخذ الكرخى وجماعة من مشايخنا وأما اذا رفعه المشترى الى القاضى وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد

قال (ولا لبن امرأة في قدح) قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن بيعه في الضرع لا يجوز كسائر ألبان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهرا احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية أجزاء الآدمي أجيب بأنا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل ألا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء يسقط الضمان وكذا السن اذا نبتت

قال (ولا بيع لبن امرأة في قدح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره فان كان له فنافذ أو لغيره فموقوف والنافذ اما صحيح ان كان مبيعه مقدورا التسليم ليس فيه شرط فاسد والا ففاسد وأما حديث النهي عن بيع الآبق فروى اسحق بن راهويه أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال حدثنا جعفر بن الحرث أبو الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن بيع العبد وهو آبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري يرفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص وشهر مختلف فيه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا الضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر (قوله ولا بيع لبن امرأة في قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله أما عين القدحية فليس قيدا بل سائر الاوانى سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمداء وبعضهم أجازه اذا عرف انه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الآدمي مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه لا يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع المالية ولا مالية للانسان الا ما كان محلا للرق (وهو للحي ولا حياة في اللبن) ولان العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلهما وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبت السن التي قلعت لا ضمان الا ما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيأ تغليظا لامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من جز صوف

(قوله وهو) أي الآدمي بجميع أجزائه مكرم يجوز أن يكون دليلا آخر وتقريره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه وأما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو أي المحل هو الحي ومعناه انهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان واذا لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروبا مطلقا أو في حال الضرورة

 والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعيد جدا بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع (قوله لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولا يجوز بيعه قبل الاحراز كالكلأ فعلم أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله وتقريره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم الخ) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرق) أقول يعني استقلالا (قوله وليست بمال) أقول أي متقوم

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس (٢٠٢) العين) ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رحمه الله ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها) لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا ومبتذلا

لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أجاب بأنه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء أفسده عند أبي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضيخان قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد أنه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعله اذا التنجس لا يتبرك به وجه الظاهر أن الآدمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شئ من اجزائه مبتذلا مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك

شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شئ من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففي اشاعته بيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس الا لمنفعة أخرى كشراء الامة المجوسية بعد اشتهار حرمة وطئها شرعا لكنهم يجيزون شربه للكبير هذا وقد أسند الفقيه أبو الليث الى محمد بسند متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حمّ قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب (٣) يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت اجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا هذا وأما المصنف فانما عالل للمنع بأن الآدمي مكرم بجميع أجزائه فلا يبتذل بالبيع وسيأتي باقيه (قوله ولا يبيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له) أورد عليه انه جعل البيع هنا في ابن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع ينفيه وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكراما مثلا لو أمر السلطان بعض سائسي الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا بالبدل معزوز كالدراهم أو الثياب كان غاية اكرامه والآدمي مكرم شرعا وان كان كافرا فاراد العقد عليه وابداله به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين فالمعول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الاصل فلا تنافي (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخراز ين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه) فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخرز به بل يمكن أن يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الا أن يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع في ماء قليل أفسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخراز ين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يتخرج على القول بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع على ثيابهم هذا المقدار (قوله ولا يجوز بيع شعر الانسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا ومبتذلا)

(٣) قوله سيهوب كذا في النسخ التي بأيدينا ولم نجده فحرر اه مصححه

ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رحمه الله بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الآدمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجبا الامرين متنافيين وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شئ وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جواز هما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزايلة فشعره وهو طاهر أولى ولان في تنائر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر لزيد في قرون (٢٠٣) النساء أي في أصول شعرهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقدمر في كتاب الصلاة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس أجيب بأنها خلقية فما لم يزايل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم (لا تنتفعوا) نهي) وهو يقتضي المشروعية فمن أين الالجواز فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية وهو يفيده طالع التقرير تطلع عليه (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به) لان تأثيره في ازالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا بأس ببيع

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما رخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال (ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواشمة والمستوشمة فالواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها باذنها او رضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والالمنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة أيضا والنامصة هي التي تنقش الحاجب لترققه والمتنمصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتخريجه ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لمجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بأن المنجس منها باعتبار أصل الخلقة فما لم يزايله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بما قيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أو لا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان بيع أصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية فان بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها) وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها

عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة

(قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزيلعي انما لعنا للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع بما ليس مالا في التحقير والتعظيم جائزا وليس كذلك الا أن يقال لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند ولعل الاولى أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق مالا كالحر فجعله مملوكا اهانة له لكونه حطا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فجعله مملوكا رفعا له عن مرتبته ولا بعد في ايجاب الشئ الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين ألا ترى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجه القصار وتعقد الملح وتذيب الشمع فليتأمل (قوله فليس ذلك) أقول أي ما ذكر من الاهانة والاعزاز (قوله من المبيع في شئ) أقول لعل المراد أن المبيع ليس موجبا تاما لهما حتى يرد السؤال (قوله فالجواب انه نهي الخ) أقول فيه بحث

(والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتبارا له في حرمة اللحم وغيرها قال لا تقع عليه الزكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قالوا بيع عظمه انما يجوز اذا لم تكن عليه دسومة وأما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا

أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع) فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز أجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء وجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شاهدين شهد أحدهما بشراء أرض بشربها بألف والآخر بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعا لزوالها باعتبار التبعية

والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال (واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب

فان هذه الاشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السؤر واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره أدركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون بأسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع الفرد وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء (قوله واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلي (وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها) وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مما يباع والمبيع لابد أن يكون أحدهما وقول المصنف (والمال هو المحل للبيع) تساهل أو تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات) فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع أرضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزاد نوبته وجوزه مشايخ بلخ كأبي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كما اختلافهما في مقدار الثمن وقيل لو باع أرضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب وأما ضمانه بالاتلاف وهو بأن يسقي أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالالزام به من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان شهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما أنه حظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد

قال المصنف (لانه حظ من الماء) أقول فان قيل سلمنا انه نصيب ولكن ليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعا ولا منفردا قلت لا حاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك قلنا اذا وجد في أرضه وأتلفه آخر يضمن علم أنه علكه كذا في شرح شاهان الا أنه مخالف لما ذكروه في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراعي كما سبق فليتأمل وسيجيء في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

قال (وبيع الطريق وهبته جائزة) بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا فقدر بعرض باب الدار العظمى وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدرى قدر ما يشغله الماء والقيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه أرض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه (٢٠٥) فانه جائز أيضا ذكره قاضيخان وهذا

قال (وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما وأما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احداهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى

عليه انه لو كان عينا ينبغي أن لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء وأجيب بأنه انما جوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير انه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجماعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس ﴿فرع﴾ باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض (قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل) قال المصنف (المسئلة تحتمل وجهين) أن يكون المراد (بيع رقبة الطريق والمسيل و) ان يكون المراد (بيع حق المرور) الذي هو التطرق (والتسييل فان كان الاول) وهو بيع رقبة الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسييل (فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما) فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز أيضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة (أما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله الماء) ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل أما لو بين حدما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده (وان كان) المراد (الثاني) وهو مجرد حق المرور والتسييل (ففي بيع حق المرور) مجردا (روايتان) على رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل لصاحب حق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على أن بيع حق التسييل لا يجوز (فوجه الفرق على احداهما) أي وجه الفرق (بين حق المرور وحق التسييل) على الرواية المجيزة لبيع حق المرور (أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما التسييل) فان كان على السطح (فهو نظير حق التعلي) لا يجوز باتفاق الروايات ومر وجه فساده

أحد محتملي المسئلة وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك للطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو مما يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا محتملهما الآخر

واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز وأما على رواية ابن سماعه فالفرق بينهما أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان أو التقدير كما مر وهو الطريق وأما المسيل فاما أن يكون على السطح أو على الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلقا به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية أعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تلمح الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلي تعلق بعين لا تبقى

وهو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق ينبني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل

وهو البناء فأشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فأشبه الاعيان والبيع يرد عليها فظهر من هذا أن محل البيع اما الاعيان التي هي أموال أو حق يتعلق بها وفيه نظر لأن السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام) اعلم أن الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت كالاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوانات الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل

وهو أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فانما يكون نظير ما اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيمره على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه الماء بقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما احتيج الى الفرق لانه علل المنع في حق التعلي بأنه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا بيع العين وهو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين أما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بأن حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبه المنافع بخلاف الارض فليس بذاك لان البيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان أشبه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور (قوله ومن اشترى الى آخره) اذا اشترى هذه الجارية فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وامثالها تبتني على الاصل الذي تقدم في المهر انه اذا اجتمع تسمية وإشارة الى شئ كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار الى ذات وسماها جارية فان المسمى مع المشار اليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لان التسمية أبلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل باشباهها تلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه أبلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فانه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا أن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا أنه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار وقول المصنف (والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد) لا يريد أن الاصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكره محمد في خلافيته في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فان الجنسين كل ذكر مع انثى من بني آدم وان كان متحدي الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بعميز داخل فقد اختلفا بمختلفيهما بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الآدمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدوري عن زفر انه جعل الذكر والانثى من بني آدم كالذكر والانثى من غيرهما فحكم بجواز البيع وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الاغراض منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه الا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بالنظر الى الذاتي وهذا قول المصنف (وهو المعتبر في هذا دون الاصل) يعني المعتبر في انهما جنسان أو جنس واحد تفاوت

الاغراض

قوله ومن اشترى عبارة المصنف ومن باع الخ أفاده العلامة البحراوي وسيأتي نظيرتها ومن اشترى جارية الخ كتبه مصححه

كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد أصلهما لعدم التفاوت والوذارى بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجى ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارى جنسان مختلفان على ما قال المشايخ فى شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة على مبيع ذكر بتسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبنى آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه واذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هى غلام بطل البيع لفوات التسمية التى هى أبلغ فى التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعنى موصوفا بالصفة والاشارة لتعريف الذات يعنى مجردا عن بيان صفة والابلغ فى التعريف أقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا للتسمية لان ما سمى وجد فى المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك فى كتاب النكاح فى تعليل محمد رحمه الله اذا باع كبشا فاذا هو نعجة صح البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشترى عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابى كذلك وقال فخر الاسلام وأخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد أن الموجود ان كان أنقص من المشروط الفائت كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشترى ونص الكرخى على ذلك فى مختصره ولكل واحد منهما وجه أما الاول فلان المشترى قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا وأما الثانى فلما تقدم ان المشترى اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد أحد عشر فهو له بلا خيار قال (ومن اشترى جارية بألف درهم) من اشترى شيأ بألف درهم (حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن) (٣) قوله كما اذا باع الخ كذا فى النسخ ولعلها نسخة وقعت للكمال اه مصححه

كالخل والدبس جنسان والوذارى والزندنيجى على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثانى)

الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس أو قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعنى الذاتى ولذا قالوا (الخل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما (والوذارى والزندنيجى كذلك والوذارى بفتح الواو وكسرها وامحام الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزندنيجى بزاى ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاى والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكر لابى حنيفة فى باب المهر يقتضى أنه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصاعلى انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير كما اذا باع ٣ عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التى عينت أولا فى ثبوت الخيار كما أطلق فى المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصحح الاول لفوات غرض المشترى فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التى عينها لا بما ليس غرضا له الآن وكأن مستند الفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فانه يفيد أن حاجته التى لاجلها اشترى هى هذا الوصف (قوله ومن باع جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) بمثل الثمن أو أكثر جاز وان باعها من البائع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا بشراء خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز فى ظاهر الرواية عنهم وعن أبى يوسف لا يجوز ولو باعه المشترى من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب بلا شبهة وبه تختلف المسببات وبقولنا قال مالك وأحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع بأقل من الثمن

قال المصنف (والوذارى والزندنيجى على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذارى بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجى ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارى كذا فى المغرب

فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي هو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من أوجه اما أن يكون من المشتري بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا أعني سواء اشترى بالثمن الاول أو بأنقص أو بأكثر أو بالعرض والاول اما أن يكون بأقل أو بغيره والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي رحمه الله جوزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز أيضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول أما الاثر فما قال محمد حدثنا أبو حنيفة يرفعه الى عائشة رضي الله عنها أن امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت أبلغي زيد بن أرقم ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فأتاها زيد بن أرقم معتذرا فتلت عليه قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجزية الافعال لا تعلم بالرأي فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا وأن زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون كذلك

وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن أرقم ان الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن (وقال الشافعي رحمه الله يجوز) كيفما كان كما لو باعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الاول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عينها وتقييده بالعرض دون أن يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسه على العرض بجامع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم وجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطا والزم ان اعتبارهما جنسا واحدا وجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب انه مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر اجماع (ولنا قول عائشة) الى آخره ما نقله المصنف عن

ولأنها كرهت العقد الثاني حيث قالت بئس ما شريت مع عرائه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه أجيب بأن تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد أجيب بأن الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا وأما الثاني

عائشة

فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربا وبخلاف ما اذا اشترى بأكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعروض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا انعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

(قوله والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقا) أقول الامن وارثه نص عليه الاتقاني وغيره (قوله فقالت عائشة بئسما شريت) أقول أي بعت فان الشراء من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم) أقول هذا على سبيل التوبيخ والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به) أقول قوله فلا يكون أي الوعيد قوله لذلك أي لكون البيع الى العطاء قوله تطرقا به أي بالبيع الى العطاء (قوله دليل على انه للربا لا لعدم القبض) أقول فيه بحث

عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل له الربح لان شريت معناه بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو رواية أبي حنيفة فانه روى في مسنده عن أبي اسحق السبيعي عن امرأة أبي السفر ان امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها ان زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستمائة فقالت أبلغيه عني ان الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فعلى هذا أن الذي باع زيدا ثم استرد وحصل الربح له ولكن رواية غير أبي حنيفة من ائمة الحديث عكسه روى الامام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن ارقم فقالت أم ولد زيد لعائشة اني بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستمائة نقدا فقالت أبلغي زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن تتوب بئس ما اشتريت وبئس ما شريت وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن عبد الهادي في التنقيح هذا اسناد جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بما فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما لا يدرك بالرأي والمراد بالعالية امرأة أبي اسحق السبيعي التي ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة قال ابن الجوزي قالوا ان العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية بنت انفع بن شراحيل امرأة أبي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها بئس ما شريت أي بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني لانه مقصود بالفساد روى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال أخبرنا معمر والثوري عن أبي اسحق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فسألتها امرأة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة الى قولها الا أن تتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة أرأيت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال إن قول عائشة ورد ها لجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه استربح ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل الحاق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا الدخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين ولذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد أورد عليه تجويز كون انكار عائشة لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع اذ القبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانها ذمته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الربا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهر في كونها الاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة أرأيت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل كان هذا مع التوبة فتلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القرآن في

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع فى التى اشتراها من البائع و بيانه ما قال لانه لابد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى بأقل مما باع وقد تقدم فساده ونوقض بما اذا باعهما بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها فى جامعهما العلمان فى الاتقان شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد فى المسئلة الموضوعة فى الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجرى فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعذر جهات الجواز وبيانه أنا لو جعلناه بازاء ما باعها ألفا جاز وان جعلنا ألفا وجبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد فى الوضع فلا تكون صحيحة على أنه معارض بان تجعل الجارية التى لم يشترها منه فى مقابلة مائة ومائتين وثلثمائة أو أقل أو أكثر فتتعدد جهات الجواز وليس البعض أولى وبان كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز فاعتبار الجهات فى مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيحا بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه والترجيح هنا للفساد ترجيح للمحرم ولا يسرى الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لامورا مالانه مجتهد فيه بخلاف الشافعى المتقدم وفيه نظر أما أولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعى فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعى كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع المسئلة بناء على شئ لم يقع بعد ولان أبا حنيفة رحمه الله أبطل اسلام القوهية فى القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو أسلم قوهيا فى قوهى جاز عند الشافعى ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهى فى المروى وأما لان الفساد فى المشتراة باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرناها فى التى ضمت اليها كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة وهى غير معتبرة وبيانه أن فى المشتراة شبهة الربا أن فى المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشترى بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشترى وبالبيع الثانى يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثانى مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب الربا وأما لان الفساد طارئ لوجهين أحدهما أنه قابل الثمن بالجاريتين وهى مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها أن يكون بازاء ما باعه أقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فسد البيع فيما باع ولا شك فى كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد فى الآخر والعقد جائز فى العبد لان شمس الائمة قد قال البيع فى المدبر غير فاسد ولهذا لو أجاز القاضى بيعه جاز ولكنه غير نافذ حتى المدبر وذلك لمعنى فيه لا فى العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثانى المقاصة فانه لما باعهما بالف

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع و يبطل فى الاخرى) لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أولانه باعتبار شبهة الربا أولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة

الربا وأورد عليه طلب الفرق بين النهى عن بيع الولد الكائن مع أمه مفردا لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهى أجيب بأن النهى اذا كان لامر يرجع الى نفس البيع أوجبه وان كان لامر خارج لا والنهى فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع أثم فيكره البيع فى نفسه كالبيع وقت النداء وهناه و لشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الربا بحكم حقيقته (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع و يبطل فى الاخرى) وهذا فرع المسئلة السابقة وهى ان شراء ما باع من المشترى بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لابد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى) والتى باعها (بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها)

(قوله و بيانه انا لو جعلناه بازاء ما باعها) أقول أنث الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه) أقول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول فى قوله تقتضيه راجع الى الجواز والضمير الثانى فى تقتضيه راجع الى الفساد (قوله وفيه نظر أما أولا فلان كونه مجتهدا فيه الخ) أقول يجوز أن يقال المراد من قوله مجتهدا فيه أنه محل للاجتهاد قابل له وقوله بخلاف الشافعى دليل على ذلك فانه لو لم يكن محلا للاجتهاد لم يخالف الشافعى فيه فليتدبر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول وأجيب بان السلم مبناه على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر فى مطلق البيع فينا سبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجاب فى الكافى بجواب آخر فراجعه (قوله لان شمس الائمة قد قال البيع فى المدبر) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله والثانى المقاصة) أقول معطوف على قوله أحدهما انه قابل للثمن

وهى التى ضمت اليها وأورد عليه أن علة الفساد فى التى باعها ثم اشتراها لو كان اصابة حصتها اياها أقل من خمسمائة المستلزم لشرائها بأقل مما باعها به لزم أن لا يفسد البيع فى التى اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكروا أنه أيضا فاسد أجيب بأن الفساد فى هذه لمعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز وليس البعض فى الحمل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وأمثالها حيث يتحرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجىء فى كتاب الصرف وهذا لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فيمتنع تعدد العلل لانه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد فى الجاريتين وما أبشع قول قائل اذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم والحق أن بينهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذى وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكنات أن يعتبر فى مقابلة الجارية الاولى من الالف وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها المحرم والمبيح فيفسد وليس هذا من المذهب فى شىء بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سيأتى فى بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزى حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتبارا لتصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لان مذهب أبى حنيفة أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف بوجوه أولها أن الفساد فيما بيعت أولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعى فلم يسر للاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر لا يفسد فى الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل بما لو أسلم قوهيا فى قوهى ومروى فانه باطل فى الكل عنده وعندهما يصح فى المروى كما لو أسلم حنطة فى شعير وزيت عنده يبطل فى الكل وعندهما يصح فى حصة الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروى فى هروى جائز عند الشافعى ولا مخلص منه الا بتغيير تعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد فى أحدهما وهو شرط قبول العقد فى الهروى شرط القبول فى المروى فيفسد فى المروى بالشرط الفاسد وفى الهروى باتحاد الجنس وكذا اعترف به شمس الائمة بعد أن علل هو به فى شرح الجامع ثانيها ان الفساد فى الاولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف فى المضمونة فلو اعتبرنا تلك الشبهة فى التى ضمت الى المشتراة أولا كان اعتبارا لشبهة الشبهة وهذا أحسن من تقرير قاضيخان اعتبار الشبهة بأن الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشترى بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشترى وبالبيع الثانى يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثانى مشتريا الفا بخمسمائة ثالثها ان الفساد فى الاول طارئ غير مقارن وله وجهان أحدهما انهما لم يذكرا فى العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طرأ الآن لان الانقسام بعد وجوب الثمن أى بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فلا يتعدى الى الاخرى والآخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثانى فيبقى من الثمن الاول فضل بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا الخمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة

ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقى للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فيفسد عندها وذلك لا شك فى طرده

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه الخ) اشترى زيتا على أن يزنه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد فانه شرط مالا يقتضيه العقد فان مقتضاه أن يطرح عنه دون الظرف ما يوجد وعسى يكون

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد ولو اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثانى يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلافا فى السمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول قول المشترى لانه ينكر الزيادة

وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على أن يزن ويطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال (ومن اشترى سمنا فى زق الخ) ومن اشترى سمنا فى زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى لان هذا الاختلاف أما أن يعتبر فى تعيين الزق المقبوض أو فى مقدار السمن فان كان الاول فالمشترى قابض (والقول قول القابض ضمينا) كان كالغاصب (أو أمينا) كالمودع وان كان الثانى فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن (فيكون القول للمشترى لانه ينكر الزيادة) والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف أجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه فى ضمن الاختلاف فى الزق والفقه فيه أن الاختلاف الابتدائى فى الثمن انما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقدا آخر وأما الاختلاف بناء على اختلافهما فى الزق فلا يوجب اختلافهما فى العقد فلا يوجبه

تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فيفسد عندها فهو طارئ فلا يظهر فى الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقا فى ثمن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذا ما نحن فيه وأورد ينبغى أن يفسد العقد فى الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أولا شرطا لقبوله فى الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا ألا يرى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذى باعه ولا يتعدى الى العقد الثانى وفى المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الاجنبى فى نصفه ولو ولدت الجارية عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل ان كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به ربح لا على ضمانه (قوله ومن اشترى زيتا فى ظرف) صورتها فى الجامع محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن تطرح عنى وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على ان تزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين لان زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشترى وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا فى مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما فى الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذى فى هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشترى فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشترى مع يمينه الا أن يقيم البائع البينة (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ولان البائع يدعى عليه زقا آخر والمشترى ينكر الزيادة وان اختلفا فى قدر السمن المقبوض فرجعه خلاف فى قدر الثمن (فالقول قول المشترى لانه ينكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين احداهما اذا باع عبدين وقبضهما المشترى ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا فى قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتى فى باب التحالف والثانية ان الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشترى على تقدير اعتباره اختلافا فى الثمن أجيب عن الاول بأنها مع هذه طرد فان كون القول للمشترى لانكاره الزيادة وهناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثانى بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف فى الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما فى الزق المقبوض أهو هذا أولا فلا

يوجب

قال المصنف (ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف) أقول ذكره استطرادى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا يبيع خمرا وشرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولى غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال أبو حنيفة المعتبر في هذا الباب أهليتان أهلية الوكيل وأهلية الموكل فالاولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف في المأمور به وللنصراني ذلك والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم ألا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا أسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوارثة أمر جبري والتوكيل اختياري فأنى يتشابهان لان ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك تثبت بدون اختياره كما في الموت ألا ترى أن المأذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبتت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة أشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر بشرائه لنفسه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي اذا أمر ذميا يبيع خمرا وخنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا أوصى لمسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسي مدفوع فان حقوق العقد في النكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا يبيع خمرا وشرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثها وان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه

يوجب التخالف (قوله واذا أمر المسلم نصرانيا يبيع خمرا وخنزيرا وشرائهما ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمر أو خنزير وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فعليه أن يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره فيه وهذا معنى قول المصنف (الموكل لا يليه فغيره لا يوليه) بنصب غيره لانه مفعول مقدم ليوليه كما انه لما لم يملك تزويج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجها اياها (ولان ما يثبت للوكيل) من الملك (ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أو البيع (بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان الوكيل) في البيع (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لان يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك بيع خمر أو خنزير خلفه ذمي ورجع أمره الى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا الاتبيع الام عرض الولد ووصيها يبيعه اذا لم يكن من ميراثها فان قيل ان قلت ان تملك المسلم لها يثبت جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك اذ التوكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ لا وجود له في الشرع قلنا نختار الثاني ونمنع ان التوكيل سبب للملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا للموكل وليست الوكالة سببا له بل شرط وانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا مسببا عنها اذ لا يلزمه الشراء بقي أن يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن يسيب الخنزير ويريق الخمر أو يخللها بقي نصرفا غير معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روى عن أبي حنيفة

قال المصنف (كما اذا ورثهما) أقول وصورة ارثهما بان كانا لذمي فأسلم فمات قبل التخليل والتسييب فورثهما الوارث (قوله لا يقال الى قوله لان ثبوت الحكم الخ) أقول لان ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الوارثة الخ

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط

أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فأى فائدة فى الصحة

(قوله ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط) قال الطبرانى فى معجمه الوسط حدثنا عبد الله بن أيوب المقرى حدثنا محمد بن سليمان الذهلى حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبى ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبى ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا فى مسئلة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدرى ما قالا حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبى ليلى فأخبرته فقال ما أدرى ما قالا حدثنى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها قالت أمرنى النبي صلى الله عليه وسلم ان اشترى بريرة فأعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال ما أدرى ما قالا حدثنى مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضى الله عنه قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لى حملانها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم فى كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق فى أحكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا أن فى المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فحمله الشافعى رحمه الله عليه واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ماردى فى حديثها الا الولاء وذكر الاقطع انها رواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه وحديثها فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت جاءتنى بريرة فقالت كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى فقلت ان أحب أهلك ان أعدها لهم ويكون ولاؤك لى فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت انى عرضت عليهم ذلك فأبوا الا أن يكون الولاء لهم فأخبرت عائشة رضى الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذيها واشترطى لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضى بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع فى بعض الروايات وهو ان أحبوا أن أقضى عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق ورد اشتراطهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رضى الله عنها وهذا الاخلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان أمرا لا يحل شرعا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك اذا أعتقته يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كأنه لم يذكر اذ كان خارجا عن طاقة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة وأما الحنفية فانما لم يخصوه به لان العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط وهو كونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهى لان القاعدة الاصولية ان ما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهى وأما حديث جابر الذى استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع فى صلب العقد كذا قاله الشافعى رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذى ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعى بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبيل المرسل عند

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشترى) شرع فى بيان الفساد الواقع فى العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جامعا للفروع أصحابنا وتقريره أن الشرط ينقسم أولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذى يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشترى وشرط تسليم الثمن أو المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه ففى القسم الاول جاز البيع والشرط يزيده وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضى عدم جوازه

لانه فى الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما افاده العقد المطلق وفى الاول من القسم الثانى وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع شرط ثابت بالحديث والعرف

ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشترى العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى الى الربا أولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا أن يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده

كثير من أهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بجد أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذى حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام فى موطا مالك بلاغا وأخرجه الطبرانى من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال فى البيع عن سلف وبيع وشرطين فى بيع وبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف فى البيع البيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذى شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سيأتى (قوله ثم جملة الامر فيه) أى فى الشرط (انه اما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يحبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد أو لا يقتضيه لكن ثبت تحيحه شرعا بالامر له كشرط الاجل فى الثمن والمثمن فى السلم وشرط فى الخيار فكذلك هو صحيح للاجماع على ثبوته شرعا رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز أيضا لما سيأتى وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة أو بأن يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا فحضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشارا اليه لا يجوز بالاتفاق لان وجوب الثمن فى ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشترى فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن مالم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقدا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع فى الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها فى داره شهرا أو ثوبا على أن يخيطه فالبيع فاسد وكذا شرط أن لا يبيع المشترى العبد لانه يجبه أن لا تتداوله الايدى وكذا على أن لا يخرجه من مكة مثلا وفى الخلاصة اشترى عبدا على ان يبيعه جاز وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز أى لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لان للبيع منفعة وله مطالب من جهة العباد وهو العبد لان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه اذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد أما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمى فقد خرج الجواز مما ذكرنا فى المزارعة من أن أحد المزارعين اذا شرط فى المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه ان المزارعة جائزة والشرط باطل لانه ليس لاحد

ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما ما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا لا يقال لا تطلق الزيادة الا على الجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربا لانه مال جاز أخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشئ فكان ربا ولانه يقع بسببه المنازعة فى مقصوده فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف فى بيان أسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه

(قوله لانه فى الحقيقة الخ) أقول جواب لقوله لا يقال نهى النبى عليه الصلاة والسلام (قوله لانه معلول الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجامع كونه شرطا) أقول مفضيا الى الزيادة العارية عن العوض وفيه بحث (قوله لانه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أى فى حكم المال

كشرط أن لا يبيع المشترى العبد المبيع فان العبد يجبه ان لا تتداوله الايدى وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدى الى الربا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفى رواية عن أبى يوسف أنه يبطل البيع به نص عليه فى آخر المزارعة لتضرر المشترى به من حيث انه يتعذر عليه التصرف فى ملكه والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لاحد المتعاقدين والجواب ان المعتبر المطالبة وهى تتوجه بالمنفعة فى الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشترى أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها المشترى فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضيته الاطلاق فى التصرف والتخيير لا الالزام والشرط يقتضى الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير

مشروع فكان فاسدا ولا خلاف فى هذه الجملة بيننا وبين الشافعى الا فى البيع بشرط العتق فى قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره فى المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بأن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعى ماذكره المصنف صح قوله يقيسه لانهما غيران فيصح قياس أحدهما على الآخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ماذكره فى المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقيسه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشئ على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضى الله عنها تستعينها فى المكاتبة فقالت إن شئت عددتها فعوملت

وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشترى الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدى الى الربا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق فى التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضى ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعى رحمه الله وان كان يخالفنا فى العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ماذكرناه وتفسير المبيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه

العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن فى المجرد قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لانه اذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدى الى الربا) وما أبطل الشرط الذى فيه المنفعة البيع الا لانه يؤدى اليه لانه زيادة عارية عن العوض فى عقد البيع وهو معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشترى أو يكاتبه أو يدبره والشافعى يخالفنا فى شرط العتق فى أحد قوليه فيصححه ثم ان أعتقه المشترى فذاك والا خير البائع فى فسخ العقد ولا يجبر عليه فى قول بعض أصحابه وفى قول آخرين يجبر قال المصنف (ويقيسه) الشافعى (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لا ان يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا أن قوله لا أن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكر يخالف لتفسير الشافعى بذلك فنفاه وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس قال (والحجة عليه ماذكرناه) يعنى من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس فى حديث بريرة أصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط فى شئ ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه أصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا أعتقت فى مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق

لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها فى معناها فى هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعى قياس جلى على ما عرف فى الاصول والحجة عليه ماذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم والمعقول ماذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ماذكرناه وليس فيه اشتراط العتق فى العقد وعائشة رضى الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها أن تعتقها الترضى بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها فى باب العتق خصوصا فى قوله عليه السلام فك الرقبة وأعتق النسمة صارت كأنها اسم لما هو بعرض العتق

(قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسره المصنف بما فسره (قوله وبيان الحاقه بالدلالة) أقول فيه تأمل

فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفى بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند أبي حنيفة وقالا يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشترى بما شرط أو لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا

فلو أعتقه المشترى بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم تتحقق اللاءمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت اللاءمة فيرجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشترى درهما أو على أن يهدى له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلو أعتقه المشترى الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشترى بهذا الشرط لو أعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند أبي حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته وأما لو أعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض في بيع فاسد (فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة وقياسا على تدبيره واستيلادها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو أو في بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابي حنيفة أن شرط العتق) وان كان (لا يلائم العقد على ما ذكرناه) يعنى قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (يلائمه لانه) أى العتق (منه للملك) الذى هو أثر البيع (والشئ بانتهائه يتقرر) وجوده والفاسد لا تقرر له فكان صحيحا (ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) اذا اطلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهته المفسدة ولذا الموت لا ينقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شئ آخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذى وقع مفسدا ملائما وأما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشترى أو استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه يتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعهما فيتقرر الفساد وأورد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغى أن يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه أجيب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فعملنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشترى أو لا يطأها فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لما لابي يوسف والثاني ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له (قوله وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشترى دراهم أو على أن يهدى له هدية) أو لو باع على أن يقطعه المشترى قميصا أو قباء فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين)

لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق (ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنتهى للشئ مقرر له ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط (فاذا وجد فقد تحققت اللاءمة فيرجح جانب الجواز) عملا بالدليلين وتأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل وهى أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسدا أولا فان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم اللاءمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب

(٢٨ - فتح القدير خامس) جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا أتلفه بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهى بها بيقين لاحتمال قضاء القاضى بجواز بيع المدبر وأم الولد والمكاتب مخيرا في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشترى الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت قال (وكذلك اذا باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن يكون اجارة فى بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة فى بيع وقد نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن صفقتين فى صفقة

وقد ورد فى عين بعضها نهى خاص وهو (نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أى قرض ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن) بأن يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع و بازاء أجرة الخدمة والسكنى (يكون اجارة فى بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة فى بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة) فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه أحمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله ابن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة أما ثبوته فقد رواه البزار فى مسنده عن اسود بن عامر واعل بعض طرقه ورجح وقفه و بالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام وأما معناه ففسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفا الصفقة فى الصفقتين رباتؤيد تفسير المصنف مع انه أقرب تبادرا من تفسير أبى عبيد وأكثر فائدة فان كون الثمن على تقدير النقد ألفا وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس فى معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين فى بيعة و يظهر من كلام بعض من يتكلم فى الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا أخص منه فانه فى خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعى بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيعنى غلامك بكذا فاذا وجب لى غلامك وجبت لك دارى وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائى وقال الترمذى حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفى فتاوى الولوالجى لو قال بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضنى فلان الاجنبى عشرة دراهم فقبل المشترى ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الأجنبى لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشترى أو بطريق الزيادة فى الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس فى ذمة المشترى فكيف يتحملها الكفيل ولا الى الثانى لانه لم يقل على أنى ضامن واذا لم يلزم الأجنبى لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لانه لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط فى البيع على المشترى وقد سلم له ذلك وفى الفتاوى الصغرى قال بع عبدك من فلان على أن الثمن على والعبد لفلان حكى عن أبى الحسن الكرخى أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص ﴿فروع﴾ باع أمة بشرط أن يطأها المشترى أو أن لا يطأها فسد البيع عند أبى حنيفة فيهما ما ذكر من أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين أحد الجائزين وعند أبى يوسف يفسد فى الثانى لما قلنا و يصح الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان فى الشرط ضرر كأن شرط أن يقرض أجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدورى أنه يفسد ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو ثوبا بشرط أن يلبسه جاز وذكر الامام قاضيخان العقود التى يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهى مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفى الخلاصة التى تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والاجازة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل فى رواية شرح الطحاوى وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار

ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على أن يقرضه المشترى درهما احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على أن يقرضنى فلان الاجنبى ألف درهم فقبله المشترى صح البيع لانه لم تلزم الاجنبى لاضمانا عن المشترى لانه ليست فى ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة فى الثمن لانه لم يقل على أنى ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشترى لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وأيضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين فى صفقة كما ذكره فى المتن

قال (ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد) لان الاجل فى المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالدين دون الاعيان قال (ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد) والاصل ان مالا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح

والوقف فى رواية ومالا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعتق بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لابى يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التى فيها القصاص حالا ومؤجلا وجناية الغصب والوديعة والمعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط وعزل القاضى والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هى والشرط وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى فالحاصل أن كل ما كان من قبيل التمليكات أو التقييدات لا يصح تعليقه فمن الاول الاقرار والابراء ومن الثانى عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند أبى يوسف من قبيل التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لانه من اطلاق الولاية كالقضاء والاذن والايصاء والوكالة وان جعل الوكالة فى شرح الطحاوى من قبيل التمليكات بل هى بالولايات أشبه (قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه) اياها (الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل فى المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالدين) لانها ليست معينة فى البيع فيحصل بالاجل الترفيه بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة فى الزامه تأخير تسليمه اذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون اضرارا بالبائع من غير نفع للمشترى (قوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل) الممهد لتعريف ما يصح استثناؤه من العقد وما لا يصح استثناؤه هو (أن ما لا يصح افراده بالعقد) ابتداء (لا يصح استثناؤه من العقد) وما يصح يصح ومما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثناؤه هذا وهو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد (لانه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة) كرجل الشاة واليتها حتى انه يقرض بالمقراض وأطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعا ومن فروعه بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها بكذا يجوز لان افراد قفيز منها بالبيع يجوز ولو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة بألف لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لانتفاء الجهالة حيث يجوز لجواز افرادها بالعقد وكذا الحال فى كل عدد متفاوت ومنه ما اذا باع حيوانا واستثنى ما فى بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وأما أن ما لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا تستثنى وأما قول المصنف (بيع الاصل يتناولهما) أى الاصل والتبع (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب) فلا يفيد لان الاستثناء ليس الا اخراجا من حكم الصدر وحكمه هو موجبه فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه أن يريد بالتناول فيهما الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب أى طريق الاستثناء ومهيعه لا حقيقة موجبه

ترفيها فى تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع أو الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك اجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل قال (ومن اشترى جارية الا حملها الخ) ذكر فى هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة أقسام الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء والثانى ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما أما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها أو آجر داره على جارية الا حملها أو رهن جارية الا حملها أو كاتب عبده على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع فى معناه من حيث أنها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما فى معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكره من الاصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم فى أول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على أن المستثنى مقصود ودلالة العقد على أن الحمل تابع

قال المصنف (لان الاجل فى المبيع العين باطل) أقول قيد المبيع به احترازا عن المسلم فيه فانه مبيع دين ويصح الاجل فيه بالنص

فيصير ذكره شرطا فاسدا (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البدل وأما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا تصح الا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من (٢٢٠) قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء وأما الثالث فكالوصية اذا أوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث أما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد وأما صحة الاستثناء فلما ذكر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانه عين وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور واعترض على قوله الاصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناؤه أوصى

وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم أن الوصية عقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بأن مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا ولقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراده بالعقد فما الفرق بينهما والجواب أنا ما منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فاصلح أن يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه

فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي (شرطا فاسدا) وفيه نفع للبائع (والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة) والاحسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات الا أن المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الاعتاق والنكاح من حيث ان أحد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبهه بالبيع وشبهه بما ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقا بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط فـ(لا تبطل باستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعني عليها الا حملها أو اجعلها بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى بشرط عود المعمر فتصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية الا خدمتها أو الا غلتها حيث لا يصح الاستثناء (لان الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بانفرادها حتى لو

(قوله والميراث يجري) أقول ان أراد انه يجري فيه تبعا لامه فلا يفيده وان أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر انه ليس كذلك فليتأمل في دفعه

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة فى صفقة على ما مر (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع قال أو يشركها فالبيع فاسد) قال رضى الله عنه ماذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفى الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب

أوصى بخدمة الجارية أو غلتها للفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل يعود الى ورثة الموصى بخلاف ما لو أوصى بحمل جاريته لآخر حيث يصح ويكون حملها له وأورد على الاصل أن الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب أن يصح استثناؤها أجيب بمنع لزوم ذلك بدليل قولهم كل ما جاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الاجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمنا لا يصح أجرة وبأن الوصية ليست عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصى والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا ﴿فروع﴾ باع صبرة عائة الا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ولو قال على أن عشرها لى فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافا لما روى عن محمد أنه بجميع الثمن فيهما وعن أبى يوسف لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لى أو لى هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقى بمائة ولو قال ولى نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعتك هذا العبد بألف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز فى كله بألف وخمسمائة لان المعنى باع نسفه بألف لانه الباقى بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة ولو قال على أن لى نصفه بثلثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفقة فى صفقة ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لى طريقا الى دارى هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى دارى الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طريق للمشترى فى الدار وعلى أن بابه فى الدهليز يجوز ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لا طريق له يرد ولو باعه بألف دينار الا درهما أو الا ثوبا أو الا كر حنطة أو هذه الشياه الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على أن لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على أن بناءها من آجر فاذا هو لبن فهو فاسد بناء على أنهما جنسان كما لو باعه ثوبا على أنه هروى فظهر بلخيا ولو باع الارض على أن فيها بناء فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر أن لا علو لها ومثله لو اشترى باجذاعها (قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) باجماع الائمة الاربعة (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين فى صفقة على ما مر) من امتناع الصفقتين فى صفقة الا أن هنا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شئ من الثمن فهو شرط اجازة فى بيع وما تقدم كان كذلك على التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة فى بيع (قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع) المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله ويمكن أن يراد حقيقته أى نعل رجل واحدة على أن يحذوها أى أن يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل أى قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشترى أديما على أن يجعل له شراكا فلا بد أن يراد حقيقة النعل (فالبيع فاسد قال) المصنف رحمه الله (ماذكره) يعنى القدورى (جواب القياس ووجهه ما بيناه) من انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين (وفى الاستحسان يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك ومثله فى ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه أى على أن يسمر له سيرا (وصار كصبغ الثوب) مقتضى القياس منعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن فى الفوائد للمستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضانة

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع الخ) قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة فى صفقة وفيما تقدم صفقتين فى صفقة وكأنهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية قال (ومن اشترى نعلا) حذا النعل بالمثال قطعها به فهى تسمية الشئ باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذى يقطع بالمثال وشراك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذى على ظهر القدم فمن اشترى صرما واشترط أن يحذوه أو نعلا على أن يشركها البائع فالبيع فاسد فى القياس ووجهه ما بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفى الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده

قال المصنف (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع أو يشركها فالبيع فاسد) أقول أراد بالنعل الصرم

تسمية الشئ باسم ما يؤول اليه كذا فى شرح الكاكى وضمير يشركها للنعل بمعناه الحقيقى على طريقة الاستخدام

وللتعامل جوزنا الاستصناع قال (والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهى مفضية الى المنازعة فى البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه

فى استئجار الصباغ والطئر والبن آلة فعلهما (وللتعامل جوزنا الاستصناع) مع انه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة بشرط ان يبطن لها البائع بطانة من عنده وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على أنها حامل يفسد البيع وعن الشافعى قولان واصحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة وقال بعض أصحابه القولان فى غير الآدمى أما فى الجوارى يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الا أن يظهر أن المشترى يريدها للظؤرة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشترى علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندوانى شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشترى يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا دهنا أو يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعى ولو شرط فى الشاة أنها حلوب أو لبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخى يفسد والطحاوى لا يفسد وهو قول الشافعى لانه مرغوب فيه والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة فى أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شئ يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على أجنبى فهو باطل وكل شئ يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على أجنبى فهو جائز ويخير المشترى كالبيع بمائة على أن يحط فلان الاجنبى عشرة جاز البيع ويخير المشترى ان شاء أخذه بمائة وان شاء ترك وعن أبى يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشترى أو لفلان الاجنبى دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفى المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشترى قال لو اشترى على أن يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصل هذا حط بشرط مشترطة وما آلها الى الشراء بالثمن الانقص ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على أنه شريك المشترى فى نصف هذا فسد ولو قال نصفيهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريكك فى نصفه ومقتضى النظر أن يجوز الاول أيضا لانه فى الحاصل بيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شائعا صفقة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بألف الا نصفه بستمائة فقد باع نصفه بأربعمائة (قوله والبيع الى النيروز) وهو يوم فى طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضى الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يبتهجون به والمهرجان يوم فى طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للفرس (وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الأجل وبقوله (اذا لم يعرف الى آخره أن الفساد) بالتأجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر فى أن ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل أن المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم لان مدة صومهم بالايام وهى معلومة) وهى خمسة وخمسون يوما واعلم أن كون التأجيل فى

لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع (والبيع الى النيروز) معرب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهركان يوم فى طرف الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الاجل) المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة أى المجادلة فى النقصان والمماكسة موجودة فى المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع (وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم جاز (لان مدة صومهم بالايام معلومة) وهى خمسون يوما فلا جهالة

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففى الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها فى أصل الثمن فكذا فى وصفه

الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما وهو فى الثمن الدين أما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى الذى ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله (لابتنائها على المماكسة) المماكسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس فى معناه وهو موجود فى البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة فى البيع لوجود موجبها فى الجملة وعند جهالة وقت القبض يحصل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصلح تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو العنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينفشر وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء لكسرة قبلها (والجزاز) أى جز صوف الغنم (لانها تتقدم وتتأخر) وذكر شمس الائمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قريب تداركها وازالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة فى الكفالة لانها عقد تبرع مبنى على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فالسؤال الوارد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة فى موضع لا يدل على أن يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا الا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة حيث يحتمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنبى عن هذا المحل ثم أجاب بأن الاصح صحة هذه الآجال فى الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تأجيل الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة فى الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجاب بما ذكر وقوله (لاختلاف الصحابة) أخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من أجازها كعائشة رضى الله عنها أجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة فوية لم يختلفوا فى عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلا اذ الصدق الخلفاء الراشدين فى ميعادهم فى صرفه وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين فأهدرته عائشة واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد فى التقدم والتأخر والفاحشة هى ما يكون التردد فى نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين معلوم فأعاد الضمير عليه لانه للكفالة اذ يستلزم دينا يعنى الاصل وهو الدين معلوم والجهالة فى وصفه وهو كونه مؤجلا الى كذا الذى قد يتقدم ويتأخر وقوله (ألا ترى الى آخره) ابتداء لا تعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله أنه ثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة فى مثلها وبأن الدين المكفول به معلوم الاصل فلم تبق جهالة الا فى الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الآجال فى الكفالة بأن بعض الكفالة تحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلان يحتمل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يحتملها فى أصل الثمن فكذا فى وصفه) فانجه عليه أن يقال لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الاصل أقوى أجيب بأن الاشتراك فى العلة يوجبه فى الحكم وعلة عدم تحملها فى الاصل الافضاء الى المنازعة

من الدوس وهو شدة وطء الشئ بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتأخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة (لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة ألا ترى انها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بأن يكفل بما ذاب على فلان ففى وصفه أولى) لكون الاصل أقوى من الوصف (وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيها) فعائشة رضى الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة وابن عباس رضى الله عنهما منعه ونحن أخذنا بقوله وهذا قد يشير الى أن الجهالة اليسيرة ما كانت فى التقدم والتأخر والفاحشة ما كانت فى الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة فى أصل الثمن لم يكن محتملا لها فى وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل أقوى اذ هو يوجد بدون الوصف

الخاص دون عكسه وأجيب بان المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود فى جهالة الوصف فيمنعه

واذا باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الآجال) أعنى النيروز والمهرجان الى آخر ماذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر رحمه الله وهو يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل فى النكاح يعنى على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم فى النكاح وهو استدلال (٢٢٤) من جانب زفر بما لم يقل به وليس على ما ينبغى وقد قررناه فى التقرير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة اذا تحقق عند حلول الاجل فاذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت فى ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أجاب بأن هذه الجهالة فى شرط زائد وهو الاجل لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ماذكرت فان الفساد فيه فى صلب العقد واعترض بأنه اذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا وليس الفساد فى صلب العقد واذا باع الى أن يهب الريح ثم أسقط الاجل لا ينقلب جائزا وأجيب عن الاول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوى كما لو كان فى صلب العقد ألا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثانى بأن هبوب الريح ليس بأجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه (قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره أنا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى أجل متعة وهى عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا فانه

بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تأجيل فى الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل فى النكاح الى أجل) ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لان الفساد فى صلب العقد وبخلاف النكاح الى أجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح

وهو موجود فى جهالة الوصف ثم أفاد أن ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو اذا ذكرت فى أصل العقد أما اذا عقد بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما اذا باع مطلقا) أى عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحا (ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات) فانه يجوز فالتأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه فى صلب العقد فانه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد (قوله ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا على اسقاط الأجل) قبل أن يجىء بأن أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس فى الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) كما جاز اذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الآجال (وقال زفر لا يجوز) وتقييده بهذه الآجال لاخراج نحو التأجيل بهبوب الريح ونزول المطر فانه لو أجل بها ثم اسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجه قوله أن العقد فاسد (فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل فى النكاح الى أجل) وكالاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا وبيع الدرهم بالدرهمين اذا اسقط الدرهم لا يعود صحيحا (ولنا) أن هذه الجهالة مانعة من لزوم العقد وليس فى صلب العقد بل فى اعتبار أمر خارج هو الاجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضى فاذا زال المانع قبل وجود ما يقتضى سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجىء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الاشهاد المتأخر فان عدم الاشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسدا لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وانما نظير ما نحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح الى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له فى الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح اسقاط الدرهم (لان الفساد فى صلب العقد) والذى يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا اسقط الرطل الخمر فيما اذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا فى آخر الصرف اللهم الا أن يقال هو تبع للالف الثمن فى بيع المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد اذ لا مستتبع هنالك هذا والحاق زفر بالنكاح الى أجل بطريق الالزام

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) أقول لفظ أيضا من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه) أقول يعنى على أصلكم أما عند زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما مر فى النكاح

(قوله فى الكتاب) أى القدورى ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة الخ) اذا جمع فى البيع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعنى سواء فصل الثمن أو لم يفصل عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا مثل أن يقول اشتريتهما بألف درهم كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد فى العبد والذكية (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح العقد فى العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر رحمه الله فيهما) أى فى العبد والمدبر أو فى الجنسين جميعا (ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر) فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضى اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة

وقوله فى الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز فى العبد والشاة الذكية (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع فى العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية وأخته فى النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لانه مجهول ولابى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة

فانه يجيز النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله فى الكتاب تراضيا) أى قول القدورى فى مختصره (قوله ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل ثمن كل واحد أو لم يفصل (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز فى العبد) بما سمى له وكذا فى الذكية واذا لم يسم بطل بالاجماع وبقول أبى حنيفة قال مالك وعن الشافعى وأحمد كل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع دنين خلا فاذا أحدهما خمر (ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع فى العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر) وأجمعوا أنه لو باع عبدين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع فى الآخر (لزفر الاعتبار بالفصل الاول) وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس بمال (ولهما) فى الاول (أن الفساد لا يتعدى) محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه حينئذ بلا موجب لان كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقى العقد فى الآخر لو كان كل منهما عبدا وصار كما لو جمع بين أخته وأجنبية فى عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل منهما لان الفساد حينئذ فى القن لجهالة ثمنه (ولابى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعنى الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الاجنبية وأخته والمدبر والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا والبيع صفقة واحدة)

من جمع بين الحر والعبد فى البيع (لزفر الاعتبار بالفصل) الاول يعنى بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية فى حق الجميع ولابى يوسف ومحمد اذا سمى لكل ثمنا أن الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد فى الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية وأخته فى عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابى حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشترى لا يملك قبول العقد فى أحدهما دون الآخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد

 فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه نظر أما أولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد فى الحر شرطا للبيع فى العبد وأما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون فى معنى الربا وليس فى قبول العقد فى الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا وأما ثالثا فلان قبول العقد فى الحر انما يكون شرطا لقبول العقد فى العبد اذا صح الايجاب فيهما ثم لا يتضرر البائع بقبول العقد فى أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر وأجيب عن الاول بأن الصفقة متحدة فى مثله اذ لم يكرر البيع أو الشراء وقد تقدم فى أول البيوع وعن الثانى بأن فى قبول العقد فى الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بألف والحر ليس بمال يقابله بدل فكأنه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم الى خمسمائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض فى البيع وهو الربا

وعن الثالث بأن الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله أما البيع في هؤلاء متصل بقوله لان الحر لا يدخل تحت العقد وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحا

فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله الا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

بدليل أنه ليس للقابل أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرط في بيعه الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فانه لا يبطل بالشرط الفاسد أما بيع هؤلاء فموقوف) على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الاصح خلافا لما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف واجازة ذلك الغير (فقد دخلوا في العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين في أم الولد أيضا فدخلت أيضا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (الا أن المالك) أي مالك العبد المضموم الى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على ان اجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا الى الخلاف وعنده لا نظرا الى الاجماع وارتفاع الخلاف مع ان قول عبيدة لعلي رضي الله عنه لما قال بدا لي رأي انهن يبعن فقال رأيك في الجماعة أحب الينا من رأيك وحدك ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم الا علينا وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما سيجيء في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في هذه المسائل اذ الفرق بينهما لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد في متروكها للاجتهاد أجيب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر به والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص هذا وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الذخيرة أن البائع اذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة هو على قول أبي حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا أجيب بمنع اشتراط النفع في افساد الشرط أولا وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعني رد البيع (اشارة الى البقاء) يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح واذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما اذا باع عبدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه

لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على رضاه في أصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك في أصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز أن يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا وحده

أي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا أي الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه أي فيما اذا جمع بين القن والمدبر

﴿فصل في أحكامه﴾ واذا قبض المشترى المبيع لما كان حكم الشئ لكونه أثرا ثابتا به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح و باطل لاغير (واذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني باذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيأ وان اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الاذن في القبض أعم من كونه صريحا أو دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيد مطلقا وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة (٢٢٧) المشايخ سوى أهل العراق فانهم يقولون

﴿فصل في أحكامه﴾ واذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية

وحده وتجب حصة الآخر من الثمن واذا كان المدبر وما معه محلا للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع ﴿فروع﴾ في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الاصح وقال الحلواني يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع كرما فيه مسجد قديم ان كان عامرا يفسد البيع والا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق ان شاء أمسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق مختلطا بها وان كان متميزا لزمه الدار بحصتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى اذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوما أو أرضا ساحة لابناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد الا ان كان من ريعه معلوم يعادبه ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز البيع

﴿فصل في أحكامه﴾ قال (واذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) صريحا أو دلالة كما سيأتي (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يده أما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وان قبض لانه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين المشروعية والنهي والمراد ان النهي يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أي كونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في البيع الصحيح (وصار كما اذا باع الخمر بالميتة أو باع الخمر بالدراهم) فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك الا لانتفاء مشروعية السبب (ولنا ان ركن العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية

المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه (وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور) والمحظور (لا تنال به نعمة الملك) لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها (ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا (ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدراهم) أو الدنانير أو بالميتة وقبضها المشترى فانه لا يفيد الملك وانا أن البيع الفاسد مشروع بأصله

﴿فصل في أحكامه﴾ (قوله والبيع عندنا الخ) أقول أي ما يطلق عليه لفظ البيع (قوله غير ما مر) أقول في أول البيع (قوله بخلاف الصريح) أقول هنا نوع مسامحة (قوله وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها) أقول ذكره بعد ورقة تخمينا وهو قوله وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع الخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول في أوائل البيع الفاسد قال المصنف (ولان النهي نسخ للمشروعية) أقول جوابه وبالله العون ان أراد بالمشروعية ترتب الثمرات المطلوبة من المنهي عنه عليه شرعا فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والمشروعية بهذا المعنى كيف وهو أول المسئلة وان أراد بها المأذونية شرعا فسلم ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعا انتفاء ترتب الاحكام فليتأمل (قوله أو بالميتة) أقول ظاهره عطف على بالدرهم فلا يوافق المتن اذ لا تخصيص فيه للميتة بجعله ثمنا للخمر بل عام (قوله ولنا ان البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقرينة آخر كلامه ليوجد التلاؤم بين كلاميه فليتأمل

لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يتركه باختياره فيثاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم واعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وأيضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم والمجاور جمعا والمتصل وصفا سيان في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قوله (نعمة) الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهي عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصى به وقوله النهي نسخ للمشروعية يعني يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما أريناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزأ الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لان فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع النهي فانه للتحريم أو لكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بأن عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا فسميناه ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا أخذا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور) يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه والا لم يكن للنهي فائدة فليس بذاك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد فانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصوره مشروعا أي مأذونا فيه شرعا ممنوع وان قالوا نريد تصوره مشروعا بأصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير النهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلا اذ نسلم انه مشروع بأصله أعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيأ وحينئذ فقوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا وأما (قوله وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء) فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع

قال المصنف (وركنه مبادلة المال بالمال) أقول يعني حقيقته والا فركنه الايجاب والقبول أو ما دل على ذلك قال المصنف (وفيه الكلام) أقول أي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قال المصنف (والنهي) أقول معارضة للدليل الثاني قال المصنف (يقرر المشروعية) أقول بمعنى ترتب الاحكام المطلوبة منه عليه شرعا لا بمعنى المأذونية شرعا قال المصنف (لاقتضائه التصور الخ) أقول يعني تصوره موجودا شرعا تصورا مطابقا للواقع فاذا كان موجودا شرعا يترتب عليه الآثار والاحكام المطلوبة اذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه قال المصنف (فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أي مأذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة واشارة الى الجواب عن دليل الشافعي والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكري (قوله قد يكون النهي مانعا عن ذلك) أقول أي عن المشروعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي) أقول قوله مقتضى النهي حال

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجوب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بأنه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبأنه لو أفاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيارا الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول علي ابى بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط أهدر الغير أعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا

وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا اني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا فان الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع انهما مقصودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذ نية ان يصير خمرا وبائعها وآكل ثمنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا ان نتركهم ومايدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خمرا أو خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الآخر وان كان ثمنا وان كان في بيعهم فصحيح والله أعلم وقوله (وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدر هو انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فأجاب وحاصل الوجه فيه انا قد أرينا انه بسبب محظور وان ما هو بسبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمه كما أمر بمراجعة الحائض فوجب ذلك في البيع وحيث أمرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه في الشرع بسبب من الاسباب فأخرناه الى القبض فانه به يتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله (كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) أي الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيده وجودا مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الخمر مثمنا فقد خرجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها وقوله (وشيء آخر) أي وجه

(قوله لانهما من مواجب العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك الا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازا كما في رعيناغيثا (قوله والجواب عن الاول أنه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كلاما على السند (قوله لان الشرط أهدر الغير) أقول وللخصم أن يقول ان الفساد أهدر الغير أيضا (قوله فان القبض يوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فمسلم وليس الكلام فيه وان أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص ولو صح ما ذكر لملك المغصوب بالقبض لجريان ما ذكره فيه فليتأمل فان جواب النقض يظهر مما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكما للمعاوضة والمقام بعد محل كلام

يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها (قوله ولان السبب) دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد (قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم) لان للقبض شبها بالايجاب فصار كأن الايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شيء آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هنالك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين يقابلها الدراهم أو الدنانير في البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات

فالقول به تغيير للمشروع فكنا بيطلانه (قوله ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه بمجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا (قوله وهو الصحيح) احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بأن العقد اذا وقع فاسدا لم

ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن

يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا أو مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان

آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا تكون الا دراهم أو دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا يقال لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا وثمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آل الى الصرف فتكون القيمة مبيعا وثمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري (ثم شرط) في الملك (أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفى بالاذن دلالة كما اذا) اجره فـ(قبضه في مجلس العقد) ولم يمنعه البائع (استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق) أما اذا كان أمره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع أن القبض فيها (في مجلس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبت مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندواني انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان آدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذا من اطلاق سيأتي وأما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتأويله اذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض وفي المجتبى في التخلية اختلاف الروايات والاصح أنها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله (فيخرج عليه) أي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن) كلها باطلة لعدم

المال

(قوله باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن أقول في حصول الاشارة بما ذكره خفاء ولعل مراده هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغي أن تكون الكاف زائدة على ما يدل عليه تفسيره الاذن دلالة في أول الفصل (قوله والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى) أقول في التفريع كلام فان للبيع الفاسد وجودا شرعيا ولا يكفي ذلك في ثبوت المقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى يعني يجب اعدامه شرعا فلم يثبت المقتضى شرعا قال المصنف (ليتحقق ركن البيع) أقول يعني ليظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل في معنى العام للباطل أيضا

وقوله أي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة فأما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد الخ) لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد سواء كان قبل القبض أو بعده أما اذا كان قبل القبض

وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا أنه لم تتحقق المراضاة في حق من له الشرط

المال في العوض وقيد بنفي الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفي ولا اثبات انعقد فاسدا ويثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فأتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم أتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا في الكافي وهذا (في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل) ومنها العدديات المتقاربة (لانه مضمون بنفسه) أي بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبينة فيه بينة البائع (قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه رفعا للفساد) أي للمعصية فرفعه حق لله تعالى فان نفس العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع تمليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو أكل كذلك أي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه أن يكون حراما لان الاجماع على منعه شرعا قطعي يوجب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية ان الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن أو الثمن كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند أبي يوسف بغير حضرته أيضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف (وان كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو الى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والاجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر أن يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص أما اذا زاد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل أو لا أو منفصلة كذلك أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل الغير بائعا أو مشتريا أو أجنبيا فسنذكره وقوله (الا أنه) الى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو أنه لما كان

قلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم وأما اذا كان بعده فلا يخلو إما أن يكون الفساد في صلب العقد أي لمعنى في أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر أو لشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد وعند أبي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض وأما اذا كان بعده فللذي له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص وأما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قبيل المذكور في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكره أن العقد قوي فكان الواجب أن لا يكون لاحد المتعاقدين حق الفسخ

لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله أن يفسخه وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه

(قوله فان كان الاول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فان كان الاول فذلك لقوة الفساد الا انه عدل عنه الى ما يرى لبعد المسافة عن قوله أما اذا كان بعده وليتعلق به قوله بحضرة صاحبه فليتدبر (قوله فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض الخ) أقول لا يخفى عليك ان الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مرجع دليله في تقريره ركاكة ظاهرة

كذا فى الذخيرة والايضاح والكافى فان باع المشترى المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيأ ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير أو يحتمله كالبيع والهبة ورد بأن المبيع لو كان مأكولا لم يحل أكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره فى شرح الطحاوى فلم يملك التصرف مطلقا وأجيب بالمنع فان محمدا نص فى كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة الحلوانى يكره الوطء ولا يحرم فالمذكور فى شرح الطحاوى يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته أولى وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل واذا كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشترى الثانى بالبيع الثانى ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشترى وورث وارثه المشترى وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بأن الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر فى فسخها كما يأتى ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر فى النوادر ان القاضى يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لورود ه على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثانى بأن ملك الوارث فى حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشترى بحكم الفساد وهذا بخلاف ما اذا أوصى المشترى بالمشترى لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشترى الثانى فى ثبوت ملك متجدد له بسبب اختيارى ليس فى حكم عين ما كان للموصى ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان فى يد حلال صيد ثم أحرم فانه يجب التصرف عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال فى موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع بأصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثانى مشروع بأصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا فى ركنه ولا فى عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثانى حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونقوض باسترداده قبل وجود البيع الثانى فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فأين التمام فاذا باع المشترى فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهى مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

قال (فان باعه المشترى نفذ بيعه) لانه ملكه فلك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثانى ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع بأصله دون ووصفه والثانى مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع

قوله ينبغى ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فأجاب بأن القياس ذلك الا أنه لما لم تحقق المراضاة فى حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أى باع المشترى ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا (نفذ بيعه لانه ملكه فلك التصرف فيه وسقط حق) البائع الاول فى (الاسترداد لتعلق حق العبد) بالعقد (الثانى ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عند معارضة حق الله تعالى (يقدم) باذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا ينقض بالصيد اذا أحرم مالكه وهو فى يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من المشترى مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذى كان للمشترى وكان مشغولا بحق البائع فى الرد فينتقل اليه كذلك أما الموصى له بالمبيع فكالمشترى الثانى فليس لورثة البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا بسبب اختيارى لا بتصرف من المشترى ولو قيل المشترى الثانى أيضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس فى قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشترى الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضا (الاول مشروع بأصله لا وصفه والثانى مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أى البيع الثانى (حصل بتسليط من جهة البائع) أى البائع الاول لان التمليك منه مع الاذن فى القبض تسليط على

(قوله بخلاف تصرف المشترى) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشترى مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشترى فى الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضها ووجه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشترى والشفيع حق العبد ويستويان فى المشروعية فيجوز نقض أحدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان فى مقابلته ما هو مرجوح عنده وأما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لأنه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشترى بلا سند فينقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن أو باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد (٢٣٣) من الشفيع شئ من ذلك قال (ومن

بخلاف تصرف المشترى فى الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان فى المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشترى الثانى والا كان ساعيا فى نقض ما تم به ويؤدى الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد فى بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشترى وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا فى نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليط على البيع وتمامه بأن يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رخصة عليه أن يتداركه بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتداركه حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشترى ليس الا التداركه رفع المعصية بالتوبة ومتى أخر حتى تعلق حق عبد من المشترى والموهوب له والموصى له فقد فوته أما الوارث فانه مأمور بخلاص ميته من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك لذلك وهذا (بخلاف تصرف المشترى فى الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع وله أن ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما فى البائع وأورد فينبغى أن يكون حق المشترى أحق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا أجيب بأنه انما ينسخ اذا كان مثله فى القوة والسبق من أسباب الترجيح فترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدا بخمر) المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بخمر أو غيره (فاعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته) فيه (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاعتاق قد هلك) فوقع الاياس عن الاسترداد (فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر) فى المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد أعنى المشترى الثانى والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعنى اذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا أو رهنه فهو نظير البيع (لانهما لازمان) لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (الا أنه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة فى تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد فى البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرد بالعيب والرجوع

اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه باذن البائع وأعتقه أو باعه بيعا صحيحا وأعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أى ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة) أما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض) والملك مطلق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك) فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر) آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثانى (والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما فى حق الراهن كالكتابة فى حق المولى (الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال

المانع) وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصهما فى عود الاسترداد فائدة زائدة فانه ثابت فى جميع الصور اذا نقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب فى هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد فى جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشترى بالقيمة وأما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغائب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام فى صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والاظهر أن يعلل الرجحان بسبق حق الشفيع كما سيأتى فى كتاب الشفعة (قوله على ما مر آنفا من قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على ما مر اشارة الى الادلة الثلاثة التى ذكرها المصنف آنفا

(قوله وهذا) أي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة (بخلاف الاجارة) فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا (انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد

من أقوى الاعذار ولانها تنعقد شيأ فشيأ فيكون الرد امتناعا)

وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيأ فشيأ فيكون الرد امتناعا قال (وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (وان مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن) لانه يقدم عليه فى حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن

ولعل فى الجوابين اشارة الى المذهبين فيها قال (وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قال فى النهاية أى القيمة التى أخذها من المشترى وليس بواضح بل المراد به ما أخذه البائع فى مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة وهذا الحكم ثابت فى الاجارة الفاسدة أيضا وغيرها (فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض) فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع الى أن يأخذ الثمن من البائع كما فى الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما فى الغصب (وان مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن لانه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من ان للمشترى حق منع البائع من المبيع الى أن يأخذ ما أدى اليه وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفى الدين

فى الهبة ولو بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشترى فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحول حقه من العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا أبق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لمالكه أخذه لما قلنا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا أجر المشترى شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالاعذار و رفع الفساد عذر ولان الاجارة تنعقد شيأ فشيأ فيكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التى لم تحدث (امتناعا) عن العقد عليها والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشترى الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع أن يستردها لان حق الزوج فى المنفعة لا يمنع حق البائع فى الرقبة ولانه لا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم تبوئتها معه بتاخير أنه اذا ظفر بها له وطؤها ولو قطعت يد العبد المشترى شراء فاسدا وأخذ المشترى الارش أو ولدت الجارية وأخذ موجب ذلك للبائع الفسخ و يرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما فى الغصب ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير البائع بين أخذه و إعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشترى انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخى أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه كالغصب ولا يمتنع الاسترداد بموت المشترى فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشترى وزيادة المشترى شراء فاسدا لا تمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشترى كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشترى أو بفعله فى نفسه أو بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان وليس له أن يتركه عليه و يضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبى فله أن يأخذ الارش من المشترى وان شاء أخذه من الجانى وفى قتل الاجنبى ليس له تضمين الجانى ولو وطئ المشترى الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد أو استرد لزمه العقر للبائع أما ان أتلفها ضمن قيمتها (قوله وليس للبائع فى البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعنى القيمة التى أخذها من المشترى وليس بلازم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذى تراضيا عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا فللمستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التى دفعها للمؤجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البدلين (ولو مات البائع) بيعا فاسدا أو المؤجر اجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك فالذى فى يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لانه مقدم عليه فى حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشترى بقدر ما أعطى فما فضل فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما فى الرهن لان الاختصاص انما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا مجردا لحق

ولا

(قوله بل المراد به ما أخذه البائع فى مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول فيه بحث

(ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها) فيه (تتعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى أجل فى تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ماذكره المصنف أن الثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب فى كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقيل فى حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها اذا كانت قائمة (وان كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر فى الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشترى فان فضل شئ يصرف الى الغرماء كما فى بيع الرهن بالدين قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها عند أبي حنيفة (٢٣٥) وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها وذكر فى الايضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع أبي حنيفة (لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء) أو الرضا (ويبطل بالتأخير) ولا يورث (بخلاف حق البائع) فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم أن البائع ببيع فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشئ فالاقوى لا يبطل به وهو بديهي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك (ولابي حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشترى بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك (ينقطع به حق الاسترداد كالبيع) الحاصل من المشترى (بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه) ولهذا لو وهبها المشترى لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن أو بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة فى البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير ينبئك أن قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له فى الحجة قيل وانما أدخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعله ذكره لان يلحقه بالبيع فى كونه منهيا مقررا لانه لما قصد به الدوام أشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع فى الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشترى واعترض بأنه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى

ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك فى الرواية (وقالا ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه

ولا يد للمحتال (ثم ان كانت دراهم الثمن) التى دفعها (قائمة يأخذها) المشترى (بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنها لا تتعين كما فى البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سيأتى ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيخان وذكر فى الفوائد الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشترى فان فضل شئ مما دفعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع فى استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقلع الغرس (وتسترد الدار لهما أن حق الشفيع) فى الدار التى يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) ببيعا فاسدا فى الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) فى ثبوت الملك له فى الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع فى الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (و) الاتفاق على أن (حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته (ولابي حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بخلاف حق الشفيع فانه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل أعنى البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشترى الثانى بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التى أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور فى

(قوله والقبض الفاسد الى قوله على الروايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

لان فيه اعدام الفاسد واذا تؤمل ماذكر فليس بوارد اذ البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الاولوية وبطلت الملازمة واعترض أيضا بانه اذا انقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع فى الاسترداد لوجود المقتضى وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشترى شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ وأجيب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفى بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا الان النقض انما وجب ضرورة ابقاء حق الشفيع فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز أن يثبت المقتضى على وجه يبطل به المقتضى وهو التسليم الى الشفيع روى وجوب القيمة فى هذه المسئلة (٢٣٦) عن أبى حنيفة ويعقوب رحمهما الله ثم شك بعد ذلك فى حفظ الرواية عن

أبى حنيفة لا فى مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد رحمه الله على الاختلاف فى كتاب الشفعة أن عند أبى حنيفة للشفيع الشفعة فى هذه الدار التى اشتراها المشترى شراء فاسدا وبنى فيها أو غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع فى الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا فمن حفظ مذهب أبى حنيفة فى ثبوت الشفعة لا يشك فى مذهبه فى انقطاع حق البائع فى الاسترداد فلم يبق الشك الا فى روايته عنه لمحمد رحمهم الله قال شمس الائمة السرخسى هذه المسئلة هى المسئلة الثالثة التى جرت المحاورة فيها بين أبى يوسف ومحمد قال أبو يوسف ما رويت عن أبى حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد بل رويت لى عنه القلع انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى أن الشك كان فى الرواية حيث لم يقل مذهب أبى حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تأمل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى توكيد كرر المصنف قوله (شك يعقوب فى الرواية) وفى كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير والراوى فى الجامع الصغير عنه محمد لانه تصنيفه الا اذا أريد بالجامع الصغير المسائل التى رواها يعقوب عن أبى حنيفة لمحمد

وشك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف فى كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

الجامع فقول المصنف (وشك يعقوب رحمه الله فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة) بذلك قالوا انه شك فى حفظ الرواية عنه لا فى مذهبه يعنى أن مذهبه معروف انه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشترى (فان محمدا نص على) هذا (الاختلاف فى كتاب الشفعة) فانه قال اذا بنى فى الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع الشفعة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فهذا دليل على أن الرواية عن أبى حنيفة ثابتة لان حق الشفعة فى الدار المبيعة بيعا فاسدا مبنى على انقطاع حق البائع فى الاسترداد فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير أن حكاية شمس الائمة قول أبى يوسف لمحمد ما رويت لك عن أبى حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أنه ينقض البناء فقال بل رويت لى أنه يأخذ قيمتها صريح فى الانكار لا فى الشك وصريح فى أنه ينقل عن أبى حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المصنف (فان حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف) معناه أن حق الشفعة وجودا وعدما مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدما فوجوده مبنى على عدمه وعدمه مبنى على وجوده وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبنى والمعنى ثبوت حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب أن الاوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع فى الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبنى على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عندهما لا ينقطع فله القلع والهدم وعنده ينقطع فلا يسترد واتفقت الروايات ان طلب حق الشفعة فى البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء وأورد على أبى حنيفة لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير للفساد فأولى أن يجب نقضهما لحق البائع وهو أقوى وفيه اعدام الفساد أجيب بمنع الملازمة فان البائع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض لأجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا انقض البناء والغرس لأجل الشفيع ينبغى أن يعود حق البائع فى الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد أجيب بأن المانع من الاسترداد انما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما لملكه هذا وقولهما أوجه لأن قول أبى حنيفة ان البناء مما يقصد به الدوام يمنع للاتفاق فى الاجارة على ايجاب القلع فظهر أنه قدر اراد للبقاء وقد لا فان قال المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا المشترى شراء فاسدا أيضا يكلف

(قوله وفيه تأمل) أقول لانه انما قال ما رويت لان النزاع كان فى الرواية لا فى المذهب فيجوز أن يكون الشك فى المذهب أيضا بل لا يبعد أن يقال ذلك هو الظاهر ثم قوله (ما رويت) صريح فى نفى الرواية لا فى الشك فيها الا أن يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا

قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كخلا فهما والخبث أيضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فأما الاول (٢٣٧) فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني

قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب البائع ما ربح في الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق

يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيأ وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعين فيها انه لو أشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له أن يتركها ويدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيأ وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند أبي حنيفة ومحمد

القلع عندنا وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الامر أن يعلم الخلاف ويجوز أن يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الا مدة ما وأما تعليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب لأن ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسدا أو قبل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي بنى فلا يستحق بجنايته وفعله المقرر لمعصيته أن يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لا جناية منه فانه جل وعلا أذن في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها) المشترى (وربح فيها تصدق بالربح ويطيب لبائعه ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشتري اذا عمل فربح والاصل في هذا أن المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب أو المودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وهما عرض أو نقد وأديا ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند أبي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة أو نقد بثمن ان أشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى والاعتبار ما دونها كشبهة شبهة الشبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال يتصدق المشتري بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ولا شك أن هذا انما هو على الرواية القائلة انه لا تتعين النقود في البيع الفاسد أما على الرواية القائلة تتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المصنف أن رواية التعيين في البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصدق على البائع أيضا بما ربح في الثمن غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بألف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وحينئذ فالأصح أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المصنف (لا تتعين في العقود) أي عقود البياعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة والغصب والشركة انما يصح لو كان لفظ البياعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يطيب له الربح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له أن يحبسها ويعطي مثلها عندهما

(قوله وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعين سواء كان في المغصوب أو ثمن المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني ولا يضر تعينه في الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لا على الاصح وهي التي تقدمت الخ) أقول يعني تقدم ذكرها بورقة تخميننا بقوله ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الاصح

لان الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال أبو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والفرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان أشار اليها ونقد منها أو أشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهته لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روى أن النبي صلى (٢٣٨) الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة

وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال (وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شئ وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهه الشبهة أيضا داخلة في الريبة فقد يثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت مادونها أيضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فادونها قال (وكذلك اذا ادعى الخ) رجل قال لآخر لي عليك ألف درهم فاقضنيها فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شئ وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح ولا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا لملكه لكن لما تصادقا انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك به اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية وأعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان مالا يتعين أولى لكنه يفسد الملك اذا الاستحقاق قصدا في مقابله لا فيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين

(قوله وكذلك الخ) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شئ وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية) أي بالاقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق مملوك) أي ملكا فاسدا سواء كان عينا أو دينا أما عينا فبدليل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضيخان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبد الغير به بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لا يملكه اصلا لانه متيقن أنه لا ملك له فيه والله أعلم

(فصل

(قوله لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته وقد استشكل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذا ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وانما يثبت الملك مستندا بالضمان وفي المستند شبهة العدم وشبهة العدم ملحقة بحقيقة العدم فيما يبتنى على الشبهات والصدقة تبتنى عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الربح فالملك بعد الضمان يفيد طيب المغصوب لا طيب الربح الحاصل منه لأنه بالنسبة اليه كالعدم اه ونحن نقول فعلى هذا يكون في ربح المغصوب المضمون شبهة الخبث وفي ربح الدرهم المغصوب المضمون شبهة الشبهة اذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاها في الكلام حيث لا يخرجه الى الحقيقة فليتأمل

﴿فصل فيما يكره﴾ قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تناجشوا قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن أحدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا قال (وعن تلقي الجلب) وهذا اذا كان يضر بأهل البلد

﴿فصل فيما يكره﴾ لما كان دون الفاسد أخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه الكراهات كلها تحريمية لانعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندي أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسدا وتلقي الجلب اذا لبس باطلا أو يثبت له الخيار وهذا الآن النهي مطلقه للتحريم الا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما جي عبه في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك أو منعقدا ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاورا أو لازما لا ينفي ما ذكرنا اذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض وتأخر الملك الى القبض ليس الا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتا جعلته فاسدا (قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) بعد ما بلغت قيمتها فانه تغرير للمسلم ظلما فأما اذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز لانه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذ كان شراء الغير بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم (قوله وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه الا أن يأذن له وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان الى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مثيره وهو ما فيه من الايحاش والاضرار وشرطه وهو أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله غير أنه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام وكذا محله في الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سنذكر (قوله وعن تلقي الجلب) في الصحيحين عن عبد الله بن عباس

في التقرير (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) بفتحتين (وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه الصلاة والسلام (لا تناجشوا) أي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء الى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع (ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب به الاول من

الثمن وكذلك في النكاح أما اذا لم يجنح فلا بأس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقي الجلب أي المجلوب

﴿فصل﴾ فيما يكره

وصورته المصرى أخبر بمجىء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما أراده فذلك لا يخلو إما أن يضر بأهل البلد أولا والثانى لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين أولا فان كان الاول بان كان أهل المصر فى قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وان كان الثانى فقد لبس السعر على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكره والا فلا بأس بذلك (قال وبيع الحاضر للبادى) أى ونهى عليه الصلاة والسلام (٢٤٠) عن بيع الحاضر للبادى فقال عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمن غال فلا يخلو اما أن يكون أهل المصر فى سعة لا يتضررون بذلك أو فى قحط يتضررون فان كان الثانى فهو مكروه وان كان الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا تكون الام للبادى بمعنى من وقيل فى صورته نظرا الى اللام أن يتولى المصرى البيع لاهل البادية ليغالى فى القيمة قال (والبيع عند أذان الجمعة) أى ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه) بيان لقبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعى اذا قعدا أو وقفا يتبايعان وأما اذا تبايعا ماشيان فلا اخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم فى كتاب الصلاة أن المعتبر فى ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أى المذكور من أول الفصل الى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد أى القبح لامر خارج زائد

فان كان لا يضر فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادى) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادى وهذا اذا كان أهل البلد فى قحط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا فى الثمن الغالى لما فيه من الاضرار بهم أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه فى كتاب الصلاة قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا والتلقى صورتان احداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم فى سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة وثانيتهما أن يشترى منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية أنه اذا خرج اليهم لذلك أنه يعصى أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فرآهم فاشترى ففى معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى اذا لم يلبس وعندنا محمل النهى اذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس أما اذا لم يضر ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن بيع الحاضر للبادى) تقدم النهى عنه ومحمل النهى (اذا كان أهل البلد فى عوز) أى حاجة (أو قحط وهو يبيع من أهل البدو طمعا فى الثمن الغالى) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلوانى هو أن يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع ويقول له لا تبع أنت انا أعلم بذلك منك فيتوكل له ويبيع ويغالى ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفى بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفى المجتبى هذا التفسير أصح ذكره فى زاد الفقهاء لموافقته الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادى وهو صورة النهى بل تفسير لضدها وهى الجائزة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع الحاضر للبادى قال المقصود أن لا يكون له سمسارا فنهى عنه للسمسار (قوله والبيع عند أذان الجمعة قال تعالى) اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة الى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا فى النهى عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفضى الى (الاخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فى منع البيع فى كتاب الصلاة) وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله (كل ذلك يكره) أى كل ما ذكرناه من أول الفصل الى هنا يكره أى لا يحمل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع) باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن و يثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعى لكنه يثبت الخيار فى تلقى الركبان على ما قدمناه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفى النجش وكذا بيع الحاضر للبادى وبه قال أحمد وعلل الصحة (بأن الفساد فيه (فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة) واستشكله فى الكافى لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد وليس فى صلبه قال الا أن يؤول الخارج بالمجاور وأنت علمت ما

أى مجاور وليس فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة

عندنا

قال المصنف (والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعى وذكر فى النهاية انهما اذا تبايعا وهما ماشيان فلا بأس به وعزاه الى اصول الفقه لابى اليسر وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه فى بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأى اه وفيه بحث

قال (ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ماذكرنا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان أحدهما كبيرا) والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له مافعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدركه أدركه ويروى اردد اردد

عندنا في ذلك (قوله ولا بأس ببيع من يزيد) وهو صفة البيع الذي في أسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة (لانه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الاربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلا من الانصار أتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له أما في بيتك شئ قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتني بهما فأتاه بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل أنا آخذهما بدرهم فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا فقال رجل أنا بدرهمين فأعطاهما اياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصاري وقال اشتر بأحدهما طعاما فانبذه الى أهلك واشتر بالآخر فأسا فأتني به فأتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجيء المسئلة نكتة في وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تصلح الا لثلاثة لذي فقر مدقع أو لذي غرم مفظع أو لذي دم موجع وأخرجه الترمذي مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فمن يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عجلان وقال في علله الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عجلان ثقة (قوله نوع منه) أي من البيع المكروه أي الذي لا يحل على ما عرفت أن الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع اليه أو لانها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الاول (ومن ملك مملوكين) بأي سبب فرض من أسباب الملك شراء أو هبة أو ميراثا (صغيرين) أو (أحدهما وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان ببيع أو هبة أو وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع ولا ينظر في الوصية الى جواز أن يتأخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذي عن أبي أيوب الانصاري رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه والاختلاف فيه لم يصححه الترمذي ورواه أحمد بقصة وروى الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدة وولدها وقال اسناده صحيح وفيه طليق بن محمد تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الا أن في سوقها طولا علينا وأما حديث علي رضي الله عنه فأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون ابن أبي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذي

وتفسير بيع من يزيد وروى أنس رضي الله عنه قدمر آنفا (نوع منه) أي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة (قوله ووهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين أخوين صغيرين ثم قال له مافعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدركه أدركه ويروى اردد اردد

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه الحديث) أقول قوله فرق الله يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والدة وولدها ويجوز أن يكون خبرا (قوله والاصل فيه ما قال عليه الصلاة والسلام) أقول على أن تكون ما مصدرية

ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثانى تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لافضائه الى التفريق وهو محاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر فى ذلك استئناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفى بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد النبى على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد فى قطع الاستئناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا فى صدر الكلام بلا ضرر للمولى أو الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما أصلا حتى لو كان أحدهما أخا رضاعيا للآخر أو كان أمة والآخر أبنها رضاعا أو كان أحدهما ولد عم أو خال أو كان أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص النافى ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضى جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما فى الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الوالدة وولدها والاخوان قيل فى كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب ما أشرنا اليه فى تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر للمولى أو الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لان لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس فى القرابة والمحرمية ولا ما فيه ضرر ما يساوى القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل فى الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز فى سبعة مواضع وان كان أحدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة

ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان فى بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده

حديث حسن غريب وتعقبه أبو داود بان ميمونا لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطنى من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن على رضى الله عنه قال قدم على النبى صلى الله عليه وسلم سبى فأمرنى ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعا فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفى ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتمد عليه فى هذا الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبزار وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف (ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده) أى يصلح شأنه (فكان فى التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ورواه ابن أبى شيبة عن عمرو بن العاص وكذا رواه البخارى فى كتابه المفرد فى الادب وروى الطحاوى فى مشكل الآثار حدثنا يونس بن عبد الاعلى حدثنا ابن وهب انبأنا مالك بن أبى الخير الزيادى عن أبى قنبل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يبجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخارى فى كتابه المفرد فى الادب من حديث أبى هريرة وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل محرم غير قريب) كعم رضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورده) ومورده كان فى المحرمية كما فى الوالدة وولدها والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها

(قوله ووجه الاستدلال بالاول) أقول لا حاجة فى صحة الاستدلال بأدرك واردد (الى التكرار ثم يتقوى الاستدلال بتكرار الامر (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها الحديث) أقول الدعوى عامة والحديث مخصوص بالوالدة والولد (قوله فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه) أقول دعوى المساواة فيما اذا كان أحدهما عما أو خالا لمورد النص مشكلة وللاشارة الى ذلك قال عسى

ولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره أو استولده ان كانت أمة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فان للمولى أن يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء أحدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع أحد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا أمه ولزم التفريق واذا تأملت ما مهدلك آنفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر أما الاول فلأن بيع أحدهما لما امتنع لمعنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث وأما الثاني فلانه لو ألزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض (٢٤٣) فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشأ ان

ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

لان النص ما ورد الا في الوالدة والاخوين فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلاليا وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد أيضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة ثبت في الحال والحالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم بقي ايراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاد دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور اذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب بحصته فيرده وحده وان كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعا أو يمسكهما كما في مصراعي الباب اذا وجد بأحدهما عيبا والرابعة أن يدبر أحدهما أو يستولد الامة وحينئذ جاز بيعه الآخر والخامسة أن يكون لحربي مستأمن فباع أحدهما فللمسلم ان يشتريه مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه أحدهم صغير حل بيع أحد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) في منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الحاق (الضرر به) أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا

فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضية الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من ينشأ من صغره بينهم أن يكون على دينهم وأما الرابع فلان منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روى عن أبي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فيتعين رده دفعا للاضرار عنه وأما في السادس فلأن الاعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه لان المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هو

حيثما دار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ولا اعتبار بخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه وأما في السابع فلأن المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر ففيما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلا تفريق فيه وأما السابع فمن قبيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له أو كبيرا وهما في مؤنته أو لا وسواء كان زوجته أو مكاتبته ولا يجوز بيع أحدهما من أحد هؤلاء اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره في أثناء الاسئلة وجوابها وروى عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين أن يدفع أو يفدي فكان الفداء أولى

قال المصنف (لا الاضرار به) أقول قال ابن الهمام أي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث (قوله أو لزم التزام القول بتخصيص العلل) أقول فانه ظهر ان العلة هي الرحم المحرمية الغير المستلزم ضررا بالمالك وبالصغير قصدا (قوله وأما الثالث فلأن منع التفريق الخ) أقول فيه بحث

قال (فان فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام

التفريق كان الزاما للضرر بالمالك والعلة هي ماذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا بخلاف ماقبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والانتفاع ببدلهما وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم فانه ان لم يشتره أحد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هنالك يشب ويكتهل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا تعريضه على القتل والسبي والسبي هلاك ويجيء ماذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بأن العلة ماهو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بأن العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حيثما كان وأينما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختارا ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم فآل الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق مافي المبسوط اذا كان للذمي عبد له امرأة أمة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين أمه لانه يصير مسلما باسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله فان فرق كره ذلك وجاز العقد) اذا كان المالك مسلما حرا أو مكاتبا أو مأذونا أما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه أنه ان كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممتنعا في ملتهم لا يجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وهو قول أحمد لما روينا من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما واربتجعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور) والنهي لمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيام) على سوم أخيه وحينئذ يجب تأويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقيله رغبة في ثواب الاقالة أو أن يبيع الخ لآخر منه واعلم أن مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق مالم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لا تفرقوا بين الام وولدها فقيل الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول للشافعي وفي أظهر قوليه الى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التنقيح وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير أن الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به لانهما من أهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك

قال (فان فرق كره ذلك وجاز العقد الخ) فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدرك أدرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما

(قوله واطلاق التفريق يدل الخ) أقول لا يخفى عليك ان قوله وجاز البيع يدل على التقييد نعم لا كلام في اطلاق التفريق الواقع في الحديث (قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول في أدرك واردد (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول في أدرك ثم لفظ أو ههنا لمنع الخلو

(قوله

(وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس فى معنى ماورد به النص وقد صح انه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس فى معنى ماورد به النص) ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر فى الاستيعاب قال البزار بعد ان غلطه للحديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر عن حاتم بن اسمعيل ودلهم بن دهثم انتهى و بشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطى لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما احدى الجاريتين فتسراها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهى مارية أم ابراهيم وأما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهى أم عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث فى صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقى بسند آخر فى دلائل النبوة مرسلا أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب ابن أبى بلتعة الى المقوقس الى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة و بغلة مسروجة وجاريتين احداهما أم ابراهيم وأما الاخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهى أم زكريا بن جهيم الذى كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقى بسنده الى حاطب قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلنى فى منزله فأقمت عنده ثم بعث الى وجمع بطارقته الى أن قال وهذه هدايا أبعث بها معك الى محمد فأهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابى جهيم بن حذيفة العدوى وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه وليس فى شئ منها ان الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعى فى كتاب الاكتفاء عن الواقدى باسناده ان المقوقس أرسل الى حاطب ليلة الى أن قال فارجع الى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبى وألف مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من لين وغير ذلك وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أثواب فارحل من عندى ولا تسمع منك القبط حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدى دليل على المطلوب وقد أسلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر فى الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبرى عن أبى عبيدة فى خاتمة مناقب امهات المؤمنين فالله أعلم بذلك وانما بوب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذى فى مسلم عن سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع أبى بكر فغزونا فزارة الى ان قال فجئت بهم الى أبى بكر وفيهم امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب فنفلنى أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لى النبى صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لى المرأة فقلت هى لك فقدى بها أسارى مكة انتهى مختصرا فهذا التفريق وان كان من فعل أبى بكر لكن لا شك فى أن النبى صلى الله عليه وسلم علمه واتهب الجارية ولم يردها الى أمها بل أبعد دارها حين فدى بها فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين والله اعلم ﴿فروع﴾ اذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحد منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الام وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون الا معا اعتبارا لاختلاف الجهة والصحيح ماذكر فى ظاهر الرواية لان شفقة الام تغنى عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لم يباعوا ٣ الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان أو اخوة كبار فى رواية الا مالى لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة أمر باطنى لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعد مع الاقرب وعند الاتحاد فى الدرجة والجهة

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس فى معنى ماورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين روى ان أمير القبط أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين أختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له ابراهيم وهى مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر فى كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان أو مكاتبا أو مأذونا له وأما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان مافيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

(الاقالة) الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحريض عليها من الثواب إخبارا أو دعاء وكلاهما لا يكون الا مشروعا ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما وشرطها أن تكون بالثمن الاول (فان شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل في ذلك ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيعا جديدا في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا وهذا الان لفظها ينبئ عن الفسخ كما سنذكره ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا أو بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى

﴿ باب الاقالة ﴾

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما

أحدهما يغني وكذا لو ملك ستة اخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جاز استحسانا فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيمتنع احتياطا فصار الاصل أنه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ماسواه ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

﴿ باب الاقالة ﴾

مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الاثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فاقال بمعنى أزال القول أي القول الاول وهو البيع كاشكاه أزال شكايته ودفع بأنهم قالوا قلنه بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واوا وليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وأيضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه (قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذي مهده بقوله (والاصل) أي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر (أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الارفع الاول

فان قيل ما الجواب عن انتقاض حد البيع بالاقالة قلنا المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا ترا جعا بطريق الرفع بقرينة مقابلة الاقالة للبيع (قوله وهي من القيل لا من القول) أقول في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه (قوله والهمزة للسلب) أقول فاقال بمعنى أزال القول أي القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الاول الخ) أقول لو كان شرطا لانتفى بانتفائه وليس كذلك بل الظاهر انه من أحكامه

فجعلناها من حيث اللفظ فسخا فى حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعا فى حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولدا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف هى بيع الا أن يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا فى المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا ان تعذر جعلها فسخا فتبطل كما اذا تقايلا فى العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا بأكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فتبطل كما فى صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد بالمعنى اللغوى فقال ان اللفظ للفسخ والدفع يعنى ان حقيقة ذلك يقال فى الدعاء أقلنى عثرتى واذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله وهو

الا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف رحمه الله هو بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا أن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا أن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلنى عثرتى فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا ترى انه بيع فى حق الثالث ولابى يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة

كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال الاول هو برجوع عين الثمن الاول الى مالكه كان لم يدخل فى الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الاول ونفى غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة الى غيرهما بيعا فيعطى بالنسبة الى غيرهما حكم البيع كما سنذكره (فان لم يمكن جعله فسخا) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك (تبطل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف هى بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا بأن وقعت الاقالة قبل القبض فى مبيع منقول فتجعل فسخا فان تعذر كونها بيعا وفسخا كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فتقايلا بعد هلاك العرض فحينئذ تبطل وعند محمد قلب قول أبى يوسف فهى فسخ الا أن يتعذر فبيع الا أن تعذر فتبطل والعجب أن قول أبى يوسف كقول أبى حنيفة رحمه الله فى أن الاقالة تصح بلفظين أحدهما مستقبل كما لو قال أقلنى فقال أقلتك مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسخ ويقول لا تنعقد الا بالمضى فيهما لانها كالبيع فأعطى بسبب الشبه حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة لا تجرى فى الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا فى شرح القدورى وذكره فى الدراية والذى فى فتاوى قاضيخان أن قول أبى حنيفة كقول محمد وفى الخلاصة اختاروا قول محمد ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا فى فور قول المشترى أقلتك وتنعقد بما سخنك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أى لفظ الاقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال أقلنى عثرتى) بمعنى اسقط أثرها باعتبارها عند ما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ اذ حقيقته رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول فى الوجود (فيوفر عليه قضيته واذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع ولابى يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الامر أنه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما فى التولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الاقالة (بهلاك المبيع)

واستدل أبو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضى وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بأنه لو كانت بيعا أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروى عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بأنه اذا قال ابتداء أقلتك العقد فى هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة انما أضيفت الى مال او وجوده فتبطل فى مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها أضيفت الى ماله وجود أعنى به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ فى موضع لوجود الدلالة على ما أريد من المجاز ارادة المجاز فى سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين

أحدهما انه يفهم منه ان أبا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز

(قوله واستدل أبو يوسف بمعناه الخ) أقول منقوض بما اذا كانت الاقالة بلفظ فاسختك أو تاركتك فانها حينئذ فسخ اجماعا مع جريان الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أى المعنى المجازى (قوله وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة) أقول ألا يرى أنه يجعله فسخا اذا لم يكن جعله تبعا ولك أن تقول يجوز أن لفظ المجاز به مجاز عن المنقول بعلاقة المشابهة فالمعنى لا يلزم من ازالة المعنى المنقول اليه فى موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه فى سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر فان قيل بما اثبت النقل قلنا باستعماله فى عرف الشرع فى مبادلة تتفرع على مبادلة سابقة ويترتب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبى يوسف فعنده مجاز شرعى فى الفسخ

والثانى ان قوله أقلتك العقد فى هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد وذلك يقتضى نفى سابقة العقد واستدل أبو حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ فى حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان أمكن والا بطلا وههنا لم يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز كما عرف فى موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد فى حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بمقتضى الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا فى حقه بل هو أمر ضرورى لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع تبدل ظاهر موجبه فى حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين فى محل واحد وتقريره بوجه البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت فى المبايعة فاعتبر موجب الصيغة فى حق المتعاقدين لان لهما ولاية على أنفسهما فتعين اعتبار الحكم فى حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه آخر أن المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا فى حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابى حنيفة رحمه الله عما استدل به أبو يوسف من ثبوت الاحكام ما قيل الشارع يبدل الاحكام فلا يغير الحقائق فانه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز أن يغير ويثبت فى ضمن الاقالة وأما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التى هى الفسخ اذا ثبت هذا أى ماذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول ابى

وهذه أحكام البيع ولابى حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ فى مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا فى حق الثالث أمر ضرورى لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذى كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشترى (وهذه أحكام البيع) فاذا ترتبت على شئ كان بيعا غير أنه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا وقعت فى منقول قبل قبضه صرنا الى مجازه بجعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع بانشائه به ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة وانتفاؤه فى الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه (ولابى حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قلنا لمحمد رحمه الله (والاصل إعمال الالفاظ فى مقتضياتها الحقيقية) وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فتكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى لاثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك أى بأنه وضع بهذا الاعتبار والا رجع الى مجرد الاصطلاح على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا أو بقيد أن لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح فى الالفاظ بقى أمر آخر وهو أنها لم تستعمل فى البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أى الرفع الذى هو المعنى الحقيقى (ضده) اى ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال فى الضد انما يكون لتهكم أو تلميح وليس ذلك فى الفقه أو يكون لمشاكلة اللفظ وقع فى صحبته لجزاء سيئة سيئة وليس هنا ذلك (فتعين البطلان وكونه بيعا فى حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن (لامر ضرورى) وهو انه لما ثبت (به مثل حكم البيع وهو الملك) ببدل ظهر فى حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا فى حق غيرهما ولئلا يفوت مقصود الشارع فى بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك فى عودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذا ثبت هذا) أى هذا الخلاف فى هذا الاصل (فنقول) تفريعا عليه (اذا شرطا) فى الاقالة (الاكثر) كأن تقايلا على مائة والبيع بخمسين (فالاقالة على الثمن الاول) عند

(قوله معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لا نسلم أن معناه ذلك بل معناه بعتك هذا العبد الذى كنت بعته منى سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كائن بعد بيع بينهما فى هذا المحل على ما ينادى عليه كلام المجيب وأيضا المجاز خلف عن الحقيقة فى حق الحكم عند أبى يوسف ومحمد كما حقق فى علم الاصول (قوله وذلك يقتضى نفى سابقة العقد) أقول الاولى أن يقول لا يقتضى سابقة العقد (قوله لانه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول ليصرفا موجب البيع عنه

لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع مالم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر فى صحة الاقالة كما لا يؤثر فى صحة البيع بخلاف البيع فان الزيادة فيه اثبات مالم يكن بالعقد فيستحق الربا ولان فى الشرط شبهة الربا وهى معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع مالم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا أن يحدث فى المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بألف درهم وتقابلا بألف درهم صحت الاقالة وان تقابلا بألف وخمسمائة صحت بالالف ولغا ذكر الباقى وان تقابلا بألف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بألف ولغا النقص ووجب على البائع رد الالف على المشترى وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير

لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فى العقد فيتحقق الربا مالا يمكن اثباتها فى الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا أن يحدث فى المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما فى شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا فى شرط الاقل عند أبى يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لاسكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

أبى حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وانما بطل لان الاقالة رفع ما كان لا رفع مالم يكن لان رفع مالم يكن ثابتا محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه أن رفعه على مائة ترجع الى المشترى والحال أنه لم يكن فى الوجود العقد بمائة رفع مالم يكن له وجود فلا رفع أصلا الا أن أصل العقد له وجود واياه عنينا بالاقالة غير أنهما زاداه شرطا فاسدا فيثبت الرفع برفعهما ويبطل بالشرط الفاسد الذى زاداه (بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا فلا يتصورا اثباتها فى الرفع (وكذا اذا شرط الاقل) عنده يصح بقدر الثمن الاول (لما بينا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول (الا أن) يكون (حدث بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعلا للحط بازاء ما فات بالعيب (وعندهما فى شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبى يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا فى شرط الاقل عند أبى يوسف يصح به لانه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول) باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه (ولو سكت عن الكل) بأن قال أقلتك (يكون فسخا) عليه فاذا سكت عن بعضه (أولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا) من جعل الحط بازاء ما نقص من العيب ﴿فرع﴾ باع صابونا رطبا ثم تقابلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشترى شئ لان كل المبيع باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الاول) بأن كان دراهم فأقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ

المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشترى جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الحط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أولا وقال بعض المشايخ تأويل المسئلة ذلك هذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما فى شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبى يوسف وعند محمد وان كانت فسخا لكنه فى الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق فى الزيادة والنقصان عند أبى يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد

الفسخ ممكن فى فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسخا فهذا أولى واعترض بأن كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن إما ان يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثانى غير ناهض لان أبا يوسف انما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعنى بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بأزاء ما فات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

(قال المصنف اما لا يمكن اثباتها فى الرفع) أقول لفظ اما هنا ليس فى مقامه والظاهر أن يقول بدله لكن (قوله والاول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده وله نظائر فى هذا الكتاب مع أن المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهبه فليتأمل (قوله يعنى بالاتفاق) أقول اتفاق أبى يوسف لا يخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع

بالثمن الاول عند أبي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

بالثمن الاول عند أبي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا) أنه عند أبي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا (وعندهما تكون بيعا) ومن ثمرات الخلاف أنهما لو تقايلا في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جاز البيع خلافا لابي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا لانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وثمرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع أيضا منها أن المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع أن يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيأ فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم أن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كأنه اشتراه (قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه إما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشر الى نقد وإما مال حكما لا حقيقة فيما اذا أشار اليه لعدم تعلق العقد بما أشار اليه بل بمثله في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال ولا تتأدى زكاة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالناقص ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فأظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا الى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفع مالا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما اذا كان رأس مال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الاقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر أما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك أحدهما أيا كان فالاقالة صحيحة

وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل وعليه هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول

ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقى لقيام المبيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك أحدهما أى أحد العوضين ابتداء بأن تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد فى يد بائع الجارية ثم أقالا البيع فى الجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما أما اذا كان أحدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك أحد العوضين

(فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقى) لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا والله أعلم بالصواب

وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقى لقيام البيع فيه) قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت أى تبايعا بيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقيا) ببقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه وعليه تفرع ما لو اشترى عبدا بأمة وتقابضا ثم ان مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع فى الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الارش ثم أقال البيع فى الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة أما لو تقايلا بعد هلاك أحدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة أيضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين فى الصرف غير مانع من الاقالة وفى المقايضة مانع أنه فى الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الاقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم فى يد المسلم اليه رده وان كان هالكا فانما عليه رد مثله ولو تقايلا بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم فى يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقدا على دين كعين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاسبيجابى ﴿فروع﴾ ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبى تتوقف الاقالة على القبول فى المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم فى قول أبى حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابى يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشترى جائز وفى جمع التفاريق إقالة الوارث جائزة وأطلق فى الجامع جواز اقالة الوصى وهو مقيد بما اذا لم يبع بأكثر من القيمة فان باع بأكثر منها لا تصح اقالته وكذا المتولى أيضا لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التى وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا فى الاجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد بثمن مؤجل ثم جدد بحال أو على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جدد بدنانير أو على القلب أما لو جدد بدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو باع باثنى عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذا لحط يلتحق بأصل العقد الا فى اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثنى عشر درهما ولو قال المشترى بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لى أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله ممن شئت لا يصح فى الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعنى اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف العتق باطل وفى الفتاوى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه

قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت أى تبايعا بيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقيا) ببقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه وعليه تفرع ما لو اشترى عبدا بأمة وتقابضا ثم ان مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع فى الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الارش ثم أقال البيع فى الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة أما لو تقايلا بعد هلاك أحدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة أيضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين فى الصرف غير مانع من الاقالة وفى المقايضة مانع أنه فى الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الاقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم فى يد المسلم اليه رده وان كان هالكا فانما عليه رد مثله ولو تقايلا بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم فى يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقدا على دين كعين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاسبيجابى ﴿فروع﴾ ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبى تتوقف الاقالة على القبول فى المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم فى قول أبى حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابى يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشترى جائز وفى جمع التفاريق إقالة الوارث جائزة وأطلق فى الجامع جواز اقالة الوصى وهو مقيد بما اذا لم يبع بأكثر من القيمة فان باع بأكثر منها لا تصح اقالته وكذا المتولى أيضا لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التى وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا فى الاجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد بثمن مؤجل ثم جدد بحال أو على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جدد بدنانير أو على القلب أما لو جدد بدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو باع باثنى عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذ الحط يلتحق بأصل العقد الا فى اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثنى عشر درهما ولو قال المشترى بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لى أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله ممن شئت لا يصح فى الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعنى اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف العتق باطل وفى الفتاوى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه قيمة الهالك أو مثله (ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة فى الباقى لقيام البيع فيه) قوله ولو تقايضا) بالياء المثناة من تحت أى تبايعا بيع المقايضة فهلك أحد العوضين (جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع) من وجه (فكان البيع باقيا) ببقاء العين القائمة منهما فأمكن الرفع فيه وعليه تفرع ما لو اشترى عبدا بأمة وتقابضا ثم ان مشترى العبد باع نصفه من رجل ثم أقال البيع فى الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد وأخذ الارش ثم أقال البيع فى الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة أما لو تقايلا بعد هلاك أحدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة أيضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين فى الصرف غير مانع من الاقالة وفى المقايضة مانع أنه فى الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده أو مثله فلم تتعلق الاقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم ورأس المال مما لا يتعين قائم فى يد المسلم اليه رده وان كان هالكا فانما عليه رد مثله ولو تقايلا بعد ما قبض المسلم فيه وهو قائم فى يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان عقدا على دين كعين ورد عليها العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاسبيجابى ﴿فروع﴾ ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبى تتوقف الاقالة على القبول فى المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم فى قول أبى حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابى يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشترى جائز وفى جمع التفاريق إقالة الوارث جائزة وأطلق فى الجامع جواز اقالة الوصى وهو مقيد بما اذا لم يبع بأكثر من القيمة فان باع بأكثر منها لا تصح اقالته وكذا المتولى أيضا لو اشترى بأقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التى وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا فى الاجارة لو فسخت ولو عقد بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقد بثمن مؤجل ثم جدد بحال أو على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقد بدراهم ثم جدد بدنانير أو على القلب أما لو جدد بدراهم أكثر وأقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو باع باثنى عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذ الحط يلتحق بأصل العقد الا فى اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثنى عشر درهما ولو قال المشترى بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لى أو لم يزد على قوله بعه أو زاد قوله ممن شئت لا يصح فى الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعنى اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض اعتقه فأعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف العتق باطل وفى الفتاوى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه

قيمة الهالك أو مثله لانها هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما فى معنى الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك العوضين بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك أحدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف التصارف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما فى المقايضة لانهما مالا يتعينا لم تتعلق الاقالة بأعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد مثله سيان فصار هلاكهما كقيامهما وفى المقايضة تعلقت بأعيانهما قائمين فمتى هلكا لم يبق شئ من المعقود عليه ترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين

أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أقلنى فيقول الآخر أقلت عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضى مثل أن يقول أقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما فى النكاح وبه فارق البيع

(قوله لان الاقالة وان كان الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل بالمقايضة

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعهما شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في أول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم مرابحة لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبأنه مشتمل على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول إما أن يراد به عين الثمن الاول أو مثله لا سبيل الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون عينه مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي أن لا يضم الى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة أصلا فانه لو ملك توبا بهبة أو وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى أن يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده

﴿باب المرابحة والتولية﴾

قال (المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح

ما فرع في فتاوى قاضيخان وغيرها باع أمة فأنكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لان جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه أنكر قبض غيرها فان رضي البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد أخرى فقد رضي بتملك البائع الثانية بالاولى فاذا رضي البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيأ مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليجيء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استحسانا وللمشتري منه أن ينتفع به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضي بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثاني أكثر من الاول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلنا به فالقول للمشتري مع يمينه في انكار الاقالة فان كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

﴿باب المرابحة والتولية﴾

(قوله المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) أورد عليه ما لو باع دنانير اشتراها بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه بيع مرابحة وكونه لا يجوز شيأ آخر واعلم ان معنى السؤال المرابحة جائزة بلا استثناء شيء وهذا مما صدقا فانه فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بأن المراد نقل ما ملكه مما هو بيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم انما لم تجز المرابحة في ذلك لان بدلي الصرف لا يتعينان فلم تكن عين

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذي فيه الخيار ومن الفاسد (قوله أما الاول الى قوله فلان المغصوب) أقول المسئلة في قاضيخان (قوله وذلك لان قوله بالثمن الاول الخ) أقول الثمن الاول غير متعين فكيف تكون عينه ملكا للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المرابحة في الصرف والاولى أن يقول لا سبيل الى الاول اذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدراهم) أقول قوله الدراهم بدل من رأس المال (قوله من الدراهم) أقول بيان لجنس (قوله أو من غير الدراهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان لغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بأن يكون رأس المال دنانير ولا يخفى عليك ان ما نقله من ذينك الكتابين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنسا لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للاول في الجنس

والجواب عن الاول انا لانسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثانى بأن المراد بالعقد أعم من ان يكون ابتداء أو انتهاء واذا قضى القاضى بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل فى المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد فى المبيع أو قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسئلة المنسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة فى المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان)

والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) والبيعان جائزان

هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعا والذى يلزم وروده على التقدير الذى صححنا به الايراد ما اذا اشتراه بثمن نسيئة لا يجوز أن يرابح عليه مع انه يصدق النقل بالثمن الاول الا أن يقال اذا كان فيه أجل فالثمن الاول بمقابلة شيئين فلم يصدق فى أحدهما أنه بمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعا فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى ما اذا أبق العبد المغصوب فقضى بقيمته على الغاصب ثم عاد للغاصب أن يبيعه مرابحة على القيمة التى أداها فهذا بيع مرابحة ولا يصدق عليه نقل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا أو رقه كذا فأرابحك على القيمة أو رقه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشترى مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرابحه عليه وهو اذا قال رقه كذا وهو صادق لم يكن خائنا فان غبن المشترى فيه فمن قبل جهله وأجيب بما حاصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به لما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بها بمنزلة الثمن الذى اشترى به وصرح فى الفتاوى الكبرى فى مسئلة الغصب انه يقول قام على بكذا وجواب الثانية يأتى فى هذا الكتاب والثالثة ماذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا أو رقه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يدفع ما على عكس الحد وهو ان المرابحة نقل ما ملكه بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلا والله أعلم ومما يرد أيضا ما اذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة على العبد ممن صار اليه العبد بربح معين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد فى حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبى صلى الله عليه وسلم الى آخره وفى التولية أحاديث لا شبهة فيها منها ما أخرج عبد الرزاق أخبرنا معمر عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف فى مرسل سعيد أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبى صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه الا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقيله وحديث أبى بكر الذى ذكره المصنف فى البخارى عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبى صلى الله عليه وسلم خذ بأبى أنت وأمى احدى راحلتى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه فى بدء الخلق وفى مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتها بالثمن وفى الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير فأخذ إحداهما وهى القصواء فما رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق فى السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فداك أبى وأمى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعيرا ليس لى قال فهى لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذى ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد أخذتها بذلك قال هى لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر السهيلى عن بعض أهل العلم انه سئل لم يقبلها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتى عشرة أوقية وحين قال له أبو بكر ألا تنبى بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتى عشرة أوقية ونشا والنش هنا عشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم فى استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن

(قوله والجواب عن الاول أنا لانسلم صدق التعريف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق عليه مبادلة المال بالمال ويجوز أن يقال المعرف ههنا المرابحة الصحيحة والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعى لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الاول بأن يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذى كان الكلام الى هنا فيه أعنى السلع أو المراد بالعقد الاول العقد المعهود الذى كنا نتكلم فيه وهو بيع العين بالثمن فان السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا الخ) أقول لابد للمجاز من قرينة وهى غير ظاهرة هنا

لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصفة كاشفة يحتاج الى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه و بزيادة ربح وقد صحت التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع (ولهذا) أي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى المبيعين أي بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها وأكد بقوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كما لم تجز (٢٥٤) المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل الخ) لا تصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان أمكن وقد لا يمكن عن شبهها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما وقع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري باعه مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من دراهم أو شئ من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم وأما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين درهما وهو كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا أو بجزء من احد عشر جزأ من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة أو ده يازده فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته

لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى و بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما فقال هو لك بغير شئ فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير ثمن فلا قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة (ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشئ من المكيل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح ده يازده لا يجوز) لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية أفاد علتها بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى أن يعتمد) على (فعل المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى و بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد أن لا يخل بما علم شرطا للصحة بل دليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة هو دليل جوازهما اذ لا زيادة فيهما الا اقترانهما باخبار خاص اذ حاصله أنه يبيعه بثمن كذا مخبرا بأن ذلك الثمن الذي اشتريت به أو مع زيادة لا أرضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض) يعني الثمن (مما له مثل) كالنقدين والحنطة والشعير وما يكال و يوزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا ولو ارجعه أو ولاه اياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبدا بتداء وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز أما لو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه فرابحه عليه بربح معين كان يقول أبيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم أو كر شعيرا أو ربح هذا الثوب (جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (ما لو باعه) والحالة هذه (بربح ده يازده) فانه (لا يجوز لانه باعه برأس المال و ببعض قيمته) فان معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة ربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت وحينئذ فالمرابحة على العبد بده يازده تقتضي أنه باعه بالعبد و ببعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر

(و يجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والفتل وأجرة حمل الطعام) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار ولان كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان (و يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كى لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد فى العين والمعنى و بخلاف أجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته

وهو انه باعه بالعبد و ببعض قيمته ﴿ومن فروع ذلك﴾ اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا أطلقه لان الثمن الاول يتعين فى العقد الثانى والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفى المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد بلخ الا ان يصدقه المشترى انه نقد نيسابور أو تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور فى الوزن والجودة دون نقد بلخ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم ان المعتبر فى المرابحة ما وقع العقد الاول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله و يجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام) برا أو بحرا (لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد فى المبيع أو فى القيمة يلحق به) أى برأس المال (وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته) من الطراز والفتل (يزيد فى العين والحمل) من مكان الى مكان (يزيد فى القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن) قال فى الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى فى بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) اذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعى والبيت للحفظ لانه لا يزيد فى العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا (لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أى فى المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة فى المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك فى حصول الزيادة بالتعلم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية فى المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كما لا تمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفى المبسوط أضاف نفى ضم المنفق فى التعليم الى أنه ليس فيه عرف قال وكذا فى تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان فى ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لانه نادر فلا يلحق بالسائق لانه لا عرف فى النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار فى ظاهر الرواية وفى جامع البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة فى العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها فى الدواب وتضم الثياب فى الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة و يضم علف الدواب الا أن يعود عليه شئ متولد منها كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال و يضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ

و يجوز أن يضيف الى راس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار لان كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد فى ذلك فالصبغ واخواته يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة لانها تختلف باختلاف المكان فيلحق به و يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كى لا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فأنا أبيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد فى العين ولا فى القيمة و بخلاف أجرة التعليم فاذا أنفق على عبده فى تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة فى المالية باعتبار معنى فى المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما أنفق على المعلم وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان

(فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة) إما بالبينة أو باقرار البائع أو بنكوله عن اليمين (فهو بالخيار عند أبى حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيهما) أى فى المرابحة والتولية (وقال محمد يخير فيهما) لمحمد ان الاعتبار

للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى (والتولية والمرابحة ترغيب وترويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولابى يوسف ان الاصل فى هذا العقد كونه مرابحة وتولية) لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقى ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثانى على الاول فيحط الخيانة فى الفصلين جميعا غير انه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفى المرابحة من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهما فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما (ولابى حنيفة انه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لئلا يتغير التصرف فيتعين الحط وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت من غير تغير كخيار الصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل أن يرده أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ فى بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن

فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما) لمحمد رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابى يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال وفى المرابحة منه ومن الربح ولابى حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن

أجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما انفق ويضم الباقى وتضم أجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر فى الدار والقناة فى الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقى الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيأ منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة) إما باقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشترى هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه فى دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور ببينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع (فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) وان اطلع عليها فى التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيهما) أى فى المرابحة والتولية وهو قول الشافعى (وقال محمد يخير فيهما) وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى (لمحمد أن الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية) لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع ولا خيار بانه الثمن الاول فيهما لا يتعلق الا نعقاد به انما هو (ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف الكتابة والخياطة (فبفواته) بظهور أن الثمن ليس ذلك (يتخير ولابى يوسف أن الاصل فيه) أى فى عقد المرابحة والتولية (كونه تولية ومرابحة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار أنه تولية ومرابحة عليه (وذلك بالحط غير أنه يحط فى التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفى المرابحة يحطه منه ومن الربح) على نسبته حتى لو رابح فى ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسه وهو درهم (ولابى حنيفة) فى الفرق بينهما كما قال أبو يوسف فى التولية وهو (أنه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقد انما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر (و) أما (فى المرابحة لو لم يحط) لا تخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشترى (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه (فلو هلك) المبيع (قبل أن يرده) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن

كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشترى تمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه

كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير) صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا

كخيار الرؤية والشرط) وفيما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبي يوسف فلوهلك المبيع أو انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احترازا عما عن محمد من غير رواية الاصول أنه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشترى بناء على أصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشترى ويرد القيمة ويسترد الثمن (قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه) من الذي باعه منه بمثل ما باعه (فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان) الربح (استغرق الثمن لم يبعه مرابحة) الا أن يبين (هذا عند أبي حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير) وهو قول الشافعي ومالك رحمهم الله (صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) ممن باعه منه بعد التقابض فانه يطرح عن هذه العشرة التي اشتراه بها منه الخمسة التي ربحها (فيبيعه مرابحة) على خمسة (ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه) ممن باعه منه (بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا) الا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مرابحة على) الثمن الاخير وهو (عشرة في الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثاني) وان كان ممن كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول) ولذا لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة أو وضيعة ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما كان قبله والا لم تجز المرابحة أصلا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كما لو تخلل ثالث) بأن اشترى بعشرة ممن اشترى من المشترى منه بعشرين (ولابي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به) أي بالعقد الثاني (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الربح (بأن يظهر المشترى (على عيب) فيرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه منه تأكد أي تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لان الشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة

وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن دفعا للضرر عن المشترى قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح) الكلام في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر وانما الكلام في دليلها (قالا العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول) وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشتر به (وقال أبو حنيفة شبهة حصول الربح) الحاصل بالعقد الاول (ثابتة) (بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط) بأن يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشترى تأكد ما كان على شرف السقوط وللتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط واذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كالحقيقة احتياطا في بيع المرابحة

(قوله شبهة حصول الربح الحاصل الى قوله بالعقد الثاني) أقول قوله بالعقد الثاني متعلق بحصول (قوله لانه كان على شرف السقوط الخ) أقول سيجيء تنظيره في كتاب الاكراه

ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول

الثوب بلا عوض وأجيب بأن التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازا عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعيته جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا ففي حق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره ولم يستفد بالاول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة قال (واذا اشترى العبد المأذون) واذا اشترى العبد المأذون (له في التجارة ثوبا بعشرة) والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد) أي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجواز مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له أن يقضي الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع ما اذا من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه

ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره قال (واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لان في هذا العقد شبهة العدم بجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني

ولذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة) لان الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرابحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لانه على هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض أجيب بأن التأكيد انما حصل به شبهة الايجاب احترازا عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع الى العباد لا الشرع ولذا اذا رضي المشتري به وقد علم يجوز ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في الربا لورضيا به وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بعشرة وأجيب بأنه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وان كان بتأكيد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا تثبت هذه الوكالة الا في عقد يجري فيه الربا وأيضا ليس فيه معنى يزداد في الثمن بخلاف ما اذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لانه معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة ولذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك (وبخلاف ما لو تخلل ثالث) لتأكيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الامن من البطلان به فلم يستفد المشتري الاول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهنا بخلافه (قوله واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه) أي المولى (يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك اذا كان المولى اشتراه) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة (لان في هذا العقد) أعني الذي جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحا لافادته ما لم يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالما (فله شبهة العدم) لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يستبقي ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده وكذا في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد في الرق فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر انه جائز (مع المنافي) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له ولا الدين (فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار لا) عقد (الاول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى في الفصل الاول) وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكان يبيعه) أجل (المولى في الفصل الثاني) وهو

وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيأ لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيأ لم يكن له قبل البيع لان ملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيخان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيده لما ذكرنا قال (وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف) اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر فيه شبهة العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفائدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة ألا ترى أنه اذا جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن وأما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه المصنف بقوله ألا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه

فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه

ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يفيد انه انما اعتبر عدما للمرابحة لا لكونه معدوما من وجه وسببه ان المرابحة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بأنه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى شيأ من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هؤلاء منه لا يبيع واحد منهم مرابحة الا على الثمن الذي قام على البائع الا أنهما خالفا في هذه فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاجنبيين وأبو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه للآخر من وجه ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم للآخر وتجري المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مدينا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيخان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الائمة في المبسوط فقال اذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يربح الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه أجنبي من كسبه فلان لا يربح الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا ينعقد العقد الثاني أصلا انما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركتهما يربح على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركتهما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول نحو ان تكون السلعة اشتريت بألف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فانه يبيعها مرابحة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله) وهو وجه المنع لزفر لكنا أجزناه (لما فيه من) فائدة (استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه) وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز

(قوله وانما قيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قيده لما ذكرنا) أقول وانما لم يقيد اذ لا مدخل له في حق حكم المذكور وهو عدم جواز بيعه مرابحة الا على الثمن الاول وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه تأمل ثم في قوله والصدر الشهيد بحث وان شئت فعليك بمطالعة غاية البيان

وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثانى كالمعدوم فى حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة فى أصل الثمن وهو عشرة ولا فى نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشترى) بآفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطئها وهى ثيب) ولم ينقصها الوطء (جازله أن يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشترى لا يسقط شئ من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شئ من الثمن وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشترى اذا وطئها ثم وجد بها (٢٦٠) عيبا لم يمكن من الرد وان كانت ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطء

بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشترى وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما أن يردها مع العقر أو بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثانى لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشترى مجانا والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبى يوسف أنه لا يبيع فى الفصل الاول) أى فى صورة الاعوار (من غير بيان) كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعى بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية أو بصنع العباد (وأما اذا فقأ عينها) راجع الى أول المسئلة وفى بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول أبى يوسف والشافعى رحمهما الله يعنى اذا فقأ المشترى عينها (بنفسه أو فقأها أجنبى) سواء (و) من كان بأمر المشترى أو بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لانه صار مقصودا بالاتلاف أما اذا كان بأمر المشترى فلانه كفعل المشترى بنفسه وأما اذا كان بغير أمره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشترى حابسا بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ ارشها وهو المذكور فى لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير وقال فى النهاية كأن ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأ الاجنبى وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فأخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا اطلاق ما ذكره فى المبسوط من غير تعرض لأخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا ان وطئها وهى بكر) لا يبيعها مرابحة الا بالبيان (لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها)

فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهى ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين) لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شئ من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن أبى يوسف رحمه الله فى الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعى رحمه الله (فأما اذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبى فأخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شئ من الثمن وكذا اذا وطئها وهى بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها

ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يجوز على رب المال عليه فى البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وان لم يكن فى المال ربح (فاعتبر البيع الثانى عدما فى نصف الربح) الذى هو حصة رب المال بمثل ما ذكرنا فى التى قبلها فيبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لان المضارب فى ذلك المقدار بمنزلة الاجنبى فلا يتهم فيه ولو اشتريا سلعة فاقتسماها فأراد أحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على حصة من الثمن ان كانت القسمة استيفاء محضا كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب جاز بيعه مرابحة وان كانت مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لابتنائه على التقويم وهو ممتنع فى المرابحة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أى من غير صنع أحد بل بآفة سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مرابحة ولا يبين) انه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهى ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لان الاوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لانها تابعة مالم تكن مقصودة بالاتلاف (ولهذا لو فاتت قبل التسليم) الى المشترى بعد العقد (لا يسقط شئ من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبى يوسف فى الفصل الاول) وهو ما اذا اعورت الجارية (انه لا يبيع) مرابحة (من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعى) وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله (وأما اذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبى) بأمر المشترى أو بغير أمره (فأخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) والتقييد بفقء المشترى والاجنبى احتراز عما لو فقأت عينها بنفسها فانه كما بالآفة السماوية لانه هدر فلا يكون المشترى حابسا شيأ وأخذ الارش ليس بقيد بل اذا عورها الاجنبى لا يرابح الا ببيان لتحقق وجوب الضمان والفرق لنا (انه صار مقصودا بالاتلاف) فخرج عن التبعية بالقصد فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن وكذا اذا وطئها وهى بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها)

(ولواشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أوحرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين) والمعنى ما بيناه

(و)من هذا (لواشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أوحرق نار) أوطعاما فتغير (يبيعه مرابحة من غير بيان) وقرض بالقاف وذكر أبواليسر بالفاء (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره) لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه أبوالليث وقول زفر أجود وبه نأخذ واختياره هذا احسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره انها انتقصت ايهام للمشترى ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة الا بحطيطة وقد ذكر أول الباب ان سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبي ان الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زياد ربح لظنه انه قيمتها وهذا يبين انه لا يروم شراءها الا بقيمتها كي لا يغبن وانه لو علمه لم يرض فكان سكوته تقريرا له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد ان ذلك اذا نقصه العيب شيأ يسيرا فان نقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فانه لا يجب عليه ان يبين انه اشتراه في حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ لزام قوى واستشكل على قوله الفائت وصف لا يقابله شئ من الثمن المشترى بأجل فان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان أجيب بأن الاجل يعطى لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شئ من الثمن ما اذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشترى بالوطء حابسا جزأ من المبيع عنده وأجيب بأن عدم الرد في هذا ليس لما ذكرت بل لانه لو ردها فاما مع العقر احترازا عن الوطء مجانا أو من غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم المشترى الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شئ لانها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع ان يفسخ البيع ويسلم للمشترى أو للبائع زيادة متولدة من العين أوشئ وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطء ﴿فروع﴾ لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيأ رابح بلا بيان لان الغلة ليست متولدة من العين انما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها فانه اذا رابح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على بكذا وتقدم انه اذا أنفق في طعام الرقيق والدواب انه يضمنه في غير السرف ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر النخيل يبيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيأ من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشترى الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه لا يرابح الا ببيان وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة أو تولية أو وضيعة فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشترى والموهوب وبيعهما في العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن فيها مبنى على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشترى مرابحة فانه يحط ذلك من المشترى الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شئ وأصله ان الحط يلتحق بأصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد بما بقي فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل في المرابحة والتولية فان له ان يرابح على

(ولواشترى ثوبا فأصابه قرض فأر) بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص أبواليسر على انه بالفاء (أوحرق نار) جاز أن (يبيعه مرابحة من غير بيان) لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة) بلا بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف وقوله (والمعنى ما بيناه) اشارة الى هذين الدليلين

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك للمشترى (فعلم المشترى فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل شبها بالمبيع) فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بأن الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لأجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة عوار العين وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصا عليها أنها في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو أن يقول ان أجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فتثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة

الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فأما أن يسقط شئ من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال (وان كان ولاه اياه) يعني أن التولية كالمرابحة فيما اذا علم المشترى انه كان اشتراه بأجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشترى الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان (وان) كان (استهلكه ثم علم) بالخيانة (لزمه بألف حالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى) صاحب الدين من دائنه (مكان) الدين (الجياد زيوفا) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أنفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد (وسيأتيك) ان شاء الله تعالى في مسائل منثورة (وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشترى فان شاء رده وان شاء قبل) لان للاجل شبها بالمبيع ألا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن قال (فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه وعن أبي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال

كل الثمن وبوليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسيئة بالالف (فعلم المشترى) بذلك (فله الخيار (ان شاء رده وان شاء قبل) بالالف والمائة حالة وانما يثبت له الخيار (لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى أنه يزاد في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين) بالالف (وباع أحدهما) بها على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة (فاذا ظهرت يخير) على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزاد لأجل الأجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بألف ومائة حالة لأن الأجل لا يقابله شئ) حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه اياه ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل فعلم المشترى قبل الهلاك يعني يثبت له خيار الرد وقبوله بالالف الحالة ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الأجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة (وعن أبي يوسف أنه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله فيما (اذا استوفى) صاحب الدين من دائنه (مكان) الدين (الجياد زيوفا) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أنفقها فانه عند أبي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد (وسيأتيك) ان شاء الله تعالى في مسائل منثورة (وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن) ما كان الا (حالا) في العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط

أجل قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد انه قال للمشترى أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله في التحالف مستقيم فانه أقام القيمة مقامه وقيل هو قول أبي جعفر البلخي (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم) معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهرا ما جملة أو منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال

(قوله وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل الخ) أقول في الاشارة خفاء

قال (ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فان أعلمه البائع يعنى فى المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشئ برقمه اذا علم فى المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما فى خيار الرؤية

أجل فلم ينقده الى شهر مطلقا فلا شك انه بيعه مرابحة بالالف (قوله ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع يعنى فى المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان فى صلب العقد لكنه (لم يتقرر) انما يتقرر بمضى المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة وهو الصحيح خلافا لما روى عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للتفرقات يعتبر الواقع فى أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان أى بيان قدر الثمن (كتأخير القبول الى آخر المجلس) فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن فى تحقق الفساد موقوفا الى آخره فان تبين فيه اتصل بالايجاب الذى سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا (وانما يتخير) بعد العلم فى المجلس (لان الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كما فى خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير ❁ فروع ❁ اشترى ثوبا ليس له أن يرابح على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أى النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يرابح على الثمن كله ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يرابح الا على ما بقى ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهلك كان له أن يرابح على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياد ونقد زيوفا فتجوز بها البائع فله أن يرابح على عشرة جياد ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو اقاله له أن يرابح على الثمن الذى كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لانه ما عاد الى الملك المستفاد بالشراء الاول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذى اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذ به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيأ بغبن فاحش أو بدين له على انسان وهو لا يشترى بذلك القدر بالغبن فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يباع بمثله جاز أن يرابح عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح فى رواية وفى ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه أنه اذا علم أنه ثمنه وجب أن يرابح عليه لان منع المرابحة ما كان الا لاتهمة الخيانة فاذا تيقن انتفاؤها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشترى بارزمة ثياب فاقتسماها ليس لاحدهما أن يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشتريا مكيلا جنسا واحدا فاقتسماه حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحد فقومها ثوبا ثوبا ليس له أن يبيع ثوبا منها مرابحة على ما قوم الا ما قدمنا من أنه يقول قيمة هذا ألف أو قوم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر فى الرقم بازيد من ثمنه أما لو أسلم فى ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبى حنيفة وعندهما يجوز ولو باعه نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له

قال (ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه الخ) اذا قال وليتك هذا بما قام على يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشترى بكم قام عليه (فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع فى المجلس) صح البيع و (يخير المشترى (ان شاء أخذه وان شاء تركه) أما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم فى صحته بالبيان فى المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه وأما خيار المشترى فللخلل فى الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان فى معنى خيار الرؤية فألحق به

﴿ فصل ﴾ وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية قال (ومن اشترى شيأ مما ينقل) نقلا حسيا (و) هو المراد بقوله (يحول) فسره بذلك لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر (لم يجزله أن يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض) وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل شئ مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا فاردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتياع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم انما قيد بالبيع ولم يقل لم يجزله التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى انتهى

﴿ فصل ومن اشترى شيأ مما ينقل ﴾ ويحول لم يجزله بيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض

ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كطعام أكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف أعني الذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي أن لا يرابح في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مرابحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يرابح حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة ده يازده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزأ فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم

﴿ فصل ﴾ (قوله ومن اشترى شيأ مما ينقل ويحول لم يجزله بيعه حتى يقبضه) انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتكون اتفاقية فان محمدا يجيز الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه أخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس أيضا قال وأحسب كل شئ مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق الى ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني فيه ربحا حسنا فاردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج النسائي أيضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيأ حتى تقبضه ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف ابن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحيح أن بينهما عبد الله ابن عصمة الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة

﴿ فصل ومن اشترى مما ينقل ﴾ (قوله احترازا عن المدبر) أقول فانه لا ينقل نقلا شرعيا (قوله فان تخصيص الطعام يدل على أن الحكم الخ) أقول فيه أن الخصم ينازع في كون المفهوم حجة ولو سلم فلا يعارض المنطوق (قوله معروفا بين الصحابة) أقول فيه تامل

ولان فيه غررا نفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة

انتهى كلامه فالحق أن الحديث حجة والذى قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير العقار لابى حنيفة بذكر هناك والاحاديث كثيرة فى هذا المعنى ثم علل الحديث (لان فيه غررا نفساخ العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيتبين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفى الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ماطوى عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى أنا رأينا التصرف فى ابدال العقود التى لا تنفسخ بالهلاك جائزا فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف فى المهر لها وبدل الخلع للزوج والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز اذ كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ما قلناه هذا وقد الحقوا بالبيع غيره فلا تجوز اجارته ولا هبته ولا التصدق به خلافا لمحمد فى الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شئ من ذلك واذا أجاز محمد هذه التصرفات فى المبيع قبل القبض ففى الاجرة قبل قبضها اذا كانت عينا أولى فصار الاصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف فى ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع فى البيع والاجرة اذا كانت عينا فى الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شئ من ذلك ولان يشرك فيه غيره الى آخر ما ذكرنا ومالا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات فى قول أبى يوسف ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز فى المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه ففبضه ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع فانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتى جاز ويكون الفقير نائبا عنه فى القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع وأيضا هذه التصرفات تبنى على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصرا فى حق اطلاق التصرف وأما أعتق عن كفارتى فانه طلب التمليك لا تصرف مبنى على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه أضعف لان ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر مظانا قبل القبض ولان اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باعه المشترى من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النهى باعتبار أمر مجاور فينبغى ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء أجيب بان الغرر فى المبيع لا مجاور له فانه باعتبار انه مملوك أو غير مملوك للمشترى على تقدير الهلاك وأورد على التأثير ان بعد تسليم أن البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض أى امتناع فيه فليكن كذلك وغايته الاصرار انه ظهر ان البيع الثانى لم يصح فيتراد ان ومثله واقع فى الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبى حنيفة وابى يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد لا يجوز) وهو قول أبى يوسف الاول وقول الشافعى (رجوعا الى اطلاق الحديث) يعنى عمومه وهو مافى

هلاك المبيع فى يد البائع والغرر غير جائز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ماطوى عنك علمه وقد تقدم واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى وأحل الله البيع وليس ما بعد القبض فى معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها فى العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح مالم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهى عنه شرعا والنهى يقتضى الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل فى ضمانه كما فى الاجارة

(قوله وأجيب بأن عدم جواز الخ) أقول الاعتراض كان متوجها على الدليل المعقول لا على الاستدلال بالحديث فلا يستقيم هذا الجواب

(قوله فلم يلحق به) أقول أى بطريق الدلالة (قوله رجوعا الى اطلاق الحديث) أقول أى عمومه

(ولهما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغا عاقلا غير محجور عليه (في محله) لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد وجد بالرد بالعيب وأجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضي عاد له الرد والاولى أن يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بأنه تعليل في موضع النص وهو ماروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام

اذا ابتعت شيأ فلا تبعه حتى تقبض سلمنا انه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصا سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا فرديا واعلم اني أذكر لك ما سنح لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى

ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز

حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيأ حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وللنهي عن ربح مالم يضمن ولو باع العقار بربح يلزم ربح مالم يضمن وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا تجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله في محله) والمانع المثير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادر) والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبي حنيفة في موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع عملوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به (معلول به) أي بغرر الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه ظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق (وانما قلنا) التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح وأوردانه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا أخذ

وأحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه الشفيع بخبر الواحد وهو ماروى أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يخلو إما أن يكون معلولا بغرر الانفساخ أولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ماروى في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة وكلام يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

قال المصنف (ولهما أن ركن البيع الخ) أقول اذا استدل محمد بأنه اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح مالم يضمن وهو منهي فما جوابهما عنه (قوله ومنع انتفاء المانع في العقار فانه الى قوله وأجيب بأنه) أقول المجيب هو الاتقاني وضمير فانه راجع الى المانع وضمير بأنه في قوله وأجيب بأنه راجع الى الرد (قوله لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل في العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة مالم يقبض يتناول العقار أيضا والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تأمل اذ لا يظهر التعارض بينه وبين ماروى مسندا الى الاعرج (قوله وبينه وبين ادلة الجواز) أقول اذا كان مخصصا لادلة الجواز فكيف يوجد التعارض

(قوله والاجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال فى الايضاح مالا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف فى الاصل وهو الرقبة ملك فى التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة الخ) اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام اشترى مكايلة وباع مكايلة أو اشترى مجازفة وباع كذلك أو اشترى مكايلة وباع مجازفة أو بالعكس من ذلك

والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه فى الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشترى منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة

الشفيع قبل قبض المشترى ولا شك ان تملكه حينئذ شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الالحاق بالاجارة ففى منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال فى الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف الا أن المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفى الكافى وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف فى الثمن قبل القبض يجوز وفى المبيع لا يجوز كان تميمه بأن يذكرهنا ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان أبدا وذوات القيم مبيعة أبدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة أو بالاعيان وهى معينة ثمن أو غير معينة فمبيعة كمن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا فى غير الصرف والسلم واختلف فى القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الالحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم أقال فبيعه من المشترى قبل القبض يجوز ومن الاجنبى لا يجوز وللشافعى قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه فى حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو فسخ فى حق العاقدين بيع فى حق ثالث يجوز من المشترى لا الاجنبى (قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة) أى اشتراه على كذا كيلا أو رطلا (فاكتاله أو اتزنه) لنفسه (ثم باعه مكايلة أو موازنة) فى الموزون (لم يجز للمشترى منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى) روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معرفا أسنده عنه ابن ماجه واسحق وابن أبى شيبة وأعل بمحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى وبلفظه من حديث أبى هريرة وزاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا مسلم الجرمى حدثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة وقال لا نعلمه يروى عن أبى هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان أخريان عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق أخبرنا معمر عن يحيى بن أبى كثير ان عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه فى غرائر

فى الاول لم يجز للمشترى من المشترى الاول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم فى حق المشترى الاول كذلك لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة فى الموزون فكان مثله وفى الثانى لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفى الثالث لا يحتاج المشترى الثانى الى كيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا فى ملك نفسه

قال المصنف (والاجارة قيل على هذا الاختلاف) أقول قال العلامة الكاكى وفى الايضاح مالا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف فى الرقبة ملك التصرف فى التابع ومالا فلا وفى الفوائد الظهيرية وقيل الاجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كذلك وفى الكافى وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع بمنزلة المنقول) فى الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرمانى أورد عليه اشكالا انه اذا أجر المستأجر قبل القبض يجوز ولو صح ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البزازى وأنت خبير بأن العين قائم مقام المنفعة فى حق ارتباط الاجرتين فينظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى وما ذكره تأييد للاشكال لا جواب عنه كما يوهم ظاهر عبارته

قال المصنف (لان الزيادة له) واعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة وأجيب بأن من الجائز انه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة أقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التعمل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بأن باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو وزائد على ما ظنه فالزائد للمشتري ويجوز أن يجعل من باب الغرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كقوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا وأما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بأنه دعوى مجردة وأجيب بأن التقصي عن عهدة ذلك بأن يقال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربا فيجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في ا كل النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب فلم يكن هنالك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف

لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذا الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

ثم بيعانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعاه حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع اذ عسى ان يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما والحقوا بالمكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معدودة وبه قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روى عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل أو الموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فلو لم يجز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة فيقتضي منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة أما اذا اشتراه مجازفة ببيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور اختلاط الملكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة له) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البائع مكايلة وباعه كذلك أما اذا اشتراه مجازفة فانما يحتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكايلة أما لو كان ملكه بالارث أو الزراعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على انها كر ثم باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه الا أنه أثم لتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم أكلها وتقدم انه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا بين ان ليس كل ما لا يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه

ولا معتبر بكيل البائع وهو المشترى الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشترى الثانى لان الشرط صاع البائع والمشترى وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتى فى باب السلم أن من أسلم فى كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب المال بقبضه لم يكن قبضا وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان فى كلام المصنف رحمه الله ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولا فيما اذا كان العقد ان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر فى آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضى أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل لما ان الاكتفاء

ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لانه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين فى باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عد افهو كالمذروع فيما روى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما روى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال (والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز)

أكل حراما (قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشترى الثانى (وان كان) كاله لنفسه (بحضرة المشترى) عن شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثانى (بغيبة المشترى) وغيبة وكيله فى القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشترى) مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشترى التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشترى المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فان فى ذلك يشترط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفيه ما فى الجامع فى بيع قفيز من صبرة اذا كان البائع قفيزا منها بغير حضرة المشترى فهلك أن البيع قائم فى قفيز مما بقى ولا يقع به الافراز ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه فى المجلس ثم باعه مكايلة قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشترى منه أولا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين أو لا يتعين

بالكيل الواحد فى الصحيح من الرواية انما هو فى العقد الواحد بشرط الكيل وأما اذا وجد العقد بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بأن يكون المراد بالبائع فى قوله ولو كاله البائع المشترى الاول وبالمشترى هو الثانى وبالبيع هو البيع الثانى ومعناه ان المشترى اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان فى هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اذا اجتمعت الصفقتان كما فى أول المسئلة وما سيأتى فى باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضى أن يكتفى بالكيل الواحد فى أول المسئلة أيضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفعا جاريا على القوانين لكن لم أظفر بذلك ولو اشترى المعدود عد افهو كالمذروع فيما روى عن أبى يوسف ومحمد وهو رواية عن أبى حنيفة لانه ليس بمال الربا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع وحكمه قد مر أنه لا يحتاج الى اعادة الذرع اذا باع مزارعة وكالموزون فيما روى عن أبى حنيفة وهو قول الكرخى لانه لا تحل الزيادة ألا ترى ان من اشترى جوزا على انها ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن فى الموزون قال (والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقود أو مما يتعين

كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم أو بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيأ آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل في البقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود بخلاف المبيع قال

(ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن) اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا أو باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيأ أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يلتحقان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة أي الهبة ابتداء لا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمنا فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ بالزيادة

لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يلتحقان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ

عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك أيضا في المبيع الا انه منع بالنص لغرر الانفساخ وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات وغيرها واستثناء السلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فاخذت بثوبه فسألته فقال اذا أخذت واحدا منها بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث سماك لا يضره وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وانا أهابه لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للاثر انه لم يكن يقتضي أحد النقدين عن الآخر مستمرا من غير ان يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف فمنع النسيئة فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف فكذا للوارث وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع ويجوزان يحط من الثمن) وسنذكر شرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الزيادة اذ اكان الثمن حالا وليس للمشتري أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع أصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط (وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يلتحقان) أي الزيادة والحط (على اعتبار الالتحاق) بأصل العقد (بل) الزيادة برا مبتدأ من البائع والمشتري والحط ابراء من بعض الثمن متى رده يرتد وجه قولهما ان المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جازت الزيادة في المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه أعني الثمن قلنا انما يكون ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره لكنا انما قلنا انهما

(قوله لعدم تعينها بالتعيين أي في النقود) أقول فيكون الدليل أخص من المدعى قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ) أقول قوله وكذا الحط أي لا يلحق بأصل العقد (قوله فلا يمكن اخراجه أي اخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع

ولنا ان البائع والمشترى بالحط والزيادة غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة فى الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة فى المبيع ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالاقالة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف فى صفة الشئ أهون من التصرف فى أصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين أو لهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة فى الثمن كالوصف له ووصف الشئ يقوم بذلك الشئ لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل بأصله لا تغيير بوصفه لان عمل الحط فى اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك فى حط البعض لوجود مايصلح ثمنا وأما حط الجميع فتبديل للعقد لانه إما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت انه ما لم يقصد ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة فى المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض بأصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل فى الزيادة وعلى الباقى فى الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشترى والمشترى قال لآخر وليتك هذا الشئ وقع عقد التولية على مابقى من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا بأصل العقد كان الثمن فى ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك فى الزيادة ويظهر حكمها ايضا فى الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقى فى الحط

ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا أسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل فى الزيادة ويباشر على الباقى فى الحط وفى الشفعة حتى يأخذ بما بقى فى الحط بالزيادة والحط غيرا العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بهذا المقدار ورأينا الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه فى الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فتحويله من عدم اللزوم الى اللزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحاق الخيار وكذا من كونه حالا الى مؤجل بالحاق الاجل كما سنذكر فى تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثانى فبالاقالة وهى تعيده الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا الى خاسر أو خاسرا الى رابح والى كونه عدلا وثبت صحة الحط شرعا فى المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه أو زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشئ يقوم به بخلاف مالو حط الكل لانه تبديل لاصله اذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة الى عقد التبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ماذكرا (ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة فتجوز) المرابحة (على الكل) من الاصل والزائد ويجب ان يرابح على المبيع الاول ومازاده البائع مبيعا الا الاول فقط وكذا التولية (ويباشر) العقد فى المرابحة والتولية (على الباقى) بعد الحط (و) كذا (فى الشفعة حتى يأخذها الشفيع (بالباقى) فقط فان قيل لو التحق لزم أن يأخذها الشفيع فى صورة الزيادة بالمجموع من

(قوله فصار) أى كل واحد من الزيادة والحط قال فى الذخيرة وفى المحيط البرهانى فى الفصل الحادى عشر من كتاب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حططت عنك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشترى ولو قال ابرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الابراء انتهى ووجه الفرق مذكور فى الكتابين المذكورين فراجعهما فانه مهم فى الغاية (قوله واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة فى الثمن كالوصف له) أقول الزيادة فى المكيلات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فيهما اذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشئ يقوم بذلك الشئ) أقول وعندى أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا ورابحا وعدلا على مايدل عليه سياق الكلام ولو صح ماذكره لبقى الحاق الحط بلا دليل ولا يخفى مافيه (قوله فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك الخ) أقول يعنى بطريق الالتحاق والا فحط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول والا لم يكن بيعا (قوله لانه اما أن يبقى بيعا باطلا) أقول كما سبق فى أحكام البيع الفاسد (قوله فيلتحق حط البعض) أقول لا يكفى لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لابد من المقتضى أيضا ولم يتبين فلا يستقيم التفريع

(قوله وانما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت فى ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفى الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير برضاهما وهذا كله اذا كان المبيع قائما وأما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة فى الثمن على ظاهر

وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما فى الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) لان الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه

الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون فى موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط فى الحال ويلتحق بأصل العقد استنادا روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائما تقديرا وتجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشترى على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك أو ابقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد فى حقه فائدة فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى والزيادة فى المبيع جائزة لانها تثبت فى مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شئ من الثمن

الاصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ الا بدون الزيادة أو يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجاب بقوله (وانما كان للشفيع أن يأخذها) فى صورة الزيادة (بدون الزيادة لما فى الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان بمجرد العقد الاول تعلق حقه بأخذها مما وقع عليه التراضى الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك فى الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه فلا ينفذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعنى ان شرطها قيام المبيع فى ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكما بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو آجر أو رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشترى الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطعون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها اذا فعل فى المغصوب ذلك وكذا الزيادة فى المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا تصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذ آجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فاخذ المشترى ارشه حيث تثبت الزيادة فى كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لابد أن يثبت أولا فى الحال ثم يستند وثبوته متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالاجازة اذا كان المبيع هالكا وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روى الحسن فى غير رواية الاصول عن أبى حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه وفى المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبى وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيأ مقابلته كما لو خالع امرأته مع أجنبى أو صالح مع الاجنبى من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبى شيأ مقابلته هذا فى زيادة الثمن فاما الزيادة فى المبيع ففى جمع التفاريق تجوز الزيادة فى المبيع بعد هلاك المبيع وهكذا ذكر فى المنتقى وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الحط) فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البدل) أى الثمن (عما يقابله) وحاصله اخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمنا فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح (قوله ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) وهو قول مالك خلافا للشافعى وكذا قوله فى كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتأجيل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حالا ليس الا وعدا بالتأخير قلنا (الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه)

قال (ومن باع بثمن حال) ثم أجله بأجل معلوم اذا باع شيأ بثمن حال ثم أجله لا يخلو من أن يكون الاجل معلوما أو مجهولا وهذا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعى لانه دين فلا يتأجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه

(قوله والزيادة فى المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

ولان التأجيل اثبات براءة مؤقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلأن يملك البراءة المؤقتة أولى وان كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الجهالة فاحشة أو يسيرة فان كان الاول كما اذا أجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع

ألا ترى أنه يملك ابراءه مطلقا فكذا مؤقتا ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال اذا أجله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (الا القرض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى والله تعالى أعلم

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتأجيل فانه يقول لا شك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التأخير شرعا اذا أخر وقوله (ألا ترى) الى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا (ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومجيء المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وان كانت) يسيرة (كالحصاد والدياس يجوز) ويلزم كما اذا كفل اليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسده بل فيما هو دين (وكل دين اذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح) ولو شرط الاجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح أيضا لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولو مات المقرض فأجل ورثته صرح قاضيخان بأنه لا يصح كما لو أجل المقرض وقول صاحب المبسوط ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة اذ باستهلاكها لا تصير قرضا والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صلة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الالف بدل أقرضتك ونحوه (و) لهذا (لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصي والصبي) والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتهاء) لانه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فانه لو اعاره المتاع الى شهر كان له ان يسترده في الحال اذ لا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح) أيضا (لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا) ولانه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيأ كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين ولو لا هذا الاعتبار كان عليك دارهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان الى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لانه وصية بالتبرع) فيلزم كما تلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره

(وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال اذا أجله صاحبه صار مؤجلا) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلا (لما ذكرنا) انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة (ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء) لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) أي لا يلزم التأجيل فيه (كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا) وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه وأجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض (بما اذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة) فانه قرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه) الى سنة وأجيب بأن ذلك من باب الوصية بالتبرع

 كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها

(قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه لئلا يلزم تقديم معمول ما في حيز أن عليه وتصحيح ما في الكتاب بجعل المذكور تفسيرا للمقدر قبل أن والله اعلم

ألا ترى انه لو أوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل فى القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصى والله أعلم

﴿ باب الربا ﴾

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التى أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع فى بيان أنواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة فان النهى يعقب الامر وهذا الان المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذى هو بيع شرعا والحرام الذى هو الربا ولهذا قيل لمحمد ألا تصنف شيأ فى الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة فى الحلال والربا فى اللغة هو الزيادة من ربا المال أى زاد وينسب فيقال ربوى بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره فى المغرب وفى الاصطلاح هو الفضل الخالى عن العوض المشروط فى البيع قال (الربا محرم فى كل مكيل أو موزون) أى حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار فى كل ما يكال أو يوزن اذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أى لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر

﴿ باب الربا ﴾

قال (الربا محرم فى كل مكيل أو موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضى الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل

﴿ باب الربا ﴾

هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فناسبته بالمرابحة أن فى كل منهما زيادة الا أن تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل فى الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا فى كل مكيل أو موزون بيع بجنسه) وفى عدة من النسخ الربا محرم فى كل مكيل الى آخره وفى كثير منها زيادة متفاضلا الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تأكلوا الربا اى الزائد فى القرض والسلف على المدفوع والزائد فى بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة أعنى بالمعنى المصدرى ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أى حرم أن يزاد فى القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزاد فى بيع تلك الاموال بجنسها قدر اليس مثله فى الآخر لانه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ولا شك أن فى قوله الربا فى كل مكيل الاول بغير لفظ محرم لايراد كل منهما لانه كذب على اسقاط لفظ متفاضلا أولا فائدة فيه بتقدير اثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة أما على استعمال الربا فى حرمته فيكون لفظ الربا مجازا أو على حذفه وارادته فيكون من مجاز الحذف والربا مراد به الزيادة مبتدأ أو المجرور خبره أى حرمة الزيادة ثابتة فى كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتبا بالفاء لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدإ الاشتقاق علته ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأحصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل العدد والذرع وليس من أموال الربا أى

(قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التى أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيع الفاسد من جملة تلك الابواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لان كون أكثر الابواب مأمورا بالمباشرة يكفى لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السغناقى فى المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه تدبر وبذلك عرف المصنف فى هذه الصحيفة قال المصنف (الربا محرم فى كل مكيل) أقول فى أكثر النسخ الربا فى كل مكيل أو موزون بيع بجنسه ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستقر فى كل مكيل قال المصنف (وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المذروع والعدد وليس من أموال الربا انتهى ويمكن ان يقال الالف واللام فى القدر للعهد والمراد الكيل والوزن

علة

(والاصل فيه الحديث المشهور) الذى تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم وروى بروايتين بالرفع مثل بمثل و بالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول

والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وعدّ الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل و بالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثانى بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ماذكرناه

علة تحريم الزيادة كونه مكيلا مع اتحاد البدلين فى الجنس فهى علة مركبة (والاصل فيه الحديث المشهور) أخرج الستة الا البخارى عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثلا سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وأخرج مسلم من حديث أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى وأخرج مسلم أيضا من حديث أبى سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد أربى الا ما اختلفت ألوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير فى هذه الروايات بيعوا مثلا بمثل وأما رواية مثل بالرفع ففى رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد فى كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخرا وفى رواية أبى داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدا بيد وأما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسيئة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز فى بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبرجاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير (قوله والحكم) يعنى حرمة الربا أو وجوب التسوية (معلول باجماع القائسين) أى القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتى فان عندهم حكم الربا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلانهم ينفون القياس وأما عثمان البتى فلانه يشترط فى القياس أن يقوم دليل فى كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما فى قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام فى قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتى عند الشافعى دليل وسنقيم عليه الدليل وأما ابطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والابطال الممنوع هو الابطال بالنقص أما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو أيضا مأثور عن قتادة وطاوس قيل فالمحرم قوله باجماع القائسين (قوله لكن العلة عندنا ماذكرناه) يعنى القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء و بأحدهما مفردا يحرم النساء ويحل التفاضل

بيع الحنطة حذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وأعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثانى بيعوا التمر مثلا بمثل والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ماروى كيلا بكيل وكذلك فى الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به مايدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبتين منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة ابن الصامت جيدها ورديئها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضا فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح أجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء اذا مات وكذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعى قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات أحدهما على الآخر حرام (والحكم معلول باجماع القائسين) احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البتى من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ماذكرنا) من القدر والجنس

(قوله ومعنى الثانى بيعوا التمر) أقول كان الظاهر بيعوا الحنطة (قوله وكذلك فى الموزون الخ) أقول أى كذلك المراد بالمماثلة فى الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزنا بوزن حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره

(وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط) لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء فلو أسلم هرويا في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود أحد وصفي العلة وسيأتي (والمساواة مخلص) يتخلص بها عن الحرمة لانه أي الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال بدا بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النصب وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت (وكل ذلك) أي كل من الشرطين (يشعر بالعزة وهو الطعم) في المطعومات (لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك) أي في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطا) والحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير والطعم والثمنية أثر كما ذكرناه وليس للجنسية أثر لكن العلة لا تكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوبا به (ولانا ان الحديث أوجب المماثلة شرطا في البيع) بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لاحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أو صيانة لاموال الناس عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعا للفضل ما فيه الفضل (أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به) أي بالمماثل يعني ان في النقدين لكونهما الاشياء

(٢٧٦) والخطر كالشهادة في النكاح) فاذا كان عزيزا خطيرا (يعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم) في المطعومات (لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك) أي في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطا) والحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير والطعم والثمنية أثر كما ذكرناه وليس للجنسية أثر لكن العلة لا تكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوبا به (ولانا ان الحديث أوجب المماثلة شرطا في البيع) بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لاحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أو صيانة لاموال الناس عن التوى)

وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا

كما سيأتي (وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص) من الحرمة (وهي) أعني الحرمة (الاصل) وعند مالك العلة الاقتيات والادخار فكل ما يقتات ويدخر فهو ربا وما لا فلا لانه صلى الله عليه وسلم خص البر وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهر فيه فنبه بالبر على مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب وبالملح على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الارز بورما في معناها والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الاشياء وأصول الاثمان وقال الشافعي في القديم العلة الطعم مع الكيل أو الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والثمنية في النقدين ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي الى الفلوس الرائجة وجه والصحيح أنه لا ربا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول أحمد في رواية والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء وعلى الجديد يحرم الربا في الماء ووجه قوله قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة وروي لا تبيعوا الطعام الى آخره فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقا فلم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص اذ يجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد أنها علة منصوصة ولو أخذنا في استنباط علته أدنانا الى هذه العلة أيضا ووجهه أنه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح) فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولا أثر للجنسية) والقدر (في ذلك) أي في اظهار العزة والخطر (فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط) كالرجم مع الاحصان (ولانا أنه) أي النص المشهور (أوجب التماثل شرطا للبيع) وايجاب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) اذ لا بد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا أي بيعوا هذه

لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضا بعد مماثلة كل منهما للآخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لا بيان المماثلة من حيث القبض والاولى أن يقال لو لم يكن أحد العوضين مماثلا للآخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما أنقص يكون نفعا في حق أحد المتعاقدين وضررا في حق الآخر واذا كان مثلا

(قوله وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء) أقول ضمير لها راجع الى قوله والجنسية شرط الخ

للآخر يكون نفعا في حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعا في حقهما جميعا ولقائل أن يقول هذه الاوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تختلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربا هو النص والوجوه المذكورة حكمته لا علته ليتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل أن يقول انما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل ان لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أتم فليطلب ثمة (قوله والمماثلة بين الشيئين) بيان علة القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيئين وذلك لان المماثلة بين الشيئين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوى الذات) أي الصورة (والجنسية تسوى المعنى) فان كيلا من بر يساوى كيلا من درمن حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل أن يقول (٢٧٧) قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان ومانحن فيه كذلك لان النص أوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا فأبقيناه في غيرها تعدية فكان جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فان استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب التيسير وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف (أولان في اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه والمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا أو لان في اعتباره سد باب البياعات

الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين أن الاباحة في بيع الاموال الربوية بعضها ببعض هي الاصل وقوله لا تبيعوا الطعام الحديث انما ينصرف النهي الى ما بعد الاتحاد وما جاء زيد الا راكبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك أن في ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المنبئ عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المماثلة تستدعي شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليتم معنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لاموال الناس عن التوى) فانه اذا قوبل بجنسه قوبل كل جزء بجزء فاذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكه فلقصد صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في احدى الجهتين ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض أيضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشيئين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات) أي الصورة (والجنسية تسوى المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أي في العقد وعلمت أن الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في اثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) أما (لانه لا يعد تفاوتا عرفا) وفيه نظر (أو لان في اعتباره سد باب البياعات) وهو الوجه لانه قلما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله لانها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فانه اذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تتميم الفائدة (قوله ولقائل أن يقول انما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول اذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على ما يدل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكروه (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فان الحرام ما ثبت بدليل قطعي والمكروه هو الثابت بظني كالفرض والواجب ألا يرى الى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق (قوله ولقائل ان يقول قد تبين أن المماثلة الى قوله بالقدر والجنس الخ) أقول فيه بحث فان المعلل هو وجوب المماثلة لا نفسها

أولقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل فى مثلها الاطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة فى المعيار ألا ترى الى ما روى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفى الذهب بالذهب وزنا بوزن (وان تفاضلا لم يجز) لتحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردى مما فيه الربا الا مثلا بمثل) لاهدار التفاوت فى الوصف

(أولقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء) قال (والطعم والثمنية) جواب عن جعله الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لانهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت أثرت فى اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر حرمة المباح بل سنة الله جرت فى التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل فى هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة (واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل) أى كيلا بكيل أو وزنا بوزن (جاز البيع) لوجود المقتضى وهو المبادلة المعهودة فى العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة فى المعيار كما ورد فى المروى وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردى الا مثلا بمثل

صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء ان صح يفيده والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعند تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتواردا على محل واحد فان الشافعى وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه أن يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكروا عندهم وعندنا هى قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة فى المقدار والتقابض أظهر من أن يخفى على من له أدنى لب فضلا عن فقيه وأما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتد الحاجة اليه اشتدادا تاما (والسبيل فى مثل ذلك الاطلاق بابلغ الوجوه دون التضييق) فان السنة الالهية جرت فى حق جنس الانسان أن ما كانت الحاجة اليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلا للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على أنا نمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب مأكولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام ألا ترى أن مالكا فهم منا أجاز التصرف فى كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمنى وهو صحيح لولا دليل آخر عمه والحاقه بالبضع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقى الاموال فان أصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب والفضة وانما لزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا للحوائج الاصلية فالحاقها به غير صحيح الا أنهم لما حصروا المعرف فى الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجاز وا بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا فى غير الجوز من العددى المتقارب أما فيه فكلام فخر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة فى ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا فى حكم الربا لان الجوزة ليست مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت الا أن الناس أهدروا التفاوت فقبل فى حقهم وهو ضمان العدوان فأما فى حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبى الا أن يأخذ عينها أخذها ولا شئ له فى مقابلة الفساد الذى حصل لها وعند الشافعى لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقالوا ما دون نصف صاع فى حكم الحفنة لانه لا تقدير فى الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة وفى جمع التفاريق قيل لا رواية فى الحفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما فى ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصرى فلا شك

قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين) أي ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولان الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لامثلها فلو بقيت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوى ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بمادونه وأما اذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما (اذا تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال فاذا عدم الوصفان) اذا ثبت ان علة الحرمة شيآن فاما أن يوجدا أو يعدما أو يوجد أحدهما دون الآخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما أشار اليه بقوله (والاصل فيه الاباحة) يعني اذا كانت أصلا وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمهما الا أن العدم يثبت شيأ فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هرويا في هروي أو حنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما) حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز

(ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم والمخلص وهو المساواة فيحرم ومادون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بمادونه ولو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروي أو حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم في الكثير فالقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الاسرار مادون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له (قوله واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه) وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدراهم أو الثوب الهروي بمرويين الى أجل والجوز بالبيض الى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا انتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلي واذا عدم سبب الحرمة (والاصل في البيع) مطلقا (الاباحة) الا ما أخرجه دليل من اصنافه كان الثابت الحل (واذا وجدا) أي الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوي والتقابض (لوجود العلة) المعرفة للحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم) ثوبا (هرويا في ثوب هروي) في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبدا بعبد الى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروي بهرويين حاضرا جاز (أو حنطة في شعير) في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوى وكذا حديد في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في خبز ونحوه في زماننا لانها وزنية (فحرمة ربا الفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما)

(وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لايحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لايثبت الا شبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهروبين والعبد بالعبدين (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن أن يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد يوجد فانه لايجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربا حقيقة وشبهة لانزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولايجوز أن يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير أو الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان أحدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لايتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة (٢٨٠) هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة اما أن يكون مطلقا أو في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما أن الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي تدل على كل واحد فيهما كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن أشتري بعيرا ببعيرين الى أجل للشافعي رحمه الله وبما روى أبو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعاه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الاجماع فله أن يقول انهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها

وقال الشافعي الجنس بانفراده لايحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لايثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة

والنساء بالمد ليس غير (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لايحرم نساء) لانه دليل عليه وأيضا دل الدليل على نفيه وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرا ببعيرين الى أجل وهذا يكون سلما وعن ابن عمر أنه باع بعيرا بأربعة الى أجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى أجل والمعنى أن التأجيل في أحد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بأن باع الواحد بالاثنين لايؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا فالتفاوت حكما أولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره (ولنا أنه مال الربا نظرا الى القدر أو الجنس و) عرف أن (النقدية أوجبت فضلا في المالية) حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالمؤجل (فتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة لحقيقة الربا) بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الرؤية وليس

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول اذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لايحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص (قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم الى قوله لتحقق شبهة الربا الخ) أقول أنت خبير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لا حقيقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لا شبهة الفضل فلا يجوز بيع الهروي بالهروي بين والعبد بالعبدين فما ذكره الشارح مغالطة لايجدي شيأ الا ترى الى قول المصنف بعد سطور رفعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها الى ان قال لتوهم الفضل فليتأمل (قوله وهو ما ذكرنا) أقول يعني قوله قبل تسعة أسطر تخميناوهو قوله ما يجري فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعاه عن ذلك) أقول اذا تعارض المحرم والمبيح فالترجيح للمحرم احتياطا على ما فصل في كتب الاصول وهذا يكفي في الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما روي عن عبد الله كما لايخفى على من نظر في كتبهم (قوله فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله اجماع الصحابة مبتدأ وقوله على حرمة النساء خبره

وقوله (الا انه اذا أسلم) استثنا من قوله فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فان ذلك يقتضى عدم اسلام النقود فى الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد فى الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان فى صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلأن الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات وهى معربة ٣ سنك ترزون ونقل عن الفراء أن السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين وأما الثانى فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشتريت هذا الزعفران (٢٨١) بهذا النقد المشار اليه على انه

الا انه اذا أسلم النقود فى الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان فى صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود يوزن بالصنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفى الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة

فيه الاشبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرا متساويين لم يجز عندنا أيضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والربية وكذا الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه فى ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة الا البخارى من قوله فى آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية أبى داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسيئة فلا وأخرج أبو داود أيضا قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليلا على أن وجود أحد جزأى علة الربا علة لتحريم النساء ثم علمنا بأن فيه شبهة الربا أعنى الفضل وانما قلنا هذا الان مقتضى ما ذكرمن أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضا لان لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكر أن لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير فى الزعفران وفى سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع أجاب بالفرق بأن الوزن فى النقود وفى تلك الاموال مختلف فانه فى النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات وفى الزعفران بالامناء والقبان وهذا اختلاف فى الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوى وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمى وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشترى وسلمها فقبضها جازله أن يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا وفى الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن فى مثله (فاذا اختلفا) أى النقد والزعفران ونحوه (فيه) أى فى الوزن (صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكما نشر مرتب بعد اللف ولا يخفى أن التعين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا فى معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضا وكذا الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره فى ذلك وقوله وفى الزعفران وأشباهه لا يجوزان اراد أنه بعد ما اتزنه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى

عشرة دنانير مثلا فقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلا وقبله المشترى ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن (واذا اختلفا فى الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة) فان الموزونين اذا اتفقا فالمنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهى غير معتبرة) لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان انطلاق الوزن عليهما حينئذ للاشتراك اللفظى ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة وفى عبارة المصنف رحمه الله تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الائمة بل نقول اتفاقهما فى الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال فى أول التعليل فى صفة الوزن

(٣٦ ـ فتح القدير خامس) فذلك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون فى وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص فى السلم والاصل فى رأس المال هو النقود فلو لم يجوز لوجود أحد الوصفين لانسد باب السلم فى الموزونات على ما هو الاصل والغالب فأثر شرع الرخصة فى التجويز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به

(قوله وأما الثانى فلان الزعفران مثمن الخ) أقول لا يظهر كون هذا اختلافا فى معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوى بين الموزونين (قوله لان انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظى) أقول لا يخفى عليك ان نفى اشتراك معنى الوزن مما ينفيه البديهة

قال (وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى

يعيد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يرتهن الآخر ليسلمه اليه ليصح تصرف الآخر فيه وكذا نقول فى الدراهم اذا قبضها واما أن يقال اذا باع بالدراهم حتى كانت ثمنا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف فى الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمى وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له فى أصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه فى هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود فى الموزونات بالاجماع كى لا ينسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن تسلم فى الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد فى قطن أو زيت فى جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة الا فى الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز الا فى الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه فى الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجرى فيه ربا الفضل وان كانت لاتباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغى أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير فى الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوى ينبغى أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعى وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر فى قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على أنهما جنسان والا قال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهى والثوب الهروى والمروى وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمنى والطالقانى جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه أجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالية واللعم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والخيرى جنسان والادهان المختلفة أصولها أجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة (قوله وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا فى الوزن الا ان علم أنهما متماثلان فى الكيل أيضا (وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة لان النص أقوى من العرف) لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا فى اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو

(قال وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا) كالحنطة والشعير والتمر والملح (فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه وكل ما نص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدا) لان النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى

قوله

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قوله صلى الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز (ومالم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الاسواق (لانها) أي العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي أن ما كان مستخرجا من أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق (وعن أبي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) الكيل في الشئ أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم وأجيب بأن تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم أبا يوسف لان قصاراه أنه كنصه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا لنص عليه على وزان ماذكرنا في سنية التراويح مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا أمنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (الا أنه الى آخره) استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل أبدا أي يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدا فهو يعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فما لم يكن ذلك المسوى التحق بالجزاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يجوز لانها مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فأسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روى عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا الذي ذكره فرق بين الكيلي نصا الوزني عادة وقلبه فأما الوزني نصا وعادة كما في اناءين من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر فني الاناءين من غير النقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يباعان وزنا لانه عددي متقارب وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة وأما في الحديد ونحوه

على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

أيضا لان النص على ذلك) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان لعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا أو ذهبا بجنسه متماثلا كيلا) جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوه لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه ذكر في المجرد عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت) أقول استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)

قال (وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتهر فيها انها اسم يرجع الى الوزن كما اشتهر في المن والقنطار أو الى الكيلي كما في الصاع والمد فلا يدري أهذه الاسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزني على المبيع أو المكيل فيجري عليه حكم الكيلي وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فأفاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجري عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلهما لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويا الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز فانا قدمنا ان أموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعي كقولنا بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية مختلف فيها عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثنا عشر درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفي حلب أكثر من ذلك وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الاسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطارها ثنا عشر أوقية وربما كان في غيرها عشرين أوقية وحينئذ لا يشكل اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع أسماء أخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال وقوله بمكيال لا يعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان) ذهبا وفضة بجنسه أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم ولا أجل كذا ذكروه ومستدرك لان اشتراط التقابض يفيده ولو أسقط الخيار والاجل في المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربا الا هاء وهاء وروى ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والورق بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الى آخره وهاء ممدود من هاء وألف وهمزة بوزن هاع مبني على الفتح ومعناه خذوهات يعني هو ربا الا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بأنه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال (وما سواه) أي ما سوى عقد الصرف (مما فيه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا (خلافا للشافعي في بيع الطعام)

هي وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح أنه أربعون درهما والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن اذ تعديلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواقي وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني أن سائر المكاييل لو تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شئ وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل في ذلك تيسيرا فعرفنا أن كل الرطل بيع موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان الخ) عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله (يعتبر فيه) خبر ان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب

(قوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء) معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد جرا الى افادة معنى التعيين كما بين (وماسوى جنس الاثمان) من الربويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعى فى بيع الطعام) أى فى كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كرحنطة بكر حنطة أو بغير جنسه ككر حنطة بشعير أو تمر فانه اذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آلة له فهى كناية وبأنه اذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (ولنا أنه مبيع متعين) لانه يتعين بالتعيين وكل ماهو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا أى عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هى التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض فى الصرف أجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين فى العقود قوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليلا له على القبض والدليل على ذلك ماروا عبادة بن الصامت رضى الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب أما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما على الآخر وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة باليد (وقوله عينا بعين) محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم (٢٨٥) العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض فى الصرف وبمعنى العين فى بيع الطعام لان نقول جعلناه فى الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو فى معنى العين فى الحال كلها لكن تعيين كل شئ بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض فى اناء ذهب بيع بانا ء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط

(قوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه فى الصرف ان شاء الله تعالى قال (وماسواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعى فى بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض فى المجلس فيتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف و يترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه يتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه

أى كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولانه حينئذ يقع التعاقب فى القبض وللنقد مزية فيكون كالمؤجل اذ يحصل التفاوت فى البدلين (ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فى) صحة بيعه (القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى (قوله يدا بيد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية

قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاء وهاء) أقول قال الاتقانى قال المطرزى هاء بوزن هاع بمعنى خذ منه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان والقصر خطأ انتهى وفى شرح مسلم للنووى فيه لغتان المد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هالك فابدلت الهمزة من الكاف ثم قال وغلط الخطابى وغيره من المحدثين فى رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليست بغلط بل هى صحيحة كما ذكرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالته على الوجوب) أقول فى أوائل هذا الباب وهو قوله فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح أجيب بأن الوجوب مصروف الى الصفة (قوله وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ) أقول فمعنى الحديث والله تعالى أعلم بيعوا الفضة بالفضة قائلا كل منكم لصاحبه هاء وهاء وفيه بحث بل المعنى متقابلين هاء وهاء (قوله أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لو صح هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرطا فى غير الاثمان أيضا اذ لفظ هاء وهاء مذكور فى الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهما) أقول يعنى ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فان القبض اذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك اذ لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاؤه أيضا ممنوع عنده (قوله ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كل معنى المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام فى الجمع بين الحقيقة والمجاز لانا لا نسلم ان ما نحن فيه ليس كذلك الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد الحديث على ما ذكر فى الكتب المبسوطة

وأجيب بانه وان تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها واعترض بأن ماذكرتم انما هو على طريقتكم في ان الاثمان لاتتعين وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادى ههنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ماعرف في موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجه المانع تعاقب بعد تفاوتا في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جائز ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان أحدهما نسيئة لايجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين أجيب بأن التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر

وتعاقب القبض لايعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر

عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد أربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر لايعد زيادة مالم يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدل بيدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ثم استدل به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك أو للحقيقة في المجاز والجواب انه فسرها وهاء بيدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لاينفيه لان الاستدلال به هنا انما هو على التعيين أيضا لكن لما كان التعيين هنالك بالتقابض يكون لابغيره لما قلنا انه لا تتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للمحتمل لان يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسيره ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقائل ان يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض ويجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربا باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن أوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بمائة دينار فأخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لاتفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه وكيف ومعنى هاء خذ وهو من أسماء الافعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قائل

تمزج لي من بغضها السقاء * ثم تقول من بعيد هاء

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بان الاسم ينبئ هنالك عن صرف كل الى الآخر ملفي يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لاحاجة له اليه لان الدليل السمعي على الوجه الذي قررناه يستقل بمطلوبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين) الى آخره ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد أو هي من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما دينا وصوره أربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لايجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون أحدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لايجوز والا أمسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع

قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما الخ) بيع الفلس بجنسه متفاضلا على أوجه أربعة بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع أما الاول فلان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربا وأما الثاني فلانه لو جاز أمسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض وأما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد اليه أحدهما كان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض وأما الوجه الرابع فجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما العدم ولايتهما على غيرهما فبقيت أثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كانا بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين ان الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما عليهما) وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها اذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضا أيضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما وأجيب بأن الاصل في الفلوس ان تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز أن تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل وأما اذا اصطلحا على كونها عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه ينافي قوله أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما ويمكن أن يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد ثبتت باصطلاحهما أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت عرضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين ومن بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود

قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت أثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العدد اذ في نقضه في حق العدد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير أعيانهما لانه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء

فلسا بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافا لمحمد وأصله ان الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم

وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين أعرضا عن اعتبار الثمنية دون العدد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا أو في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد (قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله (وبخلاف) جواب عما قال كما اذا كان بغير أعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالئ أي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه (قوله وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه) جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء

قال المصنف (ويجوز بيع الفلس بالفلس بأعيانهما) أقول الضمير راجع الى البدلين (قوله اما الاول فلان الفلوس) أقول ولانه كالئ بكالئ (قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول له أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند (قوله والاول ممنوع الخ) أقول الظاهر انه لا مجال للمنع فان الاصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها حملا لامور المسلمين على الصلاح وتحسينا للظن بهم ولا يخفى عليك امكان حمله عليها هنا فان الوزن ليس منصوصا عليه في النحاس والمتعارف في المسكوك مشترك تارة يكون بالعد وتارة بالوزن فليتأمل قال المصنف (لانه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه) أقول روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وقال صاحب الفائق كلأ الدين كلوا فهو كالئ اذا تأخر ومنه كلأ الله بك أكلأ العمر أي اطوله وأشده تأخرا وكلأته أي انسأته وكلأت في الطعام أي أسلفت

قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة

بالدرهمين ولهما ان ثمنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها أجيب بان الفلوس في الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز أن تصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس وأما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود وزنيا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه حينئذ بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فأجاب بان الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار ثمنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالئ بالكالئ وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك ألا ترى ان البيع بالنقود بيع بما ليس بمعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وفي الفائق كلأ الدين بالرفع كلأ فهو كالئ اذا تأخر قال الشاعر * وعينه كالكالئ الضمار * يهجو رجلا يريد بعينه عطيته الحاضرة كالمتأخر الذي لا يرجى ومنه كلأ الله بك أكلأ العمر أي أكثره تأخيرا وتكلأت كلأ أي استنسأت نسيئة وحديث النهي عن الكالئ بالكالئ رواه ابن أبي شيبه واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالئ بكالئ وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الزبيدي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالئ بكالئ والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أي دقيقها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أي سويق الحنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الحنطة ودقيقها وان انتفت اسما وصورة ومعنى موجودة فان المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة وانما لم يقل اجزاؤها لان من اجزائها النخالة أيضا فالحنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لان بعارض ذلك التكسير صارت أجزاؤها مكتنزة (فيه) أي في الكيل أي منضمة انضماما شديدا والقمح في الكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار

قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) بيع الحنطة بالدقيق أو بالسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما أي الدقيق والسويق من أجزاء الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيأ آخر زائلة من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فان ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة أولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك أجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة

قال المصنف (لانهما من اجزاء الحنطة) أقول وانما لم يقل أجزاؤهما لان من أجزائهما النخالة أيضا

(فلا يجوز وان كان كيلا بكيل) قيل حرمة الربا حرمة تتناهى بالمساواة في الاصل وعلى ماذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمي على ماعرف وأجيب بان حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن مانحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا تتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المستوى ومتساويا وكيلا بكيل قيل حالان متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا حكى عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مقلية والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع أجزاء بعض باجزاء بعض آخر

فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه

بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما الاعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وان كانت كيلا بكيل) مساواة وقولنا قول الشافعي في الاظهر عنه وسفيان الثوري وأحد في رواية خلافا لمالك وأحد في أظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاؤها فأشبه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وماذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا أن الشافعي أجازه لان النخالة ليست من أموال الربا لانها لا تطعم وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لايراد به الا فيما اذا بيع بجنسه أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) وهو قول أحمد وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساو يا كيله وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة أحسن لاهدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا مماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي في الدقيق ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أي لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا أما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا

قال المصنف (فكذا بيع أجزائهما) أقول كان الظاهر أن يقول فكذا أجزائهما الا أنه عدل الى هذا اشارة الى أنها مبيعة أيضا في أمثال هذا البيع (قوله وأجيب بأن حرمة الربا تتناهي بالمساواة في الحنطة أو في الشبهة) أقول قوله في الحنطة أو في الشبهة يحتمل أن يكون قيدا للمساواة فمعنى قوله فان حرمة النساء لا تتناهي بالمساواة أي بشبهة المساواة التي في النساء لاستلزام شبهة الفضل شبهة المساواة أيضا ويحتمل أن يكون قيدا للربا وهو الأنسب بقوله

فان حرمة النساء الخ والاول أقرب فليتأمل وأنت خبير بأن قوله ويجوز أن يقال الخ يعين الاحتمال الثاني والا لزم التكرار (قوله ويجوز أن يقال الحرمة تتناهي بالمساواة فلا بد من تحققها الخ) أقول بان يكون كلا البدلين نسيئة فانه لا يجوز للزوم الكالئ بالكالئ (قوله ومتساويا وكيلا بكيل حالان متداخلان) أقول فكيلا ينبغي ان يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندي ان انتصاب كيلا على التمييز أي متساويا كيله تأمل وسيجيء من الشارح تفسير كيلا بقوله أي من حيث الكيل في شرح قوله والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا فذلك كالتصريح بكون كيلا تمييزا (قوله لقيام المجانسة من وجه) أقول مع انتفاء المستوى (قوله بأجزاء بعض آخر) أقول لذلك أيضا

وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذهو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شئ من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعدان يكون يدا بيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذى يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالمسوسة) التى أكلها السوس والمقلية هى المشوية من قلى يقلى اذا شوى (٢٩٠) ويجوز مقلوة من قلا يقلو والعلكة هى الجيدة التى تكون كالعلك من صلابتها

تمتد من غير انقطاع والسوسة العثة وهى دودة تقع فى الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما فى اللحمان المختلفة على ما تبين ومنها ما اذا باعه الحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين فى الوزن والافلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا اذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى

وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذى يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى

شك فى جوازه (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أى دقيق الحنطة وسويقها مثلا (جنسان) وان رجعا الى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلى والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طريه وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلت بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وأبو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا لاعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالتساوى مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكسيره بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثانى وعليه اقتصر المصنف أن بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت الا مع الجانسة فكانت الجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فتثبت الجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا * قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هى متحدة فيه (وهو التغذى فلا يبالى بفوات بعضها) الذى هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس فى الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما فى ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أى الجيدة السالمة من السوس (مع المسوسة) ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوى بينهما فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا فيه قيل يجوز اذا تساويا وزنا ذكره فى الذخيرة وقيل لا وعليه عول فى المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ فى أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هى سوست أى أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبى حنيفة وأبى يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا متساويا بالما فى الحيوان أو لا بشرط التعيين أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم فى الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال ان باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيفما كان وان كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفرز أكثر من اللحم الذى فى الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقى اللحم

(قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول لا يقال اختلاف المقاصد حاصل فى الحنطة مع الدقيق مع انهما جعلاهما متحدى الجنس من وجه اذ المسئلة اتفاقية فما بالهما هنا لم يجعلا الدقيق والسويق كذلك لان الحنطة اذا قليت صارت بالقلى كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد واذا فرقت الاجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجه ففى الحنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة وفى الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتأمل (بمقابلة

بمقابلة السقط اذلو لم يكن كذلك لتحقق الربا) إما (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن (فصار كالحمل) أي الشيرج (بالسمسم والهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت بخلاف مسئلة الحمل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الشيرج يوزن الشيرج وهو ثقله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحمل والسمسم عند التمييز بين الدهن والشيرج ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحمل والسمسم يوزنان ثم يميز الشيرج ويوزن فيعرف قدر الحمل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو مما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك أجيب بأن النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البدل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

بمقابلة السقط اذلو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحمل بالسمسم والهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الشيرج يوزن الشيرج

(بمقابلة السقط اذلو لم يكن كذلك يتحقق الربا) إما لزيادة السقط ان كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم أو لزيادة اللحم ان كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحمل بالمهملة وهو دهن السمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل أما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احداهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للزيني من أصحاب الشافعي فانه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الاطلاق (انه باع موزونا بما ليس بموزون) فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدر به انما يمتنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون (لانه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى حاله بخلاف الدهن والسمسم (لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من الشيرج ثم يوزن الشيرج) هذا على التنزل والا فهما على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذا من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر أي بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجماد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعيف وقوي فمن القوي ما رواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حفص السلمي حدثني أبي حدثني ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولا ومن لم

(قوله والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الحمل الخ) أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل أي يظهر شموله اياهما عند التمييز (قوله وهذا لان الحمل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني يوزن الحمل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضا فحينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الشيرج فبعد العلم بمقدار الشيرج يعرف قدر الحمل المستخرج من غير احتياج الى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الاول للسمسم لتلك المعرفة فلعل المراد من تعريف الوزن اياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لاثبات مدعاهما

(قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه أبو حنيفة خاصة (وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا) أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف (٢٩٢) وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولابي حنيفة المنقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب تمرا حين اهدى رطبا فقال أوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا

قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة) وقالا لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا ولانه ان الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى اليه رطب أوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا

بثبته فهو مرسل جيد وأنت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا وأسند الشافعي الى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي بميت وأسند أيضا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان وبسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعله بالمعنى فان مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابي بعناقه فقال اعطوني بهذا العناق لما فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصح هذا وتأولوه على أنه كان من ابل الصدقة فحرا ليتصدق به (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز فقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطأ عن عبد الله ابن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد أيهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علته وهو كونه ينقص في أحد البدلين في ثاني الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح (ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدي له رطب أوكل تمر خيبر هكذا فسماه) أي سمى الرطب (تمرا) وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخا بني عدي الانصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان ولفظ آخر انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع أصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسنذكر تمامه ثم قال المصنف (ولانه ان كان تمرا) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر فسألوه عن التمر فقال الرطب اما أن يكون تمرا أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله

لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها الى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز أن يقال انه حنطة المصنف

(قوله لا اذا) أقول مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من اطلاق اسم التمر عليه) أقول أي اسم التمر

جازا لبيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار مارواياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال (وكذا العنب بالزبيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه

(قوله فيجوز بأول الحديث) قلنا انما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل ان القلى صنعة يغرم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت ينبني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردىء والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

المصنف بقوله (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فان المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاى قال الامام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الدورقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس وغير مشايخنا ذكروا أن أبا حنيفة انما قال هو مجهول وقد ردت تردیده بين كونه تمرا أولا بأن هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وانما يسوى في حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذا كان موجبه أمرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فانها في الحال تحكم بعدم التساوي لاكتنازا حدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلخل كثير ورد طعنه في أبي عياش أيضا بأنه ثقة كما نقلنا آنفا من قول صاحب التنقيح وأيضا روى عنه مالك في الموطا وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله ابن زيد مولى الاسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرج حديثه مالك في الموطا مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام أبو حنيفة زيد أبو عياش مجهول فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد أجيب أيضا بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فانه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكا واسمعيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر وأنت تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يوردها الا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فانها مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت انه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر أن الحال كذلك فالاصل انه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكروا ان فائدته أن الرطب ينقص الى أن يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فنعه على طريق الاشفاق مبني على ان السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه (قوله وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبه عليها ولابي حنيفة ان الزبيب اما من جنس العنب فيجوز متساويا أولا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر ان جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز الا على الاعتبار فقال المصنف

وقيل لايجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لايجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المال وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول

(وقيل لايجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية) فانه لايجوز البيع لان القلي كائن بصنع العباد فتعدم اللطافة التي كانت الحنطة بها مثلية بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لايعتبر فهذا هو الاصل فصار في بيع العنب بالزبيب أربع روايات لايجوز اتفاقا يجوز اتفاقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لايجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لابي حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر ان الاستيمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والاجاص لايجيز بيع رطبه برطبه كما لايجيز بيع رطبه بيابسه لانه لايعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الاخضر بمثله لان بين الباقلاءتين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخابية فهو منقع وأصله ان محمدا يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المآل عند الجفاف كما أشار اليه حديث سعد وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة أما مع اليابسة فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لايجوز اذا انتفخت أما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال (عملا باطلاق الحديث) أي حديث عبادة بن الصامت وغيره (الا أن أبا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه) من حديث سعد بن أبي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع وما بأصل الخلقة لا بالحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أجيب بأن الحنطة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الربا اذ ذاك والبلل بالماء يعيدها الى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها

بيع

(قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول فيه بحث فان تقويتها انما هي لاعتبار التفاوت الصنعي اذ بذلك لايمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أولا بعد أن يكون من جنسه

لما ورد باطلاق اسم التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا أي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه روى يتفاوت في أعدل الاحوال أعني عند الجفاف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا أنه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة أو الحنطة المبلولة بالمبلولة أو الحنطة الرطبة بالمبلولة أو اليابسة أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع من أنقع اذا ألقى في الخابية ليبتل وتخرج منه الحلاوة جائز عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لايجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومفرعه حديث سعد وأبو حنيفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق المشهور وكذلك أبو يوسف الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد الى

وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ماذكره في الكتاب وحاصله أن التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذا لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا (ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد وارادا على البدلين بالتسمية وأما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهي لا تتبدل قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا أن التمر اسم لثمرة النخل من أول

وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالتبعير)

بيع الحنطة الرطبة الى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازه وكذلك بين العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله (ان التفاوت) ان ظهر مع بقاء الاسم على البدلين أو أحدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة ومافي معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر) متساويا يجوز (ومتفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا كم النخل وهو أول ما ينشق (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أي كيلا من التمر بكيلين من الكفرى وقلبه لانه ليس بتمر (لان) الكفرى لم ينعقد بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعني التمر له (من أول ما تنعقد صورته لا قبله) وبهذا استدل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا لا يحنث فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث وكذا ادعى أنه يحنث فيما اذا حلف لا يأكل كل تمر افأكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه أن الايمان مبنية على العرف وكلا منافيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد الى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله (والكفرى عددي متفاوت الى آخره) جواب سؤال هو أنه اذا لم يكن الكفرى تمرا ينبغي أن يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسيئة فقال الكفرى عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا أن يشترى به نسيئة للجهالة فتقع المنازعة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج) معلوما أنه (أكثر مما في الزيتون والسمسم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز لاحتمالات أربع والجواز في أحدها بأنه اذا كان أكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد (والزائد) منه (بمقابلة (التبعير) وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله انما يشترط أن يكون الخالص

ما تنعقد صورته وبيعه به متساويا من حيث الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله والكفرى عددي متفاوت) قيل هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت آحاده في المالية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم أن المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار

ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة على كفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أولا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمحقق في هذا الباب

(قوله ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم الخ) أقول ولك أن تقول المراد بالضمير الراجع الى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام أو يقال المضاف مقدر أي مسماه بقرينة جعله معقودا عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الاشكال

والاول اما أن يكون المنفصل أكثر أولا والثانى لايجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والتجيران نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والتجير وحده أى ساواه على تقدير أن يكون التجير ذا قيمة وأما اذا لم يكن كما فى الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل مافى الزبد من السمن فانه يجوز وهو المروى عن أبى حنيفة والاول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلا السمسم يشتمل على الشيرج والتجير فاما أن يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو وكذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزنى والسمسم كيلى أو من حيث الافراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والتجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة اكرار حنطة وكر شعير أو يكون أحدهما إما الدهن أو التجير منظورا اليه فقط والثانى منتف عادة والاول يوجب أن لا يقابل التجير بشئ من الدهن وليس كذلك والجواب أن المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا قوله صرفا لكل واحد من الدهن والتجير الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما فى مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجير ليسا كذلك واختلفوا فى جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لايجوز انه لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان أصلهما واحد فكلاهما موزون وان خرجا عن الوزن أو خرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا فى فتاوى قاضيخان وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا يخالف ماروى عن محمد ان بيع القطن بالثوب لايجوز مطلقا

لان عند ذلك يعرى عن الربا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له فالتجير و بعض الدهن أو التجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لايجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا فى القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

أكثر اذا كان الثفل فى البدل الآخر شيأ له قيمة أما اذا كان لا قيمة له كما فى الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد روى ذلك عن أبى حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعى لايجوز هذا البيع أصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما فى الضمن فتمنع النسيئة كما فى المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتنتفى باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر فى ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضم الى الاصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجاز وا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلى لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلى دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلى زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التى فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعى فانه لايجيز الدهن المطيب وغيره الا مثلا بمثل وأورد أنه ينبغى أن يجوز بيع السمسم بدهنه بأى وجه كان لان الدهن وزنى والسمسم كيلى أجيب بأنه لما كان المقصود من السمسم ما فى ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل من دهنه وثجيره الى خلاف جنسه أجيب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسئلة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله (والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار) يعنى ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثفل له قيمة وأظن ان لا قيمة لثفل الجوز الا أن يكون بيع بقشره فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج والله أعلم (واختلفوا فى القطن بغزله) فبعضهم لايجوز متساويا بالان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفى فتاوى قاضيخان لايجوز الا متساويا بالان أصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا أو أحدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لايجوز متفاضلا وعنه أنه لايجوز مطلقا وهكذا عن أبى حنيفة أيضا ثم ذكر

(قال ويجوز بيع اللحمان الخ) كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس متفاضلا وعنه أنه لا يجوز والعراب والبخاتي والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا أنها فروع أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي (٣٩٧) وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض

قال (ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الابل والبقر والغنم فأما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال (وكذلك ألبان البقر والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذا أجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال (وكذا خل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين

أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل بازاء حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المفرد بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحمان) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم) لانها أجناس مختلفة لاختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقر والجواميس) فـ(جنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا (وكذا المعز مع الضأن والعراب مع البخاتي) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الى آخره يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس الطيور جنس والدواب أهليها ووحشيها جنس واحد والبحريات (وكذا ألبان البقر والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين (وعن الشافعي أن اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الاجناس (فكذا أجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة) فانها حينئذ تعد أجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا خل الدقل بخل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصليهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو ردىء التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا

(٣٨ - فتح القدير خامس) مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال (وكذا خل الدقل بخل العنب الخ) الدقل هو أردأ التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما ولهذا كان عصيراهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع

(قوله لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة) أقول وينبغي ان يستثنى منه لحم الدجاجة فانه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذا اجزاؤهما اذا لم تتبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف أجزاء تلك الاصول بحسب اختلاف الاصول لاتحادها معها اذا لم تتبدل بالصنعة فان تلك الاجزاء اذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والاناء والقسمة على ما بين فليتدبر (قوله قيل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكأنه يقول اختلاف الاصول الخ) أقول مأخوذ من الخبازية

قوله اذا لم تتبدل بالصنعة) قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروي والمروي وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكأنه يقول اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة وأما اذا تبدلت فلا يوجبه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش

(وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما متحد فكان الجنس متحدا لانا نسلم ذلك فان لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد القصد اليهما والاولى أن يقال قلنا ان اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فالاصل أن يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) جائز لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا أما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء وأما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة وأما اختلاف المنافع فكافلة الطب قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار عدديا أو موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل

وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال (وكذا شحم البطن بالالية أو باللحم) لانها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لان الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله

(و) أما (شعر المعز وصوف الغنم ف) جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فان ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الامور المتفرعة ثلاثة أشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا وبالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي أن لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما ما قيرجح المحرم وهذا ليس كذلك فانه لا يقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود وأجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتأتى منه ذلك وكذا أغراض الآكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الابل ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع اناء ذي صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذا القمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالالية أو باللحم) واللحم بالالية متفاضلا (لانها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا) واما شحم الجنب ونحوه فتابع للحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما واما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيفما كان لانه لا نسيئة لانه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز (قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لان الخبز صار) اما (عدديا) في عرف (أو موزونا) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل والدقيق اما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا لم يثبت الجنسية بينه

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعني اذا غلب جانب المقصود على جانب الاصل حتى غدا المختلفان مقصودا مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي ان يعد المختلفان فيه متحدين في الجنس اذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا واذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكر الشارح في حيز والاولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلان الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها والاظهر ان المراد بالصور الاشكال

(وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة انه لا خير فيه أي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الخبز وان كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز فان كان الاول جاز لانه أسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما ذكر قال المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا فيجيء خبزه جيدا أو عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في أول التنور (٢٩٩) لا يجيء مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا ووزنا ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين

وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين

وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضا وروى عن أبي حنيفة انه لا خير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد لشبهة المجانسة اذ في الخبز أجزاء الدقيق أو ان الدقيق بعرض أن يصير خبزا فيشترط المساواة ولا يدرى ذلك (والفتوى على الاول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عددا أو وزنا كيفما اصطلحوا عليه (وهذا اذا كانا نقدين) فاما بيعهما نسيئة (فان كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بان أسلم الخبز فيهما فدفعه نقدا (جاز أيضا وان كان الخبز) نسيئة بأن أسلم حنطة أو دقيقا في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لانه وزني) أو يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن المجس وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من المجس والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه اذ قبض متجوزا ساهودون ما سمى صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قل أن يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل ان لا يصير مستبدلا (ولا خير في استقراض الخبز عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور) باعتبار كونه جديدا أو عتيقا (والتقديم) في التنور (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه أمنع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أي عددا أو وزنا (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزنا لا عددا للتفاوت في آحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس ترك التعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولا ربا بين المولى وعبده) أي المأذون غير المديون (لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)

قال المصنف (ولا ربا بين المولى وعبده الخ) أقول قال العلامة الكاكي وفي المبسوط فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن على المولى ان يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد سواء اشترى منه دراهم بدراهم أو لا لان ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء وكذا أم الولد والمدبر لان كسبه مال بخلاف المكاتب لان المكاتب صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينه وبين مولاه كما يجري بينه وبين غيره انتهى وفيه اشارة الى انه لا ربا بين المولى وعبده اذا كان على العبد دين وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما اذا كان عليه دين ولعل ما في المبسوط على مذهب الامامين فان المولى يملك كسب المديون عندهما كما يجيء في المأذون فراجعه (قوله لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول أي مع عدم تعلق أحد به وانما قيدنا بذلك لئلا يرد على التفريع اشكال بأن مجرد الملكية لا يبقى البيع ألا يرى الى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما اذا كان العبد مديونا فليتأمل (قوله فعدم تحقق الربا) أقول تأمل في صحة هذا التفريع فانه يلزم منه المصادرة (قوله بعد وجود البيع بحقيقته الخ) أقول أي صورة وظاهرا

(فاذا كان عليه دين يتحقق الربا لان ما في يده ليس ملكا للمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما (تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند

أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فانه لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال أهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من أخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله (قوله بخلاف المستأمن) جواب عن قياس وتقريره أن المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد أخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

(قوله صار كالاجنبي فيتحقق الربا) أقول أي شبهته اذ الشبهة كافية في المحرمات قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب) أقول قال ابن العز قال في المغني هذا خبر مجهول لم يرو في صحيح ولا مسند ولا كتاب لا تأكلوا موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ويحتمل ان المراد بقوله لا ربا النهي عن الربا كقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج انتهى وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيدا للمطلقات مثل لا تأكل الربا اذ لا يزاد بخبر الواحد على الكتاب قيل المراد من النصوص الربا في مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور الا لعارض من الغدر فليتأمل

فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وأم الولد (فان كان عليه دين لا يجوز) أي البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء فصار) المولى (كالاجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أولا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الاصلي والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو باع مسلم دخل اليهم مستأمنا درهما بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم ميتة أو خنزيرا أو قامر هم وأخذ المال يحل كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا (لهم) اطلاق النصوص فانها لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربا يجري بين المسلم وبينه فكذا الداخل منا اليهم بأمان ولابي حنيفة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب) وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ذلك قال الشافعي قال أبو يوسف انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا بين أهل الحرب أظنه قال وأهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه أسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم الآية قالت له قريش ترون أن الروم تغلب قال نعم فقال هل لك أن نخاطرنا فخاطرهم فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم فزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فارسا فأخذ أبو بكر خطره فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك (ولان مالهم مباح) واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر (فاذا لم يأخذ غدرا فبأي طريق يأخذه حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لان ماله صار محظورا بالامان) فاذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه الربا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به وباحته وهذا لا يفيد لمعارضة اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز واثبات قيد زائد على المطلق من نحو

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع الا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهنالك هكذا وقع وكذا هنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع قال (ومن اشترى منزلا فوقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسره ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما أدير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا أن يشترط ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتا فوقه بيت) وذكر احدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها) ولم يذكر شيأ من ذلك

﴿ باب الحقوق ﴾

(ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا أن يشترط بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

لانا كالوا الربا ونحوه هو الزيادة فلا يجوز ويدفع بالقطع بأن المطلقات مراد بعلها المال المحظور بحق لمالكه ومال الحربي ليس محظورا الا لتوقي الغدر وهذا التقرير في التحقيق يقتضي أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازه النظر المذكور أعني كون ماله مباحا الا لعارض لزوم الغدر الا انه لا يخفى أنه انما يقتضي حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي الى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له فالظاهر أن الاباحة تفيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ باب الحقوق ﴾

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل) حاصل ما هنا أن

(دخل فيه العلو والكنيف) وهذا لان الدار لما كان اسما لما أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشئ تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له أن يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا أن يكون اللفظ الموضوع لشئ يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لا أنه ليس بلفظ عام يتناول الافراد

اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عاريته المستعير أصلا لا تبعا ولا أصالة وانما ملك الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيأ جاز أن يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرا من وقوع التغيير به والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان أحق بتصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما أخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه

﴿ باب الحقوق ﴾

(قوله فسره) أقول أي فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول الباء للمصاحبة (قوله لان المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ والحق ان يعمم لدخول المثل اذا ذكر ما يدل على توابع الشئ بحسب التوابع (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أي من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلو فيه تبعا) أقول فيه بحث فانه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلا لا في المنزل تبعا

وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ماذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شئ مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع

وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضيخان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الا بذكر ماذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شئ مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحة في الدار يضعف قول قاضيخان في تعريف الظلة لانه جعل المفتح في الدار قال (ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق) الا أن يذكر احدى العبارات الثلاث (وكذلك الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر التوابع أي بقوله كل حق نظرا الى الثاني ان

الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل ليبات فيه فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد دهليزا والجواب فيه ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له أو كل قليل وكثير مما لم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو مثله فانه مسقف بيات فيه والشئ لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه وأورد المستعير له ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابته عبده من أكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فلكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه أو بكل حق له أو بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاستراح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على اسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ماذكرنا من قوله بكل حق هو لها أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها (لانه) أي الظلة بتأويل الساباط (مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل) بلا ذكر زيادة ولان مفتحها اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم أي عرف أهل الكوفة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غير ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الا دار السلطان تسمى سراى (قوله ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا) فيها (أو مسكنا) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار الى ذلك المشترى (الا أن يشتريه) بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكرها) وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا أن تعليله بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق

(قوله الا بذكر ماذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) أقول الاستثناء ناظر الى قوله ولا تدخل الظلة وقوله وهو راجع الى ما في قوله ماذكرنا

(بخلاف الاجارة) فان الطريق تدخل استئجار الدور والمسيل والشرب فى استئجار الاراضى وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به فى الحال كالارض السبخة والمهر الصغير وبالانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه وأما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع مالا ينتفع به فى الحال كالارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشترى يشترى الطريق والشرب والمسيل عادة ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور وقد يستأجرها أيضا وقد تكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة

بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع فلا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشترى عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

أن كلا منهما لا يدخل لانه وان كان فى هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيأ معينا منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبى الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشترى لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر فى الدار المبيعة طريق لدار اخرى أو مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له فى الدار المبيعة وقوله (بخلاف الاجارة) متصل بقوله لم يكن له الطريق يعنى فى الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه فى الاصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل اما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها فلم تتعين فائدة للبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الحش كما ولدوان لم ينتفع به فى الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفى الكافى ولهذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح ولو استحق العلو ثم أجيز البيع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية فى ظاهر الرواية ولا شئ لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلة المبيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه فى الهواء فان قيل ماذكرتم يشكل بالقسمة فى دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه فى ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ماذكرتم فى الاجارة ينبغى ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكرا الحقوق نحو يا بالجواز القسمة كما أدخلتموها نحو يا بالجواز الاجارة أجيب بأن الفرق بينهما ان موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والآجر انما يستوجب الاجرة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففى ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع أما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل فى القسمة لانهما كانا داخلين فى الملك المشترك فوجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم أنه اذا ذكر الحقوق فى البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل وفى القسمة اذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسييل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطولب بالفرق والفرق أن البيع ايجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فاشرطه يتم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضا صريح ولا يكفى فيه ذكر الحقوق والمرافق

(قوله وأما البيع فلتمليك العين الخ) أقول مقتضى كلام المصنف ان كليهما يعقد الانتفاع لكن الانتفاع فى الاجارة لا يمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشروح وأيضا ان أراد بقوله لا المنفعة انه ليس لتمليكها فقط فممنوع ولا يفيد وان أراد انه ليس لتمليكها أصلا فمسلم بل هو لتمليك العين والمنفعة أيضا والانتفاع بالمهر والارض السبخة ممكن على ماذكروه ويدفع بان يراد المنفعة فى الحال فليتأمل فان البيع من غيره ليس منفعة فى الحال (قوله لا المنفعة) أقول يعنى فى الحال (قوله ووحد الضمير الخ) أقول أى وحد الضمير فى قوله يشتريه أو فى قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لكونه للطريق يشهد بذلك قوله لا يشترى الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده) فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان أقر المشترى بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشترى بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها و يتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق (٣٠٤) من الاصل ولهذا لا يرجع المشترى على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم به قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

﴿ باب الاستحقاق ﴾

قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشترى لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للتمرتاشي ظاهر الرواية أنه لا ينفسخ وقال ابن الهمام وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب وقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشترى على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام (قوله وهي مملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حالية (قوله والاخبار لا بد له) أقول أي لصدقه (قوله من مخبر به) أقول يعني محقق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر أنه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

﴿ باب الاستحقاق ﴾

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يتبعها ولدها) و وجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد والبه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا

﴿ باب الاستحقاق ﴾

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان (ببينة) استحق ولدها معها وارشها ان كان (وان) كان (بـ) مجرد (اقرار) المشترى (له بها) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة) اى ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه (فانها كاسمها مبينة) لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فانه يثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشترى الاخير كما لو ادعت في يد الاخير انها حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي ينسحب عليه اظهار البينة الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشترى على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي انه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه له واذا قلنا ان الولد لا يستحق بالبينة فقضى القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضا مقضيا به قيل نعم تبعا كما أن ثبوت استحقاقه تبعا (وقيل) لا بل (يشترط القضاء بالولد أيضا) لانه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف (والبه تشير المسائل) التي ذكرها محمد رحمه الله

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشترى اشترنى فانى عبد له فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شئ وان كان البائع لا يدرى

فان محمدا قال اذا قضى القاضى بالاصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد فى يد غائب لم تدخل حيث لم يدخل القضاء على الغائب فى ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترى القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر فى النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشترى لا يوجب انفساخ العقد الذى بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح بأن غاية ما فى الباب أن يكون بيع فضولى يعنى بائع المشترى الذى قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعنى الموقوف المفسوخ لا تلحقه الاجازة واستوضح بما فى الفتاوى الصغرى اشترى شيأ ثم استحق من يده ثم وصل الى المشترى يوما لا يؤمر بالتسليم الى البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لاجرم لو اشترى عبدا قد أقر نصا أنه ملك البائع ثم استحق من يد المشترى ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لأن اقراره بالملك له لم يبطل ونقله عن شرح قسمة خواهرزاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس بلازم لم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق و يثبته استمر فى يد المشترى من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل أحدهما اما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع و يصل الثمن اليه فظهر أن اثبات الاستحقاق ليس ملزوما لعدم الرضا بالبيع بل المحقق أنه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيدا له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشترى ثم وصل اليه ولا شك أنه اذا اتصل باثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشترى بالثمن ممن هو فى يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالبيع والا لم يأخذ وأجازه فأين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا الله غيره ولا مرجو الا خيره وفى الذخيرة مما يجب اعتباره فى فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه فى ظاهر الرواية انتهى واعلم أن المنقول فى أن البيع متى ينفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشترى على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح وقال شمس الأئمة الحلوانى الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفى الزيادات روى عن أبى حنيفة أنه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القضاء وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها أيضا اذا استحق المشترى فأراد المشترى نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع أو على تلقى الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضى فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعنى يلزم العجز عن اثبات ذلك أو المراد أن يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك فى أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشترى بعد ان قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجيز أنه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر فى عدم رضاه بالبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أى اشترى انسانا (قال له اشترنى فانى عبد فاذا هو حر) أى فظهر أنه حر ببينة أقامها (فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) أى يدرى مكانه (لا يرجع على العبد بشئ) من الثمن الذى قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لا يدرى

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر الخ) رجل قال لآخر اشترنى فانى عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة واما أن يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدرى

(أين هو) فان كان الاول فليس له على العبد شئ وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اني عبد ليس على العبد شئ في قولهم وان قال ارتهني فاني عبد فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا أية غيبة كانت وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شئ منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشتر ني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فحين أقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشئ بأمر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيأ لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فأكل فمات فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدلي الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع فيه الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لم يجعل الامر به ضمانا للسلامة

أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن ان يجعل الآمر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة

أين هو رجع المشتري على العبد) بما دفع الى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر دينا أو حفا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشئ (ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارتهني فاني عبد الراهن (لم يرجع عليه) أي على العبد (على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا يعرف مكانه أو لا يعرف وهذا ظاهر الرواية (عنهم وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أي في البيع والرهن (لأن الرجوع بالمعاوضة) وهي المبايعة هنا (أو بالكفالة) وليس واحد منهما ثابتا (بل) الثابت (ليس الا) مجرد (الاخبار كاذبا فصار كما لو قال أجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتهني فاني عبد وهي المسئلة المذكورة ثانيا ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره) فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فكان بتغريره (ضامنا) لدرك (الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى اذا قال) لاهل السوق (بايعوا عبدي فاني قد أذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فانهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا لدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس (بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء للدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تغريرا في عقد معاوضة

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أقول قوله فيهما أي البيع والرهن ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتهني من جعل الشئ مقيما عليه لنفسه فليتأمل فانه يجوز ان يقال تقريرا لكلام ما في الرهن فبالاجماع واما في البيع فلان الرجوع الخ وترك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول فيه بحث فان شئت فراجع آخر كتاب الحجر

و بخلاف الاجنبي فانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترني فاني عبد إما أن يدعي الحرية أولا والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب أن قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان أراد الاول فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قاله بعض المشايخ ان

و بخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة

ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله فمات لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عذابا لا يطاق (و بخلاف الأجنبي لانه لا يعبأ بقوله) فالرجل هو الذي اغتر قال المصنف (ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى) أي دعوى الحرية (شرط) في القضاء ببينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهما في دعوى الحرية مطلقا (لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم أخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا في حق الله تعالى كما في عتق الامة حتى إن الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لا تحتاج في القضاء بها الى الدعوى واذا لم تحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أي الدعوى (شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى الاعتاق في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حرية الاصل (فلخفاء) حال (العلوق) فانه يسبي مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعي الحرية وفي الاعتاق العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه (وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق) الزوج اياها (ثلاثا قبل اختلاعها) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة) تقبل مع أن انفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد

الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل أيضا عنده لكن يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما تذكر وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستند به فر بما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لانه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامة البينة على ما ادعياه

(قوله لتضمنه تحريم الى قوله الى تعيين الأم) أقول أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضا كما في تحريم فرج الاخوات والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أي في حرمة الفرج (قوله لم يكن التناقض مانعا) أقول اذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية اذا لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تذكير الضمير الراجع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعي وهذا مطرد في المصادر المؤنثة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذ فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه

قال (ومن ادعى حقا فى دار) معناه حقا مجهولا (فصالحه الذى فى يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشئ) لان للمدعى ان يقول دعواى فى هذا الباقى قال (وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شئ رجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضى الى المنازعة والله تعالى أعلم بالصواب

على ملك البائع لانه لو كان ملكه فى الاصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضامن فالاصل أن الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشترى بعد ما صار الى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة انها له منذ شهر يقضى بها له ولا يرجع على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ولو كان أقام البينة انه كان له قبل هذه الصفة رجع المشترى بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لى يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة رجل آخر أن الرأس والاطراف واللحم والجلد له فقضى بها رجع المشترى على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقا فى دار) أى مجهولا فصالحه الذى فى يده على مائة درهم فاستحقت (الدار الا ذراعا لم يرجع) على الذى صالحه (بشئ) لتمكنه من أن يقول مرادى من الحق الذى ادعيته أو الحق الذى أدعيه هذا الباقى (ولو) كان (ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شئ رجع بحسابه لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على) أمرين أحدهما (أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز) لان الابراء عن المجهول جائز عندنا (لان الجهالة فيما يسقط لا تفضى الى المنازعة) والآخر أن صحة الدعوى ليست شرطا فى صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به ولذا لو أقام به بينة لا تقبل أما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة ﴿فروع﴾ اشترى شيأ ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له فى شئ من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر فى النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو أقام المشترى بينة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهى تدعى ذلك أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض فى دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى * باع عقارا ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل ولو برهنت أمة فى يد المشترى الاخير أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان * اشترى شيأ ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشترى والبائع لان الملك للمشترى واليد للبائع والمدعى يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشترى على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشترى قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخ القاضى البيع بطلب المشترى ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها ويبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبى حنيفة وليس له أن يلزمها المشترى لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذى قبله على بيع المستحق من بائعه قبل لانه خصم

قال (ومن ادعى حقا فى دار) من ادعى حقا مجهولا فى دار بيد رجل فصالحه الذى فى يده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشئ لان للمدعى أن يقول دعواى فى هذا الباقى وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شئ رجع بحسابه اذا التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتقسم المائة لان البدل يقسم على أجزاء المبدل (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضى الى المنازعة) قالوا ودلت أيضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق فى الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز) أقول وسيجىء أيضا فى مسائل شتى من كتاب أدب القاضى

﴿فصل في بيع الفضولي﴾ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولان العقد الا بالقدرة الشرعية

ولو برهن البائع الاول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل ولو استهلكه أورده لا يقبل ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب و بغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعي لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضي القاضي للمدعي ببينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة أو بالاقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار و بعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين أقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول أظهر وأقرب الى الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين الا أن تخص تلك بعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها فيحصل أنه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي على ما جعله الاظهر أن يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضي بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو يتراد ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلا لا أرجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني فاذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه باقراره أنه باعه منه والله أعلم

﴿فصل في بيع الفضولي﴾ مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لانه يتضمن إما دعواه أن بائعك باع ملكي بغير أمري لغصبه أو فضوله وأحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه ومالا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية) وصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد البيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل أن يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي

﴿فصل في بيع الفضولي﴾ مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق و يقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار الخ) ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن أحمد لم ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ومالم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالولاية الشرعية

﴿فصل في بيع الفضولي﴾ (قوله لأن بيع الفضولي صورة الخ) أقول لأن الاستحقاق قد يكون بالهبة (قوله لأن المستحق انما يستحق الخ) أقول كلمة انما لا تلائم قوله صورة من صور الاستحقاق (قوله لانها بالملك أو باذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذينك

ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من أهله ووقع فى محله فوجب القول بانعقاده أما انه تصرف تمليك من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع فى ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب (٣١٠) الشرعية أحكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لما ذكر أفاد حكما موقوفا كما ان السبب البات أفاد حكما باتا أو ان السبب انما يكون لغوا اذا خلا عن الحكم فأما اذا تأخر فلا كما فى البيع بشرط الخيار وأما صدوره من الاهل فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ وأما المحل فان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد فى المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا وأما وجوب القول بانعقاده فلأن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر فى ذلك لاحد من المالك والعاقدين أما المالك فلأنه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وأما الفضولى فلأن فيه صون كلامه عن الالغاء وأما المشترى فظاهر فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك أو بالاذن ولم يوجدا

ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من أهله فى محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشترى فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه

قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقى وحدثنا ابراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحى عن عروة البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى به أضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبى صلى الله عليه وسلم فى بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا يربح فيه وروى أنه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشترى به أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك فى صفقتك فأما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به وقولك لانعقاده الا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمنا ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحة فى الاجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشترى من غير ضرر ولا مانع شرعى فيدخل ثبوته فى العمومات أما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفى مؤنة طلب المشترى ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشترى وصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها اذا كان مهما له والعاقد يصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن فى هذا العقد ثابتا دلالة اذ كل عاقل يأذن فى التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرق وبأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا أصل لقياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغى أن ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة مالا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأى المالك فثبت بهذا القدر فأما نفاذه بلا رأيه ففيه اضرار به اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس بمملوك أصلا قبله وما ليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الآبق ينعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبى ولو بمال لحق الشرع فانه أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشترى أو زوج أمته فان هذه التصرفات تتوقف على اجازة وليه أو اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب أن يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتيبه فى الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف فى صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والا فلا وقوع فى الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغى أن يلغى لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا فى الحال مضافا أو عند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف تمليك)

(قوله لان التمليك من غير المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصى اليتيم مثلا ليس بمالك لمال اليتيم ويملكه بالبيع بالاتفاق وأيضا اذا كان من اضافته من قبيل اضافة العلم الى الفقه يكون قولنا تصرف تمليك فى معنى تمليك اذ معناه حينئذ تصرف هو تمليك (قوله فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الاولى هو القصر على العقل على ما سيجىء فى المأذون ليشمل بيع الصبى العاقل الفضولى

أجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن فى التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضى لكن المانع ليس بمنحصر فى الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم ألا ترى أن بيع الآبق والطير فى الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخى فى أول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال أخبرنا الحسن عن عروة البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى أضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبى صلى الله عليه وسلم فى بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه لا يقال عروة البارقى كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشترى له أضحية ولو كان لنقل على

كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن فى التصرف النافع قال (وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه

من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة فى مثله بيانية أى تصرف هو تمليك وحركة هى اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولى تتوقف عندنا اذا صدرت والتصرف مجيزا أى من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعقد وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها وكان الاحسن أن يقول تصرف شرعى وأما القياس على الفضولى بالشراء ففى شراء الفضولى تفصيل ذكره فى شرح الطحاوى وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولى قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال الفضولى اشتريت هذا لاجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولى غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشترى فلا يتوقف لانه أضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ايقافه الى رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته أو رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذا (قوله وله الاجازة) أى للمالك (اذا كان المعقود عليه باقيا) وهو المبيع (و) كذا (المتعاقدان) وهما الفضولى والذى خاطبه فلا بد من بقاء أربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا تصح اجازة الوارث كما سنذكره هذا فيما اذا كان الثمن دينا أى مما لا يتعين وهذا (لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيام العقد) الذى هو مورد هذا التصرف وقيامه (بقيام العاقدين والمعقود عليه) وانما لم يذكر المالك لانه ذكر أن الاجازة منه وهو فرع وجوده وفى الايضاح عقد الفضولى فى حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فأخذت الاجازة حكم الانشاء ولا بد فى الانشاء من قيام الاربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشترى ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لانه يلزمه حقوق العقد

سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولى كبيعه أولا أجيب بأن فيه تفصيلا وهو ان الفضولى ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولى اشتريت لاجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولى قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لأنه وجد نفاذا على المشترى حيث أضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتيج الى الايقاف على رضا الغير والى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة (قوله وله) أى للمالك الاجازة اعلم ان الفضولى اما أن يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلى والوزنى الموصوف بغير عينه واما أن يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان أجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكر أن الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه

(قوله فالجواب أن قوله لا تبع نهى عن البيع الخ) أقول وانما لم يجب لأن النهى يقتضى المشروعية كما سبق لانه تجر الى فساد البيع فليتأمل (قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر فى مسئلة بيع الآبق اذا عاد من الاباق حيث لا يتم العقد فى ظاهر الرواية ويحتاج الى عقد جديد انه وقع باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فما قرره هنا مخالف لذلك الا أن يكون هذا مبنيا على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر

وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة أشياء ماذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض أيضا والاجازة اللاحقة اجازة تقدبأن

واذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا أيضا ثم الاجازة اجازة تقدلا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره

بالاجازة ولا تلزم الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه (واذا أجاز المالك صار) المبيع ملكا للمشتري (والثمن مملوكا له أمانة في يده) أي في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه (كالوكيل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث انه بها صار تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري من المشتري اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا لو تزوجت أمة وطئها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم (وللفضولي) أي في البيع (أن يفسخ قبل اجازة المالك) حتى لو أجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لانه معبر محض) أي كناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجه أختها توقف العقد الثاني أيضا بخلاف مالو وكله بعد عقده فضولا أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فان العقد الاول يبطل لطرو البات على الموقوف (هذا) الذي ذكرناه فيما (اذا كان الثمن دينا فان كان عينا) بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي تفيده الاجازة انه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب أو جارية ففيه قيمته فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعا له فكذا هنا اذ لا صحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يضفه الى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيأ بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أو لم يجز أما اذا أضافه الى آخر بان قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله (ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث)

اجازة الوارث أجيب بأن عدم التوقف لطرو البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطرأ قدمنا للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها

(ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع) من حيث الوجود والعدم (جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء مالم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن أجيب بأن

ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمهم الله لا يجوز لانه لاعتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لاعتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والصحيح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا

الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري) قيل جرت هذه المحاورة في هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع والعتق جاز استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم و) لا ملك ههنا لان (الموقوف لا يفيد الملك) في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير صحيح للاعتاق (اذ الصحيح له هو الملك الكامل) المدلول عليه

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد وان هلك بعده فللمالك ان يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيهما اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا فاذا ملكه من أحدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع تطران كان قبض البائع مضمونا عليه ينفذ بيعه لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وان كان قبض أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على انه سلمه أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد) رحمهما الله (لان الاصل بقاؤه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك (قوله ومن غصب عبدا فباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا وأقل ما هنا ان يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف انه لا يجوز عتقه وسيجيء ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول أبي حنيفة استحسان وجه قول محمد (أنه لا عتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك) وقت العتق (ولو ثبت في الآخرة) أي عند الاجازة (ثبت مستندا وهو ثابت) وقت العتق (من وجه دون وجه والصحيح للاعتاق الملك الكامل لما روينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا)

باطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله (ولهذا

قال المصنف (وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه) أقول اذا الظاهر بقاء ما وجد (قوله لان محل العتق هو الرقبة الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله ولهذا

لايصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدى الضمان) وهو راجع الى قوله لانه لاعتق بدون الملك وقوله (ولاأن يعتق المشترى والخيار للبائع ثم يجيز البائع) وهو راجع الى قوله والموقوف لايفيد الملك وقوله (وكذا لايصح بيع المشترى من الغاصب) يعنى ان المشترى من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لايصح هذا البيع الثانى فكذا اذا اعتق ينبغى أن يكون كذلك مع ان البيع أسرع نفاذا من العتق ألاترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلأن لاينفذ غيره أولى (قوله وكذا لايصح اعتاق المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك) فيه (ثبت موقوفا) والاعتاق يجوز أن يثبت موقوفا على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أما انه ثبت فلوجود المقتضى وهو

لايصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدى الضمان ولاان يعتق المشترى والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لايصح بيع المشترى من الغاصب فيما نحن فيه مع انه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لايصح اعتاق المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولاضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشترى من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهى مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك

الملك الكامل (لايصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدى الضمان ولا المشترى) شرط (الخيار للبائع ثم يجيز البائع) البيع (وكذا لايصح بيع المشترى من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع أسرع نفاذا) من العتق (حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لايصح اعتاق المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق فى النكاح الموقوف حتى اذا أجيز لايقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق فى الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولى أمر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لاتطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت حينئذ والا لا (ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولاضرر فيه على ما مر) أول الباب (فيثبت الاعتاق موقوفا مرتبا عليه ثم ينفذ بنفاذه) ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لايصح عتق المشترى والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته فى حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لاينفذ من الغاصب اذا أعتق ثم أدى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك انما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لايتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا أجيز يثبت الملك فى المتصلة والمنفصلة وأما بيع المشترى من الغاصب فانما لايصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشترى باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لايتصور اجتماع البات مع الموقوف فى محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كاعتاق المشترى من الراهن) فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن أو فك الرهن والجامع انه اعتاق فى بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين

التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر وأما انه موقوف فلما تقدم وأما ان الاعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشترى من الراهن بجامع كونه إعتاقا فى بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهى مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا موقوفا فى ملك موقوف وهذا أبعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك قال فى النهاية وبهذا التعليل لايتم ما ادعاه فانه يرد عليه أن يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب (واما) أن لاينفذ بيعه أيضا عند اجازة المالك كما لاينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان كلا من جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والملك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره فى المبسوط

لايصح ان يعتق الخ) أقول وعندى معنى قوله ولهذا أى ولكون الصحيح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند قال المصنف (ولهما ان الملك ثبت موقوفا الخ) أقول لعلهما يقولان فى الجواب عن تعلقه بالحديث ان المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكا تاما وان عم العتق للنافذ وغيره يعم الملك ايضا بلا فرق فليتأمل (قوله وهذا أبعد من الاول الخ) أقول لان فى الاول البائع مالك لرقبة المبيع والوقف لحق المرتهن

وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق لحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف الثاني أن طروء الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الاول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق (٣١٥) المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود أما المالك اذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طروء الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما اذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة وتقريره

بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله وأما اذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح

وأما) عتق المشتري من الغاصب (اذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه ويتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى ان نجعله سببا في الحال متأخرا حكمه ان أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد وأما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا لان شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الا بناء على ثبوت المقصود أولا

أما اذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند ان يملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد

(قوله ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده) أقول يعني الغصب يفيد حكم الملك (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان الخ) أقول انما قال ثم أدى الضمان لانه لو ملك الغاصب المغصوب من جهة المالك ببيع أو هبة أو ارث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله كذا في فتاوى التمرتاشي في باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول فسر العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أي بعد وجود التعارض ومنه يتنبه لدفع نظر الشارح فتنبه (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن ان يخفى على أحد لاسيما اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما ان العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث ان لزوم الوقف يحتاج الى أمور غير لفظ وقفت بخلاف الاعتاق

قال (فان قطعت يد العبد الخ) اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري ارشها ثم أجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك المبيع أخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقررا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة أمرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة وأجيب عن الاول بأن الملك في المغصوب

ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بأن الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شئ يجب أن يجعل معلقا بالشرط لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه أي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لما انه لو لم يكن للمشتري شئ من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعذر أي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب (لم اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه

قال (فان قطعت يد العبد فأخذ ارشها ثم أجاز المولى البيع فالارش للمشتري) لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده وأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر (ويتصدق بما زاد على نصف الثمن) لانه

وهو منتف هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك اليمين فانه يجوز أن ينعقد مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الا حديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فانا لم نوقعه قبل الملك فحاصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لا في ملك فيبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما بوجه موقوف لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد ان المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فان قطعت يد العبد) أي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب وإما أن لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فأخذ ارشها ثم أجاز المالك بيع الغاصب وإما أن لا يكون أحد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع وإما أن لا يكون شئ من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز فهي أربعة فروع تتفرع على اجازة بيع الغاصب أولها ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغ منها والثاني ما اذا أجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فأخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذا لم يفت المعقود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم (يتصدق) هذا المشتري (بما زاد) من ارش اليد (على نصف الثمن لانه) أي ما زاد على نصف الثمن

(قوله وقيل بخلاف الاعتاق) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وهذا أقرب) أقول أي معنى وان كان أبعد لفظا

لم يدخل فى ضمانه لان ارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفى الكافى ان لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين فى الكتاب على

لم يدخل فى ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشترى من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر

(لم يدخل فى ضمانه) لما ذكرنا ان اليد من الآدمى نصفه والذى دخل فى ضمانه هو ما كان فى مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وهذا لان أرش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لانه انما دخل فى ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجها آخر وهو ان (فيه شبهة عدم الملك) لان الملك فى الارش يثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك فى الزوائد ينبغى أن يتصدق بالكل لان فى الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور فى بيان شبهة عدم الملك فى الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن الا بانفراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا تفيد شيأ ووزع فى الكافى الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود أى الملك حقيقة وقت القطع وانما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشترى من الغاصب أعتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه أى هذه المسئلة وفى بعض النسخ وهو (حجة على محمد) يعنى كون الارش للمشترى حجة على محمد فى عدم تجويزه اعتاق المشترى من الغاصب اذا أجاز المالك بيع الغاصب فانه اعتاق فى ملك موقوف وهذا استحقاق أرش مملوك بملك موقوف (والعبد له) أى جوابه بالفرق (بأن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فأخذ أرشها ثم) عجز فـ(رد فى الرق فان) ن (الارش للمولى) مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه (وكذا اذا قطعت يد العبد فى يد المشترى والخيار للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشترى بخلاف الاعتاق على ما مر) حيث لا يكفى فيه الا الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله (فان باعه المشترى من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول) أى بيع الغاصب (لم يجز البيع) أى بيع المشترى من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعنى قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا الى آخره (ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول) أى بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف (فانه) أى الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشترى لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روى عن أبى حنيفة أنه

الاعتبارين قال (فان باعه المشترى من آخر الخ) يعنى ان باع المشترى من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولى أيضا لانه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولى موقوفا وأجيب بأن غرر الانفساخ فى بيعهما عارضه النفع الذى يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فترجح لان الصحة فى العقود أصل فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار التوقف اجماعا وهو أن لا يصح بيع أصلا لا سيما فى المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشترى الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثانى عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه لا يؤثر فيه الغرر ألا ترى ان البيع قبل القبض فى المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح

(قوله اذا المشترى الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر) أقول فيه تأمل (قوله لغرر الانفساخ فلم ينعقد) أقول منظور فيه فان الشراح صرحوا فى كتاب الاكراه ان المغصوب منه اذا أجاز بيعا من البيوع لو تناسخت المغصوب العقود نفذ ما أجازه خاصة ولو لم ينعقد لما نفذ

قال فان لم يبعه المشترى فمات فى يده أو قتل أى فان لم يبعه المشترى من الغاصب فمات فى يده أو قتل ثم أجاز المالك البيع أى بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا أن الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب البدل للمشترى بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل

لانه لا ملك للمشترى عند القتل ملكا يقابل بالبدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح أن يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشترى ثابت بات فأمكن ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشترى بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشترى قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره) رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشترى أردد البيع لانك بعتنى بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك (فأقام المشترى البينة) أن رب العبد أو البائع أقر انه لم يأمر البائع ببيعه (لا تقبل بينته) لانها ابتنى على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى (للتناقض) لان إقدام المشترى دليل على صحة الشراء وان البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة

قال (فان لم يبعه المشترى فمات فى يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشترى عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشترى ثابت فأمكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشترى البينة على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض فى الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى

يتوقف البيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بأنه شامل لبيع الفضولى مطلقا غاصبا أو غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الاجازة أجيب بأن هناك معارضا لغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا فى البيع الثانى لانه لم يملكه لمشترى الاول حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثانى عرضة للانفساخ فلم ينعقد أصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا فى المنقولات لجواز هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر ما نع غرر الانفساخ الذى لم يشبه نفع وفرق العتابى بغير هذا بين إعتاق المشترى من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشترى من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة بأن العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشئ من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع ازالة له بلا انهاء فكان ضد امحضا لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشترى اذا أعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله (فان لم يبعه المشترى و) لكن (مات فى يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) وهذا فى الموت ظاهر وأما فى القتل فلم يعتبر ايجاب البدل للمشترى بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بدله فتصح الاجازة كما فى البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشترى بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وبين أن يفسخه فيصير الى البائع فدار الفرق بأنه لا ملك للمشترى من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه فى البيع الصحيح (قوله ومن باع عبد غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وان وقع فى الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشترى بينة على اقرار البائع انه لم يأمره مالكه ببيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل دعواه صحته وانه يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة يبنى على صحة الدعوى حيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشترى أمرك أو ادعى المشترى عدم الامر فالقول لمن يدعى الامر لان الآخر مناقض اذ إقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره فى شرح

قال المصنف (فان لم يبعه المشترى فمات فى يده) أقول قال الاتقانى لم يذكر محمد هذه المسئلة فى الجامع الصغير ولكن ذكروها فى شروحه وصاحب الهداية أيضا ذكرها تفريعا انتهى فلا يكون قوله قال محمد فى محله لما ذكره الاتقانى نفسه فى أول باب الوطء الذى يوجب الحد ان كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمدا أو القدورى

الزيادات

(وان أقر البائع بذلك) أي بأنه باعه بغير أمره (بطل البيع ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار) ألا ترى أن من أنكر شيأ ثم أقر به صح اقراره الا أن الاقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشترى على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض وذكر المصنف رحمه الله مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشترى بأن ذلك العبد له وصدقه المشترى في ذلك ثم أقام البينة على البائع انه أقر بأن المبيع لهذا المستحق تقبل البينة وان تناقض في دعواه قال (وفرقوا) أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات (بأن العبد في هذه المسئلة) أي في مسئلة الجامع الصغير (في يد المشترى) فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشترى فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات أيضا في أن العبد في يد المشترى ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والأولى أن يقال ان المشترى أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم تقبل التناقض وفي مسئلة الزيادات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شئ سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشترى أقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه بأن المشترى غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه

(وان أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع) ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار وللمشترى ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشترى قال رحمه الله وذكر في الزيادات ان المشترى اذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشترى وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشترى

الزيادات بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والوجه ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار وللمشترى ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشترى قال رحمه الله وذكر في الزيادات ان المشترى اذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشترى وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشترى وفروعها ان صاحب العبد اذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر ان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ويبطل عن المشترى الثمن للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشترى للآمر ويرجع المشترى على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك ابراء المشترى عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضا الآمر وعلى قول أبي يوسف لا يملك (قوله وذكر في الزيادات) الى آخره صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشترى خصما لانه يدعيها لنفسه فان أقر بها للمدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها له لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضي عليه بالنكول لان نكوله ليس بحجة على غيره لانه كاقراره فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشترى مختار في النكول لانه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطرا فالاضطرار انما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير أما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فان غير الملك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشترى أنا أقيم البينة انها للمستحق لا رجوع على البائع لا يلتفت اليه

(قوله قيل في هذا الفرق نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وما قيل الى قوله يجاب عنه بأن المشترى الخ) أقول هذا الجواب مذكور في الخبازية وزيادات قاضيخان ثم قوله يجاب عنه خبر لقوله وما قيل ان التناقض الخ (قوله متناقضا من وجه) أقول أي من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول أي من حيث الحقيقة والله أعلم

لانه مناقض فى دعواه لان اقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبهذه البينة ناقض
فرق بين هذا وبين ماذكر فى المأذون رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة ان البائع باع
العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع انه مناقض ساع فى نقض ماتم به والثانية ماروى
ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة انه كان دبرها
أو استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع
فى نقض ماتم به وفرق أما فى مسئلة الواهب فالفرق ان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير
والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندى ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل فى دعوى
الحرية لانهما مما قد يخفى على المتناقض المدعى بها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا
والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته وأما فى
مسئلة المأذون فبأنه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على اقرار البائع انه
ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشترى ثم مسئلة الاستحقاق لو أقامها على
اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم فى ذلك
و يثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا
تصديق للخصم ويجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماؤنا فيمن فى
يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول اليه من
جهة الغائب ولو أقامها على اقرار المدعى تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق فى شرح الزيادات
بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكورة فى الهداية وهو انه لا تقبل بينة المشترى على اقرار البائع انه لم
يأمره كما لا تقبل على دعواه انه لم يأمره بأنه وضع المسئلة فى الجامع فيما اذا كان المبيع فى يد المشترى فهو
سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا حق
الرجوع وفى الزيادات وضع فيما اذا أخذت الجارية من يد المشترى فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع
قال ولا يقال فى مسئلة المأذون المبيع فى يد المشترى ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا
أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسئلة الزيادات أيضا فى أن الجارية
فى يد المشترى كما أسمعتك فالاولى ماذكر فى الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسئلة الجامع محمولة
على ان المشترى أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد
لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام المشترى على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع
ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية
عن التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم
تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد
غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد
البيع قال محمد تقبل بينته و يبطل البيع الاول ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما فى شرح الزيادات
ما لو قال المشترى للقاضى سل البائع ان الامة للمستحق أو ليست له اجابه القاضى الى ذلك لانه يدعى انه
مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضى فان أقر بذلك ألزمه الثمن وان أنكر وطلب
المشترى تحليفه أجابه القاضى الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فاذا
جحد يستحلف كما فى سائر الدعاوى فانه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه إقرار منه بصحته ودعواه
انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكما لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف

الا بعد دعوى صحيحة دل عليه ما في المأذون اشترى عبد شيء ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فاراد العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه وان أقر به البائع يلزمه وذكر في الجامع ان المشتري لو أراد استحلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل أن تبيعه مني لم يكن له ذلك وان أقر به البائع يلزمه والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعله مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه أولى لان البينة حجة متعدية فلو لم نجعله مناقضا في حقها يلزمنا أن لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة المأذون لان العبد منكر لحكم العقد أصلا لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان عين المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للمصنف في الفرق قال ولو لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الاصل فان أقر المشتري بذلك أو استحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع أما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستحلف فنكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة وعندهما يجري الا أن اليمين تكون على الامة فلا معنى لقوله فأبى المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وسلمت فانقادت لذلك فانقيادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو أن المشتري أقام البينة على البائع أنها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض في فصل الحرية لانه فيها يظهر ببينته انه أخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد العقد وملك اليمين للبائع فكانت البينة مظهرة أن اقدامه على الشراء لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري انها للمستحق لا يظهر ببينته أنها للمستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك اليمين للبائع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا بشهوده ساعيا في نقض ما تم به والوجه الثاني انه مناقض في الفصلين الا أن هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كما لو تزوج امرأة ثم أقامت البينة انها أخته من الرضاع أو أقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف أصحابنا رحمهم الله فيمن باع رضا ثم أقام بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا يقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله انما تقبل بينة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول أبي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فأقر المشتري بذلك أو أبى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان أقام المشتري البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه يثبت ببينته أنها لم تدخل في العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء بينهما لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق

قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع) عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهى مسئلة غصب العقار وسنبينه ان شاء الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

(قوله ومن باع دار الرجل) أى عرصة غيره بغير أمره وفى جامع فخر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما ادخلها المشترى فى بنائه فكذبه المشترى (لم يضمن البائع عند أبى حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار) هل يتحقق أولا عند أبى حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن ﴿فروع﴾ تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولى من رجل وزوجها منه فضولى آخر فأجيزا معا ثبت الاقوى فتصير مملوكة لازوجة ولو زوجاها من رجل فأجيزا بطلا ولو باعاها من رجل فأجيزا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك ولو باعه فضولى وآجره آخر أو رهنه أو زوجه فأجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى وكذا ثبت الهبة اذا وهبه فضولى وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولى عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوى البيع فى افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرضى رجل واحد له فأجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك فى البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الاجازة ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز ولو غصبا النقدين من واحد وعقدا الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان النقود لا تتعين فى المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار فى بيع المرهون والمستأجر انه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن فلو وصل الى المالك بوفاء الدين أو الابراء أو فسخ الاجارة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجيزا فللمشترى خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبى يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر وفى المرتهن اختلاف المشايخ وفى مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان أقر به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادلة ولو أجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا لانه اخلف بدلا والاول أصح وروى ابن سماعة عن أبى يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشترى مقام البائع فى الدعوى وعن أبى حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشترى ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شئ قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبى المحجور الذى يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضى وكذا الذى بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء فى الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صحت اجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء وان أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشترى لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارثه يتوقف على اجازة الورثة أو صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

قال (ومن باع دارا لرجل) قيل معناه باع عرصة غيره بغير أمره (وأدخلها المشترى فى بنائه) قيل يعنى قبضها وانما قيد بالادخال فى البناء اتفاقا (لم يضمن البائع) أى قيمة الدار (عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار) على ما سيأتى

﴿باب﴾

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بآجل قيل فهو بالمعنى اللغوي الآن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط وردبأن السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بأن يقول رب السلم لآخر أسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة أو أسلفت فيقول الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرط جوازه سيذكر في أثناء كلامه ان شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بأن من حق الاجل أن يكون معلوما ووجه الاستدلال (ماروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أي في السلف على تأويل المداينة (أطول آية في كتاب الله وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية) فان قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقدرة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين أسلموا ومعناه الواجب في الذمة

﴿باب السلم﴾

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية

﴿باب السلم﴾

تقدم أن البيع ينقسم الى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو ثمن بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط في الآخرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتدريج وخص باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع آجل بعاجل وما قيل أخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا انه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا الى كذا ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشتريت منك الى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان وصحة المذهب عنه عسر الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى أسلمت اليك الى كذا وبعتك الى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذلك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع الى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيذكر المصنف شرائطه وأما حكمه فثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة أما في العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم اليه فيه قضاء كأنه هو لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته الى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع هالكا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توائه عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة) أخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على

﴿باب السلم﴾

(قوله أخذ عاجل بآجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوي اذ الاصل هو عدم التغير الا أن يثبت بدليل (قوله قيل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله وردبأن السلعة) أقول الرد للاتقاني (قوله ولو قيل بيع آجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الاتقاني (قوله فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول ان أراد أنه لا معتبر به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك وان أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب فسلم ولا يفيده اذ لا ينازع أحد في تناوله للسبب وان نوزع في تناوله لغيره كما لا يخفى فلا حاجة الى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ماروي عن ابن عباس فناقض آخر كلامه أوله

وأما السنة (فما روى عن رسول أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازه) لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) السلم جائز في المكيلات والموزونات (لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم) والوجوب ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لامحالة فان قيل من أسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فأنا أول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات (والمراد بالموزونات)

(قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فان وجوب الوصف شرعا يتضمن جواز موصوفه شرعا هذا هو مراده ظاهرا (قوله فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول وأيضا من الحديث الشريف تعلم طريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك الا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة

وبالسنة وهو ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما روينا ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم والمراد بالموزونات

شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الاعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزاه بعض متأخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل انه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى أجل جعا بين مقررين وقوله مسمى أي معين (و) كذا (بالسنة) الا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة (وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم) وان كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الانسان رواه أصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى أن قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلف في شئ فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال ان كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص والاجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى السلم وقدرة في المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المآلية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالابتياع بثمن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل أن قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاما وحاصله مبني على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصلي فيه وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أي فرق الى آخره يفيد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لاجل هذه المصلحة شرع

غير الدراهم والدنانير لانهما أثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني) والاول قول عيسى بن أبان والثاني قول أبي بكر الاعمش رحمهما الله وهذا الاختلاف فيما اذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض في الدراهم والدنانير ليمكن أن يجعل بيع حنطة

غير الدراهم والدنانير لانهما أثمان والمسلم فيه لابد أن يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول أصح لان التصحيح انما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا في المذروعات) لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولابد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم

وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله والمراد بالموزونات أي التي يجوز السلم فيها (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فان أسلم فيها دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل وان أسلم غيرها من العروض ككر حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان المسلم فيه لابد أن يكون مثمنا والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها واذا لم يصح فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن مؤجل أو يبطل رأسا حكى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن أبان (وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل) ولا يبطل وهو قول أبي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابان أصح لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه الا في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا أن الاول عندي أدخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر دراهم مؤجلة وهذا من افراد البيع بلا تأويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما واما دخال الباء على الثوب كادخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبار التحصيل غرضهما ما أمكن (قوله وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولابد منها) أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط الصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري اذا بين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وفي عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالكمخاء كل ما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لابد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة فان قيل ينبغي أن لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته الا المكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لان السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالمخرج غيره به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا بما ليس

بدراهم مؤجلة بناء على أنهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم وأما اذا كان كلاهما من الاثمان بأن أسلم عشرة في عشرة دراهم أو دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى أصح لان التصحيح انما يجب في محل أوجبا العقد فيه وهما أوجباه في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما أوجباه فيه فلا يكون صحيحا قال (وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها) أي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل أو الموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو أعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا

اذا الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا أو مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من أسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان الاقتران شرطه وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة

(قوله فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت الخ) أقول هذا منع لا يضر

وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددى المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت

عنده بل كل ما ليس عنده بلا ذكر أجل على عمومه فى منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته كما ان ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه فالحاصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بغير أجل وكون المذكور فى الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمرا بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين الأجل والكيل على تقدير السلم فى المكيل بيانا لشرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلم فى شئ يعنى من هذه الثمار فليكن الى أجل معلوم وفى كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجح فأنيط بمظنة ذلك من الاقدام على أخذ العاجل بالآجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بأن سبب شرعيته لا تختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ العاجل بالآجل وهى ثابتة من القزازين فى المذروع كما فى أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول فى أثناء الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم فى المذروعات بالدلالة أعنى دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل فى المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس فى الصنعة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان صحيح للسلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما أن المكيل ايضا لا يكفى فى صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لابد أن يذكر الاوصاف معه فتأمل هذا التقرير فان فى غيره خبطا والله أعلم (قوله وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض) أى يجوز السلم فيها عددا (لان العددى المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا (والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به ولذا لا تباع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين وهذا هو الضابط فى المعدود المتقارب وهو مروى عن أبى يوسف وعليه عول المصنف أعنى ان ما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل فلا يجوز السلم فى شئ منها عددا للتفاوت فى المالية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز فيها الا بذكر مميزات وأجازوه فى الباذنجان والكاغد عددا لاهدار التفاوت وفيه نظر ظاهر أو يحمل على كاغد بقالب خاص والا لا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله فى باذنجان ديارهم وفى ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهندى لا يستحق شئ منه بالاسلام فى بيض الدجاج والجوز الشامى والفرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضا فلو أسلم فى بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز فى الآخرين وعن أبى حنيفة انه منعه فى بيض النعام ادعاء لتفاوت آحاده فى المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن ينظر الى الغرض فى عرف الناس فان كان الغرض فى عرف من يبيع بيض النعام الاكل ليس غير كعرف أهل البوادى يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض فى ذلك العرف حصول القشر ليتخذ فى سلاسل القناديل كما فى ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها

(وكذا فى المعدودات المتقاربة وهى التى لا تتفاوت) آحادها (كالجوز والبيض لان العددى المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم) فكان مناط الحكم موجودا كما فى المذروعات (فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) فانه قلما يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذلك البيض

بعد

(بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا) فصار الضابط فى معرفة العددى المتقارب عن المتفاوت تفاوت الآحاد فى المالية دون الانواع وهذا هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روى عن أبى حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز فى بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده فى المالية ثم كما يجوز السلم فيه المتقارب به عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز

بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد فى المالية يعرف العددى المتقارب وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فى بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده فى المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددى وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا فى الفلوس عددا وقيل هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها أثمان ولهما ان الثمنية فى حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم فى الحيوان) وقال الشافعى رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن

بعد ذكر العدد الامع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو اهداره قال المصنف (وكما يجوز عددا فى العددى المتقارب يجوز كيلا) وقال زفر لا يجوز لانه ليس بمكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت) بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت فى ماليته وأما كونه معدودا فمسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع أن اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم ينحصر فى العدد بل يتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما بقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل قلنا قد علمنا به ورضى رب السلم فانما وقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمنع ذلك فى أموال الربا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيله انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا واذا أجزناه كيلا فوزنا أولى (قوله وكذا فى الفلوس عددا) أى يجوز السلم فى الفلوس عددا هكذا ذكره محمد رحمه الله فى الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف أما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين فى باب الربا لانها أثمان وهذا ما أراده المصنف من قوله ذكرناه من قبل واذا كانت أثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرناه وروى عنه أبو الليث الخوارزمى أن السلم فى الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمنا فاذا أقدما على السلم فقد تضمن ابطالهما اصطلاحهما على الثمنية ويصح السلم فيها على الوجه الذى يتعامل فيها به وهو العد بخلاف البيع فانه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنيا يعنى اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذى تعورف التعامل به فيها وهو العد الا أن يهدره أهل العرف كما هو فى زماننا فان الفلوس أثمان فى زماننا ولا تقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا فى ديارنا فى زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية فى ديارنا أيضا (قوله ولا يجوز السلم فى الحيوان) دابة كان أو رقيقا وهو قول الثورى والاوزاعى (وقال الشافعى) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص أما المعنى فلانه يصير معلوما) أى منضبطا (ببيان الجنس) كفرس أو ابل أو عبد (والسن)

لانه عددى لا كيلى وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا لوجود التفاوت فى الآحاد ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا (قوله وكذا فى الفلوس عددا) ذكره فى الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وأما عند محمد فلا يجوز أى لا يجوز السلم فى الفلوس لانها أثمان والسلم فى الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية فى حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا ابطلت الثمنية صارت مثمنا تتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه فى باب الربا فى مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم فى الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح فى حقهما فعاد مثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح فى حقهما فبقى ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين (قوله ولا يجوز السلم فى الحيوان) وهو لا يخلو اما أن يكون مطلقا أو موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثانى لا يجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثنى

والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فأشبه الثياب وقد ثبت

والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد

كابن مخاض أو عشار (والنوع) كعربى وبختى وحبشى (والصفة) كأحمر وأسمر وطويل أو ربعة (والتفاوت بعد ذلك يسير) وهو مغتفر بالاجماع والالم يصح سلم أصلا فان الغائب لو بلغ فى تعريفه النهاية لابد من تفاوت بينه وبين المرئى فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتا لا يخفى وان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أحمر فعلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصارا لحيوان كالثياب والمكيل وأما النص فما روى أبو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن أبى حبيب عن مسلم بن جبير عن أبى سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وأخرج الطحاوى بسنده الى أبى رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فأمر أبا رافع ان يقضى الرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال لم أجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال أعطه اياه ان من خيار الناس أحسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان فى الذمة وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة وفى رواية بأربعة أبعرة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم الا لا يصف الرجل الرجل بين يدى امرأته حتى كأنها تنظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدى زوجها حتى كأنه ينظر اليها فقد جعل الموصوف كالمرئى وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الابل دية فى الذمة وأثبت مهرا فى الذمة وصحة الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف فى الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش فان العبدين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت فى حسن الشيمة والاخلاق والادب وفهم المقاصد ما يصيره باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجملين (بخلاف الثياب) فانها مصنوعة العبد بآلة خاصة فاذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيرا وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلا باتفاق خلق الله تعالى فى غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك وقول المصنف رحمه الله (فلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد) يريد أنهما يتفاوتان قليلا لاعدم التفاوت أصلا كما هو استعمال فلما فان هذا الفعل أعنى قل اذا كف بما استعمل للنفى كقوله وقلما وصال على طول الصدود يدوم وحين علمنا انه أراد قلة التفاوت وجب أن تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما فى قول غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع من التساهل وأما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه جرير بن حازم عن ابن اسحق فأسقط يزيد بن أبى حبيب وقدم أبا سفيان على مسلم بن جبير ذكر هذه الرواية الدارقطنى ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحق عن يزيد بن أبى حبيب عن أبى حبيب عن مسلم عن أبى سفيان عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن أبى سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه عن عبد الاعلى أبو بكر بن أبى شيبة فأسقط يزيد بن أبى حبيب وقدم أبا سفيان كما فعل جرير بن حازم الا أنه قال فى مسلم بن جبير مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فعمرو ابن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم أجد له ذكرا ولا أعلمه فى غير هذا الاسناد وأبو سفيان فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو أقوى منه وهو ما أخرجه ابن حبان فى صحيحه عن

(قوله فنقل الا لات كان من دار الحرب الخ) أقول يعنى الآلات المهمة فى تجهيز جيش الاسلام من الخيل والجمال وغيرهما فكان الامر لعمر شراءها منهم

سفيان

وقد صح ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم فى الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير

سفيان عن معمر بن يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق حدثنا معمر به وكذا رواه الدارقطنى والبزار قال البزار ليس فى الباب أجل اسنادا من هذا وقول البيهقى انه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبنى قول الشافعى رحمه الله ان حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبرانى فى معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقى أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذى له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح مع أنه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال وأيضا اعتضد بالوصول السابق أو المرسل الذى رويه من ليس يروى عن رجال الآخر وحديث آخر أخرج الترمذى عن الحجاج بن ارطاة عن أبى الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يدا بيد قال الترمذى حديث حسن كأنه للخلاف فى الحجاج بن ارطاة وحديث آخر أخرجه الطبرانى عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخارى مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين لحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضا مع انه ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حدثنا حسين بن محمد حدثنا خلف بن خليفة عن أبى خباب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على كون النهى فيما اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالئ بالكالئ تقييد للاعم فانه أعم من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم فى الحيوان) هو ما أخرجه الحاكم والدارقطنى عن اسحق بن ابراهيم بن جوني حدثنا عبد الملك الذمارى حدثنا سفيان الثورى عن معمر عن يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوني فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه الى الحجية بمعناه لما عرف فى فن الحديث وكذا يجب أن يرجح على حديث أبى رافع ان صح لانه أقوى سندا أعنى حديث ابن حبان ولان المانع يرجح على المبيح وفى الباب أثر أبى حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلدة البكرى مالا مضاربة فأسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيبانى فى قلائص فلما حلت أخذ بعضا وبقى بعض فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأتاه يستره فقال عبد الله أفعل زيد فقال نعم فأرسل اليه فسأله فقال عبد الله اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا فى شئ من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يزيد بين ابراهيم وعبد الله فانه انما يروى عنه بواسطة علقمة أو الاسود الا أن هذا غير قادح عندنا خصوصا من ارسال ابراهيم فقد تعارضت الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المطلوب وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله لهم أوصافا ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك فى أن هذا مما تحصل به

فى المعانى البالطنة لابو جد فى العصافير والحمامات التى تؤكل وأن السلم فيها لا يجوز أن يكون عندكم وتقريره أن عدم جواز السلم فى الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز فى الدباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الدباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهى عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر فى أول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضى الله عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فأسلمها زيد الى عتريس ابن عرقوب فى قلائص معاومة فقال ابن مسعود اردد مالنا لا تسلم أموالنا وهو دليل على أن المنع لم يكن لكونه مطلقا لان القلائص كانت معاومة فكان لكونه حيوانا لا يقال فى كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم وأما الدليل على ذلك فهو السنة

(قوله لا يقال فى كلام المصنف تسامح) أقول يعنى فى قوله فى الحيوان ثم أقول فيه شئ الا أن يقال فى قوله تسامح تسامح والمعنى فى كلام المصنف اعتراض (قوله لان ذكر ذلك الخ) أقول جواب لقوله ولا يتوهم

قال (ولا في أطرافه كالرؤس والاكارع) للتفاوت فيها اذهو عددي متفاوت لا مقدر لها قال (ولا في الجلود عددا

المعرفة وكلامنا في انه ينتفي معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلحوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص وأما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوهما فلأن الحيوان فيه ليس مقابلا بمال وهو ظاهر فتجري فيه المساهلة بخلاف ما قوبل بمال فانه تجري فيه المشاحة فجريا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لا يجوز أن يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فيه المسامحة بالاكثار فيهما ولقائل أن يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن ما ذكر من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن أو كثيرا لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الاوصاف الذكاء وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجري المنازعة في أن اخلاقه ما هي وفي تحريرها فالمفزع في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبي عمرو قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا لانا نجوز السلم في الدبابيح ولا يجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الدبابيح ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانه مما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد ولا يتيسر أخذه ولا ربحان أخذه يقام مقام الموجود بخلاف السمك الطري لربحان امكان أخذه وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمري وهو خلاف المنصوص عن محمد وقد روى عن أبي يوسف أن ما لا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان علمناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص وان اعتبرنا عمومه وجب أن لا يجوز فان قيل فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب بقلة التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطري في المسلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولا في اطرافه) أي لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرؤس والاكارع) وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب قيل المانع مبني على منع السلم في الحيوان وهذا بعاضه وليس بشئ لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهي تعبدا ولا المعنى ان كان معللا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحياة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه انها عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغير عدد لانتفاء المقدر وعندي لا بأس بالسلم في الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان الاكارع والرؤس من جنس واحد حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجوازه عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يزاد انها رؤس عجاجيل أو ابقار كبار ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير (لا في الجلود عددا) وكذا الاخشاب والجواليق والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا أن يذكر العدد لقصد التعدد في المسلم فيه ضبطا لكميته ثم بذكر ما يقع به الضبط كان يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديم بأن يقول طائفي أو برغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنط أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا أن يغني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجواليق طوله

قال (ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع) والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لانها اتباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيده عددا لان معناه انه عددي فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة أنه ان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ

(ولا في الحطب حزما) لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جزا بضم الجيم بعدها راء مفتوحة وزاي وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما تشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة أقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما أن يكون موجودا من حين العقد الى المحل أو ليس بموجود أصلا أو موجودا عند العقد دون المحل أو بالعكس أو موجودا فيما بينهما أو معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا

ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حلول الاجل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل

ووسعه وكذا كل ما كان ممزا له عن غيره قاطعا للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك) بأن بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى أن لا يجوز السلم فيها أصلا بل لا يجوز بهذا العد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب وكون العرف في شئ من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا أن يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل بنحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا أما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزنا كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتي الوزن كيلا وبهذا تضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضيخان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القت وزنا والرطبة القضب والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه وأما الجرز بكسر الجيم وزاءين أولهما مفتوحة فجمع جرزة وهي الصوف المجزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول (حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعي (وقال الشافعي ومالك وأحمد واسحق (اذا كان موجودا عند المحل جاز) وان كان منقطعا وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم أيضا اطلاق الحديث المتقدم أعني أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطا بسكوته عنه بعد شروعه في

خلافا لمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بأنه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدورا التسليم فلا مانع عن الجواز وأجيب بأن القدرة انما تكون موجودة اذا كان العاقد باقيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بأن الحياة ثابتة فتبقى وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكل في النصاب ليس بشرط في أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك أجيب بأن وجوده كالنصاب ووجوده لا كله ووجوده شرط وجود المسلم فيه كذلك

(قوله وهذا ينقسم الى ستة أقسام الخ) أقول بل الى ثمانية أقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجودا عند العقد وما بعده دون المحل وان يكون موجودا عند المحل وما قبله دون وقت العقد الا أنهما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول فيه تأمل

(ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض

بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظ له عن أبي اسحق عن رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيأ ذلك العام فقال المشترى أو خرك حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع أخذ من نخلك شيأ قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رأيت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما أخرج البخاري عن ابي البختري قال سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بناجز وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع انهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم وأما لزوم وجوده بينهما فالعدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما لا غير احداث قول ثالث أو نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الاداء يتأخر عنه فلا يضطر اليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الوجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل فان أخذ السلم مظنة العدم وبالاخذ بذلك مظنة التحصيل شيأ فشيأ في مدة الاجل وباعتبار المظنة تناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات أرأيت المسلم اليه في الجلود أيذبح عند حلول الاجل الف رأس ليعطي جلودها لرب السلم وكذا الاسمالك المالحة والثياب والاخشاب والاحطاب والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يتحصل له ليعطي ما يخرج له ويشترى الباقي وكثير يأخذون ليستربحوا في رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره أبو بكر الثلجي وتواردوا عليه وفي مبسوط أبي الليث لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يتحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وان كان بسجستان (ولو انقطع بعد المحل) أي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد (لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده) وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته كما لو اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (عن شرف الزوال) فيتخير المشترى (كما لو أبق المبيع قبل القبض) وهذا لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما أخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين فان بهلاكه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان كانت في الذمة لكن الثمن الكائن

(قوله ولو انقطع بعد المحل) يعني أسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده (لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض) في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الآبق وفي قوله والعجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه أن العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا

فيها

قال (ويجوز السلم فى السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خير فى السلم فى السمك الطرى الا فى حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع فى زمان الشتاء حتى لو كان فى بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فى لحم الكبار منها وهى التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم عند أبى حنيفة قال (ولا خير فى السلم فى اللحم عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل

فيها فلوس هى أثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره فى الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادرالة الزرع والثمار أوانا معلوما وكذا الغبرها أوان بكثر وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم فى السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) بأن يقول بورى أو راى وفى أسمالة الاسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لانه) حينئذ (معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت) فى التحفة وأما الصغار فيجوز فيه كيلا ووزنا سواء فيه الطرى والمالح وفى المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذى فيه الملح ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر

بصرية تزوجت بصريا * أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك أنه ليس بردىء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافى قول المغرب الا فى لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح ومليح ولا يلتفت الى قول الراجز * أطعمها المالح والطريا * ذاك مولد لا يؤخذ بلغته وأما الطرى فيجوز حين وجوده وزنا أيضا فاذا كان ينقطع فى بعض السنة كما قيل انه ينقطع فى الشتاء فى بعض البلاد فلا ينعقد فى الشتاء ولو أسلم فى الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير فى السلم فى السمك الطرى الا فى حينه يعنى أن يكون السلم مع شروطه فى حينه كى لا ينقطع بين العقد والحلول وان كان فى بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت فى آحاده وعن أبى حنيفة فى الكبار التى تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم فى لحمها اعتبارا بالسلم فى اللحم فانه يمنع السلم فى اللحم وعن أبى يوسف منع السلم فى الكبار وزنا مع اجازته فى اللحم فان هنالة يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأتى فى السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد فى قوله فى حينه لان الاصطياد يتحقق فى كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود فى بعض البلاد وفى بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد ليرد ما ذكره (قوله ولا خير فى السلم فى اللحم) وهذه العبارة تأكيد فى نفى الجواز كقوله لا خير فى استقراض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأى تحرز عن القطع فى حكم الله تعالى بالرأى بعيد فكل الاحكام القياسية المظنونة معبر عنها فى الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونات لا مقطوعات وأيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله فى حقه ذلك (وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) كأن كونه ذكرا وخصيا وسمينا بعدان بين جنسه من نحو الضأن وسنه ثنى ومن الفخذ أو الكتف أو الجنب مائة رطل وفى الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فنفى أبى حنيفة فيما اذا أطلقا السلم فى اللحم وقولهما ما ذا بينا ما ذكرنا ووجهه انه موزون فى عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جائز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه فى

أن يكون فى المالح أو الطرى فان كان فى المالح جاز فى ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان فى الطرى ان كان فى حينه جاز كذلك وان كان فى غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان فى بلد لا ينقطع جاز وروى عن أبى حنيفة انه لا يجوز فى لحم الكبار التى تقطع اعتبارا بالسلم فى اللحم فى الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة وهو المقدد الذى فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز

بصرية تزوجت بصريا *
يطعمها المالح والطريا

لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام الزرنوجى كفى بذلك حجة للفقهاء قال (ولا خير فى السلم فى اللحم) خير نكرة وقعت فى سياق النفى فتفيد نفى أنواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال أبو حنيفة لا يجوز السلم فى اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا

يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل

فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم أجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى أن عدم الجواز فيه متفق عليه وفى تعليله تأمل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم فى لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تفتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب أنه أسلم فى المنقطع

بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت فى قلة العظم وكثرته أو فى سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفى مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثانى وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به فى وقته أما الوصف فلا يكتفى به

والسلم فى مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يفتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت فى اللحم بسبب العظم فى الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوى وجه التأمل ولابى حنيفة طريقان أحدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى انه تجرى المماكسة بين البائع والمشترى فى ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولا لجهالة تفضى الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضى جوازه فى منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثانى ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدرى انه عند الحل على أى صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه فى مخلوع العظم وهذا هو الاصح (قوله والتضمين بالمثل ممنوع) جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعنى أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تفضى الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به

سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعا ومعلوم انه فيه عظم كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم ولانه ثابت بأصل الخلقة كالنوى فى التمر ولذا جاز السلم فى الالية مع انها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفى الشحم بالاجماع (بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه) لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر فى منعه مطلقا وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا فى لحمه وما يصاد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محمل ما فى الكتاب من المنع مطلقا فى مخلوع العظم فان العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه اذا أسلم فى مائة رطل من لحم الدجاج مثلا أن يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أورا كا أو غير الصدر أو ينص على صدرها وأوراكها فان أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف اغراض الناس ولابى حنيفة رضى الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سلما فى المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للشاهد فى بيع اللحم حالا بعظمه جريان المماكسة بين البائع والمشترى فى العظم حتى ان المشترى يستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه فكيف فى المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم فى مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فلو سمى السمين قد يكون انتهاء الاجل فى فصل الهزال وحاصل هذا الوجه أنه سلم فى المنقطع وعلى هذا لا يجوز فى مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الاصح) لان الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع احداهما كما يثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر فى باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم الا هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه رأى وسط غصب المنتقى ان أبا يوسف روى عن أبى حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحمل عبارة المصنف (أن القبض) أى قبض اللحم القرض (يعاين فيعرف مثله به) أى بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفى به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا أيضا ممنوع بل ذاك مذهبهما وبعد التسليم أى تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابى أنه يضمن بالمثل الا أن ينقطع من أيدى الناس وهو الوجه لان جريان الربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلى فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة فى الضمان منصوص عليها وتمام المعادلة بالمثل لانه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصلى رد العين والمثل أقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لما تذكره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى أجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شئ واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى أجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتأمل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بد وان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما أن يكون قادرا على التسليم في الحال أو لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فبقي على النافي وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المخرج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز ممن عنده اكرار حنطة أجيب بأن السلم لا يكون الا بأدنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي

السلم والقرض أن القبض في القرض معاين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول أما السلم فانما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للموجود عند القبض لمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفى به أي لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولا والمقبوض ثانيا ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقة بين الربويين لجنى نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع (قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال) بان يقول مثلا أسلمت هذه العشرة في كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لاطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر أنهم لا يستدلون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والقرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير أن يدخل في ملكه شئ فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم في شئ فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فليس معناه الامر بالتأجيل في السلم فمنع الحال بل معناه من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو الى أجل فليكن الى أجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان أيضا أمرا بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان الفسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لا شك ان أهل الاجماع فاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيح في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما من عند المسلم اليه حقيقة أو موجودا قادرا هو عليه فقول المصنف (ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذكر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الغرر في

(قوله فيحمل على المقيد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لما نذكره) أقول اشارة الى ما يذكره في حيز فان قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحمل على المقيد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضا العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم ثم قوله لان قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

قال (ولا يجوز الا بأجل معلوم) اذا ثبت اشتراط الاجل فى السلم لابد من كونه معلوما بمارو ينا و بالمعقول وهو أن الجهالة مفضية الى المنازعة كما فى البيع فهذا يطالبه عدة قريبة وذلك يؤديه فى بعيدها واختلف فى أدنى الاجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر برفى يمينه فاذا كان مادون الشهر فى حكم العاجل كان الشهر ومافوقه فى حكم الآجل وقيل ثلاثة أيام وهو ماذكره أحمد بن أبى عمران البغدادى استاذ الطحاوى عن أصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلاثة ثم بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا فى المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما فى العادة أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازى والاول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان قال (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه) لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم فى السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع فيفضى الى المنازعة و يعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا بأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقدمر يعنى فى أول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك لكن لابد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها أما اذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل قال بكسر الزاى لان فعيلا بفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن فى قرب الماء وهو أن يشترى من سقاء كذا كذا قربة بهذا القربة من ماء التعامل قال (ولا فى طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها) لان انقطاعه عن أيدى الناس بعروض آفة موهوم (فتنتفى القدرة عن التسليم)

قال (ولا يجوز الا بأجل معلوم) لمارو ينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما فى البيع والاجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والاول أصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدى الى المنازعة وقدمر من قبل ولابد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا فى قرب الماء التعامل فيه كذا روى عن أبى يوسف رحمه الله قال (ولا فى طعام قرية بعينها) أو ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم

السلم الحال أقل منه فى المؤجل بعد ماذكرنا لا يفيد شيأ أعنى بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض فى الحال فان الغرر قد يحمل فيه لتلك الحاجة وهى منتفية فى السلم الحال (قوله والاجل أدناه شهر الى آخره) فى التحفة لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم فى المبسوط فى مقدار الاجل واختلفت الروايات عنهم والاصح ماروى عن محمد أنه مقدر بالشهر لانه أدنى الآجال وأقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ماروى عن الكرخى أنه مقدار مما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخى من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس فى تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفى الايضاح فان قدر النصف يوم جاز و بعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبى جعفر أحمد بن أبى عمران استاذ الطحاوى وصحح المصنف الاول لانه مروى عن محمد ولانه مأخوذ من مسئلة اليمين وهى ما اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر برفى يمينه فكان مادون الشهر فى حكم العاجل فالشهر ومافوقه آجل قالوا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه و بذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه اذا كان لا يعرف مقداره) أما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ماقدر به فيتعذر الايفاء قال (وقدمر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله و يجوز البيع بأناء بعينه لا يعرف مقداره و بوزن حجر بعينه الى أن قال بخلاف السلم الى آخره وقد روى عن أبى حنيفة أنه لا يجوز أيضا فى بيع العين بالعين لانه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة و بيع الحنطة انما يجوز على أحدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع و يتقدر التسليم فهذا بيع مجازفة ثم لابد (أن يكون المكيال مما لا ينقبض و ينبسط كالقصاع) والحديد والخزف (فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (الا فى قرب الماء فيما روى عن أبى يوسف للتعامل فيه) فانه أجازه وهو أن يشترى من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غيره ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز اذا عين هذه القربة والله أعلم ولكن بمقدارها والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء و يقال زنبيل أيضا (قوله ولا فى طعام قرية بعينها) كحنطة بلدة المفهمين والمحلة ببلاد مصر (أو ثمرة نخلة بعينها) أو بستان بعينه (لانه قد يعتريه آفة فتنتفى قدرة التسليم)

أشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم فى ثمر فلان أمامن ثمر حائط فلان فلا أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولاخفاء فى كونه منه عليه الصلاة والسلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز فى ثمرة قرية بعينها وقوله مال أخيه أراد به رأس المال أى لو لم تحصل الثمرة فبأى طريق يحل رأس المال للمسلم اليه ولو كان النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة أى لبيان ان صفة تلك الحنطة التى هى المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمرانى ببخارى والبساخى بفرغانة جاز العقد فان تعيين الخشمرانى ليس باعتبار أن تكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة الخشمرانى وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا أسلم فى حنطة من حنطة هراة وبين ما اذا أسلم فى ثوب هروى فى جواز الثانى دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروى ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغيرها يسمى هرويا واذا أتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة فى غير هراة أجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بأرض هراة والنابت فى غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة عاد كالاول

والیه أشار علیه الصلاة والسلام حیث قال أرأیت لو أذهب الله تعالى الثمر بم یستحل أحدكم مال أخیه ولو كانت النسبة الى قریة لبیان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمرانى والبساخى بفرغانة قال (ولا یصح السلم عند أبى حنیفة رحمه الله الا بسبع شرائط جنس معلوم) كقولنا حنطة أو شعیر (ونوع معلوم)

قال المصنف (والیه أشار رسول الله صلى الله علیه وسلم بقوله أرأیت لو ذهب ثمرة هذا البستان بم یستحل أحدكم مال أخیه) فان معنى هذا أنه لا یستحق بهذا البیع ثمنا ان لم یخرج هذا البستان شیأ فكان فى بیع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا یصح بخلاف ما اذا أسلم فى حنطة صعیدیة أو شامیة فان احتمال أن لا ینبت فى الاقلیم برمته شئ ضعیف فلا یبلغ الغرر المانع من الصحة فیجوز فهذا الحدیث یفید عدم صحة البیع سواء كان وروده فى السلم أو فى البیع مطلقا والواقع أن معناه ورد فى السلم وفى البیع أما فى السلم فما قدمناه من حدیث أبى داود وابن ماجه فى الذى أسلم فى تلك الحدیقة النخل فلم یطلع شئ فأراد المسلم الیه أن یمنعه الثمن الذى كان أخذه وقال انما النخل هذه السنة حیث قال له رسول الله صلى الله علیه وسلم أخذت من نخلك شیأ قال لا قال بم تستحل ماله اردد علیه ما أخذت منه الحدیث وأما ما فى مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله علیه وسلم قال لو بعت من أخیك ثمرا فأصابته جائحة فلا یحل لك أن تأخذ منه شیأ بم تأخذ مال أخیك بغیر حق فیصدق على كل من السلم والبیع ویمكن أن یكون دلیلا على أن هلاك المبیع یبطل البیع ویوجب رد الثمن فهو دلیل هذه المسئلة أیضا وفى الصحیحین عن أنس أن النبى صلى الله علیه وسلم قال ان لم یثمرها الله فبم یستحل أحدكم مال أخیه هذا (فلو كانت نسبة الثمرة الى قریة) معینة (لبیان الصفة) لا لتعیین الخارج من أرضها بعینه (كالخشمرانى والبساخى) ببخارى وهى قریة حنطتها جیدة (بفرغانة لا بأس به) ولانه لا یراد خصوص النابت هناك بل الاقلیم ولا یتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقلیم وكذا اذا قال من حنطة هراة یرید هراة خراسان ولا یتوهم انقطاع طعام اقلیم بكماله فالسلم فیه وفى طعام العراق والشام سواء وكذا فى دیار مصر فى قمح الصعید والذى فى الخلاصة وذكر معناه فى المجتبى وفى غیره لو أسلم فى حنطة بخارى أو حنطة سمرقند أو اسبیجاب لا یجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم فى حنطة هراة لا یجوز وفى ثوب هراة وذكر شروط السلم یجوز لان حنطتها یتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصیص البقعة فیحصل السلم فى موهوم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبیان الجنس والنوع لا لتخصیص المكان ولذا لو أتى المسلم الیه فى ثوب هروى بثوب نسج فى غیر ولایة هراة من جنس الهروى یعنى من صفته ومؤنته یجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبیان الصفة فقط جاز والا فلا یبینه ما فى الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة لا لتعیین المكان كالخشمرانى فانه یذكر لبیان الجودة لا یفسد السلم وان كان یتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا لا أما السلم فى الحنطة الصعیدیة والعراقیة والشامیة فلا شك فى جوازه وفى شرح الطحاوى لو أسلم فى حنطة حدیثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة فى الحال وكونها موجودة فى وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم (قوله ولا یصح السلم عند أبى حنیفة رضى الله عنه الا بسبع شرائط) تذكر فى العقد وأما عندهما فهى الخمس الاولى ولا شك أن للسلم شروطا غیرها ولكن لا یشترط لصحة السلم ذكرها فى العقد بل وجودها وشرائط جمع شریطة فقول بعضهم فى بعض النسخ سبع وهو الاصح لیس كذلك بل سبعة على تقدیر كون المعدود شرطا وسبع على تقدیرها شریطة وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ لیس الا المشهور سبع شرائط (جنس معلوم لحنطة شعیر ونوع معلوم

قال (ولا یصح السلم عند أبى حنیفة الا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبى حنیفة رحمه الله وعندهما على خمسة فأما المتفق علیه فهو أن یكون فى جنس معلوم حنطة أو غیرها ونوع معلوم

سقية أو بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي تسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة أو رديئة ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيال معروف أو عشرين رطلا وأجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الخ ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع فأما المختلف فيه (فمعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل) بفتح الحاء (ومؤنة) ومعناه ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر أو أجرة حمال فهذان شرطان لصحته عند أبي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لهما قالا في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فأشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتفي بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولابي حنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لايدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيأ فشيأ وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما كالثوب لا يعلم في كم انتقض السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله (أو ربما) وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه (قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الا رأس ماله) واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالمتحقق)

كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة) وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى أن المقصود يحصل بالاشارة فأشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق

كسقية) وهي ما يسقى سيحا (أو بخسية) وهي ما يسقى بالمطر ونسبت الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا (وصفة معلومة كجيد ورديء) وسط مشعر سالم من الشعير (ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم) فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والاصل فيه أي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الحديث نص على شرطي القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط المنافي للمنازعة وقوله (والفقه فيه ما بينا) يعني قوله ولان الجهالة مفضية الى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال اذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط في قدره احتراز عما اذا كان ثوبا لان الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلمه بالزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شيء فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي الى جهالة المسلم فيه وهنا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت أحد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الايفاء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا يشمل البدلين احدى علتي الربا لانفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم وفي التبر روايتان والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لاجل اعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة) أي اذا كان نقله يحتاج الى أجرة ونحوه لثقله (وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان) خلافيتان بينه وبينهما (لهما في الاولى) وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة (يحصل بالاشارة) الى العين الثمن المحل فأغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المحل والاجرة المعجلة في الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه

(الشرعه مع المنافي) اذ القياس يخالفه ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لاسيما على قول من اعتبر أدنى الاجل أكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد أيضا محتمل والمعتبر هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذا وقيل هذه شبهة واحدة لان كلا منهما مبني على وجوده زيفا والاول أظهر (قوله بخلاف الثوب) جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (لان الذرع) في الثوب المعين (صفة) ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيء من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا أسلم مائة في كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته

لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين

كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام مكية ذرعانه بالاتفاق وله ما روى عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤد اليه وما يؤدي الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا بيان تأديته اليه أنه ربما ينفق رأس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به وربما يرده وقد يكون أكثر رأس المال زيوفا فانه اذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند أبي حنيفة لانه لا يجيز الاستبدال في أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر المكيل معلوما لم يدر في كم انتقض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (لشرعه مع المنافي) وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع لذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم أرأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجعول رأس مال مخرقا وسمى عددا من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفا لا ينتقص من المسلم فيه شيء بل المسلم اليه بالخيار ان شاء رضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بأن هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا تخرج الثمرة أجيب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبني على وجود الزيف وتارة بأن السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعنا على أنه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول قال المصنف (ومن فروعه) أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال (اذا أسلم في جنسين) ككر حنطة وكر شعير عشرة مثلا (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودراهم في جنس واحد كبرا أو أسلم تمرا وحنطة معينين في كذا منا من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو (لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في) المسئلة (الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للايفاء

الخز فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت أو أسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما اذا كان مجهولا يبطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة وقالا في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء

لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روى عن محمد رحمه الله أن المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان (٣٤٠) آخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده اشتراها في المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيدا لم يذكر في التعليل ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء بصريح يخالفها يبطلها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال

لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة

(لوجود العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود أو هو مفسد على ما هو رواية عن أحمد رحمه الله وصار كانصرافه الى غالب نقد البلد مما يسمى نقدا غيره فينصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيهما معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو أول أوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم أو للاداء على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره أن التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كأول أوقات الامكان والحاقا أيضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر أو خارجه أجيب بالفرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها فاذا شرط حملا فقد شرط عملا في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستأجرا معافهو صفقة في صفقة فيفسد أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود عليه دين لا عين فانما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائعا وآجرا ورد أيضا في الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت خوابي الحنطة في بيت واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه في الابعد وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين أجاب بأنه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين اذا كان (ولابي حنيفة أن التسليم) في السلم (غير واجب في الحال فلا يتعين) مكان العقد (بخلاف القرض والغصب) فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال وكذا الدفع قياسه على رأس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قالا من أن وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى أمر آخر تعيين مكانه (فاذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة لان

أبو حنيفة أرأيت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا لجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان

(قوله لان العقد الموجب الى قوله ولانه لا يزاحمه) أقول والظاهر عندي أن المجموع دليل واحد للمدعى اذ لا يتم أحدهما الا بالآخر فليتدبر (قوله قال أرأيت لو عقدا عقد السلم الخ) (قول ناظر الى قوله ولأبي حنيفة يعني قال أبو حنيفة أرأيت الخ)

(وعن هذا) أي عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التخالف) عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين (وقيل على عكسه) أي لا يوجب التخالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجبه لان تعين المكان قضية العقد أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التخالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشترى شيأ بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول أصح (وهو اختيار شمس الائمة) لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استأجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسلم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما دارا وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال (ومالم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء الخ)

وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه عنده يوجب التخالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيأ له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال (ومالم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع) لانه لا تختلف قيمته (ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه)

المسلم يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترتفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف رأس المال لان تسليمه واجب للحال فافترقا والحاقه بالاعم في تعين أول الاوقات بلا جامع لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقهما بالاستهلاك والفرض ظهور الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن في العين محل النزاع لان أبا حنيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف وبرأس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفي الكالئ بالكالئ فلو عقدا السلم ومشيا فرسخا ثم سلمه اليه قبل أن يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك لانه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الايجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة الا سمعا (قوله وعن هذا) أي وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التخالف عنده كما لو اختلفا في صفة الثمن أو الثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا في جودته ورداءته وقيل على عكسه أي لا يوجب التخالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتخالفان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التخالف فالاختلاف فيه يوجب التخالف بالاجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز اذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل في بيع العين (والاجرة) بأن استأجر دارا مثلا بما له حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيما (اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيأ له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن) بالاجماع (والصحيح أنه يشترط) عنده (اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار) في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الاجارة (للايفاء) (قوله ومالم يكن له حمل ومؤنة) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافقد يسلم في امنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي (ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) وكل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأتى التسليم فيه وما لا بأن أسلم اليه درهما في مركب في البحر أو جبل فانه

قد تقدم بيان ماله حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو أمر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على أن بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه

قال المصنف (لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) أقول هذا الايلائم لما ذكره أبو حنيفة في تعليل المسئلة الثانية فتأمل

روايتان في (رواية الجامع الصغير وبيوع الاصل) يتعين لانه موضع الالتزام فيرجع على غيره وذكر في الاجارات (يوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه) (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز ان يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا تختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلأن السلم أخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم

يجب في أقرب الاماكن التي يمكن فيها منه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط وذكر في الاجارات من أصل المبسوط (يوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح) والاصح من قول الشافعي أيضا (لان الاماكن كلها سواء) اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله مؤنة فان الحنطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشترى في المصر بأكثر مما يشترى في السواد (ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الاصح وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في التحفة (ثم لو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا أن يبين لانه مفض الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله الى منزله لا خير فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم الحمل الى منزله أما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده عليه ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدا تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان) رأس المال (من النقود فلانه) لو لم يقبض (افترقا عن دين بدين) لانها لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ) أي النسيئة بالنسيئة الا أن مالكا رحمه الله يجيز التأخير ويقول اذا لم يشرط التأجيل لا يخرجه الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعي وأحمد (وان كان عينا) ففي القياس

خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض ثم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد أما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ أي النسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلأن السلم أخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمائها لغة وهذا

لا يشترط

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة) أقول لا يخفى عليك بعد هذا القيل (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعني اذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا

وجه الاستحسان والقياس جوازه لان العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لابد من تسليم رأس المال ليتقلب أي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أي ولاشتراط القبض (قلنا لايصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبنى عليه فهو مانع عن المبنى وكذا لايثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين فلو رد المأخوذ عادا الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا الى مالا يتناهى فاذا لم يفد فائدته لايجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ

ولانه لابد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لايصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لايثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لايمنع تمام القبض

لايشترط تعجيله لان عدم تسليمه لايؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبئ عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعها في الاصل لأخذ عاجل بآجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لو فرضنا أنها صارت اعلاما فأصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التعجيل (ولانه لابد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذا لفرض افلاسه وحاجته الى العقد لافلاسه فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى الاجل (و) لهذا أي لاشتراط التسليم قلنا لايصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم) الذي هو الملك وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قولهما هو ملك متزلزل فانه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بقضية السبب بل السبب وجد مطلقا لامانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير فاذا أجاز تحققت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لايصح ولايتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لايثبت فيه) أي في السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما أتى به ينفسخ لانا لانسلم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سيأتي وأما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لانه لايمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا أو قيميا (بخلاف خيار العيب) في المسلم فيه فانه يصح (لانه لايمنع تمام القبض) لان تمامه بتمام الصفقة وتمامهما بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد

القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد

عينا فيه اشكالان أحدهما أن الضمير في قوله فيه اما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه لاسبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال لايفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لامدخل له في ذلك فكان أجنبيا والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان دينا في الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب ان لايفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لانسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لايمنع تمام

وجه الاستحسان) أقول أشار بقوله هذا الى قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل (قوله والقياس جوازه الخ) أقول اذا كان رأس المال عينا قال المصنف (ولانه لابد من تسليم رأس المال) أقول في دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لايخفى ثم اعلم ان قوله ولانه لابد الخ في قول الشارح معطوف على قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبني عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا عن القبض نفسه لاعن تمامه (قوله أحدهما ان الضمير في قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لايثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود الى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو اما أن يكون رأس المال قائما أو لا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء أسهل من الابتداء والجواب أنه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز خلافا لزفر وقدم نظيره وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر قال (وجملة الشروط جمعوها) جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الايفاء كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا (فان أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منهادين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في احداهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحا أما اذا أطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصا بالدين فلا اشكال في طروه كما لو باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بالحصة طارئا وأما اذا أضاف الى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء ألا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله (مائة منهادين على المسلم اليه) لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقدم نظيره (وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منهادين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذا السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ألا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

(قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز) السلم (خلافا لزفر) وانما قيد ببقيام رأس المال لانهما لو أسقطاه بعد انفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالاهلاك صار دينا في ذمة المسلم اليه فلو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا وقول الشافعي ومالك كقول زفر (وقدم نظيره) في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعوها الى آخره) فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية فان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من أيها شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمى مؤيدية يعطيه الاشرفية والحقيقة لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الايفاء يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطا عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيوانا وانتقاد رأس المال اذا كان نقدا عند أبي حنيفة خلافا لهما وان لا يشمل البدلين احدى علتي الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كر حنطة (منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافا لزفر رحمه الله وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وأيضا فقد جعل قبول العقد في صحة الدين شرطا لقبوله في صحة النقد فهذا شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ فلا يشيع في غير محل المفسد أما ان أضاف العقد الى مائتين مطلقا بأن قال أسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احداهما الدين فظاهر وأما ان أضاف الى الدين والعين جميعا بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيهما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو قيده بدليل من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لامر آخر وهو أنهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعا بلا ثمن بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف كون

قال (ولا يجوز التصرف فى راس المال والمسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف فى رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالئ بالكالئ فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا فى المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشترى فرأس المال ان كان مثليا جاز أن يبيع مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا بمن عنده ذلك الثمن (ولا تجوز الشركة) وهو أن يشترك شخص آخر فى المسلم فيه (و) لا (التولية) وصورتها ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعد ما دخلا فى العموم لانهما أكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة معروف فانه يولى غيره ما تولى (فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشترى من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) يعنى حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص فى ذلك (ولانه أخذ شبها بالمبيع)

قال (ولا يجوز التصرف فى رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثانى فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا تجوز الشركة والتولية فى المسلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقايلا السلم لم يكن له أن يشترى من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى عند الفسخ ولانه أخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه

كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على الاجنبى ليست مالا فى حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول فى الفاسد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين وكان الفساد طارئا بلا شبهة * وقال فى المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد * هذا ودين ذاك فالكل فسد

ان لم يبين قسط ذا وقسط ذا * والبر فى الشعير والزيت كذا

فاستشكلت على مسئلة الكتاب فقيل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر فى الهداية واستشكله صاحب الحواشى على قول أبى حنيفة لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد فى أحدهما يفسد فى الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الى آخره قال الا أن هذا فى الفساد المقارن الذى تمكن فى صلب العقد لا فى الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد فى نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين فى المصفى بأن هذا يقتضى أن لا يفسد فى النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضا ثم قال يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهى المسئلة التى قدمها المصنف تفريعا على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال الا أن على هذا الحاجة الى تقييد المنظومة بكون أحدهما دينا فانه لو كان عينين فسد فيهما لذلك أيضا (قوله ولا يجوز التصرف فى رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض أما الاول) وهو رأس المال فانما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما فى ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق (وأما الثانى) وهو المسلم فيه (فانه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز) لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به أما الودفع المسلم اليه ما هو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك بعض حقه واسقاطه فى حق رب السلم ومن جنس القضاء فى حق المسلم اليه وقول القدورى بعد ذلك (ولا تجوز الشركة و) لا (التولية) مع دخولهما فى عموم التصرف فى المسلم فيه لقرب وقوعهما فى المسلم فيه بخلاف المرابحة والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين وفى الوضيعة اضرار برب السلم فيبعد وجودهما بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هى معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده فى بيع العين والسلم (قوله فان تقايلا السلم لم يكن له) أى لرب السلم (أن يشترى من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم فى شئ فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضى أن لا يأخذ الا هو ورواه الترمذى وحسنه وقال لا أعرفه

(قوله لا يجوز التصرف فى رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم) أقول يعنى ان القبض شرط صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك يعنى حالة البقاء وعند الفسخ) أقول قوله حالة البقاء ناظر الى قوله الا سلمك وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك

(لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث) وهو الشرع والبيع يقتضى وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك (لسقوطه) بالاقالة (ف) لا بد من (جعل رأس المال مبيعا) ليرد عليه العقد والا لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا أمكن أن يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما أشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال فى المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء أجاب بقوله (لانه) أى لان عقد الاقالة (ليس فى حكم الابتداء من كل وجه) لانه بيع فى حق الكل والاقالة بيع فى حق ثالث (٣٤٦) لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض فى الاول اشتراطه فى الثانى بالضرورة فان ثبت بالتنبيه وهو ان اشتراط القبض فى الابتداء كان للاحتراز عن الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغنى عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك فى مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقى رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله فى أول الكتاب ويجوز بأى لسان كان سوى الفارسية وهى طريقة قوله ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم * بهن فلول من قراع الكتائب (قوله وفيه) أى فى جعل رأس المال بعد الاقالة مبيعا (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار دينا فى ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم فى كر فلما حل الاجل الخ) رجل أسلم فى كر من الحنطة وهو ستون قفيزا (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض فى يد رب السلم كان من مال المسلم اليه

وهذا لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا أنه لا يجب قبضه فى المجلس لانه ليس فى حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء

مرفوعا الا من هذا الوجه وأخرجه الدارقطنى عن سعيد الجوهرى وعلى بن الحسين الدرهمى باللفظ المذكور وقال اللفظ للدرهمى وقال ابراهيم بن سعيد فلا يأخذ الا ما أسلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفى ضعفه أحمد وغيره والترمذى يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا أسلفت فى شئ فلا تأخذ الا رأس مالك أو الذى أسلفت فيه وأسند عن أبى الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ الا سلمك يعنى حال قيام العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أى كونه أخذ شبها بالمبيع (بسبب (أن الاقالة بيع جديد فى حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع الى القبض ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الاقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن هنا لان بالاقالة يسقط المبيع لانه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود لكنها قد صحت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا وأورد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة فى المجلس ولم يلزم بالاجماع فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعنى عقد الاقالة (ليس فى حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترقا عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا له (وفيه خلاف زفر) أى فى منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز أن يشترى به ما شاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال دينا عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال (والحجة عليه ما ذكرنا) من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس (قوله ومن أسلم فى كر) وهو ستون قفيزا أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بأن

اكماله

(قوله فيما هو بيع من وجه دون وجه) أقول وهو الاقالة (قوله لأن عقد الاقالة ليس فى حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع فى حق الكل) أقول ضمير لانه راجع الى الابتداء (قوله وهى طريقة) أقول ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة

وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء

اكتاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه له) أي للمسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له) أي رب السلم للمسلم اليه (ثم اكتاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشترى (وهذا هو محمل الحديث على ما مر) في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المصنف ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذان عقدان ومشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشترى كاله لنفسه بحضرة المشترى الثاني فقبضه الثاني لا بد من أن يكيله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندي ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا لان الفرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآمر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب ففاعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قول فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز وقوله (والسلم وان كان سابقا الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال بيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشرائه من بائعه (وانه) أي قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة) واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كي لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو أسلم مائة في كر ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلا عند القبض كأنهما جددا عقدا ومثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بارث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة وتجوز به بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدا والسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب اعادة العد في بيع المعدود

(وان أمره أن يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل) الاولى صفقة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفقته مع رب السلم (فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر) في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما يتبين (قوله والسلم وان كان سابقا) جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا تتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهي وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك (لكن قبض المسلم فيه لاحق) وقبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع) لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل

(و) ان (كان) الكر (قرضا فأمر) المستقرض المقرض (بقبض الكر) ففعل (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة) ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشئ بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا (٣٤٨) لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض (مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان) وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد قال (ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن) له (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكيل) يصادف ملك الآمر اذ حقه في الدين لا في العين فلا (يصح) الامر (وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشترى غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لاستحالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلا عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشترى حكما لما وقع فيها صار في يد المشترى (قوله ألا ترى) توضيح لتملكه بالبيع فانه اذا أمره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشترى) واذا أمره أن يصبه في البحر في السلم لانه ففعل هلك من مال المسلم اليه (وفي الشراء من مال المشترى) وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا أنه ملكه لما صح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أي ولان الامر قد صح (يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

وان لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشترى لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشترى ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح

بعد شرائه عدا هذا (فلو لم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكر) ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيلان لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشئ بجنسه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل (قوله ومن أسلم في كر فأمر رب السلم المسلم اليه أن يكيله له في غرائر رب السلم) والموضع موضع الاضمار فيهما لكنه أظهر لدفع الالتباس (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كان فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا الغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع) الدائن اليه كيسا (ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا) هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي أنه يصير قابضا لان أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي بهما خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بحالها) أي دفع المشترى غرائره للبائع وأمره أن يكيلها فيها ففعل بغيبته (صار قابضا لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) وتظيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشترى البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشترى فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشترى وتقرر الثمن عليه ومثله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشترى البائع به كان قابضا فيهلك (من مال المشترى لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل) الواحد (في الشراء في الصحيح

لان البائع نائب عنه فى الكيل) فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسلما أجاب بقوله (والقبض بالوقوع) أى وتحقق القبض بالوقوع (فى غرائر المشترى) فلا يكون مسلما ومتسلما وانما قال فى الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى وقدم قبل باب الربا (ولو أمر المشترى البائع أن يكيله فى غرائر البائع ففعل لم يصر) المشترى (قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر فى يده) لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله فى ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا لانه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم

فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين) أى المسلم فيه والعين وهو المشترى فيها فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أولا الدين أو العين فان كان الثانى (صار) المشترى قابضا لهما جميعا أما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر ورد بأنه لا يصلح نائبا عن المشترى فى القبض كما لو وكله بذلك نصا وأجيب بأنه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وأما الدين فلا تصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض (كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشكل بالصبغ فان الصبغ والبيع اتصلا بملك المستأجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه فى الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا وان كان الاول لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه فى الدين لا فى العين وهذا عين فكان المأمور بجعله فى الغرائر متصرفا فى ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر (وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبى حنيفة فينفسخ العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشترى فلا ينقض البيع أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشترى بل الخلط على وجه يصير به الآمر قابضا هو الذى كان مأذونا به وفى عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضى به جزما واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز أن يقال كلامه فى قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط غير مرضى به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما)

لانه نائب عنه فى الكيل والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى ولو أمره فى الشراء أن يكيله فى غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر فى يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله فى ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشترى ان بدأ بالعين صار قابضا أما العين فلصحة الامر فيه وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبى حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لانه نائب عنه فى الكيل والوقوع فى غرائر المشترى) وقوله فى الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى الا بكيلين على ما مر قبل باب الربا ولو كان فى البيع أمر المشترى البائع أن يكيله فى غرائر البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا (لانه استعار غرائره ولم يقبضها) فلم تتم الاعارة لانها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض (فلم تصر الغرائر فى يده فكذا ما يقع فيه) على تأويل الظرف ونحوه (وصار كما لو أمر المشترى البائع (أن يكيله ويعزله فى مكان من بيت البائع) ففعل بغيبته لم يصر قابضا (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معينا بعد حلول السلم فأمره أن يكيل فى غرائر المشترى كليهما ففعل بغيبته إن بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشترى قابضا لهما (أما العين فلصحة الامر فيه) لانه لاقى ملكه (وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض (أن يزرعها فى أرض المستقرض وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار) ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وان بدأ بالدين) فكالة فى الغرائر (لم يصر قابضا) أما فى الدين فلعدم صحة الامر) لما قلنا (وأما) فى (العين فلانه يخلط مال المشترى) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكا له عند أبى حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكا لانه بأمره أجاب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكا يصير المشترى (بالخيار ان شاء نقض البيع) لعيب الشركة وان شاء شاركه فى المخلوط) وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضا به أجيب بأن المعقود عليه ثمة

قال (ومن أسلم جارية فى كر حنطة الخ) رجل أسلم جارية فى كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية فى يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفى السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء أسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكأن أحد العوضين كان قائما فلا يرد ما قبل ان الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين فى المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم فى الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة فى البيع عند هلاكها بهلاكها وابتداء وما فى الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال (ومن أسلم الى رجل دراهم فى كر حنطة الخ) اذا اختلف المتعاقدان فى صحة السلم فمن كان منعتا وهو الذى ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذى ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان أنكر الصحة وعلى هذا اذا أسلم رجل فى كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت ردا أو قال رب السلم لم تشترط شيأ فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحد بذلك واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر أقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على رأس المال

قال (ومن أسلم جارية فى كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفى السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء لان البقاء أسهل واذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها (ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة) لان المعقود عليه فى البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم الى رجل دراهم فى كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت ردا أو قال رب السلم لم تشترط شيأ فالقول قول المسلم اليه) لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال فى العادة

الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية فى كر حنطة) حاصل هذه والتى بعدها الفرق بين الاقالة فى السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة ففى السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع الى أن يقبض ففى السلم المبيع قصدا هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت انفسخ فى الجارية تبعا فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلا لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هى المعقود عليه فى البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية فى ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان العرض الآخر باقيا لان كلا منهما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم الى رجل الى آخره) الاصل فى هذه المسائل انهما اذا اختلفا فى الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعى الصحة أيضا اذا اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر وقالا القول قول المنكر وان أنكر الصحة اذا عرف هذا حئنا الى المسائل (أسلم الى رجل فى كر فقال المسلم اليه شرطت ردا وقال رب السلم لم تشترط شيأ فالقول قول المسلم اليه) بالاتفاق وهو قول الشافعى (لان رب السلم متعنت) لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لانه) على كل حال (يربو على رأس المال فى العادة) وان كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل

(قوله ومن كان مخاصما وهو الذى ينكر) أقول لا يخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وان كان خصمه هو المنكر ظاهرا ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجىء (قوله لانه رب السلم متعنت فى انكاره صحة السلم لان المسلم فيه الى قوله فانهما لما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعا بتمام المقصود بدونه

بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا كان جيدا وأما اذا كان رديأ فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وهو باطلاقه يقتضي أن يكون القول قول المنكر وان أنكر الصحة والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في المبايعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك أقوى دليل على ربا المسلم فيه وان كان رديأ والاعتبار للمعاني دون الصورة فنكر صحة الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وان انعكست المسئلة وهو أن يدعي رب السلم الوصف وأنكره المسلم اليه لم يذكره محمد (٣٥١) في الجامع الصغير والمتأخرون من المشايخ (قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان أنكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقاله وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقاله عليه فيكون القول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر

وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان أنكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقاله وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقاله عليه فيكون القول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر

بذا الاجل ولولا انه يربو عليه وان كان أجلا لم تطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض وأما التوجيه بأن الظاهر الصحة الى آخره فيخص أبا حنيفة تمشيته في غير هذا المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر وهما لا يقولان ان القول لمدعي الصحة دائما ليعلل هنا بظهورها في مباشرة العاقد (وفي عكسه) بأن ادعى رب السلم شرط الردىء وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا لم يذكره محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة) وهو قول الشافعي (لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا) وكلامه خصومة (وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان أنكر الصحة) وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسئلة التي تلي هذه (ولو قال (المسلم اليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم) أي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه (وهو الاجل) لان الاجل لترفيه المسلم اليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعي الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا الايراد هو وجه القياس فأجاب عنه المصنف بقوله (والفساد لعدم الاجل ليس متيقنا) حتى يكون انكاره انكار الصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لانه ليس بلازم قطعا (بخلاف عدم الوصف) كالرداءة ونحوها على ما تقدم فانه ملزوم قطعا للفساد (وفي عكسه) وهو أن يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه) وهو زيادة الربح الكائن في قيمة المسلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار (كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر

جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى أن يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو أن يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان أنكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر

(قوله وان كان رديأ) أقول مسلم اذا علم اشتراط العاقدين رداءة المسلم فيه (قوله فنكر صحة الصورة الخ) أقول الاصوب أن يقال فالمدعي صورة منكر في المعنى ليطابق السؤال والاستشهاد (قوله لكنه مدع) أقول ان له حق الفسخ

استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول قول المسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت كانت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند

الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكأن المضارب يدعي استحقاق شئ في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر بالوغ المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد ورد عليه لان رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات واردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقل دموعه

استحقاق الربح وان أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه نعتنا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان أنكر الصحة

استحقاق) زيادة (الربح) وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا (وعند أبي حنيفة القول للمسلم اليه) وهو قول الشافعي (لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا) اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعا ولان شرط الشئ تبع له فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود أو بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود (بخلاف المضاربة) لانه أي عقد المضاربة (ليس بلازم) ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شرائه برأس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له (أما السلم) عقد (لازم) فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعي الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صارا جارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدعي الفساد يدعي الاجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يحنث به في يمينه لا بسلم في شئ فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم يقل اختلفا في نوع العقد أجيب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعي الفساد لان أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف آخر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الاصول فيما اذا زوج الفضولي أختين في عقدين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف أوله على آخره بوجود المغير في آخره وان كان بحرف العطف وأوردا أيضا بما اذا قال تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد

(قوله والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه) أقول لشرائط العقد أو لشرائط صحته الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته والثاني غير مسلم

قال (ويجوز السلم فى الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة) لانه أسلم فى معلوم مقدور التسليم على ماذكرنا وان كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه أيضا لانه مقصود فيه

بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعى فساد العقد أجيب بأنه ما أقر بأصل العقد بل أنكره حيث أسنده الى حال عدم الاهلية * واعلم أن انكار الاجل على ثلاثة أوجه أحدها فى أصل الاجل وهى مسئلة الكتاب والثانى فى مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعى الاقل مع يمينه فان قامت بينة للمدعى الاكثر قضى بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث فى مضى الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن أقام بينة قضى له فان أقاما فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف فى مقدار الأجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس فى المعقود عليه ولا فى بدله بخلاف الاختلاف فى الصفة يعنى انه ماهو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفى الخلاصة اذا شرط فى السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وأنكر الطالب فالقاضى يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفى فان قالا جيد أجبر على القبول واذا اختلفا فى السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين المطلوب عند أبى يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضى بها وان قامت لهما بينة قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبى يوسف والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال اما عينان أو دينان وكل وجه على ثلاثة أوجه اتفقا على رأس المال واختلفا فى المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا فى المسلم فيه لاغير فقال الطالب هذا الثوب فى كر حنطة وقال الآخر فى نصف كر أو فى شعير أو فى الحنطة الرديئة وأقاما قضى ببينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا فى رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على المسلم فيه انه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب فى كر حنطة وقال الآخر فى كر شعير وأقاما البينة قضى بالسلمين فحمد مر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا على رأس المال واختلفا فى المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبى يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم فى كرى حنطة وقال الآخر خمسة عشر فى كر وأقاما فعند أبى يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر فى كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر فى كر وعقد بعشرة فى كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغى أن يقضى بسلمين كما فى الثوبين وفيها أسلم فى ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدنى دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذرعيا ففى الكيلى فان أسلم فى عشرة أقفزة فجاء بأحد عشر وقال زدنى درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقالة فى البعض فيجوز كما فى الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أردأ فأعطى درهما لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقدمنا انه فى الاردا والاجود يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شئ آخر وفى الثوب ان جاء بأزيد بذراع وقال زدنى درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بأنقص فرد معه درهما لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصة فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بأنقص وصفا لا يجوز ولو بأزيد وصفا جاز الكل فى الاصل (قوله ويجوز السلم فى الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه أسلم فى معلوم) والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف فى هذا بل فى اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عندباقى الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا

قال (ويجوز السلم فى الثياب الخ) السلم فى الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه ونخانته لانه أسلم فى معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لابد من بيان وزنه أيضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتى وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بعرادلا محالة وأما فى الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله اشتراط الوزن فى الوذارى وما يختلف بالثقل والخفة

قال (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العددي الذي تتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلئ والرمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لافضائه الى النزاع وفي الذي لا تتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيه لانه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر) اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره

(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما) لانه عددي متقارب لاسيما اذا سمى الملبن قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يفضي الى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة (ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك اذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للاجماع الثابت بالتعامل

يجوز في البسط والاكسية والمسوح والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والثقل من الثياب عرفا كالوذاري يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا في المنتقى اذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفى بتعريفها في البيع غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع وفي الطول يذكر عدد الذرعان يجب أن يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده ان كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا أن يكون أحدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم أن لا يجوز بيعها بجنسها جزافا فلذا ذكر القدوري أن بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كاواني الصفر (قوله ولا يجوز السلم في الجواهر) بلا خلاف الا لمالك (ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا) في المالية فان الجوهرتين قد يتحدان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزنا (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما) لانه عددي متفاوت اذا سمى الملبن وقوله (لاسيما اذا سمى الى آخره) يعطي أنه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل اذا سمى يكون أحسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من أتون وفي عرف بلادنا يسمونه قمينا أو قميرا وهو الذي يبنى ليشوى فيه الآجر والحجارة تعمل حيرا لانه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالمتفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته الى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع اذا بين طولا وعرضا وغلظا والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه أهل العرف شنيفا (قوله ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا (قوله وان استصنع شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة

جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشتمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة أولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة (ولا بأس بالسلم في طست أو قمقم أو خفين أو نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه) أي لا يجوز كذا لان الجواز خير فينتفي قال (وان استصنع شيأ من ذلك بغير ذكر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجيء انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيأ صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم وهو لا يخلو اما أن يكون فيما فيه تعامل واليه أشار بقوله شيأ من ذلك أي مما تقدم من طست وقمقم وخفين أولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجيء والاول يجوز استحسانا

(قوله أحدهما انه عكسها الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكلي في الثاني لانتفاء الشرط فتأمل

والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له أجل اليه أشار قوله بغير أجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان فيها للناس تعاملا وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع أو عدة والصحيح أنه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة أنه سماه في الكتاب بيعا وأثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوبا بغزل من عنده (٣٥٥) أو الخياط أن يخيط له قميصا بكر باس من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة ألا ترى أنهما اذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز أن يكون بيعا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا أجاب (بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما) كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع أجاب (بأن المعقود عليه

وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز

كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيأ فيعقدا الآخر معه جاز استحسانا تبعا للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لانه استئجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصبغ ثوبك أحمر بكذا لا يصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا عملا كالغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا للتعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجم صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه بمئزر ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ملء الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخيط قميصا بغزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور مواعدة وانما ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفسادها مع التعامل لثبوت الخلاف فيها في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها واثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بأنه لو كان بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما ذكره في جامع قاضيخان وأجيب بأن للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع

(قوله ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول أي في رواية عن أبي حنيفة (قوله ألا ترى انهما اذا تبايعا الخ) أقول وللحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتر لما لم يره فخير لذلك وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشتريا لما لم يره فلا وجه لخياره الا ما قررناه فتأمل (قوله فان قيل انما يصح ذلك الخ) أقول الحصر ممنوع فانه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجودا الا أن يقال المشار اليه بقوله ذلك كونه بيعا لا اعتباره موجودا

من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل أي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة أجيب بأن الصبغ أصل والصبغ آلته فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وههنا الاصل هو العين المستصنع المعاوض للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (الا باختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه الخ) أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه لأنه اشترى مالم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع باع مالم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الأصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله ألا ترى أن الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أجيب بجواز أن يكون الرضا (٣٥٦) على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك

ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه) لانه اشترى شيأ لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع مالم يره وعن أبي حنيفة رحمه الله ان له الخيار أيضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف انه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه ربما لا يشتري به غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم الجواز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ضرب فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينبئ عنه كما قلنا والادیم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرنا من قول محمد لانه اشترى مالم يره ولذا لو جاءه مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وانما نيط له بموت الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على

لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها الا في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها الان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز اعطاء الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير أجل في أول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكره على سبيل الاستمهال أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه ذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي أن يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول (بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لانه بائع باع مالم يره (قوله اختيار بعض المتأخرين الخ) أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا الا انه لا منافاة بينهما فتأمل (قوله وفيه نظر لأن غير الاب الخ) أقول لا يخفى عليك ان ما كل هذا النظر الناظر على السند الاخص وانه لا يجدي نفعا (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف

ولابى حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم) وتقريره لانسلم أن اللفظ محكم فى الاستصناع فان ذكر الاجل أدخله فى حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم أولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه (وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

ولابى حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لاشبهة فيه وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

﴿مسائل منثورة﴾

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء) وعن أبى يوسف أنه لايجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به

اعطاء المسمى أجيب بأنه انما لم يجبر الصانع لانه لايمكنه الا بانلاف عين له من قطع الادم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر ألاترى أن المزارع له أن لايعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لايمكنه المضى بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لان هذه الاجارة فى الاخرة كثير اعمالها ره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهى فى الجواز لا اللزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالاصح أنه لاخيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لانه بالاخرة بائع والله أعلم

﴿مسائل منثورة﴾

المسائل التى تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسائل منثورة أى متفرقة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم فى ذلك سواء) هكذا أطلق فى الاصل فشى بعضهم على اطلاقه كالقدورى وفى نوادر هشام عن محمد نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبى يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى فى المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل فى النوادر أنه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لايجوز بيع الكلب العقور الذى لايقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول فى الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لايقبل التعليم والاصطياد به لايجوز قال والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغى أن لايجوز بيع النمر بحال لانه لشره لايقبل تعليما وفى بيع القرد روايتان عن أبى حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية أبى يوسف بالمنع وقال أبو يوسف أكره بيعه لانه لامنفعة له انما هو للهو وهذه جهة محرمة وجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبنى على أن كل مايمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهى منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها فى الادوية وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين وأما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا للتراب

أى هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها ههنا قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) بيع الكلب وكل ذى ناب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم فى رواية الاصل أما الكلب المعلم فلا شك فى جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لانه منتفع به حقيقة وشرعا فيكون مالا وأما غير المعلم فلانه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول فى بيته ويخبر عن الجانى بنباحه فساوى المعلم فى الانتفاع به (وعن أبى يوسف أن بيع الكلب العقور) أى الجارح (لايجوز لانه غير منتفع به) ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وأمر بقتله قلنا كان قبل ورود الرخصة فى اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع

وعدم جواز خيار الرؤية (قوله يريد به أن فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف لما أسلفه فى رأس الصحيفة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزارعة ثم أقول قال الاتقانى فى تعليل الشبهة لأن الشافعى ينكر الاستصناع انتهى وأنت خبير بأن قول الشارح أقرب من قول الاتقانى

(وقال الشافعي لايجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب) السحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد (ولانه نجس العين) بدلالة نجاسة سؤره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لايجوز بيعه

لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا (ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية) وهي التي تحرس المواشي واعترض بأن الدليل أخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لاغير وأجيب بأن ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى الخصم وأما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال يدل على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة

وقال الشافعي لايجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية

المخلوط بخلاف الدم يمتنع مطلقا (قوله وقال الشافعي لايجوز بيع الكلب) مطلقا سواء كان للصيد أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لاينبغي أن يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا أو أعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان وجه قوله ماروى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن ثمن الكلب (ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع يرفعته) فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية) وهو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روي أيضا عن جابر مرفوعا ولايصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى أجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل ويخرج من العام مرة أخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لايظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تتأتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعليل ولانسخ بقياس فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنفع لاتربو عليه مفسدة ويدعى في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لان منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ماسواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم أعني شمول المنع فيحتاج بعده الى دليل المذهب وليس الا الوجه الثاني وعلى تقرير ناتم الاول أيضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى في كلب بأربعين درهما ولم يخصص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا لايعرف الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى

في

(قوله وترك التاء الحاقا الخ) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض (قوله كقولهم ملحفة جديد) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحفة باللحاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما الخ) أقول ولو سلم فهذا حكاية حال فلا عموم له

(ولانه منتفع به حراسة واصطيادا) لف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالية عينه كالآدمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال وأجيب عن الاول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعا فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كاباحة لحمه (٣٥٩) حالة المخمصة واذا ثبت أن مناط

ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولانسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع

في كلب ماشية بكبش وثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها ليسلا على العموم خطأ ظاهر وثالثا هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا) يعني مالا مملوكا متقوما أما كونه مالا فلان المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعته المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأما انه مملوك متقوم فلانه محرز مأذون شرعا في الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما مأذون فيه شرعا اذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الامر بقتل الكلاب كان أمرا محققا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن أبي بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال مالي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روي من التشديد في سؤرها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثاني على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه) بل منع البيع يمنع الانتفاع شرعا ولهذا أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شربها قال لا فال فسارا نسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم سارر ته قال أمرته ببيعها فقال ان الذي حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها وأخرج البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة

الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانها لا ينتفع بها (قوله والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ما روي عن ابراهيم أنه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي انتسخ فانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن في الحقيقة لا يكون الا في المبايعة (قوله ولانسلم نجاسة العين)

جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجيء

(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أي في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي (قوله والثمن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول له أن يقول اطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته وقرينة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت كما في مهر البغي وفي حرم بيعها وأكل ثمنها

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير الخ) بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس أن رجلا من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فأهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر ان الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) قال محمد في الاصل لا يجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذا كل ما يكال أو يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في البيوع بمنزلة أهل الاسلام واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما أموالا متقومة في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان) صورته أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع الا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال (الا في الخمر والخنزير خاصة) فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم علي أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن)

وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكالا على جواز بيع السرقين اللهم الا أن يقال لا شك انه لا بد من تقدير في نحو حرمت الخمر فانا بينا في الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقدر اضافته الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيأ يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه وأكل ثمنه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر أما هذا الحديث فانما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا أحكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين (الا في الخمر والخنزير) فانا نجيز بيع بعضهم بعضا الخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن اسرائيل بن ابراهيم عن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا تجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف (قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم علي أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب للكل سواء كان

(قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسيجيء هذا الحديث في كتاب الغصب أيضا (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم) أقول مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه

والفرق بينهما ماذكره بناء على الاصل المار (ان الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله لانه) أى الالحاق (تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشترى بتلك الزيادة شيأ بأن زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها) فصار الفضل فى ذلك كبدل الخلع فى كونه لا يدخل فى ملك المرأة فى مقابلته شئ فجاز اشتراطه على الاجنبى كهو لكن لابد من تسمية الزيادة لتتحقق المقابلة صورة وان فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سميا من المال والرشوة (٣٦١) حرام لا تلزم بالضمان واعترض

وأصله أن الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعى لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشترى بها شيأ بأن زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبى كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بألف واباء أو ابتداء قال فى بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلقى نفسك ان شئت فقالت طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفى بعضها ما يفيد أنه ايجاب فانه قال ولو لم يكن اباء ولا مساومة وحصل ايجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لان قوله بع عبدك أمر ولفظة الامر لا تكون فى البيع ايجابا على ما مر من انه لو قال يعنى هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلقى نفسك فى التفويض فى الخلع فلا بد أن المشترى يقول بعد بعت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هنالك ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة فى الثمن الى بيعه والزيادة فى الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله والضمان جائز الاضافة فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه اياه ان باعه بألف وهذه رشوة اذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بألف فقط ثم فى الاول ان كان بأمر المشترى كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان البيع على المشترى صار بألف وخمسمائة وللمشترى ان يرابح على ألف وخمسمائة ولو كانت دارا ولها شفيع أخذها بألف وخمسمائة ولو رد بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الالف على المشترى والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة فى حق المشترى فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على ألف ويأخذها الشفيع بألف ولو تقايلا أو ردت بعيب أو تقايلا البيع فللاجنبى أن يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغى أن لا يصح هذا لان الشراء على أن الثمن على الاجنبى لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخى بمنع كون الشراء على أن الثمن على الاجنبى لا يجوز اذ لا رواية فيه عن أصحابنا وتعقبه الرازى بأن محمدا نص على انه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط فى البيع كون تسليم الثمن على المشترى فأولى أن لا يجوز اذا كان أصل الثمن على غير المشترى ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث أبى قتادة فى الذى امتنع النبى صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذى عليه فالتزمه أبو قتادة رضى الله عنه فصلى عليه فقد التزم دينا لا فى مقابلة شئ يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبى كذلك اذ لم يحصل للاجنبى فى مقابلتها شئ ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبى ولا يجوز ذلك فالجواب هو ماذكره المصنف ان هذه الزيادة لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن فى مقابلته شئ يسلم للملتزم وبدل الخلع

قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بألف واباء أو ابتداء قال فى بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلقى نفسك ان شئت فقالت طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفى بعضها ما يفيد أنه ايجاب فانه قال ولو لم يكن اباء ولا مساومة وحصل ايجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لان قوله بع عبدك أمر ولفظة الامر لا تكون فى البيع ايجابا على ما مر من انه لو قال يعنى هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلقى نفسك فى التفويض فى الخلع فلا بد أن المشترى يقول بعد بعت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هنالك ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة فى الثمن الى بيعه والزيادة فى الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله والضمان جائز الاضافة فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه اياه ان باعه بألف وهذه رشوة اذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بألف فقط ثم فى الاول ان كان بأمر المشترى كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان البيع على المشترى صار بألف وخمسمائة وللمشترى ان يرابح على ألف وخمسمائة ولو كانت دارا ولها شفيع أخذها بألف وخمسمائة ولو رد بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الالف على المشترى والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة فى حق المشترى فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على ألف ويأخذها الشفيع بألف ولو تقايلا أو ردت بعيب أو تقايلا البيع فللاجنبى أن يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغى أن لا يصح هذا لان الشراء على أن الثمن على الاجنبى لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخى بمنع كون الشراء على أن الثمن على الاجنبى لا يجوز اذ لا رواية فيه عن أصحابنا وتعقبه الرازى بأن محمدا نص على انه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط فى البيع كون تسليم الثمن على المشترى فأولى أن لا يجوز اذا كان أصل الثمن على غير المشترى ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث أبى قتادة فى الذى امتنع النبى صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذى عليه فالتزمه أبو قتادة رضى الله عنه فصلى عليه فقد التزم دينا لا فى مقابلة شئ يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبى كذلك اذ لم يحصل للاجنبى فى مقابلتها شئ ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبى ولا يجوز ذلك فالجواب هو ماذكره المصنف ان هذه الزيادة لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن فى مقابلته شئ يسلم للملتزم وبدل الخلع

بأوجه الاول كيف يجب شئ من الثمن عليه ولم يدخل فى ملكه شئ من المعقود عليه الثانى لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشترى ويتحمل عنه الضامن ولم تتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الاجنبى والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب فى أصل هذه المسئلة يغنى عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السؤال اذا كان لغموض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزأ فجاز أن يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة فى الثمن اذا كان المبيع يساوى الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشترى ثابتة بلا بدل ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الاجنبى كبدل الخلع واذا جاز ذلك بطل عمن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبى

فلا يتوجه الطلب على المشترى وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لا بد وأن يقابله شئ من المال فلا يكون كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما يلزم وجوب شئ فى مقابلته وقع فى الكتاب والخمسمائة بالالف واللام فى المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف فى امتناعه وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغى أن لا يعتقد اضافة الخمسة بل الجر فى المضاف اليه على حذف مضاف أى الخمس خمسمائة

(قوله بناء على الاصل المار) أقول فى فصل بعد باب المرابحة

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك فى الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضا لانه تعيب حكمى فيعتبر بالتعيب الحقيقى وجه الاستحسان أن فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا

يجوز اشتراطه على الاجنبى وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما لا تكون فى مقابلة شئ تكون فى مقابلة شئ ووجودها فى مقابلة شئ أكثر أحوال العقد فان أحواله ثلاثة كونه خاسرا ورابحا وعدلا وكونها لا فى مقابلة شئ فى وجه من الثلاثة وهو كونه رابحا فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية فى المشابهة خصوصا اذا كان يبنى عليها حكم شرعى فالاولى ما قيل ان الزيادة ثبتت تبعا فجاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمنا والاجنبى ضامن لها لزم جواز مطالبة المشترى بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشترى لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبى والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشترى خلافا للائمة الثلاثة أما الاول فلوجود سبب ولاية النكاح على الامة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما فى ملك نصفها لا يملك التزويج به وانما جاز نكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفى البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط فى البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النهى عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد فى منع البيع قبل القبض واردا فى النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته وأما الثانى فلان وطء الزوج حصل بتسليط من المشترى فصار فعله كفعل المشترى ولو وطئها المشترى كان قابضا فكذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشترى قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى لان التزويج تعيب منه للمبيع وكذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشترى اذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسى من المشترى والتزويج تعيب حكمى بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر له وكالاقرار منه عليها بدين والمشترى اذا أقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذا مجرد التزويج بخلاف الفعل الحسى كان قفأ عينها مثلا أو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسى والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى أن الفعل الذى يكون قبضا هو الفعل الحسى الذى يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضرورى ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لان به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبى يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضى الامام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك فى الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضا لانه تعيب حكمى فيعتبر بالتعيب الحقيقى وجه الاستحسان أن فى الحقيقى استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمى فافترقا

قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشترى لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبى والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشترى خلافا للائمة الثلاثة أما الاول فلوجود سبب ولاية النكاح على الامة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما فى ملك نصفها لا يملك التزويج به وانما جاز نكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفى البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط فى البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النهى عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد فى منع البيع قبل القبض واردا فى النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته وأما الثانى فلان وطء الزوج حصل بتسليط من المشترى فصار فعله كفعل المشترى ولو وطئها المشترى كان قابضا فكذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشترى قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى لان التزويج تعيب منه للمبيع وكذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشترى اذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسى من المشترى والتزويج تعيب حكمى بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر له وكالاقرار منه عليها بدين والمشترى اذا أقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذا مجرد التزويج بخلاف الفعل الحسى كان قفأ عينها مثلا أو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسى والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى أن الفعل الذى يكون قبضا هو الفعل الحسى الذى يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضرورى ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لان به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبى يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضى الامام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها الخ) رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح (لوجود سبب الولاية) للنكاح (وهو الملك فى الرقبة على الكمال) وماثمة مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف فى المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطء لما كان بتسليط من جهة المشترى كان فعله كفعله (وان لم يطأها) الزوج (فليس) أى مجرد التزويج (قبضا) استحسانا وفى القياس هو قبض وهو رواية عن أبى يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى لان التزويج عيب حكمى حتى لو وجدها المشترى ذات زوج كان له أن يردها والمشترى اذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقى كقطع اليد وفقء العين وجه الاستحسان أن فى التعييب الحقيقى استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك فى الحكمى فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير اتلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته أن يصير قابضا

(قوله وهذا التزويج) أقول الظاهر ان الاشارة الى الوطء

بالموت

قال (ومن اشترى عبدا فغاب المشترى الخ) رجل اشترى منقولا فغاب المشترى قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطلب البائع من القاضى بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا أقامها فلا يخلو اما أن تكون الغيبة معروفة أو لا فان كان الاول لم يبعه فى الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفى البيع ابطال حق المشترى وان كان الثانى باع العبد وأدى الثمن لان ملك المشترى ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذى أقر به وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد فى يده والقول قول الانسان فيما فى يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو أقر به لغيره كاملا صح بحكم اليد فكذا اذا أقر به ناقصا مشغولا بحقه و يثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضى الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن أحق بالمرهون يباع فى دينه ان تعذر الاستيفاء والمشترى اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع يباع فى ثمنه بخلاف ما اذا قبض المشترى المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين فى ذمة المشترى فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغايب ممتنع عندنا وفيه بحث من أوجه الاول أن اقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثانى أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف فى المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث أن ذلك يفضى الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفى ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول أن اقامة البينة كما ذكرنا للنفى التهمة لا للقضاء وانما القاضى يقضى بموجب اقرار المقر بما فى يده وفى ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم

قال (ومن اشترى عبدا فغاب فأقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع فى دين البائع) لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشترى (وان لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) لان ملك المشترى ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذى أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشترى يبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات والمشترى اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شئ يمسك للمشترى لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) قبل القبض ونقد الثمن (فأقام البائع البينة أنه باعه اياه) ولم يقبض الثمن (فان كانت غيبة) المشترى غيبة (معروفة لم يبعه) القاضى (فى دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع) فيكون ابطالا لحق المشترى فى العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا للبيع (١) وقوله وان لم يدر اين هو بين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو وقول المصنف فى تعليل بيع القاضى (لان ملك المشترى ظهر باقراره) يعنى باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذى أقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) يبين أن البيع من القاضى ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هى الا لكشف الحال ليجيبه القاضى الى البيع نظرا للغائب لا ليثبت الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك (واذا تعذر استيفاؤه) والفرض أنه أحق بمالية هذا العبد لانه كالرهن فى يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشترى مفلسا كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن اذا مات الراهن فانه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضى على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أى البائع (لم يبق معلقا به) بل هو دين فى ذمة المشترى والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضى من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسى رحمه الله وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدى ولا حكمى فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفى الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشترى وربما تربو النفقة عن الثمن والقاضى ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضى أن يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو أقامها ليثبت حقا

وعن الثانى من وجهين أحدهما قول بعض المشايخ ان القاضى ينصب من يقبض العبد للمشترى ثم يبيع لان بيع القاضى كبيع المشترى فلا يجوز قبل القبض ورد بأن المشترى ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره والثانى أن البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز أن يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما فى يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشترى فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم (ثم اذا باعه فان فضل شئ يمسك للمشترى لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أى يتبع البائع المشترى

(قوله والثانى ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفتح مفعولا ثانيا للبيع صوابه لا وفى كما هو ظاهر كتبه مصححه

فان كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر أن يرجع عليه بما نقده لاجله وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفى ما نقده عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهايأة لا غير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع فى ذلك (وهو أجنبى عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقى شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن) فان من أعار شيأ رجلا ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لاضطراره فى القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات أحكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضطرار فى حالة حضوره مفقود لامكان أن يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين المبيع ما اذا استأجر دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر فى نقد حصة الغائب اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره التمرتاشى (واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفى حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجىء ان شاء الله تعالى

قال (فان كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقى شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفى حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

على الغائب لينزع شيأ من يده لا يقبلها والاجماع فى مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما فى يده لان البائع يستوفى حقه مما فى يده وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضى من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمنا لانه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشترى واحدا فغاب فلو كان المشترى اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقده اختلفوا فى مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبى يوسف لا وعند أبى حنيفة ومحمد يجبر والثانى لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبى يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند أبى يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما نقده عنه وجه أبى يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجنبى عنها (ولهما أنه مضطر فيه) أى فى دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لانه مضطر فيه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبنى السفل اذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ما صرفه غير أن فى مسئلة السفل لا يفترق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا وفى مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا فى ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخاصمه الى القاضى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه فى أن يبنى السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أى للحاضر ومثل صورة حضورهما فى عدم الاضطرار ما لو استأجر رجلان دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر فى نقد حصة الغائب اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة تذكره التمرتاشى واذا ثبت حق الحبس فى مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى أن يستوفى الكل ولو بقى درهم كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يحبس

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بألف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال (لانه أضاف المثقال اليهما على السواء) لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس أولوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر ولا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيده محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوما من أول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاول للعطف الا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولقائل أن يقول النظر الى المتعارف يقتضي أن ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جياد (فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لان حقه في الوصف مرعى كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا

المبيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ) صورتها أن يقول اشتريت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعتك هذه الجارية الخ ولفظ الجامع في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بلفظ المضارع وان احتمل العدة اذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام وفيه أن اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة أيضا مضافا اليها المثقال وينفي وهم أن يفسد لجهالة الفضة لان المثقال غالب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسره بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعا جميعا غدا فانهما مضافان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما يصرف أحدهما عن المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا أن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقترب به من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضا أو سلما أو غصبا أو وديعة أو بيعا أو شراء أو مهرا أو وصية أو كفالة أو جعلا في خلع ومنه ما لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا وهو) أي رب الدين (لا يعلم) أنها زيوف (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشيء وهذا (عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد) وذكر فخر الاسلام وغيره أن قولهما قياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان له أن حقه في الجودة مرعى كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده (لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا)

وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف مرعى) من حيث الجودة كما أن حقه مرعى في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كيسة حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا

ولابى حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا فى الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والفرض أنه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له فى الشرع واعترض بوجهين أحدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذ لم يفد وههنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثانى ان المقصود الاصلى هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة تمة انما هى للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثانى أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الاصل تابعا له قال (واذا أفرخ طير فى أرض رجل الخ) اذا أفرخ طير فى أرض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها أو تكنس فيها ظبى) وفى بعض النسخ تكسر فيها ظبى (لانه مباح سبقت يده اليه) فيملكه (ولانه حينئذ صيد والصيد لمن أخذه) بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله بأرض انسان فانه للآخذ دون صاحب الارض والتكنس التستر ومعناه فى الاصل دخل فى الكناس وهو موضع الظبى ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض فى معنى الصيد لانه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) (قوله وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) اشارة الى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهى كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو للآخذ

ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا فى الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال (واذا أفرخ طير فى أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تكنس فيها ظبى) لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لانه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف

من ضمان الاصل ليصل الى الوصف (ولهما أنه) أى الزيوف (من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز لانه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق (فيقع به الاستيفاء وانما يبقى حقه فى الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها) بعد هلاك الدراهم (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه) يعنى هو ايجاب للقابض على نفسه (ولا نظير له) فى الشرع الا أن أبا يوسف ينفصل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من ايجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة فهلكت أليس يرد مثلها فان قال الستوقة ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزيف الا ان علم فرضى باعتبار انه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذا المديون لا يضمنه شيأ قلنا يجوز ذلك اذا أفاد كالمولى اذا أتلف بعض أكساب عبده المأذون وقد أفاد هنا تدارك حقه فصار كشراء الانسان مال نفسه الا اذا أفاد ويجوز أن يشترى مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له فى الشرع ويجاب بمنع الاتحاد فى المستشهد به بل الضمان فى المأذون للغرماء وههنا المقبوض كله ملك ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له وفى النوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف أخذها الشفيع بالجياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها مرابحة فان رأس المال الجياد وفى الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث والله الموفق (قوله ولو أفرخ طير فى أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبى) أى دخل كناسه والكناس بيت الظبى وفى بعض النسخ تكسر أى وقع فيها فتكسر ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض (لانه) أى لان كلا من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح فى نسخة لانها (مباح سبقت يده) أى يد الآخذ اليه (ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لانه المقصود بقوله تعالى تناله أيديكم فى قوله تعالى ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم ورماحكم كذا ذكر وقوله (وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) جملة حالية هى قيد لقوله فهو لمن أخذه أى انما يكون للآخذ اذا لم يكن صاحب الارض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئرا ليسقط فيها أو أعد مكانا للفراخ ليأخذها فان كان أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل رب الارض يصير بذلك قابضا حكما كمن نصب شبكة ليجففها فتعقل بها

(قوله وعن الثانى ان الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع الى تغيير الدليل والله أعلم

وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع مانثر من السكر والدراهم فى ثيابه مالم يكفه أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل فى أرضه لانه عد من أنزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع فى أرضه بجريان الماء والله أعلم

﴿كتاب الصرف﴾

صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعدها الآن للاخذ وكما اذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فأغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع فى ثيابه النثار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه مالم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان أى للآخذ فى زمان عدم كفه الثوب وقوله أو كان مستعدا له أى للنثار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه أو كان مستعدا فهو له أما اذا عسل النحل فى أرضه فهو لصاحب الارض لانه عد من أنزاله أى من زيادات الارض أى ما ينبت فيها فيملكه تبعا للارض كالشجر النابت فيها وكالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة (١) وذكر ضميره لانه وهو عائد على الارض وهى مؤنثة على تأويل المكان ومثله وقع فى شعر العرب قال

فلا مزنة ودقت ودقها * ولا أرض ابقل إبقالها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ فى أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فمن أخذ السمك فهو له وكذا فى حفر الحفيرة اذا حفرها لاصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء للآخذ ولو باض صيد فى أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمنعه صاحب الارض فان كان فى موضع يقدر صاحب الارض على أخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كأنه أخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

﴿كتاب الصرف﴾

لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجودا وأيضا لما كان عقدا على الاثمان والثمن فى الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الاصلية أعنى المبيعات ومفهومه لغة وشرعا يذكره المصنف وشرطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف الجنس ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرأيين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذى يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك فى المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفى الصرف خيار عيب أو رؤية جاز الا أنه لا يتصور فى النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الاوانى والحلى ولو أسقطا فى المجلس خيار الشرط والاجل عادا الصرف صحيحا خلافا لزفر وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب أن المختار انه ليس الا شرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول البعض القائلين انه شرط الجواز وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفى ايجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا أو متقدما شرعا وان كان متأخرا صورة ولا يخفى أنه ينبغى أن يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر وأما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وهذا قول

(وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع مانثر من السكر والدراهم فى ثيابه مالم يكفه) أى يضمه الى نفسه (أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل فى أرضه) فان العسل لصاحبها (لانه عد من أنزاله) أى من انزال الارض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان العسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصار تابعا لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء) بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الصرف﴾

(١) قول الفتح وذكر ضميره لانه الخ هكذا فى الاصل ولعل فى العبارة تحريفا والصواب وذكر ضمير أنزاله وهو عائد الخ كتبه مصححه

الصرف بيع خاص وهو الذى يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم فى أول السلم وسمى هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما (للحاجة الى النقل فى بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة) يعنى لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلهما من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة فى يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا وقد

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمى به للحاجة الى النقل فى بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة أو لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

القدروى (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) وانما قال من جنس الاثمان ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمى اصطلاحا به لان مفهومه اللغوى هو النقل ومنه فى دعاء الاستخارة فاصرفه عنى واصرفنى عنه ونقل كل من البدلين عن مالكه الى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان فى المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أى معناه اللغوى الزيادة وهذا العقد لا يقصد به الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر فى الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والا خلا العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا فى قوله صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التى هى الزيادة والعدل الفرض الذى هو حق مستحق عليه ولا شك فى مناسبة تسمية الفرض عدلا فقيل عليه قد فسر الزمخشرى بغير هذا قال فى الفائق فى ذكره صلى الله عليه وسلم لامر المدينة من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من المعادلة والفداء يعادل نفسه والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحد والجواب أن أهل اللغة اختلفوا فى ذلك فقد ذكر فى الجمهرة عن بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفى الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكره المصنف ولا اعتراض مع أنه الانسب * واعلم أن الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهى الدراهم والدنانير صحيحها حرف الباء أو لا وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون فانها اذا عينت فى العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهى ثمن وان لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهى مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء فى قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا خلافا للائمة الثلاثة فعندهم يتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة فى البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتباره فى نفسه وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهو فى الاصل سلعة فان كانت رائجة فهى ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهى سلعة كالفلوس

دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أى من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمى به لكونه أداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

كتاب الصرف

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم) أقول الذى يهمه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضا فكتفى به (قوله ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول الاظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على مشروعيته (قوله قوله وأحل الله البيع الخ) أقول البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء بيع وليس بمشروع فان قيل ما ذكره مشروع بأصله قلنا فليكن ما نحن فيه كذلك أيضا وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشرط الاول لا يغنى عن الثالث اذ المراد عدم شروط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا فاذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل

قال (فان باع فضة بفضة أوذهبا بذهب لايجوز الامثلا بمثل وان اختلفا فى الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا الحديث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء وقد ذكرناه فى البيوع قال (ولابد من قبض العوضين قبل الافتراق)

(قوله فان باع فضة بفضة أوذهبا بذهب لايجوز الامثلا بمثل) يعنى فى العلم لابحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا فى الجودة والصياغة) فيدخل الاناء بالاناء فلو باعاهما مجازفة ولم يعلما كميتهما وكانا فى نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا فى المجلس فظهرا متساويين يجوز وعند أبى حنيفة لايجوز ولو وزنا بعد الافتراق لايجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر هو يقول الشرط التساوى وقد ثبت واشتراط العلم به زيادة بلادليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم فى هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا ومالم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لايجوز اذا وزن فى المجلس فظهر متساويا أيضا لكن جاز فى الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشئ الآن لان ساعاته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا معلوما فلعدم العلم بالمساواة كيلا اذ المساواة وزنا لاتستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكيلا فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ماسلف وعن هذا اذا اقتسما مكيلا موازنة لايجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدر أى بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعا فى الحديث أن يجعل عامله متعلق المجرور أى الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل نعم حديث الخدرى فى البخارى عنه صلى الله عليه وسلم لاتبيعوا الذهب بالذهب الامثلا بمثل ظاهر فى أنه مفرغ للحال وبقية الحديث ولاتشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا الورق بالورق الامثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجز والشف بالكسر من الاضداد يقال للنقصان والزيادة والمراد هنا لاتزيدوا بعضها على بعض ولايتضح فى معنى النقص والا لقال ولاتشفوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولاتشفوا فى حديث البخارى المذكور تفسير لمثلا بمثل فان المثلية أعم ففسرها باتهامن حيث المقدار وتقدم حديث جيدها ورديئها سواء أيضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبى حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناء كسر وانى قد أحكمت صياغته فبعثنى به لأبيعه فأعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا هذا ويدخل فى اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع اناء فضة أوذهب باناء فضة أوذهب وأحدهما أثقل من الآخر لايجوز بخلاف اناءين من غيرهما نحاس أوشبهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضا وذلك لان صفة الوزن فى النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولايخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا والتعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع (قوله ولابد من قبض العوضين قبل الافتراق) باجماع الفقهاء وفى فوائد القدورى المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد بما يوزن كرنا آنفا أن المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لاشرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فاذا افترقا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وثمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا

قال (فان باع فضة بفضة الخ) فان باع رجل فضة بفضة أوذهبا بذهب لايجوز الامثلا بمثل وان اختلفا فى الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أوأحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة فى القدر لا فى الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء وقد ذكر ذلك فى كتاب البيوع فى باب الربا حدث محمد رحمه الله فى أول كتاب الصرف فى الاصل عن أبى حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناء كسر وانى قد أحكمت صياغته فبعثنى به لابيعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولابد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو

(مارو ينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضى الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو فى الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو (انه لابد من قبض أحدهما اخراجا للعقد عن الكالئ بالكالئ وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربا) (قوله فى الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النفى وهو قوله ثم لابد (قوله ولان أحدهما) دليل آخر وتقريره ان أحد العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا (ولا فرق فى ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق مارو ينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره (قوله ولانه ان كان يتعين الخ) جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالئ بكالئ وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم فى بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لان فى بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها أجيب بأن عدم الجواز فى المضروب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم فى موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فتكون الحرمة فى هذه الصورة باعتبار الشبهة (والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة أو ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنهما

لمارو ينا ولقول عمر رضى الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ولانه لابد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لابد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولان أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق مارو ينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا فى جهة واحدة أو ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنه

عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يفسد على القول الاصح وقوله (لمارو ينا) يعنى قوله يدا بيد وكذا مارو ينا من حديث البخارى قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز وقول عمر وان استنظرك الى آخره رواه مالك فى الموطا عنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره الا يدا بيد هات وهات انى أخشى عليكم الربا وفى رواية قال الرما بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره المصنف وحاصله أن للتقدم مزية على النسيئة فيتحقق الفضل فى أحد العوضين وهو الربا ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم فى قبض العوضين لجواز أن يجعلا معا نسيئة قال لابد شرعا من قبض أحد العوضين كى لا يلزم الكالئ بالكالئ أى الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا بما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما مستويان فى معنى الثمنية فاذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لاطلاق مارو ينا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلل الاطلاق المذكور بأن المتعين أيضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق ثمنا والشبهة فى باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص الحاق شبهة شبهة الربا بشبهة الربا فى هذا الحكم وقوله فى جهة واحدة لانهما لو مشيا كل فى

قال المصنف (تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا)

أقول سيجىء بيان لزوم الربا من الشيخ أكمل الدين فى شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه جهة (قوله قيل هو منصوب الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقانى والاظهر ان يكون معطوفا على قوله تحقيقا للمساواة بحسب المعنى (قوله فان قيل الى قوله بالمصوغ نسيئة الخ) أقول المراد بقوله نسيئة انتفاء القبض لا التأجيل كما لا يخفى على المتأمل فى السياق (قوله فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة) أقول أى بلا قبض (قوله كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسيئة وتمام تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة الى ما سبق فى باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعى فى عدم اشتراط القبض فى سائر الاموال الربوية فراجعه (قوله أجيب بأن عدم الجواز فى المضروب نسيئة الخ) أقول أى بدون القبض (قوله بقوله يدا بيد) أقول اذ معناه عينا بعين على ما سلف فى باب الربا والتعيين فى المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بين فثبت اشتراط القبض فيه بالنص بخلاف المصوغ فان تعيينه لا يتوقف على القبض اذ هو مبيع متعين فى نفسه الا أن فيه شبهة عدم التعيين بالنظر الى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جاء من هذه الشبهة فليتأمل

وان وثب من سطح فثب معه) وقصته ماروى عن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس أن يبين للسائل الطريق المحصل للمقصود مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار المخيرة) يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد أن مشي المخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل

خيارها لانه يبطل بالاعراض

(وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء) على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه (قوله فان افترقا في الصرف) متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما أجيب به بأن شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا أن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض

وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء (فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض

جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح فثب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافقه الآخر فيه وهذا لان بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر مانعا الا اذا لم يثب معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط فقال وعن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب عن سطح فثب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتي اذا أجاب لا بأس أن يبين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الوجوبات قال (وكذا المعتبر في قبض رأس مال السلم) يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار المخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا مشت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها عما كانت فيه لان المعتبر في الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو نام في المجلس قبل الافتراق أو أغمي عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو نام أو أحدهما فهو فرقة ولو نام جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعتك الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر

يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التعمل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء

(قوله ير جع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل ير جع الى قوله المراد منه الافتراق بالابدان فتأمل تدبر ثم قوله بالابدان على معنى دون المكان (قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه الخ) أقول فيه بحث وجوابه ظاهر (قوله وما أجيب به بأن شرط الجواز) أقول قوله وما أجيب مبتدأ وخبره يجيء بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التعمل (قوله فعلقنا الجواز) أقول في التفريع تأمل لجواز أن يشترط القبض بالتراخي قبل العقد وأما لو قال لما فيه من ايجاب اثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراض لاندفع ذلك

(ولهذا) أي ولان الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل) بأن يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أني بالخيار ثلاثة أيام أو قال الى شهر (لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا) لمنعه الملك (وبالاجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العبارتين ان في الخيارية تأخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكرنا في الشئ مفوت له كذا قيل وكأنه راجع الى أن في الاول (٣٧٢) استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت (قوله الا اذا أسقط في المجلس)

يعني منهما ان كان الخيار لهما أو ممن له ذلك (فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره) استحسانا خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس وان أسقط الاجل فكذلك وان أسقط أحدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف ان صاحب الاجل اذا أسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية ينبتان في الصرف كما في سائر العقود الا أن خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين فانه لا فائدة في رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرد فائدة قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه الخ) التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربا حرام حقا لله والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت أو دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة

ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان بأحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها

ربا الاهاء وهاء قبل ومعنى قوله ربا أي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا وان اسم الربا تضمن الزيادة من الاموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله (الا اذا أسقط الخيار في المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان أي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا أسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقدمنا نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسمائة للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسمائة صحيح ولو فسد بالاجل فسد فيهما عنده خلافا لهما وفرق بأن في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيختص محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد أولا على الفساد فشاع وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ برده لتعينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيفا أو ستوقا فحكمه في جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل أن لا يجوز التصرف في أحد بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهب البدل أو تصدق به عليه أو أبرأه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد وفرع عليه (ما لو باع دينارا بعشرة) مثلا (ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض) في العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه وأورد عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فيرتفع أحدهما فضلا وقد

(قوله وكأنه راجع الى أن في الأول استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت) أقول قوله استحقاق القبض فائت أي لعدم الملك وقوله القبض المستحق أي لكونه مالكا وقوله شرعا فائت أي للتأجيل (قوله حقا لله تعالى) أقول اذ القبض واجب بالسنة (قوله اذ الربا حرام) أقول يعني القسيئة

ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما سمته سوى الثمنين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه ثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا فى المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لانسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء أولى بالثمنية وأجيب بأن ذلك فى الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التى هى غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا فى الذمة لا فى الاثمان الخلقية قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان

بدل الصرف مبيعا وجب أن يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليس فى ملكهما فاستقرضا فى المجلس وافترقا عن قبض صح وأجيب بأن الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) اذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين فى الوزن فى الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل حينئذ موهوم والموهوم فى هذا الباب كالمتحقق والنبى صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة فى علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما أراد المماثلة فى علم العاقدين ولم توجدا فان كانا وزنا فى المجلس وعلما فى المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة

ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شئ سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما فى المسلم فيه قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض فى المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا

نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لان الثمن فى بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين فاضافة العقد الى بدل الصرف كعدمه اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها وهذا على احدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين فى البياعات فأما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال بقوته فكان شرط ايفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمتنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكروا فى عدم تعين النقد فى البيع من انه لو أشار الى دراهم وعينها كان له أن يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز بطل ما ذكروا فى عدم تعين الدراهم فى البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لا جرم أن المصنف انما أجاب بأن الثمن فى باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمنه بيعه له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعنى واذا لم يجز لم يدخل فى ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف فى ثمنه كان بالضرورة قائلا بأن البيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقدير الثمن الثوب سواء سميته مبيعا أو ثمنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن يملكه البائع ولما لم يمكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدورى عنه أعنى أن البيع الثانى جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذى فى ذمة المشترى قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتنظير النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قررنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه) أى فى بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك (لكن يشترط فيه القبض فى المجلس لما ذكرنا) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء

قال المصنف (ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر فى كونه مبيعا فيما اذا جعل فى مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سيجئ فى بيع الدراهم الغالبة الغش بمثلها متفاضلا حيث شرط القبض فى المجلس (قوله اذا كانت دينا) أقول وقابلها مبيع

وقال زفر رحمه الله اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس أو بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ماقلنا ان المراد بها ماهو في علمهما قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الخ) الجمع بين النقود وغيرها في البيع لايخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف مثقال بألفي مثقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريغا للذمة

كما اذا ترك سجدة صلاتية وسها أيضا ثم أتى بسجدتي السهو وسلم تصرف احدى سجدتي السهو الى الصلاتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بهما على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما) لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله (فان لم يتقابضا حتى افترقا

قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة) لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق) لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما) لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله (فان لم يتقابضا حتى افترقا

لكن العادة في مثله أن يقول لما رويناه ثم المراد بالمجلس ماقبل الافتراق فعبر بالمجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فيه ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف المنقود الى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذ منهما صرف أيضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه الصحيح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الالف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذ منهما عارضه أيضا قلنا الانسلم لان المثنى قد استعمل في الواحد أيضا (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح ويا معشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيا حوتهما وانما نسيه فتى موسى (وقال صلى الله عليه وسلم في) قصة (مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فأذنا وأقيما وانما أراد أن يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أجيبت دعوتكما والمراد دعوة موسى الا أنه قد قيل ان هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لابد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا

لكن العادة في مثله أن يقول لما رويناه ثم المراد بالمجلس ماقبل الافتراق فعبر بالمجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها طوق فيه ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف المنقود الى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذ منهما صرف أيضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه الصحيح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الالف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففي قوله خذ منهما عارضه أيضا قلنا الانسلم لان المثنى قد استعمل في الواحد أيضا (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح ويا معشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيا حوتهما وانما نسيه فتى موسى (وقال صلى الله عليه وسلم في) قصة (مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فأذنا وأقيما وانما أراد أن يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أجيبت دعوتكما والمراد دعوة موسى الا أنه قد قيل ان هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لابد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا

بطل البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيأ حتى افترقا

(قوله اذا عرف التساوي بالوزن الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يوزن أصلا فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارح وغيره في مسئلة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتأمل في جوابه (قوله وان قال عن ثمن السيف الى قوله لان الترجيح الخ) أقول فيه بحث

بطل العقد فى الحلية لانه صرف فيها وأما فى السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز فى السيف وبطل فى الحلية لانه أمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة) يعنى الثمن (أزيد مما فيه) أى المبيع تعميم للكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهى أربعة الاول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التى مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزائد يقابل الغير فلا يفضى الى الربا والثانى أن يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز لانه ربا بالاتفاق سواء كان من جنسها أو من غير جنسها والثالث أن تكون المفردة أقل وهو أوضح والرابع أن لا يدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فان لم يعلم به حكم بجوازه والجواب أن ما لا يدرى يجوز فى الواقع أن يكون مثلا وان يكون أقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعددت جهة الفساد فترجحت واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا نصلح للترجيح وأجاب شمس الائمة الكردرى رحمه الله بأن مراده أنه اذا كان أحدهما يكفى للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقى اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا الخ) ومن باع اناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا

بطل العقد فى الحلية) لانه صرف فيها (وكذا فى السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى السقف (وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع فى السيف وبطل فى الحلية) لانه أمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال (ولو استحق بعض الاناء فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رده) لان الشركة عيب فى الاناء

بطل فى حصة الطوق والحلية لانه صرف فيها وصح فى الجارية وأما السيف فان كانت الحلية لم تتخلص منه الا بضرر فيه فسد فى السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فيه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر فى جذع من سقف فان كان يتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه أمكن افراده بالبيع وبطل فى الحلية خاصة ثم الجواب فى المسئلتين مقيد بما اذا كانت الفضة المفردة يعنى الثمن أكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل أو لا يدرى واختلف المقومون فى ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل فى صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بأن جهة الفساد متعددة فانها من وجهين وهو تجويز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف فى الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح مما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بأن المعنى ان احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف اذا اجتمعا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع اناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض و) لا يشيع (الفساد) فى الكل لانه (طارئ) بعد صحة العقد فى الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فى الكل (فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة

بطل البيع فيما لم يقبض بقدره وصح فيما قبض واشتركا فى الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد فى بعض دون بعض فصح أى بقى صحيحا فى بعض وبطل فى آخر وهذا بناء على أن القبض فى المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أى ولو استحق بعض الاناء فى هذه المسئلة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رد لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذ الشركة فى الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض

قال (وان باع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع الخ) رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة

والاصل أن الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا

(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له) لانه لا يضره التبعيض قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة ولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام اجماعية كلها دالة على أن تغيير التصرف

نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها (ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لامكان أن يقطع حصته منها (قوله ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز) البيع (وجعل كل واحد) من الجنسين (بخلافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة) أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين (لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف العاقد (لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه واجزاء جنسه أكثر اذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة لذرة أخرى وأخرى ولانه حينئذ ينتفي الانقسام بادنى تأمل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولولا أن الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا وتغيير تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على أن من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز ويفسد في المشترى بألف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام اجماعية كلها دالة على أن تغيير التصرف

ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز

(قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول لا يطابق المشروح (قوله لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الخ) أقول ذلك في الثالث غير ظاهر اذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليتأمل

ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائزا الارادة فينبغي أن يكون مرادا أما انه جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطه بكر بها فسد لان الكر قابل الكر وفضل الآخر وأما وجوب أن يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك بامكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر قلنا هذا غلط لانا ما أردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على أي وجه كان على ان فيماذكرتم تغيرات كثيرة وماهو أقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لان موجبه الاصلي وهو ثبوت

ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا للتصرف وفيه تغيير وصفه لا أصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل أما مسئلة المرابحة فلأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم أجاب عن المسائل المستشهد بها أما الاولى أعني مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو من أن يكون مراده أنه تغيير في الاصل أو غير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز أن يقال ان ذلك في المساومة أما اذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في أصل

لا يجوز وان كان يتوصل بها الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز والخصم أن يقول تعبدنا بتحقق المماثلة فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني فممنوع وان قلت الاول فسلم وليس صورة الخلاف انتهى ببعض تغيير وحاصله أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتحموه بناء على أصلي اجمالي وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز وتترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظروا الى أن المقابلة على وجه الشيوع ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شائعا لا أصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين أما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لانه يتغير أصل العقد اذ يصير تولية في القلب واعترض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسئلة الطوق

 العقد لا في وصفه وأما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف للمشترى وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما الثالثة فلأنه أضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده وأما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح

(قوله فلان كل مطلق يحتمل المقيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع اللغوي فلا يرد انه يؤل الى مقابلة المنع بالمنع

والجارية أن يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة أن يحمل فيهما على أحدهما يعني الثوب كما حمل قوله خذهذه الالف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لا يضر اذ يصدق أن العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو ما اذا باع عبدا اشتراه بألف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن يكون بصرف الخمسمائة الى العبد الآخر فيكون بائعا ما اشتراه ممن اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك الى العبد الآخر فيصير بائعا للمشتري ممن اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه ونقض بأن طريق الصحة أيضا ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو أن يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم أجيب بأن التغيير ما أمكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بما قلنا فكان ما قلناه متعينا بخلاف ما فرض فان فيه ثلاث تغييرات وأيضا فان الذي ادعيناه طريق متعين هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن أن يصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا رجع قول صاحب الكافي في الجواب التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجوه ترجيح بل تساوت لانه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجح فتمانع الوجوه فيمتنع أما اذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهم والدرهمين فلا يغير عنه ونحن أسلفنا لك في أصل هذا الاصل تطرا استند الى جواز ثبوت الشيء بعلل مستقلة اجتمعت دفعة وأما في المسئلة الثالثة وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما فلان البيع أضيف الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع لجهالته ولان المعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده فليس بشيء لان المعرفة مما صدقات النكرة فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله فيجب حمله عليه وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدي أو حماري حر انه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف الى المعين واعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة ان لحظ له جواب فذاك والا فلا يضرك النقض في اثبات المطلوب اذ غايته أنه خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأ في محل النزاع وأما في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لينعقد صحيحا والمقتضي واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هنالك ليس طروه متحققا ولا مظنونا ليجب اعتبار الصرف من أول الامر بل يتوهم لان الظاهر أنهما يتقابضان بعد ما عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار وأما المسئلة المستشهد بها أولا وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة ألا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة فان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة وأما فيما فيه الربا فانما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينارا الخ) المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي هذه أحدهما وهي صحيحة كالاولى وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما رويناه من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال (ولو تبايعا فضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيأ معه بخمسة عشر درهما فاما أن يكون مما له قيمة أولا والاول اما أن

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما رويناه فالظاهر انه أراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شئ آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقق الربا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار تقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز)

لو قابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التي تلي هذه وهي (قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع) وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المصنف فرعا بين فيه أن بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب) يعني وأحدهما أقل من الآخر الا أن مع الاقل شيأ آخر كفلوس أو غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يضع معه كفا من زيب أو فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم ير والكراهة عن أبي حنيفة بل صرح في الايضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة قال وانما كرهه محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط أيضا وقيل انما كرهه لانهما باشرا الحيلة لاسقوط الربا كبيع العينة فانه مكروه ولهذا أورد لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره أجيب بأنه انما لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهة ولا يخفى أن العقد واحد وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر والذي يقتضيه النظر أن يكون مكروها اذ لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا يفيده وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف وأما اذا ضم مالا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال ﴿فرع﴾ اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شئ فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن لا شئ في التراب لا يجوز وكل ما جاز فمشتري التراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى ما لم يره (قوله ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة وقبض الدينار) فان كان أضاف الى العشرة الدين جاز

تبلغ قيمته الفضة أولا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب أو جوزة أو بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربا فيصير كبيع العينة في أخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يفضي الى أن يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم تذكر فيها الكراهة أجيب بأنه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما تكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ) مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون سابقا أو مقارنا أو لاحقا فان كان سابقا وقد أضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه

(قوله وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة) أقول فيه بحث (قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول ان اعتبر ما أضيف اليه العقد فالاقسام اثنان سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة

لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالئ بالكالئ ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك لان بقبض أحد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التأدي فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين أحد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بأن أطلق العقد ولم يضف الى العشرة التي عليه ودفع الدينار فما أن يتقابضا أو لا فان كان الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدل ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا أقدما على المقاصة بتراضيهما لا بد منه من تصحيح ولا صحة لهما مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وفيه بحث من أوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا أضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضى وهو المقاصة لانه يقتضي (٣٨٠) قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الاقالة لان الاقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما أشار اليه المصنف رحمه الله بقوله (وفي الاضافة الى الدين) يعني المعهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه) وعن الثاني بأن المقاصة تقتضي قيام العقد وهو موجود لانهما لما أبطلا عقد الصرف صارا كأنهما عقدا عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بأن الاقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له الكتاب ووجه القياس فان قيل لم تركه المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني أكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم فآخذ مكانها دنانير أو قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيفان العقد الى الدين الاول أو الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفر

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء

اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان تعيين أحد البدلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالنساوى وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينارا بعشرة وهي مسئلة

(قوله ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بأن أطلق العقد الخ) أقول فانه اذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينار في ذمة المشتري مقارنا للعقد فان الفرض انه لم ينقد بل تقاصا (قوله ما لم يتقاصا) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد) أقول الاولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام هاء وهاء فان لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين في المجلس في بيع الذهب بالفضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا الا أن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول فيه بحث أذ هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف (وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة) أقول فان اختلفا في شئ في صحة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الاضافة الى الدين لا يتعين الدين ولهذا اذا تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد كما يجئ في كتاب الوكالة فكان الاطلاق والتقييد سواء فليتأمل قال المصنف (على ما بينه) أقول قال الاتقاني اشارة الى قوله فكفى ذلك للجواز انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وترك التفصيل في موضع يحتاج اليه يكفي لصحة الاستدلال

وان كان لاحقا بأن اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا ففيه روايتان فى رواية أبى سليمان وهى التى اختارها فخر الاسلام وقال المصنف فى أصح الروايتين تقع المقاصة وفى رواية أبى حفص واختارها شمس الائمة وقاضيخان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبى صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة فى دين سابق بحديث ابن عمر رضى الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع (٣٨١) كما ترى الا اذا أضيف أن القياس

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك فى أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمى غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة فى الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهى فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهى ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا فى الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما فى الردى منه

الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا ولا يبالى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيدا فى العقد بها والا لم يكن قضاؤها أصلا لاوجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى عقد آخر اقتضاه ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل فى أعتق عبدك عنى بألف أنه يقع عن الامر اذا أعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فان كان لاحقا) قبل الافتراق والمسئلة بحالها بأن عقدا على الدينار بعشرة ثم باع مشترى الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصه بثمن الدينار عنها ففى رواية لا يصح والاصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اذا استقرض من بائع الدينار عشرة من المشترى أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضى لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمى غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال) لا للزيافة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة يكون فى القطعة ربع وثمن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا الغالى وانما جاز للمساواة فى الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجودة فى الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ) الدراهم والدنانير اما أن يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين فان كان الغالب الذهب فى الدنانير والفضة فى الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لانها على ما قيل قلما تنطبع الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كما فى الردى منه)

يقتضى أن لا تقع المقاصة بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا أضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلاف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبى عقد واحد فاذا أضيف الى الدين السابق تجانسا واذا أضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمى غلة الخ) الغلة من الدراهم هى المقطعة التى فى القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمى غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع أما الاول فلصدوره عن أهله فى محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثانى فلان المانع ان تصور ههنا فى الجودة وهى ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهى دراهم الخ) الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة فالاول كما فى الردى والثانى ما يخلط للانطباع فانها بدونه تتفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب فى مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا فى حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساويا فى الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أى وجه الاصح

(وان كان الغالب عليهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التى فى الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدرى فالبيع فاسد وان كانت أكثر صح وهى الوجوه المذكور فى حلية السيف (وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهى فى حكم فضة وصفر) (قوله ولكنه صرف) جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صرفا فلا يبقى التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا (واشتراط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر) وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله (ومشايخنا) يريد به علماء ما وراء النهر (لم يفتوا بجواز ذلك) يعنى التفاضل (فى العدالى والغطارفة) أى الدراهم الغطريفية وهى المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال هرون الرشيد (لانها أعز الاموال فى ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه) أى لو أفتى باباحته (تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس) ثم المعتبر فى المعاملات بها المعتاد (فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ثم هى ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردى سواء (وان كان الغالب عليهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف (وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس) فهى فى حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضى الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك فى العدالى والغطارفة لانها أعز الاموال فى ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هى ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين

الذى يقال له ناقص العيار فى عرفنا والرداءة مهدرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب الحاقا له بها واذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص من الذهب والفضة الا متساويين فى الوزن وكذا بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها بها الا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين (وان كان الغالب فيهما الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير) الخالصة (اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف) وهى انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التى فى الدراهم أو أقل أو لا يدرى لا يصح فى الفضة ولا فى النحاس أيضا اذا كان لا تتخلص الفضة الا بضرر وان كانت الخالصة أكثر مما فى الدراهم جاز ليكون ما فى الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس) أى يصرف كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى (لانها فى حكم شيئين فضة و) غش (صفر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) قبل الافتراق وتجوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر) ولا يخفى أن هذا لا يتأتى فى كل دراهم غالبة الغش بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس اذا أريد ذلك فأما اذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان فى أوائل قرن سبعمائة فى فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا (مشايخنا) يعنى مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند (لم يفتوا بجواز ذلك) أى بيعها بجنسها متفاضلا (فى العدالى والغطارفة) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لانها أعز الاموال فى ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا) الصريح فان الناس حينئذ يعتادون التفاضل فى الاموال النفيسة فيتدرجون الى ذلك فى النقود الخالصة فمنع ذلك حسما لمادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التى غلب غشها (تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت انما تروج بالعد فالبيع بها والاستقراض لها بالعد) ليس غير (وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص) على ما عرف فى الربا (وما دامت تروج فهى أثمان لا تتعين بالتعيين) ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد

(قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز) أقول تحقيقه فى النهاية ثم أقول ووجه الاشارة لا يخلو عن خفاء ثم قوله الى ان الاستهلاك أى استهلاك المغلوب من الفضة والصفر

(واذا كانت لاترويج فهى سلعة تتعين بالتعيين) كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وان لم يعلما أو لم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد الذى عليها معاملات الناس دون المشار اليه (وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لايتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع خاصة لانه رضى بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة (٣٨٣) بها بطل العقد عند أبى حنيفة

واذا كانت لاترويج فهى سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لايتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه (واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف رحمهما الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه واذا بقى العقد وجبت القيمة لكن عند أبى يوسف رحمه الله وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه أوان الانتقال الى القيمة ولابى حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح ومابقى

(وان كانت غير رائجة فهى سلعة تتعين بالتعيين) ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم وهذا اذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التى لاترويج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهى فى حكم الزيوف والنبهرجة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو فى الرائجة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضى بذلك وأدرج نفسه فى البعض الذى يقبلونها به وان كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الاروج فان استوت فى الرواج جرى التفصيل الذى أسلفناه فى أول كتاب البيع وتعيين المصنف الجياد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التى غلب غشها انه (لو اشترى سلعة بها فكسدت) أى قبل قبضها (بطل البيع عند أبى حنيفة) فان كان المبيع قائما مقبوضا رده وان كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمته ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع) قال فى الذخيرة وعليه الفتوى (لانه مضمون به) أى بالبيع وهو نظير قوله فى المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب (وقال محمد عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لانه أوان الانتقال الى القيمة) وفى المحيط والتتمة والحقائق به يفتى رفقا بالناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الا أنه تعذر التسليم) أى تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشأن (وانه) أى الكساد (لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب) شيأ (فانقطع) فى (أوانه) بأن لا يوجد فى الاسواق لا يبطل اتفاقا وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب فى السنة الثانية فكذا هنا (ولابى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد) لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلقة (ومابقى) الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية

وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند أبى يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه فى كل البلاد أو فى البلد الذى وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج فى جميع البلدان لانه حينئذ يصيرها لكا ويبقى البيع بلا ثمن وأما اذا كان لا يروج فى هذه البلدة ويروج فى غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخياران شاء قال أعط مثل النقد الذى وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وماذكر فى العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغى أن يكتفى بالكساد فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه فى محله من غير مانع شرعى (الا أنه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقى العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع أى الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة فى ذلك اليوم ولابى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التى غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية

(قوله يستقيم على قول محمد) أقول محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل

بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل) لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب أن الرطب مرجو الحصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هالكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى أن يحصل أما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد أصلي والشيء اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده بعينه وان كان هالكا أو مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد وأما اذا غلبت بأزدياد القيمة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالب بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال (ويجوز البيع بالفلوس الخ) البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم أي معلوم قدره ووصفه وانما قال كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الاشارة اليه ثم انها اما أن تكون نافقة أو كاسدة (واذا حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع

فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها أثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها

(فيبقى بيعا بلا ثمن) بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لا يقال فلتصر مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز لما في السلم واعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين الا أن المجيب نظر الى أن صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة أحضر الدراهم وأشار اليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالاثمان وهذا لان الفرض أن البيع وقع حال رواجها أثمانا وانما كسدت بعده قبل القبض فلم يتنبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد فلو كسد في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أبي حنيفة لانها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمته دنانير قالوا وما ذكر في العيون على قول محمد وأما على قولهما فلا وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو انقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشيء اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل أن يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس) لانها نوع من أنواع المال (فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين) بل لو عينت لا تتعين وللعاقد أن يدفع غيرها عين (لانها) حينئذ (أثمان) كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلسا بفلسين يجوز على ما سلف في باب الربا ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين بأعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين

(قوله لانا نقول الى قوله فكذا هذا) أقول ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العصير وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الاول دون الثاني مع ان كليهما مرجو الوصول الى العام الثاني

واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذى بيناه فى كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبى حنيفة بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذى ذكره القدورى من الاختلاف مخالف لما فى المبسوط والاسرار وشرح الطحاوى حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس فى هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة وذكر وانقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه

اذا اشترى شيأ بفلوس فى الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو أبق العبد وكما لو أسلم فى الرطب فانقطع أوانه وهذا ظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر رحمه الله يمنعه لان دليلهما فى كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يفضى الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهى يعتمد عليه فى الفرق بينهما ولم أظفر بذلك قال رحمه الله (ولو استقرض فلوسا فكسدت) اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أبى حنيفة رحمه الله (لانه) أى استقراض المثلى (اعارة) كما ان اعارته قرض (وموجب استقراض المثلى

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذى بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبى حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجبه

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبى حنيفة خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذى بيناه) أى فى الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم تجب قيمتها يوم البيع عند أبى يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدورى الخلاف والذى فى الاصل وشرح الطحاوى والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشترى به وابا ق العبد المبيع قبل التسليم وتخمير العصير المشترى قبل التسليم لا يبطل العقد فيهما وأجيب بما تقدم فى الرطب وأما العبد فلبقيته لم تبطل بالاباق بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا بخلاف الكساد لهلاك الثمن به الا أن الذى يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدورى اذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلم ينص على الخلاف فى الفلوس وجب الحكم به وفى شرح الطحاوى لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فسخا لان كسادها كعيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشترى فيه الخيار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع فى نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيأ بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع وعليه أن يرد المبيع ان كان قائما أو القيمة أو مثله وهذا معلوم مما ذكرنا الا أن أبا يوسف قال فى هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهى ما اذا باع الفلوس بدرهم لان هناك لو أوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفى المسئلتين جميعا اذا لم تكسد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذى عينه منها (قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أبى حنيفة رحمه الله يرد مثلها) عددا اتفقت الروايات عنه بذلك وأما اذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف فى قياس قول أبى حنيفة عليه مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن لرواية فى الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض فى الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها فى آخر وقت نفاقها وجه قوله (انه) أى القرض (اعارة وموجبه) أى موجب

قال المصنف (لانه اعارة) أقول الظاهر أن يقال لانه استعارة (قوله لانه أى استقراض المثلى) أقول والاولى عندى ارجاع الضمير الى الاستقراض مطلقا فانه اعارة على ما سبق قبيل باب الربا أو الى استقراض الفلوس (قوله اعارة كما ان اعارته قرض) أقول قوله اعارة يعنى ابتداء كما سيجىء تفصيل هذا البحث فى العارية (قوله وموجب استقراض المثلى الخ) أقول وعندى ان ما ذكره المصنف قياس من الشكل الاول تقريره لان الاستقراض اعارة لا يمكن الانتفاع به الا باهلاك عينه وكل اعارة كذلك موجبها رد العين معنى فهذا كذا الا أنه لم يصرح بهذا القيد فى الصغرى اعتمادا على فهم الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط

ردعينه معنى) وبالنظر الى كونه عارية يجب ردعينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات ردعينه حقيقة فيجب ردعينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لانه لولم يجعل كذلك لزم مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثلى بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقا أجاب المصنف رحمه الله (بأن الثمنية فضل فيه) أى فى القرض اذ القرض لا يختص به أى بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز أن ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال ألا ترى أن الاستقراض جائز فى كل مكيل وموزون أو عددى متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها فى العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية أقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكنا (وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض) وليس المثل المجرد عنها فى معناها (فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبى يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف) يعنى بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (فيمن غصب مثليا فانقطع) فعند أبى يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجىء (وقول محمد رحمه الله أنظر) للقرض وللمستقرض لان على قول أبى حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبى يوسف تجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبى يوسف أيسر) لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان

سدس

قوله أيسر قال (ومن اشترى شيأ بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعنى ان ذلك النصف من الدراهم فلوس لانقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بقيراط فلوس

قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال الكاكى وفى بعض النسخ أنظر للجانبين اه والظاهر أن كونه أنظر لجانب المقرض بالنسبة الى قول أبى يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعنى وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شئ ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته مثل قيمته يوم القبض ثم قوله وهو ضرر أى وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بدل (قوله أو بقيراط فلوس) أقول وهو نصف السدس

ردالعين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبى يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين وقول أبى يوسف أيسر قال (ومن اشترى شيأ بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز

عقد الاعارة (ردالعين) اذ لو كان استبدالا حقيقة موجبا رد المثل استلزم الربا للنسيئة فكان موجبا ردالعين الا أن ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين فبالضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا يجبر المغصوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب فى غصب المثلى بلا انقطاع مع أن موجب الغصب ردالعين وذلك حاصل بالكاسد (والثمنية فضل فى القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلى وعددى متقارب ولا ثمنية (ولهما انه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضى سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضا موصوفا بها الا ان الاوصاف معتبرة فى الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها وصفها الغو لانها تعرف بذواتها وتأخير ليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر فى اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) فى وقت الضمان اختلفا فيهما (فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند أبى يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء) وقولهما انظر للمقرض من قول أبى حنيفة لان فى رد المثل اضرارا به ثم قول أبى يوسف أنظر له أيضا من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للمستقرض من قول أبى يوسف (وقول أبى يوسف أيسر) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبى يوسف أيسر فى ذلك (قوله ومن اشترى شيأ بنصف درهم) فاكهة أو غيرها بأن قال مثلا لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس فقال بعتك (انعقد موجبا لدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدانق من الفلوس) وهو

وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد رحمه الله بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم

وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح لا سيما في ديارنا قال (ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاحبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الاحبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل) لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقدم نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء

سدس درهم (أو بقيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فان المعنى انه شرط أن يعطي بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لان الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز الا فيما دون الدرهم لان المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح ولا سيما في ديارنا) أي المدن التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدراهم ولان المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب (قوله ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطني بنصفه) أو بربعه أو قيراط منه (فلوسا وبنصفه نصفا الاحبة) وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم الاحبة وقس الباقي (جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي) من النصف الآخر أو الثلاثة الارباع وباقي الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف) درهم (الاحبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي) مقارن للعقد (فيشيع وقدم نظيره) يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بأن قال

قالوا والاصح قول أبي يوسف لا سيما في ديارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف قال رحمه الله (ومن أعطى صيرفيا درهما الخ) هذه ثلاث مسائل * الاولى أن يعطي درهما كبيرا ويقول أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا أي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الاحبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الاحبة وهو ربا فلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص عن أبي حنيفة رحمه الله * والثانية ان تكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقد ان وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو

قال يعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرقة الصفقة وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضا وان كرر لفظ الاعطاء

(قوله واذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر ان يقال على ما دون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول في غير ظاهر الرواية عنه (قوله كما لو قال يعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر) أقول الظاهر أن يقال يعني بنصف هذه الالف عبدا وبعني بنصفها دنا من الخمر بتكرير لفظ بعني

كان جوابه بجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الاحبة جاز) لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى أعلم بالصواب

أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا الاحبة (كان جوابه بجوابهما) في أن الفساد يخص النصف الآخر (لانهما بيعان) لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكى عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الاسلام والمظفر أنه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب ولفظ أعطني مساومة واذا كان قوله يعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت فأعطني وليس من مادة البيع أولى وحينئذ لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد أنه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح أيضا الا أنهم لم يذكروه أو ان الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعل بيعا في النصفين بالمعاطاة فيهما والله أعلم (ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوس ونصفا الاحبة جاز) فيهما (لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم الاحبة فيتحرى للجواز بأن (يكون نصف درهم الاحبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس) نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من الفلوس به كان الحاصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطني بنصفه نصف درهم فلوس وبنصفه نصف درهم الاحبة وجوابه أن موجب التحري للتصحيح أن المعنى على ذلك التقدير أعطني بهذا الدرهم نصف درهم الاحبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه انما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف درهم الاحبة بمثله قال المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر) يعني القدوري (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ ويجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف ﴿فروع﴾ تقدم بعضها في ضمن التعليل فربما يغفل عنها تصارفا جنسا بجنس متساويا فزاد أحدهما أو حط شيأ وقبل الآخر التحق بأصل العقد وبطل العقد وقال أبو يوسف لا يلتحق فيهما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لانه عن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي وأحد رجهي الله لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افترقا لا عن قبضها بطل حصتها من البدل الآخر كأنه باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده ويرد الذي حط ما حط وان كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضررا وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له أن يرده بالعيب فان رده بقضاء لا بأس به وان لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد والا بطل وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر رجع بأرش العيب ان كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد ولو اشترى دينارا بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم للآخر ثم افترقا وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكيل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينارا لم يجز وتقدم معناه في تقسيم

لاتحاد الصفقة فان قوله أعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان ذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعتك لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رحمه الله * والثالثة أن يقول أعطني نصف درهم فلوس وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الاحبة جاز والفرق بينها و بين الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم الاحبة فيكون نصف درهم الاحبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية) أراد قوله أعطني نصف درهم فلوس ونصفا الاحبة وهي الثالثة فما ذكر نا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في أكثر نسخ المختصر قال أبو نصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ والله سبحانه وتعالى أعلم

قال المصنف (ولو قال أعطني نصف درهم فلوس) أقول قال ابن الهمام يجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف انتهى ويجوز على رواية الجر أن يكون صفة للنصف والجر على الجوار

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون فى البياعات غالبا ولانها اذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة (والكفالة فى اللغة هى الضم قال الله تعالى (٣٨٩) وكفلها زكريا) أى ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا أى جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها (وفى الشريعة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول أصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة لنفسها كما سيجىء ولانه لو ثبت الدين فى ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه فى حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل فى حكم دينين

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكفالة هى الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هى ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول أصح

الطحاوى اشترى سيفا حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق فان شاء زاد فى الثمن مائة أخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيأ ليتمحض المائتان للحلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد فى الكل ولو كان ذلك فى ابريق فضة يبطل العقد فى نصف الابريق والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الكفالة ﴾ (بسم الله الرحمن الرحيم)

أورد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحققها فى الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشترى فيحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشترى الى البائع فيحتاج الى من يكفله فى المبيع وذلك فى السلم فلما كان تحققها فى الوجود غالبا بعدها أوردها فى التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف وهى انها تصير بالاخرة معاوضة عما ثبت فى الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهى تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وفرجا أشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا فى قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك وسمى نبيا ذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء لملك أراد قتلهم وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه اما تقربا الى الله تعالى أو ازالة للاذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذى ذكرناه آنفا ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن والاجماع وشرطها فى الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبى ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الا من الثلث وفى الدين أن يكون صحيحا فلا كفالة فى بدل الكتابة لانه ليس دينا صحيحا اذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم وأما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عينا أو معنى قال فى المغرب تركيبه دال على الضم والتضمين ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحوية يركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما فى الشرع فما أشار اليه من قوله (ثم قيل هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين قال والاول أصح) فلا يثبت الدين فى ذمة الكفيل خلافا للشافعى ومالك وأحمد فى رواية فيثبت الدين فى ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجح فى المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين قال فى المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت فى ذمة الكفيل

﴿ كتاب الكفالة ﴾

قال الامام السرخسى فى مبسوطه فى باب كتاب القاضى فى الكفالة من كتاب الكفالة لو كتب القاضى الى القاضى بكتاب فى كفالة بنفس رجل ولم يبين فى كتابه انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزم باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى

فالاستيفاء لا يكون الا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا بر يد باختياره التضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق بمرافعة أحدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيأ يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبارا من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين انما يمتنع في عين ثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن لا بموجب ولا موجب لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانا جعلناه في حكم الدينين تصحيحا للتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة ان الدين فعلي يقتضي أن الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالديون تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذا هلكت يجب تسليم قيمتها اذا ثبت بالبينة أو بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها ومتى هلكت لا تجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلا وأما ركنها فالايجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل وأما حكمها فثبوت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل أولا وفي رواية عن مالك لا يطالبه الا اذا تعذر ذلك وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل أصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي رضي الله عنه أنا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علي رضي الله عنه فقال جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله ألك خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه بريء من الضمان وللعامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الآن بردت جلدته وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلف وفاء وقوله فك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلى عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان على ان يدل على أن الضمان تم بذلك

(قوله

قال (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا ينقاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلأن أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) أي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك الالزام لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيأ لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لا نسلم أنه لا يقدر على تسليمه (قوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به) ممنوع فان قدرة كل شئ بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه

(قوله قال) أي القدوري (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المضعف (بأنه التزام مالا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حر لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفالته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين (و) استدل للمذهب بما أخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) باعتبار عمومه وقوله (بنوعيه) أي نوعي عقد الكفالة واعترض بأنه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره والغرام اللازم ذكره في المجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد تثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه ينقاد اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تأمل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس علي رضي الله عنه واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه أنها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها وأما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التناقي فان الحد يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما وأما الجبر على اعطاء الكفيل فيها ففي الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلأن الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب له بالاداء اما أن يجيب ويحضر أولا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه

(قوله مبني على عدم جواز الكفالة) أقول فيه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالامر كما مر آنفا

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة أو عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (أو قال) هو (علي) لانه صيغة الالتزام (أو قال الي) لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالي (وكذا اذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقد رويا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (قوله وتنعقد اذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلي والي ولك عندي هذا الرجل وعلي أن أوفيك به أو علي أن أقالك به أودعه الى وحميل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروي في الفائق الحميل ضامن وأما القبيل فهو أيضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كعهورأس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البلخي رحمه الله لا يصح كما في الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذا العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويتأتى فيه ما تقدم في الطلاق (وكذا) اذا أضاف الى جزء شائع منه كـ (كفلت بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها) ووجه ضمنت (بأنه تصريح بموجبه) لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور (وعلى صيغة التزام والى في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا) أي يتيما (فالي) لان العطف يقتضي المغايرة وقوله (وقد رويا فيه) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالينا وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدام بن معديكرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فالي ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لابي داود وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا أو ضيعة فالي (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته) لا تثبت به الكفالة (لانه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزمه لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه

عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يعول أي ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال أنا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد رويا فيه أو قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لانه التزم المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول أبي يوسف وعلى هذا معاملة الناس لا يقتضى

(قوله وكذا اذا عبر الخ) أقول في صحة عطفه تأمل قال المصنف (لانه لا يعبر بهما عن البدن) أقول لا حقيقة ولا عرفا فلا يرد النقض بمثل قوله تعالى تبت يدا أبي لهب

قال (فان شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه فى ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان أحضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل فى حبسه لعله مادرى لما يدعى) فاذا علم ذلك وامتنع فاما أن يكون لعجز أو مع قدرة فان كان الثانى حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه أولا فان كان الاول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه (٣٩٣) فان مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثانى فالطالب اما أن يوافقه على ذلك أولا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثانى فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج معها الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال (واذا أحضره وسلمه فى مكان الخ) اذا أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه فى مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون فى مصر

قال (فان شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه فى ذلك الوقت) وفاء بما التزمه فان أحضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لعله مادرى لما ذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال (وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز فى المدة فينظر كالذى أعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما فى الدين المؤجل قال (واذا أحضره وسلمه فى مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يخاصمه فى مصر

لا يقتضى الا معرفة الكفيل للمطلوب وعن نصير قال سألت ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجانى عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان أما فى قول أبى حنيفة وأبى لا يلزمه شئ وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو الليث فى النوازل هذا القول عن أبى يوسف غير مشهور والظاهر ما عن أبى حنيفة ومحمد وفى خزانة الواقعات وبه يفتى أى بظاهر الرواية لكن نص فى المنتقى أن فى قول أبى يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفى فتاوى النسفى لو قال الدين الذى لك على فلان أنا أدفعه اليك أو أسلمه اليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفى الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول ان لم يؤد فأنا أؤدى نظيره فى النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شئ ولو قال ان دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج (قوله فان شرط فى الكفالة) أى بالنفس (تسليم المكفول به فى وقت بعينه) أو يوم (لزمه احضاره فيه والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه) وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فيه فان ظهر لا يحبسه اذ لا فائدة فى حبسه كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى أن يظهر للقاضى تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالاعسار بالدين واذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق فى دعوى ما يسقطها فان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفى بعض النسخ قوله (وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب) يعنى يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بيننا وبينهم موادعة فان لم يكن لا يؤاخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق وان كان موتافهو حكمى فى ماله ليعطى الاقرب اليه أما حقوق العباد فثابتة على حالها ولم يفصل فى المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة للشافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيما دونها والثانى يسقط احترازا بالغيبة المنقطعة (قوله واذا أحضره وسلمه اليه فى مكان يقدر المكفول له) على (أن يخاصمه مثل أن يكون فى مصر) من الامصار

قال المصنف (فان شرط فى الكفالة الى قوله فى ذلك الوقت) أقول لا قبله كما فى الدين المؤجل فقوله فى ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع (قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل) أقول وعمل القضاة اليوم على هذا

برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الاحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في بريه لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان المعتبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وأوان فان أبا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثاني وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر أو في مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به

(برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة قال (واذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا (وان سلمه في بريه لم يبرأ) لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه

(برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أولا كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الا مرة) وقد حصلت ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الاخيرة من مسائل التسليم ووضعها هنا أنسب وجه قوله أنه يثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الامصار ولا يفيد التكفيل فائدته المقصودة به وقولهما أوجه وفي الفتاوى القاضي اذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضي أو الى رسوله برئ وان سلم الى المدعي لا وهذا اذا لم يضف الكفالة الى المدعي فان أضاف بأن قال أنا كفيل للمدعي فالجواب على العكس أما ان عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالمذهب أنه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على ايصاله الى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعمار الطريق الآن لا يقدرون أو لا يفعلون ان قدروا فكان التقييد مفيدا وقد روى عن أبي يوسف نصا وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قيل ويجب أن يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الامير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولي غيره فدفعه عند الثاني جاز ذكره في الخلاصة (ولو سلمه في بريه أو سواد لا يبرأ) اتفاقا (ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه) وفي المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي أن يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلي عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الي فدفعه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا القيد في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي اليك عن كفالته كان جائزا أيضا وبرئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز

(قوله فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصى أن يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فأنا برئ فدفعه اليه فهو برئ) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما فى قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصى أن يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فأنا برئ فدفعه اليه فهو برئ) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما فى قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه

عن احضاره (قوله واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل) يعنى يبرأ (لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب) الذى هو احضار النفس (بخلاف الكفيل بالمال) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به الوصى فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعنى المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره كما فى الحياة ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق فى حق المكفول عنه لبقاء حاجته اليه وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضا أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصى أو الوارث يقوم مقام الميت فى المطالبة فيطالبه بذلك (قوله ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فأنا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه) أى دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعنى الكفالة فلا يحتاج فى ثبوته الى التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله (كما فى قضاء الدين) يعنى اذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد المغصوب على المالك يبرأ مع أنه جان فههنا أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشترى قال الفقيه أبو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفى حقه لان الكفالة ما أريد الا للتوثق لاستيفاء الحق فاذا لم يستوفه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار (قوله ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته) أى من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسى أو دفعت نفسى اليك من كفالة فلان (صح) عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا نعلم فيه خلافا قال المصنف (لانه) أى المكفول

فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره كما فى حالة الحياة واذا مات المكفول له فللوصى أن يطالب الكفيل ان كان له وصى وان لم يكن فلوارثه أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر الخ) ومن كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل فاذا دفعت اليك فأنا برئ فدفعه اليه برئ لانه يعنى البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا فى سائر الموجبات وقال فى النهاية لانه موجب التصرف أى لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف

الكفالة بالنفس والموجبات تثبت فى التصرف بدون ذكرها صريحا وليس بشئ لان الكلام فى ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير انما أورد هذا النفى الاشتباه لان تسليم النفس محتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول مالى أستوف حقى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما فى قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ابقاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالته أى كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسى من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لان المكفول به

مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فاذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة أي لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة أخرى كما بينا ولانه يستلزم أن يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافه به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أوافك بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وافاه أي آتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلى ما لك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركت في هذه الجارية التي اشتريتها من ذلك صحت وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس أو لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيآن أحدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظاهر لتصريحه بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها من التسليم أو ابراء أو موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كلا منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة وأجيب بأن بدليتها ممنوعة فان كلا واحد منهما مشروع للتوثق كما مر كفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذ ذاك واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعي هذه الكفالة أي المعلقة بالشرط لا تصح لانه أي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بأمره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب انا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكن أشبه البيع مطلقا أو من وجه والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب

مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال (فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافه به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع

(مطالب بالخصومة) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور يعني اذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طالبه بمحل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكر لا يبرأ الكفيل ولو سلمه أجنبي لا بأمر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك الا أن يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيأ لا يبرأ (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافه به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن) للالف (لان الكفالة بالمال) في هذا (معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا تعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق) ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان أما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أي لان تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع) فكما لا يجوز تعليق البيع كأن يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة فقبل الآخر

ولنا أنه يشبه البيع و يشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه و يصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك به غدا فعليه

الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا (ولنا أنه) أي عقد الكفالة (يشبه البيع) في الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (و يشبه النذر) ابتداء (من حيث انه) تبرع في الابتداء (التزام) المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه و بالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فمنا بالشبهين (فقلنا ان كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي تعارفوا تعليقها به (صح عملا بشبه النذر وان كان بغير متعارف ك) دخول الدار و (هبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف) ثم ذكر خصوص المسئلة في صورة المسئلة وهي الالف اتفاقي في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لو قال كفلت لك بمالك عليه صح ومهما ثبت بالبينة انه عليه لزمه وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فانما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحتهما فلما قضى وهو الكفالة بالنفس أولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددتا الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطا للآخر بل يجوز أن يكون له مال آخر يدعي به غير المال الذي كفل به معلقا وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البدل الا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على أني ان لم أوافك به الى كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة بماله عليه بأن كفل بنفسه على أنه ان لم يوافك به الى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره الى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلا عن الغائب ويرد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وانما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يوافك به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وهنا ثلاث مسائل احداها أن يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وانه جائز استحسانا والثانية أن يكون الطالب مختلفا فيهما فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو المختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يوافك به غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم توافك غدا التقبيض مني فأنا بري عنه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم توافك أنت لم يصدق واحد منهما فلو أقام المطلوب بينة على الموافاة برئ من الكفالتين وكما كفل على انه ان لم يوافك به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك به غدا فعليه

لانه يشبه البيع من وجه كما مر و يشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك واعمال الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعد الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافك به غدا فعليه

قال المصنف (ولنا انه يشبه البيع و يشبه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال في البدائع اذا قال ان كلمت فلانا فعلي أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها انتهى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل وأجاب الامام ظهير الدين رحمه الله في فوائده بأن الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم بينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافه به غدا فعليه المائة فلم يوافه به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه) لانه علق مالا مطلقا بخطر ألا يرى أنه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها

المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي أن لا يجب المال اذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أجيب بالفرق بأن الابراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر اذ لا ضرورة الى تعديتها الى الكفالة بالمال وأما جواب المحبوبي والمبسوط بأن تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخروج عن الظاهر احتياطا لا يجب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيخان فيثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة اذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان وانما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بأمر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه اذ قد عرف أن المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينا في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى أنه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها أو لم يبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه وأنا كفيل بنفسه الى غد فان لم أوافك به غدا فعلي

ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يوافه به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يوافه به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعى على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين أحدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف

والثانى ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبى الحسن الكرخى وهو يقتضى الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكره معرف لانه قال

ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما أن المال ذكر معرف فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد وفى القصاص لانه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما فى التعزير

مائة دينار فرضى بذلك فلم يوافه به غدا قال عليه المائة الدينار فى الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبى يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه وأراد بالوجهين ما اذا بينها أى ذكر أنها جيدة أو ردئية أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل والأصح أن يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينها أولا وما اذا لم يدع شيأ حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذى سماه الكفيل لمحمد وجهان أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطر وهو عدم الموافاة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب فى الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور الماتريدى وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثانى أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعى به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخى وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى) قبل الحضور الى مجلس القاضى احترازا عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها صحة (الثانية) ونحن قد أسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا فى المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بألف ظهر انه أراد الالف التى سماها حكما منا بأن الكفيل كان يدرى خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفل بالالف المدعى به وفى الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يوافه به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التى عليه فمضى غد ولم يوافه به وفلان يقول لاشئ على والطالب يدعى ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبى حنيفة وأبى يوسف الاول وفى قوله الآخر وهو قول محمد لاشئ عليه وهذا يقتضى أن الحاصل ان أبا حنيفة وحده ويستفاد بها أن الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وسنذكر ما يظهر فيها (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة رضى الله عنه) قال المصنف (معناه لا يجبر) على اعطاء الكفيل (عنده وقالا يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى (وفى القصاص لانه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لاخلاء الارض عن الفساد

فعلى المائة فينصرف الى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة فى مقابلة النكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت فى مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا بأس بذلك لان العادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فى غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة فى مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكأنه أراد بالمائة المطلقة فى الابتداء المائة التى يدعيها وبينها فى الاخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله فى هذا البيان لانه يدعى صحة الكفالة قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره فى مجلس القضاء لاثبات ما يدعى المدعى عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز

اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما فى سائر حقوقهم وفى القصاص لانه خالص حق العبد أى لان

(قوله وفى القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله يجبر فى حد القذف

المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسيرا لجبر ههنا الحبس بل الامر بالملازمة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به سواء أعطاه قبل اقامة البينة أو بعدها أما قبل اقامتها فلأن أحدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصل وبعد اقامة البينة قبل التعديل (٤٠٠) يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى أخذ الكفيل (ولابي حنيفة رحمه الله

بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع) لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم

ومعنى الجبر ليس أنه يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطي كفيلا (بخلاف الحدود الخالصة حقا لله) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها الا ان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة باحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أجيب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لتهمة الاعارة والفساد تعزيرا واذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان أحضر البينة فبها والا خلى سبيله وروى عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني أحبسه وأخلده في السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه (ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد) رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به قال مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين (ولان مبنى الكل) يعني الحدود الخالصة حقا لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا (ولو سمحت نفسه) أي نفس المطلوب (باعطاء الكفيل بلا جبر) يعني في حد القذف والقصاص (جاز لانه أمكن ترتيب موجبه عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمح بها في الحدود الخالصة حقا لله لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولانه معارض بوجوب الدرء

قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل) يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل) فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل أجيب بأن الحبس للتهمة على ما يذكر لا للاستيثاق (بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في (ولا الاموال (ولو سمحت نفسه) أي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحد القذف صح بالاجماع لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين

قال المصنف (قوله قيل هذا الى قوله مرفوعا) أقول القائل هو الاتقاني وقال في شرحه ولنا في دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات) أقول تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة أي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت باحد شطري ما وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة ولقائل أن يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة بناء في الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام الحاكم أيضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والايفاء من أمثاله مأمور به فيحبس بأحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء والله أعلم بالصواب وذكر في كتاب أدب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لان أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغني عن الحبس وقيل معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق بأحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا يخالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ) أورد هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء

(ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) انه عدل لنفي المجهول (لان الحبس ههنا للتهمة) لاستيفاء الحد (والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة) فاذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقدمنا تخريجه والكلام فيه في الحدود (بخلاف الاموال لان الحبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فانه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الايفاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو من وهمت الشيء أهمه وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا والاسم التهمة بالتحريك أصله اوتهمت كما في اتكلت أصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الافتعال قال المصنف (وذكر في أدب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة) اذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما بأن المراد بالاولى يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس ان قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد

(قوله أي لتهمة الفساد لاثبات المدعى) أقول الاظهر لاثبوت (قوله ينافي الدرء) أقول لا نسلم ذلك وانما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيثاق كما في التكفيل وليس كذلك بل الحبس يكون للتقرير ومانحن بصدده كذلك وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للموضوعات الاصلية فلا حاجة الى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى فليتأمل (قوله ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء) أقول فحينئذ يكون الاتهام أكثر فليتأمل (قوله وقيل معنى كلامه) أقول القائل هو الكاكي (قوله أورد هذه المسئلة ههنا الخ) أقول أنت خبير بأنه لا يدل على وجه ايرادها في أثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهم بيانه الا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وان كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والامر هين.

ألا ترى أنه يحبس به و يمنع وجوب الزكاة و يلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعني في الحياة والممات احترازا عن الزكاة فانها يطالب بها أما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام وأما في الباطنة فلا كها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا يجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله (لانه دين مطالب به) اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة والممات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله (ممكن الاستيفاء) اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستيفاء لكونه توثيقا بجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف الف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة أو على التعاقب (٤٠٢) لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أي أن يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل في المطالبة بأن يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كأنه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به الشئ لا ينافيه البتة فكان المقتضى لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن أبي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية الصريحة والاصل موافقتها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا أسلم أحد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بألف أو مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه أو بما يدرك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة

فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق ولا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدرك في هذا البيع) لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة

حتى يحبس به و يلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلات ووجوبه لحق الشرع كالزكاة لكن لما كان ملزوما للوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركته جبرا للورثة عندنا ولم يخلص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالبا من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالبا للمالك فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير ومطالبة الامام ليس لايصال المستحقين الى أملاكهم بل الى ما يستحقون لا بطريق الملك بخلاف سائر الديون فانها مملوكات (قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلان) بالنفس (لان موجبه التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم اذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معا طولب كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بألف لا يطالب أحدهم الا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالالف وأيهم قضى سقطت عن الباقين (قوله وأما الكفالة بالمال) هو عديل قوله أول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة

قال المصنف (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول قال الاتقاني الضمير في عليه راجع الى الخراج وفي فيهما راجع الى الكفالة والرهن انتهى والاظهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما للكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل في كلام المصنف الف ونشر مشوش) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لرجوعه الى الزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفى قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن فى البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجة أى شجة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت بمجهول (٤٠٣) لاحتمال السراية والاقتصار

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار وشرط أن يكون دينا صحيحا ومراده أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك فى موضعه ان شاء الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الاصل وان شاء طالب كفيله) لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لان البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما أن الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما

الصريحة لو قال أما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى القديم وقال فى الجديد هو وابن أبى ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات فى مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم فى ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلى فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع وما نوقض به من انه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أى مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك اجماع) وضمان الدرك أن يقول للمشترى أنا ضامن للثمن ان استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله وقد نقل نص الشافعى رضى الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم على أن شرع من قبلنا شرع لنا اذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن أن يدعى أن حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف فى زماننا أن الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجة) أى خطأ فان العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ ففى الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والا فأرش الشجة ومع ذلك صح وقدمنا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده وكذا يحترز به عن دين الزكاة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الدين وان شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل (وله مطالبتهما) جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء الا اذا شرط فى الكفالة براءة الاصيل فحينئذ لا يطالب الاصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوز بها فيها فتجرى حينئذ أحكام الحوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتبارا للمعنى فيهما (بخلاف المالك) المغصوب منه (اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) يعنى اذا غصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضى عليه بذلك ليس له أن يضمن الآخر (لان اختياره) تضمين (أحدهما) أى ان قضى القاضى عليه

واغا قيل خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بآلة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح ولما مر ذلك فى كلامه لم يحتج الى التقييد به (وشرط أن يكون المكفول به دينا صحيحا) وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذى له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شئ فيطالبه به قال (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له مخير بين أن يطالب الذى عليه الاصل أى الدين ويسمى الدين أصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنها الا اذا شرطت البراءة

فتصير حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا له أن يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار أحد الغاصبين أى الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره أحدهما

(قوله ولما مر ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لان المولى الخ) أقول فيه شئ ويندفع بقولنا قياسا تأمل

يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثانى أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى أو ماذاب لك عليه فعلى أو ماغصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل

(يتضمن التمليك منه) فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضى التمليك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى وماذاب لك عليه أى ماوجب وثبت فعلى من ذوب الشحم لان المعنى ان بايعته فعلى درك ذلك البيع وان ذاب لك عليه شئ فعلى وكذا ماغصبك فعلى واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعة الثانية ذكره فى المجرد عن أبى حنيفة نصا وفى نوادر أبى يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة لجهالة المكفول فى الاضافة ولو قال ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه يخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها حينئذ قليلة تحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه فى التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفى التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ماذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحدا فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه فى الاضافة وكذا لو قال ماذاب لاحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ماغصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لانتفائهما ومن المثل ماغصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة كأنه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من بيع فعلى لا يلزم الكفيل شئ لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلى يصح فأيهم بايعه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار فى المسئلة التى قبلها اليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين والا فلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو ألف أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة للمكفول عنه فى غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه فى التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه فى التنجيز والاضافة حيث يصح فى التنجيز دون الاضافة أما الاول فاذكر فى الذخيرة ان الكفالة فى حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه تملك ما فى ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشترى وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشترى مانعة للبيع والكفالة فى حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه فى الارسال والتعليق ان القياس يأبى جواز اضافة الكفالة لانها تمليك فى حق الطالب وانما جوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا أن المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسئلة الكتاب فاستدل المصنف وأكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ونقل عن أبى بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العادة لا الكفالة وكذا قال أصحاب الشافعى لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة

يتضمن التمليك اذا قضى القاضى بذلك فلا يمكن من التمليك من الثانى أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الخ) يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل

أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل أن يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة أو اذا مات ولم يدع شيأ أو اذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملاءمة كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان أجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان نداؤه بأمر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة فهو كقول من أبق عبده من جاءبه فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بهما مهما أمكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادي للغير ان الملك يقول لمن جاءبه حمل بعير وأنا به زعيم بذلك فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فتتحقق

أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وماذكر من الشروط في معنى ماذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر

وضمان العمالة على هذا الوجه جائز كمن أبق عبده فقال من جاءبه فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة ان المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته الا في مسئلة واحدة سنأتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاءبه حمل بعير لانه انما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا أن فيه جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبي قتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال على هما علي فصلى عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطا ملائما وملائمة الشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سببا للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف بقوله (أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع) فان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بصاع الملك فانه سبب وجوب الجعل الثاني (أن يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيأ ومن

حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية أمرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز أحدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز أصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع مطلقا والثانية انما تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول منه معلوما فالمجهول باق على أصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول أصلا واذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بتولنا على ما يأتي

قال المصنف (وماذكر من الشروط في معنى ماذكرناه) أقول أي في معنى الذي ذكرناه وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به قال المصنف (فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة أيضا هنا كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول كما اذا قيل من غصبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعود) أقول الاشارة الى كون الكفالة بيعا في حق الطالب فانه اذا كانت الكفالة تمليكا في حقه واضافة التمليك الى المستقبل لا تصح لم تصح اضافة الكفالة الى المستقبل في القياس فليتأمل

(قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا) أى كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجىء المطر كذا لا يصح جعلهما أجلا للكفالة وفى كلامه نظر من أوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضى نفى جواز التعليق لا نفى جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثانى ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة اذ لم يذكر الثانى والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما أجلا والثانى كذلك لقوله بعده الا أنه تصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة (٤٠٦) ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسئلة ويمكن أن يجاب عن الاول بأن حاصل الكلام نفى جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفى بانتفاء جزئه لا يقال نفى الكفالة المؤجلة كنفى المعلقة ولا تنتفى الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذا التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف فى موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم فى الصرف ما يقارب ان كان على ذكر منك وعن الثانى بأن فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما أجلا وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة قوله (ويجب المال حالا) وتقديره لان الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ويجوز المجاز عدم الثبوت فى الحال فى كل واحد منهما (فان قال تكفلت عالك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل فالقول لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة) ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به (وان لم تقم البينة

وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق (فان قال تكفلت عالك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وان لم تقم البينة

الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنت مالك على فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافك به وفى الخلاصة نقلا عن الاصل قال للمودع ان أتلف المودع وديعتك أو جحدك فأنا ضامن لك صح وكذا اذا قال ان قتلك ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح بخلاف ان أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا) يعنى من هبوب الريح ومجىء المطر كأن يقول كفلت به أو بما لك عليه الى ان تهب الريح أو الى أن يجىء المطر لا يصح الا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما فاذا هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل فالحاصل ان الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله (لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق) يقتضى أن فى التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به فى المبسوط وفتاوى قاضيخان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال وقلد المصنف فى هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق وأراد التأجيل هذا وظاهر شرح الاتقانى المشى على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة به ومثل بقوله اذا استحق المبيع فأنا ضامن الى أن قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجىء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لان كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق وفى الخلاصة كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا فى الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة ان كانت فى صلبها (قوله فان قال تكفلت بمالك عليه) هذا شروع فى بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التى تقع بها الكفالة فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شئ الا أن تقوم البينة بمقدار ألف أو غيرها (لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه) فوجب عليه (ولو لم تقم بينة

قال المصنف (وكذا اذا جعل واحد منهما أجلا) أقول أى وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف (لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط) أقول أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا أى بأجل متعارف (قوله فاعل يصح هو التعليق) أقول يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مرادا به التأجيل على طريقة الاستخدام

فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة) وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا أقر بشئ مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشئ مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال واليه أشار بقوله لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق فى حق نفسه لولايته عليها) كالمريض اذا أقر فى مرض الموت يصح اقراره فى حق نفسه ولا يصح فى حق غرماء ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له فى حالة المرض قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عنى أو تكفل عنى وبغير أمره سيان فى الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره ولان الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير وذلك تصرف فى حق نفسه وكل ما هو تصرف فى النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر

قال المصنف (لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول قال الزيلعى بخلاف ما اذا قال ماذاب لك على فلان فعلى فأقر فلان على نفسه بألف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس لا يلزمه شئ لما بينا وجه الاستحسان أنه تكفل بما يستحق له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يتأتى بأى طريق كان فى مسئلة الكتاب تكفل بما عليه فى الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب ما عليه كان متهما فلا يصدق ما لم يقم البينة اه وفيه بحث

فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يعترف به) لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق فى حق نفسه) لولايته عليها قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف فى حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه

فالقول قول الكفيل فى مقدار ما على المكفول عنه) مع يمينه (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق) المكفول عنه (فى حق نفسه) بما أقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ماذاب لك على فلان فهو على أو ما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بمال لك عليه فانها بالدين القائم فى الحال وماذاب ونحوه الكفالة بما سيجب والوجوب يثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا أن يقضى القاضى ومثل مالك ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه فى الحال ولم يثبت أنه واجب عليه فان قال ما أقر به فأقر فى الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان أقر لك ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضى لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفى الخلاصة رجل قال ما أقر فلان به فهو على فمات الكفيل ثم أقر فلان فالمال لازم فى تركة الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شئ فهو على صح فان قال الطالب بعته متاعا بألف وقبضه منى وأقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضا ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك ان أعطاه مكانه أو ذهب الى السوق فأعطاه أو قال اذهب الى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فأنا لمالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو على فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفى فتاوى النسفى رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار فى ترك الكفالة وفى مجموع النوازل جماعة طمع الوالى أن يأخذ منهم شيأ بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالى ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالى لا تطلعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص فلو أخذ الوالى منهم شيأ فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التى عنده جاز اذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه فان هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها رب الوديعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بألف على أن يعطيه اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أعم من كونه باذن وبلا اذن (ولانه) أى عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أى هذا الالتزام (تصرف فى حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر

على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند أمره وقد رضي به (فان كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بأمره (وان كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه)

على المطلوب) لان ضرره (بثبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أي الرجوع (عند أمره و) عند أمره يكون (قد رضي به فان كفل بأمره رجع بما أدى لانه قضى دينه بأمره) مقيد بأمرين أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيا أو محجورا وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي مأذونا صح أمره ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الاذن ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني اضمن عني لفلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لان الكائن مجرد الامر بالضمان والاعطاء فجاز أن يكون القصد ليرجع وان يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الآمر الا اذا كان خليطا أو شريكا وقال أبو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وأن يكون كذلك الا اذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضا منه ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر لغا الامر لانه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أما الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والآخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه وأورد مطالبة بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قال أد عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فأدى عنه لا يرجع على الآمر مالم يشرط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به وأجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام بأن الآمر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لانه أمره أن يؤدي عنه ويقضي عنه وأن يكون قاضيا عنه الا بعد أن يصير المقضي به ملكا للآمر الا أن الملك للآمر انما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما تملكه بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا القرض وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا أن الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله (وان كفل بغير أمره لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل بأمره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمالك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شئ من ذلك فانما معناه التشبيه أي هو كالمالك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل حكما للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر الى أدائه وهذا لا يكون في كفالته بلا أمره

قال المصنف (لانه قضى دينه بأمره) أقول المراد أمره المعهود (قوله لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك) أقول فيه تأمل فانه لو لم يكن معتبرا لم يرجع على العبد بعد ما عتق ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ (قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب لقوله ولا بما اذا قال لغيره الخ (لانه

لانه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا أدى رجع سواء كفل بأمره أو بغير أمره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه فى استيفاء المال من الاصيل والجواب أن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بأمره فبنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره (قوله رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به فى فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ماضمن وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ماضمن والثانى أن يكون أدى خلاف ماضمن كما اذا أدى زيوفا بدل ماضمن من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى قال المصنف (لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه الا بما فى ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذى فى ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بماضمن وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بماضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين أحدهما أن هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذا الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة لا فى الدين والثانى ان الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ماضمن وأما فى الاداء بخلاف ماضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد أعنى ما أدى وماضمن والجواب عن الاول بوجهين أحدهما أن تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه وأذن له فى القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك مالا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون

لانه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى معناه اذا أدى ماضمنه أما اذا أدى خلافه رجع بماضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه

(لانه متبرع) ولا يمكن اثبات المال فى ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع وقوله (رجع بما أدى معناه اذا أدى ماضمنه أما اذا أدى خلافه) فانما (يرجع بماضمن) حتى لو كان الدين زيوفا فأدى عنها جيادا فانما يرجع بالزيوف أو كان الدين جيادا فأدى عنها زيوفا وتجوز الطالب بها فيرجع بالجياد بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى فلو كان الدين جيادا فأدى زيوفا يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فأدى جيادا رجع بالزيوف أيضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفا تحت الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فان ماله عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطالب به المكفول بعينه فان قيل ينبغى أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدل من قال ان الكفالة ضم فى الدين أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا تجوز اذا لم يأذن للغير فى قبضه فاما اذا وهب الدين من آخر وأذن له فى قبضه جاز استحسانا وهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان بقبض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذى على المطلوب اذ صار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس فى ملكه والاوجه اما اعتبار الدين فى ذمة الكفيل كما هو فى ذمة الاصيل ويسقط عنهما باداء أحدهما كما هو أحد القولين أو اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لابد من قبوله بخلاف ما اذا أبرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالابراء تسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله (وكما اذا ملك المحتال عليه الدين) بالاداء الى المحتال بأن أحال

(٥٢ - فتح القدير خامس) تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثانى أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة وأما اذا كانت فيجوز أن يجعل فى الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين فى ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له فى أن الابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفى مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدورا التسليم وذلك فى غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثانى بأن التشبيه انما هو فى نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود فى الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب الا ماضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك بخلاف ماضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه شئ فانه لا دين على الكفيل فى الاصح

(قوله بماذكرنا في الحوالة) قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل تقريره الكفيل لا يرجع الا اذا أدى بأمر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الديون لم يجب له على الآمر شئ حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو أدى الزيوف على الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لان أداء المأمور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما أدى باطلاقه فيه تسامح وأما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين أحدهما أن يصالحه على أقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما ذكره والثاني أن يصالحه على جنس آخر وفيه يملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال) الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التمليك وهو لا يملكه قبل الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما أي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشترى عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة قال (فان لزم بالمال الخ) اذا لزم الكفيل له أن يلازم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو (في) الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان له أن يحبسه اذا كانت الكفالة بأمره وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو مورط فعليه الخلاص فاذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برئ الكفيل لانه أبرأ الاصيل وابراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم تبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها

بماذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا أبرأ الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال (فان لزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه

المديون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما أدى حتى لو أدى عروضا أو دراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله (كما ذكرنا في الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى لانه لم يملك الدين بالاداء) فانما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف) المكفول بها (على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الالف (لانه اسقاط) أو هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله (فصار كما لو أبرأ الكفيل) يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة أو المعنى اذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشئ فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل (قوله وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لانه) أي الكفيل (لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث) له أن (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية) فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشترى قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فان لزم) الكفيل (بالمال فله أن يلازم المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه) خلافا للشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤد بعد قلنا ملازمته وحبسه معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لانه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه والا فيعامله بمثل ما عامله به (قوله واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل) بالاجماع (لان الدين عليه) أي على الاصيل

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

وقوله فى الصحيح احترازعن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين فى ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الاصيل لا توجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلل بأن الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء أو الابراء فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل فى ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض فى ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل فى ابتداء الكفالة لم يبق هنالك كفيل بل الباقى اذذاك المحال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه (٤١١) (وان أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل) لان على الكفيل المطالبة دون أصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز ألا ترى انه لو مات الكفيل ماسقط الدين عن الاصيل (وان أخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن كفيله وان أخر عن كفيله لا يكون تأخيرا عن الاصيل لأن التأخير ابراء موقت) لاسقاط المطالبة الى غاية (فيعتبر بالابراء المؤبد) وورد بأن هذا اعتبار مع عدم التساوى وهو باطل ألا ترى ان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء وتسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار شئ بغيره لا يستلزم التساوى بينهما من كل وجه والا لا يبقى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكروه ان الابراء المؤبد اسقاط محض فى حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار وأما الابراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما اذا كفل) يجوز أن يكون جواب دخل تقريره لا نسلم ان التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لاصل الدين لانه لما شرط التأجيل فى ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخره واذا كان تأخيرا لاصل الدين وهو فى ذمة الاصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا (اما ههنا) أى فيما اذا حل بعد الكفالة فانما كان تأخيرا للمطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين

فى الصحيح (وان أبرأ الكفيل لم يبرا الاصيل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز (وكذا اذا أخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذى عليه الاصل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه أما ههنا فبخلافه

(فى الصحيح) خلافا لمن ذكر ان الدين فى ذمة الكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل ان الدين فى ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس الا فى ذمة الاصيل قائل بأن براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل أو موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا أبرأه صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا قريبا ولو كان ابراء الاصيل أو هبته أو التصدق عليه بعد موته فعند أبى يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم فى حال حياته ثم مات وهذا يختص بالابراء (وان أبرأ الكفيل لم يبرا المكفول عنه لان عليه) أى على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أى بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل بابرائه (وكذا اذا أخر عن الاصيل فهو تأخير عن كفيله ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد) فان قيل الابراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده و برد الاصيل يرتدان كلاهما والجواب ان الفرق بينهما فى حكم لا يستلزم الفرق بينهما فى كل حكم وسبب الافتراق فى ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ما ذكر فى الذخيرة ان الابراء المؤبد اسقاط محض فى حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشى الساقط كاسقاط الخيار وأما الابراء المؤقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط ألا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل للابطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا فما لم يقبل الكفيل التأخير أو الاصيل فالمال حال يطالبان به للحال وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أى بالدين (الحال مؤجلا الى شهر) مثلا (فانه يتأجل عن الاصيل) الى شهر (لانه) أى المكفول له (لا حق له حال الكفالة الا فى الدين) فليس اذذاك حق يقبل التأجيل سواه (فكان الاجل) الذى يشترطه الكفيل (داخلا فيه) فبالضرورة يتأجل عن الاصيل (أما ههنا) وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فبخلافه)

قال (فان صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين بجنسه على أربعة أوجه هو أن يشترط براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أولم يشترط شيء من ذلك ففي الاول والثاني برئا جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح والكفالة بأمره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب

قال (فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل) لانه أضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بأمره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فلكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)

فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى لانه أوفى هذا القدر بأمره وان قال صالحتك عما أستوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ومصالحته اياه بخلاف الجنس تمليك لاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بأنه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز وأجيب بأنه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلا عن دفعت الالف لكونه رافيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرآن عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بأمره كما ذكرنا قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالابراء احداها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداؤها من الطالب والثالثة بالعكس

قال (فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل) لانه أضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بأمره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فلكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)

لانهما تقرر حكمها قبل التأجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة) ان شرط براءتهما جميعا عن الخمسمائة أوشرط براءة المطلوب برئا جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بأمره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بألف وان لم يشرط براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهي مسئلة الكتاب (برئا جميعا) عن خمسمائة (لانه) أي الكفيل (أضاف الصلح الى الالف الدين وهو) أي الدين (على الاصيل) فيبرأ الاصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التي أوفاها ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لانه) أي الصلح بجنس آخر (مبادلة فيملكه) أي الدين (فيرجع بجميع الالف) وعند الائمة الثلاثة يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الربا ولا يمكن تمليكها من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة الى التمليك وفي خلاف الجنس يحتاج الى التمليك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بأمره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل) لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة (قوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا) بأمر المكفول عنه (قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) بجميع الدين لان لفظ الى لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل كأنه قال

(قوله ان كان الصلح والكفالة بأمره) أقول لوجوب كون الصلح بأمره تأمل

فالاولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره مالا قد برئت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لماذكر ان البراءة التى يكون ابتداؤها من المطلوب أى الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فكان بمنزلة أن يقول دفعت الى المال أو قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الاصيل لان مادل عليه اللفظ براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية أدناهما فتثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر وتوجيهه أن يقال تيقنا بحصول البراءة بأى الامرين كان وشككنا فى الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت الى لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت (٤١٣) مثلا وهو فيما نحن فيه الايفاء لانه يضع

معناه بما ضمن له بأمره لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع (وان قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لا تنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثانى لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل فى جميع ماذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المجمل

دفعت الى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة فى هذا وهنا ثلاث مسائل أحداها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان يأخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض عند أبى يوسف كقوله برئت الى وعند محمد كقوله أبرأتك اثباتا للادنى وهو براءة الكفيل اذ فى الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين مالو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الى بمقتضى العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء وأبو يوسف يقول هو مثل برئت الى لانه اقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة الى الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتأخرون فيما اذا قال المدعى عليه أبرأنى المدعى من الدعوى التى يدعى على منهم من قال هو اقرار بالمال كما لو قال أبرأنى من هذا المال الذى ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون بحق وبباطل ولو قال الكفيل أنت فى حل من المال فهو كقوله أبرأتك لان لفظة الحل تستعمل فى البراءة

المال بين يدى الطالب ويخلى بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع فأما البراءة بالابراء فما لا يوجد بفعل الكفيل لاستحالة وقيل أبو حنيفة مع أبى يوسف رحمهما الله فى هذه المسئلة وكأن المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير اليه أولى وقيل فى جميع ماذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المجمل وأما اذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين أحدهما هو ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان المجمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل به ممكن

والثانى ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل فى الوجه الاول والثانى بالاثبات والنفى فكيف يكون مجملا مع انتفاء لازمه وأجيب بأن قوله برئت الى وان كان بمنزلة الصريح فى حق ايفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت الى لانى أبرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وماذكروه فى تعليل الاوجه الثلاثة استدلالى لا صريح فى الايفاء وغير الايفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب فى ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا فى دلالته على المراد وكونه غير صريح فى الايفاء والابراء هو الذى سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحى وان كان المراد به المجمل اللغوى وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذا يهون هونا

قال المصنف (لانه براءة لا تنتهى الى غيره) أقول الضمير فى قوله لانه راجع الى ما فى ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهى

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول اذا جاء غد فأنت بري ء من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البرا آت والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض وردّ بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فأنا بري ء من المال فوافاه من الغد فهو بري ء من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى أنه يصح لأنها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه أصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فأما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل ألا ترى ان صاحب الدين اذا قال عجل خمسمائة على أني أبرأتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة على البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به الخ) ذكر ضابطا لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب أو حز الرقبة ليس بمنتف لامحالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب عليه اما أن يكون اصالة والفرض خلافه أو نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما أن يكون للجاني بأن لا يعود الى مثل ما فعل أو لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتهتكين الكفيل يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وأما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت أصلا لامحالة والثاني كما في الحدود ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع أولى فانه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البرا آت ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لانه دين كسائر الديون

كالابراء دون البراءة بالقبض قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا فاما اذا كان حاضرا يرجع اليه في البيان انه قبض أو لم يقبض لان الاصل في الاجمال ان يرجع فيه الى المجمل في البيان والمراد من المجمل هنا ما يحتاج الى تأمل ويحتمل المجاز وان كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت الى معنى لاني أبرأتك لا حقيقة المجمل يعني يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركا منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الابراء (قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أي بالشرط المتعارف مثل ان عجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكل بما اذا قال الكفيل بالمال على أني ان وافيت به غدا فأنا بري ء من المال فوافاه به برئ من المال لان هذا شرط ملائم على انه لا ورود له لان الفرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد احداهما (ويروى أنه يجوز) وهو أوجه لان المنع لمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة (فكان) ابراؤه (اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل) لا يصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال وقوله (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كـ) نفس (الحدود) نفس (القصاص) اذ لا يقتل

(قوله فان كان الاول) أقول ويجوز أن يعكس فيتبين بطلان الاول بما ذكره في وجه بطلان الثاني وبالعكس بل هذا أظهر
(قوله فقد لا يحصل المقصود) أقول تأمل فان عدم الحصول نادر لا يضرنا

فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضمونا بالغير وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشترى ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها أمانة وتجوز في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها أعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك أن تجب قيمتها عند الهلاك ومالم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على أصله ان موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان وقلنا بناء على أصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لاستحالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن (٤١٥) صار مستوفيا الدين ولا تلزمه

(وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز

الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعي) اعلم أن الاعيان اما مضمونة على الاصيل أو غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شئ وقالوا رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها وكذا الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ومتى هلك فلا شئ على الكفيل وفائدته حينئذ الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكر شمس الأئمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما أوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه

الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين أو زائدا عليه والزيادة عليه من ماليته كان أمانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان أمانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شئ لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازه وأظنه تابع شمس الأئمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها

مطالبته فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني أعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل محملها اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شئ على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن وان هلك

(قوله ومالم تجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليما فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قيل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو الكاكي

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه (قوله ومن استأجر دابة للحمل) اعلم ان من استأجر دابة معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للحمل فكفل

لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها جازت الكفالة) لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا

عندى أن لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك فى وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يحصلها ويخلى بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعنى بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ومن حمل المردود اليه قال فى الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفى المبسوط ادعى عبدا فى يد رجل فلم يقدمه الى القاضى وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد فى يد المطلوب وأقام المدعى البينة ان العبد عبده يقضى القاضى بقيمته على المطلوب وان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين كما ان الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل فى قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل أعنى الغاصب فان أقر الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفى المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شئ لان عين الرهن والزيادة عليه مقدار الدين من الرهن أمانة فى يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيأ من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا فى ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على ان أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شئ لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن مالية العين هنا ألا ترى انه لو هلك فى يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستأجر فى كلام المصنف بالفتح فى الموضعين وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شئ على الكفيل ففى المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفى المستأجر لان الاجارة تنفسخ به وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الا جر (قوله ومن استأجر دابة للحمل فان كانت بعينها) أى أجره أن يحمله على هذه الدابة (لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له فى هذه الدابة ليحمله عليها (وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والحمل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (ووزانه من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من انه عاجز عنه اذ لا يملك العبد أما لو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لا شئ على الكفيل وقال شارح فى الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بأن الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بأن الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب ان تحميله الذى هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمل على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أى

(قوله وماذكر فى الايضاح) أقول قوله وما ذكر مبتدأ خبره يجىء بعد سطرين وهو قوله غير دافع الخ (قوله لان تسليم ما التزمه متصور فى الجملة الخ) أقول لعل المراد من قوله متصور فى الجملة أن التسليم متصور اما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك فى الحمل على دابة معينة فليتأمل

رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للحمل فكفل بالحمل لم يصح قال المصنف (لانه) أى الكفيل (عاجز عنه) أى عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست فى ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعى رحمه الله واستدل به على عدم جوازها فى الاعيان مطلقا وما ذكر فى الايضاح جوابا للشافعى رحمه الله وهو قوله تسليم ما التزمه متصور فى الاعيان المضمونة فى الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور فى الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس الخ) لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف أولا وقال آخرا يجوز اذا أجاز حين بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل أي نسخ كفالة المبسوط وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة فالموجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أو زيادته في آخر وذكر في الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف رحمه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الاجازة فيها أنه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك

يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ماذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ماوراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على أحد ومنع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما أن في عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس وعلى هذا الوقبله عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شطر به قال (الا في مسئلة واحدة الخ) استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكأنه قال لا يصح ذلك عندهما الا في مسئلة واحدة استحسانا

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا يجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا لانه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ماذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ماوراء المجلس (الا في مسئلة واحدة

دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا تجوز الكفالة فيه أيضا لان الحمل أيضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل أنه ان كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغي ان تصح الكفالة فيهما لان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل ينبغي ان لا تصح فيهما لان التحميل غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ماذكر في النهاية من التركيب وماذكرنا من الحمل عليها في المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلها اذ ليست له ولا يه عليها ليصح اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كفالة الاصل عن أبي يوسف (الاجازة) بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل أن عنه روايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية النفاذ (أنه التزام فيستبد به الملتزم) ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيأ لانه مخير في المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبته طالبه والا وأحال المصنف وجه التوقف على ماذكره في الفضولي في النكاح وهو ان شطر العقد يتوقف حتى اذا عقد فضولي لامرأة على آخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بأن خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطبه فضولي آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس) وهذا يقتضي انه لو تم عقدا بقبول فضولي آخر يوقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل توقف بالاجماع وحينئذ قوله في وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل في المجلس ان كان حاضرا فتنفذ أو يقبل عنه فضولي آخر ان كان غائبا فتتوقف الى اجازته أورده وقوله (الا في مسئلة واحدة) استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان هذه

(قوله لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد) اقول أي من محمد فلا يرد شئ تأمل (قوله فالموجود في بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله في بعض مواضع نسخ المبسوط) أقول فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من البين والامر هين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول مستندا بأنه عقد تبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبأن الاقرار الخ) أقول في العطف تأمل

والقياس عدمها لما مر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لاجنبي لم يصح فكذا المريض وللاستحسان وجهان أحدهما أن يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكأنه قال أوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت تصحيحا لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا قيل في كلام المصنف تسامح لانه في معنى الوصية لا أنه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال

اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤل الى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه أي الى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن أبيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا أجاب المصنف بقوله (وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولهما من زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز أن يكونا مسلكين في هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ الخ) اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ

وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال أو يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه

المسئلة صحت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه (وهي أن يقول المريض) المديون (لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فانه يصح استحسانا فللغرماء مطالبته وذكر للاستحسان وجهين أحدهما ان قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية اذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط ان ذلك لا يصح منه في حال الصحة واذا كان معنى الوصية فكأنه انما قال لهم اقضوا ديني فقالوا نعم اذا قالوا تكفلنا بها فلذا قال المشايخ انما يتم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بدينه ولو كان حقيقة الكفالة لاخذوا بها حيث تكفلوا ثانيهما ما ذكر في المبسوط والايضاح ان حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لابذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فنزل نائبا عن الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما اذا حضر بنفسه فان قيل غاية الامر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فان الصادر منه حينئذ قوله تكفل ولو قال تكفل لي بمالي على فلان فقال كفلت لا يتم الا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه كالبيع اذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت أجاب المصنف بقوله (انما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لانه) أي لان قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وانما احتيج في البيع كذلك لانه يراد به المساومة وهنا لا يراد به الا التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده الى تحقيق الكفالة تخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الامر هنا (كالامر بالنكاح) فيما لو قال زوجني بنتك فقال زوجتكها انعقد وان لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لاجنبي) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الاجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي أو لوارثه لا يصح الا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أوجه وما في المبسوط

(قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول الظاهر ان مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعد ما كفل الوارث بل يكفيه أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ولا أدري كيف يذهب الى ما ذكره وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا يخفى

فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذا مات الرجل وعليه ديون الخ) اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا كان أو أجنبيا لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي صحيحة وهو قول الائمة الثلاثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما أن يكون بالنسبة الى الدنيا أو الآخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لانه وجب (٤١٩) لحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي

قال (واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيأ فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تصح) لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب

من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم يبن الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنى على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضر في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما لهذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيأ) بل مات مفلسا (فتكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد) والائمة الثلاثة وأكثر أهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة أنصاري فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة وقال هما علي فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت (لانه) أي الدين (وجب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء أو الابراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شئ من ذلك ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولابي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) في حكم الدنيا مطلقا والكفالة من أحكام الدنيا لانها توثق لما أخذه فيها لا في الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين كذلك و (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)

الا بابراء من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل أو له مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد لكن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل

العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في أحكام الدنيا ولابي حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب

(قوله فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته الخ) أقول بخلاف الوارث اذا كان فانه مطالب بعد موت المكفول عنه لانتقال ما يملكه اليه وتعلق حق الطالب بتركته الحاصل أن الوارث اذا كان مطالبا بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركته وكون الوارث أقرب الناس اليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة بخلاف الاجنبي لانه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلا فلم تتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافترقا ولقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالبا بدينه في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا تجوز كفالته فاذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الاجنبي وهي سالمة من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل (قوله والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول فيه شئ

يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو فى الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمى أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب فى التقرير فى باب صفة الحسن للأمور به وان قلت فقد يقال المال واجب أجاب المصنف بقوله (لكنه) أى الدين (فى الحكم مال) لان تحقق ذلك الفعل فى الخارج ليس الا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه فى المآل فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين فى نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة فى حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبق أهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى أن المصنف ذكر دليل أبى حنيفة بطريق المعارضة ولو أخر جه الى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط وسيذكر السند بقوله فان الدين (٤٢٠) هو الفعل كان أحذق فى وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن اعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتى (قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعنى ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على ألف درهم وأنا كفيل به صحت الكفالة وعليه أداؤه وان لم يوجد الدين أصلا ولان بطلان الدين انما هو فى حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذا كان باقيا فى حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشترى مفلسا لبقائه فى حق البائع فان السقوط فى حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل فى حق المشترى فلذلك انتقض العقد (قوله واذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل أوله مال وبيانه ان القدرة شرط لحق الفعل اما بنفس القادر أو بخلفه واذا كان به كفيل أوله مال فان انتفى القادر بخلفه وهو الوكيل أو المال فى حق بقاء الدين باق (قوله أو الافضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء (الى الاداء) بوجودهما (باق) بخلاف ما اذا عدما ويجوز أن يكون فى الكلام لف ونشر وتقديره بخلفه وهو الوكيل أو الافضاء الى ما يفضى الى الاداء وهو المال باق

لكنه فى الحكم مال لانه يؤل اليه فى المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل أوله مال فخلفه أو الافضاء الى الاداء باق .

والموصوف بالاحكام الافعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط فى أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الاضافة أى التبرع بالدين وهو الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصيل لانه التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت الملىء وأما حديث أبى قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما علىّ كلا من انشائها والاخبار بها على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به فى خصوص محل النزاع ويحتمل الوعد بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق ايفائهما لا بقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها أو بالاقرار بالكفالة بهما حصل المقصود فصلى عليه ونوقض اثبات سقوط الدين بمسائل أحدها لو مات المشترى مفلسا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس فى الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن فى نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله اذا مات مفلسا ولو سقط فى أحكام الدنيا لم تبق الكفالة ثالثها لو كان بالدين رهن بقى الدين عليه بعد موته مفلسا وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين فى حال الحياة كالعبد المحجور اذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صح وان كان لا يطالب به فى حال رقه فكذا فى حال الموت أجيب عن الاول بأن الدين لا يبطل بموته فى حق المستحق حتى جاز أن يأخذ من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين فى حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر الضرورة وعن الثانى بأن كساد الفلوس يبطل الملك فى حق المشترى فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق فى حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتتأخر المطالبة

(قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب فى التقرير الخ) أقول من انه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت الذات بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم هذا ما ذكره فى التقرير قبيل باب صفة الحسن للأمور به فى كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه الى سبيل الممانعة الخ) أقول أنت خبير بأن منع المقدمة التى أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدده كذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ اشارة الى دليل الثبوت فليتأمل (قوله وسيذكر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

وعلى هذا يشترط فى القدرة اما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضى الى الاداء وقد وقع فى بعض النسخ اذا الافضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما فى قوله

نحن بما عندنا وأنت بما * عندك راض والرأى مختلف

ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف ما به يحصل كفاية أمر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدل الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحى والميت وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة أنصارى ليصلى عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو دينار ان فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام على أو أبو قتادة رضى الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما على يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فما ذا يكون جواب أبى حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام فى كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أولا وأما حديث الانصارى فانه يحتمل أن يكون ذلك من على أو أبى قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيه ماسواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلى ما فعل الدينار ان حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن (٤٢١) بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لأجبره على ذلك والحق ان من قال بأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الالف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعى ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض أمانة فى يده

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الالف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعى ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض أمانة فى يده

لحق المولى كما أن الدين ثابت فى ذمة المفلس الحى وان كان لا يطالب به (قوله ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه) أى قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الالف) التى كفل بها (قبل أن يعطيه) أى قبل أن يعطى الكفيل الالف (صاحب المال) وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطى والمفعول الثانى هو ضمير المال المقدم فى يعطيه (فليس له) أى ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه للشافعى وفى وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الاصيل ونحن نبين أنه يملكه وان الامانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما المصنف (لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال) الحاقا بالزكاة المعجلة للساعى تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقى هذا الاحتمال (و) الوجه الثانى (أنه) أى القابض (ملكه بالقبض على ما نذكر) يريد ما ذكره بعد سطر فى تعليل طيب

قضاء على وجه الاقتضاء بأن دفع المال اليه وقال انى لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدى فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها أى فى الالف المدفوع وأنثه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فلم يبطل هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا فى نقض ما أوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعى لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان كان الثانى فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تمحض فى يده أمانة

(قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ) أقول لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل (قوله ولو كان كفالة لاجبره على ذلك) أقول فى الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق الى قوله لعدم ما يضم اليه) أقول لعلهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر فى كتب الاصول لانها تخرب قال المصنف (فليس له أن يرجع فيها) أقول الضمير المؤنث فى فيها راجع الى الالف على تأويل الدراهم (قوله لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز) أقول قال الاتقانى وهنا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شئ

فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة واعما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان يحصل من الكفيل أو من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ماوجب له فيملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثانى فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ماوجب للطالب على الكفيل قال فى النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى مابعد الاداء ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة مالو أخذ رهنا بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز حتى لو أداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام فاضيخان والامام المحبوبى وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ماوجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا أن مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت الى وقت الاداء فنزل ماوجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا أى لكونه نازلا منزلته لو أبرأ الكفيل

المطلوب قبل أدائه صح وكذا اذا أخذ رهنا أو وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضميرعليه للمكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى يحاله أى الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ماتوجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التعسف ماترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ماقبض بمجرد ماله من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا يملك ماقبض ولعل الصواب أن يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ماوجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ماتقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا يناقى ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا أن المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفى ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا هنا هذا ماسنح لى والله أعلم بالصواب الا ان فيه أى فى الربح الحاصل للكفيل بتصرفه فى المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب أبى حنيفة بينه فى مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

(وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ماوجب للطالب عليه الا انه أخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث بينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله (لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا لو قضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطلوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل وانما حكمنا بثبوت ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه (لانه) أى الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الاصيل مثل ماوجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (الا) أى لكن (أخرت مطالبة الكفيل الى أدائه فنزل) ماللكفيل على الاصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أى والدليل أن للكفيل حق المطالبة متأخرا أنه (لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه) أى قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا أدى وجاز أخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل أدائه (فكذا اذا قبضه يملكه) يعنى اذا كان بحيث يصح الابراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له (الا) أى لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبى حنيفة (بينه) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين) وهو الالف التى قضاها اياها لان الدراهم

(قوله والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول اذا لم يكن مانع كما فى مسئلة الكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى يحاله الخ) أقول كما فى شرح الاتقانى

وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد وأما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلا في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح من أصل خبيث وفي قول أبي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان أصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فانه على الاختلاف قال (ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان في حكم الربح فيما لا يتعين أما اذا كانت الكفالة فيما يتعين كالكر من حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل أن يؤدي الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما بينا انه ملكه قال أبو حنيفة وأحب الى أن يرده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع

وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم) لما بينا انه ملكه (قال وأحب الى أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه سبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له

الدراهم لا تتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة) فدفعه الاصيل الى الكفيل والباقي بحاله (فالربح له) أي الكفيل (لما بينا انه ملكه) أي ملك الكر وانما بينه في ضمن بيان انه ملك المقبوض (قال وأحب الي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شك ان ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقالا هو له لا يرده عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الاصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (انه يتصدق به) وهي رواية كتاب الكفالة منه (لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الاصيل الخ (فيسلم له ولابي حنيفة انه تمكن الخبث مع الملك اما) لقصور ملكه بسبب أن الاصيل (بسبيل من استرداده بأن يقضي) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أو لانه) انما (رضي به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطف بالواو فانهما وجهان لا أن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخبثية وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل يعاد فعه اليه الا على ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخبث يعمل فيما يتعين) وهو الكر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا (فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية) أخرى (وهي الاصح لان الخبث لحق الاصيل) لا لحق الشرع فيرده اليه ليصل الى حقه (لان الحق له) وهذا يفيد انه يطيب له فقيرا كان أو غنيا وفيه روايتان والاوجه طيبه له وان كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (الا انه استحباب لا جبر) لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال

(قوله واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعني ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له (قوله وعند أبي يوسف يطيب) أقول مخالف لما في شرح الكنز للزيلعي من انه اذا دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فليطلب التفصيل ثمة الا أن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان

وهو دليلهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية كتاب الكفالة أنه تمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضي الكر بنفسه وان كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين أن يقر وأن لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث واما لانه رضي به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى أول الكلام وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكر لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه أي لحق الذي قضاه فاذا رد اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا أصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه أن يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار أنه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذى ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه و يبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة و يتحمل عليه خمسة سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل

أولا أحب الى أن يرده ولا يجب فى الحكم أى فى القضاء وثانيا لكنه استحباب لا جبر يعنى لا يجبره الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبره القاضى ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه و بين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه فجاز أن يكون واجبا فيما بينه و بين الله تعالى وهو مستحب فى القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام فى وجه قول أبى حنيفة وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما فى البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهى كما لو أدى الكفيل بنفسه فكان المقبوض ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بأن اشترى مكيلا أو موزونا ملكا فاسدا وربح فيه يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك لان الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب اذا أجر المغصوب ثم رده فان الاجر له يتصدق به أو يرده على المغصوب منه فكذا فى الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده فاذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الاصيل عملا بالشبهين بقدر الامكان ظاهرة فى وجوب رده فيما بينه و بين الله تعالى أو التصدق به غير أنه ترجح الرد هذا كله اذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع أبى حنيفة فى انه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبى يوسف لما عرف فيمن غصب من انسان مالا وربح فيه يتصدق بالفضل فى قولهما لانه استفاده من أصل خبيث و يطيب له فى قول أبى يوسف مستدلا بحديث الخراج بالضمان (قوله ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره) أى فأمر الكفيل (الاصيل أن يتعين عليه حريرا) أى أن يشترى له حريرا بطريق العينة وهو أن يشترى له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذى اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشترى المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان و يستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسطا الثانى تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض الا أن يبيعه عينا تساوى عشرة مثلا فى السوق باثنى عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب الى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة فى البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله تعين على حريرا اذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤل أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له فى الحرير والزيادة التى يخسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على) كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلى وضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا مضمونا والخسران غير مضمون على أحد حتى لو قال بايع فى السوق على أن كل خسران يلحقك فعلى أو قال للمشترى العبد ان أبق عبدك هذا فعلى لا يصح

قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) اذا أمر الاصيل الكفيل أن يعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه و يبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة ليبيعه المشترى المستقرض بعشرة و يتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذى ربحه البائع عليه لا على الاصيل وسمى هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذى هو مذموم وكأن المكروه حاصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح فى التجارات كذلك والا لكانت المرابحة مكروهة والا لزم الربح للكفيل دون الاصيل لانه انما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله على فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الكفالة والضمان انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر بع متاعك فى هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك فانه غير صحيح

وقيل

واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين يعني اشترلي حريرا بعينه ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض دينى وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين أي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره (٤٣٥) فكيف يكون الثمن مجهولا أجاب بقوله الجهالة

وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة مازاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته)

(وقيل هو توكيل فاسد) ومعنى على منصرف الى الثمن فاذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لى فهو توكيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشترلى حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الايفاء كان الحاصل اشترلى حريرا يكون ثمنه الذى تبيعه به فى السوق قدر الدين الذى علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذى يقع به الايفاء غير معلوم (وكيفما كان) توكيلا فاسدا أو ضمانا باطلا (يكون الشراء للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة) التى يخسرها (عليه لانه العاقد) ومن صور العينة أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض الى أجل ثم يبعث متوسطا يشتريه لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الاول بالثمن الذى عليه وهو ألف حالة فيدفعها الى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع أذناب البقر الحرث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم أى استغلتم بالحرث عن الجهاد وفى رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل ايالك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة يبلخ للتجار ان العينة التى جاءت فى الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته ثم الذى يقع فى قلبى أن ما يحرجه الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير فى الصورة الاولى وكعود العشرة فى صورة اقراض الخمسة عشر فكرهوه والا فلا كراهة الا خلاف الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المديون فيأبى المسؤل أن يقرض بل أن يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتريه المديون ويبيعه فى السوق بعشرة حالة ولا بأس فى هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا فكروه أو لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك فى خصوصيات المواد ومالم ترجع اليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والافكل بيع بيع العينة (قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام) رجل (بينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضى

مازاد على الدين فانه داخل فى الثمن واذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشترى للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها فى الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فتندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل ايالك والعينة فانها لعينة قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه الخ) رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه

فأقام المدعى البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به

(قوله وهو مذموم الخ) أقول لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضا (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فيه شئ

وذلك لان المال المكفول به اما مال مقضى به على الاصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله أطال الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضى بلدكذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى أن المكفول به مال قضى أو يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى ألفا يصح أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك أصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضى ولم يدعه أو مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن أقام البينة ان له على فلان ألف درهم وان هذا كفيل عنه بأمره قضى به على الحاضر والغائب (٤٢٦) جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين

لان المكفول به مال مقضى به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ما ض أريد به المستأنف كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بأمره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

هذه البينة ولا يقضى بها لانه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لابد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فالم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبي اذ لا ينتصب خصما (وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى) وهي لفظة ذاب (لان معنى ذاب تقرر) ووجب (وهو بالقضاء) بعد الكفالة حتى لو ادعى انى قدمت الغائب الى قاضي كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره الا انه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن ثمن ما باعه أو دانه أو أقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد دانه أو أقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة) صورتها في الجامع وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله اذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل له بأمر فلان عن فلان فانى أقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر

(قوله فهو وان كان ضعيفا الخ) أقول لا يخفى عليك ان حكمه بالضعف لا يوافق المسئلة الآتية بعد سطرين ولعل تصديرها بصيغة التمريض اشارة الى ذلك (قوله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك) أقول لو صح هذا لم يتم الجواب في المسئلة التي مرت آنفا لمكان الشك (قوله وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك) أقول وليس فيه ما يأبى عنه (قوله أو مال يقضى به) أقول ولم يدعه أيضا كما لا يخفى (قوله ومع غيبة الأصيل لا يصح) أقول وليس في كلام المصنف ما يدل على ذلك أيضا كما لا يخفى (قوله لكونه قضاء على الغائب الخ) أقول قال المحشي الشهير بيعقوب باشا فيه ان القضاء على الغائب صحيح في مثل

الغائب

هذه المسئلة قال في الفصول العمادية اذا ادعى رجل انه كفل من فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره انتهى ونحن نقول يمكن أن يجاب عنه بأن يقال ان الكفيل يكون هناك خصما بخلاف ما نحن فيه ويؤيد هذا الجواب ما ذكره العلامة الكاكي في شرحه حيث قال لأنه كفل عما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فالم يصر المال مقضيا به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا وأحمد ويصح عند الشافعي ومالك ولذلك يوقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الاصيل كما شرط في عقد الكفالة ألا يرى انه لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا حضر الاصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ

أحدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه أي بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه والثاني الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كانا كذلك فهما غيران لامحالة واذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر (٤٣٧) وقضى بالكفالة بالامر ببينة ثبت أمره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير أمره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أي الشأن ان صحة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان علي فلان ألف درهم وأنا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا أبهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر وأقام على ذلك بينة ان له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يمكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعروف بذاته واذا كانت بمجهول لا تصح فلم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كأنه قال ان كان لك علي فلان مال فأنا كفيل فأثبته المدعي وسيأتي تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بأمر) يجوز أن يكون فرقا آخر بين ما اذا أقام البينة على الكفالة بأمر وبين ما اذا أقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبتت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما أدى على الاصيل فكذا اذا ثبتت بالبينة وقال زفر لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا

وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا

الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل يخصم عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلافا (وانما قبلت) هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعي مطلقة أيضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعي ولا البينة (وانما اختلف) القضاء (بالامر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذا لم يكن أمر فلا يرجع (لانهما) أي الكفالة بالامر وبغير الامر (يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالآخر) وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أي بالبينة (بالامر ثبت أمره) أي أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بأن عليه للمقضى له دينا (فيصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فانها (لا تمس جانبه) أي جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (انما تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر) حيث ثبت الامر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره) وهو الاصيل (ونحن نقول) قد (صار) الكفيل في انكاره الدين على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام

فبطل مازعمه كمن اشترى شيأ وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه وردعليه بعيب بالبينة بعدما أنكر العيب به ثم أراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله (٤٢٨) خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه

فبطل مازعمه قال (ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ماتم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع

بالرد بالعيب كذبه في زعمه وأجيب بأنه انما لم يكن له أن يرده على بائعه لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال (ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على مامر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشترى لا تسمع دعواه لان الكفالة اما أن تكون مشروطة في البيع أولا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ماتم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ماتم وترغيب من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في نقض ماتم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع

البينة بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بأن البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا فباعه فرد عليه بعيب بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة أجيب بأنه انما لا يرد لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة أوجه فقال اما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم وكل وجه على وجهين اما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شئ واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الكفيل والاصيل ثم يبرأ الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المقذوف عليه بينة أنه كان عبد الفلان وأنه أعتقه قضى بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك ان أعتقه مولاه فأعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق (قوله ومن باع دارا فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صحت رجع المشترى بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وأيضا (فالكفالة ان كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط أن يكفل له (فتمام البيع بقبوله) أي بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسعى في نقض ماتم به) ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا (وان لم يكن) أي عقد الكفالة (مشروطا فيه فالمراد به أحكام البيع

(قوله وبطلان السعي في نقض ماتم الخ) أقول فيه تأمل

وترغيب المشترى لاحتمال أن لا يرغب المشترى فى شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكينا لقلبه فصار كأنه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان أدركك درك فأنا ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال فنزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه فى المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه فى الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجرى عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلوانى ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان فى زمانهم ولم يبق فى زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضا لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع لعدم الملاءمة ولا هى باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقرارا بأنه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ماذكرنا

وترغيب المشترى فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع ولا هى باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب فى الصك باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

﴿فصل فى الضمان﴾ قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه

وترغيب المشترى فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة) تسكينا لقلبه (فينزل) عقد الكفالة (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغريرا فلا يصح دعواه اياه أصلا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان رسم مكتوبا على الصك وفى الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية فى ملكه بيعا باتا نافذا ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفد ذلك مثل ان يكتب فى الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقر بالبيع بحضرتى والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها فلعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك فى تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان فى زمانهم اذا كتب اسمه فى الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كى لا يطرقه التبديل وليس هذا فى زماننا

﴿فصل فى الضمان﴾ الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) اللام فى لرجل لام الملك أى باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه فى بيعه (وضمن) الوكيل (له) أى للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة) وهى الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أى الى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامنا لنفسه) فيصير مطالبا مطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشترى ما للوكل عليه دين بر ولو حلف ما للوكيل عليه شئ حنث

مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها التغاير فى اللفظ واعلم أن كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به ثمن وكل رجل ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيأ وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما أى الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصالة فى البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشترى ما للوكل عليه شئ كان بارا فى يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شئ كان حانثا وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه أمر اعتبارى لا يظهر عند الخصومة

﴿فصل فى الضمان﴾

﴿فصل فى الضمان﴾
(ومن باع لرجل ثوبا الخ)
الضمان والكفالة فى هذا الباب بمعنى واحد ولما كان

ولان المال امانة فى أيدى الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فما فرضناه أمينا لم يكن أمينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة فى الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك فى التقرير تقريرا تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك ولقائل أن يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال امانة بأيديهما اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعى الى حكم شرعى فصار كما اذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة والجواب أن رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثانى ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شائعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح فى نصيبه مفرزا أدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حسا أو بوصف مميز وكلاهما فيما فى الذمة من الدين غير متصور وذكر فى الفوائد الظهيرية فى تعليله لان ما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما لو اشترى بنصيبه (٤٣٠) منه شيأ كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى الا الباقى فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقى ثم وثم الى أن لا يبقى شئ فهذا معنى قول مشايخنا ان فى تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل فى تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا وقوله ولا وجه الى الثانى لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضا يجوز لانعقاد الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقى بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا يجاب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف شائع فى كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز فى بعض افراده لا تعلق له بالباقى من الافراد ولا خفاء فى اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص فى التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضا لانعقاد الاجماع الخ يجاب عنه بأنه انما تلزم القسمة فيه

ولان المال أمانة فى أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك

بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه (ولان المال فى يد كل من الوكيل والمضارب أمانة) فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أى لا يصح الضمان أيضا فيما (اذا باع رجلان عبدا) مثلا بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة) بأن ضمن نصف الثمن مطلقا (يصير ضامنا لنفسه) لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقى فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقى ثم وثم الى أن لا يبقى شئ أو يبقى الجزء الذى لا يتجزأ فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه فى الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا فى عين خارجية والدين وصف اعتبارى ويرد عليه اختيار الثانى ونقل الاجماع على ان أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين

(قوله كان للآخر ولاية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية فى فصل فى الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على الثوب لانه ملكه بعقده (قوله ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن) أقول الظاهر أن يقال فيما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه) أقول تعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح فى كتاب الصلح بأن القسمة فى صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجعه (قوله نقله صاحب النهاية) أقول نقله من الفوائد الظهيرية (قوله يجاب عنه بأن نصيب الشريك الخ) أقول فيه تأمل

لان ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر أن يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بأن سمى كل واحد منهما ثمن نفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله ألا ترى ان للمشترى أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر وله أن يقبض نصيب أحدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جائز أما الخراج فقد تقدم فى قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان فى الخراج قيل والمراد به الموظف وهو الواجب فى الذمة بأن يوظف الامام فى كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهى التى يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس فى معنى الدين لعدم وجوبه فى الذمة وقد تقدم فى هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة وذكر المصنف رحمه الله فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل اذ الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلا عن شئ والمال آلته ولهذا لا تؤدى بعد موته الا بالوصية

بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لانه لا شركة ألا ترى أن للمشترى أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية

يجوز كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذى صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال فى الفوائد الظهيرية بعد ان أورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه وبطل الاول بما ذكر للناظر ان يختار الثانى ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الا أن يفرق بين شرائه بحصته وبين ضمانها أو يخص البطلان بما اذا أريد ضمان النصف شائعا ويحكم بأنه المراد وقوله (بخلاف ما اذا باعا صفقتين) يعنى بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين بأن باع هذا نصيبه على حدته وهذا كذلك من ذلك المشترى ثم ضمن أحدهما للآخر نصيبه أو باعاه معا وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن احدهما صح الضمان (لانه لا شركة) بينهما بحكم الشرع بذلك ولذا لو قبل المشترى فى نصيب احدهما فيما اذا باعاه معا دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا فى الثانى محمول على ما اذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند أبى حنيفة والا فهو على قولهما فى تعدد الصفقة على ما سلف فى البيع قال الامام قاضيخان ولو تبرع يعنى الشريك بالاداء فى هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه فى المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع أسرع جوازا من الكفالة ألا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا تجوز الكفالة به (قوله ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه) قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان فى الخراج (وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل) هو تمليك طائفة من ماله مقدرة لا دين ثابت فى الذمة لان الدين اسم لمال واجب فى الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين والزكاة ليست كذلك بل ايجاب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقى ولو وجبت فى نصاب مستهلك وانما لها شبه الدين فى بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب فى مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا الاخراج مقاسمة

(قوله لان ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ) أقول قال بعض الفضلاء هذا غير مطابق للواقع فان ما اشتراه أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وان كان للآخر حق المشاركة ألا ترى ان له أن لا يشاركه ولو كان واقعا على الشركة كما كان له ذلك وبالجملة فوقوع الملك له خاصة منصوص عليه وسيجئ ان شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره والاولى أن يقال ان البيع أمر حكمى وباضافة البيع الى نصيبه مشاعا لا يلزم محذور بخلاف اضافة الكفالة فان اعتبار الشيوع فيه يؤدى الى أن يصير ضامنا لنفسه من وجه وهو غير مشروع فوضح الفرق واندفع الاشكال ثم فى صورة البيع اذا اعتبرنا اضافته الى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد وقع الملك له خاصة ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبارا اضافته الى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع فان الملك للعاقد وان أضاف الى تعذر غيره على ما عرف وأما ثبوت حق المشاركة له فسيجئ انتهى ونحن نقول قوله وان كان للآخر حق المشاركة غير صحيح أيضا بل فيما اذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل فى الصلح فى الدين المشترك ثم قوله وسيجئ يعنى فى الصلح فى الدين المشترك ثم قوله فوضح الفرق واندفع الاشكال كلام خال عن الفائدة اذ ليس فى كلامه ما يدفع الاشكال

وأما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بأن احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو الى فداء أسرى المسلمين ولم يكن فى بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أو جبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثانى كالجبايات فى زماننا وهى التى يأخذها الظلمة فى زماننا ظلما كالقبج ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ عليه ههنا شرعا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام البزدوى يريد فخر الاسلام رحمه الله لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام وأما النوائب فهى ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوب به صحت الكفالة بها لانها ديون فى حكم وجوه المطالبة بها والعبرة فى الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجورا

وان كان من جهة الذى يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا أمره به لاعن اكراه اما اذا كان مكرها فى الامر فلا يعتبر أمره فى الرجوع وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبى بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وأجيب بأن القسمة قد تجئ بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه أبو جعفر الهندوانى يقول معناه ان أحد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه فى القسمة جاز هذا ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تجئ بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هى النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير أو حصته منها أى من النوائب يعنى اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فأصاب واحدا شئ من ذلك فيجب أداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغى أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما فى قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فأشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو وعلى تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل أو وأما اذا كانت هى النوائب بعينها فهو محل الواو والامر وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب ما ينوب به غير راتب قيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعنى جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق

وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات فى زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وممن يميل الى الصحة الامام على البزدوى وأما القسمة فقد قيل هى النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوب به غير راتب والحكم ما بيناه

وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب فى الذمة (وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك) للعامة (وأجرة الحارس) للمحلة الذى يسمى فى ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) فى حق (وفداء الاسارى) اذا لم يكن فى بيت المال شئ (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولى الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شئ فيه (وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (فى زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان فى كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فانها ظلم فاختلف المشايخ فى صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة فى صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغى ان كل من قال ان الكفالة تضم فى الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال فى المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها فى المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقا (وممن يميل الى الصحة الامام البزدوى) يريد فخر الاسلام أما أخوه صدر الاسلام فأبى صحة الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هى النوائب بعينها أو حصة منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلا هاء لان قسمة فى القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدرى لكن لو كان كذلك لكان ينبغى كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب) ما هو منها غير راتب) فتغايرا (والحكم) يعنى فى القسمين (ما بيناه) من الصحة فى أحدهما والخلاف فى الاخرى ثم من أصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوى أهل محلته فى اعطاء النائبة قال شمس الائمة

قال (ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعى لكونها حاله وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة وأجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة اعتبارا بالاقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل أن يقول هب انه لا دين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فللخصم (٤٣٣) أن يقول أقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تأخيرها الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولان الاجل في الديون عارض) هو الفرق الثاني ومعناه على أن ما لا يثبت بشئ الا بشرط

(ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل

هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الجائحة والجهاد أما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطي الثواب وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكره من ان الكفالة فيما كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف (قوله ومن قال لآخر) المراد الفرق بين مسئلتين احداهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث ألحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر ولابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه سهو من الكاتب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالاعتراف بحنطة رديئة أو جيدة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه قول أبي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار ووجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا للعارض لا نوعا (ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها) والآخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بفساد الاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندي ان الفرق الاول أيضا صحيح لا يرد عليه ما أورده فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل وهذا كلام اجمالي كتبته تذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمله على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ)

ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشترى الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فاذا لم ينتقض البيع في ظاهر الرواية مالم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال أبو يوسف في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشترى مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فيه بمجرد القضاء بها يثبت للمشترى حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشترى على البائع وكفيله ان شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما أملى به أبو يوسف فان محمدا أخذ ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجعله أصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل

الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما أقر بنوع منهما فلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانها ضعيفة لقلة وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا مخلص ممن ادعى مالا وهو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلا لا يصدق وان أنكر يكون كاذبا وخاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم معجل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال معجل فينكر وهو صادق وفي العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبله شئ أرجو أن لا يكون به بأس ان كان لا يقصد به ابطاء حقه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعني لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالمبيع (لا ينتقض البيع) أي لا ينفسخ (على ظاهر الرواية) واحترز بظاهر الرواية عن رواية الامالي عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشترى مطالبته فكذلك على الكفيل وجه الظاهر ماذكر من أن بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشترى حتى لو كان الثمن عبدا فأعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه وكذا لو كان المشترى باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشترى الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع عليه المشترى الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا فاما بطلا للملك رأسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فمحليته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فما بقي هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ وصحح في فصول الاستروشني أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتراة أو انها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقل في أن كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن تملك ذلك الشئ من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله (وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ بباب المأذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب

(قوله ووجب للمشترى الخ) اقول فيه شئ الا أن يكون وجب بمعنى ثبت

وزيادانه من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) ذكر ههنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به

عليه فصار بهما تعذر العمل به وأما جواز الثاني أي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به وأما الثالث فأبو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة أي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق أو حرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه أو تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح وأجيب بأن فراغ الذمة أصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال ذكر أبو زيد في شروطه

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح

أبي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد بالزيادات لان أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلا ثم يزيد عليه تفريعا تتميما له (قوله ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة) المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وفي بلادنا يقال لخلاص منه وهو مكتوب شراء الجواري وتقال لنفس العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعهد والعقد واحد وتقال على حقوق العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بيناه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان (الدرك فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه (أو) تسليم (قيمته) وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما صحيحا للكلام فتمت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلي فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يذكر رد الثمن يفسد لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا أما اذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع

ان أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلي فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا فيه كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا شهرة أمره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة أيضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية وأما ضمان العهدة فقد ذكرها أي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكأنه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف والله أعلم بالصواب

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فأخر وضعا ليناسب الوضع الطبع قال (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ) اذا اشترى الرجلان عبدا بألف فالثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فأدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل وكل من كان فى النصف أصيلا وفى النصف الآخر كفيلا فأدى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى أقوى ما عليه كما لو اشترى فلوس باوعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد فى المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لان الواجب به أقوى لحاجته الى القبض (٤٣٦) فى المجلس وما عليه بحق الاصالة أقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهى تابعة للدين لابتنائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يترجح الدين عليها وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفى الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شئ فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين وفى النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحا لانتفائه (قوله ولانه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدى الى الدور فلم يقع فى النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لان أداء نائبه كأدائه) بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له أنت أديته عنى بأمرى فيكون ذلك كأدائى ولو أديت عن بنفسى كان لى ان أجعل المؤدى عنك فان رجعت على وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لان ذلك الذى أديته عنى

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فأدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لان كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثانى مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفى الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لان أداء نائبه كأدائه

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

لما نزل هذا عما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه (قوله واذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا معا عبدا بألف) أو اقترضا معا (وكفل كل منهما عن صاحبه فأداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد) وجهه أن أحدهما (ان كل منهما فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة و) ما عليه (بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثانى (لان الاول دين) عليه (والثانى مطالبة) بالدين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الاقوى تقديما له على الاضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضى أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الائمة الثلاثة لهذا الا أن يصرفه بنيته أو بلفظه الى أحدهما لانا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصالة ألا ترى ان المريض اذا اشترى فى مرض موته شيأ كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضا لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه يصرف بنيته قلنا التعيين فى الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلا ونصفه ببيع وعين صح اذ فى الجنسين يعتبر تعيينه لانه حينئذ مفيد ثانيهما (انه لو وقع فى النصف عن صاحبه) للكفالة كان له أن يرجع عليه به (فلصاحبه أن يرجع) بعين ما رجع عليه به المؤدى (لان أداء نائبه) يعنى كفيله بأمره (كأدائه) بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه لكن اذا جعله كله

﴿ باب كفالة الرجلين ﴾

(قوله وفى النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحا لانتفائه) أقول ضمير انتفائها راجع الى المعارضة وضمير لانتفائه راجع الى أحدهما (قوله مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع الى محال قال المصنف (لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدى الى الدور) أقول فى الملازمة ما لا يخفى قوله لأن أداء نائبه كأدائه ان أريد كأدائه عن نفسه بحق الاصالة أو مايهمه فسلم ولا يفيد وان أريد كأدائه بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أداء كفيله عنه كأدائه عن كفيله فليتأمل

فهو أدائى فى التقدير فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففى تقدير أدائى كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى الى الدور ولم يكن فى الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة فى الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على مامر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فاذا أداه أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

فيؤدى الى الدور (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة فى الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على مامر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فاذا أداه أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه والا لم يكن له أن يرجع الا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الاول مائتين يرجع بنصفها لانه فى احدى المائتين أصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة والا لم يرجع الا بنصفها لانه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليه اصالة وخمسون الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدى الى الدور) وما يؤدى اليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا تغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم ان ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشئ على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع الآخر أن يرجع ولا يلزم كونه فى مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق ان هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدى الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به من الشرع ان المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سببا لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله واذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة فى الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة) من غير نظر الى أنهما مع الدين أولا (فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الاصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) للمال بما أحيل به عليه على آخر (واذا عرف هذا فاذا أداه أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجيح للبعض على البعض) ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) واذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدى الى الدور لان قضية هذا الاستواء) للاستواء فى العلة وهى الكفالة (وقد حصل برجوع أحدهما) وهو المؤدى (بنصف ما أدى فنقضه برجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم) لاستواء فيه فى العلة فان أحدهما علته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبهما فلذا لا يرجع الا بما زاد على

برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة فى الصحيح (وكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لان ما أدى أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة فى النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل

قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه بحث قال المصنف (فتجتمع الكفالتان على مامر) أقول قبل ورقتين فى تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان

لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى الى الدور كما تقدم وانما قال فى الصحيح ليتأتى الفروع المبنية على ذلك فانه قال (ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه) ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما وقال (وان شاء) يعنى من أدى منهما شيأ (رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به) قال (واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف) لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالالف فى حق صاحبه

على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا أخذ به وهو ظاهر

قال (واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين الخ) اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيأ لم يرجع على شريكه بشئ حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شاؤا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فاذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبتكما على ألف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس يخالفه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضى دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه أى بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما ان أديت الالف فأنت حر وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلا بألف عن صاحبه

ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لانه كفل بجميع المال عنه بأمره قال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به قال (واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف) لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالالف فى حق صاحبه

النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول فى المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثانى صحيحا لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتسابه به عن المؤدى وهذا يمكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذى ترجع على به بسبب انك أديته عنى هو كأدائى بنفسى فكأنى أنا الذى أديته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به ولا شك فى بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم يرجعان) يعنى الكفيلين المتكافلين (على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله) (قوله واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى) كتاب (الشركة) من ان شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر الا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين) المدينين بدين واحد والله الموفق (قوله واذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتبتكما على ألف الى عام (وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا للائمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط ولانه كفالة ببدل الكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان

قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال (قوله أى بأداء كل واحد منهما) أقول الاولى أن يطرح كلمة كل فانهما يعتقان بأداء واحد منهما

كما سنذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيدبها وأما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواؤهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة أعني الكفالة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فاذا أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشئ لانتفت المساواة ولو لم يؤد شيأ حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه مارضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضرورة فلا يتعدى غير موضعها واذا أعتق استغنى عنه (٤٣٩) وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما ولهذا ينتصف وعورض بأنه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع بما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى انما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ باداءه عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ بأيهما شاء أما المعتق فبالكفالة وأما صاحبه فبالاصالة قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لانه أداه عنه بأمره وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لانه أدى عن نفسه

﴿ باب كفالة العبد وعنه ﴾

حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع ترتيبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

﴿ باب كفالة العبد وعنه ﴾

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبدأ بالكفالة عن العبد للقرب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع

وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لانتفت المساواة قال (ولو لم يؤد شيأ حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضي بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق ومابقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا ينتصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بأمره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشئ لانه أدى عن نفسه والله أعلم

﴿ باب كفالة العبد وعنه ﴾

انه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فيحمل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما فينقسم عليهما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار الصحيح الحقيقة هي المعتبرة حتى ان ما أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما (ولو لم يؤد شيأ) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه مارضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) لحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل بعتقهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوف الشارع الى العتق (فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فوجب أن ينتصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة) وأورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبدل الكتابة وهو لا يجوز أجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كالموات شهود النكاح (فان أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر به لم يرجع) على الذي عتق (لانه) ربما (أدى عن نفسه)

﴿ باب كفالة العبد وعنه ﴾

قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤاخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره (٤٤٠) فلا يحتاج الى شئ لتناولها ما اذا أقر العبد باستهلاكه للمال وكذبه المولى أو أقرضه

انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤاخذ بذلك كله للحال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدورا التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة الملىء أو المفلس واما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في الحال وان كان في حق الاصيل متأخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا الكفيل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمة تأخر عن الاصيل بمؤخر أي بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا ثم اذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا أو عبدا فانه بعوته يبرأ

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ

آخرا يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفا بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيأ فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينا معلوما فانه يؤخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير أن يشرط في الكفالة تأجيلا (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذكر حالا ولا غيره لزم) الكفيل (حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا (و) انما (لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي بتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الاصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضي وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كما لو كفل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى فانه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا بتمكين المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعاين فانه ليس فيه أحدهما فينفذ في حقه دفعا للضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والاتباع رقبته فيه الا أن يفديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر) صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ

(قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذه تمهيدا لما بعدها ولبيان الفرق بينهما (فان ادعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة

الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق فى ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبدا وانما فرضها فى العبد ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهى قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كما لو كفل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه فان عجز فبقيمته فحاصله انه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذى على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل فى قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه (قوله واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشئ (و) نقل (عن زفر رحمه الله) فى شرح الجامع (انه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبى غير المأذون غير أن أمر السيد له بها فك للحجر عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته فى دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق فى ماليته فيعمل اذنه له فى أن يكفل عنه وفى بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا أما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا فان قيل دين العبد الذى يظهر فى حق المولى يقضى من ماليته وهى ملك المولى فأى فائدة فى هذه الكفالة أجيب بأن الفائدة تشغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لا معه ليقضى من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه ليباع وقد لا يفى ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزفر رحمه الله انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر (قد زال) بالعتق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما قلنا ان واحدا منهما لا يستوجب دينا على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

الضمان فى حق الاصيل الى القيمة فكذا فى حق الكفيل بخلاف الاول أى الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وانما قيده باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت الملك له بافرار ذى اليد أو بنكوله عن اليمين حيث تقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا أقر الكفيل بما أقر به الاصيل قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره الخ) اذا كفل العبد عن مولاه بأمره فالحال لا يخلو اما أن يكون عليه دين مستغرق أولا فان كان الاول لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الثانى صحت ان كانت بأمره لان ماليته لمولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل المولى عن عبده فهى صحيحة سواء كانت بالنفس أو المال مديونا كان العبد

أو غير مديون فاذا صحت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذ لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فأجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك ونقض بأن الراهن اذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد فى الدين فانه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه وأجيب بأنه مغالطة فان كلامنا فى أن العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب دينا لأن استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه أيضا غير بدل الكتابة أما فى بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافى وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم فكان القياس أن لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيأ من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافى كان غير مستقر أى ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر فى حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لانها التوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون هزؤا ولعبا (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو الابراء وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل (٤٤٣) آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صحت به فلا يخلو اما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه أو مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما أما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا للمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك وأما الثانى فلفوات شرط الضم الذى هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد فى صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على الملتزم ألا ترى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك فى الكفالة المطلقة ولو كان جيدا أو زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو ألزمناه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز وأما فى غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائها عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيأ

بغير أمره فأجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافى فلا يظهر فى حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه فى ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافى معنى الضم لان من شرطه الاتحاد

بغير أمره) فبلغه (فأجاز فأدى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق فى حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع [٢] لازما لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر دينا الا أن يكون العبد مديونا فحينئذ يثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان فى حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طولب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يسعى فى ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحريتهما اذ ذاك فجاز أن يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حر تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لانه) أى عقد الكتابة (ثبت مع المنافى) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقى عليه درهم وذلك يقتضى نفى الدين للسيد على عبده وان ثبت فانما يثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر فى حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أى اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (واثباته مطلقا) فى ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافى معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى

(قوله وانما قال بمال الكتابة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فانه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره فى المبسوط انتهى الا أن فى تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأمل (قوله أما فى بدل الكتابة الى قوله وتقريره أن الكفالة ان صحت الخ) أقول وتقريره الاول عندى ان مال الكتابة دين ثبت مع المنافى فى النص وكل ما هو كذلك لا يظهر فى غير مورد النص فهذا الدين لا يظهر فى حق الكفالة وتقرير الثانى انه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا تصح الكفالة به لانه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث اذ لا يخفى نبو كلام المصنف عما ذكره بل الظاهر أن قوله ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته تتميم للدليل والله الهادى الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل (قوله وأما فى غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله أما فى بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر

(٢) قوله أن ما يقع فى نسخة العلامة البحراوى أن ما لا يقع وكتب عليها بالهامش أصل النسخ بحذف لا النافية فليتأمل مع ما يأتى اه

(وبدل السعاية كمال الكتابة) فى عدم جواز الكفالة به للمولى (على قول أبى حنيفة رحمه الله لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافى) لما ان أحكام المستسعى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحد ودونهما وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقر السقوط به بالتعجيز وهو فى السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب الحوالة﴾

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما بما على الاصيل كما فى الكفالة ولهذا جازا ستعارة كل منهما للاخر اذا اشترط موجب احداهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه أخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تقفو الكفالة

وبدل السعاية كمال الكتابة فى قول أبى حنيفة لانه كالمكاتب عنده

﴿كتاب الحوالة﴾

تمكينه من اسقاطه على الاصيل لم يتحد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده) للعلة الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده وقسمها دون العلة الثانية اذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة وأما العبد التاجر اذا دان مولاه دينا فان لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلا له فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وان كان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا فى ذمته كما فى ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا تصح وان كان صحت

﴿كتاب الحوالة﴾

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا أن الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما ستعلم بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها وأيضا أثر الكفالة أقرب الى الاصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال أحلت زيدا بماله على عمرو فاحتال أى قبل فأنا محيل وزيد محال ويقال محتال والمال محتال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل فى محتال الواقع فاعلا محتول بكسر الواو وفى الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر فى مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها فى مختار المفعول وأما صلته له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفى المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشئ من محل الى محل ويقال للمحتال حويل أيضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذى التزم ذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين وهى فى الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم فى المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وانما اختلف المشايخ ان الدين أيضا ينتقل أولا وسنذكره من قريب فلو أريد التعريف على

فكذا ما يتضمنها والحوالة فى اللغة هى النقل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفى اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به وأما شرطها فسنذكره فى أثناء الكلام وكذا حكمها وأنواعها

﴿كتاب الحوالة﴾

قال فى البدائع الاصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به انتهى وفى التتارخانية انه يجوز احالة المكاتب سيده على رجل مقيدة بدين أو غصب أو وديعة واذا صحت الحوالة برئ المكاتب وعتق وقال فيه وان أحال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيده ببدل الكتابة لا تصح وان قيد ببدل الكتابة صحت وصار المكاتب وكيلا عن السيد باداء بدل الكتابة الى غريمه ولا يعتق ما لم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر فى التتارخانية قال الاتقانى يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء المحيل وهو الذى عليه الدين والمحتال له وهو الدائن والمحتال عليه وهو الذى قبل الحوالة والمحتال به وهو المال انتهى وفى معراج الدراية يقال أحلت زيدا بماله على رجل فاحتال أى قبل فأنا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محتال عليه ومحال عليه وتقدير المحتال فى الفاعل على محتول بكسر الواو وفى المفعول بالفتح وقولهم للمحتال المحتال له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل (قوله والبراءة تقفو الكفالة) أقول اذا لم يكن بأمر (قوله وفى اصطلاح الفقهاء تحويل الدين الخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجىء

قال (وهي جائزة بالديون الخ) الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل أما الاول فما روى أبو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسناده الى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل أمر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بشروع ولا يكون مأمورا به من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالديون فلانها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين (٤٤٤) وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محول شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فصار أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين اذا كان في محل محسوسا فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لان الدين حقه وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاحد من أهل العلم وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك وأحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء وأما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا عاجلا انه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون الالتزام لان الحكم اظهار للالتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بأن ذوي المروآت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه وهو أي المحيل (لا يتضرر به بل فيه نفعه)

قال (وهي جائزة بالديون) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملىء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتال عليه فلانه لا يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين أو قول الناقلين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالديون) قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مطل الغني ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن أحيل على ملىء فليتبع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملىء فليحتل قيل وقد يروى فاذا أحيل بالفاء فيفيد أن الامر بالاتباع للملاءة على معنى انه اذا كان مطل الغني ظلما فاذا أحيل على ملىء فليتبع لانه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الامر المذكور أمر استحباب وعن أحمد للوجوب والحق الظاهر انه أمر اباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فان بعض الاملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضارة فمن علم من حاله هذا الايطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الامر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب أضمر معه القيد والا فهو دليل الجواز للاجماع على جوازها دفعا للحاجة وانما خصت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه أما المحتال فلان الدين حقه وهو) أي الدين (الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذمم متفاوتة) في حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضاه) والا لزم الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلانه) الذي (يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه) ولو كان مدينا للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر (وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه وهو) أي المحيل (لا يتضرر به بل فيه نفعه)

(قوله وقلنا انه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فان الدين كان ثابتا في ذمته فليتأمل قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا برضاه ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل

لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بأمره قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بأمره وقيل لعل موضوع ماذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها حينئذ تكون اسقاط المطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول احالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بناء على أن ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضا من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنها توجب براءتها عن المطالبة ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا ابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح ولو أبرأ المحال عليه أو وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثاني أن المحتال اذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل (٤٤٥) ولو انتقل أصل الدين الى المحال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان الابراء حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد ما للمحتال يجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال لا تصح لبراءته بالحوالة وعند محمد على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف في تحويل الدين فيجب

لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بأمره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما

عاجلا بانتفاع المطالبة عنه في الحال وآجلا بعدم الرجوع عليه (لانه لا يرجع الا بامره) وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره وأول في الاوضح المذكور في القدوري بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاط المطالبة المحيل عن نفسه أعني نفس المحتال عليه فلا تصح الا برضاه كذا في الخبازية واشتراط رضا المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا الان للمحيل ايفاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا ونقل ابن قدامة ان رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها على فرضي الطالب وأجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنبين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أحال على غائب فبلغه فأجاز صحت (قوله واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا

تحويله وقيل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر فالراهن اذا أحال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كما لو أبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن وفيما اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته اذ المحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ماذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة

(قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو الكاكي (قوله وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلا من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراطه الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره (قوله لان انتقال الدين بلا مطالبة اين) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ماذكرتم لان المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لانتقاله اذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليتأمل فان للكلام محلا بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما عقد توثق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعين كما في الكفالة فيها كما تقدم

عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية والتوثق باختيار الاملا والأحسن فى القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

فالنظر فى خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر فى خلاف زفر فالقائلون ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضى ذلك فمنها ان المحتال اذا أبرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا نقد المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلو انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل أجنبيا عنه وتوكيل الاجنبى بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا أبرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما فى الكفيل الا ان لم يكن للمحيل عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الابراء والهبة فى حقه سواء فلا يرجع والقائلون ان المذهب ينتقل الدين استدلوا بأن المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقى الدين فى ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فعند أبى يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسئلتين احداهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن والثانية اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبى يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح وبرئ المحيل لان أصل الدين باق فى ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة فى بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها فى بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى فى بعض الاحكام واعتبر الحقيقة فى بعضها ثم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار فى كل مكان وسيجيب المصنف عن بعضها فى خلافية زفر هذه اذا عرف المذهب حينئذ جئنا الى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها اشتراك فى المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل فى معنى التوثق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم) لغة لانها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لان الاحكام) يعنى العقود (الشرعية) المسماة بأسماء تعتبر فيها معانى تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها بأسمائها (قوله عقد توثق) والتوثق أن يطالب كلا منهما قلنا بل التوثق لم ينحصر فى ذلك بل يصدق باختيار الاملا والايسر فى القضاء فيكتفى به فى تحقيق معنى التوثق فى مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصيل أما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا قال الحوالة تنبئ عن النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا اعتبار نقل المطالبة كاف فى تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر ان تحقيق التوثق يحصل

وهو يقتضى بناء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعانى اللغوية واعترض بالحوالة بغير أمر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالى والجواب أنا لا نسلم أن لا نقل فيها فانها بعد أداء الدين ظاهر التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شئ (قوله والتوثق باختيار الاملا) جواب لزفر وتقريره سلمنا أن كل واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملا أى الاقدر على الايفاء لبسوطة سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو فى الحقيقة تنزل فى الجواب بالقول بالموجب وقوله (وانما يجبر على القبول) جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار أجنبيا منه فاذا نقده كان الواجب أن لا يجبر المحتال على القبول أى لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبى وباداء الاجنبى المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم أن المحيل متبرع فى النقد وانما يكون متبرعا كالاجنبى ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو يحتمل فلا يكون متبرعا

قال (ولم يرجع المحتال على المحيل الا أن ينوى حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل أى اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشئ الا أن ينوى حقه على ما يأتى من معنى النوى وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان نوى لان براءة المحيل حصلت مطلقة أى عن شرط الرجوع على المحيل عند النوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما فى الابراء ونأيد بما روى عن ابن المسيب أنه كان له على على رضى الله عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجزله الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا (٤٤٧) أو مطلقا والثانى ممنوع والاول

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل الا أن ينوى حقه) وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان نوى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ

باختيار الاحالة الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل اذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا مخوفا قد يتوقع فأما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل أصلا عما اذا وقعت بغير اذن المحيل وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شئ الا انه قد يقال لو صح هذا الصح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق ان أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاء من الوجود بالكلية وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعندى ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل الاحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لانتفاء الفعل منه والنقل انما هو فى حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه حمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا استعقبت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا أن ينوى حقه وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع وان نوى) بموت أو افلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبى عبيد وعن أحمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب فى المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به (لان البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد) ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على على رضى الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعدك الله فمنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هى مقيدة معنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثانى لان الذمم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تتفاوت فى احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل

مسلم لكن لا يفيدكم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثانى لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف فى الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة فى حق المحال به كوصف السلامة فى المبيع بان اشترى شيأ فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه فى الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشترى وهذا يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة لفواته

أى لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك فى العقد لما مر اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقى المشايخ رحمهم الله

(قوله كان له على على رضى الله تعالى عنه الخ) أقول ليس فى حديث على كرم الله وجهه ما ينافى ما قلنا لعدم دلالته على موت المحال عليه مفلسا كما لا يخفى

واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ماذهبنا اليه ماروى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال اذا توى المال على الحمال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بأن المحال وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين أن يأباها ابقاء لحقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين

فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الامرين اما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلسا)

الثاني على الوجه الاحسن والا لم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل فصار كالوصالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ماروى عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح بمثل ذلك وهذان الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافآ هذا واختلفت عبارا تهم في كيفية العود فقيل بفسخ الحوالة أي يفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس تنفسخ ويعود وفي الجحود يفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لموات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا كلما ظهر لاحدهما مال أخذه كما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والا لجاز للمحتال أن يشترى شيأ من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشترى به من المحتال عليه وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فخصة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا أحال بهما فلو افترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد وأما كون المحتال لا يصير اسوة الغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن المحال أخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أحق به مالم تثبت اليد بدليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين تعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله بكل من أمرين اما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه) للمحتال ولا للمحيل فقوله (له) يعني كلا من المحيل والمحتال (أو يموت مفلسا) لا مال له معينا ولا دينا ولا كفيل عنه بدين

أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمولى اذا أعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه اما أن يريد به شيئين أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن للتوثق فاضافة انواء الحق الى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الوضع قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الامرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الامرين اما أن يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما أن يموت مفلسا

المحتال

قال المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول بأن اشترى شيأ فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشترى وهذا التقرير ناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريقي المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين

لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى فى الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما فى الاول فلما ذكرنا وأما فى الثانى فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالا هذان وجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قالا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا بتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح وقد تقدم معناه فى الكفاءة فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر فى المبسوط وعن الشافعى أن القول قول الطالب مع يمينه على علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى فى الحقيقة (وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضى عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره الا أن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لى وقال المحتال لا بل أحلتنى بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه

المحتال وعندهما بهذين وجه آخر وهو أن يحكم حاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضى يصح عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضى على المحيل والتوى التلف يقال منه توى يوزن عمل يتوى وهو توتاو ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففى الشافى والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفى شرح الناصحى القول للمحيل مع اليمين لانكاره عود الدين (قوله واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل) انما (أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق فى حقه وهو قضاؤه دينه بأمره ولان المحيل يدعى دينا عليه وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهى المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هى حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالاداء من وجه والقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال انى أحلتك لتقبضه لى فقال المحتال بل أحلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى عليه) أى على المحيل (دينا وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعى فى وجه وفى وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهرا فما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول أحمد وقول المصنف (ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه) جواب عنه وهو بناء على تساويهما فى الاستعمال ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطئ فيهما والا فادعاؤه مجازا متعارفا يخص قولهما فان الحقيقة عند أبى حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس

افتقر وفلسه القاضى أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا فى الطلبة قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل الخ) اذا طالب المحتال عليه بمثل مال الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بأمره قد تحقق باقراره الا أنه يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان أقامها بطل حق المحتال عليه فى الرجوع فان قيل لا يجوز أن تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه أجاب بقوله لانها قد تكون بدونه أى الحوالة قد تكون بدون الدين المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال

 انما أحلتك لتقبضه لى وقال المحتال بل أحلتنى بدين لى عليك فالقول قول المحيل) فان قيل الحوالة حقيقة فى نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه أن دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما فى الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان فى ذلك نوع مخالفة للظاهر

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كما سيجىء فى كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعه قال العلامة الكاكى قيل المجاز لا يعارض الحقيقة فاحتمال المجاز لا يخرجه عن ارادة الحقيقة أجيب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرجه عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرجه كان محتملا فلا يدل على الاقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما فى الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شئ

قال (ومن أودع رجلا ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذى له فى يد المحال عليه بالوديعة أو الغصب والثانى أن يقيدها بالدين الذى له على المحال عليه والمطلقة وهى أن يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له فى يده وان كان له ذلك عليه أو فى يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له فى يده عين أيضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هى أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها تحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التى على الاصيل والفرض انها كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه أن يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم فى الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل مؤجلا على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف

هذا فقوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذى فى يد المحال عليه وديعة وقوله لانه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثانى أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلأن تكون جائزة بالعين أجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شئ عليه لتقيدها بها أى لتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الالف تتعلق مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فواتا الى خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك وأحال المديون الطالب بدينه على مديونه بألف على أن يؤديه من الالف التى للمطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة المقيدة فى هذه الجملة وهى الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا وبالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذى قيدت الحوالة به بعدها

قال (ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا وحكم المقيدة فى هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه

الائمة حين استبعد التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكى وكنت وكيلا فى بيعه عنى والمقبوض مالى ويقول المحيل كان المتاع ملكى وانما بعته لنفسى فالقول للمحيل لان أصل المنازعة وقع بينهما فى ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق فى سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالته مثل له على أو فى ذمتى لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الا بمثله من اللفظ ومنه نحو قوله اتزنها فى جواب لى عليك ألف للتيقن بعود الضمير فى اتزنها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء) لتيسر ما يقضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلكت برئ) المحال عليه وهو المودع (لتقيدها بها) أى لتقيد الحوالة بالوديعة التى هلكت (فانه) أى الرجل (ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة) بعين (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلا فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك فى يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لان) له خلفا و (الفوات الى خلف كلا فوات) فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا) بأن يحيله بدينه الذى له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة وبعين مضمونة وبدين خاص (وحكم المقيدة فى هذه الجملة) أعنى الاقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها

(قوله والمطلقة الى قوله على نوعين حالة ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله بيان لجوازها خبره

لانه تعلق به حق المحتال فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما للمحيل عليه أو بيده فتعلق به حق استيفائه وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذها ولو دفعها المودع أو غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة الغرماء

اشارة الى حكم آخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا فى عدم بقاء حكم الاخذ للمحيل والراهن وهو أن الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين أو الدين وعلى المحيل دون كثيرة ومات ولم يترك شيأ سوى العين الذى له بيد المحال عليه أو الدين الذى عليه فالمحال اسوة الغرماء بعد موته خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس لان دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار أجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له أن يأخذه فى حال حياته فكذا بعد وفاته ولان المحال كان أسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه فى صحته وحق الغرماء لم يتعلق فى صحته فيقدم المحال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذى بيد المحال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لابدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فتكون بين الغرماء وأما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن لا تعلق لحق المحال به أى بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفى الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع والغاصب أن يؤدى دين المحال من الوديعة والغصب وللمحيل أن يأخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت

لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقى له مطالبته فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهى حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذها عليه أو عنده

(تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين الى المحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغى أن يختص المحتال بذلك الدين الذى أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وان كان) أى المحتال (أسوة الغرماء) فيه (بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقى) للمحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فيأخذه منه بطلت الحوالة و) الواقع (انها حق المحتال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا أو عينا والفرق ما قدمناه انه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد نائبة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقييد الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صح الابراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فملك المحتال عليه ما فى ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه فى الاصل موضوع للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما فى ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقى دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) يتصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة وهى أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالالف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤدى لها من المال الذى له عليه فاذا أحال كذلك وله عنده ذلك الرجل وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أى الشأن (لا تعلق لحق المحتال به) أى بذلك العين أو الدين لوقوعها مطلقة عنه (بل بذمة المحتال عليه) وفى الذمة سعة (فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شئ وتنقسم المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بألف وهى على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة تحويل الدين فيتحول بالصفة التى هى على الاصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الاصيل قبل أن يؤدى ولكن له اذا لوزم أن يلازمه واذا حبس أن يحبسه والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف الى سنة فأحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغى أن تثبت مؤجلة كما فى الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل بأى صفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على

قال (ويكره السفاتج الخ) السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب أصله سفته يقال الشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام أمره وصورتها أن يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو أن يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع

قال (ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا

﴿كتاب أدب القاضي﴾

المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأتى ذلك في حق المحال عليه لانه حي محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في أحكام الدنيا والتحق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حي حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى أجله لان الاجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفاتج) جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم سمي هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع في بلدة الى مسافر قرضا ليدفعه الى صديقه أو وكيله مثلا في بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا رواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن حفص بن حمزة أنبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت عليا رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو مضعف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم في جزئه المعروف عن سوار أيضا وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجات حرام وأعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له به الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وفي كفاية البيهقي سفاتج التجار مكروهة ثم قال الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس به كذا روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ألا ترى أنه لو قضاه بأحسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة انه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بعلمه كيف ولم يكن مشروطا ولا استعارفا وانما أورد القدوري هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم

﴿كتاب أدب القاضي﴾

(قوله ثم قيل) أقول القائل صاحب النهاية

﴿كتاب أدب القاضي﴾

قال في لطائف الاشارات في كتاب الرجوع من شهادة الكافي القاضي بتأخير الحكم أتم وعزل وعزر انتهى قال الامام السرخسي في مبسوطه وان طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضي الله تعالى عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوي الارحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرار الصاحب لما الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وانما الواجب عليه ما قلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك

لما كان أكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة لذلك يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل فلهذا أورده ويجوز أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الايمان بالله تعالى أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمدا صلوات الله عليهم أجمعين قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم قال (ولا تصح ولاية القاضي الخ) لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى أن القاضي ينبغي أن يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون أي المولى من أهل الاجتهاد أما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقي أي يستفاد من حكم الشهادة

قال (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة الى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الحميدة والقاضي محتاج اليها فأفادها وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الحميدة أدبا لانها تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعاء وهو أن تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه أدب زيد يأدب أدبا بوزن ضرب يضرب ضربا اذا دعاك الى طعامه فهو آدب والمأدبة الطعام المصنوع المدعو اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل

ورثوا السؤدد عن آبائهم * ثم سادوا سؤددا غير زمر
نحن في المشتاة ندعو الجفلى * لا ترى الآدب فينا ينتقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القرآن مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروى عنه أيضا مأدبة الله فتعلموا من مأدبته بفتح الدال أي تأديبه وكان الاجر يجعلهما لغتين قال أبو عبيد لم أسمع أحدا يقول هذا غيره وأما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمعان كلها ترجع الى الختم والفراغ من الامر يعني باكماله وفي الشرع يراد به الالزام ويقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلو امتنع الكل أثموا هذا اذا كان السلطان لا يفصل بنفسه فان فعل لم يأثموا كما في البزازية وللسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لانه لا بد من ايصال الحقوق الى أربابها بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد أمر الله تعالى به نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذا وقال له بم تقضي فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال أجتهد برأيي فأقره وعليه اجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بانه أتى عليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الاولى (أما الاول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة) يعني كل من القضاء والشهادة يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدود في قذف والكمال فيه أن يكون عدلا عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة ﴿فرع﴾ قلد عبد فعتق جاز أن يقضي بتلك الولاية من غير حاجة الى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في أول كتاب القضاء وذكر بعد ورقة لو قلد قضاء مصر لصبي فأدرك ليس له أن يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فأسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والاسلام يرتفع أما الصبي فلا ولاية له أصلا وما في الفصول لو قال لصبي أو كافر اذا

(قوله لما كان أكثر المنازعات الخ) أقول ما ذكره يقتضي ايراده عقيب كتاب الدعوى وأيضا كان ينبغي أن يبين وجه التأخير عن الكتاب الذي قبله على ما هو دأبهم (قوله قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة الخ) أقول ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل مرسل به قال المصنف (حتى يجتمع في المولى) أقول قال في الكفاية المولى على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضي على ما يجيء ان شاء الله تعالى انتهى وفي وجه الدلالة نوع خفاء فانه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لا بطلبه التولية) أقول كما دل عليه صيغة التفعل فانها للتكليف الذي يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذي تقدم في قوله حتى يجتمع في المولى

لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت أعم أو أكمل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها وربما لوح المصنف بقوله فيستقى استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا أنه لا ينبغي أن يقلد لانه لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة أو غيرها مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه أشار الامام البزدوي وقوله وهذا اشارة الى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي أنه ينعزل بالفسق وهو اختيار (٤٥٤) الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي أن الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا

لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله

أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تنجيز واذا لم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا فما في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات فقد سئله في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا وتقليد القضاء منه غير انه يعد نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا ينعزل الا بعزله نفسه وهذا غير واقع وأما الذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتقضي المرأة في كل شئ الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثر الائمة على انه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك ولو ولى صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فان قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلا) قبل الولاية فولى (ففسق) وجار (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)

(قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالته على الصغرى كلام يندفع بما في النهاية من اعتبار الاشهرية قال في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أي مرجعهما الى أصل واحد وهو أن يكون القاضي حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا كما في الشهادة لا أن يكون حكم القضاء مبنيا على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ولان أصل الولاية يثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكمال الشئ لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلا لاهلية القضاء بهذا ولان الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لان ولاية القضاء الخ) أقول هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكمل من ولاية الشهادة) أقول اذ به يقطع النزاع (قوله أو مترتبة عليها كانت أولى الخ) أقول في ثبوت الاولوية في صورة الترتيب بحث كما لا يخفى لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بها يكون شرط الشهادة شرطا لها بالطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل نعم يدل عن عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكره مبنى لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاءه فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا اشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى أن الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون اشارة الى ذلك) أقول بتأويل ما ذكر

البخاريون

والاول أظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه (وقال بعض المشايخ انه اذا قلد الفاسق يصح ولو قلده وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان التقليد مشروطا بابقاء العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بأن قول الفقهاء البقاء أسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن ينبني عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح أدب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في أن الامام أو الامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامراء من قد غلب وجار وأجازوا أحكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه وأما مبنى القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلده وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها

البخاريون والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا ولى عدلا ثم فسق انعزل لان عدالته في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها ولا شك انه لو لزم ذلك انعزل فان الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فأنت قاضيها واذا وصلت الى مكة فأنت أمير الموسم والاضافة كأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا الا في قضية فلان أو لا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحه تقييدها به على وجه تزول بزواله فلا ينعزل وبهذا اندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي الابتداء يجوز ولاية الفاسق ففي البقاء لا ينعزل واتفقوا في الامرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث الى موتة وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله ابن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق أو بباطل أما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فأظهر وحكى في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكر البزدوي وهو حسن لان حاصل أمر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء اذا كان بعلمه ولا فرق بين أن يرتشي ثم يقضي أو يقضي ثم يرتشي وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلده بواسطة الشفعاء كالذي قلده احتسابا في أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها للآخذ أن يستأجره يوما الى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء للتودد وحرام من الجانبين

(قوله والاول أظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لخفاء دلالة ما ذكره على الاظهرية (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول فيه بحث (قوله والاول ثابت) أقول يعني قوله البقاء أسهل (قوله وامتناعه الخ) أقول يعني امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشيوع في الهبة الخ) أقول كما اذا رجع الواهب في البعض الشائع او استحق البعض الشائع (قوله وأما مبنى القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد

(والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف أن ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية) قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقيها أخذ بقوله (قوله فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله (خلافا للشافعي) فانه علل له بقوله (ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود لتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو أن يصل الحق الى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال أنفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد محمد

وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذار النسبة الى الخطا وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه

كالاهداء ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو أن يهدي ليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ قال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فشا يخنا على انه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به ومما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين) وقد ظهرت خيانته للدين (وقيل يستفتى لانه يجتهد كل الجهد حذار أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطا وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرطا للولاية بل للاولوية فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا للشافعي) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه) ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الفقه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال أجتهد برأيي لا يلزمه اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا أيضا عن الغزالي توجيه خلافه فيقلد في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشيء فانه عليه الصلاة والسلام دعا له أن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا اشكال والا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسند كر سند حديث علي رضي الله عنه واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأي الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين اما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيأ الخ) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعني العلم بالاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالتحري) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم فصار كالتحري فانه لا يصل بتحري غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل

وينبغي للمقلد أن يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى أبي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصوب ذكره في بعض الجوامع وعندي انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولا منها فان المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء فاذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالاخذ بما يقع في قلبه انه الاصوب أولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى هذا اذا استفتى ففيهين أعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولى أن يأخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان ثم يستوجب التعزير قبلا اجتهاد وبرهان أولى ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تتحقق في حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به والا فقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلا والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولا أو نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به والغالب أن مثل هذه الالزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا أخذ العامي في كل مسئلة بقول مجتهد قوله أخف عليه وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله وينبغي للمقلد وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو أقدر وأولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذ وان كان غنيا مثريا وان احتسب فهو أفضل والاصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصي ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لقلة عياله في زمن عمر رضي الله عنه أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر فرزق القاضي لا يقدر بشيء لانه ليس بأجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم في المستدرك عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن قيس فانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله

(نعم ينبغي للمقلد أن يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل

(قوله فلا يلتفت الى ما قيل الخ) أقول وقدم مر في باب الاحرام من كتاب الحج

(قوله وفي حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين (٤٥٨) نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ماذكرنا من أحد الامرين (صاحب قريحة) أي

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف

عنه وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من أمر المسلمين شيأ فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله وسوله وجماعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولابد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولى فحكم المولى ثم جاء كتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين ان على الاول نسبته الى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهما قولان ولا شك في ذلك لانهما متضادان لان كونه أدرى بالحديث من الفقه يضاد كونه أدرى بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الامرين جميعا وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عباراتهما واشاراتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطات أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لابد منه في المجتهد فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الادلة ولا يقلد أحدا (قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف)

طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سببا له من عرف أو عادة فان من الاحكام ما يبتنى عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطي المحبين وغير ذلك قال (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه اذا تولاه قام بما هو فريضة وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها وأجيب بانه كذلك الا أن فيه خطر الوقوع في المحظور

اما

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبر ويجوز أن يكون حالا وان يكون صفة بل هو أولى (قوله من عرف أو عادة) أقول للتخيير في التعبير (قوله وتعاطي المحبين) أقول أي استقراضه فان القياس يأبى جوازه لعدم امكان معرفة المساواة فيه لعدم امكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه تأمل

فكان به بأس قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لان أكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا بأخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أو له على مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها ألا ترى ان أبا حنيفة رحمه الله دعي الى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال أرأيت لو أمرت أن أغبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكأني بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد أن يزدري هذا اللفظ كي لا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روى له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فمعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه اذا قلد من غير مسئلة لا باس به وقال (الترك عزيمة لانه قد يخطئ ظنه)

قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطا للمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد

أما ان الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا علي رضي الله عنهما لرواية أبي داود عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه أحرى أن يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعد ورواه أحمد واسحق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال صحيح الاسناد وأخرجه ابن ماجه وفيه فضرب صدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه أيضا الحاكم في المستدرك عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد علي شريحا الامام وأما انه فرض كفاية فيما اجتهد (ولا يوفق له) اذا كان مجتهدا (أولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة) ان كان غير مجتهد وقال شمس الائمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه أصلح وأسلم لدينه لانه يلتزم أن يقضي بحق ولا يدري أيقدر على الوفاء به أولا وفي ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلد غيره ممن يصلح للقضاء (فأما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (واخلاء للعالم عن الفساد) في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله فكان به بأس) أقول سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عمومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة الى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فان شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطا لصدق تعريفه عليه فتأمل (قوله ألا ترى أن أبا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها ألا يرى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فان المجتهد اذا أخطأ يثاب وعندي الاصوب أن يقال فلعله يخطئ ظنه أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضي بالحق لعله يخطئ اذ ربما يظهر الطمع الكامن الذي كان غافلا وغير ذلك من الغضب والتعصب والميل الى بعض الاشياء والخوف (قوله ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم

فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا أنه ان لم يأمن على نفسه الحيف أي الجور أو عدم اقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في محظوره حينئذ وان أمن أبيح رخصة والترك هو العزيمة لانه وان أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات وينفرغ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضي فقد ذبح بغير سكين وحكي أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوي له لحيته فبينما هو يحلق له تحت لحيته في حلقومه اذ عطس القاضي فألقى الموسى رأسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كأني بك قاضيا وقول أبي حنيفة كقول أبي قلابة ما وجدت القاضي الا كسابح في بحر فكم يسبح حتى يغرق وكان دعي للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن نيفا وثلاثين يوما أو نيفا وأربعين يوما يتقلده وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر اني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كره جاء يوم القيامة مغلولة يداه الى عنقه فان حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله وان حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شدت يساره الى يمينه ثم رمي به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي وأخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال أتهنونني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها أبعد من عدن أبين وأما ما في البخاري سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي مجيئه أو لا مغلولة يده الى عنقه الى أن يفكها عدله فيظله الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذي أيضا على أنس مرفوعا من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث اسرائيل يريد سندا لا أول وأصح من الكل

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغي له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف أي فوض أمره اليها ومن فوض أمره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس أمارة بالسوء لان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه وأعجب فيحرم التوفيق وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

(ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية رضى الله عنه والحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه

حديث البخارى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان أوتيتها عن مسئلة وكلت اليها وان أوتيتها عن غير مسئلة أعنت عليها واذا كان طلب الولاية أن يوكل الى نفسه وجب أن لا يحل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية رضى الله عنه والحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج) هذا تصريح بجور معاوية والمراد فى خروجه لا فى أقضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولى القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام المحاجة واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام وبهامات وكان معاوية رضى الله عنه استشاره فيمن يولى بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الانصارى فولاه الشام بعده وقوله فى نوبته نوبة على التى ذكرها المصنف هى كونه رابعا بعد عثمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان أحق بها فى سائر النوب حتى من أبى بكر رضى الله عنه وانما كان الحق معه فى تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق فى قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار ستقتلك الفئة الباغية وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة ولقد أظهرت عائشة رضى الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البر فى الاستيعاب قال قالت رضى الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهانى عن مسيرى قال رأيت رجلا غلب عليك يعنى ابن الزبير فقالت أما والله لو نهيتنى ما خرجت وأما الحجاج فعماله معروف فى تاريخ البخارى بسنده عن أبى اسحق قال كان أبو بردة بن أبى موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه وأسند فى موضع آخر عن ضمرة قال استقضى الحجاج أبا بردة بن أبى موسى وأجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة أشهر وفى تاريخ أصبهان للحافظ أبى نعيم عبد الله بن أبى مريم الأموى ولى القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج وأقام محبوسا بواسط فلما هلك الحجاج رجع الى أصبهان وتوفى بها وقال ابن القطان فى كتابه فى باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله ابن عوف أبو محمد الذى يقال له طلحة الندى ابن أخى عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعى يروى عن ابن عباس وأبى هريرة وأبى بكرة رضى الله عنهم وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل من التقلد) حينئذ وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو فى بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة فى بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا أو يكون هو الذى يقضى بينهم وكذا ينصبون الهم اماما يصلى بهم الجمعة ❁ فروع فى العزل ❁ للسلطان عزل القاضى بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضى ينعزل نائبه وكثير من المشايخ على أن النائب لا ينعزل بعزل القاضى لانه نائب للسلطان وينعزل القاضى بعزله نفسه اذا بلغ السلطان ومالم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضى بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله وعن أبى يوسف لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتى قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصى القاضى اذا عزل نفسه يشترط علم القاضى ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صوره اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابى هذا فأنت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشئ وينعزل خلفاء القاضى بموته ولا ينعزل امراء

(قوله ثم يجوز التقلد) تفريع على مسئلة القدورى يتبين أنه لا فرق فى جواز التقلد لاهل بين أن يكون المولى عادلا أو جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع على رضى الله عنهما فى نوبته دل على ذلك حديث عمار ابن ياسر وانما قيد بقوله (فى نوبته) احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع على رضى الله عنه فى نوبة أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم أجمعين وليس الامر كما قالوا بل أجمع الامة من أهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة فى أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور فى الآفاق وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء) استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضاء (لا يحصل المقصود بالتقلد) فلا فائدة لتقلده (بخلاف ما اذا كان يمكنه)

(قوله احترازا عما يقوله الروافض) أقول ويحتمل أن يكون احترازا عن خلافة معاوية استقلالا

قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ) من تولى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها أي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء والا لا تفيد وسماها حجة وان لم يكن المكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤول اليها بالتذكير ثم البياض أي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان أو رقا لا يخلو عن أمور ثلاثة اما أن يكون من بيت المال أو من مال الخصوم أو من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم

أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه أو وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكر (قوله و يبعث أمينين) بيان لكيفية التسليم وهو أن يبعث المتولي رجلين من ثقاته وهو أحوط والواحد يكفي (فيقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه و يسألانه شيأ فشيأ و يجعلان كل نوع في خريطة على حدة كي لا يشتبه على المولى) وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة تشتبه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك

قال (ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا و يبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه و يسألانه شيأ فشيأ و يجعلان كل نوع منها في خريطة كي لا يشتبه على المولى

الخليفة ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل الاول عن أبي يوسف لا ينعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطا مثل أن لا يعتزل أمر أحد فخالف انعزل وعن أبي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله و يقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتنا (قوله ومن قلد القضاء يسأل) أي أول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو أن يسأل أي يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم فسر ديوانه بأنه (الخرائط التي فيها السجلات وغيرها) من كتب الاوقاف وكتب نصب الاوصياء والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه (لانها) انما (وضعت) عند القاضي (لتكون حجة) ووثيقة محفوظة (عند) القاضي اذا وقعت (الحاجة) الى الحجة ومعرفة الاحوال (فتجعل عند من له ولاية النظر) في أمورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك (ثم ان كان البياض) الذي كتب فيه القاضي ورقا أو رقا (من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال أرباب القضايا في الصحيح لانه رضي به) لانه للقاضي لا لانه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (الى) القاضي (المولى وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذه تدينا) ليحفظ به أمور الناس وحاجاتهم (لا تمولا و يبعث) المولى (اثنين) أو واحدا مأمونا (ليقبضاها بحضرة المعزول أو) من (أمينه و يسألان) أعني الامينين (المعزول شيأ فشيأ و يجعلان كل نوع في خريطة) مثلا الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول بخلاف ما اذا خلط الكل فان في الكشف عنه حينئذ عسرا شديدا وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا

كتب

(قوله والا لا تفيد) أقول يعني فائدتها المطلوبة منها (قوله لانها تؤول اليها بالتذكير) أقول لم يذكر البينة لان الحجة عند قيام البينة هي البينة لا الكتاب الشرعي بخلاف صورة التذكير فانه لما كان سببا للتذكر الذي هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل فان في عبارة تؤول اليها نوع سهو عما قلنا ولكن الامر سهل بقي ههنا بحث لان الحجة بالتذكر انما تكون بالنسبة الى القاضي الذي وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة في تسليم القاضي الجديد اياها (قوله لانه ملكه أو وهب له) أقول لو اقتصر على قوله لانه ملكه لانتظم الصورتين وانما ذكر قوله أو وهب له تنبيها على طريق تملكه اذ ربما يخفى على بعض الافهام فتأمل ثم قوله لانه ملكه أي في الثاني وقوله أو وهب له أي في الاول

(وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (لكشف الحال لا للالزام) فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازا عن الزيادة قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعن وهنا ليس كذلك وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها وقوله شيأ فشيأ منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألانه أي يسألان شيأ فشيأ عنها وليس بشئ لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى أن يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله تبينت له حسابه بابا بابا قال (وينظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لانه نصب ناظرا) لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ولى الواجد يحل عرضه وعقوبته أي حبسه (ومن أنكر) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول الا ببينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه) فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك (وان لم تقم بينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق (لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه) أياما اذا جلس يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فليحضر فان حضر والا فمن رأى القاضي أن يطلقه فان لم يحضر لرجل منهم خصم أخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر أمره كي لا يؤدي الى ابطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا حضر والفرق لابي حنيفة رحمه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما سيجيء أن في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لامر موهوم

وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال (ويتظر في حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) لان الاقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه (فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه و ينظر في أمره) لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كي لا يؤدي الى ابطال حق الغير

كتب أو قافهم بل اذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا يلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا قبضاه ختما عليه خوفا من طرو التغيير وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة (قوله و ينظر في حال المحبوسين) فيبعث الى السجن من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لان القاضي ناظر في أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الاول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء لان قول الاول لم يبق حجة (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) ورده الى السجن الا أن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده اذا لم يثبت له مال وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلا وأطلقهم حتى ينظر في حالهم فان ظهرت عدالة الشهود رده الى السجن اذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بـ) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة) موجبة للعمل (لا سيما) وهي (على فعل نفسه) وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أحمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضا الا بحجة (واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بما وجب حبسه (لا يعجل) باطلاقه (لان فعل القاضي ظاهرا) ما كان الا (يحق) فيحتاط لخصمه الغائب

(قوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينه فالسؤال ههنا مضاف الى مفعوله (قوله قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أي يستعطيان القاضي المعزول نوعا من الخرائط فنوعا آخر بعده مثلا يستعطيان أولا خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك وعلى هذا هذا السؤال لكشف الحال أي الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي فافهم (قوله شيأ فشيأ منصوب) أقول يعني منصوب على المفعولية (قوله لان الاقرار ولى الواجد يحل عرضه الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبي عليه الصلاة والسلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته انتهى فان قيل من أين علم أنه واجد قلنا من حبس القاضي المعزول فان الظاهر انه لو لم يعلم يساره لم يحبسه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) أقول فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البينة لا قول المعزول (قوله فان لم يحضر لرجل منهم خصم الخ) أقول يعني بعد النداء (قوله على ما سيجيء) أقول في فصل القضاء بالموارث من هذا الكتاب

وأما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل ههنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذكر في المحيط الصحيح ان أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي أولا أعطى كفيلا فانه لم يجب على شئ نادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيعمل في المذكور على) حسب (ما تقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده) لانه لا بد لعمله من حجة (وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة الا أن يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع (الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغير من أقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول (٤٦٤) لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة

(وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده) لان كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الا أن يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها) لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كأنه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي

فينادي عليه وصفته أن يأمر كل يوم اذا جلس منادیا ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضي يفعل ذلك أياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتدأ الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق لغائب وأمارته انه في حبس قاض والظاهر أنه بحق فان قال لا كفيل لي وأبى أن يعطي كفيلا وجب أن يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فان لم يحضر أحد أطلقه وقيل أخذ الكفيل هنا قولهما أما على قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سيأتي والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة ان المال ظاهرا حق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فبالنظر الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله اني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان جيدا (قوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف) الكائنة تحت أيدي أمناء القاضي والذي في ديارنا من هذا أن أموال الاوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البينة) انه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هي في يده اذا أنكر وقال هي لي الا ببينة (لما بينا) انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يكتفى بقوله في الالزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو أخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضي به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله (الا أن يعترف الذي في يده أن) القاضي (المعزول سلمها اليه)

والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما أن يقر بشئ مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شئ وان كان الاول فاما أن يقول دفعه القاضي الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولا بتعليله واما أن يقول دفعه القاضي الى ولا أدري لمن هو وحكمه كحكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل واما أن يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان غير من أقر له القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد له فصار كأن المال في يده لما مر ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح واما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخرا وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وهذا الان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من أقر له القاضي أتلف المال على من أقر له القاضي فكان ضامنا للمثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له

(قوله فان الحق للغائب ثابت بيقين) أقول اطلاق اليقين على ما ثبت نظرا الى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى (قوله ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له) أقول يعني ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور في الكتاب أولا الخ) أقول فيه تأمل فان المذكور في الكتاب أولا لا اختصاص له بما ذكره بل يعم الصورتين الاخيرتين أيضا

ثانيا في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الاقرار الاول ان كان باليد مختارا بطل ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار ممن لا يد له لصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه واذا أقر بالملك لغيره بما في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد) كي لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لانه أشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة

فحينئذ اما أن يقول سلمها الي ولا أدري لمن هي أو يقول سلمها الي وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقر له القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيهما لانه ثبت باقرار من في يده أن اليد فيها كانت للقاضي فيقبل اقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال اقراره أو يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به له لانه أقر باليد للقاضي فصار كأن المال في يده فأقر به لواحد وأقر به هذا الرجل لآخر وفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا أو بدأ بالاقرار لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم الى من أقر له الامين ويضمن مثله ان كان مثليا أو قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من أقر له به لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه أقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لغير من أقر هو به له فيصير هو متلفا ذلك على من أقر له القاضي باقراره لغيره فيضمنه هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضي الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره وكذا لو مات الاول واستقضي غيره فشهد بذلك

﴿فرع يناسب هذا﴾ لو شهد شاهد ان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضي لم أقض بشيء لا تجوز شهادتهما عند هما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كي لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين) وفي الخلاصة ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار وكذا المفتي والفقيه (والمسجد الجامع أولى لانه أشهر) ثم الذي تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد أما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له فالاولى أن يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان الاولى ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه (وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه) أي القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد (والحائض وهي ممنوعة عن دخوله) ولان المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد ولا بد من كون أحدهما كاذبا حانثا في يمين غموس وفي الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فأشار بيده أن ضع الشطر

غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه باقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد الخ) الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كي لا يشتبه مكانه عن الغرباء وبعض المقيمين وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال والمسجد الجامع أولى لانه أشهر وأرفق بالناس قال الامام علي السغدي هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة وأما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كي لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيتقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روى

 أن صلى الله عليه وسلم قال انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة

(قوله وروى عن أبي حنيفة انه قال والمسجد الجامع أولى) أقول يعني انه قال والمسجد عطفا على الكلام السابق

ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها أو الى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها

(قوله ونجاسة المشرك) جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد (فلا يمنع من دخوله) اذ لا يصيب الارض منه شيء (والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها أو الى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة) فان قيل يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا مخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها (ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك) قال الامام فخر الاسلام اذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول اليها لان لكل أحد حقا في مجلسه

من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبراني مسندا الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبنا يوم الجمعة اذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يا رسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على الحد قال وما حدك قال أتيت امرأة حراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله ألا تجلده التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبتك قال فلانة فدعاها ثم سألها فقالت يا رسول الله كذب علي والله اني لا أعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك فقال يا رسول الله مالي شاهد فأمر به فجلد حد الفرية ثمانين جلدة وأما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيأ كثيرا ففي البخاري لا عن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسند الامام أبو بكر الرازي الى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك فما قيل انه غريب مبني على أن المراد روايته هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسنده الى ربيعة بن أبي عبد الرحمن انه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة فلما ولاه عمر بن عبد العزيز وأسند الى سعيد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة والى محمد ابن عمر قال لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولى أبا طوالة القضاء بها فكان يقضي في المسجد قال أبو طوالة ثقة روى عن أنس بن مالك والى اسمعيل بن أبي خالد قال رأيت شريحا يقضي في المسجد والى الاسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يقضي في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يروا انكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فلم يعرف وانما أخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال وأمر رجلا من القوم فدعا بدلو من ماء فشنه عليه وأما نجاسة المشرك فهي الاعتقاد على معنى التشبيه (والحائض تخبر بحالها فيخرج اليها القاضي) أو يرسل نائبه (كما لو كانت الدعوى في دابة ولو جلس في داره فحسن به) شرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحدا من الناس لان لكل أحد حقا في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا في المسجد ان الاولى أن يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على دابته لانه اذا لم يكن معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا بأس بأن يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الاخبثين أو به حاجة الى الجماع والحاصل انه لا يقضي حال شغل قلبه وأصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فأكثر الا أن يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا

تعزيرا

(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (اذ في الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ماروى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد يقال له ابن الاتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا واستعمل

و يجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الامن ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدى على المعتاد أو كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه

تعزيرا (و) ينبغي أن (يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة) الرشوة أو الظلم وروى أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة و يستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء و يشاورهم وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال أحمد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب و يشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فنهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي عليه و يبين له وجه قضائه و يبين له انه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة غرضه وهو بريء واذا أمكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدى اما له خصومة أو لا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم وان لم يكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام الا أن يكون مال المهدى قد زاد فيقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم أو ممن له عادة قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذا لم تكن خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسئلة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لفقر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولايته قريبه فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد في بيت المال و يكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط

عمر رضي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال من أين لك هذا فقال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فانه ليس بأكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدى للقاضي اما أن يكون ذا خصومة أولا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا أي سواء كان قريبا أو مهاديا قبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قريبا أو ممن جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء فيتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما ازداد ماله بقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدى اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة الا أن تكون عامة) قيل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله واطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوزا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزا حضور دعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وانما أحدث بعده وما ذكروا في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الاسلام أبو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى ايذاء الخصم الآخر أو الى التهمة قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة ان ترك شيأ منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعوده واذا مات أن يحضره واذا لقيه أن يسلم عليه واذا استنصحه أن ينصحه واذا عطس أن يشمته كذا في تنبيه الغافلين

عطس

ولا يحضر دعوة الا أن تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين

أن يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة فقدم عمال فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى الى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدرما كان يهديه بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة الا اذا كانت عامة) يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته الا اذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجيب قريبه وان كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة القريب بلا خلاف لصلة الرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جرى العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الاسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان المحرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبي سواء وما في الهدية محمول على انه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء فاذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله انتهى فقد آل الحال الى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك الامكان الذي قدمناه واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي (التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أولا وعندي أن ما حكي عن القاضي أبي علي النسفي وهو ان العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الا لهاتين الخصلتين أو لمخصوص من الناس ولانه أضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فانه أمر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله أعلم وعند الشافعي وأحمد يحضر الولائم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضرها والذي كان يقضي قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلقد أبعدت (قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض) المراد مريض لا خصومة له والا لا يعوده وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنائز واذا استنصحك فانصح له فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روى عن على رضى الله عنه أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم الا أن يكون خصمه معه (ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (واذا حضرا سوى بينهما الخ) اذا حضر الخصمان بين يدى القاضى فان كان أحدهما من ولاه والآخر فقيرا أو كانا أباوابنا يسوى بينهما فى المجلس فيجلسان

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال (واذا حضرا سوى بينهما فى الجلوس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك فى وجه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه (ولا يميز أحدهم ولا واحدا منهم) لانه يذهب بهابة القضاء

عطس فحمد الله يشمته وروى البخارى فى كتابه المفرد فى الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الافريقى قال كنا غزاة فى البحر زمن معاوية فانضم مركبنا الى مركب أبى أيوب الانصارى فلما حضر غداؤنا أرسلنا اليه فأتانا وقال دعوتمونى وأنا صائم فلم يكن لى بد من أن أجيبكم لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على أخيه ست خصال واجبة ان ترك منها شيأ فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشمته اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب فى اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين فى الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الآخر لما روى اسحق بن راهويه فى مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على على رضى الله عنه فأضافه فلما قال انى أريد أن أخاصم قال له على رضى الله عنه تحول فان النبى صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطنى (ولان فيه تهمة) الميل (قوله واذا حضرا سوى بينهما فى الجلوس والاقبال) لما روى اسحق بن راهويه فى مسنده أخبرنا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش حدثنى أبو بكر التيمى عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر وأخرجه الدارقطنى فى سننه عن عباد بن كثير عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظه واشارته ومقعده وروى عن عمر رضى الله عنه انه كتب الى أبى موسى عبد الله بن قيس الاشعرى أن آس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجته للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك فى وجه أحدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يميز أحدهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبا بكر دون عمر وفى أبى داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير فقد أجلس عمرو بن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع لسعيد من شقه الآخر فقال هنا فقال عبد الله الارض الارض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى وفى النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضى فى مجلسه ينبغى للقاضى أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضى

بين يديه على الارض لانه لو أجلسهما فى جانب واحد كان أحدهما أقرب الى القاضى فتفوت التسوية ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان الى القاضى فجلس السلطان مع القاضى فى مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضى من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضى بينهما كى لا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الآخر وفيه دليل على أن القاضى يجوز له أن يحكم على من ولاه وكذلك يسوى بينهما فى الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه) لا يكلم القاضى أحد الخصمين سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك فى وجهه لان فى ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولان فيه كسر القلب الآخر فينحيه عن طلب

حقه فيتركه) وفيه اجتراء من فعل به ذلك على خصمه (ولا يميز أحدهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بهابة القضاء) وينبغى أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه فى غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهى المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضى ويمنع من رفع الصوت فى المجلس

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

بينهما وبهذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي فانه قام فأجلس عليا رضي الله عنه مجلسه وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما ويسند القاضي ظهره الى المحراب وهذا رسم زماننا قالوا وهو أحسن لانه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاف وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الائمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب واذا حضرا فالقاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبتدئاهما بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشئ غير ما بينهما فاذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى يفهم حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقيل لا الا بعد سؤال المدعي بأن يقول اسأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له صحتها والا قال قم فصح دعواك واذا صحت الدعوى يقول فماذا تريد أن أصنع فان قال أريد جوابه سأله والاصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واختار محمد أن يقدم الدعوى الاول فالاول ويضع على ذلك أمينا لا يرتشي يعرفه السابق وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل معهم فان بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يحوفهم فيكون مهيبا لا تخافه الناس وأنكر الائمة ما رأوا من أخذ بواب القاضي شيأ ليمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هذا فساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحدا من التقدم الى باب القاضي في حاجة والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا قبل أن يجلسهما على ما ذكرنا فهذه أيضا من المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان اذا سافر استصحب رجلا سيئ الادب فقيل له في ذلك فقال أما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس مختلفو الاحوال والادب وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال مرادا به الخير لا حشمة النفس المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله ويستحب أن يكون فيه عبسة بلا غضب وان يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيأ من الحق ويتخذ كاتبا أمينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كي لا يقع السجل فاسدا بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ويقعده حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة اليوم بمصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد به الشاهد علما عليه الائمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيأ من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل انه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قالاه عزيمة لان القاضي

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أتشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل وأما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد ان بالالف فالقاضي ان قال يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتأخير قول أبي يوسف يشير الى اختيار المصنف رحمه الله والاشخاص هو ارسال الراجل لاحضار الخصم

(قوله تلقين الشاهد الى قوله مكروه لانه اعانة الخ) أقول تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكروه خبره

منهى

﴿ فصل فى الحبس ﴾

منهى عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول أبى يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على أداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة فى كتاب الصلاة وأيضا أمر باكرام الشهود فان الله يحيى بهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليأتى بخصمه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حد منع قيل وتأخير قول أبى يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفى كونه أخذ ليله فى ذلك وفى فتاوى قاضيخان لا ينبغى للقاضى أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الائمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيلا لا يعرف انه وكيل القاضى تحرزا عن المحاباة وشرط شريح على عمر حين ولاه ان لا أبيع ولا أشترى ولا أرتشى وقال بعض أشياخ المالكية ينبغى للقاضى أن يرتفع عن طلب العوارى من الماعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشترى فى غير مجلس القضاء وينبغى للخصوم اذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضى فاذا سلموا لا يجب على القاضى رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج فى أحسن ثيابه والله الموفق

﴿ فصل فى الحبس ﴾ أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس الا أنه اختص بأحكام كثيرة فأفرده بفصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفى المذكور بقوله تعالى أو ينفوا من الارض وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة وذكر الخصاف ان ناسا من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن فى عهده صلى الله عليه وسلم وأبى بكر سجن انما كان يحبس فى المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضى الله عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن فى زمن عمر ولا عثمان أيضا الى زمن على رضى الله عنه فبناه وهو أول سجن بنى فى الاسلام قال فى الفائق ان عليا بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص وتسيب الناس منه ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا وفى ذلك يقول على رضى الله عنه

ألا ترانى كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا * بابا حصينا وأمينا كيسا

والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التأنى فى الامور والمكيس المنسوب الى الكيس وأراد بالامين السجان الذى نصبه فيه والمحبوس فى الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلا بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغى أن يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفى غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حق آدمى بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده أيخرج فقال لا ولو مرض فى السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز أن يكون الدين مقضيا للتسبب فى هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه للسلام عليه لانه قد يفضى الى المقصود من الايفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدر فى الحبس فيحبس فى الدرهم وما دونه لان ظلمه يتحقق بمنع ذلك

أحكام أفرده فى فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى أو ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة خلا أنه لم يكن فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم سجن وكان يحبس فى المسجد أو الدهليز حيث أمكن ولما كان زمن على رضى الله عنه أحدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ولان القاضى نصب لايصال الحقوق الى مستحقيها فان امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضى بد من أن يجبره على الاداء ولا خلاف ان الاجبار بالضرب فيكون بالحبس أولى

﴿ فصل فى الحبس ﴾ (قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا الخ) أقول وقدم ذلك من المصنف فى أوائل كتاب الحدود (قوله فسماه مخيسا) أقول خيس تخييسا اذا لله فتخيس بالخاء المعجمة قال فى القاموس مخيس كمعظم انتهى قال فى النهاية المخيس بالكسر أى المذلل من التخييس وهو التذليل وروى بفتح الياء وهو موضع التخييس وهو الذى اختاره فى المغرب

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما أن يثبت بالاقرار أو بالبينة فان كان الاول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في أول الامر لان من حجته أن يقول ظننت انك تمهلني فلم أستصحب المال فان أبيت أوفيتك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبس وان كان الثاني حبسه كما سبق لظهور المماطلة بانكاره وروى عن شمس الائمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه أن الدين اذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الآن لا أوانى في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وجنازة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر للطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم أخرجوه لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطؤهما حيث لا يطلع عليه أحد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه اذا طلب فقير الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وأنكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على أدائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر ما جعل له دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر ما جعل له دون مؤجله

(قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار (اذ لعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال) وانما يظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (أما اذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي الفوائد الظهيرية وعن شمس الائمة السرخسي عكس هذا وهو أنه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بأني ما كنت أعلم أن علي دينا له بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يأمره في الاقرار والبينة (قوله فان امتنع) أي بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كـ) القرض و (ثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناه به) والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعني اذا حصل المال في يده ثبتت قدرته على ايفائه وما لم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله اني

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلهذا قابل القدوري ما التزمه بعقد بما لزمه بدلا عن مال فتأمل

قال القدوري (ولا يحبسه فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرش الجنايات (اذا قال انى فقير) لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه (الا أن يثبت المدعى أن له مالا ببينة فيحبسه وروى الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعى عليه فى جميع ذلك) أى فيما كان بدلا عن مال ومالم يكن (لان الاصل هو العسرة) اذ الآدمى يولد ولا مال له والمدعى يدعى عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه (ويروى أن القول قوله الا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه عرف دخول شئ فى ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعى ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل فى ملكه شئ ولم يعرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفى المسئلة قولان آخران أحدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر (٤٧٣) والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما فى نفقة المحارم والآخر ان يحكم الزى ان كان زى الفقراء كان القول له وان كان زى الاغنياء كان القول للمدعى الا فى أهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون فى الزى مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزى فيهم دليل اليسار وقوله (وفى النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر فى كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفى كتاب العتاق أن أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين الاخيرين أما تأييدهما

قال (ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير الا أن يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه) لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه وروى أن القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك لان الاصل هو العسرة وروى أن القول له الا فيما بدله مال وفى النفقة القول قول الزوج انه معسر وفى اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤديان القولين الاخيرين

فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبسه فيما سوى هذين) النوعين (اذا قال انى فقير الا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) حينئذ (لانه وجد دلالة اليسار) أى قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر فى الكتاب (وروى أن القول لمن عليه فى جميع ذلك) أى فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكم لفعله لا لعقد كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف (لان الاصل هو العسرة) فى حق كل أحد لانه خلق عديم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يسأله ألك مال أو لا فان قال لا استحلفه فان نكل حبسه وان حلف أطلقه الا أن يقيم المدعى البينة على قدرته وعندنا يحبسه ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (وروى أن القول له) أى للمديون (الا فيما بدله مال) كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيهما قول المدعى ونسب الخصاف هذا القول لابى حنيفة وأبى يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان بزى الفقراء فالقول قوله فى الفقر الا أن يثبت المدعى قدرته وان كان بزى الاغنياء فالقول للمدعى الا فى الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكلفون فى لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعى أنه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضى يسأل المدعى البينة على ذلك فان أقام البينة انه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعى فان لم يقدر على البيان حكم زيه فى الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا أن يدعى المدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لان معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين نصا عن أصحابنا بلا خلاف احداهما أن المرأة اذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر ليعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيأ ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف (والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين) يعنى قول القائل القول لمن عليه فى جميع ذلك

 للذى كان القول فيه لمن عليه فى جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى

(قوله يعنى ضمان الغصب) أقول فيه ان ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغى أن يكون القول قول المدعى كما صرح به فى البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما اذا ثبت هلاك المغصوب أو غصبه منه عند القاضى وما فى البدائع فيما اذا باعه لآخر مثلا (قوله والمدعى يدعى عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدليله الذى ذكره المصنف آنفا والاصل ابقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدامه على التزامه باختياره (قوله فلانه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ماذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعسار بين المعنيين فان المراد باليسار فى قولهم واقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الايفاء ولا كذلك فى النفقة

مع أنهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ماذكر أولا كان القول قول المرأة والشريك الساكت فى دعوى اليسار وأما تأييدهما الذى كان القول لمن عليه الافيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران وقوله (والتخريج على ماقال فى الكتاب) يعنى القدورى جواب عن المسئلتين نصرة للمذكور فيه وتقريره انه أى النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالانفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو مالا يسقط الا بابراء من له أو بايفاء من عليه (٤٧٤) وكذا ضمان الاعتاق عند أبى حنيفة رحمه الله وحينئذ لا يرد نقضا على ما فى الكتاب وهو قوله

حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه فى حياته وممانه من جهته الا بالايفاء وأقدم عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعى ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما اذا كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فى السر أهل خبرته عن يساره واعساره أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل فى الحال وأما توفيته فلانه لاظهار ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكر ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوى لان مادونه عاجل والشهر آجل قال شمس الائمة الحلوانى وهو أرفق الاقاويل فى هذا الباب وروى الحسن عن أبى حنيفة أربعة أشهر الى ستة أشهر

والتخريج على ماقال فى الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الانفاق وكذا عند أبى حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه فى الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تعتمد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة الى ستة أشهر

وقول القائل القول لمن عليه الافيما بدله بمال أما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكور أولا كان القول للمرأة والشريك الساكت فى دعوى اليسار وأما تأييدهما الثانى فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الاخيران كذا فى النهاية ومنهم من استروح فى الاول فقال اما تأييدهما القول من قال القول له فى جميع ذلك فظاهر وذكر فى الثانى ماذكر فى النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول المفصل فى الكتاب بين كون الدين ملتزما بمال أو بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب فان البدل فيهما ملتزم بعقد أو شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع بمبأ عن العتق ويؤيدان القول الاخير وهو أن القول للمديون الافيما بدله مال فان البدل فى المسئلة ليس مالا وبجعل القول للمديون تأييد القول بأن مابدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم أنه يفيد الشمول والا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد والبدل ليس بمال كون القول له فى جميع الديون فما فى النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما فى الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب فى الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعى أو غير مال فالقول للمطلوب صحيحا فالذى لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور فى الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الابطال المذكور بأن دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالانفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبى حنيفة وهذا معنى قوله (والتخريج على ماقال فى الكتاب الخ) فلم يرد انقضا فيرجع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا (كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة يحبس) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المطل ثم انما يحبس مدة ليظهر ماله) فيؤدى ما عليه (فلا بد أن تعتمد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره) وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد عن أبى حنيفة فى كتاب الحوالة والكفالة (ويروى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوى لان مازاد على الشهر فى حكم الآجل ومادون الشهر فى حكم العاجل فصار أدنى الآجل شهرا والاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروى (أو أربعة أشهر الى ستة أشهر) وهو رواية الحسن

(قوله مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خبير بأن الالتزام فى صورة الاعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الاعتاق مجردا على الالتزام فلا نقض (قوله بدل المهر) أقول الظاهر عن أن يقول بدل النفقة (قوله فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان الا أن يقال المراد أن الصحيح لا يعدوهما لان كلا منهما صحيح (قوله أى النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الانفاق لا يكون دينا فلا وجه لهذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمان الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول فى الكفالة (قوله ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بمقدر

والصحيح ان شيأ من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر فى السجن فى مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التى ضجر الآخر فان وقع فى رأيه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة و يظهر المال ان كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة على عسرته أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج فى البينة الى لفظة الشهادة والعدد بل اذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان أحوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفى لان الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفى وان استحلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معدم حلفه القاضى فان نكل أطلقه وان حلف أبد الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفى وهى ليست بحجة فللقاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بعقداره ولم يقبل فيما اذا أنكر المشترى جوار الشفيع وأنكر ملكه فى الدار التى بيده فى جنب الدار المشتراة فأقام الشفيع بينة ان له نصيبا فى هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضى لا يقضى بهذه البينة فما الفرق بينهما وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما فى نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شئ معلوم لان القليل والكثير فى استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فان لم (٤٧٥) يظهر للمحبوس مال بعد مضى المدة التى

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص فيه قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعد مضى المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله قال فى الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه و بين غرمائه وهذا كلام فى الملازمة وسنذكره فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

عن أبى حنيفة أى ما بين أربعة أشهر الى ستة أشهر رواية الحسن عن أبى حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد فالتقدير فى هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأى القاضى اذا المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غلب على ظن القاضى بعد مدة انه لو كان له مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبد حبسه وان قالوا انه ضيق الحال أطلقه ولو رأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد فى رواية تقبل قبل الحبس و به أفتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن أبى حنيفة ونصير بن يحيى

رآها القاضى برأيه أو بعد مضى المدة التى اختارها بعض المشايخ كشهر أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفى بعض الشروح جعل قوله يعنى بعد مضى المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخليه ما لم

تمض المدة وليس كذلك فان أصحابنا ذكروا فى نسخ أدب القاضى وقالوا واذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شئ من ذلك (ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضى المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سرا وعلانية ففيه روايتان (تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية وعليها عامة المشايخ) وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد فيه روايتان فى رواية لا يحبسه و به كان يفتى الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن أبى حنيفة رحمهم الله وفى أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفى فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت فاذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال فى الكتاب) أى القدورى (خلى سبيله ولا يحول بينه و بين غرمائه وهذا الكلام) يعنى المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس (فى الملازمة) هل للطالب ذلك أولا (وسنذكره فى باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى)

(قوله وفى بعض الشروح جعل قوله الى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شئ من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاتقانى وسيظهر جواب آخر آنفا بأن ما فى الكتاب على رواية الاصل فاندفع الاشكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالبينة وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بها فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية ففهم (قوله فان أصحابنا ذكروا الى قوله أخرجه من الحبس) أقول ممنوع فانه يفهم مما ذكره أيضا انه اذا لم يظهر له قبل مضى المدة لا يخليه قال المصنف (ولا تقبل فى رواية) أقول وهذا اذا كان أمره مشكلا وافلاسه غير ظاهر بين الناس والا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعنى المنع عن ملازمة المديون) أقول لعل الصواب يعنى عدم المنع كما لا يخفى

(وذكر في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ماذكر في أول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه أول وهلة فيحتاج الى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله (ومراده) أي مراد محمد (اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته) وهذه الرواية تصلح أن تكون معتمد شمس الأئمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل أو يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولا) يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولا ومدته على ما بينا الحبس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكره لها فلا نعيده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ) اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحدود والقصاص) قال الله تعالى ولا تقل لهما أف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة (الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده) وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز أن يحبس الوالد لقصده اتلاف مال الولد (ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا الدين عليه مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق أكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص (الا اذا امتنع من الانفاق عليه) لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله أعلم

وهو قول الشافعي وأحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قيل وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المديون يمين المدعي انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبد حبسه ولا شك أن معناه مالم تقم بينة على حدوث عسرته قال أبو القاسم في كيفية شهادة الاعسار أن يقول أشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سرا وعلانية بخلاف ما اذا مضت المدة فسأل فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عن حاله) انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في أول الوهلة فان هذا ظاهر في وصل الحبس باقراره فذكره ليؤوله بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا) الى القاضي فانه يحبسه بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الآن شيأ (قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضي ذلك فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالانفاق فان رجع فلم ينفق أو جعله عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته الى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعته أو جعله عقوبة وان كان ماذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والد في دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولد لان التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحد له اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الانفاق) أبا كان أو أما أو جدا لان في تركه الانفاق سعيا في هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد لقصده الى اهلاك الولد (ولانه لا يتدارك لسقوطها) أي لسقوط النفقة (بمضي الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده المأذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاء أيضا الا أن السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يأبى جواز العمل به لانه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه (٤٧٧) وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روى ان عليا رضي الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما أن يشهدوا على خصم أولا وتنكيره يشير الى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب والكتاب لا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا عند الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به وأما الثاني فان وافقه نفذه

﴿باب كتاب القاضي الى القاضي﴾

قال (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما بينا (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

عليه دين حبس لانه للغرماء في التحقيق ويحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الجنس له حق أخذه فاذا أخذ يلتقيان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في اكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لطلبه أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا هما سواء لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون

﴿باب كتاب القاضي الى القاضي﴾

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود الا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة الى الحبس والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو أخبر قاضي البلد الاخرى بأنه ثبت عنده ببينة قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابه أولى أن لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدين فجوز اعانة على ايصال الحقوق لمستحقيها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فان الخط يشبه الخط والختم فليس بذاك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الاصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده وبالكتاب يستغني عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق) أي التي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أي بالكتاب (عند القاضي) المكتوب اليه على ما بينا من أن المشهود فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه أو مسخرا وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الآخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقتضي منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلا) في عرفهم (واذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما (يكتب بالشهادة الى القاضي الآخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمي) في عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار

(قوله ليحكم بها المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاة من ارسال المدعى عليه مع المدعي الى القاضي الكاتب اذا طلب ذلك منهم فلعل مستندهم فيه ما سيجيء في هذا الكتاب والنهاية وغيرها في شرح قوله ولا يقضي القاضي على غائب

والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي أن تكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكر ما عداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى أن جوازه ثابت بشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوزنا الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جوزنا الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله (يعني القدوري) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة (والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعترض بأن ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبد دون الامة) فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها متيسر تخدم داخل البيت غالبا (وعنه) أي عن أبي يوسف (أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشرح أدب القاضي وصفة ذلك بخاري أبق عبده الى سمرقند مثلا فأخذه سمرقندي وشهود المولى ببخاري فطلب من قاضي بخاري أن يكتب بشهادة شهوده عند يجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهد عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بخصومة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لما مس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها

ما يؤول (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة) واستشكل بأن في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المرأة وكذا في الامانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الاعيان المدعى بها وأجيب بأن المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذا لزمته بأي طريق كان ضمنا أو قصدا تتعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق أن الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر ان شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (ويقبل في العقار أيضا) اذ ابين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالحمار والثوب والعبد (للحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق في العبد) لانه يخدم خارج البيت فاباقه

(قوله والا فلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قيل اذا كان شرطا ينبغي أن لا يجوز بدونه قلنا جواز الاستحسان على خلاف القياس

وعن محمد رحمه الله انه يقبل فى جميع ما ينقل و يحوّل وعليه المتأخرون

متيسر فلمساس الحاجة فيه جوّزه بخلاف الامة لانها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره له (وعن محمد أنه يقبل فى جميع ما ينقل) من الدواب والثياب والاماء (وعليه المتأخرون) ونص الاسبيجابى على أن الفتوى عليه و به قال مالك وأحمد والشافعى فى قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة فى الاعيان وهى غائبة فى بلد المكتوب اليه ولا شك ان فى الدين أيضا لابد من الاشارة الى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته فى الاثبات عليه وقبول القاضى الكاتب الشهادة عليه وماذا الا الان عند القضاء من الثانى يتحقق معنى الاشارة والتعيين و يتبين ذلك بايراد الصور فصورة الدين اذا شهدوا على فلان بن فلان بن فلان الفلانى أن يكتب كما ذكره الحسن فى المجرد من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا سلام عليك فانى أحمد اليك الله الذى لا اله الا هو أما بعد فان رجلا أتانى يقال له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل فى كورة كذا ولم يذكر فى المجرد يقال له فلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى ولابد منه كما سنذكر وسألنى ان أسمع بينته وأكتب اليك بما يستقر عندى من ذلك فسألته البينة فأتانى بعدة منهم فلان وفلان وفلان و يحليهم و ينسبهم فشهدوا عندى ان لفلان بن فلان الفلانى على فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا درهما دينا حالا وسألنى أن أحلفه بالله ما قبض منها شيأ ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشئ منها وحلفته فحلف بالله الذى لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذى قامت به البينة عندى ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنهاله عليه فسألنى أن أكتب له كتابا اليك بما استقر عندى من ذلك فكتبت اليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهودا أنه كتابى وخاتمى وقرأته على الشهود قال ثم يطوى الكتاب و يختم عليه فان ختم عليه شهودا فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضى كورة كذا الى فلان قاضى كورة كذا ثم يدفعه الى المدعى فاذا أتى به المدعى الى القاضى الذى بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضى اليه سأله البينة على كتاب القاضى ولا ينبغى أن يسمع بينة المدعى حتى يحضر الخصم فاذا أحضره وأقر أنه فلان ابن فلان الفلانى قبل بينته وسمع منه فان أنكر قال له جئنى بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلانى فان جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعى حينئذ على ان هذا كتاب القاضى الذى ذكر فيقول لهم أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا اقرأه علينا وأشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لا يفكه أيضا حتى يحضر الخصم فاذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه فان أقر ألزمه اياه وان أنكر قال ألك حجة والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال لست أنا فلان بن فلان الذى شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر قال له هات بينة ان فى هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنتسب اليه والا ألزمتك ما شهد به الشهود فان جاء ببينة على أن فى تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب اليه أبطل الكتاب وان لم يكن فى تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذى هو المقصود بالاشارة يحصل بآخرة الامر قبل القضاء عليه وفى هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة ننبه عليها منها قوله فى شهود الكتاب منهم فلان وفلان و يحليهم و ينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولابد منها وقالوا لو كتب وأقام شهودا عدولا عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم وعندى لابد أن يقول أحرار عدول اذا لم يسمهم والذى يظهر من كلام محمد وغيره انه لابد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاه وحرفته ان تاجرا فتاجرا ومزارعا فزارع والمقصود تتميم تعريف الشهود ثم يذكر انه عرفهم بالعدالة أو عدلوا

على كتابه وختمه وعلى ما فى الكتاب فاذا وصل الى قاضى بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعى باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة لى العبد أنه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بما ثبت عنده ليبرأ كفيله وفى رواية عن أبى يوسف ان قاضى بخارى لا يقضى للمدعى بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضى سمرقند فيه ما جرى عنده و يشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه و يبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضى له بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك و يبرئ الكفيل وصفة الكتاب فى الجوارى صفته فى العبيد غير أن القاضى لا يدفع الجارية الى المدعى ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا و يستعمله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك و ربما يظهر العبد لغيره لان الحيلة والصفة تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان فى الحلى والصفات

فالاخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل فى جميع ما ينقل و يحوّل وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعى فى قول

لان الخصم اذا أحضره الثانى قد يكون له مطعن فيهم أو فى أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان والا فيقول سموهم لى فانى قد يكون لى فيهم مطعن ومنها قوله الى فلان قاضى كورة كذا انما يصح اذا كان القاضى واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله فى المدعى يقال له فلان بن فلان يتم التعريف فى قوله ما وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته أو فخذه فقال فلان التميمى أو الكوفى وما أشبه ذلك لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج الى هذا وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعى انه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا فى المسافة التى يجوز فيها كتاب القاضى الى القاضى فجماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسافة القصر وبه قال الشافعى وأحمد فى وجه وحكى الطحاوى عن أبى حنيفة وأصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول أبى يوسف ومحمد وبه قال مالك والذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود ليس بلازم بل هو أوثق كما قال ومنها قوله وعدولا ظاهرا فى انه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا فى بلد كذا فى محلة كذا وذكر حدودها فى يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر واثلاثة حدود كفى استحسانا خلافا لزفر ولو غلطوا فى بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندى فلان وفلان بأن العبد الهندى الذى يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعى وقد أبق الى الاسكندرية وهو اليوم فى يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل وفعل القاضى ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعى من غير أن يقضى له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعى لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد من المدعى ويجعل خاتما من القاضى فى كتف العبد ولا حاجة الى هذا الا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته فاذا لم يكن لحاجة ويكتب كتابا الى قاضى مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعى أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا قضى له به وكتب الى قاضى الاسكندرية بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفى بعض الروايات ان قاضى مصر لا يقضى بالعبد للمدعى لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضى الاسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضى به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته فى الجوارى كما فى العبد الا ان القاضى المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعى بل يبعثها على يد أمين لاحتمال انه اذا أرسلها مع المدعى يطؤها لاعتماده انها ملكه قال فى المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد قالا هذا فيه بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه فهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع أبى حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والائمة الثلاثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعى باستحقاقها فى بلد القاضى المكتوب اليه لا بد أن تجعل من قبيل الامة فيجرى فيها ما يجرى فيها لانه يبعد أن تجرى مجرى الديون لانها اذا قالت لست أنا فلانة المشهود على انها زوجة المدعى المذكور ولم تقدر على بينة ان فى قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعى يطؤها

(قوله

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذا جاء من ملك أهل الحرب في طلب الأمان فانه مقبول بغير بينة حتى لو أمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى أن رسول القاضي الى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكاتب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذمي على ذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ولم يشرط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن أسند الخصاف الى عمر بن أبي زائدة أو عمير قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضي الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الكتاب الى زياد فقل له أرسل الى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي قلنا الفرق ان هذا تقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه أن ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما اذ للامام أن يعطيهم ما طلبوه وله ان لا وأما الرسول فلان التزكية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلأن غاية رسوله أن يكون كنفسه وقدمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا أنه أجيز باجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز أن يكون قال الى اياس القاضي بالبصرة والى كل قاض يراه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من بلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم ﴿ فرع ﴾ يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه ثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه أصلح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاءه ثقة يعرفه الامير فقي الفتاوى لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفي الاستحسان يجوز للامير أن يمضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لا انه لا يأخذه ليخالف ما سيجيء من قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى انه لو قضى بالشهادة الخ) أقول في هذا التنوير بحث فان صحة القضاء أمر والالزام أمر آخر لتحقق الاول بدون الثاني وجوابه ان صحة الحكم قبل التزكية اذا كانت بالشهادة والالزام بعدها فيكون بها أيضا (قوله قيل قد يشير الخ) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه ببينة) أقول على كونه رسول القاضي

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا مافيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب أن يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا مافيه أو يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا مافيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختمه بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كي لا يتوهم التغيير اذا كان

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا مافيه أو يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم) كي لا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما وله هذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا شئ من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف ان الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

بغير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما وقال أبو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شئ من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخرا شئ من ذلك ليس بشرط بل اذا أشهدهم القاضي ان هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وانما قال آخرا لان قوله الاول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واختار شمس الائمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيرا على الناس

القاضي الى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل ان شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من ان يقرأه عليهم أو يعلمهم مافيه أي باخباره لانه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا انه ختمه وذلك بأن يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبل لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا شئ من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه) بعدما كان أولا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا ان الختم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي) ولا شك عندي في صحته فان الغرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير الا أن يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل تكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعي اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أولا وكذا ان شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادة شهود الاصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان الى فلان أو من أبي فلان الى أبي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به الا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة الى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه أن المكنى هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضي بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف

قال المصنف (ويسلمه اليهم) أقول قال في النهاية أي الى الشهود وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الائمة وعلى قول أبي حنيفة يسلم المكتوب الى

العنوان

الشهود كذا وجدت بخط شيخي انتهى ثم قال وأجمعوا في الصك ان الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اه

قال (واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضى الكاتب شرع فى بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بمحضر الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضى الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال فى شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر بحضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود اليه الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضى سلمه الينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضى وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وخاتمه قبله لما مر انه لم يشترط شيأ من ذلك ولم يشترط فى القدورى ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفض الكتاب أى يفتحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج (٤٨٣) المدعى الى أن يزيد فى شهوده

قال (واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضى الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضى سلمه الينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضى وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط فى الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم

العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفى (قوله واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة من الخصم) وفى بعض النسخ لم يفتك الا بحضرة من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا بمجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعى الى القاضى جمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معى كتاب القاضى اليك طالبه بالبينة عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته انه كتاب القاضى سلمه الينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا فعنئذ فتحه وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أى الكتاب فى المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضى ينقل ألفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته (بخلاف القاضى الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفى التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبى حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبى يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط فى الكتاب ظهور العدالة) فى شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاف) واحترز به عما ذكر فى المغنى فانه قال فيه وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ماذكر محمد أصح أى تجويز الفتح قبل

وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضى وختمه فأما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعى انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر فأما اذا لم تكن شرطا فكما أدوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أنا لا نسلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود

على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل للكتاب لا به ولعل الاصح ما قاله محمد رحمه الله من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد فى المغنى والمكتوب اليه

قال المصنف (واذا وصل الى القاضى لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفى المحيط ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضى من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وان فتح بغير محضر منه جاز اه (قوله لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه) أقول وأنت خبير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا الخ من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله فأما اذا لم يكن منبرطا) أقول كما هو مذهب أبى حنيفة على ما سيجىء فى الشهادة (قوله وقد استدل على ذلك) أقول قوله وقد استدل أى بوجه آخر وقوله على ذلك أى على اشتراط العدالة (قوله بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباء فى الصغرى للملابسة وفى الكبرى للسببية وأيضا للقائل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو اغماء أو فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي رحمهما الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل

قدم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل

وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله أو في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف

ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه ووجهه المصنف بما ذكره الخصاف من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الا حال قيام الختم ﴿فرع﴾ لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلده فهرب الى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب اليه أن يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما جوزنا للاول الكتابة تجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه الى أن يمضي أمر الكتاب فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو عمى قالوا أو فسق وانما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قدم بالكتابة فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا يوجب عليه شيأ فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو غير عملهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا (الا اذا) كان (كتب الى فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له) وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي وأحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كما لو كتب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بأن الكتاب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكأن الكل مكتوب اليهم معينين أما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقدمنا أنه

القضاء وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان تاما لا الا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير عملهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أما في الموت أو في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلأن لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه

وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن اجازه القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون في أداء الامانة فصاروا كالامناء في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعا له

بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول أبي يوسف في جوازه فانه حين ابتلي بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول (٤٨٥) يقبل لان الاعتماد على الشهود

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

﴿فصل آخر﴾ (ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

أجازه أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولومات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول الشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا قلنا (لأن فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو وفي قوله ولان مبناهما الخ والله أعلم واعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقالا هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلدة كذا وطلبا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي ﴿فرع﴾ هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك ولو قال استوفى غريمي ديني أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال جحدني الاستيفاء أو الابراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضي سله حتى اذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط

﴿فصل آخر﴾ (قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص) وقال الائمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم

(ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيهما (ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما)

﴿فصل آخر﴾ قال في النهاية قد ذكرنا أن كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر أصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على أن الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخر يناف ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر في أدب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر قال (ويجوز قضاء المرأة في كل شئ الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شئ الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها

قال المصنف (بخلاف ما اذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم اه

﴿فصل آخر﴾ (قوله والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر الى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي الى القاضي بدون أن يورد عقيب الفصل الاول يحتاج الى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية

وقدم الوجه أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلا للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) بعذر و بغيره (الا أن يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به) أي بالقضاء (فصار كالوكيل) لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك (بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث) يجوز له أن (يستخلف لان أداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته) بوقت يفوت الاداء بانقضائه (فكان الامر به من الخليفة اذنا له بالاستخلاف دلالة) لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض بمن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جائز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة وأرى ان الحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلاة أولى فتأمل (قوله ولا كذلك القضاء) أي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف و (قضى الثاني بمحضر من الاول أو قضى الثاني) عند غيبة الاول (فأجازه الاول او جاز) اذا كان من أهل القضاء (كما في الوكالة) فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول أو أجازه الاول جاز

وقدم الوجه (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك) لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول أو قضى الثاني فأجاز الاول جاز كما في الوكالة

لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة رواه البخاري قال المصنف (وقدم الوجه) يعني وجه جواز قضائها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله قبل لان فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا انما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن أن يجعل كلامهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليحتاج الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضى وعدم حله والكلام فيما ولي وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله أو كان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله الا أن يثبت شرعا سلب أهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم أنه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الجنس فيجاز في الفرد خلافه ألا ترى الى تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يولين عدم الفلاح فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما ولي فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) في صحة ولا مرض (الا أن يفوض ذلك اليه) فيملكه كما انه اذا صرح فيه بالمنع يمتنع منه وهذا (لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث) جاز له أن (يستخلف) لانه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم أن الانسان غرض للاعراض فكان المولى له آذنا في استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة أما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المأمور هناك بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وبهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما وبخلاف المستعير فان له أن يعير بشرطه لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في أن يعمل لغيره وهذا ما قالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصى قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثاني بمحضر من الاول أو قضى) بغيبته فبلغه (فأجاز جاز كما في الوكالة) اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بخلاف المأمور باقامة الجمعة) أقول قال في الكافي مطلقا اه أي مطلقا عن الاذن بالاستخلاف

وقوله (لانه حضره رأى الاول) يصلح دليلا للمسئلتين أما فى هذه المسئلة فلان الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذى حضره القاضى أو أجازه قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضيا به وأما فى الوكالة فسيجىء فى كتاب الوكالة قيل الاذن فى الابتداء كالاجازة فى الانتهاء فلم اختلفا فى الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به فى الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية القاضى مقيدا به (قوله واذا فوض اليه يملكه) أى اذا قال الخليفة للقاضى ول من شئت كان له أن يولى غيره (فيصير الثانى نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله) لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا أن يقول واستبدل من شئت فيملك الاول عزله وهذا بناء على أن أمر القاضى لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ول من شئت واقتصر على ذلك كان أمره له بالتولية والعزل خلافه واذا أضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان أمره له بهما فكأنه قال فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضى القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فى القضاة تقليدا وعزلا كذا فى الذخيرة قيل ما الفرق بين الوصى والقاضى فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصى يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى له راضيا باستعانته بغيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضى يملك التوكيل والايصاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور فى التقليد يجرى فيهما وأجيب بأن المقلد (٤٨٧) يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصى

وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال (واذا رفع الى القاضى حكم حاكم أمضاه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قولا لا دليل عليه وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)

أو بغيبته فأجازه نفذ (لانه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله أنه فضولى ابتداء وكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز فى الانتهاء والبقاء ما لا يجوز فى الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة فى الابتداء أو هو كونه ليس مما حضره رأيه (واذا فوض اليه) الاستخلاف (يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصيل) يعنى السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله أو قال جعلتك قاضى القضاة فان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعى وأحمد (قوله واذا رفع الى القاضى حكم حاكم أمضاه الا أن يخالف الكتاب أو السنة (المشهورة) أو الاجماع بأن يكون قولا لا دليل عليه) وفى بعض نسخ القدورى أو يكون قولا الخ (وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه) قالوا انما أعاده لان فى عبارة الجامع فائدتين

فيكون توقع الفساد فى القضاء أكثر قال (واذا رفع الى القاضى حكم حاكم أمضاه الخ) اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على فلان القاضى بكذا وكذا نفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة أى المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثانى فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناهما فى التقرير على ما ينبغى أو الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضى فى المجتهد فيه أو يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعى يدل على ذلك وفى بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب أن يكون قولا بلا دليل وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احداهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضى اذا لم يعلم موضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا فى الذخيرة

(قوله وان الحكم الذى الخ) أقول التعويل على الجواب الثانى (قوله فيكون الموصى له راضيا) أقول كى لا تفوت مصالحه (قوله وقيل القاضى يملك الخ) أقول المذكور فى الفتاوى ان القاضى لا يملك نصب الوصى اذا لم يكن ذلك مكتوبا فى منشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعليل المذكور الخ) أقول يعنى قوله لانه قلد القضاء دون التقليد (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الاحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنها مستندة الى دليل قوى من تلك الثلاثة أيضا قال فى الكافى بأن يكون قولا لا دليل عليه أى لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذا لم يعلم الخ) أقول أنت خبير بأنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف انما مفاده ان ما اختلف الفقهاء فيه فى نفس الامر فقضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أولا فانه أعم من كونه عالما نعم ربما يفيد كون الثانى عالما بالخلاف وليس الكلام فيه بل فى القاضى الاول فتأمل

ليستافى القدورى احداهما تقييده بالفقهاء أفاد أنه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضى يرى غير ذلك فان القدورى لم يتعرض لهذا فيحتمل أن يكون مراده انه اذا كان رأيه فى ذلك موافقا لحكم الاول أمضاه وان كان مخالفا له لا يمضيه فأبانت رواية الجامع أن الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفا لرأيه أو موافقا يعنى بالطريق الاولى ولا يخفى أنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء فى نفس الامر فقضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أو غير عالم فانه أعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذى حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثانى عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام فى القاضى الاول الذى ينفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم فى الجامع التنصيص على أنه ينفذه وان كان خلاف رأيه وكلام القدورى يفيده أيضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم أمضاه وهو أعم بنتظم ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وانما فى الجامع المنصوصية عليه اذا كان مخالفا وقوله الآن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته أولا فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة يعنى المشهورة مثل البينة على المدعى واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره فى أقضية الجامع وفى بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية فلو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلا لا ينفذ والثانى مثل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا وهذا لا ينضبط فان النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه يجاب بأنه مؤول بالمذبوح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف فى أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد المتناظرين بأنه غير مؤول قاضيا على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد فى بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد أولا ولذا نمنع نحن نفاذ القضاء فى بعض الاشياء ويجيزونه وبالعكس ولقد نقل الخلاف فى الحل عندنا أيضا وان كان كثير لم يحكوا الخلاف فنى الخلاصة فى رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضى قال وأما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما وعند أبى يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفا للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمعى أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضى الله عنهما فى جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينقذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعنى انه لا يعتبر فى انعقاد الاجماع بل لا يعتبر فى جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف أو ما دون الكل بل الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء فى محل مجتهد فيه أصلا اذ ما من محل اجتهاد الا وأحد الفريقين أقل من الفريق الآخر اذ لا يضبط تساوى الفريقين ولذا لم يمثلوه قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم فخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد فى مقابلة قول الباقين ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أولا والذى صححه شمس الائمة واختاره أن الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا له يصير المحل مجتهدا فيه قال واليه أشار أبو بكر الرازى لان ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المعتبر الاختلاف فى الصدر الاول يعنى أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم

التابعين

والثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى أن الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه أو مخالفا فانه اذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى ورواية القدورى ساكتة عن الفائدتين جميعا

(قوله ورواية القدورى الخ) أقول عبارة القدورى أعم تتناول ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وليس فى عبارة الجامع الا التنصيص على ما اذا كان مخالفا ويعلم حال الموافقة بالاولوية كما ذكره الا انه لا يثبت بهذا القدر أولوية عبارة الجامع من عبارة القدورى فتدبر

التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكي في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلفت الرواية عن أبي يوسف وقال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة تبنى على أن الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعن علي الجواز وعمر وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في التقويم ان محمدا روى عنهم جميعا أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف مقتصب فيها بين الامامين للقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندي أن هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها وراه خيرا لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح و يزول الصداق عن ملكها و يبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فانها تعتد بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لانه مجتهد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه وكذا لو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البتي يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كانت معارضة المعنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعي أن فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من أنكر مع أن معه ظاهرا في حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك أيضا وهو

(والاصل) في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة (ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) في ان كلا منهما يحتمل الخطأ (وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل أن يقول القضاء

في المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا الاصله

ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما رفعه من أصل بلا فرع اذ الشئ المساوي للشئ في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شئ آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد ابن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحد الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر لو كان هنا نص آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأي والرأي مشترك (ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد يرجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان للاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فالكم عليهن من عدة تعتدونها وهو أيضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقا ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو زفى بأم امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيما اذا زفى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق أعتق الميت واحدا منهم وبالشهادة لابيه وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر تنفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقد امرأة بلفظ المتعة نحو متعيني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضي الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالمجتهد فيه أما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فروعات منه وأصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه أعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يمضيه الثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين أن يجيزه أو يرده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود أو الاعمى وأما قضاء السلطان في أمر فالاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه الى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني أن قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه نفذ قضاء الثاني باطلاقه عن الحجر (قوله والاصل) حاصله توجيه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهادهما وترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقضه الثاني باجتهاد هو دونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

(قوله لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا المذهب الغير انه خطأ يحتمل الصواب ومذهبنا صواب ناسيا يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روي عن عمر الخ) أقول قال الزيلعي وقد صح ان عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء أبا الدرداء وساق القصة

ناسيا المذهب نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى

ناسيا المذهب نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامدا ففيه روايتان) عنه (ووجه النفاذ أنه ليس بخطا بيقين) لان رأيه يحتمل الخطا وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر لكن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه الى جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا وبه أخذ شمس الائمة الاوزجندي وبالاول أخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاة من الارسال الى شافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لرأي الخلفاء انتهى وأوكد الامور في هذا حكم شريح بما يخالف رأي علي كثيرا وهو يعلم ويوافقه كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقيل صح عن عمر رضي الله عنه انه قلد أبا الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضي عليه عمر فسأله عن حاله فقال قضى علي فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأي مشترك وغير ذلك وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله الثابت في نفس الامر لكن القطع بأن المكلف به منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بمظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان ارسال الحنفي اليه ارسالا لان يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه ان الله جوز له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاه به أو حكم به عليه واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا ينفذ في الوجهين) يعني وجه النسيان والعمد (لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل وأما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد فأما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه وجه المنع قوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله الآية واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس الا قضاؤه بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشئ هذا ومن تتمة اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكى عن برهان الائمة يكون الوطء حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوج بأخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضي القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة وسنذكر في أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

قال المصنف (وان كان عامدا ففيه روايتان) أقول قال النسفي في الكافي وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي حنيفة وعليه الفتوى اه قال ابن الهمام الوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل ثم قال وأما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد وأما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم اه (قوله بطريق الاولى) أقول وجه الاولوية ان التعمد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان أيضا بطريق الاولى (أنه ليس بخطا بيقين) لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعامة المجتهدات ووجه عدمه أنه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل به بزعمه قال المصنف (وعليه الفتوى)

قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكر أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذه كما مر فان نقضه فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته التي وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا (والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور) أي جل الناس وأكثرهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف) فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فأما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء (قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف (٤٩٢) رأي من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم ير ذلك كان له أن ينقضه

قال (وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر بتحريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لا في الاملاك المرسلة وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وأنكرت فأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وأنكر ومنها ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعتني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدا والانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بمحضر من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها ما اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم أن الزوج الاول لم يطلقها بأن كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح

(قوله وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا اذا قضى باحلال) يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (اذا كانت الدعوى بسبب معين)

(قوله لأن القاضي يصير منشئا) أقول الظاهر أن يقال منشئ (قوله لأنه تبرع) أقول أي من وجه (قوله فاذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة

قال (ولا يقضي القاضي على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بعد الانكار ولم يوجد

فان قال قد علمتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت أجيب بأن الشرع أنزله منكرا حملا لامره على الصلاح اذا الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت ان كان عليه دين أو رفعا لظلمه ان أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه أيضا وان قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسيأتي له جواب آخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق

قال (ولا يقضي القاضي على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد

للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند أبي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقي الائمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافا لهما وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحده ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل انه باعها منه أو انك اشتريتها حل للمنكر وطؤها اذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت ان الزوج طلقها ثلاثا وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الائمة اذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سبيا فكبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلما وأقام بينة انهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود أو تبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والاكفاء ومن الاوجه لابي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبأمر الله أولى والقاضي مأمور بذلك منه جل وعلا وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطنا وان كان أحدهما كاذبا فليس بشئ وفي الخلاصة وأجمعوا على انه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له بها لا يحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عبيدا أو كفارا أو محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاث فأخذا بقول علي نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ثم بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأي القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع أشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فأفتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما يمنعه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضي القاضي على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز) اذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك وأحمد وان كان في البلد غير مختف فله قولان أصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا بالبينة لانه ان حضر فأقر لزمت الدعوى وان أنكر فكذلك فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبته أو يسلم الدعوى ويدعي الاداء ويثبته أو يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من أجل الفوائد

(قوله قلنا اذا كانت شرطا الخ) أقول فيه تأمل ثم الظاهر أن يقال اذا كان بدل قوله اذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعى عليه مع المدعي الى القاضي الكاتب اذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ) دليل آخر على المطلوب والضمير للشأن ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه في وجه القضاء وأعمل الثاني ومعناه أن الشأن يحتمل الاقرار والانكار أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الحارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا أو غائبا أو بحديث هند حيث قالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب (٤٩٤) أجبنا عن الحديث الاول بأنه يدل على أن من ادعى شيأ فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل للنزاع وانما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أو لا وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبي سفيان ألا ترى

ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بأن كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر

قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية أبي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء بغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الاصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرط الحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا أنه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما أن يقر أو ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشئ لان مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البينة أو لا فيطعن في البينة ويثبته أو لا يطعن فيقضي عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر

أنهم لم تقم البينة (قوله لو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا أنكر ذلك وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي (وفيه خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للرفع لا للاثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر أو القاضي كما اذا أقام وصيا من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) أقول فيه بحث فان الجملة بعده تحتمل ضميره الا أن يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه الخ) أقول وأتى بضميره في الاول والاضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع الا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هند الخ) أقول ولانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول وفيه تأمل (قوله واعلم ان قيام الحاضر الخ) أقول كأنه يشير الى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه أي وقيام من يقوم

أو شرط الحقه فان كان سببا لازما سواء كان المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام المدعي بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة أو شيئين مختلفين كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب فأقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب أعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعى شيآن المال على الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى شئ واحد في الاول أو كشئ واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض الا للسببية وأما أن يكون المدعى شيأ واحدا أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشئ اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني أن أحلك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثا وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر

وهذا في غير صورة في الكتب أما اذا كان شرطا لحقه

ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها ولو أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضي بالبينة ويقضي بالاقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البينة للمدعي عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما ليس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقاله وكان أبو يوسف يقول أولا لا يقضي بالبينة والاقرار على الغائب جميعا ثم رجع لما ابتلي بالقضاء وقال يقضي فيهما جميعا واستحسنه حفظا لاموال الناس فاذا علمنا انه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه أحد ثلاث نائب بانابته كوكيله أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما يعني شخصا يقوم مقامه حكما أي يكون قيامه عنه حكما لامر لازم له واقتصر المصنف عليها نفيا للمسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي نصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو أحضر المدعي رجلا غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناءه الى باب داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والا يحكم عليك أما في غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود خواهر زاده لا ينبغي للقاضي أن يقضي للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضي على الغائب الا أن مع هذا لو وكل وكيلا وأنفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها الى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضى عليه بالتسليم قال وأحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجد هناك وأما الثالث فاذا كان ما يدعيه على الغائب سببا لامحالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان) ما يدعيه على الغائب (شرطا لحقه)

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول جزاء فان كان في قوله فان كان سببا لازما الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تخميناً

وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلا بالحل قبل الطلاق وقد يوجب بأن كان وكيلا بالحل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن

فلا معتبر به فى جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه فى الجامع

لا سببا لامحالة أو قد يكون سببا وقد لا يكون (فانه لا معتبر به فى جعل الحاضر خصما عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه فى الجامع) مثال السبب اللازم لامحالة فى ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئين وثلاث فيما يكون واحدا أما ثلاث الواحد احداها ادعى دارا فى يد رجل انها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى بها فى حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لامحالة للملك والثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فأقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى شفعة فى دار فى يد انسان فقال ذو اليد الدار دارى ما اشتريتها من أحد فأقام المدعى البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفيعها يقضى بالشراء فى حق ذى اليد والغائب ومثال ثلاث الشيئين احداها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المدعى المقذوف بل أعتقك مولاك فعليك حد الاحرار والمولى غائب فأقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة و يقضى بالعتق فى حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيئان الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البينة ان مولاهما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة و يثبت العتق فى حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البينة على ذلك تقبل و يقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتقض بما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما ان الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصير ورته مكاتبا عند أبى حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلا مع ان اعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لامحالة أجيب بأن عدم القبول عنده هنا لانعدام الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لان الساكت اذا اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتبا من جهة المعتق وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجهولا فلا يقبل وأما مالا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سببا لامحالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضا شيئين وقد يكون واحدا و بيانه فى مسئلتين احداهما قال لعبد رجل مولاك وكاتبى بحملك اليه فأقام العبد البينة ان مولاه أعتقه تقبل فى حق قصر يد الحاضر ولا تقبل فى حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به والثانية رجل قال لامرأة غائب وكاتبى زوجك بحملك اليه فأقامت بينة انه طلقها ثلاثا يقضى بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادتها أو بينة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانعزال بأن وجد بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما أصليا للطلاق

التقييد وان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطا لحقه أى لحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الحالف عليه ان فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف فلا معتبر به فى جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الأئمة الاوزجندى ان البينة تقبل و يجعل الحاضر خصما عن الغائب كما فى السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو فى الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضى وهو من ينصبه وكيلا عن الغائب ليستمع الخصومة عليه بقوله كالوصى من جهة القاضى لان كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره فى الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكأنه اختاره والعتاق

(قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصى) أقول فيه شئ فان كاف التشبيه تدل على خلاف ما ذكره

قال (ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة لحفظه (وان أقرض الوصي ضمن) لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضي بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الا أن ما يدعيه على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل احداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد أن يردها بهذا العيب وأنكر البائع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضي بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيآن الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها فان أقام البينة على البقاء بأن شهدوا على انها امرأته للحال لا تقبل أيضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسدا اذا أراد البائع الاسترداد فأقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فأراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك انما هي لفلان فأقام الشفيع البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضي بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيآن والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ بعد الشراء وأزالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا لما ذكرنا وأما ما يكون شرطا فعامة المشايخ فيه على أنه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت أن فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضي بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصما عن الغائب ويقضي بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشئ اذ ليس فيه ابطال حق له فصار الاصل ان ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا يقبل (قوله ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان في الاقراض مصلحتهم) لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة (والقاضي يقدر على الاستخراج) فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصي فانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه الشهود أو لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجثو بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على الاعتبار (والاب كالوصي في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولايته من الوصي

في اقراض أموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فان القاضي لكثرة أشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن الثوى بجحود المستقرض أجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له أن يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة الثوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في أصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار الامام فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنع من ترك النظر له والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده وان أخذه الاب قرضا لنفسه فالقراض يجوز وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك

(٦٣ - فتح القدير خامس) (قوله ويكتب الصك لاجل تذكر الحق الخ) أقول فيه اشارة الى ان انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولا له ليكتب وعندي ان قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى

باب التحكيم

لانها فى المال والنفس كولاية القاضى ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر والظاهر أنه يقرض ممن يأمن جحوده وعلى هذا قالوا لو أخذه الاب قرضا لنفسه يجوز وان روى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يجوز والجواب ان الاعتبار فى جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضى فانه لو لم يجد الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه انما تفيد مع وجود الملاءة أما لو أعسر المستقرض صار القاضى كغيره فى عدم القدرة وعن هذا قال الخصاف ينبغى للقاضى أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختل حال أحدهم يأخذ منهم المال قبل أن يعسر فلا يقدر وكذا لو كان المستقرض معسرا فى الابتداء لا يجوز للقاضى اقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضى بعلمه ولنفصلها فعندنا وفى قول الشافعى أنه يجوز وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند أبى حنيفة أن يعلم فى حال قضائه فى المصر الذى هو قاضيه بحق غير حد خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق رجل امرأته أو قتل عمد أو حد قذف وأما اذا علم قبل القضاء فى حق العباد ثم ولى فرفعت اليه تلك الحادثة أو علمها فى حال قضائه فى غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفى التجريد جعل قول محمد مع أبى حنيفة ولو علم فى رستاق مصره عندهما يقضى واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة وسواء كان مقلد الرستاق أو لم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضى فى القرية والمفازة لا ينفذ عند أبى حنيفة ومحمد ونص أصحاب الاملاء عن أبى يوسف أنه ينفذ قضاؤه فى السواد وهكذا فى النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض فى مصره ثم عزل ثم أعيد الى القضاء فعند أبى حنيفة لا يقضى وعندهما يقضى وأما فى حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم

هذا أيضا من فروع القضاء والمحكم أحط رتبة من القاضى فان القاضى يقضى فيما لا يقضى المحكم فأخره عنه ولهذا قال أبو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القضاء لان حكمه بمنزلة الاصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله الآية وفيه نظر وأما السنة فما قال أبو شريح يا رسول الله ان قومى اذا اختلفوا فى شئ فأتونى فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائى وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة لما انفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى انه كان بين عمر وأبى بن كعب منازعة فى نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الى فآتيك يا أمير المؤمنين فقال عمر فى بيته يؤتى الحكم فدخل بيته فألقى له عمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لابى لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتنى فقال أبى نعفى أمير المؤمنين ونصدقه وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما فى هذه الخصومة التلبيس وانما هى لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما الى الحكم للتبيين لا للتلبيس وفى الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقد روى ان ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف اليه ويأخذ بركابه عند ركوبه وقال هكذا أمرنا ان نصنع بفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا أمرنا ان نصنع بأشرافنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا فى حق نفسه وانه ينبغى أن من احتاج الى العلم يأتى

الى

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء وتأخيره من حيث ان المحكم أدنى مرتبة من القاضى لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضى وهو مشروع بالكتاب والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها والصحابة رضى الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم

باب التحكيم

(قوله وعموم ولاية القاضى) أقول المراد بعموم ولاية القاضى هو تعدى الحكم الصادر عنه الى غير المتخاصمين كما فى صورة القتل خطأ وامثاله لانه يجب أن يكون مولى على آحاد كثيرة من الناس فانه قد يفوض اليه الحكم فى قضية واحدة بين الشخصين المعينين كما لا يخفى الا انه يمكن ان يقال لا يطلق اسم القاضى لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

(واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما فى حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبى يوسف لكنها وقعت فانهما جائزان فى القضاء دون التحكيم عنده وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضى الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض (واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى ان حكمه المسلمون وان حكمه أهل الذمة جاز

لانه من أهل الشهادة فيما بينهم وتراضيهما عليه فى حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمى ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود فى القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتى والفاسق والصبى لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما مر فى أول أدب القاضى أن الفاسق لا ينبغى أن يقلد القضاء ولو قلد جاز

(واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما و ينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضى فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى والمحدود فى القذف والفاسق والصبى لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر فى المولى

الى العالم فى بيته ولا يبعث اليه ليأتيه وان كان أوجه الناس وأما القاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا أتاكم كريم قوم فأكرموه وبسط النبى صلى الله عليه وسلم رداءه لعدى بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالحلف صادقا وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لامر آخر وان اليمين حق المدعى له أن يستوفيها وتسقط باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما) وسنذكر لهذا التخصيصات أولها قوله (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى) الا أن يحكمه ذميان لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود فى القذف والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر فى المولى) الفاسق ينفذ حكمه وقوله (و ينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة أعنى قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقدمناها على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيدا للحصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما فلو حكماه فى عيب بالمبيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه الا أن يتراضى البائع الاول والثانى والمشترى على تحكيمه فحينئذ يرده على الاول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشترى منه فى العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم فى التحكيم ففى لزومه للموكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق أو صبيا أو ذميا فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما فى المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات فى قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز فى بعضها دون بعض وفى المغنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر وتحكيم الذمى ذميا يحكم بينه وبين ذمى يجوز لما ذكرنا

قال المصنف (فيشترط أهلية القضاء) أقول وفى المحيط يشترط أن يكون الحكم أهلا للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعا حتى انه اذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلا للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم عبدا فأعتق وحكم لا ينفذ حكمه هكذا ذكر صاحب الاقضية والشيخ الامام شيخ الاسلام فى شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلته فى فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة فى فصل التقليد هو انه اذا استقضى الصبى ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الامر فى باب الجمعة من صلاة المنتقى رواه ابراهيم عن محمد والعبد اذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الامر انتهى واشتراط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور فى النهاية ومعراج الدراية أيضا (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول فى المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبى المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى وفى شرح الكافى المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر وقال فى النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هناك انتهى فلا مخالفة كما توهم ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أى فوض الحكم اليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمى الخ) أقول المراد بالكافر ما عدا الذمى بقرينة المقابلة

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما) لاتفاقهما على ذلك (فلا يحكم الا برضاهما جميعا) لان ما كان وجوده من شيئين لابد له من وجودهما وأما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم بعدم أحدهما وعلى هذا يسقط ماقيل ينبغي أن لايصح الاخراج الا باتفاقهما أيضا فان قيل اخراج أحدهما سعي في نقض ماتم من جهته قلنا ماتم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم (واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهبه امضاه لانه) اذا نقضه لم يحكم الا بذلك فـ(لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه) وفائدة ابرامه أنه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لتمكن لان امضاءه الاول بمنزلة حكم نفسه (وان خالفه أبطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) (٥٠٠) بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يرده قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ قال شمس الائمة من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل أن التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمها ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا (وتخصيص القدوري الحدود والقصاص بدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات) كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الائمة الحلواني مسئلة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز الا أن الامام الاستاذ أبا على النسفي كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا

(قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما) لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (واذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه (وان خالفه أبطله) لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام

(قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما) اذ هما الموليان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (واذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقط لانه لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه) بعينه (وان خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له بخلاف الموليين له انما لهما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليدهما اياه بمنزلة اصطلاحهما على شئ في المجتهدات كان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا وهذا بين لك أن المراد من قوله وان خالفه أبطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز أن يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي (قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف قال شمس الائمة في شرح أدب الخصاف من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف أطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانهما يندرآن بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما وأي شبهة أعظم من هذا قال المصنف (قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح) وفي

(قوله وعلى هذا يسقط ماقيل ينبغي أن لا يصح الاخراج الا باتفاقهما الخ) أقول كالبيع فانه لا يفسخ الا باتفاق المتبايعين ففي الجواب كلام قال المصنف (واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه) أقول فعلى هذا حكم المحكم يلزم الوقف على مذهبهما في ديارنا يمضيه الحاكم الحنفي بهذا الدليل بعينه اذ الفتوى على قولهما والمأخوذ على القضاة الحكم بالاصح

وان حكماه في دم خطا لا ينفذ الا في صورة لانه اما أن يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سيأتي في كتاب العاقل ان شاء الله تعالى (قوله الا اذا ثبت) استثنا من قوله رده القاضي أي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (١٥٠) وأما أروش الجراحات فان كانت

وان حكماه في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (ويجوز أن يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما ما يقبل قوله لان الولاية قائمة

الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وأرش الجنايات وقطع يد عمدا ببينة عادلة جائز اذا وافق رأي القاضي وعن أبي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناصحي عن أبي بكر الرازي في القصاص ينبغي أن يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم ووجهه المصنف بأنهما لا ولاية لهما على دمهما ولذا لا يملكان الابراء يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحل للآخر قتله لا يدفعه وهذا لان المقضي عليه هو الاصل في التحكيم والآخر أعني الطالب تبع فكون أحدهما وهو الذي تحكيمه ليس الاقوى يملك أن يستوفيه لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر ولا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيها روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامساك المرأة المحلوف بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أولا فقيها فأفتاه ببطلان اليمين وسعه امساك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بفتواهما وفي الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يجوز وكذا لو حكما بذلك حكما يجوز ولا يفتى به لما مر يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكماه في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فان القاضي (رده ويقضي) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لانه مخالف لرأيه وللنص) وهو حديث حمل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطا (باقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجبت الدية في ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة بل تجب في مال الجاني بان كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث

بحيث لا تحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويجوز أن يسمع البينة) يعني أنه لما صار حكما عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة (ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع واذا أخبر المحكم باقرار أحد الخصمين) بأن يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضي عليه أن يكون أقر عنده بشئ

أو قامت عليه بينة بشئ لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك (اذا كانا على تحكيمهما) فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببينة قامت عندي على ذلك (فانه يصدق في ذلك)

(قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه للتقييد بالاقرار والنكول (قوله وقد ألزمتك ذلك الخ) أقول انشاء الالزام والحكم أيضا

ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا ههنا (وان أخبر بالحكم مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله انى حكمت بكذا كالقاضى المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل) لان أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق فى ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه أمر يحتاج الى الرأى) ولو حكم أحدهما لا يجوز لانهما تعارضا برأيهما ورأى الواحد ليس كرأى المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه

﴿مسائل شتى من كتاب القضاء﴾

مسائل شتى أى متفرقة من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر فى آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو منثورة أو متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وانه جدير بالتأخير لاحتمالة (واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل عند أن يتد فيه وتدا ولا أن ينقب فيه كوة

ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لامكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه أمر يحتاج فيه الى الرأى والله أعلم بالصواب

﴿مسائل شتى من كتاب القضاء﴾

قال (واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة

تحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى على الجانى خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعنى المحكم لو قال لاحدهما أقررت عندى أو قامت عندى بينة عليك بهذا فعدلوا عندى وقد ألزمتك ذلك وحكمت بهذا فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لان الحكم مادام تحكيمهما قائما كالقاضى المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا الحكم الا أن يخرجه المخاطب عن الحكم و يعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعدان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضى اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لابويه وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لانتفائها (قوله ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم أمر يحتاج فيه الى الرأى) وانما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان فى اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجز لانهما ما حكما هما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا وحرا لم يجز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو أمر الامام رجلا بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز و يصير كالقاضى ولو أمر القاضى رجلا لم يجز الا باذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فأخرجه القاضى من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازاه جاز وليس للحكم أن يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثانى بلا رضاهما فأجاز القاضى لم يجز الا أن يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغى أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعل الوكيل الثانى ولو حكما واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جورا أبطله وكتاب الحكم الى القاضى وقلبه لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب

﴿مسائل منثورة من كتاب القضاء﴾

(قوله واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة

﴿مسائل شتى من كتاب القاضى﴾

(قوله مسائل شتى أى متفرقة من شتت تشتيتا) أقول بل من شت يشت شتا وشتاتا وشتيتا اذا فرق وافترق

بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبني على علوه ولا أن يضع عليه جذعا لم يكن له ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب السفل (عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني أن أبا حنيفة انما منع عما منع اذا كان مضرا وأما اذا لم يكن مضرا فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلا مجمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر (٥٠٣) لصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسير له

عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا أشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا أشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه

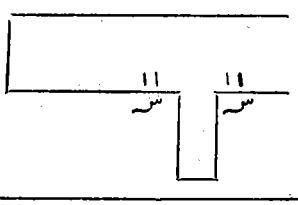
عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعا والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو (وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) أو يضع عليه جذعا أو يشرع كنيفا والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتدا يتده من باب ضربه (قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة) لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك فالاشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع لان (الاصل) فيه (الاباحة لانه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فاذا أشكل لم يجز المنع) لان اليقين لا يزال بالشك كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز والشريك حق فسخه (وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الاسلام أيضا اذا أشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أولا لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار انه اذا أشكل لا يملكه واذا لم يضر يملك وذكر قاضيخان لو حفر صاحب السفل في ساحته بئرا وما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت أن ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون وهذا أصل كلي من أجبر على أن يفعل مع شريكه فاذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوع لانه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهر بينهما امتنع أحدهما عن كريه وكرى الآخر أو سفينة تخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبد مشترك جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كما لو لم يجز وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه اياه مضطرا

واعلم (الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملـ ـه والملك يقتضي الاطلاق) فلا يمنع عنه الا بعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق (انما) تظهر ثمرة الخلاف (اذا أشكل) فعندهما (لم يجز المنع) لان الاطلاق بيقين واليقين لا يزول بالشك (والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع المالك من التصرف كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر (والاطلاق بعارض) وهو الرضا به دون عدم الضرر فتأمل (فاذا أشكل لا يزول المنع) لما ذكرنا (قوله على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه) استظهار على المنع لافادة ما قبله ذلك

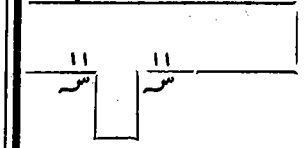
(قوله وانما تظهر ثمرة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله اذا أشكل) أقول كهذه الاشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر) أقول وفيه بحث يظهر بملاحظة السياق ألا يرى أن المراد اشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين انتهى الباء متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلا عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيها على أن العدم أمر لا ثبوت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجودا وعرض العدم وليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون اطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

قال (واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى) لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع فيها حق الشفعة

ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلف في ان القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ماذكرنا اذا كان يمكنه قسمة الساحة لبيني في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق وهذا عندي في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو عملا بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار لجارين سطح احداهما أعلى ومسيل ماء العليا على الاخرى فأراد صاحب السفل أن يرفع سطحه أو يبني عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسييل مائه الى طرف الميزاب واذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لاجل اسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق العلو وبين حق التسييل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباني أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الاقضية حائط مشترك أراد أحدهما نقضه وأبى الشريك ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدماه وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر ان كان أس الحائط عريضا يمكنه أن يبني حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر أنه ان لم يوافقه الشريك وأنفق على العمارة رجع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسمة وفي شهادات فتاوى الفضلي لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به مالم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطرا في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما باذن الشريك لا شك انه يجبر الهادم على البناء ان أراده الآخر كما لو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل والاصح أنه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن (قوله وان كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعني المنشعبة (فليس لأحد من (أهل الزائغة الاولى) اذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا في الزائغة المنشعبة وهذه صورتها



قال (واذا كانت زائغة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة



ليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة

بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى ولهذا لو فتح كوة أو بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا) بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها لانها ذهي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

والذي يمكنه أن يفتح بابا في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق لاهل الزائغة الاولى في المرور في الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم أن يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها و (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولا خلاف ان له أن يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذا له أن يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب مهد النفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المنشعبة (مستديرة فلهم أن يفتحوا الان لكل منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها

وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد انسان يعني من أهله أن يتخذ طينا ان ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعا ويفعل في الاحايين مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبني آريا أو دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن داره للمشتري أن يأخذه برفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري أن يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو أن لرجل حائطا ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فأراد أن يدخل لبيل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار أو له مجرى ماء في داره فأراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بماله أو تفعل بمالك كذا روى عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضؤا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر أن يسويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير أن في الطريق لا يضمن نقصان

لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة

أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب و يكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائغة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه أبو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالا من الزايغتين جعلا ان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل أرأيتم ان أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله يأتيكم به أي بذلك على أحد الوجهين وان كانت الزائغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة

(قوله فيجوز أن يكون حالا الخ) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة فتأمل اتصال الاستثناء (قوله لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة) أقول يعني أن الاشارة بلفظ ذلك الى المثنى والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر

الحفر وفى أول قسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل أصاب ساحة فى القسمة فأراد أن يبنيها ويرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تستدعى الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا وان كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء فى علو بنائه بابا أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى فى ملكه ما يستر مهبه ولو اتخذ بئرا فى ملكه أو كريفا أو بالوعة فنزمنها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكى عن أبى حنيفة أن رجلا شكا اليه من بئر حفرها جاره فى داره فقال احفر فى دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فسحبت البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفتى الشيخ الامام ظهير الدين المرغينانى وفى مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والحيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الرعاة ليس لهم فى الحكم منعه وبه قال الشافعى وأحمد ولو حفر فى داره بئرا فنز منها حائط جاره ليس له منعه قال فى فصول العمادى نقلا عن الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضى منع الجار من ذلك وذكر غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لان صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة اذا سد الهواء بالبناء فانما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد قطعها لا يمنع من ذلك وان تضرر به الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسئلة رواية فى مسئلة لا رواية لها فى الكتب وصورتها بالفارسية فى الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين قال فى الفتاوى الصغرى ان كانا فى القديم بسقف واحد للآخر أن يمنعه وان كانا بسقفين فليس له منعه قال وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان قال فى الخلاصة فلو أقام أحدهما البينة على انه قديم والآخر على انه محدث فبينة القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة فى هذا قال فى الذخيرة ينبغى أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسئلة لان صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان فى هذه المسئلة وهى مسئلة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الاصلية وفى مسئلة الاصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواطبة طبخ ينتشر به دخان قد يحبس فى خصوص أماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما أربنا من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدى الى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفى الذخيرة حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار اذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل وأجمعوا على منع الدق الذى يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا لانه يتصرف فى خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس فى موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء سبب له أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر فى الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه وأما التوسع الى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر أبو الليث فى فتاواه حجرة سطحها وسطح جاره

قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده الخ) دار بيد رجل ادعى عليه آخر ان له فيها حقا وأنكر ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهى مسئلة الصلح على الانكار وسيأتى الكلام فيه فى الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى الا ترى أنه لو ادعى على انسان شيأ لم تصح دعواه أجاب بأن المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط والجهالة فيه لا تفضى الى المنازعة والمانع منها ما أفضى اليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى اما أن تكون مانعة صحة الدعوى أولا فان كان الثانى صح دعوى من ادعى على انسان شيأ

قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الانكار) وسنذكرها فى الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط فلا تفضى الى المنازعة على ما مر قال (ومن ادعى دارا فى يد رجل انه وهبها له فى وقت كذا فسئل البينة فقال جحدنى الهبة فاشتريتها منه

متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو أراد أن يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره فى دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن يقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال فى فصول العمادى وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهى أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغى أن يقال فى هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وان كان بصره يقع فى دار جاره ألا ترى أن محمدا رحمه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة فى علوه مع أن بصره يقع فى الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء الستر أن يشاركه فى بنائها الا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات فى كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال أحدهما ابنى حائطا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضى أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعله القاضى للمصلحة ونظيرها فى فتاوى أبى الليث رجل فى داره شجرة فرصاد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضى منه اذا رآه قال فى الذخيرة وعلى قياس مسئلة فتح الكوة ليس للجار ولا له المرافعة ولا للقاضى المنع انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد فى واقعاته حيث قال المختار ان المرتقى يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم لان هذا جمع بين الحقين (قوله ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها فى الصلح ان شاء الله تعالى) ونقل فى النهاية عن بعضهم انه أراد بالدعوى مقدارا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والد ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول أبى حنيفة فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فصالحته على مال دفعته اليه صح مع أن اليمين لا تتصور فى النكاح عنده فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط فلا تفضى الى المنازعة) يعنى وهو المانع (قوله ومن ادعى دارا فى يد رجل انه وهبها له فى وقت) يعنى ذكر وقتا عينه كقوله منذ شهر وسلمها الى فلكتها وهى الآن فى يده وأطالبه بدفعها الى فطالبه القاضى بالبيان فقال ليس لى بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عنى فاشتريتها منه

لكنها لم تصح ذكره فى النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما فى الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسدة لا يترتب عليها شئ ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار ما يدعى فلا يكون رده مفيدا قال (ومن ادعى دارا فى يد رجل الخ) اذا ادعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لى بينة تشهد على الشراء لانى طلبت منه فجحدنى الهبة فاضطررت الى شرائها منه فاشتريتها منه وأشهدت عليه

(قوله فان قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الاول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مفسدة لسائر العقود فيفسد الصلح أيضا ويجاب بأن المفسدة هى الجهالة المفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك لانها جهالة فى الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الاول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثانى كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعى عليه حتى يفتدى بالصلح على ما سيجىء (قوله لانه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لافتداء اليمين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية فى الهامش

وأقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين أحدهما من حيث ان المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال بحدنى الهبة فاشتريتها منه والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثانى من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لانه حينئذ يكون قائلا وهب لى هذه الدار وكانت ملكى بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذى ادعى فيه الهبة قبلت (٥٠٨) شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع فى بعض النسخ وهم يشهدون به قبله أى قبل عقد

الهبة أو وقتها وفى بعضها قبلها أى قبل الهبة وكذا فى قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل بحدنى الهبة فاشتريتها منه لم تقبل أيضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعد مناقضا وأما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغى أن لا تقبل فى هذه الصورة أيضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة وأجيب بأنه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل ووقف الفسخ فى حق المدعى على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا قال (ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية الخ) رجل قال لآخر اشتريت

وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتا قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة (لا تقبل لظهور التناقض) بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء فى تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كأنه قال وهب لى هذا الشئ وكان ملكى بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا (ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق) الذى وفقه (ولو ادعى الهبة) يعنى وأرخ فطولب بالبينة (فقامت على الشراء قبله ولم يقل بحدنى الهبة فاشتريتها) توفيقا (لم تقبل أيضا ذكره فى بعض النسخ) كأنه يريد نسخ الاصل (لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملك الواهب عندها) أى عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما ينتفى به التناقض وهذا على احدى الروايتين فى تصحيح الدعوى اذا أمكن التوفيق وان لم يوفق المدعى وشاهده ما ذكر فى رجل ادعى دارا فى يد رجل انها داره اشتراها من أبيه فى صحته وهو ينكر وأقام المدعى على ذلك بينة ولم تزك أو لم تقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة انها داره ورثها من أبيه قبل القاضى بينته ولا يكون دعواه الارث تناقضا ولو ادعى الارث من الاب أولا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لامكان التوفيق فى الاول بخلاف الثانى قال شيخ الاسلام اذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعى التوفيق وفى دعوى المبسوط اشارة الى أنه لا تقبل بينة الا أن يوفق المدعى فكان التوفيق من المدعى شرطا فى رواية وليس شرطا فى أخرى وفى المحيط قيل ما قالوا أو يوفق بغير دعوى المدعى قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغى أن لا تقبل هذه البينة لانه يدعى شراء ما ملكه بالهبة والتسليم أجيب بأن سائر العقود تنفسخ بالتجاحد الا النكاح وهذا كذلك فان الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه (قوله ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية فأنكر ان أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها) وجهين أحدهما (أن المشترى لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحد كما اذا تجاحدا)

منى هذه الجارية فأنكره ان أجمع على ترك الخصومة أى عزم بقلبه وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب معا أن لا يخاصم معه وسعه أى حل له أن يطأ الجارية لان المشترى لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لامحالة

(قوله ان ثبت موجب الشهادة) أقول وجعلناه مدعيا على وفقها قال المصنف (بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول المراد هو الدعاء الثابت بموجب الشهادة تأمل

فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشئ يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرده تنزل المصنف في الجواب فقال و بمجرد العزم ان كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته ومايضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة و به يندفع ما قال زفر انه لا يحل له وطؤها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه مالم يسعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة (قوله ولانه) دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فات رضا البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل (٥٠٩) بجحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان مفصولا أو موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجويز

فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها ومايضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا

معا حيث ينفسخ قطعا (فان عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ ألا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها أو نقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة لكن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوما يكذا التركيها الى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية وبنى في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا بينة له فعزم المشتري الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول وأراد رده فاحتج البائع الاول عليه بدعواه البيع على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرده أو قبله فلا لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف مالو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا (قوله ومن أقر) هنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين أما مسائل القبض ما اذا أقر (انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض) يعني أقر انه قبض من مديونه بدين قرض

استبد الاوهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة وقوله حملا لحاله على ماله حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم

(قوله تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول في العبارة تسامح (قوله لان ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شئ حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل ومايضاهيه والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيهه غير خفي (قوله لفوات ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الا أن يجعله ركنا مجازا (قوله أو ثمن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال انه زيوف) أقول اى المقبوض زيوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أي على استوائهما فانه اذا صدق في قوله مفصولا على مايدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولا بالطريق الاولى

وعلم من هذا أنه لو أقر بالجياد وهو سحقه أو بسحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا أو نبهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشترى الذى أنكر قبض حقه لان المشترى أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثانى أعنى المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا أقر أنه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقى لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت مالى عليه أو حتى عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان على ألف الا مائة فأما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان على مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا (قوله وفى الستوقة لا يصدق) يعنى لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة أقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففى الستوقة أولى وكأن الاعتراضين وقعا لذهول عن التدقيق (٥١٠) في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى

فانه للتراخى ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا تقبل مفصولا وأما انه هل يقبل موصولا أو لا لم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقى الكلام فيما اذا أقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بأن المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف

ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه أنكر قبض حقه بخلاف ما اذا أقر انه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لان اقراره بقبض الجياد صريحا أو دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفى الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيف به بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش

افترضه أو ثمن مبيع أو بدل اجارة أو قال غصبت منه أو أودعنى ألف درهم ثم قال الا أنها زيوف أو نبهرجة أو قال بعد نعم هو زيوف أو نبهرجه يصدق في الوصل والفصل وفى المبسوط أقر الطالب انه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل أم فصل واطلاق المصنف قوله صدق يفيده وهذا بخلاف ما اذا أقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان على ألف درهم

(قوله لو أقر بالجياد وهو سحقه أو بسحقه) أقول قوله أو بسحقه معطوف على قوله بالجياد قال المصنف (أو استوفى) أقول معطوف على قبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان في دعواه الزيوف متناقضا) أقول لو صح هذا ينبغى أن لا يصدق اذا وصل أيضا والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشترى الذى أنكر قبض حقه لان المشترى أقر بقبض حقه الخ) أقول فوله أنكر أى في زعم السائل وقوله أقر أى دلالة ثم أقول قال العلامة الزيلعى و بخلاف ما اذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما أقر بقبض الدراهم وهى متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه انتهى توضيح ما ذكره في دعوى العيب وفيه بحث لانه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لانه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول لان قوله جيادا مفسر لا يقبل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل هكذا قيل (قوله والفرق هو ان في قوله قبضت مالى عليه الخ) أقول ولا يخفى عليك ان دعواه كونها زيوفا لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق (قوله وذكر أحد الجانبين) أقول يعنى البيان مفصولا (قوله فهم الجانب الآخر) أقول جواب لما (قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول فيه ما مر

درهم من ثمن مبيع أو قرض أو اجارة اذا انهاز يوف أو نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان على ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام بالتجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتأتي الحجج ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد اذا فصل لا يقبل في جميع الصور لانه كما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عما أقر به قلنا في مسئلتنا انما أقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة فاذا قال هي زيوف أو نبهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا انه قبض حقه أعني الجياد فيصدق مع يمينه اذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شئ لان الاعم يصدق على كل أخص فاذا نفى انه بعد ما صدق عليه بعينه وانه مما صدق فانه الاخرى لا يكون مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقة أو رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا وأما لو اعترف انه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة لانه في هذا مقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الاربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما يقي يصدق موصولا لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت مالي عليه أو حتى اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف الا مائة أما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما اذا قال على مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب أن لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع للدراهم وصفة لها واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ما عليه وكما عليه تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخلة تحت قوله مالي عليه وحتى عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تأمل وعندي ان التأمل بشده لا يرده وكأنه والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحاصل رده على السائل ان ما يكون تبعا في الوجود قد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعا في الوجود له أو أصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهي شبه المموه وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذلك اذا قال مفصولا أما في الموصول يجب أن يصدق لانه قال في اقرار المبسوط لو أقر أنه قبض خمسمائة درهم مما له على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم يكن منها معنى فكان بيانا مغيرا الظاهر كلامه الى

فانه ما عزاه الى شئ من النسخ وتمثيله باستثناء الدينار قد لا ينهض لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكأنه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال أي رده والنبهرجة بما يرده التجار ولعله أردأ من الزيف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب ستو وهي أردأ من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم

(قوله لا يصح استثناؤه) أقول مطلقا أو اذا كان دخوله في المستثنى منه تبعا لا مقصودا والثاني مسلم ولا كذلك فيما نحن فيه والاول ممنوع

قال (ومن قال لآخر لك علي ألف درهم الخ) اعلم أن الاقرار اما أن يكون بما يحتمل الابطال أو بما لا يحتمله فان كان الاول فاما أن يستقل المقر باثباته أو لا والاول يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما أن المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شئ ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شئ لان المقر أقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما أقر به لامحالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لانه دعوى

قال (ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شئ ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شئ) لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له ان يصدقه لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق أما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا

فلا بد لها من حجة أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فأنكر له أن يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني المقر له لا ينفرد بالرد كما أن المقر لا ينفرد باثباته والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان أحدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم وله هذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز أن يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كانا دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما أقر المشتري في خصوص مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثاني كما اذا أقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك

ما هو محتمل فيصح موصولا في الستوقة أولى لان الرصاص أبعد منها الى الدراهم وذكر المحبوبي في جامعه مصرحا فقال فأما اذا قال وجدتها ستوقة أو رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقدمنا أن القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحلفه اذا اتهمته (قوله ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شئ) أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الى الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لانسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للمراد أن يعود ويدعيه فلما لم يبطل بالرد بقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الاقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت مني وأنكر له أن) يعود فـ(يصدقه لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ) فانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فينفرد بالرد فافترقا) وناقضه في الكافي بأنه ذكر هنا ان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فان رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضي انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولا ﴿وهذه فروع﴾ ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد لو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا الوقبل المديون الابراء ثم رده وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لانه اعتاق هذا كله في رد المقر له اقرار المقر فأما لو رد المقر اقراره نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر انه أقبضه أو قال بعد ان أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا الفلان ثم قال هو لي وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا وأراد تحليف الدائن انه أقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شئ ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لا يحلف وعند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد أن يسلم فيجب أن يراعى العادة وصار كما لو أقر بالبيع وقال كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الرأي في التحليف الى القاضي يريد أنه يجتهد في

قال المصنف (فلا بد من الحجة) أقول كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه تأمل في جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر للغلام نفسه أو لغيره والآمر في مكانه

قال (ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شئ قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شئ قط لان التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين أخذوا عطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدورى رحمه الله انه تقبل أيضا لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق

خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين أقر وأشهد يحلف له خصمه وان لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس فى الاخصام والله الهادى (قوله ومن ادعى على آخر مالا) معلوم القدر وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شئ قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته وكذلك) لو أقامها (على الابراء وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبى ليلى (لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك على شئ قط فاذا أقام بينة على انه قضاه فاقض (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وان لم يكن عليه حق (ويبرأ منه و) لذا (يقال قضى بباطل و) أيضا (قد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك على شئ قط لان التوفيق أظهر) لانه نفى فى الحال وهو لا يستلزم النفى مطلقا لجواز القضاء أو الابراء بعد اللزوم فينتفى فى الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضى قبول البينة اذا احتاج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفى بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر فى بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى فى الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال فى الاقضية لا ينبغى للقاضى أن يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضى لا يدرى ما يوفق به المدعى وفى الفوائد الظهيرية كان والدى يفتى بأن التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كى لا تتعطل حجج الشرع والتوسط فى هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب أن يسمع البينة بلا توفيق المدعى كقوله ليس لك على شئ ثم أقامها على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبره القاضى واقعا ما لم يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهبها لى ثم أنكر فاشتريتها وكذا فيما يأتى فى الجارية لم أبعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئنى من العيوب فان مثل هذا فى الحقيقة تلقين للحجة هذا (فلو) زاد على ذلك فـ(قال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بينى وبينك مخالطة ولا أخذ ولا اعطاء أو ما اجتمعت معك فى مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو الابراء (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدورى) عن أصحابنا (انها تقبل أيضا لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا

قال المصنف (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول مخالف لما سيأتى فى الاقرار فى تعليل كون قوله قضيتكها اقرارا قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك الخ) أقول لان ليس لنفى الحال فى وضع اللغة فلا يكون مناقضا فى دعوى القضاء لا ظاهرا ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفى الماضى فيكون مناقضا من حيث الظاهر

المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلا قالوا ادلة المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الابراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هى بينة على انه أعتقها أو كاتبها على ألف وانها أدت الالف اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بينى وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين أخذوا عطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدورى عن أصحابنا انه أيضا تقبل لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على

(٦٥ - فتح القدير خامس) بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على الشراء (٥١٤) فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة وأراد ردها

قال (ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشترى البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فأقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلي فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار) لان الاستثناء ينصرف

يجب التفصيل فان كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والا قبلت وفي الشافي لو قال لم أدفع اليه شيأ ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيأ وقد دفعته أما لو ادعى اقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة (قوله ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على شرائه) اياها منه فقبضها (فوجد بها اصبعا زائدة) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم انه كان في يد البائع وأراد ردها (فأقام البائع بينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير الى انها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا في الجامع الصغير وانما حكاه الخصاف عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجعود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكيلا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعتها لك قط صدقا فاقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه أعم لانه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك وتطيره ما ذكر التمرتاشي أقام بينة على الشراء وذو اليد ينكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعي قد رد المبيع قبلت ولا يبطل انكاره البيع بينته لانه يقول أخذتها مني ببينة كاذبة ثم استقلته فأقالني (ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا) ولا يخفى أن كلا من وجهي التوفيق الاول والثالث يدفع هذا (قوله ذكر حق) يعني صكا في اقرار بدين (قال في آخره ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب (ان شاء الله) متصلا بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشتري من الدرك فعلي فلان خلاصه ان شاء الله (فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله) الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله ان شاء الله ينصرف الى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمان الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد) اتصل به الاستثناء (فينصرف الى الكل) للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف الى كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلانا من درك فعلي فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الاستثناء ينصرف الى قوله على فلان خلاصه والى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف

الى مايليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى مايليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا أو اذا لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه كشئ واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام وأما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا الا يلتحق

الى مايليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله أن الكل كشئ واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا الا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب

﴿فصل في القضاء بالمواريث﴾ قال (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

الى مايليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد) فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه الى الاخير هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين أن ان شاء الله أجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى مايليه خاصة بسبب العطف وهما سلما ذلك لو عرض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد ولو كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعددة يبعضها استثناء فينصرف الى الاخيرة لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بجمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المسئلة بل الوجه أن ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب جملا منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فشي أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صور كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا ارجاعا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيأ اتفاقا وقد أورد أن هذا الكلام يقتضي انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شئ ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا

﴿فصل في القضاء بالمواريث﴾ (واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فأنا

به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضي فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبي حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

(فصل في القضاء بالمواريث)

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في أصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

قال المصنف (وله ان الكل الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخيرة على أصله لان ذلك في الاستثناء بالا وقوله ان شاء الله شرط ساغ اطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم

﴿فصل في القضاء بالمواريث﴾

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة وان كان منقطعا كان القول للمستأجر (قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الاصل في الحادث الاضافة الى أقرب الاوقات ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضا ظاهر والظاهر استصحابا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر

(قوله كان القول للآجر وهو صاحب الطاحونة) أقول أنكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة اطلاق لفظ الآجر على المؤجر فراجعه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الاجر فقد تمسكتم بالحال لاثبات استحقاقه الاجر قلنا اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة فان قيل يشكل هذا بمسئلة ذكرها في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال (٥١٦) وهو البنوة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال أما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهما اختلفا في مقداره فلا يصار ٢ الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما ألا يرى ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر بل انقطع شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان أو جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وانقطاع مقدر وذلك غير ثابت للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام مقدرا فهذا هو المأخذ في المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد أيضا شبهة على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض بعين صار هو فارا به وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة لانها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة يعني الاصل عدم المانع انتهى وفيه تأمل ثم أقول في قوله فان قيل يشكل هذا الى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البنوة بحث ظاهر اذ يجوز أن يقال السبب هنا البنوة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البنوة فقط (قوله وهذا أي تحكيم الحال الى قوله وفيه نظر لان زفر الخ) أقول فالضمير البارز في يعتبره راجع الى الظاهر لا الى الحال كما لا يخفى

وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة) وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى أقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق

أستحق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الاولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق الا ببينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم (وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث فـ) الظاهر (اضافته الى أقرب الاوقات ولنا أن سبب الحرمان) من الميراث (ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر) هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال (نعتبره للدفع وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لان الاستصحاب يكون

---

٢ (قول المحشي الى تحكيم الحال الى آخر القوله) كذا في نسخة وفي أخرى بدله الى الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة اه قال الفاضل الشهير بخضر شاه عليه رحمة الله كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها لا يثبت الحكم بنفسها بل اذا نقلها الى مجلس القاضي وحكم القاضي بها ولعمري ان هذا من الظهور وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هادي الاعلام اه وقيل معناه ان حكم البيع لثبوت الملك للمشتري في البيع وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما ان الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقدير الكلام يشهد له كما لا يخفى

(ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدى الى جعله حجة للاستحقاق الذى هى محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك و بهذا القدر يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) اشارة الى معنى آخر وهو ان فى كل مسئلة منها اجتمع نوعا الاستصحاب أما فى الاولى فلان نصرانية امرأة النصرانى كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا بالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه أن يبقى هو من النوع الاول و بالنظر الى ما هو موجود فى الحال والاصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثانى فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثانى ليكون دافعا فكان القول قوله وأما فى الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضى بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضى أن يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الاسلام حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا فى الدلالة كان ظاهر زفر فى المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب أنه معتبر فى الدفع لا فى الاثبات و زفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالى وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال لدفع ما يدعى المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما فى النهاية من التطويل قال (ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضى الحاكم عليه بدفعه الى المقر له

ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون و يشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

يكون من الماضى للحال ومن الحال الى الماضى ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طالبه بمدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه فى الحال فاذا كان منقطعا فى الحال فيعطف على الماضى لدفع استحقاق أجرة الماضى فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقا (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا (لان الاستصحاب للاستحقاق وهى محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون) والاستصحاب يكفى لهم فى ذلك وهو استصحاب ما فى الماضى من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال فى ماء الطاحونة شاهد للماضى عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها أجر الماضى اذا كان جاريا أجيب بأن هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا فى التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفى مسئلة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين فى الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد فى الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبى مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب فى الحال وهو البنوة أجيب بأنه انما يصار لما ذكر من الطريق اذا اختلفا فى تمام الماضى فى ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلفا فى مقدار منه فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان فى مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع فى بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآجر شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء أو جاريا فى الحال لانهما اختلفا فى جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفى مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع فى مقدار مدة الاسلام لا فى نفس الاسلام انه كان أو لم يكن والثابت فى الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو المأخذ فى المسئلة وذكر الامام التمرتاشى مسئلة وهى ترد أيضا شبهة على الاصل أعنى كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة انه أبانها فى المرض فصار فارا فأنا ارث وقالت الورثة بل فى الصحة فالقول قولها لانها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق فى الصحة يعنى والاصل عدم المانع (قوله ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلا (وديعة فأقر المستودع انه ابن الميت لا وارث له غيره)

لانه أقر أن مافي يده حق الوارث وملكه خلافة ومن أقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا أقر أنه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولقائل أن يقول كان الواجب في المسئلة الاولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المآل باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين (٥١٨) وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين

لانه أقر أن مافي يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا أقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا أقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض أو انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول) لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لا مكذب له فصح وحين أقر للثاني له مكذب فلم يصح

فان القاضي يقضي عليه بالدفع اليه (لانه أقر أن مافي يده حق الوارث) ملك له (خلافة فهو كما اذا أقر انه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما اذا أقر) المودع (لرجل انه وكيل المودع بالقبض) أي بقبض الوديعة (أو انه اشتراه) أي اشترى الوديعة التي في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع) وملكه في الوديعة الآن (اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته) لزوال ملكه فانه أقر له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها قيل لا لانه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة للذي أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون اذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره (اذ الديون تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر (فانما أقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وأنكر الابن الاول قضى بالمال للاول) وحده (لانه لما صح اقراره للاول) على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون اقرارا على) الغير وهو الابن (الاول فلا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لا مكذب له فصح وحين أقر للثاني له مكذب) وهو الاول (فلا يصح) وهل يضمن للابن الثاني شيأ قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيأ باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثاني الذي أقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول وأحمد في قول وفي قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادف ملك الغير فلا يلزم منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي أن يضمن المودع للابن الثاني الذي أقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم أقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته قلنا هنا أيضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول

ومايوجب قيام حق الميت في المآل متوهم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن أولا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قيل لا علك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو أقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأنكره الاول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لم يكذبه أحد فصح اقراره وحين أقر للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في اقراره فيجب بغير عليه ضمان نصف ما أدى للاول وأجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي وقد تقدم في أدب القاضي وأما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار به

(قوله كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا الخ) أقول وأما في المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا في قوله تسلمتها من القاضي اذ لا منافاة بين تسلمتها منه وكونها لمن أقر له فافهم

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما أن يقر به ذو اليد أولا فان كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شئ حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني انهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم اذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في (٥١٩) شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره

يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه أو فر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل أراد به ابن أبي ليلى وقالا له ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة

بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف في اللقطة اذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو أقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أو لمن ادعى وصية بألف مثلا انه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقر على الغير لانه أقر انه ليس بمخلف عن الميت واذا تأنى ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه مخلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانة وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم شئ بل موكول الى رأي القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية قال وعن أبي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أمات أم لا لا يدفع الى أحد منهم شيأ لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره أو ادعى انه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر انه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدري للميت وارثا غيرهما أو لا لم يكن لمدعي الوصية شئ بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفرد أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا باقرار ذي اليد فمدعي الاخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية فان قام أخذ بها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو أقر ذو اليد ان الميت أقر ان هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عاينا ه أقر بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذا اليد أقر بسبب منتقض (قوله واذا قسم الميراث بين الغرماء) أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شئ احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كأنه عنى به ابن أبي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة (وقالا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره) أما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل

قال المصنف (واذا قسم الميراث) أقول فيه تسامح (قوله ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره)

أقول أو غير ما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله هل يؤخذ منه كفيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام التمرتاشي لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكر ان كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال ويأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة اه

لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل لكن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل

لهما ان القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ الكفيل فيحتاط القاضي بأخذه كما اذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو أعطى نفقة امرأة الغائب اذا استنفقت في غيبته وله عندنا نسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر بيقين أو ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء من ذي اليد أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل

بالاتفاق واذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأنى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب أو لا يحجب ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسانا ثم ما ذكر من نفي الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له وأقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيأ حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوم الثالث أن يشهدوا انه ابن فلان مات لهذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ويأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند أبي حنيفة رضي الله عنه ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد أوفرهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما اذا ثبت بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صوره ما اذا أقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو أليق بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا يغلب على ظنه انه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر لهم (والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع) القاضي (الآبق واللقطة الى) الذي أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من يعجز عن النظر لنفسه (و) كذا اذا (أعطى امرأة الغائب) يعني اذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة وهو مقر بالزوجية والوديعة فالقاضي يعطيها (من ماله) ويأخذ كفيلا (ولابي حنيفة رحمه الله ان الحق ثابت قطعا) أي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل (لحق موهوم) أرأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار (كمن أثبت الشراء ممن في يده) لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما أثبت شراءه بالحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت دينه على العبد) بالبينة (حتى يبيع) العبد (لاجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشتر آخر

(قوله ولان المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا أقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول أجيب بأنه اذا أقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مالكا لاحقا وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمرتاشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة وعورض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تأخير لحق ثابت قطعا أو ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة

على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شئ زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة

ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة أو اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

قبله وغريم آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فأما الآبق واللقطة ففي) أخذ (الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة أو باقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع) مع العلامة واقرار العبد بالاباق لا يقال يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذ للميت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث أو غريم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عملا بالجهتين أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زائد له ليتم علمه بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) انه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول بوجوب الاصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطا وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والا لكان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فانه تعالى أوجب الاجتهاد على

(قوله وأجيب بأنه اذا أقر به الخ) أقول فالجواب في مسئلة الآبق واللقطة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضي الخ) أقول ويمكن توجيهه نقضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثا آخر

العتابي (ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى

قال (واذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل وهذا أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا من في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين والا ترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولابي حنيفة أن القضاء وقع للميت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض يده بيد من هو غير مختار له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى (٥٢٣) به كما اذا كان من بيده مقرا فانه انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وبجحوده)

جواب عما ذكراه ووجهه أن الخيانة بالجحود اما أن تكون باعتبار ما مضى أو ما سيأتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا لازمه والثاني ظاهر العدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشهود ونسيانهم للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملا لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له (ولو كانت الدعوى في منقول) والمسئلة بحالها (فقد قيل ينزع من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل أو ما أن النزع أبلغ فيه فلان النزع أبلغ في الحفظ والم لانه لما جحده من بيده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه واذا نزعه الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا (بخلاف العقار فانه محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ

قال (واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة ان أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا الميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا وبجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ

المتأهل له فاذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد لو تلا عنانا ثانيا ففرق القاضي بينهما نفذ وقد أخطأ السنة (قوله واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده) الى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا ان كان الذي هي في يده) قد (جحد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يد أمين وان لم يكن جحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن) ظهرت خيانته بالجحد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه اما لاعتقاده أنها ملكه وان البينة كذبة أو للخيانة (بخلاف ما لو أقر) أنها مال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضي به الميت فكان أولى بحفظها (ولابي حنيفة أن القضاء انما (يقع) أولا (للميت مقصودا) لانه بعد ثبوت انه ماله حينئذ تقضى ديونه و ينفسخ المال (وكونه مختارا الميت ثابت) مع جحده (فلا تنقض يده كالمقر وبجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي) بها للميت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي) وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه محتاج الى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده اذ ربما يتصرف فيه متأولا كما ذكرنا أو خيانة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا) أي ولاجل أن المنقول محتاج الى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ

قال المصنف (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي لذي اليد وبجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اه يعني ان الظاهر ذلك وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد خائن قال المصنف (والنزع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله أو لزعمه أنه ملكه) أقول أي ان كان عدلا

والعم على الصغير) وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ماذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك أبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ماقيل انه لما جحد من في يده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت مقتض ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق (قوله وانما لم يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لأن من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعا لشئ كان منشئا له هذا خلف (قوله واذا حضر الغائب) اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص اذا أقام الحاضر البينة على أنه قتل أباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سيجيء (٥٢٣) (دينا كان أو عينا لأن المقضى له وعليه في الحقيقة انما هو الميت) لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالوكيلين بالخصومة اذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم دينا على الميت وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم دينا للميت على رجل وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائبا عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله (وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت) أي بدين للميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره مامر

والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان أو عينا لان المقضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت

والعم على الصغير) يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها) وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا أو لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) الكائن في غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان أو عينا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة) على ماذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه لا للميت (فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيب نفسه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت)

(قوله فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه) أقول يعني بحكم وجوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آنفا فينبغي أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الأولى طلب الكفيل (قوله والقاضي يطالبه به) أقول فيه اشارة الى أن ما في النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقته المشروح (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لأنه ان أراد كليا فممنوع ألا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جزئيا فسلم ولا يفيد اللهم الا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليتأمل (قوله اذا أقام الحاضر البينة الخ) أقول التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائبا عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتأمل ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الاثبات فليتأمل

وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي (٥٢٤) في المساكين صدقة الخ) رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع

الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ) والقياس أن يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال

فانه يقضي بالكل ولا يأخذ الا نصيب نفسه وقوله (الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (اذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات المواريث ولو مات وترك دارا وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقضى عليه القصة وقال مات والدنا وأخواي فلان وفلان قبضا نصيبهما وأودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يدأبيكم وأعلم أن الغائبين قبضا ثلثيها شائعا وأودعاها عندك وأنا أقيم البينة أنها داري تقبل وذو اليد خصم لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا في الارث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من أبينا بل ثلثاها لنا لا بالارث يقال للمدعي أعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتابي قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة أما اذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصما فيها بخلاف ما قبل القسمة لانه مبقى على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عنده الغائبان وهو مقر بانه وديعة لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستروشني فالحاصل أن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يده شئ (قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم وأموال التجارة ويمسك قوته فاذا أصاب شيأ تصدق بقدر ما أمسك واذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصابا أولا لان المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره ولذا قالوا لو نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينا لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد الى أن يوفي (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال والقياس أن يلزمه التصدق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبتي والنخعي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة حين قال ان من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة يجزئ الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف الى ما أوجب الشرع فيه الصدقة)

ما يملكه من أجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أولا لان المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ والقياس) في الاول أيضا (أن يقع على كل شئ كما قال به زفر) لان اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله) اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشركة

(قوله يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا الخ) أقول فيه أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين فان الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وان لم يكن في يد الحاضر شئ على ما صرحوا ويمكن أن يجاب بأن المراد يكون خصما في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه ويقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتأمل قال المصنف (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول وفي ايراد مسئلة النذر في فصل القضاء بالمواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه أن ايجاب العبد معتبر من كل الوجوه بايجاب الله تعالى والا لم يجب له التصدق بكل ماله وهو ظاهر

وما

وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى أموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شئ وهو معتبر لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات أو لانه في معنى الصلاة لانه لانتظار أوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لانها خلافة كالوراثة) من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذا الوصية (قوله ولان الظاهر) دليل آخر يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لان الحياة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فتنصرف الى الكل والارض العشرية تدخل (٥٢٥) في النذر عند ابي يوسف رحمه الله لأنها

أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة أما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمفيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فيبقى على العموم

وما أوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الايجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس الاموال يصدق بانه أخذ من أموالهم حقيقة وانما ذاك قول الشافعي والاحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييدها ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصدق منها وأما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو تقيد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده وأما الوصية فجرينا فيها على نحو ذلك أيضا فقلنا لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثة وأما نفاذه في الكل اذا لم يكن له ورثة فلانها انما توجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا الان النهي ما كان في حالة الحياة الا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداءة بنفسه المأمور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدي الى ضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولان الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الخ) يصلح تقريرا لابداء المخصص يعني أن العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى يخصصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة الخصوص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه هو أيضا من ابداء المخصص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا لان جهة المؤنة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل)

سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة) في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الامام التمرتاشي قول أبي حنيفة مع محمد رحمهما الله (لانه) أي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر (سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمة (وأما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يتمحض مؤنة) لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء (ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال) زكويا أو غيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ذكرها في الاصل لان ما أملك أعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك النفقة والمال لا يطلق

على ما ليس بمال واذا كان أعم ينصرف الى غير أموال الزكاة أيضا لظهار الزيادة عمومه فان قيل الصدقة بالاموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية أجاب (بأن المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فيبقى على العموم) وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع

(قوله وايجاب الشرع في المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذا ايجاب العبد) أقول اذا أضاف الايجاب الى لفظ المال (قوله وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع) أقول ممنوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة في جنس الاملاك يكفي لاعتبار ايجاب العبد به كما في ايجاب الاعتكاف على ما مر آنفا أ ترى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع انه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليتأمل

(والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أملك (سواء) فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي (لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية إن قوله (على مامر) اشارة الى ماذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمفيد ايجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من

فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه (ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة) اذ لولم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه (ثم اذا أصاب شيأ تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المبسوط (مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها (وقيل المحترف يمسك قوت يومه) لأن يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الانسان (لشهر) لأن يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا (وصاحب الضياع لسنة) لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة (وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) وفي ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم الخ) وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ماذكرنا آنفا ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيأ من التركة فهو وصي وبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف أنه اعتبر الاول بالثاني لان وصف الانابة أي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله وكما يجوز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة

والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على مامر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا أصاب شيأ تصدق بمثل ما أمسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيأ من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول أيضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة

لان المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤذنك بقصدهم الى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان مقتضى ماذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله علي أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الا أن الطحاوي ذكر انه يجب الكل بخلاف مالو حلف به فقال ان فعلت كذا فلله علي أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا اشكال لان عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام مايكرهه على تقديره فانفتح باب ارادة العموم الا أن هذا على جعل التخصص المعنى الذي عينه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على مامر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم اذا لم يكن له مال الا ما دخل تحت الايجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (يمسك منه قوته) ويتصدق بما سواه (واذا استفاد شيأ تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقدارا في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف يمسك ليوم) لانه يكتسب يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوانيت أو دور يحبيها يمسك (شهرا) لان يده تصل الى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لان غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يمسك الى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) (قوله ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيأ من التركة فالبيع جائز وهو وصي) بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا بصير وكيلا حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا لان الوصاية انابة) أي استنابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم والزمخشري نفسه يفعل كذلك فينزل عالم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لابي تمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالوراثة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لاضافتها) الى مابعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيأ ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استخلاف مضاف (الى) مابعد الموت أيضا وهو (زمان بطلان الانابة

الخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يثبت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت على علمه فات لعجز الموصى فان قيل اذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه أجيب بأنه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصدا وهذا كما اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احداهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا أو على اضداد ذلك بعدما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لانه اثبات حق لا الزام أمر قال (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحد شطريها وهو العدد أو العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

فلا يتوقف على العلم) كالوراثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا ينعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لانه) اذا وقفناه على العلم (لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الاول يفوت لعجز الموصى) بالموت وهذا اذا ثبتت الوكالة قصدا أما اذا ثبتت في ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول لعبده اذهب الى فلان يبيعك أو لامر أنه اذهبي الى فلان يطلقك أو اذهب بعبدي الى فلان فبيعه منه فذهب كما أخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احداهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما يوافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدي فاني أذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع انه لا علم للعبد بالاذن واذا وقفت الوكالة على العلم فلنذكر بما يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود و(لانه) تسليط على مال الغير قلنا (انه اثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا الزام أمر) فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكرانها على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشتري من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أي مخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا (ووجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحدا كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم انه مذهب أبي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما لا أن يعلمهما بالفسق وقيل بل هو على اطلاقه لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ فبطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لانه خبر ملزم) أي من كل وجه فانه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من

أمر أي اطلاق محض لا يشتمل على شئ من الالزام وما كان كذلك فقبول الواحد فيه كاف وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وحقها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة ولابي حنيفة أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام وأما أنه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد أو العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شئ من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه أيضا شئ من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله

(قوله انه ثبت ضمنا) أقول أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصدا) أقول قوله يثبت حال قال المصنف (فيشترط الى قوله أو العدالة) أقول فيه اشارة الى أن العدالة لا تشترط في العدد وان قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو الاصح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكما لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضا (قوله اذ ربما لا يتفق الخ) أقول علة لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعنى الذى ذكره بين أبى حنيفة وصاحبيه فى اشتراط أحد شطريها فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال فى النهاية انها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد فى المبسوط واثنتان ذكرهما فى النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسئلة أما الاولى فهى التى ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب وان كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافا له وقيد بتلقاء نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجانى اذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختيارا منه (٥٢٨) للفداء وان أخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلى الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا لهما وأولى النوادر المسلم الذى لم يهاجر اذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب عليه القضاء وان أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الائمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فألزمه وثانيها الشفيع اذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وان أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة اذا بلغ البكر تزويج الولى فسكتت فان أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف وان أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (واذا باع القاضى أو أمينه عبد اللغرماء) اذا باع القاضى أو أمينه عبد الميت لاجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فضاع واستحق العبد لم يضمن) العاقد وهو القاضى أو أمينه (لان أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الامام والامام لا يضمن كى لا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشترى

وعلى هذا الخلاف اذا أخبر المولى بجناية عبده الشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر الينا قال (واذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لان أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى مقام الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشترى

كل وجه مما كان الزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن هذا الالزام كذلك كان الزاما فيه قصور ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الالزام من وجه ثم يكفى لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذى ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فانه لما لم يكن فيه الزام أصلا لم يلزم أحد شطرى الشهادة وأجمعوا على ان المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل (قوله وعلى هذا اذا أخبر المولى بجناية عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة فى الاصل واثنتين فى النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه أما الثلاث فاحداها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون اذا أخبره واحد بالحجر ان كان رسولا ينحجر فاسقا كان أو عدلا وان كان فضوليا يشترط أحد شطرى الشهادة فينحجر صدقه العبد أو كذبه وان كان فاسقا ان صدقه انحجر والا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد اذا حنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعتقه أو باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان أخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع أو أعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف عند أبى حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها وأما الثنتان فى النوادر فاحداهما الحربى اذا أسلم فى دار الحرب فأخبره انسان بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيأ منها كان عليه قضاؤه اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الخلاف قال شمس الائمة السرخسى الاصح عندى أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لان المخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظر ذكرناه فى كتابنا المسمى بتحرير الاصول والثانية الشفيع اذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا ان أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء فى حقه وان كذبه فهى على الخلاف فاذا سكت لا تبطل شفعته عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله واذا باع القاضى أو أمينه عبد اللغرماء) أى لاجلهم ليوفى ديونهم التى كانت على الميت (وأخذ المال) أى الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشترى (لم يضمن) القاضى ولا أمينه للمشترى شيأ (لان أمين القاضى بمنزلة القاضى والقاضى كالامام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة و) اذا لم يرجع المشترى على البائع من هؤلاء (يرجع) بالثمن

(على

(قوله والثالثة العبد الجانى اذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أى فضوليان وقوله أو واحد أى فضولى (قوله اذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفى كشف البزدوى قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها وفى حديث آخر ألا فليبلغ الشاهد الغائب اه والاولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عنى ولو آية فليتأمل (قوله وشمس الائمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فألزمه) أقول لعدم اشتراط العدالة فى الرسول

على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشترى اذا تعذر الرجوع على العاقد (كما اذا كان العاقد) صبيا محجورا أو عبدا (محجورا عليه) وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشترى على الغرماء (فان أمر القاضى الوصى ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشترى على الوصى لانه عاقد نيابة) فان

على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم (وان أمر القاضى الوصى ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشترى على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضى عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصى على الغرماء) لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا لانه لحقه فى أمر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له

﴿فصل آخر﴾ (واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة

(على الغرماء) أو الغريم (لان البيع) والتصرف (واقع لاجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما اذا كان العاقد محجورا عليه) عبدا أو صبيا يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد عباشرتهما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما لقصورا لاهلية فى الصبى وحق السيد فى العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس الى العقد وأقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا ترى ان القاضى لا يأمر الوصى أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشترى بالثمن عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصى يرجع المشترى عليه بالثمن لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضى اياه عنه ثم الوصى يرجع به على الغريم) وكذا لو باع الوصى العبد لنفقة الوارث فان المشترى يرجع على الوصى والوصى يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لاجله وهو الذى ينتفع به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضى عنه من يقضى دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشترى قال المصنف (قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا) يريد بالمائة ما ضمن للمشترى فرضها مائة (لانه لحقه) ذلك (فى أمر الميت) وينبغى أن يكون هذا بالاتفاق أعنى جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجد الائمة السرخسى لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفى الكافى الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت

﴿فصل آخر﴾ لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى أصل واحد وهو أن قول القاضى بانفراده هل يقبل مولى ومعزولا أخره (قوله واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة) التى عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسعه ذلك مالم تكن الشهادة بحضرته وزاد جماعة على هذا فقالوا أو يشهد مع القاضى شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد أن القاضى يشهد وليس معناه الا أن يشهد القاضى والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضى والا كان القاضى شاهدا على فعل نفسه وليس هنا من يشهد عنده الا المأمور باقامة الحد وهذا بعيد فى العادة أعنى أن يشهد القاضى

أوصى اليه الميت فظاهر وان اقامه القاضى فكذلك لان القاضى انما أقامه نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه (فصار كما اذا باعه) الميت (بنفسه) فى حياته وفى ذلك كان يرجع المشترى عليه فههنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) أى يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصى فى ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا يجوز أن يرجع بذلك أيضا لان هذا الضمان لحقه فى أمر الميت) وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له)

﴿فصل آخر﴾ جمع فى هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو أن قول القاضى بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولا قال (واذا قال القاضى

 قد قضيت الخ) اذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله مالم تكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه

﴿فصل آخر﴾ (قوله مالم تكن الشهادة بحضرتك) أقول وأو الاقرار بحضرتك

لأن قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا الأنهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما يملك انشاءه لان المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن يتمكن من الانشاء عما أخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها والثاني ممنوع والاول يحر الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من أولي الامر وطاعة أولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وقالوا به (٥٣٠) اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا تتأتى الاقسام العقلية كما قال الامام أبو منصور

فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطا لعلمه والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطا فان أحسن تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وأنه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا أو الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا في الجهل والخيانة في الفسق قال (واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) لما فرغ من بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا أخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى وأسند الى حال ولايته فلا يخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه

لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه أخبر عن أمر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة أولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام أبو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطا والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان أحسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة قال (واذا عزل القاضي فقال لرجل

عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدي الآخر عنده ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المأمور وهذا (لان الغلط والخطأ في الحكم محتمل) لان القطع بنفيهما ليس الا للانبياء عليهم الصلاة والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي) لان الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده (واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي) لان فيه ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل ١ في التوقف لاطلاقه (فقال الامام أبو منصور ان كان القاضي عدلا عالما يقبل قوله لانتفاء التهمة في الدين بالعدالة والخطا في الحكم بالعلم (وان كان عدلا جاهلا استفسر فان أحسن) في بيان سبب حكمه وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة ٢ وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما أو جاهلا فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك انشاءه) في الحال (فيقبل لخلوه عن التهمة) لان التهمة انما تتحقق في اخبار بأمر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة أما اذا كان ذلك مما يقدر على انشائه في الحال فيجعل كأنه أنشأه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى أن الذي يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم وان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيأ وما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجها آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالزم لقلد في كل بلد قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند المأمور الا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضي الآمر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهدوا بتوفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود قضاة كانوا أو لا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه الغا بغير حق أو قطع

(قوله لأن قوله يحتمل الغلط) أقول لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعني مطلقا (قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركاكة

١ كتب بهامش نسخة العلامة البحراوي قوله في التوقف كذا في النسخ ولعله في القبول لا اطلاقه أي القبول فقوله لا اطلاقه نفي لما في الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر

٢ قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

أو يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال الآخر قضيت بقطع يدك في حق ففال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي لانهما ما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لأن ايجابها عليه يفضي الى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو أقر القاطع أو الآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشيء صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد

(قوله أو يكذبه في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الأول (قوله لانه ثبت فعله الخ) (٥٣١)

أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه انهما ما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا) لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد

يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لان هذا في أمر فات فلا بد أن يكون القول للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال ذلك الاحتمال مفيدا نعم كون القول له على الاتفاق مقيدا بما اذا كان المدعى مقرا بأنه فعل ذلك وهو قاض لانهما ما توافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لان الظاهر أنه (لا يقضي بالجور ثم لا يمين) على المعزول (لانه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق و) لو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) المأمور (أو الآخذ) للمال بأمر القاضي (بما أقر به القاضي) وهو أن القطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي بالاخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالقاضي لانه أقر أنه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الآخذ معاينا للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع اليه المقطوع واقعته (ف) أما (لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد)

أقول فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لانه ثبت الخ تعليلا لأي شيء قال المصنف (ولا يمين على القاضي) أقول قال في الكافي لأنه لو لزمه اليمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والاولى أن يقال انا لو أوجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لامتنع الناس عن الدخول في القضاء فتتعطل أمور الناس قال المصنف (ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول قال شمس الائمة السرخسي اذا زعم المدعى ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لأن هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل انه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الا بحجة بخلاف المسئلة الأولى لأنه ثبت الاسناد بصادقتهما والصحيح هو الاول وهو اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد ونظيره اذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيصير مدعيا وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزيلعي وقال الزيلعي أورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له وأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر بأخذ

الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الأئمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي تحكم الحال وفي هذا الحال فعله موجب للضمان عليه وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه وأما في الاولى فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فأنكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اه لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الامة كما لا يخفى (قوله كاسناد من عهد منه الجنون الخ) أقول في التشبيه لطافة لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تأمل

(يضمنان)

أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا) هو الصحيح لانه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعده والقاضي بقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي لانه) أي القاضي (أضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا) اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و (قال) بل (وأنا مجنون وكان جنونه معهودا) فالقول له وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الائمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا أفرضه شمس الائمة فانه قال فأما اذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا ببينة فالتصحيح يخص ما اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل ولكنه ذكر في تعليله ما يعم كون القول للقاضي فانه قال لان الاصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يدعي سقوطه بخلاف الاول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض الى آخر ما ذكر ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد لانه بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه أخبر عن أمر لا يملك انشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيدان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد ويأخذه من المولى لانه أقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فيمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر باسناده الى الحالة المعهودة المنافية للضمان ولو قلت أقر هنالك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للمقر له بشيء ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي اذا أقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار لا في جهة التملك كما لو قال أخذت منك الف هي دين عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال أكلت طعامك باذنك وقال بغير اذنك فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لانفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في اضافتهم الى الحالة المعهودة المنافية (قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقلد أو بعد العزل فأقر القاطع والقابض أني فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده

ضمنا لانهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق) لا يقال الآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب أن لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي أيضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقيا في يد الآخذ وأقر بما أقر به القاضي أخذ منه المال) سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه (لان الآخذ أقر ان اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة) فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم

يضمنان) لانهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه) لانه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

(يضمنان) ولا يضمن القاضي (لانهما أقرا بسبب الضمان) وهو مباشرتهما الاخذ والقطع (وقبول قول القاضي) في ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كي لا يمتنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله (ولو كان المال في يد الآخذ قائما) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر فان لازم كون القول للقاضي وللقاطع والآخذ في صورة التصادق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقا فانه قد حكم بنفاذ قوله فأفاد أن ذلك أعني عدم الرجوع فيما اذا كان المأخوذ هالكا أما اذا كان قائما فيؤخذ من القابض سواء صدق القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل علله محمد في الزيادات فقال لان الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم قالوا معناه أن القاضي لما أقر بالاخذ يصير شاهدا لغيره بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة ولان القابض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه الا ببينة وقول المعزول ليس ببينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان

م

﴿ تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس أوله كتاب الشهادات ﴾

(قوله لان اقرار الرجل الى قوله لا يعارض القطعي) أقول الاقرار دليل ظاهر كما في أول كتاب الحدود الا أن يراد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضي (قوله لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق الخ) أقول هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل والاولى أن يجاب كما في النهاية بمنع قوله الآخذ والقاطع أسندا الفعل الى حالة منافية للضمان فان حالة القضاء لا تنافي الضمان في حق غير القاضي لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم وأخذه بأمر القاضي لم يثبت لعدم الحجة اذ الكلام فيه وكذا حال القطع فليتأمل والله أعلم

فهرست الجزء الخامس من فتح القدير

صحيفة	
٢	(كتاب الشركة)
١٤	فصل لا تنعقد الشركة الخ
٣١	فصل فى الشركة الفاسدة
٣٥	فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر الا باذنه
٣٧	(كتاب الوقف)
٦١	فصل اختص المسجد بأحكام
٦٧	الفصل الاول فى المتولى
٦٩	الفصل الثانى فى الموقوف عليه
٧٣	(كتاب البيوع)
٩٧	فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد الخ
١١٠	باب خيار الشرط
١٣٧	باب خيار الرؤية
١٥١	باب خيار العيب
١٨٤	باب البيع الفاسد
٢٣٧	فصل فى أحكامه
٢٣٩	فصل فيما يكره
٢٤٦	باب الاقالة
٢٥٢	باب المرابحة والتولية
٢٦٤	فصل ومن اشترى شيأ مما ينقل ويحول الخ
٢٧٤	باب الربا
٣٠١	باب الحقوق
٣٠٤	باب الاستحقاق
٣٠٩	فصل فى بيع الفضولى
٣٢٣	باب السلم
٣٥٧	مسائل منثورة
٣٦٧	(كتاب الصرف)
٣٨٩	(كتاب الكفالة)
٤٢٩	فصل فى الضمان
٤٣٦	باب كفالة الرجلين
٤٣٩	باب كفالة العبد وعنه
٤٤٣	(كتاب الحوالة)
٤٥٢	(كتاب أدب القاضى)
٤٧١	فصل فى الحبس
٤٧٧	باب كتاب القاضى الى القاضى
٤٨٥	فصل آخر
٤٩٨	باب التحكيم
٥٠٢	مسائل منثورة من كتاب القضاء
٥١٥	فصل فى القضاء بالمواريث
٥٢٩	فصل آخر

تمت

الجزء السادس

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿ تنبيه ﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الاول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

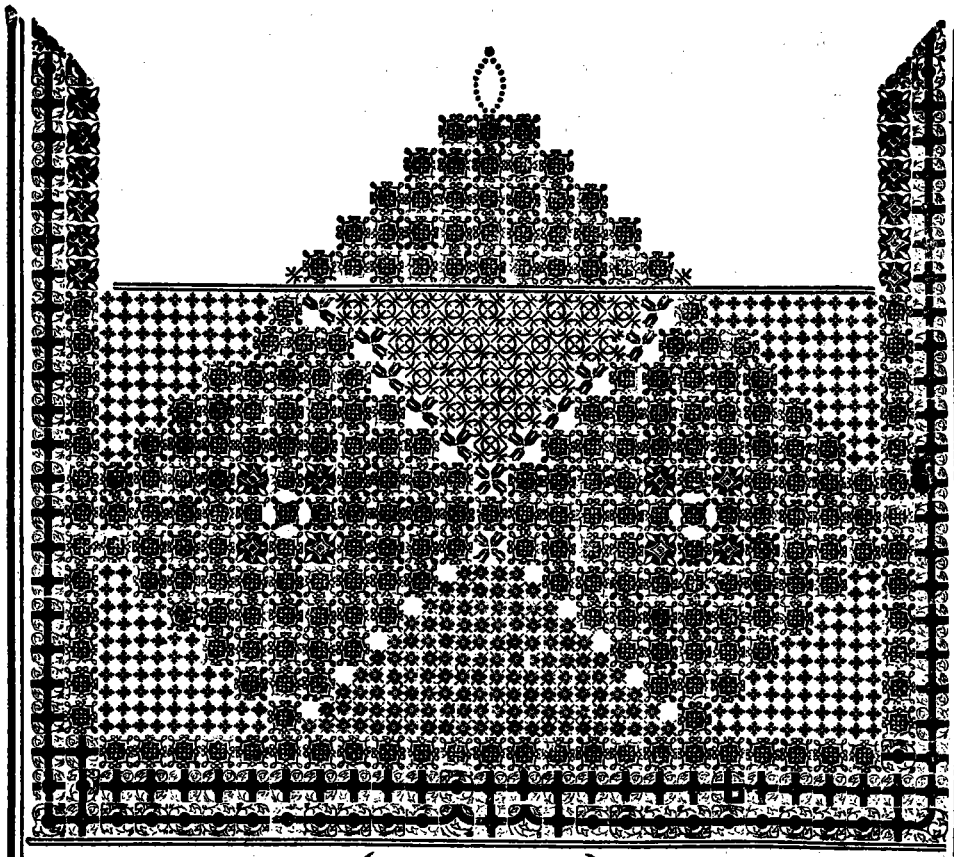
﴿ الطبعة الأولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٧

هجرية

(بالقسم الادبي)



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادات

يتبادر أن تقديمها على القضاء أولى لان القضاء موقوف عليها اذ كان ثبوت الحق بها الا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمة للمقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين أصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظائره من الكتاب والسنة كثيرة وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب انما ثبتت كي لا

كتاب الشهادات

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق أنها مأمور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها

(قوله اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود) أقول لا يقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضي لان المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضي فيلزم تحققه أولا واليه تشير عبارة الشارح (قوله ومن محاسن الشهادة بالحق الخ) يفوت أقول أي ومن معرفات حسنه ويؤيده قوله فلا بد من حسنه والا فكون الحسن عبارة عن نفس كونه مأمورا به مذهب الاشعري ولا ترتضيه الحنفية (قوله فلا بد من حسنه) أقول ذكر ضمير الشهادة باعتبار أنها مأمور بها (قوله بصحة الشيء) أقول أي بثبوته (قوله انها مشتقة من المشاهدة) أقول بالاشتقاق الكبير (قوله وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن اخبار صادق) أقول فاطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل اطلاق البيع على بيع الحق واطلاق اليمين على الغموس وقد مر في الايمان (قوله فالاخبار كالجنس يشملها) أقول ويشمل سائر الاخبار الصادقة (قوله وسبب تحملها) أقول تحمل الشهادة التي هي الاخبار مبني على الكلام النفسي والشهادة تطلق على ما يتحمل بالاشتراك اللفظي

معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب أدائها اما طلب المدعي منه الشهادة أو خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة ليترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة قال (الشهادة فرض تلزم الشهود الخ) أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانه أكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده وشرط مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما أمر واستدل بقوله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا مادعوا) أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما تؤول اليه وهو بظاهره يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الاعلان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء ومالم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشئ لا يكون أمرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد وأما اذا كان فهو أمر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه أمر بضده

﴿كتاب الشهادات﴾

(قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي) لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه

يفوت الحق (قوله الشهادة فرض) يعني أداؤها بعد التحمل فانها تقال للتحمل كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوغا للاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف أهل المتكلم وافتراض الاداء الا في الحدود مجمع عليه وقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا محتمل أن يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا دعي اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي لكراهة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه أولى ويحتمل أن يراد نهي مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهي من اتصف بالشهادة حقيقة عن الاباء اذا دعي ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو الرائج لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل أن يذهب اذا دعي الى الحاكم للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء فرضا عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذي هو الكتمان الا به ثم أكد سبحانه التحريم المفاد بالنهي بقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو تأكيد في تأكيد لان قوله تعالى فانه آثم تأكيد واضافة الاثم الى القلب الذي هو أشرف أعضاء البدن ورئيسها تأكيد في تأكيد ولانه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمامها هنا بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها وان كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلا لتمامها قالوا يلزم اذا كان مجلس

(قوله معاينة ما يتحملها له) أقول أي لاثباته (قوله وسبب أدائها) أقول الظاهر أن المراد سبب وجوب أدائها (قوله اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا) أقول والحال انه لو لم يشهد يفوت حق المدعي (قوله والقدرة على التمييز الخ) أقول يعني التمييز بالبصر (قال المصنف الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي) أقول الظاهر أن الواو ليست في محلها لكمال الاتصال بين الجملتين فان الثانية تأكيد للاولى الا اذا جعل قوله اذا طالبهم قيدا للثانية فقط فتأمل (قوله واستدل بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا أي ليقيموا الشهادة أو ليتحملوها) أقول الاستدلال بالآية الكريمة على المطلوب موقوف على أن يكون المراد اذا دعوا ليقيموا الشهادة فلا وجه لقوله أو ليتحملوها في هذا المقام بل الوجه أن يقال لا يتحملوها لانهم قبل التحمل ليسوا بشهداء ولا ضرورة تدعونا الى ارتكاب المجاز (قوله وسموا شهداء باعتبار ما يؤول اليه) أقول أي على الاحتمال الثاني (قوله يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة) أقول حيث أكد النهي بتأكيد بعد تأكيد وهو قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه ألا يرى الى نسبة الاثم الى الكاتم ثم الى قلبه الذي هو أشرف أعضائه اذا فسد فسد جميع الجسد (قوله والنهي عن أحد النقيضين الخ) أقول وأخصر منه أن يقال النهي عن أحد النقيضين يستلزم امتناعه شرعا فيجب النقيض الآخر (قوله كان الاعلان ثابتا) أقول وفي معراج الدراية النهي عن الشئ يكون أمرا بضده اذا كان له ضد مقصود بأمر آخر وههنا كذلك لان الاداء منصوص بقوله تعالى وأقيموا الشهادة (قوله ومالم يجب لا يثبت) أقول أي لا يلزم ثبوته فيجوز ارتفاع النقيضين

وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في أصول الفقه (وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق) ونوقض بما اذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي و يعلم الشاهد أنه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكر تم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قدمر آنفا أن طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ماذكره المصنف بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فان قلت أما نجعله شرطا وقوله تعالى ولا يأب الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس قال (والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار الخ) الشاهد في الحدود يخير بين أن يستر وأن يظهر لانه مخير بين أن يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر أفضل نقلا وعقلا أما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية برداءك لكان خيرا لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وماروى (٤) من تلقين الدره عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم فان فيها

دلالة ظاهرة على أفضلية الستر قبل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد وأجيب بأن الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها وردبان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق أن يقال القدر المشترك فيما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجازت الزيادة به وقيل ان الخبر الاول وردفي ماعز وحكايته مشهورة يجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر وأما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات ان

وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق (والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار)

القاضي قريبا فان كان بعيدا فعن نصر ان كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه ولو كان شيخا لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لا بأس به وعن أبي سليمن فيمن أخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم جمالا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا ان كان مهيأ قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهما وعن أبي يوسف رحمه الله تقبل فيهما وهو الاوجه للعادة الجارية باطعام من حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهدا أو لا ويؤنسه ما تقدم من أن الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعند الفقيه أبي بكر فيمن لا يعرفه القاضي ان علم أن القاضي لا يقبله نرجو أن يسعه أن لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يمتنع وان لم يكن أو كان لكن قبلوها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن انه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه أن تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره (قوله والشهادة في الحدود) أي الاداء في الحدود يخير فيها بين الاداء والترك لان النهي في القرآن وان كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر فمن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف والمعروف في الحديث

(قوله وليس بالصحيح من المذهب) أقول بل هو الصحيح من المذهب على ما صححه في التوضيح وغيره قال الشيخ الامام سراج الدين الهندواني في شرح المغني أما النهي عن الشيء فأمر بضده اذا كان له ضد واحد باتفاقهم كالنهي عن الكفر يكون أمرا بالايمان وان كان له اضداد ففيه الخلاف انتهى (قوله على أن طلبه شرط وهو غير السبب) أقول ولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازا (قوله لان معنى كلامه الى قوله فلا مخالفة حينئذ) أقول فيه بحث فان سببية الشيء للشيء لا يكون الا بعد وجود الشيء الاول فالوجود داخل في جملة السبب ولهذا لم يعد العقلاء وجودات العلل علة أخرى فافهم (قوله قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره) أقول الاول مسلم والثاني ليس كذلك قال في التوضيح في تعريف الحكم الخطاب نوعان اما تكليفي وهو المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير واما وضعي وهو الخطاب بان هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب للصلاة والوضوء شرط لها (قوله ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ) أقول العموم مسلم لجواز أن يكون اللام للعهد أي شهداء الدين (قوله وقيل ان الخبر الاول ورد في ماعز) أقول اذا كان واردا في حكاية ماعز ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله الذي شهد عنده فتأمل (قوله لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالستر) أقول الظاهر أن يقال لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر (قوله والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج) أقول التخصيص اضافي

لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقى عن الهتك (والستر أفضل) لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبى عليه السلام وأصحابه رضى الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر (الا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة فيقول أخذ) احياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء

أن هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك فى الموطا عن يحيى بن سعيد بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم يقال له هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك والمراد بمرجع الضمير فى قوله سترته ماعز رضى الله عنه روى أبو داود عن يزيد بن نعيم عن أبيه أن ماعز بن مالك أتى النبى صلى الله عليه وسلم فأقر عنده أربع مرات فأمر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وان هزالا هو الذى أشار على ماعز أن يأتى النبى صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا الا ان ماعزا انما حد بالاقرار أخرج أبو داود عن ابن المنكدر أن هزالا أمر ماعزا أن يأتى النبى صلى الله عليه وسلم فيخبره ورواه الحاكم وزاد وقال شعبة قال يحيى فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هذا هو الحق هذا حديث جدى وقال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد فى الطبقات وفيه قال فى هزال بئسما صنعت لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يا رسول الله لم أدر أن فى الامر سعة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من رواية أبى هريرة من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة رواه البخارى ومسلم وتلقين الدرء من رسول الله صلى الله عليه وسلم أى تلقين ما يحصل به الدرء دلالة ظاهرة على قصده الى الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك ما أسند الطحاوى الى أبى هريرة قال أتى بسارق الى النبى صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال له صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال فأعاد مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع الحديث وروى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا الحديث قدمناه فى الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهى أخبار آحاد وأيضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة فى طلب الستر بلغت مبلغا لا تنحط به عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها أو هى مستند الاجماع على تخيير الشاهد فى الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص وأما المقارنة فانما هى شرط التخصيص فى نفس الامر وهذا التخصيص الذى ادعيناه هنا ليس بذاك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه فى التعارض من كتاب تحرير الاصول من أن الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا بأن يحمل على تخصيصه به فاذا وجب الجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارنا أو انها ليست تخصيصات أول (١) كما أنا اذا رجحنا فى التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتهما تضمن حكمنا أن المبيح كان مقدما على التحريم فنسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وان لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه وكثيرا ما يعترض بعض متأخرى الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بان المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم فى تلك الاماكن ما ذكرنا هذا كله اذا نظرنا الى مجرد اطلاق قوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا فاما اذا قيدناه بما اذا دعوا للشهادة فى الدين المذكور أول الآية أى قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا يأبى الشهداء يعنى بذلك الدين فظاهر (قوله الا أنه يجب أن يشهد بالمال) استدراك من قوله مخير فى الحدود فانه يقتضى أن لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لا يشهد فيها

(١) قوله أول بضم الهمزة وفتح الواو جمع أولى

الحق فبقى صيانة عرض أخيه المسلم ولا شك فى فضل ذلك (قوله الا أنه يجب أن يشهد) استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست داخلة فى الشهادة فى الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه بين أمرين لا يجتمعان القطع والضمان وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر الكلى ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله الغنى على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة

فان فى عتق الامة وطلاق المرأة يحرم الستر والكتمان وليس ثمة خوف فوت حق المحتاج فتأمل ومحصل الجواب أن التخصيص اضافى بالاضافة الى حقوق الله تعالى التى تستوفى لا حقيقى أو نقول المراد الخوف أو الكتمان فى الحقوق التى تستوفى انما يحرم الخ (قال المصنف الا أنه يجب أن يشهد بالمال فى السرقة) أقول استدراك من قوله مخير فى الحدود اذ قد يتوهم منه أنه لا يشهد فى السرقة مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب لدفعه

قال (والشهادة على مراتب) رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة وأما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها وأما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة (ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين) يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما (من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص) وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما

من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر

(ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال) في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية (فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقة وحد القذف (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا أن باب الزنا خرج بما تلوناه فبقي الباقي على تناوله

حقه (والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم

مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المال ولا يقول سرق فان الاخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا تستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد بها مع أن فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان أتلفه (قوله والشهادة على مراتب) أربعة (منها الشهادة في الزنا) والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيما سواها من المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء انتهى وتخصيص الخليفتين يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى أربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وبين هذه فتقدم هذه لانها مانعة وتلك مبيحة وأيضا هذه تفيد زيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرء فانه كلما كثرت قيود الشئ قل وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية ظاهره أنه لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روى عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات أي وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا أو لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة

(قوله ولفظ أربعة نص الخ) أقول فيه بحث الا أن يراد النص المصطلح أو يكون الكلام على التشبيه (قوله فالظاهر منه أن الله تعالى يحب الستر على عباده) أقول اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق (قوله وانما قال شبهة البدلية الى قوله مع امكان الاصل) أقول فيه ان ذلك في الخلف لا في البدل فان المسح على الخف بدل عن غسل الرجل مع أنه يصار اليه مع امكان المبدل منه فليتأمل (قوله لما مر من عموم اللفظ) أقول فيه بحث (قوله والذكورة والبلوغ) أقول وفي قاموس اللغة الرجل بضم الجيم وسكونه معروف وانما هو اذا احتلم وشب أو هو رجل ساعة يولد انتهى ففي قوله والبلوغ تأمل

(قوله ولا تقبل شهادة النساء) يجوز أن يكون جوابا عما يقال فالآية هذه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليست شهادتهن فيها مقبولة ووجهه أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن أوجب فعدم قبولها الذي ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث من الآية ههنا أالتخصيص أم نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو اما التخصيص ان ثبتت المقارنة أو النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا فجوز الزيادة به قال (وماسوى ذلك من الحقوق الخ) وماسوى المرتبتين من بقية الحقوق (مالا كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية) أي الوصاية لانه في تعداد غير المال (ونحو ذلك) يعني العتاق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بما تلونا (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها) كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة (ولهذا) أي ولان الاصل عدم القبول (لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد) لكثرة وقوعها (٧) ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص (ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة) التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي (ولهذا) أي ولكون القبول أصلا فيها (قبل اخبارها في الاخبار) ولقائل أن يقول ماذكرتم مما يبتنى عليه أهلية الشهادة اما أن يكون علة لها أو شرطا لا سبيل الى

(ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا (قال وماسوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح) والطلاق والعتاق والعدة والحوالة والوقف والصلح (والوكالة والوصية) والهبة والاقرار والابراء والولد والولاء والنسب ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا أنها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا ولنا أن الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار

والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطا وكل جرح لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وكقول الشافعي رحمه الله قال مالك وعن أحمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهما وقصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع أسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة وكذا العادة أن يوسع فيما يكثر وقوعه بخلاف النكاح فانه مع كونه أعظم خطرا أقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط ولذا قال تعالى في الرجعة وأشهدوا ذوي عدل منكم والرجعة من توابع النكاح فألحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف (ولنا أن الاصل فيها القبول) فابتدأ بتضمين منع

الاول لان أهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك لا جمعا ولا فرادى والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك لا جمعا ولا فرادى على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ماذكر من الحرية والاسلام والبلوغ وأما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هي علة لاهلية قبولها فانا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة أيضا وفاته أحد الامور المذكورة المشاهدة أو الضبط أو الاداء اذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته وان كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يقدر في كلام المصنف مضاف أي أهلية قبول الشهادة

(قال المصنف ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة) أقول يعني أهلية قبولها فالمضاف مقدر (قوله والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك الخ) أقول والا لكان العبد والصبي العاقل والكافر أهلا للشهادة (قوله لعدم توقفها عليها) أقول لتقدم أهلية الشهادة على الاداء (قوله كذلك) أقول لا جمعا ولا فرادى (قوله على أنه لا يلزم من وجوده وجود المشروط) أقول يعني أهلية الشهادة (قوله فانا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ) أقول اللازم من هذا التعليل التوقف لا العلية الا أن يرتكب التأويل في كلامه بان يراد بالعلية المدخلية فيها (قوله وهو القبول) أقول أي أهلية القبول

(قوله ونقصان الضبط) جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه أن يقال ان ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل وأما الوكالة والايصاء والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك أن للنفس الانسانية أربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الانسان في مبدا فطرتهم والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان نسيت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم هن ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك (٨) لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا فتأمل (قوله وعدم قبول الاربع) جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضا لكنه ترك ذلك كي لا يكثر خروجهن قال (وتقبل في الولادة والبكارة) اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة

(قوله ولم يذكر الجواب عن الخ) أقول فيه بحث (قوله لا نقصان في عقلهن) أقول في صحاح كتاب الايمان من المصابيح عن أبي سعيد الخدري قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في أضحى أو فطر الى المصلى فمر بالنساء فقال يا معشر النساء تصدقن فاني أريتكن أكثر أهل النار فقلن وبم يا رسول الله فقال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من احداكن قلن وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله فقال أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل قلن بلى قال فذلك من نقصان عقلها قال أليس اذا حاضت لم تصل ولم تصم قلن بلى قال فذلك من نقصان دينها انتهى الحديث الشريف وأنت خبير بان ما ذكره الشارح مخالف لظاهر الحديث (قوله في تحصيل البديهيات الخ) أقول فيه انهن لوجوب احتجابهن وسترهن أكثر البديهيات محجوبة عنهن كما لا يخفى (قوله لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك) أقول فيه ان تكليفهن دون تكليف الرجال ألا ترى أنه لا تفرض لهن الصلاة أيام حيضهن فتأمل في جوابه (قوله ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة) أقول ولا يخفى عليك أيضا أن الشهادة ضرب من الولاية (قوله والعيوب من النساء في موضع الخ) أقول قوله في موضع فيه العيوب للاحتراز عن مثل الاصبع الزائدة (قوله فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة) أقول فيه شيء فان ما ذكره هو قصر الصفة على الموصوف ثم لا يخفى انه ليس في عبارة الكتاب ما يفيد القصر أصلا بل مراد صاحب النهاية التخصيص الذكري فانه يفيد نفي الحكم عما عداه في الروايات فالاصوب أن يقال سكوته عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه مما ذكره بطريق الدلالة فليتأمل

ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كي لا يكثر خروجهن قال (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة)

مقدمته القائلة الاصل عدم القبول ثم أثبت هذه بوجود ما ينبني عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعترض بان المشاهدة والضبط أهلية الاداء لا أهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار ان أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في هذا كالرجال بقي أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت رواياتهن لاحاديث الاحكام الملزمة للأمة فعن هذا قد يقال والله تعالى أعلم ان جعل الشارع الثنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لاظهار درجتهن عن الرجال ليس غير ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الامرين في جنس النساء سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وان كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى لكن ذلك انجبر بضم الأخرى اليها فلم يبق حينئذ الا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وأما عدم قبول الاربع فعلى خلاف القياس كما نه كي لا يكثر خروجهن (قوله وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرة عدلة والثنتان

لاعكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيما لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال أن الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف الى الجنس فيتناول الواحد فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادات قوله (ولانه) دليل معقول لنا ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس أخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا أن المثنى والمثلث أحوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جوازا لاكتفاء بنظر الواحدة تخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة والجواب أن يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا (ثم حكمها) أي حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة (شرحناه في الطلاق) يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا لحق الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند (٩) أبي حنيفة يعني تثبت الولادة بقول امرأة

لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الالزام (ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق) وأما حكم البكارة فان شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة أصل وكذا في رد

والثنتان أحوط وبه قال أحمد وشرط الشافعي أربعا ومالك ثنتين له ان كل ثنتين يقومان مقام رجل ولمالك أن المعتبر في الشهادة أمران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فبقي العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهادات النساء من الاصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لما لم يمكن اعتبارها في العهد اذ لا عهد في مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والاكثر أحسن فقلنا كذلك وروى عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو مثل ما ذكره المصنف ورواه ابن أبي شيبة وروى عبد الرزاق أيضا أخبرنا أبو بكر بن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضي الله عنه قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النساء وله مخارج أخر قال المصنف (ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق)

وعندهما يشترط شهادة القابلة وأما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة أو مبيعة لا بد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما أن تتأيد شهادتهن بمؤيد أولا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لا بد أن ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهيرة تؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تأيدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك

(٢ — فتح القدير سادس) ولمقتضى البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ

(قوله لاعكسه كما فهم صاحب النهاية) أقول عبارة النهاية ثم اعلم انه ذكر ههنا ثلاثة أشياء ثم خص شهادة امرأة واحدة وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة لا في حق الولادة والعيوب فان شهادة رجل واحد تقبل أيضا فيهما لانه ذكر في الايضاح مطلقا بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة لانه اذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذا ذكر في باب شهادة النساء من شهادات المبسوط وقال ولم يذكر في الكتاب انه لو شهد بذلك أي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بأن قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول شهادته اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فلما ثبت المشهود به ههنا بشهادة امرأة واحدة فبشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا انه وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا انتهى بعبارته أقول القياس على سائر المراتب أي مراتب الشهادة يقتضي ما ذكره في النهاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء الخ) أقول دليل لاصل الدعوى (قوله ينصرف الى الجنس) أقول اذا الكل ليس بمراد قطعا (قوله فعملنا بهما الخ) أقول فيه بحث اذ لم يثبت بما ذكره أحوطية العدد (قوله وان قلن انها الخ) أقول وفيه بحث يعلم من قوله يعني في حق سماع الدعوى والتحليف

قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر وقبله بالله لقد بعتها وهى بكر فان حلف لزم المشترى وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث أجاب بان العيب يثبت بقولهن يعنى فى حق سماع الدعوى والتحليف فان المشترى اذا ادعى عيبا فى المبيع لابد له من اثبات قيامه به فى الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبائع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب فى الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب فى الوقت الذى كانت فى يده وأما شهادتهن على استهلال الصبى ففى حق الارث عند أبى حنيفة رحمه الله غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبى (١٠) عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة لكنها فى حق

الصلاة مقبولة لانه من أمور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتهن على هلال رمضان وعندهما فى حق الارث أيضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة والجواب ان المعتبر فى ذلك امكان الاطلاع ولا شك فى ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء (قال ولابد فى ذلك كله من العدالة الخ) لابد فى المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهى كون حسنات الرجل أكثر من سيآته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر (ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته فى تلك الحادثة فى ذلك الوقت (أما) اشتراط (العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم يعارضه

المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع وأما شهادتهن على استهلال الصبى لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا فى حق الصلاة لانها من أمور الدين وعندهما تقبل فى حق الارث أيضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال (ولابد فى ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم

أى فى باب ثبوت النسب منه وفى المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأنها فانفق نظرى اليها تقبل اذا كان عدلا ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعى وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر تقبل أيضا وبه قال بعض أصحاب الشافعى رحمه الله وأما حكم البكارة فان شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها فأنكرت ترى النساء فان قلن هى بكر تخير فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لانها تأيدت بمؤيد وهو موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت فى توجه الخصومة لا فى الزام الخصم وكذا فى رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشترى هى ثيب يريها النساء فان قلن هى بكر لزمت المشترى لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وان قلن هى ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوى وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهى بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشترى واما شهادتهن على استهلال الصبى فتقبل فى حق الصلاة عليه بالاتفاق واما فى حق الارث فعندهما كذلك وعند أبى حنيفة لا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعى وأحمد وهو أرجح (قوله ولابد فى ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة) حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل وثالث وهو النفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبى عند انحصاف للاحتمال أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهدا ولان العدالة هى المعينة لجهة الصدق فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر أيضا قد يكون عدلا فالجواب انه

(قوله فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب الخ) أقول فيه انه حينئذ لا يستقيم قوله وشهادتهن حجة ضعيفة الخ فان الحكم فى شهادة الرجال بالعيوب كالاباق كما ذكر ههنا بلا فرق فليتأمل والجواب أن الفرق فيما اذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشترى اذا حلف البائع كاف فى ضعف حجتها وفيه تأمل (قوله ثم يحلف البائع الى قوله كانت فى يده الخ) أقول فالجواب فيما قبل القبض (قوله وأما اشتراط العدالة الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف فلقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم) أقول فان قيل بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق واذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عندنا فكيف يثبت اشتراط العدالة قلنا المطلق ينصرف الى الكامل

ولان) الشهادة حجة باعتبار الصدق و (العدالة هي المعينة للصدق) فهي علة الحجية وماسواها معدات (لان من يتعاطى غير الكذب) من محظورات دينه (فقد يتعاطاه أيضا وعن أبي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها) أي ذا قدر وشرف (في الناس ذا مروءة) أي انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها الغتان (تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول) يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروءة كان أولا (أصح) لان قبولها اكرام للفاسق ونحن أمرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروءة له (لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (ولان في لفظة الشهادة زيادة (١١) توكيد) لدلالتها على المشاهدة (ولان قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديل ما هو أصرح فيه به (قوله في ذلك كله) يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولابد في ذلك أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الالزام

ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح الا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح والمسئلة معروفة وأما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانها شهادة لما فيه من معنى الالزام

يعارضه اختلاف المدعى فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يترجح اخبار المدعي بالشهادة (وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس) كباشري السلطان والمكسة وغيرهم (تقبل شهادته لانه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول أصح) لان هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل (الا أن القاضي ان قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا) ويكون القاضي عاصيا (وأما) اشتراط (لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها) أي في النصوص (بهذه اللفظة) قال تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وأشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من رجالكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وأقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة فان قيل غاياتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى وربك فكبر ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة فمن أين لزم في الشهادة قلنا لفرق معنوي وهو أن لفظة الشهادة أقوى في افادة تأكيد متعلقها من غيرها من الالفاظ كما علم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولانها من ألفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وأعظم فكانت الالفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر وقوله (في ذلك كله) أي في المراتب الاربعة كلها تشترط فيها العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله (هو الصحيح) احترازا عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لانها اخبار

(قوله وماسواها معدات) أقول فيه بحث الا أن يحمل على المعد المصطلح قال المصنف (ويمتنع عن الكذب بمروءته) أقول تجيء المسئلة في باب من تقبل شهادته وفي التعليل مغايرة (قوله بوجه مكفهر) أقول أي شديد العبوس (قال المصنف اذ الامر فيها بهذه اللفظة) أقول فيه كلام لانه ليس معنى لفظ أشهد بل معناه أخبر فلا يثبت الاشتراط بمجرد ماذكره وجوابه أن الشهادة هو الاخبار عن مشاهدة وعيان وهو الملزم للقاضي لا مطلق الاخبار فتأمل (قوله ولان في لفظة الشهادة) أقول الاولى أن يجعل هذا وجها لدلالة النصوص على الاشتراط اذ لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يجعل دليلا مستقلا على المدعى كما فعله (قوله بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول جواب عما يقال ما الفرق بين الاوامر المشتقة من الشهادة وبين غيرها من الاوامر حتى روعي في الاولى اللفظ الذي ورد به الامر دون الثانية مثل كبر (قوله اذ لا وصول الى القطع) أقول يمكن الوصول الى القطع بالتواتر فالاولى أن يقال يكتفى بالظاهر للاستحقاق اذا لم يكن ثمة منازع كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهنا كذلك اذ الكلام فيما اذا لم يطعن الخصم في الشهود

حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح احترازا عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا أقام المدعي الشهود فلا يخلو اما أن يطعن الخصم أولا فان كان الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروى مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت للمدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما أشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل (١٢) أيضا عمل بالظاهر لما ان الظاهر أن قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول وهلم جرا ويدور أو يتسلسل ويجوز أن يقال الظاهر ههنا اعتبار الرفع لا للاستحقاق وبيان ذلك أن دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك و بظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا (قوله الا في الحدود والقصاص) استثناء من قوله ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ الى الترجيح

حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والاسلام (قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع (الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود) لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح

كالشهادة على هلال رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه افادة اشتراطها بخلاف رمضان فان الملزم فيه ليس الشهادة بل الاخبار ذكر في الخلاصة في كتاب الشهادات لو أخبر عدل القاضي بمجيء رمضان يقبل قوله و يأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء أما في العيد فيشترط لانه يدخل تحت الحكم لانه من حقوق العباد انتهى ولهذا احتاجوا الى الحيلة في اثبات الرمضانية فالوا يدعي عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان لان اثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم ذكره أيضا في شهادات الخلاصة واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والاسلام يعني في الشهادة على المسلم والا فالذمي يجوز أن يشهد على مثله عندنا (قوله قال أبو حنيفة) يعني لما اتفق الائمة الاربعة على وجوب العدالة قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه قال في كتابه الذي كتبه لابي موسى الاشعري وقد منا بعضه وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن أبي حميد وهو ضعيف. ومن طريق آخر حسنة وأخرجه البيهقي من طريق آخر غير الطريقين جيدة واذا كان الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها اذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم تزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل وأول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ما عرف احتيالا للدرء اذ ربما يعجز عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب وأورد أن الظاهر انما يكفي للدفع والشهادة

(قوله وبيانه أنه لو لم يكتف الخ) أقول والاظهر أن يبين عدم امكان الوصول الى القطع لو زكى فان المزكي يخبر عن عدالته متمسكا بوجب بظاهر حاله لان أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية اذ لا ينسد احتمال فساد الاعتقاد مثلا فتأمل (قوله فالجواب ما أشرنا اليه بقوله) أقول الظاهر أن يقال ما أشار اليه بقوله (قوله ويدور أو يتسلسل) أقول مع أن المطلوب حاصل (قوله وبظاهر العدالة اندفع الخ) أقول فيه بحث (قوله استثناء من قوله ولا يسأل) أقول بل من قوله يقتصر الحاكم (قوله ولان الشبهة فيها دارئة) أقول فيه بحث فان وجه السؤال اذا كانت الشبهة دارئة فيها ليس الا لانه يحتال لاسقاطها فاندرج هذا التعليل في التعليل الاول فاوجه عده تعليلا مستقلا فلو أسقط الواو من البين وجعل هذا الكلام من تتمة التعليل الاول لكان أولى

وقال أبو يوسف ومحمد لابد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلابد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا (وقيل هذا) الاختلاف (اختلاف عصر وزمان) لان أبا حنيفة أجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما أجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قال (والفتوى على قولهما في هذا الزمان) قال (ثم التزكية في السر الخ) اعلم أن التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى (أن يبعث القاضي المستورة) وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد أمينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام (الى المعدل) مكتوبا (فيها النسب (١٣) والحلى) بضم الحاء وكسرها جمع حلية

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لابد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق) لان القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال (ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل) كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد (وفي العلانية لابد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة

يوجب الاستحقاق وأجيب بان الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يمكن الوصول الى القطع ولا بالتزكية والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب وأما اذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل وقال أبو يوسف ومحمد لابد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يطعن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه ردت شهادته وانما يسأل اذا شك وانما قلنا لابد من السؤال مطلقا لان القضاء ينبني على الحجة وهي شهادة العدول فلابد أن يثبت عنده العدالة وذلك بذلك ولا يخفى قوة دليل أبي حنيفة على ذلك وكونه لابد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع مارويناعن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا الخلاف خلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لان الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل بانه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتيا في القرن الرابع ففيه نظر فان أبا حنيفة رحمه الله توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بان أكثر من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض

* فرع لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة (قوله ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة) وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى أي مسجد محلتهم وينبغي أن لا يختار الا معدلا صالحا زاهدا كي لا يخدع بالمال مأمونا أعظم من يعرفه في هذه الاوصاف فيكتب اليه ثم هو

الانسان صفته وما يرى منه من لون وغيره (والمصلى) أي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي أن يبعث الى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال وفقيها يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيأ احترازا عن الهتك أو يقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل الى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك سرا كي لا يظهر فيخدع أو يقصد الخداع والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى (ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا) لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى

(قال المصنف لابد أن يسأل عنهم في السر والعلانية) أقول لعل الواو بمعنى أو لمنع الخلو حتى ترتفع المخالفة التي تضمنها الكلام فتأمل (قال المصنف ثم التزكية في السر أن يبعث الخ) أقول فيه تسامح فانه ليس تزكية بل التزكية فعل المزكي لكن المراد معلوم (قوله كي لا يظهر فيخدع) أقول بالرشوة (قوله أو يقصد الخداع) أقول الصواب أو يقصد بالاذى على تقدير الجرح

(يروى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد للعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار) قال المصنف (وهذا أصح) لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته قال أبو حنيفة رحمه الله على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا ويقبل اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق (وعن أبي يوسف (١٤) ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده) هذا اذا كان عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا أو مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عند الكل (ووجه ظاهر الرواية أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب أن المصنف قال (وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا) ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب أنه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه

ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح قال (وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا أما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق

يسأل عنهم أهل محلتهم وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكي صاحب خبرة بالناس مداخلا لهم لا منزويا عنهم فان هذا الامر لا يعرف الا بالمخالطة والمداخلة فان لم يجدا الا أهل مجلسه يسألهم عنه فان وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الاخبار وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظة الشهادة فقط لان تزكية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هؤلاء يقبل خبره في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل روايته للاخبار فاذا قال المسؤل عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل وفي فتاوى قاضيخان ان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك أو يقول والله أعلم الا اذا خاف أن يقضي القاضي بشهادته فيصرح حينئذ بذلك ومن لا يعرفه لا بعدالة ولا بفسق يكتب مستور ثم يرد المستورة مع أمين القاضي اليه كل ذلك في السر كي لا يظهر الامر فيخدع المزكي أو يقصد بالاذى وأما العلانية فلابد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسؤل عنه القاضي اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة وقد روى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظرا الى الدار فيكتفي به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تفريعا على قول محمد من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لان العدالة شرط في المزكي بالاجماع وعن أبي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى

(قال المصنف وهذا أصح) أقول الاظهر أن يعمل بالقيل الاول في ديارنا (قوله على قول من يقول بالسؤال اذا سأل) تزكيته أقول يعني اذا سأل القاضي (قال المصنف ووجه الظاهر أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره) أقول قال العلامة علاء الدين الاسود في شرح الجامع الصغير وهذا كله اذا جحد الخصم فأما اذا كان ساكتا وهو ممن يجوز أن يرجع اليه في تعديل الشهود فتعديله صحيح وكان كافيا عند أبي يوسف وعند محمد يضم الى ذلك آخر حتى يتم التعديل انتهى ويفهم ذلك من اشارة الهداية أيضا (قال المصنف وموضوع المسئلة اذا قال انهم عدول الخ) أقول المقصود من التعديل هو حصول علم القاضي بعدالة الشاهد فاذا كان المدعى عليه عدلا يعرفه القاضي بالعدالة ينبغي أن يقبل تعديله الا أن يقال شهادة الشهود تتضمن جرحه

نسبهم في ذلك الى الخطا والنسيان فانى يكون اقرارا قال (واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود) بلفظ المبني للمفعول (واحدا جاز والاثنان أفضل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان) ذكر في شرح الجامع الصغير أن المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول (وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي) ورسول المزكي الى القاضي (والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله أن التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية) فولاية القضاء تبتني على ظهور التزكية واذا كانت في معناها (يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط المذكورة فيه في الحدود) والاربعة في تزكية شهود الزنا (ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة

(واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط المذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد أمر حكمي في الشهادة فلا يتعداها (ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر) حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا ويشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

تزكيته أي تزكية الخصم لان العدد عند محمد في المزكي شرط وموضوع المسئلة أن يقولوا هم عدول الا أنهم أخطؤا أو نسوا أما لو قال صدقوا أو هم عدول صدقة أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضي بشئ * (فرع) اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر (قوله واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد) من رسول القاضي (المزكي) وهو المسؤل منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل انه يكفي في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبه قال مالك وأحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي وأحمد في رواية لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة ولذا اشترطت المذكورة في المزكي في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها ولهما أنه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك كل ما توقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة التي بها ثبوت الحق يكون مثلها ومالا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرطا لا علة ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية على أن التعديه تكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد في الشهادة أمر تحكمي في الشهادة يعني تعبدي وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا زيادة على كونه تعبديا اذ

ومجلس القضاء) فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة أمر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر وبجهان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيل فتلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب أنه انما ألحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا (قال ولا يشترط أهلية الشهادة الخ) تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها أهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا كالمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه (فاما تزكية العلانية فهي شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف) وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب ان الخصاف شرط أن يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز أن يكون العدد شرطا في أحدهما دون الآخر واليه أشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر أما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية

(قال المصنف وكذا العدد بالاجماع) أقول اذا كان المستند هو الاجماع لا يرد شئ مما يحتج بالاوهام

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين أحدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم أو رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جازله أن يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ماهو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جازله الاداء لوجود ماهو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعة للشرط وأجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياج الاداء اليه قال (ويقول أشهد أنه باع الخ) اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد أشهد أنه باع (ولا يقول أشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب) يحجب عن رؤية شخص المقر (لا يجوز أن يشهد ولو فسر للقاضي) بان قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لا يقبله لان النغمة) وهو الكلام الخفي (تشبه النغمة) والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للاداء

﴿فصل﴾ فيما يتحمله الشاهد (قوله في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد) أقول أراد بالجمع معنى المثنى كما لا يخفى (قال المصنف أحدهما ما يثبت بنفسه) أقول أي يثبت حكمه (١٦) كما في القسم المقابل ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على ما يفهم من تقرير الكلام قال صاحب النهاية في شرح قوله ما يثبت بنفسه أي ما لا يحتاج الى الاشهاد بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا اشهاد بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى قال الفاضل الشهير بخضر شاه كذا في النهاية وليس كما ينبغي بل معنى اثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكمه يترتب عليه بنفسه من غير أن يحتاج الى غيره من قضاء قاض كالبيع فانه يثبت حكمه أعني الملك بنفسه وكذا الاقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه وعلى هذا الخلاف الشهادة اذا تحملها الشاهد فانها بذلك لا تثبت الحكم بنفسها بل اذا نقلها الى مجلس القضاء وحكم القاضي بها ولا مرى أن هذا من الظهور بحيث لا ينبغي أن يخفى على من له أدنى مسكة فضلا عن هؤلاء الاعلام انتهى وقيل معناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وفي الثمن للبائع ثبت بنفس العقد وكذا في نظائره أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به ولان تقرير الكلام يشهد له كما لا يخفى (قال المصنف مثل البيع) أقول الظاهر أن المضاف محذوف أي مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة أو ذلك مؤول أي مثل ما يتحمل فيها (قوله كالبيع الخ) أقول اذا كان بالعقد (قوله كالغصب) أقول وكالبيع اذا كان بالتعاطي (قوله بما يوجبه) أقول متعلق بعلم (قال المصنف قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون) أقول وأنت خبير بأن العلم هنا وفي الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد للتقييد من دليل فتأمل (قوله قيل جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء) أقول بل هو ركن في اطلاق الاداء أي في تجويز الاداء (قوله واذا موضوعة للشرط) أقول ان أرادا نها موضوعة للشرط المصطلح عليه في عرف الفقهاء فسلم والسند ظاهر وان أرادا نها موضوعة للشرط النحوي فسلم ولا يفيد لانه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فان القيام اليها سبب للطهارة لا شرط كما صرح به في الاصول

﴿فصل * وما يتحمله الشاهد على ضربين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه أن يشهد به وان لم يشهد عليه) لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال (ويقول أشهد انه باع ولا يقول أشهدني) لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم

في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لا علم اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها أي لا يتعدى الشهادة الى التزكية وهذا الخلاف في تزكية السر فأما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف مع أن الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا انه زيادة شبه لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها انتفاء ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا والله أعلم

﴿فصل يتعلق بكيفية الاداء ومستوفيه﴾

(قوله وما يتحمله الشاهد على قسمين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد جماعة ما على حكمه أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد

وقوله (الااذا كان) استثناء من قوله لايجوز له أن يشهد الااذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد) لانه حصل العلم في هذه الصورة (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته الا أن يشهده عليها)

بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع بيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون على البيع كالقولي ولا يقول أشهدني لانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو أي علم الموجب الركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه وقوله في اطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويغ الشرع للاداء في ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فأفاد أن من شهد عالما بحق كان ممدوحا فلزم أن ذلك مطلق شرعا والا لم يكن ممدوحا وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فأمر بالشهادة عند العلم بقينا فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد علي بما سمعته مني ثم قال بحضرته لرجل بقي لك علي كذا وغير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فأنكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال والحديث رواه الحاكم في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد أو دع صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بأن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد انتهى والمعلوم أن النسائي ضعفه ووافقه ابن عدي وفي العبارة المذكورة ما يفيد أنه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من ورائه لا يجوز له أن يشهد ولو شهد وفسره للقاضي بأن قال سمعته باع ولم أر شخصه حين تكلم لا يقبل له لان النغمة تشبه النغمة الا اذا أحاط بعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير أن رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بأن يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الاقرار أو البيع فانه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه ما في الاقضية ادعى على ورثة مالا فقالا نشهد أن فلانا المتوفى قبض من المدعي صرة فيها دراهم ولم يعلما كم وزنها ان فهما قدرها وانها دراهم وان كلها حياد بما يقع عليه يقينهما بذلك فاذا شهدا به جاز وفي الفتاوى اذا أقرت المرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع أن يشهد على اقرارها الا اذا رأى شخصها فحينئذ يجوز أجمل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها هكذا (الشهادة على امرأة لا يعرفها) سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة أما عند أبي يوسف وأبيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهر زاده وفي النوازل قال يشترط رؤية شخصها وفي الجامع الاصغر يشترط رؤية وجهها وأنت تعلم انه لا بد من معرفة تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت أن التعريف يفيد التمييز لزم أن لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الاسلام خواهر زاده الا اذا لم يوجد من يعرفها واذا وجد حينئذ يجري الخلاف المذكور انه يكفي في المعرفة عدلان أو لا بد من جماعة ووافقه ما في المنتقى تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فما زالت فشهد عنده أن المقرة فلانة جاز له أن يشهد عليها نقله في الخلاصة وفي المحيط شهدا على امرأة سمياها ونسياها وكانت حاضرة فقال القاضي أتعرفانها فان قالا لا لا تقبل شهادتهما ولو قالا نحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندري أنها هذه أم لا صحت الشهادة وكلف المدعي أن يأتي بآخرين يشهدان أنها فلانة بنت فلان بخلاف الاول لانهما هناك أقرا بالجهالة فبطلت الشهادة فهذا ونحوه

ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بأنها فلانة بنت فلان جاز له أن يشهد حينئذ وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة قال (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه الخ) النوع الثاني من الشهادة مالا يثبت الحكم فيه بنفسه (مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم مالم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته

(قوله وشهد عنده اثنان) أقول الظاهر أن يقال أو شهد فان في الصورة الاولى تمس الحاجة الى الشهادة اذا علم أن الكائن في داخل البيت من هو (قال المصنف فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز أن يشهد الخ) أقول علله العلامة النسفي في الكافي بقوله لانه تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحميل منه انتهى ولا مر متأمل

دليل صاحب الهداية الى هذا فليتأمل في انه هل يمكن ارجاع ما في الهداية الى ما ذكره صاحب الكافي بان يجعل دليلا على صحة تفريع قوله فلا بد من الانابة والتحميل على ما فرع عليه كما يفهم من الشروح

لان الشهادة) أي شهادة الاصول (موجبة بالنقل الى مجلس القضاء) ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى مذهب محمد رحمه الله فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فانهم مالم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعيان ماهو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين أن التحميل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لنا سلمنا أن النقل لا بد منه ولكن توقفه على التحميل يحتاج الى بيان فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا اذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له أن يشهد لانه ماحمله وانما حمل غيره

قال المصنف (وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القاضي) أقول قال الزيلعي وصاحب النهاية ولهذا تعتبر عدالة الاصول انتهى وقال ابن الهمام وهذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة انتهى وفيه تأمل سيجيء في العناية في باب الشهادة على الشهادة نقلا عن الفوائد الظهيرية وقد قصد تزييف هذا الدليل أن الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه انتهى وفي لطائف الاشارات ولا يشهد على شهادة غيره بلا اشهاد لانه نقل فلا بد من التحميل عندهم صح لو سمعه يشهد بمجلس الحكم (قوله لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل) أقول ولهذا لو نهى عن الشهادة بعد اشهاده لا يصح نهيه ويجوز له أن يشهد (قوله لكن تحملهم انما يصح بعيان ماهو حجة) أقول اذ لا فائدة في تحمل مالا يصير حجة ثم المراد من قوله ماهو حجة كونه حجة في المال (قوله والشهادة الى قوله بما هو حجة) أقول اذ لا علم لهم قبل النقل بكونها حجة فلعل القاضي لا يقبلها لامر لا يحيط به علم الشاهد (قوله ولكن توقفه على التحميل محتاج الى بيان) أقول ويمكن أن يبين بانه اذا لم يكن بد من تحمل شهادة الاصول وظاهر أن نقلها تصرف على الاصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وازالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر في الاشهاد فلا بد من التحميل كما في سائر الولايات (قوله فلو سلكنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحميل الخ) أقول كيف يتحد ان والشهادة صفة الفرع والتحميل صفة الاصل الا أن يقال انهما كالتعليم والتعلم والايجاب والوجوب وفيه نظر نعم الاشهاد على الشهادة تحميل كسائر الاشهادات لكن الكلام في احتياج الشهادة الى الاشهاد (قوله لانا لا نعني بها الا ذلك) أقول يعني على مذهبهما ثم نقول فيه بحث فان احتياج الشهادة على الشهادة الى التحميل محتاج الى البيان بل يجوز أن يقال هو أول المسئلة

لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد (وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد) لانه ماحمله وانما حمل غيره

يفيد ما قلناه ومنه مالا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز أن يشهد على شهادته الا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لانه ماحمله وانما حمل غيره وهذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة * (فروع) كتب الى آخر رسالة من فلان الى فلان كتبت تتقاضى الالف التي لك علي وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي علي خمسمائة أو كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسألين الطلاق فأنت طالق فأتت طالق ساعة كتب وينبغي لمن علم ذلك أن يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق بخلاف مالو كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا على بما فيه ولم يقرأه عليهم قال علماؤنا لا يجوز لهم أن يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه اذا قرأه عليهم أو رأوه يكتب وهم يقرؤنه أو كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا على بما فيه ولو قرأه عليه فقال الشاهدان نشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل الا في الاخرس ومثله ما اذا دفع اليهم وصية مختومة وقال هذه وصيتي وختمي فاشهدوا على بما فيه لا يجوز أن يشهدوا بما فيه وعن أبي يوسف اذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد ما فيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه أن يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم أنه انما يجوز لهم أن يشهدوا في المسئلة السابقة اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة وعنون كما هو العادة في الكتابة الى الغائب واذا شهد على ذلك التقدير فقال لهم لم أرد الاقرار والطلاق لا بد بينه القاضي وبين فيما بينه وبين الله تعالى أما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل لهم أن يشهدوا بالدين لجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما يأتي ان شاء الله تعالى في كتاب الاقرار

(ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد الا أن يتذكر الشهادة) لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته لان ما يكون في قطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت قال

(قوله ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد الا اذا تذكر شهادته) التي صدرت منه فان لم يتذكر وجزم أنه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه للاقطع وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي ولم يحك خلافا وما حكى الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشمس الائمة قال المصنف قيل هذا على قول أبي حنيفة وعندهما يحل له أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهود أديت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز له أن يحكم عنده وبه قال الشافعي ورواية عن أحمد وعند أبي يوسف ومحمد اذا وجده في قطره تحت خاتمه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك وأحمد في رواية وكذا اذا رأى قضيته أي رأى حكمه مكتوبا في خريطته وهي القمطرة ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيهما واحدا بينه وبينهما وشمس الائمة في أدب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في وجدان صحيفة الحكم وأما في شهادة الشاهد يجدها في صكه وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ولم يتذكر ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلاثة وجدان القاضي الشهادة عنده أو حكمه ووجدان الشاهد خطه والراوي في الحديث قال محمد أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال يعتمد الخط اذا كان معروفا وأبو يوسف في مسئلة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده أو يد أمينه وفي مسئلة الشهادة أخذ بالعزيمة لانه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير فلا يعتمد خطه وحاصل وجه غير أبي حنيفة في صور خلافهم ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا فلا فائدة وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك بل صح أن تكون فائدته أن يتذكر برؤيته عند النسيان الا أني أرى أنه اذا كان محفوظا مأمونا عليه من التغيير كان يكون تحت ختمه في خريطته المحفوظة عنده أن يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط ورأينا كثيرا تحاكى خطوطهم حتى اني رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني كان رحمه الله فقيها ماليكيا شاعرا أديبا فصيحا وخط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لا يفرق الانسان بين خطيهما أصلا ودماميني بالنون بلدة بالصعيد ولقد أخبرني من أثق بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك فأخذ من صاحبه عدوانا فكتب رجل مثله ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه وهذا قول أبي يوسف ويقتضي أنه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد اذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه أن يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه أن يشهد وقال في المجرد قال أبو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي أن ينفذ شيأ من ذلك فان أنفذه

(قال المصنف وانما الخلاف الى قوله يؤمن عليه الخ) أقول قوله أو قضيته أي حكمه يعني فيما جوزه لان ما يكون الخ ودليل أبي حنيفة لعدم التجويز قدمر آنفا وهو مشابهة الخط للخط فلذلك لم يتعرض له هنا

قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل عند أبي حنيفة خلافا لهما قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الخ) قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشئ لم يعاينه (الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الاشياء اذا أخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة) بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب (وذلك بالعلم) أي المشاهدة وكانه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز أن يكون معناه

(ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الاشياء اذا أخبره بها من يثق به) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس

قاض غيره ثم اختصموا اليه فيه أنفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد أنه لو ذكر للقاضي اني أشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل فانه لم يحك خلافا ولو نسي قضاءه ولا سجل عنده فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر أمضاه وان لم يتذكر فلا اشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله ونسيها أبو يوسف وهي ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع روايتها عنه كذا قالوا والله أعلم ان في تخريج المسائل الست اشكالا لان المذكور عند ذكرهم لهذه المسائل أن أبا يوسف أنكر وقال ما رويت لك عن أبي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما اذا صلى أربعا وترك القراءة في احدى الاولين واحدى الاخريين انه يلزمه قضاء أربع فقال أبو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الاصول ولا خلاف يحفظ فيه بين المحدثين والاصوليين أن رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما اذا نسي الاصل ولم يجزم بالانكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد رحمه الله نعم اذا صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على أصول أبي حنيفة يمكن (قوله ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه أن يشهد بهذه الامور اذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق أو بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قلما يشاهد حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يهابه ويكرهه فاذا رآه واحد عدل ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته أو دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد أن يشهد بموته الا ان شهد موته أو سمع ممن شهد ذلك ذكره في الفتاوى والاكتفاء بالعدلين نقل عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمه الله لا يشهد حتى يسمع من جماعة وقال الخصاف في الكل حتى يسمع من العامة وتتابع الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة وعندهما اذا أخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة

(قال المصنف ولا يجوز للشاهد الى قوله وولاية القاضي) أقول سيجيء في آخر هذه الصحيفة جواز الشهادة في الاموال بالتسامع (قوله قد تقدم الخ) أقول في الدرس السابق (قوله وقد تقدم معناه) أقول حيث تكلم في أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه من المواجهة وقال هناك الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى ويجوز أن يكون الثلاثي مشتقا من المشعبة بهذا الاشتقاق (قوله وكانه من باب القلب) أقول يجوز أن يكون الباء للملابسة فلا قلب حينئذ (قوله ويجوز أن يكون الى قوله ولم يحصل) أقول السماع من أسباب علم المشاهدة وقد حصل الا أن يقال الالف واللام عوض عن المضاف اليه أي من أسباب علم المشاهدة فليتأمل (قال المصنف وجه الاستحسان الى قوله خواص من الناس) أقول الظاهر أن اعتبار الاسباب لا يستقيم في غير النسب والقضاء الا أن يحمل على التغليب وفيه شئ

المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم (ولم يحصل فصار كالبيع) فانه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة (ووجه الاستحسان أن هذه الامور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها (أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس) لا يطلع عليها الا هم

(وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) كالارث فى النسب والموت والنكاح وثبوت الملك فى قضاء القاضى وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب فى الدخول (فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى ذلك) وهو باطل بخلاف البيع فانه مما يسمعه كل أحد فان قيل هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط فى الكتاب ولا علم فيما نحن فيه أجاب بقوله (وانما يجوز للشاهد) يعنى لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد (أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب) وبين ان العدد فيمن يثق به شرط وهو (أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له (٢١) نوع علم) وهذا على قول أبى يوسف

و يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل أحد وانما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو باخبار من يثق به كما قال فى الكتاب ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد أو واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغى أن يطلق أداء الشهادة

وأبو بكر الاسكاف كان يفتى بقولهما وهو اختيار النسفى وفى النكاح لم يشترط المصنف مع رؤيته دخوله الى آخره أن يسمع من الناس أنها زوجته وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق ثم قول أحمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول للشافعى ورواية عن مالك والمصنف لم يحك خلافا بل جعل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحد بعد اشتراكهما فى الحروف الاصول والمشاهدة منتفية يعنى القطع فلا تجوز كما فى البيع وغيره كما لو سمع بالاستفاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك وذلك بسبب أنه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وانما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضره غالبا الا الاقارب فاذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بامارات فان الوطء لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضى لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة أن علم هذه الاشياء غالبا لا يحصل الا لبعض أفراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والاضاعت حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت ويترتب عليها أمور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر فى الدخول والحاسم لمادة الشغب الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة بنت أبى بكر رضى الله عنهما وأنها زوجة النبى صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وأن عليا رضى الله عنه ابن أبى طالب وعمر رضى الله عنه ابن الخطاب وأن شريحا كان قاضيا وان أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضى الله عنهم ماتوا وان لم نعاين شيأ من ذلك وحكى فى الخلاصة عن ظهير الدين فى الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على أنه يجوز بالتسامع لانه أمر يشتهر بخلاف الزنا فانه فاحشة تستر (قوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض أما اذا فسر للقاضى انه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته كما أنه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل ولو فسر فقال لانى رأيتها فى يده فى وقت

ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبى حنيفة فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع فى قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعا لا توجبها لفظ الخبر (وقيل يكتفى فى الموت باخبار واحد أو واحدة) فرقوا جميعا بين الموت والاشياء الثلاثة اى النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها أن تكون بين الجماعة أما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة فى الغالب وكذلك تقليد الامام للقضاء وأما الموت (فانه قلما يشاهد غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون فى اشتراط العدد بعض الحرج) بخلاف النسب والنكاح (وقوله وينبغى أن يطلق أداء الشهادة) بيان لكيفية الاداء وينبغى أن يطلق ذلك فيقول فى النسب أشهد أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما ابنا أبى قحافة والخطاب

(قال المصنف و يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) أقول على بمعنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية الا أنه لم يثبت ولعل ما ذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى (قال المصنف أو باخبار من يثق به) أقول لعله عطف على قوله بالاشتهار فان ثبوت الشهرة باخبار عدلين لا يخلو عن بعد ثم بقى ههنا بحث لان اخبار من يثق لا يفيد حكم العلم والاصح الشهادة بذلك فى البيع وأمثاله واشتراط التواتر يعدم أو يهدم مبنى الاستحسان ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم الميسر فى حق المشهود به ففى حق هذه الاشياء القدر الميسر هذه المرتبة وفيما فوقها حرج بخلاف البيع وأمثاله (قوله يشترط أن يكون الاخبار) أقول أى اخبار عدلين

ولم يشاهد شيأ من ذلك (فأما اذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة واذا فسر) بانه انما يشهد لانه رآه في يده (لا تقبل كذلك هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضيا) وان لم يعاين تقليد الامام اياه (واذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الآخر انبساط الازواج) جاز له أن يشهد بانها امرأته فان سأله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بامهات المؤمنين أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الرؤية أولى وقيل (٣٢) لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضي أنه شهد به بالتسامع ولو قال أشهد لاني سمعت لا تقبل فكذا هذا (ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله) لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قالا نشهد أن فلانا مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الاصح وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف أنه يجوز لانه أمر تتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله (ثم قصر الاستثناء في الكتاب) بيان أن الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب أولا ففي ظاهر الرواية محصورة (وعن أبي يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب) والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر فكذا على الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وان لم ندرك ذلك (وعن محمد انها تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار) والجواب بالتسامع عن قول أبي يوسف أن الولاء يبتني على ازالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام تسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه

أما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جالسا مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن أبي يوسف رحمه الله آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا ترى أنا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه

من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمدة لو قالا أخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الاصح واختاره الخصاف وفي فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فسألهما القاضي هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كانهما قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا ولو شهدا أنهما دفنا أو قالا شهدنا جنازته تقبل ولو شهد بالموت واحد وآخر بالحياة تأخذ امرأته بشهادة الموت لانها تثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه وفي الخلاصة لو أخبرها واحد بموته واثنان بحياته ان كان المخبر بالموت عدلا ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يؤرخا فان أرخا وتاريخ شاهدي الحياة بعد تاريخ شاهدي الموت فشهادة شاهدي الحياة أولى وكذا بقتله انتهى وأطلق في وصايا عصام الدين فقال شهدا أن زوجها مات أو قتل وآخران على الحياة فالموت أولى وفي فتاوى الفضلي شهد عندها عدل أن زوجها مات أو قتل أو ارتد والعياذ بالله هل لها أن تتزوج روايتان في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز * ومن فروع التسامع في فتاوى النسفي قال رجل لامرأة سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم أخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط وقد يخال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك في حل اقدامها وعدمه وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الزوج الثاني ظاهرا والشيء بالشيء يذكر اذا أخبرها واحد عدل أو شهد عند وليها بان زوجها طلقها أو مات عنها ووقع في قلبها صدقه لها أن تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين أيضا فيه انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما أو من العمال أما اذا كان تاجرا أو من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة (قوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب) أي استثناء القدوري حيث قال الا في النسب الى آخر الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن أبي يوسف تجوز في الولاء

(قال المصنف أما اذا فسر للقاضي الى قوله لم تقبل شهادته) أقول لان اسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره (قوله فعلى الرؤية أولى) أقول فتحمل شهادته على أحدهما (قوله لانه الى قوله انه شهد به بالتسامع) أقول فيه بحث لانه يجوز أن يشهد بالرؤية (قوله ولو قالا الخ) أقول المسئلة في النهاية نقلا عن صاحب العمدة (قوله ان الولاء يبتني على ازالة ملك اليمين الخ) أقول يعني ازالته بالاعتاق

الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لاتقبل بالاجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ الى أنها لاتحمل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في أصله (٢٣) وهو اختيار شمس الائمة السرخسي دون

وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر قال (ومن كان في يده شئ سوى العبد والامة وسعك أن تشهد أنه له) لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذهي مرجع الدلالة في الاسباب كلها

بالتسامع رجع اليه وكان أولا يقول كقول أبي حنيفة ومحمد لاتجوز الا أن يسمعا العتق ثم رجع الى أنه تجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب تجوز بالتسامع فكذا في الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبرا مولى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ونافعا مولى ابن عمر وبلالا مولى أبي بكر الصديق ولهما أنه ينبني على العتق والعتق لكونه قولا يسمع وكثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لايثبت بالتسامع فكذا ما ينبني عليه وليس تجويزنا بالسماع لكون الشئ مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من أن النسب لايرى اذ لايرى العلوق وكذا تقليد القاضي القضاء الا الخواص والموت والباقي فيؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على أن لاخلاف في العتق انه لاتقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق أيضا عند أبي يوسف تجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي وشرط الخصاف في الولاء على قول أبي يوسف شرطا لم يذكره محمد في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا وللعتق أبوان أو ثلاثة في الاسلام قال المصنف (وأما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في أصله) وقال الاقطع في شرحه قال محمد تجوز وقوله لان أصله هو الذي يشتهر ليس بذاك والوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار تبيد الشهود والاوراق مع اشتهار وقفيته فيبقى في البقاء سائبة ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك وقوله فالصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم يحمل وقال بعضهم لايحمل ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ماذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي أن تقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لابد من ذكر الواقف واذا شهدوا أن هذه الضيعة وقف ولم يذكروا الجهة لاتجوز ولاتقبل بل يشترط أن يقولوا وقف على كذا ثم قال وماذكرهنا وفي الاصل صورته أن يشهدوا بالتسامع أنها وقف على المسجد أو المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ غلتها فيصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا لايشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال المرغيناني قال لابد من بيان الجهة انه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لاتقبل شهادته قال وتأويل قولهم لاتقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لاينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك في شهادته لاتقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضا وأنت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنها يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع (قوله ومن كان في يده شئ الخ) صورتها رأى عينا سوى ما استثناه في يد انسان ثم رآها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد للمدعي لان الملك يعرف

شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر ولابد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو المقبرة أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لاتقبل كذا في الذخيرة (قال ومن كان في يده شئ الخ) رجل رأى عينا في يد آخر ثم رآها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه أن يشهد بأنه للمدعي لان اليد أقصى ما يستدل به على الملك اذهي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين البيع أو غيره من الاسباب لايعلم ملك

(قوله مقام البينة) أقول الظاهر أن يقال مقام المعاينة (قوله ويدل عليه عبارة الكتاب) أقول يعني قصر الاستثناء (قوله وقال بعضهم تقبل في أصله) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة والمراد باصل الوقف ان هذه الضيعة وقف على كذا فبيان المصرف داخل في أصل الوقف (قال المصنف ومن كان في يده شئ سوى العبد والامة) أقول ولعله انما لم يقل ومن عاين في يد رجل شيأ وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة اذ لا معاينة فيها (قال المصنف لان اليد الى قوله في الاسباب كلها) أقول قال في الكافي لان أقصى ما في الباب أنه يعاين أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما لكن البيع انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع وكذا الهبة وانما يعرف كون المبيع ملكا للبائع والموهوب ملكا للواهب بيده بلا منازعة انتهى فان قيل بل يعرف كونها ملكا بتصرف ذي اليد بيعا وهبة لابمجرد اليد قلنا لاتصرف في صورة الارث وهو يكفينا في نفي قول الشافعي

المشترى الاعلك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد وأقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانها اذا لم تجز بحكم اليد انسد بابها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له لان الاصل في الشهادة العلم بالنص وعند اعوازذلك يصار الى ما يشهد به القلب (قالوا ويحتمل أن يكون هذا) أي ماذكر من شهادة القلب (تفسيرا طلاق محمد في الرواية) وهو قوله وسعك أن تشهد أنه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة لقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك وأجيب بانا جعلنا العيان مجوزا للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا واما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلتزمه ولهذا قلنا ان الرجل اذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك ببعت دار بجنبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشترى أن تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب (وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا) وهو الخصاف (لان اليد متنوعة الى انابة وملك) فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها

(قال المصنف فيكتفي بها) أقول قال العلامة النسفي في الكافي وينبغي أن لا يقيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد حتى لو بين ذلك يرد كما مر في التسامع لان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة بالملك لا موجب والقاضي يلزمه

القضاء بالملك بالشهادة انتهى وفيه بحث لم لا يجوز أن يكون كالقضاء بشهادة الفاسق كما سبق فتأمل والقول الفصل والكلام الحزل في شرح الكنز للزيلعي وعبارة الكنز وان فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا يقبل انتهى وعبارة الزيلعي أي فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لا تقبل شهادته لان التسامع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن

فيكتفي بها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لان اليد متنوعة الى انابة وملك

بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشيء من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له وفي الفوائد الظهيرية أسند هذا القول الى أبي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف قالوا يعني المشايخ يحتمل أن يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد ويحتمل أن يكون قوله قول الكل وبه نأخذ وقال أبو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه أن الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مستوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا رأى انسان درة ثمينة في يد كناس أو كتابا في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف أيضا لم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي أن يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد أن يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بالعمارة والهدم ونحو ذلك ببعت دارا الى جانبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وان ثبت عنده أنها في يده يتصرف فيها اذا أنكر المشترى أن الدار التي في يده ملكه

عيان ومشاهدة أو اطلاق لاحتمال المشاهدة أما اذا كانت عن تسامع أو رؤية في يده فلا يجوز أن يحكم بها الا ترى أنه لان لا يجوز أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد انسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب وكذا ينبغي أن لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا أنا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس انتهى فليفهم فان فيه نفعا في هذا المقام حيث ينجلي بها ظلمات الاوهام قال في النهاية ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضي أيضا القضاء به حتى ان القاضي لو عاين يده في حال قضائه يحل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى ولا تنو هم من المخالفة بين ما ذكره الزيلعي وما في النهاية فان ما في شرح الكنز هو ما اذا رأى القاضي قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه في يد غيره كما لا يخفى (قوله لئلا يلزم انسداد باب الشهادة) أقول كيف يلزم الانسداد اذا شرط معها ما ذكره أبو يوسف والخصاف (قوله لان العيان ليس سببا للوجوب) أقول قال في النهاية لكنه ليس سببا للجواز انتهى فيه بحث (قال المصنف لان اليد متنوعة الى انابة وملك) أقول لعل المراد من الانابة النيابة وقد فسرت بها في فصل القضاء بالمواريث وفي الكافي لان اليد تتنوع الى ملك وامانة وضمان

والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم (ثم) هذه (المسئلة على وجوه) أربعة بالقسمة العقلية لانه اما أن يعاين الملك والمالك أولم يعاينهما أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لا تحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم ألا ترى أن صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بأنه يستلزم (٣٥) الشهادة بالتسامع في الاموال وهي

قلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصالة ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك الملك حل له أن يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينها أو عاين المالك دون الملك لا يحل له وأما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه

لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز (قوله ثم ان عاين الملك الخ) حاصله أن المسئلة على أربعة أوجه الاول ان يعاين الملك والمالك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد آخر فجاء الاول وادعاه وسعه أن يشهد له وظهر أن المراد بالملك المملوك الثاني أن يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس أن لا تجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان أن الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع أيضا وأورد عليه أنه يلزم أن تكون الشهادة بالملك بالتسامع وأجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وهنا كذلك لانه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله أعلم وعلى هذا قال الناصحي فان كان المالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال فان كان الملك مشهورا أنه لها جاز أن يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك بل سمع أن لفلان بن فلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع أن يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع أن له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود (قوله وأما العبد والامة) يعني اذا عاينهما في يد انسان يخدمانه اذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين لانهما

باطلة وأجيب بأن الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به (قوله وأما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة) وتقريره أن الرجل اذا رأى عبدا أو أمة في يد شخص فلا يخلو اما أن يعرف رقهما أو لا فان كان الاول حل له أن يشهد أنهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه

(قال المصنف قلنا والتصرف يتنوع أيضا الى نيابة وأصالة) أقول فيه ان شبهة الشبهة غير معتبرة بل الشبهة واحتمال كون التصرف نيابة من قبيل الاول دون احتمال التصرف فلا يثبت به الملك فليتأمل في أن محل النزاع من قبيل الشبهة وشبهة الشبهة أم لا (قوله وضم محتمل الى محتمل يزيل الاحتمال) أقول فيه تأمل فان ضم الخبر المحتمل لكذب الى مثله قد يفيد نفي الاحتمال كما في الاخبار المتواترة (قوله بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه) أقول ليس معرفة الاسم والنسب مما يدخل في المعاينة لتحققها بدونها (قوله وأجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال الخ) أقول فيه بحث فان المقصود بالشهادة ليس النسب بل الملك في الضيعة والظاهر في الجواب بطلانها جواب القياس وهذا جواب الاستحسان كي لا تضيع الحقوق (قوله والتسامع انما هو بالنسبة الخ) أقول لان الشاهد اذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب الى فلان بن فلان فان الذي يستفيده أولا من سماع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب اليه وعلمه بما تضمنه الكلام من نسبة الملك اليه انما هو في المرتبة الثانية اذ لا تعرف النسبة الا بعد معرفة المنتسبين

وان كان الثانى فاما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما أو كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على أنفسهما وان كان الثانى وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ كان أو بالغا فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد فى ذلك لا تدل على الملك لانهما فى أيدى أنفسهما وذلك يرفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبى الذى يعقل ان أقر بالرق على نفسه لغيره جاز و يصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه واعترض بأن الاعتبار فى الحرية والرق لو كانا التعبير هما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر فى يد من يدعى رقهما وأجيب بأنه انما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى فى الصغر وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب وكذا روى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليلا على الملك فى الكل ألا ترى أن من ادعى عبدا أو أمة فى يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول لذى اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما فى الثياب والدواب والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يدا على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله تعالى أعلم

(٢٦)

وان كان لا يعرف أنهما رقيقان الا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله أعلم

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وجنبه يترجح جانب الصدق فيه و بالتهمة لا يترجح وهى قد تكون لمعنى فى الشاهد كالفسق فان من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه أيضا فكان متهما بالكذب وقد تكون لمعنى فى المشهود له من قرابة مرة يتهم بها بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة وقد تكون لخلل فى أداء التمييز كالعمى المفضى الى تهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالحدود فى القذف قال الله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون

(قال المصنف وان كانا كبيرين فذلك) أقول فى الكافى أو صغيران يعبران عن أنفسهما انتهى والظاهر أن المصنف أراد بالكبير هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغا أم لا كما يشير اليه صاحب العناية

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

(قوله والشروط مقدمة على المشروط) أقول المشروط هو الشهادة لا من يسمع منه الشهادة (قوله وأصل رد الشهادة الخ) أقول لا دلالة فيه على الاصالة (قوله وقد تكون لمعنى فى المشهود له من قرابة الخ) أقول أو ملك أو شركة ففى التخصيص بالقرابة بحث (قوله يتهم بايثار المشهود له) أقول أى يتهم الشاهد (قوله وقد يكون بالعجز عما جعل الخ) أقول وهو الاتيان باربعة شهداء

قال (ولا تقبل شهادة الاعمى الخ) شهادة الاعمى اما أن تكون فى الحدود والقصاص أولا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثانى فاما أن تكون فيما يجرى فيه التسامع كالنسب والموت أولا فان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن أبى حنيفة وان كان الثانى فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند أبى يوسف والشافعى وان انتفى أحدهما لم تقبل بالاتفاق فالمعتبر عند أبى يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمى بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء أما عدم القبول فى الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة فى حق الاعمى يقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب أن من لا تقبل شهادته فيما لا يجرى فيه التسامع لا تقبل فيما يجرى فيه ذلك كالصبى والمجنون وسيأتى جواب آخر وأما وجه قول أبى يوسف والشافعى فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل فى القول لان لسانه غير موف فكان المقتضى لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت اذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر نسبته والجواب لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله أنا لا نسلم أن القول يستبد بتحصيل الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه أى فى النغمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود البصراء كثرة وفيهم

غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضى الى القاضى فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وفى قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعى وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبر تم النغمة مميزة للاعمى فيما هو أعظم خطرا من الاموال وهو وطء زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك تناقض وتقرير ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة أيضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص فى كون النسبة غير مفيدة

(قال ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما فى الشهادة على الميت ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء

مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة (قوله ولا تقبل شهادة الاعمى) مطلقا سواء عمى قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز (وقال زفر وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تقبل فيما تجوز فيه بالتسامع لان الحاجة فيه للسماع ولا خلل فى سمعه) وهو قول الشافعى ومالك وأحمد والنخعى والحسن البصرى وسعيد بن جبير والثورى وتقبل فى الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع وقال أبو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفى فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل ثم عمى عند الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعى ومالك وأحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت (ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الاعمى الا بالنغمة (وفيه) أى فى التمييز بالنغمة (شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود)

(قال المصنف ولا تقبل شهادة الاعمى) أقول ولو قبل القاضى شهادة الاعمى وحكم بها يصح حكمه لانه مجتهد فيه حيث قال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير (قوله لم تقبل بالاتفاق) أقول المراد اتفاق مالك والا فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته (قال المصنف ولو عمى بعد الاداء يمتنع القضاء) أقول وقال أبو يوسف لا يمتنع بل يقضى بها لانها أديت بشرائطها فلا يتغير بالحادث بعده كما لو مات الشاهد أو غاب وقال صدر الشريعة وقول أبى يوسف أظهر (قوله والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ) أقول ولزفر أن يمنع ذلك والفارق بين محل النزاع والمقيس عليه ظاهر اذ ليس واحد منهما أهل الولاية بخلاف الاعمى (قوله وسيأتى جواب آخر) أقول فى قوله ولنا أن الاداء يفتقر الخ (قوله والمانع وهو عدم التعريف الخ) أقول الظاهر أن يقال والشرط وهو التعريف موجود (قوله وفيه أى فى النغمة الخ) أقول ويجوز اعادة الضمير الى التمييز بالنغمة فلا حاجة الى التأويل (قوله والمراد بالتمييز بالاشارة الخ) أقول فيؤل الكلام الى نوع مصادرة (قوله فصار كالحدود والقصاص) أقول عدم قبول شهادة الاعمى فيهما لانهما لا يثبتان بما يقوم مقام الغير كما مر وليس كذلك الاموال ألا يرى أنها تثبت بالنسبة فى كتاب القاضى الى القاضى مثلا فكيف يلحق بهما

عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما اذا ماتوا أو غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت (قال ولا المملوك) لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره

فلم تقع ضرورة الى اهدار هذه التهمة بخلاف وطء الاعمى زوجته وأمته فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاهدرت دفعا للحرج عنه والا كتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود على أن الاشارة تقع الى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الالحاق بالحدود من جهة أن شهادة الاعمى لا تقبل فيها بالاجماع بل ما تقدم يكفي اذ الرد بتهمة ما في الحدود لا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لان تلك يحتاط في درء الحكم فيها وأما الاستدلال بما ورد عن علي رضي الله عنه أنه رد شهادة الاعمى فيقول أبو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فجاز كونه كان في حد ونفيه وقيد في الذخيرة قول أبي يوسف بما اذا كانت شهادته في الدين والعقار أما في المنقول فاجمع علماؤنا أنها لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي الى القاضي فان الشهود لا يشيرون الى أحد وتقبل وأجيب بان الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون لو رأيناه عرفناه والاعمى لا يعرفه اذ لو رآه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وأيضا فنقول كتاب القاضي الى القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا قال فلو أدى بصيرا ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده أي عند القضاء لانها انما تراد للقضاء فما يمنع الاداء يمنع القضاء والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الاداء فيمنع القضاء وأبو يوسف قاسه بما اذا غاب الشاهد بعد الاداء قبل القضاء أو مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبالغيبة ما بطلت بخلاف العمى فانه مبطل لها وفي المبسوط انه لا تجوز شهادة الاخرس باجماع الفقهاء لان لفظة الشهادة لا تتحقق منه ونقض بان الاصح من قول الشافعي رحمه الله تقبل اذا كانت فيه اشارة مفهومة وبقولنا قال مالك وأحمد وهو قول للشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الاشارة فهو أولى بعدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما تتحقق التهمة في نسبته وهنا تتحقق في نسبته وغيره من قدر المشهود به وأمور أخر (قوله ولا تقبل شهادة المملوك) أي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال أحمد تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول أنس بن مالك رضي الله عنه وهو قول عثمان البتي واسحق وداود وعن علي رضي الله عنه تقبل على مثله لا الاحرار والمعول عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو الا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى لا لنقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع وأما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخاري في صحيحه وقال أنس رضي الله عنه شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا وأجازه شريح وزرارة بن أبي أوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده وأجازه الحسن وابراهيم وقال شريح كلكم بنو عبيد واما ما الى هنا لفظ البخاري ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وهو قول مالك والشافعي وأحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل أن يتفرقوا وروي ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنه والوجه أن لا تقبل لنقصان العقل والتمييز وربما يقدم لعلمه بعدم التكليف * فروع اذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فاداها بعد العتق قبلت كالصبي اذا تحمل فاداى بعد البلوغ وكذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم أسلم فاداى جاز

(قال المصنف ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية) أقول الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل باب عزل الوكيل والعبد محجور اكان أو مأذونا (قوله تجوز وكالته فتامل في جوابه

(ولا المحدود فى قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا) ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافى القبول فى وقت ما وأن معنى قوله لهم أى للمحدودين فى القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا فى قذف ولانه يعنى رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل (قوله بخلاف المحدود فى غير القذف) جواب عما يقال المحدود فى القذف فاسق بقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود فى غير القذف ووجه ذلك أن رد الشهادة ان كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت كالمحدود فى غير القذف وأما اذا لم يكن كذلك كالمحدود فى القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الحكم الثابت له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا الا النهى عن القبول وقال الشافعى رحمه الله تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى النائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا الا الذين تابوا والجواب أنه منصرف الى ما يليه وهو قوله وأولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبى وهو اخبارى

(ولا المحدود فى قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود فى غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعى رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى النائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون

(قوله ولا المحدود فى قذف وان تاب) وقال الشافعى ومالك وأحمد تقبل اذا تاب والمراد بتوبته الموجبة لقبول شهادته أن يكذب نفسه فى قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان فى قول يعتبر لقوله تعالى الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا وقيل لا لان عمر رضى الله عنه قال لابى بكرة تب أقبل شهادتك وقد يجاب بان أبا بكرة كان من العباد وحاله فى العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة بالكذب نفسه وأصله أن الاستثناء فى قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة أو الى الكل والمسئلة محررة فى الاصول وهى أن الاستثناء اذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف الى الكل أو الى الاخيرة عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلاث جمل هى قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا أنه داخل فى حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأبيد أما المناسبة فلان رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه كما أنه ألم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم جلد مائة وتغريب عام فانه لا يناسب الحد لانه ربما يصلح مانعا فى المستقبل من فعله والتغريب سبب لزيادة الوقوع لانه لغربته وعدم من يعرفه لا يستحى من أحد يراقبه فاذا فرض أن له داعية الزنا أوسع فيه وكذا قيد التأبيد لا فائدة له الا تأبيد الرد والا لقال ولا تقبلوا لهم شهادة وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لان الرد على ذلك التقدير ليس الا للفسق ويرتفع بالتوبة فلا معنى للتأبيد على تقدير القبول بالتوبة وأما رجوع الاستثناء الى الكل فى قوله تعالى فى المحاربين أن يقتلوا أو يصلبوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم حتى سقط عنهم الحد فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة أعنى قوله تعالى ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل أن تقدروا عليهم فائدة للعلم بان التوبة تسقط العذاب ففائدة قوله تعالى من قبل أن تقدروا عليهم ليس الا سقوط الحد وهذا انما نقول بعود الاستثناء الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى الكل فاما اذا اقترن به عاد اليها كما يقول هو ان عوده الى الكل اذا تجرد عن دليل عوده الى الاخيرة فقط ولو اقترن به عاد اليها فقط وحينئذ فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقترن بما يوجب أن الرد من تمام الحد فكان قياسا فى مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة ينفى الفائدة لانه معلوم شرعا أن التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لانا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بايراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه وكون آية أخرى تفيده لا يضر للقطع بان طريق القرآن تكرار الدوال خصوصا اذا كان مطلوب التأكيد كاقيموا الصلاة وقد تكرر قوله تعالى الا الذين تابوا لذلك الغرض ففى آية الا الذين تابوا الى قوله فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم وفى أخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى

(قوله وان معنى الى قوله عن كونه محدودا فى قذف) أقول لعل مراده أن نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ فمعنى الآية ولا تقبلوا شهادتهم لكونهم محدودين فى القذف وفى التوبة لا تزول هذه العلة فكذا معلولها قال المصنف (ولانه من تمام الحد) أقول دليل على المدعى مع قطع النظر عن لفظة أبدا بخلاف الدليل الاول (قال المصنف لان الرد للفسق) أقول لا لانه من تمام الحد (قوله اذا الحكم الثابت له التوقف الخ) أقول فيه تأمل اذ لا منافاة بين التوقف والنهى عن القبول وسيجىء فى شهادة أهل الذمة فى هذا الباب ما يؤيد ما قلنا

فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر وهو يؤكد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان اذذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض ظاهر سلمناه لكنه كان أبدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا أولى دفعا للمحذورات وتمام الكلام على هذا المبحث يقتضي مطالعة تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة قوله (ولو حد الكافر) يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا أسلم جازت شهادته مطلقا الان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحد في القذف كان رد شهادته من تتمة حده و بالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة الا ما كان بعد العتق فجعل رد ها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام و بين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه الى حصول أهلية الشهادة ولم يجعل (٣٠) الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه واعترض على كلام المصنف بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة أيضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد وأما اذا قذف الكافر مسلما ثم أسلم فحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا والجواب أن فائدته تطبيق المسئلتين في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج الى الفرق وأما أن الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما أنها لا تقبل قبله فلا منافاة فيه قال

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لان للكافر شهادة فكان رد ها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حد ثم أعتق لانه لا شهادة للعبد أصلا فتمام حده يرد شهادته بعد العتق

فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيأ وفي أخرى الا من تاب الى قوله تعالى فأولئك يبدل الله سيآتهم حسنات ومواضع أخرى عديدة ولم يسع أن يقال في أحدها قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة في هذا الامن أقدم على الكفر والعياذ بالله تعالى وانما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فعسى أن لا يسمعه بعض الناس فاذا تعددت مواضعه فمن لم يسمع تلك الآية سمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع أخرى فكان في تعدادا فادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفوه لا نحصي ثناء عليه وأما ما عن عمر رضي الله عنه أنه قال لابي بكرة تب أقبل شهادتك فني ثبوته نظر لان راويه عمر و بن قيس ولو تكافا النظر في ذلك كان معارضا بما قاله لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا بقرابة وقد قدمنا عنه عليه السلام من رواية ابن أبي شيبة قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وبقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وهكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهم قال المصنف (أو هو استثناء منقطع) وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا فان الله غفور رحيم أي يغفر لهم و يرحمهم واذا كان الرد من تمام الحد لكونه مانعا أي زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله أي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما له وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا أنه اذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته (قوله ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة) في

الجملة

(قوله فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي الخ) أقول أي بمعنى فسقوا فتقدير الكلام حينئذ فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وفسقوهم ويكون ايثار صيغة الاخبار للمبالغة (قوله كما في قوله وبالوالدين احسانا) أقول حيث أوّل بأحسنوا (قوله سلمناه لكنه كان اذذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة) أقول لا يلزم من كونه جزاء أن يكون حدا فان الحد هي العقوبة المقدرة وعدم قبول الشهادة ليس كذلك مع أن أصل الحد هنا يسقط بعفو المقذوف واحلاله المشار اليه بقوله تعالى وأصلحوا فان من جملة الاصلاح الاستحلال أشير اليه في التلويح (قوله لكنه كان أبدا مجازا الخ) أقول فيه بحث فانه باق على حقيقته في حق غير التائب الذي هو الباقي بعد التنيا والنهي عن القبول بالنسبة الى شهادتهم فليتامل (قال المصنف أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن) أقول قال العلامة النسفي في الكافي لان التائبين ليسوا من الفاسقين فكان معناه ولكن الذين تابوا فان الله يغفر لهم ذنوبهم و يرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله انتهى وفي قوله لان التائبين الخ بحث ظاهر اذ له ان يقول الاستثناء من قوله أولئك وهو الظاهر كما في أمثاله (قوله في الاستدلالات الفاسدة) أقول في باب وجوه الوقوف على أحكام النظم (قوله والقذف موجب في حق الاصل) أقول أراد من الاصل الجلد

(ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه وأجداده) والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة قال العبد الضعيف

الجملة فكان ردها من تمام شهادته وبالاسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم أعتق لا تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد الى أن أمكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام أجيب بان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا أصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا باقامته أصلا لان القدرة شرط التكليف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه أما قذف العبد فوجب حال صدوره للحد غير أنه لم يمكن تمامه في الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق قال في المبسوط بعد أن ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي يقبل فيها خبر المحدود في القذف في الديانات أما على رواية المنتقى أن لا تقبل فالفرق أن الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حد ثم أعتق لانه لو لم يحد حتى أعتق فحد لا تقبل أيضا ولكن وضعه كذلك لانه سيق لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلما ثم أسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا أقيم أكثره تسقط اذا ضرب سوطا لان من ضرورة ذلك القدر الحكم شرعا بكذبه (قوله ولا شهادة الوالد) وان علا لولده وان سفل (ولا شهادة الولد لابويه وأجداده) أما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له قال المصنف والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهذا الحديث غريب وانما أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيده انتهى وقال ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان به وأخرجا نحوه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاف وهو أبو بكر الرازي الذي شهد له أكابر المشايخ انه كبير في العلم رواه بسنده الى عائشة رضي الله عنها ثنا صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح أمر الشريك وذكر المصنف أيضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه أبو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه وشهادة القانع باهل البيت وأجازها لغيرهم قال أبو داود الغمر الشحناء وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه أحمد قال في التنقيح محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الائمة وقد تابعه غيره عن سليمان

(قوله لا تقبل شهادة الوالد الخ) أقول ومالك يخالفنا في قرابة الولاد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم كذا في النهاية والكافي وشرح الكنز للزيلعي وقال العلامة الكاكي في معراج الدراية ما وجدت هذا في الكتب المشهورة لاصحاب مالك رحمهم الله (قال المصنف أو تتمكن فيه الشبهة) أقول فيه كلام وفي بعض النسخ أو تتمكن فيه التهمة أي تهمة الميل وهي المراد بالشبهة

(ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه وأجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره) قيل ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق أحد وأجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن يتمكن فيه شبهة قال المصنف رحمه الله

والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضررا لنفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزة

ورواه عن عمرو بن شعيب الحجاج بن أرطاة في ابن ماجه وآدم بن فائد في الدارقطني ولم يذكر فيه القانع وأخرج الترمذي عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذي غمر على أخيه ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع باهل البيت ولا ظنين في ولاء ولا قرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال أبو عبيد الغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعني ويطلب معاشه منهم والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع وان كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما أولى بالرد لان قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه ولا ظنين في ولاء ولا قرابة وان كان راويه مضعفا اذ ليس الراوي الضعيف كل ما يرويه باطل انما يرد لتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن رضي الله عنه حين شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنه فقال علي أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ائت بشاهد آخر فقيل عزله ثم أعاده وزاد في رزقه فقيل رجع علي رضي الله عنه الى قوله وقوله والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضررا لنفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وقد ذكرناه وفي الخلاصة والتلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله وليس له أجرة معلومة وقيل المراد بالاجير الاجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة لانه اذا كانت اجارته على هذا الوجه دخلت منفعته التي هي الاداء في أجرته فيكون مستوجبا الاجر بها فيصير كالمستأجر عليها الان العقد وقع موجبا تمليك منافعه ولهذا يستحق الاجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل بخلاف الاجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستأجر لان العقد لم يقع موجبا تمليك منافعه بل وقع على عمل معين له ولهذا لا يستحق الاجرة حتى يعمل فافترقا وفي العيون قال محمد رحمه الله في رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس أن لا تقبل ولو كان أجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا له قبل أن يقضي فاني أبطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم أعاد الشهادة جازت كالمرأة اذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز وما في زيادات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير حمل على الاجير المشترك كما حمل ما في كتاب كفالة الاصل لا تجوز شهادة الاجير على الاجير الخاص لما في نوادر ابن رستم قال محمد لا أجيز شهادة الاجير مشاهرة وان كان أجير مشترك قبلت شهادته اه وأما شهادة الاستاذ للتلميذ والمستأجر للاجير فمقبولة لان منافعهما ليست بمملوكة للمشهود له (قوله ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) ولو كان المشهود له من الزوجة أو الزوج مملوكا وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك وأحمد وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله لوجوب نفقتها

(قوله من القنوع) أقول لامن القناعة

والايدى متميزة) أى يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة فى ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا يقتضى من أحدهما للآخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته فى حق صاحبه كالاخوين وأولاد العم وغيرهم لا يقال فى قبول شهادة أحدهما للآخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدى بل حصل فى ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا (ولنا مارويناه) من حديث عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته (ولان الانتفاع متصل) ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت أنها تحل لى لا يحد (وهو) أى الانتفاع (هو المقصود) من الاموال (فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما) فى شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة (قوله بخلاف شهادة الغريم) جواب عما ذكره الشافعى ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الزوج فانه لكونه قواما عليها هو الذى يتصرف فى مالها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر أمر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان قال (ولا شهادة المولى لعبده الخ) لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما أن يكون على العبد دين أولا فان كان الاول فهى له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم فى دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثانى فهى له من كل وجه لان العبد وما يملك لمولاه (ولا) تقبل شهادة المولى (لمكاتبه لما قلنا) من كون الحال موقوفا مراعى

والايدى متميزة ولهذا يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لشبوته ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا مارويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به (ولا شهادة المولى لعبده) لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين أو من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى (ولا لمكاتبه) لما قلنا

وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة وجه الشافعى أن الاملاك بينهما متميزة والايدى متميزة أى كل يد فى حيز غير حيز الاخرى فهى ممنوعة عنه من حاز الشئ منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجرى بينهما القصاص والحبس بالدين ولا معتبر بما بينهما من المنافع المشتركة لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح لانه لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما يثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم أنه يشاركه فى منفعته ولنا مارويناه من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته وقد سمعت انه من قول شريح ومرفوع من رواية الخصاف ولو لم يثبت فيه نص كفى المعنى فيه والحاقه بقرابة الولاد فى ذلك الحكم بجامع شدة الاتصال فى المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر ولذا قال تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضى الله عنها بل ربما كان الاتصال بينهما فى المنافع والانبساط فيها أكثر مما بين الآباء والاولاد بل قد يعادى أبويه لرضا زوجته وهى لرضاه ولان الزوجية أصل الولاد لان الولادة عنها تثبت فيلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا بخلاف القصاص لان بعد الموت لا زوجية وفى المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعى ولا بائن لقيام النكاح فى بعض الاحكام ولو شهد أحدهما للآخر فى حادثة فردت فارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة تقبل بخلاف ما لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا وأعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى الاصح لان القاضى لما ردها صار مكذبا فى تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبى اذا ردت ثم أعتق وأسلم وبلغ وأعادها تقبل وبه قال الشافعى وأحمد وقال مالك وهو رواية عن أحمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا رد شهادتهم لعدم الاهلية لا للتهمة الكذب وهى كافية فى الرد فاذا صاروا أهلا تقبل ولو قيل الرد فى الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل لمجرد تهمته به وبالاعادة فى العدالة ترتفع تهمة كذبه فى تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب فصار الحاصل كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى الا العبد اذا شهد فرد والكافر والاعمى والصبى اذا شهد كل منهم فرد ثم أعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا فى تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لام امرأته وأبيها ولزوج بنته ولامرأة ابنه ولامرأة أبيه ولاخت امرأته (قوله ولا شهادة المولى لعبده) لما تقدم من رواية الخصاف ولانه

(٥ — فتح القدير سادس)

(قال المصنف والايدى متميزة) أقول قال ابن الهمام أى يد كل منهما فى حيز غير حيز الاخرى فهى مجموعة عنه من حاز الشئ جمعه فلا اختلاط فيها انتهى وفى القاموس وغيره تحوز وتحيز بمعنى تنحى انتهى وهذا المعنى هو الانسب هنا (قوله بخلاف الرجل لكونه قواما) أقول وبخلاف المرأة فان لها حق الاخذ للنفقة والظفر ليس موهوما

لانه ان أدى بدل الكتابة صار أجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير منجزئة اذ هي شهادة واحدة (ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة) قيل هذا اذا كانا شريكي عنان أما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه قال (وتقبل شهادة الاخ لاخيه الخ) تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الاملاك ومنافعها (ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالردى من الافعال) أي التمكن من اللواطة (فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية) لارتكابهما المحرم طمعا في المال (٣٤) والدليل على الحرمة نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني للهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المرأة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيدها هنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل

(ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة (وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه) لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال (ولا تقبل شهادة المخنث) ومراده المخنث في الردى من الافعال لانه فاسق فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائحة ولا مغنية) لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية

شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين ومن وجه اذا كان ولان الحال أي حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين موقوف مراعى بين أن يصير للغرماء بسبب بيعهم المال في دينه وبين أن يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب وهو قول الائمة الثلاثة وقوله لما قلنا يعني من أنه شهادة لنفسه من كل وجه أو من وجه وفي المبسوط وكذا لا تقبل شهادة أبي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه وكان مقتضى القياس أن تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيده لكن منعوه للنص السابق ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير أن هذا لا يتحقق في الشريك المفاوض لان كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما وينبغي أن تزاد الشهادة بما كان من طعام أهل أحدهما أو كسوتهم لانه لا شركة بينهما فيه (قوله وتقبل شهادة الأخ لاخيه وعمه) قيل بلا خلاف لكن قال شمس الائمة في شرح أدب القاضي من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة لانه لا بسوطة وليس مظنة لزومة للالف بل كثيرا ما يكون بينهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرهما كالاخ تقبل فيه الشهادة (قوله ولا تقبل شهادة المخنث ومراده المخنث في الردى من الافعال) وهو التشبه بالنساء تعمد الذلك في تزيينه وتكسير أعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية روى أبو داود باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو أقبح من ذلك فاما الذي في كلامه لين خلقة وفي أعضائه تكسر خلقة فهو عدل مقبول الشهادة (قوله ولا نائحة ولا مغنية) هذا لفظ القدوري فاطلق ثم قال بعد ذلك ولا من يغني للناس

(قوله قيل هذا الخ) أقول أي قبول شهادة الشريك وهذا القيل لصاحب النهاية (قوله هذا اذا كانا شريكي عنان الخ) أقول فيه بحث لانه اذا كان ما عداها مشتركا يدخل في عموم قوله فيما هو من شركتهما ويدخل الحدود والقصاص والنكاح في قوله ما ليس من شركتهما فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضا فلا وجه للاخراج فتأمل الا أن تخصر بالاملاك بقرينة السياق ثم ان قوله لان ما عداها مشترك بينهما غير صحيح فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط (قال المصنف فانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين الخ) أقول أي صوت المغنية بتقدير المضاف أو يكون من قبيل عيشة راضية (قوله فان رفع نفس الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيدها هنا) أقول فيه بحث لان المراد بالمغنية التي اتخذت ذلك مكسبا فلا حاجة الى التقييد ولكون المراد هو ذلك علله الشارح بقوله لارتكابهما المحرم طمعا في المال فما أسرع ما نسي ثم ما ذكره جار في النوح بعينه فما باله لم يكن مسقطا للعدالة اذا ناحت في مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منهما في مسئلة الزيادات من كان التغني مكسبه فليتأمل

فورد

(ولامدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه) والمراد به كل من أدمن على شرب شئ من الاشربة المحرمة خمرا كانت أوغيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته تقبل الشهادة وان كان كبيرة (ولامن يلعب بالطيور لانه يورث غفلة لايؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة) ثم هو مصر على نوع لعب (ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطيير طيره) وذلك فسق فأما اذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الااذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلا للحرام وفي بعض النسخ ولامن يلعب بالطنبور وهو المغنى فهو مستغنى عنه بقوله ولامن يغني للناس فانه أعم من أن يكون معه آلة لهو أولا وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لازالة وحشته لابأس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف (٣٥) وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

(ولامدمن الشرب على اللهو) لانه ارتكب محرم دينه (ولامن يلعب بالطيور) لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولامن يلعب بالطنبور وهو المغنى (ولامن يغني للناس) لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة

فو ردأنه تكرار لعلم ذلك مما ذكر من قوله مغنية والوجه أن اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال ألا ترى اذا قيل ما حرفته اوما صناعته يقال مغن كما يقال خياط أوحداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير أنه خص المؤنث به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله النائحات لعن الله المغنيات ومعلوم أن ذلك لوصف التغني لالوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة لان الحكم المترتب على مشتق انما يفيد أن وصف الاشتقاق هو العلة فقط لامع زيادة أخرى ثم هو من المرأة أفحش لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على أن التغني للهو أولجمع المال حرام بلاخلاف ومثل هذا اللفظ النائحة صار عرفا لمن جعلت النياحة مكسبة وحينئذ كأنه قال لاتقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها الامن لم يكن ذلك صناعته ولذا علله في الكتاب بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغناء في حقهن مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام فلذا أطلق في قوله مغنية وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ولايخفى أن قوله من يغني للناس لايخص الرجال لان من تطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لايوجب خصوصه بالرجال لما عرف أنه يجوز في ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وان كان المعنى على التأنيث فكيف اذا كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضي أن التغني مطلقا حرام وان كان مفاده بالذات أن الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا أن كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لايسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لايكره وقيل ولايكره اذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان وقيل ولايكره لاستماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب أن في التغني

وأصل ذلك ماروى عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك

(قوله ولامدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه) أقول فيه بحث لان الظاهر من تعليل المصنف بقوله لانه ارتكب محرم دينه وقوله ولامن يأتي بابا من الكبائر الخ ان مراده غير الخمر وأما في الخمر فلا يشترط ماذكر على ما اختاره الخصاف فتأمل فان للكلام مجالا واسعا (قوله وهو مستغنى عنه الخ) أقول فيه بحث لان كثيرا من الناس يلعب بالطنبور ولا يغني قال ابن قدامة المغني في الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالمزمار سواء كان من عود أوقصب كالشبابة أوغيره كالطنبور والعود والمعزفة لما روى أبو أمامة انه صلى الله تعالى عليه وسلم قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لانه مطرب مصد عن ذكر الله تعالى والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور بكره (قوله وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية الخ) أقول لانفهام حكم الرجال تبعا على عكس ماهو الاصل وفيه بحث (قوله لانها كانت على الاطلاق) أقول فيه بحث (قوله واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس الخ) أقول فيه بحث فان ذلك التعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الاسلام فان اجتماعهم للاستماع وان يكون الاستماع كذلك وذلك يكون المسموع كبيرة

لاسماع نفسه ولدفع الوحشة خلافا بين المشايخ منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه أخذ شمس الائمة السرخسي رحمه الله ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الاسلام ويحمل حديث البراء بن مالك انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا بأس به ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسلة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك فجاز أن يكون المصنف رحمه الله قائلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رحمه الله الا انا عرفنا من هذا أن التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج اليها والدويرات والحانات والهجاء لمسلم أو ذمي اذا أراد المتكلم هجاءه لا اذا أراد انشاد الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ما سلف في كتاب الحج من انشاد أبي هريرة رضي الله عنه وهو محرم

قامت تريك رهبة أن تهضما * ساقا بخنداة وكعبا أدرما

وانشاد ابن عباس رضي الله عنهما * ان يصدق الطير ننك لميسا * لان المرأة فيهما ليست معينة فلولا أن انشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقله الصحابة ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم

وما سعاد غداة البين اذ رحلوا * الا أغن غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت * كأنه منهل بالراح معلول

وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه النبي صلى الله عليه وسلم منه ولم ينكره في قصيدته التي أولها

تبلت فؤادك في المنام خريدة * تسقي الضجيع ببارد بسام

فأما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز

سقاها بغابات خليج كأنه * اذا صافحته راحة الريح مبرد

يعني سقى تلك الرياض وقوله

وترى الرياح اذا مسحن غديره * صقلنه ونفين كل قذاة

ما ان يزال عليه ظبي كارعا * كتطلع الحسناء في المرآة

فلا وجه لمنعه على هذا نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغني والله أعلم وفي المغني الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته وفي مغني ابن قدامة الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى أبو أمامة انه عليه السلام قال ان الله تعالى بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره غيره لما عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيره عمد بالدرة وفي الاجناس سئل محمد بن سماعة عن الذي يترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته وأما القراءة بالالحان فأباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذوائها فمباح والا فغير مباح كذا ذكر وقد قدمنا في باب الاذان ما يفيد أن التلحين لا يكون الا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل ونقلنا هناك عن الامام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد أجاب بالمنع ما اسمك قال محمد فقال أيعجبك أن يقال لك يا موحامد هذا وأما النائحة فظاهر أنها أيضا في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فأما اذا ناحت لنفسها فصرح

فى الذخيرة قال لم يرد النائحة التى تنوح فى مصيبتها بل التى تنوح فى مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها ارتكبت معصية وهى الغناء لاجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لاجل ذلك وهو أيسر عليها من الغناء والنوح فى مدة طويلة ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخرى الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أولا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية وهما فى صحيح البخارى ولا شك أن النياحة ولو فى مصيبة نفسها معصية لكن الكلام فى أن القاضى لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل الى القاضى فانما فيد بكونها للناس لهذا المعنى والا فهو يرد عليه مثله فى قوله ولا مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الاشربة المحرمة خمرا أو غيره ولفظ محمد رحمه الله فى الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد من الاشربة المحرمة التى ليست خمرا فقال هذا الشارح يشترط الادمان فى الخمر وهذه الاشربة يعنى الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاف فى شرب الخمر الادمان لكن نص عليه فى الاصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب فى تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ فى توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من شرب هذه الاشربة سرا لا تسقط عدالته ولم يتنفس فيه بكلمة واحدة فكذا التى ناحت فى بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس وانظر الى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا ادمان فانما أراد انه اذا أدمن حينئذ يظهر انه مرتكب محرم دينه فترد شهادته بخلاف التى استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذى يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان فى رد شهادته وصرح بان الذى يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بنيته وهو أن يشرب ومن نيته أن يشرب مرة أخرى وهذا هو معنى الاصرار وأنت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتى بابا من أبواب الكبائر التى يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير توقف على نية أن يشرب ولان النية أمر مبطن لا يظهر للناس والمداراة التى يتعلق بوجودها حكم القاضى لا بد أن تكون ظاهرة لا خفية لانها معرفة والخفى لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان العدالة لا يتوقف فى الكبائر على الاصرار بل أن يأتيها ويعلم ذلك وانما ذلك فى الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك وأما من يلعب بالطيور فلانه يورث غفلة وهذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يقف على عورات النساء لصعود سطحه ليطير طيره وهذا يقتضى منع صعود السطح مطلقا الا أن يراد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فان الداعية الى الشئ كالحرب فى اقتضاء المواظبة عليه كما فى لعب الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم ربما يستمرون النهار والليل لا يسألون عن أكل ولا شرب وهذا من أظهر وجه على انه من دواعى الشيطان والاوجه أن اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب فى الغالب اجتماعا مع أناس أراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفى تفسير الكبائر كلام فقيل هى السبع التى ذكرت فى الحديث وهى الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم أكل الربا وأكل مال اليتيم وفى البخارى عنه عليه السلام اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن فذكرها وفيها السحر وأكل الربا وأكل مال اليتيم وفيه عنه عليه السلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد أيضا منها السرقة وورد فى الحديث من جمع بين صلاتين

قال (ولا من يأتي بابا من الكبائر الخ) من أتى بشئ من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد أو قتل وقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف (٣٨) وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر

(ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد) لفسق قال (ولا من يدخل الحمام من غير مئزر) لان كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج) لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل أن يكون آكل الربا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا

من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبتت حرمته بنص القرآن وقيل ما كان حراما لعينه ونقل عن خواهر زاده أنها ما كان حراما محضا مسمى في الشرع فاحشة كالمواظبة أو لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع اما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق أو الوعيد بالنار في الآخرة كأكل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا أولى وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الاصحاب وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بان الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وانما بنوا على ثلاثة معان أحدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والثاني أن يكون فيه منابذة المروءة والكرم وكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة والثالث أن يصر على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضا وما في الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر الغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله عن أدب القاضي لعصام وعليه المعول غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور فلهذا شرط في شرب الخمر والسكر الادمان والله سبحانه وتعالى أعلم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط وكذا الاعانة على المعاصي والحث عليها من جملة الكبائر (قوله ولا من يدخل الحمام بغير مئزر لان كشف العورة حرام) وفي الذخيرة اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك وأما ما ذكر الكرخي أن من مشى في الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه مخل بالمروءة (قوله أو يأكل الربا الى قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة) أما أكل الربا فكثير أطلقوه وقيده في الاصل بأن يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر ما نعا لم يقبل شاهد لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم دائما منه وقيل لان الربا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على امكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لا بد من كونه كذلك بخلاف أكل مال اليتيم حيث ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به وهذا أقرب ومرجعه الى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان وأما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور منه يكفي كونه مرتكبا محظورا دينه ألا ترى الى ما قال أبو يوسف اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعد أن يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص

الكتاب

(قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق) أقول قال الكاكي في معراج الدراية واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالاجماع اذا كان مداوما عليه أو يقامر أو تفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف بالكذب والباطل اه ففي قول الاكمل اذا انضم اليه أحد أمور ثلاثة بحث

(ولا من يفعل الافعال المستحقرة) وفي نسخة المحتقرة وفي أخرى المستقبحة وفي أخرى المستخفة وفي أخرى المستخفة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة (كالبول والاكل على الطريق لان فيه ترك المروءة واذا كان لا يستحي من مثل ذلك) فالظاهر أنه (لا يمتنع عن الكذب) فكان متهما

قال (ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق) لانه تارك للمروءة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وأما الاول فالربا يختص بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل أو نسيئة بل أكثر ما كانوا عليه ونزلت آية الربا بسبب اقراضهم المقدار كالمائة وغيره بأكثر منه أو الى أجل فان لم يقبضه فيه أربى عليه فتزيد الكمية وهذا هو المتداول في غالب الازمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لا يتفق ذلك أصلا أو الا قليلا وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا انه بمرة وأنت تعلم أنه لا بد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكأنه بمرة يظهر لانه يحاسب فيعلم انه استنقص من المال والحاصل أن الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير أن القاضي لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك ولذا نقول اذا علم أنه يلعب بالنرد ترد شهادته سواء قامر به أو لم يقامر لما في حديث أبي داود من لعب بالنرد شير فقد عصى الله ورسوله ولعب الطاب في بلادنا مثله لانه يرمي و يطرح بلا حساب واعمال فكر وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أولا فأما الشطرنج فقد اختلف في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام أحمد لما رويناه فانه قد قيل ان النردشير هو الشطرنج ولما سيأتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله عليه الصلاة والسلام كل لهو المؤمن باطل الا ثلاثة تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله ورواه أبو داود عن عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام ليس من اللهو الا ثلاث تأديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتأخير صلاة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجردا مساغ لم تسقط العدالة به وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلاتيانه الامور المحقرة ولا تقبل شهادة أهل الشعبذة وهو الذي يسمى في ديارنا دكا كا لانه اما ساحر أو كذاب أعني الذي يأكل منها و يتخذها مكسبة فأما من علمها ولم يعملها فلا وصاحب السيما على هذا

(قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة) وفي بعض النسخ المستقبحة وفي بعضها المستخفة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستخفة بفتح الخاء وكسرها أي التي يستخف الناس فاعلها أو الخصلة التي تستخف الفاعل فيبدو منه ما لا يليق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفنك الذين لا يوقنون وذلك (كالاكل على قارعة الطريق) يعني بمرأى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة و بعض من لا يستحي من الطلبة والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه أن يشهد بالزور وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت وعن الكرخي لو أن شيخا صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخف وأما أهل الصناعات الدنيئة كالكساح وهو الذي يسمى في عرف دار مصر قنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي وأحمد ووجه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورأيت أكثر مخلف الوعد السمكري والاصح تقبل لانها قد تولاها قوم صالحون فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع خلفهم فلا يقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة بائع الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فأما اذا كان يبيع الثياب و يشتري منه الاكفان فتقبل

(قوله سوى المستخفة الخ) أقول أي الافعال التي تكون سببا لنسبة صاحبها الى السخف ورقة العقل ثم أقول يمكن أن يكون المستخفة بالتخفيف على وزن المفعول كالمستندة بفتح النون من السخف والسين حينئذ تكون أصلية وأما المستخفة بالتشديد على صيغة المفعول كالمستقرة بفتح القاف فالسين فيها زائدة (قال المصنف واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب) أقول قال العلامة الكاكي وفي المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لانهم يكذبون كثيرا فاما من كان عدلا منهم تقبل شهادتهم اه وفيه لا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف وفي مناقب أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان أفرط في البخل لا تقبل قال الزيلعي وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والاقارب اه

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) وهم الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة (لظهور فسقه) وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال لا أقبل شهادة من سب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يبرأ منهم وفرقوا بان اظهار سبه لا يأتي به الا الاسقاط السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقد دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه (وتقبل شهادة أهل الاهواء الا الخطابية) منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان أصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثنى عشر فرقة (وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادتهم لانه أغلظ وجوه الفسق) اذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي (ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد) وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كمن في شرب المثلث أو شافعي أكل متروك التسمية عامدا معتقدا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم أن عليا الاله الاكبر وجعفرا الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيأ على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم والخوارج

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الاهواء الا الخطابية) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم

لعدم تمنيه الموت للناس والطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى فلان أو باع أو أجر وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب أحوالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع ليستغنوا عن الكتابة اذا صدر المعنى بعدها وردّ بعض العلماء شهادة القروي والاعرابي وعامة العلماء تقبل الا بمانع غيره ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف وفي الحديث ويل للذي يحدث ويكذب كي يضحك منه الناس ويل له وويل له وقال نصير بن يحيى من يشتم أهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان أحيانا تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته وأما في ديارنا فكثيرا يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يدمن باعك ولا من يحلف في كلامه كثيرا ونحوه وحكي أن الفضل بن الربيع شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم ردت شهادته قال لانى سمعته يوما قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذي عندي أن رد أبي يوسف شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت أمرك ممتثلا له على اهانة نفسي في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محظورا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتعلقه لاجل الدنيا فربما يعز هذا الكلام اذا قيل للخليفة فعدل الى الاعتذار بأمر يقرب من خاطره والحاصل فيه أن ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروءة أن لا يأتي الانسان بما يعتذر منه مما ينحسه عن مرتبته عند أهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنيء والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل. وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان أفرط لانه يؤديه الى منع الحقوق (قوله ولا من يظهر سب السلف) كالصحابة والتابعين ومنهم أبو حنيفة رحمه الله وكذا العلماء ونص أبو يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا أظهر سب واحد من المسلمين تسقط عدالته فاذا أظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه لو اعتقده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته ولذا قال أبو يوسف من رواية ابن سماعة لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتيمة مجونة وسفه ولا يأتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبرئ لانه يعتقده دينا مرضيا عند الله وان كان على باطل فالحاصل انه من أهل الاهواء وشهادة أهل الاهواء جائزة (قوله وتقبل شهادة أهل الاهواء) كلهم من المعتزلة والقدرية

(قال المصنف وقال الشافعي لا تقبل لانه أغلظ من وجوه الفسق) أقول عدم قبول شهادة أهل الاهواء مذهب مالك وأبي حامد من الشافعية وأما قول الشافعي فقولنا بلا اختلاف

ترد شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كما قيل أولا ولتمكن التهمة فى شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا أو ثالثا قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الخ) شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت ملهم كاليهودى مع النصرانى وقال ابن أبى ليلى ان اتفقت ملهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على أهل ملة أخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها والجواب أنه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله مالكم من ولايتهم من شئ والعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى (وقال مالك والشافعى لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون) والظالم فاسق (فيجب التوقف فى خبره) لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه وخلاف جنسه (ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولان الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو كذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين فان قيل المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمى فبطل القياس

وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة فى شهادتهم قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت ملهم) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف فى خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ماروى أن النبى عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه

والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة الا الخطابية وهم طائفة من الروافض لاختصوص بدعتهم وهواهم بل لتهمة الكذب لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم وهو الذى ذكره المصنف فمنع قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للامر الاول ومانقله المصنف عن الشافعى هو قول مالك وأبى حامد من الشافعية وأما قول الشافعى فكقولنا بلا اختلاف وجه قول مالك ماذكر أن البدعة فى الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى انه ربما يكفر به كالخوارج فهو أبعد من التهمة به وأما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلى ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفى صحيح البخارى كثير منهم مع اعتماده الغلو فى الصحة مع أن قبول الرواية أيضا مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى وهو أن رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى أبى الخطاب وهو محمد بن أبى وهب الاجدع وقيل محمد بن أبى زينب الاسدى الاجدع وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن على بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناسة (قوله وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض) قيد بالتخريج شهادتهم على المسلم ويدخل فى اللفظ شهادة أهل ملة منهم على أهل ملة أخرى وقد نص عليه بقوله وان اختلفت ملهم احترز به عن قول ابن أبى ليلى وأبى عبيد انها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودى على النصرانى وعكسه (وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تقبل أصلا لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون) ووقع فى كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفى النهاية النسخة المصححة بتصحيح بخط شيخى قال تعالى للكافرين هم الفاسقون اذ الذى فى القرآن والكافرون هم الظالمون (فيجب التوقف فى خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد) بذلك الجامع ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس ذا عدل ولا مرضيا ولانا لو قبلنا شهادتهم لاوجبنا القضاء على القاضى بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شئ بقولهم قال المصنف (ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) قال الامام المخرج غريب وغير مطابق للمدعى وهو أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وان اختلفت ملهم ولو قال أهل الكتاب عوض النصارى وافق وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبى عن جابر بن عبد الله أن النبى

(قوله فانه معطوف على قوله مالكم من ولايتهم من شئ الآية) أقول هذه الآية فى سورة الانفال (قوله فالعطف قرينة يراعى به تناسب المعانى) أقول وللخصم أن يقول القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم وقد ورد نص على عدم القبول

فليتأمل ثم لو صح ماذكر لجاز شهادة المستأمن على الذمى وشهادة مستأمن دار على مستأمن أخرى (قال المصنف قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون) أقول هذا معنى القرآن لان القرآن والكافرون هم الظالمون (قوله أجاز شهادة النصرانى) أقول الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصارى (قوله ولان الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول قال فى النهاية المسلم اذا خطب الى كتابى ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح (قوله فله أهلية الشهادة) أقول لان الشهادة من باب الولاية

فالجواب أن القياس في الذمي كذلك لكن ترك لخلاف الخنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعترض بأن الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة علينا أو مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا يمنع شهادة بعضهم على بعض (قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بأن الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيقتها قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا وأجيب بأن المراد به الاخبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطؤن على كتمان بعثه ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على أحد محظورا اذ هو محظور الاديان كلها وقوله (بخلاف المرتد) (٤٢) جواب عن قوله فصار كالمرتد فانه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل وقوله (وبخلاف شهادة الذمي على المسلم) جواب عن قوله وهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه أن ولايته بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب آخر عن هذا السؤال ولانه يتقول عليه جواب آخر وتقريره سلمنا أن علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول

والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول

صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ومحل الدفيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى وذكر ما رواه أبو داود بهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فأتوه بابني صوريا فنشدهما الله كيف تجدان أمر هذين في التوراة قالا نجد فيها اذا شهد أربعة منهم أنهم أذار أوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما أن ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما قال هكذا وجدته في نسخة علاء الدين بخط يده وهو تصحيف وانما هو فدعا بالشهود كشفته من نحو عشرين نسخة وكذا رواه اسحق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا فدعا بالشهود قال في التنقيح قوله في الحديث فدعا بالشهود فشهدوا زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي أسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه أنه صلى الله عليه وسلم قال ائتوني بأربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما تفرد به مجالد يجري فيه ما ذكرنا من أن الراوي المضعف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك أن رجمه عليه السلام كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما وأجيب به من أن حكمها الرجم بشهادة أربعة اذ هو يوافق ما أنزل اليه فلا بد من كونه بنى على شهادة أربعة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لان القصة كانت فيما بين يهود في محالهم وأماكنهم فهذه دلالة على أن مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وأنت علمت في مسئلة أهل الاهواء أن مراد الآية فسق الافعال لانه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد الا أن شهادتهم على

المسلمين

(قوله فالجواب أن القياس في الذمي الخ) أقول وفيه بحث فان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للذمي على المسلم فكيف يكون القياس في الذمي كذلك ثم لو نقض بشهادة المستأمنين المختلفين دارا حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية بدليل قبول شهادة المتفقين دارا لا يتمشى هذا الجواب اذ لا نص على خلافه فالتعويل على جواب المصنف (قوله والجواب أنه ليس بمرضي) أقول لا يخفى عليك أنه ليس المراد كونه مرضيا من حيث الشهادة والا فليس واحد من الخصوم راضيا للشهادة على نفسه بل كونه مرضيا من حيث أمواله فالاولى أن يجاب بما في سائر الشروح مع أنه مرضي من حيث المعاملات والشهادة منها وجوابه ظاهر (قوله ومن بعدهم على أن الحق ما هم عليه) أقول قوله ومن بعدهم مبتدأ وقوله على أن الحق الخ خبره ثم بقي ههنا بحث فليتأمل (قوله منع لوجود الملزوم) أقول يعني منع لوجود الولاية (قوله وقد مر لنا الخ) أقول مر آنفا (قال المصنف لانه يغيظه) أقول قال الكاكي أي المسلم وفي النهاية للشأن أي الشأن هو أن يسخط الذي قهره اياه

قال (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي الخ) لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال المصنف (أراد بالحربي المستأمن) وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي لم يستأمن على الذمي غير متصورة لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر في دار الاسلام لا يقال يجوز أن يدخل حربي دار الاسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لانه مأخوذ قهرا فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو أعلى حالا منه أي أقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهارا على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لانه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزأ العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لانه لكونه أعلى حالا أقرب الى الاسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن وفيه نظر الان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستأمنين فضم ذلك اليه للعلية في بعض الصور دون بعض الحكم والاول هو الظاهر فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن لا جزأ لعلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتأمل وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال (وتقبل شهادة (٤٣) المستأمنين بعضهم على بعض الخ) المستأمنون في دارنا لا يخلوا اما أن يكونوا من دار واحدة أولا فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث (قوله بخلاف الذمي) جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت ووجهه أن يقال الذمي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم عكسه لكن

قال (ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به والله أعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من أهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من أهل دارنا ولا كذلك المستأمن

المسلمين نسخت بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت على بعضهم بعضا ثم استدل بالمعنى وهو أن الذمي من أهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على أولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد المقيس عليه اذ لا ولاية له أصلا فلا شهادة له ولانه يتقول على المسلم لغيظه بقهره فكان متهما فيه بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى لانه وان عاداه ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التقول عليه ولا يخفى ما فيه اذ مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم يعادي مسلما ثم يشهد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة الا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرهم وأيضا قول الراوي أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل أنه حكاية تشريع قولي فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا نحكم بأحدهما عينا غير أن في هذه خلافا في الاصول ورجح الثاني وهو مسئلة قول الراوي قضى بالشفعة للجار (قوله ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي) أراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا أمان قهرا استرق

تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذمي عليه ولا كذلك المستأمن لانه ليس من أهل دارنا وفيه اشارة الى أن أهل الذمة اذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستأمنين

(قوله لانه مأخوذ قهرا) أقول جواب لقوله لا يقال يجوز الخ (قال المصنف لان الذمي من أهل دارنا) أقول قال الكاكي وانما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لان المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الارث والمال انتهى فلم لا يقال مثل هذا في المستأمنين من دارين مختلفين (قوله لانه لا ولاية له على الذمي) أقول لم لا يكفي كونه من أهل الولاية مطلقا على ما ذكره في الذمي والمسلم من كون القياس قبول شهادته على المسلم (قوله وتقبل شهادة الذمي عليه) أقول لا يستفاد من هذا التقرير ما أراده بل مفاده أن يكون علة كانقطاع الولاية لعدم قبول شهادة المستأمن على الذمي (قوله وفيه نظر لان اختلاف الدارين الخ) أقول لم لا يجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما دارا مع انتفاء كون أحدهما أعلى حالا من الآخر أعني تساويهما في الحال (قوله فان قلت أما يجوز أن يكون علة لقبول الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستأمن عليه (قوله فله الولاية العامة) أقول أنت خبير بأنه مخالف لقوله تعالى ما لكم من ولايتهم من شئ وأيضا مخالف لما نص عليه المصنف آنفا من سلب ولاية الذمي بالاضافة الى المسلم فهذا شرح الكلام بما لا يرضي صاحبه فالاولى أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا

قال (وان كانت الحسنات أكثر من السيآت الخ) واذا كانت الحسنات أكثر من السيآت وذلك بعد أن يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر والاصرار على الصغيرة (٤٤) كبيرة يعتبر غالب أحواله فى تعاطى الصغائر فان كان اتيانه بما هو مأذون فى الشرع أغلب

(وان كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية) هذا هو الصحيح فى حد العدالة المعتبرة اذ لابد من توقى الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان فى اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال (وتقبل شهادة الاقلف) لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا

من الامام بالصغائر جازت شهادته ولا تنقدح عدالته بالمام الصغائر لئلا يفضى الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها (وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختتن) لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ عدلا بل مسلما وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد فى ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده لما روى أن الحسن والحسين رضى الله عنهما ختنا اليوم السابع أو بعد السابع لكنه شاذ

ولا شهادة للعبد على أحد وذلك لان الذمى أعلى من المستأمن لانه قبل خلف الاسلام وهو الجزية فهو أقرب الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمى عندنا لا بالمستأمن وقوله بخلاف الذمى متصل بقوله فان كانوا من دارين يعنى تقبل شهادة الذمى على المستأمن وان كانوا من أهل دارين مختلفين لان الذمى بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمى وانما لا يجرى التوارث بين الذمى والمستأمن لان المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب فى الارث والمال (قوله واذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته) هذا هو معنى المروى عن أبى يوسف فى حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض لامر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصى والمروى عن أبى يوسف هو قوله أن لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضى أبو حازم حين سأله عبيد الله ابن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال أحسن ما نقل فى هذا الباب ما روى عن أبى يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصارى القاضى ثم ذكر ذلك وكان يكفيه الى قوله ومروءته ظاهرة وقول المصنف (فأما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة) يريد الصغيرة ولفظ الالمام وألم قد اشتهر فى الصغيرة ومنه قول أبى خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة

ان تغفر اللهم تغفر جما * وأى عبد لك لا ألما

هكذا أورده العتبى عنه بسنده ونسبه الخطابى الى أمية ونسبة صاحب الذخيرة اياه الى النبى صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر أفراد نص عليها منها ترك الصلاة بالجماعة بعذر كون الامام لا طعن عليه فى دين ولا حال وان كان متأولا فى تركها كان يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والامام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى والاول أوجه وذكر الاسبيجابى من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولابد من كونه فى غير ارادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامير عند قدومه ورد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه فى نفقة طريق مكة كانه رأى منه تضييقا ومشاحة فشهد منه النخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة أو للتفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكاته وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهودا قال المشايخ ان شهد واحد لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عنده باشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين فى ترسيمهم (قوله وتقبل شهادة الاقلف)

(قال المصنف اذ لابد من توقى الكبائر كلها) أقول وفيه بحث ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر سرا وهو قول آخر من أصحابنا فى البدائع ومن أصحابنا من قال اذا كان الرجل صالحا فى أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا شئ من الكبائر غير أنه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهى يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر يكون كبيرة محضة وان كانت للتداوى انتهى ولعل هذا الاخير هو نص الاولى ويفهم ذلك من قوله هذا هو الصحيح فى حد العدالة انتهى فليتأمل (قال المصنف الا اذا تركه) أقول أى الختان المفهوم من الكلام

(و) تقبل شهادة (الخصي) وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانها قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده (و) تقبل شهادة (ولد الزنا) لان فسق الابوين لا يرجع على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما أولى (وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب أن يكون غيره كمثله) والكاف زائدة كما في قوله تعالى ليس كمثله شئ فيهتم قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث به سلمناه لكن لا نسلم أن العدل يختار ذلك أو يستحبه (وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص) قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان يكون امرأة (قال وشهادة العمال جائزة)

(والخصي) لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده (وولد الزنا) لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لانه يحب أن يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال (وشهادة الخنثى جائزة) لانه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة

نص عليه الخصاف قال وتجوز صلاته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لاخوفا من الهلاك وكل من يراه واجبا يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وما عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما أراد به المجوسي ألا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته (قوله والخصي اذا كان عدلا) لانه لا مانع لان حاصل أمره مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن أبي شيبة بسنده ورواه أبو نعيم في الحلية حدثنا اسمعيل بن مسلم عن أبي المتوكل ان الجارود شهد على قدامة أنه شرب الخمر فقال عمر رضي الله عنه هل معك شاهد آخر قال لا قال عمر يا جارود ما أراك الا مجلودا قال يشرب خثنك الخمر وأجلد أنا فقال علقمة الخصي لم أتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني أشهد أني رأيته يتقيؤها فقال عمر ما فاءها حتى شربها فاقامه ثم جلده وأخرجه عبد الرزاق مطولا (قوله وولد الزنا) أي تقبل شهادته في الزنا وغيره اذ لا تزر وازرة وزر أخرى وعن مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل جائزة) اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به بانه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه (قوله وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لان هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملا يكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل

نص عليه الخصاف قال وتجوز صلاته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لا خوفا من الهلاك وكل من يراه واجبا يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وما عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما أراد به المجوسي ألا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته (قوله والخصي اذا كان عدلا) لانه لا مانع لان حاصل أمره مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن أبي شيبة بسنده ورواه أبو نعيم في الحلية حدثنا اسمعيل بن مسلم عن أبي المتوكل ان الجارود شهد على قدامة أنه شرب الخمر فقال عمر رضي الله عنه هل معك شاهد آخر قال لا قال عمر يا جارود ما أراك الا مجلودا قال يشرب خثنك الخمر وأجلد أنا فقال علقمة الخصي لم أتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني أشهد أني رأيته يتقيؤها فقال عمر ما فاءها حتى شربها فاقامه ثم جلده وأخرجه عبد الرزاق مطولا (قوله وولد الزنا) أي تقبل شهادته في الزنا وغيره اذ لا تزر وازرة وزر أخرى وعن مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل جائزة) اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور ما يحكم به بانه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه (قوله وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لان هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عملا يكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل

(قال وشهادة العمال جائزة) قال لخفر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني أبا حنيفة يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق لان أجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم (قوله وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته) لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبي يوسف في الفاسق (لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة) وقيل أراد بالعمال الذين يعملون بايديهم أو يؤاجرون أنفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم أطيب الاكساب قال صلى الله عليه وسلم أفضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فاني يوجب جرحا

(قوله سلمنا لكن لا نسلم أن العدل الخ) أقول فيه بحث اذ لا وجه لهذا الكلام بعد تسليم ما سلمه والجواب أن المسلم هو عدم كون القدح مغيبا بالتحدث يعني سلمنا انه مؤاخذ قبل التحدث فيقدح بالعدالة الا أن المؤاخذة في ارادة ذلك واختياره لا في مجرد الحب الطبيعي ولا نسلم أن العدل يريد ذلك

قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان الخ) اذا شهد رجلان أن أباهما أوصى الى فلان أو شهد الموصى لهما بذلك أو شهد غريمان لهما على الميت دين أو شهد غريمان للميت عليهما دين أو شهد وصيان أنه أوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو اما أن يكون الموت معروفا والوصى راضيا أو لم يكن فان كان الثانى لم يجز فى القياس والاستحسان الا فى الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفى القياس لا يجوز لانها شهادة متهم لعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب

قال (واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا وان أنكر الوصى لم يجز) وفى القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى اذا كان طالبا والموت معروف فيكفى القاضى بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شئ فصار كالقرعة والوصيان اذا أقرا أن معهما ثالثا علك القاضى نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا أنكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصى فتكون الشهادة هى الموجبة وفى الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما فى حقهما (وان شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض دينه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكر لا تقبل شهادتهما) لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهى غير موجبة لمكان التهمة

ما لم يظهر و ينقشع عنه الظلم كالحجاج وقيل أراد ما روى عن أبى يوسف فى الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه و رده شهادة الوزير لقوله للخليفة أنا عبدك يبعد هذه الرواية وقيل اراد بالعمال الذين يعملون و يؤاجرون أنفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم أطيب كسب وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابى والصراف الذى يجمع عنده الدراهم و يأخذها طوعا لا تقبل وقدمنا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الاصناف وضمان الجهات فى بلادنا لانهم كلهم أعوان على الظلم (قوله واذا شهد الرجلان) صورتها رجل ادعى أنه وصى فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما و يربحهما و يقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما الوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع اليه والوصيان لوجود من يعينهما فى التصرف فى المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل ووجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضى شيأ لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شئ و يجوز استعمالها لفائدة غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب فى السفر باحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضى

على القاضى ما لا يمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصى اذا رضى الوصى والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل فى صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفوه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيأ فصار كالقرعة فى كونها ليست بحجة بل هى دافعة مؤنة تعيين القاضى فان قيل ليس للقاضى نصب وصى ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له أجاب بان الوصيين اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا أنكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصى اذ ذاك فكانت هى الموجبة الا فى الغريمين له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على أنفسهما بالمال فثبت الموت فى حقهما باعترافهما وان شهدا أن أباهما الغائب وكل فلانا بقبض دينه فى بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك أو ادعاه لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة تردذلك

(قال المصنف واذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى الى فلان) أقول يقال أوصى اليه أى جعله وصيا وأوصى له بكذا أى جعله موصى له (قال المصنف والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحسانا) أقول قوله والوصى يدعى أى والوصى يرضى هكذا نسخ للبال ثم رأيت فى شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الاسود ما نصه والمراد من الدعوى فى قوله والوصى يدعى هو الرضا اذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضى أن ينصب وصيا اذا رضى هو به انتهى (قوله لانه ليس له نصب ولاية الوصى) أقول الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصى

فى تعيين الانصباء فكذا هذه الشهادة فى هذه الصور لم تثبت شيأ وانما اعتبرناها لفائدة اسقاط تعيين الوصى عن القاضى فان للقاضى اذا ثبت الموت ولا وصى أن ينصب الوصى وكذا اذا كان للميت وصى وادعى العجز وهذه الصور من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيأ وثبت الموت فللقاضى أو عليه أن ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضى بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعى منهما عن التصرف الا أن يكون هو معهما أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخله معهما فينصب القاضى الآخر وفى الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضى لا يملك نصب وصى قبل الموت الا فى شهادة الغريمين المديونين فانه لا يشترط فى اثبات الوصى الذى شهدا له ثبوت الموت لانهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما فى ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعى الوكالة لا تقبل لانه ليس للقاضى ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو أثبت القاضى وكالته لكان مثبتا لها بهذه الشهادة وهى لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكرظهر أن عدم قبول هذه الشهادة ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر أنه لم يثبت بها شئ وانما ثبت عندهما نصب القاضى وصيا اختاروه وليس هنا موضع غير هذا يصرف اليه القياس والاستحسان ولو اعتبرا فى نفس ايصاء القاضى اليه فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن أصحاب المذهب فى الجامع الصغير ليس الا محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله فى شاهدين شهد الرجل أن أباهما أوصى اليه قال جائز ان ادعى ذلك وان أنكر لم يجز وان شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا فى ذلك كله لان القاضى لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهى ليست بموجبة * (فروع) اذا شهد المودعان بكون الوديعة ملكا لمودعهما تقبل ولو شهدا على اقرار مدعيها انها ملك المودع لا تقبل الا اذا كانا ردا الوديعة على المودع ولو شهد المرتهنان بالرهن لمدعيه قبلت ولو شهدا بذلك بعد هلاك الرهن لا تقبل و يضمنان قيمته للمدعى لاقرارهما بالغصب ولو شهدا على اقرار المدعى بكون الرهن ملك الراهن لا تقبل وان كان الرهن هالكا الا اذا شهدا بعد رد الرهن واذا أنكر المرتهنان فشهد الراهنان بذلك لا تقبل وضمنا قيمته للمدعى لما ذكرنا ولو شهد الغاصبان بالملك للمدعى لا تقبل الا اذا كان بعد رد المغصوب ولو هلك فى يدهما ثم شهد المدعى لا تقبل ولو شهد المستقرضان بأن الملك فى المستقرض للمدعى لا تقبل لا قبل الدفع ولا بعده ولو رد عينه وعن أبى يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء اذا شهد المشتريان شراء فاسدا بأن المشترى ملك للمدعى بعد القبض لا تقبل وكذا لو نقض القاضى العقد أو تراضوا على نقضه هذا اذا كان فى يدهما فلو رداه على البائع ثم شهدا قبلت ولو شهد المشترى بما اشترى لانسان ولو بعد التقايل أو الرد بالعيب بلا قضاء لا تقبل كالبائع اذا شهد بكون المبيع ملكا للمدعى بعد البيع ولو كان الرد بطريق هو فسخ قبلت وشهادة الغريمين بأن الدين الذى عليهما لهذا المدعى لا تقبل وان قضيا الدين وشهادة المستأجر بكون الدار للمدعى ان قال المدعى ان الاجارة كانت بأمرى لا تقبل ولو قال كانت بغير أمرى تقبل وشهادة ساكن الدار بغير اجارة للمدعى أو عليه تقبل خلافا لمحمد فيما علمه بناء على تجويز غصب العقار وعدمه ولو شهد عبدان بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لا تقبل وفى العيون أعتقهما بعد الشراء ثم شهدا على البائع أنه استوفى الثمن من المشترى عند جحوده تجوز اجماعا ولو وكله بالخصومة فى ألف قبل فلان تخاصم عند غير القاضى ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضى فشهد بهذه الالف لموكله جازت

قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك) لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولانه هتك السر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة

خلافا لابي يوسف فانه يجعله بمجرد الوكالة قام مقام الموكل ولو كان خاصم عند القاضي والباقي بحاله لم تجز ولو خاصم في الالف عند القاضي والوكالة بكل حق قبل فلان فعزله فشهد لموكله بمائة دينار ان كان التوكيل عند القاضي قبلت وان كان خارجا عنه فاحتاج الى اثبات الوكالة عند القاضي بالاشهاد لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صارا لوكيل خصما في جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم بخلاف الاول لان القاضي علم بالوكالة وعلمه ليس قضاء فلا يصير خصما فتقبل في غير ما صار فيه خصما هذا كله في الوكالة الخاصة وهي التوكيل بالخصومة والطلب لما على رجل معين وحكمها أن لا يتناول الحادث بعد التوكيل أما العامة وهي أن يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لا تقبل شهادته لموكله بشيء على أحد بعد العزل الا على ما وجب بعد العزل شهد ابنا الموكل أن أباهما وكل هذا بقبض ديونه لا تقبل اذا جحد المطلوب الوكالة وكذا في الوكالة بالخصومة وشهادة ابني الوكيل على الوكالة لا تقبل وكذا شهادة أبويه وأجداده وأحفاده وشهادة الوصي للميت بعد ما أخرجه القاضي عن الوصاية لا تقبل ولو بعد ما أدركت الورثة سواء خاصم فيه أولا ولو شهد لكبير على أجنبي تقبل في ظاهر الرواية ولو لكبير وصغير معا في غير الميراث لا تقبل ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشيء معين دار أو غيرها الوارث بالغ تقبل والله أعلم (قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به) قيل قوله ولا يحكم به تكرار أجيب بجواز أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلا يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفي الامرين والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع أو العبد فان كان متضمنا أحدهما سمعت الشهادة وحكم بها وذلك بان يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على اقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعوا عن الشهادة أو على اقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة أو اقرارهم أن المدعى مبطل في هذه الدعوى أو اقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل لثلاثة أوجه أصحها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف أحدهما أن الشهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس في وسع القاضي الزام الفسق لاحد لتمكنه من رفعه في الحال بالتوبة الثاني أن بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه أجيب بان دفعه ليس ينحصر في افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملا من الناس اذ يندفع بان يخبر القاضي سرا فيتفرع على هذا الصور التي ذكرناها ومنها ما لو أقام رجل يعني المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود لهذا الاداء لانه على جرح مجرد فان قيل الاستئجار أمر زائد على مجرد الجرح أجاب المصنف عنه بقوله والاستئجار وان كان أمرا زائدا فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه ليس نائبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل أجنبي عنه وأورد أنه ينبغي أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو أن يجعلوا من تكين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح أجيب بأن المعدل في زماننا يخبر القاضي سرا تفاديا من اشاعة الفاحشة والتعادي وأما الرجوع عن الشهادة فانه لا يسمع الا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك أو ظن عرا بعد ما مضت فلا تقبل الشهادة فاما لو كان الجرح

قال (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الخ) الجرح اما أن يكون مجردا أو غيره لانه لا يخلو اما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أولا والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثاني ولك أن تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء وأقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة أو زناة أو آكلو ربا فالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين أحدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ورفع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني قيل وعليه الاعتماد أن في الجرح المفرد هتك الستر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد

(قوله هم فسقة أو زناة) أقول أي زناة في زمن متقادم

أجيب بان من شرط ذلك فى زماننا أن يقول لا أعلم من حاله أو يعلم القاضى بذلك سرا اذا سأله القاضى تفاديا عن التعدى واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيده لجواز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه أيضا (قوله الا انه) استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع أى لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى أنه أقر ان شهودى فسقة فانها تقبل (لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم) ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعى والحاكى لاظهارها ليس كاظهارها وكذا اذا شهدوا بان المدعى استأجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستئجار اليه ليس بمخرج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبيا عنه (حتى لو أقام البينة أن المدعى استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده قبلت لانه خصم (٤٩) فى ذلك) فكان جرحا مكافدخل تحت الحكم

احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم (الا اذا شهدوا على اقرار المدعى بذلك تقبل) لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل) لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان أمرا زائدا عليه فلا خصم فى اثباته لان المدعى عليه فى ذلك أجنبى عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة ان المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده تقبل لانه خصم فى ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو أقام البينة

وثبت الجرح بناء عليه (وكذا اذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال) لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع (قوله ولهذا قيل) أى ولما قلنا انه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له ذكر فى المتن وقيل لما قلنا من الدليلين فى الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد

غير مجرد بل يتضمن اثبات حق للعبد أو قلنا سبحانه بان يشهدوا أن المدعى استأجرهم بعشرة وأعطاهموها من مالى الذى كان فى يده أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا على بهذا وقد شهدوا وأنا أطالبهم بهذا المال الذى وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الى آخره لكن لم أدفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شرب الخمر أو سرق منى أو زنى أو شريك المدعى فيما ادعى به من المال أو شهدوا على اقرارهم بأنهم لم يحضر وا ذلك المجلس الذى كان فيه هذا الامر قبلت أو على اقرار المدعى أنه استأجرهم تقبل فى ذلك كله لان منه ما تضمن حقا للعبد ومواضعه ظاهرة وفى ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقهم فان الرق حق للعبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضى وقضاء القاضى حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم بانهم شركاء المشهود له اذ ليس فيه اظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعاينة والمراد أنه شريك مفاوض فهما حصل من هذا المال الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يريد أنه شريكه فى المدعى به والا كان اقرارا بان المدعى به لهما وكذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعى بما نسبه الى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار عن اخبار المدعى عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بزعمه فى حق نفسه وكذا الاشاعة فى شهادتهم أنهم محدودون انما هى منسوبة الى قضاء القاضى أو شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف فى الجرح المجرد أنه تقبل الشهادة به فقيل فى وجهه انه يسقط العدالة فتقبل كالرق وانت سمعت الفرق وأول جماعة قول الخصاف

(قوله أجيب بان من شرط ذلك فى زماننا الخ) أقول فيه أن التقييد بقوله فى زماننا يدل على جواز تفسيق الشاهد علانية فى الزمان الاول وهو المفهوم أيضا من الكتب مع أن الدليل المعتمد ينفيه كما لا يخفى فليتأمل فى جوابه (قوله

(٧ — فتح القدير سادس) الا انه استثناء الخ) أقول فى نسخ الهداية الا اذا الخ فقول الشارح قوله الا انه الخ ليس كما ينبغى بل الصواب أن يقال الا اذا ثم ان قوله استثناء من قوله لان الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا يسمع القاضى البينة (قال المصنف وكذا لو أقامها على انى صالحت) أقول لعل المراد بصالحت أعطيت الرشوة لدفع ظلم والا فلا صلح بالمعنى الشرعى بينهما (قوله ولهذا قيل) أقول القائل هو الحاكى (قوله وليس له ذكر فى المتن) أقول والامر فيه بين أيضا فان المعلومية بالالتزام تكفى فى ذلك لان تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرد بالذكر يدل عليه دلالة واضحة فان التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عدا المذكور (قوله وقيل لما قلنا الخ) أقول والاظهر أن يقال لما مر من أن عدم سماع بينة الجرح المفرد مبنى على هذين الدليلين قلنا كيت وكيت لعدم جريانها لان الاصل هو القبول ولا مانع وانما قلنا ان الاظهر ذلك لما لا يخفى مما فى تقرير الشارح حيث يدل على ان ما ذكر مبنى على ذينك الدليلين وليس الامر كذلك

وكان المناسب أن يقول ولذلك وهذا أسهل والمعنى اذا أقام المدعى عليه البينة (أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى قبلت) لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة أما قوله انه عبد فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكمى أثره فى سلب الولاية وهو حق الله تعالى وموضعه أصول الفقه وأما قوله انه محدود فى قذف فلأنه تعلق به حكم وهو اكمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل فى هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب أن اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جائز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا بقال وقد تحققت فى الجرح المجرد أيضا الدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها تندفع بان يقول للقاضى سرا ولا يظهره فى مجلس الحكم وعلى هذا فى اقامة البينة على ذلك اعتباران أحدهما أن يكون بجرح الشهادة وهو غير مقبول والثانى لاقامة الحد وهو مقبول ومن علاماته عدم التقادم وأما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا أقام البينة ان الشاهد ابن المدعى أو أبوه قال (ومن شهد ولم يبرح الخ) ومن شهد ثم قال أوهمت بعض شهادتى قال فخر الاسلام أى أخطأت بنسيان ما يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة يعنى ترکت ما يجب على أو أتيت بما لا يجوز لى فاما أن يقول ذلك وهو فى مجلس القاضى أو بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما أن يكون عدلا أو غيره والمتدارك اما أن يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من أحد الخصمين أولا فان كان غير عدل ردت شهادته (٥٠) مطلقا الى سواء قاله فى المجلس أو بعده فى موضع الشبهة أو غيره وان كان عدلا قبلت شهادته فى غير

أن الشاهد عبد أو محدود فى قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعى تقبل قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى فان كان عدلا جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت أى أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه فى أوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعى بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط

موضع الشبهة مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجراه مثل أن يترك ذكر اسم المدعى والمدعى عليه أو الاشارة الى أحدهما سواء كان فى مجلس القضاء أو فى غيره وتداركه ترك لفظ الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط وأما اذا كان فى موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هى خمسمائة أو بالعكس

يحمله على شهادتهم على اقرار المدعى ذلك أو انه يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر وقد تقدم فى هذا ما يمنعه ثم قد وقع فى عدة صور عدم القبول أن يشهدوا بانهم فسقة أو زناة أو شربة خمر وفى صور القبول أن يشهدوا بانه شرب أو زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتأويل (قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى أى أخطأت لنسيان) عرانى بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هى خمسمائة أو بنقص بان شهد بخمسمائة فقال أوهمت انما هى الف (جازت شهادته) اذا كان عدلا أى ثابت العدالة عند القاضى أولا فسأل عنه فعدل (ووجهه أن الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء) اذ طبع البشر النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء

فانها تقبل اذا قال فى المجلس بجميع ما شهد أولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضى بشهادته ووجب المدعى قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله أوهمت وبما بقى أو زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل فى المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسى رحمه الله وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف (ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه فى أوانه) وهو قبل البراح من المجلس (وهو عدل وأما اذا كان بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل) لانه يوهم الزيادة من المدعى باطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك (فوجب الاحتياط)

(قوله وكان المناسب أن يقول ولذلك) أقول ليكون اشارة الى بعده (قوله أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى) أقول أو شارب أى ولم يتقادم وقوله أو سارق أى من المدعى عليه وقوله أو قاذف أى والحال أن المقذوف يدعيه وقوله أو شريك المدعى أى والمدعى مال قال المصنف (حتى قال أوهمت بعض شهادتى) أقول منصوب على نزع الخافض أى فى بعض شهادتى قال المصنف (قوله أوهمت أى أخطأت) أقول الاولى حذف أى التفسيرية كما لا يخفى فيكون مجازا من باب ذكر الخاص وارادة العام لان أوهم بمعنى أسقط (قال المصنف أو بزيادة كانت باطلة) أقول جملة كانت باطلة صفة لزيادة (قوله بجميع ما شهد أولا) أقول أى ألفا أو خمسمائة (قوله وبما بقى أو زاد عند آخرين الخ) أقول والاظهر عندى قول الآخرين فان على قول بعض المشايخ يكون الشاهد مكذبا فى قوله الثانى فينبغى أن لا تقبل شهادته مطلقا ثم ان المراد من قوله وبما بقى خمسمائة ومن قوله أو زاد ألف (قوله وبعدها) أقول الظاهر أن يقال بعده

ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط فى بعض الحدود أو فى بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام أصلا مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجرى مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ماذكرناه والله اعلم

المدعى فى الزيادة والمدعى عليه بالنقص فى المال فلا تقبل (وعلى هذا اذا غلط فى بعض الحدود) بان ذكر الشرقى مكان الغربى ونحوه (أو فى بعض النسب) بان قال محمد بن على بن عمران تداركه فى المجلس قبل وبعده لا واذا جازت ولم ترد فبماذا يقضى قيل بجميع ماشهد به لان ماشهد به صار حقا للمدعى على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت ولابد من قيده بان يكون المدعى يدعى الزيادة فانه لو شهد له بالف وقال بل الف وخمسمائة لايدفع الا ان ادعى الالف وخمسمائة وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعى الفا وخمسمائة فيشهد بالف ثم يقول أوهمت انما هو الف وخمسمائة لاترد شهادته لكن هل يقضى بالف أو بالف وخمسمائة قيل يقضى بالكل وقيل بما بقى فقط وهو الالف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضى بخمسمائة فقط لان ماحدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالف فكذا اذا غلط واليه مال شمس الائمة السرخسى فعلى هذا قوله فى جواب المسئلة جازت شهادته أى لاترد لكن لايقضى الا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء أو بعده وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا أنه يقضى بالكل وعن أبى يوسف فى رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت فى كذا وكذا فان كان القاضى يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقى وان لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد اذا شهدوا بان الدار للمدعى وقضى القاضى بشهادتهم ثم قالوا لاندرى لمن البناء فانى لاأضمنهم قيمة البناء وحده كما لو قالوا شككنا فى شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعى ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا أن الشهود لايختلف الحكم فى قولهم شككنا قبل القضاء وبعده فى أنه يقبل اذا كانوا عدولا بخلاف ما اذا لم يكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظ الشهادة أو الاشارة الى المدعى عليه أو المدعى أو اسم أحدهما فانه وان جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لايتصور بلاشرطه وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لايكون قضاء * (فروع) من الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجال من أهل القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود أولاد فى المكتب قبلت فان كان لهم أولاد فالاصح أنه تجوز أيضا وكذا لو شهد أهل المحلة للمسجد بشئ وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهلها تقبل وكذا اذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد أو المسجد الجامع وكذا أبناء السبيل اذا شهدوا أنه وقف لأبناء السبيل وقيل ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لاتقبل وقال بعضهم منهم الامام الفضلى لاتقبل شهادة أهل المسجد وقال أبو بكر بن حامد فى جنس هذه المسائل تقبل على كل حال لان كون الفقيه فى المدرسة والرجل فى المحلة والصبى فى المكتب غير لازم بل ينتقل وأخذ هذا مما سنذكره من كلام الخصاف ولو شهدا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود أولاد محتاجون فى جوار الموصى قال محمد لاتقبل للابن وتبطل للباقين وفى الوقف على فقراء جيرانه كذلك وفى وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على الوقف قلت وكذا ذكر الخصاف فى أوقافه فيمن شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء

(قوله ولان المجلس اذا اتحد) دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ماميل اليه شمس الائمة فانه ألحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية فى الزيادة والنقصان كما ذكرناه (وعلى هذا) أى على اعتبار المجلس فى دعوى التوهم (اذا وقع الغلط فى بعض الحدود) فذكر الشرقى فى مكان الغربى أو بالعكس (أو فى بعض النسب) كأن ذكر محمد ابن أحمد بن عمر بدل محمد بن على بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والافلا (وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله فى غير المجلس أيضا فى جميع ذلك لان فرض عدالته ينفى توهم التلبيس والتغرير (والظاهر ماذكرناه) أولا من تقييد مافيه شبهة التغرير بالمجلس والله أعلم

(قوله وفيه اشارة الى ماميل اليه شمس الائمة) أقول بل فى الدليل الاول أيضا اشارة اليه يظهر ذلك بالتأمل (قال المصنف وهذا اذا كان موضع شبهة) أقول أى شبهة التلبيس وفى النهاية موضع الشبهة هو موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث

تأخيرا اختلاف الشهادة عن اتفاقهما مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلا والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الخ) الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها للشهادة هو أن يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد به عشرة دراهم أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد ببياض أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق زقه واتلاف ما فيه به وشهد بانشقاقه عنده أو ادعى عقارا بالجانب الشرقى من ملك فلان وشهد بالغربى منه أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط ألا ترى أن المدعى يقول أدعى على غريمى هذا والشاهد يقول أشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

قال (الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل)

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

الجيران ليسوا قوما مخصوصين ألا ترى أنه انما ينظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له فى الغلة حق ألا ترى أن رجلين فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فان الوقف ليس لهما باعيانهما خاصة ألا ترى أن ولى الوقف لو أعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة تكون خاصة وانما هى عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك ان الشهادة جائزة وذكر قبل هذا باسطر ان شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه فشهادتهما باطلة وكان الفرق تعينهما فى هذه الصورة اذ لا جيران له سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا أنه أوصى بثلثه للفقراء وأهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل أرض معينا أو لا خراج للشاهد تقبل وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل وكذا أهل سكة يشهدون بشئ من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل وفى النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيأ تقبل وكذا فى وقف المدرسة على هذا فى فتاوى النسفى وقيل ان كانت السكة نافذة تقبل مطلقا وفى الأجناس فى الشهادة على الوصية للفقراء وأهل بيت الشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا لغيرهما ولو شهدا أنه أوصى بثلثه لفقراء بنى تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيأ ولو شهدا أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا أو فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهما من أهل بيته فهى باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا يثبت الوقف لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد أولا بويه أولا ولاده أولزوجته لا تجوز

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

الاختلاف فى الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما عن رؤية كما فى الغصب والقتل أو سماع اقرار وغيره والشاهدان مستويان فى ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلهذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف (قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل)

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

(قوله والاختلاف انما هو بعارض الجهل) أقول وأيضا الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد أى ملزومه وأيضا الاتفاق من الاختلاف كالمفرد من المركب اذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليتأمل (قال المصنف الشهادة اذا وافقت قبلت) لان أقول صدر الباب بهذه المسئلة مع أنها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ألا يرى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة (قوله وقد عرفت معنى الشهادة) أقول فى أول كتاب الشهادة (قوله فاعلم أن الدعوى هى مطالبة بحق فى مجلس من له الخلاص) أقول أى من له خلاصه كقوله تعالى فان الجنة هى المأوى (قوله أو ادعى شق زقه) أقول فيه بحث (قوله وشهد بانشقاقه) أقول أى من غير شقه (قوله أو ادعى أنه ملكه) أقول لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف فى الملك الذى هو احدى مقولات العرض وليس كذلك بل ما ذكر من قبيل النسبة

(لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها) أما أن تقدمها فيها شرط لقبولها فلأن القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ولا نعنى بالخصومة الا الدعوى وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب وأما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثانى أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعى (٥٣) والشاهد فالمرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعى والجواب عن الاول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتفاء المانع لأن وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثانى بان الاصل فى الشهود العدالة لاسيما على قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل

لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى (وقد وجدت) الدعوى (فيما يوافقها) أى يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل (وانعدمت فيما يخالفها) فانها لما لم توافقها صارت الدعوى بشئ آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة واعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل اما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان أكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر ما سماه أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا فى غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم اذا كانت هى المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا فى الاول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلت لان الملك بسبب أقل من المطلق لانه يفيد الاولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق أقل من النتاج لان الملك المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفى قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان ذلك السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهى خلافية وذكر الخلاف فى القبول رشيد الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر فى شئ من الكتب واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحل له قلت كيف وفيه ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاها بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت فى الخلاصة تقبل وحكى فى فصول العمادى خلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة فى نفسها لا كالمطلق ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا فى شرح الحيل للعلوانى فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندى لا تقبل قال فى المحيط فى الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وعندى الوجه القبول لأن أولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بسبب حمل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا أولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه ببعض ما شهدوا به أولا ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا به وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما لو شهدوا جميعا

(قوله أما أن تقدمه) أقول الظاهر أن يقال تقدمها (قوله فلأن القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها) أقول هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقا والاصوب أن يقال لان الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعى فى حقوق العباد ولا يكون ذلك الا بدعواه سابقا (قوله وأما وجودها عند الموافقة الخ) أقول كذا ذكره الشارحون وعندى الاولى أن يقال أما وجودها عند الموافقة فظاهر وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود فحينئذ لا يرد البحث الثانى أصلا على أن الدعوى لو جعلت معدومة لما قبلت لو أتى المدعى بشاهدين آخرين وأيضا ما ذكره فى الجواب مخالف لما سيأتى فى مسئلة الشهادة بالالف والخمسمائة اذا ادعى المدعى الالف حيث جعل سكوت المدعى عن الخمسمائة تكذيبا للشاهد وتفسيقا له ولهذا لم تقبل فليتأمل (قوله وعن الثانى الى قوله عملا بالاصل) أقول مخالف لما سيجىء أن اكذاب المدعى شاهده تفسيق له فراجعه

بالمطلق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق واذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر تقبل في دعوى غير المؤرخ لا في دعوى الملك المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لانه أقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان الشراء شهران فأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو أرخ المطلق بان قال هذا العين لي منذ سنة فشهدا أنه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل * ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الفروع التي نذكرها دار في يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها أكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا شيأ لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية وأدب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال أي في العين فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها أثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد ما ذكرها لا يجوز للقاضي أن يقول امروز ملك وي مي دانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج من ملكه فقط ذكره في المحيط قال العمادي فعلى هذا اذا ادعى الدين فشهدا أنه كان له عليه دين كذا ينبغي أن تقبل كما في العين ومثله اذا ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي أما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه وعن أبي يوسف يقضي بها وخرج العمادي على هذا ما في الواقعات لو أقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الاقرار يشهدان أنه كان عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان عليه تقبل وهذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما يؤخذ من منعه احدى العبارتين دون الاخرى ثبوت القبول في احداهما دون الاخرى كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك وأن القاضي حينئذ لا يقضي بشئ وسيأتي من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف أنه قضاه خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله سبحانه أعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي أن هذه الجارية كانت ملكي فشهدا أنها له اختلف في قبولها والاصح أنها لا تقبل وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل وانما لم تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه هذه أنها كانت له لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على الماضي الا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعيا به بخلاف الشاهدين اذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراز عن الاخبار بما لا علم لهما به اذ لم يعلما سوى ثبوته في الماضي وقد يكون انتقل فيحترزان عنه وان كان يثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة أو رديئة أو وسطا تقبل ويقضي بالردي بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع أنه أشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على أنهما شهدا على اقراره بذلك أي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان بمثله في الاقرار تقبل لما سيأتي في المسئلة المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا أنه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو أقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة الخ) الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة فان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقتان والثلاث

الاختلاف في السبب ومثله ادعى أنه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضيخان قالوا تقبل عند أبي يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع اليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع فان الشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدوا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدوا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة أحدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر (قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ) أي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى أيضا لوجوب القضاء ثم الشرط في تطابق الشاهدين عند أبي حنيفة رحمه الله (في اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على افادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن (فلو شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل) فلم يقض بشئ (عند أبي حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الفين) بخلاف ما لو كان يدعي الفا لا يقضي بشئ اتفاقا لانه أكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لي عليه الفان فقضاني ألفا أو أبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالالف وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق أصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بان كان في كيس ألف درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس وهو ألف درهم له وشهد آخر أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازي وبقولهما قال الشافعي وأحمد رحمهما الله ثم في رواية عن الشافعي وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه

الاختلاف في السبب ومثله ادعى أنه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضيخان قالوا تقبل عند أبي يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعي دفع اليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع فان الشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدوا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدوا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة أحدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر (قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ) أي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى أيضا لوجوب القضاء ثم الشرط في تطابق الشاهدين عند أبي حنيفة رحمه الله (في اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على افادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن (فلو شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل) فلم يقض بشئ (عند أبي حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الفين) بخلاف ما لو كان يدعي الفا لا يقضي بشئ اتفاقا لانه أكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لي عليه الفان فقضاني ألفا أو أبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالالف وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضى بطلاق أصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بان كان في كيس ألف درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس وهو ألف درهم له وشهد آخر أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازي وبقولهما قال الشافعي وأحمد رحمهما الله ثم في رواية عن الشافعي وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه

فهي مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وجوزاه (فان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي ألفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث)

(قال المصنف ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ) أقول المراد منه تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فلا يضر مخالفة اللفظ اذا اتحد المعنى كما في الهبة والعطية والنكاح والتزويج (قوله الموافقة بين شهادة الشاهدين الخ) أقول في العموم بحث فان موافقة الشهادتين في الكيف ليست شرط القبول عند أبي حنيفة على ما سيجيء في مسئلة سرقة البقرة وشرط بين الدعوى والشهادة كما صرح به الامام التمرتاشي هناك وكذا الموافقة في الحكم بين الدعوى والشهادة ليست مشروطة كما يجيء في المبسوط وصرح قاضيخان نعم للشارح تردد فيه (قوله وأما اختلافه بحيث الى قوله بالتضمن) أقول كتب في هامش الكتاب من خط الشارح ما هو صورته اطلاق التضمن ههنا ليس على اصطلاح أهل المعقول لانهما نوعان عندهم على ما عرف في موضعه انتهى فاقول في قوله نوعان عندهم بحث

(لهما انهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة) وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به أحدهما كما اذا ادعى ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيجيء (ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا) لان أحدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة (١) وان شئت بالتثنية فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفان لا يعبر بهما عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الآخر (وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا يثبت شئ منهما وصارا اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى ألفين وشهد بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب أبي حنيفة عن ذلك وأجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم تقبل ولقائل أن يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى ألفا وخمسمائة وأنكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل انه أبرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي أنه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة ومانقلت من المبسوط ماترى من التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة أن يحمل ما نقل عن المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء أو الايفاء ولا يلزم أبا حنيفة ما اذا قال الهاز وجها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك منها حوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها أنت طالق ألفا فانه يقع ثلاث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن (٥٦) الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شئ

لهما انهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال

(لهما أنهما اتفقا على الالف أو الطلقة وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة) حيث اتفقنا على أنه يقضي بالالف لذلك وهو أنهما اجتمعا على الشهادة بها (ولابي حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا) في لفظ غير مرادف (لان الالف لا يعبر به عن الالفين) و يلزمه اختلاف المعنى فانما (هما) أي الالف والالفان (جملتان) أي عددان (متباينتان حصل على كل واحدة منهما شاهد وصار كما اذا اختلف جنس المال) بان شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة أو بمائة بيض والآخر بمائة سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شئ أصلا لان المدعي كذب شاهد البيض الا أن وفق المدعي فيقول كان لي البيض فأبرأنه من صفة الجودة فتقبل حينئذ أما لو كان يدعي البيض ولها مزية فانه يقضي بالسود ولم يحكوا خلافا فاذكره في الخلاصة عن الأقضية وكذا لو شهدا لمدعي كر حنطة وقال أحدهما جيدة وقال الآخر رديئة والدعوى

قال المصنف (وذلك يدل على اختلاف المعنى) أقول فيه اشارة الى أن المعتبر عنده هو الاتفاق في المعنى واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة ان اتفاق المعنى لا يحصل الا عنده فتدبر (قال المصنف وهذا لان الالف لا يعبر به الخ) أقول وأيضا ان شرط الشهادة خالف الدعوى كما لان المدعي يدعي الالفين وهو اسم لعدد معلوم لا يقع على ما دون ذلك فلم يكن الالف المفرد مدعى فانفردت الشهادة عن الدعوى (قال المصنف فصار كما اذا اختلف جنس المال الخ) أقول ولا يخالف الشهادة فيها بالافضل الدعوى كما لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا يرى انه يعطف أحدهما على الآخر فكان كل بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليها تكون قائمة على كل واحد منهما مقصودا فاذا شهد أحدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فحصلت الموافقة في عدد الالف تامل (قوله لا حقيقة ولا مجازا) أقول مسلم ألا يرى الى قوله * قفا نبك من ذكرى حبيب ومنزل * (قوله ذكر في المبسوط الى قوله وأجيب) أقول ذكر قاضيخان في فتاواه ان كان المدعى به دينا فشهدوا بما قل مما ادعاه المدعي نحو ما اذا ادعى ألفا وخمسمائة فشهدوا بخمسمائة من غير دعوى التوفيق وكذا لو ادعى ألفا وشهدوا بخمسمائة يقضي بخمسمائة ولو ادعى ألفا وشهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة لا يقضي بشئ في قول أبي حنيفة لان عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به شرط ولم يوجد بخلاف ما تقدم لان ثمة اتفق الشاهدان على خمسمائة والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده فتقبل شهادتهما على الخمسمائة بغير توفيق اه (قوله ووجوب الموافقة الخ) أقول الواو للحالية (قوله ولقائل أن يقول قد تقدم الخ) أقول قبيل باب الحبس في كتاب القاضي (قوله أنه لا يجوز بالاتفاق) أقول أي التلقين اذ الكلام فيه وليس فيه نفي قبول الشهادة حتى يثبت التنافي وجوابه ظاهر فانه اذا كانت الشهادة مقبولة في هذه الصورة لم يكن موضع التهمة ولا يكون التلقين غير جائز كما لا يخفى (قوله فوقعت واحدة) أقول وذلك لكون الثلاث صارت في يدها مع ابعاضها كمن ملك عبدا فملك رجله ويده فلها أن توقع كلها أو بعضها (قوله لان الاكثر في ذلك ثابت) أقول ان أراد ثابت لفظا ففي محل النزاع كذلك أو حكما ففيه بحث اذ ليس في الشرع ألف طلاق

بالافضل يقضى بالاقل وكذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية وقال الآخر بخارية والمدعى يدعى النيسابورية وهى أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ويحتاج الى الفرق على قول أبى حنيفة وهو أنهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة فان قيل لم يقع جواب قولهما الشاهد بالالفين شاهد بالالف فى ضمنهما فاجتمعا عليها وتفرد أحدهما بالزيادة فلا يقبل أجيب بانه ما شهد بها الا من حيث هى جزء الالفين فانما ثبتت الالف فى ضمن ثبوت الالفين لان المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم يثبت الالفان فلم يثبت الالف فان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى ألفين وشهد ابألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهى شرط على قول الكل وما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلا مع افادتهما معا البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا باقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعى ألفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الا من حيث هى ألفان ولم يثبت الالفان وفى المبسوط والاسرار الذى يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعنى قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدى الثلاث لا على شاهدى الواحدة ولو اعتبر ما قالا ان الواحدة توجد فى الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لان التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض اليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء كما لو طلقها ألفا يقع الثلاث لملكه العدد غير أنه لغا ما فوق الثلاث شرعا وأما عن الثانى فيمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك فى لازم واحد فاختلافهما ثابت فى اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل احتمال تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر يقول لم تقع الا بوصفها ببرية والا فلم تقع البينونة هذا كله اذا لم يدع المدعى عقدا أما ان ادعى المال فى ضمن دعوى العقد من البيع والاجارة فالجواب ما استعمله فى آخر الباب واعلم ان من المسائل المذكورة فى أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبى حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد أحدهما انه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها قال أجعل لزيد ثلث غلتها الذى أجمعا عليه والباقى للمساكين وكذا اذا سمى أحدهما ما لا لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما أجمعا عليه وكذا اذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف فى كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أقدر نفقته وعياله فى العام فان كانت أكثر من الالف حكمت له بالف أو الالف أكثر أعطيته نفقته والباقى للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة فى النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا فى لفظهما قال المعنى فيه أنه انما أراد الواقف الى أن لزيد بعض هذه الغلة فأجعل له الاقل انتهى فاراد هذا السؤال هو الذى ذكرت أنه أشار الى أنها اتفاقية فان ايراده ليس الا باعتبار قول أبى حنيفة وقوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة انتهى وحاصله أنا علمنا استحقاقه بعض هذا المال

قال (واذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة الخ) ولما تقدم أن اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى شرط القبول (اذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه) ونظيره اذا شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف أو بمائة وبمائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعى يدعى الاكثر وأما اذا ادعى الاقل وقال (لم يكن لى الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة) لتكذيبه المدعى فى المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شئ فان قيل لم يكذبه الا فى البعض فما بال القاضى لا يقضى عليه بالباقى كما قضى بالباقى فى الاقرار اذا كذب المقر فى بعض ما أقر به أجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار (قوله وكذا اذا سكت) يعنى اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضى له بشئ (لان التكذيب ثابت ظاهرا) فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لابد منه فى الاصح وعلى هذا لو قال كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكن استوفيت خمسمائة أو أبرأنى عنها قبلت لتوفيقه (قوله أو أبرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق والتوفيق أو يوفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر

قال (واذا شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لأن الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين (وان قال المدعى لم يكن لى عليه الا الالف فشهادة الذى شهد بالالف والخمسمائة باطلة) لانه كذبه المدعى فى المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان أصل حقى ألفا وخمسمائة ولكنى استوفيت خمسمائة أو أبرأنه عنها قبلت لتوفيقه

وتردد نابين أقل واكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر * (فروع) ادعى بالمبيع عيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما أنه ملكه والآخر على اقرار ذى اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن فى هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل للموافقة لأن البيع فى الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت صداقها فقال وهبتنى اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول أوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به فى يده والآخر أنه فى يده لا تقبل وفى المحيط ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على اقرار ذى اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما اذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخر أنها كانت فى يده واذا راجعت القاعدة التى ذكرها من الفرق بين اختلاف الشاهدين فى القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع والله سبحانه العليم (قوله وان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة قبلت الشهادة على الف) بالاتفاق عندهما ظاهرا وعنده لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة اخرى منصوص على خصوص كميتها لا يقدح فى الشهادة بالالف كما لو شهد أحدهما بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ولو كان انما يدعى الالف وسكت عن التوفيق لم يقض بشئ لانه اكذب الشاهد الالف وخمسمائة ظاهرا لان السكوت فى موضع البيان بيان الا ان وفق فقال كان حقى ألفا وخمسمائة فقضانى أو أبرأنه من خمسمائة على نظير ما تقدم ومالم يوفق صريحا لا يقضى بشئ ولا يكفى احتمال التوفيق فى الاصح بخلاف ما اذا قال ما كان لى الا الالف لانه اكذاب صريح لا يحتمله التوفيق فلا يقضى بشئ

قال (واذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة) اذا ادعى ألفا وشهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة (قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاه لانه شهادة فرد الا أن يشهد معه آخر) فان قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعى على المدعى عليه ألف بل خمسمائة لاغير أجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذى هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعى بقبض ما هو غير ما شهد به أولا وهو الدين فلم يعد متناقضا (وعن أبى يوسف أنه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين الا خمسمائة) لان القبض بطريق التملك لما أوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة وفى ذلك يقضى بالاقل كما قلنا فى الالف والالفين الا أن محمدا خالفه هنا لان ذلك فيما تكون الشهادة بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اه (وجوابه ما قلنا) انهما اتفقا على وجوب الالف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بأن المدعى كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له وكيف يقضى بشهادته وجوابه سيأتى (قوله وينبغى للشاهد) يعنى أن الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغى أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة كى لا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق

قال (واذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله انه قضاه) لانه شهادة فرد (الا أن يشهد معه آخر) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال (وينبغى للشاهد اذا علم بذلك (أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة) كى لا يصير معينا على الظلم

(قوله واذا شهدا بالف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قضى بالالف لقبول شهادتهما عليها ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد) بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل (الا أن يشهد معه آخر وعن أبى يوسف) رحمه الله فى غير المشهور عنه (أنه يقضى بخمسمائة) فقط (لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس الا خمسمائة وجوابه ما قلنا) يعنى قوله لاتفاقهما عليه يعنى فبعد ثبوت الالف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهدا بالف وقال أحدهما انه قضاه اياها بعد قرضه فانه يقضى بالكل على قول الكل وعن أبى يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا قول زفر كقول أبى يوسف فى هذه الرواية فانه اكذاب من المدعى فهو كما لو فسقه وجه الظاهر ما قدمناه من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما الى آخره ولا يلزم من الاكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا له (قال) القدورى (وينبغى للشاهد اذا علم بذلك) أى بقضاء الخمسمائة (أن لا يشهد حتى يعترف المدعى بقبضها) لانه لو شهد فاما بالالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة يثبت اختلافهما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلا على قول أبى حنيفة فيضيع حق المدعى فالوجه أن لا يشهد الذى عرف القضاء حتى يعترف المدعى بالقدر الذى سقط عن المدعى عليه والمراد هنا من لفظ لا ينبغى لا يحل نص عليه فى جامع أبى الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم أن لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر الى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فانه قضاه كله فالشهود بالخيار ان شاؤا امتنعوا عن الشهادة وان شاؤا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فان كان المخبرون عدولا لا يقضى القاضى بالمال هذا قول الفقيه أبى جعفر وأبى نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة وكذا اذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا أداء الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثا أو قبل عاينا امرأة أرضعتها أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولى ان كان واحدا شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا فى يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فأراد أن يشهد بالملك له فاخبره عدلان ان الملك للثانى لا يسعه أن يشهد بالملك للاول ولو أخبراه أنه باعه من ذى اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت الى قولهما هذا وانما نص على مسئلة الجامع بعد مسئلة القدورى لانه قد يتوهم أن تفريعها عليها على رواية أبى يوسف التى نقلها يقتضى أنه لو شهد أحدهما بالف فقال أحدهما قضاه اياها أن لا يقضى بشئ على رواية أبى يوسف فذكرها للاعلام بالفرق وقيل لانه قد كان لقائل أن يقول فى مسئلة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدما لان فى المسئلة الاولى للشاهد أن يقول انما تحملت الشهادة واحتاج الى الخروج

(قوله ممكان الدين الذى هو غيره) أقول الضمير المرفوع للدين والمجرور للعين ويجوز العكس (قوله وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف) أقول ان أريد أنهما اتفقا على وجوب الالف الآن فسلم وان أريد على وجوبه سابقا فالاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق قلنا الظاهر الاول فان قضاء الدين اذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى والمراد من كون القضاء تاليا للوجوب ترتبه عليه ترتبا ذاتيا لا زمانيا فليتأمل

(وفى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لانفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء) والفرق بين مسئلة الجامع الصغير وبين ماذكرت قبلها أن فى مسئلة الجامع شهد أحد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه (وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعى أكذب شاهد القضاء) وهو تفسيق له (قلنا هذا اكذاب فى غير المشهود به الاول وهو القرض) لانه أكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لاستحالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص آخر قبل أن يشهد له فاكذبهم وحاصله أن اكذاب المدعى لشهوده تفسيق له لكونه اختياريا وأما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة الخ) قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين فى المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضى القاضى بالاولى لم يقبلهما لان احداهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد اعنى القتل لا يمكن أن يكون فى مكانين وليست احداهما باولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بما ليست مثلها)

(وفى الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض) لانفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوى عن أصحابنا أنه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعى أكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب فى غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال (واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى من الاخرى (فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل) لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية

منها وقد قضاه خمسمائة ولكنى أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف فاذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضى له بالالف أما فى مسئلة الجامع فالشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه وليس على أدائها فشهادتى باطلة فلا يقضى بالالف فرواية الجامع الصغير أزالت هذه الشبهة وأثبتت جواز الشهادة واستروح فى النهاية فقال التفاوت بين مسئلة الجامع والمسئلة التى قبلها أن فى مسئلة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاء المديون كل الدين وفى التى قبلها شهد بقضاء بعض الدين (قوله واذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض) بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا بل شهدا أنه قتله بمكة فقضى بها ثم شهد آخران أنه بالكوفة فانه يقتل المشهود عليه أما الاول فلتكذب احداهما بيقين ولا أولوية فلا قبول وأما الثانى فللاولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضى بالاولى لا معارض لها اذ ذاك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعى الذى ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان فى أحدهما نجاسة شك فى تعيينه فتحرى وصلى فى أحدهما ثم وقع ظنه على طهارة الآخر لا يصلى فيه ولا تبطل صلاته فى الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعى هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحرى الثانى فى رفعه وكذا الاختلاف فى الآلة قال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بعبده لا تقبل وكذا ان شهد بالقتل والآخر بالاقرار به لا تقبل لاختلاف المشهود به لان القول غير الفعل الذى هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما نصاب وكذا الضرب الواقع أمس وبتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالاخرى حقيقة ولا حكما لانه لا يمكن جعل الفعل الثانى اخبارا عن الاول ليتحد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقا والغصب أو من باب القول المشروط فى صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه احضار الشهود فاختلافهما فى الزمان أو المكان أو الانشاء أو الاقرار يمنع القبول لما ذكرنا اذ المراد بالانشاء والاقرار ذكر ان انشاء الفعل والاقرار به مثاله ما لو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما فى الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول مما يتكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو فى القرض يحمله على قول المقرض أقرضتك وكذا يقبل فى الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان

(قال المصنف وذكر الطحاوى عن أصحابنا انه الخ) أقول والاشهر أن يكون هذا قول أبى يوسف (قال المصنف ومثله لا يمنع القبض القبول) أقول والمفهوم من كلام قاضيخان انه انما لم يمنع اذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور (قوله وحاصله الى قوله تفسيق له) أقول الظاهر أن يقال تفسيق لهم (قوله فليس بتفسيق) أقول أى حكما (قوله فقد ذكرنا ان اختلاف الخ) أقول أى علم مما ذكرنا التزاما

قال (واذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة (واختلفا في لونها قطع) سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد أو لا كالسواد والبياض عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الاصح وقيل ان كانا يتشابهان قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا أولى لان أمر الحد أهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اتلاف نصف الآدمي فصار كالذكورة والانوثة في المغايرة (ولابي حنيفة رحمه الله أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد) لكون السرقة فيها غالبا (واللونان يتشابهان) كالحمرة والصفرة (أو يجتمعان) بان تكون بلقاء أحد جانبيها أسود يبصره أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته

(واذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا لا يقطع في الوجهين) جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لان أمر الحد أهم وصار كالذكورة والانوثة وله أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده

القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعى يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غيره في الحال كما لو ادعى القتل من شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القتل مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توفيق لان المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ فقد شهدوا بأقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر أن من الفعل القبض * ومن الفروع على الاصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح أول من امس فشهدوا به امس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله مذهبنا وقال الشافعي وأحمد في ظاهر روايته اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل الا اذا شهدا انه طلقها يوم الخميس وقال الآخر أقر بطلاقها يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلفا في الزمان أو المكان قبلت وكذا لو شهد أحدهما بالبيع والشراء والآخر على الاقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل لانهما لم يكلفا حفظ ذلك (قوله واذا شهدا الخ) صورتها ادعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا وأقام بينة فشهد أحدهما بسرقته حمراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة رحمه الله تقبل ويقطع وقالا هما والائمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لونا كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع اجماعا لانه كذب أحد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة أو متباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والاصح الاول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والظهيرية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا

(قوله فاذا شهدا على رجل الخ) أقول هذا لا يتفرع على ما فرع عليه فانه اذا امتنع القبول يجب أن لا يقطع الا أن يقال ضمير اختلافهما راجع الى الشاهدين والمدعى لا الى الشاهدين لكن لا يخفى عليك بعده (قوله فلم يتم على كل واحد) أقول الاولى حذف كلمة كل (قال المصنف لان أمر الحد أهم) أقول لعله من الهمة أو من الهم بمعنى الحزن (قوله أحدهما أن طلب التوفيق ههنا احتيال الخ) أقول في الكافي الاشتغال بالتوفيق بين كلامي الشاهدين احتيال لايجاب الحد والحد يحتال لدرئه قلنا الشهادة من حجج الشرع والاصل في حجج الشرع قبولها الا ردها فيشتغل بالتوفيق صيانة للحجة عن التعطيل لا لايجاب الحد ثم اذا وفقنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا انتهى ولعل هذا الجواب وجه القياس الذي ذكره الشارح في جواب البحث الثاني ثم ان الشارح قد أجاب عن السؤال بجواب الكافي أيضا في باب الشهادة على الزنا من كتاب الحدود فراجعه

والثانى ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر مالم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يدرأ بها والجواب عن الاول أن ذلك انما كان احتياطا لاثباته أن لو كان فى اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أولا وأما اذا كان فى اختلاف مالم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتياطا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه (٦٢) ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضى بذلك فتبين انه

بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان فى واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد

لما ذكرنا من الفرق بين السرقة والغصب بقليل تامل لهما أنهما اختلفا فى المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فكان كما لو اختلفا فى ذكورتها وأنوثتها أو فى قيمتها لا تقبل كذا هذا وأيضا بطريق الدلالة فى الغصب فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء وأحمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلأن لا تقبل فيما يوجب حدا أولى لان الحد أعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء وأما ما زيد من انه لا يثبت باقل من اربعة فليس مما فيه الكلام أعنى السرقة بل يخص الزنا ولابى حنيفة أن بمجرد شهادتهما بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونا خاصا يثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لانهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو قالا لا نعلم لونها لا تسقط شهادتهما ويجب الحد واختلافهما فى امر زائد لا يلزمهما مما ليس مدعى به لا يبطل الحد كما لو اختلفا فى ثياب السارق فقال أحدهما سرقها وعليه ثوب أحمر وقال الآخر أبيض فانه يقطع وكما لو اختلفا فى مكان الزنا من البيت فقال أحدهما فى هذه الزاوية وقال الآخر فى تلك فانه يحد وعلى هذا فلا حاجة فى قبولها الى التوفيق كما فهمه العلامة السرخسى غير أنا نبر عنا بالتوفيق بما ذكرنا من أن السرقة تكون غالبا ليلا ونظر الشاهد اليه من بعيد وذلك سبب اشتباه اللون اذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وان كانا متباعدين فى البلقاء فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الامرين فعلى الاول أو الثانى اذا اختلفا فى المتقاربين وعلى الثانى فقط فى المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا اشتباه فيه وبخلاف الذكورة والانوثة لانهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصابا أولا ولان ذكره الذكورة دليل على أنه رآه من قريب وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وان كان فى زيادة فقد شغب بها على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطا لاثبات الحد كما لم يكن التوفيق فى اختلافهما فى مكان الزنا من البيت بانهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان الى مكان احتياطا لاثباته ولا أن وجه قولهما أدق وأحق من قوله كما ظنه صاحب الاسرار وما قيل ان التوفيق لاثبات الحقوق واجب فيفعل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ ان لم يصح منع وجوبه مطلقا بل اذا لم يستلزم وجوب حد (قوله ومن شهد لرجل الخ) صورتها على ما فى الجامع فى الرجل يدعى على رجل أنه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بألف وشاهدا بالف وخمسمائة قال يعنى أبا حنيفة رحمه الله هذا باطل الى آخر ما هنالك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين اذا اختلفا فشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى الفا وخمسمائة قضى بالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا تقبل فى شئ ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة فلا بد من بيانه وهو أن ذلك فيما اذا ادعى دينا فقط

ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا فى صلب الشهادة وعن الثانى بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان التوفيق أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان فى صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا والله أعلم بالصواب (قوله بخلاف الغصب) جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذا الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله (والذكورة والانوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فانهما لا يجتمعان فى واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج الى التوفيق قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف الخ) رجل ادعى على آخر انه باعه هذا العبد بألف أو بألف وخمسمائة وأنكر البائع ذلك فشهد شاهد بألف وآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى والمقصود

(قوله والثانى أن التوفيق وان كان الخ) أقول كما سلف فى الدرس السابق (قوله وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه) أقول اذا كانت الشهادة بالذكورة والانوثة واجبة والوقوف على ذلك بالقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لان التحمل فى الليالى من بعيد (قال المصنف على كل واحد منهما) أقول لفظة كل مما لا حاجة اليه

البيع قبل التسلم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لانسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه أجيب بأن دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن بجواز أن يكون الثمن أولا ألفا فزاد فى الثمن وعرف به أحدهما دون الآخر أجيب بأن السيد الشهيد أبا القاسم السمرقندى ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهدا بجنسين كألف درهم ومائة دينار ووجه ما فى الكتاب ان الشراء بألف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف والخمسمائة ملصقين بالشراء وأما اذا اشترى بألف درهم ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن (قوله ولان المدعى يكذب أحد شاهديه) دليل آخر على ذلك (وكذا اذا كان المدعى هو البائع) سواء ادعى البيع بألف أو بألف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا أن المقصود هو السبب وكذا اذا كانت الدعوى فى الكتابة أما اذا كان يدعيها العبد فلاخفاء فى كون العقد مقصودا

ولان المدعى يكذب أحد شاهديه وكذلك اذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يدعى المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا (وكذلك الكتابة) لان المقصود هو العقد ان كان المدعى هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب

وأما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد

والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى الى قوله فى الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من أركانه والمركب الذى بعض اجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلا (ولان المدعى يكذب أحد شاهديه) وهو الشاهد بالألف (وكذا اذا كان المدعى هو البائع) بان ادعى أنه باعه بالف وخمسمائة فانكر المشترى الشراء فأقام الشاهدين كذلك (ولا فرق بين أن يدعى المدعى منهما أكثر المالين أو أقلهما لما بينا) من اختلافهما فى المشهود به والتكذيب من المدعى وفى الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندى تقبل لان الشراء الواحد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يزاد فى الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف ما لو قال أحدهما اشترى بألف والآخر بمائة دينار لان الشراء لا يكون بالف ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل كأنه والله تعالى أعلم لو جاز لزم القضاء ببيع بلا ثمن اذ لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهما ثم لا يفيد لانه تعود الخصومة كما كانت فى الالف والخمسمائة المدعى بها وانما كان السبب وسيلة الى اثباتها ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف احداها هذه والثانية الكتابة ذكرها فى الجامع قال وكذلك الكتابة اذا ادعاها العبد وأنكر المولى يعنى الكتابة على وزان ما ذكر فى البيع زاد المصنف فقال وكذا اذا كان المدعى هو المولى لان دعوى السيد المال على عبده لا تصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد اليه للعلم بانه لا يتصور له عليه دين الا به فالشهادة ليست الا لاثباتها الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعى هو المرأة فى الخلع والعبد فى العتق والقاتل فى الصلح عن دم العمد

(قوله أجيب بان دعوى السبب المعين الخ) أقول وفيه بحث فان دعوى السبب المعين لا نسلم انها تدل على ما ذكره بل ذلك لضرورة انحصار الوسيلة الى المقصود فيها لانه لو ادعى الملك المطلق فيما علكه بسبب البيع لم يشهد شاهداه به لتحرزا عن الكذب اذ المطلق غير الملك بسبب فانهما مختلفان حيث ثبت الملك من الاصل حتى يستحق المدعى بزوائده ولا كذلك مطلق الملك الحادث وتفصيله فى الكنز وشرحه للزيلعى فى أول باب الاختلاف فى الشهادة ثم أقول اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بالملك بسبب قبلت لان الملك بسبب أقل من المطلق ولو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل وبه يظهر جواب البحث (قوله فان قيل التوفيق ممكن الخ) أقول امكان التوفيق لا يفيد كما سبق عن قريب (قوله وأما اذا اشترى بألف الى قوله بأصل الثمن) أقول فيه أن ما ذكره لا يتمشى فى احتمال أن يكون الثمن أولا ألفا وخمسمائة ثم حط خمسمائة حيث لا يأخذ الشفيع بأصل الثمن وأيضا اذا كان الثمن أولا ألفا ثم زاد تكون المرابحة والتولية بالزيادة مع أن المرابحة تفسد ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول بزيادة ربح والتولية كذلك من غير زيادة ربح وانما يأخذ الشفيع بأصل الثمن فى الزيادة لما فى الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه وجوابه أن قوله ولهذا الخ تنوير لا يجب اطراده (قوله قوله ولان المدعى الخ) أقول ان لم يلاحظ مقصودية السبب والمدعى يدعى الاكثر فلا نسلم الاكذاب والسند ظاهر وان لوحظت يؤل الى الدليل الاول وجوابه اختيار الشق الثانى والاكذاب أمر مغاير لما ذكر فى الدليل الاول (قوله ان المقصود هو السبب) أقول وان المدعى يكذب أحد شاهديه

وفيه نظر لفظا ومعنى أما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة وأما الثانى فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقريره بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة أو يقال معناه أن مقصود المولى هو العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكانت هى المقصودة وعن الثانى بأن قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ ويخاصم لأدنى البدلين (وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد) أما أن المدعى اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء فى كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد لتثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كانت الدعوى من جانب الزوج بأن قال خالعتك على ألف وخمسمائة والمرأة تدعى الالف أو قال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الالف أو قال ولى القصاص صالحتك بألف

وخمسمائة والقاتل يدعى الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه تقبل على الالف اذا ادعى ألفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى ألفين لا تقبل عنده خلافا لهما وان ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما (لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فتبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل) لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن لم تكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين

(وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل) لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه تثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين وفى الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين

لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذى يفيدهم الخلاص وهو مقصودهم (وان كان الدعوى من الجانب الآخر) وهو الزوج والمولى وولى القتيل (فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه) وهو أنه اذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل فان كان الاكثر بعطف مثل الف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كألف وألفين فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة لا يقضى بشئ وهذا (لانه تثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى الا فى الدين) والسادسة الرهن ان كان المدعى هو الراهن لا تقبل الشهادة بشئ اصلا لأن قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح (لانه) أى الراهن (لا حظ له فى الرهن) أى لا يقدر على استرداده مادام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح (وان كان) المدعى هو (المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) وعلمت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغى أن يكون اختلاف الشاهدين فى قدر المال كاختلافهما فيه فى البيع والشراء اجيب بان الرهن غير لازم فى حق المرتهن فان له أن يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين فى جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته فى ثبوت الدين ويثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا اطالبه بالف وخمسمائة لى عليه على رهن له عندى فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن فى البيع وان كان هكذا أطالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندى على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين فى انه رهنه بألف أو ألف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشئ لان عقد الرهن يختلف به والسابعة الاجارة ان كان فى أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر أو الآجر انه أجره هذه الدار سنة

(قوله وفيه نظر لفظا ومعنى) أقول فى كونه فيه نظر لفظا نظر اذ لا خلل فى نفس اللفظ (قوله العتق لا يثبت قبل الاداء) أقول فيه بحث فان معنى كلامه ان العتق لا يثبت قبل أداء كل البدل بمجرد عقد الكتابة أو باداء بعض البدل حتى يؤل دعوى المولى الى دعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما فى دعوى الاعتاق على مال فلا اشعار لما ذكره ولا حاجة الى تقدير شئ (قوله بدل العتق لا يثبت الخ) أقول أى لا يحصل فى يد المولى (قوله ان مقصود المولى العتق) أقول أى العتق بعد أخذ المال (قوله لجواز أن لا يختار الخ) أقول لا يقال فيكون العبد مدعيا أيضا لانه لا يقع الا انه لم يكن بد من التفصيل وقد ذكرت المسئلة مطلقة (قوله بادنى البدلين) أقول وأنت خبير بانه لا يخلو اما أن يقيم بينة على أدنى البدلين أولا فان كان الاول فلا يفيد شاهدى المولى كما لا يخفى أو يوفق بينهما بانه أسقط بعض البدل بعد العقد الاول بل نقول نقبل شاهدى المولى وتفصيله فى التخالف فى الشروح وان كان الثانى فلا يفيد أيضا لقدرته على الاستخدام بدونه اذ لا سبب يخرجه عن يده وأيضا هذه المخاصمة تنزل منزلة العدم لما أن عقد الكتابة ليس بلازم فى حقه لتمكنه من الفسخ متى شاء كما سيجئ آنفا فى مسئلة الرهن وجوابه غير خفى على المتأمل

يقضي بأقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة فيجب أن لا تقبل البينة وان كان المدعى هو المرتهن لانه كذب أحد شاهديه وأجيب بأن الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون و يثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما أن تكون الدعوى في أول المدة أو بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني فاما أن يكون المدعى هو الآجر أو المستأجر فان كان الآجر فهو دعوى الدين يقضي بأقل المالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر وصار كمن ادعى على آخر ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل (٦٥) عند أبي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وان كان المستأجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان أقر بالاكثر لم يبق نزاع وان أقر بالاقل فالآجر لا يأخذ منه ببينة سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه قال (فأما النكاح فانه يجوز بألف استحسانا) اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت بألف عند أبي حنيفة وهو استحسان وقال أبو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح أيضا وذكر في الامالي

وفي الاجارة ان كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعى هو الآجر فهو دعوى الدين قال (فأما النكاح فانه يجوز بألف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح أيضا) وذكر في الامالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله لهما أن هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله أن المال في النكاح تابع

بألف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة (وان كان بعد مضيها) استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعي هو المؤجر فهو دعوى الاجرة فان شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعي الاكثر يقضى بألف اذ ليس المقصود بعد مضي المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعي يدعيهما لا يقضى بشئ عنده وعندهما بألف وان كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف والثامنة النكاح وقد علمت أن النكاح أجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها زوجت نفسها منه وشهد الآخر أن وليها زوجها منه لا تقبل ولو ادعى هو عليها ثانيا أنها زوجت نفسها منه فشهد هذا بأنها زوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى أنها زوجت نفسها منه فشهد أن وكيلها فلان بن فلان زوجها الان لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد أطلق محمد في الجامع عن أبي حنيفة رحمهما الله فقال فاما النكاح فان أبا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسمائة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالالف وهي تدعي ألفا وخمسمائة فاما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل أيضا فشي المصنف رحمه الله على اطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج أو الزوجة وجعله الاصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا يصح باتفاقهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعي عليها مالا لكونه الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح ما ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لابي حنيفة من أن المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في هذا بل في التبع واذا وقع في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف فان هذا الوجه يقتضي الصحة بالاقل بلا تفصيل وأيضا أجرى اطلاقه في دعوى الاقل والاكثر فصحح الصحة سواء ادعى المدعي

(٩ - فتح القدير سادس) قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر و يملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالمعلم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا

(قوله لان الرهن لا يكون الا بدين الخ) أقول مخالف لما أسلفه في جواب النظر الثاني آنفا فتأمل في جوابه (قال المصنف وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر الخ) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة في أول الاجارة ان الاجير هو معطي الاجرة فيكون استعماله بمعنى المؤجر غير صحيح الا أن يكون كلا من و تامر و يؤيده أنه استعمل الاجير بمعنى المؤجر في هذا المقام (قوله ان المال في النكاح تابع) أقول أي غير داخل في صلب العقد بخلاف البيع فان المال فيه داخل في صلب العقد

والاصل فيه الحل والازدواج والملك

الاقل أو الاكثر وهذا مخالف للرواية فان محمدا رحمه الله في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفا وخمسمائة والمفهوم يعتبر رواية وبقوله ذلك أيضا يفهم لزوم التفصيل في المدعى به بين كونه الاكثر فيصح عنده أو الاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهد الاكثر كما عول عليه محققو المشايخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد قول أبي حنيفة رحمه الله بالجواز بما اذا كانت هي المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف * (فروع) شهد أنه أقر أنه غصب من فلان هذا العبد والآخر انه أقر انه أخذه منه يقضى به للمدعي ولو شهد أحدهما انه أقر انه أخذه منه والآخر انه أقر انه له لم يقض للمشهود له بشئ ولو شهد أنه أقر أنه غصبه منه والآخر انه أقر بان المدعي أودعه اياه تقبل وزاد في المنتقى حين وضعها ثانية في الثوب لو قال المدعي أقر بما قال لكنه غصبه مني تقبل ويجعل ذو اليد مقرا بملكية الثوب للمدعي فلا تقبل بينة المدعي عليه على الثوب بعده ثم قال فيما لو شهد أحدهما على اقراره بأخذه والآخر على اقراره بالايداع منه وقال المدعي انما أودعته منه لا تقبل لعدم اجتماعهما على الاقرار بملك ولا بأخذ لان شاهد الوديعة لم يشهد بالاخذ فلزم المناقضة في الحكم والدليل واعلم انه ذكر فيما اذا شهد على اقراره بغصبه والآخر على اقراره بأخذه منه يقضى به للمدعي ويجعل المدعى عليه على حجته لان اقراره بالاخذ ليس اقرارا بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة اذ كان الاخذ لا يدل على الملك شهد أنه أقر بانه اشترى هذا العين من المدعي والآخر على اقراره بايداعه المدعي اياه منه قضى للمدعي ولو كان الشاهد الثاني شهد بانه أقر بان المدعي دفع اليه هذا العين قضى به للمدعي أيضا لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل ألا ترى ان رجلا لو قال دفع الي فلان هذا العين ثم برهن على انه اشتراه منه تقبل وفي الزيادات قال أحدهما أعتق كله وقال الآخر نصفه لا تقبل ولو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين تقبل على الالف اجماعا ادعى الشراء فشهدا بالهبة والقبض لا تقبل الا ان وفق فقال جحدني الشراء فاستوهبتها منه وأعاد البينة على الهبة لان الاولى ما قامت على ما ادعى به من الهبة وانما ادعاها الآن فيقيم بينة دعواه ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما كذلك والآخر من أمه لا تقبل ادعى دارا فشهد له بدعاه وقضى له ثم أقر المقضى له أن البناء للمقضى عليه لا يبطل الحكم بالارض للمدعي وان شهدا بالبناء والارض والباقي بحاله بطل الحكم لانه أكذبهما فيما قضاه من البناء بخلاف الاول لان دخول البناء محتمل فاقرار المدعي بعدم دخوله بيان لاحد الاحتمالين شهد أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه أو شهد أنها ولدت منه غلاما والآخر جارية تقبل شهد أنه أقر أن المدعي سكن هذه الدار والآخر انه له لا تقبل ولو شهد انه أقر بأن هذه الدار له وشهد الآخر أنه ساكنها قضى بها له شهد أن قيمة الثوب الهالك كذا والآخر على اقراره بها لا تقبل شهد على صريح الاذن والآخر انه رآه يبيع فلم ينهه لا تقبل بخلافها على الاذن في الطعام والآخر عليه في الثياب تقبل على الاذن وفي الاقضية ادعى عبدا في يد رجل فشهدا على اقراره انه ملكه تقبل ولو على اقراره بالشراء منه وأنكر المدعى البيع يأخذه المدعي لان الاقرار بالشراء والاستيام اقرار بالملك للبائع على رواية الجامع أو بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزيادات فقد أقر أنه لا ملك له فيه ولا أحد متعرض للمدعي فيأخذه وكذا لو شهد أحدهما على اقراره بالشراء منه والآخر على اقراره بالهبة منه والمدعي ينكر وكذا لو شهد أحدهما على الشراء منه بالف والآخر بمائة دينار أو قال الآخر استأجره منه وكذا لو شهد أنه باعه المدعي منه والآخر أنه أودعه عنده وكذا لو شهدا على اقراره ان المدعي دفعها اليه شهد على اقراره بانه أخذ منه هذا والآخر

(قوله والاصل فيه الحل والازدواج) دليل آخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه

(قوله والاصل فيه الحل) أقول أي حل كل من المتعاقدين أو من هو بمنزلتهما للآخر وازدواج أحدهما بالآخر بخلاف البيع (قوله دليل آخر) أقول في صحة كونه دليلا آخر مستقلا بدون ملاحظة الاول تأمل

ولا اختلاف فى ماهو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه

على اقراره بانه أودعه منه تقبل لاتفاقهما على الاقرار بالاخذ لكن بحكم الوديعة أو الاخذ منه منفردا شهد أن له عليه كذا دينارا والآخر انه أقر أنه عليه تقبل شهد أنه طلقها بالعربية والآخر بغيرها فى المنتقى عن أبى يوسف لاتقبل ولو كان هذا بالاقرار بالمال تقبل وليس الطلاق كذلك لانى أنو يه فى وجوه كثيرة وفيه لو شهد أنه قال لعبده أنت حر والآخر انه قال له آزاد تقبل وفيه لو قال ان كلمت فلانا فانت حر فشهد انه كلمه اليوم والآخر أمس لم تقبل وذكر فيه مسئلة الطلاق قال طلقت ولا شك أنه يجب فى العتق ثبوته اذا وفق العبد بان قال كلمته فى اليومين جميعا وفيه شهد أنه قال ان دخلت هذه الدار فكذا والآخر ان دخلت هذ وهذه لاتقبل وفيه ان طلقتك فعبده حر فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق والعتق ولو قال ان ذكرت طلاقك ان سميته ان تكلمت به فعبده حر فشهد انه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق لا العتاق لان شهادتهما اختلفت فى الكلام ولو اختلفا فى القذف فى الزمان والمكان تقبل عنده خلافا لهما وفى انشائه واقراره لاتقبل اجماعا ادعى ألفا فشهد أحدهما بانه أقر أن له عليه ألفا قرضا والآخر انه أقر انه أودعه ألفا تقبل لاتفاقهما انه وصل اليه منه ألف وقد جحد فصار ضامنا هى قسمان قسم من الاختلاف بين الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطلق فلا تقبل وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف كان قال اشتريته من فلان بن فلان وذكر شرائط التعريف أما لو جهله فقال اشتريت فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت وذكر فى فتاوى رشيد الدين فى القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب تقبل كذا أطلقه فى الجامع الكبير وزاد فى الاجناس فى القبول أن القاضى يسأل المدعى الملك ألك بهذا السبب الذى شهدوا به ان قال نعم قضى أولا لا وفى الدعوى والبينات اذا تحمل الشهادة على ملك له سبب وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا فى شئ من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لايسعه ذلك ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى أبيه وجده مع القبض وقال وقبضته منه فشهدوا بالملك المطلق ففى الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وحكى العمادى فيه اختلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لايشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لاتقبل لان دعوى الشراء معتبرة فى نفسها لا كالمطلق ألا ترى انه لايقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وهكذا فى شرح الجيل للعلوانى لكن فى المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان شمس الائمة محمود الاوزجندى يقول لاتقبل كما فى دعوى العين بسبب وشهدوا بالمطلق قال وفى الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لاتقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به أولا فتقبل أما النكاح فلو ادعى على امرأة انها امرأته بسبب انه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر المسمى أو أقل فان زاد على المسمى لايقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال والباقى بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة وغيره فهو ملك حادث وان ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لاتقبل كما اذا شهدوا جميعا بالمطلق وفيما لو ادعى التملك فشهدوا على المطلق تقبل ولو ادعى المطلق فشهدوا على التتاج لالان دعوى مطلق الملك دعوى

واعترض عليه بان فيه تكذيب أحد الشاهدين وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لايوجب التكذيب فى الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه أن يبطل المال المذكور فى الدعوى ويلزم مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب أن المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لايمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع

(قوله ولا اختلاف للشاهدين فيها) أقول الظاهر تذكير الضمير وتأنيثه باعتبار كون الاصل عبارة عن الامور المذكورة (قوله وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود) أقول المجيب صاحب النهاية (قوله والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا) أقول أى من العقد فان العقد يصح بدونه وتحقيق الجواب وتفصيله ماذكره صاحب النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وانما لم يذكره ثانيا حذرا عن التكرار فلا وجه لايراد النظر عليه بعد ذلك فليتأمل (قوله كان كالدين) أقول المراد من الدين هو الدين المنفرد عن العقد

قال المصنف (ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما) بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة يستوى وقوله (فى الصحيح) احترازعما قال بعضهم انما كان الدين وجب أن تكون الدعوى بأكثر المالين كما فى الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجه ما فى الكتاب أن المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت فى ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط فى المقصود أعنى الدين وقال (ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فأما اذا كان المدعى هو الزوج فالاجماع على أنها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال) بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد) (٦٨) فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول (وقيل الخلاف فى الفصلين)

يعنى ما اذا كانت المرأة تدعى وما اذا كان الزوج يدعى (وهذا أصح) لان الكلام ليس فى أن الزوج يدعى العقد أو المال أو المرأة تدعى ذلك وانما الكلام فى أن الاختلاف فى الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللا فى نفس العقد أولا قال أبو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف دليلهما واليه أشار بقوله (والوجه ما ذكرناه) والله أعلم

ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما فى الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية وفيما اذا كان المدعى هو الزوج اجماع على أنه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف فى الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا والله أعلم

أو ليته على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على أو ليته على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى النتاج أولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق أولا ثم النتاج لا تقبل وفى المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشكل انه لو ادعى النتاج بسبب فشهدا بسبب آخر لا تقبل وفى الفصول القاضى اذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سألهم عما لا يكلف ببيانه فهو كالمعدوم وقال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا مؤرخا فقال قبضته منى منذ شهر فشهدوا بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغى أن يستثنى ما اذا أرخ ففى الخلاصة ادعى دارا فى يد رجل انها ملك أبيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا تقبل الا اذا وفق فقال اشتريتها منه منذ سنتين وبعتها من أبى ثم ورثتها عنه منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق واذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر لا تقبل فى دعوى الملك المؤرخ وتقبل فى غير المؤرخ ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ولو كان للشراء شهران وأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو أرخ المطلق بأن قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا انه له منذ سنة تقبل ولو ادعى أنه قبض منى عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض فى الحال وعليه شهدوا وقدمنا من مسائل القبض شيأ دار فى يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى أو قبلها وغاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا وفى يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها أكثر من المدعى به ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال صدقوا لكنى بعت هذا البيت منها تقبل وفى المحيط من الافضلية وأدب القاضى للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها تثبت الملك فى الماضى فيحكم به فى الحال ما لم يعلم المزيل وقال العمادى وعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا أو قالا بالفارسية اين مقدار زر در دمه اين مدعى عليه بود مرين مدعى را ينبغى أن تقبل كما فى دعوى العين انتهى ونظيره فى دعوى العين ما ذكر رشيد الدين اذا قالوا نشهد أن هذا كان ملكه تقبل ويصير كما لو قالوا نشهد أن هذا ملكه

(قوله ويستوى الى قوله بكلمة أو الخ) أقول وفيه بحث فانه من قبيل سيان كسر رغيفه أو كسر عظم من عظامه وفى الفرائض السراجية وذلك فى مسئلتين زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان أو بمعنى الواو وقال الزيلعى ولا يكون بدعوى الاقل مكذبا للشاهد لجواز أن يكون الاقل هو المسمى ثم صار أكثر للزيادة انتهى وفيه تأمل فانهم لم يجوزوا ذلك فى البيع كما صرح به فى الشروح وجوابه أن النكاح ليس كالبيع فانه يجوز النكاح بدون تسمية المهر بخلاف البيع بلا تسمية البدل فتأمل (قال المصنف وهذا فى أصح والوجه الخ) أقول قال الاتقانى ولنا فى قوله وهذا أصح نظر لما أنهم لم يذكروا الخلاف فى شروح الجامع الصغير وكذلك لم يذكره فى شرح الطحاوى فيما اذا كان المدعى هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لان الاختلاف وقع فى العقد انتهى وفيه نظر فانه قال التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير وان كان المدعى هو الزوج اختلفوا على قول أبى حنيفة والاصح أنها تقبل عنده لان المال تابع

في الحال ولا يجوز للقاضي أن يقول امرو زملك وى محدانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا للملك في الحال أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك في الحال تقبل ويقضي بالعين للمدعي لكن ينبغي أن يسألهم القاضي الى آخر ماذكرنا وكذا اذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي أما لو شهدوا باليد له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضي للمدعي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة بالملك على ما أسلفناه وعن أبي يوسف يقضي بها وخرج العمادي على هذا ما نقل عن الواقعات لو أقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الاقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على أنه اذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه أنه لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه أو له عليه والحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعه من أحدهما دون الآخر معنى والذي يقتضيه الفقه أنهما اذا ثبت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاه ذلك الذي أقر به عندهما أو ثبت بطريق أفادهما ذلك أن لا يشهدا كما عرف فيما اذا علم شاهد الالف أنه قضاه منها خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله أعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بأن قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا أنها له اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا أنها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على أن ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهدين اذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاخبار عن الاخبار بما لا علم لهما به لانهما لم يعلما سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما بانتقاله فقد يكون انتقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان يثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة ولا رديئة ولا وسطا تقبل ويقضي بالردي مخلاف ما لو ادعى فقيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه أشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على أنهم شهدوا على اقراره بذلك أي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان مثله في الاقرار يقبل لما ذكروا في المسئلة المذكورة قبلها وفي الكفالة اذا شهدوا أنه كفل بالف على فلان فقال الطالب هو أقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى أنه أجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا أن الآجر أقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد أحدهما به والآخر بالاقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعدة وقال قاضيخان تقبل عند أبي يوسف ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعي دفع اليه كذا ولم يقولوا قبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد أنه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على أنه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر باقراره أنه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا أنه اشتراها

﴿ فصل فى الشهادة على الارث ﴾ ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم أن العلماء اختلفوا فى الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعى وارث الميت مات وتركها ميراثا له أولا قال أبو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابى يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وان كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث متجدد فى حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لان الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت أن يسوى أسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله أن (٧٠) ما فى يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد تكون اليد أمانة ولا ضمان فيها لتنقلب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يموت ولم يبين أنها وديعة فلان لانه حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فمن أقام بينة على دار أنها له كانت لابيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق

﴿ فصل فى الشهادة على الارث ﴾ (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لابيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) وأصله أنه متى ثبت ملك المورث من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى عليه أنك قبضت من مالى جلا بغير حق مثلا وبين سنه وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ما شهدوا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى * القسم الثانى اختلاف الشاهدين ادعى بالمبيع عيبا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما على أنه ملكه والآخر على اقرار ذى اليد أنه ملكه لا تقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به معاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين الرهن فى هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد أحدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل لان لفظ البيع فى الاخبار والانشاء واحد ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبتنى اياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول أوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه أن المدعى به فى يده والآخر أنه فى يده لا تقبل وفى المحيط ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على اقرار ذى اليد أنها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما اذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل بخلاف ما اذا شهد الآخر أنها كانت فى يده واذا راجعت القاعدة التى أسلفناها من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع والله سبحانه أعلم

﴿ فصل فى الشهادة على الارث ﴾ وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحى عن ميت على الشهادة بملك يتجدد لحى عن حى ظاهر (قوله ومن أقام بينة الخ) اختلف علماؤنا فى أنه هل يتوقف القضاء لو ادعى ألفا فقال ان كان له على ألف درهم فامرأته طالق فشهد شاهدان بألف عليه عام أول يحكم بالمال دون الطلاق ولو شهدوا بالالف الآن يحكم بالطلاق ويعين حق الوارث بخلاف ما لو شهدوا أنه كان فى يد مودعه أو مستعيره عند الموت لان يد هما يده كما لو شهد أنه كان له عام أول لان الثابت يبقى ما لم يوجد الدليل المزيل ولم يوجد ولم ينف شئ بخلاف المسألة الاولى لانه فى الارث فى الثابت بالاستصحاب والمعنى هذا الا ما ذكره الشراح أن ملك الوارث يتجدد استدلالا بوجوب الاستبراء فى الجارية الموروثة وحل أكل ما كان صدقة على المورث لان الاستبراء يتعلق باستحداث ملك اليد ألا يرى أن من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت عند البائع مرارا فانه يستبرئها وان لم يكن غير مستحدث وحل التناول لا يتوقف على تجدد الملك ألا يرى أن المورث الذى اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث أو غيره يحل ما عنده من الصدقات ولا تجدد (قوله بحسب مقتضى الواقع) أقول فان الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت (قال المصنف مات وتركها ميراثا له) أقول وهو المراد بالجر والنقل قال الكاكى ولهذا لو ادعى دينا على المورث وشهد أنه كان له على الميت

أما عند أبي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة وأما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت

لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما ذكره وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل (وان شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة) لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت

القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجر والنقل وهو أن يقول الشهود في شهادتهم مات وترك هذا ميراثا لهذا المدعي فعند أبي يوسف لا وعند أبي حنيفة ومحمد نعم وجه قول أبي يوسف ما ذكره المصنف بقوله (هو يقول ملك المورث ملك الوارث) لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا اذا كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة الى أمر زائد يشترط القضاء به له وقد ظهر بهذا محل الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدا أنها لابيه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند أبي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق (وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان تصدق به على المورث الفقير) ولو زكاة أو كفارة فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير أنه لا يشترط ذكر ذلك نصا بل امانصا كما ذكرنا من قولهم مات وترك هذا ميراثا له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعي لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت اذا عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المصنف اتفاقية وهي قوله (ومن أقام بينة على دار أنها كانت لابيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له) أما على قول أبي يوسف فظاهر وأما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب لانه أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنها معارة منه أو مودعة عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير وأخويه وقد طولبا بالفرق بين هذا وما اذا شهدا لمدعي ملك عين في يد رجل بأنها كانت ملك المدعي أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وان لم يشهدا أنها ملكه الى الآن وكذا لو شهدا لمدعي عين في يد انسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا بملكه قضى للمشتري به وان لم ينصا على أنها ملكه يوم البيع وهذه أشبه بمسئلتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب أنهما اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لابقاء الثابت لا لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعي العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسئلة الشراء فان الملك مضاف اليه لا الى ملك البائع وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقائه لان الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه أعلم هذا اذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة (فلو شهدا أنها كانت في يد أبيه مات وهي في يده) والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف أنها كانت في يد فلان يعني أبا الوارث

لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن أقام البينة أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت فصار كأنه أقامها على أنها كانت ملكه عند موته ومن أقامها أنها كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه وتقبل عند أبي يوسف بشهادتهم بملك المورث

دين لا يقبل حتى يقولوا انه مات وهو عليه ذكره في القنية انتهى ثم اعلم أنه أنث الضمير في قوله وتركها بتأويل التركة (قال المصنف ويحل للوارث الخ) أقول قال الزيلعي ولو لا تجدد الملك لما حل له انتهى وفيه بحث فانه من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث أو غيره يحل له أكل ما عنده من الصدقات ولا تجدد ملك (قال المصنف لان الايدي عند الموت الخ) أقول في الكافي لان الايدي المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت لانها لا تخلو من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة فان كانت يد ملك فظاهر وكذا اذا كانت يد غصب لانها تصير يد ملك لان بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكه وان كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك أيضا فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت انتهى وفي قوله لانها تصير يد ملك تسامح (قوله اذا الظاهر من حال المسلم) أقول في دلالته على المدعي تأمل الا ان يتم بقولنا فيكون تاركا للحفظ وترك الحفظ تعد فيوجب الضمان ويملكه فتدبر

(قوله وان قالوا لرجل حي) مسئلة أتى بها استطرادا الذهي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بينة أنها كانت في يده لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدا بأن المدعى عليه أخذها من المدعي فانها تقبل وترد الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله (وهي متنوعة) دليل آخر أي اليد متنوعة الى يد ملك وأمانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر به لاحتمال زواله بعدما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله (قوله وان أقر المدعى عليه) يعني اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار

(وان قالوا لرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الآخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة (وان أقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي) لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار

المدعي جازت الشهادة فيقضي بالدار للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له لان اليد وان تنوعت الى يد غصب وأمانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه ولا يلزم على هذا لو شهدوا أن أباه دخل هذه الدار ومات فيها أو أنه كان فيها حتى مات أو أنه مات فيها أو أنه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش أو أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيأ من ذلك مع أنها تفيد أن هذه الأشياء كانت في يد المورث قبل الموت لانها خرجت بقوله بواسطة الضمان وهذه الامور ليست موجبة للضمان قال التمرتاشي لا تثبت اليد على المحل بهذه الاشياء حتى لا يصير غاصبا ولا يصير ذو اليد مقرا بذلك بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فان اليد تثبت بها ويصير بها غاصبا هذا اذا شهدا كذلك لميت فلو شهدا لحي ادعى عينا في يد رجل كذلك أي شهدا أنها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر أو أقل أو أكثر أو لم يذكرا وقتا فعن أبي يوسف هي كالتي للميت فيقضي للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضي بها للمدعي بهذه الشهادة لابي يوسف رحمه الله أن اليد مقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمنا في الفروع استصحابا للملك الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا ليده الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضي بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول أبي يوسف وهو وجه قولهما أن الشهادة مع كونها بيد منقضية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وأمانة وضمان ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول بخلاف مثلها في الميت لانه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء وبخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو أخذ الى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه قال عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده فيقضي به وأيضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود به مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح قول المدعى عليه فلا يقضى به للمدعي واستشكل بينة الخارج مع ذي اليد وكذا بينة مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث ترجح بينة الخارج ومدعي الملك أجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضى وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول و يبطل استقلال الثاني بتأمل يسير (قوله وان أقر الخ) يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي وان كانت اليد متنوعة

(قوله لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال الخ) أقول قوله تزول باسباب الزوال يعني بالبيع والهبة وغيرهما ولكن بقي ههنا بحث لان الملك أيضا يزول باسباب الزوال فربما زال بعد ما كان والظاهر أن قوله اليد منقضية ليس دليلا مستقلا بل من لان بعض مقدماته وتقريره أن يد المدعي زائلة للحال ولا يؤمر بالاعادة اليه الا عند التيقن بكون الشئ حقه ولم يتيقن بذلك لان الايدي مختلفة الخ (قوله ويد المدعي مشهود به) أقول الظاهر أن يقال مشهود بها (قوله وليس الخبر به لاحتمال زواله) أقول بل لاحتمال كذب الخبر في نفسه

(وان شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعى دفعت اليه) لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم بالبيان فانه لو قال لفلان علي شئ صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بانها كانت في يد المدعى تقبل لان المشهود به الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيأ جازت ويؤمر بالبيان (تتمة) شرط الشهادة بالارث أن يشهدوا أنه كان لمورثه فلو قالوا انه لمورثه تقدم أن محمدا رحمه الله قال لا يصح ولم يحك خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعى ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت حالا محال وتقدم قول بعضهم انها تصح على قول أبي يوسف وهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد أن يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع ولا بد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لا نعلم له أولا مه أو لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبو يوسف على ما عرف في الخلافية غير أنه يسأل البينة عن عدد الورثة للقضاء واذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضي لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر أم لا ثم يقضي بكله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضي بالاقل فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا أن يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يقضي بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل أن لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عنده ما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبي حنيفة خلافا لهما * (فروع) اذا شهد اثنان أن هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكرا سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا اذا شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة أي يبينا الاسباب المورثة للميت أنه لاب أو شقيق وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا الى أب واحد ويذكرا أيضا أنه وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الاب والام والولد قيل يشترط والفتوى على أنه لا يشترط قوله وارثه وكذا كل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه وفي الشهادة بانه ابن الميت أو بنت ابنه لا بد من ذلك وفي الشهادة أنه مولاه لا بد من بيان أنه أعتقه ولا يشترط ذكر اسم أب الميت حتى لو شهدا أنه جد الميت أبو أبيه ووارثه ولم يسموا أبا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فالثاني أحق بالميراث ولو شهدا أنه أخو الميت ووارثه فقضى به ثم شهد هذان لآخر أنه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للاول ما أخذ الاول من الارث ولو شهد آخران أن الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا أن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعى عن نسبه فان لم يبين أمضى القضاء الاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين أنه وارثه فان كان أقرب من الاول قضى للثاني وان كان أبعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول ابنا والثاني أبا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما

وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به وذلك لا تمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيأ جازت الشهادة ويؤمر بالبيان والله سبحانه وتعالى أعلم

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لاحقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية الا أنهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض فلو لم يجز لأدى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت أعني الشهادة على الشهادة وان بعدت (الا أن فيها شبهة) أي لكن فيها شبهة البدلية لان البدل لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بأنه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز وأجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه (٧٤) مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله (أو من حيث ان فيها زيادة احتمال) معطوف على قوله من حيث البدلية يعني أن فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان يزيدوا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

قال (الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع (قوله الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة) فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فأما التعزير ففي الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه أبو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضيخان الشهادة على الشهادة جائزة في الاقارير والحقوق وأقضية القضاة وكتبهم وكل شئ الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال أحمد والشافعي في قول وأصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص أيضا لان الفروع عدول وقد نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع (قوله وهذا استحسان) أي جواز الشهادة على الشهادة والقياس أن لا تجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليست بحق للمشهود له حتى لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز لان كون قول انسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه اليه وهو ينفيه ويبرأ منه انما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما في شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان اختلف محل الاداء لان محله في الاصلين في اثبات حق المدعي وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين ثم يرجع الى الحق المدعى به لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته أو لغيبته أو مرضه فيضيع الحق أثبتها أهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي لانا نقول

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

(قال المصنف الا أن فيها شبهة من حيث البدلية الخ) أقول فان الشهادة عبادة بدنية ولا تجري البدلية في العبادة وليس في وجه الاستحسان ما يدفعه (قوله لعدم الاجبار) أقول أي لعدم الاجبار على الشهادة (قوله الا أن فيها شبهة البدلية) أقول انما قال شبهة البدلية لما سيجيء ممن أن البدلية حقيقة ليس الا في المشهود به أو الاضافة بيانية (قوله لعدم جوازه) أقول فيه اعمال الضمير في الظرف (قوله بين البدل والمبدل) أقول كالتيمم والوضوء وغسل الرجل ومسحها (قوله وأجيب بان البدلية الخ) أقول ويجوز أن يجاب بانه ليس فيما ذكره من الصور الجمع بين البدل والمبدل لظهور أن الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر هكذا سمع للبال الفاتر ثم رأيت في شرح الكنز للعلامة الزيلعي انه جاب بهذا فشكرت الله تعالى (قوله فان المشهود به الخ) أقول فعلى هذا يجب أن لا يجوز الجمع بين ذينك المشهود بهما فليتأمل (قوله واذا ثبت البدلية) أقول أي شبهتها

(وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا الاربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا

المدعى جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد انقرض الكل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو أجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلافا الشرع والمصنف عالل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة أصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيأ منه وأجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فانا علمنا بثبوت المشهود به للاصول فيه شبهة كما ذكرنا وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة أخرى لا بحسب شهادة الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه وبعد تحمله يرده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بتأمل يسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكره المصنف لاجرم أن أصل السؤال غير وارد لانه انما يرد على حقيقة البدلية والمصنف انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان أجيب بان لا نقض فان المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها فأورد أن فعل القاضي موجب لردها وردها من حده فهو موجب للحد أجيب بالمنع بل الموجب لردها ان كان من حده ما يوجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على أن في المحيط ذكر محمد في الزيادات لا تقبل هذه الشهادة (قوله وتجوز شهادة شاهدين) أو شهادة رجل وامرأتين (على شهادة شاهدين) يعني اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معا على شهادة هذا وشهادتهما أيضا على شهادة الآخر أما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد واحد على شهادة أصل والآخر على شهادة الاصل الآخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب أصحابنا لكن في كتب أصحابه أنه لا يجوز وفي الجملة ان على قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القضاء فكانه شهد بنفسه واعتبروه برواية الاخبار (ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين) ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق انا ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن علي قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان وأسند ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن اسمعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الاصول لا يجوز على شهادتها الا رجلان أو رجل وامرأتان وقال الشافعي في أحد قوليه لا تجوز واختاره المزني لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد كالمرأتين ولا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قاما مقام الرجل الواحد لا يقضي بشهادتهما ولان أحدهما لو كان أصلا فشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الاصل الآخر لا تجوز اتفاقا فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول آخر للشافعي تجوز كقولنا وهو قول مالك وأحمد لما روينا من قول علي رضي الله عنه فانه باطلاقه ينتظم محل النزاع ولان حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الاصلين ثم شهدا بحق آخر هو

الشافعي رحمه الله لا يجوز الا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك أربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما قاما مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما (ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين) فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل أصل فرعان (ولان نقل الشهادة) معطوف على قوله ولنا قول على معنى ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه

(قوله فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين الخ) أقول يتطرقه

وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال (وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل الخ) لما فرغ من بيان وجه مشروعيته لكيفية الشهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد وأداء الفروع فقال وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل على ماعرف وانما قال كالنائب عنه لما عرف أن الفرع ليس بنائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد أن يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه ويجوز أن يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول أوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل الاصل عند التحميل أشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال (ويقول شاهد الفرع الخ) هذا بيان كيفية أداء الفروع الشهادة (يقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلان بن فلان أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) لانه لا بد من شهادته أعني الفرع وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل) والعبارة المذكورة تنفي بذلك كله وهو أوسط العبارات (ولها) أي لشهادة الفروع عند الاداء (لفظ أطول من هذا) وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد أن فلانا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته فأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولا خمس شينات (وأقصر منه) وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شئ وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير

وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة (وصفة الاشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه) لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ماعرف ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء (وان لم يقل أشهدني على نفسه جاز) لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد (ويقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه

شهادة الاصل الآخر ولا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف أداء الاصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الاصل الآخر مع آخر فانه انما لا يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل منه بخلاف ما لو شهد شاهد به وشهد اثنان على شهادة الاصل الآخر حيث يجوز وقوله (وهو حجة على مالك) فيه تطر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وماذكره المصنف رواية عنه وانما نقل هذا عمن تقدم ذكره في الجملة لما تقدم من أن الفرع كرسول وكرواية الاخبار ويدفعه ماذكرنا عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن أحمد لا بد من أربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الاصلين (قوله وصفة الاشهاد) أي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه) وانما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع (لانه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة) وذلك بالتحميل بخلاف شهادة الاصل تجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد أمرا غير الشهادة له أن يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب (على ماعرف) يعني في فصل ما يتحمله الشاهد وانما لم يقل لانه نائبه لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرع على شهادة فرع وأصل وأصل لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز وقوله (ولا بد أن يشهد) أي شاهد الاصل عند الفرع (كما يشهد) شاهد الاصل (عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر) شاهد الاصل في شهادته عند الفرع قوله (وأشهدني) يعني المقر (على نفسه) بذلك (جاز) لما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر (فيقول شاهد الفرع عند الاداء أشهد أن فلان بن فلان) ويعرفه (أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) فلا بد من ذكر الفرع بر شاهد الاصل فلزم فيه خمس شينات وذلك (لانه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الاصل والتحميل) قال المصنف (ولها) أي لشهادة الاداء من الفرع (لفظ أطول من هذا وأقصر) أما الاطول فان يقول أشهد أن فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور أولا خمس شينات (وأقصر منه) وهو أن يقول الفرع عند القاضي أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شئ وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير

(قوله وذكر التحميل) أقول يكفي في ذكر التحميل أشهدني على شهادته أو اشهد على شهادتي فاحدهما مغن عن الآخر فينبغي أن يكتفى بثلاث شينات

(ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لابد من التحميل) بالاتفاق أما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بأمره وأما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد انسانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له أن يشهد على شهادته لكن لابد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة في نفسها مالم تنقل ولابد للنقل من التحميل ولقائل أن يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لابد من النقل ليصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل مزيف

وخير الامور أوسطها (ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي) لانه لابد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لابد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة

(قوله يعني يتخير المشهود عليه) أقول كما يجيء في باب الرجوع عن الشهادات (قال المصنف فيظهر تحميل ما هو حجة) أقول فيه بحث فان المقصود اثبات وجوب التحميل فمن أين يثبت وجود التحميل حتى يستقيم قوله فيظهر تحميل ما هو حجة ولا يبعد أن يجعل التحميل بمعنى التحمل كما في قوله تعالى بفاحشة مبينة ويصح الكلام حينئذ على ما أشار اليه الشيخ أكمل الدين في فصل ما يتحمله الشاهد وقال الاتقاني قوله فيظهر بالنصب جواب النفي وهو قوله لابد ويجوز أن يقال انه عطف على قوله ليصير اه وفيه بحث (قوله وذلك يقتضي أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل الخ) أقول هذا مسلم بل اللازم ظهور كون التحمل مما هو حجة بعد النقل (قوله قولهم في هذا الموضع الخ) أقول على ما مر في الهداية في فصل ما يتحمله الشاهد وأشار اليه هنا ثم اعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مزيف (قوله فلا يحصل العلم للقاضي) أقول هكذا فيما ظفرنا به من نسخ العناية ومعراج الدراية ولعله سهو والصحيح فلا يحصل العلم للفرع

الآن أشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات وأما الاقصر فان يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بان فلانا أقر عنده بكذا ففيه شينان وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأستاذه أبي جعفر وحكى فتوى شمس الائمة السرخسي به وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكى أن فقهاء من أبي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل فاخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر أن ثم أطول منه وأقصر ثم قال (وخير الامور أوساطها) وذكر أبو نصر البغدادي شارح القدوري أقصر آخر وهو ثلاث شينات قال ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال وماذكر صاحب الكتاب يعني القدوري أولى وأحوط ثم حكى خلافا بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف في أن قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند أبي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند أبي يوسف يجوز قال وجه قولهما انه لما لم يقله احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل انه أمره على وجه التحميل فلا يثبت الثاني بالشك ولابي يوسف ان أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل ذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم وقولهم في اعطاء الصورة أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلابد أن يعرف شاهد الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب عليهم أن يذكروا أسماء الاصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا لا نسميهما أو لا نعرف أسماءهما لم تقبل لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة (قوله ومن قال أشهدني الخ) أي اذا قال شاهد عند آخر أشهدني فلان على نفسه بكذا لا يسع السامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك ووجهه المصنف بانه لابد من التحميل أما عند محمد فلانه يقول باشتراك الاصول والفروع في الضمان اذا رجعوا ومعنى هذا أن محمدا يخير المشهود عليه بين تضمين الفروع والاصول وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ من أنه يضمن الكل معا فان اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الاصول بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المغصوب منه في تضمين أيهما شاء فان ضمن الغاصب رجع على غاصبه وأما عندهما فقال فلانه لابد من التحميل (لانه لابد من النقل) يعني الى مجلس القاضي (ليصير حجة فيظهر) بالنقل (تحميل ما هو حجة) يعني شهادة الاصول وهذا الكلام يقتضي أن

لان الفرع لايسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلابد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لاتجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك أن الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو أن الشهادة مستحقة على الأصل يجب عليه اقامتها وياثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بأمره فباعتبار هذا لايشترط الامر لصحتها غير أن فيها مضرة من حيث انها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون أمره مضرة في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا أنكحها أجنبي بغير أمره لايجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن لسد الخلل وأما عبارة المشايخ فهي مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في أول الشهادات بوجه آخر مفيد والله أعلم قال (ولاتقبل شهادة فرع الخ) قد تقدم أن مجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا تجوز مالم يوجد ولاتقبل الا أن يموت الاصول

أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام أو يمرضوا مرضا يمنعهم الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة أحكام كقصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج

قال (ولاتقبل شهادة شهود الفرع الا أن يموت شهود الاصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لايستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لان جواز ها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم

(قوله لان الفرع لايسعه الى قوله عند القاضي في مجلسه) أقول فيه بحث فانه لو أراد انه لايسعه بعد ماشهد في مجلس القاضي ولم يحكم بموجبها فذلك كذلك الا انه لايلزمهم فان مرادهم أنها لاتكون حجة الا في مجلس القاضي اذا حكم بموجبها وان اراد أنه لايسعه بعد الحكم بها فذلك لكونها الغوا من الكلام اذ يجب عليه أن يشهد بحكم القاضي حينئذ فليتأمل (قوله ووجه ذلك أن الاصل الخ) أقول مراد القوم أيضا ليس الا ذلك كما لايخفى على ذي تأمل فان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى فما لم يحكم القاضي بشهادته لايظهر أن للاصول ولاية ولا يوجد ابطال ولايته فقولهم لايكون حجة الا في مجلس القاضي اشارة الى هذا المعنى (قوله لما فيه من ابطال الولاية عليه) أقول الى هنا كلام الفوائد الظهيرية (قوله وقد تقدم لنا الخ) أقول في فصل مايتحمله الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هناك فراجعه قال المصنف (وبهذه الاشياء الخ) أقول الظاهر أن تقديم الجار لافادة الحصر قال المصنف (والثاني أرفق) أقول أي بارباب الحقوق من الناس فان الشهود ربما لايقيموا الحسبة من مسيرة السفر لما فيه من الحرج فيتوى الحقوق خصوصا في ذلك الزمان الذي ظهر التواني في الامور الدينية أو المراد الرفق بالشهود حيث لا يكلف مافيه حرج عليه ولا يلزمه مشقة الحضور والظاهر هو الاول بشهادة السياق

وامتداد

(وعن أبي يوسف أنه ان كان في مكان لو غد الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح له الاشهاد) دفعا للحرج و(احياء لحقوق الناس قالوا الاول) أي التقدير بثلاثة أيام (أحسن) لان العجز شرعا يتحقق به كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان أحسن (والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وكثير من المشايخ وروى عن أبي يوسف (٧٩) ومحمد انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ان كان في مكان لو غد الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال (فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز) لانهم من أهل التزكية (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح) لما قلنا غاية الامر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه

وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الاضحية والجمعة (وعن أبي يوسف أنه ان كان في مكان لا يستطيع أن يبيت في أهله لو غد الاداء الشهادة صح شهادة الفروع احياء لحقوق الناس قالوا الاول أحسن) يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع (والثاني أرفق احياء لحقوق الناس) وفي الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية (وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وذكره محمد في السير الكبير وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كان حتى روى انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره يجب أن تجوز على قولهما خلافا لابي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة يجوز عندهما بلا رضا الخصم وعنده لا الا برضاه والاقطع صرح به عنهما فتقبل وقال أبو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا في المصر * (فروع) خرس الاصلان أو عميا أو جنا أو ارتدا والعياذ بالله تعالى أو فسقا لم تجز شهادة الفروع وتجوز شهادة الابن على شهادة الاب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهدوا حد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة في النسب وكتب القاضي الى القاضي وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل لان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغائب غير مقبولة لانها لو قبلت ثبت بشهادة الاصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الاصل الغائب ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق كذا ذكره الامام السرخسي ولم يزد في شرح الشافي على تعليله بان شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان بخلاف ما لو شهدوا حد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهدا على شهادة رجلين بشئ ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاظهر الاول وتقبل الشهادة على الشهادة وان كثروا سمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما ان يشهدا أن القاضي قضى عليه وان كانا سمعا من القاضي في المصر أو سواده في رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الاقيس وعن أبي يوسف لا يجوز ان سمعاه في غير مجلس القاضي وهذا أحوط (قوله فان عدل شهود الاصل الخ) شهود الاصل منصوب مفعولا وشهود الفرع فاعل والحاصل أنه اذا شهد الفرعان فان علم القاضي عدالة كل من الفروع والاصول قضى بموجب الشهادة وان لم يعلم عدالة الاصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الاصول فان عدلوهم جاز لانهم من أهل التزكية فتقبل (وكذا الو شهد اثنان فعدل أحدهما) وهو معلوم العدالة للقاضي (الآخر جاز) خلافا لقول بعض المشايخ انه لا يجوز لانه متهم في ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما أشار اليه المصنف بقوله (غاية الامر أن فيه منفعة الى آخره لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه) يعني أن شهادة نفسه

ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم (فان عدل شهود الاصل شهود الفروع جاز) وحاصل ذلك أن الفرعين اذا شهدا على شهادة أصلين فهو على وجوه أربعة اما أن يعرفهما القاضي أولا يعرفهما أو عرف الاصول دون الفروع أو بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع يسأل عن الاصول فان عدل الفروع الاصول تثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من التزكية لكونهم على صفة الشهادة (وكذا اذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا) انه من أهل التزكية وقوله (غاية الامر) رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فأشار الى رده بقوله غاية الامر أي غاية ما يرد فيه من أمر الشبهة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله لانه متهم بسبب (أن في تعديله منفعة) له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به (لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه) فانه يحتمل أن يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة فيه في الواقع (كيف يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل (لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه) حتى اذا انضم اليه

غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما (فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم) وقالوا لا نخبرك (جازت) شهادتهم (و) لكن (ينظر القاضي في حال الاصول) بان يسأل من المزكين غير الفروع (عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد لا تقبل) شهادة الفروع (لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا) فقد أقاموا ما وجب (٨٠) عليهم ثم القاضي (يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بأنفسهم فشهدوا) واذا قالوا

لا نعرف ان الاصول عدول أولا قيل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء وكانه أشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا (وان أنكر شهود الاصول الشهادة) بان قالوا ما نافي هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم (لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو) أي التحميل (شرط) صحة شهادة الفروع

فلا تهمة قال (وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل ولابي يوسف رحمه الله ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال (وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط

تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه (وان سكتوا) أي الفروع عن تعديل الاصول حين سألهم القاضي (جازت) شهادة الفروع (ونظر القاضي) في حال الاصول فان عدلهم غيرهم قضى والا لا (وهذا عند أبي يوسف وقال محمد) اذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم (لا تقبل) شهادة الفروع لان قبولها باعتبار انها نقل شهادة ولم تثبت شهادة الاصول فلا تقبل شهادة الفروع (ولابي يوسف ان المأخوذ) أي الواجب (على الفروع ليس الا النقل) ما حملهم الاصول (دون تعديلهم) فانه قد يخفى حالهم عنهم فانهم اذا نقلوا ما حملوهم على القاضي أن يتعرف حالهم منهم أو من غيرهم وصار كما لو حضر الاصول بنفسهم وشهدوا وحينئذ ظهر أن ليس سؤال القاضي الفروع عن الاصول لازما عليه بل المقصود أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية ان كانوا عدولا فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والا احتاج الى تعرف حالهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الناصحي في تهذيب أدب القاضي للخصاف وصاحب الهداية وذكر شمس الائمة فيما اذا قال الفروع حين سألهم القاضي عن عدالة الاصول لا نخبرك بشئ لم تقبل شهادتهما أي الفروع في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا انتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يكون جرحا لانه يحتمل كونه توقيفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن أبي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره أبو علي السغدي وذكر الحلواني انها تقبل ويسأل عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل بقي مستورا فيسأل عنه وذكر هشام عن محمد في عدل أشهد على شهادته شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدري أهو على عدالته أم لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله ان كان الاصل مشهورا كأبي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لان عثرة المشهور يتحدث بها وان كان غير مشهور لا يقضي به ولو أن فرعين عدلا وما عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لا نخبر فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما وان قال ذلك أحدهما لا يلتفت الى جرحه وفي التتمة اذا شهدا أنه عدل وليس في المصر من يعرفه فان كان ليس موضع للمسألة يعني بأن تخفى فيه المسألة سألهما عنه أو بعث من يسألهما عنه سرا فان عدلاه قبل والا اكتفى بما أخبراه علانية (قوله وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لان انكارهما الشهادة انكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض

(قوله وكانه أشار اليه الخ) أقول وجه الاشارة أنهم لو عرفوها لاخبروا بها نعم لو قال فاذا لم يخبروا بها لكان أوضح في ذلك قال المصنف (وان أنكر شهود الاصل الشهادة) أقول قال الزيلعي أي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين الخبرين انتهى وفي الكافي معنى المسئلة أنهم قالوا ما نا شهادة (قوله على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا انتهى فظهر مما ذكره الزيلعي ومافي الكافي أن الحكم واحد سواء أنكر الاصول شهادتهم بنفس الحادثة أو أنكروا اشهادهم الفروع على شهادتهم نعم ظاهر كلام الهداية على ما صوره في الكافي لا على ما صوره الزيلعي فانه قال الشهادة لا الاشهاد

قال (واذا شهد رجلان على شهادة رجلين الخ) اذا شهد فرعان على شهادة أصلين (على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا أخبرانا) الاصلان (أنهما يعرفانها فجاء المدعى بامرأة وقالا) الفرعان (لا نعلم أهي هذه أم لا يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى) بعد ما أنكر أن يكون المحدود بها في يده (لا بد من) شاهدين (آخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر) شاهدان شهدا عندي أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فافض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه

الكتاب بقول القاضي هات شاهدين يشهدان أن هذا الذي أحضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليه في القضاء (لانه) أي كتاب القاضي الى القاضي (في معنى الشهادة على الشهادة

(واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة وتظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشترى لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدودها في يده قال (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) لانه في معنى الشهادة على الشهادة

(قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم) هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه فيقولان قد أخبرانا انهما يعرفانها وبجيآن بامرأة فيقولان لا ندري هي هذه أم لا قال يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة الفلانية بعينها فأجيز الشهادة والمصنف أفرد فقال (فجاء بامرأة) يعني المدعي جاء بها وهو أنسب وهذا (لان الشهادة) بالالف (على المعرفة بالنسبة قد تحققت) بالشهادة المذكورة للفروع (والمدعي يدعي) الالف (على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة) التي بها شهدا بالالف عليها قال المصنف (ونظير هذا اذا تحملوا شهادة ببيع محدودة) قال قاضيخان وهذا كرجلين يشهدان أن فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أن هذه الارض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود وذكر الترتاشي رحمه الله وصار كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود يقال للمدعي هات شاهدين أن الذي في يده محدود بهذه الحدود ثم تصوير المصنف يصدق فيما اذا كان المدعي شفيعا والمحدود في يد المشترى فادعاه لطلب الشفعة فقال المشترى العين الذي في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المصنف (قال) يعني محمدا في الجامع الصغير (وكذلك كتاب القاضي الى القاضي) فانه ذكر فيه المسألتين فانه قال بعد قوله فأجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين وقال أبو حنيفة رحمه الله

(قول المصنف فجاء بامرأة الخ) أقول لعل الفاء للترتيب الذكري اذ لا يسمع الشهادة قبل حضور الخصم أو قوله شهد الرجلان بمعنى أرادا الشهادة ولعل هذا هو الاولى ويدل عليه قول الامام الترتاشي ليمكن للشاهد الاشارة اليها في الشهادة قال المصنف (ونظير هذا الى قوله في يد المدعى عليه) أقول قال في النهاية ثم فائدة كون المحدود في يد المشترى حالة الدعوى تظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع

والمحدود في يد المشترى ولى حق الشفعة وأما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشترى بالثمن فلا حاجة الى كون المبيع في يد المشترى لان للبائع ولاية مطالبة الثمن من المشترى سواء كان في يد البائع أو في يد المشترى انتهى وينظر أيضا اذا ادعى المدعي الاستحقاق واثبت البيع حينئذ لان كون المحدود للبائع قد يكون مشهورا والمدعى عليه يدفعه بناء عليه بان يده ليست يد خصومة ولا يندفع ذلك الا باثبات الشراء فتأمل (قوله فجاء المدعي بامرأة) أقول أنكرت انها اياها (قوله ونظير هذا اذا تحملوا الى قوله في يده الخ) أقول فيه أن دعوى العقار لا بد أن يشهدوا على كون المدعى في يد المدعى عليه وان اعترف هو به على ما سيجيء (قوله الذي في يدي الخ) أقول قوله الذي في يدي مبتدأ وقوله غير محدود خبره (قوله ودفع اليه الكتاب الخ) أقول وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان

الفروع غير مناسب اذ العدد من شأنهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد (ولو قال الشهود في هذين البابين) يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة (التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة) يعني التي لا خاصة دونها قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال في غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل (وهذا) أي عدم الجواز (لان التعريف لابد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة) بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فكم تكون بينهم نساء تحدث أسامين وأسامي آبائهن (ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة)

(قوله قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الخ) أقول هذا يدل على أن القبيلة قد تطلق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركا أو مجازا على سبيل التغليب (قوله والقبائل تجمع الخ) أقول والظاهر أن يقال والقبيلة الخ

الا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها) وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لابد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة الى العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة

(ان قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها) الى هنا لفظ الجامع الصغير يعني أن القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الآخر أن شاهدين عدلين شهدا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فأحضر المدعى امرأة في مجلس القاضي المكتوب اليه وقال هي هذه يقول له المكتوب اليه هات شاهدين يشهدان أن التي أحضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليها في القضاء عليها وقوله (الا أن القاضي الخ) جواب عن مقدر وهو أنه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي أن لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدوا به فقال ان للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل ثم قال المصنف قال ولو قالوا في هذين فلفظ قال أيضا على ما ذكرنا من قول المصنف نقلا للفظ الجامع على ما نقلناه آنفا أي قال في الجامع قال أبو حنيفة لو قالوا في هذين البابين أي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى فخذها يريد القبيلة الخاصة التي ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع أفخاذ وجعله في ديوان الادب بكسر الخاء وانه أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال والعرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب تجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فخضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لان القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ مالم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولهذا قال تعالى وفصيلته التي تؤويه وقدمنا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين وأسلفنا هناك ذكرها منظومة في شعر ثم انما لم يكتف بذكر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل في الفصول عن قاضيخان ان حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفي بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشني رأيت بخط ثقة لوذكر اسمه واسم أبيه ونفذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكتفي فيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يكتفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مجتهد فيه قال كذا رأيت في بعض الشروط ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب الى أن يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسبه الى مائة جد والى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك فانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما فاذا كر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي بذلك الا وجه منه ما نقل في الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد أولا ونظير ما ذكر في النسب ما ذكر في النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة الى جد

وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى والله أعلم

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه) وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه

مشهور مثل أن يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره أبو الليث (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) بخلاف الاوزجندية (وقيل) في النسبة (الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة) ثم قال المصنف (ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف) في عدم اشتراطه ذكر الجد (على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى) أي الجد الاعلى في ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجد الخاص وهذا تعليل لقول أبي حنيفة المنقول في الجامع ان قالا في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها فانه ذكره فيما اذا قالا فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر جد فعلم أن الفلانية يقوم مقام الجد اذا كان نسبة الى أخص الآباء

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور الخ) أخر حكم شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته لمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له اذ قد يكون محقا في المخالفة أو للمدعي غرض في أذاه وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجيء حيا ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قبلا هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور فقال أبو حنيفة رحمه الله يعزر بتشهيره على الملا في الاسواق ليس غير (وقالا نوجعه ضربا ونحبسه) فصار معنى قوله ولا أعزره لا أضربه فالحاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية أو هما أضافا الى ذلك الضرب والحبس وبقولهما قال الشافعي ومالك (لهما ما روى أن عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا) رواه ابن أبي شيبة حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضي الله عنه كتب الى عماله بالشام ان شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق رأسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وقال أخبرنا يحيى بن العلاء أخبرني أبو الاحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر أما من لا يراه فبوجهين أحدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس بشيء لان الانكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد فاذا فرض أنه أداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده فلا حجة في هذا السكوت والثاني أنه أتى كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بأكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس قال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا لا يسكت وقرن تعالى بينها وبين الشرك فقال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كانت كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيها التعزير وهذا لا ينتهض على أبي حنيفة فانه انما يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق أنه ينتهض عليه لانه

على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو أب الاب

﴿فصل﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق الخ) شاهد الزور وهو الذي أقر على نفسه أنه شهد بالزور أو شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر وتشهيره تعزيره عند أبي حنيفة فقوله ولا أعزره يعني لا أضربه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر أو بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا يبلغ التعزير الى أربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه أبو حنيفة من التعزير بالضرب فانه يدل على أن أصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة

﴿فصل﴾ (قوله لان مقصودهما الخ) أقول جواب لقوله لا يقال الاستدلال به الخ

قوله (ولان هذه) أي شهادة الزور (كبيرة) ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روى أبو بكرة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت (وتعدى ضررها الى العباد) باتلاف أموالهم (وليس فيه حد مقدر فيعزره ولابي حنيفة رحمه الله أن شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب) وكان ذلك في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الاجماع (ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع) فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق (فوجب التخفيف من هذا الوجه) وذلك بترك الضرب (وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين) وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين (و) بدلالة (التسخيم) هذا أو يل شمس الأئمة وأوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى

ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله أن شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذر وا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود

مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر أحدهم بالانثى ظل وجهه مسودا (وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا أو الى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر أجمع ما كانوا) أي مجتمعين أو الى موضع يكون أكثر جمعا للقوم (ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة ان عندهما أيضا يشهر والحبس والتعزير مقداره مفوض الى ما يراه القاضي) ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان ثابتا أو مصرا أو مجهول الحال

ينفي ضربه وهما يثبتانه فان كان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد ثبت الزيادة فيه به (ولابي حنيفة رحمه الله أن شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب) روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم عمن حدثه عن شريح أنه كان اذا أخذ شاهد الزور فان كان من أهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يعرفكم ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب أرسل به الى مجلس قومه أجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي حصين قال كان شريح يبعث شاهد الزور الى مسجد قومه أو الى السوق ويقول انا نريد بفضائحه هذا وفي لفظ كان يكتب اسمه عنده وقال الخصاف في أدب القاضي حدثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن أبي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فأدخل بين وكيع وأبي حصين سفيان وقد يقال ليس في هذه الرواية ما يصرح بانه لم يضربه بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا أن يكون مع شئ آخر ثم وجدنا هذا المحمل مرويا قال عبد الرزاق أنا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال أتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به الى مسجد

وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أولا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح أنه مفوض الى رأي القاضي وان كان مستور الا تقبل أصلا وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن أبي يوسف لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى أبو جعفر أنها تقبل قالوا وعليه الفتوى

قال المصنف (أجمع ما كانوا) أقول حال من الظرف أي حال كونه أجمع الاوقات التي كانوا فيها أو أجمع أوقات أكوانهم على أن ما مصدرية كما في أخطب ما يكون الامير قائما وهذا أولى ويجوز أن يكون بدلا من بعد العصر بل صفة له قال المصنف (يقرئكم السلام) أقول قرأ عليه السلام أبلغه ولا يقال أقرأه الا اذا كان مكتوبا كذا في القاموس فحينئذ يكون استعارة ما في الكتاب بأن يكتب شريح اليهم كتابا ينقل رسوله ما فيه الى القوم (قوله أجمع ما كانوا أي مجتمعين الخ) أقول فيه بحث بل المعنى ما ذكرنا (قوله فيمن كان ثابتا أو مصرا) أقول وقع في بعض النسخ لفظ الاقرار بدل لفظ الاصرار والصحيح الاصرار

(وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران) وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما الاطريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات والله أعلم

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

(قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا شيأ لا على المدعى ولا على المشهود عليه

يعرفه الناس غير أن أبا حنيفة يقول ان فرضنا أنه وقع الضرب وقد قلنا انه انما يعرف شاهد الزور باقراره فكان ذلك قبل أن يدري شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقرا في النفوس يكون صارفا له عن الرجوع وحاملا على التمادي فوجب أن يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير هذا بعد العلم بانه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز أن يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر وأما الجواب بان ما روي من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر به الى عماله في البلاد وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحدود فليس بشئ فان ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأي عمر رضي الله عنه كذلك وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأي عمر رضي الله عنه أن المثلة ليست الا في قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول واعلم أنه قد قيل ان المسئلة على ثلاثة أوجه ان رجع على سبيل الاصرار مثل أن يقول لهم شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجواب أبي حنيفة رحمه الله في التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بدا عي الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة والتسخيم بالجر عطفا على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه اذا سودته من السخام وهو سواد القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفي المغني ولا يسحم وجهه بالخاء والحاء

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

لما كان هذا ايجاب رفع الشهادة وما تقدم ايجاب اثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذاك للموازاة بينهما والا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كما ذاك ولتحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالبا الا لتقدمها عمدا أو خطأ (قوله اذا رجع الشهود عن الشهادة سقطت) عن الاعتبار فلا يقضى بها لان كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا الا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ولانه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصدق كالاول فليس القضاء باحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في أنه توبة عن الزور ان تعمده أو التهور والعجلة ان كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر (قوله ولا ضمان عليهم) لانهم لم يتلفوا شيأ على المشهود له

بذلك فأما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص وظهر حيا أو بموته وكان حيا اما لندرته واما لانه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك والله أعلم

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا من عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به أو شهدنا بزور فيما شهدنا فاما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الغريم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا لانهما ما أتلفا شيأ لا على المدعى ولا على المدعى عليه أما على المدعى عليه فظاهر

وأما على المدعى فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع و رجعوا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان التسبيب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الاقرار و وعد بتقريره من بعد وا كتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم قال (ولا يصح الرجوع عن الشهادة لا يصح (٨٦) الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول أو لا لانه فسخ للشهادة وهو مختص

(فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم) لان آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم) لاقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان

بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والاقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو ثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم حيث ابتداء لا بقاء ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه أسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ (ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان) وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به

أو عليه (قوله فان حكم الخ) اذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وان رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثاني ليس أولى من كلامهم الاول ولا الاول أولى من الثاني فتعارضا ولا ترجيح قبل الحكم لاحد الكلامين فلا يحكم باحدهما وبعده ترجح الاول لاتصال القضاء به لانه مؤكد لحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الا قوى بالادنى لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم وانما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم أعني اتصال القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بانه لا ينقض القضاء به كانوا مغترين بان تسببهم في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب في الاتلاف تعديا سبب للضمان وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أو دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذه حماد بن سليمان ثم رجع الى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما (قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره و زاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما و يضمنهما المال واليه أشار المصنف

(قوله واما على المدعى الخ) أقول ظاهره لا يوافق الدعوى قال المصنف (فلا ينتقض الحكم بالتناقض) أقول لعل المتناقض بمعنى المناقض لكونه ساقط العبرة عقلا وشرعا كما سيصرح به آنفا (قوله لئلا يؤدي الى التسلسل الخ) أقول كلام قليل الجدوى مع الغناء عنه (قوله كالملجأ من جهتهم) أقول أي من جهة الشهود (قوله واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين) أقول أي في فصل الرجوع قبل الحكم بهما و بعده (قوله وهو مسلم فان الرجوع اقرار الخ) أقول ويجوز تقريره معارضة (قوله والجواب أن الاستحقاق الخ) أقول انظر في هذا الجواب (قوله ولان الرجوع توبة) أقول عطف على قوله لانه فسخ للشهادة

واذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح

حيث قال (واذا لم يصح فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما) انهما لم يرجعا (لا يحلفان وكذا) لو أقام بينة على هذا الرجوع (لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا تقبل الا على دعوى صحيحة ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر فى تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع وبالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا القيد وذكر أنه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس انه لو أقر شاهد بالرجوع فى غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شئ ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو أقر فى مجلس قاض أنه رجع عند قاضى كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضى لا الذى أسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضى ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم فى صحة الرجوع وجهين أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابداء الفرق بان اشتراط المجلس ليتصور الاداء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله الاقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والاقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء وأجاب فى النهاية بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فانه شرط فيه وجود المبيع فكذا فى فسخه وهذا أيضا مما يحتاج الى اثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك فى فسخ البيع انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو الاسترداد والاسترداد يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن اثباته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه وأجاب بمثل ما ذكرنا من أن ذلك لامر يخص الابتداء لا يوجد فى البقاء وهو كى لا يلزم الافتراق عن الكالئ بالكالئ وذلك غير لازم فى فسخه فلذا لم يشترط فى فسخه ما شرط فى ابتدائه وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء ليتصور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمهيد الجواب بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع نعم الرفع يرد على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسهلنا الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو أرخينا العنان فى الآخر فانما يكون المشروط للبقاء المجلس الاول الذى كان شرطا للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم فى وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص موضع الشهادة ومنع الملازمة فيه ظاهر فبينه بان السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يخفى أن اتحاد المحل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين فى نفسه كما ان المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها والوجه الثانى أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب فى مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه ولا شك ان ذلك أيضا غير لازم فيه فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضى الله تعالى عنه حين بعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن فقال أوصنى فقال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت الى أن قال واذا عملت سرا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الاعلان فى محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل فى مثله مما فيه علانية وهو اذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضى بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا

وأراد أن يحلف الشاهدين (لم يقبل القاضى بينة عليهما ولا يحلفهما) لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع فى غير مجلس الحكم باطلة (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل) بينته (لان السبب صحيح) والضمير المستكن فى ضمنه يجوز أن يكون للقاضى ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيأ الى الآن ويجوز أن يكون للمدعى ومعناه طلب من القاضى تضمينه والالف واللام فى قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة أى لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع فى مجلس الحكم وقيل هو الضمان ومعناه لأن سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتأمل

(قوله ومعناه حكم عليه) أقول فعلى الاول معطوف على رجع وعلى الثانى على قوله أقام البينة (قوله لان سبب الضمان الخ) أقول وفى غاية البيان لان سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضى (قوله فانها قبول البينة) أقول فيه بحث لان المعنى حينئذ تقبل الشهادة لان الدعوى أعنى دعوى الرجوع صحيحة لصحة الرجوع الذى هو سبب الضمان فليتأمل

(واذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) هذه المسئلة قدمت من قوله وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم الا أنه ذكرها للبيان خلاف الشافعي ولما يأتي من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما تسببا في الاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما تسببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذ لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجا الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بملجا حقيقة لان الملجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذرا استيفاؤه من المدعى أيضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة أو صار شبهة كما سيجيء والشافعي جعله مباشرا بما ورد عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة وجاز أن يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني أن الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان أو عينا وهو اختيار شمس الائمة

(واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجا الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذرا استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين

(قوله واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي في الجديد لا ضمان عليهما لانهما مسببان ولا عبرة بالتسبب وان كان تعديا مع وجود المباشرة قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي انفاقا لانه كالملجا الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة واذا ألجأه الشرع لا يضمنه ولانه يوجب عدم قبول القضاء من أحد وأما المدعي فلانه أخذ بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينقض لا يمكن جبره على اعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبب كحافر البئر في الطريق واعلم ان الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الاول اذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الاداء وقد نقض عليه أيضا بايجاب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتص والقاضي وأجيب عنه بان ذلك لدليل خاص وهو قول علي رضي الله تعالى عنه لشاهدي السرقة بعد ما قطع ورجعوا وجاؤا بآخر وقالوا هذا الذي سرق لو علمت انكما تعمدتما لقطعت أيديكما أخرجه الشافعي وقال بهذا القول نقول فان فوض بانه لا يرى تقليد الصحابي أمكن الجواب عنه بانا انما قلنا به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال قلنا الاشد به لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في أحكام الدنيا لجواز باعتبار أمر الآخرة ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد قال المصنف (اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا) لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة هذا ولا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين وبيان ذلك أنهما اذا ألزما دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين أوجبا ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عينا فالشاهد ان بشهادتهما أزالا عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك

(قوله فيتحمل الضرر الخاص) أقول لعله يريد به تضمين الشهود (قوله في الشهادة) أقول متعلق بقوله ترك (قوله كما سيجيء) أقول أي في هذا الكتاب أيضا في الدرس الثالث (قوله والجواب أنه الخ) أقول هذا جواب عن دليل الشافعي (قوله قد استوفى) أقول المقضى عليه (قوله ولا مماثلة بينهما) أقول اذ العين خير من الدين

فبازالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان لاتنتفي المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب أن الملك وان ثبت للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال في يد ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيأ مالم يخرج المال من يده بقضاء القاضي قال (واذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ) المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين ومازاد فهو فضل في حق القضاء الا أن الشهود (٨٩) اذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف

قال (فان رجع أحدهما ضمن النصف) والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه)

هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعى عليه انما يتحقق باخذه منه وهذا اختيار شمس الائمة وفرق شيخ الاسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعي اياها بعد القضاء لها بها أو دينا فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي وجه الفرق أن ضمانهما ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمماثلة فاذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وان أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو أزلنا قيمته عن ملكهما باخذ الضمان منهما لانتفى المماثلة أما اذا كان المشهود به دينا فالشاهدان أوجبا عليه دينا بغير حق فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المستوفى منهما عين في مقابلة دين أوجباه وشمس الائمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيأ مالم يخرج من يده قال البزازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أولا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع ان اتصل القضاء بالشهادة * (فروع) شهدا أنه أجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا ولو شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا أنه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل (قوله والاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع) وهذا لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف له فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال بقي المال ثابتا فلم يتحقق بالرجوع اتلاف شئ ومن المحال أن يضمن مع عدم اتلاف شئ وأما ما أورد من أنه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين أن لا يبقى شئ من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شئ أصلا فيقتضي أن يضمن الواحد الراجع كل المال وهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شئ بشهادة الواحد انما هو في الابتداء ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شئ بشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذا عرف هذا فاذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه أتلفه برجوعه (وان شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لانه بقي الحق من غير اتلاف

الدليل عن اثبات المدعي لاختصاصه بما بقي بعد رجوع من رجع نصاب الشهادة والاولى أن يبين بوجه يعم الصور كلها ثم يفرع عليه المسائل (قوله وعلى هذا اذا شهد الخ) أقول ينبغي أن يكون تفريعا على الاصل الذي ذكره المصنف لا على ما أقامه من الدليل لظهور عدم تفرعه عليه فليتأمل (قوله فكذا بقاء) أقول فينبغي أن يضمن الراجع كل الحق لا نصفه

القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حقوقهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع أحدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من بقي نصف الحق قيل لانسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لانبات شئ ابتداء فكذا بقاء وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره (واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه)

(قوله فبازالة العين عن ملكهما الخ) أقول الضمير في قوله ملكهما في موضعين راجع الى الشاهدين في قوله فالشاهدان بشهادتهما أزلاه الخ (قوله لان وجوب الحق الخ) أقول لا يخفى عليك قصور هذا

لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعى للمشهود به باق بالحجة) التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما اذا أتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلا نمنعه بطريق الاولى لان الدفع أسهل من الرفع (فان رجع الآخر ضمن الراجعان نصف الحق) قيل يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الاول أصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي أتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه وأجيب بأن الضمان على الاول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين أن الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما أولان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق) لان نصف الحق باق لشهادة الرجل (واذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع

لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى أن يمتنع (فان رجع الآخر ضمن الراجعان نصف المال) لان ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي (وان رجعتا ضمنتا نصف الحق) لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق (وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن) لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق (فان رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع

(قوله اذا أتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له) أقول الضمير في قوله له راجع الى زيد (قوله سقط الضمان الخ) أقول مع أن الاتلاف ليس بظاهر فيما نحن فيه لبقاء استحقاق المدعى عليه بحجة بل انما هو بحسب زعم الراجع فقط (قوله فلان يمنعه الخ) أقول الضمير في قوله يمنعه راجع الى الضمان في قوله واستحقاق المتلف يسقط الضمان الخ (قوله ثم اذا رجع الاول الخ) أقول الاظهر أن يقال اذا رجع الاول لم يظهر الاتلاف فضلا عن اتلافه لبقاء استحقاق المدعى به بالحجة التامة (وان فاذا رجع الثاني أيضا تبين سببه الاول في الاتلاف أيضا لعدم الاولوية فليتأمل ثم ما ذكره هنا لا يخلو عن نوع مخالفة لما أسلفه آنفا من انه اذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى والجواب ان ذلك فيما اذا استمر الاثنان على شهادتهما وهنا ليس كذلك (قوله ثابت بطريق التبيين) أقول التبيين انما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كذا في هذا الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا (قوله واحتمل كذب غيره الخ) أقول احتمالا أكثر من الاحتمال الثابت قبله لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة (قوله كان بشهادتهما) أقول لاستواء حالهم (قوله فعند رجوع الاول وجد الاتلاف) أقول أي علم وجوده بل علم قصده الاتلاف كما لا يخفى وفيه بحث ويمكن أن يقال لعل المراد وجد الاتلاف الزعمي ثم المراد مؤاخذ بزعمه واقراره فكان ينبغي أن يضمن ولكن المانع وهو بقاء الخ هكذا ينبغي أن يفهم الكلام والعلم عند الخبير العلام (قوله واذا رجع الثاني ارتفع المانع) أقول كنزع الخف في المسح ومضي المدة في المستحاضة

وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل واحد) فيتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادتهن ضمنه عند الرجوع (ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كانتا كرجل صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا) وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر واعلم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب أنه أطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء أو مكررا فكان الاطلاق ككلمة كل (وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا) ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل ببقي ببقائه نصف الحق (وان شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شئ من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيأ قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ) وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف لا مماثلة بين العين والمنفعة

(وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف) لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل واحد ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (وان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال (وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك اذا شهدا باقل من مهر مثلها) لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف

(وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين منهن شهادة رجل) روى البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فاني رأيتكن أكثر أهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله ما لنا أكثر أهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين (فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن أولى بضمان النصف من الآخرين (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست شاهدة بل بعض شاهد) لان المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شئ فكان القضاء ليس الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيأ ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال أعني المرأتين ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوع ثم يقام كل امرأتين مقام رجل فثلاث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا

(قوله الامع رجل فيتعين الخ) أقول يعني ويتعين رجل للقيام (قوله قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن) أقول لفظ في في قوله عليه السلام في نقصان للسببية (قوله ان لو قال عدلت شهادة الخ) أقول فلم لم يقل ذلك احتمل أن يكون العدد لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالرجال فاذا زدن عليه كان حكمهن حكم العدد المذكور كما في عدد أيام أدنى مدة السفر والحيض (قوله فالرجل يبقى ببقائه) أقول الضمير في قوله ببقائه راجع الى الرجل (قوله لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص) أقول قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم

(قوله وانما تتقوم) جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك أنها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الازالة ألا ترى أنه

وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل (وكذا اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها) لانه اتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض

جميعا فعندهما أنصافا وعنده أخماسا على النسوة ثلاثة أخماس وعلى الرجل خمسان (قوله وان شهدا الى آخره) اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها أو ادعاه باقل بان ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيأ في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف قال في باب أبي يوسف لو أثبتوا نكاحها فأوكسوا ان رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فان عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها فكان يقضى لها بألف لو لا هذه الشهادة فقد أتلفا عليها تسعمائة وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيأ وتبعه صاحب المجمع وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافا ولا رواية وهو المذكور في الاصول كالمبسوط وشرح الطحاوى والذخيرة وغيرهم وانما نقلوا فيها خلاف الشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الائمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية ويشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بأن البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول فكذا في غيره لانه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس الا لاظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوما في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان التي تحرز وتتمول والاعراض التي تتصرم ولا تبقى وفرع في النهاية على الأصل المذكور خلافية أخرى هي ما اذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيأ وكذا اذا ارتدت المرأة لا شئ عليها لزوجها وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل وأورد على قولنا نقضا أنهم أوجبوا الضمان باتلاف منافع البضع حقيقة فيما اذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا يجب في الاتلاف الحكمي وأجاب نقلا عن الذخيرة بأنه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه واردا في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوى لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما أتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان عليه (قوله وكذا لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمهر مثلها) بان ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعد ما قضى به ولا يضمنان ما أتلفا عليه من مهر المثل لانهما عوضا مالك البضع وهو متقوم حين ورود العقد عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما

(قوله ووجه ذلك الخ) أقول ناظر الى ما تقدم بسطرين وهو قوله جواب عما يقال الخ (قوله ابانة لخطر المحل) أقول حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك المرء مجانا لا يعظم خطره عنده ثم لا يخفى عليك أن ذلك ليس بموجود في الاتلاف فلأجل هذا كان متقوما على المالك دون المتلف (قوله لانه محل خطير) أقول يعني من النفوس كان (قوله معناه أن الاتلاف بغير عوض الخ) أقول أنت خبير بأن ما أفاده الشرح بينه وبين المشروح ما بين الضب والنون من المناسبة فان معنى كلامه أنا لو ضمنا الشاهدين في الصورة المذكورة كان اتلافا لمالهما بغير عوض وهما أتلفا مال الزوج بعوض هو البضع فتفوت المماثلة التي هي مبنى الضمان فليتأمل فانه لو كان المراد ما ذكره لقال المصنف لان مبنى الالحاق المماثلة

مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي وموضعه أصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده وكذلك ان شهدا على زوج بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شئ بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان (قوله وهذا لان مبنى الضمان) معناه أن الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلتحق به بطريق الدلالة

(وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها من غير عوض) وهو يوجب الضمان قال (وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة الخ) شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته أو أكثر لم يضمنا شيأ لما مر أن الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمته ألفين ضمنا للبائع ألفا لانهما أتلفا هذا الجزء الذى هو فى مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضى بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لاتلافهما الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشترى بزوائده والبائع لما كان منكر الاصل البيع لم يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو أوجبا البيع فى المدة لم يضمنا شيأ لانه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف

(وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لانهما أتلفاها من غير عوض قال (وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا) لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض (وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان) لانهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم

(قوله ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها) أقول الضمير فى قوله اتلفاها راجع الى الزيادة (قوله أو فيه خيار البائع بان شهدا الخ) أقول قوله بأن شهدا ناظر الى قوله أو فيه خيار البائع فتأمل قال المصنف (وان كان باقل من القيمة ضمنا الخ) أقول قال ابن الهمام هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما أن ينظماهما فى شهادة واحدة بان شهدا انه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو فى شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشترى أوفاه الثمن ففى الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع ووجه الفرق أن فى الاول المقضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهدا ثنان على رجل انه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المصنف (ولا فرق بين كون البيع باتا أو فيه خيار البائع لان السبب) يعنى البيع (هو السابق) حتى استحق المشترى المبيع بزوائده وقد أزاله بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه (فانضاف التلف الى المشهود) وهذا جواب عن سؤال ذكره فى المبسوط حاصله ينبغى أن لا ضمان عليهما لانهما انما أثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختارا فى ازالة ملكه عنه الى غيره

كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت فى حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذى يحكم به على الشاهدين (وان شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) على مهر المثل (لانهما أتلفاها بلا عوض) وهى من الاعيان التى تقع المماثلة بالتضمين فيها (قوله وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة أو أكثر) بان ادعى ذلك مدع فشهد له به (ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان) شهد به (بأقل من القيمة) ثم رجعا (ضمنا نقصان القيمة لانهما أتلفا هذا القدر) عليه (بلا عوض) هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهد به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما أن ينظماهما فى شهادة واحدة بان شهدا انه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو فى شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بأن المشترى أوفاه الثمن ففى الاول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفى الثانى يقضى عليهما بالثمن للبائع ووجه الفرق أن فى الاول المقضى به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبيع لانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما انتهى فيه نظر (قوله اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب) أقول فيه أن حكم القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا فى أمثاله عند أبى حنيفة فلو فسخ البيع فى المدة لم ينسب الى الكذب أصلا عنده بل عند الامامين أيضا اذ يجعل الفسخ مبنيا على حكم القاضى بالبيع والخيار فليتأمل (قوله فلو أوجب البيع فى المدة) أقول أى فى مدة الخيار

(وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به ألا ترى أن المحرم اذا أخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه أكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الفسخ

(وان شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لانهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ألا ترى أنهما لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما

فلا يجب الضمان والجواب أن سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر أنه سكت الى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه بجواز كونه لتحرزه عن أن يضاف اليه الكذب لانه قد أنكر العقد فاذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على أن فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه ولو أن المشهود عليه بالشراء أجازه في المدة سقط الضمان عنهما لانه أتلف ماله باختياره كما لو أجازه البائع في شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضا (قوله وان شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول فقضي بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر) هذا اذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك (لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) وعلى المؤكد ما على الموجب أما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله تعالى أو طاوعت ابن زوجها يسقط المهر أصلا وأما أن على المؤكد ما على الموجب فمسألتين هما ما اذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ورجع به على القاتل لانه أكد ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه وما اذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ورجع به على المكره وكذلك بارتدادها ونحوه (ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فتوجب سقوط كل المهر كما مر في النكاح) أي من باب المهر من أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شئ (ثم يجب نصف المهر ابتداء) فقد أوجبا بشهادتهما عليه مالا فيجب ضمانه عليهما وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حقيقة الفسخ والا لم ينقص من عدد الطلاق شئ وانما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القدوري والبداية وحكمه أن لا يجب ضمان لان البضع لا تقوم له حال الخروج وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم يتلفا عليه مالا بلا عوض وفي التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها ثم المعروف أن الشاهدين لا يضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر الى تمامه لانهما برجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء به فعند أبي حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كبقاء الزوج وبابقاء الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس ابقاء عما منه فيبقى حقها ثابتا في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد أتلفاه انتهى والوجه عدمه لان القضاء بالوقوع انما هو عنه تكذيبا له في انكاره الطلاق على أن نقل هذا الخلاف

(قوله لانهما أكدا ما كان على شرف السقوط) أقول يعني أكدا المهر الذي كان على شرف السقوط قال الزيلعي وينقض هذا بمسئلتين ذكرهما في التحرير احداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجلة فشهد الشهود أنها حالة فأخذت الالف منه فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله يسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التأكيد منه اذ لو لا قتله كان احتمال السقوط ثابتا ولكن نقول القتل منه للنكاح والشئ بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال وانما تأخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولو لم يؤكدا بشهادتهما شيأ اذ تحصيل الحاصل محال أو يقال لا نسلم بان دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقضي بها ديونهم فلا يسقط فبطل الانتقاض من الاصل انتهى قوله ولكن نقول القتل منه للنكاح الخ محل بحث

(وان شهدا أنه أعتق عبده) فقضى بذلك (ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما أتلفا مالية العبد عليه من غير بدل) وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق وأجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان وأجيب بانه لا يصلح عوضا لانه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وأنه لا يختلف

قال (وان شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لانهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء (وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل أولى لان الولي يعان والمكره يمنع

الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يعول عليه (قوله وان شهدا أنه أعتق عبده) فقضى بالعتق (ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما أتلفا عليه) مالا متقوما (بلا عوض) فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار (والولاء للمولى لان العتق من جهته) وهو وان كان منكر العتق صار مكذبا شرعا وانما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لان العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا فيا للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضي به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير وان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا لورثته ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا يحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته ثم اذا ضمنا تبعا المكاتب على نجومه لانهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي اليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى وولاؤه للذي شهد عليه بالكتابة وان عجز فرد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى ما أخذ منهما لزوال حيلولتهما برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الامومة فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وان هما نصا في شهادتهما على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهدا انه أقر أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قبضها ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين ما ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لانه يقول الميت أخذه بغير حق وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لانهما أتلفا عليهم بشهادتهما (قوله واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما) وهو مذهب مالك خلافا للاشهب والدية على عاقلة الشهود ومذهب أحمد ان قالا أخطأنا ضمنا الدية في مالهما وان قالا تعمدنا اقتص منهما (وقال الشافعي رحمه الله يقتص لوجود القتل) منهما (تسبيبا فأشبه) الشاهد (المكره) فانه تسبب بشهادته في قتل الولي كما أن المكره تسبب باكراهه في قتل المكره فيقتل كما يقتل المكره (بل هو أولى منه لان ولي القصاص) بعد الشهادة (يعان) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد (والمكره) لا يعان على القتل باكراهه بل (يمنع) وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه

بذلك قال (واذا شهدا بقصاص ثم رجعا الخ) اذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما (ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره) أي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل أو فاشبه القاضي المكره لانه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم يرا الوجوب كفران كان اسم مفعول وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشئ لانه ليس بملجأ الى القتل وقوله (بل أولى) أي التسبيب ههنا أولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا أكثر لان المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد أولى

(قال المصنف لانهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض) أقول والولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمال متقوم بل هو كالنسب بالحديث المشهور (قال المصنف واذا شهدا الى قوله ضمنا الدية) أقول قال ابن الهمام والدية على عاقلة الشهود انتهى وفيه بحث لأن العاقلة لا تعقل اعترافا (قوله وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشئ لانه ليس بملجأ الى القتل الخ) أقول نعم الا انه كالملجأ من حيث ظهور ايثاره القصاص بالطبع تشفيا على ما سيعرف به ومن تأمل كلام المصنف أعني قوله لان الولي يعان لا يتردد في أظهرية ارادة الولي من المكره على تقدير كونه اسم مفعول ثم اعلم ان صاحب القيل السغناقي والكاكي

(ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد) وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه أحد وليس له تعلق بما نحن فيه الا أن يكون ايماء الى أن المباشر للقتل وهو الولى لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشئ هو ما يفضى اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضى الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا ولقائل أن يقول ظهور ايثار حياته اما أن يكون شرعا أو طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثانى مسلم ولكن معارض بطبع ولى المقتول فانه يؤثر التشفى بالقصاص ظاهرا ولهذا تنزل فقال (ولان الفعل الاختيارى) يعنى سلمنا ان ثمة تسبيبا ولكن الفعل الاختيارى يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولى باختياره الصحيح فقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا أقل أن يورث شبهة يندرئ بها القصاص فان قيل لو أورث شبهة لا تدفع الدية أيضا لانه بدل القصاص

(قال المصنف ولنا أن القتل مباشرة (٩٦) لم يوجد وكذا تسبيبا) أقول أى تسبيبا يوجب القصاص اذ الكلام فيه لا مطلق التسبيب فانه مما لا مجال لانكاره قال الامام السغناقى ذكر فى الاسرار ومن مشايخنا من قال فى تعليل المسئلة بان الشهود مسببون الا انه ضعيف لان المذهب عنده ان المسبب والمباشر واحد ألا يرى انه يلزمه الكفارة الا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لان الحفر لا يعد للقتل وضعا كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين فأما الشهادة فطريق مسلوك لأخذ ما ثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل وفى الكافى فى قوله فى الهداية ولنا أن القتل الى قوله يؤثر حياته ظاهر امشكل لان الامر على القلب فالظاهر الاختيار أن الولى يقدم على القتل لكونه مباحا له وبه يدرك ثأره والظاهر أن المكره لا يقدم لانه لا يباح له قتله ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الغوث انتهى قال المصنف (لان السبب) أقول الالف واللام بدل من المضاف اليه والضمير فى اليه راجع اليه غالبا وهو السبب المفضى أو ما يجرى مجراه قال المصنف (ما يفضى اليه غالبا) أقول منقوض بحافر البئر والجواب أن المراد سبب القتل الذى يوجب القصاص ما يفضى الى القتل غالبا فلتأمل وان شئت التفصيل فراجع الى الكشف شرح البزدوى فى مباحث السبب (قوله ولقائل أن يقول الى قوله بالقصاص ظاهرا) أقول بين الظهورين فرق ظاهر فان ايثار الحياة مطبوع عليه الحيوان ألا يرى أن المكره بالقتل يكون كمسلوب الاختيار بخلاف ايثار التشفى فانه ليس بتلك المثابة اذ يمنع عنه كثيرا ايثار العفو ابتغاء الثواب مع أنه مطبوع على حب الثناء فى العاجل واظهار السماحة والكرم أيضا وذلك يدعو الى العفو فليتأمل (قوله ولهذا تنزل فقال ولان الفعل الخ) أقول أى ولكون هذا السؤال متوجها تنزل المصنف (قوله يعنى سلمنا أن ثمة الخ) أقول اذا كان كلام المصنف منعا يكون اعتراض الشارح خارجا عن الآداب

ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب ما يفضى اليه غالبا وهو هنا لا يفضى لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهى دارئة للقصاص

(ولنا أن القتل) من الشاهد (لم يوجد) تسبيبا (لان التسبيب ما يفضى اليه) أى الى ما تسبب فيه (غالبا) والشهادة لا تفضى الى قتل الولى على وجه الغلبة وان أفضت الى القضاء به بل كثيرا ما يقع ثم تقف الناس فى الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها فلم تفض غالبا اليه بل قد وقد فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفى ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول مال ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى ولا شك أن هذا بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضى كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا انتفى التسبيب من الشاهد حقيقة انتفى قتله (بخلاف المكره) يعنى فخالف الولى المكره (لان) الغالب أن (الانسان يؤثر حياته) على حياة غيره فكان المكره باكراهه مسببا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضى للقتل بسبب الايثار الطبيعى ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يفضى غالبا الى الفعل ووجه آخر وهو (أن الفعل الاختيارى) ذى الاختيار الصحيح أعنى قتل الولى المعترض بعد الشهادة (مما يقطع نسبة الفعل) الى الشاهد كما عرف فيمن فك انسان قيده فأبق باختياره وأمثاله كمن دفع انسانا فى بئر حفرها غيره تعديا فانه يدفعه الاختيارى انقطعت نسبة التلف الى الحافر فلا وجود للسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فانه وان اعترض فعله الاختيارى عن الاكراه لكن اختياره اختيار فاسد للاكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا اجارته بيعه ولا اجارته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره فتقتل بها ذلك القتيل على انه لو لم يقطع

أجاب بقوله (بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات) فلا يلزم من سقوط ما سقط بالشبهات سقوط ما ثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتحلل هنالك من المباشرة فعل اختيارى يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد فى مقابلة الصحيح فى حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه أصول الفقه وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولى معهما أو جاء المشهود بقتله حيا

بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقى يعرف فى المختلف قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لان الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم (ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم) لانهم أنكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لانه خبر محتمل

الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة فى ايجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات (بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة) وقوله فأشبه المكره بكسر الراء وقوله والمكره بمنع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبى الليث وفى شرح الجامع الكبير للعتابى اذا شهدوا على رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عمدا فقضى بذلك وأخذ الولى الدية فى الخطا وقتل القاتل فى العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة فى الخطا ان شاؤا رجعوا على الآخذ لانه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولى لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين أن الولى أخذ مالهم وفى العمد لا يجب القصاص على الولى ولا على الشهود لان القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية ويخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولى الدية ولا يرجع هو على أحد وبين أن يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند أبى حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التمليك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون بما ضمنوا لان أداء الضمان انعقد سببا لملك المضمون لكن لم يثبت الملك فى المضمون لعدم قبوله فيثبت فى بدله كمن غصب مدبرا وغصبه آخر ومات فى يده وضمن المالك الاول يرجع على الثانى بما ضمن لما قلنا كذا هذا (قوله واذا رجع شهود الفرع ضمنوا) وهذا بالاتفاق (لان الشهادة) التى (فى مجلس القضاء) وهى التى بها القضاء (صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا) ولم يذكر المصنف خلافا وفى شرح القدورى لابى نصر البغدادى قال هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن أبى حنيفة انتهى وذكر أبو المعين فى شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ فقضى بالدية على عاقلته وقبضها الولى ثم جاء المشهود بقتله حيا لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز أن الاصلين أشهدا هما غير أن الولى يرد على العاقلة ما أخذ منها ولو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فلانهما لو رجعا بان قالا أشهدنا هما بباطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما للفرعين كانا فى غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع فى غير مجلس القضاء فاذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود بقتله حيا فاما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعنى قال محمد فى انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر تردد اقى أنه قاله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف خاصة أو قاله اتفاقا وأما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف فى وجهه (لانهم أنكروا) أى شهود الاصل (السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل) الصدق والكذب

فلو لى المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمى فى حكم الضمان كالحقيقى فان ضمن الولى لم يرجع على الشاهدين بشئ لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولى فى قول أبى حنيفة خلافا لهما قالا كانا عاملين للولى فيرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بتسبيبه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف فى المختلف تصنيف الفقيه أبى الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قال (واذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق) لان الشهادة فى مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا أو يقولوا

أشهدناهم غالطين أو رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم أنكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب

فصار كما لو شهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ضمنوا (لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة) وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى تكون سبب الاتلاف (وله أن الفرعين قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القاضي) والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا هنا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا) فعندهما (يجب الضمان) على الفروع لا غير لما مر أن القضاء وقع بشهادتهم (وعند محمد المشهود عليه مخير) بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك (لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر) أبو حنيفة وأبو يوسف (وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد) والعمل بهما أولى من اهمال أحدهما فان قيل فلم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف أجاب بقوله (والجهتان متغايرتان) لان شهادة الاصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا أن يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتأخير دليل محمد في المسئلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد (وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم) لان ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء (وان قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم) لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأنهم حضروا (ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين (وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك) لان ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

(فصار كرجوع الشاهد) يعني بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا (بخلاف ما) اذا أنكروا الاشهاد (قبل القضاء) لا يقضي بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم (فان قالوا أشهدناهم وغلطنا) أو أشهدناهم ورجعنا (ضمن الاصول) هكذا أطلق القدوري وحكم المصنف بان الضمان قول محمد أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا ضمان على الاصول لمحمد أن الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كأنهما حضرا بأنفسهما وأديا فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر أن تكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار أنها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ولا حاجة الى اعتبار الفرعين ناثبين عن الاصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع فانه لو كان كذلك لعمل منع الاصلين اياهما عن الاداء بعد التحميل ولا يعمل فلهما بل عليهما أن يؤديا لو منعاهما بعد التحميل ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهدوا بحق آخر انما يقضي به بشهادتهم وهذا لان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت أن القضاء ليس الا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد أخر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره (قوله ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع) بناء على ما عرف لهما من (أن القضاء انما وقع بشهادة الفروع) والضمان انما يكون برجوع من قضي بشهادته (وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا) وهو قولهما ان القضاء بما عاين القاضي من الحجة وانما عاين شهادة الفروع (ومن الوجه الذي ذكر) أي محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الاصول وقوله (والجهتان متغايرتان) جواب عما يقال لم لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايرتان لان شهود الاصل يشهدون على أصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احداهما اشهاد والاخرى أداء الشهادة في مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بامر واحد فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمين بل أثبت له الخيار في تضمين أي الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن

(قوله والجهتان متغايرتان) أقول المراد بالجهتين هو ما ذكره المصنف من وجهي محمد والامامين

عما

ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيأ

قال (وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا الخ) اذا شهدوا بالزنا فزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا أو كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس انهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان المزكين ما أثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما أثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثنى على الشهود كشهود الاحصان وله أن التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب أضيف اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال (واذا شهد شاهدان باليمين الخ) اذا شهدا على رجل أنه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر أو قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وشهد آخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر رحمه الله فانه يقول

قال (وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله أن التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض (واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة)

بما أدى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لان كلا من الفريقين مؤاخذ بفعله فاذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المتلف نقل شهادة الاصول اذ لولا اشهاد الاصول ما تمكن الفروع من النقل ولو لا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه سبب الضمان أما الفروع فبالنقل وأما الاصول فبتحميلهم الفروع على النقل اذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه (قوله وان رجع المزكون عن التزكية) بعد القضاء بالمال (ضمنوا) المال أطلقه القدوري وذكر المصنف وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الاحصان) اذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولابي حنيفة رحمه الله أن التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض أي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر في الحد رجما كان أو جلدا ليس الا الزنا الا انه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار فان ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلانه لم يتبين كذبهم في الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفار وأما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضي بذلك شهادة وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين ما أثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا انما أثنوا على الشهود خيرا وأبو حنيفة يقول جعلوا ما ليس بموجب أعني الشهادة موجبا بالتزكية الى آخره يعني ما ذكرنا (قوله واذا شهد شاهدان باليمين) أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود اليمين خاصة) واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حر فانه العلة في الوقوع وهو الذي سماه المصنف السبب وذلك انما أثبته شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع شرعا علة لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة واذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسببان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لان العلة انما هي النقل فلا أن يضمن

(قوله فان ثبتوا على التزكية الخ) أقول سبق هذا البحث في باب الشهادة على الزنا (قوله أو قال ذلك لامرأته الخ) أقول ههنا نوع مسامحة أنبه على أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت حر والمراد واضح

الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لامحالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لايصار الى الشرط كحافر البئر مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر (قوله ألا ترى) توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد بالدخول (ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) ومال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لان العلة لاتصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحافر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله أنت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لابخلاف مسئلة الحفر فان العلة هناك ثقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شئ فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط (قوله ومعنى المسئلة) يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله سبحانه وتعالى أعلم

لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

﴿ كتاب الوكالة ﴾

مباشر العلة دون مباشر السبب أولى ومن هذا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا أنه تزوج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر بالتزوج لان شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ماوجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من أن تكون اتلافا ثم مقتضى مافي وجه انفراد شهود اليمين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسببهم باثباتهم مايثبت السبب عنده بخلاف ما اذا رجع معهم شهود اليمين وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ قال العتابي قال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق لان له أثرا في وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه أثر في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لاسبب اتيانه فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الائمة هذا عن بعض مشايخنا لمعنى ماذكرنا من كلام العتابي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لايضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله أنت حر مباشرة الاتلاف وعند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سواء كان تعديا أو لا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي وذلك ليس من مباشرة الاتلاف في شئ فلهذا يجعل الاتلاف مضافا للشرط وهو ازالة المسكة ثم لايخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم اذا أقر بالتعليق فشهدا بوجود الشرط وأما لو شهدا ثنان عليه بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي أن يختلف في عدم الضمان عليهم والله أعلم

﴿ كتاب الوكالة ﴾

أعقب الشهادة بالوكالة لان كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعي

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان لما خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر أي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة معتمد ولم يلحقه النكير والسنة وهو ماروي أنه عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد أجمعت على جوازها من

(قوله كحافر البئر مع الملقي فان الضمان الخ) أقول لانه سبب قريب والعلة الثقل فاذا ضمن مثبت السبب القريب فيما اذا اجتمع السببان لقربه فلان يضمن مباشر العلة دونه مباشر السبب أولى (قوله وان لم يشهد بالدخول) أقول فيه تأمل ﴿ كتاب الوكالة ﴾ (قوله والشهادات من التعاضد الخ) أقول ولان الشهادة من التعاضد المأمور به دون الوكالة فانها كما سيجيء انتفاعية فجائز فاستحقت التأخير (قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا) أقول كما اذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا (قوله وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم الآية) أقول فان قيل لم لايجوز أن يكون رسالة قلنا الرسالة تبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له في التصرف والمبعوث الى المدينة كان مامورا بشراء الطعام

معتمد عليه كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك الى من وكلته اعتمادا عليه فيه ترفعا منك أو عجزا عنه والوكالة أبدا اما للعجز أو للترفه وكل منهما للضعف ولذا كان معنى الوكل من فيه ضعف وفسر قول لبيد

وكأني ملجم سوذانقا * أجدليا كره غير وكل

والسوذانق والسوذق والسوذنيق الشاهين والاجدل الصقر نسب فرسه اليه ووكله جعله وكيلا أي مفوضا اليه الامر ومنه وكل أمره الى فلان ومن هذا قول الخطيئة

فلا يأقصرت الطرف عنهم بحرة * أمون اذا وا كلتها الا توا كل

يعني اذا فوضت أمرها اليها الا توكل نفسها الى أن أحنها على السير بل تستمر على جدها في السير ولا تضعف فيه او توكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت وأصله اوتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم أبدلت تاء فادغمت في تاء الافتعال وأما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الامور وهو فعيل بمعنى مفعول أي موكول اليه الامر فاذا كان قويا على الامر قادرا عليه نصوحا تم أمر الموكل فاذا رضي سبحانه وتعالى أن يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا أوجبه عليك لتحقق مصلحتك فضلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لا اله غيره وأما شرعا فالتوكيل اقامة الانسان غيره مقامه في تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وفي المبسوط قال علماؤنا فيمن قال لآخر وكلتك بمالي أنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط وقال الامام المحبوبي اذا قال لغيره أنت وكيلي في كل شئ كان وكيلا بالحفظ وأما سببها فدفع الحاجة المتحققة اليها كما سيظهر في كلام المصنف وأما ركنها فالالفاظ الخاصة التي بها تثبت من قوله وكلتك ببيع هذا أو شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحا أو دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل أو رد ثم عمل فانه ينفذ ويظهر بالعمل قبوله وروى بشر عن أبي يوسف أنه اذا قال لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو قال هو بت أو رضيت أو وافقني أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا أنهاك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذونا وقال الفقيه أبو الليث الجواب في الوكالة كذلك أما في الاذن يجب أن يكون مأذونا في قول علمائنا لان العبد بسكوت المولى يصير مأذونا وهذا فوق السكوت ذكره في الذخيرة ولا بد من كون المعنى أن قوله لا أنهاك في حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته اذا رآه يبيع وتقدم عن المحبوبي أنت وكيلي في كل شئ يكون بالحفظ فلو افاد زاد فقال أنت وكيلي في كل شئ جائز صنعك أو أمرك فعند محمد يصير وكيلا في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك أن ينفق على نفسه من ماله وعند أبي حنيفة في المعاوضات فقط ولا يلي العتق والتبرع وفي فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الاصح انه لا يجوز ومثله اذا قال وكلتك في جميع أموري ولو قال فوضت أمر مالي اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت أمري اليك الصحيح انه مثله وفي المبسوط اذا وكله بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاضي ولا بيع ولا شراء وفوضت لك أمر مستغلاتي وكان أجرها ملك تقاضي الاجرة وقبضها وذا أمر ديوني ملك التقاضي وأمر دوابي ملك الحفظ والرعي والتعليف وأمر مماليكي ملك الحفظ والنفقة وفوضت اليك أمر امرأتي ملك طلاقها واقتصر على المجلس بخلاف ما لو قال وكلتك والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد موته وصاية لان المنظور اليه المعاني وكلتك في كل أموري وأقمتك مقام نفسي ليس توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك في جميع الامور التي يجوز التوكيل فيها فتوكيل عام

لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها لفظ وكلت وأشباهه روى بشر عن أبي يوسف اذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل التصرف ويلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه الخ) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة (فيحتاج الى التوكيل وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة) بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة أما الاول فلان الانسان (١٠٢) جاز له أن يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز أن يعقد الذمي بنفسه فيها وأما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبي حنيفة والجواب عن الاول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل وردبانه تقرير للنقض لادافع وبان التوكيل بالشراء جائز وما ذكر ثم موجود فيه والجواب أنه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم وان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل

قال (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة رضي الله عنهما قال

يتناول البياعات والانكحة وأما شرطها فسيأتي عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام وأما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر كما سيأتي ان شاء الله تعالى ولكون شرعيتها غير لازمة ردّ المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تتجدد وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح وقال الفقيه أبو جعفر وظهير الدين يجب أن يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة أخرى من المعلقة وقيل هذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول أبي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح وأما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا فمن أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل (قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به) هذا ضابط لاحد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوصل به بتوكيل الذمي فصدق الضابط لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجملة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل به فذكروا أن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته استبدادا لا بناء على اذن غيره (قوله صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أما وكالة حكيم فرواية أبي داود بسند فيه مجهول أنه صلى الله

(قوله هذه ضابطة يتبين بها الخ) أقول مخالف لما سيجيء من قوله ان العكس غير لازم وغير مقصود عليه (قوله فقد يتفق) أقول أي العقد (قوله جاز له أن يستقرض الخ) أقول والاستقراض من العقود (قوله والتوكيل به باطل) أقول كما سيصرح به في الهداية قبيل باب الوكالة في البيع والشراء (قوله وليس بموجود) أقول يعني شرعا (قوله لان الدراهم الى قوله في ملك الغير باطل) أقول منقوض بالتوكيل بالاستعارة والاستيداع وسيجيء ما ذكره الشارح في معرض الجواب (قوله والجواب الخ) أقول يعني عن الرد (قوله وان محل عقد الوكالة الخ) أقول سيجيء تحقيقه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع

عليه وسلم دفع له دينارا ليشترى له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار وأضحية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم به ودعا له أن يبارك له في تجارته ورواه الترمذي من حديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب عندي أنه لم يسمع من حكيم الا أن هذا داخل في الارسال عندنا فيصدق قول المصنف صح اذا كان حبيب اماما ثقة وأخرج أبو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي قال أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم دينارا يشتري أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا يربح فيه وأخرجه أيضا أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي لبيد واسمه لمازة بن زياد عن عروة فذكره والذي يتحقق من هذا ظن أن هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما بناء على أنهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال وأما أنه وكل عمر بن أبي سلمة بالتزويج فأخرج النسائي عن ثابت أنه قال حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث اليها يخطبها فأرسلت اليه انى امرأة مصبية وانى غيرى وانه ليس أحد من أوليائي شاهدا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما كونك غيرى فسأدعو الله فتذهب غيرتك وأما كونك مصبية فان الله سيكفيك صبيانك وأما ان أحدا من أوليائك ليس شاهدا فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب الا سيرضى بي فقالت أم سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه اياها ورواه أحمد وابن راهويه وأبو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر بن أبي سلمة سعيد سماه غير حماد ابن سلمة ونظر فيه ابن الجوزي لعلة باطنة وهي أن عمر كان اذ ذاك يعني حين تزوجها عليه السلام سنه ثلاث سنين فكيف يقال لمثله زوج واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال وان كان الكلاباذي وغيره قاله فان ابن عبد البر قال انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوى هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبي سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه فأخبرته أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله انى لأتقاكم لله وأخشاكم له وظاهر هذا أنه كان كبيرا ثم لا يخفى أن ظاهر اللفظ يقتضي أنه كان وكيلا عن أمه لانها هي القائلة له قم يا عمر فزوج لا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي أنه صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة الى ابنها عمر بن أبي سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا أنهم يضعفون الواقدي خلافا لنا وفيه دليل على وكالة الصبي العاقل خلافا لهم ان نظرنا الى حديث الواقدي فظاهر والى الحديث الصحيح فلانه لم يزوجها بحكم الولاية على أمه لان الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة وقد قيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو المقول له زوج والمزوج هو سلمة بن أبي سلمة ومما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن اسحق في كتاب الوصايا حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول أردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت انى أريد الخروج الى خيبر فقال اذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته وابن اسحق عندنا من الثقات وأما على توكيل علي رضي الله تعالى عنه عقيلا فأخرجه البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي يكره الخصومة فكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكاني وأخرج أيضا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف رحمه الله ان

وفى الاستقراض الدراهم المستقرضة وهى ليست ملكه لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمى جازله توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا فى ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثانى بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهى ترامى فى الجنس لا فى الافراد ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز قال (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق الخ) الوكالة جائزة فى جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضى الله عنه وكل عقيلا فى الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما أسن عقيل وقره فوكل عبد الله بن جعفر وأما بايفائها واستيفائها فلانه جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها فى غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما فى ذلك من ضرب شبهة كما فى كتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله (وشبهة العفو) دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتقريره القصاص يندرئ بالشبهات وهى موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز (١٠٤) أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعى قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعى يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعنى يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة فى حقه الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما

(وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضى الله عنه وكل عقيلا وبعدما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه (وكذا بايفائها واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعى بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا

الانسان قد يعجز الى آخره بيان حكمة شرعية الوكالة (قوله وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل أحد يهتدى الى وجوه الخصومات التى بها يثبت حقه أو يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بايفاء الحقوق واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فى النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تصح بايفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالنفى مطلق اذ الايفاء ليس الا بتسليم ظهره أو نفسه لاقامة الواجب وليس ذلك الا حر الامن الجانى وليس هو الوكيل فكان ذلك قيدا فى الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء

(قوله وفى الاستقراض) أقول فيه تأمل (قوله لا يقال الى قوله لان ذلك الخ) أقول قوله لأن ذلك جواب لقوله لا يقال الخ والضمير حال فى قوله فيه راجع الى الاستقراض والضمير فى بدلها راجع الى الدراهم فى قوله وفى الاستقراض للدراهم المستقرضة (قوله والذمى جازله توكيل الخ) أقول وهذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا الا أنه لما كان مخالفا لما سيجىء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح فى معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا والحق فى الجواب أن يقال لم يقل جاز أن يوكل به كل أحد حتى يرد النقض والذمى يملك أن يوكل غيره وهو ذمى مثله فتأمل ثم أقول بقى فيه بحث آخر اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعرى ما معنى جوازه (قوله وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم الخ) أقول فى التنقيح الحكمة المجردة لا تعتبر فى كل فرد لخفائها وعدم انضباطها بل فى الجنس فيضاف الحكم الى وصف ظاهر منضبط يدور معها أو يغلب وجودها عنده كالسفر مع المشقة انتهى وأنت خبير بان اضافة الحكم الى الوصف هنا غير واضح فتأمل (قوله ويجوز أن يقال ذكر الخاص الخ) أقول ههنا كلام الا أن يقال قد للتحقيق كذا قيل وفيه بحث لان التعليل ليس بالنسبة الى أحوال التوكيل بل بالاضافة الى أحوال الانسان (قوله فلانه جاز أن يباشر بنفسه الخ) أقول الاظهر أن يقال فللحاجة أيضا اذ هى المال كما لا يخفى (قوله لأن الحدود تندرئ بالشبهات) أقول وكذا القصاص كما مر ويصرح به الآن فلا وجه لتخصيص الدليل الأول بالحدود (قوله لأن الحدود لا يعفى عنها) أقول غير منقوض بحد القذف وحد السرقة لأن الحق صار لله سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه و يقطع (قال المصنف ينسد باب الاستيفاء أصلا) أقول فيه شئ لكن المراد الانسداد بالنسبة الى الذى لا يحسنه كما صرح به

في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة أي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته أو لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية (قوله وهذا الذي ذكرناه) يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فما بقي اثبات الحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال

وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) ومحمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف رحمهم الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه له أن التوكيل انابة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب (كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء) ولابي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق

(هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رحمه الله مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا) أما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف أن التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لاحالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء (ولابي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها في الشرط

حال غيبة الموكل لانها أي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي قال تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحد والقصاص فانه يستوفى ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس قريبا في الظاهر ولا ظاهر الامن جهة الاصل ولا الغالب لان الاصل الصدق خصوصا مع العدالة والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمانمائة عام لا يعرف الا ما وقع عند علي رضي الله تعالى عنه والله سبحانه أعلم هل تدر عند غيره أم لا وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهه بدار باعتبارها حكم (بخلاف) الاستيفاء (حال حضرة الموكل) فان الوكالة به تجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا في القصاص وأما الحدود فان الذي يلي استيفاءها الامام وقد لا يحسن فجاز توكيل الجلاد والا امتنع ثم لا يخفى أن تعليل المصنف النفي حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم في القصاص دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق أصلا كما أسلفناه في الحدود ولو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفا المسروق منه لا يلتفت اليه ويقطعه فالوجه أن يضم ما يجري فيه من امكان ظهور شبهة أو غلط فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر الى أن يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء (قوله وهذا الذي ذكرناه) أي من جواز التوكيل باثبات الحدود أي من جهة المقذوف والمسروق منه باقامة البينة على السبب (قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف لا تجوز الوكالة باثباتها) وقول محمد مضطرب تارة يضم الى أبي يوسف وتارة الى أبي حنيفة وظاهر كلام المصنف ترجيحه وكذا فعل في المبسوط (وقيل هذا الخلاف) بين أبي حنيفة وأبي يوسف (عند غيبة الموكل) فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا (لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف أن التوكيل انابة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب) أي باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة (ولابي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) لثبوت الحد (لان وجوبه) انما (يضاف الى) نفس (الجناية) لا الى الخصومة (والظهور) أي ظهور الجناية انما يضاف (الى) نفس (الشهادة) لا الى السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك حقا (كسائر الحقوق) فيجوز لقيام المقتضي

(قوله عند حضوره استحسانا)

(١٤ - فتح القدير سادس) أقول والقياس أن لا يجوز للبدلية (قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل) أقول لا يخفى عليك أن المشار اليه هو جواز التوكيل في الحقوق كلها لانه هو المذكور صريحا وهو اللائق لان يجعل كذلك بمنزلة المحسوس المشاهد مع أن ذلك هو مذهب أبي حنيفة وأما عند أبي يوسف لا يجوز التوكيل في بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف وما في الشرح تبعا للاتقاني تكلف ظاهر فليتأمل (قوله واستثنى ايفاء الحدود والقصاص) أقول الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاؤهما ولا يتوهم جواز التوكيل بايفائهما حتى يحتاج الى الاستثناء (قوله بقي الحدود والقصاص الخ) أقول الاظهر أن يقال بقي الخصومة في الحدود والقصاص

لا يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما عليه وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به قال (وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم) اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي أو المدعى عليه الا بالمرض أو السفر (وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله) قال المصنف (ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم) ومعناه أنه اذا وكل من غير رضاه وهل يرتد برده أولا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وأراد الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمناه

وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير أن اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به (وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق أي باقيها أي فيجوز الوكالة بهذا الحق كما في سائر الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق معولا على ما في صحاح الجوهري ثم تخطئته بانه انما هو بمعنى الباقي لان الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لاسقاطه فان قيل لو صح هذا لم يجز اثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرت لانه ساع الى آخره وذلك يخل بالاجماع قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحميل وزيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر أنه وكل للاستعانة عليه لضعفه هو عن الاثبات والشرع أطلق في اثباته لا بذلك التكلف الزائد والتهالك فيه بل اذا عجز ترك لانه علة الدرء لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين اتبعوا ماعزا حين هرب لما أذلقته الحجارة هلا تركتموه أو نحو ذلك (قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص) أجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف (و) لا شك أن (كلام أبي حنيفة فيه أظهر) منه بالوكالة باثباتها (لان الشبهة) التي بها منع أبو يوسف هنالك (لا تمنع الدفع) بل تقتضي أن يقول بجواز الوكالة بدفعه ثم لا يجوز للوكيل الاقرار على موكله كما هو قول أبي حنيفة فخلافه هنا عجيب والله تعالى أعلم ثم وجه عدم صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره أن الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا نوعا من المجاز فتعتبر عمومه فيما لا يندرئ بالشبهات وتخص منه الاعتراف فيما يندرئ بها بالشرع لعام في الدرء بالشبهات وفي اعترافه شبهة عدم الامر به (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة) من قبل المدعي أو المدعى عليه (الا برضا الخصم) الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا (وقالا يجوز) ذلك (بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله) قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم) قالوا فعلى هذا معنى قولنا لا يجوز التوكيل الخ لا يلزم الا برضا الآخر وأنكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك وساق عباراتهم فلم تزد على ما علموه من نحو قول القدوري المسطور هنا وهو لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك ولم يشكوا فيه وانما فسروه بذلك وسبق المصنف شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح لكن للخصم أن يطلب الخصم أن يحضر بنفسه ويجيب ونحو هذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد مما ذكروه وسبب ذلك أنه لما لم يعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يجدد له وكالة أخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا أن المراد بلا يجوز الا برضاه أنها لا تمضي على الآخر ولا يلزم عليه الا أن يرضى ومعنى هذا ليس الا أن اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور ومن العبارات التي نقلها ما عن أبي حنيفة لا أقبل وكالة من حاضر صحيح الا أن يرضى خصمه وهي قريبة من التفسير المذكور والحاصل أنه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في

سماع

(قوله وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز الخ) أقول الظاهر انه حمل الجواز على الامكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه للزوم مما لا يقبل المنع

لكن ذلك ليس بمجاز والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا (لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه) لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي أي بقبض الديون وايفائها ولابي حنيفة رحمه الله أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشريكين فانها تتوقف على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ (قوله بخلاف المريض) بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التنزل بان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه

لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم

سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة كما هو لازم ما اعتبر من ظاهر العبارة (لهما ان التوكيل بالخصومة (تصرف في خالص حقه) لان الخصومة حقه الذي لا يصدّ عنه فاستنابته فيه تصرف في خالص حقه (فلا يتوقف على رضا غيره) وصار (كالتوكيل) بغير ذلك بتقاضي الديون وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغايته ما ذكرتم أنه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بغيره (و) لاشك أن (الناس يتفاوتون في الخصومة) كما صرح قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له فمن قضيت له بحق أخيه فانما هي قطعة من نار ومعلوم أن الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما أفاده الحديث المذكور وفي هذا ضرر بالآخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحد الشريكين) فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها وكن استأجر دابة ليركبها اجارته اياها تصرف في حقه وعمله ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالمؤجر اذ كان الناس يختلفون في الركوب بخلاف ما قاسى عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه بحق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم بجنس حقه وعلى المطلوب أن يقضي ما عليه والتقاضي حد معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها أشد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في القبض لتضمنها التحيل على اثبات ما ليس بثابت أو دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه الا اذا كان معذورا وذلك بسفره فانه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه وتوكيل علي رضي الله عنه وغيره بالخصومة ان لم ينقل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الائمة والذي نختاره أن القاضي اذا علم من المدعى التعنت في اباءه التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله الا برضا الآخر فيتضاعل وقع الضرر من الجانبين ثم ذكر في حد المرض ان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد اختلفوا فيه والصحيح أن له أن يوكل لان نفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به (وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم) من الحاضر

(قوله ليس بمجاز) أقول بل كناية كما صرح به في المفتاح وفيه بحث فانهم صرحوا بأن العمدة في الفرق بين المجاز والكناية هو جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ولا تعويل على ما ذكره السكاكي كيف وقد اعترف هو أيضا بأن ما ذكره تكلف ارتكبه للضبط فراجعه (قوله في قوة قولنا التوكيل الخ) أقول فيه نظر فانا لا نسلم أنه في قوة ما ذكره فان مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لاشتراط لزومه به والحاصل أن نفي الجواز أخص بناء على أن نقيض الاعم أخص من نقيض الاخص من نفي اللزوم والمقصود بالافادة هنا هو الثاني لا الاول اذ لا خلاف فيه (قوله والا فلا) أقول هذا مناف لغرضه (قوله لانه وكله الخ) أقول أنت خبير بقصور الدليل عن افادة المدعى فانه كان عاما للتوكيل المدعى أيضا (قوله والمستحق للغير) أقول يعني المستحق للمدعى (قوله فكان خالص حقه) أقول الظاهر أن يقال حقهما الا أنه راعى عبارة الدليل فافهم والضمير في قوله حقه راجع الى الموكل

اذا أراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال وهذا شئ استحسنه المتأخرون (قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام)

مطلقا وأما المستطيع بظهر الدابة أو الحمال فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره أو بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة (ولو كان الخصم امرأة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال أبو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف وهذا شئ استحسنه المتأخرون) وأما في الاصل فانه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها وقال ابن أبي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام)

(عند ارادة السفر) غير أن القاضي لا يصدقه في دعواه ارادته فينظر الى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد أن يخرج فيسأل رفقاءه عن ذلك كما اذا أراد فسخ الاجارة بعذر السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الآجر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر في فسخها (قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي) وهو الامام الكبير أبو بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي (يلزم التوكيل) منها (لانها لو حضرت لم تستطع أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) أو يضيع حقها قال المصنف رحمه الله (وهذا شئ استحسنه المتأخرون) يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن أبي حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك وحينئذ فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس الا لفائدة انه المبتدئ بتفريع ذلك وتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي أنها التي لا يراها غير المحارم من الرجال أما التي جلست على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز فأما حديث المنصة فقد يكون عادة لعوام تفعله بها والدتها ثم لم يعد لها بروز ومخالطة في قضاء حوائجها بل يفعله غيرها لها (يلزم توكيلها) لان في الزامها بالجواب تضييع حقها وهذا شئ استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها وفي أدب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا أو مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي مأذونا بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هناك وان لم يكن بعث أمينا وشاهدين يعرفان المرأة والمريض فان بعثهما يشهدان على اقرار كل منهما أو انكاره مع اليمين لينقلاه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا شهدا عليهما قال الامين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي باقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على أحدهما عرضه الامين عليه فان أبى الحلف عرضه ثلاثا فاذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته فاذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالمدعى بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على اثر النكول فأما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليهما بالنكول ثم ينقله الشاهدان الى القاضي مع وكيلهما فيمضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعي أتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة فاذا رضي بعث أمينا بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضي بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان مما فيه خلاف توقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا أمضاه نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله حيض المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه أو مطلوبة ان أخرها الطالب الى أن يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضا الطالب ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ان كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده وان كان في حبس الوالي ولا يمكنه الزامه من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الاحكام) فهذان شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما أما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع

قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي يملك التصرف الذي وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف (قوله وتلزمه الاحكام) يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا أصح لان الوكيل اذا أذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتم ما شرطا واحدا لزم أن الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط فان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه (قوله لان الوكيل) دليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل أن يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل

(قوله قال صاحب النهاية ان هذا القيد الخ) أقول في الكافي اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لان التوكيل يستفيد ولايته التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما أن يكون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر لا يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع لعارض انتهى فعلى هذا الوجه يستقيم الكلام على مذهب أبي حنيفة أيضا فليتأمل (قوله ومنشأ هذا التوهم) أقول سبقه الى هذا الكلام الاتقاني (قوله حتى يكون معناه يملك جنس التصرف الخ) أقول ينبغي أن يراد بجنس التصرف جنس التصرف الذي يتعلق بمحل التوكيل لظهور أن الموكل لا يملكه غيره (قوله احترازا عن الصبي) أقول يعني المحجور (قوله فان الانسب بكلمة من جنس التصرف الخ) أقول لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك لكن ظاهر أن المراد أيضا جنس التصرف المخصوص فلذلك قال فان الانسب الخ ثم ان الانسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى (قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف) أقول أي التصرف الموكل به (قوله وجنس الاحكام) أقول أي جنس أحكام جنس التصرف (قوله فالاول) أقول يعني قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف (قوله لانه لم يلزمه الاحكام) أقول حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن (قوله والثاني) أقول يعني قوله وجنس الاحكام (قوله احتراز عن الصبي الخ) أقول يعني الصبي المحجور ولعل مراده أنه يكون للاحتراز عنهما لا يقال الصبي قد يلزمه الاحكام كما اذا باع أو اشترى أبوه له لأن المراد جنس أحكام التصرف الذي يباشره بنفسه (قوله وهذا أصح) أقول ويؤيده تخصيص المعطوف عليه باقامة الدليل (قوله لان الوكيل دليل الخ) أقول صورة القياس الموكل يملك التصرف للوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكا للتصرف فقوله لأن الوكيل اشارة الى دليل الصغرى وقوله فلا بد الخ الى الكبرى (قوله ما شرطت به) أقول يعني ما شرطت الوكالة به (قوله والجواب أن الوكيل الخ) أقول كيف يقال هذا اذا وكل ذميا ببيع هذا الخمر فانه لا يعقل فيه ما ذكره (قوله يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ) أقول أي يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه

لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره

خمر وشرائها والمسلم لا يملكه بل الشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به وأجاب بعضهم بان المراد بملكه للتصرف أن تكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون بالغا عاقلا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله تعالى على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع وأورد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا بعبد أو اشتر لي به عبدا

بحيث يلزمه أحكام ما باشره الوكيل لاهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل علمكه أولا لعارض عرض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وأن يكون من أهل العبارة وهذا يشير الى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكل الصبي العاقل صحيح ومعرفة أن مازاد على دهيم في المتاع ودهيازده في الحيوان ودهدوازده في العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه

(و) يشترط أن يكون (الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده) لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا

صح التوكيل مع أنه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدي هذا بعبد أو اشتريت هذا منك بعبد لا يجوز أجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها انما تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لالذاتها ولذا لم تمنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه وجهالة الوصف لا تفضي اليها في التوكيل لانه ليس بأمر لازم بخلاف المباشرة للزومها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه أو بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن أو أقل مما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى أن قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء أحد العبدين أو الثوبين أو الثلاثة بغير عينه على أن يأخذ أيهما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية وأما الشرط الثاني وهو قوله وتلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل علمكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا أن يصرح به حقيقة أو معنى كما سنذكر وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيأ لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصح وأورد على هذا الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف فيملك تمليكه والجواب أن ملكه شرط جواز تمليكه لا علته ليلزم من وجوده الوجود فجاز أن لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة (قوله ويشترط الى آخره) ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده أي يعقل معناه أي ما يلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قلبهما ويقصده لفائدته (١) وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعني أن من شرط الوكالة أن لا يهزل الوكيل في البيع والشراء أي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازل في بيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته به الا اذا كان يعقل ذلك وأما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكله بان يبيعه لا بغبن فاحش فحينئذ ينبغي أن تصح الوكالة ويشترط

(قوله بحيث يلزمه أحكام الخ) أقول فيه بحث لاستلزامه أن لا يصح توكيل الوكيل المأذون له به لفقد شرطه فما أسرع ما نسي ما قدمت بداه (قوله ويقصده الخ) أقول فيه تأمل والظاهر أن قوله ويقصده عطف تفسيري على قوله ممن يعقل العقد الخ لاشرط آخر ويؤيده أنه لم يستدل عليه بدليل يخصه وأيضا عدم كونه هازلا في العقد شرط صحة ذلك العقد لا شرط صحة الوكالة (قوله لانه يقوم مقام الموكل الخ) أقول هذا تعليل لقوله ويشترط أن يكون الوكيل الخ (قوله وهذا) أقول يعني التعليل أشار به الى قوله لانه يقوم الخ (قوله يشير) أقول حيث اكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة (قوله ليست بشرط الخ) أقول ولهذا لم يذكرها العلامة النسفي في الكافي ولم يزد في تفسير قوله يعقل العقد على ان قال أي يعرف ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله ومعرفة أن مازاد الى قوله مما لا يطلع) أقول ومعرفة مبتدأ وقوله مما لا يطلع خبره (قوله مما لا يطلع عليه أحد الخ) أقول مسلم فانا نرى كثيرا من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال علم الفقه بل بالسماع من الثقات وكثرة المباشرة بالمعاملات ثم قد يقام التمكن من الشيء مقام ذلك الشيء كما سبق في مباحث عدم قبول شهادة الاعمى في هذا الكتاب وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فيه فليتأمل

(١) قول الكمال وقول بعضهم الخ مبتدأ خبره أي ارتباط الخ أي يقال لذلك البعض أي ارتباط الخ كذا بهامش الاصل

(واذا وكل الحر البالغ أو المأذون البالغ مثلهما جاز) ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من أهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه أو فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك أما من جانب الموكل فظاهر وأما من جانب الوكيل فلان الصبي من أهل العبارة وانما ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالكا له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل أن العبد اذا أعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور أهليته حيث لم يكن ملزما في حق نفسه وفي هذا الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو أن الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا واذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة

ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن لا يفيد الملك للضامن في المشترى وليس هذا كذلك انما هذا التزام مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة وأما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل ذلك والجواب في العبد المأذون أيضا على هذا التفصيل

(واذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وان وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لان الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالكا له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

في صحة بيع الوكيل أن يتعرفه قبل بيعه (قوله واذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) وأطلق في المأذون ليشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل التصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل معنى العقد ولم يذكر العقل مع البلوغ لان اشتراط العقل يعرفه كل أحد ومعلوم أيضا أن قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما أو أعلى حالا منهما كتوكيل العبد المأذون حرا أو دونهما كتوكيل الحر البالغ عبدا مأذونا (قوله وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما) هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكر المصنف (من أن الصبي) أي العاقل (من أهل العبارة) حتى (نفذ تصرفه باذن وليه والعبد) من أهل التصرف في (حق نفسه مالكا له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا) من الموكل (في حقه الا أنه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل) ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا ترجع اليه وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبيا مأذونا أو عبدا مأذونا تعلقت الحقوق بهما لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلا في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا مأذونا فان وكل بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع لزمته العهدة أو بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك

(قال المصنف واذا وكل الحر البالغ أو العبد المأذون مثلهما جاز) أقول قال سدر الشريعة ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر البالغ والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذي أذنه الولي والعبد الذي أذنه المولى انتهى وفيه تأمل (قوله أو المأذون البالغ) أقول لعل قيد البالغ هنا وقع سهوا (قوله ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما الخ) أقول ما فوق الحر البالغ هو الحر البالغ الكائن من أهل دار الاسلام المسلم فان النوع قد يتقدم رتبة على الجنس كما مر في موضعه (قوله لان الموكل مالك التصرف الخ) أقول لا أن الموكل تعليل لقوله جاز ولكن بقي ههنا بحث فانه لو صح هذا الدليل لزم صحة توكيل الوكيل الغير المأذون به للجريانه فيه بعينه الا أن يعتبر فيه عدم المانع في الكبرى أو يقال المراد بمالكية التصرف هو المالكية استقلالا من غير استفادة من غير وفيه شئ فتدبر وح توكيل الوكيل المأذون به والظاهر أن الشمول له مقصود أيضا (قال المصنف والعبد من أهل التصرف) أقول كان اللائق بحسب الظاهر أن يقول والعبد أيضا من أهل العبارة الا أنه سلك هذا الطريق لتكفله ببيان أهلية العبارة مع دفع ما يرى ظاهرا من عدم جواز هذا التوكيل لكونه بمنزلة جماد لا يقدر على شئ فليتأمل

وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي أو مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب

للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضامن انما التزم ما لا على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة وأما اذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان للصبي ملكا حكميا في المشتري فانه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى يستوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل الى الاستيفاء والعبد اذا توكل على هذا التفصيل ثم اعلم أن العبد والصبي المحجورين وان لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط ان كان المأذون مرتدا جاز بيعه لانه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة فان أسلم كانت العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا وشراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضي وأمينه

(قوله والعقد)

(وعن أبي يوسف أن المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد) وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق (له خيار الفسخ) لانه ما رضي بالعقد الا على أن الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به

هذا ما انتهى اليه كلام الامام الكمال بن الهمام رحمه الله

ويليه تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده

المتوفى سنة ٩٨٨ تغمدهم الله برحمته آمين

(فهرست الجزء السادس من شرح فتح القدير مع تكملته نتائج الافكار)

صحيفة

٢ كتاب الشهادات

١٦ فصل يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه

٢٦ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

٥٢ باب الاختلاف في الشهادة

٧٠ فصل في الشهادة على الارث

٧٤ باب الشهادة على الشهادة

٨٣ فصل في حكم شاهد الزور

٨٥ كتاب الرجوع عن الشهادة

١٠٨ كتاب الوكالة

﴿ تم فهرست فتح القدير ﴾

نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى
زاده أفندى قاضى عسكر روملى
وهى تكملة فتح القدير للمحقق
الكمال ابن الهمام رحمهم
الله تعالى آمين

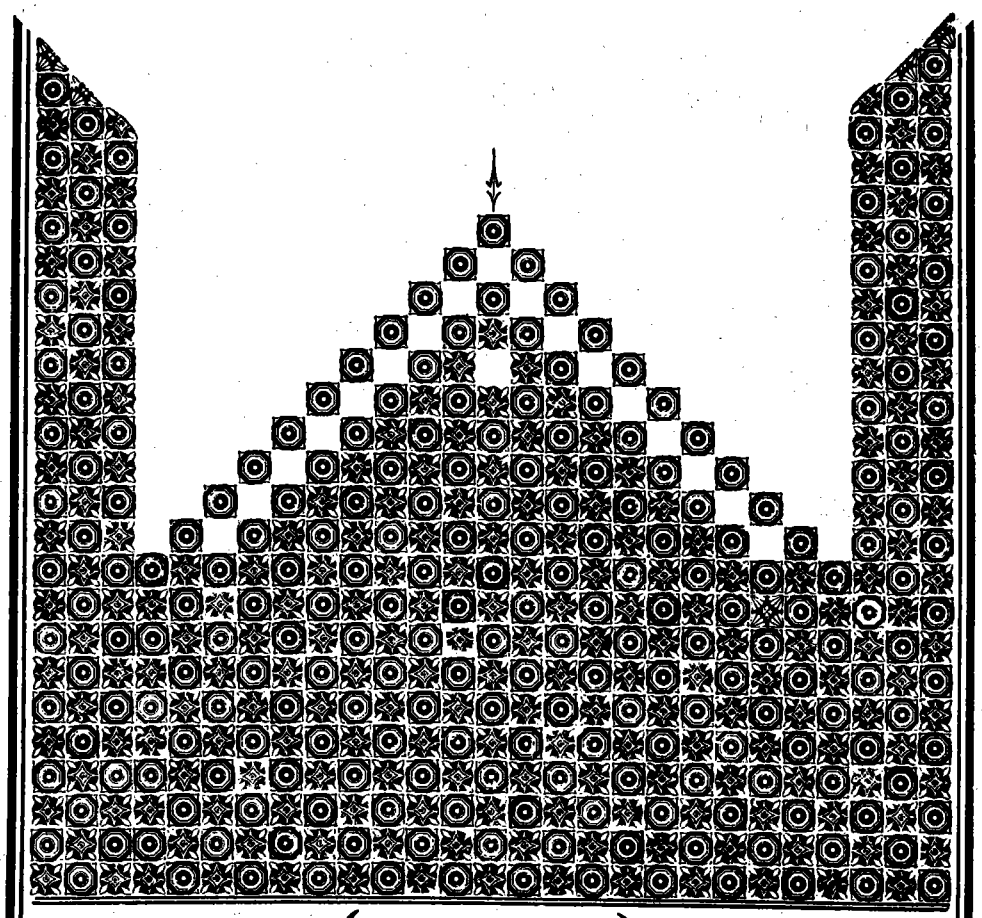
وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى
چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تنبيه﴾ قد ابتدأ صاحب التكملة فى شرحه بكتاب الوكالة وسبقه صاحب
الفتح الى شرح جملة من هذا الكتاب انتهى فيها الى قول صاحب الهداية والعقد
الذى يعقده الوكلاء على ضربين الخ فأثبتنا الكتابتين تكثيرا للفائدة ومحافظة
على استيفاء التكملة واكتفينا بما أسلفناه من عبارة الهداية والعناية عند
كتابة الفتح عن اعادته هنا فليعلم كتبه مصححه

﴿تنبيه آخر﴾ قد جعلنا الهداية والتكملة فى الصلب (الاول) فى صدر الصحيفة
ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى
چلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى فليعلم

(محل بيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر

﴿الطبعة الاولى﴾
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٦
هجرية
(بالقسم الادبى)



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان أحكام الوكالة اما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله تعالى حكاية حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات كذا في النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأثرتأخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا كما اذا كان وكيلا بالبيع أو الشراء مثلا انتهى أقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو في متعلق الوكالة أعني الموكل به وهو البيع أو الشراء لا نفس الوكالة والكلام فيها لا في الاول والا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة أيضا كما اذا شهد بالبيع أو الشراء مثلا والصواب أن مراد صاحب العناية هو أنه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض كما اذا أخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز أخذ الاجرة فيها بخلاف الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد أداؤها فلا يجوز فيها التعاوض أصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى

مباشرة

مباشرة أفعال لا يقدرون عليها بأنفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على هممشتى وطبائع مختلفة وأقوياء وضعفاء وليس كل أحد يرضى أن يباشر الاعمال بنفسه ولا كل أحد يهتدى الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيها لاصحاب المروآت ثم ان ههنا أمورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها أما تفسيرها لغة فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر أى مفوض اليه وأما شرعا فهى عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم وأما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهى ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقى به أيضا ووكل عمر بن أم سلمة بالتزويج والاجماع فان الامة أجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سيأتى فى الكتاب وأما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما فى سائر المعاملات وأما ركنها فالالفاظ التى تثبت بها الوكالة كلفظ وكلت وأشباهه روى بشر بن غياث عن أبى يوسف رحمه الله اذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدى هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع وأما شرطها فان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام كما سيأتى فى الكتاب وستعرفه مشروحا وأما صفتها فهى أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى فى مختصره (كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لاحد فلا يرد عليها أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبى حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نصوا عليه والعجب ههنا أن صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث أجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال فى شرح هذا المقام هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا فى الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول أن الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له فى ذلك لا يجوز والثانى أن الانسان جاز له أن يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث أن الذمى يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها وأجيب عن الاول بان المراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثانى بان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا على ما عرف وذلك ليس بموجود فى التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التى استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف فى ملك الغير باطل وردّ هذا بانه مقرر للنقض لا دافع ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع فى الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكرتم موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة فى الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفى الاستقراض الدراهم المستقرضة وهى ليست ملكه وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض هذا نهاية ما فى العناية أقول ولقائل أن يقول كما أن الامر بالتصرف فى ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه فى ملك الغير

باطل فيلزم أن يكون الاستقراض بنفسه أيضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم أقول يمكن أن يدفع ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف فى ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة وأما المأمور بالاستقراض فان تصرف فى عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا أقرضنى عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فله أن يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف فى عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا يستقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المأمور يصير فى هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة فى الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه فى الذخيرة بقى ههنا شئ وهو أن ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسيأتى تمام بحثه ان شاء الله تعالى وأجيب عن الثالث بان الذمى كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها أيضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى فى المسلم وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفى جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك أمرا عارضا فى الوكيل والعوارض لا تقدح فى القواعد حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها لا يرد عليه الحائض والمحرمة هذا زبدة ما فى أكثر الشروح وأجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذمى جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا فى ذلك بل فى أن يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى وقال بعض الفضلاء هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا الا أنه لما كان مخالفا لما سيجىء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح فى معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا انتهى أقول ليس هذا بسديد أما أولا فلان ما ذكره صاحب العناية ههنا لا يكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لان المانع هناك فى نفس التوكيل وهو بطلان الامر بالتصرف فى ملك الغير والمانع ههنا على رأيه انما هو فى التوكل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فأين هذا من ذاك وأما ثانيا فلانه لا معنى لقوله ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح على ما ذكرناه من قبل وليس فيه شئ منافى لما سيجىء عن المصنف رحمه الله من أن التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لادراج قوله المذكور فى حيز جواب لما فى قوله الا انه لما كان مخالفا لما سيجىء عن المصنف الخ ثم قال ذلك القائل بقى فيه بحث اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعرى ما معنى جوازه انتهى أقول هذا ساقط جدا اذ لا يذهب على ذى مسكة أن الانكسار مطاوع الكسر فلا يتحقق أحدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فان التوكيل تفويض الامر الى الغير والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ولا اشكال فى جواز تحقق الاول بدون الثانى ثم لا ينبغى أن يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد ألا يرى الى صحة قولك خيرته فلم يختر وصحة قولك نهيته فلم ينته وما أشبههما فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا اشكال أصلا قال المصنف رحمه الله فى تعليل جواز الوكالة فيما ذكره (لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال) بان كان مريضا أو شيخا فانيا أو رجلا ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه (فيحتاج الى أن يوكل غيره) فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص (فيكون) أى الانسان (بسبيل منه) أى من التوكيل (دفعا لحاجته) ونفيا للحرج واعترض على هذا بانه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهى ترامى فى

الجنس لا فى الافراد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المزبور ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى أقول وجود الحاجة بدون العجز فى باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة أبدا اما للعجز واما للترفه والظاهر أن ليس فى صورة الترفه حاجة فتأمل (وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء) أى بشراء الاضحية (حكيم ابن حزام) ويكنى أبا خالد ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة أو بائنتى عشرة سنة على اختلاف الروايتين أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان من وجوه قريش وأشرافها وعاش فى الجاهلية ستين سنة وفى الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة فى خلافة معاوية رضى الله عنه سنة أربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكره ابن شاهين فى كتاب المعجم وقال الكرخى فى أول كتاب الوكالة فى مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزى قال حدثنا يعقوب الدورقى قال حدثنا عبد الرحمن بن زيرى عن سفيان عن أبى حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشترى له به أضحية فاشترى له أضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى أضحية بدينار فجاءه بدينار وأضحية فتصدق النبى صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة (وبالتزويج عمر بن أم سلمة) أى وكله بتزويج أمه أم سلمة من النبى صلى الله عليه وسلم كذا فى الشروح قال صاحب غاية البيان ولنا فى توكيل عمر بن أم سلمة نظر لان النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة بعد وقعة بدر فى سنة اثنتين كذا قال أبو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن أبى سلمة يوم توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدى ويكون على هذا الحساب سن عمر بن أم سلمة يوم تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أمه سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا النظر ابن الجوزى حيث قال فى هذا الحديث نظر لان عمر بن أم سلمة كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين وكيف يقال لمثل هذا زوج بيانه أنه عليه الصلاة والسلام تزوجها فى سنة أربع ومات عليه الصلاة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى وقال ابن عبد الهادى صاحب التنقيح قوله انه عليه الصلاة والسلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وان كان قد قاله الكلاباذى وغيره وقال قال ابن عبد البر انه ولد فى السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوى هذا ما أخرجه مسلم فى صحيحه عن عمر بن أم سلمة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام سل هذه فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك فقال عمر رضى الله عنه يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله إنى لاتقاكم لله تعالى وأخشاكم وظاهر هذا انه كان كبيرا وأقول ظاهر قول المصنف رحمه الله وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل النقلى على قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلا عقليا عليه فيتجه على ذلك أن توكيل النبى صلى الله عليه وسلم فى المادتين المخصوصتين لا يدل على ما فى الدعوى المذكورة من الكلية فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلى الذى مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبى صلى الله عليه وسلم لاقامة دليل مستقل على دعوى الكلية السابقة وكانه عن هذا قال وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل الخ ولم يقل ولان النبى صلى الله عليه وسلم وكل الخ (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى فى مختصره (وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق) أى فى جميعها (لما قدمنا من الحاجة) يشير الى قوله لان الانسان

قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى أن يوكل غيره (اذ ليس كل أحد يهتدي الى وجوه الخصومات) تعليل لجريان ماقدمه ههنا قال صاحب غاية البيان أما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فانما جاز لما روينا قبل هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فاذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره لان كل عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه جاز أن يوكل غيره كالبيع ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى أقول تعليله الثاني الذي هو مراد المصنف رحمه الله بقوله لما قدمنا صحيح لاريب فيه وأما تعليله الاول فغير صحيح لان الكلام ههنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود وماذكره في تعليله الاول انما يتمشى في العقود دون الخصومات ولذلك قال المصنف رحمه الله (وقد صح أن عليا رضي الله تعالى عنه وكل عقيلا) أي وكله في الخصومات وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكى أن عليا رضي الله عنه استقبله يوما ومعه عنز فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق فقال عقيل أما أنا وعنزي فعاقلان (وبعدما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر) الطيار رضي الله تعالى عنه اما لانه وقر عقيلا رضي الله عنه لكبر سنه أو لانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط أخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكلني وأخرج عن علي رضي الله عنه أنه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقال الخصاف في أدب القاضي حدثنا معاذ بن أسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن أبي الجهم عن عبد الله بن جعفر أن عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما تحضرها الشياطين فجعل علي رضي الله عنه الخصومة الى عقيل فلما كبر ورق حولها الي فكان علي رضي الله عنه يقول ماقضى لو كيلي فلي وماقضى على وكيلي فعلي انتهى وقال الزمخشري في الفائق ان عليا رضي الله عنه وكل أخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان لا يحضر الخصومة ويقول ان لها لقحما وان الشياطين تحضرها أي مهالك وشدائد وقحم الطريق ماصعب منه وشق على سالكه انتهى وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل أيضا على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنع علي رضي الله عنه وقال بعض العلماء الاولى أن يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وجوابه أن تأويل الآية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح أدب القاضي وذكر في غاية البيان (وكذا بايفائها واستيفائها) أي وكذا تجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة (الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها) أي باستيفاء الحدود والقصاص (مع غيبة الموكل عن المجلس) وأما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا أي مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر بين لان ايفاءها انما يكون بتسليم النفس أو البدن لاقامة العقوبة الواجبة وهذا لا يصح الا من الجاني اذ اقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المصنف رحمه الله بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل وقال في تعليله (لانها) أي الحدود والقصاص (تندرئ بالشبهات) فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال (وشبهة العفو ثابتة حال غيبته) أي غيبة الموكل

هذا

هذا الوجه مخصوص بالقصاص اذ الحدود لا يعنى عنها فالمراد أن فى القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل وهى شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل (بل هو الظاهر) أى بل العفو هو الظاهر (للندب الشرعى) لقوله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفى القصاص خلاف الشافعى رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ولكنا نقول هذه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا (بخلاف غيبة الشاهد) حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته (لان الظاهر عدم الرجوع) يعنى أن الشبهة فى حق الشاهد هى الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل لاسيما فى العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة أقول يرد عليه أن الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود فى ظاهر الرواية كما مر فى كتاب الحدود ويقتضى ذلك اعتبار شبهة الرجوع فى حق الشهود هناك اللهم الا أن يقال عدم استيفاء الحد اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداءة الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتأمل (وبخلاف حالة الحضرة) أى حضرة الموكل فى المجلس حيث يستوفى ذلك عندها (لانتفاء هذه الشبهة) أى شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا شبهة أقول لقائل أن يقول ان انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضى انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على أن شبهة العفو مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة فى استيفاء الحدود أصلا ولما استشعر أن يقال اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء رأسا اذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله (وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) اما لقلة هدايته أولان قلبه لا يتحمل ذلك (فلو منع عنه) أى عن التوكيل بالاستيفاء (ينسد باب الاستيفاء أصلا) أى ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه قال المصنف رحمه الله (وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله) وقال جمهور الشراح فى تفسير كلام المصنف هذا أى جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول أبى حنيفة رحمه الله وقالوا فى توجيه تفسيرهم اياه بهذا المعنى لانه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق أى جميعها وبايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة فى قوله بالخصومة فى سائر الحقوق فقال هذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ارتكبوه فى حل كلام المصنف رحمه الله ههنا تكلف بارد وتعسف شارد حيث جعلوا البعض الغير المعين فى الكلام السابق بل الداخل فى مجرد كليته مشارا اليه بلفظ هذا الذى يشار به الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان ههنا لمندوحة عن ذلك بحمل كلام المصنف رحمه الله على معنى ظاهر منه وهو أن هذا الذى ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود أيضا) أى قال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز الوكالة بالخصومة فى بعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص أيضا أى كما لا تجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق (وقول محمد مع أبى حنيفة رحمهما الله تعالى وقيل مع أبى يوسف رحمه الله) يعنى أن قول محمد مضطرب يذكر تارة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف ولكن الظاهر من تحرير المصنف ترجيح الاول كما لا يخفى على الفطن قال فى الكافى بعد قوله وقول محمد مضطرب والاظهر أنه مع أبى حنيفة (وقيل هذا الاختلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (فى غيبته) أى غيبة الموكل (دون حضرته) أى هو جائز فى حضرته بالاتفاق (لان كلام الوكيل ينتقل الى

الموكل عند حضوره) فصار كأنه متكلم بنفسه (له) أي لابي يوسف رحمه الله تعالى (ان التوكيل انابة) والانابة فيها شبهة لامحالة (وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب) أي في باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات (كما في الشهادة على الشهادة) أي كالشبهة التي في الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي الى القاضي (وكما في الاستيفاء) أي وكالشبهة التي في التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) أي لاحظ لها في الوجوب ولا في الظهور (لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه (فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق) أي باقيها القيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة في الشرط لا تصلح للمنع اذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها يتعلق بها الظهور (وعلى هذا الخلاف) المذكور (التوكيل بالجواب من جانب من عليه) أي من جهة من عليه (الحد) أو القصاص فأجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب قال المصنف (وكلام أبي حنيفة فيه) أي في التوكيل بالجواب (أظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع) يعني أن التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التي ذكرت في دليل أبي يوسف رحمه الله على تقدير كونها معتبرة لا تمنع ههنا (غير أن اقرار الوكيل غير مقبول عليه) أي على موكله يعني لو أقر الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل اقراره استحسانا (لما فيه) أي لما في اقراره (من شبهة عدم الامر به) فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس أن يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رحمه الله وتوضيحه أنا جعلنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فأما في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح واعلم أن جواز التوكيل باثبات الحدود عند من جوزه انما هو في حد القذف وحد السرقة وأما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه لا حق فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان أجنبيا عنه لا يصح توكيله به نص عليه في الكافي والتبيين (وقال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة) سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب (بغير رضا الخصم) ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا في الشروح والفتاوى (الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا) يعني الا أن يكون الموكل معذورا بعذر المرض أو السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم عنده أيضا (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد (يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) أي يجوز ذلك عندهما في جميع الاحوال سواء رضي الخصم أم لا وسواء كان الموكل معذورا أم لا وكان أبو يوسف يقول أولا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا (وهو قول الشافعي رحمه الله) أيضا وفي الخلاصة والفقيه أبو الليث يفتي بقولهما وفي فتاوى قاضيخان وبه أخذ أبو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح عندي أن

القاضي اذا علم بالمدعى التعنت في اباء الوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعى ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر شمس الائمة الحلواني أن ذلك يفوض الى رأي القاضي وهذا قريب من الاول انتهى قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف في الجواز) أي لا خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه والشافعي رحمهم الله في الجواز حتى اذا وكل فرضي الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة (انما الخلاف في اللزوم) معناه اذا وكل من غير رضا الخصم هل يرتد برده أم لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا التأويل يكون معنى قول القدوري قال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم أي لا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم لان الجواز من لوازم اللزوم فيجوز ذكر اللازم وارادة الملزوم كذا في الشروح وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وايرادا حيث قال فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فان الجواز لازم اللزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وقال وفيه نظر لانا لا نسلم أن الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمنا لكن ذلك ليس بمجاز انتهى أقول الظاهر أن مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ماذكره ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ماذهب اليه السكاكي من أن الانتقال في المجاز من الملزوم الى اللازم وفي الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشئ أما أولا فلان لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التأويل المذكور فانه يصح سواء كان بطريق المجاز أو بطريق الكناية فكان مدار رده المزبور على لفظ زاده من عند نفسه في بيان التأويل المذكور وأما ثانيا فلانهم حققوا أن الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم وردوا ماذهب اليه السكاكي بأن اللازم ما لم يكن ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها فحينئذ يجوز أن يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا محذور أصلا ثم قال صاحب العناية والحق أن قوله لا يجوز له التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن هذا كلام خال عن التحصيل لانه ان أراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم أن معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه وليس كذلك اذ لا شك أن معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم فنفي الاول يغاير نفي الثاني قطعا وان أراد بذلك أن الثاني هو المراد من الاول مجازا أو كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر في مسئلتنا هذه أن يكون الخلاف المذكور في نفس الجواز قد دفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم فهذا الكلام لا غبار عليه ثم اعلم أن المصنف رحمه الله ليس بأول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من المشايخ منهم الامام شمس الائمة السرخسي حيث قال في شرح أدب القاضي ان التوكيل عند أبي حنيفة بغير رضا الخصم صحيح ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه ويجيب ومنهم الامام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازما وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يقع لازما وذكر في المحيط البرهاني أن رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبي يوسف ومحمد وقد اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة بعضهم قالوا رضا الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو

شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضا الخصم عنده شرط صحة التوكيل وانما اختلفوا باختلاف ألفاظ الكتاب ذكر في شفعة الاصل أن التوكيل بغير رضا الخصم باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله وذكر في وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة والصحيح أن التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب لخصومة الوكيل الا أن يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم أو غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا (لهما) أي لابي يوسف ومحمد (أن التوكيل تصرف في خالص حقه) أي في خالص حق الموكل وهذا لانه اما أن يوكله بالخصومة أو بالجواب وكلاهما من خالص حقه أما الخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها وأما الجواب فلانه اما انكار أو اقرار وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه واذا كان كذلك (فلا يتوقف على رضا غيره) فصار (كالتوكيل بتقاضي الديون) وقبضها وايفائها (وله) أي لابي حنيفة رحمه الله (ان الجواب مستحق على الخصم) يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه (ولهذا يستحضره) أي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل أن يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما في الباب أن يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير (و) ههنا ليس كذلك اذ لا شك أن (الناس متفاوتون في الخصومة) أي من جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل في صورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذ فانما أقطع له قطعة من نار ذكره في أدب القاضي والاسرار ومعلوم أنه لا يوكل عادة الا من هو ألد وأشد في الخصومات ليغلب على الخصم (فلو قلنا بلزومه) أي بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم (يتضرر به) أي يتضرر الخصم به (فيتوقف على رضاه) فصار (كالعبد المشترك اذا كاتبه أحدهما) أي أحد الشريكين (يتخير الآخر) أي يتخير الشريك الآخر بين امضاء الكتابة وفسخها فكان تصرف أحدهما متوقفا على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لكان ضرر شريكه قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون أشد دفعا للمدعي من انكار والظاهر أن الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك الاشد فان الناس انما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم وأكثر ما في هذا الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية أيضا أقول فيه نظر لان أصل هذه المسئلة عام لصورة التوكيل من جانب المدعي ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما أفصح عنه الشراح فاطبة في صدر هذه المسئلة وصرح به في عامة كتب الفتاوى أيضا وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لتحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكرناه في شرحنا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رحمه الله أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه

انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى أقول فيه أيضا نظر لانه جعل ماذكر في الكتاب من قبل أبي حنيفة دليلين أحدهما منعي لما قالاه والآخر تسليمي له فيرد حينئذ على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا باحدى صورتي المسئلة العامة المدعاة تأمل تقف فالوجه أن يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في شرحنا لكن الانصاف أن تأثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق على الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتأمل (بخلاف المريض والمسافر) متصل بقوله الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك (لان الجواب غير مستحق) أي غير واجب (عليهما) أي على المريض والمسافر (هنالك) أي فيما اذا كان الموكل مريضا أو مسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج أقول ههنا شئ وهو أن ما ذكره المصنف من الفرق انما ينفذ في صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما في صورة ان كان من جانب المدعي فلا لان الجواب غير مستحق على المدعي سواء كان صحيحا مقيما أو مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليها مع أن المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققته فكان ينبغي أن يزاد عليه أن يقال ان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وآفات التأخير أشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الادنى دون الأعلى وفي فتاوى قاضيخان وأجمعوا على أن الموكل لو كان غائبا أدنى مدة السفر أو كان مريضا في المصر لا يقدر أن يمشي على قدميه الى باب القاضي كان له أن يوكل مدعيا كان أو مدعى عليه وان كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه ولكنه يستطيع أن يمشي على ظهر دابة أو ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف أيضا وقال بعضهم له أن يوكل وهو الصحيح انتهى (ثم كما يلزم التوكيل عنده) أي عند أبي حنيفة (من المسافر يلزم اذا أراد السفر لتحقق الضرورة) اذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه وفي فتاوى قاضيخان وكما يجوز للمسافر أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز لمن أراد أن يخرج الى السفر لكن لا يصدق أنه يريد السفر ولكن القاضي ينتظر الى زيه وعدة سفره أو يسأل عمن يريد أن يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما في فسخ الاجارة انتهى (ولو كانت المرأة مخدرة) اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة فقال بعضهم هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي وقال الامام البزدوي هي التي لا يراها غير المحارم وأما التي جلست على المنصة فرآها الاجانب لا تكون مخدرة فاختار المصنف التفسير الاول حيث قال (لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم) فان هذا صفة كاشفة لمخدرة جارية مجرى التفسير لها (قال الرازي) أراد به الامام أبا بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع وأحكام القرآن واليه انتهت رياسة أصحاب أبي حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبي الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة (يلزم التوكيل) أي يلزم التوكيل منها بلا رضا الخصم وبدون عذر المرض والسفر (لانها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) دفعا للحرج فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث اليها الحاكم ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها وكذا في المريضة اذا وجب عليها يمين لان النيابة لا تجري في الايمان هكذا ذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة أو الى المريض خليفة

فيفصل الخصومة هنالك يجوز لان مجلس الخليفة كمجلسه كذا في معراج الدراية وغيره (قال رضي الله عنه) أي قال المصنف (وهذا) أي ما قاله الرازي (شيء استحسنه المتأخرون) وفي فتاوى قاضيخان ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل وهي التي لم تخالط الرجال بكرا كانت أو ثيبا كذا ذكره أبو بكر الرازي وقال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده ظاهر المذهب عن أبي حنيفة انها على الاختلاف أيضا وعامة المشايخ أخذوا بما ذكره أبو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف) قيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد فأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فأما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي كذا في الكافي والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية في تفسير قوله ممن يملك التصرف أي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به وقال قد ذكرنا في أوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة أن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فأما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت يشكل على ما ذكرناه في الكتاب ما ذكره في الذخيرة بقوله واذا قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا وبعه بعبد أو قال اشتر لي به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد أو قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك في التوكيل بهذا ولم يجز في مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو أن الجهالة انما تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة وأما اذا لم تؤد اليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام أو شرائه ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى المنازعة لان التوكيل ليس بأمر لازم ولا كذلك المباشرة لانها لازمة فتفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه أقول في جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما أفاد كيفية صحة التوكيل في مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله أن ما ذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في مسئلة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم انه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي لا يملك التصرف الذي وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف وأجاب حيث قال لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب ان مراده ان المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد ألا ترى الى الحقوق المشتركة مالا كانت أو غيره فان كل واحد من أصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا وان وصل مبلغهم في التعدد الى الالف مثلا اذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك أن كل واحد منهم

يملك التصرف فيها بسكنى أو غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ فى من يملك فان ذلك انما يتوهم لو كانت كلمة من ههنا للتبعيض وأما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر فى المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ماذكره كله مبنى على فهم أن يكون مراد صاحب العناية بكلمة من فى قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر أن مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف فى قوله حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل أن يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط فوجه الانسبية حينئذ أن الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ما عرف فى النحو ومن ألفاظ العام على ما عرف فى الاصول فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه ولا شك أن الذى يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ان الانسبية قد فاتت فى قوله و يقصده كما لا يخفى أقول هذا أيضا ليس بسديد فان قوله و يقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو فى حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد فى قوله ممن يعقل العقد ولا شك أن المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر الى ماقبله على ما تقرر فى علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة هناك أيضا ثم ان جعل التصرف فى قول القدورى ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذى وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة أن يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب أبى حنيفة لم يجز أن يوكل المسلم الذمى ببيع الخمر وشرائها وهو جائز على مذهب أبى حنيفة مع أن المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم أنه ليس بشرط على مذهبه بل الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذى وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذى شرطه القدورى يستقيم على مذهب الكل وانما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدورى اذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط فى الموكل وشرط فى الوكيل فالاول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثانى أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد و يقصده ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعا فى جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون بالغا عاقلا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل فى توكيل المسلم الذمى فى الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا فى جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الآخر وهو أن يعقل العقد و يقصده حاصل فى الوكيل أيضا وهو الذمى لانه يعقل معنى البيع والشراء و يقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله الى هنا كلامه وردعليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما أما على قوله فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمى ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية فى جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل فى توكيل المسلم الذمى ببيع خمر وشرائها ثم حد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضى أن لا يصح توكيل الصبى المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبى المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع انتهى كلامه أقول ماذهب اليه صاحب الغاية ههنا ليس بمثابة أن يقال له هو خطأ بمجرد ماذكره ابن الهمام فان الذى يهمه فى توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية فى جنس التصرف بأهلية نفسه وهذا لا يقتضى أن لا يصح توكيل الصبى المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبى المأذون على مذهبنا فى فصله وأما قوله بأن يكون بالغا عاقلا

ففضلة من التوجيه ذكره لبيان أن المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المحجور وأما الصبي المأذون فكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة (وتلزمه الاحكام) قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيأ لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما كذا في أكثر الشروح قال صاحب غاية البيان للقيل الثاني وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا أصح لان الوكيل اذا أذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه أحكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غاط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لاسيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه (لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل) تعليل لاشتراط ماشرطت الوكالة به يعني أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال (فلا بد أن يكون الموكل مالكا) أي لذلك التصرف (ليملكه من غيره) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الموكل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه أيضا لجواز ثبوت شيء بأمرين على البدل انتهى أقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما توهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بأن قال اصنع ماشئت أو اعمل برأيك وأما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ لا شك أن الوكيل هناك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا والاصح له أن يتصرف هناك بتصرف آخر كأن يهب الخمر التي وكل ببيعها الذمي أو يشتري بها منه شيأ أو نحو ذلك من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندي في الجواب أن يختار الشق الثاني وهو أن الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل ويدفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول أبي يوسف ومحمد أو بناء ذلك على الاصل فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام نقلا عن الكتب المعتبرة (ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد) بأن يعرف مثلا أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كذا ذكره في مأذون الذخيرة وفي أكثر المعتبرات وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون (ويقصده) أي يقصد العقد والمراد أن لا يكون هازلا فيه كذا رأى جمهور الشراح وردوا عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم أي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى أقول يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة

هنا حيث قال القصد شرط فى وقوع العقد عن الآمر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتأمل وانما اشترط ذلك فى الوكيل (لانه يقوم مقام الموكل فى العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة) وأهلية العبارة لا تكون الا بالعقل والتمييز لان كلام غير المميز كأصوات الطيور (حتى لو كان) أى الوكيل (صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا) اذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم قال صاحب العناية وهذا يشير الى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط فى صحة التوكيل لكن ذكر فى الكتاب أن ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على أن توكيل الصبى العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على ده نيم فى المتاع وده يازده فى الحيوان وده دوازده فى العقار أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى أقول فيه بحث لانه ان أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع اذ لا شك أن من لا يمارس العلم أصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين أو ما زاد على ده نيم فى المتاع وده يازده فى الحيوان وده دوازده فى العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق وان أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع فى الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه أحد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فسلم لكن لا يجدى ذلك شيأ اذ لا يخفى أن المراد بما ذكر فى الكتاب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الاول دون الثانى (واذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) هذا لفظ القدورى فى مختصره وكان ينبغى أن يقيد بالعاقل أيضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان غالب أحوال الانسان أن يكون عاقلا أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد وانما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبى المأذونين فان توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما ثم ان هذا غير منحصر فى المثلية فى صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون الا يرى أن التعليل بقوله (لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة) يشمل الاوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله أو المأذون وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام فى هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى أقول لا يذهب عليك انه لا يجدى كثير طائل اذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة اذ لا أحد فوق الحر البالغ (وان وكل) أى الحر البالغ أو المأذون (صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا عليه جاز) خلافا للشافعى رحمه الله (ولا يتعلق بهما الحقوق) أى حقوق ما باشراه من العقد كالقاضى وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه (وتتعلق بموكلهما) وانما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه أما من جانب الموكل فظاهر وأما من جانب الوكيل فلما ذكره بقوله (لان الصبى من أهل العبارة ألا يرى أنه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له) أى للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص (وانما لا يملكه) أى التصرف (فى حق المولى) دفعا للضرر عنه (والتوكيل ليس تصرفا فى حقه) أى فى حق المولى لان صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية فى حق صحة العبارة فان صحتها بكونه آدميا (الا انه لا يصح منهما) أى من الصبى والعبد المحجور (التزام العهدة أما الصبى لقصور أهليته) أى أما الصبى المحجور عليه فلقصور أهليته بعدم البلوغ

قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل

(والعبد لحق سيده) أى وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده فى ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى واذا كان كذلك (فتلزم) أى العهدة (الموكل) لانه أقرب الناس اليهما حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل أن العبد اذا أعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق وأن الصبى اذا بلغ لم يلزمه العهدة لان المانع من لزومها كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزما فى حق نفسه فى ذلك الوقت فلم تلزمه بعد البلوغ أيضا والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحا فى المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام قاضيخان ثم ان فى تقييد الصبى والعبد بقوله محجورا عليه اشارة الى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر فى الذخيرة وهو أن الصبى المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا واذا وكل بالشراء فان وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن فى المشترى وهذا ليس كذلك انما هذا لتزم مالا فى ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبى المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة وأما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفى الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفى من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبى المأذون من أهل ذلك بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بما يضمن من الثمن لا يملك المشترى لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب فى العبد المأذون اذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل ثم اعلم أن الصبى والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبارا لما ذكر فى الكتاب من بعد فى فصل الشراء فى التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه انتهى (وعن أبى يوسف ان المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبى أو عبد محجور) وفى بعض النسخ أو مجنون فقيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام مجنون قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفى الكافى للعلامة النسفى ثم علم أنه صبى محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف انتهى (له خيار الفسخ) أى للمشترى خيار الفسخ فى هذه الصورة (لانه) أى لان المشترى (دخل فى العقد على) ظن (ان حقوقه تتعلق بالعاقد) يعنى أن المشترى ما رضى بالعقد الا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد (فاذا ظهر خلافه يتغير) لانه فات عنه وصف مرغوب فيه فصار (كما اذا عثر) أى اطلع (على عيب) أى على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا وفى ظاهر الرواية لا خيار للمشترى ولا للبائع ذكره تاج الشريعة (قال) أى القدورى فى مختصره (والعقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين) وقال فى بعض نسخه والعقد الذى يعقده الوكلاء أى جنس العقد كذا فى غاية البيان (كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه) أى تصح اضافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل (كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) أقول هذه الكلية تنتقض بما اذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه فان حقوق

قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين الخ) العقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل

(قوله العقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين) أقول الظاهر أن القسمة الى الضربين باعتبار الاضافة الى نفسه والى الموكل لا باعتبار تعلق الحقوق بل هو حكم القسم وانما سلك المصنف هذه الطريقة قصرا للمسافة حيث بين القسم ضمنا وحكمه صريحا بكلام واحد فليتأمل ثم لما كان الحكم مقصودا ذكره صريحا

عقدهما

وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك (١٧) يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره

وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق به ولهذا قال فى الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه) لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه

عقدهما تتعلق بالموكل وان كان العقد مما يضيفه الوكيل الى نفسه كما عرفته فيما مر (وقال الشافعي تتعلق بالموكل) وبه قال مالك وأحمد (لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار) أى صار الوكيل فى هذا الضرب (كالرسول) فان قال رجل لآخر كن رسولى فى بيع عبدى وحقوق العقد لا تتعلق بالرسول بلا خلاف (والوكيل بالنكاح) أى وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثانى فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقا كما سيجىء (ولنا أن الوكيل هو العاقد) يعنى أن الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد (حقيقة) أى من حيث الحقيقة (لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته) أى وصحة عبارة العاقد أى صحة كلامه (لكونه آدميا) له أهلية الايجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء وفى الكافى فقضيته تستدعى أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائبا فى حق الحكم وراعينا الاصل فى حق الحقوق (وكذا حكما) أى وكذا الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم (لانه) أى الوكيل (يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا) عنه (لما استغنى عن ذلك) أى عن اضافة العقد الى الموكل (كالرسول) والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه (واذا كان كذلك) أى اذا كان الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما (كان أصيلا فى الحقوق فتتعلق) حقوق العقد (به) أى تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (فلهذا) أى فلكون الوكيل فى هذا الضرب أصلا فى الحقوق (قال فى الكتاب) أى قال القدورى فى المختصر وقيل أى قال محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير أو المبسوط (يسلم المبيع) أى يسلم الوكيل المبيع (ويقبض الثمن) اذا باع (ويطالب) بصيغة المجهول أى يطالب الوكيل (بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع) أى ويقبض المبيع اذا اشترى (ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه) بفتح الصاد فى الاول وكسرها فى الثانى فالاول فيما اذا باع والثانى فيما اذا اشترى على الترتيب السابق واعلم أن ههنا فائدة جليلة يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشترى والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن مستحق ففى هذا النوع الوكيل ولاية هذه الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال لانه متبرع فى العمل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسيأتى فى كتاب المضاربة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا الموكل مورثهم وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه وفى النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعى أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما الى هنا كلامه (والملك يثبت للموكل خلافة عنه) أى عن الوكيل هذا جواب عما قاله الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف

بالرسول وبالوكيل فى النكاح (ولنا أن الوكيل هو العاقد فى هذا الضرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له أهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وأما حكما فلانه يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل أصيلا فى الحقوق فتتعلق به فلهذا قال القدورى فى المختصر أو قال محمد فى المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد (قوله والملك يثبت للموكل خلافة) جواب عما قاله الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره أن الملك يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء

(قوله جواب عما قاله الخ) أقول لخلاصة الجواب انكم ان أردتم أن الحقوق تابعة لحكم التصرف الثابت أصالة فمسلم ومانحن فيه ليس كذلك وان أردتم مطلقا فممنوع وهل النزاع الا فيه (قوله على سبيل الخلافة الخ) أقول قوله على متعلق بقوله يقع والمعنى أن الملك للموكل يقع على سبيل الخلافة تأمل

والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه فى ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة أبى طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من أصحابنا وقال شمس الائمة قول أبى طاهر أصح وقال المصنف هو الصحيح فان قيل قول أبى طاهر كقول الشافعى فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب أنه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعى أصالة وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ماهو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل التوكيل ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارته فأثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه أشار المصنف بقوله (اعتبارا للتوكيل السابق) فتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب (قوله هو الصحيح) احتراز عن طريقة الكرخى وهى أن الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشترى اذا كان منكوحة الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشترى لكان ذلك وأجيب بأن نفوذ العتق يقتضى ملكا مستقرا قال فى الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فأجاز المولى صارت الامة مهرا للحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل فى ثانى الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال فوافق القاضى أبو زيد الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن

اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح

والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل فى ثبوت الملك (اعتبارا للتوكيل السابق) والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل فى حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل فى حق ثبوت الملك (كالعبد يتهب ويصطاد) فانه اذا اتهب أى قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب كما ذكر فى المبسوط وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة الوكيل فأثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه أشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب كما ذكر فى المبسوط وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة الوكيل فأثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه أشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب كذا فى العناية ثم اعلم أن هذا الملك طريقة أبى طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من أصحابنا قال شمس الائمة السرخسى قول أبى طاهر أصح وقال المصنف (هو الصحيح) واحترز به عن طريقة أبى الحسن الكرخى وهى أن الملك يثبت للوكيل أولا ثم ينتقل الى الموكل واليها ذهب بعض أصحابنا وهى اختيار الامام قاضيخان كما ذكر فى التحرير وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه فى ثانى الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال فى الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرة على رقبتها فأجاز مولاها فانه تصير الامة مهرا للحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك ههنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث انتهى أقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة قال الصدر الشهيد ان القاضى أبا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله

(قوله والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل) أقول قوله للوكيل متعلق بقوله موجبا (قوله فان قيل الى قوله فانه يقول) أقول الضمير فى قوله فانه راجع الى أبى طاهر (قوله وهى أن الملك يثبت) أقول وقد سبق آنفا أنه مقتضى القياس (قوله لانه يخالف اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما نص عليه فى كتب الاصول والملك الكامل هو الملك المستقر (قوله وقال القاضى الخ) أقول والذى يظهر من كلام المصنف انه اختار قول أبى زيد الا أن يؤول قوله كان أصلا فى الحقوق ويحمل على المبالغة فى التشبيه (قوله ثم ينتقل الى الموكل من قبله) أقول يعنى بأن يوكله

في حق الحقوق وأبا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا حسن قال المصنف (وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره) وأراد به ماذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال (وكل عقد يضيفه الى موكله الخ) هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله

قال العبد الضعيف وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال (وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لان الوكيل فيها سفير محض ألا يرى أنه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو أضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا

كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان أضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المصنف (وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه) يعني أن السبب في هذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظاهر وأما فيه فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا أن الشرع أثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره ولقائل أن يقول ليس الكلام في نقل

فوافق أبا الحسن في حق الحقوق ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا حسن كذا ذكر في الايضاح والفتاوى الصغرى (قال رضي الله عنه) أي قال المصنف رحمه الله (وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى) أراد به ماذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع في يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا في عامة الشروح قال بعض الفضلاء القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل في البيع بقوله ومن أمر رجلا يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ أقول الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب انما هو الذي ذكره الشراح ههنا فان الوكيل اذا اشترى شيأ ثم اطلع على عيب فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد هذا ان بقي المبيع في يده بقي حق الرد له وان لم يبق في يده بل كان سلمه الى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على اذن الموكل ولما لم يعلم هذا التفصيل ههنا وكان مما يحتاج الى بيانه أحاله المصنف رحمه الله على ماسيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء وأما الذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن أمر رجلا يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فمما لا مساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك أنه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رد عليه بحجة كاملة يرده على الموكل وان رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا أمر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل ولا شك أن المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب فلهذا لم يعمها الشراح كما توهمه ذلك القائل (قال) أي القدوري في مختصره (وكل عقد يضيفه) أي يضيفه الوكيل (الى موكله) هذه ضابطة الضرب الثاني أي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل (كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل) ففرع على ذلك بقوله (فلا يطالب) بصيغة المجهول (وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) أي تسليم المرأة الى زوجها (لان الوكيل فيها) أي في هذه العقود (سفير محض) أي معبر محض حالة قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير (ألا يرى انه) أي الوكيل (لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل) كيف (ولو أضافه الى نفسه كان النكاح) مثلا (له) أي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه (فصار كالرسول) يعني اذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ولا شك أن الحكم في الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول (وهذا) يعني كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل وهذا على ماهو دأب المصنف رحمه الله في كتابه هذا من أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى وهذا لان الخ ويريد به ذكر دليل آخر لمي بعد أن ذكر دليلا إنيا فههنا لما بين إنية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير

(قال المصنف وفي مسئلة العيب الى قوله واذا اشترى الوكيل الخ) أقول القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل البيع بقوله ومن أمر رجلا يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده الخ (قوله لكونهن من بنات آدم) أقول منقوض بالتوكيل بشراء العبد وبيعه فتأمل في الفرق

الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب أنا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل أو يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا للعبارة

لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار

وهنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما أن يبقى الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه أشار بقوله فكان سفيرا والله دره على فضله وتنبيهه لطائف العبارات جزاه الله عن الطلبة خيرا قال (والضرب الثاني من أخواته الخ) أي ومن أخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فيضيف الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات

مستغن عن اضافة العقد الى الموكل أراد أن يبين لبيته أيضا بقوله (لان الحكم فيها) أي في هذه العقود (لا يقبل الفصل عن السبب) حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تقبل ذلك (لانه) أي لان السبب في هذه العقود (اسقاط) أي من قبيل الاسقاطات أما في غير النكاح فظاهر وأما في النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن في الاصل خلقن حرائر والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من اتصف بها الا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل فكان ذلك اسقاطا لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرية بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكر في الكافي واذا كان السبب في هذه العقود اسقاطا (فيتلاشى) أي فيضمحل (فلا يتصور صدوره) أي صدور السبب بطريق الاصالة (من شخص وثبوت حكمه لغيره) كما في الضرب الاول (فكان سفيرا) أي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا للعبارة وههنا اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للاسقاط فاما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه أشار بقوله فكان سفيرا (والضرب الثاني) وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله (من أخواته) أي من أفراده التي بينهن أخوة أي مشاركة في الحكم (العتق على مال) قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف وقوله من اخواته خبر مقدم لمبتدأ ثان وهو قوله العتق على مال والجملة أعني المبتدأ الثاني مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن أخوات الضرب الثاني العتق على مال قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المصنف ههنا أي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من أخواتها العتق على مال وقال انما فسرنا به لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته أقول لا نذهب على ذي مسكة أن التفسير الذي ذكر مذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية أصلا فكيف يحمل المعنى عليه وأما كون العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته فانما نحن في اعتبار الاخوة بين الضرب الثاني ومشمولاته وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف ههنا لانه يجوز أن يكون اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثاني لكونها من أفراده ويكون التعبير عنها بالاخوات للتنبيه على مشاركتها في الحكم كما أشرنا اليه في تفسير قوله من أخواته نعم المتبادر من الاضافة اعتبار الاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما في نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر (والكتابة) عطف على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق وكذا قوله (والصلح على الانكار) وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لانها من الاسقاطات دون المعاوضات أما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر وأما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء

(قوله ان الحكم ينتقل الى الموكل) أقول هذا على قول الكرخي (قوله أو يثبت له خلافة) أقول هذا على قول أبي طاهر الدباس (قال المصنف والضرب الثاني الخ) أقول والضرب مبتدأ والجملة التي بعده بعنى قوله من اخواته الخ خبره (قوله والضرب الثاني) أي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من اخواته وانما فسرنا به لأن العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته كما لا يخفى قال العلامة النسفي في الكافي والحقوق في كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال الكتابة والصلح عن انكار يتعلق بالموكل دون الوكيل انتهى

(وأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع) وهو الصلح عن اقرار (فهو من الضرب الاول) لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان أو يتصدق بماله أو يقرضه أو يعير داره أو يودع متاعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمر به جاز على الموكل باضافته اليه مثل أن يقول وهبه لك موكلى أو رهنه وليس للوكيل الرجوع فى الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المصنف رحمه الله (لان الحكم فيها) يعنى فى الصور المذكورة (يثبت بالقبض والقبض يلاقى محلا مملوكا للغير) فالحكم يلاقى محلا مملوكا للغير فقوله (فلا يجعل أصيلا) مقتضاه أصيلا فى الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا للغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض أولى لضعفها فى العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فان الحكم والحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل أما اذا قبض الموكل فلا اشكال وأما اذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهى تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه

فأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير أيضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا

اليمين فى حق المدعى عليه (فأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول) أراد بالصلح الذى هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع وأما اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثانى وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف رحمه الله فى باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح أقول فبهذا ظهر أن ما وقع ههنا فى الشروح من تفسير الصلح الذى هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير فى تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير (والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير أيضا) وتفسير هذا ما ذكره فى الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره اياه أو يودعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شئ من ذلك الى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه لان أحكام هذه العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلا لانه أجنبى عن المحل الذى يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك انتهى وأشار المصنف رحمه الله الى التعليل المذكور فيه أيضا بقوله (لان الحكم فيها) أى فى العقود المذكورة (يثبت بالقبض) أى بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما (وانه) أى القبض (يلاقى محلا مملوكا للغير) أى لغير الوكيل فالحكم أيضا يلاقى محلا مملوكا للغير الوكيل وهو الموكل (فلا يجعل) أى الوكيل (أصيلا) لكونه أجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرفات التى تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره فان الوكيل يجب أن يكون أصيلا فيها لانه أصل فى التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب العناية فقوله فلا يجعل أصيلا مقتضاه أصيلا فى الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بأن الحكم اذا لاقى محلا مملوكا للغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض أولى لضعفها فى العلية انتهى أقول ما استشكاله بشئ ولا دفعه أما الاول فلانه اذا ثبت أن الوكيل فى هذه العقود لم يجعل أصيلا فى الحكم ثبت أيضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق

(قوله هو جار مجرى البيع الخ) أقول فيه بحث فانه ليس كل صلح عن اقرار جار مجرى البيع لما سيجئ أن كل شئ وقع الصلح عليه وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فتفسيره به ليس بجيد (قوله أو يرهنه فقبض الوكيل) أقول زيادة من عنده مخلة فان الحكم كذلك وان لم يقبض الوكيل (قال المصنف لان الحكم فيها يثبت بالقبض) أقول أى فى قبض الوكيل وفيه بحث بل المراد قبض الموهوب له وأشباهه (قوله فقوله فلا يجعل الى قوله ويدفع ذلك بأن الحكم) أقول اذا لم يكن أصيلا فى حق الحكم لا يكون أصيلا فى حق الحقوق والوكيل فى الضرب الاول أصيل فى حق الحكم ويثبت للموكل خلافة عنه فكان أصيلا فى حق الحقوق فلا حاجة الى ما ذكره مع توجه المنع الى ما أشار اليه من حديث الاولوية بل لك أن تمنع صحة القياس فضلا عن الاولوية اذ ليس العلة فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها الا التلاشى ولزم كونه اسقاطا لاضعف العلية والتلاشى هنا مفقود فأين الجامع (قوله لضعفها فى العلية) أقول الضمير فى قوله لضعفها راجع الى العبارة

(وكذا) اذا وكل بعقد (الشركة أو المضاربة) كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة (قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم انى أعيدك ههنا ماذكرته فى أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه أمر بالتصرف فى مال الغير وانه لا يجوز وورد بالتوكيل بالشراء فانه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير وأجيب بان محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه وأورد بأنه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل وأجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل (٢٢) والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فى ذلك فان قيل فليكن فى الاستقراض كذلك فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة اذ لم يكن فيها بدل فى الذمة فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء فى الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله أعلم بالصواب

وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

بالوكيل فى هذه العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل فى الضرب الاول ثبوت الحكم الذى هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل وهذا انما يكون بأن يجعل الوكيل أصيلا فى الحكم فاذا لم يجعل فى العقود المذكورة أصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها وأما الثانى فلان الباعث على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا متلاشيا والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية وأما الضعف فى العلية فان كان له مدخل فانما هو فى حق نفس ثبوت الحكم لا فى حق الانتقال فتأمل (وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس) يعنى اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بأن وكله بالاستيهاب أو الاستعارة أو الارتهان أو غير ذلك يكون الوكيل سفيرا أيضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه يضيف العقد الى موكله وفى العناية أما اذا قبض الموكل فلا اشكال وأما اذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهى تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى (وكذا الشركة والمضاربة) يعنى اذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيرا أيضا وتتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لا بد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو أضافه الى نفسه يقع عنه لا عن موكله (الا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس (حتى لا يثبت الملك للموكل) فللوكيل أن يمنع الذى استقرضه من الآمر ولو هلك هلك من ماله قال صاحب العناية واعلم أنى أعيدك ههنا ماذكرته فى أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله تعالى وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه أمر بالتصرف فى مال الغير وانه لا يجوز وورد بالتوكيل بالشراء فانه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير وأجيب بأن محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه وأورد بانه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل وأجيب بأن ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل

(قوله ورد بالتوكيل بالشراء الخ) أقول هذا نقض اجمالى ويمكن أن يجاب عنه بأن يقال ان أراد أنه أمر بقبضه قبل العقد فليس كذلك وان أراد أنه أمر بقبضه بعد العقد فسلم ولكن ليس حينئذ ملك الغير ولا كذلك فى الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد فليتأمل (قوله وأجيب بأن محله الخ) أقول منع لجريان الدليل مستندا بأن محله الخ (قوله وأورد بأنه هلا جعل الخ) أقول فتكون الصغرى ممنوعة مع السند (قوله وأجيب بأن ذلك الخ) أقول يؤل الى ابطال السند ثم أقول سيجىء التفصيل المتعلق بالوكالة بالشراء وان الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح وكيفية تصحيحه من الشارح فى الدرس الثانى من فصل البيع فراجعه (قوله باقامة الموكل) أقول مضاف الى الفاعل (قوله فالجواب الى قوله خلفا عن البدل الخ) أقول وفيه نظر فانه لو سلم ماذكره من قصة الخلفية فانما هى خلف عن بدل يصلح أن يكون محل التوكيل لا مطلقا والبدل فى الاستقراض لا يصلح لذلك فلا يلزم الاجتماع المحذور فليتأمل

والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن فى الاستقراض كذلك فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محللا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة اذ لم يكن فيها بدل فى الذمة فلو اعتبرناها محللة له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء فى الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد والله تعالى أعلم بالصواب الى هنا كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلان الدليل الذى ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ماذكروا فى صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندى لان التصرف فى ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير أو أمر بغصبه وأما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذى هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذى هو ملك المعير ويستعمله ولا خلاف لاحد فى جواز ذلك والظاهر أن التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف فى ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغى أن يجوز أيضا وأما ثانيا فلان ماذكره فى الرد له بالتوكيل فى الشراء من أنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نسلم أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع بل هو أمر بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء أمرا بقبض المبيع سلمنا أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع أيضا لكنه أمر به بعد ايجاد العقد لا قبله كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشترى لا ملك الغير بخلاف الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ماصرحوا به فالصواب فى تعشية النقض بالتوكيل بالشراء أن يقال انه أمر بتملك المبيع الذى هو ملك الغير كما ذكر فى الذخيرة وغيرها وأما ثالثا فلانه ان أراد بقوله فى الجواب عن النقض المذكور أن محله هو الثمن فى ذمة الموكل أن محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان أراد بذلك أن محله هو ايجاب الثمن فى ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله فى ذمة الموكل والمصرح به فى الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتى فان معناه حينئذ هو أنه هلا جعل محله فى الاستقراض أيضا ايجاب البدل فى ذمة الموكل ولا يتيسر الجواب عنه بان ذلك محل ايفاء القرض لان محل ايفائه هو نفس البدل لا ايجابه فى ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ماذكر فى الذخيرة وغيرها من أن البدل فى باب القرض انما يجب فى ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر بالقبض أولا حتى يستقيم الامر بايجاب المثل فى ذمته والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير وأما رابعا فلان قوله فى الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا أرسلنى اليك يستعير منك كذا وقال الوكيل بالاتهاب ان فلانا أرسلنى اليك يتهب منك كذا فانهما فى هذه الصورة كانا متصرفين فى عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل أخرجاه مخرج الرسالة والكلام هنا فى حكم الوكالة دون الرسالة فان الرسالة صحيحة فى الاستقراض أيضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو أخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا أرسلنى اليك ليستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه كما صرح به فى الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة أستعير منك كذا فلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب أتهب منك كذا فلان الموكل فانهما فى هاتيك الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين

بخلاف الرسالة فيه

في عبارة الموكل أصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل انما تكلما بكلام أنفسهما الا أنهما أضافا العقد الى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني فأين يتمشى القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على أن ذلك القول منه يخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من أن الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة وأما الوكالة فتغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل وأما خامسا فلان قوله فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشئ لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات وأما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وأيضا استحالة اجتماع الاصل والخلف انما تقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز أن تعتبر محلا للتوكيل في الاستقراض أيضا لضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن بدل ألا ترى أنها اعتبرت محلا للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تأمل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع أن الموكل أمره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه أن الوكيل بالاستقراض اذا أضاف العقد الى نفسه وقال أقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا أضاف العقد الى الموكل و بلغ على وجه الرسالة فقال أرسلني فلان اليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض و يقع القرض للموكل وليس للوكيل أن يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته انتهى كلامه أقول وفيه بحث اذ لا شك أن معنى قول المصنف وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس أن الوكيل ههنا سفير أيضا لا تتعلق حقوق العقد به بل بموكله لاضافته العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا أن التوكيل بالاستقراض باطل لاستثناء من قوله وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح ولو كان معنى كلام المصنف ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا أضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل تبطل الوكالة ويكون ما أخذه لنفسه لا لموكله لان هذه العقود كلها من الضرب الثاني ومن شرط هذا الضرب أن يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمري ان هذا الشارح قد هرب ههنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الاولى حتى أفسد معنى كلام المصنف بالكلية قال المصنف (بخلاف الرسالة فيه) أي في الاستقراض فانها تصح قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني اليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض أي المرسل وقال الامام الزيلعي في التبيين وعن أبي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز

(بخلاف الرسالة) فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني اليك فلان و يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل

(قوله قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح الخ) أقول بخلاف التوكيل بالاستعارة والايهاب حيث لا يلزم فيهما التبليغ على وجه الرسالة وفيه بحث فانه قال في الخانية ان وكل بالاستقراض ان أضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل فقال ان فلانا استقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل وان لم يضف الاستقراض الى الموكل يكون القرض للوكيل انتهى (قوله الا اذا بلغ على سبيل الرسالة) أقول تصحيحا لكلام العاقل بقدر الامكان يحمل توكيله على الرسالة مجازا فليتأمل

(قال

قال (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن الخ) اذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه لانه أجنبى عن العقد وحقوقه لما تقدم أن الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشترى الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فائدة فى الاسترداد منه ثم فى الدفع اليه وهذا فى غير الصرف وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض (قوله ولهذا) توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشترى على الموكل دين وقعت المقاصة ولو كان له عليهما دينان وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو أبرأه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشترى بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده أجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغير عوض والوكيل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يبرئ المشترى بغير عوض فكذا بعوض

قال (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه لانه أجنبى عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق الى العاقد (فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا) لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة فى الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دينان يقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الابراء عنه عندهما

(قال) أى القدورى فى مختصره (واذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه اياه) أى فللمشترى أن يمنع الثمن من الموكل (لانه) أى الموكل (أجنبى عن العقد وحقوقه لما) تقدم (أن الحقوق تعود الى العاقد) فى البيع وأمثاله ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل (فان دفعه اليه) أى ان دفع لمشترى الثمن الى الموكل (جاز) يعنى ومع ذلك لو دفع المشترى الثمن الى الموكل جاز دفعه اليه استحسانا فالفاء فى قوله فان دفعه للعطف لا للسببية ولكن لو بدلت بالواو لكان أحسن كما لا يخفى (ولم يكن للوكيل أن يطالبه به) أى بالثمن (ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه) أى حق الموكل وان كانت مطالبته حق الوكيل (وقد وصل اليه) أى وقد وصل حق الموكل الى نفسه (فلا فائدة فى الاخذ منه) أى من الموكل (ثم فى الدفع اليه) أى الى الوكيل واعلم ان هذا فى غير الصرف وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع فى الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل أشير الى هذا فى الذخيرة وذكر فى الشروح (ولهذا) أى ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل (لو كان للمشترى على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دينان تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل) حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو أبرأه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشترى بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذا ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء آخر فان الوكيل يقضى للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد أثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشترى بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه أولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولما استشعر أن يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشترى دين على الوكيل وحده أجاب بقوله (وبدين الوكيل اذا كان وحده) ان كان (تقع المقاصة عند أبى حنيفة ومحمد لما أنه) أى الوكيل (يملك الابراء عنه) أى عن المشترى (عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد يعنى انه ان كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة أن الوكيل يملك الابراء بغير عوض عن المشترى عندهما فيملك

(٤ — تكملة سادس) (قال المصنف ان كان يقع المقاصة الخ) أقول قوله ان للوصل فى قوله ان كان قال فى النهاية قوله ان كان يقع المقاصة الخ يعنى اگر چه دين مشترى بدين وكيل مقاصة ميشود وقتى كه تنها دين وكيل بود سبب ان كه وكيل ابراء مشترى وأما لكسب ترد ايشان ولكن وقتى كه مشترى را بر موكل وبر وكيل دين بود دين مشترى بل بادين موكل مقاصة شود وبدين وكيل انتهى وأنت خبير بان الحق أن يقول موضع قوله ولكن وقتى كه الخ ولكن وكيل ضامن ميشود هر موكل را بخلاف موكل فافترقا فليطابق الشرح المشروح

لكنه يضمنه للموكل فى الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب أن الثمن حقه فجاز ابراؤه فان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا أبرأه أسقط حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط

ولكنه يضمنه للموكل فى الفصلين

﴿باب الوكالة بالبيع والشراء﴾

﴿فصل﴾ فى الشراء

المقاصة أيضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض (ولكنه يضمنه) أى ولكن الوكيل يضمن الثمن (للموكل فى الفصلين) أى فى فصل الابراء والمقاصة بخلاف الموكل فانه لا يضمن لأحد فى شئ من الفصلين فافترقا وقال أبو يوسف لا يجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن فى ذمة المشترى ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف فى ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشترى وجه أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى أن الموكل لا يمنعه عن ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو فى الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه ثم انه لما أسقط حق القبض انسد على الموكل باب الاستيفاء اذ ليس له حق القبض فصار ضامنا ماله بمنزلة الراهن يعتق المرهون بنفاذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه كذا فى المبسوط فان قيل ينبغى أن لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذى يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه مخالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لا يصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشترى عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بطريق الاولى كذا فى الذخيرة

﴿باب الوكالة بالبيع والشراء﴾

(فصل فى الشراء)

قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا فى الشروح أقول هذا الذى ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو أمر وهمى لا تحقيقى لأن الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك فى المبيع ينبئ أيضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن المبيع ينبئ أيضا عن اثبات الملك فى الثمن وعن هذا قالوا ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما سيان فى الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بان الاصل والعمدة فى عقد المبايعة هو المبيع فيكفى انباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لا شك أن ثبوت ملك المشترى فى المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع عنه والا يلزم أن يجتمع فى كل مبيع فى آن واحد هو قبل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشترى ولا يخفى بطلانه فتعين أن ثبوت الملك وزواله فى البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين وأما قضية كون الازالة بعد الاثبات فانما تجرى فى محل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهى بمعزل عما نحن فيه فالاظهر أن الوجه فى تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه فى تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر أبواب الوكالة من كونه أكثر وقوعا وأمس حاجة فان أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء فى

ما كله

الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره أن يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا أن الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا قيل كان الواجب أن لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه وأجيب بأن فى المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومتأخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

﴿باب الوكالة بالبيع والشراء﴾
﴿فصل فى الشراء﴾

قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء

(قوله لكنه يضمن للموكل فى الابراء والمقاصة) أقول فافترقا (قوله والجواب القول بالموجب الخ) أقول لعل هنا مسامحة

﴿باب الوكالة فى البيع والشراء﴾

﴿فصل فى الشراء﴾

(قال ومن وكل رجلا بشراء شئ فلا بد من تسمية جنسه وصفته

ما كله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التي قلما يخلو الانسان في أوقاته من الاحتياج اليها وقلما يقدر على أن يتولى شراءها بنفسه بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن وكل رجلا بشراء شئ) أي شئ غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح (فلا بد من تسمية جنسه) كالعبد والجارية فان العبد جنس عند أهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام (وصفته) أي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف كالتركي والهندي قال صاحب العناية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته أنواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وذكر في الفوائد الظهيرية محالا الى أهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لم يأت بشئ يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع ههنا لان الذي ذكره أولا لا حاصل له بل هو أمر مبهم متناول لامور كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع ههنا قطعا والذي ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعا ما ذكروه من أمثلة الجنس والنوع وقال صاحب الغاية وأراد بالجنس النوع لاصطلاح أهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو أو أراد مصطلح أهل النحو وهو ما علق على شئ وعلى كل ما أشبهه ويجوز أن يريد بالجنس ما يندرج تحته أشخاص وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى أقول كل واحد من المعاني الثلاثة التي جوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيه أما الاول فلانه ان أراد بالنوع في قوله وأراد بالجنس النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع عند أهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من أصناف نوع الانسان وان أراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم أن يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل أصنافها أيضا فان كل واحد منها قسم مما هو الاعم منه فلا يتميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام وأما الثاني فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح أهل النحو في اسم الجنس وحاصله ما علق على شئ لا بعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها مما يجمع الاجناس الشرعية كما صرحوا به ويصدق أيضا على ما تحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية وما دونها فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى المقام وأما الثالث فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح حكماء يونان في الجنس على ما نقل عن أبي علي بن سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته أشخاص فيعم ما فوق الاجناس الشرعية وما تحتها من الانواع الشرعية وأصنافها فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ عن غيره أيضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف انتهى أقول لا يخفى على العارف بالفقه أن ما قاله صاحب العناية أقرب الى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند أهل الشرع لكن فيه أيضا اشكال لانه ان أراد بالصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ما سيجئ في الكتاب مع انه ليس بصنف منطقي بل هو نوع عند أهل المنطق

وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات قال (ومن وكل رجلا بشراء شئ الخ) اذا وكل رجلا بشراء شئ بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته أي نوعه

(قوله وقد فصل الشراء لانه ينبئ الخ) أقول ولان الوكالة بالشراء أكثر وقوعا وأمس حاجة من التوكيل بالبيع ألا يرى أن أكثر الناس يوكل ولده أو خادمه بشراء الخبز واللحم وغيرهما كل يوم مرات ولا كذلك بالبيع (قال المصنف وصفته) أقول أي نوعه كما سيفسرها به بعد أسطر

أوجنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ماهو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ماهو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف فمن وكل رجلا بشراء شئ فاما أن يكون (٣٨) معينا أولا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شئ والثاني لا بد فيه من تسمية

أوجنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار (الا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت) لانه فوض الامر الى رأيه فاى شئ يشتريه يكون ممتثلا

أيضا وان أراد بذلك الصنف اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليه أن الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند أهل الشرع بل هو عندهم مما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرحوا به وان العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه (أوجنسه ومبلغ ثمنه) أي أو تسمية جنسه ومقدار ثمنه (ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار) أي فيمكن الوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذكر الجنس مجردا عن الصفة أو الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بما أمره الموكل به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا في العناية أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور أنه لو لم يسم الموكل بشراء شئ فوعه مع جنسه أو مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل الموكل به معلوما فلم يمكن للوكيل الائتمار بما أمر به وعلى هذا لا يحتمل أن يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلاف المفروض وان أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع ما من أنواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بأن الفعل الموكل به حينئذ معلوم وهو شراء نوع ما من جنس فاذا اشترى الوكيل أي نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمرا بما أمر به ويمكن الجواب بأن الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز أن يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الائتمار بأمره على وفق مراده فمعنى كلام المصنف ليصير الفعل الموكل به معلوما على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بأمره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سيأتي فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة (الا أن يوكله وكالة عامة) استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه يعني اذا وكله وكالة عامة (فيقول ابتع لي ما رأيت) فلا يحتاج الى ذكر شئ منها (لانه) أي الموكل في هذه الصورة (فوض الامر الى رأيه) أي الى رأي الوكيل (فأي شئ يشتريه يكون ممتثلا) لامر الموكل فيقع عنه اعلم أن الجهالة ثلاثة أنواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال وبسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولم يبين صفتها ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو شراء أمة أو دار فان بين الثمن أو النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة

(قوله والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافا الخ) أقول سواء كان نوعا أو أخص منه كالرقيق (قوله وبالنوع الصنف) أقول فيه بحث لان الحمار نوع وليس بصنف منطق (قوله والاول لا حاجة فيه الى ذكر شئ) أقول من الجنس والنوع والثمن صريحا ولا بد من ذكر بعضها صريحا النوع في الثاني فلا يرد أن يقال في الثاني لا تمس الحاجة الى تسمية الجنس لما سيجئ انه اذا سمى نوع الدابة تصح الوكالة فان عم الذكر الضمني أيضا يقال الجنس والنوع مذكوران ضمنا في الاول فليتأمل

(والاصل أن الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحسانا) والقياس بأباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ماذكره (لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج) فلو اعتبرناه لكان مافرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذلك معلوم صحت الوكالة به لامحالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فذلك مجهول لم تصح الوكالة به لامحالة وان بين الجنس بأن ذكر لفظا يدل على أنواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان (٢٩) النوع أو الثمن جازت والا فلا وان

والاصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ماهو في معنى الاجناس لايصح التوكيل وان بين الثمن) لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة (وان كان جنسا يجمع أنواعا لايصح الا ببيان الثمن أو النوع) لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لايصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد جاز

النوع وان لم يبين الثمن أو النوع لايصح ويلحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكر في الكافي أخذا من المباسيط والجوامع فأراد المصنف أن يشير الى هذه الانواع الثلاثة من الجهالة وان بين حكم كل واحد منها في باب الوكالة فقال (والاصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا) هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة وانما قيد بالاستحسان لان القياس أن لا تتحمل الجهالة في الوكالة وان قلت بناء على أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع أو الشراء ألا ترى أنا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه ووجه الاستحسان ماذكره بقوله (لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط) يعني اشتراط بيان الوصف أو اشتراط عدم الجهالة اليسيرة (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعا بالنص (ثم ان كان اللفظ) أي لفظ الموكل (يجمع أجناسا) كالدابة والثوب (أو ماهو في معنى الاجناس) كالدار والرقيق (لايصح التوكيل وان بين الثمن) هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها كذلك (لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس) أي يوجد فرد من كل جنس (فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة) فالوكيل لايقدر على الامتثال (وان كان) أي اللفظ (جنسا يجمع أنواعا) كالعبد والامة (لايصح) أي التوكيل (الا ببيان الثمن أو النوع) هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك (لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال) أي امتثال أمر الآمر (مثاله) أي مثال هذا النوع من أنواع الجهالة وانما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال ذينك النوعين سيأتي في أثناء مسئلة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه (اذا وكله) أي اذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد أو جارية لايصح) أي لايصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ (لانه يشمل أنواعا) أي لان هذا اللفظ يعني لفظ عبد وجارية يشمل أنواعا فلا يدرى المراد (فان بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد) وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الاسلام (جاز) أي التوكيل

بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة بين الثمن أولا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لايصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل على ماهو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن واذا قال اشتر لي عبدا أو جارية لايصح لان ذلك يشمل أنواعا فان قال عبدا تركيا أو حبشيا أو مولدا وهو الذي ولد في الاسلام أو قال جارية هندية أو رومية أو فرسا أو بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة

(قال المصنف والاصل فيه أن الجهالة الخ) أقول والا كتفاء بمعلومية الجنس والنوع أو الجنس ومبلغ الثمن على ماعلم فيما تقدم من قوله ليصير الفعل الخ (قوله فلو اعتبرناه لكان الى قوله خلف باطل) أقول فيه شئ (قوله وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك) أقول يعني فكذلك جازت الوكالة (قوله فيتعذر الامتثال) أقول وان بين الثمن (قوله الا اذا وصفها) أقول مع ذكر الثمن

وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع (وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال (قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه

وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه) أراد به قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشايخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح بيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة (ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة) وهي (الجودة والرداءة والسطة) أي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في أن التاء في آخرها عوضت عن الواو والساقطة من أولها في المصدر والفعل من حد ضرب (جاز) أي التوكيل (لانه) أي هذا القدر من الجهالة (جهالة مستدركة) أي يسيرة فلا يبالى بها (ومراده) أي مراد القدوري (من الصفة المذكورة في الكتاب) أي في مختصره (النوع) ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشايخ (وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) أي وان بين الثمن كما ذكر فيما مر ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل لآخر أن يشتري له ثوبا أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة (للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يتطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا) يعني أن لفظ الدابة سواء حمل على اللغة أو على العرف قد جمع أجناسا فكانت الجهالة فيه فاحشة (وكذا الثوب) أي هو أيضا يجمع أجناسا (لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء) أي من الاعلى الى الادنى فكانت الجهالة فيه أيضا فاحشة (ولهذا لا يصح تسميته) أي تسمية الثوب (مهرا) فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر أيضا (وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس) يعني أن الدار وان لم تجمع أجناسا حقيقة الا انها تجمع ما هو في معنى الاجناس (لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال) أي يتعذر الامتثال لامر الآمر بشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة قال (وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) أي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (معناه) يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار (نوعه) فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بأن يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن تصير معلومة عادة وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا يقولون في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع وأنا أقول في تحقيق المقام انما حمل المصنف الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير ههنا على النوع لئلا يختل معنى المقام فانه لو أجرى الجنس ههنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسئلة الدار ومخلا بالنظر الى مسئلة الثوب أما الاول فلان الموكل اذا سمى ثمن الدار يلغو هناك وصف جنسها اذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع كما تقرر فيما مر قبل وأما الثاني فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى ان وصف الموكل جنس الثوب جاز

(قال المصنف وان سمى ثمن الدار الى قوله جاز معناه نوعه) أقول وفي شرح الجامع الصغير للامام التمرتاشي ولو قال اشتر لي حمارا أو فرسا أو ثوبا يهوديا أو هرويا صح التوكيل وان لم يبين الثمن لان هذه جهالة يسيرة يمكن دركها بحال الآمر ولو قال اشتر لي جارية أو عبدا أو لؤلؤة أو دارا ان بين الثمن صحت الوكالة والا فلا لان جهالة هذه الاشياء أكثر من جهالة الفرس وأقل من جهالة الثوب فان بين الثمن ألحق بجهالة الفرس وان لم يبين ألحق بجهالة الثوب انتهى ولا يخفى عليك مخالفة المذكور في الهداية لما في هذا الكتاب ثم أقول ويحتمل أن يكون الواو في قول المصنف ووصف جنس الدار بمعنى أو حتى لا يخالف ما في سائر الكتب كالكافي وغيره نعم الموافق لكلامه السابق ابقاء الواو على معناه فليتأمل

وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا أو نحوه (قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) استحسانا والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ماذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء

التوكيل ولا صحة له على تقدير ان كان الجنس يجرى على معناه الظاهرى لان الثوب من قبيل ما يجمع أجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهى لا ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس وأما اذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى فى مسئلة الثوب بلا غبار اذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التى تمنع صحة الوكالة قطعا وانما يبقى الكلام فى مسئلة الدار فانها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع فى رواية المبسوط بل فى رواية عامة الكتب فتصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز فى المسائل الشرعية فيجوز أن يكون الامر ههنا أيضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة فى الدار فاحشة كما بينه المصنف ومدار رواية تلك الكتب على أن الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به ثم انا ان جعلنا وصف النوع فى حق الدار بيان المحلية صار ماذكره فى الجامع الصغير عين ما قاله المتأخرون من مشايخنا وكان موافقا لما ذكر فى كثير من الكتب فتأمل قال المصنف (وكذا اذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا ونحوه) أى يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن وبه صرح فى المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما بقيت الجهالة فى الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضى أو الوالى اذا أمر انسانا بشراء حمار ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما لو أمره الفالوزى بذلك كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح أقول بقى ههنا كلام وهو أن ما ذكره المصنف ههنا مخالف لما ذكره فى باب المهر فى مسئلة التزوج على حيوان غيره موصوف حيث قال هناك معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار انتهى فقد جعل الحمار هناك جنسا وهنا نوعا والتوجيه الذى ذكره صاحب العناية هناك من أنه أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح أهل المنطق ليس بجيد اذ قد صرح المصنف ههنا بأن الحمار نوع ولا شك أن مراده بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء والا لزم بيان ثمن الحمار أيضا وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء أيضا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) وانما قيد بدفع الدراهم الخ لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشترلى طعاما لم يجز على الآمر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر فى المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له كذا فى الكافى وغيره وماذكر فى الكتاب استحسان (والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة) أى لحقيقة الطعام (كما فى اليمين على الاكل) يعنى اذا حلف لا يأكل طعاما يحنث بأكل أى طعام كان (اذ الطعام اسم لما يطعم) بحسب الحقيقة (وجه الاستحسان ان العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة (وهو) أى العرف (على ماذكرناه) أى على الحنطة ودقيقها (اذا ذكر) أى الطعام (مقرونا بالبيع والشراء) يعنى أن العرف فى شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام فى الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا فى المبسوط وقال فى الكافى ولهذا لو حلف لا يشترى طعاما لا يحنث الا بشراء البر

قال (ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى بها طعاما الخ) ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلى بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم (وجه الاستحسان أن العرف أملك) أى أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس والعرف فى شراء الطعام أن يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام أما فى عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام فى عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه

(قوله وأرجح بالاعتبار من القياس) أقول الاولى أن يقال من الحقيقة

وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل على أن ماذكره أولا مطلق أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول أبي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية أنه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر مايدل على ذلك من المبسوط بقوله قال في المبسوط بعد ماذكرما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله أن يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افرادما عينه العرف وقد يعرض مايترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ماحمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا ووقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك

ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

ودقيقه (ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع) أي فبقي الطعام في حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث في اليمين على الاكل بأكل أي مطعوم كان قالوا هذا الذي ذكر في شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام وأما في عرف غيرهم فينصرف الى شراء كل مطعوم وقال بعض مشايخ ماوراء النهر الطعام في عرف ديارنا مايمكن أكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وغيرها (وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق) هذا بظاهره يدل على أن ماذكره أولا مطلق أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذي ذكره ثانيا وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في أول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير وعزاه الامام قاضيخان في فتاواه الى شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولكن قال صاحب النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول واليه أشار في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله أن يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا بأن يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشترى بمثلها في العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال القدوري اذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر الى ههنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل رأي صاحب النهاية ههنا من أن المعبر عنه بقيل غير مخالف للاول بل هو داخل فيه وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افرادما عينه العرف وقد يعرض مايترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ماحمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا ووقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك انتهى وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكر مايدل على ماقاله من المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك ان ماذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه انتهى وأقول لا يذهب على المتأمل في كلام صاحب العناية ان نسبته الى نفسه ليست بمحل التعجب لانه أراد بيان وجه ماذكر أولا من أصل المسئلة وبيان طريق دخول ماذكر ثانيا بقيل في الاول وبيان التوفيق بين ماذكره القدوري وبين ماذكر ههنا بقيل وفي الذخيرة بتحكم الدراهم وقصد افادة هذه المعاني

(قوله وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف الخ) أقول نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكر مايدل على ماقاله من المبسوط والذخيرة فقال بعد نقل كلام المبسوط وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا بأن يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشترى بمثلها في العرف الا الخبز الخ فالتوكيل ينصرف الى الخبز ولا يذهب عليك أن ماذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه (قوله الى الحنطة ودقيقها) أقول الاولى أن يقول وخبزها أيضا

قال (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع في يده) لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه (فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على مامر

بقي داخل في الاول وقد ذكر فيه الخبز أيضا دون الاول وكيف يصح ماذكر في التحقيق المزبور من أن الدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفرادها عينه العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ماذكر فيه لا يقال يجوز أن يدرج الخبز في الحنطة ودقيقها المذكورين أو أن يجعل في حكمها فيكتفى بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال لشئ من ذلك لانهم جعلوا الخبز قسيما للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فاني يتيسر ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة في أصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فحينئذ لا اشكال ولكن الكلام في تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلا في الاول فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب) أي فللوكيل أن يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه (مادام المبيع في يده لانه) أي الرد بالعيب (من حقوق العقد) أي من حقوق عقد الشراء (وهي كلها اليه) أي الحقوق كلها ترجع الى الوكيل في مثل هذا العقد (فان سلمه الى الموكل) أي فان سلم الوكيل المبيع الى الموكل (لم يرده الا باذنه) أي لم يرده على البائع الا باذن الموكل (لانه انتهى حكم الوكالة) أي انتهى حكم الوكالة بتسليمه الى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه (ولان فيه) أي في الرد بالعيب بعد التسليم الى الموكل (ابطال يده) أي يد الموكل (الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه) أي باذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية (ولهذا) أي ولاجل كون الحقوق كلها الى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح أقول فيه نظر لان هذا التفسير انما يتم بالنظر الى قول المصنف فيما سيأتي قبل التسليم الى الموكل لا بالنظر الى قوله لا بعده كما لا يخفى مع ان كلا منهما في حيز هذا التفريع كما ترى فالحق في التفسير أن يقال أي لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد في صورة وعدم جوازه في أخرى (كان) أي الوكيل (خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع) اذا ادعى حق الشفعة في المشترى (وغيره) أي وغير الشفيع كمن يدعي الاستحقاق في المشترى من حيث الملك (قبل التسليم الى الموكل) متعلق بقوله كان خصما اى كان الوكيل خصما لذلك المدعي قبل التسليم الى الموكل (لا بعده) أي لم يكن خصما له بعد التسليم اليه (قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) يعني اذا وكل شخصا أن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز (لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به) دفعا للحاجة (على مامر) في أول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا تجوز مع أن المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فنهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم اليه أيضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجز توكيله غيره أو نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر أثره في التوكيل ولم يرد نقضا على الكلي الذي قاله

فاما أن يكون المشترى بيده أو دفعه الى الموكل فان كان الاول جازله أن يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه (ولهذا) أي ولكون الحقوق كلها اليه (كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره) كالمستحق (قبل التسليم الى الموكل) قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم الخ) اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على مامر في أول كتاب الوكالة ولو وكله بأن يقبل السلم

(قوله ولهذا أي ولكون الحقوق كلها اليه) أقول الشارح تبع في هذا التفسير الاتقاني وفيه بحث فان الاولى أن يقول أي لما ذكر من الادلة على جواز الرد قبل التسليم وعدم جوازه بعده الا باذنه اذ لا يتفرع قوله لا بعده على ماذكره مع انه مذكور في حيز التفريع ولتفطنه على ذلك لم يذكر الشارح قوله لا بعده بخلاف الاتقاني فليتأمل

لايجوز لان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره وذلك لايجوز لأن من باع ملك نفسه العين على أن يكون الثمن لغيره لايجوز فكذلك فى الدين واعترض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب أن يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبأن التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب فى ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لايجوز أن يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه وأجيب عن الاول بأن الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الآمر به وعن الثانى بأن كلامنا فيما اذا كان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله وماذكرتم ليس كذلك فان الموكل فى الشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته فان قيل فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق فى ذلك بين أن يضيف العقد الى نفسه أو الى الآمر لاطلاق مايدل على بطلانه ولابد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم فى المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق أو ممن لايتعلق به كالصبى والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما

ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لايجوز فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره وهذا لايجوز

القدورى لان ملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لاتقدح فى القواعد وقال هذا ماسمح به خاطرى فى هذا المقام وقد تبعه صاحب العناية فى كلا وجهى جوابه ولكنه أجلهما أقول فى كل احد منهما نظر أما فى الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز أن يباشره الانسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلا خلاف مع أنه ثابت أيضا على خلاف القياس بالنص كما سيأتى فى أول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافى الاقتصار على مورد النص كما أن جوازه فى عقد الاجارة لم يناف الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك وأما فى الثانى فلانه مع انتقاضه أيضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه أن فى التوكيل أيضا ضرورة دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا أو شيخا فانيا أو نحو ذلك فيكون الثابت بالضرورة مقدرا بقدر الضرورة لايمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه أيضا لايقال انما جاز بيع المعدوم فى عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لا لمطلق الضرورة والذى يتحقق فى التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل يتحقق فى التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن أيضا مع زيادة فان المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته الى الثمن قال المصنف (ومراده التوكيل بالاسلام) أى مراد القدورى بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم ولفظ الاسلام انما يستعمل من جانب رب السلم يقال أسلم فى كذا اذا اشترى شيئا بالسلم (دون قبول السلم) أى ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه (لان ذلك) أى لان التوكيل بقبول السلم (لايجوز فان الوكيل) حينئذ (يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أى الموكل (وهذا لايجوز) لان من باع ملك نفسه من الاعيان على أن يكون الثمن لغيره لايجوز فكذلك فى الدين نص على ذلك محمد فى باب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام فى ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا فى المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشئ يجب فى ذمة الغير كما فى التوكيل بالشراء فان الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب فى ذمة الموكل فلم لايجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين فى ذمة المسلم اليه كالثمن فى ذمة المشترى قلنا بين الدينين فرق فان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لايجوز الاستبدال به قبل القبض وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز هنا كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال

(قال المصنف فان الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أقول لان الحقوق ترجع اليه صاحب فيكون الطعام دينا فى ذمته كما أن الثمن يكون دينا فى ذمة الوكيل بالشراء فليتأمل فانا لانسلم أن الثمن دين فى ذمة الوكيل (قوله فلم لايجوز أن يكون المال الخ) أقول يعنى أن يكون الثمن (قوله وبالنص على خلاف القياس) أقول المراد من النص هو ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالا يس عند الانسان ورخص فى السلم كما مر فى أول باب السلم (قوله فالجواب هو الجواب عن السؤال الخ) أقول جواب بتغيير الدليل واعتراف بعدم تمام الدليل الاول

(فان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض) قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وهذا مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أولم يحضر ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد (قوله بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع بعض فى النسخ بخلاف الرسولين أى الرسول فى باب الصرف والرسول فى باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم أى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لايجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه أن الرسول اذا قبض لايصح العقد بقبضه

(فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول

صاحب العناية فى الجواب عن السؤال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل فى ذمة شخص وآخر يملك بدله وماذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم البدل فى ذمته وقال فان قيل فاجعل المسلم فيه فى ذمة الموكل والمال له كما فى صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه أقول انه عدل ههنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن أفسد لان مآل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذى ذكره المصنف والمصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الاول الذى حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الاجر به والدليل الذى ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذى ذكره غيره على أن الجواب عن السؤال الاول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدورى فى مختصره أى ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذى عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) يعنى أن من شرط الصرف والسلم قبض البدل فى المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهر زاده قال الزيلعى فى التبيين وهذا مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أولم يحضر انتهى (ولا تعتبر مفارقة الموكل) أى لا تعتبر مفارقته قبل القبض (لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه) أى قبض الوكيل بدل الصرف (وان كان لا يتعلق به الحقوق) أى وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد (كالصبى والعبد المحجور عليه) لان القبض فى الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد أقول لو قال المصنف فى أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه والقبض منه لكان أولى وأليق اذ لا يخفى أن المدعى ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابى الصرف والسلم كما أن قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذى ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل فى باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ماذكرنا فتدبر (بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه أن الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفى بعض النسخ بخلاف الرسولين أى الرسول فى باب الصرف والرسول فى باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم أى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب

(قوله وهو مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع الخ) أقول وهذا الاشكال توارد على الزيلعى أيضا ونص عبارته قال فى النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أولم يحضر ثم ذكر فيه بعده بأسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين فى المجلس وغيبة الموكل لا تضره وعزاه الى وكالة المبسوط واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا وان كان حاضرا انتهى وعليك بالتامل (قوله لانه كما لا يجوز الى قوله فكذلك الرسول) أقول لعموم الدليل لنفى الرسالة أيضا كما يفهم من قوله لاطلاق ما يدل على بطلانه فليتأمل والمراد من الدليل فى قولنا لعموم الدليل الخ قوله ما ثبت ضرورة أو على خلاف القياس لا يتعدى

لان الرسالة فى العقد لا فى القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح (قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل

المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا فى الشروح (لان الرسالة فى العقد لا فى القبض) وذلك لان الكلام ههنا فى مخالفة الرسول فى العقد للوكيل فى العقد فى بابى الصرف والسلم ورسالة الرسول فى العقد انما تثبت فى العقد لا فى القبض لان القبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب العناية فى توضيح قوله لان الرسالة فى العقد لا فى القبض والا لكان افتراق بلا قبض وفصل بعض الفضلاء مراده بأن قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى أقول فيه بحث لان هذا انما يفيد أن لا تكون الرسالة فى القبض فقط لا أن لا تكون فى العقد والقبض معا وبدون دفع هذا الاحتمال أيضا لا يتم المطلوب ههنا كما لا يخفى تأمل (وينتقل كلامه الى المرسل) أى وينتقل كلام الرسول فى العقد الى المرسل (فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) أى لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به أقول ههنا اشكال وهو أن الرسالة فى السلم انما تجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فيه على ما صرحوا به فالمراد بالرسول فى باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك أن وظيفة رب السلم هى العقد وتسليم رأس المال لا قبضه الذى هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا يتم الكلام بالنظر الى الرسول فى باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال ظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهى نسخة أطبق عليها الشراح حتى ان صاحبى النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكرا النسخة الاخرى أصلا وصاحب غاية البيان جعلها أصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم وأما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول فى الصرف والرسول فى السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم وكما أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال بخلاف الرسول أى فى الصرف والسلم انتهى وأما اذا جعل مخصوصا بالرسول فى الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به أكثر الشراح فيرتفع الاشكال (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا (فله أن يرجع به) أى بالثمن (على الموكل لانه انعقدت بينهما) أى بين الوكيل والموكل (مبادلة حكمية) أى بيع حكمى فصار الوكيل كالبائع من الموكل قال صاحب غاية البيان فى تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل أولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى أقول هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك أولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخى والمصنف قد اختار فيما مر طريقة أبى طاهر وقال هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخى كما صرح به الشراح فاطلبه هناك ومنهم هذا الشارح وطريقة أبى طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبى طاهر الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب اليه الشافعى ولا يخفى أن هذا القدر كاف فى انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن كافيا فى المبادلة الحقيقية (ولهذا) أى ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما (اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان) والتحالف من خواص المبادلة (ويرد الموكل بالعيب على الوكيل) أى واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى رده على الوكيل وهذا أيضا من خصائص المبادلة لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل انى

(لان الرسالة فى العقد لا فى القبض) والا لكان افتراق بلا قبض واذا كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال (واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله) اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية أى صار الوكيل كالبائع من المشترى لثبوت أمارتها فانهما اذا اختلفا فى مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى رده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع فى كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لاصله واذا كان الموكل كالمشترى من الوكيل

(قوله والا لكان افتراق الخ) أقول فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة (قوله أى صار الوكيل كالبائع من المشترى) أقول الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل

وقدسلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت راجعة اليه وقد علمه الموكل بكون راضيا بدفعه من ماله (فان هلك المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده (وله أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه

لادليل لمى فلا بنا فى الفرعية تأمل (وقدسلم المشترى للوكل) أى والحال انه قدسلم المشترى للموكل (من جهة الوكيل فيرجع عليه) أى فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل أنه لما كان الموكل كالمشترى من الوكيل وقدسلم المشترى للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا (ولان الحقوق) دليل آخر (لما كانت اليه) أى لما كانت راجعة الى الوكيل (وقد علمه الموكل) أى علم رجوعها اليه (فيكون) أى الموكل (راضيا بدفعه) أى بدفع الثمن (من ماله) أى من مال الموكل وتحقيقه أن التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير أمر الموكل والامر ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم أن الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك أمر به دلالة (فان هلك المبيع فى يده) أى فى يد الوكيل (قبل حبسه) أى قبل حبس الوكيل المبيع (هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) أى لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدورى يعنى أن هلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل (لان يده) أى يد الوكيل (كيد الموكل فاذا لم يحبسه) أى الوكيل (يصير الموكل قابضا بيده) أى بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك فى يد الموكل فلا يسقط الرجوع (وله) أى للوكيل (أن يحبسه) أى يحبس المبيع عن الموكل (حتى يستوفى الثمن) سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع أولم يدفع كذا فى الشروح نقلا عن المبسوط قال فى الذخيرة لم يذكر محمد فى شئ من الكتب أن الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى أن يستوفى الدراهم منه وحكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى أن له ذلك وأنه صحيح لان حق الحبس للوكيل فى موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفى عليه هذا وقد صرح محمد فى الاصل فى باب الوكالة فى الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبدا بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن فى قول أبى حنيفة وان كان الوكيل نقد الثمن أولم ينقد فهو سواء الى هنا لفظ محمد فى الاصل انتهى قال المصنف (لما بينا أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع من الموكل) أشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشترى بقبض الثمن فكذا للوكيل وهذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع أولا (وقال زفر ليس له ذلك) أى ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لان الموكل صار قابضا بيده) أى بيد الوكيل يعنى أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل (فكأنه سلمه اليه) أى فكان الوكيل سلم المبيع الى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشريحه أن يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع فى يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع فى يده حكما (قلنا) لنا طريقان فى الجواب عنه مدار أحدهما تسليم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فأشار الى الاول بقوله (هذا) أى هذا القبض (مما لا يمكن التحرز عنه) يعنى سلمنا أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن

بغير اذن الموكل والاذن ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم أن الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك آمرا به دلالة وهلاك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك فى يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل أن يحبسه حتى يستوفى الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع أولا وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كأنه سلمه اليه والحبس فى السلم غير متصور وانما فى ذلك طريقان أحدهما أن يقال التسليم الاختيارى يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضى الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه

(قوله وتحقيقه ان التبرع الى قوله ههنا دلالة) أقول الاظهر تبديل الاذن بالامر ألا يرى الى قوله آمرا به (قوله والحبس فى السلم غير متصور) أقول يعنى غير متصور شرعا (قوله لان المبادلة تقتضى الرضا الخ) أقول فيه تأمل

لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثانى أن يقال ان قبض الوكيل فى الابتداء مترددبين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما يتبين أحدهما بحبسه فكان الامر فيه موقوفا فى الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الثمن فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبى حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان أو كثيرا وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته أكثر زفر يقول منعه حقه بغير حق لما ذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (ولهما) أى لابى حنيفة ومحمد (أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل) كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس وأجيب بأنه اذا حبس تعين بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان وأما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة فاشبه

فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه (فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه

هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك (فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس) وأشار الى الطريق الثانى بقوله (على أن قبضه موقوف) يعنى على أنا لا نسلم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل فى الابتداء موقوف أى متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه (فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه) يعنى ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا أنه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضا بقبضه (فان حبسه) أى حبس الوكيل المبيع (فهلك) أى المبيع (كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف) يعنى يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة (وضمان المبيع عند محمد) يعنى يسقط به الثمن قليلا كان أو كثيرا وهذا الذى ذكره القدورى فى مختصره ولم يذكر فيه قول أبى حنيفة كما لم يذكر فى المختلف والحصر وغير ذلك ولكن قال الشيخ أبو نصر البغدادى ذكر فى الجامع قول أبى حنيفة مثل قول محمد فلذلك قال المصنف (وهو) أى قول محمد (قول أبى حنيفة) ولم يقل رأسا وضمان المبيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما هو اللائق المعتاد فيما اذا اتحد قولهما (وضمان الغصب عند زفر) يعنى يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت قال فى العناية فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل اذا كانت قيمته أكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر فى أكثر الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته أكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية وهو الظاهر عندى على قول زفر تأمل تقف (لانه) أى الحبس (منع بغير حق) لما مر أن قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (لهما) أى لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع منه) أى من الموكل كما تقدم (فكان حبسه لاستيفاء الثمن) اذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن (فيسقط) أى الثمن (بهلاكه) أى بهلاك المبيع واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس وأجيب بأنه اذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان وأما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة فاشبه

(قوله والثانى أن يقال الخ) أقول جواب بمنع قوله لأن الموكل صار قابضا بيده كما أن الاول جواب بعد تسليمه (قوله ولا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه أكثر) أقول مخالف لشرح الوقاية لصدر الشريعة قال فيه وان كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل انتهى أراد بقوله بالعكس أن تكون القيمة عشرة والثمن خمسة عشر (قوله وليس له حق الحبس فيه صار غاصبا) أقول الاظهر أن يقال فصار غاصبا

(ولابي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ماهو كذلك فهو بمعنى الرهن لا بمعنى البيع فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لاثبات مدعاه وقوله (بخلاف المبيع) لنفي قوله ما يعني أن المشترى ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ أصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبائعه وأجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشترى فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل (٣٩) وينفسخ العقد بينه وبين الموكل

ولابي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به (قال واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم

فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة كذا في العناية أقول لقائل أن يقول كما أنه يشبه الرسول يشبه البائع أيضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما اذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى وان جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار في هذه الصورة مع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم أن لا يتمشى فيها ماذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع أن تلك المسئلة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتأمل (ولابي يوسف أنه) أي الهالك (مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) أي بعد أن لم يكن مضمونا لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ماهو كذلك فهو بمعنى الرهن أشار اليه بقوله (وهو الرهن بعينه) يعني هو بمعنى الرهن وهذا لاثبات مدعاه وقوله (بخلاف المبيع) لنفي قولهما يعني أن المشترى المحبوس ههنا ليس كالمبيع (لان البيع ينفسخ بهلاكه) أي بهلاك المبيع (وههنا لا ينفسخ أصل العقد) يعني الذي بين الوكيل وبائعه وأجاب المصنف عنه بقوله (قلنا ينفسخ) أي العقد (في حق الموكل والوكيل) وان لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع (كما اذا رده الموكل بعيب) أي اذا وجد الموكل عيبا بالمشترى فرده الى الوكيل (ورضي الوكيل به) فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وان لم ينفسخ بينه وبين بائعه قال صاحب غاية البيان وهذه مغالطة على أبي يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأنه كما ترى فاسد لانه اذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأملت حق التأمل وجدت ماذكر من جانب أبي يوسف غلطا أو مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما يعني غلطا أو مغالطة (قال) أي القدوري في مختصره (واذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم) أي اذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهما وانما قيد به لانه اذا كانت عشرة أرطال منه لا تساوي

قيل وهذا مغالطة على أبي يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع وانه كما ترى فاسد لانه اذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأملت حق التأمل وجدت ماذكر من جانب أبي يوسف غلطا أو مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما قال (واذا وكله بشراء

عشرة أرطال لحم بدرهم الخ) وكل رجلا بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول

(قوله لنفي قولهما) أقول يعني صريحا (قوله يعني ان المشترى) أقول أي المشترى المحبوس كما يدل عليه كلام الاتقاني (قوله فرده ورضي به) أقول يعني رده على الوكيل (قوله في يد الوكيل بعد الحبس) أقول وكذلك لا ينفسخ اذا هلك قبل الحبس فلا يكون كالمبيع مطلقا

لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل أي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للآمور لابي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال والوكيل لم يخالفه فيما أمره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لاسيما اذا زاد خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بألف فباعه بالفين ولابي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فظن أن ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما أمره به فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به وفيه بحث من وجهين الاول يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك لان العشرة ثبتت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا بتعالة والثاني أنه اذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد (٤٠) منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في كل واحد منهما يعني لا يلزم الآمر منهما شيء والمسئلة كالمسئلة المذكورة بالقذة بالقذة وأجاب عن الاول الامام حميد الدين بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه وأما فيما نحن فيه فكل قصدي لان أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلا منافيه وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن قيل يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا أشار في التتمة فقال لاني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة وأجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل خللا

لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون بدرهم) وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل

درهما نفذ الكل على الوكيل بالاجماع كذا في الذخيرة وسيأتي في الكتاب (لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه العشرون بدرهم) الى هنا لفظ القدوري قال المصنف (وذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ مختصر القدوري (قول محمد مع قول أبي حنيفة) وقال المصنف (ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل) أي في المبسوط فانه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه واذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للآمور لانه أمره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي يتناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى (لابي يوسف أنه أمره) أي أن الموكل أمر الوكيل (بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا) يعني أن الوكيل لم يخالف الموكل فيما أمره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع فليس على الوكيل من ذلك شيء سيما اذا زاده خيرا (وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين) حيث جاز ذلك فكذا هذا (ولابي حنيفة انه أمره بشراء عشرة) أي بشراء عشرة أرطال لحم (ولم يأمره بشراء الزيادة) وظن أن ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما أمره به (فينفذ شراؤها) أي شراء الزيادة (عليه) أي على الوكيل لكونه غير مأمور به (وشراء العشرة على الموكل) أي وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به فان

(قوله ولابي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال الخ) أقول يعني لا نسلم أنه أمره بصرف الدراهم الى اللحم فان الشراء جالب للملك فالتوكيل بجلب عشرة أرطال لا يستلزم الدرهم الا أنه ظن ان ذلك المقدار يساوي درهما (قوله لم يثبت لعدم التوكيل الخ) أقول لم يثبت على الموكل أو مطلقا الثاني ممنوع والاول لا ينفعه (قوله وأجاب عن الاول الامام حميد الدين الخ) أقول ويجاب أيضا بان العشرين هنا ثبتت والعشرة داخلة فيه بخلاف الطلاق فانه لا ينفذ على الوكيل لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الامر والموافقة شرط فيه فليتأمل

بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هنالك بدل ملك الموكل فيكون له

قيل ينبغي أن لا يلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم أيضا لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبعا له قلنا ذا مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت هنالك لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لان المرأة مرأة الموكل لا مرأة الوكيل وأما هنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفذ اذ لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الى خير فينفذ على الموكل ولان الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق مولانا حميد الدين أقول الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله لان الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه وأما الوجه الاول منه فمشكل لا يعقل اذ بعد الاعتراف بان الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بان ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك أن حكم ما في ضمن الشيء يتبع حكم ذلك الشيء دائما فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه أيضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالا الى المنتقى وهو أنه اذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما وهنا أيضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك لا ينفذ ما اشتراه على الآمر في شيء منهما فكيف نفذ ههنا شراء العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل في المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الامثال وهي لا تتفاوت في القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلا منافيه لان الكلام فيما اذا كان اللحم مما يباع عشرة أرطال منه بدرهم فحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان كانا متساويين في القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا أشار في التتمة فقال لاني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا في النهاية قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة وأجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل منه خللا انتهى كلامه (بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين (لان الزيادة هنالك) أي فيما استشهد به (بدل ملك الموكل) ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على أن ثمنه لك لا يصح (فتكون له) أي فتكون الزيادة للموكل قال صاحب العناية وردبان الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس

(٦ - تكملة سادس) اليه الفساد ولا يعم ما ليس كذلك من المثليات ثم يجوز أن يبيع بألف وقطعة لحم مثلا فانه يكون للموكل أيضا

(قوله والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا) أقول ذكر العدد يكون لمنع الزيادة والنقصان وذلك هو الاصل لان العدد حاصل في مدلوله على ما عرف في الاصول وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة اذا دلت قرينة وفي صورة الوكيل ببيع العبد معلوم ان ذكر العدد لمنع النقصان فقط اذ لا يأبى أحد من زيادة في ماله وفي صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على اللحم على خلاف الاصل اذ الظاهر أن عشرة أرطال تكفي في مقصوده وماله وهو نصف درهم يبقى له فيحمل عليه فليتأمل (قوله بخلاف اللحم) أقول مخصوص بمثل اللحم مما يسرع

بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه) لانه يؤدى الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يعلمه على ما قيل الا بحضرة من الموكل

وان كان الثانى كان المشترى للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر تناول السمين والمشترى هزيل فلا يحصل مقصود الآمر قال (ولو وكله بشراء شئ بعينه الخ) ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يصح له أن يشتريه لنفسه لانه يؤدى الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يعلم ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما تحصل به المخالفة

المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقول ذلك أن الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك فى اللحم فيتلف انتهى كلامه أقول فى كل واحد من الرد والجواب شئ فتأمل (بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم) متعلق باصل المسئلة (حيث يصير) أى يصير الوكيل فى هذه الصورة (مشتريا لنفسه بالاجماع) لوجود المخالفة (لان الامر يتناول السمين وهذا) أى ما اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الآمر) فلم يكن ذلك له (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له) أى للوكيل (أن يشتريه لنفسه) أى لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهدوا أنى قد اشتريت لنفسى هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا فى الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسئلة فى العبد فى الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو قال المصنف فى تعليل مسئلة الكتاب (لانه) أى لان الشراء لنفسه (يؤدى الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه) وذلك لا يجوز (ولان فيه) أى فى اشترائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة (ولا يعلمه على ما قيل الا بحضرة من الموكل) لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا فى العناية وغاية البيان أقول يرد عليه أن العلم بالعزل فى باب الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول اليه وتبليغه الرسالة اياه ومنها اخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد عدلا كان أو غيره عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بها فى عامة المعتبرات سيما فى البدائع فاشتراط علم الآخر فى صحة فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضى أن لا يعلم الوكيل عزل نفسه الا بحضرة من الموكل لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا يتم التقريب اللهم الا أن يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا ويحتمل أن يكون السر فى اقحام المصنف قوله على ما قيل الا بحضرة الى ذلك فتأمل واعلم أن صاحب البدائع قال فى بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بحضرة من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بحضرة منه على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ثم قال فى موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج من الوكالة باشياء منها عزل الموكل اياه ونهيه بان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهى ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل بان العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه من العزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب وكذلك لو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا أرسلنى اليك يقول انى عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن يبلغ الرسالة على الوجه الذى ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان وان لم يكتب

(قال المصنف ولان فيه عزل نفسه ولا يعلمه) أقول وما سيجىء من أن العزل الحكمى لا يتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه اذ المراد هناك أن العزل الحكمى من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل

فاذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسم فاشترى بغير النقود أو وكل رجلا فاشترى وهو غائب يثبت الملك فى هذه الوجوه للوكيل لانه خالف الآمر فينفذ عليه أما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وكذا اذا اشترى بغير النقود لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك فى حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فانه يقع عن الوكيل لا عن الموكل مع أنه لم يخالف (٤٣) فى المهر المأمور به وأجيب بأن

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثانى وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه لانه خالف أمر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثانى بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا

كتابا ولا أرسل اليه رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل فى قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد العدل مقبول فى المعاملات وان لم يكن عدلا فخبر العدد أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر فى قول أبى حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك أن بين كلاميه المذكورين فى الموضعين تدافعا فان ماذكره فى فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح فى صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بحضرة منه أو عزله بغيبته منه ولكن علم العزل بسبب من أسباب شتى على ما فصله وماذكره أولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله الا بحضرة منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل فى صورة ان عزله بحضرة منه كما ترى والعجب أنه أحال الاول على الثانى بقوله على ما ذكره فى موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع أنه لم يخالف فى المهر المأمور به وأجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لابد أن يضيف النكاح الى موكله فيقول زوجتك لفلان والموجود فيما اذا أنكحها من نفسه ليس بمضاف الى الموكل فان النكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل بخلاف التوكيل بشراء شئ بعينه فان الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا أتى بذلك يقع على الموكل (فلو كان الثمن مسمى) يعنى لو وكله بالشراء بثمن مسمى (فاشترى بخلاف جنسه) أى بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير (أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) كالمكيل والموزون (أو وكل) أى الوكيل (وكيلا بشرائه فاشترى الثانى) أى فاشترى الوكيل الثانى وهو وكيل الوكيل (وهو غائب) أى والحال أن الوكيل الاول غائب (يثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه) أى فى هذه الوجوه الثلاثة التى ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى يعنى انما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه لنفسه اذا لم يوجد أحد هذه الوجوه الثلاثة أما اذا وجد فيكون الشراء للوكيل الاول (لانه) أى الوكيل الاول (خالف أمر الآمر) وهو الموكل أما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وأما اذا اشترى بغير النقود فلان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وأما اذا وكل وكيلا بشرائه فلانه مأمور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته (فنفذ) أى الشراء (عليه) أى على الوكيل الاول (ولو اشترى الثانى) أى الوكيل الثانى (بحضرة الوكيل الاول نفذ) أى الشراء (على الموكل الاول لانه حضره رأيه) أى رأى الوكيل الاول (فلم يكن مخالفا) أى لم يكن الوكيل الاول مخالفا لامر آمره وذلك لانه اذا كان

النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث أنكحها من نفسه فان النكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل لامحالة فكانت المخالفة موجودة فوقع عن الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل أن يشترى بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما اذا لم يسم أو اذا اشترى الوكيل الثانى بحضرة الوكيل فينفذ على الموكل لانه اذا حضره رأيه لم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء أو النكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثانى بحضرة الاول أو فعل ذلك أجنبى فبلغ الوكيل فأجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثانى اذا طلق أو أعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية فى الذخيرة والتتمة وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرأى الى الوكيل وتفويض الرأى الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأى ولا حاجة فيهما اذا انفرد عن مال الى الرأى فجعلناها مجاز الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المأمور مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشئ آخر وتوكيل الآخر أو الاجازة ليس من النقل فى شئ فلم يملكه الوكيل وأما فى البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها يحتاج فيها الى الرأى فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو باجازته

(قوله لان المتعارف نقد البلد) اقول والمعروف عرفا كالمشروط شرطا

قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) قال هذه المسئلة على وجوه ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندى بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق

حاضرا يصير كأنه هو المباشر للعقد ألا ترى أن الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فيجعل كأنها هى التى باشرت العقد وكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا فى المبسوط قيل ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثانى بحضرة الاول أو فعل ذلك أجنبى فبلغ الوكيل فاجازه يجوز وبين الوكيل بالطلاق والعتاق فانه لو وكل غيره فطلق أو أعتق الثانى لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية فى التتمة والذخيرة وأجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فى التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الرأى الى الوكيل وتفويض الرأى الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأى ولا حاجة فيهما اذا انفردا عن مال الى الرأى فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصارا مأمورين فيهما مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشئ آخر ووكيل الآخر أو الاجازة ليس من النقل فى شئ فلم يملكه الوكيل وأما فى البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها مما يحتاج فيه الى الرأى فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو باجازته (قال) أى القدورى فى مختصره (وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) الى هنا لفظ القدورى (قال) أى المصنف (هذه المسئلة على وجوه ان أضاف) أى الوكيل (العقد الى دراهم الآمر كان للآمر) هذا هو الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المصنف (وهو المراد عندى بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله) يعنى أن المراد بقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل هو الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه (لان فيه) أى لان فى النقد من مال الموكل (تفصيلا) فانه بعد أن يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل (وخلافا) فانه اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل وعلى قول أبى يوسف يحكم النقد على ما سيجىء (وهذا بالاجماع) أى لو أضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع (وهو مطلق) أى قوله أو يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح فى شرح هذا المقام أقول فيه نظر لانهم جعلوا التفصيل المذكور فى قول المصنف لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان كان من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لا وقوعه فى النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدورى فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور فى شرح هذا المقام وزاد اخلالا حيث قال بعد أن ذكر وجوه هذه المسئلة واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لا يعتبر النقد أصلا كما صرح به فلا يصح التفصيل الذى ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للوكل أيضا كان له صدق

قال (وان وكله بشراء عبد بغير عينه الخ) اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل وقوله وهذا محتمل يجوز أن يكون مراده النقد من مال الموكل وان تكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما أن يضيف العقد الى مال الموكل أو الى مال نفسه أو الى دراهم مطلقة

وان أضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة

ذلك التفصيل على قول أبي يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجيء فكان ماذكره صاحب العناية مناسبا للشرح قول المصنف وخلافا لا للشرح قوله تفصيلا وأيضا انه بعد ما صرح بان التفصيل انما هو في النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير في النقد المطلق بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل أن الراكة في تقرير صاحب العناية أفحش وأقول الحق في هذا المقام أن المصنف أراد بالتفصيل في قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتي التكاذب والتوافق وبالخلاف الخلاف الواقع في صورتي التوافق فالمعنى أن في النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقد من ماله فاذا تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع وان توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضا وخلافا فانه اذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لاحدهما فعند محمد هو للعاقد وعند أبي يوسف يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الآمر فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل كلام القدوري عليها أولى ثم أقول بقي لنا بحث فيما ذهب اليه المصنف ههنا وهو أن فيه اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان أضاف العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا في النية لا تكون داخلة حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري فيلزم أن يكون العقد في تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعا وان صورة ان أضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم تحضره النية لا تكون داخلة أيضا حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور فيلزم أن يكون العقد فيها أيضا للوكيل بموجب ما بقي بعد الاستثناء مع أن فيها خلافا كما سيأتي فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المصنف وبالجملة قد هرب المصنف في حل كلام القدوري ههنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى مثل الاولى بل أشد منها لفا الفائدة فيه ولعل صاحب الكافي تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء في وضع المسئلة فقال ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل أو ينقد من ماله وقال فهذه المسئلة على وجوه ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله أو يشتريه من مال الموكل الى آخره (وان أضافه الى دراهم نفسه) أي ان أضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه (كان) أي العقد (لنفسه) هذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسئلة (حملا لحاله) أي حال الوكيل (على مايحل له شرعا) تعليل لقوله ان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعني أنه اذا أضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغي أن يقع للآمر لانه لو لم يقع للآمر لكان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح أقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر وأما اذا أضاف الى دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحد في الصورتين نص عليه في الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب (أو يفعله عادة) عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان أضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعني أن العادة جرت بأن الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما أضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع له حملا لامره على وفق العادة كذا في النهاية وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد أن جرى في شرح كلام المصنف ههنا على الطريقة المذكورة وهي توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز أن يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم في المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة

فان كان الاول كان للآمر حملا لحال الوكيل على مايحل له شرعا اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الآمر وان كان الثاني كان للآمور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على مايحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد الى غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا

(قوله لكونه غصبا الخ) أقول قوله لكونه غصبا الخ ممنوع وانما يكون غصبا اذا نقد وليس بلازم (قوله بوقوع الشراء لصاحب الدراهم) أقول قوله لصاحب متعلق بقوله بوقوع (قوله ويجوز أن يكون قوله حملا الخ) أقول حتى لا يلزم الفصل بكلام أجنبي هو قوله أو يفعله الخ بين المعلل وهو قوله على مايحل له شرعا وتعليله وهو قوله اذا الشراء لنفسه الخ (قوله ويضيف الثمن الى غيره الخ) أقول أقول فيكون الاول صوابا الاظهر في العبارة ويضيف الى دراهم غيره (قوله والاول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني)

وان كان الثالث فاما ان نواها للآمر فهي له أو لنفسه فلنفسه لان له أن يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل

لشئ بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لانه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل أن يعمل كل أحد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله أو بالنية له والفرض عدمه وقال أبو يوسف يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين أن يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن أي المالين نقد تعين به أحد المحتملين ولان مع تصادقهما

اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان أضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل أن كل أحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند أبي يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما

لانه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه وأما العادة فجار بها على أنه لا يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه وكذا على العكس انتهى وقال صاحب العناية بعد أن سلك الطريقة المذكورة ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الأول والثاني يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة ثم قال والأول أولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا انتهى أقول ان قول المصنف (اذا الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا) ينادي بأعلى الصوت على أن التعليل المزبور بشقيه معا للوجه الأول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة فالاولى أن يجعل مجموع قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الاول ويكتفى في العلم بالوجه الثاني بدلالة شقه الثاني أعني قوله أو يفعله عادة على ذلك والانصاف أن في تحرير المصنف هنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي (وان أضافه) أي العقد (الى دراهم مطلقة) هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وفيه تفصيل أشار اليه بقوله (فان نواها) أي الدراهم المطلقة (للآمر فهو) أي العقد (للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه) أي فالعقد لنفسه (لان له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل) أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فكانت نيته معتبرة أقول لقائل أن يقول اذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي أن يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكروه فيما اذا أضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا لدراهم الآمر فان قلت الغصب في صورة الاضافة الى دراهم الآمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه وأما في الصورة المذكورة ففي النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولاشك أن هذا لا يتحقق في نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شئ من الصورتين المذكورتين بل انما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر (وان تكاذبا) أي الوكيل والموكل (في النية) فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي (يحكم النقد بالاجماع) فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له (لانه) أي النقد (دلالة ظاهرة على ما ذكرناه) من حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة (وان توافقا على أنه لم تحضره النية) ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد (قال محمد هو) أي العقد (للعاقد لان الاصل أن كل أحد يعمل لنفسه) يعني أن الاصل أن يعمل كل أحد لنفسه (الا اذا ثبت جعله) أي جعل العمل (لغيره) بالاضافة الى ماله أو بالنية له (ولم يثبت) أي والفرض أنه لم يثبت (وعند أبي يوسف يحكم النقد لان ما أوقعه مطلقا) أي من غير تعيين بنيته (يحتمل الوجهين) وهما أن يكون العقد للآمر وأن يكون لنفسه (فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه) فتعين أحد المحتملين (ولان مع تصادقهما)

(قال المصنف لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه) أقول قوله على ما ذكرناه حال لاصلة للدلالة وأراد بقوله ما ذكرناه قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة الخ (قال المصنف وان توافقا على أنه لم تحضره النية) أقول ههنا احتمالان آخران أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضرني النية فقال الموكل بل نويت لي والثاني عكس هذا (قال المصنف قال محمد هو للعاقد) أقول لابد لمحمد من فرق بين صورتي التكاذب والتصادق وهو ظاهر فان النية متقدمة على الاصالة ويؤيد كلام من ادعى النية له بنقده من دراهمه

يحتمل انه كان نوى للآمر ونسيه (قوله وفيما قلنا) يعني تحكيم النقد (حمل حاله على الصلاح) لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل فلا معتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل أو بحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري أو يشتريه بمال الموكل على الاضافة أولى ولهذا قال المصنف وهو المراد عندي بقي الكلام في أن الاضافة الى أي نقد كان ينبغي أن لا تفيد شيأ لان النقود لا تتعين (٤٧) بالتعيين وأجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من أن النقود تتعين في الوكالات ألا ترى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة (قوله والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه) انما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للنقد أثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل

يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه

على أنه لم تحضره النية (يحتمل النية للآمر) بان نوى له ونسيه (وفيما قلنا) أي في تحكيم النقد (حمل حاله) أي حال الوكيل (على الصلاح) وهو أن لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر (كما في حالة التكاذب) بقي الكلام في هذه المسئلة وهو أن الاضافة الى أي نقد كان ينبغي أن لا تفيد شيأ لان النقود لا تتعين وأجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من أن النقود تتعين في الوكالات ألا ترى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا في العناية وعليه جمهور الشراح ومأخذهم المبسوط أقول في الجواب بحث وهو أن النقود لا تتعين في الوكالات قبل التسليم بالاجماع وكذا بعده عند عامة المشايخ وانما تتعين بعده عند بعضهم على قول أبي حنيفة رحمه الله صرح به في عامة المعتبرات وسيظهر لك فيما سيجيء عن قريب وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر والى دراهم نفسه غير مقيد بكون الاضافة بعد التسليم وغير مختص بقول أبي حنيفة بل هو مطلق وبالاجماع كما تقرر فيما مر فكيف يتم أن يجعل مداره ما هو المقيد والمختلف فيه وكان الامام الزيلعي تنبه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل مسئلة الاضافة الى ثمن معين لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يأت أيضا بما يشفي الغليل ههنا كما ترى ثم أقول الاولى في الجواب أن يقال ليس العلة في كون العقد لمن أضافه الى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسئلتنا هذه وقد أشار اليه صاحب الكافي حيث قال والدراهم وان لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشيء لنفسه الى دراهم الغير لانه مستنكر شرعا وعرفا انتهى (قال) المصنف (والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه) المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالاسلام وهم فرقوا بين مسئلة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بان للنقد أثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل كذا في الشروح وفرق أبو يوسف

(قوله لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له) أقول أي للوكيل (قوله وخلافا فيما اذا تصادقا) أقول معطوف على قوله تفصيلا اذا اشترى الخ (قوله وأجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين) أقول بحيث تكون هي مستحقة البتة (قوله وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من انها تتعين في الوكالات) أقول ولا يلزم من تعينها في الوكالة تعينها في الشراء (قوله واذا تقيدت بها لم يكن الشراء الخ) أقول الاظهر أن يقال واذا تقيدت بها فاذا أضاف الشراء اليها تعين أن يكون بموجب الوكالة فتدبر (قوله نفيا لقول بعض مشايخنا الخ) أقول أنت خبير بأن نفي قول ذلك البعض انما يحصل ببيان الخلاف في مسألة الشراء في صورة التصادق انه لم تحضره النية الا ان يقال مراده تأكيد ذلك النفي حيث جعل مسئلة الشراء مشبها بها فليتأمل

قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف الخ) ومن وكل رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت وأنكره الموكل فاما أن يكون التوكيل بشراء عبد معين أو غيره والاول سيجيء والثاني اما أن يكون العبد ميتا عند الاختلاف أو حيا وعلى كل من التقديرين فاما أن يكون الثمن منقودا أو غيره فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للآمر لأن المأمور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله (لا يملك استئنافه) معناه استئناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله (وهو) راجع الى ما في عما وان كان الثمن منقودا فالقول قول المأمور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله

(قال المصنف أخبر عما لا يملك استئنافه) أقول قال صدر الشريعة أخبر بأمر لا يملك استئنافه انتهى بدل عن بالباء وهو الاولى (قال المصنف وهو الرجوع بالثمن) أقول أي الاخبار المذكور أسند اليه الرجوع اسنادا مجازيا أو راجع الى ما لا يملك والمراد بالرجوع بالثمن سببه أعني العقد أو يقدر المضاف في قوله استئنافه أي استئناف سببه (قوله لان المأمور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن) (ولو أقول الاظهر ارجاع ضمير هو الى الاخبار المذكور في ضمن أخبر وجعل اسناد الرجوع اليه من قبيل الاسناد المجازي فلا يلزم حينئذ ارتكاب الحذف بلا قرينة ظاهرة ولا المجاز في جعل الرجوع مخبرا عنه هكذا قيل وأنت خبير بان ذلك ليس أولى منهما حتى يقال لا يلزم الخ

قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور) لان في الوجه الاول أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله

بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتأدى الا بالنية فكان مأمورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الشرط وأما في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال) أي المأمور (قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان) أي الآمر (دفع اليه) أي الى المأمور (الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول) وهو ما اذا لم يكن الثمن منقودا الى المأمور (أخبر) أي المأمور (عما لا يملك استئنافه) أي استئناف سببه (وهو الرجوع بالثمن على الآمر) فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت اذ الكلام فيه والميت ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الآمر (وهو) أي الآمر (ينكر) ذلك (والقول للمنكر) فقول المصنف لا يملك استئنافه معناه لا يملك استئناف سببه على طريق المجاز بالحذف والضمير المرفوع في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع الى ما في عما لا يملك استئنافه وهذا هو الوجه الاحسن في حل عبارة المصنف هنا واليه ذهب صاحب العناية وقيل انما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكر المسبب وارادة السبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر والى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح قال في الكفاية بعد ذكر هذا وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر وهذا ظاهر انتهى (وفي الوجه الثاني) وهو ما اذا كان الثمن منقودا الى المأمور (هو) أي المأمور (أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية علل في الهداية فيما اذا لم يدفع الآمر الثمن بان الوكيل أخبر بامر لا يملك استئنافه وفيما اذا دفع بان الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة أقول كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق بل لا بد من انضمام أمر آخر وهو أن فيما اذا لم يدفع الثمن يدعي الثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر وفيما اذا دفع الثمن يدعي الآمر الثمن على المأمور فالقول للمنكر الى هنا كلامه أقول ليس الامر كما زعمه بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته أما الاول فلان قول المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية اذ الثمن فيها مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا وقد لبس هذا القائل في تعليله حيث ذكر أول التعليل الاول وترك آخره الفارق بين الصورتين والعجب أنه ضم الى ما ذكره ما هو في معنى ما تركه وأما الثاني فلان الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الاولى فلا يصح أن يقال فيها انه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما لا يخفى

وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل أجيب بأن يملك استئناف الشراء دائرمع التصور ويمكن أن يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند أبي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة أراد أن يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك أي للخروج عن عهدة الامانة (ولا ثمن في يده ههنا) يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة (وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أولا بالاجماع لانه أخبر عما يملك استئنافه) ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول

قوله أما عندهما فلانه يملك استئنافه

ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين وان لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعن أبي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود وهذا بالاجماع لانه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته

(ولو كان العبد حيا حين اختلفا) فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك (ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين) يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما مر (وان لم يكن) أي الثمن (منقودا فكذلك) أي فالقول للمأمور أيضا (عند أبي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشراء) للآمر اذا العبد حي والحي محل للشراء فيملك أن يشتريه في الحال لاجل الآمر (فلا يتهم في الاخبار عنه) أي عن الشراء لاجل الآمر فان قيل ان وقع الشراء أولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل حتى يملك استئنافه أجيب بأن يملك استئناف الشراء دائر مع التصور فيمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لأجل الموكل كذا في الشروح (وعند أبي حنيفة القول قول الآمر لانه) أي لان الاخبار عن الشراء لأجل الآمر (موضع تهمة بان اشتراه لنفسه) أي بان اشترى الوكيل العبد لنفسه (فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر) أي أراد أن يلزمها الآمر (بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لأنه) أي الوكيل (أمين فيه) أي في هذا الثمن أو في هذا الوجه (فيقبل قوله تبعا لذلك) أي للخروج عن عهدة الامانة وكم من شئ يثبت تبعا ولا يثبت قصدا (ولا ثمن في يده ههنا) أي لا ثمن في يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة فافترقا (وان كان أمره بشراء عبد بعينه) يعني ان كان التوكيل بشراء عبد بعينه (ثم اختلفا والعبد حي) أي والحال أن العبد حي (فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود وهذا بالاجماع) أي هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بين أئمتنا الثلاثة (لانه) أي المأمور (أخبر عما يملك استئنافه في الحال ولا تهمة فيه) أي في اخباره عن ذلك (لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته)

وأما عند أبي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل

(قوله وان كان التوكيل بشراء عبد الخ) أقول هذا هو الموعود بقوله والاول سيجئ (قوله وأما عند أبي حنيفة فلانه لا تهمة فيه الخ) أقول أشار بتوزيع التوكيل الى دفع ما يعترض به هنا من أن الاصل في الدلالة الاطراد وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة فان الأب اذا أقر على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يصح الا ببينة عند أبي حنيفة وكذا وكيل الزوج أو الزوجة وولي العبد اذا أقر بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف

(٧ — تكملة سادس) العقد قال الاتقاني في جوابه لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يملك الاقرار لأنه لم يملك الانشاء بلا شهود انتهى وفي قوله لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان يملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا ثم قال الاتقاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله لا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل لابي حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى وأقول ان لم يوجد في مواد النقض تهمة فالنقض متوجه أيضا وان وجدت فلا حاجة لدفع السؤال الى التوزيع (قوله لأن التوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل) أقول لم لا يجوز أن يشتري الوكيل بالتوكيل بمثل ذلك الثمن وهو مخالفة أيضا كما سبق

على مامر بخلاف غير المعين على ماذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله

أي في حال غيبة الموكل قيد به اذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لانه يملك عزل نفسه حال حضرته (على مامر) أشار به الى قوله ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما فيل الا بحضر من الموكل (بخلاف غير المعين) أي بخلاف ما اذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفا (على ماذكرناه لأبي حنيفة) يعني ماذكره فيما مر آنفا من جانب أبي حنيفة وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر أقول لقائل أن يقول التهمة متحققة في صورة المعين أيضا بان اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة له كان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى أو بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثاني بغيبة الاول ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شئ بعينه فانه لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر وأما على وجه المخالفة له بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة فيملكه قطعا على مامر في محله فالدافع لهذه التهمة على قول أبي حنيفة ثم أقول في الجواب عنه ان احتمال أن اشتراءه لنفسه شبهة وبعد ذلك احتمال أن اشتراءه لنفسه على وجه المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة وقد تقرر عنده أن الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة فاعتبرت في الاولى ولم تعتبر في الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولي اذا أقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لم يرد الاشكال على قوله أو نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضا فكان ذلك انشاء للنكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما أنه انما لا يقبل هناك اقرار بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاؤه شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين انتهى كلامهما وقال صاحب غاية البيان فان قلت الاصل في الدلائل الاطراد وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة لان الاب اذا أقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد اذا أقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف العقد قلت لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل أبي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال وفي قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران مع التصور الامكان الشرعي ومالم يحضر الشهود لم يمكن انشاء النكاح شرعا وقد أفصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود وأفصح عنه صاحب الغاية أيضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فكون تملك الاستئناف دائرا مع التصور لا يقدح أصلا في قول صاحب الغاية لا نسلم انه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحال حضرة الشهود ثم اعلم أن هذه المسئلة على ثمانية أوجه كما

على مامر أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشترى له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب أبي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للآمر لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر

(قوله وان كان غير منقود فالقول للآمر) أقول فيه بحث فانه اذا تصادقا على الشراء وأثبته الوكيل ينبغي أن يلزم الآمر لما ذكره أبو حنيفة من الدليل فيما اذا كان حيا فليتأمل فان الظاهر أن مراد الآمر من قوله اشتريته لنفسك أنك خالفتني الا أن الظاهر من حال المسلم أن يفي وعده ولا يغيره والقول قول من يتمسك بالظاهر والقول بان الظاهر لا يثبت الاستحقاق مشترك الالزام

صح

قال (ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان الخ) رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان أبى أن يكون فلان أمره بذلك فان لفلان ولاية أخذه لان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة

(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فان فلانا يأخذه) لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق (فان قال فلان لم آمره لم يكن له) لان الاقرار يرتد برده (الا أن يسلمه المشترى له

عنه والاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك أي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه (وان قال فلان لم آمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لان الاقرار ارتد بالرد الا أن يسلمه المشترى له) أي الا أن يسلمه المشترى له العبد المشترى لاجله اليه ويجوز أن يكون معناه الا أن يسلم فلانا العبد المشترى لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشترى بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها

صرح به في الكافي وغيره لانه اما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل ذلك على وجهين اما أن يكون العبد حيا حين اختلفا أو هالكا وقد ذكر ستة أوجه منها في الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقي منها وجهان وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد هالكا والثمن منقودا أو غير منقود وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لانه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه أخبر عما لا يملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى أقول دليل الوجه الاخير منها محل اشكال فان الآمر وان كان منكر الاشتراء المأمور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر أن الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي أن لا يكون لانكار الآمر شراء المأمور حكم في هذا الوجه أيضا فتأمل (ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان) أي لاجل فلان (فباعه ثم أنكر) أي المشترى (أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فان فلانا يأخذه) يعني ان لفلان ولاية أخذه من المشترى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لان قوله السابق) أي قول المشترى السابق وهو قوله لفلان (اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق) لان الاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد في كتاب الشفعة لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كأنه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في مسئلة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الشروح (فان قال فلان لم آمره بذلك) ثم بدا له أن يأخذه (لم يكن له) أي لم يكن له على العبد سبيل (لان الاقرار) أي اقرار المشترى (ارتد برده) أي برد فلان فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه (الا أن يسلمه المشترى له) روى لفظ المشترى بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشترى فاعلا وقوله له أي لاجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو اليه فالمعنى الا أن يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشترى له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل مضمرا يعود الى المشترى فالمعنى الا أن يسلم الفضولي العبد الى المشترى له وهو فلان ثم ان هذا الاستثناء من قوله لم يكن له أي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره به لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشترى لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشترى كذا ذكره شمس الائمة السرخسي

(قوله الا أن يسلم المشترى له) أقول قوله له متعلق بالمشترى أي المشترى لاجل فلان (قوله ويجوز أن يكون معناه الا ان يسلم فلانا العبد المشترى لاجله) أقول الضمير في قوله لاجله راجع الى قوله فلانا (قوله بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها) أقول قال الاتقاني والكاكي في شرحيهما والمشترى بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد وان كان للفتح وجه على معنى الا أن يسلم المشترى العبد الى المشترى له انتهى وهذا هو الوجه لتعين المفعول بلا واسطة للاولوية على ما صرح به النحاة

(فيكون بيعا وعليه العهدة) أي على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلمه المشترى لاجله ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في

قال (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين بأعيانهما الخ) ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين بأعيانهما (ولم يسم ثمنا فاشترى أحدهما جاز لان التوكيل مطلق) عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين (فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع) أي الشراء (الا فيما لا يتغابن) استثناء من قوله جاز أي جاز شراء أحدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان أبا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو أمره أن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء فعند أبي حنيفة ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو بأقل جاز وان اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة

فيكون بيعا عنه وعليه العهدة) لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز) لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع (الا فيما لا يتغابن الناس فيه) لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع (ولو أمره بأن يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند أبي حنيفة رحمه الله ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز وان اشترى بأكثر لم يلزم الآمر) لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة

في شرح الجامع الصغير (فيكون بيعا عنه) أي فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ (وعليه العهدة) أي وعلى فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسر شيخ الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله (لانه صار مشتريا بالتعاطي) كما لا يخفى (كمن اشترى لغيره) أي كالفضولي الذي اشترى لغيره (بغير أمره حتى لزمه) أي لزم العقد المشترى (ثم سلمه المشترى له) حيث كان بيعا بالتعاطي قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير وثبت بهذا أن بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان أخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به أن النفيس من الاموال والخسيس في بيع التعاطي سواء وأشار المصنف الى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله (ودلت المسئلة) أي دلت هذه المسئلة (على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو) أي البيع بالتعاطي (يتحقق في النفيس والخسيس) أي نفيس الاموال وخسيسها (لاستتمام التراضي) أي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما (وهو المعتبر في الباب) أي التراضي هو المعتبر في باب البيع لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض فلما وجد التراضي في النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطي فيهما خلافا لما يقوله الكرخي ان البيع بالتعاطي لا ينعقد الا في الاشياء الخسيسة وقد مر ذلك في أول كتاب البيوع (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز لان التوكيل مطلق) يعني أن التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين أو مجتمعين فيجري على اطلاقه (وقد لا يتفق الجمع بينهما) أي بين العبدين (في البيع) فوجب أن ينفذ على الموكل (الا فيما لا يتغابن الناس فيه) استثناء من قوله جاز أي جاز اشتراء أحدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه (لانه) أي لان التوكيل المذكور (توكيل بالشراء) وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان أبا حنيفة يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش (وهذا كله بالاجماع) أي ما ذكر في هذه المسئلة كله بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين بأعيانهما وقد سمى له ثمنهما وهي المسئلة الثانية (ولو أمره بأن يشتريهما بألف) أي لو أمر رجلا بأن يشتري العبدين بألف (وقيمتهما سواء) أي والحال أن قيمتهما سواء (فعند أبي حنيفة ان اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز) أي جاز الشراء ويقع عن الموكل (وان اشترى بأكثر) قلت الزيادة أو كثرت (لم يلزم الآمر) بل يقع عن الوكيل (لانه) أي الآمر (قابل الالف بهما) أي بالعبدين (وقيمتهما سواء فيقسم) أي الالف (بينهما نصفين دلالة) أي من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح

(قوله لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع) أقول أي هو شرط وسماه ركنا مجازا (قال المصنف ومن أمر رجلا بان يشتري له عبدين بأعيانهما) أقول من قبيل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فان صيغة الجمع استعملت في المثنى مجازا (قال المصنف فاشترى أحدهما جاز) أقول أي بمثل القيمة (فكان أو بما يتغابن فيه الناس بقرينة الاستثناء (قوله فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع أي الشراء) أقول لا حاجة الى اخراج كلام المصنف عن ظاهره بتفسير البيع بالشراء بل يجوز ابقاء البيع في كلام المصنف على حاله كما لا يخفى

فكان آمر ابشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة وبأقل منهما مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت أو كثيرة فلا يجوز الا أن يشترى الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما استحسانا والقياس أن لا يلزم الآمر اذا اشترى أحدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان أن شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة وقال أبو يوسف ومحمد ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن الناس فيه لكن لا بد أن يبقى من الالف ما يشترى بالباقي لتحصيل غرض الآمر قال (ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز)

(فكان آمر ابشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها) أي بخمسمائة (موافقة) لامر الآمر (وبأقل منها) أي بالشراء بأقل من خمسمائة (مخالفة الى خير) فيجوز (وبالزيادة الى شر) أي الشراء بالزيادة مخالفة الى شر (قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير احتمل أن المسئلة لا اختلاف فيها لان أبا حنيفة انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا في الذي يتغابن الناس في مثله انه يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف واحتمل أن المسئلة فيها اختلاف في قول أبي حنيفة اذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيرا لا يجوز على الآمر وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشايخنا قالوا ليس في المسئلة اختلاف في الحقيقة فان قول أبي حنيفة محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية في حق هذا الواحد فهو كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر أن المسئلة على الاختلاف فانه أطلق الجواب على قول أبي حنيفة وفصله على قولهما انتهى والمصنف اختار ما ذهب اليه شيخ الاسلام حيث قال وبالزيادة الى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (الا أن يشترى الباقي ببقية الالف قبل أن يختصما) فيجوز حينئذ ويلزم الآمر (استحسانا) قيد به لان جواب القياس أن لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه أخذ مالك والشافعي وأحمد ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لان شراء الاول قائم) يعني أن شراء العبد الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة (وقد حصل غرضه المصرح به) أي وقد حصل عند اشتراء الباقي غرض الاول الذي صرح به (وهو تحصيل العبدين بالف وما ثبت الانقسام) أي لم يثبت (الا دلالة والصريح يفوقها) أي يفوق الدلالة يعني أن الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطلت الدلالة (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي) أي والحال أنه قد بقي (من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز) ولزم الآمر (لان التوكيل مطلق) أي غير مقيد بخمسمائة (لكنه يتقيد بالمتعارف وهو) أي المتعارف (فيما قلنا) أي فيما يتغابن الناس فيه (ولكن لا بد أن يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقي) من العبدين (ليمكنه) أي ليمكن المأمور (تحصيل غرض الآمر) وهو تملك العبدين معا (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن له على آخر ألف درهم فأمره) أي الآخر (بان يشتري بها) أي بتلك الالف (هذا العبد) يعني العبد المعين (فاشتراه جاز) ولزم الآمر قبضه أو مات قبله عند المأمور

(قال المصنف لان شراء الاول قائم) أقول في الكافي فان قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل قلنا العمل بالصريح أولى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بالف وانما عملنا بالدلالة اذا لم يعارضها الصريح فاذا جاء الصريح بطل العمل بها انتهى فلا تعتبر مخالفة الدلالة اذا حصل موافقة الصريح فيكون من قبيل التبيين (قوله لان التوكيل الى قوله بالمتعارف) أقول في تقريره قصور

لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره ان شاء الله تعالى قال (وان أمره أن يشترى بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشترى وان قبضه الآمر فهو له) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور) وعلى هذا اذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات دينا كانت أو عينا ألا يرى أنه لو نبا بها عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابى حنيفة رحمه الله أنها تتعين فى الوكالات

(لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى) يشير الى ما سيذكره بقوله بخلاف ما اذا عين البائع الخ (وان أمره أن يشترى بها) أى بالالف التى عليه (عبدا بغير عينه فاشتراه فمات فى يده) أى فمات العبد فى يد المشترى (قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشترى) فالالف عليه (وان قبضه الآمر فهو) أى العبد (له) أى للآمر (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا) أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أى العبد (لازم للآمر اذا قبضه المأمور) سواء قبضه الآمر أو مات فى يد المأمور قال المصنف (وعلى هذا) أى على هذا التفصيل (اذا أمره) أى اذا أمر من عليه الدين (أن يسلم ما عليه) أى يعقد عقد السلم (أو يصرف ما عليه) أى أو يعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف قال الشراح وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض فى المجلس أقول فيه نظر اذ قد سبق فى أوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض لاحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما وهل يليق بشأن المصنف دفع مثل ذلك التوهم فالحق عندى أن تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يتردد فى الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه فى بابى السلم والصرف أيضا أم لا بناء على أن لهما شأنا مخصوصا فى بعض الاحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر فى آخر مسئلة التوكيل بشراء شئ بغير عينه والتوكيل فى الاسلام بالطعام على هذه الوجوه (لهما) أى لابى يوسف ومحمد رحمهما الله (ان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات دينا كانت أو عينا) يعنى سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا فى الذمة أو عينا غير ثابتة فى الذمة ونور ذلك بقوله (ألا يرى أنه لو نبا بها عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد) ويجب مثل الدين وكل ما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء (فصار الاطلاق) بان قال بألف ولم يضفه الى ما عليه (والتقييد) بأن أضافه الى ما عليه (فيه) أى فى العقد المزبور (سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر) أى ويلزم العقد الآمر وصار كما لو قال تصدق بما لى عليك على المساكين فانه يجوز (ولابى حنيفة رحمه الله انها) أى الدراهم والدنانير (تتعين فى الوكالات) قال صاحب النهاية لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل وأما قبل التسليم اليه فلا تتعين فى الوكالات أيضا بالاجماع لانه ذكر فى الذخيرة وقال قال محمد فى الزيادات رجل قال لغيره اشتر لى بهذه الالف الدرهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء وأما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه بعضهم قال تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة الى الشراء

والدراهم

ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت ونقل الناطفي عن الاصل أن الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان تدلان على أن النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكورة في الكتاب لا تفصل بين ما قبل القبض وما بعده والاخرى تدل على أنها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل وأما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات أيضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد رحمه الله (٥٥) في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه

ألا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة

والدراهم والدنانير يتعينان في الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد أمانة والدراهم والدنانير يتعينان في الامانات وعامتهم على أنها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيآن أحدهما بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر فيما بين الناس أن الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثاني قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل وهذا الأن شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بنوع اجمال ولقائل أن يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لانه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بمائتي سنة والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد رحمه الله في الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى أقول ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة لم يقولوا ما ذهبوا اليه من تعين النقود في الوكالات بعد التسليم الى الوكيل باجتهادهم من عند أنفسهم بل بتخريجهم اياه من أصل أبي حنيفة كما هو حال أصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف ههنا من قبيل اثبات قول أبي حنيفة بأصله على تخريج بعض المشايخ وأمثال هذا أكثر من أن تحصى وأما الثاني فلان حاصله أن المصنف أخذ ما ذكره ههنا من مفهوم قول محمد في الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل فيرد عليه أن محمدا لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن ما ذكره على قول نفسه فقط فلا أقل من أن يكون ذلك مما قال به أيضا فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم أن يكون المشتري للوكيل عند محمد فيما اذا سلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشتر لي بها عينا فاشتراه وقبضه فهلك في يده قبل أن يقبضه الآمر مع أن قول محمد وقول أبي يوسف بخلافه كما صرحوا به قاطبة وذكر في مسئلة الكتاب وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى أقول هو مدفوع بحمل اطلاق ما في الكتاب على ما هو المقيد في كلام الثقات اذ قد تقرر في الاصول أن المطلق والمقيد اذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وههنا كذلك فتدبر (ألا ترى) تنوير لتعين الدراهم والدنانير في الوكالات (انه) أي الآمر (لو قيد الوكالة بالعين منها) أي من الدراهم والدنانير (أو بالدين منها ثم استهلك) أي الآمر أو الوكيل (العين) كذا في معراج الدراية ويجوز أن يكون استهلك على بناء المفعول (أو أسقط) أي الموكل (الدين) بان أبرأه عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية أيضا ويجوز فيه أيضا بناء المفعول (بطلت الوكالة) جواب لو قيد الوكالة

الالف درهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء وأما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم على أنها لا تتعين ثم قال وفائدة النقل والتسليم على قول العامة تأقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة وهذا قول منهم تتعين بالتعيين لان المراد به هو التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقائل أن يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لانه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بمائتي سنة والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعد التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وردا بأنه مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما

واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشترى

ونقل الناطفي في الاجناس عن الأصل أن الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال هذه المسئلة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد يعني المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ما ذكره الامام قاضيخان في السلم من بيوع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوبا وقد سماه فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشتري لا للآمر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو أشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم الآمر كان الثوب للآمر وتطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث والوصي اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه أقول دلالة ما نقله عن الامام قاضيخان على أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر أنه صور المسئلة فيما اذا أنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه أن لا يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل ألا يرى أنه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فأقول كان المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا كلامه وقال صاحب العناية ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وردبأنه مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما انتهى أقول هذا حاصل ما ذكره صاحب العناية خلاف قوله ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وأنه ليس بسديد اذ لم نجد في نسخ النهاية هنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هي مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل (فاذا تعينت) أي الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره أن الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات واذا تعينت (كان هذا) أي التوكيل المذكور (تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله) أي ذلك الغير (بقبضه) أي بقبض الدين (وذلك) أي تمليك الدين على الوجه المزبور (لا يجوز) لعدم القدرة على التسليم (كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز فكان تقديره كما اذا اشترى المشترى شيأ بدين على غير نفسه كذا في النهاية وعليه أكثر الشراح وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام أي كما اذا اشترى هذا المأمور بدين هو حق الآمر على غير هذا المأمور انتهى ووافقه صاحب الغاية حيث قال يعني كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا أمر زيد مثلا أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيأ من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من

(قوله واذا تعينت) هو تتمة الدليل وتقريره أنها تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشترى بأن كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيأ بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك

(قال المصنف كما اذا اشترى بدين على غير المشترى) أقول قال في النهاية تقديره كما اذا اشترى المشترى شيأ بدين على غير نفسه انتهى وقال الاتقاني يعني كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا أمر زيد مثلا أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيأ من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا ما نحن فيه وهو ما اذا أمر الوكيل أن يشتري بدين على الوكيل عبدا بغير عينه انتهى فبين كلامه وكلام النهاية تفاوت لا يخفى

(أو يكون أمرا بصرف) أي بدفع (مالا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك) لان الديون تقضى بأمثالها فكان ما أدى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس يملكه (باطل) وصار (كما اذا قال أعط مالي عليك من شئت) فانه باطل لانه أمر بصرف مالا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه (قوله بخلاف ما اذا عين البائع) يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع أو المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للآمر (لانه يصير) البائع أولا (وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه) وذلك ليس بتمليك الدين من غير من عليه الدين ولا أمرا بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى (٥٧) شيأ بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض أولا لكونه معينا وأجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير

أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال أعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه

عليه الدين فكذا فيما نحن فيه انتهى وبين المعنيين تغاير لا يخفى (أو يكون أمرا بصرف) أي بدفع (مالا يملكه الا بالقبض قبله) أي قبل القبض متعلق بصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين لغير من عليه الدين والمعنى أو يكون التوكيل المذكور أمرا من رب الدين للمديون بدفع مالا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بأمثالها فكان ما أدى المديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض (وذلك باطل) أي أمر الانسان بدفع مالا يملكه باطل (كما اذا قال أعط مالي عليك من شئت) فانه باطل لانه أمر بصرف مالا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه (بخلاف ما اذا عين البائع) يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هناك (لانه) أي البائع (يصير) أولا (وكيلا عنه) أي عن الموكل (في القبض) تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان (ثم يتملكه) أي ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين أولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسئلة فصار كما لو عين البائع ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا قيل يشكل بما لو آجر حماما بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا أمرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير أن يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح وأجيب بان ذلك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستأجر لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر في القبض كذا في الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيأ بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعل البائع وكيلا بالقبض أولا لكونه معينا وأجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير كذا في العناية وبعض الشراح أقول في هذا الجواب بحث أما أولا فلان البائع لو جعل هنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط أداء الثمن على الغير بل يكون أداء الثمن على المشتري بيد وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع وأما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور ههنا أصلا وأما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لما كان لقول المصنف فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب العناية في شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان أمكن تخليص كلام المصنف بحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب اليه بعض الشراح دون المعنى الذي ذهب اليه أكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العناية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتأمل وأجيب عن الاعتراض المذكور

(قوله وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم الخ) أقول فيه تأمل (قوله قال في النهاية هذا) أقول أي التعيين (قوله ثم قال والاصل أن الدراهم الخ) أقول يعني قال في الذخيرة (قوله لان المراد به هو التوقت ببقائها الخ) أقول فيه تطرق ان التوقت عادي لا شرعي فافهم ثم اعلم أن الضمير في قوله به راجع الى التعيين (قوله وقطع الرجوع الخ) أقول عطف على قوله توقت ببقاء الوكالة كما لا يخفى وفائدة ثانية (قوله على الموكل) أقول متعلق بقطع والظاهر أن يقال عن بدل على (قوله ولقائل أن يقول) أقول تأمل فيه (قوله والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ الخ) أقول فيه نظر اذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل

(٨ - تكملة سادس) القبض وما بعده كما مر (قوله من التقييد بعدم التسليم) أقول حيث قال فلم يسلمها (قوله ورد بانه مخالف) أقول الرد للاتقاني الى آخر قوله بل انما قيد المصنف (قوله بطلت الوكالة) أقول ويدل عليه ظاهر الفائدة الاولى (قوله لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الخ) أقول فحينئذ يكون استهلاك على بناء المفعول (قوله لانه يضمن الدراهم الخ) أقول بخلاف ما اذا هلك فانه لا يضمن (قوله وذلك ليس بتمليك الخ) أقول اذ يقول اذا قبضه يكون عينا (قوله واعترض بانه لو اشترى الخ) أقول مخالف لقوله فانه لا يجوز لذلك (قوله وأجيب بان عدم الجواز الى قوله على الغير) أقول النقود لا تتعين في المعاوضات فكيف يصح حديث الاشتراط

قول حلبي (قوله وانما خصهما بالذكر الى قوله قوله وذلك اذا استهلك) حقه أن يوضع بهامش الصحيفتين اللتين قبل هذه اه مصححه

وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال (ومن دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور) ومراده اذا كانت تساوى ألفا لانه أمين فيه

(قوله وبخلاف) جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكره فى الكتاب وقدمناه فى سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله (واذا لم يصح التوكيل) رجوع الى أول البحث يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور فاذا هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطى فان هلك عنده هلك من ماله قال (ومن دفع الى آخر ألفا الخ) رجل دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول للمأمور ومراده اذا كانت تساوى الالف لانه أمين فيه

فى بعض الشروح بوجه آخر أيضا وهو أن البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا فى ضمن المبايعة ولابد من أن يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والمبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض فى ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى (وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق) جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر فى الكتاب وقد ذكرناه فى سياق دليلهما (لانه) أى الآمر بالتصدق (جعل المال لله تعالى) ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل فى قبض حقه كذا فى الكافى وغيره (وهو معلوم) أى الله تبارك وتعالى معلوم فكان كتعيين البائع فى المسئلة الاولى وأما مسئلة التصادق فى الشراء بان لا دين له عليه فلان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى الشراء عينا أو دينا ولكن يتعينان فى الوكالات فلما لم يتعينا فى الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين كذا ذكره الامام المرغينانى والمحبوبى وقاضيخان (واذا لم يصح التوكيل) رجوع الى أول البحث يعنى لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح (نفذ الشراء على المأمور فهلك من ماله) يعنى اذا هلك هلك من مال المأمور (الا اذا قبضه الآمر منه) فانه اذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر (لانعقاد البيع) بينهما (تعاطيا) فكان هالكا فى ملك الآمر قال الامام الزيلعى فى التبيين وذكر فى النهاية أن النقود لا تتعين فى الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة والتعليل الصحيح له أن يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز فى المعين لكونه أمرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول فكان توكيلا للمدين بالتمليك فى الاسلام والشراء والصرف ولا يجوز الى هنا كلامه أقول فيه نظر اذ لا يلزمهما التعليل الذى ذكره أيضا انه يجوز أن يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضى عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم تتعين النقود فى الوكالات لم يكن لتعيين الآمر الالف التى على المأمور تأثير فيما أمره به من اشتراء عبد له بل صح اشتراء المأمور عبد الله بأية ألف كانت فكان ذكر تلك الالف فى التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل وقد أشار اليه المصنف فى أثناء دليلهما حيث قال فكان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ولابد فى تمام التعليل من قبل أبى حنيفة رحمه الله من المصير الى تعيين النقود فى الوكالات وان كان على قول بعض المشايخ كما فعله المصنف فلله دره فى تدقيقه وتحقيقه (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع الى آخر ألفا وأمره أن يشترى بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور) الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (ومراده) أى مراد محمد (اذا كانت) أى الجارية (تساوى ألفا) يعنى أن الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيما اذا كانت قيمة الجارية ألفا (لانه) أى المأمور (أمين فيه) أى فى الخصوص المزبور

(قال المصنف فالقول قول المأمور) أقول قال صدر الشريعة بلا يمين (قال المصنف ومراده) أقول يعنى مراد محمد رحمه الله (قال المصنف لانه أمين فيه) أقول ولم يعتبر هنا المبادلة الحكمية لسبق الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح

وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفا فيضمن قال (وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر) أما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور قال (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر

(وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو) أي المأمور (ينكر) والقول قول المنكر (فان كانت) أي الجارية (تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه) أي الوكيل (خالف) أي خالف الآمر الى شر (حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر يتناول ما يساوي ألفا) وأيضا فيه غبن فاحش (فيضمن) أي المأمور لانه لا يملك أن يخالف الآمر الى شر ولا أن يشتري بغبن فاحش (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وان لم يكن دفع اليه الالف) واختلفا (فالقول قول الآمر أما اذا كانت قيمتها) أي قيمة الجارية (خمسمائة فللمخالفة) ولتحقق الغبن الفاحش كما مر آنفا (وان كانت قيمتها ألفا فمعناه) أي فمعنى قول محمد فالقول قول الآمر (انهما يتحالفان) وينبغي به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي ألفا وجب أن تلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بالف أو بأقل منه لانه ان اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خير وكل ذلك يلزم الآمر كذا في العناية وغيرها أقول بقي ههنا شئ وهو أن المذكور في قول محمد فالقول قول الآمر والتحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذاك والجواب الذي أشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يتمشى هنا كما لا يخفى على المتأمل قال المصنف (لان الموكل والوكيل في هذا) أي في هذا الفصل (ينزلان منزلة البائع والمشتري) للمبادلة الحكمية بينهما (وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ) يعني فاذا تحالفا يفسخ (العقد الذي جرى بينهما) أي بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمي (فتلزم الجارية المأمور) قيل هنا مطالبة وهي أن الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك وأجيب بان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه) ووقع الاختلاف في الثمن (فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور) اشتريته (بألف وصدق البائع) أي بائع العبد (المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المصنف (قيل لا تحالف ههنا) وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني (لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو) أي البائع (حاضر) فيجعل تصادقهما بمنزلة أبي جعفر الهندواني لان تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو أنشأ لزم الآمر فكذا هنا

سواء قال المأمور اشتريتها بالف أو باقل منه لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الآمر وهذا لانهما في هذا أي في هذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المأمور وفيه مطالبة وهي أن الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب أن في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد الخ) واذا أمره بشراء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهو قول

(قال المصنف فالقول للآمر) أقول يعني لا يلزم الآمر فيكون قوله مقبولا مع اليمين (قال المصنف لانه خالف حيث اشترى الخ) أقول ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الآمر (قوله فمعنى قوله فالقول للآمر الخ) أقول وأنت خبير بأنه يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز لكن المصنف يجوزه اذا كان بسببين مختلفين والكلام في وجود القرينة الصارفة فانها ليست بظاهرة ههنا كظهورها في المسئلة الثالثة

بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم مايرفعه (وقيل يتحالفان كما ذكرنا) فان قيل المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه أجاب بقوله (وقد ذكر)

يعني محمدا (معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) لان البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف وأما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر أولى (قوله والبائع بعد استيفاء الثمن) جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المصنف (وهذا قول الامام أبي منصور وهو أظهر) قال في الكافي وهو الصحيح

وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف وهذا قول الامام أبي منصور رحمه الله وهو أظهر

انشاء العقد ولو أنشأ العقد لزم الآمر فكذا هنا (وفي المسئلة الاولى هو) أي البائع (غائب فاعتبر الاختلاف) لعدم مايرفعه ووجب التحالف (وقيل يتحالفان) في هذه المسئلة أيضا وهو قول الشيخ أبي منصور الماتريدي (كما ذكرنا) أي في المسئلة الاولى من أنهما ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ولما استشعر أن يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد في الجامع الصغير أن القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفة أجاب بقوله (وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) يعني أن محمدا اكتفى بذكر معظم اليمين من يميني التحالف وهو يمين البائع أي المأمور لانه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذي هو المأمور معظم يميني التحالف لانه مدع ههنا ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف وأما المشتري وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين في كل حال فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعى فلان تجب على الآمر وهو المنكر أولى كذا في الشروح قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام على هذا النمط هكذا ذكر المشايخ الا أن فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ماذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول قول المأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله وفي التحالف لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتأمل (والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما) هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني أن بائع العبد بعد استيفاء الثمن أجنبي عن الموكل والوكيل معا (وقبله) أي قبل استيفاء الثمن (أجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما) أي بين البائع والموكل (بيع) فلم يكن كلامه معتبرا (فلا يصدق عليه) أي على الموكل (فبقي الخلاف) بين الآمر والمأمور فلزم التحالف قال المصنف (وهذا) أي القول بالتحالف (قول الامام أبي منصور وهو أظهر) وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه أبي جعفر أصح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا اذا تصادقا على الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل أمرتني بالشراء بألف وقال الموكل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ويلزم العبد الوكيل لان الامر يستفاد من جهته فكان القول قوله فلو أقاما البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية أقول يرد على ظاهره أن وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسم عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح أن يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن خلاف التحالف فيه فيصور بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين وبان يتصادقا على عدم تسمية الثمن أصلا وبالجملة يجوز أن يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث عدم تسميته والثاني هو المراد في قول الامام المحبوبي

(قال المصنف وقد ذكر معظم يمين التحالف) أقول وتظيره ماسيجيء في باب التحالف من قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ماقاله البائع قال المصنف (وهو أظهر) أقول وانما كان أظهر لان تصديق البائع لو رفع الخلاف وصار تصادقهما بمنزلة انشاء العقد بقي قوله مع يمينه بلا فائدة

فصل

﴿فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد﴾ لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا له على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكره فى فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وأن يوكل العبد رجلا ليشترى نفسه من مولاه فالعبد فى الاول موكل وفى الثانى وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول فى توكيل العبد رجلا أو فى توكيل العبد رجل قال (واذا قال العبد لرجل اشترلى نفسى من المولى بألف ودفعها اليه

﴿فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد﴾ قال (واذا قال العبد لرجل اشترلى نفسى من المولى بألف ودفعها اليه

﴿فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد﴾ لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر فى فصل على حدة كذا فى العناية وكثير من الشروح واستشكله بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسئلة الاولى ان أريد الشراء وكالة والا فالثانية لاغير فيحتاج الى أن يكون تقدير الكلام فى قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ المراد بالشراء ماهو عام للشراء وكالة وللشراء أصالة فيتناول الكلام المسئلتين معا وأما الاحتياج الى أن يكون تقدير الكلام فى قوله لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فأمر ضرورى على كل حال لان المحذور أن لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء لا أن يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك اذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا ثم أقول فى استشكال ما فى الشروح التوجيه الذى ذكروه لا يتناول المسئلة الثانية بل انما يتمشى فى المسئلة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه انما يصير اعتاقا على مال أن لو كان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه وأما اذا كان لغيره فلا والتوكيل فى المسئلة الثانية انما هو بشراء العبد نفسه من مولاه للوكل فان وافق العبد أمر الآمر فشراؤه ليس باعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض وان خالف أمره فيكون شراؤه اعتاقا على مال ولا ينافى كون التوكيل فى هاتيك المسئلة من مسائل فصل التوكيل بالشراء اذ المسئلة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لامر الآمر كما فى كثير من مسائل هذا الفصل وغيره وأما التوكيل فى المسئلة الاولى فانما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد فاذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه يصير ذلك الشراء اعتاقا على مال معنى وان كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور فى هذه المسئلة دون الاخرى فكان قاصرا قال فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الالف واللام فى قول المصنف فى التوكيل بشراء نفس العبد بدل الاضافة وتلك الاضافة اضافة المصدر الى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر الى المسئلة الاولى أى توكيل العبد الاجنبى بشراء نفسه والاجنبى بالنظر الى المسئلة الثانية أى توكيل الاجنبى العبد بشراء نفسه انتهى وقال فى العناية والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وأن يوكل العبد رجل ليشترى نفسه من مولاه فالعبد فى الاول موكل وفى الثانى وكيل وكلام المصنف يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول فى توكيل العبد رجلا أو فى توكيل العبد رجل انتهى أقول تناول قول المصنف فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد للمسئلتين على كلا التقديرين انما يكون على سبيل البدل وفى ذلك تعسف لا يخفى فالاوجه أن يقدر كل واحد من المضاف اليه والمتروك أمرا عاما مثل أن يقال فصل فى توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحدة من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (واذا قال العبد لرجل اشترلى نفسى من المولى) أى من مولاى (بالف ودفعها) أى دفع العبد الالف (اليه) أى الى الرجل الذى وكله

﴿فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد﴾ (قوله لما كان شراء العبد نفسه الخ) أقول أى وكالة فيتناول المسئلتين اذ فى الأولى شراء نفسه لموكل وفى الثانية وكيل أيضا الا أنه خالف أمر الموكل ولا يخفى عليك ما فيه بل لا يتناول الكلام الا المسئلة الأولى ان أريد الشراء وكالة والا فالثانية لاغير فيحتاج الى أن يكون تقدير الكلام فى قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل والاظهر أن يقال لما كان تصرف الوكيل فى هذه الوكالة شراء على تقدير واعتاقا على تقدير بخلاف غيره ناسب أن يذكر فى فصل على حدة وفى قوله من مولاه اعتاقا على مال الخ مسامحة فان الاعتاق انما هو بيعه من نفسه (قوله وكلام المصنف يتناولهما) أقول أى على سبيل البدل (قوله وجعل المصدر الخ) أقول والاولى أن يقدر المضاف اليه والمتروك كلاهما أمرا عاما مثل أن يقول فى توكيل شخص شخصا أو أحدا أحدا حتى يتناولهما كلام المصنف معا على أنه لا يبعد أن ينزل التوكيل منزلة اللازم

فلا بد لو اما أن يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه أو لم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى أما أنه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث أضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى

نفسه بنفسه وأما أن الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا أعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشترى لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لانسلم أن العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف أخرى ثمنا للعبد فانه أي الثمن في ذمة المشترى لان الاداء لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشترى وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي أن يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فاذا لم يجب عليه ألف أخرى كان اعتاقا بلا بدل أدى

فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى) لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا أعقب الولاء (وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشترى) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له (والالف للمولى) لانه كسب عبده (وعلى المشترى ألف مثله) ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء

(فان قال الرجل) أي الوكيل (للمولى اشتريته) أي العبد (لنفسه) أي لنفس العبد (فباعه على هذا) أي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه (فهو حر) أي فذلك العبد حر يعني صار حرا (والولاء للمولى) أي وولاء ذلك العبد للمولى (لان بيع نفس العبد منه) أي من العبد (اعتاق) أي اعتاق على مال والاعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك كما أشار اليه بقوله (وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه) أي عن العبد حيث أضاف العقد اليه (اذ لا يرجع اليه الحقوق) أي لا يرجع الى المأمور حقوق العقد لانه متى أضاف العقد الى العبد فقد جعل نفسه رسولا ولا عهدة على الرسول واذا كان كذلك (فصار كأنه) أي العبد (اشترى نفسه بنفسه) أي بلا واسطة (واذا كان اعتاقا) أي واذا كان بيع نفس العبد من العبد اعتاقا لذلك العبد (أعقب الولاء) أي أعقب الولاء للمعتق فثبت أن العبد في هذه الصورة صار حرا وكان ولاؤه للمولى (وان لم يعين للمولى) أي وان لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد (فهو عبد للمشترى) يعني صار ملكا له (لان اللفظ) أي لان قوله اشتريت عبدك بكذا (حقيقة للمعاوضة) أي موضوع للمعاوضة دون الاعتاق (وأمكن العمل بها) يعني أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها (اذا لم يبين) أي اذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لاجل نفسه (فيحافظ عليها) أي فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لانسلم ان العمل بالحقيقة ممكن هنا لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه قلنا قد أتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال وما أتى به انما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه وسنجيء الاشارة من المصنف الى تطير هذا في المسئلة الثانية (بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يجعل للاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة (لان المجاز) وهو كون الشراء مستعارا للاعتاق (فيه) أي في شراء العبد نفسه (متعين) لان العبد ليس بأهل أن يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الاعتاق أولان نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخر والاعتاق يزيله لا الى آخر (واذا كان معاوضة) يعني اذا كان العقد معاوضة فيما اذا لم يعين للمولى (يثبت الملك له) أي للمشترى (والالف للمولى) أي والالف التي دفعها العبد الى المشترى حين أن وكله تكون للمولى (لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف مثله) أي مثل ذلك الالف (ثمنا للعبد) قوله ثمنا نصب على التمييز أي من جهة أنه ثمن للعبد (فانه) أي الثمن (في ذمته) أي في ذمة المشترى (حيث لم يصح الاداء) لان المشترى

(قوله كان اعتاقا بلا بدل) أقول لان الالف المؤدى ملك المولى قبل الاعتاق لكونه كسب عبده ولا يصلح ملكه بدلا عن ملكه

وهذا (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد) يعني أن يوكل أجنبي أجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين أي حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان

بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا فأحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه يعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر)

أما ما نحن فيه فان أحدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه أي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف عسى بكاد فاستعماله استعماله وقوله (ولا مطالبة على الوكيل) هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير ووجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح أن الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل ألا يرى أن المولى لو كان هو الذي أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بألف درهم الى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والالف عليه الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك) هذه هي المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشملهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما أن يضيف العقد الى موكله أو الى نفسه أو أطلق فان أضافه الى موكله (فقال لمولاه يعني نفسي لفلان بكذا ففعل) أي ففعل المولى ذلك (فهو) أي العقد أو العبد (للآمر

أدى تلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمنا قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري وأما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الامام قاضيخان وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي أن تجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفي كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان اعتاقا بلا بدل انتهى فتأمل (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أي من غير العبد بأن يوكل أجنبي أجنبيا بشراء العبد من مولاه (حيث لا يشترط بيانه) أي بيان الشراء يعني لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل (لان العقدين) يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل (هنالك) أي في تلك الصورة (على نمط واحد) أي على نوع واحد وهو المبايعة والنمط النوع والطريقة أيضا (وفي الحالين) أي حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله (المطالبة تتوجه نحو العاقد) فلا يحتاج الى البيان (وأما ههنا) أي فيما نحن فيه (فأحدهما) أي أحد العقدين (اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل) أي لا مطالبة في الاعتاق على الوكيل لانه سفير (والمولى عساه) أي لعله (لا يرضاه) أي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به (ويرغب في المعاوضة المحضة) أي والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة (فلا بد من البيان) اعلم أن قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رحمه الله ذكر فيه أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا في وكالة الجامع الكبير وجه رواية الجامع أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا ههنا وعن عيسى بن أبان قال الصحيح أن الثمن على العبد لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل ألا يرى أن المولى لو كان هو الذي أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بألف درهم الى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والالف عليه الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك) هذه هي المسئلة الثانية من المسئلتين اللتين يشملهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما أن يضيف العقد الى موكله أو الى نفسه أو أطلق فان أضافه الى موكله (فقال لمولاه يعني نفسي لفلان بكذا ففعل) أي ففعل المولى ذلك (فهو) أي العقد أو العبد (للآمر

وليس اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل قال (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك الخ) هذه هي المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما أن يضيف العقد الى موكله أو الى نفسه أو أطلق فان أضافه الى موكله بان قال يعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد أو العبد

الآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه أجنبى عن ماليته لانها للمولاه حتى لو أقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبى بشراء نفسه (الا أن ماليته) يعنى هو أجنبى عن ماليته الا أنها بيده حتى لو أراد المولى أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهى بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا فى قبض الوكيل انه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز أجيب بان كون مالية العبد فى يده أمر حسى لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتبارى فجاز أن لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد أمر اعتبارى وكونها بيده (٦٤) كذلك وقبض الوكيل أمر حسى لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب أن يقال القبض أمر حسى اذا قام بمكان لا يجعل فى غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة وأما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم

لان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه أجنبى عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا أن ماليته فى يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع

لان العبد يصلح وكيلا عن غيره فى شراء نفسه لانه) أى العبد (أجنبى عن ماليته) لانها للمولاه حتى لو أقر بها لغيره لم يصح (والبيع يرد عليه) أى على العبد (من حيث انه مال) لا من حيث انه آدمى فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من أموال المولى أو كتوكيل أجنبى بشراء نفسه قال شمس الائمة أما صحة هذا التوكيل فلان العبد مخاطب له عبارة ملزمة كالحر وانما يصلح الحر أن يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة فكذلك العبد (الا أن ماليته فى يده) استثناء من قوله لانه أجنبى عن ماليته يعنى أن مالية العبد فى يد نفسه (حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع) فانه لو أراد البائع أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته فى يده لكونه مأذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهى بحضرته لم يكن للبائع حبسها (لاستيفاء الثمن) لكونها مسلمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال وكون المالية ههنا فى يد العبد أمرا حسيا لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمرا اعتبارى فجاز أن لا يعتبر انتهى أقول كل واحد من سؤاله وجوابه منظور فيه أما السؤال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل فى أثناء هذا السؤال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السؤال أن التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضرورى لا يمكن الاحتراز عنه وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر فى حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير أن لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل هناك فلا يكون نظيرا لما نحن فيه فالوجه أن يقال بدل ذلك كما قلنا فى قبض الوكيل وتوضيح المقام أن انا قولين فى قبض الوكيل على ما مر أحدهما أن قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضرورى لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما أن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل فى الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثانى وأما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد فى يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بأن الاول أمر حسى لا مرد له والثانى أمر اعتبارى فجاز أن لا يعتبر الثانى دون الاول مما لا يجدى طائلا فى قطع مادة السؤال المذكور لان خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه

(قال المصنف حتى لا يملك البائع الحبس) أقول قال الزيلعى لكونه قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره انتهى وفى الكافى والمبيع اذا كان فى يد الوكيل بالشراء حاضرا فى مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لانه بنفس العقد صير مخليا بين المبيع والمشترى فصار قابضا له بنفس الشراء وصار كالوديعة اذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة حاضرة فى مجلس البيع فانه لا يكون مسقطا لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا هنا انتهى ولعل ذكر حضور المبيع فى مجلس الشراء ليتصور الحبس فانه اذا كان فى بيت المشترى دون مجلس العقد لا يتصور ذلك غالبا لان الحضور شرط لعدم الحبس (قوله لكونها مسلمة اليه) أقول يعنى بالتخلية (قوله كما قلنا فى قبض الوكيل) أقول يعنى فى الفصل السابق (قوله للوكيل حق الحبس عندنا) أقول خلافا لزفر (قوله أجيب بان كون مالية العبد فى يده أمرا حسيا) أقول أى بمنزلة الامر الحسى لانه فى يده حقيقة فاندفع هذا الجواب الى ما استوجبه أيضا ويمكن أن يجاب عن قوله فان قلت الاحتراز الخ بوجه آخر وهو أن الحبس هنا يؤدى الى حبس الوكيل والموكل به ولا نظير له بخلاف حبس الوكيل عن الموكل (قوله لا مرد له) أقول أى للحبس (قوله فكان الامر بالعكس) أقول انما يكون كذلك لو كان قبض الموكل أمرا حسيا لا مرد له

فاذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر

مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لامنع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مرد له انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما أثير الفرق المزبور بالنظر الى ما أدرجه في أثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ماهو المقصود وقال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك السؤال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب أن يقال القبض أمر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة فاما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم الى هنا كلامه أقول في كل واحد من نظره وجوابه الذي استصوبه بحث أما في الاول فلان الامر الحسي الذي لا مرد له انما هو قبض الوكيل والذي عداه تاج الشريعة في جوابه أمر اعتباري انما هو كونه قبض الوكيل قبض الموكل وأين هذا من ذاك فلم يكن الامر بالعكس كما لا يخفى وأما في الثاني فلانه ان أراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف لما قاله سابقا في النظر من أن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك وان أراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار أهل الشرع فللسائل أن يقول لم لا يجوز أن يترك أهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل على أن حاصل هذا الجواب أيضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بأن الانفكاك جائز في الاول دون الثاني فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت أن خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم هنا مسقطا لحق الحبس لامنع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ماذكره جوابا عنه اللهم الا أن يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين أن يقال كما ذكره لا الصواب في الجواب عن أصل السؤال أن يقال كذا لكنه بعيد عن ايفاء حق المقام والاشبه في تقرير ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه ماذكره صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولا يتحبس المبيع عن الموكل وان كانت يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشترى نفسه انتهى (فاذا أضافه) أي أضاف العبد العقد (الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر) هذا نتيجة الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا أضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم أن قوله في الكتاب ففعل فهو للآمر يشير الى أن العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ماذكر في الجامع من أن اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعتني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفي الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قيل اذا أضاف العبد العقد الى الآمر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا أنه يرجع به على الآمر فان قلت قد يكون العبد محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذي باشره مع مولاه

(قوله فاذا أضافه الى الآمر) نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا أضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا أضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على حر وكل بشيء وفعله وقوله (ففعل فهو للآمر) يشير الى أن العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ماذكره في الجامع من أن اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعتني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي العقد بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما يأتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا أضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق أجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع

مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن

وان أضافه الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء شئ بعينه فكيف جازله أن يشترى لنفسه أجاب بقوله لكنه أتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فنفذ عليه كما تقدم وان أطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف أن يقع عمن باشره وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة وأجيب بأن اللفظ للحقيقة اذا لم تكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه

غير متصورة ورضي المولى بذلك واليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ

(وان عقد لنفسه فهو حر) لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر) لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

(قوله فينفذ عليه كما تقدم) أقول يعني في الفصل السابق (قوله وهي اضافة العبد العقد الخ) أقول فيه أن الكلام في الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل (قوله ورضي المولى بذلك) أقول ان أراد رضي المولى مطلقا فمسلم لكن لا يصلح أن يكون دافعا للمعنى الحقيقي وان أراد رضاه به دون المعاوضة فغير مسلم لان رضاه بالاعتاق دون المعاوضة انما يصح أن لو تعين المعنى المجازي اذا أطلق وهل النزاع الا فيه (قوله بذلك) أقول أي بالمعنى المجازي (قوله لانا نقول الاحتمال انما هو الخ) أقول فيه أن المعنى الحقيقي متعين من حيث اللفظ اذا قطع النظر عن القرينة (قال المصنف وكذا لو قال بعني نفسي الخ) أقول لا يقال البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردد اذا الحمل على الحقيقة هو الاصل بالاتفاق ولانا نقول الاصل أن الانسان يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان فتساقطا فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف التصرف فان والظاهر أن المولى يريد الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه مطلق اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه الا الى الحرية ليثبت له الولاء

فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن (وان عقد لنفسه) أي ان أضاف العقد الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت (فهو حر لانه اعتاق) لما تقدم (وقد رضي به المولى) لانه علم أن بيع العبد منه اعتاق (دون المعاوضة) أي لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر ولما استشعر أن يقال العبد وكيل بشراء شئ بعينه فكيف جازله أن يشترى لنفسه أجاب بقوله (والعبد وان كان وكيلا بشراء شئ معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر) وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا (وفي مثله ينفذ على الوكيل) فان الوكيل بشراء شئ بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان) أي وكذا لو أطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك (فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين) يعني الامتثال وغيره (فلا يقع امتثالا) أي فلا يجعل امتثالا (بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه) لان الاصل في التصرف أن يقع عمن باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة وأجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك واليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى أقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المصنف وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما وقع فيها وقد تقدم ذكرها وليس ذلك بمورد الاعتراض ولا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي عدت قرينة ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق أيضا لانا نقول هذه الاضافة لا تصلح أن تكون قرينة للمجاز اذ لا شك أن مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل أن يريد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى

﴿فصل في البيع﴾ قال (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة

نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما أطلق ولم يضف الى أحد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وأيضا ان أراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي فاين توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان أراد بذلك أنها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيأ لان وضع المسئلة في الاطلاق مجموع ما صدر عن العبد اذ به تمتاز هذه الصورة عن صورة في الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن أصل المعارضة ما ذكره صاحبا النهاية والكفاية حيث قالا فان قيل ينبغي أن يقع الشراء للوكل عند الاطلاق لان اللفظ لحقيقته في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء للوكله كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لانه غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى وهي أن الاصل في تصرف الانسان أن يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض أو نقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

﴿فصل في البيع﴾ لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع هنا كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول قد ذكر في هذا الفصل كثير من أحكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه أيضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له) أي وسائر من لا تقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الامثلة الا أن المصنف قصد الاجمال فقال بدلها ومن لا تقبل شهادته له قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابنه وأخيه أقول في تمثيله الثاني خبط ظاهر فانه تقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة (عند أبي حنيفة رحمه الله) والمراد بعدم جواز البيع والشراء مع هؤلاء عند أبي حنيفة عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة وأما اذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بأن قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغيره حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية

﴿فصل في البيع﴾

لما فرغ من بيان أحكام الشراء بأنواعه ذكر أحكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع قال (الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ) اذا وكل شخصا بالبيع أو الشراء أو بهما لا يجوز له أن يعقد مع من لا تقبل شهادته له اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند أبي حنيفة رحمه الله بمثل القيمة

﴿فصل في البيع﴾ قال المصنف (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ) أقول اذا كان البيع منهم بدين يسير لا يجوز على ما ذكر في شرح الطحاوي موافقا لما في الهداية وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما وهو مقتضى الدليل المذكور في الكتاب (قوله عند أبي حنيفة بمثل القيمة) أقول متعلق بقوله أن يعقد

(وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه) وعبارة الكتاب تدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان

بأكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جائز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير جائز عند أبي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لان التوكيل مطلق أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضى موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة

وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه) لان التوكيل مطلق

(وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف أيضا وقال صاحب النهاية خص قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي فكان فيه اشارة الى أنه لا يجوز عندهما أيضا في الغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة أن البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند أبي حنيفة باتفاق الروايات فأبو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابي حنيفة على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهور الربح حكم الوكيل أجيب بأن وجهه أن المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه معهم بغبن يسير فأما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون متهما في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وان كان بمثل القيمة (الا من عبده أو مكاتبه) فانه لا يجوز عندهما أيضا قيد في المبسوط بقوله الا من عبده الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة الى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشبه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان العبد الذي عليه دين محيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى أقول نعم ان العبد الذي عليه دين يحيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما الا أنه يتعلق به حق الغرماء حتى لو أعتق مولاه من كسبه عبدا يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء وأما عند أبي حنيفة فلا يملك مولاه ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لا يعتق ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما أيضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن أن ينتزعه من يده ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيأ من أكسابه وبيع مولاه منه شيأ من أمواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيأ من مولاه ولا بيع مولاه شيأ منه عندهم أصلا وسينكشف ذلك كله في كتاب المأذون فقوله في المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه أن كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المصنف في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما (لان التوكيل مطلق) أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضى موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة

(قال المصنف وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) أقول تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف كما يعلم من الشروح (قوله وعبارة الكتاب) أقول المراد منه قوله بمثل القيمة (قوله يدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز) أقول الا أن دليلهما يقتضي جوازه فالظاهر حمل ما في الكتاب على رواية الذخيرة والحاق الغبن اليسير بمثل القيمة (قوله وعكسه غير جائز) أقول يعني بغبن فاحش (قوله كذلك) أقول يعني بلا خلاف (قوله والمطلق يعمل باطلاقه) أقول صرح الشارح في كتاب الرجوع عن الشهادة بان الاطلاق كالكلمة كل فتذكر (ولا

ولا تهمة ههنا لانها اما أن تكون من حيث ايثار العين أو المالية وليس شئ منهما بموجود أما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطء جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية أبيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع وأما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابليه بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى حق في أكساب المكاتب حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب يعني سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع أمانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة

ولا تهمة اذا الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا المولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة

(ولا تهمة ههنا) لانها اما أن تكون من حيث ايثار العين أو من حيث ايثار المالية وليس شئ منهما بموجود أما الاول فلما ذكره بقوله (اذ الاملاك متباينة) ألا يرى انه يحل للابن وطء جارية نفسه ولا يحل له وطء جارية أبيه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطؤها كما لا يحل له وطء جارية أبيه (والمنافع منقطعة) لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واذا كان الامر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين فلا تهمة وأما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه فاذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي (بخلاف العبد) يعني الذي لا دين عليه لما عرفت (لانه بيع من نفسه) أي لان بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه (لان ما في يد العبد) أي ما في يد مثل ذلك العبد (للمولى) أي ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفي البيع كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى (وكذا للمولى حق في كسب المكاتب) حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده (وينقلب حقيقة بالعجز) يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد (وله) أي ولابي حنيفة (ان مواضع التهمة مستثناة من الوكالات) يعني سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع أمانة (وهذا) أي ما نحن فيه (موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة) أي فيما بينهم (ولان المنافع بينهم متصلة) لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال

(قوله لانها اما أن تكون من حيث ايثار العين الخ) أقول أي من حيث ايثار هؤلاء بالعين أو بالمالية فيه بحث بل الظاهر أن المراد ايثار نفسه بأحدهما (قوله أما الاول فلان الاملاك متباينة الخ) أقول فلا نفع له في ايثار العين فلا تهمة (قوله ولا يحل له وطء جارية أبيه) أقول فيه بحث (قوله وأما الثاني فلان التقدير الخ) أقول ولانه ايثار لنفسه بالمالية ثم ان المفهوم من تعليله انه لو لم يقدر بمثل القيمة لوجد ايثار المالية لنفسه وليس كذلك ولا مجال لحمل كلامه على ايثار من ترد شهادته له كما هو مقتضى تقدير بعض الشروح وهو الظاهر لان قوله وليس شئ منهما بموجود يمنع عن الحمل عليه والجواب أن المراد من قوله وليس شئ منهما أي التهمتين من تينك الحيثيتين فتأمل (قوله يعني الذي لا دين عليه) أقول فيه تأمل فان العبد الذي عليه دين محيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة (قوله لان الواحد اذا تولى طرفيه الخ) أقول ولان فيه مانع التهمة وهو ايثار العين لكن ما ذكره الشارح أعم حيث ينفي جوازه وان صرح به الموكل الا أنه بقي فيه بحث لان الاب والوصي يتوليان طرفي العقد كما اذا اشترى الاب مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله منه وكذا الوصي الا أن يقال تعدد الجهة مجوز للاجتماع فليتأمل (قوله وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابليه) أقول الضمير في قوله مقابليه راجع الى التقابل (قوله وهي موجودة ههنا) أقول قوله وهي راجع الى التهمة في قوله لكن مواضع التهمة مستثناة (قال المصنف ولان المنافع بينهم متصلة) أقول هذا الدليل لا يجري في الاخير

فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق لابي حنيفة رحمه الله في تجويز بيع المضارب من هؤلاء
بمثل القيمة ظهر الربح أولم يظهر مع أنه قبل ظهوره حكم الوكيل أجيب بان المضارب أعم تصرفا من

فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) لان مطلق الامر بتقييد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد

صاحبه من وجه (فصار) أي بيع الوكيل من هؤلاء (بيعا من نفسه من وجه) فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية في شرح دليل أبي حنيفة ههنا ولابي حنيفة القول بالموجب أقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر في كتب الاصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف وههنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر أن ما آل هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام له فلم يكن له من القول بالموجب في شئ نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي أن التوكيل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى قال المصنف (والاجارة والصرف على هذا الخلاف) يعني أن الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالاجماع فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما كذا في الشروح أقول السلم أيضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير فكان الاحسن أن يذكره المصنف معهما كما قال في المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة) ويجوز بيعه باجل غير متعارف أيضا عنده صرح به في الذخيرة وغيرها ولقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا يعلم البيع بما عز وهان وبأي من كان والى أي أجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه) أي لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير (ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير) أي لا يجوز الا بالنقود وكذا لا يجوز بيعه عندهما الا بأجل متعارف قال في الذخيرة واذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عندعلمائنا وان باع باجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبي حنيفة يجوز وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز وقال انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فأما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو أن يقول بع هذا العبد فاقض ديني أو قال بع فان الغرماء يلازمونني أو قال بع فاني أحتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة انتهى قال المصنف في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما (لان مطلق الامر بتقييد بالمتعارف) أي بما هو متعارف بين الناس (لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها) أي فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات (والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا) أي ولاجل تقيد التصرفات بمواقعها (يتقيد التوكيل بشراء الفحم) وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم أليق لقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا في النهاية ومعراج الدراية (والجمد) بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الماء فكان فيه

الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض) الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد وبالجمد بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بأيام الصيف

(قال المصنف فتتقيد بمواقعها) أقول فيه بحث (قوله فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما) أقول قوله فيما سواهما متعلق بقوله تسمية هو وقوله كهو متعلق بقوله الحكم

و بالاضحية بأيام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق

والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه

تسمية للاسم بالمصدر كذا في الصحاح والديوان (والاضحية بزمان الحاجة) متعلق ببتقييد أي بتقييد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد وبشراء الجمد بأيام الصيف وبشراء الاضحية بأيام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر (ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه) وهو ظاهر (وهبة من وجه) ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة (وكذا المقايضة) أي البيع بالعرض (بيع من وجه وشراء من وجه) لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء (فلا يتناوله) أي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة (مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي) لان المطلق ينصرف الى الكامل (ولابي حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق) أي غير مقيد بشئ (فيجري) أي يجري المطلق (على اطلاقه في غير موضع التهمة) فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة أقول هذا أقبح مما قاله في المسئلة الاولى اذ لم يقل الخصم هناك ان التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف يعني أن ما هو في صورة الاطلاق من الآمر فهو مقيد في الحقيقة بالمتعارف فلم يقع منه الحكم بأن التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع أو التسليم فلا يتصور أن يكون ما ذكر من قبل أبي حنيفة ههنا قولا بالموجب بتسليم أن التوكيل بالبيع مطلق والحق أن حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله (والبيع بالغبن أو بالعين) أي العرض (متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم) أي السآمة (من العين) تنزل في الجواب من المنع المذكور يعني سلمنا أن مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو العين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها وعند التبرم من العين وفي هذا لا يبالى بقلة الثمن وكثرته ونقدية الثمن وعرضيته فكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر (والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو المروي عنه) أي من المسائل المستشهد بها من قبل الخصم وهي مسائل شراء الفحم والجمد والاضحية ليست بمسلمة على قول أبي حنيفة بل هي مروية عن أبي يوسف على ذلك الوجه وأما عند أبي حنيفة فهي على اطلاقها الا بتقييد بزمان الحاجة قال في غاية البيان ولئن سلمنا أنها تتقيد على قول أبي حنيفة أيضا فنقول انما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك

لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع (قوله والبيع بالغبن) تنزل في الجواب يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو بالعين أي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالى بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه أو تظهر مكابرته والمسائل المذكورة مروية عن أبي يوسف رحمه الله على ذلك الوجه وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فهي على اطلاقها والبيع بالغبن أو العين

(قوله لكن المطلق يجري على اطلاقه الخ) أقول الاوجه أن يوجه بان التوكيل بالبيع مطلق والعرف العملي لا يصلح لتقييد المطلق كما قالوا في كتاب الايمان بل الذي يصلح للتقييد هو العرف اللفظي ولو سلم فالعرف العملي مشترك فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض فليتأمل ثم أقول صرح في أوائل فصل الشراء في دليل مسئلة اجماعية بان العرف أملك فلا مخالفة لان مراده عمة العرف اللفظي لا العملي (قوله أو لغيرها) أقول مختص بالبيع بالغبن (قوله بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه) أقول من قوله فتتقيد بموا قعها

بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بأنه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر وأجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع (٧٢) فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب كذلك وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي أجاب بقوله غير أن الاب والوصي لا يملكانه ومعناه أن كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مأمورين سلمنا ذلك لكن ليس أمرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوصلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة

وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الاب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الشحم كالحدادين أو تربص الجمد كالفقاعين لا يتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة انتهى وقال في الكافي ولانه مطلق في حق الوقت لاعام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فأما هذا فعام انتهى وهكذا ذكر في الكفاية أيضا (وأنه) أي البيع بالغبن (بيع من كل وجه) جواب عن قولهما ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لا نسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه (حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به) أي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض عليه بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر وأجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر كذا في العناية أخذا من النهاية أقول في الجواب بحث لان حاصله الاعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء أن البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعا لا حقيقة ولا عرفا فيرد عليه أنه ان أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم لكن لا يحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه وان أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذ هو أول المسئلة حيث لا يقول به الخصم بل يدعي أنه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن بصدد الجواب عنه بمسئلة اليمين فاذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير الى الاصل المتنازع فيه (غير أن الاب والوصي لا يملكانه) جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي يعني أن الاب والوصي انما لا يملكان البيع بغبن فاحش (مع أنه بيع) أي من كل وجه (لان ولايتهما) أي ولاية الاب والوصي على الصغير (نظرية) أي بشرط النظر في أمر الصغير بالشفقة وايصال النفع اليه (ولا نظر فيه) أي في البيع بغبن فاحش (والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) جواب عن قولهما وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه يعني لا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه (لوجود حد كل واحد منهما) قال صاحب

(قوله ان كلامنا في الامر المطلق الخ) أقول في مناسبة الجواب للسؤال بحث يظهر بملاحظة السؤال وموردة العناية

(قوله وهو مبادلة المال بالمال الخ) أقول فيه نظر فان الباء في قوله بالمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء ثم ان أراد أن الحد المذكور حد لكل منهما على حدة كما هو المفهوم من ظاهر تقريره لزم اختلاله حيث يصدق على مقابل المعرف وان أراد انه حد للمعنى الاعم من كل منهما يكون قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه الخ بمعزل عن الحق لظهور بطلان القول بان كل ما صدق عليه حد الحيوان انسان من كل وجه فرس من كل وجه

عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فيماذا رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع وما قيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب أن لا يجوز المقايضة الا اذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيمة أو باقل منه يسيرا كما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وذلك لان الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له أن يبيع بما عز وهان ولا يلزم الوكيل (٧٣) بالصرف فانه لا يجوز له أن يبيع بالاقل أصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة محمد المنصدي لتلفيقه ان شاء الله تعالى

العناية وهي مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع قال وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه أقول فيه خلل أما أولا فلانه لا يخفى على أحد أن المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع وأن المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري والحد المذكور أعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما فذلك بمعزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما وأما ثانيا فلان قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد أن جعل هذا الحد حد الكل واحد من البيع والشراء يقتضي أن يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخلو شئ منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في أول البيوع ولم يقل به أحد قط واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر فان الباء في قوله بمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى أقول هذا ساقط لان باء المقابلة والعوض لا تنافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما يتحقق حديث دخول الباء على الثمن وسيجيء الكلام فيه ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوصلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى أقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره أن يكون ضعيفا عنده الا أن المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة أنهما صادقان على بدلي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات في تقريره قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى أقول وفيه خلل لأن حاصله أن معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح أما أولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة أن لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد يطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء وصرحوا به في أول كتاب البيوع حتى

(قوله وكلاهما صادق على المقايضة الخ) أقول بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور (قوله فالبيع والشراء يطلقان الى قوله يخصه عليه) أقول قوله باعتبارين متعلق بقوله يطلقان والضمير في قوله منهما راجع الى البيع والشراء والضمير في قوله يخصه راجع الى قوله كل والضمير في قوله عليه راجع الى قوله عقد (قوله وذلك لان الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه) أقول هذا تعليل لقوله السابق بأسطر وهو قوله فيسقط ما قيل الخ وقوله فيعتبر ذلك يعني يعتبر

البيع وقوله ويترجح جانبه يعني يترجح جانب البيع (قوله فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي الخ) أقول ما أشبه كلام الشارح هذا بما قال شارح رسالة آداب البحث التعلم والتعليم متحدان بالذات متغايران بالاعتبار ومهد به عذرا لاكتفاء مصنف الرسالة بذكر التعلم حيث قال يحتاج اليها كل متعلم وبين اتحادهما بالذات بعض الافاضل وهو مولانا معين الدين (قوله يتعين كل منهما باطلاق لفظ الخ) أقول أي في المقايضة بخلاف غيرها مما يقابل فيه السلع بالنقود فان التعيين فيه لا يتوقف على اطلاق اللفظ المختص بل صاحب السلعة بائع وصاحب النقود مشتر (قوله لا يجوز له أن يبيع بالاقل) أقول اذا باع بجنسه

صرح نفسه أيضا هنالك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشئ اذا شراه
أواشتراه واذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص أحد اللفظين المذكورين بأحد المعنيين المزبورين
وكيف يتصور تعين أحد هذين المعنيين باطلاق أحد ذينك اللفظين عليه ولاشك أن ماهو من الاضداد
يصح اطلاقه على كل من معنييه على أن اتحاد معنيي البيع والشراء بالذات مما لم يقل به أحد من الثقات
ولايرى له وجه سديد وأما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد أيضا بالتعاطي كما
تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لايلزم اطلاق لفظ على شئ منهما فكيف يتم قوله يتعين كل منهما
باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء وأما
ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من أحد المتعاقدين
بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي
حينئذ اما بيع واما شراء لاغير اللهم الا أن يحمل المراد بكونهما بيعا وشراء من كل وجه على أنهما صالحة
لكل واحد منهما قبل صدور العقد وأما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم انه فرع
على ماذكره سقوط بعض ماقيل ههنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع أيضا لأن صحة
الفرع فرع صحة الاصل كما لايخفى واعلم أن ههنا أسئلة وأجوبة يستدعي بسطها تحقيق المقام فنقول
ان قيل من المحال أن يوصف الشئ الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة فلو قلنا بأن بيع المقايضة
بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة
واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى
غرض صاحبه وانما قلنا هكذا لان البيع لابد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما بأولى من
الآخر في أن يجعل هو مبيعا أو ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان
قيل لانسلم عدم الاولوية في أحدهما لأنه لابد من ادخال الباء في واحد منهما لتحقق الصاق البدل بالمبدل
ومادخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف أن الباء تصحب الاثمان فحينئذ يتعين الآخر لكونه مبيعا بحياله
قلنا قد ذكر في أوائل كتاب البيوع أن الباء انما تعين مادخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشئ من
المكيلات أو الموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت
عليها الباء أو لم تدخل والعروض المعينة متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل أما
المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تتعين للثمنية كما
اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة وأما اذا لم تدخل عليها الباء فلا تتعين لها أيضا ثم ان
كلامنا ههنا في بيع المقايضة وهي تنبئ عن المساواة يقال هما قيضان أي مساويان فكان كلا البدلين
متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان دخلت
الباء في أحدهما فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن أي وجه
رجح أبو حنيفة جانب البيع فيه حتى نفذ البيع على الآمر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع
الغبن الفاحش قلنا رجح هو جانب البيع استدلالا بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من كتاب
البيوع من أن جانب البيع يترجح على جانب الشراء في البيع بعرض ألا ترى أن أحد المضاربين لو اشترى
بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيأ من مال المضاربة توقف على اجازة
صاحبه فان باعه بعرض يتوقف أيضا حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب
البيع يترجح فيه كذا في النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما أن كل واحد من عاقدي عقد المقايضة
بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدي عقد الصرف
بائع ومشتر لما أن عقد الصرف بيع والبيع لابد له من مبيع وثمن وليس أحد البدلين أولى من الآخر

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده الخ) الوكيل بالشراء يجوز له أن يشترى بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه أوقد وجده خاسرا ألحقه بغيره على ما مر

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر

(قال المصنف والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) أقول قال الاتقانى قال الشيخ الامام خواهر زاده جواز عقد الوكيل جواز عقد الموكل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد فأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا أراد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت قال فى بيوع التتمة وبه يفتى انتهى وقال الزيلعى هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يبقى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا انتهى (قال المصنف ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) أقول قال الزيلعى وكذا لا يجوز شراؤه بغير النقدين لعدم التعارف انتهى وقد علم ذلك ضمنا فى التوكيل بالشراء فى شرح قوله ولو وكله بشراء شئ بعينه (قوله أوقد وجده خاسرا الخ) أقول فيه أن المراد بعدم الموافقة فى عبارة الهداية هو وجدانه خاسرا والا لا يكون دليلا لمدعاه فلا وجه لكلمة أو والظاهر أن أو تصحيف والاصل اذ قد وجده نعم يمكن أن يمنع عدم كونه دليلا لمدعاه فليتأمل

فى جعله مبيعا أو ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم الغبن الفاحش يتحمل فى بيع المقايضة على قول أبى حنيفة فى ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكره فى الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل فى بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر فى باب الوكالة بالصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما فى العلة قلت الفرق بينهما انما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هنا أيضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به فى المبسوط وأما فى بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه ولا أن يشترى لنفسه عرض الآخر عقابلة عرض الموكل فلم ترد التهمة التى وردت فى حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك فى ظاهر الرواية على قول أبى حنيفة وذكر فى الذخيرة أن الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول أبى حنيفة ان كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه الا أن الشراء أصل فى هذا العقد لان الثمنية فى الدراهم والدنانير أصل والعبرة للاصل فكان شراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل فى الشراء بالاتفاق كذا فى النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له أن يبيع بالاقل أصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى أقول فيه نظر لان موكله انما لا يملك البيع بالاقل فيما اذا اتحد البدلان فى الجنس وأما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر فى كتاب الصرف ولا يخفى أن عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر فى صورة اتحاد الجنس بل يعم صورة فى اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة فى صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله بالف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس فى مثله لم يجز على الآمر انتهى فتلزم هذه الصورة قطعا وتكفى فى ورود السؤال على ما ذكر فى الكتاب ولعمرى ان صاحب العناية قد خرج فى شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب وغبن فى تصرفاته غبنا فاحشا ومع ذلك قال فى آخر كلامه فعليك بهذا وتطبيقه على ما فى الكتب ملاحظا بعين البصيرة تحمد المتصدى لتلفيقه ان شاء الله تعالى (قال) أى القدورى فى مختصره (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها) وهى الغبن اليسير (ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فى مثله) وهو الغبن الفاحش وقال فى شرح الاقطع وعن أبى حنيفة رواية أخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا فى غاية البيان علل المصنف ما فى الكتاب بقوله (لان التهمة فيه) أى فى الشراء (متحققة فلعله) أى فلعل الوكيل (اشتراه) أى اشترى الشئ الذى وكل به (لنفسه) أى لاجل نفسه (فاذا لم يوافقه ألحقه بغيره) وهو الموكل (على ما مر) اشارة الى ما ذكره فى فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر انتهى والتهمة فى باب الوكالة معتبرة ولان الوكيل بالشراء يستوجب الثمن فى ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله فى ذمة الآمر والانسان متهم فى حق نفسه فلا يملك أن يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل فى ملكه بازائه ما يعدله ولهذا قال لو اشتريت وقبضت وهلك فى يدى فهات الثمن لا يقبل قوله بخلاف الوكيل

حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لانه لا يملك أن يشتريه لنفسه وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير أيضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد ولا تمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال (والذي لا يتغابن فيه

مالا يدخل تحت تقويم المقومين) فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فاما ماله ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل

حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال (والذي لا يتغابن الناس فيه مالا يدخل تحت تقويم المقومين

بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله ولان أمره بالشراء بلا في ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر اطلاق أمره فيه بخلاف البيع فان أمره بلا في ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم أو الاطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير وفي جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شئ من ماله سوى المبيع الذي رضي بزوال ملكه عنه وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء في الغبن الفاحش ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط (حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا) أي المشايخ (ينفذ على الآمر) أي ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة (لانه) أي الوكيل (لا يملك شراءه) أي شراء ذلك الشئ المعين (لنفسه) وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه الغبن اليسير أيضا كما في الذخيرة وغيرها (وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه) أي زوج موكله (امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده) أي عند أبي حنيفة ذكره محمد في الاصل في أول باب الوكالة في النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد اذا زوجها مما يتغابن الناس في مثله فهو جائز وان زاد أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا أن يرضاه واذا وكل رجل رجلا أن يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته ولا يشبه هذا الشراء لو أمره أن يشتري عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الى هنا لفظ الاصل قال المصنف في تعليل ما في الكتاب (لانه) أي الوكيل بالنكاح (لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد) أي في عقد النكاح (فلا تتمكن هذه التهمة) أي تهمة أن يعقده أولا لنفسه ثم يلحقه بغيره (ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد) أي لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعني يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فتتمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهرزاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك وأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا (قال) في بيوع التتمة وبه يفتى (والذي لا يتغابن الناس فيه لا يدخل تحت تقويم المقومين) هذا لفظ القدوري في مختصره ويفهم منه أن مقابله مما يتغابن فيه قال في الذخيرة تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روي عن محمد رحمه الله

(قال المصنف وكذا الوكيل بالنكاح الخ) أقول وكان ينبغي أن لا يجوز عنده أيضا لان الوكيل من قبل الزوج في معنى الوكيل بالشراء (قال المصنف والذي لا يتغابن الناس الخ) أقول قال الاتقاني قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب بن ادريس حكى عنهم أنهم قدروا اليسير في العقار بدوازده وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم هذا كلامه انتهى هذا مخالف لما في الهداية فان المفهوم منه أن المقدر بما ذكروه الغبن في الفاحش (قوله قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما الخ) أقول هذا التحديد للفرق وازالة الاشتباه بين الغبن اليسير والفاحش فلا يرد أن قوله لان هذا مما يدخل الخ يدل على اعتبار هذا التحديد لان المراد بهذا التحديد تحديد كل واحد منهما للفرق بينهما واذ لا يسير فيما له قيمة معلومة بل كل زيادة فيه غبن فاحش لا تمس الحاجة الى الفرق

وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش ويساعده سوق الكلام في العروض ذه نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارده دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وان زاد على ذلك لزم الوكيل

وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده) لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال (واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله) لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع

في النوادر أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير ومالا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش قال واليه أشار في الجامع في تعليل مسئلة الزكاة قال المصنف (وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده) اعلم أن ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بأن يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ماذكره سابقا كان تفسير الغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه أن يكون هذا أيضا تفسيرا للغبن الفاحش وأما الذي يقتضيه التطبيق لما عين في سائر المعتبرات أن يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير وعن هذا كان الشراح ههنا فرقتين فمنهم من تردد في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لأمن عند نفسه ومنهم من جزم بالثاني فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة وكان قوله وقيل معطوفا على ما تضمنه قوله مالا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش مالا يدخل تحت تقويمهم كان مايدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندي أن يكون تفسيرا للغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشايخ في كتبهم المعتبرة منهم الامام البارع علاء الدين الاسبيجابي فانه قال في شرح الطحاوي وروى عن نصير بن يحيى أنه قال قدر ما يتغابن الناس في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقارده دوازده انتهى ومنهم الشيخ أبو المعين النسفي فانه قال في شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال مايتغابن الناس فيه قليل ومالا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال مايدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل ومالا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى رأي القاضي ومحمد قدر في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير بده نيم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب حكي عنهم أنهم قدروا اليسير في العقار بده دوازده وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم انتهى كلامه الى غير ذلك من الائمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تفسيرا للغبن اليسير هذا وانما كان التقدير في الاقسام المذكورة على الوجه المذكور (لان التصرف يكثر وجوده في الاول) وهو العروض (ويقل في الاخير) وهو العقارات (ويتوسط في الاوسط) وهو الحيوان (وكثرة الغبن لقلة التصرف) لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته ثم ان عشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعلت أصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (واذا وكله) أي اذا وكل رجل رجلا (ببيع عبد) أي ببيع عبد له وفي بعض النسخ ببيع عبده (فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة) انما وضع المسئلة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح قال المصنف (لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجري على اطلاقه وتوريد ذلك بقوله

والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعل أصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه والله أعلم قال (واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه الخ) واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه واستوضح بقوله

(قوله وقيل الغبن اليسير الخ) أقول أراد صاحب النهاية (قوله وهو الظاهر) أقول يعني من سائر الكتب (قوله ويساعده سوق الكلام) أقول يعني في الهداية والكافي (قوله في العروض) أقول مقول القول (قوله فاذا كان الغبن الخ) أقول توضيح للقيل الاول

ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف به أولى (وقالا لا يجوز) لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة (الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى أن يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين أنه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما (وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل) لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان مورو ثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر

(ألا ترى أنه لو باع الكل) أي كل العبد (بثمن النصف يجوز عنده) أي عند أبي حنيفة (فاذا باع النصف به) أي بذلك الثمن (أولى) أي فهو أولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة وأما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغي أن لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة أقل وأهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز هذا على قوله فلان يجوز ذلك وهو أهون أولى (وقالا لا يجوز) أي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد (لانه غير متعارف) يعني أن التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف (ولما فيه من ضرر الشركة) لانها عيب (الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أي الموكل والوكيل (لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى أن يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين أنه) أي البيع الاول (وقع وسيلة) الى الامتثال (واذا لم يبع) الباقي (ظهر أنه) أي البيع الاول (لم يقع وسيلة) الى الامتثال (فلا يجوز وهذا) أي كون البيع موقوفا الى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (استحسان عندهما) اذ القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا في معراج الدراية وقال الزيلعي في التبيين وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله اه والمعنى الاول أنسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن (وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان مورو ثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا) الشقص الجزء من الشئ والنصيب كذا في المغرب (فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع) أي شراء البعض (وسيلة) الى الامتثال (فينفذ على الآمر) لانه يصير كأنه اشتراه جملة قال المصنف (وهذا) أي جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا (بالاتفاق) بين أئمتنا الثلاثة ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال أبو يوسف ان أعتقه الآمر جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد ان أعتقه الوكيل جاز وان أعتقه الموكل لم يجز فأبو يوسف يقول ان العقد موقوف على اجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صح بخلاف ذلك عليه والاعتاق أجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلم ينفذ اعتاقه ومحمد يقول انه قد خالف فيما أمره به وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف وقبل أن يشتريه بقي مخالفا فاذا أعتقه الآمر لم يجز كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح (والفرق لابي حنيفة) أي بين البيع والشراء (أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر) اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعني أن التهمة متحققة في الشراء دون

ألا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف به أولى وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما فان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفا في التوكيل بالبيع والفرق لابي حنيفة رحمه الله أن التهمة في الشراء متحققة على ما مر من قوله

(قوله فاذا باع النصف به أولى) أقول من أين علم أنه باع النصف به فانه يجوز أن يبيع النصف بربع الثمن الا أن يبنى على الظاهر من الحال (قال الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أقول أراد به الاختصام الى القاضي ونقض القاضي البيع كما يدل عليه كلام بعض الشروح وقول المصنف قبل نقض البيع

فلعله اشتراه لنفسه الخ وفرق آخر أن الامر فى البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه وأما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق أى اطلاق الامر وتقييده فيعتبر فيه العرف والعرف فيه أن يشترى العبد جملة ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء أمر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن

وآخر أن الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه

البيع فافترقا من هذه الحيثية (وآخر) أى وفرق آخر لابى حنيفة بين البيع والشراء (أن الامر بالبيع) فى صورة التوكيل بالبيع (يصادف ملكه) أى ملك الآمر (فيصح) أى الامر بالبيع لولاية الآمر على ملكه (فيعتبر فيه اطلاقه) أى اطلاق الامر (والامر بالشراء) فى صورة التوكيل بالشراء (صادف ملك الغير) وهو مال البائع (فلم يصح) أى الامر بالشراء (فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق) أى تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه المتعارف والمتعارف فيه أن يشترى العبد جملة كذا فى العناية وهو الذى يساعده ظاهر لفظ المصنف قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء أمر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبى صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه أولى الى هنا كلامه أقول فى الجواب شئ وهو أن حاصله أنا لم نعمل بالاطلاق فى صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل فيتجه عليه أن مقتضى هذا أن لا يعمل بالاطلاق فى صورة التوكيل بالبيع أيضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس فى صورة الشراء فلو لم يعمل بالعرف أيضا لزم ابطال الدليلين معا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على أن الامر فيها صادف ملك الآمر قلت لا تأثير لهذا الفرق ههنا لانا اعتبرنا القياس فى صورة الشراء بالنص وهو أقوى من القياس فبقى الكلام فى العرف فلو جاز تقييد الاطلاق به فى صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الامكان لجاز تقييده به فى صورة البيع أيضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان فى شرح الفرق الثانى ان الامر فى صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر فصح أمره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق وأما الامر فى صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ملك للآمر فى مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتأدى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقى قبل أن يختصما فيجوز على الآمر لانه حصل مقصوده انتهى أقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف الا أنه حينئذ لا يتوجه السؤال الذى ذكره صاحب العناية ولا يحتاج الى ما ارتكبه فى جوابه كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه)

حزام فان النبى صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه أولى قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده الخ) ومن أمر رجلا أن يبيع عبده فباعه

(قوله فلعله اشتراه لنفسه) أقول وعدم الموافقة هنا لتعينه بالشركة فتدبر (قوله وفرق آخر أن الامر بالبيع الخ) أقول وتحقيقه أن العبد لما كان ملك البائع وملك الوكيل التصرف فى كله ملكه التصرف فى بعضه أيضا والعرف العملى لا يصح مقيدا للفظ كمن قال لامرأته طلقى نفسك ثلاثا فطلقتها واحدة حيث يصح ومرت المسئلة فى الاختلاف فى الشهادات بدليلها ولما لم يملك الموكل للشراء بالشراء لم يملك التصرف فيه حتى يملكه الوكيل فيقال تمليك التصرف فى الكل يتضمن تمليكه فى البعض فلم يمكن اعتبار الامر فبقى اعتبار العرف العملى الحمد لله على ما هدانا (قوله فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق) أقول لظهور أن اعتبار اطلاق الامر وتقييده فرع عن صحة الامر (قوله واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن) أقول ولا يمكن أن يجعل المحل عبارة الموكل والا يلزم أن يكون الوكيل بالشراء سفيرا لا تتعلق به الحقوق وقد مر من الشارح كلام متعلق بتحقيق المقام فتذكر

وقبض الثمن أولم يقبض فرده المشترى عليه بعيب لايحدث مثله بقضاء القاضى ببينة أو باباءيمين أو باقرارفانه يرده على الآمر) لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذا الحجج

وسلمه (وقبض الثمن أولم يقبض فرده المشترى عليه) أى على البائع المشترى (بعيب لايحدث مثله) أى لايحدث مثله أصلا كالاصبع الزائدة والسن الشاغية أولايحدث مثله فى مثل هذه المدة (بقضاء القاضى) متعلق برده أى رده بقضاء القاضى وهو احتراز عما اذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتى (ببينة) متعلق بقضاء القاضى أى قضائه ببينة المشترى (أو باباءيمين) أى أوقضائه باباء البائع عن اليمين عند توجهها اليه (أو باقراره) أى أوقضائه باقرار البائع (فانه) أى البائع وهو المأمور (يرده) أى يرد العبد الذى ردعليه (على الآمر) بلا حاجة الى خصومة اذالرد على الوكيل فى هذه الصورة ردعلى الموكل فان قيل اذا أقرالوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ الى قضاء القاضى لانه يقبله لامحالة فما معنى ذكر قضاء القاضى مع الاقرار قلنا يمكن أن يقرالوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضى كان اجبارا على القبول كذا فى النهاية وكثير من الشروح وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضى فما فائدة ذكره قلت الكلام وقع فى الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لايرد على الموكل وان كان عيبا لايحدث مثله فى عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة اذا فافهمه واغتنمه انتهى كلامه أقول هذا الجواب ليس بشاف اذهو لايحسم عرق السؤال لان هاتيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء أى حاصلة بعد حصوله وكلام السائل فى سبب وقوع القضاء ابتداء يعنى أن القضاء انما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات ولاشك أن فصل الخصومة ورفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة وفيما اذا أقرالوكيل بالعيب لاخصومة ولامنازعة فلا حاجة الى القضاء رأسا فأى سبب يقع القضاء حتى تترتب عليه تلك الفائدة فالجواب الشافى هو الاول لان امتناع المقر بالعيب عن قبول المعيب يقتضى الاحتياج الى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع) اذ الكلام فى عيب لايحدث مثله (فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذا الحجج) يعنى البينة والنكول والاقرار قال جماعة من الشراح هذا جواب عن سؤال سائل وهو أن يقال لما كان العيب لايحدث مثله كالاصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضى على وجود هذه الحجج بل ينبغى أن يقضى القاضى بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع فأجاب بأن قال لم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الخ أقول لايذهب على من له ذوق صحيح أن معنى هذا الكلام وان كان صالحا لان يكون جوابا عن ذلك السؤال الا أن تفريع قوله ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج على ماقبله بادخال الفاء عليه يأبى ذلك جدا لان منشأ السؤال ماسبق قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه وكان صاحب النهاية ذاق هذه البشاعة حيث قال فى شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج هذا الذى ذكره دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور ثم لما جاء الى تقرير الجواب قال فأجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها فى الكتاب أن القاضى يعلم الخ فجعل الجواب قوله وتأويل اشتراطها فى الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج لكن لايجدى ذلك طائلا أما أولا فلانه قد اعترف ابتداء فى شرح قوله فلم يكن قضاؤه الى آخره بأن هذا دفع لذلك السؤال وأما ثانيا فلانه لامجال لاخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وادخاله فى التعليل السابق لان التعليل المذكور قد تم بدون القول المزبور والجواب عن ذلك السؤال لايتم بدون هذا كما لايخفى وأما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معنى الكلام يقتضى المقام غير قابل للصرف

وقبض الثمن أولم يقبضه فرده المشترى على البائع بعيب فاما أن يكون ذلك بقضاء أو بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما أن يكون بعيب يحدث مثله أولم يكن فان لم يكن فاما أن يكون العيب ظاهرا والقاضى عاين البيع أولم يكن فان كان الاول لايحتاج الى حجة من بينة أو نكول أواقرار لان القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج الرد اليها وان لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره

(قال المصنف بعيب لايحدث مثله) أقول أى فى تلك المدة كما يفهم من المقابلة يدل عليه قول القاضى يعلم أنه لايحدث فى مدة أشهر وهذا أعم مما لايحدث أصلا أو يحدث لكن لا فى تلك المدة

وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا النساء أو الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شئ منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال (وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو باباء يمين) لان البينة حجة مطلقة

الى غير ذلك صرحوا بان قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الخ جواب عن ذلك السؤال ولكن لم يتعرض أحد منهم لبيان ركاكة الفاء حينئذ فتلخص مما ذكرنا أنه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم وأوفى (وتأويل اشتراطها) أي اشتراط هذه الحجج (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (ان القاضي يعلم انه) أي العيب المذكور (لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه) أي على القاضي (تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج) أي الى واحدة منها (لظهور التاريخ) أي لاجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه (أو كان عيبا) اشارة الى تأويل آخر أي أو كان العيب الذي يريد المشتري الرد به عيبا (لا يعرفه الا النساء) كالقرن في الفرج ونحوه (أو الاطباء) أي أو عيبا لا يعرفه الا الاطباء كالدق والسعال القديم (وقولهن) أي قول النساء (وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة) للمشتري (لا في الرد) أي ليس بحجة في الرد على البائع (فيفتقر) أي القاضي (اليها) أي الى الحجج المذكورة (في الرد) على البائع أقول في هذا التأويل نظر اذ على هذا لا يتم قول المصنف فيما مر آنفا فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج والاحتياج الى التأويل انما كان لاجل تتميم ذلك بل على هذا لا يتم جواب أصل المسئلة أيضا اذ ينبغي حينئذ أن يكون الجواب في الرد على المأمور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد عليه بعيب يحدث مثله في صورة ان كان ذلك باقراره لانه لما لم يكن قول النساء ولا قول الاطباء حجة في حق الرد بل كان القاضي فيه مفتقرا الى احدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله أيضا كان قضاؤه على المأمور باقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المأمور اليها فينبغي أن لا تتعدى الى الآمر بعين ما ذكروا فيما يحدث مثله فتأمل ثم ان صاحب الكافي زاد ههنا تأويلا ثالثا وقدمه على التأويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال ومعنى شرط البينة والنكول والاقرار أن يشتبه على القاضي أن هذا العيب قديم أم لا أو علم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا النساء أو الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكره صاحب غاية البيان أيضا أقول ذلك التأويل مما لا يرى له وجه صحة ههنا لان الكلام في الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذي يشتبه على القاضي أنه قديم أم لا مما يحدث مثله اذ لا شك أن المراد بما يحدث مثله ما يجوز أن يحدث مثله عند المشتري لا ما يتعين حدوثه عنده والاما صح رده على البائع ولو بحجة وان المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز أن يحدث مثله عند المشتري فالذي يشتبه انه قديم أم لا مما يجوز أن يحدث مثله والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز أن يحدث مثله قديم البتة (حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج) أي القاضي (الى شئ منها) أي من تلك الحجج (وهو) أي الرد على الوكيل (رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة) مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل (قال وكذلك اذا رده) أي وكذلك الحكم اذا رد المشتري العبد (عليه) أي على الوكيل (بعيب) أي بسبب عيب (يحدث مثله ببينة) متعلق برده أي رده عليه ببينة (أو باباء يمين) أي بالنكول عن اليمين (لان البينة حجة مطلقة)

وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء أو الاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء أو الطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده ببينة أو باباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة أي كاملة فتتعدى

(قال المصنف فيفتقر اليها) أقول قال الاتقاني أي فيفتقر المشتري الى الحجة وهي نكول البائع عن اليمين مثلا برد المبيع انتهى ولعله قصور

والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر قال (فان كان ذلك باقراره لزم المأمور) لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ

أي كاملة فتتعدى كذا في العناية وهو الظاهر وقيل أي مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا في معراج الدراية أخذا من الكافي (والوكيل مضطر في النكول) هذا جواب عن خلاف زفر في اباء عن يمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل كمن اشترى شيأ وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد عيبا فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه فجعل هذا وما لو رد عليه باقراره سواء في حق البائع فكذا في حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول (لبعد العيب عن علمه) أي عن علم الوكيل (باعتبار عدم ممارسة المبيع) فانه لم يمارس أحوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يحلف كاذبا فينكل والموكل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة (فيلزم الآمر) أي فيلزم العبد الآمر أو فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف ما اذا أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختار الا مضطرا وبخلاف المشتري الاول فانه مضطر الى النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية (قال) أي محمد في الجامع الصغير (فان كان ذلك) أي الرد على الوكيل (باقرار) أي باقراره (لزم المأمور) أي لزم العبد المأمور وهو الوكيل (لان الاقرار حجة قاصرة) فيظهر في حق المقر دون غيره (وهو) أي المأمور (غير مضطر اليه) أي الى الاقرار (لامكانه السكوت والنكول) برفع السكوت والنكول يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت والنكول (الا أن له أن يخاصم الموكل) يعني لكن للوكيل أن يخاصم الموكل (فيلزمه ببينة أو بنكوله) أي بنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة في المخاصمة هنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى أقول ليس هذا بتمام اذ يجوز أن يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة أن يجبره القاضي على القبول كما قالوا في اقرار الوكيل على أنه يجوز أن يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة في المخاصمة ههنا اذا كان مقرا فتدبر (بخلاف ما اذا كان الرد) أي الرد باقرار الوكيل (بغير قضاء) يعني أن ما سبق من أن للوكيل أن يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي باقراره وأما اذا كان ذلك بغير قضاء (والعيب يحدث مثله) فبخلافه (حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه) يعني الموكل (لانه) أي الرد بالاقرار والرضا من غير قضاء (بيع جديد في حق ثالث) وان كان فسخا في حق المتعاقدين (والبائع) يعني الموكل (ثالثهما) أي ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري قال صاحب غاية البيان وكان ينبغي أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول آمره وكان ينبغي أيضا أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما أو الآمر ثالثهما الان الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكأنه باعه اياه انتهى (والرد بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال ينبغي أن لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل أصلا فيما اذا حصل الرد باقرار

(قال المصنف فان كان ذلك باقرار لزم المأمور) أقول قال الكاكي واذا كان عيبا لا يحدث مثله فرده باقراره بقضاء يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات لان القاضي فسخ العقد بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا باقراره فيلزم الآمر كما لو رده ببينة انتهى بقي ههنا أمر وهو ما اذا كان علم القاضي للعيب القديم باقرار الوكيل بأن كانت الجارية ملكا للوكيل ثم باعها من الموكل ووهبها له ثم باعها الوكيل بالوكالة من آخر فأراد المشتري لرد عليه بعيب القرن أو الرتق أو الفتق وأقر الوكيل عند القاضي بعيب فهل مثل هذه الصورة ينبغي أن يلزم الوكيل وكان له أن يخاصم الآمر بجريان الدليل بعينه فليتأمل (قوله أو بنكول الموكل الخ) أقول لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة في المخاصمة هنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل

لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه

لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين

الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ (لعموم ولاية القاضي) يعني أن الرد بالقضاء لا يحتمل أن يكون عقدا مبتدأ فقد شرطه وهو التراضي لان القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضي (غير أن الحجة قاصرة وهي الاقرار) يعني لكن الفسخ استند الى حجة قاصرة وهي الاقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) أي من حيث ان الرد بالقضاء فسخ (كان له) أي للوكيل (أن يخاصم) أي مع الموكل (ومن حيث القصور في الحجة) أي من حيث ان الاقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل الا بحجة) أي الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء لانه يقبله لا محالة انتهى أقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا أقر الوكيل بالعيب لم يبق هناك حاجة الى قضاء فمن أي وجه يتحقق القضاء حتى تترتب عليه الفائدة المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل أن يقول ثبت العرش ثم انقش ثم ان صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال وأجاب عنه بان قال يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السؤال والجواب في أول المسئلة ولا يخفى أن ذلك الجواب جواب حسن ووجيه فان فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تحمل به المصنف في باب خيار العيب في مسئلة رد المشتري الثاني على المشتري الاول بعيب بقضاء القاضي باقرار أو ببينة أو بايمان حيث قال هناك ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالاجارة فانه اذا اجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل فكذا هذا قلنا من أصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقة لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المؤجر فيكون هذا من المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الآمر فكذا في الاجارة وقال شمس الائمة السرخسي وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة في حق أحد لان على احدى الطريقتين الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد الا أن يجعل ذلك عقدا مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى أن يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء) أي وكان الرد بغير قضاء (باقراره) أي باقرار الوكيل (يلزم الموكل من غير خصومة في رواية) أي في رواية كتاب البيوع من الاصل (لان الرد متعين) وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال في الكافي فاذا تعين الرد صارت تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء

الوكيل لانه بيع جديد في حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ (لعموم ولاية القاضي) يعني أن الرد بالقضاء لا يحتمل أن يكون عقدا مبتدأ فقد شرطه وهو التراضي لان القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضي (غير أن الحجة قاصرة وهي الاقرار) يعني لكن الفسخ استند الى حجة قاصرة وهي الاقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) أي من حيث ان الرد بالقضاء فسخ (كان له) أي للوكيل (أن يخاصم) أي مع الموكل (ومن حيث القصور في الحجة) أي من حيث ان الاقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل الا بحجة) أي الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء لانه يقبله لا محالة انتهى أقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا أقر الوكيل بالعيب لم يبق هناك حاجة الى قضاء فمن أي وجه يتحقق القضاء حتى تترتب عليه الفائدة المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل أن يقول ثبت العرش ثم انقش ثم ان صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال وأجاب عنه بان قال يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السؤال والجواب في أول المسئلة ولا يخفى أن ذلك الجواب جواب حسن ووجيه فان فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تحمل به المصنف في باب خيار العيب في مسئلة رد المشتري الثاني على المشتري الاول بعيب بقضاء القاضي باقرار أو ببينة أو بايمان حيث قال هناك ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالاجارة فانه اذا اجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل فكذا هذا قلنا من أصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقة لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المؤجر فيكون هذا من المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الآمر فكذا في الاجارة وقال شمس الائمة السرخسي وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة في حق أحد لان على احدى الطريقتين الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد الا أن يجعل ذلك عقدا مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى أن يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء) أي وكان الرد بغير قضاء (باقراره) أي باقرار الوكيل (يلزم الموكل من غير خصومة في رواية) أي في رواية كتاب البيوع من الاصل (لان الرد متعين) وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال في الكافي فاذا تعين الرد صارت تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء

لا محالة وان كان الثاني فاما أن يكون بعيب يحدث مثله أولا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له أن يخاصم آمره وعبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والبائع أي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقرار لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل

(قال المصنف ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة) أقول وعدم الاضطرار اليه وهذا مراد أيضا كما يفهم من تقرير المصنف والا فينبغي أن لا يلزم الموكل في صورة النكول أيضا الا بحجة لان النكول حجة قاصرة أيضا خصوصا على أصلهما فانه اقرار عندهما (قوله لانه يقبله لا محالة) أقول اذا لا نسلم انه يقبله بدون القضاء لئلا تفوت تلك الفائدة

وفي عامة الروايات انه لا يلزم الآمر الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تأتيهما لدى عدم القضاء قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد الخ) اذا اختلف الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيأ فالقول للآمر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف مدعاه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال أمرتك أن تعمل في البز وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيأ فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا أن في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضارب العموم وان

وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا قال (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيأ فالقول قول الآمر) لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال (وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب) لان الاصل في المضاربة العموم

كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة (وفي عامة الروايات) أي عامة روايات المبسوط (ليس له) أي للوكيل (أن يخاصمه) يعني لا يلزم الموكل وليس للوكيل أن يخاصمه (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق ثالث (والحق) أي حق المشتري (في وصف السلامة) هذا جواب عن قوله في رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعني لا نسلم أن الرد متعين لان حق المشتري يثبت أولا في الجزء الفائت وهو وصف السلامة (ثم ينتقل) بضرورة العجز عن ذلك (الى الرد ثم) ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب أو بحدوث زيادة في المبيع (الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد) وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المصنف (وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا) يريد بالكفاية كفاية المنتهي وهي شرح للبداية ألفها المصنف قبل الهداية كما ذكره في الديباجة ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم نسمع أن أحدا رآها قال الامام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهكذا ذكر الروايتان في شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى أن لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخاصم انتهى أقول ولعمري ان رتبته لا تحتمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ما عده أقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجراءة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضي ما في احدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتأمل (قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيأ فالقول قول الآمر) يعني اذا اختلف الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيأ زائدا عليه فالقول قول الآمر (لان الامر يستفاد من جهته) أي من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو أعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد أشار اليه بقوله (ولا دلالة على الاطلاق) اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على أحد الوجهين على أن الاصل في عقد الوكالة التقييد لان مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشئ لا يكون وكيلا ببيعه ألا يرى أنه لو قال لغيره وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وان اختلف في ذلك) أي في الاطلاق والتقييد (المضارب ورب المال) فقال رب المال أمرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيأ (فالقول قول المضارب) قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف ههنا فقال رب المال أمرتك أن تعمل في البز وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيأ آخر هذا التصوير لا يطابق المشروح وهي مسئلة الجامع الصغير فان صورتها هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال أمرتك أن تبيعه بالنقد دون ما سواه وقال المضارب أعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيأ قال القول قول المضارب الذي أخذ المال انتهى لفظ محمد قال المصنف في تعليل هذه المسئلة (لان الاصل في المضاربة العموم) يعني أن الامر

(قوله ثم انه ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع) أقول اذا امتنع الرد بتعيب المبيع عند المشتري بعيب آخر

ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا (ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى أى أجل كان) متعارف عند التجار فى تلك

السلعة أو غير متعارف فيها كالبيع (الى خمسين سنة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه) من الجانبين (تقدم) فى مسئلة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما (ومن أمر رجلا يبيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بأن يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله

ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى أى أجل كان عند أبى حنيفة وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم قال (ومن أمر رجلا يبيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) لان الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما

وان كان مستفادا من جهة رب المال الا أن فى العقد ما يخالف دعواه بناء على أن الاصل فى المضاربة العموم والاطلاق (ألا ترى أنه) أى المضارب (يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة) يعنى أن المضاربة تصح عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما (فقامت دلالة الاطلاق) أى فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعى الاطلاق فى المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله (بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع) أى فى نوع مسمى (والمضارب فى نوع آخر) أى وادعى المضارب المضاربة فى نوع آخر (حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل) أى عقد المضاربة (الى الوكالة المحضة) وفيها القول للآمر كما مر آنفا (ثم مطلق الامر بالبيع) فى صورة الوكالة (ينتظمه) أى ينتظم البيع (نقدا ونسيئة الى أى أجل كان) متعارف عند التجار فى تلك السلعة أو غير متعارف فيها (عند أبى حنيفة وعندهما يتقيد بأجل متعارف) حتى لو باع باجل غير متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما (والوجه قد تقدم) أى الوجه من الجانبين قد تقدم فى مسئلة الوكيل بالبيع فان أبا حنيفة عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب الغاية وكان الانسب أن يذكر مسئلة النسيئة فى أوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن أمر رجلا يبيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع) أى الرهن (فى يده أو أخذ به) أى بالثمن (كفيلا فتوى المال عليه) أى على الكفيل (فلا ضمان عليه) أى على المأمور قال الكاكى فى معراج الدراية فلا ضمان عليه أى على الكفيل وتبعه الشارح العينى أقول لا وجه له أصلا اذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه وانما الكلام فى عدم الضمان على الوكيل اذ هو محل شبهة فهو مورد البيان ألا يرى قول المصنف فى تعليل المسئلة (لان الوكيل أصيل فى الحقوق) أى فى حقوق العقد (وقبض الثمن منها) أى من الحقوق (والكفالة توثق به) أى بالثمن (والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء) أى لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا مؤكدين لحق استيفاء الثمن (فيملكهما) أى فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن فى يده لم يضمن لان استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث انه بدله أقيم مقامه ولو هلك الثمن فى يده هلك أمانة فكذلك الرهن وقيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هى على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه أو يموت الكفيل مفلسا كذا فى الشروح واعلم أن القول الثالث هو الذى ذهب اليه

(قوله قيل المراد بالكفالة الى قوله يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا) أقول قوله يرفع الامر الى حاكم يعنى الى حاكم مالكى يرى براءة الاصيل ولا يرى الرجوع على الاصيل بموت الكفيل مفلسا ورجح الزيلعى القيل الثالث لان المراد توى مضاف الى أخذ الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن ولا يتحقق ذلك فى القيل الثانى لانه لو لم يأخذ كفيلا لتوى بموت من عليه الدين مفلسا وفى الحوالة لا يتوى بل يرجع به على المحيل

بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

﴿فصل﴾ قال (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) وهذا فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك

بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه فى قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض

﴿فصل﴾ وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا (واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف) لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما فى الكتاب فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن تلزمهما الاحكام أو أحدهما صبى أو عبد محجور ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكما ببيع كذا أو بخلع كذا

صاحب الكافى حيث قال فتوى المال على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعى قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال فى التبيين وفى النهاية المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشئ لان المراد ههنا توى مضاف الى أخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لم يتوى بنه كما فى الرهن والتوى الذى ذكره ههنا غير مضاف الى أخذ الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا أيضا التوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف الى أخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضى مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا الى ههنا كلامه فتأمل (بخلاف الوكيل بقبض الدين) اذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فانه لا يجوز (لانه) أى الوكيل بقبض الدين (يفعل نيابة) أى يتصرف نيابة عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه (وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن) فيقتصر على قدر المأمور به دون غيره (والوكيل بالبيع بقبض) أى بقبض الثمن (أصالة) لا نيابة (ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه) أى عن قبض الثمن فينزل الوكيل فى ذلك منزلة المالك والمالك لو أخذ بالثمن رهنا أخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

﴿فصل﴾ لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما كذا فى الشروح قال فى غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كبير حاجة الا أن يقال يفهم هنا شئ آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا حسن انتهى (واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) هذا لفظ القدورى فى مختصره اعلم أن هذا الحكم فيما اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتهما ببيع عبدى أو بخلع امرأتى وأما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف كما صرح به فى المبسوط حيث قال فى باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به أيضا فأيهما باع جاز لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حيث وكله ببيعه وحده بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما فى عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف فى أصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور فى مختصر القدورى وهو عدم جواز تصرف أحد الوكيلين بدون الآخر (فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك) أقول فيه شئ وهو أنه لو كان هذا الذى ذكره القدورى فى مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه الى الرأى لما احتاج الى استثناء أمور أربعة من الامور الخمسة التى استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور وهى ما سوى الخصومة لانها مما لا يحتاج فيه الى الرأى كما سيأتى التصريح به من المصنف ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور

لان الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال (الا أن يوكلهما بالخصومة) لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة

الخمسة في الاستثناء بكلمة واحدة لان الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر في كتب الاصول أن صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاظهر أن كلام القدوري ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه الى الرأي وما يحتاج فيه الى الرأي ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام فان قلت ليس مراد المصنف أن كلام القدوري ههنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظ دخول الاستثناء الآتي عليه قلت حاصل المعنى ههنا بملاحظة الاستثناء الآتي أن يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا أخص مما ذكره المصنف فبيان المعنى ههنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدوري لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدي كبير طائل كما لا يخفى وقال المصنف في تعليل أصل المسئلة (لان الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما اذ لا ينال برأي أحدهما ما ينال برأيهما حتى ان رجلا لو وكل رجلين ببيع أو بشراء فباع أحدهما أو اشترى والآخر حاضر لم يجز الا أن يجيز الآخر وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فأجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة كذا في الذخيرة وذكر في المبسوط لو وكل رجلين ببيع شئ وأحدهما عبد محجور أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لانه ما رضي ببيعه وحده حين ضم اليه رأي الآخر ولو كانا حرين فباع أحدهما والآخر حاضر فأجاز كان جائزا لان تمام العقد برأيهما ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه وحده لانه ما رضي برأيه وحده (والبدل وان كان مقدرا) هذا جواب شبهة وهي أنه اذا قدر الموكل البدل في البيع ونحوه لا يحتاج الى الرأي فينبغي أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالاعتاق بغير عوض فأجاب عنها بان البدل وان كان مقدرا (ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري) يعني أن تقدير البدل انما يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج الى رأيهما من هذه الحيثية وكذا يختار أحدهما المشتري الذي لا يماطل في الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية أيضا (قال) أي القدوري في مختصره (الا أن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده الا في الخصومة فانه لو خاصم أحدهما دون الآخر جاز وذكر في الفوائد الظهيرية فاذا انفرد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضور صاحبه في خصومته بعض مشايخنا قالوا يشترط وعامة مشايخنا على أنه لا يشترط واطلاق محمد يدل على هذا قال المصنف في تعليل ما في الكتاب (لان الاجتماع فيها) أي في الخصومة (متعذر للافضاء الى الشغب) الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب بالتحريك كذا في الصحاح (في مجلس القضاء) ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالشغب لا يحصل ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما علم أنه ما رضي بخصومة أحدهما (والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة) اشارة الى دفع قول زفر فانه قال ليس لاحدهما أن يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل انما رضي برأيهما وجه

(قوله والبدل وان كان مقدرا) جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز أن يتصرف أحدهما ووجه ذلك أن البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل أن يزيد الثمن ويختار ان من هو أحسن أداء للثمن وقوله (الا أن يوكلهما بالخصومة) استثناء من قوله فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء وقوله (والرأي يحتاج اليه سابقا) اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما أن يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك

(قوله يعني أن أحد الوكيلين الخ) أقول لعله بيان لخلاصة المعنى والا يكون

الاستثناء منقطعا بالنسبة الى الطلاق والعتق بغير عوض من غير ضرورة داعية اليه اذ المستثنى منه وهو كلام القدوري مطلق عن الاحتياج الى الرأي كما لا يخفى (قوله ووجه ذلك أن المقصود الخ) أقول ناظر الى قوله اشارة الى دفع قول من قال الخ

وقوله (أو بطلاق زوجته بغير عوض) ومابعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكله برد الوديعة أو بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللوكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما كان قابضا بغير

(قال أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة عنده أو قضاء دين عليه) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لانه تفويض الى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس

اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه وأما منفردا فغير مأمور بقبض شئ منه قوله (وهذا) أى جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لانه تفويض الى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مما لو كلاهما فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر قيل ينبغى أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقة وأجيب بأن فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمنى فلا يعتبر أجيب بأنه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع

(قوله ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما الخ) أقول أى نصفه فيما يقسم أو الكل فيما لا يقسم ثم أقول هذا عام لما يقسم ومالا يقسم كما لا يخفى بل هذا ظاهر فيما لا يقسم (قوله لانه مأمور بقبض النصف الخ) أقول بين فيما يقسم اذ علم من أول الكلام حال ما لا يقسم أو بالاولوية ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين لهما

(قال أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة عنده أو قضاء دين عليه) هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة أى أو ان يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما أن يطلقها بانفراده (أو بعتق عبده بغير عوض) أى أو ان يوكلهما بعتق عبده بغير عوض فان لاحدهما أن يعتقه وحده (أو برد وديعة عنده) أى أو ان يوكلهما برد وديعة فان لاحدهما أن يردها منفردا قيد بردها اذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منهما أن ينفرد بالقبض صرح به فى الذخيرة فقال قال محمد رحمه الله فى الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه ممكن وللوكل فيه فائدة لان حفظ اثنين أنفع فاذا قبض أحدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغى أن يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مأمور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه وأما فى حالة الانفراد ففير مأمور بقبض شئ منه انتهى وذكر صاحب العناية مضمون ما فى الذخيرة ههنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وهو أن هذا انما يتم فيما يقسم عند أبى حنيفة على ما سيجىء فى الوديعة انتهى أقول ليس كلامه بشئ اذ منشؤه الغفول عن قيد الاذن فان الذى سيجىء فى الوديعة هو أنه ان أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر وهذا عند أبى حنيفة وقالا لاحدهما أن يحفظه باذن الآخر فى الوجهين انتهى ولا يخفى أن المفهوم منه أن لا يجوز حفظ أحدهما الكل بلا اذن صاحبه فى الوجهين معا بلا خلاف وأن لا يجوز ذلك باذن الآخر أيضا فيما يقسم عند أبى حنيفة خلافا لهما وما ذكر فى الذخيرة وفى العناية انما هو فيما اذا قبض أحدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام فى الوجهين معا بالاتفاق (أو بقضاء دين عليه) أى أو ان يوكلهما بقضاء دين على الموكل فان لاحدهما الانفراد فيه أيضا (لان هذه الاشياء) يعنى الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض ورد الوديعة وقضاء الدين (لا يحتاج فيها الى الرأى بل هو) أى بل أداء الوكالة فيها (تعبير محض) أى تعبير محض لكلام الموكل (وعبارة المثنى والواحد سواء) لعدم الاختلاف فى المعنى (وهذا) أى جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما) حيث لا يجوز انفراد أحدهما فى هاتين الصورتين (لانه) أى لان ما فاله لهما فيهما (تفويض الى رأيهما) فلا بد من اجتماعهما ونوّر ذلك بقوله (ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر فى باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مما لو كلاهما

فيما يقسم اذ علم من أول الكلام حال ما لا يقسم أو بالاولوية ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين فيما لا يقسم مأمور بقبض النصف أيضا وفى النصف الآخر نائب عن الوكيل الآخر فيما يقسم الكلام قسمى الوديعة فافهم ثم اعلم أن قوله لانه مأمور بقبض النصف الخ جواب عن سؤال مقدر (قوله ألا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس الخ) أقول منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك أيضا كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة ولا مدخل لاقتصاره على المجلس فى كونه تمليكا

ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به) لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به

لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر قيل ينبغى أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقة وأجيب بان فيه ابطال حق الآخر اذ بايقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قيل الابطال هنا ضمنى فلا يعتبر وأجيب بانه لحاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما الى الاجتماع وقال بعض الفضلاء قوله ألا يرى أنه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك أيضا كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة ولا مدخل للاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا انتهى أقول جميع مقدمات دليله على النقض سقيم أما قوله فانه تمليك أيضا فلانه خلاف المقرر لان قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك وقد صرح به المصنف فى باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها فى المجلس وبعده وله أن يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقى نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا انتهى وأما قوله كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله وأما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا فلانه خلاف المصرح به ألا يرى الى قول المصنف فى أول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع انتهى والى قوله فى أواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى (ولانه) أى الآمر (علق الطلاق بفعلهما) أى بفعل المأمورين (فاعتبره) صيغة أمر من الاعتبار (بدخولهما) أى فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين أى بدخولهما الدار مثلا يعنى يشترط ثمة لوقوع الطلاق دخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهى طالق لا تطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا فكذلك ههنا لا يقع الطلاق مالم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقاها ان شئتما وقوله لانه تفويض الى رأيهما راجع اليه والى قوله أمرها بأيديكما وقد تبعه فى جعل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقاها ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها ان شئتما ومنهم من أظهره فى أثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما حتى لو قال ان دخلتما الدار فهى طالق لا تطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا هنا فى قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق مالم يوجد فعل التطليق منهما جميعا أقول وأنا لا أرى بأسا فى ابقاء كلام المصنف ههنا على ظاهر حاله وهو أن يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على أن التعليق كما يوجد فى صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد أيضا فى صورة ان قال لهما أمرها بأيديكما وقد صرح المصنف فى فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقال الشراح فى بيانه وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم أخصص قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما بل شرحته بوجه يعم الصورتين معا كما رأيته (قال) أى القدورى فى مختصره (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لانه) أى الموكل (فوض اليه) أى الى الوكيل (التصرف) أى التصرف الذى وكل به (دون التوكيل به) أى لم يفوض اليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه (وهذا) أى عدم جواز توكيل الوكيل فيما

(قوله ولانه) متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل فى قوله طلقاها أيضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع أحدهما أجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله أمرها بأيديكما مفوضا الى رأيهما أجيب بانه ليس بمحتاج الى الرأى بخلاف الامر باليد قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الخ) وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا

(قوله فان قيل فاجعله) أقول الضمير فى قوله فاجعله راجع الى قوله طلقاها فى قوله فان قيل فى قوله طلقاها الخ

(قوله وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء) وفيه تشكيك وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأيا من الاول وأيضا الرضا برأي الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن أن يجاب عنه بان العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث

اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز (قوله الا أن يأذن) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فانه ان أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره أو أطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته

وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال (الا أن يأذن له الموكل) لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته

وكل به (لانه) أي لعلة أن الموكل (رضي برأيه) أي برأي الوكيل (والناس متفاوتون في الآراء) فلا يكون الرضا برأيه رضا برأي غيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشرا غير ما أمر به الموكل ولا تجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى من الاول وأيضا الرضا برأي الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن أن يجاب عنه بان العبرة في القوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن أن لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى أقول الجواب الذي ذكره انما يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا أن رد توكيله أيضا مناقض لرضا الموكل برأي الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه فالرجحان في انتفاء هذا التناقض على ذلك التناقض ثم أقول في الجواب عن الوجه الثاني منه ان الموكل انما رضي برأي الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع أو الشراء أو الاجارة أو نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في رد توكيله وانما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأي الوكيل في التوكيل أو برأيه مطلقا ولهذا اذا أذن له الموكل في التوكيل أو قال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سيأتي واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الرأي والمدعى عام لغيره أيضا أقول أصل الدليل أنه رضي بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون في الافعال فعم ما يعمه المدعى الا أنه أخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء (قال) أي القدوري في مختصره (الا أن يأذن له الموكل) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به فانه اذا أذن له في ذلك يجوز أن يوكل غيره (لوجود الرضا) أي لوجود الرضا حينئذ برأي غيره أيضا (أو يقول له) عطف على يأذن له الموكل أي أو الا أن يقول للوكيل (اعمل برأيك) فيجوز أيضا أن يوكل غيره (لاطلاق التفويض الى رأيه) أي الى رأي الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الاجازة قال المصنف (واذا جاز في هذا الوجه) أي اذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بان يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فوكل غيره (يكون الثاني) أي الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل (وكيلا عن الموكل) لا عن الوكيل الاول (حتى لا يملك الاول) أي الوكيل الأول (عزله) أي عزل الوكيل الثاني (ولا ينعزل) أي الوكيل الثاني (بموته) أي

(قال المصنف لانه رضي برأيه) أقول الدليل خاص بما يحتاج الى الرأي والمدعى عام لغيره أيضا (قوله فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأيا الخ) أقول فيكون الرضا بتوكيله ثابتا بطريق الاولى (قوله وأيضا الرضا برأي الوكيل الخ) أقول لا يذهب عليك انه انما رضي برأيه في التصرف فيما وكل به وليس التوكيل منه والناس يتفاوتون وليس كل من هو أهدى بطريق المعاملات أعرف بموت وأبصر بأحوال الرجال فليتأمل فانه ينبغي أن يحمل كلام الشارح على هذا (قوله لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه) أقول الضمير في قوله أو قويه راجع الى قوله رأيا (قوله انه ظن أن لا ثمة من يفوقه من هذا التصرف) أقول الظاهر أن يقال في هذا التصرف (قوله فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز) أقول يعني قبول توكيله جبرا من الشرع (قال المصنف حتى لا يملك الاول عزله) أقول فيه انه ينبغي أن يملك عزله فيما اذا قال الموكل اعمل برأيك

وينعزلان بموت الاول وقدمر نظيره في أدب القاضي حيث قال وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى آخر ماذكر ثمة فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل قبل أحد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لابد من الاجازة صريح ماذكره في الذخيرة فالفرق

وينعزلان بموت الاول وقدمر نظيره في أدب القاضي قال (فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز) لان المقصود حضور رأي الاول

بموت الوكيل الاول (وينعزلان) أي الوكيل الاول والوكيل الثاني (بموت الاول) أي بموت الموكل الاول (وقدمر نظيره في أدب القاضي) وهو ماذكره في فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى أن قال واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله أقول والعجب من الشراح ههنا سيما من نحو لهم كصاحب العناية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا في بيان مامر نظيره في أدب القاضي وهو ماذكره هناك بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك الى أن قال ولو قضى الثاني بمحضر من الاول أو قضى الثاني فأجازه الاول جاز كما في الوكالة فحققوا الكلام في قوله كما في الوكالة مع أن نظير ماذكره المصنف هنا انما هو ماتركوه وهو قوله هناك بعد ذكر ماذكروه واذا فوض اليه يملكه يصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله وكأنهم انما اغتروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سيأتي من أنه ان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى بقي ههنا بحث وهو أن قول المصنف حتى لا يملك الاول عزله ظاهر في صورة أن يأذن له الموكل في التوكيل لان الاذن له في ذلك لا يقتضي الاذن له في العزل أيضا وأما في صورة أن يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره وأنه اثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ ينبغي أن يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني أيضا بعموم وكالته عن الموكل الاول وبكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له كما أن للقاضي أن يستخلف على القضاء وأن يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل عن قبل الخليفة على ماعرف في محله ويؤيده هذا ماذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ماصنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول أو عزل أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جاز عزله لان الموكل الاول رضي بصنيع الاول وعزل الاول الثاني من صنيع الاول الى ههنا كلامه ولا يخفى أن الموكل الاول فيما نحن فيه أيضا رضي بعمل الوكيل الاول برأيه وأن عزل الوكيل الاول الثاني من عمله برأيه فينبغي أن يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل دونه خرط القتاد (قال) أي القدوري في مختصره (فان وكل) أي الوكيل (بغير اذن موكله فعقد وكيله) أي وكيل الوكيل (بحضرته) أي بحضرة الوكيل الاول (جاز) أي جاز العقد (لان المقصود) أي مقصود الموكل الاول (حضور رأي الاول) أي حضور رأي

بينهما وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكره في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل جاز حكى عن الكرخي رحمه الله انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ماذكر مطلقا في بعض المواضع أنه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا أجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب بعض عامة المشايخ رحمهم الله وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلة روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ماذكر ووجه الجواز أن المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا أحد وكيلي البيع

(قوله وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال محمد قال في الجامع الصغير الخ) أقول قوله محمد مقول القول ومبتدأ وقوله قال في الجامع الخ خبره (قوله وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة) أقول الضمير في قوله وعقده راجع الى قوله فضوليا (قوله وهو أصل) أقول الظاهر أن يقال وهو حاصل

وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد رحمه الله فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط وأما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكره وتوجيه كونه فضوليا في أحد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مأمور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب أن الاجازة ليست بشرط لصحة عقد

وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لامحالة وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون سكوته غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله أعلم بالصواب

وقد حضر

الوكيل الاول (وقد حضر) أي وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه بل لابد من الاجازة صريحا كما ذكر في الذخيرة والمبسوط قلت ما ذكره في الجامع الصغير من أن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا أجاز الوكيل الاول عقد الوكيل الثاني لا مطلق الحضرة هكذا ذكر في الذخيرة وقال ثم ان محمدا رحمه الله قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الاول جاز وحكى عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا أجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان الاجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى أجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل في المسئلتين روايتين وجه رواية الجواز من غير اجازة الاول أن بيع الثاني حال غيبة الاول انما لا يصح لتعري العقد عن رأي الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأي الاول وعلى هذا أحد وكيلي البيع والاجارة اذا أمر صاحبه بالبيع أو الاجارة فباع بحضرته في رواية لا يجوز الا باجازته وفي رواية يجوز من غير اجازته انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط وأما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود وهو الرأي وقد حضر كما ذكره انتهى وأجاب بعض الفضلاء عن نظره فيما نقل عن محمد حيث قال أنت خبير بان قوله فأجاز الوكيل عطف على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى أقول وفيه نظر لانه يجوز أن تكون الفاء في قوله فأجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما في قولك زيد فاضل فاكرمه ونحوه الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ما ذكروا في موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فأجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فأجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدي المعطوف عليه أعني قوله والوكيل الاول حاضر أو غائب اذ قد تقرر في محله أن العطف على مقيد بشئ انما يوجب

(قوله وفيه نظر أما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصا الخ) أقول أنت خبير بأن قوله فأجاز الوكيل الاول عطف على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره فتأمل ثم أقول لا يخفى عليك ان مآل ما ذكره تخطئة مشايخنا في مثل ذلك الامر الذي لا يخفى على أصاغر الطلبة والظاهر أن فهمهم هذا المعنى ليس من تلك العبارة فقط بل بانضمام قرائن في أثناء تقرير دليل المسئلة أو غيره بل الظاهر أن ما ذكره ليس عبارة محمد بعينها بل تقييد تصرفوا فيها وأوجزوها (قوله فلانه معارض بأن المقصود الخ) أقول واذا تعارضا تساقطا وبقي كون الاصل في التوكيل الخصوص سالما عن المعارضة فلا يجوز بلا اجازة فتأمل (قوله وتوجيه كونه فضوليا الى قوله بخلاف وكيل الوكيل) أقول هو غير مأمور بالتصرف استقلالا فيكون في تصرفه كذلك فضوليا ألا ترى أن أحدهما اذا قبض نصف الوديعة ضمن كما سبق في الصحيفة السابقة

وتكلموا فى حقوقه (وان عقد فى حال غيبته لم يجز) لانه فات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه (وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه) لانه حضر رأيه (ولو قدر الاول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز) لان الرأى فيه يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى على ما بيناه

تقييد المعطوف بذلك الشئ فيما اذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه كما فى قولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وقولنا ان جئتنى أعطك وأكسك وأما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك فى شئ ومانحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه أن يتقيد المعطوف بقيدى المعطوف عليه بل جاز أن يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية والعل الصواب أن الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لامحالة وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المصنف (وتكلموا فى حقوقه) أى فى حقوق عقد الثانى بحضرة الاول يعنى اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد فى الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه قال الامام المحبوبى منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضى بلزوم العهدة على الاول دون الثانى ومنهم من قال العهدة على الثانى اذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الاول والثانى كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى وهو الوكيل الاول كذا فى الملتقط وقال فى الذخيرة ثم اذا باع أو اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل فى الجامع الصغير وذكر البقالى فى فتاواه أن الحقوق ترجع الى الاول وفى حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثانى انتهى وقال فى فتاوى قاضيخان فان وكل غيره فباع الوكيل الثانى بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر فى الاصل أن الحقوق ترجع الى الوكيل الثانى وهو الصحيح انتهى (وان عقد) أى الوكيل الثانى (فى حال غيبته) أى فى حال غيبة الوكيل الاول (لم يجز) أى لم يجز العقد (لانه فات رأيه) أى رأى الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه (الا أن يبلغه) أى الا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثانى الوكيل الاول (فيجيزه) أى فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد حينئذ يجوز لتحقق رأيه (وكذا لو باع غير الوكيل) أى وكذا يجوز لو باع الاجنبى (فبلغه) أى فبلغ خبر البيع الوكيل (فأجازه) أى فأجاز البيع بعد بلوغ الخبر (لانه حضره رأيه) أى باجازته (ولو قدر الاول) أى الوكيل الاول (الثمن) أى ثمن ما أمر ببيعه (للثانى) أى للوكيل الثانى الذى وكله بغير اذن موكله بان قال له بعه بكذا (فعقد بغيبته) أى فعقد الثانى بذلك الثمن المقدر بغيبة الاول (يجوز) أى العقد (لان الرأى يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا) انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتى بيانه (وقد حصل) أى وقد حصل تقدير الثمن الذى هو المقصود بالرأى واعلم أن هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلو باشر الاول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذ كائه وهدايته قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن) فانه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار (لانه لما فوض اليهما) أى لان الموكل لما فوض الرأى الى الوكيلين (مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى) الذى لا يماطل فى تسليم الثمن (على ما بيناه) اشارة الى قوله فيما مر

(قوله وتكلموا فى حقوقه) يعنى اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رحمه الله فى الجامع الصغير وتكلم المشايخ رحمهم الله فى ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضى بلزوم العهدة عليه لا الثانى ومنهم من قال على الثانى اذ السبب وهو العقد وجد من الثانى دون الاول والثانى كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى (وان عقد الثانى فى غيبة الاول لم يجز) لفوات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه بحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثانى فعقد بغيبته جاز لان الرأى يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رحمه الله وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على القدر المعين لذ كائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار

(قوله حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثانى بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثانى) أقول فيه نظر اذ يقال ثبت العرش ثم انقشه

لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشترى على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى وأما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه فى معظم الامر وهو التقدير فى الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت فى الوكالات أن يوكل الاهدى فى تحصيل الارباح وذلك انما يكون فى التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة قال (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته) اذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة مسلمة حرة أو باع أو اشترى لها يعنى تصرف فى مالها بالبيع أو الشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التأويل لان قوله أو اشترى لها يحتمل أن يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق أما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالى الا بتوكيل من غيره وليس بموجود وأما الكافر فلا ولاية له على المسلم الحر لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظر يه وهى تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما

أما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه فى معظم الامر وهو التقدير فى الثمن قال (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز) معناه التصرف فى مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية ألا يرى أن المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظر يه فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما

والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى (أما اذا لم يقدر) أى الموكل (الثمن وفوض الى الاول) أى وفوض الرأى الى الوكيل الاول (كان غرضه) أى غرض الموكل (رأيه) أى رأى الوكيل الاول (فى معظم الامر) أى معظم أمر عقد البيع (وهو التقدير فى الثمن) وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت فى الوكالة أن يوكل الاهدى فى تحصيل الارباح وذلك انما يكون فى التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة كذا فى الشروح أقول لقائل أن يقول اختيار المشترى الذى لا يماطل فى تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات أمورها أيضا كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى فكيف يتم أن يقال ههنا فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة أو باع) أى أو باع واحد منهم (أو اشترى لها) أى للصغيرة الموصوفة المذكورة (لم يجز) أى لم يجز شئ من تصرفاتهم المذكورة قال المصنف (معناه) أى معنى قول محمد أو باع أو اشترى لها (التصرف فى مالها) أى فى مال الصغيرة المذكورة بالبيع أو الشراء وانما احتاج الى هذا التأويل لان قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين أحدهما أن يشترى لها شيأ من مال نفسه والآخر أن يشترى لها بمالها ولما كان الاول جائز الا محالة كان المراد ههنا هو الثانى وقال فى تعليل المسئلة (لان الرق والكفر يقطعان الولاية) يعنى أن التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق فى العبد والمكاتب والكفر فى الذمى يقطعان الولاية (ألا يرى أن المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره) يعنى اذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة (وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم) لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (حتى لا تقبل شهادته) أى شهادة الكافر (عليه) أى على المسلم (ولان هذه) أى هذه الولاية (ولاية نظر يه) أى ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم (فلا بد من التفويض) أى تفويض هذه الولاية (الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة والشفقة (والرق يزيل القدرة) قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ (والكفر يقطع الشفقة على المسلم) كما لا يخفى (فلا تفوض اليهما)

أى

(قوله فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه الخ) أقول اختيار المشترى أيضا من معظمات أمور التجار فلا نسلم أنه بعد تقدير الوكيل الاول الثمن تكون النيابة فى مجرد العبارة

(قال أبو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) لان الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل و بالاسلام يجعل كأنه لم يزل مسلما فيصح

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي أبعد من الذمي وان كان مستأمنا لان الذمي صار مناديا را وان لم يصر مناديا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي أولى وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان أسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية وذلك أي الولاية النظرية بتأويل المذكور أو بأن استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده وان أسلم جعل كأنه لم يزل مسلما فصحت ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال أبو يوسف ومحمد وان كانت المسئلة بالاتفاق

أي فلا تفوض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان القادر المشفق وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة أصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد أقول وأنا لم أر نسخة الى العاقد قط ولم أجد لها وجها ههنا اذ لا يوجد حينئذ لقول المصنف والمرتد يزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن (قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك) أي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله قال الشراح انما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقد ترك أصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فانها موقوفة بالاجماع أقول قد أدرج في قولهما الحربي أيضا والعذر الذي ذكروه لا يجري فيه قطعا فلا يتم (لان الحربي) وان كان مستأمنا (أبعد من الذمي) لان الذمي صار مناديا را وان لم يصر مناديا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزية بخلاف الحربي فانه لم يتحقق في حقه شئ من الاصل والخلف (فأولى بسلب الولاية) أي فالحربي أولى بسلب الولاية يعني اذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي أولى بسلبها (وأما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (لكنه) أي لكن تصرفه (موقوف) أي موقوف على اسلامه ان أسلم صح وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل (على ولده ومال ولده) متعلق بما يرجع اليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية يعني لكن تصرفه أي ولايته على ولده ومال ولده موقوف على اسلامه (بالاجماع) متعلق بقوله موقوف أقول لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد أن في كلام المصنف ههنا تعقيدا قبيحا واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به وأنا أتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له أصلا مع تقيدهم بكثير من الامور الجزئية البينة في مواضع شتى فحق العبارة ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وأما المرتد فان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالاجماع (لانها) أي لان ولاية الاب على ولده ومال ولده (ولاية نظرية وذلك) أي الولاية النظرية بتأويل المذكور أو بان استعمال ذلك مشترك (باتفاق الملة) أي بسبب اتفاق الملة بين الاب والولد (وهي) أي الملة (مترددة) في حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لان المرتد مجبور عليها فيجب التوقف (ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل) أي تصرفه (و بالاسلام) أي بالعود الى الاسلام (يجعل) أي المرتد (كأنه لم يزل مسلما فيصح) أي تصرفه أقول بقي في هذا المقام شئ وهو أن ما ذكره من قوله واذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته الى ههنا ليس من مسائل الوكالة قط وقد وجد ذكره مرة في باب الاولياء والاكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة أخرى سيما في كتاب الوكالة بعيد المناسبة

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن أولانها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض أي

بقبض الدين والعين (خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة) لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي (ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض) لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والافلاس ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب

﴿باب الوكالة بالخصومة والقبض﴾

قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لزفر هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيأ ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض

﴿باب الوكالة بالخصومة والقبض﴾

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن أولانها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح أيضا واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم وانظر الى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها اه أقول هذا ساقط جدا لان المراد أن الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شرعت ووقعت من الاشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم بنعم أو لا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصريح به ههنا أيضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا أخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته (قال) أي القدوري في مختصره (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) أطلق كلامه في رواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا فان الامام المحبوبي قد ذكر أن الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض (عندنا) أي عند علمائنا الثلاثة كذا في النهاية ومعراج الدراية (خلافا لزفر) فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي في الاظهر ومالك وأحمد وعن الشافعي في وجه أنه يملك القبض كما قلنا (هو) أي زفر (يقول) انه (رضي) أي الموكل (بخصومته) أي بخصومة الوكيل (والقبض غير الخصومة) لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحقوق والقبض فعل حسي (ولم يرض به) أي ولم يرض الموكل بالقبض اذ يختار للخصومة في العادة ألح الناس وللقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عادة (ولنا أن من ملك شيأ ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض) يعني أن الوكيل بالشيء مأمور باتمام ذلك الشيء واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية مالم يقبض وذلك لانه مالم يقبضه يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط والاسرار واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية في تقريره ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والافلاس ومالا يتم الواجب الا به فهو

﴿باب الوكالة بالخصومة والقبض﴾

(قوله لان الخصومة تقع) أقول أي قد تقع (قوله أو لانها مهجورة شرعا) أقول قوله أو لانها مهجورة معطوف على قوله لان الخصومة الخ فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة وانظر الى تفسيره الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها (قوله لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي) أقول فيه نظر (قوله ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام الخ) أقول مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة واجب جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه (قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض) أقول ان أريد بالقبض قبض الوكيل فغير مسلم وان أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه (قوله لتوهم الانكار بعد ذلك الخ) أقول قد سبق من الشارح في فصل القضاء بالمواريث أن أمثال ذلك نادر والنادر لا حكم له فراجعه

والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال وتطيره الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا

واجب اه وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قوله ولنا أن الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به مخالف لما أسلفه فى أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه اقول ليس هذا بشئ فان منشأه الغفلة عن فائدة قوله مادام وكيلا فى قوله ان الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به اذ لا شك أن الوكيل مادام ثابتا على وكالته يجب عليه أداء ما أمر به والا يلزم تغيير الامر وهو ممنوع شرعا ومعنى ما ذكره فى أوائل كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز أن يباشر الوكيل ما فوض اليه وان لا يباشره بشرط عزل الموكل اياه أو عزل الوكيل نفسه واعلامه الموكل ثم ردّ عليه أيضا ذلك البعض فى قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض بأنه ان أريد قبض الوكيل فغير مسلم وان أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه أقول المراد بذلك قبض الوكيل أو الموكل ويترتب عليه مطلوبه قطعا بمقتضى مقدمته القائلة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل فى ضمن ذلك ما لا تتم الخصومة الا به وهو القبض فملكه الوكيل قطعا ووجب عليه القيام به مادام على وكالته (والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال) ومشايخ بلخ أفتوا بقول زفر لان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة امانصا فظاهر وأما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بأمانته وقبضه وبه أفتى الصدر الشهيد أيضا كذا ذكره الامام المحبوبى فى جامعه وذكر فى الشروح أيضا الا أن صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب قال المصنف (وتطيره) أى تطير الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضى) فانه (يملك القبض على أصل الرواية) وهو رواية الاصل (لانه فى معناه وضعا) أى لان التقاضى فى معنى القبض من حيث الوضع وعن هذا قال فى الاساس تقاضيته دينى وبدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته وقال فى القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر قول المصنف لانه فى معناه وضعا بقوله أى لان التقاضى فى معنى القبض قال فيه نظر لانه قال فى المغرب تقاضيته دينى وتقاضيته بدينى واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقى أخذته وقال الشارح العينى بعد نقل النظر المذكور عنه قلت لم أدر وجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض أقول بل لا وجه لما قال لان وجه النظر هو ان المفهوم مما فى المغرب كون التقاضى فى اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض اذ لا شك ان معنى قوله انه فى معناه وضعا انهما متحدان معنى من حيث الوضع فى أصل اللغة ولو كان معنى التقاضى فى اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن فى معنى القبض قطعا ثم أقول فى الجواب عن النظر المذكور لعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى هو المعنى العرفى للفظ التقاضى لكونه غالبا على معناه الوضعى الاصلى كما ستعرفه فحينئذ لا يكون مخالفا لما ذكره المصنف وما صرح به عامة ثقات أرباب اللغة فى كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضى هو الاخذ والقبض بناء على أصل الوضع ويرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضى ففسر الاقتضاء بالاخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما فى أصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفا عن الاساس وصرح به الجوهرى فى صحاحه حيث

(ومشايخ بلخ رحمهم الله أفتوا بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة فى الوكلاء) ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة أما نصا فظاهر وأما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بأمانته وقبضه وبه أفتى الصدر الشهيد رحمه الله وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب (وتطيره هذا الوكيل بالتقاضى فانه يملك القبض على أصل الرواية لانه فى معناه وضعا) يقال تقاضيته دينى وبدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى أى أخذته

قال المصنف (لانه فى معناه وضعا) أقول ولان الوكيل بالتقاضى مأمور بقطع مماطلة المطلوب وانما يحصل هذا القطع بالقبض كذا فى المحيط وهذا التعليل أنسب بأصل الامامين اذ المجاز المشهور أولى عندهما فتأمل

الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك قال (فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا) لانه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة

قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر (الا أن العرف بخلافه) أي بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة (وهو) أي العرف (قاض على الوضع) أي راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع أفهام الناس اليه (والفتوى على أن لا يملك) يعني فتوى المشايخ اليوم على أن لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف قال صاحب العناية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض اه كلامه أقول لا التفات شئ ولا الجواب أما الاول فلان الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة هل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشايخ كالامام فخر الاسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما قال في المحيط البرهاني الوكيل بالتقاضي يملك القبض عندعلمائنا الثلاثة هكذا ذكر محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه وأما الثاني فلان كون الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف أصل مقرر عند أبي حنيفة لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المصنف وهو قاض على الوضع على أصل أبي حنيفة قطعا ولم يمكن للمشايخ الفتوى على العرف في مسئلتنا هذه اذ يلزم حينئذ ترك أصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على أصله الكلي وان جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية لا يقال يجوز أن يكون مدار قول المصنف ومدار فتواهم على أصل أبي يوسف ومحمد فان المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب أن لا يقع خلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة ألا ترى الى قول محمد في الاصل الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة ولو كان لاصلنا المذكور تأثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على ان المجاز المتعارف انما يترجح عندهما اذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسئلة أكل الحنطة اه ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تشبث لاصلهما المذكور ههنا رأسا فلا مجال لان يجعل مدار الصحة قول المصنف وفتوى المشايخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في أصل الرواية وأما اليوم فلما ظهرت الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان جعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة أفتى مشايخنا المتأخرون بأن الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من ان المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار أصلا (قال) أي محمد في الجامع الصغير (فان كانا) أي الرجلان (وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا) أي لا يقبضان حق الموكل الا مجتمعين (لانه) أي الموكل (رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما) وحده (واجتماعهما ممكن) أي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا

(قوله وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة الخ) أقول وفي نظره نظر لظهور تطرق المنع على قوله لان الحقيقة مستعملة كيف والزيلعي وصاحب المحيط وغيرهما مصرحون بأنها مهجورة ونص عبارة الزيلعي ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهي في أصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني أي أخذت والعرف أملك فكان أولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا (قوله والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية الخ) أقول النظر على قوله والعرف قاض على الوضع وليس في الجواب ما يدفعه والجواب أن مراده أنه قاض على الوضع بحسب الفتوى (على

على مامر قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده وقالا لايكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضابها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بأمثالها اذ قبض الدين نفسه لايتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه

(على مامر) أشار به الى قوله لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة) قيد بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ماسيجيء والكلام فيه يرجع الى أصله وهو ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل بالخصومة وقع بالقبض لاغير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسئلة ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الاسلام خواهر زاده ان الوكيل بقبض الدين لايملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كالوو كل وكيلا بقبض ديون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المصنف أراد أن يبين ثمرة قول أبي حنيفة في هذه المسئلة فقال (حتى لو أقيمت عليه) أي على الوكيل بقبض الدين (البينة على استيفاء الموكل) أي على استيفاء الدين من المديون (أو ابرائه) أي أو على ابراء الموكل المديون عن الدين (تقبل عنده) أي تقبل البينة عند أبي حنيفة وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته على قول أبي حنيفة تقبل وعلى قولهما لاتقبل (وقالا لايكون خصما) أي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لايكون الوكيل بقبض الدين خصما (وهو) أي قولهما (رواية الحسن عن أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في الاصح وأحمد في ظاهر الرواية (لان القبض غير الخصومة) فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة (وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضابها) أي بالخصومة (ولابي حنيفة انه) أي الموكل (وكله بالتملك) أي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصا (لان الديون تقضى بأمثالها) لابأعيانها (اذ قبض الدين نفسه) أي قبض نفس الدين (لايتصور) لانه وصف ثابت في ذمة من عليه (الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه) استثناء من قوله لان الديون تقضى بأمثالها يعني أن الديون وان كانت تقضى بأمثالها لابأعيانها لما ذكرنا آنفا الا ان قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما أجبر عليه وكذا اذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ماذكره الجمهور في شرح هذا المقام وأما صاحب العناية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لايجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لاعين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل اه أقول فيه بحث اذ لمانع أن يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير أن لايجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد أفصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا وقد

(والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة الخ) الوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله فاذا اقتضى القبض وأقام الخصم بينته على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل عنده وقالا لايكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضا به رضابها ولابي حنيفة أنه وكله بالتملك لان الديون تقضى بأمثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه

(قوله لانه وكيل بالقبض الخ) أقول لايذهب عليك أن ماذكره في صورة التعليلين المستقلين ينبغي أن يجعل تعليلا واحدا لاثبات المطلوب الاول لانتفاء الوكالة بالخصومة عبارة والثاني لانتفائها دلالة واقتضاء (قوله اذ قبض نفس الدين غير متصور الخ) أقول قال في البدائع في تعليله لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وكل ذلك لايتصور استيفاؤه

فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك

ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لابد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بأن يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لابد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بأن يقول أرسلني فلان اليك يقول لك أقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول أقرضني فصح ما ادعيناه انه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم ان الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ماذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المزبورين وقال هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم اه أقول ليس ذلك بسديد اذ ليس المراد أن الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد انه رسول بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك وكونه خصما حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب (فأشبه) أي الوكيل بقبض الدين (الوكيل بأخذ الشفعة) يعني أنه أشبه ذلك في كونه خصما فانه اذا أقام المشتري البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل (والرجوع في الهبة) بالجر عطف على أخذ الشفعة أي فأشبه أيضا الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا أقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على ان الموكل الواهب أخذ العوض تقبل (والوكيل بالشراء) بالنصب عطف على الوكيل بأخذ الشفعة أي فأشبه أيضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة (والقسمة) بالجر عطف على الشراء أي فأشبه أيضا الوكيل بالقسمة فان أحد الشريكين اذا وكل رجلا بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فانها تقبل (والرد بالعيب) بالجر عطف على الشراء أيضا أي فأشبه أيضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضي بالعيب تقبل (وهذه) أي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا أي الوكيل بقبض الدين (أشبه بأخذ الشفعة) أي أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير واعلم ان شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبيين المراد بالمفضل عليه ههنا فقال صاحب النهاية أي الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان أيضا لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه أي مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء وقال صاحب الغاية قالوا في شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة أي مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الاخر وعلل ذلك بأن في هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين واليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني أيضا ولكن لم يعينوا تلك الثلاث الاخر من بين المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل بأخذ الشفعة ثم ان المصنف بين وجه الاشبهية بقوله (حتى يكون خصما قبل القبض) أي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند أبي حنيفة قبل قبض الدين (كما يكون) أي كما يكون الوكيل (خصما قبل الاخذ) أي قبل أخذ العقار (هنالك) أي

لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز توكيلا بالاستقراض اذا التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل بأخذ بالشفعة اذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطلب حقوق العقد وبالقسمة بأن وكل أحد الشريكين وكيلا بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه أي مسئلة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون ههنا كذلك

(قوله والتوكيل بقبض الديون) أقول عطف على قضاء ديون (قوله والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها) أقول يعني والاصيل في حقوق العقد خصم في الحقوق ثم اعلم أن قوله والوكيل بالتملك كبرى وقوله والاصيل فيها خصم صغرى للقياس الثاني

والوكيل بالشراء لايكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها. قال (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة) بالاتفاق لانه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول (حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبده فأقام الذي هو في يده

وأما الوكيل بالشراء فانه لايكون خصما قبل مباشرة الشراء (قوله وهذا) اشارة الى ما أشرنا اليه مما يتم به دليل أبي حنيفة رضي الله عنه وهو أن الوكيل بالتملك أصيل في الحقوق قال (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة الخ) الوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه أمين محض حيث لامبادلة هناك لكونه وكيلا بقبض عين حق الموكل من كل وجه فأشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبده فأقام من بيده العبد

في التوكيل بأخذ الشفعة (والوكيل بالشراء لايكون خصما قبل مباشرة الشراء) فافترقا أقول لايذهب عليك ان تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر ههنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه في قوله فيما مر وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسئلة الوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واخترناه أيضا في شرحنا هناك بناء على هذا ولكن بقيت شبهة وهي ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة لما وكل به في المسائل الاربع الباقية أيضا لايظهر لتخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه اياها فقط وجه وان كان خصما قبل ذلك في تلك المسائل أيضا كما هو الظاهر سيما في مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لاشك ان الشريك الآخر لو أقام البينة قبل أن يقسم الوكيل بالقسمة ما وكل بتقسيمه على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لايظهر لتخصيص أشبهية الوكيل بقبض الدين بالوكيل بأخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ أشبه بتلك المسائل أيضا من الوكيل بالشراء فتأمل (وهذا) اشارة الى مطلع نكتة أبي حنيفة بقوله انه وكله بالتملك (لان المبادلة تقتضي حقوقا) كالتسليم والتسلم وغير ذلك (وهو) أي الوكيل بالتملك (أصيل فيها) أي في الحقوق (فيكون خصما فيها) أي في الحقوق يعني كأن الموكل أمر الوكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمأمور بالمبادلة يكون أصيلا في حقوق المبادلة كذا في النهاية وأكثر الشروح وقال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه مما يتم به دليل أبي حنيفة وهو ان الوكيل بالتملك أصيل في الحقوق اه فعليك الاختبار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف هنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا في حقوقها وقال فان قيل المبادلة في التملك بأخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتأمل اه أقول ليس هذا بمتوجه لان تعلق بعض الحقوق بشئ قبل وقوعه ليس بعزيز ألا يرى ان حق الخصومة يثبت للوكيل بأخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد أشار اليه المصنف بقوله وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هناك ثم ان التحقيق ان قبض الدين وان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بأمثالها الا أنه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فلشبهه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل ولشبهه بأخذ عين الحق جازت الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد اليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حيث قال لايقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة في المقبوض لانا نقول انما لاتلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذي ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه لان من الديون ما لايجوز الاستبدال به فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه بأخذ العين لاتلحقه العهدة في المقبوض عملا بهما اه (قال) أي محمد في الجامع الصغير (والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق) أي باتفاق أصحابنا وللشافعي واحد فيه قولان كما في قبض الدين (لانه) أي لان الوكيل بقبض العين (أمين محض) حيث لامبادلة ههنا لانه يقبض عين حق الموكل (والقبض) أي قبض العين (ليس بمبادلة فأشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبده) أي للموكل (فأقام الذي هو في يده) أي فأقام ذو اليد

قال المصنف (وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها) أقول فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا في حقوقها فان قيل المبادلة في التملك بأخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتأمل (قوله وهذا اشارة الى ما أشرنا اليه) أقول الاشارة الى ما ليس بمذكور

بينة أن الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذى اليد فى القياس لانها قامت لا على خصم وفى الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الآمر لانه لقيامه مقام الموكل فى القبض خصم فى قصر يده فتقصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة

البينة أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان والقياس أن يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع فصار كما اذا أقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل فى قصر يده كذا هذا قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) ومعناه اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل فى قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى جاز اقراره عليه

(البينة) على (أن الموكل باعه) أى باع العبد (اياه) أى ذا اليد (وقف الامر حتى يحضر الغائب) أى الموكل (وهذا) أى وقوف الامر (استحسان) أى مقتضى الاستحسان (والقياس) أى مقتضاه (أن يدفع) أى العبد (الى الوكيل) ولا يلتفت الى بينة ذى اليد (لان البينة قامت لا على خصم) بناء على أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة (فلم تعتبر) أى البينة (وجه الاستحسان أنه) أى الوكيل (خصم فى قصر يده) أى فى حق قصر يد نفسه عن العبد (لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده) أى يد الوكيل يعنى يصير اثر البينة مجرد قصر يده لا اثبات البيع (وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب) وهو الموكل (تعاد البينة على البيع) يعنى لو حضر الموكل لا بد لذى اليد من اعادة اقامة البينة على البيع فى محضر الموكل ولا يكتفى بالبينة السابقة فى اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة (فصار) هذا (كما اذا أقام) أى ذو اليد (البينة على أن الموكل عزله) أى عزل الوكيل (عن ذلك) أى عن التوكيل بقبض العين (فانها تقبل) أى فان البينة تقبل هناك (فى قصر يده) أى فى حق قصر يده (كذا هذا) أى ما نحن فيه (قال) أى محمد فى مختصره (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك تقبل فى حق قصر يده لا فى ثبوت الارتهان فى حق الموكل كذا فى الشروح قال المصنف (ومعناه) أى معنى قول محمد وكذلك العتاق والطلاق (اذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة) أى واذا أقام العبد والامة البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم) متعلق بالاقامة أى واذا أقاموا البينة على الوكيل بنقلهم الى الموكل يعنى اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها الموكل نقلها اليه وأراد الوكيل بقبض العبد والامة نقلهما الى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه فأقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها وأقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاهما أعتقهما (فانها تقبل فى قصر يده) أى فى حق قصر يد الوكيل عنهم (حتى يحضر الغائب) أى الى أن يحضر الغائب (استحسانا) أى تقبل استحسانا وأما قياسا فلا تقبل لقيامها لا على خصم (دون العتق والطلاق) أى لا تقبل فى حق ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لان الوكيل ليس بخصم فى اثبات العتق والطلاق وان كان خصما فى قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل فى القصر دون غيره وجملة الكلام فى هذه المسئلة أن البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففى حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفى حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل فى حق قصر يده لا فى حق ازالة ملك الموكل (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضى) متعلق باقر أى أقر عند القاضى (جاز اقراره عليه) أطلق الاقرار والموكل ليتناول

(قوله اذا أراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه) أقول قوله نقلها مفعول أراد (قوله قال واذا أقر الوكيل بالخصومة الخ) أقول لا يذهب عليك أن ماذكره فى وجه الاستحسان لا يعمهما بل يختص بما اذا كان الموكل هو المدعى عليه فلا بد من ارتكاب تأويل وتعميم الجواب لما يتكلم به المدعى والمدعى عليه

اسم

والا فلا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا أنه اذا أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم أنه مبطل في دعواه وقال أبو يوسف رحمه الله جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء فيصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل

بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء

ولا يجوز عند غير القاضي) عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا الا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف يجوز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه فان هذا الحكم وهو جواز اقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل المدعي هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فأقر بالقبض أو الابراء أو من المدعى عليه فأقر عليه بالحق (ولا يجوز عند غير القاضي) أي لا يجوز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي (عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا) وقوله استحسانا يتعلق بقول جاز وبقوله لم يجز كما ذكر في النهاية فتأمل (الا أنه يخرج عن الوكالة) فلا يدفع المال اليه ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد تبطل الوكالة على رواية الاصل لانه زعم أنه مبطل في دعواه (وقال أبو يوسف يجوز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين) أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله (وهو) أي قول زفر والشافعي (قول أبي يوسف أولا وهو القياس) أي مقتضاه (لانه) اي الوكيل (مأمور بالخصومة وهي) أي الخصومة (منازعة) ومشاجرة (والاقرار يضاده) أي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتأويل ما أمر به (لانه) أي الاقرار (مسالمة) ومساعدة (والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا) أي ولاجل عدم تناول الامر بالشئ ضد ذلك الشئ (لا يملك) أي الوكيل بالخصومة (الصلح والابراء) وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به الكافي وغيره فان في كل واحد من هذه الافعال ما يضاد الخصومة (ويصح) أي يصح التوكيل بالخصومة (اذا استثنى الاقرار) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار أو بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر على قال صاحب النهاية هذه المسئلة دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجاز المطلق الجواب لكان ينبغي أن لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لان المراد من الجواب اما الاقرار أو الانكار لا كلاهما

(قوله ولو ادعى بعد ذلك الى قوله انه مبطل في دعواه) أقول فيه تأمل (قوله وجه القياس أن الوكيل الخ) أقول فان قيل ان قول المصنف وهو القياس المنفهم منه قصر القياس على قول زفر والشافعي وتشريك أبي يوسف مع أبي حنيفة ومحمد في وجه الاستحسان بأبي ما ذكره قلنا المقصور على قولهما هو القياس الخالص الذي لا يشوبه شئ من الاستحسان والتشريك المذكور لا ينافي كون شمول الوجود ثابتا بالقياس المتفرع على الاستحسان فان صرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بالجواب ثابت استحسانا وعدم اختصاص اقراره بالمجلس ثابت قياسا ويفهم ذلك من قوله بعد ذلك يقول أبو يوسف فتأمل (قوله مأمور بالمنازعة لانها الخصومة) أقول الضمير في قوله لانها راجع الى المنازعة قال المصنف (والامر بالشئ لا يتناول ضده) أقول تقرير دليلهم أن الخصومة ضد للاقرار وكل ما هو ضد لشئ لا يدخل في الامر به ضده (قوله ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل الخ) أقول فان حقوق الشئ تدخل فيه بالتبعية وما هو كذلك لا يصح استثناؤه الا أن كون الاقرار من حقوق الجواب غير مسلم ولم يدع ذلك أحد بل ذلك من جزئياته كما يعلم من تقرير المصنف وجه الاستحسان (قوله كما لو استثنى الانكار) أقول استثناء الانكار أيضا مختلف فيه بين أبي يوسف ومحمد في الاصح والتفصيل في كتب الاصول (قوله وفيه نظر لانه الخ) أقول لا يهمه الاستثناء المتصل حتى يرد النظر

وكذا الوكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى

بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب اه كلامه أقول فيه نظر لانه ان أراد بقوله لان المراد من الجواب اما الاقرار أو الانكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب اما الاقرار وحده أو الانكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق فلا نسلم أن الامر كذلك اذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الاقرار والانكار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عينا كما سيأتي بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور وان أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لا بعينه لا مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم اذ لا يصح جمع الانكار والاقرار معا في جواب قضية واحدة ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل اذ اللازم فيه ما حينئذ انما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى وقوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا ليس بتام أيضا اذ يصح استثناء الانكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الاقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم أقول وبهذا يظهر فساد ما في كلام غاية البيان أيضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فأقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اه فانه ان أراد بقوله لان الخصومة شيء واحد أنها أمر جزئي لا تعدد فيه أصلا فليس كذلك قطعا وان أراد بذلك أنها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الأفراد وصحة استثناء بعض أفرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام معناه أن الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أولا يسلم المبيع انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في حل المقام ولكن أورد عليه حيث قال ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أولا يسلم المبيع ثم قال وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى أقول نظره ساقط جدا لان عدم التناول انما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع ويجوز أن يكون مدار صحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور ثم يرد على المحل المذكور أن من يقول بصحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف فلا يكون قوله ويصح اذا استثنى الاقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التقريب واعلم أن الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المصنف ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم أي على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أولا وقررا السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما ولما رأينا تفصيل ذلك اطنابا بما لا أعرضنا عنه على أن ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية وما مثل لما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما (وكذا الوكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) يعني الانكار (اذ العادة) في التوكيل (جرت بذلك ولهذا يختار فيها) أي في الخصومة (الاهدى فالاهدى) والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه المسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف أيضا كذا في المختلفات البرهانية اه وقد اقتفى أثره

(قوله وكذا الوكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) قال في النهاية هي مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو أيضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية

قال المصنف (وكذا لو وكله بالجواب مطلقا) أقول والظاهر من سياق العلامة النسفي في الكافي ان هذه المسئلة ذكرت استشهادا فانه قال ولو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار يصح التوكيل ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الاقرار ولانه لو استثنى الاقرار صريحا لا يملك الاقرار فكذا اذا استثناه دلالة والظاهر أن يكون مستثنى في توكيله الاقرار ولهذا لو وكله بالجواب مطلقا ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف انتهى فليتأمل فانه يجوز أن يكون نظير مسئلتي الفصم والجمد على ما سبق قبل ورقتين فتذكر

فى ذلك أكثر الشراح الا ان صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظني انه أراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعني لما كان الامر بالشئ لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الاقرار أنتج ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب هو مسالمة وهو الاقرار ولاجل ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار فى التوكيل بالخصومة الاهدى فى الخصومة فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح فعلم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين فى هذا المقام فقال هذه مسئلة مبتدأة لا للاستشهاد الى هنا كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلأن كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم عما ظن انه مراد بذلك مما لا ينبغي أن ينسب الى من له أدنى تميز فضلا عن ان ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذى لن تسمح بمثله الادوار ما دار الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور وما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فانى يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهوا عن الآخر وأما ثانيا فلانا لا نسلم عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان أراد به انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول أبى حنيفة ومحمد وقول أبى يوسف آخرا بجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعى رحمهما الله وقول أبى يوسف أولا كما هو مراده قطعا وان أراد بذلك انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر والشافعى وقول أبى يوسف أولا أيضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح فى المختلفات البرهانية بأن هذه المسئلة أيضا على الاختلاف المذكور فى التوكيل بالخصومة قوله لان المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لزفر أن يقول فى مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة فى التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الاهدى فالاهدى والوكالة تتقيد بدلالة العرف صرح بهذا التقرير فى الكافى والتبيين ولا شك ان اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضى اتحاد دليلهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح عند جميع الائمة حتى زفر والشافعى فلا يتم مطلوبه وأما صحة ذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف على قوله الآخر فمما لا يشك فيه أحد فاندفع ما اشتبه عليه ههنا بحذافيره ثم أقول الانصاف ان كون ما ذكره المصنف ههنا مسئلة مبتدأة خلافية غير مردودة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يليق بشأن المصنف اذ هو بصدد بيان أدلة أقوال المجتهدين فى مسئلة التوكيل بالخصومة فما الضرورة فى شروع مسئلة أخرى أثناء ذكر أدلة هذه المسئلة قبل تمامها فالوجه عندى ان هذه المسئلة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعنى لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الاقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازا نعم مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا أيضا على الاختلاف المذكور فى التوكيل بالخصومة كما صرح به فى المختلفات البرهانية فلا يحصل بها الزام الخصم الا أن

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح

ذكرها ههنا من قبيل رد المختلف على المختلف فيصير استشهادا تحقيقيا عند المستدل وان لم يكن الزاميا وتطير هذا أكثر من أن يحصى فتدبر (وجه الاستحسان ان التوكيل) يعنى أن التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة (صحيح قطعا) أى صحيح من كل وجه بالاجماع (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أى صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف فى غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر أو شرائها فانه يجوز على مذهب أبى حنيفة مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما لتصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم فى ذلك على أنا نقول ان للمسلم ولاية فى جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته ولا يشترط أن يكون للموكل ولاية فى كل الافراد وقد مضى بيان ذلك فى أوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام اه كلامه أقول فى جوابه الثانى بحث لانه لا يدفع النقض اللازم ههنا بصحة توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر وشرائها عند أبى حنيفة بل يؤيده فانه اذا لم يشترط أن يكون للموكل ولاية فى كل الافراد فيجاز عند أبى حنيفة بناء على ذلك توكيل المسلم الذمى بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشراؤها ينبغى أن يجوز عنده فيما نحن فيه أيضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك فلا يتم قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج فى ذهنك صحة توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه اه أقول الذى تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله فى أوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبى حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف فى الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام فى قوله يملك التصرف للعهد أى يملك التصرف الذى وكل به وأما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبى والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد اه ولا يخفى ان مآل هذا ما ذكره صاحب غاية البيان فى جوابه الثانى وقد بينا أنه لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده (وذلك) أى ما يملكه الموكل (مطلق الجواب) المتناول للانكار والاقرار جميعا (دون أحدهما عينا) أى دون أحد الجوابين بعينه لانه ربما يكون أحدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه وحيث صح من كل وجه علم أنه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحد منهما (وطريق المجاز) أى بين الخصومة ومطلق الجواب (موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى) على ما سيأتى عن قريب عند بيان وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى هذه المسئلة (فيصرف اليه) أى فيصرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بمطلق الجواب (تحريا للصحة قطعا) أى تحريا للصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء (ولو استثنى الاقرار فعن أبى يوسف انه لا يصح) جواب عن مستشهد زفر والشافعى يعنى لا نسلم صحة هذا الاستثناء بل لا يصح على قول أبى يوسف كما ذكره شيخ الاسلام فى شرح

قال المصنف (وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول ولا يبعد ارجاع الضمير فى قوله يملكه الى الوكيل فلا يرد التوكيل بالخمر (قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا) أقول أى ما يملكه الموكل شرعا ثم اعلم أن الضمير فى قوله بتناوله راجع الى التوكيل فى قوله وجه الاستحسان ان هذا التوكيل (قوله فتذكر ما تقدم فيه) أقول فى الورق الثانى من كتاب الوكالة فراجعه متشبثا بذيل انصافك هل تجد هناك ما ينفع فى دفع النقض هنا وعندى أن تقييد قوله صحيح بقوله قطعا أى اجماعا متكفل بدفع النقض فان صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مختلف فيه وأقل درجة الخلاف ايراث الشبهة فلا تكون قطعية فليتأمل

الجامع

لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له كما مر آنفا ولئن سلمناه صحته كما قال محمد رحمه الله لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز أن يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على أنه يعلم يقينا أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد أنه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية أي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة أو يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا أن الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته ولقائل أن يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب أن المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف رحمه الله الجواب عن صورة الصلح والابراء وأجيب بأنه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح آو الى الابراء فلم يوجد (١٠٧) مجوز الجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح أو الابراء لم يكن أشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وأيضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي

لانه لا يملكه وعن محمد رحمه الله أنه يصح لان التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه

الجامع الصغير في أصول الفقه أيضا (لانه) أي لان للموكل (لا يملكه) أي لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل ذلك كما مر آنفا كذا ذكر في العناية وكثير من الشروح أولان من أصله ان صحة الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثمن أولا يسلم المبيع فان ذلك الاستثناء باطل كذا هذا كذا ذكر في الكافي وفي بعض الشروح (وعن محمد انه يصح) يعني ولئن سلمنا ان استثناء الاقرار يصح كما قال محمد في ظاهر الرواية لكنه انما يصح (لان التنصيص) أي لتنصيص الموكل على الاستثناء (زيادة دلالة على ملكه اياه) أي على تملكه الانكار وبيان ذلك انه انما لم يحل له الانكار لجواز أن يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم يقينا ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار (وعند الاطلاق) أي عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار (يحمل على الاولى) أي يحمل كلامه على ما هو الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب (وعنه) أي عن محمد (انه فصل بين الطالب والمطلوب) أي فصل بين المدعي والمدعى عليه في استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه في الاول وهو الطالب (ولم يصححه في الثاني) وهو المطلوب (لكونه) أي لكون المطلوب (مجبورا عليه) أي على الاقرار كذا في النهاية وفي العناية أيضا نقلا عن النهاية أو على ترك الانكار كذا في كثير من الشروح وقال في غاية البيان بعد ذكر ذلك أو يقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه في الخصومة (ويخير الطالب فيه) أي في أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها كذا في

(قوله لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه الخ) أقول الضمير في قوله ملكه راجع الى الاستثناء (قوله وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم) أقول فيه أنه لم يحمل في الاطلاق على أنه يعلم يقينا أن خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح لظهور أن في الاطلاق أيضا دلالة على ذلك كما يدل عليه قول المصنف للتنصيص زيادة دلالة ويمكن أن يقال ظهور محقية الخصم كثيرا

منع الاعتداد بتلك الدلالة بخلاف التنصيص فليتأمل قال في الكافي لان صحة اقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ الى المجاز حملا على ما هو الاولى بالمسلم اذ الخصومة منازعة حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز لظاهر حاله انتهى يعني حملنا دلالة ظاهر حاله من الديانة على دلالة الاطلاق فافهم الا أنه بقي البحث في قوله والمنازعة حرام لان حرمة المنازعة ممنوعة على الاطلاق فليتأمل (قوله فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته) أقول فانه لو لم يقر الوكيل يقر الموكل فلا فرق بين الاقرارين فتفوت فائدة الاستثناء (قوله والجواب أن المطلوب مجبور الخ) أقول لا يقال اذا كان المدعى عليه محقا لا يقر الوكيل فلا فائدة في الاستثناء أيضا لانا نسلم أنه لا يقر لجواز أن يخدعه الطالب باعطاء الرشوة مثلا فيقر فليتأمل ولعل مراد صاحب النهاية أن الظاهر ان الوكيل المتدين لا يقر كاذبا على موكله بل انما يقر اذا كان الخصم محقا وفي تلك الصورة يضطر الموكل الى الاقرار بعرض اليمين فلا يفيد استثناؤه ويندفع عنه ما ذكره هذا الشارح كما لا يخفى فيكون المراد بقوله مجبور عليه أنه مجبور على الاقرار وجودا وعدما (قوله اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل الخ) أقول فيه اساءة الظن بالمسلم ثم لا يلزم مما ذكره عدم صحة استثناء المطلوب مطلقا لا بتغليب جانب مبطلية المطلوب على محقيته اذ لا علم لنا بتعيين مواضع محقيته ومبطليته ليمكن القول بصحة الاستثناء في الاول دون الثاني وفيه السعي في الغاء كلام العاقل مع ما ذكرنا من اساءة الظن ويمكن أن يقال جانب المطلوب يعارضه جانب الطالب ويترجح طلب الطالب باقرار الوكيل

فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره

الكفاية وذكر في التتمة عن محمد انه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعني ان الوكيل اذا كان من جانب المدعى صح استثناء الاقرار لان المدعى لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار أدى الاستثناء فائدته في حقه وأما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه أو يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا أن التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا ولقائل أن يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه أقول في الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة في استثنائه الاقرار بل كان ذلك أيضا احتمالا محضا فبمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغاء كلام العاقل مع وجوب حمل أمر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء أقول بقي ههنا بحث وهو أن الطالب أيضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لا يتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك ان الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب أي مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذه الحيثية بل مخير بخلاف المطلوب من حيث انه مطلوب أي مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قط لم يمكن استثناء الاقرار هناك أصلا فضلا عن صحته فليتأمل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء وأجيب بأنه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح أو الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن أشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وأيضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان تجوز الاستعارة والاولى أن يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا أو بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا الى هنا كلامه أقول فنظره الاول ساقط جدا اذ لا نسلم ان افضاء الخصومة الى الصلح والابراء أشد من افضائها الى الاقرار أو مثل افضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما أصلا بل هو مختار فيهما مطلقا على أنهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار المتخاصمين معا والى هذا كله أشار المجيب وهو الشارح الاتقاني في تقرير جوابه حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فنقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما اه (فبعد ذلك) شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الائمة الثلاثة أي بعد ما ثبت ان التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القضاء وغيره (ان الوكيل قائم مقام الموكل) فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له (واقراره) أي اقرار الموكل

أن تجوز الاستعارة والاولى أن يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا أو بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا (قوله فبعد ذلك) شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة أي بعد ما ثبت أن التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القاضي وغيره (الوكيل قائم مقام الموكل واقرار الموكل

(لا يختص

لايختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا) لما مر أنه يصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار (والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء) فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار

لايختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة أو لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء

(لايختص بمجلس القضاء) لان الاقرار موجب بنفسه وانما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول (فكذا اقرار نائبه) أي هو أيضا لا يختص بمجلس القضاء (وهما) أي أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله (يقولان) في الفرق بين مجلس القضاء وغيره (ان التوكيل) أي التوكيل بالخصومة (يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة) وهو الانكار (أو مجازا) وهو الاقرار لما مر انه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم ان طريق كون الاقرار من حيث انه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر ماذكره ههنا بقوله (والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه) أي الاقرار (خرج في مقابلة الخصومة) جوابا عنها فسمي باسمها كما سمي جزاء العدوان عدوانا في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا في المبسوط والاسرار قال صاحب العناية فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء بل الظاهر ان مجوزه المشاكلة أقول لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها أن المشاكلة بمعزل عما نحن فيه وانما غره تمثيلهم ما نحن فيه بقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولكن جواز المشاكلة أيضا في ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه تأمل تفطن (أو لانه) أي الخصومة على تأويل التخاصم كذا في النهاية وغيرها وقال في معراج الدراية وفي بعض النسخ أو لانها (سببه) أي الاقرار وقد سمي المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار انها تثبت بالسنة وكما يسمى جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم السبب على المسبب فكان المجوز السببية قال في العناية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف (لان الظاهر اتيانه) أي اتيان الخصم (بالمستحق) فتكون الخصومة سببا له حيث أفضى اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني فحينئذ يكون قوله لان الظاهر الخ تعليلا لقوله أو لانه سبب له وقيل هو تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتأمل اه ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق الخ فتفكر (وهو) أي المستحق (الجواب في مجلس القضاء) لا غير

خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به (اما) أنه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة) فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوزا شرعيا (أو لان الخصومة سبب الاقرار) فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق و) المستحق (هو الجواب في مجلس القضاء

قال المصنف (اما لانه خرج في مقابلة الخصومة) أقول فيكون مجازا على سبيل المشاكلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها (قوله لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء) أقول لا يذهب عليك ما في كلامه من الركاكة ظاهرا ويندفع بجعل قوله الا في مجلس القضاء حالا من اسم لا يكون (قوله اذ الاقرار خصومة الخ) أقول من قبيل قياس المساواة المنتج (قوله أما لانه خصومة مجازا) أقول أي من حيث انه جواب ويفهم من بيان المجوز اعتبار تلك الحيثية فافهم (قوله فلانه خرج في مقابلة الخصومة) أقول أي جوابا عنها (قوله فكان مجوزه التضاد) أقول بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة قال المصنف (لان الظاهر اتيانه بالمستحق) أقول تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر من التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتأمل

فيختص به لكن اذا أقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب أو الوصي اذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما

(فيختص به) أي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قال صاحب العناية ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان أولى تأدية للمقصود انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب وسنده مامر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى أقول ليس هذا بشيء لان مداره على زعم أن ضمير عليه واتيانه في قوله لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق راجع الى الوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل أيضا خصما لقيامه مقام الموكل فالوجوب ههنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع قطعا ومامر من صاحب العناية في أول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل مافوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سندا للمنع ذلك ألا يرى انه يجب على الوكيل كثير من أحكام ماباشره بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون الموكل مع اطباقهم على أن حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل مافوض اليه فالتوفيق في ذلك كله أن الوجوب حكم ماباشره والجواز حكم أصل الوكالة فلا تغفل (لكن اذا أقيمت البينة على اقراره) أي على اقرار الوكيل (في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة) هذا استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع مايقال اذا لم يكن الاقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب أن يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة (حتى لا يؤمر) أي لا يؤمر الخصم (بدفع المال اليه) أي الى الوكيل (لانه صار مناقضا) في كلامه حيث كذب نفسه بالقول الاول والمناقض لا دعوى له قال في الكافي حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه لا يمكن أن يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا في كلامه فلو بقي وكيلا بقي وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وماوكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا انتهى (وصار) أي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء (كالاب والوصي اذا أقر) أي أقر واحد منهما (في مجلس القضاء) فانه (لا يصح) اقراره ولا يدفع المال اليه بيانه أن الاب أو الوصي اذا ادعى شيأ للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الاب أو الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح (ولا يدفع المال اليهما) لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعي عليه فكذلك ههنا كذا ذكر في أكثر الشروح والاحسن ماذكر في الكفاية من أن الاب والوصي اذا أقرا على اليتيم في مجلس القضاء أنه استوفى حقه لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير انتهى واعلم أن حاصل هذه المسئلة أعني مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه الاول أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا بالاقرار أيضا عند علمائنا الثلاثة الثاني أن يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لان باستثناء الاقرار تبين أن الوكيل مايتناول نفس الجواب انما يتناول جوابا مقيدا بالانكار هكذا ذكر شيخ الاسلام في الاصل وذكر الامام فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع أن هذا الاستثناء على قول ابي يوسف لا يصح وعند محمد يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح وكالة الاصل وفي الفتاوى الصغرى ان استثناء الاقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد الثالث أن يوكله بالخصومة غير جائز الانكار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الاقرار

(قوله ولو قال لان الواجب عليه الخ) أقول انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب وسنده مامر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها

قال (ومن كفل بمال عن رجل الخ) ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا لانه بعد براءة الكفيل ولا قبلها أما بعد البراءة فلانها لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة وأما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير وأجيب بالمنع مستندا الى ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله أن المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلا منافي التوكيل بالقبض واعترض بأن عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل أصلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر وأجيب بأن لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فلتنسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي رحمه الله في الجامع الصغير الوكيل بقبض (١١١) الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ او مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه

قال (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا) لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن

عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو أقر صح اقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ويجب أن يعلم أن التوكيل بالاقرار صحيح عندنا ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عندنا ذكر محمد المسئلة في باب الوكالة بالصلح الخامس أن يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار ولا روايه في هذا الوجه عن أصحابنا وقد اختلف المتأخرون فيه بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل أصلا لان التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار وانكار فاذا استثنى كلاهما لم يفوض اليه شيأ وحكى عن القاضي الامام صاعد النيسابوري انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ما هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو أقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يندرئ بالشبهات كذا في التبيين (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه) أي بقبض المال (عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك) أي لم يكن الكفيل وكيلا في قبض المال عن الغريم (أبدا) أي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل أما بعد البراءة فلانها لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة وأما قبل البراء فلما ذكره بقوله (لان الوكيل من يعمل لغيره) وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه في ابراء ذمته (ولو صححناها) أي ولو صححنا الوكالة فيما نحن فيه (صار) أي صار الوكيل (عاملا لنفسه في ابراء ذمته) لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله (فانعدم الركن) أي ركن الوكالة وهو العمل للغير

(قوله لا بعد براءة الكفيل الخ) أقول بأن أبرأه المكفول له عن الكفالة قال المصنف (فلأن الوكيل من يعمل لغيره) أقول ولا واحد من الكفيل من يعمل لغيره فهذا قياس من الشكل الثاني أو هو قياس من الشكل الاول على هذه الصورة لو كان الكفيل وكيلا لصار عاملا لنفسه وكل من صار عاملا لنفسه فليس بوكيل اذ لا شئ ممن هو عامل لنفسه بوكيل وهذا ألأم ببعض عبارته فتأمل قال المصنف (ولو صححناها صار عاملا لنفسه الخ) أقول قال الزيلعي فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك انتهى فيه بحث لانه ان أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك الا أن يقال انه من قبيل المبالغة في التشبيه وان أراد أنه تمليك للابراء كما في طلقي نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا (قوله ونوقض بتوكيل المديون) أقول بتوكيل مضاف الى المفعول (قوله سلمناه لكن الابراء تمليك الخ) أقول يعني لا نسلم كون الابراء من جنس الاسقاط بل هو من جنس سائر التمليك كما في قوله طلقي نفسك الا أنه محل تأمل (قوله واعترض بأن عمل الوكيل الخ) أقول هذا الاعتراض معارضة (قوله بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل) أقول اذا كان المحل قابلا له وفيما نحن فيه كذلك لكونه كفيلا فتأمل (قوله فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون الخ) أقول قال الله تعالى ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها (قوله فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة الخ) أقول وفي خلاصة شرح القدوري واذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضمانه باطل لانه أمين فلا يصير ضامنا انتهى ففيما ذكره الشارح بحث

فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لايصير وكيلا لما قلنا فان قيل يشكل هذا برب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه يصح نص عليه في الجامع الكبير وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام في تعليل هذه المسئلة أن المديون لايصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ماذكر في الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا ذلك فنقول ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فلا يرد علينا نقض الان كلامنا في التوكيل لا في التمليك كذا في النهاية وأكثر الشروح أقول في الجواب نظر أما في المنع فلان ماذكر شيخ الاسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد في الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال وأما في التسليم فلان النقض ليس بنفس الابراء بل بالتوكيل بالابراء لما معنى قولهم ان كلامنا في التوكيل لا في التمليك على أن المنقوض ههنا ليس نفس المسئلة بل دليلها المذكور فانه جار بعينه في صورة توكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة في دفع ذلك للفرق المذكور أصلا كما لايخفى اللهم الا أن يقال مرادهم أن التوكيل بالابراء في الصورة المذكورة تمليك حقيقة وان كان توكيلا صورة وكلامنا في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة والدليل المذكور أيضا انما يجري في التوكيل الحقيقي لان كون الوكيل عاملا لغيره انما هو في ذلك ويميل الى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمة لانه تمليك لا لانه توكيل كما في قوله طلقي نفسك انتهى فتأمل قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافي قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر اه أقول يمكن أن يعارض هذا بأنه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما أشير اليه في سائر الشروح حيث قيل ان الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزيلعي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على نهج ماذكر في الكافي بنوع تغيير عبارة في السؤال والجواب حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله طلقي نفسك اه واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه فيه بحث لانه ان أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك الا أن يقال انه من قبيل المبالغة في التشبيه وان أراد أنه تمليك للابراء كما في طلقي نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا اه أقول يجوز أن يختار كل واحد من شقي ترديده أما الاول فلسقوط منع ذلك بالمقدمة الدليل عليه بأنه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان اسقاطا له لما ارتد بالرد فان الاسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ماعرف وقد أشار اليه الشراح بقولهم الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وأما الثاني فلسقوط نقض ذلك بالتوكيل فان التوكيل على ما مر في صدر كتاب الوكالة اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فهو انابة محضة لا تمليك شيء أصلا فقوله فالتوكيل أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق أيضا ساقط جدا اذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في موضع آخر ان التوكيل تمليك شيء بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ثم قيل ينبغي أن تصح وكالة الكفيل في مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه كان واقعا في ضمن عمله لغيره والضمنيات قد لاتعتبر وأجيب بأنا لانسلم ذلك بل العمل لنفسه أصل اذ الاصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما استويا في جهة الاصالة ينبغي أن تبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة كما اذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فانها تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير أن الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان

(قوله ولان قبول قوله) دليل آخر وتقريره أن الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه أمينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئا نفسه وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته و يطالب العبد بجميع

ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء و يطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله (فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا) لانه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء (ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده) لان غرضه

وتبطل الوكالة وأجيب بأن الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس لان الشئ جاز أن يكون منسوخا بما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه والوكالة دون الكفالة في الرتبة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه (ولان قبول قوله) أي قبول قول الوكيل (ملازم للوكالة) هذا دليل آخر على المسئلة تقريره أن الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل (لكونه أمينا ولو صححناها) أي لو صححنا الوكالة ههنا (لا يقبل) أي لم يقبل قوله (لكونه مبرئا نفسه) عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله (فينعدم) أي التوكيل الذي هو الملزوم (بانعدام لازمه) الذي هو قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم (وهو نظير عبد مديون) أي ما ذكر من مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون أو بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مديون وفي بعض النسخ ونظيره عبد مديون (أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته) أي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا أو معسرا (للغرماء و يطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب) أي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين (بقبض المال عن العبد كان باطلا) أي كان التوكيل باطلا (لما بيناه) من أن الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فكان التوكيل باطلا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى أنه وكيل الغائب) أي وكيل فلان الغائب (في قبض دينه فصدقه الغريم) أي المديون (أمر) أي الغريم (بتسليم الدين) وفي بعض النسخ بتسليم المال (اليه) أي الى مدعي الوكالة (لانه) أي لان تصديق الغريم اياه (اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله) أي لان ما يقضيه المديون خالص مال المديون اذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها كما تقدم وتقرر فاداء المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن أقر على نفسه بشئ أمر بتسليمه الى المقر له (فان حضر الغائب) أي رب الدين (فصدقه) أي صدق الوكيل فيها (والا) أي وان لم يصدقه (دفع اليه) أي الى رب الدين (الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء) أي استيفاء رب الدين حقه (حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله) أي القول في انكار الوكالة قول رب الدين (مع يمينه) لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي أمرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء (فيفسد الاداء) أي يفسد الاداء الى مدعي الوكالة وأداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين (ويرجع به) أي ويرجع المديون بما دفعه أولا (على الوكيل) أي على مدعي الوكالة (ان كان باقيا في يده) أي ان كان ما دفعه الى الوكيل باقيا في يده (لان غرضه) أي غرض المديون

الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بيناه أن الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه الخ) ومن ادعى أنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه لانه أقر على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقتضى بامثالها فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن أقر على نفسه بشئ أمر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب فصدقه فبها والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه اذا أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعى أمرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء وهو

 واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه

(قوله فما داء المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم) أقول أي في هذا الباب (قوله لان القول في ذلك قوله الخ) أقول قوله القول اسم أن وقوله قوله خبرها

من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله أن ينقض قبضه (وان كان) ضاع (فى يده لم يرجع عليه) لانه بتصديقه اعترف انه محق فى القبض وهو مظلوم فى هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال (الا أن يكون ضمنه عند الدفع)

(من الدفع) أى من الدفع الى الوكيل (براءة ذمته) من الدين (ولم تحصل) أى لم تحصل البراءة (فله أن ينقض قبضه) أى فللمديون أن ينقض قبض الوكيل (وان كان ضاع) أى ان كان ما دفعه الى الوكيل ضاع (فى يده لم يرجع) أى المديون (عليه) أى على الوكيل (لانه) أى المديون (بتصديقه) أى بتصديق الوكيل (اعترف أنه) أى الوكيل (محق فى القبض) والمحق فى القبض لا رجوع عليه (وهو) أى المديون (مظلوم فى هذا الاخذ) أى فى الاخذ الثانى وهذه الجملة أعنى قوله وهو مظلوم فى هذا الاخذ معطوف على ما فى حيز أن فى قوله اعترف أنه محق فى القبض فالمعنى أن المديون بتصديق الوكيل اعترف أيضا انه زعم أنه مظلوم فى هذا الاخذ الثانى (والمظلوم لا يظلم غيره) فلا يأخذ المديون من الوكيل بعد الهلاك قال صاحب العناية فان قيل هذا الوجه يقتضى أن لا يرجع عليه اذا كانت العين فى يده باقية أيضا فالجواب أن العين اذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم وأما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى أقول لقائل ان يقول ان الحق فى القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا يتسر نقض قبضه أيضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وان المظلوم كما لا يجوز له أن يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له أن يتوسل اليه بوسيلة كنقض القبض ههنا فلا يتم الجواب المذكور فالجواب الواضح أن الوكيل وان كان محقا فى القبض على زعم المديون الا أن قبضه لم يكن لنفسه أصالة بل كان لاجل الايصال الى موكله بطريق النيابة فلم يكن ما قبضه ملك نفسه فاذا أخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان ظلما فى زعم المديون لم يبق للوكيل حق ايصال ما قبضه الى الموكل لوصول حق الموكل الى نفسه من الغريم فان كان عين ما قبضه الوكيل باقيا فى يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلما له أصلا لان ما قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضا لاجل الايصال الى موكله واذا لم يبق له حق الايصال الى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع اليه بخلاف ما اذا كان عين ما قبضه هالكا فان ما قبضه وان لم يكن ملك نفسه الا أن يده كانت يد أمانة على زعم المديون حيث صدقه فى الوكالة وتضمين الامين ظلم لا يخفى ثم ان الامام الزيلعى قال فى التبيين ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الالف العين نصفين فادعى الذى عليه الدين أن الميت استوفى منه الالف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو فى زعمه أن المكذب ظلمه فى الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذه المكذب وذكر فى الامالى أنه لا يرجع لان الغريم زعم أنه برئ عن جميع الالف الا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بأمثالها فاذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالارث حتى يستوفى لان الدين مقدم على الارث الى هنا كلامه فتأمل (قال) أى المصنف فى البداية (الا أن يكون ضمنه عند الدفع) هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعنى اذا ضاع فى يده لم يرجع عليه لا أن يكون ضمنه عند الدفع وهذا اللفظ مروى بالتشديد والتخفيف ففى التشديد كان الضمير المستكن فى ضمنه مسندا الى المديون والضمير البارز راجعا الى الوكيل وفى التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو أن

(قوله والمظلوم لا يظلم غيره) أقول متمسكا بأنه ظلم (قوله فان قيل هذا الوجه الخ) أقول أنت خبير بأن الظلم فى التضمين بعد الهلاك فى يده لا فى الاسترداد حال قيامه اذ لا ملك ولا حق للوكيل ولعل ما آل ماذكره الشارح الى هذا

لان المأخوذ ثانيا مضمون على رب الدين فى زعم الوكيل والمديون لانه غاصب فى حقهما فيما يقبضه ثانيا فكانه قال أنا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بماذاب عليه أى يذوب فى كون كل واحد منهما كفالة أضيفت الى حال وجوب فى المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة) يعنى ولم يكذبه أيضا لان فرع التكذيب سيأتى عقيب هذا (ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه فى الوكالة وهذا أظهر لما قلنا وفى الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا أو محتملا

لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه فى زعمهما وهذه كفالة أضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بماذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه فى الوكالة وهذا أظهر لما قلنا وفى الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا أو محتملا

يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال الى الوكيل بأن يقول له اضمن لى ما دفعته اليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب منى ماله آخذ منك ما دفعته اليك ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمديون أنا ضامن لك ان أخذ منك الطالب ثانيا فأنا أرد عليك ما قبضته منك وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل (لان المأخوذ) منه (ثانيا مضمون عليه) أى على رب الدين (فى زعمهما) أى فى زعم الوكيل والمديون لان رب الدين فى حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا (وهذه) أى هذه الكفالة (كفالة أضيفت الى حالة القبض) أى الى حالة قبض رب الدين ثانيا (فتصح) أى فتصح هذه الكفالة لاضافتها الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت (بمنزلة الكفالة بماذاب له على فلان) أى بما يذوب أى يجب له عليه وهذا ما مر يريد به المستقبل وقدمر تقريره فى كتاب الكفالة فوجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت الى حال وجوب فى المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه) أى لم يصدق الوكيل (على الوكالة) يعنى ولم يكذبه أيضا بل كان ساكتا لان فرع التكذيب سيأتى عقيب هذا (ودفعه اليه) أى دفع المال الى الوكيل (على ادعائه) أى بناء على مجرد دعوى الوكيل (فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه) أى الغريم (لم يصدقه) أى الوكيل (على الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة) أى على رجاء أن يجيزه صاحب المال (فاذا انقطع رجاؤه) أى رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه (رجع عليه) أى رجع الغريم أيضا على الوكيل (وكذا اذا دفعه اليه) أى وكذا الحكم اذا دفع الغريم المال الى الوكيل (على تكذيبه) أى على تكذيب الغريم (اياه) أى الوكيل (فى الوكالة) أى فى دعوى الوكالة (وهذا) أى جواز رجوع المديون على الوكيل فى صورة التكذيب (أظهر) أى أظهر من جواز رجوعه عليه فى الصورتين الاوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لانه لما رجع عليه فى تينك الصورتين مع انه لم يكذبه فيهما فلان يرجع عليه فى هذه الصورة وقد كذبه فيها أولى بالطريق لانه اذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع به على الغاصب قطعا (لما قلنا) اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية كما لا يخفى (وفى الوجوه كلها) يعنى الوجوه الاربعة المذكورة وهى دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب (ليس له) أى ليس للغريم (أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب كذا فى عامة الشروح أقول الحق فى بيان قوله أو محتملا أن يقال وهو فى حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلا من الوجوه المذكورة كلها وقيل

حقا للغائب اما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة أو محتملا ان كان فاسقا أو مستور الحال

(قوله اما ظاهرا وهو فى حالة التصديق أو محتملا وهو فى حالة التكذيب) أقول وفى حالة السكوت

(فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة) فانه (لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر تصرف الغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن حصول غرضه) لان سعي الانسان في نقض ماتم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف رحمه الله أن الغريم اذا أنكر الوكالة هل يستحلف أولا قال الخصاف رحمه الله لا يحلف على قول أبي حنيفة رحمه الله ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله أن الاستحلاف ينبني على دعوى صحيحة ومالم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا أقر بالوكالة وأنكر الدين والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد تثبت الوكالة في حقه باقراره (ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بمال الغير) بحق القبض فانه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) على ماسر أن الديون تقضى بأمثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة فان دفعها اليه فحضر الغائب وأنكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع أولا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه أو سكت أو كذبه فدفعها اليه يرجع ان لم تكن العين في يده باقية وان كانت باقية أخذها لانه ملكها بالضمان وأما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما سر

فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه (ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) لانه أقر له بمال الغير بخلاف الدين

ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة أو محتملا ان كان فاسقا أو مستورا لحال (فصار) أي صار الحكم في الوجوه كلها (كما اذا دفعه) أي كما اذا دفع الغريم المال (الى فضولي على رجاء الاجازة) من صاحب المال فان الدافع هنالك (لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة) فكذا ههنا (ولان من باشر التصرف لغرض) عطف على قوله لان المؤدى صار حقا للغائب (ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس عن غرضه) أي عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ماتم من جهته مردود كما اذا كان الشفيع وكيل المشتري ليس له الشفعة لانه لو كان له الشفعة كان سعيا في نقض ماتم من جهته وهو البيع ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا أنكر الوكالة هل يحلف أولا قال الخصاف لا يحلف على قول أبي حنيفة ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف ينبني على دعوى صحيحة ومالم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا أقر بالوكالة وأنكر الدين والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد تثبت الوكالة في حقه باقراره كذا في العناية أخذا من النهاية وذكر في الكافي انه ان دفع الغريم المال الى الوكيل ثم أقام البينة على انه ليس بوكيل أو أقام البينة على اقراره ان الطالب ماوكله لا تقبل ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لان كل ذلك ينبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما أوجبه الغائب فان أقام الغريم البينة على ان الطالب جحد الوكالة وقبض المال مني تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة وجاز أن يثبت الشيء ضمنا وضرورة ولا يثبت مقصودا اه (ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه) هذا لفظ القدوري في مختصره علله المصنف بقوله (لانه) أي المودع بفتح الدال (أقر له) أي للوكيل (بمال الغير) وهو المودع بكسر الدال فانه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل الذي صدقه في وكالته على ماسر فان الديون تقضى بأمثالها فكان اقرار المديون اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض كذا ذكره الامام قاضيخان ثم ان الوجوه الاربعة المذكورة في الوكيل بقبض الدين واردة في الوكيل بقبض الوديعة أيضا فانه قال في المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ماوكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملك بأداء الضمان وان قال هلك مني أو دفعته الى الموكل فهو على التفصيل الذي قلنا ان صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء وان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه لما قلنا اه وذكر في

(قوله فان دفعها اليه فحضر الغائب) أقول يعني ان دفع الوديعة الخ (قوله ان لم تكن العين الخ) أقول قوله ان لم تكن ناظر الى قوله لا يرجع والى قوله يرجع معا (قوله وأما الاسترداد الى قوله لما سر) أقول فيه بحث مذكور وجهه في شرح الكنز للزيلعي في فصل القضاء بالمواريث فراجعه

ولو ادعى انه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته

(ولو ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه لانه لا يبقى) أى لان مال الوديعة لا يبقى (مال المودع بعد موته) وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمهما الله نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه الى فى أى مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وأرى أنه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة أى كلمته فى حال المشافهة وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر فى اعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى أى لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث

(قوله وأما قوله لا يبقى الى قوله والظاهر فى اعرابه الرفع) أقول فيه بحث فان استقامة المعنى مما لا يمكن انكاره والنفى متوجه الى القيد على ما هو الاصل بل من رفع لا يستغنى عن ملاحظة ذلك المعنى أيضا لظهور أن المال عينه باق وغير الباقى منسوبيته اليه وتلك من أحوال ذلك المال (قوله أى لان المودع الخ) أقول أولا ان الشأن

فى الفوائد الظهيرية فى فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين فى شرح الجامع الصغير انه لا يملك الاسترداد لانه ساع فى نقض ما أوجبه وقال أيضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت فى يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لان المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله اه (ولو ادعى) أى ولو ادعى أحد وفى بعض النسخ فلو ادعى ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة الفضولى (انه) الضمير للشأن (مات أبوه) أى أبو المدعى (وترك الوديعة ميراثا له) أى للمدعى (ولا وارث له) أى للميت (غيره) أى غير المدعى (وصدقه المودع أمر بالدفع اليه) أى أمر المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعى أقول من البحائث ههنا ان الشارح العينى قال فى تفسير هذه المسئلة أى فلو ادعى من قال انى وكيل أنه أى ان فلانا مات أبوه الخ ولا يخفى على من له أدنى مسكة ان هذه المسئلة مسئلة الوراثة ذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما فى الحكم وانه لا مجال لان يكون الضمير المستكن فى ولو ادعى أو فلو ادعى راجعا الى من قال انى وكيل لان المودع لا يؤمر بالتسليم الى مدعى الوكالة أصلا قال المصنف فى تعليل هاتيك المسئلة (لانه) أى لان مال الوديعة (لا يبقى ماله) أى لا يبقى مال المودع (بعد موته) أى بعد موت المودع قال صاحب النهاية ماله بالنصب وقال هكذا كان معربا باعراب شيخى أى لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته أى منسوبا اليه ومملوكا له فكان انتصابه على تأويل الحال كما فى كلمته فاه الى فى أى مشافها اه وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما فى النهاية بعينه ويجوز الرفع وقال صاحب غاية البيان قوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما فى قوله كلمته فاه الى فى يعنى لا يبقى مال الوديعة مال أبيه بعد موت أبيه اه وقال صاحب العناية وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه الى فى أى مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وأرى انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة أى كلمته فى حال المشافهة وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر فى اعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى أى لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث اه كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلانه قد تقرر فى علم البلاغة انه يجوز فى أمثال هذا التركيب أن يعتبر القيد أولا فيؤل المعنى الى نفى القيد وان يعتبر النفى أولا فيؤل المعنى الى تقييد النفى ويتعين كل واحد من الاعتبارين بقرينة تشهد له فان أراد بقوله وأما قوله لا يبقى مال المودع حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الاول فممنوع اذ لا يخفى ان نفى بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه اليه بعد موته معنى ظاهر مقبول وان أراد بذلك انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثانى فمسلم لكن المراد ههنا هو الاعتبار الاول كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على تقدير رفع ماله على انه فاعل لا يبقى يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد موته وليس هذا معنى صحيحا اذ المال باق بعينه بعد موته وانما المنتفى بعد موته مملوكيته وانتسابه اليه وذلك من أوصاف المال وأحواله يفهم من النصب على الحالية ولا يفهم من الرفع على الفاعلية اللهم الا أن يدعى انه يؤخذ من اضافة المال الى الضمير الراجع الى المودع لكنه بعيد جدا فالظاهر فى افادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى ثم ان الشارح العينى قد زاد فى الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما فى النهاية وما فى العناية والصواب هو الرفع على ما قاله الا كمل

(فقد اتفقا على أنه مال الوارث) فلا بد من الدفع اليه (ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع مادام حيا كان اقرار المودع) اقرارا (بملك الغير لكونه من أهل الملك فلا يصدقان في دعوى البيع عليه) ولقائل أن يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك بقوله ومن أقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة قال (فان وكل وكيلا بقبض دينه) ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستخلفه قال المصنف (لان الوكالة قد ثبتت) يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك (والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه

(فقد اتفقا على أنه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه مادام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال (فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه) لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه

وقد فاته شيء آخر وهو ان من شرط الحال أن تكون من المشتقات والمال ليس منها الا انه يجوز بالتأويل ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في أنه نصب على الحال انه حال على تأويل متمولا أي لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان أوجه اه أقول ليس مازاده بشيء أما قوله ان من شرط الحال أن تكون من المشتقات فممنوع ألا يرى الى قول ابن الحاجب وكل ما دل على هيئة صح أن يقع حالا مثل هذا بسرا أطيب منه رطبا ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتأويل بالمشتق مما لم ينكره أحد من النحاة وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال الا أنه يجوز بالتأويل وقد بين صاحب النهاية التأويل ههنا حيث قال منسوبا اليه مملوكا له فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام وأما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في أنه نصب على الحال أنه حال على تأويل متمولا أي لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان أوجه فمما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل لان المتمول انما هو المالك لا المال قطعا فكيف يتصور تأويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له بل على تقدير ارجاع ضمير لا يبقى الى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوي الافهام (فقد اتفقا) اي مدعي الوراثة والمودع وقال العيني أي الذي ادعى الوكالة والمودع أقول هذا بناء على ضلاله السابق وقد عرفت حاله (على أنه) متعلق باتفقا أي فقد اتفقا على أن مال الوديعة (مال الوارث) فلا بد من الدفع اليه قال صاحب التسهيل أقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضي انتهى فتأمل (ولو ادعى) أي ولو ادعى أحد (أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر) أي لم يؤمر المودع (بالدفع اليه) أي الى مدعي الشراء وهذه المسئلة أيضا ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية وقال في تعليلها (لانه) أي لان صاحب الوديعة (مادام حيا كان اقرارا بملك الغير) أي كان اقرار المودع لمدعي الشراء اقرارا بملك الغير وهو صاحب الوديعة (لانه) أي الحي (من أهله) أي من أهل الملك (فلا يصدقان) أي مدعي الشراء والمودع المصدق اياه (في دعوى البيع عليه) أي على صاحب الوديعة قال صاحب العناية ولقائل أن يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك بقوله ومن أقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة الى ههنا كلامه أقول تضعيفه ساقط لان ذكر المسئلة المتقدمة عليهما وهي مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها لان ذكرهما لما أوقع في ذهن السامع ان الحكم فيهما أيضا كالحكم فيها أم لا ذكرهما المصنف عقيبها في بابها على سبيل التفريع عليها ازالة للاشتباه ببيان الفرق بينهما وبين احداهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الاخرى فكان ايرادهما في هذا الباب قريب المناسبة (قال) أي محمد في جوع الجامع الصغير (فان وكل وكيلا بقبض ماله) أي ان وكل رجل وكيلا بقبض ماله على غريمه (فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه) أي فان الغريم (يدفع المال اليه) أي يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المصنف في تعليله (لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه)

(قوله فكان ذكرهما تكرارا) أقول والاولى أن يقال ذكرهما استطرادي تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرهما في البداية فليتأمل (قوله ومن أقر) أقول أي بمعناه (قوله لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة الخ) أقول مقصوده دفع الاعتراض المذكور في النهاية أي ونص عبارته فان قيل لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فبأي دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المدعون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان الدين اذا كان مستوفى من جانب من له الحق

فلا يؤخر الحق) الى تحليف رب الدين (ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه) فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) والنيابة لا تجرى فى الأيمان وقال زفر رحمه الله أحلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف

عليه والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهى لا تجرى فى الأيمان بخلاف الوارث يحلف أن لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة

فلا يؤخر الحق قال (ويتبع رب المال فيستحلفه) رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب

أى بمجرد دعوى الغريم بلا حجة (فلا يؤخر الحق) أى حق القبض الى تحليف رب الدين قال صاحب النهاية فان قيل لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فبأى دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان الدين اذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لاستحالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا بأصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل اه أقول جوابه منظور فيه اذ لا كلام فى ان ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه يتضمن الاعتراف بأصل الحق وانما الكلام فى أن الوكالة بأى دليل ثبتت ومجرد عدم انكار الوكالة لا يقتضى الاعتراف بثبوتها ألا يرى أنه لو سكت أو تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرا للوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد أشار اليه السائل بقوله بل هو دليل على عدم صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكأن الغريم قال أنت لا تصلح للوكالة أصلا بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن أن تقع وكيلا عنه تدبر وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال فى بيان المسئلة ذكر فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذى عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه ثم قال فى شرح قول المصنف لان الوكالة قد ثبتت يعنى بالبينة لان وضع المسئلة كذلك انتهى أقول لقائل أن يقول لو كان مدار قول المصنف لان الوكالة قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة فى وضع هذه المسئلة لما وسع للمصنف فى بدايته وهدايته ولعامة المشايخ فى تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ولا ينبغى أن يدعى كون تركهم اياه بناء على ظهور اعتباره كيف وقد ذهب اعتبار ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه آخر فى دفع السؤال المذكور فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغنى عن ذكره فى عامة الكتب لما خفى على مثل هؤلاء الاجلاء (قال ويتبع) أى يتبع الغريم (رب المال فيستحلفه) أى فيستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء (رعاية لجانبه) أى جانب الغريم فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع الغريم القابض فيسترد ما قبضه (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) والنيابة لا تجرى فى الأيمان وقال زفر رحمه الله أحلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهى لا تجرى فى الأيمان بخلاف الوارث يحلف أن لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة كذا فى الشروح أخذا من الايضاح

صاحب النهاية لا يخلو عن بحث قال المصنف (ولا يستحلف الوكيل لانه نائب) أقول ذكر فى الشروح أن الوكيل لا يستحلف على العلم (قوله لان الوكيل لو أقر بذلك) أقول يعنى لو أقر بالاستيفاء

قال (وان وكله بعيب فى جارية الخ) اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضا المشترى بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشترى بخلاف ما مر من مسئلة الدين لان التدارك ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكول الموكل وأما

قال (وان وكله بعيب فى جارية فادعى البائع رضا المشترى لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند أبى حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لا يفيد

(قال) أى محمد فى بيوع الجامع الصغير (وان وكله بعيب فى جارية) أى ان وكله برد جارية بسبب عيب (فادعى البائع رضا المشترى) أى رضاه بالعيب (لم يرد عليه) أى لم يرد الوكيل على البائع (حتى يحلف المشترى) يعنى لا يقضى القاضى بالرد عليه حتى يحضر المشترى و يحلف على أنه لم يرض بالعيب (بخلاف ما مر من مسئلة الدين) حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الوكيل أقول ليس هذا بمعنى المقام قطعا اذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل فى الفرق بين المسئلتين فان الوكيل لا يحلف فى شئ منهما أصلا ثم اعلم أنه ذكر فى المبسوط الفرق بين مسئلة الدين ومسئلة العيب من وجهين أحدهما أن فى الدين حق الطالب ثابت بيقين اذ ليس فى دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافى ثبوت أصل حقه لكنه يدعى الاستيفاء بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط وأما فى العيب فان علم المشترى بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه فى الرد أصلا فالبائع لا يدعى مسقطا بل يزعم أن حقه فى الرد لم يثبت أصلا فلا بد من أن يحضر الموكل و يحلف ليتمكن من الرد عليه والثانى أن الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو أثبتنا له حق الرد تضرر به الخصم فى انفساخ عقده عليه وأما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقده فاذا حضر الموكل فأبى أن يحلف يتوصل المطلوب الى قضاء حقه فلهذا أمر بقضاء الدين وهذا الوجه الثانى من الفرق هو الذى أراده المصنف بقوله (لان التدارك ممكن هنالك) أى فى مسئلة الدين (باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله) أى نكول الموكل عن اليمين اذ القضاء لم ينفذ باطنا لانه ما قضى الا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة كذا فى الكافى والكفاية (وههنا) أى فى مسئلة الرد بالعيب وفى بعض النسخ وفى الثانية أى وفى المسئلة الثانية وهى مسئلة الرد بالعيب (غير ممكن) أى التدارك غير ممكن (لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند أبى حنيفة كما هو مذهبه) لان القضاء فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا و باطنا عنده كما مر فى كتاب القضاء وفى كتاب النكاح أيضا (ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك) أى بعد أن مضى القضاء بالفسخ على الصحة (لانه) أى لان الاستحلاف (لا يفيد) فانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق فى الاستحلاف فائدة قطعا قال صاحب معراج الدراية فى تفسير قول المصنف بعد ذلك أى بعد نكول الموكل وتبعه الشارح العينى أقول هذا تفسير فاسد اذ يصير معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشترى عنده بعد نكول المشترى وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن وفى الذخيرة وان لم يكن للبائع بينة على رضا الآمر بالعيب و رد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى الرضا وأراد أخذ الجارية فأبى البائع أن يدفعها وقال نقض القاضى البيع فلا سبيل لك فان القاضى لا يلتفت الى قول البائع و يرد الجارية على الآمر لان الآمر مع البائع تصادقا على أن الجارية ملك الآمر لان البائع ادعى رضا الآمر بالعيب ولزوم الجارية اياه وصدقه الآمر فى ذلك فاستند التصديق الى وقت الاقرار و يثبت بهذا التصادق أن القاضى أخطأ فى قضائه بالرد وان قضاءه بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر فى الباطن

(قوله واعترض بأن الوكيل اذا ردها الخ) أقول بقضاء القاضى على خلاف قول أبى حنيفة (قوله وقالوا هذا أصح) أقول أى كونه قول الكل أصح فكان

ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند أبى حنيفة لان القضاء فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا و باطنا وان ظهر الخطأ بالنكول وعلى هذا لا يحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق فى الاستحلاف فائدة واعترض بأن الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشترى وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لان القاضى نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشترى وأجيب بأن الرد مذهب محمد فأما على قول أبى حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا أن هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما فى الآخرة على وجود الرضا من المشترى وفى مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده فى حادثة ونقض بخلافه وقالوا هذا أصح

وأما عندهما فقالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر

فكان للآمر أن يأخذها بعض مشايخنا قالوا هذا على قول محمد وأما على قول أبي حنيفة لا سبيل للآمر على الجارية وبعضهم قالوا هذا قول الكل وهو الاصح ووجهه أن نقض القاضي ههنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وانما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى وهكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير أيضا ونقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب ثم ان صاحب العناية ذكر ذلك ههنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال واعترض بأن الوكيل اذا رد ها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري وأجيب بأن الرد مذهب محمد فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا أن هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الاخرة على وجود الرضا من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا هذا أصح انتهى كلامه أقول فيه بحث لان ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاز نقض القضاء ههنا عند أبي حنيفة أيضا بأي سبب كان تعين أن القضاء بالفسخ ههنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده أيضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتأمل (وأما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (قالوا) أي المشايخ (يجب أن يتحد الجواب على هذا) أي على الاصل المذكور (في الفصلين) أي في فصل الدين وفي فصل الرد بالعيب (ولا يؤخر) أي لا يؤخر القضاء بالرد الى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين الى تحليف رب الدين (لان التدارك ممكن) أي في الفصلين معا (عندهما لبطلان القضاء) يعني أن عدم التأخير الى تحليف رب الدين في فصل الدين انما كان لان التدارك ممكن عند ظهور الخطأ في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب أيضا لان قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما انما ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية عليه فلا يؤخر الى التحليف (وقيل الاصح عند أبي يوسف أن يؤخر) أي القضاء (في الفصلين لأنه) أي لان أبا يوسف (يعتبر النظر) أي النظر للبائع كذا في الشروح أقول الاولى أن يقال أي النظر للخصم ليكون أنسب بالتعميم للفصلين كما سينكشف لك (حتى يستحلف) أي أبو يوسف (المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع) يعني أن من مذهب أبي يوسف أن القاضي لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا وأراد الرد ما لم يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري أو رب الدين غائبا فأولى أن لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظرا للبائع والمديون (فينتظر للنظر) أي فينتظر في الفصلين نظرا للبائع والمديون قال في النهاية فينتظر للنظر أي للبائع فعلى هذا ينبغي أن ينتظر في الدين نظرا للغريم انتهى وقال في غاية البيان فعلى هذا ينتظر عنده في الدين أيضا نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى وقال في العناية لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له ان كان غائبا انتهى أقول لا يخفى ما في كل واحد منهما من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية اليه فالوجه

فأما عندهما فقد قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا أي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري لان عدم التأخير الى تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطأ وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح عند أبي يوسف أن يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له ان كان غائبا

(قوله في الفصلين الخ) أقول قوله في الفصلين متعلق بقوله يتحد في قوله يجب أن يتحد الجواب الخ

قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها الخ) ومن دفع الى آخر عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذى أنفقه من ماله بمقابلة العشرة الذى أخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما أنفق قيل هذا استحسان ووجهه أن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن وقد قررناه يعنى فى باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا أى مانحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشراء مايحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شئ يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه فى تلك الحالة فيحتاج الى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين فى الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعا

قال (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ماذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا

ماقررناه فتبصر (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله) أى لينفقها عليهم (فأنفق عليهم عشرة من عنده) أى من مال نفسه (فالعشرة بالعشرة) أى فالعشرة التى أنفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التى أخذها من الموكل يعنى لايكون الوكيل متبرعا فيما أنفق بل ماأخذه من الموكل يصير ملكا له قال الامام التمرتاشى هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها أو كان مطلقا لكن ينوى تلك العشرة أما اذا كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشترى النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة وكذا لو أضاف العقد الى غيرها كذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية وقال فى الكفاية بعد ذلك وقيل لاتتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما قال المصنف فى تعليل مافى الكتاب (لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه) أى فى الوكيل بالشراء (ماذكرناه) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن (وقد قررناه) يعنى فى باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية (فهذا) أى مانحن فيه من التوكيل بالانفاق (كذلك) لان الوكيل بالانفاق على الاهل قد يضطر الى شراء شئ يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه فى تلك الحالة فيحتاج الى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال واعلم أن محمدا لم يذكر فى الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عنى فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس أن يدفع التى حبسها الى الموكل ويكون متطوعا فى التى دفع ولكنى أدع القياس فى ذلك وأستحسن أن أجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق فى الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا فى شروحه هذا الذى ذكره استحسان والقياس أن يردها على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر وهذا معنى قول المصنف (وقيل هذا استحسان وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا) أى ليس للوكيل انفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا أنفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن وجه القياس أن الدراهم تتعين فى الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل فيصير متبرعا وأما وجه الاستحسان فماذكره المصنف فيما مر آنفا بقوله لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ وقالوا فى شروح الجامع الصغير أيضا من المشايخ من قال ليس فى قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد فى الاصل أما الانفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المصنف

(قوله فالعشرة الذى أنفقه الخ) أقول والاولى أن يقال فالعشرة التى أخذها من الموكل بمقابلة العشرة التى أنفقها من ماله كما يظهر بالتأمل قال الاتقانى أى تكون العشرة التى حبسها عنده بالعشرة التى أنفقها من خالص ماله انتهى وهذا أولى أيضا مما ذكره الاكمل فتأمل (وقيل ليظهر لك وجه الاولوية (قوله فكان فى التوكيل بذلك تجويز الاستبدال) أقول يعنى التجويز دلالة (قوله وفى القياس ليس له ذلك الخ) أقول هذا القياس يجرى ظاهرا فى التوكيل بالشراء

وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو أن يدفع المديون الى رجل ألفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا أراد المأمور أن يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا الزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فأما الانفاق فيتضمن الشراء لانه أمر بالانفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا والله أعلم

﴿باب عزل الوكيل﴾

وجه تأخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم أن الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذلك وان كان فاما أن علم الوكيل بالوكالة أولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يرد هالم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه

وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فأما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب

﴿باب عزل الوكيل﴾

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لان الوكالة حقه فله أن يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

(وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء) هذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم نجعله متبرعا الزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ماذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله لأن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اه (فأما الانفاق) فانه (يتضمن الشراء) لأن الامر بالانفاق أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا (فلا يدخلانه والله أعلم) أي فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس لحكم الاستحسان في أن الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

﴿باب عزل الوكيل﴾

أخر باب العزل اذ العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا (قال) أي القدوري في مختصره (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه) أي حق الموكل (فله أن يبطله) أي فللموكل الذي هو صاحب الحق أن يبطل حقه (الا اذا تعلق به) أي بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقا (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بلا رضا ذلك الغير وذلك (بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب) أي بالتماس من جهة المدعي (لما فيه) أي لما في العزل في هذه الصورة (من ابطال حق الغير) وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز قيد بالطلب لانه

(قوله وفي الاستحسان له ذلك) أقول وجه الاستحسان أن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له يعني من الدراهم كذا ذكره الاتقاني نقلا من شرح الاسبيجابي للكافي للحاكم الشهيد (قوله وذلك لان قضاء الدين) أقول اى كونه متبرعا في القياس

﴿باب عزل الوكيل﴾

(قوله وهو المذكور أولا) أقول فيه بحث فان المذكور أولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدوري وجوابه أن القصر اضافي أي لا عزل وكيل المطلوب (قوله وان كان للمطلوب فان لم يكن الخ) أقول قال الزيلعي في تعليل صحة عزله لعدم تعلق حقه بالوكالة اذ هو ليطالب (قوله فكان العزل امتناعا) أقول أي فكان العزل اللفظي امتناعا حقيقة لا عزلا

لو لم يكن وكيلا بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا أو غائبا وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب أي المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا أو غائبا ثم ان عدم صحة العزل اذا كان بطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب وأما اذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء رضي به الطالب أولا وهذه القيود مستفادة من اصريح ماذكره في الذخيرة فانه قال فيها واذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين الأول أن يكون الوكيل وكيل الطالب وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب وابطال الانسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضرة غيره والوجه الثاني أن يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين أيضا الاول أن يكون الوكيل من غير التماس أحد وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثاني اذا كان التوكيل بالتماس أحد إما الطالب وإما القاضي وفي هذا الوجه ان كان الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال لأن هذه الوكالة غير نافذة لانه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعا وامتناعا فيصح وهذا على الرواية التي شرطت علم الوكيل لصيرورته وكيلا وان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل أو كان غائبا ولكن قد علم بالوكالة ولم يردها فان كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب و يصح حال حضرته رضي به الطالب أو سخط لأن بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق أن يحضره مجلس الحكم فيخاصمه و يثبت حقه عليه و بالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق أصلا لأنه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه أيضا فيبطل حقه أصلا وأما اذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل أصلا لأنه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه أن يطالب من المطلوب أن ينصب وكيلا آخر الى هنا لفظ الذخيرة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واعلم أن الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أولا لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذلك وان كان فاما أن علم الوكيل بالوكالة أولا فان لم يعلم فكذلك لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه و بالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لأن الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل و يمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه اه كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور أولا وأجاب حيث قال فيه بحث فان المذكور أولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدوري وجوابه أن القصر اضافي أي لا عزل وكيل المطلوب اه أقول جوابه ليس بتام فان المذكور أولا وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب أيضا سيما الذي لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الاضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم أقول الحق الصريح أن كلام القدوري الذي ذكره المصنف ههنا أولا وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التي ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل وقد استثنى المصنف من ذلك صورة واحدة وهي عزل من كان وكيلا للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقي ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب ويمشي في ذلك كله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الوكالة حقه فله أن يبطله فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور أولا مقصورا على صورة عزل وكيل

الطالب

(قوله فصار) أى فصار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) بان وضع الرهن على يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل مسلطا على البيع ثم أراد الراهن أن يعزل (١٢٥) العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع

وصار كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن قال (فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لان فى العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع

الطالب وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور فى الكتاب أصلا سهو بين (وصار) أى صار التوكيل الذى كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) أى كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن بأن وضع الرهن على يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل أو المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين فانه اذا أراد الراهن أن يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك لأن البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتى تفصيله فى كتاب الرهن وكذا اذا تعلق حق الوكيل بعين من أعيان الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة نحو ان أمره أن يبيع ويستوفى الدين من ثمنه كذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة قيل من أين وقع الفرق بين الوكيل فى الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذى تثبت وكالته فى ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل فى الأول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وان لم يرض به الخصم ولا يملك فى الثانى عزله حال حضرة المرتهن اذا لم يرض به المرتهن مع أنه فى كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذاك وأجيب بأن الفرق بينهما من حيث ان العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب أصلا لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب وأما فى مسئلة الرهن فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه فى البيع اذ لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع وأما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل فى غيبته (قال) أى القدورى فى مختصره (فان لم يبلغه العزل) أى فان لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل اياه (فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) أى حتى يعلم الوكيل عزله وهذا عندنا وبه قال الشافعى فى قول ومالك فى رواية وأحمد فى رواية وقال الشافعى فى الاصح ينعزل وبه قال مالك فى رواية وأحمد فى رواية لأن نفوذ الوكالة لحق الموكل له فهو بالعزل يسقط حق نفسه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه ألا ترى أنه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ولأن الوكالة للوكل لا عليه فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل بأن يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب مالم يعلم به كخطاب الشرع فان أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوزلهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا وكذلك كثير من الصحابة رضى الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لأن الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل مالم يعلم به ثم ان الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله (لأن فى العزل) أى فى عزل الوكيل من غير علمه (اضرارا به) أى بالوكيل من وجهين أحدهما أشار اليه بقوله (من حيث ابطال ولايته) فان فى ابطال ولايته تكذيبه لان الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة وفى عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة والثانى ما أشار اليه بقوله (أو من حيث رجوع الحقوق اليه) أى الى الوكيل فانه يتصرف فيها بناء على رجوعها اليه (فينقد من مال الموكل) ان كان وكيلا بالشراء (ويسلم المبيع) ان كان وكيلا بالبيع فلو كان معزولا قبل

صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن مالم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضى به أولا ولو كانا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة أجيب بأن مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفى الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا وأما فى مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه فى البيع أصلا اذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع قال (فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته الخ) اذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان فى عزله اضرارا به من وجهين أحدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل يتصرف على ادعاء أن له ولاية ذلك وفى العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثانى من حيث رجوع

الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف وافعاله بعد العزل

(قوله بأن وضع الرهن الخ) أقول تفسير للعام بالخاص فانه اذا وكل المرتهن ببيعه الحال كذلك وسيجئ التفصيل فى الرهن (قوله ثم أراد الراهن الخ) أقول الاظهر أن يقول بدل قوله ثم أراد فانه اذا أراد (قوله ليس له ذلك) أقول استئناف بيانى

فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقدذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا)

العلم كان التصرف واقعا له (فيضمنه) أي فيضمن ما نقده وما سلمه (فيتضرر به) والضرر مدفوع شرعا ثم إن الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك وأما الوجه الثاني فمختص بالتصرفات التي ترجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما وعن هذا قال المصنف (ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول) يعني أن الوكيل بالنكاح وغيره سيان في الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفي الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى قال في المحيط البرهاني واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر في الاجناس في مسائل البيوع وفي مسائل الغصب من الأجناس أيضا اذا قال اشهدوا أني لم أوكل فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشايخنا ذكروا في شروحهم أن جحود الموكل الوكالة عزل للوكيل وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب الشركة أن جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا قال المصنف (وقدذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر) أشار به الى ما ذكره في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل الخ (فلا نعيده) لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا رجلا كان أو امرأة صبيا كان أو بالغا وكذلك العزل عندهما وعند أبي حنيفة لا يثبت العزل الا بخبر الواحد العدل أو بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم إن هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة وأما اذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا نص عليه في البدائع وقال في تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل وسفيره عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان (قال) أي القدوري في مختصره (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا) بالباء المكسورة أي دائما ومنه الحمى المطبقة أي الدائمة التي لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا أي مستوعبا من أطبق الغيم السماء اذا استوعبها (ولحاقه) بفتح اللام أي وتبطل بلحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) وفي الذخيرة قالوا ما ذكر من الجواب في الجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب وأما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا في عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الانشاء ولو أنشأ الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا لا تبقى الوكالة اذا صار الموكل بهذه الصفة وأما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الانشاء وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيأ من جهة أخرى ثم جن الملك فانه لا يبطل ملكه كالو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وبهذا الطريق اذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفي غاية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله أما في موضع لا يملك عزله كالعدل في باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل

قال المصنف (ولحاقه بدار الحرب مرتدا) أقول اللحاق بفتح اللام مصدر كالذهاب قال الزيلعي المراد بلحاقه دار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم انتهى هذا لا يوافق ما في الهداية كما لا يخفى اذ يكون الحكم المذكور في اللحاق على قولهما حينئذ فان تبطل صيغة الاستقبال

لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولابد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لا تنعقد منهم ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتقرر بالموت وأجيب بأن الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل أمر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لابد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند أبي يوسف وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم

لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلابد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض وشرط أن يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم

فياسا انتهى أقول في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لأن الظاهر من عبارته أن يكون الامر باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل ثم أقول بقي ههنا شيء وهو أن تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وجلهم الجواب في الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة من أن صفة الوكالة هي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه اذ الظاهر أن المذكور ههنا صفتها العامة لجميع أنواعها اللهم الا أن يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم في أحد القسمين المذكورين لعارض وهو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لأن التوكيل تصرف غير لازم) قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل أقول فيه خلل لأن توقف الوجود على الرضا من الجانبين متحقق في كل عقد لازما كان أو غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين فقولهما اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ليس بصحيح والصواب أن يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك (فيكون لدوامه) أي لدوام التوكيل (حكم ابتدائه) لأن التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم ينفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه انزالا للتمكن من مكان المبتدئ والمنشئ كما قالوا في قوله تعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلابد من قيام الأمر) أي فلابد من قيام أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة اذا كان لابد من أمره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته (وقد بطل) أي أمر الموكل (بهذه العوارض) وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الأصل وبطل العارض كذا في الشروح (وشرط) أي شرط في بطلان الوكالة (أن يكون الجنون مطبقا لان قليله) أي قليل الجنون (بمنزلة الاغماء) فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالاغماء (وحد المطبق) أي حد الجنون المطبق (شهر عند أبي يوسف) وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة (اعتبارا بما يسقط به الصوم) أي صوم شهر رمضان وقال في

(قوله اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده) أقول فيه مسامحة لعل هنا سهوا والصحيح عما يتوقف رفع وجوده والا فالبيع بالخيار يتوقف وجوده على رضا الجانبين ويصرح بعد أسطر بأنه غير لازم (قوله لان كلا منهما ينفرد في فسخها) أقول مع أن انفراد أحدهما يكفي في انتفاء اللزوم (قوله فكذا فيما هو بمنزلته) أقول الضمير في قوله بمنزلته راجع الى قوله ابتداء في قوله بمنزلة ابتداء العقد (قوله ونوقض بالبيع بالخيار فانه الخ) أقول فيه مغالطة فان المتقرر هو البيع لا الخيار وهذا هو خلاصة الجواب (قوله وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت الخ) أقول لا يقال انما لم يصرح بالتقسيم لانفهامه من التعليل مع ما أسلفه من قوله الا اذا تعلق به حق الغير الخ لانه لا دلالة فيما سبق من كلامه على لزوم بعض الوكالات أصلا فلا ينفهم التقسيم كما لا يخفى فليتأمل

وعنه أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان أسلم نفذ وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه وقدمر في السير

الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة والمختار ما قاله أبو حنيفة انه مقدر بالشهر لأن ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الآجل فكان طويلا (وعنه) أي عن أبي يوسف (أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار) أي فصار من جن في هذه المدة (كالميت) فلا يصلح للوكالة (وقال محمد حول كامل) قال الناطفي في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد في قوله الأول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع وقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة (لانه يسقط به) أي بالحول الكامل (جميع العبادات) وأما ما دون الحول فلا تسقط به الزكاة لان وجوبها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت (فقدر به) أي فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل (احتياطا) قال في الكافي وهو الصحيح وكذا قال في التبيين (قالوا) أي المشايخ (الحكم المذكور في اللحاق) أي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا (قول أبي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته) قال المصنف في باب أحكام المرتدين من كتاب السير اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه اه وقال الشراح هنالك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف أقول فقد تلخص من ذلك أن مراده هنا أن بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لكونها في حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد (فان أسلم نفذ) أي فان أسلم المرتد نفذ تصرفه السابق (وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه) حتى يستقر أمر اللحاق (وقدمر في السير) أي مر كون تصرف المرتد موقوفا عند أبي حنيفة نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب أحكام المرتدين من كتاب السير واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال فيما نسب الى أبي حنيفة نظرا اذ المرتد اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كأن لم يزل مسلما عند أبي حنيفة أيضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل أن يقضي بذلك وقول أبي حنيفة في السير انه حربي مقهور غير أنه يرجى اسلامه فتوقفنا فان أسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب وان مات أو لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق بل لابد من الحكم به فينبغي أن يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده اه كلامه وأقول هنا كلام آخر وهو أن الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما بيانا في ما نقله المصنف ههنا عن المشايخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة وأحكام أهلها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم اه فانه صريح في أن الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول أبي حنيفة فقط فان قلت يجوز أن يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان أن يحكم الحاكم بلحاقه بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن

والقواعد

وعنه أكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقال محمد آخرا حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان أسلم نفذت وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت فأما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق وقدمر في السير أي كون تصرف المرتد موقوفا أو نافذا في باب أحكام المرتدين

(قوله يسقط به جميع العبادات) أقول حتى الزكاة (قوله وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) أقول ما سبق ويبطل ما بعده قال المصنف (وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة) أقول ولقد أصاب المحز حيث اختار صيغة المضي هنا وصيغة الاستقبال في بيان مذهبهما لان عنده تبطل تصرفاته السابقة على القتل أو اللحاق أيضا وعندهما لا تبطل تصرفاته السابقة فليتأمل

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر فى عقودها على ما عرف قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم

والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه فى مسئلة الكتاب أيضا حتى تكون المسئلة اجماعية ويتخلص عن التكلف الذى ارتكبوه فى تخصيصها بقول أبى حنيفة ثم أقول الحق عندى أن المراد بما ذكر فى الكتاب اللحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعى فى شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لأن لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع اه ومما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد اللحاق أن أساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضى به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبى حنيفة بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان الأنواع الأربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا فى نفاذه ووقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند أبى حنيفة توقف هذه التصرفات فان أسلم تنفذ وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات اه ومنهم الامام قاضيخان فانه قال فى فتاواه أثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا فى توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند أبى حنيفة هذه التصرفات موقوفة فان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب تبطل وعندصاحبيه تنفذ فى الحال اه الى غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال فى باب المرتد وتوقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته ان أسلم نفذ وان مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل اه (وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته) أى بالاجماع (حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر فى عقودها) لانها لا تقتل (على ما عرف) فى السير قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية و يعلم من هذا أن الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق فينبغى أن يقول فى قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى أقول هذا خبط منه فانه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق وليس مراده ذلك بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند أبى حنيفة بعد ارتداد موكله بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فافترقا وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق فى الصورتين معا قبل الموت أو اللحوق بدار الحرب فانتظم السباق واللحاق ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته فى صورة ان كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة فى الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد كذا فى المبسوط وذكر فى الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا وكل المكاتب ثم عجز) أى عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد الى الرق (أو المأذون له) أى أو وكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أى على المأذون له وكان التوكيل فى هاتين الصورتين بالعقود أو الخصومات (أو الشريكان) أى أو وكل أحد الشريكين الثالث شيأ مما له بنفسه (فافترقا) أى فافترق الشريكان بعد التوكيل (فهذه الوجوه) أى العجز والحجر والافتراق (تبطل الوكالة على الوكيل علم)

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر فى عقودها لانها لا تقتل ما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة فى الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد قال (واذا وكل المكاتب ثم عجز الخ) واذا وكل المكاتب ثم عجز أو العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل

أولم يعلم) لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق

أى علم الوكيل بذلك (أولم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل) أى قيام الامر (بالحجر) فى المأذون له (والعجز) فى المكاتب (والافتراق) فى الشريكين وأما اذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له بقضاء الدين أو التقاضى فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لان فى كل شئ وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقى حقه بقى وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا انه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما فى حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا فى المبسوط قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان أحد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهى مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى فى حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل فى حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل أحد شريكى العنان وكيلا ببيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه فى التصرف وليس للوكيل أن يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك وجه الاستحسان ان كلا من الشريكين فى حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ أبو نصر البغدادى وهذا الذى ذكره القدورى جميعه جار على الاصل الا فى الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر الى هنا لفظه يعنى أن أحد شريكى العنان أو المفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدورى ولكن ذلك خلاف الرواية الاخرى ألا يرى الى ما قال محمد فى الاصل واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ مما ذكرت لك وهو الذى ولى ذلك ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل أمضى الذى كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة الى هنا لفظ محمد فى باب وكالة أحد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية أنه أبهم الامر ولم يتعرض لكلام القدورى والغالب على ظنى أن القدورى أراد بذلك الوكالة الثانية فى ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان المتضمن وهو عقد الشركة اذا بطل بطل ما فى ضمنه لا محالة والا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة انتهى أقول ان قوله والا يلزم أن يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة ليس بتام لا محالة اذ على تقدير أن يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشئ لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل وفى الرواية المذكورة أيضا اشارة الى ذلك فان قول محمد فى الاصل اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ مما ذكرت لك وهو الذى ولى ذلك احتراز عن التوكيل بشئ لم يله الموكل بنفسه كما لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم أن يكون ظاهر اطلاق قوله مخالفا للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد ونأويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالتزام فلا وجه لذلك القول بعد أن قيده أيضا وأوله بتأويل بعيد كما ترى

أولم يعلم واذا وكل أحد الشريكين ثالثا بشئ مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق

(ولا

ولافرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل وأما اذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب أن أحد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا واذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كل واحد منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه وقد أوّل بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بأن المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ما كانت في ضمنها هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير على أنه مخالف لعبارة الكتاب قال (واذا مات الوكيل أو جن (١٣١) جنونا مطبقا الخ) لما فرغ من العوارض

المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح أمره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء

ولافرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لانه لا يصح أمره بعد جنونه وموته

(ولافرق بين العلم وعدمه) أي لافرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك (لان هذا عزل حكمي) أي عزل عن طريق الحكم (فلا يتوقف على العلم) اذ العلم شرط للعزل القصدي دون العزل الحكمي (كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل) أي اذا باع ما وكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل (قال) أي القدوري في مختصره (واذا مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل قال المصنف في تعليل ما ذكر (لانه لا يصح أمره) أي أمر الوكيل (بعد جنونه وموته) والامر في قوله لا يصح أمره مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء كذا في العناية أقول ههنا شائبة الاستدراك اذ لا يخفى على أولي النهى أن ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة

(قوله وكذا اذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه) أقول قوله هو راجع الى أحد المتفاوضين والضمير في قوله وليه راجع الى شئ قال في النهاية والشريكان افترقا أي وكل أحد الشريكين الثالث فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه وأما في الذي وليه الوكيل بنفسه في المفاوضة فلا تبطل الوكالة بالافتراق لانه ذكر في باب وكالة المضارب من وكالة المبسوط واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم تفرقا واقتسما وأشهدا الى قوله فلا ينعزل بنقض الشركة بينهما انتهى ولا يذهب عليك أن صاحب النهاية أرجع الضمير المستتر في قول المبسوط وليه الى الوكيل وهذا الشارح الى أحد المتفاوضين والاصح عندي ارجاعه الى ما أرجع الشارح اليه وعليك بالتأمل الصادق (قوله لم تبطل الاخرى وهي مستندة) أقول قوله هي راجع الى قوله الاخرى (قوله وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا الخ) أقول الظاهر أنه أراد مسئلة الشريكين ومسئلة المكاتب والمأذون عدهما واحدا لاتحادهما في المملوكية والحجر (قوله وقد أوّل بعض الشارحين الخ) أقول يعني الاتقاني (قوله على أنه مخالف لعبارة الكتاب) أقول فان المعنى المفهوم من قوله اذا وكل أحد الشريكين أنه اذا وكله بعد عقد الشركة كما في توكيل المأذون والمكاتب وأيضا لا يصح أن ينفرد أحد الشريكين بفسخ عقد الشركة بدون علم صاحبه فلا يستقيم قوله علم أو لم يعلم ويمكن أن يحمل على ما اذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة قال المصنف (بطلت الوكالة لانه لا يصح أمره بعد جنونه وموته) أقول يعني لم يورث منه ففي قوله لانه لا يصح أمره بحث (قوله ومعناه الامر الذي كان مأمورا به) أقول الضمير في قوله به راجع الى قوله الامر (قوله وانما عبر عنه بذلك الخ) أقول أي عن عدم بقاء الصحة بسلب الصحة فان قولنا لا يصح سلب لحدوث الصحة

وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز أن يتصرف فيما وكل به الا أن يعود مسلما قال المصنف وهذا عند محمد فأما عند أبي يوسف فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد أن التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه أن الوكيل كان ممنوعا شرعا أن يتصرف في شئ لموكله فاذا وكله رفع المانع وأما أن يحدث فيه أهلية وولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد (١٣٢) عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق

(وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا أن يعود مسلما) قال وهذا عند محمد فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد أن الوكالة اطلاق لانه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف أنه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية

لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة ومخلصه معروف ولابي يوسف أنه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه أن التوكيل تمليك وولاية التنفيذ فان الوكيل انما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تمليك وولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كسائر أملاكه واذا بطل الملك بطلت الولاية واذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا تتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت

قليل الجدوى لانه بين غني عن البيان لا يقال المراد بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل في حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره لا يندفع بالتعليل الذي ذكره المصنف لأن الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت الا أنه يحتمل أن يبقى صحيحا بالنظر الى وارثه الحي فلا يتم التقريب (وان لحق) أي الوكيل (بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا أن يعود) من دار الحرب الى دار الاسلام (مسلما) هذا اذا احكم القاضي بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه وهكذا أشار اليه شمس الائمة السرخسي في مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضي بلحاقه فقد رمونه أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى كذا في النهاية وغيرها (قال) أي قال المصنف (وهذا) أي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما (عند محمد فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة) أي وان عاد مسلما (لمحمد ان الوكالة اطلاق) أي اطلاق التصرف (لانه) أي الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر (رفع المانع) فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف في شئ لموكله فاذا وكله رفع المانع (أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به) أي بالوكيل يعني أن الوكيل لا يحدث فيه أهلية وولاية بل انما يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له (وانما عجز) أي وانما عجز الوكيل عن التصرف (بعارض اللحاق لتباين الدارين) يعني أن الاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض (فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا) وفي المبسوط ومحمد يقول صحت الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف بعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال يصير كأن لم يكن فبقي الوكيل على وكالته فصار بمنزلة مالو أغمي عليه زمانا ثم أفاق (ولابي يوسف انه) أي التوكيل (اثبات ولاية التنفيذ) أي تمليك وولاية تنفيذ التصرف في حق الموكل للوكيل لا اثبات ولاية أصل التصرف له (لان ولاية أصل التصرف) ثابتة له (بأهليته) لجنس التصرف في حد ذاته (وولاية التنفيذ بالملك) أي وتمليك وولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة (و باللحاق) أي باللحاق بدار الحرب (لحق) أي الوكيل (بالاموات) فبطل الملك (وبطلت الولاية) أي اذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف

(قوله وهذا ينزع الى تخصيص العلة) أقول وفي مباحث تقسيم العلة من التلويح أن الخلاف في تخصيص العلل انما هو في الاوصاف المؤثرة في الاحكام لا في العلل التي هي أحكام شرعية كالعقود والفسوخ (قوله ومخلصه معروف) أقول وهو جعل ارتفاع المانع جزأ من العلة والتفصيل في كتب الاصول

(قوله ولابي يوسف أنه اثبات الخ) أقول لا يقال بعض المقدمات المعلول مستدركة لكفاية أن يقول انه اثبات ولاية التنفيذ ولا ولاية باللحاق فلا توكيل لان اللحاق بملكه في المدبر وأم الولد في عدم العود لا يكون بدون ملاحظة تلك المقدمات وفيه منع فانه لم يكف الالحاق في عدم العود وما المقتضي لملاحظة كونه ملكا (قوله فكان الوكيل مالكا) أقول فيه نوع مصادرة حيث كان اثبات المقدمة الاولى بهذه المقدمة فليتأمل (قوله للتنفيذ بالوكالة) أقول أي مالكا لولاية التنفيذ

لا تعود كملكه في المدبر وام الولد وأشار بقوله لحق بالاموات الى أن فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه وأما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج من الوكالة عندهم جميعا بقي الكلام في قوله لان ولاية أصل التصرف بأهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد أنها تعود كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه وردعليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وأبو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان أنسب لكن لما ذكر العود ههنا جرد ذكرها في هذا الموضع والله أعلم

فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد أنها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق

المعلول عن العلة (فلا تعود) أي الولاية يعني اذا بطلت الولاية فلا تعود (كملكه في أم الولد والمدبر) فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تعتق أم ولده ومدبره ثم بعوده مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود وأشار بقوله لحق بالاموات الى أن وضع المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه وأما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب العناية بقي الكلام في قوله لان ولايه أصل التصرف بأهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شئ سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى أقول ان قوله لان ولاية أصل التصرف بأهليته ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهوم ذلك وهو لا اثبات ولاية أصل التصرف كما أشرنا اليه في شرح هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات ولاية أصل التصرف له حتى يجوز أن تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد لان ولايه أصل التصرف ثابتة له بأهليته في حد ذاته فلا يتصور ان يثبتها الموكل له بالتوكيل وان لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهي لا اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال (ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا) أي وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضي بلحاقه صرح به في المبسوط وغيره (لا تعود الوكالة في الظاهر) أي في ظاهر الرواية (وعن محمد انها) أي الوكالة (تعود كما قال في الوكيل) وفي السير الكبير يقول محمد يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل أيضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد اليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه وردعليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله كذا في المبسوط (والفرق له على الظاهر) يعني أن محمدا فرق بين الفصلين أي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة في ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما في جميع الروايات وبعدم عودها في ارتداد الموكل اذا عاد مسلما في ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية (ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال) أي وقد زال ملك الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات (وفي حق الوكيل) أي ومبنى الوكالة في حق الوكيل (على معنى قائم به) أي بالوكيل كما بيناه من قبل (ولم يزل) أي ولم يزل المعنى القائم به (باللحاق) أي بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كأن لم يكن كما ذكرنا فيما مر وأما أبو يوسف

(قوله وردعليه بعيب الخ) أقول هذه المسئلة متفق عليها بين أبي يوسف ومحمد على ظاهر الرواية ولذلك قال المصنف وعن أبي يوسف فتصلح للاستشهاد (قوله وقد زال بردته الخ) اقول وزال الامر بالنصرف ولم يتجدد (قوله جرد ذكرها في هذا الموضع) اقول الضمير في قوله ذكرها راجع الى المسئلة في قوله ولعل ايراد هذه المسئلة

قال (ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل أن يوكله باعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شئ ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت

قال (ومن وكل آخر بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به الخ) ومن وكل آخر بشئ من الاثباتات أو الاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة

فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن وكل آخر بشئ) من الاثباتات أو الاسقاطات (ثم تصرف) أي الموكل (بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) الى هنا لفظ القدوري قال المصنف (وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة) من المسائل (مثل أن يوكله) أي الآخر (باعتاق عبده) أي عبد الموكل (أو بكتابته) أي بكتابة عبده (فأعتقه) أي أعتق ذلك العبد (أو كاتبه الموكل بنفسه) فان الوكالة تبطل حينئذ (أو يوكله بتزويج امرأة) أي أو أن يوكله بتزويج امرأة (معينة اياه (أو بشراء شئ) أي أو أن يوكله بشراء شئ يعينه له (ففعله بنفسه) أي ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بأن يتزوجها بنفسه أو يشتريه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة (أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج) وهو الموكل (ثلاثا) أي ثلاث تطليقات (أو واحدة) أي أو طلقها طلقة واحدة (وانقضت عدتها) فان الوكالة تبطل هنالك أيضا ولا يكون للموكل بعد ذلك أن يطلقها وانما قيد بالثلاث وقيد الواحدة بانقضاء العدة والمراد بها ما دون الثلاث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فان للوكيل أن يطلقها ما دامت في العدة وأما اذا طلقها الموكل تطليقات ثلاثا فلا يملك الوكيل طلاقها لا في العدة ولا بعدها والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله أيضا قادرا عليه وما لا فلا كذا ذكره في النهاية والعناية أقول في هذا الاصل نوع اشكال اذ لطالب أن يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة فان الموكل هنالك لو تزوجها بنفسه ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه كما صرح به في عامة الكتب وذكره المصنف أيضا فيما بعد مع ان الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة أخرى فلم يقدر الوكيل أيضا على أن يزوجها منه مرة أخرى وعلل في البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بأن الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية والظاهر أن هذا التعليل يقتضي أن لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا في مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا فان قيل بطلان الوكالة في مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد قلنا قد انقضت الحاجة في مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد تقع الحاجة الى تكرار الطلاق تشديدا للفرقة لانا نقول قد تقع الحاجة الى التزوج مرة أخرى أيضا لم يتضح الفرق فتأمل (أو بالخلع) أي أو أن يوكله بأن يخالع امرأته (فخالعها) أي فخالعها الموكل (بنفسه) فان الوكالة تبطل هنالك أيضا قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة كلها (لانه) أي الموكل (لما تصرف) فيما وكل به (بنفسه تعذر على الوكيل التصرف) في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل (فبطلت الوكالة) في جميع ما ذكر (حتى لو تزوجها) أي لو تزوج الموكل المرأة التي وكل الآخر بتزويجها منه (بنفسه وأبانها) أي أبانها بعد أن تزوجها بنفسه (لم يكن للوكيل أن يزوجها منه) أي لم يكن للوكيل أن يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة أخرى (لان الحاجة قد انقضت) أي لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه أقول

قال المصنف (لان الحاجة قد انقضت) أقول قال الاتقاني فلو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز في قياس أبي حنيفة ولم يجز في قول أبي يوسف ومحمد لانها صارت أمة ونكاح الامة غير معهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهما انتهى وقد سبق أدلة الجانبين لاصلهما في النكاح

بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن أبي يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له أن يبيعه مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال

هنا كلام أما أولا فلان تفريع هذه المسئلة يحتمل على التعليل الذي ذكره لبطلان الوكالة في المسائل المذكورة ليس بتام لان الموكل انما تصرف بنفسه في تزوجها مرة أولى فهو الذي تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور ونحوى هذه المسئلة أن لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة أخرى ولا أثر فيه للتعليل المذكور لان الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها فالاولى أن يترك أداة التفريع ويذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المعتبرات وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله لان الحاجة قد انقضت ان الحاجة الى تزوجها مرة أولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافي بقاء الحاجة الى تزوجها مرة أخرى فلا يتم التقريب وان أراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو ممنوع اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امرأة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكر في البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية (بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل) أي بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المرأة التي وكل بتزويجها من الموكل (وأبانها) أي وأبانها بعد أن تزوجها حيث يكون (له أن يزوج الموكل) تلك المرأة المبانة (لبقاء الحاجة) أي لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها (وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه) أي فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعني بطلت الوكالة في هذه الصورة أيضا (فلو رد عليه) أي فلو رد العبد على الموكل (بعيب بقضاء قاض فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى) روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به في الذخيرة (لان بيعه بنفسه) أي لان بيع الموكل ذلك العبد بنفسه (منع له من التصرف) حكما (فصار كالعزل) أي فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة (وقال محمد له) أي للوكيل (أن يبيعه) أي أن يبيع ذلك العبد (مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه) أي لان الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر وقد مر غير مرة (اطلاق) أي اطلاق التصرف وهو باق والامتناع انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل (والعجز قد زال) أي وعجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضي لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدا في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء واعلم أنه ذكر في المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضي من غير خلاف في جواز البيع للوكيل ووضع المسئلة في الامة تقال ولو باعها الوكيل أولا ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل أن يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدا في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت

فاشتراه لنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور أن يطلقها وانما قيد بقوله ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فان له أن يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وما لا فلا وكذا اذا وكل بالخلع فخالعها (قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة) متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدا في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد له أن يبيعه مرة أخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال

بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لانه مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم

فيه حكم الوكالة الابتجديد توكيل من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف أيضا في المسئلة المذكورة في الاصل ولا في الكافي للحاكم الشهيد ولا في شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابي ولكن ذكره القدوري في شرحه فقال قال أبو يوسف رحمه الله ليس للوكيل أن يبيعه وقال محمد له أن يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدائع بعد أن ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في المسئلة المذكورة قال ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والهبة ووجه الفرق له لم يتضح انتهى فقد أراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد فقال (بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب) أي الموكل (بنفسه ثم رجع) عن هبته حيث (لم يكن للوكيل أن يهب) مرة أخرى بالاجماع (لانه) أي لان الموكل الواهب بنفسه (مختار في الرجوع فكان ذلك) أي كان رجوعه مختارا (دليل عدم الحاجة) الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها فكان دليلا على نقض الوكالة (أما الرد بقضاء) أي أما رد المبيع بقضاء القاضي على الموكل البائع بنفسه فهو (بغير اختياره) أي بغير اختيار الموكل البائع (فلم يكن دليل زوال الحاجة) الى البيع أقول من العجائب ههنا أن الشارح العيني قال في شرح قول المصنف أما الرد بقضاء أي أما رد الهبة بقضاء القاضي وفي شرح قوله بغير اختياره أي اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنف بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضي وهذا مع كونه غير صحيح في نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة عما سبق من مسئلة توكيله بالبيع وماذا يقول في قوله (فاذا عاد اليه) أي الى الموكل (قديم ملكه كان له) أي الوكيل (أن يبيعه والله أعلم) فانه صريح في أن مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر في التتمة قال محمد لا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيع له ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة فتنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع الموكل في هبته عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى قال في البدائع ثم هذه الاشياء التي ذكرنا أنه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل بها أو اذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر وهو أن الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري يرجع المشتري على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل فكذا لو دبره وأعتقه أو استحق أو كان حرا الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه أو نحو ذلك لا يرجع والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة أو ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر في الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذه الموكل ولا ضمان على الوكيل لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بأمره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا الى هنا لفظ البدائع

بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم

كتاب الدعوى

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي أشهر أنواع الوكالات سببا داعيا الى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يتلو السبب ثم ان ههنا أمورا من دأب الشراح بيان أمثالها في أوائل الكتب وهي معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها فقال صاحب العناية وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بأن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا أن تأول بالمشروط بالمطالبة أقول هذا ساقط لأن كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضي المباينة لذلك الشيء ألا ترى أن كل شيء مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا فانه لازم ههنا أن يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل وأما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع لان دعوى المدعي لا تخلو اما أن تكون أمرا راجعا الى بقاء نسله أو أمرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعهما وكلاهما قد ذكرا وأما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي ومن شرائط صحتها أيضا أن يكون دعوى المدعي على خصم حاضر وأن يكون المدعى به شيأ معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضرا وأن يكون المدعى به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء به وأن لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو أن يدعي انه وكيل هذا الخصم الحاضر في أمر من أموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذه اذا أنكر الآخر لانه يمكنه عزله في الحال وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب وأما أنواعها فشيآن دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهي احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا أنكر وفي مثل هذه الدعوى يمكن اثبات المدعى بالبينة أو بالنكول والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى بأحد معنيين اما أن لا يكون ملزما للخصم شيأ وان ثبتت على ما قلنا من أن يدعي على غيره أنه وكيله والثاني أن يكون مجهولا في نفسه والمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى أقول في تحريره نوع اختلال واضطراب فان قوله وأما شرط صحتها على الخصوص الى قوله وان يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطا أربعة وهي مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعى به شيأ معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب ويقتضي هذا أن يكون فسادها بأحد أمور أربعة وهي انتفاء آت هذه الشروط الاربعة وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه يمكنه عزله في الحال يشعر بأن فسادها انما هو بأمور ثلاثة وهي عدم حضور الخصم وأن يكون المدعى به مجهولا وان لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على أن المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ كما في قوله ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على ما عرف في علم العربية وان قوله وفساد الدعوى بأحد معنيين الخ يدل على أن فسادها بأحد الامرين لا غير لان اضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد القصر نحو ضربي زيدا في

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى به اما أن يكون راجعا الى النوع أو الشخص وشرطها حضور خصمه ومعلومية المدعى به وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على غائب لم تسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لامكان عزله في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي أو الاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة

(قوله وهي مطالبة حق الخ) أقول فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا أن تأول بالمشروط بالمطالبة (قوله اما أن يكون راجعا الى النوع) أقول كما في دعوى النسب (قوله بل من حيث) أقول للتعليل

قال (المدعى من لايجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الخ) الدعوى لاتحصل الامن مدع على مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من أنكر فلابد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فنها ما قال في الكتاب يعني القدوري المدعي من لايجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لايستحق الابحجة يعني البينة أو الاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بعام أي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره

قال (المدعى من لايجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه فنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لايستحق الابحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد

الدار على ما نص عليه العلامة التفتازاني في شرح التلخيص ثم ان قوله وأما أنواعها فشيآن لايخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطأة (قال) أي القدوري في مختصره (المدعى من لايجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) وردّ عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه المدعى من لايجبر على الخصومة وقال في شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لانه غير مجبور حالتي الترك والفعل والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى أقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه في هذه الحالة انه لايجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله وأما ايهام القيد المذكور الاختصاص فممنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل (ومعرفة الفرق بينهما) أي بين المدعى والمدعى عليه (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من أنكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومعنى وقد يكون منكرا صورة ومعنى ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلابد من معرفتهما (وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه) أي في الفرق بينهما (فنها ما قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري (وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لايستحق الابحجة) وهي البينة أو الاقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس باقرار كما سيعلم في باب اليمين (كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد) قال صاحب العناية وهو ليس بعام أي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة انتهى أقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين أحدهما أنه يقبل في تلك الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه انه لايستحق الابحجة وثانيهما أن المودع في تلك الصورة لايستحق شيأ فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة ثم أقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بأنه سيجيء في الكتاب أن الاعتبار عند الحذاق من أصحابنا للمعاني دون الصور فلهذا أن المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة فحينئذ لاضير في عدم تناول تعريف المدعى صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة أو معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بأن المودع من حيث انه مدع رد الوديعة لايستحق الابحجة وأما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبر وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور وله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى أقول ويمكن الجواب عن هذا أيضا بأن دفع استحقاق غيره لاينافي استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على أن الحقوق لاتتحقق بدون المستحق فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لاينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له مالم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر

(قوله يعني البينة أو الاقرار) أقول أي باقرار المدعى عليه (قوله لعدم تناوله صورة المودع) أقول اذ لايصدق عليه أنه لا يستحق الابحجة حيث يقبل قوله أيضا مع يمينه بل هو لايستحق شيأ وهذا هو الاولى في توجيه النقض (قوله اذا ادعى رد الوديعة) أقول فانه لايستحق شيأ (قوله ولعله غير صحيح لان المدعى عليه الخ) أقول قدمر في الدرس السابق أن لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات

في

وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر

في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضا بأن يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقا مجازا عن ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر في الدرس السابق ان دوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع ان في العدول من أن يقول من يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا بقوله ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات اه أقول في كل من شقي جوابه نظر أما في شقه الاول فلانا سلمنا أن لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في أوائل الباب السابق ولكن لا نسلم أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فتأمل وأما في شقه الثاني فانه لا يذهب على من له دربة بالعلوم الادبية أنه لا فرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقا بقوله في افادة التجدد والحدوث لان صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الخبر اسميا في الثانية مما لا مدخل له في افادة الدوام والثبات أصلا على ان الثقات من محققي النحاة كالرضي وأضرابه صرحوا بأن ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص اما ماضيا أو حالا أو استقبالا فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي وذهب بعضهم الى ان كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهته قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ كان ألا ترى أنه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال أن يكون كن ويكون للاستمرار أيضا وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائما أو منقطعا رد على ذلك القائل يعني أنه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على أحد الامرين بل ذلك الى القرينة الى هنا كلامه فقد تقرر من هذا انه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين وانما ذهب اليه بعض ذهولا وأما الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فمما لم يذهب اليه أحد قط فما ذكره ذلك العجيب خارج عن قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس (وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) قال صاحب العناية ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان اه أقول فيه بحث اذ لا نسلم ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس هو يتمسك بالظاهر قوله اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لا نسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر وكذا لا نسلم انه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو رد الوديعة والحاصل ان صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فأورد

وقيل المدعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وبمعناه قول من قال المدعى كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا وقرارا الشئ على ماهيته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعي هو من يريد ازالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان عليه ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويجوز أن يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان

(قوله ولعله منقوض بالمودع الخ) أقول ويندفع باعتبار قيد الحيثية في كلا التعريفين

وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا الرد صورة لانه ينكر الضمان

وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر وروى اليمين على المدعى عليه لكن الشأن في معرفته من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه

النقض على تعريفهما وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة على التعريف الاول أيضا بأنه مدع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه حد عام صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة وأما على تقدير أن كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرنا من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هي مجرد انكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته بخلاف صورة الدين وأشير الى هذا في الكافي اه أقول نعم قد أشير اليه بل صرح به في الكافي وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له أن يقول سلمنا ان في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ولكن في عهدته حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر في كتاب الوديعة انها عقد استحفاظ وان حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فيمشي كلامه ويتم مرامه وأما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ فيجوز أن يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين المسئلتين في كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال وان كانتا مختلفتين بكون الاشتغال في احداهما بالمال وفي الاخرى بالحفظ فالذي يقطع عرق ايراد صاحب العناية ههنا ما قدمناه لا غير (وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح) لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر وروى اليمين على المدعى عليه (لكن الشأن في معرفته) أي معرفة المنكر (والترجيح بالفقه) أي بالمعنى دون الصورة (عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا الرد صورة لانه ينكر الضمان) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين قال صاحب العناية يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه اه أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح أما أولا فلانه غير مطابق للشروح لان قول المصنف والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في ان المعتبر هو المعاني لا غير وقول صاحب العناية فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها مخالف له لانه صريح في ان الصورة أيضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح احداهما على الاخرى وأما ثانيا فلان أول هذا الشرح مخالف لآخره فان قوله في الاول اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحداهما على الاخرى يكون بالفقه أي باعتبار المعنى دون الصورة صريح في ان المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة وقوله في الآخر فاذا أقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها صريح في ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة

(قوله يعني اذا تعارض الجهتان الخ) أقول المراد بالجهتين الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوي

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره) لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام فى المجهول لا يتحقق

الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى اه أقول هذا أيضا غير صحيح أما أولا فلأن الشرح لا يطابق المشروح حينئذ أيضا فان قول المصنف لان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على ان المراد بالصورة ههنا الادعاء الصورى حيث جعل الصورة قيدا للادعاء فى قوله وان كان مدعيا للرد صورة وأما ثانيا فلأنه لا معنى للتعارض بين الانكار الصورى والانكار المعنوى لانه اما أن يراد بالتعارض ههنا مجرد التخالف فى الحقيقة أو التنافى فى الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصورى والانكار المعنوى أما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر وأما عدم تحقق الثانى بينهما فلان المنكر المعنوى فيما اذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصورى هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافى بين انكاريهما فى الصدق لجواز أن يصدقا معا بأن لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الوديعة فى يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شئ من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان فى قوله يعنى اذا تعارض الجهتان وأيضا انما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما فى محل واحد ومحل الانكار الصورى مغاير لمحل الانكار المعنوى فيما نحن فيه لقيام أحدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء الصورى والانكار المعنوى فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض ونعم ما قيل * ولن يصلح العطار ما أفسد الدهر * ثم ان الحق عندى أن يشرح هذا المقام على ما تقتضيه عبارة المصنف وهو انه اذا تعارضت الجهتان أى جهة الادعاء الصورى وجهة الانكار المعنوى فالترجيح بالفقه أى بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا فان الاعتبار للمعانى دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على انه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وأن يقال فى وجه قبول بينة المودع فى تلك الصورة انما تقبل بينة المودع اذا أقامها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به فى مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى مسئلة اختلاف الزوجين فى قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعى الزيادة فان أقامت بينة قبلت وان أقام الزوج تقبل أيضا لان البينة تقبل لدفع اليمين كما اذا أقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل اه فحينئذ يتضح المراد ويرتفع الفساد (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه) كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك (وقدره) مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كرا واعلم ان هذا فى دعوى الدين لا فى دعوى العين فان العين اذا كانت حاضرة تكفى الاشارة اليها بأن هذه ملك لى وان كانت غائبة يجب ان يذكر قيمتها على ما سيفصل فان قلت عبارة الكتاب لا تدل على التقييد قلت نعم الا أن العبارة وقعت كذلك فى عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الاعيان ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة فى شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه ايضاحا للمقام وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها فى متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة قال المصنف فى تعليل المسئلة المذكورة (لان فائدة الدعوى الالزام) أى الالزام على الخصم (بواسطة اقامة الحجة والالزام فى المجهول لا يتحقق) أقول فيه بحث وهو أن عدم تحقق الالزام فى المجهول ممنوع اذ قد تقرر فى كتاب الاقرار أن الاقرار بالمجهول

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره الخ) قد ذكرنا أن معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام فى المجهول غير متحقق

فان كان المدعى به عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها فى الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام بأقصى مايمكن شرط نفيا للجهالة وذلك فى المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة أبلغ فى التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند حاكم وقال لى على فلان كذا درهما مثلا أشخص اليه لان الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره فى مجلس الحكم على هذا القضاة من أولهم الى آخرهم أى أجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل أولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار أو الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى به لما قلنا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا أنكره وعجز المدعى عن اقامة البينة وسنذكره أى وجوب اليمين عليه فى آخر هذا الباب

(فان كان عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى) وكذا فى الشهادة والاستحلاف لان الاعلام بأقصى مايمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة أبلغ فى التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم فى كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا أنكره وسنذكره ان شاء الله تعالى

صحيح وقدم فى صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان أجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه فى المجهول أيضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغى أن تصح الدعوى فيه أيضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة أن الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول فى دعوى المجهول يتصور الثانى فيها فلا يتم المطلوب لا يقال اقرار الخصم محتمل لا يحقق فلا يتحقق الالزام فى دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول المراد بتحقق الالزام الذى عد فائدة الدعوى امكان تحققه دون وقوعه بالفعل والا يلزم أن لا تتحقق الفائدة فى كثير من دعاوى المعلوم أيضا كما اذا عجز المدعى عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا (فان كان) أى المدعى (عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها) أى كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة الى مجلس الحكم (ليشير) أى المدعى (اليها بالدعوى) هذا الذى ذكر لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (وكذا فى الشهادة والاستحلاف) يعنى اذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند أداء الشهادة وليشير المدعى عليه اليها عند الحلف (لان الاعلام بأقصى مايمكن شرط وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة أبلغ فى التعريف) حتى قالوا فى المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضى عندها أو بعث أمينا كذا فى الكافى وغيره (ويتعلق بالدعوى) أى بالدعوى الصحيحة أى بمجردها كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وجوب الحضور) أى وجوب حضور الخصم مجلس القاضى (وعلى هذا القضاة) أى على وجوب حضور الخصم مجلس القاضى بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل أولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب (من آخرهم) أى من آخرهم الى أولهم وقال صاحب النهاية أى بأجمعهم وهذا أيضا صحيح بالنظر الى المآل وقال تاج الشريعة أى من أولهم الى آخرهم وافتى أثره صاحب العناية وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى (فى كل عصر) فان عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فعله وعثمان وعلى رضى الله عنهما فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر وابن أبى ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فكل محل الاجماع (ووجوب الجواب اذا حضر) عطف على وجوب الحضور أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو بلا (ليفيد حضوره) أى حضور الخصم فان المقصود من حضوره الجواب (ولزوم احضار العين المدعاة) أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضى (لما قلنا) اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى (واليمين) بالجر عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضا لزوم اليمين على المدعى عليه (اذا أنكره) أى اذا أنكر المدعى عليه ما ادعاه المدعى وعجز المدعى عن البينة (وسنذكره ان شاء الله تعالى) أى وسنذكر لزوم اليمين

(قوله فان كان المدعى به عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحاكم للاشارة اليها) أقول يعنى كلف المدعى عليه احضار تلك العين للاشارة الى تلك العين (قوله والاشارة أبلغ فى التعريف لكونها الخ) أقول يعنى لكون الاشارة (قوله لان الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك) أقول فيه تأمل (قوله على هذا القضاة من أولهم الى آخرهم) أقول الموافق لظاهر عبارة الهداية من آخرهم الى أولهم (قوله أى أجمعوا الخ) أقول يجوز أن يكون تفسير المتعلق على هذا القضاة وأن يكون تفسير القوله من أولهم الى آخرهم

قال (وان لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها) يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها (ليصير المدعى به معلوما) وذكر الوصف ليس بكاف (لان العين لا تعرف بالوصف) وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد (والقيمة) شئ (تعرف به) العين فذكرها يكون مفيدا وقوله (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان المشاهدة تعذرت واغلاق تركيبه لا يخفى (وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبي حنيفة لان حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب على أكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له

لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بما يقضي فلا بد من ذكر الذكورة والانوثة ومن المشايخ من أبى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة

قال (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة

على المدعى عليه في آخر هذا الباب (قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) هذا لفظ القدوري في مختصره أي وان لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدرى مكانها ذكر المدعي قيمة العين المدعاة الغائبة (ليصير المدعى معلوما) فتصح الدعوى بوقوعها على معلوم (لان العين لا تعرف بالوصف) لامكان مشاركة أعيان كثيرة فيه وان بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد (والقيمة تعرف به) أي والقيمة شئ تعرف العين به فذكرها يفيد (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به أي والقيمة شئ تعرف به يعني والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك أقصى ما يمكن الاعلام وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختبار ثم الاختبار (وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة) قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فأنكر ان بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أم قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به اه وقال صاحباه النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوي اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه بيان القيمة فقد أضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال واذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط عن الشهود بالطريق الاولى اه وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته اه وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا أنكر والجبر على البيان اذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق انتهى أقول يرد عليه أن ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان أو عينا فيقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا مع أنهم صرحوا بأن من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول وان روايه صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت في دعوى العين الغائبة فقط ويمكن

قال المصنف (وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما) أقول قال العلامة النسفي في الكافي ان المدعي ان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو

كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى وعزاه الى القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وقال العلامة الزيلعي في شرح الكنز فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته قال المصنف (والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين) أقول حال من الضمير المستتر في قوله تعرف به والعين تقوم مقام العائد الى ذي الحال لاتحاده معه ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقوله تعرف به في الحال (قوله اذا وقع الدعوى الى قوله فذكرها يكون مفيدا) أقول يعني أن العين لا تعرف بالوصف وان بولغ في الوصف لامكان المشاركة في الوصف كما مر فذكر الوصف في تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شئ تعرف به العين فذكر القيمة يكون مفيدا (قوله جملة حالية من قوله لان العين الخ) أقول بل من قوله والقيمة تعرف به فانه أقرب لفظا ومعنى (قوله على أكثر من قيمته) أقول كما سيجيء في كتاب الصلح

قال (وان ادعى عقارا حدّده وذكر أنه فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به)

أن يقال فى دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة فى جميع صور دعوى المجهول لا يقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى فى صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهى ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وبقى بيان الفائدة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر بخلاف سائر صور دعوى المجهول اذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد حينئذ أن يقال ان مثل تلك العلة المذكورة يتحقق فى غير تلك الصورة أيضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل ديون فى ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما فلو كلف ذلك الوارث فى دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها أو قدرها التضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال فى يد مورثه فضلا عن أن يعرفهما عند كونه فى ذمم الناس فينبغى أن تصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما قيل فى صحة دعوى الاعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به أحد ثم أقول الظاهر من قولهم واذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود بالطريق الاولى أن فى دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضى بعد أن سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة لم يحكم للمدعى على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به فى صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضى يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول الجبر عليه انما يصح لو أقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر فى كتاب الاقرار وأما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يحمل شيأ فلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقى الاشكال فان قلت القاضى لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة فى قيمة تلك العين لا فى نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قدم فى الكتاب أن العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة فى قيمة العين جهالة فى نفسها وأيضا اذا حكم القاضى برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردها الى صاحبها ولم يردها اليه فالقاضى ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الاشكال وان لم يحكم بها يضيع حق المدعى ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة فان قيل القاضى لا يحكم على الخصم بشئ من المال بل يحبسه ليرد العين المدعاة الى المدعى ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هى الحبس قلنا الى متى يحبسه ان حبسه أبدا يصير ظالما له بعد أن ظهر عجزه عن ردها الى المدعى بأن يمضى على الحبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت العين المدعاة لأظهرها على ما ذكر فى كتاب الغصب وان حبسه الى مدة ظهور عجزه عن ردها الى المدعى ثم خلى سبيله من غير أن يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد فى الشرع عند اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الاشكال (قال) أى القدورى فى مختصره (وان ادعى عقارا حدده) أى ذكر المدعى حدوده (وذكر انه) أى العقار (فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به) أى وذكر ان المدعى يطالب المدعى عليه بالمدعى أقول هكذا وقع وضع هذه المسئلة فى عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور اذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف فى تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح فى معتبرات الفتاوى بل فى بعض شروح الهداية أيضا بأنه اذا وقعت الدعوى فى العقار فلا بد من ذكر البلدة التى فيها الدار

قال (وان ادعى عقارا حدّده الخ) اذا كان المدعى به عقارا فلا بد من ثلاثة أشياء تحديده وذكر المدعى أنه فى يد المدعى عليه وانه يطالبه به أما الاول فللاعلام بأقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذى هو فيه ثم بذكر حدوده

(قوله وذلك انما يكون بذكر البلدة الخ) أقول يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذى هو فيه بطريق الدلالة فافهم

لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ماعرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها

ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال في الخلاصة تصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر أو القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات الفتاوى أيضا بأن الفقهاء اختلفوا في البداءة فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم أبو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلابد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ أولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيارا لقول محمد فان المذهب عنده أن يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال أبو زيد البغدادي يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو الاقرب ثم يترقى الى الابعد قال في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن أحسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاعم اسمه فان جعفرا في الدنيا كثير فان عرف فيها والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا أخص فان عرف فيها والا ترقى الى الجد انتهى وقال في المحيط اختلف أهل الشروط في البداءة بالاعم أو بالاخص وأهل العلم بالخيار في البداءة بأيهما شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الاعم الى الاخص أو من الاخص الى الاعم اجماع منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار بل لابد أيضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر قال المصنف في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار (لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل) أي نقل العقار (فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به) أقول لقائل أن يقول ان تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالاشارة لجواز أن يحضر القاضي عند العقار أو يبعث أمينه اليه فيشير المدعي اليه في محضر القاضي أو أمينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر ويمكن ان يدفع بأن المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي أو أمينه عندها لعدم تأديه الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة فلو كلف القاضي بحضوره عندها أو بعث أمينه اليها لأدى الى الحرج فافترقا (ويذكر الحدود الاربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما أن ذكر الاب يكفي (ولو كان الرجل مشهورا) مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى (يكتفى بذكره) يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب وفي الدار لابد من التحديد وان كانت مشهورة عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وله أن قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافي وغيره (فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر) دليل لنا يعني أن اقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع فنعمل به ههنا أيضا (بخلاف ما اذا غلط في الرابعة) أي في الحد الرابع وأنثه المصنف باعتبار الجهة يعني اذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر وأما اذا ذكر الحد الرابع أيضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر (لانه يختلف به) أي بالغلط (المدعى ولا كذلك بتركها)

لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولابد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم الا اذا كان معروفا مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى فانه يستغنى عن ذكرهما ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وأنث في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به أي بالغلط في الحد المدعى ولا كذلك بتركها كالو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وأما الثاني فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى به في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضي أنه في يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعي عليه حتى يتصرف فيه المدعي عليه وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث

قال المصنف (نفيا لتهمة المواضعة اذا العقار عساه في يد غيرهما) أقول قال ابن البزازي في فتاواه في كتاب الدعوى في آخر الفصل الخامس عشر في نوع من الخامس عشر ذكر الصدر الشهيد وغيره في الفرق بين المنقول وغيره أن المنقول لو كان قائما لا بد من احضاره فيعاين الحاكم يده وان كان هالكا فقد أقر بلزوم الضمان على نفسه واقراره على نفسه حجة وفي العقار تهمة المواضعة ثابتة لانه ليس في يد المالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم فربما يتواضع المدعي مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شهودا زورا فيسامحه المدعي عليه ويوصل به الحكم ثم يحتج على المالك بحكم قاض عند قاض آخر ويبرهن عليه فان القضاء من أسباب الملك يطلق للشاهد الاداء بأنه ملكه بحكم الحاكم ولو فسره أيضا على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق معاينة اليد حتى لو فسر بأنه يشهد له بالملك بناء على اليد لا يقبل كما علم وهذه التهمة في المنقول منتفية لان المنقول يكون في يد المالك حقيقة عليه فلا تتصور فيه تلك التهمة ولان المالك لا يمكنه من النقل والاحضار بين يدي الحاكم انتهى كلام ابن البزازي فلا يرد ما اعترض عليه في بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة في العين أيضا (قوله ليحكم القاضي باليد) أقول فيه بحث اذ لا حكم هنا من القاضي للمدعي عليه ولو سلم فهو قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد في نقض قضاء الترك ألا يرى انهما اذا ترافعا الى القاضي وعجز المدعي عن البينة حلف المدعى عليه يترك المدعي في يده ثم اذا جاء المدعي بشهود يؤخذ منه والحق ما في النهاية أخذا من المبسوط فراجعه متأملا

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة (وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما

وتطيره مما اذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وترك ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهما لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط (وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة) فيجري في الثانية ما يجري في الاولى (وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في مختصره (وذكر أنه) يعني العقار (في يد المدعى عليه لا بد منه لانه) أي المدعى عليه (انما ينتصب خصما) أي في دعوى العين (اذا كان في يده) أي اذا كان المدعى في يده (وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه) أي العقار (في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة) بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا أن ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بأنه في يده لم تقبل شهادتهم وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد أن يسألهم القاضي أعن معاينة تشهدون أم عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى (أو علم القاضي) عطف على البينة أي أو بعلم القاضي أن ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه (هو الصحيح) احترازا عن قول بعض المشايخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى عليه أنه في يده وانما لا تثبت اليد في العقار الا بالبينة أو علم القاضي على القول الصحيح (نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه) أي لعله (في يد غيرهما) أي غير المدعي والمدعى عليه قال صاحب النهاية أي يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره أنه في يد الثالث اه كلامه وقد افتنى أثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العيني أقول هذا خبط عظيم منهم أما أولا فلان المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على أحد شيأ بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى

بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلابد من طلبه ولانه يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده و بالمطالبة يزول هذا الاحتمال

عليه والحكم بحقوق العباد يقتضى سابقة الدعوى وأما ثانيا فلان الحكم من القاضى لا يصح الا بحجة من البينة أو الاقرار وقد انتفت بقسميها فى تلك الصورة أما انتفاء البينة فلان المفروض أن لا تقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه وأما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق للغير على نفسه ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعى بالنسبة الى حق اليد فى تلك الصورة فاذا لم تتحقق الحجة أصلا لثبوت اليد للمدعى عليه فى تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضى باليد للمدعى عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه الخ والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن العقار قد يكون فى يد غيرهما وهما يتواضعان على أن يصدق المدعى عليه المدعى فى أن ذلك العقار فى يد المدعى عليه فيقيم المدعى البينة على المدعى عليه بأن ذلك العقار له فيحكم القاضى للمدعى بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذى كان ذلك العقار فى يده فى الواقع و يفضى ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره فى يد ذلك الغير ولقد أفصح الامام قاضيخان فى فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن أصحابنا أن رجلا لو أقام البينة على رجل أن فى يده الدار التى حدها كذا و بين حدودها فان القاضى لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك مالم يقم البينة ان الدار فى يد المدعى عليه ثم يقيم البينة أنها له لتوهم أنهما تواضعا فى محدود فى يد ثالث على ان يدعيه أحدهما فيقول الآخر بأنها فى يده و يقيم المدعى بينته عليه انها له والدار فى يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على المسخر اه (بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة) فلا مجال للمواضعة المذكورة (وقوله) أى قول القدورى فى مختصره (وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلابد من طلبه) قال صاحب العناية فى عبارته تسامح لانه يؤل الى تقدير فلابد من طلب المطالبة فتأمل ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلابد من طلبه اه كلامه أقول كل من ايراده وجوابه ساقط أما سقوط الاول فلان الضمير فى طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه وهو المدعى فالمعنى المطالبة حق المدعى فلابد من طلب المدعى حتى يجب على القاضى اعانته فلا مسامحة أصلا وأما سقوط الثانى فمن وجهين الاول أن المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه والذى دخل عليه الباء هو المدعى فلو كان المعنى المطالب حق المدعى صار المعنى المدعى عليه حق المدعى ولا خفاء فى فساده والثانى ان المدعى أيضا ليس بحق المدعى البتة بل ان ثبت دعوى المدعى يكون المدعى حقه والا فلا ففى ابتداء الامر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلابد من طلبه اللهم الا أن يقال انه حقه فى ابتداء الامر أيضا على زعمه لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج الى جعل المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى أن شأن المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الارض ونحوها اه أقول هذا بعيد عن الحق وأبعد مما قاله صاحب العناية فى جوابه أما الاول فلما ذكرناه فى سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين وأما الثانى فلان مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التأنيث وتأويل كل مطلوب مذكر بمؤنث وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قال صاحب العناية (ولانه يحتمل أن يكون) أى المدعى (مرهونا فى يده) أى فى يد المدعى عليه (أو محبوسا بالثمن فى يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن (و بالمطالبة يزول هذا الاحتمال) اذ لو كان مرهونا أو محبوسا بالثمن لما طالب

بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة وأما الثالث فلان المطالبة حقه فلابد من طلب حقه وفى عبارته تسامح لانه يؤل الى تقدير فلابد من طلب المطالبة فتأمل ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلابد من طلبه ولانه يحتمل أن يكون مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده و بالمطالبة تزول هذه الاحتمالات

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول) أقول ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الارض ونحوها ثم الظاهر أن ضمير طلبه راجع الى المدعى لا الى الحق لئلا يلزم التفكيك فلا غبار

وعن هذا أى بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ فى المنقول يجب أن يقول وهو فى يده بغير حق لان العين فى يد ذى اليد فى هاتين الصورتين بحق

قال المصنف (وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق) أقول قال صاحب الوقاية وفى المنقول يزيد بغير حق قال صدر الشريعة فى شرحه فان الشئ يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لاجل الثمن أقول هذه تشمل العقار أيضا فلا أدرى ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ونحن نقول فان احتمال كون المنقول فى يد المدعى عليه بحق يزول بالمطالبة على ما صرحوا به فما وجه هذه الزيادة حتى حكموا بوجوبها كما صرح به صاحب الهداية وأجاب صاحب الغرر عن اعتراض صدر الشريعة بأن يقال ان درايته وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما أن دعوى الاعيان لا تصح الا على ذى اليد كما قال فى الهداية انما ينتصب خصما اذا كان فى يده والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها الا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم أن فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها فى دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر وأما اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى

وعن هذا قالوا فى المنقول يجب أن يقول فى يده بغير حق

بالانتزاع من ذى اليد قبل أداء الدين أو الثمن (وعن هذا) أى بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أى المشايخ (فى المنقول) أى فى دعوى المنقول (يجب أن يقول فى يده بغير حق) أى يجب أن يقول المدعى هذا الشئ الذى أدعيه فى يد المدعى عليه بغير حق ازالة لهذا الاحتمال فان العين فى يد ذى اليد فى تينك الصورتين بحق أقول يرد عليه انه ان كان ذكر المطالبة مما لا بد منه فى دعوى المنقول أيضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة كما فى دعوى العقار فينبغى أن لا تجب زيادة بغير حق فى دعوى المنقول كما لا تجب فى دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه فى دعوى المنقول يكون الدليل الذى ذكره المصنف فى وجوب ذكر المطالبة فى دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لان المطالبة حق المدعى فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول ويمكن أن يجاب عنه بنوع بسط فى الكلام وتحقيق فى المقام وهو أن ذكر المطالبة مما لا بد منه فى دعوى المنقول أيضا على ما يقتضيه الدليل الذى ذكره المصنف فى دعوى العقار وفى دعوى الدين لكن لا يجب ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضى بل انما يجب ذكرها بعد احضاره اليه لان اعلام المدعى بأقصى ما يمكن شرط وذلك فى المنقول لا يكون الا بالاشارة كما مر فلم يحضر المنقول الى مجلس القاضى لم تحصل الاشارة اليه وما لم تحصل الاشارة اليه لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به وما لم يصر معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة فى ذكر المطالبة به يرشد اليه قول المصنف فيما سيأتى لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة حيث يشير الى انه ما بقى شئ يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة ولا شك أن احضار المنقول الى مجلس القاضى مما يتعلق به تمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة

ورد هذا الجواب بأنه قد صرح فى الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة فى العقار أيضا لزوال احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن ويعلم من هذا انهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه فى العقار أيضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التى لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر انتهى وان أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولى الفيض والالهام فأقول لا شك ان فى العقار شبهة فى ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة فى كونها بغير حق وأن الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان فلما شبهة الشبهة حينئذ تكون شبهة معتبرة ألا يرى أنهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذى فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها فى تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة وأما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتبارا لشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو فى يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه اذا كان فى كلام مثبت أو منفى تقييد بوجه من الوجوه فغاط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فأحالوا دفعها الى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان فى تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع شبهة كون اليد بحق أو نقول لو زاد المدعى قوله بغير حق فى دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع فى تلك الحالة شبهة كونه فى يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فاغتنم هذا فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار

فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه اذ ذاك أن يقول في يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه احضار المدعى المنقول الى مجلس القاضي ويصح للقاضي تكليفه باحضاره اليه والحاصل أن الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لاجل أن يجب على المدعى عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها ثم لما زيد القيد المذكور في دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه المدعي الى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد احضاره اليه الا علة واحدة وهي أن المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية أقول هذه العلة تشمل العقار أيضا فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اه ثم ان ههنا كلمات أخرى للفضلاء المتأخرين فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها فاعلم ان صاحب الدرر والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان درايته وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين احداهما أن دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اه ورد عليه هذا الجواب بعضهم بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضا لزوال احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر اه وقال بعض الفضلاء وان أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستمدا من ولي الفيض والالهام فأقول لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها بغير حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم وأن شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة ألا ترى أنهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة ثيب فانه يحد لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة وأما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتبارا الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو أتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية انه اذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه فغاط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فأحالوا دفعها الى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه فان في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق أو نقول لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاغتنم هذا فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل ثم اعلم أن المطالبة في المنقول

قال (وان كان حقا فى الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به

كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه وأقول ماذكره ذلك الفاضل ههنا وسماه بالتحقيق مما لايجدى طائلا وماهو بذلك التلقيب بحقيق أما أولا فلان خلاصة كلامه هى أن مدعى العقار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهى شبهة كونه فى يد الغير بحالها اذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فأحالوا دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متأخر فى الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فان فى تلك المرتبة اندفعت الشبهة و بقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه فى يد غيره فأوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة لان الحاصل منها أن لايصح الاتيان بتلك الزيادة فى دعوى العقار على أن تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الاول وهذا لاينافى صحة الاتيان بها على أن تجعل كلاما مستقلا بأن يقول المدعى انه فى يده وان يده بغير حق فان الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى وتصير متأخرا فى الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطالبه لانه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها اذ قبل ثبوت اليد كما لافائدة فى المطالبة لافائدة أيضا فى بيان أن يده بغير حق وهذا مما لاستر به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقا فى دعوى المنقول وبالجملة ان ماذكره وجه لفظى مخصوص بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الاول لاوجه فقهى عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا وأما ثانيا فلانه حينئذ يبقى الاشكال فى المقام بأن شبهة كون اليد بحق تندفع فى دعوى المنقول أيضا بالمطالبة فينبغى أن تترك الزيادة المذكورة فى دعوى المنقول كما تترك فى دعوى العقار ولاينحل هذا الاشكال بماذكره بقوله ثم اعلم أن المطالبة فى المنقول كالمطالبة فى الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة فى المنقول أيضا فلا يدفع أن لايقصد بها دفع ذلك الاحتمال فى المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه وأما ماقدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله (قال) أى القدورى فى مختصره (وان كان حقا فى الذمة) أى وان كان المدعى حقا ثابتا فى الذمة يعنى ان كان دينا لاعينا (ذكر أنه يطالبه به) يعنى ذكر أنه يطالبه به من غير أن يشترط فيه مايشترط فى العين على ماسيأتى فيما مر (لما قلنا) تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه (وهذا) أى الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه) أى تعريف مافى الذمة وهو الدين (بالوصف) أى بالصفة فالمعنى لكن لابد من تعريفه بالوصف كما لابد من تعريفه بالجنس والقدر على ماعرف فيما مر من قول القدورى ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره (لانه يعرف به) أى لان مافى الذمة يعرف بالوصف أى الصفة بأن يقال انه جيد أو وسط أو ردىء بعد أن يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعى دينا وزيفا ان كان فى البلد نقود مختلفة أما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر فى الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ لكن الاظهر من حيث المقام أن يكون مراده به معنى البيان فالمعنى

وان كان المدعى به حقا فى الذمة ذكر المدعى أنه يطالبه به لما قلنا يعنى قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف بأن قال ذهبا أو فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا أو درهما جيد أو ردىء أو وسط اذا كان فى البلد نقود مختلفة وأما اذا كان فى البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك و بالجملة لابد فى كل جنس من الاعلام باقصى مايمكن به التعريف

قال (واذا صحت الدعوى الخ) اذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما أن يكون أمرا بالخروج عما لزمه بالحجة أو يصير ماهو بعرضية أن يصير حجة وذلك لانه اما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر فان كان الاول فالحكم فيه أن يأمره بأن يخرج عما أقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على

قال (واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فان اعترف قضى عليه بها) لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (وان أنكر سأل المدعي البينة) لقوله عليه الصلاة والسلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال (فان أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه ألا يرى انه

لكن لا بد من تعريف ما في الذمة أيضا بالبيان أي ببيان ما يحتاج الى ذكره من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشني وبالجملة لا بد في كل جنس من الاعلام بأقصى ما يمكن به التعريف (قال) أي القدوري في مختصره (واذا صحت الدعوى) أي واذا صحت الدعوى بشروطها (سأل) أي القاضي (المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى (لينكشف له وجه الحكم) أي لينكشف للقاضي وجه الحكم أي طريقه ان ثبت حق المدعي فان الحكم منه يكون بأحد أمور ثلاثة البينة والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه (فان اعترف قضى عليه بها) أي فان اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعى أو بموجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء ههنا توسع لان الاقرار حجة نفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما أقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها كذا في الشروح وغيرها وقد أشار اليه المصنف بقوله (لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره) أي يأمر القاضي المدعى عليه (بالخروج عنه) أي عما يوجبه الاقرار (وان أنكر) أي المدعى عليه (سأل المدعي البينة) أي طلب القاضي من المدعي البينة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي عليه والصلاة والسلام للمدعي (ألك بينة فقال لا) أي قال المدعي لا بينة لي (فقال) أي قال النبي صلى الله عليه وسلم (لك يمينه) أي يمين المدعى عليه (سأل) أي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عن البينة (ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال) أي فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة (ليمكنه الاستحلاف) أي ليمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة (قال) أي القدوري في مختصره (فان أحضرها) أي فان أحضر المدعي البينة على وفق دعواه (قضى بها) أي قضى القاضي بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) أي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي أي البينة فعيلة من البيان لانها دلالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل وقيل فعيلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي (وان عجز عن ذلك) أي وان عجز المدعي عن احضار البينة (وطلب يمين خصمه) وهو المدعى عليه (استحلفه عليها) أي استحلف القاضي خصمه على دعواه (لما روينا) اشارة الى قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال المدعي لا (ولا بد من طلبه) أي من طلب المدعي استحلاف خصمه (لان اليمين حقه) أي حق المدعي (ألا يرى انه

قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضي أمرا بالخروج على موجب ما أقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان كان الثاني فالحكم فيه أن يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية أن تصير حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذا لا بد من السؤال لينكشف له أحد الوجهين فاذا سأل فان اعترف به أمره بالخروج عنه وان أنكر سأل المدعي البينة لقوله صلى الله عليه وسلم ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد البينة فان أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولا بد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه ألا يرى انه

(قوله واذا صحت الدعوى الى قوله فانه الخ) أقول يعني فان الحكم على وجهين اما أن يكون أمرا بالخروج الخ (قوله وان كان الثاني الى قوله اذا قضى القاضي بها حجة) أقول قوله حجة مفعول ثان أن يجعل قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه) أقول الرواية في المصابيح فلك يمينه وهذا أظهر في الدلالة على الترتيب

كيف أضيف اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم أن خصمه أقوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى اذا كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء عقابا اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعي عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقا ثم انما رتب اليمين

كيف أضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

﴿باب اليمين﴾

كيف أضيف اليه بحرف اللام) أي كيف أضيف اليمين الى المدعي بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصص على أن اليمين حقه وانما قال المصنف أضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تأويل القسم أو الحلف قال صاحب الكافي والفقه فيه أي في كون اليمين حق المدعي ان المدعي يزعم انه أقوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء عقابا اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به وجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي للمدعى لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه تطرق للمدعي عليه اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه أولا ثم أقام المدعي البينة اقتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كانت اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة اه وقال بعض الفضلاء قوله لما كانت اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل تكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل اه أقول بحثه هذا ليس بشئ لان مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كانت اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية أيضا بقوله اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم في هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بأن نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لان النكول عن اليمين ليس بعجز عنها اذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعي بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم أقول بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضي أن لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزم الحسن الشرعي فهو حسن شرعي أيضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتأمل

﴿باب اليمين﴾

قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر في هذا الباب حكم اليمين اه أقول فيه شئ وهو ان كون

على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه تطرق للمدعي عليه اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه أولا ثم أقام المدعي البينة اقتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة وفيه نظر

﴿باب اليمين﴾

لما ذكر أن الخصم اذا أنكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الاحكام المتعلقة باليمين

(قوله قيل انما جعل) أقول هذا القيل لصاحب النهاية وأصله في المبسوط (قوله وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة) أقول انتهى كلام النهاية مع تغيير يسير في بعض عبارته (قوله وفيه نظر) أقول نقل من خط الشارح ما هو صورته وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا أقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة انتهى قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة الخ فيه بحث بل تكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل

(واذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبى حنيفة رحمه الله معناه حاضرة فى المصر وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف

مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجرى على قول أبى يوسف رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله فى رواية كما سيظهر فى صدر هذا الباب فلم يكن ماذكره وجها جامعا لاقوال أئمتنا على أنه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه أيضا حال اليمين اجمالا فهما مشتركان فى الذكر الاجمالى فيما قبل هذا الباب وأما تفاصيل أحكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين فى هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودى فالاولى ماقاله صاحب العناية من أنه لما ذكر أن الخصم اذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان أقول ما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل ما فى غاية البيان قلت الذى رتبه المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها باحكامها وشرائطها انتهى أقول هذا الكلام منه فى معرض الجواب عما نقله من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لاذكر اليمين بعد البينة كيف وقد قال بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا فماذكره الشارح العينى مما لامساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه ثم أقول فى دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب أيضا من ذلك القبيل ولهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على افراد مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف ههنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبى حنيفة) هذا لفظ القدورى قال المصنف (معناه حاضرة فى المصر) أى معنى قول القدورى اذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة فى مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت فى مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار اليه المصنف بقوله فيما سيأتى كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان أن يقرن المصنف قوله معناه حاضرة فى المصر بذكر قول القدورى اذا قال المدعى لى بينة حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله فلعل وجهه أمران أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدورى بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسئلة القدورى ثم فسر مراده بالحضور فى المصر وثانيهما ان فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور فى المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف فلم يذكر القول المشعر بالخلاف فى مسئلتنا وهو قول القدورى لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير فاقتضى هذا السر تأخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدورى لم يستحلف عند أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه) أى حق المدعى (بالحديث المعروف) فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبى صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح ويجوز أن يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر أقول لا يذهب على من تتبع أساليب

قال (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة الخ) اذا قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه

فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لمارويناً من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي

فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لمارويناً فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف رحمهما الله فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي

تحرير المصنف في كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بمارويناً كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلوناً وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه لما عدل عن أسلوبه المقرر الا ترى أنه كيف جرى على ذلك الاسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله حيث قال ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بمارويناً مريدا به الحديث المذكور فيما قبل فالحق أن مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر أي ما جوزه صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف لعموم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر انتهى فان قلت الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لان اليمين حقه فان كون اليمين حق المدعي يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه حيث أضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص قلت نعم ولكن يفهم ذلك أيضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فان كلمة على في قوله على من أنكر تدل على أن المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي نعم انفهامه من الاول أظهر لكن هذا لا يوجب حمل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة (فاذا طالبه به يجيبه) أي اذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعي أي يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعي أي يحلف (ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لمارويناً) من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة (فلا يكون حقه دونه) أي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة أي بغير العجز عنها أقول لقائل أن يقول ان كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر (كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس) أي مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا ههنا والجامع القدرة على اقامة البينة أقول لابي يوسف رحمه الله أن يفرق بين الصورتين بان يقول اذ لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض أعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه في الحال يحصل باقامة البينة فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبي حنيفة رحمه الله ههنا بطريق القياس أيضا كما يشعر به كلام المصنف (ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي) قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ أبا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان أبا حنيفة رحمه الله قد روي عنه في ذلك أن القاضي لا يستحلف له المدعى عليه ان ذكر المدعي أن له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه

(قوله فانه ذكر اليمين بعد ما عجز الخ) أقول فيه تأمل فان دلالة ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة على أن لا يكون حقه دونه ليست في الظهور بحيث لا يقبل المنع (قال المصنف فلا يكون حقه دونه) أقول لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ثم هناك تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون العجز عن شهادة الرجال فكذا هنا ينبغي أن يجوز الاستحلاف دون العجز عن البينة فليتأمل فانه يجوز أن يجاب عنه بأجوبة عديدة منها ما يشير اليه قوله كما اذا كانت الخ (قوله ومحمد مع أبي يوسف) أقول ولعل أبا يوسف يكتفي بالعجز في المجلس فان للمجلس خصائص

قال (ولا ترد اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ وفيه خلاف الشافعي رحمه الله

والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه (قوله وجعل جنس الأيمان على المنكرين في قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وليس وراء الجنس شئ) استدلال آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي وسيأتي

له ذكره أن له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقد أنكر الرواية عن محمد أصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية أن محمدا مع أبي حنيفة رحمهما الله فيما ذكره الطحاوي ألا ترى أن القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم نوجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العيني بعد أن ذكر انكار صاحب الغاية على المصنف في جعله محمدا مع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوي وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوي على أن محمدا مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى أقول هذا الكلام منه عجيب لان الذي أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف انما هو اسناد المصنف رواية كون محمد مع أبي حنيفة الى الطحاوي بناء على أن الطحاوي قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية في مختصره فكيف يصح أن يسندها المصنف اليه وليس الذي أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله في أصلها حتى يتمشى ما قاله العيني من أن عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادي عليه ألفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني (قال) أي القدوري في مختصره (ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر) وجه الاستدلال به ما أشار اليه المصنف بقوله (قسم) أي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من أنكر (والقسمة تنافي الشركة) لان الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان وبقوله (وجعل جنس الايمان على المنكرين) اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الاصول ان لام التعريف تحمل على الاستغراق ويقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هنالك معهود وههنا كذلك (وليس وراء الجنس شئ) أي شئ من أفراد ذلك الجنس فيكون المعنى أن جميع الايمان على المنكرين فلو ورد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى (وفيه خلاف الشافعي) أي في عدم رد اليمين على المدعي خلاف الشافعي قال صاحب الكافي وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة أصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضي به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا أقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشئ لانه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب ومارويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على أن يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضي له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال أيضا اذا أقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعى عليه ويقضى له لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ويروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما رويناه وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهل بن أبي صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه

(قال المصنف قسم الخ) أقول استئناف بياني (قال المصنف وفيه خلاف الشافعي) أقول قيل اذا نكل المدعى عليه عن اليمين وطلب ردها على المدعي صار الظاهر شاهدا للمدعي وصار المدعي من هذه الحيثية منكرا فان المنكر من يتمسك بالظاهر وحينئذ يرتفع الخلاف ويكون النزاع لفظيا قلنا على تقدير تسليم ذلك لا يرتفع الخلاف فان الخلاف بيننا وبين الشافعي في جواز رد اليمين على المدعي وعدمه وهذا يحققه وانما يكون تسليم ذلك رافعا للخلاف لو كان الخلاف في جعل جنس الايمان على المنكرين وعدمه وليس كذلك بل الخلاف في جواز رد اليمين وعدمه في المجمع ولا يجبر ردها على المدعي فالصواب عدم تسليم صيرورة المدعي منكرا من حيثية النكول اذ يلزم منه عدم تعيين المدعي والمنكر وعدم لزوم اليمين على معين ويلزم التسلسل في رد اليمين وكل ذلك باطل وكذا ما يؤدي اليه

قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد فى الملك المطلق الخ) ولا تقبل بينة ذى اليد فى الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما رو ينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد

بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما

قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فان فى هذه الصور تقبل بينة ذى اليد بالاجماع فان قيل أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذى اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وبينة ذى اليد فى الملك المطلق

قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد فى الملك المطلق

وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم أنه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه بيمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير الى هنا كلامه (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا تقبل بينة صاحب اليد فى الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكى ولا يقول هذا ملكى بسبب الشراء أو الارث أو نحو ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأرخا وتاريخ ذى اليد أسبق فان فى هذه الصورة تقبل بينة ذى اليد بالاجماع كذا فى الشروح قال صاحب العناية بعد هذا فان قيل أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذى اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعى فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعى عن البينة وههنا لم يعجز الى ههنا كلامه وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الاول بانه لو كان مدعيا الصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السؤال الثانى بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذى اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله أصلا أقول ارادة الثانى متوجه ظاهر وقد كنت كتبته فى مسوداتى قبل أن أرى ما كتبه وأما ارادة الاول فيندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع الزيادة المذكورة فى الصور المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما فى يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذى اليد استحقاقه لما فى يده وأما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة فى الصورة المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه أن دعوى ذى اليد فى الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالاصالة حتى يجرى الخارج على دعواه يدعى عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذى اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعى عليه ذو اليد شيأ لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه أصلا ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعى والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرر عندهم وهو أن المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصور المزبورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا معينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه أو ابراءه عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء أو الابراء وكذا الحال فى جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص فى الكل ما بيناه وحققناه ثم أقول بقى لنا كلام فى أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الاول وهو أنه بين الزيادة التى يدعيها ذو اليد فى الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان والثانى ليس بظاهر الصحة لان معنى كون أحدهما قابضا فى الصورة الثانية أن يكون المدعى فى يده بالفعل لا ان يثبت قبضه بالبينة على ما سيجىء تفسيره وبيانه فى الكتاب وشروحه فى باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى أن كون المدعى فى يد القابض فى

(قال المصنف ولا تقبل بينة صاحب اليد الخ) أقول بل عليه اليمين ان عجز الخارج ولهذا المعنى أوردها هنا ويجوز أن يكون ذكرها استطرادا للمسئلة السابقة كأنه قيل لا تقبل يمين المدعى ولا بينة المدعى عليه والدليل متعدد وفى كليهما خلاف الشافعى (قوله فهو من تلك الجهة مدع) أقول لو كان مدعيا الصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه (قوله قلت لا لان اليمين) أقول أنت خبير بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذى اليد عن البينة والا فلا تمشية لسؤاله أصلا فليتأمل

تلك

فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد أقوى فصار كما اذا أقاما هما على نتاج دابة وهو في يد أحدهما أو أقاما هما على نكاح ولاحدهما ولد فانه يقضي لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة انه عبده أعتقه (١٥٧) وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه

وبينة الخارج أولى) وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا أو اظهارا الان قدر ما أثبتته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك

تلك الصورة أمر معاين لا يدعيه ذو اليد أصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينته بالاجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتمام فالحق أن يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر (وبينة الخارج أولى) يعني أن بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا وفي أحد قولي الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا اقضاء ترك لا اقضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المصنف بقوله (وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد) أي لتأكد البينة باليد لان اليد دليل الملك (فيتقوى الظهور) أي فيتقوى ظهور المدعى (وصار) أي صار حكم هذه المسئلة (كالنتاج) أي لحكم مسئلة النتاج بأن ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما ولد فانه يقضي لذي اليد (والنكاح) أي ولحكم مسئلة النكاح بان تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولاحدهما ولد فبينة ذي اليد أولى (ودعوى الملك مع الاعتاق) أي ولحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى (والاستيلاد) عطف على الاعتاق فالمعنى أو دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة أنها أمته استولدها فبينة ذي اليد أولى (والتدبير) أي أو دعوى الملك مع التدبير بان يكون عبد في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انه عبده دبره فبينة ذي اليد أولى (ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا) أي في علم القاضي (واظهارا) أي في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع (لان قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك) ألا يرى أن من رأى شيأ في يد انسان جاز له أن يشهد بانه ملكه فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل وانما هي مؤكدة للملك الثابت باليد والتأكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات أصل الملك وأما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها أكثر اثباتا وما هو أكثر اثباتا في البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه هذا بدء ما في الشروح في حل كلام المصنف ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما أثبتته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة للملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد كذا في العناية أقول بقي ههنا شيء وهو أن المتبادر من قولهم ان بينة الخارج أكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق أن لذي اليد أيضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق أيضا الا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينته لكونها أكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي أن لا يكون لذي اليد بينة شرعية في

فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر اثباتا يعني في علم القاضي أو اظهارا يعني في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك أو تظهره وما هو أكثر اثباتا في البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما أثبتته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل مؤكدة للملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد

(قوله لعدم زيادة يصير بها الخ) أقول يعني لعدم زيادة يصير بتلك الزيادة ذو اليد مدعيا (قوله أو اظهارا الخ) أقول لعل الاظهر أن أو للتخيير في التعبير (قوله لان قدر ما أثبتته اليد الخ) أقول تعليل لقوله ان بينة الخارج أكثر اثباتا (قوله وما هو الى قوله لاجله فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى الموصول في قوله وما هو (قوله كما تقدم الخ) أقول في الورق السابق عند شرح قول المصنف واذا صحت الدعوى بشروطها

بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لامؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجح احداهما باليد فان قيل كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لاغير أجيب بأن بينة النتاج لاتوجب الا أولية (١٥٨) الملك وهما تساويا في ذلك ويترجح ذو اليد باليد فيقضى له (قوله وكذا على الاعتاق)

بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها قال (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه) وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا أو مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب

أي اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد (قوله وعلى الولاء الثابت بها) أي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير ومعناه أن البينتين في الاعتاق وأختيه تدلان على الولاء اذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده (قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين الخ) واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول وألزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي لا يقضى عليه بل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب أبي حنيفة أو مقرا ان كان إقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وكلمة على للوجوب

الملك المطلق وأن لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق أصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر كما مر بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ماذكر في بعض الشروح من أن لنا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر فانه عليه الصلاة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي لان اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعى اسم لمن يدعي الشئ ولا دلالة معه ولهذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى (بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه) فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احداهما باليد وكذا الحال في النكاح الا أن المصنف لم يذكره من بين أخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره في النتاج (وكذا على الاعتاق وأختيه) أي وكذا اليد لا تدل على الاعتاق وأختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات في هذه الصور أيضا فترجحت احداهما باليد (وعلى الولاء الثابت بها) أي بهذه الاشياء الثلاثة وهي الاعتاق والاستيلاد والتدبير يعني أن اليد لا تدل على الولاء الثابت بها أيضا فاستوت البينتان في ذلك أيضا فترجحت احداهما باليد (قال) أي القدوري في مختصره (واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول) أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول (وألزمه ما ادعى عليه) أي وألزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وفي بعض نسخ مختصر القدوري ولزمه بدل وألزمه أي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي (وقال الشافعي لا يقضى به) أي بالنكول (بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف) أي المدعي (يقضى به) أي يقضى له بما ادعاه وان نكل المدعي أيضا انقطعت المنازعة (لان النكول) تعليل لقوله لا يقضى به (يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة) أي عن اليمين الصادقة كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه انه نكل عن اليمين وقال أخاف أن توافقها فقضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا كذا ذكره الامام خواهرزاده في مبسوطه (واشتباه الحال) أي ويحتمل اشتباه الحال عليه بان لا يدري انه صادق في انكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع (فلا ينتصب) أي لا ينتصب نكول المدعى عليه (حجة مع الاحتمال) المذكور (ويمين المدعي دليل الظهور) أي دليل ظهور كون المدعي محقا (فيصار اليه) أي فيرجع الى يمين المدعي (ولنا أن النكول) أي نكول المدعى عليه (دل على كونه باذلا) أي دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب أبي حنيفة (أو مقرا) أي على كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما (ولولا ذلك) أي ولولا كونه باذلا أو مقرا (لاقدم على اليمين اقامة للواجب) وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله

صلى

(قوله وهما قد استويا في ذلك) أقول يعني استويا في الولاء وقوله وهما راجع الى البينتين في قوله معناه ان البينتين في الاعتاق الخ

ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب أى جانب كونه باذلا ان ترفع أو مقرا ان تورع لان الترفع أو التورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فالقضاء بالنكول يخالفه وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر ولم يذكر النكول واليمين فى جانب المدعى عليه فى الابتداء لكون الظاهر شاهدا له ونكوله صار الظاهر شاهدا للمدعى فتعود اليمين الى جانب المدعى ولهذا بدأنا فى اللعان بالايمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا وأجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفى القضاء بالنكول لان تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روى اجماع الصحابة على ذلك وما روى عن على رضى الله عنه انه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه فقد روى عنه خلاف ذلك روى عن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدى على رضى الله عنه فقال له على قالون وهو بلغة أهل الروم أصبت واذا ثبت الاجماع بطل القياس على أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز أن يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضى الاستمهال من القاضى ليتكشف الحال لا رد اليمين

ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب

صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر وكلمة على للوجوب (ودفعا للضرر عن نفسه) أى دفعا الضرر المدعوى عن نفسه (فترجح هذا الجانب) واعلم ان حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح ههنا عن اختلال واضطراب فقال صاحب العناية فترجح هذا الجانب أى جانب كونه باذلا ان ترفع أو مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى أقول فيه بحث اما أولا فلان توزيع كونه باذلا أو مقرا الى التورع والترفع مما لا يكاد يصح ههنا لان النكول عند أبى حنيفة بذل لا غير وعندهما اقرار لا غير فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان فى هذا الجانب على الترفع والتورع معا فى واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا فى مذهب أبى حنيفة على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا فى مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شئ من المذهبين لان الترفع وحده أو التورع وحده يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة فى دليل الشافعى وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مرادا للناكل حتى يتم المطلوب والحاصل أن فى تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى وأما ثانيا فلانا لا نسلم أن التورع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير بل الظاهر أن التورع عنها واجب فى كل حال واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فان ما ذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى أقول هذا غير وارد فان الافضاء اليه فى صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا الا ان كون المنكر كاذبا فى يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمدعى حق عليه فى الواقع فحينئذ لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الاقرار أفضى الى الضرر بالمدعى قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه فى صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بأدنى تأمل لان يمين المنكر حق المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المدعى بالبذل ونحوه أفضى الى الضرر بالمدعى بمنع حقه وهو يمين خصمه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب أى جانب كونه باذلا أو مقرا على جانب التورع لان الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب فى نكوله انتهى أقول وفيه أيضا بحث أما أولا فلان ما ذكراه من الدليل انما أفاد رجحان هذا الجانب أى جانب كونه باذلا أو مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغى أن يلتزمه الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع وان أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والاقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع أيضا داخلا فى ذلك الجانب بقى أن يقال ما ذكراه من الدليل انما أفاد رجحان جانب كونه باذلا أو مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو يحتمل واحدا من المحتملات

(قوله اذا لم يفض الى الضرر الخ) أقول فيه بحث فان ما ذكره من الافضاء بالضرر الى الغير غير ظاهر (قوله واعترض بان الالزام الخ) أقول هذا الكلام لا يتوجه من طرف الشافعى اذ ليس فى الآية دلالة على الالزام بيمين المدعى أيضا الا أن يكون الزاميا ويقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهى نسخ عندكم فليتأمل (قوله والاجماع يدل على جوازه) أقول الاجماع لا ينسخ ولا ينسخ به (قوله وهو بلغة أهل الروم أصبت) أقول بل معناه فى لغتهم جيد

ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه قال (وينبغي للقاضي أن يقول له اني أعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه) وهذا الانذار لاعلامه بالحكم

فان رد اليمين لا وجه له لما قدمناه في قوله ولا ترد اليمين على المدعى (قال وينبغي للقاضي أن يقول له الخ) وينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه اني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم

المذكورة في دليل الخصم ويجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا وأما ثانيا فلان ما ذكراه من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير مفهوم منه فكيف يتم بناء شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والفاء في فترجح تقتضي التفريع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب أي ترجح جانب كون الناكل باذلا أو مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا أو نحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلولا أن النكول بذل أو اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل أن النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى أقول وفيه أيضا بحث أما أولا فلان قوله وظلما على المدعي ليس بتام اذ لا نسلم أن النكول لو لم يكن بذلا أو اقرارا كان ظلما على المدعي لجواز أن يكون للترفع عن اليمين الصادقة فحينئذ لا يتحقق الظلم على المدعي لان صدق المدعي عليه في انكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا أن يقال يجوز أن يعد النكول ظلما على المدعي في صورة صدق المدعى عليه أيضا من جهة أن يمين المدعى عليه حق المدعي بموجب الحديث على ما مر وأن في النكول عنها منع هذا الحق فصار النا كل ظالما على المدعي في الجملة وأما ثانيا فلان في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل أن النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا خلاف حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين بل يحتاج الى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب العناية فالصواب عندي في حل مراد المصنف ههنا أن يقال فترجح هذا الجانب أي جانب كون النا كل باذلا أو مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك أن العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشئ من تلك الوجوه المحتملة أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري أصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته فان لم يكن النا كل باذلا أو مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا وأما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب أو يعطي حق خصمه فيسقط عن عهدته الواجب فان لم يكن النا كل باذلا أو مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضا وبالجملة ان قول المصنف اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بأسرها فيترجح كون النا كل باذلا أو مقرا بالضرورة (ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه) أشار به الى قوله ولا ترد اليمين على المدعي لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر الخ ونحن أيضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي في رد اليمين على المدعي وأجوبتنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين مما لا مزيد عليه فتذكر (قال) أي القدوري في مختصره (وينبغي للقاضي أن يقول له) أي للمدعي عليه (اني أعرض عليك اليمين ثلاثا) أي ثلاث مرات (فان حلفت) أي ان حلفت خلصت أو تركتك (والا قضيت عليك بما ادعاه) أي بما ادعاه المدعي قال المصنف (وهذا الانذار) أي قول القاضي والا قضيت عليك بما ادعاه (لاعلامه بالحكم) أي الحكم

اذهو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه مايلزمه بالنكول وهذا أولى من قولهم لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه لما مر غير مرة ثم العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب فيه أنه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا أن النكول بذل أو اقرار وليس التكرار بشرط في شئ منهما والخصاف

اذهو موضع الخفاء قال (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول أولى

بالنكول (اذهو موضع الخفاء) لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه فيجوز أن يلتبس عليه مايلزمه بالنكول فوجب أن يعرفه حتى يحلف أو ينكل كذا في الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) قال المصنف (وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار) أي في اظهارها يعني أن هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لانه شرط لجواز القضاء بالنكول ونظيره امهال المرتد ثلاثة أيام فانه مستحب لا واجب وأوضح هذا بقوله (فاما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) من أن النكول بذل أو اقرار وليس التكرار بشرط في شئ منهما (هو الصحيح) احترازعن قول بعضهم انه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في أكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احترازعن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى أقول هذا ليس بشرط صحيح فان المصنف بعد ما صرح بأن الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والاول أولى) أي العرض ثلاث مرات أولى يعني أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات وفي النهاية وذكر في فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه مالا أو ضيعة في يده أو حقا من الحقوق فانكر فاستحلفه القاضي فأبى أن يحلف فانه ينبغي للقاضي أن يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا ألزمتك المدعى ثم يقول له القاضي احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شئ منه فان أبى أن يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك فان أبى أن يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شئ منه فان أبى أن يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافي ولابد أن يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولابد من أن يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا نقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير مأخوذ به وليس بشئ أصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان لفلان

ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلاثة أيام فانه أولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح (وقوله هو الصحيح) احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لان أضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك أن يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شئ منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي

(قوله فان للشافعي خلافا فيه لما مر) أقول فان زمان الشافعي متأخر ولا وجه لكون كلام أبي حنيفة مبنيا عليه وانما قال أولى دون الصواب لان مبنى قول أبي حنيفة كون الحكم بالنكول محل الاجتهاد دون خلاف الشافعي وخلاف الشافعي يستدل به على أنه محل الاجتهاد فقوله مجتهد فيه معناه أنه يمكن الاجتهاد فيه فليتأمل (قوله ليس

التكرار بشرط في شئ منهما) أقول يعني من البذل والاقرار (قوله وصورة ذلك) أقول أي صورة العرض ثلاث مرات بشرط لجواز القضاء الخ) أقول قوله لجواز القضاء متعلق بقوله بشرط (قوله وليس

(قال واذا كان الدعوى نكاحا الخ) ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس أو ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء أنه فاء اليها في المدة وأنكرت أو بالعكس أو ادعى على مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة أو الموالاة أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده أو ادعت على مولاها أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها أو ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج أو ادعى على رجل ما يوجب الحد وأنكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند أبي حنيفة وقالا يستحلف في ذلك كله واذا نكل يقضي بالنكول الا في الحدود واللعان

ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح قال (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان

على ألف درهم فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعي البينة أن له عليه ألفا وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر الى ههنا كلامه (ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه) أي حكم الثاني وهو الحكمي (حكم الاول) وهو الحقيقي (اذا علم أنه لا آفة به) أي بالمدعى عليه (من طرش) الطرش بفتحتين أهون الصمم يقال هو مولد (أو خرس) بفتحتين أيضا آفة باللسان تمنع الكلام أصلا (هو الصحيح) اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا أحلف فقال بعض أصحابنا اذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يجلس حتى يجيب والاول الصحيح كذا في غاية البيان نقلا عن شرح الاقطع (قال) أي القدوري في مختصره (وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف عنده) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر (في النكاح) أي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها أو بالعكس (والرجعة) أي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة أيضا بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس (والفيء في الايلاء) أي في دعوى الفيء بالايلاء أيضا بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء أنه كان فاء اليها في المدة وأنكرت أو بالعكس (والرق) أي وفي دعوى الرق أيضا بان ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس (والاستيلاد) أي وفي دعوى الاستيلاد أيضا بان ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه ولدا وأنكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصنف (والنسب) أي وفي دعوى النسب أيضا بان ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس (والولاء) أي وفي دعوى الولاء أيضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك في ولاء الموالاة اذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة (والحدود) أي وفي دعوى الحدود أيضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وأنكره الآخر (واللعان) أي وفي دعوى اللعان أيضا بان ادعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج واعلم أن هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري ههنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وقال أبو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان) فتقرر أنه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا وانما اختلافهم في الاشياء السبعة الباقية وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغي للقاضي أن ينتظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذه بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه أخذا بقوله انتهى وفي النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود مالا وان كان المقصود دعوى مال بان ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم فان نكل يقضى عليه ببينة بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب وسئل

(قوله الا في الحدود الخ) أقول استثناء من قوله وقالا يستحلف (قال المصنف ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان الخ) أقول قال الزيلعي قال القاضي الامام فخر الدين الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الاشياء الستة يعني في هذه التي عدها سوى الحدود واللعان انتهى انما قال في الاشياء الستة نظرا الى اتحاد النسب والاستيلاد (قال المصنف يستحلف في ذلك كله الخ) أقول قال في النهاية لا يستحلف في الحدود بالاجماع الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا فقال ان زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق لا الزنى انتهى ينبغي أن يقول العبد في دعواه انه قد أتى بما علق عليه عتقي ولا يقول انه قد زنى كي لا يصير قاذفا مولاه

الشيخ

لهما أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمناه

وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد المولى وهذا ابني منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب فكان اقرارا أو بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد

الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المرأة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبدا الدهر قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امرأتك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت امرأته فتختلص منه وتحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب اليمين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسئلة وهكذا في الواقعات أيضا وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل ان كانت المرأة هي المدعية بالله ما هذه امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي تحلف بالله ما هذا زوجتك على ما ادعى والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه و يأخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبي حنيفة وهو كما اختاره شمس الائمة في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه ان القاضي ان علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك الا برضا الخصم حتى يكون دافعا الضرر من الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي الى هنا لفظ النهاية (وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد المولاى وهذا ابني منه وأنكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها) وانما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين أخواته تنبيها على أنه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخوانه الخلافية فان للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر (لهما) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار) أي في انكاره السابق (على ما قدمناه) يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وفيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث كذا في العناية وغيرها (فكان) أي النكول (اقرارا أو بدلا عنه) بفتح الدال أي خلفا عن الاقرار يعني أنه قائم مقام الاقرار أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة تحرير المصنف ههنا حيث عين أولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كونه اقرارا أو بدلا عنه بالتردد ولا يدفعها ما ذكر في النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا التردد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر التردد أولا أيضا أو بالاكتفاء بذكر كونه بدلا عنه في الموضعين معا بل كان هذا أي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه (والاقرار يجري في هذه الاشياء) هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء ينتج أن النكول يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف (لكنه) أي لكن النكول (اقرار فيه شبهة) لانه في نفسه سكوت (والحدود تندرئ بالشبهات) فلا يجري النكول فيها (واللعان في معنى الحد) لانه قائم مقام

يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيه تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث والاقرار يجري في هذه الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا أنه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه أيضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف

(قال المصنف وصورة الاستيلاد أن يقول الخ) أقول يفهم من تصوير الاستيلاد فيما ذكره أن لا يصح عكسه فلذلك قال لانه لو ادعى المولى الخ (قوله واللعان في معنى الحد) أقول قوله واللعان مبتدأ وقوله في معنى الحد خبره (قوله وعليه نقوض اجمالية) أقول بل الظاهر أن تلك الاسولة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودربة

حد القذف في حق الزوج حتى ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه أيضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ماذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا خاصمه في النصف الاول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فأنكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ماذكره في المبسوط أن الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا القضى به والجواب أن النكول اما اقرار أو بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا أن المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان أقر فقد انقطعت وان أنكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى الى ههنا كلامه أقول ماذكره في الجواب منظور فيه من وجوه الاول أن الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت أن ما تقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع أنه صالح لهما ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا أو بدلا عنه الثاني أن الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة لجواز أن يكون بدلا كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بدلا أيضا ولجواز أن يكون نفس الاقرار بدلا عنه فحينئذ أيضا لا يتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان مخالفا في الاحكام لما هو بدل عنه كما هو في صور النقوض المذكورة فمن أين يعرف جريان بدل الاقرار أيضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب الرابع ان قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا أو بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء أصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية ههنا أحدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب أما الاول ففي قوله ونقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر أن تلك الاسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودراية انتهى وأما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى أقول كل واحد منهما ساقط أما الاول فلان كون تلك الاسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالي ولا لطف للعمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى ههنا وهو كون النكول اقرارا كلي وماذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسئلة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ماذكر والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى وأما الثاني فلان مراد صاحب العناية بالمدعى ههنا

حد القذف في حق الزوج حتى ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه أيضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ماذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا خاصمه في النصف الاول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فأنكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ماذكره في المبسوط أن الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا القضى به والجواب أن النكول اما اقرار أو بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا أن المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان أقر فقد انقطعت وان أنكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى الى ههنا كلامه أقول ماذكره في الجواب منظور فيه من وجوه الاول أن الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت أن ما تقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع أنه صالح لهما ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا أو بدلا عنه الثاني أن الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة لجواز أن يكون بدلا كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بدلا أيضا ولجواز أن يكون نفس الاقرار بدلا عنه فحينئذ أيضا لا يتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان مخالفا في الاحكام لما هو بدل عنه كما هو في صور النقوض المذكورة فمن أين يعرف جريان بدل الاقرار أيضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب الرابع ان قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا أو بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء أصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية ههنا أحدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب أما الاول ففي قوله ونقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر أن تلك الاسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودراية انتهى وأما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى أقول كل واحد منهما ساقط أما الاول فلان كون تلك الاسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالي ولا لطف للعمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى ههنا وهو كون النكول اقرارا كلي وماذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسئلة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ماذكر والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى وأما الثاني فلان مراد صاحب العناية بالمدعى ههنا

(قوله ولو كان النكول اقرارا القضى به) أقول قال الزيلعي لو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء انتهى والحال أنه ليس كذلك فانه لا يجوز الا في مجلس القاضي وقضائه فافهم ولعل الجواب هو الجواب وأيضا الذي جعلاه اقرارا هو النكول عن اليمين الواجبة ووجوبها انما هو في مجلس القضاء فليتأمل (قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار) أقول أي خلفا عنه فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة يعني أنه خلف ضروري لا مطلق (قوله بقطع الخصومة) أقول الظاهر أن يقول يقطع الخصومة (قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى) أقول بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف

قوله هما

ولابى حنيفة أن النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل أو اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا أولى كى لا يصير كاذبا فى الانكار السابق والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا أنا حر وهذا الرجل يؤذينى فدفعت اليه نفسى أن يسترقنى أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحت لهذا أن يدعى نسبى أو قالت أنا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسى وأبحت له الامساك لا يصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيأ آخر اذا استحق ما أدى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيأ ولكن المدعى يرجع الى (١٦٥) الدعوى الثانى لو كان بذلا كان ايجابا فى الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم يكن النكول بذلا الرابع أن العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان بذله باطل الخامس يقضى بالقصاص فى الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى لان البذل لا يتحمل فيها والجواب عن الاول أن بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بازاء ما وجب لى فى ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما فى الذمة وعن الثانى بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما فى الحوالات وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه

ولابى حنيفة رحمه الله تعالى أنه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا أولى كى لا يصير كاذبا فى الانكار والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء

قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه فى كلام المصنف بقوله لانه بذل على كونه كاذبا فى الانكار على ما قدمناه فاذا صير فى الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بذلا عن الاقرار لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى أصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافى كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل والعجب من ذلك القائل أنه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم وهذا لا يتصور الا بان يكون المدعى ههنا قولهما ان النكول اقرار اذ لا مساس لتلك الاسولة بأصل المسئلة كما لا يخفى (ولابى حنيفة أنه) أى النكول (بذل) وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا تصح كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (لان معه) أى مع البذل (لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به) أى لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الاقدام على اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا وأما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه اقرارا فهى ما أشار اليه بقوله (وانزاله باذلا أولى) أى من انزاله مقرا (كى لا يصير كاذبا فى الانكار) أى فى انكاره السابق يعنى لو جعلناه على الاقرار لكذبناه فى انكاره السابق ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيأ آخر اذا استحق ما أدى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيأ ولكن المدعى يرجع الى الدعوى وأجيب عنه بان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى وأما ههنا فالمدعى يقول أنا آخذ هذا بازاء ما وجب لى فى ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما فى الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا وأجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة وقيل عليه يقضى بالقصاص فى الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضى به لان البذل لا يعمل فيها وأجيب عنه بانا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو أن يقول اقطع يدى وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما فى الشروح ههنا من الاسولة والاجوبة (والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء) فانه لو قالت مثلا لانكاح بينى وبينك ولكنى بذلت لك نفسى لم يصح بذلها وكذا لو قال

لا بوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الاذن كاهداء المأكول والاعارة

(قوله وما كان كذلك فهو اما بذل أو اقرار الخ) أقول تقريره لا يطابق المشروح (قوله اذا استحق ما أدى بقضاء الخ) أقول كما اذا أدى من الدراهم المودعة (قوله الثانى لو كان بذلا لكان ايجابا الخ) أقول الملازمة ممنوعة ان أريد كان ايجابا من الناكل وان أريد فى زعم المدعى فليس بزعمه ابتداء والجواب أن المراد هو الاول ولو لم يوجب لم يحكم القاضى به فتأمل فلا ينتقض بالنذر اذ لا يحكم فيه القاضى (قوله بل هو صحيح كما فى الحوالة) أقول لم يذكر الكفالة لان الصحيح انها ادخلت ذمة الى ذمة فى المطالبة لا الدين فتأمل (قوله وسائر المداينات) أقول وفيه تأمل فان قيد ابتداء يدفعه نعم فى الصلح عن انكار ذلك

والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لانسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو أن يقول اقطع يدى وبها آكلة لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من أنكر بالرأى وهو لا يجوز لان أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود (قوله وفائدة الاستحلاف) يعنى أن البذل فى هذه الاشياء لا يجرى ففات فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجرى فلا يستحلف فيها لعدم افادة وقوله (الا أن هذا بذل) جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفا انهما يملكان مالا بد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك وقوله (وصحته فى الدين) جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى فى الدين لانه وصف فى الذمة والبذل لا يجرى فيها ووجه ذلك أن البذل فى الدين ان لم يصح فاما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع منه لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثانى فالمراد به ههنا أى فى الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع فان قيل فهلا جعل فى الاشياء السبعة أيضا تركا للمنع حتى يجرى فيها أجيب بان أمر المال هين تجرى فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان أمرها ليس بهين حيث لا تجرى فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفى قوله الا أن هذا بذل لدفع الخصومة ان غير الترك وفى ذلك تسامح فى العبارة والذى ذكرناه فى مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى

وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين

أنا حر الاصل ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فبذلت له نفسى ليسترقنى أو قال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذينى بالدعوى فأبحث له أن يدعى نسبى لم يصح بذله بخلاف الاموال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكنى أبحته وبذلته له لا تخلص من خصومته صح بذله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يجز البذل فى هذه الاشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذى هو البذل (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافى فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال أبو حنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر بالرأى وهو لا يجوز لان أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء وأجاب العلامة الكاكى بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح يعنى العناية لان المخصص يجب أن يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى أقول مدار كلامه على ما فهمه من أن يكون مراد العلامة الكاكى أن تخصيص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر أن مراده بالاجماع اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو والحدود متفق عليه ولا ينافى هذا كون المخصص نصا ومقارنا على أن قاعدة الاصول هى أنه اذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة فى كون الحديث مخصوصا ان الجواب الذى ذكره وقع فى الكافى والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتأمل (الا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة) هذا جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن فى البذل معنى التبرع وهما لا يملكانه فأجاب بانهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما فى الضيافة اليسيرة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك كذا فى عامة الشروح أقول لمانع أن يمنع كون بذلهما من جملة ذلك اذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بان أقدما على اليمين ان كانا صادقين فى انكارهما وبان أقرا ان كان المدعى هو الصادق فليتأمل (وصحته) أى صحة البذل (فى الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين) هذا أيضا جواب سؤال مقدر وهو

(قوله لان أبا حنيفة الخ) أقول هذا جواب لقوله لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور الخ وأجاب العلامة الكاكى بانه خص من الحديث الحدود بالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح لان المخصص يجب أن يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك وفيه تأمل (قوله والبذل لا يجرى فيها) أقول أى فى الاوصاف (قوله ووجه ذلك أن البذل فى الدين الخ) أقول لم يخرج الجواب الصريح عن السؤال على ما قرره

قال (ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به

أن النكول لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ الدين وصف في الذمة والبذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف فأجاب بان معنى البذل ههنا ترك المنع فكان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وترك المنع جائز في الاموال لان أمر المال هين حيث تجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فانه لا تجري فيها الاباحة كذا في الشروح وسائر المعتبرات حتى ان صاحب الكافي أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال فان قيل لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة قلنا البذل ههنا ترك المنع كان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وأمر المال هين بخلاف النكاح ونحوه انتهى وأقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وان تلفته التفات بالقبول لان الدين لما كان وصفا ثابتا في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للاخذ والاعطاء وان ترك المنع انما يتصور في الاموال المتحققة في الاعيان لا في الاوصاف الثابتة في الذمم لان ترك المنع فرع جواز الاخذ فما لم يكن قابلا للاخذ لم يتصور فيه ترك المنع فلم يكن الذي يأخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندي في الجواب أن يقال معنى البذل في الدين احداث مثله في ذمة المدعي باعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق في موضعه فاذا قال المدعي مثلا لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لي في ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين يماثل معياره معيار ما ادعاه المدعي من الدين وهو عشرة دراهم فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطى لا الدين نفسه وان كان المدعى دينا (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ويستحلف السارق) يريد به أنه اذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات ألا ترى أنه يثبت بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فجاز أن يثبت بالنكول الذي هو بذل أو اقرار فيه شبهة والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول فلهذا لا يجري اليمين في الحدود وعن محمد أنه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال أريد القطع فالقاضي يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال أريد المال فالقاضي يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال كذا في النهاية نقلا عن الامام المرغيناني والحبوبي قال المصنف (فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله) أي بفعل السارق وهو السرقة (شيآن الضمان) أي أحدهما ضمان المال (ويعمل فيه النكول والقطع) أي وثانيهما قطع اليد (ولا يثبت به) أي لا يثبت القطع بالنكول وقال صاحب العناية يريد المصنف بفعله في قوله لان المنوط بفعله شيآن النكول ثم قال ويجوز أن يراد به فعل السرقة أقول الثاني هو الصحيح والاول فاسد لان المصنف صرح بان القطع لا يثبت بالنكول فحينئذ لا يناط القطع بالنكول قطعا فكيف يصح أن يحمل الفعل في قوله لان المنوط بفعله شيآن على النكول وأحد الشيئين هو القطع ثم أقول بقي في كلام المصنف شيء وهو أن التعليل الذي ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيآن الى آخره لا يفيد شيأ يعتد به اذ ليس فيه بيان لمية المدعى ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة الى علة كون النكول عاملا فيه وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع به فبقي المدعى

قال (ويستحلف السارق الخ) اذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز أن يثبت بالنكول وعن محمد أنه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال أريد القطع يقول القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال قال المصنف (فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله) يريد به النكول (شيآن الضمان ويعمل النكول فيه والقطع فلا يثبت به

(قوله يريد به النكول فيه) أقول فيه بحث (قوله والقطع ولا يثبت به) أقول فيه شبهة التناقض والاصوب تفسير فعله بفعل السرقة

فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل السرقة (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجرى في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال) فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة

قلت هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون في كل المهر أو نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك (وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) فان قلت وجب أن يثبت النكاح أيضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجرى فيه كما تقدم

فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا) لان الاستحلاف يجرى في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح

غير معلوم المية والاوجه في التعليل ماذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال لان موجب فعله شيآن الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى وكذا ماذكره صاحب الكافي حيث قال لانه في السرقة يدعي المال والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى تبصر تقف (فصار) أي صار حكم هذه المسئلة (كما اذا شهد عليها) أي على السرقة (رجل وامرأتان) فانه يثبت هناك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع ويثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجرى في دعوى الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال) وفائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى وأجاب عنه بعضهم بانه لو أطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى قال المصنف (وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق) أي وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق (لان ذلك دعوى المال) أي المقصود من ذلك دعوى المال (ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال يجرى فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله لان النكاح لا يجرى فيه البذل قال بعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لا مطلقا على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى أقول كل واحد من أصل جوابه وعلاوته مختل أما الاول فلانه لو جاز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة أي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط وأما الثاني فلان المهر وان لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي نحن فيها أن النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم أقول في الجواب عن سؤاله ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه وأما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قد مر أن الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب

(قوله وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك الخ) أقول فيه بحث فانه لو أطلق ربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته بل ولكماله أيضا فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولى فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى لكن بقي في قولنا بل ولكماله بحث فتأمل (قوله وكذا في النكاح الى قوله ولا يثبت النكاح) أقول فان قيل يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم قلنا يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق (قوله قلت البذل لا يجرى فيه كما تقدم) أقول فينبغي أن يثبت النكاح عندهما

(وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث) بان ادعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب (و) كذا اذا ادعى (الحجر في اللقيط) بأن كان صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت أخوته

وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق

فان ماذكرناه مخلص في الجميع قال المصنف (وكذا في النسب) أي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع (اذا ادعى حقا) أي اذا ادعى مع النسب حقا آخر (كالارث) بان ادعى رجل على رجل انه أخ المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب (والحجر في اللقيط) بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه أنه أخوها وانها أولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها دون النسب (والنفقة) بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب (وامتناع الرجوع في الهبة) بان أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب (لان المقصود هذه الحقوق) دليل للجموع يعني أن المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق أي دون النسب المجرد ثم ان صاحب العناية بعد ما فسر قول المصنف لان المقصود هذه الحقوق بقوله أي دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى أقول فيه نظر لان تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها وأما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا ألا يرى أن المدعى في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه أنت أبي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها أيضا وكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال بعض الفضلاء الاظهر أن يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لا يجري فيه كما قال آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى أقول وفيه أيضا نظر فان المعلل ههنا أن لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها أيضا اقامة البينة واقرار الخصم والبذل انما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح أن يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فان المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البذل في النكاح يفيده قطعا لا يقال التعليل الصحيح هنا أن يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعي معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المصنف وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر وأما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلا لان دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على أن يدعي المدعي مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود

حرة تريد فصر يد الملتقط لحق حضانتها وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم أراد الرجوع فيها فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع استحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الاخوة فقوله لان المقصود هذه الحقوق دليل للجموع أي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز

(قوله فانه يستحلفه على النسب) أقول فيه بحث بل يستحلف على الحاصل عند أبي حنيفة فيستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعيه حق نص عليه الاتقاني نقلا عن خواهر زاده جوابه أن كلام الشارح مبني على ما يجيء من أن السبب اذا كان لا ينتفع برافع يحلف على السبب بالاجماع (قوله فادعت اخوته حرة) أقول أو ادعى ذلك حر (قوله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز) أقول الأظهر أن يقول بدله فان البذل لا يجري فيه كما قاله آنفا

 في صورة دعوى النكاح فان ماذكره من التعليل فيه قصور لان المدعى في صورة دعوى النفقة وامتناع الرجوع في الهبة اذا قال للمدعى عليه أنت أبي مثلا فان المسئلة بحالها وليس فيه تحميل النسب وأما مذهب الامامين في نفي الاستحلاف اذا ادعى المدعى الاخوة فيفهم بتعليله من قوله وانما يستحلف الخ فافهم

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف) بالاجماع (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا

المدعى في هذه الصورة النسب المجرد ويدعى مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل به الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل أيضا قاصرا عن افادة كلية المدعى وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في أن صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا أصلا مع أن عادته اقتفاء أثر المصنف في أمثاله وأن أكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية (وانما يستحلف في المجرد) قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا كان يثبت باقراره) أي اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب لو أقر به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول أيضا (كالاب والابن في حق الرجل) فانه اذا أقر بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره (والاب في حق المرأة) فانها اذا أقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها وأما لو أقرت بالابن فلا يصح اقرارها ولا يثبت نسبه منها (لان في دعواها الابن) أي في ادعائها الابن أي في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تأمل (تحميل النسب على الغير) وهو لا يجوز (والمولى) أي وكالولي يعني السيد (والزوج في حقهما) أي في حق الرجل والمرأة وهذا القيد أعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف ههنا ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلاثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان أصل المسئلة في محلها أن اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المصنف اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهوره واشتراكهما في الحكم المذكور قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب أن المدعى قبله النسب اذا أنكر هل يستحلف ان كان بحيث لو أقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا أو اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو أقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو أقر لزمه ما أقر به فاذا أنكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده) وليس للمدعي بينة (استحلف) المدعى عليه (بالاجماع) سواء كانت الدعوى في النفس بها أو فيما دونها وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير أيضا في كتاب القضاء (ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما) أي في النفس وفيما دونها (لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما) لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا كذا في الكافي (فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا) أي خاصة

ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير وأما المولى والزوج فان دعواهما تصح من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على أحد فيستحلف وهذا بناء على أن النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده الخ) ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر أو يحلف عند أبي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال

(قوله ولهذا) أقول أي لعدم الجواز (قال المصنف لان في دعواها) أقول في النهاية أي في اقرارها انتهى وفيه كلام (قوله فان دعواهما الخ) أقول فيه ركاكة ظاهرة وتندفع باعادة الضمير الى الولاية والزوجية في ضمن المولى والزوج كما في قوله تعالى اعدلوا هو أقرب للتقوى

اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطأ وأما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فانه لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شئ ولا تفاوت فى هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة أجيب بان المال ثمة أصل ويتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقى الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعا بطريق المنة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد فى صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابى حنيفة أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجرى فيها البذل ألا ترى أنه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البذل بخلاف الانفس حيث لا يجرى فيها البذل فانه لو قال اقتلنى ففتله يؤخذ بالقصاص فى رواية وبالدية فى أخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يده (١٧١) من غير اثم اذا قال اقطع يدى كما يباح له أخذ ماله اذا قال خذ مالى أجاب بقوله الا أنه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للاكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله وما نحن فيه من البذل أى الذى بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه مناقض لما قال فى السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثانى ان الخصومة تندفع بالارش

اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد ولابى حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجرى فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا أنه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع

(اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) أى من جهة من عليه القصاص وقيد امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال أيضا كما اذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شئ كذا فى الشروح ونظير هذا ما أشار اليه المصنف بقوله (كما اذا أقر بالخطا والولى يدعى العمد) فانه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب فيه شئ (ولابى حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال) لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال (فيجرى فيها البذل) كما يجرى فى الاموال (بخلاف الانفس) حيث لا يجرى فيها البذل (فانه لو قال اقطع يدى) أى لو قال لآخر اقطع يدى (فقطعها لا يجب الضمان) أى على القاطع (وهذا) أى عدم وجوب الضمان (اعمال للبذل) فى الاطراف وأما لو قال اقتلنى ففتله فانه يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى أخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل فى الانفس ولما استشعر أن يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغى أن يباح قطع يده اذا قال اقطع يدى كما يباح أخذ ماله اذا قال خذ مالى أجاب عنه بقوله (الا انه لا يباح لعدم الفائدة) أى لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما أن اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال ألق مالى فى البحر أو أحرقه بالنار (وهذا البذل) أى الذى بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع) قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين أحدهما انه مناقض لما قال فى السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثانى ان الخصومة تندفع بالارش

(قوله اذا كان امتناع القصاص لمعنى) أقول أى امتنع القصاص لذلك المعنى (قوله وفيما نحن فيه كذلك) أقول أى الامتناع من جهة من عليه (قوله لانه لم يصرح بالاقرار) أقول بل أتى بما فيه شبهة البدلية أو شبهة الانكار وهو النكول (قوله فأشبه الخطأ) أقول فى كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه (قوله فان قيل الى قوله حيث يثبت المال فيها) أقول أى فى السرقة (قوله أجيب بأن المال الخ) أقول مأخوذ من النهاية (قوله واذا قصر لم يتعد الخ) أقول أى اذا ثبت قصور فى ثبوت المال بأن كان بحجة فيها شبهة ثم أقول لا ذهب عليك ما فى هذا التقرير من القصور (قوله وهو أن يكون مشروعا الخ) أقول لعل المراد أن يكون شبيها بقتل يكون المال مشروعا فيه بطريق المنة اه كما يلوح اليه قوله لعدم شبهها بالخطا (قوله لعدم شبهها بالخطا) أقول فانه ما جاء تعذر القصاص من قبل القاتل ثم اعلم أن الضمير فى قوله شبهها راجع الى صورة فى قوله ولم يوجد فى صورة الشهادة (قوله فقطعها لا يجب الضمان) أقول ولكن يأثم فيه (قوله لجاز قطع يده من غير اثم) أقول الاولى أن يقال لجاز بذل يده من غير اثم وليس كذلك فيرتبط الجواب بالسؤال فان ضمير لا يباح عائد الى البذل على ما يقتضيه كلام المصنف وأيضا القطع يقطع الخصومة اذا لم يكن المدعى محقا ليس بمحتاج وأما قوله كالقطع للاكلة فأمره هين فانه من قبيل اسناد الفعل الى السبب الآمر وهو الباذل والتشبيه فى مجرد الاباحة

وهو أهون فالمصير اليه أولى وأجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فى حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فتثبت بالشبهات كالاموال والقطع فى السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثانى بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ماهو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه فظهر مما ذكرنا أن البذل فى الاطراف جائز فيثبت القطع به وفى الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما فى القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا قال (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة الخ) واذا قال المدعى لى بينة حاضرة

فى المصر فاما أن يكون المدعى عليه مقيما أو مسافرا فان كان مقيما قبل له أعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة أيام فان فعل والا أمر بملازمته أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم وأما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة

واذا امتنع القصاص فى النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما فى القسامة قال (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة قبل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كى لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقدم من قبل وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعى

وهو أهون فالمصير اليه أولى وأجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فى حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فتثبت بالشبهات كالاموال والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثانى بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ماهو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله فى جواب البحث الاول والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات بعد أن بين المراد حيث قال يعنى أن فى كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل فى حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتى البذل فيه انتهى أقول مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه وذلك ممنوع اذ يجوز أن يكون المراد أن فى كون الاطراف مما يسلك به مسلك الاموال شبهة لاحتمال كونها فى حكم الانفس كما ذهب اليه الشافعى رحمه الله وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحر والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما يأتى فى كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا يتأتى البذل فى قطع الاطراف فى حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان فى ذكر هذه الشبهة اجمالا الى سبب عدم تأتى البذل فيه فى حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتى البذل فيه كما لا يخفى (واذا امتنع القصاص فى النفس) أى بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر (واليمين حق مستحق) أى والحال أن اليمين حق مستحق (يحبس به) أى يحبس الناكل بذلك الحق (كما فى القسامة) فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا قال المدعى لى بينة حاضرة قبل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كى لا يغيب نفسه) أى كى لا يغيب خصمه نفسه (فيضيع حقه) أى حق المدعى ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهى الاستيثاق كذا فى الكافى وغيره (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافا للشافعى (وقدم من قبل) أى وقدم جواز الكفالة بالنفس من قبل أى فى أول كتاب الكفالة (وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا) اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روى عن قتادة والشعبى أنه لا يجوز وروى عن ابراهيم النخعى أنه يجوز وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا والقياس أن لا يجوز وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لان فيه) أى فى أخذ الكفيل (نظرا للمدعى) اذ لا يغيب حينئذ خصمه

(قوله لانهم المحتاجون اليها) أقول يعنى الى الاطراف (قوله فتثبت بالشبهات الخ) أقول يعنى فتثبت القطع بالشبهات لكن بقى ههنا بحث اذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين مثلا وليس فليس بل الاصوب أن يقال ان الاطراف لكونها بمنزلة الاموال يصح فيها البذل اذا كانت هى المدعى والمدعى فى السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يستحلف فيه حتى يبذل به لاندفاع الخصومة فان مناط التخريج فى هذه المسائل على مذهب أبى حنيفة جريان البذل لفائدة وعدمه لانتفاء الشبهة وعدمها فليتأمل ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قولنا فيلزم أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين بأن فيتمكن يقال ان القياس كان أن يقبل وعدم القبول لحديث الزهرى وقدم فى أول الشهادة ثم أقول يمكن البحث فى بعض مقدمات الجواب الاول وهو قولنا لانتفاء الشبهة وعدمها (قوله والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات) أقول يعنى أن فى كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل فى حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتى البذل فيه (قال المصنف واذا قال المدعى لى بينة حاضرة) أقول ليست المسئلة من باب اليمين فذكرها ههنا استطرادى

وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لابد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال (فان فعل والا أمر بملازمته) كي لا يذهب حقه (الا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي) وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا

فيتمكن من اقامة البينة عليه (وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه) أي على المدعى عليه (بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه) من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه أي استعان به فاعداه الامير عليه أي أعانه الامير عليه ونصره ومنه قول الشاعر

ونستعدي الامير اذا ظلمنا * ومن يعدي اذا ظلم الامير

كذا في النهاية وغيرها (ويحال بينه وبين أشغاله) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضا (فيصح التكفيل باحضاره) بمجرد الدعوى (والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عما روى عن أبي يوسف أنه يؤخذ الكفيل الى المجلس الثاني (ولا فرق في الظاهر) أي في ظاهر الرواية (بين الخامل والوجيه) يقال خمل الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر (والحقير من المال والخطير) أي وبين الحقير من المال والخطير أي الشريف وعن محمد أنه اذا كان معروفا أو الظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل (ثم لابد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر) أي معنى قوله حاضرة حاضرة في المصر (حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب) بفتحتين مخففة الياء أو بضم الغين مشددة الياء (لا يكفل) أي لا يكفل خصمه (لعدم الفائدة) لان الفائدة هي الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤب (قال) أي القدوري في مختصره (فان فعل) أي فان أعطى خصمه الكفيل فبها (والا) أي وان لم يعط (أمر بملازمته) أي أمر المدعي بملازمة خصمه (كي لا يذهب حقه) أي حق المدعي (الا أن يكون غريبا) أي الا أن يكون المدعى عليه غريبا (على الطريق) أي مسافرا (فيلازم) أي فيلازم المدعي المدعى عليه (مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس) أي وكذا لا يكفل المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضي (فالاستثناء منصرف اليهما) أي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري بقوله الا أن يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة جميعا (لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) أي على مقدار مجلس القاضي (اضرارا به) أي بالمدعى عليه (بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار) أي في مقدار مجلس القاضي (ظاهرا) أي من حيث الظاهر لان بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة فاذا جاء أوان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فان القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله ليذهب حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب انه لابد السفر تكلموا فيه باقوال قال بعضهم القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وقال بعضهم القاضي يسأله مع من يريد السفر فان أخبره مع فلان فالقاضي يبعث الى الرفقة أمينا من أمنائه يسأل ان فلانا هل استعد للخروج معكم فان من أراد السفر لابد

عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضررا لمدعى عليه يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله وأما التقدير بثلاثة أيام فمروي عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروى عن محمد أنه قال اذا كان معروفا والظاهر أنه لا يخفي شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعى به حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه وأما الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة بقدر ان بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كبير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر

(قوله ووجه ذلك) أقول يعني وجه الاستحسان (قوله هو الصحيح) أقول فيه بحث فان المحكوم عليه بالصحة في الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازا عما روى عن أبي يوسف فالشرح لا يطابق المشروح وجوابه أظهر من أن يكتب

وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

﴿فصل في كيفية اليمين والاستحلاف﴾ * قال واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد أشرك (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه

أن يكون مستعدا لذلك قال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لأعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استعد لذلك انضم قولهم الى قوله فيقبل ذلك منه فيمهله الى آخر المجلس فان أحضر المدعى بينته في هذه المدة والا خلى سبيل المطلوب وان لم يعلموا من حاله فنحن نعلم انه يبقى ثلاثة أيام لاجل الاستعداد فقلنا بانه يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام كذا في غاية البيان قال المصنف (وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى) والذي يذكره المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة انتهى وقال في الفتاوى الصغرى وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ويبعث أمينا حتى يدور معه أينما دار لكن لا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله بل يدخل المطلوب على أهله والطالب الملازم يجلس على باب داره ثم قال رأيت في الزيادات في الباب الخامس والاربعين أن المطلوب اذا أراد أن يدخل بيته فاما أن يأذن المدعي بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

﴿فصل في كيفية اليمين والاستحلاف﴾ لما ذكر نفس اليمين أي في أي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف (قال) أي القدوري في مختصره (واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر) أقول ههنا كلام وهو أنه قال في كتاب الايمان اليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وهذا صريح في أن اليمين كما تكون بالله تعالى تكون أيضا بصفاته التي يحلف بها في المتعارف والحصر المستفاد من قوله ههنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى وأيضا قال هناك وان قال ان فعلت هذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا والحصر المستفاد ههنا ينافيه أيضا ويمكن أن يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها أيضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثاني بان اليمين في الصورة المذكورة وان لم تكن بالله تعالى في ظاهر الحال الا أنها كانت به في المآل فتأمل وفي المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقد تؤكد) أي اليمين (بذكر أوصافه) أي بذكر أوصاف الله تعالى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر والخفاء (ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه

وكيفية الملازمة ستذكر في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

﴿فصل في كيفية اليمين والاستحلاف﴾ لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهو ما تقع به المشابهة واللامشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وكلامه فيه ظاهر

﴿فصل في كيفية اليمين والاستحلاف﴾ (قال المصنف واليمين بالله) أقول قوله واليمين مبتدأ وقوله بالله خبره

وله أن يزيد فى التغليظ على هذا وله أن ينقص منه الا أنه يحتاط فيه كى لا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضى بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح و يغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) لمارو ينا وقيل فى زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق

(قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم فى زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالصر اسم أعجمى روى أنه عليه السلام رأى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجوههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فأمر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم

(قوله) أى وللقاضى (أن يزيد فى التغليظ على هذا) أى على المذكور (وله أن ينقص منه) أى من المذكور لان المقصود من الاستحلاف النكول وأحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين و يتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بأدنى تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضى أن يراعى أحوال الناس والاصل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه فى الذى حلف بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم (الا أنه يحتاط كى لا يتكرر عليه اليمين) والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو اذ لو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط (لان المستحق عليه يمين واحدة والقاضى بالخيار ان شاء غلظ فلا يزاد عليها (وان شاء) القاضى (لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله) لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالرأى فيه الى القاضى (وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح) اذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ (و يغلظ على غيره) لكون أمره على خلاف الاول (وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير) لمثل ما قلنا فى القيل الاول (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما رو ينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر (وقيل فى زماننا اذا ألح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك) أى بالطلاق أو بالعتاق (لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) أقول يرد عليه أن هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر فلا يصح على ما عرف فى موضعه وفى فتاوى قاضيخان وان أراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام و بعضهم جوزوا ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفى الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا وأجازه البعض فيفتى بانه يجوز ان مسته الضرورة واذا بالغ المستفتى فى الفتوى يفتى بأن الرأى الى القاضى انتهى وفى فصول الاستروشنى ولو حلف القاضى بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا انتهى وفى الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا فان مست الضرورة يفتى بان الرأى الى القاضى فلو حلف القاضى بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى أقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها أن للقاضى أن يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاح الخصم وأن يفتى بجواز ذلك ان مسته الضرورة ولكن ليس له أن يقضى بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية ولكنهم قالوا ان نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به ألا يرى الى ما مر فى بيان دليل أبى حنيفة على عدم جواز الاستحلاف فى الاشياء العديدة عنده من أن النكول بذل والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف

(قوله لا يقضى عليه بالنكول) أقول على ظاهر الرواية وهو الصحيح (قوله لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا) أقول فكيف سوغ للقاضى تكليف الاتيان بما هو منهى عنه شرعا ولعل ذلك البعض يقول النهى تنزيهى

قال (و يستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى ان حكم الزنا فى كتابكم هذا ولان اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى الاصل ويروى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر انه لا يستحلف أحدا الا بالله خالصا وذكر الخصاف رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى أن تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة (والوثنى لا يحلف الا بالله) لان الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله قال (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم) لان القاضى لا يحضرها

فى الاشياء المذكورة عنده فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (و يستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى لقوله) أى لقول نبينا (صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الاعور) وفى المغرب ابن صوريا بالقصر اسم أعجمى (أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا) أى التحميم هذا الحديث أخرجه مسلم فى الحدود مسندا الى البراء بن عازب رضى الله عنه قال مر النبى عليه السلام بيهودى محمم فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزنا فى كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال نشدتك الله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا فى كتابكم فقال اللهم لا فلولا أنك نشدتنى بهذا لم أخبرك حد الزنا فى كتابنا الرجم ولكنه كثر فى أشرافنا فكنا اذا أخذنا الرجل الشريف تركناه واذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا نجتمع على شئ نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم انى أول من أحيا أمرك اذ أماتوه فأمر به فرجم وقال شراحه وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه فى سنن أبى داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له يعنى لابن صوريا الحديث وهذا مرسل (ولان اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى) أى يعتقد نبوة عيسى عليه السلام (فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه) ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة (و يحلف المجوسى بالله الذى خلق النار هكذا ذكر محمد فى الاصل) وذلك لان المجوسى يعتقد الحرمة فى النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود (ويروى عن أبى حنيفة أنه لا يستحلف أحدا الا بالله خالصا) تفاديا عن تشريك الغير معه فى التعظيم (وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى أن تعظم) لان النار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار وفى المبسوط وكأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة فلمقصود النكول قال تذكر النار فى اليمين انتهى (بخلاف الكتابين) أى التوراة والانجيل (لان كتب الله معظمة) فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى (والوثنى لا يحلف الا بالله) لان الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله) لا يقال لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم ألا يرى الى قوله تعالى حكاية عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهى النكول (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم لان القاضى لا يحضرها) أى لا يحضر بيوت عبادتهم

فقال أنشدك بالله أى أحلفك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودى بذلك

بل هو ممنوع عن ذلك قال (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) لانه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت) لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) لانه قد يطرأ عليه الخلع

للحرج (بل هو ممنوع عن ذلك) لان فيه تعظيم ذلك المكان والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ففي أي مكان حلفه جاز وفي الاجناس قال في المأخوذ للحسن وان سأل المدعي القاضي أن يبعث به الى بيعة أو كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس أن يفعله اذا اتهمه كذا في غاية البيان (قال) أي القدوري في مختصره (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك) أي بدون تعيين الزمان والمكان (وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها) أي حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة (وهو مدفوع) أي الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة أو في لعان أو في مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلاة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع (قال) أي القدوري في مختصره (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت) يعني يستحلف على الحاصل دون السبب واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب والضابط في ذلك أن السبب اما ان كان مما يرتفع برافع أولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه الله الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لانه قد يباع العين ثم يقال فيه) من الاقالة أي ثم تطرأ عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلو استحلف المدعى عليه على السبب الذي هو البيع ههنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه (ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده) أي رد المدعى (ولا يحلف بالله ما غصبت) هذا أيضا من قول القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لانه قد يغصب) أي قد يغصب الشئ (ثم يفسخ) أي يفسخ الغصب (بالهبة والبيع) فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب ههنا لتضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) وهذا أيضا من قول القدوري وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح هذا على قولهما لما أن الاستحلاف في النكاح قولهما أقول الاولى أن يقال هذا على قول محمد لان الاستحلاف في النكاح مطلقا وان كان يجري على قولهما معا الا أن الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجري على قول محمد فقط اذ الاستحلاف فيه على قول أبي يوسف انما هو على السبب كما ينادي عليه قول المصنف فيما سيأتي أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب نعم سيقول المصنف هناك أيضا الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل لكن الكلام هنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقا أي سواء عرض أو لم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما على قول أبي يوسف الخ اذ لا خلاف في صورة التعريض قال المصنف في التعليل (لانه قد يطرأ عليه الخلع)

(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع) وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه مامر من الحرج على الحاكم قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد الخ) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل أو السبب والضابط في ذلك أن السبب اما ان كان مما يرتفع برافع أولا

(قوله وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره) أقول الباء للسببية والضمير في قوله وفي ايجابه راجع الى تغليظ اليمين

فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبى حنيفة ومحمد وعلى السبب عند أبى يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول

(وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أما على قول أبى يوسف رحمه الله يحلف فى جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه

أى يطرأ على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذى هو أصل النكاح ههنا التضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفى دعوى الطلاق بالله ماهى بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) وهذا أيضا من قول القدورى فكانه زاد ذكر دعوى فى هذه المسئلة التى هى أخرى المسائل المتناسبة المذكورة ههنا ايماء الى أنها معتبرة فى المسائل السابقة أيضا الا أنها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام قال المصنف فى تعليل هذه المسئلة (لان النكاح قد يجدد بعد الابانة) وفرع على جملة ما ذكره فى تلك المسائل قوله (فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه) على ما مر تقريره (وهذا قول أبى حنيفة ومحمد) أى التحليف على الحاصل فى الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو أنه لا يحلف فى النكاح عند أبى حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى أقول هذا ظاهر ولكن الظاهر أيضا أن يحمل كلام المصنف هذا على التغليب أى تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف فى النكاح مما مر ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال أى التحليف على الحاصل قول أبى حنيفة ومحمد وليس معناه أن التحليف على الحاصل فى جميع الامور المذكورة قول أبى حنيفة حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف عنده فى النكاح انتهى أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن قول المصنف أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب يأبى ما قاله هذا القائل اذ قد صرح المصنف ههنا بلفظ الجمع تعيينا لكون الخلاف بين أبى يوسف وصاحبيه فى جميع الوجوه المذكورة لا فى كيفية التحليف فى الجملة فتدبر (اما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك) أى فى جميع ما ذكر من الوجوه (على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا) أى الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه للقاضى اذا عرض القاضى اليمين عليه بالله ما بعت أيها القاضى ان الانسان قد يبيع شيأ ثم يقيل فيه وعلى هذا فى أخوات البيع فتدبر (فحينئذ يحلف على الحاصل) أى فحينئذ يلزم القاضى الاستحلاف على حكم الشئ فى الحال وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به كذا فى النهاية نقلا عن شرح الاقطع (وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه) أى روى عنه أنه ينظر الى انكار المدعى عليه (ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل) وفى فتاوى قاضيخان قال شمس الائمة هذا أحسن الاقاويل عندى وعليه أكثر القضاة وفى الكافى قال فخر الاسلام يفوض الى رأى القاضى (فالحاصل هو الاصل عندهما) أى التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما (اذا كان سببا) أى اذا كان سبب ذلك سببا (يرتفع برافع الا اذا كان فيه) أى فى التحليف على الحاصل

(قوله فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع) أقول أى على ظاهر الرواية (قوله أيها القاضى) أقول مقول يقول (قوله هذا هو الظاهر) أقول أى ظاهر الرواية (قوله يحلف على السبب لعدم تكرره) أقول وان أنكر الحكم (قوله والامة مطلقا) أقول أى كافرة أو مسلمة (قوله وعليها بالردة واللحاق) أقول اذا تكرر على المسلمة فعلى الكافرة أولى فلا يرد أن هذا التعليل لا يناسب قوله مطلقا (قال المصنف وهذا ترك قول أبى حنيفة ومحمد الخ) أقول أى التحليف على الحاصل وليس معناه ان التحليف على الحاصل فى جميع الامور المذكورة قول أبى حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف فى النكاح عنده ولو سلم فيجوز أن يكون بناء على قولهما كما فى المزارعة فليتأمل

واذا ادعت المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة الجوار والمشترى لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق فى يمينه فى معتقده فيتضرر المدعى فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعى أجيب بأنه أولى بذلك لان القاضى لا يجد بدا من الحاق الضرر بأحدهما والمدعى يدعى ما هو أصل لان الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هى بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح أو بيع قائم فى الحال لان السبب مما يتكرر فيحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند أبى يوسف يحلف على السبب قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه الخ) وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات والضابط فى ذلك أن الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشترى اذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت ذلك فى يد نفسه وادعاه فى يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ما سرق مع أنه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشترى ثم أقر أن الموكل قبض الثمن وأنكره الموكل يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى أن التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لى بذلك فأما اذا قال لى علم بذلك حلف على البتات وفى صور النقض يدعى العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان فى الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه

ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك أن تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها انه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع (كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر) لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم قال (ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه)

(ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك) أى ما كان فى التحليف على السبب فيه ترك النظر فى جانب المدعى (مثل ان تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها) أى لا يرى نفقة العدة للمبتوتة (أو ادعى شفعة بالجوار والمشترى لا يراها) بان كان شافعيا (لانه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده فيفوت النظر فى حق المدعى) فان قيل فى التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضا لجواز انه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب قلنا القاضى لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعى أولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد فى أدب القاضى كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وان كان سببا) أى ان كان سبب ذلك سببا (لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه) وبجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما أعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز أن يعود رقيقا بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل بالارتداد (بخلاف الامة والعبد الكافر) حيث يحلف فيهما على الحاصل أى ما هى حرة أو ما هو حر فى الحال كذا فى الكافى (لانه يكرر الرق عليها) أى على الأمة (بالردة واللحاق) بدار الحرب والسبى (وعليه) أى ويكرر الرق على العبد الكافر (بنقض العهد واللحاق) بدار الحرب والسبى أيضا (ولا يكرر على العبد المسلم) لما ذكرناه آنفا (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (ومن ورث عبدا وادعاه آخر) ولا بينة له (استحلف) أى الوارث (على علمه)

(قال المصنف فالتحليف على السبب بالاجماع) أقول فى باب اليمين من فتاوى قاضيخان ما يخالفه فراجعه وتدبر فى دفعه (قوله واذا ادعت المبتوتة النفقة الخ) أقول وفى الخانية فى باب اليمين امرأة ادعت على زوجها انه طلقها بعد الدخول وعليه نفقة العدة فانكر الزوج النفقة يحلف بالله ما عليك تسليم النفقة اليها الا اذا عرضت المرأة فتقول انه من أصحاب الحديث يزعم انه لا نفقة للمبتوتة ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه فيحلفه القاضى على السبب بالله ما طلقتها بعد الدخول انتهى فأقول لا يخفى عليك من المخالفة بين هذا والمذكور فى الكتاب ويجوز أن يقال ما فى الخانية فيما اذا لم يعلم القاضى مذهب الزوج وما فى الهداية والشروح فيما اذا علمه كما يفهم من قوله والزوج ممن لا يراها (قوله يحلف على البتات الخ) أقول الظاهر أن يحلف على الحاصل بالله ما عليك حق الرد فان الحلف على السبب يتضرر البائع اذ قد يبرأ المشترى عن العيب (قوله وفى صورة النقض يدعى العلم الخ) أقول غير مسلم فى الرد بالعيب

وفي الباقين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض (واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فان قيل الارث كذلك أجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع

لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات (وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة

أي بالله ما يعلم أن هذا عبد المدعي (لانه لا علم له) أي للوارث (بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) اذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به كذا في الكافي (وان وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) يعني ان وهب له عبدا أو اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات (لوجود المطلق) أي المجوز (لليمين) أي لليمين على البتات (اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة) فان قيل بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث أيضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا أن ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم المشتري أن العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارا وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات كذا في الشروح ثم اعلم أن هذا نوع آخر أيضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات والضابط في ذلك أن التحليف ان كان على فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل أني يستقيم هذا ولو ادعى عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعى يدعي عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا في الكافي قال الامام الاسروشني في الفصل الثالث من فصوله وأما كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني أو غصبت هذا العين مني يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى ان أباك سرق هذا العين مني أو غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب بريد به ان المشتري اذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت اباقه أو سرقته في يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوي يزيد على هذا الاصل حرفا وهو أن التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان شيئا يتصل به فحينئذ يحلف على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت مني استأجرت مني استقرضت مني فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففي هذه الصور يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك فأما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات ألا ترى أن المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف برئ المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي أنه علم ذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا في غاية البيان وذكر الامام اللامشتي أن في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك

(قال المصنف لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) أقول قال الزيلعي أخذا من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى فيه بحث أما أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق أن يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار فليتأمل وأما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل الخ محل تأمل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل

قال (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه

النكول ولو وجبت على العلم وحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات أقوى كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي أخذا من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث أما أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق أن يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار وأما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تأمل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا كلام ذلك القائل وأقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس بمستقل بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر ما في النهاية وقال وفيه كلام وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورأيت فيما كتبته من نسخة المحيط في فصل المتفرقات من أدب القاضي منه في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه القاضي على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات سقط عنه الحلف لان البتات أقوى ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وان وجه اشكاله توجه ما ذكراه وأما بحثه الاول وجوابه فمنظور فيهما أما الاول فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا أن يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل والذي من أسباب القضاء هو الثاني دون الاول كما لا يخفى وأما الجواب فلانه لو علم بيقين كون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فالحكم أيضا ما ذكر ولا يجري الجواز المذكور هنالك على انه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه) أي افتدى الآخر عن يمينه (أو صالحه منها) أي صالح الآخر المدعى من اليمين (على عشرة دراهم مثلا فهو) أي الافتداء أو الصلح (جائز) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو أقل من المدعى وأما الصلح من اليمين فانما يكون على مال أقل من المدعى في الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا في النهاية ومعراج الدراية (وهو) أي الافتداء عن اليمين (مأثور عن عثمان رضي الله عنه) قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رضي الله عنه فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب أنه كان يدعي الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء

عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه وذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين أن الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب أنه كان يدعي الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء

(قوله قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف) أقول فيه تطرف فانه اذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله تعالى عنه انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة ليست مما نحن فيه اذ ليس فيها الا النكول لا الافتداء والصلح

(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا) لانه أسقط حقه والله أعلم

وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر فان المقداد رضي الله عنه اذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه انها كانت سبعة آلاف ثم ان قصة المقداد ليست مما نحن بصدده اذ ليس فيها الا النكول لا الاقتداء والصلح انتهى وأقول نظره ساقط بشقيه أما شقه الاول فلان معنى قول عثمان رضي الله عنه انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه لفظ كانت لا أن الباقي في ذمته الآن سبعة آلاف ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف انما ينافي الاول دون الثاني فان قلت يشكل حينئذ قوله والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رضي الله عنه اذ النزاع حينئذ يكون في الايفاء والقبض دون مقدار أصل القرض كما ذكرته قلت المراد به انه كان يدعي ايفاء تمام الدين وهو أربعة آلاف درهم على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلاثة آلاف فحينئذ يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في أصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر ويخرج الجواب عما قاله الشافعي وأما شقه الثاني فلانه لم يدع أحد أن القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بأن عثمان رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة فصح أن يتخذه الشافعي دليلا على مذهبه وهو جواز رد اليمين على المدعي وان أمكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعي عليه ومفتديا عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو ما أثور عن عثمان رضي الله عنه انما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد أشار اليه صاحب العناية حيث قال أولا ولفظ الكتاب يشير الى أنه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية ثم نقل هذه القصة فقال فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي واعلم أن صاحب النهاية قد أوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال قد اختلفت روايات الكتاب في أن عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك أو مدعيا ففي الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيأ واقتدى بيمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب الاول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسئلة رد اليمين على المدعي أن عثمان رضي الله عنه كان مدعيا فقال وحجته في رد اليمين على المدعي ما روى أن عثمان ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنهم الى أن قال ليحلف لي عثمان وذكر الامام المحبوبي تمام القصة فقال روي أن المقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه مائتي سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول ولم أخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد لتحلفن انها كما تقول ونحذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتأويل حديث المقداد انه ادعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول الى هنا كلام صاحب النهاية (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين) أي ليس للمدعي أن يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها أو صالح عنها على مال (أبدا) أي في وقت من الاوقات (لانه أسقط حقه) أي لان المدعي أسقط حقه في يمين المدعى عليه بالاقتداء أو الصلح بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات

والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لانه أسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال

راعى الترتيب الطبيعى فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد لمناسب الوضع الطبع (اذا اختلف المتبايعان فى المبيع فادعى المشترى أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بان المبيع كر من حنطة وقال المشترى هو كران فمن أقام البينة قضى له بها لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها لانها توجب الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا توجبه

﴿باب التحالف﴾

قال (واذا اختلف المتبايعان فى المبيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشترى أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها) لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها (وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لان البينات للاثبات ولا تعارض فى الزيادة (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع) نظرا الى زيادة الاثبات

﴿باب التحالف﴾

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع فى بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه فى الوضع لمناسب الوضع الطبع (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا اختلف المتبايعان فى المبيع فادعى أحدهما) أى المشترى (ثمنا) بان قال مثلا اشتريته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بان قال بعته بمائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بان قال مثلا المبيع كر من الحنطة (وادعى المشترى أكثر منه) بان قال هو كران من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما فى قدر الثمن كما فى الصورة الاولى أو فى قدر المبيع كما فى الصورة الثانية (فاقام أحدهما البينة قضى له بها) أى بالبينة (لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها) لان البينة توجب منه الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه (وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات للاثبات) أى وضعت فى الشرع للاثبات فكل ما كان أكثر اثباتا كان أولى (ولا تعارض فى الزيادة) لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا فى غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التى تثبت الاقل تنفى الزيادة لانها تثبت أن كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا فكانت الاولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى أقول جوابه هذا وان كان صحيحا فى نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين فى الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما فى الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتأمل (ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا) بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين دينارا وأقاما بينة (فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات) فالجارية والعبد جميعا للمشترى بمائة دينار فى المثال المذكور وقيل هذا قول أبى حنيفة آخرا وكان يقول أولا وهو قول زفر يقضى للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا ونظير هذه المسئلة فى الاجارات كذا فى الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا أى فى قدرهما على ما ذكرنا فى صورة المسئلة وأما اذا

وان أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما فى الزيادة فمثبتها كان أكثر اثباتا ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا وأقاما بينة فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشترى بمائة دينار وقيل هذا قول أبى حنيفة آخرا وكان يقول أولا وهو قول زفر يقضى بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف فى جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهى لمن الاتفاق على قوله وهو البائع لان حق المشترى فى الجارية ثابت بانفاقهما وانما الاختلاف فى حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول

﴿باب التحالف﴾

(قال المصنف لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى) أقول ولو ظاهرا فلا يخالف ما سيجىء بعد أسطر لان المشترى لا يدعى شيأ الخ اذ المراد لا يدعى ادعاء معنويا وبه يندفع ما عسى يقال كيف تقبل بينة المشترى بعد القبض وهو ليس بمدع والبينة على المدعى فانه اذا أريد أنه ليس بمدع حقيقة فمسلم ولا يفيد لانه تسمع بينة المدعى صورة كما اذا ادعى المودع رد الوديعة وان أريد انه ليس بمدع أصلا ولو صورة فغير مسلم كما لا يخفى (قال المصنف ولا تعارض فى الزيادة) أقول فيه شئ جوابه لا يخفى

(وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى اما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع) لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان به (فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر)

اختلفا فى جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشترى لان حق المشترى فى الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف فى حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ولانه يثبت ببينته الحق لنفسه فى العبد والمشترى ينفى ذلك والبينات للاثبات لا للنفى كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط أقول فى التعليل الثانى بحث أما أولا فبالمعارضة فان المشترى يثبت ببينته الحق للبائع فى مائة دينار والبائع ينفى ذلك والبينات للاثبات لا للنفى فينبغى أن تقبل بينة المشترى دون البائع وأما ثانيا فبالنقض فانه لو سلم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشترى عند انفراده باقامة البينة أيضا اذ حينئذ ينفى المشترى أيضا ببينته حق البائع فيما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفى مع أن المسئلة على انه اذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعا وأما ثالثا فبالمنع فانا لا نسلم أن المشترى ينفى ببينته ما يثبته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع فى مائة دينار ويسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه فى العبد فان حصل مما يثبته المشترى نفى ما يثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافى كون وضع البينات للاثبات دون النفى (وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى) أى يقول الحاكم للمشترى (اما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع) أى ويقول للبائع (اما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود) أى المقصود من شرع الاسباب (قطع المنازعة) ودفع الخصومة (وهذا جهة فيه) أى القول المذكور للبائع وللمشترى جهة فى قطع المنازعة (لانه ربما لا يرضيان) أى المتبايعان (بالفسخ فاذا علما به) أى بالفسخ (يتراضيان به) أى بعد عدم كل واحد منهما أقول لقائل أن يقول كما أن ما ذكر جهة فى قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بان يقال للبائع اما أن ترضى بالثمن الذى ادعاه المشترى والا فسخنا البيع وأن يقال للمشترى اما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعى الاقل بالرضا بالاكثر يمكن أيضا بعكسه وهو أن يكلف مدعى الاكثر بالرضا بالاقل فما الرجحان فى اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل (فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) قال صاحب النهاية فى شرح قول المصنف فان لم يتراضيا أى بان يعطى كل واحد ما يدعى صاحبه انتهى أقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا فى الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة وهى ما اذا اختلفا فى الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر فى الكتاب أن صورة الاختلاف فى الثمن أن يدعى أحدهما ثمنا ويدعى الآخر أكثر منه وأن صورة الاختلاف فى المبيع أن يدعى أحدهما قدرا من المبيع ويدعى الآخر أكثر منه فلو أعطى كل واحد ما يدعى صاحبه فى هاتين الصورتين لزم اعطاء الثمنين معا أو اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى أن ما ذكره المصنف ههنا حكم عام للصور الثلاث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام أى ان لم يتراض البائع والمشترى يعنى لم يرض البائع بما ادعاه المشترى من المبيع ولم يرض المشترى بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضى كل واحد من البائع والمشترى على دعوى صاحبه انتهى أقول وفيه أيضا قصور لان هذا أيضا لا يجرى الا فى الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لا يخفى على ذى مسكة فلا يناسب ما ذكره المصنف ههنا من

وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشترى اما أن ترضى بالثمن الذى يدعيه البائع والا فسخنا البيع ويقول للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيا فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر

(قال المصنف وان لم يكن لكل واحد منهما) أقول الاظهر حذف كلمة كل كما لا يخفى (قال المصنف وهذه جهة فيه) أقول أنث اسم الاشارة باعتبار الخبر أو على تأويل القول بالمقالة

الحكم

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد القبض فيخالف القياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه

الحكم العام للصور الثلاث كلها وأما سائر الشراح فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندى فى شرح المقام أن يقال أى ان لم يتراض البائع والمشترى على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما فى الصورة الاولى والصورة الثانية أو مما يدعيه كل واحد منهما كما فى الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فحينئذ يجرى معنى الكلام ومحوى المقام فى كل صورة كما ترى (وهذا التحالف قبل القبض) أى قبل قبض المشترى السلعة كذا فى العناية ومعراج الدراية (على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أى ينكر ما ادعاه البائع (والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف) لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور (فاما بعد القبض فيخالف القياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفى بحلفه) أى كان القياس أن يكتفى بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشترى شيأ فيما بعد القبض ينبغى أن لا تقبل بينته فى هذه الصورة اذا أقامها لان البينة للمدعى مع أنه قال فيما قبل فأقام أحدهما البينة قضى له بها قلت المراد أن المشترى لا يدعى شيأ ادعاء معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافى أن يكون المشترى مدعيا ادعاء صوريا فى هذه الصورة وبينة المدعى صورة تسمع على ما صرحوا به كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على مامر لا يقال ان كان المشترى مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا لما ادعاه صورة فيصير التحالف ههنا أيضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل أحد بتحليف المنكر الصورى بل انما اليمين ايذاء على المنكر الحقيقى بخلاف المدعى الصورى فان البينة تسمع منه على ما ذكروا ولك أن تقول فى الجواب عن أصل السؤال ان المشترى لا يدعى شيأ فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا أى قبول البينة من غير المدعى لدفع اليمين كثير فى مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب هو الاوفق لما رأيناه حقا فى شرح مراد المصنف من كلامه المذكور فى صدر كتاب الدعوى فتذكر أقول بقى ههنا شئ وهو أنه ان أراد المصنف بكلمة هذا فى قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الاشارة الى ما فى صورة الاختلاف فى الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذى ذكره بقوله لان البائع يدعى زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركاكة لفظا ومعنى أما الاول فلان تلك الصورة أبعد الصور المذكورة فالاشارة الى ما فيها بلفظ القريب بعيد وأما الثانى فلان الاصل المذكور أعنى كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار أيضا فى صورة الاختلاف فى المبيع فان المشترى يدعى فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعى وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشترى ينكره فكل منهما منكر فيحلف وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعى على البائع شيأ لان الثمن سالم له بقى دعوى المشترى فى زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفى بحلفه ولقد أفصح الامام الزيلعى عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال فى التبيين وهذا اذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فخالف القياس لان القابض منهما لا يدعى شيأ على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان أراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظا ومعنى أيضا أما

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر واليمين على من أنكر بالحديث المشهور فيحلفان أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشترى لا يدعى شيأ لان المبيع سالم له فى يده فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه

(قال المصنف لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره) أقول ذكر الضمير الراجع الى الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف اليه أو لوجوه أخرى

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ولقائل أن يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وأبي يوسف آخرا ورواية (١٨٦) عن أبي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف انه يبدأ بيمين البائع لان المشتري أشدهما انكارا لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله أراد بالشدة التقدم وهو الانسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه أولان فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمن استيفاء الثمن وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وأبو الحسن في جامعه أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ووجه الاستدلال أنه عليه السلام

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا (ويبتدئ بيمين المشتري) وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري أشدهما انكارا لانه يطالب أولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع

الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا لا موقع له في الظاهر وأما الثاني فلان الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعى ثم اعلم أن صاحب الكافي وكثيرا من الثقات تركوا كلمة هذا في بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا أيضا في دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل (ولكنا عرفناه بالنص) استدراك من قوله فيكتفي بحلفه يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص (وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى أقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على الحديث المشهور لان هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى أيضا فيما نحن فيه وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعى مطلقا بل انما يدل عليه باشارته حيث يفهم من تقسيم الجنبين للخصمين أو من جعل جنس الايمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو اذن مرجوع (قال) أي القدوري في مختصره (ويبتدئ) أي القاضي (بيمين المشتري) قال المصنف (وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عن القول الاول لابي يوسف كما سيجيء (لان المشتري أشدهما انكارا لانه يطالب أولا بالثمن) فهو البادئ بالانكار قال صاحب العناية وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله أراد بالشدة التقدم وهو أنسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر أن مدار ما ذكره المصنف على كون البادي أظلم لكونه منشأ للثاني أيضا فيكون أشد كما يكون أقدم ويجوز أيضا أن يكون مداره على أن المشتري لما كان مطالبا أولا بالثمن كان منكر الشيئين أصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان أشد انكارا وعند هذين المحملين الصحيحين لاجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم مجوزا مع عدم ظهور العلاقة بينهما (ولانه يتعجل فائدة النكول) أي بالابتداء بيمين المشتري (وهو) أي فائدة النكول الزام الثمن ذكر الضمير الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو (الزام الثمن) أو بتأويل الفائدة بالنفع (ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن) لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له أمسك المبيع الى أن تستوفي الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى كذا في الكافي (وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع) وذكر في المنتقى وفي جامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر كذا في العناية وغيرها (لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع) وجه الاستدلال

(قوله هذا الحديث مخالف للمشهور الخ) أقول قال في النهاية والحديث صحيح مشهور (قوله لعموم المشهور) أقول فيطلب المخلص ويجمع بينهما ما أمكن على ما بين في الاصول وذلك بحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين (قوله أو يتعارضان ولا ترجيح) أقول فهو معمول به قطعا فيما عدا محل النزاع وهذا الحديث ليس كذلك (قال المصنف وكان أبو يوسف الى قوله تقديمه) أقول وقد مر قبيل فصل التوكيل بشراء نفس العبد ما يمكن أن يكون جوابا عن التمسك بهذا الحديث

أنه

خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم يعني أنه عليه السلام جعل القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفى بها فلا أقل من البداءة بها وان كان العقد مقايضة أو صرفا يبدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما قال (وصفة اليمين الخ)

خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم (وان كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بالف و يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين) وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين و يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا

أنه عليه الصلاة والسلام (خصه بالذكر) أي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ما قاله البائع (وأقل فائدته) أي فائدة التخصيص (التقديم) يعني أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه فاذا كان لا يكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه وفي غاية البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام واليمين على من أنكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى أقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من أنكر كما أنه دليل في حق المشتري دليل أيضا في حق البائع فانه قد مر أن كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض وفيما اذا اختلفا بعد القبض ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه السلام واليمين على من أنكر في أكثر الصور وعدم الاندراج تحته في بعض الصور فلا فرق بينهما في اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح أو بيمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع بيع عين بثمن (وان كان بيع عين بعين) وهو المسمى بالمقايضة (أو ثمن بثمن) أي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف (بدأ القاضي بيمين أيهما شاء) من البائع والمشتري (لاستوائهما) أي في الانكار وفي فائدة النكول (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف و يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين) كذا ذكره في الاصل (وقال في الزيادات يحلف) أي البائع (بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين و يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا) قال المصنف (والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت) أي على النفي وضعت لا على الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية (دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا) وقال صاحب العناية وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التأكيد انتهى أقول بل ينافيه لان وضع الايمان لما كان مقصورا على النفي كما يرشد اليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخيره عنه على ما هو حقه افادة لقصر وضعها على النفي المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات في اليمين ولو بطريق التأكيد والا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعا اذ لا شك أن الذي يجب عليه شرعا و يكون حقا للمدعي انما هو الاتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الاثبات فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكر ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل جلها بل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها وردها مخافة

ذكر في الاصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بالف و يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين و يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله تعالى ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التأكيد

(قوله وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التأكيد) أقول والجواب أن أحوج الاشياء الى التوكيد أمر الدم لعظم موقعه وعلو قدره فاذا اقتصر في التحليف به على النفي دل على ما ذكره دلالة واضحة ولو سلم فقول المصنف والاصح دون والصحيح للاشارة اليه فليتأمل فانه يجوز أن يقال قوله ذلك اشارة الى قوله لان الايمان وضعت للنفي الخ فان الوضع للنفي لا ينافي التأكيد بالاثبات كما أن الوضع للاثبات لا ينافي التأكيد

بالنفي فانه يقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولا نعلم له وارثا غيره كذا في شرح الاتقاني وفيه نظر فان تعرضه لحديث القسامة وعدم الاكتفاء بالقياس على البينات يدفع هذا الكلام مع أن قولهم لا نعلم له وارثا غيره في معنى الاثبات حيث يثبت به استحقاق المشهود له لجميع التركة

قال (فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة أو يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال (وان اختلفا في الاجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما)

التطويل بلا طائل (قال) أي القدوري في مختصره (فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) أي ان طلبا أو طلب أحدهما كذا في الكافي والشروح قال المصنف (وهذا) أي الذي ذكره القدوري (يدل على أنه) أي البيع (لا ينفسخ بنفس التحالف) وقال في غاية البيان وبه صرح في كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي حيث قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال في الكافي وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول انتهى (لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع مجهول) أي بقي بيعا بثمن مجهول كذا في الكافي والكفاية أقول هذا لا يتم في صورة كون الاختلاف في المبيع دون الثمن فالاولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك أي بقي بيع مجهول اما بجهالة المبيع فيما اذا اختلفا في المبيع واما بجهالة الثمن فيما اذا اختلفا في الثمن واما بجهالة المبيع والثمن معا فيما اذا اختلفا فيهما (فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة) بينهما (أو يقال اذا لم يثبت البدل) للتعارض بين قوليهما (يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع) أي البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما وفي المبسوط حل للمشتري وطء الجارية اذا كانت المبيعة فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها كذا في الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه) أي الناكل (جعل باذلا) لصحة البذل في الاعواض (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) أي بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة أقول في تقرير المصنف شيء وهو أنه ساق الدليل على أصل أبي حنيفة فقط حيث قال وجعل باذلا والنكول عندهما اقرار لا بذل كما مر فلا يتمشى ما ذكره على أصلهما مع أن مسئلتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا فكان الاحسن أن يقول لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر أو باذلا كما قاله صاحب الكافي والامام الزيلعي ثم اعلم أن الامام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه اذا اتصل به القضاء وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيأ أما على اعتبار البذل فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (وان اختلفا في الاجل) أي في أصله أو قدره كذا في الشروح (أو في شرط الخيار) أي في أصله أو قدره أيضا كذا في معراج الدراية وغاية البيان (أو في استيفاء بعض الثمن) وكذا الحكم فيما اذا اختلفا في استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المصنف لان ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى كذا في النهاية ومعراج الدراية (فلا تحالف بينهما) عندنا وبه قال أحمد وقال زفر والشافعي ومالك يتحالفان ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالاجماع كذا في معراج الدراية ثم ان القول في مسائل الكتاب لمنكر الاجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء وفي مسئلة الاختلاف في أصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها ههنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب قال صاحب العناية واذا اختلفا في الاجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى وقال بعض الفضلاء هذا ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشتري اذا كان منكرا كما اذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى

(قوله واذا اختلفا في الاجل في أصله أو في قدره) أقول الضمير في أصله وفي قدره راجع الى الاجل (قوله والقول قول البائع) أقول ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشتري اذا كان منكرا كما اذا كان مدعي الخيار هو البائع (قوله فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل الخ) أقول فيصير الاجل كالردة حيث يزيد عدد الثمن بها فلا يرد أن الاجل على ما ذكره يكون كالقدر

لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه) لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض

أقول هذا ظاهر ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك ههنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور هذه الصورة قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة (لان هذا) أي الاختلاف في الاجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن (اختلاف في غير المعقود عليه) وهو المبيع (والمعقود به) وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن وكانه قيل اذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن تحالفا فالاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به هذا زبدة ما في الشروح والكافي ههنا (فاشبه الاختلاف في الحط) أي في الحط من الثمن (والابراء) أي الابراء عن الثمن ولا تحالف في الاختلاف فيهما بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الامور المذكورة (وهذا) أي كون الاختلاف في الامور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز أن يشار به الى الاقرب أي شبه الاختلاف في الامور المذكورة للاختلاف في الحط والابراء (لان بانعدامه) أي بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن (لا يختل ما به قوام العقد) لان العقد بلا شرط وأجل جائز فاذا اختلفا في الشرط أو في الاجل وحالفا بقي العقد بلا شرط وأجل وانه لا يوجب الفساد وأما اذا اختلفا في المثمن أو الثمن وحالفا يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو المثمن يوجب الاختلاف في العقد ألا يرى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل واذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا أما الاختلاف في الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف في العقد ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف الى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف يقضي بالعقد بألف حالة وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا في النهاية نقلا عن جامع الامام قاضيخان (بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) كالجودة والرداءة (أو جنسه) كالدراهم والدنانير (حيث يكون) الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف في القدر) أي في قدر الثمن (في جريان التحالف لان ذلك) أي الاختلاف في وصف الثمن (يرجع الى نفس الثمن) أي الى الاختلاف في نفس الثمن (فان الثمن دين وهو) أي الدين (يعرف بالوصف) فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صارا مختلفين في المعرف وهو الثمن (ولا كذلك الاجل) أي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن (لانه) أي الاجل (ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ونور هذا بقوله (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه) أي بعد مضي الاجل ولو كان وصفا لتبعه كذا في الكافي قال في معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما) أي الخيار والاجل (يثبتان بعارض الشرط) أي بشرط عارض على أصل العقد (والقول لمنكر العوارض) والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان

لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار في أن العقد بعدمهما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن بالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد

(قوله فيما يتم به العقد) أقول يدل عليه عنوان المتبايعين (قوله والوصف لا يفارق الموصوف) أقول مبني على الفرق بين الوصف والعارض (قوله والحكم باستيفاء) أقول الظاهر في استيفاء (قوله بعض الثمن كذلك لان بانعدامه الخ) أقول الضمير في قوله بانعدامه راجع الى بعض الثمن

لبقاء ما يحصل ثمنا ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى واذا اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا الخ) فان هلك المبيع في يد المشتري أو خرج عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة أما الدليل النقلي فهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل التنبيه أي تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب فتحكيم قيمة السلعة في الحال منأت ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه أولى وأما العقلي فما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل هذا قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك أجاب بقوله (فانه) يعني التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا

قال (فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن

بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا كذا في العناية (قال) أي القدوري في مختصره (فان هلك المبيع ثم اختلفا) أي فان هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري) أي مع يمينه (وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا) أي على هذا الخلاف (اذا خرج المبيع عن ملكه) أي ملك المشتري (أو صار) أي المبيع (بحال لا يقدر) أي المشتري (على رده بالعيب) بحدوث عيب في يده (لهما) أي لمحمد والشافعي رحمهما الله (ان كل واحد منهما) أي من البائع والمشتري (يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره) فان البيع بألف غير البيع بألفين ألا ترى أن شاهدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة (وانه يفيد دفع زيادة الثمن) اعلم أن حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ولهذا كان للشراح ههنا طرائق قددا ولم يأت أحد منهم بما يشفي العليل فقال صاحب النهاية أي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف فأجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فان قيل هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع والبائع اذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان الى هنا كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال أقول فيه بحث أما أولا فلانه لما فسر الدفع الواقع في كلام المصنف بالاعطاء على البائع أن يكون من دفع اليه لا من دفع عنه حيث قال أي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المصنف ان فائدة التحالف عند محمد هي اعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري اتجه عليه السؤال الذي ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه ما ذكروا عنه أصلا لانه ان أراد أنه لا يحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المصنف ههنا بتحليف المشتري فليس بصحيح اذ لا شك أنه اذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاؤه زيادة الثمن التي يدعيها البائع وان أراد أنه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيأ في دفع السؤال لان مورده ما حمل عليه مراد المصنف ههنا وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله في الجواب والبائع اذا نكل الخ أنه اذا نكل

(قوله لبقاء ما يحصل ثمنا الخ) أقول فيه شئ يجوز دفعه بارجاع ضمير انعدامه الى الاستيفاء بعد (قوله ثم اختلفا لم يتحالفا) أقول يعني ثم اختلفا في قدر الثمن (قوله يفيد دفع زيادة الثمن الخ) أقول فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس الا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة ويندفع الزيادة المدعاة (قوله بالنكول) أقول أي بنكول المشتري وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن (قوله واذا حلف البائع) أقول يعني بعد حلف المشتري

بعد نكول المشترى يندفع عن المشترى ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر فيما مر أنه اذا نكل أحد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشترى يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله وان أراد به أنه اذا نكل بعد حلف المشترى يندفع عن المشترى ما ادعى عليه البائع من الزيادة يتجه عليه أن فى هذه الصورة يندفع عن المشترى ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع وأيضا يتجه على مجموع الجواب أن الامر الثانى وهو اندفاع الزيادة عن المشترى يحصل بتحليف المشترى ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشترى يحصل بتحليفه ان نكل فتمام الفائدة الذى ذكره وهو أحد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشترى وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعنى أن التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشترى عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى أقول فيه أيضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع فى كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلا من دفع عنه كما ترى واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه أن نكول البائع انما يتصور بعد حلف المشترى لا بعد نكوله لما بيناه آنفا وعند حلف المشترى قد حصلت هذه الفائدة أعنى دفع زيادة الثمن عن المشترى فما الفائدة فى تحليف البائع ونكوله بعد ذلك وقال صاحب العناية وانه يعنى التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعنى أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى أقول وفيه أيضا بحث لانه جعل الدفع الواقع فى كلام المصنف من دفع عنه كما ترى فالظاهر أن قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشترى وأن مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشترى لان الذى يقتضى دفع زيادة الثمن عن المشترى انما هو نكول البائع وأما نكول المشترى فيقتضى دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فاذا يؤل قوله يعنى أن التحالف يدفع عن المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد على ذلك ويزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة لان مدلوله أن يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشترى اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق اذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشترى بأن يقضى بما ادعاه المشترى وهو أقل الثمنين لا بأن يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف قلت لا يتعين أن يكون قيمة الهالك أنقص مما ادعاه البائع بل يجوز أن تكون مساوية له بل أزيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكر فان قيل يجوز ان تكون كلمة حلف فى قوله واذا حلف البائع الخ على صيغة المبنى للمفعول من التفصيل وأن يكون المعنى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة أى بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية ههنا فقال فى تفسير قوله بالنكول أى بنكول المشترى وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن وقال فى تفسير قوله واذا حلف البائع يعنى بعد حلف المشترى وقال فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشترى ليس الا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشترى يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى أقول جملة ما ذكره ليست بشئ أما فى تفسير قوله بالنكول

كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الدليل النقلى والعقلى يفصل بينهما فالحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع أما الاول فلان قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر يوجب اليمين على المشترى خاصة لانه المنكر فى هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم

والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد والتأسيس أولى على أنه اما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط وأما الثانى فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة أجاب بقوله والتحالف فيه أى فى حال القيام يفضى الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها ألا ترى أنه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس فى معناه فبطل الالحاق بالدلالة أيضا (قوله ولانه لا يبالى) جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة

فيتحالفان كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به فى حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضى الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن فى معناه ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود

بنكول المشترى وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة فى قوله يدفع عن المشترى زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الكائنة أى الثابتة فى الواقع بنكول المشترى فلا وجه له لان زيادة الثمن ان ثبتت فى الواقع ثبتت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشترى زيادة الثمن الثابتة فى علم القاضى بنكول المشترى فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبتت فى علم القاضى بنكول المشترى يجب على المشترى فكيف يدفعها التحالف عنه بل لا يتصور التحالف عند نكول المشترى أصلا على ما مر غير مرة وأما قوله يعنى بعد حلف المشترى فلورود السؤال الذى ذكره بقوله فان قيل الخ عليه وأما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من أنه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها وقال صاحب غاية البيان قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن أى ان دعوى المشترى يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى أقول وفيه أيضا بحث لان دعوى المشترى لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء أو معنى المنع وانما الذى يفيد دفعها بنية المشترى أو حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاعطاء على أن الذى يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشترى ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المصنف ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوى الافهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور (كما اذا اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بان ادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشترى رد القيمة (ولابى حنيفة وأبى يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشترى ما يدعيه وقد ورد الشرع به) أى بالتحالف (فى حال قيام السلعة) وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة أجاب بقوله (والتحالف فيه) أى فى حال قيام السلعة (يفضى الى الفسخ) فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه اليه (ولا كذلك بعد هلاكها) أى بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) أى بالهلاك ألا ترى أنه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد (فلم يكن فى معناه) أى فلم يكن وقت هلاك السلعة فى معنى وقت قيام السلعة فبطل الالحاق أيضا (ولانه لا يبالى بالاختلاف فى السبب بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعى ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره أى لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشترى حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان

(قوله ولابى حنيفة وأبى يوسف الى قوله بالتفريق بينهما) أقول أنت خبير بأن الفاصل بينهما هو القياس على ما ذكره لا الدليل النقلى (قوله وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام والسلعة قائمة) أقول فيه تأمل فان الفصل لا يفهم الا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة شرعية فلا يلزم من الحاق المذكور فساد الوضع (قوله ولا كذلك بعد هلاكها) أقول الظهور أنه لا يعود الى كل منهما رأس ماله

الامر

أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا أفضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشترى وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعى على البائع شيأ ينكره ليجب عليه اليمين ونقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان فى كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب وأجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثانى بأنه على الاختلاف والمذكور فى بعض الكتب قول محمد وقوله (وانما يراعى) جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وماذكرتم ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ماهو من موجباته وهو ماذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الترادّ فائدة للتحالف وليس التحالف من موجبات العقد والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس

(١٩٣)

وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته

الامر على ما زعم هو أو البائع فلماذا كر السبب وصار بمنزلة اختلافهما فى ألف وألفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن لان البائع يدعى الدنانير والمشترى ينكر والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشترى الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكفى للصحة كذا قرر المقام فى الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى وقال صاحب العناية فى تقريره قوله ولانه لا يبالى الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلم أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا أفضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشترى وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعى على البائع شيأ ينكره ليجب عليه اليمين ثم قال ونقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان فى كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب وأجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثانى بأنه على الاختلاف والمذكور فى بعض الكتب قول محمد انتهى (وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعنى أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما فى الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى أقول مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك أن الذى من موجبات العقد هو ملك المشترى المبيع وقبضه اياه وأما ملك البائع المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا مما لا يسترقبه ثم ان قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الترادّ فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب

(قوله أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا) أقول قال العلامة الزيلعى فى باب المرابحة ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد ألا يرى أن الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وان المبيع بألف يصير بألفين بالزيادة فى الثمن وبخمسمائة بالحط انتهى وفيه تأمل فان الوكيل بالبيع بألف يجوز له البيع بألفين دلالة كما سبق تفصيله ولا يلزم منه اتحاد البيعين (قال المصنف وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد) أقول فيه تأمل (قوله ومعناه أن المراعى من الفائدة) أقول فيه بحث لانه ان أراد أن المراعى من الفائدة

(٢٥ ـ تكملة سادس) التحالف لا يستقيم قوله لا يكون من موجبات العقد وهو ظاهر وان أراد أن المراعى من الفائدة العقد فليس الكلام فيه بل فى فائدة التحالف فليتأمل وجوابه أنا نختار الاول وعدم استقامة ذلك ممنوع (قوله فانه من موجبات النكول) أقول لعل المراد نكول البائع لظهور انه ليس موجب نكول المشترى لكن فيه تأمل فان الظاهر أنه موجب حلف المشترى وكيف يكون من موجبات النكول فانه اذا لم ينكل أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة المدعاة وجوابه انه مبنى على التنزل وارخاء العنان للخصم لكنه قال فى تقرير كلام محمد والشافعى واذا حلف البائع اندفعت الزيادة (قوله والنكول من موجبات التحالف) أقول فيه بحث (قوله فلا يترك به ما هو من موجباته الخ) أقول فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به (قوله وليس التحالف من موجبات العقد) أقول بل من موجباته فانه تبين بالتحالف فساده على ما مر فى الدرس السابق وموجب العقد الفاسد الفسخ (قوله والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول فيه تأمل فانه قبل القبض على وفاق القياس

وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته ان لم يكن له مثل قال (وان هلك أحد العبدين ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك من الثمن وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى ولا شئ له وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى

انه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بأن قال فيه تأمل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى أقول لم يعتبر التراد فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ الرد انما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور نعم لقائل أن يقول الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما فأى شئ اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لان موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد (وهذا) أى وهذا الذى ذكرناه من الاختلاف فى التحالف عند صورة هلاك المبيع (اذا كان الثمن دينا) أى ثابتا فى الذمة بأن كان من الدراهم أو الدنانير أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة (فان كان عينا) أى فان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين (يتحالفان) أى بالاتفاق (لان المبيع فى أحد الجانبين قائم) فان كل واحد من العوضين فى بيع المقايضة مبيع وثمن ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر فى كتاب البيوع (فتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد فيرد القائم (ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته ان لم يكن له مثل) هذا اذا اختلفا فى قدر البدل وان اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا ان ادعى المشترى انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشترى انه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشترى كذا فى الكفاية (قال) أى القدورى فى مختصره (وان هلك أحد العبدين) أى بعد قبضهما كذا فى الشروح (ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) يعنى اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك أحدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفى درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له) واختلاف هاتين الروايتين فى اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ فى توجيه قوله أن يترك حصة الهالك وقوله أن يأخذ الحى ولا شئ له وفى مصرف الاستثناء فى الروايتين جميعا قالوا معنى الاول أن يخرج الهالك من العقد وكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور فى الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ الحى من ثمن الهالك شيأ أصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا

(وهذا) أى هذا الاختلاف (اذا كان الثمن دينا) ثابتا فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة (فاما اذا كان عينا) بان كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين فانهما (يتحالفان لان المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد (ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن) قال (وان هلك أحد العبدين ثم اختلفا الخ) واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك أحدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفى درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له) واختلاف هاتين الروايتين فى اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ فى توجيه قوله أن يترك حصة الهالك وقوله أن يأخذ الحى ولا شئ له وفى مصرف الاستثناء فى الروايتين جميعا قالوا معنى الاول أن يخرج الهالك من العقد وكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور فى الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ الحى من ثمن الهالك شيأ أصلا وعلى هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا

والقول قول المشترى مع يمينه الا أن يرضى البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيأ آخر زائدا على ما أقر به المشترى وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشترى وصدقه لا يحلف المشترى وكلام المصنف يشير الى أن أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما قيل والصحيح هو الثانى لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيأ مما أقر به المشترى انما يترك دعوى الزيادة (وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى و يفسخ العقد فى الحى والقول قول المشترى فى قيمة الهالك) وقوله فى تحرير المذاهب يتحالفان فى الحى ليس بصحيح على ما سيأتى (وقال محمد يتحالفان عليهما) و يفسخ العقد فيهما (و يرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل فى المقسم عليه فلا يجوز (ولابى يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولابى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها) والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس فى معناه من كل وجه لان التحالف فى القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهى تعرف بالحزر والظن فتؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

والقول قول المشترى فى قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما و يرد الحى وقيمة الهالك) لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ولابى يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة ان التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهى تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

الحى والميت معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتى بيانه (والقول قول المشترى فى قيمة الهالك) هذا من تتمة قول أبى يوسف أقول فى عبارة الكتاب ههنا قصور لان قول المشترى انما يعتبر فى حصة الهالك من الثمن الذى أقر به المشترى كما سيجىء تفصيله لا فى قيمة الهالك فان القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سيأتى حيث قال فان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى وعن هذا قال صاحب الكافى وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى و يفسد العقد فى الحى والقول للمشترى فى حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد يتحالفان عليهما) أى على الحى والهالك (و يرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) قال صاحب العناية والجواب أن هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل فى المقسم عليه فلا يجوز انتهى ورد عليه بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولابى يوسف ان امتناع التحالف للهلاك) أى لاجل الهالك (فيتقدر بقدره) أى يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لان الحكم لا يزيد على العلة (ولابى حنيفة ان التحالف على خلاف القياس فى حال قيام السلعة) يعنى أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس فى حال قيام السلعة (وهى) أى السلعة (اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه وما ثبت على خلاف القياس لا يتعدى الى الغير فحصل من هذا الدليل نفى القياس والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لا يخفى (ولانه لا يمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة) أى باعتبار القيمة كما سيأتى (وهى) أى القسمة (تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها فحصل من هذا الدليل نفى الدلالة والجواب عن قول أبى يوسف كما ترى فان قلت ما الفرق لابى حنيفة بين هذه المسئلة وبين مسئلة الاجارة فيما اذا أقام القصار بعض العمل فى الثوب ثم اختلفا فى مقدار الاجرة ففى حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفى حصة ما بقى يتحالفان بالاجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من

(قوله بل بطريق تصديق المشترى فى قوله) أقول الضمير فى قوله راجع الى المشترى (قوله لكان معلقا بمشيئتهما) أقول فيه أن أخذ الحى يكون معلقا بمشيئتهما البتة وانما الذى لا يتعلق بمشيئة المشترى أخذ ما أقر به من ثمن الهالك (قوله قيل والصحيح الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه بحث لانه يجوز أن يكون الهالك قيمته شيأ قليلا لصغره أو لكونه مريضا أو موفوا وتكثر الرغبات فى الحى وتزيد قيمته فيرضى البائع أن يأخذه صلحا عن جميع ما ادعاه طمعا فى زيادة قيمة الحى فانه لو لا الصلح لا يعطيه المشترى الحى اذ القول قوله مع يمينه فتأمل (قوله فى قيمة الهالك) أى فى حصة قيمته (قوله والجواب أن هلاك البعض الخ) أقول أنت خبير بان المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه والظاهر أن التعليل الاول لابى حنيفة للجواب عن محمد والثانى للجواب عن أبى يوسف لا كما فهمه الشارح

وتفطن بما ذكرنا ان أحد الدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعى ينفي القياس وفيه اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا أقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة مابقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضا دون هلاك أحد العبدين وبيان ذلك أن السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي وأما الاجارة فهي عقود متفرقة تتجدد في كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي والثاني ينفي الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول أبي يوسف ومحمد كما ذكرناه

الا ان يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري

حيث ان عقد البيع في العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك تعذر في الباقي وأما عقد الاجارة ففي حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب ما يقيم من العمل فيتعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن اجارات المبسوط أقول لقائل أن يقول هذا الفرق انما يتمشى بالنظر الى الدليل الاول وأما بالنظر الى الدليل الثاني فلا لان عقد الاجارة وان كان في حكم عقود متفرقة الا أنه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة فلا بد من القسمة وهي بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل بعين ما قيل في عقد البيع فينبغي أن لا يجوز أيضا (الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا) أي بالكلية (لانه حينئذ) أي حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) أي اذا كان الامر كذلك فيتحالفان (وهذا) أي توجيه قوله الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أي عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف) لانه هو المذكور في الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند أبي حنيفة الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أي قال هؤلاء المشايخ (ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا) أقول كان الظاهر في التحرير من حيث العربية والمعنى ان يترك لفظ معناه من البين أو أن يقال ان قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ أصلا ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبي حنيفة والقول قول المشتري مع يمينه الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيأ زائدا على ما أقر به المشتري فحينئذ لا يمين على المشتري (لانه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) قال صاحب العناية وكلام المصنف يشير الى أن أخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما انتهى وقال بعض الفضلاء فيه أن أخذ الحي يكون معلقا بمشيئتهما البتة وانما الذي لا يتعلق بمشيئة المشتري أخذ ما أقر به من ثمن الهالك انتهى أقول هذا ليس بشيء لانه ان أراد بقوله ان أخذ الحي يكون معلقا بمشيئتهما البتة انه كان في الكتاب معلقا بمشيئتهما البتة فليس بصحيح لان المذكور في الكتاب الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له ولم يعلق فيه أخذ الحي الا بمشيئة البائع وان أراد به انه يكون في الصلح معلقا بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له أصلا بل هو مؤيد لما قاله شيخ الاسلام فان مراده أن أخذ الحي لو كان بطريق الصلح لكان معلقا في الكتاب بمشيئتهما كما يكون

(قوله فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضا) أقول يعني كصاحبيه ثم الضمير في قوله فيه راجع الى استيفاء بعض المنفعة (قوله لا يتعذر الباقي) أقول فيه تأمل فان حصة الباقي يعلم بالحزر والظن وذلك مجهل في المقسم عليه (قوله والثاني ينفي الالحاق بالدلالة الخ) أقول هذا معطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله ان أحد الدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعى ينفي القياس الخ

(ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (فاذا لم يتفقا وحلفا قائم ادعى أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب (واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف) فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لان العقد يفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم

ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شئ فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم

في الصلح متعلقا بمشيئتهما البتة ولم يتعلق فيه الا بمشيئة البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) أي في البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (واذا حلفا ولم يتفقا على شئ) كان الاحسن في التحرير أن يقول واذا لم يتفقا على شئ وحلفا بتقديم لم يتفقا على شئ على حلفا في الوضع لتقدمه عليه في الطبع (فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما) أي أو ادعى كلاهما (يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله كما لو اختلفا في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد كذا في الشروح (واختلفوا في تفسيره) أي في تفسير التحالف (على قول أبي يوسف) قال في النهاية ومعراج الدراية لم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل أقول فيه شئ وهو أن هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل ان رضي البائع أن يترك حصة الهالك أصلا يتحالفان عنده أيضا على تخريج عامة المشايخ وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أولا كما مر آنفا فكان لذكر تفسير التحالف عند أبي حنيفة أيضا مساغ وعن هذا أن الامام الزيلعي بعد أن ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبي يوسف قال وعند أبي حنيفة أن البائع اذا رضي أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لابي يوسف انتهى وقال في غاية البيان لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى أقول هذا أقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه أيضا شئ لا يخفى فالاولى أن يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول أبي حنيفة مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبي يوسف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع) ومنهم من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف فالصحيح أن يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب (فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم) فان قلت أسند فسخ العقد ههنا اليهما كما ترى وفيما سبق الى القاضي حيث قال وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما فما التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضي بينهما ان لم يفسخا بأنفسهما يرشد اليه أن الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما ان طلبا أو طلب أحدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى اذ لا يخفى أن الفسخ اذا كان حقهما

(قوله وهذا ليس بصحيح الى قوله وكان صادقا) أقول لم لا يجوز أن يحلف المشتري أن حصته ليست بالف والبائع أن حصته ليست بخمسمائة ولا يرد ما يقال لكن يمكن أن يقال بل يرد أيضا فان ما يخص كل واحد منهما لا يعرف الا بالحدس والتخمين فتجاسر كل منهما على اليمين لانتفاء كذبه بيقين

وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى يقر به المشترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده (ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقر به المشترى ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على أن قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشترى ثلث ما أقر به من الثمن (وان اختلفا) فى ذلك فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول للبائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعى

زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره وطولب

وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع

فهما يقدران على احداثه بانفسهما ومعنى ما ذكر ههنا يفسخان العقد ان أرادا الفسخ بانفسهما على نهج قوله عليه السلام تحالفا وترادا وهذا لا ينافى أن يفسخه القاضى أيضا فيما اذا لم يفسخاه بانفسهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضى وسيأتى التصريح من الشراح فى مسئلة التحالف بالاقالة بتساوى فسخ القاضى وفسخهما بانفسهما (وتسقط حصته) أى حصة القائم (من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك) من الثمن الذى أقر به المشترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده كذا فى العناية (ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشترى نصف الثمن الذى أقر به المشترى ويسقط عنه نصف ذلك الثمن وان تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشترى بقدرها حصة من الثمن الذى أقر به ويسقط عنه الباقى من ذلك الثمن (وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب الثمن الذى أقر به المشترى ثم المشترى يدعى سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكر فالقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد فى حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا حتى قال محمد قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة تبعا والولد بالقبض وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى تخايل لى بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهما

بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد فى حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات وقال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد الى جوابه ثم قال والذى تخايل لى بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما فى الحى منهما فظاهر وكذلك فى الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ من الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فى الهالك وهو اعتبار قيمته

(قوله دل على ذلك مسائل الزيادات) أقول فى باب الزيادات فى البيع من كتاب البيوع (قوله وهو التحالف) أقول قوله هو راجع الى ما فى قوله ما يوجب الفسخ الخ (قوله أما فى الحى) أقول أى أما كون التحالف موجبا للفسخ فى الحى (قوله لمكان الهلاك) أقول الذى هو مانع (قوله ما هو من لوازم الفسخ) أقول أى من روادفه وتوابعه وليس المراد اللازم المساوى ثم أقول قال محمد فبأى ذلك وجد عيبا يرده بحصته من الثمن فالعيب ان كان مما يوجب الفسخ لم يصح قولنا ان فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وان لم يكن مما يوجبه يحتاج الى الفرق بين ما فى الزيادات والمسئلة المنقولة من بيوع الاصل اذ قد اعتبر فيها قيمة الهالك يوم القبض كما صرح به فى النهاية

وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقاماها فبينة البائع أولى) وهو قياس ماذكر في بيوع الاصل (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ماورده وينقسم الثمن على قيمتهما

فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ماهو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد حتى قال يضمن المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض كذا في النهاية وأكثر الشروح أقول في التوجيه الذي ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ماوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد في حق الميت على قول أبي يوسف ممنوع لان ماوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجري عنده في الحي دون الميت وتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف ألا ترى أن محمدا لما أجاز التحالف على الهالك أيضا أجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنه فاذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول أبي يوسف وتعذر الفسخ فيه أيضا فما الباعث على اعتبار ماهو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال بعد نقل ما في تلك الشروح وأقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى أقول وفيه أيضا نظر لان قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضي انفساخ العقد في الهالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبض ما فانه حينئذ يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز وأما اذا وقع الفسخ بعد قبضهما فلا يقتضي ذلك فان اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها اذهي تتم بالقبض وهو جائز ألا يرى الى ما مر في باب خيار العيب من أن من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فانه يفسخ العقد في العيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك أحد العبدين بعد قبضهما كما تبين في صدر المسئلة فلا يتم التقريب (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لانه فور دعواه بالحجة (وان أقاماها فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشترى يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب أن تقبل بينته لاثباتها الزيادة قلنا ان الذي وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ماوقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت أولى بالاعتبار كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني وفاضيخان (وهو) أي ماذكر من قول أبي يوسف وتفريعاته (قياس ماذكر في بيوع الاصل) أي المبسوط (اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ماورده وينقسم الثمن على قيمتهما) أي يوم القبض كذا في النهاية

المشترى قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين وأقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) لانه فور دعواه بالحجة (وان أقاماها فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشترى زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف

المقصود هو ما كان في قيمة الهالك ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من بيوع الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا

وذكر الفقيه في أن القول ههنا قول البائع والبينة أيضا بينته مع أن المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما أن يكون مدعيا أو مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا أنكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك أن كلا من اليمين والبينة ينبني على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك فبني الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده

بهزل أو تلجئة أو غير ذلك واذا ظهر هذا جاز أن يكون القول

فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع) لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وان أقاما البينة فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهر الاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقه وهو أن في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا ممن قول أبي يوسف قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول)

(فان اختلفا في قيمة الهالك) أي في مسئلة الاصل (فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان أقاما البينة) أي في مسئلة الاصل (فبينة البائع أولى) لانها أكثر اثباتا ظاهر الاثباتها الزيادة في قيمة الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان أكثر اثباتا كان أولى قال المصنف (وهذا لفقه) أي اعتبار بينة البائع وبيمينه لمعنى فقهي (وهو أن في الايمان تعتبر الحقيقة) أي حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة واستدل المصنف عليه بقوله (لانها) أي الايمان (تتوجه على أحد العاقدين) أي لا على الوكيل والنائب (وهما) أي المتعاقدان (يعرفان حقيقة الحال) لان العقد فعل أنفسهما والانسان أعرف بحال نفسه (فبني الامر عليها) أي على الحقيقة (والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله) لانه ينكر سقوط الزيادة (وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال) لانهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل أنفسهما فيجوز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك (فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا) أي كما اعتبر يمينه (وترجح) أي ترجح بينته على بينة المشتري (بالزيادة الظاهرة على ما مر) وهو قوله لانها أكثر اثباتا ظاهرا (وهذا) أي ما ذكر في بيوع الاصل (يبين لك معنى ما ذكرناه في قول أبي يوسف) رحمه الله في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في بيوع الجامع الصغير (قال) أي محمد في بيوع الجامع الصغير (ومن اشترى جارية وقبضها) أي ونقد ثمنها كذا في الشروح وفي أصل الجامع الصغير (ثم تقايلا) ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا في الشروح وسيشير اليه المصنف بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض (ثم اختلفا في الثمن) فقال المشتري كان الثمن ألفا فعليك أن ترد الالف وقال البائع كان خمسمائة فعليّ رد الخمسمائة (فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول) حتى يكون حق البائع في الثمن

لان النص قد ورد بالتحالف في الثمن وحق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة وحق

ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بأنفسهما أو فسخها القاضي لانها كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها أجاب بقوله

(قوله فبني الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام الخ) أقول لا يخفى عليك أن القيمة تعرف بالحزر والظن فلو حلف يلزم الاقدام على اليمين بجهالة (قوله لانه منكر حقيقة اذ هو أعلم بحال نفسه) أقول فيه شئ

ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد فى البيع المطلق والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين وانما أثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى قال (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعدم القبض أيضا

وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة معناه يعود البيع الاول اذا فسخ القاضى أو فسخا بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن صدر الاسلام ولما استشعر أن يقال النص الوارد فى حق التحالف وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف فيه) أى فى التقابل (بالنص لانه ورد فى البيع المطلق) أى فى البيع من كل وجه (والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين) وان كان بيعا جديدا فى حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ فى حق المتعاقدين انما يتمشى على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبى يوسف فان الاقالة عنده بيع فى حق المتعاقدين أيضا والمسئلة التى نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية قلت كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفا وذلك السؤال انما يكاد يتوجه على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبى يوسف كما لا يخفى فبنى الجواب أيضا على أصلهما دون أصله فتدبر (وانما أثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض) أى قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة (والقياس يوافقه على ما مر) أى فى أول الباب (ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض) توضيح لقوله وانما أثبتناه بالقياس يعنى اذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجرة يجرى التحالف بينهما (والوارث على العاقد) أى ونقيس الوارث على العاقد يعنى اذا اختلف وارث البائع والمشترى فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما (والقيمة على العين) أى ونقيس القيمة على العين (فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى) يعنى اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى وفى غاية البيان وهذه هى النسخة المقابلة بنسخة المصنف وفى بعض النسخ فيما اذا استهلك المشترى وفى بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخارى على حاشية كتابه الصحيح استهلاك المشترى انتهى وفى معراج الدراية الصواب اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف أو الصواب استهلاك المشترى بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشترى على صيغة المفعول انتهى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعدم القبض أيضا) يعنى أن محمدا يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض قال بعض الفضلاء فان قيل الاقالة بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة انتهى أقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع

(وانما أثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة) اذا اختلف الآجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الاجرة (على البيع قبل القبض والوارث على العاقد) اذا اختلفا فى الثمن قبل القبض (والقيمة على العين فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى) يعنى اذا استهلك غير المشترى العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فانه يرى النص معلولا بعدم القبض أيضا) لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا أو غير مقبوض

قال المصنف (ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة الخ) أقول فان قيل الاقالة بيع عند أبى يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا قلنا لما وقع الخلاف فى كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة فليتأمل (قوله لما يدعيه الآخر) أقول هو العقد كما مر

قال (ومن أسلم عشرة دراهم الخ) ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعني فقضى القاضي (٢٠٢) بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا ترفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع

العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر وأما هو فلا يدعي على رب السلم شيأ لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة قبل المعقود عليه قد فات في اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فما الفرق لمحمد في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم وأجيب بأن الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ قال (واذا اختلف الزوجان في المهر الخ) اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة قبلت بينته لانه تورد عواه بالحجة أما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا

قال (ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم) لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال (واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته) لانه تورد عواه بالحجة

الخلاف في كون الاقالة بيعا مانعا عنده عن أن يتناولها النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم التحالف فكان ذلك مانعا عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة في حق سائر أحكام البيع المطلق أيضا مع أن أحكام البيع المطلق جارية باسرها في الاقالة عنده على ما تقرر في بابها ثم أقول في دفع سؤاله ان أصل أبي يوسف في الاقالة هو أنها بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض في المنقول فتجعل فسخا كما بينوا في باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضا لا بالنص ولا بالقياس (قال) أي محمد في بيوع الجامع الصغير (ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن) أي في رأس المال فقال المسلم اليه كان رأس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة (فالقول قول المسلم اليه) أي مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) أي لا يتحالفان ولا يعود السلم (لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض) أي الفسخ يعني أن المقصود من التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا والاقالة في باب السلم لا تحتمله (لانه) أي الاقالة في باب السلم ذكر الضمير بتأويل التقايل (اسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود (فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع) فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشتري بعد عوده الى البائع لكونه عينا قائما وتورهذا بقوله (ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب) أي فقضى القاضي بالرد بالعيب على رب السلم (وهلك) أي في يد المسلم اليه (قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل) أي دل هذا الذي ذكر (على الفرق بينهما) أي بين السلم والبيع فان قيل ما الفرق لمحمد بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان في اقالة السلم اذا اختلفا في مقدار رأس المال وان فات المعقود عليه في الفصلين جميعا قلنا الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (قال) أي القدوري في مختصره (واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بالف وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته) قال المصنف في تعليله (لانه تورد عواه بالحجة) قال الشراح أما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة

(قوله لان فائدة التحالف الفسخ) أقول لقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا ولكن بقي ههنا بحث لانه ان أراد كليا وانما ممنوع والسند التحالف اذا اختلفا في المهر وان أراد جزئيا فسلم ولا يفيده وجوابه يعلم من تعليل الاختلاف في المهر فافهم (قوله لا ترتفع الاقالة) أقول ينبغي أن يرفع من هنا (قوله وأجيب بان الاقالة في السلم الخ) أقول فيه أن محمدا يرى النص معلولا وذلك التعليل جار هنا فان كلا منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وسيجيء جوابه في درس الاختلاف في الاجارة

(وان أقاما) فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا فان كان الاول (فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة) وان كان الثانى فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل (وان عجزا عنها تحالفا عند أبى حنيفة ولا يفسخ النكاح لان أثر التحالف فى انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ

(وان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته (وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبى حنيفة ولا يفسخ النكاح) لان أثر التحالف فى انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ

وانما الاشكال فى قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع فى الصورة وهى كافية لقبولها انتهى (فان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) هذا من تمام كلام القدورى قال المصنف فى تعليله (لانها) أى لان بينة المرأة (تثبت الزيادة) وقال فى توجيهه (معناه اذا كان مهر مثلها) أى مهر مثل المرأة (أقل مما ادعته) وقال صاحب العناية فى تفصيل المسئلة وان أقاما فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثانى فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى أقول فى تحريره خلل حيث حكم فى الاول على الاطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك بل الاول أيضا لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثانى فتتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحط فيتهاتران فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل فى عامة الكتب المعتبرة حتى المتون فى باب المهر بل صرح به صاحب العناية أيضا فى ذلك الباب من شرح هذا الكتاب وأما قول المصنف معناه اذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل اذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان أكثر مما ادعته لا التعميم لقسمى كون مهر مثلها أقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارة لا يخلو فى قوله وان أقاما فلا يخلو اما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا تقتضى شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوى الافهام ولقد أحسن الامام الزيلعى فى هذا المقام حيث قال فى شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمرأة هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعى الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاتران لانهما استويا فى الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون احداهما أولى من الاخرى انتهى (وان لم يكن لهما بينة) أى عجزا عن اقامة البينة (تحالفا عند أبى حنيفة ولا يفسخ النكاح لان أثر التحالف فى انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه) أى فى النكاح فلا حاجة الى الفسخ (بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده) لبقائه بيعا بلا ثمن وهو فاسد (على ما مر) أى فى كتاب البيوع بل فى هذا الباب أيضا حيث قال أو يقال اذا لم يثبت البدل بقى بيعا بلا بدل وهو فاسد (فيفسخ) أى البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص بشرعية التحالف انما ورد فى البيع والنكاح ليس فى معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع الى النكاح أو نقول ان التحالف انما شرع فى عقد يحتمل الفسخ لما أن الفسخ من أحكام التحالف ولا فسخ فى النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت أما الاول وهو ورود النص فى البيع فقلنا ان المعنى الموجب للتحالف هناك موجود ههنا من كل وجه فيثبت التحالف فى النكاح أيضا دلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هناك هو أن كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر فى الدعوى والانكار لتساويهما فيما فلذلك قوبلت بينتهما وبينتهما لان كل واحد

(قال المصنف معناه اذا كان مهر مثلها أقل الخ) أقول قال أكمل الدين وان لم يكن أقل فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيأ لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى قال الامام التمرتاشى وقيل بينتها أولى لانها تثبت الزيادة انتهى ولا يخفى عليك أن اطلاق القدورى يلايم هذا القول فقول المصنف ومعناه محل كلام

(قوله ولكن يحكم مهر المثل) استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فان كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضي بما قالت كذلك وان كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لانه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها) انما هو (بالتحالف فلهذا يقدم) التحالف (في الوجوه كلها) يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان بينهما فهي خمسة وجوه وأما في قول الرازي فلا تحالف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو أقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته أو أكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه

(ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضي بما قال الزوج) لان الظاهر شاهد له (وان كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضي بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل) لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رحمه الله ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا يقدم في الوجوه كلها

منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر وأما الثاني وهو أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا وجوابه مذكور في الكتاب وايضاح ذلك هو أن التحالف انما أوجب الفسخ في التحالف لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم اخلاء العقد عن البدل والبدل اذا خلا في البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ وأما النكاح اذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية واذا لم يفسد النكاح لا يفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد فافترقا الى هذا أشار في الفوائد الظهيرية انتهى وقد اقتفى أثره في هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول في كل واحد من الجوابين بحث أما في الاول فلان المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح أحدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المرأة بضعها الى الزوج وأما بعد التسليم فلا يوجد لان الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئا اذ المعقود عليه سالم له يبقى دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض والمسئلة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده بل كانت مصورة في بعض الشروح بصورة تخص بما بعد القبض فبقي السؤال في هذه الصورة الاعلى قول محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا كما مر وأما في الثاني فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح وهو لا يدفع السؤال اذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع أو التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح بل حاصله أن التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي أن لا يجري فيه التحالف أيضا ويؤيده أن التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا في الاقالة في السلم لعدم احتمال الاقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلتنا هذه فتأمل (ولكن يحكم مهر المثل) هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فان كان) أي مهر المثل (مثل ما اعترف به الزوج أو أقل) أي مما اعترف به الزوج (قضي بما قال الزوج لان الظاهر) أي ظاهر الحال (شاهده) أما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل وأما في صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله أقرب الى مهر المثل من قولها (وان كان) أي مهر المثل (مثل ما ادعته المرأة أو أكثر) أي مما ادعته المرأة (قضي بما ادعت المرأة) لان الظاهر شاهد لها حينئذ لما بيناه آنفا (وان كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل) أي بسبب حلف الزوج (ولا الحط عنه) أي بسبب حلف المرأة (قال) أي المصنف (ذكر) أي القدوري (التحالف أولا ثم التحكيم وهذا) أي ما ذكره القدوري (قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لانه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها بالتحالف) أي وسقوط اعتبار التسمية انما هو بالتحالف (فلهذا يقدم) أي التحالف (في الوجوه كلها)

(قال المصنف وسقوط اعتبارها بالتحالف) أقول لو سقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب في الصور الخمس مهر المثل يعني لظهور أن في التحكيم اعتبار التسمية فليتأمل وجوابه أن المراد أخذنا باقراره

وذكر فى بعض الشروح قالوا ان قول الكرخى هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهى موجودة باتفاقهما وأقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وان أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه وأما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل أن يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان فى الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما فى النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما (ويبدأ بيمين الزوج عند أبى حنيفة ومحمد تحجيلا لفائدة النكول) فان أول التسليمين عليه (كما فى المشترى وتخريج الرازى بخلافه) وهو التحكيم أولا ثم التحليف (كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبى يوسف) وهو أن القول فى جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا أن يأتى بشئ مستنكر يعنى فى باب المهر (فلا نعيده

(قوله وذكر فى بعض الشروح) أقول يعنى غاية البيان (قوله وأقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز الخ) أقول فيه بحث (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل الخ) أقول فيه شئ ظاهر بل الفارق ان الواجب الاصلى فى باب النكاح هو مهر المثل بخلاف البيع فان الاصل فيه هو الثمن المسمى (قوله فى باب المهر) أقول متعلق بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبى يوسف

و يبدأ بيمين الزوج عند أبى حنيفة ومحمد تحجيلا لفائدة النكول كما فى المشترى وتخريج الرازى بخلافه وقد استقصيناه فى النكاح وذكرنا خلاف أبى يوسف فلا نعيده

يعنى فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه (و يبدأ بيمين الزوج عند أبى حنيفة ومحمد تحجيلا لفائدة النكول) لان أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية (كما فى المشترى) أى كما يبدأ بيمين المشترى على القول الصحيح تحجيلا لفائدة النكول كما مر (وتخريج الرازى بخلافه) أى تخريج أبى بكر الرازى بخلاف قول الكرخى فان الرازى يقول بتحكيم مهر المثل أولا اذا شهد مهر المثل لاحدهما ثم يقول بالتحالف اذا لم يشهد ذلك لاحدهما قال المصنف (وقد استقصيناه) أى تخريج الرازى (فى النكاح) أى فى كتاب النكاح (وذكرنا خلاف أبى يوسف) وهو أن القول فى جميع ذلك قول الزوج الا أن يأتى بشئ قليل وفى رواية الا أن يأتى بشئ مستنكر وتكلموا فى تفسيره على ما مر بيانه فى كتاب النكاح (فلا نعيده) أى لا نعيد ذكر خلافه ههنا قال صاحب النهاية وهذا أى قول الرازى هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل فى الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام قاضيخان والمحبوبى انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخى هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما تنعدم التسمية بالتحالف لانه حينئذ يكون كأن العقد لم يكن فيه تسمية أصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذى وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية أقول ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وان أردوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه وأما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وأنا أقول ان قوله ان أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافى كون غيره أصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز أن يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف بأصل الصحة لانها زيادة الصحة اللهم الا أن يكون مراده لا كلام فى المراد لا فى الارادة فتأمل ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان فى الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما فى النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بان مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى وأقول فى جوابه تحكم حيث جعل مهر المثل أمرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة أمرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال أنهما ان كانا متفاوتين فى المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة اذ قد تقرر فى باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها و يعتبر فيه التساوى بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسر جدا بخلاف القيمة اذ يكفى فيها نوع خبرة بأحوال الامتعة كما لا يخفى فالصواب فى الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا قلنا القضاء هنا لما يدعيه أحدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا باعتبار العقد ومهر المثل يمكن اثباته مهرا باعتبار العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى

(ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا أن قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها) لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة (وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) معناه اختلفا في البدل أو في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلاهما قبل استيفاء المنفعة (فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر) لانه منكر لوجوب الاجرة

ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني انه يحكم مهر المثل أولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال فخر الاسلام وهو تخريج الرازي وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم الا أن قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال (وان اختلفا في الاجارة الخ) اذا اختلفا في الاجارة في البدل أي الاجرة أو المبدل فاما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه

وقال صاحب النهاية الى هذا أشار في الفوائد الظهيرية (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني أنه يحكم مهر المثل أولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم (لان قيمتها) أي قيمة الجارية (دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد) أي التراضي (فوجبت القيمة) أي قيمة الجارية (وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (معناه اختلفا في البدل) أي الاجرة (أو في المبدل) أي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل فانه لا يجري التحالف بينهما فيه بل القول فيه قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان أن يزيد المصنف على قوله في البدل أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصور الثلاثة الآتية فكأنه أراد بقوله في البدل أو المبدل منع الخلو احترازا عما ذكرناه آنفا لامنع الجمع فيتناولهما أيضا فتدبر (لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس) من حيث ان كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر (على ما مر) أي في أول هذا الباب (والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) من حيث ان كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع (وكلاهما قبل استيفاء المنفعة) لان وضع مسئلتنا في الاختلاف في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فيجري التحالف ههنا كما جرى ثمة فان قيل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف قلنا في معدوم يجري التحالف كما في السلم وان العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين (فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة) أي لوجوب زيادة الاجرة على حذف المضاف قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة فان قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الاجرة على المستأجر بعده أجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف انتهى وقد افتى أثره الشارح العيني أقول في الجواب بحث من وجوه الاول ان المؤجر وان لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الاجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فان تسليمها اياها وان لم يتوقف على قبض الاجرة الا أنه يتوقف على تعيينها والا لم يكن المؤجر منكرا لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم أن لا تكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف والثاني أن ما ذكره ههنا منقوض بما اذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فان المشتري هناك أيضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن

تسليمه

فمن أقام البينة قبلت بينته لانه تورد دعواه بالحجة وان أقاماها فان كان الاختلاف فى الاجرة فبينة المؤجر أولى لانها تثبت الزيادة وان كان فى المنفعة فبينة المستأجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعى هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيقضى بشهرين بعشرين وان عجزا تحالفا وترادا فى الاول

(وان وقع فى المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة وان كان فى المنافع فبينة المستأجر أولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال (وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر

لان التحالف فى البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع فى كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف فى الاجرة بدئ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الاجرة على المستأجر بعده أجيب بأن الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقى انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف فى المنفعة بدئ بيمين الآجر لذلك وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا فى الثانى والقول قول المستأجر

تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشترى كما يبدأ بيمينه فى صورة الاختلاف فى الثمن ويعلل بتعجيل فائدة النكول والثالث ان قوله فبقى انكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف ان أراد به أنه لا انكار للمؤجر أصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلا فيختل وضع المسئلة لان وضعها فى التحالف لا فى حلف الواحد وان أراد به أن للمؤجر أيضا انكارا الا أن فى انكار المستأجر ما يقتضى البدأ بيمينه فهو أول المسئلة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص فى الفرع بل يعدى حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى أقول وفيه أيضا بحث لان هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية وهى ما اذا وقع الاختلاف فى المنفعة فانه يبدأ فيها بيمين المؤجر فيلزم مما ذكر أن يغير فيها حكم النص وأن لا يعدى حكم الاصل بعينه فان حكمه أن يبدأ بيمين المشترى من غير فصل بين أن يقع الاختلاف فى البدل وأن يقع فى المبدل على ما مر ثم ان التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند اختلافهما فى العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما وانما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص فى شئ من الصورتين ولا يتم الجواب (وان وقع) أى الاختلاف (فى المنفعة بدئ بيمين المؤجر) لانه منكر لزيادة المنفعة (وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) لان نكوله بدل أو اقرار على ما مر (وأيهما أقام البينة قبلت) لانه تورد دعواه بالحجة (ولو أقاماها) أى البينة (فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة) لان بينته تثبت الزيادة حينئذ (وان كان) أى الاختلاف (فى المنافع فبينة المستأجر) أى فبينة المستأجر أولى لانها تثبت الزيادة حينئذ (وان كان فيهما) أى وان كان الاختلاف فى الاجرة والمنافع معا (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعى هذا) أى المؤجر (شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة) لا يقال كان الاحسن أن يقدم ذكر أحوال اقامة البينة على ذكر أحوال اليمين والنكول لان المصير الى اليمين بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الامر لانا نقول العمدة فى هذا الباب بيان أمر التحالف وباقى الاقسام استطرادى فقدم الاهم فى هذا المقام فكان صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب المصنف فقدم ذكر أحوال اقامة البينة (قال) أى القدورى فى مختصره (وان اختلفا بعد الاستيفاء) أى بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه (لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر

(قوله هذا شهرا بعشرين وذاك الخ) أقول قوله هذا اشارة الى المؤجر وذاك اشارة الى المستأجر (قوله يقبل الفسخ) أقول والاجارة بعد الاستيفاء لا تقبل الفسخ (قوله واجب أولا على الآجر) أقول فهو أسبق انكارا (قوله فيبدأ به) أقول مع تعجيل فائدة النكول أيضا (قوله لان تسليمه لا يتوقف الخ) أقول لكن يتوقف على تعيينها فيمتنع قبله كيف ولو صح ما ذكره لم يكن المؤجر فى معنى البائع اذ لا ينكر حينئذ وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الاجرة فلا يستقيم القياس هذا خلف

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما وكذا على أصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شئ منهما بموجود في الاجارة أما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى زمانين وأما ما يقوم (٣٠٨) مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وفي الثالث يتحالفان وتفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق بخلاف البيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة الخ) اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع بينهما أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في

(وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا

(وهذا) أي عدم التحالف ههنا (عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لانه المنفعة وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين (وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له) أي للمبيع (قيمة تقوم مقامه) لان العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها (فيتحالفان عليها) أي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة (ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد) بناء على أن فائدة التحالف هي الفسخ (فلا قيمة) أي للمعقود عليه (لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد) أي بل تتقوم بالعقد (وتبين انه لا عقد) أي وتبين بحلفهما أنه لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فظهر حينئذ أنه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف (واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه) أي هو الذي استحق عليه ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا في الكافي (وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لان العقد) أي عقد الاجارة (ينعقد ساعة فساعة) على حسب حدوث المنفعة (فيصير) أي العقد (في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها) أي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة اليه قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفا (بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل) ضرورة (قال) أي القدوري في مختصره (واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة) والقول للعبد مع يمينه كذا في الكافي وغيره (وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه) أي على المولى (عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا) أي المتبايعان

(قال المصنف لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد) أقول لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء بكونه على خلاف القياس بعد القبض كما سبق مع انه المناسب لتعليل المسئلة السابقة اذ لا يتم مذهب محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض على ما مر فليتأمل

في الثمن فيتحالفان ولابي حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة ويجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لابد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال (واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لان الظاهر شاهد له (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل) لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه

(في الثمن ولابي حنيفة أن البدل) أي بدل الكتابة (مقابل بفك الحجر) لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضا شئ وما ذاك الا فك الحجر (في حق اليد والتصرف للحال) اللام في للحال متعلق بمقابل أي مقابل للحال (وهو) أي فك الحجر في حق اليد والتصرف (سالم للعبد) لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة (وانما ينقلب) أي البدل (مقابلا بالعتق عند الاداء) أي عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه (فقبله) أي قبل الاداء (لا مقابلة) أي لا مقابلة بالعتق والا لعتق قبل الاداء وليس كذلك قطعا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة أصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة وهي المطلوبة آخرا فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف أصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق أصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا في النهاية والكفاية (فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير) يعني اذا كان ما يقابل البدل في الحال سالما للعبد فقد بقي أمرهما اختلافا في قدر البدل لا غير (فلا يتحالفان) لان العبد لا يدعي شيأ على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان أقام أحدهما بينة تقبل بينته لانه تورد عواه بها وان أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لانه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار تظير ما لو كاتبه على ألف درهم على انه ان أدى خمسمائة يعتق ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين (قال) أي القدوري في مختصره (واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل) أي مع اليمين وكذا في جانب المرأة كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام فاضيخان والامام التمرتاشي (كالعمامة) والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها (لان الظاهر شاهد له) وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر (وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها (لشهادة الظاهر لها) قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صانعا له أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كذا في الشروح (وما يصلح لهما كالآنية) والذهب والفضة والامتعة والعقار ونحوها (فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج) لانه قوام عليها والسكنى تضاف اليه (والقول في الدعاوى لصاحب اليد) ألا يرى أنه لو تنازع اثنان في شئ وهو في يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا (بخلاف ما يختص بها) أي بالنساء (لانه يعارضه) أي يعارض ظاهر الزوج باليد

(قوله سميت بذلك لانها تقي الخمار الخ) أقول يعني انما سميت بالوقاية لانها تقي الخمار (قوله الا اذا كان الرجل صانعا الخ) أقول قال الزيلعي الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى بل يكون القول قوله مع يمينه ثم قال الزيلعي وكذا اذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك انتهى بل يكون القول قولها مع يمينها

ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء فاذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في أيديهما فانها تكون بينهما نصفين عندعلمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين (ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لابي حنيفة

(ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس أولى كذا في الكافي وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في أيديهما فانها تكون بينهما نصفين عندعلمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى أقول فيه كلام وهو أن مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهدا فيما نحن فيه مع أن الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات أن مجرد الصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان لم نشاهد استعماله (ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة) أي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما (فان مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) أيهما كان (لان اليد للحي دون الميت) أي لا يد للميت (وهذا الذي ذكرناه) يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل (قول أبي حنيفة) لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله (وقال أبو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها) معناه مما يصلح لها (والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا) ظاهر (أقوى) لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وأما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فهو للرجل ان كان حيا أو لورثته) ان كان ميتا (لما قلنا لابي حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحياة وأما بالنسبة الى الممات فقوله الى

(قوله لأن المراد به ما هو بالاستعمال الخ) أقول فيه تأمل فانا لم نشاهد الاستعمال في متاع البيت أيضا بل استدللنا على الاستعمال بالصلاحية مع أن المرأة وما في يدها في يد الزوج وهنا الآلات في أيديهما على السواء ثم اعلم أن الضمير في به في قوله لأن المراد به راجع الى الاختصاص في قوله ولم يرجح بالاختصاص

(والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث (وان كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة) لان يد الحر أقوى (وللحي بعد الممات) لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

﴿فصل فيمن لا يكون خصما﴾

الى الحياة وأما بالنسبة الى الممات فقوله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) وذكر في الفوائد محمد يقول ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه في ماله فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وأبو حنيفة يقول يد الباقي منهما الى المتاع أسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما كذا في النهاية ومعراج الدراية (وان كان أحدهما) أي أحد الزوجين (مملوكا) أي سواء كان محجورا أو مأذونا له أو مكاتبا (فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى أولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك كذا في العناية (وللحي بعد الممات) أي والمتاع للحي بعد الممات حرا كان الميت أو مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو كذا في الشروح واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله (لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض) فكان المتاع له (وهذا) أي ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب (عند أبي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات) ولهذا اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في أيديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما كذا في العناية

﴿فصل فيمن لا يكون خصما﴾ لما ذكر أحكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما لمناسبة المضادة بينهما وقدم الاول لكون ذكره العمدة في المقام لان الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة وأما ذكر الثاني فليتضح به الاول اذ الاشياء تتبين بأضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي

(قوله فلا تعارض بينهما) أقول ينبغي ان يخص بالمشكل والا ينتقض بما لا يصلح للمرأة

﴿فصل فيمن لا يكون خصما﴾ (قوله لا من حيث القصد الاصلي) أقول كما يشهد العنوان

قال (وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه الخ) اذا ادعى عينا فى يد رجل أنها ملكه فقال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه أو آجرنيه أو أعارنيه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى وقال ابن شبرمة لا تندفع وان أقامها وقال ابن أبى ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال أبو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه أو رجل مجهول لا نعرفه أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففى الفصل الاول تقبل شهادتهم وفى الثانى لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثانى عند محمد وكالاول عند أبى حنيفة وهذه خمسة أقوال فلهذا لقبت المسئلة بخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولا أن المدعى (٣١٣) عليه أثبت ببينة أن يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم

ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت ببينة الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شئ فى ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب أن مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثانى على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا أقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب

وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينة لانه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق

(وان قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) هذا لفظ القدورى يعنى اذا ادعى رجل عينا فى يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذى هو ذو اليد هذا الشئ أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى قال المصنف (وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينة) أى اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى أيضا وقال فى النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه عارية عندى أو ما أشبه ذلك كذا فى الذخيرة انتهى (لانه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة) تعليل لمجموع المسائل المذكورة يعنى أن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد ذكر هذا الدليل فصار كما اذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى (وقال ابن شبرمة لا تندفع) أى الخصومة وان أقام البينة على ما قال (لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) أى عن الغائب لان الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعنى أن ذا اليد أثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر اذ لا ولاية لاحد فى ادخال الشئ فى ملك غيره بلا رضاه (ودفع الخصومة بناء عليه) أى على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر (قلنا) أى فى الجواب عما قاله ابن شبرمة (مقتضى البينة شيآن) أحدهما (ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت و) ثانيهما (دفع خصومة المدعى وهو) أى المدعى عليه (خصم فيه فيثبت) أى فيثبت دفع الخصومة فى حقه وبناء الثانى على الاول ممنوع لانفكاكه عنه وقد أشار اليه بقوله (وهو كالوكيل بنقل المرأة) أى الى زوجها (واقامتها) عطف على الوكيل أى واقامة المرأة (البينة على الطلاق)

(قوله وقال ابن شبرمة الى قوله وقال ابن أبى ليلى) أقول فى القاموس الشبرمة بالضم السنورة وما انتثر من الحبل والغزل انتهى قال العلامة الاتقانى ابن أبى ليلى وابن شبرمة من يعنى فقهاء التابعين بالكوفة ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة ومحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى قاضى الكوفة ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة كذا فى كتاب طبقات الفقهاء انتهى (قوله وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة الخ) أقول يعنى الايداع والرهن والغصب والاجارة والاعارة (قوله وجه ظاهر الرواية الخ) أقول فيه أنه لم يتبين مما ذكره رواية غير ظاهرة عن أصحابنا نعم ما ذكر عن أبى يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه نبه عليه فى النهاية وغيره فكان الاليق بهذا الشارح أن ينبه أيضا (قوله وبناء الثانى على الاول ممنوع الخ) أقول فيما اذا كان المدعى وقفا على أحد الفريقين أو مشريا بالخيار ولا خيار للبائع فأقام ذو اليد البينة على أن المتولى أو المشترى أودعه (قوله كالوكيل بنقل المرأة الخ) أقول فى صلاح السند المسندية كلام لا يخفى لعدم مما نعته للمقدمة الممنوعة وجوابه أنه تنظير لا تمثيل للانفكاك الظاهر فليتأمل

كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به ووجه قول ابن أبي ليلى أن ذا اليد أقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق لنفسه فتبين كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله

يعني أن ما نحن فيه نظير ما اذا وكل وكيلا بنقل امرأته اليه فأقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فان بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل في وقوع الطلاق مالم يحضر الغائب (كما بيناه من قبل) أي في باب الوكالة بالخصومة والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعى عن المدعى عليه ولا تقبل في اثبات الملك للغائب وهذا الان مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده بها اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة وفي هذا المدعى خصم له فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقرار خصمه بذلك (ولا تندفع) أي الخصومة (بدون اقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى) فانه قال باندفاعها بمجرد اقرار المدعى عليه للغائب بدون اقامة البينة ووجه قوله أن ذا اليد أقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه خلوه عن التهمة فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة ووجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله (لانه) أي ذا اليد (صار خصما بظاهر يده) ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب (فهو باقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه) فهو متهم في اقراره (فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره) بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا هنا لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لاثبات الاقرار كذا في العناية واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال قد سبق في أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى أقول هذا ليس بشئ اذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع كيف ولا يخفى على مثله أن عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعلل شتى كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة وكعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد أيضا الى غير ذلك وانما مراده أن اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة في دعوى العقار انما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر (وقال أبو يوسف آخرا ان كان الرجل صالحا فالجواب) أي جواب المسئلة (كما قلناه) أي تندفع عنه الخصومة باقامة البينة (وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) وان أقام البينة كما قال ابن شبرمة (لان المحتال من الناس قد يدفع ماله) سرا (الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود) علانية (فيحتال لابطال حق غيره) أي يكون مقصوده من ذلك الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة (فاذا اتهمه القاضي به) أي بالاحتيال (لا يقبله) أي لا يقبل ما صنعه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه أبو يوسف استحسان ذهب اليه بعد ما ابتلي بالقضاء لانه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس مالم يعرفه غيره وما قاله قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا في غاية البيان واعلم أن هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه أشار بقوله هذا الشئ أو دعنيه فان الاشارة

أن يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب أنه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينة وهو غير معهود في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لاثبات الاقرار ووجه قول أبي يوسف أن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبلها

(قوله ولئن سلمنا البناء الخ) أقول فيه بحث (قوله لكن مقصود المدعى عليه الى قوله ولا معتبر به) أقول فقوله اثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر الخ ان أريد اثبات الملك له قصدا فمسلم ولا يضرنا وان أريد اثباته ضمنا فلا نسلمه ثم المراد من الضمني خلاف القصدي والمراد بذلك في قوله فيكون ذلك ضمنيا الخ اثبات الملك للغائب فحصل المعنى فيكون اثبات الملك للغائب ضمنيا ولا معتبر به (قوله وهو غير معهود في الشرع) أقول قد سبق في أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد

(ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى ولانه ما أحاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني وعند أبي حنيفة تندفع لانه أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود

الحسبة لا تكون الا الى موجود في الخارج وأما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لانه اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا أنه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل وأما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما أقام المدعي عليه من البينة على أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح ثم ان الذي ذكر في الكتاب اذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه) أي أصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لا تندفع عنه الخصومة) أي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر أن مرادهم بالاجماع ههنا اجماع أئمتنا الثلاثة أو اجماع ما عدا ابن أبي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر قال المصنف في تعليل المسئلة (لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي) حيث لم يعرفوه (ولانه) أي ذا اليد (ما أحاله) أي ما أحال المدعي (الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت) أي الخصومة (لتضرر به المدعي) أقول في تعليله الثاني قصور أما من حيث اللفظ فلانه أضمر فيه المدعي أولا حيث قال ما أحاله وأظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعي اتباعه ولا يخفى على من له معرفة بأساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه اما العكس واما الاضمار في المقامين وأما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع أنه منقوض على قول أبي حنيفة وأبي يوسف بالمسئلة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر وكان الامام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسئلة في التبيين لانهم ما أحالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان يقول المصنف أيضا لانهم ما أحالوه بدل قوله لانه ما أحاله لان المسئلة في أن لا يعرفه الشهود لا في أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب حالهم اليه ويحتمل أن يكون الضمير البارز في قوله لانه والضمير في قوله ما أحاله راجعين الى الشهود بتأويل من شهد (ولو قالوا) أي الشهود (نعرفه) أي الرجل الذي أودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب) أي جواب المسئلة (عند محمد للوجه الثاني) وهو قوله ولانه ما أحاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل أتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا في الكافي والشروح (وعند أبي حنيفة تندفع لانه) أي المدعى عليه (أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره) أي غير المدعي (حيث عرفه الشهود بوجهه) فحصل العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعي (بخلاف الفصل الاول) وهو ما اذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلا (فلم تكن يده) أي لم تكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني (يد خصومة) لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ (وهو المقصود) أي لا تكون يده يد خصومة بل يد

حفظ

وأما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها وأما الفصل الثاني فله وجهان أحدهما احتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه والثاني أنه ما أحاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي وأما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما أحاله الى معين الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل أتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ووجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينة أن العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حينئذ أن المودع غير المدعي عليه فاذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت

(قوله والمدعى هو الذى أضر بنفسه) جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من نفسه (حيث نسى خصمه) أو من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة فى يد المدعى عليه والبه أشار بقوله هذا الشئ أو دعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود فى الخارج وأما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه

والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسى خصمه أو أضره شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وان قال المدعى غصبته منى أو سرقته منى لا تندفع الخصومة وان أقام ذو اليد البينة على الوديعة) لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذى اليد ويصح دعوى الفعل (وان قال المدعى سرق منى وقال صاحب اليد أو دعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه

حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة والحديث المار يدل على نفى المعرفة التامة وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما انما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسى خصمه أو أضره شهوده) أى شهود المدعى عليه وهو ذو اليد وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعى ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من جهة نفسه حيث نسى خصمه أو من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذى اليد (وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى) أى هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى اما لان فيها خمسة أقوال كما أشار اليه بقوله (وذكرنا الاقوال الخمسة) وهى قول ابن شبرمة وقول ابن أبى ليلى وقول أبى يوسف وقول محمد وقول أبى حنيفة رحمهم الله واما لان فيها خمس صور وهى الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكروه أيضا (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم) هذا لفظ القدورى يعنى ان قال المدعى عليه اشتريت هذا الشئ من الغائب فهو خصم للمدعى (لانه) أى المدعى عليه (لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ملكا مطلقا (وان قال المدعى غصبته منى) أى غصبت هذا الشئ منى (أو سرقته منى لا تندفع الخصومة وان أقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه) أى لان ذا اليد (انما صار خصما بدعوى الفعل عليه) أى بدعوى المدعى الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذى اليد (لا بيده) أى لم يصر ذو اليد فى دعوى الفعل خصما بيده ثم ان فعل ذى اليد لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال انه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه (بخلاف دعوى الملك المطلق لانه) أى ذا اليد (خصم فيه) أى فى دعوى الملك المطلق بتا وبل الادعاء (باعتبار يده حتى لا تصح دعواه) أى دعوى الملك المطلق (على غير ذى اليد) ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما (ويصح دعوى الفعل) أى يصح دعوى الفعل على غير ذى اليد كما يصح دعواه على ذى اليد (وان قال المدعى سرق منى) أى ان قال المدعى سرق منى هذا الشئ على صيغة المجهول (وقال صاحب اليد أو دعنيه فلان وأقام البينة) أى على أن فلانا أودعه اياه (لم تندفع الخصومة) هذا أيضا لفظ القدورى قال المصنف (وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع) أى الخصومة وهو القياس (لانه) أى المدعى

دليل الملك الا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل وأما اذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت فى يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة قال (وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ) واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لانه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعى غصبت هذا العين منى أو سرقته منى وأقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذى اليد وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال انه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق

فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذى اليد ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعى سرق منى وأقام ذو اليد البينة على أن فلانا أودعه لم تندفع الخصومة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه

(قال المصنف أو أضر به شهوده) أقول أى شهود المدعى فالاضافة للملابسة أو شهود المدعى عليه ولا يخلو عن البعد (قوله لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره) أقول الضمير فى قوله غيره راجع الى الملك (قوله ولهذا صحت الدعوى) أقول أى دعوى الفعل

لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على مالم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر أنه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درأ للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ أجيب بأن وجهه أنه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك ببقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فتى ظهرت سرقته بعد ذلك ببقين قطعت يده لظهورها قبل أن تصل العين الى المالك فكأن في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصبت لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أسقطت الخصومة من غير بينة لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها

(لم يدع الفعل عليه) أي على ذي اليد (فصار كما اذا قال) أي المدعي (غصب مني على مالم يسم فاعله) يعني أن التجهيل أفسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك فتندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب وقال غصب مني على مالم يسم فاعله وأقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هناك فكذا هنا كذا في غاية البيان (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن ذكر الفعل) وهو السرقة (يستدعي الفاعل لامحالة) لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور (والظاهر انه) أي الفاعل (هو الذي في يده الا أنه) أي المدعي (لم يعينه) أي لم يعين الفاعل (درأ للحد شفقة عليه) أي على ذي اليد (واقامة لحسبة الستر) أي لاجل الستر قال صاحب العناية فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فربما يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ أجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك ببقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فتى ظهرت سرقته بعد ذلك ببقين قطعت يده لظهورها قبل أن يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى أقول في كل واحد من السؤال والجواب نظر أما في السؤال فلانه ان أراد بقوله وفي ذلك جعله سارقا ان في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعيين كونه السارق وان أراد به أن في ذلك مجرد جعله خصما في دعوى كون ذلك الشئ مسروقا من المدعي فهو مسلم لكن لا وجه حينئذ لقوله فما وجه الدرء حينئذ اذ وجهه حينئذ ظاهر وهو سقوط القطع بعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره وأما في الجواب فلان مقتضاه أن جعل ذي اليد خصما والقضاء عليه بتسليم العين الى المدعي في مسئلتنا هذه انما كان لاجل الاحتيال لدرء الحد وأن الاحتيال لدرئه انما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعي وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه لان ظهور سرقة ذي اليد بعد ذلك ببقين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها أمر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما اذا اعترف بانها ملك الغير أو دعاها عنده فان اتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود في الشرع (فصار) أي فصار ما اذا قال سرق بصيغة المجهول (كما اذا قال سرقت) بالتعيين والخطاب (بخلاف الغصب) أي بخلاف ما اذا قال غصب مني بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة باثبات الوديعة بالاتفاق (لانه لا حد فيه) أي في الغصب (فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعي معذورا في التجهيل (ولو قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك) أي فلان الذي قال المدعي ابتعته منه (أسقط الخصومة) أي أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه (بغير بينة) هذا لفظ القدوري قال المصنف (لانهما توافقا على أن أصل الملك فيه) أي في الشئ المدعى (لغيره) أي لغير صاحب اليد (فيكون وصولها) أي وصول العين المدعاة وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول المصنف

(قوله أجيب بأن وجهه أنه اذا جعل خصما الخ) أقول بان جعل سارقا ثم أقول فيه بحث فانه ان أراد أن في ذلك جعله سارقا في حق توجه الخصومة فمسلم ولا يلزم منه القطع وان أراد أن فيه جعله سارقا في حق القطع فليس كذلك وانما يلزم ذلك أن لو قال المدعي سرقته ولما قال سرق على بناء المجهول وشهد شهوده كذلك لم يظهر كون ذي اليد سارقا لاحتمال كون السارق غيره وابتياع ذي اليد منه والحدود تندرئ بالشبهات فحينئذ لا حاجة الى ما ذكره في معرض الجواب مع أن فيه ما لا يخفى (قوله ان ظهرت سرقته) أقول أي سرقة العين باقرار ذي اليد أو غيره فيكون

فيكون وصوله الى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم المدعي البينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته أنه أحق بامساكه

﴿باب مايدعيه الرجلان﴾

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين

الى يدذى اليدمن جهته فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه لانه أثبت ببينته كونه أحق بامساكها والله أعلم

﴿باب مايدعيه الرجلان﴾

قال (واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة

فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية ولكنه يشبه أنه قصد التفنن في العبارة (الى يدذى اليدمن جهته) أي من جهة الغير (فلم تكن يده يد خصومة الا أن يقيم) أي المدعي (البينة ان فلانا) أي فلانا المذكور (وكله بقبضه) أي بقبض الشئ المدعى (لانه) أي المدعي (أثبت ببينته كونه أحق بامساكها) أي بامساك العين المدعاة كانه قصد التفنن ههنا أيضا حيث قال أولا بقبضه بالتذكير وثانيا بامساكها بالتأنيث

﴿باب مايدعيه الرجلان﴾

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد (قال) أي القدوري في مختصره (واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها) أي العين (له وأقاما البينة) أي على ما ادعاه (قضى بها بينهما) أي نصفين وانما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا في نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة فبينة الخارج أولى عندنا وفي أحد قولي الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق لان في المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى (وقال الشافعي) أي في المسئلة التي نحن فيها (في قول تهاترتا) أي البينتان أي تساقطتا وبطلتا من أخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه كذا في المغرب (وفي قول يقرع بينهما) أي بين المدعيين ويقضى لمن خرجت قرعته (لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل) أي في كل العين (في حالة واحدة وقد تعذر التمييز) أي بين الصادقة منهما والكاذبة فيمتنع العمل بهما (فيتهاتران) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران انه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى كذا في النهاية والكفاية (أو يصار الى القرعة لانه عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما) روى سعيد بن المسيب أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته (ولنا حديث تميم بن طرفة) الطائي

(قال المصنف الا أن يقيم البينة أن فلانا وكله) أقول فان قيل يلزم حينئذ الحكم على الغائب بانه وكله قلنا لا محذور فيه فان ما يدعى على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعى على الحاضر وهو التسليم وقد مر قبيل باب التحكيم انه يجوز فراجعه

رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن أبي الدرداء رضي الله عنه

أن رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام فى ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان فى الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما فى سبب الاستحقاق

رواية عن أبى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه ذكره أبو داود (أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ناقة وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين) وعن أبى الدرداء رضى الله تعالى عنه أن رجلين اختصما بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شئ وأقاما البينة فقال ما أحوجكما الى سلسلة كسلسلة بنى اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين (وحديث القرعة كان فى الابتداء ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة يعنى انه كان فى ابتداء الاسلام وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان للقاضى هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك فى معنى القمار كذا فى الكافى وسائر الشروح (ولان المطلق) بكسر اللام أى المجوز (للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بان يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية فى حل هذا المقام ولانسلم كذب احداهما بيقين لان المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف انتهى أقول الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولان المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعى ان احدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه أنه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب اليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته لان استحالة اجتماع الملكين فى كل العين فى حالة واحدة ضرورية فكذب احداهما أى عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب وما ذكره فى معرض السند للمنع لا يجدى طائلا فى دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندى أن لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعى ذلك بل أن يكون مراده به القول بالموجب أى اثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم وتقريره أن المطلق للشهادة فى حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك فهى صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه لان صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به فى الواقع فان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل انما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان (فيجب العمل بهما ما أمكن) لان البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن (وقد أمكن) ههنا (بالتنصيف اذ المحل يقبله) أى يقبل التنصيف (وانما ينصف لاستوائهما) أى لاستواء المدعيين (فى سبب الاستحقاق) وهو الشهادة فحاصل كلام المصنف ههنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما فانه مما لا يطلع عليه العباد وأن وجه صحتهما ما ذكره يرشد اليه أنه قال فى التفريع فصحت الشهادتان

(قوله بمنزلة الاستحقاق فى ايجاب الحق) أقول فى ايجاب متعلق بقوله بمنزلة (قوله ولانسلم كذب احداهما بيقين) أقول فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الامر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكر فى معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود هنا ولم والا لزم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذى لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعى فليتأمل (قوله فكانت الشهادتان صحيحتين) أقول يعنى شرعا

قال (فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال (ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم تؤقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى

ولم يقل فصدقت الشهادتان ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب احداهما بيقين وأجاب عنه حيث قال فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احداهما لنفس الامر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود ههنا والازم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل انتهى أقول في الجواب بحث اذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لانه هو الذي يمكن أن يراد بلفظ الكذب ههنا بعد أن لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بموجه لان كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه وقد أبطله المحققون باجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الاسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى لاستدلال أئمتنا في هذه المسئلة وأيضا لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد في قواعد الشرع من أنه تعمد الكذب ولم يتعمده معنى لان الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وأيضا لا يندفع ما قاله الشافعي بمنع كذب احدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد اذ يكفي له كذب احداهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة احداهما للواقع فلم لا يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب احداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد اطلاق لفظ الكذب وعدم اطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسئلة فانما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي أن يترك به القول المعول عليه في معنى الصدق والكذب ثم ان قوله والازم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ان أراد به انه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة من الشهادتين وتكذيبها بعينها ممنوع وان أراد به أنه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة منهما وتكذيب احداهما لا بعينها فسلم لكن لا نسلم المحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا لا محققا فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (فان ادعى كل واحد منهما) أي من الرجلين (نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) وحكى عن ركن الاسلام على السغدي أنه لا ترجح احداهما الا باحدى معان ثلاث احداها اقرار المرأة والثانية كونها في يد أحدهما والثالثة دخول أحدهما بها الا أن يقيم الآخر البينة ان نكاحه أسبق كذا في الشروح نقلا عن الخلاصة قال المصنف (وهذا) أي الحكم المذكور (اذا لم تؤقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى) لما فيه من زيادة الاثبات كذا في الكافي قال صاحب العناية ولقائل أن يقول قوله فصاحب الوقت الاول أولى ليس بجلي لانه انما يكون أولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها أما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الاول طلقها فتزوج بها الثاني والجواب أن ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وأيضا قد ذكرنا آنفا أن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى أقول في الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثاني أولى قطعا وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثاني

(قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة الخ) دعوى نكاح المرأة من رجلين اما أن تكون متعاقبة أولا

فان كان الثانى فلا بينة لهما فالمرأة اما ان تقر لاحدهما أولا فان أقرت فهى امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثم بينة فمن أقام البينة فهى امرأته وان أقرت لغيره لان البينة أقوى من الاقرار وان أقاما فاما أن تكون فى بيت أحدهما أو دخل بها أولا فان كان ذلك فهى امرأته لان النقل الى بيته أو الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا أن يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح أولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فى أثبت سبق التاريخ فهى امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا يخالم يقض لواحدة منهما (٢٣٠) لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل للاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما

(وان أقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهى امرأته) لتصادقهما (وان أقام الآخر البينة قضى بها) لان البينة أقوى من الاقرار

فأيهما أقرت له أنه تزوجها قبل الآخر فهى امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل أن يقول قوله فصاحب الوقت الاول أولى ليس بجلى لانه انما يكون أولى اذا كان الثانى بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها أما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الاول طلقها فتزوج بها الثانى والجواب أن ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام فى ذلك وأيضا قد ذكرنا آنفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة

بل على منع أولوية الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول بل يتوجه أيضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا أى من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فماذا احتملت المدة التى بين الوقتين انقضاء العدة لجواز أن الاول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثانى كما ذكر فى السؤال فلم تثبت الاولوية فى الاول مطلقا وأما الجواب الثانى فهو وان كان صحيحا فى نفسه الا أن فيه نوع احتياج الى بيان علية الحكم بالاول فيما عاينا تقدمه أيضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت أمكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق قلت لا يمكن لان النكاح الثانى يحتمل أن يكون بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك ولا يقال يحمل أمرهما على الصلاح لان هذا انما يعتبر فى الدفع لا فى ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى

(وان أقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهى امرأته لتصادقهما فان أقام الآخر البينة قضى بها لان البينة أقوى من الاقرار) اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر فى نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان فى امرأة كل واحد منهما يدعى انها امرأته ويقيم البينة فان كانت فى بيت أحدهما أو كان دخل بها فهى امرأته لان البينتين اذا تعارضتا على العقد ترجح احداهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقى الملك فى عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن والامكان ثابت هنا بان يجعل نكاح الذى دخل بها ثابتا حين دخل وهذا لان تمكنه من الدخول بها أو من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا أن يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل فى مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن فى يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فأيهما أقرت المرأة أنه تزوجها قبله أو انه تزوجها دون الآخر فهى امرأته اما لان بينته ترجح باقرارها له كما بينا فى جانب الزوج أولان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا فى النهاية وأنت تعلم أن هذا بمنزلة الشرح لما فى الكتاب وانه يظهر منه أن قول القدورى فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض لواحدة من البينتين فيما اذا لم تكن المرأة فى بيت أحدهما ولم يكن أحدهما دخل بها واعلم أن هذا كله اذا كان التنازع حال حياة المرأة وأما اذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يؤرخا أو ارخا على السواء فانه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج

(قوله وان أقاما ها الخ) أقول الاظهر أن يقرر هكذا وان أقاما ها فان أرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شئ من ذلك يرجع الى تصديق المرأة وانما قلنا الأظهر ذلك لما لا يخفى عليك مما فى تقرير الشارح من الانقلاق والانتشار قال الاتقانى واحد نقلا من فصول الاستروشنى وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فصاحب التاريخ أولى اه والظاهر أن يقيد قوله وان أرخ أحدهما بلا مد ولا اقرار والا فصاحب اليد والاقرار أولى (قوله فان كان ذلك فهى امرأته الخ) أقول ولا يعتبر قولها وتصديقها (قوله وان لم يكن ذلك) أقول معطوف على قوله فان كان ذلك وقوله ذلك اشارة الى قوله فاما أن يكون فى بيت أحدهما أو دخل بها (قوله وان لم يذكرا تاريخا) أقول أو استوى تاريخهما (قوله والجواب أن ذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله لجواز أن الاول طلقها الخ

وان كان الاول فاذا انفرد أحدهما والمرأة بجحد فأقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الآخر وأقاما على مثل ذلك لا يحكم بهما لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه الا أن يؤقت شهود المدعى الثانى وقتا سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطأ فى الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد وأقاما بينة (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك) لان القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده

(ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة بجحد فاقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (الا أن يؤقت شهود الثانى سابقا) لانه ظهر الخطأ فى الاول بيقين وكذا اذ كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد وأقاما بينة (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك) لان القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده

واحد فرق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة والفرق أن المقصود فى حال الحياة هى المرأة وهى لا تصلح للشركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب من الابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزأ كذا فى غاية البيان نقلا عن الفصول وفى الفصول نقلا عن المحيط (ولو تفرد أحدهما بالدعوى) يعنى أن الذى ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو تفرد أحدهما بالدعوى (والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك) أى بما ادعاه الثانى (لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) أى لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التى هى مثل الاولى بل دونها لان الاولى تأكدت بالقضاء وهذا الان فى الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الرأى الرأى كذا فى غاية البيان (الا أن يؤقت شهود الثانى سابقا) أى وقتا سابقا فانه يقضى حينئذ بما ادعاه الثانى (لانه ظهر الخطأ فى الاول بيقين) حيث ظهر أنه تزوج منكوحة الغير أقول فى قول المصنف بيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به ولعل صاحب الكافى تنبه له حيث ترك لفظة يقين فى تحريره (وكذا اذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق) قد مر بيان هذه المسئلة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل نقلا عن المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف (معناه) أى معنى قوله منه (من صاحب اليد) وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجىء بعد هذا فى الكتاب كذا فى النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدورى (وأقام بينة) أى أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقاما هما من غير توقيت حيث قال فى شرح المقام وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكانه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافى فى ههنا حيث قال فى شرح المقام ولم تؤقت واحد قمن البينتين وقتا وأقول الاولى تعميمه لما لم يؤقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكمهاتين الصورتين سواء على ما صرح به فى مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ولو لم يعم لزم أن يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة فى الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسئلة لعدم دخولها فى الصور الآتية المتشعبة من هذه المسئلة ولا يخفى بعد ذلك (فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما) قال المصنف (لانه تغير عليه شرط عقده)

(قوله لانه ظهر الخطأ فى الاول بيقين) (قوله وكذا اذا كانت المرأة فى يد الزوج) مر بيانه قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد الخ) عبد فى يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف (معناه من صاحب اليد) احترازا عما سيأتى بعد هذه المسئلة (وأقاما) على ذلك (بينة) من غير تأقيت فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذى شهدت به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما فى الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما فى الملك المطلق وأقاما البينة (وان شاء ترك) لان شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه

(قوله لان شرط العقد الخ) أقول الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير لانه ما رضى بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكى ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته فى تملك الكل وأيضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له

فلعل رغبته فى تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن (فان قضى القاضى به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لانه صار مقضيا عليه فى النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة ولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضى

وهو رضاه لانه مارضى بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة عليه كذا فى معراج الدراية أخذا من الكافى وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته فى تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) وقال بعض الفضلاء ردا على صاحب العناية الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير لانه مارضى بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكى ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته فى تملك الكل وأيضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له انتهى أقول الذى هو تصرف نفس ذلك القائل ههنا ساقط أما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته فى تملك الكل فلان قول المصنف هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاكى صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق وأما قوله وأيضا الاتحاد وصف العقد الخ فلان مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا أنه شرط نفس العقد كما أن الرضا أيضا كذلك لتحقق نفس العقد فاسدا فى بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه وأن مراد المصنف أنه تغير شرط صحة عقده لا أنه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وانه لا محذور فى كون أحد وصفيه شرطا للآخر وقال صاحب العناية فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلا فى وقت واحد فينبغى أن تبطل البينتان أجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما فى وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببا فى وقت أطلق له الشهادة به اه واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما فى وقت واحد فالجواب ذلك أيضا وسيجىء من الشارح التصريح به فى الورقة الآتى وذكره الاتقانى ههنا نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا ينبغى بدفع ما اذا أورد عليه انتهى أقول مبنى جواب صاحب العناية ههنا تقييده مسئلة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت فحينئذ يتم جوابه فان ما يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسئلة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد وأما دفع السؤال عن مسئلة أخرى غير مذكورة فى الكتاب ففضلة من الكلام ههنا فلا ضير فى عدم وفاء جوابه بذلك نعم تقييده هناك ليس بمناسب رأسا كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة ثم ان ههنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المسئلتين معا ذكره أيضا صاحب الكافى وعامة الشراح وهو أن البيعين يتصور وقوعهما فى وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بان يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين فى زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كلا (فان قضى القاضى به) أى بالعبد (بينهما) أى بين المدعيين (فقال أحدهما لا أختار) أى لا أختار الاخذ (لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لانه) أى الآخر (صار مقضيا عليه فى النصف فانفسخ البيع فيه) أى فى هذا النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود الا بتجديد ولا يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه أجاب بقوله (وهذا لانه خصم فيه) أى فى النصف المقضى به (لظهور استحقاقه بالبينة لو لا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك) أى بخلاف ما لو قال أحدهما لا أختار الاخذ (قبل تخيير القاضى)

(قوله أجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما الخ) أقول فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما فى وقت واحد فالجواب ذلك أيضا وسيجىء من الشارح فى الصحيفة الثانية من الورق الآتى قال الاتقانى ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام أبى بكر المعروف بخواهرزاده

فان ادعيا الشراء من واحد والعين فى يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فانه يقضى بالدار بينهما أى نصفين ثم يخير كل واحد منهما ان شاء اخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك فجواب الشارح لا ينبغى بدفع ما اذا أورد عليه فليتأمل

حيث يكون له أن يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد وتطيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) لانه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به (ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه في يده

ولم يفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر (قوله حيث يكون له أن يأخذ الجميع) يشير الى أن الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ولو وقتت احداهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه في يد أحدهما فهو أولى

أي قبل القضاء عليه بالخيار (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لانه يدعي الكل) وحجته قامت به (ولم يفسخ سببه) أي لم يفسخ سبب استحقاق الكل في شئ (والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد) يعني انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل (وتطيره) أي نظير ما قال أحد مدعي الشراء لا أختار الاخذ قبل تخيير القاضي (تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء) أي تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار (ونظير الاول) أي نظير ما قال أحد مدعي الشراء لا أختار الاخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار (تسليمه بعد القضاء) أي تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخر الا أخذ نصف الدار واعلم أنه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة الى هنا وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (لانه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد) فاستحقاقه من ذلك الوقت (فاندفع الآخر به) اذ قد تبين به أن الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا (ولو وقتت احداهما) أي احدى البينتين (ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك) أقول فيه شئ وهو أن الآخر أثبت الملك أيضا وانما الشك في أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس فما الوجه في العمل بالاحتمال الثاني على أن الشك في أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضا في أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى قضى به لصاحب الوقت لانه يثبت له الملك في ذلك الوقت والذي لم يوقت يثبت ملكه في الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى أقرب الاوقات مالم يثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان أولى انتهى (وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (ومعناه) أي ومعنى قوله ومع أحدهما قبض (أنه في يده) أي القبض ثابت في يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع وجاز أن يكون الحكم هنالك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة كذا في النهاية وغيرها أقول بقي ههنا كلام وهو أن الظاهر أن هذه المسئلة والمسئلة السابقة التي كانت مذكورة أيضا في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التي ذكرها المصنف في البين وهي قوله ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المارة وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد اليه انه لم يعد في شئ منها لفظ الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى

(قوله وقوله حيث يكون له الى قوله يشير الى أن الخيار الخ) أقول والا فكان ينبغي أن يقول حيث يأخذ الجميع ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشاكلة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني

لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك

مسئلة مستقلة وقد قال المصنف في صدر المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك أن يكون وضع المسئلة فيما اذا كان المدعى في يد البائع وقال ههنا ومعناه أنه في يده أي في يد أحد المدعيين فاقتضى هذا أن يكون المدعى في يد المشتري فكان مخالفا لوضع المسئلة فليتأمل في التوجيه (لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) تعليل للمسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احداهما أن الحادث يضاف الى أقرب الاوقات والثانية أن مامع البعد بعدية زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى أقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى انتهى أقول قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافي وعليه عامة الشراح لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ماجرت عليه عادة المصنف في أسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام ما يأبى أن يكون مراده ذلك اذ لو أراد ذلك لاكتفى بأن قال لان قبضه يدل على سبق شرائه اذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فعندي أن تحقيق مراده هو أن تمكن أحدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا للغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية ستظهر ثمرته الجليلة عن قريب ان شاء الله تعالى (ولانهما استويا في الاثبات) أي ولان القابض وغير القابض استويا في اثبات الشراء بالبينة والقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وأن يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكا (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) لا يقال بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فينبغي أن ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون أولى من بينة ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا أما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي ههنا وقد صرحوا به في مواضع منها ما مر في أوائل باب اليمين قال صاحب العناية وطواب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فان الخارج هنالك أولى والجواب أن كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج أولى وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد في البيان حيث قال فأما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت بتصادقهما عليه انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض أقوى لتأكده بالقبض فكان هو أولى انتهى أقول في الجواب بحث وهو أن الذي يثبت لكل واحد من المدعيين الملك له ثمة وهو بائع أن كل واحد منهما ليس بذي يد بل هو خارج كغير القابض من المدعيين وكون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فيما اذا أثبتا الملك لانفسهما مسلم وأما فيما اذا أثبتاه لخارج آخر ممنوع ألا يرى أن الدليل الذي ذكروا لاثبات كون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد وهو أن بينة الخارج أكثر اثباتا أو اظهارا فان قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد دليل مطلق الملك انتهى انما يجري فيما اذا أثبتا الملك لانفسهما لا فيما

(لان تمكنه من قبضه يدل على يضاف الى أقرب الاوقات والثانية أن مامع البعد بعدية زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى أقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى (ولانهما استويا في الاثبات) وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فان الخارج هنالك أولى والجواب أن كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج أولى وههنا ليس كذلك

(قوله وبينة غير القابض قد تكون الخ) أقول اذا كانت شهادتهم بالشراء المقدم (قوله وقد لا يكون) أقول اذا كان المشهود به الشراء المتأخر (قوله يحتاج الى اثبات الملك) أقول أي الملك المطلق (قوله وههنا ليس كذلك) أقول لاتفاقهما على أن الملك كان للبائع

اذا

(وكذا اذا ذكر الآخر) يعني بينة الخارج (وقتا) فذو اليد أولى لان بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه (الا أن يشهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد) فانه تنقض بها اليد (لان الصريح يفوق الدلالة واذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لانه (لكونه معاوضة من الجانبين) كان أقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض

وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال (وان ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لان الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض

اذا أثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتأمل (وكذا لو ذكر الآخر وقتا) أي ولو ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذي اليد أيضا (لما بينا) قال صاحب العناية بل عامة الشراح قوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه أقول يرد عليهم أنهم جعلوا قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجري فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى أقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى أقرب الاوقات انما تتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف الى أقرب الاوقات الذي هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية وأما شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه في الظاهر حملا لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر الا أنه ليس بمتعين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي بالشك مثل ما ذكره المصنف فيما اذا لم يوقت أحدهما ووقت الآخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب أن يحمل قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه هناك ثم يجعل قوله ههنا لما بينا اشارة الى ذلك القول اذا المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه أيضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التي أشرنا اليها فيما مر آنفا (الا أن يشهدوا) أي شهود الخارج (أن شراءه) أي شراء الخارج كان (قبل شراء صاحب اليد) حينئذ يكون الخارج أولى (لان الصريح يفوق الدلالة) يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (قال) أي القدوري في مختصره (وان ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) أي معنى ما قاله القدوري ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد وانما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعيين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ثم ان تمام لفظ القدوري (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) وكذا الحكم اذا أرخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام (لان الشراء أقوى) أي من الهبة (لكونه معاوضة من الجانبين) والهبة تبرع بوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر فكانت أولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات (ولانه يثبت الملك بنفسه) عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشراء أقوى أي ولان الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء (والملك في الهبة يتوقف على القبض) ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشراء أقوى من الهبة يشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتي لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين

(قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه الخ) أقول لا بد من التأمل انه هل يتمشى هنا تحقيقه المبني على المقدمتين بل الظاهر أنه اشارة الى قوله لا تنقض اليد الثابتة بالشك الا أن قوله لان الصريح الخ يؤيد الاول (قوله ولان الشراء الى قوله ثابتين معا الخ) أقول بل يثبت الشراء مع القبض اذا الحادث يضاف الى أقرب الاوقات على ما مر آنفا فلا يثبت مطلوبه الذي هو سبق ملك مدعي الشراء هذا والظاهر أن قوله ولانه يثبت الملك بنفسه الخ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فافهم

يشهد لذلك قوله في دليل المسئلة الآتية لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لا يخفى (قوله دون الهبة لتوقفها على القبض) أقول فكان ملك مدعي الشراء سابقا

وكذا اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض وقوله (لما بينا) اشارة الى ماذكر من الوجهين فى أن الشراء أقوى (واذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء ويقضى به بينهما لاستوائهما فى وجه التبرع) فان قيل لانسلم التساوى فان الصدقة لازمة لاتقبل الرجوع دون الهبة أجاب بقوله ولاترجيح باللزوم وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المآل أى بما يظهر أثره فى ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل ولاترجيح بما يرجع الى المآل لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم (٢٢٦) فى الحال (وهذا) أى الحكم بالتنصيف بينهما (فيما لايحتمل القسمة) كالحمام والرحى صحيح (وكذا فيما يحتملها) كالدار والبستان (عند البعض) لان كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لايمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لايصح) ولايقضى لهما بشئ (لانه تنفيذ الهبة فى الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان) قيل هذا قول أبى حنيفة أما عند أبى يوسف ومحمد فينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح أنه لايصح فى قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لاتجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها

وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما فى وجه التبرع ولاترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم فى الحال وهذا فيما لايحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لايصح لانه تنفيذ الهبة فى الشائع وصار كاقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح

معا والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى أقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشراء أقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على أصل المسئلة وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافى ههنا لكن لايخفى على ذى مسكة أن قول صاحب العناية بعيد هذا وقوله لما بينا أشار الى ماذكر من الوجهين فى أن الشراء أقوى انتهى ظاهر الدلالة على أن يكون قول المصنف ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشراء أقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلاميه تدافع لايخفى (وكذا الشراء والصدقة مع القبض) أى كذا الحكم اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض (لما بينا) اشارة الى ماذكره فى المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء) يعنى اذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء (حتى يقضى بينهما) أى نصفين كذا فى الكافى وغيره (لاستوائهما فى وجه التبرع) فان قيل لانسلم التساوى فان الصدقة لازمة لاتقبل الرجوع دون الهبة أجاب بقوله (ولاترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل) أى يظهر أثره فى ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل (والترجيح بمعنى قائم فى الحال) أى الترجيح انما يقع بمعنى قائم فى الحال لابمعنى يرجع الى المآل واجيب أيضا بان امتناع الرجوع فى الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لالقوة السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها أيضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم (وهذا) أى القضاء بالتنصيف بينهما (فيما لايحتمل القسمة) كالحمام والرحى (صحيح وكذا فيما يحتمله) أى فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان (عند البعض لان الشيوع طارئ) يعنى أن كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل الا انه ليس له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئا ولذا لايمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لايصح) ولايقضى لهما بشئ (لانه تنفيذ الهبة فى الشائع) فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابى حنيفة أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح أنه لايصح فى قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى له بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لاتجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها كذا فى العناية

(قوله واذا ادعى أحدهما الشراء الخ) أقول والظاهر أنه اذا ادعى أحدهما انه قبضها عوضا عن هبة والآخر الشراء فكذا جواب المسئلة لهذين الدليلين وغيرها بعينهما (قوله ترجيح بما يرجع الى المآل) أقول لاترجيح بما يرجع الى المآل بل الترجيح انما يكون بمعنى قائم فى الحال (قوله اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل) أقول فان قيل ظهور الاثر فى ثانى الحال انما هو لقوة العقد فى الحال فيثبت المطلوب قلنا لانسلم بل لحصول الاجر للمتصدق وهو كوصول العوض للواهب فتأمل (قوله وعند اختلاف العقدين لاتجوز الهبة) أقول أريد بالهبة مايعم الصدقة على سبيل عموم المجاز

قال (واذا ادعى أحدهما الشراء الخ) اذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته انه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشترى عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند أبى يوسف وقال

قال (واذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء) لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه

وغيرها (قال) أى القدورى فى مختصره (واذا ادعى أحدهما الشراء) أى شراء شئ كعبد مثلا من رجل (وادعت امرأته انه) أى ذلك الرجل (تزوجها عليه) أى تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعى (فهما سواء) أى يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين (لاستوائهما) أى لاستواء الشراء والنكاح (فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه) هذا اذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالاسبق أولى كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وعن هذا قال صاحب العناية فى تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته انه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى وفى التبيين للامام الزيلعى ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشترى نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى (وهذا) أى الحكم المذكور وهو التسوية بينهما (عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة) أى وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة (لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء) يعنى أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها (اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه) بأن لا يجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء أقول ههنا اشكال ظاهر وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما اذا لم يؤرخا وأما اذا أرخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد ودليله المذكور فى الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تحمل بعضهم فى دفعه فقال ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين أن يقول الشهود مثلا كان العقد فى أول الظهر من اليوم الفلانى وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذ لم نرشاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتأمل قال صاحب العناية وذكر فى الاسرار جواب أبى يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء فى حق ملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين فى المسمى لمدعى الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سويناهما انتهى أقول هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم نسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلابى يوسف أن يقول المقصود من ذكر السبب ملك

محمد الشراء أولى لان العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة ويجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر فى الاسرار جواب أبى يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء فى حق ملك العين

(قوله فان قدمنا النكاح الخ) أقول كيف يقدم اذا أرخا وتاريخهما على السواء وتخصيص الخلاف بما اذا لم يؤرخا خلاف الظاهر من تقريره ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخين المتحدين أن يقولوا مثلا كان العقد فى أول الظهر من اليوم الفلانى وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدين اثنين وبه يظهر الجواب عن السؤال المذكور فى رأس الصحيفة السابقة بوجه آخر (قوله وذكر فى الاسرار الى قوله لم يوجب ملك المسمى الخ) أقول فيه بحث اذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين فى المسمى لمدعى الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سويناهما

(واذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما فالرهن أولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر اثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ولا ترد الهبة بشرط العوض فانها أولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة (وان أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبت أنه أول المالكين) وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض أن الآخر لم يتلق منه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وقول محمد أولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان أرخ أحدهما دون الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة أنه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى قول أبي يوسف يقضى لمن أرخ وعلى قول محمد يقضى لمن لم يؤرخ لانه يدعي أولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ان شاء الله تعالى (ولو ادعيا الشراء من واحد وأقاما ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء قضى به بينهما وان أرخا تاريخين متفاوتين فالاول أولى لما بينا) أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك (معناه

(واذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض (وان أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى) لانه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال (ولو ادعيا الشراء من واحد)

العين صورة اذ لولاه لا كتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك (وان ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى) وهو رواية كتاب الشهادات كذا في النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله (لانها) أي لان الهبة (تثبت الملك) أي ملك العين (والرهن لا يثبته) فكانت بينة الهبة أكثر اثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) أي المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد الضمان أقوى) أي من عقد التبرع ولان بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت أكثر اثباتا فكانت أولى كذا في الشروح (بخلاف الهبة بشرط العوض) يعني لا ترد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت أولى من الرهن (لانه بيع انتهاء) أي لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد (والبيع أولى من الرهن لانه) أي البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض) أي فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة (وان أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لانه) أي لان صاحب التاريخ الاقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه) أي والفرض أن الآخر لم يتلق منه هذا قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف آخرا وبه قال محمد أولا وأما على قول محمد آخرا فيقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة أنه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى قول أبي يوسف يقضى للذي أرخ وعلى قول محمد يقضى للذي لم يؤرخ لانه يدعي أولية الملك كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وسيأتي تمام بيانه في الكتاب ان شاء الله تعالى (قال) أي القدوري في مختصره (ولو ادعيا الشراء من واحد) قال المصنف

(قال المصنف ولو ادعيا الشراء الى قوله فالاول أولى) أقول قال العلامة الكاكي تبعا لصاحب النهاية وفي هذا الحكم لا يتفاوت أن يكون بائعهما واحدا أو اثنين لما أن صاحب التاريخ الاقدم أولى وانما يتفاوت الحكم بينهما فيما اذا وقتت احدى البينتين ولم توقت الأخرى على ما ذكر بعد هذا بقوله بخلاف ما اذا كان البائع واحدا انتهى قال العلامة النسفي في الكافي وان ادعيا

فكان باطلا فيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحدا أو اثنين وانما التفاوت بينهما اذا أقمت احداهما دون الاخرى على ما سيذكر بعيد هذا وقوله (معناه من غير صاحب اليد) ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت في سائر الاحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام

معناه من غير صاحب اليد (وأقاما البينة على تاريخين فالاول أولى) لما بينا

(معناه من غير صاحب اليد) أي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليس في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة فان في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الاحكام لا تتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحدا لانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا فان أرخا وتاريخهما على السواء أو لم يؤرخا فالدار بينهما نصفان لانهما استويا في الدعوى والحجة وان أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى لانه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت و يتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى تقليلا لنقض ما هو ثابت لانا اذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير وأما اذا قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الامران بالبينة واذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بان ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلا وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان بعينه فان لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما وان أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لاسبقهما تاريخا وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى لما قلنا انتهى وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في مؤاخذة المصنف ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كي لا يلزم التكرار لانه قال أولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا فيثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم انتهى أقول الحق ما قاله صاحب الكفاية وتوضيحه أن الامام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين احداهما ههنا والاخرى في أثناء الاحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هناك ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المصنف قوله الاول الى ما اذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثاني الى ما اذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلا والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مر معناه من صاحب اليد انما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بان معنى قوله ههنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعاه من غير صاحب اليد اذ لا يجيء في الكتاب مسئلة ان ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا و بان فائدة التقييد هناك الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد ههنا أيضا الاحتراز عن التكرار (وأقاما البينة على تاريخين) هذا من تتمة ما سبق أي لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين (فالاول أولى) أي فصاحب التاريخ الاول أولى (لما بينا) أي في مسئلة الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة وان أرخا واحدا هما أسبق تاريخا يقضى لاسبقهما تاريخا اتفاقا بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخه لملكه لا يعتد به وصار كانهما حضرا وأقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى وهكذا في الكفاية وشرح الكنز للزيلعي ثم قال في الكفاية الاسبق أولى رواية واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيما ذكرنا في الكتاب يشير الى أنه لا عبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط ما يدل على أن أسبق التاريخين أولى في ذلك أيضا انتهى فظهر أن ما في النهاية ومعراج الدراية مبني على رواية وما في الكافي والكفاية وشرح الكنز على رواية أخرى وهو مختار صاحب الهداية أيضا على ما يشير اليه كلامه الآتي في الدليل الذي ذكروه على عدم اعتبار السبق في ذلك بحثا فان بينة مدعي الاسبق تثبت لبائعه ملكا سابقا واذا أثبت أحد مدعي الملك المطلق تاريخا أقدم فهو أولى فليتأمل فقوله ولا تاريخ لملك البائعين غير ظاهر بل الظاهر خلافه حيث يتضمن اثبات تاريخ ملك المدعيين اثبات تاريخ ملك البائعين (قوله قيل لا تفاوت) أقول القائل صاحب النهاية (قوله ليس فيه زيادة فائدة) أقول فائدته دفع توهم التكرار في كلام القدوري (قوله ورتب عليه الاحكام) أقول الى هنا كلام النهاية مع تغيير يسير

(وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلا وآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا واحدا فهما (٢٣٠) سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا) وادعيا وأرخا تاريخا واحدا (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أن كل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك (ولو وقتت احداهما دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك

انه أثبته في وقت لا منازع له فيه (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء) لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين) لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك

ان ادعيا الشراء من صاحب اليد (أنه أثبته) أي أن صاحب التاريخ الاول أثبت الشراء (في وقت لا منازع له فيه) أي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كان أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو (وذكرا تاريخا فهما سواء) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أي ذكرا تاريخا واحدا وأما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لاثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده كذا في المبسوط انتهى وقد سلك صاحب العناية مسلكهما في شرح المقام حيث قال وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء انتهى وقال صاحب الكفاية أخذا من الكافي أي سواء كان تاريخهما واحدا أو كان أحدهما أسبق تاريخا فانهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ للملك البائعين فيصير كانهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا أن الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه وأسبقهما تاريخا أثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعي التلقي منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز أقول السر في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فان القاضي يقضي بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول أولى في ظاهر الرواية وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ وان أرخ أحدهما دون الآخر يقضي بينهما اتفاقا انتهى وقال في البدائع أما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضي بينهما نصفين وان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد في الاملاء انه سوى بين الميراث وبين الشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا الا أن يؤرخ ملك البائعين انتهى وذكر في الذخيرة أيضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها ثم أقول الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الاسبق أولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم فحمل مسئلة الكتاب على ما لا تاريخ فيه أولى كما لا يخفى قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا) أي فيصير كان البائعين حضرا وادعيا وأرخا تاريخا واحدا (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أي من أن كل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك (ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين) يعني اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين (لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك) أي على تقدم ملك بائعه يعني أن كل واحد من المدعيين ههنا خصم

قال المصنف (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء) أقول قال الزيلعي يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن انتهى قال الاتقاني أي تاريخا واحدا وان كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخرا وهو قول محمد في رواية أبي حفص وعلى قول أبي يوسف الاول يقضي بينهما انتهى ولا يخفى التدافع بين الكلامين ففصل في دفعه ان الكلام مبني على روايتين فما في غاية البيان مبني على رواية ما ذكره الزيلعي والذي يشير اليه كلام الهداية مبني على رواية أخرى فليتدبر وأنت خبير بأن المفهوم من دليل صاحب الهداية خلاف ذلك

(قوله لأن توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك) أقول أي ملك بائعه فانه يرجع الى دعوى الملك المطلق لبائعهما وتوقيت احداهما في الملك المطلق لا يفيد الاولوية لما سبق آنفا وسيجيء أيضا

عن

لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به) لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا أثبت بالبينة الا اذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ماذكر من قوله لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته وأما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا في الفرق لان البائع ان كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت وأما اذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا وفي ذلك تعارض أيضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض

لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره

عن بائعه في اثبات الملك له ونوقيت احداهما لا يدل على تقدم ملك بائعه (لجواز أن يكون الآخر أقدم) أي لجواز أن يكون البائع الآخر أقدم في الملك (بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما) أي المدعيين (اتفقا) في هذه الصورة (على أن الملك لا يتلقى) أي لا يؤخذ (الا من جهته) أي من جهة البائع الواحد لحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع (فاذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره) قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره انتهى أقول فيه نظر لان الكلام في توقيت احدى البينتين لا في اثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة المؤقتة كالملك الثابت المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا أن يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه أيضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراءه أيضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل محتمل للتقدم على الآخر والتأخر عنه الا أن هذا الفرق لا يجدي نفعا اذ الظاهر أنا لا نحكم في هذه الصورة أيضا لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف انه أسبق من الآخر فالوجه في تعليل كلام المصنف ههنا أن يقال لان الشراء أمر حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير المؤقت يضاف الى أقرب الاوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء المؤقت حكما وقد أشير الى هذا الوجه ههنا اجمالا في غاية البيان وشرح تاج الشريعة ومر منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافي فتذكر ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ماذكر من قوله لانهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى الا من جهته وأما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضر وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت وأما اذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معا وفي ذلك تعارض أيضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلان قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن كذب احدى البينتين وأما ثانيا فلان قوله فيرجح بالوقت غير تام لان الشك في ملك غير

(قوله لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا) أقول بل الحق تتميمه بقولنا لان الشراء أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات اذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المؤرخ حكما الا اذا تبين الخ فلا يرد حينئذ سؤاله المصدر بقوله ولقائل أن يقول الخ فليتأمل (قوله لجواز أن يقال من ثبت له الملك الخ) أقول يعني في المسئلتين (قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا) أقول فيه بحث لجواز أن يبيع وكيلا لشخصين في زمان واحد كما أشار اليه صاحب النهاية (قوله وملك غيره مشكوك ان تأخر) أقول أي ان تأخر الملك والمراد سببه أعني الشراء ففيه نوع من الاستخدام (قوله وان تقدم ملك) أقول لكن لم يملك المؤقت لانه لم يتلف الملك من جهته (قوله فيرجح بالوقت) أقول فيه تأمل فان الملك المعين له الوقت مشكوك أيضا لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحا (قوله جاز أن يقعا معا) أقول فيه بحث اذ لا يتصور أن يملك الشخصان عينا واحدة في زمان واحد حتى يتصور وقوع البيعين معا وجوابه انا لم ندع صحة البيعين معا كما اذا وقعا على التعاقب فلا يضرنا ما ذكرت

واطلاق الباعة بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم قال (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ الخ) وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخا فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذي اليد اذا كانت أقدم تاريخا كانت أولى من بينة الخارج وقال لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا للنتاج لان النتاج دليل على أولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشراء واحداهما أسبق من الاخرى فان الاسبق أولى سواء كان البائع واحدا أو اثنين

(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعا) لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق قال (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء

الموقت يستلزم الشك في ملك الموقت لان تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه أيضا ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فاذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به أصلا وأما ثالثا فلان قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تضاعف لا يزيد شيأ على التساوي والتساقط فما يصلح للترجيح في مرتبة من التعارض ينبغي أن يصلح له في سائر المراتب منه ولعمري أن صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما أتى بشيء يعتد به كما عرفت وان فيما ذكرناه من الوجه في تعليل كلام المصنف ههنا لمندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر) وأقاموا البينة (قضى بينهم أرباعا) وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها (لانهم يتلقون الملك من باعتهم) وفي بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين الاربعة فكان المراد منه من مملكيهم وفي بعض النسخ من ملقيهم استدلالا بلفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية (فيجعل كأنهم) أي المملكين (حضروا وأقاموا البينة) على الملك المطلق لانفسهم وثمة يقضى بينهم أرباعا فكذا ههنا (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخا كان أولى) أي كان صاحب اليد أولى قال المصنف (وهذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه) أي عن محمد (انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه) يعني أن هذا قوله الآخر المرجوع اليه وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد أنه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذي اليد اذا كانت أقدم تاريخا من بينة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة وقال لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا للنتاج وما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج كذا في النهاية ومعراج الدراية قال المصنف في تعليل ذلك (لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء) قال بعض الفضلاء هذا يحتاج الى البيان أقول في البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز أن تكون جهة الملك أي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم في نفس الامر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحداهما أسبق من الاخرى حيث كان الاسبق أولى لتعرضه لسبق سبب ملك أحد المشتريين وهو الشراء فلم يبق

(قوله لان البينتين قامتا على مطلق الملك) أقول تعليل لقوله وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد الخ وقوله عنه يعني عن محمد رحمه الله (قوله فكان التقدم والتأخر سواء الخ) أقول يحتاج الى البيان

احتمال

ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما والمعنى ما بينا ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول أبى حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة صاحب الوقت أولى لانه أقدم وصار كما فى دعوى الشراء اذا أرخت احداهما كان صاحب التاريخ أولى ولهما أن بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته

احتمال أن يكون الآخر أسبق فى الملك (ولهما) أى ولابى حنيفة وأبى يوسف (ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة) فان من ادعى على ذى اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذى اليد فى أن العين فى يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعى عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت ههنا بينة ذى اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح الا بعد اثبات التلقى من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا فى النهاية والعناية (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما) أى لو كانت الدار فى أيديهما كان صاحب الوقت الاول أولى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى قول محمد لا يعتبر الوقت وكانهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما كذا فى النهاية نقلا عن الايضاح (والمعنى ما بيناه) وهو ما ذكر من الدليل فى الطرفين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق) أى من غير ذكر سبب (ووقتت احداهما) أى احدى البينتين (دون الاخرى فعلى قول أبى حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة صاحب الوقت أولى) انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذا اليد اذا أقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذى اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا فى دعوى الملك المطلق بين الخارج وذى اليد عند ذكر التاريخ كذا فى النهاية ومعراج الدراية (لانه أقدم) دليل على ما قاله أبو يوسف أى لان صاحب الوقت أقدم (وصار كما فى دعوى الشراء) أى وصار الجواب فى هذه المسئلة كالجواب فى دعوى الشراء (اذا أرخت احداهما) أى اذا أرخت احدى البينتين هناك (كان صاحب التاريخ أولى) فكذا هنا والجواب أن الشراء معنى حادث فاذا لم يؤرخ حكم بوقوعه فى الحال وكان المقدم أولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه فى الحال كذا فى غاية البيان (ولهما) أى ولابى حنيفة ومحمد (أن بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه) أى لتضمن البينة بتأويل الشاهد (معنى الدفع) لما مر آنفا (ولا دفع ههنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته) أى من جهة ذى اليد لان بذكر تاريخ احداهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الاخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا بخلاف ما اذا أرخا وكان تاريخ ذى اليد أقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لا يقول بذلك والا لزمه المسئلة الاولى وأجيب بان ذلك يجوز أن يكون على قوله الاول انتهى. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقانى فى غاية البيان فراجعه انتهى أقول هذا الاعتراض ليس بشئ اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد فى مسئلتنا هذه أعنى أولوية الخارج فيما اذا وقتت احداهما

وههنا وقع الشك فى ذلك لان بذكر تاريخ احداهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاها من جهته

منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذى اليد فى أن العين فى يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعى عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت ههنا بينته بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح الا بعد اثبات التلقى من قبله فتقبل لكونها للدفع (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى أيديهما) كان صاحب الوقت الاول أولى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى قول محمد لا معتبر بالوقت (لما بينا) من الدليل فى الجانبين (ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول أبى حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة صاحب الوقت أولى لانه أقدم وصار كما فى دعوى الشراء اذا أرخت احداهما كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (ولهما أن بينة ذى اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع) لما مر (ولا دفع ههنا) لانه انما يكون اذا تعين التلقى من جهته

(قوله انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر) أقول آنفا

لامكان أن الاخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا بخلاف ما اذا أرخا وكان تاريخ ذى اليد أقدم كما تقدم (وعلى هذا اذا كانت الدار بأيديهما) فأقام أحدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابى يوسف قبل الاستدلال بقوله ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم يقل بذلك والا لزمه المسئلة الاولى

وعلى هذا اذا كانت الدار فى أيديهما ولو كانت فى يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الذى وقت أولى وقال محمد الذى أطلق أولى لانه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن

دون الاخرى يجوز أن يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة الاتقانى على أنه قوله الآخر بل مراده ان قول المصنف ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبى حنيفة ومحمد فى مسئلتنا هذه يجوز أن يكون مبنيا على قول محمد الاول فى المسئلة الاولى فلا يلزمه المسئلة الاولى على قوله الثانى هناك وتوضيح المقام أن لمحمد فى مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضى للذى لم يؤقت وهذا مبنى على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه أبو حنيفة ووجهه أن غير المؤقت أسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك وقوله الآخر ان الخارج أولى وهذا مبنى على أنه لا عبرة للتاريخ فكان المؤقت لم يؤقت فتكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر اثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو فى قوله الآخر فى هذه المسئلة مع أبى حنيفة كما أنه فى قوله الاول فى المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول لو أريد الاستدلال على قول محمد الثانى فى هذه المسئلة مع رعاية قوله الثانى فى المسئلة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة القائلة ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع بل كفى أن يقال ان بينة ذى اليد لا تقبل عنده أصلا فى غير النتاج وما فى معناه لما مر له من الدليل فى المسئلة الاولى ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبى حنيفة ومحمد فى دليل واحد ليستغنى عن ذكر دليل آخر لمحمد استدل على قول أبى حنيفة وقول محمد الآخر فى هذه المسئلة بما يجمعهما مراعيا قول أبى حنيفة وقول محمد الاول فى المسئلة الاولى فاحتاج الى ذكر تلك المقدمة وهذا هو المراد بالجواب الذى ذكره صاحب العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه وقال ذلك البعض ويجوز أن تكون النكتة لابى حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اه أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه فى مثل هذا المقام أمر مستبعد جدا من وجوه شتى فتبصر (وعلى هذا) أى الخلاف المذكور (اذا كانت الدار فى أيديهما) وأقاما البينة على الملك المطلق فوقتت بينة أحدهما دون بينة الآخر يعنى لا عبرة للتاريخ عندهما والدار للمؤرخ عند أبى يوسف (ولو كانت فى يد ثالث) أى ولو كانت الدار المدعاة فى يد ثالث (والمسئلة بحالها) أى وقتت بينة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الاخرى (فهما سواء) أى فالخارجان سواء يعنى يقضى بينهما نصفين (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الذى وقت أولى وقال محمد الذى أطلق) أى لم يؤقت (أولى لانه) أى الاطلاق (دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) كالاولاد والاكساب (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) أى وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض فان من أقام بينة على مطلق الملك فى جارية مثلا واستحقها وزوائدها يرجع باعتها بعضهم على بعض فكان مدعى مطلق الملك كان مدعيا للملك من الاصل وملك الاصل أولى من التاريخ (ولابى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن) يعنى أن العمل بالمتيقن راجح على

(قوله والا لزمه المسئلة الاولى) أقول ويجوز أن تكون النكتة لابى حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان (قوله وأجيب بان ذلك الخ) أقول فيه بحث فان أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقانى فى غاية البيان فراجعه (قال المصنف وقال محمد الخ) أقول هذا قوله الأول الذى يعتبر فيه السبق بالتاريخ على ما ذكره الاتقانى فتأمل أنت وقال الاتقانى وأما على قوله الآخر يجب ان العمل يقضى بينهما نصفين ثم اعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث النص وقد يكون من حيث المعنى فأبو حنيفة انما يعتبر السبق من حيث النص ومحمد على قوله الاول يعتبر السبق المعنوى أيضا فليتأمل (قوله فكان ملكا للاصل) أقول الظاهر أن يقال فكان ملكا من الاصل

ولابى حنيفة أن التاريخ يضامه) أى يزاحمه (احتمال عدم التقدم) لان الذى لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المؤرخ أيضا كذلك فاستويا فى السبق واللحوق فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار (قوله بخلاف الشراء) جواب عن قول أبى يوسف ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى أقرب الاوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان أقام الخارج وصاحب اليد الخ) وان أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد (بينة بالنتاج فذو اليد أولى) وهو استحسان وفى القياس الخارج أولى وبه أخذ ابن أبى ليلى لان بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لان الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان أن بينة ذى اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له) سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده أما قبله فظاهر وأما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته فى نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم أن بينة ذى اليد انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا

كما لو ادعيا الشراء ولابى حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال (وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) لان البينة قامت على ما لا تدل عليه فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له

العمل بالمحتمل (كما لو ادعيا الشراء) أى ادعياه من بائع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر (ولابى حنيفة أن التاريخ يضامه) أى يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أى اعتبار التاريخ يعنى أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذى أرخ سابقا على تاريخ صاحبه ويحتمل أن يكون متأخرا عنه فنزلناه مقارنا له رعاية للاحتمالين كذا فى شرح تاج الشريعة وغيره (فصار) أى فصار حكم هذه المسئلة (كما لو أقاما البينة على ملك مطلق) أى بدون أن يذكرا التاريخ أصلا (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبى يوسف كما لو ادعيا الشراء (لانه) أى الشراء (أمر حادث فيضاف الى أقرب الاوقات) وهو الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ لا محالة أقول الآن حصحص الحق من المصنف فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو فى سمت دليل أبى يوسف ههنا وكنت استشكلته هناك واخترت ما ذكره صاحب الكافى هناك موافقا لما ذكره المصنف فى خاتمة الكلام ههنا فتذكر (قال) أى القدورى فى مختصره (وان أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده وهذا جواب الاستحسان وأما جواب القياس فالخارج أولى وبه أخذ ابن أبى ليلى ووجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما فكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما فى دعوى الملك المطلق كذا فى النهاية وكثير من الشروح ووجه الاستحسان ما أشار اليه المصنف بقوله (لان البينة) أى بينة ذى اليد (قامت على ما لا تدل عليه اليد) وهو أولية الملك بالنتاج (كبينة الخارج (فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له) أى لذى اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده أما قبله فظاهر وأما بعده

نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن وأما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت أكثر اثباتا انتهى أولى

(قوله لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما الخ) أقول فلا يكون قوله أكثر استحقاقا بمعنى التفضيل ثم اعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله الثابت (قوله ووجه الاستحسان الخ) أقول فيه بحث اذ لا يظهر فيما ذكر من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جوابا عن وجه القياس فليتأمل (قوله لان بينته فى نفس الامر دافعة الخ) أقول فان قيل ما الفرق بينه وبين ما اذا لم يكن لذى اليد بينة على ايداع الغائب عنده حتى قضى القاضى به للمدعى ثم وجد ذو اليد بينة على الايداع لا تسمع والقضاء للمدعى ماض والدليل الذى ذكره جار فيه قلنا ما أمكن ينبغى أن يصان القضاء عن البطلان وتحفظ الحقوق عن التوى وفى مسئلة الايداع ذلك فان الغائب اذا جاء وأقام البينة يحكم له بخلاف ما نحن فيه

وهـذا هو الصحيح خـلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء

فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا كذا قرر في العناية واكتفى به أقول يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ماذكروا من وجه القياس لان تساوى البينتين من جهة دلالة كل واحدة منهما على أولية الملك بالنتاج لا ينافي أن تكون بينة الخارج أكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به في وجه القياس فينبغي أن تكون بينة الخارج أولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك فزادا في تقريرهما شيأ لا دفعه حيث قالا وأما قوله ان بينة الخارج أكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك الا أن في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنهما لو ادعيا ملكا مطلقا وأرخا وذو اليد أسبقهما تاريخا يقضى لذي اليد وان كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى أقول ويرد عليه أن كون بينة ذي اليد مثبتة لاولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير انما نشأ من اثباتها النتاج الذي لا يتكرر وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج أيضا لان كلا منافيما اذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا مسئلة أخرى لها أقسام وأحكام أخر كما سيجيء في آخر هذا الباب فاذا لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكراه ههنا واعلم أن وجه الاستحسان الذي لا يخلو حوله شائبة اشكال ههنا ما روى أبو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه أن رجلا ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة انها ناقته تتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم أنه ذكر في الشروح أخذا من الذخيرة أن بينة ذي اليد على النتاج انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك وأما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لان ذا اليد ببينته تثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج ببينته تثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت بينة الخارج أكثر اثباتا فهي أولى انتهى ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها اياه وصاحب اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة أو الاجارة أو الرهن والنتاج أسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى

(وهـذا) أي ما ذكر من القضاء لذي اليد (هو الصحيح) واليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده) أي يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد (لا على طريق القضاء) أي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك ووجه قوله أن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين اذ لا تتصور نتاج دابة من دابتين وفي مثل هذا تتهاتر البينتان كما في مسئلة كوفة ومكة على ما مر في أول هذا الباب ووجه صحة ما ذهب اليه العامة أن محمدا رحمه الله ذكر في الخارجين أقاما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسواقطها في يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها وبالسواقط لمن في يده أصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل

(قوله وهـذا) أي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد (هو الصحيح) واليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان انه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء) لان القاضي يتيقن كذب أحد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة ووجه صحة ذلك أن محمدا ذكر في خارجين أقاما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين لان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء على أن الشهادة على النتاج ليست بمعاينة للانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف

(قوله كمسئلة كوفة الخ) أقول يعني في الشهادة (قوله ليست بمعاينة للانفصال) أقول يعني لا يلزم فيها معاينة للانفصال

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) لان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد) لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية

واحد منهما ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين ماذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا الان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز أن يعتمد سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بان عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لان المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك أما ههنا فبخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة أصلا فيقضى لذي اليد فضاء ترك بعد ما حلف للخارج وعند العامة لا يحلف كذا في المبسوط والذخيرة (ولو تلقى كل واحد منهما) أي ولو أخذ كل واحد من الخارج وذي اليد (الملك من رجل) على حدة فكان هناك مملكان (وأقام البينة على النتاج عنده) أي وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه (فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه) فيقضى به لذي اليد لان كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه فكان المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) أي خارجا كان أو ذا اليد (لان بينته) أي لان بينة صاحب اليد (قامت على أولية الملك فلا يثبت) أي فلا يثبت الملك (للآخر الا بالتلقي من جهته) أي من جهة صاحب النتاج والفرض أن الآخر لم يتلق منه (وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين) بان ادعى أحدهما الملك والآخر النتاج (فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) من أن بينته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته (ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له) أي للثالث (الا أن يعيدها) أي البينة (ذو اليد) حينئذ يقضى له (لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي بثبوته في حق آخر فان أعاد ذو اليد بينته قضى له بها تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث قال في البدائع فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق وجه الفرق أن العتق حق الله تعالى ألا ترى أن العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لقدر

(ولو تلقى كل واحد) من الخارج وذي اليد (الملك من رجل فكان هناك بائعان (وأقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه) فيقضى به لذي اليد كان البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا (ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى) خارجا كان أو ذا يد (لان بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا) أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر الا من جهته (ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم أقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية) لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان أعاد ذو اليد بينته قضى له بها تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث

وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال (وكذلك النسج فى الثياب التى لا تنسج الا مرة) كغزل القطن

على ابطاله واذا كان حق الله تعالى فالناس فى اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم فى العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت فى اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم فى الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة شرعا أو اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شئ من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز انتهى (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق ان أقام البينة على النتاج تقبل) أى تقبل بينته (وينقض القضاء) أى وينقض القضاء الاول صورته ما اذا أقام الخارج البينة على ذى اليد فى دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضى بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الاول كذا فى النهاية والكفاية (لانه بمنزلة النص) أى لان اقامة البينة على النتاج بمنزلة النص فى الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هناك كذا هنا وهذا استحسان وفى القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا والقضاء كان خطأ فانى يكون مقضيا عليه كذا فى العناية وغيرها أقول فيه شئ وهو أن فى ظاهر هذا الجواب خروجا عن المسئلة التى نحن بصددها فان عبارة المسئلة هكذا وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وقد صرح فيها بكونه مقضيا عليه وينقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهرا فالاولى فى الجواب أن يقال ان كونه مقضيا عليه لا يضر بقبول بينته لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا فى نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضى فاذا ظهر تبين خطأ القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينقض كالقضاء بالظاهر فى خلافه نص قال الشراح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن أبى ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول انتهى أقول لا يتوجه السؤال رأسا لان كلامنا فى أن المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وترجيح ابن أبى ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه وأما ترجيحه بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذى أخذ به ابن أبى ليلى لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (وكذلك النسج) أى النسج كالنتاج فى أنه لا يتكرر وكل حكم عرفته فى النتاج فهو فى النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا فى يد رجل أنه ملكه بانه نسجه فى ملكه وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد كذا فى النهاية (فى الثياب التى لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن) هذا احتراز عن الثياب التى تنسج مرة بعد أخرى كالخز وفى المبسوط النسج فى الثوب موجب لاولية

الاولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفى القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه أنه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعى كان موجودا والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن أبى ليلى يرجح بينة الخارج فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لمصادفته موضع الاجتهاد أجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذى اليد فاذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول قال (وكذلك النسج فى الثياب التى لا تنسج الا مرة الخ) قد تقدم أن القياس ما ذهب اليه ابن أبى ليلى أن بينة الخارج أولى فى النتاج من بينة ذى اليد وما ذهبا اليه استحسان ترك به القياس بما روى جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها فقضى

رسول الله صلى الله عليه وسلم بها الذى هى فى يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان فى معناه من كل وجه فما لا يتكرر من أسباب الملك اذا ادعاه به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا أنه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه أو ادعى لبنا أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو لبدا بانه صنعه أو مرعزى وهى كالصوف تحت شعر العنز أو صوفا مجزوزا بانه ملكه جزه من شاته وأقام على ذلك بينة فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد لانه فى معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة أخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة قضى به للخارج لانها ليست فى معنى النتاج لتكررها

(وكذلك كل سبب فى الملك لا يتكرر) لانه فى معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج فى الدابة الا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج (وكذلك كل سبب فى الملك لا يتكرر لانه فى معنى النتاج) قد تقدم أن القياس فى دعوى النتاج ما ذهب اليه ابن أبى ليلى من أن بينة الخارج أولى وان ما ذهبنا اليه من كون بينة ذى اليد أولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهى حديث جابر رضى الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان فى معناه من كل وجه وكل ما لا يتكرر من أسباب الملك فهو فى معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد) أى واتخاذ اللبد (والمرعزى) أى وجز المرعزى اذا شددت الزاى قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهى كالصوف تحت شعر العنز كذا فى المغرب (وجز الصوف) فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد لبنا أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو ادعى لبدا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو ادعى مرعزى أنها ملكه جزها من عنزه أو ادعى صوفا أنه ملكه جزه من غنمه وأقاما على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد فى هذه الصور كلها لان أسباب الملك فيها لا تكون الا مرة واحدة فكانت فى معنى النتاج من كل وجه فألحقت به (وان كان يتكرر) أى وان كان سبب الملك يتكرر (قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق) قال صاحب النهاية والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذى لا ينسج الا مرة اذا صار لذى اليد بنسجه لا يتصور أن يصير للخارج بنسجه فكان فى معنى دعوى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث أما أولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر وأما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى أقول كلا بحثيه ساقط جدا أما الاول فلانه لا يقضى ههنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة الى ذى اليد حيث كان المدعى للخارج بل انما يقضى ههنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر اثباتا كما فى الملك المطلق فلم يعتبر الا سبب واحد هو للخارج بخلاف ما سيجىء بعد أسطر حيث يقضى هناك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعى للخارج فيتجه عليه من قبل الامامين أن يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك وحيث لم يثبت الملك لذى اليد لم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى وأما الثانى فلان ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر فى معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذى يتكرر على أولية الملك كالنتاج بل يحتمل أن يثبت به الملك أولا وثانيا كالملك المطلق وانما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر اثباتا من بينة ذى اليد كما تحقق فى مسئلة دعوى الملك المطلق ولا حاجة الى بيانه ههنا ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق

(قال المصنف وان كان يتكرر الخ) أقول فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذى اليد أولى فلا بد من الفرق (قال المصنف بمنزلة الملك المطلق) أقول قال فى النهاية والمعنى فيه

أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى وفيه بحث أما أولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر وأما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك

وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان أشكل يرجع الى أهل الخبرة لانهم أعرف به فان أشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال (وان أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى) لان الاول ان كان يدعي أولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تناقي فصار كما اذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه

أما الخز فلما نقلناه وأما في الباقية فان البناء يكون مرة بعد أخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحبوب ثم تزرع ثانية واذا لم يكن في معناه لا يلحق به (فان أشكل) شئ لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع الى) العدول من (أهل الخبرة) ويبنى الحكم عليه قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون (فان أشكل) على أهل الخبرة (قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول كان بخبر النتاج) كما روينا (واذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال واذا أقام الخارج البينة على الملك الخ) واذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى لان الخارج ان كان يدعي أولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تناقي في هذا فصار كما لو أقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه

البيان واستشكل ذلك البعض قول المصنف وان كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذي اليد أولى فلا بد من الفرق أقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما اذا ادعيا الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقاني فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه هنالك وأما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد أولى كما مر في الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو أن كلا من الخارج وذي اليد هنالك أثبت ببينته الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما صرحوا به فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق بخلاف ما نحن فيه ولعل في كلام المصنف ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق (وهو) أي السبب المتكرر في الملك (مثل الخز) أي مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا كذا في المغرب قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج (والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب) أي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد تو بأنه ملكه نسجه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب كذلك وأقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصور كلها لان أسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها أما الخز فلما نقلناه وأما البناء فلانه يكون مرة بعد أخرى وأما الغرس فكذلك وأما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق (فان أشكل) أي فان أشكل شئ لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع الى أهل الخبرة) أي يسأل القاضي أهل العلم عن ذلك يعني العدول منهم ويبني الحكم على قولهم (لانهم أعرف به) قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط كذا في النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة (فان أشكل عليهم) أي فان أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضا (قضى به) أي بالمشكل (للخارج لان القضاء ببينته) أي ببينة الخارج (هو الاصل) لانه القياس (والعدول عنه بخبر النتاج) أي والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج أي بحديث النتاج وهو حديث جابر رضي الله عنه كما روياه من قبل في وجه الاستحسان (فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل) الذي هو القياس (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه) أي من ذلك الخارج (كان صاحب اليد أولى لان الاول) أي الخارج (ان كان يدعي أولية الملك) وفي بعض النسخ ان كان يثبت أولية الملك (فهذا) أي فصاحب اليد (تلقى منه) أي تلقى الملك من ذلك الخارج (وفي هذا لا تناقي) كما لا يخفى (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا أقر بالملك له) أي كما اذا أقر صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) أي صاحب اليد (الشراء منه) أي من الخارج قال صاحب النهاية ذكر في الفصول والحاصل أن الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا في كل الصور الخارج أولى الا اذا أقام صاحب اليد بينة على النتاج

قال (وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) قال وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما أن الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما تصادقا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق

أو أرخا وتاريخ صاحب اليد أسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب ترجح بينة صاحب اليد أيضا وهي فيما اذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام صاحب اليد البينة على أنه اشتراه من المدعى ان كان المدعى أثبت أولية الملك فهذا تلقى منه فحصل من هذا أن بينة ذي اليد ترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلاث التي ذكرناها انتهى أقول لا مساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول لانه فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قولي صاحب الفصول والحاصل أن الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا الخ وما ذكر في الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد باشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء وجعل ما ترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صورا ثلاثا كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له لانه ان أراد أن ما ترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لا يخفى وان أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق أو غيره هذه الصور الثلاث فليس بتام لان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصور الثلاث بل متحقق في غيرها أيضا كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ما سبق في الكتاب (قال) أي القدوري في مختصره (وان أقام كل واحد منهما) أي من الخارج وذي اليد (البينة على الشراء من الآخر) أي أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد وأقام هو واليد على أنه اشتراها من الخارج (ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) بغير قضاء (قال) أي المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضى بالبينتين وتكون) أي وتكون الدار (للخارج لان العمل بهما) أي بالبينتين (ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أي ثم باع ذو اليد من الخارج (ولم يقبض) الخارج (لان القبض دلالة السبق) أي لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء (كما مر) اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى (ولا يعكس الامر) أي لا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولا ثم باعها اياه (لان البيع قبل القبض لا يجوز) يعني أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز (وان كان) أي وان كان البيع (في العقار عنده) أي عند محمد رحمه الله (ولهما) أي ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن الاقدام على الشراء اقرار منه) أي من المشتري (بالملك للبائع فصار) أي فصار أمر هذه المسئلة (كأنهما) أي البينتين (تصادقا على الاقرارين) أي على الاقرارين من الطرفين (وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا) أي فيما نحن فيه (ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك) هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد ان العمل بالبينتين ممكن يعني أن السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات (وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق) أي للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد فانما نقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة ههنا

(قال وان أقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد وأقام هو واليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد) قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يقضى بهما لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا يعكس) أي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد أولا ثم باعه اياه (لان) ذلك يستلزم (البيع قبل القبض) وذلك (لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما أن الاقدام على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كانهما تصادقا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك) يعني أن السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و) ههنا (لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق) للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما نقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه

(قوله ثم باع ولم يقبض) أقول يعني ولم يقبض الخارج (قوله لحكمه وهو الملك) أقول قوله هو راجع الى الحكم

فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا بالوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول

مفيدا لحكمه بالنسبة اليه (فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده) فلم يكن معتبرا فلم يمكن العمل بالبينتين أقول للطالب أن يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما اذا أقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند أئمتنا الثلاثة على ما هو الصحيح بل قضى ببينة ذي اليد له بناء على أن البينتين استويا في الاثبات ورجحت بينة ذي اليد باليد كما مر وتهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك فتأمل في الفرق (ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا) أي اذا استوى الثمنان (لوجود قبض مضمون من كل جانب) لعدم القضاء بشئ من العقدين عندهما وان كان أحد الثمنين أكثر رجع بالزيادة كذا في شرح الكنز للزيلعي ثم ان هذا أي القصاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا في الكافي فان قلت تهاترت البينتان في الشراء عندهما فينبغي أن يكون كذلك في حق النقد لانه في ضمنه قلت أمكن أن لا تقبل البينة في حق شئ وتقبل في حق شئ آخر كالمرأة اذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنفلها على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة (وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) أي لوجوب الثمن عند محمد فان البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا الثمن عند مشتريه فينقاص الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع) لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار تتهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطا فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله (لان الجمع غير ممكن) لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن

(فبقي القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا الثمن عند مشتريه فينقاص الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع) لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار تتهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطا فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله (لان الجمع غير ممكن) لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا

(وان وقتت البينتان فى العقار) وقتين فاما أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذى اليد وكل منهما على وجهين اما أن يشهدوا بالقبض أولا فان كان وقت الخارج أسبق (فان لم يشهدوا بالقبض قضى بها لذى اليد عند أبى حنيفة وأبى يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز فى العقار عندهما وعند محمد يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقى على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل كان الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح على القولين جميعا (وان كان وقت ذى اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين) جميعا يعنى سواء شهدوا بالقبض أولم يشهدوا أما اذا شهدوا به فلا اشكال وأما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف جمع الوجهين فى قوله فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات القبض أوسلم ثم وصل اليه بسبب آخر من عارية أو اجارة باعتبار اثبات القبض قال (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها) ألا ترى أن الخبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية أخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ما عرف) أى فى علم أصول الفقه وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحداهما مستورة والاخرى

وان وقتت البينتان فى العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وان أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج فى الوجهين فيجعل كانه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف

فى الهداية من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر فى المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضى بالبينتين عند محمد فيقضى بالدار لذى اليد لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لانهما أثبتا العقدين والقبض فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها انتهى (وان وقتت البينتان فى العقار) وقتين قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر كذا فى النهاية ومعراج الدراية (ولم تثبتا قبضا) أى ولم تثبت البينتان قبضا وفى بعض النسخ ولم تبينا قبضا (ووقت الخارج أسبق) أى والحال أن وقت الخارج أسبق (يقضى لصاحب اليد عندهما) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف (فيجعل كان الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه) أى بيع العقار (قبل القبض عنده فبقى على ملكه) أى فاذا لم يصح بيعه قبل القبض بقى على ملك الخارج (وان أثبتا قبضا) أى وان أثبتت البينتان قبضا وبقى فى المسئلة على حاله وفى بعض النسخ وان بينتا قبضا (يقضى لصاحب اليد) أى بالاجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه (لان البيعين) أى بالوجه المزبور (جائزان على القولين) أى على قولهما وقول محمد (وان كان وقت صاحب اليد أسبق) وبقى المسئلة على حاله (يقضى للخارج فى الوجهين) أى سواء أثبتت البينتان القبض أولم تثبتاه (فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم) أى ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض (أو سلم) أى سلم ذو اليد الى الخارج (ثم وصل اليه) أى الى ذى اليد (بسبب آخر) من اجارة أو اعارة أو غيرهما وهذا باعتبار اثبات القبض فقد جمع المصنف الوجهين فى تقريره هذا كما ترى فان قلت بقى من أقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا فى الكتاب احداهما أن توقت البينتان وقتا واحدا وثانيتهما أن توقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كحكمها اذا لم توقتا أصلا نص عليه فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام (قال) أى القدورى فى مختصره (وان أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) أى الاثنان والاربعة من الشهود سواء (لان شهادة كل شاهدين علة تامة) لوصولها الى حد النصاب الكامل (كما فى حالة الانفراد) فى غير الشهادة فى الزنا (والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل) يقع (بقوة فيها) أى فى العلة ألا يرى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا تترجح بآية أخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ما عرف) أى فى علم أصول الفقه وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحداهما مستورة والاخرى

على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (كما عرف) فى أصول الفقه والشهادة العادلة ترجح على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا ترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هى مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل

(قوله أما اذا شهدوا به فلا اشكال) أقول فيه بحث

قال (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة) وعندهما هي بينهما أثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فادونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب أي يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث وعندهما أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق ومما اتفقوا على العول فيه العول في التركة أما على أصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شئ وأما على أصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي أما على أصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه وأما على أصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى أصل أبي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فيقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فتكون بينهما أثلاثا

قال (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة) اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما (وقالا هي بينهما أثلاثا) فاعتبارا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثا

عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لا أن يكون بعضها صفة للبعض الى هذا أشار في التقويم كذا في النهاية (قال) أي القدوري في مختصره (واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبار الطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما) فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة كذا في الكافي (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هي) أي الدار (بينهما) أي بين المدعيين (أثلاثا فاعتبارا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين) أي يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيأ بحكم ماله من الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية (وصاحب النصف بسهم واحد) أي وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد (فتقسم) بينهما (أثلاثا) أي فتقسم الدار بين المدعيين أثلاثا ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف واعلم أن أصل أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فادونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا فعلى هذين الاصلين أمكن الاتفاق بين

ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال (ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها الا على وجه القضاء) لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده

الائمة الثلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق فما اتفقوا على العول فيه العول في التركة أما على أصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شئ وأما على أصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي أما على أصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه وأما على أصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى أن حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب ثم اعلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ومع ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المصنف (ولهذه المسئلة نظائر وأضداد) أي للمسئلة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسئلة وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة (لا يحتملها) أي النظائر والاضداد (هذا المختصر) يعني الهداية (وقد ذكرناها في الزيادات) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك اذا لم يكن للميت مال سواه ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك اذا اقر انه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المديون والاجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصور (قال) أي القدوري في مختصره (ولو كانت في أيديهما) أي ولو كانت الدار في أيدي المدعيين والمسئلة بحالها (سلم لصاحب الجميع) أي لمدعي الجميع (نصفها على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد الآخر (ونصفها الا على وجه القضاء) وهو الذي كان بيد نفسه (لانه خارج في النصف) أي لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في النصف الذي كان في يد مدعي النصف (فيقضى ببينته) أي فيقضى ببينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على أن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها الا على وجه القضاء وهو قوله (فالنصف الذي في يديه) أي في يدي صاحب الجميع (صاحبه لا يدعيه) أي صاحب صاحب الجميع أي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف (لان مدعاه) أي مدعى صاحبه وهو مدعي النصف (النصف وهو في يده سالم له) توضيحه أن دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده لتكون يده يد محقة في حقه لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيأ مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة كذا في الكافي (ولو لم ينصرف اليه دعواه) أي ولو لم تنصرف دعوى مدعي النصف الى النصف الذي في يده (كان ظالما بامساكه) أي كان مدعي النصف ظالما بامساك ما في يده وقضية وجوب حمل أمر المسلم على الصحة قاضية بخلافه (ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده) أي واذا لم يدع مدعي النصف

ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا تحتملها المختصرات قال المصنف (وقد ذكرناها في الزيادات) فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك اذا اقر انه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المديون والاجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة أرباعا فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج قال (ولو كانت الدار في أيديهما الخ) الاصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في أيديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيأ ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان أقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج أولى فيقضى له بذلك ونصفها الا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده

(قال واذا تنازعا في دابة الخ) اذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاما هاوله تاريخ لهما هذا

قال (واذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لان الحال يشهد له فيترجح (وان أشكل ذلك كانت بينهما) لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده

النصف الذي في يدي مدعي الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدي مدعي الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها الاعلى وجه القضاء أيضا فيثبت المدعى بشقيه قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده كي لا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد انتهى أقول فيه نظر وهو أن انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعيين الى ما في يده غير معقول لانه ان جعل الذي في يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وان بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسئلة ولا يصح قول المصنف لانه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في أثناء الشرح ومدعي الكل مدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما في يده لانه يدعي الكل وهو ليس في يده وأيضا لا يتم قوله كي لا يكون في امساكه ظالما بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالما بامساك حقه وان كان في يد غيره ومدعي الكل يدعي أن جميع ما في أيديهما حقه فالحق أن الذي ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره وقد مر منا في أثناء شرح كلام المصنف (قال) أي القدوري في مختصره (واذا تنازعا) أي تنازع اثنان (في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أي الذي يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر (لان الحال يشهد له) يعني أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له (فيترجح) أي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم أنه لا فرق في هذا بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليد ان كانت في يد أحدهما أو لهما ان كانت في أيديهما أو يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز (وان أشكل ذلك) أي سن الدابة (كانت بينهما) أي كانت الدابة بينهما نصفين (لانه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا) هذا الجواب في الخارجين وان كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بها للذي اليد ما لم تظهر علامة الصدق في بينته أو سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تتهاتر البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية (وان خالف سن الدابة الوقتين) قال الشراح أي في دعوى الخارجين أقول لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سأبين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين) وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا (فتترك) أي الدابة (في يد من كانت في يده)

قضى بها للذي اليد ما لم تظهر علامة الصدق في شهوده أو سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ تتهاتر البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد (قوله وان خالف سن الدابة الوقتين) يعني في الخارجين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم) لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا فتترك الدابة في يد من هي في يده قضاء تركا كانهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين أما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك ان كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتباره ذكر الوقت أصلا ويتطرق الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا اذا لم نعتبر نا التوقيت بطلت البينتان وتتركها في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال اذا كان سن

(قوله وقد اتفق الفريقان الخ) أقول في غاية البيان تفصيل متعلق بالمقام فراجعه

الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ وتترك في يد ذى اليد قضاء تركه فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ لان مقصود المدعى ليس بمعتبر (٣٤٧) في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب

قال (واذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) لاستوائهما في الاستحقاق

﴿ فصل في التنازع بالايدى ﴾ قال (واذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لان تصرفه أظهر فانه يختص بالملك

والظاهر أن هذا يعم الصور الثلاث أعني ما اذا كانت الدابة في يد ثالث وما اذا كانت في أيديهما وما اذا كانت في يد أحدهما اذ لا فارق بينهن في الوجه الذى ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار وفي المبسوط من مشايخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد من الجواب وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين أما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتتركه هي في يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكر في أكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ وتترك في يد ذى اليد قضاء تركه فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ لان مقصود المدعى ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى أقول يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشئ الى قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب الوقتين لا مكذب أصل البينتين فلا يلزم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لاسقوط اعتبار أصل البينتين وهو اثبات الاستحقاق للمدعيين على ذى اليد فلا قادح لما في المبسوط ويرشد الى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره ان في رواية أبي الليث تهاترت البينتان قال وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا انتهى كلامه فتأمل ترشد (قال) أى محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (واذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) أى العبد بين المدعيين (لاستوائهما) لان المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين

﴿ فصل في التنازع بالايدى ﴾ لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما أن الاول أقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد (قال) أى القدورى في مختصره (واذا تنازعا) أى تنازع اثنان (في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لان تصرفه) أى تصرف الراكب (أظهر فانه) أى الركوب (يختص بالملك) يعنى

تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقا وبينة الخارج أكثر اثباتا وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى فأقول المفهوم منه أن القضاء للراكب واللابس قضاء تركه فتأمل فيه فانه خلاف ما يفهم من الكتاب

﴿ فصل في التنازع بالايدى ﴾ (قوله لان الركوب يختص بالملك الخ) أقول قال العلامة الزيلعي بخلاف ما اذا أقاما البينة انتهى يعنى المتعلق باللجام أو الكم ثم قال الزيلعي حيث

(وكذا اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى لما ذكرنا ونقل الناطفي) هذه الرواية من النوادر وأما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج فانها بينهما قولا واحدا

(وكذلك اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى) بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل أولى) لانه هو المتصرف (وكذا اذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى) لانه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا

غالبا قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف ما اذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر اثباتا على ما بيناه وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى (وكذا اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب) أي في السرج (أولى) لان العادة جرت بان الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم أن ما ذكر في الكتاب من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان كذا في غاية البيان والعناية (بخلاف ما اذا كانا راكبين) يعني في السرج (حيث تكون) أي الدابة (بينهما) قولا واحدا (لاستوائهما في التصرف) أما اذا كان أحدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشايخنا ينبغي أن يقضى للذي هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك أما الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة (وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما ولآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف) فهو ذو اليد (وكذا اذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لانه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا كذا في الشروح (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما كذا في الشروح قال المصنف (معناه لا على طريق القضاء) أي معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لا على طريق القضاء وعلل المسئلة بقوله (لان القعود ليس بيد عليه) أي على البساط حتى لا يصير غاصبا به (فاستويا) أي فاستوى المتنازعان فيه فيجعل في أيديهما لعدم المنازع لهما هذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام لان اليد على البساط لا تثبت الا باحدى الطريقين اما باثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل واما بكونه في بيته حكما بان كان في بيته ولم يوجد شئ من ذلك في البساط فانا نراه موضوعا على قارعة الطريق لما علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما وهما مدعيان يقضي بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى أقول يرد عليه أن هذا الشرح لا يطابق المشروح لان المصنف قال معناه لا على طريق قضاء وهو يقول يقضي بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف لا على طريق القضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضي بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما قلت لا مجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما ههنا قضاء الترك أيضا اذ لا بد في قضاء الترك من أن يعرف كون المدعى في يد المدعى كما يفصح عنه ما ذكره صاحب العناية أيضا هناك وصاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجيء في مسئلة التنازع في الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما أنه اذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك فاذا لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما معا لانه لا منازع لهما الا أنه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في أيديهما من جهة أن الاول فيما عرف كون المدعى في أيديهما والثاني

لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف (واذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فلابسه أولى لانه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء) لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما وبهذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما الا بطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد أن كانت في مكانها الذي يثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول الى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا تجوز القضاء لغيره لان شرط جوازه العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد

فيما

(قوله حيث لم يقض بها) أقول بل يجعل في أيديهما وفرق ما بين الجعل في أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجيء في آخر هذه الورقة

قال (واذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان) لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة فى الاستحقاق قال (واذا كان صبى فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله) لانه فى يد نفسه

(واذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة) فان كل واحد منهما مستمسك باليد الا أن أحدهما أكثر استمسا كا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هى اليد والزيادة هى الاستعمال (واذا كان صبى فى يد رجل) يدعى رقه فلا يخلو اما أن يكون الصبى ممن يعبر عن نفسه أولا فان كان الاول فان لم ينف فهو عبد ذى اليد وان نفاه فقال أنا حر فالقول قوله لانه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون فى يد نفسه

(قوله واذا كان صبى فى يد رجل يدعى رقه) أقول يعنى يدعى ذلك الرجل (قوله اما أن يكون الصبى ممن يعبر) أقول أى يتكلم ويفهم ما يقال

فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم تتحقق يد لواحد من المدعيين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المدعى فى أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضا فلم يتيسر التوفيق المذكور فكان صاحب العناية تنبه لهذا فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل أو بكونه فى بيته والجلوس عليه ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بأيديهما ولا فى يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك فى أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك فى أيديهما لكن هذا أيضا لا يخلو عن قصور لان استعمال الترك فى اليد يقتضى سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فى الكلام فى هذا المقام أن يقال فيجعل فى أيديهما أى يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرنه فيما قبل لانه حينئذ يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام ما يظهر مما سيجىء فى مسئلة التنازع فى الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل فى أيديهما بلا قضاء وأيضا لا تبقى الحاجة حينئذ الى ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما ولا الى ما ارتكبوا فى وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر فى كلامهم اذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين أن لا يقضى بين المدعيين بالمدعى بناء على أن ليس لاحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء بل أن يجعل المدعى فى أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما فى الدعوى فتدبر (قال) أى محمد فى كتاب القضاء من الجامع الصغير (واذا كان ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة) فان كل واحد منهما متمسك باليد الا أن أحدهما أكثر استمسا كا (فلا توجب زيادة فى الاستحقاق) يعنى أن مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان اذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر فصار كما لو تنازعا فى بعير ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر الاربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التى ذكرت من قبل لان الزيادة هناك ليست من جنس الحجة فان الحجة هى اليد والزيادة هى الاستعمال كذا فى العناية ثم ان هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان فى يد رجل وادعى أنه له كان القول قوله لكن هذا اذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له فى العادة والا فلا لانه ذكر فى المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذى على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفى القدورى لو أن خياطا يخيط ثوبا فى دار رجل وتنازعا فى الثوب فالقول قول صاحب الدار وفى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالى أخذته من منزلى قال أبو حنيفة القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل فى شئ ما خلا ثيابه التى عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال أبو يوسف ان كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شئ من الاشياء بان كان مثلا حمالا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع فى الاسواق فالقول قوله ولا أصدق قول رب الدار عليه والا فلا فانت فى هذه المسائل أن صاحب اليد انما تعتبر يده وان كانت فى المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة والا فلا كذا فى النهاية ومعراج الدراية (قال) أى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء (واذا كان صبى فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه) أى يعقل لغوى ما يجرى على لسانه كذا فى الكافى وفى معناه قول الشراح أى يتكلم ويعقل ما يقول (فقال) أى الصبى (أنا حر فالقول قوله لانه فى يد نفسه) فكان هو صاحب اليد

(ولو قال أنا عبد لفلان) غير ذي اليد (فهو عبد ذي اليد لانه أقر أنه لا يد له على نفسه باقراره بالرق) قيل الاقرار بالرق من المضار لاستحالة أقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين وأجيب بأن الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا أن عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذي

(ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده) لانه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق (وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده) لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادى

وكان المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل أن يكون لكل انسان يد على نفسه اباية لمعنى الكرامة اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا سقط اعتبار يده شرعا فحينئذ تعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه أي لا يعقل ما يقول وقد يكون لثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا في الكافي (ولو قال أنا عبد لفلان) أي لو قال الصبي الذي يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده انه عبدي (فهو عبد للذي هو في يده لانه أقر بانه لا يد له حيث أقر بالرق) فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا تقطع يده الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا في الكافي فان قيل الاقرار بالرق من المضار لاستحالة أقواله فيها غير موجبة وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبي أبدا يبعد من المضار ويقرب من المبار قلنا الرق ههنا لا يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا أن عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه كذا في الشروح (وان كان) أي الصبي (لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها) أي عن نفسه (وهو بمنزلة متاع) في أن لا يكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه (بخلاف ما اذا كان يعبر) أي بخلاف ما اذا كان الصبي يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق وهنا يصدق قلنا الفرق هو أن صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط أمين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك فان قيل وجب أن لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل في بني آدم اذ الاصل في بني آدم الحرية لانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل واليد على ما هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية (فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره) فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه) أي أو هو متصل ببنائه (ولآخر عليه) أي على الحائط (هرادى) بفتح الهاء جمع هردية

وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية وردوله بضمها

(قوله قيل الاقرار بالرق من المضار لاستحالة أقواله فيها الخ) أقول يعني وأقوال الصبي فيها غير موجبة الخ قال الزيلعي أخذا من النهاية ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكن التدارك بعد دعوى الحرية اذا تناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين انتهى لانه لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعتاق (قال المصنف أو متصل ببنائه) أقول في صحة العطف تأمل

فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشئ) لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا فى جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط

بضمهما وفى المغرب الهردية عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحردى ولا تقل هردى انتهى وفى الصحاح الحردى من القصب نبطى معرب ولا تقل هردى انتهى وصحح فى الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا فى القاموس قال فى غاية البيان الرواية فى الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفى الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير انتهى (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال) أى هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع عليه (والآخر) يعنى صاحب الهرادى (صاحب تعلق) لا صاحب استعمال لان الحائط لا يبنى لوضع الهرادى عليه والاستعمال يدو عند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد (فصار) أى فصار الحائط فى مسئلتنا هذه (كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق) فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا ههنا (والمراد بالاتصال) أى المراد بالاتصال المذكور فى قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره) أى جدار صاحب البناء (فيه) أى فى الحائط المتنازع فيه (ولبن هذا) أى ومداخلة لبن هذا أى الحائط المتنازع فيه (فى جداره) أى فى جدار صاحب البناء (وقد يسمى اتصال تربيع) أى ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة فى أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة فى المتنازع فيه وان كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة فى الاخرى وأما اذا ثقب فأدخل لا يكون تربيعا كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وفى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وانما سمى هذا اتصال التربيع لانهما انما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى وكان الكرخى يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد والمروى عن أبى يوسف أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفى ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع فيه كذا فى شرح الكنز للامام الزيلعى وفى شرح الهداية لتاج الشريعة (وهذا) أى اتصال التربيع (شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء صاحبه (على بعض هذا الحائط) أى على بعض هذا الحائط المتنازع فيه بالاتصال فصار الكل فى حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر انه هو الذى بنا مع حائطه فداخله أنصاف اللبن لا تتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط أقول بقى لى ههنا كلام وهو أن المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور فى مسئلتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه فى هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافى والامام الزيلعى وشراح الهداية قاطبة وغيرهم حتى ان كثيرا من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال والحائط

(فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليس بشئ لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال) المذكور فى قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا فى جداره وقد يسمى اتصال تربيع) وتفصيل التربيع اذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة فى أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة فى الاخرى وأما اذا ثقب فادخل فلا يكون تربيعا (وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط) ومن هذا يعلم أن من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع أولى

وقوله الهرادى ليست بشئ يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا وكذا البوارى لان الحائط لا يبنى لهما أصلا حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شئ فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة

لمن جذوعه عليه أو متصل ببنائه اتصال تربيع لا لمن له عليه هرادى انتهى ولكن لم يظهر لى وجه هذا التقييد ههنا لان معنى مسئلتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادى وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى وفى الحكم يكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى لا احتياج الى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من ضربى الاتصال أعنى اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان فى هذا الحكم فان الهرادى مما لا اعتبار له أصلا بل هى فى حكم المعدوم حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما على ما سيأتى فى الكتاب وقد ذكر فى معتبرات الفتاوى أنه اذا كان لاحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال فقال فى الذخيرة وذكر هذا أيضا فى النهاية نقلا عن الذخيرة أما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما ان كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فانه يقضى بينهما نصفين لانهما استويا فى الدعوى والاتصال وأما اذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى لان صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه لان قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام ولو كان لاحدهما اتصال ببنائه اتصال ملازقة أو اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فانه يقضى لصاحب الاتصال لانهما استويا فى حق الاتصال بالارض المملوكة ولاحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الاول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى وقال فى البدائع ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى فتلخص من هذا كله أن فائدة تقييد الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر فى الذخيرة أو كان للآخر جذوع كما ذكر فى البدائع وأما اذا كان للآخر هرادى كما فيما نحن فيه فلا فائدة فى ذلك التقييد بل فيه اخلال بعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه فان كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام (وقوله الهرادى ليست بشئ) أى قول محمد فى الجامع الصغير الهرادى ليست بشئ (يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلا) بل هى فى الحكم المعدوم (وكذا البوارى لان الحائط لا يبنى لهما أصلا) أى لان الحائط لا يبنى لاجل الهرادى والبوارى لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى والبوارى وانما توضع الهرادى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى له (حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى وليس للآخر شئ فهو بينهما) معناه اذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه فى أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفى يديه يجعل فى أيديهما لانه لا منازع لهما الا أنه يقضى بينهما كذا فى العناية وكذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل فى اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة)

(قوله ومعناه اذا عرف كونه فى أيديهما قضى بينهما قضاء ترك) أقول فاذا ادعاه ثالث لا تطلب منه البينة على أنه فى أيديهما ليصيرا خصمين له لمعرفة القاضى بذلك واذا ترافعوا الى قاض آخر فاقام المدعى البينة بقضاء القاضى الأول بينهما قضاء ترك يكونان خصمين له (قوله يجعل فى أيديهما لانه لا منازع لهما) أقول فاذا ادعاه ثالث يطلب منه بينة على أنه فى أيديهما حتى يصيرا خصمين له واذا كان القاضى الذى ترافعوا اليه غير القاضى الاول لا تسمع خصومة الثالث باقامة البينة على أن القاضى الاول جعله فى أيديهما فليتدبر

فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة) لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط بنى للجذوع الثلاثة كما بنى لاكثر منها (وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه فى رواية) كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمى وقد أشار اليه المصنف (وفى رواية) كتاب الدعوى (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما فى ذلك كما فى الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره (وقيل) يكون ذلك (على قدر خشبهما) وهذا موافق لما ذكر فى الذخيرة وقال فى المبسوط فى موضع القيل الاول وأكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط بنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة (قوله والقياس) رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ يعنى ذلك استحسان والقياس (أن يكون) الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر (نصفين لانهما استويا فى أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين

فهو بينهما) لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة (وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) فى رواية وفى رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة فى نفس الحجة

أى لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلاثة (فهو بينهما لاستوائهما) أى فى أصل العلة وهو أن يكون لكل واحد منهما عمل مقصود بنى الحائط لاجله وفى نصاب الحجة وهو الثلاثة لانها أقل الجمع (ولا معتبر) أى ولا اعتبار (بالاكثر منها) أى من الجذوع (بعد الثلاثة) لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط بنى للجذوع الثلاثة كما بنى لاكثر منها قال فى معراج الدراية وقوله ولا معتبر بالاكثر منها أى من الثلاثة أقول تفسيره ليس بسديد أما أولا فلانه يقتضى أن يكون كلمة من فى قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية فى اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف فى موضعه وأما ثانيا فلانه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغوا لان ما هو أكثر من الثلاثة لا يكون الا بعد الثلاثة فالصواب أن كلمة من ههنا تبيينية لا تفضيلية وأن ضمير منها راجع الى الجذوع كما أشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلاثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم شئ من المحذورين المذكورين (وان كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أى الحائط كله (لصاحب الثلاثة وللآخر) أى ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين (موضع جذعه فى رواية) وهى رواية كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه قالوا يريد به حق الوضع وقال فى النهاية ثم اعلم أن هذا فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهى الجذوع الثلاثة لا بالبينة أما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا فى المبسوط وغيره انتهى (وفى رواية) وهى رواية كتاب الدعوى من الاصل (لكل واحد منهما ما تحت خشبته) حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع وجعل فى المحيط ما ذكر فى كتاب الاقرار أصح وقال قاضيخان والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر فى الدعوى كذا فى التبيين للامام الزيلعى (ثم قيل) أى على هذه الرواية يعنى اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى فى حكم ما بين الخشب فقيل (ما بين الخشب بينهما) أى يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما فى ذلك كما فى الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سيذكر (وقيل على قدر خشبهما) أى وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر فى الذخيرة وقال فى المبسوط فى موضع القيل الاول وأكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط بنى للخشبات لا لخشبة واحدة (والقياس أن يكون بينهما نصفين) هذا ناظر الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى آخره يعنى أن ذلك استحسان والقياس أن يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله كما ذكر فى الكافى وغيره (لانه لا معتبر) أى لا اعتبار (بالكثرة فى نفس الحجة) يعنى

(قال المصنف ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة) أقول من هذه هى التبيينية لا الداخلة على المفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الالف واللام ومن التفضيلية وفى بعض النسخ بالاكثر منها فمن حينئذ تفضيلية (قوله فهو مصدر ميمى) أقول قوله هو راجع الى موضع فى قوله وللآخر موضع جذعه (قوله وقد أشار اليه المصنف) أقول بقوله فهو لصاحب الثلاثة (قوله لان الحائط الخ) أقول وفى تأخير المصنف دليل القيل الاول اشارة الى رجحانه على ما هو دأبه وعادته

وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول أن الحائط بيني لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف بهما (ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال وعلى الاولى وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه (فالاول أولى) لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى ومن وجه شمس الائمة السرخسي

(قال المصنف وجه الثاني ان الاستعمال الخ) أقول لم يظهر منه جواب وجه القياس (قوله وعلى الثانية وجه الثاني) أقول يعني في بعض النسخ والا ففي بعضها وقع وعلى الثانية وجه الاول ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الاولى دون الثانية قائلا بان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب

الكافي

وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول أن الحائط بيني لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده (ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول أولى) ويروى الثاني أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى

أنهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين كذا في العناية وغيرها (ووجه الثاني) يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ولكن ذكر الثاني اما بتأويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وان كما هو المشهور في نظائرها واما بتأويل الرواية بالنقل أو القول (ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس أقول يظهر ذلك بالتأمل فيه فان المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته وما تحت خشبته لا يعد والغير فلم يكونا مستعملين بشئ واحد مع زيادة استعمال أحدهما بل كان كل واحد مستعملا لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة لان هذا فيما اذا اتحد محل الحجتين ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مستحق مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة اذا كان فيها أحد عشر منزلا لعشرة منها في يدي رجل وواحد في يدي رجل وتنازعا في الدار فانه يقضي لكل واحد منهما بما في يده كذا ههنا انتهى (ووجه الاول) أي ووجه الرواية الاولى وهي قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الاول لمثل ما ذكرناه في الثاني (أن الحائط بيني لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى) بناء على أن الحائط بيني للتسقيف والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وانما يحصل بالخشبة والخشبتين اسطوانة وأسطوانتان (فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا أنه يبقى له حق الوضع) أي يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه (لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) يعني أن حكمنا بالحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الاكثر يد صاحب الاقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه لكان جائزا ثم اعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول لبعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف بهما كذا في العناية وغيرها (ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الاولى وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني كذا في العناية وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من الشراح ما في النسخة الاولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وما في الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكانهم لم يصلوا الى نسخة وقع ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع (فالاول أولى ويروى أن الثاني أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى) لانه المقصود باليد كذا في

وجه الثانى أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوى وصححها الجرجانى قال (واذا كانت دار منها فى يد رجل عشرة أبيات وفى يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما فى استعمالها وهو المرور فيها

الكافى ولان التصرف لا يكون بدون اليد واليدان اذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا كذا فى شرح تاج الشريعة ورجح هذه الرواية شمس الأئمة السرخسى (وجه الاول) وفى بعض النسخ وجه الثانى (ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله) أقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لجواز أن يقضى ببعض الشئ الواحد لرجل وببعضه الآخر لرجل آخر إما بالتجزئة ان قبل القسمة أو بالشيوع ان لم يقبلها كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر فى ملك صاحب الاتصال فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقصد دفعه فعلل قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك ولكن يرد عليه أيضا أنه ان أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع لان صاحب الجذوع قائل به فانه يدعى أن الحائط المتنازع فيه له ويعترف بان الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركا بينهما عنده وان أراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو أيضا ممنوع فان من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب احدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا (ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه) أى على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة فى استحقاق يده حتى قالوا لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق (وهذه) أى رواية أن صاحب الاتصال أولى (رواية الطحاوى وصححها الجرجانى) وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الامام الزيلعى فى التبيين ثم اعلم أن الاتصال الذى وقع الاختلاف فى ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذى وقع فى أحد طرفى الحائط المتنازع فيه وأما اذا وقع اتصال التربيع فى طرفيه فصاحب الاتصال أولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا فى النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال فى الذخيرة وان كان الاتصال فى طرف واحد ذكر شيخ الاسلام أن صاحب الاتصال أولى وبه أخذ الطحاوى والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد وذكر شمس الأئمة السرخسى أن صاحب الجذوع أولى وقال فيها قبل هذا فان كان الاتصال فى طرفى الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به وعليه عامة المشايخ وهكذا روى عن أبى يوسف فى الامالى كذا فى النهاية وغيرها (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (واذا كانت دار منها فى يد رجل عشرة أبيات وفى يد آخر بيت فالساحة) بالحاء المهملة وهى عرصة فى الدار وبين يديها كذا فى معراج الدراية (بينهما نصفان لاستوائهما فى استعمالها) أى استعمال الساحة (وهو المرور فيها) ووضع

الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روى عن أبى يوسف فى الامالى (واذا كان فى يد رجل عشرة أبيات) من دار (وفى يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوائهما فى الاستعمال وهو المرور) وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون أحدهما خراجا ولاجا دون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا فى ثوب فى يد أحدهما جميع الثوب وفى يد الآخر هدب به حيث يلغى صاحب الهدب واذا تنازعا فى مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضى وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة وأجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى فى يد أحدهما والآخر كالاجنبى عنه فألغى والشرب تحتاج اليه الاراضى دون الارباب فبكثرة الاراضى كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حقه فيه وأما فى الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا فى الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما فى سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار

(قوله لعدم القائل بالاشتراك) أقول فيه بحث (قوله وفى يد الآخر هدبه) أقول الهدب يقال له بالتركى سجق

قال (واذا ادعى رجلان أرضا) يعنى يدعى كل واحد منهما (أنها فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما) لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضى فالبينة تثبته (وان أقام أحدهما البينة جعلت فى يده) لقيام الحجة لان اليد حق مقصود (وان أقاما البينة جعلت فى أيديهما) لما بينا

الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك فلما كانا فى ذلك سواء كانا فى استحقاق الساحة أيضا سواء ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجا على أنا نقول الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وان كان بعضها أكثر من بعض وهذا لان الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا فى النهاية ومعراج الدراية أخذا من الكافى وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا فى ثوب فى يد أحدهما جميع الثوب وفى يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب وما اذا تنازعا فى مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضى وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة أجيب بأن الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى فى يد أحدهما والآخر كالاجنبى عنه فالغى والشرب تحتاج اليه الاراضى دون الارباب فبكثرة الاراضى كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه وأما فى الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا فى الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما فى سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا فى العناية والى هذا أشار الامام المحبوبى والامام التمرتاشى كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية (قال) أى محمد فى كتاب القضاء من الجامع الصغير (واذا ادعى رجلان أرضا يعنى يدعى كل واحد منهما أنها فى يده لم يقض أنها فى يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها فى أيديهما) أقول فى عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر أن يقال حتى يقيم البينة أنها فى يده لان القضاء بأنها فى يد واحد منهما انما يتوقف على اقامة كل واحد منهما البينة أنها فى يده لا على اقامتهما البينة أنها فى أيديهما وانما المتوقف عليها القضاء بأنها فى أيديهما معا كما لا يخفى وسينجلى من التفصيل الآتى فى الكتاب ولقد أحسن صاحب الكافى ههنا حيث قال لم يقض بانها فى يد أحدهما الا بالبينة انتهى فان هذه كلمة جامعة ههنا (لان اليد فيها) أى فى الارض (غير مشاهدة لتعذر احضارها) فقد غاب عن علم القاضى (وما غاب عن علم القاضى) أى والذى غاب عن علمه (فالبينة تثبته) فلا بد من اقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ولانه جاز أن تكون فى يد غيرهما أو لو قضى لهما أو لاحدهما باليد لابطل حق صاحب اليد بلا حجة وأنه لا يجوز كذا فى الكافى قال فى الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة غفل عنها القضاة وهى أنه لو ادعى أرضا والمدعى عليه يزعم أنها فى يده وأقام المدعى بينة على الملك فالقاضى لا يقضى ببينته لجواز أن تكون الارض فى يد ثالث والمدعى والمدعى عليه تواضعا على ذلك وهذه حيلة ليجعلها القاضى فى يد أحدهما فالم يثبت كون الارض فى يد المدعى عليه بالبينة لا يقضى الا أنه يمنع المقر من أن يزاحم المقر له فيها لان اقراره حجة فى حقه كذا فى معراج الدراية (وان أقام أحدهما البينة) أى على أنها فى يده (جعلت فى يده لقيام الحجة) ويجعل الآخر خارجا كذا فى الكافى وغيره فان قيل البينة تقام على الخصم واذا لم يثبت كونها فى يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى للذى أقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته فى اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته فى شئ شرعا كانت بينته مقبولة كذا فى عامة الشروح وقال صاحب العناية وقد أشار الى ذلك بقوله (لان اليد حق مقصود) يعنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما انتهى (وان أقاما البينة) أى على أنها فى أيديهما (جعلت فى أيديهما لما بينا) اشارة الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشى فان طلب كل واحد منهما يمين

(قوله أجيب بانه خصم باعتبار منازعته فى اليد) أقول قال فى النهاية ألا يرى أنه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر انتهى وفيه بحث فانه لما صرح به قبيل هذا الكلام (قوله بناء على مسئلة أخرى) أقول هذا ناظر الى قوله قال بعض مشايخنا

القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد أنه انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة اليد لاجل الحفظ والصيانة بحق

فلا تستحق لاحدهما من غير حجة (وان كان أحدهما قد لبن في الارض أو بنى أو حفر فهي في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها

﴿ باب دعوى النسب ﴾

(واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع

صاحبه ماهي في يده حلف كل واحد منهما ماهي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه ويوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله كذا في الشروح (فلا تستحق) بصيغة المجهول أي فلا تستحق اليد (لاحدهما من غير حجة) قال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله اه أقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان أقاما البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما أو على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما بأجنبي وأما اذا كان متفرعا على مجموع ما ذكر في مسئلتنا هذه من قوله واذا ادعى الرجلان أرضا الى هنا بان كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى (فان كان أحدهما قد لبن في الارض او بنى أو حفر) يعني اذا ادعى كل واحد منهما أرضا صحراء أنها في يده وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر (فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

﴿ باب دعوى النسب ﴾

لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا (قال) أي القدوري في مختصره (واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع) اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء الكلام فقال أخذا من غاية البيان اعلم أن البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من ستة أشهر أو لما بين المدتين وكل وجه على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب انتهى أقول يرى فيه اختلال من وجهين الاول أنه قسم ادعاء البائع أو المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلاثة أوجه وهي ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أولا كثر من ستة أشهر أو لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى أربعة أوجه وهي ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب فيلزم منه أن يكون الشئ قسم قسمه حيث جعل ادعاء البائع أو المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من أقسامه الاربعة والثاني أن كلمة أو الداخلة على المشتري في قوله ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري تأبى دخول ادعائهما معا أو على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في أقسام أقسامه ويمكن أن يحمل عن الاول بان المقسم ادعاء البائع أو المشتري مطلقا أي أعم من ادعاء أحدهما منفردا ومن ادعائه

والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ماهي في يده حلف كل واحد منهما ماهي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه ويوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا أرضا صحراء أنها بأيديهما يعني يدعي كل واحد منهما ذلك وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب

﴿ باب دعوى النسب ﴾

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول

(٣٣ - تكملة سادس) أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا فقدمه قال (واذا باع جارية فجاءت بولد الخ) اعلم أن البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من ستة أشهر أو لما بين المدتين وكل وجه على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب

(قال المصنف فلا تستحق لاحدهما من غير حجة) أقول لا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير محله

فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولده) وفى القياس وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان فى دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لان بيع أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) لانه قبضه بغير حق

منضما الى الآخر بالمعية أو التعاقب وقسم القسم هو ادعاء أحدهما وحده أو ادعاؤهما معا أو على التعاقب فيكون قسم القسم أخص من المقسم لا عينه وعن الثانى بان تحمل كلمة أو المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع والاولى عندى فى بيان الضابطة ههنا أن يقال اعلم أن الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه من الاوجه الثلاثة على أربعة أوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشترى وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب (فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع) وقد ادعاه البائع وحده كما مر فى الكتاب (فهو) أى الولد (ابن البائع وأمه) أى أم الولد (أم ولده) أى للبائع (وفى القياس وهو قول زفر والشافعى دعوته) أى دعوة البائع (باطلة لان البيع اعتراف منه) أى من البائع (بانه) أى الولد (عبد وكان) أى البائع (فى دعواه مناقضا) والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها (ولا نسب بدون الدعوى) أى ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة (وجه الاستحسان) أى وجه الاستحسان الذى نعمل به فى هذه المسئلة (أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه) يعنى أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع (لان الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلك منزلة البينة فى ابطال حق الغير عنها وعن ولدها (ومبنى النسب على الخفاء) هذا جواب عن التناقض وبيانه أن الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (فيعفى فيه التناقض) أى لا يمنع صحة الدعوى كما أن الزوج اذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضى بنفى النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لكان الخفاء فى أمر العلوق وصار كالمكاتب اذا أقام البينة أن مولاه كان أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق أو التدبير بعد البيع فان كل واحد من الاعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه كذا حققوا (واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لان بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن) أى ان كان منقودا (لانه قبضه بغير حق) فان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع كذا فى الكافى وان ادعاه المشترى وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشترى يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية وتثبت لها أمية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشترى كذا فى العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول صحة التحرير من المشترى ظاهرة لان الجارية مملوكته فى الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به فى النهاية وغيرها وأما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة بما مر فى وجه الاستحسان من أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشترى عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن أن يجاب بأن تيقننا باتصال

(قوله باتصال العلوق فى ملكه) أقول الظاهر بملكه بدل قوله فى ملكه (قوله بكون العلوق منه) أقول الباء زائدة (قوله ولا كذلك العتق والتدبير) أقول لانه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر (قوله وصار كالمرأة اذا أقامت البينة) أقول فان بينتها تقبل مع التناقض فى الدعوى لخفاء عليها لان الزوج ينفرد بالطلاق العلوق

وان ادعاه المشترى وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشترى يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية وتثبت لها أمية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشترى وان ادعياه معا يثبت نسبه من البائع عندنا لان دعوته أسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان فى ملكه ودعوى المشترى دعوى تحرير فان أصل العلوق لم يكن فى ملكه ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع أولى (قوله وهذه دعوة استيلاد) جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم ووجهه أنها دعوة استيلاد وهى لا تفتقر الى قيام الملك فى الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجىء وكذلك ان ادعى المشترى بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما أن يصدقه المشترى أولا فان كان الثانى فلا تصح دعوة البائع) لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا تثبت حقيقة العتق فى حق الولد ولا حقه فى الام فلا تصير أم ولد واذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة فى الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته وان ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى دون البائع لانه كالاجنبى

(وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لانها أسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة (الا اذا صدقه المشترى) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله

العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع اذا ادعاه البائع وأما اذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشترى وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشترى وثبوت النسب منه فى هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال لو ادعى المشترى قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشترى ويحمل على أن المشترى نكحها واستولدها ثم اشتراها انتهى (وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع أو بعده) أى بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء (فدعوة البائع أولى لانها أسبق) أما اذا كانت قبل دعوة المشترى فالامر ظاهر وأما اذا كانت بعد دعوة المشترى فلما أشار اليه بقوله (لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد) يعنى أن دعوة البائع مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشترى مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى ثم انه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك فى الحال وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاد وهى لا تفتقر الى قيام الملك فى الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما سيجىء (وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة) يعنى أن الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم تصح دعوته (الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح) حملا لامره على الصلاح وقول المشترى على الصدق (ولا يبطل البيع لانا تيقنا أن العلوق لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) أى للولد (ولا حقه) أى ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للام فيبقى الولد عبد المشترى ولا تصير الام أم ولد للبائع كما اذا ادعاه أجنبى آخر كذا فى الكافى وغيره (وهذه) أى دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله) أى ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه اعلم أن الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هى أن يكون علوق المدعى فى ملك المدعى وهذه الدعوى تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرا ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعى فى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق كذا فى البدائع وان ادعاه المشترى وحده فى هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة المشترى دون البائع لانه كالاجنبى كذا فى العناية

(قوله ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد) أقول يعنى دعوة الاستيلاد أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير اذ لا مساواة فى القوة (قوله وان ادعياه معا أو متعاقبا الخ) أقول شرح لا يطابق المشروح كما لا يخفى على المتأمل

وان جاءت به بين المدتين فاما أن يصدقه المشترى أولا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشترى يثبت النسب و يبطل البيع والولد حر والام أم ولد كما فى المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمله أولى وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق فى ملكه ممكن

وان ادعياه معا أو متعاقبا فالمشترى أولى لان البائع فى هذه الحالة كالاجنبى هذا اذا كانت المدة معلومة أما اذا لم يعلم بأنها ولدت بعد البيع لاقل من أقل من مدة الحمل أولا كثر من أكثرها أولما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشترى لعدم تيقن العلوق فى ملكه ودعوة المشترى وحده صحيحة واحتمال كون العلوق فى ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشترى وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشترى لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من أقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك فى ثبوته فلا يثبت به فان قيل فى جانب المشترى يثبت فى وجهين وفى جانب البائع فى وجه واحد فكان المشترى أولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشترى صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما قال (فان مات الولد فادعاه البائع الخ) الاصل فى هذه أنه اذا حدث فى الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينفى ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام

(وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا أن يصدقه المشترى) لانه احتمل أن لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما فى المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد فى الام) لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام

وغيرها (وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه) أى فى هذا الوجه (الا أن يصدقه المشترى لانه احتمل أن لا يكون العلوق فى ملكه) أى فى ملك البائع (فلم توجد الحجة) وهى اتصال العلوق بملكه تيقنا (فلا بد من تصديقه) أى من تصديق المشترى اياه (واذا صدقه يثبت النسب و يبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما فى المسئلة الاولى) وهى ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم باع (لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك) وان ادعاه المشترى وحده فى هذا الوجه صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمله أولى و يكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق فى ملكه ممكن وان ادعياه معا أو متعاقبا فالمشترى أولى لان البائع فى هذه الحالة كالاجنبى وهذا الذى ذكر كله اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة أما اذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من أقل مدة الحمل أولا كثر من أكثرها أولما بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته الا أن يصدقه المشترى لعدم تيقن العلوق فى ملكه وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته لان أكثر ما فى الباب كون العلوق فى ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشترى وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما و يكون الولد عبد المشترى لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من أقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك فى ثبوته فلا يثبت وان ادعياه متعاقبا فان سبق المشترى صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وكذا فى العناية قال فى الكافى ولو تنازعا فالبينة للمشترى أى اذا باع أمة فولدت عند المشترى فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد منى وقال المشترى بعتها منى لاكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق لان البائع يدعى انتقاض البيع والمشترى ينكر فان أقاما البينة فالبينة للمشترى أيضا عند أبى يوسف لانه أثبت زيادة مدة فى الشراء وعند محمد البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض البيع فكان أكثر اثباتا انتهى (فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر) أى والحال أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر (لم يثبت الاستيلاد فى الام) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانها) أى لان الام (تابعة للولد) أى فى هذا الباب على ما سيجىء بيانه (ولم يثبت نسبه) أى نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك) أى لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت (فلا يتبعه استيلاد الام) لعدم تصور ثبوت الحكم فى التبع بدون ثبوته فى المتبوع

(وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع) لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد أصلا لانها تضاف اليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى (ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) لانه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها وفى الجامع الصغير واذا حبلت الجارية فى ملك رجل فباعها فولدت فى يد المشترى فادعى البائع الولد وقد أعتق المشترى الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشترى انما أعتق الولد فدعواه باطلة

(وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب فى الولد وأخذه البائع) هذا أيضا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات التبع) يعنى أن الولد لما كان هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس (وانما كان الولد أصلا لانها) أى لان الام (تضاف اليه) أى الى الولد حيث (يقال أم الولد) والاضافة الى الشئ أمارة أصالة المضاف اليه (وتستفيد الحرية من جهته) عطف على تضاف اليه أى وتستفيد الام الحرية من جهة الولد (لقوله عليه السلام أعتقها ولدها) قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها (والثابت لها) أى ولان الثابت للام (حق الحرية) وهو أمومية الولد (وله) أى والثابت للولد (حقيقتها) أى حقيقة الحرية (والادنى يتبع الاعلى) دائما دون العكس فحق الحرية الذى هو الادنى يتبع حقيقة الحرية التى هى الاعلى دون العكس (ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام) وهذا من تمام لفظ القدورى الذى ذكر فيما مر آنفا قال المصنف (لانه تبين أنه باع أم ولده) أى تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده وبيعها باطل (وماليتها) أى ولكن مالية أم الولد (غير متقومة عنده) أى عند أبى حنيفة (فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما) أى عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (متقومة فيضمنها) أى فيضمنها المشترى فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كى لا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهى الام قال الامام الزيلعى فى التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال هكذا ذكروا الحكم فى قولهما وكان ينبغى أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى فتأمل (وفى الجامع الصغير) ذكر رواية الجامع الصغير اعلما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (واذا حبلت الجارية فى ملك رجل فباعها فولدت فى يد المشترى فادعى البائع الولد وقد أعتق المشترى الام فهو ابنه) أى فالولد ابن البائع (يرد عليه بحصته من الثمن) أى يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذى كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما أصاب الام يلزم المشترى وما أصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية أم ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشترى ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا فى الشروح وسائر المعتبرات (ولو كان المشترى انما أعتق الولد فدعوته) أى دعوة البائع (باطلة) أى اذا لم يصدقه المشترى فى دعواه كذا فى الشروح

أشهر يثبت نسب الولد وأخذه لانه أصل) لاضافتها اليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن فى الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله فى قول أبى حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها وذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما بأن حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا أعتق المشترى الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما أصاب الام يلزم المشترى وما أصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما ستذكره ولو كان المشترى أعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشترى فى دعواه

(قوله لانه أصل لاضافتها اليه الخ) أقول الدليلان الاخيران يدلان على الاصالة فى النسب بل فى العتق

وذكر الفرق استظهارا فانه كان معلوما من مسئلة الموت (والاصل فى هذا الباب) أعنى به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب (والام تابعة له) فى ذلك كما مر (وفى الفصل الاول) يعنى فيما اذا أعتق المشترى الام (قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته فى الاصل وهو الولد) فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق فى ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية فى ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فكان ينبغى أن يبطل البيع واعتاق المشترى أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أى ليس ثبوت الاستيلاد فى حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه (كما فى ولد المغرور) وهو ما اذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه وليست أمه أم ولد لابيه (وكما فى المستولدة بالنكاح) بان تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فاذا هى أمة

ووجه الفرق أن الاصل فى هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفى الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته فى الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما فى ولد المغرور فانه حر وأمه أمة لمولاها وكما فى المستولدة بالنكاح

(ووجه الفرق) انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت (أن الاصل فى هذا الباب الولد) قال صاحب النهاية أى الاصل فى باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب وقد افتنى أثره فى هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول لا يخفى ما فيه من ارتكاكه من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه فى التفسير أن يقال أى الاصل فى باب الدعوة والاستيلاد هو الولد (والام تابعة له على ما مر) فى مسئلة الموت آنفا (وفى الفصل الاول) وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشترى الام وفى بعض النسخ وفى الوجه الاول (قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو) أى المانع منهما (العتق فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته) أى ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد (فى الاصل وهو الولد) لان امتناع الحكم فى التبع لا يوجب امتناعه فى الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع فى الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق فى ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية فى ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغى أن يبطل البيع واعتاق المشترى أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أى وليس ثبوت الاستيلاد فى حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعنى أن ذلك وان كان من أحكامه الا أنه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه (كما فى ولد المغرور) وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المصنف فيما سيجىء فى آخر هذا الباب (فانه) أى ولد المغرور (حر) أى حر الاصل ثابت النسب من المستولد (وأمه أمة لمولاها) فلا تصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع فى السوق (وكما فى المستولدة بالنكاح) يعنى اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا تثبت أمية الولد كذا فى غاية البيان ويطابقه ما ذكره صاحب الكافى حيث قال وكما فى المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد أمة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة أم ولده انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال لكن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولده للحال الا أن علكها بوجه من الوجوه اه قال صاحب النهاية والعناية فى شرح قول المصنف وكما فى المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فاذا هى أمة انتهى أقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة التى ذكرها قسم من قسمى ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف فى آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكرها المصنف فى مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبى النهاية والعناية فسرا ولد المغرور فى قول المصنف كما فى ولد المغرور بقولهما وهو ما اذا اشترى رجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فحينئذ يكون المراد بولد المغرور فى كلام المصنف أحد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور فى مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تقصير آخر فانه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتض له مؤد الى تقليل الامثلة فى مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد

(قوله فى هذا الباب أعنى به الخ) أقول الاظهر أن يقال يعنى به باب الدعوة والاستيلاد هو الولد الخ فان الولد هو المقصود من الدعوة كما لا يخفى على المتأمل (قوله هو ثبوت الخ) أقول قوله هو راجع الى الاصل (قوله أى ليس ثبوت الاستيلاد فى حق الام من ضرورات ثبوت العتق) أقول وان كان من أحكامه (قوله وكما فى المستولدة بالنكاح بأن تزوج الخ) أقول فيه أن هذا على ما ذكره من قبيل ولد المغرور كما يجىء فى آخر الفصل فلا وجه للمقابلة والظاهر أن حرية الولد لا تمس اليها الحاجة وذكرها فى المثال الاول استطرادى فليتأمل (وفى

(وفى الفصل الثانى) وهو ما اذا أعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع انه ولده (قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أى ثبوت ماذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد (فيه وفى التبع) وقوله (وانما كان الاعتاق مانعا) بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه أن الاعتاق من المشترى لحق استلحاق النسب فى الولد وحق الاستيلاد فى الام فى أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض فليس لفعل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لاقل من ستة أشهر فأعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك

وفى الفصل الثانى قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفى التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض لحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه

(وفى الفصل الثانى) وهو ما اذا أعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع (قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أى ثبوت ماذكر من الدعوة والاستيلاد (فيه) أى فى الاصل (وفى التبع) لان امتناع الحكم فى الاصل يوجب امتناعه فى التبع أيضا (وانما كان الاعتاق مانعا) قال متقدموا الشراح أى وانما كان اعتاق المشترى الولد مانعا لدعوة البائع اياه وقال صاحب العناية أخذا منهم قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى أقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد فى حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب فى حقه بدعوة البائع أيضا والمعنى انما كان اعتاق المشترى الام والولد مانعا عن دعوة الاستيلاد أو دعوة النسب فيشمل الفصلين معا كما ينادى عليه عبارات المصنف فى أثناء البيان على ما ترى وفيما ذهب اليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثانى وهو تقصير فى حق المقام وشرح الكلام (لانه) أى لان الاعتاق (لا يحتمل النقض لحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد) يعنى أن الاعتاق من المشترى لحق استلحاق النسب من البائع فى الولد وحق الاستيلاد من البائع فى الام فى أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض (فاستويا) أى استوى اعتاق المشترى وحق البائع استلحاقا واستيلادا (من هذا الوجه) أى من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفعل أحدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية وربما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين فى بطن واحد لاقل من ستة أشهر فاعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض للعتق كما ترى وأجيب بان التوأمين فى حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حرا الاصل ثبوت النسب للآخر وقائل أن يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق فى أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق فى أحدهما ثبوته فى الآخر والالزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بأنه ان ثبت العتق فى الآخر لزمه ضمان قيمته وفى ذلك ضرر زائد انتهى أقول السؤال الاول وجوابه مما ذكره بعض الشراح أيضا وأما وجه وجيه وأما السؤال الثانى وجوابه فمن مخترعاته وليس بشئ أما السؤال فلان مراد المجيب عن السؤال الاول أن التوأمين فى حكم ولد واحد فى باب النسب بناء على أن مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده أنهما فى حكم ولد واحد فى جميع الاحوال حتى يتوجه السؤال كيف ومدار العتق على الرقبة ولا شك أن رقبتهما متغايرتان فما يترتب على احداهما لا يلزم أن يترتب على الاخرى كما لا يخفى وأما الجواب فلانه ان أراد

نقض للعتق كما ترى وأجيب بأن التوأمين فى حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حرا الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل أن يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق فى أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق فى أحدهما ثبوته فى الآخر والالزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بأنه ان ثبت العتق فى الآخر لزمه ضمان قيمته وفى ذلك ضرر زائد فان عورض بأن البائع اذا ادعى النسب فى الذى عنده كان ذلك سعيا فى نقض ما تم من جهته أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به

(قوله وأجيب بان التوأمين الى قوله ثبوت النسب للآخر) أقول يعنى أن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصدا وفيما ذكرتم النقض ضمنى لا قصدى وكم من شئ لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا (قوله ولقائل أن يقول اذا كان كذلك الخ) أقول أشار بقوله كذلك الى قوله بأن التوأمين فى حكم ولد واحد (قوله فمن ضرورة ثبوت العتق الخ) أقول يعنى يجب أن يكون كذلك والالزم الخ (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه ان ثبت العتق فى الآخر لزمه الخ) أقول أى لزم المشترى ضمان قيمة الولد الآخر فيما اذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذى فى يده وقد أعتق المشترى ما اشتراه (قوله وفى ذلك ضرر زائد) أقول ولذلك لم يجعل من ضرورانه استحسانا والا كان القياس ذلك فيه أيضا فليتأمل ثم قوله ضرر زائد معناه للمشترى (قوله فان عورض) أقول يعنى هذا الجواب (قوله بانه غير مقصود) أقول بل ضمنى ثم ان الضمير فى قوله بأنه راجع الى السعى فى قوله كان ذلك سعيا الخ

ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية

أنه ان ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبي حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر أي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نسلم أن في ذلك ضررا زائدا اذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضررا أصلا ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب أيضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان قيمته أي رد حصته من الثمن على المشترى فيلزم أن يتحقق هنالك أيضا ضرر زائد وان أراد أنه ان ثبت العتق في الآخر لزم المشترى ضمان قيمته أي اتلاف قيمته فيعارض بالنسب أيضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشترى على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هنالك أيضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوأمين أيضا والفرض خلافه ثم أقول بدل السؤال الثاني وجوابه ولقائل أن يقول اذا كان الحكم في التوأمين كذلك كان عتق المشترى مما يحتمل النقض وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن أن يجاب عنه بان مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصدا واللازم في مسئلة التوأمين احتماله النقض ضمنا وكم من شئ لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا وسيجئ في الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثاني وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى أقول فيعارض بان الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود أيضا فلا معتبر به أيضا فلا يخلو الجواب عن معارضة ما (ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق) يريد بيان رجحان ما في جانب المشترى بأن الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق (والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة) لان الحقيقة أقوى من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشترى حقيقته وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الفرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن أن يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا بأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى أقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح وأما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليس بصحيح أما النظر فلانا لا نسلم أن مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ألا يرى نجمع وبين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بحاله وانما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى وأما الجواب فلان المجتهد بخلافنا في مسئلة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدارهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهاد أئمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تحط بها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند أئمتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الاعتاق) أي في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية في صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشي (لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك

(قال المصنف والثابت في الام حق الحرية وفي الولد الخ) أقول وردبما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى وذلك نقض العتق كما يرى وأجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما في الحكم بصيرورته حرا الاصل ثبوت النسب للآخر (قوله فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح) أقول (وقوله)

أنت خبير بانه لا يلزم التسوية مطلقا ألا يرى أنه اذا لم يمكن الجمع يعمل بالحقيقة دون الحق وعند ذلك لا يبقى رجحان الحقيقة على الحق

(قوله وقوله في الفصل الاول) يريد به أن ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الائمة في المبسوط وقاضيخان والمحبوبي انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بأن في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم انها أم ولده حيث جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة وأما في فصل الموت فموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لا يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب أن لا يكون للولد حصة من الثمن بجحوده بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض وأجيب بأن ذلك من حيث الصورة وأما من حيث المعنى فهو كالحادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة قال (ومن باع عبدا ولد عنده الخ) والاصل في هذا انه اذا حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا تمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان أصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه و يبطل البيع لاحتماله النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الام أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة

وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال (ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه و يبطل البيع) لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الام أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة

(وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما) يعني أن ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعنده) أي عند أبي حنيفة (يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت) قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط والامام قاضيخان والامام المحبوبي في الجامع الصغير انه يرد بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند أبي حنيفة أيضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة وأما في فصل الموت فموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن ثم اعلم أن الذي اختاره المصنف وصححه هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري فان قيل ينبغي أن لا يكون للولد حصة من الثمن لجحوده بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بعد القبض من حيث الصورة وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه ههنا بالدعوة كذا في الشروح (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن باع عبدا ولد عنده) أي كان أصل العلوق في ملكه (وباعه المشتري) أي ثم باعه المشتري (من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه) أي الولد ابن البائع الاول (و يبطل البيع) أي يبطل البيع الاول والثاني (لان البيع يحتمل النقض وماله) أي وما للبائع (من حق الدعوة لا يحتمله) أي لا يحتمل النقض (فينتقض البيع لاجله) أي لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المصنف (وكذا) أي وحكم المسئلة السابقة الحكم (اذا كاتب الولد) أي اذا كاتب المشتري الولد (أو رهنه أو آجره أو كاتب الام) أي كاتب المشتري الام فيما اذا اشتراها مع ولدها (أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة) أي ثم وجدت دعوة

قال المصنف (وقوله في الفصل الاول الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله قولهما خبره (قوله وقوله

(٣٤ - تكملة سادس) هو الصحيح احترز الى قوله من الثمن الخ) أقول قال في غاية البيان وهكذا ذكر محمد في الجامع الصغير حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يشتري الجارية فتلد عنده ولدا وقد كان أصل الحبل عند البائع وأعتق المشتري الام ثم ادعى البائع الولد قال هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن الى هنا لفظ محمد وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي والكرخي والطحاوي في مختصريهما وكذلك ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وكذلك ذكر شمس الائمة البيهقي في الشامل والكفاية (قوله وكيف يسترد كل الثمن) أقول قال الامام الزيلعي بل يرد حصة الولد فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى وفي غاية البيان نقلا عن مختصر الكرخي وكفاية شمس الائمة البيهقي أنه يقسم الثمن على قيمة الام يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد

لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض لاجل مالا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ولقائل أن يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وأما الدعوة من المشترى ومن البائع فتساويتان فى أن الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن أن يجاب عنه بان التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فى وقت لامزاحم له فلا حاجة الى الثانية (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد اعتاق المشترى

لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا الان التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا لانه لاحبل لاقل من ستة أشهر وفى الجامع الصغير

البائع (لان هذه العوارض تحتمل النقض) كالبيع (فينتقض ذلك كله) أى فتنتقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الاشارة والضمير بتأويل ماذكر (وتصح الدعوة) لكونها مما لا يحتمل النقض واعلم أن هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة الجامع الصغير (بخلاف الاعتاق والتدبير) فانهما لا يحتملان النقض (على ما مر) آنفا (بخلاف ما اذا ادعاه) أى الولد (المشترى أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه) أى كاعتاق المشترى قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويان وأما الدعوة من المشترى ومن البائع فيتساويان فى أن الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن أن يجاب عنه بان التساوى بين العتق والدعوة فى عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فى وقت لامزاحم له فلا حاجة الى الثانية انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله فى السؤال الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان قال فيه بحث فان الثابت بهما فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الاصل كما سيجىء انتهى أقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها لان مدار الكلام فى جنس ما نحن فيه من المسائل على أن الترجيح هل هو فى جانب البائع أو فى جانب المشترى ولا شك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق استلحاق النسب فى الولد وحق الاستيلاد فى الام على ما مر فى الكتاب وتقرر وقد عبر عنه صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتأديه الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشترى فانتظم السؤال والجواب وان كان فى تقريره نوع ضيق واضطراب (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن ادعى نسب أحد التوأمين) التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر فى بطن واحد يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة كذا فى المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسى ذكر فى المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح فى اللغة حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند أهل اللغة كذا فى النهاية وغيرها (ثبت نسبهما منه) أى ثبت نسب التوأمين معا ممن ادعى نسب أحدهما (لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا) أى كونهما من ماء واحد (لان التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا) أى بعد ولادة الاول (لانه لاحبل لاقل من ستة أشهر) لان أقل مدة الحمل ستة أشهر ولا يتصور علوق الثانى على علوق الاول لانهما اذا حبلت بنسد فم الرحم كذا فى الكافى وغيره وكان المصنف لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه أمرا معلوما فى غير هذا الفن (وفى الجامع الصغير) قال فى العناية ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب فى الآخر بعد اعتاق المشترى انتهى وقال فى معراج الدراية انما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهى قوله ولدا عنده وفيه

(قوله ولقائل أن يقول الثابت الخ) أقول فيه بحث فان الثابت بهما فى حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الاصل كما سيجىء آنفا (قوله لاشتمالها على صورة الخ) أقول ولاشتمالها على زيادة وهى قوله ولدا عنده والقدورى ساكت عنها وجواب مسئلة الجامع مبنى على هذه الزيادة

اذا كان في يده غلامان توأمان ولد اعنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيه فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حرية الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا الان هنالك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا

اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى (اذا كان في يده غلامان توأمان ولد اعنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري) ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التأويل كذا في العناية قال المصنف في التعليل (لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه) أي في أن يصادف العلوق والدعوة ملكه فان في قوله ولد اعنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه (ثبت به حرية الاصل) جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده أي ثبت حرية الاصل في هذا الولد (فيثبت نسب الآخر) أي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه وأعتقه المشتري (وحرية الاصل فيه) أي ويثبت حرية الاصل في ذلك الولد أيضا (ضرورة لانهما توأمان) وهما من ماء واحد (فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل) أي فبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال في الكافي وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة باصل الخلقة انتهى (بخلاف ما اذا كان الولد واحدا) حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر (لان هنالك) أي في مسئلة الولد الواحد (يبطل العتق فيه) أي في الولد (مقصودا) يعني لو صحت الدعوة من البائع هنالك لبطل العتق في الولد مقصودا (لحق دعوة البائع) وأنه لا يجوز لما تقدم أن حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق (وههنا) أي في مسئلة التوأمين (يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل) أي يثبت بطلان اعتاق المشتري فيما اشتراه تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما أبدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال كذا في العناية أقول هذا شرح صحيح الا أنه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتأخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى أن يقال وههنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحب النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف ههنا أي يثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشتري لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه اه فان الظاهر مما بينوا من المعنى أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله يثبت بل أن يكون متعلقا بمقدر وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد أقول لعل المحذور فيه أشد من الاول فان الحرية بعد أن تضاف الى الضمير الراجع الى المشتري لا يبقى احتمال أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله تثبت والا فيلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكروه لغوا من الكلام وانما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وههنا يثبت تبعا للحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى (فافترقا) أي فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوأمين وما اذا كان الولد واحدا حيث

ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التأويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سؤالا وجوابا قوله (بخلاف ما اذا كان الولد واحدا الان هنالك يبطل العتق فيه مقصودا) يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البائع وقد تقدم أن حق الدعوة لا يعارض الاعتاق (وهنا) أي في مسئلة التوأمين (يثبت) بطلان اعتاق المشتري في المشتري (تبعا لحريته فيه حرية الاصل) لا حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما أبدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال

(قوله قال شمس الائمة يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان) أقول وفي المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأم وتوأمان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة انتهى فما في المغرب يخالف ما ذكره شمس الائمة السرخسي (قوله وقد تقدم الكلام)

أقول في ظهر هذه الصحيفة (قال المصنف وهنا يثبت تبعا لحريته) أقول وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت قصدا وأصالة (قوله يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشتري) أقول قوله في المشتري متعلق بقوله يثبت (قوله والضمير للمشتري كذلك) أقول أي للمشتري بالفتح

(ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع) لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال (واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو

لزم بطلان العتق هنالك أصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت أصالة وقصدا قال في معراج الدراية الى هذا أشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعه وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال أو نقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما في يده من أحد التوأمين أن اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر أنه كان حرا الاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية (فلو لم يكن أصل العلوق في ملكه) يعني أن الذي ذكر من قبل اذا كان أصل العلوق في ملك المدعى ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها (ثبت نسب الولد الذي عنده) أي ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر أيضا ضرورة لان التوأمين لا ينفكان نسبا (ولا ينقض البيع فيما باع) ولا يبطل عتق المشتري فيه (لان هذه) أي لان دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير) لا دعوة استيلاد (لانعدام شاهد الاتصال) أي لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعى حيث لم يكن أصل العلوق في ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعى (فيقتصر على محل ولايته) أي اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعى وصار كان البائع أعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال كثير من الشراح في شرح قول المصنف لان هذه دعوة تحرير الخ لانه لما لم يكن أصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر ولو قال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير أقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام أنه قدمر في كتاب العتاق أنه اذا قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي لهم أنه كلام محال فيرد ويلغو ولابي حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حرية من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيما اذا قال لغلام هذا ابني انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهي أن يكون الغلام ممن يولد لمثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته وأما في الصورتين الاخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم نوجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا كان الصبي في يد رجل قال) أي ذلك الرجل (هو) أي الصبي

(قال المصنف ولو لم يكن أصل العلوق الخ) أقول قال الزيلعي بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضا لأنهما لا يفترقان فيه لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه انتهى وهذا الاحتمال لا يلايم ما نحن فيه (قوله فكان قوله هذا ابني مجازا الخ) أقول فيه بحث لأنه لو كان مجازا كما ذكر لما ثبت نسب الذي ليس عنده بل نسب الذي عنده والمصرح خلافه فليتأمل ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازا أو خبر بعد خبر وقوله مجازا حال (ابن

ابن عبدى فلان الغائب ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه أبدا وان جحد العبد أن يكون ابنه) وهذا عند أبى حنيفة (وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار

أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته فى وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا أما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير وأما استقبالا فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث اما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب ففى الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقى اقراره وفى الوجه الثانى لم تصح دعوته عند أبى حنيفة خلافا لهما وقالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا أكره على الاقرار بنسب عبد فأقر به لا يثبت وكذا الهزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار

(ابن عبدى فلان الغائب ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه) أى لم يكن ذلك الصبى ابن ذلك الرجل (أبدا) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية يعنى سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب وقال تاج الشريعة يعنى وان جحد العبد أن يكون هو ابنه أقول لا يخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف (وان جحد العبد أن يكون ابنه) سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا أن يحمل على التأكيد تقرير الكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد أشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه أبدا أى فى وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا حيث قال فى تقرير المسئلتين واذا كان الصبى فى يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته فى وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا انتهى أقول الحق أن المراد ههنا هذا المعنى لوجوه أحدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر وثانيها أن الابد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب فى وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة فى المعنى الاول أعنى التصديق والتكذيب والسكوت عنهما اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحد من تلك الاحوال فى وقت ما فلا فائدة فى التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال وأما بالنظر الى الاوقات المذكورة فى هذا المعنى أعنى الحال والاوقات المستقبلة فهما أى المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب فى الحال لعدم علمه فيها ما أقر به المقر ويتصور ذلك منه فى الاستقبال بان يعلمه بعد أن يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود فى الحال والاستقبال بلا فرق بينهما فاحتمل فى حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبى ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك فى حق الحاضر فلو أطلق فلانا ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقر له غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا أيضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبى فى يده وذكره فى الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعى فى التبيين (وهذا عند أبى حنيفة) أى حكم المسئلة المذكورة على اطلاقه انما هو عند أبى حنيفة رحمه الله وفى المبسوط لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقالا اذا جحد العبد فهو) أى الصبى (ابن المولى) يعنى ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا فى النهاية قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا قال) أى اذا قال الذى فى يده الصبى (هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا كذا فى غاية البيان (لهما أن الاقرار) أى الاقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدى فلان الغائب (ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار) أى فصار كأنه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه (والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض) أى وان كان النسب لا يحتمل النقض (ألا يرى أنه) أى الاقرار بالنسب (يعمل فيه الاكراه والهزل) حتى لو أكره ببنوة عبد فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو أقر بها هازلا (فصار)

(قال المصنف ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل) أقول وان كانا لا يعملان فيما لا يحتمل النقض

كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال المشترى أنا أعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح و بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه ولابى حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان

كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر

كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير و بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له أن يكذب نفسه ولابى حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقى فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له

أى فصار حكم هذه المسئلة (كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق المشترى) بفتح الراء (فكذبه البائع ثم قال) أى المشترى (أنا أعتقته يتحول الولاء اليه) أى فانه يتحول الولاء الى المشترى وصار كانه لم يقر أصلا (بخلاف ما اذا صدقه) أى بخلاف ما اذا صدق المقر له المقر فى مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لانه) أى المقر (يدعى بعد ذلك) أى بعد تصديق المقر له اياه (نسبا ثابتا من الغير) وهو لا يصح (و بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه) بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه أيضا دعوة المولى بالاتفاق (لانه تعلق به) أى بالصبى (حق المقر له على اعتبار تصديقه) أى على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له أن يكذب نفسه) يعنى أن لاحتمال جانب التصديق تأثيرا فيما نحن فيه كما أن لاحتمال جانب التكذيب تأثيرا فى ولد الملاعنة (ولابى حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق (والاقرار بمثله) أى بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته (لا يرتد بالرد) يعنى وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد أى لا يبطل بالتكذيب كمن أقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الامام قاضيخان وذكر فى الشروح (فبقى) أى فبقى الاقرار فى حق المقر وان لم يثبت فى حق المقر له كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة (فتمتنع دعوته) أى فتمتنع دعوة المقر بعد الرد أيضا (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة) كالعتق والقرابة (ثم ادعاه) أى ثم ادعاه الشاهد (لنفسه) حيث لا تصح دعوته واعلم أن الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة فى شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى فاقتفى المصنف أثره فأوردها ههنا كذلك وأما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فقد ذكر أنها أيضا على هذا الخلاف حيث قال فى شرح الكافى للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند أبى حنيفة خلافا لهما انتهى (وهذا) اشارة الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد (لانه تعلق به) أى بالنسب (حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) أى من المقر له ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكذيب بقى له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه (وكذا تعلق به حق الولد) من جهة احتياجه الى النسب (فلا يرتد برد المقر له) لتعلق حقه وحق الولد هكذا ينبغى أن يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما فى العناية

(قوله بخلاف ما اذا صدقه) أقول أى صدق المقر له بالنسب المقر (قال المصنف ولابى حنيفة أن النسب الخ) أقول ولاجواب فيما ذكره عن قولهما ألا يرى أنه يعمل فيه الاكراه والهزل (قوله لعدم احتمال النقض) أقول فيه نوع مصادرة (قوله وأما الثانى فلانه الخ) أقول لا يخفى عليك عدم ملاءمة الشرح للمشروح (قال المصنف ثم ادعاه لنفسه) أقول فانها لا تصح لكن ذكر العلامة وغيرها علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد أن مسئلة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضا لا يقبل عنده خلافا لهما (قال المصنف وهذا لانه تعلق به حق المقر له) أقول قال الاتقانى اشارة الى قوله لا يحتمل النقض انتهى وفيه بحث بل هو اشارة الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد

ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشترى فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره

وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة (ومسئلة الولاء على هذا الخلاف) اشارة الى الجواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء بانها أيضا على هذا الخلاف فلا تنهض شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله (ولو سلم) أى ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق (فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب) صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولادا لجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالى الام لان الاب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان أعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه كذا روى عن عمر رضى الله عنه ذكره قاضيخان كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب كذا فى النهاية وغيرها (ما هو أقوى وهو دعوى المشترى) لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا المحل لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا فى العناية وأكثر الشراح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال فى الكافى ان المشترى اذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما قلناه الى هنا كلام ذلك البعض أقول بحثه ظاهر السقوط لان المشترى انما أقر أولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافى قيام الملك له فى الحال أى فى حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له فى الحال لو كان أقر ابتداء بانه معتق نفسه أو كان أقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس وأما ما ذكره فى الكافى فعلى تقدير تمامه يجوز أن يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء أيضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى أن مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء فى مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ وحينئذ لا شك فى قيام الملك للمشترى الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام (فيبطل به) أى بطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى الذى هو دعوى المشترى (بخلاف النسب) يعنى أنه لا يبطل باعتراض شئ أصلا (على ما مر) وهذا اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه أخذ أكثر الشراح قال فى الكافى بخلاف النسب كما مر فى ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضا والحاصل أن النسب ألزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان فى الجملة والنسب لا يقبله أصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء (وهذا) أى اقرار البائع بنسب ما باعه لغيره (يصلح مخرجا) أى حيلة (على أصله) أى على أصل أبى حنيفة (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه) أى يخاف المشترى على الولد (الدعوة بعد ذلك) من البائع (فيقطع دعواه) أى فانه يقطع دعوى البائع (باقراره بالنسب لغيره) قال الامام المحبوبى صورته رجل فى يده صبى ولد فى ملكه وهو يبيعه ولا يأمن المشترى أن يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبى ابن عبده الغائب حتى يأمن المشترى من انتقاض البيع بالدعوى عند أبى حنيفة فان هذا يكون حيلة عنده وفى الفوائد الظهيرية الحيلة فى هذه المسئلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل كذا فى النهاية

قوله (ومسئلة الولاء) جواب عن استشهادهما بانها على الخلاف فلا تنهض شاهدة سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو أقوى وهو دعوى المشترى لان الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا المحل لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر أن النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا أى حيلة على أصل أبى حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشترى عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره

(قوله ولم يتقرر لانه الخ) أقول تامل فى صحة هذا التعليل فان سقامته ظاهرة ولو كان اللفظ الا أنه لم يتوجه (قوله لان الملك له قائم فى الحال) أقول فيه بحث كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال فى الكافى ان المشترى اذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما قلنا فليتأمل

قال (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح أيهما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا أوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام أي ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها) ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك

ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي ألا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن أن يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على المرجحة بالصبيان نظر الها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء بجحود والاصل عدمه ألا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله أعلم بالصواب

قال (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر) لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا أوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر) وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعوتان معا فكان قوله معا اشارة الى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبد المسلم كذا في النهاية قال المصنف (لان الاسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعي تعارضا) يعني ان الاسلام مرجح أيهما كان والترجيح يستدعي تعارضا (ولا تعارض) أي لا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا (لان نظر الصبي في هذا أوفر) يعني أن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر (لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه) أي وفي عكس ما ذكرناه (الحكم بالاسلام تبعا) أي ينال الحكم بالاسلام تبعا (وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها) أي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا رأى أكثر الشراح في حل هذا المقام وهو الحقيق عندي أيضا بان يراد من هذا الكلام قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي ألا يرى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته انتهى أقول ليس مراد صاحب العناية أن هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفسد ما ذكره ذلك البعض بل مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا أما على كون الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مؤمنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما أعني الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعني أن المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا تضر مع شرف الايمان انتهى فالامر ظاهر وأما على كون الامة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وأمته عامين للحر والحرة أيضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف وأضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين أي ولا امرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة وكذلك ولعبد مؤمن لان

(قال المصنف اذ دلائل الوحدانية ظاهرة) أقول الظاهر أن يقال دلائل الاسلام لان بمجرد التوحيد لا يتحقق الاسلام (قوله ولقائل أن يقول هذا مخالف الناس الخ) أقول فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته فليتأمل (قوله لان دعوته لا تحتمل الخ) أقول ههنا نوع مصادرة

(ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى) ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين

الناس كلهم عبيد الله واما وُه انتهى فلان الرقيق المؤمن يندرج حينئذ فى عبد مؤمن قطعا فيكون خيرا من مشرك وان كان حرا ودلالة ظاهر الدليل المذكور فى مسئلتنا على أن الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان فى وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعى النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفى الاحاديث الدالة على المرجحة بالصبيان نظر الها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء جحود والاصل عدمه ألا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر فى الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى أقول فيه بحث لان كون مدعى النسب أبا أول المسئلة فذكره ههنا مؤد الى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس بشئ لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو أول المسئلة أيضا وقوله وفى الاحاديث الدالة على المرجحة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع كلام خال عن التحصيل ههنا لان وجوب المرجحة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام فى أن ما يؤدى الى ائتلاف بالكفر المانع عن الاسلام مناف للمرجحة بهم وللنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا فى شرح قول المصنف ولا تعارض أى بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز أن يكون عبدا لواحد وابنا لآخر انتهى فكأنهما أخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافى حيث قال ولو كان صبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصرانى اذا ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى والفرق أنهما فى دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعويين أعنى دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز أن يكون عبدا لواحد وابنا لآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى أقول فيه نظر لان الذى يدعيه النصرانى فى مسئلتنا هو بنوة الصبى له حرا مطلقا بنوته له وان الذى يحكم به له هو ثبوت نسب الصبى منه حرا كما صرح به فى وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا للآخر والا لزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لا يتصور النزاع بينهما رأسا ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب ثم ان فى تحرير المصنف مانعا آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لان نظر الصبى فى هذا أوفر الخ لا يصلح أن يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى فكأن صاحب الكافى تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير ألا يرى أن الترجيح بالاسلام واجب فى النسب نظرا للصغير ونظر الصبى فى هذا أوفر الخ أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئا آخر فكأنه غافل بالكلية وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال فعلى هذا يكون قوله لان نظر الصبى فى هذا أوفر دليلا على قوله فهو ابن النصرانى لا دليلا على نفى المعارضة وقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصرانى وهو حر بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعى تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبى الخ دليلا على ذلك أيضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه أن يذكر بالواو اللهم الا أن يحمل الثانى على تعليل المعلل فتأمل (ولو كانت دعوتهما) أى دعوة المسلم والكافر (دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين) أى للصبى ونوقض

(ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحا للاسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصرانى بالغ ادعى على نصرانى ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان فى البنوة ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان تساوتا فى اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة فى النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى وفيه نظر لانه أضعف من الاسلام فى الترجيح لا محالة والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى لانه أشبه المدعيين لكونه يدعى حقا لنفسه

(قوله ولم يترجح جانب الاسلام) أقول بل ترجح خلافه

قال (واذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد أما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبي حنيفة وقدمر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها

قال (واذا ادعت المرأة صبيا الخ) اذا ادعت المرأة صبيا أنه ابنها فاما أن تكون ذات زوج أو معتدة أولا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند أبي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقدمر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها

هذا بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعويان مع أن بينة الغلام أولى ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه أولى وفيه نظر لانه أضعف من الاسلام في الترجيح لاستحالة والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى لانه أشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه كذا في العناية أقول ولقائل أن يقول ان تقوى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الاسلام بالف نص منها قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى (قال) أي محمد في الجامع الصغير (واذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة) قال المصنف اقتفاء أثر عامة المشايخ في تقييد هذه المسئلة (ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج) وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك (لانها تدعي تحميل النسب على الغير) وهو الزوج (فلا تصدق الا بحجة) يعني أن المرأة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لاستحالة ولا تثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره (بخلاف الرجل) أي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وان أنكرت المرأة (لانه يحمل نفسه النسب) وفي بعض النسخ تحمل على نفسه النسب (ثم شهادة القابلة كافية فيها) أي في دعوى المرأة في المسئلة المارة (لان الحاجة الى تعيين الولد) بأنه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء (أما النسب فيثبت بالفراش القائم) يعني أما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى تلزم الحجة التامة (وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة) فكانت حجة فيها (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة) يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة أما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت الى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة (وقدمر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها) أي من غير بينة أصلا (لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها) وفي هذا الفرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشايخ واختاره المصنف ومنهم من أجرى المسئلة على اطلاقها وقال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملا باطلاق ما ذكر محمد وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة وجه الفرق أن الاصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله الا بالبينة وبيان هذا أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت

(وان كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة (وان كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لان الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه

طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق طلاقها بحيضها والمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بينة لعدم امكان العجز عن الاثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لامكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج اليها كذا في الشروح أقول فيه بحث أما أولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا أنه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر في كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل ولدا انه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل أصلا أي ولو كان هناك منازع شرعي اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع أن مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد واثباتها شرعا أكثر من أن تحصى فظهر أن المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه فلما أمكنه اثبات نسبه منه لزمه أيضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب وأما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجدي في مسئلتنا لان كون المدعى مما يمكن للمدعي اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة في مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة كما بين الا أنه مما لم ينكره أحد لان كلا منا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بأن لم تكن منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المصنف في تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر (وان كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه) أي ادعت أن الولد ابنها من ذلك الزوج (وصدقها) أي وصدق (الزوج) اياها (فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة) أي وان لم تشهد امرأة على الولادة يعني لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة (لانه) أي الزوج (التزم نسبه) أي نسب الولد (فأغنى ذلك عن الحجة) لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة أولى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير (وان كان الصبي في أيديهما) أي في أيدي الزوجين (فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها) أي زعم الزوج أن الصبي ابنه من امرأة أخرى له (وزعمت أنه ابنهما من غيره) أي وزعمت المرأة أنه ابنهما من زوج آخر كان لها (فهو ابنهما) أي كان الصبي ابنهما معا هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوي ثم ان هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضا قال المصنف في تعليلها (لان الظاهر أن الولد منهما) أي من الزوجين اللذين كان الولد في أيديهما (لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما) أقول فيه شيء وهو أن قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد أي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم تجز دعوة امرأة ذات زوج صبيا أنه ابنها اذا لم يصدقها الزوج مالم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفا في مسئلتنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك فتأمل (ثم كل واحد منهما) أي من الزوجين (يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) أي على صاحبه يعني

وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أولا والفرق هو أن الاصل أن كل من يدعي أمرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي أمرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما (ولو كان الصبي في أيديهما) أراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر عن نفسه فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر

(قوله والفرق الخ) أقول يعني الفرق بين الرجل والمرأة

وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا أن هنالك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم

قال (ومن اشترى جارية فولدت ولدا الخ) ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار أن ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني اذا كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه عليه قيمتها واليه ذهب أصحابنا فانه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية

لا يقبل قوله في حق صاحبه (وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه) حيث لا يصدق واحد منهما في ابطال حق صاحبه (بل يكون الثوب بينهما) فكذا هنا (الا أن هنالك يدخل المقر له في نصيب المقر) أي يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان (لان المحل) وهو الثوب (يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها) اعلم أن المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبي اذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر في الايضاح أن دعوى النسب انما لا تبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين ولا مساواة فان دعوى النسب أقوى من النفي وذكر فيه أيضا اذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب وكذلك لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد كذا في النهاية ومعراج الدراية أقول الذي نقل عن الايضاح أولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعا ونقضا فتأمل (قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده) يعني ولدت ولدا من المشتري (فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم) وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان وكذا اذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت نص عليه الامام الزيلعي في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب (لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين) بأي سبب كان مثل الشراء والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها (أو نكاح) عطف على يمين والمعنى أو معتمدا على ملك نكاح (فتلد منه) أي تلد المرأة ممن يطأها (ثم تستحق) بان يظهر بالبينة كونها أمة هذا تفسير ولد المغرور (وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم) فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار أن ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف أيضا بين السلف أنه مضمون على الاب الا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه عليه قيمة الولد واليه ذهب أصحابنا لانه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتأويل حديث عمر رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا في العناية أقول يرد على ظاهره أن اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضي الله عنه بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المصنف من ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف يصلح ما ذكر في العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره المصنف ويمكن الجواب عنه بان يقال ان اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضي الله عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا أن السلف وان اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر

(قوله وتأويل الحديث) أقول أي على تقدير انه حديث والله أعلم

ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرا الاصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع (ولو مات الولد لا شئ على الاب) لانعدام المنع وكذا الوترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لا بيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه (ولو قتله الاب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته) لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بائعه)

من أقوالهم الا أن الخلاف مرتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر رضي الله عنه وتبيين مرامه على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل (ولان النظر من الجانبين واجب) اذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر أيضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذا بان يحيى حق المستحق في معنى المملوك ويحيى حق المغرور في صورته كذا في الكافي (فيجعل الولد حرا الاصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما) ودفعا للضرر عنهما (ثم الولد حاصل في يده) أي في يد المغرور (من غير صنعه) أي من غير تعد منه كذا في العناية (فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة) فانه أمانة في يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع (فلهذا) أي فلان المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع) وذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء لان الولد يعلق في حق المستولد حرا ويعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم اعلم أن ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا أما اذا كان مكاتبا أو عبدا مأذونا له في التزوج يكون ولده عبد المستحق خلافا لمحمد وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان (ولو مات الولد) يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لا شئ على الاب) أي ليس على الاب شئ من قيمته (لانعدام المنع) اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا في الكافي (وكذا الوترك مالا) أي وكذا الوترك ولد المغرور مالا ميراثا لا بيه فأخذه أبوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شئ لان المنع لم يتحقق لا عن الولد لما مر ولا عن بدله (لان الارث ليس ببدل عنه) فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه (والمال لا بيه لانه) أي الولد (حر الاصل في حقه) أي في حق أبيه كما مر (فيرثه) فان قيل الولد وان كان حر الاصل في حق أبيه الا أنه رقيق في حق مدعيه فينبغي أن يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد علق حرا الاصل في حق المدعي أيضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها كذا في الشروح والكافي أقول بنا في هذا الجواب ظاهر مما ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفا فليتأمل في التوفيق أو الترجيح (ولو قتله الاب يغرم قيمته) أي يضمنها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته) أي فأخذ الاب ديته (لان سلامة بدله له) أي لان سلامة بدل الولد وهو ديته للاب (سلامته) أي كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) أي ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما اذا كان حيا) وأما اذا لم يأخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيأ لانه لم يمنع الولد أصلا أي لا حقيقة ولا حكما نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير وذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لم يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا في النهاية والكفاية (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) أي

ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حرا الاصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما (قوله ثم الولد حاصل) بيان لسبب الضمان وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة أمانة لا يضمن الا بالمنع وتعهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وأنه لو ترك مالا لا يضمن أيضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لا بيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه لا يقال ينبغي أن يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق أبيه رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل في حق المدعي أيضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وأنه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه

لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه أى بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملها بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهى ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الاقرار﴾

قال فى النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه (٢٧٨) من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعى اذا توجه على المدعى عليه فأمره لا يخلو اما أن يقر أو ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال بماله لا يخلو اما أن يستريح منه أولا فان استريح منه فلا يخلو اما أن يستريح بنفسه أو بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هناك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستريح فلا يخلو اما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة

لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الاقرار﴾

و يرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه (لانه) أى بائعه (ضمن له) أى للمشترى (سلامته) أى سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق كذا فى معراج الدراية و يساعده تقرير صاحب النهاية أقول يرد على ظاهر هذا الشرح أنه لا شبهة فى أن البائع ضامن للمشترى سلامة المبيع عن العيب الا أن المبيع فى مسئلتنا هى الام دون الولد فلا يتم التقريب فكان كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا فى بيان قول المصنف لانه ضمن له سلامته يعنى أن الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى أقول و يرد على هذا الشرح أن البائع انما ضمن للمشترى سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذى يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح ادخال المعدوم فى عقد البيع أصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ولا شك أن الولد فى مسئلتنا من حدث بعد البيع والحق عندى فى هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البين و يقال فى بيان مراد المصنف من قوله المذكور ان البائع ضمن للمشترى سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذى هو الام عن العيب فان كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضا لان من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حر الاصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية أى بالثمن الذى أداه المشترى الى البائع فالضمير للمشترى وقيل بثمن المشترى اذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه واستحقه أحد انتهى واختار صاحب العناية من بين هذه المعانى الثلاثة المعنى الوسطانى حيث قال كما يرجع بثمنه أى بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملها انتهى وأقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن فى تذكير الضمير ههنا نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال فى الوقاية وغيرها ورجع بها كثمنها بتأنيث الضمير أى ورجع بقيمة الولد كثمن الام (بخلاف العقر) يعنى أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه وأخذ منه المستحق (لانه) أى لان العقر (لزمه) أى لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أى لاستيفاء منافع الجارية المستحقة أى منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) اذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء فى ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطئ مجانا كذا فى النهاية وغيرها

﴿كتاب الاقرار﴾

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب

﴿كتاب الاقرار﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى أقر بوحدانيته كل مخلوق بلسان حاله وقاله والصلاة على سيدنا محمد الذى ادعى النبوة وشهدت النصوص بعلو شانه وصدق مقاله وعلى آله وأولاده وأصحابه الآخذين بتعظيم دقائق الشرع وجلائله المجتهدين فى تفهم بدائع معانيه المستنبطة من النصوص ببيان دلائله (وبعد) فان الاستاذ المرحوم حرر رسالة متعلقة بمسئلة مذكورة فى المبسوط وهى رجل قال لآخر لى عليك اثنا عشر ألف درهم الخ ودقق فى تصحيحها وحقق فى توضيحها بالقول الفصل والكلام الجزل وذيل ببعض المسائل المهمة المتفرقة المنقولة عن الكتب المعتبرة المتعلقة بمسائل الاقرار ولكن لم نظفر بتلك الرسالة الشريفة فى الزمان السابق فلما انتهينا الى هذا المقام وجدنا هذه الرسالة وذلك

بين الاوراق بالتمام فحررناها تبركا وتيمنا فى أول ذلك الكتاب ولم نغير ما اختاره من الترتيب المستطاب وهذا نص عبارة الاستاذ بلا انتقاص ولا ازدياد

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

سبحانك لا علم لنا الا ما علمتنا انك أنت العليم الحكيم نسألك أن تصلى وتسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أفضل صلاة وأكمل تسليم وترشدنا الى سبيل السداد والصواب وتهدينا الى الصراط المستقيم ﴿ رجل قال لآخر لى عليك اثنا عشر ألف درهم فأنكر وقال كان دينى لك خمسة آلاف درهم وقد دفعتها اليك وأديتها لك فقال تلك الخمسة آلاف التى أديتها هل هى من تلك الاثنى عشر ألفا فقال نعم هى منها فهذا اقرار بالاثنى عشر ألفا لظهور أن اشارة المدعى فى الاستفهام الى الاثنى عشر ألفا الذى كان موصوفا بالوجوب فى ذمة المدعى عليه والا لكان كلامه لغوا محضا لا فائدة فيه وكلام العاقل لا يحمل على اللغو الا اذا تعذر حمله على الصحة كذا فى المبسوط فى باب ما يكون اقرارا فسواء أجاب المدعى عليه بقوله نعم هى منها باثبات لفظ نعم على ما فى بعض صور الاستفتاء أو بقوله هى منها بدون لفظ نعم يكون ما تقدم من كلام المدعى كالمعاد فيه فكأنه قال نعم هى من تلك الاثنا عشر ألفا الذى كان لك على فلو صرح بهذا لكان اقرارا فكذا هذا قال الامام شمس الائمة السرخسى فى المبسوط رجل قال لآخر اقض الألف التى لى عليك فقال نعم فقد أقر بها لان قوله نعم لا يستقل بنفسه وقد أخرج مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه (٢٧٦) فكأنه قال نعم أعطيك الألف الذى لك على ثم قال وعلى هذا الاصل يبتنى بعض مسائل الباب وبعض المسائل مبنية على انه متى ذكر فى معرض الجواب كلام يستقل بنفسه ويكون مفهوم المعنى يجعل مبتدأ فيه لا مجيبا الا أن يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من أن يحمل على الجواب الى هنا عبارته وقال الشيخ قوام الدين الاتقانى فى غاية البيان الاصل هنا أن ما لا يصلح للابتداء من الكلام ويصلح للبناء فانه يجعل مربوطا لما تقدم ذكره ويعتبر به حتى يفيد ولا يلغو لأنه لا يلغى من كلام العاقل ما أمكن واذا كان يصلح للابتداء ويصلح للبناء فانه يجعل للابتداء ولا يجعل مربوطا بما تقدم ولا يعتبر به حتى لا يلزمه المال بالشك وفى الكافى للعلامة النسفى لو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلنى أو قضيتكه فهو اقرار لان الكناية تنصرف الى الألف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكأنه قال انتقد أو اتزن أو أجل أو قضيت الالف الواجب لك على وفى شرح الكنز للشيخ المحقق الزيلعى الأصل فيه أن الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء أو يصلح لهما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشك فى كونه جوابا لئلا يلزم المال بالشك فان ذكر الهاء فى الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا واذا كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد أخرجه جوابا وهو غير صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه وذكر الامام فخر الدين الشهير بقاضيخان الكلام اذا خرج على وجه الكناية عن المال الذى ادعاه المدعى يكون اقرارا الى غير ذلك مما ذكر فى الكتب المعتبرة والزبر المطولة والمختصرة ثم اذا كان هذا الكلام اقرارا لا يغيره الانكار سابقا كان أو لاحقا بناء على اطلاق الكتب وهى تكفى دليلا لنا فى أمثال ذلك ومن ادعى التقييد بعدم سبق الانكار فعليه البيان والاظهار ومما يجرى مجرى الشاهد لما ذكرنا من أن ذلك اقرار ما ذكر فى أكثر كتب الفتاوى وهو لو قال مرا آدين جمله پنج درم داده نيست يكون اقرارا بجميع ما ادعى لان الجملة اشارة الى ما ادعى من حقه عليه فانه فى غاية القرب من تلك المسئلة المتنازع فيها فان قيل قد ذكر فيها أيضا أنه لو قال پنج درم داده نيست از انچه دعوى

وذلك لان دعوى المدعى اذا توجهت الى المدعى عليه فأمره لا يخلو اما ان يقر أو ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال لا يخلو اما أن يستربح منه أو لا فان استربح فلا يخلو اما أن يستربح بنفسه أو بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه فى كتاب البيوع للمناسبة التى ذكرناها هناك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستربح فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه أو بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة كذا فى الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع ألسنتهم عن مذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه انفاع صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وانالة النول ثم ان ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة أما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشئ اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا فى الكافى وعامة المتون والشروح وقال فى العناية الاقرار مشتق من القرار فكان فى اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى أقول لقد أصاب

ميكنى لايكون اقرارا فما الفرق بينهما حتى تكون احداهما اقرارا دون الاخرى وفى الخانية رجل ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه أعطيتك دعواك لم يكن اقرارا وكذا لو قال المدعى عليه أخرعنى دعواك شهرا أو قال أخر الذى ادعيت لم يكن اقرارا ولو قال أخر عنى دعواك حتى يقدم مالى فأعطيكها يكون اقرارا ولو قال حتى يقدم مالى فأعطيك دعواك فليس باقرار انتهى قلنا الفرق بين جلى فان اسم الاشارة فى الاولى كناية عن المال الموصوف بالوجوب على الخصم فى الواقع وفى الثانية الى المال الواجب فى زعم المدعى كأنه قال من ذلك المال الذى تزعم وتدعى وجوبه على وتوضيحه أن قول المدعى لى عليك عشرة دراهم مدلوله وجوب عشرة دراهم فى ذمة المدعى عليه وذلك الوجوب موصوف (٣٨٠) بكونه فى زعم المدعى وادعائه فاذا أشير الى المدلول نفسه يكون الكلام الاول كالمعاد ويتضمن الجواب الاعتراف بالوجوب فيكون اقرارا واذا أشير اليه موصوفا بكونه فى زعم المدعى لم يوجد الاعتراف فلا يكون اقرارا فان قيل ذكر فى الخانية قال لآخر لى عليك ألف درهم فقال لا أعطيكها لا يكون اقرارا وفى التاتارخانية والبزازية اذا قال لغيره لى عليك ألف درهم فقال أما خمسمائة منها فلا أو قال أما خمسمائة منها فلا أعرفها فقد أقر بخمسمائة مع أن الضمير كناية عن المال الموصوف بالوجوب فى الذمة فانتقض ما ذكرتم قلنا لانسلم الانتقاض فان فى صورة النفى يحتمل توجه النفى الى جميع ما سبق ذكره كما فى قوله تعالى لا يسألون الناس الحافا وقول الشاعر

على لاحب لا يهتدى بمناره *

قال الامام شمس الائمة السرخسى فى المبسوط فى مسئلة ما لو قال أسرج دابتى هذه أو ألجم بغلى هذا أو أعط سرج بغلى هذا أو لجام بغلى هذا فقال لا حيث لا يكون اقرارا فى عامة الروايات اذ لا جواب هو نفى ما أقر

فيكون موجبه ضد موجب جواب هو اثبات وهو قوله نعم فاذا جعل ذلك اقرارا عرفنا أن هذا لا يكون اقرارا وهذا لانه نفى جميع ما سبق ذكره فكأنه قال لا أعطيك وليس البغل والسرج واللجام لك لان هذا اللفظ صالح لنفى جميع ذلك انتهى مع أن قوله لا أعطيكها اقرار فى بعض الروايات وقد استدل بعض أعاظم العلماء على كون الجواب المذكور اقرارا بأنه اذا قال هى منه لزمه القول والاعتراف بأنه قضى خمسة آلاف فهذا اقرار بالمدعى كما فى قوله قضيتك بعضا منها أو أخذت شيأ منها أقول فيه تأمل فانه اذا قال أما خمسمائة منها فلا لزمه القول بأن خمسمائة منها فنعم مع أنه ليس اقرارا بالالف ويجوز أن يجاب بان لزوم تقييد الاثبات بقوله منها غير مسلم بل اللازم

قال (واذا اقر الحر البالغ العاقل) الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا

أما خمسمائة فنعم فليتدبر ۞ تذييل قال في المحيط في أول باب الاقرار بالبراءة وغيرها قال هو بريء من مال عليه يتناول الديون لأن كلمة على لا تستعمل الا في الديون فلا يدخل تحتها الامانات ولو قال من مالي عنده يتناول الامانات دون المضمونات لان كلمة عند تستعمل في الامانات دون المضمونات ألا ترى لو قال لفلان عندي ألف درهم كان اقرارا بالامانة والبراءة عن الاعيان بالاسقاط والابراء باطلة حتى لو قال أبرأتك عن هذه العين لا تصح لان العين لا تقبل الاسقاط فأما ثبوت البراءة عن الاعيان بالنفي من الاصل أو برد العين الى صاحبه صحيح حتى لو قال لا ملك لي في هذه العين ثم ادعى أنها له لم تصح دعواه وقوله (٣٨١) هو بريء من مالي عنده اخبار عن ثبوت البراءة وليس بانشاء للابراء فيحمل على سبب يتصور البراءة بذلك وهو النفي من الاصل أو الرد الى صاحبه تصحيحا لتصرفه وقال في المحيط في هذا الباب لو قال كل من لي عليه دين فهو بريء منه لا يبرأ غرماؤه من ديونه الا أن يقصد رجلا بعينه فيقول هذا بريء من مالي عليه أو قبيلة فلان وهم حضور وكذلك لو قال استوفيت جميع مالي على الناس من الديون لا يصح لما عرف في كتاب الهبة في باب هبة الابن وقال في المحيط في باب الاقرار بالعتق والكتابة والتدبير أقر انه أعتق عبده أمس وهو كاذب يعتق قضاء لا ديانة لأن الظاهر أن العاقل صادق في اقراره واخباره باعتبار عقله ودينه فاذا ادعى الكذب فيه فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي لانه مطلع على الظاهر لا على الضمير

قال (واذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره

ما أقر به على المقر وعمله اظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احداها أن الرجل اذا أقر بعين لا يملكه يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لانه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية أن الاقرار بالحر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة أن المريض الذي لا دين عليه اذا أقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة أن العبد المأذون اذا أقر لرجل بعين في يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز في الكثير وأما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول أما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيأ بيانه أن الله تعالى أمر بالاملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شئ لما أمر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وأيضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما أقر به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار ولو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضي الله عنهما أي شاهد بالحق وأما السنة فما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها وقال في قصة العسيف واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فأثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران في كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون حجة في غيره أولى وأما الاجماع فان المسلمين أجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وأما المعقول فلان الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب في الاصل لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير أما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي الى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به (قال) أي القدوري في مختصره (واذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه) أي لزم المقر (اقراره) أي موجب اقراره أو ما أقر به أقول يرد عليه النقض

(٣٦ - تكمله سادس) ويصدق ديانة لان الله تعالى مطلع على ضميره ولو أقر أنه أعتق عبده هذا الابل هذا عتق لأن كلمة لابل للرجوع عن الاول واقامة الثاني مقامه واقامة الثاني مقام الاول صحيح والرجوع عن الاول لا يصح كما في الطلاق تمت الرسالة

(قال المصنف واذا أقر الحر البالغ العاقل الخ) أقول قال الزيلعي كون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ فيه في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى ولا يخالف هذا ما ذكره المصنف لان المصنف جعل الحرية شرطا للزوم موجب اقراره في الحال على ما هو المفهوم من قوله لزمه اقراره لان صحة الاقرار فليتأمل فان ظاهر قوله ليصح اقراره مطلقا وقوله لا يصح اقراره بالمال ينبو عما ذكرنا وباب التأويل مفتوح

وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه ستذكر في أثناء الكلام وحكمه أنه ملزم على المقر ما أقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة (٢٨٢) أما حجيته فلما تبين أنه ملزم وغير الحجة غير ملزم وأما قصوره

فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه أن الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد الصالح الحجية وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار

(قوله وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق الخ) أقول لعله ينتقض بالاقرار بأنه لا حق له على فلان وبالابراء وباسقاط الدين ونحوه كاسقاط حق الشفعة الا أن يقال المعرف هو الاقرار في الاموال كما يدل عليه ما ذكر في الدليل المعقول ووجه التقديم وفيه تأمل قال الامام العلامة الكاكي في شرح قولهم عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق أي الحق المعين على نفسه انتهى وفي عبارة التبيين تأمل الا أنه لا بد

مجهولا كان ما أقر به أو معلوما) اعلم أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضي الله عنه ارجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار

بما اذا أقر الحر البالغ العاقل بحق مكرها فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطائع أيضا لا يقال تركا اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضا من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما (مجهولا كان ما أقر به أو معلوما) هذا أيضا لفظ القدوري يعني لا فرق في صحة الاقرار ولزومه بين أن يكون ما أقر به معلوما أو مجهولا كما سيأتي تفصيله قال المصنف (اعلم الاقرار اخبار عن ثبوت الحق) أراد بهذا التنبيه على أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا يرد الاشكال بصحة الاقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء في الحال كما بيناها فيما مر ولم يرد بذلك تعريف الاقرار حتى يرد عليه أنه يتناول الدعوى والشهادة أيضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح (وانه ملزم) أي وان الاقرار ملزم على المقر ما أقر به (لوقوعه) أي لوقوع الاقرار (دلالة) أي دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد أشار المصنف رحمه الله الى بعض منها بقوله (ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره) أي باقراره بالزنا (وتلك المرأة) أي وكيف ألزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم (باعترافها) أي باعترافها بالزنا أيضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره أولى كذا قالوا أقول يرد على ظاهره منع اطلاق هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص ولا يصح اقراره بالمال على ما ذكره المصنف فيما سيأتي فكان ملزما في حقه ما يندرئ بالشبهات دون غيره فتأمل في الدفع (وهو) أي الاقرار (حجة قاصرة) أي قاصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير (لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه) أي على المقر نفسه حتى لو أقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فتتعدى الى الكل أما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء فينفذ في حق المقر وحده كذا في الكافي وغيره واعلم أن هذا لا ينافي ما ذكروا أن الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها (وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا) أي في المال وغيره (فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار)

حتى

من قيد على نفسه ليمتاز عن الدعوى والشهادة وقال الكاكي وسببه ارادة اسقاط الواجب عن ذمته انتهى وقال في النهاية وركنه الالفاظ المذكورة فيما يجب بموجب الاقرار على المقر انتهى (قوله لوقوعه دلالة) أقول فيه نوع مصادرة ويندفع بالتحقيق الذي نذكره بعد أسطر (قوله على المخبر به) أقول كوجوب المال اذا قال له علي كذا (قوله أما حجيته فلما تبين أنه ملزم) أقول دليل من الشكل الثاني

لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال و يصح بالحدود والقصاص

حتى اذا أقر بدين لرجل أو بوديعة أو عارية أو غصب يصح (لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص) قال صاحب العناية وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا أقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح وأما أن غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فسا كت عنه فلا يرد عليه شئ اه أقول ليس ما ذكره بصحيح اذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف حتى ان الشارح المذكور قال في أواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلاة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص دون الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا وأما ان غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فسا كت عنه ولو سلم أن لزوم اقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا يقصد نفي لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شئ اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية و يصح أن يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح أما أولا فلانه لا يشك العاقل الناظر الى قول المصنف وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا الخ في أن مراده هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا بيان التفرقة بين العبيد وأما ثانيا فلانه لو كان قول المصنف هذا البيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله و يصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو مخل به لانهم متحدون في صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص فالمحمل الصحيح لكلام المصنف ههنا على فرض أن لا يكون المقصود منه المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة في كلام القدوري بان قيد الحرية شرط صحة الاقرار مطلقا لا شرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين أعني البلوغ والعقل تأمل تنقف ثم أقول بقي بحث في كلام المصنف أما أولا فلان كون العبد المأذون ملحقا بالحر في حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد المأذون لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطا وقطع يد رجل عمدا أو خطأ لانها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ولا شك في صحة اقرار الحر بتلك الامور فكان العبد المأذون ممن لا يصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا أن يحمل قوله فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار على الفرض والمبالغة وأما ثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال نافذ في حق نفسه و يلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر فما معنى نفي صحة اقراره بالمال ههنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال لا يقال مراده ههنا ان اقراره بالمال لا يصح في الحال لانا نقول لا شك أن مقصوده ههنا توجيه اشتراط الحرية في مسئلة الكتاب والمذكور في جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا أي بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب وأيضا عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر أيضا كما اذا أقر بالدين المؤجل وكما اذا أقر لانسان بعين مملوكة للغير فانه لا يلزمه في الحال واذا ملكها يوما يلزمه و يؤمر بتسليمها الى المقر له على أن الذي ذكره المصنف ههنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه ولا يلزم من عدم لزوم اقراره بالمال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة اقراره به في الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا أن تحمل الصحة ههنا على اللزوم قال في البدائع وأما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف المأذون الا أنه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد

ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال و يصح بالحدود والقصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا أقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح وأما أن غير الحر اذا أقر لزم أو لم يلزم فسا كت عنه فلا يرد عليه شئ ويصح أن يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة أقاريرهم بالقصاص والحدود وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له

(قوله ولعله الى قوله فلا يرد عليه شئ) أقول أنت خبير بأنهم صرحوا ومنهم صدر الشريعة في باب المهر بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف فقوله سا كت عنه غير مسلم ولو سلم فالسكوت في هذا المقام يحتاج الى المعذرة (قوله ويصح أن يقال ليس بمعذرة) أقول كونه معذرة هو الظاهر الجلي (قوله وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد) أقول التفرقة الاولى ليست بين العبيد بل بين اقراري العبد المحجور ولعل قوله بين العبيد من قبيل التغليب (قوله وحجر المحجور) أقول عطف على صحة

لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبني على أصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

الحرية لانه من أهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحد والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر المولى عليه بالحد والقصاص لا يصح انتهى وقال في التبيين وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما لو أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال وأما اذا ملكها ولم يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المصنف في تعليل مجموع ما ذكره ههنا (لان اقراره) أي اقرار العبد المحجور عليه (عهد) أي عرف (موجبا لتعلق الدين برقبته) لان ذمته ضعفت بالرق فانضمت اليها مالية الرقبة كذا في الكافي وغيره (وهي) أي رقبة العبد المحجور عليه (مال المولى فلا يصدق عليه) أي على المولى لقصور الحجة (بخلاف المأذون لانه) أي المأذون (مسلط عليه) أي على الاقرار (من جهته) أي من جهة المولى لان الاذن له بالتجارة اذن له بما لا بد منه للتجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره انحسم عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا أن اقراره لا يصح اذ لا يتهيأ لهم الاستشهاد في كل تجارة يعاملونه معه كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة (وبخلاف الحد والدم) أي القصاص (لانه) أي لان العبد (مبني على أصل الحرية في ذلك) أي في الحد والدم بتأويل المذكور أو لجواز استعمال ذلك في المثنى أيضا كما قالوا في قوله تعالى عوان بين ذلك (حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه) أي فيما ذكر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا الاستدلال لا يدفع ما لو قيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى أن يستدل عليه بما في كتب الاصول انتهى أقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اهلاك النفس واهلاك مالية رقبة العبد انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه أصالة ولا يضره لزوم اهلاك مال الغير بالتبع اذ كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت أصالة وذكر في كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة لان الحياة والدم حقه لاحتياجه اليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى اتلافهما ولا يخفى أن ما توهمه ذلك القائل يتوجه الى ما ذكر فيها أيضا والمخلص ما حققناه (ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام) فلا يلزم باقرارهما شيء (الا اذا كان الصبي مأذونا له) فحينئذ يصح اقراره في قدر ما أذن له فيه (لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن) لا بخيار رأيه برأي الولي فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من أهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي

(قوله وهي مال المولى) أقول قوله وهي راجع الى الرقبة (قال المصنف بخلاف المأذون) أقول فيما هو من باب التجارة وأما فيما ليس كذلك من المال فيتأخر كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا أقر بجناية موجبة للمال (قوله بما يلزمها وهو الخ) أقول قوله هو راجع الى الموصول (قوله لان الناس لا يبايعونه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لان وجوب العقوبة بناء الخ) أقول كذا ماذكره لا يدفع ما لو قيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى أن يستدل عليه بما في كتب الاصول (قوله لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين) أقول لدلالة الاذن على عقله

وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بأن أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة فى المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا (ويقال له بين المجهول) لان التجهيل من جهته فصار كما اذا أعتق أحد عبديه

كذا فى الكافى ومعراج الدراية (وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار) يعنى لو كان المقر به مجهولا بان قال المقر لفلان على شئ أو حق يصح الاقرار ويلزمه ما أقر به (لان الحق قد يلزم مجهولا) يعنى أن الحق قد يلزم الانسان مجهولا (بان أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها) لان الواجب فى الجراحات أن يستأنى حولا فلا يعلم فى الحال موجبه (أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به) أى بما بقى من الحساب (علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به) أى فيصح بكون المقر به مجهولا فان قلت الشهادة اخبار عن ثبوت الحق أيضا ومع ذلك تمنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبى صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وأن الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقضاء بالمجهول لا يتصور أما الاقرار فوجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد أمكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا فى المبسوط (بخلاف الجهالة فى المقر له) يعنى أنها تمنع صحة الاقرار (لان المجهول لا يصلح مستحقا) ذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه والناطفى فى واقعاته أن جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس أما اذا لم تكن متفاحشة بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسى لا يصح الاقرار فى هذه الصورة أيضا لانه اقرار للمجهول وأنه لا يفيد لان فائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان ههنا لانه انما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول وفى الكافى والاصح أنه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ انتهى قال فى شرح الطحاوى وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لان المقضى عليه مجهول وهكذا ذكر فى كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه أقول فى تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر أن الجهالة فيه فى المقر عليه لا فى المقر لانه متعين وهو المتكلم والاولى فى تمثيل ذلك أن يقال نحو أن يقول لرجل أحد من جماعة أو من اثنين لك على ألف ولا يدرى أيهم أو أيهما قال ذلك (ويقال له بين المجهول) هذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى يقال للمقر فيما أقر به مجهول بين المجهول (لان التجهيل من جهته) أى من جهة المقر يعنى أن الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن لا بد أن يبين شيأ يثبت دينا فى الذمة قل أو كثر نحو أن يبين حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك أما اذا بين شيئا لا يثبت فى الذمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الاسلام أو كفا من تراب أو نحوه كذا فى شرح الطحاوى وذكر فى غاية البيان (فصار كما اذا أعتق أحد عبديه) أى فصار اقراره بالمجهول كما اذا أعتق أحد

وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بأن أتلف مالا لا يدرى قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة فى المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا (ويقال له بين المجهول) لان التجهيل من جهته فصار كما اذا أعتق أحد عبديه

بصحيحة واجيب بأن العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل أن يقول لك على واحد منا ألف واذا أقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا أعتق أحد عبديه

(قوله وعورض الى قوله وليست بصحيحة) أقول ويجوز توجيهه بقضا بل ذلك أظهر ثم قوله وليست بصحيحة ممنوع كما نص عليه الزيلعى فى أول الدعوى (قال المصنف بخلاف الجهالة فى المقر له) أقول هذا الكلام فى الشرح ناظر الى قوله ولا يشترط كون المقر له معلوما قال العلامة النسفى اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول لا يصلح مستحقا وان لم تكن بان أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فانه لا يصح هذا الاقرار عند شمس الائمة السرخسى لانه اقرار للمجهول

وفائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان فلا يفيد وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد لان فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ انتهى وظاهر أن مختار المصنف ما ذهب اليه شمس الائمة

فان لم يبين أجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصريح اقراره وذلك أي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له على شئ لزمه أن يبين ماله قيمة لانه أخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب في

(فان لم يبين أجبره القاضي على البيان) لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان (فان قال لفلان علي شئ لزمه أن يبين ماله قيمة) لانه أخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال (والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر من ذلك) لانه هو المنكر فيه (وكذا اذا قال لفلان علي حق) لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيأ ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة

عبديه في وجوب البيان عليه (فان لم يبين) أي فان لم يبين المقر ما أجمله (أجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره) بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصريح اقراره (وذلك) أي الخروج عما لزمه بصحيح اقراره (بالبيان) لاغيره وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وعن الشافعي في قول ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان أصر جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعي وان أقر ابتداء يقال للمقر له ادع حقك فاذا ادعى وأقر وأنكر يجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية (فان قال لفلان علي شئ لزمه أن يبين ماله قيمة) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لانه أخبر عن الوجوب في ذمته) كما يدل عليه لفظة على لانها للايجاب والالزام (ومالا قيمة له لا يجب فيها) أي في الذمة (فاذا بين غير ذلك) أي غير ماله قيمة (يكون رجوعا) عن الاقرار فلا يقبل (قال) أي القدوري في مختصره (والقول قوله) أي قول المقر (مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر من ذلك) أي مما بينه يعني اذا بين المقر ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عددا يتفاوت كحنطة أو فلس أو جوزة فاما أن يساعده المقر له أولا فان ساعده أخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه (لانه) اي لان المقر (هو المنكر فيه) أي فيما يدعي عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه قال المصنف (وكذا اذا قال لفلان علي حق) أي لزمه هنا أيضا أن يبين ماله قيمة (لما بينا) أنه أخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب فيها وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي (وكذا لو قال غصبت منه شيأ) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري يعني لو قال غصبت من فلان شيأ صح اقراره ولزمه البيان أيضا والحاصل أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس أو أودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من أقر أنه باع من فلان شيأ أو آجر من فلان شيأ واشترى من فلان كذا شيأ لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شئ وهذا الان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا أنه باع منه شيأ مجهولا لا يجب تسليم شئ بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيأ مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقر له كذا في الكافي والمحيط البرهاني (ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة)

الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عددا يتفاوت كحنطة أو فلس أو جوزة فاما أن يساعده المقر له أولا فان ساعده أخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا أنه أخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيأ وجب عليه أن يبين ما هو مال حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول أصح لان الغصب أخذ مال حكمه لا يجري فيما ليس بمال ولابد أن يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حمة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار أو في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما فالجواب أن ذلك حقيقة وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد أشار اليه بقوله (تعويلا على العادة) قال أي

(قوله فالجواب أن ذلك حقيقة الخ) أقول يعني أن ذلك حقيقة شرعية وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف فان لفظ الغصب يطلق في العرف على المعنى الاعم من المعنى الحقيقي

أى اعتمادا عليها واعلم أنه ذكر فى المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيأ فالاقرار صحيح ويلزمه به ما يبينه ولابد أن يبين شيأ هو مال لان الشئ حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غير مال الا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيأ يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولابد أن يبين ما لا يجرى فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجرى فيه التمانع فاذا بين شيأ بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر الاصل كلامه و بيان التقرير يصح موصولا كان أو مفصولا ويستوى أن يبين شيأ يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى اذا بين أن المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين أن المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند أبى حنيفة واختلف المشايخ فيما اذا بين أن المغصوب زوجته أو ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الاموال وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه الى هنا لفظ المبسوط وصرح فى الايضاح وغيره بان الاول وهو قبول بيانه بان المغصوب زوجته أو ولده اختيار مشايخ العراق والثانى وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ماوراء النهر واذ قد عرفت ذلك تبين لك أن المصنف اختار ههنا قول مشايخ ماوراء النهر حيث قال ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة يعنى أن مطلق اسم الغصب ينطلق على أخذ مال متقوم فى العرف هذا وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيأ وجب عليه أن يبين ما هو مال حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول أصح لان الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال ولابد أن يبين ما يجرى فيه التمانع حتى لو بين فى حبة حنطة أو فى قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له فى بيانه ولو بين فى العقار أو فى خمر المسلم يصح لانه مال يجرى فيه التمانع فان قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما فالجواب أن ذلك حقيقته وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف فى موضعه وقد أشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلان صحة ما ذكره فى هذا الجواب من أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافى صحة ما ذكره فى تعليل أصحية اختيار مشايخ ماوراء النهر فيما لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده من أن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال لان مشايخ العراق يقولون ان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الاموال كما صرح به فى المبسوط وغيره وليس معنى هذا القول منهم الا أن حقيقة الغصب تترك فى ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل أصحية اختيار مشايخ ماوراء النهر فيه بأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال وأما ثانيا فلان قوله وقد أشار اليه بقوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف تعويلا على العادة علة لوجوب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع ومعناه أن حقيقة الغصب وان تناولت ما يجرى فيه التمانع من الاموال وما لا يجرى فيه التمانع منها الا أن العادة خصصته بالاول فلابد أن يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة أو قطرة ماء فانه لا يصح قطعا وأما أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة الى ما هو أعم منها فلا اشارة اليه فى كلامه أصلا كيف ولو صح ذلك عنده وكان فى كلامه اشارة اليه لما صح القول منه

(ولو قال لفلان على مال الخ) اذا قال فى اقراره لفلان على مال فمرجع البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين الافيما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان تركه الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعى هو مثل الاول وقلنا فيه الغاء لوصف العظم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغنى عظيم عند الناس والغنى بالنصاب لان صاحبه يعد غنيا فلا بد من البيان به فان بين بالمال الزكوى فلا بد من بيان أقل ما يكون نصابا ففى الابل خمس وعشرون لانه أقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه وفى الدينار بعشرين مثقالا وفى الدراهم بمائتى درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول أبى يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول أبى حنيفة فى الاصل فى هذا الفصل وروى عنه أنه قال لا يصدق فى أقل من نصاب السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وروى عنه مثل قولهما قبل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى

(قوله قيل وهو الصحيح) أقول القائل هو الاتقانى

(ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه فى بيانه لانه المجمل ويقبل قوله فى القليل والكثير) لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به (الا أنه لا يصدق فى أقل من درهم) لانه لا يعد مالا عرفا (ولو قال مال عظيم لم يصدق فى أقل من مائتى درهم) لانه أقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغنى عظيم عند الناس وعن أبى حنيفة أنه لا يصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب

بوجوب أن يبين مالا اذ العادة جارية به قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد اطلاقا جاريا على اللغة لا على حقيقته الشرعية وبالجملة ان كلام المصنف ههنا مسوق على ما هو مختار مشايخ ماوراء النهر دون مختار مشايخ العراق وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين (ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه فى بيانه) وهذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى لو قال أحد فى اقراره لفلان على مال فالرجوع الى المقر فى بيان قدر المال قال المصنف فى تعليله (لانه المجمل) يعنى أن المقر هو المجمل والرجوع فى بيان المجمل الى المجمل (ويقبل قوله فى القليل والكثير) وهذا من تتمة كلام القدورى قال المصنف فى تعليله (لان كل ذلك مال فانه) أى المال (اسم لما يتمول به) وذلك موجود فى القليل والكثير ثم قال المصنف (الا أنه) أى المقر (لا يصدق فى أقل من درهم) والقياس أن يصدق فيه أيضا لانه مال وفى الاستحسان لا يصدق فيه ووجهه ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد أشار اليه بقوله (لانه) أى الاقل من درهم (لا يعد مالا عرفا) فان ما دون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة كذا فى المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد ولو قال له على مال كان القول قوله فيه ودرهم مال ثم قال وهذا اللفظ يوهم أنه لا يقبل قوله اذا بين أقل من درهم وقال بعضهم ينبغى أن يقبل قوله فى البيان لان اسم المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح أنه لا يقبل لان المال الذى يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون أقل من درهم وهذا ظاهر فى حكم العادة فحملناه عليه اه كلامه وقال الناطفى فى أجناسه وفى نوادر هشام قال محمد رحمه الله لو قال لفلان على مال له أن يقر بدرهم ثم قال وقال الهارونى لو قال لفلان على مال هو على عشرة دراهم جياد لا يصدق فى أقل منه فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف يصدق فى ثلاثة دراهم ولا يصدق فى أقل منه الى هنا لفظ الاجناس (ولو قال مال عظيم لا يصدق فى أقل من مائتى درهم) هذا لفظ القدورى يعنى لو قال لفلان على مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم وقال الشافعى هو مثل الاول قلنا فيه الغاء لوصف العظم فلا يجوز وقد أشار المصنف اليه بقوله (لانه أقر بمال موصوف) أى موصوف بوصف العظم (فلا يجوز الغاء الوصف) بل لا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس (والنصاب) مال (عظيم) فى الشرع والعرف (حتى اعتبر صاحبه غنيا به) فأوجب عليه مواساة الفقراء (والغنى عظيم عند الناس) فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يذكر محمد فى الاصل قول أبى حنيفة فى هذا الفصل فاختلفت رواية المشايخ عنه فيه فاراد المصنف بيان ذلك فقال (وعن أبى حنيفة) أى روى عنه (أنه) أى المقر فى هذا الفصل (لا يصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة) ونصاب المهر أيضا (لانه) أى لان هذا النصاب (عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة) ويستباح به البضع المحترم (وعنه) أى عن أبى حنيفة رحمه الله (مثل جواب الكتاب) أى مثل ما ذكر فى مختصر القدورى من أنه لا يصدق فى أقل من مائتى درهم قال فى غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذى يجب فيه الزكاة لانه أقل مال له خطر فى الشرع اه وذكره صاحب العناية أيضا بقيل خلا قوله لانه أقل مال له خطر فى الشرع أقول فيه بحث لان التعليل المذكور

لا يفيد

وهذا اذا قال من الدراهم أما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أي فن سماه) اعتبار الادنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة

لا يفيد كون ما في هذه الرواية هو الصحيح لان ايجابنا العظيم من بحيث المعنى أمر مقرر على كلتا الروايتين وانما النزاع في أن ذلك العظيم ماذا هل هو نصاب الزكاة أم نصاب السرقة والمهر فقوله وهو المال الذي تجب فيه الزكاة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه أقل مال له خطر في الشرع اذ لصاحبها أن يقول بل هو المال الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو أقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله والاصح على قول أبي حنيفة أنه بني على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني حقير وكما أن المائتين عظيم في حكم الزكاة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في بعض الشروح (وهذا) أي ما ذكرمن أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم (اذا قال من الدراهم) أي اذا قال له علي مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء أو قال في الابتداء له علي مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبي النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف هذا اذا قال من الدراهم أي بين وقال ان مرادي بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير (أما اذا قال من الدنانير) أي اذا قال ذلك ابتداء أو ثانيا عند البيان (فالتقدير فيها) أي في الدنانير (بالعشرين) أي بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكاة في الذهب (وفي الابل بخمس وعشرين) يعني وفيما اذا قال من الابل يقدر بخمس وعشرين ابلا (لانه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه) كعشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم والحاصل أنه اذا بين بجنس من أجناس الاموال الزكوية فالمعتبر أقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس فان قيل ينبغي أن يقدر في الابل بخمس لانه تجب فيها شاة فكان صاحبها بها غنيا قلنا هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل كذا في الكافي وبعض الشروح (وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب) يعني وفيما اذا بين بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب أي بقدر النصاب قيمة (ولو قال أموال عظام) اي ولو قال على أموال عظام بصيغة الجمع (فالتقدير بثلاثة نصب من أي فن سماه) أي من أي نوع سماه حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين الى غير ذلك من الاجناس وانما كان كذلك (اعتبار الادنى الجمع) فان أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال عظام وهي ثلاثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفي لم أجده منصوصا وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الايضاح والذخيرة وفي غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف قال لفلان علي دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة قال له علي دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسعة وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيقتضي ثمانية عشر وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر قال علي عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت الى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فيكون ثمانين (ولو قال دراهم كثيرة) أي لو قال

وهو المال الذي تجب فيه الزكاة قال في النهاية والاصح على قوله أنه بني على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة (ولو قال أموال عظام فالتقدير في ثلاثة نصب من أي نوع سماه اعتبار الادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة

(قوله وهو المال الذي تجب فيه الزكاة) أقول قال الاتقاني لانه أقل مال له خطر في الشرع انتهى وفيه نظر ولذا لم يذكره الشارح

لم يصدق فى أقل من عشرة) وهذا عند أبى حنيفة (وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين) لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف مادونه

لفلان على دراهم كثيرة (لم يصدق فى أقل من عشرة دراهم) هذا لفظ القدورى قال المصنف (وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لم يصدق فى أقل من مائتين) وعند الشافعى يصدق فى ثلاثة دراهم ولا يصدق فى أقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان على دنانير كثيرة لم يصدق عند أبى حنيفة فى أقل من عشرة دنانير وعندهما فى أقل من عشرين منقالا وعند الشافعى فى أقل من ثلاثة دنانير كذا ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه وقال القدورى فى كتاب التقريب روى ابن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة مثل قولهما وجه قول الشافعى أنه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهى الكثرة فيلغو ذكرها وذلك لان اثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم أما من حيث الحقيقة فلان الكثرة أمر اضافى يصدق بعد الواحد على كل عدد وأما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون فى ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند آخرين وأما من حيث الحكم فلان حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما فى نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما فى نصاب الزكاة وحرمة الصدقة ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما فى الاستطاعة فى الحج فى الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فاذا تعذر العمل بها لغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلاثة ووجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار اليه المصنف بقوله (لان صاحب النصاب) يعنى صاحب نصاب الزكاة (مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع زكاته والتصدق على الفقير (بخلاف مادونه) أى بخلاف مادون النصاب فان صاحبه مقل ولهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية فى تقرير دليلهما وقالا أمكن العمل بها أى بالكثرة حكما لان فى النصاب كثرة حكمية فالعمل به أولى من الالغاء اه أقول فيه نظر لان نصاب الزكاة وان كان له كثرة فى ترتب حكم وجوب الزكاة الا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عنده أيضا له كثرة فى ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة فى الحج من الاماكن البعيدة له كثرة فى ترتب حكم وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل باحداها على التعيين فقوله لان فى النصاب كثرة حكمية لا يجدى شيأ وهو ظاهر وكذا قوله فالعمل به أولى من الالغاء لان أولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب وقال صاحب الغاية فى تقرير دليلهما ولابى يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعى لكن أمكن العمل بها حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان على دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة شرعا فى حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة فأما العشرة ان كانت كثيرة فى حق القطع وجواز النكاح ففى حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فأما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه أقول فيه أيضا نظر لان ما بسطه وان أفاد فى الظاهر أولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضا فى تقرير دليل الشافعى بل أفاد أولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذى تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير

لم يصدق فى أقل من عشرة عند أبى حنيفة وفى أقل من مائتى درهم عندهما) وفى أقل من ثلاثة عند الشافعى لان الكثرة أمر اضافى يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبأقل منه كما فى السرقة والمهر على مذهبه وبالمائتين أخرى كالزكاة وجوبا وحراما من أخذها وبأكثر من ذلك كالاستطاعة فى الحج فى الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلاثة وقالا أمكن العمل بها حكما لان فى النصاب كثرة حكمية فالعمل بها أولى من الالغاء وقال أبو حنيفة الدراهم مميز يقع به تمييز العدد

(قوله لان الكثرة الخ) أقول قوله لان الكثرة تعليل لقوله وفى أقل الخ (قوله كما فى السرقة والمهر الخ) أقول كما فى السرقة مثال العشرة يعنى على مذهبنا وقوله والمهر نظير الاقل على مذهبه

وله أن العشرة أقصى ماينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) لانها أقل الجمع الصحيح

وأقصى ماينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان مابعده يميز بالمفرد يقال أحد عشر درهما ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره (ولو قال على دراهم فهي ثلاثة) بالاتفاق لانها أقل الجمع الصحيح الذى لا خلاف فيه بخلاف المثنى

(قوله لا يعدل الى غيره) أقول خبران فى قوله لان العمل بما دل الخ

فى حق وجوب الحج أيضا من الاماكن البعيدة وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تأمل (وله) أى ولابى حنيفة رحمه الله (أن العشرة أقصى ماينتهي اليه اسم الجمع) أى عند كونه مميزا للعدد (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما) يعنى أن العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لا جمعا (فيكون) أى العشرة (هو الاكثر من حيث اللفظ) أى من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف اليه) لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا فى العناية لا يقال ينبغى أن يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ مايصلح له كذا فى غاية البيان أقول بقى ههنا شئ وهو أن كون العشرة أقصى ماينتهي اليه اسم الجمع انما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نبهنا عليه آنفا لا عند انفراده عنه فانه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى مالا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة ومسئلتنا مفروضة فى حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى تعليل قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة لان جمع الكثرة أقله عشرة أقول ليس ذلك بصحيح أما أولا فلان جمع الكثرة أقله أحد عشر لا عشرة على ما تقرر فى علم النحو قال الفاضل الرضى قالوا مطلق الجمع على ضربين قلة وكثرة والمراد بالقليل من الثلاثة الى العشرة والحدان داخلان وبالكثير مافوق العشرة انتهى وأما ثانيا فلانه لو كانت علة قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق أيضا عنده فى أقل من عشرة فيما اذا قال له على دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هنالك فى ثلاثة بالاتفاق كما سيأتى والاولى فى تعليل قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة ماذكره صاحب الغاية حيث قال ولابى حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصا وانما تثبت ضرورة أن لا تصير صفة الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت أدنى ما يصح به الغير وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ماروى أنه كان لا يقطع فى الشئ التافه ثم اعتبر النصاب فى حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى قال الشيخ أبو نصر البغدادى والفرق لابى حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التى ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد والعظيم فى الشرع مايصير به غنيا فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) هذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى لو قال له على دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق قال المصنف فى تعليله (لانها أقل الجمع الصحيح) يعنى أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقنا أقول فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح فى قوله لانه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى وان كان صفة لاقل كما يشعر به قول صاحب الكافى لانه أدنى الجمع المتفق عليه وقول صاحب العناية لانها أقل الجمع الصحيح الذى لا خلاف فيه بخلاف المثنى يتجه عليه أن كون أقل الجمع ثلاثة انما هو فى جمع القلة دون جمع الكثرة فان أقل جمع الكثرة أحد عشر كما مر بيانه آنفا والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر فى كتب النحو أن جميع أمثلة الجمع المكسر جمع كثرة سوى الامثلة الاربعة المعروفة وهى أفعل وأفعال وأفعلة

(الا أن يبين أكثر منها) لان اللفظ يحتمله و ينصرف الى الوزن المعتاد (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره

وفعلة عند الكل وسوى فعلة كاكلة عند الفراء وسوى أفعلاء كاصدقاء فى نقل التبريزى ولفظ الدراهم ليس من أحدها تيك الامثلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم أقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثانى من الترديد الاول ان الفاضل الرضى صرح بأن كل جمع تكسير للرباعى الاصلى حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك أن الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة والكثرة كان أقله المتيقن هو الثلاثة فتم المطلوب والثانى أن المحقق التفتازانى قال فى التلويح فى أوائل مباحث ألفاظ العام بصدد تحقيق ماذهب اليه أكثر الصحابة والفقهاء وأئمة اللغة من أن أقل الجمع ثلاثة واعلم أنهم لم يفرقوا فى هذا المقام بين جمعى القلة والكثرة فدل بظاهره على أن التفرقة بينهما انما هى فى جانب الزيادة يعنى أن جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها و جمع الكثرة غير مختص لانه مختص بما فوق العشرة وهذا أوفق بالاستعمالات وان صرح بخلافه كثير من النقات انتهى كلامه فيجوز أن يكون مدار الدليل المذكور على ماهو الاوفق بالاستعمالات وتقريرات أهل الاصول من كون التفرقة بين جمعى القلة والكثرة فى جانب الزيادة لا فى جانب النقصان فتدبر (الا أن يبين أكثر منها) هذا من تتمة كلام القدورى فى مختصره يعنى الا أن يبين المقر أكثر من الثلاثة فحينئذ يلزمه ما بينه قال المصنف (لان اللفظ) أى لفظ الجمع (يحتمله) أى يحتمل الاكثر من الثلاثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لاله (وينصرف الى الوزن المعتاد) أى الى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما مر فى البيوع ولا يصدق فى أقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال فى التحفة وان لم يكن فيه شئ متعارف يحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر فى الشرع وهكذا ذكر فى العناية وقال فى البدائع وان كان الاقرار فى بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبع يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان فى البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما فى نقد البلد فان استووا يحمل على أقل الاوزان لانه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت مع الشك انتهى أقول بين المذكورين فى التحفة والبدائع فى صورة التساوى تفاوت بل تخالف لا يخفى (ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما) هذا لفظ القدورى فى مختصره يعنى لو قال له على كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما ولم يعتبر قوله فى أقل من ذلك قال المصنف فى تعليله (لانه) أى المقر (ذكر عددين مبهمين) أى ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم (ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك) أى أقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف (من المفسر) أى من العدد المفسر أى المصرح به (أحد عشر) وأكثره تسعة عشر فانه يقال أحد عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل المتيقن من غير بيان والزيادة تقف على بيانه (ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد وعشرين) هذا أيضا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره) يعنى أن لفظ كذا كناية عن العدد والاصل فى استعماله اعتباره بالمفسر أى بالعدد الصريح فما له نظير فى الاعداد المفسرة يحمل على أقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له على كذا كذا درهما فكأنه قال له على أحد عشر درهما واذا قال له على كذا وكذا درهما فكأنه قال له على أحد

الا أن يبين أكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة و ينصرف الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا فى الشرع قال (ولو قال كذا كذا درهما) كذا كناية عن العدد والاصل فى استعماله اعتباره بالمفسر فما له نظير فى الاعداد المفسرة حمل على أقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل

(قال المصنف لان اللفظ يحتمله مجازا) أقول فيه سير كأنه قال لفلان على حفظ الالف

(ولو قال كذا درهما فهو درهم) لانه تفسير للمبهم

وعشرون درهما (ولو قال كذا درهما فهو درهم) هذه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكرها محمد رحمه الله في الاصل يعني لو قال له علي كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد (لانه) أي لان درهما في قوله كذا درهما (تفسير للمبهم) أي تمييز للشئ المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه وذكرت هذه المسئلة في بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ماذكره المصنف فانه قال في الذخيرة والمحيط وفي الجامع الاصغر اذا قال لفلان علي كذا درهما فعليه درهمان لان هذا أقل مايعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر وقال في التتمة وفي الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليه دينار ان لان هذا أقل مايعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر وقال في فتاوى قاضيخان لو قال لفلان علي كذا دينارا فعليه دينار ان لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان انتهى أقول فيما ذكر في تلك الكتب نظر لان عدم كون الواحد من العدد انما هو في اصطلاح الحساب وأما في الوضع واللغة فهو من العدد قطعا وعن هذا ترى أئمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا أصول العدد اثنتي عشرة كلمة واحد الى عشرة ومائة وألف وقال العلامة الجوهري في صحاحه الاحد بمعنى الواحد وهو أول العدد انتهى وقال المحقق الرضي في شرح الكافية لا خلاف عند النحاة في أن لفظ واحد واثنان من أسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان العدد عندهم هو الزائد على الواحد ومنع بعضهم أن يكون الاثنان من العدد انتهى ولا شك أن كون كذا كناية عن العدد ليس مبنيا على اصطلاح الحساب بل هو أمر جار على أصل الوضع واللغة فيكون أقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضي كون الواجب على المقر في المسئلة المذكورة درهمين كما لا يخفى قال صاحب غاية البيان كان ينبغي أن يلزمه في هذه المسئلة أحد عشر لانه أول العدد الذي يقع مميزه منصوبا واذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في درهم والقياس فيه ماقاله في مختصر الاسرار اذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهى كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن يجب أحد عشر درهما لانه أقل عدد يجيء مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى للتيقن انتهى أقول جوابه ليس بتام لان كون الاصل براءة الذمة انما يقتضي كون الثابت أدنى ما يتحمله لفظ المقر دون الادنى مطلقا كما لا يخفى ومعنى السؤال أن أدنى ما يتحمله لفظ المقر في هذه المسئلة انما هو أحد عشر بدلالة كون المميز منصوبا فينبغي أن يكون الواجب عليه أحد عشر درهما وماذكر في الجواب لا يدفعه قطعا ثم أقول الحق في الجواب أن يقال ان قوله كذا درهما وان كان نظير الاحد عشر درهما في كون المميز منصوبا لكن ليس بنظيره في نفس ما يميزه المنصوب لان أحد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فاذا لم يكن نفس كذا نظيرا لنفس أحد عشر لم يفد الاشتراك في مجرد كون مميزهما منصوبا وهذا أمر لا ستر به قال في الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى وذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية ومانقله ابن قدامة في المغني وصاحب الجلية عن محمد أنه ذكر اذا قال كذا درهما لزمه عشرون عنده لانه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ماذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ولم أجده في الكتب المشهورة لاصحابنا اه كلامه أقول كأنه لم ير ماذكره في مختصر الاسرار وشرح المختار أو لم يعدهما من الكتب المشهورة لاصحابنا أو أراد انه لم يجد منقولا عن محمد في الكتب المشهورة لاصحابنا ثم ان التعليل المذكور في المنقول المزبور وهو قوله لانه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب

فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال كذا كذا درهما كان أحد عشر

(ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر) لانه لا نظير له سواه (وان ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون وان ربع يزاد عليها ألف) لان ذلك نظيره قال (وان قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين) لان على صيغة الايجاب

قاصر في الظاهر لان أقل عدد يفسره الواحد المنصوب انما هو أحد عشر دون عشرين فكان مراده انه أقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به في غيره وان لم يكن لفظه مساعدا له قال المصنف (ولو ثلث كذا بغير واو) أي لو ذكر لفظة كذا ثلاث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما (فأحد عشر) أي فالذي يلزمه أحد عشر درهما لا غير (لانه لا نظير له سواه) أي لا نظير له في الاعداد الصريحة سوى أحد عشر يعني سوى ما كان أقله أحد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة على أحد عشر لكونهما نظيري عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك أحد عشر ويحمل الواحد منهما على التكرير والتأكيد ضرورة عدم ثلاثة أعداد مجتمعة ذكرت بلا عاطف كذا قالوا (وان ثلث بالواو) بان قال كذا وكذا وكذا (فمائة وأحد وعشرون) أي فالذي يلزمه هذا المقدار (وان ربع) بان قال كذا وكذا وكذا وكذا (يزاد عليها) أي على مائة وأحد وعشرين (ألف) فيلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون (لان ذلك نظيره) أي لان العدد الذي ذكرنا انه يلزم في صورتي التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقر في تينك الصورتين أي أقل ما كان نظيرا له فحينئذ يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا المجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل في صورة التثليث وتأخيره الى هنا ويحتمل أن يكون ذلك تعليلا لقربه أعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره في غيرها كما يشعر به تحرير صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة وأحد وعشرون لانه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لان ذا نظيره انتهى قال الامام الزيلعي في التبيين ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف ولو سبع يزاد ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى انتهى وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب فاما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال هكذا روى عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض وأقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا أقر أن لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما أحد عشر لانه لو أفرد كل واحد منهما في الذكر لزمه أحد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد أحد عشر ولو قال له علي كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا أنا نقول لو فعلنا ذلك أدى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم أقل مالية من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا الى ههنا كلامه (قال) أي قال محمد في الاصل (وان قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين) لم يذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير وانما ذكرها في الاصل أما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له علي فلما أشار اليه المصنف بقوله (لان على صيغة ايجاب) تقريره أن على كلمة خاصة للاخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقها من العلو وانما يعلوه

وان ثلث بغير واو ولم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان أحدا وعشرين وان ثلث بالواو كان مائة وأحدا وعشرين وان ربع يزاد ألف ولو قال له علي أو قبلي فهو اقرار بالدين لان على للايجاب

وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة (ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق) لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رحمه الله وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة أقلهما والاول أصح

اذا كان دينا في ذمته لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه كذا في النهاية وتقرير آخر ان الدين وان لم يذكر صريحا في قوله له علي فقد ذكر اقتضاء لان كلمة على تستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا في غاية البيان وذكر في النهاية أيضا نقلا عن الامام المحبوبي وأما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له قبلي فما أشار اليه بقوله (وقبلي ينبئ عن الضمان) لان هذا عبارة عن اللزوم ألا يرى أن الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وأن الكفيل يسمى قبيلا لانه ضامن للمال كذا في النهاية نقلا عن المبسوط (على ما مر في الكفالة) من أنه تنعقد الكفالة بقوله أنا قبيل لان القبيل هو الكفيل أقول ههنا نظر وهو أن كون القبيل بمعنى الكفيل وتضمنه معنى الضمان لا يقتضي كون قبلي منبئا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل ولم يذكر في كتب اللغة مجيء الاولى بمعنى الثانية قط بل الذي ذكره أئمة اللغة في كتبهم هو أن قبل فلان بمعنى عنده وأن قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وأنه يجيء قبل بمعنى طاقة فانهم قالوا رأيته قبلا أي مقابلة وعيانا قال الله تعالى أو يأتيهم العذاب قبلا أي عيانا ولي قبل فلان حق أي عنده ومالي به قبل أي طاقة وأما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في هاتيك المسئلة فتأمل (ولو قال المقر) في قوله على أو قبلي (هو وديعة ووصل) أي ووصل قوله على أو قبلي بقوله هو وديعة (صدق لان اللفظ يحتمله) أي يحتمل ما قاله (مجازا) أي من حيث المجاز (حيث يكون المضمون عليه حفظه) أي حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة (والمال محله) أي محل الحفظ فقد ذكر الحال وهو مال الوديعة وأراد الحال وهو حفظه فجاز مجازا كما في قولهم نهر جار لكنه تغير عن وضعه (فيصدق موصولا لا مفصولا) لانه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء (قال) أي المصنف رحمه الله عنه (وفي نسخ المختصر) يعني مختصر القدوري (في قوله قبلي) أي وقع في قول المقر قبلي (انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما) أي ينتظم الدين والامانة (حتى صار قوله) أي قول القائل (لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا) نص عليه محمد رحمه الله في الاصل حيث قال اذا قال لاحق له على فلان بريء فلان مما هو مضمون عليه وان قال لاحق عنده فهو بريء مما أصله الامانة وان قال لاحق لي قبل فلان بريء مما عليه ومما عنده لان ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى (والامانة أقلهما) هذا تتمة لدليل يعني أن الامانة أقل الدين والامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الادنى المتيقن قال المصنف (والاول أصح) أي ما ذكر في الاصل هو الاصح قال في الكافي والاول مذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أحرى وأجدر وقال في معراج الدراية والاول وهو أنه اقرار بالدين أصح ذكره في المبسوط وعلل بان استعماله في الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لاحق لي قبل فلان فانه لم يحمل هناك على الدين خاصة بل جعل ابراء عن الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك أيضا ثم أقول يمكن دفع ذلك بامكان الفرق بين المسئلتين بان احداهما صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة في شئ واحد حمل على ما هو الارجح منهما في هذه الصورة وأما الاخرى فصورة النفي ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الامانة عن شئ حمل على نفيهما معا في تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف في باب الوصية

وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا الايجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا (قال المصنف وفي نسخ المختصر) يعني مختصر القدوري في قوله قبلي (انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمهما) حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة أقلهما فيحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا أن المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر

(قوله بقوله وديعة) أقول قوله وديعة بالنصب أو الرفع معا (قوله لايجاب حفظ المضمون) أقول أي الذي من شأنه الضمان وهو المال (قوله والمال محله) أقول فيكون من ذكر المحل وارادة الحال والضمير في قوله محله راجع الى قوله حفظ المضمون

ولو قال عندى أو معى أو فى يدى أو فى بيتى أو فى كيسى أو صندوقى فهو اقرار بامانة فى يده لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده واليد تتنوع الى أمانة وضمان فيثبت أقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فانه دين ولم يثبت أقلهما وهو الامانة وأجيب بانه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشئ لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لى عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور أولا فكانه أعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه فى الاولين بالكناية رجع الى المذكور فى الدعوى وكانه قال اتزن الالف التى لك على كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا

(ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوقى فهو اقرار بأمانة فى يده) لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده وذلك يتنوع الى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الامانة (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو اقرار) لان الهاء فى الاول والثانى كناية عن المذكور فى الدعوى فكانه قال اتزن الالف التى لك على حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا

للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا أن الجهة مختلفة لان أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلم ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه انتهى كلامه واعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر أولا ما ذكره القدورى ثم يذكر ما ذكر فى الاصل لان الهداية شرح البداية التى تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدورى والزوائد عليهما مذكورة على سبيل التفريع الا أن المصنف لما رأى الكلام المذكور فى الاصل هو الاصح قدمه فى الذكر ولهذا لم يذكر فى البداية غير ما ذكر فى الاصل (ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوقى فهو اقرار بأمانة فى يده) وهذه كلها من مسائل الاصل قال المصنف فى تعليلها (لان كل ذلك اقرار بكون الشئ فى يده) لا فى ذمته (وذلك) أى ما كان فى يده (يتنوع الى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما) وهو الامانة توضيحه أن هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدناهما فحمل عليها للتيقن بها وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما المكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه فى هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات فى العرف والعادة تستعمل فى الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف كذا فى التبيين فان قلت يشكل هذا بما اذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع أن الامانة أقلهما قلت تنوع اللفظ الى الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفى تلك المسئلة من لفظين والاصل أن أحد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما فى الاقرار ترجح الدين كذا فى المبسوط قال فى النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط وهذا لمعنى وهو أن استعارة اللفظ الذى يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على العكس لانه حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق وأما فى الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق والاستعارة انما تصح فى اللفظين لا فى اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينظر فيه الى ما هو الاعلى المحتمل والادنى المتيقن فيحمل على الادنى المتيقن لثبوته يقينا انتهى (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو اقرار) هذا كله لفظ القدورى فى مختصره يعنى أن ما ذكره المجيب فى هذه الصور كلها يكون اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور أولا فكانه أعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه فى الاول والثانى بالكناية رجع الى المذكور فى الدعوى والبه أشار المصنف بقوله (لان الهاء فى الاول والثانى) أى فى قوله اتزنها وفى قوله انتقدها (كناية عن المذكور فى الدعوى فكانه قال) فى الاول (اتزن الالف التى لك على) وفى الثانى انتقد الالف التى لك على فصار كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد أخرجه مخرج الجواب (حتى لو لم يذكر حرف الكناية) يعنى الهاء (لا يكون) كلامه (اقرارا)

(قوله وحمل الدين على الوديعة الخ) أقول وفيه بحث والاولى أن يقال ان حمل الدين على الوديعة لزم ارتكاب مجازين فان قوله قبلى اقرار بالدين بخلاف العكس فليتأمل (قال المصنف ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها) أقول الالف مذكر وتأنيث الضمير بتأويل الجملة وفى القاموس الالف من العدد مذكر ولو أنث باعتبار الدراهم جاز (قوله اذا لم يكن كلاما مستقلا) أقول بأن يشتمل على الضمير مثلا

لعدم انصرافه الى المذكور والتأجيل انما يكون فى حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضى سابقة الوجوب وكذا لو قال أحلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا) لانه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار

بالمدعى (لعدم انصرافه) أى لعدم انصراف كلامه (الى المذكور) أى الى المذكور فى الدعوى لكونه مستقلا بنفسه فكانه قال اقعدوزانا للناس أونقادالهم دراهمهم واكتب المال ولا تؤذنى بالدعوى الباطلة (والتأجيل انما يكون فى حق واجب) هذا اشارة الى تعليل كون قوله أجلنى بها اقرارا يعنى أن التأجيل انما يكون فى حق واجب لانه التزم فيه فاقتضى ذلك أن يكون طلب التأجيل اقرارا بحق واجب (والقضاء يتلو الوجوب) أى يتبع الوجوب هذا اشارة الى تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعنى أن القضاء يقتضى سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بوجوبها (ودعوى الابراء) بان قال أبرأتنى منها (كالقضاء) أى كدعوى القضاء (لما بينا) أشار به الى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعنى أن الابراء أيضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون فى مال واجب عليه كذا فى الكافى أقول ههنا اشكال وهو أنه قد أطبقت كلمة الفقهاء فى كتاب الاقرار على أن قول المدعى عليه بالالف للمدعى قد قضيتكها أو أبرأتنى منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا فى تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا فى كتاب الدعوى فى أكثر المعتبرات وفى مسائل شتى من كتاب القضاء فى الهداية والوقاية بأن المدعى عليه بالالف لو قال للمدعى ليس لك على شئ قط أو ما كان لك لى شئ قط ثم ادعى قضاء تلك الالف للمدعى أو ادعى ابراء المدعى اياه من تلك الالف وأقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند أصحابنا سوى زفر وقالوا فى تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المصنف هناك ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ثم يقضى ولم يعتبروا قول زفر هناك القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد أنكره فيكون منافضا فكان بين كلاميهم المقررين فى المقامين تدافع لا يخفى فتدبر (وكذا دعوى الصدقة والهبة) يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان ذلك أيضا اقرارا منه (لان التمليك يقتضى سابقة الوجوب) يعنى أن الصدقة والهبة من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال فى ذمته كما لا يخفى (وكذا لو قال أحلتك بها على فلان) أى كان هذا القول منه أيضا اقرارا (لانه تحويل الدين) من ذمة الى ذمة وذا لا يكون بدون الوجوب وكذا لو قال والله لا أقضيكها اليوم أو لا أترنها لك اليوم لانه نفى القضاء والوزن فى وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب أصل المال عليه فأما اذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا فلا يحتاج الى تأكيد نفى القضاء باليمين لانه فى نفسه منتف كذا فى المبسوط ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فأوما أو أبرأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره كذا فى الكافى وغيره (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا) هذا عندنا وقال الشافعى لزمه الدين مؤجلا لانه أقر بمال موصوف بانه مؤجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذى أقر به وهذا ليس بشئ لان الاجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذى هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء كذا ذكر فى باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف فى تعليل قول أصحابنا (لانه) أى لان المقر بدين مؤجل (أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه) أى فى ذلك المال فيصدق فى الاقرار بلا حجة دون لدعوى (فصار) أى

لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكانه قال اقعدوزانا للناس واكتب المال واترك الدعوى الباطلة أونقادا وانقد للناس دراهمهم وأما فى قوله أجلنى فلان التأجيل انما يكون فى حق واجب وأما فى قد قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضى سابقة الوجوب واذا قال له على ألف درهم الى سنة وقال المقر له بل هى حالة فالقول للمقر له لان المقر أقر على نفسه مالا وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق

كما اذا أقر بعبد فى يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة فى الكفالة قال (ويستحلف المقر له على الاجل) لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة اليه) وهو القياس فى الاول وبه قال الشافعى لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو والعاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق

فصار المقر فى هذه الصورة (كما اذا أقر) لغيره (بعبد فى يده) أى بعبد كائن فى يد نفسه بأنه ملك ذلك الغير (وادعى الاجارة) أى ادعى أنه استأجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقر له فى الملك دون الاجارة فانه لا يصدق هناك فى دعوى الاجارة فكذا ههنا فى دعوى الاجل (بخلاف الاقرار بالدراهم السود) أى بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فصدقه فى المقر به بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض (لانه) أى لان السواد (صفة فيه) أى فى الدراهم أو فيما أقر به فيلزمه ما أقر به على الصفة التى أقر بها وأما الاجل فليس بصفة فى الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن المبيعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها أمر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط والقول لمنكر العارض وقد أشار اليه بقوله (وقد مرت المسئلة فى الكفالة) فانه قال فى فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هى حالة فالقول قول المدعى وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هى حالة فالقول قول الضامن وقال وجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفى الكفالة ما أقر بالدين فانه لا دين عليه فى الصحيح انما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل فى الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما فى الخيار أما الاجل فى الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ويستحلف المقر له) أى يستحلف المقر له فى مسئلتنا هذه (على الاجل) أى على انكار الاجل (لانه منكر حقا عليه) فان المقر يدعى عليه التأجيل وهو ينكر ذلك (واليمين على المنكر) بالحديث المشهور قال فى النهاية وفى الذخيرة فى الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من أقر لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضى فحلف ثم أقام الطالب بينة على اقراره قضى له بالمقر به (وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال فى فتاواه ولو قال له على ألف ودرهم أو على ألف ودرهمان أو ألف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى (ولو قال مائة وثوب) أى ولو قال له على مائة وثوب (لزمه ثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة اليه) أى الى المقر قال المصنف (وهو القياس فى الاول) يعنى أن لزوم درهم واحد والرجوع فى تفسير المائة الى المقر هو القياس فى الفصل الاول أيضا وهو قوله له على مائة ودرهم ونظائره (وبه قال الشافعى) أى وبالقياس أخذ الشافعى فى هذا الفصل أيضا (لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها) أى على المائة (بالواو العاطفة لا تفسير لها) لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه (فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى) وهو قوله له على مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين وأخذوا بالاستحسان فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له على مائة ودرهم أو مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة أو مائة ومن زعفران قال المصنف (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين

الفصلين

كما اذا أقر بعبد فى يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق فى دعوى الاجارة بخلاف ما اذا أقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة فى الدراهم فيلزم على الصفة التى أقر بها وقد مرت المسئلة فى الكفالة ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من أنكر وان قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب أو مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع فى تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس فى الدرهم أيضا وبه قال الشافعى لان المائة مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين

(قوله لاقتضائه المغايرة) أقول أى لاقتضاء العطف المغايرة بخلاف التفسير فانه يقتضى الاتحاد

أنهم استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد وا كتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون أما الثياب ومالا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة (وكذا اذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب) لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف

الفصلين (أنهم) أى أن الناس (استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد وا كتفوا بذكره) أى بذكر الدرهم مرة (عقيب العددين) ألا يرى أنهم يقولون أحد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل (وهذا) أى استثقالهم (فيما يكثر استعماله وذلك) أى كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك أى كثرة الوجوب بكثرة الاسباب (فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) يعنى فيما ثبت فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى (أما الثياب ومالا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها) فان الثياب لا تثبت فى الذمة دينا الا فى السلم والشاة ونحوها لا يثبت دينا فى الذمة أصلا (فبقى) أى بقى هذا القسم (على الحقيقة) أى على الاصل وهو أن يكون بيان المجمل الى المجمل لا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت ههنا أقول فى تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المصنف نظرا أما أولا فلان ا كتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدى فيما نحن فيه اذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب أحد العددين بل انما ذكره عقيب عدد واحد وهو المائة وأما ثانيا فلانهم ا كتفوا بذكر مثل الثوب أيضا عقيب العددين ألا يرى الى ما سيأتى أنه اذا قال مائة وثلاثة أثواب يكون الكل أثوابا بالانصراف التفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ويمكن أن يتعمل فى الجواب بان يقال مراد المصنف أنهم استثقلوا تكرار المميز فى كل عدد بل ا كتفوا بذكره مرة فى بعض الاعداد وما للاختصار ألا يرى أنهم ا كتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد وكذلك ا كتفوا به فى عدد واحد أيضا فيما يكثر استعماله ودورانه فى الكلام كما نحن فيه نعم الاولى ههنا أن يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر فى الكافى وغيره وهو أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم ونحوه وا كتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ودورانه فى الكلام وذا فيما يثبت فى الذمة كالاثمان والمكيل والموزون بخلاف الثياب ومالا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها فى الذمة فبقيت على الاصل قال فى النهاية وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله فى قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك فى قوله مائة وشاة ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة يتحقق فى أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى ويوافقه ما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال رجل قال لفلان على ألف وعبد عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال يقر فى الاول بما يشاء ولو قال ألف وشاة أو ألف وبعير أو ألف وثوب أو ألف وفرس فهى ثياب وأغنام وأبعرة ولا يشبه هذا بنى آدم لان بنى آدم لا يقسم الى هنا كلامه وقال الامام الزيلعى فى التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم وانما لا يقسمون عند أبى حنيفة رحمه الله انتهى فتأمل قال المصنف (وكذا اذا قال مائة وثوبان) أى يرجع فى بيان المائة الى المقر (لما بينا) من أن الثياب ومالا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها (بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب) حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق (لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى يدل على المغايرة

أنهم استثقلوا تكرار الدرهم وا كتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فيما ثبت فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت فى الذمة دينا الا السلم والشاة لا تثبت دينا فى الذمة أصلا فلم يكثر بكثرتها فبقى على الحقيقة أى على الاصل وهو أن يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع فى بيان المائة الى المقر لما بينا أن الثياب ومالا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة

(قوله وا كتفوا بذكره عقيب العددين الخ) أقول لا يخفى عليك ان الاكتفاء عقيب العددين لا يختص بما ثبت دينا فى الذمة فى جميع المعاملات بل يعم لمثل الثوب والشاة وغيرهما مما نحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهرا

فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكانت كلها ثيابا قال (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه أن القوصرة وعاءله وظرف له وغصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع

(فانصرف اليهما) أي فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا (لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها) أي كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين (ثيابا) لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد كذا في الكافي والشروح (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما تسمى بذلك مادام فيها التمر والا فهي زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روى أفلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا أدري ما صحة هذا البيت كذا في غاية البيان قال المصنف (وفسره في الاصل) أي فسر الاقرار بتمر في قوصرة في الاصل وهو المبسوط (بقوله) أي بقول المقر (غصبت تمرا في قوصرة ووجهه) أي وجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعا (أن القوصرة وعاءله) أي للتمر (وظرف له) أي للتمر (وغصب الشئ وهو مظروف) أي والحال أنه مظروف (لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه) أي فيلزم التمر والقوصرة المقر (وكذا الطعام في السفينة) أي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام في السفينة (والحنطة في الجوالق) أي وفيما اذا قال غصبت الحنطة في الجوالق والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل أن ما كان الثاني ظرفا للاول ووعاءله لزما نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وما كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو قولك غصبت درهما في درهم لم يلزم الثاني لانه غير صالح لان يكون ظرفا لما أقر بغصبه أولا لغا آخر كلامه كذا في المبسوط وذكر في الشروح أقول يرد على هذا الاصل النقض بما اذا أقر بدابة في اصطبل فان اللازم على المقر هناك هو الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيأتي مع أنه لا ريب في أن الثاني فيه صالح لان يكون ظرفا للاول ويمكن أن يقال ان ذلك من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها أول كتاب الوكالة (بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة) يعني أن الحكم المذكور في كلمة في وأما الحكم في كلمة من فبخلافه (لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع) يعني أن كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بأن مبدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا في الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي وقال في النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال في غاية البيان ووجهه أن كلمة من يستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازمهما لا أن معناه أن من موضوعة للانتزاع انتهى أقول الحق في توجيه كلام المصنف ههنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الفرقة الاخرى لان كلمة من في قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض اذ لا يصح أن يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول وأما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من في معنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئا ههنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من في ذلك القول تحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا وأما الحكم في كلمة على نحو أن يقول غصبت لم كافا على حمار فكان اقرارا بغصب الاكاف

اقترنت بالثلاثة صارا لعدد واحدا قال (ومن أقر بتمر في قوصرة الخ) الاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فاما أن يذكرهما بكلمة في أو بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر أو ثوبا في منديل أو طعاما في سفينة أو حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لغا آخر كلامه

(قال المصنف ووجهه أن القوصرة الخ) أقول بخلاف قوله على درهم في قفيز حنطة فانه يلزم الدرهم والقفيز باطل لانه أقر بدرهم في الذمة وما في الذمة لا يتصور أن يكون مظروفا في شئ آخر ووجه التفسير بما ذكره يعلم من هذا فليتأمل والمسئلة مذكورة في غاية البيان في شرح قوله له على خمسة في خمسة (قوله ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك) أقول أي أحدهما ظرفا والآخر مظروفا

قال (ومن أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة) لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام فى البيت قال (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لان اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل) لان الاسم ينطوى على الكل (ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا) لانه ظرف لان الثوب يلف فيه (وكذا لو قال على ثوب فى ثوب) لانه ظرف

خاصة والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشئ من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا فى المبسوط وذكر فى كثير من الشروح (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة) انما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى الدابة خاصة واليه أشار المصنف بقوله (لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما (وعلى قياس قول محمد يضمنهما) أى يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيدخلان فى الضمان عنده كما يدخلان فى الاقرار (ومثله الطعام فى البيت) أى ومثل الاقرار بالدابة فى الاصطبل الاقرار بالطعام فى البيت قال فى المبسوط ولو قال غصبت منك طعاما فى بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما فى سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا أن الطعام يدخل فى ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل فى ضمانه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وان قال لم أحول الطعام من موضعه لم يصدق فى ذلك لانه أقر بغصب تام وفى الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو فى قوله لم أنقله راجعا عما أقر به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام وفى قول محمد هو ضامن للبيت أيضا الى هنا لفظ المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) قال المصنف فى تعليله (لان اسم الخاتم يشمل الكل) أى يتناول الحلقة والفص جميعا وله ذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعا بالاقرار بالخاتم (وان أقر له) أى لغيره (بسيف فله النصل) وهو حديدة السيف (والجفن) وهو النمد (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف (لان الاسم) يعنى اسم السيف (ينطوى) أى يشتمل (على الكل) عرفا فله الكل (ومن أقر بحجلة) الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس وهى بيت يزين بالثياب والاسرة والستور كذا فى الصحاح (فله) أى فللمقر له (العيدان) برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود (والكسوة) أى وله الكسوة أيضا (لانطلاق الاسم) أى اسم الحجلة (على الكل عرفا) فله الكل وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيها حتى ان المقر لو أقام بينة بعد ذلك على أن البناء والاشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته وكذا لو أقام المقر بالخاتم بينة على ان الفص له لم تقبل بينته وأما اذا قال هذا الخاتم لى وفصه لك أو هذا السيف لى وحليته لك أو هذه الجبة لى وبطانتها لك وقال المقر له الكل لى فالقول للمقر فبعد ذلك ينظر ان لم يكن فى نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان فى النزع ضرر فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به كذا فى الذخيرة (وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا لانه) أى المنديل (ظرف) للثوب (لان الثوب يلف فيه) وقد مر أن غصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف (وكذا) أى وكذا الحكم (لو قال على ثوب فى ثوب) لزماه (لانه ظرف) أى لان الثوب الثانى ظرف للثوب

ومن أقر بغصب دابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة يعنى أن الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان الدابة خاصة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا اذا قال غصبت منه طعاما فى بيت لان الدابة والطعام يدخلان فى ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان فى ضمانه دخولهما فى الاقرار لانه يرى بغصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن النمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه يعلم من الاصل المذكور

بخلاف قوله درهم فى درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف (وان قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند أبى يوسف وقال محمد يلزمه أحد عشر ثوبا) لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ولابى يوسف ان حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أى بين عبادى فوقع الشك والاصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا

(قوله لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب) قيل هو منقوض على أصله بان قال غصبت كرباسا فى عشرة أثواب حرير يلزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة (قوله على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه والوعاء الذى هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين أول كلامه محملا يعنى أن يكون فى بمعنى البين

الاول فيلزمه الثوبان جميعا (بخلاف قوله درهم فى درهم) أى بخلاف ما لو قال على درهم فى درهم (حيث يلزمه واحد) أى درهم واحد (لانه) أى لان قوله فى درهم (ضرب) أى ضرب حساب (لا ظرف) كما لا يخفى (وان قال ثوب فى عشرة أثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند أبى يوسف) وفى الكافى وهو قول أبى حنيفة وفى التبيين وهو قول أبى حنيفة أولا (وقال محمد يلزمه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف) يعنى أن كلمة فى حقيقة فى الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته فى عشرة أثواب فلا يصار الى المجاز قيل هو منقوض على أصله فانه لو قال غصبته كرباسا فى عشرة أثواب حرير يلزمه الكل عند محمد فى هذه الصورة أيضا مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس كذا فى الشروح قال فى النهاية واليه أشار فى المبسوط (ولابى يوسف أن حرف فى يستعمل فى البين والوسط أيضا قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أى بين عبادى فوقع الشك) فى أن المراد بحرف فى ههنا معنى الظرف أو معنى البين و بالشك لا يثبت ما زاد على الواحد (والاصل براءة الذمم) لانها خلقت بريئة عرية عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد (على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) يعنى أن مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه فانه اذا لف ثوب فى أثواب يكون كل ثوب موعى فى حق ما وراءه ولا يكون وعاء الا الثوب الذى هو ظاهر فانه وعاء وليس بموعى فلفظة كل ههنا لمجرد التكثير لا للاستغراق كما قالوا فى نظائرها فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة فى على الظرف فى قوله ثوب فى عشرة أثواب (فتعين الاول) أى المعنى الاول الذى هو البين (محملا) بكلمة فى فى قوله المزبور فكانه قال على ثوب بين عشرة أثواب ولم يلزمه بهذا المعنى الا ثوب واحد قال كثير من الشراح فى حل هذا المقام فاذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية أن قال وتعين أول كلامه محملا يعنى أن يكون فى بمعنى البين انتهى أقول هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح اذ لا يساعد كلام المصنف جعل آخر كلام المقر لغوا فان قوله فتعين الاول محملا يدل على أن لا آخر كلام المقر وهو قوله فى عشرة أثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور أولا فاذا تيسر لا آخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعانى المستعملة فيها كلمة فى لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام اذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما أمكن ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية فان قوله وتعين أول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على أنه حمل على الاول فى قول المصنف فتعين الاول محملا على أول كلام المقر وهذا مع كونه مما يأبى عنه جدا قيد محملا ينافيه تفسيره بقوله يعنى أن يكون فى معنى البين لان الكون فى بمعنى البين انما يتصور فى آخر كلام المقر وهو قوله فى عشرة أثواب دون أول كلامه وهو قوله على ثوب اذ لا مساس له بمعنى البين أصلا واعلم أن الامام الزاهدى قال فى شرح مختصر القدورى قد اشتبه على فى هذه المسائل كلها أن المراد من هذه المسائل كلها أن المظروف معين مشار اليه أم يستوى المعين والمنكر فى ذلك الى أن ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى ومنه أنه يستوى فيه المعرف والمنكر ويرجع فى بيان المنكر اليه وهو ما قاله فى المحيط ولو قال غصبتك ثوبا فى منديل فهو اقرار بغصب الثوب

(قوله قيل هو منقوض على أصله) أقول اطلاق النقض ليس بموافق للاصطلاح فان اللازم قصور الدليل عن المدعى (قال المصنف فوقع الشك) أقول لتعارض الحقيقة لكلمة فى والعادة فان الثوب الواحد لا يصان فى عشرة أثواب عادة (قال المصنف على أن كل ثوب موعى الخ) أقول لفظة كل ههنا للتكثير

(ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق (ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لان اللفظ يحتمله (ولو قال له علي من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان

والمنديل ويرجع في البيان اليه ولو قال درهما في درهم أو درهما في طعام لم يلزمه الا درهم والاصل في هذه المسائل أن في متى دخلت على ما يصلح ظرفا ويجعل ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا فغصب الاول دون غيره الى هنا كلامه (ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لان الضرب لا يكثر المال) يعني أن أثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في تكثير المال وخمسة دراهم وزنا وان جعل ألف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط على أن حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات كذا قالوا ولان حرف في للظرف حقيقة والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم واستعماله في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل وليس أحدهما أولى من الآخر فلزمه خمسة بأول كلامه ولغا آخره كذا في المبسوط وغيره (وقال الحسن) يعني الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة (يلزمه خمسة وعشرون) لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند أهل الحساب وقد مر جوابه آنفا قال المصنف (وقد ذكرناه في الطلاق) أي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق ولم يذكر المصنف هذه المسئلة ثمة صريحا بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث وانما ذكر مسئلة الاقرار صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير كذا في غاية البيان (ولو قال أردت خمسة مع خمسة) أي لو قال المقر أردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة (لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله) قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي كذا في الكافي ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة أيضا لانه استعمل في بمعنى واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف في باب ايقاع الطلاق أنه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلاث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لان في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط أنه لو أراد بني معنى على ما حكمه عندعلمائنا وذكر في الذخيرة أن حكمه أيضا كحكم في حتى لو قال لفلان على عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة أو قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا اه (ولو قال له علي من درهم الى عشرة أو قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان) أي الابتداء والانتهاء (وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان) قال في النهاية والقياس ما قاله زفر فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود لكن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك ههنا لا يدخل الحدان وأبو يوسف ومحمد قالا هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فأما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فأما ما ليس بواجب فلا يتصور أن يكون حدا لما هو واجب وأبو حنيفة يقول الاصل ما قاله زفر من أن الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه حد ذكر او ان لم يكن واجبا الا أن الغاية الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث

(قوله لان الضرب لا يكثر المال) معناه أن أثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في زيادة المال وخمسة دراهم وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

﴿فصل﴾ لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط والله أعلم

قال (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ) ومن أقر لحمل فاما أن يبين سببا أولا فان بين فاما أن يكون سببا صالحا أولا فان كان صالحا مثل أن يقول أوصى له فلان أومات أبوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لوعاينا حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلابد من وجود المقر له عند الاقرار (٣٠٤) فان جاءت بملدة يعلم فيها أنه كان قائما أي موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك وأما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه

(ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شئ) وقد مرت الدلائل في الطلاق

﴿فصل﴾ (ومن قال لحمل فلانة علي ألف درهم فان قال أوصى له فلان أومات أبوه فورثه فالاقرار صحيح) لانه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم اذا جاءت به في مدة يعلم أنه كان قائما وقت الاقرار لزمه

﴿فصل﴾ (قال المصنف ومن قال لحمل فلانة الخ) أقول قال الاتقاني لو أوصى لدابة رجل أن يعلف بعد موته جازت الوصية لانها وصية لصاحب الدابة لان الدابة لا تصلح مستحقة فيصير ذكرها لتعيين المصرف انتهى وفي المحيط في باب اقرار الصبي والمعتوه والسكران والاخرس والاقرار لهم لو قال لدابة فلان على ألف درهم أو أوصى لها بالعلف واستهلكته يصح ويكون لصاحبها انتهى (قوله وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا لما في المبسوط) أقول أي في ايراد مسئلة الخيار عقيب مسائل الحمل وان خالف المبسوط حيث أوردهما في فصل واحد وفي المبسوط عقد لكل منهما بابا على حدة فعنون مسائل الحمل بقوله باب الاقرار لما في البطن ومسائل الخيار بقوله باب الخيار معتدة

(قوله من وقت الاقرار لزمه) أقول الصواب أن يقول من وقت موت الموصي والمورث كما قاله العلامة النسفي في الكافي حيث قال في المبسوط وهذا اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من حين مات الموصي والمورث حتى علم أنه كان موجودا في ذلك الوقت وان وضعته لاكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا الا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات الموصي والمورث انتهى وذلك هو الموافق أيضا لما سيجيء في كتاب الوصايا فراجعه

واجب ولا يتحقق الثاني بدون الاول ولان الكلام يستدعي ابتداء فاذا أخرجنا الاول من أن يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فلاجل هذه الضرورة أدخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل أن ما قاله أبو حنيفة في الغاية الاولى استحسان وفي الغاية الثانية قياس وما قالاه في الغايتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده (ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله) أي للمقر له (ما بينهما) أي ما بين الحائطين (وليس له من الحائطين شئ) أي لا تدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف (وقد مرت الدلائل) أي دلائل هذه المسائل (في الطلاق) أي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

﴿فصل﴾ لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة وألحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط كذا في الشروح (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم) فهو لا يخلو عن ثلاثة أوجه لانه اما أن يبين سببا أو لا يبين ذلك فان بين سببا فاما أن يكون ذلك السبب صالحا أو غير صالح فان كان صالحا وهو الذي ذكره بقوله (فان قال أوصى بها) أي بالالف (له) أي للحمل وهو الجنين (فلان أو) قال (مات أبوه) أي أبو الحمل (فورثه) أي ورث الحمل الالف أنث ضمير الالف أولا باعتبار الدراهم وذكره ثانيا لكون الالف مذكرا في الاصل قال في القاموس الالف من العدد مذكر ولو أنث باعتبار الدراهم جاز انتهى (فالاقرار) في هذا الوجه (صحيح لانه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له) أي للحمل يعني أنه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عاينا حكمنا بوجوب المال عليه فكذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر من أهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقر به فكان صحيحا كما لو أقر به بعد الانفصال لان الجنين أهل لان يستحق المال بالارث أو الوصية (ثم اذا) وجد السبب فلابد من وجود المقر له عنده فان (جاءت) أي فلانة (به) أي بالولد (في مدة يعلم بها أنه) أي الولد (كان قائما) أي موجودا (وقت الاقرار لزمه) أي لزم المقر ما أقر به والعلم بان الولد كان موجودا وقت الاقرار بطريقين أحدهما حقيقي والآخر حكمي فالحقيقي ما اذا وضعته لاقل من ستة أشهر والحكمي ما اذا وضعته لاكثر من ستة أشهر الى سنتين وكانت المرأة معتدة اذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن وأما اذا لم تكن

فان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته) لانه اقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما

معتدة وجاءت به لاكثر من ستة أشهر فلم يستحق شيأ كذا قالوا ثم ان الشراح افترقوا ههنا فى تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجودا وقتئذ فمنهم من ذهب الى أنه من وقت الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار كما قال صدر الشريعة أيضا فى شرح الوقاية ومنهم من ذهب الى أنه من وقت موت الموصى أو المورث حيث قال بان وضعته لاقل من ستة أشهر مذ مات المورث والموصى كما قاله صاحب الكافى وذكر فى المبسوط أيضا أقول القول الاول وان كان أوفق بالمشروح فى الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الاقرار الا أن القول الثانى هو الموافق للتحقيق وهو أن الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء الحق ابتداء كما تقرر فى صدر كتاب الاقرار فان مقتضى ذلك أن يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما يتحقق وقت موت الموصى أو المورث فلا بد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصى أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فانه اذا جاءت بالولد فى مدة هى أقل من ستة أشهر من وقت الاقرار وأكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث أو أكثر من ستة أشهر الى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فى غير المعتدة فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شئ أما اذا جاءت به لاكثر من سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فلانه يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا انشاء الملك فى الحال وأما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر الى سنتين من وقت موت الموصى أو المورث فى غير المعتدة فلانه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شئ وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما سيأتى لكن بقى ههنا شئ على القول الثانى أيضا وهو أنه اذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمى لا الحقيقى وذلك بان وضعته لاكثر من ستة أشهر الى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم حينئذ بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضى الحكم بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين ووقت الفراق أقل منهما فان قيل اعتبر أول المدة فى الطريق الحقيقى على القول الثانى من وقت موت المورث أو الموصى ففى الطريق الحكمى أيضا كذلك فلا يتصور حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين والا لا يكون طريقا للعلم بذلك أصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب رأسا حتى يكون ذلك حكما بوجوده فى البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أقل من سنتين ووقت الفراق أكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل (فان جاءت به) أى ان جاءت فلانة بالولد (ميتا فالمال للموصى) فيما اذا قال أوصى به لفلان (والمورث) فيما اذا قال مات أبوه فورثه (حتى يقسم بين ورثته) أى يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث (لانه) أى لان ما قاله (اقرار فى الحقيقة لهما) أى للموصى والمورث (وانما ينتقل) منهما (الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل) اليه ههنا لانه مات قبل الولادة (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما) نصفين ان كانا ذكرين أو أنثيين وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية كذلك وفى الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء وهذا اذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم واناثهم فى الاستحقاق

وكذا ان جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار فى الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين أو انثيين وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففى الوصية كذلك وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح

(قوله وفى الميراث للذكر مثل حظ الانثيين) أقول اذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم واناثهم فى الاستحقاق والقسمة سواء

مثل أن قال باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا أقر للرضيع (٣٠٦) وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضي أو من يأذن له القاضي واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان أبهم الاقرار لم يصح عند أبي يوسف وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من أهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن أهله لانه هو المفروض وأمكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون اذا أقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين

(ولو قال المقر باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء) لانه بين مستحيلا قال (وان أبهم الاقرار لم يصح عند أبي يوسف وقال محمد يصح) لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف أن الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين

والقسمة سواء أقول لا حاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر مات أبوه فورثه فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافي وغيرهم وأما بالنظر الى مطلق الارث فلا بد من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذي ذكره بقوله (ولو قال المقر باعني أو أقرضني) أي باعني الحمل أو أقرضني (لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا) أي لان المقر بين سببا مستحيلا في العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شيء فان قيل فهذا يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل وقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه وبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه كذا في المبسوط وأكثر الشراح قال في العناية أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة انتهى أقول فيه بحث لانه ان ظهر كذبه فانما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في أصل اقراره وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن أصل اقراره الواقع في أول كلامه لجواز أن يكون صادقا في اقراره بان كان له سبب صالح في نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فانه كاذب هناك في أصل اقراره بيقين فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره فان قلت كما أن البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ومع ذلك لو أقر بان عليه ألف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع أو الاقراض أو الاجارة فانه صحيح يؤاخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من أهل ان يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه وكذلك الاقراض وان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي أو الاب باذن القاضي واذا تصور ذلك من نائبه جاز للمقر اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا في النهاية وغيرها وان لم يبين سببا أصلا وهو المراد بقوله (وان أبهم الاقرار لم يصح) أي الاقرار (عند أبي يوسف) قيل وأبو حنيفة معه وبه قال الشافعي في قول (وقال محمد يصح) وبه قال الشافعي في الاصح ومالك وأحمد (لان الاقرار من الحجج) الشرعية (فيجب اعماله) مهما أمكن وذلك اذا صدر من أهله مضافا الى محله (وقد أمكن) اعماله ههنا اذ لا نزاع في صدوره عن أهله لانه هو المفروض وأمكن اضافته الى محله (بالحمل على السبب الصالح) وهو الميراث أو الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون له اذا أقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان جائزا تصحيحا لكلام العاقل (ولابي يوسف أن الاقرار مطلقه) أي مطلق الاقرار (ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين)

(قوله فان قيل كان ذلك رجوعا الخ) أقول أنت خبير بان هذا السؤال انما يتوهم وروده على مذهب محمد لا على رأي أبي يوسف فانه لا يصح الاقرار اذا أبهم حتى يكون بيان السبب المستحيل رجوعا

(قوله أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين الخ) أقول في مبسوط شمس الائمة قلنا لا كذلك بل هو بيان لسبب محتمل في فقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه وتبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه انتهى ومن هذا الجواب يعلم أن قوله بل ظهور كذبه بيقين محل كلام وان شئت زيادة تفصيل فراجع الى ما قالوا في توجيه قوله عليه الصلاة والسلام كل ذلك لم يكن في جواب ذي اليدين

عليه فيصير كما اذا صرح به

في الشركة (عليه) أي على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤاخذ به العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال وفي الاقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر أبدا كذا في المبسوط (فيصير) أي فيصير المقر فيما اذا أبهم بدلالة العرف (كما اذا صرح به) أي بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا أبهم قال في النهاية ولابي يوسف وجهان أحدهما ما ذكر في الكتاب والثاني ما ذكر في الذخيرة فقال ان هذا اقرار صدر من أهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله الا أن حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما بان يعتبر سببا أولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشترى من البائع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين بان يصرف اليه مثل الثمن أو أكثر والجمع بينهما متعذر وليس أحدهما باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا بخلاف العبد المأذون اذا أقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهي التجارة وللفساد جهات وهذا بخلاف مالو بين سببا يستقيم به وجوب المال للجنين وصية أو ميراثا حيث كان الاقرار صحيحا لان جهة الجواز متعينة وهي ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه أقول الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه أما أولا فلانا لا نسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين واحد منهما في صورة ابهام الاقرار له يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصية واحد منهما ألا يرى أن جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به غاية الامر أن يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقر به المجهول فمن أين يلزم الحكم بالفساد وأما ثانيا فلان ذلك الدليل منقوض بما اذا قال لرجل لك علي ألف درهم ولم يبين سببه فان هذا اقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بان يكون بسبب ثمن خمر أو خنزير أو دم أو ميتة ولا شك أن لجواز الدين أسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدها أولى من الآخر وأما ثالثا فلان التنظير المذكور فيه ليس بتام لان الجهالة في مسئلة بيع العبد المشترى مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من البائع فانه لما جاز بيعه بوجهين بان يصرف اليه مثل الثمن الاول وبان يصرف اليه أكثر من الثمن الاول ولم يتعين أحد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب في الاقرار كما تحققته على أن تعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام أيضا لانه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له فان لجواز بيعه أيضا وجهين بان يصرف اليه ما بقي من مثل الثمن الاول للعبد المشترى من البائع أو ما بقي من أكثر منه فانه اذا صرف الى أحد العبدين شيء من الثمن المسمى لهما يكون الباقي منه مصروفا الى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز في أحدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر أيضا مع أن بيع عبد آخر له في المسئلة المزبورة ليس بفاسد اجماعا وينتقض أيضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما اذا باع العبد المشترى بالف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة فان التعليل المذكور يجري في هذه الصورة أيضا بعينه بل مع زيادة لانه يجوز أن يصرف الى العبد المشترى من البائع في هذه الصورة أقل من الثمن الاول بخلاف الصورة الاولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز

عليه فأخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به

(قوله فيصير بدلالة العرف الخ) أقول ويمكن أن يقال دلالة العرف فيما يتصور فيه سببية التجارة وأما فيما نحن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليتأمل

قال (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط)

مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشترى من البائع فى الصورة الاولى بوجه آخر لا يرد عليه شئ مما من ما دتى النقض فتأمل وراجع محلها (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه) أى لزم المقر ما أقر به (لان له) أى لاقراره (وجها صحيحا وهو الوصية به) أى بالحمل (من جهة غيره) أى غير المقر بان أوصى بالحمل مالك الجارية ومالك الشاة لرجل ومات فأقر وارثه وهو عالم بوصية مورثه بان هذا الحمل لفلان واذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله (فحمل عليه) قال الشراح ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل أقول ليس الامر كذلك فان الفقهاء صرحوا بان من أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء وستأتى المسئلة بعينها فى كتاب الوصايا من هذا الكتاب فحينئذ يجوز أن يوصى مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثنى حملها ويموت فاذن تصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فلو أقر الموصى له بعد أن قبض الحامل باستحقاقه اياها بان حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث فى هذه الصورة ولا لتعليلهم اياه بان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل تأمل جدا فان ما ذكرنه وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور ثم أقول يشكل بهذه المسئلة الوجه الذى ذكر فى الكتاب وفى المبسوط من قبل أبى يوسف رحمه الله فى المسئلة الاولى فى صورة ابهام الاقرار فان مطلق الاقرار لم يصرف ههنا الى الاقرار بسبب التجارة بان ببيع الحمل من المقر له ونحو ذلك من الاسباب الغير الصالحة فى حق الحمل بل صرف عندهم جميعا الى الاقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكره فى ذلك الوجه من أن مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة فيصير كما اذا صرح به فتدبر وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لابى يوسف بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى فقال صاحب الغاية والفرق لابى يوسف بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار للحمل اذا أبهم الاقرار أن ههنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية والى ذلك أشار محمد فى الاصل لابى يوسف قال أرأيت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما أثلاثا باعتبار الميراث أم نصفين باعتبار الوصية ففيه اشارة الى أن جواز الاقرار متعذر لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى وقال صاحب النهاية قد ذكرنا آنفا انه اذا كانت جهة الجواز متعذرة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تمكن احداهما فى الحمل عليها باولى من الاخرى وأما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما فى هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية فى حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب فى الحمل كان له نصيب أيضا فى الام لشيوع حقه فى جميع التركة وأما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابى يوسف فى صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل لما ذكرنا أن هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احداهما أولى من الاخرى فيبقى على البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية أيضا أقول مدار ما ذكروه من الفروق على حرفين أحدهما أن تعدد جهة الجواز بينا فى الحمل على الجواز وثانيهما أن جهة الجواز فى هذه المسئلة منحصرة فى الوصية وقد عرفت ما فى كل واحد منهما بما ذكرناه فى المقامين فيما مر آنفا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط) يعنى ومن أقر لرجل بشئ على انه بالخيار فى اقراره ثلاثة أيام صح الاقرار وبطل الشرط أما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله

ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح الاقرار ولزمه لان له وجها صحيحا لان الجارية كانت لواحد أوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه وورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث فى هذه الصورة لان من له ميراث فى الحمل له ميراث فى الحامل أيضا ومن أقر لرجل بشئ على انه بالخيار فى اقراره ثلاثة أيام فالاقرار صحيح يلزم به ما أقر به لوجود الصيغة الملزمة وهى قوله على ونحوه والخيار باطل

(لان

لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل والله أعلم

﴿باب الاستثناء وما في معناه﴾

قال (ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لابد من الاتصال

(لان الخيار للفسخ) أي لاجل الفسخ (والاخبار لا يحتمله) أي لا يحتمل الفسخ يعني أن الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه وأما صحة الاقرار التي حكمها لزوم المقر به كما أشار اليه بقوله (ولزمه المال) أي ولزم المقر المال الذي أقر به فلما ذكره بقوله (لوجود الصيغة الملزمة) وهي قوله علي ونحو ذلك (ولم ينعدم) أي اللزوم وقيل أي الاخبار (بهذا الشرط الباطل) يعني شرط الخيار اذ لا تأثير للباطل ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا الغا بقي حكم الاقرار وهو اللزوم كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا في المبسوط وغيره قال في المحيط البرهاني هذا اذا اقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان علي ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو وديعة بعينها أو مستهلكة علي أني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب الا أن اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا أو غصبا بعينه أو وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان علي ألف درهم من ثمن مبيع على أن المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل في جانب المقر انما ذكره في جانب المقر له ولا شك أن المقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لانه في الحاصل يدعي شراء بشرط الخيار وقد أنكر البائع الخيار ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لان هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشراء واشتراط الخيار في الشراء مستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هناك المال مشروط في الاقرار واشتراط الخيار في الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له في الخيار فاراد هو أن يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل قالوا ويجب أن لا تسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتبت على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر ههنا لم تصح لمكان المناقضة الى هنا لفظ المحيط

﴿باب الاستثناء وما في معناه﴾

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا كالشرط وغيره لان الاصل عدم التغير (قال) أي القدوري في مختصره (ومن استثنى متصلا باقراره) أي موصولا باقراره لا مفصولا عنه (صح الاستثناء ولزمه الباقي) أي لزم المقر الباقي بعد الثنيا (لان الاستثناء مع الجملة) أي مع صدر الكلام (عبارة عن الباقي) فان معنى قوله علي عشرة الا واحدا معنى على تسعة لما عرف في الاصول (ولكن لابد من الاتصال) لان

لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثيره في العقود لتتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه

﴿باب الاستثناء وما في معناه﴾

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا كالشرط وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه (قال ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي) أما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة أي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله على تسعة لما عرف في الاصول وأما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير

وقد عرف ذلك أيضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من أيمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان المستثنى بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك أن الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا لضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك أجيب بان الاستثناء تصرف لفظي ألا ترى أنه اذا قال أنت أي

(وسواء استثنى الاقل أو الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء) لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا

الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضا في الاصول (وسواء استثنى الاقل) أي الاقل من الباقي كما في قوله لفلان على ألف الا أربعمائة (أو الاكثر) منه كما في قوله لفلان على ألف الا سبعمائة يعني لا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا قول الاكثر وفي العناية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وفي معراج الدراية وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل وعن أحمد مثله انتهى وفي الكافي وعن أبي يوسف وهو قول مالك والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال وأما اذا قال لفلان على ألف الا سبعمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول أبي يوسف على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح استثناء الاكثر ويلزمه الالف لان المستثنى أكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه أقول في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال في تفسيرها نصفه بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كأنه قال قم أقل من نصف الليل ثم قال وان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر أما على الوجه الاول فلان المستثنى لا يكون حينئذ مقدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه أكثر من الباقي نعم يعلم حينئذ انه أقل من النصف لكن يجوز أن يكون ذلك أقل من الباقي أيضا وأما على الوجه الثاني فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر فالاظهر في الاستدلال عليه ما ذكر في كثير من الشروح وهو أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق في ذلك بين استثناء الاقل والاكثر وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقتهم ألا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحا وبوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما استثناء الكثير من القليل بأن قال لفلان على عشرة دراهم الا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روي عن أبي يوسف أنه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن أئمة اللغة أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح انتهى كلامه ثم ان لجواز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره من أصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين أكثر بدليل قوله تعالى وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين (فان استثنى الجميع) أي الكل بان قال لفلان على ألف درهم الا ألف درهم (لزمه الاقرار) أي لزم المقر جميع ما أقر به (وبطل الاستثناء) أي بطل ما ذكر في صورة الاستثناء (لانه) أي لان الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أي بالباقي بعد الثنيا (ولا حاصل بعده) أي ولا باقي بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء (فيكون رجوعا)

(قوله قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه) أقول قوله نصفه بدل من قليلا

أى فيكون ماذكره فى صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لا استثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا مايكون فيه معنى البيان لاول كلامه والابطال ليس من البيان فى شئ كذا فى المبسوط وغيره قال فى غاية البيان وكذلك اذا استثنى أكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف وزيادة أولى قال المصنف (وقدمر الوجه فى الطلاق) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق اعلم أن هذا الذى ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه وأما اذا كان من غير جنسه صح الاستثناء وان أتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائى طوالق الا هؤلاء وليس له نساء الا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائى طوالق الا نسائى لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن وكذا لو قال عبيدى أحرار الا عبيدى لم يصح الاستثناء وعتقوا كلهم ولو قال عبيدى احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غيرهؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال أوصيت بثلث مالى الا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال أوصيت بثلث مالى لفلان الا ثلث مالى كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء كذا فى شرح الطحاوى ولقد أفصح المصنف عن هذا فى الباب الاول من أيمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائى طوالق الا نسائى لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظى فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم ألا يرى أنه اذا قال لامرأته أنت طالق ست طلقات الا أربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل فى ملكه غير هذه الجوارى أو العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية فى بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية أيضا ولكن بتغيير أسلوب تحريره أقول التحقيق الذى ذكروه مما لا يساعده لفظ المصنف فى الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كون غير اللفظ الاول أخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم وأما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائى كذا الاحلائلى أو الا أزواجى أو كونه أعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوالق الا نسائى فلا يتمشى ذلك قطعا وقول المصنف فى الزيادات أما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح يتناول ما كان مساويا له وما كان أعم منه أيضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضى أن يصح الاستثناء فيهما أيضا وليس الامر كذلك كما صرح به قال فى التوضيح بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل وأصحابنا قيدوه بلفظه أو بما يساويه نحو عبيدى أحرار الا عبيدى أو الا عما لكن ان استثنى بلفظ يكون أخص منه فى المفهوم لكن فى الوجود يساويه يصح نحو عبيدى أحرار الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل فى أصوله بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق وقال مشايخنا هذا اذا كان بلفظه نحو نسائى طوالق الا نسائى أو بما يساويه نحو نسائى

طالق ست تطليقات الا أربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا فكان اعتباره أولى

(ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (ولو قال له على مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما) وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي أنهما اتحدا جنسا من حيث المالية

ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولزمه مائة الا قيمة الدينار أو القفيز خلافا لمحمد ولو قال له على مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله (فيهما) أي في قول محمد والشافعي يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر لمحمد أن الاستثناء اخراج ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظي وكلام المصنف

طوالق الا حلائلي أو باعم منه وان استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم يصح وان كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب وهند وبكرة وعمرة أو الا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لا تطلق واحدة منهن انتهى كلامه وقد ذكرنا فيما مر نقلا عن غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى أكثر من المستثنى منه أي أعم منه (ولو قال له على مائة درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار أو القفيز) هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار أو قيمة قفيز الحنطة قال المصنف (وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) استحسانا (ولو قال له على مائة) أي مائة درهم (الا ثوبا لم يصح الاستثناء) قياسا واستحسانا باتفاق أصحابنا (وقال محمد لا يصح فيهما) أي في الوجهين وهو القياس وبه قال زفر وأحمد (وقال الشافعي يصح فيهما) أي في الوجهين وبه قال مالك (لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعني أن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام (وهذا) المعنى (لا يتحقق في خلاف الجنس) أي في استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز (وللشافعي أنهما) أي المستثنى والمستثنى منه (اتحدا جنسا من حيث المالية) يعني أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظي قال في الكافي والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعندنا الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة أي انما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان على عشرة الا درهما فانه ليس على فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض لاول كلامه لانه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان أهل اللغة أطبقوا ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما يعارض به حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر لكان هذا نفيا للشركة لا توحيدا فاذا ثبت هذا الاصل فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد أمكن هنا للمجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى من أن يكون ايجابا لقوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال أهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فنجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واختير الاثبات في كلمة التوحيد اشارة والنفي قصدا لانه المقصود اذ الكفار يقرون به الا أنهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فنقول الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام الا أنه قال في أثناء تقرير كلام الشافعي بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد اقتفى أثره بعض الشراح وقال صاحب العناية وكلام المصنف كما ترى يشير الى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء

(قال المصنف لدخل تحت اللفظ) أقول فاعل دخل ضمير المستثنى المفهوم من الاستثناء فيكون المرجع حكميا ويجوز أن يعود الى الاستثناء مرادا به المستثنى على طريقة الاستخدام

ولهما أن المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون أوصافهما أثمان أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم

على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا انتهى كلامه أقول لم يقل أحد من الشارحين بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي سوى صاحب الغاية فانه قال خلافا للشافعي لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ألا ترى الى قوله

وبلدة ليس بها أنيس * الا اليعافير والا العيس

قد استثنى من خلاف الجنس انتهى وأما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من أنه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس في قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتأمل فكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى أيضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء وهذا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا عند الشافعي أيضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية فقول الشارح الاكمل قرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط ليس بتام (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (ان المجانسة في الاول) أي في الوجه الاول وهو قوله له على مائة درهم الا دينارا والا قفيز حنطة (ثابتة من حيث الثمنية) يعني أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله على مائة درهم الا ثوبا قال في العناية وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا ارتياب فيه أحد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب (أما الدينار فظاهر) يعني أما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه (والمكيل والموزون أوصافهما أثمان) يعني وأما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الاول فلان المكيل والموزون أوصافهما أثمان توضيحه أن المكيلات والموزونات أثمان باوصافهما وان لم تكن أثمانا من حيث الذات حتى لو عينت في العقد يتعلق العقد بعينها الا أنها اذا وصفت ثبتت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في الذمة بجنس واحد معنى وان كانت أجناسا صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالمائة صورة كذا في الكافي والشروح (أما الثوب) في الوجه الثاني (فليس بثمن أصلا) أي لا ذاتا ولا وصفا (ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما أو ماهو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة مؤجلا فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا (وما يكون ثمنا صلح مقدرا) بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل (للدراهم) أي لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الاوصاف (فصار بقدره مستثنى من الدراهم) بقيمته فصار تقدير الكلام له على مائة الا قدر قيمة المستثنى وفي الذخيرة اذا صح الاستثناء يطرح قيمة المستثنى

وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول ان الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا ولابي حنيفة وأبي يوسف أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا ارتياب فيه أحد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب أما الدنانير فظاهرة وأما المقدرات فلانها أثمان باوصافها فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا أو مؤجلا وجاز الاستقراض بها وأما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته وأما الثوب فليس بثمن

أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما أو ماهو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة

ومالا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا) باقراره (لم يلزمه الاقرار) لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق فان كان الاول

عن المقر به وان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شئ (ومالا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا) للدراهم لعدم المجانسة (فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا) وفي بعض النسخ فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا (فلا يصح) أي الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الاقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لان جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقر به مجهولا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في العناية ولقائل أن يقول ما ليس بثمن لا يصلح أن يكون مقدرا من حيث اللفظ ومن حيث القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى أقول بقي ههنا كلام آخر وهو أنهم صرحوا بان ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا واجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخمر بيعية لا بسبب الذات والعين حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة ولو وصف ولم يعين صار حكمه حكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة فالظاهر أن مثل هذا انما يصلح أن يكون مقدرا للدراهم اذا كان موصوفا لا مطلقا وفي مسئلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشئ فلا يصلح أن يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا في هذا الوجه أيضا فينبغي أن لا يصح الاستثناء في قوله الا قفيز حنطة فليتأمل في الجواب (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار) قال في الباب الاول من اقرار المبسوط ولو قال غصبتك هذا العبد أمس ان شاء الله لم يلزمه شئ استحسانا وفي القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاآت دون الاخبارات ولكن استحسن لان الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط فان الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء كالعهد من غيرهم فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا بكلام هو عزيمة لكن انما يعمل الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا عنه فان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه نفي لما أثبته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان أو موصولا أما هذا فبيان تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال) كما هو مذهب أبي يوسف (أو تعليق) كما هو مذهب محمد كذا ذكره الامام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر كما فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال انه تعليق يقع لانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار كما بينه المصنف بقوله (فان كان الاول)

ومالا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل أن يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ أو القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات قال (ومن أقر بحق وقال ان شاء الله الخ) ومن قال لفلان على مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب أبي يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند أبي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيفما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان

كان الاول

فقد بطل وان كان الثانى فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم فى الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له فى الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه الخ) ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لى فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى أما أن لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى وأما أن الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظى وقد تقدم ذلك

فقد بطل وان كان الثانى فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا فى الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه فى معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له فى الاجل يكون المال حالا قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء) لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف فى الملفوظ

وهو الابطال (فقد بطل وان كان الثانى) وهو التعليق (فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط (أو لانه شرط لا يوقف عليه) أى لا يطلع عليه فان وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد يطلع عليه أحد والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لانه يكون اعداما من الاصل (كما ذكرنا فى الطلاق) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان على ألف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لانه علقه بشرط فى وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به أصلا انما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين به أنه ليس بايقاع مالم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله ان دخلت الدار أو ان مطرت السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو ان أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بولد أو ان أصبت مالا أو ان كان كذلك أو ان كان حقا فهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام للمعنى الذى ذكرنا كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط وفى غاية البيان نقلا عن شرح الكافى للحاكم الشهيد (بخلاف ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه فى معنى بيان المدة) وذلك من حيث العرف لان الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء محل الاجل حسب لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومجئ رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف (فيكون تأجيلا) أى فيكون ذكر هذه الاشياء منه تأجيلا أى دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة (لا تعليقا) أى لا يكون تعليقا بالشرط (حتى لو كذبه المقر له فى الاجل يكون المال حالا) لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا أن يثبته بالبينة أو يصدقه المقر له كما تقدم (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه) بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها (فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل فى هذا الاقرار معنى) أى تبعا (لا لفظا) أى لا مقصودا باللفظ لان البناء وصف فى الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض فى بيع الدار لا يسقط شئ من الثمن بمقابلته بل يتخير المشترى (والاستثناء تصرف فى الملفوظ) بجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء كذا قالوا أقول هذا وان كان موافقا لما ذكره المصنف وغيره فى كتاب الايمان من

(قال المصنف اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) أقول فى الكافى وكان ينبغى أن يجب المال كما فى شرط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا ألغى الخيار بقى حكم الاقرار بناء على السبب اه وفيه شئ (قوله لان البناء الى قوله لبيان المستثنى الخ) أقول وفى قوله لبيان المستثنى الخ بحث ثم أقول قد كتب فى هامش الكتاب فى هذا المقام من خط المؤلف ما هو صورته وتلخيص الحجة أن البناء ههنا ليس متناول اللفظ والمستثنى متناول اللفظ ينتج أن البناء ليس مستثنى اه والظاهر الموافق للشروح أن يقال تلخيصها البناء داخل فى الدار معنى وكل ما هو داخل فى الشئ معنى لا يصح استثناؤه منه

والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا

أن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا أنه مخالف لما ذكر فى كتب اللغة فانه قال فى المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال فى القاموس الدار المحل الذى يجمع البناء والعرصة ولا يخفى أن الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتأمل قال صدر الشريعة فان قلت يشكل ما ذكرتما اذا قال لفلان على ألف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت فى الدراهم معنى لا لفظا حتى صح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكر البناء بطريق التناول قصدا بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرنا والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا انتهى كلامه واقتفى أثره الشارح العينى أقول التعرض للفرق بين المسئلتين مما لا بد منه جدا وقد أهمله أكثر الشراح ولكن المرتبة التى ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام ههنا اذ لقائل أن يقول ان أريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياها من حيث المعنى الوضعى للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا ألا يرى الى ما مر فى تلك المسئلة من أن التحقيق أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد وانما الكلام فى تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذى هو الثمنية وان أريد بذلك تناولها اياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدى نفعا اذ المصنف مصرح ههنا بأن الاستثناء تصرف فى الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لا يكفى فى صحة الاستثناء كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط فى صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط أيضا فى صحة استثناء البناء من الدار فان البناء داخل فى حكم بيع الدار وفى حكم الاقرار بالدار ونحوهما حتى يملك المشترى والمقر له البناء أيضا فلا بد من زيادة ايضاح وتقرير فنقول المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصدا لا تبعا والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على أخص أوصافها الذى هو الثمنية تناولا قصديا لا تبعيا فان ما يتحقق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب من قبيل الذوات فيجوز أن يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته اياها فى أخص أوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ولا كذلك الدار مع البناء فان البناء وصف للدار فلا يدخل فى حكمها الا تبعا وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله فى الحكم فان الاول مدلول حكمى للفظ مقصود منه أصالة فيكون استثناؤه تصرفا فى الملفوظ أى فى مدلول اللفظ حكما فيصح والثانى خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه أصلا لكنه تابع لمدلوله فى الحكم الثابت له فلا يكون استثناؤه تصرفا فى الملفوظ فلا يصح قال المصنف (والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار) يعنى لا يصح استثناء الفص فى الاقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة فى الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء فى الاقرار بالدار (لانه) أى لان كل واحد من الفص والنخلة (يدخل فيه) أى يدخل فى الصدر (تبعا لا لفظا) والاستثناء تصرف فى الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف ههنا ان الفص يدخل تبعا لا لفظا بناء فى قوله فيما مر ان اسم الخاتم يشمل الكل أقول يمكن أن يقال ان مراده بشمول اسم الخاتم الكل فى قوله السابق أعم من الشمول القصدى والتبعى ومراده بنفى دخول الفص فى الخاتم فى قوله اللاحق نفى الدخول القصدى فلا منافاة بينهما قال فى البدائع ولو أقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة فى اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لانه وان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن كمن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل

والفص فى الخاتم والنخلة فى البستان نظير البناء فى الدار لانها تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها أو الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت فى بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لى كان الكل للمقر له لانه أقر بكلها ثم ادعى شيأ منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها

بخلاف ما اذا قال الاثلثها أو الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا (ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة أرضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار

هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن انتهى كلامه أقول فيه نظر أما أولا فلان قوله لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة ألا يرى الى ما قال فى المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والى ما قال فى القاموس الدار المحل يجمع البناء والعرصة وأما ثانيا فلان قوله لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على أن البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قاله أولا من ان اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضى صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له على عشرة الا واحدا لا يقال يجوز أن يكون مراده بالتضمن معنى التبعية لا الجزئية فيؤل الى ما قاله المصنف وغيره لانا نقول مع اباء قوله هذه الاجزاء عن ذلك التوجيه جدا يمنعه قوله فى تنظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن فانه نص فى دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات (بخلاف ما اذا قال الا ثلثها) أى اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثها (أو الا بيتا منها) حيث يصح الاستثناء و يكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت (لانه) أى لان كل واحد من الثلث والبيت (داخل فيه) أى فى الصدر الذى هو الدار (لفظا) ومقصودا حتى لو استحق البيت فى بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا أقول كون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بأن الدار اسم للعرصة كما ذكروه فى كتاب الايمان واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث اذ على تقدير أن يكون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا يكون جزأ من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت فاذا انهدمت وصارت صحراء لزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه الحنث فى المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البدائع أنه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو بيتا منها أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضى عدم صحة الاستثناء فى صورة استثناء البيت من الدار لان البيت ليس من جنس العرصة اذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط أربعة على قول أو ثلاثة على قول آخر كما عرف فى الايمان فى مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعرصة هى البقعة كما سيأتى فانى هذه من ذلك فاذكره يكون حجة عليه لا له فى هاتيك الصورة (ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان فهو كما قال) وهذا لفظ القدورى أيضا فى مختصره يعنى يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المصنف فى تعليله (لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء) يعنى أن العرصة فى اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر فى معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء فى الحكم (فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان) قال المصنف (بخلاف ما اذا قال مكان العرصة أرضا) أى بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لى والارض لفلان (حيث يكون البناء للمقر له) مع الارض (لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء) بناء على أن الارض أصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع (كالاقرار بالدار) حيث يكون البناء أيضا للمقر له هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال حتى يكون البناء للاول والارض للثانى ولم يقل هناك الاقرار بالارض اقرار بالبناء فما وجه الفرق

بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لى والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على أصلين أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثانى أن اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا أقر بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصلح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا أقر باحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لى كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لى والبناء لفلان كان كما قال لان فى الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفى الثانى عكسه فصح

(قوله لان الاقرار به) أقول الضمير فى قوله به راجع الى المتبوع فى قوله وان قدم المتبوع

(ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك) قال وهذا على وجوه أحدها هذا وهو أن يصدقه ويسلم العبد وجوابه ماذكر

بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان أول كلامه فيما أوردت اقرار معتبر بالبناء للاول فهب أن آخر كلامه اقرار بالارض والبناء لكن اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فكان للثانى الارض خاصة وأما فيما نحن فيه فآخر كلامه اقرار بالارض والبناء وهما جميعا ملكه فصح اقراره بهما للمقر له وذلك لان أول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لى غير معتبر لانه قد كان له قبل أن يذكره فبقى قوله وأرضها لفلان والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له فى التبع توضيح الفرق أن البناء فى تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من أن يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثانى بعد ذلك لا يتعدى الى البناء وفى مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له فى البناء تبعا كذا فى المبسوط اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل ونخرجها على أصلين أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثانى أن اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لى ادعى البناء وبقوله الارض لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال أرضها لى وبناؤها لفلان فهو على ما أقر لان بقوله أرضها لى ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان أقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لى فالارض والبناء للمقر له لان بقوله أرضها لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لى ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لان بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله أولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وأرضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثانى والاقرار على الغير باطل كذا فى الذخيرة (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك) الى هنا لفظ القدورى فى مختصره (قال) أى قال المصنف رحمه الله (هذا) أى ماذكر من المسئلة (على وجوه أحدها هذا) أى هذا الوجه (وهو أن يصدقه) أى أن يصدق المقر له المقر (ويسلم العبد وجوابه) أى جواب هذا الوجه (ماذكر) من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الخ أقول ماذكره انما يتجه أن لو كان لفظ يسلم فى قول المصنف ويسلم العبد من سلمه اليه وأما اذا كان من سلمه أى جعله سالما له فلا لان سلامة العبد للمقر انما تحصل باعتراف المقر له بانه عبد له لا عبدى وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا ينافى أن يقال له ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف سلمه مرادا به المعنى المذكور فى مواضع من كتابه هذا وما سيأتى فى فصل الدين المشترك من باب الصلح فى الدين حيث قال فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لانه رضى بالتسليم ليسلم له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم انتهى ويحتمل أن يكون لفظ يسلم ههنا كلا شيا من السلامة لا من التسليم ويكون العبد فاعلا لا مفعولا حينئذ لا يتوهم المنافاة أصلا قال المصنف فى تعليل جواب الوجه

المذكور

قال (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد الخ) ومن قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فاما أن يذكر عبدا بعينه أولا فان كان الاول فهو على وجوه أحدها أن يصدقه فيقال له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك

(قال المصنف فسلم العبد) أقول أى التزم تسليمه (قال المصنف والا فلا شئ لك) أقول أى وان لم تلتزم فلا مخالفة لما مر فى البيوع (قال المصنف وهو أن يصدقه ويسلم العبد الخ) أقول فيه انه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الخ فالاظهر هو الاكتفاء بقوله وهو أن يصدقه

لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه أحد وذلك باطل والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته لك وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وكما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى ولا تفاوت فى هذا بين أن يكون العبد فى يد المقر أو المقر له والثالث أن يقول العبد عبدى ما بعتكه وفيه لا يلزم المقر شئ لان المقر ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله وفى هذا أيضا لا تفاوت بين كون العبد فى يد المقر أو يد المقر له فانه اذا كان فى يد المقر يأخذ العبد ولو قال مع ذلك أى مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعى لزوم المال ببيع عبد آخر فيحالفا لان المقر يدعى تسليم من عينه والآخر ينكره والمقر له يدعى عليه الالف ببيع غيره

لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثانى أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث أن يقول العبد عبدى ما بعتك وحكمه أن لا يلزم المقر شئ لانه ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعى تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه الالف ببيع غيره

المذكور (لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) يعنى أنهما تصادقا فى هذا الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد فى يده كان عليه ألف درهم كذا ههنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه أحد وذلك باطل الى هنا كلامه وطعن بعض الفضلاء فى جوابه بان قال وليت شعرى أن ما ذكر فى الكتاب حكم أية مسئلة انتهى أقول ما ذكر فى الكتاب حكم مسئلة الاقرار فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضى الحكم بتسليم الثمن على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له فان كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه بل فيه اقرار محض وحكمه لزوم الالف على المقر ان سلم المقر له العبد اليه وأما ان لم يسلمه اليه بأن هلك فى يده فلا يلزمه شئ كما هو الحكم فى ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ما ذكر فى الكتاب قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شئ لك وليس المراد من ان شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه اذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع الى المشترى بعد أن صح البيع وتم بل المراد منه أن لزوم الالف على المقر مشروط بتسليمك العبد اليه فان أردت الوصول الى حقك فسلم العبد ولا تضيعه وليس المراد بقوله وخذ الالف خذ الالف بعد تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب فى الواو بل هى للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرر فى البيوع من أن اللازم فى بيع سلعة بثمن تسليم الثمن أولا لخلاصة ما ذكر فى الكتاب ههنا ما قال فى الوقاية وغيرها فان سلم المقر له لزمه الالف والا لا (والثانى) أى الوجه الثانى (أن يقول المقر له العبد عبدك) أى العبد الذى عينته عبدك (ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره هذا) وسلمته اليك (وفيه) أى فى هذا الوجه (المال لازم على المقر لاقراره به) أى بالمال (عند سلامة العبد له وقد سلم) أى وقد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه (فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود) كما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى لان الاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب فى السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال ولا تفاوت فى هذا الوجه بين أن يكون العبد فى يد المقر أو فى يد المقر له كذا قالوا (والثالث) أى الوجه الثالث (أن يقول) أى المقر له (العبد عبدى) أى العبد الذى عينته عبدى (ما بعتكه وحكمه) أى حكم هذا الوجه (أن لا يلزم المقر شئ لانه ما أقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه) أى فلا يلزم المال دون العبد لانه اذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت فى هذا الوجه أيضا بين أن يكون العبد فى يد المقر أو فى يد المقر له لانه اذا كان فى يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شئ من ثمن العبد كذا قالوا (ولو قال مع ذلك) أى ولو قال المقر له مع انكار العبد المقر به (انما بعتك غيره) أى غير ذلك العبد (يتحالفان لان المقر يدعى تسليم من عينه) أى وجوب تسليمه (والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه) أى على المقر (الالف) أى لزوم الالف (ببيع غيره) أى غير من عينه

(قوله فالحكم الأمر بتسليم الثمن الخ) أقول لا نخبر بان يقال ان شئت فسلم العبد ولا تسليم العبد أولا ثم أخذ الالف (قوله والجواب أن ذلك حكم ما اذا ادعى الخ) أقول وليت شعرى أن ما ذكر فى الكتاب حكم أية مسئلة

والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه (وان قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لانه رجوع فانه أقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لان الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال أبو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شئ

(والآخر ينكر) فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف (واذا تحالفا بطل المال) أي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده (هذا) أي ماذكره من الوجوه (اذا ذكر) أي المقر (عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد) يعني ان قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه (ولم يعينه) أي لم يعين المقر العبد المشترى (لزمه الالف ولم يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) أي سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشترى بكلامه السابق أو فصل عنه (لانه) أي لان قوله ما قبضت (رجوع) عما أقر به (فانه أقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على) أي نظرا الى هذه الكلمة التي ذكرها أولا في قوله له على ألف درهم اذهي للايجاب (وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا) أي بالكلية (لان الجهالة) أي جهالة المبيع (مقارنة كانت) كالجهالة حالة العقد (أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسياه) أي نسي المتعاقدان ذلك العبد (عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع) خبران في قوله لان الجهالة يعني أن الجهالة توجب هلاك المبيع أي تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول (فيمتنع وجوب نقد الثمن) لان نقد الثمن لا يجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن أيضا (واذا كان كذلك كان رجوعا) فان أول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع (فلا يصح وان كان موصولا) لان الرجوع عن الاقرار باطل مفصولا كان أو موصولا أقول لقائل أن يقول يشكل التعليل المذكور ههنا من قبل أبي حنيفة بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى فانه لم يلزم المقر هناك شئ بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك أيضا بأن يقال ان أول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره ينافي الوجوب أصلا فيقتضي أن يكون رجوعا فيلزم أن لا يصح ويمكن أن يجاب عنه بما أشار اليه المصنف فيما سيأتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر أو خنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال وسنذكر تتمة الكلام هناك ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء أورد على هذا التعليل المزبور كلاما آخر وأجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشترى بأنه هذا واحضار البائع فليتأمل فانه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى أقول لا ايراد بشئ ولا الجواب أما الاول فلان المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضار ذلك أصلا بل لم يمكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فانى يتصور احضار البائع المبيع ههنا حتى يعترف المشترى بانه هذا وان أحضر المقر له عبدا بعينه من غير تكلف واعترف المقر بأن ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه وأما الثاني فلانه كيف يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الالف بلا عوض عند أبي حنيفة في هذه المسئلة وان لم يحضر البائع شيأ فهل يؤثر العاقل اعطاء الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما أحضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شئ) وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى

(قال المصنف لانه رجوع الى قوله لأن الجهالة مقارنة الخ) أقول في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشترى بأنه هذا واحضار البائع فليتأمل فانه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة

(قوله فان اقراره صح رجوعا) أقول الاولى أن يقول كما في الهداية فانه أقر بوجوب الألف وتوجيه كلامه ان صح يعني ثبت أي ثبت اقراره بوجوب الألف وان

قوله وان فصل لم يصدق لان أول كلامه موجب وآخره قد تغير لانه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان أقر أنه باعه متاعا الخ وانما عبر عنه بذلك ليعلم أن الحكم في المتاع حكم العبد

وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد وان أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا

(وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد) أي اذا كذب المقر له المقر في الجهة وهي أن يكون ذلك الالف من ثمن عبد (وان أقر) أي ان أقر المقر له (انه) أي المقر له (باعه) أي باع المقر (متاعا) يعني ان صدق المقر له المقر في الجهة بأن قال انه باعه متاعا وهو العبد كما أقر به المقر ولكن كذبه في انكاره قبض المبيع (فالقول قول المقر) سواء وصل أم فصل وانما عبر المصنف ههنا عن المبيع بالمتاع حيث قال وان أقر أنه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب في العبد ليعلم أن الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد (ووجه ذلك) أي وجه ما قاله الامامان (أنه) أي المقر (أقر بوجوب المال عليه) أي على نفسه حيث قال له على ألف درهم (وبين سببا) له (وهو البيع) حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه (فان وافقه الطالب) يعني المقر له (في السبب) وهو البيع (وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض) أي وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقر له يدعي القبض (والمقر ينكره فيكون القول له) أي للمنكر قال صاحب العناية وفي عبارة المصنف نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك وقال ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه أقول النظر المزبور ساقط جدا فان قول المصنف فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه أصلا اذ قد تقرر في علم النحو أن الجزاء اذا كان مضارعا مثبتا أو منفيا بلا ففيه الوجهان دخول الفاء عليه وعدم دخوله قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره وقع قيدا للشرط المزبور فصار معنى الكلام فان وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وانما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور مقيدا بالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا به عاريا عن ذلك القيد فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما تحمله ذلك الشارح (وان كذبه) أي وان كذب الطالب المقر (في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه) وهو قوله له على ألف درهم (للوجوب مطلقا) رجوعا عن كلمة على (وآخره) أي آخر كلامه (يحتمل انتفاءه) أي انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض) فصار مغيرا المقتضى أول كلامه (والمغير يصح موصولا لا مفصولا) كالاستثناء

(قوله والموعود هو معنى قوله الخ) أقول بقول الشارح آنفا كما سيأتي (قوله وفي عبارته نظر الى

 قوله لوجود الفاء الخ) أقول في أوائل القسم الثالث من المفتاح وان توقف عليه ولا شبهة في أن الكلام فيه كلام من القبيل الثاني فيتوقف تعريفه على تعريف له سابق ويتسلسل أو يدور وقال السيد الشريف من شراحه دخول الفاء في قوله فيتوقف لوقوع الفصل وان كان الفاصل مما يتبين به لزوم الشرط للجزاء انتهى فعلم من هذا جواب نظر الشارح

(ولو قال ابتعت منه) وفي بعض النسخ ابتعت منه بيعا أي مبيعا وفي بعضها عينا (الا أني لم أقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض) ولم يقر بوجوب الثمن لجواز أن يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير الخ) ولو قال له علي ألف من ثمن خمر أو من ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل اذا لم يصدقه المقر له

لانه رجوع لانه أقر بوجوب ألف ثم زعم أنه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شئ لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فيحتمل أنه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله وأجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا

(ولو قال ابتعت منه بيعا الا أني لم أقبضه فالقول قوله) بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي ألف من ثمن خمر أو خنزير (لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه الوجوب (وقالا اذا وصل لا يلزمه شئ) لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب وصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله فلنا ذلك تعليق وهذا ابطال

(ولو قال ابتعت منه بيعا) أي مبيعا وفي بعض النسخ عينا (الا أني لم أقبضه فالقول قوله) أي قول المقر (بالاجماع) ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها (لانه ليس من ضرورة البيع القبض) يعني أن المقر ههنا انما أقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشتري (بخلاف الاقرار بوجوب الثمن) فان من ضرورته القبض قال صاحب العناية هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى أقول وهذا النظر أيضا ساقط اذ الظاهر أن مراد المصنف ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين اذ هو المختلف فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر أن انكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا فلا بد في نفاذ الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض (قال) أي القدوري في مختصره (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) قال المصنف (ومعنى المسئلة) أي معنى المسئلة التي ذكرها القدوري (اذا قال لفلان علي ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره) يعني قوله من ثمن خمر أو خنزير (عند أبي حنيفة وصل أم فصل لانه) أي لان تفسيره (رجوع) عن اقراره (لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا) على المسلم (وأول كلامه) وهو قوله علي ألف (الوجوب) والرجوع عن الاقرار باطل (وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (اذا وصل لا يلزمه شئ لانه) أي المقر (بين بآخر كلامه أنه ما أراد به) أي بأول كلامه (الايجاب) لانه يحتمل أنه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا في الشروح أقول هذا لا يتمشى فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل في هذه الصورة أن يبني اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك وأما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى الكلام الان الكلام في المسلم كما لا يخفى والدليل الذي ذكره المصنف ههنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب (وصار) أي صار آخر كلامه فيما نحن فيه (كما اذا قال في آخره ان شاء الله) فانه يصدق هناك اذا وصل فكذا ههنا أجاب المصنف عن هذا القياس بقوله (فلنا ذلك تعليق وهذا ابطال) يعني أن قوله

(قال المصنف بخلاف الاقرار بوجوب الثمن الخ) أقول المراد هو الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين فان انكار القبض فيه ينافي الوجوب أصلا كما سبق فليتأمل أو المطلق ينصرف الى الكامل فيكون المراد الوجوب المتأكد (قال المصنف ومعنى المسئلة الى قوله وصل أم فصل) ان أقول يجوز التوكيل بشراء الخمر عند أبي حنيفة فيجوز أن يضيف الاقرار الى الموكل كما سبق من الشراح في فصل الاقرار للحمل نظير هذا لكن وضع المسئلة فيما اذا كان كل من المقر والمقر له مسلما (قال المصنف لانه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الايجاب) أقول يعني الايجاب الشرعي (قوله فيحتمل أنه بنى اقراره على هذه العادة) أقول يعني وحسب أنه يجب الثمن به (قوله وهذا ابطال والابطال رجوع الخ) أقول مخالف ظاهر ما سبق في الاستثناء بان شاء الله من قوله فان كان الاول فقد بطل الا أن يقال كان ذلك قول أبي يوسف

(ولو قال له على ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق) وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة أو رصاص

ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا أقول فيه كلام من وجهين أحدهما ان المصنف قال في مسئلة الاستثناء بمشيئة الله ان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق وقد بينا هناك أن المذكور في بعض الكتب المعتبرة أن الاول مذهب أبي يوسف والثاني مذهب محمد وفي بعضها ان الامر بالعكس فأيا ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك أيضا ابطالا وثانيهما أن المصنف قال هناك فان كان الاول يعني الابطال فقد بطل وان كان الثاني يعني التعليق فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فحصل منه أن الاستثناء بمشيئة الله وان كان تعليقا في أصله الا أنه ليس بتعليق في باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال فكيف يتم قوله ههنا ذلك تعليق وهذا ابطال ويمكن أن يجاب عن الاول بأن الجواب المذكور ههنا من قبل أبي حنيفة يصير الزاميا بالنسبة الى من قال منهما يكون ذلك ابطالا ولا يجب أن يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثاني بان الاستثناء بمشيئة الله وان لم يكن في باب الاقرار تعليقا حقيقة الا أنه في صورة التعليق وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال في آخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى وانما هي ابطال محض وأما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقتا تأمل واعلم أن القدوري لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فأخذ المصنف منه ثم اعلم أن الخلاف المذكور فيما اذا كذبه الطالب وأما اذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شئ في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم صرح به شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح (ولو قال له على ألف) أي ألف درهم (من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف) جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال (أو نبهرجة) وهي دون الزيوف فانها مما يرده التجار أيضا (وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد (ان قال موصولا) أي ان ذكر قوله هي زيوف أو نبهرجة موصولا بكلامه السابق (يصدق وان قال مفصولا) أي ان ذكر ذلك مفصولا عنه (لا يصدق) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير أقول تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن نوع قصور فان قول أبي حنيفة في هذه المسئلة أن يلزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف أو نبهرجة أم فصل كما صرح جوابه ويقتضيه بيان الخلاف الا أن كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف أو نبهرجة تدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول أبي حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه فالظاهر أن يذكر الواو بدل ثم كما وقع في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الاقرار بالزيوف واذا أقر الرجل بألف درهم دين من قرض أو ثمن مبيع وادعى أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في قول أبي حنيفة وصل أم فصل وقال أبو يوسف ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وعلى هذا نص محمد في الاصل قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا قال هي) أي الالف (ستوقة) وهي أردأ من النبهرجة (أو رصاص) أي أو قال هي رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن هذا على احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى عنه لا يصدق ههنا وان وصل كما قاله أبو حنيفة كذا في شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان والامام

ولو قال له على ألف من ثمن أو متاع أقرضني ألفا وبين أنها زيوف أو نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند أبي حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة أو رصاص لكن على أحد قولي أبي يوسف فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل

(قوله فان في رواية عنه لا يصدق الخ) أقول يعني لا يصدق في الستوقة والرصاص وأيضا اذا أقر بالفلوس لا يصدق في الفلوس الكاسدة

وعلى هذا اذا قال له على ألف درهم الا أنها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له على ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا أطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فأمكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرها آخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ولابى حنيفة أن هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد لكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشترى سليما كان القول للمشترى لما بينا ان مطلق العقد يقتضى السلامة

وعلى هذا اذا قال الا أنها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان على ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا أن مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ولابى حنيفة ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشترى بعتنيه سليما فالقول للمشترى لما بينا

التمرتاشى (وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (اذا قال الا أنها زيوف) بكلمة الاستثناء (وعلى هذا الخلاف (اذا قال لفلان على ألف درهم زيوف) بالجر وتجرى الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا فى معراج الدراية أقول فلابد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل (من ثمن متاع) هذا تتمة كلام المقر (لهما) أى لابى يوسف ومحمد فى هذه الصورة الخلافية (أنه) أى ما قاله المقر آخرا (بيان مغير) لما قاله أولا (فيصح موصولا) أى بشرط الوصل (كالشرط والاستثناء) فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير (وهذا) أى كون آخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا (لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء فى الصرف أو السلم ولا يصير استبدالا (والستوقة بمجازه) أى ويحتمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه (الا أن مطلقه) أى مطلق اسم الدراهم (ينصرف الى الجياد) لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة (فكان) أى فكان ذكر الزيوف أو الستوقة فى آخر الكلام (بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول الكلام (من هذا الوجه) أى من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة العادة فصح موصولا (وصار) أى صار حكم هذا (كما اذا قال الا أنها وزن خمسة) أوستة ونقد بلد هم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا أقول لو تعرض المصنف فى أثناء التعليل لذكر النبهرجة أيضا لكان أوجه لانها مذكورة أيضا فى أصل المسئلة فان قلت النبهرجة كالزيوف فى كونها من جنس الاثمان كما صرح به فى مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز أن يكتفى فى التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك أيضا فكان الاولى الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال ما فوقه بالاولوية ثم أقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر فى معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيها درهم ستوق وتستوق أى زيف نبهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة فى المفسر مجازا فى المفسر فتأمل (ولابى حنيفة ان هذا) أى ما قاله المقر آخرا (رجوع) عما أقر به أولا ودعوى أمر عارض فلا يقبل وان وصل ودلك (لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب) لان موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب (والزيافة عيب) فى الدراهم (ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) أى عن بعض موجب العقد فاذا ادعى أنها زيوف فقد أراد ابطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل (وصار) حكم هذا (كما اذا قال) البائع (بعتكه معيبا وقال المشترى بعتنيه سليما فالقول) هناك (للمشترى لما بينا) أن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب فكذا ههنا فحاصل اختلافهم راجع الى أن الدراهم الزيوف هل هى داخلة فى مطلق اسم الدراهم أم لا فابو حنيفة رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا عما أقر أولا بمطلق الدراهم وهما أدخلاها

(قال المصنف وعلى هذا الى قوله فيصح الخ) أقول قال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صححا استثناء الزيافة منها قلنا صححا ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيافة عين ليست بوصف فان قوله على ألف من ثمن متاع الا أنها زيوف بمنزلة قوله الا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا الاستثناء موصولا بالاجماع وهذا فى معناه فينبغى أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا أنها رديئة اليه أشار فى الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى وفيه بحث اذ حينئذ ينبغى أن يقبل اذا فصل فتأمل

تحت

(والستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن) فلم يكن من محتملات العقد (فكان) دعواها (رجوعا) قال (وقوله الا أنها وزن خمسة) جواب عما استشهد به ووجهه أنه ليس مما نحن فيه لانه يصح أن يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة نوع لاعيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها

والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا أنها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة نوع لاعيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها

تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء كذا في الاسرار وغيره (والستوقة ليست من الاثمان) أي ليست من جنس الاثمان (والبيع يرد على الثمن) فلم تكن الستوقة من محتملات العقد (فكان) أي فكان قوله الآخر (رجوعا) عما أقر به أولا أي فكان دعوى الستوقة بتا وبطل الادعاء رجوعا عن ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا (وقوله الا أنها وزن خمسة يصح استثناء) هذا جواب عما استشهد به تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لانه يصح أن يكون استثناء (لانه مقدار) واستثناء بعض المقدار صحيح لان أول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب (بخلاف الجودة) أي بخلاف ما اذا قال الا أنها زيوف فان في قوله الا أنها زيوف استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها (لان استثناء الوصف لا يجوز) لعدم تناول صدر الكلام اياه قصدا بل تبعا (كاستثناء البناء في الدار) على ما مر بيانه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صح أبو يوسف ومحمد استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححا ذلك من حيث المعنى والزيافة من حيث المعنى عين لا وصف فان قوله لفلان على ألف من ثمن متاع الا أنها زيوف صار بمنزلة قوله الا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا في معناه فينبغي أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا أنها رديئة الى هذا أشار في الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية وههنا بحث اذ حينئذ ينبغي أن يقبل اذا فصل فتأمل أقول بحثه ليس بشئ لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا أنه بيان تغيير بناء على أن مطلق العقد يقتضي السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغيير المقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير لا يصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاضل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا أنها رديئة فان قوله الا أنها رديئة يقبل وان فصل كما صرحوا به الا أن مرادهما أن ذلك بمنزلة قوله في الحنطة الا أنها رديئة في مجرد كونه نوعا لا وصفا لا في الاتحاد في جهة البيان كيف وقد صرحوا بان هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير قال المصنف رحمه الله (بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة نوع) أي متنوعة (لاعيب) لان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة فكانت الرديئة نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشارا اليها فوجدها رديئة لم يكن له خيار الرد بالعيب (فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها) أي عن الرداءة اذ ليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا ومفصولا كذا في المبسوط وغيره وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة نوع لاعيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم أجيب بأن الرداءة في الحنطة متنوعة لاعيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه أصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة وان كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولا كان أو مفصولا

(قال المصنف بخلاف الجودة) أقول أي بخلاف ما اذا قال الا أنها زيوف فان فيه استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف كذا في شرح الكاكي وحينئذ كان المناسب في فصل الحنطة لان الجودة بدل قوله لان الرداءة لكن المصنف تفنن فذكر فيه المستثنى الصوري ثم اعلم أن في دعوى رداءة الحنطة يصدق موصولا ومفصولا لانه بيان تفسير للمجمل وتمام التفصيل يطلب في غاية البيان (قوله أجيب بان الرداءة الخ) أقول هذا ليس على اطلاقه كما سيجيء في الصحيفة الثانية (قوله لم يكن مقتضى مطلق العقد) أقول أي لم يكن ما يخالفه أعني الجودة (قوله فليس في بيانه تغيير) أقول بل فيه تغيير مجمل

وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب

قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد أجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم أجيب بأن الرداءة في الحنطة منوعة لا عيب وفي الدراهم عيب انتهى أقول فيه نظر لان مفاد الجواب الثاني أن الرداءة في الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لا أنها في الدراهم وصف وفي الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به أصل السؤال لان حاصله نقض القول بان استثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة في الحنطة على أنه لا يندفع به السؤال الثاني أيضا لان حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم ثم أقول الباعث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو أنه حسب أن قول المصنف رحمه الله بخلاف ما اذا قال على كر حنطة الخ متعلق بما ذكر في قبيله وهو قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فوقع فيما وقع ولكن لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قوله المذكور متعلق بما ذكره في أوائل دليل أبي حنيفة رحمه الله وهو قوله لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب يرشد اليه قطعا قوله ههنا فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لا عيب ثم أقول وأما السؤال الذي ذكره الشارح المذكور بقوله فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا أنها رديئة فجوابه أن يقال ليس هنالك استثناء حقيقة وانما قوله الا أنها رديئة بيان وتفسير للحنطة في قوله على كر حنطة في صورة الاستثناء يرشد اليه أن صاحب الكافي قال في تقرير هذه المسئلة بخلاف ما لو قال له على كر بر من ثمن مبيع أو قرض ثم قال هو ردي فالقول قوله في ذلك وصل أم فصل لان الرداءة ليست بعيب في البر انتهى حيث بدل قوله الا أنها رديئة بقوله هو ردي تنبيها على أنه ليس مطمح النظر في هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل ان الرداءة في مثل البر ليست بعيب فظهر أن جعل قول المصنف لان الرداءة نوع لا عيب جوابا عن السؤال المزبور من ضيق العطن فان قلت للسؤال المزبور جواب آخر أظهر مما ذكرته وهو أن قوله الا أنها رديئة ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الرديئة فالمراد استثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب قلت لانه ينتقض على أصل أبي حنيفة بما اذا قال الا أنها زيوف فانه لا يقبل عنده مع جريان أن يقال انه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف ونحن الآن بصدد تتميم قول أبي حنيفة فلا مجال للتشبث بذلك الجواب ههنا فتدبر (وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول) المراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (انه يصدق في الزيوف اذا وصل) يعني في القرض كذا وقع في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بأن قال وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال لفلان على ألف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض أما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات (لان القرض يوجب مثل المقبوض) يعني أن المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض (وقد يكون) المقبوض في القرض (زيفا كما في الغصب) فالواجب حينئذ الزيف لان القرض يقضي بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن يصدق في الزيوف في القرض وصل أم فصل كما في الغصب على ما سيأتي

وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب

وجه الظاهر أن التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة) قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال (يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها) ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف (وقيل لا يصدق) عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال اودعني ألفا ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك (٣٢٧) فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل)

ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل

مع انه لا يصدق في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به (ووجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن التعامل بالجياد) يعني أن المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف الى المتعارف (فانصرف مطلقه) اي مطلق القرض (اليها) أي الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لانها رجوع عما أقر به (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض) أي لو أرسل ولم يبين الجهة وادعى انها زيوف (قيل يصدق بالاجماع) يعني اذا وصل (لان اسم الدراهم يتناولها) أي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد (وقيل لا يصدق) قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير أي لا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل وأما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل فحاصل المعنى وقيل هو على الاختلاف السابق أيضا كما صرحوا به (لان مطلق الاقرار) بالدين (ينصرف الى العقود) أي الى الالزام بسبب العقود (لتعينها مشروعة) أي لكونها هي المشروعة (لا الى الاستهلاك المحرم) أي لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني) أي أودعني ألفا (ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له) أي لواحد من الغصب والايداع (ولا تعامل) بخلاف البيع فان عقد البيع يقتضيها في الجياد أي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الالف أو ايداعها تغييرا لاول كلامه (فيكون بيان النوع فيصح وان فصل) قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد تقدم

في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر (فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا) وفيه نظر لانه قد تقدم في قول أبي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن أن يجاب عنه أنا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز أن يكون منوعا وعيبا والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانت نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع هذا والله أعلم بالصواب

(قال المصنف وقيل الى قوله ينصرف الى العقود الخ) أقول أي عند أبي حنيفة وصل أم فصل وعندهما يصدق اذا وصل لانه بيان تغيير ثم أقول يشبه أن يكون القول الاول لمحمد والثاني لابي يوسف كما مر في مسئلة ابهام الاقرار للحمل في الورق السابق (قوله في الجهة الموجبة لها) أقول أي للموصوف وأنث الضمير بتأويل كون ذلك الموصوف دراهم وما يشبهها (قوله والا كانت نوعا) أقول أي منوعا (قوله لما اقتضتها تقيدت بها) أقول يعني لما اقتضت السلامة تقيدت بالسلامة (قوله فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها) أقول فيه شيء الا أن يراد بالضمير الراجع اليها السلبية على طريق الاستخدام

ولهذا لو جاء رادا المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق

في قول أبي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا أو بيانا مغيرا ان لم يتناول أول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على السواء بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد اما من جهة تحقق المقتضي كما في البيع أو التعامل كما في القرض واذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضي الجياد ولا التعامل بها في الغصب والايداع تعين تناول أول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما أقر به أصلا ولا بيانا مغيرا في شيء بل كان بيان النوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بانا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز أن يكون منوعا وعيبا والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينها لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما لاحتمال الجنس الانواع هذا انتهى كلامه أقول هذا كلام خال عن التحصيل أما أولا فلان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة أصلا اذ هي أمر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في أصل خلقتها وانما التي قد يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الحنطة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك ههنا وأما ثانيا فلان ما ذكره في الضابط من أن الجهة الموجبة للدراهم ان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى لان كون الزيافة في الدراهم عيبا أمر مقرر غير تابع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة وانما تأثير اقتضائها السلامة عند أبي حنيفة في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكورة في تلك الجهة لا في جعلها معيوبة وكذلك في كون الزيافة نوعا أي منوعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة بل الزيافة كالجودة منوعة على كل حال فان الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا وأما ثالثا فلانه ان أراد بقوله واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم انهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونها نوعا لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيوبا بالنسبة الى البعض الآخر ليس بعزيز وانما لا تكون عيبا لو كانت في أصل خلقة الدراهم وليست كذلك وان أراد بذلك أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم وان كانت الزيافة عيبا أيضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلا كما لا يخفى على الفطن قال المصنف (ولهذا) أي ولاجل أن لا مقتضى له في الجياد ولا تعامل (لو جاء رادا المغصوب) وهو الغاصب (والوديعة) أي ورادا الوديعة وهو المودع (بالمعيب) متعلق بجاء أي لو جاء رادهما بالمعيب (كان القول له) أي للرادفان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضمينا كان أو أمينا (وعن أبي يوسف انه لا يصدق فيه) أي في الغصب لا في الوديعة كما صرح به (مفصولا) أي اذا ادعى الزيافة مفصولا (اعتبارا بالقرض) أي قياسا عليه (اذ القبض فيهما) أي في الغصب والقرض (هو الموجب للضمان) يعني أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه يفهم مما تقرر تدبر (ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق) هذه

(قوله ولهذا) أي ولاجل أن لا مقتضى له في الجياد لو جاء رادا المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو أقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة أو رصاص موصولا صدق

لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلابد من الوصل (وان قال في هذا كله ألفا ثم قال الا أنه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) لان الغصب لا يختص بالسليم (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن وان قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن)

المسئلة مما ذكروه في شروح الجامع الصغير تفريعا على المسئلة المارة قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة أو رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين انه أراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا انتهى وعلل المصنف هذه المسئلة بما علل به الامام الاسبيجابي فقال (لان الستوقة ليست من جنس الدراهم) أي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم (لكن الاسم) أي اسم الدراهم (يتناولها) أي يتناول الستوقة (مجازا) للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة (فكان بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول كلامه لان أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وبآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة (فلابد من الوصل) لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بخلاف ما سبق لان الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لاول كلامه فصح موصولا ومفصولا (وان قال في هذا كله) أي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والايداع (ألفا ثم قال الا أنه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها (لان هذا استثناء المقدار) أي استثناء لبعض ما أقر به من المقدار (والاستثناء يصح موصولا) لا مفصولا فصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيافة لانه وصف) أي لان الزيافة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو) أي الاستثناء (تصرف لفظي كما بينا) فيما مر فيصح في متناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) أي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك (فهو واصل) أي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه (لعدم امكان الاحتراز عنه) لان الانسان قد يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما يفصل بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن أبي يوسف أنه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكي في معراج الدراية وبه قال الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لان الغصب لا يختص بالسليم فان الانسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) أي المقر له (لا بل أخذتها غصبا فهو) أي المقر (ضامن) يعني كان القول في هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن الا أن ينكل المقر له عن اليمين (وان قال أعطيتنيها وديعة فقال) أي المقر له (لا بل غصبتنيها لم يضمن) أي لم يضمن المقر في هذه

هذا كله) يعني المذكور من البيع والقرض والغصب (ألفا الا أنه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار) وقد تقدم بيانه (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل) لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه قال (ومن أقر بغصب ثوب) هذه تقدم وجهها أن الغصب لا يختص بالسليم (قوله ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم) المقر اما أن يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله أخذت وشبهه أو على فعل غيره كأعطيت فان كان الاول وأتى بما لا يوجب الضمان نحو أن يقول أخذت وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على أن الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو أن يقول أعطيتني وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن

(٤٢ — تكملة سادس) (قال المصنف بخلاف الزيافة لانه وصف الخ) أقول في بعض ما ذكروه البيع والقرض وانما قلنا ذلك لما سبق آنفا من أنه في الغصب والوديعة بيان النوع فينبغي أن يصح الاستثناء فتأمل

والفرق أن في الفصل الاول أقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني أضاف الفعل الى غيره وذا يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة

المسئلة بل كان القول قوله مع يمينه وهاتان المسئلتان من مسائل الجامع الصغير قال المصنف (والفرق) بينهما (ان في الفصل الاول) وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة (أقر بسبب الضمان وهو الاخذ) لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الاصل (ثم ادعى) أي ثم ادعى المقر بقوله وديعة (ما يبرئه) عن الضمان (وهو الاذن) بالاخذ (والآخر) وهو المقر له (ينكره) أي ينكر الاذن (فيكون القول له مع اليمين) هذا ما قالوا أقول فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الاخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع بل الاخذ اذا كان باذن المالك كاخذ الوديعة باذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان كما استدلوا به في كتاب الوديعة على أن الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمن فيكون ما أخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا عن قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد وان أرادوا أن الاخذ بغير اذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم أن في الفصل الاول أقر بالاخذ بغير الاذن بل أقر بالاخذ المقيد بكونه وديعة وهو الاخذ بالاذن فتأمل في الجواب قال في الكفاية فان قيل ينبغي أن يصدق المقر ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان علي ألف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجبه الغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام وأما قوله لفلان علي ألف يحتمل الوديعة يعني على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا انتهى أقول في الجواب بحث اذ لا نسلم أن صدر الكلام هنا موجبه الغصب كيف وسيجيء في كتاب الغصب أن الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ولا ريب أن صدر الكلام ههنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معنيي الغصب ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص باحدى الدلالات الثلاث فأني يكون موجبه الغصب وكأن صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكره ما في الكفاية من السؤال والجواب كذا قيل وفيه نوع تأمل (وفي الثاني) أي وفي الفصل الثاني وهو قوله أعطيتنيها وديعة (أضاف الفعل الى غيره) وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان (وذا) أي ذا الغير (يدعي عليه) أي على المقر (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين) قال المصنف (والقبض في هذا) أي في الحكم المذكور (كالاخذ) يعني لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامنا كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة (والدفع كالاعطاء) يعني لو قال المقر دفعت الى ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها لم يضمن كما لو قال أعطيتنيها (فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه) أي الى المقر (لا يكون الا بقبضه) فكان الاقرار بالاعطاء والدفع اقرارا بالقبض واذا أقر بالقبض يضمن فينبغي أن يضمن اذا أقر بالاعطاء والدفع أيضا (فنقول) في الجواب لا نسلم أن الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه بل (قد يكون) كل واحد من الاعطاء والدفع (بالتخلية والوضع بين يديه) بدون قبضه فلم يقتض الاقرار بهما الاقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) أي ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك (فالمقتضى ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة

والفرق انه في الاول أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وأنكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمنا لكنه ضروري

فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان أقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا (وان قال هذه الالف كانت وديعة لى عند فلان فاخذتها فقال فلان هى لى فانه يأخذها) لانه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (ولو قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها أو قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لى فالقول قوله) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان

يثبت بادنى ما يندفع به الضرورة (فلا يظهر فى انعقاده سبب الضمان) لعدم الحاجة اليه قال المصنف (وهذا) أى وهذا الذى قلنا من ضمان المقر بالاخذ وديعة اذا قال المقر له أخذتها غصبا (بخلاف ما) أى ملابس بخلاف ما (اذا قال) أى المقر (أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان أقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك) أى فيما اذا قال المقر له أخذتها قرضا (على أن الاخذ كان بالاذن) لان الاخذ بالقرض لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة (الا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر) ذلك فكان القول للمنكر (فافترقا) أى فافترق ما اذا قال المقر له أخذتها غصبا وما اذا قال أخذتها قرضا أقول ههنا نظر لان الذى يدعيه المقر انما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به فى المسئلة الاولى وليس ذلك هو الاذن المطلق فان كثيرا مما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما أسباب موجبة للضمان فلا يتصور أن تكون مبرئة عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة ولا شك أن المقر له لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن المخصوص والالما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض وأما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدى نفعا فى الفرق لان ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة وانكار المقر له اياه بقوله لا باقيان بعينهما فيما اذا قال المقر له بل أخذتها قرضا غاية الامر أن المقر له أيضا يدعى سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره واذا تعارض دعواهما وانكارهما بقى اقرار المقر أولا بسبب الضمان وهو الاخذ سالما عن الدافع كما فيما اذا قال المقر له بل أخذتها غصبا فلم يفترقا فافترقا فوجب اختلاف الحكم تأمل جدا (وان قال هذه الالف كانت لى وديعة عند فلان فاخذتها) منه (فقال فلان هى لى فانه) أى فان فلانا (يأخذها) هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف فى تعليلها (لانه) أى لان المقر (أقر باليد له) أى لفلان وفى الكافى وأقر بالاخذ منه والسبيل فى الاخذ الرد على المأخوذ منه (وادعى استحقاقها عليه) أى ادعى استحقاقه الالف على فلان بقوله كانت لى وديعة عند فلان (وهو ينكر والقول للمنكر) مع يمينه (ولو قال آجرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها) على (أو قال آجرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده) على (وقال فلان كذبت) بل الدابة والثوب لى (فالقول له) أى للمقر (وهذا) أى كون القول قول المقر (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) وقول أبى حنيفة ههنا استحسان وقولهما قياس كذا قالوا فى شروح الجامع الصغير واليه أشار المصنف بقوله (وهو القياس) أى قول أبى يوسف ومحمد هو القياس فيفهم منه أن قول أبى حنيفة هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد وجه القياس وجه الاستحسان ثم ان هذا كله اذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفا للمقر أما اذا كان معروفا له كان القول للمقر فى قولهم جميعا الان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سببا للاستحقاق عليه كذا فى المبسوط والايضاح وذكر فى الشروح (وعلى هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور آنفا (الاعارة والاسكان) بأن قال أعرت دابتى هذه فلانا فركبها ثم ردها على

فلا يظهر فى انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر (قوله القول قول الذى أخذ منه الدابة والثوب) يعنى اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر أما اذا كان معروفا كان القول للمقر فى قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه

(ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقراره باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر أن في الاجارة والاعارة والاسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه

أو أعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ثم رده علي وبان قال أسكنت داري هذه فلانا ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي (ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) احترز به عن قول بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة ولكن ذلك ليس بثابت في الاصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضا قال المصنف (وجه القياس ما بيناه في الوديعة) أراد به قوله لانه أقر باليده وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله (فيكون القول قوله في كيفيته) أي في كيفية ثبوت اليد بأي طريق كان كما لو قال ملكت عبدي لك بألف درهم الا اني لم أقبض الثمن ولي حق الحبس كان القول قوله وان زعم الآخر خلافه وقوله (وقد يكون من غير صنعه) كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح وألقت ثوبا في دار انسان

(قال المصنف والايداع اثبات اليد) أقول قال الاتقاني يعني ثبوت الملك انتهى والاظهر أن يقال يعني في حق الحكم باليد للمقر له

قصدا

حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى طرف الوديعة وعدمه فى الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاه لانه ذكر الاخذ فى وضع الطرف الآخر فى كتاب الاقرار أيضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله

قصدا انما يقتضى صنع المودع فلا منافاة قلت فحينئذ يلزم ان لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر الثانى صاحب الكافى أيضا اذ لا صنع لاحد فى ثبوت يد الملتقط فى اللقطة وفى ثبوت يد صاحب الدار فى الثوب الذى ألقته الريح فى داره وأما ثانيا فلان تمثيل جمهور الشراح الوديعة ههنا بالمثالين المزبورين ينافى ما صرحوا به فى أول كتاب الوديعة من أن الوديعة هى التسليط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد وقصد كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان فألقته فى بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر (حتى لو قال) أى المقر (أودعتها كان) جواب هذه المسئلة أيضا (على هذا الخلاف) المذكور فى مسائل الاجارة والاعارة والاسكان أقول بقى ههنا شئ وهو أن الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لى وأما على ما ذكرت فى الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت لى وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر أن لفظة لى تفيد ثبوت اليد من جهته فيؤل معنى قوله المذكور الى معنى قوله أودعتها عند فلان (وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى طرف الوديعة وعدمه) أى عدم ذكر الاخذ (فى الطرف الآخر وهو الاجارة وأختاه) أى الاعارة والاسكان قال فى غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تأويل العقد قلت وانما قال وأختاه ولم يقل وأخواه مع أن أحدهما وهو الاسكان كان مذكرا وفى مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس اما على تأويلهما بالصورتين أو بالمسئلتين ومراد المصنف ههنا الرد على الامام القمى فيما ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد فى مسئلة الوديعة لانه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال فى الاجارة وأختيها فردها على فكان الافتراق فى الحكم للافتراق فى الوضع وقالوا فى شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشئ لان محمدا ذكر فى كتاب الاقرار لفظ الاخذ فى الاجارة وأختيها أيضا واليه أشار بقوله (لانه ذكر الاخذ فى وضع الطرف الآخر فى كتاب الاقرار أيضا) بقى وجه آخر للفرق ذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية وهو أن فى الاجارة والاعارة لو أخذنا المؤجر والمعير باقرارهما امتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذان باقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الاجارة والاعارة وأما فى الوديعة فنفعة الايداع تعود الى المالك فلو أخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى أقول يرد عليه أن يقال تعود المنفعة فى الاجارة أيضا الى المالك وهو المؤجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الاجرة الى المؤجر قطعا كما يعود فى الايداع منفعة الحفظ الى المودع فلم يتم الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا أن يقال منفعة الاجرة وان عادت فى الاجارة الى المؤجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود الى المستأجر ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بها مدة الاجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا فى الجملة (وهذا) أى الذى ذكر فى الاجارة وأختيها (بخلاف ما اذا قال اقتضيت) أى قبضت (من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله)

وقوله (وليس مدار الفرق) اشارة الى الرد على الامام القمى فيما ذكره أن الرد انما وجب فى مسئلة الوديعة لانه قال فيما أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال فى الاجارة وأختيها أى العارية والسكنى فردها على فكان الافتراق فى الحكم للافتراق فى الوضع وقالوا فى شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشئ لان محمدا ذكر فى كتاب الاقرار لفظ الاخذ فى الاجارة وأختيها أيضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر فى الكتاب (وهذا) أى الذى ذكره فى الاجارة وأختيها (بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له

(قال المصنف كان على هذا الخلاف) أقول على هذا الوجه بخلاف الاول كما لا يخفى (قوله على الامام القمى) أقول القمى بضم القاف هو على بن موسى القمى تلميذ محمد بن شجاع البلخى وهو تلميذ حسن بن زياد وهو تلميذ أبى حنيفة وقم بلد معروف بالعراق

لان الديون تقضى بأمثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلته أو فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما أقر له باليد وانما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملكه في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقر بقبضه منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

أي قول المقر له (لان الديون تقضى بأمثالها) لا باعيانها (وذلك) اي قضاء الديون بأمثالها (انما يكون بقبض مضمون) أي بقبض مال مضمون يصير دينا على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المديون (فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا) يعني في صورة الاجارة وأختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا) قال صاحب العناية في تقرير هذا المقام لان الديون تقضى بأمثالها وذلك معلوم فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا يعني في صورة الاجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبر ان شاء الله تعالى أقول لا يظهر لذي فطرة سليمة بتطبيق ما ذكر بما في المتن وتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتأخير في كلام المصنف بل يظهر له نوع اختلال في كلام الشارح أما الاول فلان قوله فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذاك تقديم هذا كيف ولو قدم هذا ووضع موضع ذاك فقيل لان الديون تقضى بأمثالها فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فاذا أقر مثل ما تم في تقديم ذاك يشهد بذلك كله الذوق الصحيح وأما الثاني فلانه علل قوله فاذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين بقوله لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى أن مفاد هذا التعليل أن الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لان الاقرار باقتضاء الدين اقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى (ولو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر) أي والحال أن ذلك كله في يد المقر (فادعاها) أي فادعى الارض والدار والكرم (فلان) لنفسه (وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك) على الزراعة أو البناء أو الغرس (ففعلت أو فعلته باجر فالقول للمقر) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها (لانه) أي لان المقر (ما أقر له) أي لفلان (باليد وانما أقر بمجرد فعل منه) أي من فلان (وقد يكون ذلك) أي الفعل من الغير (في يد المقر) يعني أن الاقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير والعين في يد صاحبها (وصار) أي صار حكم هذا (كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه) أي من الخياط (وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا) أي كذا حكم المسائل المذكورة قال في النهاية فصل من هذا كله أن جنس هذه المسائل

(قول المصنف وذلك انما يكون بقبض مضمون) أقول لعله من قبيل سيل مفعم ان كان التركيب توصيفيا ويجوز أن يكون اضافيا (قوله وعليك بتطبيق الى قوله بحسن التدبير) أقول فيه بحث

على

على ثلاثة أنواع ففي نوع منها كان القول قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض
والاقتضاء وفي نوع منها كان القول قول المقر بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة
زرع هذه الارض أو بناء هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض
منه وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند أبي حنيفة القول قول المقر كما في
النوع الثاني وعندهما القول قول المقر له كما في النوع الاول
وهو مسئلة الاجارة والاعارة والاسكان وخياطة
الثوب مع ذكر القبض انتهى

م

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله باب اقرار المريض ﴾

(فهرست الجزء السادس من شرح فتح القدير مع تكملته نتائج الافكار)

صحيفة

٢ كتاب الشهادات

١٦ فصل يتعلق بكيفية الاداء ومسوغه

٢٦ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

٥٢ باب الاختلاف في الشهادة

٧٠ فصل في الشهادة على الارث

٧٤ باب الشهادة على الشهادة

٨٣ فصل في حكم شاهد الزور

٨٥ كتاب الرجوع عن الشهادة

١٠٨ كتاب الوكالة

﴿ تم فهرست فتح القدير ﴾

(فهرست نتائج الافكار تكملة فتح القدير)

صحيفة

٢ كتاب الوكالة

٢٦ باب الوكالة بالبيع والشراء

٨٦ فصل في حكم وكالة الاثنين

٩٦ باب الوكالة بالخصومة والقبض

١٢٣ باب عزل الوكيل

١٣٧ كتاب الدعوى

١٥٢ باب اليمين

١٧٤ فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

١٨٣ باب التحالف

٢١١ فصل فيمن لا يكون خصما

٢١٧ باب ما يدعيه الرجلان

٢٤٧ فصل في التنازع بالايدي

٢٥٧ باب دعوى النسب

٢٧٨ كتاب الاقرار

٣٠٤ فصل ومن قال لفلانة على ألف درهم الخ

٣٠٩ باب الاستثناء وما في معناه

﴿ تمت ﴾

ماشاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء السابع)

من نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار

لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى

زاده أفندى قاضى عسكرى روملى

وهى تكملة فتح القدير للمحقق

الكمال بن الهمام رحمهم

الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تنبيه﴾ قد جعلنا الهداية والتكملة فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى چلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر)

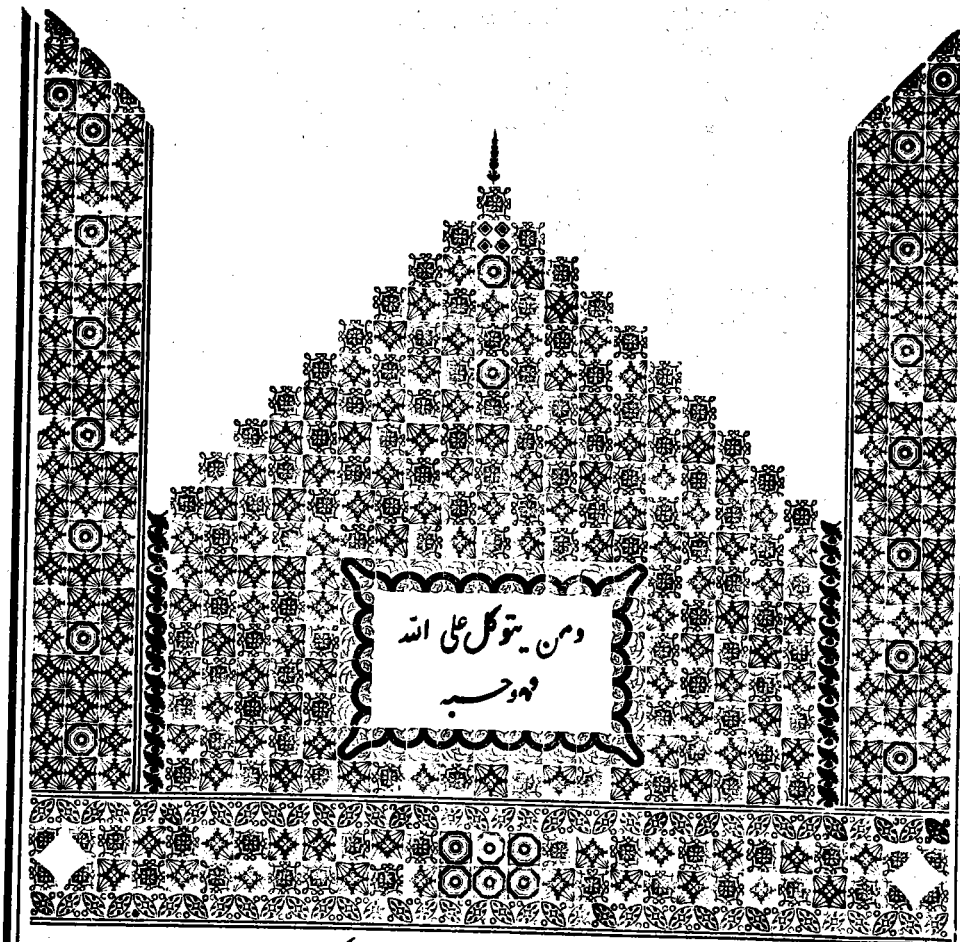
﴿الطبعة الاولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٧

هجرية

(بالقسم الادبى)



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ باب اقرار المريض ﴾

قال (واذا أقر الرجل فى مرض موته بدين وعليه دين فى صحته ودين لزمته فى مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) وقال الشافعى رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

﴿ باب اقرار المريض ﴾

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع فى بيان أحكام اقرار المريض لان المرض بعد الصحة وأفرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح (واذا أقر الرجل فى مرض موته بدين) أى بدين غير معلومة الاسباب (وعليه دين فى صحته ودين لزمته فى مرضه) أى فى مرض موته (بأسباب معلومة) متعلق بلزمته أى لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم) على ما أقر به فى مرضه الى هنا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف (وقال الشافعى دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض

﴿ باب اقرار المريض ﴾

أفرد اقرار المريض فى باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح وأخره لأن المرض بعد الصحة

قال (واذا أقر الرجل فى مرض موته الخ) اذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة أو أقر فى مرضه بدين غير معلومة الاسباب فدين الصحة والتى عرفت أسبابها مقدمة على الدين المقر بها (وقال الشافعى دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أولا (يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل) اذ الغرض فيه المضاف الى محله وهى الذمة القابلة للحقوق

﴿ باب اقرار المريض ﴾

قال المصنف (واذا أقر الرجل الى قوله مقدم) أقول التعبير عن المقر به تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على انه لا فرق بين الدين والدين فى الحكم قال المصنف (وقال الشافعى دين المرض ودين الصحة الى قوله ومناكحة)

أقول المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص فينبغى أن يضم اليه انه لم يفصل أحد بين الثابت بالاقرار فى دين الصحة والثابت بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت فى المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الأعلى ثم أقول القياس على المبايعة والمناكحة يدل على كون الاقرار سبب الملك عند الشافعى على ما ذهب اليه بعض أصحابنا الا دليله على ما هو المختار وأشار اليه المصنف فى تقرير دليل أئمتنا (قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أى هو الاقرار الصادر عن الاهل والاقرار المضاف الى المحل ولكن بقى ههنا شئ وهو ان ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشروح

لو صفى

فصار كانشاء التصرف مبايعة أو مناكحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار إخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة) أصلا اذا (٣) احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث

ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث

لوصفي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار إخبار عن الواجب في الذمة ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى في الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الاقرار فيه أوفر كذا في الشروح واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه الذي ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل اذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الاعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى دين الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لأعلى دين الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشئ الى رتبة الأدنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى دين المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة أعلى دين المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شئ وصول الأعلى الى رتبة ذلك الشئ بالاولوية لكنه لا يجدي شيأ ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على أن مساواة الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلا (ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة) أي صار اقراره في المرض كانشائه التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير) أي اذا تضمن ابطال حق الغير كما لو رهن أو آجر شيأ ثم أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به (وفي اقرار المريض ذلك) أي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) أي من حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث) قال صاحب

اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت

قال المصنف (لان حق غرماء الصحة الخ) أقول وبهذا يخرج الجواب عن قوله ومحل الوجوب الذمة فان الدين يتعلق بالمال عند الموت لخراب الذمة وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب الى أول المرض ويصير كأن الدين متعلق بالمال عند الاقرار اليه أشير في المبسوط قال المصنف (ولهذا منع من التبرع الخ) أقول التفريع بظاهره غير مستقيم كما لا يخفى على المتأمل ثم رأيت في الكفاية ما يتوهم كونه جوابا عن ذلك وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلأن يمنع فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى اه وأنت خبير بأن عدم استقامة التفريع باق بعد

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل

النهاية أي فيما اذا لم يكن عليه دين وأما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلا في الثلث وما دونه انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله و بالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ الظاهر من قوله ما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلا بمقتضى وقوع النكرة في سياق النفي فحينئذ يصير معنى كلام المصنف ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين أصلا ولا يخفى أن هذا معنى لغو يناقض آخره أوله لانه اذا لم يكن على المريض دين أصلا لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل أن يقال ماذكره المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله وأما اذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا أي بالثلث وبما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين أصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة (أقول) يرد عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين أصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي لان ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلا اذا أحاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعا ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكأن الامام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المصنف ههنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط لان منعه من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا أحاطت الديون بماله وأما فيما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام ههنا لافادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفا فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيأ فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح بعني لا يلزم ذلك (لانه من الحوائج الاصلية) فان بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الأدوية والاغذية (وهو) أي النكاح (بمهر المثل) هذه جملة حالية يعني أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا (أقول) كون

(قوله بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (قوله وهو بمهر المثل) يجوز أن يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس بمحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية أجيب بان النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها

قال المصنف (بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الاصلية) أقول سيجيء ان قضاء الدين أيضا من الحوائج الاصلية وابطال حق الغرماء مشترك فان البضع ليس بمال متقوم فما الفرق وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لامكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتأمل (قوله وهو بمهر المثل) أقول هذه جملة معترضة (قوله يجوز أن يكون حالا) أقول يعني من المستتر في الخبر (قوله يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل) أقول وفيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا

و بخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذا المعاين لامرد له وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره

النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضروريات له لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء جواري وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء لشهوة قلنا النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها ليبتنى الامر عليها اليه أشار في الاسرار وذكر في الشروح (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة) والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل ولما استشعر أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حالة الصحة أيضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالاجماع أجاب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أي بمال المديون (لقدرته على الاكتساب) أي لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة (فيتحقق التثمير) أي تثمير المال وهو تكثيره يقال ثمر الله ماله أي كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لانه) أي لان المرض (حالة الحجر) ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى) أي حالة الصحة (حالة اطلاق) للتصرف (وهذه) أي حالة المرض (حالة عجز) عن التصرف قال في غاية البيان لو قال حالة حجر لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالاطلاق (فافترقا) أي افترق الوجهان أو الحكمان فمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره ثم ان الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب عليه فقال (وانما تقدم المعروفة الاسباب) يعني انما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض (لانه لا تهمة في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الديون (اذا المعاين لامرد له) يعني أن ثبوتها بالمعاينة والامر المعاين لامرد له فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أي ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كثمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أي أو بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البدل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه

قال المصنف (لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز) أقول الانسب بقوله حالة اطلاق أن يقال حالة حجر سبقني اليه الاتقاني (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول الثابت بالاقرار والاضافة للعهد

(قوله وبخلاف المبايعة) يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير ليس بمعتبر كما مر أجاب بقوله (وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير) فلم يحتج الى تعليق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لانه حالة الحجر) فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان) فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال (وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذا المعاين لامرد له)

أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين

بمعاينة القاضي أو بالبينة (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه بحسب المعنى كأنه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فانه أيضا من الديون المعروفة الاسباب (أقول) الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط في هذا المثال أيضا والا كان مما يثبت بافرار المريض فلا يصح مثالا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب واذا كان ذلك شرطا في هذا أيضا لا يرى في تأخيره المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعني الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها فان تلك العلة أعني عدم التهمة في الثبوت كما تمشى في الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة بناء على ان المعاين لا مرد له كذلك تمشى في دين الصحة مطلقا أما فيما لزم في الصحة بأسباب معلومة فبناء على ان المعاين لا مرد له وأما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على أن لا يكون فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له (أقول) ليس هذا بتام لان تلك العلة أعني قوله اذ المعاين لا مرد له لا تمشى فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لانه لا تهمة في ثبوتها مع قربه في الذكر وشموله للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله ههنا لما بينا فيصار الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها والى قوله في بعيد بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها (أقول) ان أراد أن قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين في الموضعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان أراد انه اشارة الى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال يعني أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أي المريض (بعين في يده لآخر) سواء كانت العين أمانة أو مضمونة (لم يصح) اقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أي بما أقر به ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه (ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعي ذكر المصنف هذه المسئلة أيضا تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها (لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين) وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا نص عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف أن لا يسامحه بالابراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه

فتقدم على المقر به وتصير مثل دين الصحة (لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أنه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره قال (ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح) الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه يمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين (ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض) سواء كانوا غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين (لان في ذلك ابطال حق الباقين) فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي سالم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف أن لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره

(قوله ولا تهمة في ثبوته في غيره) أقول فيه بحث فان الظاهر من كلام المصنف ان قوله لا تهمة في ثبوتها يعم النكاح وغيره قال الاتقاني قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له اه وفيه بحث أيضا

وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه وقد علم بالبينة قال (فاذا قضيت) يعنى الديون المقدمة (وفضل شئ يصرف الى ما أقر به فى حالة المرض) لأن الاقرار فى ذاته صحيح وانما رد فى حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال (وان لم يكن عليه ديون فى صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير

النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض فى ذلك سواء) أى وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء فى الديون المعروفة الاسباب سواء فى عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشتراك الكل وتساويهم فى تعلق حقهم بمال المريض (الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض وقوله فى مرضه متعلق بالفعلين جميعا أعنى قضى واستقرض فالمعنى الا اذا قضى فى مرضه ما استقرض فى مرضه وكذا قوله (أو نقد ثمن ما اشترى فى مرضه) أى نقد فى مرضه ثمن ما اشترى فى مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينة) أى والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة أو بمعاينة القاضى فحينئذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ولو يسلم المقبوض لهما ولا يشاركهما فى ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل يعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفى المبسوط أرأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل قال فى النهاية وذكر فى الذخيرة ما يوضح من هذا فقال فان قضى المريض دين هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والاجر لان المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة فى معنى مال المريض لا فى أعيانه وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى أنه لو باع ماله ليوفى حقوقهم كان له ذلك فاما فى النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر أبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض فى حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (فاذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعنى الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة فى المرض بأسباب معلومة (وفضل شئ) هذا من كلام القدورى يعنى وفضل شئ من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف الى ما أقر به فى حالة المرض) قال المصنف فى تعليله (لان الاقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حق المقر لصدوره عن أهله فى محله اذ الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد فى حق غرماء الصحة) لكونه متهما فى حق الغير (فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أى صحة اقراره فى المرض لزوال المانع (قال) أى القدورى فى مختصره (وان لم يكن عليه) أى على المريض (ديون فى صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف فى تعليله (لانه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعنى أنه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر فى وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون فى صحته ولا ديون لازمة فى مرضه بأسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة فى المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون فى صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة فى مرضه بأسباب معلومة

(قوله الا اذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى فى مرضه ما استقرضه فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة أو بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر يعدله أرأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل (فاذا قضيت الديون المقدمة) بنوعيها (وفضل شئ صرف الى ما أقر به فى حالة المرض لان الاقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حقه حجة عليه (وانما رد حق الغرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته واذا لم يكن عليه ديون فى صحته جاز اقراره) وان كان بكل المال (لعدم تضمنه ابطال حق الغير

(قوله أو نقد ثمن الخ) أقول يعنى نقد فى مرضه

(وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته فى التكفين قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح الا أن يصدقه فيه بقية الورثة) وقال الشافعى فى أحد قوليه يصح

(وكان المقر له أولى من الورثة) هذا من كلام القدورى أيضا قال المصنف فى تعليله (لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم كذا فى التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه روى فى مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر وكذا روى فى الاصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافى كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء فى النقل الى أحدهما كما وقع فى الكتب التى ذكرها وبعضهم الى الآخر كما وقع فى الهداية والكافى وغيرهما سيما اذا اختلفت عبارة الفريقين فى النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضى الله تعالى عنهما انهما قالا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبى جاز انتهى فتدبر (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبى صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا فى الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (ولهذا تقدم حاجته) أى حاجة الميت (فى التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم بمنا كحته بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو مهر المثل ثم أقول يمكن أن يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم فى المرض بأسباب معلومة أو تحققا ولكن فضل شئ من التركة بعد قضائهما وأما اذا تحققا ولم يفضل شئ من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لأن علة كونه من الحوائج الاصلية أن يرفع به الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بهما سواهما لانهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة مالم يرفعا بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة فى كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الايراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا أقر بدين فى مرضه وعليه ديون الصحة لامكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية (أقول) يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به فى مرضه وبين ما التزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الاول لامكان التهمة وظهور ثبوت الثانى اذ المعاين لا مرد له لاعدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثانى منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرح به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين (الا أن يصدقه فيه) أى فى اقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعى فى قول وأحمد وهو قول شريح وابراهيم النخعى ويحيى الانصارى والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعى فى أحد قوليه يصح) وهو قول أبى ثور والعطاء والحسن البصرى وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل اذ لا يتهم أن يزيد فى نصيبه ويتهم أن يزيد

(وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر أجيب بأن ذلك فى الوصية وما فى معناها والاقرار للاجنبى ليس من ذلك كما سيأتى (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) واقرار المريض لوارثه باطل سواء أقر بعين أو بدين (الا أن يصدقه بقية الورثة وقال الشافعى فى أحد قوليه يصح)

(قوله كما سيأتى) أقول فى آخر الصحيفة

لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه) بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته (فصار كالاقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث) كما اذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود فلما حضرت الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وأنكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له (٩) خاصة لان تصرف المريض انما يرد

لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين

في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوليه ماذكره المصنف بقوله (لانه) أي لان هذا الاقرار (اظهار حق ثابت) أي اخبار عن حق لازم عليه (لترجح جانب الصدق فيه) أي في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الاقرار به (وصار) هذا الاقرار (كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر) نحو أن يقر لمجهول النسب بأنه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شئ من التركة اليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ماذكر في الجامع الكبير رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الاب أو مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والالف من تركته للابن المقر له خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أنا لو لم نعتبر اقراره يصير كأنه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسئلة فبقي الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا خلل فيه ولا تهمة في هذا الا يرى أنا اذا كذبناه مفات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجهلا انتهى وكأن تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره أم كذب لانه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له وانما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) رواه الدارقطني في سننه عن فرج بن دراج عن أبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وجهتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين الا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل الا أن يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا انتهى أقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله

للتهمة ولا تهمة ههنا ألا ترى انه ان كذبناه مفات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجهلا (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) وهو نص في الباب لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما وأراد به ما روى عنه اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل الا أن يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا الا أن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس

قال المصنف (لانه اظهار حق ثابت الخ) أقول فيه دلالة على ان الاقرار مظهر عنده أيضا لا سبب للوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور في أول الباب ولعل فيه قولين عن الشافعي كما عن أصحابنا أو يقدر المضاف هناك والمعنى لاستواء بيني ظهورهما (قوله ألا ترى أنه ان كذبناه مفات وجب الضمان) أقول وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه الدارقطني كذا قال الاتقاني (قوله لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما

ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا أن هذا التعلق لم يظهر فى

(ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين) وتذكر ما أوردنا بالاقرار بوارث آخر وما أجبنا به عنه (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لانها (سبب تعلق حق الاقرباء بالمال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا مخصص (الا ان هذا التعلق لم يظهر فى

قال المصنف (ولهذا يمنع من التبرع الخ) أقول منعا كليا لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فانه اذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضا تدبر قال المصنف (ففى تخصيص البعض به الخ) أقول الظاهر أن يقال وفى بالواو قال المصنف (ولان حالة المرض الخ) أقول عطف على قوله ولهذا الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمى (قوله يورث تهمة تخصيصه) أقول لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

عليه وسلم والاثر الذى روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومسئلتنا تم بطلان اقراره بالدين و بالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا أن يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلى الآتى كلية المدعى فتأمل (ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع) أى المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة له (أصلا) أى بالكلية (ففى تخصيص البعض به) أى ففى تخصيص بعض الورثة بماله (ابطال حق الباقين) أى ابطال حق باقى الورثة وهو جور عليهم فيرد وتذكر ههنا ما ورد عليه من الاشكال بالاقرار فى المرض بوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه خرافا و بالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعى ينضم الى العقلى فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبى لانه غير متهم فيه لانه علل ايصال النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء فى تحصيل المقصود به انشاء لا تتمكن التهمة فى اقراره كذا فى الكفاية ومعراج الدراية (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقرابة) تمنع عن ذلك لانها (سبب التعلق) أى سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا مخصص وعلى هذا التقرير الذى هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف ولان حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلا مستقلا على أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمى انتهى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان تقديم قوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين يأبى عن ذلك جدا لان قوله لانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه مقدمة لدليل أصل المسئلة وقوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة أخرى له مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلى المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لأن يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه لولا توسيط قوله ففى تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال فى الكافى ولانه آثر بعض ورثته بشئ من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو أوصى له بشئ من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء آماله عند اقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه أصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى وقال فى التبيين ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر (الا أن هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض فى حالة المرض (لم يظهر فى

حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه) فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (و)لهذا (لم يظهر في حق الاقرار

حق الأجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح اقراره قال (واذا أقر لأجنبي جاز وان أحاط بماله لما بينا والقياس أن لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا أنا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل

حق الاجنبي) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبي (لحاجته) أي لحاجة الانسان (الى المعاملة) مع الناس (في الصحة) أي في حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) في الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا ولما استشعر أن يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أي وكذا لم يظهر هذا التعلق (في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أي لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث أيضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا التعلق) أي تعلق حق الورثة بمال المريض في مرضه (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) أي اذا صدق بقية الورثة المقر لوارث (فقد أبطلوه) أي أبطلوا حقهم (فيصح اقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا أن تصدقه فيه بقية الورثة (واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله لما بينا) اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي العناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (والقياس أن لا يجوز الا في الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه) أي تصرف المريض (عليه) أي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب أن لا ينفذ الا في الثلث كذا قالوا (أقول) لقائل أن يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والا لزم أن لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد وقد تقرر فيما مر أن قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجر القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا أن يدعى أن كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان أيضا دون القياس (الا أنا نقول) في وجه الاستحسان (لما صح اقراره في الثلث) لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار في الثلث الثاني (ثم وثم حتى يأتي على الكل) كذا في الايضاح وعامة المعتبرات (أقول) فيه شئ وهو أن الاتيان على الكل غير متصور في الوجه المزبور أما على القول بالجزء الذي لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلاثة اجزاء فآخر ج

(قوله كما مر) أقول في آخر الصحيفة السابقة

بوارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الاقرار) قال (واذا أقر لاجنبي جاز الخ) واذا أقر المريض لاجنبي صح وان أحاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فتنفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم الى ان يأتي على الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم الى أن يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض فكلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا

قال (ومن أقر لاجنبي الخ) المقر له اما أن لا يكون وارثا للمريض أو يكون وارثا والوارث اما مستمر أو غير مستمر وغير المستمر اما أن يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره واما أن يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب أو لغيره وما لغيره فاما أن يكون سبب الارث مما

يستند الى وقت العلوق أولا واما أن يكون أعني غير المستمر وارثا في الحالين غير

وارث بعينه ما فذلك ثمانية أوجه ففيما لم يكن أصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء لحجب كما اذا أقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق بين أصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره أي لغير الحجب كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث

قال (ومن أقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه)

منها أحدها ولو بقي جزء آن امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزأين الباقيين لعدم امكان التجزؤ في شيء منهما وأما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك لان الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مرادهم الاتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة لانا نقول فحينئذ لا يتم التقريب لان المدعى جواز الاقرار لاجنبي وان أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لان المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم الى أن يأتي على الكل وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر لاجنبي) في مرضه بمال (ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه) أي ثبت نسب المقر له من المقر (وبطل اقراره) بالمال (فان أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها) بخلاف الهبة والوصية حيث يبطلانها أيضا وقال زفر يبطل الاقرار لها أيضا لانها وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبر في الباب ولنا ما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أي بين المسئلتين (ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه أقر لابنه فلا يصح) يعني ان النسب اذا ثبت ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين بذلك أن اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج) يعني أن الزوجية اذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فبقي اقراره لاجنبية) فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الاقرار انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه) أي من الزوج قال الامام الزيلعي في شرح الكنز هذا اذا طلقها بسؤالها واما ان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجامع والمحيط غير أنه لولا الاقرار ففي الوضع الاول ترثه اذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه ومع هذا اذا أقر لها بدين فلها

(قوله ومالغيره) أقول أي لغير الحجب (قوله واما أن يكون) أقول معطوف على قوله واما أن يكون وارثا حالة الموت وهذا القول معطوف على قوله اما أن يكون وارثا حالة الاقرار (قوله كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها) أقول لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر الخ في اية هذه الصورة يندرج فانها لم تندرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم في عبارة الكتاب والمذكور في الشرح لما كان المقر له وارثا حال الاقرار

الاقل

لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها و باب الاقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان حجب كما اذا أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا أقر لزوجته ثم أبانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند أبي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس بمستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة

لانهما متهمان فيه لقيام العدة و باب الاقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الامرين فيثبت

﴿ فصل ﴾ (ومن أقر بغلام يولد مثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه

الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه (أقول) قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فانه قال هناك وان طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما اذا طلقها بغير أمرها ثم اني تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شئ منها بكون الحكم واحدا في الموضعين المذكورين بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقيد المذكور الا أنه فسرها حيث جعلها مثالا لما اذا كان المقر لها وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم اقر لها و بينهما بون لا يخفى قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانهما) أي الزوجين (متهمان فيه) أي في هذا الاقرار (لقيام العدة) أشار بهذا الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضائها فاقراره لها جائز (و باب الاقرار مسدود للوارث فلعله) أي فلعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها) فوقعت التهمة في اقراره (ولا تهمة في أقل الامرين فيثبت) أي أقل الامرين قال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه و بين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة به لانه أقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض مهرها من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المريضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان مات وهي منكوحة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح

﴿ فصل في بيان الاقرار بالنسب ﴾ قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر (ومن أقر بغلام يولد مثله) أي مثل ذلك الغلام (لمثله) أي لمثل المقر يعني هما في السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر (وليس له) أي للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (انه ابنه) أي أقر أنه ابنه (وصدقه الغلام) أي فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة (ثبت نسبه منه)

الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار

﴿ فصل ﴾ ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال

(قوله كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره) أقول والاقرار للابن المحروم اذا أسلم أو عتق بعد الاقرار من هذا القبيل عنده على ما يجيء في كتاب الوصية ﴿ فصل ومن أقر بغلام ﴾

وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط أن يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذبا في الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية (و يشارك الورثة في الميراث) لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (و يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى)

جواب المسئلة أي ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (مريضا) الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وشرط أن يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذبا في الظاهر) فلا يصح اقراره (وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أي لان كون نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (وانما شرط تصديقه) أي تصديق الغلام (لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) واذا كان في يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين (أقول) ينتقض هذا التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط في لزوم ما أقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا ان الحق له فينبغي أن لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول) تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا أظهر الوجوه وهو الحق عندي اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له ففي الاقرار بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له ففيه بد من التزامه (بخلاف الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمتنع بالمرض) أي لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الحوائج الاصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (و يشارك الورثة في الميراث) هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره أي و يشارك الغلام المقر له بالبنوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب (قال) أي القدوري في مختصره (و يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد) أي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات (أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة ههنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى وهذا لم يقع كذلك في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أي و يجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط ههنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون تحت المقر أختها ولا أربع سواها نص عليه في الكافي والشروح (والمولى) أي و يجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم أن هذا الذي ذكره ههنا من صحة

(قوله لقلته) أقول هذا وجه التأخير وأما وجه ذكره في فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره قال المصنف (و يجوز اقرار الرجل الخ) أقول وفيه بحث فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على زوجها فينبغي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه و بين اقرارها بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك فليتأمل

شرائط أن يكون يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذبا في الظاهر وأن لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وأن يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال (و يجوز اقرار الرجل بالوالدين الخ) هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان اقراره بهؤلاء في حالة الصحة أو المرض

لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف والمذكور في المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا أنه أقر بما يلزمه الخ وقال في المبسوط واقرار المرأة يصح بثلاثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والاصل في ذلك ماذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا أن يصدقها الزوج

(لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الا أن يصدقها الزوج)

اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرها والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما نشأ مما صرح به في عامة الروايات بأن اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضا فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضا اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى (أقول) لانسلم أن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضا بناء على كونه أصل في النسب فكأنه أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقل أحد ان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكأنه دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والانوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوي في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (لان فيه) أي في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم (الا أن يصدقها الزوج)

(قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تأمل فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة وان قيد بعدم التزوج فاقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فما وجه قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق

لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لان قول القابلة فى هذا مقبول وقدمر فى الطلاق وقدذكرنا فى اقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى ولابد من تصديق هؤلاء

استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعنى اذا صدقها الزوج بقبل اقرارها بالولد (لان الحق له) أى للزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلة) أى أو الا أن تشهد قابلة بولادته أى بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفى بعض النسخ بولادتها أى بولادتها اياه ففى هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفى الاولى عكس الامر (لان قول القابلة فى هذا) أى فى هذا الخصوص (مقبول) اذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها فى ذلك مقبولة (وقدمر فى الطلاق) أى فى باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج بلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم (وقدذكرنا فى اقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلابد من حجة تامة عند أبى حنيفة رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل فى جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه فى نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا فى شرح الاقطع فان قلت لاى معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع أن الولد ولد منهما ومافائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام ومافائدة ثبوت النسب من الرجل فى الاربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه فى تركة أبيه على ماسيأتى فى الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كما ذكر فى المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد الى الاب بلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهى صحة اقرار الاب بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد فى نسبه وأما فائدة ثبوت النسب فى حق هذه الاربعة أو الخمسة فهى ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص أى ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقرير الصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من أبى المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهر انه فى موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر بأخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبى المقر وأمه بخلاف من صح اقراره فى حقه كما ذكرناه والثانى صحة رجوع المقر عما أقر فى حق من سوى الاربعة أو الخمسة وعدم صحته فى حق هؤلاء فان من أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر به صح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار بأخ كان ماله كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال وباعتبار أن اقراره حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر فى حال حياته الى هذا كله أشار فى الذخيرة وفى الجامع الصغير للامام المحبوبى قال المصنف (ولابد من تصديق هؤلاء) أى لابد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم فى أيدى أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا فى الكافى وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه

لان الحق له أو تشهد القابلة بالولادة اذ الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها فى ذلك مقبولة وقدمر فى الطلاق (قوله وذكرنا فى اقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى) يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها (ولابد من تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون أختها تحت المقر ولا أربع سواها

ويصح التصديق فى النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالانفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهى من آثار النكاح ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح

ويصح التصديق فى النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكامه وعند أبى حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار

أو عبد له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه كذا فى التبيين (ويصح التصديق فى النسب بعد موت المقر) يعنى أن المقر له بالنسب اذا صدق فى حال حياة المقر يصح فكذا اذا صدق بعد موته (لان النسب يبقى بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها قال تاج الشريعة ولا يشكل هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشترى لان الاقرار تام فى نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشترى ثم مات البائع لا يبطل أما الايجاب ثمة فليس بتام لان القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أى وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها فى الاقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالانفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهى من آثار النكاح ألا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه (وكذا تصديق الزوج بعد موتها) أى وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها فى الاقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من أحكامه) أى من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند أبى حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعد موتها (لان النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها (ولهذا لا يحل له غسلها) بعد موتها (عندنا) ولا عدة عليه لصح باعتبارها كما فى العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبى حنيفة تقريره سلمنا أن تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعد موتها نظرا الى الارث الذى هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه) أى لان الارث (معدوم حالة الاقرار) أى حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما يثبت) أى الارث (بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث انتهى (أقول) لا يخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف ههنا أن التصديق يستند الى أول الاقرار بالنكاح والارث معدوم فى تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ وأما المعنى الذى ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ههنا أما أولا فلانه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم أن يقال فى الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذى هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق وأما ثانيا فلان ذلك ينتقض بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجرى أن يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح وأما ثالثا فلانه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار

وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال أبو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارهما فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره

(قوله معناه أن التصديق الخ) أقول فيه بحث (قوله ولقائل أن يعارض) أقول هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف

(٣ - تكملة سابع) فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت فى حال النكاح أيضا ولو عينه لامكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب) لان فيه حمل النسب على الغير

وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر ما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه (أقول) جوابه ليس بتام لان العدة أيضا غير لازمة للموت عن نكاح عند أبي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمي أو تكون حربية خرجت الينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فانه لا عدة عليها في هذه الصور عند أبي حنيفة رحمه الله اذا لم تكن حاملا كما تقرر في محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول أبي حنيفة فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية في هذا المقام الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند الى حالة الاقرار وفي تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فتى صححنا الاقرار صححنا الاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شئ وهو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وأشير الى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه الى ههنا كلامه (أقول) نعم اشير الى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع قوله لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فسلم لكن ذلك لا يجدي نفعا اذ الكلام في المعتدة بالموت وان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت أيضا فممنوع بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لامكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فالاشكال باق فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فصار الاقرار بالعبد اقرارا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فأما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح بقوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدا كذا في الاسرار والايضاح وغيرهما (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد) الصلبي (نحو الاخ والعم) ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما أيضا في الكافي (لا يقبل اقراره في النسب) وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كما ذكر في التحفة وغيرها (لان فيه) أي في هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذا المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن أبي المقر لا يكون أخا له وفي الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عما له وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذ المقر له لا يكون جد المقر ما لم يثبت

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقر بأخ أو عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير

(فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصى بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وزائنه ثم أوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه فى الارث)

أبوته من أبيه (فان كان له) أى للمقر بنحو ما ذكر (وارث معروف قريب) كأصحاب الفروض والعصبات (أو بعيد) كذوى الارحام (فهو) أى الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقر له حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة والخالة (لانه لما لم يثبت نسبه) أى نسب المقر له (منه) أى من المقر (لا يزاحم الوارث المعروف) قال فى النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره فى النسب وقع فى مخزه لان هذا نتيجة ذلك فصورة ذلك أن الرجل اذا أقر فى مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو بابن ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعمة والخالة أو المولى ولا شئ للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) أى للمقر (وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) لانه أقر بشيئين بالنسب و باستحقاق ماله بعده وهو فى الاول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفى الثانى مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر (لان له ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصى بجميعه) أى بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك بعده (فيستحق) المقر له (جميع المال وان لم يثبت نسبه) من المقر (لما فيه) أى فى الاقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أى هذه الصورة أو القضية يعنى الاقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول) يعنى الاقرار بالاخ (وصية لاشتركا) أى الاخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أى لكن الاقرار المذكور (بمنزلته) أى بمنزلة الوصية بتأويل الايصاء ولعمرى أن المصنف يفرط فى المساهلة فى أمر التذكير والتأنيث فى كتابه هذا كما ترى ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفا الى الاقرار بلفظة هذه وأرجع ههنا الى الوصية ضمير المذكر (حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وزائنه ثم أوصى بماله كله لانسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصى له ولو لم يوص لاحد كان) ماله (لبيت المال لان رجوعه) أى رجوع المقر المزبور (صحيح) يعنى أن انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) وينبغى لك أن تعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك وأما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه فى الارث) أى يشارك المقر له بالاخوة المقر فى الارث من أبيه وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم وقال الشافعى لا يشاركه فى الارث لعدم ثبوت النسب

وأما فى الارث فاما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كذوى الفروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوى الارحام أو لا يكون فان كان فهو أولى بالميراث من المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه أقر بشيئين بالنسب و باستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثانى على نفسه وهو مسموع لان له التصرف فى مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصى له وبقية كلامه لا تحتاج الى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه) مبنى على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه فى الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبى حنيفة وان كان المقر أحد ابنين لم يثبت النسب أيضا والمقر له يشارك المقر فى الارث بناء على ما مر من الاصل

لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر خمسون)

(لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت) قال أبو حنيفة اذا أقر أحد الابنين بأخ ثالث وكذبه أخوه المعروف فيه أعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن أبي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر أقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الآخر ولابي حنيفة ان زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية قال (ومن مات وترك ابنين الخ) ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما ان أباه قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما ثم يحلف الاخ بالله ما يعلم ان أباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم

وحكى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف في تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) أحدهما (حمل النسب على الغير ولا ولاية له) أي للمقر (عليه) أي على الغير فلا يثبت (و) الثاني (الاشتراك في المال وله فيه ولاية) لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع (كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق) أي بعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل اقراره) في حق الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن (ولكنه يقبل) اقراره (في حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق ذلك واعلم أنه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تأخذ خمسه ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا أخماسا وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ولو أقر بامرأة انها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة صحيحة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة انها زوجة أبيهما وكذبه الآخر أخذت تسعي ما في يده عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى لها ثمن ما في يده لان في زعم المقر أن للمرأة ثمن ما في يدي الابنين الا أن اقراره صح فيما بيد نفسه ولا يصح في حق صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيها ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمه ما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذي في يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب مني بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد وانما يثبت باقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كل من يجوز الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بنحو الاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أي وللميت (على آخر مائة درهم فأقر أحدهما) أي أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أي من المائة (خمسين) درهما (لاشئ للمقر) أي لاشئ من المائة للابن المقر (وللآخر) أي وللابن الآخر (خمسون) منها يعني كان للابن الآخر

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون تقضي بأمثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة فان أكذبه أخوه استغرق الدين نصيبه

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم ان أباه قبض منه المائة (لان هذا) أي لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما مر أن الديون تقتضي بأمثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة (فاذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احترازا عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن واسحق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالاظهر عندي في الجواب أن يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية وأما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتأمل قال المصنف (غاية الامر انهما) أي الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فاذا هلك هلك مشتركا وما بقي يبقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك الا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فاجاب بأنهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة اذ (لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه ان أباه لم يقبض شيأ من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا على المقر) بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو انما اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم لزعمه ان أباه لم يقبض شيأ وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور

كما هو المذهب عندنا خلافا لابن أبي ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو انما اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم لزعمه ان أباه لم يقبض شيأ وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض

(قوله على ما مر) أقول في أواخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أي نصيب المقر

ولقائل أن يقول اذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيأ كان من زعمه ان أخاه فى اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه فى زعمه ليس فى الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه والله أعلم

﴿ كتاب الصلح ﴾

قدذكرنا وجه المناسبة فى أول الاقرار (٢٢) فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفى اصطلاح الفقهاء

﴿ كتاب الصلح ﴾

المقر والمنكر يدعى زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعنى أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى (أقول) كل واحد من تقريرى السؤال والجواب على الوجه الذى ذكره محتمل أما تقرير السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف ههنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافى التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك والعجب ان صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا فى أثناء تقرير السؤال وفرع على تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى أن فى نفس هذا التقرير تعارضا وتناقضا وأما تقرير الجواب فلان المفهوم من قوله يعنى أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر وليس كذلك بل لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لان رجوع الغريم على المقر بالآخرة انما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين وانما بقى عليه الخمسون المقبوض وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيأ فلا يرجع الغريم على المقر بشئ بل يلزمه أن يعطى المقر أيضا مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول اذا كان من زعم المنكر ان أباه لم يقبض شيأ كان من زعمه ان أخاه فى اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه فى زعمه ليس فى الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى (أقول) فى الجواب نظر لان الخمسين الذى قبضه المنكر من الغريم أولا ان كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو فى رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه فى المائة بزائد على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض أولا بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوما وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق فى الجواب أن يقال لا نسلم انه اذا كان من زعم المنكر ان أباه لم يقبض شيأ كان فى زعمه انه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أولا مشتركا بينهما كما تقرر نعم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك ان أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه فى المائة باقراره بأن أباه قبض منها الخمسين

﴿ كتاب الصلح ﴾

قدم مناسبة الصلح بالاقرار فى أول كتاب الاقرار والصلح فى اللغة اسم للمصالحة التى هى المسالمة خلاف

عقد وضع لرفع المناسبة وسببه تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه فى التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتى تفصيله وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه تملك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ووقوعه للمدعى عليه فى المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة فى غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى احتمل المصالح عنه التمليك أولا وأنواعه بحسب أحوال المدعى عليه ما هو المذكور فى الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

المخاصمة

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله فى اقراره ظالم) أقول فيه شئ فانهما ما تصادقا على كون المقبوض مشتركا لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهرا (قوله لان المظلوم لا يظلم غيره) أقول الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوما اذا رجع عليه فى زعمه وهذا هو مراد الشارح

﴿ كتاب الصلح ﴾

المخاصمة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتي وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما في سائر المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى (أقول) فيه بحث أما أولا فلانه سيأتي في الكتاب أن الصلح اذا وقع عن اقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت أو انكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو انكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما اذا وقع عن سكوت أو انكار انما هو في حق المدعي وأما في حق المدعى عليه فانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضا حتى يتحقق الافتداء وتنقطع الخصومة وأما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها وألحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا على ما سيجيء في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضا بقول المدعي قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاطا الدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم اطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الاول قاصر عن افادة كلية المدعي وهو ركنية الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح بل انما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما اذا كان الصلح عن اقرار وكان مالا بمال فتأمل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ولانواعه شروط أخر سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية أخذا من النهاية وحكمه تملك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك أو لا انتهى (أقول) فيه كلام وهو ان المصالح عليه أيضا قد يكون مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوى فانهم صرحوا بأنه اذا ادعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى فانه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تملك المدعي عليه اياه وبراءته عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعي اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر الى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر الى الآخر وهو مما لا يحتمل التمليك قطعا قلنا فاذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين اذ لا شك انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) الحصر على هذه الانواع ضرورى لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفى والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز (لقوله تعالى والصلح خير) فانه باطلاقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه فى سياق صلح الزوجين فى قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبأنه ذكر للتعليل أى لا جناح عليهما أن يصالحا الان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا فى سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان فى الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق فى بعض المواضع لمانع لا يستلزم ترك عند عدمه (ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

(قوله لانه سقط بقولنا مجيبا) أقول فيه بحث اذ لا يكون الحصر حينئذ ضروريا قال المصنف (لاطلاق قوله تعالى والصلح خير) أقول أى لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف وتمام الآية وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير (قوله أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول أنت خبير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بأن اللام مثل للعهد فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتأمل (قوله وبانه ذكر للتعليل) أقول فيه بحث لانه لو كان تعليلا لأبدل الفاء بالواو (قوله وقوله والصلح خير كان فى الحال) أقول ان أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن فى الحال فسلم ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالى وان أراد ان الحكم على الصلح الكائن فى الحال يعنى حقيقة الصلح وجنسه كما فى قولهم الرجل خير من المرأة فللخصم أن يمنعه (قوله فأنكرت لا يجوز) أقول بل يجوز كما سيجىء عن قريب

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز) لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

تملك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقى ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذى اليد شيأ بطريق الصلح وأخذ الدار فانه جائز كما سيأتى فى الشروح وأصل المسئلة فى الفصل السابع من فصول الاستروشنى مع أنه يملك هنالك المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح فى أحد الجانبين طردا وعكسا فتأمل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية الحصر على هذه الانواع ضرورى لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفى والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى (أقول) يرد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثانى وهو قوله وهو لا يخلو عن النفى والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا اذ تخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الانواع ضرورى ويمكن أن يقال المراد بالسكوت فى قوله اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم أصلا فتدخل الصورة المزبورة فى القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضرورى وتفسير السكوت فى الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر فى الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلا (قوله وكل ذلك جائز لاطلاق الخ) تسامح المصنف ههنا فى التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك فى الحقيقة قوله المطلق لا اطلاق قوله الا أنهم كثيرا ما يتسامحون فى العبارة فى أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة تقييدها تلك العبارة كما فى تعريفهم العلم بحصول صورة الشئ فى العقل مع أنه فى الحقيقة هو الصورة الحاصلة فى العقل على ما حققه الفاضل الشريف فى بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء فى حل قول المصنف لاطلاق قوله تعالى أى لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى (أقول) ليس هذا بسديد أما أولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر فى كتب النحو حتى انهم أولوا

مثل جرد قطيفة وأخلاق ثياب بما يخرج به عن أن يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف فما معنى حمل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ثانيا فلان الصفة في لقوله المطلق هو المطلق لا الاطلاق والكلام في توجيه اطلاق قوله فلا يجدي حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيأ بل لابد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا وقال صاحب العناية فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما والصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبأنه ذكر للتعليل أي لاجناح عليهما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه انتهى (أقول) ان الجواب الاول والثالث من هذه الاجوبة الثلاثة ليسا بتامين أما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيأ في دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا وانما يجدي نفعا لو سلم عموم اللفظ في نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والصلح خير كان في الحال أن التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال أي في حال ورود الآية الكريمة فسلم لكن هذا لا ينافي أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال ألا يرى انك اذا قلت الامر الذي يحدث غدا خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام واخبارك به كائن في الحال وأما تحقق ذلك الامر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن اياه بل جنسه وان أراد بذلك ان الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح أخذا من الاسرار ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير انه ذكر للتعليل هو ان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول وأما التقرير المطابق لقواعد المعقول فلانه يكون حينئذ خارجا عن مخرج الكبرى من الشكل الاول كأنه قيل فان هذا صلح والصلح خير وكلية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لابدل الفاء بالواو انتهى (أقول) ليس هذا بشيء لان ذلك الابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوا الان الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا اليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا أصلا تدبر ثم قال صاحب العناية فان قيل سلمناه يعني الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز أنه خبط اذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو أنه اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكأنه في معنى الخلع ثم أقول توجيهه ان لعدم الجواز رواية في هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال المزبور مما أوردته الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع

وقال الشافعي (لا يجوز مع انكار أو سكوت) لانه صلح أحل حراما أو حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروى (ولان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى والصلح خير (وأول مارو ينا) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين (وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) أو أن لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه

وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا وأول مارو يناه وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة

لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال في الجواب ههنا على أنا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها اذا أنكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره وسيجيء ذلك في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسئلة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا الخ) قلت كان الاظهر ان يقال لآخر مارو يناه لا أن أوله حجة عليه لا له (قوله ولنا ما تلونا وأول مارو يناه الخ) كرر ذكرهما تأكيدا وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ والاكتفى ههنا ببيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانهما (أقول) بقي ههنا اشكال في قوله وأول مارو يناه وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستثنى من أوله وقد تقرر في علم أصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحل حراما لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول مارو يناه فحاصل الكلام أن لنا أول مارو يناه مع تأويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل ولكن الانصاف أن لفظة أول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كما نبهنا عليه فالاولى أن تطرح من البين (قوله وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) وحمله على هذا أحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه انتهى (أقول) في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث

(قوله ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير وأول مارو يناه) أقول وههنا تكرار وكان الاولى أن لا يذكر ذينك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف (وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح الخ) أقول وحمله على هذا أحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه كذا في الكافي ثم قال وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول يعني لكان كالصلح على غير الاقرار في البطلان على زعم الخصم (قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق) أقول هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء

(ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الاقرار (فيقضى بجوازه) لوجود المقتضى وانتفاء المانع لان المانع اما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخذ وليس شئ منهما بموجود أما الثاني (فلأن المدعى يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الاول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضا

مشروع اذا المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز) لا يقال لانسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه في أحكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي أن يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعي اذ في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس قال (فان وقع الصلح عن اقرار الخ) اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين

ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذا المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما

على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضا فمدار التأويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال واطلاقه دون لفظ الصلح فالحق في التقرير أن يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بأن قال هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلا غاية الامر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على أنه ليس كذلك أيضا اذ الجواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يزيد درهما في بدل الصلح وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليهما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين أيضا (قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه أئمتنا من جواز الصلح مع انكار أو سكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي عام لانا نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه انتهى (أقول) الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه كما صرح به أراد أن يبين ضابطة يعرف بها انه على أي عقد يحمل (أقول) ليست هذه الضابطة بتامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما اذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومه

فتجرى فيه الشفعة فى العقار و يرد بالعيب و يثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه لانها تفضى الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل أن يدعى حقا فى دار رجل وادعى المدعى عليه حقا فى أرض بيد المدعى واصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا فى (٣٨) دار فى يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعى مالا معلوما يسلم المدعى عليه

(فتجرى فيه الشفعة اذا كان عقارا و يرد بالعيب و يثبت فيه خيار الرؤية والشرط و يفسده جهالة البدل) لانها هى المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار فى العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها و يبطل الصلح بموت أحدهما فى المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف حكم الاقالة فى حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا فى الانكار ظاهر وكذا فى السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك

عبد شهرا أو على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك جائز على ما صرحوا به فى أول الفصل الآتى مع انه لم يذكر فى هذه الضابطة وان كان فى معنى عقد الاجارة وكذا يقع الصلح عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا أيضا كما سيأتى فى الكتاب مع انه ليس بمذكور أيضا فى هاتيك الضابطة وليس فى معنى عقد البيع ولا فى معنى عقد الاجارة بل هو فى معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون فى معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون فى معنى الخلع وليس شئ منهما بداخل أيضا فى الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال يستغنى عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر فى الفصل الآتى عن قريب لانا نقول قد ذكر هناك ما ذكره ههنا أيضا بأن قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار فى معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى وأما فيما اذا وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا صرح به فى التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به الى ما ذكره بقوله لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار فى حق المدعى مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعى الى المدعى عليه شيأ بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه فى حق

فان الاعتبار فى العقود للمعانى كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة المدعى
والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها و يبطل الصلح بموت أحدهما فى المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعى يأخذه عوضا فى زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد فى حقهما كما يختلف حكم الاقالة) فانها فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل فى حق امرأته والتحريم المؤبد فى حق أمها (وهذا) أى كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة (فى الانكار ظاهر وأما فى السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا فى حقه بالشك) مع ان حمله على الانكار أولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل

قال (واذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أى المدعى عليه ليستبقى الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء يؤاخذ بما فى زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما اذا كان على دار) لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كأنه قال اشتريتها من المدعى وهو ينكر (واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه) على المدعى (بحصة المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع ذلك واذا صالح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى فى يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذى اليد شيأ بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين أن المال فى يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة وأجيب بأن المدعى عليه مضطر فى دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع وأما المدعى فهو فى خيرة فى دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعى حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أى فى أصل الدعوى أما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه فى كون البعض المستحق فى يده وأما رد الحصة

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة فى حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق فى البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد العوض) لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض فى يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض فى هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى فى كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيأ حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين

المدعى ليس بمعنى المعاوضة لان فى زعم المدعى ان العين الذى ادعاه حقه ولا يتصور أن يعاوض انسان فلغا العوض فى هذا القدر عن غرض المدعى عليه (ولو استحق المصالح عليه فى الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه) لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع ببدله كما فى البيع (وان استحق بعضه رجع بحصته) اعتبارا للبعض بالكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى فى كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يجر لفظ البيع فى الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وأنكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت هذه الدار فان المدعى يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعى اذ الانسان لا يشترى ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) الى المدعى (فالجواب فيه كالجواب فى الاستحقاق فى الفصلين) أى فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى

(قوله لانه يأخذها الى قوله و يدفع المال) أقول قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها (قوله فيبقى فى يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه) أقول يعنى يبقى العرض فى يد المدعى (قوله فلا يسترده) أقول أى بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحقت فان المدعى يرجع) أقول صوابه ثم استحق اذ الضمير المستتر فيه راجع الى العبد

قال (وان ادعى حقا فى دار الخ) هذه المسئلة قد تقدمت فى باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها (ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه فى الباقى (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقى والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام أنه لا تسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه أن الابراء لا فى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها (٣٠) لكونه اجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ولو أراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا أو منفعة قال المصنف (والوجه فيه) أى الحيلة فى تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها (أحد أمرين ان يزيد درهما فى بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى) مثل أن يقول برئت من دعواى فى هذه الدار فانه يصح لصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفى ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى أنه لو قال أبرأتك عن دعواى أو خصومتى فى هذه الدار كان باطلا وله أن يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما أن أبرأتك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات فى تعليل هذه المسئلة لان قوله أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخاصم غيره فى ذلك بخلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون مطلقا فى هو بريئا و يعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله أن يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر والله أعلم

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فقال (والصلح جائز عن دعوى الاموال) الاصل فى هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان فى معنى البيع كما مر

قال (وان ادعى حقا فى دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيأ من العوض لان دعواه يجوز أن يكون فيما بقى) بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شئ يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه فى البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه فى الباقى والوجه فيه أحد أمرين اما أن يزيد درهما فى بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى

﴿فصل﴾ (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه فى معنى البيع على ما مر

ملك نفسه بل هو فى حق المدعى فى تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى) قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هى أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواى فى هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار فهذا وامثاله باطل وله أن يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله برئت وبين قوله ابرأتك فان فى قوله ابرأتك انما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبدا فى يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وانما أبرأه من ضمانه كذا فى الذخيرة الى ههنا كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للشروح وهو قول المصنف أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقى يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى فى العين بدون الحيلة فى تصحيحه بأحد الامرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والا لصح الصلح على ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا لبعضه الباقى كما فى الصلح على بعض المدعى فى الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للشروح انما هو قوله برئت من دعواى فى هذه الدار وأما ثانيا فلان قوله فان فى قوله أبرأتك انما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى انما يتمشى فى قوله أبرأتك عن هذه الدار لا فى قوله أبرأتك عن خصومتى لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتى فى هذه الدار باطل أيضا بخلاف ما قالوا فى عبد فى يد رجل فان المذكور هناك فى جانب الابراء انما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير تبصر

﴿فصل﴾ لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع فى بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف فى تعليله (لانه فى معنى البيع على ما مر) أقول ههنا شئ وهو أن قول القدورى والصلح جائز عن دعوى الاموال

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) أقول الناقل هو الاتقانى عن الواقعات الحسامية

﴿فصل﴾ والصلح جائز قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه فى معنى البيع) أقول يعنى اذا لم يكن بالمنافع والا فهو بمعنى الاجارة

واذا كان عن المنافع بمال كما اذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شئ كان فى معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح

قال المصنف (قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح) أقول قال العلامة الاتقانى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح

الا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظ الصلح لفظ يحتمل التمليك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز على خدمة عبد آخر فلو كان هذا تمليكا لكان باطلا لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لانه تصرف نافع فى حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه فى منفعته مادام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى قال العلامة النسفى فى الكافى والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار لجده أو أقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد على ما مر وأنت خبير بما بين ما نقل من الاسبيجابى والكافى

قال (والمنافع) لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح

مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان أجرى على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لانه فى معنى البيع على ما مر لظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس فى معنى البيع بل هو فى معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة فى هذا الفصل مع انه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيرا من المقيد بلا ضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع فى هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه أيضا كان معلوما فيما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الاموال وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدورى قال المصنف فى تعليله (لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح) أقول لقائل أن يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد فى باب الصلح فى الوصايا حيث قال واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح الا أنا نقول لان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح ثم أقول يمكن أن يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها حقيقة الا أنه يقدر على تمليكها حكما من حيث انه يقدر على اسقاطها ببدل وقد اشار اليه الامام الاسبيجابى بقوله وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم فمعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع يملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا يملك حكما بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامى الشيخين قال الامام النسفى فى الكافى الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار لجده أو أقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد على ما مر وأنت خبير بما بين ما نقل من الاسبيجابى والكافى من المخالفة ولعل فى جواز الاجارة روايتين فليتأمل ثم اعلم ان ظاهر ما ذكره الاتقانى من قوله الا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الخ مخالف لما ذكر فى الهداية كما لا يخفى وفى مبسوط الامام شمس الائمة السرخسى ولو ان الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لان الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال والموصى له بالخدمة لا يملك تمليك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والاجارة فكذلك لا يملك تمليكه من الوارث بخلاف لفظ الصلح ألا يرى ان المدعى عليه بعد الانكار لو صالح المدعى على شئ لم يصر به مقرا حتى اذا استحق عاد الى رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعى صار مقرا له بالملك حتى لو استحق البدل رجع بالمدعى انتهى

واذا صالح عن جناية العمد أو الخطا صح أما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شئ ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك فمن أعطي له في سهولة من أخيه المقتول شيأ من المال بطريق الصلح فاتباع أي فعلى القتيل اتباع المصالح بدل الصلح بالمعروف أي على مجاملة وحسن معاملة واداء أي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفي عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شئ من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه واداء اليه باحسان أي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها نزلت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) اشارة الى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد (٣٢) منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي

واذا كان في معناه فاصلح أن يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على ذلك أبدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى ان الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وأنه اذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكفي بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان

والاصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا للتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (ويصح عن جناية العمد والخطا) أما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شئ فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا أن عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانها موجب الدم

من المخالفة ولعل في جواز الاجارة وايتاين فليتأمل انتهى (أقول) المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار مثلا وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا ولبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة فان مدلولها جواز الصلح عن المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين من حيث جوز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح عما يصح به الاجارات

عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن أي لكن اذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولي ما رضي بسقوط حقه فيصار الى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا تحمله العاقلة لوجوبه بعقده

(قوله فمن أعطي له الخ) أقول من حينئذ كناية عن الولي (قوله فمن عفي عنه) أقول فيكون له بمعنى عنه (قوله ولا يتوهم الى قوله وان لم يصلح صداقا) أقول لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهرا في النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية

وان كان الثاني كالوصالح على خمر فانه لايجب عليه شئ لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيين ولو سكت لبقي العفو مطلقا وفيه لايجب شئ فكذا في ذكر الخمر (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر (لانه الموجب الاصلي) في النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وموضعه أصول الفقه وتحقيقه ان المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ماشرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كما لو لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا وأما الصلح فليس من ضرورته وجوب المال فانه لو عفا بلا تسمية شئ لم يجب شئ وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب أن الصلح على مالا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح ان وجوبه ليس من ضرورته (ويدخل في اطلاق

ولو صالح على خمر لا يجب شئ لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك أما القصاص فلك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه

الاجارات ويفسد بما يفسد به انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس وان كانتا متفقتين بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتدبر (قوله والاصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن) أقول لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرح به فامكان حمل مثله على شئ من العقود غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال) قال الشراح في شرح قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا أي لا يقال كل ما يصلح بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة صداقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكفي بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم (أقول) هنا اشكال وهو أنه اذا صح أن يكون بدل الصلح في جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا

جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جناية العمد (الجناية في النفس وما دونها وهذا) أي الصلح عن جناية العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق أن يتملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك) فأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشئ ثابت في المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فان مالك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا (واذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة

(٥ — تكملة سابع) لكن لا تبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول وصالح الكفيل على شئ من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال غير أن في بطلان الكفالة روايتين) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا

(قوله والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق) أقول فيه نوع مصادرة

(وأما الثانى وهو جناية الخطا فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه اما أن يكون على أحد مقادير الدية أولا والاول اما أن يكون منفردا أو منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور فى الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعى لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعى فكانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لا يقابله مال ولكنه أشبه النكاح فى تقومه بالعقد فجاز بأى مقدار تراضيا عليه كالتسمية فى النكاح وان كان منضما الى العمد كان كما اذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من دينين فالصلح جائز ولصاحب الخطا الدية وما بقى فلصاحب العمد كن عليه لرجل مائة دينار ولآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف الالف والباقى لصاحب الدنانير والثانى كما اذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة الا أنه يشترط القبض فى المجلس كى لا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضى بأحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتى بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء فى الابل) وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا الفعل (فكان ما يعطى عوضا عن الواجب) فكان صحيحا (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء فى حق التعيين) ولو قضى القاضى بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا من قال (ولا يجوز عن دعوى حد) الاصل فى هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن

وأما الثانى وهو جناية الخطا فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على أحد مقادير الدية أما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا أنه يشترط القبض فى المجلس كى لا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضى بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء فى حق التعيين فلا تجوز الزيادة على مائتين قال (ولا يجوز عن دعوى حد) لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل فى

فكذا بدلا فى الصلح ولو صالحه على ذلك أبدا أو على ما فى بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح انتهى (أقول) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا فى الصلح ينافى قولهم بأن العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكر وابتنى على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح فى تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لئلا يصلح صداقا فان جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر وقال بعض الفضلاء فى حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال فى المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل فى جنس شرع المسائل ان ما صلح مهرا فى النكاح صلح بدلا فى الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهرا فى النكاح و يصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض (أقول) لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد فى التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس فى الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهرا فى النكاح وهذا أمر لا ستره به (قوله وأما الثانى وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول فيه شئ وهو أنهم صرحوا بأن الصلح اذا كان على جنس ما استحقه المدعى على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسيأتى ذلك فى الكتاب أيضا فى باب الصلح فى الدين ولا يخفى أن الصلح عن جناية الخطا اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضى القاضى بأحدها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضى به بعد ان قضى بأحد مقاديرها بعينه كان

(قوله بل القصاص ليس بمال) أقول وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثانى كما اذا صالح على مكيل الخ) أقول هو معطوف على ما سبق بثمانية أسطر تخمينا وهو قوله والاول اما الخ قال المصنف (وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه الى طريق العامة) أقول قال العلامة النسفى فى الكافى بخلاف ما لو كان الى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوكة لاهلها انتهى قال المصنف (لانه حق العامة) أقول وفى الكافى بدل قوله لانه حق العامة لان الحق فى الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قوبل بغير النافذة

كم يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيا هو بيدها انه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا أشرع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضا الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيأ من بيت المال صح (وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المغلب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره بأقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لان

اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شئ يقابله العوض فلم يصح

من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أي ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لاعتبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) اذ لا يسلم له شئ من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح (أقول) لمانع أن يمنع قولهم اذ لا يسلم له شئ من هذه الفرقة فانه يسلم له منها أصل المهر اذ لولا هذه الفرقة لالزمه مهرها عند اثباتها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع أنواع الصلح الا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول أن يجعل كأن الزوج باعطاءه بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني أنه بذل لها لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شئ يقابله العوض فكان رشوة

(قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعني من أهل طريق غير نافذ (قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول فيه بحث فانه لا يكون حراما اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقد ذلك على رأي من قال لا ينفذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول اي رشوة محضة

(وان ادعى على رجل) مجهول الحال (انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فأقرب العقود اليه شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه فى زعمه ولهذا يصح على حيوان الى أجل فى الذمة) ولا يصح ذلك الا بمقابلة ماليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم فى الحيوان (و) يجعل (فى حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا أنه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل و يثبت الولاء) لانه صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز) سواء كان عليه دين أولا (وان قتل عبد له) أى للعبد المأذون له (رجلا عمدا فصالح عنه جاز) سوا كان عليه دين أولا (والفرق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وان جاز اجارة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبى) أى صار العبد كالاجنبى فى حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبى اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا (أما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا و) تحقيق (هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أى الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه و بين المكاتب فانه لو قتل عمدا فصالح عن نفسه جاز وأجيب بأن المكاتب حر يدا واكتسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولى القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل فى حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح فى حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولا ان يتبعه بشئ ما لم يعتق فكذا هذا قال (ومن غصب ثوبا يهوديا الخ) يهود قوم من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودى وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة وكل قيمى معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند صاحب أبى حنيفة وقالا يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بالقيمى احترازا عن المثلى فان الصلح عن كر حنطة على دراهم أو دنانير جائز بالاجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أولا ولكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما لئلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف فى الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل فى هذا ان الدراهم تقع فى مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند أبى حنيفة وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهى مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليهما بما لا يتغابن فيه الناس كان ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس و بخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة

قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان فى حق المدعى بمنزلة الاعتاق على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه فى حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان فى الذمة الى أجل وفى حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل و يثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز) ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبى أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هى القيمة وهى مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس و بخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة فى شرح هذا المقام حيث قال يعنى أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض فى الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شئ انتهى و يشير اليه قول

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير فى قوله له راجع الى الولى قال المصنف (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول قال فى النهاية أى فى رقبته بتأويل العضو أو الجزء انتهى فيه بحث فان الرقبة هنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أى الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول فأشار الشارح الى أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

ولابى حنيفة طريقان أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك مالم يتقرر حقه فى ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان أبقا فعاد من اباقه كان سالما له واذا كان كذلك فالمال الذى وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه فى الثوب أو العبد ولا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثانى أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترده فهو الاصل فى الغصب وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضرورة بالايصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شئ كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا وفى كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثلى فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلى فحينئذ يصار اليها ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك

اشارة الا أن المثلى اذا انقطع حكمه كالقيمى لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف فى الذمة الى أجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز وأجيب بأن المغصوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالا جاز وبان البدل جعل فى مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول وعورض دليل أبى حنيفة

ولابى حنيفة ان حقه فى الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بينا والفرق لابى حنيفة رحمه الله ان القيمة فى العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها انتهى فما حال هذا المعنى (قلت) يرد عليه أيضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هى مستقلة فى مباشرة سبب الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرتها بسبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة فى مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض ألا ترى أنه لو قال رجل لامرأته طلقى نفسك أو قال لها اختارى ينوى بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها ما دامت فى مجلسها ذلك فان طلقت نفسها فى ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا مكنت ابن زوجها فكذا هنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفى كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثلى فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلى فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه (أقول) قد غلط فى استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق فى قوله أو حقه فى مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور فى القيميات لان أخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور فى المثليات وليس مراد المصنف به ذلك قطعا بل انما مراده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب فى ذمة بأنه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز وأجيب بأن البيع يقتضى قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال وأما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا تقتضى قيام مال متقوم حقيقة (قوله واذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما مر فى العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم ومن أعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا ويسعى العبد

(قوله وفى كلام المصنف تسامح الى قوله انما هو فى المثليات) أقول وفى الكافى أو حقه فى الاصل صورة ومعنى اذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص وايجاب الحيوان والثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح والدية انتهى وبه يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل

﴿باب التبرع بالصلح والتوكيل به﴾

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا أن يضمنه

الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيميات أيضا وان لم يتصور حق الاخذ الا في المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلنا ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال والوجه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما يجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا أن عند الاخذ يصار الى القيمة ضرورة ان أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لابسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك اشارة الى أن المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله ان تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى (أقول) عذره أقبح من ذنبه لان المصنف ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد اشارته الى اشتراك المثلثين في الحكم شيأ بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذي ذكره المدعى بناء على كون المدعى في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم ايفائه حق المقام ولا تجدي الاشارة الى أمر أجنبي عن الصدد نفعا كما لا يخفى

﴿باب التبرع بالصلح والتوكيل به﴾

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان في العمل لغيره متبرع واقتفى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية (أقول) ان قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح معنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضا فالحق عندي أن المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك بقي شيء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر الى قول المصنف في العنوان والتوكيل به والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع الى معنى التوكل وهو تصرف للغير فان قلت فلم لم يقل والتوكل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج الى البيان بانه مصدر من المبني للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الايماء الى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تأمل فانه معنى

لطيف

﴿باب التبرع بالصلح والتوكيل به﴾

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه أي عمن وكل في رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا أن يضمنه

﴿باب التبرع بالصلح والتوكيل به﴾

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول فيه بحث قال المصنف (لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول أي عمن وكل فالعائد الى اسم الموصول محذوف أي ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعني الاقطع

والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض مايدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا أن يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها واقتفى أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل أي على الموكل كما في قوله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها انتهى (أقول) لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للموكل على معنى على لان للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها وبالباء يقال لزمه ولزم به ولا تتعدى بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون الحامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان أسأتم فلها لان اللام في فلها هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدر مايصلح أن تكون كلمة على صلة له فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تفف (قوله وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض مايدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكفي لتأويل المسئلة فان فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره الى أن قال ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه الذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى واقتفى أثره كثير من الشراح في أن ماذكره المصنف لا يكفي لتأويل المسئلة بل لابد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار (أقول) يمكن أن يقال يستغني عنه بما ذكره المصنف فان قوله أما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل من تتمة تأويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل مالم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم كأنه قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدته التنبيه على أن ماذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض مايدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح بل بريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات اذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعي وانه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد أشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى

وهذا كما ترى يدل بظاهره على أن الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض مايدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا أن يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوي والصفة على اطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية مامعناه انه لابد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شئ وان كان فيها لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازه مع الخصم

(قوله وهو أن يكون المصالح في المعاوضات) أقول الظاهر ان يقال الصلح في المعاوضات (قوله وان كان فيها) أقول الضمير في قوله فيها راجع الى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره الخ) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما أن قرن بذكر المال ضمان نفسه أولا فالاول هو الوجه الاول والثاني اما أن أضاف المال الى نفسه أولا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما أن يسلم المال المذكور أولا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا أو منكرا وكل منهما اما أن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقي وجها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر أما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص بأحد فصلح أن يكون أصيلا في هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعي عليه لا يرجع عليه بشيء كالمتبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره فانه يرجع ولا يكون

(٤٠) لهذا المصالح شيء من المدعى أي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى

عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء فأي شيء يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منكرا أما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتريا ما في ذمته بما أدى الآن شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشيء من مالكه صحيح (قوله وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر خلافا لقوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على ألفي على أن ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعواه على فلان فانه فيه يقف عن اجازة المدعى عليه فان أجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

﴿باب الصلح في الدين﴾

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم

(قوله فصلح أن يكون أصيلا في هذا الضمان) أقول فيه شيء والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان) أقول يعني فلانا الاول ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش

﴿باب الصلح في الدين﴾

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره الخ) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما أن قرن بذكر المال ضمان نفسه أولا فالاول هو الوجه الاول والثاني اما أن أضاف المال الى نفسه أولا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما أن يسلم المال المذكور أولا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا أو منكرا وكل منهما اما أن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقي وجها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر أما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص بأحد فصلح أن يكون أصيلا في هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعي عليه كالمتبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك ان قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل) لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا أن الفضولي يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضفه بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الالف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيأ سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله والله اعلم بالصواب

﴿باب الصلح في الدين﴾

أن ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

﴿باب الصلح في الدين﴾

(وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جازوكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز

(قوله وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جياد فصالح عن ذلك على ألف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه صرح به فى كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شئ قط وعن هذا قال فى الوقاية وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة انتهى ويمكن أن يعتذر عما فى الكتاب بأنه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم الفائدة فى عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغى أن يزاد فى لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظران كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بيض مؤجلة الى أجل لا يجوز والبيض اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز فى هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان قوله فى رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كله الامثلة المذكورة فى المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذى ذكره بقوله ألا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بيض مؤجلة الى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف أما الاول فلان البيض أجود من السود ففيها زيادة وصف وهى غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير وأما الثانى فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز فى هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل (قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا) أقول لقائل أن يقول انما يفضى الى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء أن الديون تقضى بامثالها لا بأعيانها فلا افضاء الى الربا فلعلهم حملوا الصلح فى مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض

قال (وكل شئ وقع عليه الصلح) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقى) وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح (كمن له على آخر ألف درهم) جياد حالة من ثمن متاع باعه (فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر ألف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز ان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) ويحمل على التأخير الذى فيه معنى الاسقاط لان فى جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا فان لم يمكن حمله على اسقاط الباقى كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة

فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فانه لا يمكن حمله على الاسقاط (لان المعجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو (خير من النسيئة) لاحالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) روي أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهذا الان حرمة ربا النساء ليست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فحقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز) والاصل أن المستوفي اذا كان أدون من حقه فهو اسقاط كما في العكس وان كان (٤٣) أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لان الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء

(فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فان قيل اذا كان حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه على ألف درهم [2] بخية نقد بيت المال فهو أجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس) وحاصله أن الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالمسئلة الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا وأما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردىء فيه سواء ابدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لانه أمكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة) ان كانت حالة واسقاطا لذلك (وتأجيلا للباقي) ان كانت مؤجلة (تصحيحا للعقد الفطرة أولا ولان معنى الاسقاط فيه ألزم) لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط ههنا أكثر فيكون الاسقاط ألزم من معنى المعاوضة قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أد الى غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيده

فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز) لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أولان معنى الاسقاط فيه ألزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أد الى غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراء مطلق

(قوله فيحمل على التأخير) أقول بالنصب (قوله كما في العكس) أقول ناظر الى قوله ولو كانت بالعكس (قوله ففعل فهو بريء قيل معناه فقبل الخ) أقول فالفعل مجاز عن التزامه في الذمة (قوله ويجوز أن يكون معناه الى قوله عاد الالف) أقول فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الان مقتضى كلمة عاد هو المعنى الاول ويدل عليه ما سيذكره في الفرق بين التعليق والتقييد

[2] بخية بتشديد الخاء والياء نسبة الى بخ أمير ضربها وانظر اللسان كتبه مصححه

ألا ترى انه جعل أداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا الان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجرى وجوده أي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الالف على أن تؤدي غدا خمسمائة وانهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته أي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلي وموضعه أصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ بأداء خمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذارا فلاسه أو توسلا الى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحتمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة أي سلمنا أنه لا يصح أن يكون مقيدا بالعوض لكن لا يلزمنا في أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط (قوله أولانه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني أن حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيدا لابراء الباقي والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا

ألا ترى انه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذارا فلاسه وتوسلا الى تجارة أربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أولانه متعارف

الفطرة السليمة (قوله ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تحمل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أي في المعنى والا ففي اللفظ دخل كلمة على في الابراء دون الاداء انتهى فكأنه حمل الباء على الالصاق فأخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية في شرحه والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشيء لان مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شيء في جانب الدائن والبراءة انما تستفاد في جانب المديون وحد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أولانه متعارف) قال صاحب العناية قوله أولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف (أقول) فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها مالم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز ثم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله أولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فمعنى كلام المصنف فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل أولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا لتصرفه وقوله أولانه متعارف بيانا للعلة

(قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول أي في المعنى والا ففي اللفظ دخل كلمة على في الابراء دون الاداء (قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء) أقول فيه شيء بل يستفاد به البراءة والاظهر لم يستفد بشيء ثم قوله والاداء مستحق عليه معناه في كل وقت (قوله فجرى وجوده أي وجود جعل الاداء الخ) أقول الاولى أن يقال المراد وجوده لفظا (قوله يعني ان حمل كلمة على الى قوله متعارف) أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الاول والاقرب أن يجعل عطفا على قوله تصحيحا لتصرفه

(قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل اذا أديت أومتى أديت أوان أديت الى خمسمائة فأنت برئ من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى أما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط والتمليك أما الاول فلانه لا تتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وأما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض

جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط و يحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله (وستخرج البداءة بالابراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف

والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداءة بالابراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وأنت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غد فالالف عليك على حالها وجوابه أن الامر على ما قال لانه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة

المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة) قال صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى (أقول) لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء انما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان البراءة مما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب الى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب اليه أن يقال يعني أن الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون أصله تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الابراء بأداء بعض الدين لا يخلو اما أن يبدأ بالاداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أو لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالابراء أو لا فان بدأ به فهو الوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو

كما اذا بدأ بالابراء واذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه اما على خمسة ان رب الدين في تعليق الابراء بأداء البعض لا يخلو اما أن يبدأ بالاداء أو لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أو لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالابراء أو لا فان بدأ به فهو الوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو

(قوله وان ذكره فهو الوجه الثاني) أقول فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما ففيه تأمل

من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أولم يعط لانه أطلق الابراء أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال أدالي خمسمائة على أنك بري من الفضل ولم يؤقت للاداء وقنا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يؤقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان أديت الى خمسمائة أو قال اذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراآت بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لآخر لا أقرلك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

اما أن يبدأ بحرف الشرط أم لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس انتهى كلامه وهكذا ذكر وجوه الحصر في العناية أيضا نقلا عن صاحب النهاية (أقول) فيه اشكال أما أولا فلانه جعل الوجه الثاني قسما مما بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصالحة وأما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية أما عن الاول فبأن يقال ان البدء في الوجه الثاني وان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى لان حاصل معناه أدالي غدا خمسمائة من الالف وأنت بري من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله فالمراد بأن بدأ بالاداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه وأما المصالحة فانها ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح وأما عن الثاني فبأن يقال ليس المراد بالبدء بالاداء في وجه الحصر البدء بالاداء المطلق بل المراد به البدء بالاداء المؤقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فليتأمل انتهى (أقول) ليس هذا الجواب بشئ لان اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا) أقول فيه بحث لان هذا وان أفاد الفرق بين الوجهين الا أنه

والوجه الثاني ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابراء حصل مطلقا ثم بذكر ما بعده وقع الشك لانه ان كان عوضا فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا يقيده وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت أولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يؤقت للاداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الازمان فلا يصلح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا (ومن قال لآخر لا أقرلك بمالك على حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل) أي أخر أو حط (جاز عليه) أي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال ان أخر وأبدا ان حط (لانه ليس بمكره) لتمكنه من اقامة البينة أو التحليف لا يقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غير مضطر من باع عينا بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا (ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ) المقر (بجميع المال) في الحال

(قوله فان لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع مما بدئ فيه بالاداء فكيف يجعل قسما مما لم يبدأ به لا يقال جعله قسما منه بناء على انه لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ به بل بدئ بالابراء لان الوجه الثاني أيضا كذلك كما يظهر من جامع التمرتاشي والله أعلم

﴿ فصل في الدين المشترك ﴾ أخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لان المركب يتلو المفرد قال (واذا كان الدين بين الشريكين الخ) اذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك الا أن يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم أو شريكه القابض وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيأ فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله

حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الآخر أجاب بقوله لكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض

﴿ فصل في الدين المشترك ﴾ قال (واذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بصفة وان شاء أخذ نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيأ منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد الابراء بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به أولا هناك كما ثبت اطلاقه أولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان أخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره ههنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الابراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق

﴿ فصل في الدين المشترك ﴾ أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد (قوله وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيأ منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض) قال في النهاية وأما اذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوبا ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط واشارة رواية الكتاب انتهى (أقول) فلقائل أن يقول اذا كان قبض أحد الشريكين في الدين شيأ من الدين مخالفا لاخذ أحدهما ثوبا بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسئلة ما اذا قبض أحد الشريكين في الدين شيأ من الدين وبين مسئلة الكتاب فلم يظهر لجعل الاولى أصلا للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى (أقول) بل الحق اقحام لفظ الحق لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا الى أحد الشريكين في كل شئ وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلو أسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فأقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

﴿ فصل في الدين المشترك ﴾ (قوله بنصفه) أقول يعني بنصف الدين (قوله الا أن يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه الخ) أقول اشارة الى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار قال صاحب النهاية والاتقاني الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار اه والظاهر من تقرير الكافي انه استثناء من قوله ان شاء أخذ منه نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء أخذ منه نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غريمه بنصف الدين اه فتأمل في الترجيح لان وفي الكفاية استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في الثوب ويجوز انه يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة اه قال المصنف (وله حق المشاركة) أقول الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن

لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفناهذا فنقول في مسئلة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء أخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا أن يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لانهما لما اشتركا في المقبوض لابد أن يبقى الباقي على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كما لا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده

لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه) قال الشراح قاطبة هذا استدراك جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير اذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن يرد عليه أنه وان تم جوابا عن ذلك السؤال الا أنه مناف لما تقرر آنفا من أن لصاحبه حق المشاركة في المقبوض لانه لما قال في تعليله لان العين غير الدين علم منه ان ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل. ثم ان هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وان شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بأن قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته وأخذه النصف دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين انتهى فان الظاهر منه ان يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلا من حقهما معا لا من حق

وصفته لانهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخمسة ونصيب الآخر خمسمائة سودا لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه لان بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفا ولعل المصنف انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال (اذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا اذا كان صالح على شئ ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض

لما قلنا من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لابد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا أي من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو ألزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض كما ذكرنا من قوله الا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض

والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين والشريك أن يتبع الغريم في جميع ماذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشاركه القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشتركة وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين في العقود كذا في عامة الشروح قال صاحب النهاية بعد ذلك فان قيل في هذا الجواب ورود سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لا تصح وفي المقاصة بدين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا أما ضمنا فجائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف عنه واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى (أقول) في تحرير قول صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تتحقق المقاصة لزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا تتوهم القسمة قبل القبض أصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى أن يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لا يضمنه ربع الدين وقد تقرر أن له أن يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ماذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال الاصل هنا أن الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض أحدهما شيأ منه فالمقبوض من النصيبين لانا نجعله من نصيب أحدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال

أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء تنفع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ماذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) لئلا ينقلب ماله عليه فانه خلاف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشاركه القابض) في الفصول الثلاثة (لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول فيه تأمل

كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على أحد الشريكين دين الغريم قبل الدين المشترك فأقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء عن أولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على مابقي من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة ولساكت بالعشرة (ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلافا لهما قال صاحب النهاية ماذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه ابراء مؤقتا بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر مايوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على مابقي من السهام ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشترى شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض

كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما له في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله أن لا يشاركه لئلا ينقلب ماله ماعليه فانه خلف باطل (أقول) فيه نظر لانه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض) أقول فيه شيء وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم الا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبيه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضا (قوله ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز

لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة أمرا وجوديا لزم ماذكرتم وانما هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ماشئت فسمه وذلك عدمي فلا نسلم أنها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراز أحد

 النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية (ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشترى شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض) لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ماعدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها

(قوله والجواب عنه ان تأخير البعض فيه الخ) أقول اختيار للشق الثاني ثم الضمير في قوله فيه راجع الى الدين (قوله فان قيل فقد يجوز ابراء أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الابراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل الابراء والا فكيف تعلق الابراء بنصيبه خاصة فليتأمل في جوابه (قوله أجيب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول ولو أجيب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الابراء لم يحتج الى ذلك التطويل (قوله لزم ماذكرتم) اقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلا نسلم أنها الخ) أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه

(وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف) وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قاضيا النصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية

فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشئ فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيأ مضمونا يقبل الشركة فانه يملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجناية وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لأن التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيأ قابلا للشركة بل أتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطا يرجع عليه وأطلق في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شئ لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وأرى انه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشئ قال (واذا كان السلم بين شريكين الخ) اذا أسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من عليه رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازة الآخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل

وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جناية العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التميز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه معنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التميز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك وأجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة الى هنا كلامه (أقول) في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بأن ذكر ما يوجب التميز يتحقق في صورة الابراء أيضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزمها في صورة الابراء أيضا وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التأخير كيف ولو أمكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد) قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا رجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شئ لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ذكر ما فيها وأرى أنه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا للشئ انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجئ انتهى (أقول) هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجئ في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا أن الارش قد يلزم العاقلة بجناية الخطا ثم يصالح عنه على مال أعطاه الجاني فبقي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا لشئ اذ الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فأين ما أراده مما أورده ذلك الراد ثم أقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كأحدهم على ما يجئ في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا للشئ اذ قد كان مقتضيا لقدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة وأما ثانيا فلان ما ذكره انما يقتضي اطلاق الجناية لا تقييدها بالعمد فان المصالح اذا لم يكن مقتضيا للشئ لزم أن لا يرجع شريكه

(قوله فيتحقق القضاء والاقتضاء) أقول أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجئ

وقال أبو يوسف جازاعتبارا بسائر الديون فان أحد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا (وبما اذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه) بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد وجهان أحدهما انه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فانا اذا اخترنا فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا الان المسلم فيه يعني ان المسلم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لان الصفقة واحدة وهي

مشتركة بينهما واذا شاركه فيه

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح) اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا الان المسلم فيه صاروا واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لانه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف وأما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا تجوز اذا كانت قصدا وأما اذا كانت ضمنا فتجوز كما صرحوا به وقدم من قبل وفي الشق الاول من الترديد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (قوله ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترض

يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب (قالوا) أي المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا

انما هو (اذا خلطا رأس المال) وعقدا عقد السلم وأما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لاجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لان الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا أو لم يخلطا

(قوله رجع المصالح الخ) أقول اطلاق المصالح يجوز الا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح (قوله وقيل وليس بسديد) أقول القائل هو الخبازي نقلا عن الاوضح

﴿فصل في التخارج﴾ التخارج تفاعل من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى أحد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شروط تذكر في أثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة قال (واذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم الخ) واذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه حال كون التركة عقارا أو عروضا جاز قل ما أعطوه أو كثر وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره وهذا لانه أمكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ولم يصح جعله ابراء لان الابراء من الاعيان غير المضمونة لا يصح (٥٢) فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع أجيب بأن الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى تسليم فلا يفضي الى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيأ واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار أن احدى نساء عبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار الى

﴿فصل في التخارج﴾ (واذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه اياه أو كثيرا) لانه أمكن تصحيحه بيعا وفيه أثر عثمان فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار

أن يعود ويقول هذا المعنى موجود أيضا فيما اذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لان الاقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الاقالة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل تقف

﴿فصل في التخارج﴾ التخارج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشئ معلوم وانما أخره لقلة وقوعه اذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار) قال في غاية البيان والاصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الاصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقال محمد أيضا حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس انه قال بتخارج أهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن ابن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقد أثبت شمس الائمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير الا أن شمس الائمة السرخسي قال وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقدر وى محمد الالف مطلقا ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار

﴿فصل في التخارج﴾ (قوله ووجه تأخيره قلة وقوعه) أقول ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت (قوله وقيد بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله حال كون التركة عقارا الخ (قوله صالحوها) أقول الضمير في قوله صالحوها راجع الى احدى نساء (قوله وهي تماضر الى قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب) أقول هذا الكلام الى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وانما كتبت هذا لئلا يتوهم ان المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه

وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفي بذلك القبض أي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بأن يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر أما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فأما اذا كان الذي في يده بقيتها مقرا فانه لابد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساويا لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا أما اذا كان مساويا فلا زيادة العروض واذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء أيضا لما مر ولابد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصادق أما اذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها

قال (وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبا فأعطوه فضة فهو كذلك) لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لابد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازا عن الربا ولابد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (واذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يعجلوا اقضاء نصيبه متبرعين

الى هنا لفظ غاية البيان وهذا بسط ما ذكر في جملة الشروح ههنا غير أنه ذكر في سائر الشروح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربا) أما اذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض وكذلك

حينئذ لقطع المنازعة ولاقتداء اليمين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا) قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أو لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لابد من القبض في المجلس لكونه صرفا قال (واذا كان في التركة دين على الناس الخ) واذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وأما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يعجلوا اقضاء نصيبه من الدين متبرعين

قال المصنف (واذا كان في التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكاكي أي في الكل في العين والدين اما في الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين وأما في العين فلاتحاد الصفقة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد نقضا على أبي يوسف ومحمد فيما اذا أسلم حنطة في شعير أو زيت حيث قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا أفسد الكل وهذا مما يحفظ وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة وأما عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد انتهى فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الاسلام خواهر زاده فليتأمل ثم ان عبارة المصالح في قول المصنف على ان يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل

وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه و يصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

اذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة فى هاتين الصورتين للزوم الربا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقى أيضا لان التركة عين والابراء عن الاعيان باطل كذا فى الذخيرة وفى كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجويز ذلك بطريق الابراء عن الباقى منظور فيه عندى لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا ان البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقدمر فى الكتاب فلم لا يصح تجويز الصلح على الاقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقى وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن فان قلت قدمر فى الكتاب أنه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه فى الباقى وما نحن فيه تظير تلك المسئلة فاذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قدمر أيضا فى الشروح هناك ان ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية وأما فى ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر فى الذخيرة وفى فتاوى قاضيخان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية فى تلك المسئلة حتى قال فى الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية أن الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر فى جميع الكتب فيرد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم أبو الفضل انما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة و يفدى به يمينه فلا يتمكن الربا كذا فى الذخيرة والتتمة ونقل عنهما فى النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعنى الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين فى حالة التصادق أما فى حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال الامام الاسبيجابى والصحيح انه باطل فى الوجهين لانه يكون معاوضة فى حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذى قلنا انتهى وهكذا نقل عنه فى غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيخان فى فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا فى حالة التصادق أما فى حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان فى حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع انتهى كلامه (أقول) فى الوجه الذى ذكره قاضيخان إشكال لان عدم كون المأخوذ بدلا فى حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا فى حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون المأخوذ بدلا فى حق الآخذ أيضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق فى قدر المأخوذ واسقاط الحق فى الباقى كما قالوا فى الصلح عن الدين بأقل من جنسه قلت الكلام فى الصلح عن أعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل على ما صرحوا به فلو أمكن تصحيح هذا الصلح فى حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لأمكن تصحيحه فى حالة التصادق أيضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين فى ذلك المعنى قطعا وقد أجمعوا على عدم امكان تصحيحه أصلا فى حالة التصادق نعم بقى لنا الكلام فى هذا المقام بأنه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح فى الحالتين بمعاملته على البراءة من دعوى الباقى من أعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان والباطل هو الثانى دون الاول كما قررناه من قبل (قوله وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم رجوعهم

وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما فى الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفى الوجه الثانى لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذى هو نسيئة والنقد خير من النسيئة (والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه و يصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء

قال المصنف (وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) أقول قال فى الكفاية لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى هذا هو الحق لا ما فى سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة فى الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل (قوله وفى الوجه الثانى لزوم النقد عليهم) أقول فيه بحث

ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا

رجوعهم على الغرماء كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا فى سائر الشروح أما فى الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفى الوجه الثانى لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذى هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما فى سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة فى الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى (أقول) قد يكون التبرع فى نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون فى نقده وتعجيله بأن يعطيه فى الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافى أن يأخذ عينه أو بدله فى الآجل فلما كان قول المصنف فى الوجه الثانى متبرعين محتملا لكل واحدة من صورتى التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها فقسر ضرر بقية الورثة فى الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر فى الصورة الاولى ففسروا الضرر فى الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل فى الرد عليهم اذ لا نسيئة فى التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم أن صدر الشريعة حمل هذا الوجه الثانى فى شرح الوقاية على ما حمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يؤدون الى المصالح نصيبه نقدا ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء وفى هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف فى توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه فاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافى وغيره حيث قال الحيلة الاولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال وفى هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصيرلهم انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان ماذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصة المصالح لا تصير لهم فقوله لا أن حصته تصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره فى تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد فى الطنبور نغمة حيث قال فى هذا المقام وفى هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع وقال فى حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى (أقول) فيه أيضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمى من جهة تأديه الى سهولة أداء الغرماء حصص باقى الورثة فأين هذا من ذاك فالحق ماذكره صاحب الهداية (قوله ولو لم يكن فى التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا فى كثير من الشروح بأن كان له فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا فى الذخيرة أيضا (أقول) فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بعضا من بدل الصلح ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر فى الكتاب كما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة

ونولم يكن فى التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغينانى بأن كان فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل

وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لايجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح أنه يجوز لانها لاتفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لايجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لاينبغي أن يصالحوا مالم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لاتجوز استحسانا وتجوز قياسا

يحفه من بقية التركة احترازا عن الربا فالحق في البيان ههنا أن يقال بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لانه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني و بدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لان مازاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى فانه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكأن صاحب الكافي تنبه أيضا لما ذكرناه من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية ولكن الاوجه أن يزاد عليه قيدا أو أكثر كما بينا عليه آنفا لان فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لايخفى (قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لايكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لايلزم الربا مما بيناه فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا لكنه ساقط ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره يحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا الا أنه على كل تقدير يلزم الربا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد ألا ترى الى قولهم لاحتمال أن لايكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمل جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلا عن شبهة شبهته فتأمل تقف ثم اعلم أن صاحب الاصلاح والايضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ماذكر في الكتاب قال ولقائل أن يقول حق الجواب التفصيل بأن يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لايجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لا احتياج ههنا الى ماذكره من التفصيل أصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على الاستقلال احداهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ وأخراهما قوله في أول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه اياه أو كثيرا وأما ثانيا فلان التفصيل الذي ذكره لايخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لايجوز لايصح على اطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدللا وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير

(وقيل يجوز) وهو قول الفقيه أبي جعفر لاحتمال أن لايكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك (قيل لايجوز لكونه بيعا) اذ لايصح أن يكون ابراء (لان المصالح عنه عين) والابراء عن العين لايجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة) فلا حاجة الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا أو غيره ففي الاول لايجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يتملك التركة وفي الثاني لاينبغي أن يصالحوا مالم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وأما القسمة فقد قال الكرخي انها لاتجوز استحسانا وتجوز قياسا ووجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث اذ مامن جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان التركة لاتخلو عن قليل الدين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة والله أعلم

ايضا

(قوله أكثر مما أخذ أو أقل) أقول فيه بحث

﴿ كتاب المضاربة ﴾

المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض سمى بها

أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر أيضا مستوفى وأما الثانى فلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب فى هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن فى التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل فى هذه المسئلة هكذا وفى صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى فكيف يتصور فى هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هى منحصرة فى الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر فى الكتب المعتبرة عامة

﴿ كتاب المضاربة ﴾

﴿ كتاب المضاربة ﴾

قد ذكرنا وجه المناسبة فى أول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة (والمضاربة مشتقة من الضرب فى الارض وسمى هذا العقد بها

﴿ كتاب المضاربة ﴾

قد مر وجه المناسبة فى أول كتاب الاقرار والمضاربة فى اللغة مفاعلة من ضرب فى الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله يعنى الذين يسافرون فى الارض للتجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا طلبا للربح وفى الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتى فى الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه هى فى الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا (أقول) فيه فتور اذ الظاهر ان المضاربة فى الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هى عقد يحصل قبل ذلك أو معه وركنها الايجاب والقبول بألفاظ تدل عليها مثل أن يقول رب المال دفعت هذا اليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدى هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر فى أثناء المسائل قال فى العناية وشروطها نوعان صحيحة وهى ما يبطل العقد بفواته وفاسدة تفسد فى نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتى ذلك اه (أقول) فيه قصور لان الشروط الفاسدة أيضا نوعان نوع يفسد العقد أيضا ونوع يفسد فى نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا فى النهاية وسيأتى التصريح به فى الكتاب أيضا وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة فى النوع الثانى منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما أشير اليه فى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل فى النهاية قال فى العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل أما أولا فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه فى كثير من المعتبرات حتى المتون الا ترى الى ما قال فى الوقاية وهى ايداع أولا ووكيل عند عمله وشركة ان ربح وأما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع عند بيان حكمها وهو حكمها أيضا ثبت بها أولا على ما صرح به فى عامة الكتب وقال فى الكافى والكفاية وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب (أقول) فيه أيضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتى وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة منافى لصحتها فكيف يصح أن تجعل الاجارة والغصب حكما من أحكامها وحكم الشئ ما يثبت به والذى يثبت ثمة فيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحا أن يجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا أنهما يصلحان أن يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فمن أدرجهما فى أحكام المضاربة يريد بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكره فى قرائنها من ركنها وشرطها وغيرهما انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير فى أحكامها أيضا لا بد أن يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم

لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح) قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا (ومشروعيتها للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد) أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعيتها انتظام مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على ان مارزق الله فكذا وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقررهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا وان لا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم أمر ايقانه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير نكير فكان اجماعا قال (ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة في يده لانه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله وهو شائع فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ماشرط من الربح كالاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيماذا ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في كله الربح لا في رأس المال مع الربح اى لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف أو فلوسا رائجة عند محمد وبما سواها لا تجوز وقد تقدم في كتاب الشركة

لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب أمانة في يده لانه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل

للمضاربة الفاسدة أيضا في الاحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضا فيما سيجيء أن يكون للعامل مثل أجر عمله ولا شك ان ليس للغاصب أجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شيء (قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيأ اه (أقول) ليس هذا بشيء لان الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الايصال والافضاء الى المسبب في الجملة لا التأثير فيه وانما التأثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مسامحة فانها في الاصطلاح هي العقد المخصوص (قوله وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول لعل المراد الالفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافي المضارب أمين أولا لانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه له بأمره حتى يرجع لما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى هذا يخالف ما في الشرح من انه وكيل عند الدفع فليتامل

ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث إنه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذى فى ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على مامر فى البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض

كلامه فى الاصول فتخلف استحقاق الربح عن سعى المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة فى ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية فى بيان التعليل أى لان عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان فى المستقبل فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان فى المستقبل أيضا لئلا يخالف الكل الجزء اه واقتفى أثره صاحب العناية فى هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء والاجارة بالزاى (أقول) فيه بحث أما أولا فلأن المضاربة مالم تفسد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا به ومر فى الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة فى الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بالراء أصلا بل تنافيها قطعا فلا معنى لدرجها فى تعليل صحة عقد المضاربة فى الصورة المزبورة وأما ثانيا فلأن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية فى كثير من الاحكام ألا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لا زوج والثانى زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة أيضا متحققة قطعا فى كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك وأما ثالثا فلأن الوكالة والاجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة أما الوكالة فلأنهم اتفقوا على انها حكم من أحكام المضاربة ولا شك ان حكم الشئ خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه وأما الاجارة فلأنها أيضا حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشئ مناف لصحتها مضادلها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها لحديث الجزئية فى تعشية التعليل المزبور مما لا وجه له ولم أر أحدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه فى تعشية ذلك تقرير صاحب الكافى حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما أضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان فى المستقبل يجوز لانه وكالة أو وديعة أو اجارة وليس فى شئ من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان فى المستقبل اه نعم فيه أيضا شئ مما مر وهو ان المضاربة اجارة بعد فسادها لا فى حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة فى تعليل صحتها فى الصورة المزبورة اللهم الا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كأنه قيل ليس فى عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان فى المستقبل لا فى حال صحته ولا بعد فساده فتأمل ثم أقول بقى لى بحث قوى فى هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ابداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا فى محله بأن ما لا يصح اضافته الى زمان فى المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فاذا لم تصح اضافة الشركة الى زمان فى المستقبل فقد وجد فى المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغى أن لا يصح عقد المضاربة فى الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع منع أمور لا يجدى عند تحقق مانع آخر (قوله لان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على مامر فى البيوع) واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشترى للمشترى والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا فى العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل

مشتمل على التوكيل والاجارة بالراء والاجارة بالزاى وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان فى المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك فانه لا تجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج أما عند أبى حنيفة فلان هذا التوكيل لا يصح على مامر فى البيوع أى فى باب الوكالة فى البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشترى بها هذا العبد الخ واذا لم يصح كان المشترى للمشترى والدين بحاله واذا كان المشترى للمشترى كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهما فلان التوكيل يصح ولكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز

(قوله لئلا يخالف الكل الجزء) أقول قد سبق فى كتاب الوكالة ان الأصل فى المضاربة العموم وفى الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء (قوله واذا لم يصح كان المشترى للمشترى) أقول والاظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشئ منافٍ له واذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما اذا ثبت الوجود انتفى العدم ثم فسر ذلك بقوله (فان شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل (لانه) عمل لرب المال بالعقد و (ابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لرب المال لانه نماء ملكه) فتعين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف) قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يجب) بالغا ما بلغ (كما ينافي الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه أجير وأجرة الاجير تجب بتسليم المنافع) كما في أجير الوحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم (العمل) كما في الاجير المشترك (وقد وجد) ذلك

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال (فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان أجر الاجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد

اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اه (أقول) قد مر منا ان حديث كون الوكالة جزأ من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا محال لان تكون جزأ منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير الى ما ذكره صاحب العناية والنهاية نعم انهما قالا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا في ترك ذلك ههنا (قوله فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب عامة الشراح الى أن هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة أي على ما شرطا كالنصف والثلث فله أي فللعامل (أقول) فيه نظر لان هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين أحدهما ان المسئلة الاولى أعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتمشى في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطا أن يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح أو ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على ان كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فانما يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم وثانيهما ان حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المختلفين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندي ان الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة

(قوله ثم فسر ذلك بقوله فان شرط الخ) أقول فيه اشارة الى أن الفاء تفسيرية (قوله والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة) أقول في القاموس وراء مثلثة الآخر مبنية والوراء مهموز لا معتل ووهم الجوهري ويكون خلف وأمام ضد ويؤنث انتهى فوراء ههنا بمعنى القدام والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف اذ العشرة زيادة على ما شرط من الشركة في الربح (قوله لان ذلك تغيير المشروع) أقول أي شرط العشرة

(وعن أبي يوسف لايجب) له شئ اذا لم يربح (اعتبارا بالمضاربة الصحيحة) فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيأ (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى فان قيل ماجواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد أجيب بأن الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحيحة (٦١) والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كأجير الوحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث انه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا قول أبي حنيفة وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح أنه لا ضمان على قول الكل لانه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت أو فسدت أمانة لانه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله أمينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي

وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده

المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها) فان قلت ماجواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لابي يوسف رحمه الله فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاه صاحب العناية الى المبسوط (أقول) مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شئ من الاحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلا بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر مما له الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضا بقوله ولانه عين مستأجرة في يده لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتأمل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معا وأما اذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقا للمصرح به (قوله ولانه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ عين مستأجر يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الوحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سيل مفعم مما بني للمفعول وأسند للفاعل اذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الاناء ملأته وقد أسند الى الفاعل لان السيل هو المالئ لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستئجار قطعا كما انه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقا لا انه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما أشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث

(قوله تنعقد شركة لا اجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليتأمل (قوله والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى فليتأمل (قوله لان العين الواحد الخ) أقول فيه تأمل

فقال (وكل شرط يوجب جهالة فى الربح) كما اذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرطا أن يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها (فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح وفى الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح فى مقابلة العمل وأجرة الدار والارض وكانت حصة (٦٢) العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال) أو عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة فى الربح لم تفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة فى الربح ولا يبطل فى نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجىء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أى المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشئ عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه

(قوله وكانت حصة العمل مجهولة) أقول فان قيل هذه جهالة لا تفضى الى النزاع فينبغى أن لا تكون مفسدة قلنا العلل افسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح الا قدر أجرة الدار والارض فلا توجد الشركة فيه اذ لم يتعين انه أجرة الدار وحصة من الربح فهذا معنى قوله فيكون حصة العمل مجهولة فليتامل (قوله والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فان هذا الكلام نفسه وان كان صحيحا فى نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لان المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويفسد الشرط فليتدبر

وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب

قال المستأجر فى الحقيقة انما هو المضارب لكن سمى العين مستأجرا العمل المضارب فيه ا ه ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث انه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه فى ذلك الوقت لآخر وقال صاحب العناية والنهاية منهم فى تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير الوحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين فى الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أريد بالعين الواحد فى قولهما لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم ان نفسه لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى الوقت الواحد لان الاجارة اذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجرا لكثير من المستأجرين فى وقت واحد كالقصار وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم فى ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجرا لاكثر من واحد بخلاف أجير الوحد فان الاجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لآخر فى الوقت الواحد كما تقرر فى محله وان أريد بالعين الواحد فى قولهما المزبور رأس المال فنسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين فى وقت واحد أى أن يكون فى يد كل واحد منهما يعملان به فى وقت واحد ولكن هذا لا يقتضى أن يكون المضارب بمنزلة أجير الوحد لجريان هذا المعنى فى كل أجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور أن يكون فى يده وفى يد غيره على الاستقلال فى الوقت الواحد لامتناع وقوع شئ واحد فى محلين مختلفين فى وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة فى الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب) قال فى النهاية فان قلت هذا الكلى منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلى لان هذا الشرط لا يوجب جهالة فى الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلى ينبغى أن لا تفسد المضاربة لانه غير الذى يوجب جهالة فى الربح قلت نعم كذلك الا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذى لا يمنع موجب العقد وأما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبه انتهى (أقول) هذا الجواب لا يشفى العليل ولا يجدى طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذى لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود فى المقام اذ المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة فى باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذى لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذى يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة فى الربح خارجا عن قسمى هذا الاصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة فى الربح ولا يبطل فى

قال (ولابد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب الخ) لابد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولابد لرب المال فيه بتصرف أو عمل لان المال أمانة في يده فلابد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلابد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقدا أو غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام

قال (ولابد أن يكون المال مسلما الى المضارب ولابد لرب المال فيه) لان المال أمانة في يده فلابد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلابد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما يجزء من المال قال (واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة رحمهما الله انه ان دفع في بلده ليس له أن يسافر لانه تعريض

نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعده هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه (أقول) مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا في نفسه الا أنه مفسد لمعنى المقام لان معنى القسم الثاني من الاصل المذكور على ما صرحوا به هو ان غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار اليه المصنف بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضا حيث قال أولا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة في الربح الخ ولا شك ان المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة ههنا بأن لا تكون مقيدة بزمان

ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لانهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما يجزء من المال جائزا وان كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة والله أعلم قال (واذا صحت المضاربة مطلقة الخ) المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب أن يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر

التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانهما من صنيعهم ويسافر لان المسافرة أيضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه ان دفع اليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما أعطاه المال بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه فظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انهما من صنع التجار

(ولا يجوز للمضارب أن يضارب الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لان الشئ لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها (بخلاف الايداع والابضاع لانهما دونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض فانه لا يملك به وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة على القرض أما الدفع (٦٤) مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول)

يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعذرت جهة الجواز فينبغي أن يترجح على جهة العدم أجيب بأن كلا من جهتي الجواز والعدم صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها كما عرف (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لانه توكيل) والتوكيل في شئ معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها وفيما هو المقصود وهو الربح (وليس له أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره

على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لان الشئ لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره

ولا مكان (أقول) هذا تقصير منهم جدا لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضا مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالاولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله ان يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لان الشئ لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه (أقول) الظاهر ان قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز اذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المزبورة على الدليل

(قوله لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل) أقول بخلاف المأذون لان الثابت بالاذن المذكور فك الحجر ثم العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالية الاصلية ولما كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة اسقاط الملك عن العبد بالاعتاق لان فك الحجر عبارة عن اسقاطه ثم المعتق يعتق عبده وكذلك المأذون يأذن عبده فلا يخفى عليك ما في تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها) أقول أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقي كما سيجيء فليتأمل (قوله أجيب بأن كلا من جهتي الجواز صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها) أقول الاظهر فلا يترجح أحدهما بالاخرى (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول في تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم للسلعة أيضا فان السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس الى بعضها أكثر

فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصبا (وان لم يشتر ورده الى البلد الذى عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق) فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج (واذا اشترى ببعضه فى المصر الذى عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذى عينه كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء فى يده

بالعقد السابق وأما اذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر فى غيره فهو ضامن لما اشتراه فى غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه فى ذلك القدر والباقى على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقى وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفى ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد أشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذى عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء (يعنى فى الجامع الصغير) (للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشترى فى سوق الكوفة

قال (فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهى التى عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف فى الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه فى المصر كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفى كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذى عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا للاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن يشترى فى سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهى بأن قال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه

المذكور فى الكتاب وهو قوله لان الشئ لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه فى الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر فى بعض الشروح من أن الكلام فى التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية أما المأذون فلأن الاذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية وأما المكاتب فلأنه صار حرا يدا وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة (قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهى رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج اه (أقول) قوله انه رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سياتى من ان شرط الشراء فى رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضا فالحق فى الجواب أن يكتفى بأن يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذى عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى أصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شئ (قوله الا اذا صرح بالنهى بأن قال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه) قال فى معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر فى الذخيرة انه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع

حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهى فقال اعمل فى السوق ولا تعمل فى غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه) ونقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبنى على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهى الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثانى كصورة النقض فان البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا وأما الثالث فكالنهى عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان

(قوله وغيره) أقول أى غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول أى من كل وجه (قوله فان البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة) أقول جملة كان صفة بثمن واسم كان ضمير راجع اليه وقوله ثمن النسيئة خبر كان

البلدات أما كن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع فى محل ليس له أن يحفظ فى غيرها وقد تختلف الاسعار أيضا باختلاف أماكنه وغير مفيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء فى السلم بأن يكون فى المصر ولم يبين المحلة فاعتبر ناه حالة التصريح بالنهى لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص وتقرير كلامه ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أى بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو (٦٦) ان رب المال اذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو فى مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لانه تفسير له أو قال فاعمل به فى الكوفة لان الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفى غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة

بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهى اذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافا لزفر وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافا لزفر لانه مخالفة بالخير اه (أقول) فى كل واحد من السؤال والجواب خبط أما فى الاول فلان قوله أو على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب فى عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا فى الذخيرة ولا فى شئ من الكتب الشرعية وأما فى الثانى فلان قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور فى الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة فى العكس مخالفة بالخير أيضا وهذا ظاهر جدا فالصواب أن يطرح حديث العكس فى السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو فى مكان كذا الخ) يعنى ان معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا بهذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطا واثنان منها لا تفيده فتعتبر مشورة والضابط فى التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكر ههنا فى جملة الشروح والكافى (أقول) فيه شئ وهو انهم اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة برفع تعمل ويجزمه من تلك الالفاظ الستة التى تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء بالفظين اللذين حصر وافيهما ما يصح الابتداء به فى باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغى أن يكون قوله تعمل به فى الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضا فتأمل (قوله أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به فى الكوفة فله أن يعمل فيها وفى غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فان قيل لما ذا لم تجعل الواو للحال كما فى قوله أدا الى ألفا وأنت حر قلنا لانه غير صالح للحال

جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو فى مكان كذا أو قال خذه تعمل به فى الكوفة أو قال فاعمل به فى الكوفة أو قال خذه بالنصف بالكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف لان قوله تعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به بحيث لا يصح أن يبتدئ بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على أن تعمل شرطا والمفيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال فى المصر وقوله تعمل به فى الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به فى الكوفة فى معناه لان الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسيره وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان ههنا الباء للالصاق ويقتضى الالصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو ان يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فواضح وأما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال ان فعلت كذا كان أنفع فان قيل فلم لا تجعل الواو للحال كما فى قوله أدا الى ألفا وأنت حر

(قوله فجعل قوله على أن تعمل شرطا) أقول شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وقوله تعمل به فى الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة) أقول ويجوز أن يكون استئنافا بيانيا (قوله وأما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به) أقول اذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به وان لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل

أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على أن تشترى من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيدا لزيادة الثقة به فى المعاملة لتفاوت الناس فى المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة فى الحساب والتنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على أن تشترى بها من أهل الكوفة أو دفع فى الصرف على أن يشترى به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول يعنى من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفى وفائدة الثانى التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره (قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك) يعنى غير المكان فى الاول والنوع فى الثانى دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاول أن يكون شراؤه من كوفى لا من غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف فى ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يخص المعاملة فى الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله (وكذلك ان وقت للمضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان والله أعلم قال (وليس للمضارب

أن يشترى من يعتق على رب المال الخ) وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى وذلك لا يتحقق فى شراء القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفى هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس بمقصود فى الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشتر لى عبدا أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان

ولو قال على أن تشترى من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به فى المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشترى بها من أهل الكوفة أو دفع فى الصرف على أن يشترى به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال (وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه بطل العقد بمضيه) لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشترى من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها) لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل فى المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال (فان كان فى المال ربح لم يجزله أن يشترى من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة

ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا فى النهاية وهو تمامة الشروح (أقول) ينتقض هذا الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصيص وقد صرح فى النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التى ذكروها فى الجواب المزبور لعدم صلاحية

مخالفا ولهذا أى ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل فى المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل أى اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبى والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولى والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى عما المضاربة دينا عليه وأما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما أن يكون فى المال ربح أو لا فان كان لم يجزله أن يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبى حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف فى تجزؤ الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفى المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة

(قوله لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ) أقول وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر

وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فاذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لتملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيأ لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة أي نصيبه من الربح أمر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا وأخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيأ لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف الخ) وان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيأ وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من أهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه أي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل واحد منها يساوي رأس المال كما لو اشترى بألف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي ألفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحا والثاني أن المضارب اذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الاول بأن تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها رأس المال فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة واذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق أجناسا مختلفة عند أبي حنيفة قولا واحدا وعندهما أيضا في رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا

(وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم) لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيأ) لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره (ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه) لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتق) ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة

قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للحال أيضا وان قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يرد أن يقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الاشكال بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الاشكال أن يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر في العلوم العربية أن الجمل الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يزد على هذا شيأ فهو أيضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكأنه أيضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قوله والمدعي موسر) قال الشراح وانما قيد بقوله

بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك وأما ما نحن فيه فاخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما اذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيأ لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا وأصله مسئلة السفينة والقدح المكسور ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك وان انتفى الضمان بقي أحد الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاه لاحتباس ماليته عند نفسه وان شاء أعتق لكونه قابلا للعتق (٦٩) فان المستسعى كالمكاتب عند

بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا فاخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما اذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسعي الغلام) لانه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولده ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيأ من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اه فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال انما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره لانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلأن لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره أولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل أن يكون محمولا على حالة اعساره فقط (قوله ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي فان قيل لماذا لا تجعل الامة رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على

فتكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب

(قوله وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد الخ) أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحرية والام تتبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا

﴿باب المضارب يضارب﴾

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما أن الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة أن الدفع قبل العمل ايداع

﴿باب المضارب يضارب﴾ مضاربة المضارب مركبة فأخرها عن المفردة اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فان ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ثم رجع أبو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى أي موقوفا ان عمل ضمن والا فلا ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع

الولد من السعاية من جنس راس المال والامة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال أولى اه واقتفى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اه (أقول) نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحرية والام تبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اه (أقول) الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار اليه المصنف بقوله لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كالهالك فتكون بينهما اه الا أنه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستسعاء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اه (أقول) لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الالف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل تقف

﴿باب المضارب يضارب﴾

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى أبدا فكذا بيان حكمها كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيهما وجها آخر أيضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبدا واختاره صاحب الغاية والعناية (أقول) فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين قطعا ألا ترى ان الثاني أبدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه

قطعا

وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة فى المال فصار مخالفا لاشتراك الغير فى ربح مال رب المال وفى ذلك اتلاف فيوجب الضمان كالو خلطه بغيره وهذا أى وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على ماذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول

كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتيهما جميعا لم يضمن الاول لان الثانى أجير فيه وله أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم أجيب بأن المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثانى من الربح مقدار ما تجوز به المضاربة فى الجملة بأن كان المشروط للاول نصف الربح ومائة مثلا وللثانى نصفه (قوله ثم ذكر فى الكتاب) يعنى القدورى (يضمن الاول ولم يذكر الثانى وقيل) اختيارا منه لقول من قال من المشايخ (ينبغى أن لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثانى) فى هذه المسئلة (باجماع أصحابنا (و) هذا القول (هو المشهور) من المذهب (وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده) لكن لابد من بيان

وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة فى المال فيضمن كالو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثانى لانه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر فى الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثانى وقيل ينبغى أن لا يضمن الثانى عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثانى يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثانى يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول وبين الثانى وكان الربح بينهما على ما شرطا لانه ظهر انه ملكه بالضمان

قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب فى العقل لكنه ليس بمدار الحكم فى هذا الباب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله وبعده ابضاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى اه (أقول) ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بأنه ابضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة والذى ينافى الابضاع ويلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما يلائم الايداع قبل العمل والابضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فانه قال فيه ووجه المروى عن أبى حنيفة ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولى بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو لا يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بيناه من قبل اه ولا يخفى أن المفهوم منها ان المضارب وكيل لان الدفع نفسه توكيل ولا كلام فى ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة وأما أنه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة) قال فى النهاية ومعراج الدراية أى الضمان عليهما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذى ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال فى العناية وشرح العينى أى وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على ماذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يحتمل أن يكون المشار اليه بهذا ههنا وجوب الضمان عليهما أى على المضارب الاول والثانى بل كون المشار اليه به هنا هو الضمان على الاول متعين لان المذكور فى الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يمر من المصنف الى الآن شئ يشعر بضمان الثانى أيضا فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما وشأن اسم الاشارة أن يشار به الى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف فى محله ووجوب الضمان على الثانى مما لم تشم رائحته قط الى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا بصدد بيان ما ذكر فى الكتاب من ضمان الاول لرب المال وأما ان الثانى هل يضمن أيضا أم لا فسيبينه بعد مفصلا بقوله ثم ذكر فى الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثانى الخ فهو ههنا بمعزل عنه (قوله لانه ملكه بالضمان

فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه أن المودع الثانى يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثانى يعمل فيه لمنفعة نفسه) من حيث شركته فى الربح (فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة) الثانية (لانه ملكه بالضمان

﴿باب المضارب يضارب﴾

قال المصنف (وبعده ابضاع) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما فى شرح الكنز للعلامة الزيلعى

من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد) أي بسببه (لانه عامل له) أي للضارب الاول (كما في المودع) واعترض بأن كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول وأجيب باختلاف الجهة يعني أن المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأول على الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال (فاذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فيتصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول لكن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له ما ربحت من شئ فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شئ للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون الثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شئ كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله) لانه شرط للثاني شيأ هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه و يجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ (ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد) فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار (وتصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث) لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق قال (فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهما ذلك أي للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيأ فقد باشر العقدين الا ترى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال معهما ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان المغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه (فصل

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل انما يتمشى على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تتحقق المخالفة بالدفع مالم يعمل وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل مالم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاهم بالبيان والتعليل ههنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل في التوجيه

(قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض والمجيب هو الاتقاني (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول أي عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول الظاهر أن اللام للمنفعة

﴿فصل﴾ لما كان للضارب بعد ادخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ماذكر ذكره في فصل على حدة فقال (واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) ففوله ولعبد رب المال في مقابلته شيآن عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحترازعن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شئ وقوله على أن يعمل العبد معه احترازعما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما أن يكون على العبد دين أولا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما هو شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب

فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف وأما اذا شرطا أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لان للعبد يدا معتبرة لاسيما اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا) أي ولان للعبد يدا معتبرة (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا) أي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني اذا كان مديونا على ما سيجيء (وانما كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة (والشرط) يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر

﴿فصل﴾ (واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف والله أعلم

﴿فصل﴾ (قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم في عبد المضارب كذلك أيضا ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا الوشرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافا لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه وردعليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل

﴿فصل واذا شرط المضارب﴾ قال المصنف (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول قال الكاكي قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وجه قولهم ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني) أقول فيه تأمل (قوله فانه اذا شرط ذلك للأجنبي) أقول عبدا أو حرا ابن المضارب أو زوجته أو غيرهما

﴿فصل في العزل والقسمة﴾ قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا توارث الوكالة وقد مر من قبل

ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث انتهى (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بيانا لما قبل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث وموردة فضلا عن المنافاة ثم ان محصول ذلك المنقول أنه اذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيآن عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شئ انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي أصلا أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما اذا شرط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم وأما اذا لم يشترط ذلك فلانه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال ألا ترى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه خرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه (أقول) هذا هو الحق عندي ولقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب تأمل تقف

﴿فصل في العزل والقسمة﴾ أي في عزل المضارب وقسمته الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذا من النهاية ورد بأنه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيأ كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبأنه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة

﴿فصل في العزل والقسمة﴾ (قوله ثم عاد مسلما كالوكيل) أقول قال الاتقاني فانه اذا رجع الموكل مسلما لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافا لما روى عن محمد وقد صرح في باب عزل الوكيل

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحقوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح في المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلاثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه توكيل بأنه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجوه الثلاثة المذكورة قلت حينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل في بعض الاحكام الذي من جملته ما نحن فيه قلنا حينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا أصلا لصيرورته أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما أما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء به فلو كان حق المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزله جماعة منهم الى المبسوط (أقول) فيه اشكال أما أولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا أن يقيد قولهم كما لو مات بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب وأما ثانيا فلانه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضا بهذه العلة فليتأمل ثم أقول الذي يظهر من تعليل المصنف هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتبرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه أما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليله اياها لان اللحوق بمنزلة الموت عندنا ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا ما هو بمنزلة الموت وأما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة اه ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد أن يحكم بلحاقه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل أن يحكم بلحاقه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم

واذا ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما أما اذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده فكانت المضاربة كما كانت أما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعده فلحق المضارب كالموت حقيقة وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وان علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينقض بالبيع قال (ثم لا يجوز أن يشترى بثمنها شيأ آخر) لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل (فان عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها) لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

بموته وان الظاهر من اطلاق قوله فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فان القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اه ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضا أنه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان أحدهما أن يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أي هي غير باطلة وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة اه واقتفى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضا حيث أضيف فيها الموت المبطل الى أحدهما مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا يبطل بناء على ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضا حيث قال في تعليل بطلان

به فبقيت المضاربة بخلاف ما يلحقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال قال (فان عزل رب المال المضارب الخ) اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل بنهيه لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على رأس المال بتمييزه ورأس المال انما ينض أي يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيأ لا يجوز أن يشترى بالثمن شيأ آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل وان عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت فلم يجز له أن يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال هذا الذي ذكره ان كان من جنس رأس المال فان لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعه بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها قال (واذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجرة

المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه فاذا كان كذلك فانى يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتدا على ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به فى المعتبرات قال فى البدائع وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته فى الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته فى بطلان تصرفه اه فالحق هو المعنى الثانى وهو مراد المصنف كما يرشد اليه قوله فى تعليله ولا توقف فى ملك رب المال اذ لا ريب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف فى ملك رب المال عند أبى حنيفة اذا كان هو المرتد والتوقف فى ملكه عنده انما يكون قبل اللحاق لا بعده فلا بد أن يكون المراد ههنا أيضا ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول فى التعليل ويشير اليه زيادة الشراح قيد فى قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها فى قولهم جميعا اذ لا شك ان زيادة هذا القيد للايماء الى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحوق وانما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة ولا يتوقف عندهما بل ينفذ فلا بد أن يكون المراد بالوفاق فى بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هذا موت رب المال فى بيع العروض ونحوها) وفى بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها فكلمة هذا فى قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا يمنعه العزل من ذلك يعنى لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمى اذا كان المال عروضا بل بيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدى فى تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت فى ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث فى قوله ونحوها راجع الى العروض أى ونحو العروض فى حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على العكس هذا ما ذهب اليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير فى ونحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغى أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظر لانه مع ابتنائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو اللحوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكر هذا صريحا فى تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت وأما على النسخة الاولى فلانه قد أدرج الموت فى بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى للمضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما فى قوله * كما شرقت صدر القناة من الدم * فعلى هذا يقال بجر الواو (أقول) هذا أيضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى لانه يوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر فى مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى العروض على معنى فى بيع العروض وفى بيع نحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس لانها نحو العروض فى ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال اه كلامه (أقول)

(قوله وعلى هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمى كالقصدى فى حق المضارب ففى كل موضع لم يصح العزل القصدى لم يصح الحكمى لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت فى ذلك بين العزلين (واذا افترقا وفى المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة فى بيع العروض ونحوها) أقول الضمير فى قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المنية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف اليه وفيه شئ

وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض) حينئذ والوكيل متبرع (والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب أجيب بأنا لا نسلم أن الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فاذا فعل ذلك فقد زالت يده ولا بد له من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه) فان لم يوكل يضيع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروف وهو اشتمالها على النقل وانما فسره بذلك لان أجل رعايوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البياع والسمسار) وهو الذي يعمل للغير بيعا أو شراء فانهما (يجبران على التقاضي لانهما يعملان (٧٨) بالاجر عادة) واذا وصل اليه أجره أجبر على تمام عمله واستئجاره قلما يخلو عن فساد لانه اذا استؤجر على شراء شئ فقد استؤجر على مالا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل هكذا روى عن أبي يوسف ومحمد قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الاصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال النبي صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذا المؤمن لا يسلم له توافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شئ ان استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وان اقتسما وتراد الان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما أعد الى رأس المال الى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكه وان هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال

﴿فصل فيما يفعله المضارب الخ﴾ ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضاربة بالاعادة

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكيله كي لا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شئ كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يتراد الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر ﴿فصل فيما يفعله المضارب﴾

الآن محصص الحق والتحقيق انه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظا ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اه (أقول) هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقض به وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضا في محله فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه اذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل

﴿فصل فيما يفعله المضارب﴾ قال في غاية البيان وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي

قال المصنف (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به الخ) أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء اذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات

﴿فصل فيما يفعله المضارب﴾

قال (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بأن باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له أن يشترى دابة للركوب وليس له أن يشترى سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلا وأما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما يحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز واذا كان للعمل فهو

قال (ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشترى دابة للركوب وليس له أن يشترى سفينة للركوب وله أن يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى الا أن المضارب لا يضمن لان له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر أو الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير

أن تذكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما ذكره بقوله الا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لا يجدى شيأ في دفع ما ذكره أولا لان زيادة الافادة انما تقتضي أن لا يقتصر على ما ذكرنا في أول الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة ولا تقتضي أن يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في أول كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة انتهى (أقول) لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ولكن فيه شئ آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة ينافي في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذكر مرة أولى وقد قال أولا ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب وحل ذلك أن المراد بالاعادة اعادة جنس أفعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر هنا واعادة جنسها انما تقتضي ذكر نفسها مرة أولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل (قوله لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول فيه شئ وهو أن هذا الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى اذ لا يجرى في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة

ساكت عنه وله أن يستكريها أي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما أن المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع نقدا ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عند أبي حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح أو بعرضية ذلك الا أن الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له أن يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا أخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعدما باع مرة لانتهاء وكالته وأما عند أبي يوسف فلان

المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قالاه وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشترى أو أعسر منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الاول ثم باعه مثله على المحتال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحتال عليه أيسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة وهو ظاهر

(قوله أي السفينة والدواب مطلقا) أقول أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقا قال المصنف (وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة) أقول ايضاح آخر لقوله لانه الامر العام المعروف عطفا على قوله ولهذا كان له أن يشترى

ثم قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب أنه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة والله أعلم قال (فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال الخ) فان دفع الى رب المال شيأ من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر فان رب المال تصرف فى مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا أن الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء

(قوله اذا لم يصرح به) أقول فيه بحث

فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانها قراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبى يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب ألا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانها اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال (فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه فى التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه فى الابتداء

أيضا فى المدعى كما ترى (قوله فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا وبه صرح فى الذخيرة والمبسوط انتهى (أقول) الظاهر فى بيان ايهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيأ من مال المضاربة فان منشأ الايهام انما هو مجموع قوله شيأ من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعيض ألا ترى انه لو قال فان دفع ما أخذه من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الايهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيأ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذى فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضى أن يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافى فلما رأى لفظ المصنف موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة أو شيأ منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهى مضاربة بحالها انتهى (قوله وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف فى مال نفسه بغير توكيل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر فى مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال فى مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضا فى هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا فى مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل فى ملك نفسه ولقد أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال قال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فان المرء فيما يعمل فى ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى

(قوله

لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لأدى الى قلب الموضوع) والقائل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبي أولا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال شيأ من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى فان كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار رأس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان رأس المال عرضا لم يعمل فيها فهذا أولى قال (واذا عمل المضارب في المصر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بأمره أو بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا أنا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بأنه

لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لأدى الى قلب الموضوع وان لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقي شئ في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف بين التجار قال (وأما الدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء يعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها

 عامل له بدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيأ للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شئ منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شئ من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما تصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف وألحق بذلك ما كان من معدات تكثر تثمير المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائجه يعد من السعاليك ويقل معاملوه فصار مابه تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوقي) أقول فيه بحث (قوله ماشيا في حوائجه) أقول أي بنفسه

قال (واذا ربح أخذرب المال الخ) يريد أن المضارب اذا أنفق من مال المضاربة قبل أخذرب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة الى الربح دون رأس المال فاذا استوفاه كان مابقي بينهما على ماشرطا فان باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر واذا ذكرها بعد ما مر تمهيد القوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد عند أبي حنيفة لان الصبغ (٨٢) عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فاذا

بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ بقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وانه باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شئ ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالا منه فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك (أقول) في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه

قال (واذا ربح أخذرب المال ما أنفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال (فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر (وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

(قوله فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية وانما ذكرها بعد ما مر تمهيد القوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشئ لانه ان أراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا وان أراد أنها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على مازعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كلي ماتركيف وتفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك اه كلامه (أقول) في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه

(قوله وسائر الالوان كالحمرة) أقول قوله وسائر مبتدا وقوله كالحمرة خبره (قوله لان الصبغ عين قائم الخ) أقول تعليل لقوله فهو شريك الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا) أقول هذا ناظر الى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ

﴿فصل آخر﴾ هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ماذكره المصنف واضح ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ماذكره فخر الاسلام رحمه الله في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باعه بألفين ظهرت حصة

المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بألفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فاذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيا لها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ماغرم لانه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين (قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (لتغاير المقاصد) لان

﴿فصل آخر﴾ قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بألفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما بينا فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا بعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لانه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه مرابحة الا على ألفين) لانه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بألف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة) لان هذا البيع مقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة

غير مأذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فرعا لكونه غير مأذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير مأذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فرعا لكونه مأذونا فاذا اختار كونه غير مأذون كان استدراكا عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو صبغها أحد جهتين مختلفتين أولاهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيتهما الاستدانة على المالك وان المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذي أشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتمام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذونا في فعله هذا وغير مأذون ثم أقول الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب اما أن يكون بهذا الفعل مأذونا أو غير مأذون الخ أن نختار كونه مأذونا به بقوله اعمل برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصور على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التصرف في مال المضاربة منفردا أو منضما الى غيره بماله جهة في التثمير كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقرر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد أشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظاما لخلطة فلا يضمنه تدبر

﴿فصل آخر﴾ لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله (الا أن فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به ألفا لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كشبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى أنه بيع ماله بماله

﴿فصل آخر﴾ (قوله وصوله الى الالف مع بقاء العقد) أقول أي عقد المضاربة

(قوله فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فديا (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا عتق الربع ان كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم (فاذا فديا خرج العبد عن المضاربة أمانة نصيب المضارب فلما بيناه) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما اذا ضاع الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لان جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كالزائل) لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع الالفان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده أمانة) وقد هلك وقد بقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البائع (بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة (واحدة) لانه أمكن أن يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب) فانه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا فيه وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب ألفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الامرين

على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال (فان كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) لان المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكل ببيع المغصوب

مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخذ كرها (قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكل ببيع المغصوب) يعني ان الغاصب اذا وكل ببيع المغصوب يصير وكيلا

(قوله فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول يعني حقه في الالف المدفوع

ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هنالك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبر اجميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال و يستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشترى انتهى (أقول) فى الجواب نظر أما أولا فلان قول المصنف لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكل ببيع المغصوب صريح فى اثبات امكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان فى صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله أن السبب فى صورة توكيل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هنالك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلان قوله وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بالف أخرى انما هو الضرر الضرورى الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا فى مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلكت فى يد المودع من غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب وأما ثالثا فلان قوله وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا أهون الامرين غير متمش فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شئ من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار فى هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور فى الكتاب قال فى النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبى ثلاثة أوجه فى الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ما ذكر فى الكتاب والثانى أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لابطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق برأس المال و يستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء و يتصرف فى كل مرة لرب المال فيرجع عليه فى كل مرة انتهى (أقول) فى كل واحد من تلك الاوجه الثلاثة نظر أما فى الاول فلما عرفته آنفا وأما فى الثانى والثالث فلان كل واحد منهما يقتضى أن لا يرجع الوكيل على الموكل فى مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه فى المرة الاولى فى تلك الصورة أما اقتضاء الثانى ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع فى المرة

بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشترى وقوله ولو غصب ألفا الخ لم تثبت فيه رواية تحوج الى الفرق بينهما وقوله (ثم فى الوكالة) للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع فى الاول و يصير به مستوفيا وفى الثانى لا يرجع أصلا وكلامه فيه واضح والله أعلم

(قوله بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع) أقول حيث يجرى بينهما مبادلة حكمية كما تقدم

﴿فصل في الاختلاف﴾ أخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت الي ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للضارب وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة

وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا أنكر الزيادة وأيهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفة رأس المال كما اذا قال من معه ألف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي تملك

﴿فصل في الاختلاف﴾ قال (وان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت الي ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لانه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر

الاولى أيضا لعلة مذكورة وأما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة أولى وأيضا يرد على الوجه الثاني ما أوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل تقف ثم أقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء وقد أشار اليه المصنف بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعد أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتامل

﴿فصل في الاختلاف﴾ أي في الاختلاف بين رب المال والمضارب أخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا في الاول ثم أقرضه اه وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة (أقول) تسمية أحد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضاربا في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة جدا والاقرب عندي انه سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر

قالوا اقترح شيأ نجد لك طبخه * قلت اطبخوا لي جبة وقميصا

(قوله لان المضارب يدعي عليه التملك) حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعي عليه التملك على

ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان أقاما هما لانها تثبت الضمان واذا كان فى العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال أما اذا أنكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا أنكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك نهيا له عن العموم وله أنه ينتهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فههنا أولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف (لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) واعترض عليه بأن البينة للاثبات لا للنفى وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثانى وجهى الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذى يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب فى الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة فى مسئلتنا هذه لانه ليس بمدع شيأ بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية فى استشكال ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

تملك الربح حيث قال أى تملك الربح وسلك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تملك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بالتملك ههنا تملك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فأمر تابع لتملك أصل المال فى هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح أما أولا فلما أشرنا اليه من ان الاصل فى دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك فى الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل وأما ثانيا فلأن دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع فى الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح وأما تعليل الربح كما ذكره صاحب العناية ففى نفس صحته أيضا اشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الائمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال أقوى بالقبول لاثباتها أمرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما فى بينة الخارج مع بينة ذى اليد فكان هذا مما يتأمل فى صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده أيضا اه كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بأن البينة للاثبات لا للنفى وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثانى وجهى الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذى يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب فى الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة فى مسئلتنا هذه لانه ليس بمدع شيأ بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية فى استشكال ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

تصرفه ويلزمها نفى الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر ولا يحتاج الى بينة (ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما تعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

﴿ كتاب الوديعة ﴾

التطبيق بأن يحمل ماذكره أولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ وان لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال (أقول) يرد عليه ان هذا ينافي ماذكره المصنف من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ شيأ من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحدا وذكر ما في الذخيرة مفصلا مندرجا فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا الى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعترافه بأن ماذكره المصنف ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

﴿ كتاب الوديعة ﴾

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قدمر في أول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة بلا تمليك شئ وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي أعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله تعالى واستيجابه الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقدمر مرارا ومشروعيتها بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها ترك بيد أمين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلا كان أو قولا والقبول من المودع حقيقة أو عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشئ بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده

محصول

قال (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة أمانة في يد المودع (اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاغلال الخيانة الا أن الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب (٨٩) الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا أودع عندها شئ جاز لها أن تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعلم بمن في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم ينه عن الدفع اليهم (لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز أن يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روى عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله أو دفع الى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله أنه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك

قال (الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

محصول ذلك ان معنى الايداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول أيضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال أودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم أن يقولوا أودعته شيأ أو دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب ان صاحب الكافي والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شئ كان مالا أو غير مال قالا أيضا يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدا به شئ يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما جدا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث أسد والجبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه (أقول) يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور ان التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة أصلا وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شئ واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول مخالف لما تقدم في الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنعه (قوله والامانة أعم من ذلك الى قوله جاز حمل الاعم على الاخص) أقول فيه أن الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لانها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين

ولانه لايجد بدا من الدفع الى عياله لانه لايمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به

بغير عقد كما اذا هبت الريح فى ثوب فألقته فى بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص اه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لانها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الأمين اه (أقول) قد كان لاح لى ماذكر من حديث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ أن لا يصح قول المصنف الوديعة أمانة فى يد المودع اذ التسليط على الحفظ أمر معنوى لايمكن أن يكون فى يد المودع ولكن دفعته ما معا بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازى فلا ينافى هذا أن تكون الوديعة فى الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لابد من المصير اليه تصحيحا لكلمات ثقات الناظرين فى هذا المقام فان ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم ألا ترى انه قال فى النهاية والكفاية فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة هو الشئ الذى وقع فى يده من غير قصد وقال فى غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشئ أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشايخ بقى ههنا شئ وهو ان ماذكره الشراح ههنا من ان الامانة أعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد فى الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به فى أواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة فى يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فألقت ثوبا فى دار انسان وأما مجرد ماذكره المصنف هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضى المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وقد نبهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردرى كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده أى غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله فى جميع الصور التى لاضمان فيها وأراد بالوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا اه (أقول) فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة فى الكتاب معنى غير مضمون لما احتيج الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم تضمن لكون الثانى مستدركا ورد عليه الشارح العينى بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشئ بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعرى أى علم هذا من أقسام الأعلام اه كلامه (أقول) دفع هذا سهل لان لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس كأسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من أعلام الاجناس التى ذكروها فى كتب النحو وبينوا دخولها فى تعريف العلم بما وضع لشئ بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فمن أتقن مباحث ذلك فى محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه (قوله ولانه لايجد بدا من الدفع الى عياله لانه لايمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة فى خروجه فكان المالك راضيا به) أقول فيه شئ وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضا المالك به وذلك يقتضى عدم جواز دفعها

(قوله ولانه) دليل آخر على ذلك وهو أنه أى المودع (لايجد بدا من الدفع الى عياله لانه لايمكنه ملازمة بيته) لاستحالة (ولا استصحاب الوديعة عند خروجه) وهذا معلوم للمودع (فيكون راضيا به

فان حفظها بغيرهم) بأن تركه بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها غيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره و) الحال أن (الايدي تختلف في الامانة) قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك ايداع الوديعة أيضا وخطؤه ظاهر لان قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ (قوله ولان الشئ لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب في مظانها ولا بأس بذكره ههنا اجمالا وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك (٩١) (والوضع في حرز الغير ايداع) كالتسليم

(فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال (الا أن يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى أيهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة

اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى أحد من عياله فدفعها الى ما لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله فان امتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي (قوله فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة) أقول فيه أيضا شئ وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يضمن أيضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يد نفسه فالاظهر أن يقال لان المالك رضي بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي حيث قال لان الايدي تختلف في الامانة فلا يكون رضاه بيدهم رضا بيد غيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة اه (أقول) هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست

(قوله لان الايداع استحفاظ لا حفظ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة

يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا والخلط النافي للتميز تعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة وقالا ان خلط بالجنس شركه ان شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والا تعذر الوصول الى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى أيهما شاء ولابي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لانه بالقسمة وهي من أحكام الشركة

(فلا تصلح موجبة لها) لئلا ينقلب المعلول علة (ولو أبرأ المالك) الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد أسقط وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الابراء اليه فتبقى الشركة في المخلوط و) ان خلط المائع بغير الجنس كـ(خلط الحل) بالحاء المهملة وهو دهن السمسم (بزيت الزيتون) صار مذهبهما كمذهب أبي حنيفة فـ(يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع (خلط الحنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور (لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز) صورة ومعنى (وان خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل (اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لان الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع) اذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد (ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا صارا شريكين لانه لم يصنع شيأ يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على الشركة (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خلطا لا يقال فاجعل الرد قضاء لاخلاط العدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه (٩٢) ولو لم يرد ما أنفق كان ضامنا لما أنفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه وان أخذ ولم ينفق ثم رد اليه فرده الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لان أخذه لم يناف الحفظ وبمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى أن يغصب مال انسان ولم يفعل قال (واذا تعدى المودع في الوديعة الخ) واذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بأن الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود وأجيب بأنا لا نسلم أن المخالفة فيه رد له من الاصل لان بطلان الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله أو بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا تنافيه ألا ترى أن الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون ردا لقول مثله ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع رد لها بالكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست بردولهذا لا يكفر بها

(فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الحل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال (واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدي فردها الى يده زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد

(قوله لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ (قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لاخلاط العدم تفرده) أقول قوله لعدم تفرده جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة) أقول الظاهر أن يقال وهو الخيانة

(قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسئلة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض أوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعترض بأن هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار وورد العقد على منفعة الحفظ في المدة والمنفعة تحدث شيأ فشيأ فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا ببقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله (فحصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر وقوله (ولو جحدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة (خلافا لزفر) وانما ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك وجه قول زفر أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أولا كالاتلاف حقيقة ووجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ) وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله ولا

كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها) لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كعود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أولان المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي

من موجبات الشركة قطعا اذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين في شئ قسمة ذلك الشئ بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبدا فانما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة فان المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة ونفس الشركة بعد أن تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا

فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند أبي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان لها حمل ومؤنة أولا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الآمر أمره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ أجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا أي ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مضمونا لما جاز لهما ذلك قيل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا لا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظيرية وأولى ووجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف

(قوله قيل لان هذا الخ) اقول قائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر بأهله الخ) أقول مخالف لما في غاية البيان (قوله لان ولايتهما على مال الصبي نظيرية) أقول لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو

ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيماله حمل ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لاحفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد (واذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقييد مفيد اذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل

كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اه (أقول) هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقبول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله اذا كان الطريق آمنا شرطا وما بعده جزاءه فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفا قسما مما كان آمنا فيلزم أن يكون ضد الشئ قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقبول ذلك قوله اذا كان الطريق آمنا فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمنا وله بد من السفر الخ تفصيلا لحكم كون الطريق آمنا في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضا لانه ان أراد بقوله اذا كان الطريق آمنا في قوله قالوا اذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان أراد بذلك ما هو مقيد بأن لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف فيما بعد واذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة اذا كان الطريق آمنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكر ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا أو ان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمنا أما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان لم يكن له بد من السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها في أهله كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اه وتحرير صاحبي الكافي ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ في المصر فسافر ان كان سفره منه بد ضمن وان كان سفر لا بد له منه فان أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحدا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فغلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل

لحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المال لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فانه أمره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالي به وقوله (والمعتاد كونهم في المصر) جواب عن قول الشافعي يعني ان المعتاد كون المودع عين وقت الايداع في المصر (لاحفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الامصار (بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا) قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة الخ) اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض والموزون فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد الخلاف فيما يقسم ومالا يقسم قال فى الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالاجماع (٩٥) وحكاية الحامى فى المسئلة مشهورة لهما

والموزون وهو المراد بالمذكور فى المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر بالدفع اليه ولابى حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه فى المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بأمثالها

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير مايشعر بحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لاشك أن الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو أفاد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلا بمقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذى هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال فى معراج الدراية قال أبو جعفر فى الكشف فى هذه الرواية من الفائدة مالبس فى رواية كتاب الوديعة وذلك أن رواية كتاب الوديعة القاضى لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضى لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذه ديانة فلما قال فى الجامع ليس له أن يأخذه زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة فى اثنين ورواية الجامع فى الثلاثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فلا يؤخذ من المودع فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعا فله أخذه فتبين برواية الجامع أن كليهما سواء انتهى (أقول) فى الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسئلة فى رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبى حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ فى هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب فى تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما فى الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبى يوسف ومحمد فى هذه المسئلة دون قول أبى حنيفة فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه) أى حق المديون (لان الديون تقتضى بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل يكون المديون متصرفا فى مال نفسه فيجوز كذا فى النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى (أقول) هذا النظر فى غاية السقوط لان المديون مأمور بالتصرف فى ماله بالدفع الى من يجب له عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لاشك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لابد من أن يقضى بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنه فكان مأمورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال

أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ومن طالب ماسلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وان كان فى يد المودع بالاتفاق ولابى حنيفة لانسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل فى ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أى حق المديون لان الديون تقضى بأمثالها فلا يكون هذا تصرفا فى حق الغير بل المديون يتصرف فى مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك والحق ان الضمير فى حقه للشريك لا للمديون كما وقع فى الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أى بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها

والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

(قوله لان المذكور فيه) أقول يعنى المذكور فى الجامع الصغير (قوله أى حق المديون) أقول يعنى ماله (قوله وفيه نظر لأن الانسان لا يؤمر بالتصرف فى ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك) أقول يتكفل بدفعه قوله لأن الديون تقضى بأمثالها

قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه قال (وان أودع رجل عند رجلين شيأ مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم أحدهما الى الآخر وقالا لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لان الفعل متى أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى أحدهما في بعض الاحوال

وقوله (له أن يأخذه) جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاك عنه كما اذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه قوله (وان أودع رجل عند رجلين شيأ مما يقسم) ما يقسم هو الذي لا يتعين بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول أبي حنيفة أقيس لان رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ أحدهما الكل

صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الدين تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كلام المصنف لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان الدين تقضى بأمثالها اذ كون قضاء الدين بأمثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون وهذا مما لا استرابة به وأما ثانيا فلان ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مأمورا بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الدين تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحناه من قبل (قوله قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو الامامان على ما مر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن أي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الامامين له أن يأخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أي لغريم المودع بالكسر ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه كذا في العناية وغيرها (أقول) هنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده لجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند انسان اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع أن يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز أخذ الشريك

الحاضر

(واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه أو كانت شيأ يحفظ على أيدي النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته) وهذا معنى قوله (وهو محمل الاول) والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به (٩٧) قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ)

قال (واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيأ يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو (وان كان له منه بد ضمن) لان الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وان حفظها في دار أخرى ضمن) لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الاول وليس له أن يضمن الثاني وهذا عند أبي حنيفة وقالا له أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول) لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن مالم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت في حجره ثوب غيره

الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يحبر المودع على دفع ذلك اليه عند أبي حنيفة لما احتيج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه الى التشبث بحديث أن ليس من ضرورات جواز الاخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ أيضا فالجواب المزبور أيضا انما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم أن صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع

اذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة ويخير رب المال في تضمين أيهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن مالم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعد منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه وأما الثاني فمستمر على الحالة الاولى وهو القبض من أمين اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا ألقت في حجره ثوب غيره

قال المصنف (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر الخ) أقول في أوائل كتاب الصلح من المبسوط المودع اذا وقع الحريق في بيته فتناول الوديعة جاز له كان ضامنا في القياس انتهى لان المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصا وان لا يدفع الى أجنبي ثم قال في المبسوط وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لأن الدفع الى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة

قال (ومن كان فى يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له أودعها اياه وأبى أن يحلف لهما فالالف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبأيهما بدأ القاضى جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا للتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثانى فان حلف فلا شئ لهما لعدم الحجة وان نكل أعنى للثانى يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثانى ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا أقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

(واذا كان فى يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما انها له أودعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا قوله وان نكل أعنى الثانى أى بعد ما حلف الاول قوله ولا يقضى بالنكول يعنى للاول لان الثانى ربما يقول انما نكل لك لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما

وقال فى شرح الجواب عنه والجواب عن قوله ما لو كان فى أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم اذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه ألف لغريمه فلغريمه أن يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستخراج يمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ان تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا عند اثنين بكماله كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى فى معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال فى بيانه بأن يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى (أقول) ليس هذا بشئ لان ما ذكر فى أصل المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها اياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى انها ملكه فى الحال أودعها اياه ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكا لاثنين بكماله فى حالة واحدة ولا أن يكون مودعا من اثنين بكماله فى حالة واحدة وفى الصورة التى ذكرها ذلك القائل قد زال ايداع أحدهما الالف ممن هى فى يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه بها سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل أن يصدقا معا فى دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين) قال جماعة من الشراح فى تعليل تغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما انما يدعى ألفا معينا وهو ما فى يد المدعى عليه كما صرح به فى وضع المسئلة والنقود تتعين فى الودائع على ما تقرر فى موضعه ونص عليه الزيلعى فى شرح هذه المسئلة فى التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على ما مر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه انتهى (أقول) ليس هذا بمفيد ههنا لان ما تقتضيه أن يكون لكل منهما حق فى يمينه انما هو عدم الاكتفاء لتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل يحصل بتحليفه لهما معا وانما الذى يقتضى تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما حق فى يمينه ألا ترى أنهما لو ادعيا من أحد شيأ واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق فى يمينه قطعا مع أنه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والاظهر فى تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافى حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده

قال المصنف (ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى ألفا) أقول لا بل يدعى الالف المعين الا أن يراد باعتبار المآل والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على ما مر فى الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه

انتهى

(قوله فينكشف وجه القضاء) بأن يقضي بالالف للاول أو للثاني أولهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول (ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لانه) اى لان المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) عند أبي حنيفة (وباقراره) عندهما (ولو قضى للاول حين نكل قال الامام على البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي قدمه اما باختياره أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر أنه اذا حلف للثاني ماذا حكمه وقال أخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي بنكوله للاول وقوله (لنكوله اقرارا) أي لكون النكول اقرارا (دلالة) وقوله (ما هذا العبد لي) يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما أقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به للقاضي لانه لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله (بناء) أي قال الخصاف بحلفه (٩٩) عند محمد بناء (على أن المودع اذا أقر

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف الثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني أيضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام على البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما تنفذ لصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاضطراب والله أعلم

﴿ كتاب العارية ﴾

قال (العارية جائزة) لانها نوع احسان وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان

انتهى تدبر (قوله أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف الثاني فينكشف وجه القضاء) قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بأن يقضي بالالف للاول أو للثاني أو لهما جميعا لانه لو حلف الثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما انتهى (أقول) لا صحة لقوله أو للثاني اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكول ذي اليد للاول والكلام فيه فالمحتمل هنا وجهان لا غير والعجب أنه قال في التعليل لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما وهذا قاطع في أن المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضي بالالف لهما أو لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان قولهم أو لاحدهما يعم الاول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الاول

﴿ كتاب العارية ﴾

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية

بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف) كما اذا أقر بالوديعة لانسان ثم قال أخطأت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثاني وأنه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لابي يوسف لان بمجرد اقراره لم يفوت على أحد شيأ وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد أنه سلط القاضي على القضاء بها للاول لاقراره وقد أقر أنه مودع للثاني والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا وللمسئلة تفريعات

ذكرت في المطولات والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب العارية ﴾

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه الى أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفها اصطلاحا

(قوله يقضي بالالف للاول أو للثاني) أقول في قوله أو للثاني بحث (قوله لا يفيد اقراره به) أقول فيه لغوذ كر العبد قال المصنف (قال ينبغي أن يحلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع) أقول قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعول له لقوله قال أو حال من فاعله

﴿ كتاب العارية ﴾

فقال عامة العلماء (هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول الشافعي قال (لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التمليك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول وأما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجير لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والهبة (وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية) وهي انما تكون تمليكا (ولهذا تنعقد بلفظ التمليك) مثل أن يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك أجاب بقوله (والمنافع قابلة للملك كالاعيان)(١٠٠) وبنى على ذلك قوله (والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيأ بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فاذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا لكونها استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة) جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا

(وهي تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذلك يعمل فيها النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك

لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون فرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن للخصم أن يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح أو من العارة كما ذكر في المغرب أو من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما أن للخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها تمليكا

قال المصنف (وهي تمليك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لتذكير الخبر وهنا هي (قوله ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فاذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا) أقول ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لا تصورا (قوله ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشئ لا يحمل عليه بالمواطأة (قوله كان سالما من الشكوك) أقول أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا

كونها بمعنى التمليك دون الاباحة لجواز أن يكون لفظ التمليك هنالك مستعارا لمعنى الاباحة لعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظة الاباحة أن لفظة الاباحة استعيرت للتمليك على ما سيأتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيأ بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الى هنا كلامه (أقول) كل واحد من أوجهه بحثه ساقط أما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما ترد على الاحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب ان أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك وأما الثاني فلان المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات بل أراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد باثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى أن قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لهما أيضا وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في أصول الفقه وان أراد أنها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما أي الاعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى (أقول) وفيه بحث من أوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله أن مآل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بأن هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي اذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه أيضا أن التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك أن اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع الى وجه بحثه مع أن ما ذكره في الجواب على تقرير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقي

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة (قوله والنهي منع عن التحصيل) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد وله ذلك (١٠٢) لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أي وقت شاء كما في الهبة وقوله (ولا يملك الاجارة) جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها أو حكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع وهي عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لانه صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قيل أي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار الى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة

والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال (وتصح بقوله أعرتك) لانه صريح فيه (وأطعمتك هذه الارض) لانه مستعمل فيه

البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك وأما ثانيا فلان قول المصنف هي تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك عليها بالمواطأة ينافي ظاهرا كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا وأما ثالثا فلان توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا انتهى (أقول) سلامته من الثاني أيضا ظاهر اذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى ينبه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (قوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك أصلا مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده به الاستدلال على أن العارية هي الاباحة دون التمليك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى في العبارة أن يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التمليك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة الخ تأمل (قوله وتصح بقوله أعرتك لانه صريح فيه وأطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لانه اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار الى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه تأمل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تحسم

مادة

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث (قوله فلا فرق اذا بين العبارتين) أقول أي أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار الى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تحسم مادة الاشكال

ومنحتك هذا الثوب أي أعطيتك المنحة وهي الناقة اي أو الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيأ منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به أي بقوله هذا الهبة لانها التمليك العين عرفا وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبد لانه أذن له في الاستخدام وهي العارية وداري سكنى لان معناه سكناها لك وهي العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسير القوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه تعين في المنفعة فحمل الكلام عليه أي على تمليك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله (١٠٣) صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة

(ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة) لانهما التمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال (وأخدمتك هذا العبد) لانه أذن له في استخدامه (وداري لك سكنى) لان معناه سكناها لك (وداري لك عمري سكنى) لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسير القوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيأ فشيأ على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

مادة الاشكال انتهى (أقول) هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ماذكره في مقابله كما بينه صاحب العناية فان أراد ذلك البعض أن تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك أي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان أراد أن تخصيص الاولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا اشكال فيه حتى لاتتحسم مادته (قوله ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد بهما الهبة الخ) قال صاحب الكافي كان ينبغي أن يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيآن أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين هو الثاني دون الاول ومبنى التأويل ههنا وفي قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شيء واحد لامحالة فلا غبار في الجواب لايقال يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لارد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يأبى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لايخفى على ذوي الالباب (قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولهذا أي

والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة في أن العارية مستحق الرد ولان المنافع تملك شيأ فشيأ على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض ولا يملك الابه فصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن الخ) ان هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة مالا يحمله مثلها أو استعمالها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب أوجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة

نفسه وقوله لاعن استحقاق أي لاعن استيجاب قبض بحيث لاينقضه الآخر بدون رضاه احترازا عن الاجارة فان المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل هو قبض باذنه ومثله لايوجب الضمان أجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا

(قوله مالا يحمله مثلها) أقول الضمير في قوله يحمله راجع الى ما (قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق فيضمن) أقول ونحن نمنع الكبرى كما يظهر بالتأمل

ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس

ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

ولكون الاذن ضرورياً كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا اه كلامه (أقول) حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الاشارة الى كون الاذن ضرورياً واقتفى أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندي لوجهين أحدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيمقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ماقبله يصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضرورياً ولكون الاذن ضرورياً صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء وأما على تقدير أن يكون اشارة الى ماذكرنه فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولاشك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضرورياً جواب عن سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ماهو العمدة في الاستدلال أحق بأن يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي أخر حديث كون الاذن ضرورياً عن تفريع هذين الفرعين (قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شئ من ذلك بموجب له أما العقد فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولاباحتها على اختلاف القولين وماوضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلأن اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشئ ينفي الضمان فكيف يضاف اليه اه كلامه (أقول) لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال أحد أصلا ولهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة فدرج الشارح المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبته ذلك الى المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب (قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا) جواب عن قول الشافعي والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها (أقول) للخصم أن يقول اذا لم يكن القبض أيضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا وأما اذا هلكت في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد أفصح عنها صاحب غاية

(قوله فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية الخ) أقول فيه بحث (قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه) أقول لم يتعرض للاباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى

(قوله وانما وجب الرد مؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب كنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا أن الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد

وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم تتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا الضرر والغرور بخلاف ما اذا علم

البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه آناء الليل وأطراف النهار وانما ينتفع بها ساعة ويمسك أخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع أيضا مأذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضا فتبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشئ بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بملابسة العقد أي ما كان متعلقا بالعقد بأن كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤل الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته اه ثم أقول لا حاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على أن يكون الاخذ من أخذ

هنا أجيب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فأقيمت مقام الحقيقة نظرا له الا أن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يؤاجر المستعار فان آجره فعطب ضمن لوجهين أحدهما أن الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه والثاني أنا لو صححناه فاما أن يكون لازما أو غير لازم ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة

 فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على المؤاجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا الضرر والغرور بخلاف ما اذا علم

قال (وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة

وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانها اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا أي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا أنها تمليك المنافع على ما مر فيتضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز أن يعير لتملكه المنفعة

فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه وثانيهما أن يكون معناه لان الاخذ في العقد أي المأخوذ لاجل العقد له حكم العقد على أن تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وقوله عليه الصلاة والسلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في مغني اللبيب فالاخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أجيب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اه (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا اذ لا يقتضي أن يكون للاخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يد مالكه باذن فاذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي أداه من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لاحد المتآخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره في النظائر الامام التمرتاشي (أقول) في أكثر هذه الامثلة اشكال أما في مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا أنه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه كحكمهما عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت وممن ظهرت المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى وأما في مثال الزراعة فلانه سيأتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الاجارة في استئجار الاراضي للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعي لما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمثلة وعد منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب والزراعة وأما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما ولهذا لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى أيضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام الى الحدادة والقصارة كما بينه

صاحب

والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد

صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك وتقريره لانسلم أنها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها (أقول) فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جوابا عنه اللهم الا أن يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشئ لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشئ وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التي أوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتمش هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون الفرع نظير الاصل والمنافع ليست نظير الاعيان ولا شك أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الاصل قطعا (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) قال عامة الشراح أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة (أقول) فيه اشكال لان المذكور في الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه أن للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الاعارة للمستعير مما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه وأما اذا صدرت الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاعارة مطلقا أي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا اه فقول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه فاطبقت كلماتهم والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكروا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كأنه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح

(قوله والمنافع اعتبرت قابلة) جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لانسلم أنها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك أجاب بقوله (وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وقال هذا) أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير (اذا صدرت الاعارة مطلقة) فوجب أن يبين أقسامها فقال (وهي على أربعة أوجه) وهي قسمة عقلية (أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني أن تكون مقيدة فيهما والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له أن يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة

الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة أخرى (أو الى خير منه) كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف (١٠٨) دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة

الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه والحنطة مثل الحنطة والشعير خير من الحنطة اذا كان كيلا والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب و يركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما فيثبت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا أطلق الاعارة

الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفي الثالث والرابع ليس له أن يتعدى ما سماه من الوقت والنوع) وعلى هذا (فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل و يعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب و يركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له أن يركب غيره و بالعكس كذلك فلو فعله ضمن لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثاني) وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له أن يركب بعد الاركاب و يركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وشيخ الاسلام قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض الخ) اذا استعار الدراهم فقال له أعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة أن يقول أقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاه وتمليك العين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناهما لكونه متيقنا به

قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان للمستعير أن ينتفع بالعارية ما شاء اذا أطلقت العارية اه (أقول) هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف ههنا ولا يشار باسم الاشارة الا الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه فكأنه هرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الاولى والانصاف ان المصنف لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بأن يقول والاعارة على أربعة أوجه لكان أحرى ولقد أحسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال أولا وله أن يعير وذكر خلاف الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما أن حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بأن أعاره ثوبا للبس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل وفي هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت الاعارة مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الاربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة أخرى أو حمل عليها قفيزا من شعير وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ما ذكر وا في وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ما ذكروا في وجه هذا الاستحسان ههنا جار هنالك أيضا بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضا فتأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه) أقول يرى هذا

التعليل

قيل لانه أقل ضررا على المعطى لانه يوجب رد المثل وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فأقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا أطلق الاعارة

وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعايرها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية ليتجمل بها أو سيفا يحلى بتقلده يقال عايرت المكاييل أو الموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى واذا استعار أرضا للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس أما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما بينا يعني به قوله وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) ا قوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة وأما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم ان المعير اما أن وقت العارية أو لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فيرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك أجيب بأن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان أراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقرير كلامه ابن في هذه الارض بنفسك على ان أتركها في

وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعايرها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا يحلى بتقلده قال (واذا استعار أرضا ليغرس فيها جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما بينا وأما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه

التعليل خاليا عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف في عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بأنها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فلا تأثير فيها أصلا لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ الاعارة في مسئلتنا هذه مجازا أو كناية عن معنى الاقراض ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لان يكون علة لاصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليك بالتأمل الصادق (قوله وأما اذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعايرها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة) أقول لقائل أن يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا أيضا فكيف يتم ما ذكرتما سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تعليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء امكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية أي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين اه كلامه وتبعه الشارح العيني (أقول)

(قوله وان كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فان لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول في باب المضارب يضارب

واذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدورى رحمه الله يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد أن المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه قالوا يعنى المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدورى ان المعير يضمن نقصان البناء (١١٠) والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر أما اذا لحق فالخيار فى الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه أن المستعير انما يتمكن من القلع وترك الضمان اذا لم تتضرر الارض بالقلع وأما اذا تضررت فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت لان له نهاية معلومة وفى الترك مراعاة الحقين

كذا ذكره القدورى فى المختصر وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان فى القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت لان له نهاية معلومة وفى الترك مراعاة الحقين

لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذى نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقضة بالقلع ويمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه عندى ههنا رفع البناء والغرس لا غير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح وأما على تقدير كونها موصولة فبتقدير الضمير الراجع اليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص فى دينه وعقله كما ذكر فى القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقى الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعنى اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكرا معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذى ذكره صاحب العناية غير أنهما قالا بدل قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنانير فكأن بعض العلماء أخذ مما قالاه حصة فأورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو أن القالع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغى أن يرجع بها كما لا يخفى انتهى (أقول) لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص فى قوله تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أرادا بقيمة النقص معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتى هؤلاء الشراح واندفع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة اى القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة ولا اضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر فى عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى موصوفها وانما جواز ذلك مذهب ضعيف كوفى لا ينبغى أن يصار اليه فى توجيه كلام الثقات

(قوله واذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدورى) أقول فيه كلام وهو ان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغى أن يرجع بها كما لا يخفى هذا اشكال الفاضل المحشى الشهير بيعقوب باشا فأقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة أى القيمة المنقوصة فلا اشكال (قوله ويجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد الى قوله وهو الاظهر) أقول المفهوم من كلام الزيلعى أن يتعلق بقول القدورى ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس فراجعه قال المصنف (لان له نهاية معلومة) أقول قال ابن الغرس مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت فى الموقتة لان لها نهاية معلومة ولان الوقت منصوص عليه ههنا وفى الاعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى والجواب أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليتأمل

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة الا بعد أن يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل أن يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك) أقول لقائل أن يقول اذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الارض منه هنا أيضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعمد منه لخيانة نفسه أو بمانع يمنعه عنه فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافترقا وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أولا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس بتام لان تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا ومما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر أيضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستأجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الآجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر أقوى لانه مالك للعين ومالك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير الخ) أجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وذلك لأن الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب أجره والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة وعلى هذا كان أجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعار دابة وردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن

(قوله والغرم بازاء الغنم) أقول تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول من أن الغرم بالغنم

وفى القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن فى عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه وجه الاستحسان ان فى العارية عرفا ليس فى غيرها وهو ان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار

عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يرده الا الى المعير المعرف فى الاول وعدمه فى الثانى ومن استعار دابة فردها مع من فى عياله كعبده وأجيره مسانهة أو مشاهرة فهو صحيح لانها أمانة وله حفظها على يدهم كما فى الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا فى اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه فى الجملة وان ردها مع أجنبى ضمن ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخى ومن قال بأنه يملك الايداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذ ذاك مودعا وليس له أن يودع غيره فاذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

وفى القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لان رد العوارى الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط (وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من فى العيال لانه لو ارتضاه لما أودعها أياه بخلاف العوارى لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لانها أمانة وله أن يحفظها بيد من فى عياله كما فى الوديعة بخلاف الاجير ميا ومة لانه ليس فى عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به ألا ترى أنه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا فى العبد الذى يقوم على الدواب وقيل فيه وفى غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أجنبى ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطمعتنى عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك أعرتنى) لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما فى اعارة الدار وله أن لفظة الاطعام أدل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) فى الجواب نظر اذ الظاهر أن مرادهم بالمنفعة فى قولهم ان منفعة الآجر عين هو الاجرة كما صرح به فى الكافى والاجرة لا يلزم أن تكون عينا البتة اذ قد صرحوا فى كتاب الاجارات بأن الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفى القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية فى تحرير المقام وفى القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن فى عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه اه كلامه (أقول) هذا تحرير محتمل فان قوله لان الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغى أن يذكر فى بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره أحد سواه ههنا بل انما ذكروه فى محله فيما سيأتى كما ترى

(قوله وفى القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه) أقول (كتاب وفيه بحث فان هذين التعليلين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا (قوله فكان اذ ذاك مودعا) أقول بل يكون اذ ذاك متعديا حتى اذا هلكت فى يده ضمن فكذا اذا تركها فى يد الاجنبى ذكره الزيلعى فراجعه نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول لبعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمين وهو قول السرخسى واختيار قاضيخان رحمه الله

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا وتحابوا

﴿ كتاب الهبة ﴾

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع (وتصح بالايجاب والقبول والقبض) أما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

﴿ كتاب الهبة ﴾

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك أنت العزيز الوهاب وهذا يكفي لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة أصلها من الوهب والوهب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في أواخرها التاء ومعناها ايصال الشئ الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهب منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره وأما في الشريعة فهي تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون (أقول) يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم أر أحدا من شراح الكتاب عام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لايراده مع ظهوره وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك عين بلا عوض وقال في شرحه أي بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظر اذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر في العلوم العقلية من ان بلا شرط شئ أعم من بشرط شئ ومن بشرط لا شئ لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا أنها ليست بشرط الاكتساب ألا ترى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم أقول بقي في التعريف المزبور شئ وهو أنه يصدق على الوصية بالمال فانها أيضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زاد واقيد في الحال فقال هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال (قوله وتصح بالايجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أي تصح بالايجاب وحده في حق الواهب

﴿ كتاب الهبة ﴾

(قوله قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا) أقول وظاهر أن الولي ليس بمال ولا بملك قال المصنف (وتصح بالايجاب والقبول) أقول قال العلامة الكاكي قوله وتصح بالايجاب كقوله وهبت ونحوه كما يجيء أي تصح في حق الواهب بمجرد الايجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع

وعلى هذا انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

(١٥ تكمله - سابع) فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث ولو حلف على أن يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر في يمينه عندنا انتهى ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للشروح

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت

و بالايجاب والقبول فى حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا فى مسائل متفرقة من كتاب الأيمان فى قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر فى يمينه بخلاف البيع اه كلامه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المحال ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزاه الى الحصر والمختلف و بنى صاحب العناية أيضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال فى شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر فى يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع اه والشارح العينى أيضا اقتفى أثر هؤلاء و بالجملة أكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده (أقول) هذا الذى ذكروه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف فى مسائل متفرقة من كتاب الأيمان فانه قال هناك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر فى يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اه الا انه غير مطابق لما ذكره فى هذا المقام لان قوله أما الايجاب والقبول فلأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح فى ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود و يشهد بهذا أيضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا ستر به عند من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذلك التصريح منهما يأبى القول منهما ههنا بأن الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك أن الشئ لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافى وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير اه كلامهما (أقول) هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا أنه غير ملائم لما ذكره فى مسائل متفرقة من كتاب الأيمان كما نقلناه آنفا وأيضا يرد عليه أن التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضى أن يحنث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له فى كل عقد هو الايجاب لا القبول مع أنه لا يحنث فى صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات القوم فى هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لأن العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث فى يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر وفى قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه له فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفى قول ما لم يقبل

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة أى لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض) بالاتفاق

(ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شئ لم يتبرع به (وفى اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه الزام التسليم) ورد بأن المتبرع بالشئ قد يلزمه مالم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلى وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع فى صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان مالا يتم الشئ الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشروع ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم) وهذا موافق لرواية الايضاح وقال فى المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة

لما كان تبرعا كان ضعيفا فى نفسه غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو فى الهبة التسليم وفى الوصية موت الموصى لكون الموت بناء فى المالكية فصح الالحاق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصى فى ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فان قبضها الموهوب له فى المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب فى القبض والقياس أن لا يجوز فى الوجهين وهو قول الشافعى لان القبض تصرف فى ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

ولانه عقد تبرع وفى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له فى المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحسانا (وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب فى القبض) والقياس أن لا يجوز فى الوجهين وهو قول الشافعى لان القبض تصرف فى ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

ويقبض وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحنث الى هنا كلامه (قوله ولانه عقد تبرع وفى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعنى لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدى الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شئ لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا فى الكافى وبعض الشروح وردبان المتبرع بالشئ قد يلزمه مالم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلى وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع فى صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان مالا يتم الشئ الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشروع ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا فى العناية أخذا من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلأن قوله فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتى وأما ثانيا فلأنه اذا جازله الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن فى اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيأ لم يتبرع به وهو التسليم اذ يجوز الرجوع قبل التسليم ينتفى لزوم التسليم فمن أين يجب الزام التسليم فليتأمل فى الدفع (قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح قوله فى الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه فى الهبة كما يتوقف على القبول فى البيع وبه صرح فى المبسوط وأشار اليه فى الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدرى ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف

تصرف فى ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف فى ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا) وهو وجه الاستحسان فى الاول (أن القبض فى الهبة بمنزلة القبول) فى البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله فى الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال الكاكى لا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث (قوله فقوله فى الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدرى ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام قال العلامة الكاكى وصاحب النهاية قوله فى الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أى القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع وبه صرح فى المبسوط وأشار اليه فى الايضاح انتهى وليس فيما قالاه ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول

لا يستلزم الايجاب التام اه (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشئ بمنزلة الشئ أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلا منهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما منزله الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع وثانيهما ان التوقف وان لم يستلزم الايجاب التام الا أن القبول في الهبة كالايوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشئ فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فلا يصح أن يقال ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف ولنا ان القبض الخ حيث قال وكان ينبغي أن يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي اه (أقول) ان تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا ايماء الى وقوع منازع في هذه المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخذة المصنف بتقوية المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس وأجيب بأن الايجاب من البائع شطر العقد ولهذا الوحلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فأما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية الى المختلفات (أقول) في الجواب بحث أما أولا فلأنه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة ان القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب وايجاب البائع بأن الاول عقد تام والثاني شطر العقد وجعل هذا الفرق مدار الصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالامر بعد المجلس في البيع وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح في قولهم ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلأنهم صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره أيضا الى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى ان الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة أسا لان الايجاب في البيع الصحيح والايجاب في البيع الفاسد شيآن في كونهما شطر العقد لا تماما فلا يتم الفرق المزبور هناك وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا

هذا

(والمقصود منه) أي مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للموهوب له واذا كان كذلك (فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض) تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه) فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز له القبض أجاب بقوله (بخلاف ما اذا نهاه) يعني صريحا (في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له أن يسترده ويحبسه للثمن

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول اه (أقول) كلا وجهي بحثه ساقط أما الاول فلأن الملازمة في قوله لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة فأما بطلان التالي فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلأن يصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى وأما الثاني فلأنا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا فقدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان بأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض) يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن وأجيب بأنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي فلا معتبر به كذا في الشروح (أقول) لا يرد النقض المذكور رأسا اذ لو سلم ان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به) بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكون مبناها على العرف ولعل الاولى أن يقال في الجواب القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة فبالنظر الى كونه بمنزلته جوز القبض في المجلس بلا اذن الواهب وبالنظر الى التغاير حقيقة صح الامر بالقبض بعد المجلس اذ بانا لانحطاط رتبته عن القبول فتامل ووقع في بعض النسخ وجد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث نعم يرد على ما في الشروح الاخر فتدبر (قوله وعن الثاني بأنا لا نسلم أن مقصود البائع الخ) أقول ولو سلم أن المقصود ذلك فبالقبول يتم المقصود ويحصل الملك للمشتري ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره وأما حق الاسترداد فلكون المبيع قبل نقد الثمن كالمرهون فان قيل - ق الرجوع ثابت في الهبة أيضا فلا ينافي ذلك كون الايجاب تسليطا قلنا ذلك في الهبة ليس بكلي الا يرى الى موانع الرجوع في الهبة بخلاف البيع فتأمل

وأجيب عن الاول بأن الايجاب من البائع شطر العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بأنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به

(قوله وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول فيه نوع ركاكة (قوله وأجيب عن الاول بأن الايجاب من البائع شطر العقد) أقول ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث (قوله وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) أقول هكذا وقع في هذه النسخة موافقا لما في سائر الشروح وفيه بحث فانه لو صح ما ذكره لجاز القبول

قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد (وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشئ وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحمل الهبة) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين

أقول لقائل أن يقول انما ألحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفا لان من جميع الحيثيات الا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فانه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس أيضا فان تقييد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنا داخلا في العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بأمر البائع أيضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضا فتأمل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يطعم عينه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على أصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى أن الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا وألحق به التمليك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التمليك مقامها انتهى. وقال في التلويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعما قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك والا فللاباحة انتهى فتأمل ترشد ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الاصل واذا قال أطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال أطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فهنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكر لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر منهما أن يكون قوله أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح في أن قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيده بقوله فاقبضه وأما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامر بين أي

قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت الخ) هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول في قوله لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه وكلامه واف بافادة المطلوب سوى ألفاظ نذكرها (قوله أكل أولادك نحلت مثل هذا) روى النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال نحلني أبي غلاما وأنا ابن سبع سنين فأبت أمي الا أن تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني أبي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال أكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور

(قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول في أوائل العارية قال المصنف (وأما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) أقول في التلويح قالوا والضابط أنه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك والا فهو للاباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عينه ما ذكره في التلويح من جعله مفعولا ثانيا له فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية

بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد أكل غلتها وأما الثاني فلان حرف اللام للتمليك وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا أي ملكه منه

الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه أصلا على ما في رواية الاصل لان التمليك انما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظ الاطعام فلا ينافي أن يكون الاطعام في آية الكفارة على أصل وضعه وهو الاباحة (قوله بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها) أقول لقائل أن يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي أن لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضي أن لا يراد به تمليك العين مجازا كما أريد به ذلك اذا أضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما أي آكلا لا جعله مالكا كما صرحوا به والجواب انه وان أمكن أن يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف أن يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما أن المتعارف فيما اذا أضيف الاطعام الى ما يطعم عينه أن يراد به تمليك العين وكلام العاقل انما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر (قوله وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذا اشارة الى قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران اذكرها في ذيل الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلا اذ قد سبق ذكر ما اذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قاله وأما الثاني ولا يرى أثر فرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا باشتمال هذه الصور على لفظة عمرى دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته لقال لما رويناه كما هو دأبه عند قصده الاشارة الى السنة قلت كأن الشارحين المزبورين اغترا بذلك ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام لا عن نفس الحديث وقد أشرنا اليه في تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته) يعني أن الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقته الاركاب وقد ذكر في العارية أن قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقته الاركاب نظرا الى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب العناية نحوى ذلك بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا اليه هنالك ان قوله لانهما لتمليك العين

وقوله عليه الصلاة والسلام (ولورثته من بعده) أي ولورثة المعمر له من بعد المعمر له يعني تثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله (فلان الحمل هو الاركاب حقيقة) يعني أنه تصرف في المنافع (فيكون عارية) الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا اليه هنالك أن قوله لانهما لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي

(قوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني أنه تصرف) أقول ضمير أنه راجع الى الحمل (قوله لما أشرنا اليه الخ) أقول جواب لقوله لا يقال هذا يناقض ما تقدم الخ

(ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لمارو ينا من قبل) يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة وقوله (ولو قال داري لك هبة سكنى أوسكنى هبة) انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال أو التمييز لما في قوله

(ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لمارو ينا من قبل) لما رو ينا من قبل (ولو قال داري لك هبة سكنى أوسكنى هبة فهي عارية) لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمري سكنى أو تحلى سكنى أوسكنى صدقة أوصدقة عارية أوعارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة) لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له

يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى (أقول) بقي اشكال وهو انه قد تقرر في كتب الاصول أنه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به وأما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت ذلك ففي مانحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغي أن يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل أبي حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير أن يذكر الخلاف في شئ منها فليتأمل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح أحد معنييه أو معانيه بالادلة أو الامارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فأين هذا من ذلك (قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لمارو ينا من قبل) يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة كذا في الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تنافر وأما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض أو هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظة المنحة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبته واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات وقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه (قوله لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر مختارا لعامة (أقول) ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب وانما فعل المخاطب السكنى الذي دل عليه لفظ تسكنها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ التكلم فعل

داري لك من الابهام وقوله (لان العارية محكم في تمليك المنافع) كان الواجب أن يقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز أن يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له) والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيرا لاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم

(قوله والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيرا لاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا) أقول لا يقال له نظائر كثيرة من جملتها هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله الآية لانه تبين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم) أقول وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة

المخاطب

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الخ) الموهوب اما أن يحتمل القسمة أولا وضابط ذلك أن كل شئ يضره التبعيض فيوجب نقصانا فى ماليته لا يحتمل القسمة ومالا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثانى كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب الثمر على النخيل دون النخيل أو الزرع فى الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز أى ليس بمقبوض والثانى عن المشاع فانه اذا حاز وقبض الثمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك الثمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة فى نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مقرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة فى نفسها ولكن توقف اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الافراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغى وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعى هبة المشاع جائزة فى الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعنى الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض فى هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه وبين المشترى خرج عن ضمان البائع ودخل فى ضمان المشترى وملكه المشترى وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول فى ضمان المشترى مبنى على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أى لحكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعى تجوز فى الوجهين لانه عقد تمليك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب

المخاطب (قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية) قال صاحب العناية فى حل هذا الكلام وهذا أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أى حكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور فى بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا فى قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا أن يكون قول المصنف وهذا

 فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا أن القبض فى الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره اليه أى بضم غير الموهوب الى الموهوب أو بالعكس فان كلامه يحتملهما والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه ومالا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشأنه

(قوله اما أن يحتمل القسمة أولا الى قوله فالثانى كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار الخ) أقول قوله فالثانى ناظر الى قوله أولا والاول ناظر الى قوله اما أن يحتمل القسمة (قوله وتصحيحه بما ذكر) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف (لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول فان قيل نحن لا نتنازع فى كون المشاع محلا للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر توجيهه بأدنى تأمل (قوله وبان أوصى لرجلين بألف درهم) أقول معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم

ولان فى تجويزه الزام الواهب شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضى لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو وليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا أى ولان فى تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهايأة وفى ايجابها الزام ما لم يلزم بالعقد ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك

ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا تلزمه مؤنة القسمة

لان المشاع الخ دليلا على أصل مدعى الشافعى وهو قوله تجوز فى الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه فكان ينبغى أن يقول المصنف ولان المشاع بدل قوله وهذا لان المشاع والثانى أنه ارتكب تقديم مقدمات حيث قال فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه جعل قول المصنف وكونه تبرعا الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التى قدرها وهى قوله ولا مانع ثمة والحق عندى أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق وهى قوله فيصح فى المشاع لا اثبات أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى وهذا أى صحته فى المشاع أو كونه صحيحا فى المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما فظاهر جدا وأما الثانى فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه فى المشاع لزم فى ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه ما لم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعنى أن الشيوع فى القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع فى الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر (قوله ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة) يعنى ان فى تجويز عقد الهبة فى المشاع الزام الواهب شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضى لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو وليس بقسمة ولا يستلزمها كذا فى العناية أخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العينى (أقول) فى الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعنى قوله ولان فى تجويزه الزامه شيأ لم يلتزمه وهو القسمة لان الذى يستلزمه تجويز هبة الشيأ انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيأ يستلزمه حكمها وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيأ من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة فى شيء فاذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيأ يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه ما لم يلتزمه لا يقال الذى لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذى ذكره فى الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لا نسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا ألا ترى ان هبة المشاع الذى لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفرز هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على أن له أن يرجع عن

(قوله أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع الى قوله وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة) أقول وفيه بحث فانه يعلم أنه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل (قوله فان قيل لزمه المهايأة وفى ايجابها الزام ما لم يلزم) أقول ممنوع فان الاقدام على عقد الهبة التزام

أجاب بقوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل أن يقول ان الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه أجيب بأن كلامنا فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولانها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتي والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان

والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع

هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اه (أقول) كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط أما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا أن طلب شريكه اياها غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد انما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك وأما الثاني فلان في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويز هبة المشاع الزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز وأيضا هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من الموادوهي التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك ثم أقول بقي شيء في أصل هذا التعليل وهو ان واهب المشاع اما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها فان رضي بها كان ملتزما اياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزامه مالم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجيء في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أنه ان لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهايأة وفي

المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على أن القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعى على الكمال (ولو وهب من شريكه لم يجز) وان لم يلتزم فيه مؤنة القسمة (لان الحكم يدار على نفس الشيوع) فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكأنه اشارة الى الوجه الاول وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور ولا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة النوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة

فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيدا لقوله (فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع) وبه تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت

(قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله بعوده الخ (قوله لان ذلك بالاتلاف) أقول يعني ليس ذلك حكم العقد بخلاف القسمة فانها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد (قوله فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيه أنا لا نسلم كون القبض منصوصا عليه في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين ولزوم القبض لضرورة التعيين على ما حققه المصنف في باب الربا (قوله وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول قال الرافعي في شرح الوجيز الشائع يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك وبالغ فقال لو وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضا انتهى ففي قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يخفى

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة الخ) بنى كلامه ههنا على أن المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للعلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف بقوله لانحو هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لان امتناع الجواز للاتصال هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز في المشاع كما في المعدوم وانما جعل الرهن في السمسم والدقيق والحنطة معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة واذا كان العين في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والثمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال (واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا) لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه

قال المصنف (وهبة اللبن في الضرع) أقول قال صاحب التسهيل أقول في البيوع ان النوى في التمر لا يجوز بيعه وان أخرجه وسلمه الا ان يجددا بيعا جديدا للشك في وجوده واللبن في الضرع كذلك فينبغي أن لا تصح هبته وان سلم كبيعه انتهى قال المولى الشهير بخضر شامر حمه الله تعالى والفرق ظاهر اذ الوجود بالفعل كاف في الهبة وان لم يتعين به بخلاف البيع لانه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط في انعقاد البيع القدرة على التسليم دون الهبة والتقريب بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج الى قبض) أقول كناية عن الملك (قوله لانتفاء المانع) أقول ووجود المقتضي وهو ظاهر لكن يبقى هنا بحث والاظهر أن يقال لوجود الشرط وهو القبض

ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع انما لاقت العين ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل أن يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها اه كلامه (أقول) لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال سائل لان حاصله ان في عوده الى ما تبرع به الزامه اخراج عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فلقائل أن يقول ان لم يكن في المهايأة الزامه اخراج عين عن ملكه ففيه الزامه ازالة نفع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول أكثر ضررا من الثاني مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كسنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته فتكون ازالتها عن الانتفاع بها أشق على الانسان وأكثر ضررا له من اخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة في الصورتين معا غير أن الزائد عليها في احداهما العين وفي الاخرى المنفعة والاظهر في الجواب عندي أن يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لان المحذور في الزامه ما لم يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المنافاة فان التبرع ضد اللزوم فهما لا يجتمعان في محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا تلزم المنافاة فان المهايأة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يصادف الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك الى الزام التهايؤ فنقول لا نسلم لان التهايؤ ليس بواجب لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة اه كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التهايؤ يجب ويجري فيه جبر القاضي اذا طلبه أحد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بأن القياس يأباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع وأشبه القسمة فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك الى الزام التهايؤ مما لا يقبل المنع أصلا (قوله واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا الى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والاصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما

قبض الامانة والاصل فى ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشئ وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول أقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض أن ينتهى الى موضع فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط الا أن فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد ادراك الولد (لانه) أى لان الموهوب (فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة) ويد مودعه كيده (بخلاف ما اذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره) يعنى فى الاولين (أو فى ملك غيره) يعنى فى الاخير (والصدقة فى هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو فى عيالها والاب ميت ولا وصى له) وقيد بقوله وهو فى عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصى لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الاخ والعم والاجنبى جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم قيل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر فى الايضاح ومختصر الكرخى أن ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد أبو الاب بعد الاب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر فى التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصى له فيكون ذلك فى المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام ووصيه كوصى الاب

قال (واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لانه فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان فى يده أو فى يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره أو فى ملك غيره والصدقة فى هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له أمه وهو فى عيالها والاب ميت ولا وصى له وكذلك كل من يعوله

أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشئ وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول أقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا فى العناية وغيرها (أقول) يرد على ظاهر قوله أو ببيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشترى عند اتصال القبض كما مر فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار اليه المصنف فيما سيأتى بعد أسطر بقوله أو فى ملك غيره فى قوله لانه فى يد غيره أو فى ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هنالك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله ببيع فاسد فالجواب انه قد مر أيضا فى باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فوهبه فى البيع الفاسد بعد ان فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك الى البائع فتصح هبته اياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو ببيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجئ بعد أسطر فكيف تصح هبته اه (أقول) لا يخفى على ذى فطنة أنه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع فى قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولى مال أحد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشترى لانا نقول فان أذن له المالك فى ذلك يكون البيع باذن البائع أى المالك وان لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلا فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أى

(قوله أو ببيع فاسد) أقول بلا اذن البائع فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجئ بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قيل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب فى أكثر الاحكام) أقول فانه مشهور ان الجد الصحيح كالاب الا فى أربع مسائل

(وان وهب للصغير أجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك) الامر (الدائر بين الضر والنفع فالنفع المحض أولى بذلك) قال (واذا وهب لليتيم هبة الخ) اذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب أو جد اليتيم أو وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر أمه أي في كنفها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية وكذا اذا كان في حجر أجنبي يربيه لان له يدا معتبرة ألا ترى أن أجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما تمحض نفعا في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه (١٢٦) وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من أهله أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعا له

(وان وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الاب) لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فأولى أن يملك النافع قال (واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب أو جد اليتيم أو وصيه جاز) لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان في حجر أمه فقبضها له جائز) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا اذا كان في حجر أجنبي يربيه) لان له عليه يدا معتبرة ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه (وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح

قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد أبو الاب بعد الاب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اه وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب اه كلامه (أقول) ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطابيات وأما اذا كان مؤخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضا أصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شئ فيضمحل ما توهمه صاحب العناية (قوله ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح) قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب أي ويملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا

فان قيل عقد الصبي اما أن يكون معتبرا أولا فان كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه وان كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف مع وجود أهليته فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الحلف توفيرها أيضا لانه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد بين النفع والضر سدا لباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره برأي الولي واذا وهب للصغيرة هبة ولها زوج فاما أن زفت اليه أولا فان كان الاول جاز قبض زوجها لها لان الاب قد فوض أمورها اليه وهي حين زفها اليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق المصنف عن كونها يجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج وقال لها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيرها فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا

(قوله وكذا اذا كان في حجر أجنبي) أقول كاللقيط (قوله وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف) أقول لكنه معتبر ولهذا يملك بقبض الاب أيضا (قوله فالجواب أن عقله الى قوله ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد الخ) أقول يعني لم يعتبر عقله في التردد

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا الان فى قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها فان كان الثانى فلا معتبر بقبض الزوج لها الان ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال (واذا وهب اثنان من واحد دارا اجاز الخ) واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماها جملة وهو قوله وقد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا تجوز عند أبى حنيفة وقالا تجوز لان هذه هبة الجملة بينهما لاتحاد التمليك ولا شيوع فى هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيوع فى الرهن أكثر منه فى الهبة حتى لا يجوز الرهن فى مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة (١٣٧) ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى ولابى حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين جميعا فأما اذا حصل فى أحدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعا ووجه ذلك أن يقال ان سلمنا أن الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين فهو موجود فى الطرفين

لان تصرف هؤلاء الضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز) لانهما سلماها جملة وهو قبضها جملة فلا شيوع (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبى حنيفة وقالا يصح) لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع

وقال انما قلت هذا لان فى قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهرزاده قال فى مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الاجنبى والاب والجد والاخ وقالوا لا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان فى عيالهم وان كان الاب حاضرا كما فى الزوج ومنهم من فرق وقال بأن قبض الزوج يجوز على اعتبار أنه الصغيرة اذا كانت فى عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفى الاجنبى يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير فى عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه أن فى قوله بخلاف الام وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله فى الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به فى مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ فى هذه المسئلة مذكورا فى غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية فى جعل قول المصنف فى الصحيح متعلقا بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو اليه وأما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف بقوله فى الصحيح هو الاحتراز عما ذكر فى الايضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا القال ويملك مع حياة الاب بدل قوله يملك مع حضرة الأب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل تقف (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع) قال صاحب العناية فى شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد

وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به

(قوله قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها) أقول قال الامام جلال الدين الخبازى من مشايخنا من سوى بين الزوج والاجنبى والام والجد والاخ فى أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير فى عيالهم وان كان الاب حاضرا كما فى الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره فحينئذ فى قوله ليست رواية أخرى بحث (قوله وهذا استدلال من جانب الملك) أقول لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لغا قول المصنف فيكون التمليك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك

(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهد به و وجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كلا ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة و رواية الاصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها (١٢٨) وأما الهبة فيراد بها وجه الغني والفرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل

بخلاف الرهن لان حكمه الحبس و يثبت لكل واحد منهما كلا اذ لا تضايف فيه فلا شيوع ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيأ من الرهن (وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذا الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لغا قول المصنف فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لغا حينئذ قول المصنف فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتدائية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التمليك أيضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال أو يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين أو بالتساوي كالتنصيف وان كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا أي سواء كان متفاضلا أو متساويا وجاز عند محمد مطلقا وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية وقد أشار اليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية

ماذكر في الاصل الصدقة على غنيين فتكون مجازا للهبة ويجوز المجاز على ماذكره في الكتاب ان كل واحد منهما تمليك بغير بدل قال (ولو وهب لرجلين دارا الخ) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداء أو بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا أي سواء كان متفاضلا أو متساويا مر على أصله وجاز عند محمد مطلقا مر على أصله وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية على ماهو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية

جعل

(قوله فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت للآخر ثلثه لآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لآخر متعلق أيضا له والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثيه وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثه وقوله التفضيل بالصاد المهملة وقوله بالتفضل بالضاد المعجمة وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفضيل والضمير في قوله ولم يذكره راجع الى الاول في قوله فان كان الاول لم يجز بلا خلاف

جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما أنه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا والفرق لابي يوسف ماذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بمحتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم بماذكر موضع خلافه من الابعاض ومالیس فیه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز واغا لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ماعدل فيه عن أصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة الى الدليل لجريانها على أصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلافا أنه يستوي فيه المساواة والمفاضلة بناء

فأبو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتدائيا بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بأن قال لاحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ماذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا انتهى (أقول) يرشد الى ماقاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها وللآخر نصفها اذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الاولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الاولى بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة انتهى كلامه

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع

على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضا وهو أن التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال تملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيأ فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا ويفيد تفريق العقد فكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع جملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت

 حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك موانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه

(قوله وليس بظاهر) أقول أي ماذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول ظاهرا لقربه (قوله على التفصيل بعد الاجمال) أقول فان قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعليل أي تعليل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوي) أقول الباء متعلق بالضمير في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لانه يستدل) أقول هذا ناظر الى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل الخ (قوله خلافا أنه يستوي فيه المساواة) أقول يعني يستوي في الرهن المساواة الخ

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

(قوله وهذا الباب لبيانه) أقول فيه بحث

(واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده) رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد وتقريره أنا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزأله (قوله على أصله) أي على الشافعي فان من أصله أن للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه أو كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله

قال (واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزأله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض

الرجوع وموانعه وهذا بابه (قوله واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود أي اذا وهب هبة لاجنبي أو لذي رحم ليس بمحرم أو لذي محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه وبين كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى (أقول) في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب وأجنبي اخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما بقي منها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لاخراج المؤنث وانما هو للجري على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بثاني القيدين اللذين اعترف الشارح المزبور أيضا بأنه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكر وذلك ان لم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع * ثم أقول لمانع أن يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيدين في أثناء كلام القدوري في مختصره والعهدة في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصره فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو

(قوله ذا رحم محرم) أقول جرعلى الجوار (قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة يهب أحدهما لآخر بل الوجه احالة خروجه الى القيد الثاني الذي لا بد منه فان النساء يدخلن في أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم (قوله أحدهما وسلمها اليه) أقول لا بد من هذا القيد والا لا يكون رجوعا بل امتناعا ولا خلاف في جوازه (قوله كان والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة) أقول فيه شئ (قوله والعقد لا يقتضي ما يضاده) أقول من الذي ادعى الاقتضاء (قوله أي على الشافعي) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعي (قوله فان من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله في تجويز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته) أقول ولك أن تتأمل في أحقية الواهب بعد التسليم فان الثابت للموهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التمليك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الاول الا أن يقال الاحقية باعتبار أن الواهب حق التمليك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لان للموهوب له حق القبض للتملك في المجلس عندنا على ما مر (قوله ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح

ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد

كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية أيضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب وقد أشار في الكافي أيضا الى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول أكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولانه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لابعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه مذهب الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى (أقول) في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث أما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما يؤول اليه كما في نحو أراني أعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذاك وأما في الثاني فلانه قد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ومنه قوله تعالى وهو أهون عليه اذ ليس شئ أهون على الله تعالى من شئ فلفظ أحق في هذا الحديث المذكور عار عن الامور الثلاثة المزبورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته مالم يثب منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع قادح في مقام الاستدلال على ان لقائل أن يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبي عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه لان الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الناقص وترجيح الغالب فالوجه تجريد أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجري الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية (أقول) صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة) لان العادة الظاهرة أن الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم انتهى وقد سبقه الى هذا الدخل الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا في الثالث ومع هذا له الرجوع في الكل مالم يعوض انتهى (أقول) يمكن توجيه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله والى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالي وبالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم

(ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة) لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا (فتثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع) يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء أو رضا الا الوالد

(قوله لان العادة الظاهرة أن الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه الخ) أقول المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم

لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا الاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها

التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالى وأما التعويض المطلق فيوجد فى الاعلى والادنى والمساوى والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فانه يدل على جواز الرجوع فى الكل مالم يعوض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد فى ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال فى النهاية توضيحه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمكافأة لان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادى قروض انتهى * ثم ان صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعليل لو قيد بنفى العوض ينبغى أن يمتنع الرجوع لانه ظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام مالم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفى العوض انتهى (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأنا لا نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفى العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه والغائه بل بحسب مروءة الموهوب له وجرى العادة على التعويض و بنفى الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه سببا لهيجان مروءة الموهوب له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد فى كل صورة كما قالوا مثل هذا فى الوجه الثانى من وجهى عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا) أى باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم كذا فى الكافى وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اضرابا عن قوله وان لم يكن رجوعا فى الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لان المراد بتملك الوالد ههنا تملكه بطريق الانفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعا ولان قولهم للحاجة يعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة فى تملكه بالشراء على أنهم صرحوا بالاول حيث قال فى البدائع فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضى اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال فى الكفاية من شروح هذا الكتاب فانه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه انتهى الى غير ذلك من المعتبرات (قوله وقوله فى الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا الاستقباحه) قال الشارح العينى قيل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون فى جواز الرضا أو القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال وأما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضى الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون اعانته على المعصية التى هى معصية أخرى منتجة للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضى لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضاء القاضى اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع فى الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن فى أصل الرجوع فى الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضى الاقدام على أمر واه مكروه انتهى كلامه (أقول) هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فان الذى كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز

فان له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا فى الحكم (وقوله فى الكتاب) أى القدورى (فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا الاستقباحه) لا التحريم بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر العائد فى هبته كالكلب يقئ ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب فى قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعنى القدورى وقد جمعها القائل فى قوله موانع الرجوع فى فصل الهبه * ياصاحبى حروف دمع خرقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له والعين العوض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له والزاى الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف

(قوله وان لم يكن رجوعا فى الحكم) أقول بل شراء (قوله وهذا لاستقباحه لا التحريم) أقول فيه بحث (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث آخر) أقول الاظهر فى رواية أخرى

(فقال الا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة فى قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة (لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة فى زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا

فقال (الا أن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولامع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال (أو يموت أحد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فورثته أجنبى عن العقد اذ هو ما أوجبه قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه

الرجوع عنها والذى يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضى لا يقول للواهب فى حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس فى قضائه هذا اعانة على أمر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعى على أصل أعتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضى عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضى دفعها اليه وليس فيه أيضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضى لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر فى موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئا من اختلاف العلماء فى مسئلة لا يمنع القاضى عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه ومانحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله أو تزيد زيادة متصلة) قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة فى قيمة الموهوب اه (أقول) بل من ذلك القيد الآخر بد بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث زيادة فى قيمة الموهوب نقصان فى الحقيقة وان كان فى صورة الزيادة كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة فى زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا فى المعنى كالاصبع الزائدة مثلا اه والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد أحسن صاحب النهاية فى البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة فى نفس الموهوب بشئ يورث زيادة فى قيمة الموهوب كالسمن والجمال أما لو زاد الموهوب فى نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة فى قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كله فى الذخيرة * ثم أقول بقى ههنا شئ وهو انهم صرحوا بأن الزيادة الصورية التى لا تورث زيادة فى القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالاصبع الزائدة لا تمنع الرجوع مع أن الدليل الذى ذكروا لمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولامع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه فى تلك الصورة أيضا فليتأمل

فى المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع فى الهبة فى أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع فى الهبة والمتصلة بالعكس وأجيب بأن الرد فى المنفصلة اما أن يرد على الاصل والزيادة جميعا أو على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثانى لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثانى لانه تبقى الزيادة فى يد المشترى مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع فى الهبة فان الزيادة لو بقيت فى يد الموهوب له مجانا لم تفض الى الربا وأما فى المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة

مانعة عنه بخلاف الرجوع فى الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة (واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل فى حال حياته واذا مات الواهب فورثته أجنبى عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه) وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفى تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا فى تبدل السبب

قال (فان وهب لآخر أرضا بيضاء الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآري هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآري الآخية وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تأري بالمكان اذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والواو للحال لان ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله (واذا قال الموهوب له للواهب) بيان الالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع وأما اذا وهب من الواهب شيأ ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته وليس من شرط العوض أن يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ولا أن ينحصر العوض على الموهوب له بل لو عوضه عنه أجنبي متبرعا صح (واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه (١٣٤) شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب

قال (فان وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شئ منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها الا ان كان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيأ منها له أن يرجع في نصفها) لان له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال (وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا (وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح

مثل أن يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فانه قال التحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فائدة أو ذكره اتفاقا أجيب بأنه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لان الموهوب له يؤدي الى المعوض ما أمره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بأمره غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه النصف بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحا أما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن

في التوجيه (قوله فان وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلا) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اه أقول وجه التأخير أن المصنف كره أن يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسئلة مختصر القدوري بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اه (أقول) ليس هذا بشئ لان المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجية من أصول الموانع بين التفريعات بقوله وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها وبقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر تقف (قوله فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) أقول قيد

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول ليس في محله (قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول معطوف على قوله ان يساوي الموهوب قال المصنف (كبدل الخلع والصلح) أقول قال في الكافي عن دم العمد وانما قيده به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعني يشترط في العوض (قوله لانا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضا عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول فيه بحث

(واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا أن يرد ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع بنصف العوض) قاس أحد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء أسهل من الابتداء ولان ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وعورض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شئ من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شئ ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله الا أنه) أي الا أن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقي من العوض و يرجع في الهبة و بين أن يمسكه ولم يرجع بشئ (لانه ما أسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد ما بقي من العوض

وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف) غاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم أن العوض لاسقاط الحق فوجب أن يعمل في الكل لئلا يلزم تجزؤ الاسقاط كما في الطلاق أجيب بأنه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتبارها بخلاف الطلاق قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما الخ) لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا أو القضاء لانه مختلف فيه بين العلماء قيل لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت

قال (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء و بالاستحقاق ظهر أنه لا عوض الا هو الا أنه يتخير لانه ما أسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده قال (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لانه مختلف بين العلماء

النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتبرات اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرح به وكأن وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فانه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما أولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشراح لنظير هذا في قوله وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فتبصر (قوله وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك في بيع العرض بالعرض وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل (قوله ولان ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أحد الوجهين لا يستقل وجها الا بملاحظة الآخر ووقع في نسخة مقروءة على الشارح هكذا ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد في ايجاب ما هو كحكمه (قوله لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض) أقول منقوض بمثل بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشره فانه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد (قوله والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول أو التابعين بل هو أولى لئلا يخالف ادعاء أصحابنا الاجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم

(قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل (ف) اذا تردد (لابد من الفصل بالرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعده لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا أن يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخا من الاصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدا والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائيا وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل (حتى

لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع) كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارئ لا أثر له فيها (قوله لان العقد) هو الدليل على المطلوب وتقريره أن هذا العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق ليشمل التراضي والقضاء

وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا أن يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق

وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني (أقول) في قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور أي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب ان بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء على قولهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لانه ان أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فالمحذور في ذلك اذا الظاهر أن كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الاحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وان

اراد

(قوله لانه ثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ) أقول قال مولانا الياس وهذا خطأ عظيم لان الوهي على وزن الرمي بسكون الهاء ومد مثله خطأ لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد للمزاوجة (قوله فاذا تردد لابد من الفصل الخ) أقول ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تفريع على قوله وفي حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهلك قبله الى قوله بعده) أقول يعني هلك قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك) أقول جواب بابداء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد في النصف) أقول فيه بحث (قوله وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير في قوله له راجع الى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (قوله لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع الى ما

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك فى وصف السلامة

أراد بذلك أنه يقتضى أن يكون كل ماثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضا أو القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفى أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفى أصله وهاء وفى حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجرى هذه العلة بتمامها فى كل ماثبت على خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزى قال فى المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهى مصدر وهى الحبل يهى وهيا اذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله عنه صاحب العناية أيضا وقال وهو خطأ لان مد المقصور السماعى ليس بخطا وتخطئة مالبس بخطا خطأ اه ولا يذهب على ذى فطانة ان الخطأ ههنا انما هو فى كلام صاحب العناية فانه زعم أن الوهى فى قول صاحب المغرب وانما هو الوهى مقصور الوهاء وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمى ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهى الحبل يهى وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصور القال وها كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العينى لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان مد المقصور السماعى ليس بخطا خطأ لان جواز مد المقصور السماعى مبنى على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد اه ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه فى قوله وانما هو الوهى يعنى بتسكين العين ومخطئ من وجه فى قوله الوهاء بالمد خطأ لان هذا أيضا مصدر على وزن فعال كما تقول فى قلى يقلى قلى وقلاء على وزن فعال و وهاء كذلك وقد قال الجوهرى القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاء يقليه قلى وقلاء اه كلامه (أقول) أخطأ هذا الشارح أيضا فى تخطئة صاحب المغرب لان كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضى أن يكون نفسه أيضا مصدرا اذ قد تقرر فى علم الادب أن مصدر الثلاثى سماعى لا يثبت بالقياس فمجىء القلاء مصدرا من قلى يقلى كما ذكره الجوهرى لا يقتضى أن يكون الوهاء أيضا مصدرا من وهى يهى فان الاول مسموع دون الثانى وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه فى قوله الوهاء بالمد خطأ ينافى تصويبه اياه فى قوله وانما هو الوهى لان فى قوله هذا قصر مصدر وهى يهى على الوهى بتسكين الهاء فكون الوهاء أيضا مصدرا منه ينافى ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافى ومن حذا حذوه من الشراح كصاحبى الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور فى الكتاب حيث قالوا لان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضى أو منهما ولا يتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه منقوض بفسخ العقد فى البيع الفاسد اذ قدم فى فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشترى اذا قبض المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع وفى العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك البيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد فى صلب العقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هنالك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض أيضا بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به فى مواضعه وأما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هنالك للمشترى فى وصف السلامة لا فى الفسخ والحق ههنا للواهب فى نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سيأتى وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضى عدم انفراد المشترى هنالك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك فى وصف السلامة

وقوله (بخلاف الرد) جواب عن قياس زفر وتقريره أن الرد بالعيب بعد القبض انما كان فى صورة القضاء خاصة لان الحق هنالك فى وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له

لا فى الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضى فانما يقضى أولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضى عين ما ثبت بالقضاء فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا وفائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثانى فى هبته كان للاول أن يرجع سواء رجع الثانى بقضاء القاضى أو بغيره خلافا لزفر فى غيره واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة الخ) واذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب (١٣٨) بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له أى للواهب احترازا عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع فى ذلك القبض بحفظها لاجله فان قيل غره بايجابه الملك له فى المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشترى أجاب بأن الغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر فى الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور فى ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا فاذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لى هذا العبد لا أن يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض فى العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما (فصل بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانه بيع انتهاء وقال الشافعى وزفر هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر وأما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك فى البيع كما فى البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

لا فى الفسخ فافترقا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا فى غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض فى العوضين وتبطل بالشيوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعى رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

لا فى الفسخ فافترقا) قال صاحب العناية فى تعليل قوله لا فى الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام فى حق الفسخ لا فى ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بوجب قوله عليه السلام والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها والفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر فلم لا يجوز أن يثبت للمشترى أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالاظهر فى تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية فى تقرير هذا الدليل ولما انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهى أن قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما يفيد أولوية اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقريب ويمكن دفعها بعناية فتأمل

(قوله أجاب بأن الغرور الى قوله وقد تقدم) أقول يعنى تقدم فى المضاربة

وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة أمكن الجمع لامحالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح أن يكون مالكا لنفسه

﴿فصل﴾ لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة قال (ومن وهب جارية الا حملها الخ) اعلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

﴿فصل﴾ قال (ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة

﴿فصل﴾ لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا غير لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزأ منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من أجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس بملفوظ اه (أقول) فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية أيضا لجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية

اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا غير لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزأ منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزه أو اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجز في الصوف والحلب في اللبن (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة)

﴿فصل ومن وهب جارية﴾ (قوله فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول الاولى ترك كلمة من الا أن يقال المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن) أقول فيه عساه أنه انتفاخ على ما مر في البيوع (قوله وهذا أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول فان قيل الظاهر أن الاشارة الى عدم البطلان بالشروط الفاسدة قلنا فيلزم المصادرة

(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) إشارة الى القسم الثانى (لانها تبطل بها) أى بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو فى الوصية وسنذكره فيها (ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه

بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل باق على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شئ هو مشغول بملك المالك

والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لغة ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه اه وقال فى الكافى هناك فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغى أن لا يصح الاستثناء لانه تصرف فى الملفوظ قلنا يكفى لصحة التبعى ما يزيه كما فى استثناء ابليس على ان صحته لا تفتقر الى التناول اللفظى بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم اه فيدل ذلك على عدم صحة ما فى الكفاية ههنا وطولب بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن فى الضرع فانه اذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما فى الضرع من اللبن وأمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز له استحسانا وفى الحمل لا يجوز وأجيب بأن ما فى البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل فى ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجز فى الصوف والحلب فى اللبن كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية الى المبسوط (أقول) فى كل من وجهى الجواب المذكور نظر أما فى وجهه الاول فلأن ما فى البطن لو لم يكن مالا أصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره ايصاؤه وقد صح كل منها على ما نصوا عليه فى مواضعه ويدل على صحة الاولين أيضا المسئلتان الآتيتان ههنا وهما قوله ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم يجز وأما فى وجهه الثانى فلأن كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضى عدم صحة الهبة فيما اذا أمره الواهب بقبض الحمل فى الحال وأما فيما اذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة اصالة بدون النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السر فى ان قال بعض أصحابنا ان أمره فى الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما فى الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية فى أول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح أنه لا يجوز فى الحمل أصلا لان ما فى البطن ليس بمال الخ * ثم أقول على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالما عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا على ما بيناه فى البيوع وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن فى الضرع أيضا من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر فى باب البيع الفاسد فى كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى وذا لا يجدى شيأ يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة فى الكتاب فلا يتم المطلوب (قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شئ هو مشغول بملك المالك) فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهى جائزة أجيب بأن عرضية الانفصال فى ثانى الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلا فى الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة كذا فى العناية أخذا من النهاية (أقول) ليس الجواب بسديد أما أولا فلانه لو جعل الحمل مفصلا فى الحال بناء على كونه فى عرضية الانفصال فى ثانى الحال كان فى حكم المفرز المقسوم لا فى حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه فى جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم

قال (فان وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء أو قال اذا أديت الى النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل) لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا الان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا

الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوالق الذي فيه طعام الواهب ولكنه أمر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملك في الصورتين جميعا انتهى (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فبقي هبة المشاع لا قوله أو هبة شئ هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شئ مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى (أقول) فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المسفور لا يقتضي لرداف الوجه الاول بشئ آخر لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله وولم يبينه قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق اللف والنشر والا لا يصح أعني ان قوله على أن يرد عليه شيأ متصل بقوله أو وهب له دارا وقوله أو يعوضه شيأ منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعوضه شيأ منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيأ منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيأ منها الى قوله واذا وهب دارا الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشئ بقوله على أن يرد عليه شيأ منها انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع (أقول) في تحريرهما قصور اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيأ منها سيما بعد قوله على

أو يعوضه شيأ منها فالهبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بألفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد أو الاعتاق أو غير ذلك فقد قيد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وأصل ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء أو قال اذا أديت الى النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه

أن يرد عليه شيأ منها انما هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوضه شيأ منها الى ما هو غير مذكور ههنا أصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى أو يعوضه شيأ من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيأ منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو بموصة ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيأ منها الى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر لكن بقي لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكأن الامام الزيلعي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوضه شيأ منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها انتهى كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك التردد أيضا بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضا حيث لم يتعرض للشق الاول أصلا بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بألفاظ تقدم ذكرها انتهى (أقول) فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا أنه يشمل ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شئ من الدار الموهوبة أعطاه الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار أنه مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيأ منها مغنيا عن قوله أو يعوضه شيأ منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوضه شيأ منها مصروفا أيضا الى الهبة دون التصدق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي أن قوله أو يعوضه شيأ منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) اذا وهب بشرط أن يعوض شيأ فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم أن قوله أو يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى هنا كلامه وأقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما أراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعوضه ثلثها أو ربعها ولا يخفى أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعوضه شيأ منها فلفظ شيأ من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول انه اذا وهب

بشرط

والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى مافيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لا تتوقف على القبول منقوض ببدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله أجيب بأن توقفه على ذلك لامن حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وأحدا لعاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا انه يرتد بالرد) يفيد (١٤٣) باطلاقه أن عمل الرد في المجلس وغيره

قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال (والعمرى جائزة للعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ومعناه أن يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف جائزة) لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبي شرط فاسد كالعمرى ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وورد الرقبى

بشرط أن يعوضه شيأ معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع أنه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب دارا أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتا معينا منها أو درهما واحدا من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضا وللواهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضا كما لا يخفى انتهى (أقول) كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وماذكره نفسه في دردلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيأ منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب وماصرح به في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو أنه اذا شرط الواهب ان يعوضه بعض من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضا أمر مقرر الا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد عليهما ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعده اللفظ أصلا في أصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فلينأمل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الاقوال مما لم أسبق اليه فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية هذا اشارة الى أن من الاسقاطات المحضة مالا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها اه (أقول) في قوله والابراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر آنفا أن الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبي شرط فاسد كالعمرى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبي شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبي مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارتقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى (أقول) في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله داري لك رقبي عند كون الرقبي مأخوذا من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبي شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبة داري لك في شئ كما ترى ولا

سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب أن يرده في مجلس الابراء والهبة وقوله (بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا اشارة الى أن من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها أي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها ومنها ما يحلف بها (كالطلاق والعتاق) وغيرهما (والعمرى) وهو أن يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه (جائزة للعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا) أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى (والشرط) وهو قوله فاذا مات ترد عليه (باطل لما روينا) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعمر و بطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة (والرقبى) وهو أن يقول الرجل لغيره داري لك رقبى (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لانه يفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع فيه و يبيعه في أي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبي شرط فاسد) لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبي مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارتقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى (ولهما) ما روى الشعبي عن شريح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما أن يقول ان مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا)

(قوله فيكون قوله داري لك هبة) أقول قوله هبة خبر يكون (قوله وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر للمعير

(وقوله ولان معنى الرقبى عندهما) يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وابداع الشئ فى اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح صحيح فأجاب بجوازه والله تعالى أعلم

﴿فصل فى الصدقة﴾ لما كانت الصدقة تشارك الهبة فى الشروط وتخالفها فى الحكم ذكرها فى كتاب الهبة وجعل لها فصلا قال (الصدقة كالهبة) الصدقة لا تتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا فى الهبة أن الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها وفيه تأمل فان حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن أن يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غنى بطل الرجوع استحسانا وفى القياس له الرجوع لان الغرض تم حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنى قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض أصحابنا الى أن الهبة والصدقة على الغنى سواء فى جواز الرجوع كما انهما سواء فى حق الفقير فى عدمه ولكن العامة قالوا فى ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغنى لا ينافى القربة (قوله ومن نذر ان يتصدق بماله يوسف الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها فى مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

﴿فصل فى الصدقة﴾ قال (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز فى مشاع يحتمل القسمة) لما بينا فى الهبة (ولا رجوع فى الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غنى استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع) ويروى أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين فى مسائل القضاء (ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب فاذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل

يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى (قوله ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وابداع الشئ فى اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن الى هنا كلامه (أقول) لا شك أن المصنف يشير بقوله المذكور الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافى وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب فى الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما فى العمرى وقالا المراقبة فى نفس التمليك لان معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتى فان مت قبلك فهو لك وان مت قبلى فهى لى فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال فى هذا المقام وعندى قول أبى يوسف أصح اذ غاية ما فى الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما فى العمرى انتهى (أقول) فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء وأما اذا منع ذلك فلا محال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما اياها كما تحققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال وصح العمرى للعمر له حال حياته ولو رثته من بعده ولو قال دارى لك رقبى أو حبيس فهو باطل عند محمد وأبى حنيفة خلافا لابى

﴿فصل فى الصدقة﴾ (قوله فان حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله) أقول كان يكفى فى المراد أن يقال حصول الثواب انما هو فى الآخرة فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لان الله تعالى لا يخلف الميعاد

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة لغة وشريعة وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل أحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل تحمل أثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وأما شرطها فمعلومية البدلين وأما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكران شاء الله تعالى قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ)

﴿ كتاب الاجارات ﴾

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

يوسف والاصل أن الشرط فى الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة و يبطل الشرط ثم تفسير العمرى أن يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهى رد على فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع أصل التمليك وتفسير الحبيس أن يقول هى حبيس عندى فان مت فهى لك وتفسير الرقبى أن يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهى من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتى فان مت فهى لى وان مت فهى لك فهى باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

﴿ كتاب الاجارات ﴾

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان فى الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا فى الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى أنها حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان أراد بالافراد فى قوله ذات أفراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم تحصل فائدة فى جمعها اذ لا يحتمل عند أحد أن يكون لحقيقتها فرد واحد شخصى أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للاشارة الى أنها ذات أفراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان أراد بالافراد فى قوله المزبور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فمما لا ينبغى أن يرتكب و يبنى عليه كلام المصنف الذى هو علم فى التحقيق فالحق عندى أن يقال انما جمعها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الانواع الثلاثة هى التى أشير اليها فى الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سيأتى تفصيلها عن قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح

﴿ كتاب الاجارات ﴾

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضا مقدم على الوجود وأيضا تجرى الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هى دون الهبة (قوله ذات أفراد) أقول الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الاعيان) أقول أى المنافع التى ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول

 ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعى بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعى من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق فى أوائل كتاب النكاح من أنه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصدا الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصلى وان عم فلا حاجة الى التقييد

لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع

فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعى بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تمليك قطعا لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد أفصحوا عن هذا فى أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح فى الشرع فى عامة الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وماذكره الزيلعى ههنا فى شرحه للكنز من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه فى كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكنز نفسه أيضا صرح فى أول النكاح بأنه عقد يرد على تمليك المتعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز فى الاباحة فان من أباح شيأ فانما يتلفه على ملك المبيح فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ماذكره الزيلعى من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق فى أوائل كتاب النكاح من انه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اه ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ماذكره الزيلعى ومقتضى الثانى عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق * ثم أقول يمكن أن يقال فى دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال فى أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة فى الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة وقال صاحب الكافى والشراح هناك وعن الكرخى انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض فى النكاح أجرا بقوله تعالى فآتوهن أجورهن وهو يشعر بأنه مشاكل للاجارة ولنا أن المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا مؤقتة فبينهما مناقاة فأنى تصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بأنها عقد على المنافع بعوض أو بأنها تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل تفق وقال فى غاية البيان وينبغى أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله اه (أقول) وهذا أيضا ليس بسديد اذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بأن المنافع فى الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب فى القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيختل قطعا (قوله لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع) قال الشارح العينى قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهى ما أعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز أن تكون مصدرا فيستقيم الكلام اه (أقول) النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور فى كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا أمر آخر وانما الذى هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالى حتى كتبته فى مسوداتى من تلقاء نفسى قبل ان أرى ما كتبه غيرى وأما الجواب الذى ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده

بقوله

بين المفهوم الشرعى قبل اللغوى لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة وهو فى بيان شرعيتها فالشرعى أولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع

قال المصنف (لان الاجارة فى اللغة بيع المنافع) أقول فيه بحث أما أولا فلانه لابد من ضميمة اه هذا التعليل حتى يتم كأن يقال ولم يثبت نقله فى الشرع الى معنى آخر وأما ثانيا فلأنه مخالف لما فى كتب اللغة كالمغرب وغيره أنها اسم للاجرة (قوله لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة) أقول فيه بحث (قوله فالشرعى أولى بالتقديم) أقول فيه بحث

والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهى معدومة واضافة التمليك الى ماسيوجد لايصح الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

بقوله قد بينت لك الخ ماذكره فى صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا أعطاه أجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدى شيأ فى الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر فى علم الادب ان مصدر الثلاثى سماعى لاقياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضى كون الاجارة أيضا مصدرا من أجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما سمع من أهل اللغة لا فى الاحتمال العقلى على انه لو سلم مجىء الاجارة فى اللغة مصدرا من أجره اذا أعطاه أجره كمجىء الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا فى اللغة بيع المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة فى اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعى قبل اللغوى لان اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة وهو فى بيان شرعيتها فالشرعى أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعى أولى بالتقديم بناء على انه فى بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعى على المفهوم اللغوى فى جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعى موافقا للمعنى اللغوى أو مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوى على بيان المعنى الشرعى لكون اللغوى هو الاصل المتقدم فالوجه عندى ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة فى الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن طوى الصغرى فكأنه قال لان معنى الاجارة فى الشرع هو معناها فى اللغة ومعناها فى اللغة بيع المنافع ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضى تقديم مفهومها الشرعى بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن (قوله الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحته الآثار) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر اه (أقول) فى تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر أن ينحصر دليل شرعيتها فى الاثر والا لم تكن فائدة فى ذكر قيد الاثر فى الموضعين وليس ذلك بمنحصر فى الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر فى الكافى وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل (قوله وهى قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحته (أقول) لقائل أن يقول سيأتى فى باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعى مأمور باعطائه من قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر فى الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المأمور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير لا يتصور الا فى الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

وهى غير موجودة فى الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها ماذكره فى الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وفيه زيادة بيان أن معلومية الاجر شرط جوازها (وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) لانها هى المعقود عليه فالملك فى البدلين أيضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضى التساوى والملك فى المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا فى بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر فى الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها واذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر

قال المصنف (والقياس يأبى جوازه) أقول ذكر الضمير الراجع الى الاجارة باعتبار أنها عقد قال المصنف (وقد شهدت بصحته الآثار وهو الخ) أقول هو راجع الى الاثر أو الآثار والتذكير باعتبار الخبر قال المصنف (وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول) الزاما للعقد فى المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره فى حق المنفعة) يعنى يتراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة (ملكا واستحقاقا) يعنى يثبتان معا (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين فان الملك فى المبيع يثبت فى الحال و يتأخر الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما فى البيع بشرط الخيار (ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لمارو ينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه فى الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالثمن فى البيع فاذا كان معلومية الثمن شرطا كان معلومية الاصل أولى بذلك (ولان الجهالة فى المعقود عليه و بدله تفضى الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن فى البيع) وهو واضح وماصلح أن يكون ثمنا فى البيع صلح أن يكون أجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر فى حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لمارو ينا ولان الجهالة فى المعقود عليه و بدله تفضى الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن فى البيع (وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الاجارة) لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول) قال بعض الفضلاء لابد أن نتأمل فى هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه (أقول) جواب هذا الاشكال ينكشف جدا باذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة فى كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها فى المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخى كما فى البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منهما مضافين الى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصف الكلامين شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانه يجوز أن تنفك عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد وأنه عبارة عن كلامين وا لانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى هنا كلام صاحب الغاية فكأن ذلك المستشكل لم يرهذا الكلام أو لم يقنع به و كلاهما مما لا ينبغى كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر فى الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها واذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد فى المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه العينى (أقول) فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد فى ذلك المقدار المعين كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة فى حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع اذ يلزم حينئذ أن تنعقد فى الساعة الاولى وهى ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فالاظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله

المنافع معلومة والاجرة معلومة لمارو ينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من

ذلك قال المصنف (وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الاجارة) أقول المذكور قال فى المحيط البرهانى الاصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمنا فى البياعات يصلح أن يكون أجرة فى الاجارات وما لا يصلح أن يكون ثمنا فى البياعات لا يصلح ان يكون أجرة فى الاجارات الا المنفعة فانها تصلح أن تكون أجرة اذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا انتهى وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف

ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان

المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على أصل أئمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلناه وأن العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل العقد هنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل للمنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر (قوله ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان) أي كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر في البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فلتمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا الى هنا كلامه (أقول) لا النظر شئ ولا الجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لأن تكون ثمنا بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى ألا يرى أن الشارح المذكور نفسه قال في أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة مالا ثمن فيه أصلا نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس مراد المصنف بالثمن في قوله ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان فلا يرد النظر المزبور عليه جدا وأما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشاه * ثم أقول بقي ههنا شئ وهو ان لقائل أن يقول لا شك ان مراد المصنف بالثمن في قوله ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا هو ما يجب في الذمة وان تمثيله مالا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا أنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري وهو قوله وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح أجرة على ذلك المعنى الأعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع يتحمل التعميم لصور في الدين والعين كما ترى ويمكن أن يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موف حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضا فان ما لا يجوز أن

وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح أجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فلتمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا

(قوله كالحيوان والثياب مثلا) أقول قال في المحيط البرهاني في الفصل الاول من الاجارات واذا كانت الاجرة عروضا أو ثيابا يشترط فيه جميع شرائط السلم وفي هذا كله اذا كانت الاجرة عينا فاعلامه بالاشارة واذا كانت الاجرة حيوانا لا يجوز الا اذا كانت عينا انتهى (قوله أو ثيابا) يعني بالثياب ما ليس له مثل كما علم من تفسير الشارح

(قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمنا في البيع الخ (لاينفي صلاحية غيره) كما ذكرنا (لانه عوض مالي) فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لابد وأن تكون معلومة في الاجارة فلابد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة وكائنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين أفضى الى النزاع المفسد للعقد ولافرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع وأما اذا كانت بحيث لايعيش اليها أحد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظن في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها وجوزه آخرون منهم الخصاف لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضي التوقيت ولامعتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصيغة (قوله الا أن في الاوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله أي مدة كانت وانما لاتجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لايدعي المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لايؤاجر أكثر من سنة وأما اذا شرط فليس للمتولي أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها

فهذا اللفظ لاينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لاتتفاوت وقوله أي مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا أن في الاوقاف لاتجوز الاجارة الطويلة كي لايدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

يكون ثمنا في البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانها لاتصلح ثمنا في البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرح به حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تتميما لها تلك المسئلة ومالا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لايجوز غيره يبين ذلك ان الاعيان لاتكون أثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر في تمثيل مالا يصلح ثمنا ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لانه عوض مالي) أي لان الاجرة على تأويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الاجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لاثمن المنفعة قلنا لقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشيء دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية وجها آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار لايجب العقار في الذمة كما لايخفى اه (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بناء على ما قاله في نظره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى مايجب

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لايجب العقار في الذمة كما لايخفى

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها) لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولابد أن يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الوحد ولابد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم) لانه اذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

في الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح فاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية (أقول) لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره في استئجار رجل على صبغ ثوب و بيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب و بيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة للحمل أو الركوب على ما أشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد فكما أن المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لابد منه من الامور اللازمة البيان كما أشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شئ من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موصع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار أو بذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون (قوله وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولابد من بيان الوقت) أقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب أن الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره اللهم الا أن تحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى * ثم أقول كان حقا على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكأن صاحب الكافي تنبه لسماجة هذا التحرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المشئ عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في أجير الوحد حيث قال ولنا فيه نظر لان اجارة أجير الوحد أيضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعي الاستئجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لأن اجارة أجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما صرحوا به فاطبة كما سيأتي

(وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الاجارة كما اذا استأجر رجلا على صبغ ثوبه و بين الثوب ولون الصبغ وقدره أو استأجر خياطا على خياطة ثوبه و بين الثوب وجنس الخياطة أو استأجر دابة للحمل أو الركوب و بين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر في الكتاب

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها او أداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا تملك لا يجب ايفاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لاستحالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله

﴿باب الاجر متى يستحق﴾

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه)

﴿باب الاجر متى يستحق﴾

(قوله وجب افرادها) أقول أي افراد المخالفة قال المصنف (الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوقاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتعجيلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجر اذا عجل الاجرة فالمعجل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينا هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات أن الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد اما اذا كانت دينا تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التحري وبعضهم قالوا ما ذكر في الاجارات قول محمد أولا وما ذكر في الجامع والتحري قوله آخرا انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التعجيل فانها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى (قوله ليس بمجاز شائع) أقول الشيوع لا يهما (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلا) أقول ان أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فمسلم ولا يفيد وان أراد أنه لا يدل بقرينة فممنوع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصا المفتاح وشروحه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لاستحالة) أقول ممنوع فان في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب

أما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع وأما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب المعقود عليه لانتفاء الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد أي لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة ما يؤيده فقال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد أولا وما ذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية (أقول) تأييد ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيئا قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده ألا ترى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه وقال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لاستحالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشيء ولا الجواب أما الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع اذا لم تتحقق قرينة مخصصة وأما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما مورد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج الى قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عينا أو دينا مما يملك واذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لاستحالة ممنوع فان العين مما لا يجب في الذمة مع أنه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل

وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لايتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند

وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية

(قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل) قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى (أقول) هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل أن يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغو جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولاحياة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية على ماذكر في الكافي وعامة الشروح نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير اليه في عامة المعتبرات وهو أن جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لاتدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لايتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد ان افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لايفيد مدعى الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تملك في الحال والجواب المزبور انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان أراد أنها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى (أقول) ماذكره في كل من شقي تردده ليس بسديد أما الاول فلانه سلم كون افادة

العقد ولنا أن العقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد أي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لذلك

(قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا) أقول ولك أن تقول ارتكاب المجاز في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضا فان المراد بنفس العقد العقد الخالي عن المعاني الثلاثة وبتسليم العين المستأجرة الى المستأجر يجب تسليم الاجرة للمؤجر عند الشافعي فليتأمل وفي شرح الحاوي للفتوى اعلم أن الاجرة اذا كانت في الذمة فهي كالثمن في الذمة في أنها ان شرط فيها التأجيل والتنجيم كانت مؤجلة أو منجمة وان شرط فيها التعجيل كانت معجلة وان أطلق ذكرها تعجلت أيضا وملك جميعها المكرى الملك بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتعجل بشرط التعجيل فيتعجل عند الاطلاق كالثمن انتهى (قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان أراد من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم

وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثانى ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة الابراء على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب فى جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد فى جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة فى الاجرة فظهر الانعقاد فى حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون فى الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب وأما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك

(قوله فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه (١٥٥) وقضيتها المساواة وظاهر أن شرط

وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله

الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك فى الحال كما هو مدعى الشافعى ليس من لوازم الوجود حقيقة ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجودا حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك فى الحال كما مر وأما الثانى فلان الوجود الحكمى لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقى فى اللوازم الشرعية والا لم تحصل فائدة فى جعل الشرع الوجود الاعتبارى فى حكم الوجود الحقيقى فلما سلم أولا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكما أيضا فالوجه الوجيه فى الترديد وفى المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله) قال فى العناية واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثانى ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) فى الجواب نظر أما أولا فلان حيثية كونه اجارة هى حيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثانى ممنوع وهلا يستلزم تسليم الاول تسليم الثانى ومنع الثانى منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة قاما مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين قلنا فيلزم

التعجيل قبل ثبوت الملك فى البدل الآخر يفوت المساواة نعم مطلق شرط التعجيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كما فى البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد اصحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى بألف درهم فقال أعتقت انتهى

وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر فى أواخر الهبة الا أن يراد بالقبول معنى يعم عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد فى حقه) أقول ان أراد الانعقاد فى حق الحكم فليس بمنعقد فى حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على انه مخالف لما سبق فى كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتنى اقرار بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح الابراء لوجوده بعد السبب) أقول كالابراء عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لا يدل عليه من دليل وفى البزازية تكارى دابة مسماة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر فى الكتاب أنه يجوز وذكر شيخ الاسلام ليس تفسيره أن يؤاجرا بلا بغير عينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكارى الحمولة وقد قال المستأجر احملنى على ابل الى مكة أو احملنى أو احمل هذه الحمولة فيكون المعقود عليه فى الذمة ويفتى بالجواز للعرف انتهى وسيجىء من المصنف فى آخر هذا الباب أن المستحق عمل فى ذمته فراجعه الا أنه ذكر فى الحواشى الجلالية دليل على أن المنفعة لا تكون دينا فانه قال ان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة فى الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزيلعى وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد فى حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا فى ذمته فلا يجب بدلها أيضا وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هى مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا انتهى فتأمل فى جميع ما ذكر

أن تكون صحة اشتراط التعجيل فى عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على أنهما لو صرحا بأنهما وشرطا التعجيل فى عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما ثانيا فلان قوله فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة وبشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك فى المعقود عليه تفوت المساواة كما لا يخفى والاولى فى الجواب ماذكر فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل فى الاجارة لا يخالفه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضى التعجيل كالبيع الا أنه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بأن الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة الابراء على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب فى جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد فى جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة فى الاجرة فظهر الانعقاد فى حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه (أقول) هذا كله مأخوذ من النهاية الا أن التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة فى عدم الانعقاد فى جانب المنفعة وهى كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة فى عدم الانعقاد فى جانب الاجرة أيضا وهى اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة فى الاجرة فظهر الانعقاد فى حقه على أن ذلك التعليل لا يتمشى أصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أيضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ماصرح به فى عامة المعتبرات مع أن كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا فرق فى الجانبين أصلا كما لا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان أراد الانعقاد فى حق الحكم فليس بمنعقد فى حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق فى كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتنى اقرار بالمال المدعى فليتأمل انتهى كلامه (أقول) قد أخذ أصل ايراده من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلان صاحب البدائع ذكر لقول محمد فى جواز الابراء عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثانى بماذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال أعتقت ولان الابراء اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعنى بالانعقاد الانعقاد فى حق الحكم فهو غير منعقد فى حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعنى به شيأ آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد فى حق المتعاقدين لا فى حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده فى حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم فى الحال ثم فسر انعقاد العقد فى حق المتعاقدين وانعقاده فى حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهانى وأما ماذكره ذلك المورد فى علاوته

(قوله واذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا او بدل أحد الاقسام لا يكون قسما بذاته فاذا قبض المستأجر باجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة فى المدة فى المكان الذى وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الآجر تسليم العين التى تحدث منها المنفعة فى مدة الاجارة فى مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجنبى سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال شئ منها زال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة فى غير مدة الاجارة مثل أن يستأجر دابة الى الكوفة فى هذا اليوم فذهب اليها بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها فى غير مكان العقد

(واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه اذا التمكن من الانتفاع يثبت به

من حديث المخالفة لما سبق فى كتاب الاقرار فليس بتام أيضا اذ لا مخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق * ثم أقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقريره الوجه الثانى من وجهى قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما تمشى الجواب الذى ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى فى اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد فى جانب الاجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال ان الابراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به فى بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة فى جانب الاجرة أيضا وكفى فى اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا أحدهما بالآخر كاف فى السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده فى مرتبة السببية فان الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفاله شرعا والعلل الشرعية معايرة للعلل العقلية فى جواز انفكاكها عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأى بعض مشايخنا فى تفسير قول أئمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية فى صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد فى حق المتعاقدين دون الانعقاد فى حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن الاسلم فى توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى تأمل ترشد (قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) قال فى النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الاجنبى أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثانى أن تكون الاجارة صحيحة فان فى الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء فى المدة والثالث أن

(قوله فاذا قبض الى قوله فى المكان الذى وقع العقد فيه الخ) أقول لعل الصواب أن يقول فى مكان أضيف اليه العقد فانه اذا استأجر دابة فى غير بغداد على أن يركبها فى بغداد فسلمها فى بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما اذا سلمها وأمسكها فى غير بغداد الذى هو محل العقد وفى المحيط البرهانى يشترط التمكن من الاستيفاء فى المدة التى ورد عليها العقد وفى المكان الذى أضيف اليه العقد فأما اذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء فى المدة فى غير المكان الذى أضيف اليه العقد أو تمكن من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوما الى الركوب فحبسها المستأجر فى منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب فى المصر يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف اليه العقد وان استأجرها للركوب خارج المصر الى مكان معلوم لا يجب الاجر اذا حبسها فى المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع فى المكان الذى أضيف اليه العقد فاذا ذهب بالدابة الى ذلك المكان فى اليوم ولم يركب يجب الاجر لتمكنه من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف اليه العقد فى المدة وان ذهب الى ذلك المكان خارج المصر بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر انتهى (قوله ولم يستوفها وجب الاجر) أقول واذا استوفاها وجب بالطريق الاولى (قوله مثل ان يستأجر دابة الى الكوفة الخ) أقول وفيه بحث فان الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول وسلمها بعد مضى اليوم فذهب اليها الخ

كمن استأجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة أو سلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب أو سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب أو لم يكن شئ من ذلك أصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب مالم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه بمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجوب الانفساخ في ذلك القدر قال (ومن استأجر دارا) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يخلو من أن يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد أولا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان أو أقل أو أكثر لانه بمنزلة التأجيل اذا الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك عن اجارة الاراضي (وان استأجر بعيرا الى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود) كسكنى يوم وهذا قول أبي حنيفة آخرا (وكان يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

قال (فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة) لان تسليم المحل انما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ في بعضها قال (ومن استأجر دارا فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لانه بمنزلة التأجيل (وكذلك اجارة الاراضي) لما بينا (ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو استأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد لأنه انما تمكن بعد مضي المدة اه وقال صاحب العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه بمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اه كلامه (أقول) في آخر جوابه خلل أما أولا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة أيضا على ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فمع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع وأما ثانيا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب أيضا من القيود المقتصر

(قوله كمن استأجر دابة في غير بغداد الى قوله بغداد الخ) أقول ولو سلمها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فأمسكها ولم يذهب الى الكوفة لا يجب الاجر أيضا عليهما (قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما) أقول وفيه بحث فان صورة الغصب مذكورة في كلام المصنف (قوله اعتمادا عليهما) أقول يعني دلالة الحال ودلالة العرف

لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة) وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيأ كما في المبيع فانه مالم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيأ من الاجرة وقبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على أجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لان في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيأ فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقدير الان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه (ووجه القول

لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه أن القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا أن المطالبة في كل ساعة تفضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقد رنا بما ذكرنا قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

عن ذكرها مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان أجزاء الاعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيأ كما في المبيع فانه مالم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيأ من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي اه (أقول) في قوله كما في المبيع فانه مالم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قدم في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما سلما معا ففي الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخريين يستحق قبض البدلين معا وأما أن لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فما لم يقل به أحد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن اه (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته وقالوا لو استأجر خياطا يخيط له في بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك

أجرته لانه منتفع به (وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير منتفع به

(قوله فانه مالم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما سلما معا كما سبق قبيل باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح لعله سهو والحق عكس ما ذكره كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب قال في الكافي فما لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الاجرة كما في البيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى فليتأمل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيأ) أقول ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذي خاط بعضه (قوله وجوبا) أقول يعني في الذمة (قوله الا أن المطالبة في كل ساعة تفضي الى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) أقول وأيضا تعيين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول فيه منع (قوله فقد رنا بما ذكرنا) أقول يعني قدرنا استحسانا

(الا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياطا يخيط له في بيت المستأجر فله الاجر بقدر ما خاطه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة

من الاجر كما في الجمال ثم قال ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا أو للبدن أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله

قال (الا أن يشترط التعجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم

الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضا الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله الآخر يجب على المؤاجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال وذكر الامام قاضيخان ولهذا لو استأجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا أيضا في غيرها ولكن نقل في التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا أو للبدن (١) أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما قاله بشئ أما أولا فلانا لا نسلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضا اذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح مما سنذكره وقوله اذ ليس للكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضا نعم ليس بشئ أيضا من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع أجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما اذا كانت له حصة معلومة ما اذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما في كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب ايفاء الاجر اذ لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة ما استوفى معلومة الا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثا فلانه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لان ما ذكره المصنف مخالف قطعا لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستأجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة انتهى (قوله وأرى أن ذلك انما يكون اذا عينا الخ) أقول فيه بحث (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاطه في غير بيت المستأجر انه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وفيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا

(١) قوله أو للدوامل هكذا في نسخ التكملة بالدال المهملة والميم وفي العناية الذوائل بالذال المعجمة والهمز فليحرر اه مصححه

(قوله قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب الى قوله ولكن نقل من التجريد الخ) أقول ورواية تحفة الفقهاء توافق ما ذكره المصنف أيضا حيث قال وعلى هذا الخياط يخيط له في منزله قميصا فان خاط بعضه لم يكن له أجر لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجر لانه صار مسلما للعمل عنده انتهى (قوله وأرى أن ذلك انما يكون اذا عينا الخ) أقول فيه بحث (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاطه في غير بيت المستأجر انه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وفيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا

قال (ومن استأجر خبازا ليخبزله) ذكر هذا البيان حكمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون فاذا استأجر خبازا ليخبزله في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجرة بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج لا أجر له لهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو أجير وحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استؤجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرا مشتركا فوقف استحقاقه على فراغ العمل

قال (ومن استأجر خبازا ليخبزله في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج فلا أجر له لهلاك قبل التسليم

ما استوفى من المنفعة اذا كان العمل في بيته وليس بمطابق أيضا لمفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من الاجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلا اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الاجر لان مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الاجر مطلقا أي سواء كانت له حصة معلومة من الاجر أو لا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته أيضا ولانه قال لما بيناه مرادا به على ما صرح به الشراح فاطبة هو قوله لان العمل في البعض غير منتفع به ولا شك ان ذلك يقتضي أن لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فأني يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولعمري ان جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا موهوم محض فكيف ينبغي أن يصار الى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفا لاختلال رأي الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاط في غير بيت المستأجر أنه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا اه كلامه (أقول) جوابه عن بحثه ليس بتمام اذ لا شك أن استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا الوجه حبس الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيكه حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة كما ان للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب الا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط أن يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما اذا عمل في بيت المستأجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خبازا ليخبزله في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في العناية ذكر هذا لبيان حكمين أحدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة

قال المصنف (ومن استأجر خبازا ليخبزله في بيته الخ) أقول في مبسوط السرخسي وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبزله في بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ما عمل وان كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شئ ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لانه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل

(٢١ - تكملة سابع) في دفعها انه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما اذا خبز بعض الدقيق كنصفه مثلا تاما ولم يخبز البعض الآخر (قوله أحدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الخ) أقول الحمال أجير مشترك و يستحق الاجرة قبل الفراغ من عمله الا أن يجعل قطع كل مرحلة عملا على حدة (قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول اما اذا استأجر خبازا يوما ليخبزله في بيته فانه أجير وحد فيستوجب الاجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فان أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع فى بيته (ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه جناية توجبه) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أى قوله لا ضمان عليه (عند أبى حنيفة لانه أمانة فى يده) ولا ضمان على الامين (وعندهما يضمن) لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع فى بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه فى الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له قال فى النهاية هذا الذى ذكره من الاختلاف اختيار القدورى وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلانه لم يملك من عمله وأما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع فى بيته تسليما (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعام وليمة فعليه تفريغه الى القصاع) لانه من تمام عمله عرفا وان استؤجر فى طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند أبى حنيفة باقامتها) فان أفسده المطر قبل ذلك أو أنكسر فلا أجر له لانه (١٦٢) لا يصير مسلما مالم يصر لبنا ومادام على الارض لم يصر لبنا (وقالا لا يستحقه حتى يشرجه)

أى ينضده بضم بعضه الى بعض (لان التشريج من تمام عمله) عرفا وباقى كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار الخ) وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما فى المبيع فالوصف القائم فى الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعد يعنى ان الضمان لا يلزم الا على المتعدى وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان

(فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال وهذا عند أبى حنيفة لانه أمانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما لوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للعرف قال (ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا أقامها عند أبى حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجها) لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذى يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابى حنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبى حنيفة لانه غير متعد فى الحبس فبقى أمانة كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسيبين من بعد ان شاء الله تعالى

الخياط آنفا والثانى ان فراغ العمل بماذا يكون اه (أقول) فيه شئ وهو انه اذا علم من مسئلة الخياط آنفا أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل ولا ينبغى أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثانى وهو أن الفراغ من العمل فى الخباز بماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور

قال المصنف (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول فى الوقاية وان احترق بعد ما أخرج فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة أى فى الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج وقال صاحب الدرر والغرر فيه بحث أما أولا فلانه مخالف لما فى شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرما حتى قال فى غاية البيان انما قيد بعدم الضمان فى صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان فى قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة الآتى ذكرها من ان الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول قال المصنف (الا ترى أنه ينتفع به) أقول فيه اشارة الى الجواب عن دليلهما الثانى يعنى أن العرف مشترك فكما أنه قد يتولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريج وفى القاموس التشريج نضد اللبن

وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين كالحمال بالماء والجيم فليس له أن يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين بل انما هو قائم بالعامل أو بعين له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعنى اذا لم يكن ثمه من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء وأما اذا كان فهى مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكر فى المبسوط وجامع قاضيخان أن احداث البياض فى الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له أثر فى العين قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآبق) جواب عما يقال الآبق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله أثر فى العين قائم ووجهه ان الآبق كان على شرف الهلاك وقد أحياه برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذى ذكرنا) يعنى حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) نيل هو مذهب الشافعى رحمهما الله (ليس له حق الحبس فى الوجهين) يعنى فى الذى لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كالو عمل فى بيت الصاحب والجواب (ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس

وقد تقدم فصار كقبض المشترى المبيع بغير رضا البائع فان للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشترى لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو ببدلك مثلا واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه كأن استأجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بأن استعمل من هو أصنع منه فى ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغى أن يجوز وان أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين والله أعلم

﴿فصل﴾ لما ذكر استحقاق تمام الاجر ذكر فى هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض (ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجىء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقى) فاما ان يكون على جماعة معلومى العدد أو لا فان كان الثانى استحق جميع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبى جعفر الهندوانى واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراده) يعنى القدورى رحمه الله (اذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتى بالجواب فذهب فوجده ميتا) فاما ان يرد الكتاب أو لا فان كان الثانى استحق أجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول (فلا أجر له

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين فليس له أن يحبس العين لاجر كالحمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للرد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذى ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس فى الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة اقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشترى بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل فى محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه (وان أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله) لان المستحق عمل فى ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

﴿فصل﴾ (ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجىء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقى فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين (وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجىء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له)

التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو كان مراده بيان الحكمين معا لقال هكذا تدبر

﴿فصل ومن استأجر رجلا﴾ قال المصنف (ومراده اذا كانوا الخ) أقول فى البزازية وان لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة وفى الدرر والغرر وان لم يكن عياله معلومين فله كل الاجر فتأمل فانه لا مخالفة كما سيتضح فى الدرس الآتى من العناية

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب) وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب وقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فرده فانه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناقض على محمد لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها والله أعلم

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قيل صورة المسئلة أن يقول استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين

هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل بما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع) لان الحمل لم ينتقض (وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا) لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها)

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لانه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر للمؤجر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا انتهى (أقول) فيه أيضا شئ فتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه ومال أكثر الشراح الى سمته في تصوير هذه المسئلة غير أن صاحب الغاية بعد ان ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شئ لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري الى هنا كلامه

(أقول) من اجارات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث اذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكناها جميعا فلا أجر لها قال وهو بمنزلة استئجارها للطبخ أو للخبز هكذا ذكر انتهى قيل في المعنى ان التسليم شرط الصحة الاجارة ولوجوب الاجر وسكناها معه يمنع التسليم والحكم ممنوع والعلة مردودة والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لان الطبخ والخبز مستحق عليها ديانة ان لم يكن مستحقا عليها حكما اما اسكان الزوج في منزلها غير مستحق عليها الا ديانة ولا حكما وقوله بأن سكناها مع الزوج يمنع التسليم قلنا لا يمنع لانها تابعة للزوج في السكنى كما فصل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي كائنين معدتين للسكنى

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

(قوله باب ما يجوز من الاجارة) أقول لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الاجارة فيتضح وجه التأخير لان التفصيل بعد الاجمال فليتأمل قال المصنف (ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول في الفصل الحادي عشر

لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد

(أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أما أولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى فى الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم فى استئجار كل دار و حانوت ماذكر فى الكتاب وهو الجواز وان كان الثانى فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غنى عن البيان غير خفى على أحد وأما ثانيا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغى أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتى فى الكتاب ففيما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع فى عبارة مختصر القدورى قيد للسكنى فى وضع هذه المسئلة كما لم يقع فى عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لا لان العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصح العقد لانه لا ينتظمه قوله وله أن يعمل كل شئ سوى موهن البناء بل لان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه بمطلق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شطره الاول فلان مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى و بعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شئ منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى و بين القول بأن له أن يعمل كل شئ من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار فى التعليل الذى ذكره المصنف وغيره وأما شطره الثانى فلانه لو كان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذى ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد بل صرحوا فى عامة المعتبرات بأنه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفى القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية الى النزاع كما فى استئجار الاراضى للزراعة (قوله وانه لا يتفاوت فصح العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام فى عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا فى بيان من يسكن انتهى (أقول) لعل لفظ السكان فى كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ما وقع فى النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان فى العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان فى العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذى هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة و يرشد اليه قوله و وجهه يعنى وجه الجواب ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العينى و فى بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا

لان العمل المتعارف فيها هو السكنى و به يسمى مسكنا وفى القياس لا يجوز لان المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوع فوجب أن لا يجوز مالم يبين شيأ من ذلك ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه (قوله ولانه لا يتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه و وجهه ان السكنى لا تتفاوت ومالا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح

(قوله ولانه لا يتفاوت) أقول الظاهر وأنه لا يتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام فى عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا فى بيان من يسكن

(وله أن يعمل كل شئ) من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (للاطلاق) أى لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشئ دون شئ (الا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء أو الدابة دون اليد ان لم يوهن البناء وفى الجملة كل ما لم يتضرر به البناء جاز أن يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الياء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال وينتفى به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز أن يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به وينتفى به سكنا دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) وينبغى أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان

ما يزرع فيها لانه يتفاوت فى الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع (ويدخل الشرب والطريق فى العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقدمر فى باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة) وهى الارض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أو يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى) فيصح بها العقد

(ولو ان يعمل كل شئ) للاطلاق (الا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا) لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة) لانها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع فى الحال الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى الحال حتى يجوز بيع الحشيش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقدمر فى البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كى لا تقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء) لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا) لانها منفعة تقصد بالاراضى

(قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول فيه رد على الاتقانى ولكن بقى ههنا كلام وهو ان اتحاد المناط لا يكفى فى الدلالة لوجوده فى القياس أيضا بل لا بد مع ذلك ان يدرك باللغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ويجرى بها التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال فى البدائع فى تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة

جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ (أقول) كلامه ليس بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولا نه بل يأباها اذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذى يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متممات ما قبله فلم يصح قوله وهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكور فى لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضا بل المذكور فيما رأيناه من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن أعمال السكنى تتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالامثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر آنفا وانه يعنى السكنى لا يتفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذى يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كى لا تقع المنازعة) أقول لقائل أن يقول فى التعليل شائبة الاستدراك اذ يكفى فى تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا نفع له فى اثباته فالجواب انه لا بد فى صحة عقد استئجار الاراضى للزراعة من أمرين أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لانها

(وإذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعها وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لها فما فى ابقائها مضار بصاحب الارض) هذا من جانب المستأجر وأما من جانب المؤجر فلأن الارض اما أن تنقص بالقلع أولا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضى به المستأجر أولا وان شاء رضى بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والارض لذاك لان الحق له فله أن يتركه وان كان الثانى فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستأجر (وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل الى أن يدرك لان له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين) وذلك لانا لو قلعناه تضرر المستأجر ولو تركنا الارض بيده بلا أجر تضرر المؤجر وفى تركه بأجر رعاية الجانبين فصير اليه وأورد مسئلة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة

قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل الخ) اذا استأجر دابة للركوب فاما أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه أو زاد فقال على أن يركب من شاء أو على أن يركب فلان فهى ثلاثة أوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيأ بخمر أو خنزير وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لانها عقدت عقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وان كان الثانى صح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذى قلنا فان أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور فى الكتاب أولا والمراد بقوله فان أطلق الركوب هو أن يقول على أن يركب من شاء وان كان الثالث فليس له أن يتعداه لانه تعيين مفيد لابد من اعتباره فان تعداه كان ضامنا

(ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة) لانه لا نهاية لهما وفى ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين قال (الا أن يختار صاحب الارض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا أن تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا) لان الحق له فله أن لا يستوفيه قال (وفى الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض رطبة فانها تقلع) لان الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لانه منفعة معلومة معهودة (فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون فى الركوب فصار كأنه نص على ركوبه

قد تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من نفى الجهالة وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به فى الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها والمصنف لما رأى اندراج الاول أيضا التزاما فى مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار الى تعليل كلا الامرين أما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وأما الى تعليل الثانى فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن فى التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكأن صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال فى تقرير المقام ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغى أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت فى الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى (قوله فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملا بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لان المستأجر اما أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيأ أو زاد فعلى هذا اما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان ففى الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا

(قوله وان كان الثانى فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا) أقول وان شاء رضى بتركها على حالها ولم يذكره الشارح تعويلا على انفهامه من الكلام (قوله على الوجه الذى قلنا) أقول آنفا

وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جازا سكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد تتفاوت السكان أيضا فان سكنى بعض قد يتضرر به كالحداد ونحوه أجاب بقوله (والذي يضر بالبناء خارج (١٦٨) على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف

(وكذلك اذا استأجر ثوبا للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس (وان قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامنا) لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال (وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت أو لكونه خيرا من الاول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد) لانعدام الرضا فيه (وان استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لانه ربما يكون أضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها

ويجوز استئجار الدواب للركوب معناه لركوب معين اما نصا حقيقة أو تقديرا (وان سمى نوعا ومقدارا من شئ يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثل في الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو) ما هو (أقل) ضررا (كالشعير والسمسم) فانهما اذا كانا خمسة أقفزة كانا أقل وزنا فكانا أقل ضررا وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل وانما جازله ذلك (لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت) يعني به اذا كان مثلا (أو لكونه خيرا) يعني به اذا كان أقل ضررا (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضررا من الحنطة كالملح) اذا كان مثلها كيلا لانه أثقل (لانعدام الرضا فيه وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون

ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لانه تعيين مفيد لابد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الاوجه كذا قالوا * ثم اعلم أن الشراح افترقوا في تعيين أن المراد بقول القدوري فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أي وجه من هاتيك الاوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن تركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدي والامام أبو نصر الاقطع في شرحيهما لمختصر القدوري وجوز فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا بأن يكون معنى قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فأقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعني قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان علة انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعين المعقود عليه بقاء لا اطلاقه وانما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم عالل المسئلة بما عالل به المصنف حيث قال فان أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جازله أن يركب أو يلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ انتهى فتدبر (قوله وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر وأما مثال ما هو مثل في الضرر فكما اذا سمى خمسة أقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة

(قوله أو تقديرا) أقول كما في الوجه المذكور في الكتاب أولا (قوله وليس بواضح) أقول وفيه بحث فان صاحب النهاية يدعي أن خمسة أقفزة من الشعير مثل خمسة أقفزة من الحنطة في الضرر فالجواب منع ذلك لما ذكره الشارح كما لا يخفى (قوله لانه أثقل لانعدام الرضا فيه) أقول الاولى ان يقال ولا يرضى به المؤجر

(وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات) والجناة جمع جان كالبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافا لان رب جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما) اذا كان مثلها يطيق حمله (وأما اذا كان حملا لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه (١٦٩) عن العادة) كما اذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى كمن استأجرها ليحمل لها خمسة أقفزة من شعير فحملها مثل كيلة حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس وأجيب بأن الطحن انما يكون شيأ فشيأ فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فأما في الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها فأردف معها رجلا فانه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لاستحالة لانه في الاركاب متفردا مخالف من كل وجه وفي الارداف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات قال (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الا أن قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) أقول فيه تأمل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان ما حمله خارجا عن العادة ظهر أنه قصد اتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى

قال (وان كبح الدابة بلجامها الخ) وان كبح الدابة بلجامها أى جذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى أو ضربها فعطبت ضمن عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد ومما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام فى المتعارف للعهد أى الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابى حنيفة القول بالموجب أى سلمنا

أنه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحقيق المقصود بها وههنا ممكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور فى الطريق (وان استأجرها الى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهى على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها الى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية) واختلف المشايخ فى معنى هذا الوضع فمنهم من أول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فكان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد رد الى نائب المالك الفعل

قال (وان كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابى حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما لمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور فى الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك

لانه اذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا أن قوله ولان الآدمى غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك انتهى (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبى الذى لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمى فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمى غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ماذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه فى اعتبار عدد الراكب فى الآدمى لا الثقل هو ان الآدمى مخصوص بعلم الفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلوانى هذا الذى ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صبيا يضمن بقدر ثقله لكن هذا فى الصبى الذى لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا فى الذخيرة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر فى عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الائمة الحلوانى ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافى ولان الآدمى لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمى غير موزون نقله الشارح العينى وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتهى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافى أنه لا يمكن أن يوزن الآدمى بالقبان أصلا وهل يوجد فى العالم من الممكنات القائمة بذاتها شئ لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسما لطيفا (قوله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام فى المتعارف للعهد أى الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء فى كل من جانبى السؤال والجواب أما فى الاول فبأن قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما فى الثانى فبأن قال ولعل الاولى أن يقال أى الفعل المتعارف اه (أقول) كل من تصرفيه ساقط أما الاول فلان كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح فى العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح فى العبارة وأما الثانى فلانه لو قال فى تفسير المعهود أى

(قوله وفى عبارته تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أى الكبح المتعارف) أقول ولعل الاولى أن يقال أى الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول الضمير فى قوله بها راجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول أى بدون الضرب كتحريك الرجلين والصياح (قوله فانه لما كان مودعا معنى الخ) أقول تأمل فى هذا التعليل

والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الرد دراليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة والبتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما الجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك أو نائبه ازالة للتعدي وهو يصلح متبرئا عن الضمان والرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الاول وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشئ مضمونا بضمانين قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة (قوله وهذا) أي الاجراء على الاطلاق أصح (ومن اكترى حمارا بسرج) فاستعماله به موافقة فان نزع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو لا كاف وكل منهما على قسمين اما أن يسرج بسرج بمثله الحمر أو لا وكذلك الا كاف فان أسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما

كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره أي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره بمثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله (الا اذا كان زائدا عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان مأذونا في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله

وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح قال (ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لانه اذا كان بمثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا

الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وان أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تفسير آخر في تبيين المراد فالاولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود) فانه لما جاوز الحيرة صار

يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان أسرج بما لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا

(قوله ونوقض بغاصب الغاصب الى قوله على أحد هذين) أقول لا يبعد أن يقال ان الغاصب في عرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد اليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن بصدده نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل الحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فان مراد القائل انه اذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد الى يده ولا كذلك العارية فالمناسب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتأمل قال المصنف (ومن اكترى حمارا بسرج الخ) أقول اذا استأجر حمارا بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالاجماع وان كان السرج الثاني أخف من الاول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من اجارات المحيط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفته لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع الى سرج يسرج بمثله الحمر كالضمائر السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فتأمل

(وان أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحر يضمن لما قلنا في السرج) انه لم يتناوله الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحر يضمن عند أبي حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه

(وان أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وان أوكفه باكاف يوكف بمثله الحر يضمن عند أبي حنيفة وقالا يضمن بحسابه) لانه اذا كان يوكف بمثله الحر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا

غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأنا نزيد في المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى أحد هذين أو الى من لو جد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لو جد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه (أقول) يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بأن يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمعاونة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولم يوجد هنا شئ منهما فظهور صحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجواب عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور لذلك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالمخلص في الجملة لتصحيح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما نبهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما ان يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه

في أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن من وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زادو في رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها واليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثله الحر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة أن الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا

من
أكثر من الحنطة (فكان مخالفا)

وقوله (كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر جمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فليخلوا اما أن يكون ما سلكه مما يسلكه الناس أولا فان كان الاول فاما أن يكون بين الطريقين تفاوت بأن يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد أطلق الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل أجاب بقوله (الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثاني أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة (وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) حتى ان للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر (فان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة الخ) ومن استأجر أرضا لزراعة شئ فزرع مثله في الضرر بالارض وما هو أقل منه يوجب الاجر لانه موافقة أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فخالفه الى شئ يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات

كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة قال (وان استأجر جمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد أما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فان التقييد مفيد الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقييد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها طبقة ضمن ما نقصها) لان الرطاب أضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قررناه

من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في النقل فأما يد المستأجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استمساك العين المستأجر اذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ماله من الاجرة اه وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الحاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة اه (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك مناطا للالحاق في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدي المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيأ بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحدة من الاجارة والعارية بالاخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اه وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه

وقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (وينتفع به انتفاع القميص) يريد بستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون القباء والباقي ظاهر

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لايحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال (الاجارة تفسدها الشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي تفسد البيع بها لانها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان

(قوله لان صاحب الثوب الخ) أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ

(١٧٤) أقول تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة

قال (ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهما) قيل معناه القرطف الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتفاوتان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشد وسطه فمن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى أي الجهتين شاء الا أنه يجب أجر المثل القصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما بيناه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله أعلم

(قوله وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى الخ) أقول وان كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم كما اذا استأجر الدار أو الحمام على أجر معلوم بشرط أن يعمرها أو يرممها وقالوا اذا استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يندفع مادة الاعتراض بجعل اللام للعهد

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

قال (الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلته ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)

الخنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرطه له في العقد وهو الخنطة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكتري على الحمار وهو الاكاف أكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهو عكس ذلك لا محالة

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح أي الواجب فيها هو الاقل من أجر المثل

المثل قال في المحيط البرهاني اذا تكاري دارا من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يقتضيه العقد وللمؤاجر فيه منفعة فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يتملأ بئر الوضوء والمخرج واذا سكن يتملأ واصلاح ذلك على الآجر فكان للآجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتقاني في شرح قوله ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف الخ لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضيخان انتهى ولعل وجهه أن العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهي التمكين كما سيجيء وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسي من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يذكر في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضي بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى فليتدبر والله الهادي (قوله بالغا ما بلغ) أقول لانتفاء المرجع عنه

وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا أن الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهي الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا

المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وقال أنما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان اه كلامه (أقول) فيه شئ أما أولا فلان قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدوري في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقتين ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لان يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدوري وأما ثانيا فلانه لو كان اللام في القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكر لزم أن يكون المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلا لا في مختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتبرات وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة وأما ثالثا فلانه ان اندفع بجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذي ذكره يرد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الاقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا استأجر دارا أو حانوتا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستأجر فان الواجب على المستأجر هناك أجر المثل بالغا ما بلغ صرح به في فتاوى قاضيخان وغيرها وذكر في النهاية أيضا نقلا عن فتاوى قاضيخان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى * ثم أقول الحق عندي ان اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وانه لا حاجة الى تقييد الحكم المذكور بأنه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن الواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تتصور فيه فانه اذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشئ أصلا للقطع بأن المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغو أن يقال هناك لا يجاوز المسمى بأجر المثل فصار ملخص المعنى أن الواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الا أن يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن

وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على أن المنافع عنده كالاعيان ولنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضرورى يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضى عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا أن الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل وهذا يقتضى لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقتضى لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من أجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم في نفسه وهو أي القيمة هو الموجب الاصلي واغما ذكره لتذكير الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا

قال المصنف (لان الفاسد تبع له) أقول ينبغي أن يكون ههنا مقدمة مطوية مثل أن يقال ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد وفي بعض النسخ الا أن الفاسد تبع له وهذه النسخة ظاهرة

(ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا أن يسمي جملة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم ان يكون النقض بمحضر الآخر أولا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ووجه ذلك مذكور في المطولات (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للمؤجر أن يخرجه الى أن ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله الا أن الذي ذكره في الكتاب) أي القدوري (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج) واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل مضى رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقيل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقا ثلاثة منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا في

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا أن يسمي جملة شهور معلومة) لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمى جملة شهور معلومة جاز) لان المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرجه الى أن ينقضي وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج قال (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سماه وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذي استأجره

هناك مسمى معلوم ووجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في أول الشهر قبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في أول الشهر الا أن عقدها قد تحقق في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها فلو لم يجز الفسخ قبل أوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا بعذر أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به فاطبة وسيجيء في الكتاب (قوله واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أي مجهول (قوله ومحصورا ترجيح بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد في اعتباره ترجيح بلا مرجح

فى المحيط البرهانى وفى الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أبا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة فى رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزمه الاجارة فى الشهر الثانى واختلفت عبارة المشايخ فى تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جائز أن الاجارة فى الشهر الاول جائزة فأما فيما عداذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثانى ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة فى رأس الشهر جازت الاجارة فى الشهر الثانى لان الشهر الثانى صار كالشهر الاول وبعضهم قال لابل الاجارة جائزة فى الشهر الثانى والثالث كما جازت فى الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله فى الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيانها أن موضوع الاجارة أن لا تزيل الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضى فى رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فى الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا فى كيفية امكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا الان رأس الشهر فى الحقيقة عبارة عن الساعة التى يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضى وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجئ وقته والصحيح فى هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذى يريد الفسخ قبل مضى المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا فى وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا فى وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخى ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله فى البيوع اشترى عبدا على أنه بالخيار فحم العبد وفسخ المشترى العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن تزول الحمى فى مدة الخيار وقال فى المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذى يريد الفسخ فى خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذى يريد الفسخ فى الليلة التى يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التى يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهى الليلة التى يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله فى كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه فى الليلة التى يهل فيها الهلال أو فى يومها لم يحنث استحسانا الى هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثانى من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الائمة فى وضع هذه المسئلة فان محمدا رحمه الله قال فى الاصل ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة فى رأس الشهر والامام قاضيخان قال فى فتاواه رجل آجر داره أو حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثانى لا قبل ذلك ودلالة ذينك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ فى خلال الشهر الاول قبل تمامه * وأقول يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وتأثيره فى ذينك الطريقين

لان الاوقات كلها فى حق الاجارة سواء) لذكر الشهر منكورا وفى مثله يتعين الزمان الذى يعتقب السبب (كما فى الأيمان) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم (بخلاف ما اذا قال لله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذى يتعقب نذره مالم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء (لان الليالى ليست بمحل له) توضيحه ان الشروع فى الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال)

لان الاوقات كلها فى حق الاجارة على السواء فأشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالى ليست بمحل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانها هى الاصل (وان كان فى أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف الاول بالايام والباقى بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة فى الاول منها وله أنه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقدمر فى الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا

على بناء المفعول أى يبصر (فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل) فى الشهود العربية فهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره (وان كان فى أثناء الشهر فالكل بالايام عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف) ثلثمائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف ان الاول بالايام والباقى بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقى من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة فى الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولابى حنيفة أن تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثانى فاذا تم الاول بالايام ابتدأ الثانى بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقدمر فى الطلاق) قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف على أن الاشهر كلها عند أبى حنيفة رحمه الله بالايام وعندهما الباقى بعد الاول والاخير بالاشهر لم يمر فى الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال فى كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة فى أول الشهر هو تعتبر الشهور بالاهلة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهى مسئلة الاجارات قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام الخ) استئجار الحمام والحجام وأخذ أجرتهما جائز أما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز

أيضا عند أن ينقضى الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثانى وان كان التكلم بالفسخ فيهما فى خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات فى وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثانى هذا غاية ما يمكن فى توجيه الطريقين المزبورين وان كان ينبو عنه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعى رد على من قال من المشايخ فى تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز فى الشهر الثانى والثالث أيضا لتعامل الناس من غير نكير منكر الا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال فى شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح فى الشهر الثانى والثالث أيضا لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزيلعى لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد فى كل الشهور والاجماع دليل قطعى والدليل الذى خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظنى لا يصلح لمعارضة الدليل القطعى أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعى فى مقابلته على أنه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هى الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر فى البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد فى رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها فى حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية فى تعليله لذكر الشهور منكورا وتبعه الشارح العينى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلان المذكور فى المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور فى مسئلة النذر بالصوم أيضا منكور مع أن الجواب مختلف والصواب فى تعليل ذلك أن يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالى ليس بمحل له تبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أى يبصر الهلال وقال أراد به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم فى شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل

(قوله لذكر الشهر منكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة ولانه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا الان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام آخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن منهين عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ما روى من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور

قال (ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس) وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عسب التيس والمراد أخذ الاجرة عليه قال (ولا الاستئجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن أبي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلاة

هو أول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه (أقول) نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله أي يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله أراد به اليوم الاول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محمد رحمه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلا (قوله ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول

والحوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه فأتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة (ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل) أي ضرابه (وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث) وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة

والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستئجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس) رواه البخاري (ومراده أخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستئجار على الاذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استئجاره بالاجماع

قال المصنف (وهو أن يؤجر فحلا) أقول كأن المصنف يريد أن في الكلام مجازا حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفحل كاطلاق المرسن وارادة مطلق الانف (قوله ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل أي ضرابه وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الاناث) أقول قوله وهو أن يؤجر فحلا الخ يدل على أن العسب بمعنى الاكراء على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أي ضرابه ويجوز أن يقال ظاهر اضافة الاجرة الى العسب يقتضي أن يكون العسب بمعنى الضراب فقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (ومراده أخذ الاجرة عليه) أقول أي المراد من عسب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العسب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل ونهي عن عسب الفحل تقول عسب فحله يعسبه أي اكراه وعسب الفحل أيضا ضرابه ويقال ماؤه

(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستئجار أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن) وقالوا انما كره (١٨٠) المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من أمر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال أبو عبد الله الخواهرزي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة ذكره في الذخيرة (ولا يجوز الاستئجار على سائر الملاهي لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) فانه لو استحقت به لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (منتف لانه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه تسكب

ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال (ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي) لانه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤاجر نصيبا من دار أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز

ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه حجي عن أبيك واعتمري فان ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره اه (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الاصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب تضحية احدى الشاتين لأمته اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفته الاخذ والفهم وان أريد ان للمتعلم أيضا مدخلا في ظهور أثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعلم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيؤل أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفى التغاير الاعتباري لنا اذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المارين آنفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستئجار في هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الاشكال القوي لعله مما

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه) أقول يعني على تسليمه وحده

(لان تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملا للقسمة كالدار أولا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثاني أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله (والتخلية) جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه أن التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا (وهو) أي التمكين هو (الفعل الذي يحصل به التمكن) فكانها اعتبرت علة وهو وسيلة الى التمكن (والتمكن في المشاع غير حاصل) ففات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا وقوله (وأما التهايؤ) جواب عن قولهما أو بالتهايؤ وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتا وقوله (وبخلاف ما اذا آجر من شريكه) جواب عن قولهما فصار كما اذا آجر من شريكه ووجهه أنه اذا آجر من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) (١٨١) وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب بأن المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز أن يكون الشيوع مانعا لحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء وأما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك ونصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على أنا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية

وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وبخلاف ما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه

تسكب فيه العبرات الا أن لا يسلم صحة ذينك الدليلين (قوله وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا) هذا جواب عن قولهما أو بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتا كذا في العناية واعترض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية أما على ما في الهداية فبأن قال فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ وأما على ما في العناية فبأن قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه اه (أقول) كل واحد منهما ساقط أما الاول فلانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكره ههنا من قبل أبي حنيفة ليس مبنيا على ان يكون مدار ما قاله صاحباه على ان التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذلك مبني على ان قولهما أو بالتهايؤ في قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متأخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت

(قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعني وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا يرد شيء (قوله وتقريره لا نسلم انتفاء المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لان تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند قال المصنف (وأما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد وبواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ (قوله لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتا) أقول يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لانه في الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف الشيوع الطارئ) بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فانه تبقى الاجارة فى نصيب الحى شائعا فى ظاهر الرواية (لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه فى الابتداء دون البقاء فليس له تعلق ظاهرا الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكنه فى قوله وبخلاف ما اذا آجر نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل وقوله (وبخلاف ما اذا آجر من رجلين) جواب عن ذلك ووجهه ما قال (ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع يتفرق الملك فيما بينهما طارئ) فان قيل لانسلم أنه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم فى الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لابقاء للعقد فيها والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا شك فيه

وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع يتفرق الملك فيما بينهما طارئ

المتأخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخى سابقا ولا غبار عليه أصلا وأما الثانى فلانه لا شك فى جواز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتا كما فى الاستدلال من الاثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لاستحالة اذ لا يشك عاقل فى ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ أن ثبوت العلم بامكان التسليم بالتخلية أو بالتهايؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم أى القدرة عليه بالتخلية أو بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به أيضا ما أريد به هنالك (قوله وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق ظاهرا الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكن فى قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل أبى حنيفة وهو ان الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك أيضا ولا شك ان لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج الى أن يجعل تمهيدا لما بعده (قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع يتفرق الملك فيما بينهما طارئ) قال تاج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن لا طارئ فانها عقد مضاف يعقد ساعة فساعة فكان الطارئ كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لانسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم فى الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لابقاء للعقد فيها اه (أقول) كل من أصل رده وعلاوته فاسد أما الاول فلان قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه أو الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما ترى فمعنى الجواب ان لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثانى دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى

(قوله ليس له تعلق ظاهرا) أقول خبر لقوله وقوله وبخلاف الشيوع الخ (قوله الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول الظاهر أنه جواب لما عسى يستدل به الامامان على مدعاهما بجواز الاجارة فى صورة الشيوع الطارئ بأن يموت أحد المؤاجرين بعدما آجرا دارا لهما من رجل مثلا وان لم يكن مذكورا فى تفسير دليلهما فى هذا الكتاب الا أن له نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم الابتداء) أقول لعل مراد المجيب أن بقاء الاجارة له حكم الابتداء فى جعل المعقود عليه الغير المستأجر وقوله لانها عقد لازم يريد ان اقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما فى سائر العقود وقوله من وجه يومئ الى ما ذكرنا أيضا فتنبه فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم فى الوكالة) أقول فى باب عزل الوكيل (قوله وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها) أقول لا معتبر لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد) أقول بوضحه أنه اذا عقد الاجارة مع الرجلين فمات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة فى حق الحى وان كان ذلك حال بقاء العقد

طوى

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر

طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجه ولم يدر أن الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثاني فلأن ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه أحد فان الاصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيأ فشيأ وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكره هنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن آجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فأما أصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم أن القياس يأبى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز أن يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا تحرير ركيك بل مختل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن المعقود عليه في استئجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن يقع كالصبغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها أن القياس يأبى جوازها لكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأسا لاترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد الطلاق (أقول) الاولى أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله

(قوله يعني بعد الطلاق) أقول يعني بعد الطلاق البائن اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها ووعد ببيان العذر عن الارضاع بلبن شاة وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه شمس الائمة بعد ظهور أدلته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة كالبن الانعام ثم قال والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شئ من ذلك الى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ألا ترى أن الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع أنه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان الشارح العيني ههنا كلمات كثيرة من خرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي ورد اعلى صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب بلا طائل ولكن لا علينا أن نذكر بعضا من أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى

الطلاق وهو قوله وان استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى (أقول) ليس ذلك بتام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية انتهى فتدبر (قوله والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الخ) القول الاول اختيار صاحبي الذخيرة والايضاح واختاره المصنف كما مر والقول الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض التاجرين أن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن فتبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كالبن الانعام ثم قال والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شئ من ذلك الى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ألا ترى أن الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع أنه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان الشارح العيني ههنا كلمات كثيرة من خرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي ورد اعلى صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب بلا طائل ولكن لا علينا أن نذكر بعضا من أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية

(قوله وهو تقليد صرف) أقول يعني لشمس الائمة (قوله فجعل العين المرئية) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره يجيء بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الا أن يقال المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع (قوله ولا يثبت له) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله والعناية على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة) أقول لان الاعيان لا تستحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بظاهر الرواية) أقول ناظر لقوله ولا يثبت له (قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شئ من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه تبعا لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبغ

واذا ثبت ماذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله أن الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة (وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالاجماع

والعناية قلت قول شمس الأئمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيأ فشيأ مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ما قاله في الاول والآخر فاسد أما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيأ فشيأ أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء فاطبة وما ذكره من التنظيرات أو التشبيهات مما لا يجدي شيأ أما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بما نحن فيه وأما الصورتان الأخريان فلان المعنى فيهما وان كان تمليكا للعين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه اذ الكلام في أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيأ من العقود لا يرد عليها وأما ما قاله في الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكور في مواضع شتى قد صرح به الشراح فاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التي هي الرواية المعتد بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يداه (قوله واذا ثبت ماذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ماذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (أقول) فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ماذكرنا ما يعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستئجار على الخدمة أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستئجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصودا لا محالة وفي استئجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار أحدهما بالآخر فالحق أن مراده بقوله ماذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة وأخر ذكر القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا بأصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فيختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال

المصنف (وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم) أقول يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أي للطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي فتأمل

للخدمة مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الاجارات وبطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قالاه من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار

(قوله قوله واذا ثبت ماذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين الخ) أقول ولعل مراد المصنف هو الاشارة الى ما صححه واختاره من الطريق الاول كما يفهم من المقيس عليه فليتأمل (قوله ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول يأبى عن ذلك قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة فليتأمل قال

وفسر قوله فان سمى الطعام دراهم (بأن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أى مكان المسمى من الدراهم قال صاحب

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا الجهالة فيه (ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان

وركاكة الجواب الذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى (أقول) ليت شعرى كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه فى المعنى الذى ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا أقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه فى ذلك اللفظ أى لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعى جاز أن يفهم منه أول المعنى الذى ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه أصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعى حيث قال لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لاغير انتهى وأما المعنى الذى ذكره صاحب النهاية فله اشتراك فى الآخر مع المعنى الذى ذكره المصنف وفى أوله تفصيل زائد على ما فى أول المعنى الذى ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر فى لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين فى انفهام البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم انفهام البعض الآخر منهما منه والا كان المعنى الذى ذكره صاحب النهاية أكثر بعدا عن ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا وجه لرد الثانى وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك انتهى (أقول) لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقدير بدلا بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعولى ما ركيك من حيث الاعراب والمعنى فعليك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أى للطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أى عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى تأمل انتهى كلامه (أقول) كلا التوجيهين مجروح أما الاول فلانه قد تقرر فى علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن انما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنبا أى من ذنب وبغاه الخير أى بغى له وأما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من اياك من الاسد اذا لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقل اياك الاسد لامتناع تقدير من انتهى وفيما نحن فيه أيضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض أى حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا وأما الثانى فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى والا يلزم الجمع بين معنيى التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة فى كل واحد من المعنيين أو حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف فى علم الاصول (قوله ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان) قال كثير من ثقات الشراح فى شرح قوله أوصافها أى أوصاف الطعام على تأويل الحنطة اه (أقول) فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام فى مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تأويل ذلك بالخاص فى مقام الاستدلال على العام

النهاية وهذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك (وهذا) أى جعل الاجرة على هذا الوجه (لجهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أى تأجيل الطعام المسمى أجرة (لان أوصافها) أى أوصاف الطعام بتأويل الحنطة (أثمان) أى أوصاف أثمان من وجوبه فى الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه فى السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وانما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لاغير تأمل (قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها الخ) أقول بأن يكون المضاف مقدرا فى كلام الجامع أى سمى بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعى الا أن التقدير لابد له من قرينة فتأمل هل هنا ما يصلح أن يكون قرينة لذلك

(ويشترط بيان مكان الايفاء) اذا كان له حمل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلافا لهما وقدم في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه وطؤ زوجته أولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبويه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي (على الظئر) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل) لانتفاء اللبن ولهذا لو أوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله (انه اختلف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو أنه وفي بعضها لانه فان قيل

(ويشترط بيان مكان الايفاء) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه (فان حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر أما الطعام فعلى الوالد ولهذا ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها) لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل

والحق عندي ان مرجع الضمير هو الطعام بتأويل كونه أجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكر والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيل الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا ايجار وليس بارضاع) في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اه (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا ايجارا لا ارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع الظئر أجير خاص أو مشترك أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم يضمن الظئر لانه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا فانها لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فأرضعت كل واحد منهما وفرغت أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على أنها تحتملهما فقلنا بأنها تستحق الاجر منهما كملا تشبيها بالاجير المشترك وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص

(قوله أجيب بأنها أجير خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فان العقد قد ورد على منافعها الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليتأمل (قوله وهذا يدل على أنها الى قوله وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجارات المحيط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره بأجر فلو أنه آجر نفسه من غيره لعمل الراعي ومضى على ذلك شهور ولم يعلم الاول به فله الاجر كملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء الا أنه يأثم انتهى وفي البزازية ليس للواحد ان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كاملا ويأثم ولهذا قالوا الخاص لا يلبق أن يؤاجر نفسه من آخر في مدتها ولو آجر من آخر فيها له الاجرة الثانية أيضا ويطيب له الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه

هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر أن يقول وان أوجرته بدل وان أرضعته اللهم الا أن يحمل على المشاكلة بملابسة مسئلة استئجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تأمل فان قيل الظئر أجير خاص أو أجير مشترك أجيب بأنها أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شئ لم تضمن الظئر شيأ لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة ألا يرى انه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده اه ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وان تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسخوا هذه الاجارة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين اه ووجه الدلالة على احتمالهما انها لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا وأثمت بما صنعته ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما فقلنا بأنها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تأثم لشبهها بأجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتفى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى (أقول) نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها أجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستأجر من خواص الاجير الخاص وأما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا تكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي اه (أقول) ليس ذلك الجواب بتام اذ يرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيرا خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتبرات أيضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشكل اذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا لان الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لان الاب أوقع العقد أولا على العمل انما يشكل فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لانها أجير وحد في هذه الصورة لانه أوقع العقد على المدة أولا وليس لاجير الوحد أن يؤجر نفسه من آخر واذا آجر لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول ويأثم والوجه في ذلك ان أجير الوحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنها ايفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا على الاول وتأثم بما صنعته ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تأثم فاذا كانت بينهما قلنا بأنها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالاجير الوحد اه فقد ظهر ان

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه الخ) ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاما له بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها

(قوله وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاما) أقول من قبيل الحذف والايصال

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره) واذا ثبت فساد العقد (١٨٩) كان للحائك أجر مثله لان

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

بمجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر أجيرا وحدها من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف اه وقال بعض الفضلاء سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه اه (أقول) ما سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ان بين في أوائل كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اه ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه أي من حيث انها استئجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استئجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلواني وأستاذه القاضي الامام أبي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا فاذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلواني وأستاذه فاذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

صاحب الثوب استوفى منفعته بعقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لان المستأجر

(قوله لانه في معناه من كل وجه) أقول في تقرير الجواب نوع مسامحة والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس الا أن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومثله لا يترك بالعرف) أقول سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه (قوله فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك) أقول الحاق بعض المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمل وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الغاصب ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال) أقول قال العلامة الزيلعي فيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملكه ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل

ملك الاجير) الاجرة (فى الحال بالتعجيل) لأن تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك فى الاجرة (فصار) حاملا طعاما (مشتركا ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما (١٩٠) لايجب الاجر لان مامن جزء يحمله الاوهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله

بالنصف الآخر تلويح الى مسئلة أخرى وهو ماذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لايكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونها فى معنى قفيز الطحان ويجب أجر المثل لايجاوز به قيمة نصف الكر

ملك الاجير فى الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لايجب الاجر لان مامن جزء يحمله الاوهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

ملك الاجير فى الحال بالتعجيل الخ) قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكالان أحدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لاتملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ماسيأتى من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثانى انه قال ملكه فى الحال وقوله لايستحق الاجير ينافى الملك لانه لايملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيأ فكيف يملكه وبأى سبب يملكه اه كلامه (أقول) كل من اشكاليه ساقط أما الاول فلانه لاريب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم فى تعليلها لان المستأجر ملك الاجير فى الحال بالتعجيل اذ تعجيل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير فى الحال وقد صرح بذلك فى تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا ان ههنا مسئلتين احداهما ماذا استأجر رجلا ليحمل له كر حنطة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة فاسدة وللاجير أجر مثله ان كان بلغ الى بغداد لايجاوز به قيمة نصف الكر والثانية أن يستأجره ليحمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقى ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتى ذكرها فى الكتاب بقوله بخلاف ماذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هى هذه المسئلة وهى من مسائل اجارات الجامع الكبير اه وأما الثانى فلأن المنافاة بين قولهم ملك الاجير فى الحال وبين قولهم لايستحق الاجر ولايجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول أنه يملك الاجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثانى أنه لايستحق الاجر لبطلان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب أن صار شريكا فى الطعام قبل ايفاء شئ من المعقود عليه ولا يذهب عليك انه لاتنافى بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدى الى الثانى ويدل على هذا التوفيق قطعا ماذكره صاحب النهاية فى تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسى وصدر الاسلام الحميدى حيث قال وأما فى المسئلة الثانية وهى ماذا استأجره ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقى ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التمليك لنصف الكر من قبل ان البدل نصف كر مطلق لانصف كر محمول الى بغداد فصار بتسليم الكر اليه مجملا لاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا فى الكر قبل ايفاء شئ من المعقود عليه وماقبل التسليم فى الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتدأ العقد على العمل فى شئ العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا فى الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسى وصدر الاسلام الحميدى الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر أنه لاحاجة فى دفع الاشكال الثانى من ذينك الاشكالين الى ماتعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفى الملك لان وجوده يؤدى الى عدمه وماهو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير فى الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر فى الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة فى الحال بالتعجيل والتالى باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضى الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدى فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا اه كلامه (قوله لان مامن جزء يحمله الاوهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه فى كل جزء عامل لغيره أيضا

والثانى أنه قال ملكه فى الحال وقوله لايستحق الاجر ينافى الملك لانه لايملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيأ فكيف يملكه وبأى سبب يملكه انتهى لعل مرادهم نفى الملك لان وجوده يؤدى الى عدمه وماهو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير فى الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير والظاهر أن وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولى الفضل والالهام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر فى الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة فى الحال بالتعجيل والتالى باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضى الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدى فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا فليتأمل قال المصنف (ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لايجب الاجر لان مامن جزء يحمله الاوهو عامل لنفسه الخ) أقول فيه بحث فانه فى كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لايتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة فى التشبيه أى هو كعامل لنفسه وسيجئ من الشارح أكمل الدين جواب هذا البحث فراجعه وتأمل فيه

فلا

وقوله (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر حمار البحمل طعاما بقفيز منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم الخ) المخاتيم جمع مخنوم وهو الصاع سمي به لانه يختم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقالا هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا للتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه

في أسرع الاوقات والحمل على هذا

قال (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق

فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمش رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تتمة البحث ههنا توسيع الدائرة بأن يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتي تتمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى

عما لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لتردده بين أمرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس أحدهما أولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطالب

الاجير أجره نظرا الى الاول ويمنعه المستأجر نظرا الى الثاني فأفضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكيما لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة معلومة وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان أبا حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينهما وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبز له فقيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز

قال المصنف (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضي أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعه قال المصنف (وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسئلة الراعي (قوله وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بينها وبين ما قالوا في مسئلة الراعي انه اذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار للمقدم منهما في كون الاجير خاصا ومشتركا فليتأمل

وكذلك بينهما وبين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطا دل على أن مراده التعجيل يؤيده ماروي عن أبي حنيفة وهو المذكور في الكتاب أنه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكأنه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقودا عليه وتلزم الجهالة قال (ومن استأجر أرضا على أن يكربها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استأجر أرضا على أن يكربها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تتأتى الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط أنه يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وماهذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان ردها مكروبة فلا شك في أنه لا يقتضيه لان الزراعة (١٩٢) لا تتوقف عليه وان كان المراد بها أن يكربها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع

تخرج الارض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الارض الربيع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاه المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام

قال (ومن استأجر أرضا على أن يكربها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان اشترط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد) لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاخير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهي منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال (وان استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أن المنافع بمنزلة الاعيان

بلا ذكر خلاف هنالك فتأمل (قوله لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو انتهى (أقول) ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الارض الخ دليل على قوله وماهذا حاله يوجب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع (قوله وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح انما قيد بهذين القيدين أي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لانه

اذا لا يجوز أصلا وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان

(قوله وكذلك بينهما وبين الثانية) أقول في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الاجارات وفي آخر اجارات الاصل اذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزا الى الليل فهو فاسد ذكر المسئلة من غير ذكر خلاف فمن مشايخنا من قال بهذه المسئلة ثبت رجوعهما الى قول أبي حنيفة اذ لا يتضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ومنهم من قال ماذكر في هذه المسائل قياس قولهما وماذكر فيما تقدم استحسان على قولهما اذ لا فرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت خبير بأنه لابد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالاجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التعجيل) أقول لكونه وصفا مطلوبا قال المصنف (لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو (قوله فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه الخ) أقول وأنت خبير بأن الثاني أيضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأتى زراعته الا به (قوله دون الاول) أقول ولئن بقي فكريه من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الانهار العظام

ولهذا جازت الاجارة بدين) أي بأجرة هي دين على المؤجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين (ولنا) في ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهي تقدم في البيوع (وإلى هذا) أي إلى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الحنائي فكانت منك زلة أما علمت أن السكني بالسكني كبيع القوهي بالقوهي نساء والحنائي اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني أن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيأ فشيأ وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيأ فشيأ كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء (١٩٣) يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق

حتى جازت الاجارة بأجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا أشار محمد

اذا شرط أن يكريها مرتين في موضع لا تخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرجه بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز وعبارة العناية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بأن الثاني أيضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأتى زراعة الا به انتهى (أقول) ليس شئ من شطري كلامه بسديد أما شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته وأما شطره الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا تتأتى الزراعة هناك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلا للمستأجر لا لان له نفعا فيه والا لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رحمه الله) وهو ما حكي ان ابن سماعة كتب

المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجودا دون الآخر أولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرا موجودين لان بطلانه قد تقدم

(قوله ولهذا جازت الاجارة بدين أي بأجرة هي دين على المؤجر) أقول يعني كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه دارا بذلك الدين الذي في ذمته (قوله أما علمت ان السكني بالسكني) أقول الظاهر أن المضاف مقدر أي مبادلة السكني بالسكني (قوله وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيأ فشيأ) أقول الانسب أن يقول يتأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني (قوله وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المجانسة المحرمة للنساء اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمي لو سلم يورث شبهة في الالحاق فتحقق شبهة الشبهة تأمل وانما قلت لو سلم لانه يجري على مذهب الشافعي ظاهرا (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول الضمير في قوله لفقدانها راجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز ان نسلك طريقا آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لا يتجه الزاما على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بأن مثله موجود في مبادلة السكني بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتأمل (قوله لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرا موجودين) أقول الاظهر أن يقال في تقرير السؤال انما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في عدمهما وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما وانما قلنا ان الاظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة

من بلخ الى محمد بن الحسن فى هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بكسنى دار فكتب محمد فى جوابه انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الحنائى فكانت منك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنائى اسم محدث كان ينكر الحوض على ابن سماعة فى هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا فى شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهرية وذكر فى عامة شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية فى هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل فى العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى ان النساء انما يتصور فى مبادلة موجود فى الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيأ فشيأ وأجيب عن الاول بأنه لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيأ فشيأ كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان فى النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة وهى ليست بمحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثانى بأن الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب عن الوجه الثانى بحث من وجهين الاول انه اذا أقيم العين مقام المنفعة فى أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود فى الحال معقودا عليه فى العقد لا تتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد فى العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثانى أن هذا الجواب ينافى الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها التى تتأخر وتحدث شيأ فشيأ فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثانى على الحكم فلا تنافى بينهما قلت فى جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثانى مرتبا على الحكم دون العكس تحكم بل احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهى وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجودا دون الآخر أولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضا بحث لانه أن أراد بالمعقود عليه الذى رددته ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثانى من الترديد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم فى كل عقد اجارة ولهذا كان القياس يأبى جوازه الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه فأقمنا الدار مثلا مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليترتب الايجاب بالقبول كما مر فى صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قطعا وان أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من الترديد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا الايتجه الزاما على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بأن مثله موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتأمل (أقول) هذا فى غاية السقوط اذ ليس فى مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشئ

(و) الثانى (أن الاجارة جوّزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة) كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ بالكالئ أجيب بأنه يتحقق فى الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم تصحبه الباء ثم اذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل فى ظاهر الرواية لانه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشر عن أبى يوسف أنه لا شئ عليه لانه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال (واذا كان الطعام بين رجلين الخ) واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له يعنى لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعى رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعنى الطعام المشترك أو عبدا مشتركا ليخيط الثياب

ولان الاجارة جوّزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعى له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب

بجنسه والذى يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفى على مثله ثم ان الامام الزيلعى استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال فى التبيين وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهى استشكاله ساقط أما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضى عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضا فقوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس فى مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدين اذ الدين ما ثبت فى الذمة والمنافع لا تثبت فى الذمة صرح بذلك فى النهاية بل عامة الشروح وأما وجه الثانى فلان الانعقاد فى العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الا أن نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتأخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها فى المحل يحصل ساعة فساعة لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما تقرر فى صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد فحين أن يتحقق نفس العقد وهو آن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسيئة فى المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسيئة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة جوّزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى (أقول) للخصم أن يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة اذ لا يخفى أن كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى فى بلد آخر أو فى محلة منه لحصول حوائجه ومهماته فى ذلك ولا يحتاج الى السكنى فى بلد آخر أو فى محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفى فى ترك القياس وكأنه أشير اليه فى الكافى وغيره بأن يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول انتهى تأمل تقف (قوله وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعنى الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندى

(قوله يعنى الطعام المشترك) أقول وعندى لا حاجة فى اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان المستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعى بأن وضع الطعام فعل حسى والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسى بل لا يبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك مخل فليتأمل

ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لامحالة فيجب الاجر أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستئجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر أصلا وفرق بين هذا واجارة المشاع فانها أيضا فاسدة عنده فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بأن هنالك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر وأما ههنا فانه متعذر أصلا فلا يجب (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان البيع تصرف حكمي) أي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان ما من جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيأ هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل أن يقول لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة

ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم

لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الالزام في قوله يتوجه الزام الشافعي اما أن يكون مضافا الى مفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا وهلا يصير ذلك الزاما علينا أيضا وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هنالك في أن لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الالزام علينا من الشافعي أصلا * ثم أقول الظاهر عندي أيضا انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان تمشية استشهاد الشافعي ظاهرا بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهم ما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الاطلاق يشهد بذلك كله التأمل الصادق (قوله ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية اذا الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين وقال فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لامحالة فيجب الاجر أجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدي شيأ في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعا فكان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لامحالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الاجر لحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك أن عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيأ في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال

(قوله أجيب بأن حمل الكل حمل معين) أقول في هذا الجواب تأمل فانه ظاهر ان النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فاذا حمل الكل كان هو محمولا معه صاحب ويكون كاجارة المشاع فان اللازم هنا أيضا تعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بأن هنالك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ قال المصنف (ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر ما من قفيز أو ما من حبة لان الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره) أقول والالزم العوض والمعوض في شخص واحد

وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه فى الشائع لا يتحقق كما مر وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسى فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل فى العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع (١٩٧) فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض أكثر من غيره) كالذرة والارز فان ضررهما بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع فى بعض المدة وعرف أنه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر انه يزرعها أو أى شئ يزرعها فالاجارة فاسدة) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما

صاحب العناية ولقائل أن يقول لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثانى حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس فى الحاجة وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر بجهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) فى الجواب شئ وهو أن قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام لانه انما تندفع بجعله عاملا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تقضى حاجته بل انما تقضى حاجة المستأجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التى شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك فى حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده فى صورة عدم حمل الكل لا يقدح فى الكلام المبنى على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على

وصار كما اذا استأجر الى الدياس مثلا ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكما اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك أيضا ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره ههنا بطريق المبادى لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر فى أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضى للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها الان ذلك وضع القدورى وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هى قوله

(قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم و يحمل نصيب نفسه (قوله والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع) أقول الخياطة أمر حسى كيف تتصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول العقد لا يتم بنقض الحاكم بل ينفسخ من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه) أقول فى دلالته على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدورى الخ) أقول جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ

(فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) وهذا استحسان وفى القياس لايجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت فى حالة العقد وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد فى المدة (ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم مايحمل عليه فحمل مايحمل الناس فنفق فى نصف الطريق فلا ضمان عليه)

فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى (ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم مايحمل عليه فحمل عليه مايحمله الناس فهلك فى نصف الطريق فلا ضمان عليه لان) الاجارة وان كانت فاسدة (العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر) لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز اذ لاحكم للفاسد بنفسه لان مباشرة مأمور بنقضه فلا بد وان يأخذ من الصحيح حكمه

استئجار العبد المشترك لكن فى ظاهره خفاء لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على مامر فى صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو فى عين العبد لا فى منافعه لان المنافع مما لاتقبل الشركة على مانصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه فى استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك فى البيع الذى هو تمليك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شئ فى حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أى منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحمل صح ايقاعه فى الشائع كما قلنا فى الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استئجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به فى الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك فى تلك الصورة أجيرا مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد أجيرا وحدا وذلك ليس بمقيس عليه ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسى كالحمل فينبغى ان لا يصح ايقاعه فى الشائع كالحمل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسى انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على أن المعقود عليه فى العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسى كما يومئ اليه اقحام المنفعة فى قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسى هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة فى استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه فى الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما فى النهاية وقوله والملك أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض ففى كل فرد من أفراد الاجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التى وقع عليها العقد فينبغى أن يجوز مانحن فيه أيضا باعتبار ايقاع ملك المنفعة فى المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعى واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استأجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعنى ان المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسى لا يتصور فى الشائع لعدم الامتياز حسا اه (أقول) مضمونه موافق لما فى العناية ففيه ما فيه فتأمل فى التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام فان زرعها بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب

قال المصنف (وفى القياس لايجوز) أقول قال الكاكى أى لايجوز العقد أى لاينقلب جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفى شرح الشاهان أى لايجوز أن يكون له المسمى انتهى فتأمل أنت قال المصنف (وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال فى النهاية بأن باع أو آجر الى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفى شرح الشاهان والدياس انتهى

لان العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر وان كانت الاجرة فاسدة (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى) استحسانا على ماذكرنا فى المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه) وفى المسئلة الاولى قبل أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

﴿باب ضمان الاجير﴾

الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضى العقد اه كلامه (أقول) لامعنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضى العقد فان ماذكر من انقلاب العقد الى الجواز و وجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضى العقد وأما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا محالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضى العقد ولعل لفظة قبل فى قوله قبل نقض القاضى وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضى لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا) قال صاحب العناية فى حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العينى (أقول) لايخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لاتقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن يتم به وتمام الشئ من آثار بقائه واقتضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ماهو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله فى وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل و يرشد اليه قول صاحب الكافى فى التعليل ولنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضى الاجل فيرتفع الفساد اه هذا وقال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ماهو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع مايضر بالارض لجواز أن يكون مازرعها مضرا بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد فى ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق شئ احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار بأحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغى أن يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذى قاله صاحب الفوائد بقوله ولى فى هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذى فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما فى تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما فى النهاية ومعراج الدراية (أقول) فى الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلا وهذا مما لا ستر به فالكلام الفيصل أنه ان اعتبر فى وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر فى الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور رأسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضى به أولا فالاشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب ضمان الاجير﴾

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع فى بيان الضمان لانه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا فى غاية البيان و يقرب منه ماذكر فى معراج الدراية

(فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر فى المسئلة الاولى) وهى قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه مايحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه وفى المسئلة الاولى قبل أن يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قائم بعد والله سبحانه وتعالى أعلم)

﴿باب ضمان الاجير﴾

لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع فى بيان أحكام بعد الاجارة وهى الضمان

﴿باب ضمان الاجير﴾

(قوله شرع فى بيان أحكام بعد الاجارة وهى الضمان) أقول اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهى الضمان وجودا وعدما

وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع أجير وهو على نوعين أجير مشترك وأجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري فيسل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور أجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد (٢٠٠) لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح

قال (الاجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار)

قال المصنف (الاجراء على ضربين الخ) أقول من قبيل تقسيم الكل الى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول وانما قال وهو أي الاجير على نوعين لان الاجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ولزم تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره لكن اللام اذا دخلت الجمع ولا معهود انصرف الى الجنس هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع فان المقسم هو جميع الاجراء بحيث لا يخرج منه شئ لا ما يطلق عليه لفظ الاجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري) أقول يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه (قوله وأجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت خبير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استؤجر على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة قال المصنف (فالمشترك من لا يستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة

فقال لما ذكر أنواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع في ضمان الاجير اه وكل من هذين التقريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لما ذكر أبواب عقود الاجارة صحيحها وفاسدها ساقت النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اه ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان اه ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان انتهى فان ضميرهي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا أحكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه الشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسيرا للاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤاجرا يلزم أن يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتأمل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعيلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضي في شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب أليم أي مؤلم على رأي وقال وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزي في المغرب وأما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في انه فعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكأنه لم يذق شيأ من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري اه يعني ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أي على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك

لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيأ عند أبي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روى عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به) ولا حفظ (فاذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت بأجر) فانهما يقولان انما تصور المسئلة في حافظ الامتعة بأجر فهلاك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده أمانة (بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة أن العين في يده أمانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلكت في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب) فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا) وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا (ولهذا لا يقابله الاجر) واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (٢٠١) (بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمتاع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيأ عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر) لهما ما روى عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين أمانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار

ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه

ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كالاجير الوحد ومعين القصار

قال المصنف (لان المعقود عليه انما هو العمل) أقول عندي فيه اشارة الى دفع السؤال بان التعريف دوري فان عدم استحقاق الاجر حتى يعمل يكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندي أنه تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف (لهما ما روى عن عمر وعلي رضي الله عنهما) أقول قال الزيلعي وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى وفي النهاية روى عن عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن علي رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما ولاجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا بأقوال الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقدر الامكان انتهى كلام صاحب النهاية قال ابن البزازي معناه عمل في كل نصف بقول حيث حط النصف وأوجب النصف انتهى فكأنه أراد بالصلح مجازه وهو الحط وفي فتاوى قاضيخان الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله

اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه (أقول) ماذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس بتام أما أولا فلأن معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما أشار اليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما والا أي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلا اذ لا ضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك في المشترك وأما ثانيا فلأن الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هنالك الى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين بل لم يتصور هنالك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا اليه في تقرير مرام اصحاب العناية وقد تقرر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما المحال ترجح أحدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ماذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف بأول عاقبته الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو فلا بد للعرف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا أن هذا تعريف للخفي بما هو أشهر منه في فهوم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) في الجواب خلل أما أولا فلأن قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا أن هذا تعريف للخفي الخ وأما ثانيا فلأن كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف أشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو بأنه هو الاجير المشترك وأما ثالثا فلأن المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هنالك سبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلاثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال فيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف اه (أقول) أصل الجواب في الجملة كما ترى

ولكن فيه أيضا خلل لانه ان أراد بما علم مما سبق فى ذلك الباب ماذكرهنالك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به فى النهاية يرد عليه ماذكرناه فيما مر آنفا من أن ذلك حكم عام للاجير الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان أراد به ماذكرهنالك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله فى تقريره هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل او أثره متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل ممن استؤجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدورى وذكره فى مختصره ولم يذكر معه شيأ آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضا ذكره وحده فى البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور فى الهداية والسؤال المزبور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه مايفيد معرفته وزيادة المصنف شيأ يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذا لم يذكر معه شئ يحصل به معرفته فاما ان تحتاج معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذى هو المعرف فيلزم الدور أولا تحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد فى الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة انتهى (أقول) انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية فى دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل أصلا على ماسيجئ فلا انتقاض بذلك أصلا لأن الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستأجر وكأن الامام الزيلعى تدارك هذا المعنى حيث قال فى شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعنى الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه ينافى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفى كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندى انه يعنى قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمنى المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل الى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه فى هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف

ولنا أن الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده

ولنا ان الداخل تحت الاذن أى الامر ماهو الداخل تحت العقد لان الامر اما بالعقد أو لازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه فى الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مأمورا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له

هنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته هنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء الشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل فى التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفريع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا أيضا فلو صح تفريع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعا (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه) أقول فى تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور فى صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر فى أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين ليس له أن يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم فى العين فلا يتصور حبسه انتهى فقد تلخص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر فى العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر فى العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه فى النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم فى الثوب والمعقود عليه فى النوع الثانى نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها أثر فى العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا فى الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمله كما مر هناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى فى التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال لان الداخل تحت الاذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر فى البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر اه (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له اه وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

(قوله لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه) أقول قوله الذى صفة للاثر (قوله لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له)

ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره وقوله (وانقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه (من قلة اهتمامه فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الاجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وبخلاف أجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين اه (أقول) هذا لا يجدي شيأ لان صاحب العناية لم يلتزم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به لغير من تبرع له بل أراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين أيضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضررا لغير من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستأجر فليتأمل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق * ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لا مقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلامنا فيما اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيأ كما مر ووجه التعدى فيما نحن فيه على

فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الاجر بحسابه) وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك (أما الضمان فلما قلنا) انه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق (فان السقوط بالعثار في الطريق أو بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنيعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضي أن لا يخير عند أبي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي

انكسر لأن المال عنده أمانة في يد الاجير المشترك واذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه

أقول الحكم يدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لانه يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمين (قوله وهي لا تقتضي السلامة) أقول قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل

(فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدى عند الكسر فيختار أى الجهتين شاء فان اختار الوجه الثانى فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفى الجامع الصغير بيطار بزغ الخ) وانما أعاد روايته لنوع بيان ليس فى رواية القدورى وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما فى القدورى فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما فى الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ويفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه أى السراية يبتنى على قوة الطباع وضعفها فى تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه (٢٠٦) ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين أن الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت أجيب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فعليه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد أثر جنايته انتقض ضمانه أجيب بأن محمدا قال فى النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهى عضو مقصود لاثانى له فى النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما فى قطع اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف فى البدل يعتمد التساوى فى السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة أشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لامحالة فكان كقطع البدمع حز الرقبة أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع اتلافا وان لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدرا بخلاف الحز فانه لا يحتمل أن لا يقع اتلافا

فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أى الوجهين شاء وفى الوجه الثانى له الاجر بقدر ما استوفى وفى الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفى الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها فى تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد

مافهم من الدليل المذكور من قبل أعنى هو مخالفة الاجير لاذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجىء من المصنف التصريح بوقوع التعدى فى المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه فى الاحكام (قوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر فى مسئلة القدورى عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر فى مسئلة الجامع الصغير الاجرة والحجامة العبد بأمر المولى حتى انه اذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور فى احداهما مذكورا فى الاخرى كذا فى النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك فى البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير ومانطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما فى القدورى فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع

(قوله فلانه اذا انكسر فى الطريق الخ) أقول تعليل لقوله وأما الخياط مع أن القياس الخ (قوله وأما فى الجامع الى قوله والهلاك) أقول فيه بحث (قوله ويفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن) أقول لان التخصيص بالذكر فى الروايات يفيد نفى الحكم عما عداه (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن) أقول لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونها فى تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدما تبتنى (قوله حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفى صحة التفريع كلام ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة

قال (والاجير الخاص الخ) الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة شخص أو لرعي غنمه وقدذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقدذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله ولهذا) أي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له (يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد في خياط خاط ثوب رجل بأجر فنقده رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف (٢٠٧) ما اذا فتقه أجنبي لانه بفتق الاجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا ولو كان أجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر (ولا يضمن ما تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدوم في عمله أو تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى (أما الاول) وهو ما اذا تلف في يده (فلان العين أمانة في يده لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس) فانه يقبل أعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه (والاجير الوحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني) وهو ما اذا تلف من عمله (فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها (فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير المأمور) أي الاجير (نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم)

قال (والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم) وانما سمي أجيرا وحدا لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الاول فلان العين أمانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة أموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم بالصواب

الموضع المعتاد و يفيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك و يفيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن اه كلامه (أقول) في بيانه خلل فانه جعل الهلاك أيضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك ان مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما نوعا من البيان مخصوصا به والهلاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما فانه قال في مختصر القدوري فيما عطب من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير فان أهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات (قوله والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل) قال صاحب العناية وقدذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا اه (أقول) لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتمشى ههنا يظهر ذلك بأدنى توجه وتدبر فكأن صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقدذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره أيضا كذلك لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله وقدذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا أن يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير وقدذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة (قوله لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة أموال الناس) فانه يقبل أعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا

(قوله فعليك بمثله ههنا) أقول فيه بحث (قوله ولو كان أجيرا خاصا فنقضه) أقول يعني نقضه أجنبي (قوله لحصول القبض باذنه) أقول القبض بالاذن حاصل في المودع بأجر وهو ضامن لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول ولا أجر للحفظ الا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها) أقول فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الاجراء في الحفظ والاظهر أن يقال وكذا عندهما لعدم جريان وجهي الاستحسان في أجير الوحد فبقي على القياس

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط (٢٠٨) واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال

﴿ باب الاجارة على أحد الشرطين ﴾

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم

بأخذ الامانة قدر على حفظه كذا في العناية أخذا من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وماذكرهنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الاجراء في الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جدا اذ الظاهر أن ماذكرهنا حكمة حكمها بضمان الاجير المشترك وماذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلا على أنه لو كان ماذكرهنا أيضا دليلا لا حكمة لم يلزم محذور قط اذ لا تنافي بين ماذكرهنا وماذكر فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معا دليلا على الحكم

﴿ باب الاجارة على أحد الشرطين ﴾

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكروا وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذ المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بأن يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لامحالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشئ اذ ليس فيه شئ زائد على ماذكروا في الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استئجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل

﴿ باب الاجارة على أحد الشرطين ﴾

(قوله اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب) أقول فان قيل أليس هذا تعليقا والاجارة لا تقبله قلنا ليس هذا تعليقا لعقد الاجارة بأمر آخر كأن يقول ان جاء زيد فقد آجرتك داري هكذا وهو الذي لا يقبله العقد في أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع) أقول يعني خيار التعيين

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان ففي أيهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ماذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين

في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بأن قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى (أقول) فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد في أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامامين جعلا اليوم في مسئلة أن يستأجر ليخبزله اليوم كذا بكذا للتعجيل هدرا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا انتهى (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما جعلا اليوم ههنا على التوقيت لكون

قسمان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان

التعجيل والتأخير مقصود) دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التحمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول آنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شئ بل حقيقته التعليق لكان ان وجوابه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول ان بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول لا يقال هذا مخالف لما قالاه آنفا من أن ذكر اليوم للتأقيت لانه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتأمل ويجوز أن يحمل الكلام على الالزام

(ولابى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) أى للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف فى الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لحط الصنف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أى لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير وانما يكون كذلك اذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا تجتمع تسميتان فى اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التى هى التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافى لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس فى المدة وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات

ولابى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل

قال المصنف (ولابى حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول قيل اذا تأملت فى كلام الهداية أعنى قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ماذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقته أعنى التوقيت لزوم فساد العقد ومنه يفهم أنه حمل على مجازه لهذا المناط اذ القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة فى صورة تعين المجاز كافية فى الحمل على المجاز على ما عرف ثم لو جعل المناط من أول الامر ماذكره صاحب الكافى حيث قال لانه زاد له التوقيت حقيقته وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به فى الكافى والشروح وانما جعلا اليوم فى مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو يصحح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما أمكن هناك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما ولقد أفصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلا ذكر اليوم فى مسئلة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ههنا قلت هناك حملا على المجاز تصحيحا للعقد وههنا حملا على الحقيقة للتصحيح أيضا اذ لو عكس الامر فى الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه (قوله ولابى حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الاضافة أى للاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت فى المستقبل فتكون مرادة كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر فى بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف فى الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أى لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير الى هنا كلامه (أقول) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف فى الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثانى اذ على ذلك التقدير لا يكون فى الغد الا تسمية واحدة هى التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجويز ذلك المعنى ههنا افساد لدليل أبى حنيفة بل لمدعاه أيضا فكأنه انما اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال فى شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن أن تجويز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذورا يستلزمه تجويزه أثناء تقرير دليل أبى حنيفة فانهما يقولان لا يجتمع فى كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول أبى حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافى لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس فى المدة وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات ولكن على ماذكره فى الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيده فتأمل وفى كتاب الصرف فى مسئلة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصا فى شرح ابن الهمام (قوله لان التسمية الاولى باقية وانما هو لحط النصف الآخر الخ) أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ فى الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة التكرار على ما مر مرارا

ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل (وحينئذ تجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل) ولقائل أن يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسئلة الخاتيم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد العقد وههنا للتعجيل وصححه وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فعند ذلك عدل عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مرادا وفسد العقد وورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب أجر المثل فقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روى عنه أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري رحمه الله هي الصحيحة

واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها (أقول) يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر الاجير أجيرا مشتركا ان وقع ذكر العمل أولا وأجيرا وحدان وقع ذكر المدة أولا وصرح بذلك في عامة المعتبرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد وفي مسئلة الخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مرادا ففسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوابا فلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى (أقول) يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك قال محمد في الاماني ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد الا تسمية فيه فيجب أجر المثل انتهى لفظ المحيط فان أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة كما أفسده في حالة الانفراد مع انه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك أن قوله ان خطته غدا فلا أجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفى الاجر بالكلية في الغد واذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخاتيم جدا على قول أبي حنيفة فليتأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قال ان خطته اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل انتهى (أقول) لا يتوجه هذا الاستشكال رأسا اذ لا نسلم أن أبا حنيفة حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد وانى تتبعت

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير) أقول ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قال ان خطته اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

(وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى) وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهم وان سكنت فيه حدادا فبدرهمين (٢١٢) ولو استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان حمل عليها كرشعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبى حنيفة خلافا لهما وان استأجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبى حنيفة خاصة كما فى نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه احد الشيئين وكذلك الاجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه فكانت صحيحة أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمة يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما فى هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية فى الدار والدكان والتسليم فى العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أى قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولابى حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين يصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا أى كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه أى اسكانه الحداد لا يدخل فى مطلق العقد وكذا فى أخواتها (قوله والاجارة جواب) عن قوله يجب الاجر بالتخلية الخ وتقريره أن الاجارة (تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به

وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه فى اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى (ولو قال ان سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم فى الشهر وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز وأى الامرين فعل استحق الاجر المسمى فيه عند أبى حنيفة وقالا الاجارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على أنه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على أنه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الاجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف أحد الشيئين وهو مجهول والاصل عندهما ولابى حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية وهذا الان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك فى مطلق العقد وكذا فى أخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة

عامة المعتبرات ولم أجد فى شئ منها ما يدل على صحة العقد فى الصورة المزبورة عند أبى حنيفة بل وجدت فى بعض منها التصريح بعدم صحة العقد فى تلك الصورة فان الامام الزاهدى قال فى شرحه لمختصر القدورى نقلا عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل انتهى نعم قد قيل فى الكافى وكثير من الشروح فى اثناء بيان دليل زفر فى المسئلة التى نحن بصددها توضيحا لقوله ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو أفرد العقد فى اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه فى الغد استحق الاجر فكذا هنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور فى دليل زفر انما ينتهض حجة على الامامين فانهما يقولان بالتعجيل حالة الافراد لا على أبى حنيفة رحمه الله فتدبر (قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) أقول فيه نظر اذ قد تقرر فى أول باب الاجارة الفاسدة أن التسمية فى الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلا بل يجب أجر المثل وان نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وهلا هذا مخالف لما تقرر (قوله أما فى هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية الخ) أقول صاحب التسهيل يرد على أصلهما مسئلة التخيير بين مسافتين

(قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب فى جهالة المسمى أجر المثل بالغا ما بلغ للفرق الظاهر بين الجهالتين فان هنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم فى العبد) أقول فيه شئ وكان الظاهر أن يقال والتسليم فى الدابة

ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به

﴿باب اجارة العبد﴾

مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الاجارة ثمة عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الاجر وان وجب فى الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لابد فى وجوبه من قطع المسافة المعينة فى ذلك العقد فانهم صرحوا بانه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففى مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به) يعنى ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة الى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين اللذين سميا فى العقد للتيقن به (أقول) القائل أن يقول لو جاز الاخذ بالاقل فى دفع الجهالة الواقعة فى باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البدل كأن قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن فى هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم ويجب أقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به أحد فتأمل فى الدفع والله الموفق

(ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين للتيقن به)

﴿باب اجارة العبد﴾

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر شرع فى بيان أحكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى أثره كثير من الشراح فى ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها فى باب على حدة وأخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما الاح لى من وجه المناسبة وما قيل فى بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة فى هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم فى الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصرفه فى شئ الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا فى عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل الى هنا كلامه (أقول) فى الوجه الذى لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضى تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لا عامة للجنس ألا يرى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذى ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضى هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر فى أوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة فى البين فلا يتم التقريب وأما ما أورده على الوجه الذى ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد

تأخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته

﴿باب اجارة العبد﴾

(قوله تأخير ذكر اجارة العبد) أقول أى نفسه واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا وقد يقدم فى الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق فى باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل

(ومن استأجر عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة) لامحالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافعه كالمولى والمولى أن يسافر بعبده فكذا للمستأجر وأجيب بأن المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونقض بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد

قال (ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أي نفسه وقال واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلان الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيد عليه الايجار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بأن الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلان المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اياه فجعل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطرادا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا مما لا تقبله فطرة سليمة * ثم أقول في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لاشك ان في كل من تينك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ولا ريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لانحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه أخر الاحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ اذ مداره على أن لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادي عليه تعليله ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملابسة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد (قوله ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبة أجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد

(قوله واعترض بأن المستأجر) أقول معارضته (قوله وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر الخ) أقول في الفصل الحادي عشر من المحيط البرهاني واذا استأجر عبدا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكانا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به ضمن هكذا ذكر محمد المسئلة في اجارات الاصل وذكر في صلح الاصل ان من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة ان له أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الائمة الحلواني في شرح كتاب الصلح لم يرد بقوله يخرج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله في القرى وأفنية البلد قال وهذا كما قلنا في باب الاجارة من استأجر عبدا ليخدمه ليس له أن يسافر به وله أن يخرج الى أهله وأفنية البلد وكان الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي يفرق بين مسئلة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسئلة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة وحكى عن الفقيه أبي احمد الحافظ أنه كان يقول لا رواية عن محمد في فصل الاجارة فلقائل أن يقول للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح ولقائل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الاجارة في اجارات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع في مسئلة الصلح فتامل

لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه فى الاجر فالمستأجر اذا سافر بعبده يلزم المؤجر مالم يلتزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى أن يضم الى علته وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال لانسلم أن المستأجر فى منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس

ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار فى الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب

لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه يقر رحقه فى الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر مالم يلزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك كذا فى العناية أخذا من النهاية (أقول) لقائل أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد فى باب الاجارة يترتب الضرر على المؤجر بالزامه اياه مالم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا مالم يشترط ذلك فتأمل وطعن صاحب العناية فى الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى أن يضم الى علته وهى قوله والمستأجر لا يملكها بعقد ضرورى هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد بخلاف المستأجر فيحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة فى الحضر لا يبقى غيره داخلا كما فى الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا انتهى (أقول) الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل فى اطلاق العقد رأسا بناء على انصراف مطلق العقد الى المتعارف الذى هو الخدمة فى الحضر ومدار الثانى على ان كل واحدة من خدمتى السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا أن الخدمة فى الحضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المحال للاخرى كما فى الركوب فانه اذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبه أولا لتعينه للركوب فكذا ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين فى الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة فى تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام فى مكان العقد حتى لا تلزمه مؤنة الرد وربما يرد ذلك على الآجر فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا فى المبسوط والذخيرة

المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورى يتقيد بزمان ومكان فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف يوجبه أو دفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا يوجبه (ولهذا جعل السفر عذرا) يعنى اذا استأجر غلاما ليخدمه فى المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر فى فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا تفسخ به الاجارة (قوله فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق (ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فاذا تعينت الخدمة فى الحضر عرفا لا يبقى غيرها داخلا كما فى الركوب) فانه اذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا

(قوله لان المنفعة فى النقل كانت له) أقول يعنى كانت للاجير (قوله وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها لما أنه ليس عقدا برأسه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه والا فالفرق والجواب أن الفرق واضح فان المدعى عليه بزعم أنه يملك الخدمة بغير شئ والتفصيل فى النهاية (قوله ويلزمه) أقول أى يلزم الآجر (قوله وليس المستأجر كذلك) أقول والمصالح أيضا ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا

(ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا) فعمل (فأعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضي أن لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما اذا هلك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه) قال (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة وقالا هو ضامن لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذا الاجارة قد صحت (٢١٦) على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمحجور مأذون في المنافع ولابي حنيفة

أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك أو يد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه أجيب بأنه تابع للام لكونه جزأ منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان ماذونا له وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول منهما بأربعة لانه المذكور أولا ولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز) وذلك لانه لما قال شهرا بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد (أو نظرا الى تنجز الحاجة)

(ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) وأصله أن الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا هو ضامن) لانه أكل مال المالك بغير اذنه اذا الاجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما بأربعة) لان الشهر المذكور أولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز أو نظرا الى تنجز الحاجة

انتهى (قوله ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فأعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه شئ وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استأجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذكر الوقت أجيرا خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير أن الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه اياه من الاجر الا انه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادا فان قلت من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور أولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز أو نظرا الى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت

(قوله أجيب بأنه تابع للام بكونه جزأ منها وهي محرزة) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله الآن من أن العبد لا يحرز نفسه لان عدم احرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزا في حق المالك

فان الانسان انما يستأجر الشئ لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلى العقد والثانى معطوف عليه ينصرف الى ما يلى الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور فى الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر فكأن المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم الخ) ظاهر خلاقوله فيترجح بحكم الحال فانه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المصنف أشار الى دفعه بقوله

فينصرف الثانى الى ما يلى الاول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تأتينى بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانهما اختلفا فى أمر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه أصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

هذا التعليل انما يستقيم اذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين بل فى كل واحد منهما استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة و يحتمل أن يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب المؤجر فينفى التنكير فصلح التعليل بتجز الحاجة لاثبات التعيين الى هنا كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية فى نسج هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحرير فى أوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور فى الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر فكأن المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة انتهى كلامه (أقول) لا الشبهة شئ ولا الجواب أما الشبهة فلان التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر فى شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضى أن يتعين الاول منهما بأربعة والثانى بخمسة لاحتمال أن يكون الامر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وابهامه فاحتيج الى الاستدلال على كون الاول منهما بأربعة والثانى بخمسة دون العكس بالتعليل الذى ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا وأما الجواب فلانه لو كان المذكور فى الكتاب قول المستأجر لما صح تنكير عبدا فى قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم أن الذى استأجره هو العبد الذى آجره المؤجر منه على أن كون اللام فى قول المستأجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام المؤجر مقدما على كلام المستأجر فى العقد وليس ذلك بلازم فان أيا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه ايجابا فاذا قبل الآخر لزم العقد فعمل المذكور فى الكتاب على قول المستأجر لا يقتضى تعريف الشهرين فى هذه المسئلة

وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة فى نفسه و بيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه فى المدة ولكن تعارض كلامهما فى اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام المؤجر لا موجبا للاستحقاق فهى فى الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله أعلم

(قوله قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا الخ) أقول فيه بحث فان المصنف انما يستدل بتنكير شهر الا بتنكير شهرين فلا مساس لهذا السؤال ظاهرا ويجوز أن يقال قوله شهرا وشهرا تفصيل للشهرين بلفظ التنكير فاتحد ابهذا الاعتبار لكن لا يخفى عليك انه لو ذكر المستأجر لفظ معرفا كما فى الكتاب بجواب الكتاب أيضا ماذكر (قوله وأجيب

 بأن المذكور) أقول المجيب هو الامام حميد الدين الضرير فى حواشيه على الهداية ثم قال مولانا ظهير الدين وقد رأيت كثيرا من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابى والاسبيجابى والمعينة فى الفقه أنه لم يتعرض لقوله لهذين بل فيه اذا استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال مولانا تأملت فلم أجد له مخلصا سوى هذا انتهى و يقول الضعيف مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعينه المآلى حيث ينصرف الى ما يلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل

باب الاختلاف فى الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتنى أصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا أنكر صفته لكن يحلف لانه أنكر شيأ لو أقر به لزمه قال (واذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه

على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه * ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين فى تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع فى عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا فى شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما بيناه فى رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا الى تعينه المالى حيث ينصرف الى ما يلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا اذ لا يذهب عليك أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستأجر وانه تفصيل للشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل * ثم أقول بقى ههنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبدا بل هو متمش فى صورة ان كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور فى الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة فى باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه ماله اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة فى الابواب السابقة مشترك بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبنى الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وأيضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر سائر مسائل الاجير أيضا فى هذا الباب والله الموفق للصواب

باب الاختلاف فى الاجارة

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر فى هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون بعارض (قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار) يعنى به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة فى مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء كذا فى الشروح واعترض بأن المتعاقدين كانا هنالك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والاجير خالف فخاط قباء وههنا قد اختلفا فى أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق الخلاف الا آخرا عتبارا فكانتا فى الحكم فى الانتهاء سواء هذا خلاصة ما فى النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلانهما اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدى مقررا عندهما فيجب الضمان قطعا وأما اذا اختلفا فى المخالفة فلا تعدى على زعم الاجير

باب الاختلاف فى الاجارة

لما فرغ عن ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون لعارض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان فى الاجارة فى نوع المعقود عليه كالقباء والقميص فى الخياطة أو الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا اذا أنكر صفته لكن بعد اليمين لانه أنكر ما لو أقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول فى الشرح الشاهانى أى لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا فخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء واعترض بأن هنالك اتفق المتعاقدان على المأمور به والأجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الا اعتبارا فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه أي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية أعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو الاصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل القصار فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول لصاحب الثوب عند أبي حنيفة

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حريفاله) أي خليطاله (فله الاجر والافلا) لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما (وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله) لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانيهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

﴿باب فسخ الاجارة﴾

ففي وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أي الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا وأما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه فما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهو لا هو ولغو هنا (قوله والجواب عن استحسانيهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق) يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع وأما أخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فانها من الادلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الاصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب فسخ الاجارة﴾

بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حريفاله أي خليطا له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الاجر والافلا لان سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع

﴿باب فسخ الاجارة﴾

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة

(قوله واعترض بأن هنالك اتفق المتعاقدان الخ) أقول ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل المسئلتين ما سيجيء في الغصب من رعاية حق الجانبين قال المصنف (وقال محمد ان كان الصانع معروفا الخ) أقول قال الزيلعي والفتوى على قول محمد انتهى وما في النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى وما في شرح الشاهان والفتوى على قول محمد انتهى ذكره جدي الشيخ الامام المحبوبي سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد

﴿باب فسخ الاجارة﴾

قال (ومن استأجر دارا) تفسخ الاجارة لعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعي فاذا استأجر دارا (فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا اذا استأجر عبد للخدمة فذهبت كلتا عينيه وأما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى أو ذهبت احدى عيني العبد فلا فسخ له (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيأ فشيأ وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا الافرق بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر أو قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض أصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وأنها توجد شيأ فشيأ فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الاباق في المبيع قبل القبض وعن محمد أن الاجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع وللآجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز

ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا (قوله واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قدم في أول باب الاجر متى يستحق أن الاجرة تملك بأحد معان ثلاثة اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الاوليين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته بتعجيل الاجرة أو بشرط تعجيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق

الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فيه اشارة الى أن عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ و) صحح النقل بما روى هشام (عن محمد فيمن استأجر دارا فانهدم فبناه المؤجر ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للمؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ) واستدل على ذلك بأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه اباق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه) أورده استشهادا به على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث

(قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله به زائد لا طائل تحته بل مخل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زيادة من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعلق بمستحقة لا بالمملوكة وقوله لانه ينتقل مبني على الفرض والتقدير والمعنى لو بقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقائه مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد وارث المستأجر

وأما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف (لم تنفسخ لانعدام ما أشرنا اليه) وهو ضرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستأجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد وأجيب بأن ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر واذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يرد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كل ما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو أن المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فالفسخ لاجله قال (ويصح شرط الخيار في الاجارة) اذا استأجر دارا سنة على أنه أو المؤجر فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفي أحد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا (ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة) فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيهما لا يصح

(وان عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا اليه من المعنى قال (ويصح شرط الخيار في الاجارة) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تعقد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد هلاكه لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول في هذا الدليل للشافعي شئ وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول أصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه أيضا على الكمال انما نشأ من أن يتلف شئ من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شئ من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو

وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه (وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها) لان التكليف انما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة (يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أولم يطلب ثم تحاكما ليس للمستأجر أن يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه (٢٢٢) عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي بنا ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك ثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الخصم قائلا به قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا (وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب) بناء على ما مر مرارا (لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) كالبيع (اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي يجعل بما اذا استأجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع أو استأجر انسانا ليتغذى وليمة العرس فماتت العروس أو استأجر رجلا ليقطع يده لأكلة وقعت بها ثم برأت فانه لا يجبر المستأجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لاستحالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال (ثم قوله) أي قول القدوري في المختصر (فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلت منه تفسخ الاجارة) لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر كانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من أجر دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون) لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

يركبها مسافة سماها وانما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليتأمل (قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العز القول بفسخ الاجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابي بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فبرأ وانقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه الى هنا كلامه (أقول) نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار أن لا يصح القول بذلك فان القياس أحد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقرر في علم الاصول فيكفي تحقق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل

(قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها بدون اقامة الدار مقامها مثلا

قال فى الجامع الصغير وكل ماذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى) وذكر وجهه فى الكتاب (وذكر فى وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضى) وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الائمة السرخسى ماذكر فى الزيادات (وصحح قاضيخان والمحبوبى قول من وقف فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أى لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أى لان يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) أى ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها (قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن

وقال فى الجامع الصغير وكل ماذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضى ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدا للمكارى فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب) على رواية الاصل وروى الكرخى عن أبى حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب عقد وانما يفوته الاسترباح وانه أمر زائد (واذا استأجر الخياط غلاما فأفلس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذى يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل فى الصرف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة فى ناحية وهو يعمل فى الصرف فى ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره فى الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر أشق وفى المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك أو انعقادا جماع على خلاف ذلك ولم يقع شئ منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الاعذار فى عقود الاجارات مما لا يقدح أصلا فى العمل بالقياس فى حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح فى صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبث به فى ترويج نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت ثم ان ماذكره كله منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد فى ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شئ فالمدار فى ذلك أيضا هو القياس

هل له أن يبيع بعد ما آجر اختلفت ألفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله (أما الذى يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس) قيل وقد يتحقق افلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم (قوله ومن استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر) قيل فان قال المؤجر انه لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة وأصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضى يسأله عمن يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضى يسألهم ان فلانا هل يخرج معكم أولا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضى الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضى المستأجر بالله انك عزمت على السفر

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول من أن خلاف الشافعى متأخر فكيف يبنى أئمتنا ما قالوا من جواب المسئلة على خلافه وجوابه حمل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفائه غير مسلمة قال المصنف (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له الخ) أقول فاعل بدا مضمر والمعنى بدا له رأى أى ظهر له رأى يمنعه من السفر

﴿ مسائل منثورة ﴾

معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع أي جذه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من أصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الريح هادئة قال في النهاية بالنون من هدن أي سكن وفي نسخة هادئة من هدأ بالهمز أي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطربة اختيار شمس الائمة السرخسي (قوله واذا أقعد الخياط الخ) يعني اذا كان الخياط أو الصباغ معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جازا استحسانا وفي القياس

﴿ مسائل منثورة ﴾

قال (ومن استأجر أرضا أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شئ من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لانه غير متعد في هذا التسبيب فأشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الريح هادئة ثم تغيرت أما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه قال (واذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

﴿ مسائل منثورة ﴾

أي مسائل نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافيا للمافات (قوله واذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة اذا كان الخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما أصابا من شئ فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لامحالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي أولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل في العمل بأبدانهما سواء فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يجب به الاجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اه كلامه وورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعين أحدهما لتولي القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متنا ولاتها ففي العبارة مسامحة اه (أقول) منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولي القبول في شركة التقبل وليس شئ من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال

لا يجوز لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان مستأجرا لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي رحمه الله مال الى وجه القياس وقال القياس عندي أولى من الاستحسان وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر أجيب بأن والمعنى الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كلامهما التخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فأمكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هذا هو المذكور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فانه قال

﴿ مسائل منثورة ﴾

(قوله فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول) أقول وأيضا هو من قبيل قفيز الطحان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فان تعين أحدهما لتولي القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متنا ولاتها ففي العبارة مسامحة (قوله أجيب بأن الشركة في الخارج) أقول يعني الخارج من العمل

لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد) وفى القياس لا يجوز وهو قول الشافعى للجهالة وقد يفضى ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال (وان شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لانه أنفى للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه فى الطريق جازله أن يرد عوض ما أكل) لانه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

﴿كتاب المكاتب﴾

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافى لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته اه فلا محذور فى عبارة صاحب العناية ولا مسامحة * ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد فى التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيأ بوجوههما ويبيعا وليس فى هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هى شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه (أقول) ليس مراد المصنف بشركة الوجوه فى قوله لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة ماهو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا يمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه فى كتاب الشركة وقال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فنى الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يقبل العمل بوجاهته الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل ماذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان فى قوله فى الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف فى الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أى عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا فى شئ تأمل تقف

﴿كتاب المكاتب﴾

واذا كانت شركة لا اجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما فى الشركة وقوله (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا) ظاهر والوطاء الفراش والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره (قوله ورد الزاد معتاد) جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيأ مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة ولم يقيد بعدم رد ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وهو عدم المانع والله أعلم

﴿كتاب المكاتب﴾

قال المصنف (لان هذه شركة الوجوه فى الحقيقة الخ) أقول قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فنى الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة التقبل والصنائع فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يتقبل العمل بوجاهته انتهى ولا يخفى عليك أن فى قوله فى الحقيقة نوع نبوة عن هذا

﴿كتاب المكاتب﴾

قال فى النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ماليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى أن قوله بمقابلة ماليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر فى بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى عقيب كتاب العتاق لان الكتابة ما آلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدى معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط فى التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا فى النهاية وأما الاعتاق على مال فانه وان كان عقد الاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون العتق على مال وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور وشرطها (٢٢٦) قيام الرق فى المحل وكون المسمى مالا معلوما مقدره وجنسه وحكمها من جانب العبد انفكاك الحجر فى الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا أدى بدل الكتابة وفى جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل فى الحال ان كانت حالة والملك فى البدل اذا قبضه وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أو ل نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق كان كتابة قال

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا) أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

قال صاحب النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ماليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق اه (أقول) ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل مختل لانه يرد عليه أن يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذى ذكره عن غيرها فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره فى وجه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد فى وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شئ من تلك الوجوه فى غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك فى غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة فى بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه فى تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب فى وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذى ذكره صاحب

(واذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) اذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض لذلك بقوله

قال الدميرى فى شرح المنهاج الكتابة تعليق عتق بصفة تضمنت معارضة منجمة ولفظها الاسلامى لا يعرف فى الجاهلية قيل وأول من كاتب عبده عمر رضى الله عنه يقال له أبو أمية (قوله وذكر فى بعض الشروح) أقول يعنى غاية البيان (قوله ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى الخ) أقول عبارة الاتقانى ولهذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق ولان الكتابة ما آلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى وبهذا يظهر لك تصرف الشارح فى عبارته وتغييره الى ما لا يرضاه صاحبه فان ذكر الولاء لبيان مناسبته للعتاق لا لبيان مناسبة المكاتب للعتاق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد انها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى أنه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان أراد أنها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة فى جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل

صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق فى غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر فى النهاية و بين المراد منه حيث قال قال فى النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة و بهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعنى ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية (أقول) فى كل واحد من نقله و بيانه اختلال أما فى نقله فلأن الهبة غير مذكورة فى شئ من نسخ النهاية وقد ضمها فى النقل الى البيع والطلاق والعتاق وأما فى بيانه فلأنه قيد الهبة فى البيان بشرط العوض وأطلقها فى أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد فى البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا فى نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض فى البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعتاق مطلقين فى المنقول وقد قيدهما فى البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشئ من القيدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة فى قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا فى الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب وبهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة ما آلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيفه حيث قال وذكر فى بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى عقيب كتاب العتاق لان الكتابة ما آلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات الى هنا لفظ العناية (أقول) فى نقله خطأ لان المذكور فى كلام صاحب الغاية لان الكتابة ما آلها العتق وقد قال صاحب العناية فى النقل لان الكتابة ما آلها الولاء و بينهما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة ما آلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة و بقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضا وكأن صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة فى النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما فى نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزييفه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به أنها الاخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان أراد به أنها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة فى جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أى ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هى بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل فى كل من شقى ترديده أما سقوط ما ذكره فى شقه الاول فلأنه

وهذا ليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء

لاشك فى ان ليس فى الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج وأما سقوط ماذكره فى شقه الثانى فلأن الكلام فى الانسبية لا فى مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة الى المناسبة فى جميع أجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيصح ما بشرط العوض أيضا اذ قد تقرر فى موضعه ان بلا شرط شئ أعم من بشرط شئ ومن بشرط لا شئ فيصير المعتبر فى مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شئ ليس اعتبار عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات فى قوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل فى المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر فى موضعه ان الذاتيات فى الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففى الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل فى مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها وانما هو ما آلها الحاصل عند أداء كل البدل وكذا الولاء أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم

* ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذى من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجها لتقديمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندى ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها المبينة فى صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبلها وهو الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه من كل وجه اه (أقول) هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشئ بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة فى الشرع لا يعلم ان العقد الجارى بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه ماذا بل معرفة الثانى تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية فى هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال وأما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه على ما يجئ على أداء العبد مالا معلوما لمقابلة عتق يحصل له عند أدائه اه حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه فقطع به الكلام فى كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على أداء العبد مالا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر فى تعريفها الشرعى ما ذكر فى الكافى والكفاية بأن يقال الكتابة التحرير بدا فى الحال ورقبة عند أداء المال وما ذكر فى الوقاية وغيرها بأن يقال الكتابة اعتاق المملوك بدا حالا ورقبة ما آلا فليتبصر (قوله وهذا ليس أمر ايجاب باجماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كداود الاصفهانى ومن تابعه ان هذا أمر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكاتبه

وهذا ليس أمر ايجاب باجماع الفقهاء وأشار بذلك الى نفى قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكاتبه لان الامر للوجوب

اه

وقال انما هو أمر ندب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط بيان لكونه للندب وتقريره أن فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفى الحمل على الندب اعمال له لان الندبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب وأما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا بأداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء

وانما هو أمر ندب هو الصحيح وفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه أما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا بأداء كل البدل

اه (أقول) بقى اشكال وهو ان صاحب الكشاف قال فى تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضى الله عنه هى عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضى الله عنه من أجلة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قالوا اجالس الحسن أو ابن سيرين فقول عمر وابن سيرين بالوجوب بنافى ادعاء الاجماع بين الفقهاء فى ان ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا أن يقال ان ما ذكر فى الكشاف انما يدل على ان الوجوب فى هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لانه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتأمل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجماع الفقهاء يخرج عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعى ورواية عن أحمد فانهم قالوا تجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان ذا أمانة وذا كسب اذ الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه (أقول) فيه نظر فان كثيرا من هؤلاء فقهاء سيما الشافعى وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب فى هذا الامر وقولهم بذلك ينافى ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب فى هذا الامر فأنى يصح الاحتراز به عنه اللهم الا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواة القول بذلك فتأمل (قوله وانما هو أمر ندب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة لا للندب كما فى قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا فى الشروح (أقول) بهذا وبما مر آنفا من قول بعض العلماء يكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهدى فى شرح مختصر القدورى فى المقام حيث قال وانه للندب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منهما ان كون الامر للندب فى مكاتبوهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للندب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله وفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه) تقريره ان فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا فى العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه (أقول) هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفى الحكم عما عداه لا ان ليس فى ذكره فائدة أصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهى اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما ذكر فى عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله) أقول لقائل أن يقول فعلى هذا لا يكون فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر فى علم الاصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف تركه أولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن

(قوله وتقريره أن فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط) أقول فيه أن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على وفاق العادة (قوله وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ) أقول فيه بحث فانه على هذا التقرير لا يلزم الغاء الشرط لو حمل على الاباحة

فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون ترك الكتابة مندوبا لا مباحا كما لا يخفى

لقوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه أي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة (٢٣٠) من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أديتها فأنت حر وقال الشافعي رضي الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك اذا أديته الي فأنت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند أداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كما في البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه

(قوله وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تأمل (قوله ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح الخ) أقول قال في الحواشي الجلالية نقلا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء وكذا هنا وعند الشافعي تفسيرها شرعا ضم نجم الى نجم لا ضم حرية الى حرية انتهى لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف

لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أديتها فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

لا يكاتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة اذا لك مكروها لا مباحا فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالرأي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كي لا تأكلها الزكاة في ايجاب الزكاة في مال الصبي بأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث قلت جاز انه ما بلغ اليهم انتهى كلامه (أقول) في الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جاز ان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة وتكلمهم فيها بالرأي على زيافة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والاظهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأي ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وبما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيافة الحديث انما هو اختلافهم بالرأي لان استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول (قوله ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أديتها فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع) وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على أنك ان أديته الي فأنت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولو نص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعي تفسيرها شرعا ضم نجم الى نجم ولو نص عليه بأن قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية منقولا فيها عن المبسوط لا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيرا للكتابة لان موجب الشئ من لوازمه وتفسير الشئ بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك أي أمر ربك وقوله تعالى واسئل

ولايجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا (وقال الشافعي لابد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا للملك

ولايجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله لايجوز حالا ولابد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلابد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق

المال والعاجز عن التسليم لابد له من أجل يقدر به على تسليم البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو قدر عليه لما رضي بأخس البدلين فلابد له من أجل أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت) ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لان المسلمين مأمورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت (ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه

واسئل القرية أي أهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولايجب حط شئ من البدل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقولهم فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية (أقول) فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح أن يكون قرينة لكون الامر في قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القران في نظم القرآن في الحكم اذ لا دلالة في مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الامر في قوله بعد فكاتبوهم للندب قرينة لكون الامر في وآتوهم أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لانه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لان المسلمين مأمورون

عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لابد منه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لا محالة فأشبه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبه المبيع فلابد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد تكرم اذ العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر من مولاه أن يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضي أو بقضاء القاضي (بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة) فليس الامهال فيه ظاهرا

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول الانسب لسياق كلامه ان يقول لا دلالة في الآية على ذلك (قوله وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك) أقول فيه تأمل فان كونه قرينة مانعة للحمل على الوجوب غير مسلم

ويجوز حالا (وكتابة العبد الصغير الذى يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقق الركن منه وهو (الايجاب والقبول اذا العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه) ولا عجز بالنسبة الى المنافع (وخالفنا الشافعي فيه وهو) أى هذا الخلاف منه (بناء على مسئلة اذن الصبي فى التجارة فانه لا يجوزه لانه ليس من أهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من أهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه يجبر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الاذن (بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق و يسترد ما دفع) (قوله ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فأنت حر) لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها الى نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا أديت فأنت حر وأما قوله وان عجزت فأنت رقيق ليس بلازم وانما ذكره لئلا تجب العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر اختلفت الرواية فى رواية أبي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل فى التيسير وذلك فى المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا فى الكتابة وفى نسخة أبي حفص قيل أى فى روايته لا تكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا أديت الى ألفا فى هذا الشهر فأنت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه (قوله يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا فلا يكون كتابة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) واذا صحت الكتابة بخلوها على المفسد بعد تحقق المقتضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه

قال (وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقق الايجاب والقبول اذا العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي فى التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق و يسترد ما دفع قال (ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق فان هذه مكاتبة) لانه أتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة فى رواية أبي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفى نسخ أبي حفص لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

(قوله وكتابة العبد الصغير الذى يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيها بدل قوله منه (قوله لبيان ما يفيد الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبده الخ (قوله لانه يستعمل فى التيسير وذلك فى المال) أقول يعنى فى المال الواجب وأشار بقوله ذلك الى التيسير (قوله والتنجيم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتنجيم فى العبد يوجد فى الضريبة وفيه تأمل

باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فثبت انتهى واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) هذا السؤال ليس بوارد لانه ان أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت فى حق المكاتب فليس بذاك قطعا اذ لا أهلية فيه للملك قبل العقد قط فانى يثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان أريد به أن احتمال القدرة عقيب العقد أثبت فى حقه فهو مسلم ولكن لا يجدى نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد فى السلم لكون العاقد فيه أهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البدل له قبل العقد وهذا أمر ضرورى لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق فى الجواب عما قاله الشافعي ههنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيأ من الاموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط فى حق المعقود عليه دون المعقود به ألا ترى أن المفلس لو اشترى أمواله العظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا لشئ من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم أن يكون العبد مالكا له حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد أشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر

(أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكيته يده) الحاصلة فى الحال (الى مالكية نفسه) التى تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشئ الى الشئ يقتضى وجودهما ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا الوجنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاه المولى عنه أولا) لان مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أى المساواة باعتبار التساوى (ان تنجز العتق ويتحقق ان تأخر لانه ثبت بالمكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت فى ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت فى الذمة مع المنافى اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح به (٢٣٣) الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكيته يده الى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له فى الذمة حق من وجه (فان أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها صارت أخص بأجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أتلف مالا لها غرم) لان المولى كالاجنبى فى حق أكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله أعلم بالصواب

(قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكيته يده الى مالكية نفسه) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة فى الحال الى مالكية نفسه التى تحصل عند الاداء وقال فان قيل ضم الشئ الى الشئ يقتضى وجودهما ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا الوجنى عليه المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب ينافى قوله فيما قبل الى مالكية نفسه التى تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم اليه موجودين فى الحال ومدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا فى الحال والا يلزم أن يكون قوله التى تحصل عند الاداء لغوا محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين

(٣٠ - تكملة سابع) (ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان) قابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تبتغوا بأموالكم وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لأخذ المنفعة لقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بايلاج واحد (وان جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانها صارت أخص بأجزائها

قال به ابن عباس رضى الله عنهما على ما مر فانت المساواة لا يقال المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأين المساواة لان نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا (فان تجز المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة المتقدمة (لأنه مالك لرقبته) فيجوز له اتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابله مجانا (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه بأجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه) أى على الوصول الى البدل من جانبه

(قوله أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسى قوله التى تحصل عند الاداء ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم ثم وجوب الارش ولزوم العقر لمالكية اليد لا لمالكية النفس (قوله وينعدم ذلك أى المساواة الخ) أقول فان قيل اذا أدى المكاتب بعض البدل يملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شئ للمكاتب فينتفى التساوى قلنا بل يحصل له تأكد المالكية ولهذا لا يبقى محلا للتكفير كما سبق فى باب الكفارة قال المصنف (واذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها فى العقد لا يضمن العقرا انتهى وفى غاية البيان فى أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمورا يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استشهادا واذا كاتب المسلم عبده (على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فالكتابة فاسدة أما الخمر والخنزير فلأنهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلأنها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة وأما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما نذكره واذا عرف ذلك (فان أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له ان أديت الي فأنت حر أو لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق (٢٣٤) الا بأداء قيمة نفسه لان البدل) في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كما في البيع الفاسد ووقع في

بعض نسخ الهداية الا بأداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أي بأداء قيمة نفسه (لانه البدل معنى) قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص أبا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة انه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فانه لا يعتق بتسليم عينهما الا اذا قال ان أديت الي فأنت حر (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (ان الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ قال (واذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال (فان أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم في الحال

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم) عبر عن مسئلتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شئ من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنهما صارا مسئلة واحدة والا فهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أومأ الى هذه النكتة في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال وأما الثاني فلان القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر

الرواية

﴿فصل في الكتابة الفاسدة﴾ (قوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول وتطهيره ما يجيء رواية عن أبي يوسف فيما اذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز في رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال في المجموع ويحكم به لاداء عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشته أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به أي ويحكم أبو يوسف به أي بالعتق

واذا عتق بأداء عين الخمر لزمه ان يسعى فى قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد اذ تلف المبيع و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا) أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان المولى مارضى بالنقصان) سواء كان فى المسمى أو فى القيمة لانه يخرج ملكه فى مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شئ (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى (كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا) فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر (٢٣٥) فكيف يتصور بطلان حقه فى العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا فى بقائه

(واذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى و يزاد عليه) لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد وهذا لان المولى مارضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت

قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى و يزاد عليه) أقول قال صدر الشريعة هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة فى الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وان كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسئلة فى المبسوط فيما اذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبدا فالكتابة فاسدة فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الالف لا تنقص وان كانت زائدة زيدت عليه انتهى ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير مخالف لما فى الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره فى المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية قلت صحيح ان كان الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل ما فى النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الالف واللام فى القيمة الا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العينى ليس بشئ أما أولا فلان ظاهر الرواية انما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه والمروى عن أبى يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين فى أحد الجزأين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه فى ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر فى الرواية الاخرى فقوله سواء جعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانيا فلان صاحب غاية البيان من الشراح جعل الالف واللام فى القيمة بدلا عن الخمر حيث قال فى شرح المقام وأبو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا أدى أيهما كان انتهى وأشار الى ذلك صاحب العناية بقوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح فقول العينى والشراح ما جعلوا الالف واللام فى القيمة الا بدلا عن نفسه ان أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد (قوله وهذا لان المولى مارضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وهذا أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى مارضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة لانه يخرج ملكه فى مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج شروح الهداية (قوله وهذا أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لان المولى مارضى بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه اشارة الى قوله ولا ينقص عن المسمى و يزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تفريع على قوله والعبد رضى الخ (قوله لانه يخرج ملكه فى مقابلة بدل الخ) أقول فى دلالته على عدم رضا المولى بالنقصان فى المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان ان أراد عن المسمى فمسلم لكن مدعاه عام وان أراد عن القيمة أو الاعم فممنوع ولا دلالة عليه فى قوله لان بعدم الاخراج الخ (قوله فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى اذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلو لم يرض بالزيادة أى بما يوجبها وهو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت ادراك شرف الحرية فليتأمل

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البدل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد

يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شئ والعبد رضى بالزيادة سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للشروح وغير تام فى نفسه أما الاول فلأن الظاهر ان كلمة هذا فى قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه والمعنى وهذا أى ماذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى مارضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كى لا يبطل حقه فى العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة أصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافى حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا والمولى مارضى بالنقصان عنه اه وأما على ماذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة مابلغت فيحتمل كلام المصنف لانه اما أن يكون المراد بالنقصان فى قوله لان المولى مارضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعى عدم رضا المولى بالنقص عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة مابلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى مارضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة فيرد عليه أن يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له فى وجوب القيمة بالغة مابلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى فلعل الشارح المزبور انما اغتر بقول المصنف فى آخر كلامه فتجب بالغة مابلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا وأما الثانى أى أنه غير تام فى نفسه فلأن قوله لان المولى مارضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا عن القيمة أم لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها أقل من القيمة فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا فى تلك الصورة أيضا على تقدير صحة تعميم النقصان فى قوله لان المولى مارضى بالنقصان للنقصان الكائن فى المسمى وفى القيمة تأمل تقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه فى العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ماذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا فى بقائه اه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن الذى يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأسا لا بطلان حقه فى العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهى قوله كى لا يبطل حقه فى العتق اذ الظاهر أن بطلان حق شخص فى شئ انما يكون بعد تعلق حقه به أولا ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كى لا يبطل حقه فى العتق أصلا كما صرح به فى النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كى لا يبطل حقه فى العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخمر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه فى العتق قلنا يحتمل أن يكون القاضى يرى صحة

(وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لانه هو البدل وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة فى القيمة) لاستحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر أن القيمة عما اذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين اما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شئ جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يفيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجهالة فى الفساد) أى لا فى البطلان كما فى البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغى أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة

ماروى

بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته

ما روى عن أبي حنيفة أنه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان أديتها فأنت حر فأدى الخمر لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اه (أقول) فيه بحث أما أولا فلأن مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله كي لا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضا العبد بالزيادة والمذكور في الكتاب خلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانيا فلأن ذلك على تقدير تمامه انما يتمشى في صورة ان لم يقل المولى للمكاتب على الخمر ان أديتها فأنت حر لا في صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأي للقاضي فيها مع أن ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبي النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف ههنا حيث قالا ثم قوله كي لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يحتمل أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعا له اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لاستحالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا للمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على أن يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه بها نفع له أصلا ثم قالا والاولى في تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة اه (أقول) وهو أيضا ليس بسديد لان في التعليل بما ذكراه مصادرة على المطلوب فانا نصدد أن نثبت بدليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضي بالزيادة فلو علمنا هذه المقدمة بما يبتنى على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعا * ثم أقول بقي شئ في كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى ما رضي بالنقصان الخ دليل شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا أن قوله لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدركا ههنا لانه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي (قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه (أقول) فيه كلام أما أولا فلانه ان أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فردا مبهما من الثوب فلا نسلم أنه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام انما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شئ يجزم بوجوده في الخارج وان لم تتعين خصوصيته عندنا وان أراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم أنه ليس بموجود في الخارج ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مرادا لجواز أن يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضا وأما ثانيا فلأن لمانع أن يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين

أجاب بقوله (بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فان أدى القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق أولا قلت ذكر في الذخيرة أن الاصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة أصلا على المسمى ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) اذا كاتب عبده على شئ هو لغيره فاما أن يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أولا كالنقود فان تعين فاما أن يجزه أولا فان لم يجزه فاما أن يملكه المكاتب بسبب وأداه الى المولى أولا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنيا جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير البدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع (٢٣٨) ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم (وان أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة فان اشترى شيأ بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجازه المالك وبين ما لم يجزه (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها أي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف (يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة في ذلك (على ما بيناه) ان مراده شئ يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه اذا أجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداه

قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شئ يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين

في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وبتعذر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك أن الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضا ألا ترى الى قول المصنف فيما مر وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة اه فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده

(قوله فان تعين فاما أن يجيزه) أقول أي يجيز العقد (قوله وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عمومه ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقوفا وانما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغنية عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة الحالة فلا يفسخ المولى الا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائزة ثم أقول انه مخالف لظاهر الغرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

(فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد) وهو ظاهر الرواية (الا اذا قال له اذا أديت الى فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط وان كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسئلة الكتابة على الاعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره ههنا لطوله وذكره

بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من أعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بأن كان مأذونا في التجارة وا كتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال (واذا كاتبه على مائة دينار الخ) واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط وهذا

فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه اذا أداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا أديت الى فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي) لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في أبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى

في صورة الكتابة على القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل (قوله ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني انهما يسلمان الاصل المذكور ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناؤه من غير أن يرد فساد العقد وههنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) يرد على هذا التعليل أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة فيما اذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لجريانه فيه أيضا بعينه فان قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة وانهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسئلة بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي وأورد عليه النقض بما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا أو أمة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اه ولا يخفى على ذي فطانة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود

بالاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل وهو الاصل في أبدال العقود وقالا بالموجب أي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن في قوله فعن أبي حنيفة (قوله وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة اذا كان العبد معينا لعين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة وقد سبق في أول الفصل

(واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) انه تركي أو هندي (ولا الوصف) انه جيد أو ردي (جازت وينصرف الى الوسط) من ذلك الجنس) وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب وانما

قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبه البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح والجامع أنه يبتنى

النقض بالصورة المزبورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للاجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى (أقول) ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانا لا نسلم أن شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فريبة بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ماهو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع لان بتقدير الثمن بصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمتنع الامتثال بمثاله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا اه فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله مدارا للاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول وأما الثاني فلان الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراتب الاجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين أي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هناك فلما عرفت آنفا وأما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيد الجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح والجامع أنه يبتنى

ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة أن ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظر للجانبين (ويجبر على قبول القيمة) لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها أصل من حيث ان البدل يعرف بها (وقد مر في النكاح) فصار كأنه أتى بعين المسمى (وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) لان مبناها على المسامحة (فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه) حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد أو الدياس أو القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبه البيع) في ان تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول أو الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبه النكاح في الانتهاء وفي أن مبنى كل منهما

على المسامحة وهذا المقدار كاف فى الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماسكة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لانها تشمل أجناسا وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للاجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر فى كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا فى الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح قال (واذا كاتب النصرانى عبده الخ) واذا كاتب النصرانى عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر فى حقهم كالخل فى حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم تمليك الخمر لان الفرض أن الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمى خمرا ثم أسلم الذمى فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا فى البيع بحال ففسد وتصلح

على المسامحة بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة قال (واذا كاتب النصرانى عبده على خمر فهو جائز) معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لانها مال فى حقهم بمنزله الخل فى حقنا (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفى التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا فى الكتابة فى الجملة فانه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة أما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال (واذا قبضها عتق) لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

على المسامحة بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولنا أن هذا يعنى ما قاله الشافعى قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها فى مقابلة فك الحجر فى الابتداء وكذلك الثانى لانها وان كانت فى الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح فى الانتهاء وفى أن مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف فى الكتابة فى الجملة فانه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة أسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغى أن يكون الجواب فى البيع كالجواب فى الكتابة معنى والرواية فى الكتابة رواية فى البيع قال (واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان فى الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر

 للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما بينا فى أول هذا الفصل) انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بأداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشى أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان فى العتق بأداء الخمر روايتان والفرق على احداهما بينهم او بين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فأداها الى مولاه فانه يعتق أن فى هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقى على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفى مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقى كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا بقى بدلا عتق بأدائها

(قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد) أقول الذى يشمل التركى والهندى وهما جنسان سافلان (قوله وفى التسليم تمليك الخمر) أقول الاظهر أن يقول وتملكها ليطابق المشروح ألا يرى أن المسلم اذا كان المولى فالذى هو تملك المسلم الخمر وانما جعل التسليم ظرفا للتملك لاستلزامه اياه كانه مشتمل عليه (قوله فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول أى على رواية جواز الكتابة على عين فى يد المكاتب قال المصنف (ولو أداها عتق) أقول قال الاتقانى أى لو أدى عين الخمر عتق أيضا فيما اذا أسلم أحدهما الا أن فى الكتابة معنى التعليق وبه صرح قاضيخان فى شرحه للجامع الصغير انتهى وعلى شرحه يكون فى كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السغناقى فتأمل

﴿ باب مايجوز للمكاتب أن يفعله ﴾

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة أن يصير حرا بدا وذلك بما لكسبة التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج الى المسافرة وعلك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى

في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه جعل قول المصنف فأشبه النكاح متفرعا على الشق الثاني حيث قال فأشبه النكاح في الانتهاء وليس بتام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر وعما لم يقل به أحد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فانهما قالا في تعليل قول المصنف فأشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأشبه النكاح متفرعا اما على الشق الاول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانيا فلانه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لزيادة الاستظهار وليس هذا بتام أيضا لان مجرد مشابهة شئ لشئ في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر فشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع أيضا فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط والله الموفق للصواب

﴿ باب مايجوز للمكاتب أن يفعله ﴾

الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان مايجوز للمكاتب أن يفعله ومالا يجوز له فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح اه واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان مايجوز للمكاتب أن يفعله وان لا يفعله انتهى (أقول) هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسفوران لكن فيه أيضا سماجة لانه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان مايجوز أن يفعله المكاتب ومايجوز أن لا يفعله ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه انما هو مايجوز أن يفعله المكاتب ومالا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد مايجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعل شيأ لا ينافي جواز أن يفعله أيضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جانبا الفعل والترك ومانحن فيه ليس كذلك قطعا (قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب

﴿ باب مايجوز للمكاتب أن يفعله ﴾

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان مايجوز للمكاتب أن يفعله ومالا يجوز له فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعاد ها تمهيدا لقوله

﴿ باب مايجوز للمكاتب أن يفعله ﴾

(قوله فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح) أقول هذا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضي عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول لا يخفى عليك انه انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره اصالة هنا وهذا لفظ القدوري هنا

حيث

قال (فان شرط عليه أن لايخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن فى صلب العقد وبمثله لاتفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل

حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لايخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ببيانه ثم اه (أقول) لايخفى عليك أن مايصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لاجواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتمهيد لايتم عذرا بالنظر الى مسئلتى البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لايخفى عليك أنه انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدورى ههنا انتهى (أقول) وهذا الذى ذكره هناليس بلفظ القدورى وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر بفاء التفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذى ذكره هنا بالواو بدل فاء التفريع وباظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولاشك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا وعن هذا قال فى غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لانه ذكرها فى أوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا أنه لم يذكر فى البداية ثمه قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر فى هذا الموضع فى البداية فلما بلغ فى الهداية وهى شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر فى الهداية قبل هذا اه فتبصر (قوله وصح العقد لانه شرط لم يتمكن فى صلب العقد وبمثله لاتفسد الكتابة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل يعنى أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو أن يدخل فى أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لاشرط فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجىء بعد أسطر انتهى (أقول) ليس ذلك بشئ لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لايقتضى كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشئ قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك يخصص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا الا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لايقتضى دخوله فيه بل لامجال لدخوله فيه أصلا كما لايخفى والذى نقله صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط فى بدل الكتابة أو فيما يقابله اذ به يتحقق التمكن فى صلب العقد كما عينه (قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الاصل) أقول لقائل أن يقول

مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ماهو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب فى الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضى بطلان العقد كما فى البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعنى أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو أن يدخل فى أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك (لانه لاشرط فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة وهذا) أى هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلا بدل

قوله ولا فيما يقابله) أقول قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجىء بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول حينية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف أعنى وعدم صحتهما بلا بدل (قوله وعدم صحتهما بلا بدل) أقول يعنى بلا ذكر بدل

واحتمالهما الفسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا يبطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح و يبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع (أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق) لان الاعتاق ازالة الملك لا الى أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شئ وانما

أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبرا عتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال (ولا يتزوج الا باذن المولى) لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه

يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة وهي اعتاق (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل في الاعتاق (والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال (والتزوج ليس وسيلة اليه) الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود أي الى مقصود المولى من البدل وذلك لقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا أذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم

قد مر قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها وردوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة فتأمل (قوله أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الخ) قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى (أقول) كل من شقي كلامه منظور فيه أما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسدا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتاق وأما شقه الثاني فلان الاعتاق في قوله في جانب العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق فكان قوله في جانب العبد اعتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزل واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا لوجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى (أقول) كل من وجهي دفعه غير سالم أما وجهه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد أيضا واو ان رجع الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول وأما وجهه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبرا عتاقا في غير هذا الشرط أيضا (قوله لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض الفضلاء تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى (أقول) بل يمكن تعميمه اذ الظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو ان المكاتبة بتزويج نفسها تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة وما أخذ ذلك ما ذكره

(قوله واحتمالهما الفسخ قبل الاداء) أقول واحتمال الفسخ بعد الاداء أيضا لا يضرنا قال المصنف (أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق) أقول قال الاتقاني لو قال في جانب المولى اعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى والامر فيه سهل قال المصنف (فاعتبرا عتاقا في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف انتهى ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي حميد الدين الضرير فراجعه

(ولا يهب ولا يتصدق) المكاتب (الا بالشئ اليسير) وكلامه فيه ظاهر والمجاهر عند العامة هو الغني من التجار وكأنه أريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فخرف الى المجاهر كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى أدى صار مقرضا بما أدى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره أجيب بانه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للمولى مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيأ جاز أن يملكه غيره كالمعير يعير (بخلاف الاعتاق على مال) فانه لا يملكه فيوجب الثاني فوق ما أوجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب

ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا أن الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء (وان زوج أمته جاز) لانها اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان مالكه العتق والمكاتب ليس من أهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمولى مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان أدى الثاني قبل أن يعتق الاول فولاؤه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية أضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيأ (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له) لان العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

المصنف فيما سيأتي في تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لانها اكتساب المال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان بين تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرحوا به في أثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب أمته فيما سيأتي وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لانها تكسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتبة لا تتزوج بغير اذن المولى وأجاب بأن تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة فان مقصودها من تزويج نفسها شئ آخر

فكان تمليك مالا يملكه وهو لا يجوز (قوله فان أدى الثاني) يعني ان أدى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثاني) لتحقق شرط عتقه (وولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك) لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستثمان على مواليه (فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) لكونه رقيقا (أضيف اليه) أي الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيأ) فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا) مباشرة حكما لما أن العقد انتقل اليه لعدم أهلية المكاتب للاعتاق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء فان ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فينجر الولاء الى قوم الاب (وان أدى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت)

قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن (قوله بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه) أقول الاعتاق مصدر من المبني للمفعول أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره

قال (وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه أما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية

قال (وان أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله (وأما الثالث فتنقيص له) لان من اشترى عبدا وجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله وان زوج أمته جاز لانه اكتساب للمال (قوله وكذلك الاب والوصي) ظاهر (قوله ولان في تزويج الامة والمكاتبة نظرا) أما في تزويج الامة فلما مر آنفا وأما في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لا شك في كونه نظرا

سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها أيضا كما لا يخفى تأمل تقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فان التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمذكر ماذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر لان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحد هما بالنكاح انتهى كلامه نعم ماذكره من الدليلين بعبارته ورد في المذكر ولكن بدلالته يعم المؤنث أيضا لا محالة (قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيجيء فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله أو من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتي وقد تقرر عندهم ان من ملك شيأ يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا اجماعا فلا محيص عن المحذور في كلام الشارح المزبور الا بأن يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول الاعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فاذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكا العتق على مال أيضا اه (أقول) لم يمر في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شئ من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيجيء بعد سطور ويملكه المكاتب

(١) قوله أنه أي في أنه اه من هامش الاصل اه مصححه

قوله (فأما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله (هو) يعني أبا يوسف (قاسه على المكاتب) فان المكاتب يجوز له أن يزوج الامة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له جاز له أن يؤجر عبده أو أمته فكذا يجوز له أن يزوج أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين العينين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين

قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة

الاعتاق على مال يزيله قبله أيضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفا فلم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكا العتق على مال أيضا (قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أقول في هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شئ من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجز فمع كونه كلمة أما في قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك مما يأباه اذ حكم ما ذكر قبيله أيضا عدم الجواز بنا فيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته فان تزويج الامة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكرت في أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك ان ما يصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لا يتم عذرا لاهناك ولا هنا واعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح أمته وكتابة عبده وثانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشئ من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صوري البيع والشراء من المثبتات وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولا فلان المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الاخرى فلا تفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانيا فلان قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات في المكاتب وأنا أتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له أن يزوج أمته فكذلك المأذون له واعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته فكذلك يجوز له

(قوله وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول لا وجه للفاء اذ لا يتضمن المبتدا معنى الشرط (قوله ذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله وفيه ما فيه) أقول فان دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا ممنوعة لكن العلامة الاتقاني لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث وعن شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي ما يدل صريحا على الاتفاق وما ذكر عن الكرخي أيضا يصلح مؤيدا لذلك ويكفي ذلك لذكره في هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكاتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب والصواب يجوز له تزويج الامة اذ الكلام فيه (قوله وقيل استعمل القياس) أقول القائل هو السغناقي (قوله لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية) أقول في الحصر كلام فانهما يتماثلان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لا يدل على الحصر الذي ادعاه (قوله وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي الخ) أقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عينين ان أراد أنه لا يكون بين عينين حقيقة فسلم وان أراد أنه لا يجعل العينان مقيسا ومقيسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالاولوية لظهور المماثلة في الاول دون الثاني

ولهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فأما المكاتب يتملك الاكتساب وهذا اكتساب

أن يزوج أمته كذا في الشروح (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظرا أما في الاول فلانه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضا فان المكاتب يجوز له أن يكاتب عبده فينبغي أن يجوز للمأذون له أيضا أن يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها للمأذون له يقتضي جواز له أيضا لزم أن يجوز تزويج عبده أيضا كما يجوز اجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان المنفعة حكم المالية ألا يرى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنالك أليق اه كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلانه ان أراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف ان في كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما وان أراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي أطلق في الآخر أيضا فليس كذلك أيضا ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان أراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فهذا القدر لا تتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها وأما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته اه (أقول) هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد اليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين ان أراد به أنه لا يكون بين نفسي العينين من حيث ذاتيهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان أراد به أنه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لاستحالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية أيضا ساقطا لان لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا في أصل معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعا لان فيه توفية الاقوى للاقوى والاضعف للاضعف ثم ان رأي صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اه (أقول) ان أراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا

وان

وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته (ولهما) وهو الفرق بين المأذون والمكاتب (أن المأذون له يملك التجارة وهذا) أي تزويج الامة (ليس بتجارة) لانه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك (والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب) لانه اسم لما يتوصل به الى المال والتزويج توصل المولى الى المهر فكان اكتسابا

(قوله وان كان غير ذلك فلا نسلم أولويته) أقول فيه بحث

(قوله ولانه) أى التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع فى باب الاجارة مال (ولهذا) أى ولان التزويج ليس من الاكتساب (لا يملك هؤلاء) أى المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكتساب المال

﴿ فصل ﴾ لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل فى الكتابة بطريق الاصالة ذكر فى هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته) تقديم الاب فى الذكر ههنا على ابنه للتعظيم وأما فى ترتيب القوة فى الدخول فى كتابته فالابن مقدم على الاب (٢٤٩) سواء كان مولودا فى الكتابة أو مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر فى حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود فى الكتابة فى التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل فى الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان أصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان

ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم

﴿ فصل ﴾ قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته)

وان أرادا نهما مترادفان فى عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتبع (قوله ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله اذ هى أى الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء وجها آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتامل اه (أقول) يمكن التوفيق بين ماذكره المصنف ههنا وبين ماذكره الشراح فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فى صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ماليس بمال اه بأن مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال فى قوله اذ هى مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين فى عقد الاجارة وهو المنفعة جعل فى حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال فى قوله اذ هى مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية فى تعليل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة فى الاجارة فى حكم المال اه * ثم أقول ويمكن أن يحمل المال فى تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقى دون ما يتناول الحكمى بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته آنفا ثم ان عامة الشراح قالوا فى تعليل قول المصنف اذ هى مبادلة المال بالمال لان المنافع فى باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع فى باب الاجارة تصلح مهرا فى النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم اه وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الواو فى قوله لان المنافع فى باب الاجارة تصلح مهرا فى باب النكاح بل جعله علة لما قبله (أقول) فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف فى باب المهر من كتاب النكاح فى تعليل قوله وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعى فى ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اه فانه صريح فى ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما فى باب النكاح فتأمل

﴿ فصل ﴾ لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصالة شرع فى ذكر مسائل وقوعها

(٣٢ - تكمله سابع) قيل ما الفرق بين المشترى فى الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا أعتق المشترى لم يسقط من البدل شئ واذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه أجيب بأن المشترى تبع من كل وجه

قال المصنف (ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هى مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل (قوله ولهذا أى ولان التزويج ليس من الاكتساب) أقول ان أراد تزويج الامة فلا شك انه من الاكتساب وان أراد مطلقا فلم يدع أحد أنه من الاكتساب

﴿ فصل واذا اشترى المكاتب ﴾ (قوله والمولود مقدم) أقول أى المولود فى الكتابة الخ (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعنى حال حياة الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعنى بعد موته

فلا معتبر به في أمر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولاد دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان (واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية ولابي حنيفة ان للمكاتب كسبا لا ملكا) لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح (والكسب يكفي للصلة في الولاد) لا في غيره (ألا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه) أي قرابة الاخوة (توسطت بين) القرابة البعيدة من (بني الاعمام) والقرابة القريبة (و) هي (الولاد) والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما (فـ) جعلنا بالشبهين و (ألحقناها بالثانية) أي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (وبالاولى) أي بالبعيدة (في الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لانا لو ألحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضا في العتق (لانه أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا أعتق ليس له ذلك) وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما قال (واذا اشترى أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها ملكه مع الولد فليس له أن يبيعها بالانفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يجز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها أم ولد خلافا لابي حنيفة

لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن من أهل الاعتاق فجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان ألا ترى أن الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقالا يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا أولى لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا أعتق لا يكون له فسخه قال (واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد لانها أم ولد خلافا لابي حنيفة

بسبيل التبعية وما يتبعها لان التبع يتلو الاصل (قوله واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية في شرح المقام امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) في عبارته خلل لان القنة بالتاء في وصف المرأة تخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب وأما أمة قنة فلم أسمعه اه (قوله وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وههنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للام حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبة تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضي أن لا تصير مكاتبة أصالة ألا يرى ان المكاتب اذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته ويصير مكاتبا تبعا لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب هنالك أيضا فظاهر الصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال انما لا تصير مكاتبة تبعا لولده تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية ألا يرى أنها لا تصير حرة في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل يموت سيدها على ما عرف في موضعه فكذا لا تصير مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا

(قوله ولان هذه أي قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أي قرابة المحرمية غير الولاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول أي بالشراء أو الهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

له أن القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل فان أدى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز أن يكون تبعا للادنى الا أنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب أنه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد (وان ولد المكاتب ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال لانه من أهل أن يكاتب ان لم يكن من أهل الاعتاق واعترض بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الامة حتى يدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطء أمته لكن ان وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطؤها لكن ان وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب فان الولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيأ لان المكاتب بماله من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك له في نصفها

وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا أنه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وان ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (وكان حكمه كحكمه وكسبه له) لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبة ولدا الان حق امتناع البيع ثابت فيما مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد

ملكه ولده فانه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقا للصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد أيضا قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون واردا عليه بخلاف الامة اه (أقول) فيه أيضا نظر لان كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الاب ورودا على الولد أيضا والا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضا فيما نحن فيه اصالة لا تبعا لوالده فلا يصح قول المصنف أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم أيضا أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما اذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تفقه (قوله وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها ولدها الى هنا كلامه (أقول) في الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهره اطلاقه يتناول الصورتين معا فقوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان أراد أن الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان أراد به ان ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يؤدي الى المصادرة اذ هو أول المسئلة فان الامامين لم يقبلاه فلهذا لم يجوزا بيع المكاتب اما رأته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على انها أم ولده وان لم يملك ولدها

هنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها حق أمية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه كحكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد لوالده (لان كسب الولد كسب كسبه) اذ الولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوج دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا) فصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات (كالتدبير والاستيلاد) والحرية والرق تسري الى الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الاباقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الاباقة غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فان الامة اذا اتصفت بهما امتنع بيعها الا مقرونا بشئ لكنه ليس بمؤكد فقولهم الاوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احتراز عن السواد والبياض والطول والقصر

فانها لاتسرى واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الاوصاف القارة الشرعية فى الامهات تسرى الى الاولاد ولهذا كان الولد داخلا فى كتابة الام وكسبه لها (قوله لان تبعية الام أرجح) اشارة الى ماذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها فى الرق والحرية وفى بعض النسخ دخل فى كتابتها وكسبه لها أى فى الدخول يتبعهما وفى الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام أرجح لانه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقراض قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر فى الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا فى المبسوط وفى شروح الجامع الصغير أن قيمة الاولاد عنده يتأخر أداؤها (٢٥٢) الى ما بعد العتق واليه أشار المصنف بقوله (لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه لها) لان تبعية الام أرجح ولهذا يتبعها فى الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية وخالفناه هذا الاصل فى الحر باجماع الصحابة رضى الله عنهم وهذا ليس فى معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به فى الكتابة

قط على أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على قول أصحابنا جميعا لانه ان أراد بالملك فى قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط فى اعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ألا ترى أن الحر اذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المزبور بعينه مع أن الولد هنالك ليس بمملوك للأب ملك اليمين بلا ريب وان أراد بذلك ملك التصرف فى أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط فى اعتاق الولد أمه عند أصحابنا فان من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا جميعا على ما مر فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف فى أمر ذلك الولد فى الولاية عليه انما هو لذلك الغير الذى كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد لا لابيه فظهر أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه لها) وفى بعض النسخ دخل فى كتابتهما وكان كسبه لها أى فى الدخول يتبعهما وفى الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا فى العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى (أقول) ليس

هذا

(قوله والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدته ان يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلا قال المصنف (وهذا ليس فى معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير ان تجب القيمة عند محمد حالا فنقول ولد المكاتب ليس فى معنى الحر لانه انخلق من ماء الرقيق وولد الحر انخلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق حكم بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة فتأمل (قوله وهذا لان الاصل فى الولد ان يتبع الام فى الرق والحرية) أقول قد يكون الولد حرا من زوجين قنين بلا تحرير ووصية وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لاجنبى فزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامة ولدا فهو حر لانه ولد ولد المولى كذا فى جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا على الكلية لانها مقيدة بانتفاء المانع

(وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما اذا كان بغير اذنه (و) حكم (المأذون له كذلك) فانا كان أو مدبرا والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة أو جبت الشراء والشراء أو جب سقوط الحد وسقوط الحد أو جب العقر فالكتابة أو جبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

﴿فصل﴾ مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتبة من المولى) وذلك بأن ادعاها (فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تتخير (لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لستة أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى (٢٥٣) يملك الاعتاق في ولدها) لان الدعوى من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غيره قصدا فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الأولى وقوله (وماله من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى وينتفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا تصح دعوته لان ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلأن يثبت من المولى أولى (فان اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاها) أي مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا) يعني قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت أخص بأجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعني بعد مضيها على الكتابة (عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة) على ما ذكره فان قيل وجب أن لا يسقط لأن الاكساب ههنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أجيب بأن الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط (وان ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شئ فلا تتناوله الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

﴿فصل﴾ قال (واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

هذا بشئ لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد بعتق أمه انما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام في الثاني ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لامه أيضا فتلك الفائدة أيضا انما تتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافي كون الاول هو الوجه بل يؤيده وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

﴿فصل﴾ مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا في الشروح (قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها

(قوله تقريره الكتابة أوجبت الشراء) أقول فيه بحث الا أن يقال المراد أوجبت صحة الشراء ﴿فصل واذا ولدت المكاتبة﴾ (قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبته لان للمولى الخ) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبته (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظر الها

ولو ولدت ولدا آخر) وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لان نسب ولد أم الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة (٤٥٢) وباقي كلامه ظاهر والله أعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم ولده جاز لان الكتابة يتوسل بها الى ملك السيد في الحال والحرية عند أداء البدل وحاجة أم الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزا لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل وعورض بأن مالية أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوم وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز أن يقابل ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصة الآخرين بالمال (فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد

(ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية (فان مات المولى عتقت بالاستيلاد) لتعلق عتقها بموت السيد

التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط ألا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلانه قد تقرر فيما مر مرارا أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا تستلزم سقوطه وهما أي السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانيا فلان العمل بالشبهين لو تصور ههنا فانما يتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابه لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكلية فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عملا بشبه الشرط * ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بأن قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشقيه أما شقه الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بأمومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه وأما شقه الثاني فلانه ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بأمومية الولد فانى يجتمعان معا وان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل

(قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين) أقول ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البدل) أقول وتوارد علتين ممتنعين الاجتماع على معلول واحد شخصي لا يمتنع

وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط و بطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة) بالنسبة الى البدل وبقيت فى حق الاولاد والاكساب يعتق الاولاد وتخلص لها الاكساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن تبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثانى أن تبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لمولاه وبالثانى يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقى من أكسابه وحيث احتجناهنا الى بطلان الكتابة نظر للمكاتب وكان النظر له فى الثانى دون الاول صرنا اليه لا يقال فى كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمله فلعله سديد (ولو أدت المكاتبة) بالنصب أى بدل الكتابة وفى بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها فى المبسوط فى المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضى وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم

قال المصنف (غير أنه تسلم لها الاكتساب والاولاد) أقول قال الاتقانى (٢٥٥) لم نجد فيه الرواية المنصوصة ولقائل أن

(وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط و بطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا ننافى اذا الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية فى تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد) لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر فى ايفاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا فى ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هى قبل موت المولى بل هى مملوكة حينئذ فينبغى أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وأنت خبير أنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى (أقول) ليس هذا بدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتبة فى اكسابهما انما هو بيد الارقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيهما وانما رقبة اكسابهما ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤد بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتى فقوله وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها فى كسبها يد لا يمنع ملك الغير الذى هو المولى فيه

حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة اه كلامه وأنت خبير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا يبين فى العقود الشرعية فكم لها نظائر (قوله والثانى أن يبطل بانتهائه بايفائه) أقول فيه شئ فان بالايفاء يتقرر ولا يبطل والحق ان بطلان الثانى لحصول المعلول وهو العتق بعلة أخرى فالسعى فى ايفائها بعده يكون سعيا فى تحصيل الحاصل وهذا هو الذى أشار اليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له فى الثانى دون الاول صرنا اليه) أقول وفيه انه ليس فى الثانى ابقاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولد حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطلة بالايفاء نظرا لها فليس الايفاء والابطال فى زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين) أقول اذا كانتا قريبتين ولا نسلم ذلك فيما نحن فيه (قوله لان للكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه) أقول أراد من قوله هى أولا العتق ومن قوله هى ثانيا البدل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا فقول المصنف اذا الحرية غير ثابتة تعليل لوجود المقتضى والظاهر انه تعليل لانتفاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما (قوله وانتفاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

يقول النظر اليها فى ايفاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا فى ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هى قبل موت المولى بل هى مملوكة حينئذ فينبغى أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة ولنا فى قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذى ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا فى حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد

رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا فى قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذى ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا فى حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد له حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التى ذكرت بالتعليل المذكور هى الاولاد التى ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد فى قول المصنف تسلم لها الاكساب والاولاد بقوله أى الاولاد التى اشترتها المكاتبة فى حال الكتابة لا الاولاد التى ولدت من مولاها انتهى ولا شك فى الحاجة الى التعليل الذى ذكره المصنف فى بيان سلامة أمثال تلك الاولاد اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا فى حق أمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا فى حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية فى هذا المقام ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثانى أن يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا فأولاده وأكسابه لمولاه وبالثانى يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقى من أكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له فى الثانى دون الاول صرنا اليه (أقول) لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان كون الكتابة عقدا واحدا لا ينافى تصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا فى تحقق التناقض أمورا منها وحدة الجهة وههنا لم تتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما يفصح عنه قول المصنف لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد فلا محذور أصلا وأما الثانى فلوجوه أحدها أن انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعل أحد طريقى بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيها ان المكاتبة فى مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه ايفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة فى حقها على ايفائه واعتبار غير الواقع واقعا لمجرد النظر لها مما لا نظير له فى قواعد الشرع وثالثها أن قول المصنف لان الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الاكساب والاولاد ينافى المعنى الذى عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير اتمام الكتابة فى حق البدل وفى حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة فى حق البدل وبقائها فى حق الاكساب والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثانى الذى تخيله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال لان بطلان العقد على أى معنى كان وعدمه فى حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال فى كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمله فلعله سديد الى هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضا ليس بشئ وجوابه ليس بسديد أما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين فى موضعه والامر فيما نحن فيه وفى سائر المسائل التى يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك فان المقصود فى أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الادلة مما يصح أن يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر وأما الثانى فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التى هى على المكاتب ممنوع

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعى فى ثلثى قيمتها مدبرة لا قنة وفى جميع بدل الكتابة عند أبى حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح (قوله فتخير) لان فى التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا (قوله وجب عليها أحد البدلين فتختار الاقل) قد اعترض عليه بأن الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبقيتها لذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه وقوله (انه قابل البدل بالكل) لانه أضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل وقوله (وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهى المسئلة التى تلى هذه المسئلة وقوله (لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا) أى مكشوفا بينا لا يخفى على أحد لان اخراجها عن الملك بغير الاعتاق غير صحيح فان

(وان مات المولى ولا مال له غيرها فهى بالخيار بين أن تسعى فى ثلثى قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف تسعى فى الاقل منهما وقال محمد تسعى فى الاقل من ثلثى قيمتها وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار أما الخيار ففرع تجزؤ الاعتاق عندهما لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين مؤجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الاقل لاستحالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثى رقبتها فلا يسقط منه شئ وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا

لان تلك الجهة أن يلزمها ابقاء البدل وقوله لامتناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة بسقوط بدل الكتابة عنها واذا أسقط عنها البدل لا يلزمها ابقاؤه قطعا فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على مالها وما عليها سديدا كما لا يخفى (قوله والاعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين مؤجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير) لان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا كذا فى عامة الشروح وعزاه فى معراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيه شئ وهو أن الفائدة المذكورة انما تتصور فى صورة ان كان البدل المعجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة وأما فى العكس فلا اذ لا شك ان أداء الاقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الاكثر المعجل فلا فائدة فى التخيير فى هذه الصورة أصلا لتعين اختيارها الاقل لاستحالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة فى الكتب بأسرها (قوله وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الاقل لاستحالة فلا معنى للتخيير) واعترض عليه بأن الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبقيتها لذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا فى العناية أخذا من شرح تاج الشريعة (أقول) فى الجواب اشكال لان القول ببقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير ينافى قول المصنف وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة اذ الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان فى شخص واحد فى حالة واحدة فانى يتصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها والمنافى للحرية هو الثانى دون الاول قلت لو أبقى حكم الكتابة لابقى تأجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال فى الكافى فى تقرير دليل الامامين هنا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الأجل لانه من خصائص الكتابة وبقى أصل المال عليه غير مؤجل الخ ولو أبقى تأجيلها لزم ان لا يتم قولهما فتختار الاقل لاستحالة فلا معنى للتخيير لجواز أن تختار الاكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الاقل المعجل كما مر فى بيان دليل أبى حنيفة فيكون هذا

أعتقها خرج عما نحن فيه وان مات قبله فكذلك وان مات المولى عن مال تخرج من ثلثه فقد استحقت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثيها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان اخراجها عن الملك) أقول أى لا الى مالك

(والظاهر) البين (أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شئ ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول بتجزؤ الاعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله اذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقتها جهتا حرية (ولها الخياران شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة

والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شئ فافترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخياران شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه

هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) أقول لمانع أن يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج الى استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكاتب أم ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما تستحق حريته كلا للاحتياج الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلأن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما تستحق حريته بعضا للاحتياج الى العلة بعينها اولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق أه (أقول) ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا هو انها استحقتها مجانا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين

لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزؤ الاعتاق (وأما المقدار فمتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبه الخ) واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصيل شئ وحصل ذلك الشئ من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) واللزوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو آجره برضاه (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضي به ببدل فبلا بدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه) اشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها له جملة ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه

قال المصنف (والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الخ) أقول لا يتمشى على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق

(وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال (لان الاجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن

قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به

مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقدم في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة (وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على أداء البدل الا به فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه عما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ثمه (ربا) وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو يعتمد الاحراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا فلان أعطى متعد الى مفعوليه بلا واسطة

و بقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجانا بخلاف ما لا يستحق حريته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فانه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتمشى على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا تفكر تفهم (قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اه كلامه وقال بعض الفضلاء أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه (أقول) ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما الان ذكر العوض بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة اه ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا اه وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة اه (أقول) ليس هذا بسديد لان المستحق في كل منهما هو المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان أظهر لان تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض واستيفاء لبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اه (قوله وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به) قال بعض العلماء

(قوله لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال) أقول أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج الى قوله واذا لم يجز ذلك فانه اذا لم يجز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلة الاجل (قوله لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا) أقول لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة وكلام العاقل يجب صونه عن الالغاء فالمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة (قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمه ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال

وقد استعمله باللام وأما معنى فلانه قال الاجل فى حق المكاتب مال من وجه فان أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه فات الاعتدال اذ الدين مال من وجه وان أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل والجواب أن ماذكرتم من أن المال مايتمول به ويحرز صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس مانحن فيه كذلك وانما المراد به ههنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو فى ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشئ يجوز أن يكون جهة فى شئ ولا يكون معتبرا فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظر المكاتب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم ان له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يمينا والاجل ربا من كل وجه ففيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت فى شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم أن يردوه دفعا للضرر تأخير حقهم الى مضى الاجل عن أنفسهم (فان المكاتب يؤدى ثلثى الالفين حالا) وهو ألف وثلثمائة (٣٦٠) وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقى) وهو ستمائة وستة وستون درهما وثلثا درهم (الى أجله أو يرد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى أجله لان له أن يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شئ له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك (كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل) ولو قال لان له أن يترك الزيادة وثلث الالف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل (ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة) بدليل جريان أحكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يخير المشترى بين اداء ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لانى الزيادة لما بينا من المعنى يعنى الدليل من الطرفين (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثى القيمة حالا أو يرد رقيقا فى قولهم جميعا لان المحاباة فى القدر) وهو اسقاط ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الالف الاخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أى يصح تصرفه فى ثلث قيمته فى الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه فى ثلثى القيمة لا فى حق الاسقاط ولا فى حق التأخير

فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفى درهم الى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدى ثلثى الالفين حالا والباقى الى أجله أو يرد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى أجله) لان له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظيره هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشترى أد ثلثى جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فما زاد عليه لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثى القيمة حالا أو ترد رقيقا فى قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

(قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كما فى ردف لكم (قوله لما تقدم انه شبها) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع المنافى كما علله غيره (قوله فيكون من هذا الوجه يمينا) أقول اليمين أيضا من العقود (قوله بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجه) أقول وخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والاخذ بالشفعة) أقول فيه شئ والامر سهل

فيه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتأمل اه (أقول) هذه المناقشة انما تظهر ان لو أردوا بنفى القدرة على الاداء الا بنفى القدرة الممكنة وهى أدنى مايتمكن به من الاداء وأما اذا أرادوا بذلك نفى القدرة الميسرة وهى مايوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الاصيل لان الاصيل في تصرف المرء أن يكون لنفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم الخ) قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فما أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداء هذا القائل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبل له كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا أجاز بعد العتق وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أني ان أديت اليك ألفا فهو حر فأدى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق أي في توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيماله وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيماله والجواب أن ماله ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو أدى الحر

﴿ باب من يكاتب عن العبد ﴾

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على أني ان أديت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف على اجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت

الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج عن يد المولى مفلسا فيمتنع الناس غالبا عن اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان أمكن في الجملة على ان المصنف وأضرابه لم يتشبثوا في تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبنى الكتابة على المساهلة يمهله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحال يرد الى الرق اه فليتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر والله أعلم

﴿ باب من يكاتب عن العبد ﴾

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم

البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في أدائه وهل له أن يسترد ما أدى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) اذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت

﴿ باب من يكاتب عن العبد ﴾

(قوله ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الاظهر ان يقول بالتتبع وانما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب (قوله فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيماله) أقول كثبوت الملك له

دخل أولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شئ فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد به الان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو أعتق الاولاد لم يسقط من البدل شئ وتعتق الاولاد اذا أعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لاغير ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها للقياس وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة اصالة أولا تصحيحا للعقد ونظرا للكاتب ولاشتماله على المسامحة واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أي فللمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شئ لانه تبع فيه وهذا يدلك على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرار لانه قال في أول المسئلة فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا لكنه أعاده تمهيدا لقوله (ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب فـ) القياس فيه أن لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شئ من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة (لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا أدى المرتهن) فكاك عينه (يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر اليه) ومثله أيضا لا يرجع فان قيل الغائب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب

دخل أولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شئ واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شئ لانه تبع فيه قال (وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ) لما بينا (فان قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى

أنه كهو في حق جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شئ حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرا أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ لما بينا) انه فيه تبع (فان قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرده وقبوله في ذلك (لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذه بشئ من بدل الكتابة (كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى أن الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة (وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى) وذلك ان الام اذا أدت فقد أدت دينا على نفسها وكل من الوالدين ان أدى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان أحدهما اذا أدى كان أداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا فكذا اذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى

(قوله وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة اصالة أولا تصحيحا للعقد) أقول قوله تصحيحا ناظر الى قوله فالنظر والضمير في قوله فيه راجع الى البعض (قوله ولاشتماله على المسامحة) أقول عطف على قوله تصحيحا (قوله في انعقاد العقد عليه) أقول الضمير في قوله عليه راجع الى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البدل شئ (قوله فان قيل حق الحرية الى قوله أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به) أقول الضمير في قوله بأنه راجع الى قوله حق الحرية والضمير في قوله به راجع الى قوله متوهم (قوله وكل من الوالدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكلا

وهى أولى بذلك من الاجنبى

﴿ باب كتابة العبد المشترك ﴾

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

أحكام الاصيل لان الاصل فى تصرف المرء أن يكون لنفسه (قوله وهى أولى بذلك من الاجنبى) يعنى ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز فى حق الاجنبى فلأن يجوز فى حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبى كذا فى الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعله اشارة الى ماذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى وأرى انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ماذكره الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وماذكره صاحب الكافى وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام فى الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى فليس بتام لان تبعية الولد للام فى الكتابة مطلقا انما تكون فى الولد الذى ولدته فى حال الكتابة والولد الذى اشترته فى حال الكتابة لا فى الولد الذى ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولاشك أن وضع مسئلتنا هذه فى كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم اليها فى عقد الكتابة مثل هذه التبعية متحققة فى المسئلة الاولى أيضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لانها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز ههناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبة على أولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح اذ قد صرحوا قاطبة بأن الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر فى وضع هذه المسئلة فى الامة اذ لو وضعها فى العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يعلم تساوى العبد والامة فى حكم هذه المسئلة

﴿ باب كتابة العبد المشترك ﴾

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع فى كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا فى غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثانى لا يتمشى فى المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبى حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تأمل تقف (قوله واذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفى بعض النسخ بين شريكين وهى أولى اه (أقول) وجه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يعم كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما فى المسئلة الاولى على مذهب أبى حنيفة أو اثنين شريكين) أقول اى بين رجلين

أن ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبى وأرى انه الحق والله أعلم

﴿ باب كتابة العبد المشترك ﴾

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبد بين شريكين الخ) اذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكاتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما

﴿ باب كتابة العبد المشترك ﴾

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الاظهر ان يقال ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر وانما قلنا الاظهر ذلك لان مقصود الباب بيان حال (قوله واذا كان العبد بين

واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما تكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بأن الكتابة اما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو جد شئ من ذلك من أحد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ فأين للكتابة ذلك وأجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضى وانتفى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ أما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه يمين

(قوله واذنه له بقبض البدل) بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه أي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد أي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيأ بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف وهو أي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب وكأن المصنف مال الى قولهما حيث أخره

وأصلها ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز

ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل اما بجعل الشريك فعيلا بمعنى مفعول من شركه في كذا فان كلا من المتشاركين في أمر شارك فيه ومشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شريكين حيث قال واذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال أي بين رجلين (أقول) هذا أمر عجيب اذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ههنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام اياه فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة

(قوله والاذن لا يفيد) أقول أي على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة) أقول قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله ببطلان متعلق بقوله الضرر وقوله للشريك متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضى) أقول يعني الحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول يعني عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول فلم يتحقق فيها المقتضى (قوله أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلانه يمين) أقول فلم ينتف فيهما المانع (قوله وهو أي البدل) أقول أو العقد أو المكاتب ويؤيده قوله وقالا هو مكاتب بينهما (قوله وكأن المصنف مال الى قولهما حيث أخره) أقول فيه كلام لانه يأبى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها الخ) واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد لهما للاول بطريق التبين لانه لما ادعى أحدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للاول) لانه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد

وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه اه كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة أي على مذهبهما اه (أقول) هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعا ألا يرى الى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسئلة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتمام قال وكأن المصنف مال الى قولهما حيث أخره اه وقال بعض الفضلاء فيه كلام لانه يأبى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق اه (أقول) الذي مر في كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسئلة الاعتاق ترجيحه في مسئلة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة أحد الشريكين باذن الآخر كما نحن فيه فمن أين يثبت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الاصل في كلتا المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجيح قوله هنالك لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تأخير دليله في البيان وقد عكس الامر ههنا ففهم منه ترجيح قولهما لا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الاول كما هو الخاص في أمثال هذا فلا محذور تدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها وأجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لان ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة ينافي هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما فكان حرا بالقيمة انتهى وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لما ليتها انتهى (أقول) لا ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد فانه وان أسلفه هنالك تبعا لصاحب النهاية الا أن المصنف صرح هنالك بتحقق

الاستيلاد في المكاتبة يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزأ بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا تنفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر أن تمضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه

 لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد

(قوله أي صحت دعوته وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أيضا) أقول فيه بحث أيضا (قوله لا تنفسخ الا بفسخ المكاتبة) أقول دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسئلة

ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند أبي حنيفة لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها أجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما فكان حرا بالقيمة وأيهما دفع العقر الى المكاتبة يعني قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت باقية ففي القبض لها الاختصاص بمنافعها وأبدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد للاول وهي مكاتبة له ويعتق بأداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذا ما يثبت به ولهذا الا يكمل في القنة بالاجماع وقد أمكن ههنا بفسخ (٢٦٦) الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة وهو أمومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلا أي فيما وراء ما لا تتضرر به وهو كونها أحق بأكسابها وأكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انا قد قلنا ان أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال هلا فسختم الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها لتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المصنف بكلامه هذا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى الكلام المصنف هذا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى

ويكون ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر الى المكاتبة جاز) لان الكتابة ما دامت باقية ففي القبض لها الاختصاص بمنافعها وأبدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذي ذكرنا (كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا

الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد أيضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى والمجيب بهذا الجواب الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن أبي حنيفة في حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد ووجه الجواب أن في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المصنف بكلامه هذا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى الكلام المصنف هذا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت

(قوله ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أي ماذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول سبق في هذه الكراسة ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فانفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لما ليتها قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل الكتابة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع

(قوله واذا صارت كلها أم ولده) متصل بقوله صارت كلها أم ولده وتقريره انه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة انها تبقى مكاتبة بينهما فيما تتضرر به للاجماع على ما ذكرناه ولا حد على وطء مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له أي للاول قيل هو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله (وفي ابقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعليل قول أبي حنيفة قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ) اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما

واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما

انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خبير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة الى قوله فللتردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه

(قوله انها تبقى مكاتبة بينهما) أقول مخالف لقوله وهي مكاتبة له (قوله قيل هو جزاء اذا بقيت) أقول قوله هو راجع الى قوله قيل (قوله على ما بينا) أقول يعني في شرح قوله وتبقى فيما وراءه (قوله في تعليل قول أبي حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال في تعليل القولين

قال (واذا كان الثانى لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهى أم ولد للاول) لانه تملك نصيب شريكه وكل الاستيلاد على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الاول) لانه صحت دعوته لقيام الصحيح

(واذا كان الثانى لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك أما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز وأما عنده فلانه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه) أى التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك) فلا يصح بدونه (بخلاف النسب) فانه يثبت من الثانى ان وجد الوطء منه (لانه يعتمد الغرور) لا الملك (وهى أم ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكل الاستيلاد على ما بينا) يعنى فى تعليل قول أبى حنيفة رهو قوله وتبين ان الجارية كلها أم ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام الصحيح) وهو الملك فى المكاتبة

لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقى من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما فى المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبى يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الأقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقى من البدل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية (أقول) هذا شرح فاسد وتحرير مختل أما أولا فلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبى يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش اذ قد صرح فى عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتى بعد نصف صفحة بأن قول أبى يوسف فى تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا بناء على انه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية فى الاستدلال على قول أبى يوسف فى تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار اذ لا يشتبه على أحد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك أو لم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لانه ضمان تملك فأما اذا أعتقها أحدهما أولا كان هذا ضمان افساد الملك وأما ثانيا فلان قوله هذا قولهما فى المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه يدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان فى حق المكاتب المشترك اذا أعتق أحدهما نصيبه مع أن ما نقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح فى أنه فى حق المكاتبة المشتركة اذا تملكها أحدهما بالاستيلاد وأما ثالثا فلانه صرف القياس فى كلام المصنف هذا الى قول أبى يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبى يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقى من البدل انتهى مع ان كلام المصنف فى المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سيأتى صريح فى أن محمدا مع أبى يوسف هناك فى أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقى من البدل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان فى مسئلة اعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما احداهما ما ذكره المصنف فيما سيأتى والاخرى ما يوافقه قياس ما ذكره فى مسئلة الاستيلاد ويدل عليه ما ذكر فى بعض الكتب المعتبرة كالكافى والبدائع فان المذكور فيهما فى مسئلة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الاخرى وهى ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة لكن كلامنا فى عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذى أقحمه فى لفظ الجامع الصغير هنا الى قولهما معا * ثم أقول الوجه عندى أن يكون مراد المصنف ههنا أن قول أبى يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على

قياس

(وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره وقد ذكرنا أيضا من قوله (ووجهه ما بينا) أي في تعليل القولين أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفا من قوله وتبين ان الجارية الخ وأما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده الخ (وان كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه) أي في اعتاق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف في الرجوع) فان عند أبي حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع عليه (وفي الخيارات) عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار (وغيرها) يعني الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبي حنيفة ان أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانه ما لا يزال الاستسعاء مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا سعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة رضي الله عنه يراه (كما هو مسئلة تجزؤ الاعتاق كما تقرر في العتاق) هذا اذا عجز (وأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة) خلافا لهما وهو واضح ومبناه أيضا على تجزؤ الاعتاق وذلك (لان الاعتاق لما تجزأ عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم يعجز فان أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب) وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيوجب الضمان

وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال (وان كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع عليها) لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزؤ الاعتاق وقد قررناه في الاعتاق فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعي أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله)

قياس قوله في مسئلة الاعتاق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة يرشدك الى هذا المعنى قطعا أسلوب تحريرا لمصنف حيث قال في قياس قول أبي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثاني تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى (أقول) يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار

(وعندهما لما لم يتجزأ عتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار) قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعي أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة

(قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل (قوله لان الاختلاف) أقول يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه (قوله وغيرها الخ) أقول معطوف على قوله وفي الخيارات وقوله وفي الخيارات معطوف على قوله في الرجوع (قوله يعني الولاء وترديد الاستسعاء) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق قال المصنف (واذا كان العبد بين رجلين) أقول ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك وانما ذكرها استطرادا

ووجهه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء فاذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمة تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وما أشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملك شيأ بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وأبق فانه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك وان أعتقه أولا يعني المسئلة الثانية كان للآخر الخيارات الثلاث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك كان نصيبه مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك كما اذا أعتق أولا أو غصب القن فمات أو أبق وأما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق تأخير بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويسعى وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله وكلامه فيه ظاهر

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

(قوله فاذا دبره الى قوله وهو أن نصيبه كان قنا) أقول الضمير في قوله نصيبه والضمير المستتر في قوله دبر راجعان الى قوله للآخر في قوله لكان للآخر الخيارات الثلاث

ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فأبق وان أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويسعى (وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لان الاعتاق لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده (ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا) ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة وان عجز المكاتب عن نجم (نظر الحاكم فى حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظر اللجانبين والثلاثة هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع) فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لى بينة حاضرة أنه يؤخر يوما و يومين وثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال فى الكرة الثالثة هذا فراق بينى و بينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كامهال يعنى اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلنى يوما أو ثلاثة أيام فانه يمهل ولا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على (٢٧١) رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم فى حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظر اللجانبين والثلاث هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول على رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا

تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية والمديون بالجر عطف على كامهال (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا اذ لا شك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شئ وهو أن دليلهما هذا لا يتمشى فى صورة ان عجز عن أداء آخر النجوم التى توافقا عليه بعد ان أدى سائر النجوم بأسرها اذ لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند أمهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدى نجما واحدا فى ضعف مدته ولا ريب انه أيسر له كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية انتهى (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذ الظاهر ان من فى قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر ان فى قوله لان فلا شرط ولا جزاء فى الكلام حتى

نجمان رد فى الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه ولقائل أن يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود فقط والجواب ما أشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فأنت طالق (ولان عقد الكتابة عقد ارفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا ارفاق فى الطلب عنده (فلا بد من امهال مدة ارفاقا وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فان مضى النجم الثانى ولم يؤد المال تحقق العجز عن

أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التى اتفق عليها العاقدان (ولهما ان سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا) أى كون العجز سببا للفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير فى يفسخ يجوز أن يكون للمولى أى فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وأن يكون للقاضى أى فيفسخ القاضى اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضى فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا)

(قوله والمديون بالجر عطف على قوله كامهال) أقول فيه مسامحة لظهور انه معطوف على الخصم (قوله يعنى اذا ثبت) أقول يعنى باقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله قال المصنف (لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية

(قوله والآثار متعارضة) جواب عن استدلاله بأثر علي رضي الله عنه وبيان ذلك انه روى عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض لان دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان) المراد بالاخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في أدائها فاذا أخل بهذا التعيين بنجم عند غير السلطان أي القاضي (فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى وان لم يرض به العبد (٢٧٢) لابد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده

(تام) ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج الى) الرضا أو (القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم ان فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها ان هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لانه ان أدى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ولان ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما (وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه)

والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه) لانه ظهر أنه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما ترك كله لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه

تكون الجملة شرطية (قوله والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر علي رضي الله عنه بأن الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أي بالآثار للتعارض لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح (أقول) هنا اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الاصول عند بيان انحصار الادلة الشرعية في الاربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال ان الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقرر في الاصول أيضا ان القياس لا يجري في المقادير ومانحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا ومار ويناه من حديث ابن عمر كما مر وي عن النبي عليه الصلاة والسلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدرك القياس انتهى فاذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذي مرجعه الى القياس حجة لهما في اثبات ما ذهبا اليه في جواب هذه المسئلة فليتأمل (قوله وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما ترك كله لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه)

(قوله لان دليل أبي يوسف) أقول يعني دليله المعقول (قوله وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة أحكامه الحرية رقبة عند الاداء

واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا الى حال حياته لاسبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل ولا الى الثانى لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشئ يثبت فى الحال ثم يستند وهذا الشئ لم يثبت بعد (ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الاصلية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو تطبيره ولا نص فيه و بيان أن هذا النص فى الحال معلول و بيان ما يميز هذا الوصف عن غيره و بيان صلاحيته بلا معته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور أثره فى جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المختص فى هذا الموضع وأمثاله فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدره والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذى ظهر عندذوى التحصيل عذره وألحق بالاخسرين أعمالا الذين ضل سعيهم فى الحياة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثانى لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت فى الحال والشئ يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل أولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه والموت أنفى للمالكية منه للملوكية

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل وقال الشافعى تبطل الكتابة بموت عبدا وماتركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشروح لدلالته على انه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشروح فان الواو فى قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لادعاه بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله واما مسه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه كأنه قال لأثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع فى كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين فى مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح فى حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة فى المشروح وعدم تحققه فى الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للشروح وموافقة هذا اياه وأيضا ان الفاء فى قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له فى المشروح كما لا يخفى على الفطن الناقد فى عبارة المشروح (قوله بل أولى لان حقه آكد من حق المولى) قال صاحب العناية قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد

 ووجه ذلك أن الموجب لابقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع أما المقتضى فلان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه و) أما المانع فلان (الموت أنفى للمالكية منه للملوكية) فان المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفى المالكية ضرب قوة والموت ينافيها

(قوله واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) أقول لا يطابق المشروح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة والموافق للشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشئ لم يثبت بعد) أقول بل هو متعذر الثبوت فى الحال على ما علمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد) أقول هذا لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح فى عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلى (قوله والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) أقول الى فى قوله الى ذلك متعلق بقوله أدعى وأشار بقوله ذلك الى البقاء والمعنى والحاجة الى البقاء أدعى الخ

(فينزل حيا تقديرا) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل بقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بأن المكاتب

ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء يثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان أداء خلفه كأدائه فيستند الى ما قبل الموت وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثاني من الترديد واضافة السبب الى الاداء بيانية أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لا نفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسبابا عندنا في الحال بل عند وجود الشرط فاذن أسند الاداء الى ما قبل الموت فتأمل مراجعا الى شرح الاتقاني ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع القهقرى حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم كذا في التوضيح في فصل المأمور به نوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) أقول ثبوت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر أئمتنا والحق أن تجعل اضافة السبب الى الاداء بيانية وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفعا لما يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول ولعله انما لم يتعرض له لان سلامة مالكية اليد فاتت بفوته اذ لا مالكية للميت فلا فائدة في التعرض أو جعله باقيا حكما مشتركا كما لا يخفى والجواب أنها حصلت له بالعقد والتفصيل في النهاية

فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات

يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع الخ (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية البدل كما صرح به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك فقط ولا لبيان ان المعقود عليه ماذا فلا محال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى الى ابقائه بعد ان هلك المعقود عليه فلا تفيد المقدمات المذكورة ههنا شيأ في دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي انتهى (أقول) ليس هذا بتام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ألا يرى الى قولهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بأن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزل بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه) هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا أحدهما انه يعتق بعد الموت بأن ينزل حيا تقديرا كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى وثانيهما أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام * ثم أقول من العجائب ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثناء تقرير تعليل

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة الخ) الولد المولود فى الكتابة يسعى فى كتابة أبيه على نجومه ان كان مفلسا بالاتفاق لدخوله فى كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء كما لو ترك وفاء وأما الولد المشترى فكالمولود فى الكتابة عندهما وقال أبو حنيفة رحمه الله قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا هما اعتبارا بالمولود بجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة سعى فى كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (وان ترك ولدا مشترى فى الكتابة قيل له اما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبى حنيفة وأما عندهما يؤديه الى أجله اعتبارا بالولد المولود فى الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر أكسابه ولابى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل يثبت شرطا فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود فى الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته فى آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته فى تلك الحالة على ما مر قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب)

أعتنا فى هذه المسئلة فينزل حياته تقديرا وتستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال فى حاشيته على قوله وتستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال أو تستند فقد أخطأ انتهى وفسر القائل فى حاشية صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر فى شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطئ هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة أو هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المستقلين فى اثبات قول أئمتنا فى مسئلتنا هذه فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذاك المخطئ المخطئ انه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معاوضة فخطأه بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وأنه لا محذور فى اتمام التعليل بأحد الامرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل فى كتابة أبيه وقد مر فى أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته وأيضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فلان دخول الولد المشترى فى كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذى جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل بجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه اياه تحقيقا للصلة بقدر الامكان كما أن الحر اذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثانى فلان عتق الولد المشترى عنده بأداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية أيضا بل لصيرورة المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال وكان ينبغى أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) قال صاحب العناية

يملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له فى أكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره فى الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل فى كتابته فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب فى آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته فى ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضا فى ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك ان كاتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما أن يكون صغيرا أو كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته فى تلك الحالة يعنى آخر جزء من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ)

قال المصنف (ولا يسرى حكمه اليه) أقول فيه بحث

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة وترك دينا على الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لمولى الام أما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار ما آله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يتأت القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال وأما أن الولاء لمولى الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب أبيه فان جنى هذا الولد جناية وقضي به أي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيأ لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بمولى الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاءه ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر شيأ لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض (قوله وان اختصم موالي الام الخ) (٢٧٦) هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام

فقال موالي الام مات رقيقا والولاء لنا وقال موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك ينبني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا أي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جر الولاء لما تقدم في المسئلة الاولى ان ذلك جزء اللازم والشئ ينتفي بانتفاء جزئه قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا (وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك ينبني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق بين كل مسئلتين والا لم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص عليه بيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين خفي فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليته بذكرهما قلنا خفاء الفرق أيضا متحقق في كثير من المسئلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضا لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت واحدة منهما للذكر منفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهومي هاتين المسئلتين ظاهر غني عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين عليتهما وبيان الفرق بين عليتهما انما وقع في الهداية وهاتان المسئلتان أنفسهما مذكورتان في البداية أيضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في أنفسهما وبفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (قوله لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا) قال صاحب العناية في حل هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيأ لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلأن

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول وهي قوله وان اختصم موالي الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يتأت القضاء) أقول أي على مذهبنا (قوله مات رقيقا الى قوله مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه) أقول الضمير المستتر في مات رقيقا والمستتر في مات حرا راجعان الى الاب والضمير في قوله بولائه راجع الى الولد قال المصنف (لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تينك الطائفتين قرار الولاء عليه فاختصامهم بالحقيقة فيه فلا يرد أن يقال يتصور الولاء لمولى الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا يستقيم قوله وذلك ينبني (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسامحة حيث لا يطابق تعليله للعلل ظاهرا فانه جعل احتمال جر الولاء لازما في المدعى وجزء اللازم في الدليل وتوجيهه غير خفي كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر الى قوله ما يجب رعايته

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح وتطيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيعجز ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا أكذب المكاتب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر شيأ لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه (أقول) في تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فان قوله ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز أن يكون اللازم أعم من الملزوم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالي الام يتحقق في صورة أن يقضي بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب * ثم أقول يمكن دفعه بأن اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالي الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه وايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية ولكن بقي ههنا شئ وهو ان لمانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتأمل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا بتبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشئ فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين غاية الامر أن الثاني أقوى من الاول فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك أن يقال ان منع التبدل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا اه ورد عليه الشارح العيني بأنه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول)

فاما أن عجز بعد أدائه الى المولى أو قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين أصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغني أو هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك وتطيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ ولهذا أوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا آجر أمته ظئرا ثم عجز وكذا عند أبي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في أكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا آجر المكاتب أمته ظئرا ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة

لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقها أصلا وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في أكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فأني يتحقق تبدل الملك وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب (٢٧٨) فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا بتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين والاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه الخ) اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته أما الاول فلعدم علمه بالجناية وأما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والاداء والفداء لان هذا أي أحد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا بمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية والمانع عنه حال الكتابة قائم أما عن الفداء فلما مر من عدم العلم وأما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فأما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصلي اخذ

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع أو يفدي) لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي

هذا أيضا كلام لغو اذ أن يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف في كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرح به والصواب في الرد عليه ههنا أن يقال هذا الذي ذكره في المآل عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وأوردوا النظر عليه مع ما في ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بأن ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهي التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهي البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب وذكر هذا من عند نفسه وادعاء انه أولى من ذلك (قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما لا يخفى اه (أقول) ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هنا سبب الخبث اذ لا فرق في ايراث الخبث بين أخذ من واحد وأخذ من آخر اذا وجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لا من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان أكسابه ملك مولاه عند أبي يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فبالعجز انتقل ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذاك الانتقال ضروري والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذا ولو سلم أن يعد ذلك أخذا فالملازم فيما نحن فيه عند أبي يوسف

قال المصنف (ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته) أقول فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول تعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف (قوله وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خبير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعله حلالا طيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا بدون هذا التبدل كما في ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فمثله أولى (قوله ولعل الاولى أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فليتأمل (قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته) أقول أي اذا كان قيمته أقل من أرش الجناية والا فالواجب عليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ثم اعلم ان الضمير في قوله عليه راجع الى المولى

وكذلك أي وكما مر من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به أي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به أي بموجب الجناية عليه أي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو أي ما قضي به من موجبها دين في ذمته يباع فيه واعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن أرش الجناية ألا ترى ان في جناية المدبر وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن أرش الجناية لانه أحق بكسبهما هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره واذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه أبو يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا أن يقضي المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن أرش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية ولنا القول بالموجب وهو أنا سلمنا أن المانع من الدفع قائم ولكن

الكلام في أنه قابل للزوال أولا ولا شك في قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع

(وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف اليه وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كي لا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أد المال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء

أخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان سببا للخبث انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للغني أو الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع

الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرء حقه لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كي لا يؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال له أد المال الى ورثة المولى على نجومه أي مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتبه فان المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كاسقاطه (قوله الا أن الورثة يخلفونه) استثنى من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغييرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكما أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة

(قوله وكذلك أي وكما مر من عود الحكم الاصلي) أقول والاولى أن تجعل الاشارة الى ما ذكر من المسئلة والتشبيه في عود الحكم الاصلي (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قال آنفا ان الموجب الاصلي أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينتقل منه الى القيمة ثم اعلم ان قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

(فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وان أعتقوه جميعا عتق) استحسانا وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان أن يصير اعتاقهم ابراءه عن بدل الكتابة فانهم يملكونه لجريان الارث فيه (٢٨٠) (واذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه مولاه) فان قيل فاجعل اعتاق أحد

(فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه المولى الا أنه اذا أعتقه أحد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والعتق لا يثبت بابراء البعض أو أدائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله أعلم

﴿كتاب الولاء﴾

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة

الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل أو أدائه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق منه شئ واذا لم يمكن اثبات المقتضى لا يثبت المقتضى فلا وجه لابراء البعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

﴿كتاب الولاء﴾

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاتب بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة وهو وان كان من آثار الاعتاق أيضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت التكاتب الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا أنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية (أقول) فيه فتور أما أولا فلان الظاهر ان الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى مأخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ثانيا فلان ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما لا نفسهما اذ لا يخفى على الفطن ان المطلوب بالشئ لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشئ وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال

(الولاء نوعان) ينوع الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول (ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة) فتفاء بقوله تعالى وحصول واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي بالاعتاق وهو زيد

وسببه العتق على ملكه فى الصحيح حتى لوعتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبى صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف

وحصول الثانى بعد الاول من غير فصل وفى عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اه (أقول) فيه خلل لان الولاء المشتق من الولى الذى هو القرب لايكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن يجد بين اللفظين تناسبا فى اللفظ والمعنى ولا تناسب فى المعنى بين الولى الذى معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب فى اللفظ والمعنى بين الولى بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال فى الكافى والكفاية هو من الولى بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء اى قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب أى وصلة كوصلة النسب اه فالولاء الذى يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال فى النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء فى اللغة مشتقا من الولى بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص فى الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه وقال فى التبيين هو من الولى فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ثم قال أو من الموالاة وهى مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص فى الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولاء فى اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولى وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بتحقيق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه فى الصحيح حتى لوعتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له) انما قيد بقوله فى الصحيح احترازا عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق هناك فالصحيح أن سببه العتق على ملكه ألا يرى أنه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فالمراد أن الولاء له بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان فى الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زبدة ما فى جملة الشروح ههنا وقال فى البدائع أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بأن ورث قريبه وسواء أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت وسواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلا فى حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان فى صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فليتأمل فى الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعى اه (أقول) فيه بحث اذ ليس مفهومهما الشرعى مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعى عن مفهومهما اللغوى كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعى لما أطلق التناصر بل خصصه بما هو المعتبر

(قوله استدلالا بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ويجاب جواب استدلالهم بحديث طور (قوله فجعل العتق سببا أولى لعمومه) أقول الاصوب تبديل الاولى بالصواب (قوله بيان لسبب النوعين) أقول أى لسببية سببهما

قال (واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد

فى مفهومهما الشرعى على انه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان أوشرعيا القال ومعناهما التناصر دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لايخفى على من له دربة بأساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافى بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال فى المبسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق) قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لايذهب عليك ان حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد اذ لاشك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثانى دون الاول فلا يتم التقريب والصواب ان وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس فى قوله عليه الصلاة والسلام الولاء ولام الاختصاص فى قوله لمن أعتق تدلان على ان جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا فى قوله تعالى الحمد لله دل بلام الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل فى الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق انتهى كلامه (أقول) فى جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثى أصلا فى الاشتقاق لايستدعى كونه أصلا فى العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثى ألا يرى أن الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لايكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به أى بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما ألا يرى أنه لايثبت فى حقه كثير من الاحكام التى تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعى الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام فى حقه فكان احياء معنى ومن أحياء غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) فى أوائل تقريره الدليل خلل لانه اعتبر النصر فى جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار فى جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لايخفى على من تأمل فى بسط كلامه سيما فى قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغانم وأيضا قد استدل على ان من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر فى يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى فى نفسه ومع ذلك لايطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى فى نفسه فلان العاقل فى الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر فى موضعه وأما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذى هو الغرم بالانتصار الذى هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ماذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ماذكر فى كتب الحديث ومر فى هذا

(قوله ووجه الاستدلال أن الحكم اذا ترتب على مشتق) أقول وأنت خبير بأن المراد من قوله واذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ماذكره (قوله فالجواب أن الاصل الخ) أقول فيه تأمل

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ماذكرناه قال (فان شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما باشره من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (وولاؤهم له) لانه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا

الكتاب أيضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغانم هو المنتصر بشخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس * ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله أي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني انما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا أخره اه (أقول) يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه أما أولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من ان الدليل على أن يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلانه جعل قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أنا لو جعلنا قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا آل المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بازالة الرق فكأنه قال لانه أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سيأتي ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما الخ معطوف على قوله لما روينا معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هناك ونظائره هذا أكثر من ان تحصى (قوله واذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) هذا لفظ القدوري قال المصنف في تعليله لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وقال الشراح انما صار الحمل معتقا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا اه (أقول) يرى المخالفة بين ما ذكروا ههنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق

صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما) معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روي أن بنت حمزة رضي الله عنهما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره) والعتق بقرابة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لاطلاق ماذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وماذكره من المعنى المعقول (فان شرط أنه سائبة) أي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (واذا أدى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسئلة جر الولاء وبين مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعا لامه ثم أعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاؤهما له فان أعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

واذا أعتقت الام وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالي الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت أحد التوأمين لانهما يتعلقان معا فان قيل الحبلى اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولاء الولد لمولى الاب فما الفرق أجيب بأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا أعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الام لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام (٣٨٤) الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان أعتق الاب جر ولاء ابنه الى موالي الاب لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت ضرورة عدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الأم ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء اليه ونوقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا الولد

(وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا الان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لموالي الام) لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب) لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعا للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الأم ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا

فانه قال هناك وان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها اه والظاهر منه أن يصير الحمل معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتأمل في التوفيق (قوله فان أعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب) قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه في الارث لا يبطل تعصيبه ولكن يقدم عليه اه وذكر في غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبي نصر (أقول) في الجواب اشكال وهو انه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه في الارث لزم أن ترث موالي الام عند انقطاع موالي الاب بعد انتقال الولاء عن مواليها الى مواليه كما هو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يروعن أحد أن ترث موالي الام بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ثم أعتق الاب يجر ولاء ابنه من موالي الام الى موالي نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالي نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء

(قوله واذا أعتقت الام وهي حامل) أقول أي ظاهرة الحمل كما يشير اليه قوله فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق (قوله لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التعليل من عدم المطابقة للمعلل فالظاهر أن يقول فولاؤه لموالي الام تبعا حتى تحصل المطابقة (قوله ونوقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقض على قوله اذا لم يتيقن لقيام الحمل وقت الاعتاق يعتق الحمل تبعا ويجر الاب ولاءه فانه اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل

بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا (وفى الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعا لأمهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فألحقوا موالى الام ضرورة كما فى ولد الملاعنة على ماذكرنا (فان أعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه) لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا) لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون

الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته من الميت والى ما بعد الطلاق أما اذا كان بائنا فلحرمة الوطء بعده وأما اذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه (أقول) مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ متعلقا بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء أولا لموالى الام ثم انتقل الى موالى الاب بصيرورته أهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام فى صورة ان عتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق فى الميت فلا يتصور فى هاتيك الصورة العود أصلا فلا يتوهم بها النقض رأسا على قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه فلا يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لامساس لتلك الصورة أصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهى ما اذا أعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك أن يقع عتق الاب بعد عتق الام فتصير مظنة النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الاولى أيضا بما نحن فيه حيث قال فى تصويرها بأن كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء فأدى الى تأخر عتق الاب عن عتق الام قلت لا يتيسر التأخر فيما قاله أيضا اذ قد مر فى كتاب المكاتب أن فى المكاتب الذى مات عن وفاء قولين عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره أيضا وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بأن ينزل حياته تقديرا فى حق الاداء كما ينزل الميت حيا فى حق التجهيز والتكفين فعلى هذا الأن اللازم فيما صوره أيضا اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقه عن عتقها اللهم الا أن يفرض تحقق الاداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض

بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعى ففى البائن مثل ما كان وأما فى الرجعى فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا بمراجعته وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقة العرب فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأموالهم لهم لا لذوي أرحامه حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لها شيء في وجود معتق الام وعصبته وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوي أرحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي أمه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب أن يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك أجاب بأن العبد هالك معنى لانه لا يملك شيأ ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى

أو من كان ميتا فأحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا أب له فينسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الامارة كفؤا لمن له ابوان في ذلك قال المصنف رحمه الله (الخلاف في مطلق المعتقة) وانما قال ذلك لان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أن محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا لاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب (قوله كالمولود بين واحد من الموالي) يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت أولادا فانها تنسب الى قوم أبيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله) وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالي أمهم وقال أبو يوسف مواليهم موالي أبيهم) لان الولاء وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي

فتأمل (قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى) لانه لا يملك شيأ ولان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أو من كان ميتا فأحييناه أي كافرا فهديناه فصار هذا الولد كأنه لا أب له فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شيء وهو أنه ان كان المراد بكون العبد هالكا معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه أن مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر أثر الولاء انهم بعد موته اذ عند حياته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لا أب له ينجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتمي اليه بأبيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبدا لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر أن الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو أبعد منه عند أئمتنا جميعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا أن يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا أهلية له لرقه كما مر فما لم تحصل الاهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف) أقول لقائل أن يقول ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يكون موالي الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لاولادها بل على أصحاب الفرائض لهم اذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبة وأصحاب الفرائض

(قوله لا لذوي أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولانه أثر الكفر) أقول يعني الرق (قوله حتى اعتبرت الى قوله والنسب ليس كذلك) أقول فيه بحث (قوله وانما قال ذلك) أقول يعني وانما قال المصنف ذلك

وقوله (وان كان الابوان) أى الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعنى ان كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه الخلاف وأما اذا كان الوالدان معتقين (فقد أجمعوا أن) النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفى حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب فى الشرف والدناءة فكذلك فى الولاء ولان النصرة به أى بالاب أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثى (وهو) أى مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذى اشترى عبدا فأعتقه هو أخولك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرلك وان كفرك فهو خيرلك وشره ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته) قوله هو أخولك يعنى فى الدين وقوله ان شكرك يعنى ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خيرله لانه انتدب الى مانديب اليه وشرلك لانه أوصل اليك بعض الثواب فى الدنيا فتنقص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى لك ثواب العمل كله فى الآخرة وشره له لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبى صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث)

وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أولان النصرة به أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى اشترى عبدا فأعتقه هو أخولك ومولاك ان شكرك فهو خيرله وشرلك وان كفرك فهو خيرلك وشره ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رضى الله عنه (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتأخر عن العصبة دون ذوى الارحام قال (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لماذكرنا (وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق) تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذوحال أما اذا كان فله الباقى بعد فرضه لانه عصبة على مارو ينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالى الانتصار على مامر والعصبة تأخذ مابقى (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم وفى آخره أو جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها

الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب فى حق الحجم ضعيفا لا يصلح أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من الحجم فى الارث بجهة تسببه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة أو جهة الفرض موالى اعتاقه لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب فى حق الحجم مع أن المسئلة فى الارث ليست كذلك اذ قد تقرر فى كتب الفرائض وسيجىء فى نفس هذا الكتاب أيضا أن موالى العتاقة مطلقا مؤخرون فى الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوى الارحام فليتأمل فى التوجيه

هى بنت الميت وذلك لان النبى صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقى لبنت حمزة والعصبة هو الذى يأخذ ما أبقته الفرائض (واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رضى الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك عصبة وارث عصبة استدلالا باشارة الحديث كما قلنا فى بيان قوله كنت أنت عصبته وبالحديث الثانى أى بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبة دون ذوى الارحام (وان لم يكن له) أى للمعتق (عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله) أى تأويل قول القدورى (اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذوحال أما اذا كان فله الباقى بعد فرضه) وذكروا لهذه الجملة تأويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذوحال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهى العصوبة اما اذا كان فله أى فلمثل هذا الوارث الباقى بالعصوبة وليس للمعتق شئ والثانى ان معناه ذوحال واحد كالبنت أما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقى بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثانى أوجه لانه علل قوله فله الباقى بعد فرضه بقوله (لانه عصبة على مارو ينا) وهو اشارة الى قوله ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لانه عصبة يعنى انما كان عصبة (لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أى القبيلة وتفريره العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على مامر فى أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبى صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعصبة تأخذ مابقى) تمام الدليل وتقريره فله الباقى لانه عصبة والعصبة تأخذ الباقى (فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون بنانه) لما ذكره فى الكتاب وقوله (قدمناها) اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر الى أن قال جر الاب ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق فى النهاية نافلا عن الذخيرة فليطلب ثمه

(قوله التعصيب هو جعل الانسان عصبة الخ) أقول والظاهر أن المصدر هنا بمعنى الفاعل

(قوله ولان ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء ممن أعتق أو أعتق من أعتقن وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شئ ينسب اليه لانه علته اذ ذاك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب الى مولاها الان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امرأة أعتقت عبدا ثم مات عن ابن وأب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول أبي يوسف أولا ثم رجع فقال لابيها السدس والباقي للابن لان الابوة تستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محروما عند ميراثها فكذا

عن ميراث معتقها ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه أبا أبيه وأخاه لاب وأم أو لاب كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده أقرب في العصوبة ولو أن امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها لما ذكرنا أن الابن أقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم أبيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للاكبر هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي أقرب

ولان ثبوت المالكية والقوة في العتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد لانه أقرب بهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة لانه أقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا الا أن عقل جناية المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بني ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للاكبر) هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي أقرب

﴿فصل في ولاء الموالاة﴾

﴿فصل في ولاء الموالاة﴾ آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة قوي لانه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء أصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا لولاء العتاقة وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلاث شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره اليه

(قوله وكل من ثبت من جهته شئ ينسب اليه لانه علته) أقول المستتر في قوله ينسب راجع الى قوله شئ والضمير في قوله اليه وفي قوله لانه راجعان الى من والضمير في قوله علته راجع الى قوله شئ (قوله وصورته امرأة أعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب في رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبة دون الاب) أقول فضلا أن يكون أقرب العصبات (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوات) أقول يعني مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعتقت الخ) أقول أو رجلا أعتق عبدا (قوله لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صيغة المفعول

وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل و يسلم على يد رجل و يقول له أو لغيره واليتك على أني ان مت فميراثي لك واذا جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله ثلاث شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه (٣٨٩) والثالثة أن لا يكون عربيا فان قيل من

قال (واذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه و يعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليس بشئ لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا أنه مستحق

اليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى (أقول) فيه كلام أما أولا فلان الشريطة الاولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون الموالي مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربيا الا أن يكون ذكر الثالثة استقلالا من قبيل التصريح بما علم التزاما وأما ثانيا فلانه ان أريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه أيضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال وله شرائط وعد منها أن يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة و يكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما يستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج الى الجواب عنه أصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره (أقول) في هذا الجواب خلل فان كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شئ من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد أصلا بغير اذن مولاه وان أذن له موالاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال أيضا خللا فان تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل أيضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد الموالاة فنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الأعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الأسفل أيضا شرط بل هي أظهر

شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى اذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير

(قوله وله ثلاث شرائط احداها الخ) أقول صرحوا بأن للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بموالاته الى غير مولى الاب اذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافقه (قوله والثالثة أن لا يكون عربيا) أقول فيه بحث فان الشرط الاول يغني عن هذا (قوله فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته) أقول فيه بحث فان العقل والحرية أيضا يحتاج اليهما في كل واحدة من الصور أو اذن الولي والمولى (قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة) أقول أما الصبي فلانه ليس من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة وأما العبد فهو أيضا لا يملك التزام النصرة الا باذن مولاه (قوله فان موالاة الصبي الخ) أقول قال الحاكم في الكافي وموالاة الصبي باطلة وكذا ان والى رجل عبدا الا أن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يوالي الصبي باذن الاب أو الوصي فيكون مولى للصبي اه (قوله أجيب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الارحام) لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره مالم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا الأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

قال المصنف (ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب) أقول أشار به الى ماذكره القدورى قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه و يعقل عنه واعترض الاتقانى على وجوب اشتراطهما فى صحة العقد ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لان القرابة متفق الخ) أقول بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة و وجوب النفقة فى مثل العمة والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فانها خلافة فى المآل الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة

بكل ماله الآخر وله وارث معروف وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفى سبب الوراثة ذو القرابة أرجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا فى كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف فى ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف فى مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب فى شئ من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة فى المآل مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له الا بطريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه

اشتراطا من حرية الأعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له مولاه فى ذلك و يجوز قبوله اياه باذن مولاه و يصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وأيضا لوجه لترك ذكر البلوغ فى اثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه فى المبسوط والبدائع مع أن قوله فان موالاة الصبى فى قوله فان موالاة الصبى والعبد باطلة أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبى قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب) أشار به الى ماذكره القدورى فى مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه و يعقل عنه وقدم من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل فى صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد فى مختصر الكافى قال ابراهيم النخعى اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه و يعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره مالم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد هذا لفظ الكافى بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما والبتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرط الصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم و يدل على ماقلنا قول القدورى فى مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال والبتك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذى أسلم على يده الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن شيأ مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل فى صحة عقد الموالاة أما مانقله عن الكافى للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه فى قوله اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما والبتك والآخر قبلت كاف فى تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافى كون ذكرهما فى العقد شرط الصحة العقد كما لا يخفى وأما قول القدورى فى مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك أن مراد القدورى بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يده ليس بشرط فيها وأما قول صاحب التحفة فلا أن محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال والبتك والآخر قبلت ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال والبتك بدل قوله أنت مولاى فقط لا بدل مجموع قوله أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة و بيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربى وغير ذلك مع أنهم لم يصرحوا

وخلاقوله (الاأنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل) فانه أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل

الاأنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضى ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض فى الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لانهم فى حق الولاء كشخص واحد قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الأدنى

يصرحوا بشئ من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الاأنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل فى حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر فى الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفى تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا فى الشروح وقال فى النهاية وهذا الوجه هو الذى اختاره فى المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكأنه اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه محل الكلام فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الالزام فى كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما فى فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق ابطال فعل الآخر فى صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذى يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدى شيأ فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا أن يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين فى صورة العزل عن الوكالة الا انه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازاة لكن فيه ما فيه فتأمل وثانيهما ان فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه وأما اذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان أن عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى يجب العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة (أقول) هذا الوجه فى الجواب هو الصواب لان حاصله أن فى الفسخ بدون علم صاحبه ضررا لاغترار وفى الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة) قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبة بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الاول كذا فى عامة الشروح والكافى وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (أقول) فى الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق مدللا ومشروحا

فى حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر فى الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب بأن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفى تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه والزام شئ على الآخر من غير علمه به نفسه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلاقوله (لانه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة) فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح كما لو أعتق العبد الذى وكله ببيعه فانه أورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبة فسخ العقد الاول وأجيب بأن الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله فى النهاية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(قوله وخلاقوله الاانه الخ) أقول معطوف على قوله خلافى قوله وكلامه فى الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلاقوله وان كان له وارث

(قوله وخلاقوله لانه فسخ حكمى) أقول وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلافيما سبق

قبل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة أكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حكمه كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا أن يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال أكرهت فلانا أي حملته على أمر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء مما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لابد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصا) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول * ثم أقول يمكن أن يجاب عن الاول بأن المراد أن النسب ما دام ثابتا من انسان أولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا وأما اذا ادعاه أحدهما أولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما الى الآخر فانه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموفق

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قبل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لان ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال أكرهت فلانا اذا كراها أي حملته على أمر يكرهه وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الاهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب فان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة وبأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى فيصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ولك ان تختار من هذه الثلاث أيها شئت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسيجيء مما يتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن

(قوله وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة) أقول فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول فيه ما لا يخفى الا أن يقال الاستلزام بملاحظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفي به رضاه اذ لولاه لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لابد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره) أقول لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير لا والظاهر أن المراد من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة وانما لم يتعرض يكون للقسم الثالث مثل الاكراه بضرب سوط أو حبس يوم على ما يجيء لعدم ترتب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتفي به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فانه اذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا وأما شرطه وحكمه فيأتى فى أثناء الباب قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعده به) شرط الاكراه حصوله من قادر على ايقاع المتوعد به (سلطانا كان أو لصا) وخوف المكره وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله

مع بقاء أهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعده به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذى قاله أبو حنيفة أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدده به وذلك بان يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى اليه من الفعل قال (واذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة او على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار ان شاء أمضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع) لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعى الاكراه ويفسد به اختياره وذلك يستلزم نفى عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذكور فى تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه أحد من ذوى الالباب وان شئت ما هو التحقيق فى هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم ان الشائع المذكور فى عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الاكراه الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقيد أو بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافى الاهلية ولا الخطاب وأما فخر الاسلام البزدوى فقال فى أصوله الاكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذى لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهم بحبس أبيه أو ولده أو ما يجرى مجراه والاكراه بجملته لا ينافى أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف فى شرح هذا المقام من أصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه ويدخل فى هذا التعريف الاقسام الثلاثة المذكورة فى الكتاب قال شمس الائمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذى ذكر فى الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام الاكراه لعدم ترتب أحكامه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف اذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره المصنف ههنا من معنى الاكراه وما ذكره شمس الائمة فى المبسوط بعينه وأن القسم الثالث من الاقسام الثلاثة المذكورة فى أصول فخر الاسلام غير داخل فى هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل فى معنى الاكراه لغة كما أشار اليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم فى معنى الاكراه شرعا عدم ترتب أحكام الاكراه عليه فان الاكراه فى عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضا مما وقع فى عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان فى الكتب الشرعية أحوال الاكراه الذى يترتب عليه الحكم الشرعى

ليصير بالاكراه محمولا على ما دعى اليه من المباشرة فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجىء مفصلا ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص (لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعده به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذى قاله أبو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم تكن فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فاذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعة أو الاقرار بماله أو اجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس) فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعى اليه ثم زال

الاكراه (فهو بالخيار ان شاء أمضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

قال المصنف (والذى قاله أبو حنيفة أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان) أقول الفتوى فى تحقق الاكراه من غير السلطان على قولهما

والا كراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا

ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية فى تفسير ماذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ماهو الواقع كما عرفت غير صحيح فى نفسه أما أولا فلانه جعل قول المصنف فينتفى به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه مع ان مقابلة قوله أو يفسد به (٢) رضاه تمنعه قطعا وأما ثانيا فلانه قال ان قول المصنف أو يفسد به اختياره يستلزم نفى عدم الرضا ولا معنى له لانه ان أراد أنه بحسب ظاهره أى بدون تقدير شئ آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لانفى عدمه وهو ثبوت الرضا وان أراد انه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضا اذ بتقدير لا يصير المعنى أولا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ولاشك ان صحة الاختيار لا تستلزم نفى عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما فى النوع الغير الملجئ من نوعى الا كراه على ما مر وأما ثالثا فلانه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لابد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره وهو أيضا محتمل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما فى مقام التعريف لا يجدى ماذكره من كون مقصود المصنف الاشارة الى الانواع الثلاثة للا كراه لان نفى فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهى لا تقتضى الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضا كما عرفت آنفا فلا تحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الا كراه لصدقه على القسم الثانى من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفى فساد الاختيار فى مقابلة انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا فى المقابل فيخرج القسم الثانى من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذى مسكة ان المعنى الذى نسبه الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد به اختياره أو لا بمعنى أو لا ينتفى به رضاه فهل يجوز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالى عن التعملات بأسرها لو أراد افادة ذلك المعنى الذى نسبه الشارح المزبور اليه و يختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على تعملات كثيرة فى افادة ذلك المعنى ولعمرى ان رتبة المصنف بمعزل عن مثل ذلك فالحق أن مراده بقوله فينتفى به رضاه أن ينتفى به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما فى قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى فكان قوله فينتفى به رضاه اشارة الى أحد نوعى الا كراه وهو غير الملجئ وقوله أو يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجئ فاتنظم كلامه من غير كلفة أصلا وانطبق لما فى عامة الكتب (قوله والا كراه بهذه الاشياء يعدم الرضا) أراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفى على الشارح العينى فقال فى تفسير قول المصنف بهذه الاشياء يعنى بالبيع وأخواته ولم يدر أن البيع وأخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير سائر سقطاته فى كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه) أقول يرد على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض أوله فانه قال فى أوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق الا كراه فى هذه الصور أيضا والا لما قال بخلاف ما اذا أكره بل كان ينبغى أن يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط أو حبس يوما أو قيد يوما وقال فى آخره فلا يتحقق به الا كراه وهذا صريح فى عدم تحقق الا كراه فى هاتيك الصور فتناقضا والجواب ان المراد بالا كراه فى قوله بخلاف ما اذا أكره معناه اللغوى وهو

والا كراه بهذه الاشياء يعدم الرضا) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (فيفسد وان أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالى به نظرا الى العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضر به) فهو اكراه (لـ) وجود العلة حينئذ وهو (فوات الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه كذا فى النسخ التى بأيدينا وصوابه أو يفسد به اختياره اه مصححه

(قوله وكذا الاقرار حجة) معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد أى والاقرار أيضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة فى غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا أكره على الاقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو اقرار كما فى البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب أى عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس فى ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو الملك (والفساد لفقد شرطه وهو التراضى) قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط فى فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة فى باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) (٢٩٥)

وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضى فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدى ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى قال رضى الله تعالى عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشترى من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

حمل الانسان على أمر يكرهه كامر ولا شك فى تحقق هذا المعنى فى هاتيك الصور والذى نفاه فى آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعى الذى تترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالاكراه فى قوله بخلاف ما اذا أكره للمشاكلة كما فى قوله تعالى تعلم ما فى نفسى ولا أعلم ما فى نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هنا حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الاقرار حجة الخ) قال فى النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد أى والاقرار أيضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة فى غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اه (أقول) الظاهر عندى ان قوله وكذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة

والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد فى حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد (جاز ولزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة) فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالاجازة كهو أجاب بأن باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرها فان المفسد فيه باق (قوله الا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله كما فى سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشترى ما اشتراه شراء فاسدا لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدى ولم يرض البائع بذلك لان الفساد فى البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائز المعتاد) يريد به بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بما لك على من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لى أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أنى ان دفعت اليك ثمنك تدفع العين الى وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشترى من غيره لان الفساد لفوات الرضا كما فى البيع المكره عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سميا بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعانى ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه والدين ساقط بهلاكه فى يده اذا كان وفى بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة اذا هلكت بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن

ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكاما بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوز رده الى أن يرد البائع الثمن الى المشترى و بقى المشترى رد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بما عاهد من رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعا الخ) اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب وكرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا أى فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفى البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع (وان قبضه) أى الثمن (مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد) (٢٩٦) فيكون الثمن أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشترى والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه (وان هلك المبيع في يد المشترى وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يد المشترى وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

هذه العقود التراضي الى قوله فيفسد لا على قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالاكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور في النهاية والعناية فلوجه أن يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا اه (أقول) لم يقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل

(قوله ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل الخ) أقول لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا (قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان باطلا لا ينعقد والفسخ فرع الانعقاد (قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير في ملكه راجع الى المشترى بل قال المصنف (بخلاف ما اذا أكره على الهبة) أقول واذا أكره على الهبة والتسليم فالهبة فاسدة وان أكره على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع وفى الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على احدى الروايتين وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقانى في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية وفى البزازية في كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام فالاقوى ما ذكرنا اذ فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله والفرق الى قوله وفى البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد تأمل في جوابه ليظهر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع وقد صرح به في بعض الشروح ونبه عليه المصنف بقوله على ما هو الاصل ثم لا يخفى عليك أن الاكراه اذا كان على البيع الفاسد ينبغى أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها الا أن يقال البيع في أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح

لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف) وان لم يصلح آلة له من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكأن المكره دفع مال البائع الى المشترى وان شاء ضمن المشترى) لان الهلاك حصل عنده فكأن كل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشترى بقيمته لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وان ضمن المشترى) يعنى أى مشتر كان بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لوتناسخته العقود) أى تداولته (لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشترى يعنى فى صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شقى الترديد من تضمين المكره والمشترى وكلامه فى الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقد امنها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك أجاب بقوله (لانه أسقط حقه) يعنى فى صورة الاجازة (وهو) أى حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازه خاصة أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته به لمصادفته ملكه (٢٩٧) فتكون اجازته أحد البيوع تمليكا للغير من المشترى بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وأما المشترى من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره فى الاسترداد وفى هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها والله أعلم

﴿فصل﴾ لما ذكر حكم الاكراه الواقع فى حقوق العباد شرع فى بيان حكم الاكراه الواقع فى حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته

(والمكره أن يضمن المكره ان شاء) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكأنه دفع مال البائع الى المشترى فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشترى نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم

﴿فصل﴾ (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر ان أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له الا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو

بل قال انه كالهازل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هنالك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجرى المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر فى علم الاصول وفى صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه قياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشيئين المتغايرين بحسب الذات المشتركين فى العلة

﴿فصل﴾ قال أكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع فى حقوق العباد شرع فى بيان حكم الاكراه

(٣٨ - تكمله سابع) وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذى يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثانى ان كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوى فيه الجد والهزل فكذلك والا فهو معتبر فعلى هذا (ان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو

قال المصنف (لان الاستناد الخ) أقول أى استناد ملك المشترى قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشترى فى صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز عن تقرر ملكه بحيث ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن لفظة ما فى قوله وما عرفت نافية

﴿فصل﴾ (قوله لقيام المحرم فيما وراءها) أقول الضمير فى وراءها راجع الى الضرورة فى قوله انما يباح عند الضرورة

(حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به) وأشار الى أن المبيح يمتاز من غيره لغلبة الظن لان بدن الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلي به ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد وهو أربعون فقال ان تهدد بأقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأى وهو لا يجوز (فان صبر حتى أوقعوا به) أى قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالاباحة (فهو آثم لانه لما أبيح) من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذا الحرمة) بصفة أنها ميتة أو خمر وهي (قائمة (ف) اذا امتنع (كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم أن الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار) فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه (والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان اباحة لا رخصة) فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما

حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لانه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة

الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى (أقول) فيه كلام وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكما في مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر الى مثل ذلك فالاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لان ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول في قوله يباح له ذلك اشكال فان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) قال في العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما أفضى الى الحرام حرام انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه ان أريد به أن المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوي طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان أريد به أن ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة أخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو أكل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك أن صيرورة ترك حراما انما هي في حالة الاضطرار أيضا اذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم أن تجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم أو الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا فيستحيل اجتماعهما في شئ واحد في حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد أو الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحدة منهما هو

(قوله حتى لو خاف على ذلك) أقول أى النفس والعضو (قوله لان ذلك نصب الخ) أقول هذا ناظر الى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد

(لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة لان فى انكشاف الحرمة خفاء) لانه أمر يختص بمعرفة الفقهاء (فيعذر) أوساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى أول الاسلام أو فى دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن ما أفضى الى الحرام حرام قال (وان أكره على الكفر بالله والعياذ بالله الخ) اعلم أن كل ما لا يعتبر اكراها فى تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها فى اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر أشد فاذا أكره على ذلك بما يخاف به على النفس أو العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمروه به من اجراء كلمة الكفر لكنه يورى والتورية أن يظهر خلاف ما يضمر فجاز أن يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب وجاز أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان أظهر ما أمر به مورياً كان أو غيره على

الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة لان فى انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى أول الاسلام أو فى دار الحرب قال (وان أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه) لان الاكراه بهذه الأشياء ليس باكراه فى شرب الخمر لما مر ففى الكفر وحرمته أشد أولى وأحرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به و يورى فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا إثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له النبى عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية

هو عليتها له ومنشأ عدم الاحتياج اليها عليلة الأخرى له فلا استحالة فى اجتماعهما لأنا نقول احتياج الشئ الى آخر فى وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد أو الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررناه ما فى كلام بعض الفضلاء أيضا فى هذا المقام فلينظر اليه وليتأمل فيه (قوله الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغى أن لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فأجاب عنه بأنه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا فى اتلاف نفسه انتهى واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال إذ لا مانعة للعلم فى أن لا يأثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم فى تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا أنه انما يأثم اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة نعم يقال اذا ثبت اباحته ينبغى أن لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل فى مسئلتنا هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة فى هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه فى تركه لكونه معذورا بالجهل فى أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد الخ) قال جمهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد

المعنى الثانى وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار ابن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فعد عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا

(قوله فصار الترك حراما) أقول فكان الفعل واجبا والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان أراد أنه قد ينقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذ الذى فرضناه سبب الاباحة هو سبب الوجوب بعينه

وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناوله النص المحرم فتأمل (قوله فجاز أن يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب) أقول فيه مسامحة (قوله وجاز أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكراه على سجود الصنم أو الصليب مثلا ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه فى أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا أكرهه الكفار أن يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم فخطر بباله أن يشتم محمدا آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبى عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر بباله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أبجلوه عن الروية ولم يخطر بباله شئ ففعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافرا اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان انتهى (قوله على المعنى الثانى) أقول يعنى هذا الترديد والتسوية بين كونه موريا أو غيره فى التورية بالمعنى الثانى لا الاول فانه لا بد منه

ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كما زعمه البعض لان أدنى درجات الامر الاباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمته أصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى (أقول) مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمأنينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا أي عدا الى طمأنينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه اه كلامه (أقول) في تقريره خلل أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طريانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكراها لا يضاده الاقرار طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حالة الاكراه وهو أول المسئلة فأخذه في أثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم فانه أيضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة وأما ثانيا فلأن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لو لا فوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما سيأتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة أصلا وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا أن المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا حالة الاكراه فيسعه الميل اليه

(قوله لان أدنى درجات الامر الاباحة الخ) أقول فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك فليتأمل فان للكلام مجالا (قوله لان التكرار ليس بشرط) أقول نعم الا أن عدم طريان منافيه

شرط وههنا قد طرأ والجواب أنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم

(قوله ولان بهذا الاظهار) دليل معقول ووجهه أن الايمان (لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة) لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما (فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله) أي فيه وكلمة مثل زائدة (هو رفيقي في الجنة) وقصته معروفة أيضا

(ولان الحرمة باقية) انتهى قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ماتقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية (للاستثناء) كما تقدم واعترض بأن اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم (٣٠١) الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد للاباحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر

ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ماتقدم للاستثناء

عند طمأنينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمته أبدا (قوله ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ماتقدم للاستثناء) واعترض عليه بأن اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك اه (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور أصلا اذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشئ مؤثرا فيه قوله فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الاصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشئ ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا

(قوله وأجيب بأن في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا الى قوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعني لانسلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم لكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خبير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لدليل (قوله كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كما في صورة العفو فان الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراخ نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكما دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الاصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد للاباحة) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمار رضي الله عنه ان عادوا فعد انما هو على وجه الاباحة لا على وجه الايجاب ولا على الندب روى القاضي في تفسيره بهذا اللفظ فان عادوا لك فعد لهم بما قلت وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل الابتكاف بعيد (قوله ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها غايته انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل الاقرار ركن زائد والتفصيل في الاصول

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم) وان أكره رجل على اتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جازله أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل) لان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احترازعن الاكل والتكلم والوطء فانه فيها لا يصلح آلة له (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم) بغير حق (مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه) وهذا النزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما أن كان يجب على المكره والمكره جميعا أو لا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر رحمه الله له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم

فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا أي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضا والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي الله يضيفه الى الغير تسبيبا فلا تنافي ولابي يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأثيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لاضيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله (ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق الاثم مقصورا عليه

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكره) لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما) لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال (والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف أن القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم

اليه في الجملة وقوله فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره ممنوع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لابد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الايصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفى حكمه وهو الغضب فان خبيبا رضي الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث

كما نقول في الاكراه على الاعتاق) فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد و يقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم أيضا لم يعتق العبد (و) كما نقول (في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) واذا ظهر أن المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين من أصابته مخمصة فقتل انسانا وأكل لحمه حتى بقي هو حيا ايثارا لحياته بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال (٣٠٣) سواء كان هذا المكره الآمر

كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافا للشافعي وقدم في الطلاق قال (ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد) لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا

عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شيخي علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه ولو كان الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص على أحد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه قال (وان أكرهه على طلاق امرأته) وان أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكره عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله) فان تصرفات المكره كلها باطلة الا أن يكون اكراها بحق (وقدم) دليل الفريقين (في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح أن يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اه (أقول) فيه نظر لان الانفكاك في اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافي ثبوت الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكأن بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذي يهم منا ثبوت الاعتاق لا في ضمن التكلم كما اذا ورث القريب اه (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت في صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرح به قاطبة وقدم في كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب * ثم أقول لا فائدة لحديث الانفكاك أصلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدي شيأ في دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ في صورة أخرى فالحق عندي في الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره للآلية في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في حق ما ثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه أن يأخذ المكره و يلقيه على المال فيتلفه كما صرح به فيما مر (قوله فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف أجيب بأن الاتلاف بعوض انما يكون كلا

ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح أن يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه (فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا

(قوله ونسبه شيخ شيخي علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد شيخه الامام العلامة قوام الدين أبا عبد الله محمد بن أحمد الكاكي مصنف معراج الدراية في شرح الهداية (قوله ومنع صلاحيته لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آلة له من حيث الاتلاف (قوله والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي) أقول فيه تأمل فان الذي يهم منا ثبوت الاعتاق لا في ضمن التكلم كما اذا ورث القريب

ولاسعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيما اذا قال المكره أردت بقولي هو حر عتقا مستقبلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة و يضمن المكره قيمة العبد لانه أتى بما أمره به على وفق ما أكرهه وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بمطلوبه وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لانشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيأ لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب أنا لا نسلم أن الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض

ولاسعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه

اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض أو كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا أتلفها مكره لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهدي الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكل بما لو أكره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فان المكره لا يرجع هنالك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لم يقل به أحد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولاسعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض اذا أعتق عبده وعليه دين لان السعاية تجب ثمة لحق الغرماء وبخلاف الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه تجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن به اه (أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا أكره الراهن على اعتاقه في شئ من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج الى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ تجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شئ اه ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لابد من أن لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا أكره على اعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان له أن يضمنه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض أو في حكم المال كما في منافع البضع اذا أتلفها مكره لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى أنه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان وأما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج الى الحرية) كما هو مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه أن المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا (أو لتعلق حق الغير) ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شئ من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض وأما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا أعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق بينها ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد لهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه) يعني أن المكره انما يضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيأ

(قوله فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لهما بالمكره فالسند أعم ولعله لذلك بادر الى التسليم (قوله بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية) أقول ان ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام والا فينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهنا بدل العبد فليتأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيما اذا أكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا الا أنه لم يدخل بها نظيرا لجواب فيما اذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وان لم يسم يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقوله لان ما عليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغيرا كراه أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها فما كان على شرف السقوط تأكد به وللتأكيد شبه بالايجاب فكأنه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجردا تلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أي طلق أو أعتق (فهو جائز استحسانا) والقياس أن لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه ووجه الاستحسان أن الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فاذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (ويرجع المكره على المكره) بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحسانا) والقياس أن لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا أن فلانا وكل فلانا بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا ووجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه) بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا أكره على يمين) فحلف انعقدت (أو على ظهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على ايلاء فآلى أو على فيء اليها باللسان) ففعل صح

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لان ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان

بينهما وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد فانه يشعر بالمخالفة أيضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنهما داخلتان في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وأيضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض بها ما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية انما تجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا أن العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض وأما على مذهبهما فينتقض بما اذا أعتق المحجور عليه

(قوله نظيرا لجواب فيما اذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول الاظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسد به الاختيار) أقول أنت خبير بأن الفاء ههنا ليست في محلها والاحسن تبديلها بالواو (قوله بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل) أقول بيان في الاول التزاما وفي الثاني صريحا

(لانها) أى الرجعة والايلاء والفيء (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان أكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبد ذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على أحد وان ترك التى آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من القربان فى المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وان قربها وكفر لم يرجع على المكره بشئ لانه أتى بضد ما أكرهه عليه وان أكرهه على أن يخالع امرأته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الاكراه (فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام) بازاء ما سلم لها من البينونة ولا شئ على المكره للزوج لانه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فان قيل ان خالعها وهى غير مدخول بها فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أولا قلنا لا يخلو اما أن ساق الزوج المهر اليها كله أولا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه وان أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه (٣٠٦) لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره فى هذه الصورة على البراءة قال

(وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أولا ان أكرهه أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار آلته وذلك لا يكون الا بلذاذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه أمر طبيعى ينشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يلزمه الحد وأما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم فى أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما أن المعتبر فى الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لان السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة فى أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل فى الايقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق فى موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم فى كل موضع وجب الحد على المكره لا يحسب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفى كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطء فى غير الملك لا ينفك عن أحدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها وأما الثانى فلان الاذن له ليس بمحل الوطء فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا

لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبى حنيفة الا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه فى الحدود

بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزادلهما فى التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبى حنيفة رحمه الله الا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد) وجه قولهما أن المعتبر فى الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لان السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة فى أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل فى الايقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق فى موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا فى العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف فى كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبى حنيفة رحمه الله أن يقال ندرة ذلك ممنوع كيف ووقوع

ظفر

(قوله فان اتفق فى موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له) أقول قال الاتقانى الاكراه من غير السلطان لو كان فى غير المصر اعتبر بالاجماع انتهى فقول الشارح فان اتفق فى موضع ينبغى أن يكون معناه حينئذ فى موضع من المصر تدبر

قال (واذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان

ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شرهؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى ولئن سلم الندرة فأن لا يكون النادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك أن بمجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء ألا يرى انه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولابي حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا ينبني على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبره كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله * ثم أقول اطلاق مسئلة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في أن حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به عندهما مما لا يساعد القول بأن الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام قاضيخان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسئلة الزنا وصورتها غير السلطان اذا أكره رجلا على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وأما في غيره فأكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام أيضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر (قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاد الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك) قال صاحب العناية ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله لغو من الكلام لان مازعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب أن تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى فما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا لان الواقع

دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البينونة) المترتبة على الكفر (بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان

قال المصنف (واذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) أقول قال العلامة الزيلعي هذا اذا قال لم يخطر ببالي شئ ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان فانه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مرخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير اكراه فصار نظير ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول لا فرق بين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى

فالقول قوله استحسانا) وفى القياس القول قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع والمكره كما فى الطلاق وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعنى كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق بل دلالتها عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما فى القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه (فلهذا (كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل) أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الاسلام فى الحالين) قيل أى فى حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام (لان الاسلام يعلو ولا يعلى) فلم يجعل كافرا فى الصورة الاولى وجعل مسلما فى الصورة الثانية ترجيحا للاسلام (وهذا فى حق الحكم أما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم) وكأن هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدى وهو المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا (ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة) أى شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارئة للقتل) لا يتحقق

فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام فى الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهى دارئة للقتل

فى كلام المصنف هو اللفظ الثانى دون الاول كما ترى (قوله فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعنى كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعنى لم يظهر منها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما فى القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد فى المجاز من كون اللفظ مستعملا فى المعنى المجازى ولا شك أن اللفظ ههنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل فى الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وانما هى أى الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردى فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة فصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف فى علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا المجاوزة عن المعنى الحقيقى الى أى شئ كان لا المجاوزة عن المعنى الحقيقى الى المعنى المجازى فقط فتعم مستتبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جدا قوله من قبيل يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه الجمل المفيد المطابق للشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا فى الايضاح اه (قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام فى الحالين لانه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكأن هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدى وهو المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى (أقول) فيه نظر فان ما ذكر فى الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدى مع تمشيته على المذهبين معا بل تمشيته على المذهب الثانى أظهر فى حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكره على الاسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركنى الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرطا لاجراء الاحكام فانه على هذا

(قوله وكأن هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدى) أقول فيه بحث لخفاء الاشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الاقرار ركنا فان الحكم به اذ هو الظاهر لنا وليس فى كلامه ما يدل على شرطيته للحكم

(قوله ولو قال الذى أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك يعنى لو قال فى جواب قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه لانه أكره على الانشاء دون الاقرار ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضى لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى مايحتمله لفظه (ولو قال أردت ماطلب منى من الكفر وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لانه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوى ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كمن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة والحاصل أن المكره على اجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه فى وجه لايكفر لا قضاء ولا ديانة وفى وجه يكفر فيما جميعا وفى وجه يكفر قضاء يفرق القاضى بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا أجراها فاما أن يخطر بباله غير ماطلب منه أولا والثانى هو الاول والاول ان خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا وأراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثانى واذا ظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسب النبى صلى الله عليه وسلم وقوله (لما مر) اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله أعلم بالصواب

ولو قال الذى أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه أقر أنه طائع باتيان مالم يكره عليه وحكم هذا الطائع ماذكرناه ولو قال أردت ماطلب منى وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبى عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبى عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبى عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبى عليه الصلاة والسلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا فى كفاية المنتهى والله أعلم

﴿كتاب الحجر﴾

لايتحقق شئ من ركنى الايمان فى المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ماهو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام مجرد تحقق ماهو شرط لاجراء أحكامه لايظهر ظهوره فى الاول لايقال كيف يتمشى مافى الكتاب على المذهب الثانى فى حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الاقرار ركنا من الايمان يلزم أن يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه ينتفى الاقرار اذ ذاك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لامحالة لانا نقول ان من قال بأن الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلى منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلى وفسر معنى كونه ركنا زائدا بأن الشارع اعتبره فى وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك فى كتب الاصول بما لامزيد عليه فعلى هذا يظهر تمشى مافى الكتاب على هذا المذهب أيضا فى حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لايخفى تأمل تقف

﴿كتاب الحجر﴾

أورد الحجر عقيب الاكراه لان فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم كذا فى الشروح ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهى أحد قطبى أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم فى الخير فجعل بعضهم أولى الرأى والنهى ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذى هو عديم العقل والمعتوه الذى هو ناقص

﴿كتاب الحجر﴾

أورد الحجر عقيب الاكراه لان فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب اختياره الا أن الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهى أحد قطبى أمر الديانة

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهى أحد قطبى أمر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وهو فى اللغة عبارة عن المنع) أقول قوله هو فى الموضعين راجع الى الحجر وقوله وهى راجع الى الشفقة

والآخر التعظيم لامر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الأسامي وألحق بها المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ماذكرنا لم يجز تصرف الصغير الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب

قال (الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله غير أن اذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لانجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

العقل فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يردهما وكذلك حجر الصبي والرقيق أما الصبي ففي أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي وأما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظرا للمولى ثم ان الحجر في اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولا فلان الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه ما سيأتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال دون الافعال وأما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب شيأ فشيأ فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجملة في التعريف المزبور تقصير من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك للمحذور الاول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى ما ذكر في معراج الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للحجر بأي سبب كان انتهى تدبر (قوله الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق وألحق بها اثنتي منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس وأما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيدا فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

يحال ما وأما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء أما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وأهلية التصرف انما هي بالعقل لكن أهليته مترقبة واذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كي لا تتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه دين فيأخذ أرباحها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولئلا يملك رقبة يتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير أن المولى اذا أذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال (ومن باع من هؤلاء شيأ) أراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لافادة هذا الحكم أعني كون البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه لبس لافادة هذا الحكم (والولي بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهما فيتحرى مصلحتهما فيه) وكلامه ظاهر وأراد سؤالا على الشراء وهو أن الاصل في الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة وأجاب بأن عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء الفضولي

كذا

وههنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره عن الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشترى أما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فأورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي

وكذا ذكره شيخي في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة) يعني الصغر والرق والجنون (توجب الحجر في الاقوال) يعني ما تردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم (قوله دون الافعال) يعني ان المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال (لان الشأن ان الافعال لا مرد لها) حتى ان ابن آدم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا أتلفا شيأ لزمهما الضمان في الحال (لان الافعال توجد حسا ومشاهدة) ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا اتلاف

وههنا لم نجد نفاذ العدم الاهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال) لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة

كذا في الشروح (أقول) قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العته في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلاثة وهي الصغر والرق والجنون وفي كتب الاصول على جعل العته قسيما للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفاته في أكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال حتى أوجب التوقف في الاقوال التي تردد بين النفع والضر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم أقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه (أقول) خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسئلة الكتاب بالاقوال المترددة بين المنع والضر حيث قال أعني ما تردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ما تمحض نفعا وما تمحض ضررا وكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلا دون فائدة ثبوت اخراج الثاني لثبوت الحجر فيه أيضا في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الحجر أيضا حيث قال أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى المخصوص فيما يتمحض ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله وأما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشئ من التخصيصين المذكورين يلزم اذذاك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير ما آل معنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيأ أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في اعادة الثانية فائدة الا تجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما يتمحض ضررا من الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بفناء التفريع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر

(قوله وكذا ذكره شيخي في شرحه) أقول أراد الكاكي (قوله يعني ما تردد منها بين النفع والضر) أقول الاولى عندي هو تعميم الاقوال لما تمحض ضررا وما تردد بين النفع والضر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما سيخصصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعدام من الاصل) أقول فلا ينعقد (قوله في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

(بخلاف الاقوال لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط به وأما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر لازوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا ترى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لامرد لها يعني أن الافعال اذا وجدت لامرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيأ فالمولى بالخيار وانما أعاد هذه المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات في موضع واحد

بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما)

في الاقوال دون الافعال فتعين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي أن اللام في الاقوال في قوله توجب الحجر في الاقوال للجنس وأن المراد بايجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الاقوال ما يسم ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضر وايجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسفور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الآتية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تمحض نفعا لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الاصل المزبور مجملا ومافرع عليه من المسائل تبييناله فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر ومالا فلا تأمل تقف (قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع ألا ترى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عتاق الحر البالغ العاقل هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع أن الهزل ينافي القصد لامحالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا ترى أن القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فانه غير متمش في الانشآت لانها ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعتبرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشآت فلا يتم التقريب وأما في الثاني فلانه منتقض بما تساوى فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع

(قوله لان اعتبارها حال كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أي اعتبارها مفيدة للاحكام من الشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الآثار والاحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول واذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار

لمابينا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال (وان أتلفا شيأ لزمهما ضمانه) احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على مابيناه قال (فأما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله أعلم بالصواب

من هؤلاء شيأ فالولي بالخيار وانما أعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتناسق القوليات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء واذا أريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان هنا فانه قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضر موقوف على اجازة الولي ألا ترى الى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيأ وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازه الا اذا أراد بقوله والصبي من لا يعقل أصلا وبقوله والمجنون الذي لا يفيق أصلا فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لامساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الاصول كما تقرر كله في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعا فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على احدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو أريد بهما ههنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر أصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون متروكة سدى ولا يخفى فساده ولا يختلجن في وهمك أنها تفهم مما ذكر دلالة لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب

وأما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته) أي الولي (بخلاف سائر العقود) وقوله (وان أتلفا شيأ) بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والحائط المائل بعد الاشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان (قوله على مابيناه) اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله (فأما العبد فاقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

(قوله باعتبار موافقة الاخلاق) أقول أي وجودا أو عدما (قوله لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان أتلفا شيأ بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور) أقول فيه بحث

﴿باب الحجر للفساد﴾

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله)

العناية في شرح هذا المقام والاعتناق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان أمكن ان يتردد بين النفع والضر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتمحض ضررا اللهم الا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانيا فلانه ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرر هاتيك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

﴿باب الحجر للفساد﴾

أخر هذا الباب لان أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوي في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أحرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معنيي السفه على الوجه المذكور شيء أما في الاول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذ الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا وأما في الثاني فهو أنه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فلا لزم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه بالسفه وأما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمر آخر وراء ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول

أبي

﴿باب الحجر للفساد﴾

لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبى بل أولى لان الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير وفى حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده

أبى حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا انتهى (أقول) ليس هذا الكلام بسديد فان أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحباه كقوله وان أعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده وقوله وان تزوج امرأة جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه وقوله فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلث ماله وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله وانما المسائل الخلافية بين أبى حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث ثنتان منها مذكورتان فى أول الباب فى الهداية والبداية احداهما مسئلة أنه لا يحجر السفيه عند أبى حنيفة ويحجر عندهما وأخراهما مسئلة أن الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند أبى حنيفة وان لم يؤنس منه الرشد وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده وواحدة منهما مذكورة فى آخر الباب فى الهداية وحدها وهى مسئلة أن يحجر القاضى بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبى حنيفة فى المسئلتين الاوليين أصلا فى الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هى مبنية على قولهما الا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة فى الهداية وحدها فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول أبى حنيفة * ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم أن تلقيب هذا الباب باب الحجر للفساد مبنى على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول أبى حنيفة فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبى) قال صاحب العناية واستدل المصنف بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبى فهذا يحجر عليه اه (أقول) تقريره غير مطابق للشروح اذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفيه على الصبى قياسا تقريبيا فى وجوب الحجر ويرشد اليه قطعا قوله فيما سيأتى من قبل أبى حنيفة ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبى وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقى حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبى النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذى ذكره المصنف انما يصح على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول الشافعى لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له وقالا وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاسق فعند الشافعى يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه اه (أقول) فيه نظر لان من كان مصلحا فى ماله لا يسمى سفيها فى عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع وأما كون المصلح فى ماله اذا كان مفسدا فى دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلى فلا يجدى نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه فى عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبى حنيفة ويحجر عليه عند أبى يوسف ومحمد والشافعى ولو كان الفاسق داخلا فى السفيه فى عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سيأتى فى الكتاب

واستدل المصنف رحمه الله بقوله (لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل و) كل من هو كذلك (يحجر عليه نظرا له كالصبى) فهذا يحجر عليه (بل أولى لان الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير وفى حقه حقيقته والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما يمنع من يده) وهذا الذى ذكره من الدليل انما يصح على قولهما فأما على قول الشافعى رحمه الله فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له والفائدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما

(ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل و) كل من هو كذلك (لايحجر عليه كالرشيد) ونقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل فى كونه مخاطبا بالسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حرسقط الاعتراض (وهذا) أى عدم الحجر (لان) فى الحجر سلب ولايته و(فى سلب ولايته اهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجرا له على التبذير والحجر أبلغ منه فى العقوبة لماذكرنا فلا يقاس عليه وقوله (ولا على الصبى) جواب عن قولهما اعتبارا بالصبى أى لا يقاس السفيه على الصبى (لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر) عليه نظرا له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة) لماذكرنا أنه عاقل (والجرى على خلافه لسوء اختياره) فكان قياس

ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا الان فى سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الأعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبلغ منه فى العقوبة ولا على الصبى لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظرا له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجرى على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه فى الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد قال (واذا حجر القاضى عليه ثم رفع الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعدا لحجر الى القاضى الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبى حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده

(قوله ولابى حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد) قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل أيضا ومع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلاة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثانى أن المراد بالمخاطب فى قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام فى الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له فى المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما فى النهاية وغيرها (أقول) بقى فى كلام المصنف شئ وهو أن قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبى والمجنون ليس بمخاطب لامحالة (قوله وقالا لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية وتسامح عبارته فى الجمع بين الابد وحتى

حيث ان الحجر نظرله لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان أبا حنيفة رضى الله عنه لم يقل به فصار محلا للقضاء يحتاج الى امضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضى الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند أبى حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عليه عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشد منه وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده

(قوله وأجيب بانه قال مخاطب الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال المراد مخاطب فى حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج العبد اذ لا مال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضى ان حجر على السفيه على رأيه) أقول الضمير فى رأيه راجع الى القاضى (قوله فصار محلا) أقول يعنى فصار نفس القضاء محلا الخ

وتسامح عبارته فى الجمع بين الابد وحتى ظاهر (ولا يجوز تصرفه فى ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابى حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضى أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه فى هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ فى الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع والثانى أن يجعل معارضة فيقال ماذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه (٣١٧) بطريق التأديب الخ (قوله ولان المنع دليل آخر وتقريره أن المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجدانه فى أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو فى حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز فى الابتداء على ما أشار اليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا (ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا) فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فالم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا فى الاصالة (ثم لا يتأتى التفريع على قوله)

ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة وصار كالصبا ولابى حنيفة رحمه الله أن المنع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جدا فى هذا السن فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو فى أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله

ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود فى قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فحينئذ لا تدافع بين الابد وحتى كما لا يخفى (قوله ولابى حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه يصير جدا فى هذا السن فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضى أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان فى هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ فى الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع والثانى أن يجعل معارضة فيقال ماذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه وقد انتفى أثره الشارح العينى (أقول) فى تقرير الوجه الاول على ما ذكراه خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء ان المعلول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتأديب مع تحقق السفه بعدها أيضا ولا شك أن تخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال فى دليل الامامين فيبقى ما بقى العلة فاعتبار التأديب مع المنع فى جانب المعلول باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندى فى تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء أحد جزأيها وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعلول الذى هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو فى أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فالم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا فى الاصالة (أقول) الظاهر أن كونه متناهيا فى الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضى رشده لحصول ذلك فى المجنون أيضا مع عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه

(قوله وتسامح عبارته فى الجمع بين الابد وحتى ظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقرينة قوله حتى (قوله سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما سلف من الشارح فى أواخر الصحيفة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سند المنع هنا ويكفى الاحتمال فيه

(وانما التفريع على قول من يرى الحجر عندهما الماصح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لاظهر فائدة الحجر عليه) فيكون موقوفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بأن كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده (أجازه) وان كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شئ من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز ورد بأن ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر) وهو (٣١٨) اهدار آدميته (والنظر) له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجح وهو القضاء وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا) عليه (عنده اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه (وان أعتق عبدا) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تأثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (و) ذكر أن (الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل) لا من كل وجه (بل من حيث ان الهازل لم يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) وفيه بحث من أوجه الاول أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدى أو غيره

وانما التفريع على قول من يرى الحجر عندهما الماصح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توقيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وان أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الخ ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه

لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا أن يراد بالرشد هنالك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ ويأباه دليله تأمل تقف (قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه) قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز ورد بأن ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط اه (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه الاول أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدى أو غيره

(قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد (قوله بل احترازا عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي (قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة يمينه لا أنه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفيه الحانث الصوم كالمعسر اذا حنث في يمينه أو ظاهر عن امرأته

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثانى أن الهازل اذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر فى وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور انما يصح فى حق السفيه لا فى حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ماوضع الكلام له لانتقصان فى العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان فى تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف فى جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثانى ماسيجىء فى الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ماوضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (أقول) فى الجواب عن الاول وعن الثانى على الوجه المذكور بحث أيضا أما فى الجواب عن الاول فلان حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفيه وهذا لا يجدى شيأ فى دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا بعدم تنفيذ القاضى تصرف السفيه فى الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل فى شئ منهما فاذكر فى الجواب بقوى البحث فضلا عن أن يدفعه وأما فى الجواب عن الثانى فلان ماسيجىء فى الكتاب هو قول المصنف لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة فى أصلهما كما هو حاصل البحث الثانى أيضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية فى البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ماوضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد فى السفيه ولا بد من الاشتراك اه (أقول) كأنه غلط فى الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور فى قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه (و) اذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى فى قيمته) لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا للمعتقه والسعاية ماعهد وجوبها فى الشرع الا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا أنه لا تجب السعاية مادام المولى حيا لانه باق على ملكه

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثانى ان الهازل اذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر فى وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح فى حق السفيه لا فى حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ماوضع الكلام له لانتقصان فى العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما رجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان فى تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف فى جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثانى ماسيجىء فى الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ماوضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اه (أقول) فى الجواب عن الاول وعن الثانى على الوجه المذكور بحث أيضا أما فى الجواب عن الاول فلان حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفيه وهذا لا يجدى شيأ فى دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا بعدم تنفيذ القاضى تصرف السفيه فى الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل فى شئ منهما فاذكر فى الجواب بقوى البحث فضلا عن أن يدفعه وأما فى الجواب عن الثانى فلان ماسيجىء فى الكتاب هو قول المصنف لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة فى أصلهما كما هو حاصل البحث الثانى أيضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية فى البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ماوضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد فى السفيه ولا بد من الاشتراك اه (أقول) كأنه غلط فى الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور فى قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من

العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فانه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعده شئ من تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه) قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير فى المحل الذى يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد فى المحل الذى يلاقيه تصرفه فيكون نافذا (فاذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى فى قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك فى رد العتق الا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض) لاجل النظر لغرمائه أو ورثته فاذا أعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه فى جميع قيمته أو لورثته فى ثلثى قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سوا لمعنى النظر الى آخر النكتة (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانها لو وجبت لوجبت حقا للمعتقه وذلك غير معهود فى الشرع وانما المعهود أن يجب لغير المعتق) كما فى اعتاق أحد الشريكين فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلان يملك انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية فى حياة المولى لانه باق على ملكه) والباقى على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا

(قوله والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد فى السفيه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقى على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينتقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله

(فان مات ولم يؤنس منه رشد يسعى فى قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية فى قيمته مدبرا ألا يرى أن مصلحا لو دبر عبده فى صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى فى قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغى أن يسعى فى قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو فى تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو أعتقه وأجيب بأن الاصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببيته فى ايجاب السعاية عليه قنا وانما تظهر فى حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى فى ثلثى قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير ألا يرى أن الرجوع فى الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله) وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح فى حق الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لاسبيل عليها لاحد وان مات مديونا (وان لم يكن معها ولد) أى ان لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد) لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان مات سعت فى جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى فى قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها) (٣٢٠) فى ابطال حق الغير فكذا فى دفع حكم الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض اذا ادعى ولد جارية على هذا التفصيل) يعنى أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) كلامه واضح وقوله (وصار كالمريض مرض الموت) يعنى فى لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا أن الزيادة فى المرض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلا وقوله (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة) يعنى يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بمهر فى عقد واحد أو فى كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة (لما بينا) يعنى قوله لانه من ضرورات النكاح وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه لا فائدة فى الحجر عليه لانه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضر له من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة فى البر والاحسان والمذمة فى التزويج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) والاصل فى هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالزكاة وصدقة الاسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهذا والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر فى اسقاط شئ من حقوق الشرع عنه (وان مات ولم يؤنس منه رشد سعى فى قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده) لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فألحق بالمصلح فى حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت فى جميع قيمتها) لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية (وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا تطرله فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف فى ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لانها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذى الرحم واجب عليه لقرابته

واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى فى قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده) لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فألحق بالمصلح فى حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت فى جميع قيمتها) لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأة جاز نكاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية (وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا تطرله فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف فى ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لانها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذى الرحم واجب عليه لقرابته

الاشتراك فى العلة وهذا المعنى يعنى قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد فى السفيه كما أن المعنى المذكور فى الكتاب لا يوجد فى الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المزبور راجع الى حق الهتنزل فى قوله لا فى حق الهازل فالمعنى والذى يصح فى حق الهازل أن يقال لقصده اللعب

(قوله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة) أقول أى ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الاهلية فانها تزول بالموت (قوله لانه من ضرورات النكاح) أقول والظاهر أنه يشير به الى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مثل مهر المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال الاتقانى لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس فى الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حده والسفه مجاوزة عن الحد فى كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفه لان طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والجاد فى هذا سواء انتهى وفيه تامل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلاق) أقول لعسيلة النساء

ولا يبطل شيأ من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله فى القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيأ الا فى الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما فى تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر فى منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لابد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أى ماذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعنى ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر بيمينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير (لانه) أى كل واحد (مما يجب بفعله) اذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القدرة عليها أجيب بأن الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وان أراد حجة الاسلام) واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو أراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية

فان كانت مما يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدى اذا أصلح (فان مرض وأوصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالبا تكون فى المرض فان السفيه الصحيح اذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس ينفيها كما لو تبرع فى حياته واستحسنوا فيها اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال فى أمر دنياه وحينئذ لا نظر له فى المانع وانما النظر له فى اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفى تنفيذ هذا لذلك

والسفه لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضى يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لابد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كى لا يصرفه فى غير وجهه وفى النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بيمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضى النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج) كى لا يتلفها فى غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء فى وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضى الله عنه لا يجزئه غيرها وهى جزور أو بقرة قال (فان مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلثه) لان نظره فيه اذ هى حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى قال (ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلى والطارئ سواء) وقال الشافعى يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما فى السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية

اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ماذكر فى الكتاب فانه انما يصح فى حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى (قوله ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية

(وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى) فمن ذلك ما قال ان الذى بلغ سفيها والصبى الذى لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا فى أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للاب ولوصى الاب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصى الاب على البالغ السفيه الا بأمر الحكم والثانى أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبى العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبى العاقل ولا عتاقه (والرابع أن الذى لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره (قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلى والطارئ سواء وقال الشافعى رحمه الله يحجر عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما للنظر له فى ماله فاذا أصلح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لان الله تعالى قال فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية)

(قوله فلا يلزم اقراره شيأ الا فى الولد الخ) أقول فى غاية البيان ثم لا يصدق السفيه فى اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا فى أربعة أشياء فى الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة وان كانت المفسدة امرأة فانها تصدق فى ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى فتنبه لما بينهما من المخالفة (قوله الا فى أربعة مواضع) أقول يعنى سوى الوصية حيث علم حالها

وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون وليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة) قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشدا منكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا أوجد رشدا ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى (أقول) تقرير دليل أئمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فتتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع اليه أيضا ماله والاظهر في تقرير استدلال أئمتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كي لا تعم النكرة المطلقة أو لان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر (قوله ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون وليا للتصرف) أقول يرد النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قولهما لامحالة لان الاسلام فيه أيضا متحقق بل فيه أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون وليا للتصرف أيضا غير محجور عليه كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات الخ) واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان ابن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له صلى الله عليه وسلم قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد وورد بأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع في الحجر والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير) أقول وللخصم أن يمنع مستندا بانصراف المطلق الى الكامل (قوله ومن أصلح في ماله الخ) أقول وكذا من أصلح دينه دون ماله كالمغفل فما ذكراه ينتقض به فتأمل (قوله وورد بأن ذلك لمنع المال) أقول ويجوز أن يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة والا لم يفد المنع

﴿فصل فى حد البلوغ﴾ البلوغ فى اللغة الوصول وفى الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحلم بالضم ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شئ من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعى رحمه الله وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا أقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضى الله عنه (قوله واذا راهق الغلام أو الجارية) يقال رهقه أى دنى منه وصبى مراهق أى دان للحلم (وأشكل أمره فى البلوغ ولم يعلم ذلك الا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتى عشرة سنة أو أكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد أشار الى ذلك بقوله (وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين) والله أعلم

﴿فصل فى حد البلوغ﴾ قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبى حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبى حنيفة وهو قول الشافعى وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض فى أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبى وهذا أقل ما قيل فيه فبنى الحكم عليه للمتيقن به غير أن الاناث نشوهن وادراكهن أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التى يوافق واحد منها المزاج لامحالة قال (واذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره فى البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة فى الحيض

﴿فصل فى حد البلوغ﴾ البلوغ فى اللغة الوصول وفى الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فبنى الحكم عليه للمتيقن به) أقول يرد على قوله للمتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به فى بلوغ الصبى رشده انما هو أكثر ما قيل فى أشد من المدد دون أقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل فى نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا فى وجود مدة فى نفسها بل فى كون تلك المدة أشد الصبى والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل فى أشده بلا ريب ثم انى لم أر أحدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغى أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون فى الاكثر دون العكس قلنا أول الآية ولا تقربوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل فى تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لابد أن يمد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا فى كون الحكم ممتدا اليها فبنى الحكم عليه انتهى (أقول) فى الجواب نظر لان الاشد فى الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ أشده فمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة فى مده الى أقصى ما قيل فى تفسير الاشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها فى نفسها فى ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها فى نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثانى فلا يتم التقريب والحق فى أصل التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فبنى الحكم عليه للاحتياط كما وقع فى الكافى والتبيين الا أنه قال فى الكافى بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وأما فى التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصوب

﴿فصل فى حد البلوغ﴾ قال المصنف (فبنى الحكم عليه للمتيقن به) أقول فيه بحث

الدين أيضا من أسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم آثر تأخيره وينبغي للقاضي أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطا للنفي التجا حدان وقع وان يبين أن الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال

﴿باب الحجر بسبب الدين﴾

(قال أبو حنيفة لا أحجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لان في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

﴿باب الحجر بسبب الدين﴾

تلقيب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد اما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان أبا حنيفة لا يرى شيأ منها واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظرهم بذلك اثباتا منهما ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم آثر تأخيره عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر في الدين واذا وجب دين على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لان في الحجر عليه اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوزه لان فيه اهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للادنى انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى للأدنى لا يناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد وأشار اليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى * ثم أقول يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه الاول أن يحمل المراد بالاعلى في قوله فلا يترك الأعلى للأدنى على أهلية المديون لا على اهدار أهليته وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره يرشد اليه أنه قال للأدنى ولم يقل لدفع الأدنى كما قاله المصنف ولا شك أن كون اهدار أهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أي أشرف وكون المال أدنى أي أخس فان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الآتي وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى اهدار الاهلية وبالأدنى ضررا يقابله قلت تطبيق ما في الموضعين في حيز المراد غير لازم فان علو نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا متلازمان وكذا دناءة نفس المال ودناءة ضرره فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني أن يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الابقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلى للأدنى فلا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الأدنى أي لاجل دفعه ومجيء الترك بمعنى الابقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه وتركنا عليه في الآخرين أي أبقينا نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف أيضا في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من

﴿باب الحجر بسبب الدين﴾

(قوله فلا يترك الأعلى للأدنى) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ (قوله وانما يكون الاول أعلى الخ) أقول في الحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله واهدار الاهلية أعلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولانه تجارة لا عن تراض الخ) أقول قال الله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض

ثباب

ثياب بدنه و يباع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها أولا اذ البقاء فرع التحقق ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز اهدار أهلية الانسان رأسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لانسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقق انما هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى لئلا يعلم أهل الكتاب وفي قوله تعالى لا أقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا في أكثر كتب النحو أحدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شئ قلت ذكر ابن هشام في مغني اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة والا لكان عذرا للكفار وعد منها أيضا قوله تعالى وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى ممتنع على أهل قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للأدنى اذ لا معنى لأن يقال يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى فان ترك الضرر الأعلى ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله للأدنى لدفع الأدنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يتحمل شئ من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بأن يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغني اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه أبعد الوجوه التي ذكرنا التوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولم يكن أعلى مما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار أهلية المديون أعلى ضررا من ضرر الدائن مستندا بكونهما في شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا تقريره أن اهدار الاهلية أعلى ضررا من الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة وهي أن الأعلى من الأعلى من الشئ أعلى من ذلك الشئ ولا شك ان هذا القياس يقتضي كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذاك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان * ثم أقول في الجواب بحث أما أولا فلأن قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة في حيز المنع لجواز أن يختار

المديون الحبس أبدا ولا يوفى حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن وأما ثانيا فلأن الحبس لو كان أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى كما هو الاساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند أبي حنيفة وبمكن أن يجاب عن الاول بأن اختيار المديون الحبس الابدى مع قدرته على أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة الا بغاية الندرة ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثاني بأن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون الدائن بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وأشار اليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة أثناء الجواب والا فلا مدخل له أصلا في اثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لمجرد دفع هذا الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الأعلى لدفع الادنى فان قلت هب أن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه اه فبقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن أعلى مما اندفع به ضرر الدائن يقال ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المماطلة أيضا فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتي وهو المراد بقول المصنف فيما بعد دفعا لظلمه لا ظلمه الماضي اذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانه عرض لا يبقى والذي جعل الحبس جزاءه انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يتمشى النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضي كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الادنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الحجر بسبب الدين فانه لم يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعا لا يقال الحجر بسبب الدين أيضا ثبت بالنص وهو ما روى ان معاذا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الامامين في هذه المسئلة لانا نقول أجابوا عنه في تلك الكتب أيضا عن قبل أبي حنيفة بأن بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعانا بالنبي عليه الصلاة والسلام وقالوا والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روى أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته اه فظهر أنه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين فتعين أن المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا أني قد ابتليت في زمان من الازمان بأن أمتحن مع بعض من عدم من الاهالي والاعيان لاجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لو في قول صاحب العناية

(ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه) ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه

فى الجواب ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وصلية فجعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حكمين فى ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كاد تقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه فى دينه) أقول يرد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها فى أوائل باب الحجر للفساد بأن قال تسامح عبارته فى الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا أيضا بما وجه به عبارته هناك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كى دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسه أبدا ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة فى الجمع أصلا اذ المسامحة انما هى فى الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراء المسامحة فى الجمع تأمل تقف (قوله وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه) أقول لقائل أن يقول لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغنى أيضا عندهما نظرا لغرمائه بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدته فى حق الغنى دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس فى وضع المسئلة يخل بحق لا يقال قد ذكر فى النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والافلاس عندهما يتحقق فى حالة الحياة فيمكن للقاضى القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند أبى حنيفة رحمه الله الافلاس فى حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبى حنيفة كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس اه فيجوز أن يكون ذكر المفلس فى وضع المسئلة فى الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر فى الكتاب فى تضاعيف بيان المذهبين فى هذه المسئلة وتقريرا دلتهما كقوله فى مذهب أبى حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله فى مذهبهما لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم وقوله فيه أيضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعا على أن ليس مدار ما فى الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة فى الكتاب صريحة فى ظهور ماله بل مدار ما فى الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس فى قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقى بل المراد به اما من يدعى الافلاس فيتناول الغنى أيضا اذ الظاهر أن المديون الذى لا يؤدى دينه يدعى الافلاس وان كان غنيا فى نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك أن الغنى الذى لا يؤدى دينه حاله فى عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة

ولكن يحبسه حتى يبيعه فى دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه

قال المصنف (ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه) أقول فان قيل الحبس أيضا بعدم الرضا كما سبق فى الاكراه فلا يصح البيع قلنا الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون اكراها على البيع فليتأمل قال المصنف (ودفعا لظلمه) أقول فان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم

ومنعه التصرفات) وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التلجئة موهومة) لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحبس والعنة) فان التفريق هنالك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق

(قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لاجله أي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أي كيف صح البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك أحد الشبهين لان ولاية القاضي أعم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته وقوله (ويباع في الدين النقود) حاصله أن القاضي نصب ناظرا فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له (قوله

ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الحبس والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الحبس والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره) وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد ينبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافترقا (ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر) لما فيه من المسارعة وقيل دستان وهو اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي) لان به كفاية شمس الائمة الحلواني لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس قال (فان أقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم

(قوله ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلحها بتصرف لكان أصلح كما لا يخفى (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص أبا حنيفة بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف اه (أقول) ماذكروه انما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا وأما عند ذكر فيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار تدبر

قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول لكنه مخالف لما سبق آنفا من قوله ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه والامر هين قال المصنف (فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالاجماع فلا يصح البيع (قوله لان الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث

بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لامر ربه (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه) لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا الو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لى حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه محرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي

(قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان التلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله فالاظهر الأخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف اه أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما مر نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لان قوله من ماله يأبى ارادتها قطعا وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجيهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لى حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لى حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اه وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لى وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لأمر يعتري الانسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له) قوله الى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظرة الى الميسرة تعليل

قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لانه مشاهد لامر ربه) بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله (وان لم يكن أخرجه محرزا عن هلاكه) لانه لا يجوز اهلاكه لكان الدين ألا يرى أنه لو توجه الهلاك اليه بالخمصة لكان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وأنه في الحبس وغيره سواء وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا للغائبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شئ يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله

(قوله يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون) أقول فيه بحث

وقوله (يقسم بينهم بالحصص) أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون في حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فله أن يقضي ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله (بينة اليسار ترجح) اليسار اسم للايسار من أيسر أي استغنى والاعسار مصدر أعسر أي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله (لانها أكثر اثباتا) لان بينة الاعسار

تؤكد ما دل عليه غيره اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة (لا يمنعونه الخ) تفسير للملازمة (ولا يحبسه في موضع لانه حبس) وليس بمستحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه أو في بيته لانه ربما يطوف في الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعي (ولو دخل داره لحاجته) كغداء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل اذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا لاجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو

قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا أن يقيموا البينة أن له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى نام دوائم ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا أن يقيموا البينة اشارة الى أن بينة اليسار ترجح على بينة الاعسار لانها أكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدو رمعه أينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج) لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للمرأة لا يلازمها) لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ

لذلك وأقول كان الاولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله الى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي لئلا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى أن قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال أو أن يترك قوله الى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر تفهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يوهم لزوم

الاستواء والأشد (عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه) وفي معناه منعه عن الاكساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) اذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ

(قوله قال في المغرب وهو خطأ) أقول ويوجه هنا بأنه على سبيل الازدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام ارجعن مأجورات غير مأزورات (قوله لاستلزامها الخلوة بالاجنبية الخ) أقول يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ والضمير في تلازمها راجع الى المديونة

لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن والعجز) عن ايفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين فى الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعنى لانسلم أن كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدى الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف فى الذمة أعنى الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما لو كان المشترى ملبا وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به دينا فى الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملىء فان قيل هذا استدلال فى مقابلة ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فأدرك رجل وفى رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال فى مقابلة النص فاسد فالجواب (٣٣١) أنه معارض بما روى الخصاف

لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف فى الذمة أعنى الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا فى موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين والله أعلم

الاستواء فيما أخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا بمجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قوله لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية فى تقرير هذا المحل لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اه وردبعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هى العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة فى صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ فى غير عقد المعاوضة أيضا ولم يقل به أحد فالمدار فى تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافى وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعى وغيرهم والله أعلم

باسناده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه وتأويل حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن المشترى كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح يجميع مقدماته لزم أن لا ينفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين فى الذمة وهى باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بأنا لانسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هى ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب

عن أداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى أن يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت فى الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث انه ثبت لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصا (هذا هو الحقيقة) أى تحقق المبادلة هو الحقيقة فى قضاء الدين (فيجب اعتبارها مالم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فانه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة فى مقابلة ما فى الذمة عين ما هو فى الذمة فكان العجز عنه عجزا عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب

(قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هى العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو يملك به) أقول الضمير فى قوله به راجع الى العقد

﴿ كتاب المأذون ﴾

الاذن الاعلام لغة وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر فلما ترتبا وجودا ترتبا أيضا ذكرا وما للتناسب (قوله الاذن الاعلام لغة) أقول لم أر قط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجىء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع فى كلام كثير من المشايخ فى كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلهم تسامحوا فى التفسير فعبروا عن معنى الاذن من أذن له فى الشئ اذنا أى اباحه كما صرح به فى القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الايماء اليه ماذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال أما اللغة فالاذن فى الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فما حجر عنه من أذن له فى الشئ اذنا اه ثم ان من المستبعد ههنا ماذكره الامام الزيلعى حيث قال فى التبيين والاذن فى اللغة الاعلام ومنه الأذان وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ماذكره صاحب البدائع حيث قال فى فصل شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام اه فان مدار ماذكراه اتحاد الاذن والاذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعا والأظهر فى تفسير معنى الاذن لغة ماذكره شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ أى شئ كان اه (قوله وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) قال فى غاية البيان يعنى أن العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال فى النهاية أى اذن المولى لعبده فى التجارة اسقاط لحق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه وبالاذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال فى العناية فان المولى اذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق فى رقبة العبد فقبل الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها اه وقال فى الكفاية وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بهما صونا لحق المولى وانه بالاذن أسقط حقه اه فتلخص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كى لا يبطل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتى والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والولى ان كان صبيا اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافى كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون الاضافة بمعنى اللام ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قطعا وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلا فممنوع

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر (وهو فى اللغة عبارة عن الاعلام وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) فان المولى اذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه

﴿ كتاب المأذون ﴾

(قوله وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) أقول لا يخفى عليك أن اذن الصبى والمعتوه ليس فيه اسقاط الحق وسيجىء تفصيله ثم اعلم أن قوله واسقاط الحق عندنا كالتفسير لقوله فك الحجر

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

كيف وسيأتي أنه اذا لزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم تحط بها ديون فمسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه بالكلية البتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته أيضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر اذ المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا مما يتناوله الاذن لا الاباحة والتوكيل لان حكم الشئ ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة وقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها اه وقد اقتفى أثره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر اه (أقول) كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشئ على ما تقرر عندهم انما هو أثره الثابت به المترتب عليه وقد أشار اليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشئ ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشئ ويصير أثرا مترتبا عليه لا يصلح أن يكون تفسيرا لذلك الشئ محمولا عليه بالمواطأة * ثم أقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا وأما بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا مما يتناوله الاذن لا الاباحة ولا التوكيل لان حكم الشئ ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اه فيجوز أن يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤل الى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للحجر ولا شك أن المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفكاك أثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الأظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال وأما حكمه فلملك المأذون ما كان من قبل التجارة ويوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشئ ما يثبت بالشئ والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكما له الى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك فلا يكون أهلا لسببه أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضائها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيأ على أن البائع بالخيار ثم مات فتى اختار البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث يتصرف بأمره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا

لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك حق المولى الحجر عنه (فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه) فقوله واسقاط الحق الخ كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف رحمه الله كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وأنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على أنه اسقاط لحق المولى لا غير اذ الاسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر جواب واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معترف بذلك كما أشرنا اليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه

(قوله كما أشرنا اليه) أقول يعني بقوله وصحح المصنف الخ

بقوله (ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لاستحالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقاله وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فان قيل العبد المأذون عديم الاهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما ترد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه أسقط حقه والساقط لا يعود أجيب بأن الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا بحق الاسقاط فيما يستقبل لان الساقط لا يعود (ثم ان الاذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة

ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة

الكتاب وفي عامة كتب الاصول (أقول) فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الاصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة والقن مملوك له يدا ورقبة فان الرقيق اذا كان ملكا يده فكيف يكون مملوكا كالمولاه يدا في صورة ان كان قنا أو مدبرا وان أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالاذن أو الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الاصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) قال في العناية وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لاستحالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقاله وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اه وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلا عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو ايجار نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضي شيء منهما أن يكون له مال كما لا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الاصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى أن الاصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنهما هما الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثم وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء اه (أقول) في كل من ايراده وجوابه سقامة أما في الأول فلانه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الاساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك ايجار نفسه كما قلت فيما مر وأما في الثاني فلانا بصدد اثبات ما قلنا ان العبد المأذون له يتصرف بعد الاذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا على أنها لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يفد الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله ولهذا لا يقبل التأقيت)

(قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة الخ) أقول قال صاحب الهداية في أول الوكالة ان وكل صبيا محجورا عليه بعقل البيع والشراء وعبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما (قوله وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء) أقول بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء ثم اعلم ان قوله وهذا اشارة الى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول فيه بحث

كما اذا رأى عبده يبيع) من ماله شيأ (و يشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قالا السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لا يكون اذنا فالفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله لان السكوت انما يصير اذنا

كما اذا رأى عبده يبيع و يشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أولا أجنبي باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

قال صاحب العناية وصحح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أشرنا اليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال وأما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وان كان أثرا مترتبا عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به في الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب أن يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصولنا أو نحو ذلك ولا يخفى أن تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ونظير هذا ما حققوا في فنه من أن المنع والنقض والمعارضة في التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أولا أجنبي باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا) قال الامام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان في فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول)

واجازته دفعا للضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك لمولاه المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في أن سكوته اجازة أولا ولعل الصواب أن يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أولا أجنبي باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

(قوله اذا رأى الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول لهما أن يقولا ذلك لحاقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول اذا كان لحوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضا متوهما فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد لابد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندي أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شئ وشئ من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عينا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشئ كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري ما بدا له من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الأعيان لانه أي بيع الاعيان أصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالا البيع بالغبن الفاحش خلاف

المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا

اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولأبي حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر يملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث فأبو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الآمر وهذا لا يوجد في تصرف

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من أنواع الاعيان لأنه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي) لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة والا فارددا البيع كما في الحر

كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيخان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر أن مراد الامام قاضيخان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عينا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافه مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعتبرات قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه فيصير مأذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذونا اه وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عندنا ثلاثا واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيأ بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا اه فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا

التعليل

الصبي) اذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة (ولو حابى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فمن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضي بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو أسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل (وان كان الدين محيطا بماله) تبطل المحاباة (يقال للمشتري أد جميع المحاباة والا فارددا البيع كما في الحر)

يعني اذا حابى في مرض موته (وللمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن ويرتهن لانهما ابقاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ويملك أن يتقبل الارض) أي يستأجرها (ويستأجر الأجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شئ بخلاف الاستئجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا (وله أن يشترى طعاما فيزرعه في أرضه لانه يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه) وله أن يشارك شركة عنان (وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة (ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله) في أحد قوليه (لانه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائبا عن مولاه في التصرف في كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه (فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا يحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه

(وله أن يسلم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرتهن) لانهما من توابع التجارة فانه ابقاء واستيفاء (ويملك أن يتقبل الارض ويستأجر الأجراء والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الارض مزارعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه (وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لانه من عادة التجار (وله أن يؤاجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا يحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه

التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان اه واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما أن يقولا ذلك لحاقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه (أقول) ليس هذا بوارد لان المعامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا لم ينهه علم أنه راض فجعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيما يعونه حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهلا تكون النظائر لما عامله دون خلافه * ثم أقول بقي شئ في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فما الفرق والرجحان لا بد من البيان ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه

رأس ماله) لان المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (و) ما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب (يملك التصرف فيه) ضرورة والمأذون يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها الا جائز أن يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما أذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود

قال (فان أذن له فى نوع منها دون غيره فهو مأذون فى جميعها) وقال زفر والشافعى لا يكون مأذونا الا فى ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر لهما أن الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع

ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبى ماله وفى الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليدبات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد فى نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لأحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام فى أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو فى أن سكوته اجازة أولا ولعل الصواب أن يقال ان فى ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى ان النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا اه (أقول) كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر اذ لا كلام فى أن كون السكوت اذنا كان لأجل دفع الضرر وانما هو فى أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا اذ لا شك أنه موقوف على اذن المولى فان كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا فحيث احتمل أن يكون سكوته اذنا فى صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو أول الكلام الذى طوالب الفرق بينه وبين ما نحن فيه فى أصل السؤال وهذا هو المراد بقوله فى النظر وانما هو فى أن سكوته اجازة أولا تأمل تقف (قوله وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر) يعنى اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكت عن النهى عن التصرف فى نوع آخر منها بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذونا فى جميع التجارات خلافا لزفر والشافعى كما ذكر فى الايضاح ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية فى هذا المقام وكذا لو كان أذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع اه (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا يدل عليه لفظ آخر فى قول المصنف اذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر وبأبى ذلك ما قاله صاحب العناية قطعا كيف ومسئلة الاذن العام قد مرت مع متفرعاتها فى الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الاذن فى نوع خاص فلا معنى لخلطه حديث الاذن العام ههنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه اسقاط الحق بجملته وفك الحجر بذمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سيأتى فى الكتاب وان أريد أنه اسقاط الحق وفك الحجر فى بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه فى جميع

التصرفات

قال (فان أذن له فى نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعى رحمهما الله أنه توكيل وانابة وعلى ذلك تنبنى هذه المسئلة وهى أنه اذا أذن له فى نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره (كان مأذونا له فى جميع أنواعها عندنا وعندهما فى ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له) أى للمولى (دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب) اذا قال لهرب المال اعمل مضاربة فى البز مثلا (ولنا أن الاذن باسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) فى أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصيص

اذذالك تصرفا فى ملك الغير وهو لا يجوز ونقض بالاذن فى النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف فى ملك نفسه لا فى ملك الغير لان النكاح تصرف عمله للمولى لانه لا يجوز الا بولى والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة فى البز دون الخز أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة رضى الله عنه يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته وملكيته فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف فى مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله و يثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند أى لانسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن المولى وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وموضعه أصول الفقه قال (وان أذن له فى شئ بعينه) اذا أذن المولى فى شئ بعينه مثل أن يقول (٣٣٩) اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة أو طعاما رزقا للاهل لم يكن مأذونا وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته ويؤاخذ بها فى الحال فلا يستجرئ أحد على استخدام عبده فيما اشتدت اليه حاجته لان غالب استعمال العبد فى شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو أنه ان أذن بتصرف

بخلاف الوكيل لانه يتصرف فى مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال (وان أذن له فى شئ بعينه فليس بمأذون) لانه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا لانسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اذا لى الغلة كل شهر كذا أو قال أدالى ألفا وأنت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له اقعد صباغا أو قصارا لانه أذن بشراء مالا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا فى الانواع

التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له فى جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد أنه اسقاط الحق وفك الحجر فى بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا له فى جميع أنواع هذا الجنس لا فى جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل أن يقول ان أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدى طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف وهلا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو أن يكون الاذن فى نوع من التجارة اذ فى جميعها فيؤدى الى المصادرة على المطلوب فان قلت على صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطلوب قلت ذلك التعليل ليس بتام اذ لقائل أيضا أن يقول انما يكون التخصيص تصرفا فى ملك الغير أن لو أطلق الاذن أولا فيتحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق وظهر مالكية العبد فى التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك

يتكرر مرارا مثل أن يقول اشتر لى ثوبا وبعه أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه أو دلالة كما اذا قال أدالى الغلة كل شهر أو أدالى ألفا وأنت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار أو قال اقعد صباغا أو قصارا لانه أذن بشراء مالا بد له منه دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونقض بما اذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه ببيعه فانه اذن فى التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف رحمه الله يشير الى أن الفاصل هو التصرف النوعى والشخصى والاذن بالاول دون الثانى فتأمل

(قوله اذذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغى أن لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف فى ملك الغير انما يكون اذا كان للغير ملك وفى الحجر بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله وأجيب بأن الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعنى لانسلم أنه فك الحجر واسقاط الاذن بل هو توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فلم تظهر قوة هذا الدليل لا يندفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذ لا مال له فيه

قال (واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز) اقرار المأذون له بالديون والغصوب والودائع جائز (لان الاقرار بها من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لولم يملكها لأدى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا أن اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين أولم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهما من المال والكسب (بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة) كما لو أقر أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فاقتضها فانه لم يصدق فيه (لانه كالمحجور في حقه) وكذا لو أقر بجناية على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما يظهر في حق التجارة فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور قال (وليس للمأذون أن يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الاماء لانه تحصيل المال) وهو المقصود بالاذن (فكان كالاجارة وقالا الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف رحمهم الله قال في النهاية

قال (واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أولم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال (وليس له أن يتزوج) لانه ليس بتجارة قال (ولا يزوج مماليكه) وقال أبو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فأشبه اجارتها ولهما أن الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال (ولا يكاتب) لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (الا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير

اذ الكلام فيما اذا قيده أولا فقال أذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولا لآخره الذي هو قيده حكم آخر بل للمجموع حكم واحد يتم أوله بآخره

قال (ولا يكاتب لانه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة (لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل) وان كان مالا (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة الا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجارة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قاله (لان المولى قد ملكه) لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة (ويصير العبد نائبا عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيرا أو لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن أن يجاب عنه بأنيابة الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا بطلت كتابته وان أجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر

(قوله لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا) أقول قال الامام العلامة الزيلعي وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تتصور هذه المسئلة على قول من يأبى هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه (قوله قل الدين أو كثر) أقول فيه بحث

(ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم (فالاعتاق أولى) وهذا اذا لم يجز المولى فان أجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو أنشأ العتق جاز ويضمن القيمة فكذا اذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق

قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (ودينه متعلقة برقبته يباع للغرماء

بآخره فمن أين يلزم التصرف في ملك الغير تأمل جدا ثم قال صاحب العناية ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف عملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البزدون الخز أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته وملكيته فليس السؤال واردا الى هنا كلامه (أقول) ان قوله وبالجملة الخ ليس بشئ أما أولا فلان حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ولا يخفى أن ثبوت كون العبد متصرفا بأهليته وملكيته لا يدفع ورود ذلك لذلك أن المتصرف بأهليته وملكيته لا يملك الاضرار بالغير اذ لا اضرار في الاسلام وأما ثانيا فلانه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لاستحالة والا يلزم أن ينسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله ودينه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه حجر عليه أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة ان

لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي في حال الرق فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف) ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير الى أن اهداء غير المأكولات لا يجوز أصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة دراهم مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة به والقياس أن لا يصح شئ من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار فكأنه أريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر قال (ودينه متعلقة برقبته) اذا وجب دين على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها فان كان له كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يباع للغرماء

(قوله بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي الخ) أقول فيه نوع تأمل فانه اذا كان مديونا لا تجوز الكتابة الا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة وفيه وجه آخر فتدبر

الا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع) لان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له لم يكن

الا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لاتفويت مال قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الا أن يفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الا أن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا الان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الا أن يفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا اشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك الصورتين أيضا فمن أين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف الا أن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببها داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس وقال ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز أن يكون بيانا الخ وان كان أسلوب

حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك أي غرض المولى حاصل في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل للمولى وقوله (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيأ تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن) ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن (ولنا أن ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى) بالاذن وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه في حق المولى (تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) (قوله وهذا) اشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببها داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى

(قوله وهذا اشارة) أقول ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته (قوله الى دفع الضرر) أقول يعني الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته تحريره

وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل ماله الخ و بيانه أن الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه و يزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح أن يكون غرضا للمولى لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا أجاب بقوله (و ينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه اشكال وهو أن المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا أو كان وليس فيه وفاء بهما لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى و يكون البيع جابرا للفائت من العبد والظاهر أن الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح وذلك لانه لا تنافي بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه أن يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام أن المولى (٣٤٣) كأنه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولو لم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر وتحقيقه أنه لو لم تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجيء وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما قال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى و ينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ابقاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والأمانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به

تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شئ منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن أو تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لاستحالة فبالحمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب وأما بالحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته ومما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب

يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا أن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته أو بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين و بيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر

(قوله قيل وليس بواضح الى قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيه بحث فان ندور الشراء بغبن يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيه تأمل (قوله والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول قوله الاول أراد به ما تقدم تسعة أسطر تخميناً وهو قوله وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكر المعترض أراد به ما تقدم بستة أسطر تخميناً وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثاني أراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب (٣٤٤) كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقي عليه شئ

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فان فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يمتنع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له

الكافي دليلنا ههنا حيث قال ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره في حق المولى فلان سبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لامحالة واذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا أقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه اه كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته اه وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهي أي التجارة داخلة تحت الاذن اه (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشئ لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر والشافعي ولو كفى في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى أن العمدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لاغير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شئ من ديونه أي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اه كلامه (أقول) في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقي عليه شئ من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شئ من ديونه عليه فما معنى الشرطية وكان حق التحرير أن يقول فما بقي عليه شئ من ديونه طولب به بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية فانه في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى (قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان كسب غير منتزع اه

ديونه) أي ديون العبد (طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانيا) كي لا يمتنع البيع) فان المشتري اذا علم أن العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء (أو دفعا للضرر عن المشتري) لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الا آذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك

(أقول)

(قوله ولا سبيل لهم) أقول بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق تعميمه التعلق بكسبه أيضا

(وللمولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الارض أو كرائها أو أجرة غلام ونحو ذلك ومعناه له أن يأخذ الضريبة التي ضرب بها عليه في كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان يأخذه قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلا وان أخذ شيأ رده لانه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل لسلامة المقرر قبله للمولى لان في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب وأما لزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده اما أن يكون شائعا أو لا فان كان الاول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا كثر أهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد انما كتسب شيأ أخذه المولى وان لحقته دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد باعوه على رجاء ذلك أي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى أن يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذا بقاء ولو حجر في بيته بمحضر من أهل سوقه لم ينحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وان كان الثاني بأن لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والاضرار قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف

(وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد باعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو باعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا الى أن يعلم بالحجر كالوكيل الى أن يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ومارضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء وهذا هو الاصل فلا بد من قيام أهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعي يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه

(قوله ومعناه له أن يأخذ الضريبة التي ضرب بها عليه في كل شهر بعد ما لزمته الديون الخ) أقول قوله بعد ناظر الى قوله أن يأخذ قال المصنف (وان بايعه الذي علم بحجره) أقول لفظة ان للوصل (قوله وصار كالغصب فان المولى لو أذن لعبده المغصوب) أقول الاولى أن يقول لو غصب العبد المأذون يبقى الاذن على ما كان اذ لا خلاف في صحة الاذن بعد الاباق حتى يحتاج الى دليل

(القول) قد أخل بحق المقام بما زاده فان التشبيه بكسب غير منتزع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه في الصورتين معا بلا تفاوت كيف ولو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة في المقام ولم يعهد مثله من المصنف رحمه الله

(٤٤ - تكملة سابع) اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى أو جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه أو لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكما لان اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن) فان المولى اذا أذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلأن لا ينافي بقاءه أولى لان البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فان المولى لو أذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بينة أو يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه آبقا (ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه)

ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به وانما لم يكن مانعا في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجر عليها) اذا لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بحجر اعتبارا بالابتداء) فان المولى لو أذن لأم ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رحمهم الله حجرها بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر أن الانسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لا تلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم) قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها) معناه ظاهر وانما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون

بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها) خلافا لزفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون) لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميها أيضا والمولى ضامن لقيمتها المقرر ناه في أم الولد قال (واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة) ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد

قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول اذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الآبق محجورا في البقاء أيضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في وديعة المبسوط بقوله عبدا استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة تاجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون

بالحجر وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا وردبأنا لا نسلم أن يده غير معتبرة فانه وجودها لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما اذا علم ذلك فللمولى أخذه وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لابطال الحجر يده بمسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا تباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن المصحح لاقراره هو اليد

قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول مخالف لما سبق في المضاربة

ولهذا لايصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت فى رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع

وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك فعلم بهذا أن ليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ماذكره الامام الاسترو شنى فى وديعة أحكام الصغار فى تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد آدمى له يد حكمية فلا يكون لمولاه أن يأخذه من المودع مالم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرتا ويلها فى الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى أثره صاحب العناية فى ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى (أقول) ذلك الجواب لايسمن ولا يغنى من جوع فان تأويل تلك المسئلة بما ذكر مع كونه مما يأباه قطعا ماذكره الامام الاسترو شنى فى وديعة أحكام الصغار فى تعليل تلك المسئلة بما مر فى آخر السؤال لايجدى نفعا فى دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن فى صورة أن لايعلم المودع أن الوديعة التى أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة فى بعض الصور فلم يكن فى تلك المقدمة كلية ومالم يكن فيها كلية لاينبت مدعى الامامين فى مسئلتنا فلا يتم التقريب لايقال يجوز أن يكون المراد بقولهما فى التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة فى شئ من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفى فى اثبات مدعاهما ههنا لانا نقول هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الحجر بأن مافى يده أمانة لغيره ففى هذه الصورة اذا لم يعلم أن مافى يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذاك معتبرة على مقتضى مامر فى مسئلة المبسوط وتقرر بعد تأويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد الحجر بأن مافى يده غصب من غيره ففى هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه الا بزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجىء فى كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذى اليد تدبر تفهم (قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) قال فى العناية يعنى به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخرج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ماذكره صاحب الغاية فانه قال أى لايبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما فى يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما اذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا بصدد الفرق من قبل أبى حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك فى قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان لذكر هذه المقدمة أعنى قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

الكلام فى الاقرار بما فى يده وأما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل أن يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند صحته والاول ممنوع والثانى مسلم ولكن صحة هذا الاقرار فى حيز النزاع فلا يصلح أخذه فى الدليل والجواب أن مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار وأما حكما فلأن النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس فى يده أصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الخ أجوبة مما استشهد به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله (على ما عرف) اشارة الى حديث بريرة رضى الله عنها وقوله (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) يعنى به الاذن لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك

وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باشر شيأ قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولو لا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة

قال (واذا لزمته ديون) اذا لزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن لعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم والثانى أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم ففى الاول لم يملك المولى ما فى يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك فى كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فان ملك الاصل علة لملك الفرع (ولهذا يملك اعتاقها) يعنى الرقبة (ووطء الامة المأذون لها وهذا) أى المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك فى الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما فى التركة اذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث (٣٤٨) أجاب بقوله (بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث) بايصال ماله الى أقرب الناس

قال (واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة وقالا يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر فى ضده عند احاطة الدين بتركته أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد وله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرعه واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ماهو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه

يقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث فى ذلك عند احاطة الدين بتركته (بل النظر فى ضده) أى فى ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق فى غير الملك (أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد) ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضى ديونه (واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابى حنيفة رحمه الله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه) يعنى فى مسئلة تعلق الدين بكسبه (والمال الذى أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه) يعنى كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث فى الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة فى الموضعين لانعدام أهلية الملك فى المال فالميت ليس بأهل للملكية كالرقيق لان الملكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء دينه فكذلك الرقيق (واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه) فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به أبطله وفى الثانى يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه فى قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ماهو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه) وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز

(قوله فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول يعنى المانع عن ثبوت الملك

قال (واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) اذ اباع العبد المديون الذى لزمته ديون من المولى شيأ بمثل قيمته جاز (لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين) ويعلم منه أنه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس بأجنبى (واذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أى سواء كان كثيرا أو قليلا (لانه متهم فى حق مولاه) بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبى بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة أجيب بأنه موهوم حيث انه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما اذا باع المريض) مروى بالواو وبغيره قال فى النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو وفى قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق (٣٤٩) بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف

قال (واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) لانه كالأجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لانه متهم فى حقه بخلاف ما اذا حابى الأجنبى عند أبى حنيفة لانه لا تهمة فيه

جميعا كما صرح به فى الكافى وسائر الكتب المعتبرة الا أنها اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته واذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثانى بعد ذكر الاول وما وقع فى عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاما لمجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذى ذكره المصنف ههنا هو حكم القسم الثانى من الاقسام الثلاثة المار ذكرها فى التقسيم الذى نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر فى الكتاب من قبل بقوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة وقالا يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر فى الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اه وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال فى بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل أذن لعبده فى التجارة فاشترى عبدا يساوى ألفا وهو يساوى ألفا وعلى الاول ألف درهم دينا فأعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز وان كان الدين ألفى درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز فى الوجهين جميعا اه (أقول) فى جواز عتقه عند أبى حنيفة فى الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين فى بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور فى الكتاب لاثبات مذهبه فى القسم الخلافى الذى ذكر فى الكتاب أولا وفى الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذى أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغى أن لا يجوز اعتاقه فيه أيضا (قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز لانه كالأجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين) أقول فى هذا التعليل شئ وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف فى الكتاب وقد صرح به فى غاية البيان حيث قال اعلم أن العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيأ بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اه وكونه كالأجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبى يوسف ومحمد اذ قد مر فى المسئلة الاولى أنهما قالا

ما اذا حابى الاجنبى أى أنه يجوز فى كل حال أعنى اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله فى كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تأباه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبى جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفى كلامه تعقيد وتقرير كلامه هكذا واذا باع من المولى شيأ بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين

(قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله بخلاف ما اذا حابى الخ يعنى أن مسئلة القدورى ملتبسة بخلاف هذا باعتبار جزئها الثانى وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول ويفهم منه جواز بيعه للأجنبى بمثل قيمته دلالة كما لا يخفى (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يرد بان يقال اذا جاز بيع المأذون من الاجنبى بالمحاباة ينبغى أن يجوز بيع المريض من وارثه بها وبدونها أيضا فأجاب بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف بالمحاباة (قوله والظاهر عدم الواو الى قوله وفى كلامه تعقيد) أقول فيه بحث

بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع و يخير المولى ان شاء أزال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمريض المديون فى تصرفه مع الأجنبى (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوى المحاباة (٣٥٠) باليسير والكثير فان على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى (ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (لدفع الضرر عن الغرماء و بهذا يندفع الضرر عنهم وهذا) أى الذى ذكرناه من الجواز والتخيير (بخلاف البيع من الاجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما) أى من المولى والاجنبى (متردد بين التبرع والبيع أما التبرع فلخلو البيع عن الثمن فى قدر المحاباة وأما البيع فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبى لانعدامها و بخلاف ما اذا باع من الاجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا لان المحاباة من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما يتحقق الاباذن المولى ولا اذن منه فى البيع مع الأجنبى وهو اذن بمباشرته بنفسه غير أن فيه ضررا بالغرماء فيزال بازالة المحاباة وهذان الفرقان) بلفظ التثنية وفى بعض النسخ وهذا الفرقان قال فى النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه منبتا فى النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبى فى حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الأجنبى والفرق بينهما فى الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الاجنبى أصلا وتجوز مع المولى و يؤمر بالازالة وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس بمحتاج الى ذلك لانه لا يجوز فى البيع مع المولى شيأ من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والأجنبى فى جواز البيع مع الاجنبى مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه فى صدر الكلام

(قوله فافترقا أى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض

وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع و يخير المولى ان شاء أزال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء و بهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبى لانعدامها و بخلاف ما اذا باع من الاجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز و يؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن فى البيع مع الاجنبى وهو اذن بمباشرته بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على أصلهما

المولى على ما فى يد العبد المأذون ولو احاطت ديونه بماله ورقبته ولهذا لو أعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتأمل فى التوجيه (قوله و بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله و بخلاف اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اه (أقول) بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بخلاف ما اذا باع الأجنبى عند أبى حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعنى قول القدورى واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملابستان بخلاف ما اذا باع الأجنبى و بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملابسة بخلاف ما اذا باع الأجنبى والمسئلة الاولى ملابسة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لأن كلتا المسئلتين ملابستان بكلا الخلافين فافهم

قال (وان باعه المولى شيأ) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى ثابت فى العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت فى العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك فى الدين لكونه فى مقابلة العين والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو أتلف شيأ من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد غيره كما لو أودع عند عبده شيأ أو غصبه منه (وان أمسك المولى المبيع فى يده حتى يستوفى الثمن جازله لانه بائع وللبائع حق الحبس فى المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب دينا فى ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفا أجاب بقوله (وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين اذا تعلق بالعين

قال (وان باعه المولى شيأ بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة فى هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى فى العين من حيث الحبس فلو بقى بعد سقوطه يبقى فى الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين قال (وان أمسكه فى يده حتى يستوفى الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس فى المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا فى جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال (واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لان الدين فى ذمته ومالزم المولى الا بقدر ما أتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لاغير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يتضمن شيأ

يعنى يجوز أن يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هى وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا فى جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال فى النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط وأما على

يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان فى تصحيح العطف على تقدير الواو توجيها آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو وفى قوله وبخلاف اه والعجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أولا من التوجيه الوجيه الا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلا معطوف عليه بدون أن يبين الفساد فى توجيه صاحب معراج الدراية نعم فى توجيهه تعمل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضا أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفى كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سيأتى نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه

رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا بما ذكر فى جانب العبد قال (واذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو اتلاف المال (فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه) وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما أتلفه (فبقى الباقى عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فان كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لاغير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول يعنى القدورى

السابق ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي
أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض
من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو وتأباه
اه كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضا حيث قال بعد نقله أيضا عنه قلت ذلك أوجه من
حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه
مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب اه (أقول) ليس
هذا أيضا بوارد لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم
منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الاول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لانه اذا جازت المحاباة
معه فلأن جاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف
ما اذا حابى الأجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل
القيمة فاذن اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث
جاز الاول دون الثاني مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنها بقوله بخلاف
ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني أنه
لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه
منه بالمحاباة وقد سلك ههنا أيضا مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو ومن حيث المعنى على تقدير أن يجعل
قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لانه أول
مسئلة مورودة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي لانه لبيان الفرق بين
ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على
بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اه (أقول) ليس هذا بسديد أما أولا
فلأن قوله لانه أول مسئلة مورودة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي لانه
لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لان مسئلة
الكتاب ههنا اثنتان أولاهما قوله واذا باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز وأخراهما قوله وان باعه
بنقصان لم يجز فكما أن قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة
الاولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي لدفع توهم
انتقاض المسئلة الاخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الأجنبي وكما أن قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي
لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيأ بنقصان وبين ما اذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك
قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيأ
بمثل قيمته وبين ما اذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فان أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى
من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكتاب أي مختصر القدوري دون الأخرى منهما فليس بصحيح اذ كلتاهما
مسئلتان مذكورتان معا في مختصر القدوري وان أراد بذلك أنهما وان كانتا معا مسئلتي الكتاب الا
أن قوله وبخلاف ما اذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا حابى الأجنبي
فانه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فقصد أحدهما
يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في اثبات المسئلة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت
مدعاه وان أراد به أن قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأولى مسئلتي الكتاب وقوله وبخلاف ما اذا
حابى الأجنبي متعلق بأخراهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى قلنا قد تقرر في علم الأدب أن الواو
لمطلق الجمع لا ترتيب فيها فدخولها لا يقتضي التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو

قال (وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه) معناه باعه بثمن لا يفى بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم) وقد أتلفاه أما البائع فبالبيع والتسليم وأما المشترى فبالقبض والتغييب فيخير الغرماء فى التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء (وان شاؤا أجاز وا البيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم (٣٥٣) فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق) ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفى ديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجىء وكذا اذا كانت الديون على المأذون مؤجلة الى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله (كما فى المرهون) يعنى أن الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم أجازه المرتهن جاز البيع لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضى اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الأولى وهو ظاهر ولكن بقى شئ وهو أن حقهم كان فى بيع

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى) لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغييب فيخيرون فى التضمين (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما فى المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك و يسترد القيمة كذا هذا

ههنا أصلا وأما ثانيا فلان قوله وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبى بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام أيضا لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغى أن يأتى بالمسئلة بلا واو ولانه أول مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا له فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شئ وان لم يكن الواو للعطف فمن أين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفى كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيأ بمثل القيمة جاز لانه كالأجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناءه على حمل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة فى حل هذا المحل ثم ان فى تقريره خللا آخر فانه قال فى تفسير قول المصنف فافترقا أى المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أى العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل والعجب أنه قال بعد ذلك فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤل المعنى على هذا الى أن يقال فى جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى) قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشترى بما ذكر من التسليم والتغييب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء اه (أقول) لقائل أن يقول فاذن ينبغى أن يكون الضمان

(٤٥ - تكملة سابع) العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترقا

(قوله لانهم يستسعونه الخ) أقول وعلى هذا ففى التعليل الذى ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق فى آخر الصحيفة السابقة وتكراره لافادة الفرق مع الوصى

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) اذا قال المولى هذا العبد الذى أبيعه مديون يريد به سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب اللزوم فى حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمة به محذوفة من المتن (وفى كل منهما فائدة فالاول) يعنى الاستسعاء (تام مؤخر والثانى ناقص) ان لم يف بديونهم (معجل و بالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم) قيل فى عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة فى البيع لا يستلزم

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفى كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل و بالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم

نفى الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء فى الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجانى بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا للقضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب فى ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضى دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الا أن يقوم الدليل على خلافه

فى هذه المسئلة على المشترى فقط فان تغييب العبد الذى فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لامكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجىء فى المسئلة الآتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع من المشترى دون البائع الا أن فى البائع أيضا سببية له اذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشترى قلت نعم الا أن سببية ذلك بعيدة وقد تقرر عندهم ومر مرارا أن الحكم يضاف الى أقرب الاسباب فتأمل ثم ان صاحب العناية قال ولكن بقى شئ وهو أن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلا لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد أقل من قيمته وأما اذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاث المذكورة فى هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة فى التضمين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن أقل من القيمة أما اذا كان أكثر أو مساويا فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة و بيان أنه لفظ محمد فى الجامع الصغير هذا اذا باعه بأقل من قيمته فأما اذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو فى يده فلا فائدة فى التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم اه فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذى باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال ان حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان فى بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا * ثم أقول فى الجواب المذكور نظر لان حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيعه العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط لانهم كان لهم أن يستسعوا العبد فى جميع ديونه لهم لا فى مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغى أن يضمن البائع والمشترى جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به أحد وانما الذى قالوا به أن يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قوله قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم اليهم) قال صاحب النهاية

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع الخ) أقول فان قيل كيف يندفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لان الوصول لا يستلزم القبض فانه يكون باحضار الثمن والتخلية بينهم و بينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثانى الخ) أقول دلالته لا تخلو عن خفاء

قال (فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله فى مسئلة الشفعة لابى يوسف أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

النهاية فى هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم كما هو المذكور فى باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام ومأذونى الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن فى البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يفى بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم فى الاستسعاء فيما بقى من ديونهم على العبد وبما ذكر فى الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يفى الثمن بديونهم وان لم يكن فى البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقى الديون اللهم الا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة فى البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتهض ذلك اللفظ حينئذ بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعقول ما ذكره الامام قاضيخان فى جامعه بقوله وتأويله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء فى ملك المشترى فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان فى الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فنقله بطريق الاجمال وأورد النظر على الجواب حيث قال قيل فى عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة فى البيع لا يستلزم نفى الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء فى الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولا فى الجواب المذكور نظر آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة فى البيع ما ذكر فى ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفد شيأ فى نفى رد هم البيع كما بين فى السؤال بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم * وأقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذى أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا محاباة فى البيع حينئذ هى أن لهم أن يقولوا فى صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة فى البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فنتبع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن فى البيع محاباة فانه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون اه (أقول) وفيه نظر أما أولا فلانه لو كان معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بديونهم لذهبت فائدة قوله فان وصل فى قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن فى قوله وتأويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك أن الثمن اذا كان يفى بديونهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تتصور فائدة فى الرد فلا يثبت لهم الخيرة وأما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة فى البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلا لجواز

(فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى اذا أنكر الدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وانما قيد بالانكار لان المشترى اذا أقر بدينهم وصدقهم فى الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف (وقال أبو يوسف رحمه الله المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما فى يده (ولهما أنه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا لها شفيع ثم وهبها الرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله فى هذه المسئلة

قال (ومن قدم مصرا) رجل قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان أخبر أنه مأذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه (٣٥٦) دليل على اذنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ماذكره فى الكتاب وقوله (كى لا يضيق الامر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد فى التجارة فلو لم يقبل قول الواحد فى المعاملات لاحتاج الى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له فى التجارة وفى ذلك من الضيق مالا يخفى وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شئ ومعناه أنه اذا لم يكن فى كسبه وفاء لا يباع فى الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا ترى أنه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن فى التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله فى وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فان حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع فى الدين لظهوره فى حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله) وعلى الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة ولا يقبل قوله عند جحود المولى الا ببينة

قال (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه اذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات كى لا يضيق الامر على الناس (الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (فان حضر فقال هو مأذون بيع فى الدين) لانه ظهر الدين فى حق المولى (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالاصل

أن تنتفى المحاباة فى البيع ولا يفى الثمن بديونهم وجواز أن يفى الثمن بديونهم ولا تنتفى المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجويز والكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال فى النهاية أى فتصرفه دليل على أنه مأذون فى التجارة وقال هذا الذى ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فأن لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فاذكره فى الكتاب اه واقتفى أثره صاحب العناية فى شرح هذا المقام اثر ذلك (أقول) تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن الاختلال فان قولهما فى تقرير وجه القياس والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش فى أحد شقى هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ لا اخبار من العبد فى هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وأما جعل الاخبار فى قولهما والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة أعم من الاخبار الحقيقى والحكمى وادعاء أن فى ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه مأذونا وهو تصرفه تصرف المأذون فتمحل جدا كما لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافى فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس والنظر ولان فى ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشئ والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفى الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفى الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلوى الى هنا كلامه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية فى شرح هذا الكتاب والامام الزيلعى فى شرح الكنز (قوله الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله لانها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا أن يفدى المولى ديونهم وان أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر

﴿فصل﴾ لما فرغ من أحكام اذن العبد فى التجارة بين أحكام اذن الصبى الا أنه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه فى الجواز والصبى الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا أذن له الولى كان كالعبد المأذون فى نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما فى يده وغير ذلك مما ذكر فى العبد وقال الشافعى رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصيانة نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة فصار كالطلاق والعتاق ولا يصحان منه وان أذن له الولى بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لانهما مالا يقامان بالولى فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعنى قلت بصحتها كصحتهما اذا كانت (٣٥٧) فى أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولى فى حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبى فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت) فيجب تنفيذها (أما البيع والشراء فيتولاه الولى فلا ضرورة ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلان الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبى وأما أنه صدر من أهله فلانه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك وأما أنه فى محله فلكون المبيع مالا متقوما وأما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولى له هذا التصرف فكذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولى لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبى لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولى بذلك (قوله والصبا سبب الحجر) جواب عن قوله لان حجره لصباه وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبى لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية فى أمور التجارة فصار كالعبد فى كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا أذن له الولى زال ذلك الغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هاديا فى أمور التجارة لما أذن له الولى فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى

﴿فصل﴾ (واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعى لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولى وكذا الوصية على أصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه أما البيع والشراء فيتولاه الولى فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره فى الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولى

المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على أن لا يقبل قوله فى الرقبة أصلا لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيها التعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله فى ثبوت الاذن له ولزوم كل شئ فى التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتأمل والاظهر فى تعليل قوله لا يقبل قوله فى الرقبة أى فى حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن فى التجارة ألا ترى أنه اذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذونان لهما كما ذكر فى النهاية وغيرها اه

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد فى التجارة شرع فى بيان أحكام اذن الصبى والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول فى جواب المسئلة فهو فى التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله فى التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه فى سائرها أيضا عندنا وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات الا أنه آثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثانى أعم وأظهر فى افادة تمام المراد وهذا ما فى عبارة مختصر القدورى ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر فى البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك فى الهداية أيضا مع ظهور مزيته ما فى عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف فى كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف فى باب التجارة مطلقا بل لا بد من أن يقبل الشراء أيضا بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرح به (قوله والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولى)

﴿فصل واذا أذن ولى الصبى﴾ (قوله والصبى الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول الظاهر أن يقال الذى يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثانى بناء على انه يستلزم الاول (قوله يعنى قلت بصحتها) أقول الضمير فى بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضرة من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعتاق

وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك وقوله (بخلاف الطلاق والعتاق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق

وحاصل ذلك أن تصرفات الصبي على ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤهل له أصلا والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رأيه ينجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه أحد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من أهله في محله فان قيل اذا باع شيأ بأضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف وأجيب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا (وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه) وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد أب الاب ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه ثم الوالي (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمير بخارى فكان الوالي أكبر منه لان له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح

هذا جواب عن قول الشافعي لان حجره لصباه فيبقى ببقائه تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبي في أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا أذن له الولي زال ذلك الغير لانه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما أذن له الولي فينفذ تصرفه كما لو أذن المولى للعبد كذا في الشروح (أقول) يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الأمر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك أيضا بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي أصلا فما هو دائر بين النفع والضر كالبيع والشراء ونحوهما فتأمل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك اه كلامه (أقول) في تقريره شيء أما أولا فلأن قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي أيضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولي أيضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظرا وأما ثانيا فلأن مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعي ولانه مولى عليه الخ وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغي أن لا يبقى وليه وليا في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية اختار

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول وعندي أنه جواب عن ثاني دليلي الشافعي بمنع المنافاة بين كونه وليا ومولى عليه مستندا بأن كونه مولى عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للعجز فليتأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول تعليل لقوله للنظر له (قوله ولاحتمال تبدل الحال) أقول معطوف على للنظر له

وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف فى مال العبد المأذون المديون بدين يحيط بماله دون الولى وأجيب بان ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولى ليس من التعميم فى تصرف العبد والصبى وبأن دين الصبى لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولى ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبى منه اذا كان الدين مستغرقا (ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه) عينا كان أو دينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغ بين وأورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك الاقرار على مال الصبى فكيف أفاده ذلك باذنه والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها (وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية) احترازعن رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره فى كسبه لحاجته فى التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته فى التجارة وهى معدومة فى الموروث وجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا نفذ أبو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب فى صحة الاقرار سواء لكونهما مالية

والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت فى العبد من الأحكام يثبت فى حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما فى العبد ويصح اقراره بما فى يده من كسبه وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد

اختار الثانى كما ترى وكثير من الشراح اختار والاول فعليك بالاختبار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه) أى فى حق الصبى أراد به قوله فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون كذا فى غاية البيان وغيرها (أقول) لقائل أن يقول تشبيه الصبى بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة فى حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع فى الكتاب حيث قال فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليتأمل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت فى العبد من الأحكام يثبت فى حق الصبى المأذون مع التخلف فى بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف فى مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولى ليس بمحجور عن التصرف فى مال الصبى المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعدمه هو فى انحجار المولى وعدم انحجار الولى فى المال وما ذكره فى الكتاب من التعميم فى تصرف العبد فى ماله وتصرف الصبى فى ماله فلا يرد نقضا لاختلاف التصرفين والثانى هو ما ذكره فى المبسوط وانما يملك الاب أو الوصى التصرف فى مال الصبى سواء كان على الصبى دين أولا لان دين الحر فى ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبى آخر اذا كان الدين مستغرقا اه كلامه واقتفى أثره صاحب العناية فى ذكر ذلك السؤال ووجهى الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال (أقول) الوجه الثانى لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف فى مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولى عن التصرف فى مال الصبى المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعليل فى قول المصنف ان ما ثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حق الصبى المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثانى منع دلالة الكلام على العموم (أقول) ليس هذا أيضا بسديد أما أولا فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما يثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من ألفاظ العموم على ما تقرر فى علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا أيضا فى علم الاصول وأما ثانيا فلان دلالة فى الجواب الثانى أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة فى انحجار المولى عن التصرف فى مال العبد وعدم انحجار الولى عن التصرف فى مال الصبى فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه أصلا (قوله ويصح اقراره بما فى يده من كسبه)

(قوله الخ كذلك) أقول يعنى تقدم ذكره (قوله لكن يرد عليه الى قوله فى مال العبد الخ) أقول هذا ممنوع وقد مر من الشارح نقلا من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول يعنى فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول يعنى يتعلق بكسبه أيضا أى كما يتعلق بذمته لان ذمته ضعيفة بخلاف الصبى الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثانى منع دلالة الكلام على التعميم والا فلا تظهر صلاحيته للجواب (قوله والمولى أجنبى منه الخ) أقول هذا مسلم اذا كان مستغرقا لرقبته أيضا وأما اذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام

(ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق وفى تزويج أمته خلاف أبى يوسف (ولا كتابته) وان كان الولى والوصى يملكانها لان الاذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه (والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبى يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصى دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضى فان له ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبى) اذا بلغ معتوها فأما اذا بلغ عاقلا ثم عته فأذن له الاب فى التجارة قال أبو بكر البلخى رحمه الله لا يصح قياسا وهو قول أبى يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمهما الله والله أعلم

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن فى التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا حتى ان اقرار المأذون لماصح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثانى

(قوله ايراد الغصب الى قوله ما لا الخ) أقول ويجوز أن يقال نفاذ تصرف الغاصب يكون بالاذن كنفاذ تصرف المأذون الا أن فى الغصب بالاذن اللاحق وفى المأذون بالاذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة فان العبد المأذون يتصرف فى مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما فى العبد والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبى يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصى دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبى والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك الاقرار على مال الصبى فكيف يملكه الصبى باذن الولى وأجيب عنه فى النهاية ومعراج الدراية بأن الولى انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولى على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبى بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا أن اقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اه (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله بيان لمية عدم صحة اقرار الولى على الصبى وصحة اقرار الصبى بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى فى اندفاع الايراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وههنا لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما فى الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اه (أقول) هذا الجواب أيضا غير مستقيم لانه ان أراد أن الولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيملك أيضا نفس التجارة وتوابعها التى من جملتها اقراره على مال الصبى فممنوع اذ لا شك أن اقرار الولى على مال الصبى ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فأنى يملكه الولى وان أراد أن الولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التى من جملتها اقرار الصبى على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم ولكن لا يجدى هذا شيأ فى دفع السؤال المذكور لان اللازم منه أن يملك الولى الاذن للصبى بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام فى أن يملك الصبى الاقرار على نفسه باذن الولى ولاية متعدية من الولى الى الصبى والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك نفس الاقرار على الصبى بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة فى حق نفس الاقرار على الصبى فكيف تتعدى منه الولاية الى الصبى فى حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولى الاذن بالتجارة وتوابعها فى أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام * ثم أقول لعل الصواب فى الجواب منع كون ولاية الصبى ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر أن الصبى يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته واذن الولى انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لا أنه يكتسب الولاية من اذنه الا أن الصبا لما كان من أسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبى أصلا لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الاذن وبعده وأهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرر اذ من لا يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به أهل الصبى له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولى فتبصر فان هذا توجيه حسن وجواب شاف تنحسم به مادة الاشكال بالكلية

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن فى التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا حتى ان اقرار

فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثانى أن المغصوب مادام قائما بعينه فى يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما فى يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن فى التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان (٣٦١) متقوما أو غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

المأذون لما صح بدون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثانى فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثانى أن المغصوب مادام قائما بعينه فى يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما فى يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن فى التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا فى النهاية والعناية (أقول) فى الوجه الاول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ما لا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن فى التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر فى صدر كتاب المأذون والمذكور فى كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثانى أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة فى سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية أما عن الاول فبأن يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة وأما عن الثانى فبأن يدعى عدم لزوم الاطراد فى وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان هاتيك الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضير فى تحققها فى غير ما سيقت له أيضا ثم ان الاظهر فى وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندى ان المأذون يتصرف فى الشئ بالاذن الشرعى والغاصب يتصرف لا باذن شرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع اه واعلم أن محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما فى الجنايات والديات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس فى الغصب شئ من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا فى النهاية وغيرها (قوله وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده) أقول لا بد من أن يزاد على هذا التعريف قيدان أحدهما قيد أو يقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب فى الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع فان الغاصب فى هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه فى يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا أنه قصر يده عن ماله فى هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال فى المحيط البرهانى الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان فى يده أو يقصر يده ان لم يكن فى يده اه وهكذا قال فى الكافى أيضا وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع فى البدائع لئلا يدخل فى تعريف الغصب شريعة السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب فى الشرع انما يكون بأن كان

(قوله فكان ذكر النوع الخ) أقول فيه بحث (قوله الا أنه قدم الاذن الخ) أقول هذا الاحتياج اليه بعد ما بين وجه تأخر المأذون من الحجر (قوله وفى الشريعة أخذ مال الى قوله فى زوائد المغصوب الخ) أقول قال الامام الزيلعى حتى لا يضمن

الغاصب زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعد لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اليد المبطلة انتهى لكن ذكر فى فتاوى قاضيخان مسئلة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجولا فاستهلك حتى يسر لبن أمه قال أبو بكر الثلجى يضمن قيمة العجول ونقصان الام ولم يفعل فى الام شئ

الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما فى جميع ماذكر لتعريف الغصب شريعة فى الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثانى على هذا التعريف حيث قال فى شرح الوقاية ثم لابد أن يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية ليخرج السرقة اه وردعليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا أن فى السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية فى الحدود وذلك لاينافى دخولها باعتبار أصلها فى الغصب كالشراء من الفضولى فانه غصب مع أنه مذكور فى باب الفضولى من كتاب البيوع باعتبار مافيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الاول أن السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحد داخلة فى التعريف المذكور اذ لامنع لشئ من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لايخفى على ذى فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أولا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرر فى كتابها ولاشك أن قيد على سبيل المجاهرة أولا على سبيل الخفية ينافى الصدق على ما كان على سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحد داخلة فى التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حد الغصب فى الشرع والالزم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لامحالة للقطع بتخالف حكمى السرقة والغصب فى الشرع فلغا قوله وذلك لاينافى دخولهما باعتبار أصلها بالغصب كما لايخفى والثانى أن قوله كالشراء من الفضولى فانه غصب مع أنه مذكور فى باب الفضولى من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولى ليس بغصب قطعا وانما الذى يصير غصبا أخذ المشترى من يد الفضولى بغير اذن المالك وهو ليس ببيع جزما وليس بمذكور فى كتاب البيوع أصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولى فلا صحة فى التمثيل ولا فى التعليل والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية فى قوله ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافى الاختفاء وعن هذا قال صاحب الهداية فى فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لابد منه لان الاستسرار لايتحقق بدونه اه ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال فى شرحه وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به فى البدائع اه (أقول) وفيه أيضا خلل لان الوقف فى الشرع عند أبى حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد وهذا كله مما تقرر فى أول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلا ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لا ينتضى كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعى بل يتحقق ذلك فى غيره أيضا بنوع من التعدى والجناية ألا يرى أن زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هى أمانة فى يد الغاصب ان هلكت

واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب من يلا ليده مع بقاء أثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيأ له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة

لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيأ له مثل الخ) المغصوب اما أن يكون قائما في يد الغاصب أولا والاول سيجيء والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله من جنسه أولا فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا أطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان أدفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام أن يتدارك بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر

لا يضمنها عندنا كما صرح به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرح به قاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الاتلاف كما نصوا عليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج الى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه ومن ضروراته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العز وفي كلام المصنف ههنا مؤاخذة لفظية وهي في قوله وحمل الدابة يعني والحمل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لان حمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا أن يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكأن صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف ههنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخارا بمواظبتها حيث قال والاصل أن يتال بالمواظبة عليها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال اه وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبني كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرح به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله

(قوله والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لافضائه الى الدور (قوله لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات ضمن الجيد بمثله لا يردي رعاية للمماثلة

وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع) لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بالامثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذهو الموجب

الظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه ان أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها ورديئها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضا تأمل تقف (قوله لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بالامثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذهو الموجب) قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك لوجهين أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فاراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله اه كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية أيضا وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضا ولكن بطريق النقل بقيل (أقول) كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف لان المغصوب المثلي انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد فمن أين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تأخير دليله اذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا سترة به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلا فتغيير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرفيع فالوجه عندي أن المصنف جرى ههنا أيضا على عادته المقررة من تأخير الاقوى فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمتقدم كما حصل ههنا أيضا ذلك على ما يشهد به التامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعدل لانه لم يبق شئ من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وأيضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر

وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف أنه لما انقطع التحق بالامثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذهو الموجب

قال المصنف (وقال أبو يوسف يوم الغصب) أقول وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة مذهب أبي يوسف أعدل لانه لم يبق شئ من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وأيضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذا لم يوجد من المالك طلب وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له انتهى ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى

الثلجي

ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الوصير الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف مالا مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك قال (ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

الثلجي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اه وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أقول) ويمكن رد هذا الجواب بأن يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكأنه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر يعني أنه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شئ في قوله لم يبق شئ من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في حد الانقطاع كما لا يخفى (قوله بخلاف مالا مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من أن الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا اذ المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند أبي حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد منهما وبالجملة الفرق بين مالا مثل له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الاول عند وجود أصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجيء وأما على ما قيل ان الموجب الاصلي هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء أيضا فلا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأسا اذ في كل منهما تصريح بأن الموجب الاصلي في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بأمر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال (قوله ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة) يعني معنى قول القدوري في مختصره مالا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذا من النهاية وتحقيقه أن معناه الشئ الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب اه (أقول) هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان أراد بالشئ الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله مالا مثل له في قوله ومالا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان أراد بذلك ماله مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري مالا مثل له في قوله ومالا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة ومالا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته

(ولمحمد الخ) كلامه فيه واضح قيل انما قدم قول أبي يوسف لتثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الأزمنة لم يتأت الا بتقديم قول أبي يوسف وان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى قوله لا مثل له (العدديات المتفاوتة) وتحقيقه أن معناه الشئ الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته (لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

قال المصنف (لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه بحث فانه مطالب بالعين اذا كانت قائمة على القول الأقوى (قوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى) أقول اذا الاجسام متماثلة لتجانس الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة (قوله وذلك كالعدديات الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الشئ في قوله أن معناه الشئ الذي الخ

أما العددى المتقارب) كالجوز والبيض (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل وانما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذى فى تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح لان من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لامثل له ففيه القيمة وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمرى أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) أى على صاحب اليد عين ما أخذت اليد حتى ترد (وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه) وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفى ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ (٣٦٦) على أخيه فهو لاعب فى مذهب السرقة جاد فى ادخال الأذى عليه أو قاصد للعب وهو يريد أنه يجد فى ذلك ليغيظه (ولان اليد حق مقصود) بدليل جواز اذن العبد فى التجارة فانه لا حكم لشرائه فى حقه سوى التصرف باليد لا سيما اذا كان مديونا فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى فى التصرف فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (اعادتها بالرد اليه وهو الموجب) أى رد العين هو الموجب (الاصلى على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال فى رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلى القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الاحكام)

أما العددى المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفى البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه مادام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلى على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال فى رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلى القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الاحكام

أى يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة وبالجملة تفسير ما لا مثل له فى هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسير ماله مثل فى المسئلة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا تقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة فى صدر المسئلة فيكون معنى قولهم فى المسئلة الاولى أيضا ومن غصب شيأ له مثل فهلك فى يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندى أن المراد بماله مثل فى المسئلة الاولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذى ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لا مثل له فى هذه المسئلة ما لا مثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التى هى المثل القاصر وقد أفصح عن نوعى المثل فى الكافى حيث قال من قبل ان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل فى ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل اه فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال فى الكافى بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روى عن شريح من كسر عصا فهى له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور فى النص اه (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هى المراد بالمثل المذكور فى النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيأ له مثل كامل والموزون فهلك فى يده وقد مر الاستدلال به على ذلك فى المسئلة الاولى وهو الذى أشار اليه فى الكافى وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددى المتقارب فهو كالمكيل) قال فى النهاية وانما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثل

(قوله قيل وانما اقتصر الى قوله والطشت) أقول الا أن بينهما فرقا فان البر والشعير مختلفان من الاصل بخلاف القمقم والطشت المعمولين من أصل واحد كالنحاس فان اختلفا فهما ليس الا لاختلاف الصفة (قوله ولعمرى أن تقديم هذا الخ) أقول وهو وانما قدم المصنف ما قدمه اهتماما لكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافيات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لانه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك فى بعض الاحكام) أقول منها لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولولا أن الواجب الاصلى القيمة لما صح ذلك ومنها لو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين وذا لا يصح ومنها أنه لا تجب الزكاة على الغاصب فى نصاب يد الغاصب اذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره فى النهاية والجواب انما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود فى الحال والقيمة كذلك (قوله لانه قاصر الخ) أقول يعنى لان رد القيمة قاصر

فمنها ما اذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيأ وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء انما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكاة بما ذكرنا في مسئلة الابراء (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها) ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببدلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهلاك يعارض فالغاصب يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب اذا عيب المغصوب والقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها) لان الواجب رد العين والهلاك يعارض فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى أن يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول)

وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من الفقم والطشت اه (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشئ الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيأ له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقيل وليس بواضح لان من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل في قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل في تحقق المماثلة في الكيل كما تقرر في باب الربا مع من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته ويتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصلي بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل أشار اليه المصنف نفسه

قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر

(قوله اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب) أقول كما اذا انتقص بالدين (قوله قيل والصحيح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول رده العلامة الزيلعي وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها الى هنا عبارته ولك أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورده (قوله وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خبير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أجيب به عن مسئلة الابراء (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الافضل) أقول يعني الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة

حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ما ذا فعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الأدب ومثلوه بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر التفصيل الآتي هنالك يستغني عن ذكر الدليل ههنا فالاحسن أن يكتفي بما سيأتي في تعليل جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما اكتفى ببيان الخلاف هنالك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هنالك متحقق ههنا أيضا لاستحالة (قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقارا الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي أن يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولا وهو قول أبي يوسف الآخر حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا ينعقد موجبا للضمان اه والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف بالواو وفي البداية والهداية * ثم أقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه أن يقال قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اه (أقول) فيه أن المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وهنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار الى المجاز اللهم الا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الاداء ما قدمناه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق أصلا واليه مال أكثر المشايخ اه كلامه (أقول) فيه نظر لانه ان أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك اذ لم يقل أحد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان

لاستحالة اجتماع اليدين) من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان (فيتحقق الوصفان) يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمنقول) في تحقق الوصفين (وجحود الوديعة) في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت أن جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكأن التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام لانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار قال المصنف (واذا غصب عقارا) أقول اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول هو لتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فان عنده يتحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا في شرح الكاكي وقال الاكمل وكأن التكلف باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك) أى بسبب ذلك (وهذا) أى هذا المجموع (لا يتصور فى العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه) أى باخراج المالك (عنها) أى عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار (وهو) أى الاخراج (فعل فى المالك لا فى العقار) فانتفى ازالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشى) حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها (وفى المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة) ذكر فى المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لا تضمن وان جحدوذكر فى المبسوط والأصح أن يقال جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان فى العقار فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (ولو سلم فالضمان هنا لترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناه ضمنه فى قولهم جميعا أما على قول محمد والشافعى رحمهما الله فظاهر وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل فى العين قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيما قاله) يعنى القدورى (اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله) بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف (٣٦٩) (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف فى الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيأ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان فى الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البائع بالغصب فى حق المشترى باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب وأما اذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه و يأخذها من المشترى فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون

ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين وهذا لا يتصور فى العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا فى العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشى وفى المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هنا لترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه فى قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل فى العين و يدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشترى ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف فى الغصب هو الصحيح

الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب فى يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعى لا يتخلف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب فى عبارة من أثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوى دون الشرعى كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوى ولا يوجب الضمان و بعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوى أيضا فلا نسلم أن أحدا قال ان الغصب اللغوى لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوى على ما مر فى صدر الكتاب أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب ولا شك فى تحقق هذا المعنى فى العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلا فضلا عن ازالة يده بفعل فى العين كما هو المانع عن تحقق الاصل الشرعى عندهما فى العقار على ما ستعرفه فلا يصدر ممن له أدنى تمييز انكار تحقق الغصب اللغوى فى العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلاء (قوله ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين وهذا لا يتصور فى العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا فى العقار) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن الغصب اثبات

(٤٧ تكمله سابع) احترازا عن قول بعضهم بأن فى مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهدا بدار لانسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها المشهود عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بأن مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين أن الاتلاف فى مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما فى مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين) أقول ليت شعرى بأى دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل فى العين رمتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه فى اخراج المالك أظهر و يجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن له فعل فى المحل بل فى ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور فى العقار) أقول للخصم أن يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل (قوله أى بسبب ذلك) أقول فيه تأمل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها للالصاق أو للمصاحبة (قوله فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول فيه بحث (قوله لو أقام البينة) أقول يعنى المالك (قوله على الملك لنفسه) أقول يعنى بعد الشهادة والقضاء

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله و يتصدق بالفضل قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل) وسنذكر الوجه من الجانبين قال (واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

اليد بازالة يد المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه أي باخراج المالك عنها أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار وهو أي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه اه (أقول) في تقريره قصور أما أولا فلانه جعل الباء في قول المصنف بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا وأصلا صادرا من الغاصب والثاني أمرا عدميا متفرعا على الاول وأيضا لو كان الباء المزبورة للسببية كان معنى كلام المصنف ولهما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه أن يكون الباء نعم للمصاحبة فيكون المعنى ولهما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل في العين حينئذ ينتظم المعنى و يحصل المقصود وأما ثانيا فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد أن لا تحقق ازالة اليد أصلا في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قدمر في تعليل قول محمد ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما هنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست بقابلة للنفي والمنع لتقررها و بداهتها فلا جرم كانت مسلمة عندهما أيضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد أصلا في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف ههنا أن يقال ولهما أن الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقا أي سواء كانت بفعل في العين أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص وهو أن يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها أي عن العين المغصوبة وهو أي ذلك الاخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عندهما كه في يد الآخذ و بهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم والامام الثاني و يخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ليت شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحققه في اخراج المالك أظهر اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فترا على أصلهما أن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتأمل ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قولهما وهذا لا يتصور في العقار بأن قال للخصم أن يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا شيأ اذ ليس في الخصوم من ينكر تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور أن يقول الخصم

(وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان) و يعرف النقصان بأن ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل استعمالها و بكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح قال (واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لان العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة) يعنى على رأى من يرى أن الموجب الاصلى فى الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا (أو تتقرر) أى القيمة (بذلك السبب) يعنى على رأى من يرى أن الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فان هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) اى ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل فى ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المغصوب (فى يد الغاصب) ولم يتعيب نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان فى بدنه مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها أو فى غير بدنه مثل أن كان عبدا محترفا فنسى الحرفة (لانه دخل فى ضمانه بجميع (٣٧١) أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء

وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو تتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص فى يده ضمن النقصان) لانه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد فى مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف

انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد (قوله وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الغصب الشرعى فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا فى أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوى وهو يعم المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر فى قوله واذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوى لامحالة وان أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن أن يجاب عنه أن المراد هو الاول ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور ههنا فى أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوى دون الشرعى لان المعنى اللغوى فى المنقولات الشرعية معنى مجازى بالنظر الى وضع أهل الشرع على ما عرف فى علم الاصول بل فى علم البيان أيضا فلا بد فى ارادة المعنى اللغوى بالمنقولات الشرعية فى تخاطب أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعى بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب فى قوله غصب عقارا معناه اللغوى دون الشرعى تدبر (قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تعم المثلى وغير المثلى من المنقولات لعموم الحكم المذكور فى جوابها كلا منهما مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى فى صورة المثل على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما مر أن المعتبر فى هاتيك الصورة عند أبى حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية (قوله وان نقص فى يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أقول فى هذا التعليل قصور اذ قد صرح فى عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه تعم ما كان النقصان فى بدن المغصوب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها وما كان فى غير

(٥) تعذر رد عينه و (ما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) وأما اذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيأ عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما أن يكون الرد فى مكان الغصب أولا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله أن ينتظر فقوله (بخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف يعنى اذا نقص شئ من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشترى لا يضمن البائع شيأ لنقصانه حتى لا يسقط شئ من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت فى يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول الضمير فى نقله راجع الى الغاصب والضمير فى له راجع الى المالك المقدم ذكره والضمير فى يطالبه راجع الى الغاصب

قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار

قال المصنف رحمه الله (ومراده) أي مراد القدوري رحمه الله بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان (غير الربوي أما في الربويات) كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فانهشم في يده فـ(لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا) لكن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله قال (ومن غصب عبدا فاستغله) أي ومن غصب عبدا فآجره وقبض الاجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا أنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رده عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها وعلى هذا اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة

بدنه مثل أن كان عبدا محترفا فنسي الحرفة ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى في التعليل أن يقال لانه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب فانه أوفى بالصورتين معا وأوفق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا) يعني أن مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وأما في الربويات أي في الاموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن لمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا هذا فحوى كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما اذا غصب حنطة تعفنت في يده اذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل الى الربا بالاحالة وأما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب كيليا أو وزنيا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كيلا أو وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الاصل بلا تأد الى الربا أصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في الربويات مطلقا فتأمل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه (أقول) تقرير صاحب العناية ههنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلا عن الايضاح الا أنه منظور فيه عندي أما أولا فلانه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات أيضا بأن الوزني الذي في تبعيضه مضرة كالصوغ من الفقم والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك أن اناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا باناء فضة انهشم في يده وأما ثانيا فلانه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها اناء فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فلعل الحق في حكم غصب اناء فضة اذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هكذا وان كان الاناء فضة فهو بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الاناء من ذهب فهو بالخيار ان شاء أخذه بعينه وان شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل اناء فضة حيث قال وفي المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن للجودة والرداءة والصنعة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا

قال المصنف (قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا) أقول الظاهر تقديم أيضا على قوله عندهما

لابي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول بالموجب أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستندا فانى يكون الخبث أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت (فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا وسلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشترى ثم استحق وغرمه المشترى فان الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن الى المشترى لان الخبث ما كان لأجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الاجر أو المال (لانه محتاج اليه والمحتاج اليه أن يصرفه الى حاجة نفسه) وهو أولى بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث (فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا) أنه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شئ عليه وان كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب اذا تصرف في المغصوب أو المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقدمر في الدلائل وجوابهم انى الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا أي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير

لابي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو أدى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشترى ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن الى المشترى لان الخبث ما كان لحق المشترى الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله أن يصرفه الى حاجة نفسه فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع اذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقدمرت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة أما فيما لا يتعين كالثمنين

اه (قوله لابي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر أن الغلة أي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط فما وجه القول بأن لا يتصدق بشئ من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط

(قوله لكنه بسبب خبيث) أقول أي لكنه حصل أو لكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيجيء الحديث بتفصيله في الدرس الآتي قال المصنف (والملك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة اذا لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما اذا ضمن قيمة العبد كله وفي أكثر النسخ والملك المستند ناقص فلا مجال للعمل على هذا الاحتمال الا بجعل اللام عهدية (قوله أجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت) أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل فانه اذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات قال المصنف (فيزول الخبث بالاداء اليه) أقول زوال الخبث بالنسبة الى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك العلة كمن أدى دين زيد بماله الآخر فليتأمل فان جوابه غير خفي

فقوله (فى الكتاب) يعنى الجامع الصغير (اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها أو أطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه أربعة أوجه فى واحد منها لا يطيب وفى الباقى يطيب وذكر فى المبسوط وجها آخر لا يطيب فيه

فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها أو أطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخى لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بالالف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال وفى المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غنى وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشئ من ذلك اه (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة فى أداء الثمن الى المشترى ففى هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن فى حق الغلة المصروفة الى حاجته فى حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا أو لا يرى أنه لو صرفها الى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد أصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا أن يقال وجه تأثير الغنى السابق فى تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال أن يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم أداء الثمن الى المشترى فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم بعد أن يكون مدار الحكم الشرعى فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور فى كلام المصنف بوقت الصرف الى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شئ وهو أن الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن اليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه اذ معناه فبعد أن صرفها الى حاجة نفسه لو أصاب مالا الخ اللهم الا أن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتأمل (قوله فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) أقول فى عبارة المصنف ههنا تسامح لان حاصلها يؤل الى أن يقال فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله اشترى بها فى قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما فى الكتاب وقوله ونقد منها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن فى الشئ اشارة الى نفسه والى غيره كما لا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا أشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور وتظهر المقابلة بقوله بعده وأما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها كما يذهب على ذى مسكة ثم ان مأخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير ولفظه اذا أشار اليها ونقد منها بدل

قول المصنف (وان اشترى بألف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشئ) بل يرد عليه مثل ما غصب (فى قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف فلم يظهر الربح

قال المصنف (لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كما لا يخفى

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الخنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الخنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا خنطة ومثل ذلك بقوله (لكن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) وفيه اشارة الى أن الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الخنطة والأمثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه (عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله)

﴿فصل فيما يتغير بعمل الغاصب﴾ قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها لكن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

قول المصنف اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فأما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما أن يشير اليها وينقد من غيرها واما أن يطلق اطلاقا وينقد منها أو يشير الى غيرها وينقد منها وفي كل ذلك يطيب الا أن يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا أن يتأكد بالنقد منها قال مشايخنا بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا تقرر رأي الصدر الشهيد وشمس الائمة السرخسي

﴿فصل فيما يتغير بعمل الغاصب﴾ قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اه (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لاصل الغصب الا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب أصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتأخير أحرى منه وأما ثانيا فلان كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاقه للتأخير لا للفصل عما قبله بأن يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكأن صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الخنطة اذا

﴿فصل فيما يتغير بعمل الغاصب﴾ (قوله والظاهر أنه تأكيد لان قوله زوال اسمها يتناوله الخ) أقول فيه أن الشاة اذا أريت بعد ذبحها وسلخها يزول عنها الاسم الشاة لا المنافع كما سيجيء من الشارح فالاولى أن يقال قوله وعظم منافعها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأريها فتأمل قال المصنف (وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روي عن أبي يوسف ثانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدى الى الربا) اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن فى تفريق الاجزاء لا فى احداث مالم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع فى الثوب ألا ترى أن الربا يجرى بينهما ولا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة (وعند الشافعى يضمنه) لان على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين فى الاموال الربوية جائز وهو رواية عن أبى يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه (٣٧٦) حقه (لكنه يباع فى دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) (قوله وللشافعى) عطف على قوله

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدى الى الربا وعند الشافعى يضمنه وعن أبى يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع فى دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعى أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح فى الحنطة وألقتها فى طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل أصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأتربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد

غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا الا حنطة الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر فان كون قيد وعظم منافعها فى هذه المسئلة مذكورا لمجرد التأكيد مع وقوعه فى عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا تقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأتربها فانه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكها كما سيأتى فى الكتاب مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمية كما سيأتى التصريح به فى عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها تدبر (قوله غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) قال بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح فى بيان قول المصنف فيما سيأتى ولنا أنه أحدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فأنى يتصور هنالك نقصان القيمة بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما اذا عفنت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربا بينهما ولا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيأ آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لاداته الى الربا على ما مر فكذلك ههنا اه اللهم الا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لانقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر فى مثله اضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى (قوله للشافعى أن العين باق الخ) قال صاحب العناية قوله وللشافعى عطف على قوله لانه يؤدى الى الربا (أقول) ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا فى نسخ الهداية الصحيحة أصلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء اذ لو كانت للعطف على قوله لانه يؤدى الى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبى وهو قوله وعند الشافعى يضمنه وقوله وعن أبى يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز

لانه يؤدى الى الربا وتقريره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لان الواجب الاصلى فى الغصب رد العين عند قيامه ولو لا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة لانها تابعة للاصل (كما اذا هبت الريح فى الحنطة وألقتها فى طاحونة فطحنت) فان الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه تخلل فى صورة انتزاع فعل الغاصب دون المستشهد به أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فى الاصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا لنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة (وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وأتربها) أى جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولنا أنه أحدث صنعة متقومة) لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا (واحداثها صير) خمس (حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد ضمان

قال المصنف (غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع فى دينه) أقول قوله لكنه ليس فى محله والظاهر أن يقال فيباع فى دينه (قوله وللشافعى عطف على قوله لانه يؤدى الى الربا) أقول فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف هذا خلف وليست الواو فى نسختنا موجودة وهو الأصوب

وحقه أى حق الغاصب (فى الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف فى الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا الترجيح كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشى والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه (قوله ولا نجعله سببا للمالك من حيث هو محظور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح واللحم باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح (٣٧٧) جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه أو غزلا فنسجه أو قطنا فغزله أو سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم وأما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجىء لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله (لا يحل له) ظاهر

وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذى هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للمالك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسانا والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبى حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز

ضمان النقصان عند أبى يوسف هذا خلف اه (أقول) ليس هذا بشئ لان معنى قوله للشافعى أن العين باق أنه فى اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطفا على قوله لانه يؤدى الى الربا لا أنه فى اثبات مذهب أبى يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف كيف ولو لزم ما توهمه من المحذور ههنا لزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند اقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك أن المذكور ثانيا أو ثالثا من تلك الادلة بالواو معطوف على الاول مع أن مدعى كل واحد منها بخلاف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فانه معطوف قطعا على قوله للشافعى أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما علله الشافعى بلا ريب فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له فى اثبات مذهبه كذا ولنا فى اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأرتبها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك الا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين كذا فى العناية وغيرها (أقول)

وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز

(قوله وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه) أقول قال الكمال الدين أى حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول (قوله كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال) أقول قوله فى الذات أى فى الوجود قوله فى الحال أى البقاء والضمير فى قوله منه راجع الى الرجحان قال المصنف (ولا نجعله سببا للملك) أقول أى لا نجعل الصفة بتأويل الفعل أو على اعتبار المفعول الثانى (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل) أقول الأظهر أن يقال جهة كونه تصرفا فى ملك غيره على سبيل العدول والا فتفويت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيلا للحاصل الا أن يقال يتأكد به ذلك التفويت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول فى أول الفصل وفى باب الربا أيضا (قوله بل يقال لحم مأروب) أقول الظاهر مأروب أو مؤرب

وجه الاستحسان ماذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة أنصاري فقدم اليه شاة مصلية أي مشوية فأخذ منها اللقمة

وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا أدى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا أبرأه المغصوب حقه به وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها الا بتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم

الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيما ذكره جوابا عما استشهد به الشافعي من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتأريبها فانه على المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قطعا أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جوابا عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب (قوله وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضي وليه أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضي الا بطلبه اه واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بأن كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم (أقول) يرد على الاحتمال الاول أن قول المصنف في التعليل لانه لا يقضي الا بطلبه غير مساعد لذلك لأن من كان القاضي وليه لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا وكما اذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية أصلا و يرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا اذا أدى بالقضاء يأبى ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار و يمكن أن يجاب عن الاول بأن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي وليه لكونه نائبا منابه فكان القضاء هناك أيضا بطلب المغصوب منه حكما وعن الثاني بانه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البدل من الغاصب والمراد بقوله قبل ذلك وكذا اذا أدى ما قضاء أداء البدل بالقضاء فافترقا ولا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من الضمان اه (أقول) يرد عليه أيضا أن قول المصنف فيما قبل واذا أدى البدل يباح يغني عن هذا المعنى لان أداء الغاصب البدل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركا ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبل واذا أدى البدل أداؤه برضاه دون مطلق الاداء

لفعل بلوكها ولا يسيغها فقال عليه الصلاة والسلام انها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخي ولو كانت أعز من هذا لم ينفس على بها وأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطعموها الأسارى قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء (قوله ولان في اباحة الانتفاع) دليل معقول) وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله وله هذا الوهبه وتقريره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله (واذا أدى البدل) راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله (أو ضمنه الحاكم) يعني اذا كان مال اليتيم وقوله (بخلاف ما تقدم) اشارة الى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا وقوله (وأصله ما تقدم) اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان والا

قال (وان غصب فضة أوذهبا) اذا غصب فضة أوذهبا فضرب بها دراهم أودنانير أوآنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولاشئ للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه أحدث صنعة معتبرة متقومة صيرا حدا ثها حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح رأس المال فى المضاربات والشركات وبعد ما ضرب به صلح لذلك وفى ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولابى حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهى الثمنية وكونه موزونا وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله

قال (وان غصب فضة أوذهبا فضرب بها دراهم أودنانير أوآنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبى حنيفة فيأخذها ولاشئ للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها) لانه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال فى المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الاصلى الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال (ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعى للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه

والا يلزم استدراك قوله وكذا اذا أدى بالقضاء وأداؤه برضاه انما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراك بقى الكلام فى قول صاحب الكفاية أوتراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضى الاستدراك اذ التراضى قد كان معتبرا فى قول المصنف واذا أدى البدل يباح كما يدل عليه تعليله هنالك بقوله لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضى ويمكن أن يجاب عنه أيضا بأن المراد ههنا التراضى على مقدار من الضمان أى على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضى على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن حمل قول المصنف أوضمنه المالك على التراضى على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جدا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلا وقال تاج الشريعة فى تفسير قوله أوضمنه المالك أى طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان اه واقتفى أثره الشارح العينى (أقول) فيه أيضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل (قوله ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر فى الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها اه قال صاحب العناية بعد نقل ما فى الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت فى قوله وجه آخر لنا فيه اه (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجه ذلك بالتأمل فى قوله وجه آخر لنا فيه لان حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعى ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الأعلى عند امكان

وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لا أنه هلك العين بها من وجه وقوله (وكذا الصنعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه أنها غير متقومة فى جميع الاحوال لانها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد

اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها فى الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه (ومن غصب ساحة) بالحاء المهملة وهى الخشبة العظيمة لان الساحة بالحاء ستأتى بعد هذا (فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر فى الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة وأما اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها عنها وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت فى قوله وجه آخر لنا فيه (وقال الشافعى رحمه الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه) يعنى فى أول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ

قال المصنف (ومن غصب ساحة) أقول هو أول مسئلة خالف فيها الشافعى أصحابنا رحمهم الله كذا فى مواقيت العلوم للامام الرازى (قوله فى قوله وجه آخر لنا فيه) أقول يعنى فى الجواب الذى ذكر فيه عن السؤال

ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضررا بالمالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة أما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه

العمل بالضرر الأدنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس اذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الاول على كل حال عملا باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فانما هو أقل قيمة حينئذ يكون أخف وأيسر تحملا وليس فليس * ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قدمناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا ولا شك أن قيمة البناء اذا كانت أكثر من قيمة الساجة كان البناء غالبا على الساجة فيصح اذ ذاك أن يقال ان الغاصب أحدث صنعة متقومة صيرا حداثها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فانما تكون الساجة غالبة على البناء فلم يشكل هناك أن يقال انه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تأمل تفهم (قوله ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضررا بالمالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضي الله تعالى عنه اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشئ فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هنالك أيضا كما لا يخفى نعم يوجد هنالك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته) قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لان ابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين اه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساجة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل اه (أقول) ليس ذلك بشئ اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الأحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس أيضا بلا ريب على أنه لو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيسا هنا ولا تتحقق فيه العلة المعتبرة في المقيس عليه وهي

(قوله فلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول أي من العلتين أعني التلف وتملك الغصب (قوله وجعل حق غيره أولى الخ) أقول كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساجة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل

لحوق

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبنى عليها (يرد ذلك وهو الاصح) قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساجة قبل البناء عليها تصلح للاحراق تحت القدور ولابواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشئ من ذلك الا بالنقض والتغيير يوجب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره بغير أمره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم (٣٨١) أن غاصبه يجب أن يستحق أجر

وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح قال (ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يديهما) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب

لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك أي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي تطرلان القدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد مجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم باقامة الدليل أما بمجرد الرواية فلا اه كلامه (أقول) نظره ساقط لانه ان أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره أو في المسئلة التي نحن بصددها الى الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة على أنه بنى على حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض وأما اذا بنى على نفس الساجة ينقض بناؤه لانه تعدى فيه وكان الهندواني يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة وانما اسقطه بكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأنه لا حق للمالك في الساجة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقييد بأن بنى على حوالي الساجة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بأن قال فبنى عليها لا يستند الى الكرخي بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيأ فان الكلام في مسئلة الساجة وهو في روايتها يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور) وهو ما أعد للذبح من الابل من الجزر وهو القطع يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك لانه حق مقصوده فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه أحمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار أخذ الثوب لكون صبغ الحمرة

المثل لجزارته على المالك لانه حق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يديهما أي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يضمنه شيأ يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض اذ لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل

(قوله وجواب الكتاب الى قوله قيل لانه تغير الخ) أقول قيل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساجة بحالها غاية أن البناء عليه مانع عن ذلك كالبناء على الساحة فانها تصلح للزراعة بحالها والبناء مانع كما نص عليه فليتأمل (قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر فالاولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله ان مذهبه يجب أن لا يكون غاصبا

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم مأكوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول

وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان (قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك) متعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الآدمي وغيره أن الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك قال (ومن خرق ثوب غيره) اختلف الناس في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش فيهما وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار في القدوري الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب تما

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه) لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه قال رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه وان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع

زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان ليحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لانه حق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لانقصانا حيث أعد للجزر غيره مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا اه (أقول) ان قوله لا مجال لهذا التوهم أصلا تحكم وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن متبرعا لمازاده الصبغ فيما اذا أخذ ثوب غيره فصبغه أحمر بل ضمنه للمالك اذا اختار أخذ الثوب كما سيأتي فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لمازاده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل استحق أجر المثل بناء على أنه حق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون منشأ للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح ههنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم مأكوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار

(قوله قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول ان كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقاني فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهي النظر وان شئت فراجعه

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر أن الثوب اذا قطع يفوت شئ من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه (واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان) يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا ودون غيره (لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا) فقال واذا غصب ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كبيرا فللمالك أن يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه فان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو الى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضي الامام أبو على النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها وان كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعتها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذا اذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلائي وتعذر اخراجه ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكرنا

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها)

فيهما يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييد بغير مأكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية الا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بلا خيار وقد مر من قبل هذا اه ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرد على ما تيك العبارة شئ من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما على حمل مراد المصنف على تسوية مأكول اللحم وغير مأكوله في الحكم وعبارة صاحب الغاية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان اه كلامه (أقول) لما نع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لان ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامساك وأخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير مأكول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بعد قطع

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه) أقول أي يؤمر صاحب الاكثر قيمة بأمر تخييري والضمير في قوله الى صاحبه راجع الى الآخر

لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له) لان فيه تطرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الارض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لأن التمييز متعذر

الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصيرها لكامن وجه دون وجه وكأن صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها أي الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما اذا كان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق) صححه في المغرب بتنوين عرق حيث قال أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكر في المغرب شيء وهو أنه قدر المضاف أولا حيث قال أي لذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تنافر لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا للعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ان قوله محرم صفة ذا وجوه للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون المصير الى التجوز وجه وعن هذا ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي لذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لا أن هناك مضافا محذوفا مقدرا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا الذي لانه معرفة اه (أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فان ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان أضيف الى نكرة ومعرفة ان أضيف الى معرفة وعن هذا قال الجوهري في صحاحه وأما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة أضفته الى نكرة وان وصفت به معرفة أضفته الى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه الى مضمر ولا الى زيد وما أشبهه اه ولا ريب أن المضاف اليه الذي فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة وكأن وهمه ذهب الى ذي التي هي مؤنث ذا من أسماء الاشارة التي هي من أنواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم نبوة (قوله ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لتوهم أن يتوهم أن قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسئلة في الغصب بأن قال ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي وبالغصب المنفي تحققه في الارض في أثناء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قدمر

وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صححه في المغرب بتنوين عرق أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله (فتقوم الارض الخ) يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البناء (قوله ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر وقوله (اعتبارا بفصل الساحة) يعني كما أن في فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم تتضرر الارض به فكذلك هنا لان في كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله (لان التمييز ممكن) يعني بالعصر

(قوله وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صححه في المغرب الى قوله بل يؤمر بقلعه) أقول ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة

وقوله (ولنا مابينا) يعني في مسئلة الساحة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ يعني ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي بينهما وتخيير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزي رحمه الله (في أصل المسئلة) يعني في قوله ومن غصب

ولنا مابينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض أما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لاجناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال أبو عصمة في أصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشايخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه بأن يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا كما في قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة اه كلامه (أقول) قدمر منا أيضا هناك أنه لم ينقل أحد من مشايخنا أن الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفا فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقق الغصب الشرعي في العقار على أنه لو بني عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلل وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

ثوبا فصبغه أحمر واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا للنقل (وقد ظهر بما ذكرنا) في مسئلة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعني جواب المسئلة وتعليلها (في السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه) أي من القيمة (المثل سماه به) أي سمى المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أي لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير في منه وبه بتأويل ما يقوم (قوله فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ) معناه ان نظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمهما الله

(قوله قال أبو عصمة المروزي) أقول هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمهم الله

﴿فصل﴾ لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى أن توجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق (ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله) يعني يدا ورقبة وكل من ملك بدل شئ خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فانه قال في الأسرار قال علماؤنا رحمهم الله الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان اذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشناعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله (نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ الشافعي التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه

﴿فصل﴾ (فوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فانه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لان الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك وعندنا لان المدبر لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا) أقول فيه بحث فان عدم مناسبته لا يهمنا غايته أن يكون وجها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف يملكه مستندا كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

﴿فصل * ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها) وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا (قوله وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا اه وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لا يهمنا غايته أن يكون وجها آخر لنا في الجواب اه (أقول) كيف لا يهمنا عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزييف دليل خصمنا مما يهمنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليتزيف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكماله الخ كما أشار اليه ذلك البعض بقوله غايته أن يكون وجها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جوابا آخر عما قاله

قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) اذا اختلفا فى قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لانه أثبته بالحجة الملزمة) فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغى أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضى الامام أبو على النسفى رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون فى معنى الوديعة وكأن المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر أوصاف المغصوب فى دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله فى الاصل اذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجىء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله ينبغى أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك أصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب فى محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجىء به وعلى هذا لا يحتاج الى تأويل أبى بكر الاعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعى فى المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فأما

قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) لان المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لانه أثبته بالحجة الملزمة قال (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه فى هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخى رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا

الشافعى ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعى فى تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترتب منع كون الغصب سببا للملك عندنا فى الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلى القاطع عندا مكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفى الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضى أبو زيد فى الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك فى المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضى عليه (قوله الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب

أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثانى كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة فان قيل أخذه القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى أجاب بقوله (وأخذه دونها) أى أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهى عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه فى هذا الفصل الاخير) يعنى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه (فكذلك الجواب) أى فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض (فى ظاهر الرواية) وقال الكرخى رحمه الله لا خيار له فى استرداد ها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله (وهو) أى ظاهر الرواية (الاصح) لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار

(قوله فلا يكون فى معنى المودع) أقول ينظر فان الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينة مدعى الثمن الناقص اذا اختلفا فى ثمن السلعة كما مر فى الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الاصح) أقول فيه تأمل

قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد (٣٨٨) على ما ذكر والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب

قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها اياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الطبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

فان له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن والجمال (وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن الا بالتعدي أو بالجحود عند طلب المالك) والأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شئ حتى تضمن بالتعدي لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها (وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالطيبة المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وان لم يكن هنالك منع من المخرج (ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا) في أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكروا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع الا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لان الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الاكثر انما هو الأقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيارة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الأمة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) في الجواب بحث لان الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبيره اذ الظاهر أن محل الاعتاق والتدبير لا يكون الا مالا مملوكا وقد تقرر في محله أنه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا ولئن سلم أن محل الاعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكفي أن يكون ملكا وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لان الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول

(قوله دون الاعتاق بالنص) اقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الأمة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الأم مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا (قوله وفي الطيبية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كما في الطيبة المخرجة من المحرم ووجه ذلك أن القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وفي الطيبة المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية

ما اذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع) أقول هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب وأما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة كان جزأ من أمه حين الغصب فكان ازالة يد المالك عن أمه مستلزما لازالتها عنه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن أجزائه فلا يتصور اذ ذاك أن يقال ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بأن يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاوصاف القارة في الأمهات تسري الى الأولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا اه كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفا له أيضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدي محتاج الى المفعول به في التعقل والوجود جميعا

باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (واذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الطيبة سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان جناية) أي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا

(قوله سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا) أقول فيه بحث فان الازالة عن الكل ازالة عن الجزء (قوله فان تفويت يده يحصل به) أقول فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى يفوت قلنا فرق بين التفويت والازالة فالاول لا يقتضي الثبوت (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق الخ) أقول فيه تأمل (قوله والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولد المغرور حر بالقيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول فيه تأمل اذ حينئذ لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما في مسئلتنا مع أن المسئلتين الأوليين دلتا على أن مجرد اثبات اليد كاف في الضمان (قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول الاولى أن يقول بتكرر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده

(واهذا يتكرر) الجزاء (بتكرر هذه الجناية) فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلأن يجب بمباشرته وفوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى) قال (ومانقصت الجارية بالولادة الخ) مانقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فمات

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلأن يجب بمباشرته وفوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى قال (ومانقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لاينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الطبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم

والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصف له وقال ولا امتناع في قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب وكالملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا لحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد أحد ولا اثباتها فالجواب أن ماقلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لامحالة وأما أن كل مايوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعدادا الى هنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتام لانه انما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لان حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بماذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولاشك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لايخفى على الفطن فالاولى في السؤال والجواب ماقصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لانه أوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا

ولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كما لو فات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيأ وقال زفر والشافعي رحمهما الله لاينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الطبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لاينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب رد هما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فانه لاينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا مانقص من الجزء بالخصاء والتعليم بمازاد من القيمة فيه

وصل

(قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمائر (قوله فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بمازاد من القيمة فيه) أقول قوله بمازاد متعلق بقوله لاينجبر

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا

وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى أثره اكثر الشراح فى تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثانى على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال فى شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التى هى الاخراج من الحرم اه كلامه (أقول) لا جواز عندى للمعنى الثانى ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الاولى كما زعم صاحب النهاية فان قول المصنف يتكرر بتكرر هما متفرع على قوله فهو ضمان جناية كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير جعل قوله يتكرر بتكررهما على المعنى الثانى لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جنايته لاضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط فى المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفى الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا اه تدبر تفق (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف) ذهبت جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية الى أن قول المصنف على ما عرف اشارة الى ما يجئ فى مسئلة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى أنه اشارة الى ما ذكر فى طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثانى وذكر الاول أيضا بطريق النقل حيث قال يعنى فى طريقة الخلاف وقيل فى مسئلة من غصب جارية فزنى بها على ما يجئ اه (أقول) لا مجال عندى للحمل على الاول أصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وبما يجئ فى مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة حتى يصح حوالة معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا ترى الى قول المصنف فيما سيأتى وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضى اليه غالبا اه فان ذلك صريح فى أن الولادة لا تكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة أن العلوق أيضا لا يكون سببا له لان افضاءه الى الموت أبعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلوق ثم ان المعروف فى الحوالة على ما يجئ أن يقال على ما يجئ أو على ما سيعرف بصيغة المضارع وأما أن يقال فى مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف فى طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا) لان السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن فى ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شئ بمثل قيمته فقضى القاضى به ثم رجعا لم يضمنا شيأ وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا فى الشروح واعترض بأنه لم يخرج جواب للخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع فى ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند أبى حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعنى فى طريقة الخلاف وقيل فى مسئلة من غصب جارية وزنى بها على ما يجئ وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن فى ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شئ بمثل قيمته فقضى القاضى به ثم رجعا لم يضمنا شيأ وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات

وصار كما اذا غصب جارية سمينة ثم هزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما وتقريره لانسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا يجبر بقيمة الولد وكذا لانسلم أن الأم اذا ماتت لا تجبر قيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلا منافيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم اذ لا تفضي اليه غالبا وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها (وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلا منافيما اذا رد الأم بنقصان الولادة هل يجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف يجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله أجيب بأن المصنف رحمه الله (٣٩٢) أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا ولو لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدل ان في ملك واحد أجيب بأنه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطلت الخلفية وبقي في ملك المولى فان قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما أشار اليه المصنف رحمه الله من عدم عده نقصانا لا تضمينه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني أيضا فلله در المصنف ما ألطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا قال (ومن غصب جارية فزنى بها) قال في الجامع الصغير محمد عن أبي يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الامة أيضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها وتابعه المصنف في قوله ثم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد لبيان أن الحبل كان موجودا وقت الرد قالا الرد قد صح لانه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم صحته حيث ملكت بسبب كان عنده

وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما وتقريره لانسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا يجبر بقيمة الولد وكذا لانسلم أن الأم اذا ماتت لا تجبر قيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلا منافيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم اذ لا تفضي اليه غالبا وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها (وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلا منافيما اذا رد الأم بنقصان الولادة هل يجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف يجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله أجيب بأن المصنف رحمه الله (٣٩٢) أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا ولو لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدل ان في ملك واحد أجيب بأنه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطلت الخلفية وبقي في ملك المولى فان قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما أشار اليه المصنف رحمه الله من عدم عده نقصانا لا تضمينه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني أيضا فلله در المصنف ما ألطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا قال (ومن غصب جارية فزنى بها) قال في الجامع الصغير محمد عن أبي يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الامة أيضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها وتابعه المصنف في قوله ثم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد لبيان أن الحبل كان موجودا وقت الرد قالا الرد قد صح لانه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم صحته حيث ملكت بسبب كان عنده

زيدة ما في النهاية والعناية (أقول) الجواب منظور فيه فان النقصان أمر محقق لا محال لانكاره وقوعه اذ وضع مسئلتنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لأن لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح فالطيبة في شرح قول المصنف وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لأن يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وأن لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا لائمتنا من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت)

قال المصنف (أو سقطت ثنيتها ثم نبتت) أقول قال الزيلعي أو قلعها الغاصب فنبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانها عنه اه وفيه أن السبب ليس بمتحد والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا الخ) أقول ويجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشترى ماله بماله وقدمر تفصيله في باب المرابحة والتولية فراجعه (قوله لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضمان الغاصب) أقول أي على مذهب زفر والشافعي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث

أجاب بقوله (والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب (كما اذا حبلت في يد الغاصب فردها فهلكت أو زنت في يد الغاصب فردها فحلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية فدحلت عند البائع) ولم يعلم المشترى بالحبل (فولدت عند المشترى وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل (ولابي حنيفة رحمه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجد هاهنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك (فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة) اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها (لانها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما لكن اشترى جارية فدحلت عند البائع بطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شئ من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشترى عليه بالهلاك في يده وأما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب ورداها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها

والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حبلت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده ثم ردها فحلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية فدحلت عند البائع فولدت عند المشترى وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

(أقول) لقائل أن يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغاير سبب الزيادة وهي السمن في الاولى ونبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جز صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تثبت ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضا ثم أقول في الجواب ان الفرق بالاتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده أن لا يعد النقصان نقصانا كما ذكروه بخلاف عدم اتحاده اذ لا وجه عنده أصلا لأن لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا لانه اذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصانا فلأن يسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصانا أولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اه (أقول) ليس هذا بشئ لان الثنية وان لم يكن لها قيمة الا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيأ فيما نحن فيه (قوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا

(٥٠ - تكملة سابع) ردا فاسدا وأما اذا حبلت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك

قال المصنف (وردت وفيها ذلك) أقول لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق آنفا من وجه الرواية الظاهرة من الامام أن الولادة ليست بسبب لموت الام فتأمل في دفعها قال المصنف (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزيلعي وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وأنه يزول بترادف الاكلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل (قوله أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول يشترط فيه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله اذ الاوصاف لا تدخل في الشراء) أقول فيه بحث فانه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحمى والضعف) أقول أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث

(قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أوزنت في يده الخ وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجارح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ماوجب في يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله (للشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيه النسخ والضمنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالاجماع (فكذا بالغصوب) لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كالو ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى) وما حدث في امكان الرجل فهو في ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة التكاليف (٣٩٤) فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وإنه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا أتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ماذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وآيل فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن في بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها وقال مالك ان سكنها يجب أجر المثل وان عطلها لا شئ عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها

سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بأنها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كما في استئجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لأن الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم أر أحدا حام حول جواب هذا الاشكال مع ظهوره وروده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون محلصا ههنا الا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يأبى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والملك

(قوله لانها أعراض لا تبقى) أقول وان بقيت لا تضمن أيضا لانها ترد مع أصلها (قوله وما حدث في امكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول الكبرى محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول ويعضده أن الاجسام متماثلة لتركبها من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضا فلا يصلح ماذكره للتنوير (قوله هو مالا يعد عيبا في التصرفات) أقول ولا يقتضي المماثلة بخلاف ضمان العدوان فانه يبتني على المماثلة بالنص

ولانها لاتماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان

في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا فاحال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تأويل كلها متعسر بل متعذر تأمل تقف * ثم أقول الاولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقرر في أول كتاب الاجارات أن القياس يأبى جوازها الا أنها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وأن جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولأنها لاتماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع المغصوب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور وتقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولأن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد أو بالاعيان وهو باطل أيضا لانها لاتماثل الاعيان لان المنافع أعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع أو بغيرها من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا أتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الوجه الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره في كل من الجوابين شئ أما في الاول فلأن تنويره بقوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لأن للعقد والرضا تأثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بألوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا ألا يرى أن التفاوت بين

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

جوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما اذا استأجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلأن جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهمه لان التفاوت في الاول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك ان جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز أن يكون الامر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضا كذلك فمن أين ثبتت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو مجرد مالا بعد عيبا في التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الاحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ أي العلل التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الخ اه (أقول) فيه نوع خلل لانه قال أو ما ذكره بكلمة أو وهي لاحد الامرين ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم ههنا وأشار اليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولا وثانيا وثالثا بأقواله المزبورة لا أمر آخر فكيف يصح العطف بكلمة أو وقال صاحب الغاية ههنا أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله انها حصلت في ملك الغاصب وثانيا انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا انها لا تماثل الاعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص اه أقول يرد على ظاهره أن العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف أولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا فما معنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بها ذاك والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وبقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ههنا وتعينه فكأنه قال أراد بمعنى المآخذ ههنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهرة فيصح العطف الا أنه لو قال في الثاني وأراد بهذه المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على ارادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن * ثم أقول بقي في هذا المقام بحث قوي وهو أنه قد صرح في معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضا (فان قلت) العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

(وقد عرفت هذه المآخذ) أي العلل التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى آخره (في المختلف) يعني في مختلف أبي الليث وقوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه (الا أن) أي لكن (ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين) والله أعلم

(قوله أو ما ذكره أولا بقوله لانها حصلت الخ) أقول فيه بحث

فصل

﴿ فصل فى غصب مالا يتقوم ﴾ لما فرغ من بيان ماهو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المغصوب منه بتقومه أو بتغيره فى نفسه الى التقوم (قال وان أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمى خمر المسلم واتلاف الذمى خمر الذمى واتلاف المسلم خمر الذمى ولاضمان على المتلف فى الاولين بالاجماع وأما فى الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمى من الذمى جاز البيع عندنا خلافا له قال (سقط تقومها فى حق المسلم بلا خلاف فكذا فى حق الذمى لانهم أتباع لنا فى الاحكام) قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها (فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان) أى ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق فى حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضى الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما فى حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك

﴿ فصل فى غصب مالا يتقوم ﴾ قال المصنف (واذا أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره ضمن) أقول فى شرح الكافى لصدر الاسلام لو أتلف مسلم على ذمى خنزيرا على قول أبى حنيفة لا يضمن شيأ وعلى قول أبى يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقانى وهذا خلاف ما ذكره القدورى فى مختصره وفى شرحه لمختصر الكرخى ولكنه قياس قول أبى حنيفة الذى مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أتلفها ماذمى على ذمى) أقول ولقد أحسن حيث أتى فى المسلم باللام وفى الذمى بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر الى قوله لا تفعلوا الخ) أقول قوله لا تفعلوا مقول قول

﴿ فصل فى غصب مالا يتقوم ﴾ لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحده الذى ذكرناه انما يتحقق فيه شرع فى بيان أحكام غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره فى نفسه الى التقوم اه كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية (أقول) لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية أن يصير مالا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين فى هذا الفصل ضمان مالا يتقوم فى بعض المسائل وعدم ضمانه فى بعضها فنى مالا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له فى حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع اباه عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح الكاكى حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع فى بيان غصب مالا يتقوم اه ومنهم الشارح الاتقانى حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع فى بيان غصب مالا يتقوم كالخمر والخنزير فى حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه (قوله ولنا أن التقوم باق فى حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم اتباع لنا فى الاحكام وتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق فى حقهم فى مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباعا لنا فى الاحكام والتعليل فى مقابلة النص غير صحيح على ما عرف فى علم الاصول (فان قلت) نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون كما ذكر فى أثناء التعليل من قبلنا فدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم ومايدينون على مدعانا ههنا (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات ومانحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان والثانى انه قد تقرر فى علم الاصول انه لا خلاف فى أن الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات أيضا فى حق المؤاخذة فى الآخرة وأما فى حق وجوب الاداء فى الدنيا فمختلف فيه ومانحن فيه من المعاملات فينبغى أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير أيضا * ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أما عن الاول فبأن يقال مانحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم

ونحن أمرنا بأن نتركهم ومايدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد تلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

أتباعا للنسائي في الاحكام فان عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فكان محل الاجماع وقد صرح به بعض الشراح وأما عن الثاني فبأن يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضا وأما فيما لا يتحمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لان الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل أن ما ثبت يبقى الى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا دليل السباق والسياق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضا وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الامم الماضية وكذا في حق هذه الامة في ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا ألا يرى الى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي يعلم اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم أن كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الا أن الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقولا لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض أن تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال ألا يرى أن المهر والجعش ومالا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير حسما لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال أمرنا أن نتركهم ومايدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم الى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بان نتركهم ومايدينون) أقول لقائل أن يقول فلم لا نتركهم ومايدينون في بعض الأمور كاحداث البيعة والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب أن

(ونحن أمرنا بأن نتركهم ومايدينون) يعني لا نجادلهم على الترك (والسيف موضوع) يعني لا يجبرون على الترك بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد تلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيأ من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون وأجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان

(قوله لا نجادلهم على الترك الخ) أقول أي ترك مايدينون (قوله وأجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث الخ) أقول فيه أن مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام لطلبهم ذلك لا نوريثها

وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب لقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لان أحدا من أهل الاديان لا يدين تمولهما الا أنه تجب قيمة الخمر وان كانت مثلية) وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له) بخلاف أهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة (٣٩٩) جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون الى آخره لاتساق ما بعده من العطف حينئذ (وقوله لانه مستثنى من عقودهم) يعني بعدم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فلدس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لاتدين لثبوت حرمة الربا في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه (وبخلاف العبد المرتد للذمي) فان المسلم اذا أتلفه لا يضمن شيأ وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو أيضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله ووجه الجواب (أنا ما ضمنا لهم ترك التعرض) للعبد المرتد للذمي (لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا أتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين وأجيب بأن ذلك كفر أصلي فالنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد

بخلاف الميتة والدم لان احدا من أهل الأديان لا يدين تمولهما الا أنه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين

امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام الا من أربى فلدس بيننا وبينه عهد على ما سيأتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية أخذا من النهاية ونقوض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيأ من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في دياناتهم ثم لم نتركهم ومايدينون وأجيب بانا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان اه واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام يطلبهم ذلك لانورثها اه (أقول) ليس فيما ذكره كبير حاصل اذ مراد المجيب أيضا أن عدم توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام يطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بأنكحة المحارم نعم يعتقد المجوسي صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث ألا يرى أن الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريث بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقض بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض * ثم أقول بقي ههنا كلام آخر وهو أن للسائل أن يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيأ من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع أن وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم ومايدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون الخ لاتساق ما بعده من العطف حينئذ اه (أقول) تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها مما يأبى ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون لان الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدين لنا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرح به الطيبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا مخالفا لقوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون يصير المعنى وهذا أي قوله ونحن أمرنا أن نتركهم ومايدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفا وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا أي عدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى أن هذا المعنى سديد

(قوله قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) أقول بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخنزير

(وقوله بخلاف متروك التسمية) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدينون يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لانسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة (٤٠٠) دال على تركهما مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال (فان غصب من مسلم خمرا فخللها الخ) من غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل أو الدباغ اما أن يكون بخلط شئ وبماله قيمة أولا فان خلل بغير شئ بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها أو دبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما أن يكون الخل والجلد باقيين أولا فان كانا باقيين أخذ المالك الخل بلا شئ وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهو نير وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه

وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال (فان غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال (وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخنزير اه (أقول) هذا أقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخنزير بتأويل ما ذكر كما زعمه يصير المعنى وهذا أي ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بأن يقال المراد وهذا بخلاف الربا في الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا لأن الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربا مما لا مساس له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة) قال في العناية يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لانسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركهما مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام أتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اه (أقول) هذا ساقط جدا أما أولا فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيأ من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضي أصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلوا ما يخالف الكتاب

(قوله ولقائل أن يقول لانسلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ) أقول الاولى استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فيثبت ولاية المحاجة (قوله والجواب الى قوله وهو منتف في حق المجتهدين) أقول فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه

الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور أن علة الامر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف اه (أقول) هذا ليس بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو أحد الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأحمد لو تخللت الخمرة بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن وأما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اه فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلاثة لائمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي اه كلامه (أقول) ظهوره هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الادلة التي ذكرها سائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل * ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا انفهامه مما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعا قوله في أثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه (أقول) هذا النظر ساقط جدا اذ لا نسلم أولا أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون

وان هلك في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف والبينة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه (وقوله أما الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فأما اذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضا واذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطى مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي مازاد الدباغ فيه فكان حقاله والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة

نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضا سببا له ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدي ما استهلكه واعطاء المالك مازاده الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الامر أن في جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك وقد أشار اليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الا أن هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان أيضا فله أن يضمنه بأي السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يضمن المستهلك ويعطي الغاصب مازاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه) قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك اه كلامه واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) فيه نظر اذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب أن يكون باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما أشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا في تعليل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ويؤيد ما قلنا ان الخمر المتخللة بنفسها أيضا غير مضمونة في صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد الغصب وهو الاخذ جبرا بدون

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وغيره في شروح الجامع الصغير قولهما يعطى والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ مازاد الدباغ أما اذا قوماهما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي حنيفة رحمه الله لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي مازاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع أصله كما اذا هلك من غير صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك (قوله بخلاف الرد الخ) جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتتبعه الصنعة وقوله (بخلاف الذكي والثوب) جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا وأقحم الذكي استظهارا لان التقوم فيهما أي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدفع والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان

ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه

تحقق الغصب الشرعى موجبا للضمان فى الهلاك والاستهلاك أو كان مجرد حصول التقوم للأخوذ بعد الأخذ كافيا فى تحقق الغصب الشرعى لوجب الضمان فى صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها فى يد الآخذ جبرا مع أنه خلاف ما عليه الاجماع * ثم أقول للناظر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما اذا هلك من غير صنعه ماذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وان كان فى ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير فى مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا فى الصورتين ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة فى خصوص السبب وهو كون الاصل الذى هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا أيضا فى صورة هلاك المدبوغ فى يده من غير صنعه لامن حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب فى تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان فى صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدى كما مر بيانه لم يجب الضمان هنالك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قولهما والا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك تأمل تقف (قوله ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة) قال الشراح فى تفسير قوله قيل ليس له ذلك أى مطلقا بلا خلاف ويقتضى هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعليل هذا القول الاتفاقى بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندى فانه لا يتمشى على أصل الامامين اذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح فى خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقتئذ والمراد عامر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ كما أشار اليه المصنف بقوله فى هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بأن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافى عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك فى هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبغ الثوب لان الصبغ فى الثوب بازاء الدباغ فى الجلد تأمل (قوله لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان العجز فى الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين فى صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اه (أقول) يمكن أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز فى الاستهلاك لما كان لامر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه

(ولو كان) الجلد (قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه) أى الذى كان الدباغ فيه بشئ متقوم (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك) وقوله (لانه اذا تركه) دليل أن فى المسئلة خلافا لا دليل المخالفين ووجه ذلك أنه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو أى الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وفيه نظر لان العجز فى الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين فى صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك

ثم اختلف فى كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكى غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخلل بغير خلط شئ أما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته فى قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا فى كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين فى الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله صارا الخل ملكا للغاصب ولا شئ عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه كما فى دباغ الجلد وقوله

(قالوا) يشير الى أن ثمة قولا آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قيل اشارة الى القولين المذكورين فى دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك الى أن قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك) أى أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبى يوسف رحمه الله أيضا ان خلط الشئ بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله (هو للغاصب فى الوجهين) يعنى ما اذا صارت خلا من ساعته

ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صارا الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبى حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شئ له عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل وان أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل فى دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند أبى حنيفة خلافا لهما كما فى دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لان خلط الخل بالخل فى التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبى حنيفة هو للغاصب فى الوجهين ولا شئ عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان فى الاستهلاك لانه أتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك فى الوجه الاول لما بينا و يضمن فى الوجه الثانى لانه أتلف ملك غيره و بعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على اطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شئ لان الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها فى كفاية المنتهى

المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يهمه ذلك فكان السبب الاصلى لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو للمالك بلا شئ كما يجيء لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ) يعنى اختلف المشايخ فى كيفية التضمين على قولهما فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكى مدبوغ و يعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى صور الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ كذا فى الشروح (أقول) ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر مازاد الدباغ فيه هى قيمة جلد ذكى غير مدبوغ بعينها اذ قد قال المصنف فيما مر

أو بعد زمان وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعنى الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ومعناه فى أن بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شئ كما تقدم و بعضهم أجروه على اطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها وهى التخليل بغير شئ والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما

قال المصنف (وعندهما أخذه المالك) أقول قال صاحب التسهيل يشكل هذا بما مر من أصلهم وهو أنه اذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه يملكه فيتعين الضمان والخل كذلك لزوال اسم الخمر ومعظم ما يقصد به من الأغراض بفعله وهو القاء الملح ونحوه فينبغى أن يأخذه و يمكن أن يقال كأنه تخلل بنفسه لان فى طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع بخلاف الخل انتهى و يمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المشروعة كلا منافع

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكرا أو منصفا مهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو وأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للني من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة روايتان في التضمين والبيع لهما أن هذه الاشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل أمرا بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا أتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

﴿كتاب الشفعة﴾

في بيان أخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد والله تعالى أعلم وأحكم

﴿كتاب الشفعة﴾

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اه (أقول) ليس هذا سديدا اذ الغصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا وانما يتأتى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضا ثمة ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وأمامنا الثاني اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن أيضا عنده على ما صرحوا به وسيأتي في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا) قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله (أو أراق له سكرا) أي صبه يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء وأهراق يهريق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الشفعة﴾

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه

قال المصنف (لان المسلم ممنوع عن تملك عينه) أقول لعل المراد بالمنع هو الكراهة والله أعلم

(كتاب الشفعة)

لكن لوفرة الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاشربة والاجارات والشركات والزارعات أو جب تقديمها وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشترى وشرطها كون المبيع عقارا وهى مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفى الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشترى بشركة أو جوار قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) (٤٠٦) الشفعة واجبة أى ثابتة للخليط فى نفس المبيع أى للشريك ثم للخليط فى حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعنى الملاصق قال المصنف رحمه الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال (الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

الجوار وهو مادة المضارة قال الله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام ولا شك لاحد فى حسن دفع ضرر التأذى بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء فى تفسير قوله تعالى لأعذبنه عذابا شديدا أى لألزمنه صحبة الاضداد كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الطاهرين وفى الشريعة هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه كذا فى عامة الشروح والمتون الا أنه وقع فى بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة وصرح فى بعض الشروح بزيادة قيد فى آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك ذكره فى الاكثر بناء على ظهوره (أقول) فى الكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة هى التملك المذكور فى عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم وسيجىء فى الكتاب من أن الشفعة تجب أى تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها حاكم لان ذلك صريح فى أن تحقق التملك فى الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضى أو قضاء القاضى فان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضى ولا قضاء القاضى لاستحالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضا قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شئ من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكما للشفعة أما الاول فلانه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذى هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى لمحال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشئ يقارن ذلك الشئ أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكما للشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثانى فلأن ثبوت الملك هو عين التملك فى المعنى وحكم الشئ ما يغايره و يترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندى فى تعريف الشفعة فى الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار اه فانه اذا كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذى ذكرناه بحذافيره و يظهر ذلك بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا فى العبارة ثم ان سبب الشفعة عند

(قوله لكن لوفرة الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته الخ) أقول لكن ماذكر فى بيان وجه تأخير الغصب عن المأذون يغنى عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة ثم يمكن أن يقال فى وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم (قوله من الاستحقاق فى البياعات والاشربة الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال كلمة من للتعليل (قوله أوجب تقديمها) أقول الظاهر تقديمه قال المصنف (الشفعة مشتقة من الشفع) أقول يقال شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعا به (قوله وفى الشريعة عبارة) أقول قال الاتقانى الشفعة عبارة عن حق التمليك فى العقار لدفع ضرر الجوار انتهى ولعله أولى مما ذكره غيره من أنها تملك عقار (قوله على المشترى بشركة أو جوار) أقول لعله لم يذكر قيد جبرا اكتفاء عنه بكلمة على فانها تدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال عامة المصنف (الشفعة واجبة) أقول أى ثابتة وفى قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه واضافة حق الشفعة بيانية قال المصنف (أفاد هذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر فى الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول اللام للاستحقاق كما فى أمثاله

أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم

عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى أن كليهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لانه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ألا يرى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا كذا في الذخيرة وذكر صاحب النهاية معزيا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها (أقول) يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبيع ثم يتأكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤل الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم بكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء أكثر من أن تحصى والعجب أن عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام الذي له يد طولى في الفقه على المعنى الذي هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام (قوله أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول لقائل أن يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا أنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر في علم الادب ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش سيما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريقا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فانتفى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتأمل في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور أي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة اه واعترض بعض الفضلاء على قوله أما اذا باع بعدها الخ بوجهين حيث قال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اه (أقول) كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط أما الاول فلان قول صاحب العناية وأما اذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع وأما الثاني فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون حجة علينا لا لنا

والدليل على الاول ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم) أي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة

قال المصنف (فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول قوله لم يقاسم لدفع احتمال المجاز اذ لا شركة بعد القسمة (قوله تثبت الشفعة) أقول تكرير للتذكير (قوله أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار) أقول هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية (قوله فحينئذ لا شفعة) أقول فيه شئ الا أن يقال المراد لا شفعة للخلطة

(وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) والمراد بالجار الشريك فى حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعنى يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة فى ابطال حق تقرر سببه قيل معناه أحق به عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفى رواية الجار أحق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك فى نفس المبيع والثانى للشريك فى حق المبيع والثالث للجار (وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعنى اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه فوله (ولان حق الشفعة) دليل له معقول وتقريره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا

ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار أحق بشفعته وقال الشافعى لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه

(قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) أى جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظر له وان كان غائبا أى الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذ لا تأثير للغيبة فى ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعنى يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة فى ابطال حق تقرر سببه اه قال فى النهاية وفى رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال فى الاسرار فان قيل المراد به أحق بها عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبى صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق فيكون أحق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق ولان ما روى عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفعته فهذا يبطل ذلك التأويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففى كلامه بحث تأمله اه (أقول) المذكور فى كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذى ذكر فى حاشية ذلك الفاضل أيضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر أن تكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهى الاكثر وقوعا فى الشروح فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا أنه يكون على شفعته وان غاب ولا شك أنه اذا كان على شفعته حال غيبته فلا يكون على شفعته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلى وهو التوقف فى مهلة وكان المعنى ينتظر له الى أن يجىء ويفرغ من شفعته تحققت الاولوية أيضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى أن يجىء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلأن يجب الانتظار له الى فراغه من شفعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما فى زمان قليل تأمل تفهم (قوله وقال الشافعى لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

قال

(قوله ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار) أقول يشير الى أن قوله ينتظر له جملة تفسيرية (قوله وان كان غائبا) أقول مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففى كلامه بحث تأمله قال المصنف (ويروى الجار أحق بشفعته) أقول ينبغى أن يكون أحق صفة لاسم التفضيل اذ لا حق فى الشفعة لما دون الجار (قوله وانه قال فاذا وقعت الحدود الخ) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيل كيف يكون حق الشريك فى حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا

قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك اه (أقول) حينئذ يختل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا أي من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا أي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أي الجار يعني شفعة الجار وسكت غيره ؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر عامتهم الفرع في قوله دون الفرع بالجار أيضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندي أن المراد بهذا والفرع كليهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد بأن الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا استرابة به فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه أي الجار الا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتام أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بأن شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا أن يقدر مضاف آخر في قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس في معنى شفعته أي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى أنه

لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذا لم يكن في معناه من كل وجه (وهذا) أي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله (في الاصل) أي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما يحتمل القسمة كالبئر والحمام (ولنا ما روينا) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه رواه البخاري وأبو داود

(قوله وهذا أي الجار يعني شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أي محل النزاع

(ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار) وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأبيدا احترازعن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرارا احترازعن المشترى شراء فاسدا فانه لاقرار له لوجوب النقض دفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احترازعن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا أى الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو مالا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس فى معناه لانه فى معناه (لان الاتصال على هذه الصفة) يعنى اتصال التأبيد والقرار (انما انتصب سببا فى مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بملك الاصيل) يعنى الشفيع (أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) فيلحق به دلالة وحاصله أن الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة فى استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لولم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشترى بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه

ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل أولى لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

تحمل بعد تحمل بلا ضرورة داعية الى شئ منهما فالحق ما قلته (قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار) قال تاج الشريعة ذكر التأبيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احتراز عن المشترى شراء فاسدا فانه لاقرار له اذ النقض واجب دفعا للفساد اه واقتفى أثره صاحب العناية وردبعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه اه (أقول) ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف فى كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا الدار المسكونة بالعارية أيضا فحصل بقوله اتصال تأبيد الاحتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا اه وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اه وتبعه الشارح العينى (أقول) فيه بحث لان المستأجر وان كان له ملك فى الدار المستأجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما فى المستعير على ما مر آنفا الا أن كلا منهما قد خرج بقوله اتصال تأبيد فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتهن فلا ملك له فى الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التأبيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلا والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان فى كل منها يتحقق الملك والتأبيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية فى شئ منها (قوله لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) قال بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة اه (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر فى حقه بازعاجه عن خطته الاصلية المتقررة أقوى فيعم ما كان ملكه بالشراء أو الهبة الا أنه عبر عن أصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة فى بيان أصالتها وتقررها وبناء على ما هو الاكثر وقوعا فى العادة فأخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعى لان مؤنة الضرر تلزمه فى الاصل دون

(قوله وقوله تأبيدا احتراز عن المنقول) أقول ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الاجارة) أقول فيه أنه ليس للمستأجر والمرتهن منه فى رقبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تأبيد الا أن يقال المراد الدار المجعولة مهرا أجرة ثم أقول واحترز بهذا القيد أيضا عن الموروثة والموهوبة والموصى بها قال المصنف (لان الضرر فى حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون فى خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الاصيل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الاصيل رافع لملك المشترى وهو دافع قال المصنف (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول اذا جعل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شئ مما يتوهم وروده

الفرع

وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشترى من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه فى حيز التعارض وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام

الفرع يعنى أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا فى الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه فى حيز التعارض اه (أقول) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذى استدل به الخصم فى حيز التعارض بالحديث الذى رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان فى أحد الجانبين ولم يتيسر التخلص الجامع بينهما عند الطالب كما عرف فى علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بعطو بناهنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان فيما رويناه أو ببيان التخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا أن يقال يكفينا دليلنا العقلى عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفى ما عداه وبأن قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة اه (أقول) فى كل من هذين الجوابين نظر أما فى الاول وهو الذى ذكر فى الكافى وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام فى الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضى قصر الشفعة على ما لم يقسم كما فى قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش وقد صرحوا به فى أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفى ما عدا المذكور فالاولى فى الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان فى الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم فى البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما فى ذلك الحديث أقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما فى الثانى فلان حصول الالزام للشافعى بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور فى الجواب المزبور ممنوع فان الشافعى وان قال بمفهوم المخالفة الا أن له شرائط عنده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما فى قوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم على ما عرف فى الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا تجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغى أن يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما ايانا أيضا ولو كنا ملزمين بذلك فى هذه المسئلة فما الفائدة لنا فى كون الشافعى أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها فى العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الالزام فى غير كلام صاحب العناية فالاولى فى الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه فى الكافى وذكر فى كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز أن يكون من كلام الراوى فلا يكون حجة للخصم فى عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد

الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشئ بالذكر وهو لا يدل على نفى ما عداه وبأن قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة وانما نفى الشفعة فى هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان فى القسمة معنى المبادلة فربما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

(قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول قوله هو راجع الى الضرر (قوله لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين) أقول الاصل فى اللام اذا لم يكن ثمه معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين فى الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضى الى قوله تجب الشفعة) أقول لا اعتبار لمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط واجتماعها ممنوع هنا ولعل ذكر صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل (قوله وانما نفى الشفعة فى هذه الصورة) أقول أى فى صورة القسمة

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم

(والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع) قال المصنف رحمه الله (فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولان الاتصال) دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله (ولان ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة الاستحقاق صلح مرجحا لأن الترجيح ابدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) اذا ثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية

نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بمارويناه أي جمعا بين ذلك الحديث وبين مارويناه أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لاثبات المذكور ونفي ماعداه وأجيب عنه بعبارات مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر اه وقال في النهاية وكلمة انما قد تجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اه وقال في البدائع أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنا بشر مثلكم وهذا لا ينفي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم اه (أقول) فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب أنه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم مدلول أنا والمقصور عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لاستحالة وقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم ينبني على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا (قوله وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اه واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) ان كان مراده ما مؤاخذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتأكيد بعد أن قال قبيله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أيضا

فان سلم فالمتأخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك

قال (فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة التأخير وليس للمتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب (قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب) أقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوبا بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتأخر شيأ عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لاستحالة فالمناسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفي بما سيأتي من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ (قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال في العناية أخذا من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت بخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كمنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال

كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة التأخير وليس للمتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب (قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب) أقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوبا بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتأخر شيأ عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لاستحالة فالمناسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفي بما سيأتي من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ (قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال في العناية أخذا من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت بخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كمنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال

فتأمل (قوله وفي بيت منها شركة) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيع ويجوز أن يقال المراد البيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول الاولى أن يقول الموضع الذي بعضه مشترك بينهما والا فآخر كلامه يخالف ظاهر أوله (قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع) أقول هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت مقدم على من له شركة في الطريق مع أن هذا الدليل ينتظمهما والامر فيه سهل كما لا يخفى اذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل

قال المصنف (ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لاب مثلا اذا أسقط الاخ لاب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط باسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجملة أنا لا نسلم أنهم محجوبون به بل له حق التقدم فقط

في حكم شيء واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع والرواية الاخرى أنه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حيالها لا يمس فيها شجر ولا شائبة شجر

وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ماذكر في كتاب القضاء وهو قوله لان فتحه للمرور ولاحق لهم في المرور وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه) يعني قوله وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار قال (واذا اجتمع الشفعاء الخ) اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي رحمه الله فاذا كان الدار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضي بينهما بذلك نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها التكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ألا يرى أنه لو انفرد

واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لاستحالة تبعيض الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالا فأنى يتساويان أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيأ لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد لا يخفى فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فانه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقا تستلزم ذلك أو التي لم تجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح ألا ترى أن الشاهدين والاربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان ان ضمت احداهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته يجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله (وتملك ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه

وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا وان بيعت العليا فلاهل السكتين والمعنى ماذكرنا في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار) لان العلة هي الشركة في العقار بوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا أنه جار ملازق قال (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك) وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها التكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهها

صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شئ واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه (أقول) فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وأيضا قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تنافر

(قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد الخ) أقول وههنا أيضا كذلك فانه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني واذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون أنصبائهم كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحاضرين على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضاء له فليس للآخر أن يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه

في قضية لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم أي أصر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف وهو مسئلة الكتاب لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) وهو يوهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لان سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اه (أقول) في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم ان أرادوا بذلك أن الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان أرادوا به أن الضرر انما يتحقق بعد خلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع أيضا فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اه كلامه (أقول) لقائل

ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لأنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه

لا يخفى (قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الادب والمعنى المقصود ههنا يحصل به أيضا بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لأنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح أو في قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اه (أقول) في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم ان أرادوا بذلك أن الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان أرادوا به أن الضرر انما يتحقق بعد خلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع أيضا فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

(قوله لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل الى قوله والضرر انما يتحقق الخ) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز) أقول قوله هو راجع الى كلام

(قوله والوجه فيه) أى فى هذا التأويل (٤١٦) (أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفى لا يطلع عليه

والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه قال (وتستقر بالاشهاد ولابد من طلب المواثبة) لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلابد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه

أن يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضرورى سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب فاذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلزم أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال فى اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به فى موضعه خلاف ذلك * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب فى قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامى وحولان الحول انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به فى كتاب الزكاة وكذا حلول الأجل فى الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الأداء قبل الحول وقبل حلول الأجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الحول وبأداء الدين قبل حلول الأجل والمصرح به فى موضعه انما هو تأدى الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أى يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه فى قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أى فى هذا التأويل وتبعه العينى (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذى ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لأنه هو السبب فى جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدورى أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تأويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف أنه اذا كان فى عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه) أقول فيه تأمل اذ قد تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هى دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر أن ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع فى حق المشترى لانه هو الدخيل لا عند ثبوته فى حق البائع مع تكذيبه المشترى لان البائع أصيل كالشفيع فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع فى حق المشترى حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال فى العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بان فى ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى (أقول) فى الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مدار ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلا فان كون غرضه المكافأة لا ينافى رغبته

وله دليل ظاهر وهو البيع فيقام مقامه والحاصل أن الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع اذا ثبت فى حق الشفيع باقرار البائع به صح له أن يأخذه وان كذبه المشترى ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن فى ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك اذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالاشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالاشهاد وهو يعتمد الطلب ولابد من طلب المواثبة أى من طلب الشفعة على المسارعة قضى فى الطلب الى المواثبة لتلبسه بها لانه أى الشفعة ذكر الضمير نظرا الى حق يبطل بالاعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة لكل العقال ان قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لابد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلابد منهما

عن

(قوله اذ غرض الواهب المكافأة) أقول فيه شئ فانه لا يتمشى ذلك فى الهبة للقريب المحرم وفى أخذ الواهب العوض

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخاصم لا تورث عنه في الصورة الاولى و تبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم أو لزوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد اذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصور لا يصح رجوع الواهب و ينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقي النقض بها (قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شئ وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا تبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مشير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها حاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها حاكم عطف على سلمها المشترى وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم فلزم أن يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح الكنز للزيلعي أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشترى برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم بثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشترى أو بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي أيضا وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشترى دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بأنه يكتفي بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشترى فكان الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشترى ليشمل تسليم المشترى وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم تبصر

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشترى أو بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت أخذ الدار بأحد الامرين المذكورين وقوله (يعني في الصورة الاولى) اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله (في الثانية) يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله (في الثالثة) يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله (ثم قوله تجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله والله أعلم

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب قال (واذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى ألفاظ تنبه عليها (طلب المواثبة) سمي بها تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كما علم) أي من غير توقف سواء كان عنده انسان أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف وقوله (والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد) يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط

﴿ باب طلب الشفعة والخصومة فيها ﴾

قال (واذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية أخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما في الخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شئ منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الاول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منهما وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضا أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فان قائل أن يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل أيضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسيأتي التصريح منه بأن الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والجواب أن المراد بالاشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله فبمثل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سيأتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفي الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على أن لام الجنس في الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله ان لام الجنس والاختصاص دلتا على اختصاص الحمد بالله تعالى فيرد علينا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد) قال صاحب النهاية وذلك

(باب طلب الشفعة)

قال المصنف (لانه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما في الخيرة) أقول تحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله كذا في شرح الكاكي والفارق ظاهر فان الشفيع لا يتملكه بطلب المواثبة فقط بل بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فله بعد طلب المواثبة زمان التأمل بخلاف المشتري عند ايجاب البائع والخيرة

بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها الآن الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا كان أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ماذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب (ثم ينهض منه) يعني من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده) معناه لم يسلم الى المشتري

لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغيرراض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه اه واقتفى أثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط اه (أقول) لقائل أن يقول طلب التقرير والاشهاد أيضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة وانما الذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسيأتي ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضا كلاما لانه ان أريد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أريد أنه يحتاج الى اثباته عند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة أيضا * ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير أيضا بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لا لأن الاشهاد شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم اه فانه يدل على أن الاشهاد في طلب التقرير أيضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى (قوله وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا) أقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا لسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر أن مدار

وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل لقروي بيع أرض بجنب أرضك فقيل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح أنه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال أطلب وآخذ بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره المصنف وقوله (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد بأخواته المولى اذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها وقوله (بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنده) أي عند أبي حنيفة يعني أن المرأة اذا أخبرت بأن زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر أو غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والا فلا لما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطري الشهادة

قال المصنف (لان الاعتبار للمعنى) أقول والمعنى المراد من الاول انشاء الطلب لا الجبر منه ليكون كذبا وكذا الثاني وليس بعده على ما زعموا قال المصنف (ويشهد على البائع الخ) أقول قال الاتقاني وينبغي أن يذهب الى أقربهم حتى لو ترك الاقرب وذهب الى الابعد وأشهده على الطلب يبطل حقه قالوا هذا اذا كانوا على طريق واحد فأما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابعد لأنه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الأقرب وطلب عند الأبعد فان كان الشفيع أو الابعد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحسانا اه

(أو على المبتاع أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته) وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذارا نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا

الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال المخبر كعدالته وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شئ من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفاد مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا محال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبه له أن المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم أن يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اه وسيأتي تنظير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حمل عامة الشراح الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها أيضا من أن الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم وانما هو لنفي الجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول في هذا التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الاشارة بهذه الدار انما تتصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام الثلاثة للاشهاد أعني الاشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار اللهم

وقوله (أو على المبتاع) يعني المشتري (أو عند العقار) قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار أما اذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجمعوا على أنه اذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء الا فانه ينبغي أن يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضى الخ) هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف أسبابها) لانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أولا ورب ما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان أقرب بابا فلا بد من البيان وقوله (ثم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لا بد أن يسأله فيقول هل قبض المشترى المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشترى ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبى يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضى لا يلتفت (٤٢١) الى دعواه وعليه الفتوى وهذا

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضى فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى عليه فان اعترف بملكه الذى يشفع به والا كلفه باقامة البينة) لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفى لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسأل القاضى المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بدار لى تلاصقها الآن ثم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر فى الفتاوى تحديد هذه الدار التى يشفع بها أيضا وقد بيناه فى الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استحلف المشترى بالله ما يعلم انه مالك الذى ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما فى يده فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه فى الدار التى يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضى) يعنى المدعى عليه (هل ابتاع أم لا فان أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال (فان عجز عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه فى هذه الدار شفعة من الوجه الذى ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه فى الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما فى يده اصالة وفى مثله يحلف على البتات

لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبى حنيفة فى عدم البطلان بالتأخير وقيل سأله ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذى يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهرا يحتمل أن تكون بملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفى لاثبات الاستحقاق فان أقام فقد نور دعواه وان عجز استحلف المشترى بطلب الشفيع انه لا يعلم أن الشفيع مالك الذى ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه أمرا لو أقر به لزمه فاذا أنكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما فى يد غيره

الا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن أيضا فاشهد وابذلك أو يحضر المشترى ويقول هذا مشترمن فلان دارا التى حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دارا التى حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا اه (قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بدار لى تلاصقها ثم دعواه) قال صاحب العناية قيل لم يتم بعد بل لا بد أن يسأله ويقول هل قبض المشترى المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشترى ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت فالقاضى لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبى حنيفة فى عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذ أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل

فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا فان أقر فذاك وان أنكر قيل للشفيع أقم البينة فان أقامها فذاك (وان عجز عنها استحلف المشترى على انه ما اشتراه وما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذى ذكر فهذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه) يريد ما ذكره فى فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى

(قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد فى أنه اذا طالت المدة لا يلتفت القاضى الى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول أشار الى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ (قوله لانه ذكر أن الفتوى على قول أبى حنيفة فى عدم البطلان بالتأخير) أقول لا على قولهما حتى يلزم السؤال عن زمان الاخبار (قوله سأله عن طلب الاشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب المواثبة

قال (وتجوز المنازعة فى الشفعة الخ) وتجوز المنازعة فى الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بها لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الاصل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح فى الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضى يقضى بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشترى أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشترى) والفرق بين هذا وبين المشترى مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا ينتظر له ابطال ملك المشترى وانما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فأما المشترى ههنا فلا يزيل مالك نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشترى بابطال الشفعة اذا ماطل فى دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشترى من المطالبة (واذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفى الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع فى يده فله أن يخاصمه فى الشفعة لان اليد له وهى يد مستحقة) ولا يسمع القاضى البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار أجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى وهى أن البيع فى حق المشترى اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

قال (وتجوز المنازعة فى الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشترى وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع فى يده فله أن يخاصمه فى الشفعة لان اليد له وهى يد مستحقة) ولا يسمع القاضى البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار أجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى وهى أن البيع فى حق المشترى اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه اه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذا من الذخيرة وتبعه بعض آخرين من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم فى النقل وأفسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذى طلبت بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عبارتهم وهذه العبارة هى المطابقة لما فى الذخيرة وهى الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية فى نقله لانه عبر عن طلب المواثبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت به خبرا فى أقسام الطلب وأيضا قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد ذلك

لان اليد له وهى يد مستحقة أى معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى الثمن ولو هلك فى يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا أن الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشترى لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك فى احداهما مع البائع وتفرد بالاخرى وأما ما اشترك فيه فهو ما ذكره بقوله (لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع) عليهما ولا بد من حضور المقضى عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع فى حق المشترى اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه)

ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لأن نقض البيع انما هو لأجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الاضافة) لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لالذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتحيل لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان له أن يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما يعتبر في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل (قوله فلهذا) أي فلتحول الصفقة اليه (يرجع بالعهدة على البائع) لانه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما اذا قبضه المشتري) فأخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال (ومن اشترى دار الغيره

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد والآخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الا أن يسلمها الى الموكل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم

ذلك سأله عن طلب الاشهاد ومراده طلب المواثبة بصيرا المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب المواثبة لامحالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأله عن طلب المواثبة سأله عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شئ من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم التكرار فظاهر وأما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام اذ ذاك ماش في صورة الشرطية فقدمها وهو قولهم اذا سأله عن طلب المواثبة اشارة الى ما ذكروا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والآخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يزاد عليه قيد

فهو الخصم الخ) المشتري اذا كان وكيلا فاما أن يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أو لا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لانه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والآخذ بالشفعة من حقوقه) وان كان الاول فالموكل هو الخصم (لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف بقوله (الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائبا عنه (فيكتفي بحضوره) والبائع ثمة ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل اذا تملك المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فانه لا يثبت له خيار الرؤية اذا لم يثبت لوكيله (قوله بتحول الصفقة الى الشفيع) أقول وأما مسئلة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضي بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضررا مرضيا بتوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفيع

(قوله وكذا اذا كان البائع وكيلا) ظاهر وقوله (وكذا اذا كان البائع وصيا) يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي

وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا للميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله أن يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ألا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

(فصل) في الاختلاف قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيأ لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال (ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد

يبيع التركة أما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه أيضا

﴿فصل في مسائل الاختلاف﴾ لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الخ) الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار) بأقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيأ فيخير الشفيع بين الاخذ والترك فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الاقل) والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد في نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه (وان أقاما البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد)

فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد في الدار وكأن المصنف انما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على انفهامه من تعليل صورة التسليم

﴿فصل في الاختلاف﴾ لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقدم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك في الطرفين ولم يوجد الانكار هنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا اه واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض وأما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانكار هناك أيضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقد مر ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس اه (أقول) الخلل في كلامه أشد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا

(قوله اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول اذا لم يكن على الميت دين وجد

(فصل في الاختلاف) قال المصنف (ولا نص ههنا فلا يتحالفان) أقول اذا النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار في الطرفين هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعي عليه شيأ

وقال أبو يوسف هي للمشتري لانها أكثر اثباتا فصار كبينة البائع) اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فانها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة (ولهما أنه

لا تنافي بين البينتين) في حق الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البينتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز أن يجعلا موجودين في حقه (وله أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد وأما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم قلنا ان تمنع

وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي بينهما فيجعل كان الموجود بيعان والشفيع أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد وأما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم قلنا ان تمنع

وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص أيضا فيما لا انكار ولا دعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخرا فامتنع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الالحاق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فتق العبارة أن يقال فلا يلحق به ليتم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيأ ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم أن لا تصح بينة المشتري أصلا فضلا عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف * ثم أقول يمكن الجواب عنه بأن المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعيا في الحقيقة الا أنه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا أقامها كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الحلف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا يرى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه رد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف أصلا فرجح أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام ومجتهما ما ذكرنا مؤيدا بما ذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحتج عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما أنه لا تنافي الخ وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ حكى أولاهما محمدا وأخذ بها وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكروا في الشروح (قوله وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان أريد أن الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري أيضا بمنزلة البائع والمشتري

(قوله لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بالفين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف ويثبت بحجة المشتري البيع بالفين فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري قال المصنف (كيف وانها ممنوعة) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وانها ممنوعة

ولم يذكر فيه قول أبي يوسف ولئن سلمنا أن البينة للمشتري فذاك باعتبار أن التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني هناك الا بفسخ الاول وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسئلة حكاها محمد وأخذ بها (قوله ولان بينة الشفيع ملزمة) لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والملزم منهما أولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري عليه غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شئ ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير الملزم مستمر في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاها أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البائع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو لانها غير ملزمة قال (واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه الخ) اذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما أن يدعي البائع أقل أو أكثر فان كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولان (٤٢٦) التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شئ

ألا ترى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشتري ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان أكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المعروف وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان اختلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم (وان كان مقبوضا أخذها بقول المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما أن يقر البائع بالقبض أو لا فان كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض أن المشتري يدعي أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فاما أن يقرا ولا بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالعكس فان كان الاول كما لو قال (بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أي بالالف (لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به) أي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله (قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع) المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى أجنبيا من العقد اذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشتري كما تقدم آنفا أن الثمن اذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع (فيرد عليه) قبضت وان كان الثاني كما لو قال (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلتفت الى قوله ويأخذها بما قال المشتري (لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين) وصار أجنبيا (وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع اذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهو ظاهر لانه لم يصر أجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا والله أعلم

الفسخ

وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنا لك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال (واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشتري) وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال (وان كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

في بعض الوجوه كما صرح به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل في الدفع (قوله وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنا لك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه) أقول يرد على ظاهره ان البيع الثاني لا يصح هنا أيضا ولا بفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شئ واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ الاول ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضا قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفى ظهور

﴿فصل فيما يؤخذ به المشفوع﴾ لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لان الثمن تابع (واذا حط البائع عن المشتري) حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان في المرابحة ليس في التزام الزيادة حق ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شئ لان حط البعض ملتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذها بالثمن والثمن ما بقي وان حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق بأصل العقد لئلا يخرج العقد (٤٢٧) عن موضوعه وقد بينه في البيوع في فصل قبيل الربا وباقي كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمته) أي بقيمة العرض (لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لانه من ذوات الامثال) وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال

﴿فصل﴾ فيما يؤخذ به المشفوع قال (واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لان حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع (وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع) لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له وتطير الزيادة اذا حتد العقد بأكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لانه من ذوات القيم (وان اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله) لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال

الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنا لك الا بفسخ الاول أما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين والذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين وأما هنا فبخلافه أي لا يظهر في حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العدو بالثمن الثاني وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما يهم وقد أهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع

﴿فصل فيما يؤخذ به المشفوع﴾ لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن تابع كذا في الشروح (قوله وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بمثل ما تملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع) (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أي قبل قبض المشتري الثمن من الشفيع (قوله والثمن ما بقي واذا حط بعده رجع الشفيع الخ) أقول لفظة ما في قوله ما بقي موصولة والضمير في قوله بعده راجع الى القبض في قوله اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض (قوله لئلا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لانه يصير هبة لأنه يبقى تمليكا بلا عوض ولا شفعة في الهبة (قوله ألا ترى أن الشفيع لو سلم الدار الخ) أقول فيه تأمل فان التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أي بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

وقوله (وان باع عقارا بعقار) ظاهر وجهه مما تقدم (واذا باع بثمن مؤجل) الى أجل معلوم (فللشفيع الخياران شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها) وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي) القديم (لان الاجل وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به) أي بالثمن (فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط

فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقريره لابد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصفا في الثمن) جواب عن قول زفر ووجهه أن وصف الشئ يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك (لانه حق المشتري) والثمن حق البائع وقوله (وصار كما اذا اشترى شيأ) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ماذكره في أواخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) قوله

(وان باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته قال (واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخياران شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيأ بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا

الذي علكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ماذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ههنا ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولنا أن الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اه (قوله وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة) قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لابد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكره لدفع ماعسى يتوهم أن يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضا بالاجل في حق المشتري رضا به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله ولتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج أصلا الى ما ارتكبه الشارح المزبور ان من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلا مستقلا وايراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه للقول بأنه لابد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي أو بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك (قوله ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول الاظهر انه جواب عما يقال الشرط وان لم يثبت صريحا فقد ثبت دلالة لان الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس في الملاءة) أقول أي في الغنى قال المصنف (وليس الأجل وصف الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الاجل في باب التحالف

يوهم أن الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل يقتضي الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه وقوله (وان اختار الانتظار) ظاهر وقوله (لقول أبي يوسف الآخر) احتراز عن قوله الاول روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان يقول أولا كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لاعراضه عن الاخذ ووجه قولهما وقوله أولا ما ذكره في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به وأما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله (وهو متمكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لانسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا

وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقد بة وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الأجل مراده الصبر عن الأخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لقول أبي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع

قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ يوهم أن الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه اه واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) هذا خبط فاحش منهما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فأخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة أم بعقد جديد انما هو فيما اذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وأما فيما اذا أخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل أحد بأن انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له أصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى اليه قول المصنف في أواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ اه فالصواب أن قول المصنف ههنا ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من أن العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري وتتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار فان قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى أن تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض اه فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شئ منهما أصلا (قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) قال صاحب العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لانسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره وأما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير مما لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه وأما ثالثا

(قوله لان الطلب انما هو للاخذ) أقول وهو المقصود من الطلب قال المصنف (وهو متمكن من الاخذ في الحال) أقول وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال (قوله وتقريره لانسلم الخ) أقول فيه بحث الا أن المراد الاخذ في الحال

قال (واذا اشترى ذمي دار الخمر أو خنزير وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمي احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع

الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر قال

قال (واذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير دارا وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الاول بالمثل والثاني بالقيمة قال (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تملك الخمر وبالاسلام بتأكد حقه لا أن يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

﴿فصل﴾ قال (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه)

* (فصل) * الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى الشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن الذي اشتراه به المشتري وقيمة البناء أو الغرس وان شاء كلف المشتري قلعه

فلان قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا عما لا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل أو الاخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرفيه فائدة لا لاعراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة أن منع عدم تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه فان أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف أبي يوسف في قوله الآخر فيما اذا لم يختر الشفيع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ في الحال الخ على تتميم دليل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر وجه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

﴿فصل﴾ مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير

(قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة) أقول وتقريرا لجواب في شرح الكافي هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير بمعنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا ابطاله حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما اذا لم يكن متضمنا ابطال حق الغير وفي مسألتنا يتضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما اذا مر على العاشر اه وفي شرح الكنز للزيلعي انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها

* (فصل) * واذا بنى المشتري

وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك) وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر وهو أن يقلع ويعطى قيمة البناء ولأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناه على أنه ملكه والمحق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فإنه إذا بنى ليس للواهب أن يكلفه القلع ويرجع في

وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي إلا أن عنده له أن يقلع ويعطي قيمة البناء لأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناه على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة

الأرض وبالمشتري شراء فاسدا إذا بنى وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكلفه قلع الزرع اتفاقا (وهذا) أي ما قلنا إنه لا يكلف (لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله (بتحمل الأدنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (ووجه ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل تعلق به حق مؤكد للغير) بحيث لا يقدر على إسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى في ذلك نقض بناؤه كالراهن إذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفيع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع

الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بالتأخير في فصل على حدة (قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا أي وهذا المدعى الذي قلناه وهو أن لا يكلف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية أي ما قلنا إنه لا يكلف وقال صاحب الكفاية أي قول أبي يوسف إنه لا يكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أي القول بعدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائل أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أي المشار إليه بكلمة هذا في قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دليلا عليه فينبغي أن يقول ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسئلة بعد بيان انيتها سلك هذا المسلك إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وإن كان أصل المدعى واحدا وكأنه ما صار إلى دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فإنه ينفعك في مواردها وقد كنت نبهت عليه من قبل أيضا فلا تغفل (قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فإن المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك أولا للمشتري ثم يثبت منه إلى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره ههنا تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالا ثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وأن الأول يثبت باتصال الملك لشرط البيع والثاني بالإشهاد والثالث بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين إذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من

متأكدا (لأنه) أي الشفيع (يتقدم عليه) أي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كإجارته وجعله مسجدا أو مقبرة فكذا ينقض تصرفاته غرسا وبناء وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وإنما قيد بقوله عند أبي حنيفة

(قوله فإنه ليس له أن يكلف قلع الزرع) أقول يعني ليس للشفيع أن يكلف الخ

لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف

الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها آخر معطوفا على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه أقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند أبي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في أنه لا يكلف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد * ثم أقول الاوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع أبي حنيفة اه وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع الخ وهذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذا قد كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قولي أبي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر

لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري في المشترى انما هو قوله وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية (قوله ولان حق الاسترداد) معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيهما) أي في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)

(قوله

(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أى حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوى قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء فى البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبى حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لايجاب القيمة) راجع الى أول الكلام يعنى اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشترى اذا بنى أو غرس (٤٣٣) ثم استحق رجع المشترى بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع يقلع) جواب عن قوله وكما اذا زرع المشترى ولم يجب عن قوله لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لان قوله وهذا لان حقه أقوى من حق المشترى تضمن ذلك لان الترجيح بدفع أعلى الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة فى أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشترى فى الدار المشفوعة وصبغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطى ما زاد فيها بالصبغ وبين أن يتركها وأجيب بأنه أيضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقض لا يتضرر به المشترى كثير السلامة النقض له بخلاف الصبغ وقوله (واذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء أخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما فى الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن) لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذها منه ولا على المشترى ان أخذها منه وعن أبى يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى والفرق على ما هو المشهور ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه

(قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد فى الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبى حنيفة لا على مذهب أبى يوسف فكيف يحتج بمذهب أبى حنيفة على صحة مذهبه ولابى يوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبى وعندى حق الاسترداد بعد البناء باق فى الشراء الفاسد اه (أقول) نظر مساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبى يوسف على الموهوب له والمشترى شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشترى شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشترى شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور ما ذكره كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر فى مسئلة الاسترداد وهو كقول أبى حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبى وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبى حنيفة بمذهب أبى حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر فى شرح ذلك المقام فلا شك فى اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبى حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء فى البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبى حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) فى كل من وجهى الجواب نظر أما فى الاول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور فى ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وأما فى الثانى فلان الظاهر أن الدليل الظاهر الذى كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما فى البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك فى موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يبتنى عليه تمام الدليل الثانى الذى كلامنا فيه تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا تسليط ولا غرور فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه) أقول كان الاولى

(ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن) لا غير أخذه من البائع أو المشترى (لانه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبى يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لانه متملك عن المشترى فنزلا منزلة البائع والمشترى ثم المشترى فى صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشترى مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقانى

قال (واذا انهدمت الدار الخ) كلامه (٤٣٤) ظاهر والتأمل فيه يرشد الى أن فى قول من قال انهم يعنى أئمتنا زعموا أن البناء اذا

قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن مالم يصر مقصودا ولهذا جاز بيعهما مرابحة بكل الثمن فى هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقى بحصته لان الفائت بعض الاصل قال (وان شاء ترك) لان له أن يمتنع عن تملك الدار بماله قال (وان نقض المشترى البناء قبل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك آفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مقصودا فلم يبق تبعا قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها) ومعناه اذا ذكر الثمر فى البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسان وفى القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع ألا يرى انه لا يدخل فى البيع من غير ذكر فأشبه المتاع فى الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس فى النخيل ثمر فأثمر فى يد المشترى) يعنى يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف فى ولد المبيع قال (فان جذه المشترى ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر فى الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال فى الكتاب (وان جذه المشترى سقط عن الشفيع حصته) قال رضى الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (أما فى الفصل الثانى يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن والله اعلم

احترق لم يسقط شئ من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل العباد دون النار تعسفا لقلة التأمل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن اذا فات من غير صنع أحد وأما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن (وان نقض المشترى البناء فالشفيع ان شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار مقصودا بالاتلاف ويقابله شئ من الثمن وقدمر فى البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا) فبقى منقولا ولا شفعة فيه وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر وقوله (وما كان مركبا فيه) يعنى مثل الابواب والسرر المركبة وقوله (على ما عرف فى ولد المبيعة) يعنى أن الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشترى يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملك المشترى كالام وقوله (فى الفصلين) يريد به ما اذا كان فى النخل ثمر وقت الشراء ثم جذه المشترى وما اذا لم يكن ثم ثمر ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (فى الكتاب) يعنى مختصر القدورى والله أعلم الآخذ

أن يقال ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع لا من البائع ولا من المشترى ليم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشترى ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذ منه ولا على المشترى ان أخذ منه وعن هذا قال فى الكافى ولا غرور فى حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختياره منه وقال فى النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور فى حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشترى لانه تملك عن صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع اه ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لا لأنه أخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما أخذ بالتراضى بل لانه ليس بمغرور والمشترى انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته (أقول) ليس ذلك بشئ لان قيد الجبر مأخوذ فى تعريف الشفعة على ما ذكر فى عامة الكتب حتى ان ذلك الرادّ نفسه أيضا أخذ ذلك القيد فى تعريفها حيث قال فى متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر فى شرحه قيد جبرا بعنى يم صورة الأخذ بالتراضى أيضا حيث قال يعنى لا يعتبر اختياره لأنه يعتبر عدم اختياره ولا يخفى أن توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشترى مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار فى الاول وعدم اعتباره فى الثانى ولا يتوقف على اعتبار الاختيار فى الاول واعتبار عدمه فى الثانى تأمل تقف بقى شئ فى كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو أنه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل أن يقول ان كان سبب الغرور فى المشترى وعدم الغرور فى الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نفاه وان كان سببهما غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع

(قوله تعسفا لقلة التأمل) أقول قوله تعسفا اسم أن فى قوله والتأمل فيه يرشد الى أن فى قول من قال الخ

﴿ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ﴾

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا للمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شئ عقار أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال (ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع أو حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقلا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار

الآخذ برضا خصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بأن يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة اه والظاهر أن خصم الشفيع وان رضي بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ﴾

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شئ عقار أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط * ثم أقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل مال له أصل من دار أو ضيعة اه فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثاني منهما فكأنهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها أيضا على ما صرح به * ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار اه وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع اه (أقول) في كلامه اختلال لانه فسر العقار أولا بما يشمل الاقسام الثلاثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع أو حائط) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال قال (الشفعة واجبة في العقار الخ) الشفعة واجبة أي ثابتة في العقار وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وان كان مما لا يقسم) أي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان وأصله ما أحاط به والحبس بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهري الفتح وقال انما تسكن في ضرورة الشعر وقوله (اذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

(والمسلم والذمي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير) وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل (ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا (٤٣٦) أو مكاتبا) فان كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان أو لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بما هو مال (لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض وكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك وعلى هذا (لا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أي غير دار من عبد أو حانوت ويصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهارا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة

قال (والمسلم والذمي في الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا أو مكاتبا قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر قال (ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا) لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست بأموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها

والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فيرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط أيضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة للعروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من أين تفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيأ مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابه في السفن كما ذكره المصنف فتأمل (قوله واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم أن الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك اه (أقول) لقائل أن يقول لم لا يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به المتملك وهو الوصية بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضا الواهب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المتملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضا المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها ثبتت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها) قال في العناية وهي مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع والاجارة

(قوله واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا) أقول قوله واجبة خبران في قوله لان مراعاة شرط الشرع الخ (قوله كافيا) أقول خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ

لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل فى التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد فى الصلح والاعتاق (ان تعذر الاخذ بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لاعوض فيها أصلا) وقوله أى قول الشافعى رحمه الله (يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه) أى ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجر (لانه لاشفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى الشفعة لا فى الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره أن تقوم هذه الاعواض اما أن يكون مطلقا أو ضروريا والاول ممنوع والثانى مسلم ولكن لا يظهر فى حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم) وانما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة الدم ليس الا حق الاستيفاء وليسا من جنس (٤٣٧) ما يتمول به ويدخر وقوله (وعلى هذا)

ان تعذر بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لاعوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه لانه لاشفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضرورى فلا يظهر فى حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض فى العقد فى كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن تردعليه ألفا فلا شفعة فى جميع الدار عند أبى حنيفة وقالا تجب فى حصة الالف لانه مبادلة مالية فى حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة فى الاصل فكذا فى التبع ولان الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة فى حصة الربح لكونه تابعا فيه

والاجارة وقيمة الدار والعبد فى الصلح والاعتاق اه (أقول) فى قوله وقيمة الدار نظر اذ الكلام فى قيمة الاعواض التى جعلت بدلا للدار فى الصور المذكورة لا فى قيمة نفس الدار والعوض فى صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعى قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة فى الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه فى سائر الصور فى نفس العناية أيضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال كأن الكلام فى قيمة الاعواض لا فى قيمة الدار والعبد فتأمل اه (أقول) لم يصب فى زيادته العبد والحاقه بالدار فى المؤاخذة فان العبد مأخوذ فى جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فكون الكلام فى قيمة الاعواض لا ينافى اعتبار قيمة العبد فى صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بد له من المصير الى قيمة العبد فى تقويمه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فسيجىء من بعد (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم) قال فى العناية انما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم اه (أقول) فيه

لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء فى كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة فى الشراء الفاسد وأجيب بانه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة فى السائط لا تفضى الى المنازعة والمفسدة ما أفضت اليها (ولو تزوجها على دار على أن تردعليه ألفا فلا شفعة فى جميع الدار) أى فى شئ منها (وقالا تجب فى حصة الالف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالية فى حقه) أى فى حق ما يخص الالف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجينى نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تفضى الى المبادلة المالية وأما أن تكون هى المقصودة فممنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفا فاتجر وربح ألفا ثم اشترى بالفين دارا فى جوار رب المال ثم باعها بالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة فى حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لرأس المال وليس فى مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله فى حقه وليس فى بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجىء فكذا فى حصة الربح وهو البيع

(قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام فى قيمة الاعواض لا فى قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفردهما) أقول فيه شئ لا يخفى جوابه قال المصنف (ولان الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة) أقول تأمل فى التغاير بين الدليلين

قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) عطف القدورى قوله أو يصالح عليها بانكار على قوله أو يعتق عليها عبدا من الصور التى لا يجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع فى أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (اذا لم يكن من جنسه) أى اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة فى هبة لما ذكرنا) يعنى فى قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا (الا أن يكون بعوض مشروط) فى العقد ولا بد من القبض فانه اذا وهب دار الرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه فى كتاب الهبة) لان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا فى العقد فانه لا تثبت الشفعة لا فى الموهوب ولا فى العوض ان كان العوض دارا (لان كل واحد منهما مطلقة عن العوض الا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع) (٤٣٨) ولا شفعة فى البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع

قال (أو يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضى الله عنه هكذا ذكر فى أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكار ومكان قوله أو يصالح عليها الا نه اذا صالح عنها بانكار بقى الدار فى يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء لليمين وقطعا لشغب خصمه كما اذا أنكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعى وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية أما اذا صالح عليها باقرار أو سكوت أو انكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك لانه أخذها عوضا عن حقه فى زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة فى هبة لما ذكرنا الا أن تكون بعوض مشروط) لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه فى كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا فى العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه أثيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لانه يمنع زوال الملك عن البائع (فان اسقط الخيار وجبت الشفعة) لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا أخذها فى الثلث وجب البيع لعجز المشترى عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه فى التى يشفع بها وكذا اذا كان للمشترى وفيه اشكال أوضحناه فى البيوع فلا نعيده

بحث لان تمامه يتوقف على كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانها أيضا ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعواض ليست بأموال وقوله فى باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست بأموال على أصلنا والحق عندى فى تعليل أن تقومها أبعد أن يقال لانها ليسا بمتقومين أصلا أى لا بالتقوم الضرورى ولا بغير الضرورى كما مر آنفا (قوله وفيه اشكال أوضحناه فى البيوع فلا نعيده) قال فى النهاية هذه الحوالة فى حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ

منع الشفعة كما فى البيع الفاسد فلا نمنع بقاء ملكه كان أولى (فان أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح) لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله فى الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب (قوله وان اشترى بشرط الخ) ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله من قبل وتجب بعقد البيع الى أن قال والوجه فيه أن الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله واذا أخذها) أى أخذ الشفيع الدار فى مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بعجز المشترى عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما) أى لاحد المتعاقدين من البائع أو من المشترى (فله الاخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه فى التى يشفع بها) فان أخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لانه قرر ملكه واقرار البائع على اقرار ملكه فى مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشترى من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا اذا كان الخيار للمشترى) (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البلخى من ان أصل أبى حنيفة أن المشترى بخيار الشرط لا يملك المبيع فى مدة الخيار والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله (أوضحناه فى البيوع) قال فى النهاية هذه الحوالة فى حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل اذا كانت الحوالة فى حق جواب الاشكال رائجة كانت فى حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل فى البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة فى كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشترى

(قوله واذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) أول كلامه ظاهر وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله ألا ترى أن النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا (قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بأن فساد البيع انما ثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا عوض وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن مشتري ذلك صار أخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنبها وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن في الخيار للمشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف

واذا أخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار أخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه

وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه في كفاية المنتهى كذا في العناية أخذا من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعيده يأبى عن أن يكون مراده بقوله أوضحناه في البيوع ايضاحه في بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شئ في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا يعد اعادة والا لزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) قال صاحب العناية وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله اه وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اه (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما اذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن في ابتداء العقد وأما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوحا الى الاولى والصواب ان وجه التلويح الى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للابتياع الذي هو أصل العقد فعلم به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لا ستر به (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد)

(قوله تلويح الى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول حتى أسلما أو أسلم أحدهما (قوله يعني الاخذ بالشفعة) أقول الاظهر يعني اثبات حق الشفعة (قوله فلو أسقطنا العوض لفساد فيه الخ) أقول فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا (قوله من فرض عدمه وجوده) أقول فيه بحث

واعترض بأنا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقض وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بأنا لا نسلم أن له ذلك بل هو منهي عنه وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطء حالة الحيض فانه يحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشرع ممتنع وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير له كان كافيا وورود الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لدفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور أو على من صار أحق بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار وان لم يكن مالكا فهو أحق بالتصرف والمشتري شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو) أي المشتري (شفيعها لان الملك له) لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا نقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا (٤٤٠) مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبتت الشفعة ثم لا تنقل

الشراء الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقرير له فلا يجوز فان قيل الملك وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتري شراء فاسدا فان بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو والمنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد الشرط ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم ان سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما اذا باع بخلاف ما اذا أسلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط (وان استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا (وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط

قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا أسلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

واعترض عليه بانه لم لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وأجيب عنه بأن فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك وأما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتأمل والتروي فباسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما في الشروح وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اه (أقول) ليس هذا بشيء لان شيأ من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور أما الاول فلان اسقاط

(قوله واعترض بأنا لا نسلم انه الخ) أقول لفظ الاخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض فانه لا يبقى تصرف للبائع فيما اذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فليتأمل فان قوله في الفاسد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأنا لا نسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لا نسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الخ) أقول واستظهار أيضا وقد سبق مثله في هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمنا

قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجرى فيها جبر القاضي والشفعة ماشرعت الا فى المبادلة المطلقة) (٤٤١) ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه (وان ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لانه فسخ فى حقهما ولا يتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه ثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان الخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم

الشرط المفسد الراجع الى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما امكان عدم اسقاط ما يصلح لأن يكون عوضا فى مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذ به المشترى لا بمطلق جنس الثمن وأما الثانى فلأن اعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا فى البيع الفاسد فلا معنى للايراد المذكور أصلا (قوله واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ماشرعت الا فى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلأن كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذى يزول به ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر وأما ثانيا فلأنه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يتقدم الجار على الشريك اه (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلان المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلأن تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقها لمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك فى استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك ألا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر فى أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يتقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه (قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض) قال

لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه) ولا فرق فى هذا بين فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه وأما اذا رد بها بعيب بغير قضاء فاما أن يكون قبل القبض أو بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضى وان كان الثانى وهو مراد القدورى ففيها الشفعة على ما ذكره فى الكتاب قال الشارحون قوله ومراده أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما وأما رواية الكسر فمعناها ولا شفعة فى قسمة ولا فى الرد بخيار رؤية لما ذكرنا أنه فسخ من الاصل وأما

رواية الفتح فقد أثبتها الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية فى قسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة فى ساعته لم يكن فى الرد فائدة

وفيه نظر سيعلم وأنكر فخر الاسلام كالصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير جعل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا أو موزونا من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما أن يكون غير ما وقع في الاولى أو مثله ولا فائدة فيه فأما اذا كانت عقارا أو غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا والله أعلم (٤٤٢)

﴿ باب ما يبطل به الشفعة ﴾

قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم

جماعة من الشراح أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه اه وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل اه كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية بحمل قول القدوري أو بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلا سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله أو بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق (أقول) الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وان ما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد ببيان قول القدوري وان ردها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة بأساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري أو بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه فردا آخر أيضا اذا لم يكن القيد منافيا لعموم ذلك الفرد الآخر وههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضا غاية الامر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تأمل تقف

﴿ باب ما يبطل به الشفعة ﴾

لما كان بطلان الشئ يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب)

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم أن تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم) يعني طلب المواثبة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شئ لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أي طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم فان

(قوله وفيه نظر سيعلم) أقول بعد أسطر

(باب ما يبطل به الشفعة)

قال المصنف (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع الخ) أقول قوله حين علم اشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار اليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعني طلب المواثبة) أقول يعني ترك نفس طلب المواثبة مطلقا أشهد أولا

(وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو أن يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشترى سلمتك شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعرتنيها (فبالفاسد) وهو ماذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه ومالم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به

قال (وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشترى هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لا لأنه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ماذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ماذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا ترك الشفيع الاشهاد أي طلب المواثبة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية أيضا بما فسراه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ماذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك مالس بشرط في شئ لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل لان جعل قول المصنف هنا لاعراضه عن الطلب عاضدا أي معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون أن يقال لاعراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ماذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ماذكره من التعليل ههنا اه وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا أيضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فأين هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاضدا للآخر (قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية

(قوله فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول على هذا التقرير لا يوجد شرط انتاج الشكل الاول الا أن تجعل الصغرى موجبة سالبة المحمول والاحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما رد العوض فلان حق الشفعة الخ) أقول والحق عندي أن قوله لان حق الشفعة دليل على رد العوض وقوله ولا يتعلق اسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ماقرره الشارح وعليك بالتأمل وكن الحاكم الفيصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن تعلق اسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملائم على ماذكره من التفسير وغير ملائم على ماذكره في بيان الفاصل فليتأمل قال المصنف (فبالفاسد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فساده قلت في الدليل الاول فليتأمل (قوله ونحوها فهو ملائم) أقول كالمزارعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول اذا كان المراد بالفساد عدم الملاءمة لا يتوجه السؤال

فى شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر فى المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلأن حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعنى الشرط الملائم وهو أن يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشترى سلمتك شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعرتنيها فبالفاسد وهو ماذكر فيه المال أولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق للشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض بطريق اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذى فطرة سليمة متأمل فى كلام المصنف بأدنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران فى ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع أعنى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فى الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط فى الثانى تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى الى ما قال محمد فى الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره أو قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه قال الشارح العينى بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبى المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضا لانه انما أبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كما فى الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة فلم يجب العوض لم تثبت البراءة قيل له بأن المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير فى باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شئ كذا هنا وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ماذكر محمد فى كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط فى رواية أبى حفص وعلى ماذكر فى كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط فى رواية أبى سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه فى الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلا فلا يسقط حقه فى الكفالة اه ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العينى (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور فى كلام الشيخ أبى المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا مساس له بذلك لان ماوقع من السؤال والجواب فى كلام الشيخ أبى المعين متعلق بأصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهى قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما بمعزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولا كلام الشيخ أبى المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال وأورد الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع سؤالا وجوابا فى هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعته أيضا الى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور فى حاشية أخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى

لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال وقوله (على عوض) اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثانى أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض

(قوله لانا نقول ثبت بالدليل الاول) أقول دلالة الدليل الاول على فساد كلا الشرطين لا الثانى فقط تأمل (قوله اذا كان على بعض الدار صح) أقول لان بعض الشئ لا يكون عوضا عنه

قوله (وكذا لو باع شفعته) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقررا فأما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري تركي الفسخ بألف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين تركي الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مالك لبعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة (٤٤٥) والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري تركي الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض اه (أقول) فيه بحث أما أولا فلانا لا نسلم ان في قوله على عوض اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا اذ لا يصلح شيء منهما لأن يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض يعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية وأما ثانيا فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا)

كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال وأما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال (وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط

قال المصنف (وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أقول يعني آنفا وأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتمام المدعى ههنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقررا) أقول يعني كان القصاص حقا متقررا (قوله فأما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث اذ حق الشفعة انما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك تغيير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل ثمنه وبعبارة أخرى ان الدار كانت مباحة التملك جبرا بمثل ثمنه وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتأمل فيه لجوابه غير خفي (قوله ووجهه ان حق الكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاضافة لأدنى ملابسة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفعته الخ) اذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم المشترى اليه أو بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته وليس لورثته أن يأخذوها وان كان الثانى فلهم ذلك وقال الشافعى الاول كالثانى بناء على أصله أن الحقوق تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعتاض عنها أو لم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث ليكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذى يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع تسقط وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط فى أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشترى لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار فى دين المشترى ووصيته) أى لا يقدم دين المشترى ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشترى كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضى أو وصيه فى دين الميت فللشفيع أن ينقضه كما لو باعها المشترى فى حياته لا يقال بيع القاضى حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشترى فلا يكون (٤٤٦) نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما أن يكون باتا أو بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أى ولان زوال السبب مبطل (يزول به) أى بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا أو ابراه عن الدين ولا يعلم أن له دينا وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشترى أو استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا وأجيب بأن المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم وانما تسقط بها لدلالتها على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء المعاوضات وورد بأن بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجيب بأن بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له فى قوة الدلالة وان كان الثانى لم تبطل شفعته لان الخيار يمنع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشترى اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لا شفعة له

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعى تورث عنه قال رضى الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط وقدم فى البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشترى لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع فى دين المشترى ووصيته ولو باعه القاضى أو الوصى أو أوصى المشترى فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه فى حياته قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا أو ابراء عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشترى اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لا شفعة له

أشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء وأنت تعلم ان ما بينه لا يفى بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط فى البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اه أقول نعم لا اسقاط فى البيع الحقيقى وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من

قال المصنف (ولانه بالموت يزول ملكه) أقول عطف على المعنى كأنه قال لما مر فى البيوع ولانه (قوله لان العلم بالمسقط الخ) أقول لعل المراد العلم بالمسقط لوصف كونه مسقطا (قوله وان كان الثانى الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بثمانية أسطر تخمينا وهو قوله فان كان الاول بطل شفعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (ووكيل المشترى الى قوله لا شفعة له) أقول قال فى غاية الوفاية من باع عقارا وهو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشترى أو اشترى له كالموكل بالشراء له فله الشفعة الخ اه كلامه معناه الموكل بالشراء اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تناصفا

ومن اشترى لوكيل المشترى أو اشترى له كالوكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر فى الكتاب وهو أن الاول يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع والثانى ليس كذلك لان أخذه بالشفعة كالشراء فى كونها رغبة فى المشفوعة والشفعة انما تبطل فى الرغبة عنها (وكذلك) أى كوكيل البائع لو ضمن المشترى الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشترى الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا فى نقض ما تم من جهته (وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الخ) واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بحنطة أو بشعير قيمته ألف (٤٤٧) أو أكثر فتسليمه باطل وهو على

ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة لان الاول يأخذ المشفوعة يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشترى لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى قال (واذا بلغ الشفيع انها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم انها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لانه انما سلم لاستكثار الثمن فى الاول ولتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به فى الثانى اذا الجنس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير وان بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد فى حق الثمنية

المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيأ من المعاوضات أصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال فى المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لان اطلاق ما ذكره فى المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال فى المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته التى اشتراها به أو أكثر وكذلك تعليله دال عليه وكذلك ما ذكره فى الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وهكذا أيضا استدل فى الذخيرة بما ذكره فى المبسوط وقال فلو أخبر أن الثمن شئ هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا أو موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسى ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر ان الثمن ألف درهم فاذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال فى النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح اذا ظهر أقل أولى اه (أقول) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع فى عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر

شفعته أما فى الاول فلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه قال فى النهاية كأنه قال سلمت ان كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فينتفى بانتفاء شرطه وفيه نظر سيأتى بخلاف ما اذا ظهر أكثر من الالف فان مستكثر الالف أكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا وأما فى الثانى فلانه ربما سلم لتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع به اذا الجنس مختلف قال فى النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح اذا ظهر أقل أولى وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب لكونه فى معنى المكيل بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا أنهما جنس واحد فى حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة

(قوله وتكلف لذلك كثيرا الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فانه لا كلام فى ايهام هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره فالاولى هو الاطلاق

قال (واذا قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشترى هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد فى حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفى عكسه لا شفعة فى ظاهر الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى أبعاضه

﴿فصل﴾ قال (واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه

غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفا أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفا أو أكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه فى بادئ الرأى تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية مع كونه أهر ابهما فى هذا المقام كفى أن يقال قيمتها أكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر أقل منه أو مساويا له أولى فلا مخلص من استدراك أحد القيدين (قوله واذا قيل له ان المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعنى لتفاوت الناس فى الجوار فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذاك كذا فى الكافى قال محمد رحمة الله عليه فى الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الابعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد فى الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه ولا يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذى أورده الشارح الاتقانى فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التى تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر هنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل اه كلامه (أقول) هذا اليمن بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور فى كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذى يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور فى كلام الامام محمد فى الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذى لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيأ من كلاميهما لا يساعد ذلك أصلا أما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى ولا شك ان أولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك فى الفاسد وأما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذى لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضى الاعراض دون عدم الاعراض تأمل تقف

﴿فصل﴾ لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الاحوال علم تلك الاحوال فى هذا الفصل

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التى تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر ههنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له لأخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل لاحتمال

﴿فصل﴾ واذا باع دارا

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفى استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله (الا أن المشترى فى الثانى شريك) لانه حين اشترى الباقى كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله (فان أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع فى الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله (الا اذا استحقت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى يعنى أنها حيلة عامة الا أن فيها وهم وقوع

لما بينا قال (واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الاول دون الثانى) لان الشفيع جار فيهما الا أن المشترى فى الثانى شريك فيتقدم عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الادرهما مثلا والباقى بالباقى وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضى الله عنه وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشترى الثوب لقيام البيع الثانى فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفى استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه كذا فى العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال الحيلة لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به فى قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال فى استيفاء الثمن وقال و يجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبر اه (أقول) الاظهر عندى أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذى يتأذى به دفع تأذى الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تأذى نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما تحقق فى كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير) قال صاحب النهاية و بيان ذلك ما ذكره فى شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة أنه اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة و يقبض بالباقى عشرة دنانير أو أقل أو أكثر فلو أراد الشفيع أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب فى الشفعة ولو استحق الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف اه واقتفى أثره صاحب العناية فى بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور فى فتاوى قاضيخان الا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف حيث قال وقوله والاوجه الخ تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى اخر ما ذكر فى النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان (أقول) لا يذهب على ذى فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر فى فتاوى قاضيخان وفى الشرحين المزبورين فان معنى كلامه أن يباع بكل الدراهم التى هى الثمن دينار ومعنى ما ذكر فيها

الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشترى الثوب وهو بائع الدار يتضرر به أى برجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو أضعاف قيمة الدار وقوله (والاوجه الخ) تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب فى الشفعة ولو استحقت الدار على المشترى لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به) أقول فى استيفاء الثمن و يجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وراء الدار المبيعة فتدبر (قوله واستحقاق

 الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه) أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير فى لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير فى قوله ملكه راجع الى المشترى (قوله تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقريرا لما فى الكتاب بل ذلك التقرير حيلة أخرى تعم الجار والشريك على ما ذكره الامام الزيلعى وتقريرما فى الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لاغير فليتأمل

وقوله (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة فى هذا الباب اما ان تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالاول مثل أن يقول المشترى للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك فى الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبى يوسف مكروه عند محمد رحمهما الله وهو الذى ذكر فى الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف فى فصل الزكاة

﴿ مسائل متفرقة ﴾ ذكر مسائل متفرقة فى آخر الكتاب كما هو المعهود فى ذلك ولم يذكر محمد فى الجامع الصغير من مسائل الشفعة الا هذه وألفاظه ظاهرة سوى ما نبه عليه (قوله فيتضرر به) أى بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هى زيادة ضرر التشقيص فان أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا وقوله (ولا فرق فى هذا) أى فى جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما اذا كان قبل قبض المشترى الدار وبعده وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدورى قال روى عنه أن المشترى اذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لان التملك حينئذ يقع على المشترى وقد أخذ منه جميع ملكه وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعنى أن أحد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار فلان حتى يؤدى كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله (لان العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا للثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما اذا كان المشترى واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وان لحق المشترى ضرر عيب الشركة لانه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم فى كتاب البيوع

قال (ولا تكره الحيلة فى اسقاط الشفعة عند أبى يوسف وتكره عند محمد) لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه ولابى يوسف أنه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة فى اسقاط الزكاة

﴿ مسائل متفرقة ﴾

قال (واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وان اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن فى الوجه الثانى بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح الا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم اذا نقد ما عليه مالم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدى الى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة لان العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى

أن يقبض بعض ثمنها ويباع بالباقى دنانير وعن هذا قال المصنف فيما اذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا نعم لا يرجع المشترى بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه نعم كلا العينين مشتركان فى أن بهما الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار فى شئ منهما فصار أحدهما نظيرا لآخر فى الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لأن يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تكره الحيلة فى اسقاط الشفعة عند أبى يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال فى العناية أخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم أن الحيلة فى هذا الباب اما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالاول مثل أن يقول المشترى للشفيع انا أوليها لك فلا حاجة لك فى الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبى يوسف مكروه عند محمد وهو الذى ذكر فى الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف فى فصل الزكاة انتهى (أقول) فى هذا التقرير شئ وهو أنه اما أن يراد بالاجماع والاختلاف فى قوله وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه اجماع المجتهدين واختلافهم فى نفس المسئلة أو اجماع المشايخ واختلافهم فى الرواية وأيا ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب أما على الاول

﴿ مسائل متفرقة ﴾ (قوله يتضرر به الدخيل ضررا زائدا) أقول يعنى على الاخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يحبس الجميع الى أن يستوفى جميع الثمن فلا يؤدى الى تفريق اليد عليه

(ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو تركه) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشترى ادفع الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض فى الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الدار الى البائع (وان كان له فيه نفع بعود العهدة الى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع نصيبه) فان للشفيع نقضه (لان العقد ما وقع مع الذى قاسم) فانه لم يجر بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب فى الكتاب) أى فى الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى (يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله) والباقى ظاهر قال (٤٥١) (وتسليم الاب والوصى الشفعة) قد ذكرنا أن الحمل والصغير فى استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم فى سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا فى استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده أبو أبيه ثم وصيه ثم الوصى الذى نصبه القاضى فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفعته اذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله) وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة فى رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبى حنيفة رحمه الله اذا كان فى مجلس القاضى لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل فى الخصومة ومحلها مجلس القاضى وعند أبى يوسف رحمه الله فيه وفى غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح منه التسليم أصلا وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى أن محمدا مع أبى حنيفة فى جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابى يوسف (لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كدينه) وفى بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثانى يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له (ولانه شرع لدفع الضرر) وفى ابطاله اضرار به ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنه فى معنى التجارة لانه يملك العين فيملكانه يوضحه أنه لو أخذها الولى بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضحه بقوله (ألا ترى) وهو واضح

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة فى الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب فى الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان وهو المروى عن أبى يوسف لان المشترى لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبى حنيفة أنه انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر قال (ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لان الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال (وتسليم الاب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبى فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة فى رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كدينه وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما أنه فى معنى التجارة فيملكان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبى صح رده من الاب والوصى

فلان القطع يكون الثانى مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد فى الثانى انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين فى عدم كراهة الحيلة فى هذا الفصل وانما الخلاف بينهم فى فصل الزكاة كما ذكره وأما على الثانى كما هو المتبادر من قوله قال

(قوله فانه لم يجر بين المتعاقدين) أقول أى المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحمل الخ) أقول لم يذكر الحمل فيما تقدم يعنى فى باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمهما الله) أقول خالف الشارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل فى الخصومة ومحلها مجلس القاضى) أقول يعنى فى محل الخصومة الخ

ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبي يوسف والله اعلم

بعض المشايخ غير مكروه الخ فلأن القطع بكون الاول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الائمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء ولمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام قاضيخان في فتاواه ذكر محمد رحمة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول أبي يوسف لا تكره وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكره وقال بعض المشايخ تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقبل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي لا بأس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فلا شك كالو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال أيضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا لالاضرار بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

م

﴿ تم الجزء السابع من تكملة فتح القدير ويليه الجزء الثامن وأوله كتاب القسمة ﴾

وقوله (ولانه دائر) دليل آخر على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله (وسكوتهما كابطالهما) لما كان ماذكر من الدليل مختصا بالتسليم أردفه بقوله وسكوتهما كابطالهما (لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها) أو الغبن اليسير من المثل (فان بيعت بأكثر من قيمتها) بغبن فاحش (قيل جاز التسليم بالاجماع) يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الاصح) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم (كالاجنبي) فيكون الصبي على حقه اذا بلغ (وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضا لانهما لم يرضيا تسليمها اذا بيعت بمثل الثمن فلأن لا يرضيا اذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى وانما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي أحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (ولا رواية عن أبي يوسف) لانه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله أعلم بالصواب

فهرست الجزء السابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صحيفة	
٢	باب اقرار المريض
١٣	فصل فى بيان الاقرار بالنسب
٢٢	(كتاب الصلح)
٣٠	فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال الخ
٣٨	باب التبرع بالصلح والتوكيل به
٤٠	باب الصلح فى الدين
٤٦	فصل فى الدين المشترك
٥٢	فصل فى التخارج
٥٧	(كتاب المضاربة)
٧٠	باب المضارب يضارب
٧٣	فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ
٧٤	فصل فى العزل والقسمة
٧٨	فصل فيما يفعله المضارب
٨٣	فصل آخر
٨٦	فصل فى الاختلاف
٨٨	(كتاب الوديعة)
٩٩	(كتاب العارية)
١١٣	(كتاب الهبة)
١٢٩	باب الرجوع فى الهبة
١٣٩	فصل ومن وهب جارية الا حملها الخ
١٤٥	(كتاب الاجارات)
١٥٢	باب الأجر متى يستحق
١٦٣	فصل ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة الخ
١٦٤	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
١٧٤	باب الاجارة الفاسدة
١٩٩	باب ضمان الأجير
٢٠٨	باب الاجارة على أحد الشرطين
٢١٣	باب اجارة العبد
٢١٨	باب الاختلاف فى الاجارة

صحيفة	
٢١٩	باب فسخ الاجارة
٢٢٤	مسائل منثورة
٢٢٥	(كتاب المكاتب)
٢٣٤	فصل فى الكتابة الفاسدة
٢٤٢	باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله
٢٤٩	فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ
٢٥٣	فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى الخ
٢٦١	باب من يكاتب عن العبد
٢٦٣	باب كتابة العبد المشترك
٢٧٠	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٢٨٠	(كتاب الولاء)
٢٨٨	فصل فى ولاء الموالاة
٢٩٢	(كتاب الاكراه)
٢٩٧	فصل وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر الخ
٣٠٩	(كتاب الحجر)
٣١٤	باب الحجر للفساد
٣٢٤	باب الحجر بسبب الدين
٣٣٢	(كتاب المأذون)
٣٥٧	فصل واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة الخ
٣٦٠	(كتاب الغصب)
٣٧٥	فصل فيما يتغير بعمل الغاصب
٣٨٦	فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ
٣٩٧	فصل فى غصب ما لا يتقوم
٤٠٥	(كتاب الشفعة)
٤١٨	باب طلب الشفعة والخصومة فيها
٤٢٤	فصل فى مسائل الاختلاف
٤٢٧	فصل فيما يؤخذ به المشفوع
٤٣٠	فصل واذا بنى المشترى فيها أو غرس الخ

صحيفة		صحيفة	
٤٣٥	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب	٤٤٨	فصل واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها الخ
٤٤٢	باب ما يبطل به الشفعة	٤٥٠	مسائل متفرقة

﴿ تمت ﴾

ماشاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء الثامن)

من نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار

لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى

زاده أفندى قاضى عسكرى روملى وهى

تكملة فتح القدير للمحقق الكمال بن

الهمام على شرح الهداية

رحمهم الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تنبيه﴾ قد جعلنا الهداية والتكملة فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى چلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر)

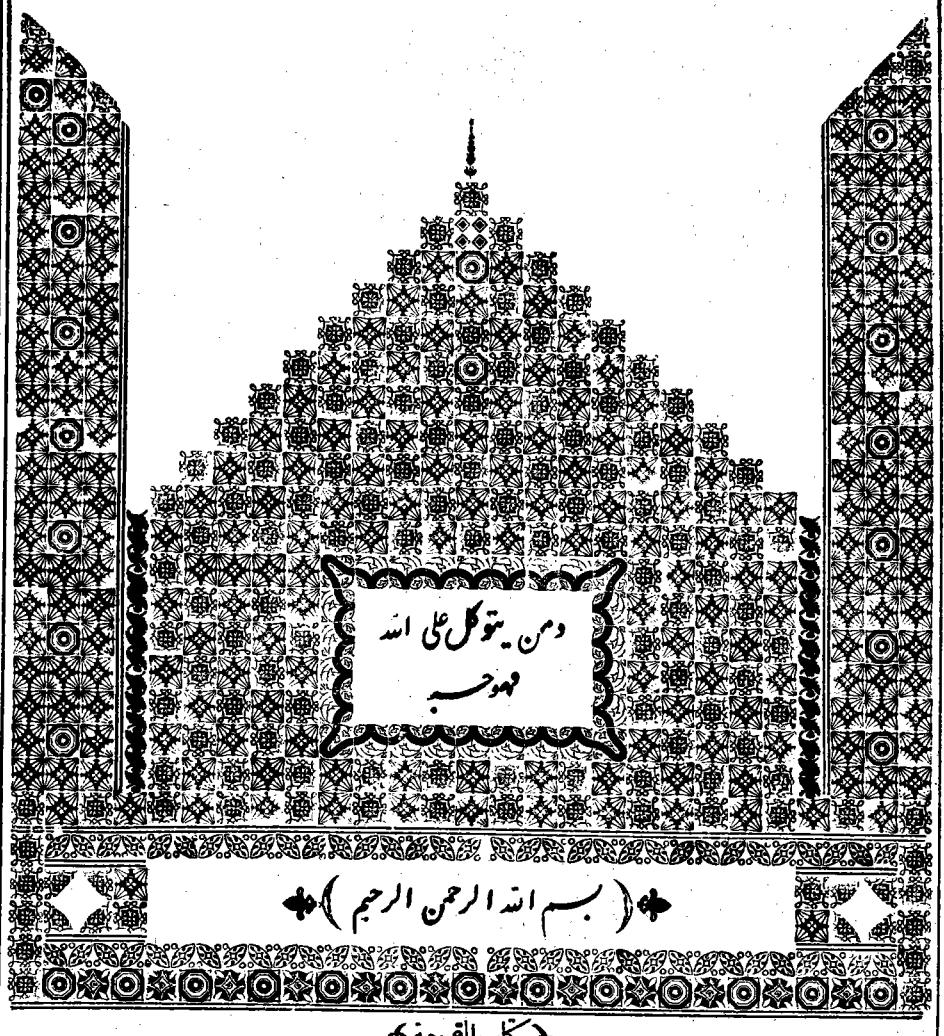
﴿الطبعة الأولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٨

هجرية

(بالقسم الادبى)



كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة فأحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أولان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمتضادان يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى أقول فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يتمشى على أصل الشافعي فانه لم يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور وأما على أصل أئمتنا فلانهم جوزوا الشفعة بالجوار أيضا واستدلوا عليه باحاديث أخرى وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث

كتاب القسمة

أورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع فان أحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها أن لا تفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عليه الصلاة والسلام باشرها في المغانم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار بخلاف القسمة (قوله لان بقاء ما كان على ما كان أصل) أقول يعني الشركة وأنت خبير بان في القسمة أيضا بقاء الملك

وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشتراه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتراه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بأن النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرر في المعقولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على المثبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاءها كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظر وهو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وان زال ملك أحد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان أحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتراه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكر آنفا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما

وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنى من الافراز هو أن يقبضه بعين حقه والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها أظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشتراه واقتسماه جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتراه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ولما استشعر أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الآبى على القسمة في ذلك

الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد

من عين حقه افرازا بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه فاطبة بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان أخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كاخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر هينا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجها أبسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني وأما القسمة في غير ذوات الامثال فشبيه المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلان نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل ما ترك على صاحبه باعتبار القيمة وأخذ المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا الا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل ما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا افراز محض لان معنى الافراز ان يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الافراز في ذلك ظاهرا راجحا لتحققه في جميع أجزاء المقسوم وتحقق المبادلة في بعضها كما تحققته

(قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الآبى على القسمة في غير ذوات الامثال كذا في عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو انه ان أريد بقوله لان فيه معنى الافراز أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ في الاجبار على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان أريد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه و يأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى

أجاب بقوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر

والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين وهذا لان أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لايجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضى ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته فى مالهم غرما بالغنم قال (فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر) معناه يأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كى لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة

الافراز فيه ظاهرا جدا فانى يتصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا لامحالة لقوله لتعذر المعادلة فى تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت أجناسا مختلفة كما سيأتى تبصر تقف (قوله والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين) يعنى انه لامنافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما فى ذمته أقول لقائل أن يقول جريان الجبر فى قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت فى ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل فى القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج الى الجواب الذى نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه فى قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى فى التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام فى نفسه لانه ان أراد أن القسمة فى مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا أن معنى الافراز هو الظاهر فى ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر فى غيرها وان أراد أن المبادلة فى قسمة مختلف الجنس هى الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك فى قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع أن التراضى ليس بشرط فيها على أن كون التراضى شرطا فى التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا فى قسمة مختلف الجنس أيضا لان قسمته ليست فى معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احداهما بالاخرى والحق عندى أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقى على الآخر فصحت القسمة بلاريب انظر الى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه يأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص) أقول قوله لان النفع لهم على الخصوص ينافى بحسب الظاهر قوله فيما مر آنفا ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته فى مالهم غرما بالغنم فتأمل فى التوفيق

فصار ما يؤدى بدلا عما فى ذمته وهذا جبر فى المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه أولى وهذا لان أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من أجناس مختلفة كالابل والبقر والغنم لايجبر القاضى الآبى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى فى التجارة شرط بالنص قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما) كلامه واضح الا ما نبه عليه (قوله لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لانه متى يصل اليه أجر عمله على كل حال لايميل بأخذ الرشوة الى البعض

(قال المصنف لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول لعل المراد تهمة الاخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لانه متى يصل اليه أجر عمله على كل حال الخ) أقول فيه بحث (قوله لايميل بأخذ الرشوة) أقول أى لايميل لفقره

و يجوز للقاضي أن يقسم بنفسه و يأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرا لكن الاولى أن لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا أن لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ وقوله (عدلا مأمونا) ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله (كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني اذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم (٦) فالاجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر (وقوله ان الاجر

(ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى أمر القاضي) لانه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كي لا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة وقالا على قدر الانصباء) لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة أن الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع

(قوله و يجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية وردهذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله و يجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مأمونا عالما بها كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اه أقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة المراد بها ظهورها فان قلت فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الامانة حتى يستغني بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة وأما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي مجال افادة المعنى المقصود ههنا

(قال المصنف والكيل والوزن ان كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعليق الحكم باصل التمييز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب للتعليق المذكور الا أن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتأمل ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كما لا يخفى

مقابل بالتمييز ولانه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على أن الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء و يزداد دقة بقلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله (وان لم يكن للقسمة) بان اشتريا مكيلا أو موزونا وأمر انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالاجر بقدر الانصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب وقال أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد يعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تأكيد وبيان وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة (ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع)

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فاما أن يكون عقارا أو غيره فان كان عقارا فاما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة اما أن يكون لشبهة في الملك أو لتهمة في دعواه أو لمنازع للمدعي في دعواه ولا شئ من ذلك بمتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار أمارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر ههنا فلا تفيد الا أنه يذكر في كتاب القسمة أي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم (٧) لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل أن التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة أو بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك أي كونه خصما بسبب اقراره لجواز اجتماع الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ماسوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن اليد دليل الملك والاقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين

بعبارة أخصر مما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خبير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا ليحصل مقصودهم الى هنا كلامه أقول لا استشكال له شئ ولا جواب أما الاول فلان للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيلا لمقصودهم فترتفع الجهالة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحا لان يكون مدعيا في دعوى حق نفسه على الآخر ومدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تتوهم الجهالة حينئذ أصلا وأما الثاني فلان مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم على التعين مدعيا ولم يسمع ذلك من أحد ولم ير في شئ من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه أصلا فضلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصماء عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد أن أقاموا

(قوله وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول ستجئ المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول يعني لا بد للقضاء من حجة (قال المصنف فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب اقامة البينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خبير بانه لا أولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا ليحصل مقصودهم

فانه انما يقضى عليهما بالبينة بدون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين فى حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر فى حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه فى جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قولهما كما فى المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لان فى القسمة نظرا الخ (٨) والثانى أن المنقول مضمون على من وقع فى يده بعد القسمة وفى القسمة جعله مضمونا وفى ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند أبى حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع فى يده عنده (وبخلاف المشترى) جواب عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد روى عن أبى حنيفة فى غير الاصول أن القاضى لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث وجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وان ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله (هذه) يعنى القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما فى أيديهما ملكا لغيرهما فانهما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد مالكها فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذى فطنة سليمة ان قوله لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد مالكها غير مفيد ههنا بل هو مخل بالمقام لان ذلك الاصل أعنى كون الاملاك فى يد مالكها يرجح كون ما فى أيديهما ملكا لهما فينبغى أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسئلة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك تلك المقدمة فى تعليل مسئلة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها فى بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان فى الاولى ادعوا الملك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بانه ان أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشئ لا ينافى احتماله فى الواقع وانما ينافى تقرره وتعينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة له وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذى ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشترى يكفى فى أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد مالكها لا خلاله بالفرق بين الروايتين كما بيناه عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره فى تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن ما فى أيديهما ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك

فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان فى القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ أما العقار فحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع فى يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس فى القسمة قضاء على الغير فانهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضى الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفى الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبى حنيفة

البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه باسرها (قوله وفى الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما) قال فى العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما فى أيديهما ملكا لغيرهما فانهما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد مالكها فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذى فطنة سليمة ان قوله لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد مالكها غير مفيد ههنا بل هو مخل بالمقام لان ذلك الاصل أعنى كون الاملاك فى يد مالكها يرجح كون ما فى أيديهما ملكا لهما فينبغى أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسئلة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك تلك المقدمة فى تعليل مسئلة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها فى بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان فى الاولى ادعوا الملك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بانه ان أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشئ لا ينافى احتماله فى الواقع وانما ينافى تقرره وتعينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة له وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذى ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشترى يكفى فى أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لان الاصل أن تكون الاملاك فى يد مالكها لاخلاله بالفرق بين الروايتين كما بيناه عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره فى تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن ما فى أيديهما ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك

وقيل فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول أبى حنيفة خاصة وعندهما تقسم بينهما لانهما يقسمان فى الميراث بلا بينة ففى هذا أولى

(قوله فانهما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان فى الاولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا للغير) أقول يعنى للميت

وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة حق الملك لتكميل المنفعة وقسمة حق الدار لاجل الحفظ والصيانة والثانى فى العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال (وان حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين

وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لان فيه نظرا للغائب والصغير ولابد من اقامة البينة فى هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة الخصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وان كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شئ منه لم يقسم وكذا اذا كان فى يد مودعه وكذا اذا كان فى يد الصغير)

عليه فتدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعنى أن القسمة نوعان قسمة حق الملك لتكميل المنفعة وقسمة حق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثانى فى العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضى أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضا فى العقار مع أنه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضى ايضا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبى يوسف ومحمد أيضا فيما اذا ادعوا الارث فى العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث أيضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك فى دعواهما أى لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلا فى رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا انهما فى أيديهما وأقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقا حينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيهما سبب الملك من الارث أو الشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا اليد ابتداء وبيانه أنهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن فى يده شئ يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل أن الاملاك فى يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا اليد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه فلا يقبل قولهما لانهما طلبا القسمة من القاضى والقسمة فى العقار لا تكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما الى

وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه) قيل قوله فى أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهوا من الناسخ والصحيح فى أيديهما لانهما لو كانت فى أيديهم لكان البعض فى يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا فى الكتاب وان كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شئ منه لم يقسم وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبى) لظهور نصيبهما بما فى يد الغير (ولابد من اقامة البينة فى هذه الصورة) يعنى فيما اذا كان معهما صبى (عند أبى حنيفة رحمه الله) كما اذا كان معهما غائب (خلافا لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضى عند أبى حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وان

(٣ — تكملة ثامن) أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث) صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول هما يقولان اليد دليل الملك فلا شبهة فى الملك كما تقدم وجوابه أن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول لامكان الورثة قبله

(وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها) يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه وقوله (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر اقامة البينة وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده (وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة لانه لابد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما) فالحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فمائة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقي ظاهر

﴿فصل فيما يقسم وما لا يقسم﴾ (١٠) لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهما

فقال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) اذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فان كان الاول قسم القاضي بطلب أحدهم جبرا على من أبى (لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الى آخره وان كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الحصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره والاصح أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه) لان دليل القول الاول دليل أحد الجانبين ودليل قول الحصاص دليل الجانب الآخر

لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال (وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة) لانه لابد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا اقتسما وتقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيهما وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

﴿فصل فيما يقسم وما لا يقسم﴾ قال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وان كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم) لان الاول ينتفع به فيعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الحصاص على قلب هذا الان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه

هنا كلامه فتبصر (قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط أقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير أو كان منه شيء زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما وأما فيما اذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتمشى فيها ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان فتأمل

﴿فصل فيما يقسم وما لا يقسم﴾ لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما

(قوله يعني فيما اذا كان معهما) أقول تفسير لقوله أيضا (قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق) أقول وفي صورة الارث يقوم الآخر مقام الميت ويثبت حق الغائب على طريق التبع

﴿فصل فيما يقسم وما لا يقسم﴾ (قوله وذكر الحصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول في عبارته مسامحة والاظهر أن يقول وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل واباه صاحب الكثير ولا يقسم بطلب صاحب الكثير واباه صاحب القليل

(والاصح هو المذكور في الكتاب) أي القدوري (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا (يستضر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالثياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (ويقسم القاضي كل مكيل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة

من أصل واحد كالاجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا توبين اذا اختلفت قيمتهما المابينا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين) يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوبا والآخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فانه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما ثمة معاوضة تحتاج الى التراضي

والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض) لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكيل وموزون كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني) لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع (ولا توبين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز

في فصل على حدة (قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال ألا ترى أن كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي يعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين أصل ما ذكروا في وجه صحة المذكور في الكتاب أولا وبين

(قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول مخالف لما في شرح الكنز للزيلعي (قوله ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده الخ) أقول قوله لان في حق التراضي الخ تعليل لقوله يعني به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاده الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو اما أن يكون الرقيق مع شئ آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أو لا يكون فان كان فالاصح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم لشئ تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا وانا ثا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا أو اناثا فلا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم ولابي حنيفة أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك فتي جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فانه سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان

التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بخلاف المغانم) جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك (لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا) فان قيل لو تزوج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك أجيب بأن القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى) والاصل في هذا أن الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى أقول تقرير الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر أنه اذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره علي الجصاص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر

(وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقالا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا وأما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ والياقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى أن لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين) لانها تشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال

ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما الى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل (قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا برضا الشركاء) قال صاحب العناية والاصل في هذا أن الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى أقول تقرير الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر أنه اذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره علي الجصاص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما (واذا

(قوله أو لاحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق انه اذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل (قوله وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد الخ) أقول بل اشارة الى دليل تلك المسئلة أو الى قوله لان الحق لهما الخ فتأمل

(قوله واذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى أعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله (على ما مر) يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وان كانت دار وضيعة (١٣) أو دار وحانوت الخ) واضح الا ما نذكره

(واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى أصل السكنى أجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا الوتزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى أن الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد أنه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شبها من كل واحد قال (وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة

في القسمة (قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد ثمة بشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا تجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتمتنع الاجارة لشبهة الربا

انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهما الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالحانوت) أي بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت أجرة لمنافع الدار صح وقوله (أو تبنى حرمة الربا هنالك) أي في اجارات الاصل (على شبهة المجانسة) يعني ان كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنا لك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم

(قوله واستشكل كلامه) أقول هذا في الكافي (قوله ويمكن أن يقال) أقول يعني في جواب الاستشكال (قوله لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول يعني انهما متحدا الجنس نظرا الى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومختلفا الجنس نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذى هو الموصوف قال (وينبغى للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم فى القسمة ينبغى أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا ليمكنه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغدة

الى القاضى ليتولى الاقراع بينهم بنفسه (ويعدله) يعنى يسوى به على سهام القسمة ويروى يعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه فى الاخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقى بطريقه وشربه حتى لا يكون النصيب بعضهم بنصيب الآخر تعالى) فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذى يليه بالثانى والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى) والاصل أن ينظر فى ذلك الى أقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله فى الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ قال (وينبغى للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله) يعنى يسوى به على سهام القسمة ويروى يعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه فى الاخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقى بطريقه وشربه حتى لا يكون النصيب بعضهم بنصيب الآخر تعالى) فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذى يليه بالثانى والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى) والاصل أن ينظر فى ذلك الى أقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله فى الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

الشبهة دون النازل عنها وقد قال ثمة من الائمة الحلوانى اما أن يكون فى المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول فى الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت فى الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما فى الجنس قطعا فتتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الاشكال المذكور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح فى اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد جنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ما عرف فلا يناقى القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء فى تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعنى انهما متحدا الجنس نظرا الى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومختلفاه نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك فى القسمة فليتأمل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذى ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد ههنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله أن اتحادهما فى الجنس غير مقرر بل هنالك شبها الاتحاد والاختلاف فى الجنس من جهتين فكان فى الجنسية شبهة فيؤل بناء حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق فى الدور المشتركة فى مصر واحد أيضا فبناء على أصل ذلك نخالف أبا حنيفة صاحباه هنالك فقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها فى بعض قسمها القاضى كما مر فى الكتاب فلو كان المراد فى مسئلتنا ما ذكرنا وافق الامامان أبا حنيفة ههنا فى وجوب قسمة كل واحد على حدة وانتفاهم فى هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها فى الكتاب منصوص عليه فى البدائع حيث قال فيه أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدته لاختلاف الجنس انتهى

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع فى بيان كيفية القسمة فيما

فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذى يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والذان يليانه (قوله وقوله فى الكتاب) واضح

والقرعة

﴿فصل﴾ فى كيفية القسمة (قوله بان يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس بصلح تفسيرا للتصوير بما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

قوله (والقرعة لتطييب القلوب) جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم نجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناها ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة في أيديهم عقار طلبوا قسمته وفي أحد الجانبين فضل فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا أدخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد رحمه الله الى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الاصل الا لها وهذا يوافق رواية الاصل قال (فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

والقرعة لتطييب القلوب واراحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم) لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد رحمه الله الى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال (فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف (قوله والقرعة لتطييب القلوب واراحة تهمة الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس يأباها لان استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها

فلا يجعل لاحدهما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن فليس له أن يستطرق) ويسيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الافراز والتمييز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان سرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل الا بالشرط

(قوله وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى القمار (قوله ألا ترى أن زكريا عليه السلام) أقول الظاهر أن يقال ألا يرى الى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول تعليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني الاتقاني في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول يذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة الى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بأن متعلق بقوله تحقيق وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول في التفريع نوع تأمل

(وان لم يمكن) فاما أن يشترط ذلك فى القسمة أو لا فان كان الثانى (فسخت القسمة لانها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستأنف وهذا بخلاف البيع) فانه اذا باع دارا أو أرضا ولا يتمكن المشترى من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم تذكر الحقوق فانه (لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع فى الحال) كما لو اشترى بحشا صغيرا (وأما القسمة فانها التكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق) وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ماذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره أن فى القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل فى وان ذكرت لان دخولها ينافى

(وان لم يمكن فسخت القسمة) لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد فى هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع فى الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق فى الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفى الوجه الثانى يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ماذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء فى رفع الطريق بينهم عن القسمة) فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع بنظر القاضى فى حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الافراز بالكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا فى مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما أثلاثا جاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضى

فى دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس هذا فى معنى القمار لان أصل الاستحقاق فى القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه السلام فى مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه فى الماء ربما نسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار فى ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر تطييبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزا فى النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى المبسوط أقول بين

الافراز فقلنا ندخل عند التنصيص ولا ندخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء فى رفع الطريق بينهم عن القسمة) فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع بنظر القاضى فى حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه) أى دون رفع الطريق (وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا فى مقداره) أى فى سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم تجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب قال وطوله لان الحاجة تندفع به) فلا فائدة فى جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هى ان أحد الشركاء اذا أراد أن يشرع جناحا فى نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضا رفع من الطريق بمقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر فيه ثوران معا وان كان محتاجا الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجلة فيؤدى الى ما لا يتناهى كذا فى النهاية وباقى كلامه واضح

قال (واذا كان سفل لاعلو عليه وعلو لاسفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك) قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع

قال (واذا كان سفل لاعلو له) صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبي حنيفة ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة اذا لم تكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة أنهما كانا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند أبي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم وعند أبي حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا انتهى وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة أيضا فهي المأخذ الاصلي أقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية أما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محل أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير انتهى ولا شك أن المحلة فوق الدار فاذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلأن تقسم في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع أولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الا برضا الشركاء سواء كانت متباينة أو متلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازقة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فألحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى أعدل الوجوه ليمضي القسمة على ذلك انتهى وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هنالك والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما في بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ولو كان بينهما منزلان ان كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد وهذا كله قول أبي حنيفة وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأي فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا أو منفصلين اه الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذي فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق وأما الثاني فلانه ان أريد بالتراضي في قوله أو في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا

لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس

(قوله أو هو معنى فقهي) أقول معطوف على قوله اختلاف عادة أهل عصر

لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما أمكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فناء العلو

الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شئ معين كيفما كان بلا خلاف من أحد ألا ترى أن الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضا كما صرحوا به قاطبة وان أريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شئ كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيأ لانهما انما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة فان كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم امكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور فاذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل (قوله لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضي تفضيل السفل على العلو مطلقا كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو أخرى فانه ينافي القسمة بالذرع أصلا ويقتضي المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سيأتي ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى انتهى أقول في أوائل تحريره خلل حيث قال أو العكس من ذلك ولا يخفى أن عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال به أبو حنيفة واستواؤهما كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى ولله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو منفعة السكنى لاغير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابى يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لاغير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابى يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبى يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو

تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى فأصاب المحرر فى افادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة فى الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لاغير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديد أما أولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق أن المراعى فى نفس القسمة بالذرع التى هى الاصل التسوية فى السكنى لا فى المرافق اذا الاتحاد فى الجنس يحصل بالاتحاد فى منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد فى المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد فى الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لاغير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا فى كيفية القسمة عند أبى حنيفة وهى ذراع من سفل بذارعين من علو ولا بعد فى أن يراعى فى كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى فى نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما فى قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين فى المقامين كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق انما هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول أبى حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فى دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك فى ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولابى يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التحرير أن يقال ان أصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر لفطن المتدبر فى المقام (قوله والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء

الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من العلو الكامل فى مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل الكامل فى مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من السفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل فى مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول أبى يوسف رحمه الله ظاهر على ما ذكر فى الكتاب

(قال المصنف وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى) أقول مخالف لقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله فى السفل المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفل (قال المصنف والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

(قوله واذا اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكأنه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله أولانه أي التمييز لا يصلح مشهودا به لما

قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد أنهما أشهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن عاتق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما مغنما لانفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله أعلم

﴿باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها﴾

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيأ في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة) لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة

قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلو مثل نصف السفل ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد أي سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله أي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه أصلا نم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

﴿باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها﴾

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع أخر ذكرها قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر اه واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء انتهى أقول ذلك مندفع فان الظاهر أن المقسم في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما سيجيء فلا يرد به النقض على شيء من القسمين

أنه غير لازم قبل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما أما اذا كان القاضي أو نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة أخر ذكرها والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر فعلى هذا اذا ادعى أحدهما الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شيأ في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان أقامها فقد تورد دعواه بها

﴿باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق﴾ (فان

(قوله فان كان الاول تحالفا الخ) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء

(فان لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جعل بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه واليه أشار من بعد (وان قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة)

المذكورين في الاصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استحلف الشركاء) لانهم لو أقروا لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذ قد تقرر في كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلا فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكروا ههنا على وجوب تحليف المقر له هنالك اذ لا يتمشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في أقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شئ باقراره بكذب المقر في اقراره والا لزم أن يرد الاقرار الاول برد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكروا ههنا أيضا على ذلك فانه يتمشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه أن يقال فاذا أنكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصدقا له في اقراره لان انكار كذبه في اقراره يقتضي تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هنالك عند أبي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم أقول لكن بقي فيما ذكروا شئ وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه أبو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو أقروا وجوب استحلافهم اذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي أن يتحالفا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغي أن يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعي أحد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع

(قوله وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو أقروا لزمهم الخ) أقول لو صح لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (قال المصنف ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي أن يتحالفا

لرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جعل بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلا) يعني وان أقام البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أي أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة

لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد فى الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب أن لا تقبل دعواه أصلا وان قال قد استوفيت حقى وأخذت بغضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعى عليه الغصب

لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع على ماذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش) لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة) لما قلنا

الثانى اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما فى مقدار الواجب بالقسمة كما فى النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما فى سائر المواضع والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع فى متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة الى التكلف الذى ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثانى من النوعين المذكورين فى الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع على ماذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم فى باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان فى المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان أحدا المتبايعين يدعى الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعى وجوب تسليم البدل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف وأما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشريكين قابض نصيبه فانه ذو اليد ولا يدعى على الآخر شيأ وانما يدعى الآخر عليه بعض ما فى يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لان ذلك النص كان واردا فى البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست فى معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر فى صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد فى الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوى على ماعرف فى موضعه ولم يوجد شئ منهما هنا فليتأمل فى الدفع (قوله ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا) قال فى العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا ورد دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسخ القسمة فى قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة فى الظاهر على كون ذلك البيت فى نصيب ذى اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافى ما سيجئ فى الفصل الآتى من

فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثانى قوله (ولو اقتسما دارا) هو عين مسئلة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة

(قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يتحالفان على ماهو المقرر فى الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تأمل

الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا فى الحدود) قيل صورته دارا اقتسمها رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذى فى يد صاحبه داخل فى حده وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى فى يد صاحبه لما بينا يعنى قوله لانه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذى اليد والباقى واضح

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا واستحقاق بعض شائع فى النصيبين واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين ففى الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفى الثانى تفسخ بالاتفاق وفى الثالث لم تفسخ عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقى واقتسم ثانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ومحمد مع أبى يوسف على رواية أبى سليمان ومع أبى حنيفة على رواية أبى حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة ان أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان تكون قيمة الدار ألفا ومائتى درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم سبعمائة درهم وقيمة ما بقى مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده وقيمته ثلاثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء (٢٣) بالكل فيصير فى يد كل من الشريكين أربعمائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعنى القدورى رحمه الله فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار أن الاختلاف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب النهاية رحمه الله وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة فى الاسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر فان قول القدورى واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(وان أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لانه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذى اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا فى الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو فى يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا) كما فى البيع

﴿فصل﴾ قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبى حنيفة ورجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار والصحيح ان الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فاما فى استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبى يوسف وأبو حفص مع أبى حنيفة وهو الاصح

أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع فى الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذا أنور دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان الغلط شرع فى بيان الاستحقاق (قوله قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار) أى قال المصنف ذكر القدورى الاختلاف بين أبى

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا أنور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى

﴿فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه﴾ (قوله ففى الاول الى قوله وفى الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد بالثانى قوله واستحقاق بعض شائع فى النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين (قوله ففى الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق) أقول فى شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافقه ونص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا فسخت القسمة وان كان معينا لم يذكر هذه المسئلة فأقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كان لم يكن فان كان الباقى فى يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لاحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما يرجع بالحصة كما اذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا وخمسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثانى على الاول بذراع وفى غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففى استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص فى ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكفى ذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الاصل فى أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحمل على التأسيس خير من التأكيد فتأمل

لابي يوسف فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح وأما (٢٤) في النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان

لابي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لاشركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شئ معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين أما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا

حنيفة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا الان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا أيضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظر فان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه على أحد من فحول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة مبهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسئلة وأيضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان لمجرد التأكيد بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام وأما اذا كان متعلقا ببعض يكون تأسيسا مفيدا للمراد من بلا للابهام فانى هذا من ذلك على أن الاصل في أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين أن كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على أحد معنيي القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الا أن التفاوت بينهما أي بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر ههنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة) قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة أعني قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى وأخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين الاسبيجابي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند أبي حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث

لا يبقى الافراز فيما وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقتسما الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين أما ههنا فلا ضرر للمستحق

(قوله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة) أقول لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي وصورة فانها اذا كانت بقضاء القاضي يبطل أيضا اذا لم يرض الغائب على ما يجيء في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء (قوله لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي) أقول فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيها آكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرس السابق (قوله فاقتسما الاثنان) أقول الظاهر أن يقال فاقتسم الاثنان

وصورة المسئلة اذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقى شائعا رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبى يوسف ما فى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال

قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى فانها اذا كانت بقضاء القاضى تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجىء فى شرح قوله ولو أبرأ الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك أن القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضى لا تبطل بعدم رضا الغائب ألا يرى الى ما مر فى الكتاب فى أوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا بقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساغ للقاضى القسمة فى تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجىء فى شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بحوالة راجحة اذ لا شئ فى شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما فى عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة فى صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها فى قدر حقهما من عين التركة لا انتقاضها فى مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبى يوسف فيما نحن فيه أو المراد انتقاضها بالكلية أيضا لكن فى صورة القسمة بالتراضى دون القسمة بقضاء القاضى اذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث أو الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضى نص عليه فى البدائع حيث قال فيه موجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء دينهم ولا مال للميت سواه ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة ألا يرى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقى على الشركة بينهم ولو اقتسموا ورثة وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان كانت بقضاء القاضى لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة فى هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضى لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض أورد أيضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضى حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضى أيضا بل اعتبارها فيه آكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش فى أحد الطرفين تفسخ على ما مر فى الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند أبى حنيفة أصلا لا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبى حنيفة فى كثير من المسائل المتقدمة فى الكتاب فاعتبار القيمة فى هذه المسئلة على قول أبى حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور فى عامة الكتب حتى فى كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضى فقوله فان القيمة

صاحب المقدم نصفه) يعنى النصف من الثلث المقدم الذى وقع فى نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثانى رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعنى من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده الى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض فى فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند أبى يوسف رحمه الله ما فى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان الباقى بعد الاستحقاق قوله (والمقبوض بالعقد الفاسد) جواب عما يقال ينبغى أن ينقض البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه أن القسمة فى معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت فى معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لامكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه

(قال المصنف لان القسمة تنقلب فاسدة عنده) أقول يعنى فى حق المقاسم لا فى حق المستحق فلا تخالف لما مر من أن القسمة بدون رضاه باطلة

قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما بقي من الديون وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء

(ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا أو غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا الوادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل أن يقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها اذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى

معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضا ان أراد انها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضا فليس كذلك وان أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضا عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيأ فان عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها آكد في عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بجنس المقسوم فأبو حنيفة يعتبر في غبن القسمة بالقضاء التفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة ومامر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بان يقال وان اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الاكثر الغبن الى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها أولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤدي به سائر الورثة من مالهم فليتأمل انتهى كلامه أقول وأنت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فآل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ما تم من جهته أمر مقرر لامر دله بثبوت الدين بالبينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض

ماتم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك ❁ فصل

(قوله والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خبير بأن استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل

﴿فصل فى المهايأة﴾ لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع فى بيان أحكام قسمة الاعراض وهى المهايأة وأخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واخال أن الترجمة بالباب أولى لان الكلام فى باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ وقد تبدل الهمزة ألفا وتحقيقه أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها أو أن الشريك الثانى ينتفع بالعين على الهيئة التى ينتفع بها الشريك الاول وفى عرف الفقهاء هى عبارة عن قسمة المنافع وهى جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين فى نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه فى نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجرى فيه جبر القاضى اذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجرى فى القسمة الا أن القسمة أقوى منها فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا أى ولكون القسمة أقوى اذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ فى التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه أبلغ ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف (ولو تهايآ فى دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة

﴿فصل فى المهايأة﴾ المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ولهذا يجرى فيه جبر القاضى كما يجرى فى القسمة الا أن القسمة أقوى منه فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ فى التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه أبلغ ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف (ولو تهايآ فى دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة

والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغى أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة اذا الحكم فيما اذا بقى من التركة بعد القسمة ما يفى بالدين أو أداه الورثة من مالهم قد مر فى المسئلة المتقدمة مفصلا

﴿فصل فى المهايأة﴾ لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع فى بيان أحكام قسمة الاعراض التى هى المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهايأة فى اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ وابدال الهمزة ألفا لغة فيها والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايأ فلان فلانا وتهايأ القوم وفى عرف الفقهاء هى عبارة عن قسمة المنافع كذا فى الشروح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه) قال الشراح والقياس يأبى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع فى نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته اه أقول فيه شئ وهو ان ما ذكروا فى وجه اباء القياس جوازها انما يتم فى صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع أحدهما بعين واحدة مدة وينتفع الآخر به مدة أخرى لا فى صورة التهايؤ من حيث المكان كما اذا تهايآ فى دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها فان التهايؤ فى هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجئ فى الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق أمرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكروا فى بيانه لا يفى بذلك كما ترى (قوله الا أن القسمة أقوى منه فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب) أقول فى كلية هذا التعليل نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسيأتى فى ذلك الكتاب أيضا والجمع على التعاقب انما هو فى التهايؤ من حيث الزمان وأما فى التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع فى زمان واحد كما سيحققه نعم ان القسمة فى الاعيان أقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذى هو قسمة المنافع لحصول التملك فى الاولى من حيث

﴿فصل فى المهايأة (قوله لانها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول يعنى نسيئة

والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

الذات والمنفعة وفى الثانى من حيث المنفعة فحسب (قوله والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت هذا ايضاح أنه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التأقيت كذا فى الشروح أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط فى الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز أن يكون افرازا من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون افرازا لنصيب كل واحد منهما من المنفعة فى الناحية التى يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها فى الناحية الاخرى بنصيب الآخر فى الناحية التى يسكن هو فيها كما قالوا فى قسمة الاعيان على ما مر فى صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا وان أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط فى الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال صاحب العناية فى تعليل قول المصنف والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة فى البيتين وكذلك فى حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة فى شرح هذا المقام أقول فيه نظر لان جمع المنافع الشائعة فى البيتين فى بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقرر فى محله فكيف يتمكن القاضى من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضى يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد أن القاضى يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت قلت اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب الثانى لاجل دفع الاول وأيضا اعتبار المحال متحققا ليس بأولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثانى وترك كثير مما يعتبر فى الشرع لاجل الضرورة شائع فى قواعد الشرع ألا يرى الى ما ذكروا فيما مر آنفا من أن القياس يأبى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهى لا تجوز عندنا على ما تقرر فى كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصباء فى بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك أن لو كان التهايؤ فى الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما اذا كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة فان قلت المنافع فى العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضى المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاسترداد قبل مضى المدة ههنا أيضا متحقق اذ قدمر فى الكتاب أنه لو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لكون القسمة أبلغ فى احتمال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل المهايأة قبل مضى المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهايأة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة فى الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضى المدة كما فى صورة

فالتهايؤ فى هذا الوجه وهو أن يسكن هذا فى جانب من الدار ويسكن هذا فى جانب آخر منها فى زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة فى البيتين وكذلك فى حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التأقيت قيل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه) يجوز أن يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وان لم يشترط فى العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسى رحمه الله وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان كذلك أيضا والاولى أن يكون ابتداء كلام لنفى قول من يقول انهما اذا تهايآ ولم يشترطا الاجارة فى أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه

(قوله يجوز أن يكون توضيحا الى قوله ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وان لم يشترط فى العقد ذلك) أقول منقوض بالاعارة

(ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في المجلس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل (٢٩) وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما مزية فلا ترجيح لاحدهما اذ التهايؤ في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه

(ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا) لان التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيا للتهمة (ولو تهايآ في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده

الاستعارة (قوله ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام ألا ترى أن كثيرا من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضها على بعض على أن التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا محال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكروه وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على

من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة (قوله ولو تهايآ في العبدين) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رحمهم الله عنه وقوله (وهكذا روي عنه) يعني روى الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ

(قوله ولم يذكر الى قوله فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهايأة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر افرازا وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقدم والمؤخر

والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز و يجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن أبي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا و بالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز و جه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي و يجري فيه جبر القاضي و يعتبر افرازا أما يكثر التفاوت (٢) في أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتبارا بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا) قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم) أي ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا تجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت) أوجه لبقاء قوله في الاصول بلا تأويل وقوله (ولو تهايآ فيهما) واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلا تأويل) أقول على ما ذكره الكرخي

(٢ قول صاحب الهداية أما يكثر التفاوت الخ) وجد بهامش الاصل حق العبارة أما التفاوت فيكثر في أعيانهما لان أما لا يليها الا الاسم اه مصححه

خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذ من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قدم في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى باللبس واللبس بالركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وقال المصنف هناك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلال أئمتنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربا النساء نعم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضا في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه فحول الفقهاء فاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضا مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضا أما أولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولا يخفى أن التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان تنفع أحد الورثة بأحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة وأما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا أن يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل أن يتهايآ على أن يسكن أحدهما الدور و يستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي وأما ثالثا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الاعيان مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغير ان كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وان كان أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا أن يقال

ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما على نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر فرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز

المراد بما ذكر ههنا أن قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى أقول لقائل أن يقول مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذ الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع أن التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بأن التهايؤ في العبد على الخدمة انما جوز ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا وسيجيء في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر (قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز) وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية أقول في الجواب نظر اذ قدمر في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشراح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين من قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها كونها عينا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل أن يقول علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك تواردت علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا أن كل واحد منهما علة مستقلة الى هنا كلامه أقول لا السؤال بشيء ولا الجواب أما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا توارد هما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول

العبد الواحد والدابة الواحدة

وقوله (فتفوت المعادلة) لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية

وقوله (ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما) يعني في الدار الواحدة

وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي حنيفة في الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا تجوز للتفاوت

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ

وقوله (اعتبارا بالتهايؤ في المنافع) يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال

وقوله (لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز

وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة

وأجيب بان التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع في الخدمة قلما تتفاوت

وقوله (والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما ذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول على جواز التهايؤ في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان المذكور

من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا أن كل واحد منهما علة مستقلة وقوله (ولان الظاهر) وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح

والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسايح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايا على أن يأخذ كل واحد منهم طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فتتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا للنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

﴿كتاب المزارعة﴾

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقالا هي جائزة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

﴿ كتاب المزارعة ﴾

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فاغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) وانما قيد بالثلث والربع لتبين محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع (وقالا هي جائزة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع)

اذ لا يخفى أن المقصود من ايراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما تصلح لافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة الى المطلوب ليسلك الطالب أي طريق شاء وأما الثاني فلان الظاهر من تعليل المصنف باحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم أن لا يفيد شيء منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على أن استقلال كل واحدة منهما في الافادة بين أما قلة التفاوت فلان القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعري ماذا يصنع الشارح المزور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسايح في الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا في نظائر ذلك من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منهما جزء العلة لا علة مستقلة والله الموفق للصواب

﴿كتاب المزارعة﴾

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة) قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى أقول يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع العشر عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة

ولانه

(قوله وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف اذ قرض المشاع جائز) أقول نعم لكن تأجيل القرض ليس بجائز الا أن يقال ليس قرضا من كل وجه

ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله (لانه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها) يعني لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم تتحقق فيه الشركة (ولابي حنيفة رحمه الله ماروى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة) فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث أو الربع (ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله) فانها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان (بطريق المن والصلح)

ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ماروى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكرب بها ولم يخرج شيئا منه فله أجر مثله) لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض واذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا

لانه لو أخذ الكل جاز لانه عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة فكان ما ترك في أيديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لجوازها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (واذا فسدت عنده) واضح وقوله (والخارج في الوجهين) يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله (لانه نماء ملكه) منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك

التقييد بالاطلاق لا مقابلة التقييد بالتقييد يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لا أنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتنعقد شركة بينهما في الربح وهنا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هنالك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جاز لما سيأتي في الكتاب أنه اذا كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضا مال وقد اجتمعا مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة فتأمل (قوله لانه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه أي الزوائد على تأويل الزوائد انتهى أقول هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مساغ أن يحمل الضمير في قوله لانه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خيبر من أرض العرب اه أقول كون خيبر من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وقد أقر النبي عليه السلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفر وذكروا حد أرض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور فمن أتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خيبر ليست من أرض العرب (قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه) قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه

(٥ — تكملة ثامن) صاحب البذر وأجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر وقوله (كما فصلنا) اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ

(قال المصنف ولان الاجر مجهول أو معدوم) أقول فان قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خيبر من أرض العرب فتأمل (قوله لان معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الاغلبية بل على وجود معنى الاجارة (قوله منقوض بمن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نماء صاحب البذر فان الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب

وقوله (الا أن الفتوى على قولهما) واضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالبا لانه يصير فى معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لانه) أى لان عقد المزارعة (عقد على منافع الارض) يعنى اذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعنى اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هى المعيار لها أى للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن وقوله (وهو) أى المعقود عليه (منافع الارض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الارض ففى الاول العامل مستأجر للارض وفى الثانى رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة فى الخارج يقع اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم

(قال المصنف والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا ترى الى ما سبق فى باب الربا أن النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وسيجىء أيضا فى فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لانه لا معتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لانه عقد على منافع الارض) أقول ذكر الضمير الراجع الى المزارعة باعتبار الخبر أو لكونها فى معنى أن مع الفعل

الا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط أحدها كون الارض صالحة للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (والثانى أن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل (والثالث بيان المدة) لانه عقد على منافع الارض أو منافع العامل والمدة هى المعيار لها يعلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد (والثالث أن يخلى رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة فى الخارج بعد حصوله) لانه ينعقد شركة فى الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد

باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر كذا فى العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلا والجواب غير دافع لما ذكرا أما الاول فلان الزرع فى الصور المذكورة ليس بنماء ملك صاحب البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قدمر فى فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بأمثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع بصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعا وأما الثانى فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر فى الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بأمر غيره والكلام فى الاول دون الثانى فلا يتم التقريب (قوله الا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع) أقول لقائل أن يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع عملى والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف فى علم الاصول فبقى تمسك أبى حنيفة رحمه الله بالسنة وهى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المخابرة وهى المزارعة سالما عما يدفعه فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن أن يقال لهما أن يدفعا ذلك بحمل المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط فى عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روى أنهم كانوا يشترطون فيه شيأ معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد أشار اليه صاحب الكافى حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة فى المجتهدات صور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها أو نحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روى أنهم كانوا يشترطون فيها شيأ معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما) أقول لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه فى عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدى كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة فى الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة فى الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) قال كثير من الشراح لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة فى الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى أقول فيه شئ وهو أن القياس كما يأبى جواز قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يأبى جوازها بأجر موجود أيضا اذ قد تقرر فى كتاب الاجارة أن القياس

(والثامن بيان جنس البذر) ليصير الاجر معلوما قال (وهي عندهما على أربعة أوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط

بابي جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن بابي القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر أن يقال بدل قولهم والقياس بابي جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والاجارة المحضة بأجر معدوم فاسدة قطعا ثم أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم علموا كون ما يقطع هذه الشركة مفسد للعقد بأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس بأبي جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسد للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فمراده أن عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لامحالة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه في الارض والعامل لورود الشرع به فيهما أما في الارض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تابعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة كذا في الشروح وأشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيآن غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الاخس والفرع الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول أن يجعل العامل مستأجرا الارض وأن يجعل رب الارض مستأجرا العامل ولا مجال فيه للاول بل لابد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن يكون العامل مستأجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا

وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلابد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء الارض والبذر والعمل والبقر لامحالة ثم اما أن يكون الجميع لاحدهما أو لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم يكن من أحد الجانبين شئ لم تتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما أن يكون بينهما بالتنصيف أو بانبات الاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر

(قال المصنف وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة فلا يرد شئ على الحصر (قوله لان المزارعة شركة الخ) أقول ولا يمكن أن تنعقد اجارة أيضا كما لا يخفى

أن يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول فى الكتاب وأن يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثانى أيضا على وجهين أحدهما أن يكون الارض لواحد والباقى لآخر وهو الوجه الثانى والآخر أن يكون العمل لاحدهما والباقى لآخر وهو الوجه الثالث وهى جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور فى الكتاب وسأوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله انه جائز أيضا واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضى أن لا يجوز فى الارض والعامل أيضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر أما فى الارض فأثر عبد الله بن عمر رضى الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا (٣٦) للارض ببعض الخارج وأما فى العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الارض فكان حينئذ مستأجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقى غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل بذلك لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخر بن أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط فى معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية وجه فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر فاذا عرف هذا فلا علينا فى تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فأما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثانى والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيآن غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الاخس والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال فى الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أى على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل وأما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا فى

(وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة (وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته أو طبانا ليطين بعره (وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهى باطلة) وهذا الذى ذكره ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل

ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بأن المستأجر فى هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط (قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة) أقول فيه نظر اذ لا نسلم أنه استئجار الارض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدراهم معلومة فان استئجار الارض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر فى دليل أبى حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استئجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صرحوا بأن القياس يقتضى أن لا تجوز المزارعة مطلقا لكونها استئجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استئجار منفعة الارض أو العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالحق فى تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لانه استئجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة (قوله وعن أبى يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال فى العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال فى الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أى على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل وأما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا فى

(قوله وهى جائزة الا الرابع) أقول أى الوجوه المذكورة جائزة الا الرابع (قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول لفظة من بيانية (قوله لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضى أن لا يجوز) أقول يعنى أن لا يجوز الاستئجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور اليه ذلك) أقول كما سيتضح ويقوله ذلك اشارة الى استئجار الاخرس (قوله والمنظور اليه الاستئجار يجعل كان العامل استأجر الارض) أقول فيه بحث اما أولا فلانه مخالف للمشروح وأما ثانيا فلانه مخالف لما صرح به نفسه مرارا أن المستأجر هو صاحب البذر

والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته لتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل وأما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل أن يقول استئجار الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل وانما ذكره لانه لما أضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم أن ينسب الى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو أن صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين الى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيأ لان عمل العامل بأمره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكراه أي القدوري وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة (٣٧) على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والارض من آخر والبقر من آخر قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل ابن أبي جميل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصود به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز أيضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بأرضه

الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اه أقول في هذا الجواب بحث أما أولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين أن يكون رب الارض مستأجرا والعامل أجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر أصالة واذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعته الارض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستأجرا للآخر فالوجه في الجواب أن يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استئجارا للعامل لا لغيره أصلا فكان صحيحا قطعا وأما اذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية

الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل

(قال المصنف لانه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والارض وبين البذر والبقر لان الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والارض من جانب والبذر من جانب والبقر من جانب والارض من جانب أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع في أرض مباحة فهو معهود ولاجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معهودا لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا ولعل الاولى أن يقال انما لم يقل كذلك لان المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فان أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقي عليه اشكال) أقول يعني على الرواية الاولى (قوله وهو أن صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه احراز حقه الخ) أقول لابد من التأمل انه لم لا يحكم باجر مثل العامل مع انه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب الفدان أجرا) أقول الفدان البقر الذي يحرث بها على وزن الفعال بالتشديد

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة) لما بينا (وان يكون الخارج شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وأن يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أولا آخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال (وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي) معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى

وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والأرض من آخر أقول الظاهر أن الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والافثمة وجوه أخر لم يذكراها ولا أحد غيرهما وهي أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون العمل من واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة فكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه أصلا والاولى ههنا أن يقال وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو أن يكون البقر لاحدهما والبواقي الثلاثة للآخر كما أشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم أن يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج لانه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل انتهى كلامه أقول توجيهه المروي عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام أما أولا فلان كون معنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج مما يأباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل أيضا شيأ من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجرا كما صرح به الراوي فكيف يحسن مقابلتهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذي ذكره اللهم الا أن يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة دعت اليه وصارت قرينة عليه اذ لا محالة انه لم يتحقق هناك ما يقتضي كون صاحب الارض متبرعا فلا جرم انه استوجب أجر مثل أرضه وأما ثانيا فلان قوله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل منظور فيه اذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما اذا كان المعين مؤخرا عن المبهم في الذكر اللهم الا أن يقال كان العرف جاريا في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الاجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر لكن الاظهر عندي أن يكون

(وكذا

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة الخ) معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ والاصل في هذا أن كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وكذا شيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت وقوله (وصار كما اذا شرطا رفع الخراج) والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بأن يكون دراهم مسماة بحسب الخارج وقفزانا معلومة وأما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث أو الربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع ماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب

وقوله (اعتبار العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله (والتبع يقوم بشرط الاصل) يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبعا للاصل وان لم يذكر فيه الشركة فكان معناه والتبع يتنصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعني أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه كانا صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بأن يخرج الا التبن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة اما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت (٣٩) صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج فان أخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شئ للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلابد من الاجرة أجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر أجر المثل كلا فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجيب بأن الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شئ آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الارض وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج فان أخرجت شيأ فالخارج لصاحب البذر

(وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن (وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرطا التبن للآخر فسدت) لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر)

عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم جزم الراوي بعين الاجر الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الفدان فقال وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى يعني جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجرا سماه ولكن لا أجزم بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل (قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن) أقول في هذا التعليل قصور اذ على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها وكان صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا وجمع المسئلتين في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل) أقول عبارة الكتاب

(قال المصنف وكذا اذا شرط لاحدهما التبن) أقول ان كان المراد من أحدهما الاحد المعين وهو غير صاحب البذر فسلم ولكن ظاهر التقرير أباه وان كان ما يعم له ولصاحب البذر فساده ممنوع مطلقا فان التبن نماء البذر فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيجيء فلا يدل التعليل الذي ذكره على فساده وان كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب اذ لو انعقد تفسد أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بان الاجر ههنا الخ) أقول وهذا الجواب لا يتمشى اذا أورد الاشكال بصاحب الارض والبذر والعمل والبقر من المزارع فتأمل (قوله والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الخ) أقول وفي قول المصنف لان أجر المثل في الذمة اشارة الى أن الاجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة وذلك بالتسليم كما لا يخفى

لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف رحمه الله (وقد مر في الاجارات) قال صاحب النهاية رحمه الله وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة من كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استأجر حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيز لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارة الفاسدة كما هو قولهما لا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكر ههنا وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ الى أن قال وقد مر في الاجارات وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك وأجيب بأن هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر (٤٠) من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج أو لا فهو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة لجواز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب أجر المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تأويل بعض أصحابنا رحمهم الله لقول محمد رحمه الله في الاصل لصاحب البقر والارض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر قال أن المراد به أن يجب أجر مثل الارض مكروبة أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه وقوله (واذا استحق رب الارض الخ) واضح خلا أنه يحتاج الى فارق بين خبث يمكن في منفعة الارض فأوجب التصدق بالفضل وبين خبث يمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك وفي كلام المصنف رحمه الله اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو يحتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياجا بالغا فكان الخبث شديدا فأورث وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فألقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك

لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج) لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات (وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه) لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه (ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى (واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لان النماء حصل في أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفضل) لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفسادا الملك في منافع الارض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به

هههنا قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استئجار العامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك تكون استئجار الارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الاولى بمقتضى قولهم ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر أن يقال وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل بقوله لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره وما جرى هذا التعليل في صورة استئجار

(قوله ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيز الخ) أقول فيه شئ وجوابه أن مفعول ذكر محذوف والتقدير ذكره (قوله فبمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ ثم ذكر في الاجارات الفاسدة) أقول فيه شئ والظاهر أن قوله ثم ذكر سهو من قلم الناسخ (قوله لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول لا يلائم التعليل المذكور من قبله ههنا

قال (واذا عقدت المزارعة) فى هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم فى حال دون حال أما بعد القاء البذر فى الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضى على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر فى الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذى لا وفاء به عنده الا ببيع الارض (ففسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شئ له فى عمل الكراب) لان المأتى به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات (قبل هذا) الجواب (فى الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره فى الاستعمال واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة (وقدر الوجه فى الاجارات) وهو قوله لانه لو بقى العقد صار المنفعة المملوكة أو الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفى الاستحسان يبقى العقد الى أن يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه فى الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثة ربها قلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدى

قال (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لانه لا يمكنه المضى فى العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر أجيرا ليهدم داره (وان امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شئ له فى عمل الكراب) قيل هذا فى الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره فى ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقدر الوجه فى الاجارات فلو كان دفعها فى ثلاث سنين

الارض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فاكتفى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدورى والمؤاخذة بقصورها فى افادة تمام المراد انما ترد على القدورى فالتعليل الذى ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق وان سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه فى صورة استئجار الارض أيضا ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شئ آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى فى صورة استئجار الارض فان رب الارض لا يقبض البذر الذى يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور فى حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شئ له فى عمل الكراب) لان المأتى به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات كذا فى عامة الشروح وقال بعد ذلك فى النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره أنتهى أقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر أن البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين ان يكون المستأجر هو رب الارض والمفروض فى مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما فى الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصد الزرع كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك فى العناية

(٦ - تكملة ثامن) واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها فى ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الارض فقط (قوله ضرر سوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث (قوله لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الارض فالقلع اتلاف لمالهم ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجانا بعد ما ظهر حقه

(فلما نبت الزرع فى السنة الاولى) ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) لما سيذكر

بعيد هذا (واذا فسخت المزارعة بدين فادح) أى ثقيل من فدحه الامر أى أثقله (لحق صاحب الارض أحوجه الى بيعها جاز) الفسخ (كما فى الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ) وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال فى النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض وأما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم فاذا منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض بأجر مثل عمله كذا فى الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر

فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقى من السنتين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) لما بينه ان شاء الله تعالى (واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز) كما فى الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج

واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة انتهى أقول فيه بحث لان ماذكر فى أول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك أن مراده بالجواب فى قوله ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى أول اطلاق المسئلة ولا ريب أن دخوله فى جواب القياس لا يقتضى دخوله فى جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به فى الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز) قال فى النهاية ثم هل يحتاج فى فسخ المزارعة الى قضاء القاضى أو الى الرضا ذكر فى الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذ برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال فى العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى أنه اختار رواية الزيادات أما لو كانت الرواية فى الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء أو الرضا أو كان المصنف قد اختار هناك أحد الامرين بحسب رواية افتقار الفسخ الى أحدهما ولم يكن شئ منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القدورى فسخ القاضى اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ماذكرنا أنه عذر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى انتهى فتأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) قال فى النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور فى صور ثلاث ذكر فى الكتاب

(قوله اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليل بمراعاة الحقين يشمله أيضا فكيف يدخل فى اطلاق أول المسئلة وسيجىء فى هذا الدرس من الشارح فى مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كما فى الاجارة

لان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج (فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور فى صور ثلاث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه أن لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع وفى التاخير ان كان اضرارا بالغرماء لكن التأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه فى الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما فى ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله (٤٣) قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء مال وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصى زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع فى الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل فى الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة الخ) اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق فى منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهى مؤنة الحفظ والسقى وكرى الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لان فى تبقية الزرع) دليل وجوب الاجر ووجه ذلك أنا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان أبقيناه بلا أجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما ذكر فى الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك فى النفقة ولا اشتراك فى العمل وكلامه فيه أيضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة

فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض فى الدين حتى يستحصد الزرع) لان فى البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد لان فى تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل فى المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد فى مدته والعقد يستدعى العمل على العامل أما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه

صورتين منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل أن يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض ذكر فى الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العتابى يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له فى الحال وحصوله فى الثانى غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ أبو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استنماء مال وليس باستهلاك ألا يرى أن الاب والوصى يملكان زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك مال الصبى واذا كان كذلك كان للمزارع فى الارض عين مال قائم انتهى وقال فى العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهى ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصى زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع فى الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت فى الصورة الثانية انتهى أقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت فى الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان أراد بدخولها فى الصورة الثانية دخولها فى نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر فى الصورة

(قوله وحكمه ان لا تباع) أقول اذا لم يبع لم يفسخ العقد (قوله وان بقيناه بلا أجر تضرر رب الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرا

فأنفق أحدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه أنفق على ملك الغير بغير أمره لا يقال هو مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضطرار (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه ويخير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن

نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله (ولو مات المزارع) ظاهر

(فان أنفق أحدهما بغير اذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى أن يستحصد الزرع وأبى رب الارض فلهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الارض (ولا أجر لهم بما عملوا) لانا أبقينا العقد نظرا لهم فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد ينتاهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ

الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني بتصور دخول احداهما في الاخرى وان أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الآخر والاوجه عندي أن المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تأسيا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا أجرة الحصاد والرفاع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين قال

(قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي) أقول فيه تسامح فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شئ فان قولنا لصاحبها اقلع الزرع الزام الضرر وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير

وقال شمس الأئمة هذا هو الاصح فى ديارنا والمصنف جعل الاعمال ثلاثة ما كان قبل الادراك كالسقى والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة

على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة ليتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير فى ملكه اليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أى المساقاة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لانه مال مشترك) سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما ألا ترى أن نصيب كل واحد اذا كان معشبا فى قرية يقال لهم شركاء فى القرية

قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الاصح فى ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما فى ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقى والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد فى الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو أراد اقصل القصيل أو جذ التمر بسرا أو التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما أنهيا العقد لما عزما على القصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله أعلم

﴿كتاب المساقاة﴾

(قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزأ من الثمر مشاعا)

لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفى بذلك كذا فى العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ان رب الارض أيضا ليس بمتعنت فى طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الابقاء فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفى بنفقة حصته فليتأمل اه

﴿كتاب المساقاة﴾

قال فى غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوى المساقاة على المزارعة فى مختصره الا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع فى عامة البلاد وكان الحاجة اليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها أمس فقدمت ولان تفريعاتها أكثر من تفريعات المساقاة انتهى أقول فى تقريره نوع خلل فانه قال فى أوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضى عدم وقوع الخلاف أصلا فى جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر فى نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر فى عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى عليه السلام بأهل خيبر الا أن اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة أقول فيه أيضا شئ وهو أن قولهم ولورود الاحاديث فى معاملة النبى عليه السلام بأهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت فى حق المساقاة وردت فى حق المزارعة أيضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى فى قصة أهل خيبر وعن هذا قال المصنف فى أوائل كتاب المزارعة وهى يعنى المزارعة فاسدة عند أبى حنيفة وقالا جائزة لما روى أن النبى عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكأن كلا من فريقى الشراح اطلع على ما فى

﴿كتاب المساقاة﴾

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر الا أن اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة

(قوله وقال شمس الائمة هذا هو الاصح فى ديارنا) أقول وفيه بحث لان

كونها أصح اما أن يكون رواية أو دراية ولا يصح شئ منهما لان الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم

(والمساقاة هي المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو مفهومها الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة وبه أخذ زفر وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي

والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخيل والكرم في أرض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بأن يزرع الارض أيضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب أن مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان ألحقاها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله (وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار) معناه لو دفع رطبة فدا نتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله (غرسا قد علق) أي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع لانها نباتها وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذة معلومة فان كان فهي جائزة كما لو أطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا مخلا

كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أخل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى وردعليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية ففهومها اللغوي أعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذ الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي والا يلزم أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة اذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف بذلك الراد أيضا بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة

(قوله يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

وقوله (لانها تنمو ماتركت فى الارض) دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى تذهب أصولهما لانها نهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله (لايخرج الثمر فيها) أى فى الوقت أنشه بتأويل المدة قال (وتجوز المساقاة فى النخيل والشجر) هذا بيان ماتجرى فيه المساقاة ومالا تجرى فيه وخصص الشافعى رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر من حديث خيبر وكان فى النخل والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضى عموم الحكم ولانسلم أن أثر خيبر خصهما لان أهلها يعملون فى الاشجار والرطاب أيضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل فى النصوص التعليل لاسيما على أصله فان بابه عنده أوسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التميز على كونه جامعا بين الاوصاف وأما نحن فانا لانجوزه بالعلة القاصرة ويشترط قيام الدليل على أن هذا النص بعينه معلول وموضعه أصول الفقه وقوله (وليس لصاحب الكرم) واضح وقوله (لماقدمناه) وفى بعض النسخ على ماقدمناه اشارة الى ماذكره فى المزارعة بقوله (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ) والحاصل أن المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر فى الحال بالقاء بذره فى الارض فلم تكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحق دين فادح لايمكنه الايفاء الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله (ولم يرد به الشرع) لانها جوزت بالاثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج

لانها تنمو ماتركت فى الارض فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا فى المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة (فان سميا فى المعاملة وقتا يعلم أنه لايخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لانا لانتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج فى الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك فى الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولاشئ لكل واحد منهما على صاحبه قال (وتجوز المساقاة فى النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعى فى الجديد لاتجوز الا فى الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خيبر لايخصهما لان أهلها كانوا يعملون فى الاشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالاصل فى النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لانه لاضرر عليه فى الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ماقدمناه قال (فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهى والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ماقبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل

(قوله ولم يذكر دليل النخيل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول زائدا على شرط قيام دلالة التميز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحق دين فادح) أقول بالفاء (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لانها الخ) أقول فيه بحث

الاتبعا الخ فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام فى المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الاقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما لايذهب على ذى فطانة (قوله لانها تنمو ماتركت فى الارض فجهلت المدة) قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ماتركت فى الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما لانه لانهاية لذلك فكان غير معلوم وفى نسخة فكان معلوما انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان كون قوله لانها تنمو ماتركت فى الارض دليل الرطبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا على المجموع لجريانه فى المجموع كيف لا ولاشك أن الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغى أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عند امكان ذلك وأما ثانيا فلان ماذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة اذا شرطا القيام عليهما حتى يذهب أصولهما ليس بتام أما على النسخة الاولى التى معناها لانه لانهاية لذلك أى لزمان ذهاب أصولهما فكان أى المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق تينك الصورتين أيضا ولايتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود وأما على النسخة الثانية التى معناها لانه لانهاية لذلك فكان معلوما أى كان دليل تينك الصورتين معلوما لظهور افساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلانه يرد عليه أن يقتضى أن لايذكر دليل الرطبة أيضا الان حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغى أن لايذكر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل

قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين ان شرطا أنصافا لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين والباقي واضح علم مما ذكر نظيره في المزارعة وقوله (وهذا خلافة في حق مالي) جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا والاول) يعني صورة الموت (سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل

قال (واذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر يخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وان كره رب الارض) لان فيه النظر من الجانبين (فان أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة) التي بيناها (وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا أن يكون وارثه في الخيار (فان أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض) على ما وصفنا قال (واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والاول سواء وللعامل أن يقوم عليها الى أن يدرك لكن بغير أجر) لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا

(قوله ولو التزم العامل الضرر يخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة انتهى ولا شك أنها صريحة في أن ما يرجعون به

(قال المصنف ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول قال العلامة الزيلعي في رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق ولو العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ يعني بعض هذه المساقاة فانها تبقى استحسانا بخلاف ما اذا انقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لكن لك أن تقول بقاؤها استحسانا كان نظرا للعامل فاذا التزم الضرر ينتقض العقد صرح به في النهاية

لكن بغير أجر لان الشجر لا يجوز استئجاره) وان أبى خير الآخر بين الخيارات الثلاث بخلاف المزارعة في هذا أي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الاجارة وكلامه واضح

وقوله (فيه روايتان) يعنى فى كون ترك العمل عذرا روايتان فى احداهما لايكون عذرا و يجبر على ذلك لان العقد لازم لايفسخ الامن عذروهو مايلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفى الاخرى عذر وتأويله أن يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا أما اذا دفع اليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا (٤٩) فى فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لابعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه فى معنى قفيز الطحان اذهو استئجار ببعض مايخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لايدخل فى قيمة الغراس لتقومها بنفسها

ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لابعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه فى معنى قفيز الطحان اذهو استئجار ببعض مايخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لايدخل فى قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقتهم لاجميعها فانى يتيسر الحمل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال فى العناية يعنى فى كون ترك العمل عذرا روايتان فى احداهما لايكون عذرا و يجبر على ذلك لان العقد لازم لايفسخ الامن عذر وهو مايلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفى الاخرى عذر انتهى أقول فى تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ فى كون ترك العمل عذرا روايتان احداهما كونه عذرا والاخرى عدم كونه عذرا فيؤدى الى كون الشئ ظرفا لنفسه ولنقيضه ولايخفى بطلان ذلك والوجه عندى أن معنى قول المصنف فيه روايتان فى جواب هذه المسئلة وهى قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احداهما بالايجاب وهو أن يكون عذرا والاخرى بالسلب وهو أن لايكون عذرا حينئذ لاغبار فيه كما لايخفى على الفطن (قوله وتأويل احداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه أنه انما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أونحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا فى الترك الاختيارى لان الترك الاضطرارى انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها و بيان وقوع الروايتين فيها يدل على أن المراد بترك ذلك العمل فى قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختيارى لاغير فتأمل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعنى لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما لشجر الغراس بل يكون تسليما لقطعة خشبة وهو ماشرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهى نابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتفى أثره فى شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة حيث قال فيه بحث اذ لانسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على مانص عليه فى عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لامحالة بل يكون تسليما لقطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لاتسليم قطعة خشبة مستدرك لايجدى طائلا ههنا لان استحقاق الغارس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون

(قوله فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذ لانسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بأمر رب الارض فى أرضه صار كأن رب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستهلكا له بالعلوق فيها فتعذر الرد لعدم امكان تخليصه من الارض بتمامه كالصبغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغارس

(وفى تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله فى كفاية المنتهى) وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه فى معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعنى المذكور فى الهداية (أصحهما) لانه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ فى أن الغراس آلة يجعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فى ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الذبائح ﴾

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل فان الزراعة انما تكون باتلاف الحب فى الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان ٥٠ بازهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم أن العراقيين ذهبوا الى أن الذبح محظور عقلا ولكن الشرع أحله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندى باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلى ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه (قال ألم لهم والذكاة الذبح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى

وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

﴿ كتاب الذبائح ﴾

الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد (قوله وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى) يعنى وفى تخريج هذه المسئلة طريق آخر أى دليل آخر سوى ما ذكرناه فى كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أى بينا ذلك الطريق الآخر فى كفاية المنتهى قال كثير من الشراح فى تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لا لاعتبار معنى الاستئجار الذى هو فى معنى قفيز الطحان انتهى أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكروه وهى قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنها لا تصلح لان تكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على أن يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفى الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتصور المناصفة فى الشجر

﴿ كتاب الذبائح ﴾

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل فان المزارعة انما تكون باتلاف الحب فى الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى أقول يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة أنه انما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف فى المساقاة والذى وقع فى ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة فى حكم شئ واحد بناء على اتحادهما فى أكثر الشرائط والاحكام كما تقرر فى مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن

(قوله أو شراؤه جميع الغراس) أقول منظور فيه اذ لا يمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لان الغراس فيها بينهما

﴿ كتاب الذبائح ﴾

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغى أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فانه ذكر بعد كتاب المساقاة ويقول فى كليهما اصلاح ما لا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المآل (قوله لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع فلا يمتنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذى وقوله يأكل أى يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذى كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة)

هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة ألا ترى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعا كما صرحوا به ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا الى أن الذبح محظور عقلا لما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح و يصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع باباحته و يقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الاول فلانه يحتاج الى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثاني فكذلك يحتاج الى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيأ من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستدلا فلا محل لنظره أصلا (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به الى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري وهنا لم تقع الاشارة الى أحدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل وأراد به نفسه فهذا أيضا مثله ولا يلزم تعيين الفاعل ألا ترى أنه عند اسناد القول الى القدوري أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هذا الا على من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل وأراد به نفسه ان أراد به أنه ذكرها في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو فرية بلا مرية فانه اذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير بها الى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية وان أراد بذلك انه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو واقع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف فالشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا

قوله (الذكاة شرط حل الذبيحة) الذبح شرط حل أكل ما يؤكل لحمه من الحيوان

لقوله تعالى الا ماذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمترتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهى منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا بد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل فى المأكول يثبت به الطهارة فى غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها يعنى أنها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهى) يعنى الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة) وهى الصدر واللحيين واضطرارية وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن قوله (والثانى كالبدل عن الاول) واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت أمارة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه) أى ومن شرط الذبح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابى فانه يدعى ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى وما أهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كما سيجىء قال (وذبيحة المسلم والكتابى حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابى ذميا كان أو حربيا حلال اذا أتى به مذبوحا وأما اذا ذبح بالحضور فلا بد من

لقوله تعالى الا ماذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة فى المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهى الجرح فى أى موضع كان من البدن والثانى كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول أعمل فى اخراج الدم والثانى أقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابى وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال (وذبيحة المسلم والكتابى حلال) لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة

(قوله لقوله تعالى الا ماذكيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافى كون الصفة المشتق منها التى هى الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذى مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابى حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى الا ماذكيتم وهو فى حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم فى حق الكتابى من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندى أيضا فى بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى

ذكر وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى الا ماذكيتم ولما استشعر أن يقال الا ماذكيتم عام مخصوص بخروج الوثنى والمرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال البخارى فى صحيحه قال ابن عباس رضى الله عنهما طعامهم ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفى ما عداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل شرط التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى يقدر على الذبح ويضبطه أى يعلم شرائط الذبح من فرى الاوداج والحلقوم (وان كان) أى الذابح (صبيا أو مجنونا) قال فى النهاية أى معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية

(قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينافى كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولان غير المذكى ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشبها بها لا يلائم مرام المقام اذ المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابى فانه يدعى ملة التوحيد) أقول فيه شئ فان النصارى مثلثة فكيف يدعون ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الا ماذكيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذى استشعر أن يقال الخطاب فى ذكيتم للمؤمنين كالخطاب فى عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعد اذ يكفى الظن فى أمثاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضا فتأمل (قوله فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والحق أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة يعنى يقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علفتها تبنا وماء باردا

شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابى ينتظم الكتابى والذمى والحربى والعربى والتغلبى لان الشرط قيام الملة على ما مر

الاماذكيتم ولما استشعر أن يقال الاماذكيتم عام مخصوص بخروج الوثنى والمرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلانا لانسلم ان الخطاب فى قوله تعالى الاماذكيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق فى النظم الشريف ألا يرى أن ماقبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الانعام الا مايتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم ولاشك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الاماذكيتم وقال القاضى البيضاوى وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب فى حرمت عليكم والاماذكيتم للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون مما يعم الوثنى ونحوه ولئن سلم عمومه للوثنى ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذى خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذى نسخ بعضه باخراج الوثنى والمجوسى والمرتد من حكمه اذ قد تقرر فى علم الاصول أن التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذى لا يكون قطعيا انما هو العام الذى خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذى نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا فى الباقى بلا ريب ولاشك أن ما نحن فيه من قبيل الثانى دون الاول لان الذى يخرج الوثنى ونحوه غير موصول بقوله تعالى الاماذكيتم فكان قطعيا فى الافادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع فى الافادة فهو كاف فى افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شئ آخر اذ قد تقرر فى علم الاصول أيضا أن الدليل الظنى يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلان مثل ماذكره صاحب العناية فى قوله تعالى الاماذكيتم بنجه على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضا انه عام مخصوص بخروج مالم يذكر اسم الله عليه فيقتضى أن يضم اليه أيضا دليل آخر وأما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد فى حق ذبيحة الكتابى دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابى فيلزم أن يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا أن يدعى أن الدليل الثانى اذا أفاد حل ذبيحة الكتابى أفاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة ثم ان المراد بالطعام فى قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخارى فى صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافى وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة اذ يستوى الكتابى وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفى عما سواه اه أقول ليس ذلك بشئ اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النفى عما سواه بل مرادهم كما ينادى عليه كلامهم أنه لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذكر فى كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمش على أصل من لا يقول بمفهوم المخالفة أيضا اذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف الشراح فى تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان أراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى الاماذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب

شرط بالنص وهى بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعنى قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل أراد به الآيتين المذكورتين وفيه نظر لان عادته فى مثله لما تلوا وقيل أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور فى الكتاب والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته فى مثله ذلك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز وقوله واطلاق الكتابى ينتظم كذا ظاهر وقوله (لان الشرط قيام الملة) فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن أن يجاب عنه بأنه شرط فى معنى العلة

(قوله ويمكن أن يجاب بانه شرط فى معنى العلة) أقول ويجوز أن يجاب أيضا بانه لا مانع يتصور منه حل ذبيحته اذا أتى سائر الشرائط غير قضية الملة فاذا لم يكن مانعا أيضا يحل

قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوسي) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غيرنا كحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال (والمرتد) لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال (والوثني) لانه لا يعتقد الملة قال (والمحرم) يعني من الصيد (وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد) والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال الشافعي أكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامد ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع

وقوله (ولا تؤكل ذبيحة المجوسي) واضح قوله (بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه) يريد به من أديان أهل الكتاب أما اذا تمجس فلا تؤكل ذبيحته قال (وان ترك الذابح التسمية الخ) ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارا كان أو اضطرارا عامدا كان أو ناسيا قال الشافعي رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلمائنا رحمهم الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل استدل الشافعي

عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا وهذا ليس بمذكور في الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة الا أنه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك انتهى أقول فيه نظر لان قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الذكاة شرط حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل اشارة الى ما لا دلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول هنا احتمال آخر أقرب مما ذكروا وهو أن يكون قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة فانه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى أن الاقلف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل وقال الشافعي تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارا كان أو اضطرارا عامدا أو ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلمائنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل انتهى أقول كأنه حسب أنه أتى في شرح هذا المحل بكلام مجمل جامع لاقسام المسئلة كلها لكنه أخل بحق المقام في تحريره هذا أما أولا فلان قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري كما يقتضيه قوله اختيارا كان أو اضطرارا لانهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح انما تشترط في الذكاة الاختيارية وأما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الارسال والرمي لا غير وسيجيء ذلك في الكتاب أيضا وأما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف اذا

بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة فى باب الصلاة فانها لما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسى الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما فى الناسى والجواب عن الحديث ماذكره فى الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدى بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة فانها تفضى الى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما اذا كان على الناسى هيئة مذكرة كالاكل فى الصلاة والجماع فى الاحرام وههنا ان لم تكن هيئة توجب النسيان وهى ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة ولمانع أن يمنع بطلان التالى أيضا على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزل بما ذكره فى الكتاب يعنى أن اقامة الملة مقام التسمية فى حق الناسى وهو معذور لا يدل فى حق العامد ولا عذر له وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب اليه الشافعى رحمه الله مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهى بأبلغ وجه وهو تأكيده بعن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل وهو أقرب لا محالة من مذهب الشافعى رحمه الله لانه مذهب ابن عمر رضى الله عنهما والجواب أنه غير مجرى على ظاهره اذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد (٥٥) وارتفع الخلاف فى الصدر الاول

له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة فى باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما فى الناسى ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهى وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدى بن حاتم الطائى رضى الله عنه فانه عليه السلام قال فى آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب وعند الرمى بنافى تعميم الذبح فى مسئلتنا هذه للاختيارى والاضطرارى اذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى الى آخره يقتضى عدم دخول المقيس فى جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم) أقول فيه أن دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء كما مر آنفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة فى حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهى وهو للتحريم) قال فى العناية وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التى تفيد التأكيد وتأكيد العام ينفى احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا الا أن الشرع جعل الناسى ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الاكل ناسيا

لان ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان وفى ذلك أيضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله (ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التى تفيد التأكيد) وتأكيد العام ينفى احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا الا أن الشرع جعل الناسى ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الاكل ناسيا مقام الامساك فى الصوم لذلك ومجال الكلام فى الآية واسع وقد قررناه فى الانوار والتقرير (والاجماع وهو ما بيناه) يريد به ما ذكره فى التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا الخ (والسنة) وهو حديث عدى بن حاتم الطائى فانه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدى عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

(قوله المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم) أقول ظاهره اقامة الاسلام مقام التسمية (قوله دفعا للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول ولئلا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) أقول ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك احتج بظاهر ما ذكرنا هو الآية الكريمة فيخالف ما أسلفه فى الدرس السابق أن عادته فى مثله لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول يعنى القرن الثالث والا فمذهب عطاء أنه لا يجوز أكل شئ ما بدون ذكر اسم الله عليه أو المراد أكثر السلف وفيه ما فيه (قوله وهو النسيان فانه من الشرع) أقول الضمير فى قوله فانه راجع الى النسيان

والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير الى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي ان خفضه لا يحل لانه يصير ذا بجابهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد رحمه الله أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) اشارة الى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لابي يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف أي قائمات صففن أيديهن وأرجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون مكبرا

ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احداها أن يذكر موصولا لا ممطوفا فانه يكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

(قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم) أقول اذ يجوز ولو أن يكون قصده افادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وحمل أمرهم على الصلاح لا المجرور والحرمة لا تثبت بالشك

مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان مقتضى قوله ان السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه دالا على ان لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري أصلا لان ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع أن حل أكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر اسم الله عليه حال الارسال والرمي مجمع عليه بلا ريب وأما ثانيا فلان قوله الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان بناء في قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما لم يذكر اسم الله عليه لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء بما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور أيضا فتحقق التنافي بين الكلامين تأمل تقف (قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لان قوله مما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بأبلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادته في مثله أن يقول ما لونا فما معنى المخالفة لها هنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي أن يكون

(ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين) والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح (والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفني رحمه الله في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط أيضا تساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى أهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمريء والودجان واختلف العلماء رحمهم الله في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رحمه الله الى الاكتفاء بالحلقوم والمريء وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين رجع اليه بعدما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمهما الله كما ذكره وذكر القدوري انه قول محمد أيضا وقال المصنف

ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمريء والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت

مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لان عادته أن يقول لما تلونا فيما اذا أراد الكتاب وحده وأن يقول لما روينا فيما اذا أراد السنة وحدها فلما أراد مجموعهما ههنا أتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى (قوله لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت) قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعد هذا ولورود الامر بفريه أقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عمم الفري والافراء للاصلاح والافساد بلا فرق بينهما حيث قال فراه يفريه شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفراه انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكروه أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا أنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن أبي عبيد والفرق بين الافراء والفري أنه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبع والفري قطع للاصلاح كما يفري الخراز الاديم انتهى فعلى هذا لا يتم قولهم فيكون كسر الهمزة هنا أليق اذ لا شك أن الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة هنا هو الاليق والانسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فري بمعنى أفري أيضا الا أنه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب وأما قول المصنف فيما بعد في أثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بفريه فلعله جرى منه

(٨ — تكملة ثامن) المشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعد هذا لورود الامر بفريه احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمريء أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه

(قوله لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق الخ) أقول فيكون المراد بالحلق في كلام القدوري مبدأه

فان الاوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المرىء والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء وجوابه سيجىء واحتج أبو يوسف رحمه الله بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب أحدهما مناب الآخر اذ كل منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المرىء فان المرىء مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع فى بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلابد من قطعهما وهو قريب وجوابه سيجىء واحتج محمد رحمه الله بأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الامور الاربعة وهو أقرب كما ترى واحتج أبو حنيفة رحمه الله بأن الاكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الاحكام وأى ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وماهو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية أى التعجيل فى اخراج الروح لانه لايحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام وبهذا يحصل جواب أبى يوسف

(قال المصنف فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) أقول فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره فى تعليل أبى حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا بالاقتضاء (قال المصنف وماهو المقصود يحصل بها) أقول أى بقطعها على ويخرج حذف مضاف (قال المصنف والتوحية) أقول أى التعجيل بالحاء المهملة (قال المصنف لانه لايحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام) أقول لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبى يوسف) أقول انما يحصل جوابه اذا كان الواو فى قوله والطعام بمعنى أو

وهى اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء الا أنه لايمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه ونظاهر ماذكرنا يحتج مالك ولايجوز الا كثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع أكثرها فكذلك عند أبى حنيفة) وقالا لابد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين قال رضى الله عنه هكذا ذكر القدورى الاختلاف فى مختصره والمشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبى يوسف وحده وقال فى الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع أكثر الاوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه والحاصل أن عند أبى حنيفة اذا قطع الثلاث أى ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع الى ماذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر أكثر كل فرد منها ولابى يوسف أن المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المرىء فانه مجرى العلف والماء والمرىء مجرى النفس فلابد من قطعهما ولابى حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الاحكام وأى ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وماهو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية فى اخراج الروح لانه لايحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام

على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضا كما ذكر فى المغرب ولا ينافيه عدم السماع به فى الحديث لان ماذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث أو اختيار منه لعدم الفرق بين الفرى والافراء مطلقا كما ذكره فى القاموس هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله وهى اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء) قال فى العناية احتج الشافعى بأنه جمع الاوداج وماثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما أقول يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمرىء اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لايخفى وقد أفصح عنه المصنف فى تقرير دليل أبى حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لايحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام مع أن الشافعى لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل شرط قطعهما معا وقال فى العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لادلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى أقول ماذكره فى وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر فى الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمرىء بأنه جمع الاوداج وماثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفى دلالتها عليهما بل لابد من بيان محذور كما لايخفى (قوله الا أنه لايمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره فى تعليل أبى حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول ليس هذا بشىء لان ماسيجىء من كلام المصنف فى تعليل قول أبى حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا أنه لايقتضى أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل

وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما فى قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعنى أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقى حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيأ وربما لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعى المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك

ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكأنه لم يقطع شيأ احتياطا لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعى المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك

يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضا اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتى الدلالة أعنى العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامى المصنف كما توهم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب) أقول لقائل أن يقول لو كان فى قطع الودجين مع زيادة التعذيب وكان فى الاكتفاء بقطع أحدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا فى الذكاة أولى عند أبى حنيفة أيضا بل ينبغى أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر فى كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح فى الشروح وغيرها بأن قطع الجميع أولى عند أبى حنيفة أيضا فتأمل قال فى العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما فى قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك انتهى أقول ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور فى العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل ههنا على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند أرباب علم الاصول اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراده حقيقة لان اطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أى فيما يكون ما تحته من أفراده حقيقة فصار حاصله نفى جواز الحمل على الجنس ههنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور أصلا (قوله وقال الشافعى المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعى بل يدل على خلاف مدعاه فى البعض فان القرن أيضا داخل فى المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز أكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقى ما عداهما فى حكم المستثنى منه (قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان أراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاة حينئذ بل هو أيضا أول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكاة يجوز أكل المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله باس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل المذكور من قبل

(قوله وليس ثمة معهود) أقول قيل لا نسلم أنه ليس ثمة معهود فان العروق التى تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس افراده أى ليس من أفراد مفرده وقوله حقيقة أى ليس من أفراده حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

وقوله (ولانه آلة جارحة) جواب عن دليله المعقول وتقريره أنا لانسلم أن انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه أى كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كاللبطة والحجر والحديد والسكين الكليل وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها اللبطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه يقتل

ولانه آلة جارحة فيحصل به ماهو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون فى معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الاضحية ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح باللبطة والمروة وكل شئ أنهر الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد فى الجامع الصغير على أنها ميتة لانه وجد فيه نصا ومالم يجد فيه نصا يحتاط فى ذلك فيقول فى الحل لا بأس به وفى الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبى عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته) وفى بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبى عليه السلام انه نهى أن تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ماذكرناه وقيل معناه أن يعد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان فى جميع ذلك وفى قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهى عنه والحاصل أن مافيه زيادة ايلام لايحتاج اليه فى الذكاة مكروه ويكره أن يجر مايريد ذبحه برجله الى المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعنى تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بماهو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ماعرف والعجز متحقق فى الوجه الثانى دون الاول (وكذا ماتردى من النعم فى بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار)

الشافعى عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة) قال فى المغرب النخاع خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة فى الكسر ومن قال هو عرق فقد سماها نما ذلك النخاع بالباء يكون فى القفا ومنه بخع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالبخع أبلغ من النخع انتهى وذكر صاحب النهاية ما فى المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كأنه حسب أن صاحب النهاية ذكر ماذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسره المصنف بأنه عرق أبيض فى عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب وردبأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هى شرايين وأوتار ومائعة شئ يسمى بالخيط أصلا الى هنا لفظ العناية أقول الرد المذكور مردود لان ماذكره من العظام والاعصاب والعروق انما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا أوليا كالعضل أو ثانيا كالعين أو ثالثا كالوجه ثم الرأس مثلا على

لما

(قوله وردبأن بدن الحيوان مركب الى قوله ومائعة شئ يسمى بالخيط أصلا) أقول وفى القاموس النخاع مثلثة الخيط الابيض فى جوف الفقار ينحدر من الدماغ وينشعب منه شعب

لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما واو ان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله قال (والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزأ منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كي لا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كي لا ينفصل من الحرة ولد رقيق

﴿فصل فيما يحل أكله وما لا يحل﴾ قال (ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير) لان النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطير وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطير والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب

ما بين كله في كتب الطب فان أراد بقوله وما ثمة شيء يسمى بالخيط أنه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لا يجدي شيأ اذ لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شيء من تلك الاعضاء بالخيط أن لا يكون النخاع خيطا وان أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شيء يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

﴿فصل فيما يحل أكله وما لا يحل﴾ لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول ذا المقصود الاصلي من شرعية الذبح التوصل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر (قوله وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطير والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح المبسوط ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع ليبني على ذلك

عند العجز (وقال مالك رحمه لا يحل الاكل بذكاة الاضطرار في الوجهين) يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له قلنا لا نسلم الندرة ولئن كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق (وقوله وفي الكتاب) يريد به القدوري وكلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيره الثاني والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب (وقوله لمعنى في غيره) أي في غير الذبح وهو ترك السنة (وقوله أشعر) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان وكلامه واضح خلافا لمن لم يجب عن الحديث الذي استدل به لانه لا يصلح للاستدلال لانه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال أنه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه أقوى في التشبيه من الاول عرف ذلك في علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

﴿فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل﴾

قوله (كي لا يعد وشئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذي الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أيؤكل لحمه فقال نعم فقيل أشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٦٢) فقال نعم فلا يكون حجة أجيب بأن حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طائر أبلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وأما الغراب الاسود والابقع فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيظ لا يؤكل وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله (أما الضبع فلما ذكرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني أنه ذو ناب وهي

والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة عادة ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كي لا يعد وشئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق) لانه يخلط فأشبه الدجاجة وعن أبي يوسف أنه يكره لان غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا وأما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله

ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ولو صحت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذي ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله لان قوله وكل ذي ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب ليس بتام لان كونه أقرب انما يقتضي أولوية انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين لا الى النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يأبى أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر أن يكون كل من البيانين قيدا لما قرن به من أحد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة عادة) قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل مختطف أو منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف) الرخم جمع رخمة وهو طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوق كذا في الصحاح والبغاث طائر أبغث الى الغبرة دون الرخمة بطيء الطيران كذا في الصحاح أيضا معزيا الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر أغبر انتهى قال جمهور الشراح هنا البغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها أقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب أما أولا فلانه يتناول ما يؤكل لحمه أيضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان وأما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم

(قوله ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما في كل سبع (قوله والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول فيه بحث فانه يصدق على ما يؤكل لحمه أيضا كالعصفور (قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول قال الزيلعي في شرح الكنز ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقعق فعلى هذا الاصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب

(وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم وأنشه لتأنيث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأجدني أعافه فلا أحله ولا أحرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه أجيب بأن الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الحاظر على أن المبيح مؤول بما قبل التحريم ولا تؤكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشنيعا مما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما الآية وبحديث غالب بن أبجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي الا حميرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واستدلالا بحل أكل الوحشي وهو ضعيف أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلانه مؤول باكل ثمنها وأما الاستدلال فلان من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

(قال المصنف وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) أقول (٦٣) قال العلامة الكاكي أي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل الافراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر) أقول والدليل عليه أن سورة الانعام مكية وفتح خيبر كان بعد الهجرة (قال المصنف ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالبا ان لا يقصد منه غيره أصلا ويدل عليه أن الآية مكية وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الاهلية حرمت عام خيبر انتهى قال الكاكي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة أما قوله منفعة الاكل يتعلق بها البقاء في الجملة فمسلم لكن غيره يسد مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسده فان الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهما من الغنيمة كالآدمي فحينئذ ترك الامتنان في الخيل بالاكل لا يدل على حرمته كترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل قلنا وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الاشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع الى العباد ومنفعة الاكل بالاضافة الى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة على أنا نقول ان الركوب والزينة لا يختص بهذه الاشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها ومنفعة الاكل في الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء به دون الركوب وأما قوله غيره يسد مسده في تعلق البقاء قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الاكل فوق منفعة الركوب والزينة وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لانه متى ثبت كونه ركوبا منتفعا به في ذاته ثبت أنه مال متقوم ومحل للبيع وفيه كلام لا يخفى

وهي حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شئ وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال (ولا يجوز أكل الحمر الاهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

ان لا يتم قول المصنف لانهما يأكلان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ههنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيأ من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسيرا لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أو لا معزيا الى ابن السكيت وما ذكره في القاموس أيضا تبصر ترشد (قوله وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) قال صاحب معراج الدراية

ويمتن بأدناها بأنه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي أن لا يحل الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في أن ترك أعلى النعم والذهاب الى مادونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك وقوله (والاول) يعني كون الكراهة للتحريم (أصح) لانه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ومبنى اختلاف المشايخ رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله على اختلاف اللفظ المروى عنه فانه روى عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح الى التنزيه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف رحمه الله (قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) واضح

ويمتن بأدناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره أكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال (ولا بأس بأكل الارنب) لان النبي عليه السلام أكل منه حين أهدي اليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي قال (واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمي والخنزير) فان الذكاة لا تعمل فيهما أما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في اباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) وقال مالك وجماعة من أهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي

أي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل أفراده انتهى واقتفى أثره العيني أقول ليس ذلك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضا لا من قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضا كما توهمه ذانك الشارحان فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه انما تكره الحشرات كلها لان الضب منها وقد ورد في كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم أقول ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتشبث في اثبات كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه (قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح لانه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى أقول فيه نظر لان هذا انما يدل على كون الاول أصح أن لو كان المروي عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسئلة منحصرا في لفظ أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس كذلك بل المروي عنه فيها لفظان أحدهما لا يعجبني أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور ومبنى اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف اه تأمل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل)

والطافى اسم فاعل من طفا الشئ فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافى الذى يموت فى الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهى كذلك وقوله (والحجة عليه مارويناه) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد فى بطن السمكة سمكة أخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت فى حب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها فى حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فتن فيها كذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير فى أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة فى الشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيأ ألقاه فى الماء لتأكل منه فماتت (٦٥) منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها

لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك قلنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال (ويكره أكل الطافى منه) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضى الله عنه عن النبى عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال (ولا بأس بأكل الجريث والمارماهى وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد الا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لانه صيد البر وله ذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما فى سائره والحجة عليه ما روينا وسئل على رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف أنفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى ثم الاصل فى السمك عندنا أنه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافى وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى وعند التأمل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فما يحل أكل ما أبين وما بقى لان موته بآفة وما أبين من الحى وان كان ميتا فميتته حلال وفى الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم

كتاب الاضحية

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه

وهو فى معنى ما انحسر عنه الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله (وفى الموت بالحر والبرد روايتان) احداهما أنها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس والاخرى أنها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت فى الغالب وأطلق القدورى رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما الا حد وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أنه على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الاضحية

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية فى اللغة اسم ما يذبح فى يوم الاضحى وهى أفعولة وكان أصله أضحوية اجتمعت الواو

(٩ — تكمله ثامن) والياء وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء فى الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على أضاحى بتشديد الياء قال الاصمعى وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية

(قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر) أقول فيه بحث فان الظاهر أن اضافة ميتة البحر مثل اضافة قتلى الطف فى كونها اضافة الى المكان وجوابه ان مراده لا ما مات فيه بغير آفة توفيقا بين الروايتين

كتاب الاضحية

(قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول الاولى أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لانها ذبيحة خاصة

وهدايا وأضحاة وجمعه أضحى كارطاة وأرطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها ستذكر فى أثناء الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل فى اضافة الشئ الى الشئ أن يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف فى الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد أضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع فى سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها الا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه وهى واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الزكاة

مناقشة هى أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام الا فى ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تمييز الذاتى من العرضى انما يتعسر فى الحقائق النفس الامرية وأما فى الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا فى مفهوم شئ يصير ذاتيا لذلك الشئ ويكون تصور ذلك الشئ بالامور الداخلة فى مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل فى معنى الاضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثانى تأمل تقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح فى يوم الاضحى انتهى أقول فيه نوع مخالفة لما ذكر فى مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر فى واحد منها عموم الاضحية لشئ من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها فى عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية فى اللغة اسم ما يذبح فى يوم الاضحى انتهى أقول فيه سماجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح فى يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحبا الكافى والكفاية هى ما يضحى بها أى يذبح انتهى أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح فى يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الاضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والمعز بسن مخصوص وهو الثنى فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضأن يذبح بنية القربة فى يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العناية وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى انتهى أقول يرد على ظاهره أن الاضحية فى الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص فى وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان فى ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هى فى الشريعة ما يذبح فى يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه وهذا كما قيل فى تعريف

(قوله وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول فى معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الاضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذ الافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد حقيقتها لان الاعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضا انتهى وهذا الكلام منه بعد ما فسر الاضحية فى عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففيه ما ترى ثم اعلم أنه لابد فى التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته اليه قال أو عكسه (قوله اذ الاصل فى اضافة الشئ الى الشئ أن يكون سببا) أقول أى أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الخ) أقول فيه أن المشترى اذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم فى دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس فى الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتأمل ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر وسيقول انها شبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح فى أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة

والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامة تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحى ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال (الاضحية واجبة الخ) كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فانهما يختلفان فيها لان المسافر يلحقه المشقة في أدائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيأ والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة

العلم بحصول صورة الشئ في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه أيضا بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السني أيضا وهو الثني فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده فلا ينتقض التعريف بشئ نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيرها كان أظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء أما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الا أن في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكرا في أصول الفقه ولا في فروعه أما الاول فأقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشئ الى الشئ أن يكون حادثا به سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال ألا ترى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى أقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سببا لوجوبها لان الشئ الواحد لا يصح أن يكون شرطا وسببا لشئ واحد آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلا الى المسبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلا الى المشروط أصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن الممتنع أن يكون شئ واحد موصلا الى شئ واحد آخر وأن لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلاة ان الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شئ واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى)

(قوله لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام الى صدقة الفطر فيحتاج الى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليتأمل وفي شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة الفطر بل ليصير الموصوف به أهلا للاغناء اذ الاغناء لا يتحقق من غير الغنى الشرعي فان قلت المراد من الاغناء الاغناء عن المسئلة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قلت ما دون الغنى الشرعي في حكم العدم لان من لم يتصف به يكون أهلا لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلا لوجوبها التنافي بينهما انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن المأمور به من كتب الاصول فراجعه

قال فى العناية أخذا من النهاية وهى واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما فى صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحى ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعنى التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير انتهى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه ان المشترى اذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففى دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس فى الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتأمل انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ لا نزاع لاحد فى أن علة وجوب الاضحية على الموسر هى القدرة على النصاب وانما الكلام هنا فى أن القدرة التى تجب بها الاضحية على الموسر هل هى القدرة الممكنة أم القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هى القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت فى فتاوى قاضيخان وهى أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى أثره صاحب العناية ولا شك فى استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر فى علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر فى حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق بعينها أو بقيمتها لان علة الوجوب فى المعسر هى الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلته فى الموسر هى القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به أيضا بعد أن تقرر أن علته فى الموسر هى القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين أن المراد بتلك القدرة هى الممكنة لا الميسرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر فى حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب فى صورة ان كان المشترى معسرا هو التصدق بعينها حية لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجئ فى الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشترشاة فى يوم النحر اه أقول وليس هذا أيضا بشئ لان مراد المصنف هنالك فوات أداء الاضحية بمضى الوقت لا سقوطها بالكلية فى حق المقيم أيضا فان الاداء وهو تسليم عين الثابت بالامر يفوت بمضى الوقت فى الواجبات المؤقتة مطلقا لان الوقت شرط لادائها على ما عرف فى أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضى الوقت وانما الفائت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا أيضا مما عرف فى أصول الفقه وقد تقرر فيه أيضا أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة للحج وعدوا الاضحية من القسم الثانى وقالوا ان أداءها فى وقتها باراقة الدم وقضاءها بعد مضى وقتها بالتصدق بعينها أو بقيمتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشترشاة فى يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والا لم تسقط ولم يقل أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضى وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحى وان لم يشترشاة فى يوم النحر فان التضحية اراقة الدم وهى انما تقبل فى وقت الاداء لا بعده وانما الذى يلزم بعده قضاؤها وهو انما يكون

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي أجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله (لان الاضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص (والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بأن السنة أيضا تفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بأن الوجوب يفضي اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الاداء اختص بأسباب أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف ألا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى أن يسقط عنه وجوب الاضحية وهو أقوى حرجا من زيادة ثمن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي منكم فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهدوا به

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير أن الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها وبفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب

بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه أقول وهذا أيضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر في علم الاصول من أن وجوب الاداء في المؤقتات التي بفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هنا يتوجه الخطاب حقيقة لانه في ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله حتى اذا مات في الوقت لا شئ عليه والاضحية من هاتيك المؤقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها التقرر بسبب وجوب أدائها اذ ذاك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمتها بخلاف الزكاة فانها من الواجبات المطلقة دون المؤقتة كما نص عليه في علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا أي في أي وقت كان لاعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها ليبقاء الواجب لئلا ينقلب الى العسر كما عرف في أصول الفقه فلو كان المعتبر في الاضحية أيضا هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الاضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لابقاء الواجب ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الاضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الاضحية وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجد) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضا بأن يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقادا أو تركها أصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم وبان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الاول بأن

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا مع أن أكلهما ليس بمحرم فليتأمل (قوله أجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (على ماقيل) يشير الى أن فى تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا مايوافق تفسير المصنف وذكر فى الايضاح أنها عبارة عما اذا ولدت الناقة أو الشاة وذبح أول ولدها فأكل وأطعم وهى منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم وبأن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا لايضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس (٧٠) واجبة وأجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنها غير فرض وانما هى واجبة وعن الثانى أنه مشترك الالزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أى طريقته فالسنة هى الطريقة المسلوكة فى الدين وعن الثالث بانهما كانا لايضحيان فى حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله (وانما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة فى أول الباب وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله غير أن الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله (سنين مقداره) أى مقدار الوقت وقوله (لاتجب عن ولده) يعنى سواء كان صغيرا أو كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه وقوله (والاصح أن يضحى من ماله) أى من مال الصغير (ويأكل) أى الصغير من الاضحية التى هى من ماله (ما أمكنه ويتاع مما بقى ماينتفع بعينه) كالغربال والمنخل كما فى الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا قال روى ابن سماعة عن محمد رحمهم الله وقيل ذلك يصح فى جلد الاضحية من غير خلاف أحد وأما فى لحمها فليس له الا أن يطعم أو يأكل

على ماقيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لاتتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره مايجب به صدقة الفطر وقدم فى الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه أصل فى الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله وروى عنه أنه لاتجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلى عليه وهما موجودان فى الصغير وهذه قربة محضة والاصل فى القرب أن لاتجب على الغير بسبب الغير ولهذا لاتجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعى رحمهم الله يضحى من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف فى هذا كالخلاف فى صدقة الفطر وقيل لاتجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا لان هذه القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والاصح أن يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويتاع مما بقى ماينتفع بعينه

المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنها غير فرض وانما هى واجبة وعن الثانى بأنه مشترك الالزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أى طريقته فالسنة هى الطريقة المسلوكة فى الدين وعن الثالث بانهما كانا لايضحيان فى حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى أقول فى تقرير الجواب عن الثانى خلل فان القول بأنه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا أمرا وكان الامر للوجوب وجاز أن تحمل السنة فى قوله فانها سنة أبيكم على الطريقة المسلوكة فى الدين وهى تعم الواجب أيضا تعين جانبنا ولم نشترك فى الالزام قط فالصواب فى تقرير الجواب عن الثانى ماذكره صاحب الكافى حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه أمر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة أبيكم لاينفى الوجوب لان السنة هى الطريقة فى الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطنى باسناده عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث انتهى أقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولاشك فى اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وماذكره ذلك البعض من رواية الدارقطنى لايقدح فى تمام ذلك الجواب بالنظر الى ماهو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة أخرى لاصل المدعى ولعل جمهور الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطنى أخرجه عن جابر الجعفى عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفى ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروى من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به) أقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية فى قوله وانما اختص

(قوله وأجيب عن الاول بأن المكتوبة الخ) أقول فيه بحث فانه روى الدارقطنى باسناده عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا أنا تركناه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولان نصيب الشاة فبقي على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فمن دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة ولا أضحية

الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها أي الاضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيؤل الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الخ والتقييد بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه القدوري في مختصره بالحرية على أن يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة به أنها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة اللغو فان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعلل هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشئ

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة) كلامه واضح قوله (وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز) كما اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن أيضا وقوله (يجوز في الاصح) احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد رحمهما الله وقوله (الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد) بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله (اعتبارا بالبيع) لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس وقوله (وقد أمكن) يعني دفع الحرج لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به بأس وقوله (لما بينا) أراد به قوله لانه أعدها للقربة فيمتنع عن بيعها الى آخره

(قوله ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به بأس) أقول فيه بحث

قال (ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاة قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه ومارويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التعجيل أن يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لامكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

أصلا ولا يخفى ما فيه (قوله ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت أقول في هذا اشكال لان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شئ منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فمن أين أخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم تتأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الامصار بل لم يمكن أداؤها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للاضحية في حق أهل الامصار أيضا وما ثمرة ذلك والظاهر أن ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة أداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليها ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه أقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها لا أول وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرطا في حق أهل الامصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العيد انتهى (قوله ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح قوله أجزأه استحسانا يشير الى أنه لا يجزئه قياسا وذلك لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة

وقوله (ومارويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله) اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله (ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة وقوله (أجزأه استحسانا) يشير الى أنه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (وقيل هو جائز) أي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق أن المسنون في العيد هو الخروج الى الجبانة وأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة النشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لان الليالي تبع للايام وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله (والتضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من التصدق بثمن الاضحية) أما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قولي أبي يوسف رحمه الله والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين القرب بإراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الآفاقي لفوائه أفضل من صلاة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلاة في حقه أفضل (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه) بأن عين شاة فقال لله علي أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا أو غنيا (أو كان) المضحي (فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان) من لم يضح (غنيا)

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الاقل وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى أداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل يمضي بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقي (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

من وجه فوقع الشك وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكروه لان كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة والا لم يجز العكس فاذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد احدى الصلاتين قبل الاخرى واقتضى الاخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكروه فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسئلة الكتاب (قوله وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بأنهما ليسا من أيام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الاول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية) قال في معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا دون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان الحكم هنا

(١٠ - تكملة ثامن) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لانها واجبة على الغني) عينها أو لم يعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

(قوله ولا شك أن الجمع بين القربتين) أقول لا يوافق المشروح اذ لا تعرض فيه للجمع بين القربتين فانه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار فواته بفوات الايام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصدق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب كما لا يخفى

فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التى لا تمشى الى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه السلام لا تجزئ فى الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى قال (ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب) أما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن أى اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال (ولا التى ذهب أكثر أذنها وذنبها وان بقى أكثر الاذن والذنب جاز) لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى مقدار الاكثر ففى الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين أو الالية الثلث أو أقل أجزأه وان كان أكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر فى الصلاة وروى الثلث اقوله عليه السلام فى حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد اذا بقى الاكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم فى الصلاة وهو اختيار الفقيه أبى الليث وقال أبو يوسف

هو التصدق بهاحية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا دون الايجاب على نفسه فان الحكم هناك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر (قوله فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين أو القيمة اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس خلاف جنس الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصدق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذا ساقط اذ لا نسلم أنه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم لان الاعتبار بهما من حيث ان القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذى فطنة أن هذا المعنى متحقق فى التصدق بالعين أيضا لان الواجب عليه فى الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق فى قوله فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن المصنف جدا اذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشتراها بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه فى افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشى له من ذلك فالحق أن مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما أشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحى بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع فى بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد اذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحى بالجماء والخصى والثولاء الى آخره والذى ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب أو السنية وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن وجبت عليه الاضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأول وقت الاضحية وعدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما حققه من قبل ولعل صاحب العناية تداركه حيث قال فى شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر ما يجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى مقدار الاكثر الخ) أقول تطبيق هذه

فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية) والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس خلاف جنس الاداء قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء) هذا بيان ما لا يجوز التضحية به والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب واليسير مما لا أثر له فى لحمها وللعور أثر فى ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بعينين وقلة العلف تورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها هى ما لا يمكنها المشى برجلها العرجاء وانما تمشى بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التى لا تنقى هى التى ليس لها نقى أى مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضح

(قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول أشار بذلك الى قوله والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ (قال المصنف وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين) أقول اطلاق القطع بالعين لعله بطريق التغليب (قال المصنف فاعتبر كثيرا) أقول الذى يعطى له حكم الكل هو الاكثر لا الكثير فلا يتم التقريب

قوله (وقيل معناه قولي قريب من قولك) أي قولي الاول وهو أن الاكثر من الثلث مانع لا ما دونه أقرب الى قولك الذي هو أن الاكثر من النصف اذا بقي أجزأه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع أو الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في الكشاف العضو في أول الكتاب وقوله (لان القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعيرات سود والوجيء نوع من الخصاء وهو أن ترض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله (فتعينت) يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله (كما في نصاب الزكاة) فانه اذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الاصل) يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لان الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله ان المشتري اذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضجاع للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تأدي الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عندها فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله (لانه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمهما الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر

أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال (ويجوز أن يضحى بالجماء) وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لان لحمها أطيب وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوأين (والثولاء) وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود أما اذا كانت لا تعتلف فلا تجزئه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع أكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن أولى (وهذا الذي ذكرنا (اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان فقيرا تجزئه هذه) لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح

الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لان عبارتها أكثر اذ نهاوذنبها بصيغة التفضيل والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر اذ لا شك أن الربع ليس بأكثر من ثلاثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذا لم يجاوز النصف لم يصر أكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبار الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة

(قوله من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقايسة

قال (والاضحية من الابل والبقر الخ) كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند أهل اللغة الجذع من الشياه ماتمت لها سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزؤها وله هذا يتبعها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفصيل هو الماء وانه غير محل

لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة) لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله (لما بينا انه قربة) يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزأ وبعض الاراقة وقع نفلا أو لحما فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير للحم مع نية القربة اذا لم تصادف محلها أو كانت في غير وقت الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال قال (وياكل من لحم الاضحية الخ)

قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ) لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم وان كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة ألا ترى أن النبي عليه السلام ضحى عن أمته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزأ في حق القربة لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت (فلو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم) لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال (ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن أكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز أكله وهو غني جاز أن يؤكله غنيا قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار

الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما رشد اليه قول المصنف في بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثرة فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقرر في موضعه وفي عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن أغمضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير أن يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا لزم أن يعتبر الاذن والذنب باقيا وذاهبا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب ربعهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين تأمل نقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات

الاضحية اما أن تكون منذورة أو لا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل فعليه قيمة ما أكل

لما

لما روينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعترفانقسم عليها أثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالحمل والاباريز) اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الاضحية) لقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيأ والنهى عنه نهى عن البيع أيضا لانه في معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها) لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القربة بها كما في الهدى ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال (والافضل أن يذبح أضحيته بيده ان كان يحسن الذبح) وان كان لا يحسنه فالافضل أن يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضى الله عنها قومي فاشهدي أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكتابي) لانه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا أمر المجوسي لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا قال (واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزئه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها للاضحية

ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعترفانقسم عليها أثلاثا) أقول لقائل أن يقول الامر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقرر في علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتأمل في الجواب (قوله ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل) أقول لقائل أن يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر في أصول الفقه فليتأمل في الدفع (قوله ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالحمل والاباريز اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم مما لا ينتفع بعينها أصلا أي لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الحمل والاباريز فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا ببدله وأما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه مما ينتفع بعينه مع بقائه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان البدل له حكم المبدل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدراهم أيضا الا أنا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه ولا تعط أجر الجزار منها فاذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائع اللحم والجلد بالدراهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس

وقوله (لما روينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام فكلوا منها واذخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله (كالحمل) بالحاء المعجمة والمهملة (والاباريز) التوابل جمع أبزار بالفتح وقوله (في الصحيح) احترازا عما قيل انه ليس في اللحم الا الاكل والاطعام فلو باع بشئ ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشئ ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله (لان القربة انتقلت الى بدله) لان تملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله (لانه في معنى البيع) لان كل واحد عقد معاوضة قوله (من دمها كل ذنب) تمام الحديث أما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدري رضى الله عنه هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة وقوله

حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذناله دلالة لانها تفوت بمضى هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهى أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم فى القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة فى الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها الى نفسه أو حمل على دابته فسقط فى الطريق فأوقده والنار فيه وطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل على دابته ماسقط فعطبت لا يكون ضامنا فى هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول فى مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير اذنه صريحا فهى خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مساوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كانا قد أكلا ثم علما فلحلال كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو أطعمه فى الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله فى الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا الان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته)

عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والاباز يرعلى عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس فالاظهر أن يترك القياس على البيع بالدراهم فى تعليل هذه المسئلة ويقال فى تعليلها لانه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد أشار اليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم أو الدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى (قوله فصار كما لو باع أضحيته) قال جماعة من الشراح فى بيان معنى هذا الكلام يعنى أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله انتهى أقول قد تكلموا فى بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه اصورتين فزادوا فى الصورة الاولى اشترى غيرها بثمنها واعتبروا التصدق فى تلك الصورة فى بعض الثمن دون كله وزادوا فى الصورة الثانية مضى أيام النحر وليس فى كلام المصنف هذا ما يدل على شئ من ذلك وليس فى المقام ما يقتضى شيأ منها كما لا يخفى مع أن الامر فى معنى هذا الكلام على طرف الثمام بحمله على حذف مضاف أى كما لو باع لحم أضحيته فيكون المراد به الاشارة الى ما مر فى الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه) قال فى العناية وقوله ومن أتلف لحم أضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعنى ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ماذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى أقول ليس هذا

لانه

(حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر) أى فيما اذا كان المضحى فقيرا (ويكره أن يبدل بها غيرها) أى فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخى رحمه الله وقوله (فصار كما لو باع أضحيته) يعنى انه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله وقوله (ومن أتلف لحم أضحية غيره) متصل بقوله وان تشاحا يعنى ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ماذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه

وقوله (لانه ملكها بسابق الغصب) يعني فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي في التضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصح أن يقال يظهر الاستناد فيها أو لا يظهر فان الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف مالو أودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية)

التوجيه بوجيه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لابد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه تال مغاير للتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه ولا يخفى مافيه والحق عندي أن قول المصنف ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي أتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري أن صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشئ آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شئ من ذلك

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة ألا ترى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة وكذا التصرف في الاضحية بجز صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكافي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والاباحة وتبعه القدوري في مختصره والامام قاضيخان في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتتمة والايضاح ولكل وجهة هو موليها أما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ماحسنه الشرع وماقبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أولان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها وأما وجه التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه مامنع عنه الشرع وما أباحه كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة

(قوله لانا نقول الاراقة ليست من المملوك) أقول يعني ليست من المملوك لاحد (قال المصنف بخلاف مالو أودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك له الا بعد الذبح) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح انتهى وأجاب عنه صاحب الدرر بأن حقيقة الغصب كما تقرر في موضعه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد في الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى وان شئت فراجع في كتاب الغصب ونحن نقول الاولى في الجواب أن يقال قد سبق أن مقدمات الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل وأجاب الفاضل الحبشي بعقوب باشا عن اشكال صدر الشريعة أيضا بأن يقال ان الغصب وان وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاضجاع وشد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغصب الا بالذبح بخلاف الغصب ابتداء فان الغصب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى مافيه فليتأمل انتهى كلام يعقوب باشا

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروى عن محمد نصا أن كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه الى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها

﴿ فصل ﴾ في الاكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل)

في اللغة مصدر كره الشئ كرها وكراهة وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي أي ليس براض بهما ولا محب لهما وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الارادة أيضا على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشريعة فاهو مذكور في الكتاب (قوله قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعني اختلف أصحاب الشرع في معنى المكروه فروى عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في أن الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه الى الحرام أقرب ثم ان هذا حد المكروه كراهة تحريم وأما كراهة المكروه كراهة تنزيه فالى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب ولبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لها لما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الاطناب (قوله قال أبو حنيفة يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بأبوال الابل) قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاتان انتهى يعنون أنه لو قال تكره لحوم الحمر وألبانها الرجع الضمير في ألبانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم الذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان مضافة الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا تتصور في ذكور الحمر وانما تتحقق في اناثها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك أيضا بتقدير وتأويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مؤاخذة بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا للبواقي انتهى أقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بأنه في الاكل والشرب لا يفيد شيأ فيما نحن فيه أصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الاكل والشرب أيضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلا أو ذكر معها غيرها أيضا مما سبق في الذبائح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيرا للبواقي فغير تام أيضا لان ذكر ما ذكر مرة وبين مستوفى تذكير البواقي المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا مما يليهم أصلا ثم أقول الاوجه أن يقال انما خص الاتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها أيضا لان جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهة لحوم الاتن انما ذكرت ههنا توطئة لكراهة ألبانها التي لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الاتن بالذكر دون غيرها ثم قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لان المصنف أيضا ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا وانما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد في

ألا يرى أن في وقت الاضحية من ليالي أيام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك

﴿ فصل ﴾ في الاكل والشرب (قوله ألا يرى أن في وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لا في الوقت ففيه تجوز (قوله وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك) أقول فيه بحث الا أن المراد يتحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة

وتأويل قول أبي يوسف انه لا بأس بها للتداوي وقد بيناهذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وأتى أبو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا وأما كون مأخذ ماذكره المصنف ههنا ماذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدى شيأ في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ماذكره مأخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة (قوله وتأويل قول أبي يوسف لا بأس به للتداوي) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لان مذهب أبي يوسف أن بول ما يؤكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل حل شربها عند أبي يوسف أيضا فأول المصنف قول أبي يوسف المذكور ههنا بنفي البأس عن شربها للتداوي وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وان كانت نجسا تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذا المقام وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فمنصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الابل نجس عند أبي يوسف أيضا الا أنه أطلق شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى أقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال أكره شرب أبوال الابل وأكل لحوم الفرس وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لابوال الابل أيضا (قوله وقد بيناهذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها) أقول في رواج هذه الحوالة بحث فان ألبان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شئ من كتابي الصلاة والذبائح وانما بينت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبائح ويمكن أن يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين أما في توجيه الصورة الاولى منهما فبأن يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بيناهذه الجملة على ماعدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه وأما في توجيه الصورة الثانية منهما فبأن الطهارة لما كانت من شروط الصلاة ومباديها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى قاضيخان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان ما له أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعاقل أن يقصد الاشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا لها طبسة في أول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الابل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا وللتداوي فقط عند أبي يوسف وذكر أدلتهم هناك لكن بنى دليل محمد على طهارته مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن

قوله (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) يرد عليه لبن الخيل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا مما لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ماهو المطلوب من كل واحد منهما لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يرد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونارا منصوب على ماهو المحفوظ من الثقات

(قوله يرد عليه لبن الخيل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ماهو المطلوب) أقول فيه بحث والاولى أن يقال اذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه ولانه تشبه بزى المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين وقال فى الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعموم النهى وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما الماذكرنا قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق) وقال الشافعى يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال (ويجوز الشرب فى الاناء المفضض عند أبى حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسى المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد فى الاخذ وفى السرير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبى حنيفة ويروى مع أبى يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك فى السيف والمنحذ وحلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

وقوله (لانه فى معناه) أى لان الادهان من آنية الذهب فى معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية هكذا ذكره صاحب الذخيرة فى الجامع الصغير وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة فان الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكرها فى المحرمات المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهى حديدة عريضة والمنحذ المسن والثفر ما يجعل تحت ذنب الدابة

(قوله من آنية الذهب) أقول والفضة كذلك (قوله قيل صورة الادهان المحرم الى قوله لا يكره) أقول وفى شرح ويحتمل هذا التفصيل فى الاكل والشرب أيضا (قوله وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة الى قوله فى المحرمات الخ) أقول لكن المكتحل يأخذ المكحلة بيده ويضع فيها الميل بخلاف الآنية اذ لا يحتاج فيه الى الاخذ باليد

طهارته لم تلزم عنده الامن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كما سبق فبناء حله على طهارته دور ظاهر الى هنا كلامه أقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة لطهارته فى العقل بأن يصير دليلا عليها وأما طهارته فانما تكون علة لحله فى الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا فى العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة فى الذهن والعفونة علة للحمى فى الخارج فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان انى وبعكسه برهان لمى ولا دور أصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره فان الاول علة للثانى فى الخارج وان كان الثانى علة للاول فى العقل أى دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه) أى لان الادهان فى آنية الذهب أو الفضة ونحوه فى معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال بأى وجه كان لما فيه من التبذير والاسراف فيشمل الادهان والتطيب أيضا وفى النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة فى الجامع الصغير اه قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة فان الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره فى المحرمات انتهى أقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم فى أوانى الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية الذهب أو الفضة عند ارادة الادهان منها انما يتحقق فى العرف والعادة بأخذ آنيتها وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبه على البدن وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح فى تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل فى صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو أنه يقتضى أن لا يكره اذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها وكذا اذا أخذه بيده وأكله منها وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه فى دفع ما قاله صاحب العناية فى المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم أما الاول فلان من فى قولهم من اناء ذهب ابتدائية وأما الثانى فلان مرادهم أن الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاوانى الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل أكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا أكل الطعام

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال (ومن أرسل أجيره المجوسي أو خادمه ما شترى لهما فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله) لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)

منها باليد أو الملعقة لانها وضعت لاجل ابتداء الاكل منها باليد أو الملعقة في العرف وأما اذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه أقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله أما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية أمر زائد بل مختل أما أولا فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون وأما ثانيا فلانه لا تأثير للابتداء في تمشية الجواب الذي ذكره ههنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق أن الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل بوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان للمماسة تأثيرا في الحرمة كما سيجيء من وجوب الانقاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض أو المذهب وقت الشرب فتأمل انتهى أقول يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي أورده صاحب التسهيل فانه اذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هنالك مماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك فالمخلص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك وأما الاناء المفضض أو المذهب فمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره) جمعهما في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع أبي يوسف وان كان أفرد أبا يوسف في بيان الحكم فيما قبل وأما صاحب الكافي فأفرده ههنا أيضا حيث قال احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهي وورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمذهب ممنوع وقال في الحاشية رد ما في الكافي من احتجاج أبي يوسف أقول ليس ذلك بتام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمذهب عبارة بعمهما دلالة كعمومه للادهان منه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرح به وعن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة

(ولابي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع) حكي أن هذه المسئلة وقعت في دار أبي جعفر الدوانقي بحضرة أبي حنيفة وأئمة عصره رحمهم الله فقالت الائمة يكره فقيل لابي حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال أرأيت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر قال (ومن أرسل أجيره المجوسي الخ) كلامه واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة قال (ويجوز أن يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي) لان الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه أن يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا

وقوله (لانه لما قبل قوله في الحل) يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لاستحالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما وأتى برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله (لما قلنا) راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء

(قوله لان الهدايا تبعث على أيدي هؤلاء عادة) أقول يمكن أن يمنع اشتراط العادة

في الاناء وغيره انما كانت للتشبيه بالاكسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تأمل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لابي يوسف ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فانه يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أبي حنيفة رحمه الله لكن لم نجده في روايات البخاري وغيره الا خالصا عن زيادة أو اناء فيه شيء من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك ردا له وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح وقد مر مستوفى وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبركا به (قوله لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لاستحالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه أكله ركاكة جدا لان قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندي في شرح كلام المصنف هنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم فانه يتضمن اثبات حل أكل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة أولى أن يقبل قوله في الحرمة أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء انتهى أقول لمانع أن يمنع أن نفس الجواري والعبيد تبعث عادة على أيدي هؤلاء بخلاف اهداء غيرأنفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على أيديهم بلا مجال النكير من أحد وقال صاحب الغاية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني أقول ولمانع أن يمنع أن عدم قبول قولهم في اهداء مواليهم أنفسهم يؤدي الى الحرج لامكان اهدائهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجواري

قال (ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدى الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان أو فاسقا كافرا أو مسلما عبدا أو حرا ذكرا أو أنثى دفعا للحرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام فى ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفى ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأى

أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلا نادرا لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقا على أيدى غير جنس العبيد والجوارى والصبيان فان فيه حرجا بينا سيما فى اهداء الامور الخسيسة (قوله ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات الا قول العدل) قال فى التلويح قيل ذكر فخر الاسلام فى موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل فى مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحرى وفى موضع آخر أنه يشترط التحرى وهو المذكور فى كلام الامام السرخسى ومحمد رحمه الله ذكر القيد فى كتاب الاستحسان ولم يذكره فى الجامع الصغير فقيل يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لهذا فيشترط ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان انتهى أقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل فى الديانات أيضا بشرط التحرى كما سيأتى التصريح به فى الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهى رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندى هو التوجيه الثانى فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق فى الديانات بدون التحرى (قوله ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) قال الشراح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبى حنيفة فى الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر فى كتاب الشهادات فكان أحد شطرى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا المحدود فى قذف ففى غير ظاهر الرواية أيضا لم يلزم عدم اعتبار أحد شطرى الشهادة فلم يدل ما ذكروه على أصحية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبى حنيفة فى الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته فى القضاء عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف فى كتاب الشهادات والفتوى على قولهما فى هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسى حيث قال قال شمس الائمة السرخسى فى أصوله وروى الحسن عن أبى حنيفة انه بمنزلة العدل فى رواية الاخبار لثبوت العدالة ظاهرا بالحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره فى الاستحسان أصح فى زماننا فان الفسق غالب فى أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم تتبين عدالته كما لا تعتبر شهادته فى القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين فى هذا المقام حيث قال فى شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور فى

وقوله (ولا يقبل فيها) أى فى العبادات (قول المستور) وقوله (جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) يعنى اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية أصح لانه لا بد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة وقوله (حتى يعتبر فيهما) أى فى الفاسق والمستور اذا أخبرا بنجاسة الماء (أكبر الرأى)

وقوله (ويقبل فيها) أي في الديانات قول العبد والحر والامة لان خبرهؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلزم بنفسه أولا ثم يتعدى منه الى غيره (٨٦) فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله (ماذكرناه) اشارة الى الهدية والاذن وقوله (فان كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعني حكما في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح أحد الوجهين قيل الاصل الطهارة وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله أما التحري فمجرد ظن ففيه احتمال الخطا وقوله (ومنها) أي من الديانات (الحل والحرمة) يقبل فيهما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل ولا الاطعام لانها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا أخبر رجل أو امرأة عدل للزوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله أي قول المجوسي في الحل أولى أن يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا أجيب بأن ذلك كان ضمنيا وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا قال

قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ماذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا أو مستورا تحرى فان كان أكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة أما التحري فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فأما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

ظاهر الرواية أي ولا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ماذكروه وجها الصحيحة ظاهر الرواية وجها لنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة فيرد عليه قطعا أن حقيقة العدالة ليست باحد شطري الشهادة عند أبي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنه فتدبر (قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا يشتبه على أحد قبول قول الحر في كل أمر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها أي في الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبرهؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد هذا الشارح في الطنبور نغمة حيث أتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبرهؤلاء في أمور الدين كخبر الحر ولا شك أن كلمة هؤلاء من جموع أسماء الاشارة فتكون ههنا اشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيصير معنى كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فيدخل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها أي في الديانات قول العبد والحر والامة لان في أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع أقول في كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعلا الحر مقيسا عليه أو مشبها به وهو داخل أيضا في المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا هنا فكيف يتم أن يجعل مقيسا عليه أو مشبها به لاحد قريني قبل أن يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ماذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندي لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تتنجس تلك الاعضاء واذا تنجست أعضاؤه لم تجز صلاته مالم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر والا لم يجز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط اذ ذاك في ترك الاراقة لتأديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتي من بعد فان التيمم هناك بشئ ظاهر فلا يلزم محذور أصلا فليتأمل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقائل أن يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد

(قوله أجيب بأن ذلك كان ضمنيا) أقول ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا لان المراد بالعدل هنا المسلم المرضي كما نص عليه المصنف هنا

قال (ومن دعى الى وليمة أوطعام فوجد ثمة لعبا أوغناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكى عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف فيما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة تسقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال ما للكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده أنه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطا بها مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن قلت معناه أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هنالك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فافترقا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح أقول الجواب منظور فيه لانهم ان أرادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب أنها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان أرادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير أن يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى أقول ليس هذا بشيء لان تشبيه اجابة الدعوة بصلاة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيأ فقهيا فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة

قال (ومن دعى الى وليمة أوطعام الخ) قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله (كصلاة الجنازة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر) ليكون عاملا بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله (ولو كان على المائدة ينبغي أن لا يقعد) يشير الى أن ما تقدم انما جاز اذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية وأما اذا كان على المائدة كان قاعدا مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الا ان يقال ليس بقياس كما يشير اليه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل

الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كالمزائد اخارجا عن صنعة الفقه وحاشى له ثم أقول يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو أن اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا أنها تنقلب الى الواجب بقاء أى بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما أشار اليه المصنف فيما بعد فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام اقامتها بالشروع فيها كما تقرر فى محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما سيجىء فيكون قوله كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب فى المثال فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور فى الكتاب حيث قال لا لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنازة يحضرها النياحة لانه ان أراد مطلق الدعوة فلا نسلم أن اجابتها سنة وان أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة فى قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب الدليل لان فرض المسئلة فى دعوة اقترنت بلهو وفيها لا تسن الاجابة ابتداء كما سيجىء فاذا عرف المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمة يجب عليه الخ لزم والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء فبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ما قيل ان أراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجىء أن الدعوة اذا اقارنت شيئا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان أراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتأمل الى ههنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذى فطانة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء أما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى محل الدعوة أصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابتها انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أولا وليس فليست وانما الذى يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة أو غيرها فأجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثمة لعبا أو غناء فلم يقعد ولم يأكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجىء فى الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو القسم الثالث ههنا فلا يتصور وقوعه اه فزعم ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدر أن تحقق انتهاء الشئ فى الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما خلو كلامه عن التحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ما ذكره فى وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور أن الدعوة قارنت شيأ من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيجىء فى الكتاب وذكره ذلك القائل أيضا فى أثناء كلامه ويكفى لسند منع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه انما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التى هى السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة فى الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجها للاندفاع

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

والصواب في الجواب بما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد أن اجابة الدعوة على وجه السنية فتكون الاجابة سنة و بيان تمام تقريب الدليل بأن الدعوة على ثلاثة أوجه الاول ان دعي الى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلا والثاني ان دعي الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيأ من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعي الى ذلك وذكر أن ثمة شيأ من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة للدعو أصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تأمل تقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول أن المعرف باللام اذا لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هنالك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص مهما أمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هنالك كما بينه المصنف هنالك فافترقا (قوله ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يؤت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير حاصل التعليل أن محمدا لما أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا ينافي قولهم في أول التعليل لان محمدا أطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول بقي شيء في أصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الا أن يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحا ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال

وقوله (ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله هو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وقوله (بضرب القضيب) عنى به خشب الحارس

(قال المصنف ولو علم قبل الحضور لا يحضره) أقول فيه كلام لان الحديث ينتظمه (قوله لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب الخ) أقول المراد بها أمور الدنيا أعني ما لا يتوصل به الى الفوز الآجل (قوله ليس بحرام) أقول يعني مطلقا (قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو الخ) أقول لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى ثم ان الاولى أن يجاب بأن الكلام على التشبيه فليتأمل (قوله وهو ما استثناه النبي عليه الصلاة والسلام) أقول فيه نظر يظهر وجهه بالنظر في كتب التفاسير

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول أراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة بقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته وأشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال بعض المتأخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي ههنا منتفية انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح اذ الظاهر أن كلتا مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة وأداة سورها الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداة سورها منحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد وأما قوله وهو ما استثناه النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حدا أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شئ من الانسان بفرس فانه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لا أن بعضه أي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة في الحديث لان ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فالوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لامكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحياة الدنيا أيضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بحرام ينتج أن الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو أنها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كلعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني أنها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون) يعني ودل أيضا قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد أشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون أقول لقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجد فثمة مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون الا بالحرم وأما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك أن ما ابتلي به مرة لا يكون كل الملاهي بل انما يكون شيأ معينا منها واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير

وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة

﴿فصل في اللبس﴾ قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور أمتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم

مشتغل ولا متلذذ به انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلاة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقدمر منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون أبي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد أورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر أنه جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحريف وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فأتى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

﴿فصل في اللبس﴾ قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى والصواب في وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه الى الوطء لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد أشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله وانما حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا كي لا يلزم النسخ مرتين وهنا لو تأخر

﴿فصل في اللبس﴾ (قوله لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود لبيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لاجله لتعلقه به والتعميم بمثل التوضي اذا أخبر بنجاسة الماء ليتم الفائدة وهو ظاهر (قوله وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى) أقول لم يتعرض لعموم النهي لاظهرية العموم فيما ذكره مع أنه فسر قول المصنف لهما العمومات بالنهي عن لبس الحرير أيضا لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال في النهي مستندا بلفظ لا تلبسوا (قوله اما أن يكون قبل الاول فينسخ به الخ) أقول فان قيل ينبغي أن ينسخ أيضا في الوجه الاول قلنا للمحرم رجحان فتأمل (قوله أو بعده فيتعارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا تغشية للسؤال وهو حاصل الجواب

بحديث آخر) فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم

(الا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالاعلام والمكفوف بالحرير) لما روى أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب

وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره يلحق به بالدلالة وقوله (قالا ويكره) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس

قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم مقدما قلنا قوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور أمتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجح على الظاهر أو نقول الدليل دل على أن مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل محتمل المعنى فانه ان أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حينئذ يتعارضان فيتساقطان فليس بصحيح اذ المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كل ذلك في علم الاصول وان أراد بذلك أنهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال وأقول في الجواب الذي ذكره أيضا شيء وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن أبي بكرة عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو بيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتأمل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار اليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجح الحديث الدال عبارة أو اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكور والاناث كقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه في الحديث للنساء فمن أين ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره) قال الشراح يعني

(قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول على أن الاباحة الاصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرر النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف الا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول الاصبع يذكر ويؤنث فذكر في ثلاثة وأنث في أربعة (قوله وقالا يكره يعني للرجل والمرأة جميعا) أقول كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام حلال لاناثهم

لهما

لهما العمومات ولانه من زى الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضى الله عنه اياكم وزى الاعاجم وله ما روى أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله ابن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج فى الحرب عندهما) لما روى الشعبى أنه عليه السلام رخص فى لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب فى عين العدو ولبريقه (ويكره عند أبى حنيفة) لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذى لحمته حرير وسداه غيره ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة

للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وما أخذ هم الخلاصة فانه قال فيها والرجل والمرأة فى هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال فى النهاية كذا فى الخلاصة وقال فى معراج الدراية ذكره فى الخلاصة أقول تعميم قول الامامين هنا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبى صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ههنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذى رواته جماعة من كبار الصحابة رضى الله عنهم (قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهى ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لانى رأيت عليكم ثياب أهل النار انتهى واقتفى أثره صاحب العناية فى بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا فى توسده والنوم عليه والظاهر أنهما ليسا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيأ أو نام عليه أنه لبسه لا فى اللغة ولا فى العرف فانى يوجد العموم اللهم الا أن يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا فى الحقيقة الا أنهما فى حكم اللبس فى تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا ملحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة فى بيان العمومات وهى هذان حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان أتكئ على جمرة الغضا أحب الى من أن أتكئ على مرفقة حرير وعن على رضى الله عنه أنه أتى بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم فى الدنيا ولنا فى الآخرة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية فى هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شئ فان العموم فى الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما فى الاخيرين فلان الثانى مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما يفعل فى السرج من القعود والافتراش فلم يظهر فى شئ منهما العموم الا أن ينظر فى الثالث الى مجرد قوله هذا لهم فى الدنيا ولنا فى الآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى (قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غيره مباح فى غير الحرب أيضا فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على المحظور لا يستباح الا لضرورة فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل الى هنا كلامه أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أما قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غير مباح فى غير الحرب أيضا فلان ذلك الايهام انما يتصور أن لو تحققت الضرورة فى غير الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها

وقوله (لهما العمومات) يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لانى أرى عليكم ثياب أهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء وقوله (والجامع كونه نموذجا) يريد به أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعدله فى الآخرة منه ليرغب فى تحصيل سبب يوصله اليه وقوله (لا فصل فيما رويناه) يريد به قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتى

(قوله يريد به قوله نهى عن لبس الحرير) أقول التوسد والنوم عليه ليس لبسا فكيف يستدل به الا أن يقال ذلك فى معناه وقد مر مثله فى الفصل الاول

ومارواه محمول على المخلوط قال (ولا بأس بلبس ماسداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره) لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الفر والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

لا للحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمحظور لا يستباح الا لضرورة وأما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى وكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى أن المحظور الشرعي لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى الا أنها أخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلها العقلي أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلا تأمل ترشد (قوله ومارواه محمول على المخلوط) أقول فيه نظر لان مارواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم هذا بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى) قال جمهور الشراح في تعليل هذا الان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتأخرين وقد يقال لان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشئ اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا أقول لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل ما ذكر دليلا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشدك اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة أو نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الامرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من

وقوله (والخز مسدى بالحرير) قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء وجملة وجوه هذه المسائل ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا واللحمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو ايقاع الهيبة في عين العدو لبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده

قال (ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لانها في معناه (الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يختم الا بالفضة وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال مالي أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار

الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض أقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم اياها اليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبار العدمه وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقرره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنعه فانه قال والنسج باللحمة بدون القصر عليها فكأنه قال وتمام النسج أو آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض أنه مع اعترافه ببطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى آخر الجزأين حيث قال لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا جعل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذ وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره وما غره الا عبارة الزيلعي ولم ينظر أولم يلتفت الى ما وقع في كلام فحول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه أيضا قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتأتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه أيضا جمع كما نقله ذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الزيلعي بقوله أو نقول الخ تقرير ذلك الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للاول في المعنى والماكل يرشد اليه أنه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله أو نقول الخ ايراد دليل آخر مستقل لاعاد اللام فيه أيضا تبصر (قوله ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه) أقول لما منع أن يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى أن الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لانها في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور

عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتي ولا بالفضة لانه في معناه فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الآية ولا يقيده لان التقييد نسخ فالجواب أنه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد به وقوله (وقد جاء في اباحة ذلك آثار) هو ما روي أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه أنه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام آمن كل شئ من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده صلى الله عليه وسلم الى أن توفي ثم كان في يد أبي بكر رضي الله عنه الى أن توفي ثم كان في يد عمر رضي الله عنه الى أن توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البئر فأنفق ما لا عظيما في طلبه فلم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأتى بلفظ الجامع الصغير لاداء الحصر فيه

(ومن الناس من أطلق) منهم شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال الاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فأشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه (٩٦) وقوله (لما رويناه) اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص الى باطن كفه) أي لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعني اختلف المشايخ في قول أبي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الامالي مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لان عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة ولا وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء

ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما رويناه وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم وأما غيرهما فالافضل أن يتركه لعدم الحاجة اليه قال (ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص) أي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال (ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما لهما أن عرفجة بن أسعد الكناني أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبي عليه السلام بان يتخذ أنفا من ذهب ولابي حنيفة أن الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث أنتن قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال (وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق) لانه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يتخط بها) وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس

أمتي وقد تقرر في علم الاصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له فيه ولا يجوز أن يكون أدنى منه وليس الامر في الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة التختم بالياسب بانه ليس بحجر مما لا حاصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كورود في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان التشبث بكونه حجرا أظهر نفعا في اثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا تصريح بما علم من قوله الا بالخاتم الا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان معنى قوله الا بالخاتم الا أنه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثناء من قوله ولا يجوز للرجل التحلي بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفي اثبات بلا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء واثباته ضروري ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن مفهوم

ومعنى قول الشاعر أن الرجل اذا خرج فى سفر عمد الى شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخنى امرأتى وان أصابه وقد انحل قال خانتنى هكذا المروى عن الثقات الا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهى خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار واللعاب بمعنى الهذر واللعب والله أعلم

(ولا بأس بأن يربط الرجل فى اصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم

لا ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ما توصى وتعقاد الرتم

وقد روى أن النبى عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

﴿فصل﴾ فى الوطء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية الا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال على وابن عباس رضى الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان فى ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال أخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر الى قدمها وعن أبى حنيفة أنه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن أبى يوسف أنه يباح النظر الى ذراعها أيضا لانه قد يبدو منها عادة قال (فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة) لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب فى عينيه الآنك يوم القيمة

﴿فصل فى الوطء والنظر واللمس﴾

مسائل النظر أربع نظر الرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والاولى على أربعة أقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية الخ) القياس أن لا يجوز نظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها اليه أشار قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم أبيح النظر الى بعض المواضع وهو ما استثناه فى الكتاب بقوله الا وجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك على وابن عباس رضى الله عنهم بالكحل والخاتم والمراد موضعهما وقوله (ولان فى

ابداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر والآنك الرصاص

(قال المصنف ولا بأس بأن يربط الرجل فى اصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة) أقول قال العلامة الزيلعى الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهى خيط كان يربط فى العنق أو فى اليد فى الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهى عنه وذكر فى حدود الايمان أنه كفر انتهى

﴿فصل فى الوطء والنظر واللمس﴾ (قوله والاولى على أربعة أقسام نظره الى الاجنبية الحرة) أقول الاولى أن يقول الى من لا يحل من الاجنبية الحرة (قوله قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول يعنى فسر قوله تعالى ما ظهر

فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا بأس من يدل على أنه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفيها وان كان بأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلى رأسه وكذا اذا كان شيخا بأمن على نفسه وعليها لما قلنا

وسلم فنظر الى وجهها ولم ير فيها رغبة ومنها ما روى أن أسماء بنت أبى بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا أشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روى أن فاطمة رضى الله عنها لما ناولت أحد ابنيها بلالا أو أنسا قال رأيت كفها كأنها فلقة قمر أى قطعته فدل على أنه لا بأس بالنظر الى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسهما انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر فى هذا الكتاب ولا فى غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا وانما المذكور هنا وفى سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز فى البيعة ولا يصافح الشواب كما ذكر فى المحيط وغيره وما روى عن أبى بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر فى الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلى وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون أن تذكر فى الكتب نقلا عن الائمة أو المشايخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل فى مقابلة النص وهو ما ذكر فى الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها أما اذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا انتهى كلامه وافتنى أثره صاحب الكفاية أقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هناك اذ الظاهر أن تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا فى مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف فى علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس الى مسها فى تلك الصورة قلت ان لم تتحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل فى تلك الصورة فمن شأنها ذلك فى كل حال والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة فى النص المزبور هى المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها الا التى تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا أمن على نفسه وعليها تأمل تقف (قوله وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين اشتراط أمنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك فى وسعه لعدم الوقوف عليه اه أقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة فى نظائرها فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك

فان

وقوله (فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعنى بالثانية أن يبصرها عن شهوة

(قال المصنف فاذا خاف الشهوة لم ينظر الخ) أقول تتميم للحديث فان الحديث انما دل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك بل تحريمه عند عدم الامن هنا وشتان ما بينهما فضم ذلك اليه ليتم التقريب

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما أي يوفق قاله للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة (والحافضة للجارية كالختان للغلام) يعني أن الحافضة والختان يتطران الى العورة لاجل الضرورة

فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضي اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد أداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهي) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح أنه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن ينظر الى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس أسهل (فان لم يقدر وايستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الحافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل) لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أمارة المرض

(قوله فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا فان جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير في عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم تحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضي اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة) قال بعض المتأخرين وقد يتوهم ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالي ههنا اشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسبتين اقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس الا في السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير في شئ أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا يعني كون الستر أفضل يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به وأما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به باشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا مستترا متحرزا فامتثال ما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى أقول ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما سواها فان الستر فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هنالك أيضا

(قال المصنف واذا كانت لا تشتهى يباح مسها) أقول وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي رواية يكتفى بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما اذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة ووجه الاولى أن الشاب اذا كان لا يشتهي أن يمس العجوز فالعجوز تشتهي أن تمس الشاب لانها علمت بعلاج الجماع فيؤدي الى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدي الى الاشتهاء من أحد الجانبين لان الكبير كما لا يشتهي أن يمس الصغير لا يشتهي الصغير أيضا أن يمسه لعدم العلم كذا في شرح الزيلعي وأنت خبير بأنه يجيء ما يخالفه ظاهرا في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الخنثى من الاصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح) أقول لعل المراد اذا خاف الاشتهاء

لان الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل أن ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر الى موضعه

قال (وينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثانى من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعنى سعد بن معاذ المروزى رحمه الله ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعى على أبى عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعلل بهذا التعليل فى هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابى عصمة وتعليل الشافعى غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعى رحمه الله استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هى السوءتان دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سوآتهما والمراد به العورة ومادون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكمارى رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لانه لا معتبر بها) أى بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله ومادون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه) جواب عن قول الشافعى رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة وأبدى

قال (وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعى رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعى والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر ومادون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكمارى معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

فكفى بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود ثم أقول فى دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان فى الشهادة بالزنا مطلقا فى تحصيل احدى الحسنتين وهى اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة فى تحصيل الحسبة الاخرى وهى التحرز عن التهتك فمن أراد أن ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذاك اذ يكفى فى اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أى من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس له بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها بناء على أن مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتى فى الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان فى اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعى الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بحذافيره (قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) قال صاحب العناية هذا هو القسم الثانى من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر الى تقسيمه فى صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعى) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزى فانه يقول ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعى بالعطف على أبى عصمة فى اثبات أن السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبى عصمة فى اثبات أن السرة عورة بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعى لا يقول بكون الركبة عورة والثانى أن الشافعى علل فى اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل فى المحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعى على أبو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل فى هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابى عصمة وتعليل الشافعى غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء انتهى أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر أصلا فكانه لم يظفر بالجواب عنه فبقى الاشكال فى العطف الواقع فى كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه

(قوله هذا هو القسم الثانى) أقول بل الثالث (قوله قيل عطف الشافعى) أقول القائل صاحب النهاية (قوله الكمارى) أقول بفتح الكاف

وأبدى الحسن بن على رضى الله عنه سرته فقبلها أبو هريرة رضى الله عنه وقال لجرهد وارفخذك أما علمت أن الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفى مثله يغلب المحرم وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج

فأقول فى الجواب القاطع لعرق الاشكال ان فى السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعى احداها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفى كتاب الصلاة أيضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر فى وجيز الشافعية والثالثة أنهما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الاخيرتين وقال الاولى منهما وهذا أصح الوجهين واذ قد تقرر هذا فيجاز أن يكون تعليل الشافعى فى اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله فى الرواية الثانية وهذا لا ينافى اشتراكهما مع أبى عصمة فى قوله الآخر الواقع فى الرواية الثالثة عنه بل لا ينافى أيضا اشتراكهما معه فى تعليله بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور فى العطف المذكور أصلا تأمل تقف (قوله وأبدى الحسن بن على رضى الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة) هذا جواب عن قول أبى عصمة والشافعى أخرجه أحمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والبيهقى فى سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحق قال كنت أمشى مع الحسن بن على رضى الله عنهما فى بعض طرق المدينة فلقينا أبو هريرة فقال للحسن اكشف لى عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العينى بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفى معجم الطبرانى خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكسى حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عمير بن اسحق أن أبا هريرة لقى الحسن بن على رضى الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعد ما نقل ماذكره العينى قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط فى استخراج ما رواه الطبرانى فى معجمه حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع أبو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه عدم المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعنى أن وضع أبى هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافى تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه أيضا كلامه التسليمى يعنى لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبرانى لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع أبو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له أدنى تمييز أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن على يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال فى الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر فى الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو تركه العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما فى قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبرانى ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضى الله عنه من وضع يده على سرته فى رواية الطبرانى التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه بشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على

وقوله (وأبدى الحسن بن على رضى الله عنهما) جواب عن قول أبى عصمة والشافعى رحمهما الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولان الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة والباقى ظاهر

وقوله (لانهما) أى لان النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه) عكس هذا القسم الذى نحن فيه وقوله (ووجه الفرق) أى فرق ماذكر فى الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبة والغالب (١٠٢) كالمتحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة

(وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس) لانهما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة فى النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفى كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبى بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ فان كان فى قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهى أو شكت فى ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة فى الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق فى جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما فى نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن

كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر اليه من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقد مر أن وجه الاجنبية وكفيها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر اليهما اذا أمن الشهوة ولكن لا يجوز له أن يمسهما وان أمن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنهما سواء فيه مالم يرد النص على خلاف ذلك كما فى الصورة المارة فان النبى صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة فاذكرهنا من حديث الاستواء مقتضى القياس ومامر موجب النص فلا تنافى بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمن الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذى نحن فيه أقول ليس الامر كذلك فى الظاهر اذ الظاهر أن المراد بالقسم الذى نحن فيه هو الذى ذكر قبيل هذه المسئلة أعنى قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته فانه الصالح لان يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذى ذكر هنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور فى صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذى نحن فيه هو القسم الاول المذكور فى صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الاول بل أدخل فى خلالها الاقسام الثلاثة الاخر من أصل التقسيم كما ستحيط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان فى عهدته الآن بيان ما بقى منه فبهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذى نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتأخرين طعن فى تحرير هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثانى كان أولى أقول ليس هذا بشئ اذ لا يخفى على ذى مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من أفراده وان كان غير معين فالاولى أن يعرف الرجل فى الموضعين معا تعريف الجنس لا أن ينكر الثانى ولا الاول تأمل تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) قال صاحب العناية

الصحة لا بحقيقتها وان أبا حنيفة جوز الصلاة فى السفينة قاعدا لان دوار الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة فى الجانبين فى جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفى جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما فى نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية أى فى الحمام وهذا دليل على أنهن لا يمنعن عن الدخول فى الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر فى جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن وعن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا

(قوله عكس هذا القسم الذى نحن فيه) أقول هذا هو القسم الثانى فى ترتيبه وهو عكس القسم الاول (قوله لان الفرض أنه لم ينظر) أقول متى فرض ذلك

أحوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا أشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (والاول أصح) لان نظر الجنس أخف قال (وينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيده بقوله من أمته التي تحل له لان حكم أمته المجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانتفائه والعير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان للاهلي نوع ستر من الاقتاب والنفر وقد قيل هو الاهلي أيضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى أن ينظر يعني وقت الوقاع روى عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا أرجو أن يعظم الاجر قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو

وعن أبي حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول أصح قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته الى فرجها) وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر أولى الا أن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على أحد من أولى النهى ولم أدر كيف خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد اتبلى بمثليه فيما مر كما عرفته وأصر عليه ولعل حكمة زلته في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه) يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى أقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مخل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد له هنا منه بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا تنظر الى ظهرها وبطنها أيضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك) قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بقي لي بقي لي وهو يقول بقي لي بقي لي ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرني ولم أره منه انتهى أقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح أما الاول فلان قولها رضي الله عنها وكنت أقول بقي لي بقي لي وهو يقول بقي لي بقي لي يدل قطعا على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب بقية الماء من الآخر المباشر أولا هو المتقدم فالتبقية وظيفته لا وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر وأما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأدبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول كان الانسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز

محجوج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة

(قوله هو القسم الثالث) أقول بل الرابع

أن ينظر الرجل من الرجل مطلقا أي وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرته الى ركبته على عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وان كانت من ذوات محارمه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شئ مما بين السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيأ من ذلك انتهى وظهر منه أيضا أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب أن يقال بدل وفخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها انتهى فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر الى ما عداه أيضا مما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه في حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوأة أيضا دلالة بالاولوية لكونهما أقوى منها في حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين قد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجئ وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجئ فتأمل الى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولا فلانه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بنسب اذ الرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال لان تكون النكتة في حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب لان النكتة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى وأما ثانيا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجئ ليس بسديد فان كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجئ في حيز المنع أما الاول فلانه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضا وقال في البدائع النساء في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بلا رحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن من ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة اه ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة انما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ماذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا بأس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها ورأسها وصدرها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى أن تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع أو مصاهرة كزوجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن وأولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المرأة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهي كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن أيضا أن المحرم المذكور في قوله وكذا

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهى ماذكر فى الكتاب ويدخل فى ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ماوراءها لانها لا تنكشف عادة

الى كل ذات محرم برضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام أى صاحبة حرام لان الحرام هى صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه وأما الثانى فلانه انما الا يلائمه تفسيره بما سيجىء لو كان مراد المصنف بما سيجىء تفسير المحرم الذى هو مفرد المحارم فى قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملاءمة كما لا يخفى والظاهر أن مراد المصنف هو الثانى ويعضده تقرير صاحب المحيط فى هذه المسئلة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق فى معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما فى مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثانى (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أى فى جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العينى أقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز وانما يدل عليه آية أخرى وهى قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها وسمها لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقى غض البصر عما وراءها على أصل الامر به واذا لم يحل النظر فالمس أولى لانه أقوى انتهى أو آية الظهار كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيأ من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار فى كتابه منكرا من القول وزورا وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته أنت كظهر أمى ولو لا أن ظهرها محرم عليه نظرا ومسا لما سمى الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا فى الظهر ثبت فى البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج) قال بعض المتأخرين وتقرير هذا الدليل واضح الا أن قوله يدخل على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع فى مسائل الدخول فى بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ان ذلك

وقوله (والاصل فيه) أى فى جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة ذكر الحال وأراد المحل مبالغة فى النهى عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا القلائد فى حرمة تعرض محلها وقوله (وهى ماذكر فى الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل فى ذلك أى فى مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة أما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقى كلامه واضح

والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الاصح لما بينا قال (ولا بأس بان يمس ما جاز أن ينظر اليه منها) لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان أبيح النظر لان الشهوة متكاملة (الا اذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب (ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها

ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لا أنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فانه قال وأما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما ان يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا أن الامر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الاجنبي من غير استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه ويكفي في التأدي الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك مما لا يعد في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال (قوله والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو سبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهرزاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى أثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما أقول ليس الجواب بتام أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف أيضا في رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتأييد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده فلانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث

وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه أي في المحرم وقوله في الاصح متعلق بقوله أو سفاح لان اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح فان بعض مشايخنا رحمهم الله قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح أنه لا بأس بذلك لما بينا أنها محرمة عليه على التأبيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه (قال ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة) وهو الحاجة الى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله (الا اذا كان يخاف عليها) استثناء من قوله ولا بأس وكلمة فوق في قوله عليه الصلاة والسلام فوق ثلاثة أيام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة بهن لان في المسافرة خلوة

(قوله لانه لما ظهرت خيانته الخ) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال ولانه الخ

وقوله

وقوله (فان احتاج الى الاركاب) أى اركاب ذوات المحارم والاصل فى ذلك أن لا يجوز مس ما يجوز أن ينظر الرجل اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الخ) هذا آخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها أى ضرب علاوتها وهى رأسها بالدرة وقوله (خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى مادون السرة الى الركبة) وجهه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ومن أراد أن يشترى جارية فلينظر اليها الا فى موضع المئزر وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ماذكره فى الكتاب وقوله (وأما الخلوة بها والمسافرة معها) يعنى اذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليه مال شمس الائمة رحمه الله وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (وفى الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيهن) يعنى التى لا مدفع لها (وفى المحارم مجرد الحاجة) أى نفس الحاجة لا الضرورة وقوله (ولا بأس بأن يمس ذلك) أى المواضع التى يجوز النظر اليها (اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتهى كذا فى المختصر وأطلق فى الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن يشترى جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعيها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقى واضح

وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا أمنا الشهوة فان خافها على نفسه أو عليها تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز أن ينظر اليه من ذوات محارمه) لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهى فى ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت فى حق الاجانب كحال المرأة داخله فى حق محارم الاقارب وكان عمر رضى الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال ألقى عنك الخمار يا فارأة تتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما فى المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها فى الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما فى المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفى الاركاب والانزال اعتبر محمد فى الاصل الضرورة فيهن وفى ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولا بأس بأن يمس ذلك اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتهى) كذا ذكره فى المختصر وأطلق أيضا فى الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامة لم تعرض فى ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد لوجود الاشتهاء قال (والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفحل) لقول عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع

قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضى الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلج عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه انتهى وقال فى المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والحرمة بالرضاع وكذلك المحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسبا وصهرا (قوله وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما) أقول لقائل أن يقول كون المراد اذا لم يكن محرما ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد اذا لم يكن زوجا فبهذا الاحتمال كيف يثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله) قال الشارح العينى ههنا ايرادان على المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضى الله عنها وانما أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثلة ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثلة ذكره فى كتاب الحج الثانى ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون

وقوله (وكذا المخنث فى الردى من الافعال) يعنى من يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء استدلالا بقوله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذى لا يشتهى النساء وقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه وقيل المراد به الابله الذى لا يدرى ما يصنع بالنساء انما همه بطنه وفيه كلام فانه اذا كان شابا يحنى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح أن نقول قوله تعالى أو التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم محكم نأخذ به واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء أى لم يطلعوا أى لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك واضح

وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث فى الردى من الافعال لانه فعل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبى النظر اليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قولى الشافعى لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا أنه فعل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح فى الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت

(قال المصنف والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف بمحكم كتاب الله تعالى) أقول اطلاق المحكم لعله على التشبيه (قوله أى لم يطلعوا) أقول فقوله لم يظهروا من الظهور والمراد بمعنى الاطلاع

الخصاء مثلة لا يدل على أن نظر الخصى الى الاجنبية كالفحل الى ههنا كلامه أقول كل من ايراديه ساقط أما الاول فلان حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضى الله عنها عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد أو بطريق الارسال وقد روى ذلك عن عائشة رضى الله عنها فى عامة كتب أصحابنا بطريق الارسال وتقرر فى علم الاصول أن مرسل الصحابى مقبول بالاجماع ومرسل القرن الثانى والثالث وان لم يقبل عند الشافعى بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب الا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رضى الله عنها ان كان من مراسيل القرن الثانى أو الثالث فلا شك فى كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثانى فلان قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات فى عامة المعتبرات فدلالة أثر عائشة رضى الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقى ههنا شئ وهو أنه قد ذكر فى أصول الفقه أن قول الصحابى فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لانه لا وجه له الا السماع أو الكذب والثانى منتف فتعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان القول بالرأى منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلى الذى مرجعه القياس على ما تقرر فى علم الاصول حيث قالوا ولانه فعل يجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور ههنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها أى يفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير المفعول كما فعله العينى حيث قال المنى بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العينى لانه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدى منزلا منزلة اللازم للقصد الى نفس الفعل كما فى نحو قولك فلان يعطى أى يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر فى المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا اذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر الى الاجنبية لاستحالة وانما العلة انما شهوة المنى فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمنى حتى يتم المطلوب (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أى يؤخذ فى كل واحد منهما كذا فى شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام انتهى أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولا فلانه يصح أن يؤخذ فى كل واحد من الاصناف الثلاثة المارة أعنى الخصى والمجبوب والمخنث بمحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلاثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما

وقوله والمراد بالنص الاماء) يريد بالنص قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رضي الله عنهما به (قال سعيد) أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير قال في النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين (والحسن وغيرهما) سمرة بن جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله (١٠٩) تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن لزم التعارض وعورض بأن نظر الاماء الى سيدتهن استفيد من قوله تعالى أو نسائهن فلو حملت هذه الآية على الاماء لزم التكرار وبأن الاماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى أو نسائهن وجب أن لا تكون مرادة من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن أيضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على أحد أن للامة أن تنظر الى سيدتها كالاجنبيات والملك ان لم يزد توسعة فلا أقل أن لا يزيد تضييقا وأجيب عن الاول بأن المراد بالنساء الحرائر المسلمات اللاتي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشركة أو كتابية كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت أو غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن الاماء وعن الثاني بأن حال الامة يقرب من حال الرجال حتى تسافر من غير محرم فكان يشكل أنه يباح لها التكشف بين يدي أمتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله أو نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والباقي واضح والله أعلم

والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال (ويعزل عن أمته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها) لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

ذكره أولا جامع للصور الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر في حيزها لتحصيل ذلك التفصيل وهذا انما يتصور هنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما والأمر بدا بالضمير المجرور في قوله يؤخذ فيه المختص بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذي فطنة (قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما رويناه من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرناه عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما أطلق السعيد ليتناول السعيدين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ أن يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم أما وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك ما وضع لمعان انتهى أقول كلا دخليه ليس بشئ أما الاول فلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحدهما والا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا للسعيدين كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق وأما الثاني فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر أمره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيأ لانه ان أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك أيضا بلا ريب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك معتبرة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد أي شئ كان ذلك المتعدد الموضوع له والأمر في العلم المشترك

(قوله ليتناول السعيدين) أقول فيلزم الجمع بين معنيي المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد في قال سعيد (قوله فلو دخلوا في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن لزم التعارض) أقول فيه بحث كيف ولو صح ما ذكره لزم التعارض بين قوله قل للمؤمنين الآية وبين قوله الا لبعولتهن الآية تأمل فالجواب بأنه مستثنى الجواب

ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح

﴿ فصل في الاستبراء وغيره ﴾

كذلك فانه لا يتناول مسمياته بوضع واحد بل لكل واحد منهما وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهن لزم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولا فلانه ينتقض بخطاب الاناث أيضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن فان مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الاماء أيضا في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه مجمع عليه وأما ثانيا فلان اللازم من كون الذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم دخولهم في جانب الغاضين من أبصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من أبصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا بعضا من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل الذكور من المماليك في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلا وانما يلزم أن تكون احدى الآيتين مبينة لما في الآية الاخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينة للاجمال الواقع في الآية الاخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله واذا تزوج أمة فالاذن في العزل الى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد أن الاذن اليها قال في البدائع وجه قولهما أن لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز البخس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ألا يرى أن من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لا فيه انتهى أقول ليس هذا بشئ لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة في الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجامعها من غير انزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل تدبر

﴿ فصل في الاستبراء وغيره ﴾ قال الشراح أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانهم ما قالوا الان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فاخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد

﴿ فصل في الاستبراء وغيره ﴾ أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية أي طلب براءة رحمها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة

﴿ فصل في الاستبراء وغيره * (قوله لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق) أقول فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل ثم قوله وطء مقيد أي مقيد بزمان

أما وجوبه فبحديث سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع أبلغ نهى مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب وأما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وأما علته فهى ارادة الوطء فانه لا يحل الا فى محل فارغ فيوجب معرفة فراغه

قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب فى المسببة وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص

لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأنى يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق فى ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية وأما الثانى فلان مبناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطء لان النهى عن المس اذا كان نهيا عن الوطء كان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا فكان ينبغى أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالا كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالا ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما فى مسئلة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فاذا قرب الانزال أخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطء فى الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفى العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور فى عنوان الفصل السابق أيضا ما فى ضمن تلك المسئلة كما نبهت عليه فى صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) أقول فى اطلاق هذه المسئلة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء فى شئ من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكروا فى حيلة الاستبراء مع أن كلا من هاتيك الصور داخلة فى اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لانه هو الموجود فى مورد النص) قال بعض الفضلاء فى الحصر كلام فان السبى من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط اذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسببية فى مورد النص فى استحداث الملك واليد فالمعنى لانه أى استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية فى مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير مدخل فيه للسبى كما لا يخفى على من تأمل فى تقرير المصنف فى بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلا عليها على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبى فى السببية بأوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسببة لان كونها مسببة اضافة والاضافات لا مدخل لها فى العلة لانه لو اعتبر ذلك انسد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رقبة ويدا وهو المؤثر كما ذكر فى الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ ممنوع أيضا فان علة الاستبراء هى ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشترى لا على البائع كما سيأتى فى الكتاب فمن أين كان استبراء المملك قبل مباشرته السبب ظاهرا ولئن سلم كونه ظاهرا

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى الخ) أقول جمع الحائل وهى التى لا حبل لها وقيل انما قال الحيالى لتزاوج الحبالى والقياس أن يقال الحوائل لانها جمع حائل ونظيره الغدايا والعشايا كذا فى شرح الكاكى والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تأمل فى مدخلية هذا القيد فى افادة النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة الا أن يقال لو لم يوجد ذلك لكان النهى لتأكيد الوجوب المعلوم سابقا (قوله وذلك لا يكون الا للوجوب) أقول أى لوجوب الانتهاء (قوله لانه هو الموجود فى مورد النص) أقول فى الحصر كلام فان السبى من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ نعم يلحق به الارث والوصية فتأمل

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشترى لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع فيجب عليه

بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذلك لا يناف فى وجوب الاستبراء على المملك بناء على توهم شغل الرحم بماء محترم فان مجرد توهمه كاف فى وجوبه كما سيظهر من البيان الآتى فى الكتاب (قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه) أورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر فى باب التدبير والاستيلاد فكيف بنواهنا حكمة الاستبراء على جواز انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور فى قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقى بل المراد به هو الاختلاط الحكمى وهو أن لا يتبين أن الولد من أى ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافى فى تعليل الاختلاط اذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدرى أنه منه أو من غيره انتهى والذى ينكرونه انما هو اختلاط الماءين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان فى مرجع ضمير هو فى قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه وعن هذا قد افترقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى أقول فيه خلل فان تفسيره المذكور يشعر بارجاعه ضميره الى توهم الشغل بماء محترم وليس بسديد لان الامر فى حقيقة الشغل بماء محترم أيضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على أنه لم يذكر ما يصح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضميره والراجع الى توهم الشغل على مقتضى تفريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بماء محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطأة تأمل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وان قياس انتهى أقول فيه أيضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجع الضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطء نظرا الى علته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يدع المشترى نسب الولد الذى جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف فى محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول فى حل المقام ان ضميره هو ههنا راجع الى ماء محترم مذكور قبيله فالمعنى وهو أى الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف فى علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بأن تكون الامة من قبل فى ملك الغير نكاحا أو يمينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها لانه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لان وضع الشرع أن لا يكون الا فى الحلال انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية فى خلاصة هذا التوجيه حيث قال فى بيان ماء محترم بأن لا يكون من بغى وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتأخرين فى توجيه التقييد بماء محترم مسلكا آخر وقد ورد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغى

وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بماء محترم بأن لا يكون من بغى وانما قيد بذلك وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح أما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه

(قال المصنف وهو أن يكون الولد الخ) أقول أى الاستبراء لان يكون الولد الخ وحذف الجار مع أن وان قياس (قال المصنف لان العلة الحقيقية ارادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكن الشرعى (قوله وانما قيد بذلك الى قوله على الصلاح) أقول قوله حملا تعليل لقوله وانما قيد وقوله فان الجارية تعليل لقوله كذلك (قوله ولتأخرها عنه) أقول ولبطء منها

غير أن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك

لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطؤها لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى ههنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطئها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذي سبق في كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما في الشراء وله ما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ بلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء في الشراء مطلقا وانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزنية والكلام ههنا في الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب أصلا والثاني ان قوله فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء في باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مملوكة وان كان مراده أنه اذا جاز وطؤها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى في تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا ان ذلك لشغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل انما يتم أن لو كان الاحترام في قول المصنف بماء محترم قيدا لتوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا للمجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد ثابت النسب وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهما أن يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب انتهى فاذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضا مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه وقال ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو التمكن الشرعي انتهى أقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام أما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوعا أيضا عن الوطء ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء والمنع عن الشئ انما يكون عند القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطء والنهى انما يستقيم

وأما العلة ههنا فكذلك لان الارادة أمر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطء فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا في المسببة ثم تعدى الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بأن جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بأن جعلت الامة بدلا فيها فان قيل الموجب ورد في المسببة على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها فالجواب أن غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا فألحق بها دلالة -

(قال المصنف وأدير الحكم عليه) أقول وجودا وعدما كما يجيء في هذه الصحيفة (قوله فان صحيح المزاج اذا تمكن منه الخ) أقول فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو التمكن الشرعي

وإذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان باع أبوه أو وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة وممن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعا أو ورثها وهي موطوءة أبيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها

وقال أبو يوسف رحمه الله يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا (ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة أو وردت المغصوبة أو المؤاجرة) أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين قادر الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه أولاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضي اليه

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها أو بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا (ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة أو وردت المغصوبة أو المؤاجرة) أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين قادر الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضي اليه

عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لانه هو المتملك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثاني فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعي والظاهر أن التمكن الشرعي مما هو محرم شرعا غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعا ولاشك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلابد أن يكون دليلها أيضا متقدما عليه والمفروض أنه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعي دون التمكن الطبعي لزم أن يتمكن من المحرم الشرعي تمكنا شرعيا وهو ظاهر المحذور تأمل (قوله وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها) وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية وأجاب حيث قال يرد عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا أو مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة فان السبايا لا تخلو من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تأيد ذلك بالاجماع الى هنا كلامه وأجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه أما في الاولى فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم

(قوله وقال أبو يوسف يجتزأ بها) أقول الاولى تأخيره عن قوله ولا بالولادة (قوله اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك الخ) أقول فان قيل المشتري شراء فاسدا يملك بالقبض على ما مر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف الى الكامل فالمراد استحداث الملك الصحيح

وقوله (ولم يذكر الدواعي في المسبية) يعني في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله

ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد أنها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي

سواء كان من المالك أو من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاما بل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكم تلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها اه أقول ليس هذا بشئ فان شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة فمنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء فاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا فان مآله الاعتراف بعدم صلاحية ما عدة أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسئلة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم أقول بقي شئ آخر في جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فأنى يتيسر اثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد أنها لا تحرم) قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت أقول في قوله فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر نظر فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوحدتها لا تنافي اعتبارها ولا تضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل نرى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظهار

أنها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت

(قوله ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل) أقول لم يجوز مثل ذلك في القياس فانه يكون بدليل آخر وليس بتغيير يستلزم فقدان شرط القياس فليتأمل

وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله (وان ارتفع حيضها) (١١٦) أى امتد طهرها فى أوان الحيض لا يطؤها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل جامعها

بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الاشهر بالشهر) لانه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى أثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والامة فى الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبى حنيفة قال (ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة والمأخوذ قول أبى يوسف فيما اذا علم أن البائع لم يقربها فى طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشترى قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض

والاعتكاف والاحرام وفى المنكوحة اذا وطئت بشبهة كما سيجىء فى الكتاب هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا بمستقيم أما أولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور فى النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغيير كما عرف فى علم الاصول والاستناد بانها يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير فى هذا الطريق فقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد أشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم ان لذلك البعض فى هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العينى أقول هذا خبط ظاهر اذ لا فرق بين المسبية والمشتراة فى كون الرغبة فى كل واحدة منهما أصدق الرغبات فكيف يصح أن يشير المصنف فى بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق بينهما فيه أصلا وانما الصواب أن قوله على ما بينا اشارة الى قوله أولا احتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها لا تحتمل وقوعها فى ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربى اه (قوله والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى أقول قد سها الشارح المذكور فى لفظ الحديث الذى رواه المصنف فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع أن لفظه ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن ولعمرى ان هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فالله خير حافظا (قوله والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال

لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضى مدة تدل على أن الحبل لو كان لظهر وليس فيها تقدير فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر فى الكتاب الخ قيل والاول أصح وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحبل فى ذلك غالبا وقوله (ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها) اف ونشر يعنى يشتريها و يقبضها اذا زوجها البائع أو يقبضها اذا زوجها المشترى قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له والحيلة فى تمشية هذه الحيلة أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعنى بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشترى الاستبراء اذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد رحمه الله لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كانه اشتراها فى هذه الحالة وليست فى نكاح ولا عدة فلزمه الاستبراء

(قوله وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة الخ) أقول بل اشارة الى قوله ولاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ولا وجه لجعله اشارة الى ما ذكره كما لا يخفى

اذا

اذا لم يكن فرجها حلالاله لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر أوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر) لانه لما حرم الوطء الى أن يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل أن سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

بعض المتأخرين أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيخان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا أراد أن يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاله بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التزويج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه وليس بتام فان ما ذكره الامام قاضيخان انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة أخرى وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان النكاح يثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانيا فلان قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاله ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاله لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء ألا يرى الى قول المصنف فيما بعد لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالاله بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيصا على عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالاله بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لا نسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالاله بالنكاح الا أنه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو أثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن لم تكن حلالاله بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر اذ لقائل أن يقول الشراء

وقوله (اذا لم يكن فرجها حلالاله لا يجب الاستبراء) لان القبض اذ ذاك ليس بمكن من الوطء والممكن منه جزء العلة ألا ترى أن تزويج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن وقوله (كما اذا كانت معتدة الغير) يعني اذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاله للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبراء الى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكنها من مسائل باب الظهار

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا وأكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها القصور مددها وقد صح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها)

سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتأمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أورده في خاتمة كلامه ليس بشيء فانه ان أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان أراد به أنه يتعقبه ذاتا أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزوم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ولزوم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقا فيمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال صاحب النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية أي قريب شطر عمرها وهو الثلث أو المراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدل به الشافعي علينا هو قوله عليه السلام في نقصان دين المرأة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا العشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما أشار اليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا أصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المرأة لها كما بينوا بل لا بد وأن يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضا فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتأخرين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به هنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشرة يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم أن الشطر لا يجيء الا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لان مجيء الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشيء وجزؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقاطع في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضا فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي أيضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها أو في قريب من نصف عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضي الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة

وقوله (لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال في النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله (ومن له أمتان أختان فقبلهما) هذه على ثلاثة أوجه اما ان قبلهما أو لم يقبلهما أو قبل احداهما فان لم يقبلهما أصلا كان له أن يطأ أيتهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب وان كان قبل احداهما كان له أن يطأ المقبلة دون الاخرى وأما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره في الكتاب

وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكأنه وطئهما ولو وطئهما فليس له أن يجامع احداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة أو نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا أن يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها

وهو مذهب علي رضي الله عنه عملا باطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول أحلتهما آية يعني قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعني قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين قال المصنف رحمه الله (ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم) لا يقال يجوز أن يكون المراد بالجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطأ فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح

المصنف ههنا على النصف وأوله بالقريب من النصف ليوافق مذهبنا في أكثر مدة الحيض (قوله وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم) قال تاج الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع وأمكن هنا بان يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ما ملكت أيمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجدهنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا أيضا ولان قوله أو ما ملكت أيمانكم مخصوص اجماعا فان أمه وأخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول في كل من وجهي الجواب نظر أما في الوجه الاول فلان حاصله أنه على تقدير أن يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطأ بملك اليمين أيضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه أيضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس بتام اذ قد تقرر في أصول الفقه أن عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن افادة عموم قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطأ بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالاشارة فيلزم أن يترك بها دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى قاعدة الاصول وأما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا لتمكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام أيضا اذ قد تقرر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا وأما اذا كان مفصولا متأخرا فالخاص اذ ذاك يكون ناسخا للعام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر أن مخصص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتأمل (قوله وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره) قال صاحب العناية قوله فينتظم التمليك بسائر أسبابه أي أسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى أقول في بعض تمثيلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة أما في الوصية والميراث فلان تمليك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك في قوله فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح فان شيأ من المجامعة والمس والنظر لا يتصور بعد الممات على أن نفس التمليك أيضا على حقيقته غير متصور في الارث وأما في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره

قوله (وكذا الكتابة كالاعتاق) كلمة كذا زائدة وقوله (في هذا) أي في أنه يحل وطء الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الاخرى وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الاخرى وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) واضح وعن عطاء أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال أول من عانق ابراهيم الخليل

صلوات الله عليه كان بمكة فأقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ومشى الى ابراهيم فسلم عليه ابراهيم عليه السلام واعتنقه فكان هو أول من عانق والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في ازار واحد فانه سبب يفضي اليها فأما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت

فصل

تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا أن يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احداهما حل له وطء المتوطوأة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء المطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيماذكرناه بمنزلة الاختين قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد أما اذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

يملك اذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غيره ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعا (قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا الثبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى أقول هذا كلام عجيب اذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا ههنا زائدة أي مستدركة لا أنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه فما ذكره العيني لغو محض ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا أي وكذا يكون اعتاق البعض من احداهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق أي كاعتاق الكل حينئذ يصير المقصود من كلمة كذا ههنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها هو التشبيه أيضا بما قبله فكأنه قال وأيضا الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله وبرهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه) أقول كان الظاهر في التعليل هنا أن يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطء فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الاخرى ألا يرى أنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضا كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضا هنا فيما قبل مع أنه اذا كاتب احداهما تحل له الاخرى كما مر آنفا وحمل الملك في قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى اذ المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وانما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح (قوله ولهما ما روى أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل)

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان في ازار واحد أو كان عليه جبة أو قميص فبين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الاولى ما ذكره الشيخ

قال فى غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال فى ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكامع المرأة قبلها وقال فى الفائق نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكاعمة أى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لاستر بينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العينى بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع أحد غيره الا والغالب أنه يعانقه اه أقول ليس هذا بشئ لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هى المعانقة فى الغالب وانما الذى يلزم منه أن يلازم المكامعة والمعانقة فى الغالب ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احداهما بالاخرى ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وان كان فى غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التى هى المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو فى تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعانقة مع أن المكامعة هى المضاجعة فى ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام فى المعانقة والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه على أن المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة فى القاموس كامعه ضاجعه فى ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض فى شرحه وقال فى الحاشية فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح أما قوله بناء على أن الكلام فى المعانقة تعليلا لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام فى المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه وأما قوله والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع اذ لم يقل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة فى الحديث بل أطلقوها قال الزمخشرى فى الفائق نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامعة أى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لاستر بينهما انتهى وقال الجوهرى فى الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التى نهى عنها فى الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لاستر بينهما انتهى وقال المطرزى فى المغرب نهى عن المكامعة والمكامعة أى عن ملاثمة الرجل الرجل لاستر بينهما ومضاجعته اياه فى ثوب واحد لاستر بينهما هذا هو المراد بهما فى الحديث عن أبى عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وهكذا حكاه الازهرى والجوهرى انتهى وأما قوله لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع أيضا اذ لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل فى ثوب واحد لاستر بينهما ليست بأقل من شناعة مجرد المعانقة ولو فى غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة فى نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما فى القاموس فليس بمفيد أصلا لانها وان كانت هى المضاجعة المخصوصة الا أن معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له فى التحقق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر فى بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن أين يحصل الرد عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمرى ان مفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان والله سبحانه وتعالى المستعان

﴿فصل في البيع﴾ أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم قال (ولا بأس ببيع السرقين) كلامه واضح وقوله (في الصحيح)

احتراز عن الرواية الاخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله (على أي وصف كان) يعني حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة وقوله (لما مر من قبل) يعني في فصل الاكل والشرب في قوله ومن أرسل أجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه أخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته أو لوجاهته

﴿فصل في البيع﴾ قال (ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال (ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه أن يبتاعها ويطأها) لانه أخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

﴿فصل في البيع﴾ قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلا كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضا لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا اذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته ولوجاهته انتهى أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيده الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشيء لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلا كما تحققته آنفا ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان

﴿فصل في البيع﴾ (قوله فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم ان يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة ألا يرى الى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبر متوقفا على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بينها وبين الديانات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضا بأكبر الرأي على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات بأكبر الرأي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل (قوله أجيب بأن معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

وكذا

المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة أو كان لا يدرى أنه ثقة أو غير ثقة يريد به أن المخبر اذا كان فاسقا أو مستورا
نظر فيه فان كان أكبر رأيه انه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة فى قول
محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدرى أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به أن المخبر
اذا كان فاسقا أو مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ فى باب مسائل قبول خبر الواحد فى كتبهم
المعتبرة لا يشتبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل و بغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون كل
واحد من لفظى العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال فى غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين
فى حل هذا المقام قوله وقول الواحد فى المعاملات مقبول على أى وصف كان يعنى عدلا كان أو غير
عدل صبيا كان أو بالغا حرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة لكن بشرط كونه
ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لانه
لا يميل الى حطام الدنيا لو جاهته ولا يكذب لمروءته فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه
قوله على أى وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثانى أعم
من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضا لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكانى
صاحبها ببيعها الا الى قبول قول الواحد فى المعاملات فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به
بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الا أن قبوله يكون مع ضميمة التحرى الموافق الى هنا كلامه أقول فيه
فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه يناقى قول المصنف رحمه الله
وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته
والثانى ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف
وهذا اذا كان ثقة انما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا
لم يكن غير ثقة والحال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا فى عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى
والثالث أن قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط
العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة
فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم الا أن يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله لان الثانى
أعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثانى
من الاول فلا منافاة أيضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد
قوله وكانى صاحبها الا الى قبول قول الواحد فى المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره علموا كونه
فى سعة من أن يبتاعها و يطأها بكون قول الواحد فى المعاملات مقبولا على أى وصف كان فلو كان
الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثانى لما صح تعليل الاول بالثانى ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق
الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة
يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكانى
صاحبها الا الى قبول قول الواحد فى المعاملات اذ لا شك أن قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة
عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب أن محل الحكم فى المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو
ما أشير اليه بلفظ هذا فى المعطوف عليه فاذا كان صريحا معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل
قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول
الواحد اذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس
ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة أيضا و يكون قول المصنف وكذا اذا
كان غير ثقة صريحا فى ذلك يناقض قوله فى صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أى وصف كان

وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشئ من ذلك

ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ماذكره ذلك البعض فى هذا المقام برمته خارج عن نهج الصواب كما لايخفى على ذوى الالباب (قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر) قلت تعليله بقوله لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا عليه من قبل اذلو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لايعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على مامر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان أكبر الرأى أنه صادق بقوله لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة فانه لايلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلايتم التقريب كما لايخفى بقى فى هذا المقام كلام وهو أن الذى ظهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة ولكن لابد فى قبول قوله اذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق وقد مر فى أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل فى المعاملات قول الفاسق مطلقا ولايقبل فى الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان أكبر رأى السامع أنه صادق فكان ماذكره ههنا مخالفا لما مر هنالك لان ما اعتبر هنالك فى الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا فى المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجمال ماذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأى لايبقى فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل فى الديانات أيضا بأكبر الرأى على مامر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل فى الديانات بأكبر الرأى اذا حصل بعد التحرى بخلاف مانحن فيه حيث لايشترط التحرى فتأمل انتهى أقول جوابه ليس بشئ فان أكبر الرأى لايمكن أن يتحقق بدون التحرى اذ التحرى طلب ماهو أحرى الامرين فى غالب الظن كما صرح به فى عامة كتب اللغة فما لم يطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول أكبر الرأى فلا معنى لعدم اشتراط التحرى فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأى فيه وانما اعتبار أكبر الرأى فيه اعتبار التحرى بعينه وعن هذا وقع التعبير فى بيان هذه المسئلة بعينها فى المحيط البرهانى بلفظ التحرى بدل أكبر الرأى حيث قال فيه وان كان الذى فى يديه الجارية فاسقا لاتثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى فى ذلك فان وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على أنه كاذب لايحل له أن يشتريها منه وان لم يكن له رأى يبنى ما كان على ما كان كما فى الديانات انتهى ثم أقول الاشكال المذكور لايختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وعن هذا قال المحقق التفتازانى فى التلويح ذكر فخر الاسلام فى موضع من كتابه أن اخبار غير العدل يقبل فى المعاملات من غير انضمام التحرى وفى موضع آخر أنه يشترط التحرى ومحمد رحمه الله ذكر القيد فى كتاب الاستحسان ولم يذكره فى الجامع الصغير وقال فى التوجيه فقيل يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره فى الجامع الصغير فيشترط التحرى ويجوز أن يشترط استحسانا ولايشترط رخصة ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر فى أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندى من بينها هو التوجيه الثانى لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لارخصة فى الديانات بدون التحرى والآن أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين فى المقامين فى هذا الكتاب وغيره

لان

وقوله (لان أكبر الرأي يقوم مقام اليقين) يعني فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره انها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر رأيه انه لص قصد قتله وأخذ ماله واذا كان أكبر رأيه انه هارب من لص لم يجز له ذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيأ أو كتاب في يد جاهل لم يكن (١٣٥) في آبائه من هو أهل لذلك فحينئذ يستحب له أن ينتزه وقوله (وان كان الذي أتاه بها) أي بالجارية لان هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها يعني أن الآتي بالجارية اذا كان عبدا أو أمة وقال لآخر وهبتها منك أو بعتها منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المنافي للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله (وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر) بالراء المهملة أي المانع فلا بد من دليل وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع اذا كان طارئا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من انضمام أكبر رأي المخبر له واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله (لان القاطع طارئ فيه) والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال

لان أكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا الا أن أكبر رأيها أنه حق) يعني بعد التحري (فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

(قوله لان أكبر الرأي يقام مقام اليقين) قال صاحب العناية يعني فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء ألا يرى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان أكبر رأيه انه هارب من لص لم يجز بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان أكبر الرأي يقام مقام اليقين أي في كثير من الاحكام حتى يجب به شئ كالتوجه الى جهة التحري ويحرم به شئ كالصلاة اذا توضأ بماء أخبر بنجاسته غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الرأي دليلا شرعيا أيضا فيما نحن فيه بل فيما هو أعظم منه كالفروج والدماء وقال في الحاشية من قال في تفسير قوله يقام مقام اليقين يعني فيما هو أعظم كالفروج والدماء فقد سها انتهى أقول نسبة السهو اليه في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما أف فان فيه النهي عن الضرب بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شأن الامام الرباني محمد رحمه الله تعالى فانه أيضا قال في الاصل في هذا المقام وأكبر الرأي مجوز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته الخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى أنه أيضا مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك مأخوذ مما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل بأكبر الرأي عند الحاجة مع أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك أولى انتهى (قوله لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد

(قال المصنف وان كان الذي أتاه بها عبدا الخ) أقول قوله عبدا خبر كان وأتاه بها صلة للذي والهاء في أتاه مفعول وهو الشخص الذي أقدم على الشراء من العبد الذي أتى بالجارية أو من الجارية التي أتى بالجارية والباء في بها باء التعدية

عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فأعتقني لان القاطع طار ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا اذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه أخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الخرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الاصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال (واذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال (ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي فأما اذا كان لا يضر فلا بأس به) والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها والتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما لقوله عليه السلام

وخبر الواحد أقوى منه والباقي واضح قال (واذا باع المسلم خمرا الخ) كلامه واضح وروي عن محمد رحمه الله انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه وقوله (ويكره الاحتكار) الاحتكار افتعال من حكر أي حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلاء وقوله (فان لبس فهو مكروه في الوجهين) يعني في الاضرار وعدمه

الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشروح وقال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافي الملك وأما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة كما اذا أخبر عدل للزوجين أنهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه أقول بحثه ساقط جدا لان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن زوال الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنشأ الاعتراض ههنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر

من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا أما بأثم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال أبو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازه القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا) لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال (ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا ينبغي أن يكريه لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية

وقوله (ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا) بان يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله (يرى الحجر لدفع ضرر عام) يعني كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس

هنالك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك هنالك زوال الملك الثابت بدليل موجب لا زواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا للاجمال الواقع هنالك في الظاهر فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين قوله لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة ولو احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح لان كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ممنوع كيف وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله في الفتنة قويا راجحا فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكروها وجواب المسئلة على

وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره له ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه له أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية

خلافه وبالجملة لا وجه للشرح المذكور أصلا (قوله وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه) أقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شئ منها من أحد من أئمتنا منها أنه اذا استأجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استأجرها ليصلي فيها وصلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه اذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلي فيه المكتوبة أو النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علمائنا وعند الشافعي تجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا أن الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا للاذان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استأجر ذمي من ذمي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الاجارة في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عنده مع أن الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا أن لجعل منفعته حين القعد لاجل الطاعة أو المعصية تأثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتأمل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استأجر الذمي من المسلم دار ليسكنها فلا بأس بذلك لان الاجارة وقعت على أمر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شئ لان المسلم لم يؤاجرها لها انما أجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو أجر دارا من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصي فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد بهذا اذا استأجرها الذمي ليسكنها ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها فأما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز الى هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي أقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم

وقوله (وليس الشرب من ضرورات الحمل) لان الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا بأس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام ألا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا ولان أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك) لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو أن يأخذ منه ماشاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شئ على الآخذ والله أعلم

جميعا وليس فليس وذكر أحد الفوائين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات وعن هذا ترى كثيرا من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الاسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الاسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المصنف صريح في ان اجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية انما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كشربه لان خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحا فيما ذكر ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب فان في المسئلة المذكورة صورا ايجار البيت لان يتخذ فيه بيت نار وايجاره لان يتخذ فيه كنيسة وايجاره لان يتخذ فيه بيعة وايجاره لان يباع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذمي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالايمان بلا خلاف واتخاذ تلك الامور ينافي الايمان فكانت معصية قطعا وان لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الاولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعا فقطع نسبته عنه فكانه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالامر بين فحينئذ لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذمي فلا ضير فيه لان في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها (قوله وقالا لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن عقار مكة عرضة للتمليك والتملك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء) واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان عند للوديعة فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ماشاء خارجا مخرج الشرط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ماشاء وأما اذا وضعه ولم يشترط شيأ فهو وديعة ان هلك لم يضمن البقال شيأ

﴿مسائل متفرقة﴾

قال (ويكره التعشير والنقط فى المصحف) لقول ابن مسعود رضى الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفى التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآى والنقط بحفظ الاعراب تكالا عليه فيكره قالوا فى زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا بأس بان يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعى يكره ذلك وقال مالك يكره فى كل مسجد للشافعى قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا

أودور وكان عقيل ورث أباطالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا على لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر ففى هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تملك وتورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيها من رباع ودور انتهى ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما فى الكافى وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضى ألا يرى الى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الاراضى موقوفة والابنية عليها مملوكة انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى تميز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الارض أيضا قطعا اذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من رباع أودور والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا فى القاموس وغيره ولا شك أن كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعرصة التى هى الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع أودور ما ترك لنا شيأ من البناء والارض واذا كان وجه عدم تركه شيأ من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من أبى طالب كما ذكره الطحاوى فى شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض أيضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل الامحال أصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة يارسول الله انزل فى دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتا باستيلائه على الابنية وحدها لا يقتضى عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول فى عرصة داره أيضا وهذا ما لم يخف وضوحه كيف خفى على ذلك البعض والعجب أنه قال فى حاشية كتابه فى هذا المقام الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل كذا فى القاموس انتهى وقال فى أصل كتابه ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضى ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبى صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباع أودور والله الهادى الى سواء السبيل وهو حسبى ونعم الوكيل

﴿مسائل متفرقة﴾

(قوله ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال صاحب العناية يعنى فى فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا سهو من الشارحين المذكورين لان المصنف ما ذكره فى فصل القراءة من الصلاة لاصرا محاولا التزاما بل انما ذكره فى آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة فى فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعى قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة فى

التعشير جعل العواشر فى المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف فى تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شئ من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤتمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى فصل القراءة من الصلاة

ولان

ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى أن النبي عليه السلام أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام الخصيان) لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال (ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل) لان في الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صح أن النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها مع ما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني) لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك) والمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود

حمل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على أن النهي عن الدخول خاص في حقه لان انما لحصر الحكم في الشئ أو لحصر الشئ في الحكم كقولنا انما الطبيب زيد وانما زيد طبيب اه أقول ان قوله لان انما لحصر الحكم في الشئ أو لحصر الشئ في الحكم ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا لا في أنهم نجس أم لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتأثير الحصر الذي تفيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب (قوله ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد) أقول لا يذهب عليك أن هذا الدليل لو تم لدل على أن لا يدخل الكافر شيأ من المساجد ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى (قوله ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا وجه له فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاسا انتهى أقول ليس ذلك بشئ اذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلا آخر عقليا لان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس لاستحالة فعل ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت كما لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شئ وانما أنجاسهم على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا مما علة النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة للفائدتين معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القبيل ثم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء الى آخره (قوله ويكره استخدام الخصيان) قال العيني والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض المتأخرين أقول ما ذكره ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعتبرات من كتب اللغة أن جمع خصي هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية

وقوله (ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى) قيد بهما لان في عيادة المجوس اختلافا بين المشايخ رحمهم الله فمنهم من قال لا بأس به لانهم من أهل الذمة وهو المروي عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم أبعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ألا ترى أنه لا يباح ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح أنه لا بأس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح

(قال المصنف ولان الكافر لا يخلو عن جنابة) أقول هذا لا يخص المسجد الحرام (قال المصنف والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء) أقول أي على منعهم أن يدخلوها مستولين وعلى أهل الاسلام مستعلين وأيضا النهي تكويني لا تكليفي

وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي عليه السلام روى انه كان من دعائه اللهم اني أسألك بمعاقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو) لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله لنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنرد شير فكأنما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التأجر بدا منها ومن ملك شيأ ملك ما هو من ضرورته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على أصل القياس

(قوله لهو المؤمن باطل الا الثلاث) كذا بالاصل والمحفوظ الا في ثلاث اه مصححه

(قال المصنف لانه ان قامر به فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو) أقول ولذلك لم يعزر لو قال يا مقامر لان أبا يوسف قال في رواية لا بأس باللعب بالشطرنج كذا في المحيط السرخسي في باب التعزير وفي صحة التعليل كلام لا يخفى

انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث تعلق صفته تعالى بشيء حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة له تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مبادلها فالاولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا في حيز الايهام فتأمل الى هنا كلامه أقول ان صاحب الكافي وان جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا في حيز الايهام الا أنه علل ايهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل فلا معنى لقوله فالاولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فكون علة قوله وان عزه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وان لم يصرح به اذ لا شيء يصلح لان يكون علة له سواه وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط وأما باللفظ الاول فلانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فانه يكره أيضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز لم يزل موصوفا

قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له الخ) ذكر فى النهاية ان قوله لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها انه الوقبضت أو قبض لها أبوها أوزوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه فى فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت أن عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله وأموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله (واجارة الصغار) فى أكثر النسخ وهو رواية القدورى رحمه الله (١٣٣) وفى بعضها واجارة الاظآر وكلامه واضح وقوله (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) هذا يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فنهم من حمله على الروايتين فالاول على رواية القدورى كما مر والثانى على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظآر كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جوازاجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه فى النوع الذى فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعنى وان كان فى حجره وقوله (ولو آجر الصبى نفسه لا يجوز) قال فى النهاية أى لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعنى فى باب اجارة العبد وقوله (ويكره أن يجعل فى عنق عبده الراية) راية الغلام غل يجعل فى عنق الغلام علامة يعلم بها أنه آبق قال فى النهاية وأما الداية بالدال فغلط كذا فى المغرب قالوا هذا كان فى زمانهم عند قلة الاباق أما فى زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا فى الهنود

قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا علكه الا من هو ولى كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولى هو الذى قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لابد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان فى حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولى أولى به الا أنه لا يشترط فى حق الولى أن يكون الصبى فى حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبى بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبى فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره ويجوز للام أن تؤاجر ابنها اذا كان فى حجرها ولا يجوز للعم) لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم (ولو آجر الصبى نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الا اذا فرغ من العمل) لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل فى عنق عبده الراية) ويروى الداية وهو طوق الحديد الذى يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة أهل النار فيكره كالاحراق بالنار (ولا يكره أن يقيده) لانه سنة المسلمين فى السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره فى العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال (ولا بأس بالحقنة

(قال المصنف ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) أقول ذكر المصنف فى باب اللقيط أن هذه الرواية هى الاصح وقال أكمل الدين يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فنهم من حمله على الروايتين ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظآر كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه فى النوع الذى فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة الكاكى أو نقول المراد بقوله واجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لابد للصغار منه انتهى وقدمر أنه يجوز فى كتاب اللقيط (قوله فالاول على رواية القدورى كما مر) أقول فى كتاب اللقيط

به ولا يزال موصوفا به انتهى الى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام فى هذا المقام ثم أقول فى الجواب عما أورده ذلك البعض الظاهر أن ما هو بواعنه ههنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث اذ قد تقرر فى علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم الى دائرة الوجود بحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث انما هو فى التعلقات دون أصل الصفات ولا نقصان فى ذلك أصلا بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال فى صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هو بواعنه ايهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما يوهمه كلمة من فى قوله بمعقد العز من عرشك اذ الظاهر المتبادر منها فى بادئ الرأى أن تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معانى من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور فى عزه تعالى ولا فى صفة من صفاته تعالى أصلا وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغى أن يخفى على أساطين الفقهاء ما تقرر فى علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلق افاضة ألا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضة منه فهو المهروب عن ايهامه فيما نحن فيه بلا ريب (قوله قال ومن كان فى يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال فى النهاية اعلم أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم

وقوله (يريد به التداوى) احتراز عما لو أراد به التسمين فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته أى باباحة التداوى الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزى اليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله

وقوله (الا أنه لا ينبغى أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك فى داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال قال (ولا بأس برزق القاضى الخ) اذا فلد السلطان رجلا القضاء لا بأس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية لأن يشترط ذلك فى ابتداء التقليد لان النبى عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة وفرض له أربعين أوقية فى السنة والاوقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا فى أنه صلى الله عليه وسلم من أى مال رزقه ولم تكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت فى زمن عمر رضى الله عنه فقيل انما رزقه من الفىء وقيل من المال الذى أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التى أخذها من مجوس على

يريد به التداوى) لان التداوى مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لا ينبغى أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا بأس برزق القاضى) لانه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته فى مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من أسباب النفقة كما فى الوصى والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضى اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذا الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه فى أول السنة لان الخراج يؤخذ فى أول السنة وهو يعطى منه وفى زماننا الخراج يؤخذ فى آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو

فى حق هذا الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه فى فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت أن عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطبقت كلمة سائر الشراح أيضا على أن عدم الاب ليس بلازم فى حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقى وعلل ذلك كلهم بما ذكر فى كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير أن صاحبى الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندى اذا الثابت مما ذكروه فى كتاب الهبة انما هو أن عدم الاب ليس بلازم فى جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لا أن عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة أو الصدقة للقيط الذى فى يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها فى جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما مر فى نفس الكتاب فى كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التى استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف وبملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لا أب له أى لا أب له معروف لا أن لا يكون أبوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه فى الشرع مولود طرحه أهله فى الطريق خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله

(قوله فالاول احتراز عما لو أراد به التسمين فانه لا يباح) أقول سبق من المصنف فى فصل الوطء والنظر واللمس أنه يجوز الحقنة للهزال الفاحش على ما روى عن أبى يوسف لانه أمارة المرض فانه يدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد ههنا ارادة مجردة السمن بلا قصد التداوى وفيما سبق ليس كذلك

على اختلاف معروف فى نفقة المرأة اذا ماتت فى السنة بعد استحقال نفقة السنة والاصح أنه يجب الرد قال (ولا بأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لان الاجانب فى حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

﴿كتاب احياء الموات﴾

لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة فى اللقيط لا فى الصغار مطلقا الى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضا بصحيح فان مداره الغفول عما تقرر فى كتاب اللقيط من أنه اذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كانت صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفى وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة فى اللقيط لا فى الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا أب له فى مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بأن يكون المراد لا أب له معروف لا أن لا يكون له أب فى الحياة لانه ان كان المراد لا أب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا الاحتياج به الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام فى هذا المقام لا يليق بشأن الامام الرباني محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا أب له معروف أصلا أى لا حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول فى الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما فى المولود من أمته فالحق عندى أن قوله لا أب له قيد احترازى عن اللقيط الذى كان له أب حاضر فانه لا يجوز لمن كان فى يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر فى كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك أن الملتقط داخل فى كلية قوله وكل من يعولها غيرها فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التى كانت فى يده وعوله كما لا يخفى فتبصر والله الموفق للصواب

﴿كتاب احياء الموات﴾

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان فى مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشئ لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه فى الرد عليهم ليس بشئ لان ما ذكروا فى ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا ههنا من المناسبة بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحيثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضى ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة أو اللاحقة ولكن هذا المعنى على ذكرمنك فانه ينفعك فى مواضع شتى

هجر وقوله (على اختلاف معروف فى نفقة المرأة) يعنى على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقى من السنة وعلى قول أبى يوسف رحمه الله لا يجب قاسوا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فماتت الزوج فى نصف السنة ردت نفقة ما بقى عند محمد خلافا لابى يوسف وقوله (ولا بأس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان فى الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) اشارة الى ما ذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما فى المحارم

﴿كتاب احياء الموات﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان فى مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبيب للخصب فى أقوات الانام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهى له وشروطه ستذكر فى أثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة وحكمه تملك المحيى ما أحياه

قال (الموات مالا ينتفع به من الاراضي) شبه مالا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صار سبخة بالميت من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمي مواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوبا الى عاد لان عاد لم يملك جميع أراضي الموات ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب وقوله (أو كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) قول بعض المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم الاراضي المملوكة اذا انقرض أهلها فهي كاللقطة وقوله (واذا لم يعرف مالكه) من تتمة قول محمد رحمه الله وقوله (فيدار الحكم عليه) أي على القرب مرجع حكمي يفهم من قوله قريبا وقوله (ثم من أحياه) واضح

(قال المصنف الموات مالا ينتفع به من الاراضي) أقول تعريف بالاعم اصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لأحد الأمور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوي (قال المصنف ومعنى العادي ما قدم خرابه) أقول لا أن يكون منسوبا الى عاد وينسب كل أثر قديم اليهم لتقدمهم قال عليه الصلاة والسلام عادي الارض لله ورسوله ثم هو بعد مني لكم رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد كذا في شرح الكاكي وفي كلامه تناقض وما رويا ه ظاهر والظاهر أن مراده من قوله لا أن يكون منسوبا الى عاد انتساب الملكية (قوله فيدار الحكم عليه أي على القرب) أقول أي القرب مرجع لضمير عليه حكمي أي مذكور حكما لانفهامه من قوله قريبا كقوله تعالى اعدلوا هو أقرب للتقوى

قال (الموات مالا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال (فما كان منها عاديا لا مالك له أو كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله وشمس الائمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياه باذن الامام ملكه وان أحياه بغير اذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه) لقوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه

(قوله الموات مالا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى أقول توجيهه الذي ذكره بقوله ولك ان تقول الى آخره ليس بتام فان قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي أيضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الارض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي يكون تفسيرا بالاعم أيضا لا يقال أصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبرا في معناه اللغوي لانا نقول الظاهر المتبادر من أن يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا اضافة الى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد أيضا في قوله في الصحاح والموات أيضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكر أولا فلا شك أن ما لا روح فيه أعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفا بالاخص وهو ليس بأقل قبحا من التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشكل أيضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات مالا ينتفع به من الارض تحديد لغوي وزيد عليه في الشرع أشياء أخر ببيانها في قوله فما كان عاديا لا مالك له أو كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تقف (قوله ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه) أقول لقائل أن يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيأ من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن كل أحد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير

ومارواياه يحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد أن يختص به بدون اذن الامام كما فى سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لايجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثانى أحق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثانى أحق بها والاصح أن الاول ينزعها من الثانى لانه ملكها بالاحياء على مانطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لايزول بالترك ومن أحيا أرضا ميتة ثم أحاط الاحياء بجوانبها الاربعة من أربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول فى الارض الرابعة

توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لايتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام وماذكرنا من أسباب الملك لايحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف مانحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب (قوله ومارواياه يحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره ان المشروعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف والآخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه أى للامام ولاية أن يأذن للغازى بهذا القول فكان ذلك من النبى صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لانصب شرع فكذلك فى يومنا هذا من قتل قتيلا لايكون سلبه له الا أن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهى له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وماذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لايقبل التأويل فكان راجحا كذا فى العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت مارواه عام خص منه الحطب والحشيش ومارواياه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت ماذكر لبيان أنه لايجوز الافتيات على رأى الامام والحطب والحشيش لايحتاج فيهما الى رأى الامام فلم يتناوله ما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل وايضاع الركاب كسائر الاموال فكان ماقلنا أولى انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعينى أقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد أما الاول فلان كون مارواه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضى كون العمل بمارواياه أولى لكونه مما لم يخص أن لو خص الحطب والحشيش بمارواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذى خص منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف فى علم الاصول وأما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بمارواياه اذ يصير العام حينئذ منسوخا فى القدر الذى تناوله الخاص ويصير قطعيا فى الباقى كسائر القطعيات كما تقرر فى علم الاصول أيضا ولاشك أن تخصيص الحطب والحشيش بمارواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر مفصول عنه وأما الثانى فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان فى الارض الموات فبناء الجواب عليه يؤدى الى المصادرة فان قيل انما يؤدى الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونها من الغنائم دليل آخر عقلى لابى حنيفة مذكور فى الكتاب بعده والكلام الآن فى تمشية الدليل النقلى فبالمصير الى ذلك الدليل العقلى هنا يلزم خلط الدليلين ولايخفى مافيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لايجوز) أقول فى هذا التعليل شئ وهو أنه سيجئ فى الكتاب أن المسلم والذمى مستويان فى حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى فى حق المسلم دون الذمى فتأمل (قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثانى لانه ملكها بالاحياء على مانطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لايزول بالترك) قال فى العناية ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على

مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه وأعرض بطل حقه وعامتهم الى الثانى استدلالا بالحديث فانه أضاف بلام التمليك فى قوله فهى له وملكه لايزول بالترك ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا له لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها للتطرقه) لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا أحياه الرابع فقد أحياه طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (ويملك الذمي بالاحياء) المسلم والذمي في تملك ما أحياه سواء لاستوائهما في السبب والاستواء

في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين (قوله ومن حجر أرضا) يجوز أن يكون من الحجر بفتح الحيم وسكونه ومعنى الاول أعلم بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني أعلم بحجر الغير عن احيائها فكان التحجير هو الاعلام فاذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف رحمه الله أشار اليه بقوله (هو الصحيح) قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر

لتعينها للتطرقه وفصد الرابع ابطال حقه قال (ويملك الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا قال (ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل بدفع الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر

مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا له لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا يرى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التمليك انتهى أقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة في كل من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطا في اذن الامام في أحد المقامين دون الآخر تحكم بحت لم يسمع ذلك من أئمة الشرع (قوله ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كون التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المصنف أشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة كذا في العناية وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وانت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى أقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالاجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلاث سنين اذ هو المقتضى اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما أورده على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل بدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها

بعد

(قوله وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا) أقول لم يحمل عليه بل قال يحتمل أن يكون اذنا لكن الاحتمال كاف في ايراد السؤال (قوله لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله) أقول فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التمليك

حق بعد ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق فى ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ماذكره فى الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة

بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا أعلمه لابد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ أموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لان مادونها من الساعات والايام والشهور لا يفى بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها قالوا هذا كله ديانة فأما اذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نثر الارض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين وفى الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد أنه احياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا ذرها قال (ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرح حصائدهم) لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه فلا يكون موانا التعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام أن يقطع مالا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى الناس منها لما ذكرنا قال (ومن حفر بئرا فى برية فله حريمها) ومعناه اذا حفر فى أرض موات باذن الامام عنده أو باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال (فان كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب

الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء أيضا اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصا لها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالتصرف فيها من الغير والامام لا يقدر أن يدفع مملوك أحد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك اليه لذلك قلت فحينئذ يلزم المصير الى التعليل الثانى الذى ذكره بقوله ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الاول مفيدا للمدعى بدون الثانى مع أن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما ترى (قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح فى حل هذا التعليل لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أى عند محمد رحمه الله أو دلالة أى عند أبى يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمدا عتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العينى أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح فى حملهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكروا اذ الظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمدا عتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى اذ يصير قوله على ما بيناه حينئذ ناظرا الى مجموع قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة فيحسن وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظرا الى قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة أما أولا فلانه كان ينبغى اذ ذاك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كما لا يشتبه على ذى فطرة سليمة وأما ثانيا فلانه يلزم حينئذ أن يقصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له

وقوله (من غير أن يتم المسناة) هو ما يبنى للسيل ليرد الماء وقوله (وفى الاخير) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا فله مقدار ذراع فهو متحجر وقوله (لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) يعنى عند محمد رحمه الله (أو دلالة) عند أبى يوسف رحمه الله وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله (لا يجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أى أعطاه اياها وخصصه بها وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها قوله (قيل الاربعون من كل الجوانب) يعنى يكون فى كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع والصحيح أنه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كى لا يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب بيقين

(قوله والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة) أقول وأنت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع

فان الاراضي تختلف في الصلابة والرخاوة وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله (وله ماروينا) يريد به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا من غير فصل يعني بين العطن والناضح واعترض بأنه مقيد بقوله عطنا لما شبته فيكون قد فصل (١٤٠) بين العطن والناضح وأجيب بأن ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد

فان الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لما أن الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من أمره الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى أبو يوسف رحمه الله قال حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أنه قال حريم البئر أربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا وههنا لا يدخل عليه أحد في حريمه وفي مائه وقوله (والعام المتفق على قبوله والعمل به) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا لان كلمة من تفيد العموم (أولى عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله (من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد به حديث الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم البئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ورد عموم الاول بأن معناه من حفر بئرا للعطن فله مما حولها أربعون ذراعا وهو خاص ولانه

لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها (وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند أبي حنيفة أربعون ذراعا) لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسرد ابته للاستقاء وقد يطول الرشاء و بئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ماروينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه

(قوله لان في الاراضي رخوة و يتحول الماء الى ما حفر دونها) أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء بالفاء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضي لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها قطعا فلا بد من أداة التفريع ثم أقول لقائل أن يقول ان هذا التعليل تعليل في مقابلة النص لان قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا ظاهر في كون الاربعين من كل الجوانب الاربعة على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح وقد تقرر في علم الاصول أن التعليل في مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فلو لم يكن الاربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان مآل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدي الى الحرج ويرشد اليه تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجوانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكي لا يحفر أحد في حريمه بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف صلابة ورخاوة فربما يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول ماء البئر الاولى اليه فيتعطل عليه منفعة بئره وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر (قوله وله ماروينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد بقوله ماروينا قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا وبقوله من غير فصل أي من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا وبقوله أولى عنده أي عند أبي حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة منقوض بما اذا كانت البئر عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سيأتي مع أن ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضي أن يكون حريمها أربعين ذراعا عنده فليتأمل في الفرق (قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه) يعني أن الحديثين اتفقا في الاربعين فتركنا القياس بالعطن كما ترى وأجيب بأن عطنا ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا المقتضى القياس فانه يأبى استحقاق الحريم لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل في موضع الحفر استحقاقا لكنا تركناه به

ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت عينا حفر عنها خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجرى فيه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال (فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كي لا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيرا وهو سبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه

في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضا لان العام ينفيه والخاص يثبته فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر وأما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وان سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبته بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهور أن يترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما ههنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما) أقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم أن يقال قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول) أقول فيه اشكال اذ المقادير مما

فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وقوله (والذراع هي المكسرة) يعني أن يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكسرة بقبضة وقوله (لما بينا) اشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هي المكسرة قال (فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كلامه واضح وقوله (أن يطمه) أي يصلحه ويكبسه من باب أعجبني زيد وكرمه في كون لعطف للتفسير فان اصلاحه كبسه قوله (وذكر طريقة معرفة النقصان) وهو أن يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض تسمى بالفارسية كاريز

(قوله اشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة) أقول في باب الماء الذي يجوز به الوضوء وفيه رد على العلامة الكاكي حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل

وقوله (به ورد الحديث) يريد به ما روى أن رجلا غرس شجرة في أرض فلانة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته فشكى صاحب الشجرة الاولى الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما رواه ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه (قوله ومن كان له نهر في أرض غيره) ذكر في شرح الطحاوي لو أن نهرا لرجل وأرضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب الارض بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل (١٤٢) قال أبو حنيفة رحمه الله هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا أراد رفعها أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله المسناة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين أما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبئر) يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدى الحكم منهما اليه (وله أن القياس باباه على ما ذكرناه) يعني قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم الى آخره وفي البئر عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة الى الحريم فيه) أي في البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليلحق به بالدلالة ووجهه أن الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى أو المساوي والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه أي في البئر بمعنى القليب فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق وقوله (ووجه البناء الى قوله والقول لصاحب اليد) من جهتهما وقوله (ولعدم استحقاقه الى آخره) من جهة أبي حنيفة رحمه الله

وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى فلا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه (والفناء لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا في حريمها) لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه) لحاجة العامة الى كونه نهرا (وان كان لا يجوز أن يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر) لانه ليس في ملك أحد لان قهر الماء بدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال (ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة الا أن يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقى عليها طينه) قيل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهرا في أرض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله أن القياس باباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما ذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه

لا مدخل فيه للرأي أصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ماذكر فيما قبل لا غير فتصير الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع (قوله وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول في التعليل قصور لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على أصل أبي حنيفة فانه يجعل الحفر هنالك تحجيرا كما مر آنفا بمجرد التحجير لا تصير البئر الاولى ولا حريمها ملكا للحافر فلا يصدق هنالك على أصله أن يقال ان الثاني حفر في ملك غيره فالاولى في التعليل أن يقال لانه متعد فيه حيث حفر في حق غيره اذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر الامام أن يأخذها من

(قال المصنف والفناء له حريم بقدر ما يصلحه) أقول وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجعه (قال المصنف لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم) أقول الا أنه يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسطه

وقوله (أما صورة فلاستوائهما) يشير الى أن الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الارض فاما اذا كانت المسناة أرفع من الارض فهى لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لالقاء طينه وقوله (يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعود بقوله على ما نذكره وقوله (والقضاء فى موضع الخلاف) أى فى مسئلة من كان لنهره فى أرض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضى عليه فى حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله (ولانزاع فيما به استمساك الماء) جواب عن قولهما ان الحريم فى يد صاحب النهر بامساك الماء وهو واضح وقوله (والمانع من نقضه) جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين بها موضع الخلاف وقوله (ليس لاحدهما عليه) أى على المسناة بتأويل الحريم

وله أنه أشبه بالارض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن فى يده ماهو أشبه به كاثنين تنازعا فى مصراع باب ليس فى يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه (وفى الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مساة ولآخر خلف المساة أرض تلزقها وليست المساة فى يد أحدهما فهى لصاحب الارض عند أبى حنيفة وقالا هى لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المساة فى يد أحدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر وأما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك مالم يفحش وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين ثم عن أبى يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

(قوله يشير الى أن الخلاف الخ) أقول لا يخفى عليك ما فى الاشارة من الخفاء ولك أن تقول المراد بالاستواء هو الاستواء صورة بأن لا يرتفع الحريم من الارض لا الاستواء فى الارضية (قوله هو الموعود بقوله على ما نذكره) أقول فيه بحث بل الموعود قوله وله أنه أشبه بالارض (قال المصنف وثمرة الاختلاف الخ) أقول فيه بحث اذ لا يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس

يدا لمجرور يدفعها الى غيره الا اذا جر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين كما مر فيمشى التعليل بهذا الوجه فى الصورة المذكورة أيضا على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالارض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية وقوله لاستوائهما يشير الى أن الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الارض فأما اذا كانت المسناة أرفع من الارض فهى لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لالقاء طينه انتهى وتبعه العينى أقول ليس هذا بشرح سديد لان الاشارة الى ما ذكره انما يتصور أن لو كان المراد باستوائهما فى قوله صورة لاستوائهما استواءهما فى الارتفاع والانخفاض أى الاستواء المكانى ولا يذهب على ذى مسكة أن المراد بذلك انما هو الاستواء فى الحقيقة الارضية كيف لا والاستواء بالمعنى الاول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر (قوله وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر) قال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس انتهى أقول لا وجه لكلامه هذا أصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس فى مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك أن ولاية الغرس فى موضع لمن يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا ستره به فكيف خفى على مثل ذلك القائل

﴿ فصل فى المياه ﴾ لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة أصلها شفهة أسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وضفة النهر بالكسر والفتح حافته وأنث ثلاث فى قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث لان الفصيح فى الكلام اذا لم يذكر المعدود أن يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة السلام من صام رمضان وأتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق فى الايام لا فى الليالى ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام أنثه وقوله عليه الصلاة والسلام شركاء يريد به الاباحة فى الماء الذى لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والانهار وأما الكلا وهو ما لا ساق له فاما أن ينبت فى أرض شخص أو أنبته فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا أن أحدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد فى غير ذلك الموضع فاما أن يخرج له صاحب الارض أو يأذن له بالدخول وان كان الثانى فهو أحق به وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب وأما النار فمن أوقد نارا ولو فى أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها وتخفيف الشباب وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرزه الموقد ليس مما نبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغى أن لا يقطع فى الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يورث الشبهة

(١٤٤)

﴿ فصول فى مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل فى المياه ﴾ لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا فى الشروح أقول يرد على ظاهره أن يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما فى الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به فى العنوان يستحق التقديم لاحالة وانما قصود الشراح ههنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه (قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان فى موضع يعز وجوده وهو يساوى نصابا لم تقطع يده) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغى أن لا يقطع فى الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يورث الشبهة

ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء فى غير ملك أحد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته وهذا مروى عن الطحاوى وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر فى أرض مملوكة له أما اذا احتفرها فى أرض موات فليس له أن يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة فى الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء فى البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز فى الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل فى البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد ها فى كل وقت فصار كالمباومة وهو سبيل فى قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه والهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدى الى الحرج وهو مدفوع وان أراد أن يسقى شجرا أو خضرا فى داره حملا بجواره له ذلك فى الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له أن يسقى أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله أن يمنعه من ذلك لان الماء متى دخل فى المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان فى ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان أذن له صاحبه فى ذلك أو أعاره فلا بأس به لانه حقه فتجرى فيه الاباحة كالماء المحرز فى اوانيه

بهذا الطريق وأجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزانى والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد غير ما دل عليه الخصوصات كذا فى العناية أقول فى هذا الجواب نظر لانه وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعى آخر فانهم حكموا بان الماء المحرز فى الاوانى يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعى لا بد له من دليل شرعى لا محالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعى الدال على أن الماء المحرز فى الاوانى ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعى الدال على أن الماء المحرز فى الاوانى ملك مخصوص لمحرزه كما قيل فى الآية المذكورة فينبغى أن لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرزا فى الاوانى كما لا تورثها الآية المذكورة فالحق فى الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد كما فى قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز لزائد على الاربع فكذا معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده لا كل الاشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما اه

الذى خلق لكم الآية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذى خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزانى والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر ذكر فى المبسوط وأكثرهم على أن له أن يمنع فى مثل هذه الصور لان الشفة ما لا يضر بصاحب النهر والبئر فأما ما يضر ويقطع فله أن يمنع ذلك وقوله ولهم أن يأخذوا منه أى من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله فى الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ رحمهم الله فان منهم من قال لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة تثبت فى حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله له ذلك فى الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله (لان الماء متى دخل فى المقاسم) أى متى دخل فى قسمة رجل بعينه وقوله بواحدة أى بالكلية

﴿فصل فى كرى الانهار﴾ لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التى كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام أخر ذكره ووجه الحصر فى الثلاثة ظاهر لان النهر اما أن يكون عاما من كل وجه أو خاصا كذلك أو عاما من وجه خاصا من وجه أما الاول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيها وقوله (الا أنه يخرج له) أى للكرى من كان يطيقه أى الذى يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أى مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله (ويقابله عوض) يعنى حصة من الشرب فلا يعارض به أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعى فى اعدامه وان بقى الضرر الخاص وقوله (خيفة الانشاق) يقال بثق السيل موضع كذا أى خرقه وشقه وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآبى كما فى الثانى وهو قول أبى بكر الاسكاف رحمه الله وقيل لا يجبر وهو قول أبى بكر بن أبى سعيد البلخى رحمه الله وقوله (فاستوت الجهتان) يعنى فى الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار فى النهر الثانى فان من ومؤنة أبى من أهله يجبر عليه هنالك لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبى دفعا للضرر العام عن غيره وقوله (ولا يجبر لحق الشفة) جواب عما يقال ان فى كرى النهر الخاص احياء حق الشفة العامة فيكون فى الترك ضرر عام فينبغى أن يجبر الآبى على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وفى ظاهر الرواية لا يجبر الآبى لحق أهل الشفة كما لو امتنع جميع

﴿فصل فى كرى الانهار﴾ قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة الا أنه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن فى بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم الا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم وأما الثانى فكريه على أهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبى خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانشاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق يجبر الآبى والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبى كما فى الثانى وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبى بما أنفقوا فيه اذا كان بأمر القاضى فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا

﴿فصل فى كرى الانهار﴾ قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التى كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام أخر ذكره انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو فى أثناء ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول فى مسائل الشرب وهو الآن شرع فى الفصل الثانى من تلك الفصول وأما ثانيا فلان النهر العام أيضا لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على أهله لا أنه يوجد بدونها مطلقا يشير اليه قول المصنف فيما بعد وأما الثانى فكريه على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان فى الظاهر حيث كان صرفها من يده الا أنها فى الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم فى تعليل قوله فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدى نفعا أيضا اذ لا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التأخير الذى ذكروه ههنا ثم أقول ماذا كروه ههنا مع كونه غير تام فى نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المصنف فصول فى مسائل الشرب فصل فى المياه فانهم قالوا هنالك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود

أهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفة وقوله (ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا من أوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لاد لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم اذا رفع عنه اذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول أصح لانه رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه نفيا للاختصاص وليس على أهل الشفة من الكرى شئ لانهم لا يحصون ولانهم أتباع

﴿فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه﴾ قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (واذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فاراد صاحب الارض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله) لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول

هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الزرنوجي الى هنا كلامه واقتفى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيأ وقال صاحب الغاية استعمل الانتفاع في معنى النفع وهو ضد الضر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز أن يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انتفاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم أن تكون الهمزة هنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فان باع متعد ولما قصد وا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرضا الاصل الفعل فان معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ما له أيضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

﴿فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه﴾ لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع) قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها أقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك أن المشروط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالته جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان

وقوله (فلا يلزمه انتفاع غيره) قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله (لانهم لا يحصون) يعني فكانوا مجهولين

﴿فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه﴾

لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (يجوز دعوى الشرب بلا أرض استحسانا) قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (ترك على حاله) معناه لم يكن له ذلك

﴿فصل في كرى الانهار﴾

* (قال المصنف فلا يلزم انتفاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع

﴿فصل في دعوى الشرب﴾

* (قال المصنف لانه قد يملك بدون الارض ارثا) أقول قد يملك بالارث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر (قال المصنف واذا كان النهر لرجل الخ) أقول أي ما وذكر المحل وأريد الحال (قال المصنف لانه مستعمل له باجراء مائه) اقول الضمير في قوله له عائد الى النهر مرادا به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام

قوله (فان لم يكن فى يده) يعنى بان لم يكن مستعملا باجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر فعليه أى فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له ان كان يدعى رقبة النهر أو أنه قد كان مجراه فى هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها ان كان يدعى الاجراء فى هذا النهر فاذا أقامها يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعنى فى الاول أو حقا مستحقا فيه يعنى فى الثانى فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله (فحكم الاختلاف فيها) أى اختلاف المدعين فى الامور المذكورة (نظيره) أى نظير الاختلاف فى الشرب وقوله (لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره) معارض لانهم قالوا فقد استووا فى اثبات اليد على الماء الذى فى النهر والمساواة فى اليد توجب المساواة فى الاستحقاق وأجيب بأن اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوى فى اثبات اليد وقوله (لم يكن له ذلك) أى لم يكن لصاحب الاعلى (السكر لما فيه) أى فى السكر من ابطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعنى من غير سكر

قوله فان لم يكن فى يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجراه له فى هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا الصب فى نهر أو على سطح أو الميزاب أو المشى فى دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب (واذا كان نهر بين قوم واختصموا فى الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم) لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو فى الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على أن يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم فى نوبته جاز لان الحق له

فى مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس فى المبسوط على أن ماذكره فى الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححا لدعوى غيره أيضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا ثم يصلح ماذكر فى الكتاب أن يكون وجه الاستحسان فى مقابلة وجه آخر للقياس مذكور أيضا فى المبسوط ومنقول عنه أيضا فى النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعى يطلب من القاضى أن يقضى له بالملك فيما يدعيه اذا أثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير أرض فلا يسمع القاضى فيه الدعوى كالخمر فى حق المسلمين فان ماذكر فى الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهم ثم أقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس فى مسئلتنا هذه وان كان مذكورا فى المبسوط والكافى وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط فى بعضها وبطريق الاصالة فى البعض الا أنه منظور فيه عندى لانهم ان أرادوا بقولهم فى ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام أن الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى شرب يوم فى الشهر مثلا يصير الشرب هنالك معلوما نص عليه فى الاصل فانه قال فى باب الشهادات فى الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل فى أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم فى الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم ولكن لا يجدى شيأ فيما نحن فيه اذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحسانا فى مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلا نص عليه فى الاصل أيضا فانه قال فيه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدرى أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فان لم يكن فى يده) قال فى العناية والنهاية يعنى بأن لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر انتهى أقول فى المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن فى يده هو المعنى الاول أى بأن لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه يلزم أن يلغو قوله ولم يكن جاريا اذ يكون عدم الجريان حينئذ مندرجا فى مضمون قوله فان لم يكن فى يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا فالوجه هو المعنى الثانى وهو ان لم تكن أشجاره فى طرفى النهر فان كون أشجاره فى طرفى النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه فى هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن فى يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شئ من العلامتين فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له أو انه كان له مجراه فى هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى لا يقال يجوز أن يكون مراد

(قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أى لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ

الا أنه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم أن يكرى منه نهرا أو ينصب عليه رحى ماء الا برضا أصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا أن يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبها لانه تصرف فى ملك نفسه ولا ضرر فى حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك فى أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف فى خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويمنع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح لان قسمة الماء فى الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة فى نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى فى النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد فى الكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد الشركاء فى النهر أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها فى ذلك شرب) لانه اذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه فى أرضه الاولى حتى ينتهى الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التى يفتحها فى هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشريكين فى النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها ليدفع الفيض الماء عن أرضه كى لا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر

صاحبى العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن فى يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملا بجراءمائه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن فى يده على طريقة اللف والنشر الغير المرتب لانا نقول مع

الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفى رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها والسانية البعير يستقى من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والآجر موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتخذه فى ملك مشترك فلا يملك الا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) الكوة ثقب البيت والجمع كواء بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع الكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه) أى من فم النهر وهذا تقدير اتفاقى والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التى فيها الكوة فى فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها فى وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه أى يجعلها أعمق مما كانت وهى فى ذلك الموضع أو يرفعها الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعنى من حيث انه يزيد فى الشرب ما ليس له منه حق فى الشرب و يزيد من المارة من ليس له حق فى المرور وقيد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزيلعى أى ليس له توسيع فم النهر لانه يحبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكمل وغيره معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا يخفى أن ما ذكره الزيلعى أوجه وأولى

وقوله (وكذا اذا أرادا أن يقسم الشرب مناصفة بينهما) بأن يقول لشريكه اجعل لى نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان فى حصتى سددت مابدا لى منها وأنت فى حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء فى القسمة الاولى مستدام وفى الثانية فى بعض المدة وربما يضر ذلك بصاحب السفل وقوله (لانها عارة) لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعل ماتراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء وقوله (والشرب مما يورث و يوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه فى أملاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك ألا ترى أن القصاص والدين والخمر تملك بالارث وان لم تملك بالبيع ونحوه والوصية أخت الميراث وقوله (بعينه) احتراز عن الايصاء ببيع الشرب كما سنذكره والحاصل أن الشرب بغير الارض لا يملك بشئ من العقود فاذا سماه فى النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه فى الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه اذا لم يكن عن قصاص (١٥٠) فان كان فعلى القاتل الدية وأرش الجراحة وقوله (والاصح) اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء رحمهم الله اختلفوا فى كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل فى ذلك أن يقال للقومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من أقرب ما يكون من هذا الشرب و ينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا و يجمع ذلك الماء فيه فى كل نوبة ثم يبيع الماء الذى جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف رحمه الله ماذكره فى الكتاب وقوله (أو مخرها) قال فى الصحاح مخرت الارض أى أرسلت الماء فيها وقوله (لانه غير متعد فيه) يلوح الى أنه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدى انما يكون اذا سقى أرضه سقيا يسقى مثله فى العادة وكان ذلك فى نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل والله تعالى أعلم

وكذا اذا أرادا أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا أن يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضى لصاحب الاسفل أن ينقض ذلك وكذا ورثته من بعده لانها عارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا الايصاء مسمى فى النكاح حتى يجب مهر المثل ولا فى الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشئ من العقود ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما فى حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح أن يضمه الى أرض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على ترك الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين (واذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء) أى ملأها (فسال من مائها فى أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعد فيه

كون اللف والنشر الغير المرتب فى مثل هذا المقام من قبيل الالغاز فى الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو فى قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر فانها لاحد الامرين فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف فان اتفقت احدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فانه اذا اتفقت احداهما ووجدت أخراهما لا يجب عليه البينة ولهذا قال المصنف ولم يكن جاريا بكلمة الواو اشارة الى انتفائهما معا (قوله والشرب مما يورث و يوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا فى رواية

(قال المصنف حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف فى باب البيع الفاسد من بيوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفردا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله حظ من الثمن على ماذكر فى كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال المراد باتلاف الشرب اتلافه بالكلية وسقى الارض من شرب غيره لا يستلزمه لانهم صرحوا بخلافه فليراجع شرح الكنز هناك وفى الكفاية هذا على رواية الاصل واختيار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى كلام صاحب الكفاية ثم أقول فعلى هذا لا منافضة فيه أصلا لابتناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول فلعلهم جوزوا بيعه فى صورة موت صاحبه مديونا استحسانا على خلاف القياس

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب (١٥١) لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان

﴿ كتاب الاشربة ﴾

وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذلك بشئ لان بناء كلامه في المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره هناك على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوى وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ماء في يوم معين من الاسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته ذكر الامام على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الاصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل أتلف شرب رجل بأن يسقى أرضه بشرب غيره قال الامام البزدوى يضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وأفصح عنه صاحب الكافي أيضا ههنا حيث قال حتى لو أتلف شرب انسان بأن يسقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى

﴿ كتاب الاشربة ﴾

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء حل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوى لعله الارض فان كلا منهما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها انتهى أقول حمل مرادهم بالعرق المعنوى ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوى ههنا هو معنى لفظ الشرب الذى هو مصدر شرب فان كلا منهما مشتق من ذلك المصدر ولا بد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهذا معنى كونهما شعبتى عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حمل للام السابقة مع احتياجهم أيضا الى العقل أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور بأن يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما التدريج الضارى لئلا ينفر من الاسلام كذا في العناية أقول في كل من وجهى الجواب الثاني نظر أما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا أن نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتهاء كما لا يخفى على أحد وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقريب وأما في وجهه الثاني فلان نفرة الضارى بالخمر أى المعتادين من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في أى وقت كان فانها اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان الضارى بها على حاله في ابتداء الاسلام أيضا فاذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وأيضا احتمال كون الاعتياد بخبيث باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهى عن تعاطى ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا أيضا ينبغى أن يكون كذلك

حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حمل للام السالفة مع احتياجهم الى ذلك أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما التدريج الضارى

﴿ كتاب الاشربة ﴾

(قوله ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى) أقول العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوى لعله الارض فان كلا منهما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمتها الى قوله الى ذلك) أقول الضمير في حرمتها راجع الى الاشربة وضمير باله الى ما في قوله ما يزيل وأشار بقوله ذلك الى العقل والمعنى ما بال الشئ الذى يزيل العقل حمل للام السالفة الى العقل (قوله فان قيل هلا حرمت ابتداء) أقول يعنى هلا حرمت لنا ابتداء (قوله أجيب اما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك) أقول الشهادة وان تأخرت وجودا لكنها عامة لاول هذه الامة وآخرها

سمى بها وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهى عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع أحدها فى بيان مائيتها وهى التى من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر

فالوجه الوجيه فى الجواب عن السؤال الثانى ماذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت الخمر فى ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى فى ابتداء الاسلام ليعاين الفساد فى الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى (قوله سمى بها وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) يعنى سمى هذا الكتاب بالاشربة أى أضيف اليها والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم فى اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا وفى استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه أى فى هذا الكتاب من بيان حكمها أى حكم الاشربة كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمى كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ماذكر ههنا فى جملة الشروح والكافى مع نوع زيادة فى حل الالفاظ قال بعض الفضلاء فى تفسير قوله من بيان حكمها أى بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعنى انما عنون بها الان فيه بيان أحكام أنواعها كما فى البيوع أولا ضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للافعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الافعال والتفصيل فى كتب الاصول خصوصا التلويح فى أوائل القسم الثانى الى ههنا كلامه أقول ليس لتوجيهه الذى ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان أراد أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر فى كتب الاصول سيما فى التلويح فى أوائل القسم الثانى أن اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحل على الحال أو هو مبنى على حذف المضاف أى حرم أكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف وأما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لوجهين مفصلين فى محله الا أن كون اضافتهما الى الافعال حقيقة مما لم ينكره أحد فقط بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقيس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الافعال فى كونها حقيقة ويستمد بذلك فى توجيه مذهبه فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للافعال على كلا المذهبين وان أراد أن الحرمة ههنا وصف للاعيان مجازا لا للافعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضى أن يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة فى العنوان أولى وأحسن بلا ريب فكان الذى ينبغى أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقه بأحثا عن أفعال المكلفين بلا كافة أن يقال ويعلم منه حال الاعيان وبالجملة توجيهه المذكور ليس بتام على كل حال (قوله أحدها فى بيان ماهيتها) وقع فى بعض النسخ مائيتها بدل ماهيتها قال فى غاية البيان المائية بمعنى الماهية وهى ما به الشئ هو هو كماهية الانسان وهى حيوان ناطق انتهى قلت وفى نسخة

قال (المصنف سمى بها وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) أقول أى بيان حكم أنواعها ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعنى انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما فى البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للافعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الافعال والتفصيل فى كتب الاصول خصوصا التلويح فى أوائل القسم الثانى (قال المصنف وهو التى من ماء العنب) أقول ذكر الضمير الراجع الى الخمر باعتبار الخبر أو لان الخمر قد يذكر صرح به فى القاموس

لئلا ينفر من الاسلام (وسمى هذا الكتاب بها) أى بالاشربة (وهى جمع شراب) اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخ) الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهى عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله (وقال بعض الناس) قيل يريد به مالكا والشافعى رحمهما الله

ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية

ماثيتها ههنا ايهام لطيف لما في قوله وهي التي من ماء العنب تبصر تقف (قوله ولنا انه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيما ذكرناه) أقول لمانع أن يمنع اطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للتي من ماء العنب اذا صار مسكرا ألا ترى أنه قال في قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والعموم أصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية) قال صاحب غاية البيان بيانه أن الشيء المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا لثبوت ذلك بالاجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فأما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين أهل العلم وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى أقول في هذا البيان خلل فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير الشيء المسكر من ماء العنب ظنية اختلاف العلماء في تسمية ذلك خمرا وليس بسديد اذ المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات أن غير الشيء المسكر من ماء العنب لا يسمى خمرا فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خمرا لزم المصادرة على المطلوب فكانه قال الخمر هي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير التي من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالتي من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فأورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمته قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون التي من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية ومايدل عليها ظني انتهى أقول وفيه أيضا خلل أما أولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة قوله وكون التي من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير التي من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرا فيؤل الى ما ذكر في غاية البيان وأما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية ومايدل عليها ظني كلام غير صحيح لارتباط بما قبله لان مدلول ما قبله أن غير التي من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فالملازم منه أن تكون حرمته ظنية فان أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير التي من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني اذ لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها الا الى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير الشيء ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى فانهما لم يريدا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل أرادا به الاجتهاد في عدم حرمته كما أشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الاوزاعي انه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام وقال شريك بن عبد الله انه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام اذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير الشيء ألا ترى أنهم لا يكفرون مستحله

أي واشتهر في غير التي من ماء العنب اذا صار مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف وقوله (ولان حرمة الخمر قطعية) يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون الشيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء رحمهم الله وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية ومايدل عليها ظني

(قال المصنف ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية) أقول هذا التعليل ينبغي أن يكون لابي حنيفة والا فعندهما اذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقض تعليلها لعلماء به فليتأمل (قوله وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير الشيء ألا ترى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليست بقطعية (قوله ومايدل عليها ظني) أقول الواو للحال

وانما سمي خمرا التخمره لمخامرته العقل على أن ماذكرتم لاينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ماظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله

فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشئ لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب لاينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ماهو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وماثبت بهذه الادلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب تعين أن لايكون غير النيء خمرا اذ لاشك أن قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لايجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربا الى آخره لايجدي شيأ لان علة الربا عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا لايوجد الربا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علته فيحرم فيكون حرمة الربا قطعية يصير حجة على الشافعي هنالك أيضا لمثل ماقلناه ههنا فلا فائدة في التنظير أصلا (قوله وانما سمي خمرا التخمره لمخامرته العقل) قال بعض الفضلاء ولك أن تقول هذا منع لايضر انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لانسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة يعني انما سمي خمرا التخمره أي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النيء من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا ويشير اليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا أي لتشدده وقوته فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى ولئن سلم أن ذلك منع لامعارضة فلا وجه لقوله لايضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير النيء من ماء العنب خمرا التخمره أي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل انتهى أقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا اذ حينئذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ماذكرتم لاينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النيء على السهو من قلم الناسخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله أي لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النيء من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي النيء من ماء العنب خمرا التخمره أي لغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمرا لمخامرته العقل أي ليست التسمية لمخامرته العقل أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النيء من ماء العنب أيضا فيكون خمرا حينئذ ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لايخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لتخمره أي لصيرورته خمرا أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤد الى تعليل الشئ بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف

والثاني

وقوله (وانما سمي) يعني غير النيء (خمرا التخمره) أي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لاينافي اختصاصه بالنيء من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالفارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة وقوله (والحديث الاول) يريد به كل مسكر خمر روى عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها قوله عليه الصلاة والسلام لانكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى ابن معين اماما حافظا متقنا حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني غير النيء خمرا التخمره الخ) أقول فيه بحث فانه حينئذ لا يرتبط الجواب للجواب عنه لان تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من المخامرة فكل مايوجد فيه معنى المخامرة فهو خمر لكن المقدم حق والتالي مثله فليتأمل (قال المصنف وانما سمي خمر التخمره) أقول ولك أن تقول هذا منع لايضر (قال المصنف فان النجم مشتق من الظهور) أقول أي من النجوم الذي بمعنى الظهور ففي كلامه مسامحة (قال المصنف والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين) أقول مع انه يمكن أن يجاب عنه بما أجيب به الحديث الثاني

والثانى أريد به بيان الحكم اذهو اللائق بمنصب الرسالة والثانى فى حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد

لا لكل ما ظهر) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العينى أقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله فى فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقرر فى موضعه والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا أنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما لوحظ فى مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لا فى مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما له انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة أعلام اتفاقية وهذا كله مما لا استرة به عند من له دربة بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف فى قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الا أن مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثانى أريد به بيان الحكم) قال فى غاية البيان والعناية يعنى اذا أسكر كثيره كان حكمه فى الاسكار حكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد انتهى أقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم فى قوله والثانى أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش على ما تقرر فى موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور فى ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق فى غير تينك الشجرتين أيضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند أبى حنيفة وأبى يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا أنه اذا أسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجىء فى الكتاب والحق أن المراد بالحكم الذى أريد بيانه بالحديث الثانى هو حرمة قليله وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق فى المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبارة صاحب الكافى فى تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة فى حرمة القليل والكثير معا الا أنها باجمالها لا تنافيها بل تساعدها حيث قال والمراد بالثانى بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتفى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد) أقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاهما بثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشئ بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معللة وهذا ينافى ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه وقد شرح الشارح الكاكى قول المصنف هذا انما هو أظهر فى المنافاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر فى الفساد أى الاسكار مؤثر فى ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى أن هذا انما يلائم قول من قال انها

لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث

وقوله (والثانى) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعنى اذا أسكر كثيره كان حكمه فى الاسكار حكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهما اذا اشتد) أقول يعنى ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعى (قال المصنف لان الاسم يثبت به) أقول أى بالاشتداد لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعى وكيف لا وفيه المصادرة وان كان اللغوى يمنع الاستلزام أى استلزام ثبوت اللغوى ثبوت الشرعى

وقوله (وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا) يعنى وفى الحديؤخذ بقذف الزبد احتياطا أيضا وقوله (وهذا) أى انكار حرمة عينها (كفر) من المنكر وان كان قليلا لحرمة السكر منه (لانه بجحود الكتاب) يعنى قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون وقد ذكرنا دلالته على ذلك فى الاشراق شرح مشارق الانوار على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء (١٥٦) عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة على رضى الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعنى دعاء القليل الى الكثير قال فى المبسوط مامن طعام وشراب الا ولذته فى الابتداء ولا يزيد على اللذة فى الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله (لانه خلاف السنة المشهورة) يعنى ماروى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها

ولابى حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه بجحود الكتاب فانه تعالى سماه رجسا والرجس ماهو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبى عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعى رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم والتعليل فى الاحكام لا فى الاسماء

معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولابى حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع) أقول لقائل أن يقول الكلام فى هذا الموضع فى حد ثبوت اسم الخمر لا فى حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر فى بداية الشدة ويشترط ترتب الاحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب ويمكن أن يقال الكلام ههنا فى حد ثبوت اسم الخمر فى الشرع لا فى حد ثبوته فى اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعى يلزم أن يترتب عليها الاحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى أقول ليس هذا بشئ لان السكر لازم الاسكار ومطاوعه فلا يفترقان فى التحقيق فالتعليل باحدهما يؤدى الى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما فى المفهوم لا يجدى شيأ فقهما ههنا كما لا يخفى كيف ولا شك أن مراد المصنف بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشئ تماما أصلا لا أنها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشئ آخر كالاسكار لان ماذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافى كونها محرمة العين مطلقا لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع فى كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم (قوله والشافعى يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة وهى ماروى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفا للنص انتهى أقول لقائل أن يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى أيضا فانه سماه رجسا والرجس ماهو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة أيضا على ما مر من

(قال المصنف ولابى حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد الخ) أقول فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنئ من ماء العنب اذا صار مسكرا تعريفا بالاعم عند أبى حنيفة ويقال المطلق ينصرف الى الكامل وكمال الاسكار بقذف الزبد فالمراد بالمسكر عنده هو الكامل فى الاسكار بفهم ذلك من تقرير دليله (قال المصنف والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالته على ذلك فى الاشراق شرح مشارق الانوار) أقول وفى شرح حديث ان الله حرم الخمر الخ (قال المصنف والشافعى يعديه اليها) أقول أنث الضمير الراجع الى سائر لاكتسابه التأنيث من المضاف اليه (قال المصنف والتعليل فى الاحكام لا فى الاسماء) أقول فان قيل الشافعى أيضا يعدى الحكم كما اعترف به المصنف آنفا فما وجه هذا الكلام قلنا انما يعدى الحكم بواسطة تعدية الاسماء فليتأمل

والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح أنه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه ولا للمديون أن يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا أن حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لانه لم يمنع من ثبوت الحرمة لارفعها بعد ثبوتها الا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه

قبل وذلك يؤدي الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشى للشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والفرض أن تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم أقول الحق عندي ههنا أن تعليلها بالاسكار ينافي حرمة عينها لان قليلها ليس بمسكر فيلزم أن لا يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن أين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا) أقول فيه شيء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها فان استلزمت حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا برأسه مبحوثا عنه بالاصالة وان لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة الا أنه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام) أقول انتقاض هذا التعليل

وقوله (حتى لا يضمن متلفها) لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شرب خيف عليه الشرب وأما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه يخللها وقوله (والسابع حرمة الانتفاع بها) يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والافطار في الاحليل وقوله (الا أن حكم القتل قد انتسخ) يعني بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث الحديث

على ما قالوا الان الحد بالقليل في الني خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر وأما العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ماذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به

بالسر قين أظهر مما مر آنفا فتدبر (قوله وأما العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق) قال في القاموس الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا وقال في الفائق هو تعريب باذه وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شئ منهما بشئ أقول فيما ذكر في الفائق نظر لان الخمر على ما مر هي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بني قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لاستحالة ولهذا قال المصنف وأما العصير اذا طبخ في مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذه بمعنى الخمر اللهم الا أن يكون ماذكر في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للني من ماء العنب اذا أسكر (قوله والمنصف وهو ماذهب نصفه بالطبخ) قال في غاية البيان قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا والدليل على هذا أن أبا الليث فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب أقل من ثلثيه بالمنصف وأيضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على أربعة وهي الخمر والعصير الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب أقل من الثلثين لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهرزاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول أوجه معنى وهذا أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلا فضلا عن أن يكون أوجه فانه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما الباذق والآخر المنصف وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ أدنى طبخة مع أن تحرير المصنف ينافي ذلك أما أولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ماذهب نصفه بالطبخ ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ماذهب أقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى وأما ثانيا فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد الخ ولا يخفى أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المصنف والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق والآخر المنصف وهو ماذهب نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وأما حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصروها في الاربعة فعلى طرف الثمام لان الاربعة التي حصروا الاشربة المحرمة فيها انما هي أصول الاشربة المحرمة وأقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من أحد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه

(قوله لكانت الاشربة المحرمة خمسة) أقول كيف تكون خمسة وكل منهما من أقسام المسمى بالطلاء (قوله لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره) أقول فيندفع لزوم كونها خمسة (قوله لانه لو كان منصوبا لقال أيضا) أقول فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا

وأما

وقوله (وهو النيء من ماء التمر أي الرطب) انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر

وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية

من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر

وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء قوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكراهة اشارة الى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله (ويدل عليه ما رويناه من قبل) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة وقوله (والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة) لانها مكية وحرم الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم وقيل أراد به التوبيخ ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيق ملذ مطرب الخ

لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير أن يكون قوله والمنصف مرفوعا وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا لقال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير أن يكون منصوبا معطوفا على الباذق تعني غناء كلمة أيضا فلا نسلم أنه لو كان منصوبا لقال أيضا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أي الرطب) قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى أن ينقع الرطب لاستحالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوي انتهى وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء انتهى أقول فيما قاله جمهور الشراح أيضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعتبرات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكر ههنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو النيء من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة الشراح أردف الحرام بالكراهة اشارة الى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلانه لو كان مقصود المصنف بارداف الحرام بالمكروه الاشارة الى ما ذكروه لأردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى بارداف بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلان المصنف سيصرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فلا حاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا (قوله وقيل أراد به التوبيخ) معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا) قال الشراح أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتتركون رزقا حسنا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ مما لم يوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل (قوله الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية)

(قوله انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول رد على الاتقاني وفيه نظر (قوله لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المغرب السكر بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد وفي الطلبة السكر بفتح السين والكاف هو النيء من ماء التمر وقال في ديوان الادب هو خمر التمر انتهى فالتمر بمعنى الرطب فيه أيضا

ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة فى رواية وغليظة فى أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبى حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها لامثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن أبى يوسف أنه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال فى الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد فى غيره وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبى حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد أنه حرام ويحد شاربه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما فى سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فانى أكرهه ثم رجع الى قول أبى حنيفة) وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا أنه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلى ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذى ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وأبو يوسف رجع الى قول أبى حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال فى المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير

أقول لقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال فى اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم وقد تقرر فى علم الاصول أن اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل قطعى يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن أن يجاب عنه بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع فى طريق نقله الينا كما تقرر هذا أيضا فى علم الاصول فيجوز أن يكون الاجماع المنقول فى حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد فى خلافه (قوله لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر) أقول فيه نظر أما أولا فلانهم صرحوا بأن معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا وسيجىء التصريح عن قريب بأن هذه الاشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها وأما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر فى حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر فى علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغى أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به فى الحكم بحرمة هذه الاشربة اذ هى أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفا (قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة) أقول فى التعليل بحث اذ لا يلزم من حرمة تناول الشئ عدم الانتفاع به ألا يرى أن السرقين نجس العين محرم التناول قطعا مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى فى الاراضى لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر فى فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد مر هناك غير مرة نظير هذا الكلام فى هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبى يوسف أنه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر

(وقوله غير أن عنده) يعنى عند أبى حنيفة رحمه الله (يجب قيمتها لا مثلها) كما اذا أتلف المسلم خمر الذمى على ما عرف أن المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام وأورد رواية الجامع الصغير وهى قوله ما سوى ذلك من الاشربة أى ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور فى الجامع الصغير لا يوجد فى غيره وقوله (وقال فيه) يعنى فى الجامع الصغير

(قال المصنف ويجوز بيعها ويضمن متلفها الخ) أقول المراد بالجواز ما يترتب عليه الثمرات المطلوبة لا ما يقابل الحرمة (قال المصنف وما شهدت له دلالة قطعية) أقول فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها) أقول لا يقال ينبغى أن يجب المثل بدليل جواز البيع لانا نقول البيع يجوز مع الكراهة فلو أوجبنا المثل لكان مأمورا باتيان فعل مكروه وهو تسليم الحرام وهذا لا يجوز ومع ذلك لو أدى المثل يخرج عن العهدة أيضا تأمل قال العلامة الكاكى ان المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام فلا يكون مأمورا باعطاء المثل حتى لو أعطى يخرج عن العهدة الا أنه مكروه انتهى وفيه بحث الا أن يؤول يجب بمعنى ينبغى (قوله ان المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام) أقول فينبغى أن لا يجوز بيعها لكن المراد بالجواز فى قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل ترتب الثمرات المطلوبة كما فى البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ لهو

لهو ولا طرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى قال (ولا بأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي الى منزلي فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال مازدناك على بجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو الني ومنه وما روى أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله اذا كان من غيرلهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لا باحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد

قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الى آخره مسئلة مستقلة دخلت في البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي الى أهلي فغدوت اليه من الغد وأخبرته بذلك فقال مازدناك على بجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح أقول ههنا كلام من وجهين أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الاصول والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما ان قول ابن زياد ما كدت أهتدي الى أهلي يشعر باسكار الشربة التي سقاه ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين أحدهما ما أشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت أهتدي الى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الشربة فانه لو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه اياها وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقدر اذ هو مختلف باختلاف الطباع والاوقات وللشارب أن يحترز عنه مهما أمكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو في الغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد أن لا يدعو قليله الى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لا باحته ألا ترى أن نبذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لا باحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعو الى كثيره كيفما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل للخمر شرعا فان أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد) أقول قد مرت هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد

قال (ولا بأس بالخليطين) الخليطان ماء التمر والزبيب اذا خلطا فطبخا بعد ذلك أدنى طبخة ويترك الى أن يغلي ويشتد والبجوة التمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته وقوله (محمول على لشده وكان ذلك في الابتداء) يعني أن النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بين المسلمين ضيق وشدة في أمر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل أحدهما ويؤثر بالاخر على جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم أباح الجمع بين النعمتين وقوله (قيل لا يحد) هو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله

وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرمالة لا يحل عند أبى حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح أنه يحل لان كراهة لحمها فى اباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال (وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه حلال وان اشتد) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ومالك والشافعى حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوى أما اذا قصد به التلهى لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه أنه كره ذلك وعنه أنه توقف فيه لهم فى اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما أسكر الفرق منه فالجرعة منه حرام

وقوله (وقد ذكرنا الوجه من قبل) اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره قيل ويجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعنى أن هذه الانبذة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرمالة وباقى كلامه واضح وقوله (وعن محمد رحمه الله مثل قولهما) أى مثل قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله مذكور فى النوادر ولنا أى لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفى بعض النسخ ولهما أى لابى حنيفة وأبى يوسف

شاربه عنده وان سكر فالتعرض لها مرة أخرى يشبه التكرار فلعل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح أنه يحد وما قبله توطئة له نعم ينبغى أن يقال لو ذكر أيضا هناك قوله قالوا والاصح أنه يحد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية (قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال ويجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعنى أن هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر فلا جرم لا يحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الاشارة الى ما ذكر أن السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرمالة انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولا ونقل ما ذكره ثانيا بقيل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الاول أن عدم دعاء القليل الى الكثير جار فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بلا خلاف فعلم انه لا تأثير لعدم دعاء القليل الى الكثير فى سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثانى أنه لو كان مراد المصنف ما يستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين لقال لما رويناه كما هو عادته المستمرة فى الحوالة على ما مر من السنة ثم ان فى كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن أن يكون مذكورا هناك فأنى يتيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل فالاوجه هو الوجه الثالث وان أخره صاحب العناية فى الذكر كما لا يخفى على من تأمل فى سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره فى هذه المسئلة (قوله قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل) أقول تحرير المصنف ههنا لا يخلو عن ركاكة اذ الظاهر أن مراده بقوله وهل يحد فى المتخذ من الحبوب اذا سكر انه هل يحد فى ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمصنف الآن بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعى هذا أن يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح انه يحد على قولهما فلا يناسب فى تعليل قوله والاصح انه يحد أن يقال فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل فان محمدا يخالفهما فى أصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلى فيجوز أن يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وأما هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم آنفا فلا يكون المروى عن محمد حجة فى حقهما وعن هذا ترك صاحب الكافى هذا التعليل واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر فى الهداية ومبسوط شيخ الاسلام الاسبيجابى الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون فى زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك)

(قوله وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرمالة) أقول وعندى الثالث أقرب والاول أبعد أما لفظا فلما كان قوله من قبل وأما معنى فان علة وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل الى الكثير

ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة

أقول فيه ضرب اشكال وهو انه قدم في أول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته فينافي ما تقرر في أوائل الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شئ لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر أيضا هناك فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احداهما وظنيتها في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله لان قطعية حرمة الشئ تستلزم أن يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة الثلاثة المحرمة عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع أن اجتهاد الاباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر أصحاب الظواهر فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهة على أصل محمد ويمكن أن يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام عند محمد أن كل مكروه كراهة التحريم حرام عند محمد لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لابي حنيفة وأبي يوسف فان المكروه كراهة التحريم ليس بحرام أصلا عندهما بل الى الحرام أقرب وأما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام أقرب عند أحد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز أن يكون المراد بالكراهة في قول المصنف ههنا وعنه انه كره ذلك هو الكراهة التنزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله ولهما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب) قال في النهاية ولهما أيضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الاشربة المحرمة الثلاثة فان قليلها أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء مع أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة) أقول الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد لمدعاهما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن فيه بحث وهو أن الاستدلال على مدعاهما في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا حل الاشربة المحرمة الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على أن استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف

ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا

المذهب فليتأمل (قوله ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير أضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى أن شيأ مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله في علم الاصول ولا شك أن شيأ مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا هنا اذ لا ننكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم بقي الكلام في أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادئ الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمن الاخير في أثقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى وحينئذ يصير الجزء الاخير علة اسما أيضا أي كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشئ فضلا عن أن يكون أولى اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيأ بل انما الكلام هنا في أن المفسد للعقل هو القدح المسكر أي المزيل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل أيضا في ازالة العقل فينبغي أن يحرم أيضا لم يفد أن يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيأ في دفع ذلك السؤال أصلا وانما يتمشى ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومحله قول المصنف ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا أيضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير أيضا ولا شك أن اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعا ولو سلم أن يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير أيضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما أيضا تأمل تقف

وانما

وقوله (ولان المفسد) للعقل ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم أيضا أجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا

(قوله والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز) أقول اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير وما تقدمه فليس بمجاز والكلام فيه (قوله وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا) أقول ويقرب مما ذكره الشارح ما قاله الامام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير لا يقال القدح الاخير مسكر بما تقدمه لان المسكر ما يتصل به السكر وهو كالمتخم من الطعام فان المحرم هو المتخم انتهى قال التفتازاني في التلويح ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمن الاخير في اثقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى

وقوله (وانما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب عن الاول ان القياس ذلك ولكن تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطى القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله (والحديث الاول) يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله (والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه يوسفيا (١٦٥) ويعقوبيا لان أبا يوسف رحمه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وجيديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه جيد وهل يشترط لاباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ رحمهم الله فيه واختاره المصنف رحمه الله وقوله (أو يذهب منهما) يعني تارة يذهب الماء أولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء أولا كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله (يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول انها لا تحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما ذكره في الكتاب

وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم عصر يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر

(قوله وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه) أقول فيه كلام وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشيء لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التنزل والزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر (قوله والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الاخيرين اللذين رواهما ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى أقول توجيهه ليس بشيء لان دلالة الحديثين الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الاشارة أو الاقتضاء وقد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص واقتضائه عند التعارض فان أراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس بصحيح وان أراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل محل كما لا يخفى (قوله لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقولهم أي على القطع والبتات تقييد المنفي في قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد النفي فالمعنى أن

(قال المصنف والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الاخيرين ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما (قوله وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كائن كالذي هو عنب فالخبر محذوف وينبغي أن تكون الكاف زائدة (قال المصنف فصار كما بعد العصر) أقول أي صار حكم العصير بعد طبخ العنب كحكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب والاوجه أن يقال فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه

(قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء الخ) جوز أكثر أهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهو جرار حمر أو خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيأ ولا يحرمه ولكن انما ينبذ فيه ان كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله (واذا تخللت الخمر) يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت وقال الشافعي رحمه الله ان كان التخلل بالقاء شئ فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما ألقي في الخمر يتنجس بملاقاته الخمر والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شئ من ذلك ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل هو يتناول المخلل والمتخلل لاستحالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به والاقتراب وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجبا فلا أقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله (وكذا الصالح للصالح) يجوز أن يكون معناه المخلل صالح للصالح والصالح للصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ

ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما أنقع فيه شيأ يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو للحد في درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيأ ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعدما أخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عن أبي يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشئ يطرح فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شئ فيه فله في الخل الحاصل به قولان له أن في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ

ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لان ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهابهما القطعي لم يثبت لان عدم ذهابهما قطعي فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منهما بأن يذهب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطا بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القصد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر لان ماء التمر يكتفي فيهما بأدنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد انتهى أقول وقول القدوري بعده ولا بأس بالخليطين أظهر في ترويح نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذ لقائل أن يقول يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني

(قال المصنف لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طبخة الخ) أقول هذا التعليل لا يفي بتمام ما ادعاه لظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والزبيب مكان بين التمر والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر للاولين

وقوله (والاقتراب لاعدام الفساد) جواب عن قوله ان فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لانسلم أنه على وجه التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا فى المآل وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لاولكن أرقها حين

والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا فى الثانى فيختاره من ابتلى به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء أما أعلاه وهو الذى نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ما قالوا قال (ويكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) لان فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو دبرة دابة ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيا للتداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما فى الكلب والميتة ولو ألقى الدردى فى الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال (ولا يحد شاربه) أى شارب الدردى (ان لم يسكر) وقال الشافعى يحد لانه شرب جزأ من الخمر ولنا أن قليله لا يدعو الى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها فى الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر فى مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه أصابه الطبخ ويكره أكل خبز عجن بعينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

﴿فصل فى طبخ العصير﴾ والاصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثى ما بقى ليحل الثلث الباقى ببيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقى حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل

الحل فى الاول وقد تشبث صاحب الغاية فى ترويج نظره بقول القدورى الاول ولم يتعرض لقوله الثانى وكان صاحب الكافى فهم ركاكة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته فى الصورة الثانية فقال ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل أن يقع لفظ التمر فى قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المصنف أو من الناسخ الاول الا أنه يبقى نوع قصور فى التعليل الذى ذكره ههنا عن افادة المدعى فى الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب فى التعليل قط ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع فى نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأتى فى التمر والزبيب على ما قال فى المختصر انه يكتفى فيهما بأدنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام فى النوادر عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى أثره العينى قلت ويؤيده ما ذكره فى الفصل الثانى من كتاب الاشربة من المحيط البرهانى حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه ما دام حلوا وأما اذا غلى واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعى رحمهما الله لا يحل وروى هشام فى نوادره عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى والله الموفق

﴿فصل فى طبخ العصير﴾ قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليما لابقاء ما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل

خمرا أيتام عنده وما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتخذ الخمر خلا أجيب عن الاول بان ذلك فى ابتداء التحريم فعالهم أن يحوموا حول الخمور كما حرم الانتباذ فى الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرمه ويوضحه انه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثانى أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما فى النهى عن اتخاذ الدواب كراسى فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدى بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك فسر الاتخاذ بالاستعمال دردى الخمر وغيرها ما يبقى فى أسفله ومعناه يحرم شرب دردى الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تأثيرا فى تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل

المستفاد من قوله كما فى الكلب والميتة (ولا يحد شارب الدردى ان لم يسكر) خلافا للشافعى قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح

﴿فصل فى طبخ العصير﴾ لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليما لابقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيال للشراب وهو عجمى

قوله (وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال فى النهاية كأن محمدا علم أن العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله أن الماء متى ما كان أسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلثا الكل وقوله (ففى الوجه الاول) يعنى ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم لانك تحتاج الى أن تجعل عشرة دوارق عصيرا على ثلاثة لحاجتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة أسهم فاذا ذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب (١٦٨) يجعل كان لم يكن لانه ما بقى العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقى واحد وهو تسع الكل وقوله (وفى الوجه الثانى) يعنى الذى يذهب الماء والعصير معا (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقى ثلث العصير وثلث الماء فهى ومالوصب الماء فى العصير بعد ما صار مثلثا سواء وقوله (يحل) لانه أثر النار مثاله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقى خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذى بقى من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو ومالو صار مثلثا والنار تحته سواء هذا بخلاف ما اذا برد قبل أن يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شئ فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله (بيانه عشرة أرطال عصيرا الى قوله فعرفت أن الحلال ما بقى منه ولها رطلان وتسعان) وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ فى المعنى داخل فيما بقى وكان الباقى ان لم ينصب منه شئ تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك فى معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقى أتساعا فاذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا فى المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل فيكون الباقى منه ستة أرطال وستة أتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل

لان الذى يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه وأيا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة وأصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بما نه ان كان الماء أسرع ذهابا بالرقته ولطافته يطبخ الباقى بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثانى العصير فلا بد من ذهاب ثلثى العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه وبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقى ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلى ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففى الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفى الوجه الثانى حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلى بدفعة أو دفعات سواء اذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه أثر النار وأصل آخر أن العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه فى الباقى بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ فما خرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقى بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقى بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شئ وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت أن الحلال فيما بقى منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل

ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير الى أن يذهب ثلثاه (قوله لان الذى يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه وأيا ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول فيه شئ وهو أن وجه جعل العصير تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقى منها فى كونها عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا فى حكم العدم بلا أمر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا فى حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاظهر فى تعليل هذا الاصل أن يقال لان الذى يذهب زبدا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد فى الاصل عشرة دوارق عصير تصب فى قدر فتطبخ فتغلى وتقذف بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقى حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقى بعد الدورق الذى أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدورق زبد فجعل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهى تسعة

(قوله وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقى العصير لا غير) أقول قوله لانه أى لان الشأن ولفظة ما فى قوله ما بقى موصولة والله أعلم

وقوله (ولها طريق آخر) قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطيخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل فاذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعا لاحتياجك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسعا رطل

﴿ كتاب الصيد ﴾

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة (١٦٩) والصيد مما يورث السرور الا أنه قدم

ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا

دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل) قلت فيه ايهام لطيف لكتابيه المسمى أحدهما بكفاية المنتهى والآخر بالهداية

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور والنشاط في الآدمي الا أن السرور في الاشربة المباحة أكثر لانه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارجي فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظر أما أولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والاذكر فيه كل أشربة مباحة على التفصيل مع أنه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا نبذ قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشربة بأن الاشربة جمع شراب والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات فما معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور وأما ثانيا فلان ما ذكره ههنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تأخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور فبين كلاميه في المقامين تنافر لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو

الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون الفرح والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أو لا فان كان فهو حرام وان لم يكن فأما أن اصطاد في الحرم أو لا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب أن يكون معلما

وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخمسة في الصيد أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات الماء الا السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه وأن لا يكون متقويا بأبناء نوعه أو بمخلبه وأن يموت بهذا

﴿ كتاب الصيد ﴾

مر في فصل جناية الصيد من كتاب الحج تعريفان للصيد (قوله من حيث ان كل واحد من الاشربة) أقول ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كما أن منها حلالا وحراما كذلك من الصيود ما هو حلال وحرام (قوله الا أنه قدم الاشربة) أقول لا يقال كونها مع الشرب شبعتا عرق واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لانه لم يدع أحد عدم الكفاية وانما المقصود ابداء وجه آخر ولا مشاحة فيه (قوله وان يموت بهذا) أقول قوله وان يموت بهذا مستدرك بعد قوله وان يقتله جرحا

قبل أن يصل الى ذبحه كذا فى النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه

وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما

أخذا الخطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمى بأصل الخلقة مأكولا كان أو غيره أكول كذا فى غاية البيان قال فى الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة فى الصياد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه فى الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة فى الكلب منها أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه فى الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخمسة فى الصيد منها أن لا يكون متقويا بأنيابه أو مخلبه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه انتهى وذكرت هذه الشروط فى النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية أيضا وقال كذا فى النهاية منسوبا الى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء فى واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحا انتهى أقول لا استدراك فيه لان الشرط الذى أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا يحل أكله حينئذ كما ستقف عليه وكذا الشرط الذى أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل الى ذبحه اذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل الى ذبحه لم يحل أكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضا ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحا لا يغنى عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل الى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل الى ذبحه فحينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية فى جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن يعتذر عما ذكره فى علاوته بأن الكلام فى شرائط حل الصيد المحض وهو الذى لم يدركه الصياد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازى والرمى وصار مذبوحا بالذبح الاضطرارى وما أدركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر ما يذبح بالذبح الاختيارى فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء فى قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد أقول الظاهر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد فى قوله لان هذا شرط الاصطياد للاكل هو الاصطياد الشرعى وهو ما كان حلالا فيؤل معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح فى التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالى بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح فى كلام صاحب الخلاصة فانه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية فى علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل انتهى أقول لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذى حاصله التقصير فى البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وترك بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية اليه (قوله وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) مدة التحريم الى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا

(قوله قبل أن يصل الى ذبحه) أقول والا لا يكون صيدا محضا والكلام فى حله (قوله وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب) أقول فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول يعنى لا غيره من سباع الطيور (قوله على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ) أقول مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل (قوله وكذا اذا لم يمت بهذا) أقول ناظر الى قوله وان يموت بهذا قبل أن يصل الى ذبحه (قال المصنف وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) أقول مادام لتوقيت فعل بمدة ثبوت مصدر خبرها للفاعل ذلك المصدر فأنت فى قولك اجلس مادام زيد قائما أيوه مؤقت جلوس المخاطب بمدة ثبوت قيام أبى زيد وما التى فى مادام مصدرية والمضاف الذى هو الزمان محذوف أى مدة دوام قيام أبى زيد كذا فى شرح الرضى

ولقوله

وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه أحل لكم صيد البحر كان أنسب وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ماذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله (ولانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب) استدلال بالمعقول

﴿فصل في الجوارح﴾ قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جماد وللفاضل تقدم على المفضول

قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم الخ) يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لايجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل أحد فلم يستثنه والباقية ان أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لايمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما أنهما اذا أمسكا صيدا لايأكلانه في الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم أنه ترك عادة أو تعلما ولان التعليم لان يمسك للغير والاسد لعلو همته لايفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله وألحق بعضهم الحدأة بالدب لمعنى الخساسة وانما أورد رواية الجامع الصغير لقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري رحمه الله تدل على الاثبات لاغير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا

ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة مايحويه الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

﴿فصل في الجوارح﴾ قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته)

قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه أقول لانسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان الخاص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولاتقربوهن حتى يطهرن

﴿فصل في الجوارح﴾ قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جماد وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا في الشروح (قوله وفي الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته) قال صاحب العناية انما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لاغير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا انتهى أقول فيه شئ اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري أيضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لاغير اللهم الا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لاغير وان دلت بمفهومها على النفي أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات والنفي معا لكن لايظهر حينئذ في ايراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كما لايخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لابأس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والدب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنيا فتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لابأس انتهى أقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول أن النص الذي خص منه شئ بالعقل لايصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد أشار اليه

(قوله وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول في التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمته للمحرم المعلومة من قوله لغير المحرم ويثبت جوازه لغير المحرم بالاباحة الاصلية ولقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا انتهى وفيه بحث اذ الكلام في حل الفعل ثم لو ثبت الجواز بالاباحة الاصلية لم يحتج الى الدليل وذلك لان الاصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري والاضطراري على خلاف الاصل

﴿فصل في الجوارح﴾ (قوله فان رواية القدوري تدل الخ) أقول تعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

(والاصل في ذلك) أي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله تعالى أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب أن ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب قال في تأويل المكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي

المذكور فالحمل عليه أولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين وغيرها قال الله تعالى أم حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تأويل لانه في تأويل آخر هي التي تجرح من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أنه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم

المصنف بقوله فما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الاسد والدب فليسا بداخلين رأسا في النص المذكور لانهم صرحوا بأن الاسد والدب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى أن تخصيص شئ من شئ فرع دخوله فيه أولا فاذا لم يدخلا في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر في علم الاصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك وأما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف أهل الاصول النسخ دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا بالمحالة تبصر (قوله والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين) وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب أن ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى أقول نظره فاسد وجوابه كاسد أما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لاستحالة مقرر في علم النحو بلا ارتياب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ليس بانكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة في الحكم أيضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثاني فلان لقائل أن يقول انما يلزم من أن لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارنا لأحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان وما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم ومن يقول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولا فادة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى انتهى أقول في تفريع قوله فالحمل عليه أولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا يخفى أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواسب قال في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي)

(قوله لانه معطوف على قوله أحل لكم الطيبات) أقول فيه تسامح لانه معطوف على الطيبات (قوله وصيد ما علمتم) أقول والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى فكلوا مما أمسكن فليفهم (قوله وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم) أقول ليس ذلك من القران في النظم لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيشتركان في حكم الاحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه) أقول فان قيل ما الحاجة الى هذا العذر بعد ما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد قلنا ليتناول جوارح الطيور فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يعم كل سبع عقور ذي ناب فليتأمل (قال المصنف دل عليه ما روينا من حديث عدي) أقول لكن لا دلالة فيه على عمومه جوارح الطيور بخلاف الآية

رضي

وقال واسم الكلب يقع فى اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه الصلاة والسلام فى دعائه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله (وعن أبى يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله (ولان آية تعليمه ترك ماهو مألوفه عادة) قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازى لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول

رضى الله عنه واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبى يوسف أنه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يحملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لابد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال (تعليم الكلب أن يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازى أن يرجع ويجيب اذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس رضى الله عنهما ولان بدن البازى لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ماهو مألوفه عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار

قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عدى بن حاتم أقول لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذى مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل آخر اذ لا تنافى بين التأويلين كما سيجىء فى الكتاب وأيضا عموم حديث عدى لا ينافى التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هى التى تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضا فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تأويل دون آخر فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما رويناه من حديث عدى انما هو الاستدلال على تناول ما فى الآية الكل بحديث عدى بن حاتم فالمعنى دل على تناول الكل ما رويناه من حديث عدى وبينه بقوله واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقى شئ فى كلام المصنف وهو أن المدعى جواز الاصطياد بكل شئ علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فالمراد بالتناول فى قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول لكل ما فى المدعى ولا يخفى أن حديث عدى لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكلب المذكور فيه كل ذى سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال أيضا فليس بظاهر وانما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فى الادلة الشرعية كما عرف (قوله ولان آية التعليم ترك ماهو مألوفه عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب)

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل صاحب النهاية وصاحب الكفاية وصاحب معراج الدراية (قوله وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين البازى والكلب) أقول لا يخفى عليك ما فى ذكره من البعد وأتركاكة فان كلا الدليلين لاثبات الفرق بين الكلب والبازى واذا عم الكلب فى الاول لسائر ذوات الناب ففى الثانى يكون كذلك ولعل الاولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها فى الصيد ألوفا مع أن فى طبع غيره الالف أيضا على ما تراه فى الذئب والاسد وغيرهما اذا ربى من صغره فى البيت بخلاف جوارح الطير ورجعل الكل فى حكم واحد فى التعليم يعنى أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما فى نظائره فليتأمل (قال المصنف ولان بدن البازى لا يحتمل الضرب) أقول يعنى لا يمكن تعليمه بترك الاكل الا بالضرب حالة الاكل وجثته لا تحتمل الضرب فاما جثة الكلب فتحتمله (قال المصنف فيضرب ليتركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لضرورة الكلب معلما انما هو لان آية التعليم ترك ماهو مألوفه عادة فلا بد من ملاحظة الدليل الثانى فى اتمام الاول فيفوت استقلاله قلنا بل يثبت ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن أى لم يأكلن اذ يعلم منه أن ترك الاكل شرط فى حل أكل الصيد فلا تمس الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ لا دلالة فيه على كون الامساك شرطا للتعليم كما لا يخفى على المتأمل والالعم فى الطير

كما فى مدة الخيار وفى بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذى يقع أمارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فتقدر بها وعند أبى حنيفة على ماذكر فى الاصل لا يثبت التعليم مالم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأى المبتلى به كما هو أصله فى جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر فى سكوت المولى وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال (واذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله) لما روينا من حديث عدى رضى الله عنه ولان الكلب أو البازى آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمى واصرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا فى الذبائح ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارى وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال

قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا فى المبسوط انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازى لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى هنا لفظه أقول ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر آنفا والظاهر أن المراد بالكلب فى المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد فى التعليل أيضا هو الفرق عموما والذى يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثانى فالمعتمد هو الاول كما ذكر فى عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها فى الصيد ألوفا مع أن فى طبع غيره الالف أيضا على ما تراه فى الذئب والاسد وغيرهما اذا ربى من صغره فى البيت بخلاف جوارح الطير جعل الكل فى حكم واحد فى التعليم يعنى أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما فى نظائره فليتأمل اه أقول ليس هذا أيضا بسديد اذ بعد ما تقرر أن الفهد والنمر مما لا يتأتى فيه الالف بل هما متوحشان كالبازى لا يكون جعل أنواع الكلب كلها فى حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم اذ ذاك أن يحمل المتوحش على الالوف وهو غير ميسر لا محالة ثم أقول بقى شئ فى التعليل الاول أيضا وهو أنه قد ذكر فى عامة المعتبرات أن شمس الائمة السرخسى قال نقلا عن شيخه شمس الائمة الحلوانى للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه وعد منها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدى شيأ فى حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازى والكلب فى التعليل الاول هو أن بدن البازى لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه أن مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى فى حق الفهد اذ هو غير مؤثر فى حق تعليمه فتأمل

وقوله (وفى بعض قصص الاخيار) قيل أراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما الصلاة والسلام حيث قال فى الكرة الثالثة هذا فراق بينى وبينك وقوله (كما هو أصله فى جنسها) أى أصل أبى حنيفة رحمه الله فى جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير ما غلب فى نزح ماء البئر المعينة وقوله (وله أنه آية تعليمه عنده) أى أن ترك الاكل علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا أنه يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله (فظاهر الرواية) يريد رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب أو البازى الصيد من غير جرح لا يحل وأشار فى الاصل الى أنه يحل والفتوى على ظاهر الرواية

(قال المصنف كما فى مدة الخيار) أقول لا ينهض هذا على مذهبهما

وقوله (في تأويل) يعني غير ما أولناه أولا وهو قوله والجوارح الكواسب في تأويل وذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل أن النص اذا أورد وفيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تناف يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لانه لا تنافي ههنا وفيه نظر لان الجرح اما أن يكون مشتركا بين الكسب

والجرح الذي تحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله (وفيه) أي في الجارح الكاسب أخذ باليقين وقوله (رجوعا الى التأويل الاول) يعني ما سبق من الكواسب وقوله (وجوابه ما قلنا) يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه أخذ باليقين

(قوله وفيه نظر) أقول سبق الى هذا النظر نظر الاتقاني (قوله والجرح التي) أقول الظاهر أن يقال والجرح الذي (قوله والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا الخ) أقول ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجارح الكاسب على المجاز اما على طريقة ذكر السبب وارادة المسبب فيكون المراد اشتراط الجرح والكسب أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلا المعنيين فيستعار الثاني للاول ثم يشتق منه الفعل ولا يخفى عليك أولوية الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لانطواء الاول على الثاني بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معنيي المشترك في هذه الصورة كما جوز في النفي على ما سيجيء في الوصايا وعلل هناك بعدم المنافاة أيضا (قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيدا لا حجة أخرى لعدم وفائه بتمام المدعى

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه أخذ باليقين وعن أبي يوسف أنه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا قال (فاذا أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وان أكل منه البازي أكل) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه

(قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه أخذ باليقين) وذلك لان النص اذا ورد وفيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لانه لا تنافي بينهما فكذا ههنا لا تنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال وفيه نظر لان الجرح اما أن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ الى هنا كلامه أقول يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه أنه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلا محتملي النص المذكور من التأويلين لعدم التنافي بينهما وفيه أخذ باليقين اذ يوجد في المجموع كل واحد منهما فأي منهما يراد في النظم الشريف كان مأخوذا في الاعتبار والعمل وليس مراده أن كلا التأويلين يراد ان معا بلفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لزعمه أن مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين وكان حق التفسير أن يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التأويلين كما نبهت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لان الجوارح اما أن تكون حقيقة في الكواسب أو مجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح أخص من الكواسب فلو كان المراد بالكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه ليس بسديد لان كون الجوارح أخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال اذ لا شك أن مفهوم الاخص يغاير مفهوم الاعم والا يلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا الا بطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعا على تقدير ارادتهما معا من لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي) أقول في كلامه

وهو حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه (ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولاما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما

هذا ركاكة لان ضمير هو في قوله وهو مؤيدان كان راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره يرد عليه أن حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور أصلا فانه انما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه الكلب ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى مضمون قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي أن يذكر عقيب قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله وان أكل منه البازي أكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لا يخفى (قوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه) فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال له في صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل واضح لهما أجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه كذا في العناية أخذا من النهاية أقول يرد على هذا الجواب أن قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم انما يدل على اباحة أكل ما لم يأكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحة أكل ما أكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم حتى يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه أيضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا والحق عندي في الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبي ثعلبة معارض بحديث عدي وحديث عدي مرجح على حديث أبي ثعلبة لان حديثه يحل ما أكل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناسخا له فوجب العمل بحديث عدي دون حديث أبي ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء) قال صاحب العناية أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ أقول تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ روايتين لا غير رواية عند أبي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عند أبي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور أن يكون مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب أن مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة فحينئذ تتحقق الروايات وتنتظم صيغة الجمع كما

وقوله (وهو حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه) يعني حديث عدي رضي الله عنه فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه أنه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل واضح لهما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وقوله (على اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء) أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ وقوله (وأما الصيود التي أخذها من قبل) واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل أن أبا حنيفة يحكم بجهله مستندا

(قوله أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك الخ) أقول فيه بحث فانه لا دلالة في الآية على النهي عن الاكل على تقدير انتفاء الامساك ومفهوم المخالفة غير معتبر فأين المعارضة والمنطوق أقوى عند المعتبرين للمفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضا (قوله أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) أقول فيه بحث بل الظاهر أن المراد ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه معلم وفي رواية أخرى موافقا لمذهبهما ثبوته بترك الاكل ثلاث مرات

هما

وهما يقولان ان الاقتصار على ما أكل لان ما أحرزه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض

هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله أنه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده) لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها اليه فأكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا ألقى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد (ولو ألقى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله

لا يخفى (قوله هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى) أقول الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما أحرزه الخ أن يكون المذكور ههنا دليلا تاما لهما فيرد عليه أنه لو تم لدل على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفازة أيضا لجريان هذا الدليل في ذلك أيضا مع أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا اذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته) قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله وأجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء وأما اذا أكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها نقض ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما أكل من الصيد بما اذا أكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل متمش في صورة القتل أيضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضا بقتله فلم يتحقق الاكل من الصيد في الصورتين مع انهما مفترقان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا في التقرير حيث قال فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل وفي هذه الصورة وهي ما أكل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لان ما أكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقتا في الحكم والاوجه فيه هو أن الفرق انما نشأ بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا أي في مسئلة الوثبة لما أكل من الصيد الى أن أخذه صاحبه قد تم امساكه على صاحبه وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم انه انما

باجتهاد آخر مثله بعده والجواب ما قال وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال أبو حنيفة أقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيأ من صيوده المقدرة والحكم فيه كالذي فيه الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب وقوله (ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد) يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يؤكل وأما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الارسال ومسئلة الوثبة في الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله وأجيب بأنه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء وأما اذا أكل قبل الاخذ فقد كان ممسكا على نفسه

(قال المصنف لان الحرمة لا تنسى) أقول فيه بحث

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل ان أدرك الصيد حيا فلا يخلو اما أن تمكن من ذبحه أولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية وان ذبح حل في قول أصحابنا جميعا وكذلك حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة أو ضيق الوقت فاما أن يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح أولا فان كان لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

اذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية أنه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه تثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أي اعتبار التمكن من الذبح لانه لابد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في أكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرناه من ثبوت اليد على المذبوح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لانه ميت حكما ألا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح أي ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون أما في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قدر لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وان تركه حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لابد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيها تفصيلا وهو أنه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه

أمسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون معلما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجها آخر فارقا بينهما وعده أوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم أقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين تينك المسئلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل أن يحرزه المالك فما بقي شئ من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد تأمل ترشد (قوله وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وان تركه حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) اعلم ان قوله وان أدرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف فأقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندي أما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان أدرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شئ يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه له وأما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجئ في باب الرمي مفصلا ألا ترى الى قوله هناك واذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا خرج السهم فمات وان أدركه حيا ذكاه

(قوله أو خفية) أقول المراد بالحياة الخفية ههنا ما هو فوق حياة المذبوح لا ما هو مثلها أو دونها والا لا تجب الذكاة كما يجئ

أما اذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي (هذا قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية) أي اعتبارا بها (هذا الذي ذكرنا) انه لا يؤكل عنده اذا شق بطنه وأخرج ما فيه (اذا ترك التذكية فأما اذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر) أي شق (الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة) اذا ذبح حل عنده (وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل) وعند أبي يوسف لا بد من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله فأما اذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل أكله والا فلا (لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه) اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله (ولو أدركه ولم يأخذه) يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد وههنا أدركه ولم يأخذه وقوله (على ما ذكرناه) اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا وقوله (واذا أرسل كلبه المعلم على صيد) يعني صيدا معينا (فأخذه غيره حل) يعني ما دام في وجه ارساله وقوله (ولنا أنه) أي شرط التعيين (شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد) والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا أجيب بأنه متعذر اذ لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله (على ما بيناه) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال تشترط عند الارسال والرمي وقوله (ولهذا تشترط التسمية عنده) أي عند الارسال

أما اذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما ذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لانه صار في حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لانه ان كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح (واذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك لا يحل لانه أخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا أنه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهد افكمن حتى يتمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل)

انتهى فلا حاجة الى بيانه ههنا (قوله وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما أقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كليهما مما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا معتبر بهذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم أن يريد به قوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل أكل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبوح لا فوق ما يبقى في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الاشارة اليه ههنا بقوله على ما قررناه

وقوله (فيغلب جانب الحرمة نصا) أى بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلاثة فصول أحدها ما اشترك فيه الكلبان فى الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثانى ما اشتركا فيه فى الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل أرجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا فى شئ لكن الثانى أشد أى جل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثانى لم يشارك الاول فى شئ من الصيد وانما أثر فى الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع قال (واذا أرسل المسلم الخ) الاصل فى هذا أن الفعل يرفع بالاقوى والمساوى دون الادنى فاذا أرسل المسلم كلبه وزجره أى أغراه المجوسى حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بأن الجزاء فى المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى (واذا أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل كذلك ولهذا) أى ولان الزجر دون الارسال (لم يثبت به) أى بالزجر (شبهة الحرمة) يعنى فى الصورة الاولى مع أن الحرمة أسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما فأولى أن لا يثبت به الحل يعنى بزجر المسلم (وان

لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا) لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول فثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثانى) لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فانه يؤكل) وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتكمين لما بيناه فى الكلب (ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله انسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك فى الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر وعن أبى حنيفة أنه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لانه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق قال (وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه ويديه عمدا لم يؤكل) لما روينا فى حديث عدى رضى الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا (ولو رده عليه الكلب الثانى ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره أكله) لوجود المشاركة فى الاخذ وفقدها فى الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسى بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يرده الكلب الثانى على الاول لكنه أشد على الاول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله) لان فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال (واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما فى نسخ الاسى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل) لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى

تدبر تفهم (قوله ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله) كما فى نسخ الاسى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة فى اثبات الحرمة أو شبهها انتهى أقول ليس هذا وارد لان الارسال أصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركا للاصل فى ترتب الحكم وقد أشار اليه المصنف فى تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة فى اثبات الحرمة أو شبهها بل لا بد من أن يكون اللاحق وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساويا له حتى يرفع به السابق واما اذا كان أدنى منه فلا تأثير له فى الحكم وقد أشار اليه المصنف فى تعليل المسئلة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى قال

(قال المصنف ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله) أقول لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة فى اثبات الحرمة أو شبهها (قوله ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء) أقول ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء

وقوله (لان الزجر مثل الانفلات) يعنى من حيث ان كل واحد غير مشروط فى حل الصيد بخلاف الارسال وقوله (لانه ان كان دونه) يعنى أن الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل ناسخا وقوله (وقذه) أى جرحه جراحة أنخنته وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التى قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الانخان الذى أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الانخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفوه وقوله (بجرح الكلب الاول) يعنى انه لا يؤكل لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح فى المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب فى مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة والله أعلم

(181)

(وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل وكذا اذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما بينا (والملك للاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الا أن الارسال من الثانى حصل على الصيد والمعتبر فى الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثانى بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

﴿فصل﴾ فى الرمى (ومن سمع حساطنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أى صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبى يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة فى شئ منه بخلاف السباع لانه يؤثر فى جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة

﴿فصل فى الرمى﴾

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع فى بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفى (ومن سمع حساطنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيدا) ظبيا مثلا فان تبين أن المسموع حسه آدمى أو بقر أو شاة لم يحل الظبى المصاب مثلا فى قولهم جميعا لانه أرسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كأنه رمى الى آدمى عالما به فأصاب صيدا فانه لا يؤكل (وان تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أى صيد كان) المسموع حسه يعنى سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبى يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة فى شئ منه بخلاف سائر السباع) لانه أى الاصطياد (يؤثر فى جلدها وزفر خص منها) أى من جملة المسموع حسه (ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة) فكان هو والآدمى سواء

فى العناية ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بان الجزاء فى المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم اذا زجر كلب حلال عند ارساله تقرر أن ينتقض به الاصل الذى ذكروه من عدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذكور أن الاصل الذى ذكروه انما هو على موجب القياس ووجوب الجزاء على المحرم فى الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح فى كلية الاصل المذكور المبنى على القياس تفكر (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانفلات) قال جمهور الشراح يعنى من حيث ان كل واحد غير مشروط فى حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرح بسديد عندى اذ لم يكن الكلام فيما سبق فى كون الفعل الغير المشروط فى حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط فى حله أو بما هو مثله بل كان الكلام فى كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه فى القوة أو بما هو مثله فيها كما فى نسخ الاتى فالوجه ههنا أن يقال يعنى أن الزجر مثل الانفلات فى القوة والضعف وتعليل المصنف اياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

﴿فصل فى الرمى﴾ لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع فى بيان حكم الآلة الجمادية

﴿فصل فى الرمى﴾ (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحة) أقول الاظهر أن يقال لان الرمى لان الفصل فصله

(ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول) وما هو كذلك فالمأكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا اذ الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم تثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قتلها فان كان مما يحل تناوله تثبت اباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحة جلده فثبت أن فعله وقع اصطيادا واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا كان كأنه رمى الى صيد فأصاب غيره وقوله (وان تبين أنه حس آدمي) قدمناه آنفا وقوله (لان الفعل ليس باصطياد) اذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق أي المشدود بالوثاق بمنزلته أي بمنزلة الآدمي لما بينا أن الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلتان المذكورتان في الكتاب وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما) يشير الى أن كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه أن يكون حل أكله (١٨٣) مشروطا بالذبح حتى لو سمع حساً فظنه صيدا فرماه فأصاب ظبيا ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد ولو سمع حساً وظنه آدميا ورماه فأصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حساً ظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك أنه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمي ففيما اذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى أو لانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده قال فلا يحل المصاب ههنا وحل هناك لذلك أجيب بأن الفرق ما أشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعينه أي تعين كونه صيدا وبيانه أن في المسئلة الاولى أصاب سهمه غير المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه للمسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد وأما ههنا فسهمه أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر ظنه ذلك المخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله (على ما بيناه) يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ

ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى الى صيد فأصاب غيره (وان تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب) لان الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته) لما بينا (ولو رمى الى طائر فأصاب صيدا أو مر الطائر ولا يدري وحشي هو أو غيره وحشي حل الصيد) لان الظاهر فيه التوحش (ولو رمى الى بعير فأصاب صيدا ولا يدري ناد هو أم لا يحل الصيد) لان الاصل فيه الاستئناس (ولو رمى الى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف) لانه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما (ولو رمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل) لانه لا معتبر بظنه مع تعينه (فاذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا جرح السهم فلت) لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال (واذا أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده

وقد مر وجه تقديم الاول (قوله والظبي الموثق بمنزلته) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أي بمنزلة الآدمي أقول هذا التفسير ليس بجيد اذ الظاهر أن الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الاهلي دون الآدمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته علم أن المراد ليس مجرد أن لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال أيضا فالوجه في تفسير قول المصنف والظبي الموثق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث قال أي الظبي

(قوله والظبي الموثق أي المشدود بمنزلته أي بمنزلة الآدمي) أقول ولعل الاولى أي بمنزلة الاهلي (قوله نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه هنا أيضا مخالفا لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيدا

وقوله (فتحامل) التحامل فى المشى ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت فى المشى وقوله (حتى أصابه ميتا أكل) قيل اذا وجده وفيه جراحة سهمه لاغير وأما اذا وجده وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما سيجىء لانه ظهر لموته سببان أحدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعى يؤكل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمى والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم فى هذا كالمتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قاله حين أهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت فى طلبه حتى حال بينى وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقى وهو الرمح الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدرى لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان فى طلبه أيضا أجاب بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة أن الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله وقوله (والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل) يعنى وان رأى فيه أثر سبع واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامى فان قيل ان كان ما روى عنه عليه السلام من كراهته أكل الصيد اذا غاب عن الرامى حجة عليه فقوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته فانه عليه الصلاة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب أن الاصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما

قال (واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) لما روى عن النبى عليه السلام أنه كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامى وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغى أن يحل أكله لان الموهوم فى هذا كالمتحقق لما روينا الا أنا أسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لم يحل

المقيد بمنزلة الطير الداجن الذى يأوى البيوت انتهى (قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) قال الزيلعى فى شرح الكنز وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما كل ما أصميت ودع

(قوله كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا) أقول لم يظهر فيما ذكره للموت سبب آخر غير الجرح بخلاف المسئلة المذكورة (قوله وهو كما يدل على حرمة ذلك الخ) أقول فى دلالته على التحريم كلام ثم قوله على حرمة ذلك أى حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لان الموهوم كالمتحقق لما روينا) أقول فلا يكون هذا دليلا مستقلا (قال المصنف والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل) أقول وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله وان توارى عنه اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله فى أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا ولو حمل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان مستقيما ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كذا فى شرح الزيلعى أما نص عبارة قاضيخان فهى والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون فى طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطا بخصوصه كما ترى وما يدل عليه تعليله الذى ذكره من كونه شرطا بخصوصه فأمره سهل اذ المراد اذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقرينة وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد ففيه ضرورة فليتأمل وراجع النهاية فانه ذكر حديث ابن عباس رضى الله عنهما (قوله ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر) أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أثر سبع فان احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه اذا كان محرما ففيما اذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرما والظاهر أن يقول فكراهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له

وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف فيه وقوله (لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه) لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لابد أن يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال (واذا رمى صيدا فوقع في الماء الخ) كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بأن لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي قوله (وكذا السقوط من عال) وهو في بعض النسخ من علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله (وان وقع على الارض ابتداء أكل) يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء (وقوله وذكر في المنتقى) يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة ليس في المسئلة روايتان وهذا أي ما فعله شمس الائمة أصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمله كما على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض أكل وقد ذكر أنه في معناه

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال (واذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المتردية وهي حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء أكل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها الان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لا تنغمس في الماء أكل وان انغمست لا يؤكل

ما أنهيت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه الزيلعي فان الامام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الامرين عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره أولا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا وأما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر أن المراد به أنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التوارى مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد أشار اليه المصنف بقوله الا انا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يجري الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله وذكر في الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمها بين الرفاق انتهى (قوله وان وقع على الارض ابتداء أكل) قال في العناية أخذا من النهاية يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء انتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذ الظاهر أن الوقوع على

وقوله (كما اذا وقع) أى غير المائى (فى الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له يمضى عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها وقوله (اذا لم يخرق) بالزاى المعجمة خرق المعراض (١٨٥) أى نفذ وبالراء المهملة خطأ وقوله

كما اذا وقع فى الماء قال (وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لابد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال (ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها) لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذلك ان رماه بحجر وكذا ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل فى هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل وان أصابه بقفا السكين أو بقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال (واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل العضو) وقال الشافعى رحمه الله أكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان

نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الارض وبهذا جعل المصنف الاول قسيما للثانى فيما سيجىء وعد الاول مما يمكن التحرز عنه والثانى مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعنى اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجىء (قوله وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر فى كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح فى أى موضع كان من البدن ذبح اضطرارى يصار اليه عند العجز عن الذبح الاختيارى وهو الجرح فيما بين اللبة واللحيين وان فى كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختيارى أعمل فيه من الاضطرارى فكون الدم محتبسا لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضى حل أكل المجروح بالرمى بدون الادماء بل يقتضى حرمته بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجه ففى اعتبار الادماء حرج فاكتفى بما هو سببه فى الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار) أقول لمانع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية

(وكذلك ان جرحه) يعنى اذا رماه بحجر فجرحه فان كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة أكل والمروة حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به واللهم يستعمل عقيبه الا اذا كان المستثنى عزيزا نادرا ايذانا بأنه بالغ فى الندرة حد الشذوذ وقوله (قيل لا يحل) هو قول أبى القاسم الصفار ووجهه أن الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل وهو قول أبى بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبة واللحيين والدم قد يحتبس لغلظه أو لضيق المنفذ وقوله (وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه) يريد به قول أبى القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال (وان رمى صيدا الخ) اذا قطع بالرمى عضوا من الصيد أكل الصيد لما بينا ان الرمى مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو ان أمكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن أكلا وقال الشافعى وهو مذهب ابن أبى ليلى ان مات الصيد منه أكل لانه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار الخ) أقول قال الاتقانى وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذكاة الاضطرار كما لا يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذ لا ملازمة بينهما وعدم اشتراط الاول فى ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل فى الثانى

(والمبان منه كما اذا أبين الرأس بذكاة الاختيار) وذلك لان قطع أي عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس في ذكاة الاختيار والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذا العضو والمبان في ذكاة الاضطرار (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحي فهو ميت) ووجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الفرد الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعني أبين من الحي حقيقة وحكما أما حقيقة فلقيام الحياة به وأما حكما فلانه يتوهم حياته بعد ابانة هذا العضو ولهذا أي ولكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء

وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز أن يكون موته بوقوعه في الماء وقوله (أبين بالذكاة) ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ما أبين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده اذ الفرض ذلك والجرح يعتبر بذكاة اذا مات منه أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده ولهذا لو وجده وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح لابد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره في موته لفقد الحياة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكاة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع أجاب بقوله ولا تبعية يعني الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله (والاكثر مما يلي المفصل) احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج قال من القلب الى الدماغ فان أبان الثلث مما يلي المفصل لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك وأما اذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقي ظاهر وقوله (ولا يؤكل صيد المجوسي) مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل للذكاة الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد

والمبان منه كما اذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما أبين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي (ولو قده بنصفين أو قطعه أثلاثا والاكثر مما يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما أبين منه فهو ميت الا أن ميتته حلال بالحديث الذي رويناه (ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا أو رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل أكله) لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بأن بقي متعلقا بجلده حل ماسواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال (ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني) لانهم ليسوا من أهل الذكاة على بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا

بوجه آخر حيث قال وهذا ضعيف عندي لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار لا يشترط فري الاوداج فكذا لا يشترط الانهار انتهى أقول ليس هذا بسديد لان عدم اشتراط فري الاوداج في ذكاة الاضطرار للعجز عنه ولزوم الحرج في اشتراطه وهذا غير متحقق في الانهار اذ لا عجز عن الجرح بلا ريب ثم ان الجرح لا ينفك عن الانهار في الغالب فلا حرج في اشتراط الانهار على رأي ذلك البعض فافترقا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما أبين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة) قال الشراح يعني أنه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة أي أبين من الحي حقيقة وحكما أقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة في ألسنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجري على

(قوله وتقريره سلمنا الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه الخ) اعلم أن الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما أن يرمياه معا أو متعاقبا والاول على أوجه فانه اذا رمياه معا فاما أن يصيبا معا أو يصيب أحدهما أولا فان أصاب فاما أن يثخنه فعل اصابة الثانى أولا والثانى كذلك فانه اما أن رماه الثانى قبل اصابة السهم الاول أو بعدها فان كان الثانى فاما أن يثخنه الاول أولم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول من الثانى غير مذكور فى الكتاب وأنا أذكر ذلك تكملة للافادة فان رميا معا وأصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمى فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصابت الرميتان معا فاستويا فى السببية وذلك يوجب المساواة فى الملك وان رمياه معا فأصابه سهم أحدهما أولا فأثخنه أى أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم أصاب سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل أكله عندنا خلافا لزفر هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثانى أصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالمحل تبيحه ولهذا تعين التسمية حالة الارسال والارسال قد حصل

(١٨٧)

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثانى ويؤكل) لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن أخذ (وان كان الاول أثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمى الثانى وأما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما اذا أبان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمى الثانى لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه بقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أو دونه فعلى قول أبى يوسف لا يحرم بالرمى الثانى لان هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال (والثانى ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته) لانه بالرمى أتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمى المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضى الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثانى بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه والثانى بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كله كما اذا قتل عبدا مريضا

منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثانى حظر وللملك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالمحل وسهم الاول أخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل أن يتصل به الثانى وان لم يثخنه فهو للثانى وهو ظاهر وان رماه الثانى بعد ما رماه الاول قبل أن يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثانى فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل أكله وأما المذكور فى الكتاب فقد أمعن المصنف فى بيانه ونشير الى بعض ألفاظه ان خفى فقوله (هذا) اشارة الى قوله ولم يؤكل

اطلاقه كما أن المقيد يجرى على تقييده فتأمل فى التوفيق (قوله قال رضى الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثانى بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقائل أن يقول تأويل المسئلة ههنا بما ذكره بعد أن أولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التأويلين متعلق بمسئلة واحدة مذكورة فى مختصر القدورى وهى قوله وان كان الاول أثخنه فرماه الثانى فقتله لم يؤكل والثانى ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل بما اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد تعين أن يكون أيضا قوله والثانى ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد لان قوله والثانى ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يؤكل فما هو شرط فى الاصل شرط فى الفرع

(قوله فان أصاب فاما أن يثخنه قبل اصابة الثانى أولا والثانى كذلك) أقول يعنى اذا رميا متعاقبا (قال المصنف أما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح) أقول الاظهر أن يقول فان لم يبق فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح يحل الخ وان بقى فيه أكثر مما يبقى فى المذبوح الخ فلما ذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله اعتبارا بحال الرمى) أقول اعتبار حالة الرمى هنا ليس لانه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فانه فى تلك الحالة أيضا صيد مباح بل لكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل ساقهم اليه كما يذكره (قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول يعنى الاتصال بالمحل (قوله والمحل صيد) أقول الواو حالية (قوله وللملك حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل فى قوله ونحن نعتبر للحل (قوله وسهم الاول أخرجه) أقول الواو حالية (قوله وان لم يثخنه) أقول معطوف على قوله فأثخنه أى أضعفه الخ (قوله فحكمه حكم ما لو رمياه معا وهما وحل أكله) أقول لا بد ههنا من تفصيل فان ما ذكره اذا أصاب السهمان معا وأما اذا أصاب الثانى بعد اصابة الاول فاما أن أثخنه الاول أولم يثخنه

وقوله (وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى قال فى الزيادات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يؤكل لان احدى الرميتين تعلق بها حظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صوره الجهالة وهى أن لا يدرى أن الموت حصل بأيهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان لواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله (وان كان رماه الاول ثانيا)

يعنى أن ما تقدم كان فيما اذا كان الرامى الثانى غير الرامى الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا قوله (فالجواب فى حكم الاباحة الخ) يعنى لا فى حكم الضمان لان الانسان لا يضمن مال نفسه بفعله لنفسه والباقى واضح

وان علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدرى قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا وأما الثانى فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا وأما الثالث فلان بالرمى الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لو الرمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحل لان الثانى محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل) لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قال قائلهم

صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال

ولان صيده سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

﴿كتاب الرهن﴾

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور فى الكتاب وسنذكره شيأ فشيأ أما تفسيره فاذكره

(قال المصنف وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى) أقول هذا يوهم أن بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما اذا حصل القتل بالثانى وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه فى الموضعين يضمن الثانى جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الرهن الا أنه بين فى المسئلة الاولى جميع الحاصل وفى الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان أى عدم الفرق بين المسئلتين الى آخر ما ذكره الامام الزيلعى فراجعه (قال المصنف قال قائلهم صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال)

أقول البيت لعنترة العبسى وهو جاهلى وهم كانوا يأكلون الثعالب وما هو شرمنها فان كان استدلاله بها فى تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين فقد ذهب الشافعى وغيره الى القول بحله وان كان استدلاله بصيد الابطال فقتل الابطال لا يسمى صيدا الا بقرينة فهو مجاز وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسدا ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بما كول اللحم

﴿كتاب الرهن﴾

أيضا واذا علم أن الرمى الاول كان بحال يحوم منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمى الثانى فلا حاجة الى التأويل الثانى ثم أقول فى الجواب ان كون الرمى الاول بحال يحوم منه الصيد انما يقتضى أن لا يحصل القتل بالرمى الاول فقط ولا يقتضى أن يحصل القتل بالرمى الثانى وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون فى حالة الاجتماع ما لا يكون فى حالة الانفراد ومراد المصنف بالتأويل الثانى التقييد بما علم كون القتل حاصلا بالرمى الثانى وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى ولا يفيد التأويل الاول هذا التقييد لان القيد الذى ذكره أولا أعم تحققا من القيد الذى ذكره ثانيا فتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمى الثانى وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرمى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح وعما اذا كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدراك أصلا بل أصاب كل من التأويلين مجراه

﴿كتاب الرهن﴾

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال

(الرهن لغة حبس الشئ بأى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه) أى استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون (كالديون) وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد فى جمع عبد وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه

الرهن لغة حبس الشئ بأى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما روى أنه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا فى الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ماذكر فى كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة فى الكتب السابقة واللاحقة تقتضى ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة فى نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبى الدائن والمديون كما فصل فى النهاية ومعراج الدراية وسببه ماذكر فى سائر المعاملات من تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فيجئ كل ذلك فى الكتاب شيأ فشيأ صراحة أو اشارة فتنبه له فى موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن فى اللغة حبس الشئ بأى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والا فنى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشئ محبوسا بحق الا أن للعاقد الرجوع عنه مالم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور فى الكتاب للرهن انما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا بلا ريب ثم ان الامام النسفى لما قال فى الكنز هو حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين قال الزيلعى فى شرحه هذا حده فى الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف فى قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا فان لم يكن فى قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا أقل من أن لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به فى الدين فلا وجه لقول الزيلعى قوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال فى العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال الا أن يخص العقد فى الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شئ من ايراده وتوجيهه بمستقيم أما الاول فلان من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول بأن الامر كذلك فى سائر عقد التبرعات أيضا واختلاف المشايخ فى أن القبول هل هو ركن كالايجاب أم لا ليس بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر فى أوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشئ على أصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن فى كل عقد وقول القدورى الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

وبالاجماع فان الامة اجتمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وتقريره أن للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولا فى الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة وهى الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التى تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ

(قال المصنف وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون) أقول هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والا فنى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض والكاف فى قوله كالديون مقحم ان كان الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها رهنا بالدين والا فلا اقحام وسيجئ التفصيل فى الورق الآتى (قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول) أقول منقوض بعقد التبرعات الا أن يخص العقد فى الصغرى بما سوى التبرع وسيجئ تحقيقه من الشارح

(قالوا) أراد به شيخ الاسلام خواهرزاده (الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع) فالرهن يتم بالمتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيأ عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك (قوله والقبض شرط اللزوم) كانه تفسير لقول القدوري ويتم

بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو أيضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره لا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة

قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما بينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فأشبه الكفالة

وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وأوضحه صاحب العناية في شرحه وأما الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لانه أي الرهن عقد غير تبرع وكل عقد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك أن الصغرى تصير حينئذ كاذبة اذ لم يقل أحد بأن عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل أطبقت كلماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع (قوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيأ عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك وأما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى أقول في الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيأ على المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيأ في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن في يده فينبغي أن لا يتم بايجاب الراهن وحده بل لا بد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضا حتى يتم جعلنا اياه مستوفيا لدينه حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتأمل (قوله والقبض شرط اللزوم على ما بينه) قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو أيضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل انتهى أقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن

(قال المصنف لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة) أقول في أول كتاب الهبة أنها تصح بالايجاب والقبول وعلله المصنف بأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول فليتأمل (قوله ما أثبت للمرتهن من اليد شيأ عليه) أقول ضمير عليه راجع الى المرتهن (قوله وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته الخ) أقول ولنا ضمير لانه راجع الى الراهن وضمير عليه وصيرورته راجعان الى المرتهن (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا) أقول سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل

(ولنا ماتلونا) من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الامر كما فى قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أى فليصم وكما فى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أى فليحرر فيكون تقديره والله أعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به فى حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل فى شرطه وهو القبض كما فى قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب أى بيعوا فلم يعمل الامر فى نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة فى أموال الربا فكذا هذا وفيه بحث من أوجه الاول ماقيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثانى انه يجوز أن يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز أو للزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية متروكة الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون فى السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلى كما فى سيل مفعم وعن الثانى أن الامر فى الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل فى غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال

استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة فى الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث أن الدليل لا لزام مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضى والتراضى وصف لازم فى التجارة فكذا القبض فى الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره واما لان عدم

ولنا ماتلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيأ ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما فى الوصية وذلك بالقبض

ثبوت الملك للمرتهن بحال أصلا فبقى نفى الجواز ههنا على ظاهره قوله (ولنا ماتلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الامر) نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب أى فاضربوها وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة أى فليحررها وقوله تعالى فعدة من أيام أخر بتقدير فصوم عدة من أيام أخر أى فليصم عدة من أيام أخر فكان المصدر فيما تلوناه ههنا أيضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر أى فارهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بموجب الامر الذى هو الوجوب واللزوم فى حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب أن يعمل به فى شرطه وهو القبض كما قلنا فى قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب أى بيعوا فلم يعمل الامر فى نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة فى أموال الربا فكذا ههنا هذا زبدة ماذكر فى جملة الشروح فى شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب النهاية فى تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال كذا فى كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو تحمل متحمل بتصحيح ما فى الكتاب

الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا أن الوجوب انصرف اليها وعن الرابع بأنا لا نسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهى عامة الدلائل هذا ماسنح لى فى هذا الموضع والله أعلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح

(قوله كما فى قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) أقول فان التقدير فصوم عدة (قوله الاول ماقيل) أقول القائل هو الاتقانى والكاكى (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهى مسئلة فرعية لا تسلم الا عن دليلها من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك) أقول فيه بحث فان الذى جمع على رهان هو الرهن بمعنى المرهون يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازى الاستعمال أيضا ولعل الاولى أن يقال التقدير فرهن رهان كما فى قوله تعالى فعدة من أيام أخر وذلك مراد المصنف ويؤيد ماذكرناه ماقاله القاضى فى تفسيره رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى وماقاله الامام عمر النسفى فى تفسيره رهان جمع رهن وهو العين المقبوض بالدين توثيقا له وماقاله الشيخ النسفى أيضا فى تفسيره ثم الرهن مصدر والمصادر قد تجعل أسماء ويزول عنها عمل الفعل فاذا قال رهنت عند زيد رهنا لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المفعول به كما يقال رهنت زيدا ثوبا ولما جعل اسما جمع كما يجمع الاسماء رهن ورهان انتهى وهكذا فى التفسير الكبير

بقوله تقديره فرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدرا على قول صاحب الكتاب كان ارادة المرهون به جائزة كالرهن يراد به المرهون ثم أنث المرهون بتأويل السلعة أو العين فقيل مقبوضة بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة لكان وجها بعيدا اذ في الاول ورود الالباس وفي الثاني لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمى صاحب الهداية الرهان مصدرا كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمتين والرهينة بمعنى الرهن أيضا وجمعها رهائن نعم الرهان يجيء مصدرا من قولهم راهنه على كذا أي خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم يحتج في صفة الرهان الى تاء التأنيث فافهم الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية في تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن ككالنعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس بمصدر وانما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب معراج الدراية وفي النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا في كتب اللغة ويدل عليه قوله مقبوضة بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر وقال في الفوائد الشاهية يجوز أن يكون الرهان مصدرا من باب المفاعلة كالقتال والضراب ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة وأنث المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة ويجوز أن يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول وأنث المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان قائما مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا تقديرا لا تحقيقا الى هنا كلامه وأما صاحب العناية فعدما استشكلوه أمر اهينا وتعجب منه حيث قال قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن ثم قال والجواب عنه أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم انتهى أقول منشأ مجازفته هذه الغفول عما ذكر في كتب اللغة وكتب التفسير لان كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمتين وقال في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون وكذا في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتفية في الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحسن جدا بحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذاك حقيقيا فما معنى العدول عنه وبناء استدلالنا بتلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه قول المفسرين ثم ان تمثيله المجاز العقلي الذي ذهب اليه ههنا بسيل مفعم قبيح جدا فان المفعم اسم مفعول أسند الى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه فالمناسب في التمثيل ههنا أن يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات التي ذكرت في سائر الشروح لتصحيح ما في الكتاب كلها أيضا خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فالانصاف أن التمسك بمثلها لا يفيد القطع ولا الالزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه من بينها أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفا كما في قوله تعالى

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد بها رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله (لانه) أى قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية كما فى الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض فى الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشترى لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشترى مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والاول) أى وجه الظاهر (أصح) لان الرهن توثقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يخلى الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذ الحقيقة أقوى من الجهة وما يثبت به (١٩٣) الاقوى يثبت به الادنى وأما الوصف المذكور فى وجه غير الظاهر وهو كون القبض فى الشراء ناقلا للضمان وفى الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين وقوله (فاذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم فى الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضى الكمال والكامل فى القبض هو أن يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محوزا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع فى الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه

ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يثبت فى المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشترى وليس بموجب ابتداء والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن)

فعد من أيام أخر فان التقدير فيه فصوم عدة من أيام أخر تأمل ترشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختار المصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقض هين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض فى الصرف انما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد كما تقرر فى محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضى حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبى يوسف انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع انتهى أقول هذا النظر فى غاية السقوط لان جهة التبرع فى الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا فى يد المرتهن بلا استيجاب شئ عليه بمقابلة ذلك وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا دينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفى عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سياتى فى الكتاب من تفصيل دليلنا العقلى على مسئلة أنه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل فى ضمانه (قوله فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) قال صاحب

(٣٥ - تكملة ثامن) (قال المصنف لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) أقول منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيها من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختار المصنف (قوله لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد) أقول الاولى أن يقال قبل القبض (قوله وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الادنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكده (قوله فلا يكاد يبين) أقول فيه بحث (قوله محوزا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا احتراز عن الشيوع فى الرهن) أقول قال صدر الشريعة فى شرحه للوقاية فقبض محوزا أى مقسوما غير شائع مفرغا أى غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل والشجرة بدون الثمر ودار فيها متاع الراهن بدون المتاع متميزا أى ان كان متصلا بحق الراهن خلقة كالثمر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه فالمفرغ والمميز يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس برهون سواء كان اتصاله به خلقة أو مجاورة والمميز يتعلق بالحاصل فى المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون اذا كان اتصاله به خلقة حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذى فى بيت الراهن انتهى فتأمل التغاير بين التفسيرين

لما ذكرنا ان اللزوم أو الجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله أي قبل القبض فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شئ من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها أي هذه الالفاظ ثلاثا لصاحبه غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي هلاكه قال ومعناه لا يصير أي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب حقك من الامساك أو من المطالبة برهن آخر لان الاول مشاهد فلا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحق له ولانه ذكر الحق في أول الحديث منكرا أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم أعاده معرفا وفي ذلك يكون الثاني عين الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم أن المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا

اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك يعني اذا قال الراهن لا أدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكى هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفيته) يعني انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروي عن ابن عباس انه مضمون بالدين واختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه أمانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي أي يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهن الرجل الرهن بالشئ وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى أجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي ينهى عنه فان جاء صاحبك بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا الى أن ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل وقوله (ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير

لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال (واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه) وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فيهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

العناية في شرح هذا المقام قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوازا مفرغا ممتازا فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون اذ لا شك أن الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات (قوله لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

وفارقتك

(قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه) أقول الباء للمقابلة والمعاوضة

وفارقتك برهن لافكاك له * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أى ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لايمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولاهلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لافكاك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لمادام وتأبد بنفى الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذلو لم يكن موجبا لذلك لمادام ينفى مايعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات مايوجبه فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن فى العقد الشرعى منبئا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولتكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه أن يكون الرهن موصلا اليه أى الى الاستيفاء وذلك أى كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الرهن مخافة جحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضى الى أداء الحق لان الراهن يخشى ان جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر أولضجره عن المطالبة وهذه

أيضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليهما قوله (واذا كان كذلك) أى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربا بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد فى نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء ألا ترى أن المبيع اذا هلك

وفارقتك برهن لافكاك له * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة اليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أولضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدى الى الربا بخلاف حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقى بدونه لانه لا يتصور

وفارقتك برهن لافكاك له * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا)

قال فى العناية قيل الدوام انما فهم من قوله لافكاك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لمادام وتأبد بنفى لفكاك دل أنه ينبئ عن الدوام اذلو لم يكن موجبا لذلك لمادام ينفى مايعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات مايوجبه فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى أقول السؤال والجواب فى الاصل لناج الشريعة لكن الجواب ليس بتام عندى لان قوله اذلو لم يكن موجبا لذلك لمادام ينفى مايعترضه ممنوع فان مايعترضه اذا كان مناقضا لدوامه يلزم من نفى ذلك دوامه سواء كان مايوجب دوامه نفسه أو أمرا خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقيضين معا ومانحن فيه كذلك اذ لاشك أن فكاك الرهن ينافى ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقق دوامه وان كان دوامه مما لم يوجبه نفسه بل كان بسبب خارج فلم يثبت فى البيت المزبور انباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز أن يكون انفهام ذلك من نفى فكاكه تدبر تفهم (قوله واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدى الى الربا) يعنى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربا كذا فى العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول نعم لو استوفاه ثانيا أدى الى الربا ولكن اذا لم يستوفه ثانيا أصلا قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أجيب بأن النقض انما يتحقق فيما أمكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك فى هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدى الى الربا وهو أن يستوفى رقبة لا يدا أجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقى وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور

(قوله بل كان الدوام يثبت باثبات مايوجبه) أقول لايخفى أن الرهن يدوم بادامة الراهن واذا فلك يزول الدوام ومعنى الانفكاك له ابقاؤه على الرهنية والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليتأمل (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا محل كلمة التقليل ولا ظهر أن يقول يكون أكثر من الدين فى الاكثر الا أن يحمل على التحقيق بجعل النادر معدوما وفى الحكم (قوله لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالرد على الراهن) أقول قوله بالرد متعلق بقوله ينتقض (قوله فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء) أقول الهلاك فيما نحن فيه هو ما يستوفى منه وفى التنوير ليس ذلك فكيف يتنور به ولك أن تقول ما آل جوابه أيضا فليتأمل

وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما لعين الدين أو لبدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثانى لان الرهن ببدل الصرف والسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب أنا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتهن لما تقدم فى الهبة أن قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثانى ممنوع فانه من جنس الدين ماليه والاستيفاء يقع بها وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعى رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد ووجهه أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما فى الحوالة فانها توجب الدين فى ذمة المحال عليه لصيانه حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا باللوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالى وهو أن المستأجر بعد الفسخ

محبوس عند المستأجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء هى التى كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك فى يده وأما اختصاصه به دون الغرماء فلانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ بقى الاختصاص فى حق استرداد الاجرة وقوله (فالحاصل الخ) واضح قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون للتأكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالمرهون بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه أى حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب وأما صحته بالدين الموعود فسيجىء الكلام فيه وقوله (ويدخل) أى يشكل على هذا اللفظ أى الذى يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيل قوله بانفسها احتراز عن غيرها والحاصل أن الرهن اما أن يكون بالدين أو بالعين والاول صحيح بكل حال والثانى اما أن يكون بعين مضمون أولا والثانى غير صحيح كما فى الودائع والعوارى والمضاربات والشركات والاول اما أن تكون بنفسها او ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا أو يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع فى يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين

والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما فى الحوالة فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها فى كفايه المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافى موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقى فى أثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضى الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال ان الواجب الاصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

يؤدى الى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدى الى ضياع حق المسلم محذور شرعى أيضا فما الوجه فى ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا فتأمل فى الدفع (قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين) يعنى يرد على هذا اللفظ أى على لفظ القدورى وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها أى الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهى ما يجب مثله عند هلاكه ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها وأجاب

(قوله واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه) أقول يعنى واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم فى الهبة) أقول وفى أواخر الصلح أيضا

(ولهذا تصح الكفالة بها) أي بالعين المضمون بنفسه وقوله (ولئن كان لا يجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت واعترض بأن صحة الكفالة

ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة

المصنف عن هذا الاشكال بقوله ويمكن أن يقال الى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لا يرد على القدوري الاعتراض رأسا لانه لا ينفي صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر ههنا على الدين لان الغالب في الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر الى هنا لفظه أقول لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح أن يقول ان القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بعد أن رأى ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النفي والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن الا بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيأ في دفع الاشكال الوارد على لفظه في مختصره وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ وأما حمل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فمعزل عن مساعدة هذا الفن اياه فان مجرد تخصيص الشيء بالذكر في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فتأمل بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) قال في العناية واعترض بان صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ماذاب لك على فلان فعلي دون الرهن وأجيب بأن قوله ماذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أو دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلا منافيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ولهما وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال الى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة اذ المراد هو الاول قوله فليس كلا منافيه ليس بشيء لان عدم كون كلا منافيه لا يضر بغرض السائل بل يعينه فان مقصوده القدح في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذي كلا منافيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلا منافي الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما أشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه وانما قوله ماذاب لك على فلان فعلي اضافة الكفالة الى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومراد المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنوير لا يتم الا على قول أبي يوسف فان المعتبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعا فلا يتم التقريب الا على قول أبي يوسف وليت شعري لم لم يتعرض

لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ماذاب لك على فلان فعلي دون الرهن وأجيب بأن قوله ماذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أو دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلا منافيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخريجين أما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل وأما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب

(قوله وان كان الثاني فهو ممنوع) أقول فيه بحث فان الكفالة بالاول صحيحة دون الرهن فتوجه السؤال الا أن يخص الكفالة المقيس أيضا عليها بما انعقد سبب وجوبه

قال (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الخ) الرهن مضمون بالاقل أى بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع فى بعض نسخ القدورى بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله (يترادان الفضل) يعنى أن التراد انما يكون من الجانبين وقوله (كما فى حقيقة الاستيفاء) مثل ما اذا أوفاه ألفى درهم فى كيس وحقه فى ألف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين أمانة فكذا هذا وقوله (ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها) لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة أدى الى الشيوع أو لعدم انفكاكها عنه وقوله (ولا ضرورة فى حق الضمان) لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجىء وقوله (والمراد بالتراد فيما روى حالة البيع) يعنى توفيقا بين حديثى على رضى الله عنه (١٩٨) فانه روى عنه المرتهن أمين فى الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع

يعنى اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله (كما بيناه على التفصيل فيما تقدم) يعنى فى فصل الحبس من أدب القاضى وقوله (واذا طلب المرتهن دينه) واضح وقوله (تحقيقا للتسوية) قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لانه يتضرر بزيادة الضرر ولم يلتزمه) يعنى المرتهن ولم يعتبر هنا لاحتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر فى مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول لاطلاق

قال (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك فى يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا الدين وان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة فى يده) لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث على رضى الله عنه قال يترادان الفضل فى الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروى عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما فى حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة فى حق الضمان والمراد بالتراد فيما روى حالة البيع فانه روى عنه أنه قال المرتهن أمين فى الفضل قال (وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم (واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن) لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن وهو محتمل (واذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين اليه أولا) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وان طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لان الاماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه فى باب السلم بالاجماع (وان كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف احضار الرهن) لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)

لهذا أحد من الشراح (قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع فى بعض نسخ القدورى بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم غيرهما ولو قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما والمراد هنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لا أمر ثالث ثم ان تاج

(قوله ووقع فى بعض نسخ القدورى بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث) أقول اذ تكون من حينئذ تفضيلية لوجوب استعمال الافعل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون فى المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب فمن الملفوظة للبيان كما فصله صدر الشريعة فى شرح الوقاية ولم كان حرف التعريف هنا (قوله يعنى أن التراد انما يكون من الجانبين) أقول فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله أو لعدم انفكاكها عنه) أقول معطوف على قوله لانا لو لم نجعل الزيادة

وقوله (لاطلاق الامر) يشير الى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله (لانه لا قدرة له على الاحضار) لان الرهن بيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله (وكذا اذا أمر المرتهن) يعني لا يكلف احضار الرهن لانه أي الرهن صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار

كأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شئ فصار كأنه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله (الا أن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن) استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجه ماذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله (وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء نجم) قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن وأما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله (ثم اذا قبض الثمن) يعني ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين

لاطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن) لانه لا قدرة له على الاحضار (وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف احضاره) لقيام البدل مقام المبدل لان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من في قوله الاقل منهما للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذا الاقل مع منهما معرفتان بخلاف أقل منهما لان أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم ان المعرفة لا تتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لان مدلول المعرفة شئ بعينه ومدلول النكرة شئ لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه بل هو أمر شائع مستعمل ألا ترى الى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منهما يكون كذا فانه صحيح بلا ريب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعيض على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معرفا وبين أن يكون منكرا انما يتمشى فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتمشى فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلا لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة ودين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا وذكر بعض الفضلاء وجها آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال اذ تكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو ثم قال وفيه بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر في علم النحو أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الاشياء الثلاثة الا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى يعلم السر وأخفى وقوله تعالى ولذكر الله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع لانه الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فمن أين حصلت الشهرة كيف ولو تحققت الشهرة في مسئلتنا هذه بحيث جاز بها ترك ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وبيانها ههنا بالكلية (قوله لانه صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) قال بعض الفضلاء فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياسا عليه انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليله المذكور ليس اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفا عن العين المبيع بأمر الراهن لان الاصل كان صالحا لان يكون رهنا فكذا خلفه تبعا وان لم يصلح الدين للرهنية أصالة فكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت أصالة وقصدا فقوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين اشارة الى معنى الخلفية لا الى القياس وهذا

(قال المصنف فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) أقول فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياسا عليه فليتأمل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعني المنجم لئلا يلزم التكرار

وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قتل) اشارة الى قوله وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه الى آخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شئ بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن ثمة وهى ليست فى يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية فصار كالرهن فى يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكانهما تفاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا وفى النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا أى فى مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لم يقبض شيئا قال (وان كان الرهن فى يده الخ) اذا كان الرهن فى يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لا يمكن لان حكمه الحبس الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله (فلو هلك) أى الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما قضاه) لما ذكره فى الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفى الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك

وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته (ولو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى فى يده يقول أودعنى فلان ولا أدرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيأ (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو) لما قلنا (ولو أن الذى أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهنا) لانه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به قال (وان كان الرهن فى يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لان حكمه الحبس الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتبارا بحبس المبيع (فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه) لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه) لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده

مع ظهوره لكل متأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لو رهن الدائن ابتداء لا يصح لانه لا يكون محلا للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن فى الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم فى خلفه تبعا لا مقصودا انتهى (قوله فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده) قال فى العناية وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن

(قوله وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا) أقول ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى بيع العدل وكذلك أو المرتهن الرهن بأمر الراهن قال العلامة الكاكى اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم فقد حل بخلاف مسئلة القتل حيث لا يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى هكذا رأيت فى شرح الكاكى ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح (قوله أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لا يقال الاصوب أن يقال حتى يجعل رهنا مكانه فانه لم يكن رهنية الثمن فى المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لان بين الثمن والقيمة فرقا ولا يلزم من عدم الانتقال فى الاول عدم الانتقال فى الثانى (قوله وجعل الثمن رهنا) أقول الظاهر أن يقال وجعلا (قوله وفى النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لا يكلف المرتهن بالاحضار فى مسئلة القتل للعلم بعدم قدرته له قبل مضى ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضا على الايفاء وفيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجبر الراهن اذا أحضر ولعل مراد الامام السغناقى هذا (قوله وطولب بالفرق) أقول نقض اجمالى (قوله فانه لا ضمان عليه استحسانا) أقول تجىء المسئلة فى أواخر كتاب الرهن

وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الابراء فليس فيه استيفاء شئ ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله (لانه) أى الرهن (يبقى مضمونا ما دام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما فان قيل فينبغى أن لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا أجيب بأن بقاء احتمال الحبس (٢٠١) باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله (ولو هلك في يده) يعنى اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للمرتهن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به

(وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لانه يبقى مضمونا ما بقى القبض والدين (ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا بلبس الا أن يأذن له المالك) لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له أن يؤاجر ويعير) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى قال

يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفى الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الابراء فليس فيه استيفاء شئ ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو انتهى أقول فى خاتمة هذا الجواب خلل لان قوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو لغو من الكلام ههنا لان الابراء فى مادة النقض من الراهن ولا شك أن الراهن ممن عليه الدين فكان الابراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه فان قلت مراده أن يد الاستيفاء الثابت للمرتهن بعقد الرهن وتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقدما على الابراء فى الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت الابراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الابراء فيما نحن فيه اسقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو قلت لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الابراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقبضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الابراء لغوا على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسئلة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق فى الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالابراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام احداهما ألا يرى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذا اذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف ما لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء

(قوله واذا أبراه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا) أقول فيه بحث فانه ذكر قبيل هذا الكلام أنه اذا هلك الرهن فى يد المرتهن بعد الابراء يكون الابراء لغوا لكون الدين مستوفى مستندا الى القبض وليس معنى الضمان الا ذلك لكن التعويل على ما ذكره ههنا يدل عليه كلام المصنف فى أواخر الكتاب (قوله وكان الكلام متناقضا) أقول ولك أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه لا يطالب به لعدم الفائدة والى ذلك أشار صاحب النهاية وسيجئ ما ذكره فى آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى بخمسمائة منها على ما مر فى فصل الاختلاف فى الشهادة فراجعه (قوله أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيجئ فى آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به) أقول سبق من الشارحين تخطئة المصنف فى هذا اللفظ فى فصل كرى الانهار ان قيل انما أنكروا فيه استعمال الانتفاع فى معنى النفع لا مطلقا قلنا لا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذى أريد منه هنا

قال (وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ) كلامه واضح والعبرة فى العيال للساكنة لا للنفقة ألا ترى أن المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى الزوج لم يضمن والابن الكبير الذى لا يكون فى نفقته اذا ساكن الاب وخرج الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن قال (وأجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن) فان أبى فالقاضى يأمر المرتهن بأن ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفى النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شئ على الراهن فى قول زفر وقال أبو يوسف النفقة دين على الراهن

(وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) قال رضى الله عنه معناه أن يكون الولد فى عياله أيضا وهذا لان عينه أمانة فى يده فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من فى عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثانى فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعة (واذا تعدى المرتهن فى الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لان الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدى (ولو رهنه خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن) لانه متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة (ولو جعله فى بقية الاصابع كان رهنا بما فيه) لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلد هما لم يضمن فى الثلاثة وضمن فى السيفين) لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين فى الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال (وأجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن) والاصل أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فتكون اصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وذلك مثل النفقة فى مأكله ومشربه وأجرة الراعى فى معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة طئر ولد الرهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حقه والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذى يحفظ الرهن فيه وهذا فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده فكانت مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه أمانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه بخلاف الاستحقاق

والاصل المذكور فى الكتاب واضح وقوله (وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن) كجعل الآبق (أو لرد جزء منه) كمداواة الجراح وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال فى شرح الطحاوى لو شرط الراهن للمرتهن شيأ على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله (لتعلقه بالعين) يعنى بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها فأخذ العشر والاستحقاق فى جزء من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا فى استحقاق العشر أجاب بقوله (ولا يبطل الرهن فى الباقى لان وجوبه) أى وجوب العشر (لا ينافى ملكه) فى جميع ما رهنه ألا ترى أنه لو باعه جاز وما ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن فى الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع فى الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستحقاق

وحصول المقصود بالشئ يقرره ويهيئه واذا بقى الدين حكما بقى ضمان الرهن وبهلاك الرهن يصير مستوفيا قبيل أنه استوفى فى مرتين فيلزمه رد أحدهما وأما الابراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين الى هنا لفظ النهاية وسيجئ من المصنف فى آخر كتاب الرهن ما يطابق

(قال المصنف لانه علف الحيوان) أقول أى كعلف الحيوان من قبيل زيد أسد (قوله ألا ترى أنه لو باعه جاز) أقول يعنى لو باع الجميع فى غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر

لان الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع (قوله وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فان كان بغير أمر القاضي فكذلك وان كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه بمجرد أمر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان أمره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شيء منها بالانفاق فيكون الامر بذلك متردد ابين الانفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله (وهي فرع مسئلة الحجر)

فمذهب أبي حنيفة أن القاضي لا يلي

وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به لان ولاية القاضي عامة وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بأمر القاضي وقال أبو يوسف انه يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر والله أعلم

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

قال (ولا يجوز رهن المشاع)

على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند أبي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة

ذلك في الفرق بين تينك المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بقي احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى ورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى أقول الحق في الجواب عن أصل السؤال أن يقال الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالابراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله ولكن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن الراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضا ما لم يسلم الى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك الى أن يسلم الى الراهن تأمل تقف انتهى والله الموفق للصواب

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا ومانحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو مفسد اذ الظاهر أنه علة لقوله ومانحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح اذ لا شك أن مانحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي أن لا يكون المقابل به مضمونا بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضمونا أيضا كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على أن

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا ومانحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه

(قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول يعني أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض الخ فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول مخالف لما قدمت بداه

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكره في الكتاب دليلا لان أصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وأدرج المصنف رحمه الله دليل (٢٠٤) الشافعي رحمه الله بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل

ماهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني أن موجب الرهن أي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة أو بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره (وكل ذلك) أي كل ما مر من قوله لم يشرع الا مقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود (يتعلق بالدوام) أما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق وأما بالنظر الى النص فلانه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء لان ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ولا كالمحرمية في النكاح وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن ويفوت في المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فانه قال أحدهما ينبني على حكم الرهن والثاني أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ماهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام

القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه يعني أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لانه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يأبى جدا كون قوله بناء على أن القبض الى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع فان مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما اذا انعقد العقد بصفة الفساد أيضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيوع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا أنه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله انه لم يشرع الا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه وان أراد بذلك أنه لم يلزم الا مقبوضا لا يتم التقريب اذ المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لاعدم لزومه فتأمل في الدفع (قوله أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره انتهى واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره أقول عال

(قوله وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء الخ) أقول مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فانه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت يد الاستيفاء

وقوله (ولا يفضى اليه) أى الى دوام الحبس من تمام الدليل يعنى ثبت أنه لابد من الدوام ولا يفضى اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس فى المشاع لانه لابد من المهايأة فكأنه يقول له رهنتك يوما دون يوم ولا شك فى عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه (ولهذا) أى ولان الدوام يفوت فى المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها فى الرهن بخلاف الهبة على ماذكره فى الكتاب (وقوله ولا يجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعا أما على الوجه الاول فانه لا يقبل حكمه وأما على الثانى فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارئ أن يرهن الجميع ثم يتفاسخا فى البعض أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وكلامه واضح قال (ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته فان الاصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض فى المرهون وحده لاختلاطه بغيره وقوله (بخلاف المتاع فى الدار) يعنى اذا رهن دارا مشغولة بأمتعة الراهن لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل فى رهنها من غير ذكر فانتفى القبض ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها أو منها فانه تدخل الثمار فتدخل فى الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله (ولو استحق بعضه) يعنى بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها فاما أن يكون الباقى غير مشاع بأن كان المستحق جزأ معينا غير مشاع أو كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين أن الرهن من الابتداء كان ما بقى وهو غير مشاع وكان جائزا وان كان الثانى تبين أن الرهن من الاول مشاع وهو مانع

ولا يفضى اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه فى المشاع يفوت الدوام لانه لابد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع فى الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثانى يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وعن أبى يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالحرمية فى باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن قال (ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل فى الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس برهون خلقة فكان فى معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس برهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبى حنيفة أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهى مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهى لا تمنع الصحة (ولو كان فيه ثمر يدخل فى الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز لا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع فى الدار حيث لا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الارض ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا فى الثمرة (ويدخل البناء والغرس فى رهن الارض والدار والقرية) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته والا بطل كله) لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقى وتمنع التسليم كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهونة وكذا متاعه فى الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا فى دار أو فى وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل

المصنف فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أو لضجره انتهى فليت شعرى ما حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول المصنف ههنا من الوجه الذى بيناه على العلة الثانية فقط

(قال المصنف لان الشجر اسم للنابت) أقول يعنى اسم للنابت المخالط للارض اذ المشاجرة هى المخالطة

وقوله (حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر) يعنى قال المشايخ رحمهم الله اذا رهن دابة عليها الجام أو سرج دخل ذلك فى الرهن من غير ذكر تبعا وقوله (ولا يصح الرهن بالامانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشترى بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيأ ويسلمه الى المشترى فيخاف المشترى أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أو لا وأما الكفالة بذلك فهى جائزة والفرق ماذكره فى الكتاب وذكر فى فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشترى على البائع عند استحقاق المبيع ضمن

البائع دركه أولا لانه اذا لم يضمن لا يقدر المشترى على الرجوع الا اذا قضى القاضى بنقض البيع وأما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضى بنقض البيع بينهما أو لم يقض وهذا بناء على أن المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البائع أو قضاء القاضى لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج أو التلقى من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله يهلك أمانة وصورته ماذكر فى الكتاب وقوله (لان الموعود) يعنى من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شئ وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم فى الدرك موجودا للاشتراك فى الحاجة أجيب بأن المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره ولانه

حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالامانات) كالودائع والعوارى والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض فى باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع) لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيأ لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب وهو اضافة التمليك الى زمان فى المستقبل لا يجوز أما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما فى الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة

دون مجموع العلتين كما هو الظاهر أو على العلة الاولى لتقدمها فى الذكر هنالك والعجب من صاحب العناية أنه قال فى شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام أى كل ما مر من قوله الا مقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود ويتعلق بالدوام وقال أما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد ربما يعجز الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق فى البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته) قال فى غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض ألا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك فى يده قبل أن يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة فى شرح قول المصنف حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جريا على العادة اذ الظاهر أن يساوى الرهن الدين انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول فيه قصور بين فان ماذكر فى الكتاب كما يتمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمى له من القرض يتمشى أيضا فيما اذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال فى البيان

(قوله ان قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أى الوجوب بعد الحكم برد الثمن بفسخ البيع (قوله وذكر فى فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة الكاكى محالا على فصول الاستروشنى (قوله لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج والتلقى من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد) أقول والاقرب احتمال اجازة المستحق البيع

وقوله (لانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده) أى وجود الدين والمقبوض بجهة الشئ حكم ذلك الشئ كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أى للذى قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بما سمى من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ماوعده وهذا اذا ساوى قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب فى الرهن أن يساوى الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوى بين المقيس والمقيس عليه فى جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لا أمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشترى شئ قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله (فيضمنه) أى فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أى أخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا وباب الاستبدال فيها مسدود قلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء فى الرهن انما هو من حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال فى رأس المال فى الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية فى الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تملك العين لكونه أمانة وفى الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تملك العين أيضا وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلان المرتهن انما

ولانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا أن المجانسة ثابتة فى المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شئ) لانه لا اعتبار للباطل فبقى قبضا باذنه (وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم فى مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا دينه حكما) لتحقق القبض حكما (وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم و بالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله

هذا اذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر ههنا قوله حيث يهلك بما سمى له من القرض فى صورة الاطلاق جريا

يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أى لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشئ يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذى ذكره جواب الاستحسان وفى القياس ليس له أن يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر هو والقبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أى لو هلك الرهن فى يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أى بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله (هلك بالطعام) يشير الى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذى كان

(قوله وهذا اذا ساوى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمى أيضا (قوله وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول الاصوب وضمان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع فى غيره من الشروح ثم فى قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر ايجاب المسمى) أقول لانتفاء البيع وان وجد القبض بجهته (قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم تبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن

على المسلم اليه و يأخذ رأس المال لان بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى أن هلك فصار بهلاكه الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك ههنا وهذا الان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام أجيب بأنا لا نسلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر على التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقديرا لمالية الطعام بحقيقة الغرض منهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر آنفا أنها لا تحتمل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى ثمنه له أن يحبسه) يعني أدى ثمنه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هنالك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر الخ) كلامه واضح وقوله (وقيام المانع في الباقين) يعني حق

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه لا يقابله شئ مضمون (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمي) لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو الخل خمرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس

على عين ثم رهن بها رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع (وكذا

المال لو هلك يهلك على المسلم اليه و يأخذ رأس المال لان بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى أن هلك فصار بهلاكه الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك ههنا وهذا الان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام أجيب بأنا لا نسلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر على التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقديرا لمالية الطعام بحقيقة الغرض منهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر آنفا أنها لا تحتمل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى ثمنه له أن يحبسه) يعني أدى ثمنه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هنالك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر الخ) كلامه واضح وقوله (وقيام المانع في الباقين) يعني حق

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه لا يقابله شئ مضمون (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمي) لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو الخل خمرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

الحرية ولهذا لو طرأت هذه التصرفات أبطلته فاذا كانت مقارنة منعته وقوله (ولا يجوز بالكفالة بالنفس) لمعنيين أحدهما ما ذكره في الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شئ وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها

على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس

على عين ثم رهن بها رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع (وكذا

(قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول قوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم رد الطعام اذ الكلام فيه كما لا يخفى (قوله وقوله لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدله) أقول بل يريد به قوله لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره (قال المصنف لان الاستيفاء من الارش ممكن) أقول تأمل في تصحيحه وذلك بتقدير المضاف أي من رهن الارش ولو قال لان استيفاء الارش من الرهن لكان بعيدا من التكلف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) أقول ولا يبعد أن يدعى انطواء التعليل الاول على الثاني فان تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله اذ الاستيفاء انما هو الوجوب على ما مر مرارا

(وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال (ويجوز للاب أن يرهن بدين عليه عبد الابنه الصغير) لانه يملك الايداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك أمانة والوصي بمنزلة الاب) في هذا الباب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجز مع بقاء ملكه فوضح الفرق (واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب) أو الوصي (موفيا له ويضمنه للصبي) لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا أصل هذه المسئلة البيع فان الاب أو الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان (واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز) لان الاب لو فور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عيناله من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز)

المال في المسئلة الاولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن والصواب أن مراد المصنف بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره يعني أن هلاك المرهون بما هو الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظيرا للمسئلة الاولى تأمل تفهم (قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه) قال صاحب الغاية أي كما أن الاب والوصي يضمنان للصبي اذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سلطا المرتهن على بيعه فباعه انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ يأبى عنه جدا قول المصنف في التعليل لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن الاب والوصي كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبدا للصغير كذلك يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد فحينئذ ينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد مما

الصلح عن انكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي أن يكون حكم المسائل الباقية مسئلة العبد والحمل والشاة كذلك وقوله (لابنه الصغير) احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب أن يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وهذا أنظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة أكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع ولهما الولاية على ذلك وقوله (وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة) بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله (واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير) يريد بيان جواز أن يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيأ رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته وقوله (أو عبد له تاجر لا دين عليه) قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير أما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب أولى فلو رهن الوصي من عبده ولا دين عليه لم يجز

(قال المصنف وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه كلمة عن

أن بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن فى ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع الوصى من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ماذكره فى الكتاب وهو واضح فالضمير فى قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصى وقوله (لان له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبى وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعنى سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاقى لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله أن يرجع فى مال والده لانه مضطر فيه على ماذكر فى الكتاب وقوله (لاشتماله على أمرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير

لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن كما لا يتولاهما فى البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذى عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب ليس للابن أن يرده حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب) لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فأشبه معير الرهن (وكذا اذا هلك قبل أن يفتكه) لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على أمرين جائزين

لابد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيأ آخر وهو أن يقول وأخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيأ للصبى لانهما لما كان رهن مال الصبى بدين عليهما ولما كان التوكيل ببيع ماله فمن أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذا لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب) قلت قوله الحاقا له بالاب علة للنفى دون النفى تأمل تقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين) قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير لدين على نفسه ورهنه ماذلك لدين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف فان الذى ذكره المصنف فيما قبل انما هو رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصى اياه فالظاهر أن الضمير فى قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصى أيضا فى بيان مراد المصنف ههنا لا يناسب سياق كلامه وأيضا قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصى وكذلك الجد أب الاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضى أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصى فى مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق فى شرح هذا المقام ماذكره صاحب العناية حيث قال أراد بهما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية فى بيان وجه قول المصنف لاشتماله على أمرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس انتهى أقول فى هذه الكلية منع ظاهر ألا يرى أن انسانا أو فرسا يطيق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطيق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر

(قوله لان له حكما واحدا) أقول يعنى الاب والوصى (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل باقل من الدين والقيمة فان لا يقال بقى كلامه على الاعم الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أى لمصلحة نفسه

(فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد) لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصى وكذلك الجد أب الاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب (ولو رهن الوصى متاعا لليتيم فى دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاع فى يد الوصى فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبى والحكم فيه هذا على ما بينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصى) معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبى) لانه غير متعد فى هذه الاستعارة اذ هى لحاجة الصبى (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبى) لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه (ولو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصى ضامن لقيمته) لانه متعد فى حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفى حق الصبى بالاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى به الدين ان كان قد حل (فان كان قيمته مثل الدين أداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا (وان كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذى فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك فى يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا قال فى كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ

معا وهذا فى الامور الخارجية وأما فى الاحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجامع كل واحدة من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو ملك يمين ولا يجوز له أن يجمعهما معا فى الجماع بشئ من ذينك السببين ولعلى سائر الشراح وصاحب الكافى تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا فى البيان والتعليل وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك بدينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيأ لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المذكور بدون تلك الكلية لا يفيد الشفاء فى اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة فى كلام صاحب العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل بأن قال اذا لم يمنع مانع كما فى الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما أقول هذا التقييد يخل بالمقام أما أولا فلان التعليل المذكور لا يتم اثباتا للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع فيما نحن فيه أول المسئلة اذ لو كان بينا فى نفسه لما احتيج الى ذكر جواز رهن الاب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه بكل واحد منهما وأما ثانيا فلانه لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت للكل يجوز أن يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع سيما فى الامور الهينة (قوله ولهذا قال فى كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون لا يجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لا يكون اقرارا بالاستعمال فى حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه

بدين على نفسه ورهنهما ذلك بدين على الصغير وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس وقوله (كفعله بنفسه) أى كفعل اليتيم بنفسه وقوله (والحكم فيه هذا) يعنى لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك فى يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه يرجع المرتهن على الوصى بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصى على اليتيم وقد ضاعت العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله (يضمنه لحق المرتهن) يعنى قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعنى قدر الزيادة على الدين

(قوله جاز أن يثبت للكل) أقول اذا لم يمنع مانع كما فى الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما (قوله دون العكس) أقول كما فى الوكيلين والوصيين

وقوله (يأخذه بدينه) أي يأخذ المرتهن ماضمنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف وقوله (لماذكرنا) اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله (فهو بما فيه) يعني فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كله وقوله (في الوجهين) يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه أو أكثر على ماذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله (ثم يتملكه) يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول وقوله (واستيفاء الجيد بالردىء جائز) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ ولكن الاصح أن يقال واستيفاء الردىء بالجيد جائز وانما قلنا ان هذا أصح لوجهين أحدهما أن الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به أي في بدل الصرف والسلم يؤذن أن الاصح أن يقال واستيفاء الردىء بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما اذا أخذ الردىء مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردىء لاشبهة لاحد فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشئ آخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردىء بمقابلة جيده وأرى أن ما في النسخ حق ويفيد ما يروم صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد والفرض عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو اما أن يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا لطلبه ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين

فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن بأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لماذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة) لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه (وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال رضي الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فان كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردىء جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض

أقرارا بالاستعمال في حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فان الاستعمال في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له اذ الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شئ من معنيي الغصب ولا في عدم لزومه لشئ منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال في العناية وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغو اذ لا يخفى أن رواية القدوري ليست بمحتاجة الى تفصيل كثير مثل ما تحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل ما حتى يقال ان رواية القدوري أيضا محتاجة الى ذلك بل مراده

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وانما لم يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير (قوله وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل

وقوله (قيل وهذه فريعة ما اذا الخ) انما يتصور جعلها فريعة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمدا مع أبي يوسف رحمهما الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وللمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا لرده بالضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهنا الك المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة لمكان الجودة فكذا في الرهن وعندهما هنا لك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأة أولى لانه وجد ههنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمة وقوله (ولو انكسر الابريق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان أجبر عليه فاما أن يكون

مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه أي المرتهن يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لا محالة خيرناه بين أن يفتكه بما فيه أي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتهن وملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء فتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة يمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر خيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما أشعر به المصنف في مقدار تمام جانبي الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلعل ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية

(قال المصنف وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا أولوية لكون هذه فرع تلك دون العكس بل الظاهر أن كلا منهما فرعا أصل واحد قلت بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حينئذ أمر البناء يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولي النهى الا أن يقال المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بأن الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله) أقول يعني أو مع كمال الدين

وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أوصوابا أوالصحيح أوماشا كل ذلك وقوله (وفي الوجه الثالث وهوما اذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشره فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربا أوردبا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى أن يحل الاجل و يكون المكسور له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ماسر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهوما اذا كانت قيمة الابريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهوما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر لجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته و يكون رهنا عنده وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته و يملك خمسة أسداس الابريق و يفرز سدسه حذرا

عن طريان الشيوع فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار ان كان درهما أودرهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لان الجودة تابعة بخلاف للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا و بين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة

وفي الوجه الثالث وهوما اذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أوردبا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهوما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته و يكون خمسة أسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا و يكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة

أقول لم أدر كيف ذهبوا الى هذا الشرح مع ظهور بطلانه اذ قد صرح المصنف بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمدا فيها مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك انما تصور على ماروى عيسى بن أبان أن محمدا مع أبي يوسف في تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد ينافي البناء قطعا والصواب في شرح هذا المحل أن يقال أي على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الاصح كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح ههنا ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علم بالزيافة فانه سقط دينه ولا شئ عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد أولا كقول أبي حنيفة وآخرا كقول أبي يوسف كذا ذكره عيسى بن أبان والاصح أن هذه مسئلة مبتدأة لان محمدا مع أبي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه

(قوله وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أوصوابا أوالصحيح أوماشا كل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الربا الخ) أقول فيه بحث بل التقييد بالجيد للايذان بأنه لا يلزم الربا في خلاف الجنس وان ضمن بالجيد فليتأمل فان مراده تعليل تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه فان المرتهن يملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية ان ضمن قيمته جيدا من جنسه

(بخلاف جنسها وفي تصرف المريض) فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لان كونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فأمكن اعتبارها ويصير خمسة أسداس الابريق مضمونا بجودته وصنعته وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة لمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه وصفة الامانة

بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيأ بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيأ على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه ومارضي الا به فيتخير بفواته (الا أن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لان بدل الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف الى آخر كلامه تبصر (قوله فاذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أي معنى الشرط وهو الملاءمة أقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المصنف قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ماذكره الشارح المذكور وهو أي معنى الشرط الذي هو الملاءمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى أي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق وهو أي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم أي ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد فصح العقد وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه ملائم للوجوب (قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شيء وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن افادة تمام المدعى فانه انما يتمشى فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز أن يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله قسيما لكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا أن يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان

في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم أن الدرهم والدرهمين ليسا بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيأ بعينه الخ) كلامه واضح وقوله (لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه أو يعطي كفيلا غير ملي وليس في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد

(قوله بخلاف جنسها) أقول لئلا يلزم الربا فانه اذا ضمن بجنسه يملك المرتهن عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة أسداسه من خلاف جنسه) أقول حذرا عن الربا

وقوله (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد به ثوبا بغير المشترى والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله (علم أن مراده الرهن) لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن

﴿فصل﴾ وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد قوله (وصار كالمبيع في يد البائع) في أن المشترى اذا أدى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن فاذا سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيأ كالو رهن عبدين بألف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبض اذا أدى ما سمى ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله (ألا يرى) توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشترى العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد عليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما تقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به قال

قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لانه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف لان قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم أن مراده الرهن

﴿فصل * ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين) وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيأ من المال الذي رهنه به فكذا الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبضه اذا أدى ما سمى له وجه الاول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في المبيع وجه الثاني أنه لا حاجة الى الاتحاد لان أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا يرى انه لو قبل الرهن في أحدهما جاز

الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تامل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشترى ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملىء وليس في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى أقول وفيه قصور أما أولا فلانه ترك ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسئلة الكتاب وأما ثانيا فلان قوله في التعليل أو يعطى كفيلا غير ملىء لا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا آنفا أن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضي عدم تعينه فيجوز أن يعين المشترى للكفالة رجلا ملياً غائبا عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيلا غير ملىء بعد أن عين الملىء للكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انفهامه من قوله ولو كان غائبا لحضر في المجلس وقبل صح تدبر

﴿فصل﴾ قال في العناية أخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في شيء منها وانما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها فالاولى أن يقال وجه الفصل كون الرهن أو المرتهن أو الراهن متعددا كما أشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة

﴿فصل﴾ ومن رهن عبدين (قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول أو الراهن أو المرتهن (قوله وهذا لان البيع الخ) أقول قوله وهذا أي وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشترى من قبض حصة الثمن بنقده في الاول ويتمكن الراهن باداء حصة أحد الرهنين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة الى الاتحاد فيه

تتفرق فى باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشترى العقد فى أحدهما دون الآخر لم يجز كما فى حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقى فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهى حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافتكاك ينتهى حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقى فينتهى حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق فى باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق فى باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إنى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيأ من الالف فقبل المرتهن الرهن فى أحدهما دون الآخر جاز وان باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيأ من الالف فقبل المشترى العقد فى أحدهما دون الآخر لم يجز وثانيهما لمى وهو ما ذكراه بقولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الخ والاول منهما سالم والثانى منظور فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة فى الاصل وأن الكلام هنا فى اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية فى باب الرهن ولا تتفرق بذلك فى باب البيع فالتأدى الى تفريق الصفقة فى باب البيع على تقدير أن يتمكن المشترى من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية فى باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر فى لمية الفرق بين بابى الرهن والبيع فى تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافى حيث قال وانما افترقا لان ضم الردىء الى الجيد متعارف فى البيع غير متعارف فى الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشترى أن يقبل فى أحدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ولان فى البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا فى الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا فى حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذلك وأراد الراهن فكاك الذى قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذى رهنته بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضى الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هنالك تفضى الى المنازعة فلهذا تمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين انتهى أقول فى الجواب بحث أما أولا فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا فى قطع المنازعة فى حالة الاجمال ولو لا ذلك لما كان فى قول المصنف فى صدر مسئلة الاجمال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانيا فلانه اذا كان العبدان متساويين فى القيمة لا يوجد هنالك جهالة تفضى الى المنازعة مع أن جواب مسئلة الاجمال تعم هذه الصورة أيضا فالاولى فى دفع النقض بحالة الاجمال أن يقال لان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان فى كلام العاقد ما يحتمله كما فى حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها تحتمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الاجمال اذ لم يوجد فيه شئ يحتمله فاذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وان لم يلزم التأدى الى تفريق الصفقة قبل تمامها فى باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه فى حالة الاجمال أيضا تأمل

كما أن بالافتكاك ينتهى حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقى فينتهى حكم الرهن فيه فان قيل هذا فى حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذلك وأراد الراهن فكاك الذى قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذى رهنته بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضى الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هنالك تفضى الى المنازعة فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين

(قوله فانه بالهلاك ينتهى) أقول أى بالهلاك فى يد المرتهن (قوله فلو تمكن من استرداد) أقول أى فلو تمكن الراهن

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين في الدين أو غيره ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير لان الكل في ذلك سواء وقوله (لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه) قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب أن (٢١٨) اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) يشير الى أن ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن وقوله (لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) اعترض عليه

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة (فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزأ قال (فان أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر) لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق

(قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه) قال صاحب العناية أخذا من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتنقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الى هنا كلامه أقول هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة اذ لا فرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شئ من صور في رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما وانما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ألا يرى الى ما مر في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقالا يصح لان هذه أشبهت الجملة منهما اذا التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما لو رهن من رجلين وله أن هذا هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيأ من الرهن انتهى فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلا ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى (قوله وان أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال في العناية أخذا من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في

(قوله لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الخ) أقول وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما وكان المراد ذلك (قال المصنف فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) أقول هذا اذا كان مما لا يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع رجل عند رجلين شيأ يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر قيل الدافع يضمن عنده خلافا لهما كذا في شرح الزيلعي وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال وكذا الجواب في المرتهنين

وعلى

بأن المرتهن الذى استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقى بالاستيفاء فينبغى أن يكون الرهن فى يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضى أن لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا الخ) هذه عكس المسئلة التى تقدمت وهى واضحة ومن شعبها ما اذا كان فى يد رجل ادعاه رجل انه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجملتها ان العبد اما أن يكون فى أيديهما أولا فى يد واحد أو فى يد أحدهما فان كان فى يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما فى الشراء وقد تقدم الا أن يقيم الآخر بينة انه الاول فانه صريح فى السبق وهو يفوق الدلالة

وعلى هذا حبس المبيع اذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين) لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك فى حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل فى كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما أثبت ببينته حبسا

يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضى أن لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكن يسترده وأجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا انتهى أقول هذا الجواب غير شاف فى دفع الاعتراض المذكور لان السائل بسط مقدمة وهى أن المرتهن الذى استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقى ففرع عليها قوله فينبغى أن يكون الرهن فى يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانما تقتضى أن لا يكون ارتهان الذى استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما مالم يصل الرهن الى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه اذا كان الرهن فى يد الآخر ويستند فى ذلك الى المقدمة التى بسطها فى أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو

وان لم يكن فى يد واحد منهما فهو المذكور فى الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان فى أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله فى الاصل وبه أى بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر فى الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت فى جميع الرهن حتى اذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه فى الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه

الله الى هذا فى الوجه الاول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ وباقى كلامه واضح والله تعالى أعلم

(قال المصنف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر) أقول هذا اذا لم يؤرخا فان أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لانه أثبته فى وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا اذا كان الرهن فى يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد كذا فى شرح الزيلعى واذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور فى غاية البيان (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهى واضحة ومن شعبها) أقول الضمير فى شعبها راجع الى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أى كونه فى يد رجل (قوله وجملتها أن العبد اما أن يكون فى أيديهما أولا فى يد أحدهما) أقول لا فرق بين أن يكون فى أيديهما وأن لا يكون فى يد واحد منهما فانه لا تقبل البينة فى حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان فى أيديهما فان علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لا بد منه فى المسئلة الاولى فان كونها مسئلة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد فى الأصل وبه أى بالقياس نأخذ) أقول يعنى فى المسئلة الاولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول تعليل لقوله يثبت فى جميع الرهن

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده و رضيا ببيعه الرهن

عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشي رحمهما الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذكر قوله في بعض النسخ) اشارة الى أن في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن أبي ليلى بدل مالك وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله (ولنا) ظاهر

يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لان الباطل لا حكم له قال (ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا ببيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

﴿ باب الرهن يوضع على يد العدل ﴾

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن

أحد الوجوه في هذه المسئلة وجملتها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الا أن يقيم الآخر بينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما الخ وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا ان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المصنف وان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولا وان أراد بها قول المصنف ولو مات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ فان محمدا انما يأخذ بالقياس في المسئلة الاولى لا في المسئلة الثانية فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى

﴿ باب الرهن يوضع على يد العدل ﴾

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن

(قوله ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل) أقول الرضا ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم في العدل فالاولى أن يقال سواء رضيا ببيعه الرهن أم لا قال الاتقاني قال الحاكم الشهيد في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن ببيعه) أقول غير مسلم كليا

وقوله (لانه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع) يشير الى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن فى حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك اما أن يكون من حيث أمره بذلك وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن أن يمنعه منه واما أن يكون من حيث موافقة الراهن اياه فى الوضع على يد العدل ولا تأثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقوله (لا يقدر أن يجعل القيمة) أى العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره وقوله (ولو تعذر اجتماعهما يرفع) قال فى النهاية أى يرفع العدل أحدهما الى القاضى وفى بعض الشروح يرفع الامر الى القاضى أحدهما اما الراهن أو المرتهن وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل

وانما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق لانه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه) لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا عمل أحدهما ابطال حق الآخر (فلو هلك فى يده هلك فى ضمان المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن وهى المضمونة (ولو دفع العدل الى الراهن أو المرتهن ضمن) لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وأحدهما أجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى (واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى أحدهما وقد استهلكه المدفوع اليه أو هلك فى يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا فى يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذها منه ويجعلاها رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الى القاضى ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد (وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه)

يوضع الرهن فى يده وزاد عليه صاحبا النهاية والعناية قيدا آخر حيث قالا ورضيا بيعه الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجارى بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم فى معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد فى الكافى ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وانما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق لانه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير الى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن فى حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه أقول هذه العلاوة التى زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشئ فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضى سقوط السؤال المتجه على أصلنا اذ لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للسائل مذهب ولو سلم ذلك فللخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الالزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب الحق عنه ما أشار اليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال فى النهاية والعناية أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل

ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له أى للعدل لان كل ذى حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين فى حق الراهن وبدله من حيث المالية فى حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه

(قوله على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به) أقول فيه بحث (قوله قال فى النهاية أى يرفع العدل أحدهما الى القاضى الى قوله وهو الاظهر) أقول قال الاتقانى وذلك ليس بشئ لان العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم الى القاضى انتهى وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعى

لان العين لو كان قائما فى يده أخذه اذا أدى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فان هلك فى يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بأن قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان وقوله (واذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعنى بدون رضا المرتهن وقوله (ألا ترى أنه) أى أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أى عقد الرهن وقوله (لانه)

لان العين لو كانت قائمة فى يده يأخذها اذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لانه توكيل ببيع ماله (وان شرطت فى عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل) لانها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفى العزل ابطال حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه) لانه لازم بأصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره (وان مات الراهن لم ينعزل) لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه فى حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبى يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمه فيملكه الوصى كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجرى فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه الا برضا الراهن) لانه ملكه ومارضى ببيعه (وليس للراهن أن يبيعه الا برضا المرتهن) لان المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فان حل الاجل وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) للوجه الثانى وهو أن فيه ايواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثانى وهذا أصح وعن أبى يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الاصل (واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد) لقيامه مقام ما كان مقبوضا

الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعى انتهى أقول ان كان وجهه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر فى النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيهما أى برأى الراهن والمرتهن مع أن الحكم فيه أيضا

أى عقد الوكالة (لازم بأصله فكذا بوصفه) وهو الاطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه وقوله (لان العقد) أى عقد الرهن (لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التى هى الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التى هى اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا فى النهاية وقوله (واذا مات الوكيل انتقضت الوكالة) يعنى والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان فى يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل أولى وقوله (والارث يجرى فيما له) أى لا فيما عليه ألا ترى أن الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله (أجبر على بيعه) يعنى يحبس أبدا ما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه أبدا ما ذكر فى الزيادات أن القاضى يبيع عليه وهو على قوله ما ظاهر وأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه ايواء حقه وقوله (قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول) ذكر فى المبسوط أنه ظاهر الرواية وقوله (ان الجواب فى الفصلين) أى فيما كان مشروطا فى الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أى يجبر فيهما (ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير) حيث قال فيه اذا أتى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا فى العقد أو لم يكن وكذلك ذكر فى الاصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لانه صار ملكا للمشترى وملكه لا يكون رهنا

(واذا توى كان مال المرتهن) بنصب مال على ماصحح صاحب النهاية وفى بعض النسخ من مال المرتهن وقوله (وغرم القاتل قيمته) يعنى تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه أى هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر (فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله (وليس له أن يضمن غيره) أى ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذى أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضاحه شكر الله سعيه سوى ألفاظ وضمائر نوضحها زيادة ايضاح

واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لما ودما قال (وان باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذى أعطاه وليس له أن يضمنه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما ففى الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب فى حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد فى حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع أيضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما أداه اليه على حسبان أنه ملك الراهن فاذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفى الوجه الثانى وهو أن يكون قائما فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشترى سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد فالحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما فى الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضى الله عنه هكذا ذكر الكرخى وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وان مات العبد المرهون فى يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن) لان كل واحد منهما

كذلك فهو ممنوع لانه انما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا رأى القاضى لو كان لفظ جعل فى عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل فى عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه

فقوله (وصح الاقتضاء) أى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله (وان ضمن البائع) أى العدل وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أى على الراهن بشئ وقوله (فاذا تبين أنه ملكه) أى ملك العدل وقوله (لم يكن راضيا به) أى بأداء الثمن الى المرتهن وقوله (فله) أى فللعدل وقوله (بطل الاقتضاء) أى بطل قبض المرتهن وقوله (انما أداه) أى انما أدى المشترى الثمن الى العدل ليسلم للمشترى المبيع ولم يسلم وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أى بالثمن وقوله (لان المقبوض سلم له) أى لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله (وان شاء على المرتهن) أى وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذى أداه اليه وقوله (فيرجع به) أى فيرجع المرتهن بحقه الذى هو دينه على الراهن وقوله (لا يرجع به على المقتضى) أى على القابض وقوله (فيكون البيع لحقه) فاذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه

الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أى الوكيل الذى لم تكن وكالته مشروطة فى العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة فى العقد وبين الوكالة التى بعد العقد فقال فى الوكيل الذى كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن

(قال المصنف ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار الى قوله وليس له أن يضمن غيره) أقول والظاهر أن يكون للمستحق خيار تضمين المشترى أيضا لأنه متعد بالاخذ والتسليم لكن لم يذكروا

لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض) يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله (فلانه انتقض اقتضاؤه) أي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله (طعن أبي خازم) يعني هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن رحمهما الله وأبو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله (والغرور بالتسليم كما ذكرناه) يعني بقوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله (أو بالانتقال من المرتهن اليه) أي الى الراهن (كانه وكيل عنه) أي كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل (والملك بكل ذلك) أي بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه وأما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فملك الرهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الرهن متأخرا عن عقد الرهن فكانه رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كانه أنشأ العقد بعد الرجوع فيتقدر بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله (بخلاف الوجه الاول) يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى) قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل أن يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض (فان ضمن الراهن فقد مات بالدين) لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبي خازم القاضي والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه أو بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى

﴿باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

قال (واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف)

راجعا الى القاضي وأما اذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية فانما مقام الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا في يد غير العدل الاول فأمره هين فانه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في يد العدل الاول وبين أن جعلت رهنا في يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الاول روما للاختصار

﴿باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخرا طبعا عن كونه رهنا أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع (قوله واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة

﴿باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما تكون بعد كونه رهنا فكان متأخرا طبعا فأخره وضعا قال (واذا باع الراهن الرهن الخ) اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح أنه جائز موقوف

(قوله لأن المضاربة عقد غير لازم) أقول تعليل لقوله ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة

لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف فى ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فان أجاز المرتهن جاز) لان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وان قضاه الراهن دينه جاز أيضا) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل فى المحل (واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا (وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ فى رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالملك له أن يجيز وله أن يفسخ (وفى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه فى الحبس لا يبطل بانعقاده هذا العقد فبقى موقوفا فان شاء المشترى صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى وللقاضى أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه وصار كما اذا أبق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثانى موقوف أيضا على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى (ولو باع الراهن ثم اجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول)

محمد فيه فى موضع قال بيع المرهون فاسد وفى موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على مالم يجز فان القاضى يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشترى التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا أجازه وسلمه كذا فى العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة فى التشبيه فانه كالفاسد فى عدم ترتب الحكم فى الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهى بل هما من قبيل التأويل اللغوى الذى فيه نوع الغاز وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما فى موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف فى ملكه) أقول فى تمام هذا القدر من التعليل نظر فانه ينتقض بما اذا أعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سيأتى فى الكتاب مع جريان هذا التعليل هنالك أيضا فالوجه فى التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته ألا ترى أن المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال فى آخر تعليل المسئلة مسئلة الاعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام

رحمه الله أنه ان شرط عند الاجازة أن يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففى الانفساخ روايتان كما ذكره فى الكتاب وقوله (وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه) أى لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضى وقوله (لما ذكرنا) يعنى لفوات القدرة على التسليم قوله (ولو باعه الراهن الخ) يعنى لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثانى موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى كالاول ولو أجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد يرهن ليباع فأيهما أجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثانى

(٢٩ - تكملة ثامن) لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هى وباجازة البيع الثانى لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو

(قوله وقوله فاسد محمول على مالم يجز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة فى التشبيه فانه كالفاسد فى عدم ترتب الحكم فى الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل فى الحال

والفرق ماذكره في الكتاب والاصل في ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل باجازته الى غيره فان كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا وأجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه واذا آجر بعد البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه أولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها وان كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه الخ) اذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان أو معسرا وللشافعي رحمه الله أقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل أولى لانه أسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه وكل من فعل

ذلك صح كما اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو الآبق أو المغصوب فانها تشرك المرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضى متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم أما تحقق المقتضى فلانه تصرف صدر عن أهله ولا نزاع فيه مضاف الى محله لانه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن وأما انتفاء المانع فلان عارض النهي لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا أو وحق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشئ من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به أما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فأشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترى بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبي حنيفة

القدرة على التسليم تدر (قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لان يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر والاعتاق لا يفتقر اليها بدليل نفاذ اعتاق الآبق كذا في الكافي وغيره واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف و بينهما فرق اذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف ألا ترى أن المبيع بالبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى القدرة على تسليمه بالكلية والمنتفي في بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن أو قضاء

أزاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن في البدبناء عليه كما اذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن أولى فان قيل ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة أجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه أن حق المرتهن انما صلح مانعا في البيع والهبة لاعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله (واعتاق الوارث) جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادعى أن اعتاقه لغو وصورته مريض أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن ووجهه أن ذلك لا يلغو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال

(قوله أجاب بقوله وامتناع النفاذ الى قوله وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا) أقول وأيضا الاعتاق لا يقبل الرد والفسخ فكذا التوقف بخلافهما فليتأمل

وقوله (واذا نفذ الاعتاق) راجع الى أول الكلام يعنى فاذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس حقه) يعنى الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله (لانه لما تعذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد وقوله (نذكره) يعنى فى هذا الباب فى مسئلة استيلاد الامة المرهونة وقوله (وعندهما التكميل) يعنى وان عتق عندهما لكن فى عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا أداها كمل العتق وقوله الا رواية عن أبى يوسف رحمه الله فان المبيع محبوس فى يد البائع كالرهن فى يد المرتهن وقوله (والمرتهن ينقلب حقه ملكا) يعنى أن الرهن اذا هلك فى يده كان مالكا من حيث المالية وباقى كلامه واضح قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره الخ) الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحقه أولى وأما عنده أى عند الشافعى رحمه الله فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله (واذا صحا) يعنى التدبير والاستيلاد (خرجا) أى المدبر وأم الولد يعنى عندنا وأما عنده فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفا وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما

واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين) لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفى التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرا سعى العبد فى قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضى الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة أقل من الدين أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا أيسر) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى فى الاعتاق لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى فى ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والاعسار وفى العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هنا فى حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشترى قبل القبض اذا أعتقه المشترى حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن أبى يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع فى الحبس أضعف لان البائع لا يملكه فى الآخرة ولا يستوفى من عينه وكذلك يبطل حقه فى الحبس بالاعارة من المشترى والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما سوينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال (له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية) عندنا خلافا لزفر هو يعتبره بافراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق فى حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق) لانه يصح بأدنى الحقين وهو ما للاب فى جارية الابن فيصح بالأعلى (واذا صحا خرجا من الرهن) لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما (فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) على التفصيل الذى ذكرناه فى الاعتاق (وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وأم الولد فى جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما أديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر فى قيمته فقط لانه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن فى يد

الراهن دينه لا القدرة على تسلمه أصلا فيتوقف على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اذ بواحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما فى البيع الفضولى (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك

وقوله والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيده بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله (كانها هلكت بآفة سماوية) يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيأ وأجيب بان العين قد تغيرت فكانت عثابة ما لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فانت تلك الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين

عند القتل بخلاف ما اذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر) اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن) فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير أطلق الاعارة وقوله (لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن) لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد المرتهن بعد الاعارة يد المرتهن وبده اذ ذاك يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لاستحالة فاعتبرنا يد الراهن بدء رهن لزوم عقد الرهن

المرتهن اقيامه مقام العين (فان استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده) لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا أنه يتقرر عند الهلاك (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه أتلف ملك الغير (وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين) لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن) لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف قال (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) لفوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسترجعه الى يده) لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد

لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمته هما ليس بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية أصلا بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدوري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ آخر في كتابه آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر فان كان الدين حالا طولب بأداء الدين وان كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لانه أيضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية أيضا فيتم ويحسن عطف أحدهما على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا فان أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا طولب بأداء الدين وان كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم الفيصل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف) قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا

(قال المصنف فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) أقول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كذا في شرح الزيلعي ومن تأمل حق التامل في كلام المصنف لعله يلوح له اندفاع هذا الاشكال

الرهن

وأزلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا فى الجملة كما فى ولد الرهن وكلامه واضح فى غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لمنافاته بين يد العارية ويد الرهن وقوله (وهذا) أى ما ذكرنا من اعارة أحدهما باذن الآخر أجنبيا (بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي) وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن وأما الاجارة

الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقى عقد الرهن فاذا أخذه عاد الضمان لانه عاد القبض فى عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرده رهنا كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا (ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ فى العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك فى حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وكذا اذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فارهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين

بعينه فى شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى أقول ليس استشكاله بشئ فانه يصح على قول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض ألفا ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه بالاتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما ولا تأثير فى سقوط شئ منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفى على مثل ذلك الفاضل (قوله وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) يشير بقوله لما قلنا الى قوله لمنافاته بين يد العارية ويد الرهن قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا وضع فى يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدى الايداع والرهن أقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع فى يد العدل مذكور فى شرح تاج الشريعة وفى الكفاية مفصلا مستوفى فكأنه لم يرهما فمن شاء فليراجعهما (قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا) قال الشراح وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة انتهى وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بان قال اذا كان الايداع من أجنبي ينبغى أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من رضيا بوضع الرهن فى

فالمستأجر ان كان هو الراهن فهى باطلة وكانت بمنزلة ما لو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده وان كان هو المرتهن وجد القبض للاجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستئناف وأما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن أو أجنبي بمباشرة أحدهما باذن الآخر وأما من الراهن فلا يتصور (وقوله لما بينا) يعنى فى صورة العارية ثم لو اختلفا فى وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال (ومن استعار من غيره ثوبا الخ) ومن استعار ثوبا ليرهنه فالمعيرا ما أن يطلق فى ذلك أو يقيده بشئ فان كان الاول فارهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان استأذن أن يقضى دينا عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر

(قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه اذا وضع فى يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدى الايداع والرهن فتأمل فانه ممنوع (قوله وحكم الوديعة كحكم العارية) أقول اذا كان الايداع من أجنبي ينبغى أن لا يسقط الضمان لانه العدل

فانه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كالبائع بشرط الخيار فانه يزول ملك اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين قوله (لان الجهالة فيها الا تفضي الى المنازعة) يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما اذا أعار ثوبا وأطلق وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه ان احتاج الى فكاكه وهو أقل المالين فالزيادة زيادة ضرر وبقي النقصان لان غرضه أن يستوفي أكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ماتم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه ظاهر وقوله

(ووجب مثله) أي مثل ماتم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبرا عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه

ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة (ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه) لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفي النقصان أيضا لان غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقييد بالجنس و بالمرتهن و بالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ (فاذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه و بين المرتهن) لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن و بالدين على الراهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وان وافق) بأن رهنه بمقدار ما أمره به (ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وان كانت قيمته أقل من الدين ذهب بمقدار القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه

(قوله فانه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا الخ) أقول فيه بحث فان قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك اليد عن ملك العين ثبوتا ثبوت ملك اليد لشخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح والمراد بالانفصال زوالا أن يبقى ملك اليد ويزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن) ولهذا أقول تصحيف عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال فخر الاسلام البزدوي ذكر أنه حين أعسر الراهن لان المعنى لا يستقيم لان المعير يفتك جبرا من المرتهن لا من الراهن لان الرهن ليس في يد الراهن وانما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ كذا سمع نقلته من خط مولانا اياس قال في الكفاية فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن انتهى وقال أكمل الدين افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والأصوب أن عن ههنا للبدلية كما في قوله تعالى لا تجزي نفس عن نفس شيأ وفي قوله عليه الصلاة والسلام صومي عن أمك فلا غبار اذ يصير المعنى حينئذ جبرا على المرتهن بدل الراهن والبدلية بين الراهن والمعير

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال فى النهاية ليس مجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى اذا كان ما أداه بقدر القيمة لاما كان أكثر منها يعنى ان كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف رحمه الله لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله (ولو اختلفا فى ذلك) أى فى كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة بينة المعير لانه يدعى عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه

الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب أجيب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله (ولو اختلفا) هكذا فى نسخة قراءتى على الشيخ رحمه الله وقد وقع فى النسخ كما لو اختلفا قال فى النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو لان فى لفظ كما يختلف الغرض اذ فى الاول القول للراهن وهو المستعير وفى الثانى للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله (فى انكار أصله) يريد عقد العارية

ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فاجبر المرتهن على الدفع (بخلاف الاجنبى اذا قضى الدين) لانه متبرع اذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا فى ذلك فالقول للراهن) لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين (كما لو اختلفا فى مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لان القول قوله فى انكار أصله فكذا فى انكار وصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك فى يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن) لانه لم يستوفه

شمس الائمة السرخسى وفخر الاسلام البزدوى وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبرا عن الراهن تصحيف وقع من الكاتب أو القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه وبوافقه تقرير صاحب الكافى فى هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن وقال صاحب العناية قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعنى جبرانا للمافات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما اذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذاك القضاء بنفسه لعدم مجيء أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هنالك بقضاء دين الراهن جبرانا للمافات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضا داخلة فى جواب هذه المسئلة كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لم يسمع فى العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق فى تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق فى مسئلة النظر الى المرتهن وعلى المعنى الذى اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق الا أن يصار الى تقدير المافات جبرا وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج فى ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله

(قوله قال فى النهاية ليس مجرى على اطلاقه الى قوله وليس بوارد على المصنف) أقول قال الامام الزيلعى بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفى الكل على ما عرف فى موضعه انتهى وقد سنح لى هذا الاشكال قبل رؤيتى كلامه فى هذا المحل وجوابه مذكور فى الكفاية والدراية فراجعهما نص عبارة الكفاية والكاكى فان قيل هو لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلت الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الايفاء انتهى فتأمل فان للكلام مجالا (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للمنكر ثم رأيت فى الكفاية الا أن يقال التشبيه فى الانكار من غير نظر الى كون المنكر معيرا أو مستعيرا

(وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق (وتكون رهنا عنده الى أن يقبض دينه فيردها الى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان أمينا خالف ثم عاد الى الوفاق (وكذا اذا افتكه الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده بدنفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته

يرجع على الراهن بما أدى غير مجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى اذا كان ما أداه بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن ألفا فرهنه بألفين فافتكه المالك بألفين رجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الالف ولا يرجع بأكثر من ألف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لا نفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعموم ولا في التقييد والاطلاق ألا ترى أن كلية الكبرى شرط في أشهر الاقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئيا فمن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغني عن تقييدها تلك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية أنه اذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا بأداء الدين كله اذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى أقول في كلامه هذا نوع غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعي أيضا فلا معنى لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه أن يبين محل فساده ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق) أقول كان الحق في التعليل أن يقال لان الحق تعلق بمالية وقد أتلفها بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته

وقوله (لان استرداد القيمة كاسترداد العين) واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح وقوله في آخره (أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر) يعني بتسليم الرهن الى المرتهن سعى في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهرا اذا كان الاستعمال قبل الرهن أما بعد فكاكه فليس ثمة تحصيل مقصود الآمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد أجيب بأن ثم الرد الى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كأنه رد الى صاحبه حكما وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وأما اختيار شيخ الاسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق دلت عليه هذه المسئلة قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) معناه واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراده وبالمحترم

هو أن يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله (والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) يعني أن تكون الجناية في النفس أو ما دونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله (أما الوفاقية) يعني أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر (فلأنها جناية المملوك على المالك) فما يوجب المال بدليل أنه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه شئ لكان واجبا له عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان وأجاب المصنف رحمه الله بما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق بها دمه والمولى أجنبي عنه بوضحه أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن

لشترى بها عبدا يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال (وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر) وهذا عند أبي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه أنها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون

كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر فلانها جناية المملوك على المالك وافتى أثره صاحب العناية أقول لا وجه عندي لاقحام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور اذ يصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أي علتها فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لان المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى فيؤل المعنى الى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو فاسد قطعا (قوله ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن) قال صاحب العناية قوله ودفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع

غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنبي آخر فان قيل ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان أجاب بقوله (وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر) وان كان يسقط حقه في الدين فان ابقاءه رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله (ودفعاه) فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته أو التغلب سماه دافعا وثناه (وله أن

هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه) لكونه مخاطبا بالدفع أو الفداء كالراهن فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شئ واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله (وان كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان العين والدين ألفا وأتلف متاع المرتهن فقال للراهن اما ان تقضي نصف دينه أو بيع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شئ من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه أمانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له) أقول يعني يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكلة الخ) أقول فيه بحث يظهر على من علم المشاكلة (قوله اما أن يقضي نصف دينه) أقول بقدر الامانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول ولكن كلمة عن تأبى عن كونه الرواية الظاهرة

وقوله (وهذا) أي ماذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن) لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا يساوي ألفا بألف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ماقبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لونقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله (حتى لا يزاد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله (لان المولى استحقه) دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر

واعلم أن صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من ألف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به وأقوال العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين أن يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ماذكره وقول زفر رحمه الله ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها أن التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب

وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا يساوي ألفا بألف الى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ البدل الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان بدل الرهن بدل الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء ألفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربا قال (وان كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الاول

لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعا وثناه انتهى أقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشئ بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ وأريد به في المرة الاولى أصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وفيما نحن

(قال المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول أي أصل جنس هذه المسئلة لا أصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف زفر ولك أن تقول الاتفاق في جواب المسئلة لا ينافي الاختلاف في التخريج (قال المصنف لانه بدل المالية) أقول أي القيمة وانما ذكر الضمير بتأويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا دليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الفاء للتعقيب الذكري والا فالهلاك مقدم (قال المصنف وان قتله عبد قيمته مائة) أقول أي قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره لئلا يلزم التكرار

وقوله (لحاودما) يعني صورة ومعنى أما صورة فظاهر وأما معنى فلان القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره جزأ من حيث الآدمية دون المالية ألا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضا وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب) يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله (وأنه منسوخ) يعني بقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن ثلاثا وقوله (ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف) قيل في بعض الشروح هذا تكرار لامحالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه أيضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن) يعني اذا كانت القيمة والدين سواء أما اذا كانت القيمة أكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه

لحاودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شئ من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحاودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لانه لا يملك التمليك (ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشئ من الفداء) لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها (ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية) لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه (فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير) بين الدفع والفداء (فان اختار الدفع سقط الدين) لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك (وكذلك ان فدى)

فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسبيله التغليب لا غير كما لا يخفى (قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لامحالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لامحالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه أيضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة الى هنا لفظ العناية أقول مامر في بيان صور المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير والانصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعه فان نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبدا يساوي ألفا بالف الى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ وان كان أمره الراهن ببيعه

(قوله قيل في بعض الشروح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا لم يتراجع السعر) أقول وكذلك جعل الكاكي في معراج الدراية وأما صاحب الكفاية فانه مشى على طريق الشيخ الشارح

وقوله (لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعني واذا كان على المرتهن وقد أداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا في أداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله (وحق ولي الجناية) بالجر معطوف على دين المرتهن يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية أيضا حتى لو جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله (لتقدمه على حق المولى) أي لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين

(قال المصنف لان دين العبد مقدم على (٢٣٦) دين المرتهن وحق ولي الجناية الخ) أقول قال الاتقاني قوله وحق ولي الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلأن يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقدمر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي بالجر أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه مناقضة لا محالة انتهى ونحن نقول فيه بحث فانه تأخير صورة لكنه تقديم معنى حيث لم يبق في يد ولي الجناية شئ كما لا يخفى (قوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن) أقول ولعل النصب أولى عطفا على دين العبد أي حق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن وانما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف لتقدمه على حق المولى) أقول في دلالته على التقدم على حق ولي الجناية بحث فانه كما يقال للمولى في الاستهلاك بع أو أد المال كذلك يقال في الجناية ادفع أو افد (قوله فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية) أقول وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه في المالية حيث يباع ويعطى ثمنه له فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولي الجناية بل عكسه أظهر لان المولى مخاطب فيه بدفع عين العبد وعليك بامعان النظر

لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فديته على حاله كما في الفداء وان أبى قيل للراهن بعه في الدين الا أن يختار أن يؤدي عنه فان أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا في الفداء (وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه) لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى

فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه بجميع الدين وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك أن قوله فان قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السعر فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار واما ارجاع الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فما لا تساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العربية فلا وجه للمصير اليه تبصر ترشد (قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجر أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولي الجناية أيضا حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى أي لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية

(فان فضل شئ ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لان الرقبة استحقت لمعنى هو فى ضمان المرتهن فأشبه الهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل أخذه به) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقى على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق فى دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بفعله (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما افديا) لان النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء فى المضمون على المرتهن وفى الامانة على الراهن فان أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز فى الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما منه الرضا به (فان تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدى راهنا كان أو مرتهنا) أما المرتهن فلانه ليس فى الفداء ابطال حق الراهن وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال المرتهن وكذا فى جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله فى الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدى وأما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أبى المرتهن أن يفدى وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه)

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لأنه لا يملك التمليك وقوله (فان تشاحا) بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن

لان المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية وولى الجناية يقوم مقام المولى فى ملك العين الى هنا كلامه واقتفى أثره فى هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولى الجناية أيضا مقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدورى بذلك فى شرحه وقدمرانفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم فى شرحه قوله وحق ولى بالجر أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولى الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا فى غاية الضعف لان المسئلة التى استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولى الجناية وفى المسئلة قدم حق ولى الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه منافضة لاحالة الى هنا لفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التى استشهدوا بها اذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولى الجناية فى تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجانى أولا الى ولى الجناية الا أنه لم يبق فى يده بل بيع ودفع ثمنه الى الغرماء وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولى الجناية أولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع أثر فعلم أن الدين كان مقدما حقيقة انتهى (قوله فان فضل شئ الخ) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شئ الخ من متفرعات المسئلة السابقة وهى قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شئ من ثمن العبد الذى بيع فيلزم

(قال المصنف فان أجمعا على الدفع دفعا) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فى قوله دفعا ولا يقال المراد رضيا بالدفع بطريق عموم المجاز لانه لا يكون مسببا عن الاجماع على الدفع والمخلص التغليب

وقوله (لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) يعنى أن الراهن اذا خوطب فلا بد له من أحدهما وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن فى الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر فى الاسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة قوله (وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله) ومابعده هو الموعود بقوله وسنبين القولين ومابعده واضح الخ

﴿ فصل ﴾ هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التى تذكر فى أواخر الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد وصف وبفواته فى المكيل والموزون لا يسقط شئ من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين أن يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد بين أن يفتكه ناقصا وبين أن يجعله بالدين كما فى القلب اذا انكسر فقوله يساوى عشرة وقع اتفاقا

لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقى لان الفداء فى نصف كان عليه فاذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقى (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع فى الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الاجنبى وله أنه اذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبى فأما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه (وان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وأمره ببيعه) لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى ماله من غيره (وان كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز والآخرين أن يردوه) لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمى فأشبه الايثار بالايفاء الحقيقى (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالايفاء الحقيقى (وبيع فى دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا رتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو يملكه قال رضى الله عنه وفى رهن الوصى تفصيلات نذكرها فى كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة فهو رهن بعشرة)

(قال المصنف وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله) أقول قال الامام الزيلعى وعن زفر عن أبى حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا فى الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما فى حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا اليه فلا يكون متطوعا كغير الراهن وصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه انتهى ولا يخفى أن هذا الوجه لان يرد اعتراضا على ظاهر الرواية ولا يخلو الخلاص عنه عن الاشكال

﴿ فصل ومن رهن عصيرا ﴾ (قال المصنف ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة الخ) اقول قال الزيلعى يشير الى أن المعتبر فيه فى الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين كما فى انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الغائب فيه مجرد الوصف وفوات شئ من الوصف فى المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين باجماع الصحابة فيكون الحكم فيه انه ان نقص شئ من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا انتهى فكان الاصوب أن يقول بدل قوله يساوى عشرة الخ والمقدار باق على حاله

أن لا ينتظم المعنى اللهم الا أن يكون قوله فان فضل شئ الخ مسئلة مباينة للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون الفاء فى قوله فان فضل لمجرد الترتيب الذكرى كما تستعمل الفاء فى هذا المعنى أيضا على ما عرف فى علم الادب تأمل

﴿ فصل ﴾ هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة فى أواخر الكتب فلذلك أخره استدراكا لما فات

وقوله (لان مايكون محلا للبيع) يعنى أن الرهن كالبيع فى الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا فى الرهن ولقائل أن يقول مايرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن أن يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل واعلم أن العصير المرهون اذا تخمر فاما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل أو لم يتخلل وفى الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خلا يعنى بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يخلله أو لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخلل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك فى المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة اليهم فلأن يجوز فى المرتهن الكافر أولى لانها محل بالنسبة اليه وأما اذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية فى حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمرذمى فخللها فان الخل له وتقع المقاصة ان كان الدين من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله (فهو رهن بدرهم) يعنى ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها خمسة عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت أكثر أو أقل فهى مذكورة فى النهاية

قال (ونماء الرهن للراهن الخ)

لان مايكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد لأنه يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوى درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد

فيما سبق (قوله لان مايكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء) أقول لقائل أن يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من

الاصل ان الاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار مايكون ثابتا فى جملة الام ولا ينفرد من عليه بابطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة وانما فسرنا بذلك لئلا ترد كفالة الحرة فانها ما تسرى الى الاولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فانهما يثبتان فى ذمة الكفيل والمالك لا فى عين الامهات ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه ينفرد بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف أما فى غير الغصب فظاهر

(قال المصنف لان مايكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيه مانعا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول فيه بحث لان ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية الى الخمرية مصححا لها والاولى أن يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهى عن الاقتراب والاغترار ولا يوجد ذلك فى البقاء فليتأمل (قوله والخمر ليست بمحل) أقول الرهن ابتداء (قوله لانها محل بالنسبة اليه) أقول نعم الا أنه ليس كتخليص الرهن من الجناية بالنسبة اليه لكن لا غرو فان كونه كذلك بالنسبة الى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أى اللازم (قوله فانهما يثبتان فى ذمة الكفيل والمالك لا فى عين الامهات) أقول هذا تعليل لقوله لئلا يرد الخ يعنى لا فى جملتهما أى فى جملة الكفيل والام التى ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونهما مما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملتها ثم أقول ولك أن تقول يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بانهما لا يثبتان فى عين الامهات لتكون كل منهما عقدا على المنفعة (قوله ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه الخ) أقول لفظة من عبارة عن المولى (قوله ينفرد بالابطال) أقول أى بابطال الجناية عن الام بالتزامها فى ذمته باختيار الفداء (قوله باختيار الفداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفا قارا لا يرد نقضا لعدم ثبوتها للام

وأما فى الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق فى الولد واذا ظهر هذا علم أن نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له فى الاصل وصفان لازمان الملك وكونه رهنا فيسريان الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شئ لان الاتباع لاقسط لها مما يقابل بالاصل اذا لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الاصل وبقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم

والثمر واللبن والصوف) لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسرى اليه (فان هلك يهلك بغير شئ) لان الاتباع لاقسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها (وان هلك الاصل وبقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذ بقى الى وقته والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع فما أصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها فى كفاية المنتهى وتمامه فى الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فاحلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه فى شئ من ذلك) أما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر (ولا يسقط شئ من الدين) لانه أتلفه باذن المالك (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذى شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن) لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن أخذه وأتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا أذن له الراهن فى أكله وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس

القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به ولو هلك قبله هلك مجانا والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شئ من الدين فما أصاب الاصل يسقط من الدين بقدره لانه يقابله الاصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن به وقوله (وصور المسائل على هذا الاصل) يعنى ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفكاك (تخرج) وفى ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه فى ذلك وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فاحلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء فى خبرها وقوله (لانه أتلفه باذن المالك) فيه اشارة الى أنه لو أتلف بغير اذنه ضمن وكانت القيمة رهنا مع الشاة وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن

التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا فى وضع المسئلة بل كان يكفى أن يقال ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه فى اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل قال ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل انتهى أقول فى الجواب بحث اذ لقائل أن يعود ويقول لو كان يتبدل المحل ههنا بتبدل الوصف كان ينبغى أن يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكا قبل القبض فى هاتيك الصورة وقد قالوا فى المسئلة الآتية ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع أنه ذكر فى الكتاب أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخير فى البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقى بل هو تبدل حكمى كما صرح به صاحب العناية والذى يستلزم كون البيع هالكا انما هو التبدل الحقيقى دون الحكمى قلنا فلقائل أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمى كان له تأثير فى التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم يكن له تأثير فى كون المبيع هالكا وما الفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال فى كل حال وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه بحث لان مآل ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية الى الخمرية مصححا لها وقال والاولى أن يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه

قال

(قوله وأما فى الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا الخ) أقول واذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصودا انعدم حكمه لا محالة (قوله وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به) أقول الضمير فى به راجع الى الفكاك (قوله اذا صار مقصودا بالقبض) أقول اذا مات الام

قال (وتجوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا رحمهم الله والزيادة على الدين لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وإنما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين ألفا وهذا شيوع في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن

قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضا وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وإنما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين ألفا وهذا شيوع في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاغترار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل انتهى مالي هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشئ لان مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك أن القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء بل يكون ما آله تغيير تعليلهم المذكور الى أن يقال ان ما يكون حكما للبيع يكون حكما للرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب أن ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهما لان دليل أبي يوسف أيضا هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف اياه حيث قال ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليلهما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الاخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضا هو القياس وانما الاستحسان أصلهم في الخلافية الاولى (قوله والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن يقول المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاغترار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل انتهى مالي هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشئ لان مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك أن القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء بل يكون ما آله تغيير تعليلهم المذكور الى أن يقال ان ما يكون حكما للبيع يكون حكما للرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب أن ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهما لان دليل أبي يوسف أيضا هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف اياه حيث قال ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليلهما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الاخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضا هو القياس وانما الاستحسان أصلهم في الخلافية الاولى (قوله والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن

يوسف وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والثمن والمهر والمنكوحة وهو أن يزوج المولى أمته من رجل بالف ثم زوج أمة أخرى بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكر في الاسرار وطريقة البرغزي وغيرذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة أن يقول المولى زدتك أمة أخرى بذلك المهر أما لو قال زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم أن يصح وقوله (ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة) يعني من الدين الذي هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله (والالتحاق بأصل العقد) افساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست

(٣١ - تكملة ثامن) (قال المصنف وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول معناه لا يكون الرهن رهنا بالزيادة لا أن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا (قال المصنف وقد ذكرناه في البيوع) أقول المذكور فيه خلافها في زيادة الثمن وحطه لا غير (قوله أن يقول المولى زدتك أمة أخرى) أقول فانه ليس فيه لفظ التزويج

في شئ من ذلك أما أنه غير معقود عليه فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعني بخلاف نماء الرهن فانه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله (واذا ولدت المرهونة ولدا) يعني اذا رهن جارية بالف تساوي ألفا فولدت ولدا يساوي ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا يساوي ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام (٢٤٢) قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض

فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة نماء فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شئ وكأن العقد في الام ولا ولد معها قال (فان رهن عبدا يساوي ألفا الخ) كلامه واضح وقوله (على ما بيناه من قبل) يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله (خلافا لزفر رحمه الله) هو يقول ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابراء وما قبله سواء ولهذا كان مضمونا ولا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء أي بسببه

وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لانه جعله زيادة مع الولد دون الام (ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها) لان الزيادة دخلت على الام قال (فان رهن عبدا يساوي ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه أمانة والقبض رد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين (ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شئ استحسانا) خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء أو الهبة

يكون الدين الذي يزيد ديناجديدا حادثا يوجب متأخرا عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والجواب أن الكلام في الالتحاق بأصل العقد فالدين وان كان متأخرا عن أصل عقد الرهن الا أنه يثبت بالالتحاق بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الالتحاق فرع التحقق فهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم

(قوله وأما انه ليس بمعقود به فلوجوبه) أقول الأصوب أن يقول اما أنها ليست في المعقود عليه فظاهر وأما انها ليست بالمعقود به فلان الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الاصوب ذلك لان ظاهر تقديره يدل على ان المقصود بالنفي كون الزيادة مقصورا عليها وبها وليس كذلك ظهور أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتأمل ويوجيه ما ذكره المصنف ارجاع الضمير الى الملحق به المعلوم من سياق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفكاك (قوله وان لم يبق الدين بالابراء) أقول لفظ الابراء ليس في محله كما لا يخفى (قوله أو لتوهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفي بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح

ولاجهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لايوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الابراء فانه يضمن وقد سقط الدين أجاب بقوله الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ماذكره على وجه الفرق بقوله ان بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لايسقط لقيام الموجب وهو العقد الذى لزم الدين به الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور وقوله (فاما هو) يعنى تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم فى نفسه وهو تكرير للتوكيد (فاذا هلك) يعنى الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمى فانتقض الاستيفاء الثانى وهو الحقيقى لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أى لان كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان

باقيا أو قيمته ان هلك فى يده قبل

ولاجهته لسقوطه الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم تبق له ولاية المنع (وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شئ فى هذا كله ولم تضمن شيأ) لسقوط الدين كما فى الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الابراء) ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لايسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فأما هو فى نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى (وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لانه فى معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لادين ثم هلك الرهن يهلك بالدين)

(قوله ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لايسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى) المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمى وبالاستيفاء الثانى هو الاستيفاء الحقيقى كذا فى عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمى الذى ثبت للمرتهن بقبض الرهن اما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع قبل هلاك الرهن أو لم ينتقض بل بقى على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لايعود وقدمر فى الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقى على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع وتكرره مؤد الى الربا فاسد كما مر أيضا غير مرة ويمكن أن يجاب عنه بانه غير منتقض بل باق على حاله ولكنه فى قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقى كما فيما نحن فيه فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقى ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمى بهلاك الرهن فى يد المرتهن فلم يجتمعا فاسدا هذا غاية ما يمكن فى التفصى عن ذلك الاشكال وان كان لايخلو عن نوع تكلف

الرد وقوله (لانه) يعنى البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغى أن يكون بمعنى الابراء فيهلك أمانة ووجه ذلك ما أشار اليه أن الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط (لانه يزول به) أى بعقد الحوالة الخ وقوله (لانه) يعنى المحال عليه (بمنزلة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لادين ثم هلك الرهن الخ) اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفى لضمان الرهن فكان مستوفيا فأما اذا كان قبله هلك أمانة

لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لايبقى بدون الدين

(قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول آنفا (قوله وبالاستيفاء لايسقط) أقول يعنى لايسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول يعنى الموجب للدين (قوله أو قيمته ان هلك فى يده قبل الرد) أقول ولاينتقض الشراء والصلح (قال المصنف وكذا لو تصادقا على أن لادين) أقول قال الزيلعى قال فى الكافى ذكر شمس الائمة السرخسى فى المبسوط اذا تصادقا أن لادين بقى ضمان الراهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن وأما اذا تصادقا على أن لادين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة لانه بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لايبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابى أنهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب لايهلك مضمونا انتهى واختيار المصنف هلاكه مضمونا فى الصورتين كما لايخفى

ووجه مختار المصنف ماذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بخلاف الابراء) راجع الى قوله ولواستوفى وذلك لانه من ثمة الى ههنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الابراء والاولى أن يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية

﴿كتاب الجنايات﴾

ذكر الجنايات عقب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن أجزيتها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جني عليه شرا وهو عام الا أنه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وجرمان ارث خمسة أوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة

لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله أعلم

﴿كتاب الجنايات﴾

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطا والقتل بسبب)

(قوله بخلاف الابراء) قال صاحب العناية قوله بخلاف الابراء راجع الى قوله ولواستوفى وذلك لانه من ثمة الى هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الابراء وقال والاولى أن يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية انتهى أقول لامساغ عندي لان يكون قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولواستوفى لان المصنف قال بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الابراء وبين وجه الفرق بين الابراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولواستوفى لتكرر الحشو في كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك

(قوله يعني بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه) أقول فيه نظر فان الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لابد لاعتباره في مثل مانحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف الابراء) أقول قال الاتقاني قوله بخلاف الابراء يتصل بقوله يهلك الدين والله أعلم والمراد

﴿كتاب الجنايات﴾

أورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا يرى الى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان فعله انتهى أقول ليس هذا بشئ لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو أحكام الجنايات دون أنفسها ولاشك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شر تكسبه وهي في الاصل مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء الا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما في الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطا والقتل بسبب) قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما أن يكون به قصد القتل أم لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن يكون جاريا مجرى الخطا أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف أيضا تفسير كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولا فلانه جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لاشك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانيا فلان قوله فان كان هو هو يشبه تفسير الشئ بنفسه وأما ثالثا فلان قوله وان لم يكن جاريا مجرى الخطا فهو

(قوله والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر) أقول الفقه يبحث عن أفعال المكلفين فلو أريد المعنى المصدري بالجناية لكان أنسب وجمعها لجمع الطهارات

والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار)

القتل بسبب ليس بتام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطا لا يلزم أن يكون القتل بسببه البتة بل يجوز أن يكون القتل بخطا محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه وذلك أنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة أحد هؤلاء الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال جمهور الشراح انما قيد به لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى أقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر أن شيأ من أنواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو قطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطا الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما تكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة للقتل لا من أنفس هذه الاوجه وحكم الشئ ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شئ مشروطا بشروط ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي أصلا ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط لترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شئ مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في نفس أوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتيل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شئ فالاظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو أحوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه أي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي أنه اذا تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب

كان به قصد القتل أو لا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن كان معه قصد التأديب والضرب أو لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن كان جاريا مجرى الخطا أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار تعرف أيضا تفسير كل واحد منها وضعفه وركاكته ظاهران وقوله (أو ما أجرى مجرى السلاح) يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشره وقد تقدم

(قوله لا يخلو اما أن حصل بسلاح) أقول أو ما أجرى مجراه (قوله وان لم يكن فهو الخطأ) أقول قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما اذا رمى صيدا بحجر أو خشبة فأصاب رجلا فقتله (قوله فان كان فهو شبه العمد) أقول شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التأديب بل قد يكون على قصد القتل وجوابه أن ذلك بالنظر الى الآلة (قوله فان كان فهو هو) أقول هذا تعريف الشئ بنفسه ظاهرا (قال المصنف فالعمد ما تعمد ضربه) أقول أي ضرب المقتول فيخرج العمد فيما دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغي أن يكون من قبيل علفتها تبنا وماء باردا اذ الواقع في صورة النار هو الالقاء فيها لا الضرب بها

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة

وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم

عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان أصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورود أنه لم يتعمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تامل (قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذا رمى شخصا بسهم أو ضربه بسيف يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وهذا من نوع الخطأ في القصد وكما اذا رمى غرضا بآلة قاتلة فأصاب آدميا وهذا من نوع الخطأ في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هنالك أيضا مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها الضرب المقتول لا استعمالها مطلقا ففيما اذا رمى غرضا فأصاب آدميا لم يكن استعمالها الضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل انما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد فان استعمالها فيه أيضا الضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها الضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها الضرب به مطلقا وفي نوع الخطأ في القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتون القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو ليطة أو نار وجه اذ يلزم اذ ذاك أن يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكفي ذكره بل لما كان لقيد تعمد في الكتاب أيضا في قوله فالعمد ما تعمد ضربه وجه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية) أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد المأثم والقود يعم المسلم والذمي لما سيجيء من أن المسلم يقاد بالذمي عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآية المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا أنها تفيد المأثم في قتل الذمي عمدا أيضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظرا الى التكليف أو الدار كما سيأتي تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يتب فالظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا

(قال المصنف وموجب ذلك المأثم) أقول قال الاتقاني قال قاضيخان في فتاواه وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشروط الكبير لابي جعفر الطحاوي انه لا قصاص في العمود من الحديد لانه لا يجرحه انتهى وسيجيء من المصنف في الباب الذي يليه أن الاصح رواية الطحاوي

(قال المصنف لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الآية) أقول لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية لانه لو لم يكن حراما لم يكن حال مستحله كذلك والحرام موجبه المأثم

وقوله (والقود) يعني القصاص معطوف على قوله المأثم أي موجب القتل العمد الاثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أي موجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها أي بالعمدية تتكامل وقوله (لا شرع لها دون ذلك) أي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المتناهية الخ) حجة أخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعني القود وقوله (وهذا لانه تعين مدفعا للهلاك) يعني لان القاتل في الامتناع من أداء الدية بعدما استحقت نفسه قصاصا يسفه ويلقي نفسه في التهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر في الخطا الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأي ووجه التمسك بالسنة أن الالف واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود ينصرف اليه ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص أثر ابن عباس رضي الله عنهما في قوله العمد قود لا مال فيه الى ذلك

قال (والقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال (الا أن يعفو الاولياء أو يصالحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي أخذ الدية الا برضا القاتل وهو أحد قولي الشافعي الا أن له حق العدول الى المال من غير رضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة

والا لما لزم من استحلاله الخلود في النار (قوله والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه) يعني أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطا الا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الامة بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أي موجبه قود كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤاله ظاهر الورود ينبغي أن يخطر ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حام حول ذكره وأما جوابه فمنظور فيه عندي لجواز أن يكون سئل النبي عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر (قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك) أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال في تقرير الاولى وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل

(قال المصنف والقود) أقول بفتح الواو أي القصاص ويسمى قودا لانهم يقودون الجاني بحبل أو غيره قاله الازهري (قوله لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث فان الاطلاق والتقييد اذا دخلا على السبب نحو أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين لم يحمل المطلق على المقيد عندنا بل يجب العمل بكل منهما اذ لا تنافي في الاسباب على ما فصل في كتب الاصول فكيف بتقييد القتل المذكور في الآية بوصف العمدية بالحديث ولعل الاولى أن يقال غير العمد من القتل قاصر في كونه قتلا فلا يتناوله المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضا (قوله والعقوبة المتناهية حجة أخرى) أقول فيه بحث (قال المصنف الا أن له حق العدول الى المال من غير رضاة القاتل) أقول يجوز العدول الى المال من غير رضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية في مسئلة قتل المكاتب الذي لم يترك وفاء في الباب الذي يلي هذا ولا يرد نقضا علينا لما نشير الى دفع ذلك النقض فيما سيجيء في باب ما يوجب القصاص في مسئلة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى) أقول قال القاضي في تفسيره احتجت الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف اذ الواجب على التخيير يصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نسخا لوجوبه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيانه أصول الفقه

ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لان الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فانى يتماثلان بخلاف القصاص فانه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة فيتعين فان قيل فكيف صلح موجبا في الخطا والفائت فيه مثل الفائت في العمد أجاب بقوله وفي الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمي مكرم لا يجب اهدار دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما اذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي (٢٤٨) وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض

ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك

وقال في تقريرها الاخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مفيدة بوصف العمدية اذ لو كانت باقية على اطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية أيضا بمقتضى اطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب وأيضا يلزم حينئذ أن لا يفيد المدعى ما جعله حجة أولى لان نتيجتها على مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل ولا يلزم منها أن لا تتحقق حكمة الزجر في غير العمد أصلا فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وان لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح أو الى توفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على ذي مسكة ثم أقول بقي في كلام المصنف ههنا شئ وهو أنه قد تقرر في كتب الاصول أن مرجع الادلة العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها الى القياس وبهذا صحوا انحصار الادلة الشرعية في أربعة وهي الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف ههنا ولان الجناية بها تتكامل الخ راجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف في علم الاصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك)

(قوله جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك) أقول فيه أنه مدفع للهلاك الشرعي بلا شبهة وذلك يكفي لغرض الشافعي لان المراد هو كونه مدفعا شرعيا للهلاك الشرعي والقتل المستحق فان القاتل يكون محقون الدم بعده اذا قتله أحد الولي أو غيره بقتص فليتأمل (قوله وذلك لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع الى الولي (قوله قيل هذا الوهم موجود فيما اذا أخذ المال صلحا وقد جاز) أقول جواز الصلح عن دم العمد يثبت بالنص كما تقدم في كتاب الصلح مع أن ما ذكره كلام على السند مما لا يفيد شيأ (قوله وأجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث لان رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والاولى أن يكتفى في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه الا برضا المديون كذا في شرح الزيلعي وانما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لانه يرد عليه لزوم عدم تعين القصاص لموجبية العمد حيث خير الولي بين القتل وأخذ الدية غايته أن يكون أخذ الدية برضا القاتل وعدم افادته الشافعي لا يفيدنا فان مطلوبنا تعين القصاص لموجبيته تأمل (قوله فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث

ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطا فكان أدعى الى ايجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها

يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعد ما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي لانه تعين مدفعا للهلاك كذا في الشروح أقول للخصم أن يقول لا شك أنه يتعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتله الولي بعده يقتص منه وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفي لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذ الظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا بأداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد أداء ذلك أيضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال بعد ذلك سفها والقاء لنفسه في التهلكة فينبغي أن يحجر عليه ثم أقول لعل الاولى في الجواب عن قول الشافعي لانه تعين مدفعا للهلاك أن يقال هذا تعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الاصول قال في العناية أخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والاولى أن يكتفى في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى أقول بحثه ساقط لان قوله لان رضا القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضا الولي يفيد أمرا زائدا على رضا الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضا الولي وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية أشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان التراضي والتصالح تأثيرا في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخير انتفى الشر لامحالة للتضاد بينهما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وبان الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر الاولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لانهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله مما رضي به أولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى أقول فيه نظر اذ للخصم أن يقول انما يكون ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص أن لو كان ايجابه في مقابلته على وجه التعيين وأما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع لحكمة القصاص اذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم يختره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره فكان كما اذا عفا أو صالح في اسقاط ما قدر عليه من حقه (قوله ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها) قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزاآن والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو أن الكفارة لا تناط بما هو

وأمثاله مما رضي به أولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص واذا ثبت أن الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ أو أن يكون محل القصاص ناقصا بان تكون يد قاطع اليد أقل اصبعا وأمثال ذلك وقوله (ولا كفارة فيه عندنا) أي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي رحمه الله تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطا لانها ستر الذنب والذنب في العمد أعظم (ولنا أنه كبيرة محضة) وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه أصول الفقه

وقوله (ولان الكفارة) جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل هب أن القياس لا يصح فليلحق دلالة لانهما مثلان في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطأ فالجواب أن المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما لا يستر بهالعدم صلاحيته لعلتها كما مر فان قيل قد دل (٢٥٠) الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع أتينا رسول الله صلى

ولان الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها الدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

كبيرة محضة لا أصل المدعى وهو أنه لا كفارة في القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل أو جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ انما يفيد لو أورد السؤال على أصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ثانيا فلانه قد تقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا (قوله ولان الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الادنى لا يدل على تعيينها الدفع الاعلى) هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا يعني أن تعيين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطأ لا يدل على تعيينها الدفع الذنب الاعلى وهو العمد فان كم من شئ يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى للعجز عنه كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة ابن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة الخ) اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات فأما اذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض قالا سمي هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه والا لكان عمدا وافتصاره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل به غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه لا في استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل وله

(قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الخ) أقول ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لان المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يخلد في النار ولك أن تقول أريد بالخلود المكث الطويل والله تعالى أعلم بمراده

ابن بشير رضى الله عنه ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه به بالصغيرة ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساويا فى كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالبا واذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله (وموجب ذلك) أى موجب شبه العمد على القولين يعنى قول أبى حنيفة وقولهما (الاثم لانه قتل وهو قاصد فى الضرب) على ما مر من تفسيره (والكفارة لشبهه بالخطا والدية مغلظة على العاقلة)

وله قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال (وموجب ذلك على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد فى الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغلظة على العاقلة)

(قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا الحديث) أقول قال ابن العز الحديث حجة عليه لانه فان العصا لا يطلق الا على ما لا يقتل غالبا ولا تسمى الخشبة الكبيرة عصا بل جذعا واسطوانة ونحوهما وعملها فوق عمل العصا فلا يلحق به انتهى وجوابه أن العصا الكبيرة اذا ضرب بها عمد عندهما

(قال المصنف والكفارة لشبهه بالخطا) أقول وفيه أن تعيين الدفع الادنى لا يعينها الدفع الاعلى كما سبق آنفا

وثانيهما أن القصاص جزاء المحل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين فى التوضيح وغيره من كتب الاصول وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر فى كتب الاصول أيضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل فى قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو أوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلا عن المبسوط والاسرار ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور فى الآية جزاء القتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا وأما تأويل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعدله أو على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان فى السجن اذا طالت المدة انتهى أقول ليس شئ من ذينك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم أما الاول منهما فلان كون المذكور فى هاتيك الآية جزاء قتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة أيضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ففى الآية اذ ذاك بيان جزاء الردة التى سببها القتل المخصوص وفى التعبير فى الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذى جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى وأما الثانى منهما فلانه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود فى الجزاء كما أن أئمتنا حملوا متعمدا على هذا المعنى فى قول النبى صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبأن يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازانى فى شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضى علية المأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضى استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم أصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفى عليهم ما ذكرنا قال القاضى البيضاوى فى تفسير الآية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل فى مقيس بن حبابة وجد أخاه هشاما قتيلا فى بنى النجار ولم يظهر قاتله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه ديته فدفعوا ثم حمل على مسلم ففتله ورجع الى مكة مرتدا أو المراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضى (قوله وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد فى الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة فى شبه العمد على وجوبها فى الخطا أو الحاق وجوبها فى شبه العمد دلالة بوجوبها فى الخطا وأيا ما كان يرد عليه أن يقال ان تعينها لدفع الذنب الادنى فى الشرع لا يعينها لدفع الذنب الاعلى كما سبق فى الجواب عن قياس الشافعى وجوب الكفارة فى العمد على وجوبها فى الخطا اذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجانى فى الاول قاصد فى الضرب بخلاف الثانى وعن هذا قالوا فى الاول وموجبه المأثم وفى الثانى ولا اثم فيه فالاولى فى بيان وجوب الكفارة فى شبه العمد ما ذكره صاحب الكافى حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا

(والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة) احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن افرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصورة تجب الدية على القاتل في ماله وقوله (لقضية عمر رضي الله عنه) يعني (٣٥٢) ما روى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله صلى

والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطا وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى (ويتعلق به حرمان الميراث) لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما بيناه

الى الآخر فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطا) أقول مدلول قوله اعتبارا بالخطا أن يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وأن يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطا وليس ذلك بواضح اذ المصنف قال في أوائل كتاب المعاقل والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فان تفصيله على ما ذكره الشراح فاطمة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن حمل بن مالك قال كنت بين ضرتين فضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثله يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر في المبسوط أيضا ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك في الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطا فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتأمل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وان أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه) قال جمهور الشراح أراد به قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول ما رويناه وقال والحق أن يقال انما قال أسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد فانه قال لا أدري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ ذا لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه (قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضا فيصيب آدميا) أقول في عبارة الكتاب ههنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا الخ وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته فكان أخص منه جدا فلا يصلح لان يكون تفسيرا له فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمي أو هو كأن يرمي اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا

(قال المصنف والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطا) أقول الاصل في وجوب الدية على العاقلة حديث حمل بن مالك على ما سيأتي في المعاقل والقتل فيه كان شبه عمد وفي معراج الدراية روى الطحاوي عن مغيرة بن شعبة أن امرأتين ضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط فقضى عليه الصلاة والسلام عليها بالدية على عصبة القاتلة متفق عليه وهو حديث حمل بن مالك في الغرة كما يجيء انتهى فكيف يقاس بالخطا (ولا (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلفيق

(لقضية عمر رضي الله عنه)

ولا اثم فيه فى الوجهين) أى النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ الحديث وقوله (ويحرم عن الميراث لان فيه اثما) بدليل وجوب (الكفارة والحرمان يجب بأنواع القتل فيما هو جناية قيل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال على الميراث وهذا كذلك لاحتمال أنه قصده الا أنه أظهر الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك فى شرح الرسالة ومختصر الضوء فى الفرائض مستوفى بتأييد الله تعالى وقوله

(ولا اثم فيه) يعنى فى الوجهين قالوا المراد اثم القتل فأما فى نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فأصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال (وما أجرى مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطا فى الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه ادمى الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل موقعا دافعا فوجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعى يلحق بالخطا فى أحكامه لان الشرع أنزله قاتلا ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر فى غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

كرميه مسلما ظنه صيدا أو حربيا وفعلا كرميه غرضا فأصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال فى شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ فى القصد وخطأ فى الفعل فالخطأ فى الفعل أن يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فأخطأ وأصاب غيره والخطأ فى القصد أن لا يكون الخطأ فى الفعل وانما يكون الخطأ فى قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن أخطأ فى ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال من قال الخطأ فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم أنه شرط فى الخطا فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه الى ما وراءه فأصاب رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل والشرط المذكور مفقود فى الصورتين ثم انه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل ولا قصد فيه انتهى أقول كل من وجهى رده ساقط جدا أما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط فى الخطا فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل قال فالخطأ فى الفعل أن يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذى قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده مثال الاول ما ذكره الراد من الصورتين ومثال الثانى وهو الاكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى الغرض فأخطأ بل يجوز أن يكون قوله كما اذا رمى الغرض فأخطأ عاما كصورتى صدور ما قصده أيضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذى فطانة وأما الثانى فلان تحقق الخطا فى الفعل فى صورة ان سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هناك ما أجرى مجرى الخطا كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لانفى الخطا اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفى صورة ان سقط من يده شئ فقتل رجلا لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما أجرى مجرى الخطا والكلام هنا فى نفس الخطا لا فيما أجرى مجرى الخطا فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سيأتى ذكره مستقلا فيما بعد (قوله ولا اثم فيه يعنى فى الوجهين) أقول كان الاولى للمصنف أن يقول يعنى فى كل واحد من الوجهين اذ يحصل حينئذ اصلاح افراد الضمير أيضا

(بخلاف ما اذا تعمد) متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو أراد يد رجل فأصاب عنق غيره وأبانه فهو خطأ وما أجرى مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطا الا انه كالخطا فى الاحكام لان المقتول مات بثقله فكانه مات بفعله وقوله (لان الشرع أنزله قاتلا) يعنى فى حق الضمان فكذا فى الكفارة والحرمان ولنا أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما ألحق به فى حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى فى حق غيره على الاصل فان قيل الحافر فى غير ملكه يأثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم فى الخطا أجاب بقوله (وهو ان كان يأثم بالحفر فى غير ملكه) أى الاثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت وقوله (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه وأما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة

(قال المصنف لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به) أقول الاظهر أن يقول لانه قاتل والا فمجرد وجود الاثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفاية

(باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه)

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك فى باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله (على التأبيد) احتراز عن المستأمن فان فى دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية لما بينا من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل وفيه بحث من أوجه الاول ان العفو مندوب اليه وذلك ينافى وصف القصاص بالوجوب الثانى ان حقن الدم على التأبيد غير متصور لان أنهى ما يتصور منه ان يكون للمسلم فى دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى الثالث انها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التأبيد لثبوت المساواة واذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثانى (٢٥٤) ان المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربى الى داره أصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا للشبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وذكر قول الشافعى رحمه الله ووجهه وهو واضح

تتكامل

﴿باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه﴾

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا) أما العمدية فلما بيناه وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفى شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعى رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهى منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث

﴿باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه﴾

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع فى تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه فى باب على حدة (قوله أما العمدية فلما بيناه) من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل كذا فى العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى على ما مر فى وجه كون موجب القتل القود عينا اه أقول فيه نظر لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى انما يدل على وجوب القصاص فى القتل وأما كون وجوب القصاص فى القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقال الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجبه ولأن الجناية بها

﴿باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه﴾

(قوله لما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى على ما مر فى وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجازى لا ينبغى ارتكابه الا لضرورة ولا ضرورة اذ يجوز أن يقال انه واجب على الائمة لا يحل لهم أن يتركوه اذا أراد ولى الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل اذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولى بالقصاص بأثم وقد فسر بهذين الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ماهو بحسب الاصل) أقول الاصل ههنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا للشبهة الابوة) أقول الظاهر أن يقال لحرمة الابوة ومراد الشارح للشبهة الناشئة من الابوة فى درء القصاص وهى شبهة الاباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك

وقوله (وهى) أى العصمة (بالدين) يعنى عنده (أو بالدار) يعنى عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجرى القصاص بينهما فان قال جاز ان تكون شبهة الاباحة مانعة وهى ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجرى بين المستأمنين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص بالذكر) جواب عما استدل به من المقابلة فى الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفى ما عداه كما فى قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفى الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك أن ابن عباس رضى الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى احداهما فضلا على الاخرى (٢٥٥) اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد أجيب بان القصاص فى الاطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما فى ذلك لان الرق ثابت فى أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمدها فى العصمة وقد تساويا فيها على ما مر قال (والمسلم والذمى فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله فى ثبوت اقتصاص المسلم بالذمى فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم الى ثبوته وهو مذهب النخعى والشعبى استدل الاولون بما روى أبو جحيفة قال سألت عليا رضى الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن قال لا والذى فلق الحبة وبرأ النسمة الا أن يعطى فهما فى كتابه وما فى الصحيفة قلت وما فى الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة فى وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أى فتنة الكفر فيمن

يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفى ما عداه قال (والمسلم بالذمى) خلافا للشافعى له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه

تتكامل الخ فكيف يتصور أن يندرج قوله تعالى كتب عليكم الخ فى قول المصنف ههنا أما المدينة فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام فان قال الشافعى جاز أن تكون شبهة الاباحة مانعة وهى ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجرى بين المستأمنين وليس كذلك اه أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة فى العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب فى الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة فى العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجرى بين المستأمنين (قوله والنص تخصيص بالذكر فلا ينفى ما عداه) هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد فى الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفى ما عداه كما فى قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفى ان يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روى عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احداهما تدعى الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فأنزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا فى الشروح أقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفى ما عداه الا أن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى أى لا غيرها والامير الشجاع أى لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف فى علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية على ان موجب القتل العمد هو القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به أن الالف واللام فى قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف فى علم الادب وعلم الاصول أيضا وفى الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر فى سبب نزولها فتحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضى القصر وقد أشار اليه فى الكافى

(قوله وقد أجيب بأن القصاص فى الاطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان) أقول يعنى لا يكفى فيها المساواة فى العصمة بل لا بد من المساواة فى الجزء المبان فى كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم رحمهما الله ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا أحق من وفى بذمته ثم أمر به فقتل وفى دلالته على المطلوب

لامساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى ولان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء

حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أى فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اه أقول قد حمل الشبهة المذكورة فى الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر أما أولا فلان المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال لانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر فهلا يكون هذا منافيا لما سبق أو مستدركا وأما ثانيا فلان أنه سيقول فى الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعى الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قتل الذمى بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمى وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة فى دم الذمى فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك فى المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما لا يخفى (قوله ولان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية فى حل هذا التعليل ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف يعنى عنده أو الدار يعنى عندنا اه أقول وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعى وقوله أو الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال فى تعليل المسئلة السابقة ولانا ان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين أو بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضا هنالك وهى أى العصمة بالدين يعنى عنده أو بالدار يعنى عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعى واذا كان المعتبر فى ثبوت العصمة عند الشافعى هو الدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية فى هذا المحل ثم أقول لعل كلمة أو فى قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار بمعنى الواو كما فى قوله

سيان كسر رغيفه * أو كسر عظم من عظامه

فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع فى بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو وعبارة الكافى والتبيين أيضا فان المذكور فيهما فى هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف اه فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع ابقاء كلمة أو على أصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضى العصمة الموجبة للقصاص ألا ترى انه اذا قتل مكلف ولو كان مسلما فى دار الحرب لا يجب القصاص صرح به فى عامة المعتبرات فلا بد من أن يكون فى دار

جلاء لا يمارى وردبان مداره على ابن السلمانى وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله ابن السلمانى حديثه منكر روى عنه ربيعة أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر وقال الدارقطنى ابن السلمانى لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا أرسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول وقد عرف فى الاصول (ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف) يعنى عنده (أو الدار) يعنى عندنا فثبت وقوله (والمبيح كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره أنا لا نسلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة أى قتل الذمى بالذمى دليل على أن الاسلام كفر الذمى لا يورث الشبهة اذ لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجرى بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم

(قوله ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف يعنى عنده أو الدار يعنى عندنا) أقول ولهذا يقتل الذمى بالذمى

قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله (والمراد بما روى) جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ماذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار ان الذي حكاه أبو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذو عهد في عهده) ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم (٢٥٧) دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيا فهو

الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

الاسلام أيضا (قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة) يعني ان المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذو عهد في عهده فانه معطوف على مؤمن فالمعنى ولا يقتل ذو عهد بكافر ولا شك ان ذا العهد وهو الذمي انما لا يقتل بالحربي دون الذمي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي قلنا لان العطف يقتضي المغايرة فلو جرم يكون المراد بذي العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار اليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل ولم لا يجوز ان يكون قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام أي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين هذا جملة ما في الكافي وأكثر الشروح في هذا المقام أخذا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ماذكره الطحاوي في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون

حرام لكن لا يقتص منه والثاني ان يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لاطائل تحت تطويلها فلنقتصر على ماذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعني المسلم (بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد) كما تقدم في أول الباب (ولان كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع) الى داره فكان كالحربي

(قوله قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا الى مثله وغير معصوم بالنسبة الى المسلم الا أن يقال

 العصمة لا تتجزى (قوله والعطف للمغايرة) أقول قال الاتقاني وانا في هذا الكلام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذمي اه فيه بحث وفي الكفاية فان قيل جاز أن يراد بذي العهد المسلم قلنا العطف يقتضي المغايرة اه وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الاتقاني فليتأمل (قوله فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون) أقول له ان يقول هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق فكذا النهي في هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والا لكان ذلك أعم) أقول أي الكافر الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فما فرضناه دليلا) أقول أي على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خلف باطل) أقول المقدر في الثاني لفظ كافر كما في الأول فيصلح الاول قرينة على تقدير الثاني وتقييده بالحربي بدليل آخر فتدبر

(ولا يقتل الذمي بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون) للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل

(ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا) انه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا أريد هنالك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا وهو الحق ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تأويل فلم يقل لما روينا وقوله (للعمومات) يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله (ولان في اعتبار التفاوت الخ) يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله

(قوله لان التقدير المذكور ليس بمروي) أقول يعني غير مذكور على قصد الرواية بل لتتميم الدليل.

دليلا هذا خلاف الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص أي لا يدل الاعم على أن يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلاث وأما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره أيضا ألا يرى أنا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا أمر لا ستر به ففيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافرا أعم من الحربي والذمي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشئ من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له لا يقتضي تقدير شئ في الحديث اذ لا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعين معناه فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذورا وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له لازم أيضا على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رأيه لان الحربي مباين للذمي لا محالة وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من أن يكون كافر في الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له فلأن لزم من أن يقيد كافر في الحديث بحربي أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له أولى فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالجملة فقد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقيل بالحربي هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحربي اه أقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ما توهمه من أن قوله عليه السلام ولا ذو عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته لمؤمن دفعا لاحتمال أن يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المؤمن أيضا اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بذمي أيضا عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي وأما اذا كان ذو عهد مغايرا للمؤمن فكان المراد به هو الذمي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم أن لا يقتل الذمي بالذمي أيضا مع ان خلافه مجمع عليه والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للمغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد اليه جدا تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا) قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذو عهد في عهده وحمله صاحب العناية على قوله لانه ليس محقون الدم على التأبيد ولم يقبل رأي هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا

قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معلل ظهر أثره في جنس الحكم المعلل به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجده في صف الاعداء مقاتلا أو وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم أسباب لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه ولو

والتفاني قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال أن يستحق به إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه

ذلك بكافر حربي الا اذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا وهو الحق ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تأويل فلم يقل لما مر بنا الى هنا كلامه أقول في قوله ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر لانه اذا أريد هناك بالحربي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فما معنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي هناك هو المستأمن فقط كما هو الاحسن وجزم به صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول اه (قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص بعبده ولا بعبد ولده وذكر الامام البزدوي أن هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فصلح مخصصا أو ناسخا حكم الكتاب اه أقول الحق ما ذكره الامام البزدوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبده ولا بعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالسنة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام اذ قد تقرر في الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخرجا بدليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل المولى عبده أو عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البزدوي (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول فيه بحث اذ لا يرى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه فأما ان أراد بتسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأما ان أراد به شيأ سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف

قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف أو سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رحمه الله (وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله) وجواب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرجم أجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك صار شبهة في الدرء

(قال المصنف والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجيء في باب الشهادة

في القتل فلا يلائمه كلام المصنف وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة فتارة يعين الاولى وتارة يعين الثانية احتياطا في درء القصاص فليتأمل فان هذا كلام اجمالي كتبته تذكرة (قوله ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه) أقول وأنت خبير بأن عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى اذ معناها فمن المحال أن يستحق لاجله افناؤه ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك) أقول أي تمنعه عن التعمد

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه وقوله (ولاولده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن فى يستوجب وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعنى ولا يستوجب ولده على أبيه اذا قتل الاب عبد ولده وقوله (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا وقوله (ولا يستوفى القصاص الا بالسيف) يعنى اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف وقال الشافعى رحمه الله ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا تحز رقبته وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة فى أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفى استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا) فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف أجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه وهذا مختار صاحب الاسرار ونفر الاسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابى حنيفة رحمه الله فى نفى القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه

فى التقرير وقوله (ولان فيما ذهب اليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لانسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الحز بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز لادائه الى انتفاء القصاص فيجب النحرز عنه كما فى كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلأن يجوز ترك البعض أولى قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى الخ) اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو إما أن ترك وفاء أو لم يترك فان كان الاول فلا يخلو إما ان يكون له وارث غير المولى أو لا فان كان الثانى فللمولى القصاص عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا أرى فى هذا قصاصا واستدل بما ذكر فى الكتاب وكأنه حام حول الدرء بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين الخ وهو فى الحقيقة نفى اعتبار مثل

والجد من قبل الرجال أو النساء وان علا فى هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب أو الام قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحرمة الابوة قال (ولا يستوفى القصاص الا بالسيف) وقال الشافعى يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما فى كسر العظم قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا أرى فى هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بمنى هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضى الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين

يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم (قوله والجد من قبل الرجال والنساء وان علا فى هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب أو الام قربت أو بعدت لما بينا) أقول من العجائب هنا ان الامام الزاهدى قال فى شرح مختصر القدورى قلت ذكر الجدة فى الهداية من قبل الام ولم يطلقها وذكر فيها الاجداد من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب أصلا فوقعت لى شبهة فى الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر فى كفاية البيهقى قال ولا يقتل أصول المقتول به وان علوا خلافا لمالك فيما اذا ذبحه ذبحا اه وأنت ترى أن الجدة من قبل الاب مذكورة فى الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة فى أمرها (قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفى استيفاء

(قوله ويلحق به ما كان سلاحا) أقول يأبى عن الالحاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع اباه (قوله فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف) أقول لا يمكن ان يورد هذا من طرف الشافعى لأن القتل بالمثقل يوجب القود عنده (قوله أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه) أقول كان مراده ان خبر لا اذا كان من الافعال الخاصة يجب ذكره فقوله يجب ليس خبر لا بل هو معتبر فى مفهوم القود فانه يصدق ان يجب اذا كان وجد فى مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود وفيه بحث فان المراد به الوجود الشرعى ولا يلزم اعتبار الوجوب فى القود كما فى المعنى الآخر فتدبر ثم اعلم ان ضمير عليه فى قوله والحمل عليه راجع الى ما فى قوله دون ما يجب شرعا

بغير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى) لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها (وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا) لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة

القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا اه أقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفى استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور أن يدل كلام واحد على نفى شئ واثباته معا والحق أن يكون المراد بالسيف فى الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحبا الكافى والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أى لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضى الله عنهم وقال أصحاب ابن مسعود لا قود الا بسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح اه وقال فى النهاية فان قيل يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا أن يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء اه وذكر هذا السؤال فى العناية أيضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين فى النهاية أقول فى ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم أن لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور فى الحديث ما يجب شرعا وأما اذا كان مداره على احتمال أن يقدر فى الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز حينئذ فى لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس بأسهل من المصير الى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا محيص عن تقدير شئ على المعنى الذى حملوه عليه أيضا فان معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفى الا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك بمعونة المقام ليس بعزيز فى كلام البلغاء فلا يتم التقريب (قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص) أقول أطلق الوارث هنا ولم يقيده بالحر وقيده فى الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الأولى أن يعكس الامر فانه اذا كان الوارث هنا رقيقا فالظاهر انه يجب القصاص للمولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما فى فى الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هنالك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فالملك وان مات حرا فالولاء وأما اذا كانت الورثة ارقاء فى الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده فى قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة أحرارا لانه مات عبدا فى تلك الصورة بلا ريب والتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم فى الارقاء خلاف ذلك بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا فى الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره صاحب الكافى حيث قال فى هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال فى الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار أو لا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق أحد الامور الاربعة التى تمنع عن الارث كما تقرر فى علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا قلت المراد بالوارث هنا من كان من شأنه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيحتمل التقييد بالحرية والا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالاحرار فى الصورة الآتية أيضا مع أنها قيدت بها فى الكتاب بل فى أصل الجامع الصغير للامام الربانى (قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا) قال صاحب

هذه الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد لحكم واحد وأما اذا رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيمكن ان تكون معتبرة فان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر لان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى موته على نعت الحرية أو الرق فانه على قول على وابن مسعود رضى الله عنهما يموت حرا اذ أديت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضى الله عنه يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى (بخلاف الاولى فان المولى متعين فيها) وان كان الثانى وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أصلا ورثة أرقاء لعدم الفائدة فى ذكره لان حكمه حكم المذكور فى الكتاب

(قال المصنف وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا) أقول قال فى الكفاية وذكر شيخ الاسلام يريد به لم يترك وفاء ولم يكن فى قيمته وفاء بالمكاتبة أيضا فاما اذا كان فى قيمته وفاء بالمكاتبة لا قصاص فيه

بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز (واذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال (واذا قتل ولى المعتوه فلأبيه أن يقتل)

وقوله (بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء) يعنى لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز مما عتق منه وقوله (واذا قتل ولى المعتوه) يعنى ابنه (فلأبيه) وهو جد المقتول الاستيفاء

العناية ولم يذكرما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أوله ورثة ارقاء لعدم الفائدة فى ذكره لان حكمه حكم المذكور فى الكتاب اه أقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضى عدم الفائدة فى ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة فى ذكره ألا ترى أن أكثر المسائل المذكورة فى أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لأن يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم فى غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا فى الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شئ يفيد كون الحكم فى المتروك حكم المذكور فالوجه فى الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده فى قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة أحرار فلأن يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة أرقاء أولى كما لا يخفى (قوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز) قال فى غاية البيان قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر فى المنتقى عن أبى حنيفة أن لا قصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة فكأنهما لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاء وفى بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اه أقول فيه نظر قد مر من قبل أن أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذى لا يفضى الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبى حنيفة فى مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاء وفى بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا إفضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فمن أين لا يثبت له الاستحقاق عنده مجردا اختلاف السبب ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة فى حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فحينئذ يصح تتميم ما أجمله المصنف فى تعليله بقوله لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص فى البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه فى البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالى باختلافهما اللا فضاء الى المنازعة تأمل تقف (قوله واذا قتل ولى المعتوه فلأبيه ان يقتل) يعنى اذا قتل قريب المعتوه فلأبى المعتوه ان يقتل أى له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية فى شرح هذه المسئلة واذا قتل ولى المعتوه يعنى ابنه فلأبيه وهو جد المقتول الاستيفاء أقول هذا تقصير فى بيان المسئلة فان من كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر فى ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كأخيه وأخته لام من غير أبيه وكأمه المطلقة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحتمل التعميم فان ولى المعتوه يعنى قريبه يعم الكل فما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية أصاب فى تفسير ولى المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولى المعتوه أى قريبه وهو ابنه يعنى اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلأبى

ويجب قيمته على القاتل فى ماله لأن موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول الى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل حقه بكماله فكذا هنا جاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة أنفع له لانه يحكم بحريته وحرية أولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته اه والمراد اذا كان فى الفائت مالية حتى لا يخالف مذهبنا على ما سبق

(لانه من) باب (الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها) أى الى النفس (وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح) ولا يتوهم ان كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفى وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفى كالحاصل للابن بخلاف الاخ (وله) أى لولى المعتوه (ان يصالح) لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه أنظر فى حق المعتوه وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله (لانه ليس له ولاية على نفسه) أى نفس المعتوه (وهذا) أى الاستيفاء (من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق) يريد قوله والوصى بمنزلة الاب فى جميع ذلك وقوله (ان الوصى لا يملك الصلح) يعنى عن النفس وأما عما دونها فيملكه وقوله (وانه) أى المال (يجب بعقده) أى بعقد الوصى

لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وله ان يصالح) لانه أنظر فى حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه (وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا) لما ذكرنا (والوصى بمنزلة الاب فى جميع ذلك الا انه لا يقتل) لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفى كتاب الصلح ان الوصى لا يملك الصلح لانه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص

المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص اه واقتفى أثره جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن فى توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص (قوله لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين فى هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول ليس هذا بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى فى مختصره الى هنا لفظ الغاية * أقول ما نسبه الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواه ورده عليهم مردود فانه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل أحد ممن كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لأبى المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه والصبى ومراد الشراح التنبيه على أن ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه والصبى ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بأن القصاص شرع للتشفى وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفى كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن ان أراد به انه يملك ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا فى ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التى نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهانى فانه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير او معتوه فى النفس أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للاب فى هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعى اه وان أراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وان لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ولم أر فى شئ من كتب الفقه أن أحدا ذهب اليه وقال به والدليل الذى ذكروه فى الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضى خلاف ذلك قطعا (قوله وله ان يصالح لانه أنظر فى حق المعتوه)

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص) أقول قال الاتقانى قال بعض الشارحين فى هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول هذا ليس بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذا يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى فى مختصره اه وفيه بحث لان ما ذكره فيما اذا قتل الاخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الاخ المعتوه والاب حى (قوله لانه شرع للتشفى) أقول هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو أولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح ألا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه

قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية اه وكذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر الى هنا لفظه * أقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز أن يكون الامر ههنا كذلك والظاهر أن الشراح أخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس الشراح أيضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعد نفعا عرفا وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا عرفا وعادة وأما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب اذ له اسقاط حقه بالكلية بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وان قل أولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق ليكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول بقي شئ في أصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال اذا كان أنظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الانظر له ويمكن ان يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الانظر لان في خلافه أيضا حصول أصل النظر بل انما يقتضي أولوية العمل بذلك ولم ينف أحد أولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن

نفسه

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) اذا كان أولياء القتيل صغارا وكبارا فاما أن يكون فيهم الاب أو لا فان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا رحمهم الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ماذكر ووجه أبي حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير مأيوس حال (٢٦٥) الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين وله أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة

نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة فحينئذ لا يلزم أولوية العمل بالمصالحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحبا النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير أن يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الاشارة الى انه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين المولين أي وأحدهما غائب واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال * أقول ليس هذا بشرح صحيح عندي اذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين المولين مستدركا محضا اذ يتناوله حينئذ قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغني عن قوله أو كان بين المولين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين المولين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج الى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين المولين أن يقال أي وأحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ شئ من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المزبورين اشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للاخرى ويوافقه صريح ماذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المولين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتيل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطا مع انه لا شك ان الدية تتجزى

وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد كملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كما لو تعدد القتيل وعفا أحد الاولياء فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة وأجيب بان الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

(قوله فاما أن يكون فيهم الاب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة (قوله واعترض بأنه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كملا (قوله وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال) أقول ان أراد كان ثابتا في حق غير العافي ساقطا في حقه فاستحالته ممنوعة وان أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العافي فيجوز أن يسقط في حق العافي وثمرته انه لا يقدر بعد العفو على القصاص ويثبت في حق غيره ولعل الاظهر أن يقال لما كان الحق واحدا وسقط في حق العافي أورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجه ساقطا من وجه وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان أصابه بالحديد قتل به وان أصابه بالعود فعليه الدية) قال رضي الله عنه وهذا اذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان وأما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له أن الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا ألا ان قتيل خطا العمد و يروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية

لانها مال والمال متجزئ بلا ريب فالاظهر في بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية اثناء تقرير دليل الامامين وهو ان القتل غير متجزئ لانه تصرف في الروح وذا لا يقبل التجزي ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا ان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اه أقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا به مع ان السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا أن الظاهر ان قولهم ههنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتيل في الاكثر قرائبه و إما بناء على انهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيعم الكل (قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح) قال الشراح وجه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فأيوس حال استيفاء القصاص لانه ليس من أهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المال لا تعتبر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغير للامام المحبوبي * أقول لقائل ان يقول اذا لم يكن للغائب شعور أصلا يكون قريبه مقتولا بان كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فأني يتوهم منه العفو في الحال اذ العفو عن الشئ فرع الشعور به فحيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل هذه الصورة أيضا فكيف يتم فيها ما ذكروا من التفرقة ثم أقول يمكن ان يدفع ذلك بانه يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته و برئت منه فيندرج في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه أيضا ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة أن كان بعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفي القصاص بها بالاجماع ولعل حل هذا المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أهمله الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير هنا ان يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود عند ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين

(قوله ولئن سلمنا فأحد المولين انما ينفرد بالاستيفاء) أقول فيكون قوله انه حق لا يتجزى مخصوصا بما اذا لم يكن السبب القرابة كما لا يخفى (قال المصنف وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول فيه أن قضية المساق أن يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد فليتأمل (قال المصنف وهي مسئلة الموالاة) أقول فيه بحث بل تلك أعم منها فان القتل بالسوط قد يكون بدون الموالاة كما اذا ضرب صغيرا فمات منه وجوابه أن الضمير عائد الى خلافية الشافعية لا الى مسئلة القتل بالسوط مطلقا فافهم

وقوله (ومسئلة المولين ممنوعة) جواب عن قوله أو كان بين المولين وسند منعه ما ذكر في الاسرار لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل أو قتل وله مولیان فيجوز ان يقال لانسلم ان أحدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فأحد المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب أصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وقوله (ومن ضرب رجلا بمر الخ) واضح

وكذا قوله (ومن غرق صبيا) و (كما بيناه) اشارة الى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله (لهم) أى لابى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لكن استدلال الشافعى بالحديث واستدلالهما بالمعقول وقوله (ولا مراء فى العصمة) أى لا شك فيها وقوله (ومنه المقصة للجلمين) الجلم الذى يجز به وهما جلمان

قال (ومن غرق صبيا أو بالغا فى البحر فلا قصاص) عند أبى حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعى غير أن عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الالة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية ولا مراء فى العصمة وله قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفى كل خطا ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين

مذهب أبى حنيفة وانما الخلاف فيه لابى يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم يتنبهوا له (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية وقوله لهم أى للشافعى ولهما لكن للشافعى الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اه وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم أى لابى يوسف ومحمد والشافعى لكن استدلال الشافعى بالحديث واستدلالهما بالمعقول اه أقول لا مساعدة فى عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل فى المعقول حيث قال ولان الآلة قاتلة وذلك يقتضى ان يكون قوله ولان الآلة قاتلة الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق فى حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضى أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون الا بمشاركة مجموعهم فى كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية اذ للشافعى الاستدلال بالحديث فى وجوب القصاص وفى الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث فى وجوب القصاص ولم يعملا فى الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد فى الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن اشكال فى نفسه لا موجب له لان العمل به فى حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وشئ منهما لم يثبت (١) لا يقال يكفى التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لانا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفى القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لان يتمسك به مع ان ائمتنا تمسكوا به فى ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم أقول الاولى عندى فى توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابى يوسف ومحمد والشافعى كلهم الا ان الشافعى يبقيه على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقته وأما الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكلة قوله من غرق وانما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر فى علم الاصول أنه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما أمكن فى التوفيق والجمع بينهما وههنا المخلص عندهما يتيسر بحمل التغريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفى كل خطا أرش) أقول فى دلالة هذا الحديث على مدعى أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى مسئلة

(قال المصنف لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعى فلا يرد أن مذهبهما ان لا قود الا بالسيف (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا) أقول والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدل به على مطلوبه تأمل (قوله لكن استدلال الشافعى بالحديث واستدلا لهما بالمعقول) أقول ويجوز لهما الاستدلال بالحديث فى نفى وجوب الدية وأما القصاص بالتغريق فلم يعملا به لوجود نص أقوى منه لا قود الا بالسيف ولا يلزم منه أن يكون متروكا بالكلية ويجوز للشافعى الاستدلال بالمعقول أيضا فى التوزيع بحث كما لا يخفى (قال المصنف ومنه المقصة للجلمين) أقول قال الكاكى سميت المقصة مقصة لان

(١) فى بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار اليه المصنف فيما بعد بقوله ومارواه غير مرفوع تأمل اه منه

وقوله (ومارواه غير مرفوع) لانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهى عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا أحدا بعذاب الله (أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أى أشارت (اليه) أى الى كونه محمولا على السياسة (اضافته الى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (فى الكفارة) خبره يعنى ان اختلاف الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله انما كان فى الكفارة فانه روى عنه ان لا كفارة فى شبه العمد وروى الطحاوى أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعنى سفك دم محقون على التأبيد عمدا (وعدم مايبطل حكمه) يعنى من عفو أو شبهة وقوله (واذا التقى الصفان) ظاهر وقوله (أحد نوعى الخطا) يريد به الخطأ فى القصد وقوله (وكذا الدية) منصوب عطفا على الكفارة وقوله (على مانطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أى توالت روى أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبى حذيفة فى بعض الليالى فى غزوة الخندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله (ومن شج نفسه) واضح

وقوله (وفعله بنفسه هدر فى الدنيا) يعنى فلم يكن معتبرا فى حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافى وقوله (يغسل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرض من غير علة فى نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغى وقوله (فلم يكن هدرا مطلقا) متعلق بقوله هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة والباقى واضح

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان المسائل التى توجب القصاص ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التى لها عرضية ايجاب القصاص وهى كلها من جنس واحد وكلامه واضح

ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثانى عن تخريب الظاهر وكذا الايتمائلان فى حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر ومارواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهى على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين فى الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم مايبطل حكمه فى الظاهر فأضيف اليه قال (واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعى الخطا على مابيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على مانطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبى حذيفة قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان فى صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبى ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة حتى يأثم عليه وفى النوادر ان عند أبى حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبى يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفى شرح السير الكبير ذكر فى الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه فى كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبى معتبر فى الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

﴿فصل﴾ قال (ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه)

التغريق خفاء كما ترى ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالته على ذلك والانصاف انه لا يدل عليه دلالة اقناعية وان أمكن التوجيه ببعض من التعملات ولعل هذا هو السر فى أن صاحب الكافى ترك التمسك

كل واحد من الحديدين بمائل الآخر اه وفى شرح الشاهان لانه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اه ولعل هذا الوجه اولى لاسم المقصة تأمل (قوله ومارواه غير مرفوع لانه يلزم الى قوله أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أقول فيه بحث وجوابه أن تتمة الحديث ومن حرق حرقناه ومن قتل عبدا قتلناه كذا فى فوائد حميد الدين الضرير ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لانه يلزم الخ سند للمنع وقوله أو هو محمول على السياسة منع آخر مع السند وقوله وقد أومت تتميم للسند (قال المصنف واختلاف الروايتين فى الكفارة) أقول قوله واختلاف مبتدأ وقوله فى الكفارة خبره (قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال الكاكى وهذا أثر كون فعله معتبرا فى حق نفسه لانه صار باغيا على نفسه اه فالباغى لا يصلى عليه

﴿فصل ومن شهر﴾ (قوله ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التى لها عرضية ايجاب القصاص) أقول وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص ان لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالبينة

وقوله (أطل دمه) أى أهدر وقوله (والمعنى) أى ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لان الواجب هو دفع الشر على أى وجه كان لاعين القتل وقوله (لما بينا) اشارة الى ماذكره من الحديث والمعقول وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبى والدابة) يعنى اذا صالا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة وقوله (فأشبه المكره) يعنى ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله وقوله (قاتل دون مالك) أى لاجل مالك وقوله (فكذا استردادا فى الانتهاء) لانه أسهل من الابتداء والله أعلم

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد فى الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفى سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى طريق فى غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت تلبث ولكن فى الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية فى ماله) وقال الشافعى لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبى والدابة وعن أبى يوسف انه يجب الضمان فى الدابة ولا يجب فى الصبى والمجنون للشافعى انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره ولابى يوسف ان فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر فى الجملة حتى لو حققنا ما يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحا فى المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله أعلم

التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلى مع كون عادته أن يقتفى أثر صاحب الهداية فى وضع المسائل وبسط الدلائل

لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد فى الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفى سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى طريق فى غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت تلبث ولكن فى الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية فى ماله) وقال الشافعى لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبى والدابة وعن أبى يوسف انه يجب الضمان فى الدابة ولا يجب فى الصبى والمجنون للشافعى انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره ولابى يوسف ان فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر فى الجملة حتى لو حققنا ما يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحا فى المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله أعلم

ذلك ظاهرا (قوله ومعنى الوجوب دفع الضرر) أقول أى وجوب دفع الضرر فالمضاف مقدر (قال المصنف ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا او شهر عليه عصا ليلا فى المصر أو نهارا فى طريق غير المصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه) أقول قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير فان شهر عليه عصا نهارا فى مصر فقتله المشهور عليه عمدا قتل به اه وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان رجل شهر سلاحا على رجل فى المصر ليلا أو نهارا أو فى غير المصر فقتله المشهور عليه عمدا لا شئ عليه لانه قتله لدفع الشر عن نفسه ودفع الشر مباح أو واجب وان شهر عليه عصا فى المصر نهارا فقتله المشهور عليه بالحديد عمدا قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لان العصا لا تلبث وفى المصر يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لانه لا يلبث وبخلاف المفازة أو كان فى المصر ليلا لانه لا يلحقه الغوث وان كان الخشب أو الحجر عظيما لا يلبث فهو بمنزلة السلاح فى هذا الحكم (قوله فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة) أقول الاولى قطع الكلام عند قوله عمدا أو يتمه بقوله وعند الشافعى لا شئ عليه كما لا يخفى (قوله يعنى أن المكره لما صار مسلوب الاختيار الخ) أقول هذا الكلام على هذا التقرير كلام الزامى من الشافعى والا فعنده يجب القصاص على المكره والمكره كما مر (قال المصنف وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر) أقول دفع الشر واجب كما مر فينبغى أن يراد بالمبيح ما يعم الموجب (قال المصنف فتجب الدية) أقول لان أثر الاضطرار فى دفع الاثم والقصاص دون الضمان كالمضطر اذا أكل مال الغير (قوله لانه أسهل من الابتداء) أقول فيه شئ اذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص فى الاطراف وكلامه واضح قوله (ولا معتبر بكبر اليد وصغرها) لان منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة اذا أخذت ما بين قرنى المشجوج ولم تأخذ من الشاج لكبر رأسه فان الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذ أرش الموضحة لان المعتبر فى ذلك الشين وفى الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة فى القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو بمقدار شجته ويترك الصورة وان شاء أخذ أرشها وقوله (على ما قال فى الكتاب) يعنى القدورى وهو مأثور عن الصحابة رضى الله عنهم روى أن هذا حدث فى زمن عثمان رضى الله عنه فسأل عنه الصحابة رضى الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شئ حتى جاء على رضى الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضى الله عنه وكان

بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم قوله (لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفى بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله (ولا قصاص فى عظم الا فى السن وهذا اللفظ مروى عن عمرو ابن مسعود رضى الله عنهما) فان كان السن عظما فالاستثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو الى أصلها ان قلعها ولا يقلع

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ومالا فلا وقد أمكن فى القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه) لامتناع المماثلة فى القلع وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال فى الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم قال (وفى السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وان كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفى كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا قال (ولا قصاص فى عظم الا فى السن) وهذا اللفظ مروى عن عمرو ابن مسعود رضى الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص فى العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان

﴿باب القصاص فيما دون النفس﴾

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس شرع فى بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أى ذات قصاص كذا فى التفاسير والشروح قال الزيلعى فى شرح الكنز أى ذو قصاص أقول لا وجه لتذكيره وهنا الا بتعمل ركيك لا ينبغى أن يرتكب بلا ضرورة سيما فى تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان) قال صاحب الكافى وعامة شراح الكتاب فى هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به لثاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن وعزاه الشراح الى المبسوط أقول أسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فان أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر فى الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على

(قوله بما هو بمنزلة التبع) أقول انما قال بمنزلة التبع لان القصاص فى الاطراف ليس بتابع للقصاص فى النفس عندنا حقيقة قال على ما يجىء فى هذا الدرس قال المصنف (لقوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعى أى ذو قصاص وقال البرهان النسفى فى تفسيره القصاص هنا مصدر رادبه المفعول أى والجروح متقاصة بعضها ببعض (قوله ولم يأخذ من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير فى قوله يأخذه راجع الى ما فى قوله ما بين قرنى المشجوج وضمير رأسه راجع الى الشاج (قوله لان المعتبر فى ذلك الشين الخ) أقول هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقريره لان المعتبر فى ذلك الشين اذ ليس فيه تفويت المنفعة الى آخر ما قال ويجىء من المصنف فى هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة وبخلاف اليد فان الشين لا يتفاوت فى اليد اذا قطعت (قال المصنف تحمى له المرآة) أقول استئناف بيانى الاجاء كرم كردن (قوله وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة) أقول بل اشارة الى المجموع كما لا يخفى (قال المصنف ولا قصاص فى عظم الا فى السن) أقول اختلف الاطباء فى السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر أنه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالحل ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لتعذر المماثلة فربما تفسد به لثاته كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما أشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وليس فيما دون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة لكنه قد ذكر هنالك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الاول على أن المراد به ان أمكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما دون النفس وأمكن القصاص جعل عمدا روى أن الربيع عمة أنس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار بلطمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا أتت على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (الا في الحر يقطع طرف العبد) يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضا والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى

وسلكا في الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها

قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها

خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكأنهم لم يروه أصلا نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره في متنه حيث قال ولا قود في عظم الا السن فتقلع ان قلعت وتبرد ان كسرت وكأنه مأخوذ من الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو أنه اذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصا أم يبرد بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق وان كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري أنه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الائمة السرخسي وذكر شيخ الاسلام في شرحه أنه يقلع سن القالع واليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد وفي الزيادات نص على القلع الى هنا لفظ المحيط (قوله وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكر هنالك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الاول على أن المراد به ان أمكن القصاص انتهى أقول يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هنالك بأن قال يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ فان مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى ثم أقول التحقيق أن ما ذكره المصنف ههنا عبارة القدوري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير المعنى الأخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه أن ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى

(قوله فيحمل الاول على أن المراد به الخ) أقول فيه بحث بل الاول محمول على ما اذا تعمدوا انما سقط القصاص في بعض المواضع لتعذر المماثلة وذلك لا يخرج عن العمدية كما اذا قتل الأب ابنه عمدا والثاني ما يعم التعمد وغيره فتدبر اذ الضمير في قوله انما هو عمد أو خطأ عائد الى ما فيما دون النفس من الجناية لا الى شبه عمد كما لا يخفى فلا يخالف الثاني الاول اذ ليس الموضوع فيهما واحدا ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر

بأن يقال ليس الموضوع في الموضعين واحدا فانه في الاول شبه العمد وهنا ما يوجد فيما دون النفس من الجناية مطلقا فلا مخالفة حتى يحتاج الى التلفيق وعدم جريان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فانه لمانع كما اذا قتل الأب ابنه عمدا فليتأمل (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لمانع (قال المصنف ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ) أقول قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحربي منه والمستأمن والنص العام اذا خص منه شئ يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد فخصصناه بما روينا انتهى وفيه أنه يجوز أن يكون خروجها من هذا الحكم بالنسخ فتأمل ثم قوله فخصصناه بما روينا أراد به ما روى عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في الكفاية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص مواضع النزاع فالماكل القياس

(ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة وهو) أى التفاوت (معلوم قطعا بتقويم الشرع) فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعا أمكن اعتباره (بخلاف التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله) فان قيل ان استقام فى الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان التساوى فى قيمتهما بتقويم المقومين وأجيب بأن التساوى انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة فى الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت فى البدل وانه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب (٢٧٢) أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس

ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص فى الاطراف بين المسلم والكافر) للتساوى بينهما فى الارش

السلاح عند أبى حنيفة وبما لا يقتل به غالبا عند أبى يوسف ومحمد والشافعى فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لمانع يمنع عنه فان سقوط القصاص لمانع يقع فى القتل العمد فى النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمدا وكما اذا ورث الابن قصاصا على أبيه فلان يقع فى العمد فى الاطراف أولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد أو خطأ أن الذى كان فيما دون النفس عمد أو خطأ لا أن شبه العمد عمد أو خطأ فان ضمير هو فى قوله انما هو عمد أو خطأ راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد اذ لا مجال لان يكون شبه العمد خطأ لا فى النفس ولا فى الاطراف لان تعمد الضرب معتبر فى مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك فى الخطأ فاذا كان معنيا الكلامين فى المقامين مختلفين بالوجه الذى ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بأن المراد به ان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والأذن بالأذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربى والمستأمن والنص العام اذا خص منه شئ يجوز تخصيصه بخبر الواحد خصصناه بما روى عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى أقول فيه نظر أما أولا فلانه قد تقرر فى علم الاصول أن النص العام اذا خص منه شئ بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا فى الباقى فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا أخرج من النص العام شئ بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا فى الباقى بل يكون باقيا على حالته الاولى ولا شك أن مخرج الحربى والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد قال

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف) أقول وأجاب فى الكفاية بأن شرع القصاص فى الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوى فى الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمتنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذ رضى به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ أكمل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن فى ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أى القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعنى كالأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها والمساواة فى القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوى فى الاصل ثابتا أى باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض أى كالشلل والصحة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه) أقول أى ليس من التفاوت المالى (قوله لئلا يلزم أن يكون باذلا) أقول يعنى لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة فى بدله الصحيحة اذ أوجبنا القطع (قوله للزيادة فى الاطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضاه فلا مجال للجبر لانه كالجبر بالغاء الجيد فى مقابلة الردىء (قوله لانه اسقاط) أقول يعنى من المقطوع يده الصحيحة

كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغى أن لا يعتبر فيما يسلك به مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا فى المنفعة تنتفى به المماثلة ينبغى أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة فى الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البدل بالاطراف والباقى ظاهر

قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال (واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء أخذ الارش كاملا) لان استيفاء الحق كلا متعذر فله أن يتجوز دون حقه وله أن يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن أيدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي عمكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلما فلا شيء له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

وقوله (لان حقه متعين في القصاص) لانه لو زال الشلل قبل أن يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله أن الواجب أحد الشيئين اما القصاص أو الارش فاذا تعذر أحدهما الفوات محله تعين الآخر

وقدمنا غير مرة نظير هذا النظر في محاله وأما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيها بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقي الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب أن يقال ان الآية المذكورة اية القصاص والقصاص ينبيء عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسيرها تيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة وأشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبيء عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ومالا فلا وأشار اليه ههنا أيضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجراة على ظاهرها طلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وكذا الحال في قطع اليد أو الرجل من غير المفصل وكذا فيما اذا قطع الحر طرف العبد فظهر أن المدار في وجوب القصاص امكان المماثلة وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشيء من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الاطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة يد الرجل أيضا والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قددا فقال صاحب العناية فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكره من أن التفاوت المالي يجب أن يعتبر مانعا مطلقا وأما ليس تفاوتا ماليا يابى موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الاكمل ولا يعتبر مانعا من جهة الانقص يحكم بحت لان العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول أيضا اذ لا شك أنه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي أيضا ولا تفاوت بينهما فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالي أيضا مانعا من جهة الانقص وأما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعا فان الشرع جعل أرش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل

(قال المصنف وان شاء أخذ الارش) أقول هذا هو ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير أنه قال لا يخير فان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة في المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر كما في اليد الكبيرة والصغيرة كذا في شرح الكافي وذكر الزيلعي الفرق في شرح الكنز في مسئلة قطع اليد وقال لم يعتبر هنا الكبر والصغر في العضو واعتبر في الشجة في الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لا تستوعب رأس الشاج فأثبت للمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحقه من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التي لا تستوعب قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف

وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه كل وجه انتهى

قال (ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير أيضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الا أن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

وقوله (ومن شج رجلا) قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه يخير أيضا) وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيتخير بين الاقتصاص وأخذ الارش والباقي الى آخره ظاهر

أرش اليد الشلاء محكومة عدل كما صرح به في الديات وأشار اليه صاحب الغاية ههنا أيضا حيث قال في أثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان أرش الاطراف مختلف فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الاكمل بالأنقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا لمعنى وهو أن التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذا رضي بالاستيفاء يجعل مبرئا لبعض حقه مستوفيا للباقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الاكمل بالانقص وان رضي به القاطع لانه يكون بالرضا باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول وفيه أيضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم أيضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضي بان يستوفي في الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا للباقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكميا وأما صاحب الانقص فان رضي بأن يستوفي منه صاحب الانقص الاكمل بمقابلة الانقص يصير باذلا للزيادة حقه بالضرورة أيضا بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكميا والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف وأما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لا نسلم أن اسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالناقص منها عند استحقاق الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ايفاء الكامل منها بدل الناقص بذلا للزيادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصددها فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق انتهى ويقرب

(قال المصنف لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول يعني لا لكونها مفوتة للمنفعة اذ ليس فيها تفويت المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فتأمل

﴿فصل﴾ لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (اذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا زائدا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شئ

الآية على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق للام

﴿فصل﴾ قال (واذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شئ الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال (وان كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان) لان عقد الصلح أضيف اليهما (واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)

من هذا رأى تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين أقول وفيه أيضا بحث لانه ان أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب أصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضي صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع اباء عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا اذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا فتأمل حق التأمل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات

﴿فصل﴾ قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فما معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا) أقول لقائل أن يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا في شئ جريانه تعويضا أيضا فيه ألا يرى أن للشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ولا يصح أن يصالح عن حق شفعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتأمل في الدفع (قوله واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجوه الاول أن كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها في الكتاب بعن حيث قال من الدم والثاني أنه يقال صالح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أو صالح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزي

فان عفا اذا استعمل باللام كان معناه البدل أي فمن أعطى من جهة أخيه المقتول شيأ من المال بطريق الصلح فاتباع أي فمن أعطى وهو ولي القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شئ فانه يراد به البعض وتقريره فمن عفي عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع بالمعروف أي فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه وليؤد القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان شاؤا قادوا وان شاؤا أخذوا الدية قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه) يعني أنه ليس للولي العدول الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الدال وقوله (كالخلع وغيره) يعني كالاعتاق على مال

﴿فصل﴾ واذا اصطلح القاتل (قوله فانه يراد به البعض) أقول يوهم تجزي القصاص

وقوله (خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين) قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وان الشافعي يقول النساء لا تستوفي القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ماذكر في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله (لهما أن الوراثة خلافة) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيأ وهو باطل ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا السبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل أما الاول فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب وأما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة

وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم

القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر أن القصاص غير متجزئ فيثبت كملا لكل واحد من أولياء القتيل فالاظهر في وضع هذه المسئلة أن يقال واذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما أصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الاموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث وأما حق التعبير في شأن القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه ومن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ (قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين) قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة وأما في حق القصاص ففيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار أن الشافعي يقول لاحظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ماذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار أقول فيه نظر لان ماذكر في الكتاب انما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لاحق للزوجين في القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع ارشاد اليه فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظة كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضا لقال وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيأ لان وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه محرر صاحب الكافي ههنا حيث قال والاصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيأ انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى أقول بل ماذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل أراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لاسيما المبسوط والاسرار فان صاحبيهما من أساطين الائمة ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهما ماذكر في تلك الكتب فالاوجه التوفيق بين ماذكر فيها وبين ماذكر في الكتاب بما نبهنا عليه آنفا (قوله ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم) أقول

(قوله وان الشافعي يقول النساء لا تستوفي القصاص الخ) أقول هذا وجه للشافعي وماذكره المصنف في القصاص وجه آخر ذكر ذلك في كتبهم والصحيح مقابلهما (قوله والمشهور من مذهبهما ما نقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا به ولانه صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المعتق وعصبته لكن لهما أن يقولا القياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول قوله وهي راجع الى الوراثة وضمير فيه راجع الى ما في قوله فيما يجب

ولا يقع للميت الا بأن يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال فى ثبوتهما قبل الموت ألا ترى أنه اذا أوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها وتقضى منه ديونه وكان على

ولانه حق يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبى وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما فى حق الارث أو يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا اسقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع معنى راجع الى القاتل وليس للعافى شئ من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال فى ثلاث سنين وقال زفر يجب فى سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب فى اليد كل بدل الطرف وهو فى سنتين فى الشرع ويجب فى ماله لانه عمد

فيه شئ وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية فى حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك فى حق القصاص والعمدة ههنا هو الثانى وانما ذكر الآخر استطرادا كما ترى (قوله ولانه حق يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبى وابن الابن فيثبت لسائر الورثة) أقول فيه أيضا شئ وهو أن هذا التعليل وان كان يتمشى فى القصاص أيضا الا أنه لا يتمشى فيه على أصل أبى حنيفة وانما يتمشى فيه على أصل أبى يوسف ومحمد فانه سيجئ فى أول باب الشهادة فى القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية وأما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله انه حق يجرى فيه الارث مع أن المدعى ههنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا فاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المصنف فى تتمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبى وابن الابن لا يجدى نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة فان حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للورث الغير المقتول قبل موته وارثة من المقتول عندهما وخلافة عنه لا وراثة عند أبى حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفى الصدور كما ستطلع على تفصيله فى بابه والكلام ههنا فى ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليتأمل ثم ان صاحب العناية قال فى شرح هذا التعليل وأما الثانى فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا فى حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بأن يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال فى ثبوتهما قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمة فى الطنبور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتيانه فى تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبى حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بانهما يعنى القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبى حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادى الى سبيل

رضى الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقى واضح وقوله (لان الواجب نصف الدية) يعنى بالعفو فيكون فى السنة الاولى الثلث وفى الثانية السدس كما اذا قطع يدا نسان خطأ وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله (والواجب فى اليد) جواب اعتباره وهو واضح

(قال المصنف لانه لا يتجزأ) أقول فيه بحث لان قضية عدم التجزى أن يسقط فى حق العافى كلا كثبوته له كلا ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقين الا أن يقال لما كان الحق واحدا أورث سقوطه فى حق البعض شبهة السقوط فى حق الباقين لثبوته من وجه دون وجه فليتأمل و يمكن توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالالف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك) أقول فيه شئ جوابه سهل

قال (واذا قتل جماعة واحدا الخ) اذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون وصنعاء اليمن قصبتها وروى عن علي رضى الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة رضى الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فحل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدي الى سد باب القصاص ولقائل أن يقول ماذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع (٢٧٨) عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب

قال (واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم) لقول عمر رضى الله عنه فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين)

الرشاد (قوله واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد ويؤيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز بما روى عن عمر رضى الله عنه لان عمر رضى الله عنه ان كان منفردا في قضائه وقوله المزبورين فظاهر لان قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر في علم أصول الفقه أن الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشيء منهما فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد هذا القول (قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) قال صاحب العناية لقائل أن يقول ماذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس

قال المصنف (واذا قتل جماعة واحدا اقتص من جماعتهم لقول عمر لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى قلنا لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد تأمل ثم في قوله لقول عمر رضى الله عنه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم بحث لانه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقرينة الاضافة الى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص قال المصنف (ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) أقول تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب وكل فساد غالب يحتاج الى مزجرة للسفهاء فالقتل بطريق التغالب يحتاج الى مزجرة ومزجرة القتل العمد هو القصاص (قوله لا يكون معتبرا في الشرع) أقول لان العقوبات لا تثبت الا بمثل هذه الأقيسة (قوله وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه) أقول وهو انتفاء المماثلة والمساواة (قوله وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لأنهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول ويجوز أن يقال لما أضيف ازهاق الروح الى كل واحد منهم كلا كان المقتول كأنه أشخاص متعددة ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح ألا يرى الى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ

وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ

والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة تماثل معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسئلة الآتية من أن الاصل عند أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي هنا أن يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما في قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما وأما أنه هل تتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل أو المقتول فانما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما أولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه وأما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول أيضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون جواب المسئلة هنالك جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممتنع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شئ ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المعتدي على تقدير الزيادة ولئلا يلزم البخس لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ولا شك أن الظلم والبخس انما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الأمر عن الظلم أو البخس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقائل أن يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الخ ثم ان صاحب العناية

(وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين) يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة أو جهل الاول قتل بهم وقسم الديات بينهم أو يقرع وقوله (وهو القياس في الفصل الاول) وهو ما اذا قتل جماعة واحدا (الا أنه عرف بالشرع) يريد قضية عمر رضي الله عنه (ولنا أن كل واحد منهم) أي من أولياء القتلى (قاتل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزأ أصله الفصل الاول) فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما تكون من الجانبين قوله (ولانه وجد من كل واحد منهم جرح الخ) يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها توزيعا أو كلا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا

قال المصنف (ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق) أقول هذا الوجه تفصيل وشرح للوجه الاول كما لا يخفى

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذا لواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد الخ) تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا فاذا قطعا يدا فلا قصاص أصلا وقال الشافعي رحمه الله ان وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من آخر وأمرا حتى التقى السكينان فالحكم كذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان أخذا سكينا وأمراها على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتبارا بالانفس اما لكونها تابعة لها واما أن يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا أو مختلفا لانا نعلم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا لانتفاء المماثلة وهذا لان المحل متجزئ فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلا كلا بخلاف النفس فان الازهاق لا يتجزأ وقد مر والباقي ظاهر وقوله (وان قطع واحد يميني رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر قطعت يداه لا يقال تنتفي المماثلة حينئذ لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما فوتاه عليه لان المعتبر في حق كل واحد ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذا لواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعي تقطع يداهما والمفرض اذا أخذا سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فأخذت حكمها أو يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا يماثله بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليهما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها (وان قطع واحد يميني رجلين فخير أولهما أن يقطع يده ويأخذ منه نصف الدية بقسامته نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة

قال في شرح هذا الدليل يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها توزيعا أو كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا لو حلف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى أقول فيه نظر لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كلا بل يجوز أن يضاف كلا الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كلا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز أن يكون بناء حنث كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يتمشيان فيما اذا حضر أولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة وأما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر أيضا في الكتاب فلا تمشية لشئ منهما اذ لا يتصور أن يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغي أن يجب للباقين المال في هذه الصورة فليتأمل (قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء حكمة القصاص وبمجرد حصول حكمته لا يتم أمره بل لا بد من حصول شرائطه أيضا ومن جملتها المماثلة ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذمي بالمستأمن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولد ولده ولا بعبده والقصاص

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي) يعني لان من عليه القصاص جواب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بتجزئته عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني أن حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الآخر له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضي بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقا مستحقا) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضي للآخر بالأرش وقوله (واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وانما قيد بالعمد لانه لو أقر بالخطا لا يجوز سواء كان مأذونا أو محجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون فلانه ليس من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٣٨١) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى

والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه أوفى به حقا مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال ولنا أنه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فقاتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا كانه رمى الى صيد فأصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

ولا يمدبره ولا يمكاتبه الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه أو لتحقق بعض موانعه وعند أن قال الشافعي فيما نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص كيف يتم أن يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب الكافي فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتفي أثر صاحب الهداية (قوله لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد أقول هذا خبط ظاهر اذ قد مر في الكتاب أن الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا (قوله والفعل يتعدد بتعدد الأثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا أصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز أن يكون

على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار لوقوعه بالايقاع واذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به وقوله (والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قيل فان الرمي اذا أصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى أن يقال معناه أن الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى أمرين

(٣٦ - تكملة ثامن) كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذا هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا أمرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شئ يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فخرها أو رمى الى شخص فأصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا من كل وجه

(قوله كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض النسبية ولا كذلك العمد والخطأ (قوله وهو لا يكون الا أمرا دائرا الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أو لقصده مطلقا الى قوله والرمي بالنسبة الى المخالف لهما) أقول قوله أو لقصده معطوف على قوله لظن الجاني وقوله لهما ناظر الى الظن والقصد في قوله لظن الجاني وفي قوله أو لقصده مطلقا

﴿فصل﴾ قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا)

بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى اخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن ماذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة اليه بأسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامى المختلفة ألا يرى أن الرمى من حيث انه أصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتلا بل يسمى كسرا وكذا من حيث انه أصاب حيوانا ومزق جلده أو قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا أو قتلا واذا تقرر أن اختلاف تلك الاسامى باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامى أيضا فكان مناسبا لما نحن فيه مفيدا له ثم ان قوله وانما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين ان أراد به أن الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين فى الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم امكان ذلك وان أراد به أن الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد الاسامى تعددا ناشئا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انفا ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا أمرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية فى انسان مخالف لظن الجانى كمن رمى الى شئ يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فأصاب انسانا وكالذى نحن فيه والرمى بالنسبة الى المخالف لهما كالرمى لا الى معين وذلك مباح لا محالة انتهى أقول فى تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله أو لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فأصاب انسانا وكالذى نحن فيه يشعر بأن تكون الاصابة لانسان عند الرمى الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ فى القصد وليس كذلك قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطأ فى الفعل كما بينا من قبل

﴿فصل فى حكم الفعلين﴾ لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا فى الشروح (قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده الخ) أقول لقائل أن يقول اذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عمدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء أو لم يتخلل كما سينكشف فى الاصل الآتى ذكره فيكون قوله قبل أن تبرأ يده فى وضع هذه المسئلة مستدركا لتمام جوابها وهو أن يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرح به وعن هذا قال فى وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم أقول يمكن أن يقال فائدة ذكر ذلك القيد فى المسئلة الاولى التنبيه من أول الامر على أن تخلل البرء ليس بمؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتخلل البرء ففيما اذا تخلل ذلك أولى وبهذا يندفع ايهام أن لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم يتخلل فان تخصيص الشئ بالذكر انما يدل فى الروايات على نفى الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له وأما اذا كان أولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه فى الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما نحن فيه من

والاصل

﴿فصل﴾ ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد فى فصل على حدة رعاية للتناسب (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا) القطع والقتل اذا حصلا فى شخص واحد كانا على وجوه أن يكونا خطأين أو عمدين أو يكون القتل خطأ والقطع عمدا أو بالعكس فذلك بالقسمة العقلية أربعة ثم ان كل واحد منهما اما أن يكون قبل البرء أو بعده فذلك ثمانية أوجه وكل ذلك اما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين فذلك ستة عشر وجها فان كانا من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين أو اهدار أحدهما مبنى على أصل ذكره المصنف رحمه الله بقوله

﴿فصل﴾ ومن قطع (قوله ثم ان كل واحد منهما) أقول أى من الفعلين (قوله لان التداخل انما يكون الخ) أقول فيه بحث لكن جوابه ظاهر فان المراد بالمحل هو مصطلح المتكلمين وهو القابل هنا فانه الذى يقوم به القتل

(والاصل فيه أن الجمع) يعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل واحدا الا أن لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا أو موجبا أو بتخلل البرء فحينئذ يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع أصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان تجانسا خطأ جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى بدية واحدة وان تجانسا عمدا

والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة (وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبي حنيفة وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر أولان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلا بد في الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء في البين (قوله فصار كتخلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعلله بتعليلين بازاء تعليلي أبي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كانا خطأين تأمل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على ما وافق رأيه انتهى أقول في الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند أبي حنيفة يأبى هذا الجواب جدا فان قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحباه أيضا يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للامام عند أبي حنيفة وأما اذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الائمة السرخسي ونقل عنه الشراح فاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمشية رأسا للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد أن يقال فما معنى قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بأن للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالامرين جميعا وعلة

فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الولي بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقالا يقتل ولا يقطع وقوله (فان شاء الامام قال اقطعوه) قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله يشير الى أن الخيار للامام عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار قالا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذاك عن الجزاء واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق

بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة

(قوله وصفا أو موجبا) أقول كما في الخلافية فان موجب القطع العمد القطع والقتل العمد القتل لأن القصاص ينبئ عن المماثلة بخلاف الدية وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف (فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه) أقول قال الكاكي وقيل معنى ما قال في المتن أن هذا من الامام اجتهاد في محله فعليه أن يتبعه فيما يقطع الامام خياره عليه انتهى (قوله في محله) أي محل الاجتهاد ألا يرى الى خلاف الامامين (قال المصنف فصار كتخلل البرء) أقول منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ

وقوله (ولان أرش اليد) دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطأين وتقريره أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فأرش اليد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه وأما الخطأ فبناه على التخفيف ألا ترى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ الخ) ومن ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله (وكذا كل جراحة اندملت) يعني مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله

في مثله حكومة عدل وسيأتي تفسيرها في آخر فصل الشجاج

وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجر الطبيب (وان ضربه مائة سوط وجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل) دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى أنه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شئ بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن الا مجرد الألم وهو لا يوجب شيأ كالو ضربه ضربا مؤلما ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها يأتي قبل فصل الجنين وصار

ولان أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصا يجتمعان قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب (وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له أثر تجب حكومة العدل) لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال (ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال) وهذا عند أبي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه

تعذر الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب (قوله ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفوا عن نوعيه) أقول أسلوب التحرير يقتضي أن يكون ما سبق دليلا تاما لهما وهذا أيضا دليلا آخر مستقلا لهما لكن لا يخفى على الفطن أن ما سبق لا يتم دليلا لهما

(قوله فان قيل الى قوله فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول معارض بما اذا قتل واحد جماعة عمدا حيث يجب قتل واحد وان قتلهم خطأ تجب ديات قال المصنف (والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس) أقول قال في المضمرات كأن قائلا يقول لما وجب أرش النفس ينبغي أن لا تجب حكومة العدل فأجاب عنه بقوله والارش الخ انتهى وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى لصدور الفعلين من القاتل وعلى ما ذكره الاكمل يكون ذكر هذه المسئلة هنا استطرادا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث ما قال في الكتاب انه يجب فيه دية واحدة فيما اذا برأ ولم يبق له أثر أما اذا بقي له أثر ينبغي أن يجب أرش الضرب وهو حكومة عدل بالاسواط ودية واحدة بالقتل انتهى

فصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوت عن اليد لم يكن عفوا ولو قال الجاني عليه عفوت عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا أنا تركناه لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية وقوله (ولانسلم أن الساري نوع من القطع) جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح ذلك والجواب أن المراد صفة

وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا أن في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود ولانسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا

بدون انضمام هذا اليه لانه اذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضا لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع اذ لا يحتمل أن يكون القطع المقتصر موجبا للقتل أيضا تدبر (قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس) قلت وكان ينبغي أن يقول و كان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا أن موجب القياس هو الظاهر في بادئ الرأي (قوله ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا) قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بسديد لان معنى كلام المصنف ههنا أن محمدا رحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا في كلام محمد في الجامع الصغير قط وانما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسئلة المارة التي هي مسئلة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون

منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله (بل الساري قتل من الابتداء) اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح ولما ازهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله (وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا) جواب عن قوله أو القتل اذا سرى يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله (بخلاف العفو عن الجناية) ظاهر وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية (وفاقا) وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية أيضا (وخلافا) وهو أيضا في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفوا عن أرش اليد لا غير والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده عن أرش الشجة لا غير

(قال المصنف وان السراية صفة له) أقول أي صفة منوعة فلا يرد عليه شئ (قوله انما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول الاظهر أن يقول وهو القصاص

آذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا أوصى باعارة أرضه

ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه فى قوله فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة أيضا فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه هى الوجوه الثلاثة وهى العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لان هذه الثلاثة هى المذكورة فى مسئلة الجامع الصغير وأما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم ماذكر فى مسئلة الجامع الصغير أخذا مما ذكر فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير (قوله آذن بذلك اطلاقه) أى أعلم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولا لهما كذا فى عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقريرما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد فى أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه أبو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد وغيرهم فى شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق اه وأما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فسألوا ههنا وأجابوا حيث قالوا فان قيل لانسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية فى ماله فانه يبين أن مراده العمد لان الدية فى الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلاشك اذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعى القطع فتقديره فعلى القاطع الدية فى ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك أن جوابهم هذا لا يسمن ولا يغنى من جوع اذ لاشك أن مقصود المصنف هنا بيان اجراء محمد القطع خطأ مجرى العمد فى أحكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب أن حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب فى لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق وضع المسئلة باشتراك نوعى القطع فى الحكم اذ لو آذن ذلك باشترا كهما فى الحكم لآذن باشترا كهما فى الحكم المستفاد من الجواب وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف آذن بذلك اطلاقه فتأمل (قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال فى العناية فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافى بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس فى المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرفه فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى أقول فى تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفى تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجىء فى أول باب الشهادة فى القتل أن القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند أبى حنيفة رحمه الله وأما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية فقوله رحمه الله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر تطير هذا من صاحب العناية فى الفصل السابق وبينت بطلانه هناك أيضا فتذكر وأما الثانى فلانه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عندامامنا الاعظم رحمه الله بل سيق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا يرى الى قوله فى خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به

(اذن) أى أعلم بذلك (اطلاقه) أى اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الاطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية فى ماله يدل على أنه فى العمد لان الدية فى الخطأ على العاقلة وأجيب بأن الوضع مطلق لاستحالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقريره فعلى القاتل الدية فى ماله ان كان القطع عمدا وقوله (كما لو أوصى باعارة أرضه) يعنى اذا تبرع بمنافع أرضه فى مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست بأموال وفيه بحث من أوجه الاول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثانى أن الوصية باعارة أرضه باطلة وان صحت فحكمه التهايؤ يسكن الموصى له يوما والورثة يومين ان لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصى له والثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظير المال ليس بمال والجواب عن الاول أن المصنف رحمه الله نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافى بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس فى المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك

أما

أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما في ماله أو حق قابل لها بعد موته وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح أن يكون موروثا ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بأن المراد من قوله أو صى تبرع كما عبرنا عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث بأن المنافع أموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو أنه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من

أما الخطأ فوجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال (واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها) وهذا عند أبي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح في حصته وأجيب بان المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنده ألا يرى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز قال (واذا قطعت المرأة يد رجل الخ) اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاما أن يقتصر أو يسري فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا أو خطأ وتزوجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين أن موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجرى في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني وإليه أشار بقوله ثم مات فاما أن يكون القطع خطأ أو عمدا فان

لكنه موروث (قوله أما الخطأ فوجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال جمهور الشراح فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوزتم الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب القاتل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوزنا ذلك لان المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل ألا ترى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز انتهى كلامهم وأورد بعض الفضلاء على قولهم ألا يرى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية انتهى أقول ان أراد أن الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع ألا ترى أن الهبة عقد منجز والوصية في المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان أراد أنها في حكم الوصية في بعض الوجوه كونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدى قدحا فيما ذكره الشراح في تنويرجوابهم (قوله ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلي في العمد القصاص قضية لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة انتهى أقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله تعالى والجروح قصاص لمثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينبئ عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في أول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير أرش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح فاطبة في أول هذه المسئلة وعزاه جماعة

كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

(قوله ألا يرى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز) أقول وفيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية (قوله لانه لا يجرى في الاطراف بين الرجل والمرأة) أقول مخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف تأمل (قوله وان كان الثاني فلها ذلك) أقول يعني فلها مهر المثل

لاسيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط ههنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة دينار وهو معلوم فما المانع أن يكون هو المهر أجيب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصلح القصاص ولا بدله مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها فان قيل قبول التزوج يتضمن العفو والعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية أشار الى الجواب بقوله (لان التزوج وان كان يتضمن العفو) فيما نحن فيه يتضمن العفو (عن القصاص في الطرف واذا سرى تبين أنه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية في مالها لانه عمد) والعاقلة لا تتحمل العمد (والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه) يريد به قوله لانه هو الموجب للعمد

لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها الان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه

(قال المصنف لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها) أقول فانه لما مات المقطوع يده بالسراية سقط قصاص الطرف وبدله أيضا وهو الارش فان القطع كان قتلا فيجب جزاء القتل لا القطع فوجب قصاص النفس ولعل هذا هو الوجه في توجيه كلام المصنف وبه تندفع الشكوك والاوهام في هذا المقام (قوله والقصاص سقط ههنا اما بقبولها التزوج الخ) أقول بل السقوط هنا بموت المقطوع يده حيث تبين أن لا قطع على القاطع لكونه قاتلا ولا يجب بدله أيضا لعدم وجوب الاصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول الظاهر أن يقول عن نفسها (قوله أجيب بانه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا) أقول مخالف لما مر آنفا من قوله ويصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع ثم الجهالة لا تمنع فيما سقط لانها لا تفضي الى المنازعة وذلك وجه الصحة فيما مر

واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان فى الدية فضل ترده على الورثة وان كان فى المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى اليد ولا شئ فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة فى الخطا والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شئ له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط أصلا (وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الدية وهى تصلح مهرا الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح فى حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

العلة التى ذكرها المصنف فى عدم تناوله العفو الذى تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغا ما ذكر فى الجواب المزبور اذ لم يجعل حد ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها النفسها (قوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية فى شرح هذا المحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أى قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أى وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى أقول فى التفسير الثانى خلل فان المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم فى الصورة الاولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أى قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية لهم أى للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى أقول مما ل هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة فى التفسير الثانى فانه لما بين ما ترك الميت فى قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول فى كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الاتيتين فى التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور فى افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوى الرشاد فالاولى فى تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفى الخطا رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقى وصية لهم فان خرج من الثلث سقط والا سقط ثلث المال انتهى تأمل

(واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا) وان لم يتساويا رد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى اليد ولا شئ فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة فى الخطا والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر وقوله (ولا شئ عليها) أى لا دية ولا قصاص وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أى قدر مهر المثل وقوله (ولهم) أى للعاقلة (ثلث ما ترك) أى ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية

(قال المصنف واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ولا تقع المقاصة لان الدية مؤجلة ومهر المثل حال واذا حل الاجل تقع المقاصة انتهى

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لكن كان له القود اذا استوفى من عليه القود وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة وقالا لا شئ عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى ومات أو ما عفا وماسرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيأ في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني أقول ليس ذلك بشئ اذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطأ فان الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطأ في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطأ كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) قال صاحب العناية لم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شئ عليه على ما سيجئ انتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بانه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له اذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بانه لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون حقها أن تذكر هنا فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذة المصنف بشئ فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجئ مفصلا ومدللا فيلغو بيان ذلك الشارح اياه ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لانها لورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا فيه الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه

(قوله واذا قطع يد رجل فعفا الولي عنه ثم مات من القطع وحكمه الدية على عاقلة القاتل عند أبي حنيفة وقالا لا شئ عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى ومات أو ما عفا وماسرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال

(قوله واذا قطع يد رجل فعفا الولي عنه ثم مات من القطع وحكمه الدية على عاقلة القاتل عند أبي حنيفة وقالا لا شئ عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى ومات أو ما عفا وماسرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال

(قوله وقوله فاتفق جوابهما في الفصلين) يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلاثة (قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد) كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شئ عليه على ما سيجئ وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما أتلفا بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على أنهما أوجبا له قتل النفس

(قوله اذا كان القطع خطأ) أقول التقييد به مما لا يظهر وجهه فانه اذا كان القطع عمدا فالاتفاق في الجواب على حاله (قوله وانما هي بناء على أنهما أوجباله) أقول بل أباحا

وانما

وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لايجاب السراية له بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل أنه أبرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا وقوله (وانما لايجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال وقوله (وملك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضرورياً بالثبوت مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لايظهر الا في هذه الاحوال الثلاثة وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لايصح التصرف في القاتل بغيرها والقطع مقصوداً غيرها فيكون تصرفاً في غير موضع الضرورة ولاحق له فيه فيجب الضمان وقوله (فاما قبل ذلك) يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعني ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما اذا سرى) جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله (وأما اذا لم يعف

وماسرى) جواب عن قولهما أوما عفى وماسرى وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعني فلا يكون مستشهداً به وكذا قوله هو الصحيح وقوله (والاصابع وان كانت تابعة) جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق وأما صاحب الاسرار فمنعه وقال لانسلم أنه لايلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه) واضح وقد أشرنا اليه من قبل وقوله (فصار كالامام) أي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لاشيء عليه وقوله (والمأمور بقطع اليد) كما اذا قال اقطع يدي ففعل فمات لاشيء على القاطع

وانما لايجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لايظهر الا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وأما اذا لم يعف وماسرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وماعفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة وقالا لايضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولايمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها

(قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول هذا اذا كان رجوعهما قبل البرء أما اذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فانه لايبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة على أنا نقول قوله يبرئ القاطع عن الضمان قلنا مطلقا أو بعد البرء والثاني باطل وفي الأول ان برأ لايجب ضمان القطع وان لم يتبين الحال لايضمن في الحال كما لايخفى (قال المصنف وانما لايجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه) أقول فيكون عفوه لغوا لاستيفائه حقه قبله مستندا (قوله يريد به القطع) أقول المضاف مقدر أي حال القطع ثم اعلم أن ضميره راجع الى قوله قبل التصرف

انه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لايقتضي الفراغ مما وراءه رأسا لجواز أن يستوفي القتل أيضا بعد القطع كما له القود يستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ثم ان الفراغ مما وراء القطع لايقتضي الابراء عنه أيضا لجواز أن يفرغ منه ظنا أن حقه في القطع لا ابراء عما وراءه فتحققت شبهة بعد شبها فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هناك مقرر لاشبهة فيه وانما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دارئة له فافترقا تأمل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق (قوله بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها) أقول فيه تساهل لان من تلك المسائل مالايجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو المأمور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي ففعل فسري الى النفس فمات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في البزاغ والحجام منها دون المأمور بالقطع مع أنه غير الامام وأنه من

وقوله (في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله (لانه مكلف فيها) أي في المسائل (بالفعل) اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) كما مر في غير الامام من المسائل يعني البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة

(والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لا وجوب ولا التزام) اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق أي الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطولب بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الأب فمات وقاطع يد حربي أو مرتد أسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستأجر والمستعير للركوب اذا انفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى وأجيب بان في الثلاثة الاولى حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شئ فكذا اذا أذن سبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلان القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع

والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

﴿باب الشهادة في القتل﴾

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة) عند أبي حنيفة وقالا لا يعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر

تلك المسائل أيضا ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعا هنا لان قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا يتمشى في تلك المسئلة اذ لا يجب على المأمور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم أن يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها أيضا بأن يقال لما فعل المأمور بالقطع باذن الآمر انتقل حكم الفعل الى الآمر فصار كما لو قطع بنفسه وفي ذلك لا ضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

﴿باب الشهادة في القتل﴾

لما كانت الشهادة في القتل أمرا متعلقا بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان أدنى درجة من نفس ذلك الشئ (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد) قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسك به لا ينتهض حجة على أبي حنيفة وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح به في كثير من الشروح فأبو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتياطا للدرء وراعى في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة

﴿باب الشهادة في القتل﴾

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع) وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر

لهما

(قوله أو مرتد أسلم بعد القطع) أقول ثم سرى الى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب ومعناه لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك) أقول وكذلك القطع باذن المالك الحق والمالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستأجر والمستعير لكان المنفعة كالركوب دون الاهلاك

والاصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين واستدل لهما على أن طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا انقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولابي حنيفة أن طريقه طريق الخلافة وهو أن يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لتكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لانه) أي الميت من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فان المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله (فان أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لانهما يجران) تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لما يذكره وهو ما قال الامام المحبوبي لانهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما

لهما في الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا ينقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لانه من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره (فان كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لانهما يجران بشهادتهما الى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا

(قال المصنف لهما في الخلافية أن القصاص طريقه الوراثة كالدين) أقول في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد لهما أن القصاص يصير مملوكا للمقتول ثم يصير موروثا عنه كالدين سواء ولهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج الا بطريق الوراثة ثم في الدين لا تعاد البينة كذا هذا ولابي حنيفة بلى ولكن فيه

العفو منه احتياطا للدرء أيضا وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فيحجبه عليهما المؤاخذة لصحة العفو من

شبهة ثبوته لهم ابتداء لان الميت لا ينتفع به منفعة دنيوية ولو ثبت لهم ابتداء تعاد له البينة فكذا اذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف يعني أن القصاص فيه شبهة كون طريقه الخلافة دون الوراثة فحينئذ تندفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفي شرح الامام التمرتاشي ولابي حنيفة رحمه الله أن في القصاص شبهة ثبوته ابتداء لانهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فانه لا يقضى منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطأ والدين لانه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل الى الوارث وكذا انقلب القصاص مالا كان حقا للمقتول تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الامام أبا حنيفة رحمه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة اذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص وتارة يعتبر شبهة الخلافة اذا كان النفع في اعتباره وفي غاية البيان ولابي حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للشفي ودرك الثأر وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث انه بدل النفس حق للميت ولهذا انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه الى آخر ما ذكره قال الامام الزيلعي في قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس لهما ذلك) أقول يعني ليس لهما تمسك كأبي حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لابي حنيفة تمسك ولقوله كما أنه ليس لهما ذلك الخ يعني للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لانه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعني الباء للمعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد هنا من مراجعة التمرتاشي

وقوله (فان صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) يتأتى فيه الاقسام العقلية لانه اما أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا أو يكذبهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس والمذكور في الكتاب أولا هو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل وأشار بقوله وحده الى أنهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شئ للمشهود عليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله (وان كذبهما) أي كذبهما القاتل (٢٩٤) والمشهود عليه أيضا (فلا شئ للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية) لما ذكره في الكتاب

وقوله (وان صدقهما المشهود عليه وحده) يعني وكذبهما القاتل (غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية) لاقراره له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لا يلزمه شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما أقر به القاتل فيجوز قراره بذلك بمنزلة ما لو أقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال

(فان صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا أنه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية) ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا وهذا لانهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال (واذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا) لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات

الوارث حال حياة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر (قوله وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل أيضا) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شئ أي وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وانما قيدنا بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم أثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما أي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا الا أنه جعل النسخة الثانية أصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول أصح أقول مدار ما ذكر في شرح المقام على أنهما فهما أن مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وان كذبهما فلا شئ لهما فانهما جعلا فاعل كذبهما في قوله وان كذبهما فلا شئ لهما ضميرا راجعا الى المشهود عليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وضميرا راجعا الى القاتل على نسخة معناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا وهذا لا يتصور الا بأن يكون مراد المصنف في النسخة الاولى أن جملة اذا كذبهما القاتل أيضا مقدرة في عبارة الجامع الصغير فتقدرها وان كذبهما المشهود عليه فلا شئ لهما اذا كذبهما القاتل أيضا وفي النسخة الاخرى أن جملة اذا كذبهما المشهود عليه أيضا مقدرة فيها فتقدرها وان كذبهما القاتل فلا شئ لهما اذا كذبهما المشهود عليه أيضا لكن ليس ما ذهبا اليه بسديد اذ يأباه قطعا قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندي أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد أيضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فراده على النسخة الاولى أن معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل أيضا أي مع المشهود عليه كما أن معنى قوله

(واذا شهد الشهود أنه ضربه) صورة المسئلة ظاهرة وقوله (واذا كان عمدا) أقول المصنف احترز به عن الخطا وتأويله

(قال المصنف ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا) أقول قال الاتقاني فعلى هذا يكون تقدير قوله وان كذبهما أي المشهود عليه وفي بعض النسخ ومعناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا وهو أصح انتهى وجه الاصحية نبو مساق الكلام عن النسخة الاولى فانه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له والفاعل المذكور فيه هو القاتل فالضمير هنا يكون ذلك وأيضا ينبغي أن يقال حينئذ وله ثلث الدية دون وللآخر تدبر (قوله وفي بعض النسخ الى قوله وصار الالف لفلان كذا هذا) أقول الى هنا ما في بعض النسخ

ثم قال (وتأويله اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح) لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود وأجيب بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه

وتأويله اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح قال (واذا اختلف شاهدا القتل في الايام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لا أدري بأي شئ قتله فهو باطل) لان المطلق يغاير المقيد قال (وان شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بأي شئ قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر اعليه

فيما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذبهما اذا كذبهما المشهود عليه أيضا أي مع القاتل حينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح) قال في الكفاية وانما أول لتكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ماذكر في الجامع الصغير ان كان قولهما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا قلنا لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وانما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه أن يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون ضربه عمدا فيما اذا أطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ماذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح في أن تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معتبرا فانما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجمل وأشمل أما كونه أجمل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر اعليه) فيه صنعة التجنيس

قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وانما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف (وقوله واذا اختلف شاهدا القتل) ظاهر وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس أولى وقوله (لان المطلق يغاير المقيد) فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله (فان شهدوا أنه قتله) واضح وقوله (لانه يحمل اجمالهم في الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شئ قتله اما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق الكذب وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك

(قوله وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن يرد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ماذكره المجيب وقد نص عليه الامام خواهرزاده يكون التقييد بقوله اذا كان عمدا للاحتراز عن الخطأ مما يعد لغوا بل خطأ لايهامه خلاف الواقع فتأمل

وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه

التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجمال الاول ههنا بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شيء قتله اما صادقون أو كاذبون وعلى كلا التقديرين ينبغي أن لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم يقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفوا عنده تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فيتأول لهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله (وأولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلاقه) أي بتجويز الكذب وقوله (وهذا في معناه) أي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا كما أن الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هنالك ورودا ههنا

(قوله بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا الخ) أقول ينبغي أن يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تالو الوجوب حيث لا وجوب للقصاص لا عفو منه ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال انه لا يكذب للعفو لانه فرع وجوب القصاص والاظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب اليه أو يقال هذا اصلاح معنى حيث يخلصه بهذا الكذب عن القتل الذي لا مضرة فوقه وأي اصلاح يعادله وأنت خبير اذا قيل مراده من العفو الدرء لا يدفع المحذور

فلا

وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك

فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما وان شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقر له وفي الثانية من المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

﴿باب في اعتبار حالة القتل﴾

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة

بالقتل أصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) قال في العناية يعني اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية في هذه المسئلة اذا أقر كل واحد منهما بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما باتلاف بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهما وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما بالقتل صدق الولي بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون ردا للاقرار والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه وبناء عليه معنى المقام وأيضا قد مر أن الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا في بعض ما أقر به وهو القتل وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولي أن يقتلهما جميعا وان رد انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتص من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

﴿باب في اعتبار حالة القتل﴾

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح

(ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند أبي حنيفة

(وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) وقوله (واذا أقر الرجلان الخ) مسئلتان مبناهما على أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من أقر بألف درهم وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف يصح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل شهادته أصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما أقر به لانه اذا أكذبه في كل ما أقر به بطل الاقرار لانه رد للاقرار وعلى هذا لو قال المقر له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له أن يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما

وقالا لاشئ عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراء الضامن) لان من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالمغصوب منه اذا أعتق المغصوب فانه صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار به مبرئا (كما اذا أبرأه) أى الرامى عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أى انعقاد سببه وهو الرمى قبل أن يصيبه السهم (ولابى حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم) واستوضح اعتبار وقت الرمى بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فان ردته بعد الرمى لا تحرم لان فعله ذكاة شرعا وقدتم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمى قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار وقت الاصابة هنالك فان قيل ان كان ماذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمدا فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة) يعنى الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة (ووجبت الدية) أى فى ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شئ فى قولهم جميعا (وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا الصيرورته متقوما بعد ذلك) ونوقض بما اذا رمى الى صيد فى الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامى وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

(قال المصنف وقالا لاشئ عليه) أقول قال الكاكى وبه قالت الائمة الثلاثة لان التلف حصل فى محل لا عصمة له فيكون هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وكما لو أبرأه بعد الجرح أى عن الجناية أو حقه وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم وكما لو أعتق المالك العبد المغصوب يصير مبرئا للغاصب عن الضمان كذا ذكره فى جامع صدر الاسلام انتهى وفى شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسراية كالعتق لا باعتبار أنه صار مبرئا انتهى (قال المصنف لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا) أقول قال الاتقانى هذا لا يصح لان عنده يعنى عند المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يكون مبرئا قال عن ضمان الجناية كذا ذكره قاضيخان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبرأه) أقول أى بالارتداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية ويجوز أن يكون المراد بالابراء العفو لكن الاول أنسب للمقام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لا تمس الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقيسا عليه لصورة النزاع بخلاف ما فى دليل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أى انعقاد سببه وهو الرمى قبل أن يصيبه السهم) أقول فيه شئ (قال المصنف ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه فى قولهم جميعا) أقول قال الكاكى فى معراج الدراية أى فى قول أصحابنا وقال الشافعى وأحمد يجب عليه فى المرتد والحربى اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما الدية لان الاعتبار بحالة الاصابة اذ الرمى سبب والاصابة جناية والاعتبار بحالة الجناية كما لو حفر بئرا لحربى فوقع فيها بعد اسلامه وقلنا ان الرمى لم ينعقد موجبا للضمان لان المرمى غير متقوم وان أصابه متقوما بعده وان أصحابنا اعتبروا حالة الرمى كما فى هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما سيجئ وكذا فى مسئلة الذمى ثم تجس وكذا فى مسئلة المحرم الا أنهما يقولان فى مسئلة رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرامى عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا فى جامع قاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى الى هنا كلام العلامة الكاكى الا أن قول المصنف فيعتبر حالة الرمى ينبو عن ذلك بعض نبوة

وقالا لاشئ عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمى فى حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامى بعد الرمى وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود وسقط للشبهة ووجبت الدية (ولو رمى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه فى قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك

(قوله وقالا لاشئ عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه) قال فى العناية الا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان فى اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى أقول لهما أن يقولا فى الجواب عنه انا لا نريد بالابراء فى قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل نريد بذلك الابراء الحكمى لانه بارتداده لما أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى لان مالا تقوم له لا ضمان له فى الشرع فصار فعله فى حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده

(وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى) حتى لو كانت قيمته قبل الرمى ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباهه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شئ من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمى وهي جناية تنتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب ذلك أي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى ولهما أنه يصير قاتلا الى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمى وهو أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي وأما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى الا في صورة الارتداد (وقوله بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهادا على قطع السراية وتحقيقه أن العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه

قال (وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة له أن العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمى وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمى لان فعله الرمى وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية

أولم يطابق ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه يومي الى ما ذكرناه (قوله وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله) قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلاف الرواية وان المختار عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمى لان فعله الرمى وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته) قال الشراح مر أبو حنيفة في هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذه وبين ما تقدم ووجه الفرق أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها وأما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى أقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم يناف العصمة الا أنه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمى اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما أخرجه المولى بالاعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط حقه في قيمته ألا يرى أن المغصوب منه اذا أعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه بالاجماع كما صرحوا به فلم لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى الا في صورة الارتداد انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمى في صورة الارتداد لما صح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمى ولهذا وافقاه في هذه المسائل يعني المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الا أن المرمى اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للرامي عن الدية باخراجه نفسه من أن يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا أبرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا أن أبا حنيفة يقول ان قوله ما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان

(قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى الا في صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عنده وقت الرمى فيها لكنه يقول صار بالارتداد مبرئا عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمى فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان الابراء بعد تحقق السبب وانعقاده

لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لعدم أثر منه في المحل وانما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الخ والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر من ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد قال (وفي شبه العمد دية مغلظة) شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في أول الجنايات

أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال (ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الرامي) لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (واذا رمى المجوسي صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل) لان المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شئ عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال (وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أول الجنايات

في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى وقال في معراج الدراية وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجيء وكذا في مسئلة الرمي ثم تمجس وكذا في مسئلة المحرم على ما سيجيء الا أنهما يقولان في مسئلة ان رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرامي عن الضمان ولهذا قالا يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى (قوله أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا أثر له في المحل) أقول لمتوهم أن يتوهم أن هذا الكلام ينافي ما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد أشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الزيلعي الدية هي اسم للمال الذي هو بدل النفس ومصدر يقال ودى القاتل المقتول دية اذا أعطى وليه ذلك سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر انتهى والاولى أن يقال الدية هي المال الواجب بالجناية في نفس أو طرف (قوله لما أن الدية احدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة) أقول فان قيل اذا كانت الدية احدى موجبيها ينبغي أن تذكر في كتابها في باب مستقل ولا تجعل كتابا على حدة قلنا نعم الا أنه نظر الى عموم مباحثها وعموم مواردها وكثرة

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبي الجناية في الادمي المشروعين صيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضي أن يذكر الديات في كتاب الجنايات كالقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات لا أن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعا وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنايات فلهو وجه آخر لم يذكروه أصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت أن تجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر أنواع البيع ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على

الاختلافات فيها ولهذا عنون محمد كتاب الجنايات بكتاب الديات وذكر أحكام الجنايات فيها من القصاص وغيره

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية (فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف

كتاب الجنايات والشيخ أبو جعفر الطحاوى قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما فى كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنايات فى كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات أصلا لان عامة أحكام الجنايات هى الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب فى شبه العمد وفى الخطا وفى شبه الخطا وفى القتل بسبب وفى العمد أيضا اذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية فى نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر فى المغرب وعامة الشروح قال فى القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات وقال فى الصحاح وديت القتيل أديه دية اذا أعطيت ديته وقال فى الكافى الدية المال الذى هو بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجىء فى الفصل الآتى من أن فى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى اللحية الدية وفى شعر الرأس الدية وفى الحاجبين الدية وفى العينين الدية وفى اليدين الدية وفى الذكر الدية وفى الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التى أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا ما ورد فى الحديث وهو ما روى سعيد ابن المسيب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضى الله عنه كما سيأتى فالاظهر فى تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخرا فانه بعد أن ذكر مثل ما ذكر فى المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمى أو طرف منه سمى بها لانها تودى عادة لانه قلما يجرى فيه العفو لعظم حرمة الآدمى انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى أقول أخل الشارح المذكور بحق المقام فى تحريره هذا أما أولا فلانه خص بالذكر فى بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلا عليه فقد قصر فى البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب فى سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذى لم يذكره فى المدعى بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمى كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال فى تعليل الاول لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ولم يذكر آخر الآية وقال فى تعليل الثانى بهذا النص أى بآخر هذا النص وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وأما ثانيا فلانه قال وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مداره قيد فقط فى قوله وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع فى قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصيص التحرير والصوم بالذكر فى الآية يدل على نفى ما عداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مداره هما على ما ذكره

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة) الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف)

وقوله (ولانه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين أحدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شئ ومثله مخل ألا ترى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وفي نيته أن يقول وعبدي حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا (٣٠٢) لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم) لان شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام أحد الابوين والثاني بالظهور اذ الظاهر سلامة أطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا لما تلوناه) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع خلفة وهي الحوامل من النوق ففوله في بطونها أولادها صفة كاشفة والضمير في كلها ولان للثنية واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها

ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ما عرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزئ ما في البطن) لانه لا تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا) لما تلوناه (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي أثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة

المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم أجزاء الاطعام على ما قبله كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك الدليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الخ دليلا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة واو العطف بأن يقال ولانه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزئ فيه الاطعام كلاما مبتدأ مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تحريره أصلا (قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال الشراح يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شئ ومثله مخل انتهى أقول يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء القتل أيضا في العمد وشبهه والخطا وشبهه كما مر في أول كتاب الجنايات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل (قوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف) يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان وحيث لم يذكر دل أنه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمة وجد بيان بنص آخر أو نقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى أقول في كل من جوابيه نظر أما في الاول فلان التشبث بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم أن يكون مستدركا وأما في الثاني فلان اللازم للمجيب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك أن ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة في شبه العمد وأما رواية عدم وجوبها فيه فبمعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى

قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول قال الكاكي الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المباسيط والجوامع والاسرار والايضاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقا لعامة الروايات انتهى يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما

(ولان دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطا المحض فان الابل فيه تجب أخماسا (وذلك) أي كونه أغلظ (فيما قلنا) لانا نقول أثلاثا وأنتم تقولون أرباعا (ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولابد منه بالاجماع ومار وياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي تجب أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا أرباعا والرأي لا مدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رويناه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن أولى وقوله (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم أو ألف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الآخرين أي الدراهم والدنانير بأن ينظر الى قيمة أسنان الابل في دية الخطا والى قيمة أسنان الابل في شبه العمد فازداد على أسنان دية الخطا يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من أهل الورق ويزاد على ألف دينار ان كان من أهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل بزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطا وهذا المعنى موجود في الحرين فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يأبى التغليظ لان عمد الاتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنايات قال (والدية في الخطا مائة من الابل أخماسا) قيل منصوب باضمار كان ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطا وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذ نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا

ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل ومار وياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرناوهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية في الخطا مائة من الابل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذ نا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال

ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور أي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني أقول ليس ذلك بسديد اذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أي ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور (قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ لما قلنا) أقول لقائل أن يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومر أيضا في أوائل كتاب الجنايات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ فان الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذ نا نحن والشافعي به لروايته أن النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال) أقول فيه شيء وهو أن ابن مسعود وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الا أن عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطا مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره

(قوله لان التوقيف فيه وقوله لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنايات قال (والدية في الخطا مائة من الابل أخماسا) قيل منصوب باضمار كان ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطا وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذ نا نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا

(قوله وذلك أي كونه أغلظ فيما قلنا لانا نقول أثلاثا وأنتم تقولون أرباعا) أقول يعني والاول أكمل في الغلظة (قوله لانه يأبى التغليظ) أقول ولئلا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس

لكن ماقلنا أخف وكان أولى بحال الخطا لان الخاطئ معذور (قوله غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ماذكرنا أنه أليق بحال الخطا (وقوله ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم) يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق أي الفضة اثنا عشر ألفا لماروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تأويل وذكر المصنف تأويل ماذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبي صلى الله

ولان ماقلناه أخف فكان أليق بحالة الخطا لان الخاطئ معذور غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ماروياه قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لماروى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ماروى عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ماروى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك تناقض والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحيحا والجواب عن الاول أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني أن شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الاشيأ الا أنه أضيف الوزن الى ستة تقريبا

أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان وغيرها من الشروح والمقادير لا تعرف الا سماعا فكان كالمرفوع فصار ماروياه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ماروياه أليق بحالة الخطا لكونه أخف يصلح أن يكون مرجحا لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الابل في دية الخطا ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه أوفق لموضوع دية الخطا وهو التخفيف الا أن قول المصنف ولان ماقلناه أخف فكان أليق بحالة الخطا لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وماقبله أيضا دليل مستقل وهذا ينافي ضم الثاني الى الاول ليحصل به الرجحان وبالجملة في تحرير المصنف هنا نوع ركاكة وكان صاحب العناية تنبه له حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ماروياه ابن مسعود وماروى عن علي رضي الله عنه لكن ماقلنا أخف فكان أولى بحال الخطا لان الخاطئ معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول هنا كلام وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وانما الذي يصلح أن يكون مأخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ماروى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر

(قوله والحجة عليه ماذكرنا أنه أليق بحال الخطا) أقول الاولى أن يجعل اشارة الى قول ابن مسعود والى المعقول قال الاتقاني أي الحجة على الشافعي قول ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى وفيه بحث من وجهين (قوله وفيه بحث من وجهين قال الى قوله وعن الثاني أن شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الاشيأ الا أنه أضيف الوزن الى ستة تقريبا) أقول قال الزيلعي واذا حمل ماروياه الشافعي على وزن خمسة وماروياه على وزن ستة استويا انتهى ولعل هذا الحمل أوجه وقال الزيلعي كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة الواحد منها وزن عشرة والثاني وزن ستة والثالث وزن خمسة انتهى قوله وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار وقوله وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنانير وقوله وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنانير

وقوله (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقالا منها) أي من هذه الانواع الثلاثة وهي الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل في ديار نا قميص وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله ما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الابل وقوله (لان عمر هكذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة (ولابي حنيفة أن

قال (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما

في غاية البيان فليتأمل في التوجيه (قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله ما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول ليت شعري ما بالهم صوروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى فان للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لا من غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الانواع الثلاثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من أدائها الا من هذه الانواع الثلاثة (قوله وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح أورد قوله وذكر في المعاقل أي في معاقل المبسوط شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها أن محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يصحح الشبهة ويرفع الخلاف وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية

التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شئ مما وجب ضمانه بالاتلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك أجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة) كما رويناها (وعدمناها في غيرها) فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت أنها في معناها من كل وجه (وقوله وذكر في المعاقل) أي في معاقل المبسوط أورد هذا شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها أن محمدا ذكر في المعاقل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو على أكثر من مائتي بقرة أو على أكثر من مائتي حلة

 لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ولا أرى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما وجعل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين

(قال المصنف وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول قوله مائتا بقرة خبر مبتدا محذوف أي وهي مائتا بقرة وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة (قوله انما يظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول في الحصر كلام فان القاضي لا يحكم من غير الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يخير القاتل الا فيها بخلاف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الديات) أقول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للرأي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه والصواب أن يقال اعتبارا بها وبما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصحح قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاث أصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربع أصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها قال أعراقي أنت فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والحجة عليه ما روينا بعمومه وأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها او بالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها او بالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد أنه السنة يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما روينا بعمومه ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه

المعاقل على أنها قولهما ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منهما حيث قال ولا أرى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا انتهى أقول ليس هذا بشيء لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه بدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين أحدهما انه صحيح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الانواع أعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى وتصحيح احدى الروايتين ومنع الاخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور وانما يصلح لان يكون جوابا آخر عن أصل الشبهة لان مآله الى أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احداهما قوله الاول وفي الاخرى قوله الاخر الذي رجع اليه وقد ذكره أيضا صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين ورد أحدهما حيث قال وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين انتهى ومدار رده أحد ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فيما ذكر في المعاقل والا لا تتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم (قوله ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها او بالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها او بالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد أنه السنة يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

(قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحيله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش اذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفا (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالمرفوع على ما مر مرارا لا مدخل للرأي فيه خصوصا في مثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب الجواب

قال (ودية المسلم والذمي سواء) دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس ومادونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة وبقوله تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة تنتقص الدية فبالكفر أولى وبان الرق أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنها مالا يعارضان قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فان المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز مما في يده من المال والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا أتلف ففي النفس أولى وان لم يكن لنا في المسئلة الا ما روى الزهري أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى عن علي رضي الله عنه لشهرته انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وما روى عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور في المسئلة ما لا يخفى على أحد

﴿فصل فيما دون النفس﴾

لما فرغ من ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها قال (وفي النفس الدية وقد ذكرناه) وأعاد ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيد الذكر ما بعده وقوله ذكرناه يعني في أوائل الجنايات ومعنى قوله في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في النكاح حل ومنه قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وقوله (وفي المارن الدية) يعني فيما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه كل ما لا ثاني له في البدن عضوا كان أو معنى مقصودا يجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثدي المرأة والانثيين والرجلين ومنها ما هو أربع كاشفار العينين ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان (والاصل في الأطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس أو آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية

قال (ودية المسلم والذمي سواء) وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وللشافعي ما روى أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه أشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

﴿فصل فيما دون النفس﴾ قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية

﴿فصل (الدية) فيما دون النفس﴾ لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون

التبع للاصل وتبعه العيني أقول لمانع أن يمنع بطلان اللازم اذ لا محذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام ألا ترى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية أيضا

﴿فصل (الدية) فيما دون النفس﴾ لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون

(قوله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهد ويجوز أن يكون الحديث مبينا للمراد (قوله ففي النفس أولى) أقول ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالاثر

﴿فصل﴾ فيما دون النفس (قال المصنف وفي النفس الدية) أقول أي تجب الدية بسبب اتلافها ففي للسببية (قوله كما اذا قطع لسان الاخرس الى قوله والعين العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل علفتها تبنا وماء باردا اذ الواقع في العين والسن القلع والكسر

(لاتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو الكمال قائما بعضو واحد ففعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائما باربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائما بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائما باكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قيل تقسم الدية على عدد الحروف) يعني على جملة الحروف مما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف

من ذلك نظر لانه من أقصى الحلق على ما عرف فلم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمان علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ابت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك ومالم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو مالا يفتقر الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا تهيأ فيجب الامحسان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني أو استحلفه على البتات ونكل ثبت قولها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي فان أجاب علم أنه لان يسمع وحكى الناطفي عن أبي خازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أن الضوء باق وان لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوي أنه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان نفر عنها علم أنه لم يذهب شمه

لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه)

النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها أيضا تحقيقا للمناسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف) قال في الكافي وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه انتهى أقول فيه نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال فألحقنا به غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب) قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من أقصى الحلق على ما عرف انتهى أقول نظره ساقط اذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالألف والتاء والثاء وغيرها مما ذكروا هو الالفاظ التي يتهجى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام والذي من أقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلام كما في أول أخذ وأوسط سأل وآخر قرأ لا الحرف الذي يتهجى به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو اللام فنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتهجى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي ركبت منها الكلام كما حققه صاحب الكشاف في

(قوله أو استحلف على البتات) أقول أي لا على العلم لانه فعل نفسه

وقوله (لان كل واحد منها منفعة مقصودة) يعنى ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الا دية واحدة لان الاطراف تتبع النفس أما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم تلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت أولى فان فى الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روى عن عمر كما ذكر فى الكتاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يفوت به منفعة الجمال قالوا لو حلق رأس انسان أو لحيته لا يطالب (٣٠٩) بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فان مات قبل مضى السنة ولم ينبت فلا شئ على الحالق وقالا فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير فى ذلك سواء وقوله (كما فى الاذنين الشاخصتين) أى المرتفعتين وصفهما لدفع ارادة السمع وقوله (أنه يجب فيها كمال القيمة) هى رواية الحسن عن أبى حنيفة اعتبارا بالدية فى الحر لفوات الجمال (والتخريج على الظاهر) وهو أنه يجب نقصان القيمة وقوله (هو الاصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعنى كما تجب الدية فى حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا قيل وصورة حلقهما خطأ أن يظنه مباح الدم فحلق الولى لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجودا اذا كان عمدا فما المانع عنه مع الامكان وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة

لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفى اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفى شعر الرأس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعى تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدمى ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها فى بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا تجب فى شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية فى وقتها جمال وفى حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما فى الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف فى ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما لحية العبد فعن أبى حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفى الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للحية فصار كبعض أطرافها (ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شئ فى حلقه) لان وجوده يشينه ولا يزينه (وان كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبت بيضاء فعن أبى حنيفة أنه لا يجب شئ فى الحر لانه يزيده جمالا وفى العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه فى غير أوانه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفى الحاجبين الدية وفى احداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعى رحمهما الله تجب حكومة عدل وقدر الكلام فيه فى اللحية

أول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف التى تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتهجى به من الالفاظ قلت قد وقع فى عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للظرف فى معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجى فان قلت لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التى يتركب منها الكلام ولم يخرجوا الالف من عداد الحروف التى تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك أن لفائت من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون فى العادة بحروف التهجى كما وقع بها فى قصة على رضى الله عنه وهى ما روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل فى زمن على رضى الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الاصل فى هذا الباب كما صرح به فى الشروح وغيرها فتجرواههنا فى العبارة والارادة على وفق ذلك تأمل تفق (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافى سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج فى تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية

لا تثبت الا بالنص أو دلالته ولا نص فى الشعور وليست فى معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج فى تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما توهم فى الجراحات وليس فيه اماتة ذى الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا

(قوله يعنى ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل (قوله وليس فيه اماتة ذى الروح) أقول أى ليس فى الشعر روح

قال (وفي العينين الدية) الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا للخطئة من خطأ محمدا في اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافهما والشعور التي عليها تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الأهداب فيكون مجازا للمجاورة من ذكر المحل وارادة الحال ويحتمل أن مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ماذكر في الكتاب وقوله (وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع) يعني أن عشر الدية الواجب بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه ومافيه مفصلان كان لكل منهما نصفه وقوله (والاسنان والاضراس كلها سواء) قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها رباعيات وهي مايلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت لان أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص

قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية) كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال (وفي ثدي المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفي احداهما نصف دية المرأة) لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمتي المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفي احداهما نصفها) لما بيناه قال (وفي أشفار العينين الدية وفي احداها ربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة) لان الكل كشئ واحد وصار كالمارن مع القصبة قال (وفي كل اصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولانها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا قال (وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع ومافيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال (وفي كل سن خمس من الابل) لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق ماروينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال (ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها)

ينافي ذلك والجواب أن مراده بقوله لانه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحيته على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة (قوله والاسنان والاضراس كلها سواء) قال في العناية قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها رباعيات وهي مايلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ

وقوله (لان المتعلق) يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (فان قيل لا نسلم) أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية وليس أحدهما أولى باستتباعه الآخر فيكون الحصر في غير موقعه أجيب بان الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة وأما اذا كان فالجمال تابع ألا ترى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم تكامل الجناية من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى وقوله (لتفويت جنس المنفعة) يعني منفعة النسل وقوله (لانه فوت جمالا على الكمال) هو استقامة القامة قيل وفي تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم أي منتصب القامة وهي تزول بالحدوبة

لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أحدبه) لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لا شئ عليه) لزوالها لا عن أثر

﴿فصل في الشجاج﴾ قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهي التي تسيل الدم

﴿فصل في الشجاج﴾

لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكره في فصل على حدة قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا الثاني هو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار

وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله والصواب أن يقال وفيه اشارة الى أن ما في الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طرف الثمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيته في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى أن يقال الاضراس وما عداه من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما في الكتاب فان الاضراس تعم الانياب كما أفصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الايراد على ما في الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون ما في الكتاب نعم الاظهر في افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

﴿فصل في الشجاج﴾ لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثرت مسائله اسما وحكما ذكره في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من أنواع مادون النفس في فصل وذكر سائر أنواعه التي ستجيء في الفصل الآتي في فصل آخر أيضا لكان أحسن وأوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى (قوله والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم) أقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتبرة من الفقه كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدوري في مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي الا أنه منظور فيه عندي لانه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين

(قوله كما تقدم في حلق الحاجبين) أقول ولك أن تقول في الحاجب منفعة فانه يرد العرق عن العين ويفرقه ذكره الكاكي لكنه

كلام على السند (قوله ألا يرى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية) أقول ولك أن تقول انما لا تجب الدية في اليد الشلاء لان الزينة فيها ليست بكاملة ألا يرى أن الانسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها واذا لم تكمل الزينة لم يكمل الارش بل وجب الحكومة (قوله فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا) أقول لو كان تابعا لم يجب شئ بتفويته والله تعالى أعلم

﴿فصل في الشجاج﴾ (قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع في المتعارف والموجود في الثلاث الاول ذلك

أولا والثانى هو الدامعة والاول اما أن يقطع بعض اللحم أولا والثانى هو الدامية والاول اما يكون قطع أكثر اللحم الذى بينه وبين العظم أولا والثانى هو الباضعة والاول اما أن أظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أولا والثانى هو المتلاحمة والاول اما أن يقتصر على الاظهار أو يتعدى والاول هو السمحاق والثانى اما أن يقتصر على اظها العظم أولا والاول هو الموضحة والثانى اما

أن يقتصر على كسر العظم أولا والاول هو الهاشمة والثانى اما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلدة التى بين العظم والدماغ أولا والاول هو المنقلة والثانى هو الآمة وهى العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهى الدامغة بالغين المعجمة وهى التى تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لاشجة على ما يجىء فى الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر فى الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله (ولان فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمبار ما يبر به الجرح أى بقدر قدر غوره بحديدة أو غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهى الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل وأما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما فوق الموضحة وفى

(والباضعة) وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه (والمتلاحمة) وهى التى تأخذ فى اللحم (والسمحاق) وهى التى تصل الى السمحاق وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهى التى توضح العظم أى تبينه (والهاشمة) وهى التى تهشم العظم أى تكسره (والمنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله (والآمة) وهى التى تصل الى أم الرأس وهو الذى فيه الدماغ قال (ففى الموضحة القصاص ان كانت عمدا) لما روى أنه عليه السلام قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه يمكن أن ينتهى السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال (ولا قصاص فى بقية الشجاج) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهى السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبى حنيفة وقال محمد فى الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لانه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما ثور عن النخعى وعمر بن عبد العزيز قال (وفى الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشر الدية وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفى الآمة ثلث الدية

وقبلها الدامية وهى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى وقال فى الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال أبو عبيد الدامية هى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم فاذا سال منها الدم فهى الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال فى القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية اه الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجىء من المصنف التصريح بان الحكم فى الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية فى الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح المطابق للغة فى تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر فى المحيط البرهانى نقلا عن الطحاوى حيث قال فيه اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهى التى تشق الجلد مأخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه فى الدق ولا تدميه ثم الدامية وهى التى تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكره الطحاوى وذكر شيخ الاسلام هى التى تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلا أو غير سائل ثم الدامعة وهى التى تدمى وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوى فى كتابه وذكر شيخ الاسلام هى التى تسيل الدم أكثر مما يكون فى الدامية من السيلان مأخوذ من دمع العين فكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجد من الالم الى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباضعة وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه) أقول فى تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور وان تابعه صاحب الكافى وكثير من المتأخرين فيه لان قطع الجلد متحقق فى الصورة الاولى أيضا سيما فى الدامعة والدامية اذ الظاهر أن شيأ من اظهار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد فى كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة فالظاهر فى تفسير الباضعة ما ذكر فى المحيط والبدائع حيث قال فى المحيط ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه وقال فى البدائع والباضعة هى التى تبضع

(قوله والاول أن ما يكون قطع أكثر اللحم الذى بينه وبين العظم) أقول ضمير بينه راجع الى الجلد فى قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثانى وهو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هى التى تقطع الجلد (قوله والاول اما أن يقتصر على الاظهار) أقول أى اظهار الجلدة الرقيقة

وفى الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبى عليه السلام قال وفى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام فى الجائفة ثلث الدية وعن أبى بكر رضى الله عنه أنه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفى كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هى التى يتلاحم فيها الدم ويسود وماذكرناه بدأ مروى عن أبى يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهى التى تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح حتى لو تحققت فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما

اللحم أى تقطعه انتهى و يعضد ذلك ما وقع فى معتبرات كتب اللغة فانه قال فى المغرب وفى الشجاج الباضعة وهى التى جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال فى الصحاح والباضعة الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى الا أنها لا تسيل الدم انتهى وقال فى القاموس والباضعة الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمى الا أنها تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا تشتبه الباضعة بالمتلاحمة فانه قال فى الكتاب والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم وهذا فى المآل عين ما نقلته عن المحيط والبدائع فى تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر فى الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال فى المحيط ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيأ من اللحم ثم المتلاحمة وهى التى تقطع اللحم وتنزع شيأ من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال فى البدائع والباضعة هى التى تبضع اللحم أى تقطعه والمتلاحمة هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال فى المغرب والمتلاحمة من الشجاج هى التى تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أى تتلاءم وتتلاصق اه وقال فى الصحاح والمتلاحمة الشجة التى اخذت فى اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى وقال فى القاموس وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى (قوله وفى الجائفة ثلث الدية) قال فى الايضاح الجائفة ما تصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال فى النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال فى العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر فى الايضاح يكون الامر كذلك الا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعنى أنها لما تناولت ما فى جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت فى الرأس فتدخل فى مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها فى فصل الشجاج مما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال فى النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه اذ لا شك أن كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل فى الوجه لانهم صرحوا فى أول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتى الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتى فى هذا الفصل حتى صاحبا النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم الذى تحت الذقن وهو اللحيان

وقوله (وفى الجائفة ثلث الدية) قال فى الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال فى النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى) يعنى يرجع الى مأخذ الاشتقاق فمحمد ذهب الى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه

(قال المصنف وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة الخ) أقول وعلى ما ذكره محمد تبقى التى تأخذ من اللحم غير مذكورة الا أن تعم الباضعة لها كما ذكره الامام الزيلعى وغيره من الشراح

ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخى ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

من الوجه أيضا عندنا خلافا للمالك فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضى المغايرة لا محالة (قوله ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة ففى قوله ولانه تسامح انتهى أقول ان أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرش مقدر فى الجراحة التى فى غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز الحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله ففى قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر فى الجراحة الكائنة فى غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ دليلا على ذلك أيضا أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه بلا تسامح أصلا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافى ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء فى الشجاج فى الرأس والوجه وغيرهما ليس فى معناهما حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذى يلحقهما ببقاء أثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقرير المصنف شأن آخر كما ترى (قوله الا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال فى النهاية وفى مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسل اللحيين فى الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا أنا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر فى الكفاية ومعراج الدراية أيضا وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا فى الطهارة وأجيب بأنا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع فبقيت العبرة للحقيقة انتهى (قوله ولا بالسنة) أقول فى الجواب اشكال عندى لان اللحيين اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون تركه وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر فى أصول الفقه أن الاجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول فيه كلام وهو أن الجائفة ان تناولت ما فى جوف الرأس أيضا فالتى فى جوف الرأس منها ان كانت من أحد الانواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الانواع باسرها وبيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من أحد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله فى صدر الفصل الشجاج عشرة اذ تكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا أن يقال هى احدى تلك الانواع وهو الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذى فى جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذى فى جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى

(قال المصنف ولانه انما ورد الحكم فيها الخ) أقول دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة ففى قوله ولانه تسامح (قال المصنف وهو العضوان هذان الا سواهما) أقول اليد أيضا كذلك ثم الرأس يستر غالبا بالعمامة نعم كشفه أكثر من كشف سائر البدن

﴿فصل﴾ قال (وفى أصابع اليد نصف الدية) لان فى كل اصبع عشر الدية على ماروينا فكان فى الخمس نصف الدية ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ماسر (فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه السلام وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها (وان قطعها مع نصف الساعد ففى الاصابع والكف نصف الدية وفى الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبى يوسف وعنه أن مازاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للاصابع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع

﴿فصل فى الاطراف دون الرأس﴾ لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها فى فصل على حدة كذا فى العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر فى مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة فى الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يتمشى فى بعض منها دون الكل فالاوجه عندى أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها فى باب على حدة فى مختصر الكرخى كما ذكر فى غاية البيان أوردها المصنف فى فصل على حدة وأخرها عن الفصلين المارين جريا على ماهو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات فى فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها الا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفى أصابع اليد نصف الدية) أى فى أصابع اليد الواحدة نصف الدية اذ فى أصابع اليدين كمال الدية كما مر أقول لقائل أن يقول لما ذكر فيما مر أن فى كل اصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسئلة ههنا مستدركا اذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية فعلم قطعا مما مر أن فى أصابع اليد الواحدة وهى خمس أصابع نصف الدية ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء فى حصول العلم بمسئلة بل كان لا بد فيه من التصريح بها اللزم أن يذكر أيضا أن فى الاصبعين عشرى الدية وفى ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفى أربع أصابع أربعة أعشار الدية الى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة فى الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة المعاقبة اياها وهى قوله فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالمقصود بالبيان هنا أن قطع الاصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان فى الحكم وعن هذا قال فى الوقاية فى هذا المقام وفى أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية (قوله ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ماسر) يعنى أن قطع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ماسر ففى تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على ماسر اشارة الى قوله ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهى عشرة فتقسم الدية عليها أقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على ماسر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والا لكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على ماسر واذا كان قوله على ماسر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به الى ما قاله هؤلاء الشراح اذ ليس فى ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار اليه هنا بقوله كما سر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على ماسر أى الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة على ماسر فى فصل فيما دون النفس اه أقول هذا أبعد مما ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة مما لا فائدة له أصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد ازالة

﴿فصل﴾ لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها فى فصل على حدة (فى أصابع اليد نصف الدية) لان فى كل اصبع عشر الدية على ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم فى كل اصبع عشر من الابل وقوله (على ماسر) اشارة الى قوله ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ

﴿فصل فى أصابع اليد﴾ قال المصنف (وفى أصابع اليد نصف الدية) أقول ولا يعلم فيه خلاف

وقوله (ولا تبع للتبع) يعني واذا لم يكن تبعا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شئ مقدر فيجب فيه حكومة عدل وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة وقوله (وان قطع الكف من المفصل) واضح (وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالاصابع وأما من حيث الحكم فلان الاصبع له أرش مقدر والكف ليس كذلك ومائت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص ومالا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا أولى فان المصير الى الرأي ضرورة ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصا لم يفرق بين أن يكون الباقي من الاصابع واحدا أو أكثر لان للاصبع الواحدة أرشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له أرشا مقدرا وما بقي شئ من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله (في الاصبع الزائد حكومة عدل) يعني سواء قطع عمدا أو خطأ وسواء كان القاطع اصبع زائدة أولا أما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع أخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة وأما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم

ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى أن يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى أن يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعين فالخمس ولا شئ في الكف) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ينظر الى أرش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار أحدهما لان كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله أن الاصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الاصابع ولا شئ في الكف بالاجماع) لان الاصابع أصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة بأسرها قال (وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للآدمي لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة

منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف ههنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن ضرب عضوا فأذهب منفعته بدون أن يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تأثيرا تاما وفائدة ظاهرة هناك ثم أقول الاقرب الى الحق عندي أن يكون قول المصنف هنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اه فان الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة أو ازالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الاشارة اليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر (قوله ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها أن يكون الباطش هو

(قوله وأجيب بأن ازالة جزء الآدمي الخ) أقول ووجوب الحكومة يدل على ذلك لانها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى

وكذلك

وقوله (وكذلك السن الشاغية) أى الزائدة (لما قلنا) يريد قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فمه والسن الشاغية هى التى تخالف نبتها نبت غيرها من الاسنان يقال رجل أشغى وامرأة شغواء فان نبتها وان كانت زائدة فهى نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح حجة للالزام) انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى لو أعتق صغير الا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل فى قوله ويجزيه رضيع قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه) فى هذا بيان أن الجزء قد يدخل فى الكل قوله (فصار كما اذا أوضحه فمات) يعنى من حيث ان ذهاب العقل فى معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم أو من حيث ان العقل ليس فى موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقوله (وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر) لبيان الجزئية وقوله (حتى لو نبت) يعنى الشعر (يسقط) يعنى أرش الموضحة لبيان أن الارش يجب بالفوات كذا فى النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما وقوله (وقد تعلقا) يعنى أرش الموضحة والدية (بسبب واحد) وهو فوات الشعر لكن سبب الدية الكل فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده

(وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفى عين الصبى وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعى يجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والاذن ولنا أن المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال (وكذا لو استهل الصبى) لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفى الذكر بالحركة وفى العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ فى العمد والخطأ قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة فى الدية) لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضحه فمات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد منها جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات

(قال المصنف وقال الشافعى تجب دية كاملة) أقول قال الكاكى وبه قال أحمد والثورى لعموم الحديث قلنا خص منه لسان الاخرس انتهى وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر (قوله أو من حيث ان العقل ليس فى موضع يشار اليه الخ) أقول قال العلامة الكاكى وفيه تأمل اذ بعض أهل السنة قالوا محل العقل القلب وبعضهم قالوا محله الرأس انتهى فكان الاولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الاعضاء كما قاله المصنف فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح (٢) لم لا يلزم كذا بهامش الأصل

الاصابع لا غير فبين كلاميه فى المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافى تفطن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال لهما أن أرش اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل فى البطش الاصابع والكف تبع لها أما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها فى حق التضمين انتهى ثم أقول يمكن التوفيق بين كلامى المصنف أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف فى قوله فيما قبل لان البطش بها أى لان أصل البطش بها كما قال فى الكافى هناك لان قوام البطش بها فلا ينافى أن يكون بالكف أيضا بطش فى الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع (قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضحه فمات) أقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مما يرد دخول أرش الموضحة فى الدية لما تم ما سبق فى فصل فيما دون النفس من انه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى باربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (٢) فى ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة فليتأمل (قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) قال صاحب النهاية أى لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شئ فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعنى الشعر يسقط يعنى أرش الموضحة لبيان أن الارش يجب بالفوات كذا فى النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى أقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشئ اذ لا ريب أن كون وجوب أرش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد أمر خفى جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكر وافى فصل الشجاج أن لا يشترط فى وجوب أرش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هى التى توضح العظم أى تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلا فى وجوب أرشها أمرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من

وقوله (وجوابه ماذكرناه) قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول وقوله (قالوا) يعني المشايخ (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف) قال في النهاية ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي أن يذكر محمدا مكان أبي يوسف كما هو في الايضاح أو لا يذكر أحدا أصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطأ وأما اذا كان عمدا يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر وقوله (وجه الاول) هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله (على ما بينا) يعني قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله (ووجه الثاني) يعني قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطن قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا تترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر وقوله (وقالوا) يعني المشايخ أي قال المشايخ (ينبغي أن تجب الدية فيهما) أي في العينين (والارش في الموضحة) وقالا في الموضحة القصاص (قالوا) أي المشايخ (وينبغي أن تجب الدية في العينين)

وجوابه ماذكرناه قال (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك) عند أبي حنيفة قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما (وقالا في الموضحة القصاص) قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين قال (وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شئ من ذلك)

الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي ووجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شئ وقال في المبسوط وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شئ الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ماذكرناه) قال في العناية قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول انتهى أقول في قوله وهو أشمل بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله فدخل الجزء في الجملة لان الجزئية انما توجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا يعني أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر رأسه كما أن قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القيل الثاني أشمل من الاول والوجه عندي أن يكون مراد المصنف بقوله ماذكرناه في قوله وجوابه ماذكرناه مجموع ماذكره في تعليلي المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى (قوله ووجه الاول أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء) قال في معراج الدراية قال الهندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى أقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ماعده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد مع أنه لم يدخل أرش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل في مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا لمحل الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر وبالجملة ماعده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض أيضا فتأمل (قوله ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا تترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا

وقوله (لهما في الخلافية) أي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه (فلا يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية قوله) أي ولابي حنيفة (أن الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص بدون المماثلة (ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أي الثابتة حال الشج (وكذا المحل) أي محل الجنايتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فأصابه وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذلك أنا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من سراية الاول وههنا ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الآلام وهو انما يتحقق في شخص واحد قوله (وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع) جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع أخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه أن القطع الثاني انما لم يورث الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله (لانه ليس فعلا مقصودا) الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية ان في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وأن الصواب ما ذكره في الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني (وقالا وزفر) تركيب غير جائز ولو قال وقالاهما وزفر كان صوابا وقوله (والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا) يريد قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه الخ وقوله (انه يجب القصاص فيهما) أي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة وقوله (بخلاف الخلافية الاخيرة) يعني قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها أخرى وقوله (ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في الموضحة والارش في العينين عندهما

وينبغي أن تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل (وكذلك لو كسر سن رجل فاسودت ما بقي) ولم يحمر خلافا وينبغي أن تجب الدية في السن كله (ولو قال اقطع المفصل واترك ما يليه أو اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك) لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة لهما في الخلافية أن الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احداهما لا تتعدى الى الأخرى كمن رمى الى رجل عمدا فأصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله أن الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورث نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان أحدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا قال (وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها أخرى فلا قصاص في شئ من ذلك) عند أبي حنيفة وقالا هما وزفر والحسن يقتص من الاولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص توجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبب ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الا على رواية ابن سماعة (ولو أوضحه موضحتين

نظر انتهى أقول يمكن أن المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كونهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغي أن تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول لقائل أن يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما أسلفه أن يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم الا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكرهنا

وقوله (فتأكلتا) اى صارتا واحدة بالاكل (فهو على الروايتين) أى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة (عن محمد) يعنى لا قصاص على المشهور وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة (وعن أبي يوسف أنه اذا قلع سن بالغ فنبتت مكانها أخرى تجب حكومة عدل) لمكان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله (فنبتت سن الاول) يعنى بغير اعوجاج وان نبت معوجا تجب حكومة عدل قوله (ولهذا يستأنى حولا) أى يؤجل سنة

فتأكلتا فهو على الروايتين هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الارش فى قول أبى حنيفة وقالا عليه الارش كاملا) لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبى فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل) لمكان الالم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها فى مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكماله) لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود (وكذا اذا قطع أذنه فالصقها فالتحمت) لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم) لانه تبين أنه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغى أن ينتظر اليأس فى ذلك للقصاص الا أن فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجله القاضى سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر فى السقوط فافترقا (وان اختلفا فى ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لانه ينكر أثر فعله وقد مضى الاجل الذى وقته القاضى لظهور الاثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط لاشئ على الضارب) وعن أبي يوسف انه تجب حكومة الالم

وذكر فخر الاسلام البزدوى فى مبسوطه أجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقى فانه يجب فى الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر (قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع) أى يؤجل سنة بالاجماع وذكر فى التتمة أن سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل ولا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يدرى عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر فى انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال فى الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام فى الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافى الاجماع انتهى أقول نظره ساقط لان الذى ينافى الاجماع مما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا أى مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشايخ لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف بالاجماع فى قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشايخ وانتفاء أحد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر

(قوله وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ) أقول يعنى بعض المشايخ قالوا الاستيناء حولا وسنبين انما هو فى الصغير وأما فى البالغ فلا يستأنى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام فى الجراحات كلها يستأنى حولا) أقول اعلم أن فى سن الصبى يستأنى حولا بالاتفاق وفى سن البالغ خلاف أبى يوسف والتفصيل فى غاية البيان ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفى الاجماع فى سن البالغ الا بتكلف (قال المصنف وان اختلفا فى ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر أثر فعله الخ) أقول هذا لا يدل على كون القول للضارب اذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها ويثبت ذلك بالبينة أو بالنكول

وقوله (وسنبين الوجهين) أي وجه قوله لا شئ على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله (يجب الارش كاملا) وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى أو من الاسنان التي ترى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الانسان بحال فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية قال (ومن شج رجلا فالتحمت) كلامه ظاهر وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا (الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع الخ) جواب عن قول أبي يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على أصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة أو بشبهته كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شئ من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيأ وقوله (ومن ضرب رجلا الخ) يعني اذا ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرئ منها وبقي أثر الضرب فعليه أرشه وان لم يجرحه فلا شئ عليه بالاتفاق وان لم يبق أثره فهو على اختلاف قدمضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند أبي حنيفة ووجوب أرش الالم عند أبي يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد

وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لانه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي) لا قصاص لما ذكرنا (وكذا لو احمر أو اخضر) ولو اصفر فيه روايتان قال (ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال أبو يوسف يجب عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطبيب لانها مما لزمه الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه أخذ ذلك من ماله الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع على أصلنا لا تتقوم الا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيأ قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب) معناه اذا بقي أثر الضرب فأما اذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد)

ألا ترى أن المشايخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروي اجماع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولا وانما أنتظر بسن الصبي وأقضي عليه بأرشها وذلك لان نبات السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطفي أيضا قال في المجرد لو نزع سن صبي ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر أن المصنف أيضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأنى حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع أخذا مما ذكر في المجرد بدون رواية خلاف أحد من المجتهدين والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر به مع كون منافيا له أظهر على تقدير جعل الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة (قوله ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط أوجب محمد كمال الأرش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضراس

(قوله دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول ضمير ففيه راجع الى الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس) أقول مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه أرش الالم) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الالم من المنافع) أقول فيه تأمل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطبيب) أقول وعليه ثمن الادوية لكنه غلب الاول على الثاني لاطراده دونه

لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف فى النفس كانه قتله ابتداء قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال اعتبارا بالقصاص فى النفس وهذا الان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى فى الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها ما آلها الا ان حكمها فى الحال غير معلوم فلعلها تسرى الى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال القاتل وكل أرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد والثانى يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن فى البيع

التى لا ترى أو من العوارض التى ترى قالوا يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التى لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسود يجب الأرش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التى ترى وتظهر يجب كمال الأرش بالاسود وان لم تفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم الى الذخيرة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثانى من التفصيل انه مخالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع فى العضو الذى يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة فى الاسنان التى ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها أيضا فى الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكروا قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا انما هو فى الاعضاء التى يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث) قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبى وقد مر آنفا انتهى أقول هذا النظر فى غاية السقوط أما أولا فلان هذا الحديث كما روى موقوفا عن ابن عباس والشعبى روى أيضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافى حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف فى كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبى صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفى فى صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على ما روى موقوفا أيضا يحمل على الرواية عن النبى عليه السلام لانه مما لا يعلم بالرأى بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابى عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر فى علم الاصول ومر فى الكتاب مرارا فصح قول المصنف فى حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر آنفا والذى مر منه آنفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد بن الحسن فى موطئه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على أنه رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا صريح فى الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى (قوله غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد) أقول ان فيه ابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء مستدركا بل مفسدا لان المصنف قال فى أوائل كتاب الجنايات أثناء بيان أن من موجبات

وقوله (لان الجناية من جنس واحد) لكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم أقسام هذه المسئلة وقوله (ومن جرح رجلا جراحة) واضح وقوله (لانه مال وجب بالقتل ابتداء) يعنى لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول فى أول فصل ومن قطع يد رجل خطأ (قال المصنف لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث) أقول وفى الكفاية ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة قوله ولا عبدا أى لا تعقل عاقلة الانسان ما جنى على عبد فيما دون النفس لان الاطراف فى العبد يسلك بها مسلك الاموال والعاقلة لا تعقل الجنايات المالية حتى لو قتل عبد انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يسلك به مسلك الاموال وقد قيل ان المراد أن العبد اذا جنى جناية فالمولى هو الذى يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى كذا فى الاوضح انتهى وردّ فى القاموس ذلك وقال لو أريد هذا المعنى لقيل وعن عبد فانه فرق بين عقلته وعقلت عنه انتهى وسيجىء جوابه على التفصيل

قال (واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) وقال الشافعى رحمه الله تجب حالة لان الاصل أن ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف فى الخطأ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه فى نفسه حال فلا يتغير بالمؤجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمى بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جناية اعترف بها الجانى فهى فى ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصوره ولانه عن غيره فلا يظهر فى حق العاقلة قال (وعمد الصبى والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعى رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية فى ماله حالة لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب فى ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روى عن على رضى الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبى مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبى وهو أعذر أولى بهذا التخفيف ولانسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبى قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة فلو كان الاول ههنا ما الاوجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة على مقتضى الاصل المذكور هناك مع أنه يجب على القاتل فى ماله كما صرح به آنفا فالوجه أن يترك قيد ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا به عما وجب بالعمد كما فى القسم الثانى فانه يجب حالا ولقد أصاب فيما بعد حيث قال ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد (قوله واذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى انتهى أقول اعتذاره هذا ليس بسديد أما أولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع فى مختصر القدورى والبداية أيضا بدون بيان خلاف الشافعى أصلا فكيف يصلح بيان المصنف فى شرحه خلاف الشافعى لان يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة فى متنه قبل مدة ومن ذكر القدورى اياه فى مختصره قبل سنين متكاثرة وهل يتفوه العاقل بمثل ذلك الاعتذار وأما ثانيا فلان خلاف الشافعى ليس بمنحصر فى حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر بل خلافه متحقق فى حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتأجيل فى العمد أصلا بل يخصصه بالخطأ كما يفصح عنه تعليله المذكور فى الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هى فى العمد وحكمها التأجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين فقصد بيان خلاف الشافعى لا يقتضى افراد حكم هاتيك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمشية للاعتذار المذكور أصلا

وقوله (واذا قتل الاب ابنه عمدا) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى
وقوله (لاسيما الى زيادة) يعنى المعجل فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف فى المالية وهو معروف فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله (لما روينا) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله (عمده) أى عمد كل واحد منهم وقوله (ولهذا تجب الكفارة به) أى بالمال وانما فيديه لانهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) أى ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعى (لانهما يتعلقان بالقتل) فعلم بهذا أنهما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما أحد حكمى القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية فى ماله اذ الاصل ذلك

(قوله كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى) أقول وجوبه فى ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف فى المالية) أقول قوله فى المالية متعلق بقوله زائد

﴿فصل في الجنين﴾ عقب أحكام الاجزاء الحقيقية أحكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشئ أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شئ لانه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل (٣٢٤) الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الانقصان البهيمة ان تمكن

﴿فصل في الجنين﴾ قال (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شئ لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

﴿فصل (الجناية) في الجنين﴾ لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في أصوله أن الجنين ما دام مجنا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معد لان يكون نفساله ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ما ولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فأتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي (قوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) أقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر دية بته لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته أن لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شئ لانه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تبعا لما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى أقول يرد على هذا البيان أنه انما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزاء اتلاف عضو من الآدمي صالح للحياة كما يجب في اتلاف سائر أعضائه شئ من الدية على ما مر تفصيله والاظهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة أنه لا يكمل أرشه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تتقوم انتهى تدبر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الانقصان الام ان تمكن اه وورد بعض الفضلاء قوله أو معد للحياة في تقرير السؤال حيث قال كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر

﴿فصل في الجنين﴾ (قوله غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارهة (قوله وقيل لان غرة الشئ أوله) أقول أول الشئ الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدها الدية لانه قبل ايجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شئ (قال المصنف قال معناه دية الرجل أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والانثى نعم يفرق بينهما في جنين الامة كما لا يخفى ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة وجوابه أنا لا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان هدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى انتهى (قوله الا في محل هو حي) أقول أي هو حي يقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقة ولذا لم تعتبر الاعداد في قصة زفر ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصيد عرف بالاثر على خلاف القياس

وجه

(وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالاثر) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربة تجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شئ فسكت زفر فقال له السائل أعتقت سائبة فجاء زفر الى أبي يوسف فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر فجاءه بمثل ما جاءه السائل فقال التعبد التعبد أي ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفا ويحتمل أنه رجع من أحدهما الى الآخر والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من (٣٢٥) حيث اعتبار صفة المالية وقوله (اذا كان خمسمائة درهم) قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بأن ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما سيجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة

وجه الاستحسان ما روى أن النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (وهي على العاقلة) عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

انتهى أقول ليس بسديد فان تيقن كونه معد للحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء في الرحم فحينئذ ينتفي استعداده للحياة ولقد أشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم للماء في الرحم حالم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحي في ايجاب ذلك الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر (قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد أعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح أيضا ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخه وردوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم وينبغي أن يكون اذ بسكون الذال بلا ألف بعدها يعني أنها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برد بعد أن نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى فكانه ارتضى التوجيه الثاني أقول التوجيه الثاني أيضا مردود عندي اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفا حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة الى خمسمائة درهم أيضا فما فوقها فان مثل ذلك كله في مال

(قوله فقال له السائل أعتقت سائبة) أقول كانوا في الجاهلية اذا أعتقوا على أن لا ولاء للمعتق قالوا أعتقته سائبة او هو من سيب الماء أي جريه وسيب الدابة اهمالها (قوله وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان) أقول أي الوجه الثابت بالاستحسان (قوله وقال في الذخيرة قوله وجه القياس) أقول أي الوجه الثابت بالقياس (قوله قيل قيد به احترازا عن جنين الامة) أقول ولعل الاولى أن يقال احترازا عنه فان ما يجب فيه ليس مقدرا بخمسمائة ومعنى قوله اذا كانت خمسمائة اذا كانت مقدرة بها شرعا (قوله اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول قوله لا تبلغ خمسمائة يعني بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة) أقول المضاف مقدر أي بعد البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب في الجنين الى خمسمائة من الامور المقررة الظاهرة اذا لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة الى التقييد (قوله وكان في الاصل اذ كان خمسمائة) أقول قوله اذ بسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة) أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الامة على العاقلة اذا بلغت قيمته دية الرجل فالخلاص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعا

وقوله (فى ماله) أى فى مال الضارب (لانه بدل الجزء) أى جزء الآدمى فصار كقطع اصبع من أصابعه وقوله (دوه) أى أدوا ديته أمر لمخاطب من الودى وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لى فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندى من لاصاح ولااستهل ولاشرب ولا أكل ومثله دمه يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفى رواية دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله (الا أن العواقل) جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر

وقال مالك فى ماله لانه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندى من لاصاح ولا استهل الحديث الا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة (وتجب فى سنة) وقال الشافعى رحمه الله فى ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون مورثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلام جعله على العاقلة فى سنة

(قال المصنف حيث قال دوه) أقول يجوز أن يقول تعليلا لقوله قضى الخ أولقوله سماه دية والثانى أقرب ويستفاد تعليل الاول منه أيضا (قوله أو بمسطح خيمة) أقول أى عمود من عيدان الخباء (قوله فقال أخوها أندى من لاصاح ولا استهل) أقول يعنى أنودى دية من لم يصح ولم يستهل يعنى لم يرفع صوته عند الولادة

القاتل كما مر فى الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضا ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بأن يكون معناه اذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون فى جنين الحرة فان الواجب فى جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك فى ماله لانه بدل الجزء) أقول فى تعليله نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضى كونه فى مال الجانى بل لابد من أن يكون البدل أقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد مر قبيل هذا الفصل أن عمد الصبى والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ويمكن أن يقال ان مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان أقل من ثلث الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تأمل تنفف (قوله ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه) أقول فى الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبى عليه السلام دية بحث فانه عليه السلام سمى كثيرا من بدل الاعضاء والاجزاء دية ألا يرى الى ما مر فى فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضى الله عنه روى أن النبى عليه السلام قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم رضى الله عنه وكتب له أيضا وفى العينين الدية وفى احداهما نصف الدية الى غير ذلك فليتأمل فى الدفع (قوله الا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهى على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكانه يقول اذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظر لان فى جنين الامة لا وجوب على العاقلة أصلا لان الواجب فى جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لان قول المصنف الا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة انما يدل على أنها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا فى الروايات ففهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعدا فى الجملة لا أنها تعقلها فى كل مادة حتى يرد النقض بالواجب فى جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف الا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بأن ما يجب فى جنين الامة هو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة الا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه فى سقوط نظر صاحب غاية البيان آنفا ثم أقول فى تقرير مراد المصنف هنا خلل اذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الاول فلان مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة ودية تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم تكون أيضا

ولانه

وقوله (لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل اكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفى بعضها وأكثر وفى بعضها وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الاقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان أكثر صفة لاقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وفى بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين) صورته أن يشترك عشرون رجلا فى قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية فى ثلاث سنين على ما يجىء فى المعاقل وقوله (ويستوى فيه) أى فى وجوب قدر الغرة بانه عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم لاطلاق ما رويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم فى الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم وقوله (ولان فى الجنين) دليل معقول على التساوى بين الذكر والانثى فى الولدين المنفصلين فى الدية لتفاوت معانى الآدمية فى المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والأنثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم فى الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله (وان ألقته حيا ثم مات) أول الاقسام الأربعة العقلية الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب وهى أن خروج الجنين من الأم اما أن يكون فى حال حياتهما أو فى حال مماتهما أو فى حال حياة الأم ومماتا الجنين أو على العكس والاقسام مع أحكامها مذكورة فى الكتاب

ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول فى حق التوريث وبالثانى فى حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب فى سنة بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين (ويستوى فيه الذكر والانثى) لاطلاق ما رويناه ولان فى الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معانى الآدمية ولا تفاوت فى الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فان ألقته حيا ثم مات ففيه دية كاملة) لانه أتلف حيا بالضرب السابق (وان ألقته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صح أنه عليه السلام قضى فى هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية فى الام ودية فى الجنين) لانه قاتل شخصين (وان ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية فى الام ولا شئ فى الجنين) وقال الشافعى تجب الغرة فى الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا ألقته ميتا وهى حية

على العاقلة حتى يتوجه أن يقال انه ينافى تقييدكم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وأما الثانى فلان الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد قول المصنف الآتى العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لان يكون معمولا به فى مقابلة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره (قوله ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول فى حق التوريث وبالثانى فى حق التأجيل الى سنة) أقول لقائل أن يقول لم لم يعكس الامر أى لم يعمل فى حق التأجيل بالشبه الاول وفى حق التوريث بالشبه الثانى وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ههنا والاظهر فى تقرير التعليل ههنا ما ذكر فى الكافى أخذا من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس مودعة فى الام حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التأجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم (قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب فى سنة) قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل أى اذا كان ذلك الاقل أكثر من نصف العشر وفى بعض النسخ أو أكثر وفى بعضها وأكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفى بعضها أو أكثر وفى بعضها وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الاقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان الاكثر صفة لاقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك الى هنا لفظه أقول فيه شئ وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا أن يكون مراده قصر الصحة على الاول من الرواية لا من حيث

(قوله وفى بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بمفيد الخ) أقول يعنى غاية البيان وأجاب فى الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا الى سنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترك عشرون رجلا فى قتل رجل خطأ) أقول فيه أن الاولى أن يقول مثلا اذا اشترك الخ

وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما اذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال انه لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ماذكر في هذا الفصل وأجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال (ومايجب في الجنين موروث عنه) كلامه واضح وقوله (وفي جنين الامة الخ) يعني جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان أنثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وأنوثته تأخذ بالمتيقن

ولنا أن موت الام أحد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال (ومايجب في الجنين موروث عنه) لانه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال (وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل

سداد المعنى فينشذ يندفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو والعاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أي اذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الاقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقييد بالاكثر نظر لانه اذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه وأشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لانه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها انتهى أقول فيه نظر اذ لا نسلم أنه اذا كان ماهو أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضا مؤجلا بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلا كاقل من نصف العشر أو يكون مؤجلا بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الام أحد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ماذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب

(قال المصنف فلا يجب الضمان بالشك) أقول وفيه أن التسبيب للموت يوجب الضمان أيضا فينبغي أن يجب وجوابه أن ايجاب الغرة ثبت بالحديث على خلاف القياس فان حياته مشكوكة وهذا ليس في معناه حتى يلحق به لكثرة الاحتمالات هناك ودونه هكذا قيل ولك أن تقول قوله عليه الصلاة ولنا

والسلام في الجنين غرة عام فلا بد للتخصيص من دليل فليتأمل هل يمكن التخصيص بالمباشرة بان يقال المراد في قتل الجنين على حذف المضاف والقتل انما يستند حقيقة الى المباشرة (قوله وأجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق (قال المصنف وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته) أقول قال الكاكي أي اذا كانت حاملا من زوجها الامن مولاها ليكون الولد رقيقا ولا من مغرور لانه لو كان الحمل من مولاها أو من المغرور تجب الغرة ذكرا كان أو أنثى انتهى فلو قال المصنف وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج الى هذا التقييد

قوله (لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان) يعني في الاصل ألا ترى أنه اذا قلع السن فنبتت مكانه أخرى لم يجب شئ وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية (فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شئ كما في جنين البهيمة وقوله (فنظرنا الى حالتي السبب والتلف) يعني أوجبنا القيمة

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا الان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده ما على نذكر ان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة في الجنين) وعند الشافعي تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا أن يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام) لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله أعلم

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون ايراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة فان كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فما معنى ذكر السؤال وترك الجواب وان لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكانه لم ينظر الى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب ايراده أصلا والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هناك هكذا فان قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لابد من اضمار فيصير كانه قال في اتلاف الجنين غرة والشك واقع في ذلك انتهى تأمل في تفصيل جوابه لعله سمت صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلا على ما ذا فعالما قاله الشافعي من أنه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل فليتأمل

اعتبارا بحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبارا بحالة التلف لا يقال هذا اعتبار بحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هنالك بل تجب الغرة وقوله (ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب) يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبا ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم وقوله (على ما نذكر بيانه بعد هذا) يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسئلة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله (وقد عرفت في النفوس المطلقة) أي الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة تطير

المطلقة حتى يلحق بها دلالة ألا ترى أنه لا يجب كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح

(قوله لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هنالك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حيا وقت الضرب ثم لا يكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ويكون بعد حدوثه رافعا له فليتأمل (قال المصنف ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا) أقول منقوض بالمضغة الا أن يراد التميز التام الكامل

﴿باب ما يحدث الرجل في الطريق﴾

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسبيبا والاول أولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الخ) الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرج الانسان من الحائط ليبنى عليه والعرض بالضم الناحية قيل المراد به هنا أبعد الناس منزلة أى أضعفهم وأرذلهم وجملة الكلام فى هذه المسئلة فى ثلاثة أشياء فى اباحة العمل وفى الخصومة وفى ضمان ما يتلف به والمبدوء به فى الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع الاعلى قول محمد فان فيه خلافا بين العلماء قال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون فى احداثه شرعا فهو كما لو أذن له الامام

﴿باب ما يحدث الرجل فى الطريق﴾

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيأ فكذا فى الحق المشترك قال (ويسع للذى عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق ما فى معناه به اذ المانع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لاضرر ولاضرار فى الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ أن يشرع كنيفا أو ميزابا الا باذنهم) لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر الا باذنهم وفى الطريق النافذ له التصرف الا اذا أضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل فى حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كى لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما قال (واذا أشرع فى الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته) لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

﴿باب ما يحدث الرجل فى الطريق﴾

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع فى بيان أحكامه تسبيبا وقدم الاول لكونه أصلا لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعا فكانت أمس حاجة الى معرفة أحكامه (قوله ويسع للذى عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق به ما فى معناه اذ المانع متعنت) أقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة آنفا للذى عملها مالم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الائمة ودليله المذكور فى الكتاب لا يتمشى الا على أصل محمد أما أولا فلان قوله فليلحق به ما هو فى معناه ليس بتام على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله اذ قد صرح فى الشروح وعامة المعتبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا

وأما الخصومة فى الرفع فالمذكور فى الكتاب قول أبى حنيفة وقالا ليس لاحد ذلك أما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل أحد ان فيه فالذى يحدث يريد أن يجعلها فى يد نفسه خاصة فأما بعد الوضع فقد صار فى يده فالذى يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبى حنيفة فهو المذكور فى الكتاب وقوله (ويسع للذى عمله) بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لاضرر ولاضرار فى الاسلام أى لا ابتداء ولا جزاء يعنى متعديا عن مقدار حقه فى الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا وأما اذا كان غير نافذ فقوله وكذلك وليس لاحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله (لانها مملوكة لهم) يعنى فى الغالب قال فخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهى مملوكة وقد يسد منفذها وهى للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله (على كل حال) أى سواء كانوا متلازقين أو لم يكونوا وقوله (واذا أشرع فى الطريق روشنا) وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان

﴿باب ما يحدث الرجل فى الطريق﴾

(قوله وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع) أقول يعنى ان الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للمنع فالمصنف تعرض للاول دون الثانى (قوله بيان الاباحة وهو ظاهر) أقول فانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احداثه أيضا (قال المصنف واذا أشرع فى الطريق روشنا) أقول الروشن هو الرف عن الأزهرى وعن القاضى الصدر الممر على العلو وهو مثل الرف كذا فى المغرب وفى القاموس الروشن الكوة

وقوله (مما ذكرنا في أول الباب) يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله (فالضمان على الذي أحدثه فيهما) يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه لانه اما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصاباه جميعا وعلم بذلك أو لم يعلم أي الطرفين أصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله (لانه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكفارة وحرمان الارث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والا لساوى الملك غيره كما في الرمي قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول (٣٣١) الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب أن الضمان يعتمد الاتلاف بطريق صيانة التعدي للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا أو خطأ ولم يوجد شئ منهما وقوله (اعتبارا للاحوال) يعني يعلم بيقين انه قتيل الجراحة ولا يعلم انه بأي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كأنه حصل بالطرفين وقوله (ولو أشرع جناحا) ظاهر وقيل المشترى منعدا أيضا بترك الرفع مع امكانه شرعا وأجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة أو التسبيب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان لانه ليس بمباشر ولا متسبب واستشكل أيضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى

وكذلك اذا سقط شئ مما ذكرنا في أول الباب (وكذا اذا تعثر بنقضه انسان أو عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما) لانه يصير كالدافع اياه عليه (وان سقط الميزاب فطرفان أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف) اعتبارا للاحوال (ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق جمرا فأحرق شيأ يضمنه) لانه متعد فيه (ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم أحرق شيأ لا يضمنه) لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها بفعل كمباشرته

أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح الحاق ذلك به وأما ثانيا فلان قوله اذا المانع متعنت ليس بتام أيضا على أصلهما قطعا اذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي أقاما عليه فتبصر (قوله وكذلك اذا سقط شئ مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرصن أقول لعل قول المصنف هذا مستدرك لان ما مر آنفا من لفظ مختصر القدوري وهو قوله واذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ما ذكر في أول الباب أما للميزاب فصراحة كما ترى وأما لغيره ذلك فبعموم قوله أو نحوه فلا حاجة الى ما ذكره المصنف هنا بل لا وجه للفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل (قوله وكذا اذا تعثر بنقضه انسان أو عطبت به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطبت به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله أو عطبت به دابة اللهم الا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا تعثر بنقضه

صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانبا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله (ولو حركته) أي الجمر قيل فيه تلويح الى أن الريح ان هبت بشررها فاحرقت شيأ وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه) هو اختيار شمس الائمة السرخسي والاول أعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني وقوله (وقد أفضى اليها) أي الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح

(قوله يعني يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتيل الميزاب

قوله (ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة أخرجوا جناحا على فناء داري فان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيأ قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا لانه وجب بأمره فلهم أن يرجعوا به عليه كما لو استأجره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الآمر وان قال أشرعوا جناحا على فناء داري وأخبرهم أن لا حق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيأ قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر (٣٣٢) قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث انه فناء مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان أمر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل

(ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا)

انسان وقوله أو عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للاجراء ابنوا جناحا لي على فناء داري فانه ملكي أولي حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيأ فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر لانه غره كذا هذا وان قال المستأجر للاجراء أشرعوا لي جناحا على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق اشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيأ ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم ليبنوا بيتا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيأ لم يرجعوا به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان أمر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جمهور الشراح هنا أقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر وهو انما يتم فيما اذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر في هذه الصورة وقد سوى بينهما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا وأخبرهم أنه ليس له حق اشراع الجناح من القديم

(قوله وهو على وجوه ان قال المخرج الى آخر قوله وانما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرق ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما في الكتاب لانه محل المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجيء من الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزيلعي بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبيب وهنا مباشرة انتهى فتأمل في الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم

لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان أو دابة وكذا اذا رش الماء أو توضأ) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يرتاق به عادة أما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه لا يرتاق به عادة لا يضمن

أولم يخبرهم والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل مع أن مدخلية هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك باشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث أنهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الاجراء ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الآمر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الاول أيضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الآمر انه ملكي أولى حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الامور كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يأباه جدا قال المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقتصر عليهم ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الآمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا أي في الوجه الاول أيضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا أخبرهم الآمر بأن له حقا في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الآمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بأن له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك سيين قطعا ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا في الوجه الاول من الوجوه التي ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لان الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليهم فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا لامر الآمر خارجا عن عقده فلم يكن بأمر الامر فما كان وجوب الضمان عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم ويقتضي أيضا أن لا يتم تنظيرهم الوجه الاول بما لو استأجر غيره ليذبح شاته ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح و يرجع الذابح به على الآمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء قال هنا لا يقال فرق بين

وقوله (لانه صح الاستئجار) يعني بالنظر الى أن له أن ينتفع بفناء داره فبالنظر الى هذا كان أمره معتبرا ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا أمر به وقوله (بخلاف ما اذا فعل ذلك) يعني الصب والرش والوضوء وقوله (كما في الدار المشتركة) يعني أنه له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته

(ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا أثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شئ وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استأجر أجيرا البنى له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمانها في ماله) لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما أحدث شيأ فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع

ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الامر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجئ من الشارح أيضا يعني صاحب العناية أقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل أحد بان اشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الآمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شئ منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الآمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده والذي سيجئ من الشارح أيضا لا بد وأن يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية وأما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقا لفعل تاما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فيعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى (قوله ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول في تحرير المصنف هنا شئ وهو أن الظاهر من قوله فيما مر آنفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكر هنا الصب في أصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة ويمكن أن يعتذر عنه بأنه انما فعل هكذا اعماء الى اتحاد مسئلتي الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بمغايرتهما مما ذكره من قبل (قوله واذا استأجر أجيرا البنى له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا) قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الآمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر انتهى أقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على أن الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أن الفناء للمستأجر الا أنه يدل باطلاقه على أن الجواب في موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد

وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله (في فناء حانوته) قيل الفناء سعة أمام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله (فتعقل) أي تشبث وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الآمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الآمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

والبالوعة ثقب فى وسط البيت وكذلك البلوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت وهو السبق وقوله (وكذا الجواب على هذا التفصيل) يعنى انه لو فعله بامر من له

الكناسة فى الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعديه بشغله (ولو وضع حجرا فتحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذى نحاه) لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ماشغله وانما اشتغل بالفعل الثانى موضع آخر (وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعد حيث فعل مافعل بأمر من له الولاية فى حقوق العامة (وان كان بغير أمره فهو متعد) اما بالتصرف فى حق غيره أو بالافتيات على رأى الامام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع مافعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره فى ملكه لا يضمن) لانه غير متعد (وكذا اذا حفره فى فناء داره) لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه

فراغ الاجير ولم يتعرض له الشارح أيضا فتبصر (قوله وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الامر من السلطان اكراه فقوله أو أجبره كالعطف التفسيرى اه أقول ليس هذا بسديد لان كون مجرد الأمر من السلطان اكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه فى السير الكبير حيث قال ان مجرد أمر الامام ليس باكراه فجاز أن يكون قوله فى الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم أن كونه اكراها قول مختار فالظاهر أن الامر هنا كناية عن الاذن لاستلزام الامر الاذن وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال فى غاية البيان فى تعليل هذه المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن مافعله باذن الامام وقال فى العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به فى عامة المعتبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة وأما كون قوله أو أجبره عليه عطفا تفسيريا فما لا وجه له لان العطف التفسيرى لم يسمع فى كلمة أو ومعناها أيضا لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك فى كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقى لنا شئ فى قول محمد أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك وهو أنه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا أمره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فما فائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك نعم لو قال فان أجبره السلطان على ذلك أو أمر به لكان له حسن لكون الثانى من قبيل الاسترقى تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع مافعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب الى هنا من اخراج الكنيف أو الميزاب أو الحرص الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البئر وزاد صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر فى الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع أقول ومما ذكره من أول الباب الى هنا صب الماء فى الطريق وكذا رش الماء أو التوضى فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح شيأ من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ماوقع فى الباب قبل ماتركوه ومابعده وان زعموا أن الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر فى الكتاب مع انه قد ذكر فى الكتاب حيث قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع وقتل انسانا الخ ويمكن أن يعتذر عن الثانى بأن الكلام هنا فيما فعل فى طريق العامة وقد حمل الشراح مسئلة استئجار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة المذكورة فى الكتاب فيما مر على مافعل فى فناء الدار لا فى طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذى عدوه من غير ما ذكر فى

الولاية فى الامر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه وقوله (مما ذكرناه) يعنى من أول الباب الى هنا من اخراج الكنيف والميزاب والحرص وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وقوله (وغيره) يعنى مالم يذكره فى الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع وقوله (وكذلك ان حفره فى ملكه لا يضمن) يعنى كما اذا أمره الامام فحفر فى طريق المسلمين لم يضمن ماتلف به كذلك اذا حفره فى ملكه وان لم يأذن له الامام وقوله (وكذلك اذا حفره فى فناء داره) يعنى وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جاز له ذلك اذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر بأن لا يضر لأحد أو أذن له الامام أما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن

(قوله والبالوعة ثقب فى وسط البيت وكذلك البلوعة) أقول وهذا المعنى لا يلائم المقام (قال المصنف فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لا يضمن) أقول الأمر من السلطان اكراه فقوله أو أجبره كالعطف التفسيرى واذا أذن ولم يأمر ينبغى أن لا يكون متعديا اذ لا افتيات

وقوله (هذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما) أي انخنقا فاما بالعفونة قال في الصحاح يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة انه مرجوح على عادته من يؤخر الراجح فان الفقه معه ألا ترى أنه لو حبس رجلا في بئر حتى مات غما فانه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لان أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان وقوله (وان استأجر أجراء لحفر وهاله في غير فنائه) يعني بان كان الفناء للغير أو طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما أن يعلموا أنها في غير فنائه أولا فان كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شئ على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا ذلك وذلك يكفي لنقل الفعل الى الآمر لانه لو توقف على صحة الأمر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله (لانهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شئ على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهرا وكون المأمور مغرورا كالآمر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا وكون الآمر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير

وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال (وان استأجر أجراء لحفر وهاله في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شئ على الاجراء ان لم يعلموا أنها في غير فنائه) لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره الا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور وههنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير

الكتاب بناءها في طريق العامة أو انهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استأجر رب الدار لفعله لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بامر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمش فيما فعل في فناء الدار أيضا وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضا فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تفكر (قوله وكذا اذا حفره في فناء داره) يعني وان لم يكن الفناء ملكه كذا في العناية وغيرها أقول يرد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما مر من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله واذا استأجر أجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتأمل (قوله وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر فيه) قال جمهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد أو أذن له الامام في ذلك أقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل أما في الأول فلأن قول المصنف أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا الخ يأباه جدا فان عدم الضرر لاحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركا أيضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه وأما في الثاني فلانه اذا أذن له الامام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفا ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذلك اذا حفره في فناء داره هو أن الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام أيضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا أذن له حفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام أيضا على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكا له أو كان بحيث

(قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أي من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف وقال أبو يوسف ان مات جوعا فكذلك) أقول ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقاني نقلا عن الاسبيجابي فالأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله

غير متعد والمستأجر متعد فير جع جانبه وان كان الأول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم اليه وليسوا بمغرور ين فينتفي الضمان عنهم فبقي الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطواب بالفرق بين هذه المسئلة و بين الأمر باشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا (٣٣٧) ضمنوا ورجعوا على الآمر وههنا لم يضمنوا

غير متعد والمستأجر متعد فير جع جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم (وفي الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فناءه بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها)

لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي أما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى أقول قد زاد ذلك الشارح نعمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بان قال أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل . وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك فحينئذ ينتظم السياق واللحاق بلا غبار كما ترى (قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم) قال صاحب العناية في عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسديد لان مدار زعمه التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح أمره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة أمره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ما ذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بأن ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعني قوله لان كونه فناءه بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه الخ قال في العناية أخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشتركا الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول في الجواب بحث لان كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالا عند جمهور

أصلا والجواب ما أشار اليه المصنف في ذبح شاة غيره بأن الذابح مباشر والآمر مسبب وقد تقدم أن اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها (وان قال لهم هذا فنائي) ظاهر وقوله (فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعني قوله لانطلاق يده في التصرف الخ فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشتركا الدلالة فلا يعارض الدلالة قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام) كلامه واضح

(قوله وفي عبارته تسامح الخ) أقول لا تسامح اذ المراد أنه لا يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور فقوله لان صحة الأمر لا تحتاج الخ ان أراد صحة الامر حقيقة فغير مسلم وقد دل

عليه قوله سابقا والوقوف على صحة الأمر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا فمسلم ولا يفيده كما لا يخفى (قوله بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشتركا الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول فما يفعل يقول المصنف لانهم علموا بفساد الأمر فانه اذا كان مشتركا الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجامع الاحتمال

قوله (لان الاول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر وأما بناء القنطرة فلان البانى قوت حقا على غيره فان التدبير فى وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد لا محالة قوله (وهذا اللفظ) يعنى قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشئ المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع فى الطريق

وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يحمل الشئ فى الطريق فيسقط منه ذلك الشئ فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين بين وفى بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعنى بوصف السلامة وقوله (مالا يلبسه عادة) يعنى مثل البساط والجواليق ودروع الحرب فى غير موضع الحرب وكذا اذا ليس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله لعدم عموم البلوى به وقوله (للعشيرة) يعنى أهل المسجد وقوله (ضمن) يعنى اذا فعل ذلك بغير اذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد وقالا

لان الاول تعد هو تسبيب والثانى تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما فى الحافر مع الملقى قال (ومن حمل شيئا فى الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشئ قاصد حفظه فلا حرج فى التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه أذا لبس مالا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد لعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبى حنيفة

النحاة على ما تقرر فى موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لى فيه حق الحفر غير نفى حق الحفر عنه حالا وأما عند بعض النحاة فكلمة ليس وان كانت للنفى مطلقا الا أن معناه أن مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به وأما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه فى نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسى واستحسنه الرضى وفيما وقع فى مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف فى تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فاغرهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك وأما ما وقع فى لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لى ذلك من القديم لكنه لى فى الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم أقول الحق عندى فى الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لى على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام فى لى للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركا بأن كانت فى سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده فى التصرف فيه اذ يجوز لكل أحد التصرف فى حق العامة بشرط السلامة ولا ينافى أيضا قول المصنف فى تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فاغرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن يكون المراد ليس لى فيه حق الحفر أصلا أى لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لى فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر فى حق العامة أو فى الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به انسان أو بهيمة يجب عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن وأراد بالوجهين فى قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشئ المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع فى الطريق أقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما أنه لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله

(قوله وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لاخصوصه ألا يرى الى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ولا يبعد موت الانسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا يبعد حمل قول الشارح ولعل المصنف نظر الى المعطوف الخ على هذا فتأمل

وقوله (كنصب الامام) يعنى اذا لم يكن البانى موجودا أما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف رحمه الله قال أبو الليث رحمه الله وبه نأخذ الا أن ينصب شخصا والقوم يريدون من هو أصلح منه ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام ان القوم أولى بنصب الامام والمؤذن والبانى أولى بالعمارة وقوله (وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله) فلهم تكرارا لجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم أن يكرروا الجماعة وقوله (وقصد القربة لا ينافى الغرامة) جواب

وقالا لا يضمن فى الوجهين جميعا لان هذه من القرب وكل أحد مأذون فى اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد ولابى حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا فى غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافى الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان فى الصلاة وان كان فى غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال

وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهى قوله وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ لا وجه لتأخير بيان ما فى المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا أمر داع اليه وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى أقول ان قوله ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وأنا أتعجب من هؤلاء الشراح كيف جلوا مراد المصنف ذلك المتقن النحرير على ما يأباه من له أدنى دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندى أيضا فانه مصون عن المحذورات المذكورة كلها ورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال وفى بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى أقول رده مردود اذ لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضا فى حالة النوم بل فى حالة اليقظة أيضا فيختنق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن امكان وقوعه كاف فى تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه ألا يرى الى دليله الى هنا لفظه أقول كل من مقدمات كلامه كاسد أما قوله يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق بمن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذى هو علم فى التحقيق وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه وأما قوله ألا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضى عموم المسئلة ألا يرى أن كلية الكبرى شرط فى انتاج الشكل الاول مع كون النتيجة خاصة (قوله وقالا لا يضمن فى الوجهين جميعا) أى فيما اذا فعل ذلك أحد من العشيرة وفيما اذا فعله

عن قولهما الان هذه من القرب وقوله (كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا) فانه قصد القربة لكن أخطأ الطريق فان شرطها أن يكون الشهود أربعة ممن تسمع شهادته فاذا انقضت انقلبت قذفا واستوجب الحد قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل الخ) وان جلس فى المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فاما أن كان فى الصلاة أو لم يكن فيها فان كان فى الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا أو نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال

(قال المصنف وقالا لا يضمن فى الوجهين جميعا) أقول قال الكاكى وهما اذن الامام أو العشيرة أو عدم اذنهما وبه قال الشافعى فى وجه ومالك وأحمد قال الحلوانى وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما فى هذه المسئلة وعليه الفتوى كذا فى الذخيرة انتهى كلام الكاكى وقوله وهما اذن الامام الخ محل كلام (قوله بل كان قاعدا لغيرها) أقول قوله بل كان قاعدا لغيرها لا يطابق المشروح فان القعود لها محل الاختلاف أيضا على تقرير المصنف فالاولى القصر على قوله أو لم يكن فيها

(ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم) أي لتعليم الفقه أو الحديث (أو للصلاة) يعني منتظرا لها (أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف

ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

(قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ) أقول نظم الكلام في سمط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا وله ضمن عنده وقالا لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف المتأخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني كذا في النهاية وغيره ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاقي (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها فان المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الا أن يقال للاكثر حكم الكل

أحد من غير العشيرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام أو العشيرة أو عدم اذنهما وتبعه الشارح العيني أقول تفسير الوجهين هنا بما ذكر مما ذكره الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أي تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة يعني منتظرا لها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى أقول في تقريره خلل فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد يذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به انسان فمات وأما فيما اذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا فعثر به انسان فمات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لاحد من أصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الاطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى أقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة أما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلاة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه مارا وأما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف يكون هذا بيانا لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق

وقوله (لهما أن المسجد انما بني للصلاة والذكر) قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله تعالى وأنتم عاكفون في المساجد وقوله (وله أن المسجد انما بني للصلاة) لان المسجد موضع السجود ألا ترى أن المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضوعه الاصلي دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكرا من الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونهم من ضرورات الصلاة مسلم لكن لابد من التفرقة بين الموضوع الاصلي وما ألحق به والباقي واضح

﴿فصل في الحائط المائل﴾ لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها في فصل على حدة قال (واذا مال حائط الى طريق المسلمين الخ) أخذ الشافعي رحمه الله في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلما وفا رحمهم الله استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروى عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين رحمهم الله والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب

(قال المصنف لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة) أقول لا يخفى عليك أخصية الدليل من المدعى الا أن يلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث لان المناط هو الاباحة ألا ترى الى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فانه ما حينئذ يحتاجان الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور في الكتاب فهو اباحة معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لان المناط ليس مطلق الاباحة بل الاباحة المقيدة المعللة بما ذكر (قوله لان المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوي (قوله ألا ترى) أقول هذا دليل شرعي (قوله وما عرف الناس الخ) أقول هذا دليل عرفي

لهما أن المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة أو لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله أن المسجد انما بني للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولاغرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر أو الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به انسان ينبغي أن لا يضمن) لان المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده

﴿فصل في الحائط المائل﴾ قال (واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال)

المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لا نسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختار المصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى أقول لعل سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحد بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختل كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار الما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الخ) أقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث فان شيأ منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

﴿فصل في أحكام الحائط المائل﴾ لما ذكر أحكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة أو تسببا شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع

والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة مالو وقع ثوب انسان في حجره بصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا أني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل أن يهي الحائط لانعدام التعدي قال (ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو أحله صاحب الدار أو برأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فأحله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى أبي اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الامام في الزيادات

الحيوانات تقدما للحيوان على الجماد الا أن الحائط المائل لما ناسب الحرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها ولهذا أي بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها (قوله والاصل أنه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه) أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا الاصل بما سيأتي في الكتاب من انه يصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه

﴿فصل في الحائط المائل﴾ (قوله مسلما كان أو ذميا أو صبيا) أقول أي مأذونا أو عبدا كذلك قال المصنف (ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه) أقول الاظهر ان يقال لانه لم يتقدم اليه والضمان

خوف هلاك النفس وقوله (وتتحملها العاقلة) قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم اليه في النقض وعلى أنه مات من سقوطه عليه وعلى أن الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيأ ولو قال ينبغي أن تهدمه فذلك مشورة ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صبيا أو امرأة ان مال الى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار أو ساكنها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة أو اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على أحد وقوله (والشرط هو التقدم دون الاشهاد) حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه

وقوله (لان فعل هؤلاء كفعله) أى فعل الوصى والاب والام كفعل الصبى والتقدم اليهم كالتقدم على الصبى بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتيل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبى بعد التقدم الى الاب والوصى أجيب بأن التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير مادامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد فى حق الصغير ثم انهما فى ترك الهدم يعملان للصبى وينظران له فكان الضمان فى ماله فان قيل الوصى اذا ترك النقض بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن فى ترك النقض دفع مضرة متحققة وهى مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانيا وفى نقضه دفع مضرة موهومة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يهلك به شئ فكان تركه أنظر للصبى فلا يلزم الوصى ضمان وقوله (فى عنق العبد) يعنى يباع فيه كما يباع فى ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد فى ضمان التزام المال كالحر فانه ينفك الحجر عنه فى اكتساب سبب ذلك وفى التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله (لان الاشهاد على المولى من وجه) اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك فى الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته ألا ترى أنه لو ادعى انسان حقا فى داربيده مأذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه وأما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبى حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا (٣٤٣) تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر فى ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفى ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر وقوله (ويصح التقدم الى أحد الورثة فى نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ماذكر فى الكتاب وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شيأ أما الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدى من واحد منهم فى ترك التفريغ والجواب أن الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم فى نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع وقوله (فعطب لا يضمنه) أى لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثانى (لان التفريغ عنه) أى القتيل الاول برفعه مفوض الى أوليائه لأنهم الذين يتولون دفنه وطواب بالفرق بينهما وبين ما اذا وقع الجناح فى الطريق فتعثر انسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بأن اشراع الجناح فى نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتيل فى الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح فى الطريق ومن ألقى شيأ فى الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض فى الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد فى حق النقض لا فى حق القتيل فلذلك جعل فاعلا فى حق القتيل الاول لا فى حق القتيل الثانى وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره فى الكتاب واضحا

والضمان فى مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو فى عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى أحد الورثة فى نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضى (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقض ضمنه) لان التفريغ اليه اذا النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض

(قوله فكان تركه انظر للصبى فلا يلزم الوصى ضمان) أقول فان قيل ينبغى أن لا يقدر الوصى على النقض لان عدمه انظر قلنا المراد هو الانظر به من وجه (قوله فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم فى نصيبه الخ) أقول وهو يتمكن من اصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم اليه مفيدا كما ذكره المصنف

وقوله (فسقطت) يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى أنه لو وقعت الجرة وحدها فأصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في المبسوط وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله (وله) أي لابي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر (لان أصل ذلك) أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك (وهو القليل) أي ذلك الاصل يعني أن الجزء اليسير ليس بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى

العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك) ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا تخرج مسئلة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله (الا ان عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية) يضاف اليه واذا أضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر لما شيأ واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما واهدر الآخر والله تعالى أعلم

لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لان التفريغ اليه (وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفريغ الى مالكها قال (وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الا أن عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

﴿ باب جناية البهيمة والجناية عليها ﴾

قال (الراكب ضامن

النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب فكون الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق (قوله لهما ان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول كان مدعاهما عاما للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي في بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما وفي مسئلة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اه والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا أنه يعم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة فاكتفى بذلك ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسئلة حفر البئر وحدها بل هو مسئلة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

﴿ باب جناية البهيمة والجناية عليها ﴾

لما فرغ من بيان أحكام جناية الانسان شرع في بيان أحكام جناية البهيمة ولا شك في تقدم الانسان

﴿ باب جناية البهيمة والجناية عليها ﴾

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان

(قوله أي فعلى كل واحد منهما من حافر البئر وباني الحائط) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الأحد اذ مرجع الضمير هو لفظ أحدهم

وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا يطاء محذوفين وتقديره أوطأت الدابة يدها أو رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطى وقوله (ما أصابت) يدل من قوله لما أوطأت الدابة والكدم العض بمقدم الانسان والخبط الضرب باليد والصدم هو أن تضرب الشئ بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشئ اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة لانها اما أن تكون فى ملك صاحبها أو فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين فان كانت فى ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متفاضلا فاما ان يكون صاحبها معها أو لا يكون فان كان الثانى لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفحت أو كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سائقها أو قائدا واما أن يكون راكبا عليها أو لا فان كان الاول لم يضمن صاحبها فى الوجوه كلها اتلفت نفسا أو مالا لان صاحبها فى هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمتسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدى فى ايقاف الدابة أو تسييرها فى ملكه وان كان الثانى وهو يسير فان وطئت بيدها أو برجلها ضمن وان كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لان فى الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكانهما وطئاه جميعا والمباشر ضامن متعديا كان أو لم يكن وفى الثانى متسبب غير متعد وان كانت الجناية فى ملك غير صاحبها فاما ان أدخلها صاحبها فيه أو لا فان كان الثانى فلا

لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها)

على البهيمة رتبة فكذا ذكرا كذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية أقول يرد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جناية الانسان مطلقا بل بقى منها أحكام جناية المملوك ولا شك أن المملوك من الانسان أيضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغى أن يقدم عليها أيضا ذكرا فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا فى افادة حق المقام وقال فى غاية البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق فى المملوك ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل فى الطريق من الجرصن ونحو ذلك اه أقول يرد عليه أيضا أنه لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل فى الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب فى باب مستقل بل كان حقها أن تذكر فى فصل كما قالوا فى فصل الحائط المائل تدبر (قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) قال الشراح فاطبة يقال نفحت الدابة شيأ اذا ضربته بحد حافرها وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا فى الصحاح والمغرب واقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية أقول

ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمتسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها أو قائدها أولا واقفة أو سائرة لان صاحبها اما مباشر أو متسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها فى ملك الغير بغير اذنه وان كانت فى طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلف فى الوجوه كلها لانه بالايقاف متسبب متعد

 اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارساله أو انفلتت فان كان الاول ضمن ما أتلفت ما لم تتحول عن جهة الارسال يمنة أو يسرة لان ارسالها بلا حافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثانى فلا ضمان عليه فى الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت راكبا كان أو سائقا أو قائدا الا النفحة بالرجل أو الذنب لانه مباشر أو متسبب متعد والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنف رحمه الله الراكب ضامن لما أوطأت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على ما اذا لم يكن الراكب فى ملكه لان هذا الجواب ان استقام فى قوله ما أصابت بيدها أو برجلها لا يستقيم فى قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما اذا كان فى ملكه على ما مر آنفا وذكر الاصل الذى ينبنى عليه هذه الفروع

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها﴾

(قوله ذكر جناية البهيمة والجناية عليها الخ) أقول فان قيل ماذكر فى هذا الباب جناية انسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقلته قلنا لما أودع الله سبحانه وتعالى فى البهائم ارادة وادراكا صح اضافة الجناية اليها ولزوم الضمان على غيرها لا ينافى تلك الاضافة كما فى الجانى والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا يطاء محذوفين) أقول القائل هو الاتقانى (قوله وان كانت فى طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت فى الوجوه كلها) أقول هذا اذا أوقفها لغير البول والروث (قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على ما اذا لم يكن الراكب فى ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما اذا كان الراكب فى الطريق مما ذكره المصنف فى معرض التعليل

والاصل ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا) لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان أصابت يدها أو رجلها حصاة أو نواة أو اثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين انسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لانه فى الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفى الثانى ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان راثت أو بالت فى الطريق وهى تسير فعطب به انسان لم يضمن) لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا أوقفها ذلك) لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان أوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها أو بولها ضمن لانه متعد فى هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها)

كون المذكور فى المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحته الدابة ضربته بحد حافرها وأما كون المذكور فى الصحاح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها * ثم أقول بقى اشكال فى عبارة الكتاب وهو ان الذى يظهر مما ذكر فى كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفحة الا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها فى قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها لانه يقتضى أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا فى مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التأكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة فى موضع واحد متعذر للتنافى بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة فى الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف والمراد النفحة وقال صاحب النهاية فى شرحه أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وقال انما فسر بهذا لانه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وانما الاختلاف فى النفحة ولو لم يفسر بهذا لكان للأول أن يؤول ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك اه واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية أقول فيه خلل أما أولا فلان الظاهر من قولهم أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها أن يكون المراد بالاصابة بيدها وبالاصابة برجلها كليهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوز فلا يجدى هنا اذ لا فرق بين الوطء باليد والخبط الذى هو الضرب باليد فى وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد فلا معنى لان يكون المراد أحدهما دون الآخر وأما ثانيا فلان القدورى لم يذكر الخلاف فى مسئلة السائق أصلا حتى يلزمهم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها هو الوطء اثبات الاختلاف فى الوطء وانما الذى بين الخلاف

فقال (والاصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس) أما أنه يتصرف فى حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشى فيه لترتيب مهماته فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع وأما أنه يتصرف فى حق غيره فلان غيره فيه كهو فى الاحتياج فبالنظر الى حقه يستدعى الاباحة مطلقا وبالنظر الى حق غيره يستدعى الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضحة وقوله (والمرتدف فيما ذكرنا) يعنى فى موجب الجناية (كالراكب لان المعنى) أى المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف فى الدابة بالتسيير على ما أراد (لا يختلف لانها) فى أيديهم وتحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعنى الايقاف (أكثر ضررا بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله فى كونه تصرفا فى الدابة فليلحق به ووجهه أنه أضر منه (لما أنه) أى الايقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن) لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد

وقوله (والمراد النفحة) أى من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطء فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لاحد فيه وقوله (واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعنى العراقيين وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعنى بابعاد الدابة عن المتلف أو بابعاده عنها وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ماوراء النهر وقوله (ماذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار) معطوف على قوله ماذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعى رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعنى ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام فى النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوى ماذكره بقوله والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلى وبيان الكفارة وقوله (لماذكرناه) اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله (على ماذكرنا) اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وقوله (لان كل ذلك سبب الضمان) يعنى أن كل واحد منهما بانفراده عامل فى الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أتلفت بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق فى الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل فى التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذى هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه

والمراد النفحة قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى فى مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعى يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره وهذا تخويف بالضرب قال (وفى الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (الا أن على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليها) ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهى آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وكذا الراكب فى غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء فى حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى

فى هاتيك المسئلة هناها والمصنف وذا فرع تفسيره مراد القدورى بالنفحة لا منشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم * ثم أقول الحق عندى ان معنى قول المصنف والمراد النفحة هو ان مراد القدورى بقوله أو برجلها فى مسئلة السائق وبقوله دون رجلها فى مسئلة القائد هو النفحة وانه انما فسر بذلك ليتم قوله فى مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فان وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بلا خلاف أحد (قوله ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقائل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر والالتفات الى القدام فيغيب ما فى الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فينبغى أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل فى الدفع (قوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول ولقائل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما كان فى فمها من اللجام فلا يمكنه التحرز

(قوله وقوله لماذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز أقول وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه حتى يتم جوابا وحجة الشافعى فى الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول فانه اذا كان سير الدابة مضافا الى راكبها تكون النفحة مضافة اليه أيضا (قوله والجواب القوى ماذكره بقوله والحجة عليه ماذكرناه) أقول جواب بطريق المعارضة

وقال (اذا اصطدم فارسان الخ) أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وماذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روى عن علي رضي الله كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول قال الزيلعي ألا يرى أن محمدا ذكر في الاصل ان الراكب اذا أمر انسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان والجواب ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل بدون الالقاء واما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند (٣٤٨) الالقاء وجد التلف بهما فأضيف الى آخرهما كمسئلة السفينة اذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان انتهى وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكر محمد في الاصل ان الراكب اذا أمر آخر فنخس الدابة فان وطئت انسانا كان الضمان عليهما وعلل فقال لأن الناخس سائق والآخر راكب فقد بين بما ذكر ان الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب انتهى وأنت خبير بأن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير مع أنه لا يصلح جوابا عما ذكر في الأصل بل هو تحقيق وتفصيل له وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب فهذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر) أقول هذا ولعل الاولى أن يقال انما خصهما بالذكر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف (فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا رجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسدا وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة كذا في شرح أكمل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فان قيل القياس لا يصلح مرجحا لانه علة ثبت به الحكم والترجيح انما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقطتا فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل أو نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يصلح علة وههنا النص موجود فاذا لم يصر علة يصح به الترجيح أو نقول ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما اذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضا انتهى

وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال (واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن الموت يضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شئ من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق

عما أصابت يده أيضا فينبغي أن لا يضمنه أيضا فليتأمل في الجواب (قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله واذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين اه وقال في العناية أخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر اه وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقي أو بحسب الغالب اه وتبعه الشارح العيني أقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين ظاهرا فان الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شئ فكان خارجا من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن علي رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا) قال في العناية أخذا من

وفيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثانى ان ماذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وماصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ماذكره منقوض بالواقع فى البئر بعشيه فيكون فاسدا وعن الثانى ان القياس فى مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المذكورة فى جهتهما وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر فى حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه الضمان فى حق نفسه واعتبر فى حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية وأما فيما نحن فيه فالمشى مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان فى حق نفسه أصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة أحد له فى قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط فى البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشى جميعا لكن لما كان المشى مباحا لم يعتبر وقوله (هذا الذى ذكرنا اذا كانا حرين فى العمد والخطا) أى وجوب تنصيف الدية فى العمد على عاقلة كل واحد منهما وفى الخطا الدية الكاملة على ماذكر فى الكتاب الا أنه ذكر الخطأ فى وضع المسئلة والعمد فى بيان قول الخصم وقوله (فيأخذها) أى قيمة العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغى أن تسقط عن العاقلة لان الدية أولا تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا فى امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد ومايحدث منه فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة وأجيب بأن السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجانى وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى أن المستحق أولا هو الجانى يسقط وبالنظر الى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك والباقى واضح وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعنى السرج وسائر الادوات كما فى المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ فأتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله (على ماعرف من قبل) أى فى باب مايحدثه الرجل فى الطريق وقوله (ومن قاد قطارا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح

هذا الذى ذكرنا اذا كانا حرين فى العمد والخطا ولو كانا عبدين يهدر الدم فى الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا فى العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففى الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول فى الدية فيما زاد على القيمة لان أصل أبى حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمى فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفى العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف فى العمد وهذا القدر يأخذه ولى المقتول وما على العبد فى رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد فى العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما فى المحمول على عاتقه دون اللباس على ما عرف من قبل فيقيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فان وطئ بعيرا نسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب يوصف التعدى سبب للضمان الا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال فى ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق فى جانب من الابل أما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه

شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى والثانى ان ماذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وماصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ماذكره منقوض بالواقع فى البئر بعشيه فيكون فاسدا وعن الثانى ان القياس فى مقابلة النص لا يصلح حجة اه أقول ان الجواب عن الثانى بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة فى مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروكا العمل به بأن عارضه نص آخر وأما اذا كان متروكا العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة فى مقابلته قطعا ألا ترى الى ما تقرر فى أصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابى ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة فى مقابلة النص الذى ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذ ذاك فى مقابلة السنة لا محالة والصواب

قال (وان ربط رجل بعيرا الى القطار الخ) رجل ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد أو لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لامكان تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في رواية المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحبوبي رحمه الله بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان

فانه في الحقيقة على القائد والرابط الا أن العواقل تعقل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا الا على القائد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشئ ولم يذكره لظهوره وقوله (وانما لا يجب الضمان عليهما ابتداء) ظاهر وقوله (قالوا) يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير أما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله (ومن أرسل بهيمة) يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه (ولو أرسل طيرا) أي باز يا وساقه فأصاب في فوره بأن قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيدا لحرم لم يلزمه شئ وبخلاف وقوله (انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه) أي سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة وقوله (وكذلك اذا وقفت ثم سارت) أي ينقطع حكم الارسال وقوله (وهذه) أي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف

قال (وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه أمر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لاصريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصابت في فورها يضمنه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب في فوره لم يضمن) والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو أرسله الى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وروي عن أبي يوسف انه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا لصيانة لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال

في الجواب عن الثاني أن يقال مراد المصنف بقوله فرجحنا بما ذكرنا انا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس بعد ان تعارضت روايتاه لا أنا رجحنا احدى الروايتين بما ذكرناه من الدليل العقلي حتى يتجه عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا بقي ههنا شئ وهو انهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رضي الله عنه وتساقطتا فكان مصيرنا في اثبات قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضا فما معنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر في النص بل قد يكون بالنص كما في السلم والاجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحياض والآبار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الاكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا وما قلناه جواب الاستحسان

(قوله بأن كان على الجادة ماء أو وحل الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم أصل المسئلة وتبين به الفرق بين الارسالين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله (على فوره) أى فور الارسال وهو أن لا تميل يمينا ولا شمالا وقوله (لما مر) اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله (قال محمد رحمه الله هي المنفلتة) أى الجماء التي أهدر النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي

وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا أو شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا لا أو نهارا لا ضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها) لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعي فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة

هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا اشكال (قوله أما الارسال للاصطياد فمباح) قال بعض الفضلاء نعم الا أنه لم يكن مقيدا بشرط السلامة اه أقول جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبيب الا بوصف التعدي فان كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان في أمثال ذلك انما يتصور بالتسبيب ولا تسبيب الا بوصف التعدي وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبيب فلا ضمان أصلا وقد أوضح الفرق بين ارسال الدابة في الطريق وبين ارسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونا عليه وأما ارسال الكلب أو البازي من غير اتباع معه فليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمتسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا اه تبصر (قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته) وهي السوق والقود والركوب كذا في عامة الشروح وقال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ أن يقول من الارسال وأمثاله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ السوق أو القود لما كان أختا لا أخا للارسال كان الارسال أختا أيضا والا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أخا وبعضها أختا من غير دليل اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشئ لانه ليس هنا مؤنث معنوي يقتضي الاتيان بأداة التأنيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدي في قرن واحد من التذكير والتأنيث بأن يقال من الارسال وأمثاله أو يقال من الارسال وأخواتها والا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مؤنثا من غير أمر يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لامحالة ثم أقول الوجه في دفع ذلك أن يقال لما جاز تذكير كل واحد من تلك الاسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تأنيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعلة

والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر

وله ما اذا أرسل ما يعتاد الاصطياد به كالكلب المعلم والبازي المعلم والفهد المعلم فاصطاد في الحال أو بعد زمان قبل أن يأخذه صاحبه أو بعد ما أخذه منه فأكل منه أو لم يأكل لان الارسال المطلق ينصرف الى ما يعتاد به الاصطياد وهو الاكل من الصيد وقد وجد فيحل ولو أرسل ما لا يعتاد الاصطياد به كالشاة والبقر والحمار والفرس والسنور والذئب فاصطاد لم يحل لان الارسال المطلق لا ينصرف اليه لعدم اعتياد الاصطياد به ولو أرسل ما يعتاد الاصطياد به فاصطاد ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه فأكل منه ح

ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به وقوله (ولان فيها مقاصد سوى اللحم) دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفي العين لا يفوته بل

هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية وقوله (ولانه انما يمكن اقامة العمل بها) دليل آخر وهو أيضا واضح لكن الاعتماد على الاول ألا ترى ان العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام رحمه الله وانما قال ذلك لان المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله (أو نخسها) يعني بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب دلالها فان قيل القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم يختص به فلا أقل من الشركة فالجواب أن القياس يترك بالاثر وفيه أثر عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقد أشار المصنف رحمه الله الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما كانت منها فكان مضطرا في حركته

ولنا ما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات احداها قال (ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة اليه كأنه فعله بيده

صح في كل واحد منهما الوجهان ثم ان المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الاسباب وأنث بعضها فقال من الارسال وأخواته تدبر تفقه (قوله ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة) قال في العناية فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به اه أقول في الجواب نظر اذ لمانع أن يمنع ان المعنى الذي أوجب ذلك في غير مأكول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا كما يقصد ذلك من الشاة داخلا في كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود في مأكول اللحم اذ قد يقصد منه اللحم كما تقصد تلك الامور المذكورة أيضا فلا يتم الالحاق كما لا يخفى (قوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلان هذا الدليل لا يتمشى في غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو بحكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير مأكول اللحم غير الجواب في مأكول اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلا منهما داخل في المدعى هنا وأما ثانيا فلان قوله بشبه الآدمي في ايجاب الربع يعني عملنا بشبه الآدمي في ايجاب الربع ليس بواضح لان شبه الآدمي لا يقتضي ايجاب الربع بل يقتضي ايجاب النصف لان الواجب في الآدمي في الجناية المزبورة هو النصف وانما المقتضي لايجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضي لايجاب الربع شبه الآدمي فقط لما احتيج الى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الاداء أن يقال فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الآدمي فوجب الربع عملا بهما وقد أشار اليه صاحب الكافي حيث قال فأشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملا بهما اه نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى (قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة اليه كأنه فعله بيده) أقول يرد عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله

(قوله والجمال والعمل موجود الخ) أقول فيه بحث (قوله فان قيل القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا) ولان أقول ممنوع بل سبب هنا ويجوز أن يقال أشار الى هذا الشارح بقوله ان فرض مباشرا قلت المصنف (فأضيف فعل الدابة اليه كأنه فعله بيده) أقول مخالف لما أسلفه في هذا الباب مجيبا عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب تأمل

وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك ملجئا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعل في الدابة والمدفوع الى الشئ وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب أيضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفحة أوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق أيضا عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجبه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن فلو نخس وهو مأذون كان سائقا وامكان التحرز انما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله (ولان الناخس متعد في تسبيبه) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي (٣٥٣) ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا تلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه اعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسببه وليس بشئ فتأمل وقوله (والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان هنالك على عاقلتهما وقوله (والثاني) أي الوطء (مضاف الى الناخس) لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله

ولان الناخس متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف أيضا قال (وان نفحت الناخس كان دمه هدرا) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس) لانه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه أمره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح أمره به وانتقل اليه لمعنى الامر

وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين (قوله ولان الناخس متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي) قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام هنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس في التغريم للتعدي اه كلامه أقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من الترديد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيتدافعان اللهم الا أن يحمل أحدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتأمل (قوله وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه أمره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فيصح أمره به وانتقل اليه لمعنى الامر) أقول لقائل أن يقول هب ان النخس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فأمر الناخس به لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجيء التصريح به في المسئلة الآتية فمن حيث انه اتلاف ينبغي أن يقتصر على الناخس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناخس الضمان

(قوله ههنا تسامح لان شرطه الخ) أقول أي شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدي والضمير راجع الى فعل الراكب والشرط ليس شرطا له نفسه بل لاعتباره في التغريم فيؤل المعنى الى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) أقول أي لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناخس (قوله ولعل معناه الخ) أقول فيه بحث (قوله وليس بشئ فتأمل) أقول لورود النظر المذكور آنفا

وقوله (مضاف اليهما) أي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها أي الى النخسة وقوله (ولا يتناوله من حيث انه اتلاف) لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله (يقتصر عليه) أي على الناخس لان الراكب أذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف وقوله (والركوب وان كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك (٣٥٤) بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطء والاضافة الى العلة أولى ووجهه أن الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (وصار كما اذا أمر صبيا يستمسك) انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد أما على الصبي فلان مسكه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه وأما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى أحد كانت منفلتة وفعلها جبار وقوله (والناخس اذا كان عبدا) يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدي والباقي ظاهر الى آخره والله أعلم

قال (ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها) لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعله بأمره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما أراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه أمره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره) لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما (ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفعت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء) لانه متعد بشغل الطريق فأضيف اليه كأنه نخسها بفعله والله اعلم

قال المصنف (اذا كانت في فورها الذي نخسها) أقول قوله الذي بدل من الضمير المضاف اليه وتذكير اسم الموصول بنوع تأويل أو صفة له على مذهب الكسائي (قوله يعني ونخس بغير اذن الراكب الخ) أقول فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب قال العلامة الكاكي الا أن المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ونصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة واذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اه

لتعدده في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما) أقول ولقائل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس مسبب كما مر في الكتاب واذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر أولى كما صرحوا به سيما في مسئلة الراكب والسائق فبالهم حرموا هنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر (قوله والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية أي يقتصر الضمان على الناخس أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس اتلافا أن يكون الناخس متعديا بكونه مسببا لجناية الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا أقل من ان يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه أي فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس أي لا ينتقل الى الآمر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا كما في المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الافهام (قوله والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته) قال في العناية قوله (باب

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية (٣٥٥) المملوك وهو العبد وأخره لانحطاط

﴿ باب جناية المملوك والجناية عليه ﴾

قال (واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا أن يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدى اه وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرح به اذا كان النخس باذن الراكب اه أقول بحثه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لا أنه يتصور حتى يتجه عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرح به و يرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب وأما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نفحة أو وطء فقد ذكر حكمها في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان المأمور أو حرا وان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدابة وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اه تأمل

﴿ باب جناية المملوك والجناية عليه ﴾

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شئ وهو ان لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجناية على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية العبد على الحر وهو أيضا انما يتبين في هذا الباب فالاظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب أخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك اه أقول فيه أيضا شئ اذ لقائل أن يقول ان أراد ان جناية البهيمة كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فان جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحدهم والا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا أصابت يدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين انسان أو أفسد ثوبه وكذا اذا انفلتت فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وان أراد ان جنايتها قد تكون باعتبار أحدهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم

رتبته عن رتبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك قال (واذا جنى العبد جناية خطأ) اعلم أن التقييد بالخطأ هنا مفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص وأما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله (قيل لمولاه اما تدفعه بها أو تفديه) يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضى على المولى بشئ في ذلك حتى يبرئ المجني عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه يستأنى في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها والقضاء قبل الاستيناء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا

الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء

وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم) فعن ابن عباس رضى الله عنه مامثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روى عن على ومعاذ بن جبل رضى الله عنهما وغيرهما وروى عن على رضى الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم فى قيمتهم أى فى أثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقوله (فتجب فى ذمته) أى فى ذمة العبد كما فى الدين فان الدين فى ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته يباع فيه الا أن يقضى المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكذا فى الجناية على المال وفى بعض النسخ كما فى الذمى يعنى اذا قتل الذمى رجلا خطأ تجب ديته فى ذمته لا على عاقلته كما فى اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمى يدل على صحة هذه النسخة وقوله (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر وفيه بحث وهو أن الحكم فى المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعى رحمه الله جعل موجب جنايته فى ذمته كوجوب الدين فى ذمته وكوجوب الجناية على المال ونحن اذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذمى فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فتجب فى ذمته وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند الى النص الذى لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بابداء الفارق على أن قوله ان الأصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف والمولى يبطل أيضا بقولنا الاصل ذلك فى موجب الجناية العمد أو الخطأ والاول مسلم ولا يفيده اذ الكلام فى الخطأ والثانى عين النزاع وقوله (لانه هو الجانى) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والأصل فى الجانى أن يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب

والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له أن الاصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف لانه هو الجانى الا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندى بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب فى ذمته كما فى الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما فى الجناية على المال ولنا أن الاصل فى الجناية على الآدمى حالة الخطأ أن تتباعد عن الجانى تحرزا عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجانى اذا كان له عاقلة

من أحكام الجناية فى الشرع وانما ذكرت فى بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقريب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم) قال فى الكافى والكفاية فعن ابن عباس رضى الله عنه مثل مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضى الله عنه كما هو مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما كما هو مذهبهما فانهما قالا عبيد الناس أموالهم وجنايتهم فى قيمتهم أى أثمانهم وقال فى غاية البيان روى أصحابنا كالقدورى وغيره فى كتبهم عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وعن عمر رضى الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنايتهم فى قيمتهم وعن على رضى الله عنه مثله وقال فى معراج الدراية روى عن على رضى الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم فى رقاب الناس كمذهبنا وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنهم وروى عن عمر رضى الله عنه مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم فى قيمتهم أى فى أثمانهم لان الثمن قيمة العبد اه أقول قد اضطربت كلماتهم فى الرواية عن على رضى الله عنه فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى * ثم أقول قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن على وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهما من أحد منهم فيكون اجماعا منهم اه ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم (قوله ولنا ان الاصل فى الجناية على الآدمى فى حالة الخطأ أن تتباعد عن الجانى الخ) قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم فى المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على اصل فمن أين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعى رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنايته فى ذمته كوجوب الدين فى ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمى فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر وقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فتجب فى ذمته وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند الى النص الذى لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفارق الى هنا كلامه أقول جوابه ليس بتام أما أولا فلانه لا شك ان مدار دليل الشافعى ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد فى ذمته على وجوب الدين

(قوله فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد) أقول يعنى قال ابن عباس اذا جنى العبد الخ (قوله وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند الى النص الذى لا يعقل ابطاله) أقول بل النص يدل على خلافه وهو حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا الحديث

وقوله (الا أنه يخير) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ماذكره في الكتاب وتحقيقه أن الخطا يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الاجحاف وأما ههنا فالمولى واحد فأظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله (غير أن الواجب الاصلي هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلته

والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداء بارشها وكل ذلك يلزمه حالا) أما الدفع فلأن التأجيل في الاعيان باطل وعندا ختياره الواجب عين

في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بلا أصل بل مدار دليله على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كله تقرير المصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ماذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل كما لا يخفى وأما ثانيا فلأن للشافعي أن يقول أصلنا مستند الى النص كما ان أصلكم مستند الى النص وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس بمقيس على مايبطل بابداء الفرق * ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي هي أهل العشيرة وقلنا هي أهل النصرة وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي هنالك فاكتفينا هنا بجعل ذلك المختلف أصلا لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء ليس بخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا اه وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اه وذكره أيضا بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذا من التسهيل كما هو حاله في أكثر ايراداته في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم هنا ان لفظة العاقلة انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجيء في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه أي الذين يرتزقون من ديوان على حدة اه وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون دية من قتله خطأ وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين اه الى غير ذلك من المعتبرات فاذا تقرر هذا تبين ان المراد بما في الحديث ان العواقل

ووجهه أن الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينتقل الى القيمة (ولهذا) أي ولكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها التمرتاشي رحمه الله ان الدية هو الاصل ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمهم الله ذكر أن الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد وقوله (بخلاف موت الحر الجاني) جواب عما يذكر ههنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار

كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد قال (فان دفعه ملكه ولي الجناية) فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه (وان فداه فداء بارش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالا أما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالتأجيل في الاعيان باطل لان التأجيل شرع للتحصيل ترفها وتحصيل الحاصل باطل

قال المصنف (والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به) أقول أليس يخالف ماقلنا الحديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (قوله والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف) أقول الظاهر أن يقال لا يؤثر الاجحاف

وأما الفداء فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه قبل كون

وأما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وايهما اختاره وفعله لاشئ لولي الجناية غيره) أما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط وأما الفداء فلانه لاحق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيأ حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه

التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا وان مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو ان العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة أي الجماعة بل يغرم مولاه جنايته فقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اه فلا يخالف ما ذكروا هنا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من ان العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة فتبصر (قوله وأما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل) قال في العناية قيل كون الشئ بدلا عن شئ لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به اه أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه ان كانت أمرا لازما أو راجحا يرتفع السؤال عن أصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركا جدا وان لم تكن أمرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الاصل أن لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به اه أقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشئ بدلا عن شئ لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الاصل أن لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية هو ان الاصل أن لا يفارقه في الحكم الا بأمور ضرورية ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية اذ الظاهر أن معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول فلا يتم التقريب فتأمل تفهم (قوله وأما الفداء فلانه لاحق له الا الارش) أقول فيه اشكال سيما

الشئ بدلا عن شئ لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حالا لان الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف رحمه الله ما يشعر به ويجوز أن يقال الأصل ان لا يفارق الفرع الأصل الا بأمور ضرورية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوبه حالا على

فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضى وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله غير أن الواجب الاصلى هو الدفع الخ (وان مات) أى العبد الجانى بعدما اختار المولى الفداء قولا أو فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الحانث غير مخير وان عين أحدهما قولا لم يتعين وههنا قد تعين وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك فى التعيين قولا وفعلا وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولى) أى الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثانى به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع وأجيب بان فى الرهن ايفاء واستيفاء حكما فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس فى الجناية كذلك وقوله (على قدر أرش جنايتهما) لان المستحق انما يستحق

على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية قال (وان جنى جنايتين قيل للمولى اما أن تدفعه الى ولى الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما أن تفديه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فى المجنى عليه الاول أولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما (وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا) لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات (وللمولى ان يفدى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدارما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهى الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له أن يفدى من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهى الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق فى موجبها قال (فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش) لان فى الاول فوت حقه فيضمنه وحقه فى أقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفى الثانى صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به

فى الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصلى فى جناية العبد هو الدفع فى الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب الا أنه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما فى مال الزكاة فاذن كان حق ولى الجناية منحصرا فى الدفع على ما هو الواجب الاصلى فى جناية العبد فان لم ينحصر فيه فما معنى حصره فى الارش بقوله لا حق له الا الارش وهذا يكون مناقضا لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه متعلق

أن يقسم على قدر المعوض وقوله (لما ذكرنا) يعنى قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية وقوله (وعلى هذا حكم الشجات) يعنى لو شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له ألفا والى صاحب المنقلة نصفه لان له ألفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله (وهى الجنايات المختلفة) يعنى فجاز أن يختار فى أحدهم خلاف ما اختاره فى حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم وقوله (والحق يجب للمقتول) جواب عما يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه أنا لا نسلم أن المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الخ لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت حكما فقط لانه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل أولى قال (فان أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية) الأصل فى جنس هذه المسائل أن المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للفداء والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة فى الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعنى قبل العلم وبعده

وقوله (بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني اذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي أو عارية أو اجارة أو رهن لا يصير مختارا للفداء لما ذكر في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها أخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع وقوله (والحقه الكرخي بالبيع واخواته) في صيرورته مختارا لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله (واطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ وقيل يريد به قوله في أول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس وما دونه وقوله (وكذا المعنى لا يختلف) لان كل واحد مال وقوله (لانه يزيل الملك) لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس بمحتاج اليه ههنا وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختارا للفداء بهما لان الملك مازال قبل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارا للفداء وأجيب بأن ثمة ضررا لم تتحقق ههنا وهي أنه لو لم يجعل مجيزا وفاسخا هنالك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية وأما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترقا وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بان كاتب المسلم عبده الجاني على

خمر أو خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله (فيما ذكرناه) قيل يعني في اختيار الفداء وقيل في العلم بالجناية وعدمه وقوله (ولو ضربه فنقصه) يعني بأن أثر فيه حتى صار مهزولا أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزأ منه وأما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الارش الا أن يرضى ولي الدم أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية وقوله (وكذا اذا كانت بكرا فوطئها) يعني يصير به مختارا للفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزأ منه وقوله (بخلاف التزويج) يعني لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المصنف رحمه الله بقوله (لانه عيب من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعييب وبالتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يديها وعيبها وذلك لان التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزء منها وأما الحكمي فليس كذلك وقوله (وبخلاف وطء الثيب) فان به لا يصير المولى مختارا للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا الان الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا على امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا أجيب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حراما لانه اذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فتبين أن الوطء حصل في غير ملكه فلاضرر عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان في غير ملكه

بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فأشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك مازال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزأ منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق

به (قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها) يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن أرشها وقيل يريد به قوله في أول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس وما دونها كذا

وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله (في الاظهر) احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل أنه يكون مختارا للاجارة والرهن لانه أثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله (وكذا بالاذن في التجارة) يعني لا يكون به مختارا لانه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة (الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله أن يمتنع من قبوله قال (ومن قال لعبده ان قتلت فلانا)

ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية مثل أن يقول ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لزفر رحمه الله لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس شئ منهما بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسئلة المذكورة في الكتاب وقوله (ولنا) ظاهر وقوله (ولانه عرضه) دليل آخر ومعناه أن المولى عرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج (بتعليق أقوى الدواعي اليه) أي الى الشرط وهو الحرية (والظاهر أنه يفعله) رغبة منه في الحرية (وهذا دلالة الاختيار) وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبده ان

وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر من الروايات وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى انه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وقت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه ثلث كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا يرى أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فأنت طالق ثلثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورد لان غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه عرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال (واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه أو اعفوا عنه)

في العناية أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكر ثانيا لان تأخير التعرض لاطلاق ما في أول الباب الى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف واطلاق الجواب لان الاطلاق هنالك في المسئلة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الاول لا غير (قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة) أقول في التعليل شئ وهو انه ان أراد أن الاذن في التجارة وان ركبه دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وان أراد أنه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فانه يصير مختارا للفداء هنالك اذا كان عالما بالجناية كما مر آنفا

دخلت الدار فأنت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها أقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شئ وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيأ

(قوله والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول تعلق حق المجني عليه يعني العبد سابقا على تعلق حق الراهن يوجب صحة فسخ الرهن وان نقص الدين على ما صرحوا به (قوله وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) أقول لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية بل اذا كان بالاعم مثل أن يقول ان قتلت بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل بالمثقل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما اذا أعتق وبين ما اذا لم يعتق (أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أى الدفع (وقع باطلا) سماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ رحمهم الله أن الموجب الاصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية

ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان أطراف العبد لا يجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فيبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا أعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وأن يجعل صلحا عن الجناية ومايحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا أعتق يصح الصلح فى ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم فى العفو والقتل

مع انه يجرى أن يقال هنالك أيضا ان الضرب وان نقصه لا يفوت الدفع برضا ولى الجناية فانه اذا رضى أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ففى صورة ما اذا ضربه فنقصه ان لم يفت الدفع برضا ولى الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هنالك فلم ينتقض بذلك نعم فى تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركبه دين كلام لان وجوب الدين فى ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولى الجناية اذا دفع العبد اليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح فى شرح قول المصنف الا ان لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافى ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان لولى الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا أعتق وبين ما اذا لم يعتق أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أى الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الاصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به اه وافتنى أثره الشارح العينى أقول فيه نظر لان المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح وقال ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يستقيم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ان ذكر ما اختاره بعض المشايخ من ان الواجب الاصلى هو الارش قال والرواية بخلاف هذا فى غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندى أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره فى صحبة ما هو صلح وهو ما اذا أعتقه تدبر ترشد (قوله والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه) أقول فيه بحث وهو أنه ان أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره فى نظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدى نفعا هنا لان الدافع لم يعلم أن القطع يسرى فيكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجبه المال وان أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فانه يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به فى كتاب الحدود وفهم أيضا هنا من قوله مع العلم

لانه انما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الاحرار والعبيد واذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعنى المصالح عنه لان الذى كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها فى العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا أعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا بجعله صلحا عن الجناية ومايحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود ولهذا لو نص على ذلك ورضى به المولى صح فتبين انه اذا أعتق حصل بينهما صلح جديدا بتداء

وذكر

واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم فى العفو والقتل

(قوله والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وقوله (وذكر في بعض النسخ) قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب أي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ماذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ماذكرنا) يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع يرد اشكالا) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شئ فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلف المشايخ رحمهم الله في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ماذكرهنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو أن العفو عن اليد صح ظاهرا الان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجناية كذلك لان العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك وان بطل العفو بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا أعتقه فالتخريج على ماذكرناه من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده الخ وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية) يعني اذا كانت القيمة أقل من الارش وقوله (أتلف حقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والأصل أن العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شئ كان لاصحاب الولاء وانما بدأنا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومتى بدأنا بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجيب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس في الأعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته حرا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شئ صرف الى أولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبنى عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لأوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد مر

وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ماذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب قيل ماذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا الان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا أعتقه فالتخريج ماذكرناه من قبل قال (واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف

بحرمتها عليه (قوله أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة) أقول يرد عليه انه ان أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب

(قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى الخ) أقول يعني الاتقاني

وقوله (بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي) واضح وقوله (فلا يظهر في مقابلته الحق) يعني حق الدفع (لانه دونه) أي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا قال (واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها في أن الولد يباع معها في الاولى دون الثانية فان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام (وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع وقوله (والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل الى غيره وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتحوله واعترض بوجهين احدهما لا نسلم أن دين الامة في ذمتها فان المولى ان أعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى أثر الدفع الى أرش استحقته بجناية جنى بها عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لما ان ولدها جزؤها وأرشها ليس كذلك ولما لم يسر الى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسري الى ما ليس بجزء منها وأجيب عن الاول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب

الدين على المولى والا لوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هناك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقض فان قيل اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني أن الارش بدل جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء يعوض قام العوض مقامه وأنا كما لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء وقوله (واذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله (وابراء العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وابراء المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك أو مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقلة الا بحجة وقوله (واذا أعتق العبد) يعني اذا أعتق عبد معروف بالرق (فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان) لانه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق

بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال (واذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولا ذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شئ له) لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى الا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (واذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لانه منكر للضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون أو بعت داري

الجنايات بأن موجب القتل العمد القود الا أن يعفو الاولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في

(قوله وانما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول الظاهر أنه كان يكفي أن يقول وانما لا يضمن القاتل الدين لانه لم يفوته (قوله فان قلت اذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه

وقوله (كان القول قوله) يعني مع يمينه وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها) هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله (الا الجماع والغلة) أن يقول لها جامعتك وأنت أمتي أو أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان أقر بأخذ شئ منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد رحمه الله على الاصل المذكور وأجاب عن تخلف الشئ القائم بعينه بانه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالاخذ منه (٣٦٥) ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول

وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء قائما بعينه يؤمر برده عليها) لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشئ القائم أقر بيده حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوأة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن بدها لو قطعها وهي مدبونة وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المدبونة لا يوجب العقر وكذلك اذا أخذ من غلتها وان كانت مدبونة لا يوجب الضمان عليه فصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان

اسقاط موجب الجناية وان أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي العفو والصلح اذ العفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان أقول ليس هذا بسديد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كما في المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا أن قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسئلة وانما ذكرها هنا بطريق الاستطراد لا الاصالة فما معنى بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن بدها لو قطعها وهي مدبونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المدبونة لا يوجب العقر وكذلك اذا أخذ من غلتها وان كانت مدبونة لا يجب الضمان عليه فصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما (لانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وارثا (وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوأة) يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف ان كان صحيحا حال

الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور وأجيب بأن المراد فقء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا) أقول سبق في كتاب المأذون أن للمولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذت مني وأنا مسلم فانهما على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله انه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه دينا فكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة والله أعلم والحاصل أن هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا أخذ الغلة أو وطئها وفي وجه يكون القول

قول الجارية وهو ما اذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا وهو قائم في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها أو قطع يدها وقد اتفقوا على أصلين أحدهما أن الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به والآخر أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول مخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني مخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد رحمه الله على الاول وهما على الثاني وقوله (واذا أمر العبد المحجور) على الوجه الذي ذكره ظاهر وقوله (على ما بينا من قبل) اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين وقوله (لانه غير مضطر في دفع الزيادة) أي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء أو قيمة العبد لانه انما أتلف بأمره ما هو الاقل منهما قال (واذا قتل العبد رجلين عمدا)

قال (واذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولا شئ على الآمر) وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان بأقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير الان عمده خطأ أما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لانه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافين وهو النصف وبقي النصف (فان كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف الذي لم يعف من ولي العمد وعشرة آلاف لولي الخطأ) لانه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق أحد ولي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفا (وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند أبي حنيفة وقالا يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد)

مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذت مني وأنا مسلم فانهما على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه دينا فكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نبذ من الاختلال أما أولا فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخلا في مسئلة القطع نفسها الا انه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان عندهما وكونه نظيرا لما نحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ وأما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه دينا ليس بشرح مطابق للشروح وانما المطابق له أن يقال لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه وهو مستأمن تدبر (قوله وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه أرباعا الخ) قال صاحب النهاية وأصل هذا

قال المصنف (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ اذ لا رواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع بشئ لان الامر لم يصح والامر لم يوقع في هذه الورطة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيا انتهى أجيب بأن أمره استخدام واتلاف بسببه مال المولى واذا استخدم العبد فعطب ضمن المستخدم كذا هذا فليتأمل

وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبدين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطا ورقبه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطا والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب

كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء وقوله (واذا كان عبدين رجلين فقتل مولى لهما) فسره المصنف رحمه الله بقوله أي قريبا لهما قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي أي الاقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما اعتقاه فعفا

فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطا بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال (واذا كان عبدين رجلين فقتل مولى لهما) أي قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليهما والمراد القريب أيضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع

ما اتفقوا عليه وهو أن قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لانه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه أما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبدين المشتريين ارباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلتنا هذه ثلاثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطا وربعه للساكت من ولي العمد

أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الى شريكك أو افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله والاشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد ان حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شائعا

(قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول مخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان فراجعه (قوله وأما اذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن تعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض ولا بد من هذا التقييد على ما صرحوا فانه اذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لا بد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت الخ) أقول فيه بحث (قوله ولابي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وان كان للولي حق النقل الى الفداء وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لان الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا الا أن يراد بالرقبة الذمة مجازا

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقى على أصل الحرية والمولى في دمه كأجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رحمه الله أن نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلا ويحتمل أن يكون نصفه

في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذاك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية

(ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة)

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه

﴿فصل﴾ (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة)

لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطا والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا في عشرة وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصة كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخرمات المديون وترك ألفا كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف فكذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء الى هذا أشار الامام قاضيخان والمحبوبي في الجامع الصغير الى هنا كلامه واقتفى أثره في هذا الشرح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان المصنف صرح في أوائل هذا الباب بأن الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة وصرح به أيضا عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول أبي حنيفة في هذه المسئلة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهلا يقتضي هذا أن يكون الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة أبي حنيفة رحمه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة بنوعما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

﴿فصل في الجناية على العبد﴾ لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية

قال المصنف (لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له) أقول قال العلامة الاتقاني فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وينفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها والحق أن يكتب لانه اذا لم يكتب تخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدليل أصلا انتهى وأنت خبير بأن التعليل المذكور يختص بوضع الديات وتبقى مسئلة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة ﴿فصل ومن قتل عبدا خطأ﴾

(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف) آخرا وهو قول الشافعي رحمه الله تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية) وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة أما أنه بدل المالية فلانه (يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية

على العبد وقدم الاولى ترجيحا لجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا (أقول) فيه بحث لانه ان اريد ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وان أريد ان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع فان المفعولية والفاعلية توجدان معا في آن واحد وهو آن تعلق الفعل المتعدى بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية) وجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضا خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية كما لا تتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية أصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى (أقول) ليس هذا بوارد فان اهدار أحدهما انما يتصور فيما اذا وجدا تلافهما معا فاعتبر أحدهما واهدر الآخر

وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة وقوله (بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ ابن عباس رضي الله عنهما وهو مار وي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول أصح لموافقته لا كثر النسخ واعترض بان أثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بمار وي ان عمر وعليا وابن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت وأجيب بأن المروي (٣٧٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه أرجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدي اليه العقل وليس فيما روي عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على أنهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) أي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا أن محمدا رحمه الله قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى أن قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله (لان القيمة في العبد كالدية في الحر) يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية (اذ هو) أي القيمة (بدل الدم على ما قررنا) اشارة الى قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله وقوله (وان غصب أمة) ظاهر قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب وقوله (في الوجه الاول) يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباه من له الحق) يعني المستوفي وجهالته تمنع القصاص

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فاتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك الى أن يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

بأن يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعي دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان في قتل العبد اتلاف آدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية أصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما أشار اليه المصنف بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال حيث لم يوجد فيه اتلاف الآدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الآدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم اهداره تفكر (قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا) أقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع أيضا ان الرأي والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير سمع وأيضا ان العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لاستحالة وعن هذا لا يتفاوتون في شئ من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية كالتكليف بالايمان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم (قوله وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فاتت في يده فعليه تمام قيمتها) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة هنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى ويمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكر هنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداية والذي ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فرقا بين مسئلة قتل العبد خطأ وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجمع الدليلي تينك المسئلتين في البيان في موضع واحد (قوله وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

(قوله ولابي حنيفة فلهذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أى فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيل أى فى وجوبه على وجه يستوفى لا على أصل الوجوب لانه لافادة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل أى فى تعذر الاستيفاء وقيل أى فى تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه) جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله لان الملك فى الحالين مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام فى الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر) فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له فى الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فانت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله (على اعتبار احدى الحالتين) وهى حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هى حالة الموت بعد العتق وقوله (فيما يحتاط فيه) يعنى فى الذى لا يثبت بالشبهات فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك على ألف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع البدل والاباحة فيها فلا يبالى باختلاف السبب كذا فى الشروح وفيه نظر فان الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون عما ثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذى لا يجرى فيه البدل

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين فى الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان مالكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ونحمد فى الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ) واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لو ضرب الامة الحاملة فأعتق المولى الامة ثم ألقته حيا فمات الولد بأن المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اه أقول ليس هذا بشئ اذ قد صرحوا فى بيان تلك المسئلة بأنا اعتبرنا حالتى الضرب والتلف معا فأوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك فى الكتاب وشروحه مفصلا فى أواخر فصل الجنين فكان ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هنالك ونسى بعضه فزعم أن المعتبر هنالك حالة الضرب فقط (قوله وفيه الكلام) قال صاحب النهاية أى الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شيخى بخطه الضمير فى وفيه الى وتعذر الاستيفاء لكن ما آل ذلك الى ما قلنا اه وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام أى فى وجوبه على وجه يستوفى ولا كلام فى أصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اه وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام أى كلامنا فى تحقق اشتباه من له حق استيفاء القصاص يعنى ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء اه واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام أى وفيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل أقول ما ذهب اليه صاحب النهاية فى تفسير مراد المصنف هنا واختاره صاحب العناية ليس بشئ عندى لان المصنف بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص فى الوجه الاول مريدا به ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا الى أن يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة وأما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية أيضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هنا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بقريبه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) قال جمهور الشراح فى تفسير ما يحتاط فيه أى الذى

(قوله والاموال ليست كذلك) أقول فيه بحث بل هى كذلك ألا ترى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله ولعل الشبهة انما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فانها لا تثبت بالشاهد دون الاول فتأمل (قوله فانه استشهد بعده بحل الوطء) أقول أى بعدم حل الوطء فالمضاف مقدر (قوله وما يثبت بالشبهات) أقول لفظة ما نافية

وهو راجع الى الاول وقوله (ولان الاعتاق قاطع للسراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا ترى أن من جرح عبد انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا

ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما

لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك علي ألف من قرض فقال المقرله بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيها البدل والاباحة فلا يبالى باختلاف السبب اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك اه أقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات ألا يرى الى ما صرحوا به فى كتاب الشهادة من ان فى شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه أقول فيه خلل أما أولا فلأن المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما ترى وأما ثانيا فلأن حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك أو بشبهة المحل لكن لا يحل الوطء بشئ من ذلك كما عرف فى كتاب الحدود فان وجه الحلل الاول بتقدير المضاف بأن يكون الاصل بعدم حل الوطء يبقى الحلل الثانى بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال فى نقل عبارة العناية وهو مما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظة ما نافية أقول نسخ العناية التى رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية هنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم أن يحترز به عن الاموال بالضرورة لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذى أورده على سائر الشروح بأن يقال الاموال أيضا لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم أن يكون ما عده أولى مشتركا الالزام تأمل تفهم (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله تعالى وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا يرى أن من جرح عبد انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية كذا فى العناية وكثير من الشروح وقال فى العناية بعد ذلك فان قيل ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجيب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين له ان الجناية قتل لا قطع اه أقول فيه بحث وهو انه ان أراد بقوله فى السؤال ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى أنه ينبغى أن يجب ذلك فى مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرش اليد دون

لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو فى الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعنى والاعتاق المستشهد بها بقوله كما اذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية الخ فان الحكم فيها مختلف (لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما) لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا يثبته ولو أثبته لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب

وقوله (والاعتاق لا يقطع السراية) جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطا دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية (لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطا لان العبد لا يصلح مالكا للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذا الفرض أنه (لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق) والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لانه اما ان قطع عمدا أو خطأ فان كان الاول فاما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال (ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا) اذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما أي بين ذلك المبهم بالتعيين في أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارش معينا وان كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه اذا قال أحدكما حر فمات أحدهما أو قتل تعين العتق للآخر (فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة) فيكون أرشهما للمالك (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) لا قيمة عبدين ولا دية حرين (والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في أحدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما فعين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجه لما أجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق

والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطا دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا أو قع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى) لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق أن البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف

أن يقول أرش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلا اذ يجب أرش اليد للمولى عند محمد في مسئلة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى وان أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسئلة التي ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهي ان من جرح عبدا نسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكر منقوض بمسئلة الكتاب فانه يجري فيها أيضا مع انه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققته تدبر (قوله وذلك في الخطا دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فجاء الاشتباه) أقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه ألا يرى الى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباه المقتضي لقطع الاعتاق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك يتجه الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية في حق القصاص كما صرح به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة العمد أيضا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطا والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتأمل في الدفع

والعبد (بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل) والاصل في هذا أن القاتل اما أن يكون واحدا أو اثنين فان كان واحدا فاما أن قتلهما معا أو متعاقبا فان كان الاول فالحكم ماذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال ويقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن أنه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس أحدهما أولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا أو متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد

من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعتق في حق العين كائنه غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا تيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى أو لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة فان العتق في حق المولى ثابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر أيهما قتل أولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمته لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ماذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا أو اثنين وقوله (ولان القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان انشاء ووجهه أن القياس (يأبى ثبوت العتق في المجهول) لانه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع (وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه (فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس) لانها محل العتق (دون الاطراف) لانه ان حلها حل تبعا فيبقى العبد مملوكا في حق الاطراف على أصل القياس قال (ومن فقأ عيني مملوك) هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي رحمه الله كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر أو مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها أولى باعتبار المالية فيها لانها بسلك بها مسلك الاموال

وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال (ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شئ له من النقصان عند أبي حنيفة وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه أو فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه

(قوله وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما) أقول لقائل أن يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر انشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه (قوله ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصرا عليه أي لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصرا عليه ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعا هذا زبدة ما قالوا (أقول) فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافيا لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال ولان فيه أي في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اه فان مدلول

واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا ألا ترى ان عبد الوقطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة

ما قاله هنالك ان المالية التى هى أدنى من الآدمية مهدرة فى حق ذات العبد لتعذر الجمع بينها وبين الآدمية وانما المعتبرة فيه هى الآدمية عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ومدلول كلامه هنا على المعنى المذكور أن المالية معتبرة فى حق ذات العبد وأطرافه جميعا عندهما فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال فى تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الاطراف لان اعتبارها فى حق الذات أى فى جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف اه (أقول) فيه خلل زائد أما أولا فلانه فسر الذات بجميع البدن وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال فى الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم ننجيك ببدنك قالوا بجسد لا روح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح وأما ثانيا فلانه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية فى حق الاطراف لجواز أن يكون ايجابها اياه للآدمية كما فى الحر تدبر وقال تاج الشريعة من الشراح فى حل كلام المصنف هنا يعنى ان اعتبار المالية فى الاطراف لا فى الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا يتحملها العاقلة وفسر الذات فى قول المصنف المالية قائمة فى الذات بالعبد حيث قال أى فى العبد وقال فى شرح قوله لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه يعنى ان سقوط اعتبار المالية مقتصرا فى النفس لا فى الاطراف ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية فى العبد باعتبار الاطراف اه (أقول) هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف فى تعليل المسئلة المارة فى صدر الفصل من قبل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان فى استفادته من عبارة المصنف ههنا تعمل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هنالك من قبل أبى يوسف وكلامه هنا مسوق لاقامة الحجة على الشافعى من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد أن يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك وبالجملة ان كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ولعل صاحب الكافى تفطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر فى التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتفى أثر المصنف فى وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا) أقول الظاهر من هذا البيان أن المالية والآدمية معتبرتان معا فى ذات العبد أى نفسه وأطرافه أيضا

كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة (وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة الكل) وأداء قيمة الكل يقتضى (تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس * ولما فرغ من الاستدلال على الشافعى رحمه الله شرع فى الاستدلال لبعض أصحابنا رحمهم الله فقال (ولهما) أى لابى يوسف ومحمد رحمهما الله (أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى ذكرناه) وهو قوله وقالا ان شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كما فى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا

ألا ترى ان عبدا الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الاولى) أى الآدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازاء الفائت لا غير كما فى فقء عيني الحر (ولا يتملك الجثة)

وقوله (ومن أحكام الثانية) أي المالية (أن ينقسم) أي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة وتملك الجثة كما في تخريق الثوب (فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم) يعني بالنظر الى الآدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفائت لاغير و بالنظر الى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك في المال وفيما قالوا الغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروق وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء أمسكه ولا شئ له نظرا الى الآدمية والله أعلم

﴿ فصل في جناية المدبر وأم الولد ﴾ (٣٧٦) لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة منه في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد غير أن أم الولد أحط رتبة أيضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى أيضا فالانوثة والاختلاط في اسم المملوكية أوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر قال (واذا جنى المدبر وأم الولد جناية ضمن المولى الخ) جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة (لما روى أن أبا عبيدة ابن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه) وكان أميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة رضي الله عنهم وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه أحد فحل محل الاجماع (ولانه صار مانعا من تسليمه) كما ذكره في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة وقوله (ولا يخير بين الاقل والاكثر) واضح ويتضاربون

ومن أحكام الثانية أن ينقسم و يتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

﴿ فصل في جناية المدبر وأم الولد ﴾ قال (واذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لامحالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة) لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك

عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر من المصنف في أول الفصل ان المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هي الآدمية دون المالية فانها مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجناية ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الا أن يحمل قوله هنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى ان المالية وان فرضت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد

﴿ فصل في جناية المدبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما ﴾ لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه ان الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس اه (أقول) في الجواب عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وأم الولد بالنسبة الى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة بخلاف المكاتب فان مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله لا ينافي أكملية الملك في العبد فان مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه بخلاف المدبر وأم الولد فان مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة واشباههما لانهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضا في محله ولا يخفى أن اكملية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وأم الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث

(قوله وفيما قاله الشافعي الغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه) أقول الشافعي اعتبر المالية فيما اذا قتل العبد خطأ فما باله اعتبرها هنا الآدمية

﴿ فصل في جناية المدبر وأم الولد ﴾ (قوله وهو العبد) أقول الاولى وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد) أقول فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس

وقوله (ويتضاربون بالحصص فيها) أى فى القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه) قال فى النهاية ومن صورته ماذكره فى المبسوط قال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم زادت قيمته الى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لانه جنى على الثانى وقيمته ألفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته ألفين ثم ألف من هذا الولى القتيل الاوسط خاصة لان ولى الاول انما يثبت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له فى الألف الثانية فيسلم ذلك لولى القتيل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين ولى القتيل الاول وبين الاوسط لانه لاحق فى هذه الخمسمائة لولى القتيل الثالث وانما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة

و يتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه لان المنع فى هذا الوقت يتحقق قال (فان جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولى الاولى بقضاء فلا شئ عليه) لانه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولى الجناية وهذا عند أبى حنيفة وقالا لاشئ على المولى) لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابى حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وولى الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت كالمقارنة فى حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولى الثانية عملا بالشبهين

آلاف لانه ماوصل اليه شئ من حقه ويضرب الاول بعشرة آلاف الا ما أخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين وانما يضرب بما بقى من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله (فلا شئ عليه) أى على المولى لانه ما لزمه أكثر من قيمة واحدة بجنايته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شئ وقوله (وان دفع قيمته بغير قضاء فالولى بالخيار) أى فولى الجناية الثانية بالخيار (ان شاء اتبع المولى) بنصف قيمته فى ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وان شاء اتبع ولى الجناية) الاولى (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لاشئ على المولى)

قالوا اقدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح يعنى لما عملنا بشبه التأخر فى ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها وجب أن نعمل بشبه المقارنة فى حق تضمين نصف المدفوع اه (أقول) فيه نظر اذ للخصم أن يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة فى حق تشريك ولى الجناية الثانية لولى الجناية الاولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولى الجناية الاولى خاصة لتقدمه فى استحقاقه المدفوع على ولى الجناية الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى حكما عملنا بشبه المقارنة فشركنا ولى الثانية لولى الاولى كما دل عليه قول المصنف لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج الى العمل بشبههما مرة أخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية فى بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة فى حق التضمين اذا وقع بغير قضاء لانه أبطل ما تعلق به حق الثانى ولم تجعل كالمقارنة اذا وقع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهى المقارنة والتأخر اه وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الاول ولم يتعرض له بشئ (أقول) فيه خلل لان العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرف فى موضعه فلما أمكن العمل بهما فى صورة واحدة مما نحن فيه وهى ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير فى اعتبار العمل بهما الى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل وانما كان يصح

لانه ليس بجان فى الدفع (لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء) لانه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضى لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما فى الرجوع فى الهبة ولأبى حنيفة رحمه الله ان كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وأما القابض وهو ولى الجناية الاولى فيقبض حق ولى الثانية ظلما والرجوع على الجانى جائز فيخير فى الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى فى حق التضمين لابطاله) أى ابطال المولى (ما تعلق به من حق ولى الجناية الثانية) وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك فى حق أولياء الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا وقوله (عملا بالشبهين)

يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقهما وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه أبطل ما تعلق به حق الثاني ولم تجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر وقوله (واذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع

(واذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة) لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير (واذا أقر المدبر بجناية الخطا لم يجز اقراره ولا يلزمه به شئ عتق أو لم يعتق) لان موجب جناية الخطا على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله أعلم

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شئ عليه) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك باآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني

ذلك لو لم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفا على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه أيضا أن يقال يتحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الاولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

قال في النهاية لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اه واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وفتور أما أولا فلأن وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه وأما ثانيا فلأن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه أو الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وأما ثالثا فلأن الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز أن يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما اه (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران منها واردين عليه أيضا كما ترى وقال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العيني (أقول) هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقرير بأحسن منه تدبر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك باآفة سماوية الخ)

لما ذكر حكم المدبر في الجناية (٣٧٨) ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع

(قوله وجب أن يعمل بشبه المقارنة) أقول قد عمل به في حق تشريك لولي الجناية الاولى ثم الاولى تبديل النصف بالبعض

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وصفا والغاصب لا يملك الا باداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد

فكانت

ملك المولى البدل ولم يوجد تحققه لان معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الا أن ينسب ذلك الى غير الجاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافا الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات باآفة سماوية فيضمن فليتأمل

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا) وكيف لا يكون مستردا (وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيخان بأن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جناياته الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا ولا مرجحا وقوله (واذا غصب العبد المحجور عليه) واضح وقوله (مؤاخذ بافعاله) يعني في حال رقه وأما في أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح وقوله (من غير أن يصير مختارا للفداء) لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن) لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق أولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)

واعترض الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الا أن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناياته الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيخان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشئ وأما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيخان أورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا ولا مرجحا انتهى (أقول) نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشئ حكما أن يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع

تحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله (فيصير) ظاهر وقوله (فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع الى ولي الجنايتين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (ويدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك) أي بالمدفوع الى ولي الجناية (على الغاصب وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)

(قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضميره راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيأ من بدل العبد في يد المالك فارغا أخذه ليتم حقه فاذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب

وأما سند منعه فليس بتام أيضا اذ لا محذور في ان يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكما لهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان (قوله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد) قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه ولى الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد بل هو عوض ما أخذه ولى الجناية الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد اه (أقول) فيه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه ولى الجناية الثانية والجناية الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولى الجناية التي صدرت من مدبره حال كونه في يده والعهدة في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه وعن هذا فرق محمد بين هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما ستطلع عليه وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولى الجناية الاولى عوضا عما أخذه ولى الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اه (أقول) هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الا أن في تقريره مساغ التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولى الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام قاضيخان حيث قال وجوابه ما قال فخر الدين قاضيخان ان ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولى الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب وأما في حق ولى الجناية الاولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشئ الواحد بدلا عن عينين في حق انسان ويكون بدلا عن شئ آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا اه (قوله ولهما أن حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الخ) قال في العناية واعترض بأن الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع اه (أقول) في الجواب بحث لانا لا نسلم أن المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير بل جعلت حكما أيضا في حق مشاركة ولى الجناية الثانية لولى الجناية الاولى كما أرشد اليه قول المصنف في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الثانية الاولى اه فاذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركة ولى الجناية الثانية أيضا كان ولى الجناية الثانية مزاحما لولى الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولى الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مزاحمة ولى الثانية له في استحقاقها اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق ولى الثانية شيأ من قيمة المدبر وليس الامر كذلك

قال

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ماذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله بينها وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب الى ولى الجناية الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما أخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولى الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هى الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله (ثم وضع) يعنى أن محمدا رحمه الله وضع فى الجامع الصغير هذه المسئلة فى العبد بعد ماوضعها فى المدبر وكلامه فيه واضح وقوله (ومن غصب مدبرا فجنى عنده) كذلك وقوله (ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف) يعنى قال بعض المشايخ رحمهم الله فى هذه المسئلة خلاف محمد رحمه الله أيضا كما فى المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى مارجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولى الجناية الاولى مابقى من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولى الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح لان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة فى الجامع الصغير بلا خلاف وكذا قرره فخر الاسلام رحمه الله وغيره

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا فى الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هى فى يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة فى العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى فى يده ثم رده فجنى جناية أخرى فان المولى يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى فى يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به) والجواب فى العبد كالجواب فى المدبر فى جميع ماذكرنا الا أن فى هذا الفصل يدفع المولى العبد وفى الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا فى يد الغاصب (فيدفع نصفها الى الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقض بحكم المزاحمة من بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان فى يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن فى الاولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق

بالاجماع فليتأمل فى الجواب الثانى (قوله ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول) أقول لقائل أن يقول ان كان حق ولى الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لانه لا حق له الا فى النصف ينبغى أن لا تكون التى وجبت على المولى بين ولى الجنايتين نصفين كما هو المذكور فى وضع المسئلة بل ينبغى أن يكون بينهما اثلاثا ثلثاه لولى الجناية الاولى وثلثه لولى الجناية الثانية لان حق ولى الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولى الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه فى القيمة نصف حق ولى الجناية الاولى فينبغى أن يتضاربا فى القيمة بقدر حقهما فيها اذ قد مر فى الفصل السابق أن جنايات المدبر اذا توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع من المولى الا فى رقبة واحدة وأولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولى الجناية الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقى له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف لا حق له الا فى النصف ينبغى أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب ثانيا الى ولى الجناية الثانية لان حقه كان فى كل القيمة كولى الجناية الاولى الا أنه سقط نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولى الجناية الاولى اليه بتمامه كان ينبغى أن يعود حق ولى الجناية الثانية فى النصف الساقط بالتزاحم اليه لحق ولى الجناية الاولى * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن يختار الشق الثانى ويقال فى الفرق بين ولى الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها بتزاحم الثانى من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثانى أيضا يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها

فى شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكر فى الكتاب لكن

(قوله قيل وهذا هو الصحيح) أقول القائل هو الاتقانى

قوله (فأما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه وقوله (ومن غصب صبيا حرا) أي ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبيب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير والحر الكبير في يد نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فأصابه شيء من ذلك أجيب بأن حكمه أن ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من

فاما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدى الى ماذكرناه قال (ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق ألا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حر رقبة ويدا أولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسببا لانه نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد أزال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا قال (واذا أودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان أودع طعاما فأكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه أتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا

بالكلية بتزاحم الاول وذلك لانه لا حق لغير الاول عند وجود الجناية الاولى فانعقدت سببا موجبا لاستحقاق كل القيمة وانتقاص حقه انما كان بعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم تنعقد سببا موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ومر في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تيسر من الكلام في توجيه المقام (قوله فاما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدى الى ماذكرناه) قال صاحب العناية فيه نظر فان الجناية الثانية وان

(قوله فيه نظر فان الجناية الثانية الخ) أقول فيه نظر فانه لما أخذ مولى الجناية الاولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضا عما سلم لولي الثانية لو جدانه شيأ فارغا من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ثانيا على الغاصب لان الاستحقاق كان بسبب كان في يده ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولي الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل

حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التالف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال (واذا أودع صبي عبدا فقتله) كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن أودع عنده صبي مالا فاهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الادراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه فخر الاسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا وأما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا

وقوله (وكما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره أيضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله (في يد مانعة) أي من الايداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعة عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه أوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم يوجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله (لانه لا ولاية له على الصبي) نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والا لانسد باب الوديعة ويمكن أن يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال اقامة غيره مقام نفسه تستلزم اما ولاية المقيم على من أقامه مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور

الودائع ولم يوجد شئ من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي وقوله (لان عصمته لحقه) أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيماله ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها فيما بالتسليط ونقوض بما اذا أودع الصبي شاة فذبحها فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه أجنبيا والشاة ليست كذلك وانما لم يملك ذبحها من حيث انه تضييع فكان كالتسبب وقوله (لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك بالايداع عند الصبي انما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

وكما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه أتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا أتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره قال (وان استهلك مالا ضمن) يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ بأفعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله أعلم بالصواب

﴿باب القسامة﴾

قال (واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم

حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه اه (أقول) هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله فان الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذي كان حقا للولي الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلا لما قال وماذا بعد الحق الا الضلال

﴿باب القسامة﴾

لما كان أمر القتيل يؤول الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديات ثم ان

لما كان أمر القتيل في بعض الاحوال يؤول الى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ولا سبيلها وجود القتيل فيما ذكرنا وركنها الجزاء اليمين المذكورة على لسانه

(قوله ولو كان التسليط) أقول أي ثبت (قوله فيه نظر لان اقامة غيره مقام نفسه الخ) أقول في تمشية النظر تأمل ﴿باب القسامة﴾

يتخيرهم الولى بالله ماقتلناه ولاعلمنا له قاتلا) وقال الشافعى اذا كان هنالك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أوخطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى القتل العمد وهو أحد قولى الشافعى واللوث عندهما أن يكون هنالك علامة القتل على واحد بعينه أوظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أوشهادة عدل أوجماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه

وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل فى الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان أبوا ان ادعى الولى العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطأ ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ماسيأتى وقوله (يتخيرهم الولى) أى يختار من القوم من يحلفهم وقوله (بالله ماقتلناه) على طريق الحكاية عن الجميع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ماقتلت ولايحلف بالله ماقتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ماقتلنا

القسامة فى اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا فى عامة الشروح أخذا من المغرب وقال فى معراج الدراية القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أواسم وضع موضع الاقسام انتهى أقول لايرى وجه صحة لكون القسامة مصدر أقسم كما لايخفى على من له دربة بعلم الادب وأما فى الشريعة فهى أيمان يقسم بها أهل محلة أودار وجد فيها قتيل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ماقتلته وماعلمت له قاتلا كذا فى العناية أقول فيه قصور فانه يخرج منه مااذا وجد القتيل لا فى محلة ولا فى دار بل فى موضع خارج من مصر أوقرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب فى هذه الصورة أيضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجىء فى الكتاب ولايقال انه بنى الكلام على ماهو الاكثر وقوعا لان المقام مقام تعريف لمعنى القسامة فى الشريعة فلا بد من أن يكون جامعا ومانعا كما لايخفى فالاولى أن يزاد عليه فيقال هى فى الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أودار أوموضع خارج من مصر أوقرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا وجد فى شئ منها قتيل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا وقال فى النهاية وأما تفسيرها شرعا فاروى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه قال فى القتيل يوجد فى المحلة أودار رجل فى المصران كان به جراحة أوأثر ضرب أوأثر خنق ولايعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة كل منهم بالله ماقتلته ولاعلمت له قاتلا انتهى أقول فيه سماجة لانخفى فان ماروى أبو يوسف عن أبى حنيفة على ماذكر فى النهاية انما هو مسئلة القسامة لاتفسير القسامة شرعا فان التفسير من قبيل التصورات وماذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه فى موضع بيان معنى القسامة شرعا فى أول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال فى النهاية وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل فى القسامة المرأة والصبى والمجنون والعبد وأن يكون فى الميت الموجود أثر القتل وأما لو وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولادية ومن شروطها أيضا تكميل اليمين بالحسين انتهى وفى غاية البيان أيضا كذلك أقول فيه كلام أما أولا فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها أيضا أن لايعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص أوالدية كما تقدم ومنها أن يكون القتيل من بنى آدم فلا قسامة فى بهيمة وجدت فى محلة قوم ولاغرم فيها ومنها الدعوى من أولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لاتحب بدون الدعوى كما فى سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما فى سائر الايمان ومنها أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لاحد أوفى يد أحد فان لم يكن ملكا لاحد ولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولادية ومنها أن لايكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذى وجد فيه فلا قسامة ولادية فى قن أومدبر أوأم ولد أومكاتب أومأذون وجد قتيلا فى دار مولاه نص فى البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذى ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وترك أكثرها وأما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل فى دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه فى البدائع وقال ذكره القاضى فى شرحه لمختصر الطحاوى فما معنى جعل كون المقسم حرا من شروطها اللهم الا أن يقال المكاتب حر يدا وان لم يكن حر رقبة كما صرحوا به ومر فى

(قوله وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته) أقول وذكورته ويجوز أن يقال أشار اليه بلفظ المقسم وفيه شئ والاصوب أن يقال المرأة من أهل القسامة فى الجملة ألا يرى اذا وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد القسامة عليها كما يجىء فى آخر الباب

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا الدية عليهم للشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليه السلام للانصار فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى أن خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحي أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل

الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراط الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في العناية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى أقول فيه شيء من الاخلال زائدا على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطا أيضا ثم أقول في امكان توجيه ذلك احتمالان أحدهما انه اكتفى في افادة ذلك الشرط أيضا بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وبتذكير الضمير في قوله وعقله وحريته وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا في أحكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسئلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهي ما سيجيء في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضا فكانت المرأة أهلا للقسامة في الجملة عندهما (قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا) أقول في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال أما أولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث أي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدم أو من قبل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة أن يقال وان لم يكن هناك لوث وأما ثانيا فلان ايراد الضمير المفرد في قوله فمذهبه بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وان قال اللوث عندهما الخ من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أي منهما وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعى عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من أن المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قريش وقد أشار اليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعي عندنا بقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وقال في وجهه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى لزم أن لا يصح تحليف غير المدعى عليه من أهل المحلة فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة في هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجيء وجعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه

وقوله (وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه) أي مذهب الشافعي رحمه الله (كمذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين) وقوله (ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعني كما في سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له وبقية كلامه واضح

(قال المصنف وان لم يكن الظاهر شاهدا الخ) أقول الظاهر أن يقول وان لم يكن ثمة لوث فان النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عين الاول لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا أعمى أو محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي) وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله ابن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى

وقوله (لانه يمين وليس بشهادة) يحترز عن اللعان حيث لا يجري اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها قوله (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أي على عاقلة أهل المحلة (بالدية) في ثلاث سنين وقوله (تبرئكم اليهود بأيمانها) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن ابن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر يتشحط في دمه فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم أحد عميه حويصة أو محيصة وهو الاكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود

وقال وهكذا الجواب في المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى ههنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به اللهم الا أن يقال يجوز أن يثبت به المدعى هذا بوجه آخر وهو أنه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافي الشركة وقد أشار المصنف اليه أيضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر فسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ انتهى ولا يخفى أن منافاة القسمة الشركة انما تقتضي أن لا يحلف المدعي لا أن لا يحلف غير المدعي والمدعى عليه كما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من أهل المحلة نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ تأمل تقف (قوله وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح) أقول لا فائدة هنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول في هذه المسئلة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المزبورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سيأتي بيانه في الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة ههنا ولقد أصاب صاحب الكافي في تقرير هذا المحل حيث قال وله أن مختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم أظهروه ولم يحلفوا انتهى بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بانه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب تفصيله فما الفائدة في استحلافهم على العلم رأسا ولم أر أحدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فانه قال فان قيل أية فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبعت السنة من غير أن يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائز أن يقر على عبد غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم

ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص

قال عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه فقال عليه الصلاة والسلام أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود بايمانها على أنه لا دية بعد الحلف والا لما كان ثمة براءة ووادعة قبيلة من همدان

وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمر صبيا أو مجنونا أو عبدا محجورا بالقتل فلو أقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا الى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك (قوله ولنا أنه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجر القسامة بينهم بالكلية وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بأيمانها وانما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتيل اياها حيث قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتيل بالقسامة شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلا عن البدائع وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أو بمائة من ابل الصدقة على سبيل الحمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر اليهم وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قالا بعد نقل الحديث انما ودى رسول الله عليه السلام لانه تجوز الحمالة عن أهل الذمة فان قضاء دين الغير برله وأهل الذمة من أهل البر اليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكاة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روى من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حثمة كما وقع في الصحيحين وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصرا على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضا في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فايجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجمالا من قبل حيث قال وروى ابن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار وجد في جب اليهود بخيبر وذكر الحديث الى أن قال فألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا أمر ايجاب القسامة والدية معا على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين أظهركم فالذي يخرجه عنكم فكتبوا له ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فأنزل الله تعالى على موسى عليه السلام أمرا فان كنت نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى أراني أن أختار منكم خمسين رجلا يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس أي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام خبرا (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ولان

(قال المصنف ولنا أنه جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) أقول فيه بحث فانه لم يجر بينهم القسامة بالكلية وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا

ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ (ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن أبي يوسف في غير رواية الاصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولي ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه عينا واحدة ووجهه أن القياس بأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراءه بقي على أصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

وقوله (يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري أشار به الى ما ذكره بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه

اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لكن يرد عليه أنها انما تتم فيما اذا ادعى ولي القتيل القتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقروا بذلك فان حلفوا حصلت البراءة عنه وأما فيما اذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضا عندنا وتمكن أن يقال ولي القتيل وان ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بانا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطأ فيجوز ان وقع القتل منهم عمدا ولم يعلمه الولي بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأ فلو أقروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الايمان الكاذبة بناء على اطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا أو خطأ استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجيء في الكتاب فتأمل فان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر اليه في تصحيح كلام المصنف هنا وان كان يرى تعسفا في بادئ الرأي (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم) أقول لا وجه لذكر قوله لا بنكولهم هنا بل الحق أن يذكر بدله لا بأيمانهم لانا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم وأما موجب نكولهم فانما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا الخ جواب عن قول الشافعي لا ملزما كما في سائر الدعاوى يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوى فالدافع له أن يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا بأيمانهم فلم يكن اليمين ملزما هنا كما في سائر الدعاوى فقوله لا بنكولهم حشو محض في دفع ذلك وانما اللازم أن يقال بدله لا بأيمانهم كما لا يخفى (قوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل عمدا أما اذا ادعاه خطأ فنكل أهل المحلة فانه يقضى بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى وأما سائر الشراح فلم يقيد أحد منهم ههنا مثل ما قيده تاج الشريعة الا أن صاحبي النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان أبوا والمدعي الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكراه هنالك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من اطلاق جواب مسئلة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لافصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلفه يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روى أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبي ولا مجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح

ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ أن يكون الحبس الى أن يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتي دعوى العمد ودعوى الخطأ وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر ثقات الائمة في تصانيفهم وكأن صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برئوا وأما اذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها أيضا على الاطلاق كما ترى ثم أقول التحقيق ههنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين احداهما أنهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الاطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة والاخرى أنهم ان نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وقد أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول الى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقي ههنا اشكال وهو أنه قدم في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى اطلاق ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد وان ادعى ولي القتيل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس الى الحلف بلا خلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضا في المحيط والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضا عند النكول لكن يبقى اشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا فتأمل في الدفع (قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس) أقول فيه بحث لانه ان أراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندهم أن النص

وقوله (على اختلاف مضى في كتاب الدعوى) بين أبي حنيفة وصاحبيه حيث قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع الخ قال (وان لم يكمل أهل المحلة خمسين) وافى اليه أي أتى اليه وأهل اللغة يقولون وافاه

قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه في الشهيد (ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شئ عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة

الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بموردها وهو ما اذا وجد القتيل في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان أراد باطلاقها اطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع اذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول يشكل اطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب وهي أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة) يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلا حقيقة فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان أقول في هذا التعليل شئ وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة انه لو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب اللهم الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة أو حكما فيتم التقريب بهذا التأويل ثم بقي شئ آخر وهو أن قول المصنف بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل أنه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شئ عليهم ولا يخفى أن قوله بخلاف الاقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى أن يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه

ولم يذكر الانف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الفم مطلقا وقد قيل اذا صعد من جوفه الى فيه وأما اذا نزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر

(قال المصنف ثم يجب عليهم القسم) أقول فيه أنه تكرار (قال المصنف الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي) أقول فيه بحث لان هذا قياس

ولا نالو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتوالبان والاصل فيه أن الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا اليه وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر (ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة) لانه لا يفوق الكبير حالا (وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا (وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم) لانه ينفصل ميتا لا حيا

البشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الاقل الخ وما سواه ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اه وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى أقول ليس ذلك بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى (قوله ولا نالو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتوالبان) يعني لو وجبت بالاقل لوجبت بالاكثر أيضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر أيضا اذا وجد فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرعا مكررتين قط قال في غاية البيان كان ينبغي أن يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا انتهى أقول ليس هذا بشئ لان القسامة في الشرع اسم لمجموع أيمان يقسم بها خمسون من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم انسان فكيف يتصور أن يتحقق في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما في خمسين نفسا وانما الموجود في آحاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسهما والكلام في اسناد التكرر الى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه أن الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب الخ) أقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف القتيل مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بأنه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شئ عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ في الموجود الاول أيضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة) أقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء فتور من وجوه الاول أن الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن أمه أما وجوده مع أمه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هنالك للام دون الجنين والثاني أن ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخنق أيضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار هنا على نفي أثر الضرب تقصير والاظهر أن يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شئ عليهم تدبر (قوله وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا

بتكرر ذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فتتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي أن تجب القسامة اذا وجد الرأس لانه يعبر به عن جميع البدن أجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الاولى فلزم التكرار وقيل كان ينبغي أن يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا وقوله (والمعنى ما أشرنا اليه) يريد به التكرار المذكور وعدمه وقوله (لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة

قوله ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا) أقول جزء الدية لا يسمى دية حتى يقال يتكرر في خمسين نفسا فتأمل (قوله اعترض عليه بأن الظاهر الى قوله وأجيب عنه بانه الخ) أقول الاعتراض والجواب للاتقاني

عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بأنه انما لم يجب فى الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب فى السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شئ لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شئ فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق فى الاموال وما يسلك بها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى والصواب أن يقال الظاهر ههنا أيضا اعتبر دافعا لما عسى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان قوموا فدوه قال (واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل الخ) اذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا اذا كان قائدها أو راكبها لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتيل فى أيديهم فصار كما اذا وجد فى دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل فى الدار فان الدية هناك على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا أو لم يكونوا وهنالك على المالك لا على السكان وأجيب أولا بانا لا نسلم أن الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور فى الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الراكب وأما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذى فى يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن والفرق أن العبرة فى هذا الباب للرأى والتصرف والتدبير وذلك فى الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة وأما فى الدابة فالتصرف والرأى والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذى فى يده الدابة وقوله (وادعة وأرحب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر

قال (واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره وكذا اذا كان قائدها أو راكبها (فان اجتمعوا فعليهم) لان القتيل فى أيديهم فصار كما اذا وجد فى دارهم قال (وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما) لما روى أن النبى عليه السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع وعن عمر رضى الله عنه أنه لما كتب اليه فى القتيل الذى وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا

لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها أجيب بانه انما لم يجب فى الاطراف قبل أن يعلم صحتها ما يجب فى السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شئ لان حاله لا تفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شئ فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح وردد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق فى الاموال وما يسلك بها

قال

(قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه) أقول بل يرده فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لامر النفوس ومنع كلية القضية القائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق ويقوى هذا المنع ما سبق من المصنف فى الدرس الامس ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا فليتأمل (قوله فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى) أقول الاستحقاق هنا للمال أيضا لا غير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك) أقول ذلك فى الغرة والقسامة والدية ليستا فى معناها (قوله فالتصرف والرأى والتدبير الى من بيده الدابة) أقول ما الجواب اذا كان المالك مع الراكب يسوق الدابة أو يقودها أو يكون الراكب هو المالك والآخر يقود أو يسوق فان اطلاق الكتاب يشمل هذه الصور قال الاتقانى فيما سيجى من مسئلة السفينة لو كان صاحب السفينة معهم ينبغى أن تجب عليه كما فى الدار فينبغى أن يكون هنا كذلك

وقوله (ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك) يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله (وهو قول محمد) يشير الى أن محمدا ليس فى هذا القول باصل فانه ذكر فى الاسرار بعد ماذكر الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعنى آخرا وكان قوله أولا كقولهما وما بعده ظاهر وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشترين)

قال (واذا وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار فى يده (والدية على عاقلته) لان نصرته منهم وقوته بهم قال (ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبى عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهى على أهل الخطة دون المشترين) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه أصيل والمشترى دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ماشاهد بالكوفة قال (وان بقى واحد منهم فكذلك) يعنى من أهل الخطة لما بينا (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين) لان الولاية انتقلت اليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم

مسلكها فلان لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق فى باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتل بين أظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق فى الاموال وما يسلك به مسلكها فلان لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى ممنوع فان مالزم من عدم كون الظاهر حجة فى الاموال وما يسلك به مسلكها اهدار أمر حقير ومالزم من عدم كونه حجة فى النفوس اهدار أمر خطير ولا شك أن اهدار الحقير أهون وأولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أسجع كسجع الكهان قوموا فدوه انتهى أقول يرد عليه أن حديث حمل بن مالك ورد فى جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهى نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فدو لكونها بدل النفس كما تقرر فى باب الجنين والكلام هنا فى جنين انفصل حيا بناء على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر فى الكتاب فأين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك فى باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لى فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفى رواية دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث انتهى فكانه نسى ما قدمت يداه

الخطة المكان المختط لبناء دار أو غيرها من العمارات ومعناه على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يختط خطة لتتميز أنصباؤهم والضمير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدية أى القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله (وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ماشاهد بالكوفة) يعنى من أصحاب الخطة فى كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون فى ذلك ويجوز أن يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل فى دار بين مشتر وذى خطة فانهما متساويان فى القسامة والدية بالاجماع وفى المحلة فرقا فأوجبا القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك أن فى العرف أن المشترين قلما يزاحمون أصحاب الخطة فى التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس فى حق الدار كذلك فان فى عمارة ما استرم من الدار

(٥٠ - تكملة ثامن) واجارتها واعارتها هما متساويان فكذلك فى القيام بحفظ الدار وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله (ولانه أصيل) والمشترى دخيل وقوله (لان الولاية انتقلت اليهم) يعنى على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أو خلصت لهم على قول أبى يوسف وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله (أو يزاحمهم) يرجع الى قوله أو خلصت لهم

وقوله (واذا وجد القتيل فى دار) يعنى اذا وجد القتيل فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفى القسامة روايتان فتى احداهما تجب على صاحب الدار وفى الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى وحكى عن الكرخى رحمه الله انه كان يوفق بينهما وبقول الرواية التى توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التى توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حضورا كذا فى الذخيرة والمذكور (٣٩٤) فى الكتاب يدل على أنها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا ويوافقه رواية فتاوى العتابى وما بعده ظاهر قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا الولاية الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجدا فى واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده أولى لان القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما أن يكون البيع باتا أو فيه الخيار فان كان الاول فهو أى المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثانى فهو على عاقلة من هى فى يده عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشترى وان كان الثانى فعلى الذى تصير له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أى ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) فى هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبى حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج فى دليله وذلك لانه

(واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة قال (وان وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها الرجل وعشرها الرجل ولآخر ما بقى فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان فى البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذى فى يده) وهذا عند أبى حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر

(قوله واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام يعنى اذا وجد القتيل فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفى القسامة روايتان فتى احداهما تجب على صاحب الدار وفى الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان قول المصنف فيما قبل وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وان جاز أن يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية الا أن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغاير أو أما ثانيا فلان قول المصنف فتدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان صريح فى التوفيق بين المسئلة التى ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرحا لمراده (قوله لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول هذا التعليل على قول أبى يوسف مشكل لانه ان أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون فى القسامة والدية مع الملك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون

(قوله وفى الاخرى على عاقلته) أقول الاظهر أن يقول وفى الاخرى عليه وعلى عاقلته حتى يستقيم تفريع اندفاع التدافع عليه (قوله وان كان الثانى فهو على عاقلة من هى فى يده) أقول لا أدرى ما فائدة هذا التفصيل والابهام فان اليد للبائع اذ الفرض انتفاء قبض المشترى ففى الصورتين الضمان على عاقلة البائع وهذه الركاكة مخصوصة بتقريره وسياق المصنف سالم عن أمثالها

قال (ان القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل فى اليد ما كان أصالة و يد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق لابى حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك فى الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على الملاك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة) يعنى اذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنها للذى فى يده) ولا يختلجن فى وهمك صورة تناقض فى عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد لان اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك والباقى واضح وقوله (واللفظ) أى لفظ القدورى وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل أربابها أى ملاكها وغير ملاكها وقوله (وهذا) أى كون الملاك وغيرهم سواء فى القسامة (على ما روى عن أبى يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل فى القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر قال (وان وجد فى مسجد محلة) كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها

وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفى البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع فى يد المشترى والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذى فى يده) لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة به فى الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال (وان وجد قتيل فى سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لانها فى أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من عداها والملاك فى ذلك وغير الملاك سواء وكذا المحلة وهذا على ما روى عن أبى يوسف ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما فى الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد فى المسجد الجامع أو الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين

بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب فى اثبات مدعاهما فى هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد اليد مطلقا أى سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس بصحيح اذ لا يجب شئ من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به فاطبة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لما صح ذلك وان أراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالملك دون اليد كما فى مسئلتنا المتنازع فيها و بالجملة ما ذكر فى هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسئلة (قوله ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود أنها للذى فى يده) قال صاحب العناية ولا يختلجن فى وهمك صورة تناقض فى عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد لان اليد المعتبرة عنده وهى التى تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هب أن اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالاصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهلا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد دون الملك كما فى المسئلة المتقدمة آنفا فان الملك هناك للمشترى مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله وقال صاحب الغاية هنا ولا يلزم أبا حنيفة أنه يعتبر اليد فى استحقاق الدية حتى قال فى الدار المبيعة فى يد البائع يوجد فيها قتيل ان الدية تجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة انتهى وذكر فى معراج الدراية

(قال المصنف لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول يناقض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشترى الدار صاحب يد بلا ملك مع أنه تعقل عواقله وكذا فى بعض صور البيع المنجز

قوله (فعند أبي يوسف تجب على السكان) أي سواء كان السكان ملاكا أو غير ملاك وقوله (كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية وانما أراد به أن يكون نائيا عن المحال أما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ

(ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند أبي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) لانه لجماعة المسلمين (ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن) لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان ان أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف قال (وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد أما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وان وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) لانه ليس في يد أحد ولا في ملكه (وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم

ما يوافقه حيث قال وفي جامع الكرابيسي اعتبر أبو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لان الملك في المسئلة المتقدمة كان للمشتري لا محالة وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة اذ لو كان الملك أيضا للبائع لما صار محل الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع اذ ذاك يد الملك اذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضا فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان أريد بيد الملك غير معناه الظاهر أي اليد التي كان اصاحبها ملك في الاصل وان زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الامر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لامامنا الاعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقتفى أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناها الأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم أن

أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق الثاني اذا كان من يسكنها في الليالي أو كان لاحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله (وقد بيناه) يعني في مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله (وان وجد في وسط الفرات) يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك وأما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فتجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قبل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله (لم تسقط ولان القسامة عنهم) يعني والدية على عواقلهم وقوله (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة

ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولى فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال (واذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم (الا أن يدعى الاولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شئ) لان هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذى رويناه أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتيل فى معسكر أقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد فى خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية) اعتبارا لليد عند انعدام الملك

تعيينه واحدا منهم لا ينافى ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه وبتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعين خصوص القاتل ينافى عدم تعينه وان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى وان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع اذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا ألا يرى انه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شئ على غيره أصلا فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فتركوا النصرة وأما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم فى حفظ المحلة يشكل بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شئ هنالك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فتأمل فى التوجيه وذكر فى الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبى حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة لان دعوى الولى على واحد منهم بعينه تكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة فى قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولى أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندى دراية والله تعالى أعلم بالصواب (قوله ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولى فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه) أقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولى فاذا ادعى الولى على واحد منهم بعينه دون غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولى عليهم فتفكر فى الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العينى واعلم أن قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد فى كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا فى الموضعين (قوله واذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لان القتيل بين أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم أى بينهم والظهر والاظهر يجيئان مقحمين كما فى قوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى أى صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما فى ظهر القلب وظهر الغيب وكذا فى الاظهر يقال أقام بين أظهرهم أى بينهم كذا فى الشروح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية

وقوله (لان القتيل بين أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم يعنى بينهم والظهر والاظهر يجيئان مقحمين كما فى قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى أى صادرة عن غنى فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وانه من خصمائه أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم وقوله (لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق) أى الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذى رويناه أى فى أوائل باب القسامة وأوله قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله (وان وجد فى خباء أو فسطاط) الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء وقوله (فعلى أقرب الاخبية) قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين أما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم

وقوله (وان كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا أى مقاتلين ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لان لقوا فى معنى المقاتلة وأن يكون مفعولا له أى للقتال وقوله (لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا) يحوج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية فى محلة فأجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا فى ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين فى مكان فى دار الاسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين جلا لامر المسلمين على الصلاح فى أنهم لا يتركون الكافرين فى مثل ذلك الحال و يقتلون المسلمين وأما فى المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما وردفيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذى لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) اشارة الى قوله ولو وجد قتيل فى معسكرأقاموا الخ وقوله (وقد ذكرناه) اشارة الى ماذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك فى القسامة عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا وقوله (واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله) يعنى لا تسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غايته مافى الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا لا ينافى أن يكون المقر شريكه فى القتل وأن يكون غيره شريكا معه واذا كان كذلك يحلف على أنه ماقتله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة

(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبى حنيفة) خلافا لابى يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ماذكرنا لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبى حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابى حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ماقبلها اما ببلوغ الغلام أو بعزل القاضى

(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبى حنيفة) خلافا لابى يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ماذكرنا لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبى حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابى حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ماقبلها اما ببلوغ الغلام أو بعزل القاضى وعلى

قاله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم كذا فى النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب أن يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الاصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر فى الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص وسيأتى مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية

(قال المصنف وان كان القوم لقوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتالا يحتمل أن يكون على الحال أى مقاتلين وان يكون على المفعول به كما فى قوله بعده وان لم يلقوا عدوا وأن يكون على المفعول له أى للقتال انتهى والمفعول به محذوف أى لقوا العدو (قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتله الخ) أقول فرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص (قوله وأما فى المسلمين من الطرفين الى قوله فبقى حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الحمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صح ماذكره لكان الامر كذلك اذا كانت احدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان) أقول قال الزيلعى وان كان للارض مالك يجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يزاحمون المالك فى القسامة والدية وهذا عندهما ظاهر والفرق لابى يوسف بينه و بين المحلة والدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك مخالفته لما نص عليه المصنف من خلاف أبى يوسف (قال المصنف لانه لما أقر بالقتل على واحد) أقول اقرار القتل هنا على التجوز كما لا يخفى

وقوله (وعلى هذين الاصلين) يعني الاصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصما ثم تبطل تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر وأنا أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) أما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كالمرء والوصي في حقوق اليتيم خاصم أولم يخاصم وأما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة

وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزادون على ذلك لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش ولهما أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضيف اليه وان لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة

لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا) قال في العناية قوله لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا يحوج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين جملا لامر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وشبهة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص انتهى أقول ليس هذا الفرق بتمام فضلا عن كونه ظاهرا اذ

تقبل شهادتهما لانهما بعرضية أن يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله (ولو ادعى) ظاهر وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر من مسئلة وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله (ومن جرح في قبيلة) يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صحيحا حينئذ

بحيث يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى ووجه قول أبي يوسف ظاهر ووجه قول أبي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص وأجيب بأن القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش فقتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كأنه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة وأما اذا كان صحيحا يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله (ولو أن رجلا معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة

(ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شئ فيه) لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم

لا نسلم أن الظاهر ذلك لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرا فلا بد في تمام الفرق بين المسئلتين من المصير الى ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققته (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة) قال صاحب العناية اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت اما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فان كان الاول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا أشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته وما ذكر في الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظاهر واعترض على وجه أبي حنيفة رحمه الله بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب

(قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته) أقول أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف وانما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتيل حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل

بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له ثم اعلم بانه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل أبي حنيفة رحمه الله اشارة الى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما ألطفه مخبرا بل الله تراه ولما (٤٠١) استشعر ورود مسئلة المكاتب

بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله يقبت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لانه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف أن الظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة (ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل اليها في النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضا) لان القسامة انما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فاشبهت الصبي ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهلها قال هو على صاحب الارض) لانه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون ديته له لا لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في ثاني الحال أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم أقول بقي هنا اشكال قوي وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضا بتعمل فليتأمل وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشئ أما أولا فلان الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته لان دية المقتول مجموع

اذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكر أشار الى الجواب بقوله لان حال ظهوره الخ يعني انما صار دم المكاتب هدرا الان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر وقوله (كما اذا وجد قتيل في محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله (قال المتأخرون)

(٥١ - تكمله ثامن) أي من مشايخنا رحمهم الله (ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل ان شاء الله تعالى وانما دخلت في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضا وقوله (لانه أحق بنصرة أرضه) لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى أهل القرية والله سبحانه وتعالى أعلم

(قال المصنف وتهمة القتل من المرأة متحققة) أقول مخالف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة وأشار الاكمل الى جوابه في الدرس الثاني من المعاقل

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسك قال (والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لاوجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال (والعاقلة أهل الديوان ان كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين

ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ثانيا فلان المحذور المذكور في الاعتراض المزبور انما هو أن يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادي عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لا أن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة اذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المجيب تكون الورثة أيضا ممن وجبت عليهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لاستحالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعاقل

أقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا الى التكرار ليس بتام في نفسه لان بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان ههنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لان مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل لكون المذكور هنا اذ ذاك شعبة من الديات بخلاف العواقل فانها أمر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب وكأن ذنبك الشارحين انما اغتر اذ ذكرا المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطا وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها انتهى (قوله والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قالوه لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطا كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية

كتاب المعاقل

أقول كان الاولى أن يقال كتاب العواقل لان المعاقل جمع معقلة وهي الدية كما قال هو فكأنه قال كتاب الديات فصار تكرارا والعواقل جمع عاقلة وهو من يتحمل الدية وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى (قوله وهو الذي ضربه بالسوط الصغير) أقول وفيه بحث

لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها وأحكامها في هذا الكتاب وقال (المعاقل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله (وكل دية) مبتدأ وقوله (على العاقلة) خبره وقوله (وجبت بنفس القتل) يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح أو الابوة فهي في مال القاتل لا على العاقلة وقوله (وقد ذكرناه) يعني الدية بتأويل العقل وقوله (وكذا الذي تولى شبه العمد) وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله (وفي ايجاب مال عظيم اجحافه) فسر الاجحاف بقوله واستئصاله وقوله (انما قصر) يعني أن القاتل انما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف وقوله (وتلك) أي القوة

كتبت أسامیهم فی الدیوان وهذا عندنا وقال الشافعی الدیة علی أهل العشیرة لانه کان کذلك علی عهد رسول الله علیه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولی بها الاقارب ولنا قضیة عمر رضی الله عنه فانه لما دوّن الدواوین جعل العقل علی أهل الدیوان وکان ذلك بمحضر من الصحابة رضی الله عنهم من غیر نکیر منهم ولیس ذلك بنسخ بل هو تقریر معنی لان العقل کان علی أهل النصرة وقد کانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعدّ وفی عهد عمر رضی الله عنه قد صارت بالدیوان فجعلها علی أهله اتباعا للمعنی ولهذا قالوا لو کان الیوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان کان بالحلف فأهله والدیة صلة کما قال لکن ایجابها فیما هو صلة وهو العطاء أولی منه فی أصول أموالهم والتقدیر بثلاث سنین مروی عن النبی علیه السلام ومحکی عن عمر رضی الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفیف والعطاء یخرج فی کل سنة مرة (فان خرجت العطایا فی أکثر من ثلاث سنین أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأویله اذا کانت العطایا للسنین المستقبلة بعد القضاء حتی لو اجتمعت فی السنین الماضیة قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا یؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء علی ما نبین ان شاء الله تعالی ولو خرج للقاتل ثلاث عطایا فی سنة واحدة معناه فی المستقبل

مبتدأ وقوله فی شبه العمد والخطا خبره فیصیر المعنی والدیة کائنة أو واجبة فی شبه العمد والخطا وهذا مع استلزامه أن یکون قوله والدیة فی شبه العمد والخطا مستدرکا لا طائل تحته ههنا اذ کون الدیة واجبة فی شبه العمد والخطا وقد ذکر مفصلا فی أول کتاب الجنایات وکتاب الدیات ولیس له تعلق بکتاب المعاقل یفوت به المعنی المقصود ههنا وهو بیان کون الدیة فی شبه العمد والخطا علی العاقلة اذ بهذه الحیثیة تصیر هذه المسئلة من مسائل کتاب المعاقل والحق الصریح عندی أن قوله والدیة مبتدأ وقوله فی شبه العمد والخطا صفته أی الدیة الکائنة أو الواجبة فی شبه العمد والخطا وقوله وکل دیة وجبت بنفس القتل عطف علی قوله والدیة فی شبه العمد والخطا وقوله علی العاقلة خبر المبتدا وهو قوله والدیة فیصیر الحکم بکونها علی العاقلة منسحبا علی المعطوف والمعطوف علیه جمیعا فلا یلزم المحذور أصلا ویحصل المعنی المقصود ههنا بلا ریب (قوله ولان الاخذ من العطاء للتخفیف والعطاء یخرج فی کل سنة مرة) أقول فی تمام هذا التعلیل کلام لانه یجوز أن یکون العطاء الخارج فی سنة واحدة أو فی سنتین وافیا بتمام الدیة لکثرة آحاد العاقلة فیمکن أخذها بالتمام من العطاء الخارج فی سنة أو سنتین فلا یفید هذا التعلیل المزبور المدعی وهو التقدیر بثلاث سنین وأیضا یجوز أن لا تکون العطایا الخارجة فی ثلاث سنین وافیة بتمام الدیة لقلة آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ اذ ذاك من العطایا الخارجة فی أکثر من ثلاث سنین فلا یفید التعلیل المذکور المدعی من هذه الحیثیة أیضا کما تری نعم یفید التأجیل مطلقا لکن المدعی هنا هو التأجیل بثلاث سنین لا التأجیل مطلقا (قوله فان خرجت العطایا فی أکثر من ثلاث سنین أو أقل أخذ منها لحصول المقصود) أقول فیه بحث وهو أن القیاس کان یأبی ایجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بینهما الا أن الشرع ورد بذلك کما صرحوا به والشرع اذا ورد بایجابه مؤجلا بثلاث سنین فانه هو المروی عن النبی صلی الله علیه وسلم وهو المحکی عن عمر رضی الله تعالی عنه کما مر آنفا فینبغی أن یختص التأجیل بثلاث سنین اذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد علی خلاف القیاس یختص بما ورد به ویجری نظیر هذا فی الکتاب فی تعلیل أن ما وجب علی القاتل فی ماله کما اذا قتل الأب ابنه عمدا لیس بحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنین فتامل هل یمکن دفعه (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطایا فی سنة واحدة) قال صاحب معراج الدرایة وفی بعض النسخ ولو خرج للقابل أی للعام القابل وهو الاصح انتهی وتبعه الشارح العینی أقول کیف یکون ذلك هو

مجموعة ویروی أن عمر رضی الله عنه أول من دوّن الدواوین أی رتب الجرائد للولاة والقضاة ویقال فلان من أهل الدیوان أی ممن أثبت اسمه فی الجریدة وقوله (من عطایاهم) العطاء اسم مایعطی والجمع أعطیة والعطایا جمع عطیة وهو بمعنی العطاء وقوله (وذلك لیس بنسخ بل هو تقریر معنی) جواب عن قول الشافعی رحمه الله ولا نسخ بعده وقوله (بالحلف) الحلف بکسر الحاء العهد بین القوم ومنه قولهم تحالفوا علی التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله (والولاء) أی ولاء العتاقة وقوله (والعد) هو من العدید وهو أن یعد فیهم یقال فلان عدید بنی فلان اذا عد فیهم وقوله (فان خرجت العطایا فی أکثر من ثلاث) أی ثلاث سنین أو أقل مثل أن تخرج عطایاهم الثلاث فی ست سنین یؤخذ منهم فی کل سنة سدس الدیة وان خرجت عطایاهم الثلاث فی سنة واحدة أخذ منهم الدیة فیها وقوله (لحصول المقصود) یعنی أن المقصود أن یکون المأخوذ منهم من الاعطیة وذلك یحصل بالاخذ من عطایاهم سواء کانت فی أکثر من ثلاث سنین أو فی أقل منها وقوله (وتأویله) أی تأویل کلام القدوری رحمه الله فانه أطلق ذکر السنین وانما یؤخذ منهم فی ثلاث سنین بعد القضاء فیکون المراد ثلاث سنین فی المستقبل فلا بد من التأویل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منها فى سنة وان كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان فى سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين فى السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية فى السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين وقال الشافعى رحمه الله ما وجب على القاتل فى ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه

وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله (واذا كان جميع الدية) واضح وقوله (ولنا أن القياس يأباه) أى القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعنى لا يقتضيه لان القياس من حج الشرع وهى لا تتناقض والشرع ورد به أى بايجاب المال مؤجلا فى الخطا فلا يتعداه فان قيل هذا ليس فى معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها

الاصح وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه فى المستقبل لغوا محضا لان ما يخرج للعام القابل أى المقبل لا يكون الا فى المستقبل قطعا فما معنى تفسير المراد بقوله معناه فى المستقبل اللهم الا أن يفرق بين خروج فى العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى امكان كون الخروج للعام القابل فى الماضى بان خرج العطاء فى الماضى للعام القابل أى لاجل العام القابل بطريق تعجيل اعطاء عطية العام الآتى أيضا للمصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم فى النسخة الاولى أيضا كلام وهو أنه قال فى جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك أن كل الدية انما يؤخذ من العطايا التى خرجت للعاقلة أجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط الا أنه يمكن أن يقدر المضاف فى قوله ولو خرج للقاتل أى لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء أقول أراهم خرجوا هنا عن سنن الصواب اذ الظاهر أن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذ لا مجال لكون قوله المزبور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تأثير لكون الوجوب بالقضاء فى أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة فى سنة واحدة فى مسئلتنا هذه بل انما يكون قوله المزبور حينئذ اشارة الى قوله لحصول المقصود فانه يصلح أن يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لا يخفى على ذى مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه فى المستقبل لصح جعل ذلك اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف استطرادا وبالتبع وهو قوله معناه فى المستقبل وترك ما هو أصل المسئلة ومقصود بالذات هنا خاليا عن الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلا بقوله معناه فى المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين) أقول هذا التحرير محتل اذ الظاهر أن خبر ما فى قوله وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو فى ماله اذ لو كان خبره فى ثلاث سنين لم يكن للفاء فى قوله فهو فى ماله معنى بل لم يظهر لضمير هو فى قوله فهو فى ماله ارتباط بما قبله وهذا كله مما لا ستر به عند من له دربة بأساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبر ما قوله فهو فى ماله لم يصح معنى الكلام فى المقام فان ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب فالحق فى تحرير المقام أن يقال وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل فى ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه) قال صاحب العناية فى شرح قوله أن القياس يأباه أى القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعنى لا يقتضيه لان القياس من حج الشرع وهى لا تتناقض انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أما أولا فلانه لو كان معنى قول المصنف أن القياس يأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ههنا مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس باقتضاء عدمه والمخالفة انما تتحقق فى الثانى دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال فى الخطا مؤجلا أن لا يتعدى غيره لان الذى لا يتعدى مورده انما هو

(قوله وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الاظهر أن يكون اشارة الى قوله لحصول المقصودة (قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول يعنى لا يترتب الحكم على الحكمة

وقوله (لان الواجب الاصلى المثل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداؤها من وقته) أى من وقت القضاء (كما فى ولد المغرور) فان قيمته انما تجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيأ وهذا هو الموعود

ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للبعض بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما فى ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى التعاقل قال (وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدورى رحمه الله فى مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم

ما يخالف القياس كما تقرر فى علم الاصول وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله وهى أى حجج الشرع لا تتناقض أن حجه المعمول بها لا تتناقض فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور فى اقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقا أى سواء كانت معمولا بها أو لا فممنوع كيف وقد وضعوا فى كتب الأصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبينوا أحكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلا ثم قال ذلك الشارح فان قيل هذا ليس فى معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء ينافى ما مر منه فى أول كتاب المعاقل فانه لما قال فى الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره فى شرح قوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء وقالوا يحترز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الابوة فى القتل العمد فانها فى مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المنافاة غير خاف على ذى مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للبعض بالكل) أقول قدمر فى كتاب الجنايات انه اذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم وقالوا فى بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزأ لفناء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم فلقائل أن يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما فى العمد بناء على أن القتل لا يتجزأ وقد مر فى كتاب الديات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل فى الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته) قال الشراح فى بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل

من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما نبين وقوله (وهذا) أى قول القدورى رحمه الله لا يزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها (اشارة الى انه يجوز أن يزاد على أربعة من جميع الدية) فاذا أخذ من كل واحد منهم فى كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو اثنا عشر وليس كذلك فان محمدا رحمه الله نص على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الا درهم أو درهم وثلث درهم وقوله (وهو الاصح) احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخ رحمهم الله مما فهم من اشارة كلام القدورى ذكر فى المبسوط وقال ذلك غلط وقوله (ضم اليهم أقرب القبائل معناه نسبا) قالوا هذا الجواب انما يستقيم فى حق العرب لان العرب حفظت أنسابهم فامكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما فى حق العجمى فلا يستقيم لان العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسبا فبعد ذلك

(قال المصنف لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء) أقول بل الواجب الاصلى الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لا حكم الا حكمه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم) أقول أى بالقبيلة ويحتمل أن الباء للملابسة والمعنى لان نصرة القبيلة ملتبسة به (قوله مما فهم من اشارة كلام القدورى) أقول من للتبعيضية فى قوله مما

وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات يعني أقربهم نصرة اذا حزبهم أمر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي أحط رتبة منها ألا ترى انها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه أيسر مالا ان الاعطية أكثر أولان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم

النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بالقضاء الى المال انتهى أقول فيه نظر لانهم ان أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم كان يقتضي باطلاقه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ منصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضي وان أرادوا أن ضمان المتلفات ماعدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيأ فيما نحن فيه كما لا يخفى (قوله وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون) أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة الاخوة فممنوع كيف واخوته أبناء أبيه فاذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وان كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مرت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جوازا أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف قبيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة

اختلف المشايخ رحمهم الله فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله (فيسوى بين الكل) يعني الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه بحث لانه لا يلائم قوله وان كان لهم أرزاق فتأمل (قال المصنف ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول في المغرب الرزق ما يخرج للجندي عن رأس كل شهر وقيل يوما بيوم والمرتزقة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وان لم يثبتوا في الديوان وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للقاتلة والرزق للفقراء انتهى

قال (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كاحدهم) لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شئ من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية

واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس بعزيز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا انتهى أقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج للجندي عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في أعطياتهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول قط وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني أولا بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وانما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وايراد النظر عليه ليس كما ينبغي والعجب ههنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكروا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيأ يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق يأبى ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم) قال صاحب النهاية اعلم أن القاتل انما يكون كاحد العواقل في أداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان وأما اذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضا لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتفى أثره في تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية أقول هذا مشكل عندي اذ قد مر في الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضا من أهل العطاء في الديوان وقد مر أيضا أنهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله وأما اذا لم يكن

وقوله (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعني اذا كان القاتل من أهل الديوان أما اذا لم يكن فلا شئ عليه من الدية عندنا أيضا كما لا تجب عند الشافعي رحمه الله قال (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) كلامه واضح

(قال المصنف قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى) أقول قال القاضي في تفسيره أي ولا تحمل نفس آثمة اثم نفس أخرى وقال القاضي في تفسير سورة الانعام جواب عن قولهم اتبعوا سبيلنا ولنحمل خطاياكم انتهى فعلى هذا لا يتجه التمسك بها في هذا المقام لاثبات الملازمة وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال أي لا تحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شئ عليهما من الدية) قيل انه يناقض قوله فى المسئلة التى ذكرها قبل المعاقل فيما اذا وجد القتيل فى دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هنالك فى تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهنالك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهى قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شئ منها وهى قاتلة تقديرا أولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينبنى على ايجاب القسامة عليها وفى ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبى الى أن قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور فى سياق قوله وان

لم تكمل أهل المحلة خمسين من الصبى والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما ههنا فالقتيل وجد فى قريتها فيجب عليها نفيا التهمة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبى والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة والله أعلم قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذراريهم من العطاء والعطاء انما يدفع بنصرة أهل الاسلام كما فى حق الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة أى معونة الامام وأهل

وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شئ عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبى عليه السلام ورضى الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب فى النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له فى الديوان عطاء

من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضا يلزم أن لا تجب الدية على العاقلة أيضا فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هنالك لا فى حق القاتل ولا فى حق عاقلته واللازم باطل لاستحالة فان وجوب الدية على العاقلة فى القتل الخطأ وشبه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغى أن يجب على القاتل أيضا شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء للعلة التى ذكرت فى الكتاب وهى أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شئ عليهما) قال صاحب النهاية ان قوله هنا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هى القاتلة يخالف المسئلة التى ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القتيل فى دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هنالك فى تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهنالك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهى قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شئ منها وهى قاتلة تقديرا أولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد

(قوله وهى قاتلة حقيقة) أقول الواو حالية (قوله أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث ألا ترى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الاصل بل أدخلها المتأخرون فى تحملها مع العاقلة (قال المصنف والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقانى بيانه أن بنيتهما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضعفهما فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ويجوز أن يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهما لغيرهما فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى والتشبيه فى قول المصنف كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول فى كون الفرض لا للنصرة لا فى كونه للمعونة كما لا يخفى

وأهل البادية أقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة قيل هو صحيح لان الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال وأهل البادية أقرب اليه من أهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لان أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم (وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم) لانهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي بها عليه) كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة أن لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضي بالدية عليه في ماله لان أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر

لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه نظر لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء ممنوع فانه اذا وجد القتيل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شئ من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتأخرون وان قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة الا أن تعليلهم اياها بقولهم لانا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبيل كتاب المعاقل يأبى الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضي قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة والا لا يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة الا أن ذلك ليس بأصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكر هنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو أصل رواية محمد انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين الا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قد مر قبيل كتاب المعاقل أن القتيل اذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلتها عند أبي حنيفة ومحمد وذهب المشايخ المتأخرون الى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت ثمة أيضا لانشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما استحسن المتأخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى أن قال ولا امرأة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الايمان فعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما هنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها نفيا لتهمة القتل فانها تتحقق منها وتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تحمل بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل

وقوله (وأهل البادية أقرب اليه) يعني نسبا وقوله (قيل هو صحيح) الضمير راجع الى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة وقوله (من أهل المصر) بيان لقوله أهل الديوان أي أهل الديوان الذين هم من أهل المصر وقوله (وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة) يعني أن للولي الابعد أن يزوج اذا كان الاقرب غائبا وقوله (لاسيما في المعاني العاصمة) كحد القذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية وقوله (فالدية في ماله في ثلاث سنين) أي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال اذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء وقوله (وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أي ليس بسبب نصرة أهل الاسلام اياه وقوله (لعدم التناصر) لان التعاقل يبتني على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا أن المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة

بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة الى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظر أما أولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الايمان ممنوع بل ذلك مسئلة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لانتفى صلاحيتهم للقسامة مطلقا أي سواء كانوا منضمين الى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين الى الغير متروكا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة اذ الفرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى وأما ثانيا فلان ما ذكره من أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عنده باطل لا يساعده العقل ولا النقل أما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صوري وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل احداهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكم بحت وأما عدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من يراجع المعتبرات وقد مرت الاشارة الى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول يأبى هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب أن يقال المراد هناك نفي الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي على عاقلته من أهل البصرة) أقول لقائل أن يقول قد مر في أوائل كتاب المعاقل أن العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل في أداء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه انما كانت بانصاره الذين هم أهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ انما وقع منهم اذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي

وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الالفاظا نذكرها وقوله (وعاقلته أهل الكوفة) الواو للحال وقوله (لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة) يعني وان كان بعد القضاء

قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) أقول مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب (قال المصنف فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء) أقول فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة وهذا التقصير انما وقع من أهل الكوفة فينبغي أن تجب عليهم

بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب لان فى النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوى اذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان و بعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم فى أموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الامام فى العطاء حيث تصير الدية فى أعطياتهم وان كان قضى بها أول مرة فى أموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها فى أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صار ومن أهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم أبدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعى وقدم فى كتاب الولاء

أن يقضى بالدية عليهم لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ماذكرهنالك حكمة أن خصت العاقلة بالضم الى القاتل فى تحمل الدية لاعانته وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى فى الجنس لا فى كل فرد كما فى الاستبراء فى البكر فلا يقدح عدم تمشية ماذكرهنالك فى مسئلتنا هذه فان ملاك الامر فى تمام جواب المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقتضى أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل منحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء فلا بد أن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر (قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب الخ) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية فى شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضى قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان فى النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير لحكم الاول لا ابطاله انتهى أقول مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستدركة فى بيان معنى المقام غير صحيحة فى نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى أحد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ولا شك أن التكثير يغاير النقل بل ينافيه وعن هذا قال المصنف فى الفرق بين الصورتين ان فى النقل ابطال حكم الاول وفى الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة فى معنى المقام لقال المصنف فى الفرق بين الصورتين المذكورتين ان أمر النقل فى صورة القلة كذا وفى صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تقف

وقوله (بخلاف ما اذا قلت العاقلة) متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضى قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان فى النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وقوله (لكن يقضى ذلك) أى الابل من مال العطاء بان يشترى الابل من مال العطاء قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) كلامه واضح

(قال المصنف ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) أقول لا بد على قول من يقول لا يدخل الآباء والابناء فى العاقلة لانهم لا يكثرون من الفرق بين المولى وبينهم ولعل التزامه لاداء الدية فى العقد هو الفارق ولاجل ذلك لم يعقل فى المعتق مولاه وقبيلته اذ لا التزام بالعقد فيه تأمل

وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فأما بدل النفس فتتحمله العاقلة وان كان أقل من نصف العشر ألا ترى أن القبيلة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة وخمسون درهما فانه تتحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته فيجب في ماله وقوله (ولا عبدا) قال أبو عبيد اختلفوا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله انما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شئ من جناية عبده انما جنايته في رقبته أن يدفعه الى المجني عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه يقتله حر أو يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شئ انما ثمنه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجريه على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جائزا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا فقوله بعد هذا

قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شئ الا أنا تركناه بما روينا وبما روي أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فهذا كان في مال الجاني أخذا بالقياس

(قوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعدا) قال في النهاية والدليل على أنها لا تتحمل ما دون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول يرد عليه أن لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل أرش مقدر وهو أقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده لامكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فانتقض به كل واحد من قوله ان القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب الغاية اصلاح المقدمة الثانية أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال ويدل عليه من جهة النظر أن ما دون الموضحة ليس له أرش مقدر في نفسه فأشبه ضمان الاموال ثم قال فان قيل أرش الانملة مقدر وهو ثلث دية الاصبع فينبغي أن تتحمله العاقلة قيل له ليس أرشها مقدرا بنفسها بل هو مقدر بغيرها وهو الاصبع ونحن انما شبهنا ما دون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له أرش مقدر بنفسه انتهى لكن يقيث المقدمة الاولى وهي قوله ان القصاص لا يجب في عمده مجروحة تدبر (قوله والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة) قال أبو عبيد اختلفوا في تأويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا

(قوله وقوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرا الخ) أقول قال الاتقاني واحتج محمد في ذلك بشئ رواه عن ابن عباس قال محمد حدثني عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك قال محمد أفلا ترى أنه قد جعل الجناية جناية المملوك (قوله وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يكون المعنى لا تعقل العاقلة من قتل عمدا ولا من صولح عن دمه ولا من اعترف بقتله فان الخصم يذهب الى أن المعنى ذلك

(ولا تعقل العاقلة جناية العبد) اضافة المصدر الى فاعله وأما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الا أن في الاقرار تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله (ففي الثابت بالاقرار أولى) يريد أن الثابت بالبينة أولى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى وقوله (وتصادقهما حجة في حقهما) لان أحد المتصادقين ولي القتيل ومن زعمه أن الدية انما وجبت لا على المقر فاقراره حجة على نفسه وقوله (بخلاف الاول) أراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما وجبت الدية هنالك في مال المقر لان هنالك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فتجب في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحيل أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف

قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح أو باعتراف الجاني) لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الا أن يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شئ على العاقلة) لان تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شئ في ماله) لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول (الا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته) لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت

ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شئ من جناية عبده انما جنايته في رقبته أن يدفعه الى المجني عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه يقتله حر أو يجرحه فليس على عاقلة الجاني شئ انما ثمنه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذاكرت الأصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جائزا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الأصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الأصمعي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا في العناية أقول الجواب محل الكلام اذ للخصم أن يمنع كون معناه ما ذكر ويقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمدا بصيغة المجهول ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضا فيؤل المعنى في الكل الى معنى عقلت القتيل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما (قوله لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار أولى) قال صاحب العناية يريد أن الثابت بالبينة أقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى وقال والعلل الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبينة تلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار أولى أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل انتهى أقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس

(قوله وفي القتل معاينة الدية) أقول ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى ولعل الأولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبينة تلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار أولى أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول الفهم منه بعيد ولعل المراد به قوله ومن أقر بقتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية في ماله (قوله أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا لدفع التوى الخ) أقول قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم

ومادون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي أحد قوليه العاقلة تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال أصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه أن الاصل أن تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه) لان نسبه ثابت منها دون الاب (فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب) لانه تبين أن الديه واجبة عليهم لان

كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل الخطا اذ قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفيما مر غير مرة في كتاب العاقل وانما الكلام ههنا أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا قصر المصنف البيان عليه في تعليل هذه المسئلة وماذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ انما يفيد كون الدية مؤجلة الى ثلاث سنين في هذه المسئلة لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الاول وأما ماذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى وهذا يثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية فرع وجوبها فلا محالة انما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضي فهنا أولى انتهى (قوله ومادون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ماذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هنا لنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجرى القصاص في العمد بين طرف الحر والعبد فلا تتحمله العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى ينتقض حينئذ ماذكره في تعليل مسئلتنا هذه بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجرى هناك أيضا مع تخلف الحكم عنه وان كان مراده به ماذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز أن لا ينتقض ماذكره هنا بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الآدمية في أطراف الحر بالكلية الا أنه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة فانه يعتبر المالية والآدمية معا في أطراف العبد وانما يتم هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فانهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسئلة من فقأ عيني عبد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى لان يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل) قال صاحب الغاية أي

وقوله (وقد مر من قبل) أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك وقوله (قال أصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال) يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم أهل النصرة والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظاهر

وقوله (ثم أديت الكتابة) أى فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله (والاصل الذى يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها القاضى أولم يقض) كالمولود بين عبد وحرة اذا جنى ثم أعتق العبد لا تتحول الجناية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالى الام الى موالى الاب وكالغلام اذا حفر بئرا قبل أن يعتق أبوه ثم سقط فى البئر رجل بعدما أعتق أبوه فان القاضى يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شيأ لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد فى ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان الجناية لا تتحول الى الملك الحادث بل تبقى فى الملك الذى وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئرا فى طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع فى ملك المشترى انسان فمات فالضمان على البائع لا على المشترى لان ملك المشترى حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الأخرى وقع القضاء بها أولم يقع وقد ذكر صورته فى الكتاب وكما اذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤد وا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبنى تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما أدوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند أداء البدل يستند الى حال حياته فتبين أنه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الاب ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء كما ذكر فى الكتاب فى صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسبا وقد تقدم وقوله (الا فيما سبق أداؤه) استثناء من قوله اشتركوا يعنى لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم

عند الاكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون فى ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتبين أن قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفى مال الآمر ان كان ثبت باقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر أو على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذى يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الاول قضى بها أولم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أولم يقع ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

فى أول فصل بعد باب جناية المملوك واقتفى أثره فى هذا التفسير صاحب العناية والشارح العينى ولم يتعرض لتفسير ذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته هنا غير رائجة قطعا اذ لم يذكر فى ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعى ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

﴿كتاب الوصايا﴾

قال الشراح اراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر أحوال الآدمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد فى آخر هذا الكتاب وانما المورد فى آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من أصحاب التصانيف أوردوه فى آخر كتبهم لكن الكلام فى شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر فى قولهم فى آخر الكتاب على الاضافى فان آخره الحقيقى وان كان كتاب الخنثى الا أن كتاب الوصايا أيضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان فى قرب آخره الحقيقى وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا فى أوائل كذا وأواخره فان صيغة الجمع لا تتمشى فى الاول الحقيقى والآخر الحقيقى وانما المخلص من ذلك تعميم الاول والآخر للحقيقى والاضافى ويمكن أن يقال أيضا لما كان ما ذكر فى كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضا جعلوه فى حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية فى اللغة اسم بمعنى المصدر الذى

هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان أو في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الالفاظ كما أنها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالى في المعنى الثاني فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه أقول ما عده تحقيقا ليس بشئ أما أولا فلان التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة انما هي المسائل المتعلقة بالوصي دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال لفظ الايصاء فيها باللام لا بالى يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى اليها كما لا يخفى فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شئ من المعنيين المذكورين قط وأما ثانيا فلان مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التنجيز مذكورة أيضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجيء في الكتاب ولا ريب في عدم شمول شئ من المعنيين المذكورين شيأ من تلك المسائل فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فمن أين كان ارتكاب جعلهما في لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا حقيقيا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم أقول الوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال هي ايجاب بعد الموت فانهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتأمل والوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما أوجبها الموصي في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه انتهى فانه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى وشرائطها كون الموصي أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما تعرف حياته في ذلك الوقت بان ولد لدون ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز الا باجازة الورثة وأن لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيأ قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون بمقدار الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا في النهاية وفي العناية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل خلل أما أولا فلانه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا لتركته والشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره وأما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه

ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر أحوال الآدمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما أن الجناية قد تفضى الى الموت الذى وقته وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية وهى فى الشريعة تمليك مضاف الى مابعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها

كون الموصى أهلا للتبرع وأن لايكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد وأجنبيا عن الميراث وأن لايكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصى شيأ قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا فى الحال أو معدوما وأن يكون بمقدار الثلث وركنها أن يقول أوصيت بكذا لفلان ومايجرى مجراه من الالفاظ المستعملة فيها وأما حكم الوصية ففى حق الموصى له أن يملك الموصى به ملكا جديدا كما فى الهبة وفى حق الموصى اقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث وصفتها ماذكره

﴿ كتاب الوصايا ﴾ باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك ومايستحب منه ومايكون رجوعا عنه ﴿

(قوله وسببها سبب التبرعات) أقول وهو طلب زيادة الزلفى فى العقبى كما مر فى الوقف (قوله وشرائطها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لايكون مديونا) أقول أى دينا مستغرقا لتركته (قوله وأجنبيا عن الميراث) أقول أى وقت الموت (قوله وأن لايكون قاتلا) أقول قال فى البدائع وأن لايكون حربيا غير مستأمن فان كان لاتصح الوصية له من مسلم أو ذمى

﴿ كتاب الوصايا ﴾ باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك ومايستحب منه ومايكون رجوعا عنه ﴿

ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة لستة أشهر حياوذلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لاعلى حياته فى ذلك الوقت كما يخفى على العارف باحوال الجنين فى الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور فى عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا وأما الثانى فلانه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به مقدار الثلث لازائدا عليه وهو ليس بسديد على اطلاقه فان الموصى اذا ترك ورثة فانما لاتصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم تجزه الورثة وان أجازوه صحت وصيته به وأما اذا لم يترك وارثا فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر فى موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث وأخرى بان لايجيزه الوارث

﴿ باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك ومايستحب منه ومايكون رجوعا عنه ﴿

قال بعض المتأخرين فى حل هذا التركيب أى مايجوز منه ومالايجوز ومايستحب منه ومالايستحب وقال ثم ظاهر الابدال يفيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان مايجوز منه ومايستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ماذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة فالاولى ايراده بالواو العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما أولا فلانه سلك مسلك التقدير فى قول المصنف مايجوز من ذلك ومايستحب منه حيث قال أى مايجوز منه ومالايجوز ومايستحب منه ومالايستحب ولا يذهب عليك أن ذلك التقدير ان صح فى قوله مايجوز من ذلك لايصح فى قوله ومايستحب منه اذ ليس فى جنس الوصية مايخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لايرتفعان عن شئ فلم يبق من جنس الوصية شئ يغاير مايجوز منه ومالايجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعدهما فان قيد كل واحد منهما بشئ يخرج منه مايستحب منه لا يبقى من ذلك شئ يغاير مايجوز منه ومالايجوز ومايستحب منه حتى يندرج فيما لايستحب منه فيصح تقديره لايقال المراد بالجواز تساوى الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلا لانجر درفع التساوى حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما ويجوز أن يكون المراد بما لايستحب منه ماهو الواجب منه لانا نقول نفى الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلا فمن أين يدل مالايستحب منه على ماهو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولئن سلم جواز ارادة ذلك به يفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ أن يدرج فى عنوان الباب ماهو الواجب من الوصية فيخالف ماذكره فى أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهى مستحبة وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط فالصواب ان لاتقدير فى شئ من كلام المصنف ههنا فان صفات الوصية الشرعية هى الجواز والاستحباب والرجوع عنها أى كونها مرجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره فى عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شئ أصلا حتى عند الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان فى صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر فى أثناء مسائل الباب مالايجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لالانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال فى مسائل سائر

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلى ولو أنهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالى وفى شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله فى الاجارة بيناه

الكتب وأما ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم أن الظاهر ذلك ولا نسلم أن أحدا سواه صرح به وانما الذى صرحوا به أن صفة الوصية فى الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة لا أن مراد المصنف بالصفة فى قوله باب فى صفة الوصية هو الذى ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة ألا ترى أنهم انما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف باب فى صفة الوصية الخ وكم بين المقامين وأما ثالثا فلان قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو أورده المصنف بالواو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة فى قوله باب فى صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب فى صفة الوصية أى فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكان هذا القائل نسى قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة ولعمرى انه عجيب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة) أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مر آنفا فى عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سيأتى فى الكتاب من أن الوصية بالثلث للاجنبى جائزة بدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هى مستحبة أو جائزة اللهم الا أن نوجه قوله وهى مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الاطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التى فرط فيها اذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزيلعى فى التبيين قال فى العناية أخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفى الوجوب لجواز الاباحة قال وهى مستحبة انتهى أقول فى قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظر لان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعى والواجب ما ثبت بدليل ظنى كما تقرر فى علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض فى حق الوالدين والاقربين بل الظاهر أن الرد لقول ذلك انما يحصل بقوله وهى مستحبة ثم ان فى أسلوب تحريره مسامحة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلا عليهما بل المتبادر أن تكون دليلا على قرينها ولا يخفى أنها لا تصلح لان تكون دليلا على القول الثانى وصاحب النهاية وان شاركه فى تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا أنه ذكر دليلا آخر

بقوله (الوصية غير واجبة وهى مستحبة) فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفى الوجوب لجواز الاباحة قال وهى مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسناه لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكر فى الكتاب وقوله (ومثله فى الاجارة بيناه) فى أنها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان فى المستقبل وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس اليه

(قوله اذا كانوا ممن لا يرثون) أقول بسبب الكفر أو الرق

وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين الى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان وقد استدل أبو بكر الرازى رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام فى أصوله وقررناه فى التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أى وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر فخر الاسلام وجها آخر وقد قررناه فى التقرير واستدلاله بالسنة ظاهر وقوله (وعليه) أى على جواز الوصية (اجماع الامة) وقوله (لمارويناه) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام بثلث أموالكم من غير تقييد باجازة وقوله (وسنبين ما هو الافضل فيه) أى فى فعل الوصية أو فى قدر الوصية

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قول النبى عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبى فى الثلث من غير اجازة الورثة لمارويناه وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى فجاز أن يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثانى على القول الثانى بطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلى الخصمين مستقصى ومستوفى فى النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكره ههنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقتفى أثره الشارح العينى أقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال فى وجه القياس ولو أضيف الى حال قيامها بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدى نفعا اللهم الا أن يتمحل بأن يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهى قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته لا كونه جوابا قاطعا له عن عرقه والاوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان فانه لما كان فى تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت بل تبقى مالكيته بعده فى حق ما يحتاج اليه كما فى قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين) قال صاحب العناية وقد استدل أبو بكر الرازى على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام فى أصوله وقد قررناه فى التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أى وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الاولى لم تبق لازمة فان المواريث وان لم ترتب فى هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصى بها فدخلت تلك الوصية الاولى أيضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبه عليها (قوله بل بعد أى وصية كانت نصيبهما) أقول ولنا فيه بحث فان

دلالة ما ذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة وانما دلالته على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها وعن غيرها أيضا ان وجدت كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود وعليك بالتامل

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف

(ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص) وهو ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودني فقلت يا رسول الله أفأوصي بمالي كله قال لا فقلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس

وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الآية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب في مقدار الثلث وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الاولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الاسلام فنسخ بآية المواريث بان قال فيه نظر لان آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتبه عليها انتهى أقول انما الساهي نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله تعالى فانه تعالى قال في أول آية المواريث يوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي يأمركم ويعهد اليكم في شأن ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لان مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بدليل ذلك الحديث أصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض الا أن لقائل أن يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس بتام لان نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الا أن قوله عليه السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث أو أوص الثلث أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر أي الثلث كاف أو على انه فاعل محذوف الفعل أي يكفيك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد أشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد فقول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل في هذا

(قول المصنف ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد الثلث والثلث كثير) أقول قال النووي يجوز رفع الثلث ونصبه فالرفع على انه فاعل أي يكفيك الثلث أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه والنصب على الاغراء أو على تقدير أعط الثلث

ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به الا أن الشرع لم يظهره فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره فى حق الورثة لان الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولا معتبر باجازتهم فى حال حياته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه

المقدار ضرورى فى الاستدلال بحديث سعد أيضا ممنوع (قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافى بان قال ولانه انعقد سبب زوال أملاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى أقول فى هذا التعليل قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم فى حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله فى حال صحته فلا توجب وصيته فى تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى فى تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا فى قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته فى المرض أو فى الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر (قوله الا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين فى شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا تجوز فى حق الفضل على الثلث بل فى حق الثلث فقط لانه لا تجوز هذه الوصية أصلا وقال هنا فان قلت كيف يجوز اعمال اللفظ الواحد فى بعض مدلوله دون بعض وبأى توجيه أمكن ذلك حتى جازت فى الثلث وبطلت فى الفضل ان ردوا قلت بجعله فى حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلا قوله أوصيت لفلان بثلثى مالى فى قوة أوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ويجعل قوله أوصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أوصيت له بثمانية آلاف وبألفين الى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن الغائه ما أمكن وحذرا عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التأويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى أقول حسب انه أتى بأمر مهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدر أنه انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاء شئ واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه ألا يرى أنهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر فى بيع بصفقة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع فى العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية وأختها فى النكاح والمحذور بحسب العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا وأما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شئ ذى أجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا أصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة فى حكم وصايا متعددة بلا أمر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغاء مهما أمكن والحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو اليه أصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رد الورثة واثباتها فى مقدار الثلث ضرورى على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد فى حكم وصايا متعددة أو أبقيت على حالها الظاهرة من

وقوله (وهذا لانه) ظاهر والضمير البارز فى قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء وقوله (تحرزا عما يتفق من الايثار) أى احترازا عما يوجد من تأذى البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على البعض (على ما نبينه) يعنى عند قوله بعد هذا ولا تجوز لوارثه وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية روى بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل وقوله (الا أن تجيز الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث

(قال المصنف وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم) أقول فرق بين انعقاد السبب وتحققه كما يعلم من الكافى حيث قال لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى وفى مباحث العلة من كتب الاصول ان المرض علة تشبيه الاسباب

لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق

كلامه وبالجملة ماذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال الشراح فاطبة قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى أقول فيه اشكال أما أولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حياة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك لداع ألا ترى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلا وأما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكروه بمسئلة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ولا يخفى ركاكته وبعده عن شأن المصنف والحق عندي أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم أن يرجعوا عنه يعني أن اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه حينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الامر أنه يستند عند الاجازة) وفي بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير وهي أن حق الورثة وان ثبت عند الموت الا أنه يستند الى أول المرض فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي أن تصير اجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بأن الاستناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكثبوت الملك في المغصوب عند أداء الضمان وهذا أي ما نحن فيه من الاجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير أشار فخر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية وقال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد أجاب بقوله غاية الامر يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى أول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى أقول فيه خلل فانه قال في أول تقريره السؤال لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين وقال في آخر تقريره الجواب تعليلا لقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أول السؤال فتم الجواب به مصادرة كما لا يخفى (قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذا الحق يثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى أقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة

(قال المصنف ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذا الحق يثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى

(فلو استند) ملكه الى أول المرض (من كل وجه لانقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث فى الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق فى حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق فى ذلك أيضا انقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذ لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت (٤٢٣) ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل

فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ماذكرناه

الى آخره والمراد بالحق فى قوله فيما سبق آنفا اذا الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التى تثبت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلو استند من كل وجه لانقلب حقيقة قبله) يعنى لو استند ملك الورثة الى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث فى الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق فى حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق فى ذلك أيضا انقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لما نع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق فى حق اسقاطهم بالاجازة أيضا انقلاب الحق حقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابها اياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق مجرد تعلق حقهم بمال المورث من أول المرض فى كلا الامرين معاندون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا اذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهى ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضا اجتهاد مالك وابن أبى ليلى والزهرى والاوزاعى وعطاء وغيرهم كما ذكروا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين اما أن نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفى ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله فنحن بين أمرين الخ مفرع على ما قبله ليس بسديد أما أولا فلان قوله وإما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع

(قال المصنف فلو استند من كل وجه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا ببطلان الحقيقة الخ كما فى الكافى لكان له وجه (قال المصنف ينقلب حقيقة قبله) أقول فى الملازمة كلام (قوله فلو استند الى أول المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه) أقول أى جارح خطأ (قوله واما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول الاولى واما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانعا بقوله باطلا فتأمل فان لما فى الكتاب وجها ظاهرا ثم قوله هذا القلب يعنى لزوم القلب وقوله مانعا يعنى عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ (قوله وفى ذلك ابطال أحدهما) أقول يعنى الحقيقة

وقوله (وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى) ذكره تفريعا على مسئلة القدورى وجه قول الشافعى رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا أن الموصى (٤٣٤) صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى

(وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى) عندنا وعند الشافعى من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصى والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل

اذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق فى صورة الاجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وأما ثانيا فلان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لو لا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر فى الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر فى الكتاب أيضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء فى الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شئ من كلاميه بمستقيم أما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكرر فيه الى أن يموت المجروح حتى يقال ان السبب هو الجرح المتصل بالموت بل انما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح الا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فانه حالة انفعالية تتكرر وتتجدد الى الموت فالقاتل منها هى التى تتصل بالموت فهى السبب للموت فافترقا وأما قوله ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ فلا أن فاء التفريع تنافى ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا وعند الشافعى من قبل الوارث) قال صاحبا النهاية والعناية وجه قول الشافعى ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر فى الكافى أيضا أقول قد قصروا فى تقرير وجه قول الشافعى فى مسئلتنا هذه حيث قيدوا المال الذى صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن لا يتمشى فيما اذا كان ما أجازه الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما فى صورة اجازته الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فان الحكم فى تلك الصورة أيضا داخل فى كلية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعى فيها كما ترى فالاولى فى بيان وجه الشافعى هنا ما ذكر فى معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والاجازة لا تعمل فى الباطل فتكون هبة مبتدأة لانها تمليك بلا عوض انتهى فانه يعم الكل ثم ان الصحيح فى هذه المسئلة قولنا لما ذكر فى الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل) أقول لقائل أن يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين وعموم قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها

له يتملك من الموصى وقوله (والاجازة رفع المانع) جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعنى أن الاجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) ردا لكونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالمرتهن اذا أجاز بيع الرهن فى كون السبب صدر من الراهن والملك للمشترى يثبت من قبله فاجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان أجاز الوصية فى مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته وأجيب بان الوارث كان له حق أسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا أجاز فى مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة وتصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث انعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة

ولانه

قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل

(قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول كيف يكون ردا اذ الشافعى يقول بكون القبض من شرطه (قوله لانعكست هذه الاحكام) أقول كما عند الشافعى

(ولانه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية بحرم الميراث) ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لانه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل (٤٢٥) والحجة عليه في الفصلين) يعني فيما اذا كان القتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيناه) يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية وأما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة وأجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بأن ماذكر تم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل وأجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرط العتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فرد من حيث المعنى بايجاب السعاية (ولو أجازت الورثة

ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

حيث شئتم أو قال حيث أحببتم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وان صلح أن يكون مخصصا لعموم ذلك الحديث الآخر فانما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط فاذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الاصول على ما عرف في محله فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شئ ذكر الشئ نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الورود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العناية ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شئ ولا الجواب أما الاول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعلة الاستعجال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما وأما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند اجازة سائر الورثة اياه وتركهم المغايظة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضا لو كان الامر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن

(٥٤ - تكملة ثامن) الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

(قال المصنف ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) أقول فيه تأمل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أنا لا نقول العبد قطع عليه الاجل كما تقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تزيد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول مثلا (قوله وسلوك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن وقت الوصية) أقول فيه تأمل

ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم

ولهما أن الامتناع لحق الورثة) الى آخر ما ذكر فى الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث أجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لاصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله (ولانهم لا يرضونها) أى الوصية (للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم) أى لاحد الورثة وفى الوصية لاحدهم ان أجازها البقية نفذت فكذا القاتل وقوله (ولا تجوز لوارثه) أى لوارث الموصى (لقوله عليه السلام ان الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض) الى آخر ما ذكر فى الكتاب

للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة منه وهى القتل بغير حق فانه يستدعى العقوبة بأبلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له يشاركه فى هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث واليه أشار المصنف بقوله ولانه استعجل ما أخره الله تعالى يعنى استعجله بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعى الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التفصى عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة أسهل انتهى أقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذى كان الحكم لاجله فى المنطوق متحققا فى الملحق بالدلالة بطريق الاولوية أو بالتساوى وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على أصل أبى حنيفة ومحمد فان المعنى المقتضى لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر باجازة الورثة أصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازه الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقتضى لحرمانه عن الوصية فانه يتغير ويتكسر باجازة الورثة عند أبى حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما اذا أجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى فى حق الميراث أقوى منه فى حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة فى شأن الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهى ولا الالحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لتم دليله العقلى بلا احتياج اليه فان استعجال القاتل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعى حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلا وتسقط الكلمات المتعلقة به بحذافيرها كما لا يخفى (قوله ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث) أقول أرى دليلهما هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الاطلاق اذ قد تقرر فيما مر أن الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا اجازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشئ للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع فى قدر الثلث أيضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع فى الوصية لحقهم لاقتضى كونه فى الارث أيضا لحقهم فلزم أن يجوز ارث القاتل أيضا باجازتهم عندهما ولم يقل به أحد قال فى العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت فى الوصية دون الميراث أجيب بأن الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لاصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى أقول فيه نظر لان الكلام هنا ليس فى نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام هنا فى أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث فى كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفى كونهما من جهة العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى أن تعمل الاجازة التى هى تصرف من العبد

وقوله (بالحديث الذى رويناه) اشارة الى ماتقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية وقوله (يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت) ذكر فى فتاوى قاضيخان ولو أوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لانه يرثه مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لأب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله (واقرار المريض للوارث على عكسه) أى على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور أى يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر فى النهاية أن اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان ورائته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد

لمولاه فهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ماذكره وأرى أن اطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلا منافيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل

ولانه حيف بالحديث الذى رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث فى هذا نظير الوصية) لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف فى الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار

فى ارتفاع أحدهما دون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا يجوز أن تعمل الاجازة فى رفع هذا المانع الذى كان من جهته وبصنعه (قوله ولانه حيف بالحديث الذى رويناه) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذى رويناه اشارة الى ما تقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية انتهى أقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المصنف فى كتاب الهبة ذكر حديث فى حق من خصص بعض أولاده فى العطية بل لم يتقدم منه ثمة ذكر تلك المسئلة قط فكيف تتصور الحوالة عليه بها ههنا والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذى رويناه هو الاشارة الى ماذكره فى هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أى على عكس الوصية بتأويل الايصاء وقال صاحب العناية أى على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور ورد عليه التأويل الثانى بعض الفضلاء بان قال الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ماذكر انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هى المذكورة بتاء التأنيث لا المذكور أن لو كان الالف واللام فى اسم المفعول حرف تعريف وقد تقرر فى علم الادب أن الالف واللام فى اسم الفاعل والمفعول عند غير المازنى من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فحينئذ يصير لفظ المذكور فى معنى ماذكر فيعود الضمير المستتر فى اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذى هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث فى لفظ ذلك الموصول فانه فى اللفظ مفرد مذكر صالح

(قوله بتأويل الايصاء أو المذكور) أقول الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ماذكر (قوله ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب صح الاقرار) أقول قوله أقر لابنه العبد الذى ليس عليه دين قال فى الكافى فى فصل فى اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق فى المرض واذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فاسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت وأما الاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا وذلك كن أقر لاخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليك مخالفته لما ذكره صاحب النهاية فتأمله (قوله وكلا منافيه والاخ ليس بمحروم) أقول فيه بحث فانه يقتضى أن لا تجوز الوصية للاخ ولا الاقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل فان مراده فيكون وارثا عند الاقرار بالتبين وأما اذا مات الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح

قال (الا أن تجيزها الورثة) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لو لا يتبعه عليه وبطل فى حق الراد

للمثنى والمجموع والمؤنث أيضا ككلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر فى كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر فى جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تأنيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون المؤنث الذى عبر عنه بضمير المذكر أو باسم الاشارة المذكر فى مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل فى التفاسير أيضا بالمذكور كما يؤولونها بالمذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم بتأويل المذكور فى أمثال هذا المقام أن يقال بتأول الشئ المذكور على أن يقدر الموصوف المذكر كان الامر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح قاطبة قالوا فى تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه أى يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت وقال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر فى النهاية على الوجه المزبور وأرى أن اطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلا منافيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل انتهى أقول فيه نظر لان مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب وبقابل المحروم وليس بسديد اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به فى قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضا ذلك والا لم يتم قوله واقرار المريض للوارث على عكسه فان أمر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث ولو كان المراد بالوارث هنالك أيضا ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى أن الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصى تجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الامام فاضيخان فى فتاواه ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب والاخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد فى صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب الغاية رد على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال وذكر فى وصايا الجامع الصغير لو أن المريض أقر لابنه بدين وهو نصرانى أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التى صار بها وارثا فى ثانى الحال ثم قال فعن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم فى شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال أقر لابنه بدين وابنه عبد ثم أعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض فى المعنى للمولى وهو أجنبى منه انتهى أقول الساهى هنا صاحب الغاية نفسه لان ذلك البعض الذى نسب السهو

قال

وقوله (الا أن تجيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الا الا وصية لوارث وقوله (ولان الامتناع لحقهم) أى لحقهم الذى هو تأذيهم بايثار البعض دون البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا أو لم يجيزوا لانه لا حق لهم فى الثلث كما فى الوصية للاجنبى قوله (ولو أجاز بعض) ظاهر

قال (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالاول لقوله تعالى لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم يعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية

اليه فان المصنف ذكر ماذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سيأتي واعترف صاحب الغاية أيضا بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ماذكره المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار فما قاله هنا من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى نعم ماذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد أن فسر قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله أي يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت ولو لم يكن وقت الاقرار وارثا صح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا يملكه المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى أقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ماتص عليه الامام قاضيخان في فتاواه في فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال ولو أقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بان أقر الاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان بعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة عن الاطناب الممل (قوله قال ويجوز أن يوصي المسلم للكافر) قال في الكفاية أراد به الذمي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير أن الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى أقول فيه أن قوله ويجوز أن يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذمي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على أن المراد باهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربي غير المستأمن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقي الحربي المستأمن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون مايعم الحربي المستأمن وقد صرح في المحيط وغيره بانه يجوز أن يوصي المسلم للحربي المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصي للذمي نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذمي دليلا على حمل المصنف مراد القدوري بالكافر على الذمي وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذمي وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربي الغير المستأمن فلا يكون دليلا على حمل المصنف أيضا اياه على الذمي فقط كما لا يخفى (قوله وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) قال شراح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير مايدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وان فعل جاز وثبت الملك لانهم من أهل الملك انتهى واقتفى أثرهم صاحب الكافي وشراح هذا الكتاب أقول والانصاف أن لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يأبى التوفيق المذكور جدا اذ قد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في الجامع لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق هنا رأي صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير مايدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ماذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية

قال (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر) وصية المسلم للكافر الذمي وعكسها جائزة فأما الاول فلقوله تعالى لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية نفى النهي عن البر اليهم والوصية لهم بر اليهم فكانت غير منهية وأما الثاني فلما ذكره في الكتاب وأما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير مايدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك وأما وصية الحربي بعد مادخل دارنا بأمان فانها جائزة لان له ولاية تمليك ماله في حياته فكذا بعد وفاته خلافا أنه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربي ليست كذلك

(قال المصنف والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات) أقول لا اختصاص لهذا الدليل بالثاني بل يعم الاول أيضا (قوله وانما جعل هذا التصديق أفضل) أقول فيه بحث

قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لان أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصي الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ماذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له والوصية شبيه بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبيه بالهبة من حيث انها تملك بتمليك الغير فاعتبرنا شبيه الهبة في حق القبول مادام ممكنا من الموصى له فقلنا لا تملك قبل القبول واعتبرنا شبيه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا أو قبلوا في الاستحسان

وقوله (ويستحب أن يوصي الانسان) واضح وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل واليه الاشارة في قوله انك أن تدع عيالك الحديث ومعناه ورثتك أقرب اليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية

للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ماذكر في الاصل وبين ماذكر في السير الكبير فقال لا ينبغي للمسلم أن يوصي للحربي كما ذكر في الاصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا تجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شئ وان أجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ المحيط فتأمل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المار الذكر في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية قال أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن فان الحربي مادام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير (قوله وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسئلة استحباب الوصية بما دون الثلث اه أقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لان بيان وقت القبول ان كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي أن يقدم انما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ماذكره وذلك عين ماوقع في كلام المصنف فكانه أراد أن يقول لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره حيث عكس الامر (قوله ويستحب أن يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لا أصلها لتحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أي بالكلية وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما

ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى أولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى

معا أولى من العمل بأحدهما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول ولقائل أن يقول قد حكم فيما مر آنفا بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ولا شك أن المستحب هو الذي كان فعله أولى من تركه فما معنى الترديد هنا بان الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الخ والجواب أن الاستحباب في قوله سابقا ويستحب أن يوصي الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله أن يوصي الانسان بل الى قوله بدون الثلث أي مصب الافادة في ذلك الكلام قيده لا نفسه فآل معناه الى أن التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي أن يكون التنقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف في تعليله لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافي أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التنقيص عن الثلث أيضا في بعض الصور فبين المصنف ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق آنفا بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح) والكاشح العدو الذي أولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي أضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق أفضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها أقول فيه شيء وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل الا أن قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعا لان ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره باداة التعليل أو لم يصدره بها ولهذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور واصلاح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا بتمام فانا ان أغمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح نمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذي الرحم انما يدل على أن يكون التصدق على ذي الرحم تأثير في أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشحا تأثيرا فيها ولا يلزم منه أن يكون التصدق على ذي الرحم الغير الكاشح أفضل من التصدق على غير ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء أحد سببي الافضلية المستفادين من الحديث الشريف فمن أين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل تقف (قوله وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى أولى)

وهو مروي عن أبي بكر وعمر فالا لأن يوصي بالخمس أحب الينا من أن يوصي بالربع ولان يوصي بالربع أحب الينا من أن يوصي بالثلث والكاشح العدو الذي ولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذي أضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق أفضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها

(قال المصنف وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح) أقول هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل

وقوله (والموصى به يملك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله (ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب) صورته أن يشترى المريض شيأ ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه (ولا يرد عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيأ من التركة ووجد المشترى به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له

بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد فى الصورتين جميعا كما فى الوارث وقوله (ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله) لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية منفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وأمثال ذلك كثيرة وقوله (الا فى مسئلة واحدة) استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعنى الا فى مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله (لان الدين مقدم على الوصية) يعنى فى الحكم فان قيل هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فالجواب ما ذكرناه فى مختصر الضوء فى الفرائض قال (ولا تصح وصية الصبى) كلامه واضح وقوله (ولو لم تنفذ تبقى على غيره) يعنى اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم تنفذ يبقى ماله على غيره فكان الوصية أولى

وقيل فى هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافا لزفر وهو أحد قولى الشافعى هو يقول الوصية أخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال (الا فى مسئلة واحدة وهى أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به فى ملك ورثته) استحسانا والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى اذا مات قبل الاجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وأبدا يبدأ بالأهم فالأهم (الا أن يبرئه الغرماء) لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال (ولا تصح وصية الصبى) وقال الشافعى تصح اذا كان فى وجوه الخير لان عمر رضى الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافاع وهو الذى راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا أنه تبرع والصبى ليس من أهله ولان قوله غير ملزم وفى تصحيح وصيته قول بالزام قوله

أقول لمانع أن يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبى مطلقا اذ الاجنبى الموصى له قد يكون غنيا أيضا فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر (قوله ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاولى أن يشترى المريض شيأ ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه وصورة الثانى أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيأ من التركة ووجد المشترى به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى أقول فى تصوير الثانى بما ذكر تظر لان الموصى اذا باع شيأ من الموصى به يصير راجعا عن وصيته كما سيجىء تفصيله عن قريب ففى الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشترى ما اشتراه من الموصى على الموصى له بالعيب لرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب (قوله ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع) أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى فى التعليل البسط بأن يقال لانه حق العبد وأداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع فى الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفائتة كالحج والزكاة ونحوهما وأيا ما كان يقدم الدين عليها أما فى الشق الأول فظاهر لان أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة وأما فى الشق الثانى فلان الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله

والاثر

(قوله ثم باع شيأ من التركة) أقول أى باع الموصى (قوله لا يرده على الموصى له) أقول بعد موت الموصى (قال المصنف فانه فرض والوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الوصايا واجبة كالوصية بالحج والزكاة فالدليل قاصر كما لا يخفى

وقوله (والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعنى كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه وردبأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عمه بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية فى التجهيز وأمر الدفن وأجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوى نقله بمعناه وقوله (انه أوصى لابنة عم له بمال) لا ينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه قال الطحاوى والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعى لانه مرسل لانه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فانها تدل على أن الصبى ممنوع عن ماله وقوله (وهو يحرز (٤٣٣) الثواب) جواب عن قوله ولانه نظر له

والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر فى النفع والضرر النظر الى أوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا فى بعض الاحوال وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما فى الطلاق والعتاق

تعالى كما عرف فى محله (قوله والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا) يعنى كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه كذا فى العناية وغيرها (أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية وفيه نظر عندى لانه صرح الراوى بانه أوصى لابنة عمه بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل أن يقال انه كان أدرك لكن سمى غلاما مجازا لانه صح فى رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى ورد صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال وردبأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عمه بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية فى التجهيز وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوى نقله بمعناه وقوله انه أوصى لابنة عمه بمال لا ينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه أقول ليس ذلك الجواب بسديد أما أولا فلانه اذا كان لفظ اليافع فى الاثر المزبور مجازا عمن كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد فى ذلك الاثر بل غير واقع فى أصل القصة فلو كان الراوى نقله بمعناه الحقيقى لزم أن يكذب فى نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانيا فلان قوله وقوله انه أوصى لابنة عمه بمال لا ينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جدا فان معنى أوصى له بمال ملكه اياه ومما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروى فى الاثر أنه أوصى الى ابنة عمه بكلمة الى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافى لان معنى أوصى اليه جعله وصيا فيجوز أن تكون ابنة عمه وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه ولما كان المروى فى ذلك أنه أوصى لابنة عمه بمال لم يبق للتأويل المذكور مجال (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه) قال فى العناية قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة

بصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد اما أفضلية الترك فى الثواب أو تساويهما فيه وقوله (والمعتبر فى النفع والضرر) تنزل فى الجواب كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر فى النفع والضرر هو النظر الى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وان أمكن أن يكون نافعا بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية فى الاصل تبرع والصبى ليس من أهله

(قوله وردبأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما الى

(٥٥ - تكملة ثامن) قوله نقله بمعناه) أقول الرد للاتقانى وفى شرح الوجيز للرافعى فى وصية الصبى المميز وتدبيره قولان أرجحهما عند الاستاذ أبى منصور أنهما صحيحان لما روى أن غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فأوصى لبنت عم له وله وارث فرفعت القضية الى عمر فاجاز وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن احدى عشرة سنة ولان الوصية لا تزيل ملكه فى الحال وتفيد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والثانى وهو الاظهر عند الاكثرين وبه قال أبو حنيفة انهما باطلان كهبته واعتاقه وذلك لانه لا عبارة له ولهذا لا يصح بيعه وان كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله أنه أوصى لابنة عمه بمال لا ينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول لو أريد ذلك لقيل الى ابنة عمه (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية) أقول هذه الآية فى أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما فيه) أقول فيه بحث فان التساوى فيه ضعيف ولذلك أورده المصنف بصيغة التمريض (قوله كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب) أقول فيه بحث فان الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتأمل

وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد أو المكاتب اذا أعتقت فثلث مالي وصية يصح (لان أهليتهما مستتمة) أي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تنجيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أملكه (٤٣٤) فيما أستقبل فهو حر فعتق فلك لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهما ان

ذكر الملك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولابي حنيفة أن للمكاتب قوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة (وبالحمل) كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ماذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على مذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للحمل (فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله) بعد موته لانه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لانهما أختان فان قيل لو كانتا أختين

بخلاف

لما جاز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله (الا أنه) أي فعل الوصية أو الايصاء (يرتد بالرد لما فيه من التمليك) دون الميراث لعدم ذلك فيه

بخلاف العبد والمكاتب لان أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق فلك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي أخته الا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك

الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد ما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة الى آخره أي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهي عند قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه انما يتمشى في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ولانه تطرله بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا أغنياء و يلزم أن لا يصح قول الشارح فانه يفيد ما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه اذ الافضلية متعينة حينئذ فلا معنى للتردد وان أراد بقوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لا يجري كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضا في صورة ان كانوا أغنياء الا على القول الضعيف المذكور هنالك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هنالك أولا وهو كون الوصية أولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل ما في العناية وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا أفضلية للترك في صورة ان كانت الورثة أغنياء بل الافضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولانه تطرله بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا أغنياء الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر احراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضا وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التمريض انتهى (قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أي وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أو به بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ماذكره الطحاوي

(قال المصنف وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة التي أوصى بحملها معتدة فانها حينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصي ففي كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافي أيضا

بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيأ

وصححه الاسبيجابى فى شرح الكافى واختاره المصنف أومن وقت موت الموصى بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت موته على ماذكره الفقيه أبو الليث فى باب الوصايا والامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى واختاره صاحب النهاية هذا زبدة مافى العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف فى أنه هل يكفى فى صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصى أولابد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لاوقت الوصية أيضا لانها تمليك بعد الموت فلابد من وجودهما اذذاك دون وقت الايجاب بدليل ماذكره الامام فاضيخان وسيجىء أيضا أنه لو قال أوصيت بثلث مالى لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماترك وبدليل ماذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية فى المسئلة اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره وهى أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا فى بطنها وقت ذلك لان المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها فى هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع كيف وقد وضع فى المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن المعتبر لصحة الايجاب فى الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصى أو وجوده يوم الوصية وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لايملكه ثم ملكه يوما من الدهر لاتصح الوصية واذا كان العين الموصى به فى ملك الموصى يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به فلو قال أوصيت لك بثلث غنمى أو بشاة من غنمى وليس فى ملكه غنم يوم الوصية لاتصح الوصية حتى لو وجدت للموصى أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لايكون للموصى له من الاغنام الحادثة شئ ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصى فاذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذى اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لاتبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الايجاب فى أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لاوقت الموت فلا معنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما أى وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لاوقت الوصية أيضا وقوله فى تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلابد من وجودهما اذذاك دون وقت الايجاب ليس بتام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على مامر من قبل وقوله بدليل ماذكره الامام فاضيخان وسيجىء أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالى وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة كما هو الحال فى قوله أوصيت بثلث مالى لفلان لا فيما اذا كان الموصى به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره فى شرح تلك المسئلة التى ستجىء

وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل يعنى أن الهبة للحمل لاتصح (لانها تمليك محض) والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض (ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيأ) يحصل الملك فيه بالقبض

فى الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة كما فى اسم المال وأما اذا كان معينا فى نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفا وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام لان ما ذكره صاحب المحيط هنالك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب فى غير ظاهر الرواية أيضا كذلك سيما عند الطحاوى فمن أين يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت فى ظاهر الرواية وعند الطحاوى من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية فى المسئلة التى اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره وهو أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا فى بطنها وقتئذ لا يكاد يصح اذ لا نسلم جدا أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا وقتئذ بل يكفى كونه موجودا وقت موت الموصى لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغى أن ينسب الى أحد منهم الغفلة عن شئ من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها فى هذا الوقت تحكم بحت بل المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها وأما كون ثبوته فى وقت الوصية أو فى وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما المعين له شئ آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بان قال وجه ما ذكره الطحاوى أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها فى الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم أن فى كلام صاحب الكافى هنا اضطرابا لانه دل أولا على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما أى فى الموصى له وبه وآخره دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لى وجهه انتهى أقول ان صاحب الكافى قال فى أول كلامه وتجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال فى آخره وأما الثانى فلانه تجرى فيه الوراثة فتجرى فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدرا فى قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصى فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية الى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر فى المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بايراد آخر كلامه مخالفا لأوله هو الاشارة الى وقوع الروايتين فى تعيين أول المدة التى يعلم فيها وجود الحمل فى البطن وقد خفى على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر لى وجهه ثم انه أخطأ فى قوله وآخره دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذى فى آخره انما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لانه قال فيه وأما الثانى ولا ريب أن الثانى فى قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل ثم ان الزيلعى قال فى شرح الكنز وذكر فى الكافى ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى أقول ليس ذلك أيضا بسديد لان عبارة الكافى فى أول الكلام هكذا وتجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية ان لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فمن أين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما اذا أوصى له نعم ما ذكره صاحب

(وأما الثانى) وهو الوصية به (فلانه) أى (الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام) فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت و بذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة ولقائل أن يقول فى كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لايعلم وجود شئ الا بعد أن يكون موجودا واذا كان موجودا لايكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه فى بطن الام فاندفع التناقض وقوله (و بابها أوسع لحاجة الخ) وان اختلج فى ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها فى غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بجارية) يعنى من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الاحلها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا) لانه ليس بموضوع له ولاهو داخل فى الموضوع ومالايتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما (٤٣٧) فان قيل كيف صح الاستثناء وهو

وأما الثانى فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح فى غير الموجود كالثمرة فلأن تصح فى الموجود أولى قال (ومن أوصى بجارية الاحلها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل أن مايصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لافرق بينهما ومالايصح افراده بالعقد لايصح استثناؤه منه وقد مر فى البيوع

الكافى فى آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا أوصى بالحمل وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والمخلص مابيناه آنفا من أحد الوجهين فتبصر (قوله وأما الثانى فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل وأما الثانى وهو الوصية به فلانه أى الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت و بذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة انتهى أقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله أو الموت فى قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للشروح تقتضى أن لايصح قوله و بذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة اذ على تقدير أن وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى لايعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لاستره به (قوله ومن أوصى بجارية الاحلها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الاحلها فسد البيع مع امكان جريان هذا التعليل هنالك أيضا لايقال انما فسد البيع لاصل وهو أن مالايصح افراده بعقد لايصح استثناؤه من ذلك العقد

تصرف لفظى لايرد على مالايتناوله اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا فان الوصية فى الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح فى تقرير ملكه فى الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لانسلم أن اسم الجارية لايتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعنى انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصى عن قيد

الافراد فاذا أفرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة وقوله (ولانه يصح) قد ذكره فى البيوع

(قوله فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت و بذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة) أقول فيه بحث فانها اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من موت الموصى لايعلم وجود الحمل وقت الوصية اذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو أزيد فليتأمل (قوله والجواب ستسمعه) أقول فى آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم (قوله ولاهو داخل فى الموضوع) أقول عطف على قوله ليس بموضوع (قوله ومالايتناوله اسم الجارية صح استثناؤه) أقول الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لايخفى على من يعرف معنى الاستثناء ثم قوله صح استثناؤه يعنى لتقرير الملك (قوله لان اسم الجارية يتناولهما) أقول ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالحمل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا) أقول فيه بحث فانه صرح فى كتاب الاقرار أن مالايتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لايصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظى ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح فى الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل فى الفرق

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال (واذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيه الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والطهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد

بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى والثاني أن القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع أولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد) اعلم أن محمدا ذكر في الجامع أن جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط أنه رجوع فمن مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط محمول على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا أوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم

والحمل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الامر في الوصية فان افراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه منها كما سيأتي في التعليل الثاني لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلا معنى للخلط ثم ان صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع ومالا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا صغرى لقياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي قوله ومالا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية وأن يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن أن يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولهما حيث قال ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالحمل كذلك انتهى أقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولهما مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشئ اذ لا ريب أن اسم الجارية فيما اذا قال أوصيت

(قوله اعلم أن محمدا ذكر في الجامع) أقول يعني في الجامع الكبير (قوله وهو رجوع في الروايات كلها) أقول على قول هؤلاء المشايخ وقال

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا

بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لايصاء الجارية بدون يدها أو رجلها أو نحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها اياه فجاز أن لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الاقرار أنه لو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي وللمقر له الدار والبناء لان الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام نصا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به هنا قلت انما لم يصححوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له وأما على تقدير أن يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناءها على تقدير أن يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء فظهر أنه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضا اذ لو كان الأمر كذلك لما احتيج الى شئ من التعليلين المذكورين في الكتاب لمسئلتنا هذه ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام ما لا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية ستجيء بتفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسئلة (قوله وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا) قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهري والا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذاك انتهى أقول ليس المراد بقول أبي يوسف ان بجحود الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد أنهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصى فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع انما يأتي في الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الاول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤول الى ما ذكره المصنف في

اشهدوا اني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا اني لم أوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد أوصيت لفلان بكذا الا اني سألتكم أن تشهدوا علي بالباطل وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول أبي يوسف قال شمس الائمة السرخسي هو الاصح لان المعلى قال في نوادره قال سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا قال لا يكون الجحود رجوعا وهو مختار المصنف واستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفي الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعا

(ولمحمد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له (نفي في الماضي) لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت مالم يتغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذا الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتأمل وقوله (أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال) دليل آخر تحقيقه ان أحدهما مركب من النفي والاثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس أيضا وفيه نظر من وجهين أحدهما (٤٤٠) أنه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال

ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة

التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتأمل فلا وجه لنسبته الى نفسه بقوله قلت (قوله ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا) قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل ولمحمد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت مالم يتغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى أقول فيه خلل أما أولا فلانه جعل اسم كان في قول المصنف واذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس بمستقيم لان الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب وأما ثانيا فلانه لو كان المراد ذلك لزم أن يكون قول المصنف في الحال في قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا لا طائل تحته فان ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغوا من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الازمان وأما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض انه أوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له أصلا سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى أقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف واذا كان الوصية أو الحق ثابتا في الحال لعدم كون الجحود رجوعا كان الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء أو الحق ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفي في الماضي باطلا لظهور الكذب فبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة) قال في العناية فيه نظر من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وهنا قال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة لان الجحود نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر

(قوله واذا كان الكذب ثابتا في الحال) أقول لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا ولا هو في حكم المذكور (ولو حتى يرجع اليه الضمير وأيضا اذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خاليا عن الفائدة (قوله وكلاهما مصادرة عن المطلوب) أقول فيه بحث فانه اذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم بما ذكره كما فعله الاتقاني لا يلزم المصادرة فان المدعى هو عدم كون الجحود رجوعا كما لا يخفى (قوله والجواب عن الاول أن قوله الخ) أقول ويجوز أن يجاب عنه أيضا بانه مبني على التنزل والتسليم (قوله وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي الخ) أقول وقد سبق منه أيضا في باب الوكالة بالخصومة والقبض

(ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربما لا يكون رجوعا) لان الوصف يستدعي بقاء الاصل (بخلاف ما اذا قال فهي باطلة) لانه الذاهب المتلاشي (ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا) لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما اذا قال تركت) لانه اسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا) لان اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها) لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة) لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

﴿باب الوصية بثلث المال﴾

قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وان أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا) لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهما والاكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الاكثر (وان أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان

والحال وبينهما تناف والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير انتهى أقول يرد على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجحود في الرجوع مجازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازا أصلا بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وان كان الجحود نافيا في الماضي أيضا كما أفصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبي يوسف رحمه الله ووجهه أن الجحود كذب حقيقة الا أنه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء بقدر الامكان وأمكن حمله على الفسخ لان الموصى ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذ لا بد أحد المتعاقدين لان هناك تعذر حمله على الفسخ لان أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا انقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم أتزوجك لان هناك أيضا تعذر حمله على الفسخ لان النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق اذ لا مشابهة بينهما لان الجحود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر

﴿باب الوصية بثلث المال﴾

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي

وقوله (ولو قال كل وصية أوصيت بها) واضح وقوله (لان اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها لغيره وقوله (لما بينا) اشارة الى هذا التعليل وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان أجازوا جاز والا فلا

﴿باب الوصية بثلث المال﴾

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله الخ) ومن أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لآخر أيضا بذلك فالورثة اما أن يجيزوهما أولا فان أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان اذ لا يزاد على الثلث حينئذ وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينتان جميعا وقوله (وان أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس) واضح

وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهما أي جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيأ وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالالف في أكثر من خمسمائة وصورة السعاية أن يوصي بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا من الثلث وثلث ماله ألف فاذا لف بينهما على قدر وصيتيهما ثلثا الالف الذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث الذي قيمته ألف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة أي المطلقة هي أن يوصي لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته (٤٤٣) لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله أو بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث (لهما في الخلافية) وهي ما اذا أوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه (ان الموصى قصد شيئين الاستحقاق) على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض (وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة) والسعاية والدراهم المرسلة ولابي حنيفة أن الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع) تبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك ههنا (بخلاف مواضع الاجماع) يعني المحاباة وأختيها وهو واضح وقوله (وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) يعني بأن كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال

ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) لهما في الخلافية أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث

تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) أشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما اذا أوصى بعبد بعينه لانسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لانسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هما بان كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اه (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذاك هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة وان زاد مال الميت جدا لان العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا

(قوله أي لا يجعل من ضرب في ماله سهما) أقول المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله في شرح الوقاية لصدر الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسلة أي المطلقة) أقول يعني غير المقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوهما كذا في صدر الشريعة (قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أي على دليلها

وقوله (لان هنالك الحق تعلق بعين التركة) يعنى أن حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة أيضا تعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أو لم يكن (لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز (والثانى وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشئ غيره وان كان يتقدر بقدره) وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان المال كله له فى ذلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك أن يتصرف فى ملكه كيف يشاء (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل أخس الانصباء أقله والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر فى الكتاب من الاثر واللغة أما الاثر فما روى عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس وأما اللغة فان اياس بن معاوية قاضى بصرة قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين فى هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير

لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفى الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (واذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثانى وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشئ غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز فى الاول أيضا فينظر الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند أبى حنيفة وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث الا أن يجيز الورثة) لان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما فى الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه الى النبى عليه الصلاة والسلام فيما يروى

يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن فى هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية فى جميع ما سماه لهما فى الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبى حنيفة هنا بل انما تكون نظيرا لخلافية المذكورة من قبل (قوله لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفى الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذى أشار اليه آنفا قال الزيلعى فى التبيين بعد ما نقل ما فى الهداية هنا وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه (أقول) ليس هذا النقض بوارد لان المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لانها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح فى حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة انه

قال فى الكافى فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس فى رواية المبسوط وقوله (ولا يزاد عليه) ليس فى رواية الجامع الصغير فأما انه اطلع على رواية غيرهما وأما أنه جمع بينهما (وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث الا أن يجيز الورثة) ومفزعهما العرف (فان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما فى الوصية والأقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد) أى الاقل (على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولأبى حنيفة ما ذكرناه آنفا فى جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول اياس

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا لفظ الكافى (قوله وقوله ولا يزاد عليه الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر ان المراد نفى الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما فى الكتاب رواية الجامع الصغير

وقوله (ولانه يذكر ويراد به السدس الخ) وفي بعضها فيعطى الأقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فمسلم عمل بالدليلين وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس

ولانه يذكر ويراد به السدس فان ايا ما قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى

لو كان المراد هذا المعنى لما كان لادائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزاد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما اذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن بيان الحكم اذا كان أخس السهام أزيد من السدس اه (أقول) لا يخفى على الفطن ان قول المصنف رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي أن يكون ما للموصى له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أي سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فان في رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور ينافي ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أخس الانصباء أقله والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة اه (أقول) الجواب منظور فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لا جعل أخس الانصباء الذي هو أقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان أقل الانصباء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما الثمن فانما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا في مزاحمة ما هو أصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما أنه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بأن أبا حنيفة جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اه (أقول) ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذي ذكره المصنف من قبل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي لا محالة أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي أن يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لأن يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفا (قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الخ) قال

(قوله وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه) أقول فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا من السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب نعم يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد اذا أعطى السدس اذا كان أخس السهام أكثر وأعطى ذلك اذا كان أقل مع ان فيه العمل بالمتيقن فجعل ما ذكر دليلا لرواية المبسوط أولى كما لا يخفى

وأيضا قوله (ماذكرنا) ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله ماذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ماذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية وان كان غير ذلك فالله أعلم به وجهد المقل دموعه وصورة المسئلة ما اذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة (٤٤٥) وعندهما يعطى الربع أي مثل الربع فيعطى الخمس تجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة تخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل أخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصى أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشئ غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع وأما على رواية الاصل فتخريجه كتخريجهما

ماذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء

صاحب العناية قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ماذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لماذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فانه عمل بالدليلين اه واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب اه (أقول) قدمر منا غير مرة ان قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ماذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضا قوله ماذكرنا ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان أراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اه وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضا قوله ماذكرنا الخ حيث قال لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ لان أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ماذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضا أثر ابن مسعود فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله ماذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ماذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين اه

وعلى هذا قس أمثالها وخرجها على الروايتين وقوله (قالوا) أي مشايخنا (كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء)

(قوله وأيضا قوله ماذكرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود فليتأمل (قوله وأرى أن المراد بقوله ماذكرنا هو الاقل) أقول كيف يراد ماذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعين السدس فلا يستقيم التفريع في قوله فيعطى وأرى ان ذلك ليس اشارة الى رواية المبسوط ولا الى رواية الجامع الصغير والا فيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الاصل فتخريجه الخ) أقول فيه نظر بل على رواية الجامع الصغير يخرجه كتخريجهما

قال (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم) لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال

ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان) ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشئ فالحكم كذلك وقوله (واجازت الورثة فله ثلث المال) فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث و يحتمل أنه أراد بها ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث

(أقول) هذا الذى ذهب اليه سقيم جدا لا ينبغى أن يريده العاقل فضلا عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ماذكرنا مذكور بصددا قامة الدليل على ماقدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة فى الدليل الى مايخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور فى الكتاب مركبا من روايتى المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مركب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان) قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحدا لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغى أن يقبل و يجبر ورثته على البيان اه وردعليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ماذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا فات الجبر فى حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصى فقبل موته لا يجبر على بيانه و بعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لحق ثابت اه (أقول) ليس هذا بسديد لانهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفى الاشتراك فى علة هى مدار الحكم فى المقيس عليه فمجرد الفرق بين مانحن فيه و بين الاقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى الاقرار من وقت الاقرار وفى الوصية بعد الموت لا يضر بصحة القياس المنفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضربها الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم وهو ليس بمتحقق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصى الذين يقومون مقام الموصى احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغى أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضا اذا مات مجهلا احياء لحق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر فى حياة المقر بوفاته سقط ان أراد به انه سقط عنه الحق أصلا فليس بصحيح اذ لا شك انه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بقى أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقى حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغى ان ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل تنقف (قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال و يدخل السدس فيه) لان الكلام الثانى يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث و يحتمل أنه أراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا فى الثلث حملا لكلامه على المتيقن هذا زبدة ما فى الشروح قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما ترى حمل للكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به بيقين على الاحتمالين الثلث قلنا ما ثبت

وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثانى عين الاول) قدمر ناه فى التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه) ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله فله جميع مابقى وقال زفر له ثلث مابقى لان كل واحد منهما) أى من الهالك والباقى (مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى مابقى منه عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم فى الواحد) أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد فى (فرد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة) مع مافيه من الجمع واذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيمابقى تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته فى هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل فى مال اشتمل على أصل وتبع اذا هلك شئ منه أن يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذى هو تبع لا الى رأس المال (وصارت الدراهم) أى صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقى درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الاجناس المختلفة) جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة أجناسا ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقون فان القاضى لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهى فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك هلك على الشركة ومابقى بقى عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلث ثيابه وأما اذا أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد

والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثانى عين الاول هو المعهود فى اللغة قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله فله جميع مابقى) وقال زفر له ثلث مابقى لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى مابقى عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا أن فى الجنس الواحد يمكن جميع حق أحدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها فى الواحد الباقى وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال (ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقى ثلثها وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله لم يستحق الا ثلث مابقى من الثياب قالوا هذا) اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقى وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبى حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضى أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للفقه المذكور

به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على أحد محتمليه كما زعموا بل بجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالى وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا باولهما الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضى ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثانى اليه انما يفيد جواز ارادة النصف

أو بثلث ثلاثة من الدور فليس له الا ثلث الباقى لكثرة التفاوت هكذا أجاب محمد فى الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ (فقيل هذا قول أبى حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة) فيها أما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقى والدار الباقية لان للقاضى أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم فى عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام فخر الاسلام وقيل المذكور فى الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضى القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أى بدون اجتهاد القاضى وجمعه (يتعذر الجمع) واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضى فكان المال على الشركة مابقى وما هلك (والاول) وهو أن يكون فى المسئلة اختلاف (أشبه للفقه المذكور) وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة فى الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها أجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا

(قوله لان كل واحد منهما أى من الهالك والباقى) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعى الدراهم والغنم بل هذا المعنى الأم لقوله يتوى ماتوى الخ قال العلامة الاتقانى فى وجه قول زفر ان الموصى لما مات بقى المال مشتركا بين الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة واذا بقى يبقى على الشركة فكذلك ههنا الذى هلك هلك أثلاثا والذى بقى بقى أثلاثا وبقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول قوله قوله فاعل ظهر

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الالف منه (الى الموصى له) وان لم يخرج فان كان النقد ألفا دفع منه اليه ثلثه (وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث) والاصل فى المال المشترك أن يوفى حق كل من الشركاء بلا بخس ولا بخس فى حق احد بتخصيص الموصى له بالعين فى الاول فيصار اليه وفى الثانية بخس فى حق الورثة بتخصيص الموصى له بألفين (لان للعين فضلا على الدين) على ماذكر فى الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال فان من حلف أنه لا مال له لم يحنث بدون له على الناس سلمناه ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من أوصى لرجل بشئ معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقى من المال والجواب عن الاول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا فى الحال أو فى المآل لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثانى بانه شريك الوارث اذا كانت فى غير معين وأما فى المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعد وقوله (ومن أوصى لزيد وعمرو وبثلث ماله) واضح واندفع بقوله (فلا يزاحم الحى) ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان للباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث وعن

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه أمكن ايفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لان للعين فضلا عن الدين ولان الدين ليس بمال فى مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمرو وبثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار

ولا تأثير له فى ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ماذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل انه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه أراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لانه متيقن وحمل الكلام عليه ما يملكه وهو الايصاء بالثلث اه (أقول) فى قوله وحمل الكلام عليه ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم تجز الورثة وأما اذا أجازت كما هو المفروض هنا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث أيضا ويملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا كما مر فى أوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه العلة تدبر (قوله لانه أمكن ايفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فيصار اليه) أقول فيه تأمل فانه انما يظهر أن لو كان حق الموصى له فى العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع فى العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شائعة فى كل المال لكون الموصى له اذذاك شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الالف كملا فى صورة ان لم يخرج الالف من ثلث العين وادا كان حق الموصى له شائعا فى جميع التركة الذى هو العين والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين فى صورة ان خرج الالف من ثلث العين بخسا فى حق الورثة كما فى الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذى له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين وهذا بخس فى حقهم لاستحالة مناف لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتأمل فى الدفع ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمرو وبثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا يزاحم الحى ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان للباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث اه (أقول) فى تقرير الشارح المذكور هنا قصور أما أولا فلانه أضاف اندفاع الاشكال وعن المورث ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه فى ظاهر الرواية لان استحقاق الحى منهما الجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصى وفى هذا الافرق بين العلم وعدمه

(قوله فان للباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تملك بالقبول الا فى مسئلة فتذكرها ينفعك ههنا (قوله حال الملك) أقول يعنى حال موت الموصى

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات

والضمير في قوله لان الوصية عنده للموصي والباقي ظاهر وقوله (ومن أوصى بثلث ماله) ظاهر

بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس بأهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل أن يضاف الحكم الى الاصل دون الفرع وأما ثانيا فلأن الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك أن يكون المراد بالمزاحمة المنفية في قول المصنف فلا يزاحم الحي هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصي كان الباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع أن العلة هناك أيضا التزاحم وان التزاحم فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصي لا في حال الملك اذا كان احدهما ميتا في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا الافرق بين العلم وعدمه اه وأما ثالثا فلأنه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب وهي أي تلك المسئلة ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصي فان الباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما أورد واشبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات الموصي ثم مات أحدهما كان للباقي نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للموصي لما ان في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث وفي المسئلة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه كما لو مات أحد الورثة قبل موت المورث والآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل واحد منهما أهلا لايجاب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يزداد نصيب الآخر كما لو رد أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من أهل الوصية له فانما ينتقص حقه باثبات المزاحمة ولم تثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللموتى فالثلث كله

فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا الان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما أضافه الى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة اذ مالية توجد في مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال و بدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا أضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح) احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه أضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه أضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقفيز من حنطة من مالي و بثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي أو من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شئ للموصى له والفرق ما ذكرناه

لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزأ من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له و بينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين اه وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه أوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه (أقول) الظاهر عندي مما ذكروه في تعليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فتصير الوصية بشئ موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ماليتها و يحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به ومما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة أصلا أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما أضافه الى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزأ من الغنم وأنه يصلح جزأ للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشئ معدوم

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول في كتاب نكت الوصايا

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده) ماذكره واضح صورة وتعليلا خلا قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس أن لا تصح لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح الوصية لها قياسا أجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف أم الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية أصلا ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا تواردت علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله (وادناه في الميراث) قيد بذلك احترازا عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع

هناك أيضا منصرفا الى الاثنين وقوله (نجد ذلك في القرآن) يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذا قوله (وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل)

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث

قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو أوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه

(قوله والوصية لأمته بشئ غير رقبتها باطلة) أقول فيه بحث لان بطلان الوصية لامته بشئ غير رقبتها انما هو لانها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبتها ولانها تكون وصية للوارث وليس احدى تينك العلتين بموجودة في أم الولد أما الاولى فلان الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لان تملك وأما الثانية فلانها لا تنتقل الى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث فليتأمل (قوله فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول وفي المحيط وفي الكافي في المتفرقات من كتاب الوصايا ولو أوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لانه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لانه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شئ دفع اليه وهي حينئذ فرع تجزي الاعتاق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبده بشئ من رقبته يصح ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية لعبده بمال وصية لوارثه لان الملك في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطلة فاما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه لان الوصية بالرقبة اعتاق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لانه حر وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حر عندهما وبمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة والوصية للحر أو للمكاتب جائزة وان بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وان كان أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

ولا وجود له عند الموت أيضا فلا تصح اه تأمل تفهم (قوله وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فهي

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) لان الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لايمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى اشراكه اياهما جملة واحدة وانما يأخذ نصف كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك (بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك) أي ثم قال لآخر أشركتك معهما فان له نصف كل مال كل منهما لان تحقق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المالين) فلابد من العمل بمفهوم لفظ الاشراك (فحملناه على مساواته لكل) واحد منهما كما هو وجه القياس) عملا باللفظ بقدر الامكان)

انما تستحق الوصية بعد موت مولاها وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله أن يقصد بايصائه وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة (أقول) فيما ذكر وامن وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها اذ لاشك ان أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعد موت مولاها حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية للامة في شئ فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى ما تكلفوه في وجه الاستحسان ولعل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا قالا أما جواز الوصية لامهات أولاده فلان أوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا أو مضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية أصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لابد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا تواردت علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ العناية (أقول) لايذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قرره لان التردد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة (قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية وهذا استحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما تثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة أما اذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم بهذا انه أشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشراكه اياه مع كل واحد منهما منفردا انتهى واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ الاشراك التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصي للثالث قد اشركتك معهما اشراكه معهما جملة واحدة أي التسوية بين الكل لا اشراكه مع كل واحد منهما منفردا أي تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه

قال (ومن قال لفلان علي دين فصدقوه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالي ماشاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الاقرار فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الاقرار يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم) لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق بشئ ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثي ما أقروا) تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

بعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد بمعنى كلام الموصي لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكراه وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقق المساواة بين الكل والا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان أوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على أنه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان كما مر في الكتاب فتأمل (قوله واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين اه وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الاقرار في هذا التصرف اذ لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث

لا يصلح بيانا لكونه (صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مالك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها أجاب بقوله (وقد يحتاج) أي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه بأصل الحق الذي عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها) أي هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالي ماشاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة) وقوله (فان أوصى بوصايا غير ذلك الخ) واضح وحاصله أنه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين

(قوله فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة) أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل

وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل وللاجنبي

لم يجعلوا له حكما أصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اه وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اه (أقول) ليس هذا مستقيما فان مراد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغا ما بلغ فمن أين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب تأمل ثقف ثم ان الامام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شئ فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول) هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاؤا وليس في هذه الصورة الزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث فان أصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والافراز ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي أيضا فيكفي في جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يختص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف أصحاب الوصايا ببقاء شئ من الثلث في أيديهم فتأمل اه (أقول) ليس هذا بكلام صحيح أما قوله ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلان تحليف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعي هناك ممن يدعي حقا لنفسه من تركة الميت ولا ريب أن ادعاء ما زاد على الثلث من تركة الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا أنكروا وأما قوله ويحلف أصحاب الوصايا ببقاء شئ من الثلث في أيديهم فلان دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت

وقوله (ومن أوصى لاجنبي ولوارثه) ظاهر

وقوله (وهذا) أى هذا الايصاء (بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح فى حق الاجنبي) كما لا يصح فى حق الوارث (لان الوصية انشاء تصرف) أى ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت حكما له عقيبه فيثبت لم يقع التمليك الذى هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها وأما فى الاقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الاقرار يقتضى سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفى ذلك أى فى الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر فى الكتاب وهو باطل ولا فرق فى ذلك بين ما اذا تصادقا على ذلك أو جحد الاجنبي أو الوارث ذلك أو أنكراه جميعا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا صح فى حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه وببطلان حق شريكه فيبطل فى نصيبه ويثبت فى نصيب الآخر وقالا اثباته مشتركا هو المبطل وقد وجد ولقائل أن يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح

جهة الفساد بحيث تعدى الى ابطال حق الغير فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهى أن اليقين لا يزول بالشك وتقريره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها ففى كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله (بقاء وبطلانا) أى بقاء فى حق الاجنبي وبطلانا فى حق الوارث يعنى تبقى الوصية صحيحة فى حق الاجنبي وتبطل فى حق الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء الخ) رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء تخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الاثواب ولا يدرى أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذى هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصى

وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح فى حق الاجنبي أيضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح فى حق من يستحقه منهما واما الاقرار فاخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة فى الماضى ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيأ كان للوارث أن يشاركه فيبطل فى ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفى الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء أوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل

مطلقا والمدعى فيما اذا ادعى زائدا على الثلث انما يدعى الدين فى حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأسا فضلا عن التحليف (قوله ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك) أقول فى ظاهر تعبير المصنف ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع الاثواب الثلاثة معا والمفروض فى وضع المسئلة أن يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذى هو حقك قد هلك فانه كذب ظاهر لا ينبغى أن يسمع اصلا فضلا عن أن يترتب عليه حكم شرعى بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك يقتضى الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى فى التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو أن المراد بجحود الورثة أن يقولوا لحق واحد منكم بطل ولا ندرى من بطل حقه ومن بقى حقه فلا نسلم اليكم شيأ والذى يمكن فى توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذى قد هلك يحتمل أن يكون حقك فكأنه تسامح فى العبارة بناء على ظهور

قال المصنف (ولانه لو قبض الاجنبي شيأ الخ) أقول ينبغى أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلا بلا ملاحظة الدليل الاول قال المصنف (حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا) أقول لانه لو صح فى نصيب الاجنبي فما أخذ يأخذ الوارث نصفه منه لانه أخذ بعض دين مشترك فى زعمه فيبطل ذلك النصف ويصير للورثة فيرجع الوارث ثانيا عليه بنصف ما بقى فى يده لانه لم يسلم له ما أخذ أولا واستحق هكذا الى أن بقى فى يده فلس فلا يكون مفيدا فى حق الاجنبي فافهم الا أن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل فى ذلك القدر لكن الامر سهل

(الا أن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ماذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا بدأ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردىء وان ابتدأ بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو أن يقال الهالك ان كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك أردأ من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردىء منهما فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك أخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد فبقي صاحب الجيد وصاحب الردىء فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الردىء لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الردىء يدعي الردىء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردىء لصاحب الردىء وقوله (واذا كانت الدار بين رجلين) ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض ومانحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا أنها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره هناك لان الجبر لا يجري في المبادلة و يكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد

قال (الا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فتبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لا حق له في الردىء بيقين لانه اما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الردىء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل أن يكون الردىء هو الردىء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردىء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع

قال المصنف (لانه اما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصلي (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول مثلا يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطا وحال كونه أردأ من الردىء وقس عليه تعلقه وانما بالردىء قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول قال الاتقاني ولنا فيه نظر لانه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصي خمسة وأربعين ذراعا فينقص اذن منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعا كاملا وقد نقص الخ فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تمليك الموصي ملك شريكه وليس له ذلك وأيضا اذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لا محالة لان سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وأيضا يزداد حق الورثة أيضا بسهم لان لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصي ونصيبه خمسون ذراعا وربع للموصى له عشرة من نصيبه فبقي أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على خمسة اسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة سهما وهذه القسمة أصح عندي انتهى هذا النظر يرد على تقدير الكافي ورودا ظاهرا

المراد ووافقه صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها (قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية

وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه أولان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع فى نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع فى نصيب الآخر عملنا بالتقدير

فيه بحث وهو انه قال فى كتاب القسمة والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض ومانحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى العروض الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء ومانحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجرى فى المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا أشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اه وقد سبقه الى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية (أقول) قد خبط الشارحان المزبوران فى الجواب المذكور جدا حيث قصدا التوفيق بين كلامى المصنف فى المقامين ولكن خالفا صريح ماذكره المصنف فى كتاب القسمة وما أطبقا عليه مع سائر الشراح فى بيان مراده هناك فان المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الديون وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح فى شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض لما أجبر القاضى على القسمة فى ذلك أجاب بقوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجرى فيها الجبر لدفع الضرر عن الغير كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدى بدلا عما فى ذمته اه ولا يذهب على ذى مسكة ان مضمون الجواب المذكور هناك مما ينافى ذلك والصواب فى حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذى تحمل الشارحان المزبوران لدفعه ما تحملاه أن يقال يعنى ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا فى غير المكيل والموزون الا أنه يجعل ذلك المعنى فى هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصى وقصده الذى هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المسامحة وسرعة النبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ولو اشتريا دارا واقتسما لم يكن لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهى افراز فى حق بعض الاحكام ألا ترى أنه يجبر عليها ولو بنى أحدهما فى نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة فى القسمة والمشترى لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل افرازا فى حكم الوصية تصحيحا للوصية لان مبناها على المسامحة وسرعة النبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظهر أنه أوصى بما يملكه اه تدبر (قوله وان وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى فى الجارية الموصى بها كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه عوضه أى

والى هذا أشار بقوله (وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقى ظاهر وقوله (اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى فى الجارية الموصى بها

وقوله (أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه وقوله (فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فان قيل ينبغي أن يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فيعتبر زعم كل فريق فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل أحد عشر وقوله (وقيل لا خلاف فيه لمحمد) بل قوله في الاقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينها فبلغه فاما أن يجيز الوصية أولا فان كان الثاني بطلت وان كان الاول جازت فان دفعها الى الموصى له تمت وان لم يدفع فله أن يمنع وان أجازها لان هذا تبرع بمال الغير الى آخر ماذكر في الكتاب وهو واضح

أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا أجاز وها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى قال (واذا اقتسم الابنان تركة الاب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الاب أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا أقر أحدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث

(قوله وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة) أقول فيه بحث فلم لم يعتبر زعمه تمسكا بمذهب محمد اذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف (والامتناع لحق الورثة) أقول وقدمر في أوائل كتاب الوصايا ان كل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا فيكون خلافا للشافعي

عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذراعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لان الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصى مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذراعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصى وأما نصفه الآخر وقدر ذراعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصى فباقيان على حالتهما الاصلية في ملك الموصى وصاحبه فلم يكن قوله اما لانه عوضه صالحا لان يكون دليلا مستقلا في افادة المطلوب ههنا وهو أن يكون قدر ذراعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الآتيين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له الخ) أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق انما يتمشى في صورة ان وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصى وأما في صورة ان وقع بعدها في نصيب الآخر فلا لان الموصى حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر مالكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه الى المقر له ومسئلتنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجه الاستحسان انه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى في فصل اقرار المريض ان ابنه لو أقر بأخ فجعده أخوه الآخر دفع اليه

الى قوله (فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه) فان كان الدين مستغرقا لجميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع) يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فأوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا (وله أن الام أصل) يعني في الوصية (والولد تبع فيه) أي في الوصية على تأويل الايصاء وانما كانت الام أصلا لان الايجاب

فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شئ الا أن يسلم للورثة مثلاه ولانه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لان الام دخلت في الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له (وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الام فان فضل شئ أخذه من الولد) وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله أن الام أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

المقر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لانه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلناها نحن والحاصل اننا عملنا هنا بأصل مالك ثمة وعمل زفر هما بأصلنا ثمة فلا بد للائمة الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية أو الاتحاد ويحتمل أن يكون في المسئلة روايتان ألى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما بين فان المساواة من اللوازم البينة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالاخ يتضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه لا يتضمن الاقرار بها اه (أقول) ليس هذا بشئ فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الاخوين فقط كنصف التركة مثلا والا يلزم أن يكون حصة أحد الاخوة النصف وحصة مجموع الاخوين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما تقتضي كون حصة الاخ المقر له ثلث ما في يد المقر لا نصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام أيضا لان المساواة انما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث في الابنين وكون اقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

تناولها قصدا ثم سرى حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لانه يؤدي الى نقصها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله (الا أنه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لا نسلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله شئ في ذلك وفيه نقض له بحصته ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله (واذا اتصل به القبض) انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون أن لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شئ من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن والله أعلم

قال المصنف (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث) أقول وكذا الأخ الذي أقر أحد الابنين باخوته وأنكر الآخر شريك للوارث مع أنه يعطي له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الاقرار فلا بد من الفرق قال المصنف (وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا) أقول الظاهر أنه بالحاء المهملة أي ما يصير حصته منهما يقال حصني منه كذا أي صار حصتي منه

﴿ فصل فى اعتبار حالة الوصية ﴾ قال فى النهاية لما ذكر الحكم الكلى فى الوصية وهو الحكم الذى يتعلق بثلث المال ذكر فى هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما أن هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة) واضح مبناه أن المعتبر فى جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر فى فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله (لان الاقرار ملزم) فيه تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار أيضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا يصح للوارث ووجه ذلك أن الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت فى باب الوصية وقوله (الا أن الثانى يؤخر عنه) أى تنفيذ حكم الاقرار فى حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذى فى حالة الصحة (بخلاف الوصية لانه) يعنى الوصية بتأويل الايصاء وقوله (وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فاعتق) يعنى لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا وذكر فى كتاب الاقرار أنه ان لم يكن عليه) أى على العبد (دين يصح) الى آخر ما ذكر فى الكتاب قال

﴿ فصل فى اعتبار حالة الوصية ﴾ قال (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار و بطلت الوصية والهبة) لان الاقرار ملزم بنفسه وهى أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان فى حالة الصحة أو فى حالة المرض الا أن الثانى يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها تجاب عند الموت وهى وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهى كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصرانى أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما يجابان عنده أو بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر فى ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهى طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهى نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا وذكر فى كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه أقر لمولاه وهو أجنبى وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى أنها تصح لانها تمليك فى الحال وهو رقيق وفى عامة الروايات هى فى مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح

﴿ فصل فى اعتبار حالة الوصية ﴾ لما ذكر الحكم الكلى فى الوصية وهو الحكم الذى يتعلق بثلث المال ذكر فى هذا الفصل أحكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا فى الشروح (قوله واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار و بطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية وهذا بناء على ان المعتبر فى جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر فى فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا اه واقتفى أثره فى هذا التقرير صاحب العناية (أقول) فى عبارتهما خلل حيث قالا لان الاقرار تمليك للحال مع انهم قد صرحوا فى كتاب الاقرار بأن الاقرار ليس بتمليك بل هو اظهار للقربة وقالوا ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم انه كاذب فى اقراره لا يحل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض اذا أقر بجميع ماله لاجنبى صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم فحق العبارة أن يقال لان الاقرار تصرف فى الحال كما قاله المصنف رحمه الله فى أوائل كتاب الوصايا فتذكر (قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا) قال صاحب النهاية والعناية فى شرح هذا المقام أى لا تصح الوصية والهبة له لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا وذكر فى كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه أى على العبد دين يصح اه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان ما ذهبا اليه فى شرح هذا المقام مما يأباه سداد

﴿ فصل فى اعتبار حالة الوصية ﴾ (قوله أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا) أقول فيه بحث فان لفظ الجامع الصغير ههنا هكذا على ما نقله الاتقانى وقال فى المريض أقر لابنه وهو نصرانى بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك ان كان الابن عبدا فاعتق فى هذا اه

وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة (والاشل) من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها وقوله (صار طبعا من طباعه) يعني خرج من أن يكون مريضا مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم)

قال (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عند ما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش) لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

﴿ باب العتق في مرض الموت ﴾

قال (ومن أعتق في مرضه عبدا أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا)

المعنى وانتظام الكلام فانهما حملا قول المصنف وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع ان الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعا وهي الاقرار والهبة والوصية لانه كان عاما لها في المسئلة السابقة فانتظام اطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا يقتضي العموم لها في هذه المسئلة أيضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فان ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلاث جميعا بلا ريب ثم ان قولهما أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا ان أراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة أيضا لم تذكرا هنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في اشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق فما معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الاقرار وان أراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكر هنا أصلا لا صراحة بعينها ولا اندراجا في اطلاق اشارة شئ فهو ممنوع فان مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا اه ولا يذهب عليك ان صورة الاقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت اطلاق اشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا هو انه يبطل الاقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضا الدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة وان مراده بقوله وذكر في كتاب الاقرار الى قوله قال والمقعد بيان ان في صورة الاقرار رواية للصحة أيضا وكذا في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلا تبصر ترشد

﴿ باب العتق في مرض الموت ﴾

قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل اه (أقول) فيه فتور لان الاعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فان الوصية ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم انه في حكم الوصية

قال المصنف (ويضرب به مع أصحاب الوصايا) أقول الاظهر أن يقال يضرب كل من هؤلاء بحكم كل من العتق والمحاباة والهبة مع أصحاب الوصايا أي في الثلث

﴿ باب الاعتاق في مرض الموت ﴾

الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قال (ومن أعتق عبدا في مرضه) كلامه واضح

﴿ باب العتق في مرض الموت ﴾

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أى المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته متطوعا وقوله (كالضمان والكفالة) غاير بينهما بالعطف لان الضمان أعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لاجنبى خالع امرأتك على ألف على أنى ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد بألف على أنى ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبى لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشترى وقوله (ومانفذه من التصرف) أى نجزه فى الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت (٤٦٢) (فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث

وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرء تبين أنه لا حق لاحد فى ماله) وقوله (فان حابى ثم أعتق) صورته رجل باع فى مرضه عبدا يساوى ألفين من رجل بألف وأعتق عبدا يساوى ألفا ولا مال له سواهما (فالمحاباة أولى) وان ابتدأ بالعتق تحاصا فيه (عند أبى حنيفة ففى الاول يسلم العبد للمشترى بالف) ولم يبق من الثلث شئ الا أن العتق لا يمكن رده فيسعى العبد فى قيمته للورثة وفى الثانية يتحاصان فى مقدار الثلث (وقالا العتق أولى) سواء قدم المحاباة أو أخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشترى ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة فى الثمن من غير رضاه وان شاء أمضى العقد وأدى كمال قيمة العبد ألفى درهم والاصل المذكور فى الكتاب ظاهر وقوله (الا العتق الموقع) أى المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقوه أو يوصى بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتى بيوم كما سيجىء وقوله (والمحاباة فى البيع) بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره يلحقه) أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال

وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة فى حكم الوصية لانه يتهم فيه كما فى الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه فى حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد ومانفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق فى ماله قال (وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبى حنيفة وان أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى فى المسئلتين) والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته فى الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح والمحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره بلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى

اذا وجد فى مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتى أيضا فى الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الاعتاق فى المرض أمرا بغير حقيقة الوصية ولكن كان فى حكمها أفرده بباب على حدة وأخره عن حقيقة الوصية لكونها هى الاصل (قوله وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول فى عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز فى النسخة الاولى محمول فى الكلام وقوله فهو وصية فى هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثانى مكان الاول فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كله جائز (قوله وانما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه الفسخ وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى) أقول فى هذا التحرير قصور بل خلل أما أولا فلأن قيد من جهة الموصى فى قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضا فى الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصى كما فى المحاباة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وان لحق المحاباة من جهة غير الموصى وهو المشترى وأما ثانيا فلأن قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم باطلاقه أن يلحق الفسخ المحاباة أيضا من جهة الموصى مع انه قال وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى فالحق فى تحرير هذا المقام أن يقال فانه لا يلحقه الفسخ أصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصى وغير الموصى أيضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا فى تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه الفسخ أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق

قال المصنف (لانها ايجاب بعد الموت) أقول قياس من الشكل الثانى (قوله وغيره يلحقه أى غير العتق الموقع) أقول فيه أن الظاهر أن يقول أى غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق وتعميم الموقع بهما خلاف الظاهر

واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية أن العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله أن المحاباة أقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أولا دفع الاضعف واذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم أعتق ثم حابى

والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى أن العتق المعلق أيضا لا يلحقه الفسخ عندنا فالحق أن يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ أي غير العتق الذي ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ أيضا يساعده لاحالة فان العتق الذي ذكره يعم العتق الموقع والمعلق كما ترى (قوله واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوى فيه من سواهما أي سوى العتق والمحاباة واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تأبى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك أن يقال أي سوى المعتق والذي حوبي له أو سوى أهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الاهل أو لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فبقيت السماجة في تفسيرهما المذكور لاحالة (قوله لهما في الخلافية) قال صاحب العناية في بيان الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني (أقول) هذا شرح فاسد لان الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما والصواب في بيانها أن يقال وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت) قال في العناية ألا يرى أنه اذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك هنا اه وهكذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الاسرار (أقول) لقائل أن يقول حكم الايصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصى في حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لاحالة فينبغي أن يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل أن يثبت في المؤخر فيه فافترقت الصورتان فتأمل (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى اذا حابى ثم أعتق ثم حابى

(لهما في الخلافية) وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وقوله (لا يوجب التقدم في الثبوت) ألا ترى أنه اذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل أو فصل ولا عبرة بالبداءة فكذلك ههنا وقوله (لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة) يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها (فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى) لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه

(قوله يستوى فيه من سواهما أي سوى العتق والمحاباة) أقول فيه شئ فان لفظة من تأبى هذا التفسير (قوله وهي التي قدم الخ) أقول فيه شئ فان الظاهر التعميم للمسئلتين (قوله وقوله لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها) أقول ضمير عنها راجع الى المعاوضة (قوله فكان تبرعا بمعناه) أقول تذكير الضمير الراجع الى المحاباة اما باعتبار الخبر أو لكونه بمعنى أن مع الفعل أو على تأويل ماذكر قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكون المحاباة أقوى منه

وقوله (قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو ينافض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وماذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بأنه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت و يثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني) فان قلت لم لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما أصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحاباة ما أخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت (٤٦٤) المحاباة أجيب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال (وان أوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد) كلامه واضح وقوله (وبقي شئ من الحجة يرد على الورثة) قال الامام الكناني الا أن يكون الموصى جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له

قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شئ من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة وهي حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) قال في العناية فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو

(قوله وهو ينافض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقيض ما أثبته قال المصنف (ثم أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق) أقول قال في الكافي فان قيل ينبغي أن يكون تمام وهذا الثلث للمحاباة الاولى عنده لان المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة الاولى مرجحة على العتق والمساوي للمرجوح مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الاول عنده لان العتق الاول يساوي المحاباة والمحاباة راجحة على العتق الثاني والمساوي للراجح راجح قلنا لا يترجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالاجماع اذا لم يكن الغير متخللا وكذا اذا تخلل الغير اه وذكر المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وماذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول لم يذكر ذلك صريحا نعم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان فان التقدم اذا كان سببا لمساواة المرجوح للراجح يكون سببا أيضا لرجحان المساوي والجواب أن سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث انه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاحمة ضرورة واحد المتساويين اذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضا لانه ليس أقوى منه فتثبت المزاحمة أيضا ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول فيه تأمل فانهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الاجنبية التي نسبتها تنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا قولنا مساوي المساوي مساو وهم صرحوا بصدقها ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتأمل (قوله أجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول يعني نصف ما أخذه (قوله فيؤدي الى الدور) أقول لانه يسترد منه أيضا صاحب العتق الثاني للتجانس

وقوله (وهذا أشبه) يعني الى الصواب لانه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحلف المستحق اذا هلك منه شئ وتبطل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله (ومن أوصى بعتق عبده) أى باعتاق عبده وقوله (لانه يتلقى الملك من جهته) أى لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصى (الا أن ملكه) أى ملك الموصى (باق) فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا أن ملك الميت فيه باق بعد لحاجته (وانما يزول) ملكه (بالدفع فاذا خرج به) أى بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فان فداه الورثة كان الفداء في أموالهم) أى كانوا متبرعين فيما فدوه به

وهذا أشبه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شئ) لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث الا أنها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا أن ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية

(قوله وقوله وهذا أشبه يعني الى الصواب) أقول الظاهر تبديل الى بالباء (قوله لانه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى) أقول قال في الكافي والاصل أن الايصاء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة فان شاؤا دفعوه وان شاؤا فدوه فان دفعوه صح الدفع لان حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له وبطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك

يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأيضا لو حابى ثم جانى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني انه انما تحاصا الان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر من وجوه الاول ان السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلا اذ لم يقل المصنف قط ان التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذاك like دافعا للاضعف المؤخر وأما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الاقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين على الاخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاهه اصلا على ما ذكره المصنف والثاني ان الجواب المذكور عن السؤال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة القياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة اذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا امساوب وب مساوج فانه ينتج ويستلزم ان امساوج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي ان كل مساوي المساوي مساو والسؤال الاول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فانه ان أريد أن بتنفيذ المحاباتين جميعا ثم بنقضهما بعد الموت يرتفع تقدم احداهما على الاخرى فذلك أمر لا يساعده العقل وان أريد به أن التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف ان التقديم يقتضي الترجيح مطلقا فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفا من ان الذي ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا أن التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الاول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقسم الثلث بين الكل أثلاثا لان المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية فكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بعض يخصه

(٥٩ - تكملة ثامن) لو كان حيا فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته ألا ترى أن الموصى لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا وان اختاروا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم وجازت الوصية انتهى ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية ففيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرتاشي

وقوله (ومن أوصى بثلث ماله لآخر) واضح وقوله (وان كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شئ وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كأن الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا كذلك (وله أن الاقرار بالدين) أي ولابي حنيفة وجهان أحدهما أن الاقرار بالدين أقوى على ما ذكر والثاني أن العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه ويثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لولاة المريض أعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف المورث وله أن حقه يثبت في عين الالف مقارنا للثبوت الدين في الذمة وعند انتقالها منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقالا له ذلك فقال صدقتما والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب

﴿فصل﴾ قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر

﴿فصل﴾

فاما أن يوصي بها أو لا فان كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على اخراجها لكن لهم أن يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها والله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع

قال (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شئ للموصى له الا أن يفضل من الثلث شئ أو تقوم له البينة ان العتق في الصحة) لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا أن يفضل شئ من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه

قال (ومن ترك عبدا فقال الوارث أعتقني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق ولا يسعى في شئ) لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فمقتضيته أن يبطل العتق أصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول قال في المنظومة في كتاب الاقرار في باب أبي حنيفة خلافا لصاحبيه لو ترك ألف وهذا يدعي * دينا وذاك قال هذا مودعي والابن قد صدق هذين معا * استويا أو أعطيا من أودعا

وهو تقدمه عليها فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال المحاباة الاولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي أن ترجح على العتق كالاولى لان المساوي للراجح راجح لما مر أن رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه وكذا الوقال ينبغي أن لا يكون للمحاباة الثانية شئ لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوي للمرجوح مرجوح كذا في الفوائد الحميدية اه فتأمل

*(فصل) * ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ

والصدقة على الفقراء وما أشبههما أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو أهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا أو واجبا أو تطوعا كما ذكرنا يبدئ بما قدمه الموصي لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم فان قيل أين ذهب قول أبي يوسف ومحمد (٤٦٧) ولا معتبر بالتقديم في الذكر فانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة رحمه الله عليهما أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحدا وأما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو أوصى بثلثه لانسان ثم أوصى بثلثه لآخر وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله (اذ جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات) أما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية وأما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث

﴿فصل ومن أوصى بوصايا﴾ (قوله والصدقة على الفقراء) أقول فانها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام يحتاج الى توجيه كما لا يخفى (قوله لان الفريضة أهم من النافلة) أقول لعله أراد بالفريضة هنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفا من عدهما من الواجبات والقرينة لتلك الارادة مقابلتها بالنافلة (قوله فان قيل أين ذهب) أقول يعني في الفصل السابق (قوله ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما) أقول أبو حنيفة لم يعتبر التقديم في الذكر والا فلو أوصى بثلثه لانسان ثم به لآخر لزم أن يقدم المقدم وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه صرح به الخبازي فراجعه (قوله أجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بحث

﴿فصل ومن أوصى بوصايا﴾

(٤٦٧)

﴿فصل﴾ قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم (فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى وجه الأخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات

بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها) أقول يشكل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر في محله ومر في الباب السابق أيضا مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصي أو أخرها اذ على تقدير ان أخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هنالك بالأهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يتمشى هنالك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الاهم والجواب ان المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الاهم هو البداءة في الاعطاء والتمليك لا البداءة في الذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي البداءة في الاعطاء والتمليك بما هو الاهم في الشرع وان أخره في الذكر والتلفظ و وجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من ينفذ وصاياه و يؤديها الى محلها من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياه و يصرفها الى محلها بما هو الاهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم) يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بان كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان أن يبتدئ بالاهم (أقول) لقائل أن يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر أن الاهم في حقوق الله تعالى ما هو الاقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من

والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف فى الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

بعض وان وجد التفاوت بينها فى القوة من جهة بعد تساويها فى القوة من جهة الفرضية أو الوجوب أو التنفل فالظاهر أنه أهمها ماهو أقواها فى اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان أريد بالاهم فى قوله لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم ماهو الاهم أى الاقوى فى اعتبار الشرع فلانسلم أن الظاهر أن يبتدئ به اذ لا يهتدى كل أحد الى معرفة ماهو الاقوى فى اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشئ منها دليلا على كونه اقوى من غيره فى اعتبار الشرع وان أريد بالاهم فى ذلك ماهو الاهم عند المبتدئ كما صرح به فى الكافى حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر أن يبتدئ به فمسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداءة فى التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى فى الذكر مع العلم بكون ما أخره أهم فى اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الاهم عنده متحقق فى المسئلة المتقدمة هنا أيضا مع انه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الاهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى أو أخرها فليتدبر فى الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها ولله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازه الورثة وان لم يجيزوها فان كان كلها لله وهى فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم اه كلامه (أقول) فى تقريره خلل لان ضمير المفعول فى قوله وان لم يجيزوها اما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فان كان كلها لله وهى فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به لان الوصايا التى كلها فرائض والتى كلها واجبات والتى كلها تطوع قسيمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسما منها وان رجع الى الثانية مع كونه مما يأباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها مهملا متروكا فى مقام التفصيل وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلث يحتمل الكل أولا يحتمل ذلك ولكن اجازه الورثة فان كلا منها قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها ولم يذكر فيما بعد أصلا فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور انما وقع فيما وقع بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك فى التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ لسلم عن جميع ما ذكرنا فى بيان الخلل تأمل تنقف (قوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح فمن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون النذور واجبة بايجاب العبد اه (أقول) لقائل أن

وقوله (والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر) ترك كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة وقوله (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) فمن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذر واجب بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف فى وجوبها دون وجوب النذور

(ومالیس بواجب قدم منه ماقدمه الموصی لما بینا) یعنی قوله لان الظاهر أنه یبتدئ بالأهم وصار کما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به ولو قال کذلك لزم تقدیم ماقدم فکذا هذا وهو ظاهر الروایة وروی الحسن عن أصحابنا أنه یبدأ بالافضل فالافضل یبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب علی هذا الترتیب أو لم یرتب وماجمع بینهما قالوا ان الثلث یقسم علی جمیع الوصایا ما کان لله وما کان للعبد ویجعل کل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب و یقسم علی عددها فاذا قال ثلث مالی فی الحج والزکاة والکفارات ولزید یقسم علی أربعة أسهم لان المقصود بجمیعها وان کان متحدا وهو

رضا الله فکل واحدة فی نفسها مقصودة فتنفرد کما تنفرد وصایا الآدمیین فان الجمیع منها وان کان المقصود منه القربة اذا أوصی للفقراء والمساکین وابن السبیل لکن یجعل لکل جهة سهم علی حدة فکذا هذا قال (ومن أوصی بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده) کلامه واضح وقوله (وقد فرقنا بین هذا و بین الوصیة بالعتق من قبل) یعنی علی مذهب أبی حنیفة وهو الذی ذکره قبل هذا الفصل بقوله وله أنه وصیة بعتق عبد یشتری بمائة الخ وقوله (ومن خرج من بلده حاجا) قیده لانه اذا خرج للتجارة یحج عنه من بلده بالاتفاق وسیذکره بعید هذا قیل هذا الخلاف فیما اذا کان له وطن فاما اذا لم یکن فیحج عنه من حیث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حیث هو فکذلك اذا أوصی

قال (ومالیس بواجب قدم منه ماقدمه الموصی) لما بینا وصار کما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث یقسم علی جمیع الوصایا ما کان لله تعالی وما کان للعبد فأصاب القرب صرف الیها علی الترتیب الذی ذکرناه و یقسم علی عدد القرب ولا یجعل الجمیع کوصیة واحدة لانه ان کان المقصود بجمیعها رضا الله تعالی فکل واحدة فی نفسها مقصودة فتنفرد کما تنفرد وصایا الآدمیین قال (ومن أوصی بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده یحج راکبا) لان الواجب لله تعالی الحج من بلده ولهذا یعتبر فیه من المال مایکفیه من بلده والوصیة لاداء ماهو الواجب علیه وانما قال راکبا لانه لا یلزمه أن یحج ماشیا فانصرف الیه علی الوجه الذی وجب علیه قال (فان لم تبلغ الوصیة النفقة أحجوا عنه من حیث تبلغ) وفی القیاس لا یحج عنه لانه أمر بالحجة علی صفة عدمناها فیه غیر أنا جوزناه لانا نعلم أن الموصی قصد تنفیذ الوصیة فیجب تنفیذها ما أمکن والممکن فیه ماذکرناه وهو أولی من ابطالها رأسا وقد فرقنا بین هذا و بین الوصیة بالعتق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات فی الطریق وأوصی ان یحج عنه یحج عنه من بلده) عند أبی حنیفة وهو قول زفر وقال أبو یوسف ومحمد یحج عنه من حیث بلغ استحسانا وعلی هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غیره فی الطریق

یعارض و یقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالی ولیوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فینبغی أن تقدم النذور علی صدقة الفطر بناء علی ذلك کما قدم الکفارة فی القتل والظهار والیمین علیها لذلك علی ماذکر فی الکتاب (قوله قالوا ان الثلث یقسم علی جمیع الوصایا ما کان لله تعالی وما کان للعبد الخ) وفی غایة البیان قال شمس الائمة السرخسی فی شرح الکافی فان قیل اذا کانت الوصیة بحجة الاسلام فینبغی أن تقدم علی الوصیة لانسان لان ذلك لیس بفرض والحج فریضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصیة اه (أقول) فی الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع فی المرض والعتق المعلق بموت الموصی و بالمحاباة فی البیع اذا وقعت فی المرض فان کلا منها یقدم علی جمیع سائر الوصایا ما کان لله وما کان للعبد لقوة العتق من حیث انه لا یلحقه الفسخ أصلا وقوة المحاباة أیضا من حیث انه لا یلحقها الفسخ من جهة الموصی کما مر فی باب العتق فی المرض ولو لم تعتبر قوة الوصیة عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصایا من حقوق الله تعالی لان المستحق فی المحاباة هو العبد وفی حقوق الله تعالی هو الله تعالی فقد اختلف المستحق وکذا الحال فی العتق الموقع فی المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالی عند أبی حنیفة رحمه الله تعالی لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبیه لان العتق حق الله تعالی عندهما علی ماعرف تدبر

(قوله وروی الحسن عن أصحابنا أنه یبدأ بالافضل فالافضل یبدأ بالصدقة الخ) أقول قال السرخسی فی محیطه لان الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخیرات قال علیه الصلاة والسلام تباهت العبادات عند الله تعالی فقالت الصدقة أنا أفضلها ولان نفعها عائد الی غیره ونفع غیرها مقتصر علیه وقال علیه الصلاة والسلام خیر الناس من ینفع الناس والحج أفضل من العتق لانه من الارکان الخمسة والبداءة بالافضل أولی لانه أجزل ثوابا وأعظم أجرا اه وأنت خبیر بأن قوله ونفع غیرها مقتصر علیه منقوض بالعتق

وقوله (لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه وردبان المكفر اذا أطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الآمر بدليل أن الاول اذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى (٤٧٠) بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما أنفقه وأما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المأمور بالاطعام اذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع أصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به (على ما قررناه) أراد به قوله قبيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أجزاه عنه وجلا الخ

لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب والله أعلم

(قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه وردبأن المكفر اذا أطعم بعض المساكين فمات وأوصى به وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الآمر بدليل ان الاول لو بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه وأما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المأمور بالاطعام اذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية (أقول) السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله وردوأجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان المتجزئ لا ينقطع وغير المتجزئ ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر في المتجزئ وانما يضر في غير المتجزئ فان كل عمل غير متجزأ اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة والحج غير متجزأ فاذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الموصي أداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل المتجزئ فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الاصل بل يجوز أن يتم الآخر ما بقي منه كما اذا أطعم المأمور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا وبعدم فرق الشارح المزبور بين المدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما أطعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما أطعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا أن يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزي ينافي الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزي الاطعام تعارض أصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت أن التجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزئ وغيره الا أن الاكمال بما بقي متصور في المتجزئ دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى

قال المصنف (لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة) أقول وقرر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج للحج ليس من الثلاثة ولا بناء على المنقطع وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء ثم يحج عنه من بلده فههنا كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام) أقول يعني في كفارة الظهار

انما أخر هذا الباب عما تقدمه لان فى هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبدا يتلو العموم قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبى حنيفة وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهى الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لاصلاة لجار المسجد الا فى المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستجابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لابد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعى رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد

﴿ باب الوصية للاقارب وغيرهم ﴾

أخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر فى هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبدا يتلو العموم كذا فى الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهيه كاسد أما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجى أى لا يدل على وقوع مدخوله فى الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه وأما ما تأخر مدخوله فى الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضرورى ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثانى يعنى لما قدم ذكر الوصية للاقارب فى ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك فى بسط المسائل أيضا ليحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب فى الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بلا ريب وأما الثانى فلان الاهتمام بأمر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك فى ترجمة الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله هناك علم أن اهتمامه كان بأمر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ) أوضحه فى الكافى حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق اه وعن هذا قال فى العناية فى شرح قول المصنف لما تعذر صرفه الى الجميع يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض فى الوصية لجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتى فى وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى أهل مسجد محلته كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولان المقصد بر الجيران فاستجابه ينتظم الملاصق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من ايصائه لجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لان الجار من المجاورة وهى الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل

(باب الوصية للاقارب وغيرهم)

(قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب) أقول فانه نص على خصوص الاقارب وقدم على غيرهم المذكور مجملا وكل ذلك يدل على أهميته وما ذكره بقوله ويجوز لا يدفعه وكذا قوله وان يقال الخ نعم يمكن أن يقال لكل من الاقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنبه على أهمية كل منهما من وجه بطريق حيث قدم الاقارب فى الاجمال والجيران فى التفصيل

وقوله (ومايروى فيه ضعيف) يعنى مارووى أنه صلى الله عليه وسلم قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا أربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصا فى الباب وقد طعن فى راويه (قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى) قال محمد فى الزيادات وينبغى على قياس قول أبى حنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال أبو بكر بن شاهويه هذه كرخدانية من محمد فى مذهب أبى حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملك وأقول ينبغى على قول محمد أن لا يدخل الذمى لان المسجد لا يضمه الا اذا أريد باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله (ومن أوصى لاصهاره) أى لاقرباء امرأته قال فى الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيدة

(قوله اشارة الى الجوانب الاربعة) أقول وفى بعض الشروح أشار الى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول من الحنابلة (قوله وليس كذلك) أقول من كلام أبى بكر بن شاهويه (قوله وأقول ينبغى على قول محمد أن لا يدخل الذمى) أقول لا أدرى ما وجه تخصيص محمد بالذكر ان

ومايروى فيه ضعيف قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته) لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبى عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل أصهار وتلومات الموصى والمرأة فى نكاحه أو فى عدته من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية

الاول فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان اسم الجار يتناولهم) أقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوى فيه الساكن والمالك ينافى تقييد المصنف فيما مر بقوله ممن يسكن محلة الموصى الا أن يكون ما نقله ههنا عن المشايخ رواية أخرى لكن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتأخرين المفهوم من قول المصنف ممن يسكن محلة الموصى الخ اشتراك السكنى فى استحقاقهم الوصية عندهما ملا كا أو غيرهم وما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بتام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف فى الحر الساكن لا على عدم الخلاف فى الحر الغير الساكن اذا كانوا ملا كا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كا ثم ان تعليل قولهما فى العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزله الصريح فى اشتراط السكنى عندهما فى استحقاقهما الوصية وان كانوا أحرارا وملا كا فانه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للدار فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذى هو الموصى له فى الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما فى استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولقائل أن يقول لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيحمل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذا العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقى وأيضا الوصية بدأ للعبد ثم لمولاه لان العبد ما يملكه لمولاه فسكناه كاف فى استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه (أقول) كل من شقى كلامه غير صحيح أما الاول منهما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف فى ذلك حقيقا لا محالة وأما الذى كان عبدا وقت الايجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا فى الوقت الذى له العبرة فى أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه وأما الثانى فلانه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيئا للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاه نائبا بل معناها تمليك شئ لمولى العبد كما هو الحال فى سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم أن يكون العبد أهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك تمليكا لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف فى استحقاقه الوصية تأمل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية أى لاقرباء امرأته وفى الصحاح الاصهار أهل

لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضا وقوله (وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وان ورثت منه بأن يكون الطلاق في المرض وقوله (ومن أوصى لاختانه) يعني ان الاختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والانثى كلهم في قسمة الثلث سواء وقوله (ومن أوصى لاقاربه) يعني تصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب أو الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند أبي حنيفة وقوله (وفائدة الخلاف تظهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصى اذا كان علويا فعلى القول الاول أقصى الاب على

وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج) لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن أوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا وهذا عند أبي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) وهو أول أب أسلم اول أب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف وله أن الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى

بيت المرأة اه واقتفى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا العناية ومعراج الدراية (أقول) تفسير الاصهار في هذه المسئلة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلا منهم ليس من أقرباء امرأته مع انهم يدخلون في الايصاء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف فالوجه أن يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو أعم من أقرباء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار أعم من أقرباء المرأة قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاحماء والاختان جميعا اه وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج أخته والاختان أصهار أيضا اه تدبر (قوله وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية) أقول فيه بحث وهو انه ان أراد أن الوصية أخت الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند اجازة

فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني أقصى الاب أبو طالب لانه أدرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين كونه متروكا بالاجماع بقوله (فان عنده) أي عند أبي حنيفة يقيد بما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرناها (وعندهما بأقصى أب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى) وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لاستحالة وقوله

(قوله لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضا) أقول بدليل قولهم

لكل أبي بنت اذا ما ترعرعت * ثلاثة أصهار اذا عد الصهر

فأولهم خدر وثانيهم امرؤ * وثالثهم قبر وخيرهم القبر

اه من شرح الزيادات للعتابي (قوله فصاعدا الاقرب فالاقرب) أقول يعني يقدم الاقرب فالاقرب وبالجملة فيه شرائط الاول أن يكون اثنين فصاعدا والثاني كونه قريبا والثالث كونه من ذي رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والام والخامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثا قال المصنف (وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) أقول قال في الكافي يستوي فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله اذا أوصى رجل لامهات أولاده بالثلث وللفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبرها هنا

(واذا أوصى لاقاربه وله عمان وخالان) يعني وله ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة وقوله (لانه لابد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية) يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف أيضا واعترض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وحينئذ كان لقائل أن يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه

ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا وأجيب بأن ذلك غير لازم لان اعتبار الجمع كلها ساقط لتعذره فتعين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما واذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاثا وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله (وهي أقوى) أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤولة وقوله (والعمة وان لم تكن وارثة) جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواتها العم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق أو الكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا الضعف في القرابة وقوله (لانسبائه) الانسباء جمع النسيب وهو القريب كالانصباء في جمع النصيب وقوله (في جميع ما ذكرنا) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافا لهما قال (ومن أوصى لاهل فلان فهي على زوجته) الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند أبي حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى وائتوني بأهلكم أجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فنجيناه وأهله الا امرأته وله ان الاهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله فلا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها

قال (واذا أوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب (ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا وكذا اذا أوصى لذوي قرابته أو لاقربائه أو لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن أوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وائتوني بأهلكم أجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله

الورثة اياها على ما تقرر في محله عند أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به وكذا مر فيه آنفا في مسئلة الايصاء لاختانه أنه يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقرر وان أرادان الوصية أخت الميراث في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسئلة ثم ان أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على ما نص عليه الامام الزيلعي في التبيين حيث قال ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين اه وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم وأما الانثى فانها وان ورثت الا أنها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الامور في مسئلتنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة ههنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لحديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك (قوله وله أن اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة) أقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار بأهله

قيل فى الاستدلال بهذه الآية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته فان كان معه من الارقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها لان طريق معرفتها السماع كما عرف فى الاصول وانما استشهد بالآية تأنيسا فان ثبت ان ما فى الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافى مطلوبه كالآيات التى استدلا بها وقوله فلان تأهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله (لان الانسان يتجنس بأبيه) فان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليهما وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان أكثرهم من الاماء فعلم أنهم يدخلون فى هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله (ولو أوصى لايتام فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام والعميان والزمنى معروفة والارمل هو الذى لا يقدر على شئ رجلا كان أو امرأة من أرمل اذا افتقر من الرمل كادقع من الدقعاء وهى التراب ومن الناس من قال الارمل فى النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبى فاذا أوصى لهؤلاء فاما أن يكونوا قوما يحصون أو لا فان كان الاول وحد الاحصاء عند أبى يوسف أن لا يحتاج فى الاحصاء الى كتاب ولا حساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا أكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى دخل فى الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية

تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن وان كان الثانى فالوصية للفقراء منهم لما ذكره فى الكتاب وهو واضح

ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال ولو أوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التى ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لان الاب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لان الانسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو أوصى لايتام بنى فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لارامله ان كانوا قوما يحصون دخل فى الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه أمكن تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية فى الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهى فى سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء

(قوله قيل فى الاستدلال) أقول القائل هو الاتقانى (قوله على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول ان أراد أنه لا يستدل عليها بالقياس فسلم ولكن ليس الاستدلال عليها بالآية الكريمة كذلك بل هو من قبيل السماع وان أراد مطلقا فغير مسلم (قوله كالآيات التى استدلا بها) أقول منها ماذكره فى الكتاب ومنها

نظر لانه انما يدل على أن لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على انه لا يطلق على غيرها أيضا بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من أن يراد باللفظ فى موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ألا ترى انك اذا قلت رأيت انسانا يفعل كذا وأردت بالانسان هنالك فردا مخصوصا من أفراده لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراده فى موضع آخر فاذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب أبى حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجته بل يجوز أن تتناول غيرها أيضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره فى الاحتجاج لابى حنيفة بقوله تعالى

فنحيناه وأهله الا امرأته ومنها ووهبنا له أهله ومثلهم معهم كذا قال الاتقانى وقال ولم يرد فى هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل الا أن الممالك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم (قوله اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل ظرف لاسم والظاهر أنه من باب التنازع قال الكاكى اليتيم صغير لا أب له وفى الجامع الكبير لشمس الائمة فان قيل أليس ان الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم أبى طالب قلنا هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فانهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناوله سبهم كما يسبون مذمما وهو ليس كذلك بل كان محمدا عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والارمل هو الذى لا يقدر على شئ رجلا كان أو امرأة) أقول فى المحيط الارامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر ان الارملة هى التى لا زوج لها مأخوذ من قولهم أرمل القوم اذا فنى زادهم والذكر يسمى أرملا مجازا خلافا للشعبى وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل الا فى الشذوذ ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم) أقول فى دلالة ذلك على ماذكره بحث فان الظاهر ان كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر الى الكافى (قوله وقال بعضهم هو مفوض الى رأى القاضى) أقول وعليه الفتوى (قوله دخل فى الوصية فقراؤهم) أقول هذا جواب ان كان الاول

وقوله (بخلاف ما اذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه اشارة الى أنهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر والانثى في الايامى دخوله في الارامل أو لا قال الكرخي يدخل لان الأيم هي التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا وقال محمد الأيم هي الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ أربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى أن يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله (ولو أوصى لبني فلان) يعني اذا أوصى لبني فلان فلا يخلو اما ان يريد مفهومه الاضافي أو يكون اسم قبيلة أو نحو فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند أبي حنيفة رجع اليه وكان يقول أولا يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط أما اذا كانت الاناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد الانتساب لبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان اما أن يكون أباخاصا أو نحو فان كان الاول فالوصية تناولت الاولاد دون أولادهم الذكر والانثى عند الانفراد والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا لا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الاولاد وأولاد الابناء رواية واحدة وفي أولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم قال القدوري والصحيح أنهم لا يدخلون وذكر فيه (ومن الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وان كان الثاني يدخلون وان كان الصلبي قائما لان فلانا اذا كان نخذ افنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة فتكون مرادة فتدخل بخلاف ما اذا كان أباخاصة فان بنيه وبناته قد تخلو عن الاولاد فلا تكون مرادة

بخلاف ما اذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبار المعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول أبي حنيفة أول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو نحو فحيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها أعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء) لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا

وسار بأهله فيه نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع اه وأجاب عنه

قال المصنف (وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين) أقول مخالف لما سبق في باب الوصية بثلث المال فيما اذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمساكين الا أن يكون هذا قول محمد ثم رأيت في غاية البيان أن المسئلة مختلف فيها وان هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول أبي حنيفة أول قوليه وهو قولهما) أقول وفي الكافي مخالف لما في الكتاب ففيه ولو أوصى لبني فلان فهو للذكور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخرا اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول أبي حنيفة أولا اه فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم) أقول أي يورثكم فان ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية والجواب أنه دخل في الميراث مع البنت بدليل آخر كذا في معراج الدراية وعندي أن الفهم بطريق آخر فانه اذا لم يكن للميت صبي وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلا يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بهذه الآية فعلم أن الاولاد يتناول أولاد الاولاد لأن فلانا اذا كان نخذ افنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة أقول فيه بحث فان الخلو وعدم الخلو لا مدخل له في كون أولاد الاولاد مرادة اذا كانت معنى مجازيا للاولاد الا اذا قامت قرينة على ارادتها أيضا والظاهر أن يقال اذا كان فلان نخذا يكون المراد مجرد الانتساب اليه فيدخل الكل بخلاف ما اذا كان اباخاصا فليتأمل

وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فأجاز هذا وأصحابنا ما جوزوه وكذلك هذا والمروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بني الأعيان وبني العلات وبني الأخياف وليس بظاهر لان معنى الأخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه فكان في أحدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول وإليه أشار بقوله ان الجهة مختلفة وقوله (في موضع الاثبات) احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات وأجابوا عن مسئلة الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل

على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشئ وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده فان قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة أجيب بأن الكلام فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية الى المولى الذي أعتقه لان شكر المنعم واجب وأما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب أولى منه الى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى أجيب بأنها معارضة بجهة أخرى وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي الاعلى الغنى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الاعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لان عتقه لا يثبت بعد الموت لان التوقف على الشئ لا بالعلية يعقبه وجودا والوصية تضاف الى حالة الموت لانها أخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصطلحوا لأن الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والأسفل لانه مقام النفي ولا تناقي فيه ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته فان كان معه الارقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية فان حاصل نظره القدح في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى وسار بأهله بناء على ان ما وقع في سياقه من خطاب الاهل بلفظ الجمع يأبى كون المراد بالاهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تأمل تفهم فالاظهر في تعليل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولابي حنيفة أن الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اه تبصر تقف (قوله ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله) أقول في التعليل كلام لان مقتضى قوله لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لاحد من هؤلاء أصلا اذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تضاف الوصية اليها وهي حالة الموت فان المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرقيق بشئ غير رقبته لا تجوز كما نصوا عليه وقدمر في الكتاب أن الوصية لامهات الاولاد بثلث ماله جائزة ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبتها لان الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا تحتمل أن تكون اعتاقا لانها تعتق بموت مولاها وان لم تكن ثمة وصية أصلا كما

(قوله فيصير بذلك المعنى كالشئ وقد قررناه في التقرير) أقول قال في التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى ثم قال كذا في أصول شمس الأئمة وفيه نظر لانه يفضي الى جواز ارادتهما فيما يصح الجمع بينهما ولسنا نقول به الا اذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين الى مجاز يعمهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الاعلى والأسفل انتهى ما في التقرير

(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد (لازم) أي ثابت مستقر والاصح الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أي في هذا الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو أوصى لموالي وله موال وأولاد الموالي وموالي الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فأنت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة

حققه الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكروه هناك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي ذكروا هناك غير متمش ههنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار اليه ههنا (قوله وعن أبي يوسف انهم يدخلون أيضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا التناول كذلك فالعجب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذاك اه (أقول) ان أبا يوسف جوز ذاك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم اه وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هناك حيث قال وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول اه وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لا قوله مطلقا كما يشير اليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ويرشد اليه أيضا أن شمس الأئمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجويز أبي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلتين مع أنها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب أنه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومفاسد قلة التدبير والتتبع مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موال أي موالي العتاقة ولا أولاد الموالي أي ولا أولاد موالي العتاقة يعني حينئذ الثلث لموالي الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الا موالي الموالاة كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آنفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب اليه صاحبا النهاية

اذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء

ولو

(قوله وهو ان ولاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ) أقول فيه بحث (قوله لان الحقيقة اذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز) أقول مخالف لما ذكره آنفا من القول بالاشتراك الا أن يبنى على التسليم والتنزل

(ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لاولاد الموالى حقيقة وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما اذا أوصى لمواليه (موال أعتقهم) هكذا وقع فى النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعتقهم أبوه أو ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور فى الكتاب وهذا لان الحقيقة هو أن يباشر اعتاق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز أن يتسبب لذلك باعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد فى حق موالى الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسبيبه فقلنا انهم لا يدخلون فى هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع فى النسخ لان الذين أعتقهم موال له حقيقة وقوله (وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة) جواب عما روى عن أبى يوسف أن موالى أبيه تدخل اذا مات أبوه وورث ولاءهم لانهم موالى حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك ان احراز الميراث ما كان لكونهم موالى له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق فى حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح فى عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله (بخلاف معتق البعض) قال فى النهاية هكذا وقع فى النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور فى الايضاح لانه يثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا وذلك انما يستقيم اذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعند أبى حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين أن النسخة فى قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم باثبات لفظة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه ومعناه فان معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لانه مولاه حقيقة بخلاف موالى الام لانهم ليسوا مواليه أصلا ولكن ينبغى أن يكون هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب فى الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة والله أعلم

ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

والعناية لما صح قوله فى التعليل لان اللفظ لهم مجازا ذلا شك أن اللفظ المشترك حقيقة فى كل واحد من معنييه أو معانيه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أنه اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثلث لموالى الموالى فحينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباط وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجازا لخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح فى الكافى بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفى غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف هنا وكأن صاحب النهاية انما اغتر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالى الموالاة دون موالى الموالى لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لان الأحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غير آب عنها فانه لا ينافى الاشتراك لجواز أن يكون أحد معنيى المشترك أحق بالارادة من الآخر لأمر مرجح وان كان اللفظ حقيقة فى كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر فى الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يأباه جدا كما بيناه آنفا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء فى حق النصف والمصير الى عموم المجاز مخلص معروف فى دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى مدخل فى عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما فى معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما فى معتق معتقه فليتأمل والله أعلم

قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليهما بقرينة صيغة الجمع والحصار المعتق فى الواحد وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع فى معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لانه يثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل يثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى (قوله لان معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لان معتق البعض عند أبى حنيفة كالمكاتب

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح و بفيد الموافقة بين الوصية والعارية فى كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما و بين الارث لان الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد الممات) لان الموت لا يبقى) واذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملهما) يعنى المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو أنه اذا أوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال أبدا أو جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه ليخدمه وان لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى أن يموت وان كان الثانى فاما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمائة أو لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضى بعض من تلك السنة أو مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفى وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضى السنة التى عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا أوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره

﴿باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة﴾

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لان المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان و يكون محبوسا على ملكه فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز زمؤقتا ومؤبدا كما فى العارية فانها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشملهما قال (فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه) لان حق الموصى له فى الثلث لا يزاحمه الورثة (وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية فى العين ولا تمكن قسمة العبد أجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة ابقاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لان الحق لهم الا أن الاول وهو الاعدل أولى وليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار وعن أبى يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لانه خاص ملكهم

﴿باب الوصية بالمنافع﴾

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا كذا فى الشروح (أقول) فيه شئ وهو أن هذا انما يتم فى حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة لان الثمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها عنوانا وأحكاما فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه بيناء الكلام على الاكثر يبقى تأخير الوصية بالثمرة خاليا عن بيان النكتة كما لا يخفى (قوله الا أن الاول وهو الاعدل أولى) قال بعض المتأخرين فيه أن المفروض كون المهايأة باختيارهم فالمتأخر يسقط حقه فلا تبقى الاولوية الا بالزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى (أقول) ليس هذا بسديد لان اسقاط المتأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره بل يجوز أن يكون مع الكراهة لامر يدعو اليه فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كملا كما فى الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضى الا انتفاء الظلم له وتحقق العدل فى الجملة وذلك لا ينافى كون الاول أعدل منه وجه

قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة) اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصى (لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الحكم الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى) لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن يجوز أن يستحقها ذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز (ولومات الموصى له فى حياة الموصى بطلت) الوصية (لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أى فى فصل اعتبار حالة الوصية فى بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده أو داره) فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه أوسكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشايخ فى ذلك على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ نذكرها (قوله اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل) قد تقدم فى باب العارية وفى الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو أن الشئ لا يتضمن ما فوقه وقوله (الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره) جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية فى وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض فلا معتبر به

وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فنعوا عنه قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة) لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولومات الموصى له فى حياة الموصى بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أوسكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار وقال الشافعى له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على أصله وليس بتمليك ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل فى حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو فى وضعه فغير لازم

التسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك أن الاعدل أولى (قوله وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول فيه بحث اما أولا فلانه منقوض بما اذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك أيضا بأن يقال ان حق الموصى له ثابت فى عين جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وأما ثانيا فلانه ان كان حق الموصى له ثابتا فى سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فاما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا فى سكنى جميع تلك الدار أولا فان كان الاول يلزم أن يثبت فى سكنى جميع الدار الواحدة فى حالة واحدة حقوق أشخاص واللازم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة فى جميع محل واحد فى زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وان كان الثانى يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة اثلاثا للانتفاع وأن لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان

قال المصنف (وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار

بأن ظهر للميت مال آخر) أقول قال الكاكى ويعتبر هذا الاحتمال لانه نشأ من دليل وهو ايصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه ان الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلو لم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازا عن المحرم شرعا اه وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له) أقول قوله الموصى له فاعل استخدم قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود) أقول لا يخفى أن الانسب للمقام كان أن يقول لان عين المنافع كقيمتها لكنه قلب تنبيها على قوة المعنى وجوازها بطريق الاولى فليتأمل

وقوله (ولان المنفعة) دليل آخر وقوله (وهذا لايجوز) يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (اذا كان يخرج من الثلث) احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى أهله الا باجازة الورثة وقوله (واذا كانوا في غيره) أي في غير

ولان المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها أما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى وهذا لايجوز وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه الى أهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد الى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لانه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن أبي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث والشريك ذلك فكذلك للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولا آخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها صاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيأ معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

اثلا ثالثبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آنفا في الكتاب (قوله فانما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها) قال في العناية واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه اه (أقول) الجواب منظور فيه لان كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للمدعى بل لابد من كلية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وههنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا وما ليس بمال في تمليكه بالمال احداث صفة المالية فيه تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وما في تمليكه احداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن تملكه تبعا لملك الرقبة أو لمن تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اولا يكون مملكا أكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الادلة الشرعية كلية كل واحدة منها في نفسها الا مجال لتقييد شئ منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل

مصر الموصي وقوله (ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تمهيدا لقوله (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني اذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمائر اما بتأويل المال أو نظرا الى الخبر وقوله (لانه عين مال تحتمل القسمة بالاجزاء) وكل ما هو كذلك تتعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة الى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره وقوله (ولو أراد الموصى له قسمة الدار) ظاهر الى قوله (عطفا منه لاحدهما على الآخر) ومعنى ذلك أنه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أي بحالة انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما

ثم

(قوله وتذكير الضمائر اما بتأويل المال أو نظرا الى الخبر) أقول يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف (لانه أوجب لكل واحد منهما شيأ معلوما عطفا منه) أقول أي من محمد أو من الموصي فانه عطف قوله ولآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده كذا في شرح الكافي والأقرب عندي هو الثاني (قوله ومعنى ذلك انه عطف الخ) أقول يعني ان محمدا عطف الخ

وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصى له) من غير اشتراك (فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها (اذ الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر اما أن يكون أدرك حد الخدمة أو لا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لان بالانفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا يقوى على الخدمة الا به وان أبى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير (٤٨٣) مع المعير وان جنى جناية فالفداء

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشئ صارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولهائظائر وهو ما اذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شئ لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في أخواتها لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيأ في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك

الكبرى من الشكل الاول تبصر (قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت اه (أقول) ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق أن يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لان قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لفظا واصالة والا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الا حملها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم أن يخالف أيضا ما مر في كتاب الاقرار من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل تبعا ولهذا لو أقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للمقر له لان الاستثناء تصرف في الملفوظ بل انما المراد ههنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما

على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير وقوله (ولها) أي لهذه المسئلة (نظائر) وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله (ولا شئ لصاحب الظرف) وهو الامة والخاتم والقوصرة (في المظروف) يعني الولد والفص والتمر (في هذه المسائل كلها) أما اذا كان أحد الايجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق وأما اذا كان أحدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقوله (كما في وصية الرقبة والخدمة) فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على أن المعول على قول محمد

قال المصنف (وكذلك في أخواتها) أقول

والصواب في أختيها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر كذا في شرح الكاكي قال الاتقاني أراد بأخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة السيف والحلية والبستان والثمر الموجود مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شئ يشبه هذا مما يكون الاسم في الوصية عاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره الى هنا كلام الاتقاني قال المصنف (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول هنا نوع مخالفة لما أسلف في الوصية بجارية الا حملها فراجعه متأملا قال المصنف (واسم القوصرة كذلك) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن يظن أن تلك الاسماء عمومات فانه ليس كذلك كما لا يخفى

قال (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدى الى ما يحدث
على وجوه ثلاثة فى وجه يقع على (٤٨٤) الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد أو لم يذكر كالوصية بغلة

بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفى وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد أو لم يذكره كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد فى بطن جاريته واللبن فى الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بوجه ما وفى وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها والا فالقياس أن تبطل الوصية وفى الاستحسان يقع على الحادث الى أن يموت الموصى له وجه القياس أن الثمرة فى الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصى عن الالغاء والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقى والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة فى فصل الخدمة وقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا) الى آخر الباب واضح ولله در المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعانى يحتاج الى تقرير الا وتركيبه أو فى تأدية له من غيره وهذا

ومن أصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الاول كما اذا أوصى للثانى بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فاذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيأ أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فاذا أطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة اذا أطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد وما فى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ

فى بطنها تناولها لهما تبعا عند الاطلاق فترتفع المخالفة كما توهمها البعض (قوله ومن أصلنا ان العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص) أقول لا مجال للعموم فى الالفاظ المذكورة فى هاتيك المسائل لان الحلقة والفص بالنظر الى اسم الخاتم وكذا الجارية وما فى بطنها بالنظر الى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر الى اسم القوصرة بمنزلة الاجزاء لمدلولات هذه الاسماء لا جزئيات معانيها اذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما فى بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما فى القوصرة من مثل التمر وحده على ان الكلام فى وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئى خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله ومن أصلنا ان العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو ههنا كما لا يخفى (قوله بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين انه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) أقول فيه شئ وهو انه قد تقرر فى كتاب الاقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص فى الخاتم والنخلة فى البستان والبناء فى الدار فما معنى قوله أو الاستثناء فى قوله لان ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد وما فى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول فى تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سماجة فان الاطلاق المستفاد من قوله فى ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فالاولى ما ذكر فى الكافى حيث ترك فيه قيد أبدا فى صدر المسئلة أو ما ذكر فى البداية حيث ترك فيها قوله فى ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل تدبر (قوله لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ) أقول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل ينتقض بما

(قوله ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول يعنى أطلق ولم يذكر قيدا

وقوله (وبعقد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لان ما في البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم يضره حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس لها حمل ترد المهر

وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها أوسع أما الولد المعدوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله أعلم بالصواب

﴿ باب وصية الذمي ﴾

قال (واذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما

تقدم من مسئلتي الثمرة والغلة فان الايصاء يجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده أيضا بذكر قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره أيضا في الغلة نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ الا أن هذا التعليل ههنا بقي خاليا عن الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الآتي (قوله الا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى) قال بعض المتأخرين يرد عليه ان لنا أصلا آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحقت به اه (أقول) لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه أن يكون الحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد اليه قطعا قول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى وفي قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما تتصور في الدلالة دون القياس وكون الشئ ثابتا بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر مرارا نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض * ثم أقول بقي لنا شئ فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقرر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول أبي حنيفة وانما يتمشى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل

﴿ باب وصية الذمي ﴾

ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا (أقول) أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر أن يقال لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وأخره لخساستهم (قوله واذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما) قال صاحب

﴿ باب وصية الذمي ﴾

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في أحكام المعاملات (واذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة اذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما عندهما فلأن هذه) الوصية معصية فلا (تصح)

﴿ باب وصية الذمي ﴾

(قوله واذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة) أقول فيه نوع مخالفة لما أسلفه في كتاب السير والاولى أن يجعل من قبيل اللف والنشر الغير المرتب (قوله وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح) أقول فيه بحث اذ لا وصية هنا والظاهر ان عبارة الوصية سهو من الناسخ والاصل ان هذه الصنعة نعم لو قال لان الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحيحا

قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو الثلث) معناه اذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال (وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالا الوصية باطلة) لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فنجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه

العناية في شرح هذا المحل اذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج أما عنده فلان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا تصح الى هنا لفظه (أقول) فيه خلل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودي والكنيسة الى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا تحتمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما عنده وقال بعده فلان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله وأضمر أبا حنيفة أولا وأظهره ثانيا وكان الاول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانها على الاصل السديد حيث قال لانها بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أولا وأضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلان هذه الوصية معصية مع انه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون اضافة شئ الى ما بعد موته والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فان هذه معصية اذ المشار اليه بهذه في قوله المذكور هي الصنعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغاية البيان واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤا اه (أقول) هذا على أصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قربة كما سيجئ فاذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قربة في معتقد الكفار لزمهما المصير الى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا للكلام العاقل مهما أمكن وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لان كون الموصى به قربة في معتقد الموصى كاف عنده في صحة الوصية كما سيجئ أيضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما اذا أوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سيأتي بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك في تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وان كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة

(قوله يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف) أقول فيه نظر فان الاعتبار من الثلث انما هو لتعلق حق الورثة بما زاد عليه مما سبق ولهذا الوملك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث ثم أيضا والاظهر ان النظر الى المعنيين في التجويز والتصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف وللاعتبار من الثلث يعلم مما أسلفه

الاستخلاف والتمليك) وللذمي ولاية التمليك (فأمكن تصحيحه) أي تصحيح ايصائه (على اعتبار المعنيين) يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا به ما شاؤا (وان أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين) يعني قوما غير محصورين (جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالا هي باطلة لان هذه) في الحقيقة (معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولابي حنيفة) أن الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا أوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا أمرنا أن نتركهم وما يدينون قالوا هذا الخلاف اذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى فأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار

وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكا للباني فتورث عنه) وقوله (ولانهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى وقوله (بخلاف الوصية) متصل بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله (لانه وضع) وفي قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فبقي على مقتضاه) كلها راجع الى الوصية بتأويل الايصاء وحاصل معناه أن الوصية وضعت لازالة الملك الا أن لفظها تقاعد عن افادة معناه وهو زوال الملك فيما اذا أوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فأما اذا لاقت ما هو قربة فيه عملت عملها وقوله (ثم الحاصل ان وصايا الذمي الخ) واضح (قوله وهو ما ذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة وقوله (كما ذكرناه) يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله (والوجه ما بيناه) أي من الجانبين وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما أنه وصية بمعصية (قوله والجهة مشورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به الى استصناعة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله (على الخلاف المعروف في تصرفاته) يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة ان أسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا

ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على أربعة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا أوصى الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعيانهم أو بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها اذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا أوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا أن يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه

وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخريج أيضا فليتأمل (قوله ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم (أقول) لقائل أن يقول ان أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشئ قربة في معتقدهم كاف بناء على أنا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفا فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا مصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الى آخره والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط (قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به) قال صاحب العناية قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه أقول فيه نظر لان كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل أول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم أقول الحق عندي أن قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني الخ كأنه قال ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما لان البناء نفسه ليس بسبب

(قوله والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وفي قوله فبقي على مقتضاه كلها راجع الى الوصية) المناسب لكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة

وقوله (وفى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة) وصارت كالذمية قال فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لاتكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لايصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلاتقر على اعتقادها والظاهر أنه لامنافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان وقوله (واذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمستأمن أوذمى بماله كله جاز) قيل هذا اذا لم تكن الورثة معه أما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا أشار بقوله (٤٨٨) (وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب) وقوله (وذلك فى حق المستأمن أيضا) جواب عما يرد على قوله ورد الباقى على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقى ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا مراعاة لحق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام) دار الاسلام ظرف لأوصى لا لقوله حربى أى لو أوصى الذمى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمى اذا أوصى لحربى فى دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو أوصى له أى للمستأمن مسلم أو ذمى بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

وفى المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم قال (واذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمى بماله كله جاز) لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعى لكونهم فى دار الحرب اذ هم أموات فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الأمان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقى على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده فى دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لانه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ولهذا تصح عقود التمليكات منه فى حال حياته ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه لايجوز لانه مستأمن من أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لايجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لايجوز لان الارث يمتنع لتباين الدارين والوصية أخته والله أعلم بالصواب

لزوال ملك الباني ولانهم يبنون فيها الحجرات و يسكنونها الخ تبصر (قوله وفى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم انها لاتكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لاتصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلاتقر على اعتقادها اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر أنه لامنافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وهنا الاصح وهما يصدقان اه (أقول) ليس هذا بتوفيق صحيح اذ لاشك أن مراد من قال فى الخلافيات هو الصحيح يرجح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الاصح ولاريب أن ترجيح أحدهما على الآخر بنافى ترجيح الآخر عليه ولايمكن أن يصدقا معا (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لايجوز لان الارث يمتنع لتباين الدارين والوصية أخته) أقول هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت فى الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربى دارنا بأمان فاوصى لمسلم أو ذمى بماله كله فانه جائز مع ان الارث يمتنع بين الذمى والحربى لتباين الدارين و بين المسلم والحربى لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكما ومنها ما اذا أوصى ذمى لحربى مستأمن بوصية فانه جائز فى ظاهر الرواية مع انه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما ومنها ما اذا

(قوله والظاهر أنه لامنافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وههنا الأصح وهما يصدقان) أقول فيه بحث فانهم اذا قالوا هو الصحيح فهو فى مقابلة الخطا بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالاصحية بالالتزام قال المصنف (وذلك من حق المستأمن أيضا) أقول لامن حق ورثته حتى ينافى ماقلنا آنفا قال المصنف (ولهذا يصح عقود التمليكات منه فى حال حياته) أقول فيه شئ فان هذا الكلام انما يناسب لاثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذمى ويمكن التوجيه كما أشير اليه فليتأمل (قوله ولان الذمى اذا أوصى) أقول فى صحة هذا العطف تأمل

﴿باب الوصى وما يملكه﴾

قال (ومن أوصى الى رجل فقبل الوصى فى وجه الموصى وردها فى غير وجهه فليس برد) لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده فى غير وجهه فى حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده فى غير وجهه

أوصى مسلم لمستأمن بشئ فانه أيضا جائز فى ظاهر الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضا اذا كان الكافر حربيا ولو كان مستأمنا

﴿باب الوصى وما يملكه﴾

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع فى بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده فى غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذى ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبى وفتاوى قاضيخان لانه ذكر فى هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه فى الذخيرة الفصل الثانى من وكالتها والفصل العاشر من التتمة والباب السابع والستون من أدب القاضى وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضا بغير علم الموكل كما فى الوصى لانه يؤدى الى تغرير الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدى الى تغرير الآمر وهذا فيما اذا وكله بشراء شئ بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية فى كتاب الوكالة فى فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل أى لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم فى شرحه هذا الذى قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان المراد بما ذكر فى التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه لا بشراء شئ بغير عينه ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره فى شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لانهم عقدوا فى أكثر المعتبرات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو بابا على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشئ فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان حكم العزل فى مسئلة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل فى سائرها متروك الذكر بالكلية فى عامة روايات الكتب ولعمرى ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصة قال فيها الفصل الثانى فى رد الوكالة من الوكيل وفى عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل اذا رد الوكالة ترتد ولكن هذا اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترتد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج

﴿باب الوصى وما يملكه﴾

لما فرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس (ومن أوصى الى رجل) أى جعله وصيا (فقبل الوصى فى وجه الموصى) أى بعلمه (وردها فى غير وجهه) أى بغير علم الموصى هكذا ذكره فى الذخيرة اشارة الى أن المقصود بذلك علم الموصى ليتدارك حاله عند رد الموصى (فليس برد لان الميت مضى لسبيله) أى الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه فى حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد رده وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه فى أن قبول الاول فى الحال غير معتبر حتى لو قبله فى حال حياة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثانى على ما ذكرتم وأجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثانى للموصى فكان فى رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصى ولا ضرر له فى ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده فى غير وجهه) اى فى غيبته وبغير علمه

(لانه لاضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف بنفسه) فانه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التتمة والذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شئ بغير عينه وعن هذا قال بعض الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه وقد أشار اليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل الا بمحضر من الموكل وذلك أيضا قول المشايخ على ما يشير اليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغريره وأما اذا كان وكيلا بشراء شئ بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا) يعني كمن وكل حال حياته فانه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا ولا دلالة كان بالخيار قيل كان ينبغي أن لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصى ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مرفوع وأجيب بأن الموصى مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل اختياره وقوله (فلو أنه باع شيأ من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت وقوله (وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو والاول سواء أي

لانه لاضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف بنفسه (فان ردها في وجهه فهو رد) لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه أن ينيب غيره (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو أنه باع شيأ من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كانابات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وسائر التصرفات في ذلك على السواء ثم قال وكذلك اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه وعن هذا قال صاحب الكافي ههنا بدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ ألا ترى أن الوكيل اذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرر والضرر المنهيين فأن يجب نفي الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى (قوله لانه لاضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف بنفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصور منها رد الوصي الوصية في غير وجه الموصي في حياته فان الموصي حي قادر على التصرف بنفسه في حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصي الوصية في غير وجه الموصي بعد أن قبلها في وجهه لا في حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب أن معنى الايصاء الى أحد استخلافه بعد الموت لا في حال الحياة فالتصرف الذي يرفعه الموصي الى الوصي انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف الحاصل بعد مماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر في حياته على الايصاء الى الآخر بدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصي بغير علم الموصي فان معنى قوله في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضا (قوله واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة) أقول يرد عليه أن يقال هب أن الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه اياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بها مشكل جدا اذ لا يخفى ان اختيار شئ وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو والاول سواء أي الواحد فيهما يكفي

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعني الاتقاني

وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل) يعني أن الوصي اذا سكت في حياة الموصى ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا أقبل لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه ضرر بالوصي لكن الاول أعلى لكونه غير مجبور بشئ والثاني مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضرر أولى لامحالة وقوله (الا أن القاضي اذا أخرجه) استثناء من قوله فله ذلك يعني

أن القاضي اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ وإليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرجه وبصح الاخراج فهنا أولى وإليه ذهب شمس الائمة الحلواني والباقي واضح قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر الخ) ومن أوصى الى عبد غيره أو كافر ذمي أو مستأمن أو حربي أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الصور الثلاث أن الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلا أو معناه سيبطل قال الفقيه أبو الليث وإليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا

(وان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضررا لوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو أعلى أولى الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل

الواحد فيهما يكفي انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن للتبعيض أي بيناه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول ليس ما قاله هذا البعض بصحيح لان المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة أيضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا بدون التتبع لما تقدم من الكتب (قوله الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الا ان القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعني أن القاضي اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قيد قوله فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك أي لم يصح قبوله والمفهوم معتبر في الروايات بالاجماع كما نصوا عليه فلم يبق احتياج الى استثناء ما اذا أخرجه القاضي عن الوصايا من قوله فله ذلك فلو كان قوله هنا الا ان القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي أن يكون قوله هنا الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله في قربه ودفع الاول وهو الاعلى أولى فيكون هذا الاستثناء داخلا في حيز تعليل مسئلة الكتاب ويكون ناظرا الى مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق أصلها ويؤيده أن

ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد أهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان يعجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا انها ستبطل باخراج القاضي اياه عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيأ قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يتوفى البياعات الفاسدة فجاز للقاضي أن يخرجه عن الوصية

(قوله وقوله الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول فيه بحث

وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ماقبل الاجازة وقوله (واستبداده الى ما بعدها) لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر أيضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله (وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره) لان الميت انما أوصى اليه لينظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله (٤٩٢) (ومن أوصى الى عبد نفسه) واضح وقوله (وفي اعتبار هذه أي هذه

الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزأ اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجزئ فكان عائدا على موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع

(قال المصنف وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غير معناه ستبطل) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فان اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال والحمل على عموم المجاز محل تأمل يعلم الجواب مما ذكر في شرح الاتقاني وهو أن محمدا ذكر في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في المسلم يوصي الى الذمي قال الوصية باطلة وكذلك ان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد في الاصل واذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وان أجاز مولاه وقال في الاصل أيضا اذا أوصى المسلم الى ذمي أو الى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال في الاصل أيضا ولو أوصى الى فاسق متهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول لا يخفى عليك أن وجه صحة الوصية الى عبد الغير جار هنا الا أن يؤول ويقال اذا كان للقاضي أن يخرجه لم يستقر على الصحة فكأنه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال

وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعد هلو المعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم وانهدام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه انما المنظر وشرط في الاصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لان للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند أبي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء

هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك أيضا بحالها (قوله وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف) قال صاحب العناية ولنا في هذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهى أقول نظره ساقط اذ لا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عدهم أن لا يكون قوله مضطربا في نقل أحد أصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان أوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه (قوله وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه

وقوله بكونه ناظرا لهم لان العاقل لا يختار المرفوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذلك هذا قوله (والوصاية قد تتجزأ) جواب عن قولهما وفي اعتبارهذه تجزئتها وذلك أن الحسن ابن زياد روى عن أبي حنيفة انه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما أوصى اليه خاصة أو نقول يصار اليه أي الى التجزي كي لا يؤدي الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي الى تغيير وصفه وهو جعله متجزئا بعد ما لم يكن قلنا يعتبر الوصف لتصحيح الاصل أولى من اهداره بالكلية قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف العاجز أصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا الان القاضي نصب ناظرا واذا علم صيانة الوصي ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي ذلك أي عدم الاستبداد بعجزه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه أصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين أي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي أن يتعرض اليه بالاخراج وان شكاه الورثة أو بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله (ومن أوصى الى اثنين الخ) روى عن أبي القاسم الصفار أنه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا أوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فأما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه أبو الليث هذا أصح وبه ناخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كلا منهما على الانفراد وحكى عن أبي بكر الاسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهما جميعا أو متفرقا وجعل في المبسوط هذا الاصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال الا في أشياء معدودة ولم يذكر كيفيتها لاختلاف أقوال العلماء فيها فذكر في الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد الغصب والوديعة والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيها بضاجع الاموال الضائعة قيل ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا كي لا يزاد مما نص عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك

المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة أو نقول يصار اليه كي لا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل أولى قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره) رعاية لحق الموصي والورثة وهذا الان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضي أن يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا في أشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية

فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بأنه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السؤال والجواب في أكثر الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول في هذا الجواب بحث لان عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو أول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال وأورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كانوا صغارا فالقاضي يلي على بيعه اذا رأى ذلك قيل ولاية القاضي على الوصي لا تمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع

سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد ومارضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف فبقي الاول أو في حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبدا وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال (الا في شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت ولهذا لك الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعا وعريا (ورد الوديعة بعينها وورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه

وقوله (سبيلها الولاية) يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله (لانها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من أوصى اليه وذكر رواية الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف

وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها) يعني وهي أي الاشياء المعدودة ما استثناه القدوري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره واقتفى أثره المصنف في البداية وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناه في الكتاب أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل قوله وهي ما استثناه في الكتاب أي في مختصر القدوري كما سبق وقوله وأخواتها بالرفع عطف على ما اشارة الى أنه يزاد عليه أشياء أخر وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المصنف رد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر وما زاده اثنين والا فأربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه أقول هذا الذي ذكر مع كونه ناشئا عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة مختل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لا بد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه

وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأى (وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الرأى (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذى في حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بأمانتهما جميعا في القبض

التوى وبجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى أقول لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الاعراب هو الذى ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندى لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب وهو القدورى والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدورى في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفا اللهم الا أن يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدورى في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الالحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعنى أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهبا اليه تكلف بارد بل تعسف فاسد اذ لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شئ وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعا الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى أى أخذته انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف ههنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفى كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع وفائدته دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع غير كاف لان العرف قاض على الوضع أى راجح عليه فان قلت بقى المخالفة حينئذ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك الا أن العرف بخلافه قلت مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام البزدوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا

وقوله (ولو أوصى الى كل واحد منهما على الانفراد) ذكرناه فى مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله (فان مات أحدهما) متصل بأول الكلام وقوله (ولو أن الميت منهما أوصى الى الحى) ظاهر وقوله (والى الجد فى النفس) يعنى اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصى فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أى عند موت الموصى كان للوصى ولاية فى التركتين أى فى تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤل اليه وتركة موصيه أما فى تركته فباعتبار انه ملكه وأما فى تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثانى منزلته (٤٩٦) فيهما وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أى لا يرضى الموكل بأن يوكل وكيله غيره أو يوصى الى غيره قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى الى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصى الموصى له نائبا عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة فى المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفى المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة فى يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشئ وأما ان كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم الوصى مع الوارث عن الموصى له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا فى المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك فى يد الوصى ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما فى أيديهم والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصى مغرورا

ولانه فى معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما أفرد فقد رضى برأى الواحد وقيل الخلاف فى الفصلين واحد وهو الاصح لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر أما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند أبى يوسف الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه متصرفا فى حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو أن الميت منهما أوصى الى الحى فللحى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا أوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى آخر لان رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه وعن أبى حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصى ما رضى بتصرفه وحده بخلاف ما اذا أوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصى وأوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعى لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد ألا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للوصى تنتقل الى الوصى فى المال والى الجد فى النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصى وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلته فيهما ولانه لما استعان به فى ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما فى يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير

فى المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم (قوله ولانه فى معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لقائل أن يقول ان كان الاقتضاء فى معنى المبادلة كان القضاء أيضا فى معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة انما تتحقق من

بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا أما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره فى الكتاب وحاصله أن الورثة والوصى كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصى خصما عنهم وقائما مقامهم وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه فى نفوذ القسمة عليه (وقوله حتى يرد بالعيب) أى فيما اشتراه المورث (ويرد عليه) أى فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية فباعها ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشترى يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون مغرورا كغروره

(وقوله غير أن الوصي لا يضمن) جواب سؤال تقديره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كالو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ

مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال (فان قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي) لما بينا قال (وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده) وقال أبو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشئ والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصى ولو أفرز الموصى بنفسه ما لا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا ترادلذا تها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما

الجانبين واذا كان أحدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم أن يكون القضاء أيضا من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (قوله غير أن الوصي لا يضمن لانه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرز للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لان مقتضى تحريره أن يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصي ما أفرزه للورثة اليهم على الاطلاق أي سواء كان ما سلمه اليهم باقيا في أيديهم أو هالكا وليست المسئلة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كان ما أعطاه الوصي للورثة باقيا في أيديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم وان كان هالكا كان الموصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصي الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك الكل في يد الوصي لم يكن للموصى له أن يضمن الوصي شيأ لبقاء حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هذا أشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الموصى له في يد الوصي وبقي نصيب الورثة كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الوصي أيضا فاهلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصي وان شاء ضمن الوارث انتهى (قوله وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة أي قاسم الوصي الورثة فهلك ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما واقتفى أثره صاحب معراج الدراية أقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدركا محضا كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصي فحينئذ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى (قوله وقال محمد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصى ولو أفرز الموصى بنفسه ما لا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذلك اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لان الموصى غير

في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه اشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه (قال وان كان الميت أوصى بحجة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصي ألفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال أبو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا وقال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

(٦٣ - تكمله ثامن) (قوله وفيه اشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده) أقول لا يقال هذا مخالف لما ذكره سابقا من قوله فأعطى الورثة حقهم لانه يندفع بادنى تأمل

وقوله (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ماذكره فى الكتاب وذكر الامام المحبوبى أن هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال أو يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا ويجوز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة فى الدراهم لعله اشارة الى ذلك فانها مما يوزن وقوله (واذا باع الوصى عبدا من التركة) ذكره للفرق بينها وبين ما اذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هناك

حقا فى استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان فى البيع ابطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق فى استسعاء العبد انما حقه فى استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل يكون محققا له لان حقه فى الدراهم أو الدنانير لا فى عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعنى اذا باع بمثل قيمته وقوله (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر وقوله (لانه ضمنه بقبضه) أى لا بعمل آخر يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصى ولا لورثته وقوله (لان الرجوع بحكم الوصية) لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أى بحكم أن الميت غره فان بقوله هذا ملكى فانه لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكى فكان الوصى مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله (وقدمر فى كتاب القضاء) يعنى فى آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضى أو أمينه عبد الغرماء الخ

اذا هلك قبل القسمة فحجج بثلث ما بقى ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة الى القاضى فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة) لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضى نصب ناظرا لا سيما فى حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (واذا باع الوصى عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان فى مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصى وقبض الثمن فضاع فى يده فاستحق العبد ضمن الوصى) لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشترى منه ما رضى ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصى البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع فى جميع التركة وعن محمد أنه يرجع فى الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضى أو أمينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان فى الزامها القاضى تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلده هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصى لانه بمنزلة الوكيل وقدمر فى كتاب القضاء

ملزم بشئ اذ له الرجوع عن الوصية رأسا فلا يلزم من عدم لزوم شئ لهذا عدم لزومه لذاك انتهى أقول ليس هذا بشئ فان الموصى وان لم يكن ملزما بشئ فى حال حياته الا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة والمراد مما ذكر فى دليل محمد هو أن الموصى لو أفرز بنفسه مالا ليحج عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشئ من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلا وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال فى تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصى بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذى دفع قبل موته الى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكأن ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف فى تقرير دليل محمد لا يلزمه شئ أن يكون

(قال المصنف لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد وقيل هى نفس العقد لان العقد والعهد سواء والعهدة التبعة أيضا غير أن فى حقوق العباد المقصود منها المال وفى حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الاداء كذا فى كشف البزدوى وذكر فى المغرب وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول ومعناه ما أدرك فيه من درك فاصلاحه عليه

فان كانت التركة قد هلكت أولم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصى الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبدا فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع فى مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال (واذا احتال الوصى بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملا اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصى ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس فى مثله) لانه لا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففى اعتباره انسداد بابه والصبى المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصى لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (واذا كتب كتاب الشراء على وصى كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته فى آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حيلة على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار) لان الاب يلى ماسواه ولا يليه فكذا وصيه فيه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصى شئ فى حال حياته فوقع فيما وقع (قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر) قال صاحب العناية فى حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية أى يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الحجر بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبى المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس هذا بوارد لاشك أن المدعى كان عاما للصبى المأذون والمكاتب الا أن قوله لان الاذن فك الحجر يصلح أن يكون تعليلا فى حقهما أيضا أما فى حق الصبى المأذون فظاهر لان الاذن فى حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه كما أن الاذن فى حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر فى كتاب المأذون وأما فى حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذونا صراحة الا أنه صار مأذونا فى ضمن عقد الكتابة لامحالة فان أداء بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له فى الكسب محال والاذن فى الشرع فك الحجر واسقاط الحق لا غير عندنا كما مر فى أول كتاب المأذون فلا غبار

فان كانت التركة قد هلكت أولم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصى الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبدا فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع فى مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال (واذا احتال الوصى بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملا اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصى ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس فى مثله) لانه لا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففى اعتباره انسداد بابه والصبى المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصى لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (واذا كتب كتاب الشراء على وصى كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته فى آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حيلة على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار) لان الاب يلى ماسواه ولا يليه فكذا وصيه فيه

أجنبى فانه جائز على ما يجئ والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصى يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصى لا يملكها من مال اليتيم عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف فيجب أن يكون هذا أيضا على ذلك وقوله (ولا يجوز بيع الوصى) واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصى من مال الصغير شيأ لنفسه أو باع من اليتيم شيأ من ماله هل يجوز أو لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبى يوسف لا يجوز على كل حال (وقوله والصبى المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية) أى يتصرفون باهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد بخلاف الوصى على ما ذكر فى الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن قال (واذا كتب كتاب الشراء على وصى) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفى تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان ذلك أحوط وقوله (وبيع الوصى على الكبير الغائب) قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصى أن يبيع من تركة الميت

(قوله لان الاذن فك الحجر) أقول فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبى المأذون والمكاتب

العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيبا وقال المتأخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا أو بمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيأ من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله (لان الاب يلي ماسواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما قالا في منع بيع الزيادة ان جوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزأ ففي تثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرارا لتعيب الباقي (٥٠٠) فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم والوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها أن الكبار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار وأما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول قال والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله (ولا يتجر في المال) ظاهر وقوله (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) يعني الاخ والأم والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما ترك الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كما لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه

وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا أنا استحسنا ملما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فحصن بنفسه قال (ولا يتجر في المال) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم

في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه يملكه الاب على الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي ماسواه وينتفصي عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ماذكره في وجه التفصي عن التناقض ليس بتام لان الوصي أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السباق والسياق لزم أن يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا ينافي ماذكره الشارح المزبور في وجه التفصي عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقل أحد بأن الوصي يملكه على الكبير بالولاية

(قال المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يلي ماسواه ويتفصى عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافقه قوله ولا يليه

قال (والوصي أحق بمال الصغير من الجد) وقال الشافعي الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه (فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه

﴿فصل في الشهادة﴾ قال (واذا شهد الوصيان أن الميت أوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة) لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال (الا أن يدعيها المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي

الحقيقية فالوجه في تقريره هذا المحل ما ذكره الامام الزيلعي في التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا أنه لما كان فيه حفظ ماله جازا استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافقه قوله ولا يليه انتهى أقول هذا ساقط اذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي الاب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة

﴿فصل الشهادة في الوصية﴾ قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى واقتفى أثره صاحب العناية نقلا عنه أقول ليس ذلك بسديد لان الذي لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وانما أخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لان الاصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصى اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب منظور فيه عندي أما السؤال فلانجاحه له أصلا فان الوصيين اللذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي أن يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في أوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله أيضا أن يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات وأشار اليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سألا من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين

وقوله (والوصي أحق بمال الصغير من الجد الخ) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله ولنا أن بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه الخ

﴿فصل في الشهادة﴾

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها وقوله (واذا شهد الوصيان) ظاهر وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت فيه الشبهة وأجيب بأن القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصى اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة

مطلقا وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما ثالثا ان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما ثالثا على ما بينا آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال ماذكر أنه يدخل معهما ثالثا قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يحك فيه خلافا وان صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم أبى فانه لا يعمل رده وأباؤه الى هنا لفظ المحيط وأما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثمة وصي بقوله وهنالك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هنالك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وأيضا القاضي يحتاج هنالك الى نصب الوصي وهنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فأين هذا من ذاك ومجرد المشابهة في جهة لا يصحح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعي أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى أقول هذا ليس بشئ لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه لا في اسقاط شئ كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شئ يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اه أقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر يقتضي أيضا بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ما دعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهدا به وفي صورة أن يدعيه فان شهادتهما

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ولا يستأخرون

بخلاف

بخلاف شهادتهما فى غير التركة لانقطاع ولاية وصى الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه فى تركته لا فى غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل فى الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبى يوسف وعن أبى يوسف مثل قول محمد وجه القبول أن الدين يجب فى الذمة وهى قابلة للحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبى بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه فى الذمة لبقائها لا فى المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهدا الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للاولين بثلث ماله فهى باطلة) لان الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة

تبطل فى الصورة الاولى وتقبل فى الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسئلة شهادة الاثنين كجواب مسئلة شهادة الوصيين فى الصورتين معا كما صرح به فى عامة الكتب وأما اذا جعل قوله وكذلك الاثنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون احدى صورتى مسئلة شهادة الاثنين متروكة البيان فى الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندى أنه معطوف على المجموع لا محالة (قوله بخلاف شهادتهما فى غير التركة لانقطاع ولاية وصى الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه فى تركته لا فى غيرها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضى أن تجوز شهادتهما لوارث صغير أيضا فى غير تركة الميت عند أبى حنيفة لجريانه بعينه هنالك أيضا مع أن عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشئ من تركة الميت وغيرها متفق عليه كما مر فى الكتاب آنفا فليتأمل فى الدفع (قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل) قال فى العناية جنس هذه المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور فى الكتاب آخرا هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال وبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثانى والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما فى الثالث على ما ذكر فى الكتاب وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا محتمل لانه ان أراد بالاوجه الاقسام الكلية فهى ثلاثة لا غير أحدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عداه وجها رابعا داخل فى القسم الثانى لا محالة وان أراد بها الامثلة فهى خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجها واحدا على أن قوله الاول ما اختلفوا فيه والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضى كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان صاحبى النهاية والكفاية وان ذهبا أيضا الى كون الاوجه فى جنس هذه المسائل الاربعة الا أن تقريرهما لا ينافى كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما بينا فيه تقرير

وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا فوجه القبول وهو الذى ثبت عليه الامام محمد ولم يطرد أن الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبى بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه فى الذمة لبقائها لا فى المال فلا تتحقق الشركة

كتاب الخنثى

فصل فى بيانه

قال (واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو

صاحب العناية فانهما قالا فيه وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه فى الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما هذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا تمكن التهمة وفى الوجه الثانى لا تقبل بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضا وفى الوجه الثالث لا تقبل أيضا وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفى الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم ثم ان الحق أن تثلث القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا حيث قال واذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فان هذا على ثلاثة أوجه فى وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفى وجه لا تقبل بالاتفاق وفى وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بأمثلته ودليله وكما فصله شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثانى ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل

كتاب الخنثى

قال فى النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة فى المبال من آلتى النساء والرجال شرع فى بيان أحكام من له آلتان فيه وقدم ذكر الاول لما أن الواحد قبل الاثنين أولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكر فى الكتب السالفة من الاحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان ألا يرى أن الاحكام المارة فى كتاب الوصايا مثلا جارية بأسرها فى حق الخنثى أيضا وكذلك الحال فى أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أو جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع فى بيان أحكام من له آلتان وأما ثانيا فلان قوله شرع فى بيان أحكام من له آلتان ليس بتام اذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثانى لاحكامه حيث قال فصل فى بيانه ثم قال فصل فى أحكامه فهو فى هذا الكتاب انما شرع حقيقة فى بيان من له آلتان لا فى بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه فى الفصل الثانى بعد أن ذكر بيان نفسه فى الفصل الاول وان صح أن يقال شرع فى أحكامه أيضا بتأويل ما فما معنى تخصيص الشروع بالثانى فى قوله شرع فى بيان حكم من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتأمل وقال فى العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود انتهى أقول يتجه عليه أيضا ما ذكرناه آنفا من البحث الاول بل بعض البحث الثانى أيضا فتأمل وقال فى غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لان الاصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين فى شخص واحد فى غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه اه أقول هذا جيد الا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا حاله على أمر خفى وعن هذا قال فى النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الاهمال فى البيان وان ندر وجوده فى الازمان

فصل فى بيانه

قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار

غلام

كتاب الخنثى * فصل فى بيانه

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ذكر فى المغرب أن تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث فى كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شئ فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه فى قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل فى بيان الخنثى وفصل فى أحكامه وما ذكرت فانما هو فى وقوعه فى التفصيل لا فى الاجمال (قال واذا كان الخ) أى قال القدورى اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر أن الواو الواقعة فى أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر

غلام وان كان يبول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصلي (وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة وقالا ينسب الى أكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان للاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فهو رجل) وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران (ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذه من علامات النساء (وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

﴿ فصل في أحكامه ﴾ قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في أمور الدين وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته

فوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شئ فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال اه وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الاولى به أيضا وان لم يصرح به في العادة لكن صرح به هنا اشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكر بعيده وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أما أولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه لا لقطعه من شئ آخر مطلقا وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله وههنا لم يتقدم شئ فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال عما تقدم في الاولى أيضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الاشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكر بعيده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والا لزم أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضا بعيده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر أصلا

﴿ فصل في أحكامه ﴾ أي في أحكام الخنثى المشكل وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته) أقول في تحرير هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا

وقوله (فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلي الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الآلتين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالا فاذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والآخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شئ أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا يرفع ما يقال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا أريد به الغالب

﴿ فصل في أحكامه ﴾

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الاصل في الخنثى المشكل) ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه والاصل هو الذكر لان حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره

(فان قام فى صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) قيل وانما قال باستحباب

(فان قام فى صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وان قام فى صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره والذى خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا) لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب الينا أن يصلى بقناع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس فى صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجزأه (وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال) لانه يباح له ملوكته النظر اليه

النساء عطف على الرجال فى قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لانه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعا أيضا على قوله لاحتمال أنه امرأة لان المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر الى ماقبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال انه امرأة اذ لا تأثير لاحتمال انه امرأة فى عدم تخلله النساء بل مجرد احتمال انه امرأة مما يجوز تخلله النساء وانما التأثير فى عدم تخلله النساء لاحتمال انه رجل وكان صاحب الكافى ذاق هذه الشاعة فغير تحرير المصنف فى التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال انه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال انه رجل انتهى (قوله فان قام فى صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال انه رجل) هذا لفظ محمد فى الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط فى باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم فللتوهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى وعزاه فى النهاية والكفاية الى المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذى فطانة أن كون المفسد موهوما لا يرفع وجوب اعادة الصلاة عند تقرر كون الاخذ بالاحتياط واجبا فى باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضى الاحتراز عن الموهوم أيضا فالظاهر عندى ماذكر فى الذخيرة ونقله الشراح هنا عنها وهو أن قوله فأحب الى أن يعيد صلاته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان الاعادة مستحبة فى حقه تخلقا واعتيادا وأما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان عليه الاعادة وان كان أنثى لم تلزمه الاعادة فتجب الاعادة احتياطا على ماهو الحكم فى باب العبادة (قوله ويجلس فى صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن) أقول فى هذا التعليل كلام وهو أنه ان أراد بقوله وهو جائز فى الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه وان أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به فى الكافى حيث قال وهو جائز فى الجملة عند العذر وكما صرح به فى المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أبين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها أن يقال ارتكاب المكروه أيضا جائز عند العذر واشتباه الحال من أبين الاعذار فما الرجحان فى جلوسه جلوس المرأة فتأمل فى الدفع (قوله وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال لانه يباح له ملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة) قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا فى حق الرجل ولكن هو فاسد فى حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر فى استحباب المبسوط أن للامة أن تنظر الى مولاتها كالاجنبيات فعلم بهذا أنه لا تأثير للملك فى اباحة النظر الى سيدتها والاولى فى التعليل هنا ماذكره فى المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولى جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان

اعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والاخذ بالاحتياط فى باب العبادات أولى لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم فللوهم أحب له أن يعيد الصلاة فان قيل الخنثى اذا كان مراهقا فلا اعادة عليه وان أفسدها فان كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فتجب احتياطا فما وجه قوله أحب الى أن يعيد أجيب بان مراده اذا كان مراهقا فالاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا وأما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا فى الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادة من على يمينه و يساره وخلفه وبحذائه اذا قام فى صف الرجال واجبة لكن ذكر فى المبسوط أن المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة فى حقهم موهوم وقوله (وأحب الينا أن يصلى بقناع) يعنى اذا كان مراهقا وأما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله (وهو على الاستحباب) يعنى اذا كان غير بالغ وأما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شئ من علامات الرجال أو النساء فالاعادة واجبة وقوله (لانه يباح له ملوكته النظر اليه رجلا

رجلا كان أو امرأة) قيل فيه نظر لانه وان كان صحيحا فى حق الرجل لكنه فاسد فى حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها بل لها أن تنظر من مولاتها الى ما لها أن تنظر اليه من الاجنبيات والصواب فى التعليل وان كان أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو أحق منه الى خلاف الجنس فليس للملك تأثير فى اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو زوجه المولى امرأة بمهر يسير أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير أجيب بأن محمدا لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح مالم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا الان لخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها (وقوله ويكره له فى حياته لبس الحرير) قيل لا فائدة لقوله فى حياته فانه لا لبس بعد الموت وانما هو البلس فكان معناه مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر فى التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع وانما كره ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع فى الحرام وقوله (وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) يعنى اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو أن يكون فى ازار واحد لا ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الانثى أيضا وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجازله التكشف للنساء فى ازار واحد

رجلا كان أو امرأة ويكره أن يختنه رجل لانه عساه أنثى أو تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاع له الامام أمة من بيت المال) لانه أعد لنوائب المسلمين (فاذا اختتنه باعها ورد ثمنها فى بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكره له فى حياته لبس الحلى والحرير وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء

الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة الى مالكها وان كان الخنثى أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى باعتبار أن نظر الجنس الى الجنس أخف من نظره الى خلاف الجنس لا أن يكون للملك تأثير فى اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه نظر لان ذلك فى حالة الاختيار لا فى حالة العذر ولهذا لو أصاب المرأة قرح أو جرح فى موضع لا يحل النظر اليه تداويه المرأة وكذا نظر القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة السنة أيضا عذر جاز لها أن تنظر الى فرجها انتهى أقول نظره ساقط اذ يشترط فى جواز النظر بالعذر الى موضع العورة من الامة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تأثير فى اباحة نظر المملوكة الى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة يشعر لا محالة بتأثير الملك فى اباحة النظر الى سيدتها كتأثيره فى اباحة النظر الى سيدها فيرد عليه ما قاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح فى حق الرجل فاسد فى حق المرأة وعن هذا أمضاه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الكافى فى التعليل لانه يباح لمملوكته النظر الى ذكره ان كان رجلا (قوله ويكره له فى حياته لبس الحلى والحرير) قال صاحب النهاية وليس فى قيد قوله فى حياته زيادة فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد ذلك اللباس لا لبس والكراهة بعد الموت للبس لا للميت وقد اقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر فى التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى أقول ليس هذا بشئ لان حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله فى حياته قيد مستدرك لا فائدة فيه هنا لانفهام معناه مما ذكر فيما قبله وما بعده ولا يذهب عليك أن كونه بيانا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة فى ذكره اذا كان الواقع مبينا بدونه فالوجه فى الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الا أن المصنف تبع فى ذلك لفظ المبسوط وانما وقع فى لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا للقيد انتهى (قوله وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل

(قوله قيل فيه نظر الى قوله فليس للملك تأثير فى اباحة نظر المملوكة الى سيدتها) أقول نعم الامر كما قال وقد مر تفصيله فى كتاب الكراهية فى مسائل النظر الا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة اباحة النظر لسيدهما مطلقا ولسيدتهما بالضرورة فحينئذ يندفع الاشكال بالكلية (قوله يعنى اذا كان مراهقا الى قوله لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا) أقول اذا كان الكلام فى المراهق فأفعاله لا توصف بالحل والحرمة

وقوله (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) لقوله صلى الله عليه وسلم ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان وأمره في ذلك محتمل نظرا الى حاليه وقوله (لا علم لي في لباسه) يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الخنث لا يثبت بالشك وقوله (وان قال بالقولين) يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر وقوله (لانه ليس بمهمل) يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين وقوله (لانه دعوى يخالف قضية الدليل) لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره وقوله (ينبغي أن يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتيقن به (وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أي غسل الرجل (٥٠٨) المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان لنظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت

وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا عن احتمال المحرم (وان أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه) لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان أنثى يكره تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لان تركه لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلده غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لان الخنث لا يثبت بالشك (ولو قال كل عبد لي حر أو قال كل أمة لي حرة وله مماليك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال القولين جميعا عتق) للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل (وان قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله) لانه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة ويمم بالصعيد) لتعذر الغسل (ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكر أو أنثى (وان سجي قبره فهو أحب) لانه ان كان أنثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره (واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة

الا أن نظر الجنس الى الجنس أخف فلاجل الضرورة أبيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فان كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان يمم الاجنبي وبغيرها ان كان ذا رحم محرم من الميت وينظر المميم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيها وقوله (وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه) يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليلني منكم أولو الاحلام والنهى (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) يعني يقدم (ويجعل الرجل الى جانب القبلة لان جهتها أشرف فالرجل للتقريب اليه أولى وقد جاء في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم

الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا ولكن المراد أن يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية أقول ليس هذا تاما عندي اذ على تقدير كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى من الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما زعموا تبصر (قوله وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لانه انما (قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكلا الى قوله فان لم يكن مشكلا الخ) أقول يعني ان علم الاشكال أو لم يعلم الاشكال (قال المصنف لانه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقاني وفيه نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد اذا لم يعلم كونه مشكلا كما أشرنا اليه فافهم

أخذا للقرآن جانب القبلة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك فى حكم قبرين وقوله (وان جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه المحفة مشتبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم فى كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا بذلك بأس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب فى حال الحياة فالزيادة على الثلاثة فى الكفن للرجل غير ضائرة كما فى حال الحياة فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان فى الاقتصار على الثلاثة ترك السنة فان السنة فى كفنها خمسة أثواب (قال ولو مات أبوه وخلف ابنا) اعلم أن الشيخ ابا الحسن القدورى ذكر قول محمد مع أبى يوسف وكذلك أثبت المصنف فى الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادى وفى عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبى حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا فى تخريج قول الشعبى فحمد فسره على وجه ولم يأخذ به وأبو يوسف فسره على وجه ولم يأخذ به وهو أن تجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفسير محمد بأن تجعل على اثنى عشر وأخذ به وكان قول أبى يوسف أولا كقول أبى حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر فى الكتاب اذا مات أبو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما أثلاثا عند أبى حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده فى الميراث الا أن يتبين غير ذلك أى غير كونه أنثى لظهور احدى علامات الذكور بلا معارض (٥٠٩) فحينئذ يعتبر ذكرا وقالا للخنثى نصف ميراث

(ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب الى) لاحتمال أنه عورة (ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب الى) يعنى يكفن فى خمسة أثواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبى حنيفة أثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده فى الميراث الا أن يتبين غير ذلك) وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبى واختلفا فى قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثه وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففى حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة وفى حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك فى السهم الزائد فينتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابى حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء

لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فعند ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ويدل عليه أيضا قول المصنف فى

ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبى وابن أبى ليلى والثورى وهو مذهب ابن عباس واختلفا فى قياس قول الشعبى قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لان الخنثى فى حال ابن وفى حال بنت وللبنت فى الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو أربعة فى سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن أربعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان أنثى أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة ففى حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم وفى حال أثلاثا سهمان للخنثى وأربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينتصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفى فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفى تأخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد أقل مما ذهب اليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهما وطريق معرفته أن تضرب السبعة فى اثنى عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شئ من السبعة فى اثنى عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضربه فى اثنى عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب حصة من كان له شئ من اثنى عشر فى السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه فى سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين كذا أفاده الامام جمال الدين (ولابى حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الانوثة ولا شئ منهما معلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن

(والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به) فأوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك الى أن يقوم الدليل على الزائد فان من قال لفلان على دراهم يحكم له بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهة وقعت في القسمة بقاء فلا يمتنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة أو الانوثة ولا شئ منهما بمتيقن به فيما نحن فيه وقوله (الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا) استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزناه عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن

تكون الورثة زوجا وأما وأخ لاب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لام وأخ لاب وأم هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما

والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما وأخ لاب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لام وأخ لاب وأم هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما

تعليل ذلك لانه دعوى تخالف قضية الدليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا اذ لا يلزم من أن لا يعلم انه مشكل أن يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر أو أنثى بلا حاجة الى قول نفسه بل يجوز أن لا يعلم أنه مشكل أم لا بان لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهورها فحينئذ تتحقق الحاجة الى قول نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا ومحل التعليل بقوله لانه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يبتنى عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي أحق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله (قوله الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا) قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى أقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن الخ يقتضي أن يكون قول المصنف الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصرا عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر

والاقل للخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكرا واذا ترك امرأة وأخوين لام وأخا لاب وأم هي خنثى للمرأة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى أنثى ترث النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعول الى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكرا ولو مات وترك زوجا واختا لاب وأم وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وأم النصف ولا شئ للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو مذهب عامة الصحابة فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة أمره في المآل كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب قلت كانه أشار الى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك يشير الى أن الثلثين في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك أكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجمع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى أنثى ما زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في أخذ الكفيل

مسائل

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الانثى) أقول ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن لان المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الانثى وانما قلنا ينبغي أن يكون الخ لانه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل

منه ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز أبو حنيفة هناك للمجهول وهنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه ويتظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين أن الخنثى ذكر استرد ذلك من أخيه وان تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى أن يتبين أمره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى أن يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود والله أعلم

﴿مسائل شتى﴾

قال (واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له أتشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله أن الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الأخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الآية عرفناه بالنص قال (واذا كان الاخرس يكتب كتابا أو يومئ ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلانها من نأي بمنزلة الخطاب ممن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الاخرس أظهر وألزم

﴿مسائل شتى﴾

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذ ذكره في الابواب السالفة من المسائل استدرا كا للفائت ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منثورة فعمل المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم (قوله واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم انتهى أقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء برأسه في تقرير المسئلة بقوله أي نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة في تقريرها الى قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى (قوله ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الاخرس فلا تفريط منه) أقول لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضي أن لا يجوز اشارة المعتقل لسانه ولو امتد اعتقاله لان تأخير الوصية قد جاء من قبله هنالك أيضا مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الاخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل آنفا ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين (قوله أما الكتابة فلانها من نأي بمنزلة الخطاب ممن دنا الخ) أقول فيه شئ وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر

﴿مسائل شتى﴾

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل منثورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله (فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار) يشير الى أن ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره التمرتاشي وروى عن أبي حنيفة أنه قال ان دامت العقلة الى وقت موته يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه بأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله (في الآية عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيرا من ابل الصدقات ند فرماه رجل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيأ من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه وقوله (ولا يحد) أي الاخرس (اذا قذف بالاشارة أو الكتابة ولا يحد له) اذا كان مقذوفا وقوله (وهو) أي العجز (في حق الاخرس أظهر منه في حق الغائب) لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلأن يقبل في حق الاخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول من فوق الى تحت وأما عكسه فدلالة الانكار

ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم وأما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان

بل يدل على خلافه فان المدعى أن كتابة الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة في الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود اذ لا فارق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضا اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيها أيضا فليتأمل في المخلص (قوله وأما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد) أقول لقائل أن يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى ولهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كما لم تشترط في الشهادة على عتق الامة أيضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرح به قاطبة ومر في الكتاب أيضا في باب عتق أحد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضا لتعلق حق الزوج به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لانها من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد في شئ لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه ألا ترى أن اشارته لا تكون حجة في حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقذوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون اشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقذوف شرط في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجري الارث فيه عندنا كما مر في الحدود فافهم ذلك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر

(قال المصنف ثم الفرق بين الحدود والقصاص الى قوله لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات) أقول وقد صرح في أوائل الجنايات أن الشبهة تؤثر في سقوط القصاص

ثم

ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب فى الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال أشار أو كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفى الكتابة زيادة بيان لم يوجد فى الاشارة وفى الاشارة زيادة أثر لم يوجد فى الكتابة لما انه أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا (وكذلك الذى صمت يوما أو يومين لعارض) لما بينا فى المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان

فى عدة مواقع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه فلا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة لان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل فى الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال فيه فى باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة عندنا فى كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق وكذا بايفائها واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه فى باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه فى مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثرا فى سقوط القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة فى كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر فى تمام ذلك الكتاب وأما ثانيا فلان قيد الخالصة فى قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرئ بل مخل هنا فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرح به أيضا زاجر لا يثبت بالشبهة ولا تكون اشارة الاخرس حجة فيه أيضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة الى قوله لانه جمع ههنا بينهما فقال أشار أو كتب) قال صاحب الغاية ولنا فى دعوى الجمع بينهما نظر لانه قال فى الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب أو يومئ وكلمة أو لاحد الشيئين لا للجمع على أنا نقول قال فى الأصل وان كان الأخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف فى نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيعلم من اشارة رواية الاصل أن الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط أن يكتب فافهم الى هنا لفظه أقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما فى كل مادة من مواد اعلام الاخرس بل مراده الجمع بينهما فى جواز اعلام الاخرس مراده بأى واحد منهما ولا شك فى دلالة كلمة أو على هذا المعنى لانها لاحد الامرين بلا تعيين فاذا أتى الاخرس بأى واحد منهما على انفراده يتحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أى يقبل ويعمل به بموجب قول محمد فى جواب هذه المسئلة فهو جائز وأما علاوته التى ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشئ أيضا لان مراد المصنف دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهما أنه جمع فى الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال

وقوله (لانه) أى الاشارة على تأويل المذكور وقوله (لانه) أى محمدا (جمع هنا) أى فى الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتابا أو يومئ ايماء وقوله (وفى الكتابة زيادة بيان لم توجد فى الاشارة) لان فضل البيان فى الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام (وفى الاشارة زيادة أثر لم توجد فى الكتابة لانه) أى الاشارة (أقرب الى النطق من آثار الاقلام) لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهى منفصلة عن آثار المتكلم وأما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده أو رأسه والمتصل بالمتكلم أقرب اليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار وقوله (وكذا الذى صمت يوما أو يومين) عطف على قوله ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه أى لا يجوز اقراره بأن أومأ برأسه أى نعم أو كتب

قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا

في شرح قوله لانه جمع هنا بينهما أي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب أن هذا لا ينافي اشارة مسئلة الاصل الى أن اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر أن يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة فان ماذهب اليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فما معنى نسبة التوهم اليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة أصلا أي في رواية ما ولك أن تقول يجوز أن يكون نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تأمل (قوله واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلأن تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجويز التحري فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المعالبة بالفرق بين المسئلتين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا وأما الثاني فلان ماذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم اعادة الصلاة اذ ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن أين يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين

وقوله (واذا كانت الغنم مذبوحة الخ) ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت

لان القليل لايمكن الاحتراز عنه ولايستطاع الامتناع منه
فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل
الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين
أو كانت الميتة أغلب لانه لاضرورة
فيه والله أعلم بالصواب واليه
المرجع والمآب
تم

كلها نجسة كان له أن يصلي
في بعضها ثم لا يعيد صلاته
لانه مضطر الى الصلاة فيها
بخلاف ما نحن فيه من الغنم
ويؤيده أن الرجل اذا لم
يكن معه الا ثوب نجس فان
كان ثلاثة أرباعه نجسا
وربعه طاهر يصلي فيه
ولا يصلي عريانا بالاجماع
فلما جازت صلاته فيه وهو
نجس بيقين فلأن تجوز
بالتحري حالة الاشتباه
أولى والله سبحانه
وتعالى
أعلم

(قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهدايته
ألفته مع توزع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته
نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلاثة آلاف من
التصرفات التي لم يسبقني اليها أحد من الثقات ذلك فضل الله يؤتيه
من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتنا في الدنيا حسنة
وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ربنا فاغفر
لنا ذنوبنا وكفر عنا سيآتنا
وتوفنا مع الابرار وصلى الله
على سيدنا محمد وعلى
آله وصحبه
والانصار
تم

﴿ يقول المتوسل بجاه المصطفى الفقير الى الله تعالى محمود مصطفى خادم التصحيح بدار الطباعة العامره ببولاق مصر القاهره ﴾

الحمد لله الذى فقه فى دينه من أهل الهداية من أراد به خيرا ولحظه بعين العناية وأجزل له من فضله مثوبة وأجرا والصلاة والسلام على أشرف الخلائق أفضل من بين الحق وأوضح الطرائق سيدنا محمد الذى فتح له القدير من المدن والقرى والبوادى كل عسير وعلى آله وأصحابه الباذلين مهجهم فى نصرته المتمسكين بنهجه وسيرته وعلى التابعين لهم سيما المجتهدين الذين أسسوا الدين وأصلوا قواعده وشيدوا مبانيه وعقلوا شوارده (أما بعد) فقد تم طبع الكتب الجليلة الشان الواضحة المنار المشيدة الاركان الجامعة غرر الاحكام الشرعيه والمباحث الدينية الفقهيه على مذهب الامام الاعظم أبى حنيفة النعمان رحمه الله وجعل متقلبه فسيح الجنان وهى الهداية وشروحها التى تسر بتحقيقها ذوى الالباب وتسلك بقارئها سبيل الصواب أسبغ الله على مؤلفيها غيث احسانه وأفاض عليهم شآبيب رضوانه وكان طبعها على ذمة كل من الفاضل الفطن النبيه جناب محمد بيك عبد الواحد الطوبى المحترم المكرم السيد ابراهيم أخيه التاجرين فى الكتب العربيه بمصر القاهرة المعزيه لازالا ظافرين بالامانى رافلين فى حلل التهانى ﴿ فى ظل الحضرة الفخيمة الخديويه وعهد الطلعة المهيبة البهيه من أفاض على رعيته غيث الانعام وشملهم بنظر الرأفة والاكرام المحفوظ بالسبع المثانى أفندينا عباس باشا حلمى الثانى لازال مسرور الفؤاد بولى عهده شمس سماء مجده وسعده ملحوظا هذا الطبع الباهى والرونق الجميل الزاهى بنظر من عليه جميل أخلاقه يثنى حضرة وكيل المطبعة محمد بك حسنى وكان تمام طبعه وانجلاء بدره وكمال ينعه بالمطبعة العامرة ببولاق الطائر صيتها فى سائر الآفاق فى أوائل شهر رمضان من عام ثمانية عشر بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلقه الله على أكمل وصف عليه أفضل الصلاة وأتم السلام مالاح بدر تمام وفاح مسك ختام

تم

﴿ وقرظه مؤرخا لتمام طبعه حضرة صديقنا الفاضل الكامل الاديب الاريب الشيخ طه محمود أحد فضلاء المصححين فقال ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذى خص بمزيد العناية من فقههم فى الدين وجعل بأيديهم فتح أبواب الهداية للمستفتحين المستهدين والصلاة والسلام على أبى ابراهيم المبعوث بملة أبيه ابراهيم سيدنا محمد المؤيد من الذكر الحكيم بما فيه الكفاية للقلب العليم والفهم السليم وعلى آله وصحبه الباذلين نفوسهم فى حبه (أما بعد) فان من حسنات الدهر ومحاسن هذا العصر تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل الذى هو أحق مطبوع بأن تشد اليه

الرحال وأحسن مجموع تنتهى بتحصيله الآمال وكيف لا ومارأيناولانرى مثله ولامايقاربه فى الجمله أكرم به مجموعا مفردا وكتابا جاء بالبينات والهدى جمع من الكتب المعول عليها والاصول المرجوع اليها فى مذهب هذا الامام العظيم أبى حنيفة النعمان بوأه الله دار النعيم مايغنى الفقيه عن ملء الخزائن وشحن السفائن ومايكون للمفتى ضياء اذا أشكلت المسائل وللقاضى شفاء اذا أعضلت النوازل

فدع كل صوت دون صوتى فانى * أنا الصائح المحكى والآخر الصدى

فهو لعمر الله البغية المقصوده والضالة المنشوده التى طالما عزت على الطلاب وكانت أبعد من الثريا على أولى الالباب أليس هو الكتاب الذى أيد الفروع بالاصول وعزز المنقول بالمعقول وبسط من تحقيق المذاهب ماأتاح المواهب وأزاح الغياهب فليس قاصر المزيه على السادة الحنفيه بل يجد فيه غير الحنفيه مطلبهم وقد علم كل أناس مشربهم وبالجمله فهو المطبوع الذى عظمت به النعمه وكان أعدل شاهد لمن سعى فى طبعه بعلو الهمه وصدق القصد فى نفع الامه وهو حضرة الهمام الكريم السيد عبد الواحد بك الطوبى وشقيقه السيد ابراهيم لازالت مقاصدهما ناجحه ونجارتهما رابحه ولما تم طبعه انطلق لسان الحال يقرظه مؤرخا فقال

للحق أنصار أقاموا قاعده ... دين النبى بهم رفيع القاعده
جعلوا كتاب الله نصب عيونهم ... وقفوا مصادر هديه وموارده
وقضوا به حتى قضوا فأفادهم ... إعزازهم للشرع أعظم فائده
حاطوا الشريعة بالبراهين التى ... أضحت بها ريح الضلالة راكده
لاتغتر برواج أحكام الهوى ... فرواجها عند العقول الكاسده
أترى النبى أتى بشرع ناقص ... والله أكمله بنص المائده
فاسلم بدينك وارض بالحكم الذى ... شرع الاله ولا تمار معانده
أرأيت مثل الشافعى ومالك ... وأبى حنيفة والسراة الماجده
عملا واخلاصا وبذل نصيحة ... للدار تبقى لا الدار بائده
وقفوا حياتهم على إحيائهم ... للناس أعلام الهدى ومعاهده
صلح الزمان بهم فكانوا ملحه ... ومضوا فمن للعيش يصلح فاسده
تالله ما ماتوا وذى آثارهم ... ضمنت لهم طيب الحياة الخالده
أوليس من آثارهم فتح به ... نلت الهداية بعد اذهى آبده
إن الهداية لهى خير مؤلف ... فى الفقه لبنت الصلاب الجامده
وشروحها شرحت صدور أولى النهى ... لاسيما الفتح الجزيل العائده
فاشكر يدا بجميل طبع ساعدت ... ما كل كف بالجميل مساعده
واحسب إلهك أن هذا مؤرخا ... فتح القدير به الهداية زائده

٤٨٨ ٣٤٥ ٧ ٤٥١ ٢٧

سنة ١٣١٨

كتبه الفقير اليه سبحانه
طه محمود بالمطبعة
الاميريه

(فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير)

صحيفه	
٢	كتاب القسمة
١٠	فصل فيما يقسم وما لا يقسم
١٤	فصل فى كيفية القسمة
٢٠	باب دعوى الغلط فى القسمة الخ
٢٣	فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه
٢٧	فصل فى المهايأة
٣٢	كتاب المزارعة
٤٥	كتاب المساقاة
٥٠	كتاب الذبائح
٦١	فصل فيما يحل أكله وما لا يحل
٦٥	كتاب الاضحية
٧٩	كتاب الكراهية
٨٠	فصل فى الاكل والشرب
٩١	فصل فى اللبس
٩٧	فصل فى الوطء والنظر واللمس
١١٠	فصل فى الاستبراء وغيره
١٢٢	فصل فى البيع
١٣٠	مسائل متفرقة
١٣٥	كتاب احياء الموات
١٤٤	فصول فى مسائل الشرب
١٤٦	فصل فى كرى الانهار
١٥١	كتاب الاشربة
١٦٧	فصل فى طبخ العصير
١٦٩	كتاب الصيد
١٧١	فصل فى الجوارح
١٨١	فصل فى الرمى
١٨٨	كتاب الرهن
٢٠٣	باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به الخ
٢١٦	فصل ومن رهن عبدا بألف الخ

صحيفه	
٢٢٠	باب الرهن يوضع على يد العدل
٢٢٤	باب التصرف فى الرهن والجناية عليه الخ
٢٣٨	فصل ومن رهن عصيرا الخ
٢٤٤	كتاب الجنايات
٢٥٤	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه
٢٦٨	فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه
٢٧٠	باب القصاص فيما دون النفس
٢٨٢	فصل فى حكم الفعلين
٢٩٢	باب الشهادة فى القتل
٢٩٧	باب فى اعتبار حالة القتل
٣٠٠	كتاب الديات
٣٠٧	فصل فيما دون النفس
٣١١	فصل فى الشجاج
٣١٥	فصل فى الاطراف دون الرأس
٣٢٤	فصل فى الجنين
٣٣٠	باب ما يحدث الرجل فى الطريق
٣٤١	فصل فى الحائط المائل
٣٤٤	باب جناية البهيمة والجناية عليها
٣٥٥	باب جناية المملوك والجناية عليه
٣٦٨	فصل فى الجناية على العبد
٣٧٦	فصل فى جناية المدبر وأم الولد
٣٧٨	باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك
٣٨٣	باب القسامة
٤٠٢	كتاب المعاقل
٤١٥	كتاب الوصايا
٤١٧	باب فى صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه
٤٤١	باب الوصية بثلث المال
٤٦٠	فصل فى اعتبار حالة الوصية الخ

صحيفه		صحيفه	
٤٦١	باب العتق فى مرض الموت	٤٨٩	باب الوصى وما يملكه
٤٦٧	فصل ومن أوصى بوصايا الخ	٥٠١	فصل فى الشهادة
٤٧١	باب الوصية للاقارب وغيرهم	٥٠٤	كتاب الخنثى * فصل فى بيانه
٤٨٠	باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة	٥٠٥	فصل فى أحكامه
٤٨٥	باب وصية الذمى	٥١١	مسائل شتى

﴿ تمت ﴾